



01
كلية الحقوق والعلوم السياسية



الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية

مزياني فريدة

| الرتبة العلمية | الدرجة | الجامعة | المسمى |
|----------------------|--------|---------------|------------------|
| أستاذ التعليم العالي | 01 | جامعة سطيف 02 | د. بلفراق فريدة |
| التعليم العالي | 01 | | د. مزياني فريدة |
| أستاذ التعليم العالي | 02 | جامعة قسنطينة | د. صاش جازية |
| | 01 | | |
| | | جامعة قسنطينة | |
| | | | د. ملاوي إبراهيم |

السنة الجامعية: 2016-2017

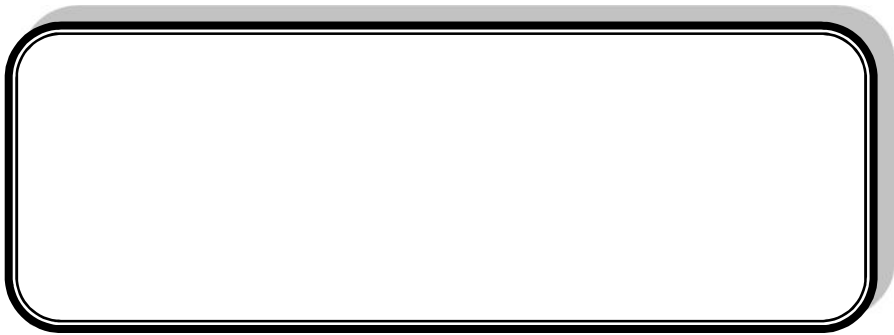
تشكر و عرفان

الحمد لله رب العالمين سبحانه أنزل القرآن خلق الإنسان، علمه البيان،
وميزه عن كثير من المخلوقات بنعمة العقل، فله سبحانه الحمد والشكر
كله بأن وفقني لإنجاز هذا العمل.

لا يسعني وأنا أنهى أطروحتي هذه إلا أن أتقدم بفائق الشكر والعرفان
لأستاذتي والمشرفة على عملي الدكتورة مزياني فريدة التي كانت ولا
تزال نبأسا للعلم والمعرفة في الميدان القانوني

كما لا يفوتني أن أتوجه بشكري لكل أعضاء لجنة المناقشة

على قبولهم مناقشة عملي هذا



قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية

البوت: البناء، التشغيل، تحويل الملكية

ج ر: الجريدة الرسمية

د ب ن: دون بلد نشر

د س: دون سنة نشر

د ط: دون طبعة

ص ص: من الصفحة إلى الصفحة

ص: صفحة

ق م: قانون مدني

ق.إ.ج: قانون الإجراءات الجزائية

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

ق.إ.ج.م: قانون الإجراءات المدنية

م.ش.ب: المجلس الشعبي البلدي

م.ش.و: المجلس الشعبي الولائي

و.م.أ: الولايات المتحدة الأمريكية

ثانياً: باللغة الانجليزية

ASCE: American Society Of Civil Engineers

BLT: Build, Lease, Transfer

BOO: Build, Operate, Ownership

BOOT: Build, operate, Ownership, Transfer

BOR: Build, Operate, Renewal a concession

BOT: Build, Operate, Transfer

BTO: Build, Transfer, Operate

DBFO: Design, Build, Finance, Operate

ICSID: International Centre for Settlement of Investment Disputes



LROT: Lease, Renwal, Operate, Transfer

MOOT: Modernize, Own, Operate, Transfer

P: Page

PPP: Public Private Participation

Pak J. Engg. & Appl. Sci: Pakistan Journal of Engineering and Applied Sciences

PFI: Private Finance Initiative

ROO: Rehabilitation, Own, Operate

UNIDO: United Nations Industrial Development Organization

Vol: Volume

ثالثا: باللغة الفرنسية

A.E.D: Algérienne Des Eaux

AFDA: L'association Française Pour La Recherche en Droit Administratif

AJDA: L'Actualité Juridique Droit Administratif

CREG: Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz

D A: Droit Administratif

D P: Droit & Patrimoine

EFE: Édition Formation Entreprise

FIDIC: Fédération International des Ingénieurs Conseils

I.D.P.D: Institut du Droit, de La Paix et Développement

J .O.R.F: Journal Officiel de République Française

LGDJ: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

N°: Numéro

O.N.A: Office National de L'Assainissement

Op. cit : Référence Précitée

P P: De la page à la page

P: Page

PUF: Presses Universitaires de France



R Arb: Revue de L'Arbitrage

RA: Revue Administrative

RBDEI: Revue Bulletin du Droit de L'Environnement Industriel

RDI : Revue de Droit Immobilier

RDP: Revue de Droit Public

RFDA: Revue Française de Droit Administratif

RLC: Revue Lamy de la Concurrence

RLDA: Revue Lamy Droit des Affaires

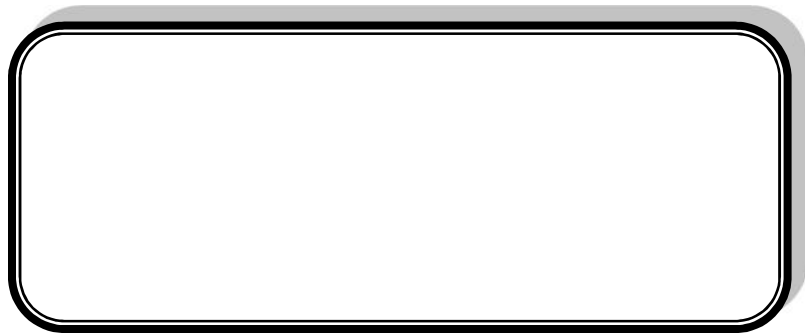
RSJ: Revue de la Semaine Juridique

RSJCT: Revue La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales

S A: Sans Auteur

UMMTO: Université Mouloud Mammeri de Tizi Ouzou





لقد كانت ولفترة طويلة الدولة تتولى بإمكانياتها الخاصة توفير كل المرافق الضرورية التي تلبي حاجات مواطنيها التي تتسم بالتطور المستمر وكذا إنشاء البنية التحتية فيها، وبقي الاعتماد على القطاع الخاص في العديد من الدول في مجال ضيق، حتى أن العديد من الدول قامت بتأميم الكثير من الشركات التي كانت تدير المرافق العامة وانعكس ذلك في دساتيرها التي جعلت القطاع العام المسؤول عن توفير المرافق العامة وكل الخدمات الضرورية لمواطنيها.

بمرور الوقت تغير الأمر وأصبح يعول على القطاع الخاص وعلى المنافسة في مجال المرافق العامة في أوائل الثمانينات كما أشار إليه دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص لأسباب عامة متعلقة بالتكنولوجيات المتطورة وارتفاع مديونية الدول، كما أنه من الناحية العملية ظهرت العديد من التجارب الناجحة في عدد من الدول تثبت نجاح القطاع الخاص في المشاركة في إنشاء وتسيير المرافق العامة، الأمر الذي دفع بالعديد من الدول للقيام بمراجعة نصوصها القانونية بما يضمن أن يؤدي القطاع الخاص دور فعال في إنشاء وتسيير المرافق العامة وإنهاء احتكار الدولة لإقامة المرافق العامة وإن كان هذا التغيير حتميا في العديد من الحالات لا اختيارا.

في ظل التحولات الجديدة التي ظهرت في إنشاء وتشغيل المرافق العامة، يتم الاعتماد على عقد حديث إلى جانب عقود الامتياز هي عقود البوت موضوع دراستنا، والتي ظهرت في ظل انتشار العولمة وتحرير التجارة الدولية وازدياد الأعباء المالية للدولة، التي أصبحت عبئا يثقل كاهلها مع العجز التي تعانيه ميزانياتها، لكنها من جهة أخرى بحاجة إليها خاصة مع قصور نظام الخصخصة الذي انتهجته.

هنا كان لزاما البحث عن الآليات التي تمكن الدولة من الوفاء بكل التزاماتها أمام مواطنيها دون أن يكون ذلك عبئا عليها، لأن الاعتماد على عقود الامتياز لن يحل الإشكال، لأن الدولة ملزمة بإنشاء المرفق العام قبل أن تتم إدارته من قبل أشخاص القانون الخاص، وهو ما لم تعد قادرة على استيعابه لوحدها بالنظر للتطورات الحاصلة في حاجيات الأفراد وحاجتها لإقامة مرافق عامة لتلبية بشكل مستمر، لذا كان الاعتماد على عقود البوت الحل الأمثل، لتحمل شركة المشروع المتعاقد معها وتمويل كامل منها كل نفقات بناء وتشغيل المرفق العام لغاية نقل ملكيته للدولة دون مقابل.

أصبحت الدول الآن تولي أهمية كبيرة لضبط أسواقها، وتوفير البيئة القانونية اللازمة لمشاركة القطاع الخاص في بناء وتشغيل المرافق العامة في عقود البوت، والتي تعد من العقود الحديثة نسبيا في الجزائر وإن كانت على المستوى الدولي قد ظهرت منذ فترة، وقد كان للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي دور هام في مساعدة الدول في وضع إطار تشريعي مناسب لضمان مشاركة القطاع الخاص في بناء وتشغيل مرافقها العامة وبنيتها التحتية، من خلال الدليل التشريعي الذي أصدره والذي انعكس مضمونه في قوانين الدول، لاستجابته لطبيعة عقود البوت الخاصة التي لا تلائمها نصوص عقود الامتياز.

نجاح الجزائر وغيرها من الدول في الاعتماد على عقود البوت يتطلب منها الاهتمام في نصوصها القانونية بأمرين ضروريين لا يغني أحدهما عن الآخر، يتمثل الأول في ضبط النظام القانوني الحاكم لها بشكل دقيق يضمن التمييز بين مختلف أشكال عقود البوت ومجال استخدام كل نوع منها، مع إيلاء أهمية كبيرة عند صياغتها لإظهار طبيعتها كعقود إدارية باعتبارها تأخذ بالازدواجية القانونية والقضائية، لأن هناك من الدول من لا تعرف هذا التمييز، وهذا الأمر سيجعل شركات المشروع المنفذة على علم مسبق بكونها عقودا إدارية، كما أنه لا بد من ضبط كيفية تنفيذ عقد البوت سواء بين الأطراف الأصلية أو التابعة، وضبط النصوص الخاصة بالمراحل التي يمر بها التنفيذ لغاية انتقال ملكية المرفق العامة للدولة المضيفة، وضبط النصوص الخاصة بعمليات التمويل التي تتولاها شركة المشروع وتحديد الآثار القانونية التي تترتب على العقد وصياغتها بشكل يتلاءم معها لخصوصيتها واختلافها عن عقود الامتياز.

أما الأمر الثاني الذي له أهمية كبيرة في نجاح عقود البوت هو النظام القانوني الحاكم لتسوية منازعاتها، فضبط إجراءات حلها بشكل دقيق يمكن أن يؤدي لتجنب المنازعات أو تسويتها بشكل سريع بما يضمن استمرارية العلاقة بين الدولة المضيفة وشركة المشروع، وهنا قد يتم الاستناد للقضاء الوطني للدولة المضيفة متى كان هناك اتفاق على ذلك كقاعدة عامة، والذي يتميز في الجزائر بالازدواجية، كما يمكن الاعتماد على الطرق البديلة لحل المنازعات التي تنشأ، والتي تتسم بالتنوع ولكل طريق خصوصيته كما سنقوم ببيانه، ومن بين هذه الطرق: الوساطة أو التوفيق، مجلس فض المنازعات، الخبرة الفنية، والتحكيم الذي يعد أهم هذه الطرق البديلة والأكثر اعتمادا في الواقع العملي، بالنظر لما يتميز به من خصائص متعلقة أساسا بالتخصصية فيمن ينظر في المنازعة، وكذا الحياد والاستقلالية التي تبحث عنها شركات المشروع المتعاقدة في الجهة التي تتولى نظر المنازعة، بما يضمن لها مواجهة ما قد تتمتع به الدولة المضيفة من امتيازات وسلطات في مواجهتها باعتبارها عقود إدارية.

بعد أن كان اهتمام المشرع الجزائري متعلقا بالتحكيم الداخلي لأسباب متعلقة بسيادة الدولة، الذي يقتضي خضوع كل المنازعات لقضائها الوطني ولقانونها الوطني، لكن مع التطورات الحاصلة داخليا ودوليا دفع بها للعمل على انتهاج العديد من الإصلاحات في قوانينها لاسيما في مجال تسوية منازعاتها واعتمادها على الطرق البديلة كخيار لحل المنازعات التي تنشأ بما فيها التحكيم، الذي بدأت معه تبرز أهمية إرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على المنازعات التحكيمية وتنظيم إجراءاته، وهو أمر لا بد من صياغته بشكل دقيق حتى لا يتم إخضاع عقد البوت لقانون لا يعرف العقود الإدارية، وأصبحت الآن هناك إمكانية لعرض المنازعات الناشئة على مؤسسات وهيئات دولية تحكيمية، وتأكيدا على التزام الجزائر بالعمل على تجسيد التزامها باعتماد الطرق البديلة قامت بالانضمام لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بتنفيذ احكام التحكيم الأجنبية وسأيرت بذلك التطورات الحاصلة في مجال التحكيم، وفي نفس الإطار صادقت على اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بتسوية منازعات الاستثمار بين

الدول ورعايا الدول الأخرى.

أهمية الموضوع:

1. توجه الجزائر وغيرها من الدول لتشجيع القطاع الخاص على إقامة وتشغيل المرافق العامة، وإصدار النصوص القانونية التي تمكنهم من ذلك، والتي تضمن تحقيق التوازن بين مصالحها وما تريد تحقيقه من لجونها لهذا النوع من العقود، وضمان مصالح شركة المشروع المتعاقد معها لاسيما حقوقها.
2. معدلات التنمية المحققة في الدولة بغض النظر عن مدى تطورها في الوقت الراهن ليس مرتبطا فقط بما هي متوافرة عليه من موارد اقتصادية كما كان سابقا، بقدر ما هو مرتبط الآن بأمر أخرى أهمها كيفية إدارتها لمواردها المتاحة على النحو الذي يضمن لها تجسيدا واقعا لمبادئ الكفاءة الاقتصادية، والتي تعتبر عقود البوت أداة لها متى استندت في وجودها لدراسات جدوى اقتصادية جيدة.
3. عقود البوت نظام تعاقدية وتمويلية، تتولى فيه شركة المشروع ابتداء بناء المرفق العام موضوع العقد ثم تشغيله طوال المدة المحددة في العقد بعيدا عن موازنات الدولة.

أسباب اختيار الموضوع:

يمكننا إرجاع أسباب اختيارنا لموضوع الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة - عقود البوت نموذجا- ك مجال للبحث في أطروحة الدكتوراه لأسباب ذاتية وأخرى موضوعية فصلها على النحو التالي:

أ. الأسباب الذاتية:

ندرة الدراسات المتخصصة التي تناولت موضوع عقود البوت كطريق لإنشاء وتسيير المرافق العامة بالدراسة والتحليل الدقيق والمععمق الذي يتناسب مع أهميتها وانتشارها والدور الذي تؤديه في الجزائر، عكس الطرق التي كانت معول عليها في تسيير المرافق العامة على غرار عقود الامتياز، مع أن هناك دراسات مقارنة في كل من: مصر، الكويت، المغرب... الخ إلا أنها ركزت على الجانب المفاهيمي: لمفهوم هذه العقود وأنواعها، وطرق إبرامها ونهايتها إلا أنها أفرغت العقد من أهميته الكبيرة لعدم استنادها للنصوص القانونية والتركيز على الفقه، إلى جانب افتقارها للتحليل لاسيما فيما يميزها من خصوصية تجعل من أحكام عقود الامتياز غير صالحة لتطبيقها عليها.

ب. الأسباب الموضوعية:

1. الإطلاع على مدى تطوير المشرع الجزائري لنصوصه القانونية المنظمة لعقود البوت لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال إنشاء وتسيير المرافق العامة، وبحث فيما إذا كان ما جاء به في هذا الصدد كافيا أم بحاجة لإعادة نظر لتفادي الإضرار بمصالح الدولة في هذه العقود.
2. دراسة مدى أهمية ضبط البنود المتعلقة بحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن عقود البوت بشكل دقيق واختيار أي من الطرق المعول عليها في حل منازعات عقود البوت سواء القضاء الوطني للدولة

المضيضة أو الطرق البديلة الأكثر فعالية ومناسبة لحلها، لأنها عقود زمانية والزمن فيها يقدر ماليا وتوقف العقد أو عدم اكتماله سيحمل الدولة المضيضة أعباء لا تتحملها وسيجعل من عقد البوت غير منتج وغير محقق لأهداف الدولة من اللجوء إليه كأسلوب تعاقدى.

3. الإطلاع على ما تتسم به عقود البوت من خصوصية تميزها عن غيرها من عقود تسيير المرافق العامة خاصة عقد الامتياز، وعلى ما تتضمنه من شروط مستحدثة غير مألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية، ودراسة الأساليب التي ظهرت كبديل لحل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذها، وهذا حاجة هذه العقود لخبرات هندسية وفنية وقانونية فيمن يتولى نظر منازعاتها.

صعوبات الدراسة:

1. غياب دراسات سابقة لعقود البوت كآلية لإنشاء وتسيير المرافق العامة في الجزائر.
2. تطلب تنفيذ عقود البوت سلسلة من العقود في مرحلتى الإنشاء والتشغيل، الأمر الذي سبب لنا صعوبة وإجهادا في جمع كل القوانين والنصوص التنظيمية التي تحكمها والضرورية للدراسة ومواكبة كل التعديلات الخاصة بها.

الإشكالية:

تولي القطاع الخاص ممثلا في شركة المشروع لعملية إنشاء وتشغيل المرافق العامة في الدولة المضيضة سيضمن زيادة الاستثمارات في هذا المجال، دون أن يؤدي ذلك بشكل مباشر لزيادة القروض والمديونية على الدولة المضيضة، عكس حالة توليها لهذه المهمة بنفسها مع العجز الذي تعانيه ميزانياتها، وأمام انتشار الاعتماد عليها ولما تحتله من مكانة هامة في الدول التي تميز بين العقود الإدارية وغيرها من العقود الخاصة، سنحاول من خلال دراستنا هذه الإجابة عن الإشكالية التالية: في ماذا يتمثل النظام القانوني الحاكم لعقود البوت كطريق مستحدث في إنشاء وتسيير المرافق العامة؟ وكيف يمكن تجاوز أوجه القصور القانونية أو الفنية أو الإدارية إن وجدت لتحقيق الاستغلال الأمثل لهذه العقود في إنشاء المرافق العامة وتسييرها بما يضمن تحسين الخدمات العمومية المقدمة؟

يتفرع عن هذه الإشكالية التساؤلات التالية:

- ما المقصود بعقود البوت وما هو النظام القانوني الحاكم لها؟
- كيف يتم الفصل في المنازعات الناشئة عنها؟ وأي الطرق أكثر فعالية وسرعة لحلها؟

المنهج المتبع:

استخدمنا في دراستنا منهجين اقتضتها طبيعة الموضوع، فاعتمدنا **المنهج الوصفي**: في الباب الأول من دراستنا في الفصل الأول ونحن بصدد تعريف عقد البوت وذكر أنواعه وما يميزه عن العقود المشابه له وطبيعته القانونية، وفي الباب الثاني في الفصل الأول عند دراستنا لحالة تولي القضاء الوطني الجزائري لحل منازعات عقود البوت، وكذا في الفصل الثاني من نفس الباب في تعريف كل الطرق

البديلة و بيان موقف القضاء وأحكام التحكيم والنظريات التي ظهرت من جوازية التحكيم في عقود البوت.

كما اعتمدنا بشكل كبير على المنهج التحليلي: في كلا بابي الدراسة لتحليل النصوص القانونية المتعلقة بالنظام القانوني لعقود البوت والقواعد القانونية الحاكمة لمراحل اختيار شركة المشروع والآثار المترتبة عليه، واستخدمناه في الباب الثاني في الفصلين ونحن بصدد تحليل النصوص القانونية في مجال الطرق البديلة والاتفاقيات الدولية، وكذا الآراء الفقهية التي درسناها لبيان أوجه القصور واقتراح أي الطرق أكثر فعالية لحل المنازعات، لإبراز أهمية ضبط بنود تسوية منازعاتها بشكل دقيق في العقد فهو أساس العلاقة القائمة بين الدولة المضيفة وشركة المشروع.

كما اعتمدنا أيضا على أسلوب المقارنة: الذي اقتضته دراستنا للإطلاع على ما هو موجود في التشريعات المقارنة وفي الاتفاقيات الدولية التي لها صلة بالموضوع، وبين ما جاء به المشرع الجزائري، واعتمدنا عليه للإطلاع على بعض الممارسات الخاطئة في عقود البوت والتي أظهرتها تجارب بعض الدول لتفادي وقوع الجزائر فيها ومن ثم تحمل تكلفة الفشل التي ستكون باهضة.

خطة الدراسة:

للإجابة عن الإشكالية السابقة ارتأينا تقسيم دراستنا لبابين تناولنا في الأول النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة لأنه أساس تحديد مدى كون العقد المبرم صحيحا من الناحية القانونية ومرتبيا لجميع آثاره أم لا، وفيه تحدد ما هي حقوق والتزام الأطراف المتعاقدة، ميرزين في الفصل الأول ماهيتها كأسلوب تمويلي وتعاقدي في إنجاز المرافق العامة وتسييرها، وفي الفصل الثاني النظام القانوني لتنفيذ عقود البوت.

تناولنا في الباب الثاني أساليب تسوية منازعات عقود البوت التي تتسم بالتنوع، فقد تنظر من القضاء الوطني للدولة المضيفة، وفي الجزائر الاختصاص موزع بين القضاء الإداري والعادي في نظرها، وهو ما سنتناوله في الفصل الأول، وهناك الطرق البديلة التي يعول عليها لحل المنازعات والتي ندرسها في الفصل الثاني وهي متنوعة ولكل أسلوب خصوصيته ومميزاته، وغالبا ما يتم الاعتماد عليها لحل المنازعات لعدم سرعة القضاء الوطني في الفصل.

:

النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث
في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

تقتضي دراستنا لعقود البوت كطريق مستحدث تعتمد الجزائر في إنشاء وتسيير مرافقها العامة، والذي يعد تحولاً جديداً في أساليب إدارة المرافق العامة فيها إلى جانب إنشائها ابتداء الأمر الغير موجود في عقود الامتياز دراسة النظام القانوني لها، فمتى توافر في الدولة نظام قانوني متكامل يضمن تحقيق توازن بين مصالح شركة المشروع والدولة المضيفة من خلال ضمان استرجاع الأولى لنفقاتها وتحقيق أرباحها وتوافر مبدأ حسن النية في تعاقدها مع الدولة المضيفة... الخ، وحصول الثانية على مرفق عام جيد وفعال يحقق الغرض من إنشائه لأنها مسؤولة عن ضمان توفير الخدمات الأساسية وتشجيع وتطوير مرافقها العامة هذا من جهة، وضمان الخدمة والجودة العالية وحماية المرتفقين من جهة أخرى وهو ما يعني نجاح هذا العقد كأسلوب لإنشاء وتسيير المرافق العامة.

سنقسم دراستنا في هذا الباب لفصلين نتناول في أولهما ماهية عقود البوت كأسلوب تمويلي تعاقدي في إنجاز المرافق العامة وتسييرها، ونتناول في الفصل الثاني النظام القانوني لتنفيذ عقود البوت.

الفصل الأول:

ماهية عقود البوت كأسلوب تمويلي تعاقدى في إنجاز المرافق العامة وتسييرها

كانت الدولة أو أشخاص القانون العام بصفة عامة الطرف المتعاقد في الكثير من مشروعات إنجاز المرافق العامة وغيرها من المصالح الضرورية لأداء نشاطاتها التقليدية، وحتى التي أفرزتها التطورات الحاصلة في تلبية حاجات المواطنين، وكانت تقوم بتمويل عملية الإنجاز هذه من بدايتها لنهايتها، على أن تتولى هي بعد ذلك إدارتها بنفسها أو توكل هذه المهمة لشخص من أشخاص القانون الخاص باختيار أحد عقود تفويض المرافق العامة، وقد ازداد توجه الدول العربية بعد حصولها على الاستقلال لإنجاز مشروعات البنية التحتية بعد تسلمها لمقاييد الحكم فيها، وقد كانت مدفوعة بما حققته عائداتها النفطية بداية السبعينيات،¹ لكن الأمر لم يستمر طويلاً فمع التغيرات التي حصلت في كل الدول على اختلاف درجاتها أدت بها للبحث عن أساليب جديدة تمكنها من ضمان الكفاءة في استخدام مواردها من جهة، وتجاوز ما تعانيه موازناتها العامة من عجز من جهة أخرى، فكانت عقود البوت أهم طريق تم اعتماده.

تعد عقود البوت أحد أحدث الأساليب التعاقدية وكذا التمويلية في إنجاز وتسيير المرافق العامة، في الدول النامية والمتطورة على حد سواء، فهذه العقود تمنح للدول المضيفة إمكانية تلبية حاجات مواطنيها المتطورة نوعاً وكماً ومواكبها، دون أن تحمل ميزانياتها أعباء مالية كبيرة قد تكون هي في الأصل عاجزة عن تحملها، لأن شركة المشروع تتحمل جميع التكاليف المرتبطة بالتنفيذ انطلاقاً من بناء المرفق العام لتزويده بالتكنولوجيا اللازمة للتشغيل، فتحمل تكاليف التشغيل وفي مرحلة لاحقة الصيانة لغاية نقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة.

نقسم دراستنا لماهية عقود البوت كأسلوب تمويلي تعاقدى في إنجاز المرافق العامة وتسييرها، لمبحثين نتناول في أولهما: مفهومها، وفي ثانيهما: طبيعتها القانونية على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم عقود البوت

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البوت

¹ - محمد الجلاي، نصر الدين خير الله، " صناعة البناء والتشييد العربية وتحديات العولمة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد العادي والعشرون، العدد الثاني، 2005، ص 106.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المبحث الأول:

مفهوم عقود البوت

تعتبر عقود البوت من الأساليب الحديثة التي تتوجه لها الدول لإنشاء وتسيير مرافقها العامة، وإنجاز مشروعات البنية التحتية فيها، من خلال القطاع الخاص الذي يتولى هذه المهمة انطلاقاً من عملية البناء للتشغيل وتزويده بالتكنولوجيا اللازمة لذلك، ويتمويله الخاص خلال المرحلتين بما يجنب الدولة إرهاب ميزانياتها العامة¹ لاسيما مع العجز الذي تعانيه،² على أن يسترجع ما أنفقه وهامش ربحه من خلال ما يدفعه جمهور المرتفقين من رسوم، وفي نهاية المدة المحددة في العقد تنقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة.

سنتناول في المطلب الأول تعريف عقود البوت، مبرزين أصل اصطلاح البوت وتطورها التاريخي، والارتباط الموجود بين نشأتها والتطورات الاقتصادية الحاصلة، وبالنظر للتشابه القائم بين عقود البوت وبعض العقود الأخرى على غرار: عقود الامتياز والأشغال العامة والشراكة سنقوم بالتمييز بينهم في المطلب الثاني، كما نبرز مختلف الأشكال التعاقدية التي تأخذها عقود البوت سواء المتعلقة بإقامة مشاريع جديدة أو التي تتعلق بمشاريع قائمة في الأصل في المطلب الثالث على النحو التالي:

المطلب الأول:

عقود البوت وتطورها التاريخي

تستوجب دراستنا لعقود البوت معرفة المقصود بهذا الأسلوب التعاقدي والتمويلي الذي ظهر، وهو ما سنقوم ببيانه في الفرع الأول بإيراد التعاريف الفقهية التي جيء بها لها، وكذا التي أوردتها بعض المنظمات على غرار: اليونيدو ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري، مبرزين تعريفنا المختار، والأهمية التي تترتب على التحول لهذه العقود في إنشاء وتسيير المرافق العامة، كما سنقوم في الفرع الثاني بدراسة تطور مفهوم عقود البوت كالتالي:

¹ - وقد قامت الدول المتقدمة بتطوير مرافقها العامة ومشاريع بنيتها التحتية بما قامت به من مشاريع وبما تتوافر عليه من موارد متاحة، لكن الأمر بالنسبة للدول النامية فهي تحتاج لتطوير كامل وحسب تقديرات البنك الآسيوي للتنمية ستكون هناك حاجة لأكثر من 1 ترليون دولار على مدى العقد المقبل تلبية للاستثمار في مجال البنية التحتية في آسيا، فتتطلب الطاقة والنقل 450 بليون دولار، بعدما يأتي قطاع الاتصالات السلكية واللاسلكية والمياه والنفايات... الخ، وتعد عقود البوت الوسيلة التي تجنب الدول تحمل أعباء تطوير بنيتها التحتية ومرافقها العامة لتحمل القطاع الخاص ذلك.

- S. Mubin, A. Ghaffar, « BOT Contracts: Applicability in Pakistan for Infrastructure development », *Pak J. Engg. & Appl. Sci*, University of Engineering and Technology, Lahore, Vol. 3, Jul 2008, p 33.

² - ZAYED Tarek M, CHANG Luh-Maan, « Prototype Model for Build-Operate-Transfer Risk Assessment », *Journal of management in engineering*, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis, Vol 18, N° 01, p 07.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الفرع الأول:

تعريف عقود البوت

خلافًا للعقود المسماة كلها التي تشير تسمية العقد لنوع العملية موضوع العقد، فإن عقود البوت هي اصطلاح اشتق من الحروف الأولى للعمليات التي يمر بها إنجاز المرفق العام باللغة الإنجليزية كما سنقوم ببيانه، لتصبح بذلك الاسم الذي تعرف به هذه العقود، ومن هنا بدأ الاهتمام بهذا المصطلح ووضعت له العديد من التعاريف الفقهية، كما اهتمت به منظمة اليونيدو ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لأهميته الكبيرة في الواقع العملي، وسنقوم في هذا الفرع بإبراز التعاريف التي وضعت له، ثم نبرز أهمية التحول إليها كأسلوب لإنشاء وتسيير المرافق العامة كالتالي:

أولاً: عقود البوت اصطلاحاً

البوت B.O.T كلمة إنجليزية هي اختصار لثلاث كلمات، البناء Build، التشغيل Operate، ونقل الملكية Transfer،¹ أو Build البناء، Own الامتلاك و Transfer نقل الملكية،² إلا أن هناك اتجاهًا فقهيًا يرى بأن ترجمة عقود B.O.T لبناء وتشغيل ونقل الملكية غير صحيح، والأدق تعبيراً عن مضمون هذه العقود هو تسمية "عقود التشييد والاستغلال والتسليم"، لأن التشييد يشمل عملية البناء التي تقوم بها شركة المشروع، والتي تسبقها أعمال أساسية كدراسات الجدوى الاقتصادية بأنواعها كما سنبينه في دراستنا في الفصل الثاني، ودراسة مخاطر إنجاز المرفق العام ودراسات البيئية وتخطيط الموقع والتصميمات الهندسية... الخ، كما أن اختصار التشغيل غير دقيق على أساس أن شركة المشروع تشغل المرفق العام، وفي نفس الوقت فهي تستثمر فيه لذا يرجح هذا الاتجاه الفقهي استخدام اصطلاح "الإدارة" بدلاً عنه، أما "نقل الملكية" فهو غير صحيح لأن ملكية المشروع منذ البدء للدولة لذا فالأصح اصطلاحاً هو "تحويل الملكية".³

لم تعرف عقود البوت في بادئ الأمر لصعوبة إيجاد تعريف دقيق وشامل لها، والذي يضم في طياته عدداً من العناصر التعاقدية المختلفة،⁴ وقد أوردت العديد من التعريفات الفقهية لعقود البوت نتطرق

¹ - جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002، ص 14.
- طارق بن هلال البوسعيدي، "الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد السادس والثلاثين، أكتوبر 2008، ص 46.
- نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2001، ص 486.
- مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 9.
² - سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشماوي، نظام البناء، التشغيل، نقل الملكية BOT، لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، الدار الجامعية، الاسكندرية، د ط، 2007، ص 1، 2.
³ - محمد أديب الحسيني، "الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT (عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2009، ص 108، 109.
⁴ - إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، د ط، د س، ص 82.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

للبعض منها على النحو التالي:

عرفت منظمة اليونيدو UNIDO¹ عقود البوت بأنها: "اتفاق تعاقدية بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة".²

عرفت عقود البوت أنها: "تعهد من الحكومة أو إحدى الوزارات أو الهيئات التابعة لها إلى مؤسسة خاصة محلية أو أجنبية أو مشتركة، بإتباع وسائل معينة لإنشاء مرفق عام، لإشباع حاجة عامة كالطرق والمطارات والموانئ ومحطات الطاقة وغيرها، وذلك على حساب هذه المؤسسة، ثم تقوم هذه المؤسسة بإدارة المرفق وتؤدي الخدمة للجمهور المستفيد من ذلك لمدة معينة، بشروط محددة تحت إشراف الجهة المتعاقدة ورقابتها، لنقوم بعد ذلك بنقل أصول المرفق أو المشروع للدولة أو الجهة المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله".³

يلاحظ على هذا التعريف أنه حرص على بيان أن ملكية الدولة المضيفة للمشروع تظل قائمة، وهو ما يتفق مع الاتجاه الصحيح في أن يد شركة المشروع على المرفق العام خلال فترة الإنشاء والتشغيل عارضة لا ترقى لمفهوم الملكية بمعناها الصحيح، والتي تعني الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومتى كانت شركة المشروع لا تملك سلطة التصرف في المرفق العام، فلا نكون بصدد ملكية بالمعنى الصحيح.

عرفت عقود البوت أنها: "صور جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية، تستهدف القيام بمشاريع

¹ - UNIDO اختصار لمنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية

² - « A contractual arrangement whereby a private sector entity undertakes the construction, including design and financing, of a given infrastructure facility and the operation and maintenance there of the private sector entity operates the which it is allowed to charge facility over a fixed term during facility users appropriate fees and other charges not exceeding those proposed in its bid incorporated in the project agreement to enable the private sector entity to recover its investment and operating and maintenance expenses in the project, plus a reasonable return thereon. At the end of the fixed term the private sector entity transfers the facility to the government agency or to a new private entity selected through public bidding «

- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 83

- دليل منظمة اليونيدو ص 288.

³ - أمل نجاح البشبيشي، " نظام البناء والتشغيل والتحويل"، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر 2004، السنة الثالثة، ص 4.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ضخمة، تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة من الزمن، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو إدارتها العامة أو مؤسساتها العامة بعد انقضاء المدة المتفق عليها".¹

عرفت عقود البوت أنها: " ذلك النموذج أو الهيكل الذي يتم بمقتضاه استخدام استثمارات القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية للدول، وهي الوظيفة التي كانت تقع على عاتق القطاع العام تاريخياً، وتمويل المشروعات هو حجر الزاوية بالنسبة لنظام BOT".²

عرفت عقود البوت أنها: " تلك المشاريع التي تمنحها الدولة بواسطة الامتياز إلى القطاع الخاص، بهدف إقامة البناء وتشغيل المشروع العائد للبنية التحتية، وذلك لحساب القطاع العام وإدارته ضمن مهلة محددة، بعدها تنتقل ملكية المشروع إلى شخص من القانون العام".³

عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري عقود البوت بأنها: " شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً، أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع".⁴

يعاب على التعريفين السابقين أنه لا يمكن قصر إبرام عقود البوت على مشروعات البنية التحتية فقط، فقد أثبت الواقع العملي أن العديد من المشروعات التي جرى التعاقد على تنفيذها بعقود البوت لا تدخل في إطار مشروعات البنية التحتية، كما هو الحال بالنسبة للمشروعات الترفيهية، مثال ذلك ما قامت به بريطانيا في مجال إنشاء السجون.⁵

عرفت عقود البوت أنها: " تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة، يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الامتياز، على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة في حالة جيدة، بدون مقابل".⁶

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 81.

² - سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 1.

³ - نعيم مغيب، المرجع السابق، ص 486.

⁴ - عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، دط، 2008، ص 13.

- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، دط، 2008، ص 42.

⁵ - ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 2005، ص 22.

⁶ - نفس المرجع، ص 20.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يعاب على هذا التعريف أنه عرف عقود البوت بأنها امتياز تمنحه الدولة أو الحكومة للمستثمر، وهذا أمر مخالف لحقيقة عقود البوت وغير دقيق، لجملة من الأسباب نبرزها في الفرع الموالي في تمييزنا لعقود البوت عن عقود الامتياز.

يمكننا تعريف عقود البوت على أنها: العقد الذي بموجبه تمنح الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة امتيازاً لأحد الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص (طبيعيين أو معنويين)، بمقتضاه تقوم هذه الأخيرة بإنشاء أحد المرافق العامة الضرورية لإشباع حاجات عامة أو تقديم خدمات عمومية، واستغلاله مدة معينة تحت إشرافها ورقابتها، مقابل حصولها على عائدات المرفق طوال هذه المدة، على أن تقوم في نهاية المدة المتفق عليها بتحويل المرفق العام للدولة بحال جيدة، وخالياً من أي أعباء مالية ودون مقابل مالي، ومن ثم فعقود البوت تضمن دعم وتمويل مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة للدولة دون أن تتحمل ميزانيتها أي أعباء مالية.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تعريف عقود البوت يمكن أن يكون فيها التركيز على الطابع الدولي، لأن الغالب في هذه الأخيرة أن تكون عقوداً دولية، وفقاً لأحد المعايير التي سنتعرض لها في المبحث الثاني عند استعراضنا للاتجاه القائل بأن عقود البوت تطور لعقد التزام المرافق العامة، ونحن بصدد دراسة التكيف الفقهي لها، لكن هذا لا ينفى إمكانية أن تكون عقود وطنية المهم أن تكون شركة المشروع قادرة على التمويل، ومن هذا المنطلق لم ندرج هذا في تعريفنا لعقود البوت.

ثانياً: أهمية عقود البوت كتحويل في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- تضمن عقود البوت نقل عبء تمويل إنشاء المرافق العامة ومشروعات البنية التحتية في الدولة من الدولة أو القطاع العام للقطاع الخاص، وهو ما يخفف العبء على مواردها المحدودة، لأن القطاع الخاص هو من سيتحمل كامل التمويل وكل مخاطره، وهو ما يوفر للدولة إمكانية توجيهها للإنفاق للقطاع الاجتماعي الذي ليس له مردود اقتصادي أو أرباح مباشرة، دون اللجوء للاقتراض.¹

- تضمن عقود البوت العمل على خلق فرص عمل جديدة في الدولة المضيفة، لأنه في الغالب ما تعتمد شركة المشروع على الأيدي العاملة فيها، لأنه غالباً ما يتم إدراج هذا الشرط فيها ما لم تنص عليه قوانينها صراحة، وهذا سيؤدي للتغلب على مشكل البطالة ويؤدي لزيادة الدخل القومي.

تضمن عقود البوت نقل التكنولوجيا الحديثة وتطوير الخبرات الفنية وتدريب العاملين في المرافق العامة التي تقوم بإنشائها وتسييرها،² وهو ما سيؤدي لتوفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية لاسيما بالنسبة

¹- ASKAR Mohamed M, GAB-ALLAH Ahmed A, « Problems facing parties involved in Build, Operate, and transport project in Egypt », *Journal of management in engineering*, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis , Vol 18, N° 4, October 2002, p 174.

²- Ibid, p 174.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

للدول النامية.

- عقود البوت تشكل حلاً ناجحاً للجماعات المحلية في تلبيتها للاحتياجاتها ومتطلباتها المتزايدة، دون أن تلجأ لميزانية الدولة لاسيما مع ما تعانيه موازاناتها الخاصة من عجز، وتبعية في التمويل للسلطة المركزية والذي يثقل كاهل الخزينة العامة.¹
- التنمية السريعة للمشاريع التي قد تنتظر طويلاً لإيجاد التمويل اللازم كالمشروعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي مباشر كالتعليم والصحة.
- توفير العملية الأجنبية عن طريق الاتفاق مع شركة المشروع على أن يكون التمويل في الجانب الأكبر منه بالعملة الأجنبية.
- تحسين أداء سوق الأوراق المالية، حيث تلجأ شركة المشروع لمصادر تمويل متعددة منها طرح السندات أو زيادة رأس المال من خلال السوق المحلي.
- تحريك عجلة الاقتصاد عبر تنشيط قطاعاته المختلفة: الخدمية والتمويلية، الصناعية التي سيكون لها أدوار مختلفة أثناء تنفيذ وتشغيل المرفق.
- تملك الدولة لمرفق عام جاهز ومتكامل بعد انتهاء فترة العقد.²
- إدارة المرفق العام المنشأ بواسطة عقود البوت يجنب الدولة مشاكل إدارة المرفق العام، فالواقع العملي أثبت أن إدارتها بأسلوب القطاع العام والإدارة العامة غالباً ما يؤدي لعدم تحقيق النتائج المرجوة.³
- زيادة إشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة يؤدي لسرعة تنفيذها والاقتصاد في التكلفة، لأنها أمور يحرص على تحقيقها أكثر من غيره، ومن جهة أخرى فهي تؤدي لرفع كفاءة تشغيل المرافق العامة ومستوى الخدمات التي تقدمها، لأن القطاع الخاص يتمتع بخبرة مالية وفنية كبيرة، وله مصلحة مباشرة في ذلك ما يؤدي لتوفير الإيرادات على نحو يمكن شركة المشروع من استرجاع ما استثمرته.⁴
- اللجوء لعقود البوت لإنشاء المرافق العامة يضمن تقادي ارتفاع أسعار الفائدة التي تكون السبب وراء إجماع القطاع الخاص عن الاستثمار، وبذلك يضمن تقادي مشكلات ميزان المدفوعات أو الاستنزاف لاحتياطي العملات الأجنبية، وما يترتب على ذلك من تخفيض لقيمة العملة.⁵

¹- أبو بكر أحمد عثمان، " عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد العاشر، العدد الثامن والثلاثين، 2008، ص 357.

- عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، " عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، العدد الأول، 2010، ص 9، 10.

²- أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، مطبعة وزارة الإعلام، د ب ن، الطبعة الأولى، 2006، ص 58، 59.

³- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 55.

⁴- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003، ص 396، 397.

⁵- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 102.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- إنشاء المرافق العامة للدولة وتسييرها بواسطة عقود البوت يبقى من الناحية الإستراتيجية تحت مراقبة الدولة منذ البدء بتنفيذ الأشغال، وحتى أثناء تشغيل المرفق العام وصيانته، لتتأكد من أنه يأتي ثماره في صالحها لاسيما عند انتهاء المدة وانتقال ملكيته لها، ومن ثم فمن واجب المستثمر أن يمكن الدولة في كل وقت من الاطلاع على المرفق ومراقبته.

- يمكن للقطاع الخاص أن يصحح عدم الفعالية التي يتسم بها القطاع العام في مجال إنجاز المرافق العامة وتسييرها، بما يستجيب لطلبات المستهلكين في الكثير من المرافق العامة، لأن الإشكال في الغالب ليس متعلقا بإنشاء المرافق العامة بقدر ما هو متعلق أساسا بجعلها أكثر فعالية، كالتقليل من الهدر مثلا.¹

الفرع الثاني:

تطور مفهوم عقود البوت

تشير دراسة تطور مفهوم عقود البوت العديد من الإشكالات، مردها الاختلاف الكامن وراء ظهور أصل اصطلاح البوت وتطورها، فهناك من ربط بينها وبين تطور عقود الامتياز، وهناك من أرجعها لرئيس الوزراء التركي السابق أوزال... الخ، حتى أن هناك دراسات تشير إلى أن الأسلوب الذي تعتمد عليه عقود البوت في إنشاء وتسيير المرفق العام يرجع لعهد الدولة الرومانية، وهو ما سنقوم ببيانه في دراستنا في هذا الفرع، ولما كان هناك ارتباط وثيق وجودا وعدما بين تطور مفهوم عقود البوت والتطورات الاقتصادية سنقوم بإبراز ذلك على النحو التالي:

أولا: أصل اصطلاح البوت BOT وتطوره

أرجع البعض ظهور عقود البوت لنظام الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول،² لتوفير المياه الصالحة للشرب لباريس،³ لكن جانب آخر منهم قال بأن عقود البوت تختلف عن عقود الامتياز القديمة اختلافا جوهريا كما أنه حديث مقارنة لهذا الأخير، فهو يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرفق موضوع العقد، حيث يكون مجال تدخل الدولة محدودا.

أرجع فقهاء آخرون اصطلاح البوت لرئيس وزراء تركيا سابقا تورغوت أوزال، وذلك بمناسبة تنفيذ

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 149، 150.

² - SHRESTHA Santish Kumar, « Prospects of BOT (Build- Operate- Transfer) projects for infrastructure development in Nepal », *Journal of the Institute of Engineering, Tribhuvan University, Nepal*, Vol 8, N° 1, 2011, p 140.

³ - KUMARASWAMY Mohan M, MORRIS David A, « Build-Operate- Transfer- type procurement in Asian Megaprojets », *Journal of construction engineering and management, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis*, Vol 128, N° 02, March- April 2002, p 93.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

مشروع جسر البوسفور،¹ في مطلع الثمانينات من القرن العشرين، وذلك بمناسبة اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات، في شرحه لإستراتيجيته الجديدة في مجال التنمية الاقتصادية قال أنه سيقوم بإسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية للقطاع الخاص على أساس أن عقود البوت، بالإضافة لخصخصة شركات القطاع العام، وبذلك أصبحت عقود البوت تعبيراً عن النهج الاقتصادي الجديد في تركيا،² إلا أن هناك كتابات ترجع ظهور مصطلح عقود البوت في تركيا لسنة 1980 بمناسبة مشروع محطة توليد الكهرباء.³

بعض الفقهاء يرجعون التجاء الدول لإنشاء المرافق العامة اعتماداً على تمويل القطاع الخاص لعهد الدولة الرومانية، حيث كانت مشاريع الطرق والنوادي تمول من القطاع الخاص، ثم يقوم الممولون بتحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشروعات،⁴ وهناك من يرى بأن عقود البوت هي تطوير لنظم إسلامية ظهرت في صدر الدولة الإسلامية، وأنه صورة من صور الحكر التي استخدمها المسلمون كحكر الإيجاريتين والمرصد نظراً لاتفاق طبيعة الحكر بصوره المتعددة مع عقود البوت في الخصائص الأساسية: كالتمول الخارجي، وكون الممول يقيم المشروع على أرض الجهة طالبة التمويل، وأن الدولة لا تتنازل عن ملكية الأرض وتحقق الإعمار والإئمان في الوقت ذاته ويستفيد الممول من المشروع (الأرض، البناء، الغراس).⁵

أنشأت فرنسا عن طريق عقود البوت امتياز توزيع المياه في باريس ببيريه أخوان سنة 1782 وتلا ذلك العديد من الالتزامات بعد سنة 1830،⁶ كما أنشأت مصر قناة السويس بمنحها سنة 1854 السيد فرديناند دوليسبس حق امتياز حفر قناة السويس لمدة 99 عاماً، والتي افتتحت رسمياً في نوفمبر 1869، وقد تم تأميمها فيما بعد من قبل الرئيس جمال عبد الناصر سنة 1956 لاعتبارات سياسية،⁷ وهو أول مشروع بوت قبل أن يتم إقرار هذا النظام بموجب نص تشريعي من قبل المشرع المصري، وتبعته العديد من المشاريع المتعلقة بعدد من المرافق العامة المصرية من أهمها: شركة سكك حديد الدلتا، وشركة المقطم، وشركة ماركوني للراديو والتلفزيونات... الخ.⁸

¹ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 354.

² - MENHEERE Sebastiaan C. M., POLLALIS Spiro N, Case Studies On Build Operate Transfer, Delft University of Technology, Faculty of Architecture, The Netherlands, 1996, p 06.

³ - SHRESTHA Santish Kumar, Op. cit, p 138.

⁴ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص ص 47، 48.

⁵ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص ص 94، 95.

⁶ - نفس المرجع، ص 48.

⁷ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 35.

⁸ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 93.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ظهرت عقود البوت في و.م.أ مع الثورة الصناعية، حيث كانت الدولة تعهد للخوادم مهمة بناء الطرق وتلزم من يقوم بالمرور على الطرق بدفع رسوم مقابل الاستخدام وصيانة هذه الأخيرة، ولا تزال و.م.أ تأخذ بعقود البوت في تحديث مرافقها العامة، لاسيما الطرق والنوادي في ظل القانون الفدرالي الخاص بالنقل الصادر في 1999/12/18، وهو ما تأكده في الإجراءات التشجيعية لعقود البوت والتي تضمنها قرار الرئيس الأمريكي كلينتون في القرار التنفيذي رقم 12893 الصادر في 28 جانفي 1994.¹ يعد مشروع النفق الرابط كذلك بين إنجلترا وفرنسا وفقا لنظام البوت أحد التجارب الرائدة في بريطانيا، بعد أن أدركت حكومة مارغريت تاتشر أن سياسة التدخل التي تنتهجها الدول للقيام بكافة مشروعات البنية التحتية غير قادرة على الوفاء بكل مطالب بناء الدولة الحديثة، وأن اقتصاد السوق وتحرير التجارة الدولية يتطلبان التوجه نحو استغلال طاقات القطاع الخاص للقيام بذلك، وبلغت نفقات المشروع 20 مليار دولار، تقوم شركة المشروع باستغلال المشروع لمدة 55 سنة وقد ساهمت هذه الأخيرة بنسبة 19% من تكلفة الإنشاء.²

استخدمت ماليزيا أيضا عقود البوت في أكثر من 40 مشروعاً³ على غرار: إقامة مشروعات الإمداد بالمياه النقية، لاسيما مشروع إمداد جزيرة Lang Kawi بالمياه، وعهدت الحكومة لشركتين من القطاع الخاص إقامة المشروع وإدارته وإنتاج 12 مليون غالون مياه نقية في اليوم في الجزيرة. اعتمدت الصين على عقود البوت في إقامة مثلا: محطة توليد الكهرباء بالفحم، ومشروع لمعالجة المياه وتنقيتها في Chengdo وغيرها من المشاريع الكبرى التي عهدت بإنجازها للقطاع الخاص، مقابل حصوله على عوائدها لفترة زمنية معينة، على أن تقوم بعد ذلك هذه الأخيرة بتحويلها لها. لم تكن الدول العربية بمنأى عن عقود البوت، فالكويت تعاقدت لإنشاء العديد من المشاريع بواسطة عقود البوت، منها مشروعات إنشائية وزراعية وكذا سياحية وترفيهية، وهنا قامت شركة المشروعات الحكومية المملوكة للدولة بباية التسعينات التي تعاقدت بنظام البوت لتحويل الواجهة البحرية بالكويت لنظم استثمارية حديثة، وقد انتشرت مشروعات البوت في الكويت بشكل كبير جدا،⁴ كما أن مصر قامت بتطبيقه بشكل واسع، ويرجع أول تعامل لها بعقود البوت لمنتصف التسعينات عندما قامت وزارة الكهرباء المصرية بناء على عوامل داخلية كثيرة: زيادة الطلب على الطاقة الكهربائية والحاجة الملحة

¹ - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 30.

² - نفس المرجع، ص 30.

³ - SHRESTHA Santish Kumar, Op. cit, p 140.

⁴ - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 31، 32.

تشير في هذا الصدد أن هناك من أشار إلى أن بدايات الاعتماد على عقود البوت في الكويت ترجع لسنة 1970، راجع في هذا الصدد: - غرفة تجارة وصناعة الكويت، " التخصيص بنظام البناء والتشغيل والتحويل BOT "، يوم 2016/09/30، الساعة 12:05 =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لمحطات توليد جديدة، وارتفاع المديونية المصرية، ورفض بعض جهات الإقراض الأجنبية منحها قروض لتمويل تنفيذها، لتنفيذها بواسطة عقود البوت وتمويل من القطاع الخاص، ولهذا الغرض قامت مصر بإجراء تعديلات على قوانينها، فمثلاً بموجب تعديل القانون رقم 12 لسنة 1976 أنشأت هيئة كهرباء مصر ثم أصدر مجلس الوزراء القرار رقم 4 لسنة 1998 بشأن محطة كهرباء سيدي كيرير البخارية، وقد اتبعت العديد من الوزارات نفس الطريقة في إنجاز مرافق أخرى على غرار النقل البحري والطرق... الخ.

قامت لبنان باللجوء لإبرام عقود البوت لإنجاز مرافقها العامة ومشروعات البنية التحتية فيها وكانت البداية سنة 1994 عندما قامت بإبرام عقد مع شركة France Telecom International FTMI لتنفيذ وتشغيل مشروع الهاتف النقال لمدة 10 سنوات، كما قامت الدولة اللبنانية ممثلة في المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان في 1996/2/7 بإبرام عقد بوت مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده الكويتية الجنسية لتمويل إنشاء مواقف سيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمدة 15 سنة ثم إعادته بحالة جيدة للدولة.

قامت سوريا باللجوء لعقود البوت لتنفيذ بعض المشروعات الكبرى، على الرغم من غياب أي تنظيم قانوني يحكم هذه العقود، ففي سنة 2001 وقعت عقد بين المؤسسة العامة للاتصالات في سورية وشركة Investcom Global LTD لإنشاء نظام الهاتف النقال GSM، كما قامت الشركة العامة لمرفأ طرطوس في 2005/9/8 بطرح مشروع إنشاء رصيف في مرفأ طرطوس وفقاً لعقود البوت، كما أعلنت الشرطة عن طلب عروض أسعار لمشروع إنشاء واستثمار عدد من الأرصفة بمواصفات فنية في مرفأ طرطوس بعقود البوت، لقد قامت محافظة دمشق سنة 2008 بإبرام عقد البوت مع الشركة السورية القابضة لإنشاء مشروع متكامل في مركز المدينة، يضم مركزاً للمؤتمرات وأبنية مكتبية إدارية مجهزة بأحدث التقنيات وفندق خمس نجوم ومراكز تسوق ودور سينما ومواقف سيارات... الخ.¹

تزايد أهمية المرافق العامة التي يتم إنشاؤها بعقود البوت، راجع للدور الذي يؤديه القطاع الخاص في تمويلها، بعد أن لم يعد تمويلها يتم فقط من قبل الدولة أو أشخاص القانون العام، لاسيما في الدول النامية بسبب العجز الذي تعانيه في ميزانياتها، كما أن عقود البوت توفر العملة الأجنبية والتنمية الاقتصادية والاجتماعية التي تهدف الدولة لتحقيقها، وكذا تعمل على رفع كفاءة التشغيل والخدمات الفنية في المرافق العامة، لذلك هناك توجه كبير في الآونة الأخيرة من قبل الدول لإنشاء المرافق العامة

=http://www.kuwaitchamber.org.kw/echamber/website/index.jsp?pageID=ws_cmsmenu.jsp&fromPublic=yes&language=ar&rootMenu=328&menuID=328

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 98، 103.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ومشروعات البنية التحتية بواسطتها.¹

بدأت فكرة المرفق العام في التطور وأخذت دساتير الدول وتشريعاتها تقبل بفكرة مشاركة القطاع الخاص في إدارة وإنشاء المرافق العامة، وتم تأييد ذلك قضائياً فقد نص قرار صادر عن المحكمة الدستورية العليا في مصر بأنه: لا يوجد أي تعارض بين مشاركة القطاع الخاص بأعمال القطاع العام وبين أحكام الدستور، فالمشاركة بينهما تكريس للقيم التي يدعوا إليها الدستور، وفي مقدمتها الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية، على أساس أن القطاعين العام والخاص شريكان متكاملان، يتولى كل منهما مهامها يكون مؤهلاً لها، فتنص المادة 29 من الدستور المصري في أشكال الملكية التي تتقدمها الملكية العامة ثم الملكية التعاونية والخاصة ما هو إلا توزيع للأدوار فيما بينها، ولا يحول ذلك دون تساندها وخضوعها جميعاً لرقابة الشعب.²

ثانياً: ارتباط تطور عقود البوت بالتطورات الاقتصادية

لقد مر ظهور عقود البوت كعقود تمويلية لإنشاء وتسيير المرافق العامة وإنجاز مشروعات البنية التحتية بمراحل تحت تأثير التطورات الاقتصادية، ويمكننا إيجاز هذه الأخيرة فيما يلي:

1. مرحلة الحرية الاقتصادية

امتدت هذه المرحلة منذ بداية القرن التاسع عشر حتى منتصفه، أين شهدت أوروبا الثورة الصناعية، خلالها تطورت المشروعات الصغيرة التي يتم تمويلها من قبل الأفراد والأسر، كما أن مشروعات البنية التحتية كالسكك الحديدية والغاز.. الخ، الممولة من قبل عدد كبير من مؤسسات صغيرة الحجم تعمل برؤوس أموال صغيرة، وهذه المرحلة شهدت حرية اقتصادية وتمويلاً بالكامل للبنية التحتية من قبل القطاع الخاص لاسيما في بريطانيا.³

2. مرحلة تنظيم وتقنين البنية الأساسية

امتدت هذه المرحلة من منتصف القرن التاسع عشر حتى الحرب العالمية الثانية، وشهدت ازدهاراً في مشروعات البنية الأساسية بشكل كبير، وخلالها انتشرت السكك الحديدية وطرق المواصلات والمطارات، وبدأ استخدام الطاقة الكهربائية يتوسع بشكل كبير عبر مختلف الدول في العالم، وهنا بدأت تتبلور لكل دولة فكرة الأهمية الكبيرة التي تؤديها المرافق العامة في الدولة، وارتباطها طردياً بتطورها الاقتصادي، ومع هذه التطورات الحاصلة في المجال الاقتصادي كانت الدولة تتنبه لما يمكن أن يجر

¹ - ناصر خليل جلال، "عقود البوت بين القانون الخاص والقانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات بحث مقارن"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، الإمارات العربية المتحدة، يومي 19، 21 أبريل 2010، ص 16.

² - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 100، 101.

³ - نفس المرجع، ص 95.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

على تحكم القطاع الخاص في إنجاز هذه المرافق العامة من احتكار، وهو ما سيجعل منهم المتحكمين في الأسعار وسيسعون لتحقيق الأرباح بأي شكل على حساب المنتفعين.

هنا سعت كل الدول لضبط نصوصها القانونية التي تنظم مجال مشاركة القطاع الخاص سعياً منها لحماية المرتفقين أولاً، ثم العمل على توجيه المرافق العامة والقطاع الخاص لما يخدم مصالحها واقتصادها الوطني، ولضمان مساهمة المستثمرين بشكل فعال عمدت الدول لإعادة النظر في قوانين الاستثمار الخاصة بها لتحفيزهم على غرار منحهم الأراضي وإعفاءات ضريبية... الخ، لذا انتشرت مشروعات كبيرة تعد قناة السويس في مصر أحدها، كما انتشرت فيها أيضاً السكك الحديدية وبدأ استخدامها سنة 1851، وانتشرت في المغرب العربي ووصلت للمشرق الذي كان تحت السيطرة العثمانية من خلال عقود الامتياز، وفي القرن العشرين كانت معظم الدول العربية مستعمرة من دول أوروبية، ولخدمة اقتصادها ربطت اقتصادها باقتصاد الدول النامية وقامت بإنشاء المرافق العامة اللازمة لذلك.

لقد كان التمويل يتم من قبل القطاع الخاص، وما كان تدخل الدولة إلا لضبط ذلك من خلال إصدار القوانين التي من خلالها تضمن تحديداً للأسعار ومنع عمليات الاحتكار... الخ، وهو ما يضمن الحماية للمستهلكين.¹

3. تأميم البنية التحتية وزيادة التدخل الحكومي

خلال العقود الماضية كانت الدول العربية تعمل على توسيع قطاعها العام بشكل كبير، بعد أن كانت ثروتها قبل استقلالها ملكاً لشركات أجنبية، لذا قامت مع استقلالها بتأميمها أو شرائها لتصبح ملكية عامة للدولة، وقطاعات اقتصادية حيوية بالنظر للدور الهام الذي تؤديه في الاقتصاد الوطني، وقد مس التأميم مشاريع تقود التنمية الاقتصادية إلى أن أصبحت غير قادرة على ذلك ويمكن إرجاع ذلك للأسباب التالية:

- تطبيق المفاهيم الاشتراكية التي لا يشكل عامل الربح أساساً لها بالنسبة للمؤسسات العامة الاقتصادية، بقدر ما هو مهتم بالتشغيل الكامل للعنصر البشري بغض النظر عن إنتاجية هذا التشغيل.
- تعقد إجراءات إدارة النشاط الاقتصادي وعدم مجارات التطورات الحاصلة.
- انعدام الحافز الشخصي لدى العاملين في الوحدات الاقتصادية العامة، لانعدام التمييز بين الكفاءات وغيرهم تحت مبدأ المساواة وهو ما أثر بشكل سلبي لانخفاض المنافسة.
- زيادة التكاليف الثابتة بشكل كبير وهو ما انعكس بدوره على ارتفاع أسعار الإنتاج.²

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 96، 97.
² - أنطوان الناشف، الخصخصة (التخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2000، ص 101.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

نتيجة لذلك قامت معظم الدول بتأسيس شركات ومؤسسات وطنية تعرف بالقطاع العام أوكلته مهمة المساهمة في بناء وتشغيل المرافق العامة خلال هذه الفترة، وكان تمويل عملية التنمية كاملا من ميزانية الدولة وما ساعد على ذلك النظريات الاشتراكية التي كانت سائدة تلك الفترة،¹ واتبعت غالبية الدول خلال هذه المرحلة على غرار مصر أسلوبا للتخطيط يقترب للمركزية، وأصبحت الدولة هي المسؤولة عن تنمية الناتج وتوظيفه داخليا على المستوى الكلي.²

4. العودة لمشاركة القطاع الخاص

نتيجة لظروف خارجية وداخلية لا يتسع لذكرها مجال دراستنا، كان لزاما على الدولة التدخل في كل المجالات بما فيها المجال الاقتصادي والاجتماعي وهو ما زاد من أعبائها المالية وهو ما دفعها لتغيير النهج الذي اتبعته حتى يكون ذلك منسجما مع المبادئ الاقتصادية الحديثة والسائدة على غرار:

■ مبدأ الزبائنية: الذي يقوم على حفظ حقوق المواطنين اتجاه الدولة والشركات عامة كانت أو خاصة وحقه في النوعية والأمان في جميع مجالات الخدمات والمنتجات.

■ مبدأ تقليص القيود القانونية: بموجبه تعمل الدول على تقليص قيودها القانونية بما يسمح بالمبادرات الفردية التي تساهم في تحقيق المصلحة العامة، وهو ما يساهم في فتح مجال المنافسة الداخلية والعالمية، وهو ما يفتح المجال واسعا أمام حصول المواطنين على الخدمات بأفضل شكل وبأفضل الأسعار، وكانت بداية هذا المبدأ بـ و.م.أ في مرافق الاتصالات والطيران والمصارف في أواخر الثمانينات وامتدت بعد ذلك لكل من اليابان وفرنسا وغيرها من الدول.

■ مبدأ العالمية: وهو ما حول اقتصاد العالم لسوق اقتصادية واحدة حيث الشركات الكبرى تعامل الأسواق العالمية كلها على أنها وحدة إنتاجية وتسويقية تكاد تكون واحدة.³

يمكننا إرجاع بداية هذه المرحلة للثمانينات والتي فيه اتسع مجال مساهمة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة لاسيما المتعلقة: بالصرف الصحي والطاقة الكهربائية والمياه والنقل والاتصالات... الخ، لاسيما مع بروز الخصخصة التي ترجع في ظهورها لـ و.م.أ والتي بدأت فيها عملية إعادة الهيكلة في السبعينات، وانتقلت لبريطانيا ونيوزيلاندا خلال الثمانينات،⁴ وهذا من منطلق أن على الدولة في المفهوم الاقتصادي الحديث أن توجه اهتمامها للأمور المهمة كالسياسة والإدارة والمجالات الأمنية والاجتماعية المرتبطة بسياساتها، فيما عدا ذلك يمكن أن يقوم به القطاع الخاص في إطار القوانين التي تضعها الدولة

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 98.

² - عبد الرحمن يسري أحمد، قضايا اقتصادية معاصرة، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2000، ص 19.

³ - أنطوان الناشف، المرجع السابق، ص ص 48، 49.

⁴ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 98، 99.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لذلك،¹ وهنا انتشرت عقود البوت التي هي في الأصل ذات نشأة أنجلوسكسونية بشكل كبير. لتفادي مشكل هيمنة القطاع الخاص على السوق من المسيرين الخواص للمرافق العامة، قامت الدول بإنشاء هيئات كلفتها بمهمة ضبط استغلال المرافق العامة المفتوحة على المنافسة تكون مستقلة عن الأعران الاقتصاديين المسيرين للمرافق العامة وهي السلطات الإدارية المستقلة، ففي الجزائر على سبيل المثال ظهر مصطلح الضبط الاقتصادي تزامنا مع انسحاب الدولة من القطاع الاقتصادي وفتح المرافق التقليدية للمنافسة: كالمواصلات السلكية واللاسلكية والغاز... الخ، واقترن بظهور الهيئات المكلفة بالضبط،² وهذا يعني أن انسحاب الدولة من الحياة الاقتصادية لصالح القطاع الخاص لا يعني تخليها عن دورها في تنظيم المجال الاقتصادي، لكن الحاصل هو تغير فقط في آليات تدخل الدولة بالإشراف والرقابة من خلال الأعران الاقتصاديين في مختلف أنشطة الإنتاج والتوزيع.

خلال هذه المرحلة بدأت تظهر عقود البوت في مختلف الدول العربية أيضا، في العديد من المرافق على غرار مرفق المياه مثلا، ففي مصر بعد ما شهدته من مشاكل في إدارة مياه الشرب (النوعية/ مدى كفايتها للمواطنين) فتحت المجال للقطاع الخاص لإقامة مشروعات للري مصرية،³ وفي مجال معالجة المياه العادمة مثلا قامت الأردن بإبرام عقد البوت لإنشاء محطة خربة السمرة لمعالجة المياه العادمة بهدف الحصول على تمويل من القطاع الخاص ومشاركته في تحمل المخاطر المالية والفنية المترتبة على المشروع، انطلاقا من تصميم وبناء وتشغيل محطة التنقية هذه، وكذلك تشغيل محطات رفع ومعالجة أولية وخطوط ناقلة لمدة 22 سنة على أن تعاد ملكية المحطة للقطاع العام بعد 25 سنة، لقد بلغت تكلفة المشروع 179 مليون دولار أمريكي ساهمت الأردن فيه بـ 75 مليون دولار أمريكي لتخفيض كلفة المعالجة ووقع الاختيار على اتحاد شركات أمريكية وفرنسية للتنفيذ،⁴ في مجالات أخرى نجد مثلا: أن المملكة العربية السعودية قامت بإبرام عقد BOT مع شركة بن لادن لتوسعة مطار الملك عبد العزيز الخاص بالحج والعمرة بمبلغ 315 مليون دولار.⁵

¹ - هيثم عبد القادر الجنابي، " اتجاهات وطرق تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة"، المجلة العراقية للعلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة المستنصرية، السنة السابعة، العدد التاسع عشر، 2009، ص 2.

² - عيساوي عز الدين، " جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة"، بحث مقدم للمشاركة في الملتقى الوطني الموسوم بـ: "أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الاقتصادية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، يومي 30 و31 ديسمبر 2011، ص 102.

³ - نوار جليل هاشم، " خصخصة المياه في الدول العربية (الواقع والآفاق)"، المجلة العراقية للعلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة المستنصرية، السنة السادسة، العدد الثامن عشر، 2008، ص 5.

⁴ - نفس المرجع، ص 9.

⁵ - حبيب الله محمد التركستاني، " الشراكة الإستراتيجية في الاستثمار بين الحكومة والقطاع الخاص: دراسة تطبيقية على المدن الاقتصادية"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الموسوم بـ: نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، المنعقد بالرياض، المملكة العربية السعودية، أيام 4/1 نوفمبر 2009، ص 6.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المطلب الثاني:

تمييز عقود البوت عن ما يشابهها

تتشابه عقود البوت على الرغم من كونها أحد الطرق الحديثة التي ظهرت لإنشاء وتسيير المرافق العامة مع عدد من العقود التي سبقتها في النشأة والظهور على غرار: عقود الامتياز لكون كلاهما يهدفان لأداء خدمة عامة أو إشباع حاجة عامة لجمهور المرتفقين خلال فترة زمنية محددة بواسطة أحد أشخاص القانون الخاص مقابل رسوم يتقاضونها منهم، وهو ما أدى ببعض الفقه لاعتبار عقود البوت صورة مستحدثة لعقود الامتياز التقليدية، وعلى الرغم من ذلك إلا أن هناك اختلافا بينهما، كما أن عقود البوت تتشابه مع عقود الشراكة التي تبرم بين الدولة والقطاع الخاص إلا أنهما مختلفان كما سنقوم ببيانه، كما أن عقود البوت تتشابه مع عقد الأشغال العامة باعتبار أن أول مرحلة في عقد البوت هي بناء المرفق العام إلا أن هذا لا يؤدي لاعتبار عقد البوت عقد أشغال عامة، وسنقوم بتمييز عقود البوت عن هذه العقود على النحو التالي:

الفرع الأول:

تمييز عقود البوت عن عقد الامتياز

تنطلق جميع تعاريف عقود البوت من العناصر المكونة لهذا العقد وهي البناء، التشغيل ونقل الملكية وارتباطه بالمرافق العامة، وباعتبار أن هذه المشاريع قد ترتبط بإدارة واستثمار مرفق عام، وأن غاية الإدارة من العقدين هي واحدة وهي التخلص من أعباء إدارة المرفق وتشغيله، كما أن ملكيته في نهاية العقد تعود للدولة، ومن هنا اعتبر البعض عقود البوت نموذجا متطورا لعقود امتياز المرافق العامة،¹ وحتى أن العديد من التعريفات الفقهية لعقود البوت اعتبرتها عقود امتياز مستحدثة أو جديدة انطلاقا من اتجاه الدولة للاقتصاد الحر، تعهد فيها الدولة للقطاع الخاص بمهمة إنشاء وتشغيل المرفق لمدة من الزمن على أن تعيده للدولة،² إلا أن هناك اختلاف بين العقدين وقبل إبرازنا له يتعين علينا تعريف عقود الامتياز وذلك على النحو التالي:

¹ - والذي تعود نشأته للقانون الفرنسي أواخر القرن التاسع عشر.
- MARCOU Gérard, « Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 03, 1995, p p 472.

² - رياض إلياس جريسات، " عقد الالتزام طبيعته، آثاره، انتهاءه"، مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، عدن، العدد السادس عشر، 2010، ص 190.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أولاً: تعريف عقد الامتياز

عرف عقد الامتياز (التزام) المرافق العامة أنه: "عقد إداري يتم بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص (الفرد أو الشركة) يتعهد بمقتضاه الملتزم بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقاً للشروط الموضوعة له، مقابل التصريح باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، ويكون الاستغلال في صورة التصريح للملتزم بتحصيل أجر أو رسم من المنتفعين".¹

يعاب على هذا التعريف عدم توضيحه لمجال مسؤولية الملتزم، والتي يقصد بها أن صاحب الامتياز يقوم بإدارة المرفق العام بواسطة عماله وأمواله ويتحمل كذلك ما يترتب من نتائج عن إدارته.²

عرف عقد الامتياز أنه: "عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية وبعماله، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها المحلية وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور عن طريق إدارة مرفق عام اقتصادي لمدة محددة من الزمن مقابل رسوم يحصلها من المنتفعين بالمرفق".³

عرف عقد الامتياز أنه: "عمل إداري تعاقدي، وحسب ما يكون للعمل الإداري أو العقد دور العامل الأساسي في الامتياز الممنوح، يختلف الحق ولا يوجد حق بكل ما للكلمة من معنى إلا إذا وجد عقد" فالعمل الإداري لا ينتج عنه إلا إذن، ويبقى الإذن قابلاً للرجوع فيه دون تعويض، فالإدارة لا تتصرف عملاً بمبادئ العقد العادي ولكن من منطلق سيادتها في ممارسة أعمال السلطة كدولة كان عليها القيام بموضوع الامتياز أصلاً،⁴ ولكن الالتزام لا يرد على إدارة المرافق العامة بصفة مطلقة وأياً كانت طبيعتها، وإنما يرد بالضبط على المرافق ذات الطابع الصناعي والتجاري (المرافق الاقتصادية) لاستنزام هذه الأخيرة لحسن إدارتها أسلوباً مغايراً لأسلوب إدارة المرافق الإدارية.⁵

من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أن الامتياز يقوم على فكرتين أساسيتين:

- المرفق العام الذي يدار بواسطة الامتياز يبقى مرفقاً عاماً، فلا تتغير طبيعته بمجرد أن إدارته تتم من شخص من القانون الخاص، ومن الطبيعي أن لا يقبل هذا الأخير إدارته إلا إذا وجد مصلحة في ذلك،⁶
- عقد الامتياز يهدف لتكليف شركة تشغيل المرفق العام، ومن ثم تمنح لهذه الأخيرة حقوق الاستخدام

¹ - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص 51.

² - ألبرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص 98.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات- الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2006، ص 471.

⁴ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 23.

⁵ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ص 472، 473.

⁶ - ألبرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، المرجع السابق، ص 99.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

مقابل حصولها على الرسوم.¹

ثانياً: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقد الامتياز

تختلف عقود البوت عن عقود الامتياز فيما يلي:

1. عقود البوت لا تحمل معنى الشراكة العامة/الخاصة بكل عناصرها خلافا لعقد الامتياز للاعتبارات التالية:

- تغلب المصلحة الخاصة لشركة المشروع في عقود البوت في الغالب على المصلحة العامة.
- شركة المشروع في عقود البوت تتحمل كامل أعباء ومخاطر المشروع، ومن ثم فإن مبدأ التوازن المالي للمشروع² ليس ذا أهمية فيه عكس عقد الامتياز، حيث تبقى مصلحته متوازنة، لكننا نرى أن عقود البوت هي الأخرى خاصة في الدول العربية توجد فيها فكرة التوازن المالي للمشروع على الرغم من أن ذلك من التطبيقات الخاطئة للبوت.

2. الدولة منذ تعاقدها مع شركة المشروع في عقود البوت، لا يمكنها التدخل في عمل المرفق العام، ومتى تدخلت فأى نتائج تحدث من شأنها أن تمنح لشركة المشروع الحق في طلب التعويض، عكس عقد الامتياز فتدخل الدولة لمراقبة كيفية سير المرفق وتوجيه الملاحظات وتوقيع العقوبات عند الحاجة لذلك أحد مميزات هذا العقد حفاظاً على حسن سيرها بانتظام، دون أن يمس ذلك بمبدأ التوازن المالي للعقد.³

3. في عقود الامتياز يكون على الملتزم أداء خدمة عامة للجمهور عن طريق إدارة مرفق عام اقتصادي لمدة محددة من الزمن،⁴ إلا أنه في عقود البوت تقوم شركة المشروع ببناء المرفق العام وتجهيزه لأداء الخدمة بتمويل منها، ثم إدارته لفترة محددة في العقد على أن ينقل بعدها ملكية المرفق للدولة.

4. عقود البوت خلافا لعقود الامتياز تكون فيها شركة المشروع المسؤولة الوحيدة على الأعباء المالية للمرفق ومن يتحمل مخاطره، فلا تحصل هذه الأخير على الدعم المالي من الدولة وحتى ولو وجد دعم مالي فهو يكون ثانوياً، لكن في الدول العربية غالباً ما يتم تجاوزه عملياً.

5. العناصر الثلاثة المكونة لعقود البوت وهي: البناء والتشغيل وتحويل الملكية غير موجودة في عقود الامتياز، فهذه الأخيرة قد لا تطلب إنشاء مرافق عامة، كما أن عنصر تحويل الملكية أيضاً قد يكون غير

¹- MARCOU Gérard, Op. cit, p 472, 774.

²- فكرة التوازن المالي للعقد تقتضي وجود مرونة في التزامات المتعاقد وحقوقه اتجاه الإدارة، بحيث يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد عند تحمل الملتزم لتكاليف مالية غير متوقعة لو كان يعلم بها لما أقدم على التعاقد، وهذا حتى ولو لم يصدر عن جهة الإدارة أي خطأ يستلزم التعويض، وهو من المبادئ الهامة والمكرسة في العقود الإدارية.

- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 2008، ص 584.

- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 51.

³- وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص ص 497، 498.

⁴- محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 471.

- ألبرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، المرجع السابق، ص 98.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

موجود في عقود الامتياز لتخلف عملية البناء لاسيما وإن كانت المنشآت موجودة ومملوكة أصلا للدولة.¹ 6. في عقود البوت لا تساهم الدولة بأي نفقات لإقامة المرفق العام عكس عقود الامتياز، فقد تساهم فيها الدولة في أحيان كثيرة وذلك في عملية تمويل الأشغال المرتبطة بإقامة منشآت عامة ضرورية لإدارة المرافق العام سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

7. عقود البوت تبرز فعالية القطاع الخاص في إنشاء وإدارة المرافق العامة، دون وجود لسيطرة الدولة، في حين أنه في عقود الامتياز يجتمع تدخل الدولة باعتبارها صاحبة السلطة في تنظيم المرفق من جهة ودور القطاع الخاص في الإدارة من جهة أخرى.

8. تعتمد عقود البوت على فكرة نقل الملكية للدولة من شركة المشروع بعد انتهاء المدة المتفق عليها، دون أن يكون لها حق في التعويض كقاعدة عامة، لأن الدولة ستكون ملزمة بدفعه في حالة استخدامها لحقها في تملك المنشآت التي أقامتها شركة المشروع متى حدد ذلك في دفتر الشروط، أما في عقود الامتياز فالدولة تملك حق استرداد منشآتها والمملوكة لها في الأصل.

9. أصول وموجودات المرفق في عقود البوت مملوكة للشركة المشروع طوال مدة العقد، في حين أنها في عقود الامتياز مملوكة للدولة التي لها حق الرقابة والتوجيه لتحقيق أقصى استفادة من المرفق العام.²

10. التعاقد بالبوت يمكن أن يكون بين طرفين كلاهما من القطاع الخاص،³ فقد أثبت الواقع العملي أن العديد من الشركات الخاصة تلجأ لعقود البوت سدا لمشكلة نقص السيولة المالية، في حين أنه في عقود الامتياز فالملتزم دائما يكون من أشخاص القانون الخاص والمتعاقد معه من أشخاص القانون العام.⁴

11. تختلف عقود البوت عن عقود الامتياز فيما ما يترتب عن حالة الطوارئ عند تنفيذ العقد، ففي حالة عقود البوت لا يترتب على هذه الأخيرة تعديل لشروط العقد، لأن عقود البوت لا تجيز ذلك إلا في حدود ضيقة حتى في حال ارتفاع التكاليف تظل شركة المشروع وحدها من يتحمل هذه الزيادة في النفقات الطارئة، عكس عقود الامتياز التي تتحمل الدولة لجانب الملتزم الزيادة في التكاليف عن طريق إجراء تعديلات في شروط تنفيذ العقد.

¹ - وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص ص 57، 58.

² - أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004، ص ص 56، 58.

- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 58.
³ - وهناك العديد من التجارب في هذا الصدد على سبيل المثال: لجأ نادي الصيد المصري بالدقى لإسناد عملية بناء صالة ألعاب البولينغ والبيلياردو لشركة مصرية خاصة لبنائها وتنفيذها بالكامل على أن تؤول ملكيتها للنادي بمضي 10 سنوات تدفع خلالها الشركة للنادي 6 ملايين جنيه مع تخفيض أسعار اللعب لأعضاء النادي، كما أعلن ذات النادي عن مشروع لإنشاء مارب متعددة الطوابق أسفل مصطح أرض النادي وفقا لنظام البوت أيضا.

وفي الغردقة لجأت قرية جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة لطرح إنشاء محطة مياه بنظام التناضح العكسي طاقة 500م³/يوم قابلة للزيادة للتعاقد بواسطة عقود البوت، والنماذج في هذا الصدد كثيرة لا تعد ولا تحصى.

⁴ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 25.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

12. في عقود الامتياز المنتفع هو المستهلك الذي يستفيد من خدمات المرفق العام، في حين أنه في عقود البوت يختلف المنتفع فقد يكون المستهلك إذا كان العقد المبرم قد تم في إطار مهمة مرفقية، في حين لو كان موضوعه فقط تشييد المنشآت وإدارتها وصيانتها ففي هذه الحالة تكون الدولة المنتفع الوحيد منه.
13. في عقود الامتياز يمتلك صاحب الامتياز دون غيره جميع الصلاحيات والإمكانات المالية والإدارية والتقنية اللازمة لتسيير المرفق العام، أما في عقود البوت وباعتبارها تقوم على سلسلة من العقود فهذا سيؤدي لتوزيع الصلاحيات والإمكانات عليهم جميعا حسب مهمة كل منهم.¹

الفرع الثاني:

تمييز عقود البوت عن عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص PPP

تعد عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص PPP على غرار عقود البوت من الأنظمة الحديثة التي تبرز فكرة مشاركة القطاع الخاص في مشروعات الدولة وتخفيف الأعباء المالية عن ميزانياتها العامة في كل من الدول النامية والمتطورة على حد سواء، وهي الآن في فرنسا الآلية التي من خلالها يتم إدخال المرونة لعلاقاتها التعاقدية العامة، وتشجيع التعاقد بين القطاعين العام والخاص من أجل تطوير مرافقها العامة،² وقبل تمييز عقود البوت عن هذا النوع من العقود نقوم بتعريفها وإبراز نشأتها أولا، وذلك على النحو التالي:

أولا: تعريف عقود الشراكة PPP

عرفت الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص بأنها: "عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة تتعلق بتمويل مشروع من مشروعات المرفق العام وإدارتها واستغلالها وتشغيلها وصيانتها تبعا لذلك، طوال مدة العقد مقابل جعل مادي تدفعه إليه جهة الإدارة بشكل متتالي طوال مدة العقد."

عرفت عقود الشراكة بأنها: "نوع من المؤازرة والتعاون بين القطاع الخاص الذي يقوم في الأساس على بتمويل المشروع المتعلق بالمرفق العام واستغلاله وإدارته وترد جهة الإدارة هذه الكلفة عن طريق المبالغ التي تدفعها له مقابل الحصول على عوض مالي يأخذ صورة إيجار يرتبط أحيانا بطبيعة الاستثمار والإنشاءات التي يقيمها المتعاقد وما يبذله من غاية لإنجازها."³

¹- وليد حيدر جابر، المرجع السابق، ص ص 497، 499.

²-APELBAUM Raphaël, « Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger », *AJDA*, édition Dalloz, Paris, N° 32, 2004, p 1759.

³- محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص 176.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عرفها LIGNIÈRE Paul بأنها: "تعاون حول مشروع مشترك للدولة وأحد فروعها من جهة مع شركات خاصة من جهة أخرى".¹

يعاب على التعاريف السابقة أنها لم تحدد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة، وهي كونها من العقود الإدارية، لتوافرها على خصائص العقود الإدارية وتعلقها أساسا بالمرافق العامة.² عرف عقود الشراكة أيضا أنها: "عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام وإدارتها واستغلالها وصيانتها طوال مدة العقد المحددة في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية".³

حقوق الملكية الفكرية ليست محلا لعقود الشراكة، بل إنشاء المرفق العام وإدارته واستغلاله هو الهدف الرئيسي، لكن ليس هناك مانع من أن تتولد بمناسبة تنفيذ هذا النوع من العقود حقوق ملكية فكرية باعتبارها من عقود نقل التكنولوجيا لاسيما في الدول النامية، والعقد هو من يحدد مضمون الحقوق التي ستؤول لجهة الإدارة المتعاقدة أو المتعاقد.⁴

يعد هذا العقد أحد الصور المستحدثة في القانون الإداري الاقتصادي، ويسمى في القانون الإنجليزي

بـ Private Finance Initiative (PFI)، وفي القانون الفرنسي بـ Partenariat Public Prive (PPP).

ثانيا: نشأة عقود الشراكة PPP

نشأت عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص في ظل القانون الإنجليزي في تسعينات القرن

الماضي، تحت تسمية PFI (Private Finance Initiative)،⁵ وهناك من يرجعها لسنة 1992 بناء على

¹ - LICHÈRE François, « Les Contrats de Partenariat », RDP, LGDJ, Paris, N° 06, Novembre- Décembre 2004, p 1551.

² - En France, Adoptée sur le fondement de la loi N° 2003-591 du 2 Juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, l'ordonnance N° 2004-559 du 17 Juin 2004 définit les contrats de partenariat comme des contrats administratifs par les quels la personne publique confie à un tiers, pour une durée 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.

- S A , « Les Contrats de Partenariat et les Autoroutes : Quel Avenir Commun », RLC, LAMY SA, Paris, N° 01, Novembre 2004- Janvier 2005, p 142.

³ - رجب محمود طاجن، حقوق الملكية الفكرية للأشخاص المعنوية العامة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2008، ص 112.

⁴ - نفس المرجع، ص 109.

⁵ - حماده عبد الرزاق حماده، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2013، ص 104.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

اقترح الوزير Lord Iamson وظهرت في و.م.أ سنوات 1970 في التنمية الحضرية،¹ ثم انتقلت بعده للقانون الفرنسي باعتباره نظاما مخففا للأعباء المالية على موازنات الدولة لاسيما مع ما تعانيه هذه الأخيرة من عجز، وهو ما جعل هذه الدول تجد في عقود الشراكة عوناً لتمويل مشروعات البنية الأساسية وغيرها من مشروعات المرافق العامة، وبدأ تطبيقها في فرنسا سنة 1992 بعد أن قامت الدولة بإلغاء القواعد القانونية التي كانت سارية سنة 1989 والتي جعلت العبء الأكبر في تمويل مشروعات الإنشاءات العامة للأموال العامة.

في المملكة المتحدة كان مجال الصحة الدافع وراء الإسراع في تطبيق نظام PFI، وقد أنشأت في ظل حكومة حزب العمال العديد من المؤسسات الإدارية في مجال عقود الشراكة على غرار Partnerships UK سنة 2000 ويمتلك فيها القطاع الحكومي نسبة 49% من رأسمالها بينما يمتلك القطاع الخاص نسبة 51% من رأس المال، وتضطلع هذه الأخيرة بدور التمويل للمشاركة برأس المال في المرافق الإنشائية التي يتم الموافقة عليها لتنفيذ مشاركة بين القطاع الخاص والحكومة، كما أنها تدخل كطرف متعاقد يتحمل كافة حقوق والتزامات المتعاقدين مع الإدارة،² بالنسبة لفرنسا تتولى مؤسسة La Mission d'arrui (MAPPP)a المساعدة على تفعيل تطبيق عقود الشراكة، وهي من الهيئات التابعة لوزارة الاقتصاد والمالية مكلفة بتقديم الخبرة في مجال عقود الشراكة مثل: مساعدة الأشخاص المعنوية العامة في المراحل التمهيديّة والمفاوضة والمتابعة في تنفيذ العقود، كما تقوم بتقديم المساعدة في مجال إعداد العقود ودفاتر الشروط.

في هذا الصدد أنشأت مصر بوزارة المالية وحدة تسمى PPP Control Unit تتولى مسؤولية شراكة القطاع العام مع الخاص وبدأ نشاطها سنة 2006.³

وقد كان وراء انتشار عقود الشراكة ثلاث أسباب رئيسية يمكننا إجمالها فيما يلي:

- **السبب الاقتصادي:** كفاءة استخدام المخزون الرأسمالي في إنتاج الحاجات العامة، والذي تعاني الدولة فيه من الوصول لمستوى مقبول فيه، وعملياً القطاع الخاص أكثر كفاءة في استخدام الموارد.
- **السبب الاجتماعي:** تحفيزه وزيادته الاستثمار في الرأسمال الاجتماعي الذي من شأنه أن يوسع قاعدة التعليم والتدريب والابتكار.

¹ - LICHÈRE François, Op. cit, p 1551.

² - أنشأت كذلك مؤسسة Public Private Partnerships Programmer سنة 1996، تضطلع بمهمة تقديم العون الفني للإدارات المحلية للمشروعات والمرافق التي تتم بنظام الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

- أنشأت كذلك مؤسسة Project Review Group للتنسيق بين الوزارات التي تبرم عقود PFI لضمان تنفيذ مثل هذه العقود، وتتولى بحث إمكانية التنفيذ الفعلي للإنشاءات المزمع إنشاؤها بهذا النظام.

³ - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 176، 180.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

■ **السبب السياسي:** أنه أداة لاستجابة القيادة لنقد التقليدية في العمل، والتأثير في الجانب الاقتصادي.¹

ثالثا: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقود الشراكة PPP

يعتبر البعض عقود البوت وعقود الشراكة اصطلاحا واحدا،² ويمكننا إرجاع ذلك لأن في كليهما طرفين أحدهما شخص من أشخاص القانون العام وشخص من أشخاص القانون الخاص لتمويل بناء وتشغيل المرفق العام³، وفي كل منهما يتم الاعتماد على تقنيات حديثة في إدارة المرافق العامة، لكن هناك اختلاف بينهما نوجزه كالتالي:

- المتعاقد في عقود البوت يقوم بإنشاء المرفق وتملكه وإدارته ثم نقل ملكيته للدولة في نهاية المدة المحددة، وفي عقود الشراكة PPP تظل ملكية المرفق في يد الدولة مالكة المرفق العام التي تقوم بتسيير الثمن مجزئا للمتعاقد طوال مدة المشروع.⁴

- عقود الشراكة هي في الأساس من عقود التمويل لإنشاء المرافق العامة ذات الكلفة العالية لرفع العبء عن موازنات الدولة وتجنبها اللجوء للاقتراض، بموجبه يقوم المتعاقد بتمويل إنشاء المرفق وتشغيله وصيانته مقابل حصوله على مبالغ مالية دورية من الإدارة، أما عقود البوت فمتعلقة بنظام تعاقدى متكامل منذ بدء التمويل والبناء ثم التشغيل ونقل الملكية للدولة بعد انتهاء المدة المتفق عليهما.

- المقابل الذي تتقاضاه شركة المشروع في عقود البوت يكون من قبل المرتفقين مقابل الخدمة التي يقدمها طوال فترة التشغيل، خلافا لعقود الشراكة PPP التي يكون المقابل الذي يتلقاه المتعاقد هنا سنويا كان أو نصف سنوي حسب العقد المبرم بينهما من قبل الشخص العام.⁵

اللجوء لعقود الشراكة ذو أهمية كبيرة في الواقع العملي، لأنه يحقق توازن بين أمرين متناقضين أساسا هما: الزيادة في الاستثمارات في المرافق العامة من جهة، ومن جهة أخرى فإن ذلك يكون دون زيادة مباشرة في القروض ومن ثم مديونية الدولة، وتلجأ الدولة لعقود الشراكة لإنشاء المرافق العامة وإدارتها وهي من العقود المستحدثة على غرار عقود البوت ويتم اللجوء إليها لإنشاء المشاريع الكبرى

¹ - زياد العسولي، " عقود المشاركة لتجنب الاقتراض الحكومي الربوي (دراسة تحليلية)"، بحث مقدم للمشاركة في الندوة الموسومة بـ " عقود المشاركة (PPP) والتحكيم في منازعاتها" المنعقدة في المنامة مملكة البحرين في أبريل 2008، منشور في مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2008، ص 114.

² - أحمد بوعشيق، " عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الموسوم بـ: نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، المنعقد بالرياض، المملكة العربية السعودية، أيام 4/1 نوفمبر 2009، ص 4.

³ - DELVOLVÉ Pierre, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », RDI, édition Dalloz, Paris, N° 06, 2003, p 481.

-NICINSKI Sophie, « Les Modes de Gestion Du Service Public», AFDA, Dalloz, Paris, 2014, p 168.

⁴ - سمير برهان، " عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي"، بحث مقدم للمشاركة في الندوة الموسومة بـ " عقود المشاركة (PPP) والتحكيم في منازعاتها" المنعقدة في المنامة مملكة البحرين في أبريل 2008، منشور في مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2008، ص 141.

⁵ - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 182، 183.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

والتي لإنشائها لابد من مرور فترة طويلة كما أنها تحمل ميزانية الدولة أعباء مالية تمس ميزانيات السنوات المتلاحقة التي يحتاجها المشروع لإكتماله.

تلجأ الدول لهذا النوع من العقود بدلا من عقود البوت متى رأت أن هذه الأخيرة لن تحقق لها الرقابة الكافية على تنفيذ مشروع إنجاز المرفق العام أو مشروع البنية الأساسية بما يضمن للدولة تحقيق مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

الفرع الثالث:

تمييز عقود البوت عن عقود الأشغال العامة

تتشابه عقود البوت مع عقود الأشغال العامة في أن كليهما من العقود التي يجرى تنفيذها لصالح الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، مقابل الحصول على مقابل متفق عليه في العقد المبرم بينهما، على أن الاختلاف بينهما يظهر في كون المقابل الذي تأخذه شركة المشروع في عقود البوت كما سيتم بيانه في جزء لاحق من هذه الدراسة هي رسوم يدفعها المرتفقون ولفترة زمنية محددة في العقد، أما في عقود الأشغال العامة فيأخذ شكل ثمن محدد ابتداء في العقد المبرم بين الطرفين.

كما يظهر التشابه بين العقدين أيضا في عملية البناء الموجودة فيهما إلا أن لها خصوصية في عقود البوت، ولما كانت عقود البوت في الغالب عقودا دولية يتشابه العقدين في الطابع الدولي، وعلى الرغم من أوجه التشابه الموجودة بينهما إلا أن هناك اختلافا بينهما نبرزه بعد استعراضنا لتعريفها، على النحو التالي:

أولا: تعريف عقد الأشغال العامة

عرف عقد الأشغال العامة على أنه: "عقد يجري بين الإدارة من جهة والمقاول من جهة أخرى، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل يتناول أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في المباني أو المنشآت القائمة على عقار، أو شق الطرق وسواها، وذلك لحساب شخص معنوي عام، مقابل بدل معين في العقد".¹

عرف أيضا أنه: "اتفاق يتم بين الإدارة وشخص هو في الغالب أحد المقاولين، وذلك بتنفيذ عمل معين كالقيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب الإدارة وذلك من أجل المنفعة العامة مقابل مبلغ نقدي يدفع إليه حسب الأسس الموضحة في العقد".²

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 45.
² - عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003، ص 119.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يلاحظ على هذا التعريف أنه قد أغفل عمليات أخرى تتم بموجب عقد الأشغال العامة وهي عمليات التأهيل والهدم لمنشأة سواء كان الهدم كلياً أو جزئياً، ومن خلال التعريف السابق يمكننا استنتاج الشروط الواجبة التوافر لتكون بصدد عقد أشغال عامة وهي: أن ينصب العقد على عقار، أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، وأن يهدف العقد لتحقيق المنفعة العامة،¹ وحتى نكون بصدد عقد أشغال عامة دولية يتعين توافر شرط آخر وهو صفة الدولية.

من خلال التعريفين السابقين يتضح لنا أن الشبه بين عقود البوت وعقود الأشغال العامة متعلقة بالأعمال التي تقوم بها الأطراف المتعاقدة فيها، وهي بناء المرفق العام في عقود البوت أو أي بناء آخر في عقود الأشغال العامة، إلا أن نطاق عقود الأشغال العامة أوسع بكثير من عقود البوت حيث أن قانون الصفقات العمومية ألزم إبرام صفقة أشغال عمومية في كل عملية بناء أو تجديد أو صيانة أو تأهيل أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو تدعيم أو هدم لمنشأة أو جزء منها،² في حين أن عقود البوت متعلقة بالبناء فقط، من جهة أخرى تنتهي عقود الأشغال العامة بانتهاء موضوعها سواء كان بناء أو صيانة أو ترميم أو هدم، إلا أن الانتهاء من البناء في عقد البوت يؤدي للانتقال لمرحلة تشغيل المرفق العام.

زاد التشابه والخلط بين عقد الأشغال العامة والبوت بعد التطورات التي أفرزتها الثورة الصناعية، والتي ألزمت أن تكون هناك بنية تحتية متطورة لخدمة هذا التقدم المحرز وذلك من خلال إنشاء محطات للكهرباء وشبكات الاتصالات ومياه الشرب والصرف الصحي وإقامة المطارات... الخ، وهو ما يتطلب تكاليف مرتفعة وكذا تخصيصية في القائمين بها لذا عادة ما تلجأ الدولة من أجل تنفيذ هذه المشروعات للتعاقد مع شركات أجنبية،³ لتطوير بنيتها التحتية وتحديث مرافقها العامة، في إطار ما يسمى بعقود الأشغال العامة الدولية، إلا أن هناك اختلافاً في تسمية هذه الأخيرة فهناك من يطلق عليها اسم عقود الإنشاءات الدولية، وكذا عقود البناء والتشييد الدولية، وعقود التنمية الدولية... الخ، وأرجعوا هذا الاختلاف على الصعيد الفقهي لعدم وجود تنظيم تشريعي لها، وعدم وجود تحديد قانوني لمفهومها وطبيعتها القانونية،⁴ وهذه التعاقدات التي كانت الدول تلجأ إليها لتطوير وتحديث مرافقها العامة مع شركات أجنبية أدت لبروز خلط بين العقدين بسبب الطابع الدولي لهما، وتعلق موضوعهما بالمرافق العامة، إلا أن العقدين مختلفين وقبل إبرازنا لأوجه الاختلاف بصفة عامة نعرف المقصود بعقود الأشغال العامة الدولية على النحو التالي:

¹- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007، ص ص 77، 78.
²- المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقييدات المرفق العام، ج ر عدد 50.
³- بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2011، ص 68.
⁴- شاكركباشي خلف، " مفهوم العقود الدولية للإنشاءات"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد العاشر، 2011، ص ص 171، 172.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عرف عقد الأشغال العامة الدولية بأنه: "العقد الذي يبرم بين شخص معنوي عام ومقال أجنبي بهدف إنجاز أعمال من طبيعة عقارية، وفقا لقواعد خاصة لانتقال التكنولوجيا والأموال من دولة إلى أخرى"¹، عرفت أيضا بأنها: "العقود التي تبرم بين طرف وطني متمثلا بالدولة أو احد أشخاص المعنوية العامة وطرف خاص أجنبي يتعهد بمقتضاها الطرف الأجنبي بتشييد مشروع ما كأعمال البناء أو أعمال الهندسة المدنية أو المنشآت الصناعية الأخرى وما يلحق بها من أعمال مثل تصميم المشروع وتوريد التكنولوجيا في مقابل أجر يتعهد به الطرف الوطني..."².

من خلال التعريفين السابقين يتضح لنا وجه الشبه بين عقود البوت وعقود الأشغال العامة والذي أدى بالعديد من الكتاب لاعتبارهما عقدا واحدا هو الصفة الدولية لكل منهما، لاسيما وأن عقود البوت غالبا ما تقوم بتنفيذها شركات كبرى لأنها من تتولى تمويل مشروع المرفق العام من بدايته لغاية نقل ملكيته للدولة المضيفة، لكن لا يوجد مانع أن تكون عقود داخلية، من جهة أخرى كلا العقدين إداريين لتوافر خصائص العقد الإداري وكلاهما من العقود الزمنية، فعامل الزمن فيهما دور هام لكن في عقود البوت يظهر ذلك بشكل أكبر مقارنة بعقود الأشغال العامة الدولية، لكن على الرغم من هذه التشابهات بين العقدين إلا أن عقود البوت ليست عقود أشغال عامة دولية.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقود الأشغال العامة

يمكننا إجمال الفروق الموجودة بين عقود البوت وعقود الأشغال العامة في النقاط التالية:

- تقتصر مهمة المقاول في عقود الأشغال العامة على إنجاز المشروع فقط لصالح الجهة الإدارية، دون أن يكون للمتعاقد الحق في إدارته وتقديم الخدمات للمنتفعين، فيسلم لهذه الأخيرة المشروع لتديره، ومن ثم تنتهي مهمة المقاول بإنشاء المشروع وتسليمه لجهة الإدارة المتعاقد معها، عكس عقود البوت فشركة المشروع تقوم بالبناء والتشغيل ثم نقل ملكيته للدولة بانتهاء المدة المتفق عليها.³
- المتعاقد في عقود الأشغال العامة يتقاضى مقابل أدائه لخدمته من الدولة في شكل ثمن، في حين أن شركة المشروع في عقود البوت تسترجع ما أنفقتة وهامش أرباحها من المنتفعين مباشرة في شكل رسوم، وفي بعض الأحيان من الدولة بالنسبة للدولة التي تقوم بذلك، مع أنه تطبيق خاطئ لعقود البوت.
- المتعاقد في عقد الأشغال العامة يقوم بتسليم المشروع للإدارة المتعاقدة وهي من تتولى تسييره إذا تعلق الأمر بمرفق عام، على خلاف عقود البوت والتي بمجرد الانتهاء من عملية البناء يتم الانتقال

¹- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 68.

²- شاكرا أكباشي خلف، المرجع السابق، ص 173.

³- إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة BOT (دراسة مقارنة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011، ص 63.
- أحمد رمضان صبيحي الشرايعة، "الطبيعة القانونية لعقود البوت"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 32.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

للمرحلة الموالية وهي تشغيل المرفق العام لمدة معينة يتم تحديدها في العقد.¹

- تختلف عقود البوت عن عقود الأشغال العامة كذلك في المدة، فهذه الأخيرة تتحدد في عقود الأشغال العامة بالوقت الكافي لإنجاز الأشغال المطلوبة، في حين أنها في عقود البوت مرتبطة بما توقعه الطرفان المتعاقدان في دراسات الجدوى من خلال تقديم الخدمات للمرتفقين، وفي الغالب ما تكون هذه الأخيرة لفترة طويلة نسبياً حتى تتمكن شركة المشروع من استرجاع ما أنفقه مع هامش من أرباحها.

على الرغم من الاختلاف القائم بين عقود الأشغال العامة وعقود البوت إلا أن بعض الدول تخطئ بين العقدين وتعتبر امتياز الأشغال العام عقد امتياز مرفق عام كقاعدة عامة، على غرار بعض الاجتهادات القضائية الصادرة مثلاً في لبنان التي اعتبرته امتيازات أشغال عامة، ويختلف كل الاختلاف عن امتياز المرافق العامة،² ولا يحتاج للحصول على تصديق من السلطة التشريعية ولم يصدر بموجب قانون بل يخضع لما يحكم العقود الإدارية،³ وذلك بمناسبة فصل مجلس شوري الدولة في الطعن المقدم بوقف تنفيذ وإبطال القرار رقم 186 المؤرخ في 18/11/1993 الصادر من وزير السياحة والمتعلق باستثمار مرفق جعيتا السياحي، والقرار رقم 6 المؤرخ في 15/2/1995 الصادر عن مجلس الوزراء بتاريخ 15/6/1995 والمتعلق بتمديد مدة الاستثمار لمرفق جعيتا السياحي وفقاً لما جاء في القرار 93/186 وتضمنين المستدعى ضدها (الدولة) الرسوم والنفقات... الخ.⁴

كما اعتبر مجلس شوري الدولة في لبنان أيضاً في قرار آخر صادر عنه في 9/5/1996 أن عقد البوت يختلف كل الاختلاف عن امتياز المرفق العام، ويدخل في إطار عقود امتيازات الأشغال العامة، وفي كل الحالات اعتبرت عقود البوت عقوداً إدارية تبرمها بسطانها وفقاً للقوانين والتنظيمات دون حاجة لإجازة من السلطة التشريعية،⁵ وفي مرحلة لاحقة استقر اجتهاد مجلس الشوري في لبنان على اعتبار عقود البوت عقود امتياز متعلقة باستثمار المرافق العامة، واعتبرها عقوداً إدارية من نوع خاص حيث أنه لا يمكن اعتبارها عقوداً بشكل كامل فهي أعمال مختلطة تتضمن أحكاماً عقديّة وأخرى تنظيمية، فالإدارة المتعاقدة تحتفظ بسلطانها في تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز.⁶

¹ - أمال بولغاب، " عقد البوت (BOT) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد الثالث، جانفي 2013، ص 144.

² - حسب الاجتهاد في لبنان فامتياز الأشغال العامة بشكل عام امتياز مرفق عام يتعهد بموجبه صاحب الامتياز بإنشاء بعض الأشغال الضرورية لتسيير المرفق العام، فمثلاً توزيع المياه يتطلب إنشاء محطات لضخ المياه وتمديداً لشبكات إيصال المياه إلى المشتركين، أما امتياز مرفق النقل العام البري فلا يتطلب إلا بعض الأبنية الضرورية للمرفق العام وهو امتياز مرفق عام دون أشغال عامة. هيام مروة، القانون الإداري الخاص (المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها- الإستملاك- الأشغال العامة- التنظيم المدني)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص 103.

³ - القرار رقم 96.95/585 الصادر عن مجلس شوري الدولة بتاريخ 9/5/1996، الجهة المستدعية: 1. غسان نصير مختار قرية جعيتا 2. نادر بشارة صغير ومنصور يوسف عقيقي وشاكر سلامة، الجهة المستدعية ضدها: الدولة اللبنانية. - أنطوان الناشف، المرجع السابق، ص 414.

⁴ - للإطلاع على حيثيات القضية يرجى الاطلاع على: أنطوان الناشف، المرجع السابق، ص 402 وما بعدها.

⁵ - نفس المرجع، ص 453، 455.

⁶ - ألبيرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، المرجع السابق، ص 121، 122.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المطلب الثالث:

أشكال عقود البوت وتطبيقاتها في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لا تأخذ عقود البوت شكلا واحدا، وتتعدد أشكالها حسب الغايات التي تبتغيها الدولة المضيفة من تعاقدها بهذا العقد، وعلى الرغم من الأشكال العديدة التي تأخذها إلا أنه يمكننا تقسيمها لقسمين، الأول متعلق بإقامة مشروع جديد أي بناء مرفق عام، ومنها ما يتم إبرامه من أجل مرفق عام موجود مسبقا، ولكل عقد منها خصائصه ومميزاته الخاصة، لاسيما فيما يتعلق بنقل مخاطر إنجاز المشروع، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا المطلب بإبراز هذه الأشكال بشكل مفصل في الفرع الأول، وبعد استعراضنا لهذه الأشكال نبرز بعض التطبيقات العملية لعقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة في كل من الجزائر ومصر ولبنان في الفرع الثاني وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

أشكال عقود البوت

تأخذ عقود البوت أشكالا متعددة تختار الدولة المتعاقدة أحدها بحسب ما تبتغيه من العقد، ويمكن تقسيم مختلف الصور التي أحدثت في عقود البوت لقسمين، في الأول تكون العقود التي تبرمها الدولة المضيفة مع شركة المشروع لإنجاز مشروع جديد (بناء المرفق العام)، أي أن شركة المشروع تبدأ من بناء المرفق العام لتشغيله فنقل ملكيته في النهاية للدولة المضيفة وهذا الأمر يمكن أن يأخذ أحد الصور الستة، وعلى الدولة المضيفة إيلاء أهمية بالغة لنوع العقد الذي ستختاره بالنظر للاختلاف الموجود بينها، وفي القسم الثاني تلجأ الدولة المضيفة للتعاقد مع شركة المشروع على مشروع قائم بذاته للقيام بعمليات محددة بحسب العقود التي سنقوم ببيانها، وسنفضل في كل ذلك على النحو التالي:

أولاً: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة¹

يُدرج تحت هذه الفئة العديد من العقود على غرار: عقود البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية، وعقود البناء والتملك والتشغيل، وعقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز، وعقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل، وعقود البناء والتأجير والتحويل، وعقد الإنشاء والتسليم والإدارة، نبرز مضمون كل منها على النحو التالي:

1. عقود البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية BOOT

في هذا النوع من العقود يتولى المستثمر مهام إقامة المشروع وتملكه واستغلاله لفترة محددة، خلالها

¹- تشكل عقود البوت BOT التي هي محل دراستنا أول الأنواع بالنسبة للمشاريع الجديدة.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

تكون عائدات المشروع له، وفي النهاية ينقل ملكية المشروع للطرف الأول دون مقابل أو بمقابل متفق عليه...¹، وتتراوح مدة هذا النوع من العقود ما بين 10 إلى 30 سنة، والهدف الرئيسي من ذلك هو تخفيف العبء المالي عن ميزانية الدولة مع السماح بتطوير هذه المشروعات من خلال ما يملكه القطاع الخاص من كفاءة عالية.²

كثير من الفقهاء لا يفرقون بين عقود BOT,BOOT اعتقاداً منهم بأنهما يؤديان نفس المعنى،³ في حين يرى البعض الآخر وجود فرق بين العقدين يتمثل في تحديد مالك المشروع أثناء مرحلة إنشائه هل هي الدولة صاحبة المشروع؟ أم المستثمر؟ فخاصية التملك هذه لها العديد من الآثار والانعكاسات فيما يتعلق بتمويل المشروع وملائمة الشخص الخاص للتعاقد.⁴

ففي عقود BOOT تكون الملكية لشركة المشروع على أن يقوم بنقلها للدولة بانتهاء المدة المتفق عليها، في حين أنه في عقود BOT الملكية تكون للدولة باعتبار أن المرفق يبني لحسابها وإن كان التمويل من قبل القطاع الخاص وما يتم نقله في نهاية المدة المتفق عليها هو حيازته لا ملكيته،⁵ وهناك إجماع بين الفقهاء في أن تملك المرفق لا يعني تملك للأرض المقام عليها في كلا العقدين، لكنهم اختلفوا حول تملك موجودات المرفق، فذهب اتجاه للقول أن التملك لا يشمل إلا موجودات المرفق أثناء مرحلة الإنشاء، أما في مرحلة التشغيل فالملكية عائدة للدولة، لأن شركة المشروع في مرحلة تشغيله للمرفق يحصل على مقابل لتلك الموجودات، على خلاف مرحلة الإنشاء التي لا يوجد فيها مقابل.⁶

استند البعض الآخر في التمييز بين العقدين لفكرة الرقابة التي يخضع لها المرفق، فقالوا أنه في عقود BOOT لا يخضع المرفق لهيمنة الدولة وإن خضع للرقابة المحدودة، عكس عقود BOT،⁷ غير أن جانباً من الفقه يرى بأن الملكية في عقود BOOT غير صحيحة لأن شركة المشروع لا تملك المرفق إلا ملكية مؤقتة لا دائمة، وهذا غير صحيح للأسباب التالية:

- من الخصائص الرئيسية لحق الملكية أنه حق دائم لا يقبل بطبيعته أن يكون حقاً مؤقتاً، ولا يجوز أن يكون مقترناً بأجل فاسخ أو واقف.
- لا يمكن لشركة المشروع أن يتصرف في المرفق موضوع التعاقد أو رهنه، كما لا يجوز له الحجز

1- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 29.
2- سامي عبيد محمد، "الخصخصة في الاقتصاد العراقي (الإجراءات والمعوقات)"، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة البصرة، المجلد السابع، العدد السابع والعشرون، كانون الأول 2011، ص 48.
3- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 122.
4- عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 15.
5- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 122.
6- جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 21، 22.
7- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 358.
8- أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 53.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

على أصوله... الخ.

- لا يجوز لشركة المشروع أن تخالف ما تم الاتفاق عليه مع الدولة المضيفة من شروط متعلقة بتشغيل المرفق وكيفية استغلاله، ويكون لها خلال فترتي التشييد والاستغلال حق الرقابة والإشراف على المرفق والتأكد من مدى قيام هذه الأخيرة بتنفيذ كامل التزاماتها.¹

2. عقود البناء والتملك والتشغيل BOO

عرف البعض هذا العقد أنه: "أحد أساليب الخصخصة الكاملة ولكن بنفس إجراءات BOT حيث تقوم الحكومة بطرح المشروع للمنافسة من قبل القطاع الخاص ثم تقوم الشركة الفائزة (شركة المشروع) بتملك المرفق وتشغيله على أن تتحمل الشركة كافة المخاطر التجارية ويكون للدولة حق المراقبة والمتابعة، وقد تشترط الدولة شراء نسبة عينة من المشروع وتملكها للسهم الذهبي".²

عرف أيضا بأنه: "شكل من أشكال تمويل المشروعات الخاصة يعني قيام القطاع الخاص بتصميم المشروع وتمويله وبنائه وتشغيله على أن يكون لصاحب الامتياز (شركة المشروع) الحق في بيع جزء من حقوقها عند إتمام انجاز المشروع".³

عرف أيضا أنه: "من العقود التي تتفق الدولة مع المستثمر أو شركة المشروع على إقامة المشروع وتملكه وتشغيله، وبهذا تمتلك شركة المشروع كاملا وفي النهاية يكون لها الحق في التصرف في المشروع دون التزام بإعادته للدولة".⁴

عرفت عقود BOO أيضا بأنها: "العقد الذي تقوم الجهة الإدارية بإبرامه مع إحدى الشركات الخاصة بهدف إقامة مشروع معين وتملكه بواسطة الشركة التي تنوي الإشراف على التشغيل أثناء العقد على أن تتحصل الجهة الإدارية على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع أثناء فترة العقد".⁵

غالبا ما يكون للدولة نسبة في ملكية هذا المشروع، وعادة ما يكون نصيبها عبارة عن الأرض المقام عليها المشروع، وعند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد يتم تجديد العقد أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع أو تعويض الدولة الملاك عن حصص الملكية وفقا لتقييم أصول وخصوم المشروع،⁶ لذلك لا تلجأ الدولة لهذا العقد إلا في نطاق ضيق جدا، كأن تنتهي حاجة الدولة من الاستفادة من المشروع بعد انتهاء الفترة، ومن هذا المنطلق يرى بعض الفقه أن هذا النوع من العقود ليس من أنواع عقود BOT

¹ - وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص ص 62، 63.

² - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 54.

³ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 20.

⁴ - عصام أحمد البهجي، التحكم في عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2008، ص ص 23، 24.

⁵ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 47.

⁶ - عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 17.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

وإنما مجرد شكل من أشكال الخصخصة.¹

لقد أخذت الجزائر في تطبيقات العملية بعقود البناء والتملك والتشغيل BOO في مشروع لتحلية مياه البحر وإنتاج الكهرباء والتي تعدت في ذلك على تكنولوجيا متطورة لتبخير مياه البحر بالاعتماد على نظام تبخير متعدد المراحل لإنتاج الماء المقطر بواسطة ثلاث وحدات لتحلية مياه البحر ذات قدرة 135000 م³ يوميا لكل وحدة وثلاث توربينات بالغاز وثلاثة محركات في شكل مراحل لاستعادة الغاز بقوة وحدائية تقدر بـ 2,736 ميغاواط لإنتاج الكهرباء، ويتولى تنفيذ العقد شركة مشروع وهي شركة ذات أسهم تأسست سنة 2002 برأسمال اجتماعي موزع بنسبة 80% لصالح شركتين عموميتين وطنيتين جزائريتين و 20% لصالح شركة أجنبية متعددة الجنسيات.

دخلت المحطة فعليا في المرحلة التشغيلية أواخر سنة 2005، وبلغ الغلاف المالي لهذا المشروع 400 مليون دولار أمريكي، 80 مليون لوحدة التحلية و320 مليون لمركز الكهرباء ومرآجل استعادة الغاز، وقد تم الاعتماد في تمويل المشروع بنسبة 30% من قيمة المشروع بالأموال الخاصة للمشروع و70% هي قروض بنكية ممنوحة دون ضمانات للمساهمين، فالضمان الوحيد كان التدفقات المالية للمشروع.²

نرى أنه كان من الأنسب الاعتماد على عقود البوت BOT لإنجاز محطة تحلية مياه البحر.

3. عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز BOR

في هذا النوع من العقود يتم التعاقد وبناء المشروع ثم تشغيله للفترة الزمنية المنفق عليها، وغالبا ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المشروع وزيادة عدد المتعاملين مع المشروع وزيادة الرسوم المفروضة وبهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمر لحصوله على فترة زمنية أخرى وذلك لتجديد عقد الامتياز.³

4. عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل DBFO

يتم الاتفاق في هذا النوع من العقود على تصميم المشروع منذ البداية لاسيما عندما يحتاج المشروع لتصميم معين، مثل: تصميم مطار أو ميناء... الخ، ثم بعد ذلك بناء المشروع وفقا للشروط الفنية والتصميمات التي حددتها الدولة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية، وتوفير التمويل اللازم لذلك

¹ - عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 23.
² - سهيل قماز، "تفعيل التأمين الهندسي للإنشاءات المرتبطة بصيغة تمويل المشروعات الكبرى (Project Finance) -دراسة حالة في شركة تأمين المحروقات CASH"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات التأمين، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 01، 2013/2014، ص ص 113، 116.
³ - عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 24.
- عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت BOT، المرجع السابق، ص 25.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لاسيما عندما يحتاج لتمويل مستمر وكاف لحسن إدارته، ثم تشغيله وفقا للضوابط التي تضعها الدولة ليحصل المستثمر على إيرادات المشروع خلال فترة التشغيل، ولا تنتقل ملكية المشروع للدولة بعد نهاية المدة المتفق عليها، لأن هذه الأخيرة تحصل على مقابل منح الامتياز، ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منح امتياز لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر الخاص المالك للمشروع.¹ غالبا ما تقوم الدولة بمساعدة المستثمر في إيجاد التمويل اللازم من أحد البنوك في الدولة أو من البنوك الخارجية وبعد ذلك يتم تشغيل المشروع وفقا للضوابط والمعايير التي تحددها الدولة، وفي الغالب لا تلجأ الدولة لإبرام هذا النوع من العقود إلا في الحالات التي تكون فيه المشروعات ضخمة وتحتاج لتمويل كبير تعجز ميزانيتها عن الوفاء به دفعة واحدة،² ويرى بعض الفقه أن هذا النوع من العقود يعد شكلا من أشكال خصخصة القطاع العام ولا يعد من عقود البوت.³

5. عقود البناء والتأجير والتحويل BLT

عرف هذا العقد أنه: "تلك العقود التي تقوم الدولة فيها بالتعاقد مع القطاع الخاص لبناء مشروع أو مرفق عمومي، وتتولى تأجيره له خلال فترة العقد بعدها تؤول ملكية المشروع إلى الدولة ويحصل المتعاقد على رسوم المشروع مقابل سداد قيمة الإيجار المتفق عليه."⁴

عرف هذا العقد بأنه: "العقد الذي تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد، ثم تؤجره للجهة الحكومية المختصة، التي تقوم إما بتشغيله بنفسها أو عن طريق آخرين"،⁵ ويرى البعض أن الاصطلاح الدقيق لهذا النوع من العقود هو البناء وتأجير الاستغلال والتسليم، حيث أن شركة المشروع لا تملك المرفق حتى يتسنى لها تأجيره لجهة الإدارة.⁶

في هذا النوع من العقود يرى بعض الفقه أن ملكية المشروع والأرض المقام عليها لم تنتقل أصلا من الدولة للشركة المشروع، فهي ثابتة أصلا للدولة منذ بداية المشروع وحتى نهاية المدة، وليس لهذا الأخير سوى حق استغلال المرفق والحصول على مقابل الاستغلال نظير ما أنفقت من أموال على بناء المرفق لأن الدولة لا ترغب في دخول شركة المشروع في علاقة مباشرة مع جمهور المنفعين أو احتكار الخدمة، لهذا تتفق معه على استئجار حق الاستغلال الثابت مقابل مبلغ من المال تؤديه الجهة الإدارية

¹ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 38.

- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 63.

- أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 55.

- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 360، 361.

² - عصام أحمد البهجي، التحكم في عقود البوت BOT، المرجع السابق، ص 23.

³ - مصطفى عبد المحسن الحيشي، الوجيز في عقود البوت BOT، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 17.

⁴ - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 54.

⁵ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 122.

⁶ - مصطفى عبد المحسن الحيشي، المرجع السابق، ص 16.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المتعاقدة له بصفة دورية لغاية استرداد ما قامت شركة المشروع بإنفاقه مع تحقيق هامش ربح معقول.¹

6. عقد الإنشاء والتسليم والإدارة BTO

تقوم شركة المشروع في عقد الإنشاء والتسليم والإدارة بإنشاء المرفق العام ثم بعد انتهائها من هذه المرحلة تقوم بتسليمه للدولة المضيفة مقابل أن تلتزم الدولة بمنحها الحق في إدارة المرفق العام وتشغيله وكذا استغلاله طوال مدة العقد، وهنا تحصل شركة المشروع الإيرادات من المرتفقين، وفي هذا العقد يتم إبرام عقدين بين شركة المشروع والدولة المضيفة، العقد الأول يتضمن إنشاء المرفق العام، وفي العقد الثاني يتم الاتفاق على تشغيل وإدارة المرفق العام، وهذا الفصل الموجود بين العقدين له تأثير كبير على شروط العقد من حيث التمويل، ومدة تنفيذ العقد، وعادة ما يتم اللجوء إلى عقد BTO لإنجاز الفنادق.²

ثانياً: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة

يندرج تحت هذه الفئة العديد من العقود على غرار: عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويل، وعقود الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل، وعقد التجديد والتملك والاستغلال، نبرز مضمون كل منها على النحو التالي:

1. عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويل MOOT

بمقتضى هذا العقد تتعهد شركة المشروع بتجديد أحد المرافق العامة أو مشروعات البنية التحتية الموجودة إما كونها لا تعمل بكفاءة أو بسبب التطور التكنولوجي الذي يجعلها بحاجة لعملية التحديث،³ وفقاً للمقاييس العالمية، وتصبح بعدها مالكة له طيلة فترة العقد لتمكينها من الاقتراض من البنوك والمؤسسات المالية بضمان المشروع،⁴ وتتولى تشغيله لفترة زمنية معينة خلالها تحصل على إيرادات تشغيله وبنهاية المدة تعيد الملكية للدولة دون مقابل.⁵

تجدر الإشارة إلى أنه في الحقيقة شركة المشروع لا تملك المرفق بعد إجراء التحديثات اللازمة عليه، ولكنه فقط تقوم بحيازته واستغلاله، غير أن هذه الحيازة تمكنه من القيام بكل ما هو ضروري لتحقيق أغراض هذا المرفق العام، فيمكنها استبدال الآلات والمعدات الموجودة، غير أنها لا تصبح سنداً للشركة المشروع للقيام بالتصرف في هذه المعدات قبل تركها للمرفق العام،⁶ ويرى البعض أن ملكية المرفق لا تنتقل للشركة المشروع وكل ما ينتقل لها هو ملكية عناصره وموجوداته المنقولة التي أدخلها

¹ - عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 21.

² - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 167.

³ - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 64.

⁵ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 40، جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 22.

- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 48.

⁶ - عصام أحمد البهجي، التحكم في عقود البوت BOT، المرجع السابق، ص 25.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عليه فقط.¹

عادة ما تلجأ الدولة لإبرام هذا النوع من العقود بالنسبة للمرافق التي تحتاج عملية تحديثها لتكنولوجيا وتجهيزات حديثة ومتطورة تتطلب أموالا كبيرة تعجز موازنات الدولة عن تحملها، وهو ما يمكنها من الاستفادة من عودة المرفق العام إليها مزودا بكل التكنولوجيات الحديثة في نهاية العقد دون أن تتحمل ميزانياتها عبء التمويل الكبير والذي قد يدخلها في أزمة القروض التي قد تعجز عن سداها، وفي كل الأحوال نرى أن هذا النوع من العقود لن يكون ذا فائدة ما لم يضمن تدريبا للعمالة المحلية على استخدام هذه الأجهزة والبرامج الحديثة.²

لقد اعتمدت العديد من الدول على عقود MOOT على غرار: العراق في مطار النجف الأشرف والذي كان مطارا عسكريا تابعا لوزارة الدفاع لغاية سنة 2003، وبعد التطورات السياسية الحاصلة بعد هذا التاريخ تم تحويله لمطار مدني دولي، وبموجب العقد المبرم بين شركة العقيق الكويتية ومحافظة النجف الأشرف في 2008/6/7 والذي بموجبه تقوم هذه الأخيرة بتجديد أو تحديث هذا المطار وتزويده بتكنولوجيا متطورة مطابقة للمواصفات العالمية على أن تتولى الشركة إدارة المطار واستغلاله لفترة محددة على أن يتم تدريب الإطارات الوطنية العراقية على كيفية تشغيل المطار...، على أن تقوم الشركة في نهاية المدة المتفق عليها بتسليم المطار بحالة جيدة لمحافظة النجف الأشرف.³

2. عقود الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل LROT

في هذا العقد تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع ما من الدولة لمدة زمنية محددة، ثم تقوم بتجديد وتحديث وتشغيل واستغلال المشروع وبعد انتهاء المدة المحددة للإيجار يقوم بإعادته للجهة المالكة له بحالة جيدة دون مقابل.⁴

عرفت عقود الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل بأنها: "العقد الذي تقوم بموجبه شركة المشروع باستئجار مرفق من مرافق البنية الأساسية القائم فعلا لمدة محددة، ثم تقوم بعملية تجديده وتشغيله وفي نهاية مدة العقد تقوم بإعادته للجهة الإدارية."⁵

من خلال هذا التعريف يتضح أن شركة المشروع لا تكون في أي وقت مالكة للمشروع، فالملكية تظل للدولة وهي تقوم فقط بتأجيره له، حتى أن بعض الفقه ذهب للقول بأن هذا النوع من العقود ليس من عقود البوت وإنما عقد إيجار عادي، مع التزام المستأجر بتجديد المشروع حتى يتمكن من استغلاله

1- وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص 64.

2- محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 163.

3- أحمد سامي مرهون المعموري، "الإطار القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف الدولي (دراسة قانونية تحليلية)"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد الخامس، 2010، ص ص 163، 174.

4- عصام أحمد البيهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 24.

5- أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 359.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

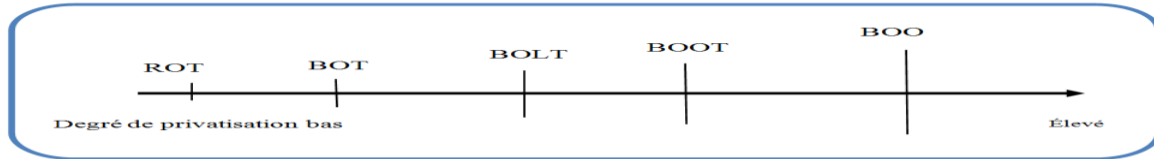
بالشكل الأنسب،¹ وإعادة المشروع لمالكة الأصلي هو بسبب انتهاء مدة الإيجار ومن ثم من غير السليم أن نطلق عليه نقل أو تحويل الملكية.²

3. عقد التجديد والتملك والاستغلال ROO

تتعاقد الدولة في هذا النوع من العقود مع شركة مشروع من أجل القيام بعملية تجديد مرفق عام قائم يحتاج لتجديد وإعادة هيكلته، ثم تجهيزه بكل المعدات والتكنولوجيا اللازمة لتشغيله، ومقابل هذا تقوم شركة المشروع بتملك المرفق العام وتشغيله وتجديده واستغلاله، وتقوم بتحصيل إيراداته ويقوم بدفع إيراداته للدولة في شكل مبلغ متفق عليه مقابل انتقال ملكية المشروع لشركة المشروع، وغالبا ما يتم تقسيط المبلغ على عدة سنوات بحسب كل عقد.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن ملكية المرفق العام بموجب هذا العقد تنتقل لشركة المشروع بعد قيامها بكل التزاماتها بحسب ما هو محدد في العقد، دون أن تعود ملكيته للدولة لذلك يقول بعض الفقهاء بأن هذا العقد ليس من عقود BOT لأنه من صور خصخصة المرافق العامة.³

الشكل رقم 01: يوضح مدى خصوصية المشروع في أشكال عقود البوت



Source: Michel Lyonnet du Moutier, financement sur projet et partenariat public-privé, Ems management & société, France, 2006, p 33

الفرع الثاني:

نماذج من تطبيقات عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة

شهدت عقود البوت انتشارا كبيرا في مختلف دول العالم بغض النظر عن مدى تقدمها كآلية لإنشاء مرافقها العامة وبنيتها التحتية، لتجنيبها الدولة تحمل أعباء مالية كبيرة تثقل موازناتها العامة، بتولي شركة المشروع هذه المهمة بأموالها الخاصة، وتعد الجزائر ومصر ولبنان وغيرهم من الدول التي لجأت لعقود البوت لإنشاء وتسيير مرافقها العامة، مع وجود اختلاف في مدى إنشارها بشكل واسع من دولة لأخرى كما سيتضح من خلال دراستنا لهذه التجارب، وقد ارتأينا أن تكون دراستنا في مجال التجارب لكل من: الجزائر، مصر ولبنان فصل في ذلك على النحو التالي:

¹ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 359.

- عصام أحمد البهجي، عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص 25.

² - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 41.

³ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 164، 165.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أولاً: التجربة الجزائرية في مجال عقود البوت

الجزائر وفي إطار تنفيذ السياسة العامة للمياه افترض البرنامج الطارئ للحكومة المقرر في نهاية سنة 2002 إنجاز 21 وحدة صغيرة للتحلية بسعة 2500 م³ لكل واحدة، بطاقة إجمالية قدرها 57000 م³ من الماء يوميا بتكلفة 80 مليون دولار ممول من ميزانية الدولة التي منحت احتكار التدخل في مجال إنجاز المصانع مصانع تحلية مياه البحر لمتعاملين اثنين: المؤسسة العمومية للجزائرية للمياه والتي تعمل لحساب وزارة الموارد المالية، وشركة المساهمة الجزائرية للطاقة AEC التي تتقاسم أسهمها مع كل من سونطراك وسونلغاز، وقد توصلتا لإبرام عقود شراكة مع شركات أجنبية متخصصة في هذا المجال بصيغة BOO أو BOT¹، من بينها:

- إبرام الجزائرية للمياه تحت وصاية وزارة الموارد المائية عن طريق مناقصة إبرام عقد بصيغة BOT مع الشركة الأمريكية الإسبانية BARNAINYEST/ LEMNA لإنجاز مصنع بسعة 100000 م³ بوهرا. ²

- إبرام الجزائرية للطاقة AEC عقدا بصيغة BOO مع الشركة الأمريكية Black and Veatch والتي انبثق عنها مؤسسة جديدة هي كهرماء KAHRAMA تتدخل في مجال الكهرباء والماء وهي مخولة لإنجاز مصنع أرزيو بسعة 40000 م³ يوميا. ³

- تم إبرام عقد بين ADE/AEC والشركة الأمريكية IONICS لإنجاز مصنع الحامة الجزائر بسعة قدرها 150000 م³/يوم لمليون و 500000 ساكن والذي قدرت تكلفته بـ 210 مليون دولار، وقد تم التعاقد في شكل BOO تساهم فيه ADE/AEC بـ 30% من رأس المال، و 70% من طرف IONICS وإنجاز المصنع واستغلاله يكون من قبل المستثمر الذي يكون مالكا له لمدة 25 سنة ولا تكون الدولة ضامنة للمشروع. ⁴

لقد تم اللجوء لإبرام عقود البوت في مجال الموارد المائية في المشاريع المتعلقة بإنجاز وتسيير محطات تحلية مياه البحر على مرحلتين، في الأولى وهي مرحلة التأهيل المسبق تم اختيار المترشحين المؤهلين وتم جمع آرائهم وتوصياتهم حول ملفات المناقصة والإشكاليات المطروحة في هذا النوع من

¹ - بوهالي نوال، " الجزائرية للمياه مرفق عام"، بحث مقدم استكمالاً لنيل شهادة الماجستير تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2009/2008، ص 80.

² - Document EP Algérienne des eaux, Le dessalement option stratégique et opportunité d'investissement, 2003 , p 4 .

³ -R. Toimer et O.Obeida, « L'option dessalement », *Revue l'économie*, Avril 2002, nouvelle série N° 1, p 30.

⁴ - Document EP Algérienne des eaux, op .cit, p 4 .

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

العقود والمتعلقة بالضمانات¹ والإطار القانوني² وتسعيرة المياه،³ وفي الثانية تم استقبال العروض وتحليلها،⁴ وقد تم إنشاء لجنة متابعة وتنفيذ برامج تحلية مياه البحر بقرار وزاري مشترك ما بين وزارة الموارد المائية ووزارة الطاقة والمناجم، والتي تقوم بما يلي:

- فحص واقتراح برامج النشاطات التي تهدف إلى تطوير تحلية مياه البحر.
- ضمان تنسيق برامج تطوير مشاريع مركبات التحلية والتي أنشأها القطاعين.

هناك توجه من الحكومة الجزائرية لإسناد مهمة تسيير المياه في المدن الكبرى لشركات أجنبية متخصصة، من خلال فتح مناقصات دولية لتسيير المياه في كل من عنابة وقسنطينة ووهران على غرار الجزائر العاصمة التي أسندت مهمة تسيير الشبكة فيها للشركة الفرنسية سويز والتي اندمجت مع مؤسسة غاز فرنسا، وفق عقد أبرمته مع الجزائرية للمياه،⁵ وفي جانفي 2006 وتطبيقا لقانون المياه لسنة 2005 تم إبرام عقد بين الشركة الفرنسية "سويز" و"الجزائرية للمياه" (A.E.D) والديوان الوطني للتطهير (O.N.A) أدرج فيه اتفاق التراضي بقيمة 120 مليون دولار بين شركة سويز ومتعاملها بالجزائر تفويض التسيير على مدى خمس سنوات لتوزيع المياه والتطهير في الجزائر العاصمة على أساس إرشادات ما تضمنه دفتر الشروط.⁶

يتضح لنا من خلال النصوص القانونية أن علاقة الجزائرية للمياه بالدولة هي علاقة وصائية، لكن علاقتها بالجماعات المحلية غير واضحة،⁷ حتى أن هناك تداخل في الاختصاصات، وتعارضاً بينها وبين النص التنظيمي المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، فقد نص المشرع الجزائري في قانون البلدية على أن البلدية هي التي تسهر على سير المصالح العمومية البلدية ولهذا الغرض تضطلع بمهمة إنشاء مصالح عمومية بلدية وهذا قصد التكفل على وجه الخصوص: التزويد بالمياه الصالحة للشرب وصرف المياه المستعملة،⁸ ويتم تسيير هذه المصالح بطرق عدة: مباشرة، أو في شكل مؤسسة عمومية بلدية عن طريق الامتياز أو التفويض،⁹ وفي الحالة الأخيرة يكون تفويض خدمة تزويد المياه التي تهمنا في مجال دراستنا

¹ - الضمانات: متعلقة بضمان استرجاع الاستثمار من طرف الدولة.

² - الإطار القانوني: الفراغ القانوني الموجود حاليا فيما يخص منح صفقات الخدمة العمومية للمياه والذي كان من المفروض التكفل به من خلال وضع إطار قانوني ملائم.

³ - تسعيرة المياه: وهي الأمر الهام بأنه يتعين على الدولة تغطية الفارق الناتج عن تطبيق تسعيرة المستعملين وتسعيرة الإنتاج.

⁴ - بودراف مصطفى، المرجع السابق، ص 71، 72.

⁵ - بوهالي نوال، المرجع السابق، ص 57.

⁶ - غوتي مكاشة، " الشراكة المائية وعقد امتياز المياه في الجزائر"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد الخامس والعشرون، أبريل 2010، ص 122.

⁷ - عدم الوضوح كان موجودا في ظل قانون البلدية والولاية الملغى أيضا، وهو ما يمكن استقراؤه من خلال أحكام المواد 107، 132، 136، 138 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 7 أبريل 1990 المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 15 (ملغى)، والمادة 69 من القانون رقم 09/90 المؤرخ في 7 أبريل 1990، المتضمن قانون الولاية، ج ر عدد 15. (ملغى)

⁸ - المادة 149 من القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 37.

⁹ - المادة 2/150 من نفس القانون.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

من قبل البلدية عن طريق عقد برنامج¹ أو صفقة طلبية حسب الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،² وهنا نطبق قاعدة النص الخاص يقيد العام، لاسيما وأن نص المادة 6/ط من المرسوم المنشئ للجزائرية للمياه نص صراحة على إسناد مهمة تنظيم وتسيير امتياز الخدمة العمومية الممنوحة للأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة لحساب الدولة و/ أو الجماعات المحلية وفق اتفاقية تفويض الخدمة العمومية تبرم على أساس دفتر الشروط العامة المنصوص عليه في المادة 10 منه، ويسعمل في هذا الميدان كهيئة ضبط التسيير المفوض.³

لقد وضعت وزارة الطاقة والمناجم بالتعاون مع وزارة الموارد المائية عن طريق الشركة الجزائرية للطاقة AEC التي تحوز فيها سونطراك على 50% وسونلغاز على 50% برنامجا لإنجاز 13 محطة لتحلية مياه البحر بطاقة إجمالية لإنتاج الماء الشروب تقدر بـ 2,26 مليون م³/اليوم ومن المتوقع أن تنطلق هذه المحطات في الإنتاج في سنة 2013 كآخر أجل، وقد باشرت محطتان مهما العمل وهما محطة الحامة بطاقة 200000 م³/اليوم، ومحطة أرزيو بطاقة 88800 م³/اليوم، وهناك 10 محطات أخرى في طور الإنجاز ومن المتوقع أن تباشر العمل ما بين 2009 و2011.⁴

في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز عبر القنوات أبرمت شركة كهرباء سكيكدة التابعة لشركات عمومية هي سونطراك SONATRACH وسونلغاز SONELGAZ والوكالة الجزائرية للطاقة AEC عقدا مع مجموعة SNC Lavalin بقيمة 600 مليون دولار وذلك لتصميم وإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء وذلك لمدة 12 سنة مع إمكانية تجديد العقد لنفس المدة،⁵ وهو أول عقد يتم إنشاؤه طبقا للقانون رقم 01/02.⁶

في ظل القانون السابق تم إنشاء لجنة ضبط الكهرباء والغاز وهي هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية القانونية والاستقلال المالي أوكلت لها ثلاث مهام رئيسية وهي:

- مهمة تحقيق المرفق العام للكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات ومراقبته،
- مهمة استشارية لدى السلطات العمومية فيما يتعلق بتنظيم سوق الكهرباء والسوق الوطنية للغاز وسيرها،

¹ - يأخذ شكل اتفاقية سنوية أو لعدة سنوات ويتم عبر صفقات تنفيذ، يبرم هذا العقد مع متعاملين وطنيين قد يكونوا عموميون كما قد يكونوا خواص، ويتم إبرامه مع مؤسسات أجنبية مقيمة في الجزائر أو مع متعاملين أجانب يتمتعون بضمانات تقنية ومالية.

Art 14 des règle et condition générales de passation des contrats, document adopté par le conseil d'orientation et de surveillance (COS), de L'E.P Algérienne des eaux, 18 Mars 2004.

² - المادة 156 من القانون رقم 10/11، المشار إليه سابقا.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 101/01، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر عدد 24.

⁴ - وزارة الطاقة والمناجم، حصيلة إنجاز قطاع الطاقة والمناجم 2000-2008، وزارة الطاقة والمناجم، الجزائر، طبعة 2009، ص 42.

⁵ - حصايم سميرة، "عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010/2011، ص ص 12، 13.

⁶ - القانون رقم 01/02، المؤرخ في 5 فبراير 2002، المتضمن الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

■ مهمة عامة في السهر على احترام القوانين والتنظيمات المتعلقة بها ورقابتها.¹ تقوم هذه الأخيرة في ظل التحولات الجديدة التي عرفتها الجزائر والتي جسدتها التطورات الحاصلة في التشريع في مجال الطاقة وبعد المصادقة على قانون سنة 2002 الذي كرس فتح قطاع الكهرباء للمنافسة والاستثمار الخاص تحت رعاية لجنة الكهرباء والغاز CREG، وقد وضعت الشركة الوطنية لإنتاج الكهرباء والغاز برنامجا لتطوير قدرات إنتاج الكهرباء من أجل مواجهة الارتفاع المستمر الذي يشهده الطلب المتزايد للسوق الوطني، وفي هذا الصدد قامت بإنجاز 9 محطات لتوليد الكهرباء تعمل منذ فترة بطاقة إجمالية قدرها 8502 ميغاواط نهاية 2008، وهي المحطات التالية:

- محطة الحامة بالجزائر بطاقة 420 ميغاواط.
- محطة فيكيرينة بأم البواقي بطاقة 292 ميغاواط.
- محطة إليزي بطاقة 9 ميغاواط.
- إعادة تاهيل وتشغيل المحطة الكهرومائية بزيامة بجيجل بطاقة 100 ميغاواط.
- محطة أرزيو بطاقة إنتاج تقدر بـ 321 ميغاواط.
- محطة سكيكة بطاقة 827 ميغاواط.
- محطة النعامة بطاقة 176 ميغاواط.
- محطة البرواقية بطاقة إنتاج 480 ميغاواط.
- محطة حجرة النص بطاقة 1200 ميغاواط.²

أخذت الجزائر بعقود البوت في إنجاز الطريق السريع شرق-غرب الذي ربط طرفا الجزائر لمجموعة شركات صينية ويابانية، وبناء على هذا العقد قامت الشركة صاحبة الامتياز بمقتضى الاتفاقية بالبناء والاستغلال والصيانة حسب الحالة للطريق السريع أو مقطع منه، وهنا تقوم هذه الأخيرة بتنفيذ جميع الدراسات والإجراءات والأشغال والأعباء المالية المرتبطة بالامتياز على نفقتها وميزانيتهما، بعد أن تكون الدولة قد سلمتها الأراضي المكتسبة والمنشآت الكبرى التي أنجزتها،³ وقد أكد المشرع الجزائري دائما على أن الشركة صاحبة الامتياز تلتزم بتمويل جميع العمليات المحددة في الاتفاقية ودفتر الشروط.⁴ لقد تم تقديم 15 عرضا من قبل 5 مجموعات دولية قامت اللجنة المكلفة بدراسة العروض، وأخذت لجنة التقييم في الاعتبار الخبرة المتوافرة في مقدمي العروض في إنجاز الأشغال الكبرى لاسيما فيما

¹ - المادة 114 من القانون رقم 01/02، المشار إليه سابقا.
² - وزارة الطاقة والمناجم، حصيلة إنجاز قطاع الطاقة والمناجم 2000-2008، ص 77.
³ - المواد: 1، 2 من الملحق الأول المتعلق باتفاقية نموذجية خاصة بمنح امتياز الطريق السريع، من المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتضمن منح امتياز الطرق السريعة، ج ر عدد 55.
⁴ - المادة 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يتعلق بالطرق السيارة، وبناء على نتائج تقييم العروض تم تسليم الصفقة للمجموعات اليابانية (كوجال) والصينية (سينيك، سي إرسى)، على أن تقوم الشركة الأولى والمتكونة من 6 شركات بإنجاز 399 كلم المكونة للجزء الشرقي للبلاد بمبلغ إجمالي يفوق 376 مليار دينار، وتم إسناد مهمة إنجاز منطقة الوسط والغرب للمجموعة الصينية على أن تقوم الشركة الأولى بإنجاز 169 كلم وتقوم الشركة الثانية بإنجاز 359 كلم بكلفة تبلغ 451 مليار دينار.¹

ثانيا: التجربة المصرية في مجال عقود البوت

لقد كانت وزارة الكهرباء من أوائل الوزارات بمصر التي اتجهت لتمويل بناء محطات كهرباء في مناطق التعمير الجديدة بواسطة عقود البوت، وقد طرح مشروعين لإسناد عقدين الأول محطتين لشركات أمريكية وفرنسية، وقد كان عدد المتقدمين للوزارة للتعاقد كبيرا، كما قامت وزارة النقل والمواصلات بدورها بطرح مشاريع لعدد من الطرق السريعة التي كانت مدرجة بخطة الوزارة وتعذر تنفيذها لعدم توافر الميزانيات اللازمة لذلك، وهنا لجأت لعقود البوت حتى تتمكن من إنجازها.

كما قامت وزارة النقل بطرح مشروعات أخرى مثل: مشروع محطة حاويات في ميناء السويس ومرسى اليخوت في شرم الشيخ، كما قامت الوزارة بطرح عدد من المشروعات لإنشاء مطارات بواسطة عقود البوت مثل: مرسى عام الذي أسند لشركة كويتية، كما قامت وزارة الإسكان والمرافق بطرح مشروعين لتوفير مياه الشرب بمنطقتين من مناطق التنمية الجديدة وهما منطقة شرقي بور سعيد وجنوبي السويس.

المدن المليونية على غرار القاهرة والجيزة والإسكندرية والتي تواجه العديد من المشاكل نتيجة لتركز السكان بها طبقت عقود البوت وبدأت في تنفيذها لحل بعض مشاكلها، وكانت الجيزة السباقة في ذلك حيث أبرمت عقد بوت لبناء موقف سيارات تلتها بعد ذلك القاهرة.²

في مجال الطرق البرية السريعة الحرة في مصر المزمع إنجازها بواسطة عقود البوت، فمصر تخطط استراتيجيا لبناء شبكة طرق برية داخلية سريعة خلال السنوات 2050/2000 وهناك مشروعات كان جاريا إنجازها وهي: القاهرة- العين السخنة، القاهرة- الكريمات، الطريق الصحراوي غرب النيل لربط شمال مصر بجنوبها بين الإسكندرية وأسوان على 4 مراحل، كما أنها تخطط لإنشاء طرق عرضية تربط بين الطرق الطولية عبر وادي النيل، كما أنها تخطط استراتيجيا لبناء شبكة طرق دولية

¹- حوادي عصام، "تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2012/2011، ص ص 268، 269.

²- محمد محمود عبد الله يوسف، "المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ BOT مع التعرض لتجارب عربية"، ص ص 2، 3 يوم: 2015/9/4، الساعة 12:41

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

سريعة حرة تربطها مع فلسطين وشمال إفريقيا، وتمهد لربطها مع جنوب إفريقيا وآسيا وأوروبا تبلغ كلفتها الإجمالية 26 مليار جنيه.

في مجال المطارات وخدمات الطيران بواسطة عقود البوت، كانت الخطة الإستراتيجية التي وضعتها مصر تهدف للوصول إلى 41 مطارا داخليا خلال 30 عاما، أي بإضافة 31 مطارا للمطارات التي كانت متوافرة عليها، وسعت الخطة التي وضعتها بأن يكون هناك مطار في دائرة كل 100 كلم لتغطية حاجات خطط التنمية وخدمات المستثمرين ورجال الأعمال وقد كان جاري التنفيذ لـ 4 مطارات،¹ وكانت تطور 6 مطارات قيمة استثماراتها 200 مليون جنيه،² وغيرها لأن الإستراتيجية التي وضعتها مصر في مجال المطارات وخدمات الطيران كثيرة جدا.

في مجال السكك الحديدية والميترو بواسطة عقود البوت قامت مصر بدراسة العديد من المشاريع على غرار: القطار فائق السرعة بين الإسكندرية وأسوان، كما سبق لها طرح مشروع مترو أنفاق الإسكندرية، كما أنها كانت بصدد دراسة إنشاء 6 خطوط مترو لتغطية جميع أنحاء القاهرة.. الخ، وفي قطاع الكهرباء كانت خطتها الموضوع حتى سنة 2017 تفيد تنفيذ 50% من المشروعات المستقبلية لقطاع الكهرباء، منها مشروعات لتوليد الكهرباء من مصادر متجددة غير تقليدية على غرار: الطاقة الشمسية وطاقة الرياح، كما أنه في مجال الموانئ والأرصفة البحرية والمراسي النيلية قامت مصر بإبرام عدد من عقود البوت لتطوير عدد من الموانئ التي سبق وجودها، ولإنشاء موانئ ومراسي أخرى جديدة، كما أن مجال الاتصالات الهاتفية وإنشاء مستودعات للسيارات تحت الأرض ومياه الشرب والصرف الصحي هي الأخرى حضرت بعدد من العقود لإنشاء وتسييرها ونقل ملكيتها للدولة من قبل شركات خاصة.³

ثالثا: التجربة اللبنانية في مجال عقود البوت

في 13 ماي 1993 صدر القانون رقم 218 المتعلق بمنح إجازة لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بالجوء لطلب عروض عالمية من أجل الحصول على أفضل عرض بموجبه يتم تحقيق مشروع الهاتف الخليوي مع اعتماد مبدأ التمويل الذاتي والذي هو أساس عقود البوت، على أن يتم ذلك بناء على دفتر شروط خاص يوضع لهذه الغاية تضبط فيه كل الشروط الفنية والإدارية والمالية، وقد وقع الاختيار لتنفيذ هذا العقد على شركتين عالميتين الأولى شركة فنلندية وهي Telecom Finland International والثانية شركة فرنسية وهي France Telecom International، وفي 3 أوت 1994 تم

¹ - وهي: مطار مرسى علم، مطار برنيس، مطار شرم الشيخ (الجديد)، مطار رأس سدر.

² - وهي: مطار الأقصر، أسوان، شرم الشيخ، الغردقة الدولي، طابا، الوادي الجديد.

³ - سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص ص 203، 211.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

توقيع عقد البوت بين الدولة اللبنانية وبين شركة FTMI الفرنسية لتمويل إنشاء شبكة وتشغيلها وإعطاء الحكومة نسبة مئوية من العائدات طوال مدة العقد، على أن تعود ملكية الشبكة وكل الإنشاءات للدولة بنهاية المدة المحددة في العقد وهي 10 سنوات أي سنة 2004.

في 3 أوت 1994 قامت لبنان بتوقيع عقد البوت مع شركة ليبانسيل Libancell وهي شركة لبنانية تم تأسيسها لتنفيذ المشروع وبقيت الشركة الفنلندية مسؤولة عن حسن تنفيذ العقد من الناحية التقنية والعملية، وقد أدرج في العقد مادة تقضي بأن النزاعات الناشئة عن العقد يتم حلها عن طريق التحكيم وفقا للقواعد الخاصة بغرفة التجارة الدولية، وفي سنة 1999 نشأ خلاف بين الدولة اللبنانية وبين الشركتين السابقتين بناء عليه طرحتا هاتين الأخيرتين النزاع على غرفة التجارة الدولية غير أن الدولة اللبنانية توجهت للقضاء الإداري (مجلس الدولة) للدفع ببطالان الشرط التحكيمي¹ وهو ما سنتناوله في دراستنا في الباب الثاني من دراستنا.

طبقت لبنان أيضا عقد البوت في إنشائها لموقف سيارات في مطار بيروت الدولي عند توقيعها لعقد بوت في 7 فيفري 1996، ممثلة في المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان وشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده الكويتية، بمقتضاه تلتزم هذه الأخيرة بإنشاء مواقف للسيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمدة 15 سنة ثم إعادته بحالة جيدة للدولة اللبنانية، وقد تضمن العقد شرط عرض أي نزاع ينشأ بين الطرفين على التحكيم أمام المركز اللبناني للتحكيم لدى غرفة التجارة والصناعة في بيروت، وعند نشوء نزاع تم عرضه على التحكيم.

طبقت لبنان أيضا عقد البوت في عقد أشغال واستثمار لمبنى المطاعم في مطار بيروت الدولي عند توقيعها للعقد في 29 جوان 1996 بين المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان وكل من مؤسسة البير ابيلا وشركة طيران الشرق الأوسط، ومؤسسة عبد المجيد سعيد أبو الجدايل (شركة سعودية) وشركة الخطوط الجوية عبر المتوسط على أن تقوم شركة المشروع بدفع تعويض للدولة اللبنانية مقابل حصولها على الحق الحصري بإدارة واستثمار المبنى المخصص لإعداد الطعام، وكذا المطاعم الواقعة ضمن مبنى المسافرين، وقد تعهد المستثمرون بتأسيس شركة مساهمة لبنانية للقيام بدور المستثمر كاملا مع كل الحقوق والواجبات التي تضمنتها الاتفاقية الموقعة، وقد حددت مدة 15 سنة لهذا العقد.

في 5 مارس 1996 قامت الحكومة اللبنانية ممثلة في مجلس الإنماء والإعمار أيضا بتوقيع عقد أولي للتفاوض مع تجمع شركات Joint Venture المكون من شركتين ألمانييتين

¹ - محي الدين القيسي، " التجربة اللبنانية في عقود الـ BOT (البناء والتشغيل والتحويل)، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003، ص 111.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

Walter Bau ad Dycherhoff & Widmann وشركة فرنسية Bouygues S.A لتنفيذ عقد BOT لإنشاء واستثمار وإعادة الأوتوستراد الشمالي Northern Highway and Northern Périphérique لمدة 20 سنة على أن يكون من حق المستثمر تقاضي مقابل مرور، لكن هذا العقد لم يكتب له النجاح بسبب العديد من الإشكالات متعلقة أساساً بمسألة تأمين التمويل اللازم من قبل الشركات الأجنبية وهو ما أدى لوقف التفاوض من قبل الدولة اللبنانية.¹

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية لعقود البوت

تقوم الدول على اختلافها بإبرام عقود لاستغلال وتسيير المرافق العامة أو لاستثمار الأموال العامة فيها تحت ما يسمى بعقود الامتياز، فعلى الرغم من أنه لم يكن هناك ثمة شك حول الطبيعة الإدارية لعقود الامتياز، إلا أنه وبسبب الالتجاء إلى أدوات و نظم قانونية حديثة ومتنوعة، على رأسها ما يسمى بعقود البوت والتي تعد آلية لتطوير المرافق العامة ومشاريع البنية التحتية باستخدام مبادرة القطاع الخاص وتمويله،² نشأ خلاف فقهي بين فقهاء القانون العام وفقهاء القانون الخاص حول الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة، فهل هذه العقود من العقود الإدارية أم لا؟ وسنقوم بدراستنا في هذا المبحث بإبراز الطبيعة القانونية لعقود البوت بدءاً بالتكييف الفقهي لها، ثم القواعد الدستورية والقانونية التي تحكم عقود البوت والتي تعكس طبيعتها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول:

التكييف الفقهي لعقود البوت

تجانب التكييف الفقهي لعقود البوت في التشريعات المقارنة العديد من الاتجاهات الفقهية، ويمكننا إرجاع ذلك لحدثها وللخاط القائم بينها وبين غيرها من العقود، ومن جهة أخرى فإن بعض الفقهاء حول تكييفها بتقسيمها إلى العقود التي تجرى داخلها، لأن عقد البوت عقد واحد ينطوي تنفيذه على العديد من العقود اللازمة لتنفيذه ولا يمكن فصل هذه العقود عن عقد البوت لأنها سلسلة غير قابلة للتجزئة لأن عقد البوت يقتضي المرور بثلاث مراحل مترابطة انطلاقاً من بناء المرفق العام لتشغيله بعد ذلك ونقل ملكيته في النهاية للدولة المضيفة، لذا اعتبرها البعض عقد امتياز مرفق عام لكنه ليس بالصورة التقليدية، وهناك من اعتبرها أنها من عقود القانون الخاص، وهناك اتجاه فقهي آخر اعتبرها عقوداً ذات طبيعة

¹- محي الدين القيسي، المرجع السابق، ص 112، 113.

²- حسان خضر، " خصصة البنية التحتية"، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد الثامن عشر، يونيو 2003، السنة الثانية، ص 15.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

خاصة نقوم بإبراز أسانيد كل اتجاه فقهي والنقد الذي تعرض له، وموقفنا من التكييف القانوني لعقود البوت في النهاية على النحو التالي:

الفرع الأول:

عقود البوت تطور لعقد التزام المرافق العامة الإداري

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت بمختلف أشكالها ما هي إلا عقود التزام المرافق العامة التي ليست بالشيء الحديث، ومن ثم فعقود البوت ليس حديثة وإنما معروفة ومطبقة منذ منتصف القرن 19، ومثال ذلك عقد التزام قناة السويس في مصر، إلا أن انتشارها الكبير في الربع الأخير من القرن 20 أدى للتشكيك في طبيعتها القانونية، وباعتبار أنه لا شكوك حول الطبيعة الإدارية لعقد التزام المرافق العامة فإن عقود البوت تكون ذات طبيعة إدارية لأنها التطور الحديث لها، نبرز الأسانيد التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه والانتقادات وذلك على النحو التالي:

أولاً: أسانيد الاتجاه المؤيد لهذا التكييف

وفق فقهاء القانون العام فعقود البوت في حقيقتها هي عقود التزام المرافق العامة والتي مضى على ظهورها سنوات طويلة، ولما كانت هذه الأخيرة عقوداً إدارية لتوافرها على أركان العقود الإدارية فبالنتيجة عقود البوت عقود إدارية، واستند أنصار هذا الاتجاه لتوافر أركان العقود الإدارية،¹ وذهب فقه القانون الإداري إلى أن مشاريع البوت عبارة عن صيغة مخففة عن أسلوب الامتياز التقليدي على مستوى الإدارة المتعاقدة، إذ أن إدارة المرافق العامة والاحتكارات السابقة كانت تتم بادئ الأمر من قبل الدولة وهيئاتها العامة بصورة مباشرة ثم أصبحت إدارتها تتم تدريجياً بواسطة المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري على حساب المستثمر، إلا أنه في الوقت الحاضر أصبح ممكناً أن يشمل امتياز البوت تمويل إنشاء المرافق العامة الإدارية كأعمال البنى التحتية ومن ثم تشغيلها وإدارتها من قبل المستثمرين مقابل الانتفاع بمردودها، وفيما يتعلق بطريقة دفع المقابل فإن تعويض المتعاقد بطريقة البوت يتم من خلال رسوم تفرض على مستخدمي المشروع أو المنتفعين به.²

¹ - وهي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً، والذي قد يكون الدولة أو الجماعات الإقليمية أو الأشخاص المصلحة... الخ، وهو ما يعرف في الفقه والقضاء بالمعيار العضوي للعقد الإداري، وعقود البوت كما سبق بيانه ظهرت كوسيلة لتمويل عملية بناء المرافق العامة والمشروعات البنية التحتية التي تكون الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها طرفاً فيها، وأن يكون متصلاً بمرافق عام، وأن يكون العقد متضمناً لشروط استثنائية غير معروفة في القانون الخاص وهو ما يعرف بالمعيار الموضوعي.

- راجع في هذا الصدد: طارق بن هلال البوسعيدي، المرجع السابق، ص 59، مصطفى عبد المحسن الحيشي، المرجع السابق، ص 27، 28.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007، ص ص 156، 157، جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص ص 39، 38، مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص 49.

² - موسى خليل منطري، " تمويل المشاريع (هيكلية الـ B.O.T)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الحادي والعشرين، العدد الثاني، 2005، ص ص 129، 130.

- جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002، ص 54.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

كما أن أنصار هذا الاتجاه يرون أن تكييف الطبيعة القانونية لعقود البوت على أنها من عقود القانون الخاص لا يتفق مع موضوع العقد وأهدافه، فهذه العقود هي عقود إدارية مادام موضوع العقد متعلقاً بإنشاء أو تحديث أو تجديد مرفق عام وتسييره، لذا فمن غير المنطقي إخضاعها للقواعد المنظمة لعقود القانون الخاص، لأن ذلك سيؤدي حتماً للمساواة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وهو أمر غير منطقي لأن من شأن ذلك أن يؤدي لتوقف المرفق عن أداء الخدمة تطبيقاً لنظرية العقد¹ وهو ما سيؤدي لتغلب الوسيلة على الغاية فالغاية من الإنشاء والتطوير هي تحقيق المصلحة العامة ومن غير المنطقي التضحية بها من أجل الوسيلة.

يرى أنصار هذا الاتجاه أيضاً أن التوسع النسبي في الشروط التعاقدية التي تتضمنها عقود البوت لا يؤثر على طبيعتها الإدارية على الرغم من تقلص الشروط اللائحية فيها، لأنهم يرون أن ذلك فقط بغرض تشجيع المستثمرين وتهيئة المناخ القانوني اللازم لذلك، وكذلك لضمان تسيير المرفق العام² وهذا لا يعني إلغاء الشروط اللائحية، ولكن الحد منها بدرجة معقولة ضماناً لمصلحة المستثمرين من جهة ومن جهة أخرى لا يتم هدر مصلحة الدولة³ كما أن الفتوى الصادرة عن مجلس الدولة المصري في 17 أوت 2003 المتعلقة بإخضاع عقد التزام الطرق الحرة السريعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم 8 لسنة 1998 قرينة على إدارية هذه العقود وخضوعها لقواعد القانون العام⁴.

استند أنصار هذا الاتجاه في تبرير رأيهم كذلك لطريقة تصرف الدولة في إبرامها لعقود BOT والتي تختلف كل الاختلاف عن طريقة إبرام الأفراد لعقودهم الخاصة، ويرجع ذلك لتعلقها بإقامة منشآت عامة وإدارة وتشغيل المرافق العامة، وهو ما يجعلها لا تتساوى في مركزها القانوني مع المتعاقد معها، لأنها لا تتخلى عن سلطاتها العامة بمجرد تفويض المرفق العام، لأنها ملزمة قانوناً بضمان استمرارية المرفق العام وحسن أدائه لخدماته⁵.

هناك اتجاه فقهي آخر يرى بأن عقود البوت ليست بتطور لعقد امتياز المرافق العامة، وإنما هي عقد امتياز أشغال عامة، واستندوا في ذلك لكون جوهر الالتزام هو القيام بأعمال إنشائية لأحد مرافق الدولة

¹ - محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004، ص 67.

- عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 14.

- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 29.

² - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 70.

³ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - وائل محمد السيد إسماعيل، "المشكلات التي تثيرها عقود البوت BOT وما يمثّلها"، بحث مقدم لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009، ص 28.

⁵ - مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009، ص 306.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

على اختلاف طبيعتها في مدة محددة، وهو ما يغلب على عنصر إدارة المشروع الذي يكون في عقد امتياز المرفق العام،¹ ومن ثم تحكمه كل القواعد المنضمة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية،² لكننا نرى بأن القول بأن عقود البوت هي عقود أشغال عامة غير صحيح، لأن هذه الأخيرة عبارة عن عقود مبرمة بين شخص من أشخاص القانون العام ولحسابه وبين فرد أو شركة بموجبه يقوم هذا الأخير بأعمال بناء أو ترميم أو صيانة لعقار تحقيقاً للمنفعة العامة مقابل ثمن محدد في العقد خلافاً لعقود البوت.

نرى أن القول بأن عقود البوت عقود إدارية دولية ليس صحيحاً دائماً، لأنه لا بد من توافر شروط معينة حتى يمكن تدويل الرابطة العقدية، وقد اختلف الفقه والقضاء في المعايير التي يكتسب بها العقد الصفة الدولية، فقد تبنى البعض المعيار القانوني في حين تبنى البعض الآخر المعيار الاقتصادي، وسنتعرض لهذه المعايير تباعاً وذلك على النحو التالي:

1. المعيار القانوني لدولية العقد

وفقاً لهذا المعيار يعد العقد دولياً إذا اتصل بأكثر من نظام قانوني واحد، أي إذا تضمن عنصراً أجنبياً واحداً على الأقل سواء كان هذا العنصر شخصياً كجنسية الأطراف المتعاقدة أو موضوعياً كمحل الإقامة أو مكان تنفيذ العقد أو مكان إبرامه،³ غير أن أنصار هذا المعيار اختلفوا حول مدى فاعلية العناصر القانونية للرابطة العقدية وأثر كل منها على اتسام هذه الأخيرة بالطابع الدولي، فمال الفقه التقليدي للتسوية بين العناصر القانونية للرابطة العقدية، حيث أن تطرق الصفة الأجنبية لأي منها يؤدي لاكتساب العقد الطابع الدولي، ومن ثم فهذا يخول المتعاقدين حق اختيار القانون الذي يخضع له العقد.⁴ على الرغم وضوح هذا المعيار و سهولته العملية، إلا أنه تعرض للانتقاد من حيث أنه يتسم بالجمود، ويؤدي لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص لمجرد توافر الرابطة العقدية على عنصر أجنبي

¹ - خليل إبراهيم عبد الظالمي، القواعد القانونية التي تحكم عقود البوت BOT وكيفية حل المنازعات الناشئة عنها (دراسة مقارنة)، بحث مقدم استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، 2011، ص 22.

² - عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 71.

³ - محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2006، ص 22.

- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2006، ص 11.

- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 79.

- محمد وليد المصري، "العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد العشرون، يناير 2004، ص 7.

- هشام خالد، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 97، هاشم خالد، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته) دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2006، ص 10، 11.

- خالد مندوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 84، 85. - Salah Eldin Gamal Eldin, International Contracts and Arbitration, Dar El Fikre El Gamie, Sotter st, Alex, First Edition, 2007, pp 12/13.

-Ibrahim Réfaat Mohamed El-Béhéry, "Théorie Des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux," Thèse pour le Doctorat en Droit, Institut du Droit, de La Paix et Développement (I.D.P.D), Université de Nice Sophia-Antipolis, Nice, Mars 2004, p 61.

⁴ - هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 73، 74.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بعض النظر عن أهميته، وكذلك لكونه غير كاف لوحده لإقرار السمة الدولية للعقد، لأن وجود العنصر الأجنبي قد يكون مجرد أمر عرضي، ولتقادي الانتقادات السالفة الذكر يشير الفقه الحديث إلى أن الجنسية الأجنبية للمتعاقد لا تعد عنصرا مؤثرا في العقد بصفة عامة، ويرون أن محل إبرام العقد ليس بالمعيار الكافي لإضفاء الطابع الدولي للعقد، وإن كان معيارا مؤثرا عند إسناد العقود من حيث الشكل، لأنه في الغالب ما يكون معيارا محايدا، ويرى الفقه بأن محل تنفيذ العقد واختلاف موطن المتعاقدين ولو اتحدا في الجنسية يعد من العناصر الحاسمة في العقد والمكبسة للطابع الدولي لأي عقد.¹

2. المعيار الاقتصادي لدولية العقد

لقد مر تطبيق هذا المعيار للقول بدولية العقد بثلاث مراحل منذ ظهوره في أواخر العشرينات² نوجزها على النحو التالي:

المرحلة الأولى: اعتبر العقد دوليا إذا استتبع العقد عملية مد وجزر لرؤوس الأموال والخدمات بين الدول، ينتج عنها روابط تبادلية بينهم،³ ومن ثم فكل عقد لا تتوافر فيه هذه الحركية عبر الحدود لا يعد عقدا دوليا ولو انطوى على عنصر أجنبي واحد أو أكثر.⁴

المرحلة الثانية: اعتبر فيها العقد دوليا متى اتصل بمصالح التجارة الدولية اتصالا وثيقا، وقد ظهر هذا التكييف خلال هذه المرحلة من خلال أحكام القضاء الفرنسي المتعلقة بصلاحيات شرط التحكيم في العقود الدولية، والذي أقر بصحة شرط التحكيم في عقود الدولة رغم بطلان هذا الشرط في القانون الداخلي.⁵

المرحلة الثالثة: اعتبر فيها العقد دوليا إذا تعدى آثاره وتبعاته خارج حدود الدولة، فخروج العناصر الاقتصادية للعقد من مجال الاقتصاد الوطني لمجال الاقتصاد الدولي هو الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد دولية هذا العقد.⁶

من خلال ما سبق يتبين أنه لا يوجد تعارض بين المعيارين القانوني والاقتصادي، فالرابطة العقدية التي يترتب عليها انتقال الأموال من دولة لأخرى، والتي تتعلق بمصالح التجارة الدولية والتي يتحقق بموجبها المعيار الاقتصادي لدولية العقد، هي رابطة تتصل بأكثر من نظام قانوني واحد وهو ما يقضي بالضرورة توافر المعيار القانوني في ذات الوقت، غير أن العكس غير صحيح فقد تكتسب الرابطة العقدية الطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني دون أن يؤدي ذلك لتوافر المعيار الاقتصادي.

¹ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 161.
- هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 74، 77.
- هشام خالد، المرجع السابق، ص 99.
² - محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000، ص 61.
³ - محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص 162.
⁴ - محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص 61.
⁵ - نفس المرجع، ص 62.
⁶ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 85.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ينوه الفقه في هذا الصدد بالصعوبة التي تكثف هذا المعيار، لاسيما في تحديد الفاصل بين الاقتصاد الوطني والاقتصاد الدولي في عالم تشابكت فيه المصالح الاقتصادية للدول، كما أن هذا المعيار يؤدي لاعتبار العقد دوليا وإن لم يظهر من خلال عناصره أي اتصال بأي نظام قانوني أجنبي، ومن جهة أخرى قد يكون العقد داخليا ولكنه يعتبر دوليا عندما يشكل جزءا من سلسلة عقود تتصل في مجموعها بمصالح التجارة الدولية، وهو ما خلقه الاجتهاد الفرنسي تحت تسمية سلسلة العقود *Chaine des contrats* والتي لو نظرنا لكل عقد على حدة لاعتبر هذا العقد بأنه عقد داخلي، في حين لو أخذ بعين الاعتبار الرابطة الاقتصادية التي تجمع بين عقودها لاعتبرت جميعا عقدا واحدا يحقق مصالح التجارة الدولية.¹

على الرغم من هذا الاختلاف فيما إذا كانت عقود البوت عقود امتياز مرافق عامة أو عقود امتياز أشغال عامة، إلا أنهم يجمعون على أنها عقود إدارية في كل الحالات، وتكون الإدارة فيه طرفا صاحب سلطة وسيادة، لذلك قامت بعض الدول بنقل سلطة اتخاذ القرار من قبل الأطراف المتعاقدة لمجلس الوزراء، وبذلك إلى جانب ضرورة استيفاء العقد لجميع الإجراءات الإدارية الضرورية لإبرامه لا بد أن يظل خاضعا في مرحلة تنفيذه لرقابة الإدارة وتوجيهها، وفي حال نشوء نزاع فالاختصاص يؤول للقضاء الإداري.²

حديثا اعتبر الاجتهاد القضائي اللبناني أن عقود البوت هي عقود امتياز لاستثمار مرافق عام وطني لمدة محددة، يتم منحها وفقا لنص أحكام المادة 89 من الدستور وتسميته الأنجلوسكسونية BOT لا تؤثر على وصفه القانوني بأنه عقد امتياز، لأن العناصر التي تتضمنها هذه العقود وهي البناء والتشغيل ونقل الملكية في نهاية العقد للدولة هي ذات العناصر المتوافرة في عقود الامتياز، كما أن الاجتهاد القضائي في فرنسا وفي لبنان يرى أن المساهمة في تنفيذ المرفق العام ذاته معيار كاف لاعتبار العقد إداريا، ومن ثم يخضع لاختصاص القضاء الإداري، وذهب اتجاه فقهي للقول بأن الوصف القانوني لعقود البوت بأنها عقود إدارية مصدره المادة 10 من قانون مجلس الدولة والتي تنص على أن: "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات... أو بأي عقد إداري آخر، ومتى كانت عقود البوت من عائلة عقود الامتياز فإن الاختصاص بنظر منازعاتها هو القضاء الإداري طبقا لنص المادة السالف الذكر، لاسيما وأنه من العقود الإدارية بطبيعتها لأنه يتضمن تنفيذ المرفق العام ذاته."³

¹- محمد وليد المصري، المرجع السابق، ص ص 161، 162.

²- ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص ص 31، 32.

- صالح بكر الطيار، المرجع السابق، ص 25.

³- عدنان خزل عباس الجبوري، "مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)"، مجلة مداد الآداب، كلية الآداب، الجامعة العراقية، العدد الأول، 2011، ص 459.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ثانياً: أسانيد الاتجاه الرافض لهذا التكييف

لقد تعرض الاتجاه السابق لجملة من الانتقادات نوردتها على النحو التالي:

- جوهر عقد امتياز المرفق العام هو تقديم خدمة مباشرة للجمهور، للحصول على مقابل هذه الخدمة من المنتفعين أو مستخدمي المرفق، وهو ما قد لا يكون متوافراً في عقود البوت، لأن بعضها ينص على التزام الدولة بشراء هذه الخدمة ثم القيام بتوزيعها على المنتفعين.

- تختلف عقود البوت عن عقود الالتزام كل الاختلاف من الناحية: الفنية والاقتصادية والتمويلية، وهو ما يجعل من بعض القواعد التي تحكم عقود الالتزام غير صالحة للتطبيق على عقود البوت، وبعض أحكامها تتطلب المرونة في تطبيقها في عقود البوت دون أن يؤدي ذلك للإخلال بحقوق الدولة في تنظيم مرافقها العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد.¹

- تتضمن عقود الالتزام نوعين من الشروط: التعاقدية والتنظيمية، أما في عقود البوت فالشروط التعاقدية تختلط مع الشروط التنظيمية في العقد بشكل يصعب فيه التفريق بينهما، وهو ما أدى بحسب رأي بعض الفقه بالمشروع المصري لإصدار قوانين كاستثناءات على مشروعات البوت من القاعدة الواردة في أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 والقانون رقم 61 لسنة 1985، والتي منحت دوراً كبيراً للشروط التعاقدية في العقد على حساب الشروط التنظيمية، إلا أن اتجاهها آخر قال أن سبب إصدار المشروع للقوانين السابقة كاستثناءات لا علاقة له بكون هذه العقود لا تميز بين الشروط التنظيمية والتعاقدية، بل لأن أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 والقانون رقم 61 لسنة 1985 كانا يقيدانها من حيث المدة القصوى للالتزام والحد الأقصى لنسبة الأرباح ومن حيث تدخل السلطة التشريعية أيضاً.²

- تكون ملكية المشروع خلال فترة الترخيص خالصة للقطاع الخاص، الذي يمول المشروع ويقوم بتصميمه وتشبيده وتشغيله وصيانته مع تحمل كافة المخاطر الناتجة عن ذلك، وهو ما لا يتحقق في نظام الالتزام حيث تظل الملكية للدولة.³

- اختلاف المناخ القانوني لعقود البوت باعتبارها ذات منشأ أنجلوسكسوني لا يقر بوجود عقود إدارية متميزة عن العقود العادية،⁴ لذا لا بد من الاستئناس بالقواعد القانونية التي ترعاه في بيئته الأصلية الأنجلوسكسونية.

- عقود البوت ليست دائماً مرتبطة بمرفق عام، لأن المرفق العام مرتبط بإشباع حاجات عامة لجمهور المرتفقين، لكن الدولة قد تلجأ للتعاقد بالبوت من أجل إنجاز مشاريع استثمارية لا علاقة لها بجمهور

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 181.

² - نفس المرجع، ص 182، 183.

³ - محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - موسى خليل ميري، المرجع السابق، ص 130.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المرتفقين، على غرار المشاريع التي تستثمر فيها الدولة مواردها لتحقيق الربح، وهو ما يعرف في الفقه الإداري بـ"الدومين الخاص" ومن ثم فهي عقود خاصة حتى ولو تضمن شروط استثنائية.¹

- جهة الإدارة بعد توقيعها لعقد البوت لا يمكنها التدخل في آلية عمل المرفق، وفي حالة مخالفتها لذلك تكون ملزمة بالتعويض، عكس عقود امتياز المرافق العامة التي تمنح لجهة الإدارة صلاحية المراقبة والتوجيه وحتى فرض العقوبات متى رأت ضرورة لذلك شريطة مراعاتها لقاعدة التوازن المالي للعقد.

- في حالة حدوث ظرف طارئ عند تنفيذ عقود البوت أدى لارتفاع التكاليف فركة المشروع وحدها من تتحمل ذلك، دون أن يكون لها الحق في المطالبة بتعديل العقد إلا في حدود ضيقة جداً، أما في عقود الامتياز يمكن للمتعاقد أن يتقاسم تلك الزيادة مع جهة الإدارة لأن فكرة التوازن المالي للعقد مهمة في عقود الامتياز.

الفرع الثاني:

عقود البوت من عقود القانون الخاص

اعتبر أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت من عقود القانون الخاص، لأنها شأن عقود الاستثمار لا تقبل بطبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية،² واستندوا في ذلك لجملة من الأسانيد، لكنهم اختلفوا في تكييفها فاعتبرها البعض عقوداً مدنية واستندوا في ذلك لجملة من المبررات، في حين اعتبرها اتجاه آخر عقوداً تجارية واستندوا في ذلك لجملة من المبررات تقوم بإيجازها في النقاط التالية:

أولاً: أسانيد الاتجاه المؤيد لهذا التكييف

- لا بد من توافر قدر كبير من المرونة في العقد لكي يسمح بتحقيق التلاؤم بين مصالح الدولة وشركة المشروع وهذا غير موجود في العقد الإداري، ومن ثم فلا مجال للحديث عن الشروط الاستثنائية في هذا النوع من العقود فالدولة تقف على قدم المساواة مع شركة المشروع متجردة من سلطاتها التقليدية المعروفة في النظرية العامة للعقود الإدارية.³

- قبول الدولة لكل من شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد يعد إنكاراً لخاصية متوافرة في العقود الإدارية والمتمثلة في عدم المساواة بين الأطراف، وهو دليل على عدم توافر خصائص العقد الإداري في عقود البوت، لأن قبول الدولة للشرطين يعني عدم جواز تطبيق أي قانون جديد على العقد المبرم بينها وبين شركة المشروع، وكذا عدم جواز إجرائها لأي تعديل على العقد بإرادتها المنفردة.

¹ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 164.

² - جابر جاد نصار، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص 50.

³ - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 77.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- بعض عقود البوت التي تم إبرامها تضمنت بنوداً صريحة تؤكد أنها عقود مدنية أو تجارية واستناداً لمبدأ لا اجتهاد مع صراحة النص فإنه لا مجال للقول بالطبيعة الإدارية لها.¹
- متطلبات التجارة الدولية وتشجيع الاستثمار تفرض على الدولة النزول للتعاقد شأنها في ذلك شأن الأشخاص العادية، من أجل جذب الاستثمار ودفع عجلة التنمية الاقتصادية،² فلو تم تكييفها بأنها عقود إدارية فإن المستثمرين سيترددون في استثمار أموالهم في هذه الدول التي تأخذ بنظام الازدواجية، وذلك خوفاً من المخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن يتعرضوا لها.
- الدولة لا تملك سلطات استثنائية إلا بالقدر الذي تسمح به الشروط التعاقدية.³
- استند أنصار هذا الاتجاه لملكية المرفق العام في عقود البوت، والذي قال بعض أنصار هذا الاتجاه أنها ملكية تامة ونهائية لشركة المشروع مع وعد بنقل الملكية للدولة في نهاية مدة العقد، وهو أمر غير متوافر في عقود التزام المرفق العام والذي تظل فيه ملكية المرفق ثابتة للدولة.⁴
- لكن هذه الحجة غير صحيحة، لأن ملكية المرفق العام المنشأ بعقود البوت ليس نهائية وكاملة لشركة المشروع، فهي مؤقتة بالمدة المتفق عليها بين الدولة وشركة المشروع المتعاقد معها، وبانتهائها يقوم هذا الأخير بنقل ملكيتها للدولة بحال جيدة.
- ذهب اتجاه فقهي للقول بأن عقود البوت هي عقود استثمار عادية وموضوعها مزاولة نشاط في أحد المجالات التي يحددها قانون الاستثمار، ومن ثم فالقانون المطبق عليها هو قانون الاستثمار وقواعد القانون المدني، والقول بغير ذلك يعد إفراغاً لقانون الاستثمار من مضمونه.
- ذهب اتجاه فقهي للقول بأن عقود البوت من عقود القانون الخاص على أساس أن أحكام التحكيم الدولي تنفي الطبيعة الإدارية عن عقود البوت.⁵
- عدم توافر أركان المرفق العام بالمعنى المقصود في القانون الإداري في عقود البوت، وهي أن يكون هناك نشاط منظم أي مشروع، وأن يستهدف المنفعة العامة، وأن يخضع المشروع لهيمنة السلطة العامة، وهذا الأخير أهم أركان المرفق العام لأنه ما يميزه عن غيره من المشروعات الخاصة، والمقصود بهذا الشرط ليس مجرد خضوعه لرقابة وإشراف الإدارة، وإنما سيطرة السلطة العامة على المشروع وتوليها لإدارته بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وهو ما يرى أنصار هذا الاتجاه أنه غير متوافر في عقود البوت

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 196.

² - عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، المرجع السابق، ص 13.

- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 305.

³ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 194، 195، طارق بن هلال اليوسعيدي، المرجع السابق، ص 60، 61.

⁴ - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 81.

⁵ - نفس المرجع، ص 83 وما بعدها.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

فالهيمنة حسبهم تكون لشركة المشروع.¹

اختلف أنصار هذا الاتجاه في تكييف عقود البوت فيما إذا كانت عقوداً مدنية أم تجارية، فاعتبرها البعض عقوداً مدنية واستندوا في ذلك لما يلي:

- أن سلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة التي تملكها الدولة في عقود البوت والتي استند إليها أنصار تكييف عقود البوت على أنها عقود إدارية، يقابلها في القانون المدني الفسخ من طرف واحد وإن قامت به الدولة دون توافر مبرر قانوني فإنها ستكون حتماً ملزمة بالتعويض.

- أن ما استند إليه بعض أنصار تكييف عقود البوت على أنها عقود إدارية على أساس أن القانون المدني لم ينظم عقود البوت، غير صحيح على اعتبار أن القانون المدني يضم نوعين من العقود منها العقود المسماة على غرار: عقد البيع، الهبة، الإيجار، وهناك أيضاً عقود أخرى وهي العقود غير المسماة التي على الرغم من عدم تسميتها بذلك لا يجعلها خارج أحكام القانون المدني.

- عدم توافر شروط العقود الإدارية في عقود البوت وهي: أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، وأن يكون العقد متعلقاً بمرفق عام، وأن يكون متضمناً لشروط استثنائية يتفق الطرفان عليها وهي غير متوافرة في العقود المدنية وهو الشرط غير المتوافر في عقود البوت، فهم يرون أن عقود البوت تتعاقد فيها الدولة بصفقتها شخصاً عادياً لا صاحبة سلطة وسيادة مع شركة المشروع، كما أن أنصار هذا الاتجاه يرون أن تضمن العقد لشروط مستحدثة غير مألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية على غرار شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد تجعل من العقد مدنياً لا إدارياً.

- القضاء العادي هو من يفصل في منازعات عقود البوت ما لم يكن العقد متضمناً لشرط التحكيم، ويعود السبب في اختصاص القضاء العادي دون غيره للفصل في هذه المنازعات للأسباب التالية:

1. أن التعاقد في عقود البوت تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وسلطان الإرادة.
2. تنشأ عقود البوت مجموعة من الحقوق والالتزامات تقع على الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع قائمة على أساس التوازن بين الطرفين دون أن يكون للدولة أي سلطة عليا.
3. توسع العلاقات الاقتصادية بين الدولة والقطاع الخاص تجبرها على أن تتخلى عن سلطاتها وتقيدها بذلك في تعاقداتها على التعاقد كالفرد العادي، وهو ما يضيف الصبغة المدنية على العقد.
4. لا يشترط أن يكون طرفي عقود البوت دائماً الدولة المضيفة وشركة المشروع، لأنه قد يكون بين أشخاص القانون الخاص، وهذا يؤكد بأن العقد هو عقد مدني يخضع في أحكامه للقانون المدني.²

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص ص 193، 194.

² - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص ص 16، 19.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- اعتبر بعض أنصار اتجاه تكييف عقود البوت على أنها من قبيل عقود القانون الخاص وهي عقود تجارية، وهناك من يكييفها على أنها من قبيل عقود التجارة الدولية وذلك بالاستناد للأسانيد التالية:
- عقود البوت باعتبارها من عقود التجارة الدولية فالدولة تتعاقد باعتبارها شخصا من أشخاص القانون الخاص لا باعتبارها صاحبة سلطة وسيادة.
 - أن عقود البوت تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة ويحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
 - لتعلقها بأهم المشاريع الاقتصادية في الوقت الحاضر، حيث أن المشروعات تتم في شكل مشروع ينظم عمليات البناء والتشغيل وتظهر المضاربة عند البدء في تشغيله، وتحقيق الربح وبذلك تكون عقود البوت منسجمة مع النظريات التي وضعت معايير معينة للترقية بين الأعمال التجارية والمدنية.¹
 - بعض القوانين تنص صراحة على خضوع منازعات عقود الاستثمار للقانون التجاري، ولما كانت عقود البوت النموذج الأشهر في عقود الاستثمار فهذا يعني أنها من قبيل عقود القانون التجاري.
 - غالبية الشركات المستثمرة تحرص على تضمين العقد نصوصا صريحة على كون هذا العقد من العقود التجارية.
 - العقد الذي يؤدي لانتقال قيم عبر الحدود هو من عقود التجارة الدولية، وليس هناك أي شك في أن عقود البوت تؤدي لانتقال الأموال والتكنولوجيا... الخ، من دولة لأخرى، ولا شك في أن القانون التجاري والعقود التجارية خاضعة للقانون الخاص.
 - البعض اعتبر أن المشروعات الإنشائية والاستثمارية بما فيها عقود البوت هي من قبيل الأعمال التي تقوم على وجه الاحتراف أو المقاولية، حيث أنها تتطلب التنظيم والمضاربة، ومن ثم فهي أعمال تجارية حسب الاتجاه الراجح في الفقه والذي يضيفي الصفة التجارية على الأعمال التي تقع بمناسبة استغلال مشروع تجاري، ومن ثم فهي تخضع لأحكام القانون التجاري.
 - عدم إتباع الدولة لأسلوب المناقصات في إبرام عقود البوت، وإنما المفاوضات الطويلة وهو ما يروونه مختلف عن الأسلوب المتبع في عقود امتياز المرافق العامة حيث تكون الدولة صاحبة السلطة في اختيار المتعاقد معها وفي تحديد الشروط... الخ.²

ثانيا: أسانيد الاتجاه الراض لهذا التكييف

- تعرض الاتجاه السابق لجملة من الانتقادات نوردتها على النحو التالي:
- الشروط الاستثنائية غير المألوفة في مفهوم القانون الخاص متوافرة في عقود البوت،³ وليس من

¹ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 20.

² - خليل إبراهيم عبد الظالمي، المرجع السابق، ص 35، 37.

³ - محمد الروبي، المرجع السابق، ص 92.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الضروري احتواء العقد على أكثر من شرط استثنائي لكي يصبح عقدا إداريا، فيكفي لإضفاء تلك الصفة على العقد أن يتوافر فيه شرط استثنائي واحد، ويرى البعض أن الشروط الاستثنائية قد لا تتضمن منح امتيازات للإدارة، بل قد تنطوي على وضع قيود عليها إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك.¹

يقصد بالشروط الغير المألوفة في القانون الخاص تلك الشروط التي تمنح المتعاقد حقوقا أو تفرض عليه التزامات، تخرج بطبيعتها عن نطاق الشروط التعاقدية في عقود القانون الخاص سواء كانت مدنية أو تجارية،² كما تشمل الشروط التي تمنح الإدارة المتعاقدة صلاحيات تمكنها من الدفاع عن المصلحة العامة،³ وهذا متوافر في عقود البوت في طريقة إبرامها، وفي سلطة الرقابة والإشراف التي تملكها في مواجهة شركة المشروع في مرحلتها البناء والتشغيل، وفي امتلاكها الحق في توقيع غرامات التأخير في حالة التأخر في إنجاز المرفق العام وتشغيله كجزء إداري لضمان حسن تنفيذ العقد... الخ، وتأخذ هذه الشروط الاستثنائية صوراً متعددة⁴ قد يتضمنها العقد وقد تكون مقرر بموجب القانون واللوائح.

- الدولة في عقود البوت تقوم بعملية الرقابة على المرفق وهو ما يؤكد على اعتبار العقد من عقود القانون العام.⁵

- عقود البوت من عقود القانون العام لأحقية الدولة في إنهاء العقد دون الرجوع للطرف الآخر، وأحقيتها في الحل محل شركة المشروع في تشغيل المرفق العام.

- خلو القانون المدني من الإشارة لعقود البوت بمفهومها الحديث، ومن ثم تخرج هذه العقود من عقود القانون المدني.⁶

¹- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2004، ص 33.

²- عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 61.

- Nadine Poulet- Gibot Leclerc, Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal, Paris, 3^{ème} édition, 200, p 133.

³- شطناوي علي خطار، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص 691.

⁴- وتتمثل هذه الصور في: - **الشروط التي تتضمن امتيازات الإدارة:** بمقتضاها تحتفظ الإدارة بامتيازات استثنائية تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد، وتحمل المتعاقد معها التزامات تجعل من المراكز القانونية للطرفين غير متكافئة.

- **الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير:** معناه أنها تخول للمتعاقد الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة التي تمارسها الإدارة عادة، بالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد، كحق جهة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة، وتخويل شركة المشروع في عقود البوت طلب نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت عليها والتمتع بارتفاقات على أملاك الغير متى كان ذلك ضروريا لعملية البناء وهو ما تم الاعتياد على إرجاعه في عقود البوت، الصورة الأخرى للسلطات الاستثنائية في مواجهة الغير تخويل شركة المشروع حق اقتضاء الرسوم من المنتفعين بأعمال المرافق في بعض عقود البوت.

راجع في هذا الصدد: Nadine Poulet- Gibot Leclerc, OP, Cit, p 133

-محمد الروبي، المرجع السابق، ص 94، 114.

-**الشروط المتعلقة بالقانون العام:** وهي تلك الشروط التي تخرج عن نطاق القانون الخاص، وفي العقود الإدارية ذات الطابع الدولي تنفرد بإمكانية تضمينها شرطا أو شروطا يكون للمتعاقد الأجنبي بمقتضاها امتياز أو أكثر في مواجهة الإدارة نفسها صاحبة السلطة العامة كحقه في فسخ العقد من تلقاء نفسه في حالة عدم قيام الإدارة بسداد مستحقاته لديها، دون أن تخرج هذه الشروط العقد من دائرة القانون العام ما دامت الامتيازات التي يقرها العقد لجهة الإدارة تفوق تلك المقررة للمتعاقد الأجنبي معها.

-راجع في هذا الصدد: ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2004، ص 19.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 65، 63.

⁵- رياض دهال، "حول طرق الخصخصة"، سلسلة أوراق عمل، المعهد العربي للتخطيط الكويت، دون ذكر لرقم العدد، 1998، ص 7.

⁶- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 103، 102.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

نرى أن ما استند إليه أنصار اتجاه تكييف عقود البوت على أنها من عقود القانون الخاص، على أساس أن عددا منها نص صراحة في بنوده على اعتبارها من عقود القانون الخاص وذات طبيعة تجارية ليس بالصحيح، ومن خلال بحثنا وجدنا أن العقد الوحيد الذي أشار لذلك هو عقد كهرباء سيدي كرير، كما أن القول بأن إدراج شرط الثبات التشريعي في عقود البوت يجعلها من عقود القانون الخاص ليس بالصحيح، فالعقد الإداري الدولي نتيجة للتطورات الحاصلة أصبح يتضمن شروطا مستحدثة غير مألوفة في النظرية التقليدية للعقود الإدارية على غرار: شرط الثبات التشريعي وثبات العقد والتحكيم إلا أنها لا تؤثر على الطابع الإداري للعقد، فالسلطات الممنوحة للدولة المضيفة في عقود البوت لا تزال قائمة في عقود البوت كما سيتم توضيحه في الفصل الثاني من دراستنا.

الفرع الثالث:

عقود البوت ذات طبيعة قانونية خاصة

إلى جانب الاتجاهان الفقهيان الذين ظهرا في تكييف الطبيعة القانونية لعقود البوت، ظهر اتجاه فقهي آخر يقول بأن عقود البوت ليس لا بالاتفاق ولا بالعقد فهي مجرد تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقيات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة، وهذه الأطراف قد تتعارض مصالحها، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن هذا الاتجاه على خلاف الاتجاهان السابقان لم يتوجه له الكثير من الفقهاء نبرز ذلك على النحو التالي:

أولاً: أسانيد الاتجاه المؤيد لهذا التكييف

- يتعين النظر لكل عقد في عقود البوت بشكل مستقل، وتكييفه وفقا لما يشتمل عليه، ومن ثم فهي عقود ذات طبيعة خاصة على الرغم من وجود جذور تاريخية لها.
- عقود البوت تقترب من العقود الإدارية، لكن الدولة لا تظهر فيها كسلطة عامة، كما أنها من جهة أخرى لا تحتوي على الشروط الاستثنائية المميزة للعقود الإدارية.
- لا يوجد لعقود البوت أي تنظيم قانوني خاص بها بشكل عام، كما أن القانون المدني لا توجد به أي إشارة لها بالشكل الذي ظهرت به، وهو ما يخرجها من نطاق عقود القانون المدني.
- نتيجة لتملك شركة المشروع للمرفق العام طوال المدة المحددة في العقد، فهي تسيطر على المرفق العام وتحفظ الدولة بالحق الرقابة، حتى تضمن تأدية الخدمة العامة لجمهور المرتفقين بانتظام، ومن ثم فالدولة المضيفة لا تقوم بأي دور في تسيير المرفق العام ما عدا ما جاء بنص صريح في العقد.¹

¹- خليل إبراهيم عبد الظالمي، المرجع السابق، ص 37.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ثانياً: أسانيد الاتجاه الرافض لهذا التكييف

تعرض الاتجاه السابق للانتقاد على أساس أن:

- إنكار الطبيعة الاتفاقية لعقود البوت ومن ثم إخراجها من الطبيعة التعاقدية للطبيعة التنظيمية لتضمنها العديد من الاتفاقات¹ التي تتعارض فيها المصالح غير صحيح، لأن هذه الاتفاقيات الفرعية مرتبطة في الأساس بالعقد الرئيسي المبرم بين جهة الإدارة والشخص الخاص، ومن جهة أخرى فالعقود التي تبرم لتنفيذ هذا العقد لا تؤثر في طبيعته القانونية.²

- عدم تحديد تكييف قانوني لعقود البوت ليس بالاتجاه الأمثل، لأن هذه العقود مهمة وترتب آثاراً قد تكون خطيرة، لذا لا بد من وضع تكييف لها يضمن تحديد المراكز القانونية للطرفين المتعاقدين فيها (الدولة المضيفة وشركة المشروع)، والآليات المعتمدة لحل المنازعات الناشئة عنها... الخ.

بعد استعراضنا للاتجاهين السابقين وكذا الانتقادات الموجهة لكل اتجاه، يمكننا الوصول في رأينا أن عقود البوت هي عقود إدارية لتوافرها على أركان العقد الإداري، وتتقارب في نظامها القانوني من عقود امتياز المرافق العامة وهو ما دفع بالفقه للقول بأنها التطور الحديث لعقود الامتياز التقليدية، وهو ما نتفق معه لكن عقود البوت ليس هي عقود الامتياز بصورتها التقليدية كما سبق وأن بيننا، وإنما هي صورة فرضتها الظروف الاقتصادية.

كما أننا نرى أن عقود البوت ليست عقود أشغال عامة، فما تم الاستناد إليه من قبل الفقه في تكييفها غير صحيح، لأن عقود الأشغال العامة تنتهي بتنفيذ الأشغال موضوع العقد ومقابل الثمن المنفق عليه، دون أن يكون هناك احتكاك مباشر بين منفذ الأشغال وبين المرتفقين، لكن عقود البوت لا تنتهي بانتهاء الأشغال، بل على العكس بالانتهاء من إنجاز المرفق العام تبدأ مرحلة أخرى في عقود البوت وهي تشغيل المرفق العام ولمدة محددة في العقد وتقديم خدمة لجمهور المنتفعين بعدها تنتقل ملكية هذا الأخير للدولة، على أن تحصل المقابل من جمهور المرتفقين مباشرة لا من جهة الإدارة، الأمر الثاني الذي يعزز رأينا هو أن عقود الأشغال العامة لا تقتضي بالضرورة القيام بعملية البناء فقد يكون موضوعها الترميم أو الصيانة لمبنى قائم سلفاً عكس عقود البوت التي يكون موضوعها إنشاء مرفق عام ابتداءً.

¹ - إلى جانب العقد الأصلي المبرم بين الدولة المضيفة للاستثمار والمستثمر، يتم إبرام العديد من الاتفاقيات الأخرى على غرار: اتفاقية إنشاء شركة المشروع: تبرم بين المستثمرين المساهمين في إنشاء المشروع وطبقاً لقوانين الاستثمار والشركات التي تضعها الدولة المضيفة.

اتفاقية إنشاء المشروع: يتم إبرامها بين شركة المشروع ومقاولي الإنشاء.

اتفاقية تشغيل المشروع: يتم إبرامها بين شركة المشروع ومقاولي التشغيل... الخ.

- عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ BOT (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2001، ص 99.

² - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 49، 50.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يمكن أن تكون عقود البوت عقودا إدارية ذات طابع دولي، متى كان العقد مبرم بين الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها،¹ ومتى كانت شركة المشروع شركة أجنبية موقعها خارج الجزائر فهي تكتسب الطابع الدولي وفقا للمعيار القانوني، ولو قمنا بتطبيق المعيار الاقتصادي فهي تكتسب الطابع الدولي على أساس أنه في عقود البوت توجد حركة للأموال عبر الحدود، هذا فيما يتعلق بالعقد المبرم بين الدولة وبين شركة المشروع، وهذا راجع لكون عقود البوت تشتمل على جملة من العقود التي تؤدي في مجموعها لنجاح المشروع² ولكل عقد نظام قانوني خاص به، وهو ما يصعب من وضع قاعدة عامة تقضي بكون هذا الأخير عقدا مدنيا أو عقدا إداريا.

بحسب الكتيب التعريفي الصادر عن KPMG فإن الاستثمارات في الجزائر في شكل نظام البناء- التشغيل والتحويل ليست منتشرة بالقدر الكافي،³ غير أن النصوص التنظيمية التي أصدرها المشرع بعد ذلك كانت تدل على أن الاستثمار في شكل نظام B.O.T ستتطور وكانت البداية مع الأمر رقم 11/06 والذي تضمن شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية،⁴ كما أنه في ذات الفترة كانت الظروف تشير إلى أنه بجانب عقود البوت ستظهر عقود أخرى تشابهها وهي عقود البناء والتشغيل وتجديد الامتياز (Build, Operate, Renewal a Conession) والتي يتم فيها بناء المرفق وتشغيله للفترة الزمنية المتفق عليها وغالبا ما يترتب على ذلك استمرار المنافع من المرفق وزيادة عدد المتعاملين معه، وزيادة الرسوم المفروضة، وبهذا قد تدخل الدولة في مفاوضات جديدة مع المستثمر لحصوله على فترة زمنية أخرى وذلك لتجديد عقد الامتياز،⁵ أما الآن فالبيئة القانونية متطورة مقارنة ببدايتها سنة 2006 الأمر سيشكل دعامة لانتشار التعاقدات بنظام البوت.

نشير هنا إلى أن دراستنا متعلقا فقط بعقود البوت التي تبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وشركة مشروع من أجل إنشاء وتسيير مرفق عام، لأنه ليس هناك ما يمنع أن تكون عقود البوت مبرمة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص من أجل إقامة مشروع خاص وتشغيله على أن يعاد بنهاية المدة المحددة في العقد للمتعاقد الآخر، ويحكم هذا العقد قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهذا النوع من العقود يخضع لأحكام القانون الخاص، وقد تم إبرام عقد بوت كمثل عن ذلك بين نادي الصيد المصري

¹ - غير أنه ليس هناك ما يمنع من إبرام عقود البوت بين قطاع خاص وشركة مشروع وفي هذه الحالة يكون العقد عقدا مدنيا. راجع في هذا الصدد: مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 19.

² - أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابق، ص ص 5.6.

³ - KPMG، دليل الاستثمار في الجزائر، مطبعة حسناوي، الجزائر، د ط، 2006، ص 56.

⁴ - الأمر رقم 11/06، المؤرخ في 30 أوت 2006، المتضمن تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53. (ملغى)

⁵ - أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابق، ص 7

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بالدقي مع شركة مصرية خاصة لتقوم ببناء صالة ألعاب البولينغ والبلياردو، وتضمن العقد شرطاً بأن تؤول ملكيتها للنادي بمضي 10 سنوات، وخلال هذه الفترة تلتزم الشركة بدفع مبلغ ستة ملايين جنيه مع تخفيض أسعار اللعب لأعضاء النادي.¹

المطلب الثاني:

القواعد الدستورية والقانونية التي تحكم عقود البوت

أدت عقود البوت في مجال إنشاء وتسيير المرافق العامة وإنجاز مشروعات البنية الأساسية دوراً هاماً وساهمت في دفع عجلة التنمية الاقتصادية في كثير من الدول النامية والمتطورة على حد سواء، ويعود الفضل في ظهورها والدور الذي أدته لسببين رئيسيين: الأول عجز موازنات هذه الدول على توفير الأموال اللازمة لإنشاء هذه المرافق والمشروعات، والثاني هو لترسيخ نظام الاقتصاد الحر، وقياس مدى نجاح عقود البوت من فشلها يعتمد بالأساس على تحديد الإطار القانوني الحاكم لها، لأن هذا الأخير هو الأساس الذي يكفل نجاح العقد في تحقيق أهدافه، فالإيجابيات التي يمكن تحقيقها من اللجوء لعقود البوت لإنشاء وتسيير المرافق العامة متوقفة على عملية ضبط الإطار القانوني لها، وهنا سنبرز النظام القانوني الذي تخضع له في التشريعات المقارنة ثم في القانون الجزائري وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

النظام القانوني لعقود البوت في التشريعات المقارنة

تتطلب مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وإدارة المرافق العامة وجود نصوص دستورية تقر بإمكانية هذه المشاركة أولاً، بما يهيئ الأساس الذي تستند إليه النصوص القانونية والتنظيمية التي تصدرها الدولة لبيان كيفية مشاركة هذا القطاع الخاص في مختلف المرافق العامة ومشروعات البنية التحتية، ونشير في هذا الصدد لوجود اختلاف في التشريعات القانونية في كيفية تنظيم هذه المشاركة بين مصدر لقانون واحد منظم لعقود البوت، وبين من وزعها على مختلف النصوص القانونية وسنقوم باستعراض كيفية تنظيم عقود البوت في التشريعات المقارنة على النحو التالي:

أولاً: التنظيم الدستوري لعقود البوت

تقوم عقود البوت على أساس قيام الدولة بالتنازل عن قطعة أرض تملكها لمستثمر أو مجموعة من المستثمرين لبناء مرفق عام لإشباع حاجات الجمهور، على أن يقوم هذا الأخير ليس فقط بعملية البناء وإنما التشغيل ولفترة معينة يتم تحديدها في العقد، على أن يقوم بعد انتهاء المدة بإعادة المرفق العام بحالة

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 298.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

جيدة للدولة، وهذا النوع من العقود ليس عقد امتياز كما سبق بيانه لوجود العديد من الاختلافات بينهما، ومن هذا المنطلق فالدول التي عرفت عقد الامتياز وطبقته ونتيجة للظروف الاقتصادية وعجز موازنتها وتوجهها للنظام الاقتصادي الحر وإعمال آليات السوق وإعطاء الدور الكبير في النشاط الاقتصادي للقطاع الخاص، لجأت لعقود البوت مكان عقود الامتياز لإنشاء وإدارة مرافقها العامة.

المؤسس الدستوري المقارن اعتمد على أسلوبين مختلفين في تنظيمه لعقود الامتياز، في الأول: يوجب التصديق على عقد الامتياز الممنوح الممنوحة لشخص القانون الخاص بقانون صادر عن البرلمان، وفي الثاني يتم إصدار قانون يحدد الأحكام المطبقة على منح الامتيازات وإجراءاته على غرار ما هو معمول به في الجزائر، وسنقوم بدراسة التنظيم الدستوري لعقود البوت على النحو التالي:

1: في الدستور المصري

1-1: قبل التعديل الدستوري لسنة 2007

في ظل دستور سنة 1923 كانت الامتيازات لا تمنح إلا بموجب قانون وهذا طبقاً لنص المادة 137 منه، وقد ثار خلاف حول مضمون هذه المادة فقد ذهب اتجاه في الفقه يقول بأن نص المادة لا يشترط صدور قانون خاص بكل امتياز على حدا، فيكفي صدور قانون عام ينظم كيفية منح الامتياز، لكن اتجاه فقهي آخر وقد كان الرأي الراجح قال بضرورة صدور قانون خاص بكل امتياز بشكل مستقل، وكل عقد لا يحترم هذا الإجراء فهو باطل، وهنا قضت محكمة القضاء الإداري بأن تدخل البرلمان بالنسبة لعقود المرافق العامة واستغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد هو شرط من شروط صحتها، وبعد إلغاء هذا الدستور فإن كل الدساتير اللاحقة لم تشترط صدور قانون منظم لكل امتياز بشكل مستقل،¹ وهو ما تم الأخذ به في دستور 1971 في نص المادة 123 منه.²

في ظل الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1971 كانت مبادئ النظام الاشتراكي هي السائدة، وأكدت أحكام المادة 23 منه على وجوب تنظيم الاقتصاد القومي وفقاً لخطة تنمية شاملة، وبذلك ربط الاقتصاد المصري بخطة مركزية، تكفل تحقيق زيادة في الدخل القومي وعدالة في التوزيع ورفع مستوى المعيشة والقضاء على مشكلة البطالة من خلال زيادة فرص العمل، وكذا ضمان الحد الأدنى

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 478، 480.

² - حيث نصت على أنه: "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة... الخ".

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذا القانون الذي تكلمت عنه هذه المادة لم يصدر، لذا استمر العمل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 الصادر في ظل دستور سنة 1958 والمعدل بموجب القانون رقم 152 لسنة 1960، ووفقاً للمادة الأولى من التعديل فإن: "...منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة.

ويكون تعديل ما عدا ذلك من الوزير المختص.

على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات".

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

للأجور ووضع حد أعلى يكفل تقريب الفروق بين الدخول.

لقد أكدت المادتين 24 و 25 من نفس الدستور على أن الشعب هو المسيطر على أدوات الإنتاج، ويكون لكل مواطن نصيب في الناتج القومي الذي يحدده القانون، والملكية العامة هي ملكية الشعب وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام، ويقود القطاع العام التقدم في جميع المجالات ويتحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية،¹ وحتى يتجسد ذلك واقعياً نص المؤسس الدستوري على أن القانون هو الذي يحدد القواعد والإجراءات الخاصة التي بموجبها يتم منح الامتيازات لاستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة.²

قال اتجاه فقهي بأن خصخصة القطاع العام بنقل ملكيته للقطاع الخاص أمر غير دستوري لذا من الضروري التدخل لإجراء تعديل في نصوص المواد السابقة لضبط موضوع خصخصة القطاع العام، وقال اتجاه فقهي آخر أنه إذا كانت الخصخصة جائزة دستورياً، إلا أنها مقيدة بأحكام هذا الأخير مادامت لا تؤدي لتخلف القطاع العام وعجزه عن تحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية.³

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى بعض القانونيين في مصر يؤكدون على أن عملية البحث في الإطار الدستوري لعقود البوت تواجهها بعض الصعوبات في مصر، مرجعها أن هذا النوع من العقود يتطلب تحريراً للاقتصاد المصري والتوجه لاقتصاد السوق وهذا مخالف لأحكام الدستور، فالمادة 235 من الدستور المصري الصادر في 11 سبتمبر 1971 تنص على أن تنظيم الاقتصاد القومي وفقاً لخطة تنمية تكفل زيادة الدخل القومي وعدالة التوزيع ورفع مستوى المعيشة والقضاء على البطالة وزيادة فرص العمل، وهو ما أكدته أحكام المادة 30 من الدستور الحالي والتي نصت على أن الملكية العامة هي ملكية الشعب وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام وعقود القطاع العام تتقدم في جميع المجالات ويتحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية، وذهب اتجاه من الفقهاء للقول بأن هناك ارتباطاً وثيقاً بين عقود البوت وبين عمليات الخصخصة لذا لا بد من ظهور إطار دستوري للخصخصة، وهنا ذهب اتجاه آخر للقول بأنه إذا كانت الخصخصة جائزة دستورياً فإنها دائماً مقيدة بأحكامه مادامت لا تؤدي للإخلال بالمبادئ الاقتصادية في الدستور أي لا تؤدي لتخلف القطاع العام وعجزه عن تحمل المسؤولية الرئيسية في خطة التنمية.

¹ - المادة 30 من دستور سنة 1971.

² - المادة 123 من نفس الدستور.

³ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 37.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يرى هذا الاتجاه الفقهي أن التوجه للسوق الحر وخصخصة القطاع العام يتم في مصر دون إطار دستوري ينظم هذا التحول، ويرون أن حتى صدور حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في فيفري 1997 المتعلق بمخالفة الأوضاع والإجراءات التي حددها الدستور في نص المادتين 194، 185 في قانون شركات القطاع العام على اعتبار أنه يتنافى مع حكم المادة 30 من الدستور، وهنا رفضت المحكمة التسليم بعدم مخالفة القانون رقم 203 لسنة 1991 للأوضاع والإجراءات التي حددها الدستور، وانتقلت المحكمة للبحث فيما إذا كان هذا القانون متفقاً مع نص المادة 30 من الدستور والتي تنص على أن الملكية العامة هي ملكية الشعب وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام وعقود القطاع العام المنفذة في جميع الحالات، وقد أيدت المحكمة في حكمها السابق سياسة التحول الاقتصادي الذي تسيير عليه الحكومة، وأيدت نظام الخصخصة، وبذلك فهي قد تجاوزت حدود الدعوة لتدخلها لتفسير نصوص الدستور المرتبطة بالاتجاه الاشتراكي والملكية العامة، وهو ما تم إرجاعه لخوف المحكمة من الاصطدام بنظام الدولة.¹

على الرغم من غياب نصوص دستورية تتناول التعاقد بنظام البوت للارتباط الموجود بين هذا النوع من العقود بضرورة احترام الملكية الخاصة،² إلا أن المحكمة الدستورية أصدرت حكماً سنة 1997³ أكدت فيه على عدم وجود تعارض بين هذا القانون والنص الدستوري واستندت في ذلك لجملة من الأسباب،⁴ وبذلك أصبح حكم المحكمة الدستورية العليا نظاماً للخصخصة باعتبارها الدافع لظهور عقود البوت موافقاً للدستور، إلا أن هذا الحكم تعرض للانتقاد على أساس أنه جاء حريصاً على تجنب التصادم مع النظام السياسي متجاوزاً بذلك حدود الدعوى المطروحة عليه وتأكيداً على اتفاق التحول الاقتصادي مع نصوص الدستور المتعلقة بالاتجاه الاشتراكي، وقد انتقدت الأسانيد التي استندت لها المحكمة على أساس أن:

- الدستور يقيم النظام الاقتصادي على أساس فلسفة ونظام معين يتعين إتباعه، ومتى أرادت الدولة العدول عنه فإنه يتعين عليها تعديل الدستور.
- قيام المحكمة الدستورية بتفسير نصوص الدستور يؤثر على النصوص الدستورية ويخضعها لفلسفة بذاتها لم تتضمنها ولا يمكن أن تتعايش معها أو تؤدي لإتمام التحول إليها بطريقة سليمة.

¹ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 36، 38.

² - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 80.

³ - الحكم جاء بناء على طلب احتياطي من المدعي بعدم دستورية قانون شركات قطاع الأعمال رقم 23 لسنة 1991 والذي يستهدف غاية مخالفة لأحكام المادة 30 التي سبق الإشارة إليها.

⁴ - راجع في هذا الصدد: مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 48، 51.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- قول المحكمة الدستورية بأن استهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور يمكن تحقيقها بأي وسيلة مادامت هذه الأخيرة يتحقق بها الهدف، لأنه متى حدد الدستور وسيلة معينة يتعين أن تتم عملية التنمية بواسطتها، وإلا فإنه يتعين تعديل الدستور لإقرار أي وسيلة أخرى.

- قول المحكمة الدستورية بأن الاستثمار بنوعيه العام والخاص هو أموال تتدفق سواء كان مصدرها الدولة أو القطاع الخاص فإنها تتكامل مع بعضها، ويعتبر تجميعها لازماً لبناء قاعدة إنتاجية أعمق وأعمق، ولا يكون التفريط فيها إلا ترفاً ونكولاً عن قيم يدعوا إليها التطور ويتطلبها، وما تنص عليه المادة 29 من الدستور من أشكال الملكية تتقدمها الملكية العامة والملكية التعاونية والملكية الخاصة ليس إلا بالتوزيع للأدوار والذي لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعاً لرقابة الشعب،¹ غير صحيح لأنه متى قام الدستور بتوزيع الأدوار بينهما فإنه يتعين احترام هذا التنظيم الدستوري لغاية أن يعدل أو يتم إلغاؤه.²

1-2: بعد التعديل الدستوري لسنة 2007

الخلاف السابق حول حكم المحكمة الدستورية لم يعد مهماً بعد التعديلات الدستورية لسنة 2007، والذي نصت المادة الرابعة منه على أن يقوم الاقتصاد في جمهورية مصر العربية على تنمية النشاط الاقتصادي والعدالة الاجتماعية وكفالة الأشكال المختلفة للملكية والحفاظ على حقوق العمل، وسياق هذه المادة يعكس لنا أن المؤسس الدستوري أراد من اصطلاحه الأشكال المختلفة للملكية بنوعيتها العامة والخاصة وهذه الأخيرة هي أساس النظام الاقتصادي الحر.

وعرفت المادة 32 من الدستور الملكية الخاصة بكل رأس المال غير المستغل وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي، وفي إطار خطة التنمية دون انحراف أو استغلال ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع المنفعة العامة، وقد كفل الدستور الحماية لهذه الأملاك ونص صراحة على عدم إمكانية فرض حراسة عليها إلا في الأحوال التي يحددها القانون، وتجسيدا لحماية أكثر لها نص صراحة على أنه لا يمكن أن تتم عملية نزع الملكية إلا للمنفعة العامة وذلك مقابل تعويض، وهو ما يعكس أن اتخاذ عقود البوت أداة إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة لم يعد هناك ما يمنعه.³

في دستور سنة 2014 نص المؤسس الدستوري على أن النظام الاقتصادي يهدف لتحقيق الرخاء في البلاد، من خلال التنمية المستدامة والعدالة الاجتماعية، ويلتزم هذا الأخير بمعايير الشفافية والحوكمة،

¹ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 136.

² - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ص 73، 75.

³ - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص ص 70، 71.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ودعم محاور التنافس وتشجيع الاستثمار، والنمو المتوازن ومنع الممارسات الاحتكارية، وضبط آليات السوق وكفالة الأنواع المختلفة للملكية، واعتبر الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية والمعلوماتية أساسية للاقتصاد الوطني، والدولة ملزمة بحمايتها وزيادة تنافسيتها وتوفير المناخ الجاذب للاستثمار، وتعمل على زيادة الإنتاج وتشجيع التصدير وتنظيم الاستيراد،¹ وأوكل حماية الملكية بأنواعها الثلاثة العامة، والخاصة والتعاونية للدولة،² وكل هذه النصوص توفر تأسيساً دستورياً لتشجيع انتشار عقود البوت في مصر.

2. في الدستور الكويتي

لم يشر الدستور الكويتي بشكل صريح لفكرة الخصوصية إلا أنه نص صراحة على جملة من المبادئ التي تعد أساساً جوهرياً لقبولها نوجزها فيما يلي:

- مبدأ المشاركة العادلة بين النشاطين العام والخاص في البناء الاقتصادي على أساس عادل.
 - مبدأ احترام الملكية الخاصة.
 - مبدأ حرية التجارة والصناعة.
 - الالتزام والاحتكار القانوني أدوات لتشجيع استثمار الثروات الطبيعية والمرافق العامة وفقاً للعدالة.³
- تجد عقود البوت أساسها في أحكام الدستور باعتبارها صورة من صور الملكية الخاصة وصورة من صور التزام المرافق العامة في نصوص الدستور لاسيما أحكام المادتين 152 و153 منه واللتين نصتا على ما يلي: " كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيديّة تسيير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة"، " كل احتكار لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود".⁴

3. في الدستور السوري

يقول الفقه بأن البحث عن الأساس الدستوري لعقود البوت في سوريا يبدو للمرة الأولى غير منطقي، لأن هذا الأخير نشأ في الأنظمة التي تتبع الاقتصاد الحر، وهو ما يخالف الدستور السوري القائم على الفكر الاشتراكي، والذي ينص صراحة على أن الاقتصاد في الدولة اقتصاد تراكمي مخطط وأن ملكية الشعب تشمل الثروات الطبيعية والمرافق العامة وهو ما أكدته المواد 13، 14 منه، لذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي أن تطبيق عقود البوت في سوريا سيتم دون أساس دستوري لأن نقل ملكية المرفق العام

¹ - المادة 27، 28 منه.

² - المادة 33 منه.

³ - هذه المبادئ مجسدة في أحكام المواد: 16، 18، 19، 20، 21، 22، 23، 24، 152، 153 من الدستور الكويتي.

⁴ - أسامة مدلول خريص أبو هليله المطيري، المرجع السابق، ص ص 65، 66.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

للدولة يعني أن هذا الأخير كان ملكا للقطاع الخاص طوال مدة العقد وهو مخالف لأحكام المادة 14 من الدستور التي سبق الإشارة إليها.

لكننا نرى أن نقل الملكية الذي يعد آخر مرحلة في عقد البوت لا يعني أن المرفق العام كان ملكا لشركة المشروع طوال مدة العقد، فهذه الأخيرة تظل قائمة للدولة فيد شركة المشروع على المرفق العام خلال فترة الإنشاء والتشغيل عارضة، ولا ترقى لمفهوم الملكية بمعناها الصحيح والتي تعني الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومتى كانت شركة المشروع لا تملك سلطة التصرف في هذا المرفق العام خلال هذه الفترة فإننا لا نكون بصدد ملكية بالمعنى الصحيح.

استند اتجاه فقهي آخر للقول بأن الدستور السوري قسم الملكية لثلاثة أنواع،¹ وأكد على أن الملكية الفردية لا يمكن نزعها إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل وفقا للقانون، وأن المصادرة العامة في الأموال ممنوعة، ولا تفرض المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي أو بقانون لقاء تعويض عادل.. الخ، ومن خلال ما سبق فهم يرون أن عقود البوت شكل من أشكال التوسع في الملكية الخاصة وبذلك هي جائزة دستوريا، لاسيما وأن المادة 20 من الدستور السوري أكدت على أن استثمار المنشآت الاقتصادية الخاصة والمشاركة يهدف لتلبية الحاجات الاجتماعية، وزيادة الدخل القومي وتحقيق رفاه الشعب، ويمكن للدولة أن تبرم اتفاقيات تمنح بموجبها امتيازات للشركات والمؤسسات الأجنبية شرط حصولها على إقرار من مجلس الشعب، وهو ما يقتضي أن ملكية الشعب يمكن أن تكون محلا لامتياز دون أن يؤدي ذلك لتغيير في وصفها مادامت تحتاج لإقرار من مجلس الشعب وبذلك لا يعد العقد مبرما إلا بعد صدور المصادقة وبذلك تعد السلطة التشريعية مشاركة في الاختصاص بإبرام العقد، ومما سبق يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت تجد أساسها في نصوص الدستور السوري.²

لقد نصت المادة 5/71 من دستور 1973 على أن يتولى " مجلس الشعب الاختصاصات التالية:

5- إقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة وهي المعاهدات أو الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية".³

¹ - ملكية الشعب: وتشمل الثروات الطبيعية والمرافق العامة والمنشآت والمؤسسات المؤممة أو التي تقسمها الدولة وتتولى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب، وواجب المواطنون حمايتها.

- ملكية جماعية: وتشمل الممتلكات العائدة للمنظمات الشعبية والمهنية والوحدات الإنتاجية والجمعيات التعاونية والمؤسسات الاجتماعية الأخرى ويكفل القانون رعايتها ودعمها.

- ملكية فردية: تشمل الممتلكات الخاصة بالأفراد ويحدد القانون وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع مصالح الشعب.

راجع في هذا الصدد: محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 132، 133.

² - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 134، 135.

³ - معين برغوثي، عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية)، سلسلة تقارير قانونية، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، العدد الخامس والثلاثون، آذار 2004، ص 16.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ثانياً: التنظيم التشريعي لعقود البوت

الهدف الأساسي للمتعاقد مع الدولة في عقود البوت وهو الحصول على امتياز من الحكومة بموجبه يحصل على جملة من الحقوق ويتحمل جملة من الالتزامات، والامتياز هنا متعلق بإنشاء وإدارة المرفق العام الذي هو موضوع عملية التعاقد، ومن ثم فإنه يخضع لذات القواعد القانونية الحاكمة لعقود امتياز المرافق العامة بالقدر الذي يتفق مع هذا التطور، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التنظيم التشريعي لعقود البوت في الدول أخذ ثلاث اتجاهات رئيسية في ذلك وهي:¹

الاتجاه الأول: وفيه لجأت الدول لإصدار قوانين خاصة لتنظيم عقود البناء التشغيل وتحويل الملكية، على غرار التشريع المغربي،² والقانون الفلبيني الذي عمد فيه لجمع وتوحيد الاتفاقيات المبرمة بنظام BOT، والأمر سيان كذلك بالنسبة للتشريع الاسترالي والصيني والتركي فكلها لها تشريع واحد منظم لعقود BOT.

الاتجاه الثاني: وفيه تم إصدار قوانين الامتياز لتنظيم مشروعات البنية الأساسية التي يقوم بها القطاع الخاص، ومثال ذلك التشريع الألباني والتشريع المصري.

الاتجاه الثالث: وفيه يتم إصدار مجموعة كبيرة من التشريعات، بحيث يتيح كل منها خصوصية نشاط معين، على غرار التشريع الأرجنتيني وتشريع البيرو.. الخ.

إلى جانب الاتجاهات الثلاثة السابقة هناك اتجاه آخر يرى أنه لما كان الهدف الرئيسي لشركة المشروع في عقود البوت هو الحصول على عقد من الدولة المضيفة، بموجبه تحصل على حقوق وتتحمل كذلك جملة من الالتزامات، وفي رأيهم أنه لما كان العقد يتعلق في الغالب بإنشاء وإدارة مرفق عام لذا فإنه يخضع لذات القواعد الحاكمة لعقود الامتياز، فعقود البوت ما هي إلا تطوير حديث لعقود امتياز المرافق العامة، لذا فالقواعد التي تحكم هذه الأخيرة هي التي تحكم عقود البوت أيضاً.

ومن ثم فهم يرون أن الإطار التشريعي لعقود البوت محدد مسبقاً، لكن مع ذلك يرون أنه كان على المشرع أن يقوم بإدخال تغييرات في الإطار القانوني الحاكم لعقود التزام المرافق العامة حتى يكون متماشياً مع عقود البوت التي تعد صورة حديثة ومتطورة عن عقود الامتياز.

نتناول دراسة التنظيم التشريعي لعقود البوت على النحو التالي:

¹ - محمد المتولي، " التنظيم القانوني لخصخصة المشروعات العامة بنظام BOT في الكويت"، بحث مقدم للمؤتمر الثاني الموسوم ب: دور القطاع الخاص في مشروعات التنمية والبنية التحتية، الكويت، 2003، ص 7.

² - وقد القانون رقم 39/89 المؤرخ في 1989/12/11 أول قانون ينظم عملية الخصخصة، وحدد أجل 6 سنوات لتحويل 112 مقالة منها 30 مساهمة مباشرة للدولة و 45 فرع و 37 مؤسسة فندقية في ملك الدولة أو مؤسسات عمومية أضيفت لها الشركة الشريفة للبتترول و شركة المساهمة المغربية لصناعة التصفية.

وقد عدل القانون السالف الذكر بالقانون رقم 34/98 الصادر في 1999/5/20 وقد قام بإلغاء التاريخ المحدد للمدة الزمنية المتاحة لتنفيذ برنامج الخصخصة، كما قلص من عدد الشركات والمؤسسات الفندقية المطلوب خصصتها فلم يترك سوى 13 شركة و 16 فرع و 8 مؤسسات فندقية... الخ.

راجع في هذا الصدد: أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 63.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

1. في التشريع المصري

يرى البعض أن الإطار التشريعي لعقود البوت في مصر يتعين أن يغير بتغيير الإطار القانوني لعقد امتياز المرافق العامة الذي نظمه القانون رقم 129 لسنة 1947، الذي تم تعديله بالقانون رقم 61 لسنة 1958 بما يتوافق مع عقود البوت التي تعد تطورا لعقد الامتياز بصورته التقليدية، لاسيما بعدما أصبح القطاع الخاص سواء الوطني أو الأجنبي يؤدي دورا هاما في إنشاء وتشغيل المرافق العامة في الكثير من القطاعات على غرار: المطارات والطرق ومحطات الكهرباء والمياه والصرف الصحي،¹ وهو ما أدى في الواقع وبالنظر لضعف الإطار القانوني لعقود البوت لإصدار قوانين جديدة متعلقة بمنح امتياز المرافق العامة على غرار القانون رقم 100 لسنة 1996 والذي عدل أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 المتعلقة بإنشاء هيئة كهرباء مصر.

نصت المادة 7 منه على أن الهيئة المشار إليها سابقا تضطلع بمهمة القيام بجميع التصرفات والأعمال التي من شأنها تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، وفي هذا الإطار يمكنها أن تتعاقد مباشرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية، وطبقا للقاعد المحددة في اللائحة الداخلية للقانون رقم 3 لسنة 1997 المتعلقة بمنح امتياز المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول وقد حدد مجال لمشروعات البوت باستغلال المطارات ووضع الشروط والقواعد والإجراءات الواجب إتباعها، وقد نص صراحة على أنه يمكن أن يتم منح امتياز المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغير سواء كانوا أشخاصا طبيعيا أو معنوية داخل البلاد أو خارجها لإنشاء وإعداد وصيانة واستغلال ما هو قائم من مطارات وأراضي الهبوط وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958 مع الالتزام بأحكام قانون الطيران مع مراعاة القواعد والإجراءات التالية:

- يتم اختيار المتعاقد في إطار المنافسة والعلائية، الأمر الذي لم يرد في القانون رقم 129 لسنة 1947.
 - ألا تزيد مدة الالتزام على 99 سنة، وقد كانت هذه المدة في ظل القانون رقم 129 لسنة 1947 ثلاثون سنة² وهي المدة غير الكافية في عقود البوت إلا أن 99 سنة مدة طويلة جدا أيضا.
 - أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تضمن حسن سير المرفق العام.
- صدور قرار منح الامتياز وكذا تعديله بموجب قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير الكهرباء والطاقة.³

¹ - مصطفى عبد المحسن الحيشي، المرجع السابق، ص 68.

² - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 87.

³ - أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 364، 365.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المشكل الذي أثاره هذا القانون هو إغفاله لتنظيم أمور أخرى هي بالأهمية بما كان لنجاح عقود البوت وهي تحديد الحالات التي ينتهي فيها هذا الامتياز والجهة التي تضطلع بمهمة الإشراف والوسائل التي تستعملها لهذا الغرض.

في ظل القانون رقم 229 لسنة 1996 المعدل لبعض أحكام القانون رقم 84 لسنة 1968 المتعلق بالطرق العامة، نصت أحكام المادة 12 مكرر منه على إمكانية منح امتياز المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنوية وذلك لإنشاء طرق سريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقييد بأحكام القانون 129 لسنة 1947 المتعلق بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم 61 لسنة 1958 المتعلق بمنح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية وذلك مع مراعاة القواعد والإجراءات التالية:

- أن يتم اختيار المتعاقد في إطار المنافسة والعلانية.
- ألا تزيد مدة العقد على 99 سنة.
- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد.
- يكون للملتزم فيما أنشأه من طرق سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطرق،¹ بما في ذلك الحق في استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق في بدايته ونهايته بإقامة فنادق واستراحات ومطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات... الخ، وهنا يتعين على الملتزم أن يحافظ على الطريق وعلى المشروعات السابقة، وأن يجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام، على أن تؤول جميع المنشآت للدولة في نهاية مدة الامتياز دون مقابل وفي حالة جيدة.
- الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التي تصدر بشأن استعمال الطرق العامة.
- يصدر قرار منح الامتياز وكذا تعديله بموجب قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح من وزير النقل والمواصلات.²

في ظل القانون رقم 3 لسنة 1997 المتعلق بمنح امتياز المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، نصت أحكام المادة 3 منه على أن للملتزم بالنسبة للمطارات وأراضي النزول محل الامتياز نفس السلطات والاختصاصات المسندة للهيئة المصرية العامة للطيران والمحددة في أحكام قانون الطيران المدني، وللسلطات المختصة بالطيران المدني المحددة في أحكام قانون رسوم الطيران المدني في حدود الشروط التي يتم إدراجها في عقد الامتياز، غير أن المشرع نص صراحة على أن تظل الهيئة المصرية العامة للطيران المدني المشرفة على عمليات تأمين السلامة في الطيران

¹ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 40، 42.

² - مصطفى عبد المحسن الحيشي، المرجع السابق، ص 70، 71.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

والقائمين عليها والتحقق في المخالفات الخاصة بها، وبمبدأ المعاملة بالمثل بالنسبة لفتح أي مكتب لمؤسسات النقل الجوي الأجنبية، وحماية لها نص المشرع على عدم إمكانية مباشرة الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الامتياز وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة... واللازمة لتسيير المرفق العام محل الامتياز.

يتعين على شركة المشروع طوال المدة المحددة في العقد أن يحافظ على هذه المطارات وأراضي النزول محل الامتياز وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الامتياز، على أن تؤول جميعها في نهاية المدة المحددة للدولة دون مقابل وبحال جيد، ويصدر قرار منح هذا الامتياز بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص، وفي كل الأحوال لا يجوز التنازل عن الامتياز للغير دون إذن من مجلس الوزراء.¹

في ظل القانون رقم 22 لسنة 1998 تم إضافة مادة جديدة للقانون رقم 1 لسنة 1996 المتعلق بالموانئ التخصصية والذي نص فيه صراحة على أنه: "مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بأمن الموانئ والسفن يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانئ عامة وتخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها... بمراعاة القواعد والإجراءات التالية:

- أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.
 - ألا تزيد مدة الالتزام على 99 سنة.
 - تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد.
 - أن يراعي الملتزم الحفاظ على الميناء أو الرصيف ويجعله صالحاً للاستخدام طوال مدة الالتزام.
 - أن يلتزم بأحكام القوانين والقرارات المتعلقة بالموانئ وبتنظيم الأنشطة التي تعمل بها.
 - ألا يتنازل عن الالتزام لغيره دون إذن مجلس الوزراء.
 - أن تؤول جميع المنشآت للدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة.
- يتم منح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها في حدود القواعد والإجراءات السابقة بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص.²

¹- أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003، ص ص 365، 366.

- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص ص 141، 142.

²- محمد الروبي، المرجع السابق، ص 161.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

من خلال النصوص القانونية السابقة التي تبين الإطار القانوني لعقود البوت في مصر يمكننا إيراد جملة من الملاحظات عليه وذلك على النحو التالي:

- في إطار تشجيع إنشاء وتسيير المرافق العامة عن طريق عقود الامتياز وعقود البوت وجذب المستثمرين في هذا الصدد، صدرت العديد من القوانين سبق الإشارة إليها بموجبها تم النص على عدم التقيد بأحكام قانون امتياز المرافق العامة رقم 129 لسنة 1947 وقانون امتيازات موارد الثروة الطبيعية رقم 61 لسنة 1958.

- النصوص القانونية التي أوجدها المشرع المصري كأساس قانوني لتنظيم عقود البوت لم تأت بنظام قانوني كامل وشامل، واكتفت بتنظيم جزئي لا يرتقي للمستوى المطلوب لاسيما مع تزايد الحاجة لإبرام عقود البوت لإنشاء وإدارة وتسيير المرافق العامة، فهي جاءت أساسا كاستثناء على أحكام القانون رقم 129 لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1958، وحتى تؤدي عقود البوت دورها وتحقق المزايا التي كانت وراء لجوء الدولة إليها لإنشاء مرافقها العامة يتعين إصدار قانون شامل منظم للأسس والقواعد العامة التي تحكم عقود البوت انطلاقا من لحظة إبرامها لغاية انتهائها، على أن تتسم بالمرونة حتى تبقى صالحة للتطبيق لجميع عقود البوت التي تريد الدولة إبرامها لإنشاء وتسيير مرافقها العامة.

- جعل المشرع المصري مدة 99 سنة الحد الأقصى لعقود البوت بشكل مطلق غير صحيح، وقد يكون ذلك تائرا بعقد التزام قناة السويس، فهي مدة طويلة جدا لأن استرجاع المستثمر لما أنفقه في إنشاء وتشغيل بعض المرافق العامة لا تتطلب كل هذه المدة، لذا يتعين مراعاة طبيعة كل مرفق والنفقات التي يحتاجها، ومن جهة أخرى حتى لا تكون هذه العقود سببا في تدخل الدول الأجنبية التي يتبعها المستثمر الأجنبي في الشؤون الداخلية للدولة ولكي لا تتكرر التجربة المصرية في قناة السويس.

- القوانين السابقة ألغت الحد الأقصى لحصة الأرباح التي يحصل عليها الملتزم في عقود البوت.

- القوانين السابقة أغفلت تنظيم أمر هام في عقود البوت التي تتسم بطول فترتها نسبيا، وهي عدم تحديدها للجهاز أو الجهة التي تتولى مهمة ممارسة الرقابة على المتعاقد معها في تنفيذه لما التزم به، وهو إنشاء وتشغيل المرفق العام طوال المدة المحددة في العقد، على أن يعيده في النهاية للدولة بحالة جيدة، وهو أمر خطير إذا لم يضبط فقد يكون سببا في تبديد استثمارات كبيرة.

2. في التشريع الكويتي

بالنسبة للمشرع الكويتي لم يأخذ بأي من الاتجاهات السالفة الذكر، واستند في تنظيم عقود البوت للدستور وللقانون رقم 8 لسنة 2001 المتعلق بتنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في الكويت، في مجالات التنمية لاسيما في الحصول على التقنية المتطورة والخبرات الإدارية، وما يهنا في هذا

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الصدد هو أحكام المادتين 2، 3 منه،¹ والتي أجازت لوزير التجارة والصناعة بناء على توجيهات لجنة الاستثمار وبعد موافقة الجهات المختصة (التي لها علاقة بالاستثمار المطلوب)، إصدار الترخيص اللازم لممارسة الأنشطة والمشروعات الاقتصادية بطريقة الالتزام بنظام البوت دون صدور قانون خاص وذلك في الثروات غير القومية والمرافق الثانوية.

في القانون رقم 8 لسنة 2001 المتعلق بتنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، تم دعم القطاع الخاص والاستفادة من رؤوس الأموال الأجنبية في مجالات التنمية، وقد نصت المادة 2 منه على أن مجلس الوزراء هو من يضطلع بمهمة تحديد الأنشطة والمشروعات التي يجوز للمستثمر الأجنبي مزاولتها داخل البلاد بشكل مستقل أو بمشاركة مع الرأس المال الوطني، وفي كل الأحوال ذلك يكون بما يتلاءم مع السياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة.

بناء على ما سبق فإن مزاوله المستثمر الأجنبي للأنشطة أو المشروعات الاقتصادية تكون بناء على ترخيص صادر من مجلس الوزراء، بناء على توصية من لجنة الاستثمار، وبعد موافقة الجهات المختصة...، وفي كل التزام باستثمار موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العمومية لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وفي المذكرة التفسيرية الملحقة بهذا القانون تم التعليق على المادة السابقة بالقول أن المقصود بالثروة الطبيعية هي ما استقر عليه الأصل التاريخي للنص والتي لا يجوز منح التزام باستثمارها إلا بقانون يصدر في كل حالة على حدة، هي الموارد التي تكون ثروة قومية البترول، أما غير ذلك من الموارد الطبيعية فلا يشملها النص، أما المقصود بالمرافق العامة هي المرافق الرئيسية، ومن ثم إصدار الترخيص اللازم للإنشاء بعقود البوت دون صدور قانون خاص متعلق بالثروات غير القومية والمرافق الثانوية.

فيما يتعلق بالمرافق القومية والثروات القومية فهي تخضع لرقابة مجلس الأمة، لأنها الجهة المختصة بالسماح باستغلالها عن طريق الامتياز الذي تعد عقود البوت التطور الحديث له، لكن الإشكال الذي يثيره القانون السابق متعلق بمعيار تصنيف المرافق العامة لمرافق قومية ومرافق ثانوية فهل هناك معيار لذلك؟ ومن يقوم بهذا التصنيف؟، كما أن إشكالا آخر يثور بسبب نص المشرع على إخضاع عقود البوت المتعلقة باستغلال الثروات والمرافق لرقابة مسبقة من إدارة الفتوى والتشريع إذا كانت قيمة العقد

¹ - نصت المادة 2 من القانون رقم 8 لسنة 2001 على: "يحدد مجلس الوزراء الأنشطة والمشروعات الاقتصادية التي يجوز للمستثمر الأجنبي مزاولتها داخل البلاد، إما بصفة مستقلة أو بمشاركة رأس المال الوطني، وبما يتلاءم مع السياسة العامة للدولة وخطط التنمية الاقتصادية المعتمدة" - نصت المادة 3 من نفس القانون على: "تصدر التراخيص للمستثمر الأجنبي في مزاوله أي من الأنشطة أو المشروعات الاقتصادية بقرار من مجلس الوزراء بناء على توصية لجنة الاستثمار وبعد موافقة الجهات المختصة...، وكل التزام باستثمار موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العمومية لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيديّة تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة..."

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

تزيد عن مليون دينار،¹ كما أن هذه العقود تخضع لرقابة ديوان المحاسبة أيضاً،² وفي قانون البلدية اشترط المشرع أن يتم استطلاع رأي م.ش.ب متى كانت الالتزامات متعلقة بالشؤون البلدية.³ من خلال النصوص القانونية السابقة يتضح لنا بأن الكويت هي الأخرى لا يوجد فيها نص قانوني واحد منظم لكيفية إبرام عقود البوت، وهو ما ينعكس على شفافية إجراءات إبرامها، كما أن تعدد الجهات التي تمارس الرقابة فيها وعدم وضوح النصوص القانونية يجعل من الإطار القانوني المنظم لها غير دقيق، وهو ما سيثير إشكالات في التطبيق العملي ويجعل من الامتيازات التي تروجو الدولة تحقيقها من اللجوء إلى هذا النوع من العقود مجرد حبر على ورق، وحتى أنه قد يتقل الدولة بأعباء مالية هي في غنى عنها.

3. في التشريع السوري

لا يوجد قانون خاص يحكم عقود البوت في سوريا، فالتشريع السوري لا يتضمن قواعد قانونية خاصة تنظم أحكامها، وإنما مجرد نصوص قانونية متفرقة في مختلف القوانين التي تتعلق بشكل أو آخر بعقود البوت متناولة بعض المسائل والعلاقات المتعلقة بها والناجمة عنها، ويذهب اتجاه فقهي واسع للقول بأن عقود البوت هي التطور الحديث لعقد امتياز المرافق العامة، ومن هذا المنطلق فهم يقولون بتطبيق القواعد القانونية التي تحكم عقد امتياز المرفق العام على عقود البوت بالقدر الذي يتوافق مع هذا التطور. تجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري نظم عقد التزام المرافق العامة في أحكام القانون المدني في المواد من 634 إلى 639، وقد عرفت هذه المواد عقد التزام المرفق العام وتنظيم العلاقات بين الملتزم والمنتفعين، ولقد عرفت المادة 634 منه عقد الالتزام بأنه: "عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"، لكن الفقه في سوريا انتقدوا هذا التعريف على أساس أنه يركز فقط على الغرض من العقد وهو إدارة المرفق العام واستغلاله، وأغفل عنصراً هاماً هو أساس عقود البوت وهو القيام بإنشاء المرفق العام، وهذا صحيح لأن هذا ما يميز عقود البوت عن عقود الامتياز.⁴ لقد أصدر المشرع السوري تشريعات حديثة تحكم بعض عقود البوت مثال ذلك القانون رقم 2 لسنة 2005 المتعلق بالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة والذي نصت المادة 35 منه على

¹ - وذلك بموجب أحكام المادتين 5، 6 من القانون رقم 12 لسنة 1960، حيث نصت المادة 5 على أنه: "تختص إدارة الفتوى والتشريع بمراجعة العقود التي تبرمها الحكومة مع الشركات والمقاولين والأفراد وإبداء الرأي في المسائل التي تنجم عن تنفيذ هذه العقود ولا يجوز لأية دائرة أو مصلحة أو هيئة حكومية أخرى، تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم في موضوع تزيد قيمته على مليون دينار بغير استفتاء الإدارة" ونصت المادة 6 على أنه: "تستفتي إدارة الفتوى والتشريع في كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل امتياز أو احتكار".

² - المادة 14 من القانون رقم 30 لسنة 1964 المتعلق بديوان المحاسبة.

³ - أسامة مدلول خريص أبو هليله المطيري، المرجع السابق، ص 67، 70.

⁴ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 138.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أنه:" يجوز للمؤسسات العامة والشركات والمنشآت العامة فصل الإدارة عن الملكية في بعض الأعمال والخدمات ويصدر قرار الموافقة عن مجلس الوزراء بناء على اقتراح معمل من الوزير المختص". وقد جاء النص السابق ليحكم بعض عقود البوت العائدة لبعض المؤسسات العامة، وفي مجالات الاتصالات والنقل على وجه خاص، وعبارة " فصل الإدارة عن الملكية التي جاء في المادة السابقة جيء بها كأسلوب لإدارة المرافق العامة بطريق التفويض التعاقدى للمرفق العام الذي يبقي ملكية المرفق العام للدولة وعدم انتقالها للقطاع الخاص مع الاستفادة من هذا الأخير في التمويل والإدارة وتحمل مخاطر إنجاز المرفق العام.

لكن النص السابق انتقد كثيرا في سوريا من قبل الفقه على أساس أن للمؤسسات العامة والشركات العامة المشار إليها هي من أساليب إدارة المرافق العامة، وبذلك يكون النص السابق قد أحدث خلطا بين طرق مختلفة في إدارة المرافق العامة، وهو مختلف عن المفهوم الذي أطلقته المادة السابقة بعبارة " فصل الإدارة عن الملكية" والذي يعني إدارة المرفق العام بأسلوب التفويض التعاقدى للمرفق العام وهو أسلوب مستقل في إدارة المرافق العامة، وبذلك حسب المادة السابقة فالمرفق نفسه يكون مدارا بأسلوب المؤسسة العامة وفي نفس الوقت مدارا بالتفويض التعاقدى عن طريق شخص من القانون الخاص.

نشير في هذا الصدد إلى أن التشريع السوري لا يتضمن قواعد قانونية تحكم كيفية اختيار المتعاقد في عقود البوت، والأمر سيان بالنسبة لعقود امتياز المرافق العامة، وهو ما أثار التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظام العقود الموحد للجهات العامة الصادر بموجب القانون رقم 51 لسنة 2004، والمرسوم رقم 450 لسنة 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة ينطبق على عقود البوت؟

للإجابة عن التساؤل ذهب اتجاه فقهي الذي نؤيده كما سنبينه في دراستنا في الفصل الثاني عند حديثنا عن طرق اختيار المتعاقد مع الدولة في عقود البوت، أنه لا يمكننا تطبيق نظام العقود الموحد للجهات العامة على عقود البوت لأن العقود التي يحكمها متعلقة بتأمين احتياجات الجهات الإدارية المتعاقدة، أما المرسوم السابق تطبيقه يقتصر على عقود التوريد والأشغال التي تختلف عن عقود البوت، ومن جهة أخرى فالقواعد التي تضمنها القانون والمرسوم السابقين لا تتلاءم مع عقود البوت، وبذلك يرى الدكتور محمد أديب الحسيني أن الجهات الإدارية في سوريا التي لجأت لإبرام عقود البوت عانت مصاعب قانونية مختلفة في تحديد القواعد القانونية التي يتعين تطبيقها عند إبرام وتنفيذ هذا النوع من العقود.¹

¹- محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 139، 142.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الفرع الثاني:

النظام القانوني لعقود البوت في الجزائر

تقتضي دراسة للنظام القانوني لعقود البوت في الجزائر البدء باستعراض النصوص الدستورية لما لها من علاقة مباشرة بمجال دراستنا، لأن هناك ارتباطا وثيقا بين النهج الاقتصادي الذي تتبعه الدولة وبين الاعتماد على القطاع الخاص في إنشاء وتسيير المرافق العامة، والذي يعد قوام عقود البوت التي تعول فيها على القطاع الخاص بشكل كامل في إنشاء وتسيير المرافق العامة، ثم نبين التنظيم التشريعي لها باستعراضنا لعدد من النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري والتي تبنى فيها كما سنقوم ببيانها عقود البوت على الرغم من استخدامه اصطلاح الامتياز عوضا عن عقود البوت إلا أن مضمونها ليس عقود الامتياز بصورتها التقليدية وإنما تشمل مراحل عقود البوت نوجز كل ذلك على النحو التالي:

أولاً: التنظيم الدستوري لعقود البوت

بالرجوع للدستور الجزائري لا نجد نصا صريحا على غرار الدساتير السابقة متعلقة بعقود الامتياز، فالنص الوحيد الموجود متعلق بالملكية والازدواجية التي تبناها المشرع في هذا الصدد، بعد أن كان ذلك غير ممكن في ظل النظام الاشتراكي الذي كانت تأخذه به، وإقرار هذه الازدواجية في الملكية كان بصدور دستور سنة 1989 بموجب أحكام المادة 18 منه، وهو ما أخذ به المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 1996 الذي نص في المادة 17 منه أن: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية، وتشمل باطن الأرض والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والجوي والبريد والموصلات السلكية واللاسلكية وأملاكا أخرى محددة في القانون".¹

لقد أضافت المادة 18 أيضا: "الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية، يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون".²

النصين الدستوريين السابقين لا يشيران لعقود الامتياز بشكل صريح، لكن هناك علاقة بين الأملاك الوطنية وبين عقود الامتياز التي تعد طريقة لإدارة المرافق العامة، ومن ثم فللبحث في التنظيم الدستوري لعقود البوت في الجزائر يتعين علينا الانتقال من النصين الدستوريين السابقين لأحكام قانون الأملاك الوطنية حتى نبت في هذه المسألة، وتظهر لنا العلاقة بينهما بالرجوع لأحكام قانون الأملاك

¹ - نشير في هذا الصدد إلى أن المؤسس الدستوري لم يغير صياغة هذه المادة في التعديل الدستوري لسنة 2016 الصادر بموجب القانون رقم 01/16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، إلا أن رقم المادة فقط ما تغير وأصبح المادة 18.
² - لم يتغير مضمون هذه المادة بعد التعديل الدستوري لسنة 2016، إلا أنها أصبحت في ظله تحمل رقم المادة 20 منه.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الوطنية والذي نص على أن: "تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع الموضوعة تحت تصرف الجمهور استعمال إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام، شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفاً مطلقاً أو أساسياً مع الهدف الخاص لهذا المرفق."¹

لقد تطورت الأساليب التي يعتمد عليها في إدارة المرافق العامة الاقتصادية من أسلوب لآخر، تحت تأثير عوامل كثيرة منها ما هو داخلي ومتعلق أساساً بالمرفق والمنتفعين به، ومنها ما هو خارجي متعلق أساساً بالظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فقامت الدولة إما بالاستعانة بالقطاع الخاص لإدارة هذه المرافق العامة وتبقى بموجب الأساليب المنتهجة ملكية المرفق العام للدولة، وكل ما يقوم به القطاع الخاص هو إدارة المرفق العام فقط، وفي حالات أخرى قامت الدولة بالتخلي عن إدارة هذه المرافق سواء بنفسها أو من خلال المؤسسات العامة وقامت بتحويل الشكل القانوني لها لشركات اقتصاد مختلط تشترك فيها الدولة مع القطاع الخاص في ملكية رأسمالها وكذا في إدارتها.

ما يهمننا في مجال دراستنا ليس التعرض لكل أساليب إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وإنما الأساليب التي عول فيها على القطاع الخاص في تسيير المرفق العام والتي تعد عقود الامتياز بصورتها التقليدية أحدها،² والآن هناك توجه لعقد جديد هو عقود البوت التي هي محل دراستنا، وهذا بعد تنبؤ اقتصاد السوق والذي تكون فيه المبادرة للأعوان الاقتصاديين حتى يقوموا بكل أوجه النشاطات الاقتصادية، ويكون للدولة في المقابل دور الإشراف والرقابة على هذه النشاطات من خلال تدخلها لوضع قواعد وشروط لمباشرة الأعوان الاقتصاديين لأنشطتهم، وهو ما أقره الدستور الجزائري لسنة 1996 بنصه " حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون،³ تشير في هذا الصدد إلى أن المؤسس الدستوري في التعديل الدستوري لسنة 2016 تدارك النقص الموجود في الصياغة وأضاف للصياغة عبارة الاستثمار، لأن عقود البوت وغيرها من العقود التي ظهرت في إنشاء وتسيير المرافق العامة وتحديث البنية التحتية التي يعول فيها على القطاع الخاص في عملية إنشائها وتسييرها تعتمد أساساً على استثمارات هذا الأخير واستفادته من الامتيازات المقررة في قانون الاستثمار.

الجزائر وعلى الرغم من محاولتها تهيئة البيئة الدستورية والقانونية لمشاركة القطاع الخاص في التعديل الدستوري لسنة 1996، إلا أنها أشارت بعد مرور 10 سنوات في دليل استثمارها لسنة 2006

¹- المادة 6 من القانون رقم 14/08، المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 44.

²- هناك عقود أخرى على غرار: عقود إجارة المرفق العام، وعقود مشاطرة الاستغلال، وعقود الإدارة... الخ.

³- المادة 37 من دستور 1996 المعدل والمتمم، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أن الاستثمارات في شكل نظام البناء والتشغيل والتحويل (البوت) ليست منتشرة بالقدر الكافي،¹ أما الآن فهناك اعتماد كبير عليها في إنشاء المرافق العامة الاقتصادية على اختلافها.

تحرير النشاطات العمومية أدى لإزالة الاحتكارات، وظهور تعاون بين القطاع العام والخاص واللجوء للتسيير عن طريق عقد الامتياز للمرافق العامة لصالح الأعوان الخواص الذين يتأقلمون مع السوق،² هنا ظهرت السلطات الإدارية المستقلة التي تتمتع بالاستقلالية تتولى مهمة ضبط القطاعات الاقتصادية والتي شملت بعد القطاع المالي في التسعينات وسوق السلع والخدمات سنة 1995 المرافق العمومية التالية انطلاقا من سنة 2000 على غرار: البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية والكهرباء والغاز... الخ.³

ثانيا: التنظيم التشريعي لعقود البوت

المشرع الجزائري على غرار بعض التشريعات المقارنة لم يعرف تسمية عقود "البوت" في قوانينه صراحة، لكن يمكننا أن نستنتج أنه أخذ بها في نظامه القانوني صراحة في النصوص القانونية المنظمة لعقود الامتياز في مختلف المجالات، لكن المتفحص لمضمون هذه النصوص يجد أن المقصود ليس الامتياز بصورته التقليدية المتعلقة بإدارة المرفق العام فقط، وإنما إنشاء المرفق وإدارته ثم تحويل ملكيته للدولة وهو ما يعرف بعقود البوت، وهو الأمر غير المعروف في الصورة التقليدية لعقد الامتياز.

قامت الجزائر بإجراء العديد من التعديلات على منظومتها القانونية في المجال الاقتصادي تهدف في مجملها لتهيئة البيئة القانونية التي تضبط بشكل منظم عملية انسحاب الدولة من ممارسة النشاطات الاقتصادية تاركة المجال للقطاع الخاص للاستثمار فيها، وهو ما يتطلب بالضرورة السماح بانتشار عقود تفويض إدارة وتسيير المرافق العامة والتي تعد عقود الامتياز بصورتها التقليدية وعقود البوت أحد أهم صورها، ولهذا الغرض أصدرت الجزائر العديد من القوانين في هذا الصدد على غرار: قانون الخوصصة سنة 1995، وعلى الرغم من خوصصة تسيير المرافق العامة إلا أنه عمليا كانت هناك العديد من العوائق في تنفيذ الأمر رقم 22/95،⁴ ولم يتغير الوضع حتى مع صدور الأمر رقم 04/01.⁵

بناء على التطورات التشريعية الحاصلة بدأت الجزائر التوسع في الاعتماد على عقود تفويض المرافق العامة، لاسيما عقود الامتياز لإدارة مرافقها العامة لكن ذلك كان مختلف من فترة لفترة أخرى،

¹ - مشار إليه في: KPMG، دليل الاستثمار في الجزائر لسنة 2006، المرجع السابق، ص 56.

² - عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 99

³ - بوجميلان وليد، "سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري"، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2006، 2007، ص 3.

⁴ - الأمر رقم 22/95، المؤرخ في 26 أوت 1995، المتضمن خوصصة المؤسسات العمومية، ج ر عدد 48.

⁵ - الأمر رقم 04/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها، ج ر عدد 47، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/08، المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر عدد 11.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

فقد استعملتها بعد الاستقلال لإقامة علاقة قانونية بين الدولة ومؤسساتها العمومية التي لجأ إليها لتقوم بتسيير القطاعات المؤممة، كما تم استخدامه أيضا لتأطير العلاقة بين الدولة والجماعات المحلية كما هو الحال بالنسبة لمنح امتياز قاعات السينما¹ والأماكن ذات الطابع السياحي والمنشآت الرياضية² في مرحلة لاحقة تراجع اعتماد الدولة على عقود الامتياز على الرغم من أنه كان مكرسا في قانون البلدية لسنة 1967 في نص المادة 220 منه، وفي قانون الولاية لسنة 1969 في نص المادة 136 منه، ولم يبرز عقد الامتياز كأسلوب لتسيير المرافق العامة في الجزائر إلا سنة 1983 من خلال أحكام القانون رقم 17/83 والمرسوم 260/85³ وبعد سنة 1989 أصبحت عقود الامتياز مكرسة بشكل كبير في أحكام النصوص القانونية والتنظيمية كما سنقوم ببيانه.

عقد الامتياز بصورته التقليدية (أي تعلقه بتقديم خدمة عمومية فقط دون القيام ابتداء ببناء المرفق العام) مجسد في العديد من النصوص القانونية والتنظيمية المنظمة لمختلف المجالات في الجزائر نذكر عددا منها على النحو التالي:

أ. عرفته أحكام المادة 21 من قانون المياه⁴ لسنة 1983 بأنه: "يقصد بالامتياز في مفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية.

- عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص قصد استعمال"، وبينت أحكام المرسوم التنفيذي رقم 253/97 كيفية تطبيق أحكام المادة 21 هذه ونص صراحة على أن منح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير وكذا التجهيزات المتعلقة بها يكون للمؤسسات العمومية والجماعات المحلية وكل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص تتوفر فيه المؤهلات المهنية⁵ بقرار من الوزير المكلف بالري، كما أن البلدية أيضا تمنحه حسب ما هو محدد في أحكام المادتين 132، 138 من قانون البلدية رقم 08/90.

¹- المرسوم رقم 53/67، المؤرخ في 17 مارس 1967، المتضمن الامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج ر عدد 26.

²- المرسوم رقم 16/68، المؤرخ في 23 جانفي 1968، المتضمن منح الدولة للبلديات بطريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، ج ر عدد 8.

³- المرسوم رقم 260/85، المؤرخ في 29 أكتوبر 1985، المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتيازات في تسيير تجهيزات الري في المساحات المسقية واستغلالها وصيانتها، ج ر عدد 45.

⁴- القانون رقم 17/83، المؤرخ في 16 جويلية 1986، المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30. (ملغى)

⁵- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 253/97، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، ج ر عدد 46. (ألغى أحكام المرسوم 266/85 المشار إليه سابقا).

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بعد صدور قانون المياه لسنة 2005، الذي يحمي المستثمرين الأجانب في هذا القطاع من مخاوف الصرف ويضمن لهم أيضا ظروف الحماية القانونية إذا قام بالإيفاء بالتزاماتهم المحددة في العقود التي أبرموها،¹ عرف المشرع الجزائري عقد امتياز استعمال الموارد المائية بأنه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية التابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه الذي يعتبر عقدا من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص....."².... الخ.

من خلال نص المادة السابق يتضح لنا أن منح الامتياز خلال قانون المياه لسنة 1983 لا يمنح إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية فاتحا بذلك المجال لهيئات القطاع العام من أجل تسيير مرفق المياه، وذلك بناء على قرار صادر من الوزير الوصي بصورة مفردة، ويتكون من عنصرين: عقد الامتياز الإداري ودفتر الشروط،³ إلا أنه مع صدور الأمر رقم 13/96 المتعلق بالمياه عدلت أحكام المادة 4 منه القانون رقم 17/83 عرفت عقد الامتياز الإداري على أنه من عقود القانون العام بموجبه تقوم جهة الإدارة بتكليف شخص اعتباري عام أو خاص بتقديم خدمة ذات منفعة عامة،⁴ وفي سنة 1997 منحت البلديات إمكانية منح امتياز تسيير الخدمة العمومية للمياه بعد أن كان ذلك حكرا فقط على الدولة.⁵ بصدور القرار الوزاري لسنة 1998 الذي يحدد دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب عرف عقد الامتياز على أنه: "طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها يقصد بالامتياز العقد الذي من خلاله تكلف الدولة أو البلدية المسماة في صلب النص "صاحب الامتياز" الشركة/المؤسسة المسماة في صلب النص "صاحبة الامتياز" بتسيير خدمة عمومية لتوفير ونقل وتوزيع ماء الشرب واستغلالها والمحافظة عليها تحت مسؤوليتها، لمدة محدودة مقابل أجر يدفعه المستعملون".⁶

عرف عقد الامتياز فيما يتعلق بالحمامات المعدنية واستعمالها على أنه: "عقد امتياز مياه الحمامات المعدنية عقد إداري يمنح بمقتضاه الوزير المكلف بالحمامات المعدنية بصفته السلطة مانحة الامتياز لشخص معنوي أو طبيعي عمومي أو خاص صاحب الامتياز حق استغلال هذه المياه المعدنية لمدة مقابل أجر".⁷

¹- غوتي مكاشنة، المرجع السابق، ص 118.
²- المادة 76 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 4 أوت 2005، المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/09، المؤرخ في 22 يوليو 2009، ج ر عدد 44.
³- المادة الأولى من المرسوم رقم 266/85، المؤرخ في 29 أكتوبر 1985، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر عدد 45.
⁴- الأمر رقم 13/96، المؤرخ في 15 جوان 1996، المتضمن المياه، ج ر عدد 37.
⁵- وذلك بناء على أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 253/97 المشار إليه سابقا.
⁶- المادة 2 من القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 18 نوفمبر 1998، المتضمن دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب، ج ر عدد 86.
⁷- المرسوم التنفيذي رقم 41/94، المتضمن تعريف الحمامات المعنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 07.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ب. عرف عقد الامتياز فيما يتعلق بمنح الامتياز في الأراضي الواقعة في مناطق ترقية الاستثمار بأنه: "العقد الذي تخول بموجبه الدولة مدة معينة حق الانتفاع بقطعة أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة شخصا طبيعيا أو معنويا يخضع للقانون الخاص مقيم أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية لتستعمل تلك الأرض أساسا في إقامة مشروع استثمار في منطقة خاصة"¹.

ج. عرف عقد الامتياز الإداري في التعليم الوزارية المتعلقة بامتياز المرافق العمومية وتأجيرها على أنه: "عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز "الملتزم" على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته، وذلك في إطار النظام القانوني الذي يخضع له هذا المرفق"².

د. عرفت أحكام المرسوم التنفيذي رقم 121/07 عقد الامتياز: "حق الامتياز هو عقد الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من قطعة أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي من القانون الخاص قصد استخدامه في مشروع استثماري"³، وبعد تعديل المرسوم السابق عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز بأنه: "منح الامتياز هو الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع استثماري"⁴.

هـ. بالرجوع لامتياز استغلال خدمات النقل البحري نص المشرع الجزائري على أن صاحب الامتياز يتولى مسؤولية إدارة استغلال الامتياز.⁵

من خلال النصوص السابقة يتضح لنا أن المشرع الجزائري خلال هذه الفترة كان يعرف عقد الامتياز بكل عملية لاستعمال أو انتفاع من مرفق عام موجود مسبقا، أي أن العقد المبرم مع الشخص الخاضع للقانون العام أو الخاص هو فقط لإدارة المرفق العام.

في مرحلة لاحقة كما سنقوم ببيانه في النصوص القانونية والتنظيمية الموضحة أدناه وبتغيير نهج وسياسة الدولة وقياسا على تجارب الدول الأخرى، أخذ المشرع الجزائري بصيغة من صيغ عقود البوت وهي البناء والتشغيل وتحويل الملكية نبرز عدد منها على النحو التالي:

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 322/94، المؤرخ في 17 أكتوبر 1994، المتضمن منح امتياز الأراضي الأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار، ج ر عدد 67.

² - التعليم الوزارية رقم 842/3.94 المتضمنة امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 121/07، المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن دفتر الشروط المطبقة على منح الامتياز، ج ر عدد 27.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المؤرخ في 2 ماي 2009، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27.

⁵ - المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المؤرخ في 13 فبراير 2008، المتضمن شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج ر عدد 09.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أ. في قانون المياه

قام المشرع الجزائري وهو بصدد تحديد مفهوم الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه بالحديث عن عقود البوت دون ذكر تسمية البوت عندما نص صراحة على: " تخضع الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للانجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعا للقانون العام أو القانون الخاص".¹

فنص المادة السابقة من قانون المياه تشير لصورة من عقود البوت التي نحن بصدد دراستها، وهي أن قيام صاحب الامتياز أو الشخص المفوض له إدارة مرفق المياه بعملية إنجاز أو بنائه لا إدارته فقط كما في الصورة التقليدية لعقود الامتياز، ثم القيام باستغلاله لفترة محددة مبينه في العقد من خلالها يمكنه استرجاع المصاريف التي تكبدها وتحقيقه لهامش من الأرباح على أن ترجع ملكية للدولة دون مقابل بعد انتهاء عقد الامتياز وهي المراحل التي تمر بها عقود البوت.

في النصوص التنظيمية التي جاءت تطبيقا لقانون المياه لسنة 2005، نجد تجسيدا فعليا لعقود البوت نوضح ذلك كما هو مبين أدناه:

■ تطبيقا لأحكام المادتين 76 و78 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 4 أوت 2005، المعدل والمتمم فيما يتعلق بمنح امتياز إنشاء الهياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية² والتي اعتبرها المشرع عقد امتياز مع أنها عقود البوت لأن المتفحص لمضمون المرسوم التنفيذي الذي نظمها يجد مراحل عقود البوت لا عقد الامتياز التقليدي وهي:

- إقامة الهياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية (عملية البناء).³

- استعماله طوال مدة الامتياز.

- عند نهاية المدة المحددة في العقد تسلم الهياكل المنجزة بعنوان هذا الامتياز وكذا أراضي الوعاء

للدولة مجانا.⁴

■ تطبيقا لأحكام المادتين 76 و78 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 4 أوت 2005، المعدل والمتمم فيما يتعلق بمنح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوي الحواجز المائية السطحية

¹- المادة 17 من القانون رقم 12/05 المتعلق بالمياه، المشار إليه سابقا.

²- المرسوم التنفيذي رقم 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المتضمن كفايات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54.

³- المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴- المادة 11 من نفس المرسوم.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية،¹ والتي اعتبرها المشرع عقد امتياز مع أنها عقود البوت لأن المتفحص لمضمون المرسوم التنفيذي الذي نظمها يجد مراحل عقود البوت لا عقد الامتياز التقليدي وهي:

- إقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية.²

- استعماله طوال مدة الامتياز.

- عند نهاية المدة المحددة في العقد تسلم الهياكل المنجزة بعنوان هذا الامتياز للدولة مجاناً.³

■ تطبيقاً لأحكام المادتين 76 و78 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 4 أوت 2005، المعدل والمتمم فيما يتعلق بمنح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع المعادن أو الأملاح من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة وكذا دفتر الشروط النموذجي المتعلق به،⁴ والتي اعتبرها المشرع عقد امتياز مع أنها عقود البوت لأن المتفحص لمضمون المرسوم التنفيذي الذي نظمها يجد مراحل عقود البوت لا عقد الامتياز التقليدي وهي:

- إقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة بناء على دفتر شروط.⁵

- استغلال الهياكل المنجزة.⁶

- عند انتهاء مدة الامتياز، وإذا لم يتم تقديم طلب التجديد تسترجع الدولة الهياكل المنجزة من أجل المنفعة العمومية وكذا الأراضي الوعاء المخصصة لها دون مقابل طبقاً للتشريع المعمول به.⁷

■ تطبيقاً لأحكام المادتين 76 و78 من القانون رقم 12/05 المؤرخ في 4 أوت 2005، المعدل والمتمم فيما يتعلق بمنح امتياز إقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية لضمان التموين المستقل للمناطق والوحدات الصناعية،⁸ والذي نصت المادة 01 من دفتر الشروط النموذجي الخاصة به على أن هذا الأخير يحدد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المتضمن تحديد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، ج ر عدد 54.

² - المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي

³ - المادة 2/13 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 220/11، المؤرخ في 12 يونيو 2011، المتضمن تحديد 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 ر عدد 34.

⁵ - المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

- المادة 2 من الملحق المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، ج ر عدد 34.

⁶ - المادة 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁷ - المادة 10 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁸ - المرسوم التنفيذي رقم 25/10، المؤرخ في 12 يناير 2010، المتضمن كفاءات منح الامتياز لإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية، ج ر عدد 04.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

السطحية...¹ ويقوم المستفيد من الامتياز بإنجاز العديد من الهياكل وهي: هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية أو الربط بأنظمة توصيل المياه، وكذلك قناة جلب المياه من منشآت الاستخراج أو الربط لتموين المنطقة أو الوحدة الصناعية وأخيرا جهاز قياس أو عد المياه المستعملة وعند الاقتضاء تجهيزات معالجة المياه،² وبذلك تتحقق لنا أول مرة من عقود البوت وهي عملية البناء.

كما أن المشرع الجزائري نص أيضا على أن صاحب الامتياز يقوم باستغلال هذه الهياكل التي يقوم بإنجازها، لكن قبل ذلك لابد من خضوعه لمراقبة المطابقة التي تتولاها مصالح الإدارة الولائية المكلفة بالموارد المائية،³ وبذلك تتحقق المرحلة الثانية من عقود البوت، ويكون ذلك لمدة 30 سنة والتي نرى أنها كافية لكي يسترجع المستثمر أمواله إلا أن المشرع نص على إمكانية التجديد بتقديم طلب بشهرين قبل انتهاء العقد،⁴ إلا أننا لم نجد نصا في أحكام المرسوم التنفيذي المنظم لهذا الامتياز، ولا في دفتر الشروط الملحق به يتكلم عن المرحلة الأخيرة وهي نقل الملكية للدولة فالعقد محدد المدة وهنا نرى أنه لابد أن يستدرك المشرع هذه المادة التي سقطت منه لأهمية واستتباعها بالمواد الضرورية لنقل المنشآت المنجزة بحالة جيدة وغير متقلبة بديون.

ب. في قانون الأملاك الوطنية

عرف قانون الأملاك الوطنية عقد الامتياز بأنه: "يشكل منح الامتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليها في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي، أو تمويل أو بناء أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز"،⁵ وفي تحديد كيفية استرجاع صاحب الامتياز لما أنفقه نص ذات القانون على أنه: "في حالة استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية يحصل صاحب الامتياز من أجل تغطية الاستثمار والتسيير وكسب أجرته على أتاوي يدفعها مستعملو المنشأة وفق تعريفات أو أسعار قصوى يجب أن تبين في ملحق دفتر الشروط منح الامتياز".⁶

¹ - عرفها المشرع الجزائري في أحكام المادة 02 منه بأنها: "كل منشأة وتجهيزاتها المنجزة إما على مستوى الآبار، الأنقاب أو جلب مياه المنابع أو على مستوى منشآت التحويل أو الحواجز المائية السطحية".
² - المادة 02 من دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية بما في ذلك عن طريق الربط بأنظمة توصيل المياه لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية.
³ - المادة 08 من دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية بما في ذلك عن طريق الربط بأنظمة توصيل المياه لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية.
⁴ - المادتين: 11 من المرسوم التنفيذي رقم 25/10، المشار إليه سابقا، والمادة 4 من دفتر الشروط المشار إليه سابقا.
⁵ - المادة 64 مكرر من القانون رقم 14/08 المشار إليه سابقا.
⁶ - المادة 4/64 من نفس القانون.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لقد أضاف المشرع الجزائري وهو يفصل في شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، على أنه يمكن أن تتم عملية استعمال الأملاك العمومية المخصصة للاستعمال المشترك بين الجمهور¹ استعمالا خاصا، بناء على عقد يتضمن منح امتياز عن استعمال أملاك عمومية، وهذه العقود التي يمنح عليها الامتياز لا تعد منتزعة من الأملاك العمومية فهذه الصفة تبقى قائمة، وقد حدد المشرع الجزائري الحد الأقصى لمدة هذا العقد وهي 65 سنة، وحسنا فعل المشرع الجزائري بوضع حد أقصى لها لأنه من الناحية العملية لا يمكن ضبط مدة معينة لكل العقود للاختلاف الموجود من عقد لآخر، وفي التكلفة التي سيتحملها منفذ أشغال إنجاز المرفق العام، ويتم شغل هذه الأملاك العمومية بناء على دفتر شروط واتفاقية نموذجية موافق عليها بموجب مرسوم على أساس منح الامتياز على مرفق عام، وهنا يقوم صاحب الامتياز (كما اصطلح عليه المشرع الجزائري) وهي شركة المشروع في عقود البوت بإنجاز المنشآت والبنىات والتجهيزات لغرض وحيد وهو استغلال هذا المرفق.²

من خلال النصوص السابقة في قانون الأملاك الوطنية وفي المرسوم التنفيذي المتضمن شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، نجد أن المشرع الجزائري قد أورد المراحل التي تمر بها عقود البوت وهي البناء، والغير الموجود في الصورة التقليدية لعقد الامتياز ثم قيام المستثمر بتشغيل المرفق العام وإدارته لفترة يتم تحديدها في العقد، يسترجع خلالها ما أنفقه على إنشاء وتشغيل المرفق العام مباشرة من جمهور المرتفقين، على أن تعود ملكية المرفق العام وما قام المستثمر بإنجازه للدولة.

نشير في هذا الصدد إلى أنه في مجال النصوص المتضمنة منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ولتشجيع انتشار عقود البوت خطى المشرع الجزائري خطوة هامة في هذا الصدد، وأصدر الأمر رقم 04/08 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، وترجع جميع المشاريع الاستثمارية التي يتم إنجازها بانتهاء مدة عقد الامتياز للجزائر،³ ولبيان كيفية تطبيق

¹ عرف المشرع الجزائري الاستعمال المشترك أو الجماعي للأملاك العمومية المخصصة لاستعمال الجمهور استعمالا مباشرا هو الاستعمال الذي يمكن أن يقوم به جميع المواطنين حسب الشروط نفسها، ويرتكز هذا الاستعمال على مبادئ وقواعد عامة ولا يمكن تغيير شروط ممارسته إلا بقواعد مماثلة... ويكون هذا الاستعمال عاديا عندما يمارس طبقا للغرض الخاص الذي حدد لمرفق الأملاك الوطنية المقصود وخصص لاستعمال الجميع، ويكون غير عادي إذا لم يمارس بما يطابق هذا الغرض مطابقة كلية، لكنه يتعارض معه وفي هذه الحالة يجب أن يكون مرخصا به مقدما.

يكون الاستعمال العادي للأملاك العمومية حرا ومجانيا يتساوى فيه جميع المستعملين مع مراعاة الاستثناءات والقيود المنصوص عليها صراحة في القوانين والتنظيمات المعمول بها.

- المادة 63 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المتضمن شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج ر عدد 69.

² المادة 1/75، 2، 3، 4 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12، المشار إليه سابقا.

³ - الأمر رقم 04/08، المؤرخ في 1 ديسمبر 2008، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الأمر السابق قام المشرع الجزائري بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 152/09،¹ للتفصيل في ذلك وبالرجوع لأحكامه نجد أن مضمون أحكامها هي عقود البوت لا عقود الامتياز التقليدية لورود مراحل عقود البوت المتعلقة بالبناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك من خلال صياغة المواد التالية:

- عند إتمام البنايات المقررة في المشروع الاستثماري المعايين قانونا... الخ.²
- القطعة الأرضية موضوع منح الامتياز هذا موجهة لاستيعاب إنجاز مشروع استثماري،³ يجب على المستفيد من منح الامتياز أن يشرع في انطلاق أشغال مشروعه خلال مدة لا تتجاوز... الخ.⁴
- يلتزم المستفيد من منح الامتياز بإنجاز مشروعه والبدء في النشاط في أجل... من تاريخ تسليم رخصة البناء.⁵

- يمنح الامتياز لمدة أدياها 33 سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها 99 سنة.

ج. في قانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات

نص المشرع الجزائري في هذا القانون على أن: "...الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها، فوق إقليم محدد ولمدة محددة بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات"،⁶ وفي نص مادة أخرى نص أيضا على أن: "ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام حائز رخصة للاستغلال".⁷

من خلال المادتين السابقتين يتضح لنا أن المشرع الجزائري أورد المراحل التي تمر عقود البوت في إنجاز واستغلال المرافق العامة، والمتعلقة بإنجاز المرفق العام ثم استغلاله لفترة زمنية محددة من قبل المستثمر، على أن يعاد المشروع في النهاية للدولة، وتأكيدا على ذلك قام المشرع الجزائري وليبان كيفية تطبيق أحكام المواد 73، 77 و78 من القانون رقم 01/02 بإصدار مراسيم تنفيذية فصل فيها على النحو

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

² - المادة 18 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ - المادة 01 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27.

- المادة 1 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27.

⁴ - المادة 1/29 من دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

- المادة 1/21 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

⁵ - المادة 2/29 من دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

- المادة 2/21 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية.

⁶ - المادة 2 من القانون رقم 01/02، المؤرخ في 5 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08.

⁷ - المادة 7 من نفس القانون.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

التالي:

في مجال الكهرباء وتطبيقا لأحكام المادة 27 من القانون رقم 01/02 المشار إليه سابقا صدر المرسوم التنفيذي رقم 429/06 المتضمن دفتر الشروط المتعلقة بحقوق وواجبات منتج الكهرباء،¹ نجد أن المشرع تكلم على أن لمنتج الكهرباء في النظام الحق في اختيار موارد الطاقة الأولية التي يراها ملائمة عند تصميم منشأته للإنتاج بالمطابقة مع السياسة الطاقوية المعمول بها، لكنه يبقى مطالبا باحترام مقاييس الانبعاثات وبالخصائص التقنية وشروط حماية البيئة... الخ،² كما أضاف أيضا أنه من يتولى تجهيز منشأته بأجهزة القياسات والاتصال بالمطابقة للتنظيم المعمول به، كما أنه ملزم أيضا بأن يجهز منشأته للإنتاج بأجهزة ضغط ثانوي للتردد إذا كان مطالبا به من طرف لجنة الضبط... الخ.³

في مجال نقل الغاز وتطبيقا لأحكام المادة 50 من القانون رقم 01/02 المشار إليه سابقا صدر المرسوم التنفيذي رقم 431/06 المتضمن القواعد التقنية لتصميم شبكة نقل الغاز واستغلالها وصيانتها،⁴ والذي نص فيه المشرع على أنه مسير شبكة نقل الغاز يتولى بناء العديد من المحطات الضرورية في هذا الصدد على غرار: محطات قطع، محطات فصل، محطات لخفض ضغط الغاز، محطات سحب،⁵ والتي تمثل المرحلة الأولى في عقود البوت وهي البناء، والتي تظهر بشكل جلي من الصياغة التالية: "يتعين على مسير شبكة نقل الغاز بمجرد الانتهاء من أشغال بناء قناة للغاز..."⁶ كما ألزم المسير بتجهيزها بأجهزة الأمان والعدادات وأجهزة تحويل الحجم...⁷ ويقوم مسير شبكة نقل الغاز باستغلال شبكته وصيانتها وتطويرها بصفة آمنة وفعالة... الخ⁸ وهي المرحلة الثانية في عقود البوت وهي التشغيل... الخ.

نص المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي الذي يبين كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز، على مراحل عقود البوت من خلال نص المواد التالية:

- تتألف أملاك الامتياز من مجموع التجهيزات والمنشآت المخصصة لتوزيع الكهرباء والغاز القائمة في محيط الامتياز، وكذا من تلك التي يعدها صاحب الامتياز في إطار برنامج الاستثمار التوعفي والمصادق

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 429/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن دفتر الشروط المتعلقة بحقوق وواجبات منتج الكهرباء، ج ر عدد 76.

² - المادة 1/4 من دفتر الشروط المتعلقة بحقوق وواجبات منتج الكهرباء.

³ - المادة 5 من نفس دفتر الشروط.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 431/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن القواعد التقنية لتصميم شبكات نقل الغاز واستغلالها وصيانتها، ج ر عدد 76.

⁵ - المواد: 10، 11، 12، 13 من المرسوم التنفيذي رقم 431/06، المشار إليه سابقا.

⁶ - المادة 21 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁷ - المواد: 15، 16 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁸ - المادة 1/23 من نفس المرسوم التنفيذي.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عليه من طرف لجنة ضبط الكهرباء والغاز.¹

لصاحب الامتياز الحق في استغلال الامتياز واستعمال أملاك الامتياز.²

يمكن صاحب الامتياز بالنسبة للمنشآت الواجب وضعها على شبكة الامتياز إما اقتناء الأراضي والمحلات الضرورية وإما اكتراءها، تُعد الأراضي والمحلات المقتناة جزءاً من ممتلكات الامتياز وتعد أملاكاً للعودة³ التي تكون محل تعويض بالقيمة التجارية، ويجب أن تتضمن الإيجارات والعقود المعنية شرط حلول يضمن تحويل حقوق صاحب الامتياز إلى الدولة، عند الانتهاء العادي أو المسبق للامتياز يبلغ صاحب الامتياز هذه العقود إلى الدولة بطلب منها.⁴

بالرجوع لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 297/07 المتعلق بإجراءات الحصول على رخص إنجاز منشآت النقل بواسطة الأنابيب وعمليات نقل المحروقات بواسطة الأنابيب، أوجب المشرع الحصول على رخصة البناء عند إقامة منشآت النقل،⁵ ثم يتم الانتقال للإنتاج الكلي أو الجزئي لكن هذا مرتبط بالحصول على ترخيص مسبق من سلطة ضبط المحروقات.⁶

كما نصت أحكام المرسوم التنفيذي رقم 138/10 المتعلق بالقواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات وتوزيع الكهرباء والغاز، أشار المشرع إلى أنه يجب أن تصمم المنشآت الموصولة بشبكات توزيع الكهرباء أو التي توصل بها حتى تتحمل الاضطرابات ذات العلاقة باستغلال الشبكات في النظام العادي وبحيث تواجه تلك التي يمكن أن تحدث أثناء النظم المضطربة ويجب أن تجهز بجهاز وقاية يمكن من إزالة العيوب،⁷ كما أنه أوجب أن يتم تصميم المنشآت وإنجازها لتمكن من القيام بكل الوظائف الضرورية من أجل التحكم في الشبكات الكهربائية والغازية وذلك بمراعاة القواعد التقنية المعمول بها،⁸ وبعد إتمام الأشغال اللازمة يتم الانتقال لمرحلة التشغيل والتي ألزم فيها المشرع الحصول على رخصة من المصالح المختصة إقليمياً للوزارة المكلفة بالطاقة بالنسبة لتشغيل منشآت توزيع الكهرباء بالجهد

¹ - المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المؤرخ في 9 أفريل 2008 المتضمن كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20.

² - المادة 5 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ - أملاك العودة هي: الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه لتوزيع الكهرباء أو الغاز والتي يجب أن تعاد ملكيتها أو التصرف فيها حتماً إلى الدولة عند انتهاء مدة الامتياز، ويمكن أن تكون هذه الأملاك من أملاك عمومية أو من الأملاك الخاصة للدولة كما يمكن ألا تكون كذلك في هذه الحالة الأخيرة تكون الأملاك ابتداء ملكاً للدولة.

- المادة 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ - المادة 8 من دفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب امتياز توزيع الكهرباء و/أو الغاز وواجباته.

⁵ - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 297/07، المؤرخ في 27 سبتمبر 2007، المتضمن إجراءات الحصول على رخص إنجاز منشآت النقل بواسطة الأنابيب وعمليات نقل المحروقات بواسطة الأنابيب، ج ر عدد 63.

⁶ - المادة 24 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 138/10، المؤرخ في 13 ماي 2010، المتضمن القواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات توزيع الكهرباء والغاز، ج ر عدد 33.

⁸ - المادة 15 من نفس المرسوم التنفيذي.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

العالي الفئة أ و/أو منشآت توزيع جديد للغاز.¹

د. في مجال الطرق السريعة

أخضع المشرع الجزائري إنجاز الطرق السريعة وملحقاتها وتسييرها وصيانتها أو عمليات توسيعها للحصول على عقد امتياز من قبل أشخاص معنوية سواء خاضعة للقانون العام أو الخاص، بعد أن تكون هذه الأخيرة قد باشرت الإجراءات القانونية لتقديم طلب وفقا لما هو مبين في تعليمات دفتر الشروط النموذجي، ويكون هذا المنح بناء على اتفاقية بين الوزير المكلف بالطرق السريعة الذي يتصرف لحساب الدولة والملتزم، ويتم إخضاع هذه الاتفاقية للمصادقة من بموجب مرسوم يتخذ في مجلس الحكومة وذلك بناء على التقرير الذي يتم إعداده من قبل كل من وزير الداخلية ووزير المالية ووزير الطرق السريعة.² بمقتضى اتفاقية منح امتياز الطريق السريع تقوم الشركة صاحبة الامتياز بالبناء والاستغلال والصيانة بحسب الحالة للطريق السريع أو جزء منه على نفقتها ومسئوليتها، ويرخص في مقابل ذلك للشركة صاحبة الامتياز تحصيل رسوم المرور بالطريق السريع وأتولى التجهيزات الملحقة وفقا لما تم تحديده في دفتر الشروط.³

بانقضاء مدة الالتزام المحددة في دفتر الشروط يحل مانح الامتياز محل صاحب الامتياز في جميع الحقوق والالتزامات المرتبطة بالامتياز، ويتسلم كل التجهيزات وملحقاتها وكذا كل الأموال المنقولة والعقارية التي تعد جزء من الامتياز كما هو محدد في الاتفاقية وفي دفتر الشروط، وتؤول إليه جميع إيرادات الامتياز من نفس اليوم، وعند الاقتضاء نص المشرع الجزائري صراحة على أنه متى كانت الأموال المنقولة ضرورية لسير التجهيزات الملحقة حتى ولو لم تكن جزءا من الامتياز يسلمها مانح الامتياز.⁴

هـ. في مجال النقل الجوي

تم منح امتياز خدمات النقل الجوي في الجزائر لعدد من الشركات على غرار شركة " الخليفة للطيران"،⁵ وشركة "أنثينيا للطيران"،⁶ وكذا شركة الطيران " إيكواير الدولية"،⁷ وذلك لمدة 10 سنوات

¹ - المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 138/10، المشار إليه سابقا.

² - المواد: 1، 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتضمن منح امتياز الطرق السريعة، ج ر عدد 55.

³ - المواد: 1، 2، 5 من الملحق الأول المتعلق باتفاقية نموذجية خاصة بمنح امتياز الطريق السريع، الواردة في المرسوم التنفيذي السابق.

⁴ - المادة 29 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران " الخليفة للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق بها، ج ر عدد 04.

⁶ - المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة " أنثينيا للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق بها، ج ر عدد 04.

⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 42/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة " إيكواير للطيران" وكذا دفتر الشروط المرفق بها، ج ر عدد 04.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

قابلة للتجديد في أجل أقصاه سنتان قبل انقضاء أجل الامتياز.¹ والملاحظ على النصوص اتفاقيات منح الامتياز نص المشرع الجزائري على أن صاحب الامتياز مسؤول فقط عن إدارة الاستغلال،² ويتولى خدمة النقل الجوي العمومي في الجزائر فقط شركة أو شركات وطنية،³ مستبعدا بذلك استغلال الأجانب لخدمات النقل الجوي، وهنا نص المشرع الجزائري على أن الامتياز هنا يمنح فقط للشخص الطبيعي الذي يتمتع بالجنسية الجزائرية والشخص الاعتباري الخاضع للقانون الجزائري استنادا لأغلبية رأسمالها المملوك لشركاء جزائريين،⁴ وتلتزم السلطة المكلفة بالطيران المدني بالرد على الطلب المتعلق بمنح الامتياز في أجل أقصاه 3 أشهر من تاريخ استلام الملف.⁵

و. في مجال النقل البحري

في مجال استغلال خدمات النقل البحري نص المشرع الجزائري لأول مرة على أن هذا الأخير يكون بموجب عقد امتياز،⁶ يمنح للأشخاص المحددين في أحكام المادتين: 571، 572 من الأمر رقم 80/76 بناء على طلبهم،⁷ ويسلم امتياز استغلال خدمات النقل البحري لمدة 10 سنوات قابلة للتجديد، على أنه في الحالة الأخيرة يتعين أن يقدم طلب التجديد في أجل أقصاه سنتان قبل انقضاء أجل الامتياز، ويتم توقيع الاتفاقية من قبل الوزير المكلف بالبحرية التجارية ويصادق عليها وعلى دفتر الشروط بموجب مرسوم تنفيذي يتخذ في مجلس الحكومة وينشران في الجريدة الرسمية،⁸ ويتولى صاحب امتياز

- 1- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 40/02، ومن المرسوم التنفيذي رقم 41/02، ومن المرسوم التنفيذي رقم 42/02.
- 2- المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 40/02، ومن المرسوم التنفيذي رقم 41/02، ومن المرسوم التنفيذي رقم 42/02.
- 3- المادة 9 من القانون رقم 06/98، المؤرخ في 27 يونيو 1998، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/2000، المؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد 75، والأمر رقم 10/03 المؤرخ في 13 أوت 2003، ج ر عدد 48.
- 4- تنص المادة 112 من القانون رقم 06/98 المشار إليه سابقا على أنه: "لا يمكن استغلال خدمات النقل الطيران الداخلية إلا بواسطة مؤسسات خاضعة للقانون الجزائري والتي تتوفر فيها الشروط التالية:
 - بالنسبة لشركات المساهمة: أن يكون أكثر من نصف رأسمالها ملكا لمساهمين من جنسية جزائرية.
 - بالنسبة للشركات ذات المسؤولية المحدودة: أن تكون أغلبية رأسمالها مكونة من حصص مملوكة لشركاء من جنسية جزائرية.
 - بالنسبة للمؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة: أن يكون الشريك الوحيد من جنسية جزائرية.
 - بالنسبة لشركة الأشخاص أن يمتلك رأسمالها كليا أشخاص من جنسية جزائرية"
- 5- المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 43/2000 المؤرخ في 26 فيفري 2000، المتضمن شروط وكيفيات تطوير الخدمات الجوية، ج ر عدد 08.
- 6- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 81/2000، المؤرخ في 9 أفريل 2000، المتضمن شروط استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج ر عدد 21.
- 7- نشير في هذا الصدد إلى أن الإحالة التي أوردها لنا المشرع الجزائري لمادتي القانون البحري الموضحتين أدناه خاطئة، فليس لدينا أكثر من فقرة في المادة 571، وإن التعديل هو ما ما فيه 3 فقرات، كما أن نص المادة 572 تنص على المجهز نبين مضمونها على النحو التالي: تنص المادة 1/571 من القانون رقم 05/98، المؤرخة في 27 يونيو 1998، ج ر عدد 47، المعدل والمتمم للأمر رقم 80/76، المؤرخ في 10 أفريل 1977، المتضمن القانون البحري، ج ر عدد 29، على أنه: "يستغل خدمات النقل البحري أشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو مؤسسات عمومية جزائرية أو أشخاص اعتباريون خاضعون للقانون الجزائري ولهم صفة مجهزي السفن، ويوجد المركز الرئيس لنشاطهم في القطر الجزائري".
- تنص المادة 572 من الأمر رقم 80/76، المؤرخ في 10 أفريل 1977، المتضمن القانون البحري، ج ر عدد 29، على أنه: "يعتبر مجهزا كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم باستغلال السفينة على اسمه إما بصفته مالكا للسفينة وإما بناء على صفات أخرى تخوله الحق باستعمال السفينة".
- 8- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 81/2000، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

استغلال خدمات النقل البحري استغلال وإدارة الامتياز¹ مقابل دفعه لمبلغ لمقابل الامتياز.² بصور المرسوم التنفيذي الساري المفعول حاليا في مجال منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري لسنة 2008 نص المشرع الجزائري على أن الامتياز يمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي تتوفر لديه قدرات النقل البحري الضرورية للنشاط يكون مستوفيا للشروط الآتية:

- يكون المركز الرئيسي لنشاطه في القطر الجزائري،
- يستجيب لطلب النقل البحري على الخطوط الواجب تغطيتها،
- يستوفي الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط،
- يتوفر على برنامج نقلات يصادق عليه الوزير المكلف بالبحرية التجارية ويكون قد تحصل على أماكن الرسو وكذا على فضاءات خاصة بالتكفل بالمسافرين على مستوى الموانئ المعنية عندما يخص الامتياز خدمات النقل البحري للمسافرين،
- يتوفر على سفينة واحدة على الأقل إما بصفة مالك أو بصفات أخرى له الحق في استعمالها، (وهنا تظهر لنا المرحلة الأولى في عقود البوت) وفي جميع الحالات يجب:

- أن تكون هذه السفن في حالة ملاحه جيدة ومطابقة لمقاييس الأمن والمحافظة على حياة الأشخاص والممتلكات في البحر والوقاية من التلوث الناجم عن السفن طبقا للمقاييس والقواعد الوطنية والدولية المعمول بها،

- أن يقل سنها عن خمسة عشرة عاما،

غير أنه يمكن الوزير المكلف بالبحرية التجارية أن يمنح ترخيصات استثنائية فيما يخص السن في حالة ما إذا كانت السفينة في حالة مرضية عقب تفتيش تقني تجريه هيئة مؤهلة يعينها الوزير المكلف بالبحرية التجارية،

- أن تشغل طاقما يتكون أساسا من بحارة جزائريين عندما يستغل صاحب الامتياز سفينة تحمل العلم الوطني،

غير أنه يمكن الوزير المكلف بالبحرية التجارية أن يرخص بإبحار نسبة من البحارة الأجانب ضمن تشكيلة الطاقم، وعندما يتم استغلال سفينة تحمل علما أجنبيا يحدد الوزير المكلف بالبحرية التجارية نسبة معينة من البحارة الجزائريين ضمن تشكيلة الطاقم.³

¹- المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 81/2000، المشار إليه سابقا.

²- المادة 5 من الملحق الأول المتعلق بالاتفاقية النموذجية المتعلقة بمنح امتياز استغلال خدمات النقل البحري، المدرجة في المرسوم التنفيذي السابق.

³- المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المتضمن شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يتولى صاحب الامتياز في خدمات النقل البحري مسؤولية إدارة استغلال الامتياز،¹ وهي المرحلة الثانية من مراحل عقود البوت، وفي المرحلة الأخيرة ينتهي الامتياز بمرور عشر سنوات في الحالة العادية.²

ي. في قانون الصفقات العمومية

نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري لم يورد أي نص قانوني متعلق بتفويضات المرافق العامة وصورها في قوانين الصفقات العمومية السابقة وتعديلاتها لغاية سنة 2015 بموجب مرسوم رئاسي اسماه "تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"،³ وتناول أحكامها في الباب الثاني منه الموسوم بـ "الأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام"، فعقود الامتياز وهي أحد صور عقود تفويض المرافق العامة كانت ولا زالت منظمة بنصوص قانونية خاصة بكل مجال، وهو الأمر الذي مازال ساريا حتى بعد صدور التنظيم المشار إليه سابقا.

يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد حتى في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح عقود البوت إلا أنه نص عليها وجمعها مع عقود الامتياز بصورتها التقليدية، فما جاء به في صياغة المادة 1/207،⁴ متعلق بعقود الامتياز لأنها تتعلق على أن التفويض متعلق فيها بالتسيير وهو أساس عقد الامتياز وكل ما هو مكلف به المفوض له فيها، ومن جهة أخرى فأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام، لكننا نلاحظ أن هذه الصياغة الأخيرة (بصفة أساسية) تدل على أن هناك صور أخرى يمكن من خلالها للمفوض له أن يحصل على مقابل التسيير وهذا غير موجود في عقود الامتياز فالمقابل يقوم بتحصيله من جمهور المرتفقين مباشرة، ويتعين على المشرع أن يتدارك هذا الأمر، إلا أننا نرى أن هذه الصياغة وإن كانت غير صحيحة ربما تكون بسبب الفقرة 3 من نفس المادة والتي هي متعلقة بعقود البوت لا عقد الامتياز التقليدي، إلا أن حصول شركة المشروع على دعم مالي من قبل الدولة المضيفة كما سنقوم ببيانه في عقود البوت من التطبيقات الخاطئة لهذا العقد، كما يظهر جمعه أيضا بين عقود البوت وعقود الامتياز التقليدية في نص المادة 3/210 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.⁵

¹ المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المتضمن شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، المشار إليه سابقا.

² المادة 9 من نفس المرسوم التنفيذي.

³ المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.

⁴ تنص المادة 01/207 من نفس المرسوم على أنه: "يمكن الشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسؤول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسييره إلى المفوض له، وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام". تنص المادة 02/207 من نفس المرسوم على أنه: "وتقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص معنوي خاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية".

⁵ التي تنص على ما يلي: "الامتياز: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما بإنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق العام.

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام"

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

باستقراءنا لنصوصه القانونية يظهر لنا أن المشرع تكلم عن عقود البوت إلا أنه جمعها تحت مصطلح عقود الامتياز نوجز ذلك على النحو التالي:

- من الصياغة التالية: "وبهذه الصفة يمكن السلطة المفوضة أن تعهد للمفوض له إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير عمل المرفق العام"¹ وهذا الأمر غير موجود في عقود الامتياز التقليدية فالمرفق يكون موجودا ابتداء، ويتولى المفوض له فقط تسييره والقيام بالصيانة الضرورية للمرفق، والتي قد تتطلب إبرامه عقد أشغال عامة للترميم أو الصيانة طبقا لأحكام قانون الصفقات العمومية، لكنه ليس ملزما بإنجاز منشآت واقتناء ممتلكات ضرورية لتسيير المرفق العام وهو الأمر المتطلب في عقود البوت فالمفوض له ملزم ببناء المرفق العام أولا ثم في المرحلة الثانية تقتني كل ما هو ضروري من تجهيزات وتكنولوجيات حديثة لتسييره على أن تنتقل ملكيته في المرحلة الأخيرة للسلطة المفوضة.

- من الصياغة التالية: "تصبح كل استثمارات وممتلكات المرفق العام عند نهاية عقد تفويض العام ملكا للشخص المعنوي العام المعني"² وهذه المادة تحسم أن ما يتكلم عنه المشرع هو عقد البوت لأن شركة المشروع من تقوم بإنجاز المرفق العام وتجهزه لذا عليها في نهاية العقد نقل ملكيته للدولة المضيفة، أما في عقد الامتياز فالمرفق العام مملوك لها ابتداء وكل ما يقع على الملنزم هو إعادته للدولة بحالة جيدة.

- من الصياغة التالية: "يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام حسب مستوى التفويض والخطر الذي تحمله المفوض له..."³ ولا وجود لأخطار في عقود الامتياز التقليدية عكس عقود البوت كما سنقوم ببيانه في الفصل الثاني من هذا الباب.

- من الصياغة التالية: "يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه"، وهذا الأمر موجود فقط في عقود البوت.

= يمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه".
¹ - المادة 03/207، من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المشار إليه سابقا.
² - المادة 208 من نفس المرسوم الرئاسي.
³ - المادة 1/210 من نفس المرسوم الرئاسي.

الفصل الثاني:

النظام القانوني لتنفيذ عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة

تقوم الدولة في الوقت الحالي باللجوء لعقود البوت لإنجاز وتسيير مرافقها العامة، لاسيما بعد ما شهده العالم من تطورات في المجال التكنولوجي وازدياد الأعباء المالية التي تقع عليها في مجال تلبية حاجات مواطنيها على اختلافها الاقتصادية واجتماعية وثقافية وأمنية وصناعية... الخ والتي تشهد توسعا من وقت لآخر، وبعد أن أصبحت موازاناتها لا تتحمل كل هذه الأعباء المالية سواء المتعلقة بإنشائها أو حتى تزويدها بالتكنولوجيات اللازمة لتشغيلها، وهو الأمر الذي ساهم في ظهور وانتشار مشاركة القطاع الخاص لتمويل هذه مشاريع لإنجاز المرافق العامة وتطوير البنية التحتية.

لنجاح الاعتماد على القطاع الخاص في عقود البوت لتنفيذ مشروع إنجاز المرافق العامة وبنيتها التحتية، يتعين على الدولة أن تضبط نظامها القانوني المتعلق بتنفيذ هذا النوع من العقود لطبيعته الخاصة واختلافه عن عقد الامتياز، من خلال الأطراف التي تشارك في تنفيذ العقد والتي تتعدى الدولة المضيفة للمشروع وشركة المشروع للمهندسين والمقاولين والخبراء والموردين والممولين... الخ، تتشابك فيه العلاقات القانونية اللازمة لتنفيذ هذا العقد، والخلل الذي قد يعترى أحدها يؤثر بشكل مباشر على عقد البوت ككل، فنجاحه أو فشله مرتبط عندما ووجودا بمدى ضبط هذه الأخيرة.

لما كانت عقود البوت عبارة عن مراحل مترابطة لا يمكن الانتقال في تنفيذها من مرحلة لأخرى إلا بتمام سابقتها، ومتى تمكنت الدولة المضيفة من ضبط الإطار القانوني الحاكم لكل مرحلة فستضمن نجاح عقد البوت الذي اعتمدت عليه، سواء تعلق الأمر بالمرحلة السابقة على توقيع اتفاقية المشروع (عقد البوت) أو بعدها، من جهة أخرى فنجاحها مرتبط بالمصادر التمويلية التي ستعتمد عليها شركة المشروع في تمويل كل المراحل إنجاز المرفق العام وتشغيله، لذا على الدولة المضيفة دراسة ما تضمنه شركات المشروع المتقدمة في العرض المالي لها بدقة واختيار أكثرها كفاءة وقدرة على ضمان التمويل.

يرتب تنفيذ عقود البوت العديد من الحقوق والالتزامات لطرفي العقد، التي تختلف في مضمون بعضها عن ما هو معتاد في عقود الامتياز، والتي يؤدي المساس أو الإخلال بها لقيام منازعات تؤثر على العقد، وسنقوم بتقسيم دراستنا للنظام القانوني لتنفيذ عقود البوت لمبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تنفيذ عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عقود البوت في إنجاز المرافق العامة

المبحث الأول:

تنفيذ عقود البوت لإنشاء وتسيير المرافق العامة

يرتبط نجاح الدولة في عقود البوت على ضبط النصوص القانونية التي تمنح امتيازات للقطاع الخاص من جهة، ومراعاتها لخصوصيتها كعقود والفروقات الموجودة بينها وبين عقد الامتياز، ومن جهة أخرى مدى توفيقها في صياغة بنود العقد بشكل دقيق وواضح لا يترك المجال واسعا للتأويل والتفسير من مختلف الأطراف، ولما كان تنفيذ عقود البوت يمر بمراحل مترابطة فإننا نرى أن النجاح في تحديد المرفق الذي سيتم إنجازه بهذا العقد واختيار شركة المشروع يدعم المراحل اللاحقة لإنجاز المرفق العام وتشبيده كما سنقوم ببيانه في المطلب الثاني، ولما كانت كل هذه المراحل التي ستنفذ مرتبطة وجودا وعدما بعنصر التمويل الذي تتولاه شركة المشروع سنقوم بإبراز مفهومه ومصادره والمخاطر المتعلقة به في المطلب الثالث وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول:

الأطراف المشاركة في عقد إنجاز المرفق العام بنظام البوت

تقتضي عقود البوت وجود أطراف متعاقدة تتمثل أساسا في: الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة، وشركة المشروع التي تتولى تنفيذ العقد من جهة أخرى، لأنها المسؤولة عن إنشاء المرفق العام وتشغيله طول مدة العقد، على أن تعيد ملكيته للدولة في نهاية العقد بحال جيدة، إلا أن تنفيذ عقود البوت لإنشاء المرفق العام وتسييره ليس كعقد الامتياز بصورته فإلى جانب هذين الطرفين هناك أطراف أخرى مساهمة في التنفيذ، لأن تنفيذ عقود البوت يتطلب مجموعة متشابكة من العقود والاتفاقات الكثيرة مع المقاولين والخبراء والممولين نبرز دور كل منها على النحو التالي:

الفرع الأول:

الأطراف الأصلية في تنفيذ عقود البوت

لعقود البوت طرفين أساسيين هما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام المختصة بإبرام العقد من جهة، وشركة المشروع المتعاقدة معها من جهة أخرى لتنفيذ عملية إنشاء وتسيير المرفق العام في مرحلة لاحقة، وهذا لا يعني أن عقد البوت يقتصر على هذين الطرفين، فهناك أطراف أخرى سنقوم ببيانها تعد المسجد لعقود البوت عمليا، لكنها تعتمد في ذلك على العقد المبرم بين الأطراف الأصلية، وسنوضح المقصود بالأطراف الأصلية في تنفيذ عقود البوت على النحو التالي:

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أولاً: الدولة أو أحد أشخاص القانون العام

لقد استخدم بعض الفقه تسمية "الحكومة المضيفة" للتعبير عن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام كطرف في عقود البوت، وعرفوها بأنها: "الجهة مانحة الامتياز وتعتبر المالكة الحقيقية للمشروع والتي تقف خلفه تسانده وتحل مشاكله، وإن كانت تقوم بتنازل مؤقت عن تلك الملكية للملتزم من أجل إقامة مشروع معين ينتفع به لفترة من الزمن ثم يعود في نهايتها إلى الحكومة".¹

عرفت أيضاً بأنها: "الجهة المالكة الضمنية والحقيقية للمشروع، والتي تقف خلف المشروع وتسانده وتؤيده وتحل مشاكله، باعتبارها التي تمتلك الأراضي والمرافق، وهي بموجب ملكيتها الأصلية تقوم بالتنازل المؤقت عن هذه الملكية بمنح حق أو امتياز إقامة المشروع وتحدد مدة الانتفاع به، وتحدد أيضاً ضوابط وشروط استخدامه".²

حتى تتمكن الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من إبرام عقود البوت، يتعين دائماً أن يكون هناك قانون صادر من السلطة التشريعية في الدولة متعلق بإدارة المرفق العام، ثم يتعين أن يتم إبرام عقد بينها وبين شركة المشروع يتضمن كيفية التنفيذ والقيام بالبناء وتحويل ملكية المرفق العام في نهاية العقد، وهنا يتعين على الدولة أو شخص القانون العام المتعاقد أن يقوم بكل ما هو ضروري لنجاح تنفيذ العقد لأن هذا الأخير يساهم في إقامة مرافقها العامة.³

في الجزائر تتحدد السلطة المختصة بإبرام العقد حسب العقد، فإذا كان وطنياً فالسلطة المركزية من تبرمه، أما على المستوى المحلي فبالرجوع لتعليمية رقم 842/394 المتعلقة بمنح امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، فالبلدية هي التي تقوم بإبرامه والولاية على المستوى الولائي، كما منح المشرع السلطات الإدارية المكلفة بتسيير الأملاك العمومية الطبيعية والاصطناعية للدولة وحدها سلطة اتخاذ القرارات المتعلقة بإدارة مرافق الأملاك العمومية وتسييرها وحمايتها والمحافظة عليها، وهنا يختص كل وزير بالأملاك العمومية التابعة للدولة التي تدخل في قطاع نشاطه،⁴ ونص أيضاً في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن الشخص المعنوي العام الخاضع للقانون العام المسؤول عن المرفق العام هو من يتولى إبرام العقد،⁵ ومن هنا تبرز لنا كثرة النصوص القانونية التي تحدد الجهة المختصة بالتعاقد.

¹ - أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 372.

² - محمد بن جواد الخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012، ص 175.

³ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 296.

⁴ - المادتين: 55، 1/56 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12، المتضمن شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، المشار إليه سابقاً.

⁵ - المادة 1/207، 2 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

نشير في هذا الصدد إلى أنه في حالة قيام الدولة بإبرام العقد بطريقة غير مباشرة من خلال أحد أجهزتها فهذا يطرح إشكالات، لأن الفقه يعتبر عقود البوت عقوداً إدارية عندما تبرمها الدولة، أما في الحالة الثانية فالعقد يعد من عقود التجارة الدولية.¹

يتعين على الدولة توفير مناخ مناسب حتى تضمن نجاح إنشاء المرفق، ولهذا الغرض يتعين أن يكون هناك استقرار سياسي وقوانين واضحة لتأمين استثمار شركة المشروع على المدى الطويل آخذة بعين الاعتبار المصالح الوطنية والاقتصادية للدولة،² كما يتعين عليها تيسير الإجراءات الإدارية اللازمة للقيام بعملية الإنشاء وتوفير ما هو لازم لتبدأ شركة المشروع في عملها،³ وهذا لا يعني أن الدولة يتعين عليها تقديم ضمانات لشركة المشروع فيما يتعلق بتمويل المشروع،⁴ وأهم ما يتعين على الدولة المضيفة أن تؤديه من أدوار عند قيامها بإنشاء المرفق العام ما يلي:

- إعداد الإطار القانوني الذي يعمل في نطاقه على غرار: الإعفاء الضريبي، قوانين العمل والهجرة، تحويلات الأرباح، الجمارك، وحماية المستثمر الأجنبي.
- إعداد دراسة جدوى مبدئية توضح الجوانب المختلفة للمشروع.
- إبرام اتفاقية امتياز مع شركة المشروع مع توضيح كافة الحقوق والالتزامات لكل الأطراف.
- تعيين ممثل حكومي يراقب تنفيذ بنود العقد.⁵

ثانياً: شركة المشروع

عرفت شركة المشروع بأنها: "الوحدة صاحبة الامتياز، وقبل إنشائها يتم تكوين اتحاد مالي بين المؤسسين من القطاع الخاص، ويكون هذا الاتحاد مسؤولاً عن إعداد دراسة جدوى للمشروع، وتقديم عرض لتنفيذه وتكوين شركة المشروع، وتحصيل حصة رأسمال من كل المؤسسين، أما شركة المشروع فتقوم بعمليات الاقتراض وإبرام العقود مع الأطراف المعنية مثل الحكومة وشركات المقاولات وموردي المواد الأولية، وتعتبر هي المسؤولة عن سداد خدمة الدين أمام البنوك"،⁶ وعرفت أيضاً بأنها: "الكيان الذي يشكله المستثمر الخاص لتنفيذ وتمويل وتشغيل المرفق طيلة فترة الترخيص، فهي صاحبة الامتياز

¹ - وهو ما أخذت به اللجنة الحادية والعشرون لمجمع القانون الدولي بأغلبية أعضائها عند قيامها بدراسة الاتفاقيات المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجانب وذلك لأسباب عملية تفادياً لتعقيد الموضوع.

- محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص 71.

² - معروف جيلالي، "عقود البوت BOT استنساخ غربي لمنتج استثماري إسلامي"، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية بالتعاون مع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، د ب ن، العدد السابع والعشرون، أوت 2014، ص 23.

³ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 79.

⁴ - يمكن للدولة أن تتوسط لشركة المشروع عند الممولين لتحصل على القروض اللازمة لتنفيذها للمشروع، لكن من الممارسات والتطبيقات الخاطئة في عقود البوت أن تتوسط الدولة قد تشارك في تمويل هذا العقد.

⁵ - أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابق، ص 4.

- S. Mubin, A. Ghaffar, Op. cit, p 36.

⁶ - أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابق، ص 4.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لذلك المشروع¹.

من خلال التعريف السابق يتضح أن شركة المشروع قد تكون مكونة من شركة واحدة أو عدة شركات² تتوفر على قدرة مالية كبيرة، تشكل فيما بينها اتحادا ماليا، حتى تكون قادرة على مواجهة تكاليف المشروع، وتتكون هذه الأخيرة بفعل حاجة المشروع لعدة اختصاصات في التصميم والبناء ثم إدارة المرفق لنقل ملكيته للدولة في نهاية العقد³ وتجدر الإشارة هنا إلى أن شركة المشروع التي تنفذ العقد يمكن أن تكون الشركات المكونة لها من دول مختلفة، ويترتب على هذا الاختلاف ما يلي:

- بروز الهيئة الخاصة التي تتولى المشروع كهيئة دولية وليست كهيئة منتمية لدولة بعينها.
- تمكن الهيئة الخاصة من الحصول على أكبر قدر من الضمانات المصرفية ومصادر التمويل، لأنه لا يمكن لشركة واحدة القيام بذلك في عقود البوت، وبذلك توزع المخاطر على أكثر من جهة واحدة.⁴

تتولى شركة المشروع القيام بالعديد من المفاوضات، بدء بالدولة للحصول على العقد وإصدار التراخيص وتحديد الحقوق والالتزامات بدقة، كما تقوم بالتفاوض مع المقاولين الذين يتولون البناء وإبرام عقود معهم، وتحديد جميع الجوانب الفنية والمالية لهذا المشروع، وتقوم بوضع البرنامج التنفيذي وتوقيت تنفيذه وإنجاز الأشغال في كل المراحل، كما أنها تتفاوض أيضا مع الموردين لتوريد الآلات والمعدات ومستلزمات التشغيل والاحتياجات اللازمة للمشروع وإبرام العقود اللازمة لذلك، كما أنها تقوم بالتفاوض مع الخبراء والشركات المتخصصة لتشغيل المرفق وصيانته، كما أنها تتفاوض مع البنوك الممولة للحصول على القروض والتسهيلات المختلفة منهم، وإبرام العقود الخاصة بذلك، كما أنها تدخل في مفاوضات مع شركات التأمين ومؤسسات الضمان للحصول على الضمانات ووثائق التأمين على المشروع من مختلف المخاطر.⁵

لقد درج العمل الدولي على تضمن اتفاق المساهمين بنودا تعاقدية على غرار: غرض الشركة وكيفية إدارتها، رأسمالها ونسبة إسهام الشركاء فيها، والتزامات المساهمين، والمحافظة على السرية، وكيفية نقل المرفق بحالة جيدة للدولة المضيفة عند نهاية العقد، وكذا تحديدا لكيفية تسوية المنازعات الناشئة.⁶

¹ - UNIDO, « BOT Guidelines for infrastructure development through BOT projects », Vienna, 1996, p 10.

² - S. Mubin, A. Ghaffar, Op. cit, p 36.

³ - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 369.

⁴ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 80.

⁵ - أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ص 373، 374.

⁶ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 82.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الفرع الثاني:

الأطراف التابعة في تنفيذ عقود البوت

الأطراف التابعة في تنفيذ عقود البوت هي تابعة لشركة المشروع، يشكلون مجموعة عمل يتم تشكيلها قبل التعاقد على غرار: شركات المقاولات والشركات الهندسية الكبرى وشركات توريد المعدات، وشركات التشغيل وصيانة المشروعات المتعلقة بالبنية الأساسية، مقابل حصول كل منها على مقابل، وتعد أيضا الجهات المعنية أساسا بالتمويل مثل: البنوك التجارية والاستثمارية وشركات الاستشارات المالية وجهات الإقراض الدولية من الأطراف التابعة في تنفيذ عقود البوت،¹ نبرزها كالتالي:

أولا: المقاولون

عرف المقاول بأنه: "الشخص الطبيعي أو الاعتباري والمخول من شركة المشروع لتنفيذ المشروع بوسائله الذاتية، بحيث يكون هو المسؤول عن إعداد وتصميم وتشديد وتوريد وتركيب المعدات اللازمة للمرفق، كما قد يكون هو في الأغلب الأعم من الحالات ناقلا للتكنولوجيا خلال مرحلة التشغيل".² يمكن أن يكون المقاول مجموعة من الشركات المتخصصة، تعمل كل منها في مجال تخصصها، على أن يكونوا متضامنين أمام صاحب العمل، ويطلق على هذا الاتحاد باسم "الكونسرتيوم"³ والذي يتوافر على ميزة توزيع المخاطر فيما بين الشركات المكونة له، وهو المسؤول أمام شركة المشروع عن التنفيذ. غالبا ما تأخذ شركة المشروع شكل شركة مساهمة،⁴ وإن كان ذلك لا يمنع من أن تأخذ أي شكل آخر يحدده القانون فقد تأخذ شكل شركة التوصية بالأسهم⁵... الخ، إلا أن شركات المساهمة هي الأقدر على تمويل مشروعات البوت عن طريق إصدار الأسهم، أو قدرتها على زيادة رأسمالها بسهولة عن طريق إصدار أسهم جديدة أو الاقتراض عن طريق إصدار السندات.⁶

¹ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص ص 178، 179.

² - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 109.

³ - عرف الكونسرتيوم Consortium: "ترتيب تعاقدي تعهد فيه مجموعة من الشركات معا لتنفيذ مشروع دون الاندماج في كيان قانوني مستقل"

- أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 102.

⁴ - عرف المشرع الجزائري شركة المساهمة بأنها: "الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى حصص وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصتهم، ولا يمكن أن يقل عدد الشركاء عن سبعة..."

- المادة 592 معدلة بموجب أحكام المرسوم التشريعي رقم 08/93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، ج ر عدد 27، المعدل لأحكام الأمر رقم 59/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101.

لقد أوجب المشرع الجزائري أن يكون رأسمال الشركة مقدرا بخمسة ملايين دج على الأقل إذا لجأت الشركة علنية للإدخار، ومليون دج على الأقل في الحالة المخالفة... الخ (المادة 594 معدلة بموجب نفس المرسوم التشريعي).

⁵ - نص المشرع على أن: "تؤسس شركة التوصية بالأسهم التي يكون رأسمالها مقسما إلى أسهم، بين شريك متضامن أو أكثر له صفة تاجر ومسؤول دائما وبصفة متضامنة عن ديون الشركة وشركاء موصين لهم صفة مساهمين ولا يتحملون الخسائر إلا بما يعادل حصصهم، ولا يمكن أن يكون عدد الشركاء الموصين أقل من ثلاثة ولا يذكر أسهم في اسم الشركة. المادة 715 ثالثا أضيفت بموجب أحكام المرسوم التشريعي السابق.

⁶ - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 103.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أ. مقاول الأعمال الهندسية والبناء

يتطلب تنفيذ عقود البوت القيام بأنشطة بناء وتوريد للموارد اللازمة، وكذا المعدات التي تستعمل خلال مراحل البناء، ولضمان أن يتم التنفيذ في الوقت وبالتكلفة المحددة أمام المساهمين والمقرضين، يتعين على مقاول البناء أن يعتمد على شركات تتمتع بالثقة والكفاءة والخبرة والمقدرة المالية وسبق لها تنفيذ مشاريع مماثلة، وهو ما يضمن تجنب مخاطر عدم استكمال بناء المرفق العام في الوقت المحدد، وبالميزانية والمواصفات المحددة،¹ ويكون هؤلاء المقاولون مسؤولين عن إعداد وتصميم وتشبيد المرفق العام، وتكون العلاقة بينهم وبين شركة المشروع منظمة بعقد مقولة، وفي الغالب ما يكون هؤلاء المقولون عدة شركات متخصصة وتكون مسؤوليتهم تضامنية اتجاه شركة المشروع.²

ب. موردو المعدات

يعمل هؤلاء كمقاولين من الباطن³ بالنسبة للمقاول الرئيسي للأعمال الهندسية أثناء مرحلة البناء، لضخامة حجم المشروع واحتياجه لإمكانيات مادية وفنية كبيرة،⁴ ويقومون لأداء مهامهم بتوقيع عقود لتوريد المعدات بتكلفة معقولة، ويتعين في تنفيذ عقود البوت الاعتماد على التكنولوجيا التي سبق تجربتها لأن من شأن استعمال التكنولوجيات لم يسبق استعمالها أن تشكل خطراً على الحكومة والمقرضين. يعمل المقاولون من الباطن بناء على العقد المبرم بينهم وبين المقاول الأصلي، الذي يظل الملتزم أمام الدولة أو أشخص القانون العام المتعاقد معه، وحتى يحمي المقاول الأصلي نفسه من المسؤولية التي قد تترتب عليه بسبب التقصير، بالنص صراحة في العقد المبرم بينهما على الرجوع عليه بما يتحمله من مسؤولية قبل العميل بسبب إهمال المقاول من الباطن في تنفيذ العمليات الموكلة إليه.

ج. شركة التشغيل والصيانة

غالباً ما تلجأ شركة المشروع لإبرام عقد مع مقاول من الباطن من أجل تشغيل وصيانة المرفق، وعادة ما يدخل المقاول في المشروع في مرحلة مبكرة لتنفيذ التوصيات، خلال مرحلة التصميم والبناء لضمان أن يكون ما تم إنشاؤه يشغل بأعلى كفاءة ممكنة.⁵

ثانياً: الخبراء والممولون

يقدم الخبراء في مختلف مراحل إنجاز المرفق العام دوراً ليس للدولة المضيفة فقط، وإنما أيضاً لشركة المشروع من خلال مختلف الدراسات والاستشارات التي تقدمها لهما، وغالباً ما يضم أطراف

¹ - S. Mubin, A. Ghaffar, Op. cit, p36.

² - أمل نجاح البشبيشي، المرجع السابق، ص 4

³ - المقاول من الباطن هو شخص طبيعي أو معنوي يتعهد بتنفيذ جزء أو أجزاء من الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع بموجب عقد يبرمه مع المقاول الأصلي، وتتنحصر علاقته بهذا الأخير دون أن يكون له أي صلة بالدولة المضيفة". - أبو بكر أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 373.

⁴ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 112.

⁵ -S. Mubin, A. Ghaffar, Op. cit, p p 36, 37.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عقود البوت خبراء واستشاريين تابعين لهم، وفي حالة عدم وجودهم لدى أطراف عقود البوت يتم الاستعانة بمكاتب الخبرة المتخصصة، نبرز دور كل منهم على النحو التالي:

أ. الخبراء والاستشاريون

يؤدي الخبراء والاستشاريون دورا هاما في عقود البوت في كل مراحل إنجاز المرفق العام، بدء من إعداد دراسات الجدوى، فتقديم العروض وإنجاز المخططات، وإقامة المرفق وتوريد الآلات والأجهزة اللازمة للانتقال للمرحلة الثانية وهي تشغيل المرفق العام، لذا تقوم شركة المشروع بتعزيز خبراتها الفنية المتخصصة دائما، سواء الخبراء الماليين أو القانونيين الدوليين أو مكاتب الهندسة الاستشارية. تجدر الإشارة هنا إلى أن هناك من المنظمات الدولية من تضم خبراء استشاريين أكفاء بما يمكنها من تقديم المساعدة للدولة المضيفة، على غرار منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو)، واللجان الاقتصادية التابعة للأمم المتحدة، والمؤسسات المالية الدولية (البنك الدولي)، ويمكن أن تقوم هذه المؤسسات الدولية بمساعدة الدولة المضيفة في العثور على مستشارين مؤهلين.¹

ب. الممولون والمؤمنون

تتطلب عقود البوت توافر اعتمادات مالية ضخمة لكونها دائما متعلقة بمشروعات إنجاز مرافق الدولة، لهذا نجد غالبا أن الجهات التي تقوم بالتمويل هي جهات متعددة محلية وحتى دولية، فقد يكون التمويل من قبل: المؤسسات المالية الإسلامية أو المؤسسات الدولية، وغالبا ما يتم تشكيل اتحاد من البنوك لتمويل هذه المشروعات على أن يعمل بنك أو اثنين منهم كوكيل عن البنوك الأخرى فيما يتعلق بعملية التفاوض.²

يقدم الممولون القروض لشركة المشروع بضمان عقد البوت المبرم إلى جانب الآلات والمعدات العائدة لشركة المشروع، وكذا العائدات المحققة من مقابل الخدمة التي يقدمها المرفق العام المنجز لجمهور المرتفقين، والتي تختلف من مشروع لآخر تبعا لطبيعة المرفق المنجز،³ وفي الواقع تدخل البنوك في تمويل المشروعات المنجزة بعقود البوت مختلف عن تدخلها لتمويل المشروعات التقليدية، ففي الأولى لا تهتم فقط بقدرة وملاءمة المقترض المالية فقط، وإنما تأخذ بعين الاعتبار عائدات المشروع المالية وحجم التدفقات أيضا، لأنها المصدر الأساسي لسدادها لقروضها، إلا أنه وبالنظر للمخاطر المالية

¹ - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 105.
² - مثال ذلك في عقد بناء وتشغيل وتحويل محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية في دولة الكويت تم تشكيل اتحاد بين عدد من البنوك وهي: بنك الكويت الوطني، بنك الخليج وبنك الكويت التجاري.
-نفس المرجع، ص 106.
³ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 116.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

التي تصاحب تنفيذ عقود البوت فالبنوك تشترط على المقترضين دائما تقديم ضمانات مقابل القروض التي تمنحها لهم.¹

تأخذ الضمانات من أصول المشروع العقارية والمنقولة، وكذا من التدفقات المالية التي تشكل وعاء لها، فتقيم على الأولى حقوق رهن رسمي² أو حيازي³، أما الثانية فهي تأخذها من منبعها مباشرة حتى تتفادى مشكل مرورها بالذمة المالية لشركة المشروع، وهنا حتى لو أفلست هذه الأخيرة فإن التدفقات لن تدخل في تقييدها، ويمكن أن تطلب من شركة المشروع أن تمكنها من إقامة حق أولوية لها على أصول المشروع، ويلجأ المقرضون أيضا لنقل جزء من المخاطر لشركة المشروع وشركات التأمين.⁴

بالنظر للمخاطر التي تظل قائمة عند بناء المرفق العام وحتى أثناء تشغيله والتي قد لا تتمكن الدولة أو شخص القانون العام الذي سيؤول إليه المرفق العام المنجز من تحمله، وقد لا يتمكن حتى المقرضون أو المقاولون من تحمله لذا عادة ما يتم التأمين⁵ على المشروع من كافة المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها،⁶ وتأخذ التأمينات فيها أشكالاً مختلفة منها: التأمين ضد الحوادث ويشمل المنشآت والمعدات، والتأمين من مسؤولية أطراف عقود البوت، وكذا التأمين ضد انقطاع التدفق النقدي وتجاوز التكاليف، وتأمين على العمال، ولقد بدأت سوق التأمين تؤدي دورا متزايدا في تغطية بعض أنواع المخاطر السياسية على غرار: إلغاء العقد أو عجز الهيئة الحكومية عن أداء التزاماتها التعاقدية، كما يمكن أن يتم توفير الضمانات ضد المخاطر السياسية فضلا على ما توفره مؤسسات التأمين الخاصة من جانب مؤسسات

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، " آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية المدارة وفقا لنظام BOT، وعوائق اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه المشروعات"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، الإمارات العربية المتحدة، يومي 19، 21 أبريل 2010، ص 127.

² - عرف الرهن الرسمي بأنه: "حق عيني تبغي يترتب على عقار معين مملوك للراهن ضمانا للوفاء بحق الدائن المرتهن مع بقاء هذا العقار في حيازة الراهن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه".

- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1985، ص 33.

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في نص المادة 882 من أحكام الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم المتضمن القانون المدني أنه: "عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان".

³ - عرف الرهن الحيازي بأنه: "حق عيني تبغي ينشأ للدائن المرتهن بموجب الاتفاق على منقول أو عقار ضمانا للوفاء بحقه، ويتقرر على مال مملوك لمدينه أو لغيره، ويحول الرهن لصاحبه حق الحبس والتقدم".

- محمد حسين، المرجع السابق، ص 34.

عرف المشرع الجزائري الرهن الحيازي في أحكام المادة 948 من ق م بأنه: "عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يحوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

كما تنص المادة 949 من ق م أنه: "لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار".

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 132.

⁵ - عرف التأمين طبقا لنص المادة 619 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 78 بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيراد مرتب أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين في العقد، وذلك مقابل قسط أو أي دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

⁶ - جيهان حسن السيد أحمد، المرجع السابق، ص 31.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

دولية منها: البنك الدولي، وكالة ضمانات الاستثمار المتعددة الأطراف (MIGA) أو المؤسسة المالية الدولية أو المصارف الإنمائية الإقليمية.¹

المطلب الثاني:

مراحل تنفيذ عقود البوت في إنجاز المرفق العام

يمكننا تقسيم المراحل التي يمر بها تنفيذ عقود البوت لمرحلتين، المرحلة الأولى وهي سابقة على توقيع اتفاقية مشروع إنجاز المرفق العام، وهي متعلقة أساساً بقيام الدولة المضيفة باختيار المرفق العام الذي تريد إنجازه بعقد البوت، وقد يبدو للوهلة الأولى أن هذا الأمر بسيط لكنه في الحقيقة ليس كذلك، لأن الخطأ في اختيار المرفق العام ستنجر عنه آثار سلبية كما سنقوم ببيانه، بعدها يتم اختيار شركة المشروع التي ستتولى مهمة الإنجاز والملف الذي يتعين عليها تقديمه وكيفية اختيارها، وهو ما سنقوم بدراسته في الفرع الأول، وبعد الانتهاء من هذه المرحلة تأتي مراحل أخرى بعد توقيع العقد وهي بناء المرفق العام وتشغيله ونقل ملكيته للدولة المضيفة وهو ما نتناوله في الفرع الثاني، على النحو التالي:

الفرع الأول:

المراحل السابقة على توقيع اتفاقية المشروع

تستوجب عقود البوت القيام ببعض الإجراءات السابقة على توقيع العقد، لضخامة هذا النوع من العقود وتعلقها غالباً بمشروعات اقتصادية مهمة وحيوية متعلقاً أساساً بالمرافق العامة التي لها علاقة بتقديم خدمات للجمهور، وهو الأمر الذي يتطلب أن تسبق عملية إبرامها مراحل سابقة، كتحديد المشروع المراد إنجازه من خلال عقد البوت، ثم البحث عن المستثمر المناسب لتولي إنجازها وتسييرها في المرحلة الثانية، والذي يقدم الملف اللازم للتعاقد وهو ما نبرزه على النحو التالي:

أولاً: مرحلة تحديد المشروع واختيار شركة المشروع

تعد مرحلة تحديد المرفق المراد إنجازه بعقد البوت أهم مرحلة تستند إليها كل المراحل الأخرى، ونجاح إنجاز مشروع المرفق العام فيها مرتبط بمدى نجاح الدولة في التخطيط له في هذه المرحلة، وتكون البداية في ذلك بتحديد المرفق ومدى ضرورة أن يسند للقطاع الخاص بمهمة تنفيذه عن طريق عقود البوت، وهو ما تتولاه الدولة المضيفة عن طريق أجهزتها التخطيطية، التي تجري دراسات سابقة

¹ - أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص 107.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

من خلالها تتوقع معدلات الطلب المتوقعة على الخدمة في المرفق المزعم إنشاؤه،¹ وبناء على ذلك تقوم بتحديد أولويات هذه الخدمات والمرافق في ضوء الخطة العامة للدولة.

نرى أن كل دراسة لا ينتبه فيها لمدى صلاحية المرفق لتحقيق إيرادات بعد تشغيله، فهو عقد فاشل لا محالة، لأن هذا الأخير أساس استرجاع شركة المشروع لما أنفقه وتحقيقها هامشا من الأرباح، وكل هذه الأمور يمكن ضبطها من خلال دراسة الجدوى التي يتم إعدادها، لذا يتعين أن تكون جدية ودقيقة جدا، الأمر الآخر الذي يتوقف عليه نجاح عقود البوت هو أن لا يكتفى فقط بتحديد المرفق المراد إنشاؤه فقط، فلو كان العقد متعلقا بإنشاء مرفق الكهرباء، لا بد من تحديد نشاط هذا الأخير كأن ينص صراحة على أن موضوع العقد هو إنشاء وتشغيل معمل لإنتاج الطاقة في منطقة يتعين تحديدها بدقة، كما يتعين تحديد الجهات العاملة فيه، وكذا الأراضي التي سيقام عليها والأصول المتعلقة به.

ثم تأتي خطوة ثانية هي تحديد هيكل التمويل، مع الأخذ بعين الاعتبار الإيجابيات والسلبيات التي يمكن أن تنجر عن تنفيذ المرفق العام بعقد البوت من طرف القطاع الخاص،² وفي كل الحالات يتعين أن تكون هناك دراسة جدوى³ أولية للمشروع بهدف تحديد حجم⁴ وموقع⁵ وتقنيات تشغيل المرفق العام، وهو ما يعرف بـ "دراسة الجدوى الفنية للمشروع"، وهنا يتم التركيز على البيئة الخارجية المحيطة بهذا الأخير والتنبؤ بتكاليفه الإجمالية والتدفقات المحتملة خلال مرحلة التشغيل، وهو ما يعرف بـ "دراسة الجدوى المالية"،⁶ وبذلك تقدم هذه الأخيرة نظاما للمعلومات يساعد على اتخاذ القرار بشأن المرفق.⁷

¹ - في مصر تم إنشاء لجنة وزارية ومجموعة عمل لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام البوت بموجب قرار مجلس الوزراء المصري رقم 695 لسنة 2001، والذي أكد على ضرورة أن تقوم كل وزارة بإعداد قائمة أو بيان بالمشروعات القومية والمحلية التي يمكن أن تنجز بعقود البوت خلال السنوات العشر القادمة، وفي الفيتنام تقوم وزارة التخطيط والاستثمارات استنادا لأهداف التنمية الاجتماعية والاقتصادية بالتشاور مع الوزارات الأخرى والمؤسسات الحكومية... الخ، بإعداد قائمة بالمشروعات التي يمكن أن تنجز بواسطة عقود البوت، ثم تتولى الوزارة عرض هذه القائمة على الحكومة مع بيان لكل مشروع على حدة، ويشمل هذا البيان اسم المشروع وموقعه وتقدير المبالغ اللازمة والمؤسسات التابعة للدولة التي لها حق توقيع عقود البوت... الخ، راجع في هذا الصدد: - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 234.

² - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 182.

³ - عرفت دراسة الجدوى أنها: "مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات، والتي تستخدم في تجميع البيانات، ودراستها أو تحليلها، بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية وتسويقية وبيئية ومالية واجتماعية". - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - لتحديد حجم المشروع أهمية كبيرة لأنه فيه تحدد حجم الخدمة المطلوب بناء على الطلب، وهو ما يمكن من معرفة عدد المستفيدين من خدمات المرفق العام الذي سيتم إنجازه، وجرى العمل على أن تحديد حجم المشروع قد يتم من قبل الدولة المضيفة مباشرة في دفتر شروط العقد، وإما أن تتركه للمستثمرين وهنا يقوم هؤلاء بتحديد مواصفاته وطاقته ضمن العروض التي يقدمونها حسب رؤيتهم الخاصة، ثم تقوم الدولة المضيفة بتحديد الحجم الاقتصادي للمرفق وحجم الطلب المتوقع من الخدمة... الخ.

⁵ - لتحديد موقع المشروع أهمية بالغة في عقود البوت، فشرية المشروع لن تكلف نفسها عناء البحث عن موقع مناسب لتنفيذ العقد، لكن الأمر الذي يتعين أن تراعيه الدولة المضيفة هو أن يكون اختياره للموقع بناء على دراسة فنية سابقة من الناحية الجيولوجية، وتناسب المساحة المخصصة لهذا الموقع مع الأعمال التي ستقوم شركة المشروع بتنفيذها.

⁶ - تتضمن دراسة الجدوى المالية في عقود البوت وضع تصور للمركز المالي والاقتصادي لتشغيل المرفق العام طبعا قبل التنفيذ، وذلك من خلال دراسة للتكاليف الخاصة بمشروع إنجاز المرفق العام على اختلافها والأرباح المتوقعة بناء على مدة العقد التي تحدد العمر الافتراضي للمشروع، وترتكز دراسة الجدوى المالية على ما يلي: - التكاليف الاستثمارية المتوقعة لمشروع إنجاز المرفق العام.

- التكاليف الرأسمالية المقدرة للحصول على الأصول الثابتة: كتهديد الأرض، وتكاليف المعدات بما يشمل نفقة نقلها وشحنها والرسوم الجمركية والتأمين... الخ.

- هيكل التمويل الاستثماري المناسب لمشروع إنجاز المرفق العام.

- التدفقات النقدية الداخلة والتدفقات النقدية الخارجة لمشروع إنجاز المرفق العام.

⁷ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 72.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

نرى من الضروري جدا أن تقوم الدولة بإيجاد نظام قانوني متكامل يحكم هذه العقود الاستشارية التي قد تقوم بإبرامها، وهو الغائب في غالبية التشريعات العربية المقارنة، وأهم ما يتعين أن يحدد فيه هو أشكال تقديم هذه الخدمات، ومجالاتها ووضع معايير دقيقة يستند لها في اختيار المكاتب الاستشارية، كما يتعين أن يشير هذا النظام القانوني لحقوق والتزامات المكتب الاستشاري والعميل طالب الخدمة.

1. أساليب اختيار شركة المشروع المتعاقدة في عقود البوت

الأصل أن المشرع ألزم الشخص المعنوي العام في تعاقداته واختياره للمتعاقد معه بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية، الذي يركز على السعر كمعيار لإرساء الصفقة، واستثناء من ذلك فعقود امتياز المرافق العامة لا تخضع للقواعد المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية والأمر سيان لعقود البوت، وهو ما استقر عليه الفقه والاجتهاد في بداية القرن العشرين من خلال تأكيده على الفصل بين الصفقة العمومية وعقود الامتياز، ويقول الفقيه الفرنسي De Laubadère أن سلطتها في اختيار المتعاقد معها هي قاعدة التفويض المرتبطة بالسلطة التنظيمية للإدارة.¹ من خلال ما سبق فبإمكانها التفاوض مباشرة مع المرشح وإبرام العقد معه دون قيود أو شكليات معينة، شريطة احترام مبدأ المنافسة فقط،² التي تجسد مبدأ حرية الوصول،³ وهو ما نص عليه مثلا في مصر القانون رقم 100 لسنة 1996 المعدل لبعض أحكام القانون رقم 12 لسنة 1976 المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر، والتي أكدت على أن الاختيار يتعين أن يكون في إطار المنافسة⁴ والعلانية دون أن تلزم الدولة بإبرام هذا العقد عن طريق المناقصات العامة وغيرها من الأساليب المنصوص عليها فيه،⁵ وهكذا تكون عقود الامتياز أكثر مرونة من إجراءات منح الصفقات العمومية لاستغناء جهة الإدارة عن عملية استقبال العروض من المتنافسين،⁶ ومن ثم تكون جهة الإدارة في عقود الامتياز متمتعة بقدر كبير من الحرية في اختيار المتعاقد معها والذي سيتولى إدارة المرفق العام نيابة عنها،⁷ وهذا يتطلب توافر ثقة

¹ - وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 261، 262.

² - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 697.

³ - وقد تم تأكيد هذا المبدأ في فرنسا في قوانينها لتحفيز المنافسة، ومجسدة في قانون المنافسة والقانون التجاري ومعاهدة الاتحاد الأوروبي - EMERY Cyrille, « Les trois principes de la passation des contrats de partenariat public-privé », *AJDA*, édition Dalloz, Paris, N° 41, 2005, p p 2269, 2271.

⁴ - عرفت المنافسة بأنها: "الوضعية التي يكون فيها المتعاملون الاقتصاديون أحرارا لعرض بضائعهم وخدماتهم في السوق، واختيار المتعاملين الذين يحصلون إلى جانبهم على سلع وخدمات، وبالتالي يكون العارضون في تنافس لكي يتم تفضيلهم من طرف المستهلكين، وهؤلاء الآخرون في تنافس للوصول إلى العروض المحدودة"، وعرفت أيضا بأنها: "عملية تأصيل وانتقاء وتصنيف".

تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، د ط، 2013، ص 32.

⁵ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 85.

⁶ - LINDITCH Florian, « Délégation de service public : les précisions apportées par la décision corsica ferries », Edition Administrations et collectivités territoriales, *RSJCT*, LexisNexis, N° 26, 25 Juin 2007, p

⁷ - لكن ولتفادي مشكل الوقوع في الهيمنة على السوق من طرف المرافق العامة قامت الدولة بإنشاء هيئات مكلفة بضبط استغلال المرافق العامة المفتوحة على المنافسة، والمعروفة باسم السلطات الإدارية المستقلة والتي ظهرت مع انسحاب الدولة من القطاع الاقتصادي وفتح المرافق التقليدية للمنافسة: كالمواصلات السلكية واللاسلكية، الغاز والكهرباء... الخ.

- عيساوي عز الدين، المرجع السابق، ص 102.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

في قدرة المتعاقد على تنفيذ المهام الموكلة إليه بمقتضى العقد لاسيما في الجانبين المالي والفني،¹ وتمتع السلطة المانحة للامتياز بهذه الحرية الواسعة لا يعني أنها غير مقدره بأي قيد، فالاعتبارات المالية والفنية المقدمة تؤدي دورا كبيرا في اختيار الملتزم.

للإدارة مانحة الامتياز الحرية في اختيار الملتزم على أساس الاعتبار الشخصي،² مفضلة في ذلك من يقوم بتقديم أفضل عرض مالي وتقني، وهو ما يقتضي أن هذا الأخير لا يمكنه التنازل عن المرفق العام دون الحصول على الموافقة المسبقة من الجهة الإدارية مانحة الامتياز،³ ويمكننا إرجاع هذا القدر من الحرية الذي منح لجهة الإدارة في اختيارها للشخص الملتزم لأهمية هذه العقود وتعلقها بتقديم الخدمات العمومية لجمهور المرتفقين، ومن جهة أخرى اتسامها بمدة طويلة نسبيا.

لا يمارس القاضي الإداري هنا رقابته على حرية اختيار الإدارة في الاختيار،⁴ وفي فرنسا بعد صدور القانون رقم 122/93 المؤرخ في 1993/1/29 المعروف باسم Sapin نضمت لأول مرة إجراءات خاصة بإبرام عقود تفويض المرافق العامة لا يمكن للإدارة مخالفتها، قائمة على التفاوض بعد المنافسة والعلانية التي تضمن تقديم عروض من المترشحين (تقنية ومالية) الذين يودون الترشح لإدارة المرفق العام الأمر الذي يضمن المساواة وشفافية الإجراءات،⁵ وتقوم الإدارة باختيار أكفئهم ماليا وفنيا بعد التفاوض ومن هذا المنطلق لا يجوز للمفوض التنازل عن عقد التفويض للغير.

يقوم القاضي الإداري بالتأكد من احترام السلطة المفوضة للإجراءات والمواصفات المعلنة عنها،⁶ كما أن هذا القانون أعفى الإدارة أيضا من التزام العلانية والمنافسة في حالة ما إذا كان المشروع موضوع التفويض قد عرض للمنافسة في وقت سابق دون أن تقدم عروض مناسبة، أو حتى لم تقدم أي عروض لذلك، لكن الآن كل عقود تفويض المرافق العامة يجب أن يتم الإعلان عنها،⁷ وهو ما قضى به في أحكامها⁸ على غرار: قرار مجلس الدولة الفرنسي في 01 أبريل

¹- AUBY Jean-Marie, Robert Ducos Ader, Grands Services Publics et Entreprises Nationales, Première édition, PUF, Paris, 1969, p 205.

²-LONG Marceau, « Système concessif et Droit communautaire dans le demain d'eau », RA, Presses Universitaires de France, N° 138, Novembre-Décembre 2000, p 578

- Le Tourneau Philippe, Les contrats de concession (Distribution sélective, Concession exclusive, Distribution automobile, Droit interne et communautaire), Juris classeur, Paris, 2003, p 13

³-Vedel George, Droit Administratif, PUF, Paris, 6^{ème} édition, 1976, p 838.

⁴-Fraisiseik Patrick, Droit administratif, ellipses, Paris, 2000, p 169.

⁵-DELVOLVÉ Pierre, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », Op. cit, p 486.

⁶-KLEIN Lorraine, Délégation de Service Public Pratique de la Passation, EFE, Paris, 2013, p 107.

⁷-DEMUNCK Claire, « Délégation de Service Public et Obligation de Publicité », RLDA, LAMY SA, Paris, N° 87, Novembre 2005, p p 37, 38.

⁸-La Haute Juridiction l'exprime en ces termes : « il appartient au juge administratif, saisi en application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de se prononcer sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence incombant à l'administration ; (...), dans le cadre de ce contrôle de pleine juridiction le=

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

1.2009

لكن المشكلة التي ظهرت في فرنسا هو كيفية خلق توافق بين المنافسة والتفاوض، ولهذا نادى الفقه بضرورة أن تكون المنافسة قد أثبتت عن طريق التفاوض، ولا يوجد تفاوض حقيقي دون منافسة مسبقة، وهنا قرر المجلس الدستوري في فرنسا أنه: "يجوز للمشرع من أجل تحقيق أهداف الوضوح والمنافسة التي يحددها أن يحظر إبرام عقود تفويض مرفق عام لمدة غير محددة، أو أن يقرر أن مدة العقود يجب أن تأخذ في الاعتبار طبيعة وقيمة الاستثمارات التي يقوم المفوض إليه بتنفيذها".

لقد نصت المادة 1411-5 من قانون الجماعات المحلية على أن السلطة لديها صلاحية إمضاء اتفاقية الالتزام بحرية بالتفاوض مع شركة أو شركات قدمت عرضاً، وفي الاجتهاد القاضي تم تحديد شروط تطبيق هذه القاعدة لاحترام المساواة في المعاملة بين المتعاقدين المحتملين، كما أن القضاء الإداري قدر أنه إذا كانت الجماعات المحلية قادرة على ضمان المساواة بين المرشحين الذين اختارتهم من قبل، يمكنها أن تبدأ المناقشة مع مرشح واحد دون دعوة المرشحين الآخرين.²

يرى مجلس الدولة الفرنسي أن خرق إجرائي للإشهار والمنافسة في عقود تفويض المرافق العامة من قبل أشخاص القانون العام لا تشكل سبباً خطيراً لتبرير إلغاء العقد، ولكنه سبب لإنهاء العقد دون التأثير على موافقة شخص القانون العام ولا على صحة تفويض المرفق العام.³

قامت دول أخرى بإخضاع اختيار المتعاقد معها لقانون الصفقات العمومية باعتباره عقداً إدارياً،⁴ ويمكننا إرجاع ذلك بالنسبة لهذه الدول هو بحثها عن الطريقة التي من شأنها أن تضمن تحقيق المنافسة⁵

= juge vérifie en particulier les motifs de l'exclusion d'un candidat de la procédure d'attribution de la délégation de service public ».

- DEMUNCK Claire, « Délégation de Service Public et Contrôle du Juge des référés Précontractuels », RLDA, LAMY SA, Paris, N°79, Février 2005, p 54.

¹-ECKERT Gabriel, « Délégation de Service Public et Droit Communautaire: Une Conciliation Délicate », RDP, LGDJ, Paris, N° 01, Janvier- Février 2010, p 217.

²-SOLDINI David, « La Délégation de Service Public, sa fonction, ses critères », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 06, Novembre- Décembre 2010, p p 1119, 1120.

³-GUINARD Dorian, « Entre résiliation et résolution : des Conséquences de l'irrespect des IMP2RATIFS Concurrentiels Lors de la Passation d'une Délégation de Service Public », RLC, LAMY SA, Paris, N° 35, Avril-Juin 2013, p 64.

⁴- مثال ذلك: العراق فهي تخضع اختيار المتعاقد في عقود البوت في إطار ما تم النص عليه في قانون العقود العامة العراقي، كما أنه في الكويت يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة بواسطة طرق التعاقد الإداري التقليدية وهي: طريقة المناقصة والمزايدة، وقامت الحكومة الكويتية بإسناد العديد من المشاريع للقطاع الخاص من خلال عدة جهات: وزارة المالية، وزارة الأشغال، بلدية الكويت، الهيئة العامة للصناعة... الخ.

- أسامة مدلول خريص أبو هليبه المطيري، المرجع السابق، ص ص 134، 135.

⁵- تحقيق المنافسة يقتضي إعطاء الحق لكل الأشخاص الخواص الذين يريدون التعاقد تقديم عطاءاتهم أو عروضهم وفق الشروط التي تحددها الجهة الإدارية، ولا يمكن لهذه الأخيرة أن ترفض مشاركة أي أحد في المناقصة، وأساس فكرة تحقيق المنافسة هذه هو ووقوف الإدارة في الحياد اتجاه المتنافسين عند بدء المنافسة ودراساتها للعروض المتقدم بها.

- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2003، ص ص 72، 73.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أساساً، إلى جانب تحقيقها لأمر آخرى لا تقل أهمية عنها، على غرار: المساواة بين كل المترشحين¹، وكذا الموضوعية،² سعياً منها لإنجاح عملية اختيار العرض الأفضل وحماية المال العام،³ لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هنا هو جعلهم إبرام عقود البوت والامتياز بصورته التقليدية خاضعة لإجراءات المناقصة، ومن ناحية أخرى يستثنونه من كيفية إرساء الصفقة، والتي تتمثل في اختيار صاحب أفضل سعر، وهذا أمر خاطئ فيما أن يتم إعمال قانون الصفقات العمومية بشكل كامل أو يترك.

كما يمكننا إرجاع إخضاع هذه الدول إبرام عقود البوت لقانون الصفقات العمومية على أساس اعتبارها عقود أشغال عامة، لاسيما وأن أول مرحلة يمر بها المشروع المنجز هي البناء، وغالبية التشريعات المقارنة تخضع عقود الأشغال العامة لقانون الصفقات العمومية، لكن هذا خاطئ لأن عقود الأشغال العامة تنتهي فيها الرابطة العقدية بانتهاء البناء، خلافاً لعقود البوت التي هي سلسلة من ثلاث مراحل، تقودنا كل مرحلة منتهية لمرحلة جديدة مرتبطة بها ارتباطاً وثيقاً لا يمكن فصل أي منها عن الأخرى، لذا لا يمكن تجزئة القانون الحاكم لعقود البوت بهذه الطريقة.

لقد أشارت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري أنه على الدولة المتعاقدة أن تبين في قوانينها التي تنص على إجراءات تنافسية تتسم بالشفافية والكفاءة في منح العقود، وهذا متوافر في قوانين الصفقات العمومية ويمكن الاستفادة منها في هذا الصدد، إلا أن اللجنة أكدت على نقطة هامة وهي أن يراعى في ذلك إجراء العديد من التعديلات حتى يكون ما هو متوافر في قوانين الصفقات العمومية متناسباً مع المتطلبات الخاصة لمشاريع البنية التحتية والمرافق العامة الممولة من القطاع الخاص،⁴ وتقوم بمباشرة إجراءات الاختيار الأولي لتحديد مقدمي العروض المؤهلين تأهيلاً مناسباً لتنفيذ المشروع وذلك من خلال نشرها لدعوة للمشاركة في الاختيار، ويتعين أن يكون مقدموا العروض مستوفين لجملة من المعايير.⁵

¹ - ويقصد بذلك أن جميع المتقدمين بعروضهم يكونون على قدم المساواة كمتنافسين، وليس للجهة الإدارية أن تقوم بالتمييز بينهم بأن تطلب من أحدهم ما لا تطلبه من الآخرين، - مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 74.

² - لأنه سيتم الاعتماد على معايير موضوعية في عملية اختيار المتعاقد، كما أن الموضوعية ستكون مجسدة حتى قبل الوصول لعملية الاختيار، لأن المعلومات المتعلقة بالعقد المزمع إبرامه منشورة وهو ما يتيح فرصة تقديم العروض من قبل عدد كبير من المهتمين بالمشاركة، كما أن الجميع سيكون على علم مسبق بشروط المشاركة في المناقصة.

- حاتم فارس الطعان، " تقييد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)"، مجلة الجامعة الإسلامية، رابطة الجامعات الإسلامية، مركز الاقتصاد الإسلامي، القاهرة، العدد 2/26، ص 476.

³ - لأنه سيخلق مناخاً يصعب أن يتستر ورائه الفساد، وهو ما سيعزز الثقة في الدولة.

- حسن عبد الرحيم السيد، " الشفافية في قواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر (دراسة مقارنة مع قانون اليونسسترال النموذجي للمشتريات الحكومية)"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع والثلاثون، يوليو 2009، ص 60.

⁴ - على سبيل المثال: - وجود مرحلة اختيار أولي للعروض تتسم بالوضوح والمرونة في صياغة تقديم العروض.

- الأخذ بمعايير تقييم خاصة مع مراعاة وجود نطاق للتفاوض مع مقدمي العروض

- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، الدورة السادسة والثلاثون، فيينا، 30 حزيران/18 تموز 2002، ص 15.

⁵ - هي: المؤهلات المهنية والتقنية والموارد البشرية والمعدات... الخ بحسب ما هو لازم لتنفيذ جميع مراحل عقد البوت، وكذا المقدرة المالية اللازمة لإدارة الجوانب المالية للمرفق، وكذا تحمل الأعباء التمويلية له، إلى جانب القدرة الإدارية اللازمة مع الخبرة الكافية في تشغيل مرافق عامة مماثلة سابقاً، راجع: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " مشروع إضافة إلى دليل الأونسسترال النموذجي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، المرجع السابق، ص 7، 10.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

2. موقف المشرع الجزائري من الأسلوب المتبع في اختيار المتعاقد في عقود البوت

اختيار المتعاقد في عقود البوت في الجزائر يتم وفقا للقوانين المنظمة لامتيازات المرافق العامة لا لقانون الصفقات العمومية، على أساس دفتر شروط عن طريق المزاد العلني¹ المفتوح² أو المقيد³ أو بالتراضي⁴ على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية⁵ ومنح الامتياز بالتراضي مرتبط بالحصول على ترخيص من مجلس الوزراء، وباقتراح من المجلس الوطني للاستثمار، ويتولى الوزير المعني أو الوالي المختص إقليميا مهمة عرض المشاريع الاستثمارية القابلة لمنح الامتياز بالتراضي على المجلس الوطني للاستثمار.⁶

لقد حدد المشرع الجزائري طريقتين لمنح الامتياز عن طريق المزاد العلني هما: طريق المزايدات الشفوية، والتي يعلن فيها الموظف الذي يرأس الجلسة عن الثمن الأدنى المعروض المذكور في الملصقات، والتي تكون بمبلغ لا يقل عن 1000 دج إذا لم يتجاوز الثمن الأدنى المعروض 500000 دج،

- ¹ - ويرخص الامتياز عن طريق المزاد العلني على الخصوص ما يأتي: - قرار من الوزير المكلف بالسياحة عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة للعقار السياحي القابل للبناء وباقتراح من الهيئة المكلفة بالعقار السياحي على أساس دفتر أعباء يحدد تصور المشروع المزمع إنجازه والمعايير التي ينبغي توفرها.
- قرار من الوزير المكلف بالصناعة وترقية الاستثمارات عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة لهيئات عمومية مكلفة بالضبط والوساطة العقارية.
- قرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم عندما تكون القطعة الأرضية المعنية تابعة لمحيط مدينة جديدة وباقتراح من الهيئة المكلفة بتسييرها وذلك طبقا لمخطط تهيئة المدينة الجديدة.
- قرار من الوالي المختص إقليميا وباقتراح من لجنة يحدد تنظيمها وتشكيلتها وتسييرها عن طريق التنظيم.
- المادة 5 من الأمر رقم 04/08، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.
- ² - عرف المشرع الجزائري المزاد العلني المفتوح بأنه: "... عرض الامتياز عن طريق المنافسة لكل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في الاستفادة من الامتياز على الأرضية المعنية وذلك لإنجاز مشروع استثماري وفقا لقواعد التهيئة والتعمير المطبقة".
- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.
- ³ - عرف المشرع الجزائري المزاد العلني المحدود بأنه: "... عرض الامتياز عن طريق المنافسة على أرضية موجهة لمشروع استثماري ذي طبيعة محددة مسبقا والذي يشارك فيه المستثمرون الذين تتوفر فيهم بعض شروط التأهيل فقط".
- المادة 3 من نفس المرسوم التنفيذي.
- ⁴ - تكون قابلة لمنح الامتياز بالتراضي مشاريع الاستثمار التالية:
- التي لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية، مثل الاستثمارات الإنتاجية التي يمكنها أن تساهم في استبدال عمليات الاستيراد في القطاعات الإستراتيجية للاقتصاد الوطني.
- التي تشارك في تلبية الطلب الوطني على السكن، من خلال العمليات التي تدخل في إطار السياسة السكنية.
- التي تحدث بقوة مناصب شغل أو قيمة مضافة بشكل قوي وتعكس على الخصوص تقليص البطالة في المنطقة والتحويل التكنولوجي.
- التي تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة.
- المادة 7 من الأمر رقم 04/08، المشار إليه سابقا.
- المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المشار إليه سابقا.
- لقد نص المشرع الجزائري على أن الترخيص بمنح الامتياز بالتراضي من مجلس الوزراء باقتراح من المجلس الوطني للاستثمار.
- المادة 6 من الأمر رقم 04/08، المشار إليه سابقا.
- ⁵ - المادة 1/3 من نفس الأمر.
- ⁶ - المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

و 2000 دج عندما يفوق الثمن الأدنى المعروض 500000 دج،¹ أما في الطريقة الثانية وهي تقديم التعهدات المختومة التي يقدم فيها الامتياز عن طريق تعهد عليه طابع ومصحوب باستمارة معلومات مطابقة للنموذج الذي تسلمه الإدارة مع إثبات دفع الكفالة، ويمكن أن يرسل هذا العرض عن طريق البريد في ظرف موصى عليه مع إشعار بالاستلام وفي ظرف مزدوج، أو يتم إيداعه مباشرة بمقر المديرية الولائية لأمالك الدولة المعنية في الإعلانات الإخبارية في موعد أقصاه آخر يوم عمل يسبق اليوم الذي تجرى فيه عملية الفرز قبل إغلاق المكاتب ويترتب عن الإيداع تسليم الموعد وصلا.²

لقد أنشأ المشرع الجزائري لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، التي كلفها المشرع على سبيل المثال بناء على بنك المعلومات الذي تمسكه والمتكون من مجموع المعلومات التي تقدمها مصالح أملاك الدولة والصناعة والأجهزة المكلفة بالعقار، باقتراح منح الامتياز عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المحدود على الأراضي المتوفرة، كما أنها من تساعد المستثمرين في تحديد موقع الأراضي التي سيتم إقامة المشاريع الاستثمارية عليها... الخ، ومن أهم الصلاحيات التي منحها المشرع لهذه اللجنة: متابعة إقامة المشاريع الاستثمارية وتقييمها، ومتابعة إنجاز المشاريع الاستثمارية الجارية، و معاينة بدء نشاط المشاريع الاستثمارية.³

مكن المشرع الجزائري هذه اللجنة من إسناد مهمة متابعة إقامة وإنجاز المشاريع الاستثمارية وتقييمها للجنة فرعية تقنية تحدد تشكيلتها وسيرها بموجب النظام الداخلي للجنة، الذي يحدد نمودجه بتعليمات وزارية مشتركة يتخذها الوزراء المكلفون بالداخلية والجماعات المحلية والمالية والصناعة وترقية الاستثمارات، وألزم المشرع اللجنة الفرعية بإرسال تقرير عن متابعة مشاريع الاستثمار للجنة كل 6 أشهر.⁴

بالرجوع للنصوص الخاصة نجد مثلا أن المشرع فيما يتعلق بمنح امتياز إنشاء الهياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، والتي هي عقود بوت يتم من

¹ - لا يتم الإعلان عن منح الامتياز عن طريق المزادات الشفوية إلا بعد انطفاء شمعتين موقدتين على التوالي بفارق دقيقة واحدة بينهما، وفي حالة ما إذا لم تقع أي مزايمة خلال مدة اشتعال هذه الأضواء يعلن المزاد لصالح صاحب العرض الذي أوقدت عليه الشمعتان، ولا يعلن المزاد حتى تتم مزايمة واحدة على الأقل بمبلغ الثمن الأدنى المعروض ولا يمكن تخفيض هذا السعر في الجلسة نفسها.

إذا لم تجرى أي مزايمة يؤخر منح الامتياز ويؤجل لجلسة يحدد تاريخها فيما بعد ويعلن عنها حسب نفس أشكال الجلسة الأولى، وفي حالة ما إذا قدم شخصان أو عدة أشخاص في أن واحد مزايمة متساوية تخولهم حقوقا متساوية في رسو المزاد وتجري مزايمة جديدة يشارك فيها هؤلاء الأشخاص دون سواهم وإذا لم تقع أية مزايمة جديدة تجرى القرعة بينهم حسب الكيفية التي يحددها رئيس مكتب المزاد.

- المادة 3/أ من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27.

² - المادة 3/ب من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 20/10، المؤرخ في 12 جانفي 2010، المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، ج ر عدد 4.

⁴ - المادة 3/3، 4 من نفس المرسوم التنفيذي.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

خلال دفتر شروط مكتتب من صاحب الامتياز، بعد دراسة الطلب المقدم وقبوله،¹ كما نصت المادة 15 من القانون رقم 11/11 المعدلة لأحكام المادة 1/3 من الأمر رقم 08/04 على منح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي،² والجديد في هذا التعديل أن المشرع جعل منح الامتياز يتم بطريقة واحدة وهي التراضي، بعد كان يعتمد قبل تعديل 2011 على أسلوبين وهما: المزاد العلني والتراضي.³ كما نص المشرع الجزائري في أحكام الفقرة 2 من المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09⁴ على أنه: "يكرس الامتياز الممنوح.... بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر شروط معد، طبقا للنماذج الملحقة بهذا المرسوم ويحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز". كما نص أيضا فيما يتعلق بتحديد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية،⁵ على أن إقامة هذه الهياكل يكون بموجب دفتر شروط معد من طرف صاحب الامتياز، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري أيضا فيما يتعلق منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوي الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية.⁶

المشرع الجزائري كانت له وجهة نظره فيما يتعلق بالمنافسة في منح امتيازات المرافق العامة، فعلى الرغم من أنه في الكثير من النصوص القانونية المتعلقة بمنح امتياز الخدمات العمومية،⁷ اشترط على المتعاملين مع الإدارة الأسلوب التنافسي وألزمهم باتباعه من خلال تقديم العروض في شكل طلبات تقدم للجهة مانحة الامتياز، وتقوم هذه الأخيرة باختيار المتعامل الأفضل، وهو ما أكدته التعليلة الوزارية 842/3.94 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها وقانون المنافسة.⁸

¹ - المادتان: 3، 4 من المرسوم التنفيذي، المتضمن كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، المشار إليه سابقا.
² - حيث نصت على أنه: "... يمنح الامتياز على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص، وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية مع مراعاة احترام قواعد التعمير المعمول بها".
³ - نصت المادة 3 من الأمر رقم 04/08 المشار إليه سابقا على أنه: "يمنح الامتياز على أساس دفتر أعباء، عن طريق المزاد العلني المفتوح أو المقيد، أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة المتوفرة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص وذلك لاحتياجات مشاريع استثمارية وبشرط احترام قواعد التعمير المعمول بها".
⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتعلق بشروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الوطنية الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.
⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 341/11، المشار إليه سابقا.
⁶ - المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المتضمن تحديد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوي الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، المشار إليه سابقا.
⁷ - على غرار المرسوم رقم 266/85، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، المشار إليه سابقا، والرسوم رقم 227/86 المؤرخ في 2 سبتمبر 1986، المتضمن منح امتياز تشغيل البحث عن المياه وجمعها، ج ر عدد 36.
⁸ - المرسوم التنفيذي رقم 323/95 المؤرخ في 21 أكتوبر 1995، المتضمن استغلال الموارد المرجانية، ج ر عدد 63.
⁹ - نصت المادة 2 من الأمر رقم 06/95، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد 9. (ملغى) على: "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون أو الجمعيات، ويطبق على كل العقود والاتفاقات والتسويات أو الاتفاقات التي يقصد بها إنجاز نشاطات إنتاج أو توزيع سلع وخدمات".

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لكن بصدور الأمر رقم 03/03¹، تراجع المشرع عن ذلك في نص المادة الثانية منه،² وهذا يطرح العديد من التساؤلات عن نية المشرع الجزائري من تعديل المادة الثانية فيما يتعلق بتطبيق قانون المنافسة على العقود التي تمنحها الإدارة لتسيير مرافقها العامة؟ لاسيما أنه في ظل انفتاح السوق وتحرير الاقتصاد أمام المتعاملين الخواص، فإنه أصبح يقع على عاتق الإدارات القيام في كل عمليات اختيار لها من بين المتعاملين المتقدمين اختيار أفضلهم بما يلبي احتياجات مواطنيها، ويضمن مواكبتها للتطورات الحاصلة، وهذا الأمر لن يتحقق عمليا إلا إذا طبق أسلوب المنافسة.

لكن موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بتفويض المرافق العامة المحلية نجد أن قانون البلدية رقم 10/11 نص صراحة على أن العقود المتعلقة بتسيير المرافق العامة المفوضة يكون في شكل صفقات طلبات أو عقد برنامج،³ وهنا يتعين علينا الرجوع لقانون الصفقات العمومية بالنسبة لعقد برنامج هو يأخذ شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات تكون مرجعا، ويمكن أن يتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، ويتم تنفيذها من خلال صفقات تطبيقية تبرم وفقا ما تم تحديده في قانون الصفقات العمومية، وفي كل الأحوال لا يمكن أن تتجاوز مدة عقد البرنامج هذا 5 سنوات، تحدد فيه طبيعة الخدمات الواجب تأديتها وأهميتها وموقعها ومبلغ عقد البرنامج ووزناته إنجازها، ويتم الالتزام بهذا العقد عن طريق تبليغ الصفقات العمومية التطبيقية للمتعاقد في حدود الالتزام المحاسبي بها، مع مراعاة سنوية الميزانية عند الاقتضاء، ويخضع العقد في إبرامه لنفس إجراءات إبرام الصفقات، غير أنه بغض النظر عن أحكام المادة 5/195 تتم مراقبة توفر الاعتمادات عند الالتزام المحاسبي للصفقة.⁴

بالنسبة لصفقات الطلبات فهي تشتمل على إنجاز أشغال أو اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات ذات النمط العادي والطابع المتكرر، ومدة هذه الصفقات سنة واحدة قابلة للتجديد، ويمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، وفي كل الأحوال لا يمكن أن تتجاوز الصفقة خمس سنوات، ويكون تجديدها بموجب مقرر من المصلحة المتعاقدة ويبلغ للمتعاقد ويخضع للالتزام القبلي للنفقات لأخذه في الحساب، ويتعين أن تبين الصفقة كمية و/أو قيمة الحدود الدنيا والقصى للأشغال، اللوازم و/أو اللوازم و/أو الخدمات و/أو الدراسات التي هوي موضوع الصفقة، وتحدد صفقة الطلبات إما السعر، وإما آلياته وإما كفاءات تحديده المطبق على عمليات التسليم المتعاقبة.⁵

1- الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد 43، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08، المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46.

2- والتي تنص على: "يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة أو أداء مهام المرفق العام".

3- المادة رقم 156 منه.

4- المادة 1/33، 2، 3، 4، 5 من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المشار إليه سابقا.

5- المادة 1/34، 2، 3، 4، 5 من نفس المرسوم الرئاسي.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

من خلال ما سبق يتضح أن شكل صفقات طلبات أو عقد برنامج كأحد الأساليب التي عول عليها المشرع في تفويض المرافق العمومية المحلية، لا يصلح لعقود البوت التي يمكن أن تكون وسيلة وفعالة في إنشاء المرافق العمومية المحلية وتجنيد موازنات الجماعات الإقليمية أعباء مالية هي في غنى عنها لاسيما مع ما تعانيه من عجز أصلا، فهي ليست كعقود إنجاز الأشغال، لأنها لا تنتهي بانتهاء عملية البناء، فهي سلسلة من المراحل بالانتهاء من الأولى يدخل مباشرة في التي بعدها، ويبقى التزام شركة المشروع قائما لغاية نقل الملكية للدولة، حتى أن المرحلة الأولى قد تتطلب فترة أطول من 5 سنوات، لذا فالاعتماد على دفتر شروط عن طريق التراضي أكثر ملاءمة من قانون الصفقات العمومية، ومن هنا من المستحسن أن يعيد المشرع النظر في صياغة المادة السابقة في قانون البلدية وينص فيها على اعتماد عقد البوت لبناء المرافق العمومية المحلية، ويصدر التنظيمات اللازمة لبيان كيفية تطبيق هذا الأمر.

ثانيا: مرحلة إعداد الملف وإبرام العقد

تتشابه غالبية التشريعات المقارنة في مكونات الملف الذي يتم إعداده لإنجاز المرافق العامة بعقود البوت، من توكونه من وثائق تقنية وأخرى مالية، فبالنسبة لمكونات الملف الذي يتم التقدم به للوصول في النهاية للحصول على الموافقة وإبرام عقد البوت لإنجاز المشروع يختلف من عقد لآخر في الجزائر، لذا لا بد من الرجوع للنصوص الخاصة، لأن الأمر رقم 04/08 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية والمرسوم التنفيذي رقم 152/09 الذي جاء تطبيقا لأحكام الأمر رقم 04/08 لم يحدد مكونات الملف¹ واكتفيا بالنص على قاعدة عامة هي أنه في حال منح الامتياز عن طريق المزاد العلني عن طريق المزادات الشفوية أو التعهدات المختومة يتم الإعلان قبل 30 يوما على الأقل عن طريق ملصقات، وإعلانات تنشر في يوميتين وطنيتين مرتين على الأقل، وعند الاقتضاء بأي وسيلة إخبارية أخرى تتضمن جملة من البيانات حددها المشرع على سبيل المثال².

¹ - على خلاف المادة 4 من المرسوم التنفيذي 121/07 المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 (ملغى) التي نصت على أن: " يجب على كل شخص طبيعي أو شخص معنوي خاضع للقانون العام أو الخاص مترشح لحق الامتياز أو للتنزاع في إطار المشاريع المندمجة عن طريق التراضي على قطعة أرضية تابعة لأملاك الدولة تكوين ملف وإرساله إلى أمانة اللجنة المذكورة في المادة 3 أعلاه ويحتوي على ما يلي:

- طلب يبين فيه طبيعة المشروع الاستثماري.
 - دراسة تقنية واقتصادية يدها مكتب دراسات معتمد تبين لاسيما:
 - تشكيلة البنائيات وعمليات التهيئة المزمع إنجازها وكذلك خصائصها.
 - مساحة القطعة الأرضية اللازمة وموقعها.
 - الاحتياجات التي يقتضيها المشروع (ماء وغاز وكهرباء ونقل... الخ) وكذا نوع الارتفاقات والأضرار المحتملة.
 - مخطط إجمالي للإنجاز المزمع يشمل خصوصا على كشف وصفي وتقديري للعملية وبرنامج للأشغال.
 - خطة تمويل تبين مبلغ التمويل الشخصي للمترشح لحق الامتياز أو التنازل ومبلغ القروض المالية التي يمكن أن تمنح له أو يمكن أن تتوفر لديه.
 - نسخة من القانون الأساسي بالنسبة للأشخاص المعنويين
- ² - وهي: التعيين الدقيق والمفصل للقطعة الأرضية ومساحتها ونظام التعمير المطبق والتمن الأدنى المعروض وكذا مدة الامتياز =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

في مجال إنشاء الهياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية يقوم طالب الامتياز بتقديم طلب للوزير المكلف بالموارد المائية، وحدد بيانات هذا الأخير¹، ثم يخضع إنشاء هياكل إنتاج الكهرباء لموافقة مجلس الوزراء في حالة ما إذا كانت إقامة الهياكل لا يثير تحفظات تقنية خاصة، وفي إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما في مجال إجراءات منح ترخيصات استغلال هياكل إنتاج الكهرباء، بعد موافقة مجلس الوزراء، يكمل الطلب بملف تقني²، يمنح الامتياز بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية.

فيما يتعلق بمنح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوي الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية يقوم طالب الامتياز بتوجيه طلبه للوزير المكلف بالموارد المائية، ويتضمن جملة من البيانات محددة³، ويخضع الطلب لدراسة تجريها اللجنة التقنية القطاعية المنشأة لدى الوزير المكلف بالموارد المائية، ويتم منح الامتياز على أساس رأي اللجنة التقنية بقرار من الوزير المكلف بالموارد المائية⁴.

بعد دراسة طلب منح الامتياز المقدم تقوم الجهة مانحة الامتياز بالتفاوض معه على العقد بناء على ما تم النص عليه في دفتر الشروط لأنه مصدر كل شروط امتياز المرافق العامة⁵، بحيث يفصل هذا الأخير

-
- = مكان إجراء المزايا.
- تحديد تاريخ المزايدات الشفوية أو تاريخ آخر أجل لإيداع التعهدات المختومة وكذلك تاريخ فرز هذه التعهدات.
- المادة 3 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزايا العلني للقطع الأرضية التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.
- ¹ - بالنسبة للأشخاص الطبيعيين: الاسم واللقب والعنوان، وبالنسبة للأشخاص المعنويين - اسم الشركة وعنوان مقرها الاجتماعي، تعيين السد ونقاط المياه أو منشأة التحويل المعنية بالهياكل المراد إعدادها،
- مذكرة تقنية تتضمن: * التصميم وخصائص الهياكل المزمع إنجازها، * حجم المياه الواجب استعمالها سنويا وتوزيع المنسوب الواجب استخراجها في الوقت المحدد، * مستخرج من الخريطة يبين موقع الهياكل المزمع إنجازها والمصنع الهيدروكهربائي، * المخطط الإجمالي للهياكل المزمع إنجازها وملحقاتها، * مذكرة توضح القدرات التقنية والمالية لصاحب الطلب.
- المادة 4، 5 من نفس المرسوم.
- ² - يشمل الوثائق الآتية: رخصة استغلال هياكل إنتاج الكهرباء الممنوحة من طرف لجنة ضبط الكهرباء والغاز طبقا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 428/06 المؤرخ في 26 نوفمبر 2006.
- دراسة التأثير المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما. - مشروع تنفيذ المنشآت المزمع إنجازها. - مخطط إنجاز الهياكل وتشغيلها.
- المرسوم التنفيذي رقم 428/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن إجراء منح رخص استغلال المنشآت لإنتاج الكهرباء، ج ر عدد 76. المواد: 7، 8 من المرسوم التنفيذي رقم 341/11، المشار إليه سابقا.
- ³ - وهي: - بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، الاسم واللقب والعنوان، أما بالنسبة للأشخاص المعنويين اسم الشركة ومقرها الاجتماعي.
- تعيين الحاجز المائي السطحي أو البحيرة وكذا النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية المنصوص عليها.
- يجب أن يرفق الطلب بالوثائق الآتية:
- رخصة إنشاء المنشأة الرياضية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 416/91 المؤرخ في 2 نوفمبر سنة 1991.
 - المخطط الإجمالي للهياكل المبرمجة.
 - مشروع تنفيذ الهياكل المبرمجة المتضمن الخصائص التقنية للتجهيزات.
 - مخطط إنجاز الهياكل وتشغيلها.
- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المتضمن كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوي الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، المشار إليه سابقا.
- ⁴ - المادتين: 6، 11 من نفس المرسوم التنفيذي.
- ⁵ - Kheffache Sofiane, « La délégation de service public locale et ses implication socio-économique (cas de délégation des marchés hebdomadaires des communes d'Azazga et de Tizi-Rached », Mémoire en vue de =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

كل شروط تسيير المرفق العام،¹ لأن ملف الطلب الذي قام بتقديمه عبارة عن ملف تقني فقط، وتشكل مرحلة التفاوض الأساس لالتقاء إرادتي طرفي العقد، وبلوغهم ثلاثة أهداف هامة وهي: وضع العقد في صياغة قانونية خاصة، وتحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة، وأخيرا البت في طرق تسوية المنازعات،² لأن عقود البوت وإن تجسدت في رابطة قانونية تجمع الإدارة والمتعاقد معها، إلا أن هذا العقد يبنى أساسا على دفتر الشروط المتعلق بالامتياز الممنوح.³

يبدأ التفاوض بالجانب الفني وبخطة التشغيل، ثم ينتقل لمفاوضات شروط التعاقد وإعداد الصياغة القانونية للجوانب الفنية لإدراجها في بنود العقد، أو في الملاحق حسب ما يتم الاتفاق عليه، وليس هناك مدة معينة للمفاوضات فقد تطول كما قد تقصر حسب كل عقد، وغالبا ما تحتاج هذه الأخيرة لفريق يتمتع بقدرة تفاوضية عالية وله دراية كاملة بكل ما يتعلق بعقود البوت، والأنظمة القانونية المختلفة التي يتعين الاهتمام بها، ولهذا أثر كبير على الصياغة السليمة للعقد في: مواعيد التنفيذ، مدة العقد، أسلوب التشغيل، الصيانة، الضمانات البنكية، مصادر التمويل، الغرامات المالية، الضمانات القانونية، القضاء المختص بالفصل في المنازعات، القانون الواجب التطبيق... الخ، بعد اتفاق الطرفين يتم إبرام العقد النهائي بينهما.⁴

الفرع الثاني:

المراحل اللاحقة على توقيع اتفاقية المشروع

بعد توقيع العقد بين الأطراف الأصلية يتم الانتقال لسلسلة من المراحل المرتبطة ببعضها انطلاقا من مرحلة تشييد المرفق العام التي تتولاها شركة المشروع من خلال العقود التي تبرمها مع الأطراف التابعة، إلى مرحلة ثانية لا تقل أهمية عن الأولى والتي تسترجع فيها شركة المشروع النفقات التي تكبدتها، وتحقق هامشا من الأرباح متفق عليه مسبقا مع الدولة المضيفة، ويستمر ذلك لمدة محددة في العقد مسبقا، وبانتهاء هذه المدة يتم الانتقال لمرحلة أخيرة وهي نقل ملكية المرفق العام المنجز للدولة المضيفة دون مقابل، ننتاول هذه المراحل بالدراسة والتحليل على النحو التالي:

أولا: مرحلة تشييد المرفق العام

بعد توقيع العقد يتم البدء في التنفيذ الفعلي للمرفق والتي تعرف بالبناء، والتي قد تستغرق فترة طويلة لاسيما بالنسبة للمشاريع الكبيرة، ولن يتسنى لشركة المشروع النجاح في بناء المرفق العام ما لم تحصل

= l'obtention du diplôme de Magistere en science Economique, Option :économique publique locale et gestion des collectivités locales, UMMTO, 2009, p85 .

¹- Vedel George, Op Cit, , p 836.

²- محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 17.

³- عمار بوضياف، " دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد الخامس والعشرون، أبريل 2010، ص 178.

⁴- نفس المرجع، ص ص 91، 93.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

على الدعم من قبل الدولة المضيفة خلال هذه المرحلة، من خلال تسهيل كل الإجراءات وتذليل الصعوبات التي قد تعترضهم أثناء البدء بالتنفيذ، وفي كل الحالات عدم قيام الدولة بذلك سينعكس عليها سلباً، لأن هذا سيؤدي للتأخر في الجداول الزمنية التي كانت مبرمجة في الأول.

نشير هنا أنه ربما قد لا تبدأ مرحلة تشييد المرفق العام مباشرة بعد اختيار شركة المشروع، ففي بعض العقود لا بد من إتمام إجراءات قبلية تمهيدا للتنفيذ، متعلقة باستيراد المعدات من الخارج أو المواد الخام والتي تكون بكميات كبيرة، والقيام بالتهيئة الخاصة التي يتطلبها البدء في التنفيذ الفعلي للمشروع،¹ كما تقوم شركة المشروع بالتوجه للمقرضين للحصول على الأموال اللازمة للتنفيذ، وبعد الانتهاء من كل هذا تنتقل شركة المشروع لمرحلة الإقفال المالي، وهو التاريخ الذي يبدأ فيه المقرضون وأصحاب رأس المال المشاركون في المشروع في تقديم مساهماتهم المالية للمشروع لمساعدتها في عملية البناء وشراء المعدات والمواد الخام وكل ما يلزم للبدء بتنفيذ المشروع في الواقع،² وعلى إثر الإقفال المالي يتم توقيع عدة عقود منها: عقود المقاولات، عقود التوريدات من معدات أو مواد خام.. الخ، وكذلك توقيع عقد التأمين على المشروع، وعقد التشغيل والصيانة الدورية.³

في تشييد المرفق العام يتعين أن تلتزم شركة المشروع القيام به بنفسها، وهو ما أكدته كل القوانين والمراسيم التنظيمية المتعلقة بمنح الامتياز،⁴ ولن تتمكن هذه الأخيرة من الانطلاق في عمليات البناء دون حصولها على العقار، والذي تتنازل لها عليه الدولة،⁵ وبالنسبة لعمليات إنجاز المنشآت الأساسية ذات المنفعة العامة والبعد الوطني والاستراتيجي والتي يتم إقرار منفعتها العمومية بموجب مرسوم تنفيذي، يصدر الوالي المؤهل إقليمياً قرار نزع ملكية الأملاك والحقوق العينية العقارية المنزوعة، يتضمن نقل الملكية لفائدة الدولة مباشرة بعد الدخول في الحيازة المنصوص عليها، مع مراعاة إيداع مبلغ التعويضات

¹ - سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشمري، المرجع السابق، ص 30.

² - نفس المرجع، ص 29.

³ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 188.

⁴ - مثال ذلك ما تضمنته أحكام المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 341/11 المتعلق ب: "كيفية منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية" إن امتياز إقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية اسمي، غير قابل للتنازل ولا يمكن أن يكون محل تأجير للغير من الباطن تحت طائلة سقوط الحق".

- وهو ما نصت عليه أحكام المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المتضمن كيفية منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، المشار إليه سابقاً بنصها: "إن منح الامتياز مؤقت وقابل للفسخ وشخصي ولا يمكن التنازل عنه أو كراؤه من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

⁵ - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المشار إليه سابقاً على أنه: "يتم التنازل عن أراضي الوعاء الضرورية لإعداد هياكل في أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية لصاحب الامتياز من طرف إدارة الأملاك أو المصلحة المسيرة حسب الحالة".

إذا كانت أراضي الوعاء تابعة للملك الخاص تكتسب من طرف الدولة ثم تمنح لصاحب الامتياز من طرف إدارة أملاك الدولة" - تنصت المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 220/11، المتضمن كيفية منح 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، المشار إليه سابقاً، على أن المصلحة المسيرة تقوم بالتنازل عن أراضي الوعاء الضرورية لإقامة الهياكل لصاحب الامتياز، وإذا كانت الأراضي تابعة للملكية الخاصة تقوم الدولة باقتنائها ثم تتنازل عنها إدارة الأملاك العمومية لصاحب الامتياز.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الممنوحة لفائدة الأشخاص الطبيعيين و /أو المعنويين منزوعي الملكية لدى الخزينة العمومية،¹ وفي حالة تقديم طعون أمام العدالة من طرف المنزوع ملكيتهم في مجال التعويض، لا يمكن أن يكون عائقا لنقل الملكية لفائدة الدولة طبقا لما هو وارد في أحكام المادة 29 مكرر من القانون رقم 11/91.²

ثانيا: مرحلة تشغيل المرفق العام

يقع على عاتق شركة المشروع في المرحلة الثانية مهمة تسيير المرفق العام، وصيانتها وتحصيل إيراداته وتحمل كل النفقات التي يتطلبها ذلك، ويكون التشغيل وفقا للقوانين السائدة لاسيما ما تعلق منها بالسلامة والأمن والبيئة، للتأكد من قيام شركة المشروع بالوفاء بجميع التزاماتها المتعلقة بالتشغيل والصيانة حسب ما تم الاتفاق عليه عند إبرام عقد البوت، يحق للدولة المضيفة وكذا لجماعة الدائنين سواء كانوا مقرضين أو أصحاب رؤوس الأموال الأصليين أن يحصلوا على تقارير دورية عن سير الأداء في المشروع، للحكم على كفاءته لان للأمر علاقة مباشرة بتحصيل هؤلاء لحقوقهم.³

في الغالب ما يتم وضع إيصالات المشروع في حساب أمانة بناء على طلب المقرضين، ويتم الإنفاق منه فقط وفقا للشروط المحددة في الاتفاقيات، وهذا سيمنع الشركاء في الأسهم لشركة المشروع من الدفع لهم قبل الاستحقاق، وبذلك يضمن أن الأموال متوافرة لتغطية جميع نفقات المشروع.⁴

خلال مرحلة تشغيل المرفق العام تقوم شركة المشروع أولا بنقل التقنية الحديثة اللازمة لاستغلاله، والعمل على توفير الصيانة اللازمة له طوال مدة العقد، فالتكنولوجيا⁵ هي أهم مقومات التنافسية، وعقود نقل التكنولوجيا التي تهمنا في دراستنا ليست العقود البسيطة⁶ وإنما العقود المركبة التي تشمل كل مراحل إنجاز مشروع المرفق العام، انطلاقا من القيام بتنفيذ العمليات الإنشائية التي تبتدئ بتمهيد

¹ - المادة 10 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 248/05، المؤرخ في 10 يوليو 2005، ج ر عدد 48، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 186/93، المؤرخ في 27 يوليو 1993، المتضمن كليات تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 51.

² - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 202/08، المؤرخ في 7 يوليو 2008، ج ر عدد 39، المتممة للمادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93، المؤرخ في 27 يوليو 1993، المتضمن كليات تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 51.

³ - سمير عبد العزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشمري، المرجع السابق، ص 31.

⁴ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 60.

⁵ - تعد التكنولوجيا من المصطلحات التي لم يتم تحديدها بشكل دقيق من الناحية القانونية، ويلاحظ بعض الفقهاء أن المحاولات التي وجدت لتعريف التكنولوجيا جاءت متأثرة بالاتجاهات الاقتصادية، والتعريف الذي تبناه مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة (الاونكتاد) للتكنولوجيا هو: "كل ما يمكن أن يكون محلا لبيع أو شراء أو تبادل، وعلى وجه الخصوص براءات الاختراع والعلامات التجارية والمعرفة الفنية غير الممنوح عنها براءات أو علامات، أو القابلة لهذا المنح وفقا للقوانين التي تنظم براءات الاختراع أو العلامات التجارية، وكذلك المهارات والخبرات التي لا تنفصل عن أشخاص العاملين، والمعرفة التكنولوجية المتجسدة في أشياء مادية وبصفة خاصة المعدات والآلات".

- نبيل إسماعيل الشبلاق، " الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد التاسع والعشرون، العدد الثاني، 2013، ص ص 302، 303.

⁶ - والتي يعد أبرزها عقد الهندسة وعقد المساعدة الفنية، ففي الأولى يتم الالتزام بتصميم منشأة ضمن مواصفات متفق عليها مقابل أداء مالية، وبذلك يكون التزام المتعاقد أو المستثمر الأجنبي هنا متعلقا بتزويد الدولة المضيفة بالمستندات والمخططات والخراط ونوعية الآلات، أما بالنسبة للثانية فمحل العقد هو تدريب مستخدم التكنولوجيا وتعليمهم على كيفية استغلال المعرفة الفنية المنقولة.

- نفس المرجع، ص 306.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الأرض لبناء المرفق فتوريد الآلات والأجهزة اللازمة للتشغيل وتدريب عماله على كيفية استخدامه وكيفية صيانتها، وطوال المدة المحددة في العقد تظل شركة المشروع المسؤولة عن عملية التشغيل والإدارة والصيانة وتحصيل الإيرادات وكذا النفقات، وحتى تضمن الدولة المضيفة أن يتم نقل ملكية المرفق العام بأحسن حالة وبأقصى طاقته الإنتاجية يمكنها القيام بعمليات مراقبة دورية لتشغيله.¹ يتعين على شركة المشروع عند تشغيلها للمرفق العام ضمان استمرارها في تقديم الخدمات، وتحقيق الغايات التي من أجلها قامت الدولة بالتخطيط لإنشائه، ومن ثم يتعين عليها أن تجسد المبادئ التي أوجدها القضاء الإداري، وفرضها في التطبيق العملي لضمان تلبية حاجات جمهور المرتفقين وهي: مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، مبدأ المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق العامة.²

ثالثاً: مرحلة انتهاء الترخيص ونقل الملكية للدولة

في المرحلة الأخير من عقود البوت تنقل ملكية المرفق للدولة بانتهاء مدة العقد، والتي تكون كافية لشركة المشروع لاستعادة ما أنفقته خلال مرحلتي البناء والتشغيل وتحقيقه هامشاً من الأرباح، ويكون النقل هنا دون أي مقابل أو تعويض وينص صراحة على ذلك في العقد المبرم، لأنه من المفروض حسب دراسة الجدوى الاقتصادية التي إجراؤها خلال مدة الامتياز يسترجعون ما أنفقوه ويحققون أرباحاً،³ في فرنسا نص قانون Sapin على أن عقود التفويض يتعين أن تكون محددة المدة وهذا في نص المادة 40 منه،⁴ والذي كمل سنتين فيما بعد بالمادة 75 من القانون رقم 101/95 المؤرخ في 2 فيفري 1995.⁵ يتعين أن يكون المرفق العام الذي تنقل ملكيته للدولة بحالة جيدة، كما يشمل هذا النقل نقلاً للتقنيات التشغيلية اللازمة فيه، ويكون دون التزامات مالية مترتبة على الدولة، ونرى أنه من الضروري تنظيم كل هذه الأمور في العقد بشكل دقيق، حتى تتفادى الدولة المضيفة الوقوع في إشكالات بانتهاء فترة التشغيل لذا يجب عليها:

¹ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص ص 189، 190.

² - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ص 318، 342.

³ - جيهان حسن سيد {أحمد، المرجع السابق، ص 61.

⁴ - L'article 40 de cette loi dans sa rédaction originelle: « Les convention de délégation de service public doivent être limitée dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre ».

- SCANVIC Frédéric, JOLIVEL Cyrille, « Durée des Délégation de Service Public en Matière d'eau et de déchets », RBDEL, Wolters Kluwer, France, N° 21, Juin 2009, p 15.

⁵ - L'article 75 de la loi N° 95-101: « Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par le trésorier-payeur général, à l'initiative de l'autorité délégante, des justificatifs de de dépassement de cette durée. Les conclusions de cet examen sont communiquées aux membres de l'assemblée délibérante compétente avant toute délibération relative à la délégation ». - Ibid, p 15.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- تحديد الآليات والإجراءات الخاصة التي بموجبها يتم نقل ملكية المرفق وموجوداته للدولة المضيفة.
- كيفية نقل التكنولوجيا اللازمة لتشغيل المرفق.
- كيفية تدريب موظفي الدولة المضيفة على كيفية تشغيل المرفق العام وكذا صيانتها.
- كيفية توفير شركة المشروع بشكل متواصل خدمات الدعم والموارد، بما في ذلك قطع الغيار متى كان ذلك لازماً لفترة زمنية معقولة بعد نقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة.
- نرى أنه من الضروري لضمان أن تتم عملية نقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة أن ينص العقد بشكل صريح ودقيق على الموجودات التي تلزم شركة المشروع بنقل ملكيتها.

المطلب الثالث:

تمويل مشروع إنجاز المرفق العام بعقد البوت

تستلزم عملية تنفيذ عقود البوت توافر رؤوس أموال سواء كان مصدرها من داخل الدولة في حد ذاتها (محليا) أو دوليا، وقد تأخذ شكل عقارات أو منقولات... الخ، وبالنظر لأهمية هذه الأخيرة فإنه لا بد من وجود إجراءات قانونية من شأنها أن تسهل دخول هذه الأموال واستثمارها، لكن هذا لا يعني أن هذا التمويل لن يخضع للإشراف والرقابة من قبل المختصة¹، وعادة ما يتم التمويل وفق آلية التمويل مع حق الرجوع المحدود على المساهمين أو دون هذا الحق، وفي حالة أخرى يتم التمويل والضمان هو أصول المشروع وعائده فقط، وسنقوم بإبراز مفهوم هذا التمويل في الفرع الأول من دراستنا، على أن نبرز في الفرع الثاني المخاطر التي يتعرض لها إنجاز المرفق العام في هذا العقد وذلك على النحو التالي:

¹ - يتولى الرقابة على حركة رؤوس الأموال مع الخارج كل من: - مجلس النقد والقرض: وهذا باعتباره هيئة الضبط في المجال المصرفي وهو يمارس في ذلك دور السلطة التنفيذية ويمارس سلطتين تنظيمية (المادة 62 من قانون النقد والقرض)، على غرار: تنظيم حركة رؤوس الأموال مع الخارج بما في ذلك عملية التحويل الأولية لإنجاز الاستثمار سواء في الجزائر أو في الخارج، وكذا عمليات إعادة التحويل للأموال التي يتم استثمارها في الجزائر، كما يقوم بإصدار القرارات الفردية.

- ZOUAIMIA Rachid, Les Autorités de Régulation Indépendantes dans le Secteur Financier en Algérie, Edition Houma, Alger, 2005, p 12.

- البنوك والمؤسسات المالية: تحديد أي منها المؤهلة للتي تراقب حركة رؤوس الأموال مع الخارج لا بد من الرجوع إلى الاعتماد الذي منحه بنك الجزائر لهذه المؤسسات لأن هذا الأخير يحدد نوع و/أو أنواع العمليات التي يمكنها القيام بها، وكل بنك أو مؤسسة مالية يصرح لها بنك الجزائر بممارسة هذه العمليات تكتسب صفة الوسيط المعتمد، وهي تقوم بها كمنشآت تابعة ومكملة لنشاطاتها الرئيسية.

لقد نص المشرع الجزائري على أن الاعتماد الذي يخول صفة الوسيط المعتمد موضوعا للتبليغ الصريح تبين فيه بدقة صنف/أصناف العمليات المرخص بها، ويتعين أن يعامل الوسطاء المعتمدون جميع زبائنهم معاملة متساوية في كل العمليات التي اعتمدوا من أجلها...، -المادتين: 13، 14/1 من النظام رقم 07/95، المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، المعدل والعضو للنظام رقم 04/92، المؤرخ في 22 مارس 1992، المتعلقة بمراقبة الصرف، ج ر عدد 11.

-تنص المادة 4/2 من النظام رقم 08/95، المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، المتضمن سوق الصرف، ج ر عدد 05، على أنه: "يمكن بنك الجزائر أن يعتمد كل هيئة أو عون للصرف للتعامل في عمليات الصرف بين العملة الوطنية والعملات الأجنبية القابلة للتحويل بحرية".

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الفرع الأول:

مفهوم تمويل مشاريع البوت لإنجاز المرافق العامة

هناك تناسب طردي بين قابلية المشاريع التي يتم إنجازها لإنشاء المرافق العامة وبين دراسة الجدوى التي يتم إعدادها، وبالنسبة لهذا النوع من العقود التمويل هو القاعدة الأساسية لوجود هذه العقود بالنظر لضخامة حجم المشروع الذي سيتم إنجازه من جهة، وتعلقها بالمرافق العامة للدولة التي تتطلب توافر اعتمادات مالية كبيرة لإتمامها، لذا تقوم شركة المشروع بالسعي للحصول على التمويل اللازم لإنجازها من جهات دولية وحتى محلية وهو ما يعني تعددا في جهات التمويل، وسنقوم بإبراز تعريف تمويل مشاريع البوت ومصادر تمويلها على النحو التالي:

أولاً: تعريف تمويل مشاريع البوت

كانت هناك العديد من المحاولات لوضع تعريف لتمويل المشاريع، لكن لم يكن هناك إجماع على صياغة نهائية لهذا الأخير، لكن كان هناك إجماع على استبعاد بعض المفاهيم الخاطئة عن تمويل المشاريع،¹ وعلى الرغم من عدم وجود تعريف موحد متفق عليه للمقصود بتمويل المشاريع إلا أن هذا الأخير يشمل عناصر محددة يمكننا إيجازها فيما يلي:

- أنه قرض يجب الوفاء به من حيث المبدأ من عائدات المشروع، وهو كذلك مرتبط بنجاح المشروع.
- دراسات مالية واقتصادية مختلفة تتعلق بالزبائن وإدارة المشروع وعائداته وغيرها من العوامل الأخرى على غرار: الاحتياطي المتوافر (هذا متعلق بالمشاريع هي استثمارات لثروات باطنية)... الخ.
- عقود طويلة الأجل، ومن حيث هيكلتها فهي تتسم بالتعقيد وتحتاج لضمانات مختلفة تتوافر بوثائق متعددة، وهذه الهيكلة يمكن أن تأخذ شكلا جديدا يتوافق مع حاجات المشروع وميزاته.

- نسبة هامش مرتفعة من العائدات مقارنة مع ما تحققه القروض التقليدية، ومرجع ذلك أنها كتعويض عن المخاطر المختلفة التي يمكن أن يتعرض لها مانحو القروض لهذه المشروعات.²

في عقود تمويل المشاريع يتم تسديد قيمة القروض المقدمة بالإضافة للفوائد من العائدات التي يحققها المشروع، وكذا من بعض الأملاك العائدة للمشروع، وهذا قد يحدث خطأ بين مفهوم تمويل المشاريع الذي نتحدث عنه، وعن القروض التي قد تعتمد في وفائها أيضا على عائدات الشيء الممول أيضا، إلا أن هناك اختلافا بين المفهومين حيث أن وثائق هذه العقود ومفهومها مختلفان لاسيما وأن التمويل يختلف

¹ - تمويل المشاريع طريقة ابتكرتها المصارف إلى جانب الاقتراض البنكي لتسهيل أعمالها المصرفية، وهو ما يعني أنها تدخل في دراسة العمليات المصرفية والتمويل الدولي.

² - موسى خليل ميري، المرجع السابق، ص 116.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عن القروض من حيث كون مانح القرض يعتمد بشكل رئيسي على الدراسة الاقتصادية للمشروع وعلى استلامه تقنيا وعمليا، بالنسبة للاستلام التقني فإن المصارف الممولة تقوم باللجوء لخبراء¹ قد يكونون عاملين لديها، كما يمكنهم الاستعانة بمكاتب خبرات عالمية، حتى يقوموا بتقدير مدى توافر الإمكانيات التقنية لنجاح المشروع، تجرى كذلك دراسة اقتصادية للمشروع الذي طلب تمويله وهي متعلقة بالعائدات التي من المفروض أن يحققها هذا الأخير من حيث مقدارها ومدة استمراريتها ومدى كفايتها حتى يسترجع المصرف القروض التي منها والفوائد التي يستحقها، إمكانية التضخم، الضرائب... الخ.²

من خلال ما سبق يتضح لنا أنه في عملية تمويل المشاريع يسترجع الممول أمواله التي قدمها من العائدات التي يحققها المشروع الممول، دون العودة لراعي المشروع أو المقترض أو مع عودة محدودة، وتسديد قيمة المشروع وتحقيقه للربح مرتبطان بالجانب التقني والدراسات الاقتصادية التي أجريت.

ثانيا: مصادر تمويل مشاريع البوت لإنجاز المرافق العامة

توفر عقود البوت العديد من المزايا للدول وللقطاع الخاص، فالدولة لا تمول المشروع من ميزانيتها العامة، كما أن تأثير عقود البوت على الدين العام سيكون ضئيلا، كما أن المخاطر المالية والصناعية تنتقل للقطاع الخاص، ولما كانت الإدارة للمرفق العام المنشئ تتم من قبل شركة المشروع فإن الدولة المضيفة تستفيد من الدراية الفنية للقطاع الخاص في الإدارة،³ والأساس المعول عليه في التمويل هو ضمان السداد من عائدات المشروع المنجز، وقد قدم المصرف الأوروبي للإنشاء والتعمير الدعم المالي لمشاريع البوت في العديد من القطاعات على غرار: الاتصالات السلكية واللاسلكية وفي مجال توليد الطاقة الكهربائية ومد خطوط أنابيب النفط وشق الطرق وبناء المطارات وإقامة شبكات الملاحة الجوية والموانئ والمحطات الصناعية ومعالجة المياه... الخ.⁴

المصادر التي يتم الاعتماد عليها في تمويل مشاريع إنجاز المرافق العامة بعقود البوت متنوعة، فقد تكون عبارة عن أموال شركة المشروع بحد ذاتها، كما قد يتم الاعتماد على القروض والاكتتاب الأسهم وغيرهما، فالطرق المتبعة في التمويل تطورت منذ اتفاقية بريتون وودز لسنة 1994، حيث كان الاقتراض محدود للحكومات ومعقد جدا بالنسبة للقطاع الخاص وقد كان عبارة عن قروض وهبات ثنائية، لكن الوضع تغير بعد أن ظهرت شركات التمويل الخاصة القوية من حيث رأس المال وهنا بدأ

¹ - خبراء في الهندسة المدنية والهندسة الجيولوجية لدراسة مثلا إمكانية إنشاء قطار أنفاق، أو خبراء بترول لدراسة كمية البترول المتوقعة في المنطقة المزمع أن يجرى الاستخراج منها.

² - موسى خليل متري، المرجع السابق، ص 117.

³ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك 28 مايو - 14 يونيو 1996، ص 4.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الدائنون التجاريون يفكرون في إقراض تلك الشركات دون حق الرجوع،¹ لكن هذا الأمر خطير لأنه يعرض موجودات الشركة للضياع في حالة عدم استكمال أو فشل المشروع أو عدم السداد، نتيجة لذلك ظهر ما يسمى بالإقراض مع حق الرجوع المحدود،² وبمقتضاه الدائنون بتوفير التمويل اللازم لمشروع اعتمادا على مزاياه ويكون لفترة محدودة،³ ويصبح لتمويل مرة أخرى تمويلا دون حق الرجوع ويعتبر التمويل مع حق الرجوع المحدود هو الأكثر شيوعا في العمل،⁴ وسنقوم ببيان هذه الطرق كالتالي:

1. رأس المال بنظام الملكية

مصادر التمويل التي يعتمد عليها في التمويل في عقود البوت متنوعة، فقد تكون عبارة عن استثمارات أولية يتم تقديمها من شركة المشروع ذاتها، وهو عبارة عن نوع من رأس المال يقدمه مباشرة المستثمرون، بناء عليه هناك تناسب طردي بين الأرباح المحققة من المشروع وكذا الخسائر التي يمكن أن تتحقق أثناء تنفيذ المشروع، وهي طريقة محبذة لدى الدول المضيفة لأن في هذه الطريقة المعروفة باسم رأس المال بنظام الملكية⁵ تخفيف لعبء خدمة الدين من على عاتق شركة المشروع وزيادة ضمان نجاح المشروع بسبب التزامهم المالي الكبير فيه.⁶

من أهم مصادر الحصول على رأس المال بنظام الملكية ما يلي:

- شركة المشروع نفسها هي من تقوم بالتمويل باعتبارها الراعي الأساسي لمشروع المرفق العام.
- مستثمرون آخرون يكون لديهم اهتمام بالمشروع، فقد تكون الدولة المضيفة، أو أطراف أخرى على غرار: المقاولين، موردي المواد والمعدات للمشروع، شركات التشغيل والصيانة للمشروع... الخ.
- المستثمرون السلبيون وهم ليسوا بالمساهمين في إدارة المشروع وتنفيذه، لكنهم فقط ممن يرغبون في الحصول على الأرباح.

- صغار المستثمرين، وهي فئة تتواجد في بورصة الأوراق المالية من خلال طرحهم لأسهم شركات البناء لمشروعات البوت.

- مؤسسات الاستثمار على غرار: المصارف، شركات التأمين، صناديق الاستثمار، صناديق المعاشات.
- نشير هنا إلى أنه لا يتم اللجوء على صغار المستثمرين ومؤسسات الاستثمار إلا في حالة واحدة وهي عدم قدرة شركة المشروع على توفير رأس المال الملكية الابتدائي وفقا لما هو محدد في قوانين الدولة، لأن

¹ - أي لا يضمن المساهمون في ذلك النظام بأموالهم الخاصة مديونيات شركة المشروع ففطاق مسؤوليتهم محدد فقط في حدود نسبتهم في رأس المال وأصل المشروع.

² - هنا يطلب من المساهمين تقديم ضمانات محدودة لضمان سداد مديونيات الشركة، ويتحمل الدائنون جزء من مخاطر المشروع.

³ - تمتد هذه الفترة من تاريخ إنشاء المشروع لغاية البدء في تشغيله.

⁴ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 122.

⁵ - وقد تم لاعتماد في المخطط الأمريكي لتمويل مشاريع البوت على طريقتين: طريقة الديون و/أو حقوق الملكية.

-APELBAUM Raphaël, Op. cit, p 1761.

⁶ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 257.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

اللجوء إليهم سيجعلهم يحصلون على مكاسب رأسمالية طوال مدة التعاقد التشغيلية، وهو ما سيؤثر على نسبة أرباح شركة المشروع مع أنها تخفض في مخاطر التمويل على شركة المشروع.¹

2. القروض

القروض بصورتها التقليدية هي أول مصادر التمويل ولها أولوية على طرق التمويل التي سنستعرضها،² وتعرف أيضا باسم رأس المال بنظام المديونية،³ وعلى الرغم من أهميتها كمصدر تمويلي في عقود البوت إلا أن شركة المشروع غالبا ما تواجه مشاكل في الحصول عليها من أجل إنجاز المرفق العام وتشغيله، لأنها ليست بالمالكة للأصول التأمينية الكافية لتغطية هذه المبالغ التمويلية في حالة وجود إخلال من قبل شركة المشروع في تنفيذها لالتزاماتها، لاسيما وإن علمنا أن الدولة المضيفة لا تقدم غالبا ضمانات مباشرة للممولين في حالة فشل شركة المشروع لأن المبالغ ضخمة ويتم الحصول عليها من قروض محلية ودولية.

يقوم الممولون بتقديم القروض لشركة المشروع بضمان اتفاقية المشروع والآلات والمعدات والعائدات، وتتميز القروض الممنوحة في عقود البوت عن غيرها من القروض التقليدية في أن البنوك لا تنظر لقدرة وملاءة المقترض المالية، وإنما يأخذ بالحسبان حجم التدفقات والعائدات المالية للمرفق والتي تشكل المصدر الأساسي لسدادها،⁴ وبالنظر لضخامة حجم الاستثمار اللازم للمرفق الممول غالبا ما يتم تحويل القروض وتنظيمها في شكل قروض ائتمانية مجمعة، يتولى مصرف أو أكثر التفاوض على مستندات التحويل نيابة عن المؤسسات المالية الأخرى المشاركة، ويتم تقديم القروض لشركة المشروع مع شرط الأسبقية في سدادها، وكذا على أن تكون لها حق في الرقابة الدقيقة على الاستثمارات.⁵

تتعدد مصادر الحصول على القروض من قبل شركات المشروع: فقد تكون مؤسسات التمويل محلية، كما قد تكون من مستثمرين أو الوكالات المصدرة للائتمان وقروض البنوك المشترك⁶ والقرض

¹ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 360، 361.

² - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 129.

³ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 358.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 127.

⁵ - فيصل عليان إلياس الشديفات، " تمويل مشروعات البوت"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد السادس والعشرون، العدد الأول، 2010، ص 506، 507.

⁶ - قرض البنوك المشترك عبارة عن قرض يتم منحه من قبل مجموعة من البنوك والسبب في ذلك عدم قدرة بنك واحد على تمويل المشروع بشكل كامل على غرار عقود البوت، وهنا تقوم هذه البنوك باختيار واحد منها حتى يقوم بتمثيلها أمام شركة المشروع، يتولى عملية التفاوض على بنود اتفاقية القرض المشترك ودراسة مدى كفاية ما تم تقديمه من ضمانات، إلا أن هذا لا يمنع أن تشترك عدة بنوك في عملية المراقبة وهكذا عملية، ويتدخل في هذا النوع من القروض نوعان من البنوك، الأولى تلتزم بمنح جزء من القرض الإجمالي، أما الثانية فلها الخيار في تحديد المبلغ الممنوح وعلى هذا الأساس تحدد عمولة كل مجموعة، وفي حالة ما إذا تعرض المشروع للمول للفشل يقوم كل بنك بالبحث عن تعامل موحد من ناحية تحصيل الضمانات تماشيا مع نسبة المساهمة في القرض الممنوح، ولتفادي مشكل التعارض في المصالح بين هذه البنوك يمكن أن تقوم هذه الأخيرة بإبرام اتفاقية داخلية بموجبها يمنع أي بنك من القيام بإجراءات المتابعة القضائية لشركة المشروع بشكل منفرد، كما يمكنها في نفس الصدد إدراج بنود أخرى متعلقة بتوزيع قيمة الضمانات على البنوك تناسبا مع مبلغ القرض الممنوح.

- سهيل قماز، المرجع السابق، ص 30.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

السندي¹... الخ، وعادة ما تستخدم في هذا الغرض أموال مستمدة من ودائع قصيرة أو متوسطة الأجل، وغالبا ما تفضل المصارف جمع الأموال وإقراضها لأجل يتراوح بين المتوسط والطويل وبسعر فائدة ثابت في حالة ما إذا كانت ظروف السوق المالية ممكنة من الناحية العملية والاقتصادية، وفي ذلك تجنيب لتعريض المصارف وصاحب الامتياز على المدى الطويل لعملية تقلب أسعار الفائدة،² فمعظم المصارف تسعى لتحقيق معدلات ربحية تتراوح بين ما بين تدفعه للمودعين فيها، وبين ما تدفعه للجهات المقرضة بما فيها شركة المشروع، أي أن المصارف ستمدهم بمصادر تمويلية في الأجلين القصير والمتوسط، أما في التمويل الطويل الأجل فستعتمد على الأسهم والسندات من سوق الأوراق المالية.³

من الصعب وضع قاعدة عامة لنسبة التمويل من خلال القروض إلى التمويل الذي يكون من قبل الملاك لأن الأمر متعلق بظروف مختلفة: وضع الدولة، القطاع الذي تم الاستثمار فيه، ففي الواقع العملي ثبت أن مجال الطاقة يحتاج لمديونية أكبر من قطاع الطرق والمواصلات لارتفاع درجة المخاطرة فيه.⁴

بالنسبة للقروض كوسيلة لتمويل المشاريع الكبرى على غرار عقود البوت نجد أن المشرع الجزائري تكلم عنهما في موضعين أساسيين:

- في ظل أمر بنك الجزائر رقم 07/09:⁵ المتعلق بالقروض الممنوحة لعملية تمويل المشروعات الكبرى لا تضاف لمخاطر المساهمين في الهيئات المؤسسة لغاية إنجاز المشروعات، شريطة أن لا تكون هناك ضمانات متقاطعة بين المساهمين، ففي الحالات العادية يمنع على البنوك أن تمنح قروض تفوق نسبة 25% من أموالها الخاصة لشركة واحدة، مع ذلك تغاضى بنك الجزائر عن تطبيق الأمر السابق لتشجيع استخدام هذه الصيغة التمويلية من جهة، ومن جهة أخرى فبنك الجزائر يعلم أن البنوك غير قادرة على منح قروض كبيرة قد تتجاوز رأس مال البنك وليس 25% منه فحسب.

- في المرسوم التنفيذي رقم 411/09:⁶ نص المشرع الجزائري صراحة على أن يتم تخفيض معدلات الفائدة من قبل مؤسسات القروض بالنسبة للقروض المتعلقة بتمويل محطات تحلية المياه بنسبة 3,75 %، ويكون الفرق بين سعر القرض ومعدل 3,75 % يمثل معدل التخفيض.

¹ - عرف القرض السندي على أنه عملية تطلقها الشركة بالاعتماد على الدولة أو البنك أو منظمة حكومية عن طريق إصدار سندات تباع للمستثمرين عادة ما تكون قابلة للتفاوض، ويتشابه القرض السندي مع القرض المصرفي من حيث فترة الاستحقاق ودفع الفوائد التي تكون ثابتة، لكن تطبيقها غير ممكن في جميع الدول، ففي الجزائر لا يمكن أن تستفيد الشركة من هذه الصيغة إلا بعد أن يكون قد مضى على تأسيسها سنتين على الأقل، - سهيل قماز، المرجع السابق، ص 30.

² - فيصل عليان إلياس الشديفات، المرجع السابق، ص 515، 516.

³ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 361.

⁴ - نفس المرجع، ص 358.

⁵ - L'instruction Banque d'Algérie N° 09/07 , Du 27 Octobre 2007, Modifiant et complétant l'instruction N° 74/94, Du 29 Novembre 1994, relative à la fixation des règles prudentielles de gestion des banques et des établissements financiers . Voir: www.bank-of-Algeria.dz./

⁶ - المرسوم التنفيذي رقم 411/09، المؤرخ في 15 ديسمبر 2009، المتضمن مستوى تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها مؤسسات القروض لإنجاز محطات تحلية مياه البحر وكيفيات منحه، ج ر عدد 74.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

من خلال ما سبق يتضح لنا أن المشرع الجزائري هدف من خلال الإجراء السابق تحفيز القطاع الخاص للتوجه للاستثمارات الكبرى في مشاريع تحلية مياه البحر، وفي الواقع العملي ثبت أن اللجوء للقروض في عقود البوت ترتبت عليه العديد من المشاكل، بسبب الاقتراض بالعملة الأجنبية من بنوك الدولة المضيفة لاستيراد المتطلبات اللازمة للبناء وهو ما أثر على رصيدها من العملات الأجنبية، وهو ما أدى لارتفاع أسعار العملات الأجنبية في أسواقها المحلية، وما زاد من التأثيرات السلبية هو قيام المستثمرين الأجانب بتحويل أرباحهم خارج الدولة دون قيد كما حدث في مصر.¹

3. الدفع من الإنتاج

هذه الطريقة ابتكرت في الولايات المتحدة لاسيما في قطاع البترول والغاز والمناجم، واعتبرت أفضل من القرض التقليدي لجهة الضرائب المترتبة عليه، في وقتنا الحاضر لم تعد هذه الطريقة مجدية من الناحية الضريبية، إلا أنها مازالت معروفة ومستعملة لإنجاز القروض التي لا يعود فيها مانح القروض على المقترض، وفي هذا الأسلوب يتم إنشاء شركة خاصة لشراء إنتاج المشروع من البترول أو الغاز مثلا من الشركة صاحبة المشروع ما يجنب الشركة المالكة للمشروع تقديم أي حجوزات أو ضمانات، وتكون الشركة الخاصة ملتزمة بشراء جميع إنتاج الشركة صاحبة المشروع أو نسبة معينة منه وذلك حتى يتم تسديد قيمة القروض وفوائدها ويتم الدفع بشكل دوري.²

4. الاكتتاب بالأسهم

يعتبر الاكتتاب بالأسهم³ أحد مصادر تمويل المشاريع، ومن أهم المشاريع التي تمت بهذا الأسلوب نفق خليج سيدني ومعبّر جسر دارت فورد، وفي هذا الأسلوب يتم الحصول على الأموال عن طريق مؤسسي المشروع أو غيرهم ممن يدخلون مساهمين بحصة في شركة المشروع، ورأس المال هذا لا يمثل إلا جزء من إجمالي تكلفة المشروع، وعادة يتم الاستثمار بالأسهم بالحد الأدنى الذي يتم استثماره في المشروعات في عقود البوت.⁴

يعد عائد السهم جزء من الأرباح الصافية القابلة للتوزيع والتي تحققها الشركة المصدرة له، ويأخذ السهم صورتان: سهم عادي وسهم ممتاز، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الشكل المألوف للأسهم في عقود البوت هي الأسهم العادية،⁵ والتي تمثل: مستند ملكية لحامله لذا تسمى بحقوق الملكية، وهذه

¹- هاشم عوض عبد المجيد، "الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق إتفاقيات البوت BOT كآلية للخصخصة في الدول العربية"، ص 17، يوم: 2016/9/6، الساعة 16:46

http://medo0.wapka.mobi/forum2_theme_171045.xhtml?tema=223

²- موسى خليل ميري، المرجع السابق، ص 125، 126.

³- السهم هو "أداة دين طويلة الأجل، وهو يمثل حقا لحائزه على أرباح وأصول الشركة المصدرة له"

- محمود بونس عبد النعيم مبارك، النقود وأعمال البنوك والأسواق المالية"، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 16، 17.

⁴- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 127.

⁵- نفس المرجع، ص 128.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الأسهم يتم طرحها من قبل الشركة للحصول على الأموال الضرورية لتمويل نفقاتها لذا تعتبر استثمار مباشر، ولحاميل السهم الحق في أرباح وخسائر الشركة ويأخذ أربعة قيم،¹ أما بالنسبة للسهم الممتاز فهو مزيج بين السهم العادي والسند، ويوجد اختلاف بين هذا الأخير وبين السهم العادي، حيث أن تكلفة الأموال بالأسهم الممتازة أقل من تكلفة التمويل بالأسهم العادية لأنها لا تحتوي على معدل نمو الأرباح المتوقعة.

5. آليات تمويل مختلطة

التمويل عن طريق الدين التابع له شخصية تجمع بين التمويل بالأسهم والتمويل بالقرض، ولهذا النوع أهمية أقل مقارنة بالقرض التجاري لكنه يعلو من حيث الأهمية من التمويل بالأسهم، ومن أمثلة الدين المنتصفي القروض التابعة والأسهم المميزة، ولجذب هذا النوع من رأس المال قد يمنح مقدمو القروض التابعة إمكانية المشاركة المباشرة في المكاسب الرأسمالية وذلك بإصدار أسهم أو سندات مفضلة أو قابلة للتحويل وأحيانا بإتاحة الخيار في اكتتاب أسهم مع صاحب الامتياز بأسعار تفضيلية.²

6. نسبة الديون إلى أسهم رأس المال

يفضل المقرضون أقل نسبة من القروض والأسهم لتحقيق أكبر استفادة من استثمار المشاركين، وهنا يقع يجب على المشاركين بالمشروع حماية أصحاب القروض حماية إضافية عن طريق زيادة رأس مال هذا الأخير وحماية قيمة أصوله، كما أن المشاركين يرغبون في زيادة نسبة أصحاب الأسهم إلى القروض من خلال إقلال استثمارات القروض، وبذلك فهم بحاجة في حالة العودة للاكتتاب عن طريق الدين لأن يكون في أقل مستوى مقارنة بتعظيم وتفعيل دور الاكتتاب والمشاركة بالأسهم، وتتحقق الموازنة الفعلية لنسبة رأس المال المدين مقارنة بالأسهم نتيجة لتسوية بين شركة المشروع والمقرضين مستندة لمخاطر المشروع وطبيعته وطبيعة السوق ومدى تضامن الرعاة والتكنولوجيا المستخدمة.³

¹ - القيمة الاسمية وتكون مدونة لا في صك السهم، لأن السهم يصدر بالقيمة التي دفعت لامتلاكه.
- القيمة السوقية وتكون وفق العرض والطلب، وهذه القيمة تختلف بزيادة ونقصانا بحسب نجاح الشركة في أعمالها وضخامة موجوداتها، وبحسب رأسمالها الاحتياطي وتختلف كذلك بحسب الظروف والأزمات المالية والسياسية.
- القيمة الدفترية وهي ناتج قسمة حقوق الملكية على عدد الأسهم، وتكون القيمة الدفترية أكبر من القيمة الاسمية للسهم في حالة تكوين احتياطات، وتكون أقل في حالة تحقيقها لخسائر.
- القيمة المصدرية وهي القيمة التي على أساسها يتم إصدار السهم، ويتم إصدار السهم بقيمة أقل من قيمته الاسمية أو الحقيقية بقصد زيادة رأس مال الشركة، فإذا كانت القيمة الاسمية للسهم أربعة تصدر الشركة السهم بثلاثة بقصد زيادة رأس المال، ويكون ذلك حافزا للمساهمين بان يقوموا بإعطاء الشركة الأسهم بالقيمة الاسمية والتي هي أربعة، ولكن يدفع المساهم أقل من قيمتها الاسمية (أي يدفع القيمة الإصدارية).
- غالب عوض الرفاعي، عبد الحفيظ بلعربي، اقتصاديات النقود والبنوك أساسيات، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، د ط، 2002، ص 38.
- علاء عزيز حميد الجبوري، " الالتزام بالمشاركة في عقود الاستثمار الصناعي"، مجلة جامعة كربلاء العلمية، رئاسة جامعة كربلاء، جامعة كربلاء، المجلد الخامس، العدد الرابع، كانون الأول 2007، ص 71.
- حريزي رابع، "سوق الأوراق المالية (البورصة) والأدوات المالية محل التداول فيها"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2009، ص ص 82، 84.
² - فيصل عليان إلياس الشديفات، المرجع السابق، ص 516.
³ - نفس المرجع، ص 517.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

7. المستثمرون المؤسسون

في هذه الطريقة يمكن الحصول على ديون تابعة عن طريق صناديق الاستثمار وكذا شركات التأمين والصناديق المشتركة... الخ، وتقوم هذه المؤسسات بالتمويل مع كل المخاطر المرتبطة بهذا الاستثمار، لأنها تهدف لتحقيق أرباح كبيرة إلى جانب بحثها المستمر عن مجالات جديدة للاستثمار، وما يساعدها على ذلك هو توافرها على مبالغ كبيرة يمكن أن توجه للاستثمارات طويلة الأجل.

8. التمويل عن طريق أسواق رؤوس الأموال

يرجع ظهور هذه الطريقة وتطورها لشركات النفط والتعدين، وتتميز بقيامها على تدفقات المشروع النقدية دون أن يكون هناك حق بالرجوع للمساهمين، ويتم تجميع الأموال في سوق رأس المال من خلال توظيف الأسهم المفضلة وغيرها من صكوك قابلة للتداول في سوق الأوراق المالية، على أن تكون هذه الأخيرة معترف بها، وحتى تعرض هذه الأخيرة للتداول يتعين الحصول أولاً على موافقة هيئات الرقابة المختصة، وفي الغالب ما تكون إمكانية الوصول لأسواق رؤوس الأموال متاحة للمرافق العمومية الموجودة بالفعل والتي لها سجل تجاري، هذا في مقابل الشركات التي يتم إنشاؤها خصيصاً لبناء وتشغيل مرفق عام أو بنية أساسية جديدة تفتقر لدرجة الائتمان المطلوبة، وهو ما تشترطه بعض أسواق الأموال بأن يكون للشركة سجل تجاري ولفترة محددة حتى تسمح لها بإصدار صكوك قابلة للتداول.¹

9. الإعتد الإيجاري

نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري استخدم اصطلاح الإعتد الإيجاري على خلاف المشرعين المصري والأردني وغيرهما الذين استخدموا اصطلاحاً التآجير التمويلي، وهو أحد أهم العقود المعول عليها في مجال تمويل المشاريع لأنه أسلوب تمويلي مستحدث، نشير إلى أن ما يهمننا في دراستنا الإعتد الإيجاري كأسلوب تمويلي في عقود البوت هو صورة واحدة وهي المتعلقة بالأصول المنقولة فقط، والذي عرفه المشرع الجزائري بأنه: "عقد تمنح من خلاله شركة التآجير، البنك أو المؤسسة المالية المسماة بالمؤجر، على شكل تآجير مقابل الحصول على إيجارات ولمدة ثابتة أصولاً متشكلة من تجهيزات أو عتاد أو أدوات ذات الاستعمال المهني لمتعامل اقتصادي شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً يدعى المستأجر، كما يترك لهذا الشخص إمكانية اكتساب كلياً أو جزئياً الأصول المؤجرة عن طريق دفع سعر متفق عليه والذي يأخذ بعين الاعتبار، على الأقل جزئياً، الأقساط التي تم دفعها بموجب الإيجار".² نقوم بإبراز تعريفه وطريقته في تمويل المشاريع التي تنجز بعقود البوت على النحو التالي:

¹ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص ص 133، 134،

- فيصل عليان إلياس الشديفات، المرجع السابق، ص ص 518، 519.

² - المادة 7 من الأمر رقم 09/96، المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن الإعتد الإيجاري، ج ر عدد 3.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أ. تعريف الاعتماد الإيجاري

عرف الاعتماد الإيجاري بأنه: "عقد يتم بين شركة المشروع وأحد المؤسسات المالية التي تتكفل بشراء ما تحتاجه شركة المشروع من معدات والآلات وفقاً للمواصفات التي تحددها الشركة على أن تقوم المؤسسة المالية بتأجير هذه المعدات أو الآلات إلى شركة المشروع مقابل إيجار رمزي يضمن للمؤسسات المالية تغطية تكلفة الأصل وتحقيق عائد لها"، وعرف أيضاً بأنه: "عملية مالية وتجارية تتم بين الجهة الممولة والتي تسمى (المؤجر) والذي يضع تحت تصرف المشروع المستفيد الذي يسمى (المستأجر)، مالا منقولاً أو عقاراً لمدة معينة مقابل دفع هذا الأخير للأجرة المتفق عليها، ويخبر المستأجر في نهاية المدة بين رد المال المؤجر أو شرائه أو تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى".¹

عرف المشرع الجزائري عمليات الاعتماد الإيجاري بأنه: "يعتبر الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر، عملية تجارية ومالية:

- يتم تحقيقها من قبل البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانوناً ومعتمدة صراحة بهذه الصفة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب أشخاصاً طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص.

- تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر.
- تتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية".²

ب. خصائص الاعتماد الإيجاري

- **عقد ملزم للجانبين:** لأنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من المؤجر والمستأجر، فيلتزم المؤجر بموجبه أن يمكن المستأجر (شركة المشروع) من الانتفاع بالأصل المؤجر وحسب الغرض الذي أعد له، ويضمن للمستأجر جميع العيوب التي تحول دون الانتفاع بها أو تؤثر على عملية الانتفاع،³ في حين أن المستأجر ملزم بدفع مقابل لحق الانتفاع بالأصل المؤجر في المواعيد المتفق عليها.⁴

- **عقد شكلي:** لا يوجد نص صريح يوجب إفراغ العقد في شكل معين، إلا أن المشرع أوجب شهر عمليات الاعتماد الإيجاري.⁵

- **عقد معاوضة:** فالمؤجر يقوم بتمويل المعدات أو الأجهزة... الخ مقابل الحصول على بدل الإيجار، في

¹ - دانا حمه باقي عبد القادر، " عقد التأجير التمويلي مفهومه وطبيعته القانونية (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد الرابع عشر، السنة السادسة عشر، العدد الواحد والخمسون، ص 59.

² - المادة 1 من الأمر رقم 09/96، المشار إليه سابقاً.

³ - فصلت المادة 38 من نفس الأمر، التزامات المؤجر بصفته مالك الأصل المؤجر.

⁴ - المادة 32 من نفس الأمر.

⁵ - المادة 6 من نفس الأمر.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

حين أن المستأجر يقوم باستخدام ما قام بتأجيره لتحقيق الأغراض التي يريدتها مقابل دفع بدلات الإيجار وفي النهاية يمكن أن يقوم بممارسة خيار التملك في نهاية المدة.

- **عقد زمني:** فالزمن أساس التزامات المتعاقدين، ويتحدد في الغالب على أساس العمر الاقتصادي المفترض للأموال المؤجرة وهي المدة التي يستغرقها اندثارها من الناحية المالية، والتي على أساسها أيضا تجري الجهة الممولة (المؤجر) حساباتها الاقتصادية حول جدوى الاعتماد الإيجاري وحصيلته.¹

- **عملية ثلاثية الأطراف:** يوجد المستفيد (المستأجر) الذي هو بحاجة للانتفاع بالمنقولات موضوع العقد، وقد يكون المستأجر شخصا طبيعيا أو معنويا تابعا للقانون العام أو الخاص والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب، لكن لم يقم المشرع بتعريف المتعاملين الاقتصاديين هل هم المحددون في نص المادة 9 من الأمر رقم 03/03 المتعلق بالمنافسة؟، والمورد الذي يوفر الأموال موضوع عملية الاعتماد الإيجاري، والمؤجر وهم البنوك² والمؤسسات المالية وشركات التأجير المعتمدة قانونا.³

- **قائم على الاعتبار الشخصي:** على غرار العقود الائتمانية الأخرى، فالثقة بين طرفي العقد وسمعة وكفاءة الطرفين تؤخذ بعين الاعتبار عند إبرام العقد للاطمئنان على الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه.⁴

ج. الطبيعة القانونية لعقد الاعتماد الإيجاري

اعتبر المشرع الجزائري عمليات الاعتماد الإيجاري قرضا لكونها تشكل طريقة لتمويل اقتناء الأصول التي سبق الإشارة إليها،⁵ ونشير في هذا الصدد إلى أن العلاقة بين المؤجر والمورد تسري عليها أحكام عقد البيع،⁶ وتسري على العلاقة بين المؤجر والمستأجر أحكام الاعتماد الإيجاري، و خلال مدة الإيجار تظل المعدات والآلات ملكا للمؤسسات المالية وهذا يحقق لها ضمانا إضافية، وغالبا ما يتم الاتفاق على نقل تبعة الهلاك لشركة المشروع على أساس أنها الحائزة لها، ويمكن الاعتماد الإيجاري شركة المشروع في عقود البوت من الحصول على الأصول الإنتاجية اللازمة لإدارة المرفق العام دون أن تكون مضطرة لدفع قيمتها دفعة واحدة.

¹ - دانا حمه باقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 71.
² - عرفها المشرع في الأمر رقم 11/03، المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن النقد والقرض، ج ر عدد 52، المعدل والمتمم بالأمر رقم 04/10، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50، بحسب موضوعها بأنها المخولة دون سواها بالقيام بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68 بصفة مهنتها العادية.
³ - المادة 7 من الأمر رقم 09/96، المشار إليه سابقا.
⁴ - دانا حمه باقي عبد القادر، المرجع السابق، ص 73.
⁵ - فنص على أنه: "...يعتبر بمثابة قرض عمليات الإيجار المقرونة بحق خيار الشراء لاسيما عمليات القرض الإيجاري، وتمارس صلاحيات المجلس إزاء العمليات المنصوص عليها في هذه المادة". المادة 2/68 من الأمر رقم 11/03، المعدل والمتمم، المتضمن النقد والقرض، المشار إليه سابقا، المادة 2 من الأمر رقم 09/96، المشار إليه سابقا.
⁶ - حيث يلزم المؤجر اتجاه المورد أو البائع بدفع الثمن، ويلزم المورد بنقل ملكية المال للمؤجر وتسليمه له وضمن الاستحقاق والتعرض وضمن العيوب الخفية. راجع في هذا الصدد: علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002، ص 27.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

من خلال ما سبق نرى أن الاعتماد الإيجاري يحقق مزايا عديدة لشركة المشروع حيث تحتفظ بحرية كبيرة في التحكم بالمرفق العام خلال مرحلتي الإنشاء والتشغيل، عكس لو كان التمويل عن طريق القروض، وعلى الرغم من ذلك فشركة المشروع لا يمكنها الاعتماد عليه كمصدر وحيد للتمويل، وإنما يمكنها اللجوء إليه لتمويل ما يتعلق بالآلات والمعدات اللازمة لإنجاز وتشغيل المرفق العام، أما باقي التمويل فتحصله من المصادر الأخرى التي سبق ذكرها، ونرى أن الإشكال الوحيد الذي يمكن أن ينجر عن الاعتماد الإيجاري للقيم المنقولة كأسلوب تمويلي في عقود البوت هو عدم أعمال شركة المشروع لخيار الشراء في نهاية العقد، الأمر الذي قد يؤثر سلبا على الدولة المضيفة لأن عمالها قد خضعوا للتدريب على استخدام هذه الآلات التي تشغل المرفق العام، ومن ثم تغييرها أو عدم خيار الشراء قد يؤثر على الدولة المضيفة، لذا نرى أنه على الدولة المضيفة ضبط هذه المسألة مع شركة المشروع لتوجيه عقد الاعتماد الإيجاري والاستفادة من مزاياه.

10. الصيغ الإسلامية في تمويل المشاريع

تأخذ الصيغ الإسلامية في تمويل المشاريع صورتين نوضحهما على النحو التالي:

أ. التمويل من المصارف الإسلامية بطريق المشاركة

في هذه الطريقة يمكن لشركة المشروع أن تحصل على المتبقي من تمويلها للمشروع من المصارف الإسلامية، وتكون هذه الأخيرة مساهمة في رأس مال شركة المشروع بقدر نسبة مساهمتها في التمويل، ويكون هناك اتفاق سابق بين شركة المشروع والمصرف الإسلامي على نسبة الربح التي ستحصل عليها، أما الخسائر فستوزع حسب نسبة رأس المال وما يدفع المصارف الإسلامية لتمويل هذه المشاريع هو أن هذه الأخيرة تقوم على دراسات جدوى دقيقة، وهو ما يساعدها على تحصيل ما أنفقته مع تحقيقها لنسبة من الأرباح.

كيف العقد المبرم بين المصرف الإسلامي وشركة المشروع بأنه يشمل شركة ومضاربة، وهو من العقود الجائزة¹ على أساس أن شركة المشروع تحصل على التمويل اللازم لها، والمصرف الإسلامي يصبح مساهما بجزء من رأس المال، والذي يتراوح عادة ما بين 15% و 30% وقيامه بأعمال الإدارة، وقد تم إجازة هذا النوع من العقود.²

¹ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 371.

² - جاء في المعنى: " أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا بجمع شركة ومضاربة وهو صحيح، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح...".
- أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، " دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم إعادة BOT"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، العدد الأول، 2001، ص ص 70، 71.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ب. تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام

يمكن لشركة المشروع الحصول على ترخيص من الدولة المضيفة لتأسيس شركة مساهمة، يكون الغرض من إنشائها تنفيذ العقد، وتكون مدة الشركة هي نفسها مدة الامتياز الممنوح، بعدها يمكن للمؤسسين طرح أسهم الشركة للاكتتاب العام للجمهور، ويتعين في هذه الحالة أن يكون بالقيمة الاسمية للأسهم حتى تضمن الشركة الحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع.

يتعين أن يتم النص في عقد الشركة صراحة على أن المساهمين والمؤسسين يقبلون التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء فترة الامتياز الممنوحة لشركة المشروع، وهذا أمر عادل لأن مدة الامتياز طويلة بما فيه كفاية لاسترجاعهم لما ساهموا به من رأسمال وتحقيقهم لأرباح كافية أيضا.

ج. التمويل عن طريق إصدار وبيع سندات الخدمات

قد تحصل شركة المشروع على الجزء المتبقي من التمويل اللازم للمرفق عن طريق إصدار وبيع سندات للجمهور، وكل سند عبارة عن قيمة كمية معروفة وموصوفة ومحددة تحديدا دقيقا من الخدمة التي ستنتجها، مثال ذلك الشركة ستقوم بإنتاج خدمات للهاتف الجوال في هذه الحالة تقوم بإصدار سندات تحوي كل منها 100 وحدة من خدماته، ويمكن أن تعرف وحدة خدمة الهاتف الجوال التي ستنتجها بأنها عبارة عن 10 مكالمات محلية لمدة معينة أو ما يكافئها من مكالمات دولية، والسند قد يتم إصداره في سنة 2002 لكن بدأ استخدامه والانتفاع به يكون في سنة 2004، على أن يكون ثمن الخدمة التي يحتويها السند أقل من ثمنها الذي تباع به في الوقت الحاضر بمقدار يشجع الجمهور على شرائه، وهو ما يساعد شركة المشروع على الحصول على التمويل اللازم من خلال تسويق هذه السندات.¹

الفرع الثاني:

المخاطر التي يتعرض لها إنجاز المرفق العام في عقود البوت وتوزيعها

بالنظر لكبر المشروعات التي يتم تنفيذها بعقود البوت من جهة، وتطلب تنفيذها إبرام العديد من العقود المترابطة والضرورية لإنجاز المرفق العام والذي يحتاج لفترة طويلة لإنشائه ثم تشغيله قد تصل لثلاثين سنة فأكثر، وهي فترة طويلة ومن ثم من الممكن أن يتعرض إنشاء المرفق العام خلالها لمخاطر كثيرة تثير تساؤلات متعلقة بمن يتحمل مسؤوليتها، وكيف يمكن مواجهتها حتى يتمكن في النهاية إنجاز المرفق العام وتشغيله ورده في النهاية للدولة بحالة جيدة، وسنقوم في دراستنا للمخاطر التي يمكن أن يتعرض لها إنجاز المرفق العام في عقود البوت وكيف توزيعها، لمفهوم هذه المخاطر ثم كيفية توزيعها بين الأطراف وذلك على النحو التالي:

¹ - أحمد بن حسن بن أحمد الحسني، المرجع السابق، ص 71، 72.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أولاً: مفهوم المخاطر التي يتعرض لها المشروع في عقود البوت

بالنظر لطول مدة هذه العقود حتى تسترجع شركة المشروع ما أنفقه وتحقق هامش ربحها، هناك مخاطر يمكن أن يتعرض لها المرفق، لذا تقتضي منا دراستنا معرفة سبل مواجهتها حتى تتمكن الدولة من الاستفادة من عقود البوت وتوجيهها بما يحقق مصالحها، وتتسم هذه المخاطر بالتنوع منها ما هو متعلق بعدم كفاية التمويل، التأمين، حدوث أخطاء في مرحلة تصميم مشروع إنجاز المرفق العام أو عند البدء في تشغيله... الخ، وهو ما سنقوم ببيانه على النحو التالي:

1. تعريف المخاطر التي تعترض إنجاز المرافق العامة في عقود البوت

أوردت العديد من التعاريف للمخاطرة فعرفت بأنها: "الحالة التي تتضمن احتمال الانحراف عن الطريق الذي يوصل إلى نتيجة متوقعة أو مأمولة"، وعرفت أيضاً على أنها: "توقع اختلافات في العائد بين المخطط والمطلوب والمتوقع حدوثه"، وعرفت أيضاً بأنها: "حالة عدم التأكد من حتمية الحصول على العائد أو من حجمه أو من زمنه أو من انتظامه أو من جميع هذه الأمور مجتمعة"¹.
عرفت المخاطر المرتبطة بالمشروع أيضاً بأنها: "الوقائع المادية أو القانونية أو الفنية أو السياسية أو البيئية أو التجارية التي تطرأ عقب البدء في تنفيذ المشروع، ومن شأن وجودها إحداث خسارة وترتيب ضرر للمشاركين في المشروع"².

2. صور المخاطر التي تعترض إنجاز المرفق العام في عقود البوت

لم يعد في وقتنا الحاضر هناك مجال للحديث عن خطر التأمين والمصادرة،³ إلا أن هناك أنواعاً أخرى من المخاطر التي يمكننا الحديث عنها في هذا الصدد يمكننا إيجازها في النقاط التالية:

أ. مخاطر مرحلة البناء

تمتد هذه المرحلة من تاريخ اختيار شركة المشروع التي ستقوم ببناء المرفق العام لغاية الانتهاء من عملية البناء، ويمكننا تلخيص المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها إنجاز المرفق العام في النقاط التالية:

- مخاطر متعلقة بعدم تنفيذ المرفق العام طبقاً للمواصفات المحددة في العقد المبرم بين الطرفين (شركة المشروع والمقاول).

- مخاطر متعلقة بعدم كفاية أو ملاءمة مواد البناء والعمالة اللازمة

- مخاطر متعلقة بعدم التسليم في الوقت المتفق عليه

- مخاطر متعلقة بزيادة التكلفة لإتمام إنجاز المشروع: وقد يكون ذلك راجعاً للتضخم أو القيام بتعديلات

¹- بلعزوز بن علي، " استراتيجيات إدارة المخاطر في المعاملات المالية"، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد السابع، 2010/2009، ص 331.

²- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 165.

³- محمد محمود عبد الله يوسف، المرجع السابق، ص 10.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

على التصميم والذي سينعكس على التمويل المرصود للتنفيذ، وهذا الأمر سيثير قلق الممولين.¹ كل المخاطر التي سبق الإشارة إليها يكون المتسبب فيها دائما شركة المشروع، وهي من تتحملها لأنها المسؤولة عن تصميم المشروع وبنائه، وهذا لا ينفي أن المسؤولية قد تقع على مقاول البناء لأنه قد يكون المسؤول المباشر عن عملية التأخر في تنفيذ الأعمال، لاسيما إذا لم يكن هناك خطأ من شركة المشروع، وهنا سيكون هذا الأخير ملزما بدفع تعويضات التأخر التي تسبب بها لشركة المشروع. قد تكون القوة القاهرة سببا في تأخر تنفيذ البناء الكامل أو البدء في ذلك، وهنا تتحمل شركة المشروع هذا الخطر، لأن عقد البوت ينقل عبأها لها، وهذا لا يمنع من أن تكون الدولة المضيفة هي من سيتحمل هذه المخاطر في حالة ما إذا كان تأخر البناء بسببها لعدم تسليم ما هو ضروري للبدء في الإنجاز.² فيما يتعلق بمخاطر زيادة التكلفة، عادة ما تحاول شركة المشروع تفاديها من خلال ما يسمى بالسعر الجزافي، ويثبت ذلك المبلغ ولا يتأثر بأي زيادات في الأسعار، وهذه المخاطر قد تظهر في مرحلة بناء أو تشغيل المرفق العام، ويقوم الأطراف المشاركون في العقد بمواجهتها بأسرع وقت ممكن بعيدا عن شركة المشروع، وهنا تتحمل شركة المشروع هذه الزيادة إلا إذا كانت نتيجة لحادث طارئ أو تغير في قوانين الدولة المضيفة فتتحملها هذه الأخيرة.

تتضمن مخاطر زيادة التكلفة العديد من المخاطر: مخاطر متعلقة بتغير سعر العملة نشرحه في مخاطر مرحلة التشغيل، ومخاطر متعلقة بمعدلات التضخم في الدولة المضيفة: والتي تتحملها شركة المشروع ويمكن التحكم فيها من خلال تحقيق توازن بين زيادة سعر الخدمة ومعدل التضخم، لكن يتعين أن يوضع حد أقصى لذلك، زيادة معدلات الضرائب: والتي تتحملها الدولة المضيفة لأنها تلتزم أمام شركة المشروع بعدم فرض ضرائب جديدة، وفي حالة عدم التزامها بذلك تتحمل هي تلك الزيادة لأنها ستؤثر على أرباح شركة المشروع، زيادة أسعار التوريد: والتي تتحملها شركة المشروع، البناء... الخ.

ب. مخاطر مرحلة التشغيل

- **مخاطر متعلقة بزيادة أسعار التشغيل:** تتحمل شركة المشروع كل الزيادات التي يمكن أن تحدث خلال مرحلة تشغيل المرفق العام، لأنها ستكون نتيجة لتقصيرها، ولا يجوز للدولة أن تقوم بإعفائها أو الحد من مسؤوليتها هذه، لأن الهدف من اللجوء لعقد البوت هو قيام شركة المشروع ببنائه وتشغيله وذلك بتمويلها الكامل على أن تنقله فيما بعد بأقصى طاقاته للدولة خاليا من أي التزامات.

- **مخاطر متعلقة بتشغيل المرفق وصيانته وكفاءته الفنية:** قد تتطلب صيانة المرفق تغيير قطع غيار وهذه الأخيرة متأثرة بأسعار العرض والطلب في السوق، وغالبا ما يتحمل مقاول المشروع هذه الزيادة.

¹ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 197.
² - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص ص 170، 171.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- مخاطر متعلقة بالبيئة في الدولة المضيفة: تشجع المعاهدات الدولية الدول النامية على إتباع التعليمات المتعلقة بالبيئة، وفي مشاريع البوت يتعين أن تكون عملية بناء المرفق العام وتشغيله وحتى الخدمات التي يقدمها متلائمة مع قوانين البيئة المطبقة في الدولة المضيفة، ويتم توزيع المخاطر البيئية بين شركة المشروع والدولة المضيفة، وتنتقل هذه المخاطر بواسطة شركة المشروع لمقاول المشروع ومورد الخدمة.. الخ، وتوزيع المخاطر بينهم ليس بشكل مباشر، ولتفادي الوقوع في المنازعات البيئية ولتجنب خسائرها التي ستكون غير متوقعة وربما لن تكون لديهم القدرة حتى على تحملها يتعين:
- الاستعانة بالشركاء المحليين لتنمية المرفق والاعتماد في تشغيله وحتى في بنائه على تكنولوجيا متوافقة مع الاعتبارات البيئية والقواعد البيئية في الدولة المضيفة.
- أن تسبق عملية البناء والتشغيل دراسات وندوات تحسيسية للأطراف المساهمة في تنفيذ عقد البوت لتنمية الوعي البيئي لديهم.
- التأكد من سلامة التدفقات النقدية للمشروع لمواجهة المخاطر البيئية .
- مخاطر سعر الخدمة: تتحمل شركة المشروع هذه المخاطر، لأن سوء تقديرها لسعر الخدمة هو جراء دراسة الجدوى الضعيفة التي قامت بإجرائها، ولو أدى ذلك لعدم تحقيقها للأرباح التي كانت تطمح لها.
- مخاطر سعر العملة: التغيرات التي تمس سعر العملة متعلقة بزيادة الطلب عليها أو نقصها في سوق الدولة المضيفة، أو لزيادة نسبة التضخم، وهذا يحدث غالباً في الدول التي تعتمد على الاستيراد في مختلف المجالات، كما أن شركة المشروع قد تكون سبباً في تغييرها عند قيامها بتحويل ما تحققه من أرباح للخارج، كما يمكن أن يكون تغير سعر العملة بسبب التزام الدولة أو من قام بإبرام العقد مع شركة المشروع بسداد مقابل الخدمة بالعملة الأجنبية وهو ما سيؤثر على احتياطي النقد الأجنبي لديها.
- تحمل شركة المشروع هذا النوع من المخاطر إذا اتفقت مع الدولة المضيفة على شراء الخدمة بالعملة الأجنبية، وعملياً لتجنب هذه المخاطر يتم توقيع عقد العملة المزدوجة المحلية والأجنبية، ومن الطرق المفضلة عملياً هي أن يكون التمويل بالعملة المحلية.¹
- مخاطر متعلقة بتغير القوانين واللوائح المتعلقة بالضرائب وتحويل العملات... الخ.²

¹ - SYED AHMAD BOKHAREY Syed Kamarul Bakri, VALLYUTHAM Kalaikumar, POTTY Narayanan Sambu, ABU BAKAR Nabilah, «Risks and Mitigation Measures in Build- Operate- Transfer Projects », *International Journal of Civil, Environmental, Structural, Construction and Architectural Engineering*, World Academy of Science, Engineering and Technology, Vol 04, N° 03, 2010, p 220.

² - WANG Shou Qing, TIONG Robert L. K, TING Seng Kiong, ASHLEY David, « Political Risks: Analysis of Key Contract Clauses in China's BOT Project », *Journal of construction engineering and management*, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis, May- June 1999, Vol 125, N° 3, p 191.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- مخاطر سياسية:¹ لقد تم تقسيم المخاطر السياسية التي يمكن أن تتعرض لها مشروعات إنجاز المرافق العامة بعقود البوت بسبب إجراءات الدولة المضيفة² لنوعين:
- مخاطر متعلقة بسيادة الدولة:³ وتكون في حالة تغير الحكومات في الدول المضيفة وتكون الحكومة الجديدة غير راغبة في هذا المشروع لذا تقوم بتأجيله، أو لا تقوم بتأجيله لكن يصبح تنفيذه عمليا صعبا، كما الحكومة الجديدة تقوم بتغيير القوانين لاسيما ما تعلق بمنح امتيازات للمستثمرين، وكل هذا سينعكس سلبا على الجدوى المالية.
- مخاطر متعلقة بعدم الاستقرار: بسبب اضطرابات عمالية أو اضطراب في أعمال المشروع، أو حتى مصادرتة، وقد تجبر شركات البناء على الإفلاس بواسطة قرار سياسي بإيقافها عن العمل.
- للتغلب على المخاطر السياسية في الواقع العملي تم اقتراح بعض الطرق نوجزها فيما يلي:
- أخذ موافقة من الحكومة على فترة العقد من قبل أي حكومة قادمة.
- تكوين اتحاد يضم المستثمرين والمقرضين الدوليين، وفي هذه الحالة قيام الدولة بتأمين أو مصادرة المرفق العام المنجز أو في طور الإنجاز سيؤثر على جدارتها الائتمانية وهو ما سيؤدي لعدم تمكنها من الحصول على أي تمويل أو تسهيلات ائتمانية.
- اللجوء للتأمين على مشروع إنجاز المرفق العام ضد المخاطر السياسية.
- أخذ التزام من الحكومات المضيفة بتقديم ضمانات بضمان مستحقات المقرضين والمستثمرين في حالة توقف المشروع لأسباب قاهرة لا يمكن التأمين ضد أخطارها.⁴

ثانيا: كيفية توزيع المخاطر على أطراف المشروع

- مهما حاولت شركة المشروع توزيع المخاطر التي يمكن أن تعترضها أثناء إنجاز المرفق العام وتشغيله قبل نقل ملكيته للدولة، إلا أنها لن تستطيع التخلص منها كلها، لذا عمليا الحل الوحيد أمامها هو نقل هذه المخاطر لجهات متخصصة وهي شركات التأمين وهي كثيرة:

1. التأمين البحري⁵

¹ - عرفت بأنها: " تلك الإجراءات التي تتخذها الحكومة أو السلطات العامة في الدولة المضيفة للاستثمار سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، ويكون من شأنها حرمان المستثمر الأجنبي من حقوقه وسلطاته الجوهرية على الاستثمار ومنافعه، ويرجع السبب الأساسي في هذه المخاطر السياسية إلى تعارض الأهداف بين الاستثمارات الأجنبية الخاصة وبين أهداف الإدارة العليا وتطلعات وسياسات الدول المضيفة"
- عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص 32.

² - WANG Shou Qing, Op. cit, p 191.

³ - SYED AHMAD BOKHAREY Syed Kamarul Bakri, VALLYUTHAM Kalaikumar, POTTY Narayanan Sambu, ABU BAKAR Nabilah, Op cit, p 219 and 221.

⁴ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص ص 198، 199.

⁵ - عرف التأمين البحري بأنه: " العقد الذي بمقتضاه يقبل شخص يدعى المؤمن تعويض شخص آخر يسمى المؤمن له عن الضرر الذي لحقه في رحلة بحرية بسبب تحقق بعض الأخطار، وهذا في حدود نسبة المبلغ المؤمن عليه مقابل دفع قسط"، وعرف بأنه: "العقد الذي يلتزم بموجبه أحد الطرفين ويسمى المؤمن بضمان المخاطر البحرية التي تلحق الطرف الآخر يدعى المؤمن له، مقابل مبلغ متفق عليه يسدده الطرف الأخير ويسمى قسط التأمين". =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لهذا النوع من التأمين¹ أهمية بالغة ضد المخاطر المتعلقة بشحن التجهيزات ومستلزمات تشغيل المرفق العام من الخارج للدولة المضيفة، والتأمين البحري هو تأمين على الأضرار وليس على الأشخاص،² وهنا يتعين أن يتأكد عند وصولها للدولة المضيفة من سلامتها وعدم تعرضها لضرر أثناء النقل، وهنا يتعين أن تترك هذه التجهيزات والمستلزمات التي تم شحنها في تغليفها كما جاءت، ويتم الكشف عليها هكذا وفي حال ما إذا تبين وجود آثار لضرر يتم نزع التغليف للفحص، وفي حالة ثبوت الضرر تتم مباشرة طلبات التعويض عن الأضرار التي تم اكتشافها بمقتضى عقد التأمين البحري.

لكن الإشكال يثار في حالة اكتشاف الضرر في وقت لاحق بعد نزع التغليف، ولم يكن من السهل معرفة وقت حدوث الضرر قبل أو بعد وصول ما تم شحنه للموقع، لحل هذا الإشكال يتم تسوية التعويض على أساس 50/50 بموجب عقد التأمين البحري، ووثيقة البناء أو تركيب الآلات.³

يتم التأمين بوثيقة خاصة ووثيقة عائمة، بالنسبة للصورة الأولى تسمى أيضا بوثيقة التأمين لرحلة واحدة أو شحنة معينة، ويبدأ سريان التأمين من تاريخ شحن البضاعة على السفينة، ويستمر خلال نقلها لغاية وصولها وتفريغها في الميناء، ولا يتحمل المؤمن المخاطر الناجمة عن عملية الشحن، أما في الصورة الثانية يقوم المؤمن بالتعهد للمؤمن له بضمان كل ما تم شحنه له أو جميع ما يصل إليه من بضائع أثناء فترة محددة غالباً سنة وذلك في حدود معينة، ويرجع سبب تسميته بالعائمة لأنها لا تشمل على تحديد للبضائع والأشياء المؤمن عليها، وهو ما يعني أن قسط التأمين لا يكون معيناً في وثيقة التأمين، بل يحدد لاحقاً بكمية هذه البضائع التي ستشحن من قبل المؤمن له أثناء فترة عقد التأمين، على أن يتعهد بتبليغ المؤمن في كل مرة يقوم بشحن بضاعة حتى يتمكن من تحديد الأقساط الواجبة.⁴

2. التأمين الهندسي

التأمين الهندسي هو أحد فروع التأمينات عن الأضرار يتم استخدامه في صناعة التأمين لوصف أنواع مختلفة من الوثائق قصد حماية أعمال البناء وكذلك تركيب الآلات، فعادة ما يحتاج اكتتاب وثائق التأمين الهندسي للمؤمن ومهندس نظراً لتعدد الأخطار المراد تغطيتها، ولا يقل دور المهندس فيه أهمية عن المؤمن، فالإ جانب اشتراكه في اكتتاب وثائق التأمين فهو المسير الأول لملفات الكوارث بطبيعة

= - تكارى هيفاء رشيدة، " النظام القانوني لعقد التأمين دراسة في التشريع الجزائري"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 344.

¹ عرف التأمين بأنه: " أداة لتقليل الخطر الذي واجهه الفرد عن طريق تجميع عدد كاف من الوحدات المتعرضة لنفس الخطر كالسيارة والمنزل والمستودع، لجعل الخسائر التي يتعرض لها كل فرد قابلة للتوقع بصفة جماعية، ومن ثم يمكن لكل صاحب وحدة الاشتراك بنصيب منسوب إلى ذلك الخطر".

- عز الدين فلاح، التأمين مبادئه وأنواعه، دار أسامة، الأردن، د ط، 2008، ص ص 14، 15.

² - تكارى هيفاء رشيدة، المرجع السابق، ص 342.

³ - شهاب أحمد جاسم العنكي، التأمين الهندسي (تأمين كافة أخطار المقاولين - نموذج وثيقة ميونخ لإعادة التأمين-)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الطبعة الثانية، 2007، ص 161.

⁴ - تكارى هيفاء رشيدة، المرجع السابق، ص ص 353، 355.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

تكوينه في مجال الهندسة المدنية وتركيب الآلات المعقدة، لاسيما في حالة العيوب الخفية المؤدية للأضرار والتي من غير الممكن للمؤمن الكشف عنها بسبب عدم خبرته، وتراكم الخبرات بين المؤمنين والمهندسين أدى لظهور مجموعة من النصوص تعد بمثابة تشريع تأميني، بالنظر للاعتماد عليها من طرف شركات التأمين في مختلف دول العالم في صياغتها لوثائق التأمين الهندسي.

في المجال التشريعي لا يعد التأمين الهندسي تأميننا إجباريا في غالبية التشريعات، إلا أن غالبية العقود المبرمة بين الأطراف تشترطه في بعض الأحيان، لاسيما في مجال القروض حتى تضمن هذه الأخيرة استرداد الأموال في حالة تحقق الخطر واستحالة تسديد أقساط القرض من إيرادات المرفق.¹ تبدأ أهمية التأمين الهندسي في مرحلة إنجاز مشروع المرفق العام أي خلال المرحلة الأولى من عقود البوت، وتنتهي بانتهاء عملية البناء، وبالانتقال للمرحلة الثانية يتم الاعتماد على نوع آخر في عقود التأمين بالنظر للأخطار المتوقعة أثناء مرحلة التشغيل، وهذا لا يمنع من أن يستمر الأخذ بهذا النوع من التأمينات في المرحلة الثانية لكن لا يمكن أن يتم الحديث هنا فقط عن التأمين على آليات المقاولين.

بالنسبة للمشرع الجزائري ألزم كلا من المهندس المعماري والمقاول بالتضامن لضمان كل ما يحدث من تهدم كلي أو جزئي فيما تم بناؤه خلال مدة 10 سنوات يبدأ سريانها من وقت تسلم العمل نهائيا، حتى ولو كان التهدم لسبب راجع لعيوب في الأرض المشيد عليها، والضمان السابق متعلق بكل ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته،² إلا أن المشرع استثنى ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين،³ كما أنه في حالة ما إذا كلف المهندس المعماري بوضع التصاميم فقط دون أن يكلف برقابة التنفيذ، فإنه لن يكون مسؤولا إلا عن العيوب المتعلقة بتصميمه فقط،⁴ وفي كل الحالات كل شرط يدرج في العقد من شأنه إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه فهو باطل.⁵

بالرجوع لقانون التأمينات في الجزائر نجد أنه نص صراحة على أنه يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين وكذا المراقبين التقنيين اكتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المشار إليها في نص المادة

¹ - سهيل قماز، المرجع السابق، ص 60.

² - يجمع الفقه على أنه لا يجب الوقوف عند تحديد مفهوم هذه العيوب عند المفهوم الضيق لها المتعلق بالعيوب التي تهدد الأساسات والسقف، أي لا يجب أن تقتصر على العيب القديم الموجود وقت قبول رب العمل، بل يجب أن تمتد للعيوب الطارئة بعد القبول، وكذلك يجب أن تمتد الضمان للعيوب التي تهدد حفظ البناء لتكامل العمل المعماري وإن لم تهدد البناء مباشرة إلا أنه من شأنها أن تؤثر فيه بطريق غير مباشر على غرار العيوب التي تظهر في توصيلات المياه والصرف، ولا يستلزم في العيب أن يهدد البناء بأكمله فيمكن أن يقتصر على جزء منه طالما أنه من شأنه أن يجعل البناء غير صالح للغاية التي أعد لها.

- نزيه محمد الصادق المهدي، " دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي الثامن عشر الموسوم ب: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد ب الإمارات العربية المتحدة، يومي 19، 21 أبريل 2010، ص 470.

³ - المادة 554 من الأمر رقم 58/75، المعدل والمتمم، المتضمن القانون المدني المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 555 من نفس الأمر.

⁵ - المادة 556 من نفس الأمر.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

554 من القانون المدني السالفة الذكر،¹ وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ألزم بالتأمين على المسؤولية المدنية المهنية أثناء فترة إنجاز الأشغال من طرف المقاول أو المهندس، إلى جانب المسؤولية المدنية العشرية بعد التسليم النهائي للمشروع،² ويبدأ سريان هذا التأمين من تاريخ بدأ الورشة لغاية تاريخ تسليم الأشغال بشكل نهائي، أما بالنسبة للمتدخلين في الأشغال الثانوية المدنية المهنية فلا يسري عقد التأمين إلا من تاريخ مباشرة الأشغال فعلا،³ وعلى المتدخلين أن يقدموا ما يثبت حين فتح الورشة بأنهم أبرموا عقد تأمين لتغطية مسؤوليتهم المدنية المهنية.

3. التأمين ضد التأخير في تنفيذ المشروعات لتجنب الشروط الجزائية

ظهر هذا النوع من التأمين لتغطية الخسارة في الربح الإجمالي لصاحب المشروع والناجمة عن عدم استكمال تنفيذ الأشغال في الآجال المحددة في العقد المبرم بينها وبين الدولة المضيفة، أو التأخير في تركيب الآلات والتكنولوجيات اللازمة لتشغيل المرفق العام في المرحلة الثانية من عقود البوت والذي تترتب عليه شروط جزائية على شركة المشروع.

يشترط لمنح التأمين في هذه الحالة وجود وثيقة تأمين أخطار المقاول وأن تكون نافذة، ويتحدد التأمين هنا بالخسارة في الربح الفعلية الإجمالية المتكبدة والناشئة عن التأخر في إكمال مشروع المرفق العام الذي يتم إنجازه، شريطة أن يكون سبب التأخير في حد ذاته مؤمنا عليه بعقد تأمين كما هو الحال بالنسبة لأخطار المقاولين، أو تركيب الآلات أو كافة أخطار أعمال المقاول، وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذا التأمين لا يتم منحه بالنسبة للآلات النموذجية الجديدة وغير المجربة.

يستفيد من التأمين ضد أخطار التأخر في تنفيذ المشروعات صاحب المشروع فقط، عكس عقود تأمين الأضرار المادية التي تغطي جميع المتعاملين في المشروع، ويرجع ذلك لتجنب الوقوع في وضعية تضارب المصالح بين صاحب المشروع والمقاول الذي قد يفتعل أسباب التأخر للاستفادة من تعويض معين،⁴ ويحتاج مكتب التأمين للقوائم المالية التوقعية التي على أساسها يتم حساب الأرباح المنتظرة من المشروع والتي سيبنى المؤمن عليها القيمة المؤمنة، لاسيما وأن الضمانات التأمينية في هذا النوع من الخسائر تسعر على أساس رقم أعمال توقعي مما يرفع من درجة المخاطرة بالنسبة للمؤمن وهو ما يفسر ارتفاع أقساط التأمين فيها.

¹ - المادة 178 من الأمر رقم 07/95، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتضمن التأمينات، ج ر عدد 13، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر عدد 15.

² - المادتين 175، 178 من نفس الأمر.

³ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 414/95، المؤرخ في 9 ديسمبر 1995، المتضمن إلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج ر عدد 76.

⁴ - سهيل قماز، المرجع السابق، ص ص 81، 82.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

4. التأمين ضد المخاطر البيئية والكوارث الطبيعية

يعد التأمين ضد المخاطر البيئية والكوارث الطبيعية مهما جدا في عقود البوت، فقد تهدد الكوارث الطبيعية المرفق العام أثناء مرحلة البناء أو التشغيل، وهو ما يهدد شركة المشروع المسؤولة عنه خلال المرحلتين الأولى والثانية، ومن أمثلة الكوارث الطبيعية: الفيضانات والزلازل والعواصف... الخ، وفي تقييمها لخطر الفيضانات تقوم شركة التأمين بتحديد مبلغ الكارثة واحتمال حدوثها ومن هنا يمكنها أن تستنتج التكلفة المتوسطة للكارثة الطبيعية، ويتم ذلك من خلال: مكان واحتمال التعرض للخطر، هشاشة الممتلكات المؤمنة، التوزيع الجغرافي للممتلكات المؤمنة، شروط التأمين التي تنعكس على تكلفة الكارثة من حيث حدود الضمان والاقتطاع.¹

برزت أهمية هذا النوع من التأمينات في الجزائر بعد زلزال 2003 بموجب الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن إلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، وقد نص صراحة على أن كل مالك لملك عقاري باستثناء الدولة بإبرام عقد تأمين على الأضرار والخسائر، كما ألزم المشرع الأشخاص الطبيعية والمعنوية الممارسة لنشاط صناعي و/أو تجاري بإبرام عقد تأمين على الأخطار الطبيعية،² وحدد الحوادث الطبيعية التي يكون التأمين إلزاميا فيها وهي: الزلازل، الفيضانات، وسوائل الوحل، العواصف والرياح الشديدة، تحركات قطع الأرض،³ وقد أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 269/04 للتفصيل في ذلك،⁴ وقد حدد البنود النموذجية التي يتعين إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية،⁵ وقد وضع المشرع الجزائري شروط منح وتنفيذ ضمان الدولة في إطار عمليات إعادة التأمين للأخطار الناجمة عن الكوارث الطبيعية، والذي أعطى ضمان الدولة للشركة المركزية لإعادة التأمين بواسطة اتفاقية بين الوزير المكلف بالمالية والشركة المعنية.⁶

5. التأمين ضد انخفاض الأرباح وتحقيق الخسائر⁷

نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري نص على أن شركة المشروع (صاحب الامتياز) هو المسؤول عن كل الخسائر المسببة للغير من جراء العقد، وألزمه باكتتاب كل وثائق التأمين المنصوص

¹ - سهيل قماز، المرجع السابق، ص 85، 111.
² - المادة 1، الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن إلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج ر عدد 52.
³ - المادة 2، المرسوم التنفيذي رقم 268/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بالزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كيفية إعلان حالة الكارثة الطبيعية، ج ر عدد 55.
⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 269/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن كفاءات تحديد التعريفات والإعفاءات وحدود تغطية آثار الكارثة الطبيعية، ج ر عدد 55.
⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 270/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية، ج ر عدد 55.
⁶ - المرسوم التنفيذي رقم 271/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن شروط منح وتنفيذ ضمان الدولة في إطار عمليات إعادة تأمين الأخطار الناجمة عن الكوارث الطبيعية، ج ر عدد 55.
⁷ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 199.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما.¹

المبحث الثاني:

الآثار القانونية المترتبة على عقود البوت في إنجاز المرافق العامة

تتميز عقود البوت عن غيرها من العقود الأخرى بارتباطها بالمرافق العامة وتسمو فيها المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وهو ما يمنح للدولة المضيفة سلطات وامتيازات في مواجهة شركة المشروع على غرار حق الإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد وأن تقوم بتعديل العقد بما يتفق مع مصالح المرفق العام والذي أبرم من أجله العقد، باعتبار أن المرافق العامة تتسم بالقابلية للتغيير بما يتوافق مع حاجات المرتفقين التي تتغير وتتطور بشكل مستمر، وتتميز عقود البوت عن تلك التي يتم إبرامها مع متعاقد وطني في كون هذا الأخير له الحق في اشتراط الثبات التشريعي للعقد، وفي مقابل ذلك يقع على عاتقه جملة من الالتزامات منها تنفيذ العقد وفقا للمعايير الدولية، وتدريب العمالة المحلية، وآثار العقد ما هي إلا جملة من الحقوق والالتزامات المتقابلة على عاتق الطرفين المتعاقدين، ودراستنا للآثار القانونية الناجمة عن عقود البوت مرتبطة ارتباطا وثيقا بما قمنا بدراسته في الفصل السابق في الطبيعة القانونية لعقود البوت، وسنقوم ببيان هذه الآثار على النحو التالي:

المطلب الأول:

حقوق والتزامات شركة المشروع

ترتب عقود البوت حقوقا والتزامات متقابلة في ذمة الطرفين، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا المطلب بدراسات ما تعلق منها بشركة المشروع، وتتسم الحقوق التي تتمتع بها هذه الأخيرة بالتنوع وهي تشابه تقريبا الحقوق التي يتمتع بها صاحب الامتياز في عقود الامتياز لكن في مضمونها وكيفية تطبيقها يظهر الاختلاف بين العقدين وتبرز ضرورة إيجاد نصوص خاصة بعقود البوت للقصور الموجود في النصوص التي تحكم الأولى، أما فيما يتعلق بالتزامات شركة المشروع فهي مختلفة كل الاختلاف عن ما هو موجود في عقود الامتياز فهي متعلقة بالتزام بناء المرفق العام وتمويله، ونقل التكنولوجيا اللازمة لتشغيله وضمان صيانتة الدورية، وأخير الالتزام بنقل ملكيته للدولة المضيفة في نهاية المدة المحددة في العقد دون مقابل وبحال جيدة، نفصل في كل ذلك على النحو التالي:

¹ - المادة 18 من الملحق المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الفرع الأول:

حقوق شركة المشروع

ينشأ عن عقود البوت مجموعة من الحقوق لشركة المشروع في مواجهة الدولة المضيفة، منها الحق في الحصول على المقابل المالي الذي سيأخذ شكل الرسم في عقود البوت نظير الخدمات التي يقدمها المرفق العام الذي قام بإنجازه وتشغيله، ولهذا الحق أثر كبير في احتساب مدة العقد فغالبا ما تحدد هذه الأخيرة بالمدة الكافية لاسترجاع شركة المشروع ما أنفقته خلال المرحلتين الأولى والثانية للعقد، وتحقيقها هامش الأرباح الذي اتفقت عليه مع الدولة المضيفة، كما أن هناك حقا آخر لا يقل أهمية عن الحق في المقابل المالي وهو الآخر ذو طابع مالي هو الحق في التوازن المالي للعقد، كما أن هناك حقا آخر يعتمد عليه انتشار عقود البوت هو التمتع بحوافز الاستثمار الذي تسعى كل دولة لضمانه بدرجات متفاوتة في قوانين استثمارها لاستقطاب الخواص، نفصل كل هذه الحقوق على النحو التالي:

أولاً: الحق في الحصول على المقابل المالي

الهدف الذي تسعى له شركة المشروع في عقود البوت هو الحصول على المقابل المالي نظير قيامها بإنشاء المرفق العام وتزويده بالمعدات والتكنولوجيا اللازمة لتشغيله، ويأخذ المقابل المادي صوراً متعددة منها: شكل الثمن في عقود الإدارة العامة،¹ أما في عقود الامتياز والبوت فيكون في صورة رسم على المرتفقين، وفقا لما اتفق عليه في العقد المبرم بينها وبين الدولة المضيفة، والشروط التي تتعلق بتحديد المقابل المالي في العقد ليست شروط تعاقدية رغم أهميتها البالغة في التعاقد بالنسبة لشركة المشروع،² ومن ثم لا يمكن لجهة الإدارة أن تعدل فيها، خلافا لعقود الامتياز التي يعد فيها الرسم من الشروط اللائحية التي تستطيع الإدارة أن تعدلها بحسب ما تقتضيه مصلحة المرفق العام،³ وأرجع الفقه الطبيعية التعاقدية للرسم في عقود البوت وخضوعها لاتفاق الطرفين لسببين:

- شركة المشروع هي من تتولى إنشاء المرفق العام وتشغيله والقيام بكل ما يلزم لضمان التسيير الجيد من صيانة وهي من تتحمل كل التكاليف في المراحل المختلفة لعقد البوت.

المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها شركة المشروع في عقود البوت أكبر من تلك التي يمكن أن يتعرض

¹ - الأصل أنه في العقود الإدارية يتم تحديد الثمن بشكل واضح ودقيق بعيدا عن أي غموض أو لبس، غير أن أمر ورود لبس في هذا الأخير وارد، وكمثال على ذلك يمكن الرجوع لحكم التحكيم بين شركة قطاع عام إفريقية وشركة أوروبية للأعمال الميكانيكية الكهربائية مشار إليه في: علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 163، والقاعدة أنه يستحق المقابل بعد تنفيذه لما التزم به، غير أن الإدارة قد تقوم بالدفع جزءا من هذا المقابل مقدما أو أثناء التنفيذ، لاسيما إذا كان التنفيذ يتطلب كثيرا من النفقات وكذا متسعا من الوقت وهذا لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته.

- ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 133.

- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د س، ص 303.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2009، ص 200.

³ - جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2000، ص 234.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لها الملتمزم في عقود الامتياز.

لقد استند هذا الاتجاه الفقهي في مصر لقيام المشرع بالنص على عدم خضوع الرسوم في عقود البوت للقواعد التي حددها في القانون رقم 129 لسنة 1947 لاسيما في تقييد حق الملتمزم بنسبة 10% من صافي أرباح المرفق، وذلك في مختلف القوانين التي أصدرتها لتنظيم عقود البوت،¹ لذا في كل الحالات التي يكون سعر الخدمة التي يقدمها المرفق المنجز أكبر من قدرات المرتفقين فالدولة المضيفة يمكنها أن تقوم بشراء الخدمة بسعر محدد في العقد مع شركة المشروع ثم تقدمه هي للمرتفقين بسعر أقل متحملة الفارق، وهو ما حدث عمليا في اتفاقية شراء الطاقة الكهربائية بمحطة سيدي كرير بمصر.²

لقد تعرض هذا الاتجاه للانتقاد على أساس أنه:

- جعل الرسم من الشروط التعاقدية في عقود البوت سيمس بمبدأ المساواة أمام المرافق العامة.
- أنه يجعل الرسم قابلا للتغيير دون إرادة الدولة المضيفة لو تم عرض النزاع بشأنه أمام هيئة تحكيمية.
- قيام الدولة المضيفة بشراء الخدمة التي يقدمها المرفق من شركة المشروع لتقوم بإعادة بيعها بثمن أقل للمرتفقين يخالف الغاية من اللجوء لعقود البوت، لأنه لا مجال للحديث عن التمويل الذاتي المميز لها.³

ثانيا: الحق في منع الضرر

منع الضرر في العقود الإدارية وإعادة التوازن المالي للعقد من النظريات المسلم بها، وهو مقرر لتحقيق المصلحة العامة بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وسنقوم ببيان مضمون هذا الحق وإمكانية تطبيقه في عقود البوت لخصوصيتها على النحو التالي:

أ) الحق في التوازن المالي للعقد

يعد التوازن المالي للعقد من المبادئ الأساسية المكرسة في نظرية العقد الإداري، وهي تقيم ارتباطا وتناسبا بين حقوق المتعاقد والتزاماته لاعتبارين أساسيين هما: العدالة وضمن سير المرافق العامة بانتظام واطراد،⁴ وفحوى هذا الحق أنه قد ينجم أثناء تنفيذ العقد أحداث من شأنها أن تؤدي لإرهاق المتعاقد والتأثير على مركزه المالي، وهذا الأمر وارد في عقود البوت لطول مدتها، ومن هذا المنطلق تضمنت العديد من عقود البوت قواعد تحكم فكرة التوازن المالي للعقد بما يتفق وطبيعة المرفق العام موضوع العقد،⁵ على غرار ما نص عليه عقد إنشاء الهاتف الخليوي في سوريا وإنشاء مطار العلمين في

¹ - وهي: القانون رقم 100 لسنة 1996 المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم 229 لسنة 1996 المتعلق بالطرق العامة وكذلك القانون رقم 3 لسنة 1997 المتعلق بالمطارات وأراضي النزول.

² - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 395، 396.

³ - نفس المرجع، ص 397.

⁴ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 290.

⁵ - حصاب سميرة، المرجع السابق، ص 117.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

مصر،¹ وهذا الأمر الذي لا نوافقه في عقود البوت لأن شركة المشروع من تتحمل المخاطر كما سبق بيانه، إلا غالبية الدول العربية تأخذ بنظرية التوازن المالي للعقد لمساعدتها لحاجتها الملحة لهذه المرافق حسب رأينا، و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن فكرة التوازن المالي للعقد ظهرت في فرنسا في 1910/3/11 في قضية العربات الكهربائية،² والاعتراف للمتعاقد بحقه في التوازن المالي يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة وتتناولهما كالاتي:

أ-1: نظرية فعل الأمير

يقصد بنظرية فعل الأمير: " كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية"³، يعاب على هذا التعريف إغفاله أن هذه الزيادة تكون دون خطأ من جهة الإدارة، وأن الإدارة المتعاقدة تلتزم بتعويض المتعاقد المتضرر عن ما لحقه من أضرار بما يعيد التوازن المالي للعقد، ومن ثم يمكننا تعريف نظرية الأمير على أنها كل عمل صادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة دون خطأ ينجر عنه إضرار بمركز المتعاقد معها، يؤدي لالتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويضه عن كافة الأضرار.

لقد استقر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة توافر شروط لقيام نظرية فعل الأمير وهي: وجود عقد إداري، وصدور فعل ضار من الإدارة المتعاقدة، وأن يسبب هذا الأخير ضررا للمتعاقد مباشرا ومؤكدا وخصوصا، وأن ينتفي الخطأ من قبل الإدارة المتعاقدة، كما يتعين أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع.

يترتب على إعمال نظرية فعل الأمير حصول المتعاقد على تعويض يغطي كامل الأضرار التي لحقته، ويعيد التوازن المالي للعقد لما كان عليه من قبل، ويشمل ذلك ما لحقه من أضرار وما فاته كسب شريطة أن لا يكون هذا المتعاقد قد ساهم بخطئه في تحقق الضرر الذي لحقه.

أ-2: نظرية الظروف الطارئة

هي الأخرى نظرية قضائية كان لمجلس الدولة الفضل في ظهورها بمناسبة فصله في قضية الإنارة لمدينة بوردو،⁴ ومضمونها أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه قلبت

¹ نصت المادة 10/د منه على أنه: " إذا لحق ضرر بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل على المالك أن يشارك في دفع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر". - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 212.

² عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 166.

³ محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 291.

⁴ إلا أن البعض يرى بان نشأة هذه النظرية كانت سابقة على صدور حكم مجلس الدولة الفرنسي سنة 1916 في قضية غاز بوردو، وقالوا أن هناك أحكاما سابقا جسدت هذه النظرية وهي حكم صادر في سنة 1846 عند حدوث زيادة في الأسعار في العقد المبرم مع الإدارة الظروف الطارئة نتيجة قيام حالة الحرب، واشترط مجلس الدولة أن لا يكون بالإمكان توقع هذه الظروف عند إبرام العقد، كما أنه أصدر حكما آخر سنة 1870 قضى بالسماح بإجراء تعديل على شروط عقد بسبب تعرضه لاختلال في التوازن المالي نتيجة قيام الحرب الفرنسية الألمانية. - منصور إبراهيم العتوم، " أثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

اقتصاديته وجعل تنفيذه أثقل عبئا لا مستحيلا، يجعل المتعاقد متحملا لكلفة أكثر، وهو ما يحمل له خسارة تتجاوز الخسارة المألوفة العادية،¹ وهو ما يمنحه حق المطالبة بالتعويض عن خسارته وهنا تعوضه الإدارة جزئيا.

يرتب تطبيق هذه النظرية أثرين أولهما: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذه للعقد، لأن التنفيذ يكون مرهقا لا مستحيلا، وتوقفه سيعرضه لجزاءات لاسيما غرامات التأخير، ويتمثل الأثر الثاني: في تعويض المتعاقد جزئيا من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام، وتقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس جوهري وهو توزيع أعباء الخسارة المترتبة على هذا الطرف بين المتعاقدين وهنا ممكن الاختلاف بين هذه النظرية وسابقتها والتي يكون فيها التعويض كليا.² هناك اتجاه فقهي يرى أن المقابل المالي هنا ليس تعويضا بالمعنى الفني للتعويض، فهو مجرد مساعدة لتخفيف الخسارة لأن الإدارة لم تخطأ، بهدف الاستمرار في تقديم المرفق للخدمة بانتظام واطراد،³ ومن المسلم به أنه ليس للقاضي الإداري سلطة تعديل شروط العقد بسبب الظروف الطارئة لذا فسلطته هنا محصورة بالحكم بالتعويض.

أ-3: نظرية الظروف المادية غير المتوقعة

نظرية الظروف المادية غير المتوقعة من التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي،⁴ وتبدو أهميتها في عقود البوت لأنها تتطلب في أول مرحلة بناء المرفق العام، ومفادها أن المتعاقد عند تنفيذه للعقد قد تصادفه صعوبات مادية استثنائية لم تكن في حساب المتعاقدين عند التعاقد، كعدم صلاحية الأرض المقدمة من الناحية الجيولوجية للبناء كأن تكون أرضا صخرية أو غير قابلة للبناء عليها، فيجعل ذلك التنفيذ مكلفا لشركة المشروع ومن باب العدالة أن يتم تعويضها تعويضا كاملا مع التزامها بالاستمرار في التنفيذ،⁵ وهو ما جرى به العمل في معظم عقود البوت التي أبرمت، ويقع على عاتق شركة المشروع عبء إثبات مواجهتها لهذه الصعوبات كما يقع عليها عبء إثبات تقصير الدولة المضيفة في تزويدها بالمعلومات الضرورية التي قد تمكنه من توقع الصعوبات واكتشافها.

نرى أنه لما كانت شركة المشروع في عقود البوت تتحمل جميع مخاطر المشروع، لذا يتعين أن لا يتم تعويضها، إلا في حالة واحدة إذا كانت مصادفتها لهذه الصعوبات المادية نتيجة لمعلومات خاطئة أو

= سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الثالث والعشرون، العدد الرابع، 2008، ص 11.

¹ - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 18.

² - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 306، 305.

³ - منصور إبراهيم العتوم، المرجع السابق، ص 15، 16، أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 49.

⁴ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 141.

⁵ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 338، 339، - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 174، 175.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

غير كاملة زودتها بها الدولة المضيفة، ومتى أرادت الدولة المضيفة أن تطبق هذه النظرية في عقود البوت على الرغم من اختلافها عن باقي العقود الإدارية، فنرى أنه يتعين عليها ضبطها في نصوص العقد لأنه من المفروض أن تتحمل شركة المشروع جميع مخاطر إنجاز المرفق العام وتشغيله.

في الختام نشير إلى أنه حسنا فعل المشرع الجزائري عندما نص صراحة على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال اعتبار صعوبات التمويل سببا قاهرا،¹ لأن عقود البوت هي في الأساس عقود تمويلية وسبب لجوء الدولة إليها هو لتحمل شركة المشروع كل الأعباء المالية التي يتطلبها إنجاز وتشغيل المرفق العام.

ثالثا: الحق في التمتع بحوافز الاستثمار

أكد المشرع الجزائري في قانون ترقية الاستثمار على تمتع المستثمرين بالعديد من الحوافز الاستثمارية وفي هذا الصدد نص صراحة على أن كل استثمارات الإنشاء وتوسيع قدرات الإنتاج و/أو إعادة التأهيل المتعلقة بالنشاطات والسلع التي ليست محل استثناء تستفيد من المزايا،² وحدد مضمونها³ على النحو التالي:

1. بالنسبة للمزايا المشتركة لكل الاستثمارات القابلة للاستفادة

زيادة على التحفيزات الجبائية وشبه الجبائية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام تستفيد من: أ. مزايا بعنوان إنجاز الاستثمار: الحصول على إعفاء من الحقوق الجمركية على السلع المستوردة، والإعفاء من الرسم على القيمة المضافة على السلع والخدمات المستوردة أو المقتناة محليا،⁴ كما أنه يعفى من دفع حق نقل الملكية بعوض والرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الاستثمار المعني، كما أن يعفى من حقوق التسجيل والرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الامتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الاستثمارية، يحصل كذلك تخفيض بنسبة 90% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال هذه الفترة، في نفس الإطار أعفاه المشرع لمدة 10 سنوات من الرسم العقاري على الملكيات العقارية التي تدخل في إطار الاستثمار ابتداء من تاريخ الاقتناء، كما أنه معفى من دفع حقوق التسجيل في العقود التأسيسية للشركات والزيادات في رأس المال.⁵

¹ - المادة 4/29 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

- المادة 3/21 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

² - المادة 5 من القانون رقم 09/16، المؤرخ في 3 أوت 2016، المتضمن ترقية الاستثمار، ج ر عدد 46.

³ - المادة 7 من نفس القانون.

⁴ - عندما تكون داخلة في إنجاز الاستثمار.

⁵ - المادة 1/12 من القانون رقم 09/16، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ب. مزايا بعد معاينة انطلاق الاستغلال: تتمثل في الإعفاء من ضريبة أرباح الشركات وإعفاء من الرسم على النشاط المهني، وأخيرا تخفيض بنسبة 50% من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من مصالح أملاك الدولة.¹

2. بالنسبة للمزايا الإضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز و/أو المنشئة لمناصب الشغل

نص المشرع هنا في حال وجود عدة مزايا من نفس الطبيعة لا يؤدي ذلك لتطبيقها معا، بل يستفيد المستثمر من التحفيز الأفضل فقط، ونص أيضا على أن رفع مدة مزايا الاستغلال الممنوحة للاستثمارات المنجزة خارج المناطق المذكورة في المادة 13 لخمس سنوات عندما تنشئ 100 منصب شغل دائم خلال الفترة الممتدة من تاريخ تسجيل الاستثمار لغاية نهاية السنة الأولى من مرحلة لاستغلال على الأكثر.²

3. بالنسبة للمزايا الاستثنائية ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني³ يمكن أن تتضمن ما يأتي:

أ. تمديد مدة مزايا الاستغلال المذكورة في المادة 12 لفترة تصل لـ 10 سنوات
ب. منح إعفاء أو تخفيض للحقوق الجمركية والجبائية والرسوم وغيرها من الاقتطاعات الأخرى ذات الطابع الجبائي والإعانات أو المساعدات أو الدعم المالي وكل التسهيلات التي قد تمنح بعنوان مرحلة الإنجاز للمدة المتفق عليه حسب أحكام المادة 20.⁴

الفرع الثاني:

التزامات شركة المشروع

ترتب عقود البوت على شركة المشروع العديد من الالتزامات على غرار: قيامها بتنفيذ جميع التزاماتها التعاقدية وفقا للشروط التي تم إيرادها في العقد، وقيامها بالتنفيذ شخصيا فلا يتنازل عن العقد للغير إلا وفقا لشروط محددة، وأن يتم التنفيذ في المواعيد المتفق عليها، كما يقع عليها التزام آخر مهم هو التنفيذ بحسن النية، وهذه الالتزامات تظهر الفروقات الموجودة بين عقود الامتياز والبوت المعول عليها الآن، نبرز كل التزامات شركة المشروع على النحو التالي:

أولاً: الالتزام ببناء المرفق العام وتمويله في الآجال المحددة

أول التزام يقع على شركة المشروع هو بناء المرفق العام وهو أمر غير موجود في عقد الامتياز لتعلقه بالإدارة فقط، نفصل في مضمون التزامها ببناء المرفق العام وتمويله في الآجال المحددة كالتالي:

¹ - تكون الاستفادة بعد معاينة الشروع في الاستغلال بموجب محضر معد من المصالح الجبائية بطلب من المستثمر وذلك لمدة 3 سنوات. المادة 2/12 من القانون رقم 09/16، المشار إليه سابقا.

² - المادتين: 15، 16 من نفس القانون.

³ - تكون الاستفادة المعدة على أساس اتفاقية متفاوض عليها بين المستثمر والوكالة التي تتصرف باسم الدولة، ويكون إبرامها بعد موافقة المجلس الوطني للاستثمار. المادة 1/17، 2 من نفس القانون.

⁴ - المادة 18 من القانون رقم 09/16، من نفس القانون.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

1. الالتزامات الناتجة عن الالتزام ببناء المرفق العام تنفيذًا لعقد البوت

أول التزام يقع على شركة المشروع هو بناء المرفق العام على نفقتها، وهو التزام بتحقيق نتيجة أي في النهاية يتعين أن يكون المرفق العام موجودا فعلا، وفقا للمواصفات المتفق عليها مسبقا، ويتعين أن يتم البدء بالتنفيذ أشغال البناء خلال المدة المتفق عليها في العقد دون تأخر،¹ لأن أي تأخر سيؤثر سلبا على المراحل الأخرى في عقود البوت، وقد انتبه المشرع الجزائري لذلك فنص مثلا: " يتعين على صاحب الامتياز الشروع في إنجاز الهياكل موضوع هذا الامتياز، وإلا تم إعداره للشروع في الإنجاز، تحت طائلة إلغاء الامتياز من طرف السلطة المانحة للامتياز"²، وتتم عملية البناء بناء على التصاميم والخرائط التي تم وضعها من قبلها أو من قبل الدولة المضيفة، وفي بعض عقود البوت تم اللجوء للاتحاد الدولي للمهندسين من أجل اختيار نموذج معين من العقود المنبثقة من الاتحاد، لاسيما في الحالات التي لا تقوم الدولة المضيفة بالتطرق للتفاصيل الدقيقة وتكتفي بتحديد المواصفات الرئيسية للمرفق العام على غرار: الغايات الرئيسية والقدرة الاستيعابية والمواصفات البيئية... الخ.³

أ. استصدار رخصة البناء⁴

حتى تقوم شركة المشروع ببناء المرفق العام لابد من حصولها أولا على رخصة البناء،⁵ وبالرجوع لأحكام قانون التهيئة والتعمير في الجزائر نجد بأنه نص صراحة على أنه: "تتشرط رخصة البناء من أجل تشييد البنايات الجديدة مهما كان استعمالها ولتمديد البنايات الموجودة،⁶ ولإنجاز جدار صلب للتدعيم⁷ أو التسييج"⁸، على خلاف ما تضمنه المرسوم التنفيذي المفصل لأحكام الحصول على الشهادات

¹ - نص المشرع على بدأ سريات أجل إنجاز الاستثمارات من تاريخ التسجيل لدى الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار، ويدون في شهادة التسجيل، المادة 2/20 من القانون رقم 09/16، المشار إليه سابقا.

² - المادة 6 من الملحق المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، المشار إليه سابقا.

³ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص ص 54، 55.

⁴ - يمكن تعريفها بأنها: "القرار الإداري الصادر عن سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق للشخص (طبيعيا أو معنويا) بإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران".

- عزري الزين، "إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الثالث، ص 12.

⁵ - MENHEERE Sebastiaan C . M , POLLALIS Spiro N, Op. cit, p 16.

⁶ - لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالتمديد فيما إذا كان تمديدا أفقيا أم عموديا أو في كلتا الحالتين يتعين استصدار رخصة بناء بشأنهما؟، وقد اعتبر البعض أن المقصود بذلك هو التمديد الأفقي للبنايات أي التوسعة بزيادة المساحة أو حجم المباني.

- عزري الزين، "النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الثامن، جوان 2005، ص 8.

⁷ واستلزام المشرع الحصول على رخصة البناء في هذه الحالة راجع لخطورتها البالغة أو لحاجتها لرقابة إدارية وفنية خاصة من سلطات الضبط، وما يلاحظ على نص المادة السابق أنه حصر عملية تدعيم المباني في إقامة جدار صلب دون أي شكل آخر، لكن الجدار الصلب قد يكون بهدف تسييج المبني ومن ثم فلا يمكن إقامة جدار إلا بهدف تدعيم المبني أو تسييجه.

- نفس المرجع، ص 9.

⁸ - المادة 2/52 من القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن التهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

والرخص رقم 176/91 في نص في المادة 33 منه،¹ كما أن عمليات الترميم العقاري وإعادة التأهيل أو التجديد العمراني أو إعادة هيكلة أو التدعيم تخضع لترخيص،² وهذه العمليات يمكن تنفيذها بأحد عقود البوت التي سبق بيانها في دراستنا في الفصل الأول.

لما كانت عملية البناء مرتبطة بملكية الأرض التي سيقام عليها البناء طبقاً لأحكام المادة 50 من القانون رقم 29/90 المعدل والمتمم، فمن المفروض أن يتم تقديم طلب الحصول على رخصة البناء من قبل مالك الأرض فقط، لكن بالرجوع لأحكام قانون التهيئة والتعمير لم يحصر صفة طالب الرخصة في المالك ومنحها أيضاً لموكله أو المستأجر لديه المرخص له قانوناً أو الهيئة أو المصلحة المخصصة لها قطعة الأرض أو البناية،³ وكما نعلم في عقود البوت ملكية الأرض المقام عليها المرفق العام ليست ملكاً لشركة المشروع وإنما هي للدولة المضيفة وتتنازل عليها فقط لهذه الأخيرة، ومن هذا المنطلق فنص المادة السابق يسهل عملية تنفيذ عقود البوت، ومع وجود نص قانوني صريح يخول المستفيد من منح الامتياز الحق في الحصول على رخصة البناء،⁴ يكون المشرع ضبط مسألة هامة في تنفيذ عقود البوت بتمكينه شركة المشروع من مباشرة إجراءات الحصول على رخصة البناء باعتبارها الجهة المختصة لها هذه الأرض لبناء المرفق العام، ولا يهمننا في مجال دراستنا البناية الواردة في نص المادة لأنها محل صور أخرى من عقود البوت وليس عقد BOT محل دراستنا.

لقد انتبه المشرع الجزائري لمسألة طلب رخصة البناء في وقت أسبق بالنسبة لامتياز الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية بالمزاد العلني، بالنسبة لهيئات عمومية أو المعترف بمنفعتها العمومية أو للجمعيات التي لا تتسم بالطابع السياسي ومؤسسات عمومية ذات طابع اقتصادي وكذا للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين للقانون الخاص ومكنها من طلب رخصة البناء.⁵

تقوم الجهة التي باشرت إجراءات طلب رخصة البناء بتكوين ملف مرفق بطلب الحصول عليها

¹ - والتي نصت على أنه: "يشترط كل تشييد لبناية أو تحويل لبناية على حيازة رخصة البناء".
- المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المتضمن كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26.

نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري بين المقصود بعمليات تحويل البنايات بنصه صراحة على: "...كل تحويل لبناية تتضمن أشغال تغيير: مشتملات الأرضية والمقاس والواجهة والاستعمال أو الواجهة والهيكل الحامل للبناية والشبكات المشتركة العابرة للملكية....".

- المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المؤرخ في 25 يناير 2015، المتضمن كفايات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر عدد 07.

² - المادة 6 من القانون رقم 04/11، المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14.

³ - المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المشار إليه سابقاً.

⁴ - المادة 11 من الأمر رقم 04/08، المتضمن شروط وكفايات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.

⁵ - المادة 51 من القانون رقم 02/97، المؤرخ في 31 ديسمبر 1997، المتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر عدد 89.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يتكون من العديد من التصاميم والمخططات،¹ في ثمان نسخ² لرئيس م.ش.ب محل وجود هذه القطعة الأرضية، وجعل المشرع الجزائري الاختصاص بإصدار قرار منح أو رفض رخصة البناء لـ:

- رئيس م.ش.ب بصفتين كممثل للبلدية عندما تكون الاقتطاعات أو البناءات موضوع طلب الرخصة واقعة في قطاع يغطيه مخطط شغل الأراضي، وهنا عليه إطلاع الوالي بنسخة من الرخصة، أما بصفته ممثلاً للدولة فيكون في حالة الاقتطاعات/ البناءات واقعة في قطاع لا يغطيه مخطط شغل الأراضي، ويتعين عليه إطلاع الوالي قبل اتخاذ القرار ويكون القرار في هذه الحالة موافقا لرأي الوالي.³

- الوالي: وذلك في ثلاث حالات محددة على سبيل الحصر وهي:

- البنايات والمنشآت المنجزة لحساب الدولة والولاية وهياكلها العمومية.
 - منشآت الإنتاج والنقل وتوزيع وتخزين الطاقة وكذلك المواد الإستراتيجية.
 - اقتطاعات الأراضي والبنايات الواقعة في السواحل والأقاليم ذات الميزة الطبيعية والثقافية البارزة، والأراضي الفلاحية ذات المردود الفلاحي العالي أو الجيد والتي لا يحكمها مخطط شغل الأراضي.⁴
- كما أضاف المرسوم التنفيذي رقم 19/15، مشاريع أخرى تكون من اختصاص الوالي تسيلم رخص

¹ - لقد قسم المشرع الجزائري هذا الملف لثلاث ملفات: ملف إداري، وملف متعلق بالهندسة المعمارية وملف تقني، وبين مضمون كل ملف والوثائق التي يحتويها بشكل مفصل.

في الملف الإداري: يكون فيه مراجع رخصة التجزئة بالنسبة للبنايات المبرمجة على القطعة الأرضية التي تقع ضمن تجزئة مخصصة للسكنات أو لغرض آخر، وكذا قرار السلطة المختصة الذي يرخص إنشاء أو توسيع مؤسسات صناعية وتجارية مصنفة في فئات المؤسسات الخطرة وغير الصحية والمزعة، وأخيرا شهادة قابلية الاستغلال بالنسبة للبنايات الواقعة ضمن أرض مجزأة برخصة تجزئة.

في الملف الخاص بالهندسة المعمارية: فهو يحتوي على 5 وثائق:

- مخطط للموقع يسمح بتحديد موقع المشروع.

- مخطط الكتلة يختلف سلم رسمه حسب مساحة القطعة الأرضية، ثم فصل المشرع الجزائري ما تبينه هذه الأخيرة.

- تصاميم أخرى معدة على سلاسل رسم مختلفة حسب المساحة.

- مذكرة تتضمن الكشف الوصفي والتقديري للأشغال وأجال الإنجاز.

- الوثائق المكتوبة والبيانية التي تدل على البناء بحصص عند الاقتضاء.

في الملف التقني: قسم المشرع الجزائري مضمونه لقسمين خص الأول بكل المشاريع باستثناء مشاريع البنايات الخاصة بالسكنات الفردية، ووثائقه عبارة عن رسوم بيانية وحدد المشرع مشتملاتها، أما القسم الثاني فهي تتضمن دراسة الهندسة المدنية يتم إعداده وتوقيعه من قبل مهندس معتمد في الهندسة المدنية ويتكون من تقرير وكذا تصاميم.

للإطلاع على مضمون هذه الملفات بشكل مفصل يرجى الإطلاع على المادة 43 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المتضمن كليات تحضير عقود التعمير وتسليمها، المشار إليه سابقا، والذي من خلاله نلاحظ أن المشرع كان أكثر دقة في تحديد الملفات وفصلها عن بعضها، خلافا لما نص عليه المشرع في المادة 35 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المشار إليه سابقا.

² - المادة 1/45 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المشار إليه سابقا.

- دراسة مدى التأثير على البيئة، وتخضع هذه الأخيرة لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 145/07، المؤرخ في 19 ماي 2007، المتضمن مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج ر عدد 34.

وكل الوثائق السابقة أوجب المشرع أن يكون مشروع البناء الخاضع للرخصة موضوعا من قبل مهندس معماري معتمد طبقا لأحكام المادة 1/55 من القانون رقم 29/90 المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا المتعلق بالتهيئة والتعمير، وبعد تنتمه نص هذه المادة أوجب المشرع أن يتم إعداد مشاريع البناء الخاضعة لرخصة البناء من طرف مهندس معماري ومهندسين معتمدين في إطار عقد تسيير المشروع، على أن يحتوي المشروع المعماري على تصاميم ووثائق تبين موقع المشروع وتنظيمه وحجمه ونوع الواجهات وكذا مواد البناء والألوان المختارة التي تبرز الخصائص المحلية والحضارية للمجتمع الجزائري، وتحتوي هذه الدراسات التقنية خصوصا على الهندسة المدنية للهياكل وكذا قطع الأشغال الثانوية.

راجع في هذا الصدد المادة 5 من القانون رقم 05/04، المؤرخ في 14 أوت 2004، المعدل والمتمم للقانون رقم 29/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990 المتضمن التهيئة والتعمير.

المشرع الجزائري تدارك الصياغة السابقة ونص على وجوب إعداد وتوقيع وثائق التصميم المعماري ودراسات الهندسة المدنية المرفقة بطلب رخصة البناء بالاشتراك بين مهندس معماري ومهندس مدني. المادة 44 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 65 من القانون رقم 29/90 المعدل والمتمم، المتعلق بالتهيئة والتعمير، المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 66 من نفس القانون.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

البناء المتعلقة بها هي:

- التجهيزات العمومية أو الخاصة ذات المنفعة المحلية.
- مشاريع السكنات الجماعية التي يفوق عدد سكاناتها 200 وحدة سكنية ويقل عن 600 وحدة سكنية.¹
- الوزير المكلف بالتعمير: بالنسبة لمشاريع البناء ذات المصلحة الوطنية أو الجهوية، بعد أخذ رأي الوالي أو الولاية المعنيين،² كما أضاف المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 19/15 مشاريع أخرى متعلقة ب:

- مشاريع السكنات الجماعية التي عدد السكنات فيها يساوي أو يتعدى 600 وحدة سكنية.
- الأشغال والبنائات والمنشآت المنجزة لحساب الدول الأجنبية أو المنظمات الدولية ومؤسساتها العمومية وكذا أصحاب الامتياز.³
- المنشآت المنتجة والناقلة والموزعة للطاقة، (بما يعني أن هذا لم يعد من اختصاص الوالي حسب ما كان حسب قانون التهيئة والتعمير).⁴

تخضع الطلبات السابقة لتحقيق عمومي للتأكد من مدى مطابقة مشاريع البناء لأدوات التهيئة والتعمير،⁵ كما يجب أن يشمل التحقيق مدى احترامها للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالأمن والنظافة والفرن الجمالي، وكذا مجال حماية البيئة والمحافظة على الاقتصاد الفلاحي، وهنا تستشار الشخصيات العمومية أو المصالح والجمعيات المعنية بالمشروع،⁶ والتي منحها المشرع أجل 8 أيام من تاريخ تسلمها للطلب لإبداء رأيها، وبانقضاء الأجل السابق في حالة سكوتها عد موافقة، بعد تذكير مدته 48 ساعة بالنسبة للمشاريع الصناعية المستقبلية للجمهور والمشاريع التي تراعي فيها ضوابط الأمن.⁷

نرى أن الآجال التي حددها المشرع لإصدار رخصة البناء بعد التحقيق العمومي لا تؤثر على بدء أعمال بناء المرفق العام، لكن الإشكال سيثار بالنسبة لمدة السنة والشهر التي يظل فيها قرار منح رخصة

¹ - المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المتضمن كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، المشار إليه سابقا.

² - المادة 67 من القانون رقم 29/90 المعدل والمتمم.

³ - نلاحظ في هذا الصدد أن المشرع تكلم عن عقود الامتياز هنا وهو بصدد بصدد الحديث عن البنائات التي تتم لحساب دول أجنبية ومنظمات دولية ومؤسساتها العمومية وكأنه حصر هنا اختصاص الوزير المكلف بالعميران في عقود الامتياز الدولية التي تبرم معها، وهو ما يهمننا في دراستنا على اعتبار أن عقود البوت التي أبرمتها الجزائر لحد الساعة هي مع أشخاص أجانب باعتبارها أكثر قدرة على تمويل مراحل العقد كما سبق بيانه، لكن هذا لا يعني أن البيئة القانونية لوجود عقود بوت محلية غير موجودة كما سبق بيانه في الفصل الأول من دراستنا في هذا الباب، الأمر الذي يطرح تساؤلا حول عقود البوت المحلية، أو حتى عقود الامتياز التقليدية من يختص بنظرها؟

⁴ - المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المتضمن كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها، المشار إليه سابقا.

⁵ - وذلك من حيث موقع البناية ونوعها ومحل إنشائها وخدماتها وحجمها ومظهرها وتناسقها مع المكان وكذا التجهيزات العمومية والخاصة الموجودة والمبرمجة.

- المادة 3/46 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁶ - وهم: - مصالح الحماية المدنية: في تشييد البنائات ذات الاستعمال الصناعي أو التجاري، وبصفة عامة في جميع البنائات التي تستعمل للاستقبال الجماهيري، وحتى في حالة بناء بنايات سكنية هامة من شأنها أن تطرح تبعات خاصة لاسيما فيما يتعلق بمكافحة الحرائق.

- المصالح المختصة بالأماكن والآثار التاريخية والسياحية. - مصالح الدولة المكلفة بالفلاحة على مستوى الولاية.

- مصالح المكلفة بالعميران على مستوى الولاية، ومصالح الدولة المكلفة بالبيئة على مستوى الولاية أضيفتا بموجب أحكام من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المشار إليه سابقا.

⁷ - المادة 2/47 من نفس المرسوم التنفيذي.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

البناء منشورا فيها بمقر م.ش.ب.¹ والتي يفهم منها ضمنا إمكانية الطعن في القرار طوال المدة السابقة، وهي مدة طويلة تظل فيها مصلحة المستفيد مهددة لذا نوافق الدكتور عزري في اقتراح تعديل نص هذه المادة وتخفيض هذه المدة لشهرين على غرار المشرع الفرنسي.²

نرى أن إشكالا آخر يمكن أن يواجه عقود البوت في طلب رخصة البناء متعلق أساسا بصور قرار تأجيل البت في طلب الرخصة، والذي يمكن أن يفصل فيه خلال سنة على الأكثر من قبل السلطة المختصة، عندما تكون أداة التهيئة والتعمير في حالة الإعداد، وهذا الأمر سينعكس بشكل سلبي على شركة المشروع لأنها مرتبطة في عقود البوت في كل التزاماتها بعامل الزمن والذي سيكسبها خسائر ومن المؤكد أنها ستطلب تمديد المدة الزمنية للعقد حتى تستطيع استيفاء نفقاتها وهامش الربح المتفق عليه والذي تحصله طوال مدة العقد المحددة ابتداء في عقد البوت بناء على الدراسات التي تكون قد أجرتها.

تواجه عقود البوت إشكالا آخر متعلق بسكوت الإدارة بانقضاء الآجال السابقة، فالمشرع الجزائري لم يتصدى لهذه الحالة ولم ينص صراحة هل يمكن اعتبارها رفضا أم قبولا حتى تجبر الإدارة على الرد؟ وإن كان قد نص على أنه يمكن لطالب الرخصة إما اللجوء للطعن الإداري أو رفع دعوى قضائية،³ وهذا أمر خطير في عقود البوت لأنها عقود زمنية طويلة لعامل الوقت أهمية كبيرة فيها في كل التزاماتها لذا نرى أنه يتعين على المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة المادة السابقة.

على شركة المشروع أن تنتبه لنقطة هامة وهي مواعيد الانتهاء من عملية البناء، لأنه إذا لم تستكمل البناء خلال الآجال المحددة في الرخصة عدت هذه الأخيرة لاغية، لذا لا بد من تقديم طلب جديد بنفس الإجراءات السابقة لاستئناف الأشغال دون إجراء دراسة جديدة،⁴ لكن في حالة تطور إجراءات التهيئة والتعمير باتجاه مخالف لهذا التجديد سيقتضي إجراء دراسة جديدة،⁵ وأن تكون الأشغال المنجزة مطابقة لرخصة البناء الأولى التي تم تسليمها،⁶ وهذا يعني مواعيد أخرى تتوقف فيها عملية البناء وخسائر ستكسبها شركة المشروع وتأخرا في بدء المرفق العام في تقديم الخدمات للجمهور... الخ، أما في الحالة التي تكون فيها رخصة البناء مسلمة من أجل إنجاز بناية أو عدة بنايات في شكل حصة أو عدة حصص

¹ - المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المشار إليه سابقا المتضمن كليات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك.

² - عزري الزين، "إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري"، المرجع السابق، ص 20.

³ - الطعن الإداري يكون مقابل وصل يودع لدى الولاية، ولها أجل 15 يوما للرد بالقبول أو الرفض المعطل، وإذا لم ترد يمكن لشركة المشروع إيداع طعن ثان لدى الوزارة المكلفة بالعمران خلال المدة المحددة التي تلي تاريخ إيداع الطعن، وهنا تأمر هذه الأخيرة مصالح التعمير بالولاية بالرد بالإيجاب على صاحب الطلب أو إخطاره بالرفض المبرر خلال 15 يوم من تاريخ إيداع الطعن.

- المادة 1/62، 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المشار إليه سابقا.

⁵ - قراءة بمفهوم المخالفة لنص الفقرة 2 من المادة 49 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁶ - المادة 2/57 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

اعتبر المشرع الجزائري هذه الرخصة ملغاة إذا لم تتم الحصة في الأجل التي ينص عليها قرار منح رخص البناء.¹

لقد نص المشرع الجزائري أنه إذا لم يتمكن صاحب الامتياز من إتمام مشروعه الاستثماري خلال الأجل المحدد في عقد الامتياز مع النظر لطبيعة المشروع والبرنامج الذي تم تحديده في دفتر الشروط وكذا رخصة البناء يمكن أن يمنح لشركة المشروع أجل إضافي يتراوح بين سنة وثلاث سنوات، وفي حالة انتهاء الأجل الجديد يسقط الحق، وهنا تلتزم الدولة بدفع تعويض مقابل فائض القيمة التي قامت بها شركة المشروع على القطعة الأرضية من خلال الأشغال المنجزة دون أن يتجاوز هذا المبلغ قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة على أن يتم اقتطاع نسبة 10 % على سبيل التعويض،² لكننا نرى أن هذه النسبة ليست كافية لتحسب على أساس أنها تعويض للدولة لاسيما وأن توقف مشروع إنجاز المرفق العام سيؤثر عليها سلباً، لأنه عليها البحث عن طريقة أخرى لإكمال المشروع وقد تكون مضطرة لإكماله بنفسها من خلال موازاناتها، وهو الأمر الذي قد لا تتحمله لاسيما وأنها قد لجأت لعقد البوت ابتداء لتقادي هذا الإشكال، وحتى ولو تولت شركة مشروع أخرى إكمال تنفيذ العقد فإن الدولة ستكون متأخرة في الاستفادة من المرفق العام وخدماته... الخ.

ب. استصدار شهادة المطابقة

بالنظر لما يشهده الواقع العمراني من نقائص أوجب المشرع الجزائري الحصول على شهادة المطابقة بعد انتهاء عملية البناء، وشركة المشروع في عقود البوت ملزمة باستصدار هذه الشهادة ومن بين الأسباب التي كانت وراء اشتراطها:³

- وضع حد لحالات عدم إنهاء البناءات، ونرى أن هذه الحالة لا يمكن تصورها في عقود البوت، لأن شركة المشروع حريصة مثل الدولة المضيفة على إنهاء بناء المرفق العام للبدء في المرحل الثانية من العقد وهي التشغيل لأنها أساس استرجاعها لما أنفقته وتحقيقها للأرباح.

- التحقق من مطابقة البناءات المنجزة، وهي أهم صورة تبرز أهمية شهادة المطابقة في عقود البوت.

- تحديد شروط شغل و/أو استغلال البناءات

- ترقية إطار مبني ذي مظهر جمالي ومهياً بانسجام

- تأسيس تدابير ردية في مجال عدم احترام آجال البناء وقواعد التعمير.

¹ - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 307/09، المؤرخ في 22 سبتمبر 2009، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المتضمن تحديد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 55.

² - المادة 1/21، 2 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.

³ - المادة 1 من القانون رقم 15/08، المؤرخ في 20 يوليو 2008، المتضمن قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر عدد 44.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لقد أوجب المشرع الجزائري إتمام إنجاز الأشغال البناء والتحقق في مدى مطابقتها، وفرض بنص صريح على كل مالكي وأصحاب المشاريع أو كل متدخل مؤهل اتخاذ الإجراءات اللازمة لهذا الغرض، وفي كل الحالات لا يمكن لهؤلاء شغل أو استغلال بناية قبل إتمام إنجازها إلا بعد الحصول على شهادة المطابقة،¹ وتقوم شهادة المطابقة محل رخصة السكن أو الترخيص باستقبال الجمهور أو المستخدمين إذا كان البناء مخصصا لوظائف اجتماعية وتربوية أو الخدمات أو الصناعة أو التجارة مع مراعاة الأحكام التشريعية والتنظيمية في ميدان استغلال المؤسسات الخطرة أو غير الملائمة أو غير الصحية.²

يتم تقديم طلب الحصول على شهادة المطابقة من المستفيد من رخصة البناء خلال أجل 30 يوما من تاريخ انتهاء الأشغال، وذلك في شكل تصريح يعد في نسختين يتم إيداعه بمقر م.ش.ب مكان تواجد البناء المنجز مقابل وصل يسلم له، أما في حالة ما إذا لم يتم المستفيد بإيداع التصريح في الآجال المحددة يمكن الاستناد للتاريخ المحدد في رخصة البناء لانتهاء الأشغال، وهنا تجرى عملية المطابقة وجوبيا بمبادرة من رئيس م.ش.ب،³ ويؤخذ بعين الاعتبار في تحقيق المطابقة: الطبيعة القانونية للوعاء العقاري، ومدى احترام قواعد التعمير ومقاييس البناء، وتخصيصها أو استعمالها، موقع تواجد البناء وربطه بالشبكات.⁴ بالرجوع للعقوبات التي أقرها المشرع الجزائري لكل من لا ينجز البناية في الآجال المحددة في رخصة البناء والتي تأخذ شكل غرامات مالية تتراوح بين 50.000 دج و 100.000 دج،⁵ نرى بأنها قد تكون مناسبة في حالات البناء الأخرى غير المتعلقة بعقود البوت، لأننا نرى أن مقدارها ليس رادعا وحاملا لشركة المشروع على إتمام أشغالها في الآجال المحددة، وحتى ولو كانت شركة المشروع أحرص من الدولة على الانتهاء من المرحلة الأولى في العقد للانتقال للمرحلة الثانية فهذا لا يمنع أن يكون المشرع الجزائري حريصا على تنظيم هذه المسألة مادام أنه أخذ بعقود البوت في قوانينه، وهناك نقطة أخرى يتعين على المشرع إضافتها متعلقة بالعود في حالة قيام شركة المشروع بذلك لأكثر من مرة فعلى المشرع تنظيم هذه المسألة التي أغفلها وأن يراعي في ذلك الطابع الردعي للعقوبة.

2. الالتزام بتمويل عملية بناء المرفق العام

تقوم شركة المشروع بتنفيذ التزامها ببناء المرفق العام بتمويلها الذاتي، وبذلك تتخلص الدولة المضيفة من تحميل ميزانيتها ذلك، ويكون التمويل هنا بضمان السداد من عائد المشروع وليس أمام الجهات

¹ - المواد: 7، 8، 9، 10 من القانون رقم 15/08، المشار إليه سابقا.

² - المادة 66 من المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المشار إليه سابقا، والذي ألغى مبادرة مصلحة الدولة المكلفة بالتعمير على مستوى الولاية بذلك حسب نص المادة 56 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المشار إليه سابقا، المتضمن تحديد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 1/57، 2 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ - المادة 18 من القانون رقم 15/08، المشار إليه سابقا.

⁵ - المادة 78 من نفس القانون.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المقرضة إلا الاعتماد على التدفقات النقدية والإيرادات الناشئة عن استغلال المرفق العام،¹ وقد نص المشرع الجزائري على أن كل الامتيازات والرهن التي يحتمل أن تكون قد أثقلت القطعة الأرضية بسبب شركة المشروع المخلة بالتزاماتها تحول للتعويض الناجم عن إسقاط الحق،² لكننا نرى أن الإشكال الذي يمكن أن يطرح هنا هو في حال عدم كفاية التعويض الناجم عن إسقاط الحق لتغطية هذه الامتيازات والرهن فما الحل؟

لتحديد مدة تنفيذ الالتزامات في عقود البوت أهمية كبيرة لأن الأمر متعلق بإنجاز مرفق عام لتقديم خدمات للمرتفقين،³ وفي حالة تأخر شركة المشروع في التنفيذ يحق للدولة المضيفة الحصول على تعويض وقد أكد قضاء التحكيم ذلك، كما لها الحق في الفسخ الجزائي بعد توجيه إذارين له برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستيلاء لكن دون جدوى، هنا تباشر إجراءات إسقاط الحق طبقاً لأحكام المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09،⁴ أما التأخر الذي يكون بسبب الدولة المضيفة كعدم قيامها بتسليم مواقع العمل يكون التأخر مبرراً وهو ما أكده قضاء التحكيم.⁵

في التمويل نجد أن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المستفيد من الامتياز (شركة المشروع في عقود البوت) يتعين عليها أن تقدم مخططاً للتمويل والتي تكون محددة في دفتر الشروط وحدد ما يتعين أن يوضح مخطط التمويل بما يلي: التكلفة المالية التقديرية للمشروع الذي سيتم تنفيذه بشكل دقيق، و مبلغ القسط الشخصي أي رأسمال الخاص للمستفيد من الامتياز، و مبلغ الاعتمادات المالية التي يمكنه الحصول عليها التي يستطيع التصرف فيها.⁶

3. التزام شركة المشروع بالتنفيذ الشخصي وفقاً للشروط المحددة في العقد لعملية البناء

3-1: التزام شركة المشروع في مواجهة الدولة المضيفة بالتنفيذ الشخصي

تتعلق عقود البوت بالمرافق العامة لذا الدولة في اختيارها للمتعاقد معها تراعي اعتبارات خاصة فيمن يتعاقد معها من حيث الكفاءة والقدرة على التنفيذ،⁷ وهذا في إطار المنافسة والعلانية دائماً، لذلك

¹ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 125.
² - المادة 22 / 4 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.
³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 176.
⁴ - المادة 2/16 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.
⁵ - محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 182، 185.
⁶ - المادة 15 من دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.
⁷ - والمقصود بالكفاءة هنا الكفاءة المالية والفنية، فالكفاءة المالية ذات أهمية كبيرة بالنسبة لعقود البوت لأنها تتطلب قدرات مالية ضخمة في شركة المشروع حتى تكون قادرة على بناء المرفق العام وتشغيله وما يترتب على ذلك من نفقات والتي تستمر لفترة زمنية طويلة كما سبق بيانه في دراستنا في الفصل الأول، أما الكفاءة الفنية فهي يتعين أن تكون وفقاً لما هو متبع عالمياً في مجال عقود البوت لاسيما فيما يتعلق بنقل التكنولوجيا والتشغيل.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يتعين على هذا الأخير أن يقوم بالتنفيذ الشخصي للعقد كقاعدة عامة وإلا كان العقد باطلا، استنادا لفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية والذي يرى الفقيه Jeze أن أساسها صلة العقد بالمرافق العام،¹ لذا أثرت العديد من التساؤلات حول إمكانية تنازل شركة المشروع عن عقد البوت؟ فذهب اتجاه فقهي للقول بأنه إذا أدرج شرط في العقد على إجازة ذلك فهنا لا تثار أي إشكالية،² وذهب اتجاه آخر للقول بأنه يجوز لشركة المشروع التنازل عن العقد للغير وذلك بشروط معينة، ويجوز لها التعاقد من الباطن ولكن تطبيق هذا الاستثناء في عقود البوت مختلف فيه من دولة لأخرى، فهناك من تجيزه بشرط الحصول على موافقة مسبقة من الدولة المضيفة في حالة التنازل عنه للغير أو تعاقدها مع الغير للتنفيذ من الباطن، وهو ما نبرزه على النحو التالي:

أ: تنازل شركة المشروع عن العقد

في التنازل يتنازل المتعاقد عن كل الالتزامات والحقوق المترتبة في ذمته عن العقد لصالح شخص آخر يحل محله في التنفيذ بشكل كلي، ويشترط لصحة هذا التنازل جملة من الشروط هي:

- موافقة الدولة المضيفة على التنازل كتابة: وهو ما قامت به مصر في عقد البوت المتعلق بإنجاز مطار مرسى علم،³ ويتبرز ضرورة الكتابة في عقود البوت لاسيما إذا كانت شركة المشروع فيها شركة أجنبية، وهناك من الدول من تشترط أيضا إلى جانب ذلك صدور قرارا بالتنازل من مجلس الوزراء.
- أن يكون المتعاقد قد أوفى بكل التزاماته الناجمة عن العقد لغاية تقديم طلب التنازل: فغير ذلك يعني أن شركة المشروع تريد التهرب من التزاماتها بموجب عقد البوت.
- أن تقدم الشركة المتنازل إليها دليلا للدولة المضيفة يعكس قدراتها المالية والفنية.
- أن تشتمل وثيقة التنازل نصوصا تفر صراحة التزام المتعاقد المتنازل إليه بكافة الشروط الواردة في العقد وما يكون قد أدخل عليه من تعديلات أو إضافات حتى تاريخ طلب التنازل.

في حالة موافقة الإدارة المتعاقدة على هذا التنازل يحل المتعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ الالتزامات، وتعد هذه الموافقة بمثابة عقد جديد بين الدولة المضيفة والمتنازل إليه، ويصبح هذا الأخير هو المسؤول الوحيد أمامها ما لم ينص على غير ذلك.⁴

¹ - دويب حسين صابر عبد العظيم، "الالتزامات التي ترتبها عقود الـ BOT في مواجهة شركة المشروع"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بـ الإمارات العربية المتحدة، يومي 19، 21 أبريل 2010، ص 68.

² - نفس المرجع، ص 69.

³ - لقد نص المادة 5 من العقد على ما يلي: "لا يجوز للملتزم التنازل عن أي حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتبارا من تاريخ هذه الموافقة، ويجوز للمالك أن يشترط أن لا يتم التنازل إلا إذا استوفى الملتزم شروطا معينة وعلى الملتزم أن يفي بتلك الشروط عند إجراء التنازل".

- دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 71.

⁴ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 356، 359، محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 277.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بعض الفقهاء يرون أنه متى رأت الدولة المضيفة أن التنازل يحقق مصلحتها فهو صحيح ومرتب لجميع الآثار القانونية، شريطة احترام الشروط التي أشرنا إليها سابقاً، واستندوا لاتفاقية مشروع نفق المانش الرابط بين فرنسا والمملكة المتحدة والذي نص على إمكانية تنازل شركة المشروع عن العقد.¹ بالرجوع لأحكام القانون الجزائري نجد بأنه نص صراحة على منع هذا التنازل في عقود الامتياز، ويمكننا إرجاع ذلك للاعتبار الشخصي في التنفيذ.²

ب: تعاقد شركة المشروع من الباطن

المقصود بذلك أن تحل شركة المشروع غيرها في تنفيذ بعض أجزاء العقد، وهنا مكن الاختلاف بينه وبين التنازل الذي يحل فيه المتنازل له محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد كلياً،³ وهناك العديد من الظروف التي تدعو الدولة المضيفة للموافقة على الأخذ به، بالنظر للتقدم العلمي والفني والتخصص الدقيق في شتى المجالات، لذلك أصبح بناء مرفق عام يتطلب التعاون بين العديد من الشركات المتخصصة لإنجازه على أكمل وجه، فمن أجل إنجاز هكذا مشاريع يكون أمام الدولة المضيفة طريقتين: الأولى: تعمل على إبرام العديد من العقود مع شركات عدة لتنفيذ مشروع واحد، وهذا مكلف مالياً ويحتاج لوقت طويل.

الثاني: تتعاقد مع متعاقد واحد يكون مسؤولاً أمامها عن تنفيذ المشروع، وتعطيه سلطة التعاقد من الباطن وهو الشائع في تنفيذ عقود البوت، وفي الغالب ما يتم إدراج ذلك في بنود عقد البوت أو ملحقاتها، وقد نص المشرع الجزائري صراحة على إمكانية اللجوء للتعاقد من الباطن،⁴ ومن ثم في التعاقد من الباطن تظل

¹ - حصايم سميرة، المرجع السابق، ص 107.

² - فعلى سبيل المثال نص على أن: "يجب أن يتضمن عقد الامتياز تحت طائلة البطلان شروط منع التنازل أو الإيجار من الباطن للامتياز قبل إتمام المشروع"

- المادة 2/17 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.
كما نص أيضاً أن: "امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان".

- المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 220/11، المشار إليه سابقاً، المتضمن كيفية 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.

كما نص أيضاً على أنه: "لا يمكن للمستفيد من الامتياز تحت طائلة الإسقاط أن يتنازل أو يؤجر من الباطن منح الامتياز قبل إتمام المشروع وتشغيله، ويمنع المستفيد صراحة أيضاً تحت طائلة الإسقاط من استعمال جزء أو كل من القطعة الأرضية الممنوح امتيازها لأغراض غير تلك التي منحت له من أجله".

- المادة 15 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.

- المادة 9 من نموذج دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز بالتراضي التابعة للأماكن الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.

³ - حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 356.

⁴ - ومثال ذلك في مجال توزيع الكهرباء و/أو الغاز: "يمكن لصاحب الامتياز أن يبرم مع مؤسسات مختصة عقود مناولة تعني باستغلال وسائل الإنتاج محل الامتياز، بالموافقة المسبقة للوزير المكلف بالطاقة، إلا أنه يبقى مسؤولاً عن سيرها الجيد"

- المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المتضمن كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

شركة المشروع مسؤولة وحدها عن تنفيذ كافة الالتزامات التي ينص عليها عقد البوت لأن المتعاقد من الباطن لا يحل محلها في التنفيذ، كما أنه لا يصبح طرفا في العقد، ومن ثم فالأثر الوحيد الذي يترتب على موافقة الدولة المضيفة على التعاقد من الباطن هو جعل هذا الأخير مشروعاً.¹

في حالة ما إذا تم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الدولة المضيفة فإن ذلك التعاقد لا يكون نافذاً في مواجهتها وتظل شركة المشروع وحدها المسؤولة عن التنفيذ، بالإضافة لما يترتب ذلك من مسؤولية عقدية في حقها تلزمها بالتعويض عما يسببه ذلك التصرف من أضرار.²

سمحت مصر بإمكانية التعاقد من الباطن في عقد البوت المتعلق بمطار العلمين، بنصها في العقد على أن للملتزم بعد الحصول على موافقة المالك كتابة التعاقد مع من يختاره من مقاولي الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار على نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصادق عليه من المالك، وعليه أن يقوم بتزويد المالك بقائمة هؤلاء المتعاقدين وبياناتهم... الخ.³

قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإجراء تعديل على صياغة نص المادة المنظمة لمسألة التنازل عن اتفاق الامتياز، وأوجب على السلطة المتعاقدة أن توافق على التنازل عن حقوق صاحب الامتياز والتزاماته بمقتضى اتفاق الامتياز.⁴

2-3: الالتزام بتنفيذ العقد وفقاً للشروط المتفق عليها في العقد

يتعين على شركة المشروع تنفيذ العقد الذي يمكن أن يأخذ إحدى الصورتين التاليتين:
الصورة الأولى: تحدد فيها طريقة التنفيذ بدقة وفي هذه الحالة يجب على شركة المشروع الالتزام بالشروط وتلك المواصفات المتفق عليها وإلا قامت مسؤوليتها.

الصورة الثانية: الاتفاق على تنفيذ العقد وفقاً لأفضل المعايير الدولية وهذا يثير مشاكل لعدم تحديد هذه المعايير بدقة، وفي عقود البوت تتم الإحالة غالباً لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين الفيديك وهي عبارة عن صيغ معدة مسبقاً لاسيما في الكتاب الفضي الذي يتلاءم مع عقود البوت.

1- محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 179، 180.
2- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 360.
3- دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 75، 76.
4- لقد تم تعديل الصياغة السابقة بناءً على اتفاق الفريق العامل بعد أن حذف عبارة (كلياً أو جزئياً) الواردة على النحو التالي: "... لا يجوز التنازل عن حقوق صاحب الامتياز والتزاماته بموجب اتفاق الامتياز (كلياً أو جزئياً) لأطراف ثالثة دون موافقة السلطة المتعاقدة...". كما أنه قام بحذف عبارة "يجوز لـ" وإزالة الفوسين في عبارة (يجب على) الواردة على النحو التالي: "... ويتعين أن يبين اتفاق الامتياز الشروط التي (يجوز لـ) (يجب على) السلطة المتعاقدة أن توافق بموجبها على التنازل...".
- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من قبل القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، المرجع السابق، ص 54، 55.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ثانيا: الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة وتشغيل المرفق العام وصيانتها

يتعين على شركة المشروع تنفيذ التزامها بنقل التكنولوجيا¹ الحديثة اللازمة لقيام المرفق العام المنشأ بأداء الخدمة للمرتفقين وذلك بالانطلاق في تشغيله خلال الأجل المحددة دون تأخر،² وهذا ليس فقط مهما للمرتفقين ولكن للدولة المضيفة حتى لا تطول مدة عقد البوت وتنقل ملكيته لها، لذا ينص صراحة فيها على أن كل تأخر في تنفيذ هذه الالتزامات يمنح للدولة المضيفة الحق في توقيع غرامات تأخيرية على شركة المشروع، كما أن هذه المرحلة مهمة لشركة المشروع فخلالها تسترد النفقات التي تكبدتها وتحقق هامشا من الأرباح متفق عليه في العقد المبرم بينها، ويرى الأستاذ Jean Schapira أنه لا وجود في الأنظمة القانونية الوطنية أو النظام القانوني الدولي أي صيغة لاتفاقية موحدة يطلق عليها " عقد نقل التكنولوجيا"، إنما توجد سلسلة من العقود ذات طبيعة مختلفة، ولكل واحد منها شروطه ونظامه القانوني، ويحدد النمط العقدي في رأيه حسب مضمون عملية النقل ذاتها وميز بين: نقل المعارف والمعلومات والخبرات والمهارات العملية، والمعلومات والخبرات مع الالتزام بنتائج نوعية وكمية محددة.

بالنسبة لمضمون النقل في الحالة الأولى فهو قاصر على المعلومات فقط، ويعد عقد الترخيص العقد الملائم، أما بالنسبة للحالة الثانية فتعد عقود المساعدة الفنية هي العقد الملائم، أما في الحالة الأخيرة فالعقد الملائم سيكون مقاربا للعقود المركبة كعقد تسليم مفتاح أو إنتاج في اليد.³

يتعين أن يكون تشغيل المرفق العام وفقا للمواصفات التشغيلية التي حددت في العقد، وبما يتلاءم مع ما هو منصوص عليه في قوانين الدولة المضيفة لاسيما مع ما تعلق بالسلامة المهنية والبيئة، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري.⁴

نرى أنه على الدولة المضيفة التأكد عمليا طوال مدة العقد من استخدام شركة المشروع لأفضل الوسائل والتكنولوجيا في بناء المرفق العام وكذا تشغيله، لأنه عادة ما يكون اهتمامها منصبا فقط على

¹ - على الرغم من الانتشار الذي يشهده استخدام مصطلح التكنولوجيا إلا أنه لم يتم ضبطه بشكل دقيق من الناحية القانونية، وهناك تأثير للاتجاهات الاقتصادية في المحاولات القانونية لوضع تعريف له، ولقد تبني مؤتمر الأمم المتحدة للتنمية والتجارة (الأونكتاد) التعريف التالي لها: " هي كل ما يمكن أن يكون محلا للبيع أو شراء أو تبادل، وعلى وجه الخصوص براءات الاختراع والعلامات التجارية والمعرفة الفنية غير الممنوح عنها براءات أو علامات، أو القابلة لهذا المنح وفقا للقوانين التي تنظم براءات الاختراع أو العلامات التجارية، وكذلك المهارات والخبرات التي لا تنفصل عن أشخاص العاملين، والمعرفة التكنولوجية المتجسدة في أشياء مادية وبصفة خاصة المعدات والآلات".
لقد عرفته WIPO بأنه: " المعرفة والخبرة المكتسبة ليس فقط للتطبيق العملي لتقنية ما، وإنما أيضا للاستغلال الإداري والمالي والتجاري والصناعي لمشروع ما".

- نبيل إسماعيل الشبلق، المرجع السابق، ص 303.

² - MENHEERE Sebastiaan C . M , POLLALIS Spiro N, Op. cit, p 16.

³ - وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص 103، 104.

⁴ - فعلى سبيل المثال نص في المادة 9 من الملحق المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، المشار إليه سابقا، أنه: " يتعين على صاحب الامتياز القيام قبل استغلال الهياكل بمراقبة المطابقة من مصالح الإدارة المكلفة بالموارد المائية وهذا بالاتصال مع مصالح الإدارة المكلفة على التوالي: بتسيير الأملاك العمومية البحرية والسياحة والبيئة، وفي حالة إثبات عدم تطابق الهياكل يتم إعدار صاحب الامتياز من طرف السلطة المانحة الامتياز بهدف إصلاحها قبل بداية استغلالها، وتكون مراقبة المطابقة موضوع محضر حضوري مرفقا بملف جرد الهياكل المنجزة".

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

تحصيلها لعائدات التشغيل دون أن تولي ذات الاهتمام للحصول على التكنولوجيا الحديثة، ويرتبط التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا الحديثة بالتزام آخر، هو تدريب العمالة المحلية وهو الشرط الذي تتضمنه غالبية عقود البوت، تمهيدا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية في إدارة المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد، واعتبره اتجاه فقهي بأنه التزام بتحقيق نتيجة، حتى لا تنتصل شركة المشروع من مسؤوليتها بإثباتها بذل العناية المطلوبة، في حين يذهب اتجاه فقهي آخر للقول بأنه يتعين التمييز بين التزام شركة المشروع بإدماج العمالة المحلية وهو التزاما بتحقيق نتيجة، وبين تدريب وتكوين العمالة المحلية والذي هو التزاما ببذل عناية.¹

نرى أنه من الضروري أن تنص الدولة المضيفة صراحة على ضرورة قيام شركة المشروع بتدريب العمالة المحلية على كيفية تشغيل التكنولوجيا وتسيير المرفق العام ولا تترك ذلك لغاية اقتراب نهاية العقد، حتى تكون قادرة على التشغيل وحدها بعد نقل الملكية، ومن الضروري أن تقوم أيضا بإدراج شرط في عقود البوت يلزم شركة المشروع بمنحها ترخيصاً دون مقابل مالي بجميع البراءات المملوكة أو التي تم إدارتها أثناء فترة العقد أو فيما بعد لتشغيل المرفق العام وصيانته في مرحلة ما بعد انتهاء العقد.

تمنح عقود البوت للدولة المضيفة الحق في تحديد نوعية التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل المرفق العام من خلال دراسة الجدوى التي يتم إعدادها، ويتم تضمينها كبنء في دفتر الشروط، كما أنها تمنحها خلال مرحلة تنفيذ العقد الحق في تعديل التكنولوجيا الموردة بما يتلاءم مع التطورات الحاصلة لمواكبة زيادة المرتفقين خلال فترة العقد الطويلة، وبالنظر لأهمية هذه الأخيرة في هذه العقود يتعين على الطرفين (الدولة المضيفة وشركة المشروع) إحاطتها بالحماية اللازمة، ومن ثم لا يمكن لأي منهما كشف معلومات فنية عنها لطرف آخر، وعليهم تحديد نطاق السرية من حيث المحل والزمان والأشخاص المصرح لهم بالإطلاع عليها، وحتى تضمن الدولة المضيفة حماية نفسها فيما يتعلق بالتكنولوجيا الموردة للتشغيل، ويعين عليها إدراج شرط في العقد بموجبه تنفي مسؤوليتها في حالة مطالبتها من طرف ثالث بالتعويض على أساس أنها مسروقة، وتحمل بذلك شركة المشروع مسؤولية رجوع الغير على الدولة المضيفة إذا استخدمت تكنولوجيا محل حق للغير وتلتزم بتعويض الدولة المضيفة أيضا.

لقد أثير تساؤل حول حقوق الدولة المضيفة فيما يتعلق بالاختراعات أو التجديدات التي تتوصل لها شركة المشروع خلال تشغيلها للمرفق العام وهذا أمر وارد لأنها عقود طويلة، والأصل وفقاً للقواعد العامة أن تكون هذه الأخيرة ملكاً لشركة المشروع ويلتزم الأطراف إخطار بعضهم البعض في حالة

¹ - محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 176، 198.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

التوصل لاختراعات جديدة، وفي هذه الحالة يتفق الأطراف على أسلوب تنمية تلك التكنولوجيا بما يعود بالفائدة على الطرفين.

يقع على شركة المشروع التزام آخر عند بدنها في تشغيل المرفق العام هو الالتزام بمبادئ الضابطة لسير المرافق العامة،¹ وهو ما نص عليه المشرع الجزائري،² وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي:

1. مبدأ مساواة جميع الأفراد أمام المرافق العامة

يكفل المبدأ لجميع المرتفقين الانتفاع بخدمات المرفق متى توافرت فيهم الشروط لذلك، وإقرار هذا المبدأ لا يعني تجريد الإدارة من حقها في وضع الضوابط القانونية التي تراها ضرورية لتنظيم هذا الانتفاع بما يضمن تجسيد عمليا لفكرة المصلحة العامة،³ وللمساواة في عقود البوت مظهران، في الأول يكون لجميع المرتفقين بالتساوي حق الوصول للخدمات التي يقدمها المرفق العام، فكل من يتوافر على شروط الاستفادة لا يمكن لشركة المشروع منعه منها، والثانية متعلقة بالمساواة داخل المرفق العام.⁴

2. مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد

يقضي هذا المبدأ قيام شركة المشروع بضمان تقديم الخدمات للمرتفقين بشكل منتظم، فكل توقف من ولو مؤقتا سيرتب آثارا سلبية عليهم، ليس التوقف فقط حتى التأخير يؤثر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ويستمد هذا الحق من السلطة التنظيمية التي تتمتع بها الدولة المضيفة بموجب النصوص القانونية المنظمة لسير المرافق العامة، ويقر القضاء الإداري وفقه القانون العام أنه قد ترتب على هذا المبدأ تنظيم الإضراب، واستقالة الموظفين، ونظرية الموظف الفعلي ونظرية الظروف الطارئة... الخ،⁵ لذا من الضروري إيلاء أهمية عند تنفيذ العقد ومواجهة كل الإشكالات التي تحول دون تحقيقه.⁶

3. مبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير والتطور

الأصل أن المرفق العام يقدم خدمات لجمهور المرتفقين، وهذه الخدمات ضرورية لذا يجب أن تواكب التطورات الحاصلة من خلال إدخال التحديثات الضرورية حتى يستطيع المرفق العام مواكبة التطورات الحاصلة في حاجات المرتفقين، والأصل في المرافق العامة أن للدولة سلطة واسعة في تقدير حاجة

¹ -FOLLIOT-LALLIOT Laurence, « Vers une approche unifiée de la convention de délégation de service public : état d'avancement des travaux de la commission des Nations Unies pour le droit international sur les projets d'infrastructure à financement privé », RFDA, édition Dalooz, N° 5, 2003, p 895.

-DELVOLVÉ Pierre, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », Op. cit, p p 488, 489.

² - المادة 2/209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المشار إليه سابقا.

³ - أكنم وجيه عبد الرحمن سليمان، " تنظيم المرافق العامة (دراسة مقارنة)"، مذكرة مقدمة استكمالا لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2014، ص 73.

⁴ - دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص ص 81، 82.

⁵ - ألبرت سرحان، يوسف الجميل، زياد أيوب، المرجع السابق، ص ص 53، 64.

⁶ -DELVOLVÉ Pierre, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », Op. cit, p488

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المرفق للتطوير والتحديث دون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" بالنظر للطبيعة الإدارية للعقد وتعلقه بالمصلحة العامة، لذا ترجح كفة الإدارة على المتعاقد معها لأنها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة، وتبقى قرارات تعديل المرافق العامة خاضعة لرقابة القضاء الإداري.¹

لكن في المرافق التي يتم إنشاؤها بعقود البوت يتعين أن يكون التطوير باتفاق الطرفين، ويراعى فيه مصلحة شركة المشروع عند رغبة الدولة في القيام بأي تعديل وتحديث بالمرفق العام، ويتعين أن تقوم الدولة المضيفة بتعويض شركة المشروع عن أي عملية تحديث أو تطوير للمرفق العام لان عقود البوت عقود محددة بمدة خلالها تسترد شركة المشروع النفقات التي تكبدتها وتحقق الأرباح المتفق عليها.² بالنظر لطول مدة عقود البوت فمن الضروري أن تلتزم هذه الأخيرة بالصيانة³ الدورية للآلات والمعدات والتكنولوجيا المعتمد عليها في تسيير المرفق العام،⁴ بما يضمن أن تكون صالحة للاستمرارية في العمل بعد انتهاء المدة ونقل ملكية المرفق العام للدولة، وقد بين المشرع الجزائري مضمون عملية الصيانة فعلى سبيل المثال نص: "تتضمن صيانة شبكة نقل الغاز مجموع الأعمال التي تمكن من الإبقاء على الشبكة في وضع يقارب الوضع الأصلي أو إعادتها أو في وضع يتلاءم ووظائفها المحددة للتموين أو العبور"، وقسم أعمال الصيانة هذه لثلاث أنواع:

- الصيانة الوقائية الشريطية وهي مرهونة بمراقبات أو تجارب السير التي تمكن من كشف الانحرافات المحتملة قبل حدوث عجز.

- الصيانة الوقائية النظامية وترتكز على عمل تصحيحي مبرمج في فواصل زمنية منتظمة.

- الصيانة العلاجية التي تمكن من استعادة وضع شبكة لحق بها ضرر أو اختلال.⁵

من المهم أن تقوم الدولة المضيفة بدورها الرقابي للتحقق من مدى قيام شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام المهم، لتحقيق الهدف من لجوء الدولة لعقود البوت وللمحافظة على استمرارية المرفق في تلبية حاجات المرتفقين، وهو ما أكدته المشرع الجزائري أحكام نصوصه القانونية،⁶ ويتعين على شركة

¹ - هيام مروة، المرجع السابق، ص 58.

² - أحمد رمضان صبحي الشرايعي، المرجع السابق، ص 58.

³ - MENHEERE Sebastiaan C . M , POLLALIS Spiro N, Op. cit, p16

⁴ - عرف المشرع الجزائري الصيانة بأنها: "تهدف إلى الإبقاء على العتاد قادرا على السير في مستوى من الأداء يستجيب معه لمتطلبات الاستغلال والتحكم في المنظومة". - المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 430/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن القواعد التقنية لتصميم شبكة نقل الكهرباء واستغلالها وصيانتها، ج ر عدد 76.

⁵ - المادة 47 من المرسوم التنفيذي رقم 431/06، المتضمن القواعد التقنية لتصميم شبكات نقل الغاز واستغلالها وصيانتها، المشار إليه سابقا.

⁶ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المشار إليه سابقا.

- المادة 13 من الملحق المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، المشار إليه سابقا.

- تنص المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 430/06، المشار إليه سابقا على أنه: "يتعين على مسير شبكة نقل الكهرباء أن يقوم بصيانة شبكة نقل الكهرباء بهدف ضمان خدمة مستمرة وموثوقة وذات نوعية، ويجب عليه أن يضمن أمن الأشخاص والممتلكات وتجهيزات شبكة نقل الكهرباء". كما تنص المادة 51 منه على أنه: "يتعين على مسير شبكة نقل الكهرباء أن يضمن صيانة كل منشآت شبكة نقل الكهرباء سواء خارج الجهد أو تحت الجهد" =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المشروع إعلام السلطة المانحة للامتياز مسبقا بكل تدخل في الصيانة يتطلب توقيفا مؤقتا لسير هياكل إنتاج المياه، ويتعين أن يحدد التبليغ مدة انقطاع إنتاج المياه،¹ وفي مجال نقل الغاز نص المشرع على أن مسير شبكة نقل الغاز سهر على أن يكون الإخلال بالسير العادي لشبكة نقل الغاز في أدنى الحدود أثناء قيامه بأعمال الصيانة.²

ثالثا: الالتزام بدفع مبالغ الإتاوة السنوية

نص المشرع الجزائري صراحة على أن منح الامتياز بالمزاد العلني يكون مقابل تسديد الإتاوة الإيجارية السنوية الناتجة عن المزداد العلني، ويمثل مبلغ الإتاوة السنوية ناتج عملية المزداد العلني،³ ويتم دفع هذه الإتاوة سنويا ومسبقا لدى صندوق مفتشية أملاك الدولة المختصة إقليميا، وفي حالة التأخر في الدفع يتم تحصيل الحق بكل الطرق القانونية،⁴ بالإضافة لمبالغ الإتاوة السنوية تقوم كذلك شركة المشروع على قدر نسبة الثمن الأدنى المعروض لكل جزء:

1. مصاريف الإعلانات والملصقات والنشرات أو أية مصاريف أخرى مستحقة قبل المزايدة.
2. رسم النسخة الأصلية لمحضر البيع والملحقات المشتركة كدفتر الشروط والمخطط الإجمالي.
3. رسم تسجيل الملحقات المشتركة.

يتحمل كل فائز بصفة منفردة: اجر مصلحة أملاك الدولة، حقوق التسجيل، رسم الشهر العقاري، ثمن النسخة التنفيذية عند الاقتضاء.⁵

في حين أنه في حالة الامتياز بالتراضي يقوم بدفع إتاوة إيجارية سنوية كما هي محددة من مصالح أملاك الدولة المختصة إقليميا والتي تمثل 20/1 من القيمة التجارية للقطعة الأرضية محل منح الامتياز، ويتم تحيين الإتاوة السنوية كل فترة 11 سنة،⁶ بناء على تقييم تعدده مصالح أملاك الدولة استنادا إلى السوق العقاري،⁷ كما تقوم شركة المشروع أيضا بدفع أجر مصلحة أملاك الدولة وحقوق التسجيل وكذا رسم الشهر العقاري لعقد منح الامتياز.⁸

= كما تنص المادة 52 منه على أنه: " يتعين على مسير شبكة الكهرباء أن يضمن لاسيما الصيانة الوقائية والصيانة العلاجية للشبكة التي يستغلها".

¹ - المادة 14 من الملحق المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، المشار إليه سابقا.

² - المادة 49 من المرسوم التنفيذي رقم 431/06، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 1/15 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 1/23 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزداد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

⁵ - المادة 14 من نفس نموذج دفتر الشروط.

⁶ - المادة 9 من الأمر رقم 04/08، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

⁷ - المادة 3/15 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المشار إليه سابقا.

⁸ - المادة 8 من نموذج دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز بالتراضي للأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

في كل الحالات التي لا يجدد فيها الامتياز يتعين على مالك البنايات دفع إتاة إجارية سنوية لفائدة الدولة المالكة للأرض، يتم تحديدها من قبل إدارة أملاك الدولة بالاستناد للسوق العقاري.¹

رابعاً: الالتزام بنقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة

بعد نهاية المدة المتفق عليها بين شركة المشروع والدولة المضيفة تقوم الأولى بنقل ملكية المرفق العام وأصوله ومرفقاته الأساسية لها بحالة جيدة ودون مقابل مالي تدفعه الدولة المضيفة،² ويقصد بنقل ملكية المرفق العام " إعادة جميع أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الجهة مانحة المشروع والتي في الأغلب هي الدولة، دون مقابل بعد انتهاء فترة الاستغلال ومن الممكن إعادة أصول المشروع إلى الجهة مانحة الامتياز أو أي جهة أخرى سواء شركة أو مؤسسة تابعة لها وذلك حسب موافقة الدولة، ويشترط عند نقل ملكية المشروع إلى الجهة مانحة الامتياز أن تكون الأصول ذات كفاءة عالية تسمح باستغلال المشروع من قبل الجهة المستلمة، وأن تكون كافة المعدات التابعة للمشروع حاصلة على الصيانة الدورية اللازمة لاستمرار تشغيل المشروع".³

هذا أمر منطقي لأن شركة المشروع خلال مدة العقد تكون قد استرجعت ما أنفقه وحققت هامشاً من الأرباح متفق عليها مسبقاً لذا تكون نقل ملكية المرفق للدولة دون مقابل مالي تلتزم الدولة المضيفة بدفعه لشركة المشروع، لكن بعض التشريعات تنص صراحة على تمكين شركة المشروع من الحصول على تعويض رمزي وهذا أمر خاطئ في التطبيق العملي لعقود البوت يتعين إعادة النظر فيه.

في الجزائر نص المشرع في امتياز توزيع الكهرباء والغاز على أنه: "... واجب إرجاع أملاك الامتياز التي تعاد للدولة، أو التي تسترجعها الدولة عند انتهاء مدة الامتياز مقابل تعويض، تعاد تجهيزات الامتياز وعتاد منشآتها في حالة سير جيدة ويتم تسديد المقابل لتطبيق هذه الأحكام في غضون 6 أشهر التي تلي نهاية الامتياز".⁴

" أملاك الاسترجاع: الأملاك المخصصة للامتياز غير الأملاك المعنية كأملك للعودة، المستخدمة في إطار المرفق المتنازل عنه والتي يملكها صاحب الامتياز طيلة مدة الامتياز، يمكن أن تسترد أملاك الاسترجاع من طرف الدولة، لكن بمحض مبادرتها عند انتهاء مدة الامتياز مقابل تعويض صاحب الامتياز.

¹ - المادة 2/12 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المشار إليه سابقاً.
² - وهو ما أكده المشرع الجزائري في المادة 208 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، المشار إليه سابقاً.
³ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 58، 59.
⁴ - المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المتضمن كليات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودقتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أملك العودة: الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه لتوزيع الكهرباء والغاز والتي يجب أن تعاد ملكيتها أو التصرف فيها حتما إلى الدولة عند انتهاء مدة الامتياز، يمكن أن تكون هذه الأملاك من أملاك عمومية أو من الأملاك الخاصة للدولة، كما يمكن ألا تكون كذلك، في هذه الحالة الأخيرة تكون الأملاك ابتداء ملكا للدولة".¹

كما نص المشرع الجزائري أيضا على أنه: "عند إتمام البنايات المقررة في المشروع الاستثماري المعاينة قانونا بناء على شهادة المطابقة تكرر إجباريا ملكية البنايات المنجزة من طرف المستثمر على الأرض الممنوح امتيازها بمبادرة من هذا الأخير بعقد موثق".²

يتعين أن تنقل ملكية المرفق العام للدولة دون أن يكون هذا النقل مثقلا بديون أو رهون تتحمل تبعاتها الدولة المضيفة، وهو الأمر الذي يتعين أن تحرص الدولة على تضمينه في قوانينها الداخلية، فما الفائدة من مرفق عام مثقل بالديون فلجوء الدولة لعقود البوت لإنجاز المرفق العام حتى تنقضى مشكل التمويل الكبير لهذا الإنجاز والتسيير، لكن بالرجوع لأحكام الأمر رقم 04/08 نجد أن المشرع الجزائري سمح بأن يكون هناك رهن رسمي على حق عيني عقاري لصالح هيئات القروض،³ وهذا أمر منطقي.

لكن الإشكال الذي يثور في هذا الصدد هو عدم انتباهه لأمر مهم وهو أن يتم تسديد هذه القروض ورفع الرهن عن المرفق العام قبل أن ينقل للدولة، وهذا أمر جدا يتعين أن يأخذه المشرع بعين الاعتبار في تعديله لأحكام الأمر السابق، كما نرى أن نص المشرع على نقل الامتيازات والرهن المحتملة التي تثقل القطعة الأرضية بسبب شركة المشروع المقصرة لمبلغ التعويض⁴ قد لا يكون ضمانا كافيا لرفعها لاسيما إذا تجاوزت قيمتها قيمة التعويض المحدد، لذا نرى أنه يتعين على المشرع إيجاد آليات تكون كفيلة بأن يكون التعويض ومبلغ الامتيازات والرهن متساويين.

يتعين أن يتم نقل ملكية المرفق العام وفقا للإجراءات والشكليات التي يحددها القانون الداخلي للدولة المضيفة، وتمكين الدولة المضيفة من كل الوثائق الضرورية لهذا النقل، ويتحمل تكاليف عملية نقل المرفق العام الدولة المضيفة، وهو ما تنص عليه غالبية التشريعات المقارنة، لكن إذا كان هناك اتفاق آخر بين شركة المشروع والدولة المضيفة على من يتحمل تبعات النقل، فالاتفاق أولى بالتطبيق،⁵ وقد

¹ - المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المتضمن كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودقتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقا.

² - المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 11 من الأمر رقم 04/08 المتضمن شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 5/12 من نفس الأمر.

⁵ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 60.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

نص المشرع الجزائري على أنه: " عند إتمام المشروع الاستثماري تكرر جبريا ملكية البنايات المنجزة من المستثمر على الأراضي الممنوح امتيازها وجوبا بمبادرة من هذا الأخير وبمقتضى موثق".¹

المطلب الثاني:

حقوق والتزامات الدولة المضيفة

ترتب عقود البوت العديد من الحقوق والسلطات للدولة المضيفة لا يجوز لها التنازل عليها لارتباطها بالمصلحة العامة، على غرار حق الرقابة على شركة المشروع التي تقوم بتنفيذ عقد البوت على اختلاف صورته، وكذا الحق في تعديل العقد والذي يتسم بخصوصية فيها، وحقها أيضا في استرداد المرفق العام قبل انتهاء المدة المحددة في العقد، كما ترتب عقود البوت العديد من الالتزامات المتعلقة أساسا بجذب الاستثمارات على غرار التزامها بتنفيذ العقد بحسن نية، والتزامها بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية وتوفير المناخ القانوني الملائم.. الخ، نبرز حقوق والتزامات الدولة المتعاقدة على النحو التالي:

الفرع الأول:

حقوق الدولة المضيفة

تتمتع الدولة المضيفة بجملة من الحقوق المكرسة قانونا في مواجهة شركة المشروع أساسها المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام، ومواكبتها للتطورات لارتباطها بحاجات المرتفقين المتطورة، لكن بالنظر لخصوصية عقود البوت أثير تساؤل عن مدى إمكانية استخدام الدولة المضيفة للحقوق المكرسة في العقود الإدارية التقليدية؟، فتباينت الآراء في ذلك بسبب اختلافها عن عقود الامتياز، وسنقوم من خلال دراستنا لحقوق الدولة المضيفة في عقود البوت استعراض مختلف الحقوق المخولة لجهة الإدارة في النظرية التقليدية للعقود الإدارية وكيفية تطبيقها في عقود البوت على النحو التالي:

أولا: الحق في الرقابة على شركة المشروع المنفذة لعقد البوت

ضمانا لقيام شركة المشروع ببناء المرفق العام وتشغيله ونقل ملكيته في نهاية المدة المتفق عليها للدولة على أكمل وجه، منحها المشرع الحق في الرقابة لتتأكد من قيام هذه الأخيرة بتنفيذ جميع التزاماتها خلال كل مراحل العقد، وهذا الحق له أهمية بالغة في عقود البوت لطول مدتها، ولما كانت المرحلة الأخيرة في العقد تتطلب نقل الملكية بحالة جيدة والتي لن يتحقق إلا إذا سلمنا بحق الدولة المضيفة في ممارسة الرقابة، التي هي من امتيازات السلطة العامة وشرطا استثنائيا غير مألوف في القانون الخاص.

¹ - المادة 13 من الأمر رقم 04/08، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

يقتصر المفهوم الضيق للرقابة على صلاحية الإشراف والذي تتأكد فيه الدولة المضيفة من سلامة الأشغال ونوعية المواد المستعملة فيه، أما المفهوم الواسع فيشمل أيضا صلاحية التوجيه، التي تعد حقا ثابتا للدولة المضيفة ولو لم تتضمنه عقود البوت بنص صريح¹ لأنها صلاحية من النظام العام لا يمكن التنازل عنها، ومن ثم تعد النصوص الواردة في العقد كاشفة عنها لا منشئة لها،² دون أن يصل ذلك لحد الإدارة المباشرة،³ وهناك اتجاه فقهي يقصر هذه الصلاحية على عقود الأشغال العامة، ونرى نحن أنها ضرورية حتى في عقود البوت لأن أول مرحلة فيها هي البناء، وهي أساسية في مرحلة نقل الملكية، لأنه إذا لم يتم بناء المرفق العام حسب المواصفات المطلوبة فلن يكون بحالة جيدة عند نقل ملكيته.

تتم ممارسة حق التوجيه مع مراعاة قيدين هامين هما:

- أن تصدر القرارات الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود مبدأ المشروعية،

- يتعين أن لا يترتب على ممارسة الرقابة تعديل جوهري في طبيعة التزامات شركة المشروع.⁴

من صور الرقابة التي تمارسها الدولة المضيفة على شركة المشروع، رقابة على النواحي الفنية والإدارية والمالية سواء من خلال مندوبين أو لجان من تشكيل الوزير المختص... الخ، ففي هذا الصدد نص المشرع الجزائري في مجال الخدمة العمومية لمياه الشرب على أن السلطة مانحة الامتياز تمارس سلطة الرقابة على تسيير واستغلال هذا المرفق مباشرة أو بواسطة هيئات مراقبة تقوم بتعيينها، وألزم صاحب الامتياز بتقديم المساعدة الضرورية لهؤلاء في القيام بمهامهم الرقابية،⁵ كما نص أيضا على إجراء المراقبات في الموقع للتأكد من أن نشاطات إنتاج المياه منفذة طبقا لعقد الامتياز ودفتر الشروط، وألزم صاحب الامتياز (شركة المشروع) تسهيل إنجاز عمليات المراقبة من الأعوان المؤهلين قانونا على الخصوص لضمان تسهيل دخول الأعوان للهياكل، وألزمها أيضا بمسك سجل الاستغلال في موقع المشروع يتضمن تقييدا لكل المعطيات الخاصة بالأحجام المنتجة وعمليات الصيانة المنجزة.⁶

المشرع الجزائري لم يولي عناية خاصة لعقود البوت حيث جعل الرقابة من اختصاص السلطة مانحة الامتياز، إلا أننا نرى أنه من الأفضل لو أنشأ هيئة واحدة مستقلة تضطلع بمتابعة تنفيذ إنجاز المرافق العامة في الدولة بعقود البوت لأن من ذلك سيضمن:

¹ - عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 35.

² - شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص ص 714، 715، محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص ص 214، 215.
- TROIZIER Agnès Roblot, « Retour sur le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 5, 2007, p 992.

³ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 200.

⁴ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 142.

⁵ - المادة 5 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية للماء الشروب ونطاق الخدمة المتعلقة به، المرسوم التنفيذي رقم 54/08، المؤرخ في 9 فيفري 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، ج ر عدد 8.

⁶ - المادتين: 16، 17 من دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلقة به، المشار إليه سابقا.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

- توحيد سياسة الدولة في مجال اختيار المرافق العامة التي ستقوم بإنجازها بهذا النوع من العقود، على أن تتولى هذه الأخيرة بالتنسيق مع السلطة مانحة الامتياز دراسة المشاريع التي تريد بناءها، حتى لا يلجأ إليها بشكل غير مدروس لأن ذلك سيؤثر على سمعة الدولة وسيؤدي لنفور المستثمرين من الاستثمار فيها، حتى أن المؤسسات المالية سيعزف عن التمويل وهو ما سيؤثر على نجاح عقود البوت.
 - متابعة كيفية التنفيذ في الواقع العملي بما يساهم في ضبط النقائص الموجودة في النصوص القانونية.
 - التوازن بين ما تحتاجه الدولة من مرافق لتقديم الخدمات وبين توجه شركة المشروع لتحقيق الأرباح.
 - متابعة موحدة لبناء وتشغيل المرافق العامة من خلال وضع هذه الأخيرة للآليات اللازمة لذلك.
- نوجز مضمون صور الرقابة التي تمارسها الدولة المضيفة على شركة المشروع على النحو التالي:

1. حق الرقابة الفنية

يعطي هذا الحق للدولة المضيفة الحق في الدخول للمشروع في مختلف مراحلها للإطلاع على مختلف التجهيزات والمعدات التي تستخدمها شركة المشروع في بناء المرفق العام وتشغيله في مرحلة لاحقة، ويمتد حق الرقابة الفنية للصيانة للتأكد من قطع الغيار وغيرها التي يتم استبدالها، ويتضمن أيضا مراقبة لمدى مطابقة التجهيزات التي استعملتها شركة المشروع لما هو منصوص عليه في الخطط والخرائط والإجراءات المعتمدة من الجهات الفنية المتخصصة، ولهذا الغرض يمكنها أن تقوم بإجراء كل الاختبارات التي تراها ضرورية للتأكد من ذلك،¹ ومثال حق الرقابة التقنية ما نصت عليه أحكام منح امتيازات الطرق السريعة.²

2. حق الرقابة المالية

يخول هذا الحق للدولة المضيفة مراقبة حسابات شركة المشروع في أي وقت، بالإطلاع على دفاتر الحسابات وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها، وقد تكون الرقابة المالية سابقة تراجع فيها الميزانية التي تقدمها شركة المشروع والعقود التي تبرمها مع الغير، وقد تكون لاحقة تطلع فيها على الحسابات والمستندات من أجل تنبيه شركة المشروع للأعمال التي قد تلحق ضررا بالمصلحة المالية للدولة.³

لقد ألزم المشرع الجزائري المستثمرين بمناسبة الإيداع السنوي للحصيلة لدى مصالح الضرائب وضعية (تبرز هذه الأخيرة مدى تنفيذ الالتزامات التي اكتبها) تعد وفقا للأشكال والإجراءات المقررة

¹ - محمد بن جواد الخرس، المرجع السابق، ص 246، 247.

² - نصت المادة 18 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة، المرسوم التنفيذي رقم 308/96 المتعلق بمنح امتيازات الطرق السريعة، المشار إليه سابقا، على أنه: "يتم ضمان المراقبة في مرحلة الاستغلال بما فيها المراقبة التقنية للمنشآت الكبرى من طرف السلطات والمصالح المعنية لهذا الغرض، من طرف منح الامتياز بحيث على صاحب الامتياز أن يقدم لهذه السلطات والمصالح الوثائق والتقارير المحددة بتعليمات من منح الامتياز".

³ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 364.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بالاشتراك بين الوزارة المكلفة بالاستثمارات ووزارة المالية.¹

3. حق الرقابة الإدارية

تمتد الرقابة الإدارية لتشمل العنصر البشري العامل داخل المرفق العام، من حيث مدى خضوعهم للتدريب اللازم واكتسابهم للمهارات اللازمة للعمل على وسائل تشغيل المرفق العام بعد نقل ملكيته للدولة، وقد نصت مصر صراحة على هذا الحق في عقود البوت التي أبرمتها على غرار عقد مطار مرسى علم،² واتفاقية شراء الطاقة لمحطة كهرباء سيدي كرير،³ وهو ما نصت عليه سوريا في العقد المبرم بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم كلوبال.⁴

بالنظر لخصوصية عقود البوت وطول مدتها، يتعين على الدولة المضيفة النص صراحة في العقد المبرم مع شركة المشروع على حق ممارستها الرقابة في كل مراحل إنجاز المرفق العام للوقوف على مدى احترام هذه الأخيرة لشروط التنفيذ، وعلى الدولة إبراز من سيتولى ممارسة هذه الرقابة وكيف سيمارسها بشكل دقيق في بنود العقد لتنفذى أي إشكالات قد تصادفها عند ممارستها لهذا الحق.

3. حق الرقابة على أعمال الصيانة والتجديد

تقوم الدولة المضيفة بتتبع أعمال الصيانة، حتى تضمن جودة الخدمات المقدمة وتنفذى إشكالية انخفاض كفاء المرفق العام التشغيلية بسبب إهمال الصيانة الدورية،⁵ وقد تضمنت عقود البوت المصرية بنوداً بهذا الحق،⁶ سوريا أيضاً تضمنت عقودها بنوداً بهذا الحق على كما في العقد المتعلق بإنشاء شبكة اتصالات خلوية،⁷ سابقاً كلف المشرع الجزائري الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار بالتأكد من احترام الالتزامات التي تعهد بها المستثمرون خلال مدة الإعفاءات،⁸

¹ - المادة 3/73، المرسوم التنفيذي رقم 356/06، المؤرخ في 9 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 64.

² - نصت المادة 3/ج منه على: "يدير مشروع المطار مجلس إدارة مؤلف على النحو الذي تم تحديده... يمثل فيه المالك بعدد عضوين من تسعة أعضاء".

³ - حيث نصت المادة 6/4 منه على: "يشكل الأطراف خلال سنة أشهر على الأكثر من الإقفال المالي لجنة الربط تضم ثلاثة أعضاء... يكون كل منهم مهندساً ذا خبرة فنية كبيرة... ويختار كل طرف من أطراف العقد عضواً ثم يختار العضوان بدورهما العضو الثالث للجنة الربط...".

⁴ - حيث تنص المادة 22 منه على أنه: "بهدف التنسيق بين الإدارة والمشغل فيما يتعلق بتنفيذ العقد وتشغيل واستثمار وصيانة المشروع حتى تحويل ملكيته مجاناً إلى الإدارة، تشكل لجنة تنسيق مؤلفة من 7 أعضاء أربعة منهم من قبل الإدارة وثلاثة من قبل المتعهد أو المشغل، ويتم تشكيل اللجنة بقرار من المدير العام للإدارة خلال شهر من تاريخ أمر المباشرة تحدد فيه مهام وصلاحيات اللجنة والتنسيق مع المشغل".

- محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 364.

⁵ - نفس المرجع، ص 247.

⁶ - في عقد إنشاء مطار مرسى علم حيث تنص المادة السابعة منه على: "أ- للمالك أن يقوم بتعيين استشاري بنوب عنه في مراجعة الوثائق المتضمنة للتصميمات والبيانات والتقنيات وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ"، في عقد إنشاء مطار العلمين حيث نصت المادة 3/ج/6 على أن: "تقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإجراء التفتيش الدوري على المطار والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيله وفقاً للبرنامج الذي تضعه الهيئة دون قيد أو شرط وتتولى الهيئة إجراء شهادات الكفاءة اللازمة لاستمرار تشغيل المطار".

⁷ - حيث نصت المادة 37 منه على أن: "يحق لممثلي الإدارة في أي وقت من الأوقات الدخول لمواقع المشروع لمراقبة أي جزء منه، ويلتزم المشغل بتقديم كافة التسهيلات والمساعدات اللازمة لتحقيق ذلك". - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 362.

⁸ - المادة 21 من الأمر رقم 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تطوير الاستثمار، ج ر عدد 47. (ملغى)

- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 55.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

وغيرها،¹ في انتظار صدور النصوص التنظيمية الجديدة والاطلاع على اختصاصات المراكز الأربعة التي جاء بها قانون ترقية الاستثمار الجديد.

ثانياً: الحق في تعديل عقد البوت

تتسم عقود البوت بطول مدتها نسبياً وهنا يمكن أن تطرأ تغييرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وحتى يتسنى للدولة المضيفة مواكبتها والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام غالباً ما تضمن عقودها ضرورة التفاوض والمراجعة كل فترة زمنية، أو تنص صراحة على حقها في التعديل بالإرادة المنفردة،² لأن مبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل من المبادئ الأساسية المستقر عليها في المرافق العامة،³ وقد أثير تساؤل في حالة ما إذا لم يوجد هذا الشرط فهل للدولة المضيفة حق التعديل؟ وإجابة عن هذا التساؤل انقسم الفقه الفرنسي لاتجاهين:

1. الاتجاه الأول: عدم جواز التعديل بالإرادة المنفردة

يرى هذا الاتجاه أن التعديل بالإرادة المنفردة فكرة زائفة ابتداعها الفقهاء ولم تتأيد بقضاء من مجلس الدولة الفرنسي،⁴ وهي ممكنة إذا وجد نص في العقد بذلك، على أساس أن الرسم من الشروط التعاقدية التي لا يجوز التحلل منها أو تعديلها إلا بموافقة الطرفين،⁵ وانتقد هذا الاتجاه على أساس أنه ينكر طبيعة العقد الإداري، ويقع في تناقض بإقراره للدولة المضيفة بسلطة التعديل متى نص عليها العقد، والمسلم به أن طبيعة العقود الإدارية هي التي تعطي للدولة المضيفة سلطة التعديل بالإرادة المنفردة دون حاجة للنص عليها صراحة.⁶

2. الاتجاه الثاني: جواز التعديل بالإرادة المنفردة

هو الاتجاه الراجح فقها وقضاء، وحسبه للدولة المضيفة صلاحية التعديل بالإرادة المنفردة، لأنهم يرون أن كل عملية إدارية احتمالية، أي يمكن تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة استناداً لما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة في تنظيم المرافق العامة التي هي قابلة للتعديل، وقد أكدها مجلس الدولة الفرنسي دون أن يشترط النص على هذا الحق صراحة في العقد،⁷ وسلطة الإدارة في التعديل ليست

¹ - كما نص على أن المتابعات التي تقوم بها الوكالة تكون بالاتصال مع الإدارات والهيئات المكلفة بالسهر على احترام الالتزامات التي تترتب على الاستفادة من المزايح الممنوحة، كما تقوم بالتأكد من احترامهم التزاماتهم فيما يتعلق بالاتفاقات، ومتابعة لما بعد إنجاز الاستثمار باتجاه المستثمرين غير المقيمين المستقرين.

- المادة 32 من المرسوم التنفيذي رقم 282/01، المشار إليه سابقاً.

- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيورها، ج ر عدد 64

² - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 143.

³ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 199.

⁴ - شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 716.

⁵ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 45.

⁶ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 144.

⁷ - شطناوي علي خطار، المرجع السابق، ص 716، حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 212، 213

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بالمطلقة بل تمارس بضوابط دقيقة.¹

لقد قصر اتجاه فقهي في هذا الاتجاه هذه السلطة على بعض العقود الإدارية فقط، على غرار الفقيه Jeze الذي عدل عن موقفه في السلطة المطلقة الممنوحة لجهة الإدارة في التعديل المطلق للعقد الإداري، لقصرها على عقدين هما: عقد الامتياز وعقد الأشغال العامة بالنظر لطبيعتهما.²

بعد استعراضنا للاتجاهين السابقين نرى أن سلطة الدولة المضيفة في التعديل بإرادتها المنفردة سلطة ثابتة لها، لأنها المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة وهي الدافع لتعاقدتها، سواء نص عليه العقد صراحة أم لا، كما أن هذه السلطة من مظاهر امتيازات السلطة العامة المقررة لها في مواجهة المتعاقد معها، كما أن عدم إقرار سلطة التعديل بالإرادة المنفردة للإدارة يتعارض مع مبدأ هام هو قابلية المرافق العامة للتغيير لمواكبة التطورات الحاصلة في حاجات المرتفقين، وهنا يتعين التمييز بين الشروط التعاقدية واللوائح التي تتكون منها عقود البوت، فنرى أن التعديل في النصوص اللائحية التي تتضمنها تكون بالإدارة المنفردة للدولة المضيفة لأن أحكامها متعلقة فقط بإدارة المرفق العام وتقديم الخدمات بانتظام، شرط أن لا تلحق أضرار مالية بشركة المشروع، وكل ضرر ناتج عن التعديل يتعين أن تعوضه الدولة المضيفة، ويتعين أن يكون التعديل مرتبطا بظهور ظروف جديدة تستدعي التعديل، وما يؤكد رأينا ما نصه المشرع الجزائري صراحة في قانون المياه.³

أما الشروط التعاقدية فيمكن أن تعدل فيها التزامات شركة المشروع باتفاق مشترك بين الطرفين، وهو ما أكدته المشرع الجزائري في منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز،⁴ تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أشار أنه يتعين أن ينص اتفاق منح امتياز تشييد البنية التحتية وتشغيلها على العديد المسائل قام بتعدادها وأحدها هو حق السلطة المتعاقدة⁵ أو أي هيئة

¹ - وتتمثل هذه الضوابط فيما يلي: - أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد: لا يجوز لجهة الإدارة أن تتخذ سلطة التعديل ذريعة أو مطية لتغيير موضوع العقد وإرهاق المتعاقد معها، ومن ثم لا تستطيع الإدارة التعديل على نحو يغير موضوع العقد وإلا كنا أمام العقد جديد. - أن يستند التعديل لأسباب موضوعية: أي لا بد أن يستند التعديل الذي تجريه الإدارة لعوامل تدفعها لذلك بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة وتلبية الخدمة العامة للجمهور على أحسن وجه.

- أن يصدر قرار التعديل في حدود قواعد المشروعية: الوسيلة التي تلجأ إليها الإدارة بواسطتها للتعديل هي القرار الإداري والذي تعلن بموجبه عن نيته في تعديل الصيغة العمومية، وهنا يتعين أن يكون هذا الأخير متوافرا على كافة أركان القرار الإداري ليكون مشروعا. - عمار بوضيف، المرجع السابق، ص 146، 147.

² - علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص 717.

³ - تنص المادة 86 القانون رقم 12/05 المعدل والمتمم المتضمن قانون المياه، المشار إليه سابقا، على أنه: " يمكن في أي وقت كان تعديل رخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية أو تقليصها أو إلغائها من أجل المنفعة العامة، مع منح تعويض في حالة ما إذا تعرض صاحب الرخصة أو الامتياز لضرر مباشر حسب الكيفيات المحددة في الرخصة أو دفتر الشروط".

⁴ - بنصه صراحة على: "... يقوم الطرفان باتفاق مشترك بالترتيبات والتعديلات اللازمة إذا رأيا ذلك ضروريا بعد استشارة لجنة الكهرباء والغاز" المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المتضمن كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقا.

⁵ - السلطة المتعاقدة هي: " الهيئة العامة التي لها صلاحية إبرام اتفاق امتياز لتنفيذ مشروع من مشاريع البنية التحتية".

- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، " مشروع إضافة إلى دليل الأونسيترال النموذجي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الدورة الخامسة، فيينا، 13/9 سبتمبر 2002، ص 5.

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

رقابية تنظيمية أن تطلب إدخال تعديلات فيما يتعلق بالأعمال وشروط الخدمة، أو تتخذ ما تراه ملائماً من تدابير معقولة لضمان تشغيل مرفق البنية التحتية¹ على نحو سليم وتقديم الخدمات وفقاً للمتطلبات القانونية والتعاقدية الواجب تطبيقها.²

في الواقع العملي هناك شرطين آخرين يدرجان في عقود البوت يحدان من سلطة الدولة المضيفة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، هما شرط ثبات العقد وشرط الثبات التشريعي³، فغيابهما يؤدي لاستخدام الدولة لامتيازاتها كسلطة عامة ومن ثم إخضاع العقد للمتغيرات التشريعية في الدولة، وإن كان إدراج مثل هذه الشروط في عقود البوت غير منطقي لأنها عقود طويلة إلا أن المشرع الجزائري أخذ بها ونص عليها صراحة ويمكننا إرجاع ذلك لحاجته لاستثمارات وبعث الطمأنينة في نفوس المستثمرين،⁴ وقد أشار تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أنه يتعين أن ينص اتفاق منح امتياز تشييد البنية التحتية وتشغيلها على أي حقوق للسلطة المتعاقدة (الدولة المضيفة بالنسبة لعقود البوت) في مراجعة العقود الرئيسية التي تبرم مع صاحب الامتياز والموافقة عليها، وخصوصاً العقود مع المساهمين مع صاحب الامتياز أو الأشخاص الآخرين ذوي الصلة.⁵

ثالثاً: الحق في استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد

من الحقوق المقررة للإدارة وفقاً للنظرية التقليدية لعقود الامتياز حق استرداد المرفق العام قبل انتهاء مدة العقد،⁶ وتحل بذلك محل الملتزم في التزاماته ولو لم يخل بأي من التزاماته،⁷ ويتعين أن ينص العقد صراحة على شروط وحالات استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد، وهو ما يعرف باسم "الاسترداد التعاقدية"، وعند قيام أي نزاع يفصل فيه القاضي بناء على ما تم تحديده في العقد ويقوم بالتفسير وفقاً للنية المشتركة لطرفي العقد،⁸ إلا أن اتجاهها فقهيًا يتزعمه جيز وبونار وفالين يرى بأن الحق في استرداد المرفق العام من النظام العام، والنص عليها في العقد يعد كاشفاً ومنظماً فقط لحق

¹ - مرفق البنية التحتية هو: "المنشآت المادية والنظم التي توفر الخدمات للجمهور عامة بشكل مباشر أو غير مباشر"، نفس المرجع، ص 5.
² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، "صيغة مشروع إضافة إلى دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، المرجع السابق، ص 4.

³ - عرف شرط الثبات التشريعي على أنه: "الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد من الممكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف المتعاقدة ومثال ذلك تغيير النصوص التشريعية التي تؤدي إلى زيادة الضرائب أثناء تنفيذ عقد الأشغال الدولي لاسيما وأن هذا العقد من العقود طويلة المدة".

⁴ - فقد نص صراحة في المادة 22 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقاً على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلاً على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".

⁵ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، "صيغة مشروع إضافة إلى دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الدورة الخامسة، فيينا، 13/9 سبتمبر 2002، ص 4.
A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.2

⁶ - عرف الفقيه Jeze الاسترداد بأنه: "القرار الإنفرادي من جانب منح الالتزام الذي بواسطته ينهى الالتزام قبل التاريخ المحدد لانقضائه في خارج حالة إسقاط الملتزم"، وعرفه الفقيه De Laubadere بأنه: "إجراء إنفرادي صادر من السلطة المانحة للالتزام في أثناء تنفيذ الالتزام ويقصد به إنهاء الالتزام قبل مده العادية مقابل دفع تعويض للملتزم"، راجع: أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 203.

⁷ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 199.
⁸ - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 168.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

موجود في الأصل وليس بالمقرر لحق جديد.¹

هناك أيضا ما يعرف بـ " الاسترداد غير التعاقدية"، والذي تقرره الدولة المضيفة بإرادتها المنفردة مستندة في ذلك لاعتبارات متعلقة بتحقيق المصلحة العامة في حالتين: أثناء تنفيذ العقد دون وجود تنظيم يحكمه في عقد البوت كما هو الحال في مجال دراستنا، وعندما تتم عملية الاسترداد في المدة التي يمنع فيها الاسترداد طبقا لنص العقد.

اختلف الفقهاء في مدى وجود هذا الحق للدولة المضيفة، فهناك اتجاه ينكره على أساس أن شركة مشروع لها حق مكتسب قانونا في استغلال المرفق العام حتى انتهاء مدة العقد، نظرا لما تكبدته من أموال في الإنجاز والتسيير، وهي كبيرة جدا ولا مجال لمقارنتها بعقود الامتياز، أما الاتجاه الثاني وهو رأي الغالبية فيرى بأن الحق في الاسترداد ثابت لها في جميع الأحوال قبل نهاية المدة المحددة في العقد، واعتبروه حقا من النظام العام تتمتع به الدولة المضيفة بقوة القانون سواء نص عليها العقد أم لا.²

في حالة استرداد الدولة المضيفة للمرفق العام يتعين عليها تعويض شركة المشروع تعويضا عادلا، ويتعين أن يتم إعادة المرفق العام للدولة المضيفة خاليا من أي التزامات للغير، ويحق للدولة المضيفة في كل حالة يثبت لها أن شركة المشروع قد ارتكبت خطأ جسيما في تنفيذ العقد أن تقوم بإنهاء العقد واسترداد المرفق العام ولا يكون مسموحا من القضاء إلا في حالة الخطأ الجسيم.³

يرى الفقه أنه لا يمكن تصور وجود حق الاسترداد في عقود البوت،⁴ لأن شركة المشروع هي من تقوم بإنشاء المرفق العام وتشغيله طوال المدة المحددة في العقد لغاية نقل الملكية للدولة، وهذا الأمر غير موجود في عقود الامتياز التي يقوم الملتزم بإدارة مرفق موجود أصلا تملكه الدولة، وحتى ولو قامت الدولة باسترداد المرفق العام قبل انتهاء المدة فستكون ملزمة بتعويض شركة المشروع على النفقات التي تكبدتها والأرباح التي كانت ستحققها، وهذا مرهقا لها إلا أن الواقع العملي شهد عددا من عقود البوت التي ضمننت حق الاسترداد على غرار عقد إنشاء الأوتوستراد العربي- الحدود السورية بلبنان وقد اشترط في العقد أن يسبق ذلك إعلام شركة المشروع بذلك، ودفع التعويضات التي تغطي الأموال الموظفة في إنجاز المشروع إلى جانب الأرباح الفائتة والكلفة الناتجة عن الاسترداد.⁵

معنى الاسترداد في عقود البوت مختلف في مضمونه في عقود الامتياز، ففي الأولى يكون بالشراء والتعويض لشركة المشروع، لأن ملكية المرفق العام خلال المرحلتين الأولى والثانية هو لها، عكس

¹- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، 167.
²- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 466، 468.
³- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 203.
⁴- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 293.
⁵- أنطوان الناشف، المرجع السابق، ص 386.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

عقود الامتياز التي تكون بتعويض الملتزم فقط عما يصيبه من أضرار لأن ملكية المرفق العام لها أصلاً، لكن المتفحص للدراسات التي تناولت هذه الجزئية بالدراسة والتحليل لا تفرق بين الاسترداد في عقود البوت وعقود الامتياز التقليدية وتستخدمها كمتشابهات وهذا خطأ على غرار ما هو وارد في تعريف حق الاسترداد في مرجع الدكتور ماجد راغب الحلو،¹ والدكتور سعيد السيد علي.²

بالرجوع لأحكام قوانين الاستثمار في الجزائر وغيرها من التشريعات المقارنة³ نجدها تنص صراحة على عدم تضمين عقودها الحق في استرداد المرفق وهذا لطمأنة المستثمرين وتحفيزهم على الاستثمار فيها، لأن النص على هذا الحق في عقود البوت سيؤدي لتهديد الاستثمارات الضخمة التي تكون شركة المشروع قد تكبدتها انطلاقاً من البدء في عمليات البناء والتشغيل وصولاً لنقل ملكية المرفق العام.

في الختام نرى أن نص قوانين الدول التي تعتمد عقود البوت على حالة الاسترداد لن يكون سبباً في عزوف المستثمرين، شريطة أن تكون نصوصها واضحة ومحددة للحالات التي يمكن للدولة المضيفة فيها الاسترداد وفي نطاق ضيق، على أن لا يكون الاسترداد بعد الانتهاء من المرحلة الأولى فقط وهي مرحلة البناء وأن يكون مستنداً لدراسات سابقة وأن تكون الدولة قادرة على تشغيل المرفق العام وقادرة على شراء وتعويض شركة المشروع على النفقات التي تكبدها وهامش الأرباح المنفق عليها في العقد.

رابعاً: الحق في توقيع الجزاءات على شركة المشروع

للدولة المضيفة سلطة توقيع الجزاءات على شركة المشروع، وهذا أحد الامتيازات الممنوحة لها من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتقوم بممارسة هذه السلطة متى ثبت إهمال أو تقصير أو امتناع في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد معها، ومن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة توقيع الجزاءات سلطة مستقلة عن نصوص العقد، فهي تظل قائمة حتى ولو لم يتم النص عليها في العقد المبرم، وحتى في حالة نص هذا الأخير على بعضها لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه، ويمكن تصنيف هذه الجزاءات لنوعين:

1. الجزاءات المالية

تأخذ هذه الأخيرة صورتين هما: الغرامات ودفع كفالة حسن التنفيذ، وقد منحت عقود البوت للدولة المضيفة في الواقع العملي على غرار ما تضمنه العقد المبرم في سوريا بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفسكوم، وأيضاً في مصر لإنشاء مطارات: العلمين، ورأس سدر، ومرسى علم، وعقد كهرباء سيدي كرير،⁴ بهدف ضمان تنفيذ العقد في مواعيده لضمان سريان المرافق العامة بانتظام واطراد،

¹ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 199.

² - سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 267.

³ - خليل إبراهيم عبد الظالمي، المرجع السابق، ص 43.

⁴ - محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 205، 206.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

بالنسبة للغرامات هي عبارة عن مبالغ مالية عادة ما تحدد بشكل دقيق في العقد في كل حالة لا يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته أو التأخر فيها بتوقيعها عليه، وإذا لم يتم تحديدها وهذا ما لا يتعين أن يكون في عقود البوت فقد جرى العمل على اللجوء لقانون الصفقات العمومية باعتباره يحكم العقود الإدارية لتغطية هذا النقص،¹ المشرع الجزائري لم يتصدى لهذا الأمر في انتظار صدور التنظيمات الخاصة بتفويض المرافق العامة، لذا يمكن تطبيق ما جاء في قانون الصفقات العمومية.²

بالنسبة لكفالة حسن التنفيذ حددها المشرع بنسبة تتراوح بين 5% و 10% من مبلغ الصفقة وأورد استثناءات عليها،³ وقد استقر القضاء الإداري على أن حق الإدارة في مصادرة مبلغ الضمان لا يحرمها من المطالبة بالتعويض إذا كانت أضرار عدم التنفيذ للالتزامات تتجاوز مبلغ الضمان.⁴

2. سلطة إنهاء العقد

قد يتضمن العقد أو تنص القوانين أو اللوائح على حق الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وهذا الحق مرتبط بدواعي المصلحة العامة،⁵ وفي عقود البوت يتصور لجوء الدولة المضيفة لإنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا لم تقم شركة المشروع ببناء المرفق العام بالشروط المتفق عليها، أو أن الخدمات لا تقدم بانتظام، وهناك حالات أخرى أوردتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يمكن الاستئناس بها من قبل الدول المضيفة لتحديد حالات الإنهاء.⁶

لقد أوجب المشرع الجزائري توجيه إعدارين للمستفيد من الامتياز (شركة المشروع في عقود البوت) في حال عدم احترامها للبنود الواردة في دفتر الشروط برسالة موصى عليها مع إشعار بالإستيلام

¹ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 71.
² - نص المشرع في المادة 1/147، 2، 3 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العمومي، المشار إليه سابقا، على أنه يمكن أن تنجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الأجل المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به.
تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفية فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفتر الشروط المذكورة في المادة 26. باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية، تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة.
³ - بالنسبة للصفقات العمومية التي لا تبلغ الحدود المنصوص عليها في المطات 1 إلى 4 من المادة 184 يحدد مبلغ كفالة حسن التنفيذ بنسبة تتراوح بين 1% و 5% من مبلغ الصفقة.
⁴ - في حالة الصفقات العمومية للأشغال التي تبلغ الحد المنصوص عليه في المطة 1 من المادة 184 يمكن أن تكون اقتطاعات حسن التنفيذ بنسبة 5% من مبلغ كشف الأشغال بديلا لكفالة حسن التنفيذ، ويجب النص على هذه العملية في دفتر الشروط، ويحول الرصيد المكون من مجموع اقتطاعات حسن التنفيذ إلى اقتطاع ضمان لدى الاستلام المؤقت للصفقة.
⁵ - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 72.
⁶ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 498.
⁶ - من بين هذه الحالات: - عندما لا يعود من الممكن أن يتوقع بشكل معقول من صاحب الامتياز أن يكون قادرا على تنفيذ التزاماته أو مستعدا لتنفيذها من جراء إفسار أو إخلال جسيم أو غير ذلك، ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، شريطة دفع تعويض استنادا لما هو محدد في عقد الامتياز، بسبب لوعبة الأسباب اقترحت اللجنة إضافة كلمة "قاهرة لأسباب"، وكذا لأسباب أخرى يمكن للدولة المضيفة إدراجها في قانونها.
- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من قبل القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، المرجع السابق، ص 62، 63.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لكن دون جدوى وتباشر الجهات القضائية المختصة إجراء إسقاط الحق،¹ وفي كل حالة يتم الفسخ بسبب عدم إتمام المشروع بعد منح شركة المشروع أجلا إضافيا يتراوح بين سنة وثلاث سنوات يتعين أن تدفع الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة² التي قامت بها شركة المشروع على القطعة الأرضية دون أن يتجاوز ذلك قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة مع اقتطاع نسبة 10% على سبيل تعويض،³ وهذا الأمر لا يتصور وجوده في عقد الامتياز لأن صاحب الامتياز لا يقوم إلا بتسيير المرفق الموجود أصلا.

تكون سلطة إنهاء عقد البوت دون تعويض شركة المشروع في كل حالة تقوم فيها بإنجاز البنايات في الأجل المحدد دون مطابقتها للبرنامج المحدد أو رخصة البناء، وكذلك في حالة عدم إنجاز المرفق في الآجال المحددة مع عدم مطابقة البنايات مع البرنامج المحدد و/أو رخصة البناء، وفي كل حالة يصدر فيها حكم قضائي بهدم البنايات يتعين على شركة المشروع وبنفقتها الخاصة إعادة القطعة الأرضية محل الامتياز لما كانت عليه من قبل.⁴

نشير في هذا الصدد إلى أن سلطة الدولة المضيفة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قد اختلفت فيها التشريعات المقارنة، فهناك من اشترطت لإنهائه الحصول على قرار قضائي نهائي وهناك من ربطت ممارسته بالتعويض، والمشرع الجزائري جعل من هذه السلطة جزاء لإخلال المتعاقد معها بالتزاماته العقدية،⁵ مع إلزامه الدولة بدفع تعويض مستحق له مقابل ما قام به على الأرض المقدمة له،⁶ لأنها ستزيد من قيمتها، كما نص أيضا على أنه يمكن للدولة أن تقوم بمنح مدة إضافية للملتزم ما بين سنة إلى 3 سنوات تحتسب حسب أهمية المشروع لإتمام مشروعه الاستثماري،⁷ لكننا نرى بأن هذا الأمر سلبي في عقود البوت لأنها عبارة عن ثلاث مراحل متتابعة التأخر في المرحلة الأولى سيؤدي للتأثير على المراحل الأخرى ومن ثم طول مدة العقد ومن ثم تأخر عملية نقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة.

¹ - المادة 2/16 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

² - مقابل فائض القيمة تحده مصالح أملاك الدولة المؤهلة إقليميا.

³ - المادة 4/16 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 6/16، 7، 8 من نفس نموذج دفتر الشروط.

⁵ - فنص على سبيل المثال في المادة 1/30 من دفتر الأعباء النموذجي لامتياز الطرق السريعة، المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المشار إليه سابقا، أنه: "تلغى الرخصة أو امتياز استعمال الموارد المائية دون تعويض بعد إقرار يوجه لطالب الرخصة أو الامتياز في حالة عدم مراعاة الشروط والالتزامات المترتبة على أحكام هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه وكذا الرخصة أو دفتر الشروط".⁵ كما نص أيضا: "يتحمل صاحب الامتياز سقوط حقوقه بسبب عدم استئناف تأدية الخدمات إذا ما توقفت وبسبب عدم الوفاء بالتزاماته التي يفرضها دفتر الأعباء هذا...".

⁶ - المادة 12 من الأمر رقم 04/08، المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

⁷ - المادة 1/12 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

الفرع الثاني:

التزامات الدولة المضيفة

ترتب عقود البوت على الدولة المضيفة التزامات قسمها الفقه لقسمين التزامات تقع عليها باعتبار عقود البوت عقوداً إدارية، والتزامات أخرى ذات طبيعة خاصة،¹ أما الأولى فهي متعلقة باحترام الدولة لما تضمنه العقد من بنود سواء كانت صريحة أو ضمنية فيما يتعلق بالمدد المحددة في العقد لبدء التنفيذ وموعد تسليم موقع الأعمال التي ستنتج... الخ، كما أن التزامها هذا يمتد ليشمل ما يعد من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام،² كما أنه يتعين على الدولة المضيفة أن تقوم بتنفيذ العقد بمجرد إبرامها له، وإعادة التوازن المالي للعقد، فصل في هذه الالتزامات على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بتنفيذ عقود البوت بحسن نية

قبل تفصيلنا في هذا الالتزام نشير إلى أن غالبية الفقهاء والكتاب يجعلون من الالتزام بتنفيذ العقد بحسن نية التزاماً فقط على الدولة المضيفة، وكأنهم يجزمون أن الدول المضيفة فقط من تخل بحسن النية في التزاماتها، مع أننا نرى بأنه التزام مترتب على طرفي العلاقة التعاقدية، ونرى أنه في مجال دراستنا يكون بشكل أكبر على شركة المشروع لا على الدولة المضيفة، لأنها من ستقوم بتنفيذ العقد انطلاقاً من بناء المرفق العام وتزويده بالتكنولوجيات اللازمة لتشغيله... الخ.

لما كانت دراستنا متعلقة فقط بالالتزام الدولة المضيفة بتنفيذ عقود البوت بحسن نية دون التزام شركة المشروع، نقول أنه على الدولة المضيفة وهي تمارس سلطاتها الالتزام بمبدأ حسن النية،³ والذي يعد من المبادئ في القانون، لاسيما الروابط العقدية حيث أن الأصل في تنفيذ العقد هو أن يتم وفق البنود والشروط المتفق عليها وأن ينفذ وفق مبدأ حسن النية في التعامل،⁴ ويقتضي هذا الأخير عدم الانحراف عن السلوك المعتاد أو المألوف، وكل خروج عنه يعد إخلالاً بهذا المبدأ ومن ثم خطأً عقدياً يمكن المتعاقد من الحصول على تعويض جراء الضرر الذي لحقه، وكل إخلال بمبدأ حسن النية في التعامل سيؤدي لفقدان حقوقها إذا ما لجأ المتعاقد معها للتحكيم، ومثال على ذلك قضية AMCO ضد حكومة أندونيسيا

1- محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 380.

2- نفس المرجع، ص 381.

3- في تعريف حسن النية ظهر معياران، وفق المعيار الذاتي: هو وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد الآخر ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة على حساب...، ولا يقال عن متعاقد بأنه حسن النية وفقاً لهذا المعيار إذا بانتفاء سوء النية عنه والمتمثلة في الخطأ العمد والغش والتعسف في استعمال الحق بسوء نية والخطأ الجسيم باعتباره ملحقاً بالخطأ العمد، ويقصد بحسن النية وفقاً للمعيار الموضوعي: أن تكون هناك أحداث طارئة أثناء تنفيذ العقد تجعل التنفيذ مستحيلاً، مثال ذلك: الحدث الطارئ إذا لم يكن متوقعاً ولم يكن سبباً في حدوثه من قريب أو بعيد ولم يستطع دفعه لأنه سبب أجنبي عنه، ومن ثم فعنصري السبب الأجنبي هما عدم توقع الحادث وعدم استطاعة دفعه.

- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، د ب ن، الطبعة الأولى، 1974، ص ص 27، 31، و ص ص 141، 142.

4- أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 76.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

وتتلخص وقائعها في حصول شركة AMCO وشركتان أخريين الحق في الاستثمار في هذه الأخيرة وذلك بإقامة فندق وإدارته لمدة 30 سنة وكان ذلك سنة 1968، غير أنه في سنة 1980 قامت حكومة إندونيسيا بالاستيلاء على الفندق بإجراء عسكري مسلح وسحبت الاستثمار من الشركات الثلاثة، وهو ما دفع بشركة AMCO للجوء للتحكيم والمطالبة بالتعويض، وقد أرجعت الحكومة الإندونيسية سبب السحب لعدم قيام هذه الشركات بالحد الأدنى من الاستثمار، وانتهت محكمة التحكيم إلى أن الظروف المحيطة باتخاذ القرار من قبل السلطات الإندونيسية تجعل التصرف غير مشروع، وأن القرار مشوب بسوء النية وهو الأمر الذي ترى معه المحكمة عدم التعرض لمشكلة عدم كفاية الاستثمار.¹

الالتزام بتنفيذ عقد البوت بحسن نية لا يقتصر على ما ورد فيه، بل يتعداه لمستلزماته أيضا وفقا للقانون والعرف والعدالة، وتقدير مدى توافر مبدأ حسن النية يخضع للسلطة التقديرية للهيئة التي تنظر في النزاع والتي قد تكون القاضي الإداري في الدولة المضيفة إذا نص على اختصاص هذا الأخير في الفصل في المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ العقد، أو المحكم الذي ينظر في النزاع إذا ما تم إسناد مهمة الفصل في المنازعات التي تثور للتحكيم بدلا عن القضاء الرسمي للدولة المضيفة.

ثانيا: الالتزام بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية

يتعين على الدولة المضيفة تقديم كل التسهيلات لشركة المشروع التي تساعد في تنفيذ العقد المبرم بينهما، وتغطية كل الثغرات القانونية التي يمكن أن تحول دون استمرار تنفيذ العقد بشكل صحيح،² بدء بتسهيل إجراءات حصولها على التراخيص اللازمة لعملها، بعد أن تكون الدولة المضيفة قد سلمته موقع إنجاز المرفق العام خاليا من كل العوائق تحول دون استلام شركة المشروع له، لأن أي تأخير سيؤدي لإلحاق أضرار بهذه الأخيرة، وهو ما يمكن أن يؤدي لقيام نزاع بين الدولة المضيفة وشركة المشروع وقيام مسؤوليتها العقدية،³ وقد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في تقريرها المتعلق بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بإجراء تعديل لنص المادة المتعلقة بالحصول على موقع المشروع في مشروع الحكم النموذجي " على السلطة المتعاقدة أو أي سلطة عمومية أخرى بموجب أحكام القانون وعقد الامتياز (أن تحصل على) (أن توفر لصاحب الامتياز)، وأن تساعد حسب الاقتضاء في الحصول على الحقوق ذات الصلة بموقع المشروع، بما في ذلك حق ملكيتها حسبما قد يلزم لتنفيذ المشروع"، وفي تعديل هذا النص اتفق الفريق العامل على تغيير النص السابق واستبدال ما بين قوسين

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 154، 159.

² - أحمد رمضان صبحي الشرايعه، المرجع السابق، ص 74.

³ - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 355.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

ب: "الحصول على الحقوق ذات الصلة بموقع المشروع".¹

من بين التسهيلات التي تقدمها الدولة المضيفة لشركة المشروع: التسهيلات الائتمانية، وقد تمنحها بعض امتيازات السلطة العامة... الخ،² وهناك من يضيف نوعاً آخر من التسهيلات متعلقة بتخصيص بعض الأموال العامة أو الخاصة المملوكة للدولة المضيفة ووضعها تحت يد شركة المشروع،³ لكننا نرى أن هذا أحد التطبيقات الخاطئة والشائعة في عقود البوت، التي هي في الأساس عقود تمويلية، لأن شركة المشروع هي من تتحمل كل أعباء التمويل في مرحلة البناء والتشغيل، وعلى الدول التي تنص على هذا التسهيل إعادة النظر في هذا النقطة وتجاوز تأثيرها بعقود الامتياز، وتعد هذه المزايا الممنوحة لها في العقد شروطاً تعاقدية لا يجوز للدولة المضيفة أن تقوم بتعديلها/ إلغائها بإرادتها المنفردة بل تتطلب موافقة شركة المشروع عليها وكل مخالفة لذلك ترتب على الدولة المضيفة المسؤولية.⁴

إذا تضمن عقد البوت بنوداً تقضي بقيام الدولة المضيفة بتزويد شركة المشروع بمواصفات وبيانات، فإنه يتعين عليها أن تقوم بتزويدها بها حتى لا يتأخر في البدء بأعمال البناء، وفي الواقع العملي اشترط في بعض عقود البوت قيام الدولة المضيفة بتقديم آلات أو مواد أولية تستخدم في مشروع المرفق العام، وإن كانت عقود البوت في الغالب ما تقوم شركة المشروع بالاعتماد على كل وسائلها الخاصة في تنفيذ المشروع في كل مراحله.

في الواقع العملي هناك عقود بوت نصت صراحة على قيام الدولة المضيفة باستصدار التصاريح والتراخيص اللازم للبدء في تنفيذ أشغال بناء المرفق العام،⁵ وفي حقيقة الأمر حتى لو لم يتضمن العقد هذا النص في بنوده يتعين على الدولة المضيفة القيام به، لأن من مصلحتها أن لا تكون هناك عقبات تحول دون البدء في تنفيذ العقد، وهذا ضمان لتنفيذ العقد خلال المدة المتفق عليها وانتقال ملكية المرفق العام للدولة، وقد أوكل المشرع الجزائري مهمة الإعلام هذه والمساعدة وتسهيل القيام بالإجراءات التأسيسية للشركات للوكالة وطنية لتطوير الاستثمار.⁶

ثالثاً: الالتزام بتوفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال مشاريع البوت

غالباً ما تكون عقود البوت التي تبرمها الدولة المضيفة لإنجاز مرافقها العامة عقوداً دولية، أي مبرمة مع مستثمرين أجانب بالنظر لضخامة الاستثمارات التي تحتاجها هذه العقود والتي يتكفلون بها لغاية آخر

¹ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، المرجع السابق، ص 51.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 201.

³ - نفس المرجع، ص 201.

⁴ - سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 270.

⁵ - أحمد رمضان صبحي الشرايعة، المرجع السابق، ص 75.

⁶ - المادة 26 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

مرحلة، ومن هنا يتعين على الدولة المضيفة تهيئة منظومتها القانونية لتوفير مناخ استثماري ملائم لهم حتى يقبلوا على هكذا مشاريع، كما أن الاتفاقيات الثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار تتضمن النص على الضمانات المكفولة للمستثمرين الأجانب، ويتم النص عليها صراحة في بنود العقد المبرم مع الدولة المضيفة.

البداية في توفير المناخ القانوني الملائم لانتشار عقود البوت هي ضبط النصوص القانونية حتى لا تكون هناك أي إعاقة لدور القطاع الخاص في مشاريع المرافق العامة والبنية التحتية¹ وهذا سيضمن انتقال دور الدولة من ممثل ومحتكر لهذه المشاريع لمنظم لها، لأنه لا يتصور أن يكون لجوء الدولة لعقود البوت ناجحا ومؤديا للدور الذي من أجله اختارته كأسلوب تعاقدية دون أن تكون هناك نصوص قانونية تسمح بملكية القطاع الخاص وتمويل مرافق الدولة وتشغيلها، وهنا أشارت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى أن وجود بيئة قانونية ملائمة للاستثمارات الخاصة طويلة الأجل، متعلقة بوضع إطار قانوني للاستثمارات الخاصة مع إقامة أجهزة إدارية تكون منوطة بتنظيم مهمة إصدار التراخيص المطلوبة لهذه العملية، على أن يحترم في ذلك الوقت اللازم والموضوعية اللازمة².

يدخل في إطار توفير المناخ القانوني الملائم التزام الدولة بتوفير الحماية القانونية لشركة المشروع ولكل الاستثمارات التي تقوم بإنجازها على أرضها، وهذا لن يتأتى واقعا ما لم تنص القوانين الخاصة بالاستثمار على مواد تقر بهذه الحماية لأن هذه الأخيرة هي الانعكاس لسياسات الدولة اتجاه المستثمرين، ومن بين صور هذه الحماية المكفولة في الجزائر ما يلي:

1. الحماية القانونية لملكية شركة المشروع المستثمرة

لن تشجع أي شركة مشروع على إنجاز المرفق العام ما لم تضمن الدولة حماية لمليكتها، لأنها تموله من مرحلة البناء لغاية نقل ملكيته للدولة وهي استثمارات ضخمة، فتحميها من المصادرة³ ونزع الملكية⁴

¹ - SHRESTHA Santish Kumar, Op. cit, p 141.

² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 5.
³ - عرفت المصادرة على أنها: "من المخاطر غير التجارية التي ترمي إلى جرمان المالك من ملكيته، دون أن يكون مقابل لذلك أي تعويض".
- هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1977، ص 21.
عرف المشرع الجزائري المصادرة في المادة 15 من الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14، المؤرخ في 4 فيفري 2014، ج ر عدد 7. بأنها: "...الأبلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، غير أنه لا يكون قابلا للمصادرة محل السكن اللازم لإيواء الزوج والأصول والفروع من الدرجة الأولى المحكوم عليه إن كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة، بشرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا بطريق غير مشروع، المداخل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاده المحكوم عليه إن كانوا يشغلونه فعلا عند معاينة الجريمة بشرط أن لا يكون هذا المحل مكتسبا بطريق غير مشروع المداخل الضرورية لمعيشة الزوج وأولاد المحكوم عليه وكذلك الأصول الذين يعيشون تحت كفالته...".
من خلال ما سبق يتضح أن المصادرة إجراء تمارسه الدولة بموجب السلطة العامة في الحالات التي يتعدى فيها المستثمر على القانون بارتكابه لجناية في المجال الجنائي أو المصرفي تكيف على أنها مخالفات لقواعد القانون الاقتصادي، بناء عليها يتم حرمانه من ملكية العقار أو المنقول جبرا لإتمام العقوبة المحكوم بها عليه وتؤول كلها للدولة.

راجع في هذا الصدد: أحسن بوسفيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، د ط، 2002، ص 237.
⁴ - عرف المشرع الجزائري نزع الملكية للمنفعة العمومية بأنه: "...طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا انتهاج كل الوسائل الأخرى لنتيجة سلبية. =

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أو التأميم¹، فإنشاء الاستثمار الأجنبي يعني بالضرورة خلقا لملكية جديدة هي ملكية المشروع الاستثماري فتكون بذلك العلاقة بين الحماية القانونية للملكية العقارية أو الفكرية للمستثمر الأجنبي وبين الحماية القانونية للاستثمار طردية لأن الحماية الأولى كافية لضمان حماية للثانية.²

أ. الحماية القانونية من التأميم

كان حق الدولة المتعاقدة في التأميم محل خلاف واهتمام من الفقهاء والمحكمين لأنه مهدد لمصالح المستثمرين الأجانب، وكان محل مناقشة في مجمع القانون الدولي الذي شكل لجنة مناقشة حول " التأميم" ونصت المادة 5 من هذا المشروع على أن: " التأميم عمل سيادي من جانب واحد يجب أن يحترم الالتزامات العقدية سواء تضمنتها معاهدة أو عقد"، ويرى الفقيه Rolin أن هذا النص "ثورة على المبادئ المستقرة"، واعتبر عقود الدولة تستمد صلاحيتها من القانون الوطني ومن ثم فهي تخضع لسلطة الدولة المتعاقدة، وكل عمل يجعل من هذه الأعمال تسمو لتصبح كمعاهدات يتعارض مع الفكرة الأساسية التي تعكسها كتابات Jeze والتي مفادها أن عقود الامتياز تعد من عقود القانون الداخلي، وأدت المناقشات لرفض المادة الخامسة من المشروع.³

لقد صدرت العديد من الأحكام القضائية تتناول التأميم لن نستعرضها لكثرتها وعدم صلتها المباشرة بعقود البوت وإن كانت متعلقة بعقود الامتياز، وقد أصبح حق الدولة في التأميم من الحقوق الثابتة لها بصور قرارات الأمم المتحدة المتعلقة بالسيادة الدائمة على الثروات الطبيعية، والتي اعتبرت قرارات التأميم ما هي إلا إجراء من قبل الدولة للتعبير عن سلطاتها للمحافظة على مصادرها الطبيعية، وعلى الدولة في حالة التأميم تعويض شركة المشروع،⁴ وقد تعرضت بعض الأحكام التحكيمية على غرار تحكيم قضية Texaco لهذا الأمر، و تتلخص وقائعها في إبرام الحكومات الليبية في الفترة الممتدة بين ديسمبر 1955 وأفريل 1971 مجموعة من عقود الامتياز لصالح California Asiatic Oil Company

= ... لا يكون نزع الملكية ممكنا إلا إذا جاء تنفيذًا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية.

- المادة 2 من القانون رقم 11/91، المؤرخ في 27 أفريل 1991، المتضمن القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 248/05، المؤرخ في 10 يوليو 2005، ج ر عدد 48.

أما فقهاء فقد عرف نزع الملكية بأنه: "الإجراء الذي تتخذه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة لنزع ملكية أموال عقارية مملوكة لأشخاص خاصة تحقيقًا لنوعي الصالح العام، بموجب قرار إداري يصدر من الجهة المختصة".

- عمر هاشم محمد صدقة، المرجع السابق، ص 33.

¹ - عرف التأميم بأنه: "عمل يتم بدافع من المصالح العامة العليا، لإقامة منشآت اقتصادية مملوكة للدولة لتحقيق المصلحة العامة مقابل تعويض، ويعتبر المصدر الأساسي لكسب الملكية الاشتراكية، ويرجع ذلك إلى الغرض من النظام الاشتراكي وهو نقل الملكية الفردية إلى يد الشعب بأسره عن طريق جعلها ملكية اشتراكية للدولة كلها".

- أسامة عثمان، أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، د، ص 39.

² - حسين نواره، "الحماية القانونية لملكية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 16 ماس 2013، ص 5.

³ - محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص 117.

⁴ - نفس المرجع، ص ص 118، 119.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

Texaco, Overseas Petroleum Company¹، وفي سنة 1973 أصدرت الحكومة الليبية القانون رقم 1973/66 الذي أعلنت بمقتضاه تأميم 51% من الشركتين السالفتي الذكر، دون باقي الشركات الأجنبية المتمتعة بعقود الامتياز في مجال البترول، ونص القانون على تعويضهم بواسطة لجنة تتشكل من ثلاثة أشخاص تقوم الحكومة الليبية بتعيينهم، ونص كذلك على إنشاء لجنة تقوم بحصر أموال هاتين الشركتين تمهيدا لنقل ملكيتها للهيئة الوطنية للبترول، وهنا أخطرت الشركتين الأمريكيتين الحكومة الليبية باللجوء للتحكيم لفض النزاع القائم بينهما، وقامت بتعيين محكم من ولاية نيويورك، وامتنعت الحكومة الليبية بتعيين محكم خلال المدة المحددة كما جاء في العقد، وأعربت عن رفضها لطلب الشركتين.

هنا لجأت الشركتين لمحكمة العدل الدولية وقدمتا طلبا لرئيسها من أجل تعيين محكم للفصل في المنازعة الناشئة، وهنا قام هذا الأخير بتعيين الأستاذ Jean René Dupuy كمحكم، وهنا تساؤل هذا الأخير فيما إذا كان اتخاذ إجراءات التأميم يعد تنصلا من تنفيذ العقد أم لا؟² واعتبر الأستاذ Dupuy أن فكرة السيادة لا تعفي ليبيا من الشرط الذي وافقت عليه في العقد المتعلق بعدم المساس بالعقد دون موافقة الشركة الأمريكية، وأن التأميم القانوني يصبح غير مشروع إذا خالف تعهدا دوليا التزمت به الدولة في عقد مدول، مؤكدا انه لا يوجد أحد ينكر أن التأميم تعبير عن سيادة الدولة المقرر بموجب القانون الدولي، إلا أن هذه السيادة لا تخولها انتهاك التزاماتها الدولية في عقد مدول.³

الملاحظ على التحكيم السابق أن المحكم أنزل العقد الدولي منزلة المعاهدة الدولية⁴ ربما لأن وظائف هذه الأخيرة أصبحت تغطي كل مجالات العلاقات الدولية الحكومية شاملة: الاتفاقيات السياسية والتحالفات العسكرية والعلاقات الاقتصادية والتجارية والمالية والدبلوماسية والقنصلية وإنشاء المنظمات الدولية والتسويات الإقليمية... بين الدول،⁵ وهذا أمر خاطئ، كما أن قيام ليبيا بالتعويض ينفي الإخلال بالتزام تعاقدي لا التزام دولي كما بينه الأستاذ.

لقد تعرض الفقه لدراسة مسألة هامة أخرى متعلقة بمدى سلطة المحكم في التعرض لمدى مشروعية قرارات التأميم، فغالبية الدول التي كانت طرفا في التحكيم رفضت خضوع قرارات التأميم للتحكيم،

¹ - وقد تضمنت كل هذه العقود نصوصا صريحا يقضي باتخاذ الحكومة الليبية كافة القواعد الضرورية من أجل ضمان تمتع الشركة بكل الحقوق التي يخولها لها هذا الاتفاق، ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف، وقد تم تفسير هذا الاتفاق أن تعديل أو إلغاء للقوانين الحاكمة للبترول لا يؤثر على الحقوق الناجمة عن العقد والتي تقررت للشركة بمقتضاها، طالما تمت دون رضاها، وقد تم تعديل قانون البترول الليبي أكثر من مرة، ويقابله في كل مرة تعديل في الشروط التعاقدية باتفاق الطرفين.

² - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2001، ص ص 52، 60.

³ - محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص 120.

⁴ - والتي تعرف بأنها: "اتفاق مكتوب بين الدول والمنظمات الدولية أو بين الدول وحدها أو بين المنظمات وحدها، وتنشئ التزامات وحقوقا وفقا للقانون الدولي، والعلاقات المتحصرة بين الدول والمنظمات لا يمكن تصورهما دون هذه الاتفاقات".

- علي إبراهيم الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، د ط، 1998/1997، ص 7.

⁵ - نفس المرجع، ص 9.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

واتفقوا على أن اختصاص المحكم في هذه المنازعات متعلق فقط ببحثه في مدى كون التعويض مناسباً لجبر الضرر الحاصل أم لا؟ لأن خروجه عن ذلك يعني دخوله في إطار سياسي خارج عن دائرة اختصاصه.¹

حماية من المشرع الجزائري لحق الملكية من إجراءات التأميم نص على عدم جواز القيام به إلا بموجب نص قانوني، وأحالنا للتنظيم فيما إجراءات نقل الملكية والكيفية التي يتم بموجبها التعويض.²

ب. الحماية القانونية من المصادرة ونزع الملكية

كفل المشرع الجزائري الحماية القانونية للملكية الفردية وجعل منها مبدعاً دستورياً،³ كما نص صراحة في قانون ترقية الاستثمار على أنه: "زيادة على القواعد التي تحكم نزع الملكية لا يمكن أن تكون الاستثمارات المنجزة موضوع استيلاء إلا في الحالات المنصوص لها في التشريع المعمول به. يترتب على هذا الاستيلاء ونزع الملكية تعويض عادل ومنصف".⁴

كما أن أحكام القانون المدني نصت على أنه: "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".⁵

نشير هنا إلى أنه بالإضافة للحماية القانونية المكرسة للملكية العقارية في القوانين الداخلية، كرس أيضاً في الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي أبرمتها الجزائر مع الدول التي تربطها مع رعاياها عقود استثمار أجنبية لتحديد حالة الأشخاص الأجانب ومراكزهم القانونية،⁶ وهو ما يعزز من الحماية القانونية المقررة للاستثمارات الأجنبية وتكملها.

2. الحماية القانونية للعقد

حماية للعقد نص المشرع الجزائري على ضمان ثبات العقد وعدم المساس به، وهو ما سيضمن راحة نفسية لشركة المشروع في عقود البوت، لتوفر بيئة استثمارية مشجعة لهم، إذ نص على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة".⁷

¹ - محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص 124، 125.
² - المادة 678 من القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 ماي 1988، المعدل والمتمم لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر 78.
³ - تنص المادة 22 من القانون رقم 01/16، المتضمن التعديل الدستوري، المشار إليه سابقاً على أنه: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض عادل ومنصف".
⁴ - المادة 23 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقاً.
⁵ - المادة 1/677، 2 من الأمر رقم 58/75، المعدل والمتمم، المتضمن ق. م المشار إليه سابقاً.
⁶ - حسين نوار، المرجع السابق، ص 26.
⁷ - المادة 22 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

لضمان حماية قانونية للعقد من قبل شركة المشروع في مواجهة الدولة المضيفة، عادة ما تدرج شرطين أساسيين هما: شرط الثبات التشريعي وثبات العقد، حرصا منها على استمرارية عقود البوت وغيرها من العقود التي تدوم لفترة زمنية طويلة، بما يحول دون تدخل الدولة المضيفة واستعمالها لسلطاتها العامة لاسيما ما تعلق منها بالمصادرة والتأميم كما سبق بيانه.

ظهر شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية الدولية في الستينات وفي عقود التجارة الدولية منذ الثلاثينات،¹ وتم إقراره قضائيا إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يستمد منه الأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وبموجبه تجرد سلطات الدولة المضيفة لصالح المتعاقد الأجنبي معها في التعديلات التشريعية لاستقرار الرابطة العقدية على حالتها وقت التعاقد، من جهة أخرى فقاعة تنازع القوانين في العقود الدولية هي قاعدة قانون الإرادة، والقانون المختار من أطراف العلاقة التعاقدية هو الذي يحكم العقد، ومن ثم فأى تغيير فيه يخرج عن تلك الإرادة فهو أمر غير مقبول في العقود الدولية.² لقد درج العمل على أن يأخذ شرط الثبات التشريعي صورتين، فإما أن يكون مادة في العقد المبرم أو شرطا واردا في احد تشريعات الدولة على غرار ما أبرزناه بالنسبة للمشرع الجزائري، لكن الفقه اختلف في تكييف الطبيعة القانونية لها فظهر اتجاهان:

الاتجاه الأول: يرى أنها شروط تغيير من طبيعة القانون الواجب التطبيق على العقد، ويتحول لمجرد شرط تعاقدى، ومن ثم فكل التعديلات التي تطرأ على قانون العقد لا تسري عليه، لأن القانون فقد صفته كقانون للعقد وأصبح غير معبر عن إرادة المشرع، وإنما معبرا فقط عن إرادة الأطراف، لكن في حالة إغفال الأطراف المتعاقدة تحديد القانون الواجب التطبيق فلا مجال للحديث عن هذا التحول.

الاتجاه الثاني: يرى أن شرط الثبات يعمل فقط على توقيف سريان القانون الجديد الصادر بعد انعقاد العقد، دون أن يكون هناك تغيير في طبيعة القانون الذي يظل قواعد قانونية بالمعنى الفني لها، ما لم يكن هذا القانون متعلقا بالنظام العام ويحوي قواعد أمرة، وبرروا موقفهم هذا على أساس أن مبدأ سلطان الإرادة ينتهي دوره بمجرد اختيار القانون الواجب التطبيق، لذا لا يمكن أن يدمج القانون في العقد لأنه خارج عن إرادة الأطراف والسلطة التشريعية هي المختصة بفرضه على المخاطبين به.³

أثار إدراج شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد جدلا فقهيًا وقضائيا، لوجود تنازع بين مبدأين أساسيين في العقود: مبدأ سيادة الدولة في العقود الإدارية ومبدأ الحرية التعاقدية والمساواة في الحقوق

¹ - وكانت محكمة النقض الفرنسية قد قبلت به كشرط في حكم صادر عنها في 15 ماي 1935

² - محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص ص 150، 151.

³ - نفس المرجع، ص ص 158، 159.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

والالتزامات المستقر عليه في عقود التجارة الدولية بصفة خاصة وعقود القانون الخاص بصفة عامة فيرى:

الاتجاه الأول: أن هذه الشروط متفقة مع الحرية التعاقدية للأطراف، تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن هذا المنطلق يتعين أن يكون القانون الذي يطبق على هذا العقد غير قابلاً للتعديل بسلطة أي من الأطراف، وبذلك فالقانون هنا يتمتع بذاتية واستقلالية على أي قانون آخر.

نرى أن الأسانيد التي استند إليها أنصار هذا الاتجاه تجاهلوا نقطة هامة، وهي أن تحديد نطاق سريان القاعدة القانونية من حيث الزمان وهو من اختصاص الدولة، وبمجرد اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق على العقد تنتهي إرادتهم.

الاتجاه الثاني: يرى أن هذه الشروط غير متفقة مع مبدأ سيادة الدولة، ومن ثم فهي لا تشكل أي قيد على الدولة وعلى سيادتها في التعديل بالإرادة المنفردة، شريطة أن يكون ذلك بهدف تحقيق المصلحة العامة مع ضمان التعويض العادل للأجنبي، واستندوا في ذلك لحق الدولة في التأميم ومراجعة العقد.

الاتجاه الثالث: حاول خلق موازنة بين الاتجاهين السابقين، ويرى أنصاره أنه من الضروري التمييز بين حالتين، في الأولى يكون العقد متمركزاً في القانون الوطني وهو القانون الواجب التطبيق، فإن شرط الثبات التشريعي وثبات العقد خاضعة للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، ويسري عليه ما يسري على باقي شروط العقد كما تسري عليه التعديلات التشريعية بأثر فوري، في الثانية يكون العقد متمركزاً في القانون الدولي ويستمد قوته منه فإنه القانون الواجب التطبيق، وهذا الأخير هو من يحدد القوة الملزمة لشرط الثبات التشريعي والالتزامات والآثار المترتبة على مخالفتها وعدم احترامها، ومتى أدرجت الدولة هكذا شرط في عقودها مع علمها أنه محظور في قوانينها الوطنية فإنها تكون سيئة النية وهذا الأمر يحرك مسؤوليتها الدولية.¹

نرى أن هذا الاتجاه تبنى الازدواجية في موقفه بالنسبة لهذه الشروط، وهذا أمر غير منطقي لاسيما وأنه في الحالة الثانية كأنه يجرد الدولة من سيادتها فقط لان العقد وفقهم متمركز في القانون الدولي.

3. الحماية القانونية ضد التمييز

أكد المشرع الجزائري أن المستثمرين الأجانب مكفولون بحماية ضد مختلف أشكال التمييز ويعاملون بنفس الطريقة التي يعامل بها المستثمرون المحليون في قوانين الاستثمار، ونص صراحة على ذلك الأمر رقم 03/01،² إلا أننا لا نجد نصاً مماثلاً في قانون ترقية الاستثمار الحالي ما يؤكد مساواة تامة بين

¹ - محمد عبد العزيز علي بكر، المرجع السابق، ص ص 160، 164.
² - تنص المادة 14 من الأمر رقم 03/01 المشار إليه سابقاً (ملغى) أنه: "يعامل الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجبات ذات الصلة بالاستثمار، - يعامل جميع الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب نفس المعاملة، مع مراعاة أحكام الاتفاقيات التي أبرمتها الدولة الجزائرية مع دولهم الأصلية".

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

كل المستثمرين الوطنيين والأجانب.

4. ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه¹

نص المشرع الجزائري على أنه: "تستفيد من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من حصص في رأس المال في شكل حصص نقدية مستوردة عن الطريق المصرفي، ومدونة بعملة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام، ويتم التنازل عنها لصالحه، والتي تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب التكلفة الكلية للمشروع ووفق الكيفيات المحددة عن طريق التنظيم، كما تقبل كحصة خارجية إعادة الاستثمار في الرأسمال للفوائد وأرباح الأسهم المصرح بقبليتها للتحويل طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، يطبق ضمان التحويل وكذا الأسقف الدنيا المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه على الحصص العينية المنجزة حسب الأشكال المنصوص عليها في التشريع المعمول به، شريطة أن يكون مصدرها خارجياً وأن تكون محل تقييم طبقاً للقواعد والإجراءات التي تحكم إنشاء الشركات، ويتضمن ضمان التحويل المذكور في الفقرة الأولى أعلاه كذلك المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل وتصفية الاستثمارات ذات مصدر أجنبي حتى وإن كان مبلغها يفوق الرأسمال المستثمر في البداية"²، وقد حدد المشرع الجزائري كيفيات تحويل إيرادات الأسهم والأرباح وصافي الناتج عن التنازل أو تصفية الاستثمارات الأجنبية بموجب النظام الصادر سنة 2005.³

بصدور قانون النقد والقرض الساري المفعول حالياً قام المشرع الجزائري بالنص⁴ فقط على الترخيص للمقيمين في الجزائر بالقيام بتحويل رؤوس الأموال للخارج لضمان تمويل نشاطات في الخارج مكملة لنشاطاتهم المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات في الجزائر،⁵ ونص النظام رقم 03/05 على: "تستفيد الاستثمارات المحددة في المادة 2 من الأمر رقم 03/01 المؤرخ في ... والمذكور أعلاه والتي أنجزت عن طريق مساهمات خارجية من ضمان تحويل إيرادات رأس المال المستثمر وصافي النواتج الحقيقية الناجمة عن التنازل أو التصفية وفقاً لأحكام المادة 31 من الأمر 03/01..."⁶، وهنا نفرق بين

¹ - يقصد بـ"عمليات تحويل الأموال" نحو الخارج: - كل التسديدات وعمليات تحويل الأموال بما فيها ترحيل مداخل رؤوس الأموال.

- الاستردادات وحوصل التنازل ووقف الاستثمار أو التصفية. - الأتاوات والفوائد وأرباح الأسهم.
- المادة 02 من القرار المؤرخ في 1 أكتوبر 2009، المتضمن إكتتاب التصريح وبتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج، ج ر عدد 62.

² - المادة 25 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقاً.

³ - النظام رقم 03/05، المؤرخ في 6 يونيو 2005، المتضمن الاستثمارات الأجنبية، ج ر عدد 53.

⁴ - المادة 126 من الأمر رقم 11/03، المتضمن النقد والقرض، المشار إليه سابقاً.

⁵ - في قانون النقد والقرض الملغى رقم 10/90، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتضمن النقد والقرض، ج ر عدد 16، نص المشرع على تحويل رؤوس الأموال للجزائر "يرخص لغير المقيمين بتحويل رؤوس الأموال إلى الجزائر لتمويل أية نشاطات اقتصادية غير مخصصة صراحة للدولة أو المؤسسات المتفرعة عنها...". كما نص أيضاً على أنه: "يرخص للمقيمين في الجزائر بتحويل رؤوس الأموال إلى الخارج لتأمين تمويل نشاطات خارجية متممة لنشاطاتهم...". - المادتين: 183، 187 منه.

⁶ - المادة 2 من النظام رقم 03/05، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

المساهمات النقدية والعينية وذلك على النحو التالي:

أ. بالنسبة للمساهمات النقدية: اشترط المشرع أن تكون هذه الأموال النقدية المستخدمة في إقامة الاستثمار مستوردة من الخارج بواسطة عملة صعبة¹ حرة التحويل، يتم تسعيرها بانتظام من قبل بنك الجزائر على أن يتم التحقق من عملية استيرادها.

بالنسبة للمساهمات العينية: يقوم المستثمر غير المقيم بالجزائر بالمساهمة في إنجاز الاستثمار، بتقديمه لمعدات وآلات ووسائل تقنية ضرورية لذلك، وهذا النوع من المساهمات يتطلب عملية استيراد من الخارج مثبتة بالمستندات التجارية والجمركية الضرورية، وكذا التقييم الذي يقوم بإعداده خبير مؤهل، وجعل المشرع الجزائري من المساهمات العينية معفية من عملية التوطين التي هي إجبارية بالنسبة لكل عمليات استيراد السلع والخدمات²، بعد تقديم بيان من بنك الجزائر للمطابقة يثبت ورود وجود مساهمة عينية في إنجاز الاستثمار والتي يقوم محافظ بتولي تقييم هذه المساهمات العينية³.

اشترط المشرع الجزائري سابقا على المستثمرين الراغبين في القيام بعمليات إعادة تحويل لرأسماله الأصلي الذي قام باستثماره في الجزائر أو الأرباح التي تحصل عليها سواء كان ذلك لكل الأموال أو جزء منها أن يحصل على تأشيرة من بنك الجزائر⁴، لكنه الآن جعل من البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة هي من تتولى دراسات هذه الطلبات التي تكون مرفقة بمجموعة من الوثائق التي حددها⁵، وقد ميز المشرع الجزائري بين الوثائق المرفقة بالطلب فيما إذا كان هذا الأخير متعلقا بأرباح الاستثمار أم مبالغ تصفية لاستثمار، فبالنسبة للأول لا بد أن يكون مرفقا بكل الوثائق المحاسبية كالميزانية وكذا محضر الجمعية العمومية... الخ، أما الثاني فيرفق بالطلب بعقد التنازل أو التصفية المحررين في عقد رسمي⁶، ولقد نصت المادة 4 من النظام رقم 03/05 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية أن: "البنوك والمؤسسات المالية الوسيطة المعتمدة مؤهلة لدراسة طلبات التحويل وتنفيذ دون أجل التحويلات...".

¹ - " بقصد بالعملة الصعبة كل عملة أجنبية قابلة للتحويل بكل حرية والتي يقوم بنك الجزائر بتسعييرها بانتظام". - المادة 2 من النظام رقم 01/09، المؤرخ في 17 فيفري 2009، المتضمن حسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الطبيعيين من جنسية أجنبية المقيمين وغير المقيمين والأشخاص المعنويين غير المقيمين، ج ر عدد 25.

- المادة 2 من النظام رقم 02/91، المؤرخ في 20 فيفري 1991، المحدد لشروط فتح حسابات بالعملة الصعبة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين ذوي الجنسية الأجنبية المقيمين أو غير المقيمين وتشغيل هذه الحسابات، ج ر عدد 40، (الملغى)

² - المادة 3 من النظام رقم 03/91، المؤرخ في 20 فيفري 1991، المتضمن شروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها، ج ر عدد 23، المعدل بموجب النظام رقم 11/94، المؤرخ في 12 أفريل 1994، ج ر عدد 72.

³ - Note N° 07/93 du 11 Juillet 1993 relative aux importations d'équipements constituants des apports en nature dans le cadre des investissements en Algérie par des non résidents, Voir: www.bank-of-Algeria.dz/

⁴ - المادة 14 من النظام رقم 03/90، المشار إليه سابقا.

⁵ -Instruction N° 10/05, Portant dossier de transfert de produit d'investissement mixtes ou étrangers Avant son abrogation c'était : Instruction N° 03/2000, du 25 Avril 2000, Portant détermination du dossier constitutif de demande de transfert des dividendes bénéfiques et produits de la cession des investissements étrangers, Voir : www.bank-of-Algeria.dz/

⁶ - Articles 2, 4 de Instruction N° 10/05, Op.cit

الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة

أوجب المشرع التصريح بعمليات التحويل مسبقا لدى المصالح الجبائية المختصة إقليميا على مطبوعة مسلمة من طرف الإدارة الجبائية، كما أوجب اكتتاب التصريح بالأموال لدى المصالح الجبائية المختصة إقليميا بمناسبة كل عملية تحويل،¹ ويرفق التصريح بالتحويل بعدد من الوثائق حددها المشرع، تسلم للمصرح شهادة التحويل من طرف المصالح الجبائية المختصة إقليميا في أجل 7 أيام ابتداء من تاريخ إيداعه.²

4. توفير امتيازات وحوافز للمستثمرين

يدخل في إطار توفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال عقود البوت قيام الدولة بمنح امتيازات وحوافز للمستثمرين³ وقد ساوى المشرع بين المستثمرين الوطنيين والأجانب في ذلك، وقسم المزايا التي يستفيدون منها لثلاث أنواع كما سبق بيانه،⁴ عند دراستنا لحق شركة المشروع في التمتع بحوافز الاستثمار، لن نقوم بتكرارها ونحيل إليها، ويخضع الاستهلاك الفعلي لمزايا الانجاز المتعلق بالاستثمار المسجل لما يلي: القيد في السجل التجاري، حيازة رقم التعريف الجبائي، والخضوع للنظام الجبائي الحقيقي، وتكون الاستفادة من مزايا الاستغلال على أساس محضر معاينة المشروع في مرحلة الاستغلال تقوم بإعداده المصالح الجبائية المختصة إقليميا بناء على طلب من المستثمر.⁵

¹ - المادتين: 3، 4 من القرار المؤرخ في 1 أكتوبر 2009، المتضمن اكتتاب التصريح وتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج، المشار إليه.
² - وهي: - نسخة من فواتير التوطين لدى البنك أو كل وثيقة تقوم محلها تبرر موضوع التحويل، - نسخة من أمر التحويل للشريك الجزائري المتعاقد، نسخة من محاضر الجمعية العامة والقوانين الأساسية والسجل التجاري وتقرير محافظ الحسابات التي تبرر توزيع أرباح الأسهم.
- المادة 5 من نفس القرار، والمادة 1/6 من نفس القرار.
³ - الامتيازات والحوافز هي: مجموع الإغراءات والتشجيعات التي تقدمها الدولة لاستقطاب المستثمر للاستثمار في مجال معين، وقد يؤخذ شكل الامتياز باعتباره عقد تخول بموجبه الدولة حق انتفاع بقطعة أرض متوفرة تابعة لأملكها الخاصة سواء بالنسبة لشخص معنوي أو طبيعي يخضع للقانون الخاص، مقيم أو غير مقيم أو مؤسسة عمومية اقتصادية تخضع للقانون الخاص، وتستعمل تلك الأرض أساسا لإقامة المشروع الاستثماري في منطقة خاصة.
- منصوري زين، " واقع وآفاق سياسة الاستثمار في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة وإقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبية بن بوعلی الشلف، العدد الثاني، ماي 2005، ص 135.
⁴ - وهي: مزايا مشتركة لكل الاستثمارات القابلة للاستفادة، ومزايا إضافية لفائدة النشاطات ذات الامتياز و/أو المنشئة لمناصب الشغل، و مزايا استثنائية لفائدة الاستثمارات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، المادة 7 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقا.
⁵ - المادة 09، 10 من نفس القانون.

:

أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

رغم أهمية عقود البوت ودورها في إنشاء وتسيير المرافق العامة في الدولة إلا أن نجاحها في أداء الغرض الذي من أجله اعتمدها الدولة المضيفة يتوقف على ضبط مسألة لا تقل أهمية عن النظام القانوني الذي يحكمها والذي درسناه في الباب الأول، فالمنازعات التي قد تنشأ عن عقود البوت يمكن أن تؤثر على الدولة المضيفة التي هي بحاجة للمرفق العام لتلبية حاجات مرتفقيها، وعلى شركة المشروع التي بحاجة لاسترجاع النفقات التي تكبدتها أثناء مرحلتي إنشاء وتشغيل المرفق العام وتحقيقها لهامش الأرباح المتفق عليه بينهما مسبقاً، وبالنسبة لجمهور المرتفقين الذين يستفيدون من خدمات المرفق العام التي يتعين أن تكون ذات جودة عالية ومقدمة بانتظام واطراد وبأسعار تناسبهم مع ضمان التزام شركة المشروع بتحقيق المبادئ الحاكمة لسير المرافق العامة.

بالنظر لتشابك العلاقات في عقود البوت وطول مدة العقد، فإمكانية قيام منازعات بين الأطراف الأصلية، أو بين الأطراف الثانوية وشركة المشروع المنفذة للعقد والملتزمة في مواجهة الدولة المضيفة محتملة جداً، لذا من المهم جداً إيلاء أهمية كبيرة لمسألة كيفية حل المنازعات التي يمكن أن تثور بشكل مفصل ودقيق في العقد لضمان السرعة في حلها والحفاظ على استمرارية العلاقة التعاقدية، وسنقسم دراستنا لأساليب تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت لفصلين، نتناول في الأول اختصاص القضاء الوطني بحلها، وفي الثاني الطرق البديلة لحلها في اتفاق الأطراف المتعاقدة على اختيار إحداها للفصل في المنازعة القائمة.

الفصل الأول:

اختصاص القضاء الوطني بحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت

على غرار كل العقود قد تثور بصدد تنفيذ عقود البوت العديد من الإشكالات سواء أثناء مرحلة بناء المرفق العام أو تشغيله، ولحل هذه المنازعات قد يتم اللجوء للقضاء الوطني للدولة المتعاقدة متى تم الاتفاق على إخضاعها للقضاء الوطني بين الدولة المضيفة المتعاقدة وشركة المشروع، إلا أن هذا لا يعني أنه الطريق الوحيد فعادة ما يتم النص على طرق أخرى للفصل في المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ هذا النوع من العقود لأنها في الغالب ما تكون عقودا دولية، سنقوم بإبرازها في دراستنا في الفصل الثاني بشكل مفصل، فالقضاء الوطني في الدولة مظهر من مظاهر سيادتها تمارسه السلطة العامة فيها، وهو يتسم بالحياد والاستقلالية إلا أن المتعاقد الأجنبي دائما ما يتخوف من اللجوء إليه، باعتباره قضاء غير محايد فهو تابع للدولة المضيفة، لذا غالبا ما يتم النص على طرق أخرى لحل المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ عقود البوت.

يتميز القضاء الوطني الجزائري بالازدواجية القضائية والقانونية، لذلك يتم النظر في المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ عقود البوت من طرف جهتين مختلفتين القضاء الإداري والقضاء العادي، وقد ظهرت العديد من المعايير للتمييز بين مجال اختصاص كل منهما، وبعد إرساء معالم التمييز أصبح القضاء الإداري ينظر في كل المنازعات التي تثور بين الدولة المضيفة من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، وتوزيع الاختصاص بنظره لهذه المنازعات موزع بين قضاء الإلغاء الذي ينظر في المنازعات المتعلقة بالقرارات الإدارية القابلة للانفصال عن عقد البوت، وبين القضاء الكامل في كل المراحل التي يمر بها العقد انطلاقا من مرحلة البناء لمرحلة تشغيل المرفق العام.

كما يختص القاضي العادي بنظر المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقود البوت، التي تقوم بين شركة المشروع وبين المرتفقين، وكذا بين شركة المشروع وعمال المرفق العام الذي يتم إنشائه، وبين شركة المشروع والغير، وسنقوم بتقسيم دراستنا لاختصاص القضاء الوطني بحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت لمبحثين نتناول في أولهما مجالات تدخل القضاء الإداري لحل منازعات عقود البوت، ونتناول في المبحث الثاني مجالات تدخل القضاء العادي لحل منازعات عقود البوت وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مجالات تدخل القضاء الإداري لحل منازعات عقود البوت

المبحث الثاني: مجالات تدخل القضاء العادي لحل منازعات عقود البوت

المبحث الأول:

مجالات تدخل القضاء الإداري لحل منازعات عقود البوت

بالنظر لأخذ الجزائر بنظام الازدواجية القضائية والقانونية فإن الفصل في المنازعات التي توجد فيها جهة الإدارة كسلطة عامة يتم نظرها من جهات قضائية متخصصة في المنازعات الإدارية وهي القضاء الإداري، وتطبق عليها قواعد قانونية استثنائية غير مألوفة في مفهوم القانون الخاص، وقد مر توزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والعادي بالعديد من المراحل ليأخذ الشكل الذي هو عليه في الوقت الحاضر من الاستقلال إلى ما بعده، والذي انعكس على الاختصاص بالفصل في منازعات عقود البوت.

على الرغم من أهمية عقود البوت ودورها في إنشاء وتسيير المرافق العامة، إلا أنها قد تنتهي نهاية غير طبيعية بأحد الصور المعروفة فسحا أو اسقاطا أو استردادا للمرفق العام، على الرغم من أن هذا الأمر يؤثر بشكل كبير على الدولة المضيفة بالنظر للأعباء المالية الكبيرة التي ستحملها، وهنا يمكن أن تنور منازعة يتولى القضاء الإداري نظرها لحلها كما سنقوم ببيانه في المطلب الأول، ولما كانت عقود البوت قد لا تنتهي نهاية غير طبيعية في كل الحالات إلا أن إمكانية قيام منازعة فيها بين الدولة المضيفة وشركة المشروع أثناء تنفيذ العقد أمر ممكن خاصة مع طول مدة العقد نسبيا، وهنا يتدخل القاضي الإداري لنظرها متى كان هناك اتفاق على ذلك وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول:

اختصاص القضاء الإداري بالرقابة على قرارات الإنهاء غير العادي لعقود البوت

قد تنتهي عقود البوت بشكل عادي بانتهاء المدة المحددة في العقد والتي تختلف من عقد لآخر، وتنقل بعدها ملكية المرفق العام للدولة المضيفة خاليا من أي رهون ودون مقابل مالي، وهنا تقوم الدولة المضيفة باستلام المرفق العام وتشغيله، إلا أنه في الواقع العملي هناك من الدول من قامت بتجديد العقد مع شركة المشروع لتتولى تشغيل المرفق العام بموجب عقد جديد،¹ إلا أن هذه النهاية العادية قد لا تحدث في كل العقود فتنتهي قبل حلول المدة المحددة في العقد، الأمر الذي يثير منازعات بين الدولة

¹ - كما حدث سنة 1998 بمصر بمناسبة عقود ثلاث مطارات منجزة بعقد البوت، والذي نص في الملحق رقم 1/31 من العقد الأول المبرم بين شركة إيماك مرسى علم وإدارة المطارات ش.م.م على وجوب إعلام الشركة المتعاقد معها بنوايا تجديد العقد بمدة لا تقل عن 03 سنوات قبل انتهاء العقد ونقل ملكية المطار للدولة، إلا أن فكرة تجديد عقد البوت بالنسبة للعقد الآخرين المبرم بين شركة كاتو للاستثمار وش.م.م، وبين شركة دلتا جلف وش.م.م كانت بصياغة أخرى حيث نص في العقد على أن التجديد يكون بشكل تلقائي ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد بانتهاء مدة العقد، والذي يرى بعض الفقهاء أنه تجسيد لمبدأ هام في العقود الإدارية وهو الاعتبار الشخصي في عقد البوت. - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 447، 449.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المضيفة وشركة المشروع، الأمر الذي يتطلب الفصل فيها وسيؤول الاختصاص في ذلك كقاعدة عامة للقضاء الإداري الوطني للدولة ما لم يوجد نص في العقد بالجوء للطرق البديلة.

تأخذ النهاية غير العادية لعقود البوت صوراً عديدة على غرار: استرداد المرفق العام، الذي اعتبر طريقاً استثنائياً لإنهاء الالتزام قبل حلول أجله¹، سواء كان استرداداً تعاقدياً أو غير تعاقدي أو حتى تشريعياً، كما يمكن أن تكون الرقابة على قرارات الإنهاء غير العادي للعقد متعلقة بفسخ العقد أو إسقاطه.

نقسم دراستنا لاختصاص القضاء الإداري بالرقابة على قرار الإنهاء غير العادي لعقود البوت، لثلاث فروع نتناول في الأول الرقابة ركن الشكل والإجراءات، وفي الثاني الرقابة على ركن السبب والملاءمة، وفي الثالث الرقابة على عيب الإنحراف بالسلطة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

الرقابة على ركن الشكل والإجراءات

كل إخلال من طرف شركة المشروع لما نص عليه عقد البوت يؤدي لقيام مسؤوليتها، ومن ثم إمكان إنهاء العقد قبل حلول المدة المتفق عليها في العقد، وإن كانت التشريعات المقارنة تعمل على التمييز بين الإخلال الذي يكون خلال مرحلة بناء المرفق العام والذي يكون خلال مرحلة المرحلة الثانية وهي التشغيل، وتترتب نتائج مختلفة عن هذا الإخلال حسب كل مرحلة يكون فيها²، ولا تخلوا أي صورة من صور الإنهاء غير العادي لعقود البوت من قيام منازعات، يكون الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا الفرع ببيان مجالات رقابة القضاء الإداري على ركن الشكل والإجراءات في قرارات الإنهاء غير العادي لعقود البوت وذلك على النحو التالي:

أولاً: رقابة القضاء الإداري لمدى توجيه إذار لشركة المشروع قبل إصدار القرار

الأصل أن الإدارة عند مباشرتها لوظائفها غير مقيدة بشكل معين أو إتباع إجراءات معينة عند اتخاذها لقراراتها³، ما لم يلزمها المشرع بإتباع شكل أو إجراء خاص وفي هذه الحالة تكون مخالفتها لذلك غير مشروعة، كما هو الحال في حالة عدم احترام بعض الإجراءات أو الشكليات التي يتعين توافرها في كل قرار لإنهاء عقد البوت من قبل الدولة المضيفة، والتي يمكننا استنتاجها من النصوص القانونية، فحتى ولو كان سبب إنهاء العقد فعلاً هو تحقيق المصلحة العامة، ولم يكن في القرار انحراف

¹ - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 454.

² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مذكرة من الأمانة"، المرجع السابق، ص 21.

³ - وسام صابر العاني، " أوجه الطعن بالإلغاء في ظل التطور التشريعي والقضائي في النظم المقارنة والعراق"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2010، ص 130.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

بالسلطة، إلا أن تجاوزها لإجراء أو شكل مقيدة به يجعل القرار معيبا وقابلا للإلغاء بناء على طعن شركة المشروع.

عندما لا تحترم الدولة المضيئة شكليات معينة يكون المشرع قد اشترطها قبل اتخاذ أي صورة من صور إنهاء العقد قبل حلول الأجل المتفق عليه، سيكون قرار الإنهاء معيبا، ويمكن لشركة المشروع أن تطلب إبطاله، كما هو الحال في حالة الفسخ القضائي الذي يكون بواسطة القضاء والذي يتطلب قبل القيام به توجيه إعدار لشركة المشروع، وإن كان المشرع الجزائري قد نص عليه في كل عقود الامتياز والنصوص المنظمة لعقود البوت بصفة عامة لا مجال لذكرها كلها، فقد نص مثلا: على أنه في كل حالة لا يكون فيها المستفيد (شركة المشروع في عقود البوت) من الامتياز محترما لبنود دفتر الشروط، لا بد من توجيه إعدارين له برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام ولكن دون جدوى،¹ وتباشر الجهات القضائية المختصة إجراء إسقاط الحق،² وإغفال هذا الإجراء الجوهرى يمكن شركة المشروع من رفع دعوى لإبطال إجراءات الفسخ التي تتم في مواجهتها من الدولة المضيئة.

قد يكون ترتيب الفسخ بعد منح شركة المشروع أجلا إضافية لاستكمال المرحلة الأولى من العقد وهي بناء المرفق العام، ومن ثم تبرز نية المشرع الجزائري في المحافظة على استمرارية العلاقة بين الدولة المضيئة وشركة المشروع ما أمكن، ونص أنه في كل حالة يتم الفسخ بسبب عدم إتمام المشروع بعد منح شركة المشروع أجلا إضافيا يتراوح بين سنة وثلاث سنوات، يتعين أن تدفع الدولة تعويضا مقابل فائض القيمة³ التي قامت بها شركة المشروع على القطعة الأرضية دون أن يتجاوز ذلك قيمة المواد وسعر اليد العاملة المستعملة مع اقتطاع نسبة 10% على سبيل تعويض،⁴ وهذا الأمر لا يتصور وجوده في عقد الامتياز لأن صاحب الامتياز لا يقوم إلا بتسيير المرفق الموجود أصلا.

تكون سلطة إنهاء عقد البوت دون تعويض شركة المشروع، في كل حالة تقوم فيها بإنجاز البنائيات في الأجل المحدد دون مطابقتها للبرنامج المحدد أو رخصة البناء، وكذلك في حالة عدم إنجاز المرفق في الأجل المحددة مع عدم مطابقة البنائيات مع البرنامج المحدد و/أو رخصة البناء، وفي كل حالة يصدر فيها حكم قضائي بهدم البنائيات يتعين على شركة المشروع وبنفقتها الخاصة إعادة القطعة الأرضية محل الامتياز لما كانت عليه من قبل.⁵

¹ - المادة 2/16 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية، المشار إليه سابقا.

² - المادة 2/16 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة على منح الإمتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقا.

³ - مقابل فائض القيمة تحده مصالحي أمالك الدولة المؤهلة إقليميا.

⁴ - المادة 4/16 من نفس نموذج دفتر الشروط.

⁵ - المادة 6/16، 7، 8 من نفس نموذج دفتر الشروط.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

في قوانين أخرى نص المشرع على أن الفسخ يمكن أن يتم بعد إعدار واحد لم يتم الرد عليه، في حالات عدم احترام أحكام قرار الامتياز أو أحكام دفتر الشروط الخاص،¹ وعلى الرغم من أهمية هذا الإجراء إلا أن المشرع الجزائري لم يبين الكيفية التي يتم بها، على خلاف النص السابق الذي نص على أنه يكون برسالة موصى عليها، ومن ثم يمكن أن يكون الإعدار بهذه الطريقة أو بالاعتماد على التبليغ الرسمي والذي نرى أنه أفضل بكثير في عقود البوت عند إنهاء العقد، خاصة وأن المشرع الجزائري نظم أحكامه في ق.إ.م.إد ويكون دليلا للجزائر على قيامها بالإعدار ومن ثم تحصين قرار الإنهاء من الإلغاء، ويتم التبليغ الرسمي من قبل المحضر القضائي بموجب محضر يتولى تحريره،² خاصة مع تحديد المشرع لكل البيانات التي يتعين أن تتوافر فيه،³ ويمكن لشركة المشروع في حال إغفال المحضر أحدها الدفع ببطلانه قبل إثارتها لأي دفع أو دفاع.

في الأخير نشير إلى أن هناك من يرى أنه قد تعفى الدولة المضيفة من توجيه إعدار لشركة المشروع في حالات معينة نوجزها على النحو التالي:⁴

- إذا تضمن العقد شرطا بإعفاء الإدارة من توجيه هذا الإعدار.
- في حال وجود نص قانوني تشريعي أو تنظيمي يعفيها من توجيه الإعدار.
- إذا كانت هناك ظروف تدل على عدم جدوى توجيه الإعدار، كإعلان شركة المشروع نفسها عن عدم قدرتها في تقادي موضوع الإعدار.
- في حالة التنازل عن العقد دون الحصول على الموافقة المسبقة من الدولة المضيفة.

ثانيا: رقابة القضاء الإداري لمدى احترام الوقت الفاصل بين الإعدار وممارسة الإنهاء

في بعض القوانين المنظمة لعقود البوت نص المشرع الجزائري على أجل معين يتعين انتظاره بعد توجيه الإعدار، كما هو الحال بالنسبة مجال توزيع الكهرباء والغاز، فقد نص على أن أنه لا يمكن ممارسة إجراء فسخ العقد إلا بعد ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغ الإعدار لصاحب الامتياز، وبقائه دون جدوى، ومن ثم لو قام الوزير المكلف بالطاقة بعدم احترام ذلك وطعنت شركة المشروع فإن طعنها سيكون مؤسسا وسيكون القرار الصادر لصالحها.⁵

¹ - المادة 2/14 من المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المتضمن تحديد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هيكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، المشار إليه سابقا.

² - المادة 406 منه.

³ - المادة 407 من القانون رقم 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21.

⁴ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 388.

⁵ - المادة 1/13 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08، المتضمن كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقا.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

ثالثا: رقابة القضاء الإداري لمدى أخذ الرأي الاستشاري والتدرج قبل اتخاذ قرار إنهاء العقد

بالنظر للدور الهام الذي تؤديه عقود البوت في الاقتصاد الوطني، فالنظام القانوني لكل الدولة عادة ما يتضمن نصوصا لكيفية التخطيط والتنسيق لها،¹ وهذا حتى قبل بدأ التعاقد وهو ما نراه ضروريا للأمر التي سبق دراستها في الباب الأول، كالبدء بتحديد المشاريع التي يمكن التعاقد فيها بالبوت، ومنح هيئة معينة سلطة الترخيص باتخاذ الإجراءات الضرورية المتعلقة بالعقد، والتي بالرجوع للقانون الجزائي نجد أنها تختلف باختلاف مجال تطبيق عقد البوت، حتى أنه في تشريعات مقارنة كما سبق بيانه تكون هذه الهيئات ملزمة بالتشاور مع هيئات أخرى قبل موافقتها على العقد، كما أن بعض التشريعات المقارنة تشترط إشعار هيئات عامة معينة بأي اقتراحات متعلقة بعقود البوت على غرار إنهاء العقد، حتى يتم التنسيق بينها في التدابير التي يمكن اتخاذها عند حدوث أي تغييرات لم تكن متوقعة.

من خلال ما سبق إذا نصت قوانين الدولة على اتخاذ قرار إنهاء عقد البوت بنفس التدرج عند إصدار قرار إنجائه بغض النظر عن الطريقة التي سيتم اعتمادها، فأغفال ذلك سيجعل القرار باطلا وقابلا للإلغاء، والأمر سيان إذا نص القانون على ضرورة اتخاذ السلطة التي لها صلاحية إنهاء العقد باتخاذ قرارها بعد أخذ الرأي الاستشاري لهيئات أخرى، لأن هذا الأخير عمل يقوم على التعاون والمشاركة وليس مجرد تبادل لمعلومات بين الطرفين، وهذا الأمر قد تقتضيه عقود البوت لأنها عقود مالية ومعقدة لتعدد مراحلها، وتطلب تنفيذها سلسلة من العقود الأمر الذي قد يجعل شرعي بعض الدول ينشئون هيئات لاستشارتها وفقا لإجراءات محددة قانون.²

رابعاً: رقابة القضاء الإداري لتسبب قرار إنهاء عقد البوت

يمارس القاضي الإداري رقابته في قرارات إنهاء العقد في التسبب خاصة إذا لم يكن قرار الإنهاء معللا مع اشتراط ذلك من المشرع، وبالرجوع لعدد من النصوص القانونية المنظمة لعقود الامتياز التقليدية وحتى لعقود البوت في الجزائر لم نجد نصا يشير لضرورة تسبب قرارات إنهاء العقد، إلا نصا واحدا أشار فيه المشرع لوجوب تعليل قرار الفسخ مثلا: في مجال توزيع الكهرباء والغاز ويكون هذا التعليل بسبب عجز صاحب الامتياز وكأنه السبب الوحيد لهذا الفسخ.³

¹ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مذكرة من الأمانة"، المرجع السابق، ص 12.

² - علي أحمد حسن، ذكرى عباس علي، " الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد الخامس، العدد الواحد والعشرين والثاني والعشرين، 2013، ص 34.

³ - المادة 1/13 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08، المتضمن كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقا.

الفرع الثاني:

الرقابة على ركن السبب والملاءمة

في كل مرة تلجأ فيها الدولة المضيفة لإصدار قرار بإنهاء عقود البوت التي أبرمتها لإنشاء مرافق عامة، من المفروض أن تكون هناك أسباب جدية دفعتها لاتخاذ هذا القرار، وإن كانت الآثار المترتبة عليه قد لا تستطيع تحملها، لالتزامها بدفع تعويضات لشركة المشروع عما لحقها من خسارة، وعلى النفقات التي تكبدتها لغاية المرحلة التي أنهى فيها العقد، وهنا إذا لم تتوافر أسباب جدية تبرر إنهاء عقد البوت يمكن لشركة المشروع أن تطعن ببطلان هذا القرار أمام القضاء الإداري للدولة المضيفة.

لما كان هناك الآن توجه لممارسة القاضي الإداري لرقابته على الملاءمة التي يقدر فيها مدى وجود تناسب بين خطورة القرار المتخذ والأسباب الكامنة وراء إصداره وبين التكييف القانوني، إرتأينا أن نتناول هذه الصورة من الرقابة لأهميتها بشكل خاص في عقود البوت، نفصل في ذلك على النحو التالي:

أولاً: رقابة القضاء الإداري على ركن السبب

قد تطعن شركة المشروع في قرار إنهاء عقد البوت قبل حلول المدة المتفق عليها، على أساس وجود عيب في هذا القرار في ركن السبب الذي يعني: " الحالة التي تحصل فتحمّل رجل الإدارة إلى التدخل بما توحى له هذه الحالة من دوافع وما تحمل من فكرة معينة لا تكون ابتداء في ذهن رجل الإدارة، بل هي دائماً أمر خارجي ومستقل تمام الاستقلال عنه".¹

هنا تبرز لنا أهمية رقابة القضاء الإداري على ركن السبب بصفة خاصة في قرارات إنهاء عقد البوت، للتأكد من مدى توافر سبب حقيقي يبرر إنهاء العقد، والذي قد تبرزه الدولة المضيفة في قرار الإنهاء عند تسببها له مبرزة دواعي اتخاذه، فالقاضي الإداري عندما تطعن شركة المشروع في قرار إنهاء العقد يتأكد من مدى وجود سبب محدد في وقائع حقيقية، فلا يكفي تبريرها لقرارها بسبب عام أو مبهم، كما أن السبب الذي تستند له الدولة المضيفة لا بد أن يكون قائماً عند اتخاذ القرار، لأن العبرة بوقت صدور القرار، فلو كان السبب الذي يمكن الاستناد إليه كسبب للفسخ مثلاً قد تداركته شركة المشروع بعد إطلاعها عليه من قبل الدولة المضيفة، فلا مجال للتمسك بإنهاء العقد لأن العبرة في تقرير مشروعية قرار الإنهاء هو وقت صدوره، وفي كل الحالات لا بد أن يكون السبب الذي استندت إليه الدولة المضيفة مشروعاً فلو استندت لسبب غير الأسباب التي حددها المشرع يكون القرار معيباً وقابلًا للإلغاء.

¹ - محمود خليل خضير، " نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، كلية الحقوق، العراق، المجلد العشرون، العدد العاشر، 2008، ص 244.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

1. في مجال رقابة القضاء الإداري على سبب فسخ عقود البوت

يمكن أن يكون سبب فسخ عقود البوت نتيجة لإخلال شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها التعاقدية خلال المرحلتين الأولى أو الثانية للعقد، كعدم قيامها بتوفير التمويل اللازم لبناء المرفق العام وهو أحد التزاماتها الهامة وسبب التعاقد معها، أو مثلاً لعدم التزامها بتوفير الوثائق التقنية التي هي شرط أساسي لاستخراج الرخص اللازمة لبناء المرفق العام ولاستغلالها والتي سبق لنا بيانها في الباب الأول، كما قد يكون سبباً للفسخ عدم قيام شركة المشروع باحترام النصوص القانونية والتنظيمية الموجودة في الدولة عند قيامها ببناء المرفق العام، أو عدم اكتمالها عملية البناء خلال الآجال المحددة الأمر الذي يعني عدم إمكانية الانتقال للمرحلة الثانية من مراحل عقد البوت وهي التشغيل، وهو أمر خطير في هذا النوع من العقود، ولا تقل صيانة المرفق العام أهمية عن كل الإخلالات الأخرى، بل يمكن أن تكون خطيرة جداً خاصة عند نقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة والذي لن يكون قادراً على أداء الخدمات المطلوبة بذات الكفاءة والجودة.

هناك بعض القوانين من لا تجيز القيام بفسخ عقد البوت على الرغم مما سبق إلا في حالات الإخلال **الجسيم بالعقد**¹ بالرجوع لأحكام بعض قوانين الامتياز في الجزائر لم نجد صياغة الخطأ الجسيم، وإن كانت بعض الحالات التي تكون سبباً للفسخ تتسم بالجسامة، وقد عدد المشرع الجزائري الحالات التي يمكن لوزير الطاقة في مجال توزيع الكهرباء والغاز أن يفسخ فيها العقد بالنسبة لمحيط الامتياز المتنازل عنه كلياً أو جزئياً وكذا الحكم على صاحب الامتياز بضياح حقوقه على حسابه وهي:

- حالة الانقطاع العام المتواصل للتزويد بالطاقة تخص أكثر من نصف عدد زبائن الامتياز لمدة تزيد عن 48 ساعة لدواعي تسبب فيها هو نفسه.

- حالة عدم تحقق الأهداف المحددة للخدمة لأسباب تخص صاحب الامتياز وتمت معابنتها كما يجب.

- حالة عدم احترام التعهدات تحسين الأداء.

- حالة استحالة الرقابة من طرف الأعوان المحلفين المؤهلين قانوناً من قبل الوزير المكلف بالطاقة أو

رئيس لجنة ضبط الكهرباء والغاز بسبب عرقلة متكررة ومتعمدة بفضل صاحب الامتياز.

- حالة عدم احترام صاحب الامتياز للتنظيم المتعلق بقطاع الكهرباء والغاز في استغلال وتسيير

المنظومة الكهربائية أو الغازية الذي يطبق عليه.

- حالة ارتكاب مخالفات للتشريع ولدقتر الشروط المعمول بهما يعاينهما الأعوان المحلفون.²

¹ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مذكرة من الأمانة"، المرجع السابق، ص 21.

² - المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08، المتضمن كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودقتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقاً.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تشير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لوجود اختلاف في قوانين الدول في تنظيم مسألة فسخ عقود البوت، بسبب ظروف حالت دون قيام شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها، فقد كانت بعض هذه القوانين تجيز فسخ العقد بسبب حدوث تغيير غير متوقع في الظروف لسبب خارج عن إرادة شركة المشروع، إلا أن قوانين أخرى أجازت تمديد مدة عقد البوت وحتى تقديم مساعدة من الدولة لتجاوز ذلك،¹ وإن كنا نرى أن هذا من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت، ولو أن الدولة قد تقوم به حتى تساعد في الاستعجال في إتمام مراحل العقد ونقل ملكية المرفق العام لها، وقد يكون الفسخ أيضا بسبب التنفيذ المعيب لعقد البوت كعدم احترام المواصفات المطلوبة² في المرفق العام أو الأدوات التي تستخدم في تشغيله.

نشير في هذا الصدد إلى أن فسخ جهة الإدارة للعقد الإداري بصفة عامة دون أن يرتكب المتعاقد معها أي خطأ موجود سابقا كحق لها، وطبقه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1942/12/30 في قضية Consorts Simongiovanni وهو ما يعرف بالقوة القاهرة، والتي تخل بالتوازن المالي للعقد نتيجة لظهور ظرف طارئ لم يكن متوقعا عند التعاقد لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وإنما فقط يقلب موازنات العقد.

هناك من يرى أن سلطة القاضي الإداري في فسخ العقد الإداري لا يمكن أن تكون إلا في حالة ما إذا اشتركت نظرية الظروف الطارئة التي يرجع بعض الفقهاء ظهورها للقرون الوسطى،³ واعتمدت في العقود الإدارية من قبل القضاء الإداري لكون العقود الإدارية تهدف لتحقيق المصلحة العامة، مع نظرية القوة القاهرة على أساس أن القوة القاهرة سبب لفسخ العقد وتحلل المتعاقد من التزامه بسبب جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.⁴

2. في مجال رقابة القضاء الإداري على سبب إسقاط عقد البوت⁵

تمارس الرقابة على مدى وقوع خطأ جسيم من قبل شركة المشروع عند تنفيذها لالتزاماتها، وهو ما ينعكس بشكل سلبي على المرفق العام، ويتسم هذا الأمر بخصوصية خاصة في عقود البوت، فالخطأ الجسيم هنا يمكن أن يكون خلال المرحلة الأولى للعقد وهي بناء المرفق العام، ويمكن أن يكون خلال

¹ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقيلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مذكرة من الأمانة"، المرجع السابق، ص 21.

² - سليمان براك دايج، " الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، العراق، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، 2015، ص 112.

³ - نفس المرجع، ص 147.

⁴ - سحر جبار يعقوب، " فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة"، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، رئاسة الجامعة، العدد السابع، 2008، ص 153.

⁵ - هناك من يعتبر الحق في إسقاط العقود الإدارية من النظام العام، ومن ثم فلا تكون هناك حاجة للنص عليه في العقد، على أساس أن ذلك سيضمن تنفيذا للعقد بشكل كامل ومن ثم ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

- فاضل جبير لفته، " سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المخلين بالتزاماتهم التعاقدية"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، المجلد الأول، العدد السابع، 2013، ص 178.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المرحلة الثانية وهي تشغيل المرفق العام، وهذا الأمر غير موجود في عقود الامتياز التقليدية لتعلقها بالتشغيل فقط.

- 1- من الأمثلة القضائية التي تم فيها إسقاط العقد بسبب خطأ كيف على أساس أنه خطأ جسيم ما يلي:
 - عدم انتظام الطاقة الكهربائية المرتبط بعدم كفاية الأدوات المستخدمة في تشغيل المرفق العام.
 - عدم احترام الرسوم المحددة في العقد المبرم، ورفض تسليم الإدارة الحسابات التفصيلية للمرفق العام.
 - تنازل شركة المشروع عن العقد كلياً أو جزئياً للغير دون موافقة مسبقة من الدولة المضيفة.
- نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري عندما تكلم عن حق إسقاط العقد لم يستخدم مصطلح الخطأ الجسيم، وإن كانت الحالات التي أشارت إليها القوانين الخاصة يمكن وصفها بالجسيمة فقد رتب الإسقاط مثلاً متى توافرت أحد الحالات التالية:
 - حالة إخلال من المستفيد (شركة المشروع) للتشريع المعمول به وللالتزامات المنصوص عليها في دفتر الشروط، ويكون الإسقاط من طرف الجهات القضائية الخاصة، ويتم بمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً.²
 - حالة التنازل أو التآجير من الباطن قبل إتمام المشروع وتشغيله.
 - حالة استعمال شركة المشروع للقطعة الأرضية الممنوحة لها بشكل كامل أو جزئي لأغراض غير تلك التي منحت لها من أجلها.³
- عند عدم انتهاء شركة المشروع من إنجاز المرفق العام خلال الأجل المحدد في عقد البوت، وبانقضاء مدة الأجل الإضافي الذي منح لها في حالة عدم إتمامها للأشغال خلال ذلك الأجل، والتي تختلف حسب طبيعة المشروع.
- عند إتمام إنجاز الأشغال (بناء المرفق العام) في الآجال المحددة، دون أن تكون متطابقة مع البرنامج المحدد و/أو رخصة البناء، ولا يرتب الإسقاط في هذه الحالة الحق في التعويض.
- عند عدم إنجاز المشروع (المرفق العام) في الآجال المحددة، مع عدم مطابقة البناءات مع البرنامج المحدد و/أو رخصة البناء، ولا يمكن لشركة المشروع أن تطالب بتعويض جراء الإسقاط.
- عند النطق بهدم البناءات من طرف القضاء المختص، وهنا تتحمل شركة المشروع كل المصاريف التي تتطلبها عملية إعادة القطعة الأرضية محل إنجاز المرفق العام لحالتها الأصلية.⁴

¹ - إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 387.

² - المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.

³ - المادة 15 من نفس المرسوم التنفيذي.

⁴ - المادة 3/16، 5، 6، 7 من نفس المرسوم التنفيذي.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

في مجال توزيع الكهرباء والغاز استخدم المشرع الجزائري مصطلح السحب ومنح للوزير المكلف بالطاقة سلطة اتخاذ هذا القرار قبل حلول الأجل المحدد في العقد في حالات محددة وهي:

- إذا لم يتم احترام دفتر الشروط المحدد، وتمادى صاحب الامتياز في مخالفته بعد تلقيه إذارا من الوزير المكلف بالطاقة.

- عدم احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

- إذا كان صاحب الامتياز محل إدانة تمنعه من متابعة نشاطاته، أو كان محل فسخ، أو إجراء تصفية قضائية لا تسمح له أن يوفي بالتزاماته أو تمنعه من أن يتعهد بالتزامات جديدة.¹

3. في مجال رقابة القضاء الإداري على سبب مخالفة قاعدة الاعتبار الشخصي من شركة المشروع

إن أهم أمر في تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة بما فيها عقود البوت، أنها عقود قائمة على فكرة الاعتبار الشخصي، لأن المصلحة العامة وضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد هي الهدف الذي تتوخاه الدولة المضيفة من خلال تعاقدها مع شركة المشروع لإنجاز وتشغيل المرفق العام، ومن هذا المنطلق وكما سبق بيانه في الباب الأول تنص غالبية قوانين المنظمة لعقود البوت في الجزائر وفي التشريعات المقارنة على عدم إمكانية قيام صاحب الامتياز وهي شركة المشروع في عقود البوت بتحويل حقوقها المترتبة على العقد لا بشكل جزئي ولا بشكل كامل لشخص آخر، وإن كانت تشريعات أخرى تجيز ذلك لكنها تربطه بالحصول على الموافقة المسبقة من الدولة أو الجهة المتعاقد معها.²

يقصد بالاعتبار الشخصي الذي نحن بصدد دراسته: "أن الالتزامات الملقة على عاتق المتعاقد يجب أن ينفذها بنفسه وليس عن طريق شخص آخر، فالإدارة تختار شريكها في التعاقد بسبب صفاته الشخصية لأنه يتعاون معها في إدارة مرفق عام، وهذا التعاون له طابع شخصي"، أي بعبارة أخرى أن شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما تكون عنصرا جوهريا في التعاقد،³ ولهذه القاعدة أهمية في كل العقود الإدارية وإن كانت بدرجات متفاوتة تختلف من عقد لآخر، وكلما كان هذا العقد متصلا بمرفق عام⁴ كما في عقود البوت كلما زادت أهميتها بالنظر لهيمنة شركة المشروع على إدارة المرفق العام وتقديم الخدمات العامة، ومن ثم تحقيق المصلحة العامة لجمهور المرتفقين نيابة عن الدولة المضيفة.

¹ - المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 114/08، المتضمن كفاءات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلقة بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، المشار إليه سابقا.

² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مذكرة من الأمانة"، المرجع السابق، ص 17.

³ - رفاه كريم رزوقي كريل، " الإعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد الثامن، العدد الثالث، 2016، ص 587.

⁴ - نفس المرجع، ص 588.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

بناء على ما سبق فمخالفة قاعدة الاعتبار الشخصي من طرف شركة المشروع سيؤدي لقيام منازعة بينها وبين الدولة المضيفة التي ستنتهي العقد لذلك، بسبب تنازلها عن حقها على محل العقد الذي لم يرتب لها حق الملكية،¹ وإحلالها متعاقدا جديدا محلها في تنفيذ العقد، وهذا الأمر يؤثر على قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد البوت، والتي لها أهمية كبيرة في هذا العقد، وفي حال إثبات شركة المشروع عدم قيامها بذلك فإنه لا يكون هناك سبب للدولة المضيفة لإنهاء الرابطة العقدية.

لقد أكد المشرع الجزائري في قوانين الامتياز الصادرة المنظمة لعقود الامتياز التقليدية والخاصة بعقود البوت على قاعدة الاعتبار الشخصي للعقد، فعلى سبيل المثال نص صراحة على أنه: "الامتياز شخصي وغير قابل للتنازل عنه، ولا يمكن تأجيله لأطراف أخرى"²، كما أكد عليها المشرع أيضا بنصه: "إن منح الامتياز مؤقت وقابل للفسخ وشخصي ولا يمكن التنازل عنه أو كراؤه من الباطن للغير تحت طائلة البطلان"³.

بناء على ما سبق يتضح أن قاعدة الاعتبار الشخصي مهمة في كل العقود الإدارية بما فيها عقود الامتياز وعقود البوت، لذا كرست على مستوى النصوص المنظمة لها بنصوص صريحة ولم يتم إغفال ذلك، بالنظر لما لها من أهمية كبيرة، إلا أننا نريد أن نشير إلى أن قاعدة الاعتبار الشخصي في عقود البوت لها خصوصية أخرى تتطلب توافرها والتأكد منها والنص عليها صراحة في العقد وفي مختلف النصوص القانونية المنظمة لها، لأن التعاقد مع شركة المشروع يأخذ فترة طويلة من الزمن تتكفل خلالها هذه الأخيرة بتحمل كل الأعباء المالية لإنشاء المرفق العام وتشغيله وتزويده بكل التكنولوجيات الضرورية وضمان صيانتها.

يتعين هنا احترام التمييز بين التنازل عن عقد البوت أو إجباره من الباطن قبل إتمام المشروع الذي يوجب المشرع الجزائري منعه وبنص صريح في العقد وإلا كان العقد باطلا،⁴ وبين العقود التي تقوم شركة المشروع بإبرامها من أجل إنجاز المرفق العام، لأن عقد البوت يتطلب إبرام سلسلة من العقود المتزامنة خلال مرحلة البناء وحتى التشغيل لأنها لا تتنازل عن العقد، ومن ثم فكل قرار لإنهاء العقد تتخذه الدولة المضيفة على أساس انتهاك شركة المشروع لقاعدة الاعتبار الشخصي في عقود البوت بسبب تعاقدتها مع شركات مقاولة وهندسة وموردين.... الخ لا يكون مشروعاً.

¹ - علاء حسين علي، سعد ربيع عبد الجبار، محمد عبد الوهاب، " التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، المجلد الأول، العدد السادس، 2012، ص 66.

² - المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 25/10، المتضمن كفاءات منح الإمتياز لإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية، المشار إليه سابقاً.

³ - المادة 14 من التنفيذي رقم 340/11، المتضمن تحديد كفاءات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل على مستوى الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، المشار إليه سابقاً.

⁴ - المادة 1/17 من المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المتضمن شروط وكفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، المشار إليه سابقاً.

ثانياً: رقابة القضاء الإداري على الملاءمة

كانت رقابة القضاء الإداري قاصرة على التأكد من مدى توافر الوجود المادي للوقائع التي تكون سبب القرار، أما الآن هناك توجه لممارسة القاضي الإداري لرقابته على مدى توافر الملاءمة التي يقدر فيها مدى وجود تناسب بين خطورة القرار المتخذ والأسباب الكامنة وراء إصداره، وبين التكيف القانوني، وهو ما يعتبره بعض الفقهاء تدخلاً في السلطة التقديرية للجهة الإدارية،¹ ولدراسة مضمون رقابة الملاءمة التي يمارسها القضاء الإداري على قرارات إنهاء عقود البوت، نبرز أولاً تعريفها وموقف الفقهاء منها، والأسس التي جيء بها لتبرير ممارسة القضاء الإداري لها والمجالات التي يتم إعمالها فيها وذلك على النحو التالي:

1. تعريف الملاءمة

عرفت الملاءمة بأنها: "تقدير القاضي الإداري للتناسب بين خطورة القرار الإداري والأسباب الدافعة لإصداره وتناسبها من حيث الزمان والمكان الصادرة فيه"، وعرفت الملاءمة بأنها: "توافق العمل القانوني مع ظروف الزمان والمكان والاعتبارات المحيطة بإصداره من كافة جوانبه"، وعرفت كذلك بأنها: "صفة لعلاقة منطقية تربط بين عنصرين أو أكثر من عناصر القرار الإداري أو العمل القانوني العام بحيث يتعين على مصدر القرار عدم إغفاله أو الخروج عليه نزولاً على دواعي المشروعية".² بناء على التعاريف الفقهية السابقة، نرى أن الملاءمة يتعين لا تربط فقط بالسبب الكامن وراء اتخاذ القرار، فلا بد أن يتم ذلك بشكل مستقل في كل قضية مراعاة للخصوصية التي تتسم بها الظروف التي كانت محيطة به وقت إصداره، فيكون القاضي موازناً بين هذه الظروف وبين القرار الصادر وما رتبته من آثار.

2. أساس ممارسة القضاء الإداري لرقابة للملاءمة

أسس الفقه الذي يرى ضرورة التوسع في اعتماد رقابة الملاءمة من طرف القضاء الإداري رأيه هذا على عدة أسس نبينها على النحو التالي:

أ. تطبيقها تجسيدا للتدرج في الجزاءات

كان الفقه هنا يبرر هذا الأساس بإجراء مقارنة بين المشرع والقاضي، فقال ما دام المشرع يراعي التدرج في تحديده للجزاءات من الأخف للأشد على غرار ما هو موجود في قانون الوظيفة العامة أو الخدمة العمومية في مجال العقوبات، بما يضمن أن يكون لكل خطأ عقوبة تناسبه، ومن ثم فتنطبق القاضي الإداري للملاءمة سيكون تجسيدا فقط للتدرج في الجزاءات، إلا أن هذا الأساس تعرض للانتقاد

¹ - عماد محمد شاطي، " سلطة القاضي الإداري في الرقابة على ملاءمة القرار الإداري"، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، الهيئة العلمية الاستشارية، ديوان الوقف السني، العراق، العدد الرابع والأربعون، 2016، ص 269.

² - نفس المرجع ص 271.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

على أساس أنه لا يصلح لأن تكون أساساً لممارسة رقابة الملاءمة.

ب. تطبيقها تجسيداً للرقابة على مخالفة روح القانون

انتقد هذا الأساس على أساس أنه ما هو تسمية لعيب الانحراف بالسلطة، وروح القانون مصطلح فضفاض يصعب من تحديد المقصود به ومن ثم ممارسة الرقابة عليه.

ج. تطبيقها تجسيداً لمبدأ المشروعية وللدور الإنشائي للقاضي الإداري

مادام القاضي الإداري يمارس رقابته لتجسيد المشروعية ودولة القانون، وبالنظر لكونه قاض منشأ فإن ذلك أساساً لممارسته لرقابة الملاءمة على القرارات الإدارية.¹

3. مجالات ممارسة رقابة الملاءمة

وجدت رقابة الملاءمة حتى تتم مواجهة الإدارة في كل حالة تكون فيها متعسفة وهي تستخدم سلطتها التقديرية الممنوحة لها قانوناً لتحقيق المصلحة العامة، وبدأ العمل بها يختلف من دولة لأخرى إلا أن مصر وفرنسا اتسعتا في مجال تطبيقها في قرارات الضبط الإداري، وفي مجال التأديب وفي مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، ولم نجد دراسات أخرى تشير لتطبيقها في مجال إنهاء العقود الإدارية بصفة عامة وفي عقود البوت بصفة خاصة، ومن ثم نرى أن التوسع في ممارسة هذا النوع من الرقابة وتطبيقه من طرف القضاة سيكون ضماناً هامة لشركات المشروع للجوء للقضاء الوطني للفصل في المنازعات التي تثور بصدد عقود البوت والتي هي سبب في تفضيله للقضاء البديل دائماً.

الفرع الثالث:

الرقابة على عيب الانحراف بالسلطة

الأصل أن يهدف كل قرار صادر عن الدولة المضيفة لتحقيق المصلحة العامة، وتحقيق الهدف الذي أراده المشرع وألا يخرج عن مقتضاه، وإلا كان معيباً بعيب الانحراف في استعمال السلطة، فعلى الرغم من السلطات التي تتمتع بها الدولة المضيفة في تسيير مرافقها العامة، إلا أنها ليست بالسلطة المطلقة، لأنها ملزمة باحترام مبدأ المشروعية عند ممارستها، ومن هنا تبرز أهمية الدور الذي يؤدي القضاء الإداري في الدول التي تأخذ بالازدواجية القانونية والقضائية في ضمان تجسيد هذا المبدأ، لأنه يجسد توازناً حقيقياً بين أمرين لا يقل أحدهما أهمية عن الآخر وهما: ضرورة سير المرافق العامة في الدولة بانتظام واطراد وهو ما يتطلب منح الدولة المضيفة استعمال كل ما تملكه من سلطات وصلاحيات لتجسيد ذلك من جهة، ومن جهة أخرى ضرورة توفير الحماية القانونية اللازمة لحقوق شركة المشروع في مواجهة هذه السلطات في حال انحراف جهة الإدارة في استعمالها.

¹ - عماد محمد شاطي، المرجع السابق، ص 275، 280.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

على الرغم من أهمية رقابة القاضي الإداري على عيب الانحراف بالسلطة، إلا أن خصوصية هذا العيب يمكن أن تؤثر على أهمية الرقابة إذا لم تقترن بأمر أخرى نتولى بيانها في ختام دراستنا للرقابة على هذا العيب، وقبل ذلك يتعين علينا إبراز تعريف هذا العيب وخصوصيته لما لها من انعكاس على دور القاضي الإداري وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف عيب الانحراف بالسلطة

لقد اختلف الفقه الإداري في تحديده للمقصود بعيب الانحراف بالسلطة، ومرد ذلك اختلاف الزاوية التي ينظر بها كل فقيه لهذا العيب، إذ اعتبره اتجاه فقهي في فرنسا أنه: "استخدام سلطة معينة بواسطة جهة إدارية، من أجل تحقيق هدف آخر غير ذلك الذي من أجله منحت لها هذه السلطة بواسطة القانون"، في حين اعتبره اتجاه فقهي آخر بأنه: "استخدام جهة إدارية سلطتها عمداً من أجل هدف غير الذي منحت لأجله هذه السلطة".

يعاب على هذا التعريف أنه ربط بين الانحراف بالسلطة وبين العمد وهذا غير صحيح دائماً، فقد يقع الانحراف بالسلطة نتيجة لخطأ كما في حالة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف.

عرف أيضاً بأنه: "يوجد انحراف السلطة عندما تستخدم الإدارة اختصاصاتها من أجل غرض غير المصلحة العامة، سواء كان هذا الغرض مصلحة خاصة أو هدف سياسي ويوجد كذلك انحراف بالسلطة عندما تتخذ الإدارة قراراً من أجل هدف سياسي، ويوجد كذلك انحراف بالسلطة عندما تتخذ الإدارة قراراً من أجل هدف يتعلق بالمصلحة العامة ولكنه أجنبي عن الهدف الذي حدده التشريع والذي تدعى الإدارة تطبيقه"¹.

من خلال التعاريف السابقة يتضح لنا أن عيب الانحراف في استعمال السلطة لا يكون في المشروعية الخارجية للقرار الإداري المطعون فيه من حيث الشكل والإجراءات، وإنما في مشروعية الغاية التي استهدفتها الإدارة في إصداره، فهو عيب يتعلق بجوهر القرار لا بشكله، لذا يتعين على القاضي الإداري أن يبحث في نوايا ومقاصد الدولة المضيئة وأن يتفحصها ويعمل على تقديرها، فالرقابة القضائية على عيب الانحراف بالسلطة تتخذ شكل التحري في النواحي النفسية أو القصد² الذي توخته هذه الأخيرة عند إصدارها لقرار إنهاء عقد البوت.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، د ط، 2010، ص ص 262، 263.

² - إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار فنديل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 84.

ثانيا: صور عيب الانحراف بالسلطة

إذا كان الهدف من إصدار قرار إنهاء عقد البوت هو تحقيق المصلحة العامة، فإن الانحراف عن تحقيق هذه الأخيرة يعد أحد أوجه الانحراف بالسلطة، كما أن حياد الدولة المضيفة عن ما رتبته المشرع من هدف خاص والذي قد تستخلصه القاضي الإداري من حيثيات القرار يشكل الصورة الثانية من صور عيب الانحراف بالسلطة وهو ما سنبرزه على النحو التالي:

1. الانحراف عن تحقيق المصلحة العامة

هذه الصورة من أخطر حالات الانحراف بالسلطة لأسباب كثيرة أهمها: أن العيب هنا يكون مقصودا، فالمصلحة العامة وتحقيق مقتضياتها هي المبرر الرئيسي لسلطة الدولة المضيفة في إصدار قرار إنهاء عقد البوت، ومن ثم فأي قرار إداري يجب أن يصدر تحقيقا للمصلحة العامة وإلا كان معيبا بعيب الانحراف بالسلطة¹، أما إذا استخدمت الدولة المضيفة السلطة الممنوحة لها لتحقيق نفع أو غرض شخصي لها أو لغيرها، أو مارسها بقصد المضايقة أو الانتقام مثلا، فإن قرارها يكون معيبا بعيب بالانحراف بالسلطة، وللدولة المضيفة سلطة تقديرية في تحديد الوقت الذي تراه مناسبا لإصدار قرار إنهاء عقد البوت، لكن هذه السلطة تكون دائما مقيدة فيما يتعلق بالهدف من القرار، والذي يتعين أن يكون دائما هو تحقيق المصلحة العامة فإذا حادت عنها أصبحت قراراتها باطلة لكونها معيبة بعيب الانحراف بالسلطة².

فكرة المصلحة العامة هي الهدف الذي تسعى الدولة المضيفة لتحقيقه من خلال عقود البوت، ويظل هذا الهدف قائما ولو لم تكن هي من تتولى مهمة إنشاء وتسيير المرفق العام، باعتبار أنه التزام يقع على عاتق شركة المشروع، لذا فكل إنهاء لعقد البوت يتعين أن يكون مستندا بفكرة المصلحة العامة حتى يكون قرار الإنهاء مشروعاً، إلا أن تحديد مضمونها والمقصود بها يبقى صعباً وفضفاضاً، فللدولة المضيفة أن تتمسك بأي سبب للإنهاء على أساس أنه سيحقق المصلحة العامة، فقد يكون الإنهاء لتحقيق المصلحة العامة بسبب عدم التزام شركة المشروع بتنفيذ عقد البوت وتقديم الخدمات العامة بطريقة ملائمة وبجودة عالية بناء على الشروط المحددة في عقد البوت، كما قد تعني أموراً أخرى وهنا تبقى السلطة التقديرية للقاضي الإداري في تحديد المقصود بها، ومدى توافر فكرة المصلحة العامة من عدمها. من الأمور الحديثة الآن والتي أصبحت مهمة في مجال المرافق العامة هي نوعية وجودة الخدمات التي يتم تقديمها، والتي اعتبرها البعض مبدأ رابعاً وجديداً يحكم المرافق العامة، والذي نرى أنه فعلاً كذلك فهو أحد أسباب اعتماد عقود البوت لتفادي اشكالات التشغيل الموجودة في الأساليب التقليدية لتسيير

¹- فهد عبد لكريم أبو العثم، القضاء الإداري (بين النظرية والتطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، 2003، ص ص 387، 388.

²- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص ص 199، 200.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المرافق العامة، لاسيما وأن هذه الجودة قابلة للقياس في العديد من المجالات أما في مرافق أخرى فهي تحتاج لمعايير خاصة،¹ لا بد من السعي لتجسيدها ويمكن الاعتماد على تجارب الدول الأخرى في هذا الصدد، وبالنظر لأهمية هذا المبدأ فكل إخلال به الآن يمكن أن يكون سببا في إنهاء العقد تحت فكرة المصلحة العامة.

لما كانت كذلك شركة المشروع تشارك الدولة في تنفيذ عقود البوت فإن تحقيق المصلحة العامة التي تصبح أحد التزاماتها مرتبطة كذلك بالأسعار التي تدفع نظير خدمات المرفق العام، والتي يتعين أن لا تقوم برفعها من تلقاء نفسها، وهذا الأمر قد يكون منصوصا عليه في القوانين وتُحدد حتى الجهة التي تتولى تحديدها، وقد يكون كذلك التحديد بموجب معايير معينة على غرار: عدم تجاوز الأسعار المبالغ اللازمة لاسترداد قيمة الاستثمار وتغطية التكاليف وتحصيل أرباح معقولة،² وقد لا ينص عليه صراحة ويترك لتنظيمه في شكل بند تعاقدي، والغالب في عقود البوت أن هذا التحديد يكون باتفاق الطرفين المتعاقدين، ومن ثم فأي زيادات غير مبررة من طرف شركة المشروع في أسعار الخدمات سيؤثر على المصلحة العامة ويكون مبررا لإنهاء العقد.

بالإطلاع على القوانين المنظمة لعقود البوت في التشريعات المقارنة نجدها تتضمن أحكاما عامة عن هذا العقد وطبيعة حقوق صاحب الامتياز (شركة المشروع)، فيشير بعضها بأن هذا الأخير موضوعه تقديم خدمات عامة لجمهور المرتفقين نيابة عن الدولة أو الجماعات المحلية ومن ثم فلا بد أن يتم تنفيذ العقد بما يتوافق مع فكرة الصالح العام،³ لأن الهدف من لجوء الدولة لإبرام عقود البوت هو توفير حاجات المرتفقين المتطورة، التي ربما لا تستطيع توفيرها بالاعتماد على إمكانياتها المالية، ولضمان تحقق ذلك فغالبا ما تنص القوانين الوطنية على احتفاظ الدولة بحق ملكية جميع الأصول العامة التي ينطوي عليها الامتياز ولا يمنح للمتعاقد إلا حق استخدام وحيازة تلك الأصول، وإن كان هذا الأمر محققا في عقود الامتياز التقليدية إلا أنه لا بد من نقل ملكية المرفق العام في عقد البوت للدولة المضيفة كما سبق بيانه لاختلاف طبيعة كل من العقدين.

يأخذ عيب الانحراف عن المصلحة العامة صورا كثيرة منها:

أ. استعمال السلطة قصد الانتقام

في هذه الحالة يكون هدف الدولة المضيفة من إصدار قرارها الانتقام من شركة المشروع المنفذة للعقد والإضرار بها لأسباب لا تتعلق بالمصلحة العامة، وقد يكون ذلك لاختلاف في الرأي أو العقيدة، أو

¹ - ماهر صالح علاوي الجبوري، " نوعية الخدمة أو جودة هدمة المرفق العام المبدأ الرابع (الجديد) من المبادئ التي تحكم المرافق العامة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، كلية الحقوق، العراق، المجلد السابع عشر، الإصدار الثالث، 2015، ص 381.

² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مذكرة من الأمانة"، المرجع السابق، ص 19.

³ - نفس المرجع، ص 16.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تنافس في مجال معين...الخ، وهذه أسوء صور الانحراف على الإطلاق لأن فيه استعمالاً لسلطات القانون العام والتي منحت للدولة المضيفة لتحقيق الصالح العام ولضمان حسن انتظام المرفق العام، وتحقيق الانسجام والتكامل داخله.¹

ب. استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي

قد يأخذ عيب انحراف الدولة المضيفة شكل إساءة استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي لها وربما لغيرها، على غرار مثلاً: إنهاء عقد البوت حتى تتعاقد مع شركة أخرى لتتولى تنفيذ العقد، سواء بناء المرفق العام أو تشغيله فقط بحسب المرحلة التي تم فيها إنهاء العقد.

ج. عدم تطبيق القانون تطبيقاً عادلاً

القانون هو إرادة الأمة صيغت في عبارات يتعين احترامها، لأن في تطبيقه السليم تحقيق للمصلحة العامة، ومخالفة هذا التطبيق السليم والتحايل عليه فيه مخالفة للمصلحة العامة، مما يجعل القرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة لتنتكزه للمصلحة العامة، وذلك بالخروج عنها فلا يجوز للدولة المضيفة أن تتحايل على تنفيذ أحكام القانون لتصل من ذلك لانتهاك هذه الأحكام.²

د. استعمال السلطة لغرض سياسي

يمكن تصور هذا العيب في حالة قيام الدولة المضيفة باستعمال ما منحها القانون من سلطة مدفوعة باعتبارات سياسية لا صلة لها بشكل مباشر أو غير مباشر بالمصلحة العامة لتنتهي العقد مع شركة المشروع.

2. الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف

قد لا يكتفي المشرع بالنص صراحة على أن كل قرار يتعين أن يصدر محققاً للمصلحة العامة فقط، بل قد ينص صراحة على تحديد هدف معين يجعله نطاقاً للعمل الإداري، وهنا يجب ألا يستهدف القرار الإداري الذي يتم إصداره تحقيق المصلحة العامة فحسب، بل والهدف الخاص الذي عينه القانون لهذا القرار، عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف التي تقيد القرار بالغاية التي رسمها له القانون، فإن خرج القرار عن هذه الغاية حتى ولو كان هدفه تحقيق المصلحة العامة ذاتها، كان القرار مشوباً بعيب الانحراف وكان باطلاً،³ ويمكن أن يأخذ الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف صوراً عدة هي:

¹ - علي حمزة عسل الخفاجي، ثامر محمد رخيص، " الانحراف في السلطة وأثره في ظاهرة الفساد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، رئاسة الجامعة، العدد الثالث والعشرون، د س، ص 121.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص ص 320، 337.

³ - نواف كنعان، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص ص 278، 279.

أ. الخطأ في تحديد الأهداف المنوط بها تحقيقها

في هذه الصورة تستعمل الدولة المضيفة ما منح لها بموجب أحكام القانون من سلطات لتحقيق أهداف معينة، وإن كانت متعلقة بالمصلحة العامة إلا أنها غير مكلفة بتحقيقها.

ب. الخطأ في استخدام وسائل تحقيق الأهداف

في هذه الحالة تستعمل الدولة المضيفة لتحقيق الهدف العام المنوط بها وسيلة غير مقررة قانوناً.¹

ثالثاً: خصوصية رقابة القضاء الإداري على القرارات المعيبة بعيب الانحراف بالسلطة

يتميز عيب الانحراف بالسلطة بخصوصية خاصة تميزه عن غيره من العيوب، منها ما هو مستمد من خصائصه، ومنها ما هو متعلق بعبء إثباته وصعوبته بالنسبة للقاضي والمتقاضي، وكذا الوسائل المعتمدة في إثباته نبرزها على النحو التالي:

1. الخصوصية المستمدة من خصائصه

يتميز عيب الانحراف بالسلطة بعدة خصائص تميزه عن أوجه الإلغاء الأخرى، فهو عيب احتياطي ويتعلق بركن الغاية، كما أنه عيب قصدي ولا يتعلق بالنظام العام نبين مضمون كل خاصية على النحو التالي:

أ. الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف بالسلطة كوجه للإلغاء

استقر كل من الفقه والقضاء الإداري على إقرار الصفة الاحتياطية لعيب الانحراف بالسلطة، حيث لا يجوز للقاضي الإداري اللجوء إليه كوجه للإلغاء إذا كان بوسعه إلغاء القرار استناداً لأي وجه من أوجه الطعن الأخرى، لصعوبة إثباته مقارنة بالعيوب الأخرى التي تمس القرار الإداري، لأن القرارات المعيبة بعيب الانحراف بالسلطة سليمة ظاهرياً، ويمكن إرجاع الصفة الاحتياطية لهذا العيب لصعوبة إثباته لتعلقه بنية مصدر القرار وخطورة القضاء به بالنسبة للإدارة، لأنه سيؤدي لوصفها بالمتعسفة الأمر الذي يزرع الثقة المفترض توافرها فيها.²

يرى بعض الفقه أن الفكرة القديمة عن إساءة استعمال السلطة كعيب احتياطي أصبحت محل شك كبير في دعوى الإلغاء، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي أعلن جواز الحكم به في القرار الإداري دون اشتراطه البحث في إمكانية إلغاء هذا القرار استناداً لأوجه الطعن الأخرى، وبهذا يكون مجلس الدولة الفرنسي قد أكد أصالة عيب الانحراف في استعمال السلطة واستقلالته كوجه لإلغاء القرار الإداري حتى لو كان مشوباً بعيب آخر.³

¹ - علي حمزة عسل الخفاجي، ثامر محمد رخيص، المرجع السابق، ص 123.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، المرجع السابق، ص 186، 187.

³ - إبراهيم سالم العقيلي، المرجع السابق، ص 91.

ب. الصفة القصدية لعيب الانحراف كوجه للإلغاء

يقصد بالصفة القصدية لعيب الانحراف، أن مصدر القرار سيئ ويعلم بأنه يبتغي غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو غاية مخالفة لما حدده القانون، وأن يكون قصده قد اتجه لذلك، وبالتالي فإن إساءة استعمال السلطة والانحراف بها هي من العيوب القصدية في السلوك الإداري، قوامها أن يكون لدى الإدارة قصد إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها،¹ ومن ثم إذا لم يتوافر في مصدر القرار هذا القصد العمدي فلا يتحقق هذا العيب مهما كانت الأضرار التي أصابت شركة المشروع من هذا القرار.

يتفق غالبية الفقه على أن عيب الانحراف بالسلطة عيب قصدي، تتجه فيه إرادة ونية رجل الإدارة للخروج عن المصلحة العامة أو مخالفته لقاعدة تخصيص الأهداف، ويتعين أن تكون إرادته غير مشوبة بغش أو تدليس، غير أن بعض الفقه يرى أنه لا يلزم لقيام هذا العيب أن تتجه إرادة الإدارة للانحراف بالسلطة، إذ قد يقع عيب الانحراف من غير قصد ومن ثمة فإن هذا العيب لا يرتبط بالعمد ولا بسوء النية، حيث أنه يشمل الكثير من الحالات التي تكون فيها الإدارة حسنة النية، ولا تقصد من عملها غرض آخر غير الصالح العام ولكن تصرفها لا يزال معيبا بالانحراف لخروجه عن قاعدة تخصيص الأهداف.²

ج. ارتباط عيب الانحراف بالسلطة بالسلطة التقديرية

لا يتصور وقوع هذا العيب في حالة مباشرة الإدارة لاختصاص مقيد محدد بنصوص قانونية صريحة، حيث لا يثار عيب الانحراف بالسلطة في هذه الحالات، لأنه يفترض افتراضا غير قابل لإثبات العكس، لأن الأهداف الإدارية تتحقق باستمرار إذا قامت الإدارة بتنفيذ الواجبات القانونية تنفيذا دقيقا، إلا أن هناك اتجاها فقهي آخر يقول بوجود هذا العيب في الاختصاص المقيد، حيث يقترن بعيب المحل أو السبب أو يوجد منفردا، وذلك عندما يؤخر رجل الإدارة إصدار القرار قاصدا الإضرار بمن تعلقته مصلحة بإصداره.³

2. الخصوصية المستمدة من إثبات وعبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة

يتسم إثبات عيب الانحراف بالسلطة بالصعوبة بالنسبة للمدعي، لأن هذا العيب مرتبط بنفسية مصدر القرار، لذا من الصعب الكشف عن النوايا والمقاصد التي يرمى إليها مصدر القرار، والقاضي الإداري على الرغم من دوره الإيجابي في دعاوى الإدارية هو الآخر يواجه صعوبة في إثبات هذا العيب لتعلقه بنوايا مصدر القرار.

أ. صعوبة إثبات الانحراف بالسلطة في قرار إنهاء عقد البوت

يواجه القاضي الإداري وهو ينظر في الطعن المقدم من شركة المشروع في قرار إنهاء عقد البوت

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، 2007، ص 209.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص ص 274، 277.

³ - نفس المرجع، ص ص 191، 193.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

صعوبة كبيرة، وهي ذات الصعوبة التي تواجه شركة المشروع لإثبات إدعاءها، مرد ذلك بالنسبة للقاضي أن قرار إنهاء العقد المعيب بعيب الانحراف سليم ظاهريا، لأن هذا العيب ليس من العيوب الشكلية في القرار، كما أنه ليس من العيوب الموضوعية لأنه متعلق بنوايا ومقاصد الدولة المضيفة وهدفها الحقيقي المخفي الذي تسعى لتحقيقه، كما أن ممارسة الرقابة على هذه البواعث من طرف القضاء الإداري سيجعل من القاضي يحل تقديره الشخصي محل تقدير الإدارة، وهو ما سيخرج هذا الأخير من الدور المنوط به كقاضي مشروعية ليصبح رئيسا أعلى على جهة الإدارة، أما صعوبة الإثبات لشركة المشروع فراجع لعدم قدرتها على تقديم المستندات التي تثبت انحراف الدولة المضيفة بسلطتها لكونها في حوزتها، ولما كان هذا العيب من العيوب غير الشكلية ولا حتى الموضوعية التي تمس القرار الإداري، تجد شركة المشروع نفسها مضطرة لإثبات الانحراف بدلائل لا ترقى لمستوى الدليل الذي يحسم الأمر.

ب. خصوصية عبء إثبات الانحراف بالسلطة في قرار إنهاء عقد البوت

تعيين من يقع عليه عبء الإثبات ذو أهمية من الناحية العملية، لأن تكليف أحد الخصوم بالإثبات يجعل الخصم الآخر في مركز أفضل، لأن موقفه سيكون سلبيا وسيكسب الدعوى دون مجهود إذا عجز المكلف بالإثبات عن إقامة الدليل على ما يدعيه، لذلك أقر بتوزيع عبء الإثبات لما له من أثر على مركز الخصوم في الدعوى الإدارية، تجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه إلا برضاه، واستثناءا يمكن للخصم إجبار الطرف الآخر في الدعوى على ذلك في حالتين:

■ إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها.

■ إذا استند إليها خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى.

تتسم رقابة القضاء الإداري بالتدقيق والشدة قليلا في عبء إثبات هذا العيب، وهذا أمر طبيعي لأن القاضي لا يمكنه الحكم على الإدارة إلا إذا كانت هناك أدلة قاطعة،¹ ولهذا فقد استقر الفقه على أن عبء إثبات الانحراف بالسلطة يكون على المدعي مثبتا استهداف الدولة المضيفة بقرارها هدفا بعيدا عن المصلحة العامة أو مغايرا للهدف المخصص لإصداره، بإقامة الدليل بأي وسيلة إذ تتساوى جميع الأدلة المثبتة أمام القضاء الإداري،² غرار: القرائن،³ والأدلة الكتابية... الخ.

¹ - عمر محمد الشويكي، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، 2006، ص 373.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 295.

³ - تأخذ القرائن صورتين مختلفتين: القرائن القانونية وهي: " تلك القرائن التي أقرها القانون والتي من شأنها أن تؤيد الشخص في دعواه أو تكون ضده، فتكون القرينة قانونية عندما تقوم في عناصرها على حكم القانون"، وهي كثيرة في التشريع نذكر منها: قرينة العلم بالقرار الإداري بالنشر والإعلان، قرينة استقالة الموظف، قرينة حجية الأحكام القضائية، قرينة القرار الإداري الضمني... الخ،³ أما القرائن القضائية فهي القرائن التي لم ينص عليها القانون، ويستخلصها القاضي من ظروف الدعوى المحيطة بها، فقد يختار القاضي واقعة معلومة من بين وقائع الدعوى الواردة في محاضر والمستندات المقدمة فيها ثم يستدل بها على الأمر المراد إثباته، فقرينة انعدام الدافع المعقول تعد قرينة قضائية فالإدارة تصدر قراراتها تحت تأثير دوافع معينة لذا يتوجب أن تكون دوافعها متعلقة بتحقيق المصلحة العامة وأن تكون مبررا لإصدار القرار.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لقد أيد مجلس الدولة الفرنسي، والمصري وكذا الجزائري مبدأ إلقاء عبء إثبات عيب الانحراف بالسلطة على المدعي، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر مثلاً: إلى أن الانحراف بالسلطة هو من العيوب القصدية في السلوك الإداري وقوامه اتجاه الإدارة صاحبة الاختصاص للانحراف به عن تحقيق المصلحة العامة وبالتالي يقع إثباته على من يدعيه، إلا أن الأخذ بهذا لا يستقيم مع الواقع فغالباً ما تحتفظ الإدارة ببعض الوثائق والملفات ذات الأثر الحاسم في المنازعة، ولقد كانت غالبية الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الإداري تؤكد على إلقاء عبء الإثبات على عاتق المدعي كأصل عام وعلى هذا الأساس يتمتع القرار الإداري بقرينة الصحة المفترض تواجدتها في القرارات الإدارية.¹

لكن الأمر تغير لاحقاً نتيجة لصعوبة إثبات هذا العيب لذلك فقد خفف القضاء الإداري المصري مثلاً من مبدأ إلقاء عبء إثبات الانحراف بالسلطة بشكل كامل على المدعي، ونقله للإدارة في حالة ما إذا تمكن المدعي من تقديم دليل يمكن أن يزعم قرينة الصحة المفترضة في القرارات الإدارية، وهناك على الإدارة دحض ما تقدم به المدعي.²

في ختام دراستنا لعيب الانحراف بالسلطة كسبب للطعن بإلغاء قرارات الدولة المضيفة لعقد البوت، نرى أنه لضمان فعالية الدور الذي يؤديه ولتفادي تخوف شركات المشرع من رقابته واشتراطها الاعتماد على الطرق البديلة، ضمان التخصصية في قضاة المنازعات الإدارية لأن هذا سيضمن توحيداً لاجتهاد القضاء الإداري، وضمان تسهيل عبء إثباته وكذا الخلي عن كون كونه عيباً احتياطياً وجعله عيباً من النظام العام.

بعد دراستنا لاختصاص القضاء الإداري بحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت، سواء المتعلقة بالنهاية غير العادية للعقد، أو التي تنشأ عند تنفيذ العقد بين الدولة المضيفة وشركة المشروع، نشير إلى أن:

- على غرار عقود الامتياز يختص بالنظر في منازعات عقود البوت جهات القضاء الإداري وكذا القضاء العادي، متى اتفقت الدولة المضيفة مع شركة المشروع على إخضاع كل المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ عقود البوت لولاية القضاء الوطني للدولة المضيفة، فعلى سبيل المثال نصت المادة 19 من عقد بوت مطار العلمين بمصر الموقع في 16/8/1998 على أن هذا العقد خاضع للمراجعة والقبول من قبل مجلس الدولة، وفيما عدا الشروط المالية يقبل الطرفان أي تعديلات تدخل على هذا العقد من قبل مجلس الدولة، كما نصت المادة 12 من العقد أيضاً على أنه إذا نشأ خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولاً محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصل إلى

¹- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص 352
²- نفس المرجع، ص 274.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تسوية الخلافات عن طريق التفاوض تكون محاكم القضاء الإداري بمجلس الدولة هي المختصة بحسم النزاع.¹

- على المستثمرين لاسيما الأجانب في عقود البوت أن يطمئنوا لوجود وسائل عادلة لحل المنازعات التي يمكن أن تثور بشأنها، فالنظام القضائي الجزائري يتوافر على هيئات قضائية متخصصة بنظر المنازعات الإدارية باعتبار أن عقود البوت عقود إدارية، والقاعدة العامة أن القضاء الإداري بالدولة المضيفة هو المختص بنظر المنازعات المتصلة بعقود البوت بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام الازدواجية القضائية على غرار الجزائر، واستثناء من ذلك يتم اللجوء لطرق تسوية أخرى.

- إجراءات التقاضي في الأنظمة القانونية والقضائية التي تأخذ بنظام الازدواجية القانونية والقضائية على غرار الجزائر تتسم بخصوصية ذاتية، مصدرها طبيعة هذه المنازعة القائمة على روابط القانون العام، قبل أن تكون نتيجة لازدواجية القضاء، وهو ما يتطلب منح القاضي الإداري دورا إنشائيا وأكثر إيجابية في تسيير إجراءات التقاضي والتي تكون كتابية... الخ،² خاصة في عقود البوت.

- لا بد من إعادة النظر في تخصصية القاضي الإداري، لما لذلك من أهمية في المنازعة الإدارية بصفة عامة، وفي منازعات عقود البوت التي أشرنا إلى أنها بحاجة للتخصصية فيمن ينظرها لأنها تحتاج فيمن ينظر فيها لحلها لخبرات قانونية وفنية وإدارية ومالية.

- الدولة المضيفة وهي تباشر إجراءات التقاضي أو تباشرها ضدها، وفي أول إجراء قانوني تباشر به وهو تحرير العريضة، نص المشرع الجزائري على أن: "...ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام"³، وقد رتب المشرع الجزائري عدم القبول كقاعدة عامة في حالة تخلف تمثيل الخصوم بمحام أمام المحكمة الإدارية،⁴ إلا أنه أعفى الدولة والأشخاص المعنوية الواردة في نص المادة 800 من ق.إ.ج.م.إد من ذلك في الادعاء أو الدفاع أو التدخل، وجعل توقيع العرائض ومذكرات الدفاع والتدخل المقدمة منهم يتم توقيعها من قبل الممثل القانوني.⁵

- لتحديد الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى الإدارية أهمية، لأنها ستحدد المحكمة الإدارية التي سيؤول لها الاختصاص بنظر تلك الدعوى، حسب ما هو محدد من قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي للمحاكم الإدارية، وقد أحالنا المشرع الجزائري في أحكام المادة 803 المنظمة للاختصاص الإقليمي لنص المادتين 37، 38 من ق.إ.ج.م.إد، وبالرجوع لأحكامها لدراسة المحكمة المختصة إقليميا بنظر

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص 51.
² - فاروق أحمد خماس، " ولاية القضاء البحريني للمنازعة الإدارية"، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع، العدد الأول، 2010، ص 17.

³ - المادة 815 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

⁴ - المادة 826 من نفس القانون.

⁵ - المادة 827 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المنازعات التي تثور بشأن تنفيذ عقود البوت يمكننا القول أن الاختصاص يؤول:

✓ لاختصاص المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال في مادة الأشغال العمومية.¹

✓ لاختصاص المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه بالنسبة للعقود الإدارية.²

عمليا النصين السابقين لا يحدثان إشكالات في تحديد المحكمة الإدارية المختصة إقليميا بنظر منازعات عقود البوت، لأن كل منهما يجعل من مكان تنفيذ العقد محددًا للاختصاص، لكن نرى أن الإشكال الذي قد يطرح هنا فقط هو استناد المحامي لنص المادة 2/40 من ق.إ.م.إد في تحديد المحكمة المختصة إقليميا، وإدخاله لعقود البوت في نطاق الدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية؟ لوجود فرق بين عقد الأشغال العامة وعقد البوت كما سبق بيانه في الفصل الأول من الباب الأول، وإن كانت في المرحلة الأولى توجد مرحلة بناء وإنجاز المرفق العام لكن هذا غير كاف، وهو ما سيؤدي للخلط بين عقدين مختلفين عن بعضهما، فقبول الدعاوى على هذا الأساس سيكون قاعدة أن عقود البوت هي عقد أشغال عامة وهذا خاطئ، لذا لا بد من الاستناد لنص المادة 3/40 في تحديد الاختصاص الإقليمي، لأنها متعلقة بالعقود الإدارية بصفة عامة.

إشكال آخر ربما يقع بالنسبة للاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في عقود البوت في الحالة الثانية المتعلقة بالعقود الإدارية، وهي متعلقة بحالة التنازع الإيجابي للاختصاص، في حال ما إذا كان محل إبرام عقد البوت مختلفا عن محل تنفيذها (وهو محل وجود العقار الذي تتنازل عنه الدولة لشركة المشروع لبناء المرفق العام)؟ الأمر الذي سيتطلب وقتا طويلا للفصل في القضية وهذا ليس من الأمور الجيدة في عقود البوت التي هي عقود وقتية ولعامل الزمن فيها أهمية كبيرة، لأن هذا التنازع سيتطلب فصلا فيه ينعقد الاختصاص بنظره لمجلس الدولة لو كان بين محكمتين إداريتين، أما لو كان بين محكمة إدارية ومجلس الدولة فسينظر في ذلك مجلس الدولة بغرفة المجتمعمة،³ لذا نرى ربما إسناد الفصل في المنازعات التي تثور بالنسبة لعقود البوت للمحكمة الإدارية التي يوجد في دائرة اختصاص محل التنفيذ سيكون أفضل لو نظر في النزاع من طرف القضاء الإداري الوطني.

- بموجب إحالة المشرع الجزائري للمواد من 815 إلى 825 من ق.إ.م.إد فيما يتعلق بعريضة افتتاح الدعوى أمام مجلس الدولة،⁴ نجد أن هناك اختلافا فيما يتعلق بوجوبية التمثيل بمحام معتمد لدى مجلس

¹ - المادة 2/40 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

² - المادة 3/40 من نفس القانون.

³ - المادة 808 من نفس القانون.

⁴ - المادة 904 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الدولة بالنسبة لكل العرائض والطعون وكل المذكرات المقدمة من قبل الخصوم، باستثناء الأشخاص المحددة في نص 800: الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية،¹ فعندما تكون هذه الأخيرة طرفا في الدعوى بصفتها مدعية أو مدعى عليها، جعل المشرع الجزائري تمثيلها القانوني يكون من قبل: الوزير المعني، الوالي، رئيس م.ش.ب على الترتيب، والممثل القانوني للمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية، مع مراعاة ما يتم تحديده بموجب نصوص قانونية خاصة.²

المطلب الثاني:

اختصاص القضاء الإداري بحل منازعات تنفيذ عقود البوت

كما سبق لنا الإشارة خلال دراستنا في الباب الأول فالعلاقة بين الدولة المضيفة وشركة المشروع المنفذة لعقد البوت لإنجاز وتسيير المرفق العام خلال المدة المحددة في العقد خاضعة للقانون العام باعتبارها عقودا إدارية، ومن ثم النظر في المنازعات المتعلقة بها هو من اختصاص القضاء الإداري محكمة إدارية أو مجلس الدولة حسب قواعد الاختصاص المحددة في أحكام ق.إ.ج.م.إ.د، وتنقسم المنازعات التي تقوم بين الدولة المضيفة وشركة المشروع لمنازعات إلغاء ومنازعات القضاء الكامل نفصل فيها على النحو التالي:

الفرع الأول:

المنازعات المتعلقة بالإلغاء

قضاء الإلغاء في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بما فيها عقود البوت ذو نطاق محدود، وهو استثناء على المجال الأصلي المقرر للقضاء الكامل كما سنقوم ببيانه، ومن بين المنازعات التي ينظرها القضاء الإداري كفاض إلغاء الطعون القضائية التي ترد على القرارات الإدارية المنفصلة عن عقد البوت، وكذا الطعون المتعلقة بالمستفيدين من عقود البوت، والطعون المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة التي تصدرها الدولة المضيفة باعتبارها سلطة عامة، نبين هذه المنازعات المتعلقة بالإلغاء على النحو التالي:

أولاً: الطعون القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود البوت

ينظر قضاء الإلغاء في منازعات عقود البوت المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة، ولدراسة هذا الطعن نقوم بتعريف القرارات الإدارية المنفصلة والكيفية التي نشأت بها، ثم نبرز المعايير الفقهية التي ظهر في تحديدها، وأخيرا صور القرارات الإدارية المنفصلة في عقود البوت التي تخضع للإلغاء

¹ - المادة 905 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.
² - المادة 828 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

مع بيان شروط ذلك على النحو التالي:

1. تعريف القرار الإداري المنفصل

تم إيراد العديد من التعاريف الفقهية للقرار الإداري المنفصل نورد عدد منها على النحو التالي: عرف بأنه: "قرار إداري يكون جزء من بنايات عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري بناء على ولايته الكاملة وتخرج عن اختصاص أي جهة قضائية ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء".¹

عرفت أيضا بأنها: "القرار الذي يدخل في تكوين العقد الإداري، يستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد ويختلف عنه في طبيعته، الأمر الذي يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائزا".²

من الناحية القضائية اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: "القرارات التي تصدرها الإدارة في مجال العقود الإدارية نوعان، الأول يتمثل في القرارات التي تصدرها في المراحل التمهيدية للعملية العقدية، وهذه تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، أو ما تسمى بالقرارات الإدارية المنفصلة المستقلة، وفي هذه القرارات تعتبر قرارات إدارية نهائية بحيث يكون بالإمكان الطعن فيها بالإلغاء، والنوع الثاني يتمثل في القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذًا للعقد الإداري مثل القرار الصادر بإلغاء العقد، فالمنازعات التي تشهد بصدد هذه القرارات الأخيرة فإنه يمكن الطعن فيها أمام هذه المحكمة ذات الولاية الكاملة بنظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية".³

2. نشأة وتطور الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المنفصلة

ظهرت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة أو قابلة للانفصال في بداية القرن العشرين على يد قضاء مجلس الدولة الفرنسي،⁴ بعد التطور الذي حصل على موقفه من مجال تطبيق شرط انتفاء الدعوى الموازية لقبول دعوى الإلغاء، ففي البدايات كان مجلس الدولة لا يقبل دعوى الإلغاء للقرارات الإدارية المركبة التي تكون مرتبطة بعمليات إدارية قانونية تكون منازعاتها من اختصاص جهات القضاء العادي أو الإداري غير تلك الجهة القضائية التي تنظر في دعوى الإلغاء، لعدم وجود دعوى موازية هي دعوى العملية الإدارية المركبة ككل أمام الجهة القضائية العادية أو الإدارية المختصة، وهذا بسبب الحقوق الشخصية المكتسبة، لأن من شأن عملية إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة بصورة منفصلة عن العملية الإدارية القانونية أن يؤدي لإهدار الحقوق الشخصية المكتسبة الناتجة عن العملية الإدارية

¹ جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 168.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 356.

³ رشا عبد الرزاق جاسم، "الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، 2011، ص 4.

⁴ محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة دراسة تحليلية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، د س، ص 35.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المركبة على غرار: العقود، الأشغال العامة، الضرائب.. الخ.

عدل مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه السابق وأصبح يقر بقبول دعوى الإلغاء للقرارات الإدارية غير المشروعة المنفصلة أو القابلة للانفصال ذاتيا أو موضوعيا عن العملية الإدارية القانونية، وهو ما ظهر في الأحكام الصادرة عنه في الفترة الممتدة من 1903 إلى 1906،¹ وقد تم إرجاع ذلك للأسباب التالية:

- اكتشاف مجلس الدولة الفرنسي أن شرط انتفاء الدعوى الموازية لقبول دعوى الإلغاء شرط لا وجود له في الحقيقة، لاسيما وأن شرط تحقيق الدعوى الموازية لذات المزايا والنتائج التي تحققها دعوى الإلغاء لرافعها غير ممكن، فهذه الدعوى لا وجود لها ولا يمكن أن توجد وفقا للشروط التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق شرط انتفاء الدعوى الموازية أو الطعن المقابل، فدعوى الإلغاء هي الدعوى الوحيدة لإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة.

- أن تطبيق دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة طبقا لشروط القبول المقررة في النظام القضائي، لا يمكن أن تمس بالحقوق الشخصية المكتسبة من العملية الإدارية المركبة والتي تتعلق بها القرارات الإدارية المنفصلة والمطعون فيها بعدم مشروعيتها.²

في مصر قام مجلس الدولة منذ نشأته بفصل القرارات التي تساهم في تكوين العقد عن العملية العقدية، وقضى بأنه: " .. ينبغي التمييز في مقام التكليف القانوني بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد بها لإجراء هذا العقد أو تهئى لمولده، ذلك أنه يقطع النظر عن كون هذا العقد مدنيا أو إداريا فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة المختصة له خصائص القرار الإداري ومقوماته... ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنيا كان أو إداريا وتتفصل عنه، ومن ثم يجوز لذي الشأن الطعن فيها بالإلغاء استقلالا، ويكون الاختصاص معقودا لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها...".³

3. معايير تحديد القرارات الإدارية المنفصلة

بعد أن استقرت إمكانية الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة متى أمكن فصلها عن العملية المركبة المتعلقة بها، وهنا بدأت عملية البحث عن المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لمعرفة ما إذا كان القرار الإداري قابلا للانفصال أم لا، ومن ثم تحدد إمكانية الطعن فيه من عدمها، ولهذا الغرض أوجد الفقه معيارين نوجز مضمونها على النحو التالي:

¹ - يظهر ذلك بشكل واضح في قضية Martin التي قبل فيها مجلس الدولة الطعن في قرار إداري متعلق بالتصريح بمنح الامتياز بإحدى شركات التزام برغم من أن هذا القرار يندرج في عقد الامتياز الذي تندخل المنازعة بشأنه في اختصاص مجالس الأقاليم.

- محمد السناري، المرجع السابق، ص 35.

² - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2014، ص ص 439، 440.

³ - محمد السناري، المرجع السابق، ص 37.

1-3: المعيار الشخصي (الذاتي)

هو المعيار التقليدي المعتمد عليه في تحديد القرارات الإدارية المنفصلة، ويستند أنصار هذا المعيار للمركز القانوني الشخصي وصفة الطاعن بإلغاء هذه القرارات، ويتألف هذا المعيار من عدة عناصر:

- عنصر صفة ومركز الغير عن العملية الإدارية المركبة.
- عنصر عدم إمكانية الدفاع عن الحقوق والمراكز القانونية قضائياً إلا من خلال دعوى الإلغاء المباشرة ضد القرارات الإدارية المنفصلة وغير المشروعة.
- عنصر كون استعمال دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المنفصلة وغير المشروعة أمام الجهات القضائية المختصة أكثر جدوى وفائدة للطاعن في حماية حقوقه، من استعماله لدعوى القضاء الكامل في منازعات العمليات الإدارية المركبة المتصلة بها هذه القرارات الإدارية القابلة للانفصال.

2-3: المعيار الموضوعي

هناك العديد من التطبيقات القضائية التي تم الاعتماد فيها على المعيار الموضوعي لتحديد القرارات الإدارية المنفصلة، ويتألف هذا المعيار من العديد من العناصر المادية والموضوعية التي تطورت بتطور القضاء الإداري وهي:

- عنصر مدى كون القرارات الإدارية المنفصلة جوهرية وأساسية في تكوين الموضوع الأساسي للعملية الإدارية المركبة، ووفقاً لهذا العنصر عندما تصبح هذه القرارات جزءاً لا يتجزأ من العملية الإدارية المركبة نكون بصددها قرارات إدارية مركبة غير منفصلة، أما في الحالة العكسية نكون أمام قرارات إدارية منفصلة يمكن الطعن فيها.
- عنصر مدى ملاءمة وأفضلية دعوى الإلغاء لطاعن من دعاوى القضاء الكامل من حيث تحقيق الحماية الجدية لحقوقه ومصالحه، من خلال البساطة في الإجراءات والاقتصاد في التكلفة.
- يعتبر القضاء الإداري من القرارات العامة أو اللوائح الإدارية المركبة دائماً قرارات إدارية منفصلة، على أساس أنها قرارات إدارية عامة ومجردة تتعلق بمراكز قانونية عامة من حيث الإنشاء أو التعديل أو الإلغاء للمراكز القانونية العامة.
- عنصر القرارات الإدارية المركبة المتصلة بالعملية المركبة تكون منفصلة عن دعوى العملية الإدارية المركبة، يمكن أن ترفع وتقبل ضدها دعوى الإلغاء أمام جهات القضاء الإداري المختص بنظر دعاوى الإلغاء، لأن القرارات الإدارية المركبة تعتبر مظهراً من مظاهر السلطة في العملية الإدارية، الأمر الذي يجعل من المحتم ألا تختص جهات القضاء العادي بدعوى العملية الإدارية.¹

¹ - عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، المرجع السابق، ص 442، 448.

4. صور القرارات الإدارية المنفصلة في عقود البوت التي تخضع لرقابة الإلغاء للقضاء الإداري

سبق لنا الإشارة في دراستنا في الباب الأول أن العديد من الدول اعتمدت على أسلوب المناقصة في إبرام عقود البوت وغيرها اعتمد أساليب أخرى سبق لنا الإشارة إليها بالتفصيل، بالنسبة لأسلوب المناقصة نشير إلى أن كل الأعمال السابقة لإبرام عقد البوت هنا على غرار: وضع شروط المناقصة والإعلان عنها وتلقي العروض وتحقيق شروط المناقصة ثم اختيار أفضل عرض مقدم وإرساء الصفقة العمومية، تتم بقرارات إدارية متخذة من قبل الدولة المضيفة للتعبير عن رغبتها في التعاقد وإنشاء مشروع المرفق العام وتسييره من قبل شركات القطاع الخاص، سواء كانت وطنية أو دولية وهذا يحدد انطلاقاً من نوع المناقصة التي تعتمد عليها.

لا مجال لحصر كل القرارات الإدارية المنفصلة في عقود البوت التي يمكن الطعن فيها بالإلغاء، لكن يمكننا من الناحية التطبيقية تصور أن يكون بعضها متعلقة بالإجراءات التمهيدية التي تسبق التعاقد، وبعضها الآخر متعلقاً بتنفيذ العقد، بالنسبة للحالة الأولى: يمكن تقديم طعن في حالة ما إذا قامت الدولة المضيفة باعتماد أسلوب معين لاختيار شركة المشروع غير ذلك المحدد لها قانوناً في الاختيار، ومتى كان الأسلوب المعتمد في اختيار شركة المشروع هو المناقصة فلو قامت الدولة المضيفة بإصدار قرار بموجبه تم حرمان شخص معين من التقدم للمشاركة فيها لأي سبب تراه هذه الأخيرة حتى ولو كان هدفها أن تقدم فقط العروض المناسبة سواء مالياً أو تقنياً، كذلك في كل حالة لا تحترم الدولة المضيفة في عقد البوت المبرم بطريق المناقصة الآجال المحددة قانوناً لتقديم العروض يمكن أن يتم الطعن في هذا القرار الإداري المنفصل، كما يمكن تصور وجود قرارات قابلة للانفصال في مرحلة فتح العروض وتقييمها هي الأخرى تكون قابلة للطعن فيها بالإلغاء تطبيقاً لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة.

نشير في هذا الصدد إلى أنه أثير تساؤل عن القرارات الصادرة عن جهة إدارية أو مجلس محلي بالتعاقد ومدى جوازية الطعن فيها بالإلغاء على أساس أنها تحضيرية؟ والطعن متعلق بالقرارات النهائية فقط؟ هنا قضى مجلس الدولة الفرنسي بقبول طعن في هذا النوع من القرارات واعتبرها قرارات نهائية وأوضح في قراره في قضية Société anonyme Touristique de la Vallée du Lautaret سنة 1970 أن: "مداولات المجالس البلدية أو العامة تكون نموذجاً للقرارات الواجبة التنفيذ التي اعتبرت منذ أكثر من نصف قرن قابلة للانفصال عن العقد المتعلقة به بسبب طابعها كقرارات صادرة عن إرادة واحدة"¹. أما الحالة الثانية التي يمكن أن يتصور فيها وجود قرارات إدارية منفصلة قابلة للإلغاء هي في مرحلة تنفيذ العقد، وتكون متعلقة بالسلطات الممنوحة للدولة المضيفة والتي سبق دراستها في الفصل السابق،

¹ - محمد السنارى، المرجع السابق، ص 43.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

وهذا الأمر متعلق فقد بعقود الامتياز التقليدية وعقود البوت التي نحن بصدد دراستها، لأن الأصل في القرارات الإدارية التي تصدرها الدولة المضيفة بمناسبة تنفيذ العقد لا تقبل الانفصال عن العقد، ومن ثم لا يمكن الطعن فيها،¹ ومن بين التطبيقات القضائية التي وجدت في هذا الصدد ما يلي:

- قبول فصل قرارات وإجراءات الضبط العام التي تأخذها الإدارة لتنفيذ العقد، أو للضغط على المتعاقد لإتمام تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

- القرارات المتعلقة بنزع الملكية التي تتخذ مثلاً بمناسبة عقد إيجار لاسترجاع محل الإيجار، والتي تم استخدامها في غير محلها وخارج النطاق الذي يسمح به القانون.

- قرارات الترخيص والتصديق على الإجراءات التي تتخذ لتنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة.²

كل القرارات المشار إليها سابقاً ليس هناك خلاف على أنها تخضع لرقابة القضاء الإداري فهي منظمة بقانون الصفقات العمومية أو المناقصات العامة كما يصطلح عليه في التشريعات المقارنة، وكل مخالفة لما جاء في أحكامه تجعله قابلاً للإلغاء، وهنا قد تباشر الدولة المضيفة عمليات مركبة بعضها تعاقدي بحت، والآخر تكون فيه مقيدة بما هو وارد في القانون كما سبق بيانه، وهنا تصدر قرارات من جانب واحد متوافرة على جميع خصائص القرار الإداري لكنها متصلة اتصالاً مباشراً بعقد البوت، هنا ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بنظر الطعون بإلغاء هذه القرارات متى كانت مخالفة لأحكام القانون، وهنا يتعين ألا يفهم أن إلغاء القرار الإداري المنفصل سيرتب إلغاء عقد البوت، حيث يلاحظ في هذا الصدد أن قضاء مجلس الدولة دائماً ما كان يقرر بمناسبة إلغائه للقرارات الإدارية المنفصلة أن هذا الإلغاء لا يكون له مساس بذات العقد الذي يظل قائماً بحالته إلى أن يفصل فيه القاضي المختص بنظر المنازعة، بناء على الطعن المقدم.³

يرى البعض أن الطعن بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة ليس ذا جدوى على أساس أنه لا يؤدي كنتيجة لإلغاء العقد الإداري بما فيها عقود البوت التي نحن بصدد دراستها، وقد كان رد القضاء الإداري على ذلك أن وجه المصلحة في هذا الطعن ظاهر، كما أن الغير ممن لا يستطيعون تقديم طعن في العقد على اعتبار أنهم ليسوا بالأطراف فيه يمكنهم في هذه حالة تقديم طعن بإلغاء القرارات الإدارية المتصلة عنه إذا كانت لهم مصلحة شخصية في ذلك.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تقرير بقاء العقد هنا صحيحاً على الرغم من أن القرار الإداري المنفصل تم إلغاؤه قد واجه انتقادات كثيرة من جانب الفقهاء على أساس أن ما يبني على باطل فهو باطل، من جهة أخرى استندوا لكون القرار الإداري المنفصل جزء لا يتجزأ من العملية المركبة وتتوقف

¹ - علي خاطر شطناوي، المرجع السابق، ص 370.

² - جمال عباس أحمد عثمان، المرجع السابق، ص 500، 502.

³ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 335.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عليها سلامة العملية ككل،¹ وحسبهم أنه على أساس أن هذا الأمر كان لما كان مجلس الدولة الفرنسي في تلك الفترة وهي مرحلة انتقالية لاسيما ما تعلق منها بشرط انعدام الدعوى الموازية كشرط لقبول دعوى الإلغاء وتخليه عن هذا الشرط، والذي ترتب عليه أن أصبح يلغي القرارات المتصلة بالعقد دون أن يتصدى القاضي الإداري للعقد بحد ذاته، وهذا غير منطقي الآن لذا اقترح إتباع أحد الطريقتين التاليين:

-السماح لمن ليسوا أطرافا في العقد الإداري بالمطالبة بإبطاله أمام القاضي الإداري المختص بنظر منازعات العقد، وهذا بالاستناد للحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل.

- السماح للقاضي الإداري بترتيب كل النتائج المبنية على إلغاء القرار الإداري المنفصل بما في ذلك إلغاء العقد الإداري شريطة أن تكون هناك منازعة بين طرفي الرابطة العقدية وفي عقود البوت هي: الدولة المضيفة وشركة المشروع.

تجدر الإشارة هنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في عدد من أحكامه قام بإبطال العقد الإداري واستند في ذلك لإلغاء القرار الإداري المنفصل على الرغم من أن أي من أطراف العقد لم يقدم طلبا للقاضي الإداري المختص بنظر النزاع بتقرير بطلان العقد.²

استنادا ما سبق تناوله لا بد من توافر جملة من الشروط لقبول الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة بعقود البوت هي على النحو التالي:

I. الشروط المتعلقة بالقرار الإداري المطعون فيه

-أن نكون بصدد قرار إداري: وهو ذلك القرار الصادر من سلطة إدارية باستعمال وسائل القانون العام، سواء كانت سلطات مركزية أو لا مركزية أو مرافق مصلحة.³

-أن يكون القرار الإداري نهائيا: ومن ثم لا يمكن الطعن في الأعمال التحضيرية والتمهيدية والاستشارية، ومرد ذلك أنها لا ترتب أثارا قانونية تعطي للأفراد حقا في الطعن فيها بالإلغاء لعدم تمتعها بأي صفة تنفيذية.⁴

- أن يرتب القرار الإداري أثارا قانونية معينة: فلو لا هذا الأثر ما لجأ المعني بالأمر للطعن فيه، ولما تمكن القاضي الإداري من مراقبة أعمال الإدارة، وهذه الآثار التي يرتبها القرار الإداري قد تكون بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه ولا يشترط أن يتعلق القرار بفرد بذاته فقد يخص القرار مجموعة أشخاص وهنا نكون بصدد قرار تنظيمي.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 346.

² - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 336، 337.

³ - للتفصيل يرجى الرجوع ل: محمد أنور حمادة، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2004، ص 14.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 363.

II. الشرط المتعلق بالطاعن

لقبول الطعن بالإلغاء في القرار الإداري المنفصل عن العقد يتعين أن يكون هذا الطعن مقدما من غير المتعاقد، لذا لا يكون لشركة المشروع في عقود البوت أن تقود بتقديم الطعن لأنه بوسعها اللجوء إلى دعوى العقد عن طريق القضاء الكامل، ومرجع حق الغير المتعاقد في تقديم طعنه في هذه القرارات هو أن هذا القرار أثر في مركزه القانوني.¹

III. شرطي المصلحة والميعاد

لقبول دعوى الإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة لابد من توافر شرط المصلحة في رافعها، ولا بد أن تكون هذه المصلحة شخصية ومباشرة،² كما يتعين أن تكون مصلحة مادية أو أدبية،³ كما لا يشترط أن تكون هذه المصلحة محققة فيكفي أن تكون محتملة، ويتعين أن تتوافر هذه المصلحة وقت رفع الدعوى، وفي كل الحالات لا يمكن الحديث عن إمكانية رفع دعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة إذا لم تحترم الآجال المحددة قانونا.

ثانيا: الطعون القضائية المتعلقة بالمستفيدين في عقود البوت

ترتب عقود البوت بعد إنجاز المرفق العام والانتقال من مرحلة البناء لمرحلة التشغيل العديد من الحقوق للمستفيدين من المرفق العام، لأن لجوء الدولة المضيفة لإنشاء المرافق العامة بهذا الأسلوب هو لتلبية حاجات مواطنيها أساسا، ومن هذا المنطلق قام مجلس الدولة الفرنسي في عقود الامتياز التقليدية بإعطائهم الحق في الطعن بالإلغاء في القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي تتضمن إخلالا بأحد شروط العقد،⁴ هذا الأمر لا يختلف في عقود البوت لوجود تقارب بين العقدين مع بعض الاختلافات التي سبق لنا الإشارة إليها حتى أن بعض الفقهاء يعتبرون عقود البوت ما هي إلا تطور لعقود الامتياز التقليدية.

مرجع إمكانية تقديم طعون من قبل المستفيدين من عقود البوت مرجعه ما تتضمنه هذه العقود من شروط لائحية كما سبق بيانه، وخروج أي من الدولة المضيفة أو شركة المشروع عن تطبيق هذه الشروط لا يعد فقط إخلالا بأحد الالتزامات التعاقدية بل ومخالفة لقاعدة تنظيمية محددة به، وهنا يتعين علينا أن ننبه لأمر هام أنه إذا كان هذا الإخلال الذي يؤثر على المستفيد في عقود البوت بسبب شركة المشروع فإنه لا يمكننا الطعن بإلغائه أمام القضاء الإداري لأنها ليس سلطة إدارية ومن ثم لا يمكن

¹ - محمد السناري، المرجع السابق، ص 52، 53.

² - أي أن يكون للطاعن حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه، من شأنها أن تجعله مؤثرا مباشرا في مصلحة شخصية له لذا تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة إذا مس القرار المطعون فيه حالة قانونية خاصة للطاعن.

³ - لا يشترط أن يكون الطاعن يريد مصلحة مادية من رفعه للدعوى، فيمكن أن تكون المصلحة أدبية.

- رشا عبد الرزاق جاسم، المرجع السابق، ص 7، 8.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 348.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

إطلاق وصف القرار علي ما قامت به، لذا ومتى كان يتعين إلغاؤه لأنه يؤثر بشكل مباشر على المستفيدين من خدمات المرفق العام المنجز بعقد البوت فنرى أنه يمكنهم القيام بتقديم طلباتهم للدولة المضيفة المتعاقدة إجبار شركة المشروع على الالتزام بتطبيق ما تم تضمينه في الشروط اللانحائية، لكن الإشكال الذي سيطرح هنا هو ماذا سيحدث لو أن الدولة المضيفة لم تجبهم أو لم تقم باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة.

ثالثا: الطعون القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن الدولة المضيفة باعتبارها سلطة عامة

لما كان من المستحيل أن نقوم باستعراض كل صور الطعون القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن الدولة المضيفة في عقود البوت باعتبارها سلطة عامة نقوم بدراسة أحدها فقط على سبيل المثال وهي قرار إنهاء عقد البوت، فهنا تتمثل أوجه الرقابة القضائية على هذا القرار فيما يلي:

1: رقابة المشروعية فيها يعتبر قرار إنهاء عقد البوت إجراء غير مشروع حال اقترانه بأحد العيوب التالية:

عيب الاختصاص: هنا يعد قرار الدولة المضيفة غير مشروع حال صدوره من جهة غير مختصة بذلك عيب الشكل: متى صدر هذا القرار وكان غير مراعى لإجراء إعدار شركة المشروع، أو كان صدوره غير موافق للإجراءات والشكل المحدد قانونا لذلك.

عيب مخالفة القانون: أي لا بد أن يكون هناك خطأ جسيم مرتكب من طرف شركة المشروع خلال تنفيذها للعقد يبرر اتخاذ هكذا جزاء وإلا كان القرار غير مشروع.

عيب الانحراف بالسلطة: متى تبين أن قرار إنهاء عقد البوت هو لإبرام العقد مع شركة أخرى مثلا.

2: رقابة الملاءمة هنا تمتد الرقابة القضائية لركن السبب الذي يعد حالة واقعية أو قانونية تبرر للدولة المضيفة تدخلها في المرفق المدار بعقد البوت وتنتهي العقد عندما مثلا يتبين لها تعرضه لأخطار من قبل شركة المشروع وهو ما يشكل تهديدا لسيره وتقديمه للخدمات لجمهور المرتفقين، كما يمكن أن تمتد الرقابة القضائية هنا لركن المحل لرقابة مدى مناسبة قرار إنهاء العقد مع الوقائع المستند لها، ففي هذه الحالات تمتد رقابة القاضي لموازنة مدى التناسب بين الجزاء وخطورة الأسباب الدافعة لذلك.¹

¹ - إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ص 492، 495.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

رابعاً: الطعون القضائية المتعلقة باختيار شركة المشروع وتنفيذ العقد

في هذا النوع من الطعون يقدم الطاعن طعنه على أساس أن المعايير التي تم بها اختيار شركة المشروع لا تتسم بالشفافية والنزاهة، ولم تراعى فيها قواعد المنافسة المطلوبة قانوناً، فالمشروع الجزائري نص صراحة على إخضاع اتفاقيات تفويض المرفق العمومي للمبادئ التالية: حرية الوصول والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات،¹ ويتعين على شركة المشروع وهي تنفذ عقد البوت لإنجاز المرفق العام وتشغيله للمبادئ الحاكمة للمرافق العامة التي سبق لنا دراستها لاسيما: مبادئ الاستمرارية والمساواة والقابلية للتكيف،² لما لها من أهمية كبيرة بالنسبة لجمهور المرتفقين في تلبية حاجاتهم، وهو سبب لجوء الدولة لعقود البوت حتى تفي بالتزاماتها اتجاههم دون أن يكون عجز موازاناتها سبباً في عدم القيام بإنجاز المرافق الضرورية لذلك.

الفرع الثاني:

المنازعات المتعلقة بالقضاء الكامل

استقرت أحكام القضاء الإداري على أن لمجلس الدولة في العقود الإدارية بصفة عامة ولاية القضاء الكامل، ويمارس اختصاصاته هنا بصفة كاملة (أي يمتد لتلك المنازعات وكل ما يتفرع عنها)، دون حاجة لأن تقتصر في ذلك على الإلغاء، فاختصاصاته لا تقتصر على بحث مستحقات الطاعن بل تمتد لتشمل مستحقات جهة الإدارة المطعون ضدها طالما لم يسقط الحق بمضي المدة للوصول لوجه الحق في الدعوى،³ ومرجع إسناد المنازعات المتعلقة بعقود البوت لاختصاص القضاء الكامل هو طبيعة هذه المنازعات واتصالها بالحقوق المكتسبة للأفراد،⁴ ومن صور المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء الكامل ما يلي:

أولاً: الطعون القضائية المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه

تأخذ الطعون القضائية الخاصة بتنفيذ العقد وانقضائه أحد صور القضايا التي ينظرها القضاء الكامل، وسنقوم بإبراز أشكال الدعاوى التي يمكن أن تأخذها هذه الأخيرة وذلك على النحو التالي:

1. دعوى المطالبة بالحصول على مبالغ مالية

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المبالغ المالية في عقود الامتياز التقليدية تأخذ شكل الرسوم التي يحصل عليها صاحب الامتياز من قبل جمهور المنتفعين، لذا لا يتصور وجود منازعة بين الملتزم

¹ - المادة 1/209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المشار إليه سابقاً.

² - المادة 2/209 من نفس المرسوم الرئاسي.

³ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 328.

⁴ - ومن ثم فهو قضاء ذاتي تكون فيه المنازعة القائمة متعلقة باعتماد أو تهديد بالاعتداء لمركز قانوني شخصي للطاعن، كما أنه يستهدف مخاصمة الأعمال القانونية الذاتية التي تؤثر على الحقوق المكتسبة للأفراد.

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 304.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

وصاحب الامتياز فيما يتعلق بالمبالغ المالية، إلا أن المبالغ المالية هنا يمكن أن تأخذ شكل تعويضات تلتزم بدفعها له جراء عمله، لكن الأمر مختلف في عقود البوت فهي عقود تمويلية وهذا هو التطبيق الصحيح لها، فإن الدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالحصول على المبالغ المالية لا يمكننا أن نتصورها إلا في الحالات التي تشارك فيها الدولة المضيضة شركة المشروع في نفقات إنجاز المشروع، وتنص بعض عقود البوت على هذا الأمر إلا أنه سبق لنا الإشارة إلى أن هذا من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت. لذا نرى أن المبالغ المالية التي يمكن أن تكون مجالاً للمطالبة بها في عقود البوت هي مبالغ التعويض المستحقة سواء للدولة المضيضة أو لشركة المشروع، جراء عمل قامت به الطرف الآخر في مواجهتها مسبباً لها أضراراً تستوجب جبرها.

2. دعوى المطالبة بإلغاء تصرفات الدولة المضيضة المخالفة لالتزاماتها التعاقدية

يمكن تصور الدعوى التي تباشر للمطالبة بإلغاء التصرفات التي تقوم بها الدولة المضيضة على أساس مخالفتها لالتزاماتها التعاقدية فكل ما يصدر عن الدولة المضيضة من قرارات متعلقة بتنفيذ عقود البوت، كالقرارات الخاصة بجزاء من الجزاءات على غرار: توقيعها لغرامات التأخير أو فسخ العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة... الخ، فكل الإجراءات التي تتخذها الدولة المضيضة بصفتها متعاقدة ويولد منازعات يكون من اختصاص القضاء الكامل حتى ولو اقتضت على طلب إلغاء قرار إداري قامت الدولة المضيضة بإصداره ولا تنقيد الدعوى بميعاد دعوى الإلغاء.¹

يمكن تصور قيام دعوى للمطالبة بإلغاء تصرفات الدولة المضيضة في عقود البوت في كل حالة تقوم فيها الدولة المضيضة في التعديل في البنود التعاقدية بإرادتها المنفردة لأن هذه الأخيرة خاضعة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وكل مساس بها يخول لشركة المشروع الحق برفع دعوى لإبطاله، ما عدا ما تعلق بالشروط اللائحة فلتعلقها بكيفية تسيير المرفق العام يمكنها تغييرها بإرادتها المنفردة.

3. الدعاوى المتعلقة بفسخ عقود البوت

على الرغم من أن عقود البوت عقود تمويلية وشركة المشروع تتحمل كل التكاليف إلا أنها كباقي العقود الإدارية يمكن للدولة المضيضة أن تقوم بفسخها، وهو ما نصت عليه العديد من القوانين في هذا الصدد، مع أن هذا الأمر في حقيقة الأمر يمكن أن تنجر عليه العديد من الآثار لذا لا بد أن تكون الدولة المضيضة في رأينا قامت بدراسة كل ما سترتب على هذا الفسخ بشكل جيد.

لما كانت القوانين تنص على إمكانية فسخ عقد البوت هو الآخر على غرار العقود الإدارية دون تمييز، فإنه يمكن لشركة المشروع أن تلجأ للقضاء في كل قرارات الفسخ، والتي تعود لولاية القضاء الكامل، ويمكننا إرجاع ذلك على أساس حكم صادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر لكون المنازعة

¹ - محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص 329.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

هنا منازعة حقوقية وتخرج عن اختصاص القضاء الكامل.¹

ثانيا: الطعون القضائية المتعلقة بالبطلان والاستعجال في عقود البوت

بالنسبة للطعن بالبطلان فإن تقديمه يكون من أحد طرفي الرابطة العقدية في عقود البوت (الدولة المضيفة/ شركة المشروع)، على أساس وجود عيب في العقد يستوجب بطلانه، ويتم نظر هذا النوع من الطعون من القضاء الكامل متى تعلق بعيب في إجراءات تكوين العقد أو شروط صحته أو أركانه،² نبرز مضمون هذا الطعن والدعاوى الاستعجالية في عقود البوت ذلك على النحو التالي:

1. الدعاوى المتعلقة بتخلف أحد الأركان في العقد

استقر القضاء الإداري على أن العقد الإداري يقوم كما هو الحال في مجال القانون الخاص على ثلاث أركان وهي: الرضا، المحل، السبب، لذا فإن دعوى إبطال العقد الإداري لعيب في تكوينه أو في صحته تبدأ على غرار العقود في مجال القانون الخاص بالبحث في شروط صحته، فإذا لحق عيب بالعقد يؤدي لبطلان العقد الإداري بما فيها عقود البوت، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المحكمة الإدارية العليا في مصر طبقت أحكام القانون المدني فيما يتعلق بوجود الرضا في العقد الإداري، حيث قررت أن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله، وليس عملا شرطيا يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم، من بين هذه العيوب: الرضا، الغلط، التدليس، الغبن.³

أ. بطلان عقود البوت لعيب الرضا

يتم انعقاد عقود البوت بتوافق إرادتي كل من الدولة المضيفة وشركة المشروع، ويقصد بالإيجاب هنا اقتران الإيجاب بالقبول على النحو الذي يرتب الآثار القانونية، كما يتعين أن يكون الرضا صحيحا حتى يقوم عقد البوت، أي صادرا عن ذي أهلية وخاليا من كل العيوب غلطا كان أو تدليسا أو إكراها أو استغلالا، وكل مخالفة لذلك تجعل من المتعاقد الذي كان رضاه معيبا حق التمسك بهذا البطلان.

ب. بطلان عقود البوت لعيب في ركن المحل

يقصد بالمحل العملية التعاقدية التي تريد الأطراف المتعاقدة تحقيقها، وتكون عقود البوت باطلة متى ثبت أن محل العقد مستحيلا أو غير مشروع.

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 308.

² نفس المرجع، ص 309.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 349.

ج. بطلان عقود البوت لعيب السبب

لكل عقد بصفة عامة بما فيها عقود البوت سبب لإبرامها، ولا يمكن أن يتواجد عقد دون هذا الركن، ويتعين أن يكون هذا السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

2. الدعاوى الاستعجالية في عقود البوت

عقود البوت على غرار باقي العقود الإدارية يمكن أن ترفع فيها دعوى إستعجالية، والتي تعد من الوسائل الناجعة التي وجدت للمتقاضين من أجل حماية حقوقهم المهددة بخطر محقق أو الحفاظ على مراكزهم القانونية، نبرز شروط رفع الدعوى الاستعجالية وإجراءاتها على النحو التالي:

1-2: شروط الدعوى الاستعجالية

1-1-2: الشروط الموضوعية لرفع الدعوى الاستعجالية أمام القاضي الإداري

أ. توفر حالة الاستعجال

لا مجال لرفع دعوى استعجالية سواء أمام القاضي العادي أو القاضي الإداري ما لم تتوفر حالة الاستعجال، فهي المحددة لنوعية القضاء الذي سينظر في المنازعة، ولما كان الطابع يتسم بالاستعجال فإن الإجراءات التي ستتبع من قبل القضاء الإداري ستتسم بالسرعة، لكن تدابير الاستعجال في المادة الإدارية مختلف عن تلك المعمول بها في القانون الإستعجالي بالنظر لخصوصية القانون الإداري، ومرجع ذلك أن خشية الإدارة من عرقلة نشاطاتها بواسطة ما يصدر القاضي الإستعجالي على أساس أن أعمال الإدارة تهدف لتحقيق المصلحة العامة.¹

حاول القضاء الإداري الفرنسي وضع تعريف لشرط الاستعجال منذ بداية القرن التاسع عشر، لكنه خلال هذه المرحلة لم يستخدم مصطلح الاستعجال وإنما مصطلح الضرر بتعبيرات مختلفة للدلالة على درجة الضرر الواجب توافره لوقف التنفيذ،² لكن بصدور القانون المنظم للقضاء الإداري الاستعجالي أصبح القضاء الإداري يستخدم مصطلح الاستعجال في قراراته، وطبقاً للاجتهادات القضائية الحديثة فإن حالة الاستعجال تكون متوفرة طالما أن الأضرار سواء المادية أو المعنوية المترتبة على تنفيذ القرار على درجة كافية من الخطورة ووقعت بالفعل أو على وشك الوقوع حتماً، ولو كان بالإمكان إصلاح هذه الأضرار بالتعويض عنها، فشرط الاستعجال يكون متوافراً.³

¹ - بن ناصر محمد، " إجراءات الإستعجال في المادة الإدارية"، مجلة مجلس الدولة، مجلس الدولة بمشاركة منشورات الساحل، الجزائر، العدد الرابع، 2003، ص 13.

² - شريف يوسف خاطر، دور القاضي الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2009/2008، ص 79.

³ - نفس المرجع، ص ص 85، 87.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لم يستقر الاجتهاد القضائي في الجزائر وفي كل من فرنسا ومصر على تحديد معالم واضحة للاستعجال، ففي مصر تم القضاء بأن: " مناط الفصل في الطلب المستعجل يقتضي من المحكمة النظر في توافر عنصر الاستعجال على حسب الحالة المعروضة والحق المطالب به، بأن تستظهر الأمور التي يخشى عليها من فوات الوقت أو النتائج التي يتعذر تداركها، أو الضرر المحقق بالحق المطلوب المحافظة عليه... الخ".¹

من الناحية الفقهية أوردت العديد من التعاريف للقضاء المستعجل فعرف أنه: " الإجراء الذي يهدف إلى الفصل في أقرب وقت ممكن في القضايا التي تنسم بالاستعجال وفي الحالات التي تتطلب اتخاذ تدبير للحراسة القضائية أو أي تدبير تحفظي آخر على شرط أن يكون الإجراء المتخذ مؤقتا مع حفظ أصل الحق"، كما عرف أيضا بأنه: " الفصل في المنازعات التي يخشى عليها فوات الوقت فضلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين".²

ب. عدم المساس بأصل الحق

نص المشرع الجزائري على أن قاضي الاستعجال يأمر فقط بتدابير وقتية، كما أنه لا ينظر في أصل الحق وعليه أن يفصل في أقرب الآجال،³ ولا يوجد في الفقه القانوني الجزائري ما يعرف أصل الحق لكن هناك منطوق القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 1985 تعرض لأصل الحق والمتفحص له يلاحظ أنه فصل المقصود بأصل الحق انطلاقا من بيان ما المقصود به ثم توسع في شرحه بإبراز كل ما لا يتعين على القاضي الاستعجالي القيام به، يعني أنه تعريف بالاستبعاد، وذلك على النحو التالي أن "... المقصود بأصل الحق الذي يتمتع قاضي الأمور المستعجلة عن المساس به، هو السبب القانوني الذي يحدد حقوق والتزامات كل من الطرفين قبل الآخر، فلا يجوز أن يتناول هذه الحقوق والالتزامات بالتفسير والتأويل الذي من شأنه المساس بموضوع النزاع القانوني بينهما، كما ليس له أن يغير أو يعدل من مركز أحد الطرفين القانوني، أو أن يتعرض في أسباب حكمه إلى الفصل في موضوع النزاع، أو يؤسس قضاؤه في الطلب الوقتي على أسباب تمس أصل الحق، أو أن يتعرض إلى قيمة المستندات المقدمة من أحد الطرفين، أو يقضي فيها بالصحة أو البطلان، أو يأمر باتخاذ إجراء تمهيدي كالإحالة على التحقيق أو ندب خبير، أو استجواب الخصوم، أو سماع شهود، أو توجيه يمين حاسمة أو متممة

¹ - بلعابد عبد الغني، " الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر (دراسة تحليلية مقارنة)"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المؤسسات السياسية والإدارية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2007/2008، ص 14.

² - زواوي عباس، " الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل القانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 31/30، ماي 2013، ص 213.

³ - المادة 918 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لإثبات أصل الحق، بل يتعين عليه أن يترك جوهر النزاع سليما ليفصل فيه قاضي الموضوع المختص دون غيره¹.

ج. عدم اعتراض تنفيذ قرار إداري

بالرجوع لنص المادة 921 من ق.إ.ج.إد نجد أن المشرع الجزائري مكن القاضي الإستعجالي في حالة الاستعجال القصوى من أن يأمر باتخاذ كل التدابير التي يراها ضرورية لكنه قرن ذلك بشرط هام وهو أن لا يؤدي ذلك لعرقلة تنفيذ القرار الإداري.

د. توافر أسباب جدية

يتعين على الطاعن أن يقدم دفوعا جدية على الأقل توحى باحتمال صدور قرار لصالحه في الموضوع، وهو ما عبر عنه المشرع "بوجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار"²، والهدف من هذا الشرط هو منع وقف التنفيذ بالنسبة لكل الطاعنين الذين يقدمون طعوننا تسويقية أو مفتقرة لأساس قانوني، وبذلك تصبح إمكانية الطعن متاحة فقط لكل الذين ليس هناك مجال للشك في أن إلغاء القرار سيكون نتيجة حتمية وشبه مؤكدة، وهنا يطالب مجلس الدولة الجزائري بتقديم حجة من شأنها أن تخلق شبهة قوية حول عدم مشروعية القرار الإداري موضوع طلب وقف التنفيذ³.

هـ. وجود دعوى في الموضوع

لا يمكن قبول الدعوى الإستعجالية ما لم يوجد قرار إداري ولو بالرفض يكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي⁴.

و. رفع الدعوى خلال أجل معقولة

هذا الشرط أقره الاجتهاد القضائي الجزائري وهو مرتبط بشرط الاستعجال، وترى المحكمة العليا أن شرط الاستعجال غير متوافر كلما كانت المدة الفاصلة بين الوقائع وتاريخ رفع الدعوى طويلة⁵.

2-1-2: الشروط المتعلقة بالطاعن

بالرجوع لأحكام المادة 13 من ق.إ.ج.م.إد نجد أن المشرع الجزائري نص على شروط قبول الدعوى على النحو التالي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة ومصالحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون."

¹ - بلعابد عبد الغني، المرجع السابق، ص 18، 19.

² - المادة 919 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد المشار إليه سابقا.

³ - بن ناصر محمد، المرجع السابق، ص 21.

⁴ - المادة 919 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

⁵ - بلعابد عبد الغني، المرجع السابق، ص 33.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

من خلال نص المادة السابق يتضح أن شرطي المصلحة والصفة لا بد من توافرها في رافع الدعوى، ولا يمكن قبول دعوى دون مصلحة قائمة، ولم يحدد طبيعة المصلحة الواجب توافرها، وفي طبيعة العلاقة بين شرطي الصفة والمصلحة اتجه العديد من الفقهاء للقول باندماج مدلول الصفة في شرط المصلحة بحيث تتوفر الصفة كلما توفرت مصلحة شخصية مباشرة.

بالنسبة للأهلية فقد قام المشرع الجزائري بتنظيمها في نص المادة 65 من ق.إ.ج.م.إد، والتي أكد فيها على أن القاضي يثير انعدامها ويجوز له أن يثير تلقائيا انعدام التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي.

2-2: إجراءات رفع الدعوى الاستعجالية في المادة الإدارية

يتم إيداع طلب في شكل عريضة تخضع للشروط العامة لافتتاح دعاوى، تتضمن عرضا موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية،¹ وتكون العريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة يتم إيداعها بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف،² وقد توصل الاجتهاد القضائي لبلورة شروط قبول وشروط اختصاص من شأنها إرساء علاقة بين الدعوى الاستعجالية والدعوى الأصلية، فلا تكون بذلك الدعوى الاستعجالية مقبولة إلا إذا كان الطعن الأصلي من الاختصاص المادي والمحلي للقضاء الإداري، وإلا فعلى القاضي الاستعجالي أن يحكم بعدم الاختصاص النوعي،³ فإن كان من اختصاص جهة قضائية أخرى ما معروفة فإن تدبير الاستعجال يجب طلبه من هذه الأخيرة،⁴ وهو ما أقره الآن المشرع الجزائري بقراءة مخالفة لما جاء في نص المادة 919 من ق.إ.ج.م.إد أي لا بد من وجود طلب إلغاء كلي أو جزئي لقرار إداري والذي سيكون حتما أمام القضاء الإداري يمكن للقاضي الاستعجالي أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار... الخ، كما يظهر ذلك بصورة صريحة في إلزام المشرع الطاعن بإرفاق عريضته الرامية لوقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض أثاره تحت طائلة عدم القبول بنسخة من عريضة دعوى الموضوع.⁵

يتم الفصل في مادة الاستعجال بالتشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع،⁶ ويأمر بتدابير مؤقتة، وإذا تعلق الأمر بقرار إداري كان محل دعوى إلغاء سواء كان الإلغاء كلياً أو جزئياً فإن المشرع مكن هنا القاضي الاستعجالي أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة فقط منه إذا تبين له من ظروف الاستعجال أن الأمر يتطلب ذلك، ومتى ظهر من التحقيقات وجود وجه خاص من

¹ - المادة 925 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد المشار إليه سابقا.

² - المادة 14 من نفس القانون.

³ - المادة 2/924 من نفس القانون.

⁴ - بن ناصر محمد، المرجع السابق، ص 28.

⁵ - المادة 926 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

⁶ - المادة 917 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار الإداري، وفي كل الحالات عندما يتم القضاء بوقف التنفيذ يتعين أن يتم الفصل في دعوى إلغاء القرار الإداري في أقرب الآجال، وفي كل الحالات ينتهي هذا الأثر الموقف عند الفصل في دعوى الإلغاء.¹

حسنا فعل المشرع الجزائري عندما انتبه للحريات الأساسية التي يمكن أن تتعرض للمساس الخطير أو غير المشروع من قبل الأشخاص المعنوية العامة أو كل جهة خاضعة لاختصاص القضاء الإداري أثناء ممارستها لسلطاتها، عندما مكن القاضي الإستعجالي في كل حالة تتوافر فيها ظروف الاستعجال بالقيام بكل التدابير الضرورية للمحافظة عليها عندما يتعرض للفصل في الطلبات التي سبق لنا الإشارة إليها، حتى أن المشرع ألزم القاضي بالفصل في هكذا طلبات خلال 48 ساعة يتم احتسابها من تاريخ تقديم الطلب.²

تبقى سلطة القاضي الاستعجالي قائمة في التعديل في أي وقت، لأن إمكانية ظهور أمور جديدة تتطلب تعديلا في التدابير التي سبق له الأمر بها أو حد إنهاؤها تظل قائمة، لكن هذا الأمر يتطلب تقديم طلب من كل ذي مصلحة،³ وفي كل الحالات فان فصل القاضي الإستعجالي يكون وفقا لإجراءات تراعى فيها الوجاهية وتكون كتابية وشفوية،⁴ تطبيقا لذلك فان عريضة الدعوى الإستعجالية تبلغ للمدعى عليه/عليهم، وتمنح لهم آجال قصيرة بالنظر للطابع الإستعجالي حتى يقدموا مذكراتهم الجوابية أو ملاحظاتهم، وفي كل الحالات يتعين احترام هذه الآجال وإلا استغني عنها دون إعدار.⁵

يتم استدعاء الأطراف للمثول أمام القاضي الاستعجالي في أقرب الآجال وبمختلف الطرق،⁶ وبالنظر للطابع الاستعجالي لم يحدد المشرع الجزائري طريقة معينة للاستدعاء يتوجب على القاضي الاستعجالي إتباعها فمنحه سلطة تقديرية واسعة في اختيار أي منها تكون أكثر ملاءمة، وبمجرد القيام بهذا الإجراء تعتبر القضية مهياً للفصل فيها، ويكون اختتام التحقيق الذي يباشره باختتام الجلسة ما لم تكن هناك ظروف تستعدي تأجيل ذلك وفي هكذا حالة يقوم القاضي الاستعجالي بإخطار الخصوم بكل الوسائل، وهنا لا بد من يكون توجيه المذكرات وكل الوثائق الإضافية المقدمة بعد الجلسة وقبل أن يتم اختتام التحقيق مباشرة للخصوم الآخرين وهذا عن طريق محضر قضائي، ويتعين أن يقدم الخصم المعني دليلا على ذلك أمام القاضي.⁷

¹ - المادة 919 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد. المشار إليه سابقا.

² - المادة 920 من نفس القانون.

³ - المادة 922 من نفس القانون.

⁴ - المادة 923 من نفس القانون.

⁵ - المادة 928 من نفس القانون.

⁶ - المادة 929 من نفس القانون.

⁷ - المادتين 930، 931 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يتم تبليغ الأمر الاستعجالي بكل الوسائل وفي اقرب الآجال، ومن هذا التاريخ يبدأ ترتيبه لآثاره أو من تاريخ التبليغ للخصم المحكوم عليه، لكن المشرع الجزائري منح للقاضي الاستعجالي تقرير تنفيذه فور صدوره، ويبلغ أمين ضبط الجلسة بأمر من القاضي منطوق الأمر ممهورا بالصيغة التنفيذية في الحال للخصوم مقابل وصل استيلاء إذا اقتضت ظروف الاستعجال ذلك.¹

بالنسبة لإمكانية الطعن في الأوامر الصادرة عن القاضي الاستعجالي فقد جعلها المشرع غير ممكنة متى تعلق الأمر بتطبيق المواد 919، 921، 922 من ق.إ.م.إد، إما الأوامر الصادرة تطبيقا لنص المادة 920 فيمكن الطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة خلال 15 يوما الموالية للتبليغ الرسمي أو التبليغ، ويفصل فيه مجلس الدولة خلال 48 ساعة، أما حالات الاستئناف المتعلقة برفض دعوى الاستعجالية أو عدم الاختصاص النوعي فيفصل فيها مجلس الدولة خلال اجل شهر واحد.²

المبحث الثاني:

مجالات تدخل القضاء العادي لحل منازعات عقود البوت

الاختصاص بنظر المنازعات التي تثور في عقود البوت موزع بين القضاء الإداري والقضاء العادي، واختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تنشأ عنها متعلقة أساسا بتلك المنازعات التي لا توجد فيها الدولة المضيفة باعتبارها صاحبة سلطة عامة، فهذه تخرج من ولاية القضاء العادي وهذا تطبيقا للمعيار العضوي المعتمد من المشرع الجزائري، ومن المنازعات التي تدخل في اختصاص القضاء العادي: المنازعات التي تثور بين شركة المشروع وجمهور المرتفقين والذين هم المستفيد الأول من هذه المرافق العامة التي يتم إنجازها بعقود البوت، وكذا المنازعات التي تثور بين شركة المشروع وعمال المرفق العام، وهي هامة لأن هؤلاء الدينامو المحرك للمرفق وأداة تقديم الخدمات العمومية، وأخيرا المنازعات التي تثور بين شركة المشروع والغير، نقوم بدراسة اختصاص القضاء العادي بالنظر كل هذه المنازعات على النحو التالي:

¹ - المادتين 934، 935 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد المشار إليه سابقا.
² - المواد: 936، 937، 938 من نفس القانون.

المطلب الأول:

نظر المنازعات القائمة بين شركة المشروع وكل من المرتفقين والعمال

بعد الانتهاء من بناء المرفق العام والبدء في تشغيله في المرحلة الثانية من العقد من شركة المشروع المتعاقد معها، يمكن أن تنشأ منازعات لا تؤثر فقط على شركة المشروع التي تنتظر الوصول لهذه المرحلة لاسترجاع ما انفقته وتحقيق هامش الربح الذي اتفقت عليه قبلا مع الدولة المضيفة، فتأثيرها يمتد للدولة المضيفة التي انتقته كأسلوب تعاقدية لأنه تمويلي أيضا، سعيا منها لتلبية حاجات مواطنيها من جهة، وإنجاز المرافق العامة التي هي الدينامو المحرك لعملية التنمية فيها، ويمكن أن تكون المنازعات الناشئة خلال هذه المرحلة مع جمهور المرتفقين الذين أنشأ المرفق أساسا لتلبية حاجاتهم المتطورة كما ونوعا، ويمكن أن تكون مع عمال المرافق العامة الذين هم أساس أداء الخدمات العامة المقدمة، فصل في مضمون المنازعات الناشئة بين المرتفقين وشركة المشروع، وبين هذه الأخيرة وعمال المرفق على النحو التالي:

الفرع الأول:

النظر في المنازعات القائمة بين شركة المشروع والمرتفقين¹

من حيث المبدأ العام العلاقة القائمة بين شركة المشروع وجمهور المرتفقين خاضعة لأحكام القانون الخاص، وهو الأمر المستقر عليه في الجزائر وفرنسا وكذا في مصر مع بعض الاستثناءات، ففي سنة 1961 قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن كل العقود التي يتم إبرامها بين جمهور المرتفقين والمرفق وفي عقود البوت تكون العقود مبرمة مع شركة المشروع خاضعة للقانون الخاص حتى ولو تضمنت هذه الأخيرة شروطا استثنائية فهي تخضع للقانون الخاص، ويرى اتجاه فقهي أن هذا القضاء لا يعني أن هذه العقود لا تتوافر على معايير العقود الإدارية، بل العكس فهي وفقا لهذه المعايير تعد عقودا إدارية على أساس أنها الوسيلة التي يعتمد عليها تسيير المرفق العام، من هذا المنطلق فهناك تعارض بين قيام المرفق بتعديلات مفروضة على المرتفقين دون موافقتهم، بناء على ذلك يرى هذا الاتجاه الفقهي أنه من الأرجح أن يتمتع المرتفقون في المرافق العامة الاقتصادية بذات المركز القانوني للمرتفقين من المرافق العامة الإدارية باعتبار أن حقوق هذا الأخير والتزاماته محددة في لائحة إذا كان يدار بالإدارة المباشرة أو في

¹ - المرتفقون هم المنتفعون من الخدمات من المرفق العام، وقد عرفوا بأنهم: "الأشخاص الذين يفيدون مما تقدمه المرافق العامة من سلع وخدمات، فضلا عن خدمات مادية محددة كوسائل النقل والكهرباء، إلى جانب السلع الاستهلاكية التي تقدم من قبل تلك المرافق لأفراد المجتمع كافة".
- قيدير عبد القادر صالح، " قاعدة نسبية أثر العقد ومدى سريانها على العقد الإداري (دراسة مقارنة)", مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد التاسع، العدد التاسع، العدد الثاني والثلاثين، السنة الثانية عشر، 2007، ص 196.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

دفتر الشروط إذا كان المرفق العام يدار بعقد الامتياز.¹

يرى اتجاهها فقهي آخر أن المرافق العامة الاقتصادية تخضع في كيفية إدارتها لأحكام القانون الخاص ويجب أن تتبع فيها أساليبه، حتى أنهم شبهوا مركز المرتفقين بخدمات هذه المرافق بمراكز العملاء بالنسبة للمشاريع الخاصة، ومن هذا المنطلق فهم يكتفون العلاقة القانونية القائمة بين المرفق العام والمرتفقين على أنها علاقة قانونية خاضعة للقانون الخاص، ويؤول الاختصاص بنظرها للقضاء العادي، بغض النظر عن مدى تضمن عقودها للشروط الاستثنائية.

مصر هي الأخرى كيفت فيها العلاقة القائمة بين المرتفقين والمرافق العامة الاقتصادية على أنها علاقة قانونية خاضعة لأحكام القانون الخاص، وبرروا ذلك بعدم وجود صلة بين العقد الموجود بينهما وبين نشاط المرفق العام وتسييره أو تنظيمه، إلا أن اتجاهها فقهيًا هناك يرى أن هناك اتصالاً لذلك بنشاط المرفق العام فهي أداة تنفيذ النشاط المرفقي ومن ثم فالمرتفقون يكونون في مركز تعاقدية من مراكز القانون العام، وقد ظهر اتجاه فقهي آخر وهو الاتجاه الراجح يرى أن مركز المرتفقين هو مركز تنظيمي تسري عليه كل التعديلات التي تتقرر بتعديل القواعد القانونية المنظمة للمرفق العام، وأن هذا المركز التنظيمي هو من مراكز القانون الخاص، فالعقد ليس إلا وسيلة لإسناد هذا المركز التنظيمي الخاص.²

مادامنا نتحدث عن المرتفقين ومسؤولية شركة المشروع المشغلة للمرفق العام أمامهم في عقود البوت، فهذا يعني أننا في المرحلة الثانية من المراحل التي تمر بها عقود البوت وهي مرحلة التشغيل، تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذه المسؤولية تبقى خاضعة لأحكام القانون الخاص سواء تعلق الأمر بالمسؤولية التقصيرية أو العقدية، فيمكن للمرتفق أن يلجأ لقاضي العقد حتى يجبر شركة المشروع على احترام العقد ومن ثم إلغاء كل الشروط المخالفة للقوانين واللوائح، لأن مسؤولية المرفق العام هنا في مواجهته ترتبط بتنفيذ العقد، أما المسؤولية غير التعاقدية فهي خاضعة للقانون الخاص حتى ولو كان الضرر ناشئاً عن أشغال عامة أو منشآت عامة.³

تبرز مسؤولية شركة المشروع اتجاه المرتفقين أيضاً في كل حالة تخل فيها هذه الأخيرة بما هو وارد في عقد البوت مثلاً فيما يتعلق بكيفية تقديم الخدمات لهم والرسوم المحددة ابتداءً في العقد، فإذا ألزمت شركة المشروع المرتفقين بأداء رسوم أكبر من القدر المحدد في عقد البوت والمتفق عليه بين الدولة المضيفة وشركة المشروع، يمكنهم المطالبة بإنقاص تلك الرسوم للحد المقرر في عقد البوت وأن يستردوا ما قاموا بأدائه والذي يشكل زيادة غير المبررة، من خلال دعوى قضائية ترفع أمام القضاء العادي وفقاً للإجراءات المحددة في أحكام ق.إ.ج.م.إد.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2000، ص ص 111، 112.

² - حمادة عبد الرازق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2012، ص 151.

³ - نفس المرجع، ص 152.

أولاً: المنازعات المتعلقة بتغيرات في الرسوم التي يدفعها المرتفقون

يمكن أن ينجر عن تنفيذ عقد البوت خلال مرحلة التشغيل منازعات بين شركة المشروع وبين جمهور المرتفقين بسبب تغيير مقدار الرسوم التي يدفعونها كمقابل، لاسيما إذا كان ذلك مخالفاً لما تم الاتفاق عليه بين شركة المشروع والدولة المضيفة لذا نرى أنه من الضروري أن تضبط مسألة الرسوم التي يتعين أن يدفعها المرتفقون والكيفية التي يتم تعديلها بها بشكل دقيق في عقد البوت والنص صراحة على قيام مسؤولية شركة المشروع في كل مخالفة لذلك.

ثانياً: المنازعات المتعلقة بإخلال العمال بمبدأ المساواة بين المرتفقين

أحد المبادئ المستقرة عليها في تسيير المرافق العامة وهو مبدأ المساواة بين المرتفقين من خدمات المرفق العام، وللمساواة في عقود البوت مظهران الأول فيه يتعين تحقيق المساواة بين المنتفعين في الوصول إلى المرفق العام، والثانية هي المساواة في التعامل داخل المرفق العام،¹ وهنا يقع على عاتق شركة المشروع ضمان توفير وصول الخدمات التي يقدمها المرفق العام لجمهور المرتفقين بشكل متساو دون تمييز على أي اعتبار كان اللون أو الجنس أو المركز الاجتماعي أو الاقتصادي... الخ، فمتى توافرت فيهم الشروط المطلوبة فيهم يكونون سواسية أمام شركة المشروع، وكل امتناع يشكل إخلالاً بمبدأ المساواة يمكنهم من اللجوء إلى القضاء العادي للإخلال بمبدأ المساواة وتعويضهم عما أصابهم من أضرار.

ثالثاً: المنازعات المتعلقة بإخلال العمال بمبدأ دوام سير المرفق العام

يقع على شركة المشروع خلال مرحلة تشغيل المرفق العام أن تضمن تجسيد مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتمكين جمهور المرتفقين من الخدمات التي يقدمها بانتظام واطراد، وهذا الالتزام الذي يقع على عاتقها يحقق عملياً من خلال التزام عمال المرافق العام بأداء الخدمة في وقتها وكل خطأ أو تقصير من قبلهم في هذا الالتزام سيؤدي لتوقيع الجزاءات المحددة على هذا العامل والتي قد تصل للفصل.

بالنسبة للمنازعات التي تثور بين شركة المشروع وجمهور المرتفقين أو زبائن مرفق البنية التحتية أو مستعمليه كما اصطلحت عليه مشروع الحكم النموذجي أكد على وجود حاجة ماسة لإيجاد تدابير مناسبة لحماية حقوقهم ومن هنا قرر الخبراء اعتماد النص التالي لحل هذا النوع من المنازعات: "حيثما يقوم صاحب الامتياز بتوفير خدمات للجمهور، يجوز للسلطة المتعاقدة إلزام صاحب الامتياز بإنشاء آليات تتسم بالبساطة والفعالية لمعالجة المطالبات التي يقدمها زبائنه أو مستعملو مرفق البنية التحتية"².

¹ - دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 81.

² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، "تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، المرجع السابق، ص 68.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

ونرى أن صياغة المادة جاءت بـ "يجوز" لكننا نرى أنه يتعين على الدولة المضيفة أن تلزم شركة المشروع في مرحلة إبرام عقد البوت بإيجاد آلية لتسوية المنازعات التي يمكن أن تقوم بينها وبين جمهور المرتفقين، بما يضمن أن لا يتأثر هؤلاء لأنهم المستهدفون الأولون من لجوء الدولة للتعاقد، ومن مصلحة شركة المشروع والدولة المضيفة أن تسوى كل المنازعات بسرعة ودون آثار سلبية لأن عقد البوت يعتمد في هذه الفترة عليهم في استرجاع النفقات وتحقيق الأرباح وعلى الدولة ضمان أن تكون صياغة البنود المتعلقة بمسألة تسوية هذه المنازعات مضبوطة ودقيقة ابتداء في عقد البوت لتفادي الإشكالات التي يمكن أن تنجر مستقبلا والتي لا تكون مضبوطة ببنود في العقد، ومن هنا تبرز لنا الفروق الجوهرية بين عقد البوت وعقد الامتياز التقليدي الذي لا تثار فيه إشكالات كثيرة لاسيما في هذا الصدد.

من هذا المنطلق لما كان المشرع الجزائري يتوجه بخطى ثابتة للتوسع في عقود البوت عليه أن يصدر التنظيمات الضرورية التي تنظم التفاصيل والجزئيات المتعلقة بهذا النوع من العقود لأن أحكام عقود الامتياز التقليدية غير كافية وحتى في بعض الجزئيات غير مناسبة لها، لأن نجاح هذا النوع من العقود لا يتعلق بوجود نص تشريعي واحد وإنما بترسانة قانونية متكاملة الجوانب، ومتناسبة مع باقي النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالاستثمارات والقانون الإداري، ونزع الملكية، الضرائب، حماية البيئة، حماية المستهلك... الخ.

نرى أنه لتفادي كل هذه المنازعات التي تؤثر على مدة عقد البوت، يتعين أن تضبط المسائل التالية بدقة لتفادي الإشكالات التي تؤثر على فعالية عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة وهي:

- تحديد شروط وكيفية تعديل الخدمة بما يتوافق مع الطلبات الفعلية للمرتفقين بخدمات المرفق العام.
- تحديد شروط إدارة وتسيير المرفق العام التي تضمن استمرارية أداء الخدمة التي قدمها المرفق العام.
- تحديد الشروط الكفيلة بأن تكون الخدمات التي يقدمها المرفق العام لجميع المرافق دون تمييز.
- تحديد الشروط التي بموجبها يمكن للدولة المضيفة أن تحل محل شركة المشروع في تشغيل المرفق العام على أن يكون ذلك بشكل مؤقت ضمانا لعملية توفير الخدمات على نحو فعال ودون انقطاع في حالة ما إذا لم تقم شركة المشروع بذلك وكان لذلك تأثيرات كبيرة، على أن تكون الدولة المضيفة قد أشعرت شركة المشروع بضرورة اتخاذ التدابير الضرورية لذلك خلال فترة معينة، وفي حالة عجزها عن القيام بذلك خلال ذلك الأجل تحل محلها الدولة المضيفة.

الفرع الثاني:

النظر في المنازعات القائمة بين شركة المشروع والعمال

تظهر المنازعات بين شركة المشروع والعمال خلال المرحلة الثانية من عقود البوت وهي مرحلة تشغيل المرفق العام، وهي مرحلة هامة لأن شركة المشروع تعتمد عليها في استرجاع ما أنفقته في المرحلة السابقة وما أنفقته على التكنولوجيا اللازمة لتشغيل المرفق العام إلى جانب احتساب هامش الربح المتفق عليه مع الدولة المضيفة في عقد البوت، ومن ثم فأساس نجاحها يعتمد على عمال المرفق العام الذين يتعين أن يحضوا بالحماية القانونية اللازمة من شركة المشروع وتأمينهم من كل الأخطار التي يمكن أن تمسهم أثناء أو بمناسبة عملهم أو بسببه، وستقوم في دراستنا في هذا الفرع بإبراز المركز القانوني الذي يتمتع به العاملون في المرافق العامة المنشأة بعقود البوت، وصور منازعات العمل الفردية والجماعية التي يمكن أن تثور بين الطرفين وذلك على النحو التالي:

أولاً: المركز القانوني للعاملين في المرافق المدارة بعقود البوت

يختلف المركز القانوني للعاملين في المرافق العامة الاقتصادية باختلاف الشخص الذي يقوم بإدارة هذا المرفق العام الذي قد يكون هيئة عام أو مؤسسة عامة أو شخصاً خاصاً كما هو الحال في عقود الامتياز، أما في عقود البوت فالأمر لا يتعلق بإدارة المرفق العام فقط وإنما بينائه ابتداءً والذي يتم من قبل شركة المشروع التي سبق لنا الإشارة أن تنظيمها تحكمه قواعد القانون التجاري، ففي الحالات التي تكون فيها الإدارة من مؤسسة عامة فالموظفون يعدون موظفين عموميين يخضعون لقانون الوظيفة العامة، وتكون علاقتهم هنا علاقة تنظيمية ومرجع ذلك أن تحديد المركز القانوني للعاملين يتحدد من طبيعة الشخص الذي يتولى إدارة المرفق العام وليس بطبيعة نشاط المرفق العام، ومن ثم فهم يعدون موظفين عموميين لأنهم تابعون لأشخاص القانون العام على الرغم من ممارسته المرفق لنشاط تجاري،¹ بالنسبة للمشرع الجزائري فقد اعتبر عاملاً كل شخص يؤدي عملاً يدوياً أو فكرياً مقابل مرتب لحساب شخص آخر طبيعي أو معنوي عومي أو خاص يدعى "المستخدم"،² وبذلك نكون بصدد عمال في المرافق العامة الاقتصادية التي تنشأ بعقود البوت.

عملياً في عقود البوت يمكننا إرجاع اختصاص القضاء العادي بنظر المنازعات التي تثور بين شركة المشروع وبين عمال المرفق العام المنجز لسببين رئيسيين:

- أن القانون نص صراحة على كون شركات المشروع المنفذة من أشخاص القانون الخاص، وتتخذ شكل شركة مساهمة، كما هو الحال في عقد البوت المبرم لإنجاز مطار العلمين المشار إليه سابقاً في مصر، وكذا عقد البوت لإنشاء مطار مرسى علم بمصر أيضاً... الخ.

¹ - محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 109.
² - المادة 2 من القانون رقم 11/90، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتضمن علاقات العمل، ج ر عدد 17.

- خضوع هؤلاء العاملين في هذه الشركات لأحكام قانون العمل فيما لم يرد فيه نص خاص.¹

ثانيا: منازعات العمل الفردية بين شركة المشروع والعمال

يترتب على عقد العمل المبرم بين شركة المشروع المديرية للمرفق العام المنجز بعقد البوت والعمال العديد من الحقوق والالتزامات للطرفين، وإمكانية قيام منازعات بينهما قائمة نتيجة لاختلاف مصالح كل منهما، لقد عرف المشرع الجزائري منازعات العمل الفردية بأنها: "يعد نزاعا فرديا في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجبر ومستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة".²

كما أوردت العديد من التعاريف الفقهية لمنازعات العمل الفردية لكن من خلال استقراءها نجد أن كل منها يجذبها لمجال تخصصه، ومن بين التعريفات التي أعطيت لمنازعات العمل الفردية والتي نرى بأنها تجمع بين عناصر المعرف التعريف التالي: "هي كل خلاف قائم بين العامل وصاحب العمل بمناسبة أو بسبب تنفيذ علاقة العمل، لوجود إخلال من احدهما بالتزام من التزاماته المحددة ابتداء في العقد أو لخرق لنص قانوني أو تنظيمي أو اتفاقي موجود، وهو ما يترتب عليه أضرار للطرف الأخر ما لم تتم تسويته داخل هذه الهيئة المستخدمة".³

قبل إبرازنا لصور المنازعات التي قد تثور بين شركة المشروع والعامل يمكننا أن نقول أن كلها تؤدي لإخلال باستقرار علاقات العمل،⁴ وهذا الأمر ليس بالجيد بالنسبة لشركة المشروع لأنها بصدد استرجاع ما أنفقته على عملية بناء وتشغيل المرفق العام وتوريد التكنولوجيا اللازمة لهذه العملية، وكذا تحقيقها للأرباح التي اتفقت عليها مع الدولة المضيفة، ويمكننا أن نرجع المنازعات التي تثور لأحد الأمور الموضحة أدناه:

1. منازعات متعلقة بمخالفة البنود المحددة ابتداء في العقد

إلى جانب ما ينص عليه المشرع الجزائري في نصوصه القانونية والتنظيمية، تقوم شركة المشروع بإبرام عقد عمل مع العامل يعد انعكسا لرغبتها تطبيقا لأحكام المادة 106 ق.م، وبالرجوع لأحكام قانون العمل نجد بأنه اعتبر علاقة العمل الفردية تنشأ بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم بمجرد العمل لحساب مستخدم ما،⁵ وتتضمن عقود العمل الفردية تحديدا ل: هوية الأطراف المتعاقدة وتحديدًا لمنصب العمل المشغول، وكذا ما يخوله له هذا الأخير من حقوق والتزامات، بدا سريان علاقة العمل... الخ، ومن هنا

¹ - حمادة عبد الرازق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، المرجع السابق، ص 149.

² - المادة 2 من القانون رقم 04/90، المؤرخ في 6 نوفمبر 1990، المتضمن تسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد 6.

³ - LYON CAEN Gerard, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit du travail, Dalloz, Paris, 17^{ème} édition, 1994, p 555.

⁴ - TEYSSIE Bernar, Droit du travail (Relations individuelles de travail), Imprimerie du sud, Toulouse, 1992, p 112 .

⁵ - المادة 8 من القانون رقم 11/90، المشار إليه سابقا.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تبرز لنا أهمية البنود العقدية المدرجة في عقد العمل وكل إخلال بها سيؤدي لقيام نزاعات قد يكون مرجعها عدم مطابقة بند لطبيعة العمل المنجز، أو المتفق عليه أو بسبب وجود تغيير في أوضاع اقتصادية أو اجتماعية، أو بسبب مطالبة احد الطرفين بإجراء تعديل من شأنه المساس بالمتعاقد الآخر... الخ.¹

2. منازعات متعلقة بمخالفة لنص اتفاقي

يتعين أن تكون عقود العمل التي تبرم بين شركة المشروع والعمال خاضعا لما تضمنته أحكام الاتفاقيات الجماعية للعمل في كل النقاط المتعلقة بشروط العمل، والتشغيل والعمل، ساعات العمل وكيفية توزيعها، التصنيف المهني للعامل، الأجور الدنيا المطبقة، مسألة التعويضات المتعلقة بالأقدمية والساعات الإضافية، المكافآت المتعلقة بالإنتاجية، الشروط المتعلقة بفترة التجريب... الخ.² ومن ثم فكل عقد عمل فردي مخالف لما حدده الاتفاقية الجماعية يثير منازعات متعلقة بوجود مخالفة لنص اتفاقي بين شركة المشروع والعمال.

3. منازعات متعلقة بخرق أحكام النظام الداخلي

تقوم شركة المشروع بإدارة مرفق عام لذا فهي تشغل عدد يفوق 20 عاملا للقيام بمهام المرفق العام، ومن ثم فهي ملزمة من الناحية القانونية بوضع نظام داخلي تعرضه على أجهزة المشاركة أو ممثلي العمال في حالة عدم وجود هذه الأجهزة لإبداء رأيها فيه قبل أن يتم البدء بتطبيقه عمليا، ويتم إيداع هذه الأخيرة لدى مفتشية العمل المختصة إقليميا للمصادقة على مطابقته للتشريع والتنظيم المتعلق بالعمل في أجل 8 أيام، ويبدأ سريانه من تاريخ إيداعه لدى كتابة الضبط للمحكمة المختصة إقليميا، وبالنظر لأهميته فقد أوجب المشرع أن تقوم شركة المشروع أو "المستخدم" بصفة عامة بضمان إشهاره بين العمال المعنيين.

من خلال ما سبق يتضح لنا كل الأنظمة الداخلية تكون مكتوبة، وهذا ضمان هامة للعمال، يحدد فيها ما يلي:

- القواعد المتعلقة بالتنظيم التقني للعمل والوقاية الصحية والأمن والانضباط.
- في المجال التأديبي يتم تحديد: الأخطار المهنية ودرجات العقوبات المطبقة وإجراءات تنفيذها.³

¹ - رشيد واضح، منازعات العمل الفردية والجماعية في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر (مضمونها، أنواعها، طرق تسويتها)، دار هومه، الجزائر، د ط، 2005، ص 16.

² - يتعين الرجوع لأحكام المادة 120 من القانون رقم 11/90، للإطلاع على محتوى الاتفاقيات الجماعية بالتفصيل.

³ - المواد من 75 إلى 79 من نفس القانون.

4. المنازعات المتعلقة بخرق أحكام القانون والنصوص التنظيمية

في كل الحالات التي تكون المنازعات ناتجة عن مخالفة لأحكام القانون أو لأحد التنظيمات المتعلقة بالعمل بصفة خاصة أو حتى تلك المخالفات المتعلقة بأحكام القانون المدني، فإن هذا يستوجب إبطال هذا الشرط الباطل الموجود في العقد أو الاتفاقية والإبقاء على البنود الأخرى القانونية، لأن هذه المخالفة لأحكام القانون أو النص التنظيمي سيترتب عليه نتيجة حتمية وهي المساس بأحد الحقوق المقررة للطرف الثاني في عقد العمل، وهو ما سيلحق به أضراراً يتعين أن يجبرها الطرف المتسبب بها، ويتعين أن تسوية المنازعة التي يمكن أن تثار بطرق ودية داخل شركة المشروع قبل أن تتحول لنزاع أمام الهيئات القضائية.¹

بعد استعراضنا لصور المنازعات الفردية التي يمكن أن تثور بين شركة المشروع والعامل، ننوه إلى أن المشرع الجزائري جاء بإجراءات التسوية الودية لحلها قبل اللجوء للقضاء العمالي للنظر فيها، نشير إليها دون الخوض في التفاصيل لأن ما يهمنا هو المرحلة القضائية، وقد اعتبرها المشرع أحد الشروط الجوهرية في حل المنازعات المتعلقة بها، سواء: تعلق الأمر بالتسوية الداخلية التي تتم بطريقتين: التظلم،² التوفيق الذي تعرض فيه المنازعة على أجهزة إدارية تقوم بالإشراف على العمل كمكاتب ومديريات العمل الإقليمية أو الجهوية أو الوزارات المكلفة بالعمل والشؤون الاجتماعية وهذا الإجراء لا يتسم بالإجبارية، وينتهي نظر هيئة التوفيق في النزاع بمحضر مكتوب في حال الوصول لحل توفيق، ومتى كانت النتيجة سلبية يتم إرسال تقرير مفصل لمدير مكتب العمل حتى يتمكن به المتضرر أو المستعجل من التوجه للقضاء العمالي للفصل في النزاع، وقد يتم حل النزاع من طرف شخص ثالث عن طريق المصالحة والتي قد يقوم بها مفتش العمل،³ أو مكاتب مصالحة⁴ التي اللجوء إليها قبل القضاء

¹ - رشيد واضح، المرجع السابق، ص 21.

² - التظلم الإداري الذي يقدمه العامل لشركة المشروع قد يؤدي للتسوية الودية للنزاع القائم بينهما من خلال قيامها بسحب القرار الذي يمس بالعامل أو تعديله بما يضمن استمرارية العلاقة بينهما دون حاجة لتدخل طرف ثالث في هذا الأمر، ولقد نص المشرع الجزائري في أحكام المادة 3 من القانون رقم 04/90 على إمكانية تحديد الإجراءات الداخلية لحل النزاعات الفردية في العمل داخل الهيئة المستخدمة في المعاهدات والاتفاقيات الجماعية للعمل، ومتى لم يكن ذلك إلزامياً وإجبارياً على الطرفين في الاتفاقيات الجماعية، إلا الأمر ذا أهمية لتسهيل معالجة كل ما من شأنه أن يؤثر بشكل سلبي على علاقة العمل بين طرفي العلاقة.

يقوم العامل برفع تظلمه لرئيسه المباشر في حال غياب الإجراءات الداخلية لحل النزاعات الفردية في العمل والذي ألزمه المشرع بالرد خلال أجل 8 أيام من تاريخ إخطاره بذلك، ومتى لم يرد بانقضاء الأجل السابق أو كان رده لا يرضيه يتعين عليه ان يرفع تظلمه أمام الهيئة المكلفة بتسيير المستخدمين، أو إلى المستخدم نفسه ليلزمه بالرد كتابياً على أسباب الرفض (الكلي أو الجزئي) في أجل 15 يوماً يتم احتسابها من تاريخ إخطاره. (المادة 04 من نفس القانون)

نرى أن وجود نصوص قانونية ملزمة تجبر المستخدم أو القائم بتسيير شؤون المستخدمين على الرد كتابياً وحتى تسبب ردهم من شأنها المساهمة في إيجاد تسوية ودية للنزاع القائم بين العامل وشركة المشروع في عقد البوت الذي يهمننا في مجال دراستنا.

³ - السلطات والصلاحيات الممنوحة له تجعل من دوره وقائياً فقط فلا يملك أي سلطة بموجبها يمكنه فرض الالتزام بتطبيق بنود عقد العمل أو الاتفاقيات، وبالرجوع للقانون رقم 03/90، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتضمن مفتشية العمل، ج ر عدد 6، المعدل والمتمم بالأمر رقم 11/96 المؤرخ في 10 جوان 1996، ج ر عدد 36، نجد ان صلاحيات مفتش العمل محدودة في مجال منازعات العمل فهو يقوم بمراقبة مدى تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بعلاقات العمل الفردية والجماعية، وكذا ظروف العمل (الوقاية الصحية، امن العمال...)، كما انه يقوم بتقييم المعلومات والإرشادات للعمال، ودوره في المصالحة متعلق بالمنازعات الجماعية.

⁴ - التي تعتبر بموجب أحكام المادة 6 من القانون رقم 04/90 المشار إليه سابقاً لجاناً متساوية الأعضاء مشكلة من العمال وأصحاب العمل بنسب متساوية، (عضوين عن كل جانب، والرئاسة متناوبة بينهما لفترة 6 أشهر)، كما أن لها ممثلين احتياطيين للاستخلاف يختارون عن طريق الاقتراع السري المباشر لمدة 3 سنوات... الخ.

وجوبي.¹

بفشل الأطراف المتنازعة (شركة المشروع، العامل) يتم الانتقال للتسوية القضائية للمنازعة أمام القضاء العادي الذي يهتما في مجال دراستنا، إلا أن قضاء العمل الذي يختص بنظرها يتسم بخصوصية مستمدة من تشكيلته² أو اختصاصاته والإجراءات المتبعة أمامه،³ وهي ذات طابع مرن وسريع، ففي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري استثنى القضايا الاجتماعية من نظر القاضي المدني بالنسبة للمحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام بعد أن جعله المختص بنظرها،⁴ وجعل الاختصاص الإقليمي فيما يتعلق بنظر المنازعات التي تقوم بين الأجير وصاحب العمل من اختصاص المحكمة التي تم في دائرتها إبرام عقد العمل أو تنفيذه أو التي يوجد فيها موطن المدعى عليه، إلا أنه أورد استثناء متعلقا بحالة إنهاء أو تعليق عقد العمل بسبب حادث عمل أو مرض مهني يؤول الاختصاص للمحكمة التي يوجد بها موطن المدعي.⁵

الإجراءات التي تمر بها منازعات العمل الفردية أمام المحاكم المختصة بالمسائل الاجتماعية، هي نفس الإجراءات التي تعرض بها دعاوى أمام الأقسام الأخرى بالمحكمة الابتدائية والمحددة في ق.إ.م.إد، مع تطبيق ما تم تحديده في النصوص القانونية الخاصة وبالضبط قانون تسوية منازعات العمل الفردية، الذي اشترط مثلا أن تتم علمية عرض الخلافات الفردية الخاصة بعلاقات العمل للصالح أمام مكتب المصالحة قبل أن يتم رفع دعوى قضائية وهذا شرط شكلي لقبول الدعوى القضائية، ومتى فشل المكتب في تحقيق عملية المصالحة هنا يقوم بتحرير محضر وفقا لما تضمنته أحكام المادة 31 من القانون 04/90 يمكن بموجبه الطرف الذي له مصلحة من رفع دعواه أمام المحكمة الاجتماعية، مع مراعاة الاستثناءات التي أشرنا إليها سابقا، أما الإجراءات التي ترفع بها الدعوى فهي نفس الإجراءات المحددة في ق.إ.م.إد وهي واحدة في كل الدعاوى وقد سبق لنا الإشارة إليها فيما يتعلق بعريضة افتتاح الدعوى وشروط رفعها ثم إجراءات قيدها، والتكليف بالحضور الذي حدد المشرع الجزائري البيانات

¹ - لكن إذا كان المدعى عليه يقيم خارج التراب الوطني أو في حالة إفلاس أو تسوية قضائية من قبل صاحب العمل فإنه يكون إجراء اختياريا طبقا لأحكام المادة 19 / 2 من القانون رقم 04/90، المشار إليه سابقا.

² - تنص المادة 8 من نفس القانون على أنه: "تتعقد جلسات المحكمة عند النظر في المسائل الاجتماعية برئاسة قاض يعاونه مساعدان من العمال، ومساعدان من المستخدمين".

ويجوز للمحكمة أن تتعقد قانونا بحضور مساعد من العمال ومساعد من المستخدمين على الأقل. في حالة غياب المساعدين من العمال أو المساعدين من المستخدمين أو كافة المساعدين يتم تعويضهم بالمساعدين الاحتياطيين، وإذا تعذر ذلك يتم تعويضهم حسب الحالة بقاض أو بقاضيين يعينهما رئيس المحكمة.

وفي الحالة التي يكون فيها أجد المساعدين من العمال أو المستخدمين طرفا في النزاع أو له مصلحة شخصية في ذلك يتم تعويضه بأحد المساعدين الاحتياطيين، حسب الحالة وإذا تعذر ذلك يتم تعويضه بقاض يعينه رئيس المحكمة للمساعدين من العمال والمستخدمين صوت تداولي وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت رئيس المحكمة".

³ - رشيد واضح، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - المادة 32 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا.

⁵ - المادة 8/40 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الوجوبية التي يتعين توافرها فيه،¹ وبعد أن ينهي المحضر القضائي مهمته يتعين أن يحرر محضرا
أوجب المشرع أن يضمن مجموعة من البيانات.²

لقد مكن المشرع الجزائري القاضي من إجراء الصلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية
مادة كانت،³ وهذا لإيجاد حل ودي توقف به الدعوى وإلا فإن نظر الدعوى يتواصل في شكل جلسات يتم
فيها سماع الشهود وتبادل العرائض، وقد يتم الفصل في الدعوى في نفس يوم الجلسة أو يؤجل ذلك
لجلسة أخرى وذلك للطابع الاستعجالي الذي تتميز به قضايا منازعات العمل،⁴ وبالرجوع لأحكام المنظم
لتسوية النزاعات الفردية في العمل نجد أن البت في هذه المنازعات يكون على النحو التالي:

■ باستثناء الاختصاص الأصلي تبت المحاكم عند النظر في المسائل الاجتماعية ابتدائيا ونهائيا عندما
تتعلق الدعوى أساسا بـ:

- إلغاء العقوبات التأديبية التي قررها المستخدم ضد المدعي دون تطبيق الإجراءات التأديبية و/أو
الاتفاقيات الإجبارية،

- بتسليم شهادات العمل وكشوفات الرواتب أو الوثائق الأخرى المنصوص عليها قانونا لإثبات النشاط
المهني للمدعي".⁵

- الأحكام القضائية المتعلقة بالمسائل التالية تكون محل تنفيذ مؤقت بقوة القانون:

- تطبيق أو تفسير اتفاقية أو اتفاق جماعي للعمل.

- تطبيق أو تفسير كل اتفاق مبرم في إطار الإجراءات الخاصة بالمصالحة أمام مكاتب المصالحة.

- دفع الرواتب والتعويضات الخاصة بالأشهر الستة الأخيرة

يمكن للمحكمة عند النظر في المسائل الاجتماعية أن تنطق بالتنفيذ المؤقت دون كفالة فيما بعد ستة

أشهر.⁶

- يأمر رئيس المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية والملتمس بعريضة من أجل التنفيذ في أول

جلسة ومع استدعاء المدعى عليه نظاميا، التنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع تحديد غرامة تهديدية لا

تقل عن 25% من الراتب الشهري الأدنى المضمون كما يحدده التشريع والتنظيم المعمول به، غير أن

هذه الغرامة التهديدية لا تنفذ إلا عندما تنقضي مهلة الوفاء التي لا تتجاوز 15 يوما، ويكون لهذا الأمر

¹ - البيات الخمس المحدد على سبيل الحصر حددتها أحكام المادة 18 من نفس القانون، وهي: - اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني
وختمه وتوقيعه وتاريخ التبليغ الرسمي وساعته، - اسم ولقب المدعي وموطنه، - اسم ولقب الشخص المكلف بالحضور وموطنه، - تسمية وطبيعة
الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي، - تاريخ أول جلسة وساعة انعقادها.

² - البيانات محددة في أحكام المادة 19 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.ج.م.إد، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 4 من نفس القانون.

⁴ - رشيد واضح، المرجع السابق، ص 65.

⁵ - المادة 21 من القانون رقم 04/90، المشار إليه سابقا.

⁶ - المادة 22 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

التنفيذ المعجل قانونا رغم ممارسة أي طريق من طرق الطعن".¹

- قد يكون بموجب أحكام ابتدائية عادية قابلة للطعن بالطرق العادية أو غير العادية ومن ثم لا يمكن تنفيذها إلا بعد أن تحوز حجية الشيء المقضي فيه.

ثالثا: منازعات العمل الجماعية بين شركة المشروع والعمال

عرف المشرع الجزائري منازعة العمل الجماعية بأنها: "... هو كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية والمهنية في علاقة العمل والشروط العامة للعمل، ولم يجد تسوية بين العمال والمستخدم باعتبارهما طرفين في هذه العلاقة".²

تأخذ منازعات العمل الجماعية العديد من الصور نوجزها فيما يلي:

1. منازعات متعلقة بتطبيق القانون

يكون هذا النوع من المنازعات التي قد تثور بين شركة المشروع والعمال متعلقا بتفسير أو تطبيق النص القانوني أو حتى التنظيمي، فيما يتعلق بالتصنيف المهني لفئة أو فئات العمال بحيث يتم تصنيفهم في مرتبة أقل من تلك التي صنفهم فيها القانون، وهنا نص المشرع الجزائري أنه يمكن للأطراف المتعاقدة نقض الاتفاقية الجماعية جزئيا أو كلياً ولا يمكن مع ذلك أن يطرأ النقص في غضون 12 شهرا التي تلي تسجيلها، ويتعين أن يتم تبليغ هذا النقص برسالة مسجلة للطرف المتعاقد الآخر مع إرسال نسخة أخرى لمفتشية العمل التي سجلت هذه الاتفاقية وتسلمها لكتابة الضبط التابعة للمحكمة المودع لديها، وهذا النقص يلزم الأطراف بالشروع في مفاوضات في ظرف 30 يوما لإبرام اتفاقية جماعية جديدة، وحماية للعمال نص المشرع على أن نقض الاتفاقية لا يؤثر على عقود العمل المبرمة في السابق والتي تبقى خاضعة للأحكام المعمول بها لغاية إبرام اتفاقية جماعية جديدة.³

2. منازعات متعلقة بتعديل القانون

بالرجوع لأحكام المادة 62 من القانون رقم 11/90 نجد أن المشرع الجزائري نص على أن عقد العمل يعد إذا كان القانون أو التنظيم أو الاتفاقيات أو الاتفاقيات الجماعية تملّي قواعد أكثر نفعاً للعمال من تلك التي نص عليها عقد العمل.

3. منازعات متعلقة بتفسير اتفاقية جماعية

على الطرفين المتعاقدين في علاقات العمل الجماعية أن يلتزما بما هو محدد في الاتفاقية الجماعية للعمل، غير أن إمكانية وقوع سوء تفسير لبند أو شرط تتضمنه الاتفاقية أمر وارد وهو ما سيمس بالعامل

¹ - المادة 34 من القانون رقم 04/90، المشار إليه سابقا.

² - المادة 2 من القانون رقم 02/90، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتضمن الوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر عدد 6، المعدل والمتمم بالقانون رقم 27/91، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68.

³ - المواد: 131، 132، 133 من القانون رقم 11/90، المشار إليه سابقا.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

أو العمال وسيلحق بهم أضراراً لا سيما إذا تمسك المستخدم بقراره،¹ ولحل منازعات العمل الجماعية نظم القانون رقم 02/90 المتعلق بالوقاية من الخلافات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب جملة من الإجراءات والطرق نبينها على النحو التالي:

أ. المصالحة

نص المشرع الجزائري على أن طرفي الخلاف يمكنهما مباشرة إجراءات المصالحة الاتفاقية التي أدرجاها في الاتفاقيات والعقود وهذا من أجل الإبقاء على العلاقات بين الأطراف، ولكن في حال عدم وجودها أو فشلها يتم مباشرة إجراءات المصالحة القانونية بعد أن يرفع الخلاف لمفتشية العمل المختصة إقليمياً،² وتكون القرارات المتوصل إليها ملزمة للطرفين وتكون نافذة بمجرد إيداعها لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة إقليمياً.

ب. الوساطة

عرف المشرع الجزائري الوساطة بأنها: "... إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه"³، ومن خلال هذا التعريف يتضح أنها إجراء اختياري تقوم الأطراف بإدراجه في اتفاقية العمل الجماعية ويتم اللجوء إليها في حالة فشل إجراء المصالحة ويتولى هذه المهمة وسيط يتم اختياره منهما، وبناء على ما يخلص إليه من نظر المنازعة يضع توصية مسببة يعرضها على الطرفين، كما يقوم بإرسالها لمفتشية العمل المختصة إقليمياً لكن ما يتوصل إليه الوسيط ليس بالملزم فإذا لم يتم قبوله يتم اللجوء إلى التحكيم.

ج. التحكيم

يخضع التحكيم في منازعات العمل الجماعية مبدئياً للقواعد العامة المحددة في ق.إ.م.إد، وهو اختياري يخضع لإرادة واتفاق الأطراف بعد فشل مساعي التسوية السابق الإشارة إليها، ويتم عرض النزاع على هيئة تحكيمية بإدراج ذلك مسبقاً في اتفاقية جماعية للعمل أو إلحاقها بها، ولما كان الإجراءات هي نفسها الواردة في ق.إ.م.إد لن نقوم بذكرها لأنها ستكون محل دراستنا في الفصل الثاني بشكل مفصل لتفادي التكرار.

تجدر الإشارة في هذا الصدد أن اللجنة الوطنية للتحكيم تتكون من عدد متساو من ممثلي المستخدمين وممثلي العمال، وهي مكونة من 14 عضواً دائماً منهم 4 ممثلين تعينهم الدولة و5 ممثلين للعمال و5 ممثلين للمستخدمين منهم ممثل للسلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، يتم تعيينهم من قبل الرئيس الأول

¹ - رشيد واضح، المرجع السابق، ص 83.

² - المادة 5 من القانون رقم 02/90، المشار إليه سابقاً.

³ - المادة 10 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

للمحكمة العليا لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد،¹ تتمثل مهمتهم في تسوية نزاعات العمل الخاصة بالفئات العمالية وقطاعات النشاط التي يمنع عليها اللجوء إلى الإضراب، والنزاعات الجماعية التي يستمر فيها الخلاف بممارسة حق الإضراب رغم محاولات المصالحة والوساطة، وبعد تلقيها لكل المعلومات المتعلقة بالمنازعة الجماعية للعمل وكل ما له صلة بإجراءات المصالحة والوساطة تقوم بإصدار قرارها خلال أجل لا يتعدى 30 يوما تاريخ استلامها وتكون قراراتها التحكيمية قابلة للتنفيذ.

مما لا شك فيه أن أحد أهم الأخطار التي قد تترتب على منازعات العمل بالنسبة لشركة المشروع هو لجوء العمال للإضراب الذي يعد حقا دستوريا،² إلا أن القانون رقم 02/90 المتعلق بالوقاية من المنازعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب المعدل والمتمم حدد المصالح والقطاعات التي يتعين أن توفر حدا أدنى من الخدمة في نص المادة 38 منه، ولا يمكن ممارسة هذا الحق إلا استنفاد كل الإجراءات والطرق العلاجية لتسوية النزاع من وساطة وتحكيم وفي غياب وجود طرق أخرى يمكن اللجوء إليه مع احترام ما هو محدد قانونا، ولا يهمننا الخوض في الإضراب ومناقشة تفاصيله بقدر ما يهمننا الإشارة فقط إلا أنه يمكن أن يؤثر على شركة المشروع خلال مرحلة تشغيل المرفق العام لأنها بصدد استرجاع ما أنفقته وتحقيقها لهامش الأرباح الذي اتفقت عليه مع الدولة المضيفة، لذا يتعين على الدولة المضيفة تنظيم قوانينها لاسيما بالنسبة للعمال في هذا النوع من العقود وضمان حقوقهم من جهة ومن جهة أخرى ضمان أن لا يتوقف المرفق العام عن العمل لأنه سيؤثر على شركة المشروع وبشكل غير مباشر على الدولة المضيفة.

المطلب الثاني:

النظر في المنازعات القائمة بين شركة المشروع والغير

على الرغم من أن هذا الغير ليس له علاقة بالعقد بصورة مباشرة في كل العقود الإدارية بما فيها عقود البوت محل دراستنا، لكن له أن يطالب ببعض الحقوق أو إلزام الدولة المضيفة المتعاقدة أو شركة المشروع المتعاقد معها باتخاذ موقف معين، وسنقوم ببيان بعض هذه الحقوق: كحقهم في أن يتم إبرام عقد البوت وفقا لما حدده المشرع الجزائري في نصوصه القانونية، أو مطالبتهم بحقوقهم المستمدة من النصوص العقدية المدرجة لصالحهم، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا المطلب بإبراز مفهوم هذا الغير وحقوقه في عقود البوت، وكذا بعض صور المنازعات التي يمكن أن تنور بين شركة المشروع والغير

¹ - المادتين: 2، 6 من المرسوم التنفيذي رقم 418/90، المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن تشكيل اللجنة الوطنية للتحكيم المختصة في ميدان تسوية النزاعات الجماعية للعمل وتنظيمها وعملها، ج ر عدد 01.

² - المادة 71 من القانون رقم 01/16، المتضمن التعديل الدستوري، المشار إليه سابقا، تؤكد على ذلك حيث تنص على ما يلي: "الحق في الإضراب معترف به، ويمارس في إطار القانون. يمكن أن يمنع القانون ممارسة هذا الحق، أو يجعل حدودا لممارسته في ميادين الدفاع الوطني والأمن، أو في جميع الخدمات أو الأعمال العمومية ذات المنفعة الحيوية للمجتمع".

مع دراسة إمكانية تطبيق ذلك في عقود البوت بالنظر لخصوصيتها التي سبق دراستها في كل أجزاء الأطروحة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

مفهوم الغير وحقوقه في عقود البوت

يمكن أن تكون المنازعة الناشئة عن عقد البوت لا صلة لها بطرفي العقد أي الدولة المضيفة وشركة المشروع، والتي تخضع لولاية القضاء الإداري كما سبق بيانه، فتكون بين شركة المشروع والغير على الرغم من أن هذا الأخير ليس له صلة مباشرة بعقد البوت، وعلى الرغم من ذلك فله سلطة المطالبة ببعض الحقوق في مواجهة شركة المشروع وإلزامها بتمكينه منها، ويكون مستندا في ذلك لنصوص قانونية تكرر حقوقه هذه أو للعقد الذي هو أساس العلاقة بين شركة المشروع والدولة المضيفة، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا الفرع بإبراز تعريف هذا الغير الذي قد يكون في منازعة مع شركة المشروع، مبرزين اختلاف المركز القانوني لغير المنتفعين من المرافق العامة الاقتصادية، وصورا عن حقوقهم وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الغير في عقود البوت

الغير في العقد الإداري بصفة عامة هو كل شخص أجنبي عن العقد، لكن العقد انصرف بآثاره إليه إما بإنشاء حقوق أو بترتيب التزامات عليه.¹

ثانياً: اختلاف المركز القانوني لغير المنتفعين من المرافق العامة الاقتصادية

يشير الفقه إلى أن مركز غير المنتفعين بالمرافق العامة على خلاف جمهور المرتفقين يخضعون في مراكزهم للقانون الخاص كما قد يكونون خاضعين للقانون العام، خلافاً للمرتفقين الذين يخضعون للقانون الخاص، وعلى هذا الأساس يعتبرون العقود المبرمة مع الغير عقوداً إدارية متى تضمنت شروطاً استثنائية على غرار: عقود التوريد وعقود الأشغال العامة كما قد تكون عقوداً إدارية بتحديد من القانون، وبذلك يظهر أن هناك اختلافاً بين القواعد المطبقة عليهم وبين تلك المطبقة على جمهور المرتفقين والذين يظلون خاضعين للقانون الخاص حتى ولو تضمنت شروطاً استثنائية كما سبق الإشارة لذلك.

في مجال المسؤولية غير التعاقدية فإنها تخضع للقانون العام إذا كانت الأضرار التي سببت للغير من دون المرتفقين نشأت عن وجود منشآت عامة، أو تنفيذاً لأشغال عامة أيا كانت الطريقة التي يدار بها المرفق العام.²

¹ - فراس مؤيد أحمد، " الغير في العقد الإداري"، مجلة كلية الآداب، كلية الآداب، جامعة بغداد، العدد السابع والتسعون، الجزء الثاني، 2011، ص 633.

² - محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 116، 117.

ثالثاً: صور الحقوق التي يستمدّها الغير من عقود البوت

تتعلق حقوق الغير المستمدة من عقود البوت بصورتين أساسيتين وهما أن يتم إبرام العقد وفقاً لما هو منصوص عليه في القانون، وكذا حقوق مقررة له بموجب العقد نبرز مضمون كل صورة كالتالي:

1. حق الغير في إبرام العقد وفقاً لما محدد قانوناً

الجهة الإدارية المتعاقدة بغض النظر عن صفتها ليست بالحرّة في العقود الإدارية في اختيار المتعاقد معها، كما أنها لا تبرم عقودها كما تشاء على غرار الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص، فهي تكون مقيدة بمجموعة من الأحكام المحددة في النصوص القانونية والتنظيمية، وهنا يتعين عليها أن تقوم باحترام ما جاء فيها وخروجها عن ذلك يجعل من كل ذي مصلحة قادراً على الطعن حتى ولو كان من الغير، ومصدر الحق الذي يتمتع به الغير في تقديم طعنه لأن عملية إبرام العقد لم تتم وفقاً لما هو محدد قانوناً ليس العقد وإنما النصوص القانونية.¹

إن كان هذا الأمر ينطبق على العقود الإدارية بصفة عامة، إلا أن لعقود البوت خصوصية في طريقة إبرامها فكما سبق دراسته في الكيفية التي تقوم فيها الدولة المضيفة في اختيار المتعاقد معها تتمتع بحرية بانتقاء الأسلوب الملائم لذلك ولم يشترط المشرع الجزائري عليها اللجوء إلى أسلوب المناقصة العامة، وهو ما يمكننا ملاحظته من خلال ما جاء في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في انتظار إصدار التنظيمات التي تفصل فيما أسماه المشرع الجزائري عقود الامتياز التي يمكن أن تتضمن إنجاز أشغال وهي عقود البوت كما سبق وأشرنا في الباب الأول من دراستنا، ولكن في التشريعات المقارنة أثبتنا أن هناك العديد من الدول من تجعل من إبرام عقود البوت يتم من خلال طريق المناقصة العامة ربما لما تتضمنه هذه الأخيرة من مبادئ وأحكام تضمن الشفافية والمنافسة كما سبق لنا الإشارة، وعلى الرغم من أن الدولة المضيفة لا تعتمد أسلوب المناقصة لإبرام عقد البوت إلا أن المشرع نص صراحة في مجال تفويض المرافق العامة على الخضوع للمبادئ الخاصة بالصفقات العمومية وهي: مبادئ حرية الوصول، المساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم، ومبادئ الاستمرارية والمساواة وقابلية التكيف.²

بالرجوع للنصوص الخاصة بالامتياز التي سبق لنا دراستها في الباب الأول نجد أنها لم تشر لأسلوب المناقصة كأسلوب للتعاقد لعدم تناسب أحكامها مع عقد البوت وهو الأمر الموجود حتى في عقود الامتياز التقليدية التي لها طرق إبرام خاصة أشرنا إليها، لكنها أكدت على ضرورة توافر المبادئ السابق الإشارة إليها في عملية التعاقد وهي مكرسة في الصفقات العمومية لذا أحالنا المشرع لأحكام المادة 5 منها لتراعى في عقود التفويض.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 714.

² - المادة 209 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المشار إليه سابقاً.

2. حقوق الغير المستمدة من النصوص العقدية المدرجة لصالحه

غالبا ما تكون العقود الإدارية بصفة عامة شأنها في ذلك شأن عقود البوت متضمنة لأحكام بموجبها تقرر العديد من الحقوق للغير ولا نقصد بالغير هنا جمهور المرتفقين، ومن بين ما يمكن أن يخرج في هذه العقود من نصوص تركز حقوقا للغير ما يلي:

- تشترط الدولة المضيفة في غالبية عقود البوت التي تبرمها أن تقوم شركة المشروع بالتأمين على الأضرار التي قد تصيب الغير جراء عملية تنفيذ عقد البوت لاسيما خلال المرحلة الأولى أثناء القيام بعملية بناء المرفق العام والذي يتضمن العديد من المخاطر التي يمكن التي تمس الغير.
- غالبية عقود البوت تتضمن شروطا متعلقة بالعمال الذين تقوم شركة المشروع بتوظيفهم، والتي تتعلق باستخدام العمالة المحلية وضمان استمرارية عملها في هذه المرافق العامة.
- تشترط الدولة المضيفة في عقود البوت كما كان الحال عليه في عقود الامتياز التقليدية شروطا مقررة لصالح الملاك المجاورين للمكان الذي يتم فيه بناء المرفق العام، ومن هذا المنطلق يمكن لهؤلاء حماية حقوقهم في مواجهة شركة المشروع بموجب هذه الشروط المنصوص عليها في عقد البوت... الخ.

الفرع الثاني:

صور من المنازعات التي تثور بين شركة المشروع والغير

تأخذ المنازعات التي تثور بين شركة المشروع والغير ثلاث صور أساسية منتشرة في الواقع العملي، منها ما هو متعلق بحق الغير في الحصول على المقابل المالي، ومنها ما هو متعلق بأسلوب التنفيذ المتسارع الذي أصبح منتشرا كثيرا في تنفيذ عقود البوت عمليا، لما يساهم به في الانتقال من المرحلة الأولى في العقد لمرحلة التشغيل، وهنا منازعات أخرى تقوم بين شركة المشروع والشركات المتعاقد معها لتنفيذ عقد البوت، نفصل في كل صورة على النحو التالي:

أولاً: المنازعات المتعلقة بحق الغير في الحصول على المقابل المالي

يعتبر الحق في الحصول على المقابل المالي من أهم الحقوق التي تدفع شركة المشروع للتعاقد مع الدولة المضيفة وهدف شركة المشروع في عقود البوت هو تحقيق ربح، ومثال ذلك تعاقد الدولة المضيفة مع شركة المشروع لتنفيذ أشغال بناء المرفق العام، ثم تقوم هذه الأخيرة بتشغيل أشخاص خارجين عن عقد البوت-مقاولين- فهؤلاء المقاولون يعتبرون هنا من الغير لعدم تعاقدهم مع الدولة المضيفة مباشرة لكنهم يحصلون على مقابل مالي جراء قيامهم بالمهام الموكلة لهم في بناء المرفق العام بناء على العقد المبرم بينهم وبين شركة المشروع، وفي حال عدم قيام شركة المشروع بالتخلف عن أدائها لالتزامها بدفع مستحقاتهم المالية هنا نرى أنه لا يمكنهم الرجوع على الدولة المضيفة لأن ملكية المرفق العام خلال هذه المرحلة هي لهذه الأخيرة، من جهة أخرى القول خلاف ذلك سيقضي على فكرة كون عقود البوت

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عقودا تمويلية، لكن في الحالات الأخرى التي تشارك الدولة شركة المشروع في تمويل إنجاز المرفق العام وتشغيله يمكن للغير الرجوع على الدولة المضيفة على غرار باقي العقود الإدارية الأخرى ويقومون دعوى غير مباشرة أمام القضاء للحصول على حقهم.

هناك من يرى أنه في حالة قيام الدولة المضيفة بأداء المستحقات المالية للمقاولين المتعاقدين مع شركة المشروع يمكنها الرجوع عليها، ويمكن أن يتم سدادها في شكل دفعات متساوية لتشجيع شركة المشروع على تنفيذ التزاماتها على أن تستوفي كل الأقساط عند إنجاز كل الأشغال،¹ لكننا نرى أن عدم قيام شركة المشروع بإيفاء التزاماتها مع الأشخاص (الطبيعيين/ المعنويين) الذين تتعاقد معهم من الباطن من شأنه أن يكون مؤشرا على عدم قدرتها على تنفيذ التزاماتها التعاقدية (عقد البوت) ومن ثم فمن الخطورة بما كان أن تتولى الدولة سداد المقابل المالي الذي تدين به للمقاولين في المثال الذي سبق لنا إدراجه، لأنها عقود تمويلية أساسا من المفروض أن تجنب موازنات الدولة أعباء مالية ترهق كاهلها، لذا من المفروض أن تحل شركة المشروع هذا الأمر بعيدا عن مساعدات الدولة وعلى المقاولين رفع دعواهم ضدها أمام القضاء العادي باعتباره الجهة المختصة بنظر المنازعات التي تقوم بين شركة المشروع وغيرها نتيجة إخلالها بالتزاماتها التعاقدية.

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممول من القطاع الخاص أكد على أن المنازعات التي تقوم بين شركة المشروع ومقرضيها والمتعاقدين معها ومورديها يكون الحق فيها لشركة المشروع ومساهمها الحق في اختيار الآليات المناسبة لتسوية النزاعات فيما بينهم، كما أنه مكنها أيضا من الاتفاق بحرية على الآليات المناسبة لتسوية النزاعات التي يمكن أن تثور بينه وبين مقرضيه ومقاوليه ومرديه وسائر الشركاء التجاريين،² نرى أن ضبط هذه المسألة في عقد البوت ضروري جدا في عقود البوت التي تيرمها الجزائر لإنشاء مرافقها العامة، وعلى الدولة أن تجري دراسات عن مدى كون الآليات التي ستعتمد عليها شركة المشروع ستكون أكثر فاعلية وسرعة في حل المنازعات التي تثور مقارنة بعرضها في القضاء العادي الوطني لها أم لا؟ وبناء على ذلك تقرر مدى إمكانية السماح لشركة المشروع باختيار الآلية المناسبة لتسوية المنازعات أم تحتم عليها اللجوء للقضاء الوطني، وهنا تبرز لنا أهمية وجود خبراء فنيين وقانونيين على دراية بهذا النوع من العقود انطلاقا من اختيار المرفق العام وصولا لإبرام العقد ولغاية نقل ملكية المرفق العام.

¹ - فراس مؤيد أحمد، المرجع السابق، ص 638.

² - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، المرجع السابق، ص 67.

ثانيا: المنازعات المتعلقة بأسلوب التنفيذ المتسارع

نتصور بالنسبة لعقود البوت أن تكون المنازعات التي تقوم بين شركة المشروع وبين الغير المنتفعين بالمرافق العامة متعلقة بالعقود التي تبرمها مع المقاولات لتنفيذ عقود البوت بأسلوب جديد لا يستخدم إلا في عدد من العقود منها عقود البوت، لعدم استخدامه إلا في المشاريع الكبيرة والمعقدة وهو أسلوب التنفيذ المتسارع الذي يضمن اختصار الفترة الزمنية الكلية لإنجاز المرفق العام ومن ثم الدخول في المرحلة الثانية وهي تشغيل المرفق العام الذي نبرز مضمونه على النحو التالي:

1. تعريف أسلوب التنفيذ المتسارع

يسمى أسلوب التنفيذ المتسارع أيضا بطريقة التداخل المرحلي أو طريقة التصميم والتنفيذ الموازي، وقد عرف بأنه: "القدرة على البدء بالتنفيذ رغم استمرارية العمل بالتصميم وفور انتهاء التصميم الأولية للمرافق حيث تتعاقب المهام والفعاليات والأعمال وتتراكب لاختصار زمن المشروع وهو أحد أساليب التنفيذ التي توفر الوقت لصاحب العمل (شركة المشروع في عقود البوت محل دراستنا) من خلال التداخل بين عمليات التصميم والتنفيذ"¹.

عادة ما تقوم شركة المشروع باللجوء إلى أسلوب التنفيذ المتسارع في عقود البوت لتقسيم مشروع لإنجاز المرفق العام لمجموعة من المراحل والأجزاء تعمل العديد من المقاولات على تنفيذها تحت إشراف ورقابة شركة المشروع لكن هذا الأسلوب لا يمكن أن ينجح إلا إذا كان هناك تنسيق كبير بين المقاولات معها وبين بعضها البعض، وهذا صعب عمليا إلا بالنسبة للشركات الكبيرة التي لها تجارب سابقة في هكذا أنواع من التعاقد، وإمكانية قيام منازعات في هذا الأسلوب تظل قائمة بالنظر للتشابك الحاصل بين نشاطات التصميم والتنفيذ المتزامنة إلى جانب أن هناك سماحا لشركة المشروع يبدأ بأعمال تنفيذ مشروع إنجاز المرفق العام في بعض الأجزاء من المشروع في نفس الوقت الذي يتم فيه التصميم في باقي الأقسام، مع إلغاء دور المقاول العام لتصبح العلاقات مباشرة بين صاحب العمل (شركة المشروع) والمقاولين المتعددين.

فأسلوب المقاول العام الذي سبق الإشارة إليه يسمى بالطريقة التقليدية أو مدخل التصميم والتنفيذ المتعاقبين، وفيه كل مراحل المشروع تتعاقب انطلاقا من صدور القرار والتصميم والتنفيذ والاستعمال دون أي يكون لصاحب العمل وهي شركة المشروع في عقود البوت أي سلطة فعلية إلا دفع أجور العاملين في مختلف المراحل، وتكون إحالة العقد في أسلوب المقاول العام بموجب عقد واحد من صاحب العمل للمقاول، على أن يكون لهذا الأخير في التعاقد مع عدد من المقاولين المختصين في شكل عقود من

¹ - حاتم خليفة بريسم العجيلي، " مقترح نظام إداري لقواعد اختيار أسلوب التنفيذ في مشاريع قطاع التشييد في العراق"، مجلة الهندسة، كلية الهندسة، جامعة بغداد، المجلد الرابع عشر، العدد الرابع، كانون الأول 2008، ص 541.

الباطن لا تكون لهم علاقة مباشرة مع صاحب العمل، وهذا الأسلوب تكون فيه كل العمليات مترابطة لا يمكن فيها الانتقال للمرحلة الثانية دون اكتمال الأولى مما يؤدي لتأخر العمليات، كما أن صاحب العمل لا يملك سلطة فعلية على المشروع.¹

2. أسباب قيام المنازعات بين شركة المشروع والغير في أسلوب التنفيذ المتسارع

- عدم توفير شركة المشروع لوثائق وتصاميم مشروع المرفق العام أو التأخر في ذلك، وعدم اختيار أسلوب ملائم لتمويل هذه العملية، أو عدم قيامها بأعمال تهيئة موقع العمل والمواد الأولية اللازمة للبدء في عملية تنفيذ جزء الأشغال الموكل إليها.

- وجود أخطاء في التخطيط الذي قد تضعه شركة المشروع لاسيما إذا لم تكن لها تجربة سابقة في الاعتماد على هذا الأسلوب في الإنشاء للربط بين النظم الرئيسية والثانوية لارتباط كل منهما ببعض إلى جانب ارتباطها من جهة أخرى بمشروع المرفق العام المنجز بعقد البوت الكلي.²

إن الأسباب السابقة لقيام المنازعة بين شركة المشروع والغير بسبب الاختيار غير الموفق للإستراتيجية المناسبة لتنفيذ عمليات إنجاز المرفق العام لأي سبب كان سيؤدي حتما للعديد من المشاكل التي ستعرق إتمام المرحلة الأولى من عقود البوت للانتقال للمرحلة الثانية سيؤثر بشكل مباشر على شركة المشروع أولا بسبب ارتفاع التكاليف وربما تندي مستوى الجودة،³ الأمر الذي نرى بأنه سيؤثر عليها سبعا بموجب البنود التعاقدية المدرجة في العقد بينها وبين الدولة المضيفة، وقد يحمل الدولة المضيفة الكثير من الأعباء المالية لاسيما إذا كانت هذه الأخيرة من الدول التي تشارك شركة المشروع في نفقات التمويل مع أن هذا من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت، ودخول شركة المشروع في نزاع أمام القضاء العادي ضد المقاولات التي تنفذ أجزاء من الأشغال في إنجاز المرفق العام سيعطل كل الطرفين المتعاقدين ويكبد الدولة بصورة أو أخرى خسائر هي في غنى عنها، لاسيما وأن إجراءات التقاضي تتطلب الوقت وتأخذ وقتا كبيرا، والوقت في عقود البوت عبارة عن أموال كل تأخر يرتب خسائر كبيرة جدا، لذا نرى أنه متى اقتضت الضرورة على الدولة أن تناقش مع شركة المشروع الأسلوب الذي ستعتمد عليه في تنفيذ أشغال المرحلة الأولى (البناء) سواء كان أسلوب المقاول السابق الإشارة إليه أو

¹ - حاتم خليفة بريسم العجيلي، " مقترح بناء نظام إداري لاختيار أسلوب التعاقد المناسب لأسلوب المقاول العام في قطاع التشييد"، مجلة الهندسة، كلية الهندسة، جامعة بغداد، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني، حزيران 2009، ص 667، 668.

² - حاتم خليفة بريسم العجيلي، " مقترح نظام إداري لقواعد اختيار أسلوب التنفيذ في مشاريع قطاع التشييد في العراق"، المرجع السابق، ص 543.

³ - محمد الجلاي، " استراتيجيات التعاقد لمشروعات التشييد في سورية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الخامس والعشرون، العدد الثاني، 2009، ص 76.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

أسلوب الإدارة الإنشائية¹ أو أسلوب التنفيذ المتسارع المعتمد عليه حاليا في نطاق واسع كأحد الأساليب المعول عليها في هذا الصدد، وهنا تبرز لنا ضرورة وجود تنظيم قانوني خاص بعقود البوت لاختلافها في مضمونها عن عقود الامتياز التقليدية التي تتسم ببساطتها وعدم تعقد إجراءاتها.

ثالثا: المنازعات بين شركة المشروع والشركات المتعاقد معها لتنفيذ عقد البوت

تقوم شركة المشروع بتنفيذ عقد البوت في الغالب من خلال لجوئها للتعاقد من الباطن مع العديد من المقاولات كل منها تقوم بتنفيذ الجزء المطلوب منها لاختصار الوقت، وهنا يتعين على هذه الأخيرة أن تقوم بتنفيذ ما تم الاتفاق بينها وبين شركة المشروع في العقد المبرم بينهم مقابل أجر تدفعه لهم هذه الأخيرة.

نتصور أن تأخذ المنازعات التي تثور بين شركة المشروع وهذه المقاولات إحدى الصور التالية:

1. المنازعات المتعلقة بالمواد المستخدمة في العمل

بالرجوع لأحكام القانون المدني نجد أن المشرع الجزائري نص على أن المقاول الذي يتم التعاقد معه يمكن أن يتعهد فقط بالقيام بعمل وهو صنع شيء² والمتمثل في المرفق العام في عقد البوت المبرم بين شركة المشروع والدولة المضيفة، أما التوريد بالمواد اللازمة لذلك فيمكن أن يتم تقديمها من رب العمل (شركة المشروع)³، لكن في حالة ما إذا كان المقاول قدم تعهدا بتقديم المواد اللازمة لإنجاز المرفق العام بشكل كامل أو جزئي يكون هو المسؤول عن جودتها وعليه ضمانها لشركة المشروع⁴.

من خلال ما سبق يتضح لنا أنه إذا قامت شركة المشروع بإيكال مهمة الحصول على المواد الأولية للمقاول سواء بشكل كامل أو حتى جزئي فإن هذا الأخير هو من سيقوم باقتنائها، وإذا ما خالف هذه الأخير الشروط المتعلقة بمواصفات وجودة المواد المستخدمة في عملية بناء المرفق العام فإنه من الأكيد ستثور منازعة بين الطرفين، وحتى لا يستمر المقاول في عملية البناء فأكد أنه سيلجأ للقضاء الاستعجالي لتوقيف إنجاز الأشغال لأن الأمر سيطرح إشكالا لها أمام الدولة المضيفة، وكما نعلم أن اللجوء إلى القضاء يتطلب وقتا طويلا وهو ما سيؤثر بشكل سلبي على شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها اتجاه الدولة المضيفة، لذا من المستحسن أن تقوم بهذه العملية كليا (عملية تزويد المقاولين بالمواد) من قبل شركة المشروع وأن لا يعهد بذلك للمقاولين، من جهة أخرى يمكن أن تكون المنازعات

¹ - في أسلوب الإدارة الإنشائية يقوم صاحب العمل بالموافقة على صيغة خدمات وأعمال بنسبة مئوية أو أجور ثابتة مع تأهيل عام، وسمي أيضا بأسلوب التصميم والتنفيذ المتوازني، وهذا الأسلوب يسمح ببدء التنفيذ قبل إتمام التصميم النهائي وباستعمال المرافق التي تنتهي باكرا قبل إتمام المشروع، وبذلك يمكن تعرف هذا الأسلوب بأنه " طريقة إدارة الإنشاء التي تتيح لصاحب العمل امتلاك خدمات مقاول عام يقوم بإدارة الأعمال المحددة في المشروع ضمن مراحل الثلاث وحتى التشغيل أحيانا مع فريق من الحرفيين الخاصين بكل عمل أو لكل جزء منه وتشكيل فريق ثلاثي يتألف من صاحب العمل والمعماري ومدى الإنشاء يعمل معا من بداية التفكير بالمشروع إلى إنجازه".

- حاتم خليفة بريسم العجيلي، " مقترح بناء نظام إداري لاختيار أسلوب التعاقد المناسب لأسلوب المقاول العام في قطاع التشييد"، المرجع السابق، ص 668.

² - المادة 549، من الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم، المتضمن ق.م، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 550 من نفس القانون.

⁴ - المادة 551 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المتعلقة بالمواد التي ستستخدم في البناء متعلقة بالتأخر في عمليات اقتنائها إيصالها لموقع المشروع خلال الأجل المحددة، حتى لا تتوقف عمليات الانجاز بسبب غياب المواد في الموقع، لذا نرى أنه يتعين إلى جانب قيام شركة المشروع باقتناء المواد اللازمة لعملية البناء أن تقوم أيضا بضبط ذلك ببرامج عمل واضحة ودقيقة تمكنها من ضبط وقت تزويد المقاولين بالمواد وأجال ذلك وموعد تسليم المرفق العام في حالته النهائية.

رفع شركة المشروع دعوى على المقاول/ المقاولين بسبب الأضرار التي لحقتها جراء عدم الالتزام بنوعية وجودة المواد المستخدمة في حال ما إذا كانوا هم من يقومون باقتنائها أو تأخرهم في التزود بها وتوقف الأعمال في موقع المشروع بسبب خطئهم، سيتطلب عليها إثبات الضرر الواقع وأن الضرر بسبب خطئه لعدم كفاءته الفنية وهو ما ينعكس على البرنامج الزمني المسطر لتنفيذ التزاماته العقدية، لذا قد يتطلب إثبات الضرر الناتج عن الخطأ والعلاقة السببية بينهما وقتا فقط، وكما سبق الإشارة فعامل الزمن يقدر نقدا في عقود البوت لشركة المشروع وللدولة المضيفة فهو يعني إطالة لعمر عقد البوت المبرم بينها وبين شركة المشروع ومن ثم تأجيل نقل ملكية المرفق العام لها.

2. المنازعات المتعلقة بعدم إحضار الآلات والأدوات اللازمة لإنجاز العمل

القاعدة العامة أن المقاول ملزم بإحضار جميع الآلات والأدوات التي يتطلبها عمله المتعلق ببناء المرفق العام،¹ وهذا هو سبب لجوء شركة المشروع لمقاولات متخصصة لتنفيذ هذا الجزء من عقود البوت، مع أن الشركات الكبرى المنفذة لعقود البوت الآن أصبحت تقوم بتنفيذ كل المراحل بوسائلها وعمالها الأمر الذي يجنبها التأخر في الانتقال لمرحلة تشغيل المرفق العام التي تسترجع فيها نفقاتها وتحقق فيها هامش الأرباح المتوقع عليه بسبب تأخر المقاولين المتعاقد معهم في إحضار الآلات اللازمة لبناء المرفق العام.

في حال ما إذا ثبت لشركة المشروع أن المقاول الذي تعاقدت معه يقوم بتنفيذ أشغال المرفق العام على وجه معيب أو مناف للشروط المحددة بينهما في العقد يجوز لها أن توجه له إنذارا حتى يصح طريقة التنفيذ خلال أجل معقولة تحددها، لكن في حالة انقضاء الأجل السابق دون أن يلتزم المقاول بما طلبته شركته المشروع يمكنها أن تطلب فسخ العقد، أو أن تقوم بإيكال مهمة إنجاز العمل لمقاول آخر على نفقة المقاول الأول طبقا لأحكام المادة 170 ق.م، لكن المشرع الجزائري ذهب لأبعد من ذلك فقد قرر إمكانية الفسخ كحق لشركة المشروع دون أن تكون ملزمة بتحديد آجال لذلك إذا كان إصلاح ما هو موجود في طريقة التنفيذ مستحيلا.²

¹ - المادة 2/552 من الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم، المتضمن ق.م، المشار إليه سابقا.

² - المادة 553 من القانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44، المتضمن تعديل وتنمة الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78.

3. المنازعات المتعلقة بإيقاف شركة المشروع لتنفيذ عملية بناء المرفق العام

يمكن لشركة المشروع أن تقوم بالتدخل من العقد وإيقاف عملية بناء المرفق العام من قبل المقاول في أي وقت قبل إتمام عملية البناء شريطة أن تقوم فقط بتعويضه عما قام بإنفاقه وما قام بإنجازه وكذا ما فاته من كسب لو أنه أتم هذا العمل،¹ لكن عمليا يمكن أن تثور منازعات بشأن مبلغ التعويض الذي سيحصل عليه المقاول من شركة المشروع، واللجوء للقضاء العادي لحل النزاع ومع ما يتطلبه من وقت يمكن أن تنجر عليه خسائر مالية لشركة المشروع نتيجة لذلك، لذا يتطلب حل منازعات عقود البوت التخصصية والسرعة في الفصل فيها لذا غالبا ما يتم إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثور بصدده.

لقد منح المشرع الجزائري للمحكمة سلطة العمل على تخفيض مبلغ التعويض المستحق لهذا المقاول عما قد فاته من كسب متى كانت الظروف تجعل من هذا التخفيض عادلا، كما أنه أوجب عليها أن تقوم بعملية إنقاص ما يكون المقاول قد اقتصده جراء تدخل رب العمل (وهنا هي شركة المشروع) من العقد وما يكون قد كسبه باستخدام وقته في أمر آخر² وهذا الأمر يتطلب عمليا أن تثبت شركة المشروع ذلك حتى تستفيد من خفض مبلغ التعويض ومع الطلبات التي يقدمها المدعي ودفع المدعى عليه ستطول فترة الفصل في النزاع.

الفصل الثاني:

الطرق البديلة لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت

تقتضي مصلحة الأطراف المتعاقدة في عقود البوت أن يتم التوصل لحل سريع حاسم للمنازعة أو المنازعات التي قد تثور دون أن يؤثر ذلك على تنفيذ العقد، فالتأخر الذي قد يحصل بسبب المنازعات قد يؤدي لتمديد مدة العقد الأمر الذي سيؤثر على الدولة المضيفة، ويزيد من الأعباء المالية المترتبة على شركة المشروع، الأمر الذي قد ينعكس على مقابل الخدمات التي تقدمها المرافق العامة المنجزة، أو يكون سببا في جعل الدولة المضيفة مضطرة لسداد القيمة الزائدة عن مقابل الخدمة حتى تحافظ على السعر المتفق عليه ابتداء في العقد، حتى لا يؤثر ذلك على جمهور المرتفقين.

تتنوع الطرق البديلة التي يتم الاعتماد عليها لحل منازعات عقود البوت بالنظر للخصائص المميزة لكل طريق من جهة، وارتياح شركة المشروع لحياذ الجهة التي تنظر فيها وتخصصيتها من جهة أخرى، ومن بين هذه الطرق البديلة: الوساطة أو ما يعرف أيضا بالتوفيق، وقد مستها كطريق بديل العديد من التطورات فقد أصبح يعتمد فيها على التكنولوجيات الحديثة وأفرزت ما يسمى بالوساطة الإلكترونية، كما

¹ - المادة 1/566 من الأمر رقم 58/75، المعدل والمتمم، المشار إليه سابقا.

² - المادة 2/566 من نفس الأمر.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يتم الاعتماد أيضا على مجلس فض المنازعات وكذا الخبرة الفنية التي تعد طريقا بديلا لا يقل أهمية عن الطرق السابقة، إلا أنها عمليا ترتبط بالوساطة أو مجلس فض المنازعات وهذا لا ينفي كونها طريقا بديلا تعرف الطرق السابق الإشارة إليها بالطرق الودية، لأنها لا تنتهي لحل واجب التنفيذ ما لم يتفق الطرفان المتنازعان على ذلك، وإن كان عمليا يتم العمل على إيجاد اتفاقية لإنفاذ اتفاقات التسوية المتوصل إليها من الوساطة/ التوفيق، في انتظار ذلك يعد اعتماد التحكيم كطريق بديل لحل منازعات عقود البوت أكثر فاعلية وانتشارا عمليا لإمكانية تنفيذ الحكم التحكيمي المتوصل إليه بشكل يؤدي لإنهاء المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقود البوت، وسنقوم بتقسيم دراستنا للطرق البديلة لمبحثين كالتالي:

المبحث الأول: الوسائل الودية لتسوية منازعات عقود البوت

المبحث الثاني: التحكيم كطريق لحل منازعات عقود البوت

المبحث الأول:

الوسائل الودية لتسوية منازعات عقود البوت

لما كانت عقود البوت عقودا تمويلية ويؤدي عامل الزمن فيها دورا هاما لأن الانتقال من مرحلة لأخرى فيها يرتبط بإتمام المرحلة الأولى وهي إنجاز المرفق العام بنجاح دون منازعات وتأخر، وباعتبار أن مدة عقد البوت طويلة تفوق 30 سنة حسب نوعية المرفق العام الذي سيتم إنجازه، والمدة اللازمة لاسترجاع شركة المشروع لما أنفقته خلال مرحلتي البناء والتشغيل، فهذا يفترض وجود ثقة بين كل الأطراف المتعاقدة فيها أصلية كانت أو فرعية، فتفويضها يحكمه مبدأ حسن النية والتشاركية في التنفيذ فكل تأثر ينعكس بالنتيجة على كل الأطراف سلبا، ومن هذا المنطلق يتم الحرص في كل عقود البوت على الاعتماد على الطرق الودية لحل المنازعات التي تثور والتي تتسم بالتنوع على غرار: الوساطة أو التوفيق، ومجلس فض المنازعات والخبرة الفنية والتي وان كانت طريقا بديلا مستقلا إلا أنه في العديد من المنازعات ترتبط بالوساطة أو التوفيق، نفصل في هذه الوسائل وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول:

الوساطة أو التوفيق كأسلوب لحل منازعات عقود البوت

يتسم أسلوب الوساطة أو التوفيق كطريق لحل المنازعات التي تنشأ عن عقود البوت بالكثير من المزايا التي تجعل منه طريقا منتهجا من قبل الأطراف المتعاقدة لحل المنازعات التي تثور بينهم، بدلا من التوجه للوسائل الأخرى على غرار التحكيم، بالنظر لاقتصاده في الإجراءات وعدم الاستغراق في الشكليات الطويلة لحل المنازعات، كما أنه لا يفتح مجالا للطعن فيه لمشاركة الأطراف المتنازعة في كل مراحلها، ومن جهة أخرى فهذا سيكون ضمانا للطرفين في المحافظة على استمرارية العلاقة التعاقدية،

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

ولدراسة هذا الطريق نبرز تعريفه والإجراءات التي يمر بها، على أن نستعرض الكيفية التي تتم بها أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، ونختم دراستنا بكيفية إنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة عن الوساطة أو التوفيق لما لذلك من تأثير مباشر على فعالية الاعتماد عليها، فعدم وجود آلية لتنفيذ الحل المتوصل إليه سيجعل منه طريقاً غير فعال، نفصل في كل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

مفهوم الوساطة أو التوفيق

من بين الأساليب المعول عليها في حل المنازعات التي تثيرها عقود البوت في مراحلها المختلفة هو أسلوب الوساطة أو التوفيق، وقبل أن نفصل في أحكامها نشير لملاحظة هامة متعلقة بمصطلح الوساطة أو التوفيق، هناك اختلاف بين النظم القانونية المقارنة في المصطلح المستخدم، فهناك من استخدم مصطلح الوساطة على غرار المشرع الجزائري، وكثير من النظم القانونية المقارنة استخدمت مصطلح التوفيق وسنقوم عند استعراضنا لمختلف التعاريف إبراز التعاريف التي جئ بها للوساطة وللتوفيق وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف الوساطة أو التوفيق

1. الوساطة فقها

عرفت الوساطة بأنها: "لجوء طرفا عقد البوت إلى وسيط لمساعدتهم في حل الخلافات القائمة بينهم من خلال تقديمه لاقتراحات لتسوية المنازعة"¹، وعرفت أيضاً بأنها: "كل عملية تفاوض بين الأطراف المتنازعة بوجود طرف ثالث محايد يسهل عملية البحث عن حل للنزاع"، وهناك من التعاريف من تضيف أن هذا الطرف الثالث يتعين أن لا يكون قد نظر فيه بصفته قاضياً.²

الملاحظ على التعريفين السابقين أنهما لم يشيرا لإمكانية أن تكون الوساطة إلكترونية لحل النزاع القائم بينهما، لاسيما مع توسع الاعتماد عليها في كل المجالات تعاقدًا وحلاً للمنازعات، ومن جهة أخرى لم يتم الإشارة إلى أنها طريق بديل لحل المنازعات، كما أغفل التعريفين السابقين أن الوسيط قد لا يكون فرداً وإنما هيئة.

عرفت الوساطة أيضاً بأنها: "وسيلة اختيارية غير ملزمة لحسم الخلافات، يلجأ بموجبها الأطراف إلى طرف ثالث محايد يقوم بدور الوسيط في محاولة لحسم الخلاف، عن طريق فحص طلبات وإدعاءات الأطراف ويساعدهم في التفاوض لحسم النزاع"³، يعاب على هذا التعريف إغفاله أن الوسيط قد لا يكون

¹ - كامران حسين الصالحي، " وسائل تسوية منازعات عقود BOT بطرق ودية (التحكيم كنموذج) في ضوء القانون الإماراتي"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بالإمارات العربية المتحدة، يومي 19، 21 أبريل 2010، ص 180.

² - GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, « La médiation », *AJDA*, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1997, p 32.

³ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006، ص 315.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

فردا وإنما هيئة، وتركيزه فقط على الدور الذي يؤديه الوسيط وكيفية سير إجراءات الوساطة. عرفت الوساطة أيضا بأنها: "أي عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق صلاحية فرض حل للنزاع على الطرفين".¹

الملاحظ على هذا التعريف إغفاله الوساطة الالكترونية من جهة، ومن جهة أخرى الآن يتم البحث عن اتفاقية لإنفاذ اتفاقيات التسوية التي يتم التوصل إليها في نهاية الوساطة، كما سنقوم ببيانه في دراستنا في الفرع الثالث وهو الأمر الذي يعمل عليه الفريق العام المعني بالتحكيم والتوفيق.

لما كانت التعاريف السابقة قد أغفلت أن الوساطة يمكن أن يتم بوسيلة إلكترونية وهو ما يعرف بالوساطة الالكترونية فإننا نشير إلى أنها الآن أصبحت واسعة الاستخدام، وقد عرفت بأنها: "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الانترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون والتفاوض بين الأطراف المتنازعة للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع".²

2. الوساطة قانونا

عرفت قانون الأونسترال النموذجي الوساطة بأنها: "أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين (الموفق أو الموفقين) مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".³

نشير في هذا الصدد إلى أن الأحكام التشريعية النموذجية للتوفيق التجاري الدولي،⁴ قبل صدورهما بالشكل المشار إليه سابقا نصت المادة 2 منها على أنه: "يقصد بعبارة (التوفيق) أي عملية سواء أشير إليها بعبارة التوفيق أو الوساطة أو بعبارة أخرى ذات مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص

¹ - المادة 3/1 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري للتوفيق التجاري الدولي (الأونسترال) لسنة 2002 راجع في هذا الصدد القرار الذي اتخذته الجمعية العامة بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/57/562 و Corr.1)، الدورة السابعة والخمسون، البند 155 من جدول الأعمال، A/RES/57/18، ص 3.

² - فراس كريم شبعان، هند فائز أحمد، "الوساطة في المنازعات الإلكترونية"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد السادس، العدد الثالث، 2014، ص 251.

³ - المادة 01 من قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2002، للتوفيق التجاري الدولي.

⁴ - ينبغي تفسير عبارة "تجاري" تفسيراً واسعاً بحيث تشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري سواء أكانت تعاقدية أم غير تعاقدية، وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري المعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر: أية معاملة تجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، العمولة (شراء الديون)، البيع الإيجاري، تشييد المنشآت، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح الرخص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية، التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جواراً أو بحراً أو بالسكك الحديدية أو بالطرق البرية.

-Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail I (Arbitrage et conciliation), Trente-cinquième session, Vienne, 19-30 Novembre 2001, p 6
A/CN.9/WG.I/WP.115

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

ثالث أو هيئة من الأشخاص مساعدهما بطريقة مستقلة ونزيهة، ودون سلطة فرض قرار ملزم على الطرفين في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن عقد، أو علاقة قانونية أخرى أو المتعلق بذلك العقد أو تلك العلاقة".¹

بالنسبة للمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بالنظر لأهمية الوساطة قام بتنظيم أحكام خاصة بها كطريق لحل المنازعات في أحكام القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.ج.م.إد، في المواد من 994- 1005 منه، لكنه لم يقد بتعريفها واكتفى فقط بالإشارة لكونها طريقا بديلا لحل المنازعات، من خلال تناول أحكامها في الكتاب الخامس الموسوم بـ "في الطرق البديلة لحل النزاعات".

من خلال التعاريف السابقة يتضح لنا أن الوساطة لا ترتبط في ممارستها بإجراءات المرافعة والشكليات الطويلة التي يتسم بها القضاء والتحكيم، فهي متممة بالمرونة وما يتوصل إليه كحل هو عادل ومرض لكلا الطرفين المتنازعين، ما يضمن استمرارية العلاقة بينهما، لأن الوسيط يساعدهم على التركيز على مصالحهم المشتركة.²

3. تعريف التوفيق وأنواعه

أرجع تاريخ ظهوره لتاريخ استقرار فكرة لدى المجتمع بضرورة قيام وجهاء القوم أو المشهود لهم بالنزاهة بهذه المهمة حتى يخرجوا في نهاية النزاع بحل مرض لهما، ومع اتساع التجارة وتوسع عمليات التبادل على المستويين المحلي والدولي ثم الاعتماد على الأساليب الإلكترونية أصبحت هناك حاجة ملحة للبحث عن أساليب فعالة لحل المنازعات، لكن بطريقة تضمن تجاوز السلبات الموجودة في الأساليب الأخرى كالتحكيم والقضاء... الخ، عن طريق خفض تكاليف حل المنازعة، وإشراك الأطراف المتنازعة في عملية التوفيق وهنا ظهرت قواعد تحكم التوفيق على غرار القواعد المعتمدة في القانون النموذجي.

مع انتشار التوفيق والاعتماد عليه لحل المنازعات خلال الخمسينيات من القرن الماضي، أصبح هناك حاجة ملحة لوجود قواعد موحدة تسهل على المتعاملين على المستوى الدولي اللجوء إليها، وهو ما تم فعلا سنة 1980 حيث تم إعداد قواعد نموذجية من قبل لجنة القانون التجاري في الأمم المتحدة، ومع انتشار المراكز والمؤسسات والهيئات الدولية التي تعمل في الوساطة والتوفيق أصبحت هناك حاجة لإعادة النظر في تلك القواعد النموذجية حتى تتناسب مع الدور الذي يؤديه التوفيق كوسيلة لحل المنازعات، بإضافة أحكام جديدة غير ملزمة يتم تطبيقها على كل الحالات التي لا يتفق الطرفان عليها وذلك سنة 2002.³

¹ -Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail II, Op. cit, p 7

² - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 116.

³ - صدام فيصل كوكز المحمدي، " التوفيق بين الخصوم على وفق أحكام اتفاقية قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد 0، 2013، ص 121.

أ. تعريف التوفيق

هناك اتجاه يرى أن الوساطة والتوفيق متماثلان، وهو الأمر الذي ينكره اتجاه آخر على أساس أن الواقع العملي يميز بينهما، فالوسيط يقوم بالاجتهاد والعمل لإيجاد النقاط الأكثر تقديراً ومقارنتها مع من هي أكثر أهمية بغية الوصول لحل يرضي الأطراف المتنازعة، أما الموفق فهو يقابل الأطراف المتنازعة ويحاول أن يقترح عليهم الحل التي يحل النزاع القائم بينهم،¹ ومن هنا عرف التوفيق بأنه: "طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف، قوامه اختيار أحد الأغيار للقيام بالتقريب بين وجهات النظر المختلفة وصولاً إلى تسوية النزاع ودون أن يمتد دوره إلى إصدار قرار ملزم لأطراف النزاع".²

عرف التوفيق أيضاً بأنه: "قيام أطراف عقد البوت باختيار شخص يطلق عليه Conciliator لوضع الحلول لأطراف النزاع ومساعدتهم في إزالة أوجه الخلاف بينهم وإجراء التصالح بينهم، وقد اعتادت مجموعة من الدول من ضمنها دول أمريكا اللاتينية وبريطانيا إلى اللجوء إلى التوفيق لحسم المنازعات الناجمة عن إبرام عقود البوت".³

عرف التوفيق أيضاً بأنه: "الاستعانة بشخص من الغير من قبل أطراف النزاع لمساعدتهم للوصول إلى تسوية ودية، ودون أن يكون له رأي أو قرار ملزم وهذا ما يعني أن التوفيق هو محاولة الوساطة لإجراء تسوية ودية عن طريق Conciliator الذي يقوم بدراسة النزاع وتقديم مقترحات غير ملزمة".⁴ من خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أن كل الفقهاء ركزوا في تعريف التوفيق على فكرة المنازعة، والتي اختلفت في تحديد مفهومها بصفة عامة وفكرتها على الصعيد القانوني بصفة خاصة، فهناك في فقه القانون الوضعي المقارن من يقوم على تصوير هذه الأخيرة تصويراً شكلياً، وهناك جانب من الفقه الوضعي من صورها تصويراً موضوعياً، وهناك اتجاه ثالث قام بالجمع بين التصورين الشكلي والموضوعي في تعريفه للمنازعة بصفة عامة، نبرز ذلك على النحو التالي:

- التصوير الشكلي لفكرة المنازعة

حاول جانب من فقه القانون الوضعي المقارن تقديم تعريف شكلي للمنازعة يعتمد على عناصر خارجية، فالمنازعة حسبهم هي المواجهة أمام القضاء والتي تتم بناء على إجراءات الخصومة القضائية، فوجود المنازعة يعتمد على توافر هذا الشكل بغض النظر عن وجودها الفعلي، وإذا كان توافر هذا

¹ - علاء أباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008، ص ص 69، 70.

² - باقر عبد الكاظم علي، " وسائل تسوية منازعات الاستثمار تحت مظلة (ACSID) و ضمانات أطراف النزاع فيها"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، المجلد الخامس، العدد الأول، حزيران 2012، ص 317.

³ - كامران حسين الصالحي، المرجع السابق، ص 180.

⁴ - نفس المرجع، ص 181.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الأخير يعتمد على إرادة المشرع وإرادة المتقاضين فهذا سيرتب بالضرورة نتيجة هامة مفادها أن وجود فكرة المنازعة على الصعيد القانوني يتوقف على هاتين الإرادتين.

يعاب على هذا الاتجاه أن الشكل والإجراءات هي إجراءات خارجية عن المنازعة، ومن ثم لا يمكن أن يتم استنتاج وجودها منها، لأن وجود منازعة يستلزم إتباع هذا الشكل وتطبيق الإجراءات، أي أن وجود المنازعة بصفة عامة سابق للشكل والإجراءات التي تنظر بواسطتها هذه الأخيرة.¹

- التصوير الموضوعي لفكرة المنازعة

يستند هذا الاتجاه للمنازعة في حد ذاتها لاستخلاص عناصرها وفق ما يرون بأنه العنصر الراجح في تعريفها، فاعتمد البعض على أشخاصها (العنصر الشخصي)، واعتمد البعض الآخر على مضمونها (العنصر الموضوعي)، وتتمثل المنازعة بصفة عامة في تنازع بين إرادات، ومن ثم فوجود المنازعة مرتبط بلحظة توافر هذا المضمون دون اشتراط شروط خاصة أخرى في الشخص الذي تصدر عنه، أو في طبيعة المصلحة التي يدافع عنها، وإنما تلزم هذه الأخيرة فقط لتحديد التشكيلات القضائية المختصة بالفصل في النزاع وكذلك الإجراءات الواجبة الإتباع عند نظره والفصل فيه، ومن ثم فالمنازعة وفقهم هي: "عبارة عن تنازع في المصالح، يتخذ شكل تنازع بين إراديتين إدعاء من جانب، يقابله مقاومة من الجانب الآخر، وتتخذ هذه المقاومة صور الاعتداء على المصلحة المطلوب حمايتها، وتظهر هذه المقاومة في مجرد معارضة."

انتقد هذا الاتجاه واعتبر قاصرا، لأن وجود منازعة يتطلب تدخل القضاء في الدولة للفصل فيه بشكل عادل، ومن ثم فأهمية الشكل والإجراءات تبرز لأنها أساس العمل القضائي.²

- الاتجاه المختلط

وفق هذا الاتجاه تتحلل المنازعة لثلاثة عناصر: أولا تعارض بين إدعاءات خصمين، ثانيا: قبول أطراف المنازعة الحل السلمي عن طريق عرضها على قضاء الدولة، ثالثا: وجود قاضي ينتمي للسلطة العامة تنحصر مهمته في التوصل لحل لها، وهذه العناصر ينظمها ضابطان: الأول: شكلي ويتمثل في قبول أطراف المنازعة عرضها على القضاء في الدولة، والثاني: موضوعي يتمثل في تعارض إدعاءات الخصوم ويتخذ شكل المواجهة بين الخصوم،³ ومن ثم فكل حالة لا يوجد فيها نزاع لا يمكن تصور وجود وساطة أو توفيق، ففكرة النزاع هي التي يجب أن تحدد طبيعة العمل الذي تقوم به الهيئة المكلفة بالفصل في النزاع باعتبارها قضاء خاصا، ومن ثم لا يجوز اللجوء إليها بالنسبة لنزاع انتهى بين أطرافه إما بحكم قضائي صادر من قضاء الدولة يكون حاسما له، أو بحكم تحكيم صادر عن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه ويكون نهائيا.

¹ - محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2009، ص ص 56، 57.
² - محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2002، ص ص 59، 57.
³ - محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص ص 59، 60.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تنشأ الوساطة أو التوفيق عن إرادة الأطراف المتنازعة فهي التي تخلقه، شريطة أن تسمح قوانينها الداخلية باللجوء إليه بدلا من القضاء الدولة صاحب الولاية العامة والاختصاص بالفصل في كافة المنازعات أيا كان موضوعها.¹

ب. أنواع التوفيق

- **التوفيق الخاص:** عرف بأنه: " عملية يتم تنظيمها وإدارتها وفقا لما يحدده الأطراف أنفسهم دون مساعدة من أي مؤسسة أخرى".

- **التوفيق المؤسساتي:** عرف بأنه: " التوفيق الذي يتميز بتنظيمه عن طريق إحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة، والتي غالبا ما تكن مؤسسات أو مراكز تحكيمية".²

- **التوفيق الدولي:** بالرجوع لأحكام قانون الأونسترال النموذجي نجد بأنه نص صراحة على أن الوساطة/ التوفيق يكونان دوليين في الحالات التالية:

1. إذا كان محل عمل المتنازعين وقت إبرام العقد المتنازع عليه في بلدين مختلفين.

2. إذا كان محل عمل المتنازعين في دول مختلفة عن:

- الدولة التي تنفذ جانب جوهرية من الالتزام

- الدولة الأكثر ارتباطا بالنزاع

إذا كان للشخص أكثر من مكان عمل واحد، فيؤخذ بالدولة الأكثر ارتباطا باتفاق الوساطة، في حين أنه إذا لم يكن للشخص مكان عمل يؤخذ بمكان الإقامة المعتاد".³

ثانيا: خصائص الوساطة أو التوفيق

تتسم الوساطة أو التوفيق بالعديد من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الطرق البديلة والتي تكون سببا في اختيار الأطراف المتنازعة لها في مختلف العقود بما فيها عقود البوت، وعلى الرغم من أهمية هذه الخصائص كسبب لاعتمادها كأسلوب لحل المنازعات، إلا أن تجسيدها عمليا مرتبط بمتطلبات أخرى بعضها في الوسيط الذي يتولى نظر المنازعة، والبعض الآخر مرتبط بأطراف المنازعة في حد ذاتهم وهم في عقود البوت مختلفون قد يكونون شركة المشروع والدولة المضيفة، أو شركة المشروع والمقاولين... الخ بالنظر لسلسلة العقود التي تبرم لتنفيذ عقد إنجاز المرفق العام، حتى أن نوع هذه المنازعات يختلف بحسب المرحلة التي هو فيها عقد البوت، نتناول خصائص أسلوب الوساطة/ التوفيق على النحو التالي:

¹- محمود السيد عمر التحوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص 69، 73.

²- بشار محمد الأسعد، المرجع السابق، ص 319.

³- المادة 04/01 من قانون الأونسترال النموذجي

1. الخصائص المميزة للوساطة كطريق لحل المنازعات

تتسم الوساطة/التوفيق بالعديد من الخصائص نجملها في النقاط التالية:

- أساسها تقديم طلب من أحد طرفي النزاع لطرف ثالث بتولي مهمة تسيير إجراءات تسوية النزاع، وهو ما يجعله مختلفاً عن التحكيم الذي يعهد فيه الطرفان بمهمة الفصل في النزاع لهيئة التحكيم التي تقوم بإصدار قرارات ملزمة، وبذلك يتميز عن التفاوض لأنه يتم بين الطرفين مباشرة دون تدخل طرف ثالث.
- احتفاظ الأطراف بالتحكم الكامل بالعملية ونتيجتها، ويتم ذلك دون صدور حكم في محكمة، ودور الموفق هو تقديم المساعدة لتسوية النزاع بشكل محايد.
- لا تحتاج لضمانات إجرائية على غرار تلك الموجودة في التحكيم، كما سيتم دراسته في المبحث الثاني من هذا الفصل.

- اتسام إجراءاتها بالمرونة لعدم تقييد الموفق بإجراءات قضائية أو تحكيمية معينة، وهو ما يجعله قادراً على التكيف مع رغبات الطرفين وظروف النزاع، الأمر الذي يقلل من التكاليف المطلوبة لتسوية النزاع من جهة كما أنه يختصر الوقت.¹

- مراعاتها لظروف النزاع وأطرافه ومدى تأثيره على الأمن والسلم الدوليين، لذا فهي لا تضع تطبيقات مباشرة للقانون في المنازعة، ومن هذه الزاوية يعتبرها البعض وسيلة سياسية وقانونية تختلف عن الوسائل الأخرى لتسوية المنازعات،² وباعتبارها طريقاً ودياً فإنها لا تخضع لرقابة القضاء بصفة عامة عكس ما يقوم المحكم بإصداره من قرارات تحكيمية.

- لقد وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مجموعة من القواعد الخاصة بالوساطة/التوفيق منها The Uncitral Conciliation Rules والتي أوصت الجمعية العامة للأمم المتحدة باستخدامها في قرارها رقم 35/52 الصادر سنة 1980،³ والملاحظ على أحكام قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق لسنة 1980 ولسنة 2002 صيغت بطريقة تضمن للأطراف المتنازعة الحرية في تسيير عملية الوساطة/التوفيق بما يتناسب مع ما يريدونه من جهة، ومن جهة أخرى يحقق الغاية من القواعد الإجرائية وهي تحقيق توازن بين سلامة عملية الوساطة/التوفيق، من خلال التزام السرية في الإجراءات والاستقلالية للطرفين يمكن ضمان تجاوز السلبات الموجودة في حالة اللجوء للقضاء أو التحكيم، الأمر الذي يضمن استمرارية العلاقة بين الطرفين المتنازعين.⁴

- لما كان أساس الوساطة/التوفيق هو قبول الأطراف بها كطريق بديل لحل النزاع قبل نشوئه أو بعد نشوئه أو حتى قبل اختيار الطرق الأخرى على غرار التحكيم، يرتب نتيجة هامة هي أنه في حال اتفاق

¹- صدام فيصل كوكز المحمدي، المرجع السابق، ص 120.

²- باقر عبد الكاظم علي، المرجع السابق، ص 317.

³- نصت التوصية على أنه: "في حالة تسوية منازعات مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص عن طريق التوفيق يجب استخدام قواعد الأونسترال الخاصة بالتوفيق والسارية وقت نشوء النزاع".

⁴- صدام فيصل كوكز المحمدي، المرجع السابق، ص 121.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الأطراف على اللجوء للقضاء أو التحكيم لحل المنازعات التي تثور في العقد المبرم بين الطرفين المتعاقدين، لا يحول أمام الاعتماد عليه كوسيلة لحل هذه المنازعات، ويمكن إرجاع ذلك للدور الذي يؤديه الوسيط/ الموفق، فهو فقط تقريبا لوجهات النظر دون أن يأخذ ما يتوصل إليه في النهاية شكل حكم أو قرار ملزم، لكن اقتناع طرفي عقد البوت بحياد الموفق يكون سببا في الغالب للأخذ بعين الاعتبار بالمقترحات التي يقدمها الموفق، لاسيما عندما يكون هذا الأخير مختصا في عمليات البناء، لذا بالنسبة لعقود البوت من المهم أن يراعى في اختيار الموفقين خبرتهم الفنية في مجال صناعة البناء.¹

2. متطلبات تجسيد خصائص الوساطة كطريق لحل المنازعات عمليا

لن يكون الاعتماد على الوساطة كأسلوب لحل المنازعات ذا جدوى ما لم يقترن بضرورة توافر جملة من المتطلبات عمليا، والتي تأخذ شكل التزامات تقع عليهم وأخرى تقع على الوسيط/ الموفق الذي يتولى النظر فيها، نفصل في ذلك على النحو التالي:

أ. التزامات الأطراف المتنازعة

لن ينجح أي أسلوب يتم الاعتماد عليه لحل المنازعات التي تنشأ بصدد أي عقد بما فيها عقود البوت، دون أن تكون هناك التزامات يتعين على أطراف الخصومة إحترامها، والتي ستكون سببا في التوجه إليه على غرار التعاون وحسن النية، والالتزام بتقديم المعلومات نبين ذلك كالآتي:

1-1: الالتزام بالتعاون وحسن النية

يتعين على الطرفين المتنازعين بذل قصارى جهودهما من أجل حل النزاع القائم بينهما، وتقوم الوساطة على مبادرة كلا الطرفين للتنازل عن جزء من حقوقهما للوصول لحل يرضيهما، ولا يقتصر الالتزام بالتعاون على تعاون أطراف الخصومة مع بعض، وإنما يمتد ليشمل تعاونهما مع الوسيط الذي ينظر في المنازعة، لأن نجاحه في الوصول لحل ينهي النزاع مرتبط بمدى تعاونهما معه، ومن هذا المنطلق قامت أحكام الأونسترال للتوفيق الصادرة سنة 1980 بالنص صراحة على إلزام الطرفين بشكل صريح في أحكامها بالتعاون مع الوسيط/ الموفق بحسن نية،² وهو الأمر الذي لم يتم النص عليه بشكل صريح في قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002.

2-2: الالتزام بتقديم المعلومات

المقصود بالمعلومات التي يتعين على الأطراف المتنازعة تقديمها لحل النزاع، جميع ما يرسله الطرف للوسيط/ الموفق من معلومات ذات صلة بالنزاع، سواء كانت مكتوبة أو شفاهية أو الكترونية ...

¹ - أحمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيديك)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2005، ص 50.

² - وذلك على وجه الخصوص فيما يلي: - الامتثال لطلبات الموفق الخاصة بحل النزاع. - المبادرة لتقديم كافة المستلزمات والتسهيلات اللازمة لضمان نجاح التوفيق وتوفير المناخ المناسب له. - توفير الأدلة التي يستندون إليها وتسليمها للموفق في الوقت المناسب. - السعي لطرح المبادرات الإيجابية التي تخدم سير العملية التوفيقية.

- المادة 11 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق لسنة 1980.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الخ، ويتعدى ذلك ما يتم الإفصاح عنه أثناء عملية الوساطة لكل ما تم إجراؤه من اتصالات قبل البدء في الوساطة/ التوفيق، وهو ما نص عليه قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق.¹ لا يفهم مما سبق أنه لا توجد استثناءات على الالتزام بتقديم المعلومات، وهي تخلف من دولة لأخرى فهي تنظمها بقوانينها الداخلية ومن الصعب عمليا أن يقوم القانون النموذجي بذكرها على سبيل الحصر، ويكون الإفشاء في هذه الحالة بالقدر الذي يزال به الخطر فقط.

ب. التزامات الوسيط/ الموفق

لن ينجح التوفيق كأسلوب لحل المنازعات بصفة عامة دون قيام القائم بهذه المهمة بعدد من الالتزامات التي تقع على عاتقه على غرار: الالتزام بالسرية، والحياد نفصل في ذلك على النحو التالي:

ب-1: الالتزام بالسرية

يحصل الوسيط/ الموفق أثناء نظره في المنازعة على العديد من المعلومات التي تكون ضرورية لحل النزاع القائم بين الطرفين المتنازعين، وعليه أن يلتزم بالسرية وعدم تسريب المعلومات التي حصل عليها للغير، ولكن المادة 8 من الأونسترال أجازت أن تفضى تلك المعلومات للطرف الآخر، ما لم يطلب الطرف الذي قدمها الالتزام بالسرية، ويمكن إرجاع ذلك للدور الذي يؤديه الوسيط/ الموفق والذي يتعين أن يحرص فيه على أن تكون عملية تبادل المعلومات بين الطرفين شفافة، وقد يكون هنا إفشاء بعض المعلومات التي تحصل عليها للطرف الآخر معززا لثقة الطرفين في أسلوب الوساطة/ التوفيق، لكن في كل الحالات هذا لا يعد واجبا على الوسيط/ الموفق وفي كل الحالات إذا طلب أحد الأطراف التزام السرية فعلى الوسيط/ الموفق احترام ذلك تطبيقا لمبدأ السرية.²

ب-2: الالتزام بالحياد

تتطلب الموضوعية التي تعد شرطا أساسيا في كل من ينظر في نزاع سعيا منه لإيجاد حل نهائي له، الالتزام بالحياد وعدم التمييز بين الطرفين، ومن هذا المنطلق فقد نص قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2002 على أنه يتعين على كل شخص سيقوم بدور الوسيط/ الموفق أن يقوم بكشف أي ظرف يحتمل أن يكون سببا في إثارة شكوك حول حياده واستقلاليته.³

يقتضي الالتزام بالحياد من الوسيط/ الموفق أن تكون معاملة الأطراف المتنازعة بشكل متساو وهو ما نصت عليه المادة 3/6 من قانون الأونسترال،⁴ ولا يقصد بالمعاملة المنصفة التي يتعين على الوسيط/ الموفق الالتزام بها تحقيقا لمبدأ المساواة بين الطرفين أن يكون تسييره للوقت الذي يتطلبه للاجتماع بكل

¹ - تنص المادة 08 من نفس القانون على أنه: " عندما يتلقى الموفق من أحد الطرفين معلومات متعلقة بالنزاع، يجوز للموفق إفشاء مضمون تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق، غير أنه عندما يعطي أحد الطرفين الموفق أي معلومات يشترط بالتحديد إبقاؤها سرية لا يجوز إفشاء تلك المعلومات لأي طرف آخر في إجراءات التوفيق".

² - الوثائق الرسمية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، الدورة 57، الفقرة 161، الملحق 17 (A/57/17)

³ - المادة 5 قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق

⁴ - على أنه: " على الموفق أو هيئة التوفيق الحرص على معاملة الطرفين معاملة منصفة بالرجوع إلى الظروف المحيطة بالقضية..."

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

طرف على حدا متساو، فهذا مرتبط بما يحتاجه الوسيط/ الموفق من كل منهما حتى يتمكن من حل النزاع بينهما، وعليه أن ينوه عن ذلك ابتداء حتى يكون الطرفين المتنازعين على علم بذلك،¹ ومن جهة أخرى على الوسيط/ الموفق أن يراعي حالة وجود اتفاق صريح بين الطرفين على خلاف ذلك.

الفرع الثاني:

مراحل بداية الوساطة ونهايتها

ككل طريق بديل هناك مراحل تمر بها الوساطة لحل النزاع القائم بين أطراف عقد البوت، فهي عملية منظمة ومضبوطة بقواعد موضوعية مسبقا في القوانين الوطنية لكل دولة، ومن قبل المراكز التي تقوم بالوساطة إقليميا أو دوليا، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا الفرع ببيان الإجراءات التي تبتدئ بها الوساطة وتنتهي سواء كانت وساطة عادية أو إلكترونية مع الإشارة للمشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، على أن نقوم بدراسة كيفية سير إجراءات الوساطة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كنموذج عن الهيئات التي تتولى الوساطة في عقود البوت وغيرها على أساس موافقة الجزائر على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى،² ومصادقتها عليها،³ مع إمكانية أن تتم الوساطة أمام مراكز تحكيم أخرى وبإجراءاتها الخاصة، نتناول كل ذلك على النحو التالي:

أولاً: إجراءات بداية الوساطة ونهايتها

يمكن الاعتماد على الوساطة كأسلوب لحل منازعات عقود البوت أثناء عملية التعاقد بين الأطراف، أو عند قيام النزاع، وفي الحالتين يمكن أن يحدد الأطراف مدة زمنية يتعين فيها الانتهاء من إجراء الوساطة، قبل اللجوء للقضاء الوطني للدولة المضيفة أو الاعتماد على أسلوب آخر من الأساليب التي هي محل دراستنا في هذا المبحث، لكن يتعين في كل الحالات أن يتضمن اتفاق عرض النزاع على الوساطة ما يلي:

- بيان لكيفية سير الوساطة، تاريخها ومكانها وتكاليفها ومن يقوم بمباشرتها....

- الإطار القانوني الذي سيحكم الوساطة، على غرار كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق، ومدى حرية الوسيط في تطبيق مبادئ العدالة كبديل لحل المنازعة، وما هي الإجراءات المعتمدة عليها.⁴

¹ - الفقرة 55 من الوثيقة A/CN.9/514

² - وذلك بموجب الأمر رقم 04/95، المؤرخ في 21 جانفي 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 7.

³ - وذلك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66.

⁴ - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 446.

1: بداية إجراءات الوساطة/ التوفيق

أ. توفر نية الأطراف المتنازعة على اللجوء للوساطة/ التوفيق لحل النزاع

حتى يتم التمييز بين الوساطة/ التوفيق كآلية لحل المنازعات عن غيرها من الأساليب الأخرى التي يمكن الاعتماد عليها يتم الرجوع لنية الأطراف، فالتوجه لشخص ثالث محايد ومستقل قد لا يكون وساطة، لأن هناك العديد من الحالات التي تلجأ فيها الأطراف المتنازعة لشخص ثالث دون أن تكون نيتهم أن تكون هذه العملية توفيقاً أو وساطة، ففي هذه الحالات تقوم الجهة التي تفسر هذا القانون على أساس الظروف المحيطة بكل حالة ما يتوقعه الطرفان، وما يفهمانه بشأن العملية التي قررا الدخول فيها.

ب. الاتفاق على مفهوم الوساطة

قد يستخدم الطرفان مصطلحات أخرى غير الوساطة للدلالة عليها كأسلوب لحل المنازعات التي تنشأ بمناسبة العقد المبرم بينهما، ولحل هذا الإشكال فإن القانون النموذجي نص على ضرورة الأخذ بكل ما من شأنه أن يدل على مضمون الوساطة/ التوفيق بغض النظر عن مدى وطريقة مشاركة الطرف الثالث المحايد في هذا النزاع، حتى لو كان دوره يقتصر على تسيير الحوار بين الطرفين المتنازعين أو مشاركته وتقديمه لاقتراحات من شأنها حل النزاع القائم بينهما.

ج. تحديد وقت اللجوء للوساطة/ التوفيق

لابد من الإشارة في هذا الصدد أن تحديد وقت اللجوء للوساطة/ التوفيق ليس مرتبطاً بالضرورة بنشوء نزاع بين الطرفين المتعاقدين، ولم يقر القانون النموذجي بتحديد الحالات التي يلجأ فيها للوساطة/ التوفيق ويمكن إرجاع ذلك لثيام كل دولة بتنظيم هذه المسألة في قوانينها الداخلية، وهذا يجعل من الصعب أن تنظم دولياً، وهنا تنص المادة 8/1 من القانون النموذجي على أنه: "... يطبق هذا القانون بصرف النظر عن الأساس الذي يجرى التوفيق بناء عليه، بما في ذلك اتفاق الطرفين سواء تم التوصل إليه قبل نشوء النزاع أو بعده، أو التزام مقرر بموجب القانون، أو توجيهه أو اقتراح من محكمة أو هيئة تحكيم أو كيان حكومي مختص".

د. تحديد مكان إجراء التوفيق

يعد اختيار الأطراف المتنازعة لمكان إجراء الوساطة/ التوفيق من الأمور الضرورية التي يتعين ضبطها ابتداءً، ولم يحدد القانون النموذجي مكان إجراء الوساطة/ التوفيق بقاعدة موضوعية، لأن ذلك ستترتب عليه العديد من الإشكالات بالنسبة للأطراف المتنازعة، لذلك تركها لاتفاق الأطراف ولقواعد القانون الدولي الخاص، وباستقراء نصوص القانون النموذجي للتوفيق التجاري الدولي نلاحظ أن سريان قواعد القانون الدولي الخاص لا يتعلق فقط بالتوفيق الدولي فقط، فالفقرة 4 من المادة 1 منه أرسيت معياراً للتمييز بين الدولي والمحلي، فنكون بصدد الحالة الأولى متى كان مكان عمل كل من الطرفين بدولتين مختلفتين وقت الاتفاق على اللجوء للوساطة/ التوفيق، وكذا عندما تكون الدولة التي ينفذ فيها

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

جزء كبير من التزامات العقد أو يكون لها صلة وثيقة بموضوع النزاع تختلف عن الدولة التي يقع فيها مكان عمل كل من الطرفين.¹

هـ. الدعوة للوساطة/ التوفيق

هـ-1: في الوساطة/ التوفيق العادي

تبدأ الوساطة/ التوفيق العادي بتوجيه دعوة من أحد أطراف التوفيق سواء كان أحد الخصوم أو الجهة التي تتولى مباشرة إجراءات التوفيق، وتنص المادة 4 من القانون النموذجي على أنه: "1- تبدأ إجراءات المتعلقة بنزاع كان قد نشأ في اليوم الذي يتفق فيه طرف ذلك النزاع على المشاركة في إجراءات التوفيق..."، ومن خلال هذه الصياغة يتبين لنا أن اتفاق الطرفين على البدء في الإجراءات تبدأ بشكل عام من اليوم الذي يتفق فيه الطرفين على المشاركة في إجراءات التوفيق، وتنص المادة 2/4 على أنه: "إذا لم يتلق الطرف الذي دعا طرفاً آخر إلى التوفيق قبولا للدعوة في غضون ثلاثين يوماً من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة، أو في غضون مدة أخرى محددة في الدعوة، جاز للطرف أن يعتبر ذلك رفضاً للدعوة إلى التوفيق".

لقد أوجب المشرع الجزائري على القاضي أن يعرض على الأطراف المتنازعة إجراء الوساطة في جميع المواد بما فيها المادة الإدارية، وقد استثنى بعض القضايا بالنظر لطبيعتها وهي: القضايا المتعلقة بشؤون الأسرة والعمالية وكل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام، ومتى أعرب الطرفان عن قبولها اللجوء للوساطة يتم تعيين وسيط حتى يتولى مهمة سماع الطرفين والوصول بهما لحل،² إلى جانب ما سبق يتعين أن يتضمن الأمر القاضي بتعيين الوسيط تحديد الآجال الأولى الممنوحة للوسيط للقيام بمهمته وتاريخ رجوع القضية للجلسة.³

يعرف هذا النوع من الوساطة بالوساطة القضائية لأن اللجوء إليها يكون أثناء قيام دعوى قضائية، وتحت إشراف القضاء،⁴ ويقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة من الأمر القاضي بتعيين الوسيط لكل من الوسيط والخصوم، ويتعين على الوسيط أن يقوم بإخطار القاضي بقبوله مهمة الوساطة دون تأخر ويدعو الخصوم لأول لقاء للوساطة،⁵ وأجاز المشرع للوسيط بعد أن يحصل على موافقة الخصوم أن يستمع لكل شخص في سماعه فائدة لتسوية النزاع المعروض عليه متى قبل ذلك، وهنا يقوم الوسيط بإخطار القاضي

¹ - لقد أوجدت المادة 5/1 معياراً لتحديد مكان عمل أي من الطرفين، عندما يكون للطرف أكثر من مكان عمل واحد أو لا يكون له مكان عمل معين، ففي الحالة الأولى يكون مكان العمل هو المكان الذي له أوثق صلة بالاتفاق على التوفيق والعوامل التي قد تبين أن مكان العمل له هذه الصلة الوثيقة قد تشمل كون جزء كبير من التزامات العلاقة التعاقدية التي هي موضوع النزاع يؤدي في مكان العمل ذلك، أو كون موضع النزاع له صلة وثيقة بمكان العمل المشار إليه، وعندما لا يكون للطرف مكان عمل يرجع إلى مكان إقامة الطرف المعتاد.

² - المادة 994 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقاً.

³ - المادة 999 من نفس القانون.

⁴ - محمد علي عبد الرضا عفلوك، ياسر عطوي عيود الزبيدي، " الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة السابعة، العدد الثاني، 2015، ص 195.

⁵ - المادة 1000 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقاً.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

بكل ما يواجهه من صعوبات عند انجازه لمهمته.¹

يمكن أن يقوم الوسيط بالنظر في النزاع بكامله، كما يمكن أن ينظر فقط في جزء منه، وفي كل الحالات لا يترتب على اعتماد الوساطة تخلي القاضي عن نظر النزاع، فالمشرع الجزائري منحه سلطة اتخاذ أي تدبير قد يراه ضروريا بشأن هذا النزاع المعروض للوساطة.²

الملاحظ على المشرع الجزائري أنه حدد أجل أدنى وأقصى للوساطة، وهذا أمر ضروري حيث نص على أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة 3 أشهر وفي حال تجديدها والذي يكون لمرة واحدة فقط بناء على طلب مقدم من الوسيط، وبعد الحصول على موافقة الخصوم لمدة 3 أشهر،³ ونرى في هذا الصدد أن مدة ستة أشهر التي يمكن أن تصلها الوساطة في حال التجديد مدة طويلة جدا في عقود البوت لأنها عقود تمويلية وزمانية كما سبق بيانه، وفي كل الأحوال برجع القضية للجلسة (القضاء) ستتجاوز مدة نظر النزاع لحله الستة الأشهر وهو أمر الذي سيكون سلبيا في عقود البوت.

هـ-2: في الوساطة/ التوفيق الإلكتروني

تبدأ الدعوة للوساطة الإلكترونية بتقديم طلب من كل طرف يرغب في التوجه إليها لحل المنازعة القائمة بينه وبين الطرف الآخر إلكترونيا للجهة التي ستتولى الوساطة والذي يكون موجودا على الموقع، والتي قد تكون مركزا على غرار المنظمة الدولية للملكية الفكرية (الويبو) يتضمن البيانات التالية:

- أسماء طرفي النزاع وعناوينهم، الهاتف، الفاكس، البريد الإلكتروني أو أي وسيلة اتصال أخرى ذات صلة بطرفي النزاع ...

- نسخة من اتفاق اللجوء للوساطة في حالة اتفاق الطرفين على تسوية النزاع عن طريق الوساطة.

- بيان ملخص عن موضوع النزاع وطبيعته.⁴

بمجرد إتمام عملية إرسال طلب الوساطة للمركز، يقوم هذا الأخير بإرسال تأكيد باستلام الطلب، ويبلغ الطرف الآخر في الوساطة بذلك ويسأله عن رغبته في الاعتماد على الوساطة كآلية لحل النزاع، فإذا وافق يتم الاستمرار في الإجراءات، أما إذا رفض ذلك تنتهي الإجراءات ويتم إبلاغ طالب الوساطة بأن الوساطة غير ممكنة،⁵ وقد حددت بعض مراكز الوساطة مدة لرد الطرف الآخر على طلب الوساطة بـ

¹ - المادة 1001 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

² - المادة 995 من نفس القانون.

³ - المادة 996 من نفس القانون.

⁴ - المادة 3 من قواعد الوساطة الصادرة عن منظمة الدولية للملكية الفكرية (الويبو)

⁵ - حيث تنص المادة 03 من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) على أنه:

« (A) A party to a mediation agreement that wishes to commence a mediation shall a request for mediation in writing to the centre it shall at the same time send a copy of the request for mediation to the other party.

(b) the request for mediation shall contain or be accompanied by

(i) the name, address and telephoned telefax, e-mail or the other communication references of the parties to the dispute and the representative of the party filling the request for mediation.

(ii) a copy of the mediation agreement and=

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

14 يوماً،¹ و 30 يوماً يتم احتسابها من اليوم الذي أرسلت فيه الدعوة للطرف الثاني في عملية الوساطة،² في كل الحالات التي يتم فيها تقديم طلب اللجوء للوساطة من الطرفين معاً فالمركز هنا سيقوم فقط بإرسال إشعار بالاستلام لطرفي النزاع ويحدد لهما تاريخاً للبدء في عملية الوساطة.

كما تتطلب الوساطة الإلكترونية دفع رسوم من طرفي النزاع حتى يقبل المركز تسوية المنازعة، وتشمل الوساطة ثلاثة أنواع من التكاليف هي كالاتي:³

- رسوم التسجيل: يتم استيفاؤها عند قيد الطلب لدى المركز.

- المصاريف الإدارية: هي مقررة تبعاً لطبيعة النزاع وهي تغطي تكاليف المراسلات والإخطارات والتكاليف الإدارية اللازمة لحل النزاع، وهذه الأخيرة تدفع عند تسجيل الطلب ودونها لا يمكن أن يقوم المركز بأي إجراء.

- الأتعاب: وهي مقررة للوسيط في عملية الوساطة.⁴

يقوم مركز الويبو للوساطة بتحصيل 10% من مبلغ النزاع كرسوم ومصاريف إدارية، على أن لا يتجاوز هذا المبلغ عشرة آلاف دولار أمريكي، وفي حالة عدم تضمن الطلب لادعاءات نقدية أو تعلق موضوع النزاع بمسألة لا يمكن تقديرها بالمال، هنا يتم تحديد الرسوم من قبل المركز بعد التشاور مع كل من الوسيط وطرفي النزاع مع مراعاة طبيعة كل نزاع،⁵ تتراوح أتعاب الوسيط بين 300 دولار إلى 600 دولار في الساعة وبين 1500 إلى 3500 دولار في اليوم.

و. اختيار هيئة الوساطة/ التوفيق

و-1: في الوساطة/ التوفيق العادية

للأطراف المتنازعة الحرية الكاملة في اختيار الهيئة التي تتولى الوساطة لحل النزاع القائم بينها، ويتم ذلك من خلال الاتفاق على طريقة اختيار القائمين بها والقواعد الحاكمة لعملهم،⁶ ويمكن هنا أن يشير الطرفان المتعاقدان ابتداءً في العقد المبرم بينهما للقواعد التوفيقية التي تكون قد أعدت من قبل منظمة دولية على غرار: نظام التوفيق للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

= (iii) a brief statement of the nature of the dispute”

¹ - على غرار: مركز وساطة Square trade، راجع في هذا الصدد: فراس كريم شيعان، هند فايز أحمد، المرجع السابق، ص 263.

² - المادة 2/4 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.

³ - المادة 6/1 من نفس القانون.

⁴ - تنص المادة 22 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) على أنه:

« The amount and currency of the fees of the mediator and the modalities and timing of their payment shall be fixed by the centre, after consultation with the mediator and the parties.

The amount of the fees shall, unless the parties and the mediator agree otherwise be calculated on the basis of the hourly or, if applicable, daily indicative rates set out in the schedule of fees applicable on the date of the request for mediation taking into account the amount in dispute, the complexity of the subject matter of the dispute any other relevant circumstances of the case”

⁵ - المادة 8 من نظام مركز الويبو لتسوية المنازعات.

⁶ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 49.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تكون التشكيلة فردية حتى يأخذ بعين الاعتبار الاختلاف الذي يمكن أن يكون موجودا بين الأطراف في وجهة نظرهم، ولا بد من أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف المتنازعة في عقود البوت لبدء إجراءاته، ويجوز أن يكون هذا الاتفاق في شكل شرط مدرج في العقد أو في شكل اتفاق وساطة/ توفيق لاحق تتم الموافقة عليه ضمينا من خلال لجوء طرف من الأطراف المتنازعة لطلب التوفيق من إحدى المؤسسات المتخصصة فتعرض هذا الطلب على الطرف الآخر الذي قد يقبل التوفيق أو في صيغة مكتوبة.¹

يكون الوسيط في الجزائر شخصا طبيعيا وقد تسند لجمعية، وفي هذه الحالة يقوم رئيس الجمعية بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ إجراءات الوساطة بإسمها ويقوم هنا بإخطار القاضي بذلك،² وفي كل الأحوال لا بد من توافر الشروط التالية فيه:

ألا يكون هذا الشخص قد تعرض لعقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وأن يكون متمتعاً بحقوقه المدنية.

أن يكون مؤهلا للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

أن يكون محايدا ومستقلا في ممارسة الوساطة.³

نشير في هذا الصدد إلى أنه لا يوجد ضرورة لتطبيق مبدأ المواجهة بين الأطراف المتنازعة، لأنه يمكن للوسيط/ الموفق أن يستمع للطرفين المتنازعين مجتمعين أو بشكل فردي،⁴ لكن الأمر مختلف بالنسبة للسرية لأنه تم تقريرها واعتمادها في قواعد التوفيق لاسيما في المؤسسات التحكيمية فهذه الأخيرة تمنع على الأطراف استخدام أي مقترحات أو أدلة تم استخدامها خلال إجراءات الوساطة/ التوفيق بين الطرفين، وهو ما نصت عليه اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.⁵

لا يمكن تطبيقا للقاعدة المشار إليها سابقا أن يتم تعيين الوسيط/ الموفق كمحكم في نفس القضية متى فشلت عملية الوساطة،⁶ وفي كل حالة يفشل فيها إجراءات الوساطة/ التوفيق يقوم الأطراف بإحالة القضية لمحاكم الدولة أو لهيئات التحكيم متى تم الاتفاق على ذلك.⁷

لنجاح الوسيط في القيام بمهمته في منازعات عقود البوت يتعين:

- العلم المسبق بكامل موضوع المنازعة مسبقا لمناقشة الأطراف فيها.

- قوة الشخصية والقدرة على المحاوراة وسرعة البديهة والقدرة على التصرف في كل الظروف:

¹ - بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 319.

² - المادة 997 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ.د، المشار إليه سابقا.

³ - المادة 998 من نفس القانون.

⁴ - المادة 1/9 من نظام التوفيق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

⁵ - حيث تنص المادة 35 منها على أنه: "ما لم يتفق على غير ذلك فإنه لا يجوز لأي من الطرفين بمناسبة أية إجراءات أخرى تتخذ أمام هيئة تحكيم أو قضاء أو بأية صورة أخرى أن يستند إلى الآراء التي أعرب عنها أو التصريحات أو عروض التسوية التي قدمت من جانب الطرف الآخر خلال إجراءات التوفيق الفاشلة خلاف ما ورد بالمحضر الرسمي أو توصيات اللجنة".

⁶ - المادة 19 من نظام التوفيق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي.

⁷ - المادة 16 من نفس النظام.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لأمر الذي يمكن الوسيط من حصر نقاط الخلاف الجوهرية بين الأطراف المتنازعة، وهو ما يساعده على خلق رؤية موحدة تمهيدا لإقامة علاقات ودية بين طرفي النزاع،¹

- العلم بكل ما له علاقة بعقود البوت حتى يتمكن من إيجاد حل ينهي النزاع القائم لحسمها.
- باعتبار أن منازعات عقود البوت تجمع بين منازعات فنية وقانونية، فمن المستحسن أن يكون الوسيط ذا خبرة في المجالين من جهة، ومن جهة أخرى يجب ألا يكون خصما في النزاع الذي توسط فيه أو سبق له أن أبدى رأيا فيه.²

- **الحياد والاستقلالية:** لقد كان هذا الشرط محل اهتمام كل القوانين المنظمة للوساطة كأسلوب لحل المنازعات، على غرار قواعد الوساطة الخاصة بالمنظمة الدولية للملكية الفكرية وقانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي،³ بالنظر لأهمية الحياد في الوسيط لنجاح عملية الوساطة، لذا يتعين عليه أن يقوم بإخطار الأطراف أو الجهة التي قام بتعيينه لتسوية النزاع عن كل حالة يمكن أن تمس بحياده أو استقلاليته كوجود علاقة بينه وبين أحد الأطراف المتنازعة أو له مصلحة في النزاع... الخ.⁴

- **الالتزام بالسرية والشفافية:** يقع على الوسيط التزام هام جدا وهو الالتزام بالسرية لضمان صيانة خصوصيات الأطراف المتنازعة، وتسيير عملية الوساطة بشكل شفاف في كل مراحلها.

نشير في هذا الصدد لأنه يتعين على الأطراف الالتزام بالتوجه للتسوية الودية قبل اللجوء للتحكيم، وهنا يمكن أن يتقابل مديرو الأطراف المتنازعة عند قيام النزاع لمحاولة تسوية النزاع وديا قبل استخدام إجراءات أخرى، وهو ما نصت عليه الطبعة الرابعة من شروط عقود الفيديو في الهندسة المدنية (الكتاب الأحمر) في الشرط 67 منه.⁵

و-2: في الوساطة/ التوفيق الإلكتروني

بتحصيل كل المصاريف والرسوم اللازمة يقوم مركز الوساطة بتسليم قائمة بأسماء الوسطاء المعتمدين لديه يبين مؤهلاتهم حتى يتمكن الطرفان من اختيار من سيتولى مهمة الوساطة، والذي سيقوم بشرح الإجراءات التي ستمر بها عملية تسوية النزاع والمدة اللازمة لذلك وتكاليفها وطريقة الاتصال... الخ، بعدها يقوم الوسيط بإرسال كلمة المرور في البريد الإلكتروني حتى يتمكنوا من الدخول

¹ - فراس كريم شيعان، هند فايز أحمد، المرجع السابق، ص 260.

² - ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 447.

³ - حيث نصت المادة 04 منه على أنه يتعين أن يكون الوسيط الذي يختار منتميا بجنسيته لدولة أخرى غير الدولة أو الدول التي ينتمي إليها أطراف التوفيق بجنسيتهم، وهذا لضمان الحياد والاستقلالية.

- تنص المادة 4/5 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه: "عند تزكية أفراد وتعيينهم للعمل كموفقين يتعين على المؤسسة أو الشخص مراعاة الاعتبارات التي ترجح أن تكفل تعيين موفق مستقل ومحيد وعند الاقتضاء مراعاة استصواب تعيين موفق تختلف جنسيته عن جنسية الطرفين".

⁴ - تنص المادة 5 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي على أنه عند مفاتحة شخص بشأن احتمال تعيينه موقفا عليه أن يكشف عن أي ظروف يحتمل أن تثير شكوكا لهما بسبب بشأن حياة واستقلاليته على الموفق منذ تعيينه وطوال إجراءات التوفيق أن يكشف للطرفين عن أي ظروف من هذا القبيل ما لم يكن قد سبق له أن أبلغها بذلك.

⁵ - T ERENCE BURKE and Christine Chinkin, "Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses", The International Construction Law Review, Part 4, Volume 7, October 1990, p 442.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

للصفحة الخاصة بنزاعهم وحضور جلسات الوساطة ومناقشة الطلبات للوصول لحل بين الطرفين.¹ ككل المواقع الإلكترونية فصفحة النزاع وما تحتويه من معلومات وبيانات تقدم أثناء جلسات الوساطة تبقى محمية ومشفرة بنظام حماية حتى يتفادى مشكل التحريف والتغيير في مضمونها، وتتيح الصفحة لطرفي النزاع تعديل طلباتهما، ويمكن لأي منهما أن ينسحب من إجراءات الوساطة، وهذا لا يمنع من إعادة السير فيها من جديد لكن الأمر يختلف فقط من الناحية الإجرائية: عند غلق القضية بسبب عدم صدور جواب من الطرف الثاني في النزاع المعروض للوساطة، هنا يكون إعادة فتح القضية بمجرد إرسال الرد.

- عند غلق القضية بعد الرد بالقبول بالوساطة كطريق لحل النزاع وعدم دفع الرسوم للوسيط، هنا تعاد فتح القضية بعد سداد الرسوم.

نشير في هذا الصدد إلى أنه قد طرح في الواقع العملي تساؤل عن مدى الفعالية التي يمكن تحقيقها من إشراك المهندس الاستشاري في أسلوب التوفيق لحل المنازعات؟ فعلى الرغم من كونه مؤهلاً من الناحية الفنية، إلا أن الروابط التي تربط بينه وبين صاحب العمل سواء ظهرت هذه الأخيرة بشكل مباشر أو غير مباشر تحول دون اختياره كموفق وحيد ينظر في المنازعة ويحاول الوصول بالطرفين لرؤية واحدة لحل النزاع القائم بينهما.

فكل تدخل من المهندس في النزاع قبل أن يتم طرحه للتوفيق واتخاذ لموقف معين سيراه أي من الطرفين في غير صالحه، لأنه لن يكون مستوفياً لشرط الحياد، ونشير في هذا الصدد إلى أنه إذا قام الطرفان (صاحب العمل والمقاول) باختيار نموذج عقد الفيديو لأعمال الهندسة المدنية وفقاً للتعديل سنة 1996 والذي جعل من مجلس تسوية المنازعات يؤدي دوراً في إجراءات تسوية المنازعات قبل طرحها على التحكيم، فهو يقترح إجراءات تسوية ودية يختار منها طرفا النزاع على ما يتفق عليه، لكن في كل الحالات لا يجوز للمجلس أن يتدخل في أعمال التسوية طوال المدة التي يبقى تعيينه فيها قائماً.²

2. نهاية إجراءات الوساطة/ التوفيق

تنتهي الوساطة في الجزائر بطريقتين:

- يمكن للقاضي إنهاؤها في أي وقت بناء على طلب من الخصوم أو الوسيط.
 - يمكن للقاضي إنهاؤها تلقائياً عندما يتبين له أن سيرها بشكل حسن مستحيل.
- في الحالتين السابقتين ترجع القضية للجلسة ويستدعي أمين الضبط كلا من الوسيط والخصوم. يمكن أن تنتهي باتفاق الطرفين على حل النزاع، وهنا يقوم الوسيط بتحرير محضر بضمون هذا الاتفاق يتم توقيعه من قبل الأطراف المتنازعة، وتعود القضية للقاضي خلال الأجل المحدد لذلك، وهنا

¹ - فراس كريم شيعان، هند فايز أحمد، المرجع السابق، ص 265.

² - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 51، ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 449.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يقوم القاضي بالمصادقة على المحضر بموجب أمر غير قابل لأي طعن وهو يعد سندا تنفيذيا.¹ تنتهي الوساطة الالكترونية بصورتين في الأولى ينتهي الوسيط لإيجاد حل بموجبه ينتهي النزاع القائم بين الطرفين، وتتم المصادقة عليه من قبل طرفي النزاع، ويتعين على الأطراف هنا تنفيذ ما التزما بموجبه، وفي الثانية لا يتم التوصل لحل ودي منهي للنزاع لأي سبب كان، وقد عدد قانون الأسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي عددا منها نوجزها على النحو التالي:

- إصدار إعلان بعد التشاور مع طرفي النزاع يبين فيه الوسيط أنه لا يوجد ما يوجب القيام بجهود أخرى في تاريخ صدور الإعلان.

- إصدار طرفي النزاع إعلان موجه للطرف الآخر أو الأطراف الأخرى للوسيط في حالة تعيينه بانتهاء الإجراءات في تاريخ صدور الإعلان.²

ثانيا: الوساطة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار³

من أبرز ما تمخضت عنه اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، تقديم تسهيلات للتوفيق أو التحكيم في المنازعات الاستثمارية بين الدول المتعاقدة والمستثمرين من مواطني الدول المتعاقدة الأخرى، من خلال إعداد قوائم بأسماء الموفقين أو المحكمين لتسوية المنازعات مما يؤدي لدعم الثقة المتبادلة بين أطراف الاستثمار، وقد راعت الاتفاقية في سبيل تحقيق هذا الهدف الموازنة الدقيقة بين مصالح المستثمرين ومصالح الدولة المضيفة.⁴

لما كان إتباع إجراءات الوساطة من طرف الجزائر قد يكون أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التابع لغرفة التجارة الدولية والتي أصبحت لها قواعد نافذة اعتبارا من جانفي 2014،⁵ نقوم بدراسته على النحو التالي:

1. نبذة عن المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

تعد اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أول اتفاقية دولية متعددة الأطراف تستطيع النجاح في جمع كل من الدول المصدرة والمستوردة لرأس المال على قواعد موحدة لتسوية منازعات الاستثمار عن طريق إتباع أسلوب التوفيق والتحكيم، ويعد المركز منظمة دولية مستقلة رغم صلاحياته المرتبطة بالبنك الدولي وكون أعضائه أعضاء البنك الدولي، ونفقات أمانته يتم تحويلها من ميزانية البنك الدولي، ومع ذلك فننقات الإجراءات التحكيمية والتوفيقية الخاصة يتحملها الأطراف

¹ - المواد: من 1002 إلى 1005 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.د، المشار إليه سابقا.

² - المادة 11 من قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي.

³ - يرمز للمركز باختصار ICSID وهي اختصار لـ International Centre for Settlement of Investment Disputes

⁴ - أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار (دراسة مقارنة)، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، د ط، 1990، ص 114.

⁵ - غرفة التجارة الدولية، قواعد التحكيم قواعد الوساطة، غرفة التجارة الدولية، مطبعة بور روابال، تراباس، باريس، ديسمبر 2013، ص 73.

المتنازعة¹

إلى جانب التحكيم كسبب رئيسي وراء إبرام الاتفاقية، توجد ظروف أخرى لا تقل أهمية عنه ساهمت هي الأخرى في توسيع الجهود الدولية للبحث عن آلية لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الدولة المضيفة والتي في الغالب ما تكون دولة نامية وشركة أو مستثمر أجنبي دخل في علاقة تعاقدية معها، أهمها الرغبة في الاحتفاظ بعلاقات حسنة بين شركة المشروع الأجنبية والدولة المضيفة، ومن جهة أخرى فظروف القانون الداخلي والمحاكم الوطنية التابعة لبعض الدول المضيفة لا توحى بالثقة بالنسبة لشركة المشروع، بسبب وجود نظام قضائي أو قانوني غير كاف للوفاء بمتطلبات المجتمع الدولي الحديث، أو لوجود إدارة غير منظمة أو لعوامل سياسية أخرى ورغبة في تنمية المعايير الحاكمة للحقوق والواجبات الأساسية للمستثمر الأجنبي الخاص على المستوى الدولي.

لما كانت الاتفاقيات الدولية الجماعية أحد الوسائل الفعالة التي يمكنها أن تقدم جهازا قضائيا دوليا قادر على تحقيق الأهداف السابق ذكرها، جرت العديد من المحاولات لإنشاء وسيلة قضائية دولية تتولى الفصل في المنازعات الاستثمارية بين الدولة المضيفة ومواطني الدول الأخرى عن طريق التوفيق والتحكيم، وأعلن داج همر شلد عندما كان سكرتيرا للأمم المتحدة سنة 1960 أمام اتحاد البنوك الدولية، عن أهمية إقامة جهاز لتسوية المنازعات الاستثمارية بين الحكومات والمستثمرين الأجانب، وهنا بدأت الجهود لإنشاء جهاز تحكيم في نطاق الأمم المتحدة، غير أن هذه الأخيرة باءت بالفشل لاصطدامها بالكتلة الشيوعية في الأمم المتحدة التي عارضت إنشاء هذا الجهاز.

بعد ذلك تولى البنك الدولي للإنشاء والتعمير هذه المهمة، لأن من مسؤولياته تقديم التسهيلات اللازمة لتشجيع انسياب الاستثمارات الأجنبية الخاصة لأقاليم الدول النامية، للمساهمة في تنميتها الاقتصادية وتزويدها بالخبرات الفنية غير المتاحة فيها، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن نجاح البنك الدولي في التوسط لحل العديد من المنازعات الدولية المتعلقة بالاستثمارات شجعت على المضي قدما في هذا المجال، وتحقيقا لهذا الغرض قدم المستشار العام للبنك مذكرة للمديرين التنفيذيين أوضح فيها أهمية إنشاء وسيلة دولية فعالة لتسوية المنازعات الاستثمارية الدولية التي قد تثور بين الدول ومواطني الدول الأخرى بواسطة التوفيق والتحكيم.

بعد دراسات عديدة قام بها البنك بواسطة مجلس محافظيه والمديرين التنفيذيين والمستشار العام، اشتركت فيها حكومات الدول الأعضاء إضافة لعدة اجتماعات استشارية عقدت على المستوى الإقليمي في جهات متفرقة من العالم ساهم فيها خبراء وقانونيون من دول متعددة، توجت هذه الجهود في 18 مارس 1965 بوضع مشروع اتفاقية دولية متعددة الأطراف أطلق عليها "اتفاقية البنك الدولي لتسوية

¹ - رشا علي الدين، " تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم (البوت) ذات العنصر الأجنبي دراسة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بالإمارات العربية المتحدة، يومي 19، 21 أبريل 2010، ص 201.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المنازعات الاستثمارية بين الدول ومواطني الدول الأخرى"، بموجبها تم إنشاء مركز دائم هو المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار كمؤسسة دولية مستقلة.¹

2. سير إجراءات الوساطة/ التوفيق أمام المركز

أ. بداية إجراءات الوساطة/ التوفيق

يتم البدء في إجراءات الوساطة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريقتين مختلفتين:

الطريقة الأولى: في حالة وجود اتفاق على اعتماد القواعد الخاصة بالمركز

للبدء في إجراءات الوساطة يتعين تقديم طلب كتابي للمركز يتضمن ما يلي:

- أسماء و عناوين وأرقام الهواتف و عناوين البريد الإلكتروني وأي بيانات اتصال أخرى خاصة بأطراف النزاع، وبأي شخص أو أشخاص يمثلونهم في الإجراءات،
- وصف للنزاع يتضمن تقديراً لقيمته متى كان ذلك ممكناً،
- الإشارة لأي اتفاق موجود بالاعتماد على إجراءات لتسوية المنازعة القائمة بأسلوب غير الوساطة، وفي حالة عدم وجود هكذا اتفاق تتم الإشارة لأي اقتراح باعتماد إجراء آخر للتسوية قد تود الأطراف تقديمه،

أجال سير إجراءات الوساطة،

- اللغة أو اللغات التي ستعتمد في الإجراءات، وفي حال عدم الاتفاق عليها يمكن للمركز تحديدها، كما يمكنه أن يدعو الوسيط للقيام بذلك بعد تثبيته وتعيينه،²
- مكان إجراء جلسات الوساطة، وفي حالة عدم التحديد يجوز للمركز أن يحدد مكاناً لاجتماعات الوسيط والأطراف، كما يمكنه أيضاً أن يدعو الوسيط للقيام بذلك بنفسه بعد عملية تعيينه وتثبيته،³
- أي اتفاق بين الأطراف المتنازعة على تعيين الوسيط وما يتعين أن يتوافر عليه من صفات، وفي حالة تعيين الوسيط بصفة مشتركة من الأطراف هنا يكون هذا التعيين خاضعاً للتثبيت من المركز فقط،⁴ وفي حالة عدم تمكنهم من ذلك بسبب الاختلاف يتولى المركز تعيينه بالتشاور مع الأطراف، أو يعرض عليه قائمة وسطاء حتى يتولوا تعيين أحدهم بصفة مشتركة ويتولى المركز تثبيت التعيين،⁵ وفي كل الحالات التي لا يتوصل فيها لاتفاق مشترك على تعيين الوسيط يتولى المركز تعيينه.⁶
- نسخة عن أي اتفاق كتابي تم بمقتضاه تقديم الطلب.

¹ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 109، 113.

² - المادة 2/4 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

³ - المادة 1/4 من نفس القواعد.

⁴ - المادة 1/5 من نفس القواعد.

⁵ - تثبيت الوسيط أو تعيينه من قبل المركز يكون مستنداً لصفاته على سبيل المثال جنسيته ومهاراته اللغوية وتكوينه ومؤهلاته وخبرته ومدى تفرغه وقدرته على إدارة الوساطة وفقاً لقواعد المركز.

- المادة 4/5 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

⁶ - المادة 2/5 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عند تقديم الطلب للمركز يتعين دفع رسوم التسجيل المحدد من تاريخ إيداع الطلب، وبعدها يتعين أن يتولى الطرف الذي سجل الطلب إرسال نسخة منه في نفس الوقت لجميع الأطراف الأخرى، وهذا في حالة ما إذا لم يتم تقديم طلب الوساطة بشكل مشترك.

نشير في هذا الصدد إلى أنه بعد استلام المركز للطلب يمكنه أن يطلب من الطرف الذي قدمه تسديد دفعة مقدمة على الحساب لتغطية النفقات الإدارية للمركز، وبعد البدء في الإجراءات يتعين على المركز أن يطلب من الأطراف سداد دفعة/ دفعات مقدمة على الحساب لتغطية النفقات الإدارية للمركز ونفقات وأتعاب الوسيط، وفي حال عدم الالتزام بذلك يمكن للمركز أن يعلق الإجراءات، ويكون تحمل كافة الدفعات المقدمة على الحساب والمصاريف مناصفة ما لم يكن هناك اتفاق كتابي على خلاف ذلك، لكن يمكن لأي طرف دفع ما لم يتم تسديده من الدفعات المقدمة على الحساب والمصاريف في حالة تخلف الطرف الآخر عن سداد الجزء الخاص به.¹

يقوم المركز بتأكيد استلامه للطلب ولرسوم التسجيل للأطراف بشكل كتابي، وبوجود اتفاق على اعتماد قواعده فإن تاريخ بدء الإجراءات هو نفسه تاريخ استلامه لطلب الوساطة.²

الطريقة الثانية: في حالة عدم وجود اتفاق على اعتماد القواعد الخاصة بالمركز

إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف المتنازعة على عرض النزاع على المركز، يمكن لأي طرف يرغب في أن يتولى المركز إجراءات الوساطة بتقديم طلب كتابي للمركز يتضمن المعلومات التالية:

- أسماء وعناوين وأرقام الهواتف والبريد الإلكتروني وكل بيانات الاتصال الخاصة بالأطراف وبأي شخص أو أشخاص يمثلونهم في الإجراءات.

- أي اتفاق بين الأطراف بتعيين الوسيط الذي سيتولى المركز تعيينه أو صفاته، وفي حالة عدم التمكن من ذلك يتولى المركز ذلك،³ بناء على اقتراح إحدى اللجان الوطنية أو المجموعات التابعة لغرفة التجارة الدولية... الخ، وإذا اعترض أحد الأطراف على هذا الوسيط وأخطر المركز بذلك كتابيا مبرزا أسبابه خلال أجل 15 يوما من تاريخ استلامه إخطار التعيين هنا يجب على المركز تعيين وسيط آخر.⁴

بعد ذلك يتولى المركز إعلام جميع الأطراف الأخرى بهذا الاقتراح، ويمكنه مساعدة الأطراف على النظر فيه، وهنا يتعين على الطرف/الأطراف التي قدمت الطلب أن تقوم بدفع الرسوم، وعند وجود اتفاق بين الأطراف على إحالة النزاع للمركز تبدأ الإجراءات من التاريخ الذي يرسل فيه المركز تأكيدا للأطراف، أما في حالة عدم توصل الأطراف لاتفاق على إحالة النزاع له خلال 15 يوما من تاريخ

¹ - المادة 6/2، 3، 6 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

² - غرفة التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 75، 76.

³ - المادة 1/2 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

⁴ - هذا الأمر ينطبق على الحالة الأولى أيضا، راجع في هذا الصدد نص المادة 5/5 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

استلام الطلب أو في حدود المدة الإضافية التي قد يحددها المركز فإنه لا مجال للبدء في الوساطة.¹ نشير هنا أنه في الحالتين يتعين على الوسيط قبل تعيينه وتنصيبه من قبل المركز للبدء في إجراءات الوساطة أن يقوم بإمضاء إقرار بالقبول والتفرغ والحياد² والاستقلالية، ويقوم الوسيط بالإفصاح عن كل الوقائع والظروف التي يمكنها أن تمس باستقلاليته من وجهة نظر الأطراف، وكل ما من شأنه أن يثير شكوكا حول حياده ويكون كل ذلك بشكل مكتوب، ويتولى المركز تقديم هذه المعلومات كتابيا للأطراف ويمنحهم مدة للتعليق،³ أما باقي الإجراءات فهي تتشابه ما تم الإشارة إليه في الطريقة الأولى.

ب. السير في إجراءات الوساطة

نصت قواعد المركز على أنه يكون هناك نقاش بين الأطراف والوسيط الذي يتولى نظر المنازعة دون تأخير حول إجراءات الوساطة، وبناء على ذلك يقوم الوسيط بإرسال مذكرة مكتوبة لهم لإطلاعهم على الطريقة التي ستعتمد بناء على رغباتهم، ويتعين على الأطراف المتنازعة التصرف بحسن نية طوال هذه الإجراءات،⁴ وتكون إجراءات الوساطة كلها خاصة وسرية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وما لم يكن ذلك ممنوعا بموجب القانون المطبق، ويظل اتفاق سرية إجراءات الوساطة قائما ما لم يكن لأحد الأطراف الحق في الإفصاح عنه، وهذا للحد الذي يشترطه القانون المطبق أو كان هذا الإفصاح ضروريا لأغراض تطبيق أو تنفيذ اتفاق تسوية المنازعة.⁵

في نفس الإطار نص صراحة على أنه لا يجوز للوسيط أن يدلي بشهادة في أي إجراءات قضائية أو تحكيمية... الخ، في أي جانب من جوانب الإجراءات الواجب إتباعها بمقتضى القواعد، ما لم ينص القانون المطبق أو اتفاق الأطراف والوسيط كتابية على خلاف ذلك.⁶

3. نهاية الوساطة/ التوفيق أمام المركز

تنتهي إجراءات الوساطة حسب ما حددته قواعد المركز في إحدى الحالات الآتية:

- توقيع الأطراف على اتفاق تسوية،

¹ - المادة 3 من قواعد غرفة التجارة الدولية.
² - نشير في هذا الصدد انه يمكن أن يكون الوسيط قد سبق له أن مارس مهمة كقاض أو محكم أو خبير أو ممثل لأحد الأطراف أو مستشار له في أي إجراءات قضائية أو تحكيمية فيما يتعلق بالنزاع الذي يكون فيه هو وسيطا، وهذا في حالة ما إذا لم يتفق جميع الأطراف بشكل مكتوب على عدم جواز ذلك، (المادة 3/10 من قواعد غرفة التجارة الدولية).
نرى أن وجود وسيط سبق له وأن نظر في موضوع المنازعة بصفته قاض أو محكم... الخ يمكن أن يؤثر على حياده وهو يمارس إجراءات الوساطة، ومن المستحسن أن ينتبه لإدراج شرط عدم قابليته لنظر المنازعة مسبقا لتفادي مشكل عدم حياده.
³ - المادة 3/5 من قواعد غرفة التجارة الدولية.
⁴ - المادة 7 من نفس القواعد.
⁵ - لضمان تجسيد فعلي لسرية إجراءات الوساطة، نصت قواعد المركز على أنه ما لم يقتضي القانون المطبق فعل ذلك، أو ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك لا يجوز لأي طرف في إجراءات قضائية أو تحكيمية... الخ أن يقدم كدليل:
- أي وثائق أو بيانات أو مراسلات يقدمها الطرف الآخر أو الوسيط خلال إجراءات الوساطة، ما لم يكن ممكنا الحصول عليها بشكل مستقل من قبله لتقديمها في الإجراءات المشار إليها سابقا،
- أي آراء أو اقتراحات يقدمها أي طرف خلال الإجراءات فيما يتعلق بالمنازعة أو بالتسوية الممكنة لها،
- أي اعترافات مقدمة من الطرف الآخر خلال الإجراءات،
- أي آراء أو اقتراحات طرحها الوسيط خلال الإجراءات، أو تعبير أي طرف خلال الإجراءات عن استعداده لقبول اقتراح بشأن تسوية النزاع.
⁶ - المادة 9 من قواعد غرفة التجارة الدولية.
- المادة 4/10 من نفس القواعد.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

- قيام أي طرف بإخطار المركز كتابيا وفي أي وقت بعد استلامه إخطار الوسيط المتعلق بطريقة سير إجراءات الوساطة وعدم قبوله الاستمرار في إجراءات الوساطة،
- قيام الوسيط بإخطار الأطراف كتابيا باكتمال إجراءات الوساطة، قيام الوسيط بإخطار الأطراف كتابيا بأن الوساطة في رأيه لن تؤدي لحل المنازعة القائمة،
- إخطار المركز الأطراف كتابيا بانتهاء الأجل المحددة للإجراءات بما في ذلك أي تمديد لها،
- إخطار المركز الأطراف كتابيا بعد مرور ما لا يقل عن 7 أيام من تاريخ استحقاق الدفع بعدم تسديد أي دفعة من قبل طرف أو أكثر من أطراف النزاع،
- إخطار المركز الأطراف كتابيا أنه بحسب تقديره وقع إخفاق في تسمية وسيط، أو بأنه لم يكن بالإمكان بشكل معقول تعيين وسيط.¹
- بانتهاء إجراءات الوساطة في الطريقتين السابقتين يقوم المركز بتحديد المصاريف الإجمالية، كما يمكن حسب الحالة أن يقوم بإرجاع الدفعات الزائدة للأطراف أو مطالبتهم بتسديد فارق الدفعات المطلوبة.²

ثالثا: إنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة عن الوساطة أو التوفيق

أعدت الأونسيترال صكين يهدفان لتنسيق إجراءات التوفيق التجاري الدولي/ الوساطة التجارية الدولية وهما قواعد التوفيق لسنة 1980 والقانون النموذجي للتوفيق لسنة 2002، وهما الإطار الدولي للتوفيق/ الوساطة، ومنذ ذلك الوقت انتشر الاعتماد عليها كبيرا وسنت النصوص القانونية المنظمة لها، وهنا بدأ يبرز للواجهة أهمية إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عنها،³ لقد عرض على لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الفريق العامل الثاني المعني بالتحكيم والتوفيق في دورتها السابعة والأربعين اقتراح بشأن الأعمال التي يمكن الإضطلاع بها في المستقبل فيما يتعلق بوجوبية إنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة عن عمليات التوفيق التجاري الدولي ونظر الفريق في ذلك في دورته الثانية والستين.⁴

نظر الفريق العام في دورته الثالثة والستين في نطاق تطبيق صك محتمل في موضوع إنفاذ اتفاقات التسوية التي يتم التوصل إليها من خلال التوفيق، لأن غياب آلية إنفاذ للاتفاقيات المتوصل إليها من التوفيق ينفر من اللجوء إليه ولن يقدم أي شيء لتطويره كطريق بديل،⁵ وتم اختيار أن يكون هذا الشكل هو اتفاقية وجاء ذلك بعد أن كانت هناك آراء أخرى بأن يكون هذا الصك في شكل أحكام تشريعية

¹ - المادة 8 من قواعد غرفة التجارة الدولية.

² - المادة 5/6 من نفس القواعد.

³ - United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Sixty-third session, Vienna, 7-11 September 2015, p 4. A/CN.9/WG. II/WP.190

⁴ - كان ذلك استنادا لمذكرات من إعداد الأمانة وهي: A/CN.9/WG.II/WP.187 A/CN.9/WG.II/WP.188

⁵ - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الثاني (المعني بالتحكيم والتوفيق)، الدورة الرابعة والستين، نيويورك، 1-5 فبراير 2016، ص 3.

A/CN.9/WG.II/WP.195

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

نموذجية أو نصا إرشاديا،¹ وحسب رأي الفريق العامل فإن شكل الاتفاقية يمكن من توفير إطار لإنفاذ اتفاقيات التسوية الدولية دون أن يكون الهدف العمل على تنسيق التشريعات الداخلية للدول، وبذلك يُترك الجانب الإجرائي لتتناوله قوانين كل دولة بشكل مستقل.²

نشير في هذا الصدد إلى انه تم اقتراح أن ينص فيها على مصطلح " الوساطة " لا " التوفيق " باعتبار أن الأول أكثر انتشارا في الاستخدام.³

لكن هناك من أثار شكوكا متعلقة بإيجاد هذه الآلية لإنفاذ اتفاقات التسوية⁴ من حيث أهميتها وتأثيرها الذي يمكن أن يكون سلبيا لا إيجابيا، وهو الأمر الذي يمكن أن يؤثر على مرونة التوفيق التي هي أساس اللجوء إليه كطريق بديل، لاسيما وأن إيجاد إجراءات للإنفاذ صعب لارتباطه بالقانون الداخلي لكل دولة والذي يتسم بالاختلاف، وهو الأمر الذي يصعب من إمكانية إيجاد اتفاقية موحدة لها، وهنا توصل الفريق العامل للعديد من الاقتراحات يمكننا إيجاز البعض منها على النحو التالي:

1. في مجال الاتفاقات الناتجة عن التوفيق/ الوساطة

اتفق أن ينطبق الصك الذي سيتم إعداده على اتفاقات التسوية الدولية،⁵ وعند النظر فيها تم التوصل إلى أنه يمكن أن تكون هي ذاتها المعايير الواردة في المادة 1/ 4 من القانون النموذجي التي تنص: " يكون التوفيق دوليا إذا: كان مقر عمل طرفي اتفاق التوفيق وقت إبرام ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين، أو إذا كانت الدولة التي يقع فيها مقرا عمل الطرفين مختلفة عن:

1. الدولة التي ينفذ فيها جزء جوهري من التزامات العلاقات التجارية، أو

2. الدولة التي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة بها.. "

2. في مجال صحة اتفاقات التسوية

بالنظر لأهمية الكتابة أكد الفريق العامل في دورته الثالثة والستين، على النص على شكل معين لصحة الاتفاقات حتى يمكن تمييزها عن غيرها، وقرنت النفاذ المعجل لهذه الاتفاقات بالاتفاقيات التي

¹- Voir: A/CN.9/861, p 20.

²- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-huitième session, Vienne, 29 Juin- 16 Juillet 2015, pp 6, 7.

A/CN.9/832

³- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-neuvième session, New York, 27 Juin- 15 Juillet 2016.

A/CN.9/867

⁴- يقصد باتفاق التسوية بصفة عامة: اتفاق يبرم بين أطراف لتسوية منازعة بينهم كليا أو جزئيا، وقد ينشأ اتفاق التسوية بحكم اتفاق الأطراف على تسوية المنازعات بالتوفيق أو قد يبرم أثناء إجراءات تسوية المنازعة التي تكون قد دعوى للتحكيم أو دعوى قضائية أو غير ذلك.

The term "settlement agreement" generally refers to an agreement between the parties to resolve a dispute in all or in part. It may find its origin in an agreement to submit a dispute to conciliation, or it may be concluded in the course of a dispute resolution process included in the course of a dispute resolution process including arbitral or court proceedings...

See: A/CN.9/WG. I/ WP.190, p p 6, 7.

⁵- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-neuvième session, New York, 27 Juin -15 Juillet 2016, p p 8, 9.

A/CN.9/861

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

تكون مستوفية لهذه المتطلبات الشكلية،¹ ويرى الفريق أن هذه الأخيرة يتعين تكون دنيا للحفاظ على مرونة قدرة الدولة على إضافة متطلبات أخرى، وهنا يمكن على سبيل المثال أن ينص الصك على أن يكون اتفاق التسوية مكتوبا، وموقعا من قبل الأطراف. الخ، مع مراعاة استخدام وسائل الاتصال الالكترونية.

3. في مجال إجراءات الإنفاذ

اتفق الفريق العامل على ضرورة أن ينص الصك على آلية تمكن أي طرف في اتفاق التسوية من طلب الإنفاذ المباشر في دولة الإنفاذ دون أن يتضمن آلية لمراجعة/مراقبة في الدولة التي صدر منها اتفاق التسوية (الدولة المصدرة) كشرط سابق على عملية الإنفاذ،² وقد أرجع الفريق سبب ذلك لما يلي:

- قد تكون هناك صعوبة في العمل على تحديد من هي الدولة المصدرة، لأن العامل الرابط قد يكون خاضعا لاعتبارات مختلفة،

- وجود آلية مراجعة/مراقبة قد يؤدي لازدواجية في الإنفاذ، وهذا يتعارض مع الهدف من إيجاد هذا الصك.³

كاقتراح لصياغة هذه الجزئية اقترح الفريق العامل الاستناد لنص المادتين 3، 4 من اتفاقية نيويورك، نشير في هذا الصدد إلى أن الجزائر في تعليقها على إنفاذ اتفاقات التسوية الناتجة عن الوساطة/التوفيق أوضحت بأنه ليس لديها إجراءات خاصة بها، كما لا توجد لديها إجراءات للتعجيل بإنفاذها، كما أنه ليس لها أحكام تنص على معاملة اتفاق الوساطة على أنه قرار تحكيمي، فالقانون واضح في أنواع التحكيم، وهذه التوضيحات يمكننا الوصول إليها من خلال الرجوع لأحكام ق.إ.ج.م.إد.

كما أبرزت الجزائر أن قانونها يتضمن صكوكا قابلة للتنفيذ وهي:

- سجلات الاتفاقات التي وافق عليها القضاة الجزائريين وأودعت لدى سجل المحكمة،
- المستندات الموثقة، الوثائق، والصكوك المصدقة المعدة في الخارج التي لا يجوز إنفاذها في الجزائر إلا إذا كانت المحاكم الجزائرية قد أعلنت وجوبية إنفاذها.

كما أوضحت أن قانونها لم يورد نصوصا خاصة بصحة الوساطة، وأشارت إلى تطبيق القواعد العامة التي تقتضي ألا يكون الاتفاق متعارضا مع القوانين الجزائرية والسياسة العامة للقانون والآداب العامة.⁴

¹ -Voir: A/CN.9/WG.II/WP.195, p 13.

² -Voir: A/CN.9/861, p 15.

³ - Voir: A/CN.9/WG.II/WP.195, p15

⁴ - Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-huitième session, Vienne, 29 Juin- 16 Juillet 2015, pp 2, 3.

A/CN.9/846/Add.3

4. في مجال رفض إنفاذ اتفاق التسوية

اقترح الفريق العامل اعتماد النص الذي يستند إلى نص المادة 5 من اتفاقية نيويورك،¹ بدلا عن النص المقترح في الوثيقة A/CN.9/WG.II/WP.192²

بناء على ما سبق بيانه فإنه ربما لن تكون الوساطة في رأينا أفضل أسلوب يتم الاعتماد عليها لحل منازعات عقود البوت لاسيما المعقدة منها في هذا الوقت، في انتظار صدور اتفاقية إنفاذ اتفاقات التسوية التي يتوصل إليها من خلال الوساطة/ التوفيق، وهو الأمر الذي يعمل عليه الفريق المعني بالتوفيق والتحكيم وقد سار بخطى متقدمة في هذا الصدد، في انتظار صدور هذه الاتفاقية التي ستكون على غرار اتفاقية نيويورك لكنها خاصة بالوساطة/ التوفيق، لكننا لا نرى أن الاعتماد عليها لحل المنازعات التي تنتسم بالتعقيد والطول سيؤثر على عقود البوت.

¹ - تنص المادة 5 من اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها: "لا يجوز رفض الاعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج ضده بهذا القرار، إلا إذا قدم ذلك الطرف إلى السلطة المختصة التي يطلب إليها الاعتراف والتنفيذ ما يثبت:
أ. أن طرفي الاتفاق المشار إليه في المادة الثانية كانا بمقتضى القانون المنطبق عليهما في حالة من حالات انعدام الأهلية، أو كان الاتفاق المذكور غير صحيح بمقتضى القانون الذي أخضع له الطرفان الاتفاق أو إذا لم يكن هناك ما يشير إلى ذلك، بمقتضى قانون البلد الذي صدر فيه القرار، أو
ب. أن الطرف الذي يُحتج ضده بالقرار لم يخطر على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان لأي سبب آخر غير قادر على عرض قضيته، أو
ج. أن القرار يتناول خلافا لم توقعه أو لم تتضمنه شروط الإحالة إلى التحكيم، أو أنه يتضمن قرارا بشأن مسائل تتجاوز نطاق الإحالة إلى التحكيم، على أن يراعى في الحالات التي يمكن فيها فصل القرارات المتعلقة بالمسائل التي تخضع للتحكيم عن المسائل التي لا تخضع له أنه يجوز الاعتراف بجزء القرار الذي يتضمن قرارات تتعلق بمسائل تخضع للتحكيم وتنفيذ هذا الجزء، أو
أن تشكيل هيئة التحكيم أو أن إجراءات التحكيم لم تكن وفقا لاتفاق الطرفين أو لم تكن في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق وفقا لقانون البلد الذي جرى فيه التحكيم، أو
هـ. أن القرار لم يصبح بعد ملزما للطرفين أو أنه نقض أو أوقف تنفيذه من قبل سلطة مختصة في البلد الذي صدر فيه أو بموجب قانون هذا البلد.
2. يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصة في البلد الذي يطلب فيه الاعتراف بالقرار وتنفيذه:
أ. أنه لا يمكن تسوية موضوع النزاع بالتحكيم طبقا لقانون ذلك البلد، أو
ب. أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد."
لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك 1958)، الأمم المتحدة، فيينا 2015، ص 9، 10.

² - نصت على ما يلي: "لا يجوز رفض الاعتراف باتفاق التسوية الدولية وإنفاذه بناء على طلب الطرف المستظهر ضده بالاتفاق ما لم يقدم الطرف المذكور إلى السلطات المختصة الملتزم منها الاعتراف والإنفاذ ما يثبت أيا مما يلي:
أ. أن الطرف المستظهر ضده باتفاق التسوية الدولية بمقتضى القانون الواجب التطبيق كان يفتقر إلى بعض جوانب الأهلية اللازمة لإبرام ذلك الاتفاق أو أبرمه تحت الإكراه أو بفعل التدليس،
ب. أن موضوع اتفاق التسوية الدولية لا يجوز تسويته بمقتضى قانون البلد الذي يُلتزم فيه الاعتراف والإنفاذ،
ج. أن الاعتراف باتفاق التسوية الدولية أو إنفاذه يتعارض مع النظام العام للبلد الذي يُلتزم فيه الاعتراف به وإنفاذه،
د. أن الاعتراف والإنفاذ يتعارضان مع شروط اتفاق التسوية الدولية ذاته،
هـ. [...]"

المطلب الثاني:

مجلس فض المنازعات كأسلوب لحل منازعات عقود البوت

تشير الدراسات إلى أن قطاع الإنشاءات كان ذو تجربة سيئة في مجال المنازعات، حيث قدروا أن نسبة 50% من المصاريف القانونية المرتبطة بهذا القطاع تنفق على حل المنازعات، وفي 10% تقريبا من هذه المشاريع يتم إنفاق ما يعادل من 8% إلى 10% من قيمة المشروع الإجمالية على الناحية القانونية بسبب المنازعات الناشئة خلال مرحلة التنفيذ¹ وهي كلفة كبيرة في المشاريع الكبرى على غرار عقود البوت، كما أنها تؤثر على عامل الوقت المهم في هذا النوع من العقود، وطول مدة حل هذه المنازعات وهو ما أدى لظهور أهمية اللجوء لمجلس فض المنازعات بسبب أعضائه واتصالهم بالمشروع منذ البداية كما سنقوم ببيانه، وأمام أهمية الاعتماد على مجلس فض المنازعات نقوم بدراسته كآلية لحل منازعات عقود البوت على النحو الآتي:

الفرع الأول:

تعريف مجلس فض المنازعات وتطوره التاريخي

عرف مجلس فض المنازعات بأنه: "شكل من أشكال التسوية الودية، إذ يعهد إلى طرف ثالث حائز على ثقة الأطراف يسمى مجلس فض الخلافات أن يتولى تلقي الخلافات الناشئة بين فريقى العقد، ليدرسها وينظر فيها للتوصل إلى حل يتمثل في قرار يصدره المجلس بعد إجراء معاینته وتحققاته ودراسته".

عرف مجلس فض المنازعات أيضا بأنه: "وسيلة ميدانية للنظر في الخلاف إذ يتم إحالة الخلافات إلى المجلس قريبا من وقت حصولها، وتتم المعاینة والدراسة في وقت تكون شواهدا والظروف المؤدية إلى حصولها لا تزال ظاهرة وواضحة"².

عرف مجلس فض المنازعات أيضا بأنه: "شكل من أشكال الوسائل البديلة لفض المنازعات (ADR- Alternative Dispute Resolution) وهو ليس وساطة وساطة Médiation أو تحكيم Arbitration أو تقاضي Litigation"³.

نشير في هذا الصدد إلى أن ظهور مجلس فض المنازعات كان في البداية في و.م.أ وأخر الستينيات في مشروعات السدود والأنفاق وإدارة المياه وكانت اختصاصاته ذات طابع فني، لكن نظره في المنازعات مقتصر فقط على فترة إنشاء المشروع، كما أخذت هذه المجالس صورة " مجلس مراجعة

¹ - محمد سعيد فتحة، " مجلس فض النزاعات (DAB) Dispute Adjudication Board عقد الفيديك نموذجا"، مجلة المهندس القانونية الإلكترونية، مكتب جمعة وغصن للمحاماة والدراسات القانونية، بيروت، العدد الثالث، حزيران 2009، ص 8.

² - داوود خلف، الشروط العامة لعقود فيديك النموذجية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الطبعة الأولى، 2003، ص 39.

³ - محمد سعيد فتحة، المرجع السابق، ص 7.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المنازعات" الذي نشأ لحل المنازعات التي تثار أثناء إنشاء مشروع نفق أيزنهاور في ولاية كولورادو في و.م.أ والذي حصلت أثناء إنجازه العديد من المنازعات التي أدت لوقوع خسائر مادية كما أنها كانت سببا في طول المدة الزمنية التي استغرقها الإنجاز من سنة 1968 إلى 1974.¹

كانت مهمة المجلس هنا مقتصرة على تقديم آراء استشارية بمثابة توصيات، وكان يتم عرض النزاع على جهة أعلى للتقاضي لتقرير الصفة الإلزامية من خلال إصدار حكم ملزم، وبعدها تزايد التوجه لهذه المجالس كبديل للقضاء العادي نتيجة لمساوئه، وتم اعتماد مجلس فض المنازعات في و.م.أ في 500 مشروع بكلفة إجمالية 60 مليار دولار، ولم يتم الاعتراض على القرارات الصادرة عنه إلا في حوالي 20 قضية.²

مع بداية سنة 1980 قرر البنك الدولي تشكيل مجلس لمراجعة المنازعات لعقد إنشاء مشروع ضخم متعلق بسد الكاهون، وربط تمويله للمشروع بتشكيل هذا الأخير لتفادي المنازعات التي يمكن أن تثور بين الأطراف والتي قدر البنك بأن نسبة قيامها كبيرة لوجود اختلاف بين أطراف العقد فالمالك من هنداروس والمقاول من إيطاليا والمهندس من سويسرا، وقد أصدر البنك الدولي سنة 1995 وثيقة تضمنت توصية لأول مرة تشكيل مجالس لمراجعة كافة المنازعات في المشاريع التي يقوم البنك الدولي بتمويلها ويكون المجلس متكون من خبير واحد وقد حقق ذلك نجاحا كبيرا كان سببا في تبني عدد من الدول له على غرار المملكة المتحدة سنة 1996، والتي أصدر قانونا خاصا بتسوية المنازعات في عقود البناء عن طريق هذه المجالس.

في سنة 1996 تم تعديل نص المادة 67 في عقد الفيديك المتعلقة بالشروط العامة لعقد التجهيزات الآلية (التصميم والتنفيذ) لتجربته عمليا ومن ثم تطبيقه عمليا على بقية المشاريع في حالة نجاحه، وهي نفس الفترة التي ظهرت فيه مجالس تسوية المنازعات في عقود الفيديك، والذي يختلف عن مجلس مراجعة المنازعات فالأول يصدر أحكاما ملزمة وتم استبدال دور المهندس في تسوية المنازعات بمجلس فض المنازعات نتيجة لما وجه له من انتقادات للدور المزدوج الذي يؤديه، حيث نصت المادة 1/67 على الآلية التي تحال بها المنازعات على المهندس والدور الذي يؤديه على النحو التالي:

إذا نشأ نزاع أيا كان نوعه بين رب العمل والمقاول، مرتبط بالعقد أو ناشئ عنه أو مرتبط أو ناشئ عن تنفيذ الأعمال، سواء نشأ خلال تنفيذ الأعمال أو بعد إتمامها، وسواء قبل أو بعد جحود أو إنكار أو أي صورة أخرى لإنهاء العقد، بما في ذلك أي نزاع متعلق برأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقييم من قبل المهندس، فيجب إحالة موضوع النزاع أولا إلى المهندس كتابة مع إرسال صورة من هذا الكتاب إلى الطرف الآخر، ويتعين أن يشار في كتاب الإحالة إلى أن الإحالة تمت إعمالا لهذا البند، على أن يخطر

¹ - مها أشقر عبد الله العطار، "مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الأحمر"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص ص 21، 22.
² - داوود خلف، مجلس فض الخلافات وأساليب التسويات الودية، جمعية عمال المطابع التعاونية، الطبعة الأولى، 2005، ص 40.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المهندس رب العمل والمقاول بقراره في مدة لا تتجاوز 84 يوما التالية ليوم تسلمه كتاب الإحالة، ويتعين أن يشار في هذا القرار إلى أنه اتخذ أعمالا لهذا البند.

على المقاول في كل حالة ما لم يكن العقد قد جدد أو أنهى، أن يواصل تنفيذ الأعمال بكل الحرص الواجب، وعلى المقاول ورب العمل أن ينفذا دون إبطاء أي قرار يصدر من المهندس، إلا إذا قد رجع عنه، أو حتى يرجع عنه في تسوية ودية أو في حكم محكمين كما هو منصوص عليه فيما يلي:

- إذا لم يرض رب العمل أو المقاول عن أي قرار للمهندس، أو إذا لم يقم المهندس بتوجيه إخطار بقراره في أو قبل اليوم 84 التالي ليوم تسلم كتاب الإحالة، يكون لكل من رب العمل أو المقاول في أو قبل اليوم السبعين التالي ليوم تسلم الإخطار بهذا القرار، أو في أو قبل اليوم 70 التالي ليوم انتهاء مدة 84 يوما المذكورة، على حسب الأحوال إخطار الطرف الآخر مع إرسال صورة إلى المهندس للعلم برغبته في بدء التحكيم طبقا للنصوص الواردة فيما بعد بشأن الموضوع محل النزاع، ويثبت هذا الإخطار للطرف الآخر الذي أرسله الحق في البدء في التحكيم في شأن النزاع مع مراعاة المادة 4/67، فإجراءات التحكيم لا تبدأ دون توجيه للإخطار.

- إذا أرسل المهندس لرب العمل والمقاول إخطارا بقراره في موضوع النزاع، ولم يرسل إخطارا بنيته في بدء التحكيم في النزاع في/أو قبل اليوم السبعين التالي لليوم الذي تسلم فيه الطرفان إخطار المهندس، أصبح القرار نهائيا وملزما لرب العمل والمقاول.

في تحديد الطبيعة القانونية لقرار المهندس الاستشاري اعتبرها البعض كمهمة المحكم، أما البعض الآخر فقال أنها شبيهة فقط بالمحكم على أساس أنه ليس ملزما باتباع إجراءات التحكيم، وهناك من يرى أنه لا يمكن مطلقا اعتباره محكما لانعدام صفة الحياد والاستقلالية فيه، لأن الأطراف قاموا بتعيينه وهو كالوكيل فقط، ومن جهة أخرى فالقرارات الصادرة عنه ليست بالنهائية والملزمة وهو الرأي الراجح.

في سنة 1999 تم إدخال فكرة المجلس لباقي العقود في الفيدر، وتم التوجه لتكوين المجلس من عدة أعضاء بالنسبة للمشاريع الكبيرة، وفي سنة 2000 جعل البنك الدولي من قرارات مجالس مراجعة المنازعات الخاصة به ذات طبيعة ملزمة بشكل مؤقت، وفي سنة 2004 قام بصياغة الشروط العامة لمجلس فض المنازعات في المادة 20 حتى تتسجم مع الفيدر، وفي سنة 2002 قامت غرفة التجارة الدولية بباريس بوضع مسودة القوانين لمجلس فض المنازعات.

لقد جاء مضمون طبعة 2006 من الفيدر متطابقا ومنسجما مع الفيدر لسنة 1999، لاسيما نص المادة 20 منه والتي تكلمت عن مجلس تسوية المنازعات والشروط الواجب توافرها في أعضائه والكيفية التي يشكل بها، وما الذي يمكن القيام به إذا لم يتم الامتثال لقراراته، والطبيعة القانونية لما يقوم

بإصداره...الخ.¹

من خلال ما سبق نتوصل إلى أن مجلس فض المنازعات هو وسيلة غير قضائية لحل المنازعات، وبالنظر لكونه منظماً إجرائياً فهو يتسم بالسرعة، وقد قام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC² بإصدار الكتاب الفضي³ خصيصاً لمعالجة المشكلات التي تعترض تنفيذ عقود البوت،⁴ فعقد البناء الذي يعد مرحلة أساسية في عقود البوت تستند لها المرحلتين التاليتين (التشغيل، ونقل الملكية)، وهذه المرحلة تختلف كل الاختلاف عن عقود البناء/ الإنشاءات، والأمر هنا راجع لطبيعة هذا العقد الذي لا يأخذ بعين الاعتبار فقط رغبات الطرفين المتعاقدين (الدولة المضيفة وشركة المشروع) فهو يتعداها للأطراف الأخرى المتدخلة في تنفيذه على غرار المقرضين...الخ.

لقد أشارت كل إصدارات الفيديك لكيفية تعيين هذا المجلس والكيفية التي يصدر بها قراراته، حيث نصت المادة 2/20 من الطبعة الأخيرة " الكتاب الفضي" على أنه: يتم خلال 28 يوماً من تاريخ تعيين مجلس فض المنازعات من قبل الطرفين يعد إخطار كل طرف للآخر بنيته في إحالة النزاع له، ويتكون المجلس من أعضاء مؤهلين ويكون عددهم فردياً واحداً أو ثلاثة، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك يتكون المجلس من ثلاثة أشخاص يقوم كل طرف بتعيين عضو وهذين العضوين يعينان العضو الثالث كرئيس. يتم الاتفاق على الشروط العامة من خلال هذه اللجنة لاتفاقية فض المنازعات وكذلك على شروط التعيين وشروط المكافأة لكل عضو ويكون سدادها مناصفة بين الطرفين، وفي كل الحالات للطرفين المتنازعين الحق في الاتفاق على تعيين شخص/ أشخاص للحلول محل أحد الأعضاء السابق تعيينهم، لاسيما في حال امتناع أحدهم أو كونه غير قادر على العمل بسبب العجز أو الوفاة أو انتهاء عمله...الخ، وبنفس الطريق باتفاق الطرفين يمكن عزل أي عضو.⁵

في كل الحالات الموضحة أدناه يكون لسلطة التعيين أو الشخص المسمى في الشروط الخاصة ببناء على طلب أحد من الطرفين أو كلاهما وعقد التشاور بينهم، أن يعين هذا العضو بالمجلس ويكون التعيين نهائياً وكل طرف مسؤول عن سداد نصف مكافأة التعيين، وذلك في الحالات التالية:
عدم التوصل لتعيين عضو في المجلس في مدة 28 يوماً.
- عدم التوصل لتعيين عضو للموافقة عليه من الطرف الآخر من المجلس المكون من ثلاث أشخاص في 28 يوماً.

¹ - مها أشقر عبد الله العطار، المرجع السابق، ص ص 24، 27.

² - Fédération International des Ingénieurs Conseils

³ - الكتاب الفضي: Conditions of contract for EPC/ Turnkey projects وهو يلائم المشروعات التي تنشأ على أساس تسليم المفتاح، مثل مشروعات التنمية كبناء محطات الكهرباء أو المياه، ويتحمل المقاول كامل المسؤولية عن التصميم والتنفيذ للمشروع.

- محمد محمد سادات، " الأليات غير القضائية لتسوية منازعات عقود المقاولات النموذجية"، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، الدوحة، السنة الثامنة، العدد الثاني، جانفي 2015، ص 152.

⁴ - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص 143.

⁵ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 291.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عدم التوصل لاتفاق لتعيين العضو الثالث (الرئيس) خلال مدة 28 يوماً.
عدم التوصل للاتفاق على تعيين بديل خلال 42 يوماً من تاريخ رفض العضو الفرد أو أحد الأعضاء الثلاثة العمل أو يصبح غير قادر بسبب استقالة أو انتهاء التعيين أو العجز أو الوفاة.¹
يتعين على المجلس أن يصدر قراره خلال أجل 84 يوماً بعد سداد الطرفين للفواتير المقدمة لهم من قبل كل عضو، ولهذا الغرض يتعين أن يقدم الطرفان كل التسهيلات اللازمة لذلك، ويكون القرار مسبباً ويصبح بصوره ملزماً وينفذ فوراً، وفي كل حالة يكون القرار غير مرض لأحد الأطراف يتعين على هذا الأخير أن يخطر الطرف الآخر خلال أجل 28 يوماً.

هناك تشابه بين مجلس فض المنازعات وبين طريق بديل آخر، لكن هذا الأخير أقل أهمية وانتشاراً منه وهو **المحاكم المصغرة** والتي يقصد بها العمل على تشكيل هيئة من ثلاثة أفراد على الأقل يرأسها شخص محايد ويختار الأطراف المتنازعة الأعضاء الآخرين ممن لهم خبرة ودراية في مجال المنازعة، ويقوم كل نائب عن طرف النزاع بتقديم مقترحات التسوية للمسائل المتعلقة بالنزاع، كما يتم تبادل المعلومات فيما بينهم ويحاول النواب التسوية خلال مفاوضات ميسرة تجري بينهم برئاسة الشخص المحايد، وقد نجح هذا الأسلوب بشكل كبير في و.م.أ بفضل محامي الأطراف، وفي ظل هذا الأسلوب للأطراف المتنازعة أن تطلب من العضو المحايد المترئس للهيئة أن يقدم رأيه لحسم النزاع في حال فشل المفاوضات في التوصل لتسوية.²

لقد ظهرت المحاكم المصغرة كأسلوب لحل المنازعات المتعلقة بالبناء في و.م.أ وانتشر على أساس أنه يجمع بين خصائص الوساطة والتوفيق والتحكيم،³ وتتسم هذه الأخيرة باختزالها للجلسات الطويلة وإمكانية قيام كل طرف بعرض مطالبه دون قواعد شكلية وإجرائية، والمقررون لديهم الخيار لأن يستشيروا كل شخص ذو كفاءة وموضوعية لحل النزاع القائم بين الطرفين المتنازعين، وهنا يتعين على الأطراف ألا يقوموا بمباشرة أي إجراءات تحكيمية أو قضائية خلال مدة نظرها في النزاع المعروض عليها، وقد كانت الهيئة الأمريكية للتحكيم أول من طبق هذا الأسلوب ثم انتشر في العديد من الدول.⁴
على الرغم من سهولة هذا الأسلوب إلا أنه لا يعتمد عليه بشكل كبير فإجراءات المحاكم المصغرة مباشرة وهي خاصة مهمة، لأنها تعطي لكل طرف الفرصة في عرض إشكالاته، وهذا الأمر غير موجود في النظام التقليدي المتسممة إجراءاته بعدم كونها مباشرة، وكل القرارات الصادرة عن هذه المحاكم غير ملزمة، وعلى الأطراف المتنازعة في عقود البوت التي تريد الاعتماد عليه أن تعتمد على:

¹ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 293.

² - كامران حسين الصالحي، المرجع السابق، ص 184، 185.

³ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - نفس المرجع، ص 54، علاء أباريان، المرجع السابق، ص 73.

قواعد مركز الموارد العامة في نيويورك، قواعد غرفة التجارة في زيورخ.¹

الفرع الثاني:

دور مجلس فض المنازعات في حل منازعات عقود البوت

يؤدي مجلس فض المنازعات دوراً هاماً لحل منازعات عقود البوت باعتبارها آلية معول عليها الآن بشكل واسع لاحتوائه على إجراءات منظمة ومواعيد منظمة مسبقاً، الأمر الذي يشجع كل الأطراف المتنازعة الأصلية (شركة المشروع والدولة المضيفة) والفرعية (شركة المشروع والأطراف الأخرى التي سبق لنا دراستها في الفصل الأول) في اللجوء إليه، لكن الاعتماد عليها كطريق بديل يختلف من دولة لأخرى إلا أن شركات المشروع المتعاقدة عادة ما تتمسك بها لحل المنازعات التي تنشأ بينها وبين المقاولين المتعاقدين معهم، وفي حقيقة الأمر من الضروري دراسة هذا الأسلوب بشكل جيد من الدولة المضيفة خاصة إذا كانت شركة المشروع تعتمد على مقاولين وطنيين في التنفيذ.

لدراسة دور مجلس فض المنازعات لحل منازعات عقود البوت نقوم بإبراز بعض صور المنازعات التي ينظر فيها لعدم إمكانية حصرها، ثم نبرز نموذجين عنها، ونختم دراستنا بإبراز الارتباط بين مجلس فض المنازعات كطريق بديل بالخبرة الفنية والتي هي طريق بديل آخر وذلك على النحو التالي:

أولاً: صور المنازعات التي يبت فيها مجلس فض المنازعات

يقع على المقاول المتعاقد مع شركة المشروع العديد من الالتزامات خلال إنجازهِ للمرفق العام الذي تعاقدت من أجله الدولة المضيفة مع شركة المشروع، ونجاح هذين الأخيرين في كل المراحل التي تمر بها عقود البوت، مرتبط بالدور الذي يؤديه هذا الأخير سواء خلال مرحلة التصميم والمعاينة ونقله للمعدات أو خلال بدئه التنفيذ، وكما سبق لنا الإشارة في الفصل الأول من دراستنا لصور من المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقود البوت لعدم إمكانية حصرها، لكن ارتأينا إبراز بعض المنازعات التي يتم النظر فيها في قبل مجلس فض المنازعات على النحو التالي:

1. المنازعات المتعلقة بتصميم المرفق العام

يضطلع المقاول بدور حيوي في عقود البوت، وقد عرف في الشروط العامة للمقاولات والهندسة المدنية لعقود الفيديك لسنة 1992 بأنه الشخص الذي قبل رب العمل عطاءه وخلفه القانوني في هذه الصفة ولا يقصد به (إلا بموافقة رب العمل) المحال إليه من هذا الشخص.²

نشير في هذا الصدد إلى أن المقاول الملتزم بإنجاز المرفق العام قد يقوم بتوفير المواد اللازمة لإقامته بنفسه، كما قد يقدمها له رب العمل (شركة المشروع)، وفي الحالتين لا يؤثر ذلك على اعتباره مقاولاً،

¹ - أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 288.

² - المادة 2/1 منه، مشار إليها في: عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008، ص 30.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

وليس من الضروري أن يكون هذا الأخير مقاولا واحد فقد تقوم شركة المشروع خاصة في عقود البوت بالتعاقد مع عدد كبير من المقاولين يتولى كل واحد منهم تنفيذ جزء من العمل،¹ وهذا سعيًا منها لتوزيع العمل للانتهاء من أشغال البناء للانتقال لمرحلة تشغيل المرفق العام، وكذا بحثًا عن التخصصية في المقاولين.

أول التزام يقع على عاتق المقاول، هو إقامته للمنشآت وفقا للتصاميم الموضوعة، مع وجوب التزامه بتبنييه المهندس المعماري ورب العمل لكل الأخطار التي يمكن اكتشافها في التصميم في الوقت المناسب، تقاديا لكل الأضرار التي يمكن أن تحدث وتؤثر على إنجاز المرفق العام، ونشير إلى أن عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية يجعل أول التزام للمقاول هو تصميم جزء من الأعمال الدائمة، إذا كان هناك اتفاق مع رب العمل (شركة المشروع) على ذلك، والتي تعرض على المهندس المعين من قبل شركة المشروع للمصادقة، كما يتعين عليه أيضا أن يزوده بكل الرسومات والبيانات... الخ الضرورية لإقناعه بكفاية التصميمات وملاءمتها لمشروع المرفق العام لاسيما ما تعلق بالتصاميم المتعلقة بالتشغيل والصيانة،² ويكون المقاول مسؤولا عن عيوب التصميم مسؤولية كاملة،³ ولا تترتب على مصادقة المهندس السابق الإشارة إليها أي إعفاء للمقاول من مسؤولياته طبقا للعقد.

بالنسبة للمشرع الجزائري نص صراحة على ضمان كل من المهندس المعماري والمقاول لما يحدث خلال 10 سنوات من تدهم كلي أو جزئي للبناء، لمبان أو منشآت ثابتة أخرى، حتى وإن كان التدهم راجعا لعيب في الأرض، وقد مدد المشرع هذا الضمان لما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته، كما نص المشرع على أن هذا لا يسري على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين.⁴

تناول المشرع الجزائري حالة اقتصار مهمة المهندس المعماري على القيام بوضع التصاميم، دون أن يكون مكلفا بالرقابة على عملية التنفيذ، ففي كل حالة تثور إشكالات هنا تكون مسؤوليته قاصرة على العيوب الناشئة عن التصميم لا غير.⁵

نشير في هذا الصدد إلى أن هناك جانب من الفقه يرى أن رب العمل قد ساهم بعمله المخالف للقانون والمتمثل في إعطائه المقاول سلطة القيام بأعمال التصميم، لذلك يكون رب العمل (شركة المشروع)

¹ - فيتولى أحدهم مرحلة إنجاز الأساسات وآخر البناء وآخر النجارة وآخر أعمال الحدادة، وآخر أعمال الدهان... الخ.
² - تنص المادة 2/7 من الشروط العامة لعقود الفيديك لسنة 1992 على أنه: "إذا اتفق في العقد صراحة على أن يقوم المقاول بتصميم جانب من الأعمال الدائمة فعليه أن يعرض على المهندس للحصول على المصادقة ما يلي:
- الرسومات والمواصفات والحسابات والبيانات الأخرى الضرورية لإقناع المهندس بملاءمة وكفاية هذا التصميم، و
- دليل التشغيل والصيانة مصحوبا برسومات الأعمال الدائمة كما أنجزت بالفعل وبتفصيل يمكن رب العمل من تشغيل وصيانة وفك وتركيب وضبط الأعمال الدائمة التي تجسد فيها التصميم.
- عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، المرجع السابق، ص ص 32، 33.
³ - المادة 3/7 من عقود الفيديك لأعمال الهندسة المدنية.
⁴ - المادة 544، من الأمر رقم 58/75، المعدل والمتمم المتضمن أحكام ق م، المشار إليه سابقا
⁵ - المادة 555 من نفس الأمر.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

مشتركة معه في الخطأ وهو ما ينعكس على مبلغ التعويض الذي يلتزم المقاول بسداده.¹

2. المنازعات المتعلقة بمعايينة موقع إنجاز المرفق العام ونقل المعدات

يتعين على المقاول الالتزام بإنجاز المرفق العام على الأرض الممنوحة لشركة المشروع من قبل الدولة المضيفة من أجل إنجاز المرفق العام المتعاقد من أجله، وهنا يكون على شركة المشروع والمقاول الذي تعاقدت معه الالتزام بالنصوص القانونية والتنظيمية الجزائرية في مجال التعمير وعدم الخروج عن مقتضياتها، والمهندس عليه الالتزام بالقيام بكل التصميمات والرسومات الهندسية في إطار أحكام القانون. في الغالب لا تثير مشروعات عقود البوت منازعات عندما يتم إنشاؤها على أرض حدودها واضحة ومحددة سلفاً وليست محلاً لمنازعات، لكن تحديد الموقع يبقى ذو أهمية كبيرة بالنسبة للأراضي الصحراوية،² ففي هذا الصدد نصت الشروط العامة لعقود الفيديك لسنة 1992 بشأن أعمال الهندسة المدنية على أن المقاول يسأل عن:

للتحديد الدقيق لمكان الأعمال في الموقع، وعلاقته بالنقاط الأصلية والخطوط والمستويات التي حددها المهندس كتابة ليرجع إليها في التطبيق.

- مع مراعاة الشروط السابقة صحة مواقع ومستويات وأبعاد واستقامة كل أجزاء الأعمال.

- تجهيز كل ما يلزم من الأدوات والأجهزة والعمالة التي تنقل بالمسؤوليات السابقة.³

بالرجوع لأحكام الفيديك لسنة 1999 نجدها نصت على إلزام المقاول بتحديد الوضع الصحيح لكل الأعمال، كما ألزمته بتصحيح الأخطاء في الأوضاع والمستويات والأبعاد وتخطيط الأعمال، كما ألزم المقاول ببذل كل جهد معقول للتحقق من دقة تطبيق الرسومات على الموقع،⁴ وعند وجود أي أخطاء تكون سابقة عن غير المقاول متعلقة بالموقع ولم يستطع هو اكتشافها ولم تكن بسببه يكون للمقاول الحق في تمديد الوقت أو إضافة التكاليف الزائدة للعقد، (المادة 7/4 من الشروط العامة للفيديك لسنة 1999).

يسأل رب العمل (شركة المشروع) عن أي أخطاء في هذه المسائل المحددة أو المبلغ بها، وهنا على المقاول أن يبذل جهده للتحقق من مدى صحتها، وهنا في حال تأخر المقاول أو تحمله لنفقات نتيجة قيامه بتنفيذ الأعمال التي تقع على عاتقه وكان ذلك بسبب خطأ موجود في البنود المرجعية والتي لم يكن المقاول متمرساً في اكتشاف ما فيها من خطأ أو تجنب التأخير أو النفقة هنا يوجه المقاول إخطاراً للمهندس ويكون له الحق في:

- تمديد الوقت لتعويض هذا التأخير إذا كان الإنهاء معطل أو سيتعطل.

¹ - عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، المرجع السابق، ص 38.

² - نفس المرجع، ص 42.

³ - المادة 17 منه.

⁴ - المادة 7/4 من الشروط العامة للفيديك لسنة 1999.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

- سداد مثل هذه النفقات إلى جانب ربح معقول والذي سيدخل في مبلغ العقد.¹
بعد تلقي المهندس الإخطار يقوم بالموافقة أو بتحديد:
- فيما إذا كان وقع خطأ (وفي حالة الإيجاب) إلى أي حد كان الخطأ لا يمكن كشفه بدرجة معقولة، و
- المسائل الموصوفة سابقاً.²

ثانياً: نماذج عن مجلس فض المنازعات

هناك العديد من القواعد المنظمة لمجلس فض المنازعات، وارتأينا أن نقوم بإبراز نموذجين فقط هما نظام مجلس فض المنازعات للمنظمة الأمريكية للتحكيم، ومجلس فض المنازعات في العقود النموذجية الصادرة عن الفيديك FIDIC وذلك على النحو التالي:

1. نظام مجلس فض المنازعات للمنظمة الأمريكية للتحكيم

أصدرت المنظمة الأمريكية للتحكيم نظاماً لآلية تكوين وعمل المجلس تفصل في كل منهما كالتالي:

أ. آلية تكوين مجلس فض المنازعات

يتم تكوين المجلس بعد توقيع العقد بين المالك والمقاول مباشرة، ومع بدء الأشغال في الموقع وعند استلام طلب تكوين المجلس من أحد الطرفين خلال 14 يوماً من توقيع عقد المشروع المتفق عليه، يتم تحديد التخصصات المطلوبة من أعضاء المجلس بما يكون مناسباً لمجال المشروع وهو المرفق العام في عقد البوت، بعد ذلك يتم إعداد قائمة بالأسماء المقيدة لدى المنظمة الأمريكية للتحكيم، والتي يمكن تكوين المجلس منها، وهذا بعد الاتصال بهم والتأكد فيما إذا كانت لهم علاقة بأي من الطرفين المتعاقدين التي تحول دون مشاركتهم.

يرسل البيان لطرفي المشروع مع السيرة الذاتية لكل مرشح خلال أجل 14 يوماً من استلام معلومات التخصصات المطلوبة من طرفي المشروع، بناءً عليها يحدد مرشح لكل طرف في المشروع خلال أسبوعين من استلام بيان الأسماء، وتشعر المنظمة بذلك كتابياً، ويقوم كل من الطرفين بالموافقة على مرشح الطرف الآخر خلال أسبوعين من استلامه اسم المرشح من قبل المنظمة الأمريكية للتحكيم، وفي حال عدم موافقة أين من الطرفين على مرشح الطرف الآخر يشعر الطرف غير الموافق على مرشحه بترشيح خبير آخر خلال أسبوعين من إشعار عدم الموافقة، ولا يلزم الطرفين بتحديد أسباب عدم الموافقة على مرشح الطرف الآخر.³

تقوم المنظمة الأمريكية للتحكيم بعد ذلك بوضع قائمة بأسماء خبراء المجلس وتسلمها للطرفين لاختيار العضو الثالث، وينبغي أن يتم تحديد هذا الأخير خلال أسبوعين من تحديد اسم العضو الأول،

¹ - عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، المرجع السابق، ص 45.

² - نفس المرجع، ص 46.

³ - عبد الله محمد بار سراج الدين، " معالجة منازعات مشاريع التشييد بالمملكة العربية السعودية باستخدام مجلس مراجعة النزاع"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز للعلوم الهندسية، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، 2006، ص ص 102، 103.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

واختيار أعضاء المجلس يكون استنادا لعامل الخبرة الفنية في المشروع المراد إنجازه إلى جانب الخبرة القانونية والحياد.

ب. إجراءات عمل مجلس فض المنازعات

بعد توقيع اتفاقية المجلس بين طرفي المشروع وأعضاء المجلس، يحدد تاريخ أول اجتماع للمجلس لتحديد أسلوب عمله سواء باعتماد ما هو محدد من المنظمة الأمريكية للتحكيم أو أي آلية أخرى، وفي هذه الحالة يتعين تقديم هذه الآلية لطرفي المشروع خلال أجل 28 يوما من التوقيع، ويتم إطلاع المجلس على كل الخرائط والوثائق الخاصة بالمشروع وبشكل يومي لتطور إنجاز المشروع من قبل المالك والمقاول... الخ.

بالنظر لأهمية زيارة موقع إنجاز الأشغال يقوم المجلس بزيارات دورية متفق عليها مع المالك والمقاول، تناقش فيها كل الاختلافات التي يمكن أن توجد بينهما والتي يمكن أن تتطور مستقبلا لمنازعة، وعند وجود اختلافات في الرأي بينهما يمكن لأحدهما تقديم طلب مكتوب للمجلس يبرز فيه موضوع المنازعة وطلباته والتعويض الذي يطلبه جراء ما لحقه من أضرار، مدعما طلبه بكل الوثائق اللازمة مع تبليغ الطرف الثاني بطلبه هذا، وخلال أجل 28 يوما الموالية لاستلام الطلب يرد الطرف الثاني ويرسل رده لرئيس المجلس ويدعمه بالوثائق اللازمة لذلك.

يقوم المجلس خلال أجل 7 أيام الموالية بتحديد موعد اجتماعه مع الطرفين لسماعهما، ويكون الاجتماع في الغالب في موقع الإنجاز لسهولة الحصول على المعلومات وزيارة الموقع إذا تطلب الأمر ذلك... الخ، وهذه الجلسات قد تتكرر لأكثر من مرة إلى أن يكتفي الطرفان وتتضح معالم المنازعة، وقد يوجه المجلس أسئلة للطرفين لاستيضاح ما يريد فهمه، لينتهي لصياغة توصية لفض النزاع يقدمها للطرفين خلال أجل 14 يوما من تاريخ انتهاء جلسات الاستماع، وخلال 14 يوما الموالية بيدي المالك والمقاول بشكل كتابي موافقتهما أو اعتراضهما على القرار بشكل مستقل، مع إرسال نسخة للمجلس وأخرى للطرف الثاني وعدم الرد عد موافقة، أما في حالة الاعتراض يمكن اللجوء للتحكيم أو القضاء أو أي أسلوب آخر يكون منصوصا عليه في العقد المبرم بينهما، ويتحمل التكاليف المالك والمقاول بالتساوي ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك.¹

2. مجلس فض المنازعات في العقود النموذجية الصادرة عن الفيديك FIDIC

تحتوي عقود الفيديك على اتفاق نموذجي مفصل لحل المنازعات عن طريق مجلس فض المنازعات، كما تحتوي على إطار كامل لتأسيس وتنفيذ وإدارة مجلس فض المنازعات، واستنادا لنص المادة 4/20 من الفيديك يتعين على الطرفين اختيار أعضاء المجلس بصورة مشتركة ويتكون من عضو

¹ - عبد الله محمد بار سراج الدين، المرجع السابق، ص 104، 106.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

إلى 3 أعضاء،¹ يكونون ذوي تأهيل مناسب وفي حال عدم التحديد فالمجلس يتكون من 3 أعضاء.² يقوم كل طرف باختيار عضو مع الحصول على موافقة الطرف الثاني، ويتشاور الطرفان مع العضوين لاختيار العضو الثالث الذي سيكون رئيسا للمجلس، وعلى كل الأعضاء إبداء موافقتهم على تعيينهم، وفي كل حالة توجد فيها قائمة مرشحين محددة في العقد، فإن عملية اختيار الأعضاء تكون من هذه الأخيرة إلا في حال عدم قدرة واحد منهم أو إعلانه عدم رغبته في عضوية المجلس،³ بعد ذلك تتم صياغة الاتفاقية بين الأطراف وهيئة المجلس تتضمن الشروط العامة المتعلقة باتفاقية فض المنازعات، ويتحمل الطرفين الأتعاب مناصفة، وتتمثل فيما يلي:

أ. أتعاب الاستبقاء عن كل شهر وتغطي بالكامل ما يلي:

- جهوزية عضو المجلس واستجابته لإشعار مدته 28 يوما للقيام بزيارات الموقع وحضور جلسات الاستماع إلى القضايا.

جهود للإطلاع على تطورات المشروع والاحتفاظ بالسجلات المتعلقة به.

- مصاريف المكتب وخدمات السكرتارية والتصوير واللوازم المكتبية والمصاريف الإدارية المتعلقة بأدائه لالتزاماته،

جميع الخدمات الأخرى التي يؤديها.

ب. أجره يومية تغطي بالكامل ما يلي:

- كل يوم أو جزء من اليوم بحد أقصى لمدة يومي سفر في كل اتجاه للرحلة فيما بين منزل عضو المجلس والموقع أو مكان أي اجتماع مع الأعضاء الآخرين (إن وجدوا)،

عن كل يوم عمل في زيارات الموقع، أو حضور الجلسات أو تحضير القرارات،

عن كل يوم يقضيه في قراءة المستندات والأوراق تمهيدا لحضور جلسات الاستماع إلى القضايا.

ج. كل النفقات المعقولة المتعلقة بأداء عضو المجلس لالتزاماته، بما في ذلك كلفة المكالمات الهاتفية والمراسلات والفاكسات... الخ ومصاريف السفر والإقامة والغذاء، بحيث يقوم عضو المجلس بتقديم

الإيصالات لكل بند تتجاوز قيمته 5% من الأجرة اليومية المنوه عنها سابقا.

د. أية ضرائب تفرض في البلد على الدفعات التي يتلقاها عضو المجلس.⁴

نشير إلى أنه يمكن أن يخفق تعيين مجلس فض المنازعات متى تحققت أحد الحالات التالية:

¹ - لأن مجلس فض المنازعات في نظامه يعتمد على ثقة أطراف المنازعة في شخص أعضائه ومؤهلاتهم الفنية، ومن هنا يجب أن لا يفرض أحد الأطراف اختياره على الطرف الآخر.

- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 35.

² - R. SEPPÅLA Christopher, « Les nouveaux modèles FIDIC de contrat de construction internationale », RDI, édition Dalloz, Paris, N° 3, 2002, p 186.

³ - Ibid, p 187.

⁴ - محمد سعيد فتحة، المرجع السابق، ص 11، 12.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

- لم يتفق الطرفان المتنازعات على تعيين عضو المجلس المنفرد في الموعد المحدد ضمن الفقرة الأولى من المادة 2/20، أو
- اخفق أي طرف في تسمية عضو ما (للموافقة عليه من قبل الطرف الآخر) إذا كان المجلس يتكون من 3 أعضاء في الموعد المذكور أعلاه، أو
- لم يتفق الطرفان على تعيين العضو الثالث (رئيس المجلس) في الموعد المذكور أعلاه، أو
- أي عضو بديل خلال مدة 42 يوما من انتهاء مهلة العضو المنفرد للمجلس، أو أحد الأعضاء الثلاثة للمجلس بسبب الوفاة أو العجز... عن أداء المهام أو بسبب الاستقالة أو انتهاء التعيين.
- هنا تتولى جهة التعيين أو الشخص المسمى في الشروط الخاصة ببناء على طلب أي من الطرفين أو كليهما وبعد التشاور مع كلا الطرفين بتعيين عضو المجلس هذا، ويكون التعيين نهائيا ويلزم الطرفان دفع مكافأة الجهة أو الشخص الذي قام بالتعيين مناصفة بينهما¹.
- ترجع أهمية مجلس فض المنازعات لكونه جزء من المشروع (وفي مجال دراستنا نقصد المرفق العام) منذ بدايته ويمكننا إجمال أهميته فيما يلي:
- يؤثر وجوده على تصرفات ومواقف الطرفين،
- التعيين الباكر والزيارات الدورية للموقع تجعله يتعرف على المشروع بشكل مفصل ودقيق من خلال معاینته للإشكالات في الموقع فور وقوعها، ما يسهل من حلها مباشرة وعدم تركها لتتفاقم لمنازعة،
- متابعة المشاكل التقنية بشكل مستمر والإطلاع على تأثيراتها التعاقدية تسمح بمعالجتها بسرعة عند حدوث أي منازعة،²
- عمل المجلس يضمن تخفيض كلفة إثبات الوقائع بسبب قربها، وهذا مقارنة بتكلفة التحكيم مثلا وتتراوح بين 0,05% إلى 0,3% من كلفة المشروع، ويكون إصداره للقرار تبعا لمعايناته للموقع، وكل الإشكالات الطبيعية أو التقنية التي تواجه إنجاز المشروع، ومن جهة أخرى يطلب كل المستندات الضرورية التي تساعد على اتخاذ القرار المناسب
- تقديم آراء استشارية للطرفين بناء على طلبهما تفسيراً أو توضيحاً حول مسألة تعاقدية غير واضحة الأمر الذي يمكنهم من تجنب المنازعات مستقبلاً.³
- بالنسبة لإجراءات فض المنازعات فقد نصت المادة 4/20 من عقد الفيديك على أنه نشأ خلاف من أي نوع كان بين الطرفين بخصوص العقد أو تنفيذ الأشغال بما في ذلك أي خلاف حول أي شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو رأي أو تحديد قيمة من قبل المهندس، فإنه يمكن لأي طرف إحالة الخلاف كتابيا

¹ - R. SEPPÄLA Christopher, Op. cit , p 187.

²- C. Wade, « The Silver Book –The Reality », p 16

See this link: <http://fidic.org/sites/default/files/THE%20SILVER%20BOOK%20Reply.pdf> ,17/07/2016 at 16:02

³- محمد سعيد فتحة، المرجع السابق، ص ص 10، 11.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

للمجلس لدراسته واتخاذ قرار بشأنه، ويتم إرسال نسختين من الإشعار للطرف الآخر والمهندس، مع التنويه إلى أن إحالة المنازعة تتم وفقا لأحكام هذه المادة، وعندما يكون المجلس مكونا من 3 أعضاء فيعتبر قد تسلم إشعار إحالة المنازعة إليه بالتاريخ الذي يتسلم فيه رئيس المجلس هذا الإشعار.

لتسهيل عمل المجلس يتعين على الطرفين أن يقدموا للمجلس كل المعلومات الإضافية دون تباطئ، بالإضافة لتأمين إمكانية دخوله لمكان الأشغال، وتقديم التسهيلات المناسبة له من أجل تسهيل اتخاذه القرار، ويتعين أن يصدر قراره المعلن خلال أجل 84 يوما ما تاريخ تسلمه إشعار إحالة الخلاف، أو خلال المدة التي يقترحها المجلس وتحظى بموافقة الأطراف المتنازعة، ويتم التنويه دائما إلى أنه صادرا عملا بأحكام المادة، بعدها يتعين على الأطراف تنفيذه لكونه ملزما لهما إلا إذا تمت (أو إلى حين أن تتم) مراجعته بطريقة التسوية الودية أو من خلال إجراءات التحكيم ما لم يتخلى عن العقد أو تم إنهاؤه.

في حالة عدم رضا أحد الطرفين بالقرار المتوصل إليه من المجلس يتعين عليه خلال أجل 28 يوما من تاريخ تسلمه له أن يرسل إشعارا للطرف الآخر يعلمه بعدم رضاه، وفي حال انقضاء المدة السابقة دون أي إشعار بعدم الرضا من الطرفين يصبح القرار نهائيا وملزما للطرفين،¹ وفي كل الحالات لا بد من بيان موضوع الخلاف وأسباب عدم الرضا في الإشعار المرسل، وباستثناء ما يرد في المادتين 7/20، 8/20، فإنه من غير الممكن أن يتم اللجوء للتحكيم إلا إذا تم إصدار الإشعار بعدم الرضا على النحو المحدد في نصوصها، أما في كل حالة يقوم المجلس بإصدار قراره في كل أمر يثير خلافا بين الأطراف المتنازعة ولم يصله من أي طرف إشعار خلال أجل 28 يوما من تاريخ تسلمه للقرار فإن قرار المجلس هنا يكون نهائيا وملزما للطرفين.

في كل حالة يتم إصدار إشعار عدم الرضا تطبيقا لنص المادة 4/20 المشار إليها سابقا، فعلى الطرفين محاولة تسوية الخلاف بينهما بشكل ودي قبل مباشرة إجراءات التحكيم، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك،² ويجوز البدء في إجراءات التحكيم في أو بعد اليوم 56 من تاريخ إرسال الإشعار بعدم الرضا حتى لو لم تتم محاولة تسوية الخلاف بينهما وديا.

بناء على ما سبق نتضح لنا أهمية اعتماد مجلس فض المنازعات كطريق بديل لحل المنازعات التي تنشأ في عقود البوت، لاسيما بين شركة المشروع والمقاولين المتعاقد معهم لتنفيذ أشغال المرحلة الأولى من إنجاز المرفق العام، لاسيما وأن إنشاء هكذا جهاز على المستوى الداخلي للدولة قد يجنب الدولة المضيفة اللجوء للتحكيم الدولي في العديد من القضايا التي يمكن أن تثار والإشكالات التي تترتب على اعتماد هذا الأخير كآلية لحل المنازعات كما سنقوم ببيانه في المبحث الثاني من دراستنا في هذا الفصل.

¹ - R. SEPPÄLA Christopher, Op. cit, p p 187, 188.

² -GLOVER Jeremy, « FIDIC an overview: the latest developments, comparisons, claims and a look into the future », p 21

See this link: <http://www.fenwickelliott.com/files/FIDIC.pdf> , 17/07/2016 at 15:28

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لقد أصدر البنك الدولي سنة 1995 وثيقة تنفيذ المشاريع الممولة من قبله، وهي تتضمن نصا متعلقا باستخدام مجلس فض المنازعات في جميع المشاريع، وبريطانيا هي الأخرى قامت سنة 1996 بإصدار نظام البناء والتجديد الذي ألزم بتضمين عقود البناء بندا متعلقا بمجلس فض المنازعات، كما أن الفيديك قامت سنة 1996 بإصدار ملحق لشروط العقد النموذجي يوصي باستخدام هذا المجلس... الخ.¹

غير أننا نرى أن نجاح الدولة المضيفة في إنجاز هذا المجلس يتطلب منها البدء في إجراء دراسات عن الدول التي اعتمده لحل منازعاتها، حتى تضبط النظام القانوني الحاكم له عند إصدار نص إنشاء وسيره وتنظيمه، ومن جهة أخرى يتعين عليها العمل على تكوين أعضاء للمجلس من خبراء فنيين وقانونيين بالنظر لتطور المنازعات التي تنشأ في مجال البناء، والاعتماد على تقنيات حديثة ووضع قائمة بهم بما يسهل عليها اختصار الوقت في حال قيام منازعات، لأن عقود البوت عقود زمنية يؤثر تأخر إنجاز المرفق العام على البدء في المرحلة الثانية وهي تشغيله ولها تبعات مالية كبيرة جدا، من جهة أخرى يتعين إجراء دراسات لتحديد رسوم المجلس والتي قد توفر عملة أجنبية جيدة للدولة لاسيما وأن شركات المشروع غالبا ما تكون أجنبية بالنظر للتمويل الكبير الذي تطلبه الذي تعجز داخليا عن تحقيقه.

الفرع الثالث:

ارتباط أسلوب مجلس فض المنازعات بأسلوب الخبرة الفنية

تعد الخبرة الفنية أحد الطرق البديلة لحل المنازعات، فهي أسلوب مستقل وقائم بذاته وقد نصت عليه عقود البوت على غرار: المادة 2/18 من اتفاقية شراء القوى الكهربائية بمجمع توليد القوى بسيدي كيرير بمصر، تحت عنوان "الوساطة بمعرفة خبير"²، وارتأينا أن ندرسها ونحن بصدد دراسة أسلوب فض المنازعات، لأنها وإن كانت طريقا بديلا مستقلا وقائما بذاته لكن يمكن للوسيط وللمجلس فض المنازعات الاعتماد عليها وطلبها ومن هنا يرتبط طريقين بديلين مع بعضهما، كما أنه يمكن للأطراف اللجوء إليها بعد بداية إجراءات التحكيم من هيئة التحكيم ويبقى رأيها استشاريا.³

كل هذا لا ينقص من أهميتها كطريق بديل لكن كما سنرى فيما بعد فهي لا تنتهي لأحكام ملزمة إلا إذا اتفق الأطراف المتنازعة على خلاف ذلك، وندرس الارتباط القائم بين مجلس فض المنازعات والخبرة الفنيين كطريقين بديلين على النحو التالي:

¹ - عبد الله محمد بار سراج الدين، المرجع السابق، ص 111، 112.

² - حيث نصت:

أ. إذا لم يمكن للأطراف البت في النزاع طبقا للمادة 1/18 من هذه الاتفاقية خلال المدة المبينة في العقد، عندئذ يجوز لأي من الطرفين طبقا للمادة 2/18 إحالة النزاع لخبير للنظر فيه، والحصول على توصية منه بشأن البت فيه..."

ب. في جميع المنازعات التي تتضمن فواتير مقدمة من أحد الأطراف للطرف الآخر، وكذلك المنازعات المنصوص عليها في المادة 6/4، المادة 1/9-ب، المادة 12 من هذه الاتفاقية يتم تقديمها لخبير يتم اختياره بموافقة الطرفين، وموافقة المقرضين خلال 4 أشهر على الأكثر سابقة عن الموعد المحدد في ذلك الوقت على التاريخ المقرر للتشغيل التجاري...

- ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص 450.

³ - جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 117.

أولاً: تعريف الخبرة الفنية

أوردت العديد من التعاريف للخبرة الفنية كطريق بديل لحل المنازعات نورد عددا منها كالتالي:
عرفت الخبرة بأنها: " المهمة التي يعهد بمقتضاها الخصوم إلى شخص متخصص في مهنة أو مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال معين بمهمة إبداء رأيه في مسألة فنية تدخل في مجال اختصاصه دون إلزام الخصوم بهذا الرأي".¹

عرفت الخبرة أيضا بأنها: " بمثابة شهادة فنية في بعض المعارف والتخصصات التي لا يلم القاضي بها، لذلك قالوا بوجود تحقق العدالة في الخبير على اعتبار أن ذلك شرط في الشهادة، وهناك من قال بأن: " الخبرة هي إحدى طرق الإثبات التي يمكن أن يلجأ إليها الأطراف في الدعوى، كما أن للقاضي أن يلجأ إليها من تلقاء نفسه كلما دعت الحاجة للتثبت من المسائل فنية اختصاصية".

يعاب على التعريفين السابقين أنهما قصرنا الاعتماد على الخبرة الفنية فقط على حالات عدم إلمام القاضي بها، على الرغم من أنه يتم الاعتماد عليها من قبل الوسيط أو مجلس فض المنازعات في كل الأمور الفنية التي تتطلب تخصصية، كما أنهما اعتبارها طريقاً للإثبات فقط ولكنها كطريق بديل هي أسلوب لحل المنازعة الناشئة بصدد تنفيذ عقد البوت، وتكون ملزمة للأطراف متى اتفقا على ذلك.

عرفت الخبرة بأنها: " تدبير إجرائي، يلجأ إليه القاضي في كل أمر يستلزم معرفة ضرورية بالوقائع ذات الطبيعة المركبة، حيث يعهد القاضي بمقتضى هذا التدبير وبموجب سلطته التقديرية إلى واحد أو أكثر من الاختصاصيين، البحث والتدقيق في الأسئلة المعروضة عليه، والتي تكون من طبيعة فنية تقنية صرفه، تدخل في اختصاصهم ومعارفهم".²

التعريف السابق أيضا يربط دائما الخبرة الفنية بالقاضي، مستبعدا استقلاليتها كطريق بديل لحل المنازعات وإمكانية طلبها من غير القاضي كالوسيط أو مجلس فض المنازعات.

من خلال التعاريف السابقة يمكننا استنتاج خصائص الخبرة،³ لكننا نشير في هذا الصدد إلى أننا سنقوم بإضافة كل الخصائص التي تميزها كطريق بديل، لأن كل الكتابات التي تتناول الخبرة الفنية تركز على كونها طريق إثبات، وتتم أمام القضاء الوطني للدولة، لكن خصائصها كأسلوب بديل أكثر شمولية غالبية الحالات تختلف عن الخبرة التي يطلبها القاضي، وسيكون ذلك مستندا لرأينا الشخصي بناء على بحثنا في موضوع الخبرة كطريق بديل لا وسيلة إثبات أمام القضاء الوطني ونفصل في ذلك كالتالي:

- يمكن الاعتماد على الخبرة في حال نظر القاضي الوطني في المنازعة، متى رأى ذلك ضروريا من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم، لكنها في مجال دراستنا طريق بديل لحل المنازعة قائم بذاته

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 40.

² - محمد واصل، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة)، المحكمة العليا، مسقط، د ط، 2004، ص 22.

³ - نفس المرجع، ص ص 23، 26.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يمكن للأطراف المتنازعة الاعتماد عليها مباشرة، ويمكن أن يرتبط بطريق بديل آخر وهو مجلس فض المنازعات أو الوساطة متى طلب من هذين الأخيرين.

- الخبرة التي تتم أمام قضاء الدولة هي تحقيق فني يتناول الوقائع المادية دون المسائل القانونية، لأن المسائل القانونية من اختصاص القاضي، كما أن الخبرة الفنية تقتصر على الوقائع المختلف عليها في ملف الدعوى، ولا تتناول الوقائع التي يمكن إثباتها بغير الخبرة، لكن المميز في الخبرة كطريق بديل لحل المنازعات أنه يمكن أن تكون غير فنية فقط أي تشمل مسائل قانونية أيضا متعلقة بالصياغة... الخ.

- الخبرة اختيارية للقاضي فهو غير ملزم باللجوء إليها كلما طلب الخصوم ذلك، ما دام لا يوجد نص قانوني يلزمه باللجوء إليها، أما كونها طريقا بديلا فينظر فيه لنية الأطراف المتنازعة فمتى اتفقا على اعتمادها طريقا بديلا فعليهما الالتزام بذلك، وتمتد الإلزامية للحل الذي يتوصل إليه الخبير/ الخبراء متى اتفقا على ذلك ابتداء، وقد تكون اختيارية بالنسبة للوسيط أو مجلس فض المنازعات لكن في الغالب ما يقوم هذين الأخيرين بالاعتماد عليها ولو كانت طريقا بديلا مستقلا لمساعدتهما في حل المنازعة القائمة.

- الخبرة أمام الهيئات القضائية ذات صفة طارئة يتم تقريرها تبعا للدعوى التي تقتضيها، وهذا لا يمنع من طلب إجراء مؤقت في دعوى مستعجلة بإجراء معاينة وخبرة، من أجل الوقوف على شأن عاجل يتطلب تدبيراً احتياطياً بمنع خطر أو تلافي ضرر، لكن الأمر مختلف في كونها طريقاً بديلاً فهي ليست بالطارئة لكنها أسلوب يتم الاعتماد عليه ابتداء باتفاق الأطراف المتنازعة لحل أي منازعة تنشأ بينهم، لكن متى ارتبطت بطريق بديل آخر فإنها تصبح ضرورية متى رأى ذلك.

ثانياً: اختلاف الخبرة الفنية كطريق بديل عن التحكيم

تشابه الخبرة الفنية كأسلوب يعول عليه في حل منازعات عقود البوت مع التحكيم بسبب عدة أوجه تشابه نوجزها في النقاط التالية:

- يشترك التحكيم مع الخبرة الفنية في كونهما يقومان على ضرورة توافر الموضوعية والحياد والنزاهة والاستقلال أثناء مباشرة عملية التحكيم أو إنجاز الخبرة الفنية.

- النظام القانوني للتحكيم يتشابه مع الخبرة الفنية في أساسهما وهو اتفاق الأطراف، كما أنه لا يلجأ إليهما من الأطراف المتنازعة إلا بخصوص مسألة محل نزاع أو خلاف.

على الرغم من التشابه السابق الإشارة إليه إلا أنهما مختلفان عن بعض فيما يلي:

- دور المحكم يتسم بالسلبية حيث ينظر فيما قدم إليه من الخصوم من مستندات، في حين أن دور الخبير يتسم بالإيجابية حيث يبادر للحصول على كافة المعلومات اللازمة لإعداد تقريره.

- للخبير حق التصدي وإبداء الرأي والمشورة دون حاجة للرجوع للأطراف، وهو ما لا يتسنى للمحكم الذي يتحتم عليه تخويل الأطراف إمكانية تقديم مستنداتهم وحق كل طرف في الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر، ومن ثم فهو يقوم بدور مشابه لدور القاضي.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

- قوام الخبرة هو إبداء الرأي وقوام التحكيم هو الفصل في النزاع.
- مهمة الخبير منحصرة في إبداء رأي فني في مسألة محددة، أما مهمة المحكم حسم النزاع المطروح عليه، كما أن مهمة الخبير هي فحص المسائل الواقعية ذات التخصص الفني عموماً، في حين أم مهمة المحكم فحص إدعاء قانوني والفصل فيه طبقاً لقواعد إجرائية محددة.¹

المبحث الثاني:

التحكيم كطريق لحل منازعات عقود البوت

في الغالب ما تضمن عقود البوت المبرمة بين شركة المشروع والدولة المضيفة العديد من الضمانات التي تكفل لشركة المشروع حقوقها با يجعلها مطمئن لإنجاز وتمويل مشاريع المرافق العامة والبنية التحتية لاسيما إن كانت عقوداً دولية وهو الغالب، ومن بين هذه الضمانات التوجه للطرق البديلة لحل المنازعات التي تثور عند تنفيذ العقد، ومن أكثر الأساليب المعول عليها هو التحكيم² لتخصيصية المحكمين من جهة، ومن جهة أخرى تفادي قضاء الدولة المضيفة الذي يثير مخاوف شركة المشروع لأنه قضاء غير محايد لأنها ستكون خصماً وحكماً،³ ومن هنا قامت الدول اللاتينية والتي تعرف الازدواجية القانونية والقضائية بتحديث نظمها القانونية وأصبحت تجيز لجوء الدولة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العامة للتحكيم في عقودها الإدارية بعد أن كانت تحظر ذلك لمدة طويلة.

ولدراسة التحكيم كطريق معتمد بشكل كبير لحل منازعات عقود البوت، سنقوم بإبراز مفهومه والكيفية التي ينظم بها في عقود البوت على النحو التالي:

¹ - خالد مندوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008، ص ص 40، 42.

² - لكن التحكيم لا يعني أنه ظهر حديثاً بل كان معروفاً في المجتمعات القديمة قبل ظهور قضاء الدولة، الذي يعد مظهراً من مظاهر سيادة الدولة ولا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة فيها، فقد كان معروفاً عند الآشوريين غير أنه كان يعتمد على الكهنة، وهو ما أكده اللوح المعثور عليه المحرر بالسومرية الذي يتضمن نصوص معاهدة أبرمت في القرن 32 ق م بين مدينة "الجش" ومدينة "أوما" السومريتين التي نصت على وجوب احترام خندق الحدود بين المدينتين وعلى شرط التحكيم لفض أي نزاع ينشأ بينهما بشأن الحدود، وعرف التحكيم عند قدماء المصريين حيث كان للأفراد حق اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ بينهم من منازعات ويكون حكم التحكيم نهائي وقابل للتنفيذ دون حاجة إلى عرضه على القضاء، وعرف عند الإغريق حيث كان في اليونان مجلس دائم للتحكيم يتولى الفصل في المنازعات بين المدن اليونانية، وقد قنن solon التحكيم وأدخله بالتشريع اليوناني (640-558 ق م)، أما الرومان فقد عرفوا التحكيم منذ القرنين 7 و 6 ق م في مجال القانون الخاص بين الشعب الروماني أما في مجال القانون الدولي فلم يعرفوه لإنكارهم المساواة بين الشعوب والشعب الروماني، وتضمنت الألواح الإثني عشرة في روما (450-495 ق م) مبدأ تحكيم العائلة والعشيرة، أما العرب عرفوا نظام التحكيم قبل الإسلام بقرون وكانوا يحكمون الكهنة أو العرافين أو الوجهاء، وكان التحكيم اختيارياً وغير ملزم للخصوم لعدم وجود سلطة عامة تلزم الأفراد به.

- محمود علي السرطاوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 2007، ص ص 16، 18.

- Georgios I. Zekos, International Commercial and Marine arbitration, Routledge- Cavendish, Abingdon, 2008, p p 9, 10.

³ - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 8.

- Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 3.

المطلب الأول:

مفهوم التحكيم في منازعات عقود البوت

يتم النص صراحة من قبل الأطراف المتعاقدة في عقود البوت على اعتماد التحكيم طريقاً لحل كل المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ عقود البوت في مراحلها المختلفة لاسيما البناء والتشغيل، لأنها عقود طويلة المدة تزيد فيها احتمالية قيام منازعات، كما أنها عقود تتسم بالتعقيد لتعدد المهام التي تتولاها شركة المشروع ومن جهة أخرى هي عقود تمويلية،¹ وأمام انتشار اعتماد التحكيم كطريق لحل المنازعات التي تثور بين الدولة المضيفة وشركة المشروع من جهة، وبين شركة المشروع والأطراف التابعة في عقود البوت نتناول في هذا المطلب مفهوم التحكيم كطريق بديل لحل منازعات عقود البوت فهو مسألة أولية لتحديد نطاق بحثنا ولن يتحقق ذلك إلا ببيان تعريفه وأنواعه، وشروط صحته كالتالي:

الفرع الأول:

تعريف التحكيم وبيان أنواعه

أوردت العديد من التعاريف للتحكيم من قبل الفقهاء بالنظر لأهميته كطريق بديل لحل المنازعات واتساع الاعتماد عليه في حل المنازعات التي تثور بعيداً عن القضاء الوطني للدولة المضيفة، وسنقوم من خلال دراستنا في هذا الفرع بتعريفه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، مبرزين أنواعه استناداً لأوجه التقسيم التي أوردها الفقه من حيث مدى حرية اللجوء إليه، ومن حيث مدى وجود هيئة تتولاه، وأخيراً من السلطة الممنوحة للمحكم عند فصله في النزاع المعروض عليه، وذلك على النحو التالي:

أولاً: التحكيم فقهاً

أوردت العديد من التعاريف للتحكيم فعرّف بأنه: "الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن."² يعاب على هذا التعريف أنه لا ينطبق على تعريف التحكيم في التشريع الجزائري، لأنه يشترط تضمين شرط التحكيم وكذا اتفاق التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم سواء في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها،³ غير أن التعريف السابق للتحكيم ينطبق على بعض التشريعات على غرار التشريع الأردني، ويمكن استقراء ذلك من خلال قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

¹-NOEL Chahid-Nourai, LAZERGES Romaric, « La résolution des litiges dans les contrats de partenariat », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 35, 2009, p p 1925, 1926.

²- مهند عزمي أبو مغلي، أمجد حمدان الجهني، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد الثامن والثلاثون، أبريل 2009، ص 272.

³-المادتين 1011، 1007 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إ.د، المشار إليه سابقاً

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عرف التحكيم كذلك بأنه: "تولية الخصمين حكماً يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصاً أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما، ومن ثم التحكيم شرعاً يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعا فيه."¹ وعرف أيضاً بأنه: "الطريق الإجرائي الخصوصي للفصل في نزاع معين بواسطة الغير، بدلاً عن الطريق القضائي العام."²

عرف التحكيم بأنه: "اتفاق طرفي علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية على تسوية ما ينشأ بصدد تلك العلاقة من منازعات بالتحكيم، وهذا الاتفاق يمكن أن يكون سابقاً أو تالياً للنزاع، ولا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه كما لا يجوز الاتفاق عليه في المسائل التي لا يجيز القانون الصلح فيها"³، يعاب على هذا التعريف أنه قصر عدم إمكانية اللجوء للتحكيم على كل ما لا يجوز الصلح فيه، وأغفل المسائل المخالفة للنظام العام ويمكن أن يضيف المشرع حالات أخرى بموجب نصوصه القانونية المنظمة للتحكيم.

عرف التحكيم بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه تعترم أطراف معينة عدم اللجوء إلى القاضي الوطني والمثول أمام محكم واحد أو محكمين يختارونهم للفصل في المنازعات التي تطرأ أو قد تطرأ بينهم، وعبرة اتفاق التحكيم تشمل التحكيم الذي يأخذ مكانه في عقد من العقود...."⁴ يعاب على هذا التعريف أنه قاصر على التحكيم المحلي فقط.

عرف التحكيم بأنه: "تقنية تهدف إلى إعطاء حل في المسألة التي تنطوي على علاقة بين شخصين أو أكثر من جانب واحد أو أكثر من أشخاص آخرين – والمحكم أو المحكمين- يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويقرر على أساس هذا الأخير دون أن يعهد بهذه المهمة من قبل الدولة."⁵

يعاب على هذا التعريف أنه عرف التحكيم بأنه تقنية ولم يبين طبيعته القانونية، ولم يشر لإمكانية تنظيمه من قبل هيئة أو مركز وهو الأسلوب الأكثر اعتماداً عليه في وقتنا الحاضر، كما أنه أغفل الإشارة إلى أنه لا يمكن اللجوء إليه في كل المسائل أو العلاقات التي تكون بين شخصين فأكثر.

عرف التحكيم أيضاً بأنه: "نظام قضائي خاص، تقضي فيه خصومة معينة عن القضاء العادي ويعهد فيها إلى محكمين للفصل فيها."⁶ وعرفه مركز الويبو بأنه: "إجراء يرفع على أساسه نزاع باتفاق

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 22،

- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، د ط، 1988، ص 274.

2- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، المرجع السابق، ص 37.

3- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 375.

4- مصطفى تراري ثاني، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية: مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003، ص 9.

5- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996, p 12.

6- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 13.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الطرفين، إلى محكم واحد أو أكثر لإصدار حكم في النزاع يكون ملزماً للطرفين.¹ عرف التحكيم أيضاً بأنه: "صورة خاصة لحكم قضائي، والذي بواسطته شخص ثالث محايد (المحكم)، مختار وتدفع أتعابه من الأطراف، صانعا قراراً ملزماً ونافذ (يسمى بالحكم أو القرار)، فيما يتعلق بكيفية فض النزاع"،² يعاب على هذا التعريف أنه خلط بين التحكيم الذي يعتبره بعض الفقهاء قضاءً خاصاً وبين الحكم القضائي الذي يصدر عن الهيئات القضائية الرسمية في الدولة، كما أن القاضي لا يحصل على أتعابه من قبل الأطراف المتنازعة وهذا قاصر على الطرق البديلة فقط، كما أن اختيار القاضي لا يكون من قبل الأطراف المتنازعة عكس الطرق البديلة أين تؤدي الإدارة دوراً رئيسياً في ذلك.

عرف التحكيم بأنه: "وسيلة لتسوية المنازعات بالتراضي، من قبل جهات غير الحكومية صانعة القرار، والتي ينتج إلزاماً قانونياً وقابلة للتنفيذ".³

عرف التحكيم استناداً لخصائصه بأنه: "نكون بصدد التحكيم متى توافر ما يلي:
- اختيار الأطراف شخص ثالث يدعى المحكم للتقرير في النزاع أو النزاعات.
- الأطراف يختارون المحكم، أو طريقة اختياره أو انتقائه.
- المحكم يصنع قراراً أو حكماً ملزماً.
- قرارات المحكم على نفس النمط مثل الحكم".⁴

ثانياً: أنواع التحكيم

يأخذ التحكيم عملياً أنواعاً عديدة يمكننا إدراجها تحت التقسيمات التالية حسب ما أورده الفقهاء:

1. من حيث حرية اللجوء إليه

الأصل في التحكيم أنه يستند لإرادة أطراف النزاع وهو ما يضيف عليه الطابع الاختياري، غير أنه قد يكون إجبارياً بتدخل من المشرع، وجعله له آلية لتسوية بعض المنازعات بالنظر لطبيعتها الخاصة، وقد عرف كل منهما على النحو التالي:

أ. التحكيم الاختياري

يكون التحكيم اختيارياً عندما يتفق الطرفان على حل نزاع سبق نشوؤه بينهما أو سينشأ مستقبلاً بواسطة هيئة التحكيم، والتي تفصل في النزاع بحكم ملزم، ومن ثم فإن هذا التحكيم يستمد وجوده من

¹ - WIPO Arbitration And Médiation Centre, "Dispute Resolution For The 21st Century", WIPO Arbitration And Médiation Centre, World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Médiation Center, Switzerland., p 12.

² - HÖRNLE Julia, Cross-Border , Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, New York, First Edition, 2009, p 58.

³ - Georgios I. Zekos, OP. Cit, p 34

⁴ - Ian R.Macneil, American Arbitration Law, Oxford University Press, New York, 1992, p 7.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

اتفاق الأطراف المتنازعة،¹ وبالرجوع لـ ق.إ.م.إد نجد أن المشرع الجزائري أخذ بالتحكيم الاختياري، لأن لفظ التحكيم الذي استخدمه المشرع ينصرف للتحكيم الذي يتفق فيه الطرفان على إحالة نزاع قد ينشأ أو نشأ على هيئة التحكيم، وذلك بإرادتهما الحرة سواء كانت هذه الجهة التي تتولى الفصل فيه تأخذ شكل تحكيم حر أو مؤسساتي.²

من مميزات التحكيم الاختياري ما يلي:

- أن أساسه إرادة الخصوم واختيارهم،
- يشترط للجوء إليه أن لا يكون موضوع المنازعة متعلقا بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم،
- الأطراف المتنازعة هي من تحدد المحكمين، وفي حالة عدم اتفاقهم عليهم أو امتناع أحدهم عن أداء المهمة التحكيمية أو اعتزاله أو عزله أو رده أو قيام مانع حال دون ممارسته لمهامه، عينت المحكمة المختصة بناء على طلب أحد الخصوم،
- يصدر المحكم حكمه دون التقيد بإجراءات المرافعات عدا القواعد الأساسية في التقاضي، ويكون حكمه في الموضوع بمقتضى قواعد القانون إلا إذا كان مفوضا بالصالح فهنا لا يتقيد بهذه القواعد عدا ما يتعلق منها بالنظام العام.³

ب. التحكيم الإجمالي

عرف بأنه: "هو الذي لا يختار فيه الأطراف التحكيم، ولكن يكون مفوضا عليها، وهي أكثر شيوعا في علاقات العمل، خصوصا في علاقات بين الهيئات العامة وموظفيها."⁴ ويتخذ اتفاق التحكيم الإجمالي إحدى الصورتين التاليتين:

الصورة الأولى: يقوم المشرع بتحديد حالات معينة يمنع فيها اللجوء لقضاء الدولة بصفة مطلقة، فلا يكون أمام الأطراف إلا اللجوء للتحكيم، وهذه الصورة نادرة الحدوث لأنها تخالف إعلانات الحقوق والداستاتير، التي تنص على حق كل شخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتنص المادة 39 من التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 على أن: "الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون".

الصورة الثانية: يشترط فيها المشرع لقبول الدعوى أمام القضاء ضرورة طرحها في البداية أمام هيئة التحكيم، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لتخالف شرط من شروط قبول الدعوى.⁵

¹ - محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2003، ص 305، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 28.
² - هذا ما يمكن استقراؤه من خلال نص المادتين 1007، 1011 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا.
³ - أسرة التحرير، "مؤسسات التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008، ص 37.

⁴ - Ian R. Macneil, American Arbitration Law, Oxford University Press, New York, 1992, p 7.

⁵ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 50.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يرى بعض الفقهاء أن التحكيم الإجباري ليس تحكيما بالمعنى الفني الدقيق للتحكيم، لتخلف إرادة أطراف النزاع فيه ومن ثم فالتحكيم الإجباري ليس له من التحكيم غير الاسم ومن ثم فهو شكل من أشكال القضاء العام، وذهب اتجاه آخر إلى أن التحكيم يدخل في نطاق التحكيم بمعناه الفني دون أي تحفظ،¹ ونرى أن السبب الكامن وراء هذا الاختلاف هو الاختلاف في تكييف الطبيعة القانونية للتحكيم.

صنف اتجاه فقهي التحكيم الإجباري لنوعين أساسيين أحدا بعين الاعتبار القدر الذي تركه المشرع لإرادة الأطراف في هذا الأخير، فبالنسبة للنوع الأول والذي يكتفي فيه المشرع بفرض التحكيم ويترك للأطراف المتنازعة حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، فهذا النوع يدخل ضمن المفهوم الفني للتحكيم، أما النوع الثاني والذي يضع المشرع فيه تنظيما إلزاميا لإجراءات التحكيم فلا يكون لإرادة الأطراف المتنازعة أي دور في التحكيم ومن ثم فهذا النوع يخرج من المفهوم الفني للتحكيم.²

أخذ المشرع الجزائري بالتحكيم الإجباري بإصداره أمرا يتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات.³

2. من حيث مدى وجود منظمة تديره

ينقسم التحكيم من حيث مدى وجود منظمة تديره، لتحكيم الحر ومؤسساتي نفضل فيهما كالتالي:

أ. التحكيم الحر

عرف التحكيم الحر بأنه: "التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمين، ويختارون القواعد الإجرائية والموضوعية التي يلزم بها المحكمون، وتنتهي مهمة المحكمين بإصدار حكم فاصل في النزاع."⁴

يعاب على هذا التعريف أنه أغفل طرقا أخرى تنتهي بها مهمة المحكمين على غرار: وفاة أحد أطراف العقد، أو فقدان الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه، أو بوفاء أحد المحكمين.

عرف أيضا بأنه: "ذلك التحكيم الذي يتولى الخصوم إقامته بمناسبة نزاع معين للفصل في هذا النزاع، فيختارون بأنفسهم المحكم، كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه، بتحديدتها مباشرة أو بالإحالة إلى المصادر التي تستقي منها."⁵

يتميز التحكيم الحر بتحقيقه قدرا كبيرا من السرية للأطراف المتنازعة، وبأقل تكلفة مع ضمان سرعة الفصل في المنازعة، كما أن المحكمين يتوافرون على الحياد الذي يبحث عنه المتنازعون دائما.

¹ - نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص 45.

² - نفس المرجع، ص 45.

³ - ونص صراحة على إنشاء لجنتين إحداهما وطنية ويكون مقرها بمدينة الجزائر، وأخرى ولائية للتحكيم على مستوى الولاية وحدد مجال اختصاص كل منهما، كما حدد نوعية المنازعات التي تنتظر فيها هذه الأخيرة بنصه: "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم."

- المادة 1 من الأمر رقم 44/75، المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53.

⁴ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 53.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 26، 27.

ب. التحكيم المؤسساتي

عرف التحكيم المؤسساتي بأنه: " ذلك التحكيم الذي تتولاه هيئة أو هيئات منظمة دولية أو وطنية، وفقا لقواعد وإجراءات موضوعة سلفا تحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لها".¹

عرف أيضا بأنه: " التحكيم المنظم عن طريق هيئات أو مؤسسات أو مراكز وطنية دائمة تضطلع بالتحكيم وفق قواعد وإجراءات تتضمنها لوائحها معروفة سلفا، وتعد قوائم بأسماء المحكمين المعتمدين لديها من ذوي الخبرات والكفاءات والسمعة الدولية يختار الأطراف من بينهم، وتوفر للراغبين في التحكيم عن طريقها الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدربة تيسيرا لعملية التحكيم وحسن سير إجراءاته".²

يتميز التحكيم المؤسساتي بعدة مميزات تجعل منه المعمول عليه في عقود البوت وغيرها، متعلقة بوجود قوائم بأسماء المحكمين المتخصصين الأمر الذي يسهل على الأطراف المتنازعة اختيار المحكم/ المحكمين الذي سينظرون في المنازعة، كما أن الإجراءات فيها منظمة وواضحة، الأمر الذي يجعل من التحكيم المؤسساتي أكثر تلبية لتوقعات الأطراف في ظل استقرار سوابق التحكيم تحت رعاية المنظمة.³

3. من حيث مدى سلطة المحكم في تطبيق القانون

يأخذ التحكيم هنا نوعين هما التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح نبرزهما على النحو التالي:

أ. التحكيم بالقانون

الأصل أن يتفق الطرفان على حل نزاعاتهما وفقا لأحكام القانون، وهنا يمارس المحكم سلطته مثل القاضي حيث يلتزم بتطبيق أحكام القانون على النزاع المطروح عليه، من خلال البحث في ادعاءات الأطراف المتنازعة وتقييمها لينتهي بإصدار حكمه بناء على النص القانوني بغض النظر عن مدى عدالة النتائج التي توصل إليها هذا الأخير، ويطلق على هذا النوع من التحكيم كذلك " التحكيم العادي" وأطلقت عليه كذلك محكمة النقض المصرية مصطلح " التحكيم بالقضاء".

يتميز التحكيم بالقانون بأن المحكم لا يقوم بدور إنشائي فيما يتعلق بالقاعدة القانونية التي سيطبقها، عكس التحكيم مع التفويض بالصلح.

ب. التحكيم بالصلح

عرف التحكيم بالصلح بأنه: " تحرير المحكم من التقيد بأي نصوص تشريعية أو أي قواعد قانونية أيا كان مصدرها ليجري المحكم نوعا من التسوية للنزاع المعروض عليه مستلهما ما يراه محققا للعدالة وما يرضي ضميره، فهو يقوم بعمل إنشائي خلاق لا يخضع فيه إلا لما يرضي وجدانه".⁴

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 54.

² - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 27، 28.

³ - نفس المرجع، ص ص 30، 31.

⁴ - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 58.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

في التحكيم بالصلح لا يلتزم المحكم بقواعد القانون الموضوعي، وإنما يلجأ لقواعد العدالة المحققة لتوازن المصالح بين الطرفين، حتى ولو كانت مخالفة لأحكام القانون الذي يحكم النزاع،¹ أما في التحكيم بالقانون يبحث المحكم عن حل في مصادر القانون الواجب التطبيق على الترتيب الذي وضعه المشرع، أما في التحكيم بالصلح فالمحكم ومنذ البداية تخطى هذه المصادر لأنه مخول من الطرفين بأن يشرع بنفسه حلاً فردياً للنزاع المطروح عليه، قد لا يطابق الحل الذي توصل إليها أحكام القانون العامة المجردة.

تجيز معظم القوانين الداخلية والمعاهدات الدولية اتفاق الأطراف على تحويل هيئة التحكيم سلطة عدم الالتزام بحرفية القواعد القانونية، والتمتع بسلطة البحث عن حل عادل ومنصف يلاءم النزاع، وهو ما جعل البعض يطلق عليه مصطلحات مثل: "التحكيم مع تفويض بالصلح"، "التحكيم بالعدالة"، "التحكيم بالعدل والإنصاف"²... الخ،² وقد نص المشرع الجزائري قبل صدور ق.إ.ج.م.إد على إمكانية فصل المحكم في النزاع المطروح عليه عن طريق التحكيم بالصلح كاستثناء من القاعدة العامة،³ غير أنه نص في ق.إ.ج.م.إد على أن التحكيم يكون وفقاً لقواعد القانون حيث نص على "يفصل المحكمون وفقاً لقواعد القانون".⁴

نرى أن سلطة المحكم بالصلح في الخروج على أحكام القانون لا تمتد للقواعد الآمرة، لأن الطرفان المتنازعان لا يملكان الحق في الخروج عنها أو التنازل عن الحقوق المقررة لهما بمقتضاه وهذا مراعاة لمقتضيات النظام العام، فالمحكم يستمد سلطته في هذا الخروج من إرادة طرفي اتفاق التحكيم، وكلما تعلق الأمر بقاعدة أمرة من القواعد المقررة للمصلحة العامة فإن المحكم لا يمكنه الخروج عنها لأن الطرفين لا يملكان الاتفاق على خلافها أو النزول عن الحقوق التي تخول لهما.

الفرع الثاني:

شروط صحة اتفاق التحكيم في عقود البوت

على الرغم من اعتماد التحكيم بشكل واسع كطريق بديل حل المنازعات التي تثور عند تنفيذ عقود البوت، إلا أن إدراجها في أي عقد لن يكون ذا جدوى ما لم يتوافر على جملة من الشروط الشكلية والموضوعية، لما لهذا الأخير من آثار لاسيما على الدولة المضيفة فهو يؤدي لسلب اختصاص قضائها من نظر المنازعات التي تنشأ عند بناء المرفق العام أو تشغيله وحتى عند نقل ملكيته لها، الأمر الذي يتطلب تنظيم أحكام شروط صحة اتفاق التحكيم بشكل جيد وهو ما قامت به كل الدول.

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 46.

² - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 59.

³ - المادة 451 من المرسوم التشريعي رقم 09/93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية. (ملغى)

⁴ - المادة 1023 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقاً.

سنقوم بدراسة شرط الكتابة في الشروط الشكلية الذي يعد من أهم الشروط، فالتحكيم مرتبط وجودا وعلما بمدى توافرها، كما سنقوم ببيان جملة من الشروط الموضوعية التي لا تقل أهمية عن شرط الكتابة وهي الرضا والمحل والأهلية نفصل في كل ذلك على النحو التالي:

أولاً: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم

لما كان التحكيم سلباً للاختصاص بنظر المنازعة من القضاء الوطني للدولة المضيفة ومنحه لهيئة تحكيمية خاصة تتولى نظر المنازعة والفصل فيها حسب ما اتفق عليه الأطراف المتنازعة، الأمر الذي قد يكون خطيراً على الدولة المضيفة للعديد من الأسباب سنقوم ببيانها في دراستنا لاحقاً لاسيما عند ترك المحكم القانون الواجب التطبيق ولجوئه لقواعد العدالة أو قواعد قانونية لا تعرف التمييز بين العقد الإداري والعقود الخاضعة للقانون الخاص، وانطلاقاً من هنا ترك بروتوكول اتفاقية جنيف لسنة 1923، 1927 الحرية لكل دولة لتحديد الضمانات الضرورية لتتأكد من وجوده، غير أن الواقع العملي كشف عن تباين في مواقف الدول وهو ما أدى لإحداث اضطراب في نتائج التحكيم في العلاقات الدولية، وهو ما جعل من تنظيمها في الاتفاقيات الدولية ضرورة حتمية.¹

سنقوم من خلال الفرع بالتعرض لدراسة شرط الكتابة في اتفاق التحكيم وموقف القوانين الوطنية وكذا المعاهدات الدولية منه وذلك على النحو التالي:

1. موقف التشريعات الوطنية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

تباينت مواقف الدول من الكتابة كشرط لصحة اتفاق التحكيم، فأخرجت الدول اللاتينية التحكيم من دائرة التصرفات الرضائية وجعله تصرفاً شكلياً، ومن ثم يكون التحكيم مرتبطاً وجوداً وعلماً بالكتابة، فمثلاً نجد أن المشرع الفرنسي نص في المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1980 على وجوبية كتابة شرط التحكيم في العقد أو في السند الذي يحيل إليه وإلا كان التحكيم باطلاً،² أما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فهو لم يشترط هذا الشرط،³ إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك، وهو ما دفع بالفقه للقول بعدم إيراد القانون الفرنسي لأي قاعة تتعلق بالشكل، وهو ما يجعل الكتابة ليست بالضرورية لصحة اتفاق التحكيم، إلا أن هذا الرأي تعرض للانتقاد من ناحيتين، الأولى وهي نص المادة 1449 على أنه يشترط لتنفيذ حكم التحكيم تقديم النسخة الأصلية للحكم بالإضافة لاتفاق التحكيم، أما الناحية الثانية فتتمثل في انضمام فرنسا لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 وهذه الأخيرة تتضمن شرط الكتابة ومن ثم فاتفاق التحكيم يتعين أن يكون مكتوباً.

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 261.

² - Cette disposition résulte de la réforme introduite par le décret n° 2011-48 du 13 Janvier 2011, il convient de préciser que cette réforme a conservé l'exigence de la règle dérogée. L'ancien article disposait que: La clause compromissoire doit, à peine de nullité, être stipulée par écrit dans la convention ou dans un document auquel celle-ci se réfère » par ailleurs, l'ancien article 1449 exigeait la même condition par rapport au compromis d'arbitrage.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 293.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع لأحكام القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إد نجد بأنه نص صراحة على إلزامية أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا سواء في الاتفاقية الأصلية أو الوثيقة التي تستند إليها،¹ وحتى في ظل المرسوم الرئاسي رقم 09/93 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية نص على وجوبية الكتابة² وإن كان هذا الأخير كما سبق الإشارة لم ينص على إمكانية لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم في عقودها الإدارية المدولة.

الأمر مختلف في التشريعات الأنجلوسكسونية فهي لا ترى وجود مانع من إخراج هذا التصرف من نطاق الشكالية واعتبرت الكتابة شرطا للإثبات فقط.³

2. موقف المعاهدات الدولية من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

أ. في اتفاقية نيويورك لسنة 1958

نصت المادة 2 من اتفاقية نيويورك على أنه: "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه بأن يخضعوا كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم... الخ"، وعرفت الفقرة الثانية من ذات المادة المقصود باتفاق التحكيم بقولها: "يقصد باتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات."⁴

اختلف الفقه في تفسير نص المادة السابقة، فاعتبر البعض الكتابة المشار إليها ركن لصحة اتفاق التحكيم، وليست بالعنصر الخارجي المتطلب للإثبات فقط، في حين اعتبرها البعض الآخر وفقا للاتفاقية شرط صحة وليست شرط إثبات،⁵ وعلى الرغم من هذا الاختلاف فإننا نرى من خلال نص المادة السالفة أن الكتابة ركن أساسي يتعين توافره للقول بوجود اتفاق التحكيم وليست مجرد شرط لإثباته. أرجع شرط الكتابة المنصوص عليه في اتفاقية نيويورك لتسهيل الاعتراف بقرارات التحكيم خارج بلد المنشأ،⁶ باعتبار أن هناك دولا كانت قوانينها الوطنية تجيز أن يكون اتفاق التحكيم شفويا، وهنا ذهب

¹ - المواد: 1008، 1012، 1040 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا.

² - المادة 458 مكرر 1 من المرسوم التشريعي رقم 09/93، المتضمن تعديل ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا. (ملغى)

³ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 262.

⁴ - أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008، ص 170

- عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة، 2008، ص 151

-Georgios I. Zekos, OP. Cit, p p 34, 35.

⁵ - شرط الصحة هو شرط لتكوين التصرف القانوني، أما شرط الإثبات فليس عنصرا من عناصر تكون التصرف القانوني، فالتصرف يتكون ويتحقق وجوده القانوني حتى ولو لم يتوفر بعد دليل إثباته، فتختلف الكتابة المطلوبة لإثبات التصرف القانوني لا يؤدي بالضرورة إلى جعله مستحيل الإثبات ومن ثم عديم الفاعلية كما هو الشأن عند تخلف الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانوني.

- السيد عمر التحوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لابد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2002، ص 161، 162.

⁶ - Nicolette Kost De Sèvres, "Le Consentement à la Convention d'arbitrage Commercial International : évolution et développements récents en droit québécois et en droit International", Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de LL.M en droit, Option droit des affaires, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre 2005, p 25.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

جانبا من الفقه للقول بأن المادة السالفة تمثل الحد الأقصى الذي لا يمكن تجاوزه متى كان القانون الوطني يتضمن نصوصا أكثر شدة مما جاء في الاتفاقية، كما أنها تمثل الحد الأدنى أيضا الذي يتعين أن لا تقبل ما هو أقل مما ورد فيها، في حين ذهب البعض الآخر من الفقه للقول بأن الدول لها الإبقاء على قوانينها الوطنية وإن كانت أكثر تحررا واستندوا في ذلك لنص المادة 7 من الاتفاقية.¹

ب. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري لسنة 1961

نصت المادة 2/1 منها على أنه: "اتفاقية التحكيم الناتجة عن شرط تحكيمي مدرج في عقد، وتلك الناتجة عن اتفاق تحكيمي بموجب عقد أو اتفاق تحكيمي موقع من الفرقاء، أو بموجب رسائل متبادلة أو برقيات أو إبراق بواسطة التلكس، وفي العلاقات ما بين البلدان التي لا تفرض الشكل الكتابي بهذا الصدد تعتبر اتفاقية تحكيم أية اتفاقية معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين."²

من خلال نص المادة نستنتج أن الاتفاقية من حيث المبدأ تطلبت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، غير أنها لم تستلزم أن يأخذ اتفاق التحكيم شكلا معيناً، غير أنها وضعت استثناء متعلقاً بالعلاقات بين الدول التي لا تفرض الشكل الكتابي، وهنا اعتبرت الاتفاقية أن اتفاقية التحكيم هي تلك التي تكون معقودة ضمن الأشكال المفروضة بموجب تلك القوانين.

ج. اتفاقية القانون النموذجي للتحكيم الدولي

نصت المادة 2/7 منها على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة سجل اتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر. وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد."³

ثانيا: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم

يتعين أن يتوافر لصحة اتفاق التحكيم شروط أخرى بجانب شرط الكتابة، وهي الشروط الموضوعية المعروفة في كل العقود وهي الرضا والمحل والأهلية فنصل فيها على النحو التالي:

أ. الرضا

لا يمكن أن ينعقد اتفاق التحكيم إلا بتوافر رضا الطرفين، فاتفاق التحكيم عقد رضائي لذا يجب أن لا

¹ - تنص المادة 7 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958: "لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف لأحكام المحكمين وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ".

² - أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 175.

-Nicolette Kost De Sèvres, OP. Cit, p 29.

³ - عبد الحميد الأحمد، المرجع السابق، ص 152.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يشوب إرادة الطرفين عيوب الرضا،¹ ولما كان الرضا ركنا أساسيا للاتفاق عليه فإنه لا يفترض بل لا بد من وجود دليل عليه،² ولما كان الرضا في التحكيم يستلزم أن يكون هناك إيجاب صادر من أحد الطرفين يقابله قبول من الطرف الآخر،³ وتبرز أهمية الرضا في اللجوء للتحكيم كطريق بديل لحل منازعات عقود البوت لكون هذا الأخير استثناء من الأصل العام والذي يجعل من القضاء الرسمي في الدولة آلية لتسوية كل المنازعات،⁴ وتجسيدها لسيادتها أيضا.

إذا كان الرضا لا يثير إشكالية في العقود باعتبار أن الطرفين سينتهيان في النهاية لوضع اتفاقية مكتوبة سواء جاءت في صلب العقد أو في وثيقة مستقلة عنه، لكن الصعوبة تثار في حالة ما إذا اقتصر اتفاق التحكيم على المراسلات المتبادلة والبرقيات... الخ، وحتى يقع الإيجاب صحيحا لا بد أن يشير صراحة لكون الهدف من وراء اتفاق التحكيم هو سلب اختصاص القضاء الوطني للدولة المضيفة من نظر المنازعات الناشئة بصدد تنفيذ عقد البوت لإنجاز المرفق العام، وهنا لا بد من تحديد النزاع بدقة.

نشير في هذا الصدد إلى أن الأصل أن صاحب الرسالة غير ملزم بالبقاء على إيجابه، فيمكنه الرجوع عنه مادام الموجه إليه لم يقبله، لكن الوضع مختلف في حالة تحديد مدة معينة فإنه يتعين عليه البقاء على إيجابه ولا يستطيع الرجوع عنه طوال المدة المتفق عليها، أما القبول الذي ينعقد به اتفاق التحكيم فهو القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، ويشترط في هذا الأخير أن يكون مطابقا للإيجاب مطابقة تامة في كل ما تناوله من مسائل جوهرية أو ثانوية وأن يصدر خلال الأجل المحدد.

بعض الفقهاء يرون بأن نشأة التحكيم يمكن أن لا تستند لعقد خاص بين الطرفين وإنما لاتفاقية دولية بين الطرفين تتعلق بحماية الاستثمار وفيها بند ينص على إحالة خلافات الاستثمار للتحكيم، وقالوا أن الاستثمار بمثابة إيجاب من الدولة يتضمن موافقتها على اللجوء للتحكيم في المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وهنا إذا لجأ المستثمر الأجنبي للتحكيم فهنا يكون تلاق بين الإيجاب والقبول واستند في رأيهم هذا لتأييد قضاء التحكيم له في عدة قضايا تحكيمية.⁵

قبول الدولة اتفاقية حماية الاستثمار وحل المنازعات الناشئة عنه بواسطة التحكيم، لا يضعه موضع التنفيذ إلا باتفاق الأطراف على اللجوء إليه في العقد التحكيمي، وهو ما يمكننا استنتاجه من القانون المتعلق بترقية الاستثمار والذي نص على إخضاع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية

¹ - فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2009، ص 122.

- عبد الحميد الأحمد، التحكيم أحكامه ومصادره، دار نوفل، د ب ن، الجزء الأول، د ط، د س، ص 76.

- SALCEDO CASTRO Myriam, « *L'arbitrage Dans Les Contrats Publics Colombiens* », Thèse de doctorat en Droit public, école doctorale de droit public Georges Vedel, Université Panthéon Assas, 2012, p 97.

² - محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه، المرجع السابق، ص 128.

نشير في هذا الصدد إلى أن هذا الأمر لا يثير أي إشكال في الجزائر سواء كان التحكيم شرطا أم مشاركة لأنه سيكون مكتوبا كما سبق وأن بيناه سابقا.

³ - Nicolette Kost De Sèvres, OP. Cit, p 14.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 35.

⁵ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 271، 272.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمياً، غير انه وضع استثناء وهو حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الجزائر متعلقة بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود بند تسوية يسمح للطرفين التوصل إلى اتفاق بناء على تحكيم خاص،¹ فالمادة السالفة الذكر تبين أن اللجوء للتحكيم هو استثناء، لأن الأصل هو اللجوء للجهات القضائية المختصة في الدولة، ويكون في حالتين الأولى هو وجود اتفاقية بين الدولة الجزائرية وبين المستثمر الأجنبي، والثانية وهي وجود بند يسمح للطرفين باللجوء للتسوية بناء على تحكيم خاص ومن ثم فوجود عقد تحكيمي ضرورة حتمية.

ب. المل

نقصد بمحل اتفاق التحكيم موضوع النزاع،² والذي يشترط فيه بيان موضوع النزاع المحدد والقائم بالفعل بين الأطراف المتنازعة في مشاركة التحكيم أو على الأقل أثناء بدء عملية التحكيم أمام هيئة التحكيم،³ والذي يشترط فيه القانون أن يكون مشروعاً غير مخالف للأداب العامة و النظام العام،⁴ وإلا كان باطلاً وينسحب هذا البطلان لحكم التحكيم، وترجع الحكمة من عدم جواز الاتفاق على التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، لأنها تخضع لرقابة السلطة العامة وإشرافها والتي يعينها أن تسري عليها قواعد محددة وهو الأمر الذي لا يتحقق في حالة اللجوء للتحكيم فيها.⁵

هناك عدة صيغ وضعتها مؤسسات مختصة في التحكيم تعرف بالشروط النموذجية، مثال ذلك الشرط النموذجي الذي وضعته الغرفة التجارية الدولية I.C.C وهو كما يلي: "إن جميع الخلافات الناجمة عن هذا العقد يتم حلها نهائياً، وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية من قبل محكم واحد أو أكثر يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام"، وكذلك وضعت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة UNCTRAL في قواعدها الخاصة بالتحكيم شرطاً نموذجياً كما يأتي: "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول حالياً."⁶

باعتبار أن فكرة النظام العام تختلف من دولة لأخرى، رفض مؤتمر الأمم المتحدة الذي وضع اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية تحديد المسائل التي يجوز التحكيم فيها، ولهذا يأخذ قضاء التحكيم بفكرة النظام العام الدولي، ومن ثم فالمحكومون مكلفون بحماية المصالح العليا في المجتمع الدولي، ومتى كان اتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي فقد رأت بعض

¹ - المادة 24 من القانون رقم 09/16، المتضمن ترقية الاستثمار، المشار إليه سابقاً.

² - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 125.

³ - محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2002، ص 55.

⁴ - يقترن مصطلح النظام العام في القانون الوضعي المقارن بالقواعد القانونية الأمرة التي لا يجوز للأفراد والجماعات الاتفاق على مخالفتها، وهي قائمة على مجموعة من الأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة السياسي، الاقتصادي، الاجتماعي والخلقي والديني، ولا يمكن أن يبقى هذا الكيان سليماً دون هذه الأخيرة. - نفس المرجع، ص ص 112، 114.

⁵ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 38.

⁶ - فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص ص 125، 126.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

أحكام التحكيم ببطان اتفاق التحكيم، ومن ثم عدم اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، في حين أن بعض أحكام التحكيم قررت اختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع، ونرى أن الاتجاه الثاني (الاتجاه القاضي باختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع) هو الصحيح، فعلى المحكم نظر النزاع المطروح عليه وإن كان يحمل في طياته مخالفة للنظام العام الدولي يقضي ببطلانه، لاسيما وأن المشرع الجزائري نص صراحة على أن المحكم يتخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه.¹

ج. الأهلية²

لما كان اتفاق التحكيم لا يصح إلا إذا كان تعبيراً عن إرادة حرة لطرفيه، فإنه يتعين أن يكون أطرافه سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين ممن يملكون حق التصرف في حقوقهم،³ إعمالاً لنص المادة 1006 ق.إ.ج.م.إد والتي تنص: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، وقد نصت اتفاقيتي نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم الدولي أن يكون موقع العقد متمتعاً بالأهلية من أجل تنفيذ الحكم التحكيمي وإلا كان الحكم التحكيمي قابلاً للإبطال.

من أهم المشاكل التي أثارها اتفاق التحكيم في عقود البوت وكل العقود الإدارية ذات الطابع الدولي هو أهلية الدولة وقدرتها على إبرام اتفاق التحكيم كما سنقوم بإبرازه، وإن كان المشرع الجزائري قد نص على إمكانية اللجوء للتحكيم في مثل هذه العقود، إلا أن بعض التشريعات لم تنص صراحة على ذلك وهنا قال بعض الفقهاء بأن الدولة تتمتع بأهلية إبرام اتفاق التحكيم وأرجعوا ذلك لقيامها بإدارة مشروعات اقتصادية عملاقة ومؤسسات كبيرة ذات نفع عام، ومن هذا المنطلق إذا كانت تفتقر للأهلية لما كانت لها القدرة على إدارة هذه الأخيرة، كما أن الواقع يثبت تمتعها بالأهلية الكاملة في إدارة أموالها العامة والخاصة، وهو ما يعطيها الحرية التعاقدية في إبرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك الأموال وتكون هذه الأخيرة صحيحة، واستندوا في ذلك لكونه تصرف قانوني غير مخالف للنظام العام الدولي، وهو المرجع الذي ينبغي الاستناد إليه للحكم بصحة أو بطلان اتفاق التحكيم.

بالنسبة للمشرع الجزائري حدد الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم بأهلية التصرف، وذلك من خلال نص المادة 1/1006 من قانون ق.إ.ج.م.إد والتي تنص: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، ويرجع استلزام أهلية التصرف لكون اتفاق التحكيم يعني التنازل

¹ - المادة 1030 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقاً.

² - Le dictionnaire de droit administratif définit la compétence comme: « L'habilitation légale à agir pour les autorités administratives ou à trancher un litige pour les autorités juridictionnelles. La compétence des autorités administratives pour élaborer des actes unilatéraux, conclure des contrats est en principe préalablement déterminée par des textes législatifs ou réglementaires. Plus exceptionnellement certaines dispositions constitutionnelles définissent les compétences des autorités administratives les plus importantes... »

- VAN LANG Agathe, GONDOUIN Geneviève, INSERGUET-BRISSET Véronique, Dictionnaire de Droit Administratif, Armand Colin, Dalloz, 1999, p 65.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 291.
- فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 115.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عن الحق في اللجوء لقضاء الدولة بما يوفره هذا الأخير من ضمانات تقليدية للتقاضي، إلى جانب أنه قد يترتب عليه فقدان الحق المتنازع عليه إذا قضى المحكمون لغير صالحه.¹

لقد قضت محكمة استئناف باريس باعتبارها تنظر الطعون في أحكام التحكيم التي تصدر عن غرفة التجارة الدولية في باريس في 13 يونيو 1996، أنه أياً كان الحظر المفروض على الدولة لإبرام اتفاق التحكيم، فإن هذا الحظر يبقى مقيداً بالنسبة للعقود التي تتم وفقاً للنظام الداخلي، وليست تلك المتعلقة بالنظام العام الدولي، ومن ثم لا يمكن للدولة أن تتصلص من عقد أبرمته وتضمن اتفاق التحكيم استناداً لكون قانونها الوطني يمنعها من ذلك، لأن هذا الاتفاق ورد في عقد دولي بالإضافة إلى أن إبرام الدولة لاتفاق التحكيم بالرغم من الحظر الوارد في قانونها الوطني يعتبر تنازلاً منها عما قرره القانون الوطني لمصلحتها.²

لقد نصت بعض التشريعات على أنه للجوء للتحكيم في العقود الإدارية يتعين أولاً الحصول على ترخيص بذلك، مثل نص المادة 2 من القانون التحكيم المصري 9 لسنة 1994 على أنه بالنسبة للعقود الإدارية يكون اتفاق التحكيم فيها بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك،³ وهو ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم الملكي رقم 46 المتضمن نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية.⁴

نرى أن تبيان كيفية إدراج شرط التحكيم في العقود الإدارية مهم جداً بالنسبة للدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، لكن بالرجوع لأحكام ق.إ.ج.م.إد يتبين أن المشرع الجزائري لم يدرج نصوصاً خاصة في هذا الصدد لاسيما بالنسبة للعقود الأخرى التي تبرمها الأشخاص المعنوية الأخرى عدا الدولة، بالنظر للأثار التي يمكن أن تنجر سلباً عن إدراج هذا الشرط في عقود البوت، وبالرجوع للتشريعات المقارنة نجد أن المشرع المغربي مثلاً نص على أن المؤسسات العامة في حالة إبرامها اتفاقاً للتحكيم عليها التقيد بالإجراءات والشروط المحددة من قبل مجلس إدارتها، أما في حال إدراجها شرط التحكيم اشترط حصول مداولة من مجلس إدارة المؤسسة المعنية، وفي كل الحالات فهذه المؤسسات تخضع للرقابة المالية والإدارية على الرغم من استقلاليتها.

فيما يتعلق بموقف القضاء من حكم اتفاق التحكيم في حالة ما إذا لم يتضمن هذه الموافقة هل هو باطل أم صحيح ومنتج لجميع آثاره؟ انقسم الفقه لقسمين ذهب البعض إلى أن إقدام الشخص المعنوي على إبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الجهة المختصة يعد من قبيل الخطأ المرفقي ويرتب

¹ - خالد عبد الحميد، " نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، السنة السابعة، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008، ص 18.

² - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 301، 300.

³ - نفس المرجع، ص 302.

⁴ - والتي نصت على أنه: " لا يجوز للجهات الحكومية اللجوء للتحكيم لفض منازعاتها مع الآخرين إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ويجوز بقرار من مجلس الوزراء تعديل هذا الحكم."

- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنياً وإقليمياً ودولياً"، المرجع السابق، ص 68.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

مسؤولية هذا الأخير قبل المتعاقد الآخر، ويكون اتفاق التحكيم في هذه الحالة عديم الأثر، في حين ذهب البعض للقول أنه متى لجأ الشخص المعنوي العام لإبرام اتفاق التحكيم دون الحصول على موافقة الوزير المختص فإنه يصبح ملزماً به.¹

لقد انقسم الفقه حول طبيعة البطلان المترتب عن نقص الأهلية لاتجاهين: الأول قال بأنه إذا رضي بالتحكيم من لا يملك التصرف فإن عقد التحكيم يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وتكون إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً من بالنظام العام، في حين أن الاتجاه الثاني قال بأن البطلان المترتب عن نقص الأهلية هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام،² وبالرجوع لأحكام اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين لا نجد نصاً يحدد القانون الواجب التطبيق على الأهلية، ومن ثم فوضعوا الاتفاقية تركوا تقدير أهلية أطراف التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها التنفيذ، ونرى أن السبب الكامن وراء ذلك هو تخوف واضعي الاتفاقية من الدخول في مسألة تنازع التكييف، ونظراً كذلك لاختلاف قواعد الإسناد ولتعدد نصوص موحدة.

بالرجوع للأحكام التحكيمية الصادرة في هذا الخصوص، نجد بأنها تقضي بصحة اتفاق التحكيم على الرغم من عدم الحصول على الترخيص الذي يشترطه القانون الوطني للدولة، وهو ما يمكننا استنتاجه من مختلف الأحكام الصادرة والتي لم تحصل فيها الدولة على الترخيص، وهناك العديد من الأمثلة على ذلك، وقد رأى جانب من الفقه بأن اتجاه أحكام التحكيم منطقي وصحيح، لأن تمسك الشخص المعنوي العام بالقيود المفروضة عليه في تشريعه الداخلي لا يعد حجة مقنعة، فمن الناحية القانونية فالاستناد لهذه القيود يعد مخالفة لمبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقدين الالتزام بتنفيذ تعهداتهما، أما من الناحية العملية فإعمال هذه القيود سيؤدي لاهتزاز الثقة وهو ما سيلحق الأضرار البالغة في مثل هذه التعاملات. لقد رتب جانب من الفقه جزاءاً تأديبياً ينظمه القانون الذي يحكم العلاقة بين الإدارة والوزير المختص في حال عدم حصول الإدارة المتعاقدة على الموافقة.³

المطلب الثاني:

اتفاق التحكيم في عقود البوت

تقتضي منا دراستنا لاتفاق التحكيم في عقود البوت بيان الاتجاهات الفقهية وموقف الاتفاقيات الدولية والنشريات الوطنية من اعتماد التحكيم كطريق بديل لحل منازعات هذا العقد، لاسيما وأنه عقد إداري مستعرضين أسانيد كل اتجاه وموقفنا في هذا الصدد، ثم نقوم بدراسة مسألة ثانية يعتمد عليها نجاح التحكيم كطريق لحل المنازعات من عدمه، وهي القانون الواجب التطبيق من هيئة التحكيم والذي قد يتم

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 303.

² - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 292.

³ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 304، 309.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

اختياره بشكل صريح أو ضمنى، مبرزين الآثار السلبية التي يمكن أن تتجر عدم ضبط ذلك بشكل دقيق في اتفاقية التحكيم، لنختم دراستنا بصدور الحكم التحكيمي وتنفيذه نفضل في ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

إمكانية اللجوء للتحكيم لحل منازعات عقود البوت

يعد التحكيم الطريق الذي يتم اللجوء إليه من قبل شركة المشروع حتى تتمكن من إخراج المنازعات التي يمكن أن تثور عند تنفيذ عقود البوت من اختصاص القضاء الإداري فيها (الوطني)، في مختلف المراحل التي تمر بها عقود البوت سواء البناء أو التشغيل أو نقل الملكية كآخر مرحلة وإسناده للتحكيم، وقد أثار اللجوء للتحكيم لحل المنازعات المتعلقة بعقود البوت بدلا عن القضاء الوطني للدولة جدلا فقهيًا بين قائل بعدم جواز اللجوء إليه باعتبار العقد إداريًا، وبين مجيز لها.

سنقوم في هذا الفرع ببيان الاتجاهات الفقهية التي ظهرت في هذا الصدد مبرزين ما استندت إليه في تبرير موقفها ومختلف الأحكام القضائية التي أيدت كل اتجاه على النحو التالي:

أولاً: الاتجاه المعارض للتحكيم في عقود البوت

رفض أنصار هذا الاتجاه اعتماد التحكيم لحل منازعات عقود البوت، على أساس أنه لا يضمن خضوعها باعتبارها عقوداً إدارية لنظام متميز عن النظام الذي تخضع له باقي العقود، على أساس عدم وجود تمييز فيه بين العقود المدنية والعقود الإدارية، وفكرة السلطة العامة وتطبيق قانون خاص على عقود عامة من جهة أخرى،¹ كما أنهم يرون أن اعتماده كطريق لحل المنازعات يصطدم بمبدأين هما: الحصانة القضائية للدولة وسيادة الدولة على أراضيها، ومن جهة أخرى يرون أن التحكيم ولد في المجتمع الدولي عكس القانون الإداري الذي وجد من أجل تنظيم الدولة الحديثة،² وقد أخذت بهذا الاتجاه عدة تشريعات مقارنة وأيدته بعض الأحكام الصادرة نفضل في ذلك على النحو التالي:

1. الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الاتجاه

استند أنصار هذا الاتجاه لجملة من الأسانيد لتبرير موقفه الرافض للتحكيم، نبرز عددا منها كالتالي:
- التحكيم سلب لاختصاص القضاء الوطني، وهذا ينطوي على مساس بسيادة الدولة إلى جانب تضمنه إجلالا للقانون الأجنبي محل القانون الوطني، والذي هو مظهر من مظاهر سيادة الدولة وانعكاس لها، كما أنه قد يؤدي لمخالفة صريحة لمبدأ توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في الدولة المضيفة، فكيف يمكن لدولة ترفض نظر القاضي العادي في المنازعات الإدارية أن تسمح للمحكّمين

¹ - SALCEDO CASTRO Myriam, Op.cit, p 73.

² - LOMBARD Frédéric, « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », *AJDA*, édition Dalloz, Paris, N° 20, 2015, p 1150.

بذلك؟¹

- غرض التحكيم مختلف عن القانون الإداري، فالأول وسيلة لتسوية المنازعات فقط عكس الثاني الذي لا يهدف لتسوية المنازعات فقط، وإنما يضمن تعزيز قدر معين من العلاقات الاجتماعية من خلال تحقيق توازن بين احترام الحقوق الفردية من جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى،²

- التحكيم ليس منفصلاً عن القضاء الداخلي للدولة، لأن لهذا الأخير سلطة التدخل في أعمال المحكمين بالمساعدة، وهي أمور ينظمها المشرع الوطني في النصوص المتعلقة بالتحكيم،

- لا يؤدي اعتماد التحكيم لحل منازعات عقود البوت لعدم تطبيق القانون الوطني، فليس هناك ما يمنع الدولة المضيفة من إدراج شرط تطبيق القانون الوطني فالأمر مرتبط بإرادة الأطراف،³

- عقود البوت عقود إدارية هدفها إنشاء المرافق العامة في الدولة وبنيتها التحتية، وبذلك فهي تستهدف تحقيق الصالح العام والذي يعد قوام النظام العام لذا لا يجوز اللجوء للتحكيم فيها،⁴

- من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي تمتع كل دولة بالحصانة القضائية في مواجهة قضاء الدول الأجنبية، استناداً لمبدأ السيادة والاستقلال وكذا المساواة بين الدول، ومن ثم تستطيع كل دولة أن تدفع بحصانتها القضائية حال اختصاصها أمام قضاء دولة أجنبية، لأن التحكيم على غرار قضاء الدولة يعد منظمة أجنبية لأنه يجرى خارج إقليمها ويعمل على تطبيق قوانين أجنبية، كما أن المحكمين الفاصلين في النزاع من جنسيات مختلفة.⁵

لقد برر أنصار هذا الاتجاه موقفهم بوجود العديد من التشريعات التي حظرت اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية لتبرير رأيهم، على غرار التشريع الفرنسي الذي يرى أنصار هذا الاتجاه أنه كان خالياً من أي نص يجيز التحكيم في العقود الإدارية، وأن النصوص التشريعية فيها وضعت قاعدة عامة يحظر بموجبها لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم لحل منازعاتهم،⁶ وتمثلت هذه النصوص في المواد 1004، 83 من ق.إ.م. الفرنسي القديم⁷ والمادة 2060 من قانون المدني الحديث،⁸ وبعد تعديل القانون الفرنسي سنة 1972 نصت المادة 1/2060 على أنه لا يمكن اللجوء للتحكيم بشأن الحالة أو الأهلية أو بشأن

¹ - جورج شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1999، ص ص 106، 108.

² - LOMBARD Frédéric, Op. cit, p 1150.

³ - عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 378، 379.

⁴ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ص 183، 182.

⁵ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 212، 214.

⁶ - JARROSSON Charles, « L'arbitrage en droit public », *AJDA*, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1997, p 16.

- NOEL Chahid-Nourai, LAZERGES Romaric, Op. cit, p 1926.

⁷ - SLIM Hadi, « Les Contrats D'État et les Spécificités des Systèmes Juridiques Dualistes », *R. Arb*, comité Français de l'Arbitrage, Paris, N° 03, Juillet- Septembre 2003, p 694.

⁸ - لقد استقر الفقه الفرنسي على اعتبار المنع الوارد في هذه المادة لا يتعلق بالنظام العام الدولي.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2006، ص 277.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المسائل المتعلقة بالطلاق والانفصال الجسدي أو بشأن المنازعات المتعلقة بالجماعات والمؤسسات العامة وعموما في جميع المسائل المتعلقة بالنظام العام.¹

لما كان الحظر واردا في أحكام القانون المدني أثير تساؤل عن مدى التزام القاضي الإداري به؟ فقال اتجاه بوجوبية التزام القاضي الإداري به، أما غالبية الفقه فلا يعترف للقانون المدني في المجال الإداري إلا بقيمة ثانوية وجاءت لتنظيم مسألة إجرائية، ولا يمكن أن يكون هدفها الفصل في المنازعة الإدارية الخاضعة لولاية القضاء الإداري.²

كما أن المشرع المصري أصدر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 سنة 1994،³ واعتبرت أن هذا الأخير دليل على عدم جوازية التحكيم في العقود الإدارية لعدم ورود لفظ العقود الإدارية، واستندوا كذلك لعنوان القانون ذاته حيث إنه يختص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية،⁴ غير أن الحجة الثانية التي قال بها أنصار هذا الاتجاه غير صحيحة، وقد نفاها الحكم الصادر عن محكمة استئناف القاهرة والذي أكد على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية.⁵

المشرع الجزائري في المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 نص صراحة على عدم إمكانية قيام الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم إلا في علاقاتهم التجارية الدولية،⁶ وتغير الأمر بصدور ق.إ.ج.م.إد الذي نص صراحة على عدم جوازية طلب الأشخاص المعنوية العامة التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.⁷

2. أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت على عدم إمكانية اللجوء للتحكيم لحل منازعات العقود الإدارية، ففي فرنسا لم يقر القضاء العادي بحظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية بشكل مطلق، على أساس وجود حالات إضطرارية لإدراج هذا الشرط في التعاملات الدولية، لكنه يشترط وجود نص صريح يسمح بذلك أو وجود اتفاقية دولية معمول بها في فرنسا،⁸ ويجيز القضاء العادي في العقود

¹ - أنور أحمد رسلان، " التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة الأمن والقانون، القيادة العامة لشرطة دبي، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998، ص ص 222، 223.

- شريف يوسف خاطر، " التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري"، ص ص 298، 299 <http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/shrife%20khter.pdf>

² - نفس المرجع، ص 210.

³ - نصت المادة 1 منه على أنه: " مع عدم الإخلال بالاتفاقات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكما تجاريا أو دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون."

- أسرة التحرير، " نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 138.

⁴ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 211.

⁵ - حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 39، 41.

⁶ - المادة 442 من المرسوم التشريعي رقم 09/93، المتضمن تعديل ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقا. (ملغى)

⁷ - المادة 3/1006 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقا.

⁸ - TEBOUL Gérard، « Arbitrage international et personnes morales de droit public », AJDA، édition Dalloz، Paris، N° 01، 1997، p 25.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الدولية التي يكون أشخاص القانون العام طرفا فيها اللجوء للتحكيم فيها، وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في باريس في 10 أبريل 1975،¹ وفي حكيم آخرين صادرين عنها في 24 نوفمبر 1994، و13 يونيو 1996.²

الأمر مختلف بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي الذي اتخذ موقفا متشددا من التحكيم في العقود الإدارية، عكسته الأحكام التي أصدرها منذ بداية القرن 19 والتي حظر فيها اللجوء للتحكيم،³ ورتب البطلان على إدراجه فيها واعتبره بطلانا من النظام العام،⁴ واستمر على موقفه هذا حتى القرن 20 أين أصدر قانون في 19 أوت 1986، أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية واشترط هذا القانون لتطبيقه ما يلي:

- أن يكون العقد مبرم مع شركة أجنبية ولا ينطبق هذا الاستثناء على العقود المبرمة بين شركات وطنية
- أن يكون العقد متعلقا بمشروع ذا نفع قومي حتى يبرر اللجوء للتحكيم.
- صدور مرسوم من مجلس الوزراء للموافقة على تضمين العقد شرط التحكيم.

لقد صدر القانون السابق بمناسبة تصميم الشركة الأمريكية Walt Disney على تضمين العقد المبرم بينها وبين مقاطعة Val Marne والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة Marne la Vallée شرط التحكيم بعد رفض مجلس الدولة ذلك، على أساس أنه يتعلق بالنظام القانوني الداخلي الفرنسي وهو بذلك يعد مخالفا للنظام العام في فرنسا،⁵ كما أن شروط تطبيق المادة 2060 من ق.م الفرنسي غير متحققة حيث أنها لا تسمح إلا بعقد مشاركة التحكيم لتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريد وذلك بعد نشأة النزاع.⁶ في مصر تعاقد المجلس الأعلى للآثار مع الشركة الإنجليزية لإنجاز عملية تنسيق الموقع العام الخارجي لمتحف آثار النوبة بأسوان، وتضمن العقد شرط التحكيم وقد عرض العقد على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بهدف استطلاع رأيها، وكان رأيها عدم جواز ذلك استنادا لطبيعة هذه

¹ - وجاء فيه ما يلي: "تحريم التحكيم الإداري يقتصر على عقود القانون الداخلي، ولا ينطبق على العقود ذات الطابع الدولي وأنه يستفاد من عبارات المادة 1004 من القانون الإجراءات المدنية أن تحريم التحكيم بالنسبة للهيئات العامة يستند فقط على الحصانة الخاصة التي يستفيد لدى القضاء الفرنسي، وأن الدولة تستطيع أن تتنازل مقدما عن هذه الحصانة وذلك بقبول اختصاص القضاء الأجنبي وعليه فإن التحريم المستفاد من المادة 1004 لا يتعلق بالنظام العام الدولي."

- دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 269.

² - قصصت في الحكم الأول: "يقتصر تحريم لجوء الدولة إلى اتفاق التحكيم على العقود ذات النظام الداخلي وبالتالي فلا يتعلق بالعقود ذات الطابع الدولي وأنه لصحة مشاركة التحكيم التي يتضمنها عقد فإنه يكفي التذليل على وجود عقد دولي بفي باحتياجات التجارة الدولية وفقا للشروط المتفقة مع أعراف التجارة الدولية"، وفي الحكم الثاني: "الحظر الوارد على الدولة في قبول شرط التحكيم وأيا كان السبب الذي يستند إليه، يعمل به فقط في إطار العقود الوطنية ولا يعد هذا الحظر من قبيل القواعد المتصلة بالنظام العام الدولي."

- دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 270.

³ - كانت بداية الحظر بالنسبة للدولة في قضية OUVARD سنة 1824 بمناسبة عقد توريد ثم انتقلت للأشخاص العامة الأخرى على غرار: الإدارة الكنسية، ثم الجماعات المحلية في قضية شركة مياه مدينة أوران سنة 1883، والمؤسسات العامة المحلية في حكم سنة 1948... الخ.

- جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص 128، 130.

⁴ - أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 278، 279.

⁵ - DUCAROUGE Françoise, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1996, p 89.

⁶ - حفيفة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 33، 35.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

العقود فالإرادة في مجال القانون العام مقيدة وهذا هو الأصل فيها، وحتى تستكمل الإرادة شروط صلاحيتها ينبغي أن يكون هناك تفويض وفقا لمسوغ تشريعي يجيز لها مثل هذه التصرفات.

ثانيا: الاتجاه المؤيد للتحكيم في عقود البوت

يقر أنصار هذا الاتجاه بإمكانية التحكيم في عقود البوت على الرغم من كونها عقودا إدارية، باعتبار أنه ليس هناك ما يمنع إدراج هذا الشرط فيها¹ لاسيما وأن الاتفاقيات الدولية تجيز التحكيم، واستندوا في ذلك لجملة من الأسانيد، وقد أخذت بذلك العديد من التشريعات وجسد في العديد من الأحكام الصادرة نبرز ذلك على النحو التالي:

1. الأسانيد المؤيدة لهذا الاتجاه

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه مع سياسة الإصلاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار الذي تتبناه الدول الآن، وعملها على محاولة جذب رؤوس الأموال الأجنبية خاصة في عقود البوت من خلال تهيئة مناخ المناخ التشريعي²، والذي لا يمكن أن يتحقق إلا بقبولها اللجوء للتحكيم لحل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينها، ومن بين الأسانيد التي برروا بها موقفهم نورد ما يلي:

عدم وجود نص يمنع التحكيم في العقود الإدارية ومن ثم فهو جائز³، كما أن الاتفاقيات الدولية كجزء من النظام القانوني تجيز للدولة ولأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم، كاتفاقية نيويورك لسنة 1958 الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقد الإداري لا يستبعد إمكانية اللجوء للتحكيم، وإنما هو تأكيد على توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري، ومن ثم فالمشرع لم ينكر حق الأطراف قبل اللجوء للقضاء في إنهاء منازعاتهم بأي أسلوب يريدونه بما في ذلك التحكيم⁴.

- التحكيم يوفر الوقت والمال والجهد، لاسيما في المنازعات التي يكون فيها الطرف الأجنبي، حيث يفضل في الغالب اللجوء للتحكيم لفض النزاع الناشئ عن العقد الإداري⁵.

لقد برر أنصار هذا الاتجاه موقفهم كذلك بوجود العديد من التشريعات التي أجازت التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة والتي تعد عقود البوت أحدها، وأكثرها انتشارا في الوقت الحالي، ففي فرنسا سمح قانون 17 أبريل 1906 لأشخاص القانون العام باللجوء للتحكيم ولكنه قيدها بجملة من الشروط:

- تعلق النزاع بتصفية نفقات الأشغال العامة والتوريدات ولا يمتد هذا القانون لأي عقد إداري آخر،

¹- JARROSSON Charles, Op. cit, p 17.

²- WALD Arnaldo, " La résolution, par l'arbitrage, des conflits entre l'administration publique et les entreprises privées en droit Brésilien" , Gazette du Palais "Journal Spécial des sociétés Française par actions" , Lextenso édition, Paris, N° 2007/ 2, Juillet 2007, p 10 .

³- عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 380.

⁴- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 179.

⁵- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص 312.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

- أن يتم اللجوء للتحكيم عبر مشاركة التحكيم (أي بعد نشوء النزاع)،
- موافقة مجلس الوزراء بمرسوم يوقع عليه وزير المالية أو الوزير المختص حسب الأحوال، وذلك فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة، أما إذا تعلق الأمر بالمديريات فيجب أن يناقش مجلس المديرية التحكيم ويوافق عليه الوزير المختص.

بعد ذلك صدرت العديد من القوانين التي أجازت لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم، ففي سنة 1946 ربطته بحالة تأميم الدولة لشركات الغاز والكهرباء، وفي سنة 1982 سمح لها باللجوء للتحكيم في حال النزاع الناشئ عن تنفيذ عقود الأبحاث مع الهيئات الأجنبية، وفي سنة 1986 وبمناسبة قضية Euro disney land انتهى مجلس الدولة إلى أنه لا يجوز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، إلا إذا كان هناك نص في القانون الداخلي أو معاهدة دولية انضمت إليها فرنسا تسمح بذلك، وحيث أنه لا يوجد لمثل هذا القانون وجود فشرط التحكيم باطل،¹ وهنا اضطر مجلس الدولة الفرنسي لإصدار قانون في 19 أوت 1986 والذي قررت المادة 9 منه السماح للدولة والتجمعات الإقليمية أو المحلية والمؤسسات العامة في عقودها مع الشركات الأجنبية لتنفيذ عمليات ذات مصلحة وطنية أو قومية اللجوء للتحكيم في المنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها.²

بصدور الأمر المؤرخ في 17 جوان 2004 في فرنسا ظهر نوع من العقود الإدارية ودخلت القانون الفرنسي وهو ما يعرف بعقود الشراكة، والتي كانت تعرف سابقا بعقود الشراكة بين أشخاص القانون العام والخاص وأحد خصائصها احتوائها على شرط التحكيم، ويعد هذا خطوة هامة في رفع الحظر عن اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ودخول التحكيم لمجال التقاضي في القانون العام،³ لكنها اشترطت تطبيق القانون الفرنسي لأنه من أنشأ العقود الإدارية والحقوق المترتبة عليها،⁴ وهو الأمر الذي أغفله المشرع الجزائري ولم يورد له نصا، والذي نرى أنه من الضروري أن يتداركه في تعديلاته القادمة، لتفادي الإشكالات التي تنجر عن تطبيق قانون لا يعرف العقود الإدارية من قبل المحكمين، والذي يؤثر على الطبيعة الإدارية لها كما سنوضح لاحقا في دراستنا للقانون الواجب التطبيق.

قامت مصر بعد صدور القانون رقم 9 لسنة 1994 المتضمن تعديل أحكام القانون رقم 27 لسنة 1994 بالنص صراحة على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية، وبذلك وضع المشرع حدا للخلاف الناشئ بين الفقهاء الذي سبق لنا الإشارة إليه سابقا، لكنه اشترط أن يكون هذا الاتفاق بناء على موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ونص صراحة على أنه

¹- SLIM Hadi, Op. cit, p 709.

²- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 230، 232.

³- AUDIT Mathias, « Le Contrat de Partenariat ou L'essor de L'Arbitrage en Matière Administrative », R Arb, Comité Français de L'Arbitrage, Paris, N° 03, Juillet- Septembre 2004, p 542.

⁴- Ibid, p 551.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يجوز تفويض هذا الاختصاص،¹ وظهر ذلك جليا في عقود البوت التي أبرمتها في شكل عقود امتياز.² قامت الجزائر هي الأخرى بالنص صراحة على إمكانية اللجوء للتحكيم في الصفقات العمومية وفي علاقاتها الاقتصادية الدولية بموجب أحكام ق.إ.ج.م.إد،³ بعد أن كان المشرع قد قصر إمكانية لجوء الأشخاص المعنويين التابعين للقانون العام للتحكيم على علاقاتهم التجارية الدولية. لم تورد أحكام ق.إ.ج.م.إد نصوصا قانونية تبين كيفية تطبيق أحكام المادة 1006 منه في شقها المتعلق بالتحكيم كطريق بديل لحل منازعات الصفقات العمومية، بالنظر للطابع الخاص لهذه العقود خلافا للقانون المصري الذي قام بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 وفي مادته الأولى على إضافة فقرة ثانية للمادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994،⁴ التي تبين الكيفية التي تتم بها الموافقة على إدراج شرط التحكيم فيها حيث تنص على: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".⁵

يفهم من نص هذه المادة أن التحكيم المدرج في العقد لا يكون نهائيا إلا بموافقة الجهات السالفة الذكر، وبالنظر لما يترتب على إدراجه من آثار على العقود الإدارية بصفة عامة يمكن أن تكون سلبية في حالة ما إذا لم يتم صياغته بدقة في العقد أو الوثيقة التي يستند إليها، نرى أنه كان على المشرع أن يوجد آليات أخرى (غير موافقة الجهات السابقة) تضمن أن لا يكون التحكيم سلبيا على الدولة بسبب عدم دقة صياغته القانونية، كأن يقوم مثلا بالنص على إنشاء هيئة تتكون من خبراء قانونيين واقتصاديين تختص بالنظر في اتفاقيات التحكيم التي سيتم الموافقة عليها وذلك قبل أن يتم اعتماد العقد نهائيا، ولأداء هذه الأخيرة لمهامها بأكمل وجه يتعين العمل على تكوين أعضائها وإخضاعهم لفترة تربص أولا.

لا يختلف الوضع في المغرب عنه في باقي التشريعات السابق الإشارة إليها، فبظهور القانون رقم 08/05⁶ تطور قانون التحكيم في المجال الإداري لاسيما في العقود الإدارية، بعد أن كان محظورا في القانون المدني في الفصل 306 من قانون المسطرة المدنية لسنة 1974، واعتبر إدراج هذا الشرط في العقود الإدارية خرقا للنظام العام، والذي ضيق نطاقه بموجب القانون السابق ووسع مجال التحكيم في المجال الإداري حتى وصلت لحدود قضاء المشروعية، ومن هنا أصبح يمكن للدولة والجماعات الإقليمية

¹ - المادة الأولى منه.

² - SLIM Hadi, Op. cit, p 698.

³ - المادة 3/1006 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقا.

⁴ - تنص المادة 1 من القانون رقم 27 لسنة 1994: "مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيميا تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون".

- أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 138.

⁵ - عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 363.

⁶ - القانون رقم 08/05 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-169 بتاريخ 30 نوفمبر 2007، ج ر عدد 5584.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

والمؤسسات العامة اعتماد التحكيم كطريق لحل المنازعات في عقودها، شريطة أن تتضمن فقط الشروط المتعلقة بموافقة سلطة الوصاية أو سلطة المراقبة المالية، أما المؤسسات العامة فأيرامها للتحكيم يتعين أن يكون وفقا للشروط والإجراءات التي تحددها مجالس إدارتها، على أن تكون محل مداولة من مجلس الإدارة، لكن بعض الفقهاء بالمغرب يرون أن كل هذه الشكليات في التحكيم سيجعل من التعاقد متخوفا من عملية التعاقد وكان الأحرى بالمشروع طالما قبل بالتحكيم ألا يفرغه من محتواه بهذه التعقيدات.

على الرغم من أن العديد من التشريعات في الدول التي تعرف العقود الإدارية قد تجاوزت حظر اللجوء للتحكيم لحل منازعاتها على مستوى النصوص القانونية، إلا أن هذا الأخير لا يزال يواجه العديد من الصعوبات العملية والنظرية، منها ما هو متعلق بشروط اتفاق التحكيم في العقود الإدارية والجهة القضائية المختصة بالرقابة على الحكم التحكيمي.

2. موقف المعاهدات الدولية

أ. اتفاقية نيويورك لسنة 1958

نصت المادة الأولى منها على: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية"، وبالنظر لعمومية نص المادة يرى أنصار هذا الاتجاه أن اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية ممكن،¹ كما قالوا أنه على الرغم من أن هدف الاتفاقية هو تنشيط التحكيم في مجال التجارة الدولية، إلا أنها لم تشترط أن يكون موضوع النزاع تجاريا ومن ثم فهي تسري على كافة المنازعات بما فيها المتعلقة بالعقود الإدارية الدولية.²

نرى نحن أن إجازة اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية بما فيها عقود البوت يستفاد من نص المادة السابقة من العبارة التالية: "... كما أن للدولة أن تصرح أيضا بأنها ستقتصر الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية، أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقا لقانونها الوطني." بمفهوم المخالفة فاتفاقية نيويورك تجيز التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي وأوقفت ذلك على إرادة الدولة.

ب. اتفاقية واشنطن لسنة 1965

أنشأت هذه الاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار التي تثار بين الدول والمستثمرين الأجانب ICSID، وطبقا لنص المادة 25 من هذه الاتفاقية فإنه يجوز اللجوء للتحكيم في المنازعات التي تثار بين الدول المتعاقدة والمستثمرين الأجانب متى كان هناك رضا كتابي من الطرفين وكانت المنازعة

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 236.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 145، 144.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

ناشئة بطريقة مباشرة عن استثمار¹، ومن ثم فلو انضمت الدولة لاتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار وارتضت كتابة الخضوع للتحكيم وفقا لأحكام المركز، فإنها تخضع للتحكيم حتى ولو كان قانونها الوطني يمنعها من اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية الدولية.²

3. أحكام القضاء المؤيدة لهذا الاتجاه

صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أكدت إمكانية اللجوء للتحكيم لحل منازعات العقود الإدارية الدولية، نقوم ببيان بعضها في كل من القضاة الفرنسي والمصري على النحو التالي:

3-1: بالنسبة للقضاء الفرنسي

القضاء العادي في فرنسا لم يقر بحظر اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية على إطلاقه، لأن المؤسسات العامة قد تضطر لإدراج هذا الشرط في تعاملاتها الدولية، وأوردنا بعض الأحكام القضائية الصادرة عنه، وسنكتفي في هذا الصدد بإيراد مثال متعلق بالحكم الصادر في القضية بين شركة Societe de Freres ووزارة المرافق التونسية: تتلخص وقائعها في إبرام الحكومة التونسية عقدا متعلقا بنقل التكنولوجيا مع الشركة السالفة الذكر، وقد ثار نزاع بين الطرفين فقررت الشركة اللجوء للتحكيم لوجود شرط عرض النزاع على التحكيم، غير أن الحكومة التونسية دفعت ببطلان شرط التحكيم على أساس أنه غير جائز في العقود الإدارية وهو المبدأ المستقر عليه في تونس وفرنسا، وهنا أصدرت محكمة التحكيم حكما قضى بجوازية التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما دفع بوزير المرافق التونسي بالطعن بالاستئناف أمام محكمة استئناف باريس وهنا قضت هذه الأخيرة بصحة شرط التحكيم المدرج في العقد، وأوضحت أن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يقتصر إعماله على العقود الداخلية فقط، أما العقود الدولية فالحظر ليس له أي أثر، ومن ثم فشرط التحكيم في مثل هذه العقود صحيح ومنتج لآثاره.³

وهو ما تم تقريره أيضا في قرار INSERM الصادر عن محكمة التنازع،⁴ ويتم التأكد من مدى انطواء العقد الإداري على مصالح التجارة الدولية من خلال التأكد من أن العملية الاقتصادية تحتوي على تحويل للأموال أو السلع والخدمات عبر الحدود الوطنية.⁵

لقد أشار مجلس الفرنسي في تقريره لسنة 1993 المتعلق بالطرق البديلة لحل المنازعات إلى أن التحكيم في القانون الإداري الفرنسي متميز ويتطلب وجود نزاع تعاقدي، ومن بين العقود الإدارية التي يبدو التحكيم فيها أفضل الصفقات العمومية، وأكد أيضا على أن مهام الخدمة العمومية من صلاحيات السلطة العامة... ولا يمكن مساواتها بالحياة التجارية لاسيما عقود تفويض المرافق العامة على غرار

¹ - جلال وفاء محمد، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط 2، 2001، ص ص 13، 14.

² - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 237.

³ - جورجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص ص 169، 171.

⁴ - AUDIT Mathias، « Le Nouveau Régime De L'arbitrage Des Contrats Administratifs internationaux », R Arb، Comité Français de l'arbitrage، Paris، N° 02، Avril- Juin 2010، p 259.

⁵ -Ibid، p 260.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عقود الامتياز فهي مرتبطة بمسؤولية الأشخاص العامة،¹ في فرنسا اليوم لا يوجد صراع بين طبيعة التحكيم والمرفق العام، فعقود تفويض المرافق العامة يتعين أن تكون على غرار عقود الشراكة خاضعة لشرط أو اتفاق التحكيم،² وكننتيجة لتوسع التحكيم في العقود العامة يرون أنه يتعين أن لا يزداد في التعقيدات، بل يتعين توفير كفاءة وتجانس حول القاضي الإداري في مواد الصفقات العمومية وتفويض المرافق العامة وعقود الشراكة.³

2-3: بالنسبة للقضاء المصري

في حكم محكمة استئناف القاهرة الصادر في 19 مارس 1996 المتعلق بدعوى البطلان المقامة من رئيس المجلس الأعلى للآثار ضد شركة سيلجستر نايت الإنجليزية بشأن حكم التحكيم الصادر لصالح هذه الأخيرة، والذي بموجبه ألزم المجلس الأعلى للآثار بدفع مبالغ متعددة لصالح الشركة، وطعن في الحكم ببطلان شرط التحكيم لكون العقد محل النزاع عقد إداري من المجلس الأعلى للآثار أمام محكمة استئناف القاهرة، وكان الحكم كالتالي: "... حيث أنه عن السبب الثاني وهو الإدعاء ببطلان شرط التحكيم لأن العقد محل النزاع هو عقد إداري مما لا يجوز التحكيم فيه، فإنه غير سديد. فقد جرت المادة الأولى من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 على أن: "... تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكما تجاريا دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون" والقاعدة أنه لا اجتهاد مع وضوح النص، ودلالة عبارة هذا النص واضحة وقاطعة في إجازة المشرع للاتفاق على التحكيم حتى ولو كان أحد أطرافه من أشخاص القانون العام، وأيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع" وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور نفس المعنى بقولها: "...وتحديد نطاق تطبيق أحكام المشروع، الذي عينته المادة 1 بعد أن رجحت أحكام الاتفاقيات المعمول بها في مصر بسريان تلك الأحكام على كل تحكيم تجاري دولي يجرى في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص، فحسم المشرع بذلك الشكوك التي دارت حول مدى خضوع بعض أنواع العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون العام للتحكيم، فنص على خضوع جميع المنازعات الناشئة عن هذه العقود لأحكام هذا المشروع أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع.."⁴

¹- BRACONNIER Stéphane, « Arbitrage et Contrats Publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », D.P., LAMY SA, Paris, N° 141, Octobre 2005, p 64.

²- Ibid, p 64.

³- Ibid, p 66.

⁴- حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 42، 40

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

عند أخذ الأصوات بمجلس الشعب على مشروع القانون تمت الموافقة على نص المادة كما سبق وأن أوردناها، وكان أحد النواب قد اقترح النص على عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية إلا أن الاقتراح لم يحظ بموافقة الأغلبية، ومما تقدم يتبين أن المشرع قصد النص على جوازية التحكيم في العقود الإدارية، وهو ما يتفق مع الحكمة التي شرع من أجلها قانون التحكيم، وهو مواكبة الجهود التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار.

لقد أضافت المحكمة:" أن الثابت من عبارات العقد المؤرخ في 1993/11/10 محل النزاع والذي تضمن شرط التحكيم، أنه قد روجع باللجنة الثانية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في 1993/10/20 وأن هذه اللجنة وافقت عليه بالتبليغ رقم 560 في 1993/10/25 وأنه بعد قيام النزاع بين الطرفين أبرما مشاركة التحكيم المؤرخة في 1996/3/24 وإذا نظر الموضوع أمام هيئة التحكيم المنصوص عليها في تلك المشاركة ترفع الطرفان دون أن يبدي أحدهما دفعا يمس شرط التحكيم بينما تربص المجلس الأعلى حتى أصدرت هيئة التحكيم المذكورة قضاءها لغير صالحه فبادر إلى إقامة الدعوى الماثلة على قول ببطلان شرط التحكيم لأن المنازعة تتعلق بعقد إداري.

لا شك أن مثل هذا الإدعاء يتنافى مع مبدأ وجوب تنفيذ الالتزامات بمبدأ حسن النية وهو مبدأ عام لا يميز بين عقد مدني وعقد إداري، كما انه يتناقض مع المستقر عليه في الفقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي من عدم جواز تنصل الدول أو الأشخاص العامة من شرط التحكيم الذي أدرجته في عقودها استنادا إلى أية قيود تشريعية حتى وإن كانت حقيقية، كذلك فإن فتح الباب أمام الأشخاص العامة للتدخل من شرط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع الطرف الأجنبي قولاً منها بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية من عادته أن يهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها ويجلب أوجع الأضرار بغرض الاستثمارات الأجنبية ومشروعات التنمية".¹

الفرع الثاني:

القانون الواجب التطبيق على عقود البوت

من أهم المسائل التي تثيرها عقود البوت عمليا هي تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تنشأ عند تنفيذها من المحكمين الذين يتولون نظرها، لما لذلك من آثار على تنفيذ هذه العقود من عدمها، وحقوق الطرف المتضرر في فسخ العقد... الخ، وقد يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بصدد تنفيذ عقود البوت بشكل صريح كما قد يحدد بطريقة ضمنية، إلا أنه في حالة عدم تحديده ظهرت العديد من الآراء الفقهية واعتمدت هيئات التحكيم عديد القوانين نبرز ذلك كالتالي:

¹ - حفيفة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، المرجع السابق، ص ص 42، 45.

- حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ص 189، 192.

أولاً: حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق

تقر القوانين الوضعية¹ والاتفاقيات الدولية² وكل أحكام التحكيم بحرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق استناداً لمبدأ سلطان الإرادة والذي عرف انتشاراً واسعاً في القرن التاسع عشر،³ ولهذا التحديد أهمية كبيرة يقول فيها الأستاذ Niboyet أن إغفالها من شأنه أن يؤدي لإخضاع العقد لقانون قد يخل بتوقعات الأطراف،⁴ ويأخذ اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق صورتين:

1. الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق

ظهرت نظريتين في حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق هما: النظرية الشخصية والنظرية الموضوعية، فنأى أنصار النظرية الأولى التي يتزعمها أنصار المذهب الفردي والقانون الطبيعي بضرورة إطلاق سلطان الإرادة، والذي بموجبه يتمتع الأطراف بحق تضمين عقودهم ما شاءوا من شروط، وبالنسبة للعقود الدولية فإنه بالطبع يحق للأطراف حتى اختيار القانون الذي يحكم العقد ويصبح هذا الأخير مجرد شروط تعاقدية،⁵ وأهم ما يترتب على الأخذ بالنظرية الشخصية أنه يجوز للأطراف استبعاد نصوص القانون المختار التي تجعل العقد باطلاً، وكذلك عدم تطبيق التعديلات التي تسنها دولة القانون المختار على العقد.⁶

يرى أنصار النظرية الموضوعية أن عدم خضوع العقد الدولي لنظام قانوني معين ليس معناه أنه خارج عن أي قانون، بل هناك أكثر من نظام يخضع له رغم استحالة تطبيقها كلها بالنظر لاختلافها، ويرى أنصار هذه النظرية أن إرادة الأطراف في اختيار قانون يحكم العقد الدولي ليست مطلقة بل مقيدة

¹ نص القانون الجزائري على أن محكمة التحكيم تفصل في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، المادة 1050 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ.د، المشار إليه سابقاً.

وهو ما نص عليه المشرع المصري كذلك في قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في نص المادة 1/39، وقد أضاف المشرع في نص هذه المادة أنه إذا اتفق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك

- ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات الغرف التجارية ومراكز التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003، ص 108.

² نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة بجنيف لسنة 1961: "إن الفرقاء أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على الحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع... الخ".

كما نصت المادة 42 من أن اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى على ما يلي: "تحكم المحكمة في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان... الخ".

كما نص القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع، وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك".

³ بموجب هذا المبدأ إن شاءت الإرادة فإن العقد لا يخضع لأي قانون، وإن شاءت أخضعت لقانون تختاره، وقد كان لهذا المبدأ تأثير بالغ في آلية القانون الدولي الخاص الذي اعتبر النقاء الإيرادات المتعاقدة كافيًا بحد ذاته ليكون مصدراً للالتزام.

- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 298، 299.

- محمد وليد هاشم المصري، "العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد العشرون، يناير 2004، ص 169.

- محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008، ص 113 و ص 149.

⁴ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 342، 343.

⁵ هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 123.

⁶ نفس المرجع، ص 145.

بضرورة اختيار القانون الذي يتصل بهذا العقد.¹

نشير في هذا الصدد أنه متى كانت عبارات العقد واضحة وصريحة يقوم المحكم بتطبيق ما جاءت به هذه الأخيرة، غير أن أحكام التحكيم قد خالفت ذلك في العديد من الأحكام الصادرة عنها.

2. الاتفاق الضمني على القانون الواجب التطبيق

في غياب الاتفاق الصريح من الأطراف المتنازعة في تحديد القانون الواجب التطبيق تم استخلاص إرادة الأطراف من خلال النظر فيما يلي:

- عند اختار المتعاقدان بنود عقد نموذجي Contrat - Type وضع وفقا لقانون دولة ما، يعني اتجاه إرادتهما ضمنيا نحو اختصاص هذا القانون.

- قد يحيل الأطراف حكم بعض المسائل فقط في العقد لقانون ما، فيكون هو القانون المختص وفق إرادتهم الضمنية لحكم العقد برمته.

- من خلال طريقتهم في إبرام العقد أو من خلال تصرفاتهم اللاحقة على إبرامه، كالنظر للغة المستخدمة، وتحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع أو مكان تنفيذ الالتزام أو محل تسديد الثمن أو تحديد نوع العملة... الخ.

لقد انقسم الفقه في الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق من المحكمين لقسمين، **فيرى الاتجاه المعارض له:** أنه يؤدي لإعطاء الحرية للمحكم للبحث عن إرادة الأطراف ومن شأن ذلك أن يخل بتوقعاتهم، كما أنه عمليا من النادر أن يغفل الأطراف اختيار القانون الواجب التطبيق، من جهة أخرى لا يمكن القول بوجود هذه الإرادة الضمنية لأن الأطراف تعمدوا عدم إثارة القانون الواجب التطبيق لكي لا يؤدي الاختلاف لعدم التعاقد.

أما **الاتجاه المؤيد للاختيار الضمني:** فيرى أنه لا بد من التسوية بين الإرادة الضمنية والصريحة في اختيار قانون العقد، شريطة أن يتأكد المحكم من وجود الإرادة الضمنية عن طريق قرائن لها أن تكشف عن إرادة حقيقية للمتعاقدين.²

لقد طرح تساؤل حول هل يحق لإرادة الأطراف لوحدها أن تشير لتطبيق تشريع دولة ما على عقدهم حتى في غياب أي رابطة لهذا العقد مع هذه الدولة؟

مما لا شك فيه أن الأطراف المتعاقدة تعمل على اختيار القانون الذي يكون له صلة بالعقد، لأن من مصلحتهم الإشارة لقانون يعرفونه أو تربطهم به رابطة معينة، وهذا بحكم جنسيتهم أو بحكم مكان الإبرام وإما باعتباره مكان التنفيذ، غير أنه لا يوجد ما يمنع من تعيين قانون لا تربطه بالعقد أي صلة متى تطلبت

¹ - هشام علي صادق، المرجع السابق، ص ص 349، 350.

² - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 352، 353.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المصلحة ذلك، وهو ما تتطلبه كذلك طبيعة التعاقد على المستوى الدولي،¹ حتى أن هناك من أجاز للمتعاقدین الاتفاق على تجزئة النظام القانوني الذي يركزون في ظلّه علاقتهم ليطبق منه بعض نصوصه مع استبعاد الباقي،² ويرى بعض الفقهاء أنه ليس منطقياً ترك الأطراف المتعاقدة تختار القانون الذي يطبق على العقد، لأن ذلك سيؤدي لنوع من الغش والتحايل على القانون، لأنهم قد يختارون قانوناً ليس بالقانون الذي يجب تطبيقه على النزاع عند إعمال وتطبيق قواعد الإسناد في قوانين الدول،³ بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع لأحكام المادة 1050 من ق.إ.ج.م.إد نجده أخذ بمبدأ سلطان الإرادة⁴ ونص صراحة على تطبيق قواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وهنا متى تم اتفاق الأطراف المتعاقدة على تطبيق قانون دولة معينة فإن هذا يفيد تطبيق القانون الداخلي دون قواعد تنازع القوانين.⁵

ثانياً: حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق

عند عدم تحديد القانون الواجب التطبيق من المحكمين في عقود البوت ظهرت العديد من الآراء الفقهية في تحديده نبرزها على النحو التالي:

1. خضوع عقود البوت لقانون الدولة المضيفة

اختلف أنصار هذا الاتجاه في الأسانيد التي استندوا إليها لتبرير اتجاههم نبرزها على النحو التالي:

أ. استناداً لوجود قرينة مفترضة لصالح الدولة المضيفة

استند أنصار هذا الاتجاه لما ذهب إليه المحكمة الدائمة للعدل الدولي في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية بأن: "كل عقد لا يكون بين الدول باعتبارها شخص من أشخاص القانون الدولي العام يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما، ويختص فرع القانون المعروف باسم القانون الدولي الخاص أو نظرية تنازع القوانين بتحديد هذا القانون"، وأكدت المحكمة على أنه: "لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة فلا يمكن افتراض أن الالتزامات التي قبلتها والتي تتعلق بهذا القرض تخضع لأي قانون آخر غير قانونها."⁶

من خلال هذا الحكم يتضح أن المحكمة الدائمة للعدل الدولي استبعدت العقود التي تبرمها الدولة من الخضوع للقانون الدولي، كما أنها ونظراً لذاتية هذه العقود أخضعتها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، استناداً لوجود قرينة متمثلة في وجود الدولة كطرف في العقد، وهو ما أخذت به أيضاً محكمة النقض

1- محمد وليد هاشم المصري، المرجع السابق، ص 172.

2- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، د ط، ص 36، 35.

3- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 118.

4- في القدم كان الفقه القديم يخضع العقود الدولية لقانون محدد سلفاً وهو إما قانون بلد الإبرام أو قانون دولة التنفيذ.

- أحمد رشاد محمود سلام، المرجع السابق، ص 374.

5- تنص المادة 23 مكرراً 1 من القانون رقم 10/05، المتضمن تعديل ق.م. على أنه: "إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق فلا تطبق إلا أحكامه الداخلية دون تلك الخاصة بتنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

6- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007، ص 417.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الفرنسية حيث ذهبت إلى أن كل شخص خاص يتعاقد مع دولة ذات سيادة يخضع لقوانين هذه الدولة.¹ وهو ما حكمت به محكمة التحكيم في قضية Aramco.²

لقد أخذت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى بهذا الاتجاه، وذلك من خلال أحكام المادة 42 منها،³ في حين أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 اكتفت بالنص بأنه في حالة لإغفال الإشارة للقانون الواجب التطبيق يقوم المحكمون بتطبيق القانون المحدد بموجب قاعدة تنازع القوانين التي يرون أنها مناسبة،⁴ مما قد يؤدي لتطبيق قانون غير قانون الدولة المتعاقدة لأن للمحكم سلطة اختيار قاعدة تنازع القوانين التي يرى أنها مناسبة.

تعرض هذا الاتجاه للانتقاد ومن جملة ما وجه إليها من نقد نورد ما يلي:

- ليس هناك ما يمنع الدولة من الالتزام في مواجهة دولة أخرى وفقا لقواعد القانون الخاص، وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد على أساس أنه ليس ذا فائدة فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكم العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية الخاصة.

- تطبيق الاتجاه السابق يتطلب الفصل في مسألة أولية هي متى تتصرف الدولة بوصفها طرفا من أطراف القانون الدولي، ومتى تتصرف الدولة بوصفها طرفا من أطراف القانون الداخلي، وهو ما يستلزم إيجاد معيار آخر جديد يسمح بالتمييز بين الحالتين.

- لما كانت الدولة تتعلق على نحو متصل بالحياة السياسية والاقتصادية للدولة، لاسيما في الدول الآخذة بالنمو فإنه يكون من الأفضل أن يقع على عاتق هذه الأخيرة تحديد فيما إذا كانت قد تعاقدت كشخص من أشخاص القانون الدولي العام أو لا، فهذه المسائل لا يتم الفصل فيها من خلال القضاء في تاريخ لاحق.⁵

ب. استنادا لاعتبارات سياسية وقانونية

بالنسبة للاعتبارات السياسية فكان مصدرها دول أمريكا اللاتينية التي رفضت خضوع المتعاقدين الأجانب معها للقانون الدولي،⁶ واستندوا في ذلك لمبدأ المساواة في المعاملة بين الوطنيين والأجانب، وهو ما يترتب عليه خضوع الأجانب للقانون الوطني للدولة على نحو كامل مع عدم إمكانية تمتعهم بالحقوق دون تحمل الالتزامات، وهنا قامت دول أمريكا اللاتينية في علاقاتها مع الأجانب بإعمال شرط Calvo

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 366.

² - جاء في حكم التحكيم أن القانون الساري في المملكة العربية السعودية هو القانون الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز البترولي، إذ أنه من المفترض أن العقود التي تبرمها الدولة ذات السيادة تخضع لقانونها الوطني حتى يتم إثبات العكس.

³ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 418.

⁴ - نصت المادة 42 على أنه: "تحكم المحكمة في النزاع وفقا للواعد القانونية التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة تطبيق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك قواعد تنازع القوانين... الخ"

⁵ - أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 191.

⁶ - نفس المرجع، ص 178.

⁷ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 427، 433.

⁸ - أساس رفضها هو للحد من استغلال هذه الشركات الكبرى فكرة الحماية الدبلوماسية للتدخل في الشؤون الداخلية للدول.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

والذي بموجبه يتنازل الشخص الأجنبي عن كل طرق الادعاء الدولية سواء كانت عامة أو خاصة.¹ بالنسبة للاعتبارات القانونية فقد كانت مستندة للمواثيق الدولية، وبالضبط لقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1803 الصادر في 14 ديسمبر 1962 والخاص بالسيادة الدائمة على الموارد الطبيعية،² ثم بعد ذلك صدر قرار آخر يحمل رقم 3281 ونص على تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة، وهو ما نصت عليه أحكام المادة الثانية منه والتي جاء فيها ما يلي: "كل دولة لها الحق في أن تؤمم أو تصادر أو تنتقل ملكية الأموال المملوكة للأجانب إليها ولكن يتعين عليها أن تقوم بدفع تعويض مناسب طبقاً للقوانين واللوائح النافذة فيها، وفي جميع الأحوال التي تثور فيها منازعة بشأن مسألة التعويض فإن هذه المنازعة يفصل فيها وفقاً للقانون الداخلي للدولة التي اتخذت إجراءات التأميم وبواسطة محاكم هذه الدولة، إلا إذا اتفقت جميع الدول المعنية فيما بينها على وسائل أخرى سلمية على أساس من السيادة المتساوية لكل الدول وطبقاً لمبدأ حرية اختيار الوسائل."³

لقد تعرض هذا الاتجاه للنقد ومن جملة ما وجه له من نقد ما يلي:

- هذه القرارات مجرد توصيات لا تتمتع بأي قوة ملزمة للدول، كما أنها غير مقترنة بأي جزاء، كما أنه لا يمكن إجبار الدول على إصدار قوانين تقوم بتكريسها.

لقد تعرض هذا الرأي لانتقاد شديد من قبل المنظمات الدولية، كما أن العديد من الدول الصناعية المتقدمة تقول بأن القرارات الصادرة عن الأمم المتحدة تشكل مبادئ يمكنها أن تكتسب صفة العرف الدولي متى توافرت شروط تكوين هذا الأخير.⁴

- لا يمكن إنكار دور القواعد الناتجة عن الرضا الذي تحقق عن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة والتي كرست مبادئ قانونية عامة والتي تشكل نوعاً جديداً من الالتزامات المعروفة بـ Soft Law.⁵

في قضية Liamco قال المحكم أن القرارات ذات الطابع الاقتصادي الصادرة عن الأمم المتحدة وإن لم تشكل مصدراً جماعياً للقانون، فإنها تعد دليلاً على اتجاه جديد يحظى بالأغلبية ويتعلق بالحق السيادي للدول على مواردها الطبيعية، إلا أن هذا الحق يمارس في حدود احترام الاتفاقات التعاقدية والالتزام بالتعويض، وفي قضية Aminoil أوضحت محكمة التحكيم أن قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة لا تشكل قواعد قانونية أمرت بحظر على الدولة أن تتعهد بعدم القيام بإجراء أي تأميمات خلال فترة معينة.⁶

¹ - عبد الحميد الأحديب، التحكيم أحكامه ومصادره، المرجع السابق، ص 335.

² - نصت المادة 4 منه على حق الدول في التأميم أو نزع الملكية أو المصادرة ووضعت شروطاً لذلك وهو أن يكون ذلك بهدف تحقيق منفعة عامة أو مصلحة وطنية على أن يتم دفع تعويض مناسب للمالك وفقاً للقواعد السارية في الدولة التي تتخذ هذه الإجراءات عند ممارستها لسيادتها.

³ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 368، 369.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 446.

⁵ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 369.

⁶ - نفس المرجع، ص 369.

ج. استنادا لتكييفها كعقود إدارية

قال أنصار هذا الاتجاه بأن عقود البوت المبرمة مع شركات المشروع الأجنبية تتوافر على نفس خصائص العقد الإداري، ومن ثم فإعمال نظرية العقد الإداري على هذه العقود يجعل هذه العقود تخضع لذات النظام القانوني الذي يخضع له العقد الإداري.

د. استنادا لإعمال قواعد القانون الدولي الخاص

اختلف أنصار هذا الاتجاه في تحديد قواعد القانون الدولي الخاص التي يتعين إعمالها،¹ ووفق الأستاذ الدكتور فؤاد ديب فإن هذه الاتجاهات لم يكن لها انعكاس في التطبيق العملي، غير أنه لاحظ من خلال القرارات التحكيمية المنشورة وجود انعكاسات لاتجاهات أخرى وهي الاتجاهات التي تدعوا للأخذ بالنظم الآتية:

- نظام تنازع القوانين في قانون العقد: وأنصار هذا الاتجاه هم من أتباع المذهب الموضوعي في تطبيق مبدأ قانون الإرادة.

- نظام تنازع القوانين في قانون دولة مقر التحكيم: ونادى بهذا الاتجاه معهد القانون الدولي في دورته المنعقدة بأستردام سنة 1952، ومن أنصاره الأستاذ Sauser Hall.

يرى الاتجاه الفقهي السائد حاليا أن المحكم الدولي ليس ملزما من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع بإتباع قواعد الإسناد في قانون دولة المقر، أو في قانون العقد... الخ ما لم يكن هناك في العقد ما يدل على عكس ذلك، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، عن طريق الإحالة على نظام معين للتحكيم ينطوي على دلالة معينة واضحة بهذا الشأن.²

2. خضوع عقود البوت للقانون الدولي العام

انقسم أنصار هذا الاتجاه لثلاثة اتجاهات، اتجه يقول بأن كل مساس من الدولة بالعقد يعد عملا مخالفا للقانون الدولي، وقد برز هذا الاتجاه خلال الخمسينيات والستينيات ووفق هذا الأخير فإن القانون الدولي يفرض الاحترام المطلق للعقود ومن ثم فعدم تنفيذ أي التزام مصدره عقد يشكل إخلالا بالالتزام

¹ - قال البعض بوجوب رجوع المحكم لنظام تنازع القوانين في قانونه الوطني أو في قانون موطنه لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند عدم اتفاق المتعاقدين بشأن هذا القانون، على أساس معرفة المحكم به أكثر من غيره.

هناك اتجاه آخر يفضل الأخذ بالقانون الوطني للخصوم وليس للمحكم، وأنصار هذا الاتجاه ينادون بالرجوع لنظم تنازع القوانين في القانون الوطني المشترك للمتعاقدين أو قانون موطنهما المشترك في حال اختلافهما في الجنسية، على أساس أنها أكثر صلة وارتباطا من غيرها بشخص المتعاقدين وبالنزاع المعروف على التحكيم.

كما أن اتجاها آخر قال بتطبيق نظام تنازع القوانين في قانون المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، قياسا على الأصل فيما لو لم يكن هذا النزاع معروضا على التحكيم، ومنهم من يغلب نظام تنازع القوانين في قانون بلد تنفيذ حكم المحكمين انطلاقا من ضرورة وجوب اهتمام المحكم الدولي بتوافر أقصى قدر ممكن من الفعالية لقراره على الصعيد الدولي.

هناك اتجاه فقهي آخر طلب بتطبيق نظام تنازع القوانين الذي يتفق عليه أطراف النزاع تأسيسا على الطبيعة التعاقدية للتحكيم التي تسمح لهم بتحديد القانون الواجب التطبيق مباشرة أو بصورة غير مباشرة عن طريق اختيار نظام تنازع القوانين.

- فؤاد ديب، " المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الرابع والعشرون، العدد الثاني، 2008، ص ص 42، 43.

² - نفس المرجع، ص 43.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

دولي تتعقد بموجبه المسؤولية الدولية للدولة، فالعقود شأنها في ذلك شأن المعاهدات الدولية يجب أن تكون في منأى عن كل تصرف صادر عن الدولة من شأنه المساس بها.

يرى الاتجاه الثاني أن مساس الدولة بالعقد وحده غير كاف بل لابد من اقترانه بمخالفة دولية، ويعد الأستاذ Mann من أبرز أنصار هذا الاتجاه، ويسلم هذا الأخير بأن عقود الدولة تجد أساسها في القانون الوطني، إلا أن هناك مبررات قوية تبرر اللجوء لتطبيق قواعد القانون الدولي العام، لأن هذا القانون هو المناسب للعقد فهي الوسيلة اللازمة للتوفيق بين مصالح الأطراف ومتطلبات نظام اقتصادي متقدم،¹ ووفق هذا الاتجاه لا تتحقق المسؤولية الدولية للدولة بسبب عدم تنفيذ العقد، إلا في حالة توافر عمل دولي غير مشروع مثل إنكار العدالة.²

يرى أنصار الاتجاه الثالث أن عدم تنفيذ العقد في حد ذاته يشكل تصرفا مخالفا للقانون الدولي، شريطة ارتباط ذلك بمضمون قواعد القانون الدولي المنظمة للعقود، ويعتبر الأستاذ Prosper Weil أكثر المدافعين عن هذا الاتجاه.³

لقد تعرض الاتجاه القائل بإخضاع عقود البوت للقانون الدولي للنقد نوجز ذلك على النحو الآتي:

- عدم تمتع المتعاقد مع الدولة بصفة الشخص في القانون الدولي العام، ومن المتفق عليه أن القانون الدولي لا يسري إلا على أشخاصه، فالعقود التي تبرمها الدولة لا تعد اتفاقا دوليا بسبب وجود طرف خاص في العقد.

- هناك فرق بين العقد الدولي والاتفاقية الدولية فالعقد ليس بالمبرم بين دولتين، كما أنه لا يشكل معاهدة دولية بين الدولة المتعاقدة والدولة التي يتبعها الطرف الأجنبي.⁴

3. خضوع عقود البوت للمبادئ العامة للقانون⁵

يرى الفقيه Mc Nair أن المحكمين أخذوا بهذه المبادئ في الكثير من المنازعات، كما أوضح أنه عندما تحوز الدولة المتعاقدة والدولة التي ينتمي إليها الشخص الخاص المتعاقد معها أنظمة قانونية متطورة بالقدر الكافي الذي يؤهلها لأن تحكم هذا النوع من العقود، فالمحكم عليه أن يختار بينهما أو يجمع بينهما عند الفصل في النزاع، أما إذا كان القانون الوطني لكلا الطرفين غير متطور بالقدر الكافي، فإن النظام القانوني الأكثر مناسبة ليحكم العقد هو المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الدول.⁶

1- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 362، 361.

2- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 571.

3- نفس المرجع، ص 580، 577.

4- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 365، 363.

5- عرفت المبادئ العامة للقانون بأنها: "مجموعة القواعد العامة والأساسية التي تهيم على الأنظمة القانونية وتتفرع عنها قواعد أخرى تطبيقية تخرج إلى حيز التنفيذ في صورة التشريع والعرف، في حين أنها في دائرة المعاملات الدولية لا تحمل نفس الطابع فبعضها يستخلص من النظام القانوني الداخلي مثل مبادئ حسن النية وعدم التعسف، وبعضها يستخلص من النظام القانوني الدولي مثل مبادئ المساواة وحق الدولة في التمتع بثرواتها الطبيعية."

6- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 373، 372.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

بالرجوع لأحكام ق.إ.ج.م.إد الجزائري نجد بأنه نص صراحة على أنه في حالة غياب إرادة الأطراف يقوم المحكم بالفصل بحسب قواعد القانون والأعراف التي يراها ملائمة.¹

لقد تعرض هذا الاتجاه لجملة من الانتقادات نوردتها على النحو التالي:

- المبادئ العامة للقانون أحد مصادر القانونين الوطني والدولي ولا يمكن النظر إليها بعيدا عنهما،
- أعمال المبادئ العامة للقانون يؤدي لعدم إخضاع العقد لأي قانون، وهو ما يؤدي للخضوع للسلطة التقديرية الكاملة للمحكمين،

- الأنظمة القانونية تتضمن مبادئ عامة متعارضة ووجودها ضمن نظام قانوني متكامل يسمح لهذا الأخير أن يضع القواعد الموضوعية والآليات التي تسمح بإزالة المتناقضات بين هذه المبادئ،

- يرى الأستاذ Wengler أن هذه المبادئ لا تتضمن حولا للعديد من المسائل لقلتها، ومن ثم فهذه المبادئ لا يمكن أن تحكم المسائل تكوين العقد وصحته، كما لا يمكنها أن تحدد بدقة ما يمكن اعتباره قوة قاهرة.²

4. خضوع عقود البوت للقانون العابر للدول

يرجع الفضل للأستاذ Philip C. Jessup القاضي بمحكمة العدل الدولية عند إصداره لمؤلفه الذي يحمل عنوان Transnational Law سنة 1956 لظهوره والذي عرفه بأنه: "القانون الذي يشمل القواعد التي تحكم التصرفات والوقائع التي تتعدى حدود دولة واحدة"³، وهناك من قال بأن الميلاد الفقهي لنظرية القواعد عبر الدولية يعود لسنة 1928 وهو الميلاد الحقيقي لأولى الدراسات المتعمقة والمخصصة لعودة ميلاد ظاهرة القواعد عبر الدولية في العصر الحديث، في حين ذهب البعض إلى أن الميلاد الفقهي لنظرية القواعد العبر الدولية قد بدأ منذ بداية الستينيات من القرن العشرين، وبالذات منذ انعقاد مؤتمر لندن في 1962/9/24 حول المصادر الجديدة لقانون التجارة الدولية.⁴

القانون عبر الدولي نظام قانوني يتكون على نحو تلقائي بواسطة المتعاملين في إطار العلاقات التجارية الدولية وكذا بواسطة المؤسسات الدولية، وأيضا بواسطة قضاة التحكيم دون أي تدخل من القواعد الوطنية أو الدولية ليحكم عددا من الأنظمة الاقتصادية والتجارية، وهو قانون تسمح الدول بتطبيق أحكامه نظرا لتماشيه مع حاجات المعاملات الدولية الاقتصادية والتجارية.⁵

لقد انقسم الفقه بخصوص تطبيق القواعد عبر الدولية على عقود البوت لاتجاهين هما كالآتي:

¹ - المادة 1050 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقا

² - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 783،785.

³ - من خلال التعريف يبدو أن هذا القانون يهدف أساسا لتجاوز التقسيم التقليدي القائم بين القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، كما أن هذا القانون يهدف للبحث عن قانون ملائم يطبق على العلاقات الناشئة بين أشخاص القانون الدولي والأشخاص الخاصة الأجنبية، كما يعبر عن الرغبة في التخلي عن قواعد تنازع القوانين المعمول بها في إطار القانون الدولي الخاص من أجل تنظيم العلاقات القانونية الناشئة بين الأشخاص الخاصة المتمتعة بجنسيات دول متعددة.

- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص ص 375،376.

⁴ - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 153،154.

⁵ - حفيفة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص ص 752، 753.

أ. الاتجاه المعارض لخضوعها للقواعد عبر الدولية

يمثل غالبية فقه الدول النامية أنصار هذا الاتجاه، وقد حظي بدعم بعض الفقه الغربي كذلك، وقد تعددت الأسانيد التي استند إليها أنصاره لتبرير موقفهم نوردها منها:

- عدم وجود قواعد عبر دولية، فهي حسبهم مازالت مجرد محاولات ومقترحات فقهية ولم تتجاوز هذا النطاق، على الأقل في إطار العقود المبرمة بين الدول والأطراف الأجنبية، كما أنه من الصعب تحديد هويتها وطبيعتها من جهة أخرى،¹

- محتوى هذا القانون غامض، لذا المحكم سيرجع لنظم قانونية أخرى مما يفتح الباب للنظرة الشخصية. يترتب على هذا الاتجاه أن عقود البوت تخضع لقانون الدولة المضيفة، لأنها من عقود القانون العام، وفيما يتعلق بتطبيق القواعد عبر الدولية باتفاق الأطراف فقد أجازته الفقه متى كان التحكيم بالصلح، ولما كان المشرع الجزائري قد نص صراحة على أن المحكمين يفصلون وفقا لأحكام القانون،² فإنه يكون قد فعل حسنا بتقييد المحكمين بالفصل في النزاع وفقا للقواعد القانون الموضوعية، وهو ما سيؤدي بالنتيجة لرد الاتجاه السابق.

ب. الاتجاه المؤيد لخضوعها للقواعد عبر الدولية

استندوا في ذلك للقرارات الصادرة عن الجمعيات العلمية المتخصصة في مجال القانون الدولي، لاسيما قرار مجمع القانون الدولي في سنة 1989 تحت عنوان: Arbitration Between States, State Enterprises or State Entities, and Foreign Enterprises لتضمنه قواعد تحقق مصطلح القواعد عبر الدولية منها: مبادئ النظام العام الدولي Príncipe of International public policy، ومصطلح المبادئ العامة للتحكيم الدولي General principles of international arbitration... الخ.³

لقد انتقد تطبيق القواعد عبر الدولية على عقود البوت على أساس أنه ليس لها مصادر قانونية خاصة بها فمصادرها مشتركة مع القانون الداخلي والقانون الدولي، كما أنه لا يوجد بها آليات خاصة به لتوقيع الجزاءات على من يقوم بمخالفة قواعدها.⁴

نرى نحن بأن تطبيق القواعد العبر الدولية على عقود البوت ينطوي على مساس بطبيعتها، وكذا عدم وجود قواعد عبر دولية كافية تتلاءم وخصوصيتها، وحتى ولو قام المحكم بتطبيق هذه القواعد على أساس تغطية النقص في القواعد القانونية في قانون الدولة المضيفة، فعليه أن يراعي على وجه الخصوص النظام العام والقواعد الداخلية ذات التطبيق الضروري في قانون هذه الدولة.

¹ - حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص 763.

² - المادة 1023 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا

³ - نادر محمد إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 471، 476.

⁴ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 377.

الفرع الثالث:

صدر الحكم التحكيمي وتنفيذه

بعد أن تقوم هيئة التحكيم بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، يتم السير في إجراءات التحكيم إلى أن يتم الفصل في المنازعة المعروضة عليها من قبل الأطراف بصدر حكم تحكيمي خلال الفترة المحددة لذلك، فالهدف الرئيسي للحكم هو جعل هذا الأخير نهائيا وملزما في القضية موضوع النزاع،¹ والذي يتعين أن يكون مستوفيا لجملة من الشروط نقوم ببيانها من خلال دراستنا في هذا الفرع، ولما كان الحكم التحكيم لا يبقى في منأى عن رقابة قضاء الدولة فيمكن أن يتعرض للطعن في حالات معينة نقوم بإبرازها، ثم في ختام دراستنا نبرز الفعالية الدولية لتنفيذ الحكم التحكيمي لما لها من أهمية وهو ما يميز التحكيم عن غيره من الطرق البديلة الأخرى، نتناول ذلك على النحو التالي:

أولاً: صدور الحكم التحكيمي

حدد المشرع الجزائري جملة من الشروط الواجبة التوافر فيه حتى يكون هذا الأخير صحيحا ومنتجا لآثاره، وفي حال إغفال ذلك يمكن الطعن فيه بالبطلان، نبين ذلك على النحو التالي:

1. شروط إصدار الحكم التحكيمي

هناك شروط لا بد من احترامها عند إصدار حكم التحكيم منها ما هو متعلق بميعاد إصداره، ومنها ما هو متعلق بتسليمه والشكل الذي يأخذه فنصل في ذلك على النحو الآتي:

أ. ميعاد إصدار حكم التحكيم

يتعين على هيئة التحكيم إصدار الحكم التحكيمي المنهي للنزاع خلال المدة المحددة لإصداره، ونادرا ما تحدد العقود الدولية مدة معينة لذلك،² وقد يقوم الأطراف بتحديد هذا الميعاد مباشرة في اتفاق التحكيم، أو بطريقة غير مباشرة كالإحالة للإحالة مركز التحكيم، وهذا من أجل السرعة في حل المنازعات الناشئة والتي تتعلق بمبالغ كبيرة جدا،³ ويبدأ سريان الميعاد إما منذ بدء إجراءات التحكيم أو منذ اكتمال تشكيل هيئة التحكيم أو منذ انتهاء الجلسات التحكيمية وإقفال باب المرافعات.

في بعض الحالات لا تتمكن هيئة التحكيم من الفصل في النزاع المعروض عليها خلال المدة المتفق عليها، هنا يجوز للأطراف الاتفاق على تمديد ميعاد إصدار الحكم التحكيمي، لكن الإشكال يثور في حالة عدم اتفاق الأطراف؟

¹ - TURNER Ray, Arbitration Award: a practical approach , Blackwell Publishing, Oxford, UK, First edition, 2005, p 4.

² - أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص 90.

³ - إلا أن البعض يشير إلى انه على الرغم من أن السرعة أحد الأسباب في اللجوء للتحكيم إلا أن العديد من الأحكام التحكيمية اتسمت بإجراءاتها بالطول مما أفقدها المرونة والسرعة وإن كان لا يزال يعتبر عموما أسرع من سبل التقاضي التقليدية.

-NOEL Chahid-Nourai, LAZERGES Romaric, Op. cit, p p 1926, 1927.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

المشرع الجزائري حسم هذا الإشكال ونص صراحة على أنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تمديد الأجل، فتمديده يكون وفقا لنظام التحكيم وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة،¹ ولم يقيم المشرع الجزائري بتحديد أجل معين للتمديد، وإن كانت في الحالة الأولى والتي يتم في التمديد وفقا لنظام التحكيم يمكن أن تكون محددة في هذا الأخير، خلافا للمشرع المصري الذي حددها في نص المادة 1/45 من قانون التحكيم لسنة 1994 بستة أشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك.² نرى أن المشرع الجزائري أراد تجسيد السرعة في الفصل في أحكام التحكيم من خلال جعل هذه المدة 4 أشهر، غير أن هذا النص قد لا يضمن السرعة في حالة اتفاق الأطراف سواء بطريقة مباشرة وغير مباشرة على أجل لإتمام المحكمين للمهمة التحكيمية والذي قد يزيد على 4 أشهر، وكذلك لم يقيم المشرع الجزائري بتحديد المدة التي يجب بعد انقضائها على المحكم الفصل في النزاع في حالة التمديد، فقد نص المشرع الجزائري على صحة اتفاق التحكيم وإن لم يحدد أجل لإنهائه، وفي هذه الحالة ألزم المحكمين بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

نرى كذلك أنه حسنا فعل المشرع الجزائري بجعله تقرير مد أجل التحكيم مرتبطا أولا بموافقة الأطراف، بعد أن أقر ابتداء إمكانية قيام الأطراف بتحديد هذا الأجل، وهو ما يستنتج بمفهوم المخالفة لأحكام المادة 1018 ق.إ.ج.م.إد، وحسنا فعل كذلك عندما لم ينص على إمكانية التمديد لمرّة أخرى على غرار المشرع المصري.

نرى أنه وإن كان المشرع الجزائري لم يحدد ابتداء مدة يتعين إصدار الحكم التحكيمي خلالها تاركا الحرية للأطراف، رغبة منه في تجسيد مبدأ حرية الأطراف المتعاقدة، إلا أنه كان من المستحسن تحديد أجل أقصى لا يتعين تجاوزه ويكون لمدة 4 أشهر، مع إجازة التمديد متى اقتضت الضرورة ذلك ولمرة واحدة، وكذا تحديد مدة للتمديد وأن لا تتجاوز هذه الأخيرة المدة الأولى.

ب. تسليم حكم التحكيم

يعتبر حكم التحكيم قد صدر عن هيئة التحكيم بإعلانه وتسليمه للأطراف، حيث أن حكم التحكيم لا يعد حكما بالمعنى الفني الدقيق إلا من التاريخ الذي يخرج فيه من ولاية الهيئة التحكيمية، إذ أنه قبل هذا التاريخ يعد بمثابة مشروع حكم تتدخل فيه هيئة التحكيم بالحذف أو التعديل أو الإضافة.

لقد اختلفت التشريعات في مسألة إيداع حكم التحكيم، فالقانون المصري أوجب إيداع حكم التحكيم (أصله أو صورة موقعة منه) في كتابة ضبط إحدى المحاكم القضائية المصرية، بموجب نص المادة 47 من قانون التحكيم لسنة 1994 وذلك من قبل من صدر الحكم لصالحه، باللغة التي صدر بها أو ترجمة

¹ - المادة 2/1018 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إد، المشار إليه سابقا.

² - أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 146.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لها باللغة العربية مصدق عليها من جهة معتمدة بكتابة ضبط محكمة استئناف القاهرة، أو في قلم كتابة أية محكمة استئناف أخرى يتفق عليها الطرفان، ويحرر كاتب المحكمة محضرا بهذا الإيداع ويكون لكل من طرفي التحكيم الحصول على هذا المحضر.¹

لو رجعنا لأحكام القانون الجزائري فإننا لا نجد نصا مماثلا، واكتفى المشرع بإلزام الطرف الذي صدر الحكم لصالحه بإيداعه بأمانة المحكمة في حالتين: الحالة الأولى في تنفيذ أحكام التحكيم، وهنا يقوم الطرف الذي يهيمه التعجيل بإيداع حكم التحكيم سواء النهائي أو الجزئي أو التحضيري بأمانة ضبط المحكمة² (محكمة محل التنفيذ باعتبار أن مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الإقليم الوطني)، أما الحالة الثانية وهي في حالة الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر فهنا يتعين تقديم الأصل.³

ج. شكل حكم التحكيم

يصدر حكم التحكيم عادة مكتوبا،⁴ وهو ما نصت على وجوبه المادة الثانية من لائحة اليونسترال لسنة 1976،⁵ كما أوجبه اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى نصت في المادة 48 منها،⁶ كما نص على وجوبيتها المشرع المصري في المادة 1/43 منه، في حين أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على وجوبية صدور حكم التحكيم كتابة، غير أنه يستشف من مواد أخرى أن الحكم لا بد أن يكون مكتوبا.⁷

نشير في هذا الصدد إلى أن المادة 4 من اتفاقية الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة بنيويورك لسنة 1958، نصت على أنه يتعين على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما أن يقدم مع الطلب: أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند... الخ.⁸

2. إمكانية الطعن في أحكام التحكيم بعد صدورها

نص المشرع الجزائري على غرار باقي مشرعي الدول الأخرى، على طريق واحد للطعن في أحكام التحكيم وهو رفع دعوى بطلان أصلية، وقد انقسمت الأنظمة القانونية في نطاق البطلان لاتجاهين، الاتجاه الأول: وهو الاتجاه الموسع لنطاق البطلان ويعد كل من القانونين الجزائري

1- أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 147.

2- المادة 1035 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.ج.م.إ.د، المشار إليه سابقا.

3- المادتين: 1051، 1052، من نفس القانون.

4 - Ray Turner, OP. Cit, p 9.

5- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 387.

6- أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص 192.

7- ومن بين ما يدل على ذلك:

- نص المشرع على وجوب تضمين أحكام التحكيم عرضا موجزا لإدعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم، كما اوجب أن تكون هذه الأخيرة مسببة.

- نص المشرع على تضمين حكم التحكيم جملة من البيانات الإلزامية.

- نص المشرع على توقيع أحكام التحكيم من قِبل جميع المحكمين، وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك.

- نص المشرع على إيداع أصل الحكم في تنفيذ أحكام التحكيم.

- المواد: 1027، 1028، 1029، 1035، من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

8- أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنيا وإقليميا ودوليا"، المرجع السابق، ص ص 170، 171.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

والمصري من هذه الأنظمة،¹ في حين أن هناك اتجاه ضيق في نطاق البطلان على سبيل المثال القانونين البلجيكي السويسري،² تفصل في ذلك على النحو التالي:

أ. مدة رفع دعوى البطلان

حدد المشرع الجزائري المدة التي يجب أن يرفع الاستئناف خلالها وهي أجل شهر واحد ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، وفي الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر نص على أن هذا الطعن لا يقبل بعد أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ، وحدد الجهة التي يتم رفعه أمامها وهو المجلس القضائي الذي صدر الحكم في دائرة اختصاصه.³ لقد نص المشرع الجزائري على إمكانية أن يقوم المحكم بتفسير الحكم،⁴ غير أنه لم يحدد أجلا معيناً لصدور هذا الأخير على غرار باقي التشريعات،⁵ فهل يعد هذا الحكم التفسيري في هذه الحالة متمماً للحكم الأصلي، وفي هذه الحالة هل تسري مدة الطعن من تاريخ التبليغ الرسمي؟ أو من تاريخ صدور الحكم التفسيري؟ كما أن المشرع الجزائري لم يحدد كذلك مدة يلتزم فيها المحكم بإصدار تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه.

ميز الفقه هنا بين حالتين، الحالة الأولى وهي حالة صدور حكم تفسيري مغايراً في منطوقه لحكم التحكيم قبل انتهاء ميعاد رفع الدعوى ببطلان حكم التحكيم، فإن هذه المدة تبدأ من تاريخ الحكم الأصلي، أما في الحالة الثانية وهي صدور حكم التفسيري مغاير بعد انتهاء مدة رفع الدعوى فهنا تبدأ مدة ثلاثين يوم (شهر وفقاً للتشريع الجزائري) جديدة لرفع الدعوى.⁶

ب. أسباب بطلان حكم التحكيم

لقد وردت الأسباب التي متى توافرت كان حكم التحكيم قابلاً للطعن فيه بالبطلان في كل من القوانين الوضعية التي نظمت التحكيم وكذا في اتفاقية نيويورك، وقد وردت هذه الأسباب على سبيل الحصر لا على سبيل المثال نوردها على النحو التالي:

- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي

- إذا فصلت محكمة التحكيم بناءً على اتفاقية باطلة: تكون اتفاقية التحكيم باطلة متى تعلقت بأحد المسائل

¹ - حفيفة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، د س، ص 94.

² - حيث أن المحاكم البلجيكية لا تنظر في دعاوى البطلان إلا إذا كان أحد الأطراف في الحكم التحكيمي شخصاً طبيعياً يتمتع بالجنسية البلجيكية أو له موطن في بلجيكا أو شخص اعتباري تم تكوينه في بلجيكا أو له فرع أو مقر للإعمال فيها أيما كانت طبيعته، في سويسرا إذا لم يكن للطرفين لا موطن ولا محل إقامة معتادة ولا مؤسسة في سويسرا، فإنه يمكنهم من خلال إعلان رغبتهم الصريحة في اتفاق التحكيم أو في اتفاق مكتوب لاحق، استبعاد كل طريق للطعن على الحكم التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم، كما يمكنهم كذلك عدم استبعاد الطعن بالبطلان إلا بالنسبة لبعض الأسباب.

- نفس المرجع، ص 107، 109.

³ - المواد: 105/1058/1059 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إ.د، المشار إليه سابقاً.

⁴ - المادة 1030 من نفس القانون.

⁵ - مثلاً حددها المشرع الأردني في نص المادة 45 من قانون التحكيم رقم 31 لسنة 2001 بثلاثين يوماً. أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنياً وإقليمياً ودولياً"، المرجع السابق، ص 35.

⁶ - نفس المرجع، ص 287.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

التي لا يجوز التحكيم فيها، وقد حددها المشرع الجزائري بالمسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم، كما أنه نص على عدم جواز لجوء الأشخاص العامة للتحكيم إلا في حالتها وهما بصدد علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية.¹

- إذا فصلت محكمة التحكيم دون اتفاقية تحكيم، أو بعد انقضاء مدة الاتفاقية: لأن اتفاق التحكيم الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطته في الفصل في النزاع المعروف عليه.

- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون: لقد نص المشرع الجزائري على أن تشكيلة محكمة التحكيم تكون من محكم أو عدد من المحكمين بعدد فردي،² ومتى خولفت قاعدة الوترية فإن التشكيلة تكون باطلة بطلانا مطلقا، كما يكون تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون في حالة ما إذا أسندت مهمة التحكيم لشخص طبيعي لا يتمتع بحقوقه المدنية، كما أن تشكيل محكمة التحكيم لا يكون صحيحا إذا لم يقبل المحكم أو المحكمون المهمة المسندة إليهم، أو أن المحكم علم بأنه قابل للرد ولم يخبر الأطراف لكي يوافقوا على بقائه.

- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها: لأن المحكم يستمد سلطته في الفصل في المنازعة من إرادة الأطراف، ومن ثم فإن تجاوزه لهذه الحدود يجعل الحكم محلا للطعن بالبطلان،³ ومثال ذلك أن يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد العدالة والإنصاف على أساس التسوية الودية غير ملتزم بتطبيق القانون، في حين أن الأطراف اتفقوا على تطبيق قواعد قانون معين، أو أن المحكم قام بالفصل في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم.

- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية: وهذا احتراما لمبدأ احترام حقوق الدفاع، فعلى الرغم من أن المحكم شخص خاص يستمد سلطته من إرادة الأطراف واتفاقهم، إلا أنه وعند ممارسته لمهمته بالفصل في النزاع يعد بمثابة قاضي يؤدي ذات الوظيفة، ويقوم بنفس الدور الذي يقوم به هذا الأخير عند الفصل في المنازعة المعروضة عليه، بالإضافة لذلك فمبدأ الوجاهية يرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ المساواة بين الأطراف في كافة مراحل نظر النزاع لغاية صدور الحكم.⁴

- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو وجد تناقض في الأسباب: لقد أوجب المشرع الجزائري تسبب أحكام التحكيم،⁵ وإغفال ذلك يرتب البطلان، كما أنه رتب البطلان كذلك في حالة ما إذا كان تسبب الحكم التحكيمي متناقضا، ويرفع الاستئناف أمام المجلس القضائي خلال أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة،⁶ وتوقف الطعون تنفيذ أحكام التحكيم.

¹ - المادة 1006 من القانون رقم 09/08، المتضمن ق.إ.م.إد، المشار إليه سابقا.

² - المادة 1017 من نفس القانون.

³ - صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 151.

⁴ - نفس المرجع، ص 160، 159.

⁵ - المادة 1027 من القانون رقم 09/08، المشار إليه سابقا.

⁶ - المادة 1057 من نفس القانون.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

بعد استعراضنا للحالات التي حددها المشرع الجزائري على سبيل الحصر كأوجه للطعن بالبطلان، نشير أنه قام بإغفال حالة نرى بأنها أكثر الحالات أهمية، ألا وهي حالة استبعاد القانون الذي تم اختياره بناء على اتفاق الأطراف، وكما بيننا فالقانون الواجب التطبيق على عقود البوت ذو أهمية بالغة من حيث تكييف العقود وكذا الآثار المترتبة على هذا التكيف.... الخ، ومن ثم فترتيب البطلان على استبعاد القانون المختار يعد نتيجة حتمية، لأن أحكام التحكيم كرسست مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وحماية له كان يتعين النص على حالة أخرى وهي حالة استبعاد القانون المختار من قبل المحكم أو هيئة التحكيم، كما أن المشرع لم ينص على حالة وجود تأثير غير مشروع قد يقع على أحد أعضاء المحكمة كسبب للطعن في الحكم التحكيمي، مع أن الأمر وارد لاسيما في عقود البوت.

ثانيا: الفعالية الدولية لتنفيذ أحكام التحكيم

التحكيم لا قيمة له إلا بإعطاء الفعالية للأحكام التي تصدر عن هيئات التحكيم، غير أن وجود نظام للرقابة القضائية الوطنية في كل دولة يمكن أن يحد من هذه الفعالية، بحيث يمكن أن يصبح الحكم قابلا للتنفيذ في دولة ما دون أن يكون قابلا للتنفيذ في دولة أخرى، في فرنسا في اجتهاد Inserm أكد مجلس الدولة على أنه إذا كان القاضي الإداري غير مختص بإجراء إلغاء قرار تحكيمي تم في الخارج، فإنه من ناحية أخرى مختص بطلبات التنفيذ الخاصة بها بغض النظر عن مقر التحكيم، كما أنه مختص بالنظر في دعاوى البطلان المقدمة ضد قرارات التحكيم الداخلية وحتى الدولية التي تكون صادرة في فرنسا والمتعلقة بالعقود الإدارية.¹

1. المعايير الدولية لفعالية أحكام التحكيم في الاتفاقيات الدولية

ما تسعى إليه كل الأطراف المتنازعة هو ذلك الحكم الذي يتوصل المحكم أو هيئة التحكيم في النهاية لإصداره، والذي سيظل دون أي قيمة إذا لم يتم تنفيذه، وتثار هذه المشكلة في حالة ارتباط التنفيذ بأكثر من نظام قانوني واحد، ولتجاوز هذه العقبات والمتمثلة على وجه الخصوص في اختلاف الأنظمة الوطنية التي تحول دون الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية والتي كانت ثمرة للتعاون الدولي، وسنتعرض لأهمها على النحو التالي:

أ. اتفاقية نيويورك لسنة 1958

هي من أهم الاتفاقيات الدولية التي عنيت بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية على الرغم من وجود اتفاقيات دولية أخرى إقليمية تعنى بنفس الموضوع، وقد حددت هذه الأخيرة الأسباب التي يمكن أن يستند إليها في رفض الاعتراف بأحكام التحكيم، حيث نصت المادة 5 منها بأنه: " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ

¹ -BRENET Francois, « Arbitrage et Contrat Administratif: L'incompétence toute relative du juge administratif », D.A, LexisNexis, Paris, N° 07, Juillet 2013, p 29.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ الدليل على:

(ه) إن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.¹

نشير هنا أن اتفاقية نيويورك لم تضع نصاً خاصاً بأسباب البطلان، إلا أن نص المادة 1/5 منها يتطابق بدرجة كبيرة مع أسباب البطلان الواردة في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، وبالرجوع لأحكام المادة الخامسة نجد بأن أسباب رفض التنفيذ تنقسم لقسمين: أسباب تكون بناء على طلب أحد أطراف النزاع وحددتها المادة 1/5 منها،² وأخرى تتقدم بها السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين من تلقاء نفسها حددتها المادة 2/5 منها.³

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن اتفاقية نيويورك لا تخل بصحة الاتفاقات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف مستفيد من حكم من حقه في التنفيذ أو بالقدر المقرر في تشريع أو اتفاقات البلد المطلوب إليه الاعتراف أو التنفيذ.⁴

ب. الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961

بالرجوع لأحكام هذه الاتفاقية نجد بأنها تضع أربعة أسباب كضوابط للبطلان مقيدة للدول الأطراف فيها والمرتبطين في نفس الوقت باتفاقية نيويورك، واعتبرت هذه الأسباب ذات أولوية في التطبيق بين الدول الأطراف في الاتفاقية.⁵

¹ - مجموعة نورتون روز، التحكيم في الشرق الأوسط، مجموعة نورتون روز، هونج كونج، الطبعة الثالثة، 2008، ص ص 171، 172.

² - وهي كالاتي:
- أن أطراف الاتفاق كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم،
- أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه،
- أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم، أو تجاوز حدودهما، فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق،
- أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق،
- إن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم.

³ - تتمثل في السببين التاليين: أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.
- أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

⁴ - المادة 7 من اتفاقية نيويورك.

⁵ - لقد نصت المادة 9 من هذه الاتفاقية على ما يلي: "أن إلغاء حكم تحكيمي خاضع لهذه الاتفاقية في بلد ما متعاقد لا يشكل سبباً لرفض الاعتراف أو لرفض التنفيذ في بلد آخر متعاقد إلا إذا كان هذا الإلغاء قد تم في البلد الذي صدر فيه الحكم التحكيمي أو وفقاً للقانون الذي صدر الحكم التحكيمي في نطاقه لأحد الأسباب التالية:
- إذا كان فرقاء الاتفاقية التحكيمية وفقاً لأحكام القانون المطبق عليهم عديمي الأهلية، أو إذا كانت الاتفاقية المذكورة غير صحيحة بموجب القانون الذي أخضعها الفرقاء إليه، أو في حال إغفال الإشارة إلى ذلك بموجب قانون البلد الذي صدر فيه.
- إذا كان الفريق الذي طلب الإبطال لم يجر تبليغه بتعيين المحكم أو بالأصول الإجرائية التحكيمية أو إذا كان قد تعرض عليه لأي سبب آخر أن يبدي أدلته.
- إذا كان الحكم التحكيمي متعلقاً بنزاع لم يشر إليه في الاتفاق التحكيمي أو لم يجر إدخاله في أحكام الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على قرارات تتجاوز أحكام الاتفاق التحكيمي أو الشرط التحكيمي، وعلى كل إذا كانت أحكام الحكم التحكيمي المتعلقة بالقضايا الخاضعة للتحكيم يمكن فصلها عن القضايا غير الخاضعة له فإن بالإمكان الإحجام عن إلغاء الأحكام الأولى.
- إذا كان تشكيل المحكمة التحكيمية أو الأصول الإجرائية للتحكيم لم تكن متطابقة مع اتفاق التحكيم أو في حال عدم حصول اتفاق على أحكام المادة 4 من هذه الاتفاقية." =

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

يلاحظ على هذه الاتفاقية أنها:

- تؤكد على الفعالية الدولية لأحكام بطلان الأحكام التحكيمية وذلك شريطة أن تستند لأحد الأسباب الأربعة التي نصت عليها المادة 1/9 من هذه الأخيرة،
- الاتفاقية خلت خطوة في سبيل إعاقة الأثر الدولي لحكم بطلان حكم التحكيم حتى مع صدوره وفقا للضوابط التي وضعتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958،
- اتفاقية جنيف أكثر تحررية من غيرها من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم، خاصة فيما يتعلق بمسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التي تم إبطالها من قبل قضاء دولة مقر التحكيم، أو قضاء الدولة التي طبق قانونها على التحكيم.¹

ج. اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى لسنة 1965

نصت المادة 54 منها على ضرورة اعتراف كل دولة بأحكام التحكيم وإلزامية تنفيذها كما لو كانت أحكاما وطنية نهائية صادرة من محاكمها الداخلية، واستثناء من ذلك فقد نصت المادة 52 منها على الأسباب التي تعطي الحق لكل طرف من الأطراف أن يطلب كتابة من الأمين العام لمركز التحكيم إبطال الحكم التحكيمي أو وقف تنفيذه.²

في حال إبطال الحكم يعرض النزاع بناء على طلب أي من الطرفين على محكمة جديدة، ويلاحظ أن الحكم الصادر عن هيئة تحكيم المركز لا يخضع لأي طريق من طرق الطعن الداخلية في الدول الأطراف في اتفاقية واشنطن لسنة 1965 ومن ثم لا يمكن إبطاله إلا وفق الطريق الذي رسمته الاتفاقية ذاتها بناء على سبب من الأسباب السالفة البيان.

2. الفعالية الدولية للقضاء ببطلان أحكام التحكيم

بالنظر للاختلاف بين القضاء المختص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم، عن القضاء المختص بإصدار الأمر بالتنفيذ له كقاعدة عامة، وهو ما يؤدي لخلق نوع من ازدواجية الرقابة على حكم التحكيم مما يثير مشكلة مدى إمكانية تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة عن قضاء دولة غير تلك الدولة المطلوب فيها إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم، هنا ظهر اتجاهان نبرزهما على النحو التالي:

أ. الاتجاه الرافض لتنفيذ الأحكام التحكيمية الباطلة

سعيًا وراء تحقيق أكبر قدر من الفعالية لأحكام التحكيم، نادى جانب من الفقه الأوروبي والأمريكي مدعوماً في ذلك ببعض أحكام القضاء الداخلي للقول بإمكانية تنفيذ أحكام التحكيم في الدول المطلوب من قضائها إصدار الأمر بالتنفيذ، وذلك على الرغم من أنه قد سبق القضاء ببطلانه، واستندوا في ذلك

= في العلاقات بين الدول المتعاقدة في هذه الاتفاقية والتي تعد في نفس الوقت أطرافاً في اتفاقية نيويورك لسنة 1958، فإن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لها أثر مقيد لأسباب البطلان التي تنص عليها المادة 1/5 هـ من اتفاقية نيويورك.

¹ - أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنياً وإقليمياً ودولياً"، المرجع السابق، ص 130، 131.

² - وذلك في حالة: عيب في تشكيل هيئة التحكيم، أو تجاوز هيئة التحكيم لسلطاتها بشكل ظاهر، أو أن تأثيراً غير مشروع قد وقع على أحد أعضاء المحكمة، أو أنه قد وقع تجاوز خطير لقاعدة أساسية من قواعد الإجراءات، أو أن الحكم قد أخفق في بيان الأسباب التي بني عليها.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 والتي نصت المادة 5 منها على أن الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لا يجوز رفضه، إلا إذا كان حكم التحكيم قد أبطل في قانون دولة المقر، فالنص الفرنسي يضع على عاتق الدولة التزاما برفض تنفيذ هذه الأحكام، ويعوض الخلل الوارد في النص الإنجليزي للاتفاقية والذي يجعل الأمر اختياريا، وأضاف أنصار هذا الاتجاه أن المادة 5/هـ من الاتفاقية قامت بتوزيع ضمني للاختصاص بين قضاء الدولة التي يتعين عليها الفصل في المنازعات الخاصة ببطلان حكم التحكيم، وقضاء الدولة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ، مع إلزام هذه الأخيرة بالانصياع للأحكام الصادرة في الدولة الأولى.

يرى أنصار هذا الاتجاه كذلك أن تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة يمكن أن يؤدي لعدم تشجيع الدول للجوء للتحكيم لاسيما مع الجهود المبذولة لإجازة التحكيم في العقود الإدارية الدولية بعد المعارضة،¹ كما أنه يمكن أن يشجع الأحكام التي لا يمكن الطعن فيها في أي مكان على الرغم من احتوائها على بعض العيوب، مما يجبر الطرف المحكوم ضده أن ينتزع شروع خصمه في إجراءات البدء في التنفيذ في أي دولة، حتى يمكنه أن يرد على ذلك بمعارضة في التنفيذ، ويرى أنصار هذا الاتجاه أيضا بأن هذا الحل سيعطي للقاضي الوطني الذي يصدر الأمر بالتنفيذ ذات السلطة الرقابية في مواجهة الحكم الصادر من دولة مقر التحكيم، سواء كان الحكم قاضيا بإبطال حكم التحكيم أو تأييده، كما أنه سيؤدي لتحقيق اتساق داخلي وذلك يحقق ذات المعاملة لأحكام التحكيم الصادرة في الخارج وتلك الصادرة في الإقليم الفرنسي.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن النظام الفرنسي للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر في دولة أجنبية يعد نظاما "أحادي الجانب"، فإدخال الحكم التحكيمي في النظام القانوني الفرنسي يتحدد وفقا لقواعد القانون الفرنسي وحده، وهي قواعد ذات طبيعة إقليمية بحتة من حيث التطبيق، ومن خصائصها أنها لا تعنى بما إذا كان حكم التحكيم ذو قيمة أم لا من وجهة أي نظام قانوني أجنبي آخر؟ حتى ولو كان هذا القانون هو قانون الدولة التي صدر على إقليمها أو بالتطبيق لقانونها حكم التحكيم، فمسألة اندماج حكم التحكيم في إطار أي نظام قانوني آخر (غير الفرنسي) لا يعتد به في هذا الشأن.

استند أنصار هذا الاتجاه أيضا لكون هذه القاعدة معروفة في النظام القانوني للولايات المتحدة الأمريكية، ففي احد الأحكام الصادرة عنها وعلى الرغم من أن حكم التحكيم تم إبطاله من قبل المحكمة المختصة (محكمة استئناف القاهرة)، إلا أن محكمة مقاطعة كولومبيا أصدرت في 31 يوليو 1996 أمرا بتنفيذ حكم التحكيم الذي تم إبطاله في مصر، استنادا لنص المادة 7 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.²

¹ - علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص 448، 446.

² - صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 181، 184.

- علي حسن طرح البحور، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص ص 215، 229.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

نشير في هذا الصدد أن أعمال القاعدة التي وضعتها محكمة النقض الفرنسية خاصة بأحكام التحكيم ذات الطابع الدولي دون أحكام التحكيم الوطنية، ويعمل تطبيق هذه الأخيرة بغض النظر عن السبب الذي بني عليه البطلان.¹

يترتب على إنكار الفعالية الدولية لأحكام التحكيم الباطلة، أن هذه الأخيرة تكون قابلة للاعتراف والتنفيذ في دولة أخرى، كما أن الدولة التي اعترفت بالحكم التحكيمي الباطل يمتنع عليها الاعتراف بالحكم التحكيمي الجديد الذي قد يصدر في موضوع الحكم السابق بطلانه، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، وهناك نتيجة ثالثة اختلف فيها الفقهاء وهي أحقية دولة التنفيذ بالانفراد بالاختصاص القضائي بحكم التحكيم، وقد سبق وأن تناولنا النتيجة الأولى بالدراسة وسنقوم ببيان النتيجتين الأخريين على النحو التالي:

- عدم قابلية حكم التحكيم الثاني للاعتراف والتنفيذ في الدولة التي قامت بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الباطل

بمجرد الحكم ببطلان الحكم التحكيمي قد يقرر الأطراف إعادة التحكيم مرة أخرى، ويحرصون على تفادي سبب بطلان حكم التحكيم الأول، وهنا في حالة ما إذا كان الحكم التحكيمي انتهى لنتيجة عكس التي تم التوصل إليها في الحكم التحكيمي الأول، وكان المحكوم له في هذا الحكم الأخير قد تمكن من تنفيذه بالفعل في دولة معينة، فهل يمكن استصدار أمر بتنفيذ الحكم الثاني من قضاء ذات الدولة؟ للإجابة عن هذه الإشكالية أكدت محكمة النقض الفرنسية على عدم قابلية الحكم الثاني للتنفيذ في فرنسا، وذلك عند إلغائها الحكم الصادر من محكمة استئناف فرساي المؤيد للأمر الصادر بالاعتراف وتنفيذ حكم تحكيم صادر في سويسرا في قضية Hilmarton والتي سبق وأن صدر فيها حكم التحكيم التي قضت محكمة جنيف بطلانه في 19/8/1989 وتم تنفيذه في فرنسا، وقد استندت المحكمة في رفضها لوجود حكم قضائي فرنسي بات صادر في منازعة بين ذات الخصوم ويتعلق بذات الموضوع يحول دون الاعتراف في فرنسا بأي حكم قضائي أو تحكيم آخر صادر في الخارج ومتعارض معه.

- انفراد دولة التنفيذ بالاختصاص القضائي بحكم التحكيم

أثارت هذه النتيجة جدلاً بسبب جدوى اختصاص قضاء دولة مقر التحكيم بتقدير البطلان، فما الذي يدعوها للقضاء ببطلان حكم التحكيم طالما أنه لن ينفذ فيها، على الرغم من علمها بأن حكمها الصادر بالبطلان يخلو من أي أثر في الخارج؟ وإجابة عن هذا التساؤل أقر غالبية الفقهاء بجدوى اختصاص دولة المقر ورفض التسليم بحق دولة التنفيذ في الإنفراد بمهمة الرقابة على حكم التحكيم، فهناك استقرار على توزيع الاختصاص الدولي بالرقابة القضائية على حكم التحكيم بين قضاء دولة المقر وقضاء الدولة المطلوب منها الاعتراف والتنفيذ، الأمر الذي يضمن مكافحة وجود أحكام تشوبها أخطاء قانونية قد تكون

¹ - صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص 186، 184.

الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت

جسيمة ولا يمكن الطعن فيها بالبطلان في أي دولة، وفي هذه الحالة لن يكون للمحكوم ضده إلا المعارضة في تنفيذ هذا الحكم المعيب عندما يشرع الخصم فيه.¹

انطلاقاً من جدوى توزيع الاختصاص الدولي للرقابة على أحكام التحكيم الدولية، فإن الحجج التي جيء بها بشأن أحقية دولة التنفيذ بالاستثناء بمهمة الرقابة القضائية على حكم التحكيم تزول، فقابلية الأحكام التحكيمية المقضي ببطلانها للتنفيذ في دولة أخرى، لا تبرر استخلاص مبدأ يقضي بإلغاء دور قضاء الدولة المختصة بدعوى البطلان وانفراد دولة التنفيذ بمهمة الرقابة القضائية على حكم التحكيم.²

ب. الاتجاه المؤيد للفعالية الدولية لأحكام البطلان

أكد أنصار هذا الاتجاه على الفعالية الدولية لأحكام بطلان أحكام التحكيم، واستندوا لجملة من الأسانيد تفصل فيها على النحو التالي:

ب-1: المبررات المستندة للاتفاقيات الدولية

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه بالرجوع لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 يتضح أن واضعيها حددوا صراحة لاسيما في أحكام المادة 5 منها الشروط اللازمة لتنفيذ أحكام التحكيم، كما أنها حددت التوزيع الضمني للاختصاص بين الأنظمة القانونية في نظر الطعن في أحكام التحكيم، فتركيز جميع دعاوى الطعن في أحكام التحكيم في دولة المقر يحقق حداً أدنى من التنسيق على المستوى الدولي.

كما أن المادة 9 من اتفاقية جنيف لسنة 1961 حددت أسباباً يتعين توافرها على سبيل الحصر ليكون البطلان مقبولاً، وهو ما يفيد أن أطرافها يرغبون في الحد من الفعالية الدولية للأسباب الأخرى للبطلان الغير الواردة في هذه الأخيرة، لاسيما تلك الواردة في المادة 1/2،5 من اتفاقية نيويورك، وهو ما يعني أن اتفاقية جنيف تقر بالفعالية الدولية لأحكام البطلان حال استنفاد هذه الأخيرة لأحد الأسباب الأربعة التي أقرتها والتي تقترب لحد كبير من ذات الأسباب الأربعة التي ذكرتها المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

ب-2: المبررات المستندة لاعتبارات الملاءمة

تتمثل فيما يلي:

- تشجيع الدول حديثة العهد بالتحكيم: يرى أنصار هذا الاتجاه أن موقف القضاء الفرنسي سيؤدي لتقويض الجهود التي تبذل لدعم الثقة في التحكيم الدولي، خاصة عندما لا يتم الاعتراف وتنفيذ بهذه الأحكام، لاسيما بالنسبة للدول التي تخلت حديثاً عن موقفها السلبي من التحكيم وبدأت تتوجه لإعماله في قوانينها الداخلية.

¹- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 194،195.

²- طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص ص 231،237.

- مقاومة الأحكام العرجاء: وفق هذا الاتجاه فإن اتجاه القضاء الفرنسي يؤدي لخلق نوع من الأحكام العرجاء التي لا يمكن الطعن فيها بالبطلان في أي مكان من العالم على الرغم مما يعترها من عيوب، وهو ما سيضطر المحكوم ضده لانتظار قيام خصمه في البدء بإجراءات التنفيذ في عدة دول للحكم التحكيمي، للمعارضة في التنفيذ في كل الدول المطلوب من قضائها إعطاء الأمر بالتنفيذ.

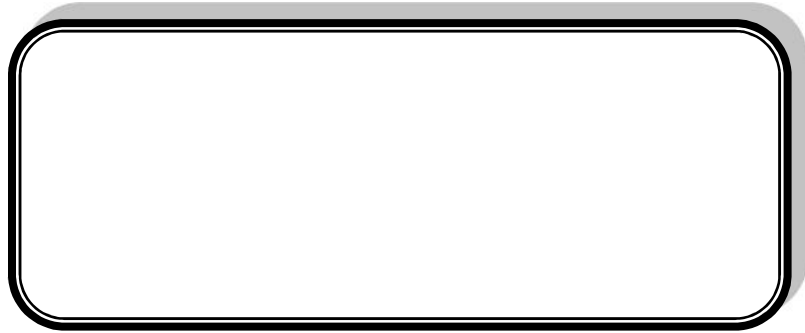
- المساس بفكرة الحياد: موقف القضاء الفرنسي حسبهم يميل لمحاباة الأطراف الصادر الحكم لصالحها التحكيم، والقائمة في الغالب في الدول المراد تنفيذ أحكام التحكيم على أرضها، وذلك لمضرة الأطراف الأخرى الأجنبية، وهذا فيه مخالفة لفكرة الحياد التي تعد أحد ركائز القانون الدولي الخاص التقليدي.¹

ب-3: المساس بالإرادة المفترضة للأطراف

فما ذهب إليه القضاء الفرنسي لا يحترم إرادة الأطراف المتنازعة على الرغم دورها كما بيناه، واحترامها يتطلب الاعتراف بالأحكام الصادرة من محاكم دولة مقر التحكيم في حالة قضائها ببطلان حكم التحكيم، لأن اختيارهم لمقر التحكيم ينم عن رغبتهم في الخضوع لحماية الأجهزة القضائية له.² في الختام نرى أن عدم الاعتداد بحكم البطلان فيه إهدار للحجية الحكم، لأن إرادة الأطراف اختارت الخضوع لقانون معين وقضاء مقر التحكيم، فمن غير المقبول الاعتراف وتنفيذ أحكام تحكيمية مشوبة بعيب لذا لا بد من السماح بالطعن فيها أمام قضاء مختص محدد ومعروف سلفا وفقا لمعايير الاختصاص الدولية مع إعطائه الفعالية الدولية، وما تشتمل عليه القوانين الوطنية المنظمة للتحكيم تشكل مبادئ عامة للبطلان، كما أن اتفاقية نيويورك وجنيف تشتمل على معايير للبطلان معترف بها دوليا كان لها الأثر البالغ عند صدور القوانين الوطنية، وهو ما يعكسه اشتغالها على نفس المعايير تقريبا كأسباب للبطلان، وهنا يظهر جليا بأن خضوع أحكام التحكيم لرقابة دولة المقر ضروري للثبوت من قيام المحكم بالمهمة الموكولة إليه من قبل الأطراف المتنازعة وفقا للشروط المتطلبة واحترام كافة الإجراءات لغاية صدور الحكم، لاسيما استيفاء كافة الشروط التي يتضمنها قانون الدولة المطلوب تنفيذه فيها.

¹- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، المرجع السابق، ص ص 196، 190.

²- نفس المرجع، ص ص 197، 196.



في ختام دراستنا لموضوع الطرق المستحدثة في إنشاء وتسيير المرافق العامة - عقود البوت نموذجاً- توصلنا لجملة من النتائج والاقتراحات نوجزها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. يتوقف نجاح عقود البوت على دراسة الجدوى التي تقوم بها الدولة المضيفة، والتي تحدد فيها مصادر الخطر وتضع إستراتيجية لمواجهتها أو الانخفاض بها لمستويات معقولة.
2. مدة عقود البوت لا يمكن أن تحدد بالنسبة لكل العقود، فهي متعلقة بطبيعة المرفق العام الذي سيتم إنجازه، وجدواه الاقتصادية والفترة الكافية لاسترداد شركة المشروع لما قامت بإنفاقه خلال مرحلتي الإنشاء والتشغيل وتحقيقها هامش الربح المتفق عليه مع الدولة المضيفة، على أن يحدد أجل أقصى لمدة العقد بموجب نص قانوني دون أن تصل لحد 99 سنة كما فعل المشرع المصري.
3. بالنظر للطبيعة الاقتصادية لعقود البوت، والدور الذي تؤديه الدولة المضيفة في مراحل تنفيذه، واعتماده على طرق تمويلية حديثة وقيامه وفقاً لآليات السوق يجعله مختلفاً عن عقود الامتياز، الأمر الذي نرى أنه يتعين على المشرع الجزائري أن يراعيه في نصوصه القانونية المنظمة لعقود البوت.
4. لا بد من تحديد الجهة التي تتولى ممارسة الرقابة على شركة المشروع في تنفيذها لما لالتزاماتها طوال مدة العقد، حتى إعادتها للمرفق العام في النهاية للدولة بحالة جيدة، وهو أمر خطير إذا لم يضبط جيداً فقد يكون سبباً في تبديد استثمارات كبيرة، وبذلك تكون عقود البوت عبئاً على الاقتصاد لا دافعاً له.
5. توفير بيئة قانونية مناسبة لنجاح عقود البوت كطريق مستحدث في إنشاء وتسيير المرافق العامة لا يتطلب فقط ضبط النصوص التي نظمها، وإنما الاهتمام كذلك بسلسلة من القوانين الأخرى المرتبطة بها على غرار: قانون الإستثمار، وقانون الملكية، وقانون الأملاك الوطنية وقوانين الضرائب، وقانون حماية المستهلك، وقانون حماية البيئة... الخ.
6. يتعين على الدولة في حالة اختيارها لعقود البوت لتمويل مشاريع إنجاز مرافقها العامة أن تختار عند ممارستها لإجراءات التعاقد مع شركة المشروع ممثلين عنها يتميزون بدرجات عالية من المهارة والمعرفة، حتى يكونوا قادرين على استيعاب كل التفاصيل المالية وكذا القانونية لهذا النوع من العقود.
7. يتعين على المشرع الجزائري أجاز إنشاء رهن رسمي على حق عيني عقاري في أحكام الأمر رقم 04/08 المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، النص صراحة على أن نقل ملكية المرفق العام المنجز يتعين أن تكون خالية من أي رهون بانتهاء مدة العقد، لأن خلاف ذلك سيجعل العقد عبئاً على الدولة.
8. يتعين النص صراحة في النصوص القانونية المنظمة لعقود البوت على التزام شركة المشروع بصيانة المرفق العام واستبدال كل ما هو متهالك فيه أو قديم لاسيما في نهاية مدة العقد، مع تضمين هذا الالتزام في كل عقود البوت ليكون إدراجها فيها كاشفاً عنها لا مؤسسا لها.

9. لابد من ترتيب كل مشاريع المرافق التي تريد الدولة إنجازها بعقود البوت حسب ما يتوافر لديها من معلومات، محددة لأولوياتها خلال فترة زمنية محددة وفقا لما تضمنته برامجها التنموية، وهذا سيكون ضمانا لتحقيق استخدام كفاء للموارد الاقتصادية المتاحة، لأن نجاحها متوقف على صحة قراراتها الاستثمارية وكذا حسن اختيارها للمشروعات المناسبة.

10. تمتلك الدولة المضييفة في عقود البوت كافة الحقوق المكرسة لجهة الإدارة المتعاقدة في النظرية التقليدية للعقود الإدارية في مواجهة شركة المشروع المتعاقدة معها، إلا أن كيفية ممارسة هذه الحقوق يختلف في عقود البوت عنها بالنظر لخصوصيتها.

ثانيا: الاقتراحات

1. النصوص القانونية التي أوجدها المشرع الجزائري كأساس قانوني لتنظيم عقود البوت لم تأت بنظام قانوني كامل، وحتى تؤدي دورها وتحقق المزايا التي كانت وراء لجوء الدولة إليها لإنشاء مرافقها العامة، يتعين إصدار قانون شامل منظم للأسس والقواعد العامة التي تحكمها انطلاقا من لحظة إبرامها لغاية انتهائها، على أن تتسم بالمرونة حتى تبقى صالحة للتطبيق على جميع عقود البوت.

2. نجاح عقود البوت مرتبط في البداية بإعداد الدولة المضييفة لدفتر شروط مدروس من كافة الجوانب، مع ضمانها أن تكون هناك شفافية ونزاهة في دراسة الطلبات المتقدم بها من الناحيتين المالية والفنية.

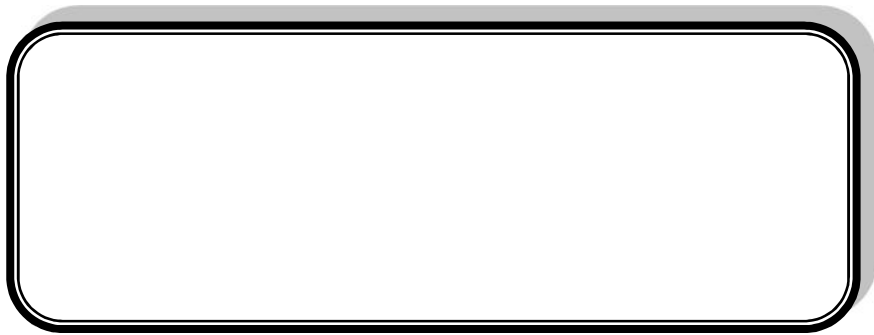
3. يتعين على الدولة المضييفة أن تقوم بتضمين دفتر شروطها كل المواصفات التي تضمن لها الحصول على التكنولوجيا المتقدمة لتشغيل مرافقها العامة، وكذا التي تضمن لها إعادة المرفق العام بحالة جيدة، ومن المستحسن، أن تقوم الجزائر بتشكيل جهاز حكومي مكون من خبراء، مهمته تقييم واختيار أنواع التكنولوجيا التي ستستعمل، وكذا تحديد مواصفاتها وشروطها على غرار: أن لا يكون لها ما يشابهها في أسواقها المحلية، ورفض الشروط المتعلقة بالتراخيص المشروطة بالتعامل مع موردين معينين... الخ.

4. نص المشرع الجزائري على إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام سنة 2016 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 03/16، من شأنه أن يكون ذا أثر إيجابي ولو أن قصر مهمته على المجال الاستشاري فقط، في مجال ترقية المرفق العام والإدارة وتطويرهما، دون منحه اختصاصا رقابيا في مجال تفويضات المرفق العام يتطلب إنشاء سلطة إدارية مستقلة تتولى الرقابة في هذا المجال، الأمر الذي نراه ذا أثر إيجابي في مجال عقود البوت وضمنا للشفافية والمنافسة وفعالية دور عقود البوت.

كما نرى أنه على المشرع إصدار نصوص قانونية تفصل في دور هذا المرصد في مجال عقود البوت التي وجدت الآن مجالا واسعا في التطبيق في الجزائر خاصة في المجالات التالية:

- اقتراحها القواعد والآليات التي ترمي لتحسين تنظيم المرافق العامة وتشغيلها المدارة بعقود البوت.
- اقتراحها لكل ما هو ضروري لتجسيد حقيقي لحقوق المرتفقين من المرافق العامة المنجزة بعقود البوت، وكيفية ضمان المساواة في الاستفادة من خدماتها.

- إجراء دراسات وأبحاث حول عقود البوت التي أبرمت سابقا، والتي من شأنها أن تساهم في ضبط صياغة النصوص القانونية سعيا لتحسين نوعية وجودة الخدمات المقدمة.
- اقتراح كل ما هو ضروري لضمان أن يكون عمال المرافق العام في عقد البوت يحظون بظروف عمل جيدة، وتوجيه الجهود لتكريس مبدأ المردودية في هذه المرافق لأهمية ذلك.
5. بالنظر لطول مدة عقود البوت يتعين على الدولة المضيفة النص صراحة في العقد المبرم بينها وبين شركة المشروع على حقها في ممارستها للرقابة في كل مراحل إنجاز المرفق العام، للوقوف على مدى احترام هذه الأخيرة لشروط التنفيذ، وعلى الدولة إبراز من سيتولى ممارسة الرقابة وكيف ممارستها بشكل دقيق في العقد حتى تنفادى أي إشكالات أو عراقيل قد تصادفها عند ممارستها لهذا الحق.
6. على المشرع الجزائري أن يضبط في نصوصه القانونية آليات التنسيق بين الوزارات المختلفة التي لها صلة بالمرفق العام المزمع إنشائه بعقد البوت، فهناك من الدول من واجهتها صعوبات في هذا الصدد لتطلب العقد التعامل مع وزارة الصناعة والتجارة ووزارة الداخلية ووزارة المالية والجمارك... الخ، ومن جهة أخرى لا بد من إيجاد نصوص قانونية تضبط لنا دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروع قبل التعاقد والعمل على تكوين قانونيين وفنيين لتولي هذه المهمة التي يعتمد عليها نجاح العقد بشكل كامل.
7. يتعين أن تؤدي جمعيات حماية المستهلك دورا هاما في عقود البوت التي بدأت تشهد انتشارا واسعا في الجزائر، للحفاظ على حقوق المرتفقين في مواجهة شركة المشروع.
8. يتعين إيلاء أهمية لدور مجلس فض المنازعات بالنظر لدوره في اختصار وقت حل المنازعات، باعتباره موجودا خلال تنفيذ المشروع وبشكل مستمر في موقع الإنجاز، وإطلاعه على كل الوثائق الضرورية التي تمكنه من إعطاء رأيه، لكن فعاليته تتوقف على النظام القانوني لكل دولة ومدى مساهمتها للتعديلات الضرورية التي تسهل من استخدامه لحل المنازعات، وتوفير التدريب والتكوين والخبراء اللازمين والمؤهلين لهذا الدور.
9. لا بد من ضبط الآلية التي ستعتمدها شركة المشروع لحل المنازعات التي تثور مع المتعاقدين معها من الباطن في عقد البوت، وعلى الجزائر إجراء دراسات عن مدى كون الآليات التي ستعتمدها شركة المشروع أكثر فاعلية وسرعة لحلها، مقارنة بعرضها على القضاء العادي فيها أم لا، وبناء على ذلك تقرر مدى إمكانية السماح لشركة المشروع باختيار الآلية المناسبة لتسوية المنازعات، أم تحتّم عليها اللجوء للقضاء الوطني.
10. عند الاعتماد على التحكيم لحل منازعات عقود البوت، لا بد من الاعتماد على التحكيم المؤسسي لأنه منظم إجرائيا، ومن الضروري إيلاء أهمية لتحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثور بين شركة المشروع والدولة المضيفة حتى لا يتم إخضاعها لقانون لا يعرف التمييز بين العقود الإدارية وغيرها، ومن ثم عدم احترام خصوصيتها بترك السلطة في الاختيار لهيئة التحكيم التي تتولى المنازعة.



باللغة العربية

أولاً: النصوص القانونية

1. الدساتير

- المرسوم الرئاسي رقم 18/89، المؤرخ في 28 فبراير 1989، المتضمن نشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فبراير سنة 1989 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 09.

- المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتضمن نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996 في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر عدد 76، المعدل بالقانون رقم 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25، والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63، والقانون رقم 01/16، المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14.

2. الاتفاقيات الدولية

- الأمر رقم 04/95، المؤرخ في 21 جانفي 1995، المتضمن الموافقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 7.

- المرسوم الرئاسي رقم 346/95، المؤرخ في 30 أكتوبر 1995، المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر عدد 66.

3. النصوص التشريعية

- القانون رقم 153/62، المؤرخ في 1962/12/31، المتضمن تمديد العمل بالقوانين الفرنسية، ج ر عدد 2.

- الأمر رقم 278/65، المؤرخ في 1965/11/16، المتضمن التنظيم القضائي، ج ر عدد 96. (ملغى)

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 47، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، ج ر عدد 27. (ملغى)

- الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، المعدل والمتمم بالقانون رقم 01/14، المؤرخ في 4 فيفري 2014، ج ر عدد 7.

- الأمر رقم 44/75، المؤرخ في 17 يونيو 1975، المتضمن التحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد 53.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 78.

- القانون رقم 17/83، المؤرخ في 16 جويلية 1986، المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 30. (ملغى)

المصادر والمراجع

- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 ماي 1988، المتمم لأحكام الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78.
- القانون رقم 02/90، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتضمن الوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الإضراب، ج ر عدد 6، المعدل والمتمم بالقانون رقم 27/91، المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج ر عدد 68.
- القانون رقم 03/90، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتضمن مفتشية العمل، ج ر عدد 6، المعدل والمتمم بالأمر رقم 11/96 المؤرخ في 10 يونيو 1996، ج ر عدد 36.
- القانون رقم 04/90، القانون رقم 04/90، المؤرخ في 6 نوفمبر 1990، المتضمن تسوية النزاعات الفردية في العمل، ج ر عدد 6.
- القانون رقم 08/90 المؤرخ في 7 أبريل 1990 المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 15. (ملغى)
- القانون رقم 09/90 المؤرخ في 7 أبريل 1990، المتضمن قانون الولاية، ج ر عدد 15. (ملغى)
- القانون رقم 10/90، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتضمن النقد والقرض، ج ر عدد 16 (ملغى)
- القانون رقم 11/90، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتضمن علاقات العمل، ج ر عدد 17.
- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن التهيئة والتعمير، ج ر عدد 52، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/04 المؤرخ في 14 أوت 2004، ج ر عدد 51.
- القانون رقم 11/91، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 21، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 248/05، المؤرخ في 10 يوليو 2005، ج ر عدد 48.
- الأمر رقم 06/95، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد 9. (ملغى)
- الأمر رقم 07/95، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتضمن التأمينات، ج ر عدد 13، المعدل والمتمم بالقانون رقم 04/06، المؤرخ في 20 فيفري 2006، ج ر عدد 15.
- الأمر رقم 22/95، المؤرخ في 26 أوت 1995، المتضمن خصوصية المؤسسات العمومية، ج ر عدد 48.
- الأمر رقم 09/96، المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتضمن الاعتماد الإجباري، ج ر عدد 3.
- الأمر رقم 13/96، المؤرخ في 15 جوان 1996، المتضمن المياه، ج ر عدد 37. (ملغى)
- القانون رقم 02/97، المؤرخ في 31 ديسمبر 1997، المتضمن قانون المالية لسنة 1998، ج ر عدد 89.
- القانون رقم 05/98، المؤرخة في 27 يونيو 1998، ج ر عدد 47، المعدل والمتمم للأمر رقم 80/76، المؤرخ في 10 أبريل 1977، المتضمن القانون البحري، ج ر عدد 29.

- القانون رقم 06/98، المؤرخ في 27 يونيو 1998، المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، ج ر عدد 48، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/2000، المؤرخ في 6 ديسمبر 2000، ج ر عدد 75، والأمر رقم 10/03 المؤرخ في 13 أوت 2003، ج ر عدد 48.
- الأمر رقم 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تطوير الاستثمار، ج ر عدد 47. (ملغى)
- الأمر رقم 04/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتضمن تنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها، ج ر عدد 47، المعدل والمتمم بالأمر رقم 01/08، المؤرخ في 28 فبراير 2008، ج ر عدد 11.
- القانون رقم 01/02، المؤرخ في 5 فبراير 2002، المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 08.
- الأمر رقم 03/03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتضمن قانون المنافسة، ج ر عدد 43، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12/08، المؤرخ في 25 يونيو 2008، ج ر عدد 36، والمعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46.
- الأمر رقم 11/03، المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن النقد والقرض، ج ر عدد 52، المعدل والمتمم بالأمر رقم 04/10، المؤرخ في 26 أوت 2010، ج ر عدد 50.
- الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتضمن إلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج ر عدد 52.
- القانون رقم 10/05، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر عدد 44، المتضمن تعديل وتنمية الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج ر عدد 78.
- القانون رقم 12/05 المؤرخ في 4 أوت 2005، المتضمن قانون المياه، ج ر عدد 60، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/09، المؤرخ في 22 يوليو 2009، ج ر عدد 44.
- الأمر رقم 11/06، المؤرخ في 30 أوت 2006، المتضمن تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 53. (ملغى)
- الأمر رقم 04/08، المؤرخ في 1 ديسمبر 2008، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21.
- القانون رقم 14/08 المؤرخ في 20 جويلية 2008، المعدل والمتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج ر عدد 44.

- القانون رقم 15/08، المؤرخ في 20 يوليو 2008، المتضمن قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج ر عدد 44.
- القانون رقم 04/11، المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر عدد 14.
- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 22 يونيو 2011، المتضمن قانون البلدية، ج ر عدد 37.
- القانون رقم 11/11، المؤرخ في 18 يوليو 2011، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، ج ر عدد 40.
- القانون رقم 07/12 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتضمن قانون الولاية، ج ر عدد 12.
- القانون رقم 09/16، المؤرخ في 3 أوت 2016، المتضمن ترقية الاستثمار، ج ر عدد 46.

4. النصوص التنظيمية

1-4. المراسيم

- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر عدد 50.
- المرسوم الرئاسي رقم 03/16، المؤرخ في 7 جانفي 2016، المتضمن إنشاء المرصد الوطني للمرفق العام، ج ر عدد 02.
- المرسوم رقم 53/67، المؤرخ في 17 مارس 1967، المتضمن الامتياز الممنوح للبلديات لاستغلال المحلات التجارية للعرض السينمائي، ج ر عدد 26.
- المرسوم رقم 16/68، المؤرخ في 23 جانفي 1968، المتضمن منح الدولة للبلديات بطريق الامتياز حق استغلال بعض المنشآت الرياضية الواقعة في مناطقها، ج ر عدد 8.
- المرسوم رقم 260/85، المؤرخ في 29 أكتوبر 1985، المتضمن دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح امتيازات في تسيير تجهيزات الري في المساحات المسقية واستغلالها وصيانتها، ج ر عدد 45.
- المرسوم رقم 266/85، المؤرخ في 29 أكتوبر 1985، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بمياه الشرب والتطهير، ج ر عدد 45.
- المرسوم رقم 227/86 المؤرخ في 2 سبتمبر 1986، المتضمن منح امتياز أشغال البحث عن المياه وجمعها، ج ر عدد 36.
- المرسوم التشريعي رقم 08/93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، ج ر عدد 27، المعدل والمتمم لأحكام الأمر رقم 59/75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر عدد 101.
- المرسوم التشريعي رقم 09/93، المؤرخ في 25 أبريل 1993، المعدل والمتمم للأمر رقم 154/66، المؤرخ في 8 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

- المرسوم التشريعي رقم 12/93، المؤرخ في 5 أكتوبر 1993، المتضمن ترقية الاستثمار، ج ر عدد 64.
- المرسوم التنفيذي رقم 418/90، المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن تشكيل اللجنة الوطنية للتحكيم المتخصصة في ميدان تسوية النزاعات الجماعية للعمل وتنظيمها وعملها، ج ر عدد 01.
- المرسوم التنفيذي رقم 176/91، المتضمن كفايات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 26.
- المرسوم التنفيذي رقم 454/91، المؤرخ في 23 نوفمبر 1991، المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفايات ذلك، ج ر عدد 60.
- المرسوم التنفيذي رقم 41/94، المتضمن تعريف الحمامات المعنية وتنظيم حمايتها واستعمالها واستغلالها، ج ر عدد 07.
- المرسوم التنفيذي رقم 322/94، المؤرخ في 17 أكتوبر 1994، المتضمن منح امتياز الأراضي الأملاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار، ج ر عدد 67.
- المرسوم التنفيذي رقم 323/95، المؤرخ في 21 أكتوبر 1995، المتضمن استغلال الموارد المرجانية، ج ر عدد 63.
- المرسوم التنفيذي رقم 414/95، المؤرخ في 9 ديسمبر 1995، المتضمن إلزامية التأمين في البناء من مسؤولية المتدخلين المدنية المهنية، ج ر عدد 76.
- المرسوم التنفيذي رقم 308/96، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996، المتضمن منح امتياز الطرق السريعة، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 253/97، المتضمن منح امتياز الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب والتطهير، ج ر عدد 46.
- المرسوم التنفيذي رقم 43/2000 المؤرخ في 26 فيفري 2000، المتضمن شروط وكفايات تطوير الخدمات الجوية، ج ر عدد 08.
- المرسوم التنفيذي رقم 81/2000، المؤرخ في 9 أبريل 2000، المتضمن شروط استغلال خدمات النقل الجوي وكيفياته، ج ر عدد 21.
- المرسوم التنفيذي رقم 101/01، المؤرخ في 21 أبريل 2001، المتضمن إنشاء الجزائرية للمياه، ج ر عدد 24.
- المرسوم التنفيذي رقم 282/01 المؤرخ في 24 سبتمبر 2001، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 40/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية

المصادر والمراجع

- استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة الطيران " الخليفة للطيران " وكذا دفتر الشروط المرفق بها، ج ر عدد 04.
- المرسوم التنفيذي رقم 41/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة " أنتينيا للطيران " وكذا دفتر الشروط المرفق بها، ج ر عدد 04.
- المرسوم التنفيذي رقم 42/02 المؤرخ في 14 جانفي 2002، المتضمن المصادقة على اتفاقية استغلال خدمات النقل الجوي الممنوحة لشركة " إيكواير للطيران " وكذا دفتر الشروط المرفق بها، ج ر عدد 04.
- المرسوم التنفيذي رقم 268/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن تشخيص الحوادث الطبيعية المغطاة بالزامية التأمين على آثار الكوارث الطبيعية ويحدد كيفية إعلان حالة الكارثة الطبيعية، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 269/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن كفيات تحديد التعريفات والإعفاءات وحدود تغطية آثار الكارثة الطبيعية، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 270/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن البنود النموذجية الواجب إدراجها في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 271/04، المؤرخ في 29 أوت 2004، المتضمن شروط منح وتنفيذ ضمان الدولة في إطار عمليات إعادة تأمين الأخطار الناجمة عن الكوارث الطبيعية، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 248/05، المؤرخ في 10 يوليو 2005، ج ر عدد 48، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 186/93، المؤرخ في 27 يوليو 1993، المتضمن كفيات تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتضمن القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 51.
- المرسوم التنفيذي رقم 356/06 المؤرخ في 9 أكتوبر 2006، المتضمن صلاحيات الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار وتنظيمها وسيرها، ج ر عدد 64.
- المرسوم التنفيذي رقم 428/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن إجراء منح رخص استغلال المنشآت لإنتاج الكهرباء، ج ر عدد 76.
- المرسوم التنفيذي رقم 429/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن دفتر الشروط المتعلق بحقوق وواجبات منتج الكهرباء، ج ر عدد 76.
- المرسوم التنفيذي رقم 430/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن القواعد التقنية لتصميم شبكة نقل الكهرباء واستغلالها وصيانتها، ج ر عدد 76.

- المرسوم التنفيذي رقم 431/06، المؤرخ في 26 نوفمبر 2006، المتضمن القواعد التقنية لتصميم شبكات نقل الغاز واستغلالها وصيانتها، ج ر عدد 76.
- المرسوم التنفيذي رقم 121/07، المؤرخ في 23 أبريل 2007، المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 11/06 المؤرخ في 30 أوت 2006، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27. (ملغى)
- المرسوم التنفيذي رقم 145/07، المؤرخ في 19 ماي 2007، المتضمن مجال تطبيق ومحتوى وكيفيات المصادقة على دراسة وموجز التأثير على البيئة، ج ر عدد 34.
- المرسوم التنفيذي رقم 297/07، المؤرخ في 27 سبتمبر 2007، المتضمن إجراءات الحصول على رخص إنجاز منشآت النقل بواسطة الأنابيب وعمليات نقل المحروقات بواسطة الأنابيب، ج ر عدد 63.
- المرسوم التنفيذي رقم 54/08، المؤرخ في 9 فيفري 2008، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بالامتياز للخدمة العمومية بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به، ج ر عدد 8.
- المرسوم التنفيذي رقم 57/08، المؤرخ في 13 فبراير 2008، المتضمن شروط منح امتياز استغلال خدمات النقل البحري وكيفياته، ج ر عدد 09.
- المرسوم التنفيذي رقم 114/08 المؤرخ في 9 أبريل 2008 المتضمن كيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بحقوق صاحب الامتياز وواجباته، ج ر عدد 20.
- المرسوم التنفيذي رقم 202/08، المؤرخ في 7 يوليو 2008، ج ر عدد 39، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 186/93، المؤرخ في 27 يوليو 1993، المتضمن كيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ج ر عدد 51.
- المرسوم التنفيذي رقم 152/09، المؤرخ في 2 ماي 2009، المتضمن شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الوطنية الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27.
- المرسوم التنفيذي رقم 307/09، المؤرخ في 22 سبتمبر 2009، المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المتضمن تحديد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، ج ر عدد 55.
- المرسوم التنفيذي رقم 411/09، المؤرخ في 15 ديسمبر 2009، المتضمن مستوى تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها مؤسسات القروض لإنجاز محطات تحلية مياه البحر وكيفيات منحه، ج ر عدد 74.
- المرسوم التنفيذي رقم 20/10، المؤرخ في 12 جانفي 2010، المتضمن تنظيم لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الاستثمارات وضبط العقار وتشكيلتها وسيرها، ج ر عدد 4.

-المرسوم التنفيذي رقم 25/10، المؤرخ في 12 يناير 2010، المتضمن كفيات منح الامتياز لإقامة هياكل استخراج المياه الجوفية أو السطحية لضمان التموين المستقل للمناطق أو الوحدات الصناعية، ج ر عدد 04.

- المرسوم التنفيذي رقم 138/10، المؤرخ في 13 ماي 2010، المتضمن القواعد التقنية لتصميم واستغلال وصيانة شبكات توزيع الكهرباء والغاز، ج ر عدد 33.

-المرسوم التنفيذي رقم 220/11، المؤرخ في 12 يونيو 2011، المتضمن تحديد كفيات 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 ر عدد 34.

-المرسوم التنفيذي رقم 340/11، المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المتضمن تحديد كفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل علي مستوي الحواجز المائية السطحية والبحيرات لتطوير النشاطات الرياضية والترفيه الملاحية، ج ر عدد 54.

-المرسوم التنفيذي رقم 341/11 المؤرخ في 26 سبتمبر 2011، المتضمن كفيات منح امتياز استعمال الموارد المائية لإقامة هياكل عند أسفل السدود ونقاط المياه ومنشآت التحويل لتزويد المصانع الهيدروكهربائية، ج ر عدد 54.

-المرسوم التنفيذي رقم 427/12، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012، المتضمن شروط وكفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، ج ر عدد 69.

-المرسوم التنفيذي رقم 19/15، المؤرخ في 25 يناير 2015، المتضمن كفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها، ج ر عدد 07.

2-4. القرارات

-القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 18 نوفمبر 1998، المتضمن دفتر الشروط النموذجي لمنح امتياز استغلال الخدمات العمومية للتزويد بماء الشرب، ج ر عدد 86.

-القرار المؤرخ في 1 أكتوبر 2009، المتضمن اكتاب التصريح وبتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج، ج ر عدد 62.

3-4. الأنظمة

-النظام رقم 02/91، المؤرخ في 20 فيفري 1991، المحدد لشروط فتح حسابات بالعملة الصعبة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين ذوي الجنسية الأجنبية المقيمين أو غير المقيمين وتشغيل هذه الحسابات، ج ر عدد 40.

-النظام رقم 03/91، المؤرخ في 20 فيفري 1991، المتضمن شروط القيام بعمليات استيراد سلع للجزائر وتمويلها، ج ر عدد 23، المعدل بموجب النظام رقم 11/94، المؤرخ في 12 أفريل 1994، ج

ر عدد 72.

-النظام رقم 06/95، المؤرخ في 19 نوفمبر 1995، المتضمن النشاطات التابعة للبنوك والمؤسسات المالية، ج ر عدد 81.

-النظام رقم 07/95، المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، المعدل والمعوض للنظام رقم 04/92، المؤرخ في 22 مارس 1992، المتعلق بمراقبة الصرف، ج ر عدد 11.

-النظام رقم 08/95، المؤرخ في 23 ديسمبر 1995، المتضمن سوق الصرف، ج ر عدد 05.

-النظام رقم 03/05، المؤرخ في 6 يونيو 2005، المتضمن الاستثمارات الأجنبية، ج ر عدد 53.

-النظام رقم 01/07، المؤرخ في 3 فيفري 2007، المتضمن القواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة، ج ر عدد 31، المعدل والمتمم بالنظام رقم 06/11، المؤرخ في 19 أكتوبر 2011، ج ر عدد 08.

-النظام رقم 01/09، المؤرخ في 17 فيفري 2009، المتضمن حسابات العملة الصعبة الخاصة بالأشخاص الطبيعيين من جنسية أجنبية المقيمين وغير المقيمين والأشخاص المعنويين غير المقيمين، ج ر عدد 25.

4-4. التعليمات

-التعليمات الوزارية رقم 842/3.94 المؤرخة في 1994/9/7، المتضمنة امتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها.

ثانياً: الكتب

1. أباريان علاء، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008.

2. إبراهيم علي، الوسيط في المعاهدات الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، د ط، 1998/1997.

3. أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.

4. أبو العثم فهد عبد لكريم، القضاء الإداري (بين النظرية والتطبيق)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، د ط، 2003.

5. الأحديب عبد الحميد، التحكيم أحكامه ومصادره، دار نوفل، د ب ن، الجزء الأول، د ط، د س.

6. الأحديب عبد الحميد، موسوعة التحكيم (التحكيم الدولي)، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة، 2008.

7. أحمد عثمان جمال عباس، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2007.

8. الأسعد بشار محمد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2006.
9. الأسعد بشار محمد، عقود الدولة في القانون الدولي، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية، 2011.
10. إسماعيل محمد عبد المجيد، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2003.
11. إسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.
12. بدر أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقد البوت BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003.
13. بكر محمد عبد العزيز علي، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2000.
14. البنا محمود عاطف، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007.
15. البهجي عصام أحمد، التحكيم في عقود البوت BOT، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2008.
16. البهجي عصام أحمد، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.
17. البهجي عصام أحمد، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2008.
18. بوسقيعة أحسن، الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، د ط، 2002.
19. بوضياف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2007.
20. التحيوي محمود السيد عمر، التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2002.
21. التحيوي محمود السيد عمر، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2002.
22. التحيوي محمود السيد عمر، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2002.
23. التحيوي محمود السيد عمر، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختياري في العقود الإدارية، دار

- المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2003.
24. التحيوي محمود السيد عمر، أنواع التحكيم وتمييزه عن غيره، الكتب العربي الحديث، الإسكندرية، د ط، 2009.
25. التحيوي محمود السيد، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 1999.
26. تيورسي محمد، الضوابط القانونية للحرية التنافسية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، د ط، 2013.
27. جابر وليد حيدر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.
28. جمال الدين صلاح الدين، مصيلحي محمود، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، د ط، د س.
29. جواد محمد علي، العقود الدولية (مفاوضاتها- إبرامها- تنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010.
30. حامد ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع BOT، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2005.
31. الحبشي مصطفى عبد المحسن، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008.
32. الحداد حفيظة السيد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، د س.
33. الحداد حفيظة السيد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2001.
34. الحداد حفيظة السيد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.
35. حسبو عمرو أحمد، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ BOT (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2001.
36. حسنين محمد، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام (الأشخاص والأموال والإثبات في القانون المدني الجزائري)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د ط، 1985.
37. الحلو ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، د ط، 2004.
38. الحلو ماجد راغب، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2009.
39. حمادة محمد أنور، القرارات الإدارية ورقابة القضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2004.

40. حماده عبد الرزاق حماده، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2012.
41. حماده عبد الرزاق حماده، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2013.
42. خاطر شريف يوسف، دور القاضي الإداري المستعجل في حماية الحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2009/2008.
43. خالد هاشم، المدخل للقانون الدولي الخاص العربي (نشأته، مباحثه، مصادره، طبيعته) دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2006.
44. خالد هشام، ماهية العقد الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2007.
45. الخرس محمد بن جواد، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2012.
46. الخصاونة علاء الدين عبد الله فواز، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي (دراسة مقارنة)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2002.
47. خطار شطناوي علي، الوجيز في القانون الإداري، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، 2003.
48. خلف داوود، الشروط العامة لعقود فيديك النموذجية، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الطبعة الأولى، 2003.
49. خلف داوود، مجلس فض الخلافات وأساليب التسويات الودية، جمعية عمال المطابع التعاونية، الطبعة الأولى، 2005.
50. خليفة العزيز، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، د ط، 2008.
51. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، أوجه الطعن بإلغاء القرار الإداري وطلبات إيقاف تنفيذه، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى، 2002.
52. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2004.
53. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007.
54. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2007.

55. خليفة عبد العزيز عبد المنعم، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، مصر، د ط، 2010.
56. دلاندة يوسف، التنظيم القضائي الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الطبعة الأولى، 2006.
57. راضي مازن ليلو، العقود الإدارية في القانون الليبي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2003.
58. الرفاعي أشرف عبد العليم، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د ط، 2006.
59. الرفاعي غالب عوض، بلعربي عبد الحفيظ، اقتصاديات النقود والبنوك أساسيات، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، د ط، 2002.
60. رفعت عبد الوهاب محمد، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، 2007.
61. الروبي محمد، عقود التشييد والاستغلال والتسليم BOT دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004.
62. الرومي محمد أمين، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، د ط، 2008.
63. ساري جورج شفيق، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 1999.
64. سامي فوزي محمد، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الرابعة، 2009.
65. سرحان ألبرت، يوسف الجميل، زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.
66. السرطاوي محمود علي، التحكيم في الشريعة الإسلامية، دار الفكر، عمان، الطبعة الأولى، 2007.
67. السناري محمد، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في عقود الإدارة دراسة تحليلية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، د س.
68. سيد أحمد جيهان حسن، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002.
69. شرف الدين أحمد، تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيديو)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 2005.
70. شطناوي علي خاطر، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة، عمان، د ط، 2004.
71. الشهاوي إبراهيم، عقود امتياز المرافق العامة BOT (دراسة مقارنة)، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، 2011.
72. الشواربي عبد الحميد، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 2003.

73. الشوبكي عمر محمد، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، د ط، 2006.
74. الشيخ عصمت عبد الله، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2003.
75. صادق هشام علي، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، 1977.
76. صادق هشام علي، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.
77. طاجن رجب محمود، حقوق الملكية الفكرية للأشخاص المعنوية العامة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2008.
78. الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، د ط، 2008.
79. طنطاوي ممدوح، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات الغرف التجارية ومراكز التوفيق والتحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003.
80. عبد الباسط محمد فؤاد، العقد الإداري (المقومات- الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2006.
81. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، د ب ن، الطبعة الأولى، 1974.
82. عبد الحميد مفتاح خليفة، الشلماني حمد محمد حمد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2008.
83. عبد العزيز سمير، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشماوي، نظام البناء، التشغيل، نقل الملكية، BOT، لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.
84. عبد اللطيف محمد محمد، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2000.
85. عبد النعيم محمد أحمد، حدود الرقابة القضائية على التحكيم الداخلي في منازعات العقود الإدارية(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2002.
86. عثمان أسامة، أحكام التصرف في أملاك الدولة العامة والخاصة في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د س.
87. العقيلي إبراهيم سالم، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع،

- عمان، الطبعة الأولى، 2010.
88. عكاشة حمدي ياسين، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د ط، د س.
89. علي حسن طرح البحور، الاختصاص القضائي الدولي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006.
90. عمر هاشم محمد صدقة، ضمانات الاستثمارات الأجنبية في القانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.
91. العنكي شهاب أحمد جاسم، التأمين الهندسي (تأمين كافة أخطار المقاولين - نموذج وثيقة ميونخ لإعادة التأمين-)، المكتب الجامعي الحديث، مصر، الطبعة الثانية، 2007.
92. عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري (نظرية الدعوى الإدارية)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2014.
93. غرفة التجارة الدولية، قواعد التحكيم قواعد الوساطة، غرفة التجارة الدولية، مطبعة بور روابال، تراباس، باريس، ديسمبر 2013.
94. فلاح عز الدين، التأمين مبادئه وأنواعه، دار أسامة، الأردن، د ط، 2008.
95. فلحوط وفاء مزيد، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2008.
96. القطب مروان محي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.
97. كنعان نواف، القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2007.
98. مبارك محمود يونس عبد النعيم، النقود وأعمال البنوك والأسواق المالية، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2003.
99. مجموعة نورتون روز، التحكيم في الشرق الأوسط، مجموعة نورتون روز، هونج كونج، الطبعة الثالثة، 2008.
100. محمد بن جلال وفاء، التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (القواعد، الإجراءات، الاتجاهات الحديثة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د ط، 2001.

المصادر والمراجع

101. محمود سلام أحمد رشاد، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية BOT في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2004.
102. مسعود محمودي، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د ط، 2006.
103. المطيري أسامة مدلول خريص أبو هليبه، خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل BOT، مطبعة وزارة الإعلام، د ب ن، الطبعة الأولى، 2006.
104. مغيب نعيم، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعمامة، دون دار نشر، دون بلد نشر، الطبعة الثالثة، 2001.
105. ممدوح إبراهيم خالد، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2008.
106. منصور محمد حسين، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، د ط، 2006.
107. نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الاقتصادي الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002.
108. الناشف أنطوان، الخصخصة (التخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العمامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ط، 2000.
109. ناصيف إلياس، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، د ط، د س.
110. النداوي آدم وهيب، المرافعات المدنية، دار الكتاب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، بغداد، د ط، 1988.
111. نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، د ط، 2000.
112. نصار جابر جاد، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2002.
113. هشام علي صادق، عقود التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2007.
114. هيام مروة، القانون الإداري الخاص (المرافق العمامة الكبرى وطرق إدارتها- الإستملاك- الأشغال العمامة- التنظيم المدني)، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.
115. واصل محمد، حسين بن علي الهلالي، الخبرة الفنية أمام القضاء (دراسة مقارنة)، المحكمة العليا، مسقط، د ط، 2004.
116. واضح رشيد، منازعات العمل الفردية والجماعية في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر (مضمونها، أنواعها، طرق تسويتها)، دار هومه، الجزائر، د ط، 2005.

117. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2010.

118. يسري أحمد عبد الرحمن، قضايا اقتصادية معاصرة، الدار الجامعية، الإسكندرية، د ط، 2000.

ثالثاً: المجلات

1. أبو مغلي مهند عزمي، الجهني أمجد حمدان، "رقابة القضاء على حكم التحكيم في القانون الأردني"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد الثامن والثلاثون، أبريل 2009.

2. أسرة التحرير، "نصوص وقوانين واتفاقيات التحكيم وطنياً وإقليمياً ودولياً"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، الكويت، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008.

3. أسرة التحرير، "مؤسسات التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد السادس عشرة، ديسمبر 2008.

4. باقر عبد الكاظم علي، "وسائل تسوية منازعات الاستثمار تحت مظلة (ACSID) وضمانات أطراف النزاع فيها"، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، كلية القانون، جامعة القادسية، العراق، المجلد الخامس، العدد الأول، حزيران 2012.

5. برغوثي معين، عقود الامتياز (حالة شركة الاتصالات الفلسطينية)، سلسلة تقارير قانونية، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، العدد الخامس والثلاثون، آذار 2004.

6. برهان سمير، "عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص في النظام الفرنسي"، بحث مقدم للمشاركة في الندوة الموسومة بـ "عقود المشاركة (PPP) والتحكيم في منازعاتها" المنعقدة في المنامة مملكة البحرين في أبريل 2008، منشور في مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2008.

7. البشبيشي أمل نجاح، "نظام البناء والتشغيل والتحويل"، سلسلة جسر التنمية، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، السنة الثالثة، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر 2004.

8. بلعوز بن علي، "استراتيجيات إدارة المخاطر في المعاملات المالية"، مجلة الباحث، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، العدد السابع، 2010/2009.

9. بن ناصر محمد، "إجراءات الإستعجال في المادة الإدارية"، مجلة مجلس الدولة، مجلس الدولة بمشاركة منشورات الساحل، الجزائر، العدد الرابع، 2003.

10. البوسعيدي طارق بن هلال، "الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد السادس والثلاثين، أكتوبر 2008.

11. بوضياف عمار، " دور عقد الامتياز في تطوير العلاقة بين الإدارة المحلية والقطاع الخاص"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد الخامس والعشرون، أبريل 2010.
12. بولغاب أمال، " عقد البوت (BOT) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد الثالث، جانفي 2013.
13. تراري ثاني مصطفى، "استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر"، مجلة دراسات قانونية: مجلة شهرية متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، الوادي، الجزائر، العدد التاسع، أبريل 2003.
14. جاسم رشا عبد الرزاق، " الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، 2011.
15. الجبوري عدنان خزل عباس، "مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي)"، مجلة مداد الآداب، كلية الآداب، الجامعة العراقية، العدد الأول، 2011.
16. الجبوري علاء عزيز حميد، " الالتزام بالمشاركة في عقود الاستثمار الصناعي"، مجلة جامعة كربلاء العلمية، رئاسة جامعة كربلاء، جامعة كربلاء، المجلد الخامس، العدد الرابع، كانون الأول 2007.
17. الجبوري ماهر صالح علاوي، " نوعية الخدمة أو جودة هدمة المرفق العام المبدأ الرابع (الجديد) من المبادئ التي تحكم المرافق العامة"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، كلية الحقوق، العراق، المجلد السابع عشر، الإصدار الثالث، 2015.
18. جريسات رياض إلياس، " عقد الالتزام طبيعته، آثاره، انتهاءه"، مجلة القانون، كلية الحقوق، جامعة عدن، عدن، العدد السادس عشر، 2010.
19. الجلاي محمد، " استراتيجيات التعاقد لمشروعات التشييد في سورية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الخامس والعشرون، العدد الثاني، 2009.
20. الجلاي محمد، خير الله نصر الدين، " صناعة البناء والتشييد العربية وتحديات العولمة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الهندسية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد العادي والعشرون، العدد الثاني، 2005.
21. الجنابي هيثم عبد القادر، " اتجاهات وطرق تحويل الملكية العامة إلى الملكية الخاصة"، المجلة العراقية للعلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة المستنصرية، السنة السابعة، العدد التاسع عشر، 2009.
22. جيلالي معروف، "عقود البوت BOT استنساخ غربي لمنهج استثماري إسلامي"، مجلة الاقتصاد

المصادر والمراجع

- الإسلامي العالمية، المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية بالتعاون مع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية، د ب ن، العدد السابع والعشرون، أوت 2014.
23. حزبون جورج حزبون، رضوان عبيدات، "إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي والدولي"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن، العدد السادس والعشرون، أبريل 2006.
24. حسن علي أحمد، علي ذكرى عباس، "الرأي الاستشاري وأثره في مشروعية القرار الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المستنصرية، المجلد الخامس، العدد الواحد والعشرين والثاني والعشرين، 2013.
25. الحسن بن أحمد بن حسن بن أحمد، "دراسة شرعية اقتصادية لتمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة BOT"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، العدد الأول، 2001.
26. خضير محمود خليل، "نهاية القرار الإداري بغير طريق القضاء"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، كلية الحقوق، العراق، المجلد العشرون، العدد العاشر، 2008.
27. الخفاجي علي حمزة عسل، ثامر محمد رخيص، "الإحراف في السلطة وأثره في ظاهرة الفساد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، رئاسة الجامعة، العدد الثالث والعشرين، د س.
28. خلف شاكر أكباشي، "مفهوم العقود الدولية للإنشاءات"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد العاشر، 2011.
29. خماس فاروق أحمد، "ولاية القضاء البحريني للمنازعة الإدارية"، مجلة كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد السابع، العدد الأول، 2010.
30. دايج سليمان براك، "الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ"، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة كركوك، العراق، المجلد الرابع، العدد الثالث عشر، 2015.
31. دهال رياض، حسن الحاج، "حول طرق الخصخصة"، سلسلة أوراق عمل، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، دون ذكر لرقم العدد، 1998.
32. الدوري عمر علي، أحمد ضرار إسماعيل الشمري، "الخصخصة بدائل التحول من الملكية العامة إلى الملكية الخاصة"، مجلة المنصور، كلية المنصور الجامعة، العدد العاشر، 2007.
33. ديب فؤاد، "المحكم الدولي ونظم تنازع القوانين الوطنية"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الرابع والعشرون، العدد الثاني، 2008.
34. رسلان أنور أحمد، "التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)"، مجلة الأمن والقانون،

المصادر والمراجع

- القيادة العامة لشرطة دبي، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، السنة السادسة، العدد الأول، يناير 1998.
35. زواوي عباس، " الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل القانون 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 31/30، ماي 2013.
36. سادات محمد محمد، " الآليات غير القضائية لتسوية منازعات عقود المقاولات النموذجية"، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل، الدوحة، السنة الثامنة، العدد الثاني، جانفي 2015.
37. سراج الدين عبد الله محمد بار، " معالجة منازعات مشاريع التشييد بالمملكة العربية السعودية باستخدام مجلس مراجعة النزاع"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز للعلوم الهندسية، مركز النشر العلمي، جامعة الملك عبد العزيز، المملكة العربية السعودية، المجلد السادس عشر، العدد الثاني، 2006.
38. السيد حسن عبد الرحيم، " الشفافية في قواعد وإجراءات التعاقد الحكومي في دولة قطر (دراسة مقارنة مع قانون اليونسترال النموذجي للمشتريات الحكومية)"، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد التاسع والثلاثون، يوليو 2009.
39. شاطي عماد محمد، " سلطة القاضي الإداري في الرقابة على ملاءمة القرار الإداري"، مجلة البحوث والدراسات الإسلامية، الهيئة العلمية الاستشارية، ديوان الوقف السني، العراق، العدد الرابع والأربعون، 2016.
40. الشبلاق نبيل إسماعيل، " الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد التاسع والعشرون، العدد الثاني، 2013.
41. الشديفات فيصل عليان إلياس، " تمويل مشروعات البوت"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد السادس والعشرون، العدد الأول، 2010.
42. شيعان فراس كريم، أحمد هند فائز، " الوساطة في المنازعات الإلكترونية"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد السادس، العدد الثالث، 2014.
43. الطعان حاتم فارس، " تقييد حرية الإدارة على إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)"، مجلة الجامعة الإسلامية، رابطة الجامعات الإسلامية، مركز الاقتصاد الإسلامي، القاهرة، العدد 2/26.
44. العاني وسام صابر، " أوجه الطعن بالإلغاء في ظل التطور التشريعي والقضائي في النظم المقارنة والعراق"، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، المجلد الخامس والعشرون، العدد الأول، 2010.
45. عبد الحميد خالد، " نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم"، مجلة معهد القضاء، معهد الكويت

المصادر والمراجع

- للدراستات القضائية والقانونية، الكويت، السنة السابعة، العدد السادس عشر، ديسمبر 2008.
46. عبد القادر دانا حمه باقي، " عقد التأجير التمويلي مفهومه وطبيعته القانونية (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد الرابع عشر، السنة السادسة عشر، العدد الواحد والخمسون.
47. عبيد محمد سامي، " الخصخصة في الاقتصاد العراقي (الإجراءات والمعوقات)، مجلة العلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة البصرة، المجلد السابع، العدد السابع والعشرون، كانون الأول 2011.
48. العتوم منصور إبراهيم، " أثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الثالث والعشرون، العدد الرابع، 2008.
49. عثمان أبو بكر أحمد، " عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد العاشر، العدد الثامن والثلاثين، 2008.
50. العجيلي حاتم خليفة بريسم، " مقترح بناء نظام إداري لاختيار أسلوب التعاقد المناسب لأسلوب المقال العام في قطاع التشييد"، مجلة الهندسة، كلية الهندسة، جامعة بغداد، المجلد الخامس عشر، العدد الثاني، حزيران 2009.
51. العجيلي حاتم خليفة بريسم، " مقترح نظام إداري لقواعد اختيار أسلوب التنفيذ في مشاريع قطاع التشييد في العراق"، مجلة الهندسة، كلية الهندسة، جامعة بغداد، المجلد الرابع عشر، العدد الرابع، كانون الأول 2008.
52. عزري الزين، " إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، العدد الثالث.
53. عزري الزين، "النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، جوان 2005.
54. العسولي زياد، " عقود المشاركة لتجنب الاقتراض الحكومي الربوي (دراسة تحليلية)"، مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، مصر، 2008.
55. عفلوك محمد علي عبد الرضا، الزبيدي ياسر عطوي عبود، " الوساطة في حل النزاعات بالطرق السلمية في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة السابعة، العدد الثاني، 2015.
56. علي علاء حسين، عبد الجبار سعد ربيع، عبد الوهاب محمد، " التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون،

- جامعة الأنبار، المجلد الأول، العدد السادس، 2012.
57. فتحة محمد سعيد، " مجلس فض النزاعات (Dispute Adjudication Board (DAB) عقد الفيديك نموذجاً"، مجلة المهندس القانونية الإلكترونية، مكتب جمعة وغصن للمحاماة والدراسات القانونية، بيروت، العدد الثالث، حزيران 2009.
58. قيدار عبد القادر صالح، " قاعدة نسبية أثر العقد ومدى سريانها على العقد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد التاسع، العدد الثاني والثلاثين، السنة الثانية عشر، 2007.
59. القيسي محي الدين، " التجربة اللبنانية في عقود الـ BOT (البناء والتشغيل والتحويل)"، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003.
60. كاظم حسن علي، عبود ثامر داود، " الاختصاص في منازعات الجنسية في العراق (دراسة مقارنة)"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، السنة الرابعة، عدد خاص ببحوث المؤتمر القانوني الوطني الأول، 2012.
61. كربل رفاه كريم رزوقي، " الإعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)"، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد الثامن، العدد الثالث، 2016.
62. فته فاضل جبير، " سحب العمل كجزاء إداري تفرضه الإدارة ضد المخلين بالتزاماتهم التعاقدية"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، المجلد الأول، العدد السابع، 2013.
63. متري موسى خليل، " تمويل المشاريع (هيكل الـ B.O.T)" ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، دمشق، المجلد الحادي والعشرين، العدد الثاني، 2005.
64. المحمدي صدام فيصل كوكز، " التوفيق بين الخصوم على وفق أحكام اتفاقية قانون الأونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لعام 2002"، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، العدد 0، 2013.
65. مخلف عارف صالح، علي علاء حسين، " عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية"، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الأنبار، العدد الأول، 2010.
66. المصري محمد وليد هاشم، " العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد العشرون، يناير 2004.

67. المصري محمد وليد، "العقد الدولي بين النظرة التقليدية والنظرة الحديثة"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، العدد العشرون، يناير 2004.
68. المعموري أحمد سامي مرهون، "الإطار القانوني لعقد استثمار مطار النجف الاشراف الدولي (دراسة قانونية تحليلية)"، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة الكوفة، العدد الخامس، 2010.
69. مكاششة غوتي، "الشراكة المائية وعقد امتياز المياه في الجزائر"، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، العدد الخامس والعشرون، أبريل 2010.
70. منصور زين، "واقع وآفاق سياسة الاستثمار في الجزائر"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، مخبر العولمة واقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بو علي الشلف، العدد الثاني، ماي 2005.
71. مؤيد أحمد فراس، "الغير في العقد الإداري"، مجلة الآداب، كلية الآداب، جامعة بغداد، العدد السابع والتسعون، الجزء الثاني، 2011.
72. هاشم نوار جليل، "خصخصة المياه في الدول العربية (الواقع والآفاق)"، المجلة العراقية للعلوم الاقتصادية، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة المستنصرية، السنة السادسة، العدد الثامن عشر، 2008.
73. يعقوب سحر جبار، "فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة"، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، رئاسة الجامعة، العدد السابع، 2008.

رابعاً: الأطروحات والمذكرات

1. الأطروحات

- إسماعيل وائل محمد السيد، "المشكلات التي تثيرها عقود البوت BOT وما يمثّلها"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009.
- تكري هيفاء رشيدة، "النظام القانوني لعقد التأمين دراسة في التشريع الجزائري"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.
- الحسيني محمد أديب، "الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام BOT (عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2009.
- حوادق عصام، "تفويض المرفق العام المحلي في الجزائر"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، 2012/2011.
- نواره حسين، "الحماية القانونية لمكالية المستثمر الأجنبي في الجزائر"، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 16 ماس 2013.

2. المذكرات

- أكتفم وجيه عبد الرحمن سليمان، " تنظيم المرافق العامة (دراسة مقارنة)"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2014.
- بلعابد عبد الغني، " الدعوى الاستعجالية الإدارية وتطبيقاتها في الجزائر (دراسة تحليلية مقارنة)"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المؤسسات السياسية والإدارية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2008/2007.
- بوجميل وليد، " سلطات الضبط الاقتصادي في القانون الجزائري"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2006، 2007.
- بودراف مصطفى، " التسيير المفوض والتجربة الجزائرية في مجال المياه"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون المؤسسات، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012/2011.
- بوهالي نوال، " الجزائرية للمياه مرفق عام"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير تخصص: الدولة والمؤسسات العمومية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، 2009/2008.
- حريزي رابح، " سوق الأوراق المالية (البورصة) والأدوات المالية محل التداول فيها"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري قسنطينة، 2010/2009.
- حصايم سميرة، " عقود البوت BOT إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2011/2010.
- الشرايعه أحمد رمضان صبحي، " الطبيعة القانونية لعقود البوت"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
- عبد الظالمي خليل إبراهيم، " القواعد القانونية التي تحكم عقود البوت BOT وكيفية حل المنازعات الناشئة عنها (دراسة مقارنة)"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة البصرة، العراق، 2011.
- قماز سهيل، " تفعيل التأمين الهندسي للإنشاءات المرتبطة بصيغة تمويل المشروعات الكبرى (Project Finance) -دراسة حالة في شركة تأمين المحروقات CASH"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، تخصص اقتصاديات التأمين، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة سطيف 01، 2014/2013.

-مها أشقر عبد الله العطار، "مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الأحمر"، مذكرة مقدمة استكمالاً لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011.

خامساً: أبحاث مؤتمرات

1. أبو صالح سامي عبد الباقي، " آليات حماية البنوك الممولة لمشروعات البنية الأساسية المدارة وفقاً لنظام BOT، وعوائق اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه المشروعات"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بـ الإمارات العربية المتحدة ، يومي 19، 21 أبريل 2010.

2. بوعشيق أحمد، " عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص: سياسة عمومية حديثة لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الموسوم بـ: نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، المنعقد بالرياض، المملكة العربية السعودية، أيام 4/1 نوفمبر 2009.

3. التركستاني حبيب الله محمد، " الشراكة الإستراتيجية في الاستثمار بين الحكومة والقطاع الخاص: دراسة تطبيقية على المدن الاقتصادية"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية الموسوم بـ: نحو أداء متميز في القطاع الحكومي، المنعقد بالرياض، المملكة العربية السعودية، أيام 4/1 نوفمبر 2009.

4. جلال ناصر خليل، " عقد البوت بين القانون الخاص والقانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات بحث مقارن"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، الإمارات العربية المتحدة ، يومي 19، 21 أبريل 2010.

5. دويب حسين صابر عبد العظيم، " الالتزامات التي ترتبها عقود الـ BOT في مواجهة شركة المشروع"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بـ الإمارات العربية المتحدة ، يومي 19، 21 أبريل 2010.

6. الزيابي سعد بن سعيد، " التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية البوت BOT طبقاً للأنظمة السعودية"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي بالتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان، الموسوم بـ: " التحكيم في عقود النفط والإنشاءات الدولية"، صلالة، 26/28 أوت 2014.

7. رشا علي الدين، " تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم (البوت) ذات العنصر الأجنبي دراسة في إطار المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن

المصادر والمراجع

عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بالإمارات العربية المتحدة ، يومي 19، 21 أبريل 2010.

8. عيساوي عز الدين، " جدال بين المرفق العام وقانون المنافسة: البحث عن المصالحة"، بحث مقدم للمشاركة في الملتقى الوطني الموسوم بـ:"أثر التحولات الاقتصادية على المنظومة القانونية الاقتصادية"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، يومي 31،30 ديسمبر 2011.

9. كامران حسين الصالحي، " وسائل تسوية منازعات عقود BOT بطرق ودية (التحكيم كنموذج) في ضوء القانون الإماراتي"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بالإمارات العربية المتحدة ، يومي 19، 21 أبريل 2010.

10. المتولي محمد، " التنظيم القانوني لخصخصة المشروعات العامة بنظام BOT في الكويت"، بحث مقدم للمؤتمر الثاني الموسوم بـ: دور القطاع الخاص في مشروعات التنمية والبنية التحتية، الكويت، 2003.

11. المهدي نزيه محمد الصادق، " دور التأمين في مجال عقود وأعمال البناء والتشييد في ظل أحدث النظم القانونية والنصوص التشريعية المعاصرة"، بحث مقدم للمشاركة في المؤتمر الدولي الثامن عشر الموسوم بـ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، المنعقد بـ الإمارات العربية المتحدة ، يومي 19، 21 أبريل 2010.

سادسا: التقارير

1. KPMG، دليل الاستثمار في الجزائر، مطبعة حسناوي، الجزائر، د ط، 2006.
2. الجمعية العامة بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/57/562 و Corr.1)، الدورة السابعة والخمسون، البند 155 من جدول الأعمال، A/RES/57/18.
3. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " الأعمال المقبلية الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك 28 مايو- 14 يونيو 1996. A/CN.9/424.
4. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، "صيغة مشروع إضافة إلى دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص"، الدورة الخامسة، فيينا، 13/9 سبتمبر 2002.

A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.2

5. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، " مشروع إضافة إلى دليل الأونسيترال النموذجي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة

المصادر والمراجع

- من القطاع الخاص"، الدورة الخامسة، فيينا، 13/9 سبتمبر 2002. A/CN.9/WG.I/WP.29/Add.1
6. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، " تقرير الفريق العامل المعني بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص عن أعمال دورته الخامسة"، الدورة السادسة والثلاثون، فيينا، 30 حزيران/18 تموز 2002. A/CN.9/521
7. لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الثاني (المعني بالتحكيم والتوفيق)، الدورة الرابعة والستين، نيويورك، 1-5 فبراير 2016. A/CN.9/WG.II/WP.195
8. وزارة الطاقة والمناجم، حصيلة إنجاز قطاع الطاقة والمناجم 2008-2000، وزارة الطاقة والمناجم، الجزائر، طبعة 2009.
- سابعا: المواقع الإلكترونية

- بونجة مصطفى، " التحكيم في العقود الإدارية وفقا لقانون المسطرة المدنية المغربي"، يوم 2015/9/4 الساعة 12:24

<http://www.marocarbitrage.com/images/articles/etudes-doctri/articlemostafa.pdf>

شريف يوسف خاطر، " التحكيم في مجال العقود الإدارية دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والمصري"،

<http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n1/shrife%20khter.pdf>

-الصوصي عبد الكبير العلوي، " التحكيم في المنازعات الإدارية"،

<http://www.zagorapress.com/details-21683.html>

- عبد الله يوسف محمد محمود، " المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ BOT مع التعرض

لتجارب عربية"، يوم: 2015/9/4، الساعة 12:41

http://www.cpas-egypt.com/pdf/Mohamed_Yossef/Research_Other/PDF/009.pdf

-عبد المجيد هاشم عوض، " الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت BOT كآلية

للخصخصة في الدول العربية"، يوم: 2016/9/6، الساعة 16:46

http://medo0.wapka.mobi/forum2_theme_171045.xhtml?tema=223

-غرفة تجارة وصناعة الكويت، " التخصيص بنظام البناء والتشغيل والتحويل BOT"، يوم

2016/09/30، الساعة 12:05

http://www.kuwaitchamber.org.kw/echamber/website/index.jsp?pageID=ws_cmsmenu.jsp&fromPlic=yes&language=ar&rootMenu=328&menuID=328

باللغة الفرنسية

1 . Dictionnaire

- VAN LANG Agathe, GONDOUIN Geneviève, INSERGUET-BRISSET Véronique, Dictionnaire de Droit Administratif, Armand Colin, Dalloz, 1999

2. Notes et Instructions :

- Note N° 07/93 du 11 Juillet 1993 relative aux importations d'équipements constituant des apports en nature dans le cadre des investissements en Algérie par des non résidents.

- [www.bank-of-Algeria.dz./](http://www.bank-of-Algeria.dz/)

- Instruction N° 03/2000, du 25 Avril 2000, Portant détermination du dossier constitutif de demande de transfert des dividendes bénéfiques et produits de la cession des investissements étrangers, [www.bank-of-Algeria.dz./](http://www.bank-of-Algeria.dz/)

- Instruction N° 10/05, Portant dossier de transfert de produit d'investissement mixtes ou étrangers, [www.bank-of-Algeria.dz./](http://www.bank-of-Algeria.dz/)

- L'instruction Banque d'Algérie N° 09/07, Du 27 Octobre 2007, Modifiant et complétant l'instruction N° 74/94, Du 29 Novembre 1994, relative à la fixation des règles prudentielles de gestion des banques et des établissements financiers.

[www.bank-of-Algeria.dz./](http://www.bank-of-Algeria.dz/)

3. Ouvrages :

- AUBY Jean-Marie, ROBERT Ducos Ader, Grands Services Publics et Entreprises Nationales, Première édition, PUF, Paris, 1969.

- Delvolvé .P, Les contradictions de La Délégation de Service Public, A.J.D.A, 1996

- FOUCHARD Philippe, GAILLARD Emmanuel, GOLDMAN Berthold, Traité de L'arbitrage commercial international, Edition Litec, Paris, 1996.

- FRAISSEIK Patrick, Droit Administratif, ellipses, Paris, 2000.

- KLEIN Lorraine, Délégation de Service Public Pratique de la Passation, EFE, Paris, 2013.

- LE TOURNEAU Philippe, Les contrats de Concession (Distribution sélective, Concession exclusive, Distribution automobile, Droit interne et communautaire), Juris classeur, Paris, 2003.

- LYON CAEN Gerard, PELISSIER Jean, SUPIOT Alain, Droit du travail, Dalloz, Paris, 17^{ème} édition, 1994.

- LYONNET DU MOUTIER Michel, Financement sur Projet et Partenariat Public-Privé, Ems management & société, France, 2006.

- POULET- GIBOT LECLERC Nadine, Droit Administratif (Sources, moyens, contrôles), Bréal, Paris, 3^{ème} édition, 2007.

- TEYSSIE Bernar, Droit du travail (Relations individuelles de travail), Imprimerie du sud, Toulouse, 1992.

- ZOUAIMIA Rachid, Les Autorités de Régulation Indépendantes Dans le Secteur Financier en Algérie, Edition Houma, Alger, 2005

4. Revues

- APELBAUM Raphaël, « Les PPP et le Développement du Droit Public Français à l'étranger », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 32, 2004.

- AUDIT Mathias, « Le Nouveau Régime De L'arbitrage Des Contrats Administratifs internationaux », R Arb, Comité Français de l'arbitrage, Paris, N° 02, Avril- Juin 2010.

- AUDIT Mathias, « Le Contrat de Partenariat ou L'essor de L'Arbitrage en Matière Administrative », R Arb, Comité Français de L'Arbitrage, Paris, N° 03, Juillet- Septembre 2004.

- BRACONNIER Stéphane, « Arbitrage et Contrats Publics d'affaires : Vers la consécration d'un principe d'arbitrabilité », D P, LAMY SA, Paris, N° 141, Octobre 2005.

- BRENET François, « Arbitrage et Contrat Administratif: L'incompétence toute relative du juge administratif », D A, LexisNexis, Paris, N° 07, Juillet 2013.

- DELVOLVÉ Pierre, « Le Partenariat Public-Privé et Les Principes de la Commande Publique », RDI, édition Dalloz, Paris, N° 06, 2003.

- DEMUNCK Claire, « Délégation de Service Public et Contrôle du Juge des référés Précontractuels », RLDA, LAMY SA, Paris, N°79, Février 2005.

- DEMUNCK Claire, « Délégation de Service Public et Obligation de Publicité », RLDA, LAMY SA, Paris, N° 87, Novembre 2005.

- DUCAROUGE Françoise, « Le juge administratif et les modes alternatifs de règlement des conflits : transaction, médiation, conciliation et arbitrage en droit public français », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1996.

- ECKERT Gabriel, « Délégation de Service Public et Droit Communautaire: Une Conciliation Délicate », RDP, LGDJ, Paris, N° 01, Janvier- Février 2010.

- EMERY Cyrille, « Les Trois Principes de la Passation des Contrats de Partenariat Public-Privé », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 41, 2005.

- EVEILLARD Gweltaz, « Services Publics : La Réglementation Du Droit De grève Par Les Personnes Privées Chargées De La Gestion d'un Service public », D A, LexisNexis, Paris, N° 07, Juillet 2013.

- FOLLIOT-LALLIOT Laurence, « Vers une Approche Unifiée de la Convention de Délégation de Service Public: État d'avancement des Travaux de la Commission des Nations Unies pour le Droit International sur les Projets d'infrastructure à Financement Privé », RFDA, édition Dalloz, N° 5, 2003.

- GUILLAUME-HOFNUNG Michèle, « La médiation », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1997.
- GUINARD Dorian, « Entre résiliation et résolution: des Conséquences de l'irrespect des IMP2RATIFS Concurrentiels Lors de la Passation d'une Délégation de Service Public », RLC, LAMY SA, Paris, N° 35, Avril- Juin 2013.
- JARROSSON Charles, « L'arbitrage en droit public », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1997.
- LICHÈRE François, « Les Contrats de Partenariat », RDP, LGDJ, Paris, N° 06, Novembre-Décembre 2004.
- LINDITCH Florian, « Délégation de Service Public: Les Précisions Apportées Par la Décision Corsica Ferries », Edition Administrations et Collectivités Territoriales, RSJCT, LexisNexis, N° 26, 25 Juin 2007.
- LOMBARD Frédéric, « Arbitrage international et répartition des compétences juridictionnelles », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 20, 2015.
- LONG Marceau, « Système Concessif et Droit Communautaire Dans le Demain d'eau », in RA, Presses Universitaires de France, N° 138, Novembre-Décembre 2000.
- MARCOU Gérard, « Les Modes de Gestion des Services Publics Locaux en Allemagne et le Problème de l'ouverture à la Concurrence », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 03, 1995.
- NICINSKI Sophie, « Les Modes de Gestion Du Service Public », AFDA, Dalloz, Paris, 2014.
- NOEL Chahid-Nourai, LAZERGES Romaric, « La résolution des litiges dans les contrats de partenariat », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 35, 2009.
- R. SEPPÄLA Christopher, « Les nouveaux modèles FIDIC de contrat de construction internationale », RDI, édition Dalloz, Paris, N° 3, 2002.
- R. Toimer et O. Obeida, « L'option Dessalement », Revue l'économie, Nouvelle Série N° 1, Avril 2002.
- S A, « Les Contrats de Partenariat et les Autoroutes : Quel Avenir Commun », RLC, LAMY SA, Paris, N° 01, Novembre 2004- Janvier 2005.
- SCANVIC Frédéric, JOLIVEL Cyrille, « Durée des Délégation de Service Public en Matière d'eau et de déchets », RBDEI, Wolters Kluwer, France, N° 21, Juin 2009.
- SLIM Hadi, « Les Contrats D'État et les Spécificités des Systèmes Juridiques Dualistes », R Arb, comité Français de l'Arbitrage, Paris, N° 03, Juillet- Septembre 2003.
- SOLDINI David, « La Délégation de Service Public, sa fonction, ses critères », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 06, Novembre- Décembre 2010.

- TEBOUL Gérard, « Arbitrage international et personnes morales de droit public », AJDA, édition Dalloz, Paris, N° 01, 1997.
- TROIZIER Agnès Roblot, « Retour sur le Pouvoir de Contrôle de l'administration à l'égard de Son Cocontractant », RFDA, édition Dalloz, Paris, N° 5, 2007.
- WALD Arnaldo, " La résolution, par l'arbitrage, des conflits entre l'administration publique et les entreprises privées en droit Brésilien , Gazette du Palais "Journal Spécial des sociétés Française par actions" , Lextenso édition, Paris, N° 2007/ 2, Juillet 2007

5. Thèses et Mémoires :

5-1 : Thèses

- MOHAMED El-BEHERY Ibrahim Rèfaat, "Théorie Des Contrats Administratifs et Marchés Publics Internationaux," Thèse pour le Doctorat en Droit, Institut du Droit, de La Paix et Développement (I.D.P.D), Université de Nice Sophia-Antipolis, Nice, Mars 2004.
- SALCEDO CASTRO Myriam, « L'arbitrage Dans Les Contrats Publics Colombiens », Thèse de doctorat en Droit public, école doctorale de droit public Georges Vedel, Université Panthéon Assas, 2012.

5-2 : Mémoires

- KHEFFACHE Sofiane, « La délégation de service public locale et ses implication socio-économique (cas de délégation des marchés hebdomadaires des communes d'Azazga et de Tizi-Rached », Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Magistère en science Economique, Option: économique publique locale et gestion des collectivités locales, UMMTO, 2009.
- Nicolette Kost De Sèvres, "Le Consentement à la Convention d'arbitrage Commercial International : évolution et développements récents en droit québécois et en droit International", Mémoire présenté à la Faculté des études supérieure en vue de l'obtention du grade de LL.M en droit, Option droit des affaires, Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre 2005.

6. Rapports

- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), Trente-cinquième session, Vienne, 19-30 Novembre 2001. A/CN.9/WG.II/WP.115
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-septième session, New York, 7-18 Juillet 2014. A/CN.9/822

- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), Soixante-deuxième session, New York 2-6 Février 2015. A/CN.9/WG.II/WP.187
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Groupe de travail II (Arbitrage et conciliation), Soixante-deuxième session, New York 2-6 Février 2015. A/CN.9/WG.II/WP.188
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-huitième session, Vienne, 29 Juin- 16 Juillet 2015. A/CN.9/832
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-huitième session, Vienne, 29 Juin- 16 Juillet 2015. A/CN.9/846/Add.3
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-neuvième session, New York, 27 Juin -15 Juillet 2016. A/CN.9/861
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Quarante-neuvième session, New York, 27 Juin- 15 Juillet 2016. A/CN.9/867
- Document EP Algérienne des eaux, Le dessalement option stratégique et opportunité d'investissement, 2003.
- Règle et condition générales de passation des contrats, document adopté par le conseil d'orientation et de surveillance (COS), de L'E.P Algérienne des eaux, 18 Mars 2004.

باللغة الإنجليزية

1. BOOKS :

- GAMAL ELDIN Salah Eldin, International Contracts and Arbitration, Dar El Fikre El Gamie, Sotter st, Alex, First Edition, 2007.
- Georgios I. Zekos, International Commercial and Marine arbitration, Routledge- Cavendish, Abingdon, 2008.
- HÖRNLE Julia, Cross-Border , Internet Dispute Resolution, Cambridge University Press, New York, First Edition, 2009.
- Ian R.Macneil, American Arbitration Law, Oxford University Press, New York, 1992.
- MENHEERE Sebastiaan C . M , POLLALIS Spiro N, Case Studies On Build Operate Transfer, Delft University of Technology, Faculty of Architecture, The Netherlands, 1996.
- TURNER Ray, Arbitration Award: a practical approach , Blackwell Publishing, Oxford, UK, First edition, 2005.
- UNIDO, « BOT Guidelines for infrastructure development through BOT projects”, Vienna, 1996.

1. Magazines

- ASKAR Mohamed M, GAB-ALLAH Ahmed A, « Problems Facing Parties Involved in Build, Operate, and Transport Project in Egypt », Journal of management in engineering, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis, Vol 18, N° 4, October 2002.
- KUMARASWAMY Mohan M, MORRIS David A, « Build-Operate- Transfer- Type Procurement in Asian Megaprojets », Journal of Construction Engineering and Management, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis, Vol 128, N° 02, March- April 2002.
- S. Mubin, A. Ghaffar, « BOT Contracts: Applicability in Pakistan for Infrastructure Development », Pak J. Engg. & Appl. Sci, University of Engineering and Technology, Lahore, Vol. 3, Jul 2008.
- SHRESTHA Santish Kumar, « Prospects of BOT (Build- Operate- Transfer) Projects For Infrastructure Development in Nepal », Journal of the Institute of Engineering, Tribhuvan Univercity, Nepal, , Vol. 8, No. 1, 2011.
- SYED AHMAD BOKHAREY Syed Kamarul Bakri, VALLYUTHAM Kalaikumar, POTTY Narayanan Sambu, ABU BAKAR Nabilah, « Risks and Mitigation Measures in Build-Operate- Transfer Projects », International Journal of Civil, Environmental, Structural, Construction and Architectural Engineering, World Academy of Science, Engineering and Technology, Vol 04, N° 03, 2010.
- T ERENCE BURKE and Christine Chinkin, “Drafting Alternative Dispute Resolution Clauses”, The International Construction Law Review, Part 4, Volume 7, October 1990.
- WANG Shou Qing, TIONG Robert L. K, TING Seng Kiong, ASHLEY David, « Political Risks: Analysis of key Contract Clauses in China’s BOT Project », Journal of Construction Engineering and Management, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis, May- June 1999, Vol 125, N° 3.
- WIPO Arbitration And Médiation Centre, "Dispute Resolution For The 21st Century", WIPO Arbitration And Mediation Centre, World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Center, Switzerland.
- ZAYED Tarek M, CHANG Luh-Maan, « Prototype Model for Build-Operate-Transfer Risk Assessment », Journal of management in engineering, ASCE, Reston, Virginie, États-Unis, Vol 18, N° 01

2. Reports

- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Sixty-third session, Vienna, 7-11 September 2015.

A/CN.9/WG. I/WP.190

3. Websites

- C. Wade, « The Silver Book –The Reality »,

See this link: <http://fidic.org/sites/default/files/THE%20SILVER%20BOOK%20Reply.pdf>
17/07/2016 at 16:02

- GLOVER Jeremy, « FIDIC an overview: the latest developments, comparisons, claims and a look into the future »,

See this link: <http://www.fenwickelliott.com/files/FIDIC.pdf>, 17/07/2016 at 15:28

الفهرس

الفهرس

| الصفحة | العنوان |
|--------|---|
| أ- ج | قائمة المختصرات |
| 1 | مقدمة |
| 6 | الباب الأول: النظام القانوني لعقود البوت كأسلوب حديث في إنشاء وتسيير المرافق العامة |
| 7 | الفصل الأول: ماهية عقود البوت كأسلوب تمويلي تعاقدي في إنجاز المرافق العامة وتسييرها |
| 8 | المبحث الأول: مفهوم عقود البوت |
| 8 | المطلب الأول: عقود البوت وتطورها التاريخي |
| 9 | الفرع الأول: تعريف عقود البوت |
| 9 | أولاً: عقود البوت اصطلاحاً |
| 12 | ثانياً: أهمية عقود البوت كتحول في إنشاء وتسيير المرافق العامة |
| 14 | الفرع الثاني: تطور مفهوم عقود البوت |
| 14 | أولاً: أصل اصطلاح البوت BOT وتطوره |
| 18 | ثانياً: ارتباط تطور عقود البوت بالتطورات الاقتصادية |
| 22 | المطلب الثاني: تمييز عقود البوت عن ما يشابهها |
| 22 | الفرع الأول: تمييز عقود البوت عن عقد الامتياز |
| 23 | أولاً: تعريف عقد الامتياز |
| 24 | ثانياً: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقد الامتياز |
| 26 | الفرع الثاني: تمييز عقود البوت عن عقود الشراكة بين الدولة والقطاع الخاص PPP |
| 26 | أولاً: تعريف عقود الشراكة PPP |
| 27 | ثانياً: نشأة عقود الشراكة PPP |
| 29 | ثالثاً: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقود الشراكة PPP |
| 30 | الفرع الثالث: تمييز عقود البوت عن عقود الأشغال العامة |
| 30 | أولاً: تعريف عقد الأشغال العامة |
| 32 | ثانياً: أوجه الاختلاف بين عقود البوت وعقود الأشغال العامة |
| 34 | المطلب الثالث: أشكال عقود البوت وتطبيقاتها في إنشاء وتسيير المرافق العامة |
| 34 | الفرع الأول: أشكال عقود البوت |
| 34 | أولاً: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع جديدة |
| 39 | ثانياً: الأشكال التعاقدية المنصبة على مشاريع قائمة |
| 41 | الفرع الثاني: نماذج من تطبيقات عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة |
| 42 | أولاً: التجربة الجزائرية في مجال عقود البوت |
| 46 | ثانياً: التجربة المصرية في مجال عقود البوت |
| 47 | ثالثاً: التجربة اللبنانية في مجال عقود البوت |
| 49 | المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البوت |
| 49 | المطلب الأول: التكيف الفقهي لعقود البوت |
| 50 | الفرع الأول: عقود البوت تطور لعقد التزام المرافق العامة الإداري |

| | |
|-----|---|
| 50 | أولاً: أسانيد الاتجاه المؤيد لهذا التكيف |
| 55 | ثانياً: أسانيد الاتجاه الراض لهذا التكيف |
| 56 | الفرع الثاني: عقود البوت من عقود القانون الخاص |
| 56 | أولاً: أسانيد الاتجاه المؤيد لهذا التكيف |
| 59 | ثانياً: أسانيد الاتجاه الراض لهذا التكيف |
| 61 | الفرع الثالث: عقود البوت ذات طبيعة قانونية خاصة |
| 61 | أولاً: أسانيد الاتجاه المؤيد لهذا التكيف |
| 62 | ثانياً: أسانيد الاتجاه الراض لهذا التكيف |
| 64 | المطلب الثاني: القواعد الدستورية والقانونية التي تحكم عقود البوت |
| 64 | الفرع الأول: النظام القانوني لعقود البوت في التشريعات المقارنة |
| 64 | أولاً: التنظيم الدستوري لعقود البوت |
| 71 | ثانياً: التنظيم التشريعي لعقود البوت |
| 79 | الفرع الثاني: النظام القانوني لعقود البوت في الجزائر |
| 79 | أولاً: التنظيم الدستوري لعقود البوت |
| 81 | ثانياً: التنظيم التشريعي لعقود البوت |
| 97 | الفصل الثاني: النظام القانوني لتنفيذ عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة |
| 98 | المبحث الأول: تنفيذ عقود البوت في إنشاء وتسيير المرافق العامة |
| 98 | المطلب الأول: الأطراف المشاركة في عقد إنجاز المرفق العام بنظام البوت |
| 98 | الفرع الأول: الأطراف الأصلية في تنفيذ عقود البوت |
| 99 | أولاً: الدولة أو أحد أشخاص القانون العام |
| 100 | ثانياً: شركة المشروع |
| 102 | الفرع الثاني: الأطراف التابعة في تنفيذ عقود البوت |
| 102 | أولاً: المقاولون |
| 103 | ثانياً: الخبراء والممولون |
| 106 | المطلب الثاني: مراحل تنفيذ عقود البوت في إنجاز المرفق العام |
| 106 | الفرع الأول: المراحل السابقة على توقيع اتفاقية المشروع |
| 106 | أولاً: مرحلة تحديد المشروع واختيار المستثمر |
| 116 | ثانياً: مرحلة إعداد الملف وإبرام العقد |
| 118 | الفرع الثاني: المراحل اللاحقة على توقيع اتفاقية المشروع |
| 118 | أولاً: مرحلة تشييد المرفق العام |
| 120 | ثانياً: مرحلة تشغيل المرفق العام |
| 121 | ثالثاً: مرحلة انتهاء الترخيص ونقل الملكية للدولة |
| 122 | المطلب الثالث: تمويل مشروع إنجاز المرفق العام بعقد البوت |
| 123 | الفرع الأول: مفهوم تمويل مشاريع البوت لإنجاز المرافق العامة |
| 123 | أولاً: تعريف تمويل مشاريع البوت |

| | |
|-----|--|
| 124 | ثانيا: مصادر تمويل مشاريع البوت لإنجاز المرافق العامة |
| 134 | الفرع الثاني: المخاطر التي يتعرض لها إنجاز المرفق العام في عقود البوت وتوزيعها |
| 135 | أولا: مفهوم المخاطر التي يتعرض لها المشروع في عقود البوت |
| 138 | ثانيا: كيفية توزيع المخاطر على أطراف المشروع |
| 143 | المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عقود البوت في إنجاز المرافق العامة |
| 143 | المطلب الأول: حقوق والتزامات شركة المشروع |
| 144 | الفرع الأول: حقوق شركة المشروع |
| 144 | أولا: الحق في الحصول على المقابل المالي |
| 145 | ثانيا: الحق في منع الضرر |
| 148 | ثالثا: الحق في التمتع بحوافز الاستثمار |
| 149 | الفرع الثاني: التزامات شركة المشروع |
| 149 | أولا: الالتزام ببناء المرفق العام وتمويله في الأجل المحددة |
| 161 | ثانيا: الالتزام بنقل التكنولوجيا الحديثة وتشغيل المرفق العام وصيانته |
| 165 | ثالثا: الالتزام بدفع مبالغ الإتاوة السنوية |
| 166 | رابعا: الالتزام بنقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة |
| 168 | المطلب الثاني: حقوق والتزامات الدولة المضيفة |
| 168 | الفرع الأول: حقوق الدولة المضيفة |
| 168 | أولا: الحق في الرقابة على شركة المشروع المنفذة لعقد البوت |
| 172 | ثانيا: الحق في تعديل عقد البوت |
| 174 | ثالثا: الحق في استرداد المرفق العام قبل نهاية المدة المتفق عليها في العقد |
| 176 | رابعا: الحق في توقيع الجزاءات على شركة المشروع |
| 179 | الفرع الثاني: التزامات الدولة المضيفة |
| 179 | أولا: الالتزام بتنفيذ عقود البوت بحسن نية |
| 180 | ثانيا: الالتزام بتبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية |
| 181 | ثالثا: الالتزام بتوفير المناخ القانوني الملائم لاستقبال مشاريع البوت |
| 191 | الباب الثاني: أساليب تسوية منازعات عقود البوت |
| 192 | الفصل الأول: اختصاص القضاء الوطني بحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت |
| 193 | المبحث الأول: مجالات تدخل القضاء الإداري لحل منازعات عقود البوت |
| 193 | المطلب الأول: اختصاص القضاء الإداري بالرقابة على قرارات الإنهاء غير العادي لعقود البوت |
| 194 | الفرع الأول: الرقابة على ركن الشكل والإجراءات |
| 194 | أولا: رقابة القضاء الإداري لمدى توجيه إعدار لشركة المشروع قبل إصدار القرار |
| 196 | ثانيا: رقابة القضاء الإداري لمدى احترام الوقت الفاصل بين الإعدار وممارسة الإنهاء |

| | |
|-----|---|
| 197 | ثالثا: رقابة القضاء الإداري لمدى أخذ الرأي الاستشاري والتدرج قبل اتخاذ قرار إنهاء العقد |
| 197 | رابعا: رقابة القضاء الإداري لتسبب قرار إنهاء عقود البوت |
| 198 | الفرع الثاني: الرقابة على ركن السبب والملاءمة |
| 198 | أولا: رقابة القضاء الإداري على ركن السبب |
| 204 | ثانيا: رقابة القضاء الإداري على الملاءمة |
| 205 | الفرع الثالث: الرقابة على عيب الإنحراف بالسلطة |
| 206 | أولا: تعريف عيب الانحراف بالسلطة |
| 207 | ثانيا: صور عيب الانحراف بالسلطة |
| 210 | ثالثا: خصوصية رقابة القضاء الإداري على القرارات المعيبة بعيب الانحراف بالسلطة |
| 216 | المطلب الثاني: اختصاص القضاء الإداري بحل منازعات تنفيذ عقود البوت |
| 216 | الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بالإلغاء |
| 216 | أولا: الطعون القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية المنفصلة عن عقود البوت |
| 223 | ثانيا: الطعون القضائية المتعلقة بالمستفيدين في عقود البوت |
| 224 | ثالثا: الطعون القضائية المتعلقة بإلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة الصادرة عن الدولة المضيفة باعتبارها سلطة عامة |
| 225 | رابعا: الطعون القضائية المتعلقة باختيار شركة المشروع وتنفيذ العقد |
| 225 | الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بالقضاء الكامل |
| 225 | أولا: الطعون القضائية المتعلقة بتنفيذ العقد وانقضائه |
| 227 | ثانيا: الطعون القضائية المتعلقة بالبطلان والاستعجال في عقود البوت |
| 233 | المبحث الثاني: مجالات تدخل القضاء العادي لحل منازعات عقود البوت |
| 234 | المطلب الأول: نظر المنازعات القائمة بين شركة المشروع وكل من المرتفقين والعمال |
| 234 | الفرع الأول: النظر في المنازعات القائمة بين شركة المشروع والمرتفقين |
| 236 | أولا: المنازعات المتعلقة بتغيرات في الرسوم التي يدفعها المرتفقون |
| 236 | ثانيا: المنازعات المتعلقة بإخلال العمال بمبدأ المساواة بين المرتفقين |
| 236 | ثالثا: المنازعات المتعلقة بإخلال العمال بمبدأ دوام سير المرفق العام |
| 238 | الفرع الثاني: النظر في المنازعات القائمة بين شركة المشروع والعمال |
| 238 | أولا: المركز القانوني للعاملين في المرافق المدارة بعقود البوت |
| 239 | ثانيا: منازعات العمل الفردية بين شركة المشروع والعمال |
| 244 | ثالثا: منازعات العمل الجماعية بين شركة المشروع والعمال |
| 246 | المطلب الثاني: النظر في المنازعات القائمة بين شركة المشروع والغير |
| 247 | الفرع الأول: مفهوم الغير وحقوقه في عقود البوت |
| 247 | أولا: تعريف الغير في عقود البوت |
| 247 | ثانيا: اختلاف المركز القانوني لغير المنتفعين من المرافق العامة الاقتصادية |
| 248 | ثالثا: صور الحقوق التي يستمدها الغير من عقود البوت |
| 249 | الفرع الثاني: صور من المنازعات التي تنور بين شركة المشروع والغير |
| 249 | أولا: المنازعات المتعلقة بحق الغير في الحصول على المقابل المالي |
| 251 | ثانيا: المنازعات المتعلقة بأسلوب التنفيذ المتسارع |

| | |
|-----|---|
| 253 | ثالثا: المنازعات بين شركة المشروع والشركات المتعاقد معها لتنفيذ عقد البوت |
| 255 | الفصل الثاني: الطرق البديلة لحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت |
| 256 | المبحث الأول: الوسائل الودية لتسوية منازعات عقود البوت |
| 256 | المطلب الأول: الوساطة أو التوفيق كأسلوب لحل منازعات عقود البوت |
| 257 | الفرع الأول: مفهوم الوساطة أو التوفيق |
| 257 | أولا: تعريف الوساطة أو التوفيق |
| 262 | ثانيا: خصائص الوساطة أو التوفيق |
| 266 | الفرع الثاني: مراحل بداية الوساطة ونهايتها |
| 266 | أولا: إجراءات بداية الوساطة ونهايتها |
| 274 | ثانيا: الوساطة أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار |
| 279 | ثالثا: إنفاذ اتفاقيات التسوية الناتجة عن الوساطة أو التوفيق |
| 283 | المطلب الثاني: مجلس فض المنازعات كأسلوب لحل منازعات عقود البوت |
| 283 | الفرع الأول: تعريف مجلس فض المنازعات وتطوره التاريخي |
| 288 | الفرع الثاني: دور مجلس فض المنازعات في حل منازعات عقود البوت |
| 288 | أولا: صور المنازعات التي يبيت فيها مجلس فض المنازعات |
| 291 | ثانيا: نماذج عن مجلس فض المنازعات |
| 296 | الفرع الثالث: ارتباط أسلوب مجلس فض المنازعات بأسلوب الخبرة الفنية |
| 297 | أولا: تعريف الخبرة الفنية |
| 298 | ثانيا: اختلاف الخبرة الفنية كطريق بديل عن التحكيم |
| 299 | المبحث الثاني: التحكيم كطريق لحل منازعات عقود البوت |
| 300 | المطلب الأول: مفهوم التحكيم في منازعات عقود البوت |
| 300 | الفرع الأول: تعريف التحكيم وبيان أنواعه |
| 300 | أولا: التحكيم فقها |
| 302 | ثانيا: أنواع التحكيم |
| 306 | الفرع الثاني: شروط صحة اتفاق التحكيم في عقود البوت |
| 307 | أولا: الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم |
| 309 | ثانيا: الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم |
| 314 | المطلب الثاني: اتفاق التحكيم في عقود البوت |
| 315 | الفرع الأول: إمكانية اللجوء للتحكيم لحل منازعات عقود البوت |
| 315 | أولا: الاتجاه المعارض للتحكيم في عقود البوت |
| 319 | ثانيا: الاتجاه المؤيد للتحكيم في عقود البوت |
| 325 | الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود البوت |
| 326 | أولا: حالة اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق |
| 328 | ثانيا: حالة عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة على القانون الواجب التطبيق |
| 335 | الفرع الثالث: صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه |
| 335 | أولا: صدور الحكم التحكيمي |
| 340 | ثانيا: الفعالية الدولية لتنفيذ أحكام التحكيم |
| 347 | الخاتمة |
| 350 | المصادر والمراجع |
| 384 | الفهرس |

المخلص:

باتساع دور الدولة تعددت المرافق العامة التي تتولى إنشاءها لتلبية حاجات مواطنيها، ثم في مرحلة لاحقة أصبح دورها يقوم على استراتيجية أساسها العمل على بعث الحيوية في كل مرافقها وهنا اتجهت لإصلاحها وزيادة كفاءتها، الأمر الذي لم تتمكن من تحقيقه لوحدها لذا شجعت القطاع الخاص على مشاركتها في ذلك لتتمكن من الاستمرار في عالم المنافسة وحرية السوق.

وأمام اتساع حاجات جمهور المرتفقين التي تستتبع بالضرورة التوسع في إنشاء المرافق العامة، والتي تتطلب موارد مالية ضخمة عادة ما لا تتوافر لديها بالنظر لعجز موازنتها، كان لزاما على الدول التوجه للبحث عن أسلوب تعاقدى جديد يحقق لها ذلك مع ضمان جودة الخدمات المقدمة دون الزيادة الكمية فقط، وكانت عقود البوت هي السبيل لذلك وأصبحت طريقا مستحدثا في إنشاء وتشغيل المرفق العام تتولى فيه شركة المشروع المتعاقد معها إنشاءه وتشغيله في مرحلة ثانية لمدة تختلف من عقد لآخر بنهايتها تنقل ملكية المرفق العام للدولة المضيفة خاليا من أي أعباء مالية.

Abstract:

With the expanded role of the state, the number of the public facilities, that has to set up in order to meet its citizens' needs, has increased. Then, at a later stage, its role has become relying on a strategy based on the revitalization of its facilities by repairing them and increasing their efficiency, what the state was not be able to realize alone, that is why it has encouraged the implication of the public sector to ensure its stay in the competition world and free market.

With regard to the broad needs of the public which necessarily followed with the expansion of the establishment of public facilities, which in its turn requires huge financial resources that are not usually available due to the budget deficits, countries have had to look for new contractual method to deal with that issue and ensuring the quality of the provided services without only an increased quantity. The BOT contracts has become a new way in building and operating the public facility where the contracted project company takes the responsibility of its building and then, in a second phase, bringing it to service for a period that differs from one contract to another, and by the end of this period, the ownership of that public facility would be transferred to the host country all free of any financial charges.