

المحاضرة السابعة في مقياس عقود الأعمال

**المطلب الثالث: آثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "عقد البوت BOT" وفض المنازعات المترتبة عنه:**

يعد عقد البوت من العقود التي تتشابه فيها العلاقات القانونية، حيث تترتب بموجبه آثار متبادلة بين طرفي العقد، أي من جهة الدولة أو السلطة المتعاقدة (الفرع الأول)، أو من جهة شركة المشروع (الفرع الثاني)، إلا أنه قد يترتب على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بين الطرفين نشوب خلافات بينهما حول مسألة معينة، مما يقتضي تسويتها وفق ما ينص عليه القانون أو ما يتفق عليه الطرفان المتعاقدان (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: التزامات وحقوق الدولة أو السلطة المتعاقدة:**

تشكل الدولة الطرف الأساسي في عقد البوت وعليها أن تقوم بكل ما هو ضروري لتنفيذ العقد في إطار التزاماتها التعاقدية أولاً، في المقابل تتمتع بمجموعة من الحقوق تضمن من خلالها حسن سير المرفق العام وكفاءة أداء الخدمة ثانياً.

**أولاً: التزامات الدولة أو السلطة المتعاقدة:**

يرتب عقد البوت مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة أو السلطة المتعاقدة من أهمها:

**1- سن القوانين والتشريعات لتنشيط الاستثمار**

**الأجنبي:**

إن دعم الإستثمار المحلي عموماً وجذب الإستثمار الأجنبي بشكل خاص، يتطلب من الدولة المضيفة للاستثمار توفير مناخاً قانونياً ملائماً، وتشريعات قوية ومستقرة، لأن غياب البيئة القانونية الجيدة لاحتضان المشاريع الاستثمارية من شأنه أن يؤدي إلى إنهيار جميع العقود والإتفاقيات التي تبرم وفقاً لهذا النظام، وعليه فإنه يتعين على الدولة التي ترغب في إتباع نظام البوت، أن تعمل على مراجعة الأطر القانونية، وإصدار تشريعات جديدة تتناسب وطبيعة هذه المشاريع

1.

قامت الجزائر كغيرها من الدول بإعادة النظر في الإطار القانوني للإستثمارات الأجنبية، حيث أصدرت المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الإستثمار ،

1- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 59.

## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

وتطبيقاً للأمر 03-01 صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-08 المتعلق بشكل التصريح بالإستثمار وطلب ومقرّر منح المزايا وكيفيات ذلك، بالإضافة للأمر 08-06 والمتعلق بتطوير الإستثمار الذي منح المزيد من الضمانات للمستثمرين الأجانب<sup>1</sup>.

من بين التسهيلات التي منحتها الدولة الجزائرية لمستثمريها نجد مثلاً خفض مبلغ الإتاوة الإيجارية، بالإضافة إلى ضمان عدم المساس بالعقد، حيث نصت المادة 15 من الأمر 03-01 على: " لا تطبق المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الإستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة "، بالإضافة إلى تسهيلات تحويل الرأسمال المستثمر، والعائدات الناتجة عنه.

### 2- تنفيذ العقد بحسن نية وفي الأجل المحددة:

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تقرها التشريعات المختلفة<sup>2</sup>، ويعد من المبادئ الأساسية في القانون المدني، حيث يقع على عاتق الدولة الالتزام بتنفيذ بنود العقد المتعلقة بها واحترام جميع الشروط المذكورة في العقد، ولا يقتصر التنفيذ على هذه الشروط فقط بل يشمل أيضاً ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف بحسب طبيعة الالتزام، وعلى هذا الأساس تلتزم الدولة<sup>3</sup>:

- تسليم موقع المشروع خالياً من العقبات والموانع التي تحول دون تنفيذه، حتى تتمكن شركة المشروع من البدء في تنفيذ الأعمال في المواعيد المحددة.
- يجب على الدولة توفير لشركة المشروع بعض الأموال اللازمة لتنفيذ المشروع كالأراضي وخطوط السكك الحديدية وخطوط نقل الطاقة.
- إلتزام الدولة بحماية المنافسة العشوائية التي قد تحرم الشركة المستثمرة من إسترداد إستثماراتها الضخمة، لذلك تعتمد الدولة على حماية المستثمر من

1- الأمر رقم 08-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق لـ 15 يوليو 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 1 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 20 غشت 2001، والمتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر، العدد 17، الصادر في 19 يوليو 2006.

2- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 59.

3- هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 69، القاهرة، د.س.ن، ص 174.

## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

المنافسة، عن طريق السّماح لشركة واحدة، أو أكثر من الإستثمار في نشاط موضوع واحد.

### 3- تسهيل الإجراءات الإدارية لعقد البوت:

من أجل تشجيع الاستثمار وتطويره وتوسيع قاعدته فإن الإدارة تلتزم بتقديم الدعم والتسهيلات للاستثمار، ومن أشكال الدعم الذي يمكن أن تقدمه الإدارة<sup>1</sup>:

- تسهيل إجراءات التسهيل.

- تقديم المشورة وتوفير المعلومات والبيانات للمستثمرين.

- بعد تسهيل تخصيص الأراضي اللازمة لإقامة المشاريع.

- العمل على إقامة مناطق استثمارية آمنة.

### 4- تسليم موقع المشروع:

يقع على عاتق الدولة مانحة الامتياز تسليم الموقع الذي سيقام عليه المشروع ونقل حيازته لشركة المشروع وتبقى ملكية الموقع للدولة<sup>2</sup>.

### ثانياً: حقوق الدولة أو السلطة المتعاقدة:

تتمتع الدولة بمجموعة من الحقوق التي تمكنها من إحكام رقابتها على تنفيذ العقد، وتعديل بنوده لضمان سير المرفق العام، ومن بين هذه الحقوق نذكر:

#### 1- حق الدولة في الرقابة على التنفيذ:

رغم أن الدولة قد عهدت إدارة المرافق العامة المنشأة بموجب عقد البوت للقطاع الخاص، إلا أن هذا لا يعني أنها ستتخلى على هذه المرافق العامة، بل يكون لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد في تنفيذ العقد، لكون هذه المرافق جزء من تشكيلاتها يتحتم عليها مراقبة نشاطها، ويبرر حق الدولة في الرقابة من ناحيتين: الأولى طول مدة الالتزام، والثانية هي التزام المتعاقد في إعادة ملكية المرفق إلى الدولة بحالة جيدة بعد انتهاء مدة الالتزام<sup>3</sup>.

#### 2- حق التعديل:

1- محمد بهجت عبد الله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص28 وما بعدها.

2 - PROSPER WELL, droit international public et droit administrative, in mélomanes offerts, paris,1970, p527.

3- مجيد مجهول درويش، ضمانات مبدأ سير المرفق العام، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2004، ص 4.

من الحقوق المعترف بها للإدارة في مواجهة المتعاقد معها حقها في تعديل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، أما بالزيادة أو النقصان، وهذه السلطة أو الحق للدولة يجد ما يبرره في متطلبات سر المرفق العام، ومسيرة ما يتطلبه من تطور وفق الظروف المستجدة، غير أن سلطة التعديل ليست مطلقة بل مقيدة، بأن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وأن لا يتجاوز حدا يقبله إلى عقد آخر<sup>1</sup>.

### 3- حق الدولة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها:

على الدولة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في مجالات عقد البوت عند إخلاله بتنفيذ التزاماته، قد تكون هذه الجزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة للغاية منها حمل شركة المشروع على التنفيذ، وذلك بأن تحل الإدارة محل الشركة في التنفيذ، وقد تصل هذه الجزاءات إلى حق الدولة في فسخ العقد.

#### الفرع الثاني: التزامات وحقوق شركة المشروع.

يرتب عقد البوت جملة من الالتزامات على عاتق شركة المشروع أو الشركة المنفذة أولاً، كما يترتب لصالحها مجموعة من الحقوق ثانياً.  
أولاً: التزامات شركة المشروع:

يرتب عقد البوت على عاتق شركة المشروع جملة من الالتزامات أهمها:

#### 1- الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد:

يتم بموجب عقد البوت اختيار شركة المشروع على أساس اعتبارات شخصية، وبالتالي لا يجوز للملتزم التنازل عن التزامه للغير وإلا كان لمانح الالتزام حق إنهاء العقد<sup>2</sup>.

#### 2- الالتزام بتنفيذ العقد ضمن المدة المحددة:

يوجب على شركة المشروع التقيد بالمدة الزمنية لتنفيذ العقد، حيث أن عدم مراعاة تلك المدة يؤدي إلى الإخلال بحسن سير المرافق العامة، والإخلال بالصالح العام<sup>3</sup>.

#### 3- الالتزام بإدارة المرفق العام:

1- علاء نافع قطافة العيداني، حدود اختصاص القضاء الإداري في منازعات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2009، ص6.

2- جيهان حسن سيد أحمد، المرجع السابق، ص 21.

3- محمد المتولي، المرجع السابق، ص 32.

إن الهدف من إقامة المشروع هو تشغيل وتقديم الخدمة العامة للجمهور وإدارته وفق ما يحقق هذا الهدف.

**4- التزام شركة المشروع بتسليم ونقل ملكية المشروع للجهة مانحة الامتياز:**  
بعد انتهاء المدة المحددة في العقد وحتى تتحرر شركة المشروع من التزاماتها العقدية فإنها تلتزم بتسليم ونقل ملكية المشروع إلى الجهة مانحة الامتياز وفق لبنود العقد والشروط الواردة فيه.

**ثانياً: حقوق شركة المشروع:**

تتمثل حقوق شركة المشروع في عقد البوت بالحصول على الامتيازات وضمان بقاء التوازن المالي قائماً خلال مدة العقد.

**1- الضمانات والامتيازات التي تمنح لشركة المشروع:**

تتمتع شركة المشروع بمجموعة من الامتيازات التي تمكنها من إقامة المرفق العام موضوع العقد وتسليمه، ومن بين هذه الامتيازات نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر:

**أ- حق الامتلاك:** أي قد يحتاج المرفق العام إلى امتلاك مجموعة من العقارات التي تعود ملكيتها إلى الأفراد قد تكون هذه الملكية مطلقة أو مؤقتة، لذا لا بد أن تعطى الشركة الحق في طلب امتلاك العقارات اللازمة لإقامة المشروع وتشغيله<sup>1</sup>.

**ب- حرية الاستيراد:** تحرص كثير من الدول على حماية الإنتاج الوطني وذلك بفرض قيود على استيراد السلع والتجهيزات، إلا أن عقد البوت يتطلب رفع هذه القيود لاستيراد السلع والتجهيزات اللازمة للمشروع وتشغيله<sup>2</sup>.

**ج- حق الشركة في عدم تعرض المشروع للمصادرة والتأميم:** من الحقوق والامتيازات التي تمنح إلى شركة المشروع الحق في عدم مصادرة المشروع وتأميمه، وذلك لتشجيع المستثمرين.

**د- حق الإقامة في الدولة مانحة الامتياز:** تلجأ الدول إلى منح المستثمرين الأجانب حق الإقامة في الدولة التي يقيم بها المشروع وتسهيل مهمة دخولهم وخروجهم دون قيود<sup>3</sup>.

1- محمد بهجت عبد الله قايد، المرجع السابق، ص28.

2- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص3 وما بعدها.

3- محمد بهجت عبد الله قايد، نفس المرجع أعلاه، ص29.

هـ- الإعفاء من الضرائب والرسوم: قد تلجأ الدولة في سبيل تشجيع الشركات الخاصة الأجنبية على الاستثمار داخل الدولة إلى إعفاء نشاط هذه الشركات المتعلقة بإقامة وتشغيل المرفق العام من الضرائب.

## 2- الحق في الحفاظ على التوازن المالي للعقد:

تهدف شركة المشروع عند إقامتها وإدارتها للمشروع موضوع عقد البوت إلى تحقيق الربح، وهذه غاية لا تتحقق إلا باستمرار التوازن المالي بين المتعاقدين بحيث تكون اقتصاديات العقد متوازنة تغطي فيه الإيرادات الأعباء المترتبة مع الأرباح التي تسعى الشركة إلى تحقيقها، فبما أن عقد البوت من العقود طويلة المدة قد يحدث وشركة المشروع على فض المنازعات الناشئة بينهم عن طريق التحكيم سواء أكان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المخصصة أو عن طريق أفرادها حين يتفق طرفا عقد البوت على اختيارهم لاحقا أو تجسيدهم عند إبرام العقد لإصدار قرار ملزم في شأن المنازعة المطروحة، ولقد ظهرت ثلاثة نظريات لتطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد وهي كالاتي<sup>1</sup>:

أ- **نظرية فعل الأمير:** يمكن حصر مفهوم عمل الأمير بأنه عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، من شأنه التأثير على التزامات المتعاقد مع الإدارة وينتج عنه التزام الإدارة بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي تلحقه بما يعيد التوازن المالي للعقد، وذلك بتعويضه تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، كأن تقوم الدولة بتعديل الأسعار المحددة في العقد بإرادتها المنفردة أو عن طريق إصدار قوانين أو لوائح تؤدي بطبيعتها إلى زيادة أعباء المتعاقد<sup>2</sup>.

ب- **نظرية الظروف الطارئة:** قد تحدث ظروف وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد يصبح الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة، وبمعنى آخر أن هذه الظروف تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد وخسارة المتعاقد، مما يعطيه حق مطالبة الإدارة بالتعويض عن هذه الخسارة<sup>3</sup>.

ج- **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:** أوجدت هذه النظرية من طرف القضاء الإداري، إلا أن هنالك خلاف في الفقه القانوني الإداري حول وجودها

1 - إبراهيم الشهراوي، المرجع السابق، ص 280.

2 - عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 151.

3 - مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 378.

كنظرية قانونية مستقلة عن نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، تطبيق هذه النظرية غالباً ما يكون في نطاق عقود الأشغال العامة، وهي الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد وتكون ذات طابع استثنائي، بحيث لم يتوقعها المتعاقدان أثناء إبرام العقد، ويكون من نتيجتها جعل العقد أكثر تكلفة، ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد مع الإدارة الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته التعاقدية.

تتفق هذه النظرية مع نظرية فعل الأمير من حيث المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد، وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة من حيث أن تعويض عن الضرر يكون جزئياً<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : آليات فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقد البوت BOT.

بما أن عقود البوت هي عقود إدارية فإن النزاعات الناشئة بصددتها تكون من اختصاص القضاء الإداري<sup>2</sup>، غير أن ارتباط هذه العقود بسياسة الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار قد تدفع المتعاقدين إلى الاتفاق على تسوية النزاعات الناشئة عنها بالطرق السلمية دون اللجوء إلى القضاء، على اعتبار أن لجوء أطراف العقد إلى القضاء قد يحتاج إلى وقت طويل وإجراءات معقدة للفصل في النزاع أولاً، مما قد يدفع بالأطراف المتنازعة إلى الاعتماد على التحكيم كوسيلة لفض النزاع القائم بينهم حول مسائل مرتبطة بتنفيذ المشروع أو العقد ثانياً.

### أولاً: التسوية القضائية لمنازعات عقد البوت BOT.

نظراً إلى أن الأصل العام في الاختصاص بالنظر في المنازعات التي تنشأ بين الدولة أو أحد أشخاصها العامة وبين المستثمر صاحب المشروع ينعقد للقضاء الوطني في الدول المضيفة، ولكن في بعض الأحوال يتبين عدم رغبة المستثمرين في إتباع وسائل التسوية القضائية الداخلية لعدم ملاءمتها لجل منازعات الاستثمار ومنها منازعات عقود البوت، وذلك بسبب اختلاف المراكز القانونية للأطراف المتنازعة خاصة لدى بعض الدول، كما أن مثل هذه الوسائل ليس لديها الكفاءة والخبرة الكافية بشكل يطمئن المستثمر لعرض نزاعه أمامها<sup>3</sup>، بالإضافة إلى أن

1- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O. T، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص 176.

2- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص 18.

3- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص 19، 20.



القضاء الوطني ملزم بتطبيق القانون الداخلي للدولة، مما يدفع بالمستثمر الأجنبي إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة وإجراءات التقاضي فيها، إلا أن المستثمر الأجنبي عادة ما ينظر إلى محاكم الدولة المضيفة بنظرة الشك باعتبارها خصما وحكما في نفس الوقت.

ونظرا لعدم وجود أي قاعدة قانونية وطنية أو دولية يمنع من اللجوء إلى التحكيم، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على تسوية نزاعاتهم الناشئة بخصوص عقد البوت عن طريق التحكيم، ويتم الاتفاق عليه بين الأطراف كما أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح<sup>1</sup>.

### ثانيا: التحكيم كوسيلة ودية للفصل في منازعات عقد البوت:

قد يلجأ المتعاقدين إلى التحكيم لفض منازعاتهم فيلتزمان حينئذ بقبول حكم الحكيم، لأن المستثمر في عقود البوت سواء أكان وطنيا أم أجنبيا لا يرغب في إتباع وسائل التسوية القضائية، لأنها لا توفر له الأمان القانوني بالنظر لاختلاف المراكز القانونية للأطراف المتنازعة، حيث مضى التحكيم بقبول وإقبال كبير من قبل أطراف النزاع في القضايا الدولية والمحلية، لما تقدمه تلك الوسيلة من ضمانات للمستثمر بوجه عام، وعلى الأخص المستثمر الأجنبي، حيث شجع التحكيم وانعكس بصورة ايجابية على المستثمرين مما جعلهم يتجهون إلى الاستثمار داخل الدول النامية والمتقدمة دون أي قلق لیتعلق بمصالحهم الاقتصادية.

ويعرف التحكيم على أنه اتفاق بين أطراف علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، على أن يطلق عليها العلاقة الأصلية أو العقد الأساسي<sup>2</sup>، وهو الذي يحدد حقوق والتزامات أطراف هذا العقد باللجوء لحل المنازعات القائمة، أو التي تنشأ إلى شخص أو أشخاص يسمون بالمحكيم، وينتهي بصور قرار تحكيمي، ومن خلال ما تقدم يتضح أن اتفاق التحكيم يتضمن نوعين من أشكال التحكيم<sup>3</sup>:

**النوع الأول:** هو شرط التحكيم وهو الذي يتعهد بموجبه أطراف العقد، على أن يتم الفصل في المنازعات التي يحتمل نشوءها بسبب ذات العقد من خلال التحكيم.

1- يوسف ناصر أحمد جزاع الظفيري، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2011، ص58.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص328.

3- عبد العزيز خليفة، المرجع السابق ص 20.



**النوع الثاني:** هو مشاركة التحكيم وهو الاتفاق الذي يتم بموجبه عرض حل المنازعة القائمة عن طريق التحكيم، ينحرف التحكيم في عقود البوت إلى اتفاق الدولة أو المتعاقدة أثناء سريانه خلا بالتوازن المالي، يرجع إما لعمل يصدر من الدولة كأصدارها قوانين تزيد من أعباء شركة المشروع أو نتيجة لظروف خارجة عن إرادة الطرفين، يكون بموجبها للمتعاقد حق المطالبة بإعادة التوازن المالي والتعويض<sup>1</sup>.

لقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في نص المادة 115 من المرسوم الرئاسي 236/10 حيث تنص على " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية التنظيمية المعمول بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بنا يأتي : ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين".

**المبحث الثاني: نهاية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "عقد البوت BOT".**

لا يكتمل دراسة الإطار القانوني لعقد البوت BOT دون التطرق إلى طرق وكيفيات نهايته **المطلب الأول**، وأهم الآثار التي تخلفها نهاية هذا العقد سواء كانت هذه النهاية طبيعية أو غير طبيعية **المطلب الثاني**.

**المطلب الأول: طرق نهاية عقد البوت BOT .**

ينتهي عقد البوت كغيره من العقود بإحدى الطريقتين، إما نهاية طبيعية الفرع الأول، أو غير طبيعية الفرع الثاني.

**الفرع الأول: نهاية عقد البوت بصورة طبيعية.**

ينتهي عقد البوت بإنهاء مدته وتنفيذ التزاماته التي ترتب عليه، باعتبار أن العقود الإدارية تقوم على عنصر أساسي وجوهري ألا وهو عنصر الزمن، كما قد ينتهي كذلك بالاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها على تجسيد عقد البوت لمدة معينة، وعلى امتداد هذا العقد وعندئذ تطبق المدة المتفق عليها، وغالبا ما تكون مدة عقد البوت طويلة نسبيا، وينتهي العقد بانتهاء مدته وتنفيذ الالتزامات التي تترتب عليه كاملة، ولاسيما ما يتعلق منها بنقل ملكية المرفق العام إلى الجهة الإدارية المانحة،

1- عصام أحمد البهجي، المرجع السابق، ص 151.

## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

أما إذا تجاوز أمد تنفيذ العقد المدة المحددة فلا يخرج الأمر عندئذ عن أحد الاحتمالين<sup>1</sup>:

الأول: هو أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد مع الإدارة، وعندئذ يتحمل هو مسؤولية التأخير، والثاني: هو أن يكون التأخير لسبب راجع إلى الإدارة وفي هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد معها، أما إذا كان سبب التأخير إلى فعل قوة قاهرة فلا ترتب أية مسؤولية<sup>2</sup>.

لا يمنع تحديد مدة عقد البوت من تمديد هذه المدة، والتمديد لا يقصد به التجديد لأن هذا الأخير لا يعني التعاقد مجدداً مع شركة المشروع على موضوع العقد، وفقاً لشروط وبنود جديدة، غالباً ما يتضمن عقد البوت مثل هذا التجديد أو التمديد لمدة إضافية يكون ذلك شرط قيام الإدارة بإخطار المتعاقد معها بذلك قبل انتهاء الفترة الأولى لمدة معينة<sup>3</sup>، وذلك من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في نفس الوقت.

يمكن تمديد مدة العقد كجزء على تأخر الدولة أو الإدارة المالية في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية كتسليم موقع العمل والتأمين التراخيص المطلوبة لتنفيذ أعمال البناء، وفي حال سبب التأخير راجع لشركة المشروع يحق لها بالإضافة لتمديد مدة العقد المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، وبعد انقضاء مدة العقد المتفق عليها يرجع المرفق العمومي بكل أمواله المنقولة والعقارية للإدارة المتعاقدة مانحة الامتياز وتحل محل شركة المشروع في كل حقوقها والتزاماتها المرتبطة بالامتياز<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: نهاية عقد البوت بصورة غير طبيعية.

قد ينتهي عقد البوت قبل حلول الأجل المعين في العقد إما بالاتفاق أولاً، أو عن طريق القضاء ثانياً، أو بقوة القانون ثالثاً، أو من قبل الإدارة رابعاً، أو بإسقاط الالتزام خامساً، أو عن طريق الاسترداد سادساً، أو عن طريق التصفية المالية لعقد البوت سابعاً.

1- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 381.

2- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 391.

3- إلياس ناصيف، نفس المرجع أعلاه، ص ص 382، 383.

4- مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص 391.

**أولاً: انتهاء العقد باتفاق الطرفين:**

يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا صراحة فيما بينهم على إنهاء المشروع بالتراضي قبل ميعاده دون استخدام أية وسيلة من وسائل الضغط على الطرف المتعاقد مع الجهة الإدارية المانحة للالتزام، لأن هذا من شأنه أن يرتب آثاراً سلبية تهز الثقة في مناخ الاستثمار في الدول المضيفة على الصعيدين الداخلي والخارجي<sup>1</sup>.

**ثانياً: الإنهاء القضائي بناء على طلب المتعهد:**

إذا كانت الإدارة تملك إنهاء العقد الإداري بإرادته المنفردة، فإن للمتعاقد معها أيضاً الحق في اللجوء على القضاء لاستصدار حكم بفسخ العقد للأسباب التالية:

- خطأ الإدارة الجسيم في تعديل شروط عقد الالتزام على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد.
- إخلال الإدارة بالتزاماتها المترتبة على العقد لدرجة يستحيل معها تنفيذ العقد دون إرهاب المتعاقد<sup>2</sup>.
- اختلال التوازن المالي نتيجة لظرف طارئ<sup>3</sup>.

**ثالثاً: انتهاء العقد بقوة القانون:**

ينتهي عقد البوت بقوة القانون في حالات متعددة، نذكر من أهمها:

- الإعلان عن إعسار الملتزم أو إفلاسه.
- في حالة نشوب حرب أدت إلى تدمير المرفق العام موضوع العقد.
- وفاة الملتزم إذ تضمن العقد شرطاً يقضي بفسخه حال وفاة الملتزم<sup>4</sup>.

**رابعاً: إنهاء العقد من قبل الإدارة:**

يتجلى حق الإدارة في إنهاء عقد الالتزام دون أن يرتكب المتعاقد أي خطأ، حيث تقع هذه الحالة في مرحلة متوسطة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة،

1- أحمد رشاد محمود سالم، المرجع السابق، ص 252.

2- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 411.

3- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 175.

4- أحمد محيو، المرجع السابق، ص 394.

وهنا لا يتطلب القضاء استحالة في التنفيذ بل مجرد قلب التوازن المالي للعقد نهائياً<sup>1</sup>.

#### خامساً: إنهاء العقد بإسقاط الالتزام أو سحبه:

يعني إسقاط الالتزام أو سحبه إنهاء الالتزام قبل نهاية مدته نتيجة لخطأ الملتزم الجسيم وعلى حسابه ولتوقيع هذا الإجراء لابد من توافر مجموعة من الشروط مجتمعة قبل استخدام الجهة الإدارية لهذا الحق<sup>2</sup>.

#### 1- شروط ممارسة إسقاط الالتزام:

يتعين لقيام جهة الإدارة بسحب الالتزام أو إسقاطه توفر مجموعة من الشروط كما يلي<sup>3</sup>:

أ- **الخطأ الجسيم:** يقتضي لتوقيع جزاء الإسقاط ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على وجه يضر بسير المرفق العام، ومن الأمثلة المستمدة من القضاء الفرنسي لأفعال تبرر توقيع جزاء الإسقاط:

- عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة باتفاقية الامتياز، ورفض إمداد الإدارة المانحة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.

- تنازل الملتزم عن عقده كلياً أو جزئياً إلى الغير من دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة.

ب- **إنذار الملتزم:** يتعين على الجهة الإدارية قبل إسقاط الالتزام عن الملتزم أن تقوم بإعداره وتمكنه من تقديم أوجه دفاعه، فلا يكفي مجرد الإعدار بل يتعين إعطاء الملتزم فرصة على هذا الإعدار<sup>4</sup>، ويعد الإسقاط غير مشروع إذا لم يكن مسبقاً بالإنذار، وإذا تضمن العقد وجوب اتخاذ إجراءات

1- مصطفى عبد المحسن الحبشي، نفس المرجع أعلاه، ص 175.

2- أحمد محيو، نفس المرجع أعلاه، ص 395.

3- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 387.

4- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 175.

## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

شكالية معينة، فتجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء، كأخذ رأي جهة ما، ولكن قد تعفى الإدارة من توجيه الإنذار في حالات معينة منها<sup>1</sup>:

- إذا تضمن العقد شرطاً صريحاً بإعفاء الإدارة المانحة من توجيه الإنذار.
  - في حال وجود نص تشريعي أو لائحي بإعفاء الإدارة المانحة من الإنذار.
  - إذا تكشفت الظروف عن عدم جدوى الإنذار، كما في حالة إعلان الملتزم بنفسه عن عدم قدرته نهائياً عن استغلال المرفق العام.
  - في حالة إفلاس الملتزم، أو تصفية مشروعة قضائياً، لعدم جدوى الإنذار.
  - في حالة تنازل الملتزم عن عقده من دون ترخيص مسبق من السلطة المختصة.
- ج- تسبب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم:**

يتعين على الجهة الإدارية المانحة تسبب قرار إسقاط الالتزام نظراً لخطورته، وهو ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى اشتراط أن يتم سحب الالتزام بمعرفة القضاء وهو ما لم يذهب إليه القضاء المصري، ويقتضي إبلاغ قرار الإسقاط إلى الملتزم ليسري عليه، وله أن يعترض على هذا الإسقاط أمام القضاء المختص<sup>2</sup>.

### 2- الآثار القانونية المترتبة على جزم الإسقاط:

- تترتب على جزم الإسقاط الآثار التالية:
- إنهاء العلاقة التعاقدية، واستبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق قبل انتهاء مدة العقد.
  - يتحمل الملتزم وحده الأعباء المالية المتعلقة باستمرار تشغيل المرفق العام.
  - يفقد الملتزم التأمين الذي سبق أن دفعه عند إبرام العقد.
  - إقامة مزايده على مسؤولية الملتزم المستبعد لاختيار ملتزم جديد لتأمين استمرار المرفق العام<sup>3</sup>.

### سادساً: إنهاء العقد عن طريق استرداد امتياز عقد البوت BOT.

#### 1- مفهوم الاسترداد:

هو طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته، ويتم بموجب قرار يصدر عن الإدارة لمصلحة المرفق العام، عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر انقضاء مدة الالتزام لاستعادة المرفق العام وإدارته بالطريق المباشر، ولا يتطلب الاسترداد

<sup>1</sup> - إلياس ناصيف، نفس المرجع أعلاه، ص 388.

<sup>2</sup> - مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 175.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 176.

## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

اتفاقا مع الملتزم، بل هو أمر تقديري يعود للإدارة في ضوء مراعاته للمصلحة العامة، شرط ألا يكون قرارها بهذا الشأن، مشوبا بإساءة استعمال السلطة، ويعرف الفقيه الفرنسي "دي لوبادير" الاسترداد بأنه إجراء منفرد صادر عن الإدارة المانحة، في أثناء تنفيذ الالتزام، بغرض إنجائه قبل انقضاء مدته العادية، مقابل دفع تعويض للملتزم<sup>1</sup>.

### 2- أهداف الاسترداد:

يستهدف الاسترداد الموازنة بين اعتبارين:

**الاعتبار الأول:** هو أن للإدارة المانحة الحق في إنهاء العقد وإدارة المرفق العام بالأسلوب المباشر، إذا قدرت أن ثمة أسبابا ضرورية لحسن سير المرافق العام وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة<sup>2</sup>. **الاعتبار الثاني:** هو أن هذه العقود تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لإنشاء المرفق العام وإدارته وهذه العقود هي بحكم طبيعتها، طويلة المدة لكي يتمكن الملتزم خلالها من تحصيل النفقات التي تكبدها في سبيل الالتزام، والحصول على أرباحه المعقولة، ولذلك يقتضي إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي العقد، مما يوجب على الإدارة أن تدفع للملتزم تعويضا مناسباً في حال استرداد الامتياز<sup>3</sup>.

### 3- الطبيعة القانونية للاسترداد:

اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية للاسترداد، فقال بعضه أن الاسترداد هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة، وقال البعض الآخر أن الاسترداد ما هو إلا مجرد فسخ لعقد الامتياز استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية، ودون خطأ من المتعاقد وذلك لدواعي المصلحة العامة، وقال البعض الآخر: أن الاسترداد لا يكون بحسب طبيعته نقلاً للملكية، ولكنه إنهاء للعقد حيث ينهي مركزاً قانونياً، في حين أن التنازل عن الملكية يكون بقصد نقلها لمصلحة شخص آخر، كما أن الاسترداد لا يعتبر بيعاً، إذ لا يشترط فيه دفع ثمن، إنما يستوجب دفع

1- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 384.

2- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص 394، 395.

3- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 171.

تعويض يكون مقداره أعلى بكثير من ثمن التنازل عن الملكية، وذلك بسبب الطابع التعويضي<sup>1</sup>.

وهناك من يرى أنه لا يتصور من طرف الإدارة أن تمارس حق الاسترداد في ظل عقد البوت BOT ذلك لأن شركة المشروع تقوم بإنشاء المشروع، ثم تقوم بتشغيله، ثم تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة مانحة الالتزام عند نهاية العقد وبحالة جيدة، والمرجع في ذلك أن الجزاء يهدد استثمارات شركة المشروع<sup>2</sup>. 4- حالات الاسترداد:

يمكن أن يتم الاسترداد في أربع حالات هي:

أ- الحالة الأولى: الاسترداد التعاقدية: هو اتفاق ملزم بين الإدارة المانحة من جهة، والملتزم من جهة أخرى، بمقتضاه تحدد شروط الاسترداد وكيفية تنفيذه، وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه، إلا ما كان منها مخالفا للنظام العام كما لو تضمن تنازل الإدارة عن حقها بالاسترداد، وقد وضع القضاء الفرنسي مجموعة شروط لممارسة الإدارة حق الاسترداد التعاقدية وهي: أن يكون منصوصا عليه صراحة في العقد، وتكون الإدارة ملزمة باحترام المدة المنصوص عليها في العقد قبل استرداده، وإلا اعتبر عكس ذلك خطأ من جانبها يرتب للطرف الآخر تعويضا، وكذلك يجب على الإدارة إنذار المتعاقد قبل استخدام الحق في الاسترداد بوقت كاف، وبعد أن يتم الاسترداد يسقط حق الطرف المتعاقد في إدارة المرفق<sup>3</sup>.

ب- الحالة الثانية: الاسترداد غير التعاقدية: يعد الاسترداد غير التعاقدية تطبيقا لحرية الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، والاسترداد غير التعاقدية تقرره الجهة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة أثناء سريان عقد الالتزام، وتستخدم الإدارة هذا الحق في إحدى حالتين، أولاهما عدم وجود نص في عقد الالتزام ينظم أوضاع وأحكام الاسترداد وثانيهما أن يتم الاسترداد خلال الفترة المحظورة فيها ممارسته طبقا للعقد، في هذه الحالة يستحق الملتزم تعويضا كاملا يشمل النفقات التي تكبدها، وما لحقه من خسارة، وما فاتته

1- إلياس ناصيف، نفس المرجع أعلاه، ص 393.

2- مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص 172.

3- المرجع نفسه، ص ص 172، 173.



## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

من ربح، ويتم الأخذ في الحسبان قيمة النفقات الضخمة التي تكبدها الملتزم في إنشاء المرفق وتشغيله<sup>1</sup>.

**ج- الحالة الثالثة: الاسترداد التشريعي:** قد يتدخل المشرع في مجال عقود امتياز المرافق العامة، بإصدار قوانين خاصة ينظم بواسطتها استرداد بعض المرافق، وهذا الأمر لا يتنافى مع المبادئ القانونية، طالما أن امتياز المرفق العام يتم منحه بقانون، فمن الطبيعي أن يقرر المشرع -لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة- استرداد أحد المرافق أو إلغاء الامتياز الممنوح بقانون<sup>2</sup>.

### سابعاً: التصفية المالية لعقد البوت BOT

يتطلب عقد البوت BOT استعمال أنواع مختلفة من الأموال المنقولة وغير المنقولة، يلتزم المتعهد بتأمينها ليتمكن من إنشاء المرفق العام وتشغيله، كما يتوجب عليه أن ينقل ملكية المرفق العام إلى الإدارة.

## المطلب الثاني: آثار إنهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "لعقد البوت BOT"

لما كان عقد البوت يستلزم استعمال أنواع مختلفة من الأموال منها العقارات: (الموائى والأراضي، والجسور) وأموال منقولة: (السيارات، المواد الخام اللازمة للاستثمار)، وكما أنه يستوجب على شركة المشروع في عقد البوت BOT أن ينقل ملكية المرفق العام إلى الإدارة المانحة عند نهاية الالتزام فيقضي أن تحدد الأموال التي تدخل في المرفق العام مجاناً (الفرع الأول) أو الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها (الفرع الثاني) والأموال التي لا تدخل في المرفق العام والتي تظل ملكاً لشركة المشروع (الفرع الثالث)<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً.

وهي الأموال التي تعتبر كلا غير قابل للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق، وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة في المشروع، كالأراضي والمصانع والطرق وقد ينص العقد على إدراج بعض

1- المرجع نفسه، ص 174.

2- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 396.

3- إبراهيم الشهراوي، المرجع السابق، ص 433.

المنقولات في قائمة الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً، وتحتوي عقود الامتياز عادة شروط مفصلة بالالتزامات المتعاقد بصيانة تلك الأموال والأدوات، بحيث تسلم بحالة جيدة وصالحة للاستخدام في نهاية المدة، ومن المسلم أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقرر ولو لم ينص عليه صراحة في العقد، وللإدارة حق خصم المبالغ اللازمة لإصلاح الأدوات التي قصر الملتزم في صيانتها من مستحقاته عند تصفية الحساب النهائي<sup>1</sup>.

### **الفرع الثاني: الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها.**

تستطيع الدولة شراء الأموال المنقولة التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع وتحدد شروط العقد حرية الإدارة في شراء هذه الأموال، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه وفي أحياناً أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد من تلك الأموال والأسس التي يقوم عليها تقدير ثمنها.

### **الفرع الثالث: الأموال التي تبقى ملكاً للملتزم**

يحدد عقد الامتياز في الوثائق الملحقة الأموال التي تؤول إلى الإدارة عند انقضاء المدة وما عداها يكون ملكاً للملتزم، وفيما يخص هذا التقسيم حدد بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-114 المحدد لكيفيات منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، والتي نصت على أنه يقصد " في مفهوم هذا المرسوم بما يأتي:

**أملك الامتياز:** مجموع أملاك الاسترجاع وأملاك العودة المقررة للامتياز.

**الأملاك الخاصة:** الأملاك التي يملكها صاحب الامتياز خارج أملاك الاسترجاع وأملاك العودة. **أملاك الاسترجاع:** الأملاك المخصصة لامتياز طيلة مدة الامتياز، يمكن أن تسترد أملاك الدولة الاسترجاع من طرف الدولة، لكن بمحض مبادرتها عند انتهاء مدة الامتياز، مقابل تعويض صاحب الامتياز. **أملاك العودة:** الأملاك الضرورية للمرفق المتنازل عنه، لتوزيع الكهرباء أو الغاز، والتي يجب أن تعاد ملكيتها أو التصرف فيها حتماً إلى الدولة عند انتهاء مدة الامتياز يمكن أن تكون هذه الأملاك من أملاك عمومية أو من الأملاك الخاصة

<sup>1</sup>- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 433.

## الباب الأول: عقد البناء، التشغيل ونقل الملكية "البوت"

للدولة، كما يمكن أن لا تكون كذلك في هذه الحالة الأخيرة تكون الأملاك ابتداء ملكا للدولة<sup>1</sup>.

كخلاصة لهذا الباب الأول يعتبر عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كآلية تمويلية تعاقدية، إذن الأصل أن يترك أمر اختيار صاحب الامتياز للسلطة التقديرية للإدارة وفقا لإجراءات تنافسية، وبسبب غياب قانون خاص به يحدد إجراءاته، بالإضافة لتدخل الجزائر عادة بنسبة معينة من المال في تمويل مثل هذه المشاريع، فإن الصفقة تكون محل نفقة بالنسبة لها، هذا ما يوجب عليها تطبيق أحكام قانون الصفقات العمومية باعتباره القانون الأساسي في بيان كيفية إبرام العقود التي تكون أحد الأشخاص العامة المتعاقدة الواردة في المادة 02 من المرسوم الرئاسي 236/10 طرفا فيها، والتي تتطلب مراعاة مبدأ المنافسة والمساواة والشفافية لاختبار والمتعامل المتعاقد معها.

تتمتع الإدارة المختصة في مجال تنفيذ العقد بسلطات واسعة والتي يقررها القانون العام لمصلحة الإدارة المتعاقدة، كما يحظى المتعاقد بجملة من الحقوق التي تمثل في الوقت ذاته التزامات تقع على عاتق الإدارة ينبغي عليها الوفاء بها، حيث تتصل هذه الحقوق أساسا بالجانب المالي.

<sup>1</sup>- إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص 433.