وزارة التعلـــيم العالـــي والبحث العلمـــي
جـامعة أحمد دراية –أدرار-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر (ل م د)

تخصص: قانون الأعمال

بعنوان:

إعـــادة التوازن المـــالي في عقد البـــوت

إعداد الطالبين:

- **بوشمية عثمان**
- **بالي يوسف**

تحت إشراف الدكتور:

رحموني محمد

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
د. يامة ابراهيم	أستاذ بجامعة احمد درايعية ادرار	رئيسا
د. رحموني محمد	أستاذ بجامعة احمد درايعية ادرار	مشرفا ومقررا
د. صادق عبد القادر	أستاذ بجامعة احمد درايعية ادرار	مناقشًا

السنة الجامعية 2023/2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

People's Democratic Republic of Algeria

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أحمد دراية- أدرار
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص
رقم:...../ج.أ/ك.ح.ع.س/ق.ق.خ/2023.

Ministry of Higher Education and Scientific Research
University Ahmed Draia of Adrar
Faculty of Law and Political Science
Department Of Privet Law
N/...../U.A/F.L.P.S/D.D/2023

إذن بالطبع والإيداع

نحن الأستاذ : ..... المشرف على مذكرة الطالب:(ة): 1-.....

2-.....

تخصص : .....

الموسومة ب:.....

وبعد الإطلاع عليها وتصحيحها نأذن للطالب بطبع وإيداع مذكرته.

ملاحظة: يتوجب على الطالب إيداع 03 نسخ ورقية، ونسختين على قرصين مضغوطين (CD) محفوظة على شكل (PDF).

أدرار في :.....

إمضاء الأستاذ المشرف

شكـــر وتقديـــــر

باسم الله الرحمـــــن الرحيم

والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم تسليما كثيرا طيبا مباركا طيب القلوب وشفائها نور الأبصار وضيائها.. قوت الأرواح وغذائها... أولا وقبل كل شيء نشكر الله عز وجل على نعمه الوفيرة الذي وفقنا لإتمام هذا العمل البسيط والمتواضع ونرجو من جلالته أن يوفقنا وإياكم في حياتنا إلى خير مايرضيه.

نتقدم بشكرنا الخاص واحترامنا الكبير إلى من ساهم في هذا العمل الدكتور الفاضل **"رحموني محمد"** الذي أشرف على عملنا هذا وعلى صبره وسعة صدره ومساعدته القيمة التي كانت لنا السند الحقيقي في إتمام عملنا جزاه الله خير الجزاء وأنعم عليه بوافر الصحة والعافية. كما نتقدم بشكرنا للأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة الكرام والذين أتشرف بمناقشتهم لهذا العمل وإبداء آراءهم وتوجيهاتهم.

الإهـــداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى أجمل ما لدي في الكون والوجود إلى من قال فيهما الله عز وجل: "وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا" إلى من افتقده منذ الصغر إلى من يرتعش قلبي بذكره إلى من أودعني الله فيه إلى روح أبي الطاهرة تغمده الله برحمته الواسعة وجعله في الفردوس الأعلى يارب العالمين.

إلى من أرضعتني الحب والحنان إلى رمز الحب وباسم الشفاء إلى القلب الناصع بالبياض إلى سراج عقلي ونور قلبي والدتي الحبيبة أطال الله في عمرها وحفظها من كل مكروه وأدامها الله تاج فوق رأسي دوما يارب العالمين.

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفس البريئة إلى سر سعادتي قرة عيني أبنائي الغاليين حفظهم الله وأنعم عليهم بالهدى والنقي والإيمان، إلى السند المتين زوجتي الكريمة التي أعانتني في مشواري وعملي وحياتي حفظها الله، إلى من كانوا دوما رفقاء دربي وسر نجاحي إخوتي جميعا كل باسمه حفظهم الله من كل مكروه.

إلى كل من يعرفني من قريب أو بعيد وكل من ساندني في مشواري إلى جميع زملائي ورفقائي إلى كل طاقم كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أدرار.

قائمة المختصرات

ص: صفحة

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

د.س.ن: دون سنة نشر

ج: جزء

مج: مجلد

ع: عدد

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

ق.م: القانون المدني

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

مقـدمــة

من المهم إيجاد توازن بين الوضع المالي لخزينة الدولة وضرورة تنفيذ المشروعات في البلاد، يتطلب هذا الأمر دراسة دقيقة وإعطاء أولوية لبعض الأمور على حساب البعض الآخر، وقد يتطلب تأجيل بعض المشاريع حتى إشعار آخر، أو حتى إلغاء بعض المشروعات المدرجة في خطة العمل الاستراتيجية للحكومة وجميع فروعها التابعة والمساعدة.

من أجل تنفيذ جميع المشروعات المتضمنة في برنامج بناء المرافق العامة وتوفير الخدمات الأساسية التي تسهم في تيسير حركة المجتمع اليومية، قد يكون علينا أن نضع في اعتبارنا أن الحكومة قد تضطر إلى تحمل أعباء مالية تثقل كاهلها، يمكن أن تتضمن هذه الأعباء الاستدانة الداخلية من الشركات والبنوك أو الاستدانة الخارجية من مصادر مثل صندوق النقد الدولي أو الدول الأخرى، وفي كلتا الحالتين، ستكون هناك آثار سلبية على الدولة بدلا من آثار إيجابية، فعلى سبيل المثال، الاستدانة الداخلية قد ترتبط بدفع فوائد ربوية وتحديات أخرى، وبالمثل الاستدانة الخارجية، ولا سيما من صندوق النقد الدولي، قد تتسبب في التدخل في السياسات الداخلية والخارجية للبلد، وربما تتعدى ذلك إلى التأثير على نظم القوانين والتشريعات، هذا الأمر يؤدي إلى فقدان هيبة البلد واستقلاليتها.

وبما أن هذه المسألة تعد مشكلة عالمية ولا تقتصر على بلد معين، فقد قام المفكرون في مجالات القانون والاقتصاد بدراسة الأنظمة القانونية والآليات ذات الصلة بهذا الأمر، وقد بحثوا في وسائل تخفيف الأعباء على ميزانية الدولة أو تجنبها تماما من خلال تطوير وإنشاء قوانين وآليات جديدة، أو استبدال تلك القائمة بغية تحقيق الأهداف المرجوة.

ومن بين الحلول التي اتبعوها في ذلك، قاموا بإنشاء عقود تتيح للقطاع الخاص بناء المشاريع الأساسية في الدولة واستغلالها لفترة محددة، ثم تسليمها للدولة بعد ذلك، وفي هذه الفترة يحصل القطاع الخاص على جزء من العائدات المستحقة عن الاستفادة من هذه المشاريع، وهذه العقود تعرف بمصطلح "بناء وتملك ونقل" أو "B.O.T".

حيث يعد عقد البوت نموذجا اقتصاديا يستخدم في العديد من المشاريع الكبيرة والبنية التحتية، حيث يتم تكليف الشركات الخاصة بتصميم وبناء وتشغيل المشروع بالكامل لمدة محددة من الزمن مقابل تلقيها دفعات مالية من الحكومة أو الهيئة المالية المعنية، ومع ذلك يملك أن ينجم عن عقود البوت تحديات مالية تؤثر على الأطراف المشاركة في المشروع.

فبما يتوافق مع مبادئ العدالة والمساواة، يتدخل المشرع لوضع استثناءات تقلل من قوة العقد وتخفف من قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، بهدف تحقيق التوازن المالي، أصبح هذا التوازن المالي يشكل أولوية في التشريعات الحديثة، حيث يسمح للقاضي بإعادة توازن العقد المتعثر في معظم التشريعات المدنية الحديثة، وبهذا بدأت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تتراجع لتفسح المجال أمام تحقيق التوازن المالي للعقد.

إن لأي دراسة أسباب تجعل من الباحث يقوم بدراسة موضوع معين دون سواه، وهذا للوصول إلى الهدف المراد بلوغه، وعليه فإن أسباب اختيارنا لهذا الموضوع كانت نتيجة عدة اعتبارات موضوعية وأخرى ذاتية، ومن هذا المنطلق يمكن القول إن الأسباب التي أدت بنا لدراسة هذا الموضوع تتمثل في رغبتنا الذاتية في البحث بصفة معمقة في طبيعة إعادة التوازن المالي لعقد البوت باعتباره موضوع مهم ومحل اهتمام التشريع الجزائري، وأسباب أخرى موضوعية تكمن في معرفة الدور والأهمية البالغة للتوازن المالي في عقود البوت وأيضا لمعرفة كيفية إعادة هذا النوع من التوازن لهذا النوع من العقود الإدارية.

تكمن أهمية هذه الدراسة في الدور الفعال الذي تقوم به عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، واختلاف أنواعها بالمساهمة في عملية التنمية في الدولة من خلال قيام شركة المشروع المتعاقدة مع الإدارة العامة في المساهمة بإنشاء المشاريع الكبرى في الدولة، والتي تعود بالنفع على مواطني هذه الدولة ولما لها من دور كبير في التخفيف عن كاهل الخزينة العامة للدولة خصوصا الدول الفقيرة منها التي لا تملك الموارد الاقتصادية التي تمكنها من القيام بهذه المشاريع.

وهذه الأهمية تظهر في تعدد الاشكالات التي يثيرها موضوع التوازن المالي للعقود الإدارية، لا سيما عند محاولة الكشف عن موقف القضاء الإداري الجزائري بشأن بعضها، ولقد فطن الفقهاء والأساتذة لأهمية هذا الموضوع، فراحوا يعقدون مؤتمرات دولية لإثرائه، في حين أن الأمر في الجزائر لايزال محتشما سواء على مستوى الدراسات الفقهية أو على مستوى الملتقيات العلمية، كل تلك العوامل جعلت من المنازعات المعلقة بإعادة التوازن المالي للعقود العمومية تزداد أهمية يوما بعد يوم، وأضحت بذلك إعادة التوازن المالي مطلبا مهما أكثر من أي وقت مضى.

تهدف دراستنا إلى ما يلي:

- التعرف على ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وبيان الطبيعة القانونية لها مع ذكر منافع ومخاطر هذا العقد.
- بيان النظام القانوني لعقود البوت B.O.T من خلال توضيح كيفية إبرام هذا العقد، مع ذكر آثاره وكيفية تسوية المنازعات الناشئة عنه.
- تحديد ماهية التوازن المالي لعقد البوت وكيفية ضمان التوازن المالي لهذا النوع من العقود.
- توضيح وسائل إعادة التوازن المالي لعقد البوت بنوعيها "الوسائل القانونية، والوسائل القضائية".

في إطار دراستنا والتي تتمحور حول موضوع التوازن المالي لعقد البوت، قمنا بطرح الإشكالية الآتية: **فيما يتمثل نظام البناء والتشغيل والتحويل "عقد البوت B.O.T"؟ وما مدى إمكانية إعادة التوازن المالي لهذا النوع من العقود؟**

ولمعالجة وتحليل هذه الإشكالية وتحديد أبرز العناصر الضرورية لبحثنا قمنا بطرح مجموعة من التساؤلات الفرعية وهي كالتالي:

- ما المقصود بعقد البوت؟
- فيما تتمثل الطبيعة القانونية لعقد البوت؟ وماهي أنواع صيغه؟

- ما المقصود بالتوازن المالي؟
- كيف نضمن التوازن المالي في العقد؟
- ماهي وسائل إعادة التوازن المالي لعقد البوت؟

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك لبيان ماهية هذه العقود وطبيعتها بالإضافة إلى بيان منافع ومخاطر هذا العقد وكيفية إبرامه، وكذلك بيان الالتزامات التي تترتب على المتعاقد مع الادارة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وبالتطرق أيضا للتوازن المالي وبيان مفهومه، وكيفية ضمانه، ووسائل إعادته لعقد البوت.

تناولنا في هذه الدراسة في فصلها الأول الإطار المفاهيمي لنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، من خلال التطرق في المبحث الأول إلى ماهية عقد البوت والذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب، الأول تكلمنا فيه عن مفهوم عقد B.O.T، والثاني عن الطبيعة القانونية لعقد البوت وأنواع صيغته، أما المطلب الثالث فيخص منافع عقود البوت ومخاطرها، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى النظام القانوني لعقد البوت والذي خصصناه للتكلم عن كيفية إبرام عقد البوت في المطلب الأول، وعن آثار عقد البوت في المطلب الثاني، والمنازعات الناشئة في عقد البوت في المطلب الثالث.

أما بالنسبة للفصل الثاني لدراستنا هذه فكان تحت عنوان ماهية فكرة إعادة التوازن المالي في عقد البوت، فارتأينا تقسيمه لمبحثين، المبحث الأول خصصناه لفكرة ماهية التوازن المالي من خلال تخصيص المطلب الأول لدراسة مفهوم التوازن المالي، والثاني لفكرة ضمان التوازن المالي للعقود، أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه لدراسة وسائل التوازن المالي لعقد البوت، قسمناه بدوره أيضا لمطلبين، الأول تكلمنا فيه عن الوسائل القانونية للتوازن المالي في عقد البوت، أما الثاني فتحدثنا فيه عن الوسائل القضائية.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي لنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

تمهيد:

تم تطوير عقد البوت كأسلوب لتعزيز التنمية الاقتصادية، والمشاركة بين القطاع العام والخاص في المشاريع العامة، حيث يتيح هذا العقد للدولة الحفاظ على السيطرة الاستراتيجية على مشاريعها، حيث يتم تمويل بناء وتشغيل المشاريع الأساسية، سواء كانت محلية أو أجنبية، من قبل المستثمرين لفترة محددة ومن ثم إعادتها إلى الدولة دون أي مقابل في نهاية المدة.

نظرا للمشاكل القانونية التي تنتج عن العقود المبرمة بين الدولة والأفراد الوطنيين في إطار القانون المحلي، يزداد حجم هذه المشاكل عند توقيع عقود مماثلة بين الدولة وأفراد أجانب في سياق العلاقات الدولية، حيث ينتج عن ذلك عدم المساواة بين الأطراف العقدية في الجوانب القانونية، مما يثير جدلا قانونيا وفقهيا حول كيفية التعامل مع هذا النوع من العقود.

المبحث الأول: ماهية عقد B.O.T

عقد البوت هو آلية تستخدم في تمويل المشاريع الضخمة عن طريق شركات خاصة، وذلك لفترة محددة قبل نقل ملكية المشروع للحكومة، وفي مبحثنا هذا سنتحدث بالتفصيل عن ماهية عقود البوت، فسنقسمه إلى ثلاثة مطالب، يكون المطلب الأول تحت عنوان مفهوم عقد البوت، أما المطلب الثاني فهو بعنوان الطبيعة القانونية لعقد البوت وأنواع صيغته، وبالنسبة للمطلب الثالث فسنتطرق فيه لمنافع عقود البوت ومخاطره.

المطلب الأول: مفهوم عقد B.O.T

سنتناول في هذا المطلب والذي هو تحت عنوان مفهوم عقد البوت، فرعين حين خصصنا الفرع الأول للتكلم عن تعريف عقد البوت، أما الفرع الثاني فهو تحت عنوان خصائص عقد البوت.

الفرع الأول: تعريف عقد B.O.T:

يقصد بعقود أو مشروعات البوت B.O.T تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية كانت أم أجنبية سواء أكانت من القطاع العام أو القطاع الخاص وذلك لإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة على حساب الشركة وبنفقاتها، وتتولى هذه الشركة تشغيل المشروع وإدارته مدة معينة بشروط معينة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة وأخيرا تنقل الشركة ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة أو الجهة المتعاقد معها[1].

لقد أشارت المنظمات الدولية إلى عقد البوت في أكثر من مناسبة إذ عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمدة من الزمن أحد الاتحادات المالية امتياز، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناء

[1] مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T، قسم القانون، جامعة القادسية، العراق، د.س.ن، ص 03.

وتشغيل وإدارة المشروع لعدد من السنوات، وتسترد تكاليف البناء، وتحقق أرباحا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريا، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل مليكة المشروع إلى الحكومة[1].

وفي هذا السياق، حاولت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية هي الأخرى، إعطاء تعريف لهذا العقد، حيث عرفته بكونه: "اتفاقا تعاقديا تتولى بموجبه شركة المشروع إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق وتتولى شركة المشروع إدارة تشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من المرفق، وأية رسوم أخرى شرط ألا تتجاوز ما هو مقدم في العطاء وما هو منصوص عليه في دفتر شروط العقد المبرم وذلك لتمكين شركة المشروع من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب للاستثمار، وفي نهاية المدة تقوم هذه الشركة بإعادة المشروع إلى الإدارة وفقا للأساليب القانونية النافذة وفي كيفية طرح العطاءات"[2].

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أن المقصود بهذا العقد هو: "اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملا أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها"[3].

---

[1] سندس رضيوي خوين، عقد البوت B.O.T تعريفه، مزاياه، عيوبه، وأشكاله، قسم إدارة الأعمال، 2018، ص 12.

[2] وضاح محمود الحمود، **عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ط 01، 2010، ص 32.

[3] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (182) 19/08، الدورة التاسعة عشر، 2008.

الفرع الثاني: خصائص عقد B.O.T:

1-أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام: لعل أهم ما يميز عقد البوت هو قوة التزام حكومة البلد المضيَف للمستثمرين كونها (الحكومة أو أحد كياناتها) تمثل أحد طرفي العقد ومنحها المستثمرين التسهيلات والضمانات والاعفاءات من الرسوم والضرائب والجمارك وحرية تحويل الأرباح وغيرها، إضافة الى غيرها من التسهيلات الإدارية والمعاملات وسرعة أنجازها، وهذا يحصل في حال كانت الدولة هي مشتري الخدمة من المشروع أو كان الجمهور، أضافة إلى امتلاكها البدائل المناسبة في حال اخفاق أو تلكؤ المستثمر عن انجاز المشروع[1].

2-المشروع ذو نفع عام: فإن عقد البوت يهدف إلى إنشاء مرافق عامة تقدم خدمات ذات نفع عام، ذلك أن الغاية من إقدام الدولة أو أحد فروعها على التعاقد وفق نظام البوت، هو السعي لإنشاء مرافق عامة تشكل بنية تحتية ذات طابع اقتصادي، وتقديم خدمات ذات نفع عام وإشباع الحاجات الضرورية للمنتفعين منها كشبكات الطرق، الكهرباء، مياه الشرب، المطارات، الموانئ وغيرها[2].

3-رعاة المشروع: يعتبر الإشراف والرقابة من أهم حقوق الدولة في مواجهة المتعاقد معها وكمظهر لفرض سيادتها وسلطتها، بحيث يعني ذلك التحقق من أن المتعاقد قد قام بتنفيذ العقد تنفيذا صحيحا مراعيا للشروط المحددة سلفا سواء من حيث

---

[1] هلال علي إسماعيل، البناء والتشغيل والتحويل B.O.T في قطاع النفط والغاز-الفرص والمخاطر، مركز البحث والتطوير النفطي، دراسات اقتصادية، ع 43، د.س.ن، ص 74.

[2] مصطفى عبد المحسن الحبشي، **الوجيز في عقود البوت B.O.T**، دار الكتب القانونية، مصر، د.ط، 2008، ص 21.

الجانب الفني أو الإداري أو المالي، حيث أن أهمية المرافق موضوع عقد البوت وطول مدته تستدعي وجود هذا النوع من الإشراف والرقابة[1].

4-**شركاء محليين:** غالبا ما تتطلب هذه المشاريع شركاء محليين سواء بإرادة المستثمر أو بإيعاز أو اشتراط من الدولة المانحة عند إحالة العطاء إلى المستثمر والمقصود هنا الأيدي العاملة الماهرة وغير الماهرة وشركات ومقاولين أو سلع مصنعة محليا، وتهدف الدولة من وراء ذلك الى نقل الخبرات والتقنيات من الطرف الأجنبي إلى المحلي وتطوير كفاءة المقاولين والمنتجين المحليين وزيادة الناتج الوطني الإجمالي[2].

5. **من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي:** غالبا ما تمنح عقود البوت إلى متعهدين بناء على قدراتهم وسمعتهم المشهود بها والمعززة بالبيانات والوثائق من جهات عالمية ذات اعتبار، إضافة إلى تنفيذ مشاريع مماثلة أثبتت نجاحها، كون أن مشاريع البوت هي في الغالب مشاريع بنية أساسية وتتطلب إمكانات وخبرات كبيرة ومرتبطة بخدمات عامة (مثل مشاريع الطرق والاتصالات وتوليد الطاقة وتحلية المياه وغيرها)، والتزام المتعهد بتنفيذ المشروع بذاته[3].

6. **شركة المشروع:** في أغلب مشاريع البوت وبعد إحالة العطاء على المتعهد والذي عادة ما يضم (رعاة المشروع، الممولين، المطورين، المشغل) تؤسس شركة باسم شركة المشروع وهي الكيان القانوني الذي يتولى تعاقدات تمويل وتشييد المشروع وفق المواصفات المتفق عليها وضمن المدة المحددة في العقد وإدارة وتشغيل المرفق وتقديم الخدمة من دون تمييز لجميع المنتفعين واحترام المبادئ الأساسية

---

[1] دلالي عبد الجليل، باية عبد القادر، نظام البوت B.O.T كآلية تعاقدية مستحدثة في مجال الاستثمار وإدارة المرافق العامة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، مج 03، ع 04، 2020، ص 79.

[2] هلال علي إسماعيل، مرجع سابق، ص 74.

[3] نفس المرجع، ص 75.

لتسيير المرفق العام واستلام المقابل المالي (رسوم الخدمة)، وتسديد الالتزامات المالية نحو الدائنين وغيرهم، ويعد التزامها التزام بتحقيق نتيجة، فلا يكفي أنها تبذل العناية الكافية في تنفيذ الأعمال، وكذلك التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة الدورية وفق الأصول والمعايير الدولية المعروفة أثناء فترة اشتغال المشروع، وحماية البيئة ونقل التكنولوجيا، وتدريب العمالة الوطنية على إدارة المرفق العام، ونقل ملكية أصول المشروع إلى المانح وتسليمه في نهاية المدة صالحا للخدمة[1].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البوت وأنواع صيغه

قسمنا مطلبنا هذا إلى فرعين، خصصنا الأول للتطرق إلى موضوع الطبيعة القانونية لعقد البوت، أما بالنسبة للفرع الثاني فهو تحت عنوان أنواع صيغ عقد البوت.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود البوت:

1. أطراف عقد البوت:

الحكومة المضيفة: يوجد عدد من الأدوار التي يجب أن تلعبها الحكومة عند قيامها بإنشاء مشروع بنظام البوت أهمها[2]:

- إعداد الإطار القانوني الذي يعمل المشروع في نطاقه، ويتضمن تشريعات متعلقة بالإعفاء الضريبي، قوانين العمل، والهجرة، تحويلات الأرباح، الجمارك، وحماية المستثمر الأجنبي.
- إعداد دراسة جدوى مبدئية توضح الجوانب المختلفة للمشروع، وطرح المشروع في مناقصة عامة.

---

[1] هلال علي إسماعيل، مرجع سابق، ص75.

[2] عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، الكويت، ع 35، 2004، ص 4.

- إبرام اتفاقية امتياز مع شركة المشروع مع توضيح كافة الحقوق والالتزامات لكل طرف.
- تعيين ممثل حكومي يراقب تنفيذ بنود العقد.
- قد يتطلب الأمر إبرام اتفاقية مع المشروع لشراء منتجاته، كما هو الحال في محطات توليد الكهرباء مثلا.

الملتزم أو صاحب الالتزام: يسمى الملتزم أو صاحب الامتياز في البوت – شركة المشروع–وهي الطرف الذي يلتزم بالبناء والتشغيل ونقل ملكية المشروع، وفي عقود البوت لا يمكن النظر إلى شركة المشروع دون اعتبارها مجموعة أو اتحاد مالي ناتج عن العديد من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيس مع المتعاقدين الآخرين، كما تتضمن عقود البوت سلسلة من الإجراءات تتضمن دراسات جدوى وعمل رسومات وتقديم عطاءات وإقامة منشآت وتوريد آلات وأجهزة، ويساهم في تنفيذ هذا العقد الكثير من الخبراء والمستشارين، كما وبسبب ضخامة مشروعات البوت وضرورة توافر هذه الخبرات والأموال في إبرامها وتنفيذها، نجد أن شركة المشروع غالبا ما تلجأ إلى التعاقد مع شركات ومنشآت متخصصة لتنفيذ التزاماتها التي يتضمنها العقد الرئيسي[1].

المقاولون: تقوم شركة المشروع في إطار تنفيذ التزاماتها التعاقدية في عقد البوت بالتعاقد مع مهندس، كما تتعاقد مع مقاول رئيسي لتنفيذ أعمال البناء، ويقوم المقاول الرئيسي بدوره بالتعاقد مع مقاولين آخرين من الباطن لتنفيذ متطلبات المشروع بالقدر اللازم لتلبيتها[2].

---

[1] جيهان حسن سيد أحمد، **عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها**، دار النهضة العربية، د.ط، 2003، ص 30.

[2] صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ال BOT وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الإدارة العامة القانون وتسيير الإقليم، 2012، ص 47.

الموردون: تقوم شركة المشروع بالتعاقد مع موردين من أجل توريد بعض المعدات والآلات والتجهيزات الضرورية لتشييد المشروع وتشغيله، ويعد عقد التوريد في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود المألوفة والمتداولة، والتي يمكن أن تكون متضمنة في عقد التشييد ذاته[1].

شركة التشغيل والصيانة: غالبا ما توقع الشركة القائمة بالمشروع عقدا مع مقاول من الباطن من أجل التشغيل والصيانة اللازمة للمشروع، ويدخل هذا المقاول في المشروع في مرحلة مبكرة لتنفيذ التوصيات خلال مرحلة التصميم لضمان أن الوحدة يتم تشغيلها بأعلى كفاءة ممكنة[2].

مؤسسات التمويل: تعتبر مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية من ضمن المشاريع ذات الكلفة العالية، نظرا لكونها تنصب غالبا على مشاريع البنية التحتية وهو ما يجعل مع عملية تمويل هذه المشاريع مسألة في غاية من الأهمية، وهو الأمر الذي جعل الكثير من الباحثين ينظرون إلى عقد البوت على أنه وسيلة من وسائل تمويل إقامة المرافق العامة، وتتميز عملية الحصول على التمويل اللازم في مثل هذه المشاريع بالصعوبة، وذلك لأسباب موضوعية تتمثل أساسا في عدم قدرة شركة المشروع على توفير الضمان اللازم لسداد القروض في حال تعثرها وإخلالها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، وكذلك لكون الدولة المضيفة لا تقدم غالبا ضمانات للممولين في حال فشل شركة المشروع[3].

---

[1] أحمد رشاد محمود سلام، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب تطبيقه**، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2004، ص 115.

[2] عيسى محمد الغزالي، مرجع سابق، ص 05.

[3] أحمد رشاد محمود سلام، مرجع سابق، ص 115.

2. التكييف القانوني لعقد البوت:

لقد عرف القانون الجزائري من خلال مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية التي أشارت إلى هذه الطائفة من العقود، إلحاق مفهوم هذه العقود دوما بمفهوم عقود الامتياز، فلم تتم الإشارة صراحة إليها وإنما جاء ذلك ضمنيا من خلال الإشارة إلى المراحل المختلفة التي تنطوي عليها هذه العقود من إنجاز واستغلال وتحويل للملكية، غير أن النزوع إلى استعمال مصطلح الامتياز للدلالة على مفهوم هذه الطائفة من العقود إنما يدل في رأينا على التأثر بالرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد البوت[1].

وفي صدد البحث عن التكييف القانوني لهذا العقد في القانون الجزائري فقد نصت المادة 10 من الأمر رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، على ما يلي: "يكرس الامتياز المذكور في المادة 04 بعقد إداري تعده إدارة أملاك الدولة مرفقا بدفتر أعباء يحدد بدقة برنامج الاستثمار وكذا بنود وشروط منح الامتياز"[2].

كما جاء في نص المادة 76 من قانون 12/05 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005 والمتعلق بالمياه أنه: "يسلم امتياز استعمال الموارد المائية، الذي يعد عقدا من عقود القانون العام، لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام أو القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم"[3].

وقد تم تحديد العمليات التي تدخل ضمن الامتياز الممنوح في نص المادة 76 سالفة الذكر، في نص المادة 77 من نفس القانون، والتي من بينها إقامة هياكل تحلية مياه

---

[1] صبوع صهيب، مرجع سابق، ص66.

[2] قانون رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، ج.ر.ج.ج، ع 49، ص 05.

[3] قانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005 المتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج، ع 60، ص 12.

البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة من أجل المنفعة العمومية أو تلبية الحاجيات الخاصة.

من خلال المواد السالفة الذكر يتضح صراحة أن عقد البوت وخاصة ما تعلق منها بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة تبرم وفقا لقواعد القانون العام[1].

إضافة لما تم التطرق إليه سلفا، فقد تضمن المرسوم التنفيذي 417/04 المؤرخ في 20 ديسمبر 2004، يحدد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، مجموعة من القواعد التي تترجم بوضوح ميل المشرع الجزائري إلى اعتبار العقود المبرمة وفق هذا الأسلوب بشأن هذه المشاريع، من العقود الإدارية، وذلك لكونها تترجم بصورة جلية الخصائص والمميزات التي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص، ومن بين ما تضمنه المرسوم السالف الذكر في هذا الشأن[2]:

المادة 06 والتي تنص على أنه: "يمنح الامتياز، موضوع هذا المرسوم، عن طريق المزايدة"، وهو ما يبدل على اللجوء إلى الأساليب المتبعة في إبرام عقود القانون العام.

وكذلك نصت المادة 09 من نفس المرسوم على أنه: "يمنح امتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها بموجب اتفاقية امتياز يوقعها، حسب الحالة، رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختص إقليميا والراسي عليه المزاد".

في نص المادة 09 أعلاه تم تحديد أطراف العقد في الجهة الإدارية ممثلة في رئيس المجلس الشعبي البلدي والوالي المختص إقليميا من جهة وذلك بحسب طبيعة المرفق

---

[1] صبوع صهيب، مرجع سابق، ص67.

[2] مرسوم تنفيذي رقم 417/04 المؤرخ في 22 ديسمبر 2004 المتعلق بتحديد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج.ر.ج.ج، رقم 28، ص 30.

المراد إقامته، والراسي عليه المزاد من جهة ثانية، وهو ما يمثل ترجمة لأحد الخصائص الأساسية التي تميز عقود القانون العام.

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

وكذلك المادة 20 من نفس المرسوم التي تنص على أنه: "يتعين على صاحب الامتياز الخضوع لأوامر السلطة المانحة للامتياز ومدير النقل في الولاية المختص إقليميا ويتعين عليه الخضوع لأشكال التفتيش والمراقبة التي يقوم بها، فجائيا وبانتظام الأعوان التابعون للسلطة المانحة للامتياز أو الأعوان الذين يفوضهم مدير النقل في الولاية المختص إقليميا".

إن نص المادة 20 أعلاه يشير بوضوح إلى امتيازات السلطة العامة التي يخولها عقد الامتياز في شكل البوت للسلطة الإدارية في مجال إقامة وتسيير المنشآت القاعدية لاستقبال المسافرين عبر الطرقات، والتي تتمثل في سلطة الرقابة على إنجاز وتسيير المرفق موضوع العقد، وهو ما يؤكد الطبيعة الإدارية لهذه العقود[1].

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

- إذا لم تتوفر الشروط التي سمحت بالحصول عليه.
- إذا لم يمتثل صاحب الامتياز لإعذارات السلطة مانحة الامتياز التي لاحظت مخالفة خطيرة.
- إذا كان صاحب الامتياز يستغل الامتياز في ظروف مختلفة عن تلك الواردة في اتفاقية الامتياز.

[1] صبوع صهيب، مرجع سابق، ص68.

- إذا خالف صاحب الامتياز أحكام هذا المرسوم بشكل خطير".

وتظهر كذلك مظاهر الرقابة التي تتمتع بها السلطة الإدارية في العقود الإدارية كترجمة لامتيازات السلطة العامة، التي تخولها مثل هذه العقود للإدارة العامة، من خلال نص المادة 16 من دفتر الشروط النموذجي، المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، والتي نصت على أنه: "زيادة على المراقبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به يمكن السلطة مانحة الامتياز وفي كل وقت، إجراء المراقبات للتأكد من أن نشاطات إنتاج المياه منفذة من صاحب الامتياز، طبقا لأحكام عقد الامتياز ودفتر الشروط هذا"[1].

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

كما نصت المادة 21 من دفتر الشروط المتعلق بمنح امتياز توزيع الكهرباء والغاز وسحبها، على ما يلي: "يمكن للأشخاص المؤهلين لممارسة الرقابة، المعينين من طرف الوزير المكلف بالطاقة أو رئيس لجنة ضبط الكهرباء والغاز، أن يقوموا في أي وقت بكل الفحوص المفيدة في أداء مهمتهم وعلى وجه الخصوص أن يجروا التجارب والقياسات الضرورية وأن يطلعوا في عين المكان على جميع الوثائق التقنية أو المحاسبية أو أن يحتفظوا بنسخة منها..."[2].

---

[1] دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، ج.ر.ج.ج، ع 34، بتاريخ 19 يونيو 2011، ص 10.

[2] دفتر الشروط المتعلق بصاحب امتياز توزيع الكهرباء والغاز وواجباته، ملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 114/08 يحدد كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بصاحب الامتياز وواجباته، ج.ر.ج.ج، ع 20، بتاريخ 13 أبريل 2008، ص 11.

وكذلك المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المؤرخ في 12 يونيو سنة 2011، يحدد كيفيات 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، والتي نصت على أن: "امتياز إقامة هياكل لتحلية مياه البحر أو نزع الأملاك غير قابل للتنازل عنه ولا يمكن أن يكون محل كراء من الباطن للغير تحت طائلة البطلان"[1].

ومن بين المواد التي تحيل إلى الشروط اللائحية فيما يخص عقد البوت، المادة 13 من نفس المرسوم والتي نصت على أنه: "يمكن إلغاء الامتياز دون أي تعويض وبعد الإعذار، في حالة عدم احترام دفتر الشروط"[2].

الفرع الثاني: أنواع صيغ عقود البوت:

1. **عقود الإنشاء، التملك، الإدارة، والتسليم (B.O.O.T):** ففي إطار عقد الـ **B.O.O.T** فإن شركة المشروع تملك المشروع خلال مدة التعاقد، فالفرق بين عقد الـB.O.T وعقد الـB.O.O.T يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه، وتشغيله، ففي حين تكون هذه الملكية للجهة الإدارية المتعاقدة في عقد الـ B.O.T فإن الملكية تكون لشركة المشروع في عقد الـ B.O.O.T خلال مدة التعاقد، ثم تنقلها إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بعد انتهاء مدة العقد[3].

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المؤرخ في 12 يونيو 2011 المتعلق بتحديد كيفيات 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 سنة 2011، ج.ر.ج.ج، ع 34، ص 08.

[2] أنظر المادة 13 من نفس المرسوم.

[3] محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام البوت B.O.T عقد الإنشاء والإدارة والتسليم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة دمشق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009، ص 159.

2. **عقود البناء، الإيجار، ونقل الملكية (B.L.T)**: وفي هذه الصورة من العقود تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتكمله مدة العقد، ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها، وإما بتشغيله عن طريق آخرين[1].
3. **عقود البناء، التملك، والتشغيل (B.O.O)**: تكون الملكية فيها شبه دائمة ولا يتم نقلها، بل ينتهي المشروع بانتهاء فترة الامتياز، لأنه يكون عادة مرتبط بمشروع آخر، وتستخدم هذه الصيغة على سبيل المثال في استغلال حقول البترول، أو المناجم، وبالتالي عند نضوب البترول أو خامات المنجم فإن مشروع البنية الأساسية المقام يصبح لا قيمة له[2].
4. **عقود التحديث، التملك، التشغيل، ونقل الملكية (M.O.O.T)**: ويتضمن هذا العقد اتفاق الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع إحدى شركات القطاع الخاص على تحديث أحد المشروعات، مقابل تملك المشروع، وتشغيله فترة معينة والحصول على إيرادات المشروع، على أن يتم نقل ملكية المشروع في النهاية إلى الدولة أو الشخص المعنوي العام[3].
5. **عقود التصميم، البناء، التمويل، والتشغيل (D.B.F.O)**: تتفق الحكومة في هذا النوع من العقود مع المستثمر، لإقامة مشاريع البنية الأساسية، أو المرافق العامة بحسب الشروط الفنية، والتصميمات التي تقوم الحكومة بتحديدها للمستثمر من خلال أجهزتها الاستشارية، ويتولى المستثمر إقامة، وتأسيس المشروع وتزويده بالآلات والمعدات، ويبحث عن مصادر التمويل من البنوك العامة في الدولة، أو أحد البنوك في الخارج، ويعمل على تشغيل المشروع بحسب المعايير التي تحددها الحكومة، ولا تنتقل ملكية المرفق أو المشروع إلى الحكومة بعد مدة الامتياز، لأن

---

[1] سندس رضيوي خوين، مرجع سابق، ص 16.

[2] عيسى محمد الغزالي، مرجع سابق، ص 07.

[3] مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 05.

الحكومة تحصل على مقابل الأرض، وكذلك على نسبة ما من الإيرادات لقاء منح الامتياز[1].

ويكون من حق الحكومة أن تقوم بتجديد الامتياز، وكذلك يحق لها أن تقوم بمنح امتياز إلى مستثمر آخر بشروط أفضل على أن تقوم بتقديم، أو دفع التعويض المناسب للمستثمر الأول مالك المشروع[2].

6. **عقود التأجير، التدريب، والتحويل (L.T.T)**: يتولى القطاع الخاص أو المستثمر في هذه العقود عملية تمويل إقامة المشروع، وكذلك يقوم بعملية التدريب اللازم لجميع العاملين في المشروع التابعين للحكومة، ومن ثم تأجير هذا المشروع للدولة لكي تقوم بعملية تشغيله خلال مدة الإجارة، وعند انتهائها تعود الملكية للقطاع الخاص، والنوعان الأخيران يستخدمان حاليًا في أوروبا كبديلين عن نظامي البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T والبناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T بسبب ظهور سلبيات ترتبط بهما أثناء التطبيق[3].

المطلب الثالث: منافع عقود البوت ومخاطرها

تم تجزئة مطلبنا الثالث هذا إلى فرعين، حيث ركزنا في الفرع الأول على منافع عقد البوت، بينما تناولنا في الفرع الثاني عن مخاطر هذا العقد.

---

[1] سلامة كمال طلبة المتولي، النظام القانوني لعقود البناء التشغيل ونقل الملكية B.O.T دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، 2008، ص 38.

[2] عبد العظيم حمدي، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ضمن مجموعة أبحاث إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، ج 01، د.س.ن، ص 112.

[3] حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، الإصدار 04، 2001.

الفرع الأول: منافع عقد البوت:

تتجلى أهمية عقود البوت في تخلي الدولة عن الطرق الكلاسيكية لإدارة واستغلال المرافق العامة التي لا طالما كانت حاجزا للتطور والرقي بالاقتصاد الوطني، لأن صفة التمويل التي تختص بها عقود البوت تسهم إلى حد كبير في التخفيف من العبء المالي الذي عادة ما كانت تتكفل به الدولة في عقود أخرى، إضافة إلى العديد من المنافع التي يخلفها التعاقد وفق هذه التقنية[1].

1. **تخفيض العبء عن الموازنة العامة وتنشيط المشاريع المالية:** إن الهدف من استخدام تقنية البوت هو تحميل القطاع الخاص مسؤولية تمويل إنشاء المرافق العامة وتشغيلها فهو يجنب الموازنة العامة تخصيص اعتمادات لإنشاء وتشغيل هذه المرافق فتتفرغ الدولة عندئذ للمشاريع والمرافق العامة الأكثر أهمية، وتتعاظم أهمية هذا النظام عندما تكون الشركات التي تتولى إنشاء وتشغيل المرافق العامة الأجنبية، حيث تقوم بإدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي، وهذا ما يؤدي إلى تحسين ميزان المدفوعات وتخفيض العجز في الموازنة العامة[2].
2. **إقامة مشروعات ومرافق جديدة:** تظهر أهمية عقود البوت من خلال إقامة مشروعات ومرافق جديدة، مما يؤدي إلى إتاحة المزيد من فرص العمل وضخ أموال جديدة إلى السوق، مما يقلل من نسبة التضخم، فضلا عن كونها تؤدي إلى

---

[1] آسيا رحاحلة، عصام حوادق، عقود الـ BOT توجه للحداثة لإقامة مشاريع البنية التحتية في الجزائر، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، مج 34، ع 02، 2020، ص 977.

[2] إلياس ناصيف، **سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت B.O.T**، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، د.ط، 2006، ص 145.

خلق قاعدة صناعية وخدماتية جديدة، مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق، أو غير ذلك من المشروعات التي تتم عبر هذه العقود[1].

3. **توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا:** مما لا شك فيه أن لعقود البوت دور فعال في نقل التكنولوجيا للدول النامية، لأنه من مصلحة القطاع الخاص الذي يكلف بإنشاء المرافق العامة، وتشغيلها أن يستخدم التكنولوجيا الحديثة في هذه العمليات، توسيعا لنشاطه وخبرته وسمعته، على الصعيد الدولي، توصلا إلى زيادة انتشاره وتفعيل خبرته وتطويرها واكتساب نجاحات متواصلة ومتتابعة على الصعيد الدولي، ولا سيما في الدول النامية التي تحتاج إلى المزيد من التخصص والخبرة والتكنولوجيا في تنفيذ مشاريعها[2].
4. **استفادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة:** فغالبا ما تكون الإدارة الخاصة أكثر فعالية، وكفاءة من الإدارة الحكومية مما يحسن من أداء هذه الخدمات وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين[3]، فالقطاع الخاص يمكن أن يصحح عدم فعالية القطاع العام في إنشاء المشاريع وتسييرها وأن يستجيب بصورة أفضل لطلبات المستهلكين في الكثير من قطاعات البنية التحتية، فالمسألة في غالب الأحيان ليست دائما في إنشاء المشاريع، بل في جعلها أكثر فعالية[4].
5. **إيجاد فرص عمل وتخفيض نسبة التضخيم:** تهدف عقود البوت إلى إنشاء مرافق عامة، وتسييرها مما ينتج عنه إتاحة المزيد من فرص العمل مما يحد من البطالة

---

[1] جابر جاد نصار، **العقود الإدارية**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط 01، 2005، ص 101.

[2] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 148.

[3] جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 102.

[4] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 150.

والتضخم، وخلق أطر جديدة من العمال والإطارات، والتي تستطيع تحمل مسؤولية تسيير المرافق بعد نهاية العقد، وانتقال الملكية للدولة[1].

الفرع الثاني: مخاطر عقد البوت:

رغم ما يوفره عقد البوت من منافع ومميزات إلا أن التجارب العملية أظهرت أن الأخذ بنظام البوت قد يولد عبأ اقتصاديا على الدولة المتعاقدة للأسباب الآتية[2]:

1. لجوء المستثمر سواء كان وطنيًا أم أجنبيا إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية، والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، فينتج عن ذلك انخفاض قيمة العملة الوطنية.
2. طول الفترة المحددة لمنح الالتزام، إذ وصلت إلى 99 عاما حسب التعديلات التشريعية الحديثة حسب القانون رقم 129 لسنة 1948 في مصر، وهو أمر شديد الخطورة، إذ أن هذه المدة من الزمن تقيد أجيالاً من بعدها أجيال.
3. الإفراط في منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد ومن ذلك التزام الدولة بشراء الخدمة، وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمة.
4. قد يكون عقد البوت طريقا إلى الاحتكار، عندما تشترط الشركة عدم منافستها في موضوع العقد حتى تضمن سيطرتها على السوق، وما يترتب على ذلك من مساوئ وأضرار.
5. ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج ذلك أن هدف المستثمر في إنشاء المشروع هو الربح الكبير وليس الفائدة.

---

[1] آسيا رحاحلة، عصام حوادق، مرجع سابق، ص979.

[2] عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، ع 01، الرمادي، العراق، د.س.ن، ص 10.

المبحث الثاني: النظام القانوني لعقود البوت

يتضمن عقد البوت عقودا معقدة ومتعددة الجوانب تحتاج إلى تنظيم قانوني دقيق لضمان حماية حقوق جميع الأطراف المتعاقدة، وتجنب النزاعات التي قد تحدث خلال فترة التشغيل، ولذلك خصصنا مبحثنا هذا للتحدث عن النظام القانوني لعقود البوت، وقسمناه بدوره أيضا لثلاث مطالب، حيث نتعرض في المطلب الأول لكيفية إبرام عقد البوت، ثم نعرج إلى آثار عقد البوت في المطلب الثاني، أما المطلب الثالث فسنتطرق فيه إلى تحديد المنازعات الناشئة في عقد البوت.

المطلب الأول: كيفية ابرام عقد البوت

لقد قمنا بتقسيم مطلبنا الأول إلى فرعين، الفرع الأول اختص في النظر في الإجراءات السابقة على إبرام عقد البوت، بينما تناول الفرع الثاني طرح المشروع للتعاقد.

الفرع الأول: الإجراءات السابقة على ابرام عقد البوت:

أولا: تحديد المشروع:

يمثل تحديد المشروع أهمية كبيرة، لأنه يتماشى مع خطة الدولة الاقتصادية، وأهدافها وتطلعاتها، وقدرتها على إنشاء المرفق العام، وأهمية تنفيذه في ضوء حاجات المجتمع وأولوياته[1].

وتتم هذه المرحلة من خلال قيام الجهة الإدارية بتحديد مشاريع البنية التحتية التي تحتاج إلى تمويل من القطاع الخاص من بين المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو قصورها، وتقوم في إطار ذلك بإعداد دراسات جدوى متعلقة بهذه المشاريع سواء كانت تقنية أو اقتصادية أو اجتماعية، وكذلك تحديد المواصفات الفنية

[1] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص177.

التي تلتزم بتأديتها شركة المشروع أثناء إنشائه، ومن شأن ذلك تعزيز قدرة المشروع على جذب المستثمرين وإقناعهم بمزاياه الاقتصادية[1].

وقد تلجأ الدولة في هذه المرحلة إلى مستشارين فنيين وماليين وقانونيين لتقديم المعونة للقيام بالدراسات القانونية والتقنية اللازمة، لدراسة جدوى المشروع وتحضير مستندات العطاء على نحو يتفق مع المعايير الدولية[2].

وفي غالب الأحيان تقوم الجهة الإدارية بتحديد المشروع المطلوب إقامته وأسلوب تمويله، لكن هذا لا ينفي إمكانية قيام شركة المشروع أو مجموعة من المستثمرين بتحديد المشروع المزعم تنفيذه[3].

ويرى البعض أن قابلية تنفيذ مشروع البوت يحكمهما شرطان أساسيان[4]:

- أن يكون عائد المشروع كاف لتغطية التكاليف وتحقيق أرباح للمستثمرين.
- أن تكون تكلفة الخدمة التي يقدمها المشروع في متناول المنتفعين.

ثانيا: دراسة جدوى الموضوع:

بعد تحديد المشروع وتعريفه يجب القيام بإجراء دراسة جدوى لهذا المشروع، حيث تعرف دراسة الجدوى على أنها: "مجموعة من الأسس العلمية، المستمدة من علوم الاقتصاد، والمحاسبة، وبحوث العمليات، والتي تستخدم في تجميع البيانات ودراستها، أو

---

[1] مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص 80.

[2] محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت BOT، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 121.

[3] عصام أحمد البهجي، **عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البينة الأساسية الممولة بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية للدولة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، د.ط، 2008، ص 113.

[4] صبوع صهيب، مرجع سابق، ص 80.

تحليلها، بقصد التوصل إلى نتائج تحديد مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية، وتسويقية وبيئية، ومالية، واجتماعية"، وتمر دراسة الجدوى بالمراحل الآتية[1]:

- تحديد المشروع، والغرض منه، والفوائد المترتبة على تنفيذه، وأثره على المنطقة، والتوسعات المستقبلية، واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته، وتحديد درجة ملائمة المرافق ومشروعات البنية الأساسية لنشاط المشروع وتشغيله.
- إختيار الموقع المناسب للمشروع، بما يعود بالفائدة المباشرة على المنتفعين وعلى الشركة صاحبة المشروع، وبيان عوامل الإنتاج المختلفة التي تمثل مجموع المدخلات في المشروع.
- دراسات التكاليف المبدئية للمشروع، بما في ذلك الأرض، والمعدات، والآلات والبنية الأساسية والاستثمارية اللازمة لها.
- استشراف التعرفة المتوقعة للخدمة، وعلى نحو لا يمثل عبئا على المستهلك العادي، مع إدخال البعد الاجتماعي والسياسي ضمن ضوابط هذه التعريفة، كما تتضمن الدراسة ما يتوقع من تطور تكنولوجي بحيث يمكن التحكم في مقدار الضمان ومداه فقد يختفي معه التزام الدولة بتقديم هذا الضمان مستقبلا.
- إعداد خريطة مساحية لأرض المشروع الاستعمارية والمخصصة لغرض الاستثمار في المشروعات البوت حيث تكون دراسة التكاليف الاستثمارية فيها أكثر دقة وتفصيلا.

ويقع عبء إجراء دراسة الجدوى قبل تقرير إنشاء المشروع على عاتق الدولة المعنية أو إحدى هيئاتها، وهذا ما نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي 417/04: "يتعين

[1] شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، 2013، ص 67.

على صاحب الامتياز احترام أحكام المادة 04 أعلاه، والمخططات التي تعدها السلطة المانحة"[1].

بالإضافة إلى المادة 03 من المرسوم التنفيذي 306/96 والتي نصت: "...يتم تسليم دراسات التعريف والدراسات الخاصة بالمشاريع التمهيدية الموجزة والمفصلة التي يعدها مانح الامتياز إلى صاحب الامتياز"[2]، على أن إذا لم تكن للحكومة الخبرة الواسعة في مجال المشروعات المنفذة عن طريق عقد البوت فقد تحتاج إلى الاستعانة بالخبراء والاستشاريين من الداخل والخارج لكي تحقق دراسة جدوى شاملة ووافة، كما أن شركة المشروع تعد جدوى خاصة بها من أجل التحقق من مدى ربحية المشروع وكفايته الاقتصادية[3].

الفرع الثاني: طرح المشروع للتعاقد:

على الرغم من افتقار عقد البوت لنظام قانوني خاص به يبين كيفية طرح المشروع من خلاله للتعاقد، فإن اعتباره من قبيل العقود الإدارية التي تتضمن شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص يجعل من الأحكام المتعارف عليها في إبرام هذه العقود تسري عليه[4]، خاصة تلك المطبقة في مجال الصفقات العمومية، وبالتالي يخضع عقد البوت للقواعد الخاصة بطلبات العروض "المناقصة سابقا"، التي يتم من خلالها

---

[1] المرسوم التنفيذي 417/04 المتعلق بتحديد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج.ر.ج.ج، ع 82، الصادرة في 22 ديسمبر 2004، ص 31.

[2] المرسوم التنفيذي 306/96 المتعلق بدفتر الأعباء النموذجي، ج.ر.ج.ج، ع 55، الصادرة في 25 سبتمبر 1996، ص 11.

[3] شماشمة هاجر، مرجع سابق، ص 68.

[4] نورة سعداني، الاستثمار وفق عقد البوت، مجلة القانون والمجتمع، ع 02، 2017، ص 193.

اختيار المستثمر المتعاقد مع الدولة وفق ما تنص عليه أحكام المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1].

هذا وتقوم الجهة الإدارية بطرح المشروع للتعاقد إما عن طريق طلب العروض كقاعدة عامة أو عن طريق إجراء التراضي كاستثناء[2]، مع الالتزام بمراعاة المبادئ المتعارف عليها عند التعاقد، والمتمثلة في حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات[3]، كما تقوم الجهة الإدارية أيضا بتحديد وتوفير وسائل الإشراف والمتابعة التقنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق العام، أما إذا كان المشروع يتسم بالطابع السري فإنه أجيز للجهة الإدارية المعنية أن تلجأ للتعاقد دون الالتزام بمبادئ العلنية والمنافسة والمساواة كاستثناء عن القاعدة العامة وفق إجراء التراضي وهذا مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة للدولة[4].

المطلب الثاني: آثار عقد البوت

قسمنا هذا المطلب بدوره أيضا إلى فرعين، حيث تطرقنا في الفرع الأول إلى حقوق والتزامات الدولة، أما الفرع الثاني فهو تحت عنوان حقوق والتزامات شركة المشروع.

الفرع الأول: حقوق والتزامات الدولة:

أولا: الالتزامات:

تتمثل التزامات الدولة فيما يلي[5]:

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، ع 50، الصادرة في 30 سبتمبر 2015.

[2] أنظر المادة 39، من نفس المرسوم، ص 12.

[3] أنظر المادة 05، من نفس المرسوم، ص 05.

[4] عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 19.

[5] مروان محي الدين قطب، **طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز الشركات المختلطة B.O.T تفويض المرفق العام دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، د.س.ن، ص 55.

- تسليم موقع المشروع خاليا من العقبات، والموانع التي تحول دون تنفيذه، حتى تتمكن شركة المشروع بالبدء في تنفيذ الأعمال في المواعيد المحددة.
- كما يجب على الدولة توفير لشركة المشروع بعض الأموال اللازمة لتنفيذ المشروع كالأراضي وخطوط السكك الحديدية وخطوط نقل الطاقة، أما الالتزام الثالث الذي يقع على عاتق الدولة هو حماية المنافسة العشوائية التي قد تحرمها من استرداد استثماراتها الضخمة، لذلك تعتمد الدولة على حماية المستثمر من المنافسة، عن طريق السماح لشركة واحدة، أو أكثر من الاستثمار في نشاط موضوع واحد.

ثانيا: الحقوق:

أما فيما يخص حقوق الإدارة في مواجهة شركة المشروع فلديها الحق في الرقابة، التوجيه، والإشراف، وذلك من خلال اختيار وسائل التنفيذ، وتوجيه أوامر مباشرة للملتزم، وهي تقترب لسلطة التعديل، إن الرقابة بالمعنى الواسع تتفق مع عقد البوت، والسبب في ذلك هو أن الوسائل التقنية والتكنولوجية متجددة باستمرار، والعقد يمتد لمدة طويلة، فالاعتراف للإدارة بسلطة التوجيه يعني أنها تلزم المتعاقد معها دوما بإتباع الوسائل الأحدث، والأكفأ في إدارة المرفق العام، وتكتسب الرقابة التي تمارسها الدولة في عقود البوت أهمية ترجع لسببين: طول مدة العقد، بالإضافة إلى التزام شركة المشروع بالتسليم المرفق بحالة جيدة تسمح باستمراره واستغلاله بعد انقضاء المدة، وتتنوع سلطة الإدارة في الرقابة ما بين الرقابة الفنية والتقنية، والرقابة المالية، ورقابة الصيانة والتجديد[1].

[1] سيدرة محمد علي، عقود البوت ودورها في تسيير المرافق العمومية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ع 04، د.س.ن، ص 330.

الفرع الثاني: حقوق والتزامات شركة المشروع:

أولا: الالتزامات:

- **التزامها بتصميم المرفق وتمويله وإنشاؤه:** يعد هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة، لذلك لا يكفي أن تثبت الشركة أنها قامت ببذل العناية الكافية لتنفيذ الأعمال، فقد جرى العمل الدولي على أن يقتصر دور جهة الإدارة في تحديد المواصفات العامة الوظيفية والغاية النهائية المرجوة من المشروع، كطاقته الإنتاجية، وكفاءته الفنية، والمواصفات البيئية، على أن تترك كافة التفاصيل لتحقيق هذه الغابات لشركة المشروع، وهو ما يؤدي إلى نقل مخاطر التصميم إلى عاتق القطاع الخاص والاستفادة من خبراته[1].
- **الالتزام بالمدة المحددة للمشروع:** في هذا السياق يتوجب على شركة المشروع أن تعمل على إنهاء العمل بالمشروع من حيث إنشائه، وإقامته خلال المدة الزمنية المنصوص عليها في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T المبرم بين شركة المشروع والإدارة، خاصة وأن المشروع محل العقد يرتبط بتقديم خدمة عامة للجمهور، لذلك فإننا نجد أن الإدارة تكون حريصة على تضمين العقد نصوصا تحدد مدة زمنية يتوجب على شركة المشروع التقيد بها في تنفيذ المشروع، وفي حالة أن العقد لم يتضمن مدة معينة، فإن ذلك لا يعني أن للشركة الحرية بشأن الوقت الذي تنهي به العمل في إنجاز المشروع، بل يتوجب عليها في هذه الحالة أن تلتزم بأن تنجز العمل في المشروع خلال مدة معقولة تسمح بإنجازه بحسب طبيعة هذا المشروع ومقدار ما يطلبه من دقة، وبالأخذ بالنظر قدرة الشركة وإمكانياتها، واذا ما تأخرت شركة المشروع في التنفيذ على الموعد المتفق عليه والمحدد في العقد، فإنها تلتزم بسداد غرامات التأخير والتعويضات الاتفاقية، ويعد

[1] غانم محمد أحمد، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 129.

الالتزام بالمدة الزمنية المحددة لتنفيذ المشروع، وكذلك المدة المعقولة، التزاما بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية، وبالتالي فإن الإثبات بأن الشركة بذلت عناية الشخص المعتاد لإنجاز العمل في المشروع في الوقت المحدد، لكنها لم تتمكن من ذلك لا يكفي لإعفاء شركة المشروع من مسؤولية التأخير، بل يجب عليها حتى تنتفي المسؤولية عنها أن تثبت القوة القاهرة أو الحدث المفاجئ أو فعل الغير لكي تنتفي علاقة السببية، ويشترط أن لا تكون القوة القاهرة أو الحدث المفاجئ مسبوقا بخطأ من شركة المشروع، وإلا كانت مسؤولة بقدر هذا الخطأ، وإذا ما توافرت الأسباب التي تبرر للشركة الحق في تمديد مدة العمل في إنشاء وإنجاز المشروع، فإنه يكون من حق الشركة القيام بتمديد هذه المدة[1].

- **مدى التزام شركة المشروع بالتنفيذ بنفسها:** يتم اختيار شركة المشروع في عقود البوت في إطار من المنافسة والعلانية والحياد، كما أن كفاءة المتعاقد وقدراته المالية والفنية وسابق خبرته، من العناصر التي توضع في الاعتبار عند اختياره، هذا إلى جانب طول مدة تنفيذ العقد، كل هذه الأمور تضاعف من أهمية الاعتبار الشخصي في العقد وتدفعنا للبحث عن مسألة التنازل عن العقد، والتعاقد من الباطن في مجال عقود البوت، ويقصد بالتنازل عن العقد، قيام المتعاقد مع جهة الإدارة بالتخلي عن كل الالتزامات الحقوق المتولدة عن العقد، وحلول شخص آخر محله في تنفيذ العقد بشكل كلي، ونظرا لأهمية الاعتبار الشخصي في عقود البوت، فإن شركة المشروع لا يجوز لها التنازل عن العقد للغير أو التصرف فيه

[1] وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقد البوت B.O.T، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، عمان، 2014، ص 66.

على أي وجه يؤدي إلى أن تحل محلها شركة أخرى، إلا بالموافقة الصريحة والمكتوبة من الإدارة[1].

- **الالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها:** تتضمن أغلب عقود البوت قواعد خاصة تلزم شركة المشروع باستخدام أحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة في بناء المرفق وتدريب العاملين الوطنيين على استخدامها، خاصة وأن هذه العقود من عقود الاستثمار لنقل التكنولوجيا، وينصرف لفظ التكنولوجيا إلى مجموعة معلومات تتعلق بطريقة مبتكرة لتطبيق نظرية علمية أو اختراع وتعتبر المعلومات التي يتركب منها عند نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية مالا معنويا، يطلق عليه حق المعرفة، يحقق الالتزام بنقل التكنولوجيا مصلحة لكل من طرفي العقد، فشركة المشروع لها مصلحة جدية في نقل التكنولوجيا الحديثة التي تسهل لها إدارة المشروع وتحصيل أكبر قدر من الفوائد والأرباح، ذلك أنها تقلل من الاعتماد على الأيدي العاملة وتساعد في تقديم خدمة رفيعة المستوى، ومن جهتها فإن الدولة المتعاقدة لها مصلحة في الحصول على التكنولوجيات الحديثة التي تساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية[2].

ثانيا: الحقوق:

1. **حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المادي:** إن الغرض الأساسي الذي يدفع شركة المشروع إلى إبرام عقد البوت هو رغبتها في استثمار رؤوس أموالها، بغيت تحقيق الربح وهي في ذلك تختلف عن غاية المصلحة المتعاقدة التي تهدف من خلال هذا العقد إلى تحقيق المصلحة العامة، ويتم تحصيل هذا

---

[1] أبو أحمد علاء، محي الدين مصطفى، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، د.ط، 2008، ص 177.

[2] عباس نجاة، آليات جذب الاستثمار في ظل عقد البوت B.O.T، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2020، ص 38.

المقابل المادي في الغالب عن طريق تحصيل الرسوم من جمهور المنتفعين مقابل انتفاعهم بالخدمات التي يقدمها المرفق العام من قبل شركة المشروع خلال تشغيلها للمرفق العام محل العقد، وتعد مسألة تحديد قيمة الرسم مسألة اتفاقية بين المصلحة المتعاقدة وشركة المشروع أثناء صياغة بنود عقد البوت إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة بل تخضع إلى عقدين أساسين وهما: أن ينص المشرع صراحة على تحديد هذا الرسم أو على كيفية تحديده، وأن يكون الرسم المحصل من جمهور المنتفعين متساويا بينه[1].

2. **حق شركة المشروع في ضمان التوازن المالي في العقد:** باعتباره من قبيل العقود الإدارية فإن عقد البوت يتيح للمصلحة المتعاقدة التدخل في أي مرحلة من مراحله لتعديل بنوده بإرادتها المنفردة، مما يؤدي بالضرورة إلى زيادة الأعباء والالتزامات خاصة المالية منها على عاتق شركة المشروع هذه الأخيرة وفي مقابل ذلك يحق لها ضمان توازن كل من المقابل المالي التي تتلقاه في موجب هذا العقد مع الأعباء المالية التي يلقيها على عاتقها، وقد أكد المشرع الجزائري على أحقية المصلحة المتعاقدة بتعديل بنود العقد من خلال المادتين 136/135 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء في المادة 135 أنه: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم"، أما المادة 136 فقد جاءت كما يلي: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"، وبالتالي فإن المشرع الجزائري اعترف صراحة بإمكانية تعديل بنود العقد عن طريق إبرام ملحق له[2].

---

[1] عباس نجاة، مرجع سابق، ص 93.

[2] نفس مرجع، ص40.

3. حق شركة المشروع بالحصول على الامتيازات الاستثمارية المقررة قانونا: لقد نص المشرع الجزائري من خلال قانون الاستثمار على مجموعة من الالتزامات الممنوحة للمستثمرين والتي تختلف باختلاف نوع الاستثمار وأهميته للاقتصاد الوطني، ومدى احترام هذا المشروع الاستثماري لسياسة البيئية التي تتبناها الدولة الجزائرية، وهو ما يعرف بالاستثمار الأخضر، بالتالي فإن شركة المشروع يحق لها الاستفادة من هذه الامتيازات متى توفرت فيها الشروط القانونية اللازمة، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة حرمانها من هذه الامتيازات إلا إذا نص القانون على ذلك[1].

المطلب الثالث: المنازعات الناشئة في عقد البوت

خصصنا هذا المطلب للنظر في المنازعات الناشئة في عقد البوت، حيث جزأناه لفرعين، الأول تكلم عن التسوية القضائية، أما الثاني فتناول التسوية الودية.

الفرع الأول: التسوية القضائية:

إن تكييف عقود البوت على أنها عقود إدارية، يفرض وكقاعدة عامة خضوع المنازعات الناشئة عنها للقضاء الإداري خاصة الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء كالجزائر، ومن خلال متابعاتنا للنصوص القانونية وعلى رأسها الدستور نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يخضع العقود الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية لرقابة القضاء، وذلك باستعماله مصطلح قرارات فقط دون العقود، لكن بالرجوع للنص الفرنسي نجد أنه استعمل مصطلح "ACT" أي تصرف وعمل، وبتالي تدخل العقود الإدارية في نطاق رقابتها وبالرجوع إلى القانون نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على المعيار العضوي لتحديد الجهة القضائية المختصة، وهذا ما نصت عليه المادة 800 من

[1] بركاني نوفل رؤوف، عقود البوت BOT (البناء والتشغيل والتحويل) كآلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، 2018، ص 40.

ق.إ.م.إ، و التي تجعل المنازعات التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها من اختصاص القضاء الإداري، وفي نفس القانون نجد المادة 803 توجب رفع دعاوى أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة أدناه وهي: "... وفي مادة العقود الإدارية، مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي ترفع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد وتنفيذه"[1]. أما فيما يخص تحديد نوع الدعاوى نجد أن المشرع الجزائري حدد أربع أنواع من الدعاوى وهي دعوى الإلغاء وفحص المشروعية، دعوى التفسير، وأخيرا دعوى القضاء الكامل، هذا ما أكدته المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

الفرع الثاني: التسوية الودية:

إن المستثمر في عقود البوت سواء كان وطنيا أو أجنبيا لا يرغب بوسائل التسوية القضائية الداخلية، لأنها لا توفر لها الأمان القانوني، وذلك بسبب اختلاف المراكز القانونية للأطراف المتنازعة، كما أن التسوية القضائية في نظر المستثمر ليست لديها الكفاءة والخبرة اللازمة، ناهيك عن كون القاضي الوطني ملزما بتطبيق القانون الداخلي، مما ينزل الشك والريبة بنظر المستثمر، مما يجعل اللجوء للوسائل الغير قضائية أي الوسائل الودية "التحكيم" هو الحل الأمثل[3].

لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم "داخلي أو دولي" في منازعات العقود الإدارية أمرا واقعيا، باعتباره وسيلة ناجحة يتفق عليها أطراف الخصومة بإرادتهم الحرة، وذلك لما يوفره لهم من مزايا: كالسرعة في حسم المنازعات وتحقيق العدالة الواقعية، والحفاظ على سرية المعلومات التي تعتبر عاملا مهما في هذه العقود، ناهيك عن تلافيه للتعقيدات إجراءات

---

[1] سيدرة محمد علي، مرجع سابق، ص331.

[2] القانون رقم 09/08 المؤرخ 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008م المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، ع 21.

[3] شماشمة هاجر، مرجع سابق، ص107.

النظام القضائي من بطء في حسم القضايا، وعدم سرية الجلسات، وبالرغم من مزايا التحكيم في حسم منازعات هذه العقود، إلا أن ذلك لا ينفي العيوب والمساوئ التي قد تترتب على اللجوء للتحكيم، ومفاده عدم توافر الضمانات القضائية في التحكيم، ويضاف إلى ذلك أن يكلف نفقات باهظة[1].

خلاصة الفصل:

مما سبق ذكره نستنتج أن عقود البوت هي عبارة عن عقود إدارية، تبرمها الدولة مع جهة من جهاتها الإدارية، فنجد المشرع الجزائري لم يعرف البوت في قوانينه، إلا أننا استخلصنا صيغته من خلال الرجوع للأنظمة الخاصة بالامتيازات، فلقد قمنا بتحديد مفهومها فيما سبق، كما حددنا أطراف هذه العقود، وتطرقنا لأنواعها والتي كانت ستة أنواع، وتكلمنا عن منافعها، حيث وجدنا أن لها العديد من المنافع، ولكن هذا لم يكن سببا حتى لا يكون لها أي أضرار، بل لها مخاطر أيضا وسبق أن تكلمنا عنها، كما انتقلنا لتبيين كيفية إبرام هذا النوع من العقود، وتبيين ما يخلفه من آثار حيث نجد أنه يمنح حقوقا وواجبات للدولة، كما هو الحال بالنسبة لشركة المشروع، وأخيرا وكمطلب أخير للمبحث الثاني ارتأينا للمنازعات التي تنتج وتنشأ عن عقد البوت.

[1] أحمد سلامة بدر، **العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T**، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، د.ط، 2003، ص 113.

الفصل الثاني:

ماهية فكرة إعادة التوازن المالي في عقد البـــوت

تمهيد:

فكرة إعادة التوازن المالي في عقد البوت هي عملية مستمرة ودائمة تتطلب مراقبة دقيقة وتحليل مستمر لأداء الروبوت المالي وتحديث الاستراتيجية المتبعة، وذلك لضمان تحقيق أفضل النتائج المالية وتحقيق التوازن بين تحقيق أفضل النتائج المالية وتحقيق التوازن بين الأرباح والمخاطر، ولقد قسمنا فصلنا هذا لمبحثين، فخصصنا المبحث الأول لماهية التوازن المالي، والذي قسمناه بدوره أيضا إلى مطلبين الأول تطرقنا فيه لمفهوم التوازن المالي، أما الثاني كان تحت عنوان ضمان التوازن المالي للعقود، أما بالنسبة للمبحث الثاني فقد تضمن وسائل إعادة التوازن المالي لعقد البوت، وقد جزأناه إلى مطلبين، خصصنا المطلب الأول للوسائل القانونية، أما المطلب الثاني فتحدثنا فيه عن الوسائل القضائية.

المبحث الأول: ماهية التوازن المالي

التوازن المالي في العقد الإداري يشير إلى تحقيق توازن مالي عادل بين الطرفين في العقد من خلال توزيع المصاريف والفوائد بشكل عادل ومنصف، يتعلق بتحقيق التكافؤ بين الأداء والمقابل المالي المتفق عليه في العقد.

المطلب الأول: مفهوم التوازن المالي

لقد قسمنا مطلبنا هذا لفرعين، خصصنا الفرع الأول لتعريف التوازن المالي، أما الفرع الثاني فخصصناه لنشأة فكرة التوازن المالي.

الفرع الأول: تعريف التوازن المالي:

التوازن المالي للعقد هو: "ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد، وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه"، فإبرام العقد الإداري من طرف المتعاقد مع الإدارة كان الهدف منه تحقيق الربح، إلا أن استعمال الإدارة لسلطتها قد يعوق المتعاقد من تحقيق هدفه، لذلك تم وضع شروط وضوابط للإدارة يجب عليها الالتزام بها عند إجرائها للتعديل للعقد الإداري، من أجل التوازن المالي للعقد الإداري، التي تعتبر مجرد توجيه عام الهدف منها المحافظة على طبيعة العقد الإداري عند تعديل العقد الإداري سواء بالزيادة أو النقصان، ومرجعا للقاضي الإداري في تحديد التعويض في حالة عرض النزاع أمامه، كما أن الحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة، وتنفيذ العقد الإداري يكون بحسن نية قصد تحقيق المصلحة العامة، وسير المرفق العام بانتظام، ويستوجب تعويض المتعاقد مع الإدارة دون خطأ وفق نظرية فعل الأمير[1].

[1] مولود محمودي، التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، مج 06، ع 02، 2020، ص 1445.

يعد التوازن المالي للعقد الإداري من الخصائص المميزة للعقود الإدارية حيث إن مبدأ التوازن المالي للعقد يهدف إلى الإبقاء على طبيعة العقد على الشكل الذي اتفق عليه المتعاقدان وقت التعاقد، لهذا السبب يعتبر حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد حقا أساسية له، وهذا يمثل امتداد طبيعي لحقه الثابت والأصلي، في المقابل المالي المتفق عليه في العقد، ويعرف التوازن المالي للعقد بأنه المساواة ما بين النفقات والإيرادات مع احتساب هامش ربحي ملائم يكون هو السبب من وراء إرضاء التعاقد، ففي كثير من الأحيان يتم إبرام عقد، وتبدأ عملية التنفيذ وتنتهي دون أن يصاحب ذلك أي خلل لا من جهة الإدارة ولا من جهة الملتزم أو من كليهما، وهذه الحالة ليست المعتادة أو الطبيعية في جميع الحالات وإنما قد يمر العقد أثناء مرحلة التنفيذ بالعديد من الظروف أو المخاطر التي تمنع السريان الاعتيادي له، وهذه تعتبر مشكلة العقود الزمنية أو العقود المستمرة التنفيذ قاطبة إذ لا يمكن لأي من الطرفين أن يضمن ظروف تنفيذ العقد، ومن الجدير بالذكر أن اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام يفسر ضرورة وجود توازن مالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه كي يستمر في تنفيذ العقد، ويعتبر تغيير الظروف في نظام العقود الإدارية مظهرا من مظاهر العقود في القانون الإداري بصفة عامة، الأمر الذي يحرك العقد الإداري حركة ديناميكية عكس العقد المدني الذي يمتاز بثباته واستقراره[1].

وغني عن التعريف أن التوازن المالي للعقد لا يعد مشابهة لفكرة إدارة المشروع إدارة متوازنة، كما أنه لا يعتبر ضمان تأمين للمتعاقد مع الإدارة، وعلى وجه الخصوص الملتزم ضد كل مخاطر المشروع التي تعتبر جزءا من مخاطر أي عملية استثمارية، وسبب ذلك أن التوازن المالي مبرم على تحقيق التوازن العادل بين الأعباء والمزايا التي أخذها

[1] تعريف التوازن المالي للعقد، متوفر على الموقع الالكتروني: almerja.com/reading.php?idm=186303، تم الاطلاع يوم 2023/05/20، على الساعة 13.52.

المتعاقد بنظر الاعتبار عند التعاقد، فلا يؤخذ به إلا عندما يختل التوازن العادل وفي هذه الحالة يمكن إعداد مبدأ التوازن المالي العقد[1].

ويعتبر التوازن المالي بمثابة توازن شريف بين الحقوق والالتزامات، هذه الفكرة أقرها مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه، خاصة تلك المتعلقة بعقود الالتزام، ومن أشهر القضايا التي عرفت في هذا المجال قضية مفوض الدولة "ليون بلوم"، أوضح أنه: "إذا انهار الاقتصاد المالي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل إلى حدوث شيء من الاختلاف في هذا التوازن بين المزايا والأعباء، فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد فيثبت أن التدخل وإن كان مشروعا وإن كان ملزما، سبب له ضررا يتعين تعويضه عنه"، من هنا يمكن القول بأن التوازن المالي للعقد هو التوازن الشريف بين الحقوق والالتزامات وليس التوازن الحسابي بينهما تجسده معادلة حسابية صارمة، وهذه الفكرة تعد سببا لاستحقاق التعويض للمقاول في جميع مراحل العقد، كما إن تنفيذ العقد الإداري تترتب عليه مجموعة من الالتزامات والحقوق التي تشمل أطراف العقد فرغم كون الإدارة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة إلا أن هذا لا يجب أن يكون على حساب حقوق المتعاقد معها وإلا فله الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري حيث تكون الإدارة ملزمة بإعادة "التوازن للعقد"[2].

الفرع الثاني: نشأة فكرة التوازن المالي:

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية النشأة، كان للقضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود بمناسبة قضية مشهورة عرضت عليه، تعرف باسم قضية العربات الكهربائية بتاريخ 1910/05/11، حيث

---

[1] الشرقاوي سعاد، **العقود الإدارية تنفيذ العقود الإدارية ملحق به الفتحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998**، دار النهضة العربية، القاهرة، ج 01، 1998، ص 32.

[2] فاطمة حشلاف، التوازن المالي للعقد، متوفر على الموقع الالكتروني: /revuealmanara.comالتوازن-المالي-للعقد/، تم الاطلاع يوم 2023/05/20، على الساعة 14.08.

تتلخص وقائع هذه القضية الشهيرة في أن الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية أبرمت عقد امتياز لاستغلال خطوط النقل بالعربات الكهربائية مع الدولة وقد تم تحديد ساعات الخدمة التي تؤديها الشركة، وعدد العربات التي تلتزم كذلك بتوفيرها، وقد حدث أن تزايد عدد سكان المدينة، مما أحدث ظروفا خاصة سببت عجزا في مرفق النقل الأمر الذي دفع بحاكم مقاطعة "بوش دي رون" إلى إصدار قرار بتاريخ 1903/06/23، لما له من سلطة الحفاظ على الأمن العام[1].

غير أن هذا الوضع لم تتقبله الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، مما دفعها إلى اعتبار هذا القرار باطل غير مشروع لمخالفته شروط العقد المبرم وطالبت أمام القضاء الإداري بإلغائه، وقد تطور النزاع إلى أن عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي، وقد دفعت الشركة الفرنسية، أن قرار حاكم مقاطعة "بوش دي رون" مخالف للمادة 11 من الاتفاق المبرم، إضافة لمخالفته لنص المادة 14 من دفتر الأعباء، وفي مقابل دفاع الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، ومراعاة للمادة 33 من لائحة الإدارة العامة في 1881/08/06، فالوالي يحدد باقتراح من المتعهد جدول خدمة العربات الكهربائية مما أدى بالوزير المكلف بالأشغال العمومية إلى أن يدفع أمام مجلس الدولة الفرنسي، بأن عبارة "جدول الخدمة" لا تتعلق فقط بساعات خدمة القطارات بل بعددها أيضا، لكن الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، ورد في تقرير مفوض الدولة ليون بلوم أن: "أنه من أسس كل عقد امتياز أن نبحث قدر الإمكان، عن مساواة المزايا التي تمنح للمتعاقد والالتزامات التي يتحملها والتي تتطلب أن يكون هناك توازنا بين الأرباح المحتملة والخسائر المرتقبة والتي قد يتعرض لها..."[2].

المطلب الثاني: ضمان التوازن المالي للعقود

[1] جابري فاطمة، حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، ع 11، 2018ص 183.

[2] نفس المرجع، ص 184.

خصصنا المطلب الثاني للتكلم حول ضمان التوازن المالي للعقود، فقسمناه لفرعين، تناولنا في الفرع الأول فكرة نظرية الأمير، أما الفرع الثاني فخصصناه لنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: نظرية فعل الأمير:

يرجع الفضل مرة أخرى لمجلس الدولة الفرنسي لابتداعه نظرية فعل الأمير في مجال العقود الإدارية من أجل الحفاظ على التوازن المالي للعقد لتحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام، وقد سار مجلس الدولة المصري على نفس النهج الفرنسي بتبنيه نظرية فعل الأمير[1].

يقصد بهذه النظرية، الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد، الأمر الذي يشكل مخاطر مالية استثنائية وغير عادية[2].

كما تعرف نظرية فعل الأمير بأنها: "كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي خاص تصدره أو بقواعد تنظيمية عامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية أكثر كلفة مما يلحق به ضررا يستوجب التعويض[3].

---

[1] مولود محمودي، مرجع سابق، ص1447.

[2] عوابدي عمار، **القانون الإداري النشاط الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د. ط، ج 02، 2000، ص 223.

[3] مولود محمودي، مرجع سابق، ص 1447.

وعرفها الدكتور عمار بوضياف بأنها: "جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد"[1].

ويمكن أن يكون مصدر هذه الأعمال سلطة إدارية داخلية ممثلة في الإدارة المتعاقدة، كما يمكن أن يكون مصدر هذه الأعمال خارجيا، أي يكون محرك هذه الأعمال طرفا أجنبيا عن الدولة المتعاقدة، كدولة أخرى أو مجموعة دول تنتمي للمجتمع الدولي، فتسمى هذه الإجراءات في هذه الحالة بعمل الأمير الأجنبي، ومثال هذه الإجراءات بصفة عامة التأميم، حظر الاستيراد والتصدير، حالة حصار مفروضة من طرف دولة أو المجتمع الدولي[2].

أما بالجزائر، فلقد اعترف المشرع الجزائري بهذه النظرية وتبنى العمل بها من خلال نصه في المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام: "تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الفترة أعلاه أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي: إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..."[3]، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد قنن هذه النظرية ذات المصدر القضائي، والتي تأثر بها القضاء الجزائري منذ فجر الاستقلال.

1. شروط نظرية فعل الأمير: ولكي تتحقق نظرية فعل الأمير لابد من توافر مجموعة من الشروط، أهمها[4]:

---

[1] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، المحمدية، ط 05، 2017، ص238.

[2] صبوع صهيب، مرجع سابق، ص119.

[3] المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج.ر.ج.ج، ع 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

[4] عوابدي عمار، مرجع سابق، ص224.

- أن يكون فعل الأمير متصلا بعمل مشروع، فأعمال الإدارة العامة غير المشروعة أو الخاطئة لا تعتبر من أفعال الأمير، لأن أعمال الإدارة العامة غير المشروعة تقرر التعويض طبقا لقواعد وأسس المسؤولية الإدارية التقصيرية.
- أن يصدر فعل الأمير بإرادة الإدارة المتعاقدة المنفردة.
- أن يصدر فعل الأمير من نفس السلطة الإدارية التي أبرمت العقد.
- يجب أن يترتب على فعل الأمير ضرر للطرف المتعاقد مع الإدارة مهما كانت درجة جسامة هذا الضرر، ويشترط في الضرر هنا أن يكون فعليا وحقيقيا لا احتماليا.
- يجب أن تكون إجراءات وأعمال الأمير الصادرة من الإدارة إجراءات طارئة وغير متوقعة من طرفي العقد الإداري.

2. **صور نظرية فعل الأمير:** قد يتخذ فعل الأمير صورة إجراءات وأعمال قانونية كصدور قوانين أو لوائح تنظيمية عامة من طرف السلطة الإدارية المتعاقدة، وتؤثر تأثيرا مباشرا أو غير مباشر على الطرف المتعاقد مع الإدارة بحيث تزيد من أعبائه والتزاماته التعاقدية بشكل مرهق كأن تجري السلطة الإدارية تعديلا في البنود العقدية القابلة للتعديل، أو تصدر تشريعات جديدة تزيد من تكاليف وأعباء الرسوم الجمركية على خدمات أو مواد يحتاج إليها الطرف المتعاقد في العقد الإداري.

وقد يتخذ فعل الأمير شكل قرار إداري فردي كالقرار الإداري الذي تصدره السلطة الإدارية المتعاقدة والذي تنص فيه على تعديل شروط التعاقد أو تعديل نظام المرفق العام، موضوع التعاقد أو تعديل أسعار الخدمات المحددة في عقد امتياز المرفق العام، ويشكل هذا الإجراء الإداري الخاص أعباء وتكاليف مالية مرهقة للطرف المتعاقد مع الإدارة لدرجة الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري[1].

[1] عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 225.

والمبدأ المقرر أنه إذا كانت التدابير التي اتخذتها الإدارة تشكل تدابير عامة، تشمل الجميع بما فيهم المتعاقد، فلا ينجر عن ذلك ترتيب أي حق للمتعاقد في التعويض، إلا إذا كانت قد أفقدت العقد توازنه المالي، أما التدابير الخاصة التي تمس المتعاقد بالخصوص، فترتب له الحق في التعويض، غير أن هذا الحق يسقط في حال كان التدبير المتخذ عبارة عن نص تشريعي، أو أن المشرع قد نص صراحة، أو ضمنا، على عدم منح المتعاقد أي تعويض[1].

3. **آثار نظرية فعل الأمير:** تنتج عن نظرية فعل الأمير عدة آثار منها[2]:

- تحرر وتحلل المتعاقد مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ إذا ما ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ مثل حالة صدور قانون يمنع استيراد إحدى المواد الخام غير المتوفرة في السوق المحلية والتي لا يمكن الاستغناء عليها في الخدمة التي يقدمها المرفق العام.
- حق الطرف المتعاقد مع الإدارة المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير وذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة.
- حق الطرف المتعاقد مع الإدارة المطالبة بفسخ العقد إذا ترتب على عمل الإدارة، استحالة تنفيذه لالتزاماته التعاقدية.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة:

نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية حديثة حيث أنشأها القضاء الإداري الفرنسي، فقد نشأت هذه النظرية بموجب حكم مجلس الدولة الفرنسي في 24 مارس 1916 في قضية غاز بوردو.

[1] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 305.

[2] وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص108.

يرجع أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسي، حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن في العقود سواء تحقق الغبن وقت إبرام العقد أو طرأ عند تنفيذه، فهو في الحالتين نوع من الربا المحرم، إلا أن سيادة مبدأ سلطان الإرادة قد أدى إلى اندثار نظرية الظروف الطارئة، وذلك لأنها تجيز على غير مقتضى هذا المبدأ للقاضي أن يعدل العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين دون رضا الطرف الآخر مما يشكل إهدار للقوة الملزمة للعقد، ولذلك نجد القضاء المدني الفرنسي يرفض الأخذ بهذه النظرية رغم محاولات الفقه لإيجاد سند لهذه النظرية في المبادئ العامة للقانون المدني، ومع ذلك فقد أضطر المشرع الفرنسي أن يتدخل في حالات متعددة للأخذ بهذه النظرية وبنصوص خاصة، وعلى العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الإداري، وأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى، مراعيا في ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة[1].

هناك من حاول تعريف الظرف الطارئ بأنها: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة أيضا، لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيلا"[2].

وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: "مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد المتعاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها"[3].

---

[1] اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، مج 02، ع 02، 2018، ص 129.

[2] محمد عبد الرحيم عنبر، **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، عمان، د.ط، 1987، ص 19.

[3] محمد خالد منصور، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، ع 01، 1998، ص 15.

كما عرفها البعض بأنها: "عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، إذا كان من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبأ، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض تعويضا جزئيا"[1].

فإن المقصود بالظرف أو الحادث الطارئ وهو كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا، يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعا فاحشا غير مألوف ولا متوقع[2].

1. **خصائص نظرية الظروف الطارئة:** تتمثل خصائص هذه النظرية فيما يلي:

- نظرية الظروف الطارئة تعد استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد: يقتضي مبدأ القوة الملزمة للعقد عدم جواز تعديله، إلا باتفاق الأطراف المتعاقدين، فالإدارة التي أوجدته هي التي تملك تعديله، القوة الملزمة للعقد لا يقتصر أثرها على المتعاقدان، بل ينصرف ذلك الأثر إلى القاضي أيضا الذي لا يجوز له أن ينقض العقد أو يعدل فيه، أيا كان السبب، فالقاضي بحسب الأصل، لا يجوز له تعديل شروط العقد الواضحة والمحددة باتفاق الطرفين ولو كان ذلك بحجة منافاة هذه الشروط للعدالة، غير أن

---

[1] سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، ط 05، 1991، ص 666.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، Mr-Gado، الجزء 01، د.ط، 2007، ص 513.

هناك بعض العقود لا يتم تنفيذها فورًا، وإنما بعد فترة من انعقادها، وفي خلال هذه الفترة قد تتغير الظروف التي أبرم العقد في ظلها على نحو يهدد أحد الطرفين بخسارة كبيرة إذا ما نفذ التزاماته على النحو المتفق عليه، في هذه الحالة لا شك في أن العدالة تقضي بتعديل العقد على نحو يخفف من خسارة الطرف المهدد بالخسارة إذا ما نفذ التزاماته فيه، وللتوفيق بين هذين الاعتبارين نص المشرع الجزائري في المادة 107 من ق.م على سلطة القاضي في تعديل العقد إذا ما طرأت ظروف استثنائية عامة ترتب عليها الإخلال بالتوازن بين التزامات طرفيه، ويتضح أن المشرع الجزائري، أخذ بنظرية الظروف الطارئة كاستثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وذلك حماية للمدين الذي أصبح تنفيذ التزامه يلحق به ضرر وخسارة فادحة بسبب ظرف طارئ[1].

- **أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة من النظام العام:** تعد نظرية الظروف الطارئة أداة تشريعية في يد القاضي لمنع التعسف في السيطرة التعاقدية، فالدائن الذي يطالب مدينه بتنفيذ التزام أصبح مرهقا له ويهدده بخسارة فادحة نتيجة الظروف الطارئة، وغير المتوقعة إنما يتعسف في الوضع المسيطر الذي أوجدته فيه هذه الظروف تجاه المتعاقد معه، ولاشك أن تدخل القاضي بتعديل العقد في هذه الحالات هو الذي يحول دون تعسف الدائن في سيطرته الناشئة عن الظروف المستجدة[2]، لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 107 من قانون المدني، على أنه إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك، وبناء عليه فإن إعمال نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها يتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه لا يجوز الاتفاق في العقد على استبعاد تطبيقها، وهو أمر يرتبط بالاستقرار العقدي والاقتصادي، مما يستهدف حماية

---

[1] اقصاصي عبد القادر، مرجع سابق، ص 130.

[2] محمد حسن قاسم، **القانون المدني أثار العقد جزاء الإخلال بالعقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج 02، ط 02، 2018، ص 65.

المدين برفع الإرهاق عن كاهله، والذي يبطل هو الاتفاق مقدما على استبعاد تطبيق النظرية، أما بعد وقوع الحالات الطارئة حيث تختفي شبهة الضغط على المدين فيجوز له النزول عن التمسك به[1].

2. **شروط نظرية الظروف الطارئة:** يتطلب لقيام نظرية الظروف الطارئة الشروط العامة التالية[2]:

- أن يحدث الظرف الطارئ بعد وقت إبرام العقد ولم يتم توقع حدوثه وقت إبرامه، ولم يدخل في حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد.
- أن تكون هذه الحوادث والظروف الطارئة أجنبية عن العقد، أي ليست ناتجة عن الإخلال بالالتزامات التعاقدية، بما يؤدي لقيام المسؤولية التعاقدية، فلا ينطبق عليها مفهوم نظرية الظروف الطارئة.
- أن تؤدي هذه الحوادث أو الظروف الطارئة إلى اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا وغير مألوف بحيث يصبح تنفيذ الطرف المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية مرهقا، أي يحمله أعباء مالية خطيرة وخسارة كبيرة.

3. **أهمية نظرية الظروف الطارئة:** تكمن أهمية نظرية الظروف الطارئة فيما يأتي:

- **نظرية الظروف الطارئة أداة لاستقرار المعاملات:** نص المشرع في المادة 03/107 بقولها: " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتيب حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، ولقد أعطى هذا النص للقاضي سلطة تعديل العقد في حالة تحقق الظروف الطارئة، وذلك لإعادة التوازن

---

[1] محمد حسام محمود لطفي، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، د. ط، 2002، ص 209.

[2] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 227.

الاقتصادي إلى العقد بتفادي خراب الذمة المالية للمدين، ولا يخفى أن استمرار العقد خير من زواله، فالظروف الطارئة قد تؤدي إلى عدم قدرة المدين على التنفيذ مما يؤدي إلى فسخ العقد وتعديل العقد يبقي عليه مما يحقق للطرفين الهدف المنشود من العقد، كما أن تعديل العقد لا يكون عاملا من عوامل عدم الاستقرار بل على العكس يؤدي إلى استمرار العلاقة العقدية، حيث يستهدف تفادي عدم الاستقرار الناشئ عن الظروف الطارئة[1]، وفكرة ملاءمة العقد للتغيرات التي تحدث في الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها، تساهم بدور كبير في إعادة العدالة أو التوازن الاقتصادي للعقد، إن اختل هذا التوازن، فالملاءمة تعيد توزيع ما حل بالمدين من خسارة، نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية، بين طرفي العلاقة التعاقدية، بتحميل الدائن جزء من هذه الخسارة حتى لا يترك المدين ضحية ظروف سيئة لم تكن له يد فيها، ولا شك أن هذا الأمر يؤدي إلى استقرار المعاملات بين الأفراد[2].

-تمثل نظرية الظروف الطارئة محورا هاما من محاور الحماية القانونية لأحد المتعاقدين ضد النتائج التي ترتب على اختلال التوازن الاقتصادي للعقد فيما بين وقت ابرامه وقت تنفيذه، نتيجة ظروف طرأت، وكانت عامة واستثنائية، وأدت إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا، وهنا يلجأ القانون إلى نوع من العدالة الاقتصادية والعقدية، ويعطي للقاضي، سلطة تعديل العقد بهدف حماية الطرف المضرور اقتصاديا، ولكن يلاحظ أن منطق هذه النظرية، وبالتالي فلسفة القانون المدني في شأنها، هو حماية الطرف المتضرر من نتائج الظرف الطارئ من منظور الصفقة التي أبرم في شأنها العقد فحسب بمعنى أنه لا ينظر في تطبيقها إلى المركز المالي العام للمضرور من الظرف

---

[1] حسام الدين كامل الأهواني، **النظرية العامة للالتزام المصادر الإدارية**، ج 01، مج 01، ط 03، 2000، ص 423.

[2] رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القسم المدني، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 1994، ص 08.

الطارئ فهو يستفيد من النظرية ولو كان هو الطرف الأقوى ماليا واقتصاديا، سواء كان منتجا أو مستهلكا أو موزعا أو بائعا فالعبرة فقط بكون ذلك الطرف المتعاقد في علاقة عقدية بذاتها، واختل التوازن العقدي ضد مصالحه، في صدد هذه الصفقة موضوع الفحص وحسب، وعادة ما يكون موردا لسلعة على فترة زمنية طويلة، وبالتالي فإن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة بين المتعاقدين بإعادة التوازن إلى العقد الذي أدى تطور الظروف إلى اختلال التوازن بين الالتزامات المتقابلة، فالعقد وقت نشأته انعقد على مصالح متوازنة بين طرفيه، فكل منهما يهدف إلى تحقيق مصلحة معينة ارتبط بموجب الاتفاق لتحقيقها، غير أن تغير الظروف أدى إلى اختلال توازن تلك المصالح وانعدام التعادل بينهما فأصبح طرف الرابطة العقدية بين كاسب وخاسر، ففي الوقت الذي ستلحق أحدهما خسارة فادحة، يتحقق للآخر ثراء فاحش، ولذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين[1].

4. **أثر الظروف الطارئة في العقد:** والجزاء في نظرية الظروف الطارئة يكون برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وقد يكون بفسخ العقد.

- **رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:** للقاضي سلطة واسعة في هذا الشأن، فله أن يسلك أحد طرق الثلاثة الآتية:

وقف تنفيذ العقد: قد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتيا يقدر له الزوال في وقت قصير، كما إذا تعهد مقاول بإقامة بناء، وارتفعت أسعار بعض مواد البناء لحادث طارئ ارتفاعا فاحشا، ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب فتح باب الاستيراد مثلا، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في وقف التنفيذ هنا ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى، وما ذهب إليه القانون يوافق ما ذهب

[1] اقصاصي عبد القادر، مرجع سابق، ص 132.

إليه الفقه الإسلامي، فإنه يجيز للقاضي تعديل العقد إذا كان في ذلك مصلحة للمتعاقدين، أو لأحدهما بشرط أن لا يتضرر المتعاقد الآخر، قال ابن قدامة رحمه الله تعالى: "ولو استأجر دابة ليركبها، أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو اكتري إلى مكة، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز، وهذا ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي، فقد جاء في القرار السابع ما نصه: "ويحق للقاضي أيضا أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال[1].

زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق: قد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل ليقلل خسارة المدين، والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يتحمله المدين، كما يتحمل الدائن انخفاض الأسعار المألوف، حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة، ولكن القاضي لا يفرض على الدائن أن يشتري بهذا السعر، وإنما يخيره بين أن يشتري به، أو أن يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ، وما ذهب إليه ابن عابدين رحمه الله في تغير قيمة النقود من وجوب التصالح بين المتعاقدين لتوزيع العبء الطارئ بينهما، ومن خلاله يتقاسم كل من البائع والمشتري، أو المقرض والمقترض الضرر الناشئ عن تغير قيمة النقود، ويوافق ما قرره المجمع الفقهي الإسلامي في قراره السابع الذي جاء فيه: "في العقود المتراخية التنفيذ كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات، إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييرا كبيرا، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في

[1] عمر أحمد أحمد مقبل مرعي، الظروف الطارئة وأثرها في العقود المالية المعاصرة، مجلة inspire، جامعة سلطان زين العابدين، ماليزيا، 2017، ص 538.

تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق، والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين[1].

إنقاص الالتزام المرهق: كما إذا تعهد شخص بتوريد سلعة معينة، ثم يقل المعروض في السوق من هذه السلعة نتيجة لحادث طارئ كحرب منعت استيراد السلعة، فيصبح من العسير على الشخص أن يورد جميع الكميات المتفق عليها، فعندئذٍ يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها، بالمقدار الذي يراه كافيا لرد التزام المدين إلى الحد المعقول، وما جاء في الفقه الإسلامي من جواز إنقاص الالتزام بسبب الحادث الطارئ في العذر الطارئ عند الحنفية، والجوائح عند المالكية والحنابلة، حيث يوضع عن المشترى من الثمن بمقدار ما أصاب ثماره المشترات من جائحة بالثلث، أو دونه على خلاف في ذلك عند المالكية والحنابلة، جاء في الفتاوى الهندية: أن المرض الذي يصيب المستأجر يعد عذرا، وموت المستأجر، كمرضه يعتبر عذرا يجيز الفسخ، فلو مات من استأجر دابة ليسافر عليها وكان الموت قد فاجأه في جزء من الطريق، إذا لتعين عليه وفاء الأجير بقدر ما سافر، ويبطل بحساب من يبقى، قال ابن تيمية رحمه الله تعالى: "إذا استأجر ما تكون منفعة إيجاره للناس، مثل الحمام، والفندق، والقيصرية، ونحو ذلك، فنقصت المنفعة المعروفة، مثل أن ينتقل جيران المكان، ويقل الزبون لخوف، أو خراب، أو تحويل ذي سلطان لهم، ونحو ذلك فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة المعروفة[2].

---

[1] محمد أمين بن السيد عمر العابدين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 01، د.س.ن، ص55.

[2] محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، ج 05، ط 03، 1992، ص 432.

- فسخ العقد: لا يجوز للقاضي في القانون الوضعي فسخ العقد، ذلك أن النص لا يجعل له إلا أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي، ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعة الحادث الطارئ بين المدين والدائن، ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد بناء على طلب المدين، والمعقود عليه في هذا الباب المنافع، وهي تحدث ساعة فساعة، فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقى من المنافع فيوجب الخيار، كما إذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض، ثم إذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب، فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع، فإن فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر، لأن الموجب للرد قد زال قبل الفسخ، والعقد يتجدد ساعة فساعة، فلم يوجد فيما يأتي بعده، فسقط خياره[1].

المبحث الثاني: وسائل إعادة التوازن المالي لعقد البوت

إعادة التوازن المالي لعقد البوت هي عملية تهدف إلى استعادة التوازن بين الإيرادات والنفقات في مشروع البوت، يتطلب ذلك تقييما دقيقا للتكاليف والإيرادات واتخاذ إجراءات لتعديل العقد وتحسين كفاءة التكاليف أو زيادة الإيرادات.

المطلب الأول: الوسائل القانونية

تبنى المشرع الجزائري مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات العقدية وكل ما يترتب عليه من آثار، وأهمها قاعدة "العقد الشريعة المتعاقدين"، ومع ذلك وفي سبيل تحقيق التوازن المالي للعقد، فقد اعتنق بعض آليات العدالة العقدية، وأحاطها بنصوص قانونية، من بينها نظرية الظروف الطارئة، التي تعتبر أهم استثناء على قاعدة العقد شريعة

[1] عمر أحمد أحمد مقبل مرعي، مرجع سابق، ص 539.

المتعاقدين، ومبدأ سلطان الإرادة ككل[1]، كما قام المشرع في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد بالتنازل نوعا ما عن هيمنة النظرية العامة للعقد، وذلك باستصدار تشريعات خاصة مجالها المتعاقد الضعيف، كقانون حماية المستهلك، وقانون المنافسة، وقانون الممارسات التجارية، وأصبحت النظرية العامة للعقد تطبق فقط عند قصور القواعد الخاصة، تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام[2].

إن الوسائل القانونية هي الوسائل التي نص عليها المشرع صراحة، والتي يجب على القاضي تطبيقها على العقد المختل توازنه، وهي إنقاص الالتزام، وزيادة الالتزام.

الفرع الأول: إنقاص الالتزام:

يعد إنقاص الالتزام أكثر وسيلة ملائمة لإعادة التوازن المالي للعقد، وقد جرى النص عليه صراحة في الفقرة 01 من المادة 90 بخصوص إنقاص التزامات الطرف المستغَل تفاديا لإبطال العقد، حيث أجاز المشرع المدني الجزائري للقاضي بناء على طلب الطرف المستغَل، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد، حيث جاء فيها: "ويجوز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد"، كما يمكن اعتبار تعديل وإعفاء الطرف الضعيف في عقد الإذعان من الشروط التعسفية بمثابة إنقاص في التزاماته، لأن هذه الشروط كانت ترهق كاهله، فتعديلها لصالحه أو إعفاءه كليا منها، من شأنه تخفيف التزاماته، وبالنسبة للظروف الطارئة فإنه يستشف من نص الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري أن عبارة "رد الالتزام المرهق" تشمل إنقاصه، وعليه يجوز للقاضي وهو بصدد إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يحكم بإنقاص التزامات المدين الذي أصبح التزامه مرهقا، إذ تبين له أن هذه

[1] ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر، مج 30، ع 63، 2016، ص 79.

[2] أحمد بعجي، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر 01، ج 01، ع 14، 2020، ص 234.

الوسيلة مجدية لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة، وبالنسبة للشرط الجزائي فقد نص المشرع المدني الجزائري صراحة في المادة 184/02 منه على جواز تخفيض قيمة الشرط الجزائي متى تبين للقاضي أنه مفرط، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه[1].

الفرع الثاني: زيادة الالتزام:

الأصل هو عدم جواز زيادة الالتزام مهما تبين اختلال التوازن المالي للعقد، لكن إذا نص عليه المشرع صراحة فلا مناص من ذلك، ويتضح ذلك في إجازة المشرع للقاضي زيادة التزام الطرف المستغِل بشرط أن يعرض هذا الأخير ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن، فهنا زيادة الالتزام تخضع لرغبة الطرف المستغِل، وليس للقاضي الذي لا يمكنه زيادة التزامه حتى ولو كان الوسيلة الوحيدة لإعادة التوازن المالي للعقد، وتتجلى زيادة الالتزام بوضوح في الغبن في بيع العقار، حيث أجاز للبائع طلب تكملة ثمن العقار إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل، كما يجوز للمقاسم تجنب نقض القسمة الرضائية وإيقاف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أوعينا ما نقص من حصته، أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فيرى بعض الفقهاء أن عبارة "رد زيادة المرهق" تشمل فقط إنقاصه، إلا أن التشريعات العربية تجمع على أن تعديل العقد يرادف لفظ "رد"، ويعني إعادة الوضع إلى ما كان عليه، أي إعادة الوضع المختل إلى حالة التوازن التي كان يتسم بها العقد قبل حدوث الظروف الطارئة، وهذا بما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين في هذه الظروف الجديدة قياسا على ما كانت عليه في ظل الظروف القديمة عند إبرام العقد، وبالتالي هو يفيد التعديل بمفهومه الواسع، وبذلك يشمل زيادة الالتزام المقابل، أما بالنسبة للشرط الجزائي فقد نص المشرع المدني الجزائري في المادة 185 منه على عدم جواز

[1] مصدق فاطمة الزهراء، بقة عبد الحفيظ، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، مج 06، ع 02، 2021، ص 342.

زيادة الالتزام حتى ولو جاوز الضرر الواقع فعلا قيمة الشرط الجزائي التي حددها المتعاقدان، لكنه استثنى من ذلك ارتكاب المدين غشا أو خطأ جسيما[1].

المطلب الثاني: الوسائل القضائية

يري الفقه الحديث أن ضمان التوازن المالي للعقد لا يكون إلا بتوسيع سلطات القاضي في العقد، ويتجلى ذلك في منحه سلطة التدخل في تعديل العقد المختل في مرحلتي تكون العقد وتنفيذه، بمنحه سلطة الاختيار بين تعديل العقد المختل بفعل الاستغلال أو إبطاله، وبتخويله سلطة القضاء بأن الشروط الواردة في عقد الإذعان هي شروط تعسفية أم لا، وبمنحه وسائل عدة لإعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل الظروف الطارئة التي قد تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، ومنحه سلطة تخفيض أو زيادة وحتى استبعاد الشرط الجزائي الذي قد يشكل سببا لاختلال التوازن المالي للعقد، في حال كونه غير متناسب مع الضرر الحاصل فعلا بسبب إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته العقدية، إن تدخل القاضي في العقد أمر خطير لأن العقد لم ينشأ في كنف القضاء لكي يخضع لتعديله، فهو من خلق أطرافه، وعليه فيجب إخضاعه في التعديل والإنهاء لإرادتيهما بالدرجة الأولى، وفي حالة لزوم الأمر وتدخل القضاء يجب أن يكون حكمه بعد تفاوض وتشاور مع أطراف العقد[2].

فالوسائل القضائية هي وسائل يرجع للقاضي تقدير إعمالها، متى أثبتت فعاليتها في إعادة التوازن المالي للعقد، وهذا ليس معناه أنها من ابتكاره، بل هي منصوص عليها كقواعد عامة تصلح لجميع الحالات، بشرط توافر شروطها والمتمثلة في منح أجل التنفيذ، ومنح أجل لإيقاف تنفيذ العقد.

---

[1] درش خليل، سلطة القاضي في ظل نص المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، القانون الدولي والتنمية، مج 06، ع 02، 2019، ص251.

[2] مصدق فاطمة الزهراء، بقة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص596.

الفرع الأول: منح أجل تنفيذ العقد:

منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه هو ما يعرف بنظرة الميسرة، وهي قاعدة فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية، لقوله تعالى: "وإذا كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"، مفادها إسعاف المدين في العقد بأجل يحدده القاضي بكل سيادة على أن لا يتعارض منح الأجل مع مصلحة الدائن، لأن الغرض من منح الأجل ليس فقط إسعاف المدين ولكن مصلحة العقد ككل وكل طرف فيه، وتنص المادة 119 من القانون المدني على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة لكامل الالتزامات"، فنص المادة ليس مقصورا كما يرى البعض على مجرد الفسخ، لأن نص المادة ذكر فيه مطالبة المدين بالتنفيذ أو فسخ العقد، وعليه فإنه في حالة مطالبة الدائن لمدينه بالتنفيذ، يجوز للقاضي منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه، وبالرغم من عدم نص المشرع صراحة على منح أجل للمدين للتنفيذ بصدد نصه على الأسباب المختلفة لاختلال التوازن المالي للعقد، إلا أنه طبقا للقاعدة العامة يمكن إسعاف المدين المرهق في نظرية الظروف الطارئة بأجل لتنفيذ التزامه، كما يمكن منح المدين أجلا لتنفيذ التزامه بصدد دعوى التعويض المتضمنة شرطا جزائيا، إذا قدر القاضي في الحالتين أن المدين يمكنه تنفيذ التزامه خلال هذه الفترة، مراعيا في ذلك مصلحة الدائن[1].

الفرع الثاني: منح أجل لإيقاف تنفيذ العقد:

هذه الوسيلة معمول بها في نظرية الظروف الطارئة بالرغم من عدم نص المشرع عليها صراحة، كما أن هذه الوسيلة هي من قبيل نظرة الميسرة كل ما في الأمر أن

[1] مصدق فاطمة الزهراء، بقة عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 343.

الالتزام يوقف خلالها بينما في حالة منح أجل للتنفيذ فإن الالتزام ينفذ خلال تلك الفترة، فإذا رأى القاضي أن إعادة التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تتم إلا بإيقاف تنفيذ لفترة معينة، فلا يمكنه القضاء بتعديل العقد، والأنسب أن تكون هذه الفترة معادلة لمدة الظروف الطارئة، أو لما تبقى منها، بشرط أن تكون الظروف الطارئة مؤقتة، فيجوز له الحكم بإيقاف العقد مستندا في ذلك لنص المادتين 210 من ق.م التي جاء فيها: "إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين له القاضي ميعادًا مناسبًا لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه"، والمادة 281 من نفس القانون التي جاء فيها: "غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمةً للظروف دون أن تتجاوز هذه المدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"، أما الحكم ببطلان العقد فهو مستبعد كوسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد، لأن تدخل القاضي لإعادة التوازن المالي للعقد المختل هدفه الحفاظ على العقد، ومنح أطرافه فرصة تنفيذه بدون إرهاق أو ضرر يصيب أحدهما، أما الحكم ببطلان العقد فهو إعدامه، وبالتالي فليس للحكم بإبطال العقد أي جدوى في تحقيق إعادة التوازن المالي للعقد[1].

خلاصة الفصل:

فكرة إعادة التوازن المالي في عقد البوت تهدف إلى تحقيق توازن أكبر بين الأطراف المعنية في العقد وتحديدا بين صاحب العمل "البوت" والمستفيد "البوتر"، وتنطوي هذه الفكرة على عدة جوانب منها: تقاسم الأرباح: تهدف هذه الفكرة إلى تحقيق توازن عادل في تقاسم الأرباح بين صاحب العمل والمستفيد، في بعض الأحيان يكون لدى البوت مستوى

[1] بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1983، ص 138.

كبير من الإيرادات مقارنة بالمبلغ الذي يحصل عليه البوتر، وبالتالي يمكن تفعيل فكرة التوازن المالي عن طريق زيادة نسبة تحصيل الأرباح للبوتر أو توفير آليات لزيادة دخله من البوت.

المخاطر المالية: يعاني البوتر في بعض الأحيان من المخاطر المالية التي يمكن أن تنجم عن العقد، ففي حالة فشل البوت في تحقيق النتائج المتوقعة أو التزاماته المالية، يتحمل البوتر الخسائر المالية، من الممكن تحقيق التوازن المالي من خلال تقديم ضمانات للبوتر أو تحمل البوت بعض المخاطر بشكل أكبر.

العدالة والمساواة: تحترم فكرة إعادة التوازن المالي مبدأ العدالة والمساواة بين الأطراف، يعني ذلك أن يتلقى البوتر مقابل عمله قيمة مالية عادلة تعكس الجهود والاسهامات التي يقدمها، يمكن تحقيق ذلك من خلال وسائل قانونية وأخرى قضائية.

خاتمـــة

خلصت الدراسة التي تناولنا فيها موضوع إعادة التوازن المالي في عقد البوت إلى أن هذه العقود تقوم على أساس قيام شركة المشروع بإنشاء أحد المرافق العامة، أو أحد مشاريع البنية الأساسية في الدولة على حسابها الخاص لقاء استغلالها للمرفق أو المشرع طوال مدة العقد المبرم مع الإدارة، ومن بعد ذلك تقوم الشركة بنقل وتسليم ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة في نهاية مدة العقد وهو بحالة جيدة تجعله صالحا للاستغلال.

وتعرضنا كذلك في هذه الدراسة إلى الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع، والتي يتوجب عليها الوفاء، وهي التزامات تترتب بمجرد إبرام العقد مع الإدارة مثل التزام الشركة بإنشاء المشروع وفقا للمواصفات المتفق عليها، وخلال مدة العقد، وكذلك الالتزامات بتشغيل المشروع وصيانته وهذه التزامات تتعلق بالمشروع ذاته، بالإضافة إلى التزامات الشركة تجاه الإدارة مثل الالتزام بإعادة وتسليم المشروع أو المرفق إلى الدولة المتعاقدة بعد انتهاء مدة العقد، والالتزام بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتوصيات الاتفاقية والالتزام بنقل التكنولوجيا إلى الإدارة لكي تستطيع الاستمرار في تشغيل المشروع بعد انتهاء العقد.

كما تناولنا فكرة التوازن المالي للعقد، خلصنا إلى أنه مهما صمدت القاعدة القانونية فإن التغيرات التي يمر بها المجتمع سوف تؤثر عليها لا محالة باعتبارها قاعدة اجتماعية، وهذا شأن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي بالرغم من صمودها إلى درجة توحي ببقائها إلى الأبد، كونها أهم نتيجة مترتبة عن صراع طويل بين مبدأي الشكلية والرضائية، إلا أن التوازن المالي للعقد أصبح يشكل ضرورة ملحة تقف في وجه استقرارها، وهو الآن بمثابة أولوية للتشريعات المعاصرة، ويحظى باهتمام بالغ من طرف الفقه ودارسي القانون، مما يوحي بأن قواعد النظرية العامة للعقد وبالأخص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أصبحت محل شك في صلاحيتها في الوقت الحالي، خاصة في ظل

التفاوت الاقتصادي بين أطراف العقد، وغيرها من الأسباب التي من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا لمجموعة من النتائج، وارتأينا لتقديم بعض الاقتراحات نوجزها فيما يلي:

النتائج:

- يعد عقد البناء والتشغيل والتحويل (BOT) آلية تعهد بها الحكومة لشركة، سواء كانت محلية أم أجنبية، وبغض النظر عما إذا كانت الشركة تنتمي إلى القطاع العام أم القطاع الخاص، وتطلق عليها اسم "شركة المشروع"، وذلك لبناء مرفق عام وتشغيله لصالحها لفترة زمنية محددة، قبل نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.
- عقد البناء والتشغيل والتحويل (BOT) يعد بديلا يحافظ على هيبة الدولة، حيث يتجنب الاقتراض المحلي أو الخارجي لإنشاء المشاريع الحيوية مثل البنية التحتية والمرافق العامة، يتولى فيها شركة المشروع تمويل وإدارة هذه المشروعات بدون أن يتحمل خزينة الدولة أي عبء، في الوقت نفسه يتحقق الهدف المرجو من وجود المرافق العامة والخدمات والبنية التحتية.
- يتم تحديد مهام البوت بوضوح في العقد، بما في ذلك الوظائف التي يجب أن يقوم بها والسياقات التي يجب عليه التفاعل معها، يمكن أيضا تضمين شروط التعويض المالي وفترة صلاحية العقد وشروط الإنهاء.
- تتمتع هذه العقود بأهمية كبيرة على الصعيدين العلمي والعملي، حيث ازداد الاعتماد على هذا النوع من العقود في العديد من الدول، ولا سيما الدول العربية، بسبب الفرص التي توفرها للدول الفقيرة في تحقيق التنمية الاقتصادية ومساعدة

الدول الفقيرة في تنفيذ المشروعات الكبيرة، وذلك نظرا لعجز ميزانيات تلك الدول عن تنفيذ هذه المشروعات الضخمة التي تتطلب تكاليف مالية هائلة.

- ثبت الطابع الإداري لهذه العقود نتيجة توفر مكونات العقد الإداري فيها، والتي تتضمن وجود إدارة كجزء من الأطراف في العقد وتوفر الشروط الاستثنائية فيه.
- يتم تحكيم هذه العقود أمام القضاء العادي لحل النزاعات المحتملة التي قد تنشأ منها، حيث لا يذكر قانون المحكمة الإدارية أي تفصيل يشير إلى اختصاصها في التعامل مع النزاعات المتعلقة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- يمكن أن يرجع اختلال التوازن المالي للعقد إما لإرادتي أحد أطراف العقد الذي قد يستغل طيشا بينا أو هوى جامحا في الطرف الآخر في العقد، وإما بسبب القوة الاقتصادية لأحد طرفي العقد حين يقوم بإدراج شرط أو شروط تعسفية في العقد، وقد يرجع هذا الاختلال إلا كلا المتعاقدين حين يتفقان على إدراج شرط يتضمن قيمة التعويض الذي يستحقه الدائن حينما يخل المدين بأحد التزاماته العقدية، وأخيرا قد يرجع اختلال التوازن المالي للعقد لسبب لا دخل لإرادتي أطراف العقد فيه، وهو أن تحدث أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة تؤدي إلى إرهاق المدين مما يجعل تنفيذه للالتزام يهدده بخسارة فادحة.
- تضع العدالة في المقام الأول في التوازن المالي للعقد، على حساب القاعدة الرئيسية للعقد والتي هي "العقد شريعة المتعاقدين".
- تنازلت التشريعات الحديثة عن قوة الالتزام التي كانت تتمتع بها العقود، من أجل تحقيق المساواة واستعادة التوازن المالي في العقود.

الاقتراحات:

- من الضروري أن يتم التسريع في وضع قانون موحد لتنظيم هذه العقود، نظرا لأهميتها الكبيرة ودورها الحاسم في تحقيق التنمية الاقتصادية.

- تعيين جهة إدارية مختصة تسلم إليها عملية الرقابة والاشراف على تنفيذ هذه العقود في كافة مراحلها.
- وضع المنازعات الناتجة عن تطبيق هذه العقود تحت اختصاصات القضاء الإداري بدلا من القضاء العادي، وذلك بسبب الطبيعة الإدارية لهذه العقود.
- تطبيق فكرة التوازن المالي للعقد في إطار القانون، ووفقا لحالات محددة قانونا، لأن الأصل عدم تعديل العقد إلا بناء على توافق إرادتي المتعاقدين على ذلك، تطبيقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.
- حماية حرمة العقد، وتعزيز الدور السلبي للقاضي المدني وحياده، وهذا عن طريق تقليص مجال السلطة التقديرية للقاضي المدني الجزائري.
- اللجوء إلى الوساطة والتحكيم لحل القضايا المتعلقة بالعقود عامة، واختلال التوازن المالي للعقد خاصة، حيث يتم التفاوض بين أطراف العقد بشكل جدي، والتوصل إلى حل مرضي للطرفين، وجعل القضاء آخر طريق لحل مثل هذه المنازعات.

قائمـــة المصـادر

والمراجـع

أولا: المصادر:

1. النصوص القانونية:

- المراسيم التنفيذية:

- ✓ المرسوم التنفيذي 306/96 المتعلق بدفتر الأعباء النموذجي، ج.ر.ج.ج، ع 55، الصادرة في 25 سبتمبر 1996.
- ✓ المرسوم تنفيذي رقم 417/04 المؤرخ في 22 ديسمبر 2004 المتعلق بتحديد الشروط المتعلقة بامتياز إنجاز المنشآت القاعدية لاستقبال ومعاملة المسافرين عبر الطرقات و/أو تسييرها، ج.ر.ج.ج، ع 28.
- ✓ المرسوم التنفيذي رقم 220/11 المؤرخ في 12 يونيو 2011 المتعلق بتحديد كيفيات 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 سنة 2011، ج.ر.ج.ج، ع 34.
- ✓ المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج، ع 50، الصادرة في 30 سبتمبر 2015.

- القوانين:

- ✓ قانون رقم 12/05 المؤرخ في 04 سبتمبر 2005 المتضمن قانون المياه، ج.ر.ج.ج، ع 60.
- ✓ قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، ع 21.
- ✓ قانون رقم 04/08 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008، ج.ر.ج.ج، ع 49.

- **الدفاتر:**

✓ دفتر الشروط المتعلق بصاحب امتياز توزيع الكهرباء والغاز وواجباته، ملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 114/08 يحدد كيفية منح امتيازات توزيع الكهرباء والغاز وسحبها ودفتر الشروط المتعلق بصاحب الامتياز وواجباته، ج.ر.ج.ج، ع 20، بتاريخ 13 أبريل 2008.

✓ دفتر الشروط النموذجي المتعلق بامتياز استعمال الموارد المائية بإقامة هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح أو المعادن من المياه المالحة، ج.ر.ج.ج، ع 34، بتاريخ 19 يونيو 2011.

- **القرارات:**

✓ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (182) 19/08، الدورة التاسعة عشر، 2008.

ثانيا: المراجع:

1. الكتب:

✓ أبو أحمد علاء، محي الدين مصطفى، **التحكيم في منازعات العقود الإدارية والدولية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، دون طبعة، 2008.

✓ أحمد رشاد محمود سلام، **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة دراسة تحليلية للعقد ومراحل تنفيذه وكيفية تمويله ومخاطره وطبيعته القانونية وقدرته على نقل التكنولوجيا وكيفية تسوية منازعات العقد والقانون الواجب تطبيقه**، دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 2004.

✓ أحمد سلامة بدر، **العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T**، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، دون طبعة، 2003.

- ✓ الشرقاوي سعاد، **العقود الإدارية تنفيذ العقود الإدارية ملحق به الفتحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998**، دار النهضة العربية، القاهرة، الجزء الأول، 1998.
- ✓ إلياس ناصيف، **سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت B.O.T**، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، دون طبعة، 2006.
- ✓ جابر جاد نصار، **العقود الإدارية**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005.
- ✓ جيهان حسن سيد أحمد، **عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها**، دار النهضة العربية، دون طبعة، 2003.
- ✓ حسام الدين كامل الأهواني، **النظرية العامة للالتزام المصادر الإدارية**، الجزء الأول، المجلد 01، الطبعة 03، 2000.
- ✓ سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة 05، 1991.
- ✓ عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، Mr-Gado، الجزء الأول، دون طبعة، 2007.
- ✓ عصام أحمد البهجي، **عقود البوت BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة دراسة تحليلية للتنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البينة الأساسية الممولة بأسلوب البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية للدولة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة، 2008.
- ✓ عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، المحمدية، الطبعة 05، 2017.
- ✓ عمار عوابدي، **القانون الإداري النشاط الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الجزء 02، دون طبعة، 2000.

- ✓ محمد أمين بن السيد عمر العابدين، **مجموعة رسائل ابن عابدين**، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، دون سنة نشر.
- ✓ محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب، **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل**، بيروت، دار الفكر، الجزء 05، الطبعة 03، 1992.
- ✓ محمد حسام محمود لطفي، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، دون طبعة، 2002.
- ✓ محمد حسن قاسم، **القانون المدني أثار العقد جزاء الإخلال بالعقد**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الجزء 02، الطبعة 02، 2018.
- ✓ محمد عبد الرحيم عنبر، **الوجيز في نظرية الظروف الطارئة**، مكتبة زهران للطبع والنشر والتوزيع، عمان، دون طبعة، 1987.
- ✓ مروان محي الدين قطب، **طرق خصخصة المرافق العامة الامتياز الشركات المختلطة B.O.T تفويض المرفق العام دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون سنة نشر.
- ✓ مصطفى عبد المحسن الحبشي، **الوجيز في عقود البوت B.O.T**، دار الكتب القانونية، مصر، دون طبعة، 2008.
- ✓ وضاح محمود الحمود، **عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، 2010.

2. الأعمال الجامعية:

- أطروحات الدكتوراه:

- ✓ رشوان حسن رشوان أحمد، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد عرض لفكرة ملاءمة العقد للظروف الاقتصادية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القسم المدني، جامعة عين الشمس، كلية الحقوق، القاهرة، 1994.

✓ محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام البوت B.O.T عقد الإنشاء والإدارة والتسليم، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة دمشق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2009.

- **رسائل الماجستير:**

✓ بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1983.

✓ شماشمة هاجر، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة العامة، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، 2013.

✓ صبوع صهيب، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ال BOT وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الإدارة العامة القانون وتسيير الإقليم، 2012.

✓ وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقد البوت B.O.T، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، عمان، 2014.

- **مذكرات الماستر:**

✓ بركاني نوفل رؤوف، عقود البوت BOT (البناء والتشغيل والتحويل) كآلية لجذب الاستثمارات الأجنبية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، 2018.

✓ عباس نجاة، آليات جذب الاستثمار في ظل عقد البوت B.O.T، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2020.

3. المجلات القانونية:

✓ أحمد بعجي، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، مجلة بحوث جامعة الجزائر 01، الجزء 01، العدد 14، 2020.

✓ آسيا رحاحلة، عصام حوادق، عقود الـ BOT توجه للحداثة لإقامة مشاريع البنية التحتية في الجزائر، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، المجلد 34، العدد 02، 2020.

✓ اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، 2018.

✓ جابري فاطمة، حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، العدد 11، 2018.

✓ حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، الإصدار 04، 2001.

✓ درش خليل، سلطة القاضي في ظل نص المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني وتطبيقاتها القضائية، القانون الدولي والتنمية، المجلد 06، العدد 02، 2019.

✓ دلالي عبد الجليل، باية عبد القادر، نظام البوت B.O.T كآلية تعاقدية مستحدثة في مجال الاستثمار وإدارة المرافق العامة، مجلة المفكر للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيسمسيلت، المجلد 03، العدد 04، 2020.

- ✓ ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد 63، 2016.
- ✓ سلامة كمال طلبة المتولي، النظام القانوني لعقود البناء التشغيل ونقل الملكية B.O.T دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، 2008.
- ✓ سندس رضيوي خوين، عقد البوت B.O.T تعريفه، مزاياه، عيوبه، وأشكاله، قسم إدارة الأعمال، 2018.
- ✓ سيدرة محمد علي، عقود البوت ودورها في تسيير المرافق العمومية، مجلة الفكر القانوني والسياسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 04، دون سنة نشر.
- ✓ عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد 01، الرمادي، العراق، دون سنة نشر.
- ✓ عبد العظيم حمدي، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ضمن مجموعة أبحاث إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، الجزء 01، دون سنة نشر.
- ✓ عمر أحمد أحمد مقبل مرعي، الظروف الطارئة وأثرها في العقود المالية المعاصرة، مجلة inspire، جامعة سلطان زين العابدين، ماليزيا، 2017.
- ✓ عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، الكويت، العدد 35، 2004.
- ✓ غانم محمد أحمد، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.

- ✓ مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T، قسم القانون، جامعة القادسية، العراق، دون سنة نشر.
- ✓ محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت BOT، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.
- ✓ محمد خالد منصور، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 01، 1998.
- ✓ مصدق فاطمة الزهراء، بقة عبد الحفيظ، حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المج 06، العدد 02، 2021.
- ✓ مولود محمودي، التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، المجلد 06، العدد 02، 2020.
- ✓ نورة سعداني، الاستثمار وفق عقد البوت، مجلة القانون والمجتمع، ع 02، 2017.
- ✓ هلال علي إسماعيل، البناء والتشغيل والتحويل B.O.T في قطاع النفط والغاز- الفرص والمخاطر، مركز البحث والتطوير النفطي، دراسات اقتصادية، العدد 43، دون سنة نشر.

المواقع الالكترونية:

1. almerja.com/reading.php?idm=186303
2. revuealmanara.com/التوازن-المالي-للعقد/

فهـرس المحتويـات

الموضوع	الصفحة
شكر وتقدير	
الإهداء	
المقدمة	أ-هـ
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T	01-32
تمهيد	02
المبحث الأول: ماهية عقد B.O.T	03-19
المطلب الأول: مفهوم عقد B.O.T	03
الفرع الأول: تعريف عقد B.O.T	03
الفرع الثاني: خصائص عقد B.O.T	05
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البوت وأنواع صيغه	07
الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقود البوت	07
الفرع الثاني: أنواع صيغ عقد البوت	14
المطلب الثالث: منافع عقود البوت ومخاطرها	16
الفرع الأول: منافع عقد البوت	17
الفرع الثاني: مخاطر عقد البوت	19
المبحث الثاني: النظام القانوني لعقد البوت	20-31
المطلب الأول: كيفية إبرام عقد البوت	20
الفرع الأول: الإجراءات السابقة على إبرام عقد البوت	20
الفرع الثاني: طرح المشروع للتعاقد	23
المطلب الثاني: آثار عقد البوت	24
الفرع الأول: حقوق والتزامات الدولة	24
الفرع الثاني: حقوق والتزامات شركة المشروع	26
المطلب الثالث: المنازعات الناشئة في عقد البوت	30
الفرع الأول: التسوية القضائية	30

الفرع الثاني: التسوية الودية	31
خلاصة الفصل	32
الفصل الثاني: ماهية فكرة إعادة التوازن المالي في عقد البوت	33-
تمهيد	34
المبحث الأول: ماهية التوازن المالي	35-50
المطلب الأول: مفهوم التوازن المالي	35
الفرع الأول: تعريف التوازن المالي	35
الفرع الثاني: نشأة التوازن المالي	37
المطلب الثاني: ضمان التوازن المالي للعقود	38
الفرع الأول: نظرية فعل الأمير	39
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة	42
المبحث الثاني: وسائل إعادة التوازن المالي لعقد البوت	51-57
المطلب الأول: الوسائل القانونية	51
الفرع الأول: إنقاص الالتزام	51
الفرع الثاني: زيادة الالتزام	52
المطلب الثاني: الوسائل القضائية	53
الفرع الأول: منح أجل تنفيذ العقد	54
الفرع الثاني: منح أجل لإيقاف تنفيذ العقد	55
خلاصة الفصل	56
الخاتمة	57
قائمة المراجع والمصادر	61
فهرس المحتويات	70
الملخص	74

الملخـص

ملخص الدراسة باللغة العربية:

أفرز الواقع الاقتصادي والقانون نوع جديد من العقود أصبح شائعا في الوقت الحاضر تسمى بعقود البوت "نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية" وتتضمن بعض الأنواع المتشابهة الأخرى وبصورة عامة هذه العقود مهمة جدا في الدول التي تتجه نحو تحويل اقتصادها إلى الاقتصاد الحر وفي الدول التي تسعى إلى التطور ولا تملك ميزانية كاملة ويكون الاعتماد في هذا النوع من العقود على القطاع الخاص الخارجي أو الداخلي، ومن خلال دراستنا السابقة وجدنا أن التوازن المالي لهذا العقد الإداري أصبح اليوم يشكل نظرية مستقلة وهامة، والأخير يستمد أصوله من الأحكام التي كان يتواتر عليها القضاء الإداري، وكذلك النصوص القانونية التي كانت ضمن هذا الموضوع، حيث أن الفقه الإداري اجتهد في تحليلها وتفصيلها وكذلك إعطائها الأساس القانوني.

الكلمات المفتاحية: عقود البوت، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، الاقتصاد الحر، التوازن المالي، العقد الإداري، القضاء الإداري، الفقه الإداري.

Abstract:

The economic and legal reality has produced a new type of contracts that has become common nowadays, they are called B.O.T contracts, which stands for Build-Operate-Transfer contracts, these contracts include some other similar types as well, generally speaking, these contracts are very important in countries that are moving towards transforming their economies into free markets, as well as in countries that are seeking development but do not have a full budget, in this type of contracts, reliance is placed on the private sector, either domestic or foreign, through our previous study, we have found that the financial equilibrium of this administrative contract has now become an independent and important theory, it is derived from the provisions that administrative jurisdiction has repeatedly upheld, as well as the legal texts that were included in this subject, administrative jurisprudence has made efforts to analyze and detail these provisions, and also to give them a legal foundation.

Key Words: B.O.T contracts, Build-Operate-Transfer system, free market, financial equilibrium, administrative contract, administrative jurisdiction, and administrative jurisprudence.