مجلة الدراسات القانونية المقارنة
EISSN:2600-6154 المجلد 06/ العــدد 02 (2020)، ص.ص.158-176. ISSN:2478-0022

الطبيعة القانونيّة لعقد البناء والتشغيل والتحويل (بوت) في إطار مبدأ سلطان الإرادة

The legal types of the build-operate and transfer (B.O.T)in the context of the principle primacy of the will

سمير شيهاني

Samir CHIHANI

أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة البويرة

Lecturer Class A, Faculty of Law and Political Science/ University of Bouira
s.chihani@univ-bouira.dz

علي معزوز

Ali MAZOUZ

أستاذ محاضر قسم "أ"، كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة البويرة

Lecturer Class A, Faculty of Law and Political Science/ University of Bouira
ma3zouzali@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2019/08/24 تاريخ القبول:2020/07/25 تاريخ النشر:2020/12/27

ملخص:

يعد عقد البناء والتشغيل والتحويل (إعادة أو نقل الملكيّة)، أو ما يعرف اختصارًا بعقد الـ" B.O.T"، أي « Build Operate Transfer»، أو «Construire, Exploiter et Transférer»؛ من العقود حديثة النشأة نسبيًّا، والتي لها دور كبير على الساحة الاقتصادية، حيث تلجأ الدّولة أو الجهات الحكومية إلى منح أشخاص آخرين غير حكوميين، معنويين أو طبيعيين، مشاريع تنموية موجهة للمنفعة العامّة، تتعلّق أساسًا بالبنى التحتية – هروبًا من تمويلها عن طريق الاقتراض من الدول وما يستتبع ذلك من تبعية اقتصادية وسياسية–، فيقوم الطرف غير الحكومي بإنشاء أو إقامة هذا المشروع بتمويل خاص منه، واستغلاله مدّة طويلة من الزّمن، في مقابلٍ يدفعه للجهة الحكومية، وعند انتهاء هذه المدّة يحوّل أو ينقل ملكيّة هذا المشروع إلى الدّولة أو الجهة الحكومية، ليصبح حقًّا خالصًا لها.

وهذا يطرح مسألة تحديد الطبيعة القانونيّة للعقد المبرم، من حيث اعتباره عقدًا إداريّا خالصًا تتمتّع فيه الإدارة بكافة امتيازات السّلطة العامّة، ممّا يظهر معه الفرق بين مركزي طرفي العقد، ويقلّص من مبدأ سلطان الإرادة، أو اعتباره عقدًا من عقود القانون الخاصّ، تتنازل فيه الإدارة عن امتياز السّلطة العامّة، ممّا يجعل طرفيه على قدم المساواة في الحقوق والالتزامات. وهو ما نهدف للوصول إليه من خلال هذه الدراسة.

المؤلف المرسل: شيهاني سمير Email: s.chihani@univ-bouira.dz

كلمات مفتاحية:

عقد البوت، العقد الإداريّ، حق الامتياز، سلطان الإرادة، التحكيم.

Abstract:

The build, operate and transfer contract, which is known by the abbreviated name of Build Operate Transfer or "B.O.T", is relatively considered as recent contracts, as they have an important role in the economic climate, because that the state organization uses other governmental, physical or moral persons for public utility development projects. Mainly those related to the different infrastructures, those in order to escape financing -through borrowing from states – and all different results of economic and political dependence.

Besides, the non-governmental organization will anticipate the creation or the establishment of this project through its own funds, and exploit it for a long term, in return it will remit to the State a certain sum, and at the end of this period, it will proceed by transferring the project ownership to the state or the governmental organization in such a way that it has its exclusive right.

This raises the question whether determining the legal type of the contract involved and concluded by considering it as purely and according which the administration enjoys all the privileges of the public authority. This shows the distinguishing of positions between the parties agree to the contract, and reduces the principle of the pre-eminence of the will, or to consider it as a private law contract, in which the administration discontinuous the privilege of the public authority. This situation makes its parts on the same equality in rights and duties. And that is precisely what we are seeking to achieve by this study.

Keywords:

B.O.T contract - The administrative contract - The privilege - The primacy of the will - The arbitration.

مقدمة:

إن عقد البوت "B.O.T" من حيثُ المصطلح والتنظيم القانونيّ حديث النشأة؛ إذ يعتبر أول تطبيق لمثل هذه العقود في إطار ما يسمى بالخصخصة "Prévatisation" ما قامت به بريطانيا في عهد رئيسة الوزراء "مارغريت تاتشر" "*Margaret THATCHER*" سنة 1979[1]، على أن تسمية البوت "B.O.T" لم تُعرف إلا في بداية 1980، حيث أطلقها رئيس الوزراء التركي السابق "تورجوت أوزال" "Turgote OZAL" عند اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب الشركات والمقاولين الخواص، عقب نجاحه في الانتخابات وعرضه لبرنامجه الاقتصادي الجديد بضرورة إسناد المشاريع المتعلّقة بالبنى التحتية إلى القطاع الخاصّ من أجل النهوض بعملية التنمية[2]، حتى أصبح يسمى معادلة أوزال[3].

فالتوجه إلى إبرام العقود وفق صيغة أو أسلوب "البوت" (B.O.T) كان بعد انهيار الاشتراكية، واتجاه كثير من الدول إلى الخصخصة وتحرير التجارة الدولية، وانتشار العولمة، والتطور المتسارع في مختلف المجالات، وعدم قدرة بعض الدول على النهوض ببعض المشاريع التنموية أو صيانتها بسبب تكلفتها الكبيرة، أو لما تتطلبه من تكنولوجيا متطوّرة لا تمتلكها؛ فظهرت

الحاجة إلى اعتماد أساليب عديدة في التعاقد تهدف إلى تحقيق هذه التنمية على مختلف المستويات: العلمية مثل عقود نقل التكنولوجيا، والاقتصادية، والاجتماعية...الخ.

هذا النوع من العقود يقتضي إشراك القطاع الخاصّ في مجالات الاستثمار ذات الأهمية الكبرى، لا سيما البنى التحتية أو تلك التي لها علاقة بالتنمية، مع الدّولة أو الجهات الحكومية.

فعقد "البوت" "B.O.T" «Build Operate Transfer» أو "C.E.T" «Construire, Exploiter et Transférer»، أو ما يسمى بعقود البناء والتشغيل أو الاستغلال، وإعادة أو نقل أو تحويل الملكيّة؛ مقتضاه أن تقوم شركة تدعى بشركة المشروع ببناء مرفق عام وتشغيله واستغلاله مدّة من الزّمن بتمويل خاصٍّ منها، وبعد انتهاء هذه المدّة تعيد هذا المشروع وتنقل ملكيته – أو بالأحرى حيازته– إلى الدّولة أو الهيئة الإداريّة المانحة لهذا المشروع، وتكون قد استوفت شركة المشروع حقّها من خلال تشغيل واستغلال ذلك المشروع[4].

ويُرجِعُ البعض وجوده إلى ما بين القرن السّابع عشر[5] والتّاسع عشر، إثر التطور الحاصل في عقد الامتياز[6]، أو ما يسمى بعقود الالتزام التي ظهرت في مجال إنشاء القنوات والجسور، والمياه والنقل...الخ

إلاّ أنّ فكرته تعود إلى زمن ليس بالقريب؛ حيث عُرِف هذا النّمط من التعاقد – أي البناء أو تمويل مشروع واستغلاله ثم إعادته بعد فترةٍ إلى مانح المشروع– إلى عهد الدّولة الرّومانية؛ حيث كان القطاع الخاصّ يموّل مشاريع الطرق والجسور، ويُحصّل ما أَنفقَ من عند المنتفعين بخدمات تلك المشروعات[7]. كما أنّ الفقه الإسلامي منذ ما يزيد عن 12 قرنًا ورد فيه ما يشير إلى ذلك؛ حيث ورد في مصنّف ابن أبي شيبة بأن محمدًا كان يكره أن يستأجر الرّجل العَرْصَةَ فيبني فيها من أجرها[8]. والعرصة هي الأرض البيضاء أو الأرض البور، يقوم أحدٌ باستئجارها ولا يدفع لصاحبها شيئًا، بل يقوم ببنائها والانتفاع بهذا البناء مدّة من الزّمن، ثم يردّ الأرض والبناء لمالك الأرض، فتكون قيمة البناء وقت التسليم هي الأجرة[9]. وورد ذلك أيضًا في كتاب الذّخيرة للقَرافي، من أنّه إذا أعار شخصٌ أرضًا عشر سنين يغرس فيها، ويأخذ غلّتها، ثم يعيدها إلى صاحبها بغرسها، جاز ذلك عند أَشْهَب مثل جواز البنيان إذا سُمِّي مقدار الشّجر[10].

إنّ عقود "البوت" (B.O.T) تتطلّب أطرافًا لتحقيقها، والطّرف البارز فيها هو الدّولة أو إحدى الإدارات أو الهيئات العامّة فيها من جهة، ومن جهة ثانية، أحد الأشخاص الطّبيعيين أو المعنويّين، محليّين أو أجانب أو مشتركين. كما أنّها تمرّ بمراحل متعدّدة، تبدأ بمرحلة التّحضير للمشروع واختيار الملتزم به، وتنتهي بمرحلة إعادة المشروع وأصوله إلى مانحه، وتتوسّط المرحلتين مراحل عدّة؛ ممّا يجعل العلاقة التعاقدية شديدة التّعقيد، والالتزامات كثيرة ومتشعّبة، وهذا طبعًا له بالغ الأثر في تحديد الطّبيعة القانونيّة لهذا العقد؛ هل يعتبر من العقود الإداريّة أي من عقود القانون العام، أم هو من عقود القانون الخاصّ بالنّظر إلى التّطور الحاصل في هذا المجال، والذي يقتضي الخروج عن عقود الامتياز التّقليدية التي تكون فيها الإدارة صاحبة السّلطة المطلقة، وبالتالي يمكن اعتباره من عقود القانون الخاصّ، والذي تلعب في الإرادة دورًا جوهريًّا في مختلف مراحل العقد، من إنشائه إلى حين انتهائه؟

المبحث الأول: البوت "B.O.T" عقد إداريّ ولا مكان فيه لمبدأ سلطان الإرادة

يرى جانب من الفقه والقضاء والتشريع بأن عقد البوت (B.O.T) من العقود الإداريّة، أي إنّه من عقود القانون العام،

يتعلّق أساسًا بإدارة المرافق العامّة، حيث يكون فيه طرفان غير متساويين، أحدهما يمثل الدّولة أو أحد هيئاتها – في الغالب– والثّاني أحد أشخاص القانون الخاصّ؛ وهذا يقتضي وجود إجراءات خاصة لإبرام مثل هذه العقود، تختلف عن العقود التي تُبرم في ظل القانون المدني أو التجاري (مطلب أول)، وللإدارة فيه حقوقًا في مواجهة الطرف المتعاقد معها، تختلف عن تلك الموجدة في عقود القانون الخاصّ (مطلب ثانٍ).

المطلب الأول: عقد البوت (B.O.T) له خصائص العقد الإداريّ

يرى اتجاه بأن عقد البوت (B.O.T) لا بد أن تكون الإدارة طرفًا فيه، وأن يتعلّق بنشاط مرفق عامّ، وأن يتضمّن شروطًا غير مألوفة[11]، وبالتالي فهو عقد إداريّ ما دام قد استجمع أركان العقد الإداريّ الثلاثة[12]، بل هناك من يكتفي بأحدها فقط ليصنّفه بأنّه عقد إداريّ[13]. وهذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداريّ في مصر من أن: «التزام المرافق العامّة ليس إلاّ عقدًا إداريًّا يتعهّد أحد الأفراد أو الشّركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليّته الماليّة بتكليف من الدّولة أو إحدى وحداتها الإداريّة وطبقًا للشّروط التي توضع له بأداء خدمة عامّة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدّة من الزّمن واستيلائه على الأرباح...»[14].

كما نصّ المشرّع الفرنسيّ في الأمر 2004- 559، المتعلّق بعقود الشّراكة[15]، بأن العقود المبرمة مع أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاصّ، المنصوص عليها في المادة 6 من القانون 2003 – 591 المتعلّق بتمكين الحكومة من تبسيط القانون[16]، والتي من بينها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيّة؛ هي عقودٌ إداريّة.

فارتباط هذا النوع من العقود بالمرفق العام من ناحيّة الإنشاء أو الصّيانة أو التّجديد، والذي يحقّق مصلحة عامّة، يُضفي عليه الصّفة الإداريّة؛ فلا يُعقل مثلاً أن نكون أمام إنشاء مطارٍ أو ميناءٍ (مدنيّ أو عسكريّ) وفق أسلوب البوت "B.O.T"، ثم نطبّق عليه أحكام القانون الخاصّ، ونقول بأنّ طرفي التّعاقد في مركزين متساويين؛ فهذا الأمر يمسّ بسيادة وأمن الدّولة مانحة المشروع، لا سيما إن كان الطرف المتعاقد أجنبيًّا[17].

وقد نصّ المشرّع الجزائريّ صراحةً في المادّة 10 من الأمر 08- 04 على أنّ الامتياز المتعلّق بالمشاريع الاستثمارية التي تكون على أراضي أملاك الدّولة، يكون بموجب عقدٍ إداريٍّ تُعدّه إدارة أملاك الدّولة[18]، كما نصّ في المادة 76 من القانون 05-12 المتعلّق بالمياه[19]، على أن امتياز استعمال الموارد المائية التّابعة للأملاك العمومية الطبيعية للمياه من عقود القانون العامّ حتى ولو كان المتعاقد من أشخاص القانون الخاصّ؛ ممّا يعني أنّ الإدارة في تعاقدها مع المستثمرين وفق نظام البوت "B.O.T" في الجزائر تتمتّع بامتياز السّلطة العامّة، حيث تقوم هي بوضع بنود وشروط العقد وفق ما تراه يحقّق مصلحتها (الصالح العام) كما سنوضّحه لاحقًا.

واعتبار عقد البوت (B.O.T) بأنّه من العقود الإداريّة، يعني أنّ التراضي فيه سيتم وفقًا لإجراءات ومراحل معينة تختلف عن العقود العادية، منها: وضع الدّولة أو الجهة المانحة للمشروع شروط العقد وإعطاء التّراخيص، صدور تشريعٍ خاصٍّ بذلك، التّصديق عليه من السّلطة التّنفيذية أو من السّلطة التّشريعية... لا سيما بخصوص تلك العقود التي تتعلّق بالاستغلال في مجال المحروقات، أو ذات الاستراتيجية الخاصّة (الأمنية والعسكرية)، أو عقود نقل التكنولوجيا[20].

على أنّ تفاصيل هذا الأمر تختلف عن المعهود في القوانين الخاصّة، لا سيما وأنّ الدّولة عندما تتعاقد مع شخصٍ من

أشخاص القانون الخاصّ إمّا أن تتعاقد بنفسها من خلال من يُمثّلها، وإمّا أن تقوم بإبرام العقود أحد الأجهزة التّابعة لها؛ فنكون أمام المشاريع العامّة الإداريّة ذات الطابع المصلحيّ أو الإداريّ التي تخضع للقانون العام، واستثناءً للقانون الخاصّ، أو أمام المشاريع العامّة الاقتصاديّة التي تكون فيها الأنشطة مماثلةً لأنشطة الأفراد العاديّين، وتخضع للقانون الخاصّ[21].

لكنّنا نُشير إلى أنّ تبادل وتطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين لا يخرج عمّا هو معروفٌ في القواعد العامّة للقانون المدنيّ؛ فيكون الإيجاب غالبًا من طرف الدّولة أو أحد أجهزتها، حيث تطرح المشروع للتّعاقد، ويتم القبول عن طريق الدّخول لهذا العرض من طرف الخواصّ الذين تتوفّر فيهم الشّروط المحدّدة، أو تكون الدّعوة إلى التعاقد من الطرف الجهة الحكوميّة، ويكون الإيجاب بتقديم العطاءات من الخواص؛ ليرسو الأمر على أحدهم.

وعلى ذلك، يتمّ التّعاقد بأسلوب البوت "B.O.T" عمومًا بطريقتين: الأولى دعوة المستثمرين إلى تقديم عطاءات عن طريق المناقصة أو المزايدة، تطرحها الجهة الحكوميّة[22]، وتضع فيها شروطها، ويُقدّم المستثمرون عروضهم ويضمّنونها خطّة إعداد المشروع والجدول الزّمني التّفصيلي لإنجازه، والنّواحي الفنّيّة والماليّة له، ليتمّ بعدها اختيار المتقدّم بأحسن عرضٍ، لكن هذا ليس ملزمًا للإدارة، بل لها إلغاء المناقصة أو المزايدة أو العدول عنها إذا ما رأت أنّ المصلحة العامّة تقتضي ذلك. مع الإشارة إلى أنّه لا يُشترط أن تطبّق على عقد البوت "B.O.T"، القوانين الخاصّة بالمناقصات والمزايدات، بشرط توافر عنصري المنافسة العلانيّة[23]؛ أمّا الثّانية فهي عن طريق الاتفاق المباشر دون مراعاة الإجراءات والشّروط الشّكليّة التي تتطلّبها المناقصات[24].

وبخصوص الجزائر، التعاقد بأسلوب "B.O.T" وفقًا للنّصوص القانونيّة، يكون بموجب عقد امتياز تمنحه الدّولة أو أحد هيئاتها، مدّةً طويلةً من الزّمن تصل إلى 99 سنة وفق ما نصّ عليه الأمر 08- 04[25]، الذي يحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصّة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية[26]، لإحدى المؤسسات أو الهيئات العمومية أو لأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاصّ لأجل إنجاز مشاريع استثمارية, وهذا الامتياز يمنح على أساس دفتر شروط عن طريق التراضي[27]. فمدّة العقد محدّدة من طرف واحد هو الإدارة، وتحديد العقد من عدمه تتحكّم فيه الإدارة كذلك، وشروط العقد تُحدّدها الإدارة وتجعلها ضمن دفتر شروطٍ، فيكون الرّضاء من طرف المتعاقد الثّاني بالتّسليم لتلك الشّروط.

وقد وضّحت المادّة 5 من الأمر 08-04 سالف الذكر، المعدّلة بنصّ المادة 34 من القانون 12-12 المتضمّن قانون الماليّة لسنة 2013[28]، بأنّ ترخيص الامتياز بالتّراضي يكون **بقرار من الوالي**، بعد استشارة بعض الهيئات ذات الصّلة، وموافقة الوزير المكلّف بتهيئة الإقليم بالنّسبة للأراضي الواقعة داخل حدود المدينة الجديدة، وموافقة الوكالة الوطنيّة لتطوير السّياحة بالنّسبة للأراضي التّابعة لمناطق التّوسّع السّياحي.

المطلب الثاني: سلطات الإدارة في مواجهة صاحب المشروع

إنّ الهيئة المانحة للمشروع تتعاقد بصفتها سلطة عامة، وتُخضِعُ الملتزِم إلى القواعد التي تُنظّم سير المرفق العامّ؛ ولها في إطار ذلك حقّ الرّقابة والتّوجيه (فرعٌ أول)، ولها كذلك تعديل العقد بل وفسخه بإرادتها المنفردة (فرعٌ ثانٍ).

الفرع الأول: للإدارة حق الرّقابة على استغلال وتشغيل المشروع

بما أنّ الإدارة هي التي منحت حقّ الامتياز لشركة المشروع، وهي منْ وضعت شروطه وبنوده؛ فإنّ لها الحق في مراقبة صاحب الامتياز، ولها أنْ تتحقّق من تنفيذه للعقد وفق ما تمّ الاتّفاق عليه، وأنّ المشروع وقت إنجازه، وبعد إنجازه – أي في مرحلة التّشغيل– يسير بشكل حسن، بل يكون للإدارة ذلك حتى ولو لم ينصّ عقد الامتياز على ذلك، استنادًا إلى الطّبيعة الذّاتية للعقد الإداريّ[29].

وتشمل الرّقابة النّواحي الماليّة، الإداريّة والفنية، ومن ذلك مثلاً: أن تقدّم شركة المشروع للهيئة المانحة كشوفَ وبياناتِ الحسابات عند طلبها، بل وللإدارة أنْ تقوم بفحصها في أيّ وقتٍ شاءت[30]، ولها أيضًا أن تتدخّل في التنفيذ؛ فتطالب صاحب المشروع مثلاً بالإسراع في معدّل التّنفيذ، أو بتعديل طريقته، أو بوجوب الاستعانة بعمّال آخرين[31].

وفي هذا الصّدد نجد المشرّع الجزائري قد نصّ في المادين 45 و46 – على التوالي– من دفتر الشّروط النموذجيّ المتعلّق بالحقوق والواجبات المرتبطة بامتياز استعمال واستغلال المياه الحموية:

«**تَحْتَفِظُ السّلطة المَانِحَةُ [مانحة] الإمْتِيَازِ، فِي أَيِّ وَقْتٍ، بِحَقِّ القِيَامِ بِالتَّفْتِيشَاتِ الضَّرُورِيَّةِ لِلْسَّهَرِ عَلَى التَّنْفِيذِ الكَامِلِ لِأَحْكَامِ دَفْتَرِ الشّروط هَذَا.**

يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الإمْتِيَازِ، فِي هَذَا الشَّأْنِ، مَنْحُ الأَعْوَانِ المُؤَهَّلِينَ وَالمُعْتَمَدِينَ قَانُونًا كُلَّ التَّسْهِيلاَتِ لِأَدَاءِ مَهَامِّهِمْ.

كَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَيْضًا، أَنْ يُرْسِلَ إِلَى المُؤَسَّسَاتِ المُكَلَّفَةِ بِالمُرَاقَبَةِ، كُلَّ المَعْلُومَاتِ وَالمُعْطَيَاتِ التِي تَطْلُبُهَا».

«...**يَخْضَعُ لِمُرَاقَبَةِ السّلطة المَانِحَةِ [مانحة] الإمْتِيَازِ الّتِي يُمْكِنُهَا أَنْ تَتَأَكَّدَ فِي كُلِّ وَقْتٍ مِنْ أَنَّ النَّشَاطَاتِ تَمَّتْ بِعِنَايَةٍ**».

وهذا أمرٌ طبيعيٌّ؛ فكون الامتياز ممنوحًا من قبل جهةٍ حكوميّةٍ لأجل تحقيق مصلحةٍ عامّةٍ، لكافة المواطنين أو لفئةٍ معيّنةٍ، خلال فترةٍ معيّنةٍ، يقتضي منها السّهر على تحقيق تلك المصلحة، وهذا لا بدّ له من القيام برقابة نشاط وعمل صاحب الامتياز عند إنشاء المشروع وعند استغلاله وتسييره؛ ولها في سبيل ذلك ممارسة هذا الحق في أي وقتٍ شاءت، وللطرف الآخر تقديم كافّة التّسهيلات لإتمام عمليّة الرّقابة، وإعطاء كافّة التّوضيحات التي تطلبها مصلحة الرّقابة.

الفرع الثّاني: حقّ الإدارة في تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة

للإدارة – فوق حقّها في الرّقابة– أنْ تقوم بتعديل بنود العقد، لا سيما قواعد تنظيم واستغلال المرفق، كأن تقوم بتعديل أسعار استغلال المرفق بما يناسب المستفيدين منه أو من خدماته، أو بما يخفض قيمة الأرباح الكبيرة التي تجنيها شركة المشروع حتى تعود إلى حدٍّ مقبولٍ. ولها إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا كان هناك إخلالٌ أو تقصيرٌ من شركة المشروع[32]، بل لها استرداد المشروع، وذلك في حالة ما إذا كانت المصلحة العامّة تقتضي استغلاله وتشغيله مباشرة من طرف الإدارة[33].

وفي هذا الصّدد نصّت المادة 1/76 من المرسوم التنفيذي 12- 427، الذي يحدّد شروط وكيفيّات إدارة وتسيير الأملاك العموميّة والخاصّة التّابعة للدّولة على الآتي: «يَبْقَى شَغْلُ الأَمْلاَكِ العُمُومِيَّةِ المخَصَّصَةِ لِاسْتِعْمَالِ الجُمْهُورِ شَغْلاً خَاصًّا لَهُ طَابَعٌ تَعَاقُدِيٌّ، شَغْلاً مُؤَقَّتًا **وَقَابِلاً لِلْنَّقْضِ. وَتَمْلِكُ الإِدَارَةُ حَقَّ إِلْغَائِهِ بِدَافِعِ المَنْفَعَةِ العامّة، وَحُرِّيَّةَ إِبْرَامِ العَقْدِ أَوْ رَفْضِ إِبْرَامِهِ، أَوْ الاِعْتِرَاضِ عَلَى تَجْدِيدِهِ بِدَافِعِ المَنْفَعَةِ العامّة**، مَا عَدَا الحَالاَتِ التِي يَنصّ عَلَيْهَا القَانُونُ». وهذا يُظهر بأنّ مبدأ سلطان الإرادة في هذا العقد مُقيّدٌ بشكلٍ كبيرٍ إنْ لم نَقُل مُنعدمًا؛ فأحد الطّرفين يضع شروطه ويفرضها على الآخر، فتكون إرادته هي المسيطرة، والثاني يُذْعِن لتلك الشّروط ويُسَلّم لها، فتكون إرادته تابعةً لإرادة الأول.

كما أنّ للجهة الإداريّة الحقّ في توقيع غرامات التأخير إذا ما تقاعس الملتزم (صاحب المشروع) عن الوفاء بالتزاماته أو عن تنفيذ المشروع خلال المدّة المتّفق عليها، كما لها التّدخّل لتحديد الرسوم التي يقوم بدفعها المستفيدون من خدمات المرفق، بل ولها أنْ تحلّ محلّ صاحب المشروع إذا ما رأت تقصيرًا منه في تشغيله وتسييره[34].

على أنّ هذا العقد الإداريّ ذو طبيعةٍ خاصّةٍ؛ لذا جاء في القرار المشار إليه أعلاه ما يأتي: «فَالِالْتِزَامُ عَقْدٌ إداريّ ذُو طَبِيعَةٍ خَاصَّةٍ، وَمَوْضُوعُهُ إِدَارَةُ مِرْفَقٍ عَامٍّ، وَلاَ يَكُونُ إِلاَّ لِمُدّةٍ مَحْدُودَةٍ، وَيَتَحَمَّلُ الْمُلْتَزِمُ بِنَفَقَاتِ الْمَشْرُوعِ وَأَخْطَارِهِ الْمَالِيَّةِ وَيَتَقَاضَى عِوَضًا فِي شَكْلِ رُسُومٍ يُحَصِّلُهَا مِنَ الْمُنْتَفِعِينَ...»[35].

وهذا يعني أنّه حتّى مع اعتباره منْ عقود الإدارة العامّة إلاّ أنّ له خصوصيةً تتعلّق بالامتيازات الممنوحة لشركة المشروع، وبالالتزامات الواقعة عليها؛ كونه واردًا على نشاطٍ اقتصاديٍّ، وبالتّالي قد يُصبح الأمر معقّدًا إذا ما مارست الإدارة سلطتها في تقدير المشروع أو رفضه أو حرمان صاحبه من الامتيازات[36]، فيكون عليها تعويض صاحب المشروع إذا لم يَصدُر منه أيّ تقصيرٍ أو إخلالٍ[37].

وحتى لو لم يتمّ إدراج شروط استغلال المرفق العام (المشروع) وكيفيّة سيره في العقد، أو تمّ استبعادها، فإنّها تبقى ساريةً في حقّ صاحب المشروع – وكلّ من تربطه علاقة بالجهة المانحة– ولا يمكن اعتبار أنّه تمّ التّنازل عنها كليًّا أو جزئيًّا[38]؛ وما النّص على أنّ للإدارة الحقّ في تعديل العقد، أو أنّ لها استعمال سلطاتها بشكل عامٍّ باعتبارها إدارةً، إلاّ أمرًا كاشفًا لحقّها في ذلك وليس مُنشِئًا له[39].

ويترتّب عن اعتبار عقد الـ "B.O.T" عقدًا إداريًّا خضوعه لمراجعة مجلس الدّولة إذا زادت قيمتُه على حدٍّ معيّن، كما يخضع للقضاء الإداريّ إذا لم يتضمّن شرطًا أو نصًّا يقضي بالتحكيم[40].

وخلاصة القول، أنّ هذا الاتجاه يُقرّر بأنّ عقد البوت "B.O.T" من العقود الإداريّة، وما هو إلا نمطٌ حديثٌ من عقود الامتياز التقليديّة؛ يُبرم بين جهةٍ حكوميّة وبين أحد أشخاص القانون العامّ أو الخاصّ، تتمتّع فيه الجهة الحكوميّة بامتيازات السّلطة العامّة، وتعلو فيه إرادتها على إرادة المتعاقد معها، بحجّة تحقيق المصلحة العامّة، ويخضع في أحكامه لقواعد القانون العامّ.

المبحث الثّاني: بروز مبدأ سلطان الإرادة في عقد البوت (B.O.T) باعتباره ليس عقدًا إداريّا خالصًا

في مقابل الاتّجاه الأوّل، يرى جانب آخر من الفقه بأنّ عقد "البوت" "B.O.T" ينتمي إلى عقود القانون الخاصّ، حيث إنّه لا يحتوي على الشّروط المميّزة للعقد الإداريّ بل فيه مواصفات عقود القانون الخاصّ (مطلب أول)؛ إذ حتّى يعتبر العقدُ إداريًّا يشترط الفقه الإداريّ – في فرنسا ومصر– بأنْ تجتمع فيه الشّروط الثلاثة السابق ذكرها معًا، في حين أنّنا لا نجدها هنا مجتمعة. ويرى فريق آخر بأنّ هذا العقد له طبيعةٌ خاصّةٌ تختلف من حالةٍ إلى حالةٍ؛ فقد ينتمي أحيانًا إلى عقود القانون العامّ وأحيانًا إلى عقود القانون الخاصّ (مطلب ثانٍ).

المطلب الأوّل: احتواء عقد البوت (B.O.T) على مواصفات عقود القانون الخاصّ

من أهم ما يميّز عقود القانون الخاصّ أنّها تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أي أنّ العقد شريعةُ المتعاقدين، وأنّ طرفيه يقفان

على قدم المساواة، وعقد البوت (B.O.T) لا يخرج عن هذا المبدأ؛ فهو من النّاحية العمليّة يقوم على أساس حقوقٍ والتزاماتٍ متوازنةٍ بين الطّرفين، وليس فيه للجهة الحكومية تلك السّلطات التي تميّزها عن الطّرف الآخر، وليس فيه كذلك تلك الشّروط الاستثنائية التي لا تكون عادةً في العقود التي تنتمي إلى القانون الخاصّ، بل يكون التّعاقد على قدم المساواة[41].

كما أنّ عقد (B.O.T)، من العقود المصبوغة بالصّبغة الاقتصادية، فهو عقدٌ لأجل إنشاء وتشغيل مشروعٍ مُموَّلٍ من طرف القطاع الخاصّ، وحينها لابد للدّولة أن تتعاقد معه طبقًا لآليّات اقتصاد السّوق، والتي تُحتّم عليها أن تتنازل عن امتيازات السّلطة العامّة، والتّعامل مع الطرف الآخر على قَدم المساواة، وهذا طبعًا لأجل تشجيع الاستثمار الخاصّ وتيسير التّعامل، والانتقال من الاقتصاد الموجّه إلى اقتصاد السوق[42].

فقد جاء في قرار لمحكمة النّقض المصريّة:«**الْتِزَامُ المَرَافِقِ العامّة هُوَ عَقْدٌ الغَرَضُ مِنْهُ إِدَارَةُ مِرْفَقٍ عَامٍّ ذِي صِفَةٍ اِقْتِصَادِيَّةٍ وَيَكُونُ هَذَا العَقْدُ بَيْنَ جِهَةِ الإِدَارَةِ المُخْتَصَّةِ بِتَنْظِيمِ هَذَا المِرْفَقِ وَبَيْنَ فَرْدٍ أَوْ شَرِكَةٍ يُعْهَدُ إِلَيْهَا بِاسْتِغْلاَلِ المِرْفَقِ فَتْرَةً مُعَيَّنَةً مِنَ الزّمن، فَإِذَا اِنْتَهَتْ مُدَّةُ الإِلْتِزَامِ وَعَادَ المِرْفَقُ إِلَى الإِدَارَةِ فَإِنَّ هَذِهِ الأَخِيرَةُ لاَ تُعْتَبَرُ بِمَثَابَةِ خَلَفٍ خَاصٍّ أَوْ عَامٍّ عَمَّنْ كَانَ يَقُومُ بِإِدَارَتِهِ وَمِنْ ثَمَّ فَلاَ تَلْتَزِمُ بِمَا عَلِقَ مِنْ دُيُونٍ أَوْ اِلْتِزَامَاتٍ فِي ذِمَّةِ المُسْتَغِلِّ بِسَبَبِ إِدَارَةِ المِرْفَقِ**»[43].

يضاف إلى ذلك أنّه لا يمكن اعتبار العقد إداريًّا إذا لم يكن أحد طرفيه شخصًا من أشخاص القانون العامّ، حتّى ولو تعلّق بنشاط مرفقٍ عامٍّ[44]، وعقد البوت (B.O.T) لا يكون طرفاه دائمًا من أشخاص القانون العام بل قد يكونا من أشخاص القانون الخاصّ. وقد أجمع الفقه على أنّ العقد الذي لا يكون أحد أطرافه ينتمي إلى أشخاص القانون العامّ، لا يكون عقدًا إداريًّا مطلقًا[45].

وحتى لو كان أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العامّ، فإنّه يتعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاصّ دون أن يتضمّن العقد شروطًا استثنائيّةً تجعله في نطاق القانون العامّ، وهذا الأمر فرضته متطلّبات التّجارة الدّوليّة التي تجعلُ الدّولة تتنازل عن سلطاتها الإداريّة في العقود الإداريّة لتصبح شأنّها شأن الأفراد العاديّين، لا سيما إن كان الطّرف المتعاقد أجنبيًّا، حيث يفترض أن يكون على قدم المساواة مع الإدارة، وبالتّالي فالمنازعات التي قد تثور بشأنّها تخضع للقانون الخاصّ، وينعقد الاختصاص فيها للقضاء العاديّ[46].

وقد قرّر القضاء الفرنسي في مرّاتٍ عديدةٍ بأنّ العقد الذي يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون الخاصّ يبقى دائمًا من العقود الخاصّة، حتى لو تضمّن شروطًا استثنائيّةً، أو كان يشير إلى الشّروط الإداريّة العامّة المطبقّة على الأسواق العامّة، أو كَثُرَت في العقد عباراتٌ تدلُّ على أنَّ الاتفاق مبرمٌ مع شخصٍ من أشخاص القانون العامّ[47].

ويجدر التنبيه إلى أنّ عقد البوت (B.O.T) من العقود غير المسمّاة، وهذا يقتضي خضوعه للقواعد العامّة في النّظرية العامّة للالتزامات، والتّي أهمّ ما فيها مبدأ سلطان الإرادة، حيث تكفي الإرادة لإنشاء الالتزام، وذلك بمجرد تطابق الإيجاب والقبول من الطّرفين؛ ويتضمّن ذلك أنّ للطّرفين الحرّيّة في التعاقد من عدمه، وحرّيّة وضع شروط العقد، وتحديد الالتزامات النّاشئة عنه، والتّي ينبغي أن تنفّذ وفقًا لما أراده الطرفان، ولا يكون للقاضي حينها أن يتدخّل إلاّ في نطاق معيّن، مثل حالة تفسير العقد، حيث يبحث عن الإرادة الحقيقيّة لهما. بل لا يجوز تعديل العقد أو نقضه وإنّهاؤه إلا باتّفاق الطّرفين أو للأسباب التي قرّرها القانون[48]، وفقًا لما تقضي به المادّة 106 من التّقنين المدنيّ.

كذلك، بما أنّ عقد البوت "B.O.T" قد يكون من العقود الدّولية إذا كان يضمّ طرفًا أجنبيًّا، فإنّه يخضع لقواعد تنازع القوانين، وهذه الأخيرة تقضي بتطبيق قانون الإرادة في جوانبه الموضوعيّة[49]. بل إنّ متطلّبات التّجارة الدّوليّة تفرض على الدّولة أن تتعاقد مع الطّرف الأجنبي دون امتيازات السّلطة العامّة وإنّما وفق أسلوب القانون الخاصّ؛ لأنّ سيادة الدّولة تقف عند حدود إقليمها الجغرافيّ، وغير ذلك يعني إحجامُ المستثمرين الأجانب عن إبرام عقود البوت[50].

المطلب الثّاني: عقد البوت (B.O.T) تختلف طبيعته من حالة إلى حالة

عقد البوت (B.O.T) لا يمكن وصفه بأنّه عقدٌ إداريّ بصفةٍ مطلقةٍ، ولا بأنّه عقدٌ ينتمي إلى القانون الخاصّ، بسبب الطّابع الاقتصاديّ والتّجاري له؛ ذلك أنّه أحيانًا تَغْلُب عليه الصّفة الإداريّة فتطبّق عليه أحكام القانون الإداريّ، وأحيانًا تغلُب عليه الصّفة الاقتصاديّة والتّجارية، فتطبّق عليه قواعد القانون الخاصّ – المدنيّ والتّجاريّ على الأخصّ– بل أكثر من ذلك، إذا عُرِض الأمر على القاضي الإداريّ، لا مانع من أن يلجأ إلى تطبيق قواعد القانون الخاصّ لحلّ النّزاع المعروض عليه[51].

وفي هذا الصّدد نجد أنّ المشرّع الجزائري، لم يَعُدّ عقود الامتياز – المبرمة وفق أسلوب البوت – من عقود القانون العامّ بشكلٍ مطلقٍ، بل كانت له بعض المرونة في هذا الشّأن؛ ولهذا نجده قد نصّ في المادّة 81 من القانون 05-12 المتعلّق بالمياه على إمكانيّة منح الامتياز فيما يتعلّق بالمياه طبقًا لأحكام الأمر 01-03 المتعلّق بتطوير الاستثمار. ممّا يعني أنّه أراد أن يُحدث بعض التّوازن بين ضرورة السّير الحسن للمرفق العامّ بما يكون للدولة من سلطة الرّقابة والتّوجيه، وبين ضرورة جلب رؤوس الأموال المحلّيّة والأجنبيّة[52] بمنح تحفيزاتٍ للمستثمرين من خلال منحهم امتيازاتٍ تخرج في العادة عن إطار ما تتميّز به عقود القانون العامّ، ومن ذلك ما نصّت عليه المادّة 11 من الأمر 01-03 من إعفاءاتٍ في جوانب متعدّدةٍ (حقوق نقل الملكيّة، الضّريبة، حقوق التّسجيل، حقوق جمركيّة).

كذلك ما يُلاحَظ على هذا النّوع من العقود أنّه يتضمّن في طيّاته ما يشير إلى طبيعته، ومن ذلك تضمينه بأنّ الاختصاص بفضّ المنازعات التّي قد تنشأ بين الطّرفين لا ينعقد لمجلس الدّولة بل يتمّ الفصل فيها عن طريق التّحكيم أو عن طريق القضاء العاديّ[53]. وهنا يمكننا الإشارة إلى أنّ اتّفاقيّات الاستثمار المبرمة مع الدّولة الجزائريّة – الوكالة الوطنيّة لتطوير الاستثمار– ومع العديد من الشّركات الأجنبيّة وحتّى المحلّيّة، نصّت على الالتجاء إلى التّحكيم لحلّ الخلافات بين الطّرفين، ومن ذلك ما نصّت عليه المادّة 18 من اتفاقيّة الاستثمار الموقّعة بين الشّركة الوطنيّة لتطوير الاستثمار، وبين شركة "Hamma Water Desalination"، حيث تم الاتفاق على أنّ الفصل النّهائي في الخلافات يكون أمام المركز الدّولي لتسويّة النّزاعات المتعلّقة بالاستثمار "CIRDI"، وأنّ التّحكيم يتمّ في فرنسا وباللّغة الفرنسيّة[54]. وهذا يعني بأنّ امتياز السّلطة الذي نجده في العقود الإداريّة أو عقود القانون العامّ، قد تزحزح بسبب محتوى عقود الاستثمار هذه، فهذه ليست شروطًا موضوعةً من قِبل الجهة الإداريّة الجزائرية بل من قِبل الطرف الآخر (المستثمر)، لاسيما مسألة التّحكيم في فرنسا وإجرائِه باللغة الفرنسية؛ ممّا يعني أنّ إرادة الطّرف الثّاني "شركة المشروع" تقف مساويةً لإرادة الجهة الحكوميّة.

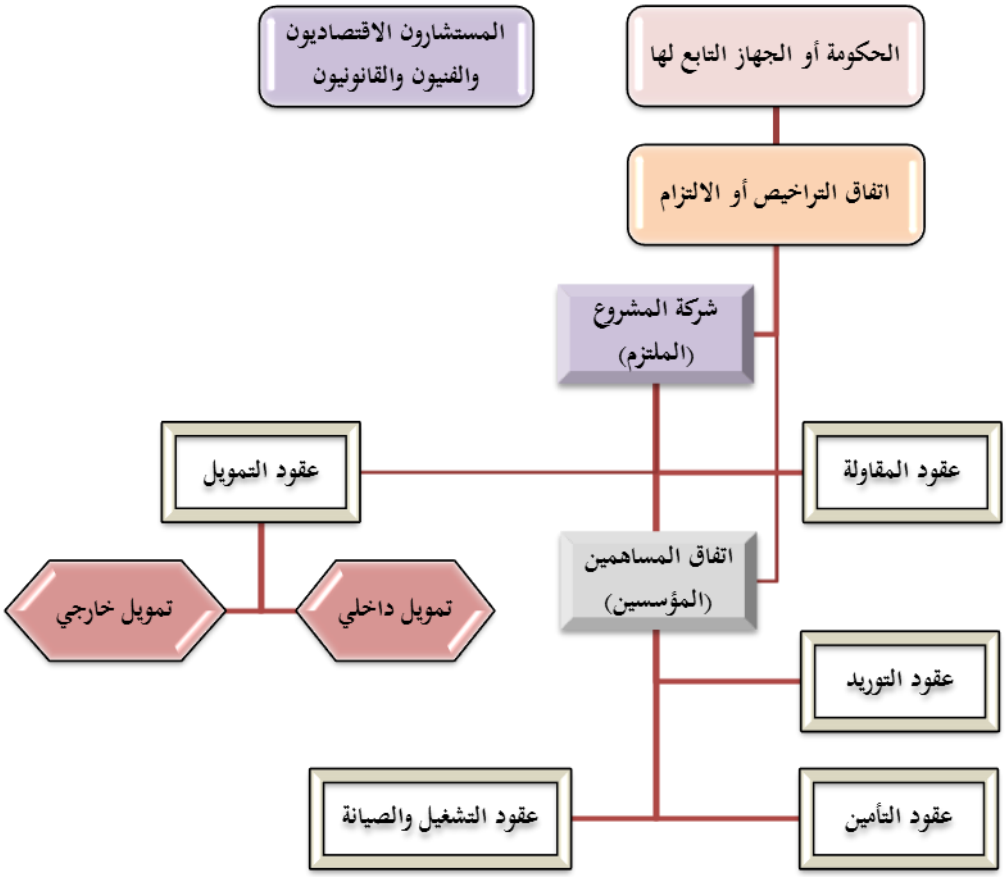
وهذا يؤثّر على سلطات الإدارة المعروفة في العقود الإداريّة؛ فلا تستطيع الجهة الإداريّة توقيع الجزاءات ذات الصّبغة الإداريّة في حال إخلال المتعاقد معها بالتزاماته، كأنّ توقّعها بنفسها دون اللّجوء إلى القضاء ودون حاجةٍ إلى وجود نصٍّ

بذلك في العقد. كما ليس لها أنْ تستردّ المرفق قبل انتهاء المدّة المتفق عليها ما لم يتمّ النّص على ذلك صراحةً في العقد، مقابل دفع تعويضٍ عادلٍ[55].

وبخصوص سيطرة إرادة الهيئة الإداريّة على العقد من حيث التّعديلُ والإلغاءُ أو الفسخُ، فإنّ هذا أصبح غير مسلّمٍ به، إذ يمكن أن توضع شروطٌ بخلاف ذلك، وهذا ما لمسناه في اتفاقيات الاستثمار المبرمة بين الوكالة الوطنيّة لتطوير الاستثمار وبين بعض الشّركات الاستثمارية، مثل: شركة "Hamma Water Desalination"، وشركة "أقواس سكيكدة"، بخصوص تحلية المياه، حيث ورد في الاتّفاقيتين الموقّعتين معهما عدمُ جواز تعديلهما إلاّ بوثيقةٍ مكتوبةٍ وموقّعةٍ من الأطراف، وذلك بعد موافقة المجلس الوطنيّ للاستثمار؛ ممّا يعني أنّ حقّ تعديل العقد بالإرادة المنفردة للجهة الإداريّة المعروفة في عقود القانون العامّ قد تمّ التّنازل عنه، وأنّه لم يعد شكلاً مميّزًا لامتيازات السّلطة العامّة في العقود الإداريّة[56]. وحتّى لو سلّمنا بحقّ الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، فإنّ هذا لا يكون إلاّ بخصوص الشّروط اللاّئحية التي يتضمنها العقد وليس الشّروط التعاقدية، كما لا يحقّ لها التّعديل إلاّ إذا وُجدت ضرورةٌ مُلجئةٌ[57].

أضف إلى ذلك أنّ عقد البوت "B.O.T" لا يقتصر على العلاقة الموجودة بين مانح المشروع وبين صاحب المشروع، بل العلاقات فيه متشعّبةٌ ومعقّدةٌ؛ حيث يرتبط صاحب المشروع مع الجهة المانحة للمشروع – والتي تكون في الغالب إدارةً– كما يرتبط مع عدّة أطرافٍ أخرى لأجل إنجاز هذا المشروع، مثل: المقاولين الأصليّين، الفرعيّين، والمموّلين الذين يمنحون القروض لصاحب المشروع، سواءٌ كانوا محليّين أم دوليّين، والمورّدين للمواد اللاّزمة لإنجاز المشروع، وشركات التّأمين وإعادة التّأمين، والشّركات أو المؤسّسات التي تتكفّل بعمليّة تشغيل المشروع وصيانته...وهذه العقود لا شكّ بأنّها عقودٌ تنتمي إلى القانون الخاصّ؛ فحتّى لو فرضنا أنّ العقد مع الجهة المانحة للمشروع هو عقدٌ إداريّ، فإنّ باقي العقود هي عقودٌ خاصّة، وعقد البوت (B.O.T) هو أسلوب يقتضي أن يشمل جميع هذه العقود وليس العقد الأوّل فقط، فإذا كان المنطق القانونيّ يقضي بتطبيق قواعد القانون الإداريّ في العلاقة بين شركة المشروع وبين الجهة الإداريّة التي منحته، إذا تبيّن من خلال بنود العقد وشروطه بأنّه عقد إداريّ، فإنّه يقضي كذلك بتطبيق قواعد القانون الخاصّ – وبالأساس القانون التجاريّ – فيما يتعلّق بباقي العقود، ولا يثير ذلك أيّ إشكال لدى الأطراف ولا لدى القاضي.

نمط العلاقات المتشابكة والمعقدة المرتبطة بإنشاء وتنفيذ عقد البوت[58].



وحتّى لو نظرنا إلى الطّرفين الرئيسيّين في العقد، فإنّنا نجد شركة المشروع شركةً تجاريةً، محلّيّةً كانت أم أجنبيّةً، وبالتّالي تخضع لأحكام القانون التجاريّ. يبقى أمامنا الطّرف الثّاني – مانح المشروع– الذي إمّا أن يكون شخصًا ينتمي إلى القطاع الخاصّ، وحينها يكتسب صفة التّاجر باعتبار أنّ المشروع اقتصاديٌّ، أو كان يعمل بالتّجارة على وجه الاحتراف، فيطبّق عليهما القانون التّجاريّ باعتبارهما يكتسبان صفة التّاجر معًا، فإن لم يكن كذلك أُعتُبِر العمل بالنسبة إليه مدنيًّا، فتطبّق على كلّ طرفٍ أحكام القانون الخاصّة به. أمّا إنْ كان صاحب المشروع شخصًا من أشخاص القانون العامّ – وهو الغالب– وتعاقد مع الطّرف الآخر دون تمتّعه بامتيازات السّلطة العامّة، واضعًا نفسه على قدم المساواة مع الأفراد، وأصبح غرضه تحقيق الرّبح زيادةً على تحقيق المصلحة العامّة، أمكن اعتباره من أشخاص القانون الخاصّ، فالصّفة التّجارية تنسحب عليه رغم أنّه في الأصل ينتمي إلى القانون العامّ[59].

خاتمة:

من خلال هذه الدّراسة يظهر لنا أنّ مسألة تحديد الطّبيعة القانونيّة لعقد البوت (B.O.T) ليست بالأمر اليسير، لاسيما مع التّطور الذي نشهده في النّواحي القانونيّة والاقتصاديّة والسّياسيّة، والتّرابط الكبير الذي أصبح بينها؛ حيث لم يعد للدّولة أو الجهات الإداريّة ذلك المركز القانونيّ الذي لا ينزاح عنها تحت أيّ ظرف، بل أصبحت تتعامل مع الغير، سواء أكانوا أشخاصًا محليّين أم أجانبًا، بشكلٍ مختلفٍ عمّا كان سائدًا في زمن قريبٍ؛ ولهذا فقد وجدنا أنّ الإدارة تتعاقد مع الغير وفق أحد الأنماط الآتيّة:

- إمّا باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون العامّ، وتتمتّع بامتيازات السّلطة العامّة؛ فلها أن تتراجع عن إبرام العقد أو تنفيذه، ولها أن تُعدِّل في شروطه أو في طريقة تنفيذه، ولها كذلك فسخه، بإرادتها المنفردة، فتكون بذلك إرادة الجهة الإداريّة هي المسيطرة وإرادة الطّرف الآخر تابعةً لها، وينعقد الاختصاص القضائي للقضاء الإداريّ. ونعتقد أن هذا النمط من التعاقد قليل في وقتنا الحاضر بالنّسبة لعقود البوت (B.O.T)؛ كونه يجعل المستثمرين ينفرون ويُحْجِمون عن التّعاقد بهذه الشّروط.
- إمّا أن تتعاقد على قدم المساواة مع الطرف الآخر، فتعتبر شخصًا من أشخاص القانون الخاصّ، فيكون سلطان الإرادة هو السّائد بين الطرفين، وتكون لهما حقوقًا والتزاماتٍ متساويةٍ، وتطبّق عليهما أحكام القانون الخاصّ، وتطبّق في كثيرٍ من الأحيان قوانين الاستثمار باعتبار أنّ العقود المبرمة مع الدّولة وفق أسلوب البوت (B.O.T) في إطار إنجاز مشاريع البنية التّحتيّة ذات ميزانيّاتٍ ضخمةٍ، وتتطلّب تقنيّاتٍ ومهاراتٍ عاليةٍ، لا تملكها في الغالب إلاّ الشّركات الأجنبيّة، وبالتّالي فالعقود فيها تخضع لمفاوضاتٍ شاقّةٍ تُبيّن أنّ لسلطان الإرادة دورًا كبيرًا، ويقف فيها المستثمر ندًّا للنّد أمام الحكومة أو الجهة الإداريّة.
- إمّا باعتبارها شخصًا من أشخاص القانون العامّ، ولكنّها تتنازل عن كثير من الامتيازات التي تمتلكها السّلطة العامّة كما هو معروفٌ في القانون الإداريّ، وهذا التّنازل أملته ضرورة التّعامل الاقتصاديّ وجلب رؤوس الأموال المحلّيّة والأجنبيّة لتطوير البنى التّحتيّة والحصول على تنميةٍ فعليّةٍ، دون الحاجة إلى إنهاك الخزينة العموميّة بتمويلها. وهنا يكون بعض التوازن بين أطراف العقد، لا سيما إن تضمّن العقد بعض الشّروط التي أبداها الطّرف المتعاقد مع الإدارة، كشرط التّحكيم، وشرط عدم تعديل العقد أو إنهائه إلا باتّفاق الطّرفين؛ فيكون العقد الرئيسيّ بينهما ذا صبغةٍ إداريّةٍ إنْ تبيّن من خلال بنود العقد ذلك، لكنّ العقودَ الأخرى التي يبرمها صاحب الامتياز مع أشخاص آخرين كالمورّدين والمقاولين وغيرهم، تعتبر عقودًا تنتمي إلى القانون الخاصّ (مدنيّة أو تجاريّة)؛ وهذا يجعل لعقد البوت (B.O.T) طبيعةً خاصّةً تختلف في مجملها عن العقود الإداريّة البحتة، كما تختلف عن العقود المدنيّة أو التّجاريّة الصّرفة.

والذي يظهر من خلال النّصوص التي تمّ الاطّلاع عليها في القانون الجزائريّ، أنّ عقود البوت (B.O.T) التي تتّم في الجزائر ما هي إلا تطويرٌ لعقود الامتياز التقليديّة، والتي تتمتّع فيها الجهة الإداريّة بامتيازات السّلطة العامّة، وقد وصفها المشرّع بأنّها عقودٌ إداريّةٌ، ومعنى ذلك أنّ الاختصاص فيها ينعقد للقضاء الإداريّ، وأنّ إرادة الإدارة تعلو على إرادة المتعاقد الآخر، لكنه مع ذلك كان مرنًا بهذا الخصوص، فأعطى الحقّ للمتعاقدين أن يضمّنا العقد شرط التّحكيم، ممّا يجعل اختصاص الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن العقد يكون للمحكّمين الذين قد يكونون من الجزائر أو خارجها، كما قد يجري التّحكيم داخل أو خارج الجزائر. يضاف إلى ذلك أنّه منع على الإدارة تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إلاّ إذا نصّ العقد على ذلك صراحةً، ممّا يظهر معه أنّ لإرادة المتعاقد مع الإدارة دورًا فعّالاً في تكوين العقد وفي تنفيذه.

ونشير إلى أنّ هذا لا يعني أنّ عقد (B.O.T) في الجزائر مقتصرٌ على عقود الامتياز هذه، بل يمكن تصوّره خارجها، لا سيما إنْ علمنا أنّه يمكن أنْ يتمّ بين الخواصّ، إذْ لا يقتصر على الدّولة أو أحد هيئاتها. فإنْ كان غالبًا ما يتمّ بين الدّولة أو

أحد ممثّليها من جهةٍ، وبين شخصٍ من أشخاص القانون الخاصّ؛ فإنّه لا يوجد ما يمنع من أنْ يتمّ بين شخصين من أشخاص القانون الخاصّ، ما دام ينطوي على العناصر المميّزة لهذا العقد، من إنشاء شخصٍ لمشروعٍ على أرضٍ يملكها شخصٌ آخر، بتمويل من الأوّل، ثمّ القيام بتشغيله واستغلاله مدّة من الزّمن، ثمّ يعيد الأرض وما تمّ إنشاؤه عليها إلى صاحب الأرض، بعد أن يكون قد عوّض ما أنفقه على المشروع وزاد عليه بالفائدة خلال الفترة التي استغلّه فيها، وتُطبّق حينها على العقد أحكام القانون الخاصّ، وفق الشّروط التي قد وضعاها بإرادتيهما المتقابلتين، ويكون مبدأ سلطان الإرادة هو السائد.

وقد لاحظنا على النّصوص التي تنظم عقود الامتياز في الجزائر- والتي تمثل أحد أنماط عقد البوت (B.O.T)- عدم التّوحيد في الشّروط والمدَد الزّمنيّة التي يتمّ خلالها إنشاء واستغلال المشروع أو المرفق، ونعتقد أنّه من الأحسن أن يوحّد تلك المدَد والشّروط أو يقارب بينها، لا سيما فيما يتعلّق بالامتيازات الممنوحة للسلطة العامّة، بخصوص تعديل العقد وإنهائه، والرّقابة والتوجيه.

قائمة المصادر والمراجع:

- **باللغة العربية:**

أولا: النّصوص القانونيّة

1. القانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أغسطس 2005، يتعلّق بالمياه، معدل ومتمم، جريدة رسيمة عدد 60، صادرة في 04 سبتمبر 2005، صفحة 3.
2. الأمر رقم 08- 04، مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصّة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 3، صادرة في 3 سبتمبر 2008، صفحة 3.
3. القانون 11-11، مؤرخ في 18 يوليو 2011، يتضمن قانون المالية لسنة 2011، جريدة رسمية عدد 40، صادرة في 20 يوليو 2011، ص4.
4. القانون رقم 12-12، مؤرخ في 26 سبتمبر 2012، يتضمن قانون المالية لسنة 2013، جريدة رسمية عدد 72، صادرة في 30 ديسمبر 2012، ص2.
5. المرسوم التنفيذي رقم 09- 152، مؤرخ في 2 مايو 2009، يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصّة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، جريدة رسمية عدد 27، صادرة في 6 مايو 2009، صفحة 4.
6. المرسوم التنفيذي رقم 12- 427، يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصّة التابعة للدولة، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012، جريدة رسمية عدد 69، صادرة في 19 ديسمبر 2012، صفحة 14.
7. المرسوم التنفيذي رقم 07-69، مؤرخ في 19 فبراير 2007، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، جريدة رسمية عدد 13، صادرة في 21 فبراير 2007، صفحة 7.

ثانيا: الكتب

1. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T. دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، دون ذكر دار نشر، القاهرة، مصر، 1424هـ- 2003م.
2. أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة. تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1994م.
3. إلياس ناصيف، عقد الـ B.O.T. سلسلة أبحاث قانونيّة مقارنة، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006م.
4. أنجلو سماركو، قناة السويس تاريخها ومشكلاتها وفقا للوثائق المصرية والأوروبية غير المنشورة. ترجمة: ولاء عفيفي عبد الصمد وآخرون، مطبعة دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، مصر، 1436هـ- 2015م.
5. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام. دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
6. عبد الله بن محمد بن إبراهيم بين أبي شيبة، المصنف. تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ- 2008م.

ثالثا: المقالات

1. أمال بولغاب، عقد البوت (BOT) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونيّة والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، العدد 3، جانفي 2013.
2. محمد صلاح، بشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة، أبحاث اقتصادية وإداريّة، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، العدد 17، جوان 2015.
3. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكيّة BOT، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر التاسع عشر لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والذي أقيم في الفترة من (1- 5 جمادي الأولى 1430هـ) الموافق (26-30 أبريل 2009م)، بإمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة.
4. نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكيّة B.O.T وتطبيقاته في النظام القانونيّ الأردني، دراسات، الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013.

رابعا: الأطاريح والمذكرات

1. حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاصّ في مشاريع البنية التحتية. مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011/04/12.
2. صبوع صهيب، النظام القانونيّ لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكيّة B.O.T وتطبيقاته في الجزائر. مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012- 2013م.
3. ماهر محمد حامد، النظام القانونيّ لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T. رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
4. محمد صلاح، دور الشّراكة بين القطاعين العام والخاصّ في رفع عوائد الاستثمار في البنى التحتية للاقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكيّة (حالة بعض اقتصاديات الدول العربية). أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، 2014- 2015.

باللغة الأجنبية:

I. Textes juridiques:

1. Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152 du 3 juillet 2003, p.11192.
2. Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004, p.10994.

II. Ouvrages:

1. Euloge Anicet NKOUNKOU, les projets build, operate and transfer (BOT): une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux, une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux, Maître en droit, option recherche et droit des affaires, Faculté de droit, Université de Montréal, Novembre 2002.
2. Long Marceau et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 20 éd, Paris, 2015.

3. Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016.

4. NIJEL. J. Smith, engineering project management, Blackwell science Ltd, 2 edition, 2002.

5. Les contrats administratifs:http://concoursattache.canalblog.com/docs/Lescontratsadministratifs.doc

(1) – ماهر محمد حامد، النظام القانونيّ لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص49.

أما بخصوص عقود الامتياز، فلعل من أوائل وأشهر العقود التي تمت بنمط عقد البوت **(B.O.T)** هو عقد إنشاء قناة السويس بمصر بتاريخ 1854/11/30، والذي منح الامتياز لمدّة 99 سنة للسيد "فرديناند دوليسبس" "Ferdinand DE LESSEPS".

انظر: أنجلو سماركو، قناة السويس: تاريخها ومشكلاتها وفقا للوثائق المصرية والأوروبية غير المنشورة، ترجمة: ولاء عفيفي عبد الصمد وآخرون، مطبعة دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، مصر، 1436هـ- 2015م، ص183 وما بعدها؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص93؛ إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص41.

(2) – ذكر ذلك: إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص64؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص92- 93؛ حصايم سميرة، عقود البوت B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاصّ في مشاريع البنية التحتية، مذكرة ماجستير، فرع القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2011/04/12، ص3؛ صبوع صهيب، النظام القانونيّ لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكيّة B.O.T وتطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2012- 2013م، ص7.

(3)- NIJEL. J. Smith, engineering project management, Blackwell science Ltd, 2 edition, 2002, P.308.

(4) – جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص6؛ ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص17؛ إلياس ناصيف، عقد الـ B.O.T، سلسلة أبحاث قانونيّة مقارنة، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص82- 84.

(5) Euloge Anicet NKOUNKOU, les projets build, operate and transfer (BOT): une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux, une démarche contractuelle efficace dans les investissements internationaux, Maître en droit, option recherche et droit des affaires, Faculté de droit, Université de Montréal, Novembre 2002, P16.

(6) – إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه منشورة، دون ذكر دار نشر، القاهرة، مصر، 1424هـ- 2003م، ص1- 3؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص92.

(7) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص47- 48.

(8) – عبد الله بن محمد بن إبراهيم بين أبي شيبة، المصنف، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1429هـ - 2008م، مج7، ص624، رقم 23556.

(9) – ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكيّة BOT، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر التاسع عشر لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والذي أقيم في الفترة من (1- 5 جمادي الأولى 1430هـ) الموافق (26-30 أبريل 2009م)، بإمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص21.

(10) – أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق: سعيد أعراب، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 1994م، ج6، ص143.

وهناك من يذكر بأنّ عقد "البوت" **(B.O.T)** ما هو إلا تطوير غربي لصور الوقف غير التقليدية في الفقه الإسلامي، مثل: التحكير، الإجارتين، المرصد، الاستصناع، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك لمؤسّسة الوقف، الإجارة التمويلية للوقف.

انظر في ذلك: ناهد علي حسن السيد، المرجع السابق، ص23- 26.

(11) – راجع: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص137؛ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص53؛ ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص157- 158.

(12) – انظر: ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص158.

(13) – انظر: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص51- 52.

Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016, p100.

(14) – ذكره: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص53- 54.

(15)- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, JORF n°141 du 19 juin 2004, p.10994.

(16)- Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, JORF n°152 du 3 juillet 2003, p.11192.

(17) – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص61.

(18) – نصّت المادة 10 من الأمر 08- 04 على الآتي: «يُكَرِّسُ الِامْتِيَازُ المَذْكُورُ فِي المادّةِ 4 أَعْلاَهُ بِعَقْدٍ إداريّ تُعِدُّهُ إِدَارَةُ أَمْلاَكِ الدّولة...».

(19) – القانون رقم 05-12، مؤرخ في 04 أغسطس 2005، يتعلّق بالمياه، معدل ومتمم، جريدة رسيمة عدد 60، صادرة في 04 سبتمبر 2005، ص3.

(20) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص98- 99.

(21) – انظر في تفصل ذلك: ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص102- 106.

(22) –كان المشرّع الجزائري يأخذ بنظام المزايدة المفتوحة أو المقيدة في المادة 3 من الأمر 08-04، قبل تعديها، ثم بقي منح الامتياز عن طريق التراضي.

(23) – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 111 وما بعدها؛ ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص74 وما بعدها.

(24) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص86-87.

(25) – مؤرخ في 1 سبتمبر 2008، جريدة رسمية عدد 3، صادرة في 3 سبتمبر 2008، ص3.

(26) – نصّت المادة 4 من الأمر 08-04 على أنّ مدّة الامتياز لا تقل عن 33 سنة قابلة للتجديد، ولا يظهر منها أنّ التجديد يقتصر على الامتياز الذي تكون مدّته 33 سنة، وأنّ الامتياز إمّا أنْ يكون 33 سنة وإمّا ضعفي المدّة أي 66 سنة، فيجدد لـ 33 سنة أخرى فقط، أو يعقد من البداية لمدّة 99 سنة، لكن يتوضّح ذلك من خلال نصّ المادة 12 من المرسوم التنفيذي 09- 152، الذي يحدّد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصّة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية (مؤرخ في 2 مايو 2009، جريدة رسمية عدد 27، صادرة في 6 مايو 2009، ص4)؛ حيث قرر المشرّع أن هذه المدّة (أي مدّة 33 سنة) قابلة للتجديد مرتين، وهذا حتى لا يستمرّ الامتياز لأكثر من 99 سنة في كافة الأحوال.

كما نصّ في المادة 75 من المرسوم التنفيذي رقم 12- 427، الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصّة التابعة للدولة، مؤرخ في 16 ديسمبر 2012، جريدة رسمية عدد 69، صادرة في 19 ديسمبر 2012، ص14؛ على أن مدّة الامتيازات المتعلّقة بالأملاك العمومية المخصّصة للاستعمال المشترك بين الجمهور يجب أنْ لا تتجاوز 65 سنة، ولم يحدد المدّة الدنيا، وهل يمكن تجديده أم لا. في حين نصّ في المادة 37 من المرسوم التنفيذي 07- 69، سالف الذكر، بأنّ مدّة الامتياز هي 20 سنة قابلة للتجديد، لكنه لم يحدّد المدّة القصوى لذلك.

وهذه المدد المقررة للامتياز – في اعتقادي– تشكل خطرًا على الأملاك الخاصّة للدولة؛ فهي طويلة حتى دون تجديد، وتجعل المستثمر شبه مالك للأراضي التي تم إنجاز المشروع عليها، فما بالك بإعادة تجديد العقد.

(27) – المادة 3 من الأمر 08-04، المعدّلة بموجب المادّة 15 من القانون 11-11، المتضمن قانون المالية لسنة 2011، مؤرخ في 18 يوليو 2011، جريدة رسمية عدد 40، صادرة في 20 يوليو 2011، ص4.

وقبل التعديل كان الامتياز يمنح عن طريق المزاد العلني (المفتوح أو المقيد)، وإما عن طريق التراضي.

(28) – مؤرخ في 26 سبتمبر 2012، جريدة رسمية عدد 72، صادرة في 30 ديسمبر 2012، ص2.

وقبل التعديل كان ترخيص الامتياز الذي يجري عن طريق المزاد العلني يمنح بقرار وزاري؛ فيكون بقرار من وزير السياحة إذا ما وقع على عقار بالسياحة، وبقرار من وزير الصناعة إذا ما وقع على عقارات تابعة للهيئات العمومية المكلفة بالضبط والوساطة العقارية، وبقرار من الوزير المكلف بتهيئة الإقليم، إذا ما كان العقار تابعًا لمحيط مدينة جديدة، وبقرار من الوالي المختصّ إقليميًّا.

(29) – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص199- 200؛ نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكيّة B.O.T وتطبيقاته في النظام القانونيّ الأردني، دراسات، الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 1، 2013، ص1054- 1055؛ محمد صلاح، دور الشّراكة بين القطاعين العام والخاصّ في رفع عوائد الاستثمار في البنى التحتية للاقتصاد وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكيّة – حالة بعض اقتصاديات الدول العربية– أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الشلف، 2014- 2015، ص242- 243.

(30) – محمد صلاح، المرجع السابق، ص243.

(31) – جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص198- 199.

Maurin, André, droit administratif, Dalloz, 10 éd, 2016, p100.

(32) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، 158.

(33) – محمد صلاح، المرجع السابق، ص243.

وقد طبّق القضاء الفرنسي مبدأ حق الإدارة في إنهاء العقد دون أن يرتكب المتعاقد معها أيّ خطأ، في حالة القوة القاهرة، أو في حالة اختلال التوازن المالي للعقد. انظر على سبيل المثال القرارين:

CE Ass. 9 déc. 1932, compagne des tramways de Cherbourg (Rec. 1050, concl. Josse; D. 1933.3.17, concl., note Pelloux; RD publ. 1933.117, concl., note Jèze; S. 1933.3.9, concl., note P. Laroque).
Long, Marceau et autres, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 20 éd, Paris, 2015, pp175- 176.
CE Ass. 2 Mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. 246; AJ 1958.II.282, concl Khan; D. 1958.730, note de Laubadère.
Long, Marceau et autres, op. cit, p117.

(34) – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص61.

(35) – ذكره: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص54.

وقد نصّ المشرّع الجزائري صراحة في المادة 43 من دفتر الشّروط النموذجي، المتعلّق بالحقوق والواجبات المرتبطة بامتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، على أن صاحب الامتياز يتحمل كافة الأضرار التي تلحق الغير بسبب الامتياز، وعليه أن يكتتب جميع عقود التأمين المنصوص عليها في القوانين المعمول بها.

انظر: الملحق الثاني للمرسوم التنفيذي 07-69، مؤرخ في 19 فبراير 2007، يحدد شروط وكيفيات منح امتياز استعمال واستغلال المياه الحموية، جريدة رسمية عدد 13، صادرة في 21 فبراير 2007، ص14.

(36) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص159.

(37) – نصّت المادة 2/76 من المرسوم التنفيذي 12- 427 على أن: «لِصَاحِبِ الاِمْتِيَازِ...الحَقُّ فِي الحُصُولِ عَلَى تَعْوِيضٍ إِذَا غَيَّرَتِ الإِدَارَةُ عَقْدَ الشُّغْلِ أَوْ أَلْغَتْهُ قَبْلَ اِنْقِضَاءِ الأَجَلِ المُتَّفَقِ عَلَيْهِ، غَيْرَ أَنّه يُرْفَضُ الحَقُّ فِي التَّعْوِيضِ إِذَا فُسِخَ العَقْدُ بِسَبَبِ عَدَمِ اِحْتِرَامِ الشَّاغِلِ لِلْشُّرُوطِ التَّعَاقُدِيَّةِ». في حين نصّت المادة 12 من الأمر 08- 04 على خلاف ذلك: «يَتَرَتَّبُ عَنْ كُلِّ إِخْلاَلٍ مِنَ المسْتَفِيدِ مِنَ الاِمْتِيَازِ لِلْتَّشْرِيعِ السَّارِي المَفْعُولِ وَلِلاِلْتِزَامَاتِ الّتِي يَتَضَمَّنُهَا دَفْتَرُ الأَعْبَاءِ اِتِّخَاذُ إِجْرَاءَاتٍ مِنْ أَجْلِ إِسْقَاطِ حَقِّ الاِمْتِيَازِ... تَدْفَعُ الدّولة نَتِيجَةَ إِسْقَاطِ حَقِّ الاِمْتِيَازِ تَعْوِيضًا مُسْتَحَقًّا...».

(38) – انظر: أمال بولغاب، عقد البوت (**B.O.T**) بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونيّة والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتمنغاست، العدد 3، جانفي 2013، ص146 - 147.

(39) – وهذا هو الرأي الراجح في الفقه الفرنسي، وما قرره القضاء المصري. انظر في ذلك: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص202- 205.

وانظر في القضاء الفرنسي قرار محكمة التنازع مثلا:

TC 2 mars 1987, société d'aménagement et de développement de Briançon-Montgenèvre c. commune de Montgenèvre, RFDA 1987.191, note F.M.
V: Long, Marceau et autres, op. cit, p118.

(40) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص159- 160.

(41) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص177.

(42) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص178- 179.

(43) – الطعن رقم 148 لسنة 23 قضائية جلسة 1957/05/30، المكتب الفني، السنة الثامنة، العدد 1، القاعدة رقم 59، ص546.

(44) – انظر قراري مجلس الدّولة الفرنسي بتاريخ 20 ديسمبر 1961 و 13 ديسمبر 1963 وقرار محكمة التنازع بتاريخ 3 أفريل 1969: ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص164.

«Lorsqu'un contrat est passé entre deux personnes de droit privé, il reste un contrat de droit privé, même s'il contient une clause exorbitante de droit commun». CE. 20 dec.1961, Sté d'Autoroute Esterel Côte d'Azur.
«Un contrat passé entre deux personnes privées n'est pas un contrat administratif même si l'une d'entre elle est chargée d'une mission de service public». TC 03 av.1969, Sté Interlait, CE 13 dec.1963, Syndicat des Praticiens de l'art dentaire.

Les contrats administratifs: http://concoursattache.canalblog.com/docs/Lescontratsadministratifs.doc
تاريخ الاطلاع على الموقع: 2017/08/03.

وانظر في خلاف ذلك قرار محكمة التنازع:

TC. 9 Mars. 2015. Mme Rispal c/ société des autoroutes du sud de la France. RFDA 2015. 265, concl. Escaut, note Canedo-Paris; AJ. 2015.1204, chr. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe; CMP mai 2015, n°110 Devillers; DA mai 2015, n° 34 Brenet; JCP Adm. 2015.2156, note Sestier et 2157, note Hul.

وهو قرار يبرز حالة استثنائية اعتبر فيها العقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاصّ عقدًا إداريًا، ولم يحدث ذلك في تاريخ القضاء إلا في قرار صدر عن محكمة التنازع بتاريخ 8 جويلية 1963في قضية **"**Entreprise Peyrot**"**.

V: Long Marceau et autres, op. cit, p.p936-938.

(45) – انظر في ذلك: ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص185.

(46) – انظر: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص50- 51؛ ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص160- 161.

(47) - (CE sect. 26 janv. 1951, SA minière, Rec.49; CE 14 nov. 1973, société du canal de Provence, Rec. 1030; TC 10 janv. 1983, centre d'action pharmaceutique c, Rec. 535, JCP 1983. II. 19938, concl. Gulphe; AJ 1983.359, note J. Moreau)

V: Long Marceau et autres, op. cit, p.p141-142.

(48) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص149- 150.

(49) – انظر: أمال بولغاب، المرجع السابق، ص147.

(50) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص179- 180؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص139.

(51) – انظر في المعنى: أمال بولغاب، المرجع السابق، ص146.

(52) – انظر في المعنى: صبوع صهيب، المرجع السابق، ص71.

(53) – ماهر محمد ماهر، المرجع السابق، ص180.

(54) – ذكر ذلك: صبوع صهيب، المرجع السابق، ص71- 72.

(55) – انظر: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص210- 212.

Maurin, André, op.cit, p100.

(56) – صبوع صهيب، المرجع السابق، ص72.

(57) – وهذا ما قرره القضاء المصري. أما القضاء الأردني فيمنع أي تعديل: انظر: نوفان العقيل العجارمة، المرجع السابق، ص1055- 1056.

Maurin, André, op.cit, p100.

(58) – أورد هذا الجدول (متصرف فيه): جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص44؛ محمد صلاح، بشير عبد الكريم، أسلوب البوت كآلية لتشييد مشروعات البنية التحتية – تجارب دولية وعربية مختارة، أبحاث اقتصادية وإداريّة، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، العدد 17، جوان 2015، ص184.

NIJEL. J. Smith, op. cit, p.309.

(59) – ماهر محمد حامد، المرجع السابق، ص208- 210.