

دور عقود البوت في إنشاء و تسيير الأملاك الوطنية العمومية  
الاصطناعية (تطبيق عقود البوت في الجزائر)*The role of BOT contracts in the establishment and  
management of artificial public national properties  
( application of BOT contracts in Algeria)*هاجر فخار<sup>1</sup> تحت اشراف د/عايدة مصطفى  
<sup>1</sup> جامعة لونيبي علي البلدية 2 ، [eh.fekhar@univ-blida2.dz](mailto:eh.fekhar@univ-blida2.dz)

تاريخ الإرسال: 2019/ 11 / 10 تاريخ القبول: 2020/ 02 / 18 تاريخ النشر: 2020/ 05 / 30

**ملخص:**

تهدف هذه الدراسة إلى تعريف بعقد البوت B.O.T كنوع جديد من العقود الحديثة نسبيا ، الذي يقوم على أساس علاقة تعاقدية بين الدولة و الخواص و ذلك بهدف إنشاء الطرقات أو الموانئ او المطارات... إلى غيرها من البنى التحتية أو المرافق العمومية، لذلك لابد من تميز هذا النوع من العقود عن العقود المشابهة له مع مناقشة مضمونه و كذا مدى توافق أحكامه مع الضوابط القانونية لإنشاء و /أو تسيير البنى التحتية أو ما يسميها و يصنفها المشرع الجزائري بالأملاك الوطنية العمومية الاصطناعية و كيفية تطبيقه في الجزائر.

**كلمات مفتاحية:** الأملاك الاصطناعية، العقود البوت، الامتياز، التسيير.

**Abstract:**

*This study aims to define the BOT. The latter is a new type of relatively recent contract, which is based on a contractual relationship between the State and the private sector with the aim of establishing roads, ports or airports ... to other infrastructure or public facilities. Our study commits itself to distinguish this type of contract from other similar*

*contracts, as well as to discuss its contents and the extent to which its rules meet legal regulations for the establishment and / or ruling of the infrastructure or what the Algerian legislator calls and classifies as the national artificial public property. The study will also seek in how the BOT would be applied in Algeria.*

**Keywords:** *properties Artificial, Contracts BOT , privilege, ruling*

1- المؤلف المرسل: هاجر فخار ، الإيميل : [eh.fekhar@univ-blida2.dz](mailto:eh.fekhar@univ-blida2.dz)

### مقدمة :

لم تعد الدول قادرة على إنشاء كل البنى التحتية لديها كالموانئ و المطارات و سكك الحديدية و الطرقات وغيرها ، و التي يجب أن تستجيب لمتطلبات العصر الحالي فهي مكلفة من الناحية المالية من جهة ، و من جهة أخرى فلم يعد دور الدولة يتجسد في المالك الحارس المحتكر المسيير لمتل هذا القطاع الحيوي الذي يمثل أملاك عمومية إستراتيجية وتنموية في نفس الوقت . لذلك تلجأ بعض الدول للتعاقد مع الخواص عن طريق نوع جديد من العقود و هو ما يعرف بالبوت وذلك لإنشاء البنى التحتية.

حيث صنف المشرع الجزائري منشآت البنى التحتية وفقا للمادة 16 من قانون الأملاك الوطنية 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 جريدة رقم 52 بالأملاك الوطنية العمومية الاصطناعية و التي تسري عليها قواعد الحماية الثلاثية كغيرها من الأملاك العمومية بعدم قابليتها للتصرف أو التقادم أو الحجز عليها . وإذا كان المشرع الجزائري قد تبنى الامتياز كطريقة لتسيير هذه الأملاك ، عبر مراحل زمنية و بتدرج ، ابتداء من صدور القانون 84-

16 المؤرخ في 30 يونيو 1984 المتعلق بالأملاك الوطنية و كذا المرسوم رقم 131/87 ، فإن دور الامتياز اتسع جليا عند انتهاج الدولة النهج الليبرالي في دستور 1989 وكذا بصدور القانون 90-30 السابق الذكر ،حيث تم ضبط أحكام الامتياز و توسع نطاق استعماله من مجرد التسيير إلى الإنشاء الأملاك العمومية الاصطناعية . لكن هذه الشراكة مع القطاع الخاص لم تعطي ثمارها كونها استنزفت أموال طائلة من المال العام .

مما يلزم الدولة اعتماد نوع آخر من العقود في إنشاء و / أو تسيير الأملاك العمومية الاصطناعية و هو عقد البوت . حيث أتت تسمية هذا الأخير "من كلمة B.O.T والتي تعني ، اختصارا لكلمات ثلاث حرف (B) يعني (Build) أي بناء و حرف (O) يعني (Operate) أي تشغيل و حرف (T) و يعني Transfer أي تحويل حيازة المشروع بكامله إلى الدولة "1، و إذا كان المشروع إنشاء ملك اصطناعي عن طريق عقد بوت يستدعي بقاء ملكية المنشأ أو الملك لدى صاحب المشروع وبالتالي يمنحه الحق في استغلاله إلى غاية انتهاء مدة العقد، أو انتهاء مدة التسيير بعد الإنشاء، و ذلك في حالة اتفاق مع الدولة على تسيير المرفق لمدة معينة ، فإننا نتساءل حول مدى إمكانية تطبيق عقود البوت في إنشاء و تسيير الأملاك العمومية الاصطناعية في ظل قواعد حماية الملك العمومي الاصطناعي قبل تحويل ملكية المنشأة للدولة؟

للإجابة على هذه الإشكالية قمنا بدراسة مفهوم عقد بوت و تميزه عما يشابهه وصوره ، ثم تطرقنا إلى مدى مساس عقد بوت بحق الدولة المطلق على أملاكها العمومية الاصطناعية.

### 1. مفهوم عقد البوت

تعددت تعاريف عقد البوت بحسب اختلاف آراء الفقهاء كما وقع خلط بين عقد البوت و العقود المشابهة له لذلك لا بد من تحديد تعريف لعقد البوت ( الفرع

الأول) و تميز عقد البوت عن مايشابهه من العقود ( الفرع الثاني) و كذا عرض بعض الصور التي يظهر بها (الفرع الثالث).

### 1.1. تعريف عقد البوت

هناك من يعرف عقد البوت بأنه "تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية و سواء كانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص ( و تسمى شركة المشروع)، و ذلك لإنشاء مرفق عام و تشغيلها لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية"<sup>2</sup>. و اعتبره الأستاذ محمد بوسماح هو: "طريقة أخرى لامتياز المرافق العامة معروفة خاصة في الدول الانجلوسكسونية، و الذي يعد نظاما نوعيا يتمثل في إسناد لمؤسسة خاصة ببناء أو استغلال و تجهيز مرفق عام، خلال فترة محددة، و إرجاعه مجانا لسلطة التي أبرمت العقد"<sup>3</sup>.

كما عرفه آخر بأنه: نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه شركة المشروع بموجب اتفاق يبرم بينهما يسمى الترخيص، تلزم شركة المشروع بتصميم و بناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، و يرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع و تشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع و تحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص، و تلزم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص"

و هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد البوت بأنه "منح الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في إحدى المشروعات البنية الأساسية و المرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة فرصة إقامة المشروع على الأرض التي تحددها الدولة و تحمله أعباء شراء و تزويد المشروع بالمعدات و التكنولوجيا اللازمة و تحمله بكافة نفقات التشغيل، و ذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات

تشغيل المشروع خلال الفترة التي تحددها الحكومة التي يحق لها التصرف فيه وفقا لما تراه من اعتبارات قومية أو اقتصادية.<sup>4</sup>

يرى الدكتور إلياس ناصيف بأنها تمثل عقود الـ BOT صورا جديدة ومستحدثة من العقود الادارية، تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، للقيام بإنشاء مرفق عام و تشغيله لحسابها الخاص، مدة من الزمن، على أن تلزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو إدارتها العامة، أو مؤسساتها العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها.<sup>5</sup>

من خلال التعاريف السابقة نلاحظ أن كلها تتجه صوب أن عقد البوت قائم على علاقة بين الدولة و الشركة صاحبة المشروع و التي تكون عادة من الخواص بهدف إنشاء بنى التحتية، مقابل تحصل الشركة على ما أنفقته على المشروع من خلال الإيرادات تسيير المرفق على أن يكون التمويل من الخواص و هو ما يميز عقد البوت عن بعض العقود المشابهة له. لذلك لا بد من التطرق إلى تمييز عقد البوت عن بعض العقود المشابهة له.

## 2.1. تمييز عقد البوت عن العقود الأخرى المشابهة له

قد يشابه عقد البوت مع بعض العقود الأخرى فيقع الخلط بينها و بينه، لذلك لا بد من تمييزه عن العقود الأخرى :

-التمييز بين عقد الـ BOT و عقد الأشغال العامة: على الرغم من وجه الشبه بين عقد الأشغال العامة و عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية، إلا أن العقدين يختلفان في عدة جوانب، حيث أن عقد الأشغال العامة يوجب على المقاول بعد إنشاء المشروع أن يقوم بتسليمه إلى الإدارة لكي تديره بطريقتها، ففي هذا العقد يقتصر التزام المقاول على القيام بإنشاء المشروع ، أو صيانته أو ترميمه بخلاف الالتزام في عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية ، حيث يقوم الملتزم بإنشاء المرفق أو المشروع، و يملكه و يديره لمدة زمنية محددة و يحصل على

أجره من جمهور المنتفعين، و عند انتهاء المدة الزمنية ينقل ملكية المشروع إلى الإدارة في حالة تجلعه صالحا للتشغيل باستمرار.

-التميز بين عقد ال BOT و عقد الخصخصة: عقد الخصخصة عقد إداري تيرمه الإدارة (الدولة) مع شخص من القطاع الخاص يتم بموجبه بيع مشروع تملكه الدولة، و ذلك خلال نقل ملكية المشروع إلى أحد الأشخاص سواء بصورة كلية أو جزئية، فإذا ما كان نقل الملكية قد تم بصورة جزئية، فإن الإدارة أو الدولة تبقى مساهما في رأس مال المشروع، و شريكا فيها لكن إدارتها لهذا المشروع تكون مفيدة بنسبة ما تملكه، أما إذا كان نقل ملكية المشروع قد تم بصورة كلية إلى الطرف الآخر انتهت علاقة الإدارة بهذا المشروع نهائيا. وبذلك فإن عقد الخصخصة يختلف عن عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية الذي يقوم على أساس إنشاء مرفق عام، و إدارته مدة زمنية محددة بواسطة مستثمر على التفصيل السابق.<sup>6</sup>

التميز بين عقد ال BOT و عقد الإيجار التمويلي: يتضمن عقد الإيجار التمويلي مزيجا مركبا من عدة عقود أهمها : عقد الإيجار، و عقد الوكالة ، و عقد البيع و عقد بيع.بينما لا يتضمن عقد ال BOT هذا المزيج المركب من العقود.

يخير المستأجر في نهاية مدة العقد إما بشراء الآلات و المعدات و العقارات أو بإعادتها إلى المؤجر.بينما لا خيار للمقاول أو الملتزم، بل هو يمتلك المشروع في أثناء مدة العقد، ثم يلتزم في نهاية مدة العقد بإعادة تملكه إلى الإدارة المختصة.<sup>7</sup>

### 3.1. صور عقود البوت:

من أبرز الصور التي يظهر بها عقد البوت عند تعاقد الدولة مع الخواص ما يلي:

● الصورة الأولى: مشروعات البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية ( BOOT):

هو ذلك العقد الذي تلتزم بمقتضاها شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم للإقامة المنشآت و صيانتها و تشغيلها، نظير تمتعها بحق ملكية المنشآت خلال فترة متفق عليها في العقد، تتقاضى فيها من جمهور المنتفعين مقابل الخدمة، و بنهايتها تنتقل ملكية المنشأة للجهة الحكومية المتعاقدة.

● الصورة الثانية: نظام البناء و التملك و التشغيل و الصيانة أو (BOOM):

وفي ظل هذه الصيغة و هي الصورة الواضحة للخصخصة الكاملة لمشروعات البنية التحتية تلزم شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لبناء مرفق البنية الأساسية، و تنتقل لها ملكية المنشأة بصفة نهائية، بحيث تكون السيطرة الفعلية النهائية على تشغيل المرفق لصالح القطاع الخاص.<sup>8</sup>

● الصورة الثالثة: نظام البناء فالتأجير، فالتحويل (BLT):

و في ظل هذه الصيغة تلزم شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لتشييد المنشأة، مقابل التزام جهة الإدارة بالسماح للشركة بإدارة و تشغيل المنشأة، و يتقرر لها حق الإيجار على المنشأة لمدة زمنية متفق عليها، تنتقل بعدها المنشأة للسلطة المتعاقدة أو الجهة التابعة لها، أي أن المنشأة تكون مملوكة ابتداء للسلطة المتعاقدة، كل ما هنالك أن لشركة المشروع حقا شخصيا متمثلا في "عقد الإيجار" المبرم بينهما.<sup>9</sup>

● الصورة الرابعة: نظام الايجار التجديد و التشغيل و نقل الملكية

**Transfer Lease Renwal Operate**

و في هذه الصورة تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية ثم تجدد و تحدته و تشغله فترة العقد ثم يعيده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل.<sup>10</sup>

## • الصورة السادسة: مشروعات البناء و الامتلاك المرحلي التأجير التمويلي و التحويل (BOLT):

تصلح لإنشاء المشروعات التي تحتاج آلات و معدات رأسمالية لتشغيلها. كما تصلح في حال كانت الشركة المشرفة على المشروع غير قادرة على تشغيله، فتقوم بتأجيره لشركة أخرى لتشغيله و إدارته خلال فترة الامتياز. أو قد تقوم الحكومة بتأجير المشروع مقابل حق انتفاع و عائد تحصيل عليه.

لعقد البوت صور أخرى<sup>11</sup> لا يمكن عرضها جميعا و نكتفي بتلك الصور السالفة الذكر و المتعارف و المتفق عليها من قبل أغلبية الفقهاء .

## 2. مدى مساس عقد بوت بحق ملكية الدولة على أملاكها العمومية الاصطناعية.

رغم الاختلاف الفقهي حول تكييف حق الدولة على أموالها العمومية ما بين اتجاه ينكر حق ملكية الدولة للمال العام . حيث يرى البعض أن " المال العام ليس مملوكا للدولة بذات السلطات أو الأفراد بالنسبة لما يملكونه ملكية خاصة لأن المال العام خارج إطار التعامل بموجب تخصيصه للنفع العام و يد الدولة عليه أقرب إلى يد الأمانة و الرعاية منها إلى يد التصرف و الاستغلال و ذلك حتى تنتهي صفته كمال عام بانتهاء تخصيصه لأي وجه من وجوه النفع العام بموجب سند قانوني بذلك أو بفعل..."<sup>12</sup> واتجاه آخر يطلق العنان لسلطة الدولة على أملاكها العمومية ، لذلك لا بد من تبين حدود سلطة الدولة على الأملاك الاصطناعية العمومية و ذلك لمعرفة توافق مضمون عقد البوت مع حق الدولة على أملاكها. و عليه سوف نتطرق إلى دراسة طبيعة حق الدولة على ملكية أملاكها العمومية الاصطناعية (الفرع الأول) ومضمون عقد البوت ( الفرع الثاني) و كيفية تطبيق عقود البوت في الجزائر(الفرع الثالث).

## 1.2. طبيعة حق الدولة على ملكية أملاكها العمومية الاصطناعية

انقسم الفقه الفرنسي في هذا الصدد إلى مذهبين أساسيين:



الأول: يرى أن الدولة على مالها العام حق إشراف و رقابة (إنكار ملكية الدولة)، ساد هذا الاتجاه في القرن التاسع عشر، و كان أهم أئمة الفقهاء Decroq و Berthelemy ، وذهب أنصاره إلى أن طبيعة حق الدولة على المال العام أنه مجرد ولاية إشراف و رقابة ، إلى جانب مهمة أخرى هي حفظ هذه الأموال و صيانتها. و هذه الولاية مظهر من مظاهر سلطان الدولة و سيادتها. و كان سند أنصار هذا الاتجاه أن الدولة ليس لها حق ملكية على المال العام، لأنها لا تمتلك عناصر "حق الملكية"<sup>13</sup>

هذا اتجاه أصبح مهجورا كما أنه لا يعطي حق للدولة في التعاقد مع الخواص بعقود البوت ، لأنه من ليس له حق ملكية المال لا يمكنه حق استعماله أو استغلاله أو التصرف فيه. بينما يذهب الاتجاه الثاني: على رأسه الفقيه Hauriou إلى الإقرار بحق الدولة في ملكية المال العام ، معتمدين على بعض الحجج، هي:

- أن الدولة تمتلك أموالها العامة العناصر الثلاثة المكونة لحق الملكية، فبالنسبة لحق الاستعمال نجد أن المال العام قد تستعمله الدولة نفسها، و قد يستعمله الشعب، مثل الطرق للمرور، و هذا الاستعمال ثابت أيضا للدولة، فالدولة تجني أحيانا ثمار أموالها العامة، بالرغم من أن المال العام ليس مخصصا في الأصل للاستغلال. أما عن حق التصرف فالبرغم من أنه ممنوع في المال العام، لتخصيصه للمنفعة العامة، لكن إذا ما زالت عنه صفة العمومية ، صار قبلا للتصرف فيه، و حق الدولة في التصرف هنا يؤكد أن حقها على المال العام هو حق ملكية.

وقد اختلف الفقه حول التكييف القانوني لحق الدولة في ملكية هذا المال ، فمنهم من ذهب إلى اعتبار الملكية عادية، لأن الدولة تمتلك حق الرقابة، و تترك للغير حق الانتفاع، بينما اتجه رأي آخر إلى تسمية هذه الملكية "ملكية إدارية"، و لكنها مقيدة بهدف التخصيص لمنفعة العامة، و هو أقرب الآراء إلى الواقع.<sup>14</sup>

ولعل مضمون عقود البوت يؤكد هذه النظرية الأخيرة، لأنه لو كان لدولة ملكية مطلقة على الأموال العامة فلا يصح أن تتعاقد بعقد البوت و الذي يمنح لمالك المشروع ملكية المشروع و لو لفترة انتقالية فذلك يتعارض مع حق الدولة على أملاكها.

## 2.2. تكيف المشرع الجزائري لحق الدولة لملكية الأملاك الوطنية الاصطناعية<sup>15</sup>

استجابة للتغيرات التي جاء بها دستور 1989 و انتهاء اللبيرالية، تم العمل على تغيير المنظومة القانونية في الجزائر وفقا للنهج الجديد المتبع، و هذا ما انعكس على الأملاك الوطنية أيضا، إذ صدر القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية و الذي ألغى قانون رقم 84-16 الصادر في ظل النظام الاشتراكي، الذي كان يأخذ بوحدة الأملاك الوطنية و تعدد تقسيماتها الداخلية و تتمثل في: الأملاك الوطنية العمومية، الأملاك الوطنية الاقتصادية، الأملاك الوطنية المستنسخة، الأملاك الوطنية العسكرية، الأملاك الوطنية الخارجية.

عاد قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 في تقسيمه للأملاك الوطنية بين عمومية وخاصة إلى النظرية التقليدية، و احتفظ بذلك بعد تعديله سنة 2008. و بالعودة إلى المادة الثانية من هذا القانون، نجدها تنص على ما يأتي: " تشمل الأملاك الوطنية على مجموع الأملاك الوطنية على مجموع الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التي تحوزها الدولة و جماعتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة و تتكون هذه الأملاك الوطنية من:

- الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة.
- الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للولاية.
- الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للبلدية."

نستنبط من قراءة نص هذه المادة و مقارنتها مع المادتين 17 و 18 من الدستور، أنها استعملت مصطلح "تحوزها" و لم تستعمل مصطلح "تملكها" كما ورد في المادة 17 من دستور 1989.

كما أن المادة 18 من نفس الدستور نصت على أن الأملاك الوطنية تتكون من الأملاك العمومية و الخاصة التي تملكها كل من الدولة و الولاية و البلدية، في حين نجد أن المادة 2 من قانون الأملاك الوطنية لسنة 1990 استعملت عبارة الأملاك الوطنية العمومية و الخاصة التابعة للدولة الولاية البلدية، بدل عبارة الأملاك الوطنية العمومية و الخاصة التي تمتلكها الدولة، الولاية، و البلدية.

وقد يتبادر إلى الذهن أن المشرع في هذا القانون، قد تخلى عن فكرة ملكية الأملاك الوطنية من طرف الأشخاص الإقليمية، و بهذا يكون قد خالف الدستور. غير أن هذا غير صحيح، إذ أنه نص في مواد أخرى، إذ أنه نص في مواد أخرى صراحة على ملكية الدولة، الولاية، البلدية للأملاك الوطنية سواء العمومية أو الخاصة، فمثلا نجد أن المادة 31 من قانون الأملاك الوطنية، تشترط لتصنيف الملك المنقول أو العقار ضمن الأملاك الوطنية العمومية الاصطناعية كطريقة لإضفاء صفة العمومية عليه، أن يكون هذا الملك ملكا للدولة أو لإحدى الجماعات المحلية، و هذا ما أكدته المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427، و التي تنص على ما يلي "وفقا لأحكام القانون رقم 90-30 المؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 المعدل و المتمم، و حسب الشروط التي يحددها فإن انتساب أملاك عقارية إلى الأملاك العمومية يقتضي تملك الدولة و الجماعات المحلية لهذه الأملاك كشرط مسبق لإدراجها في الأملاك الوطنية"، و بهذا يكون المشرع قد تدارك ما ورد في نص المادة 2 من قانون الأملاك الوطنية من جهة و ساير الدستور من جهة أخرى.

كما تظهر وجهة نظر المشرع أيضا بنصه صراحة في قانون الأملاك الوطنية نفسه على ملكية الأملاك الوطنية، من خلال نص المادة 21 منه التي تنص

على ما يلي " ...يعد جرد عام للأملاك الوطنية، اعتمادا على جرد الأملاك التي تملكها الدولة و الجماعات الإقليمية".

و بالرجوع إلى المادتين 26 و 38 من نفس القانون اللتان تحددان طرق اكتساب الأملاك الوطنية، نجدهما تذكران طريقة الاقتناء من بين هذه الطرق، كما أن المادة 3/37 منه اشترطت بصريح العبارة ، لقبول تعيين حدود الأملاك الوطنية العمومية، أن يسبقها الاقتناء باعتباره فعلا و حدثا معينا، يترتب عليه التملك القبلي لهذه الأملاك.

### 3.2. مضمون عقد البوت

إن التطرق إلى مضمون عقد البوت ،يعني فحص حقوق المتعاقد مع الدولة أي الخواص أو ما يعرف كمصطلح ظهر حديثا في مثل هذه العقود وهو شركة المشروع ، و لعل أهم و أخطر حق من الحقوق التي تمنحها الدولة للخواص بموجب عقد البوت هي ملكية المرفق العمومي الذي يكون في مرحلة الإنشاء أو التسيير .

وقد اختلف الفقه القانوني بخصوص ملكية المرفق خلال مدة العقد هل هي للدولة أم لشركة المشروع؟ إزاء ذلك توجد ثلاث آراء:

الرأي الأول: يرى ثبوت ملكية الدولة، أما الرأي الثاني: فيرى ثبوتها لشركة المشروع أي الطرف الثاني المقابل للدولة ملكيته مؤقتة أو تكون نهائية، أما الرأي الأخير يرى أنها لشركة المشروع تملك المرفق ملكية ثابتة و ذلك لنتمكن من تنفيذ التزاماتها.

ولكن يمكننا القول أن ملكية الدولة تبقى على المشروع و ما حق شركة المشروع هي فقط للإدارة و الدليل هي بقاء حق الإشراف و الرقابة للدولة على شركة المشروع طيلة مدة العقد. و يرى الدكتور صعب ناجي عبود أن هذه الرقابة تشبه حوكمة الشركات، و التي تعني هي التعبير واسع يتضمن القواعد

بممارسات السوق التي تحدد كيفية الاكتتاب و الاختيار و كلها تخضع إلى قواعد تحددها أي بمراقبة لها.<sup>16</sup> وهناك من يرى أن حق شركة المشروع على منشآت هو حق عيني يتمثل في ملكية أصول المشروع طوال مدة الالتزام بما تمنحه هذه الملكية من سلطات.<sup>17</sup> من الراجح أنه لا يجوز القول بتملك شركة المشروع للمرفق، سواء كانت ملكية دائمة أو مؤقتة، مع أنه لا توجد ملكية مؤقتة من حيث الأصل، لكن حقيقة الأمر أن شركة المشروع من خلال استغلال المرفق لها سلطات واسعة في الوقت الذي يتم فيه التخفيف من السلطات و الصلاحيات التي تتمتع بها الجهة الإدارية.<sup>18</sup>

يرى الدكتور محمد أديب الحسيني في نفس السياق أنه من المؤكد أن ملكية المرفق العام و المشروع موضوع العقد B.O.T تبقى ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة خلال جميع مراحل العقد و من المعتاد في عقود B.O.T أنه عند تحديد أطراف العقد في مقدمة العقد و بعد أن يذكر اسم الجهة الإدارية المتعاقدة تدون عبارة " و يعتبر عنها بعد بالمالك" و ذلك تصريحاً بملكية الجهة الإدارية للمشروع. و على ذلك فالملكية في عقد B.O.T تكون ثابتة للدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبار أن المشروع يبنى لحاسبها و إن كان تمويله يتم من القطاع الخاص، و إن ما يتم نقله للدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة عند انتهاء مدة العقد هو حيازة المشروع و ليس ملكيته لذلك فإنه من الخطأ القول بأن عقد B.O.T يشكل خصخصة مؤقتة.

ومن هنا فقد كان لنا المأخذ القانوني على عبارة " نقل الملكية" في الترجمة العربية لاصطلاح B.O.T و ما ذهب إليه أغلب رجال القانون العرب من ترجمة الاصطلاح بعبارة "البناء و التشغيل و نقل الملكية" باعتبار أن عبارة "نقل الملكية" تحمل معنى قانونياً لا وجود له مطلقاً في العلاقة بين الإدارة المتعاقدة و شركة المشروع.<sup>19</sup>

ونحن نرى أن هذا الرأي يبدو صائبا من ناحية تفسير مصطلح نقل الملكية بمعزل عن معناه الحقيقي فقط، لكن الصواب في تفسير مصطلح نقل ملكية أصول المشروع فالخواص أصحاب شركة المشروع إذا لم تكن لهم ملكية المشروع فكيف تقدم لهم قروض من البنوك لتمويل المشروع؟.

لقد اختلف الفقه في التكييف القانوني لعقود البوت فهناك من أدرجها ضمن العقود الإدارية، في حين نادى آخرون بأنها عقود تنتمي للقانون الخاص و ذلك لخضوعها لمبدأ سلطان الإرادة و عدم وجود شروط استثنائية غير مألوفة فيها ، بينما رأى آخرون بأنها عقود استثمار خاصة مع التسهيلات الضريبية الممنوحة لشركة المشروع، أو أن عقود البوت هي عقود تجارية ذات طبيعة خاصة كونها تنسم في بعض الأحيان بالطابع الدولي و تخضع إلى التحكيم. و على الرغم من هذا الاختلاف حول الطبيعة القانونية لعقود البوت ، إلى أنه في رأينا أنه مادامت الدولة طرفا في العقد و أن محل العقد إنشاء مرفق عام يصنف بأنه ملك عمومي و طني اصطناعي فإن العقد إداري جملة و تفصيلا و هو صورة حديثة و متطورة لعقد الامتياز<sup>20</sup>. حيث طبق هذا النوع من التعاقد في بعض الدول العربية و كانت له ايجابياته و سلبياته ، فلا بد من تسليط الضوء على كيفية تطبيق عقود البوت في الجزائر (الفرع الثالث ) للوصول إلى إحداث تنمية شاملة في كافة أقاليم التراب الوطني و بدون تكاليف و مبالغ طائلة ترهق ميزانية الدولة.

### 3.3. كيفية تطبيق عقود ال-B.O.T في الجزائر

تباينت أساليب تسيير الأملاك الوطنية العمومية في الجزائر ما بين تسيير مباشر ، أو تسيير مختلط (أي بصورة استثنائية، تمنح امتياز للخواص للتسيير) ، و ذلك حسب طبيعة النظام السياسي الذي انتهجته الدولة ، بيد أن صدور قانون 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية ثم صدور القانون 08-14 المعدل لقانون 90-30 حدد موقف المشرع في طريقة تسيير الأملاك ، حيث تبنى المشرع الجزائري نظام التعاقد مع الخواص لإنشاء الأملاك الوطنية

العمومية الاصطناعية من خلال المادة 64 مكرر من القانون 08-14 المعدل لقانون 90-30 التي تنص على: " يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية العمومية، المنصوص عليها في هذا القانون و الأحكام التشريعية المعمول بها، العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك، المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز، بمنح شخص معنوي أو طبيعي، يسمى صاحب الامتياز، حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل أو بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة، تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز، محل منح امتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز".<sup>21</sup>

و قد أكد على ذلك من خلال الأمر رقم 08-04 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية<sup>22</sup>، و يبدو أن المشرع الجزائري قد نص على عقد البوت عند التعاقد الدولة مع الخواص لإنشاء و/أو تسيير بعض الأملاك العمومية الاصطناعية و ذلك في قوانين المتفرقة، حيث نص في المادة الثامنة من القانون رقم 2000-05: "تقوم الدولة بإنشاء المحطات الجوية و إنجازها وتشغيلها و استغلالها، و يمكن أن يكون إنجازها و/أو استغلالها محل امتياز يمنح لأشخاص طبيعيين من جنسية جزائرية أو أشخاص اعتباريين خاضعين للقانون الجزائري..."<sup>23</sup> كما نص في المادة الثالثة من الأمر رقم 03-10: "يمكن أن يكون إنجاز و استغلال محطة جوية أو مطار أو محطة طوافات بغرض فتحها للملاحة الجوية العمومية، موضوع امتياز تمنحه السلطة المكلفة بالطيران المدني.."<sup>24</sup>

الأصل أن الوسيلة القانونية لتسيير المرافق العمومية فيما عدا الطرق التقليدية هو ما تم تبنيه من خلال المرسوم الرئاسي 247/15، إلا أن صدور مرسوم تنفيذي لاحق يتضمن الموافقة على دفتر الشروط و الاتفاقية النموذجيين المطبقين في منح حق الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري

الموجهة لمهام الخدمة العمومية، يدل على الطابع الخاص لهذا النوع من طرق التسيير و هذا على الرغم من أن المرسوم الرئاسي 305/15 جاء بعنوان تفويضات المرفق العام كمحاولة لتقنين طرق التسيير.

إن البنى التحتية ذات الطابع تجاري يشترط في خضوعها للمرسوم التنفيذي 305/15 أن يكون تمويلها كلياً أو جزئياً من طرف الدولة...<sup>25</sup> و هو ما يدل على أن المشرع قد وقع في خلط في تنظيم أحكام هذا المرسوم بين عقد البوت و العقود المشابهة له، لأننا نرى أن الاختلاف الجوهرى ما بين تفويض خدمة مرفق عام و عقد البوت هو تمويل الدولة كلياً أو جزئياً<sup>26</sup> لهذه العقود من الخزينة العمومية .

ويتجلى من الواقع العملي أن أغلب العقود التي تبرمها الجزائر مع المؤسسات الأجنبية بصيغة الإنشاء و التشغيل تكون بمساهمة رأس المال الوطني بنسبة معتبرة وهو الأمر الذي يعتبر من التطبيقات الخاطئة لعقود البوت، كونها تتناقض مع الفلسفة التمويلية لهذا النظام.<sup>27</sup>

إلى أن المشرع تدارك الأمر من خلال المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتعلق بتفويض مرفق عام ، حيث يستشف من خلال المادة<sup>28</sup> 53 التي تضمنت تعريفاً للامتياز بصورة حديثة و بشكل ضمني عقد البوت في مفهومه ، لكن يبقى الإشكال القائم حول اعتبار عقد البوت صورة حديثة للإمتياز الذي هو أحد صور تفويض خدمة مرفق عمومي ، فنحن نتساءل عن كيفية تصنيف الأملاك الوطنية العمومية من حيث مرافق سيادية أو غير سيادية وفقاً للمادة 02 من المرسوم السابق الذكر و التي يمنع تفويض تسيير المرفق إذا كان مرفقاً سيادياً<sup>29</sup>، حيث إذا وقفنا في حرفة النص لا يمكن التعاقد بنظام البوت، فالمطارات والموانئ و الطرق السريعة تشكل شريان حيوي لأمني للدولة حتى و لم تصنف بالمرافق سيادية.



**خاتمة:**

و في الأخير ،إن تطبيق عقد البوت و تحديد طبيعته في حقيقة الأمر، يرجع إلى الأنظمة القانونية المتبعة في كل دولة بحد ذاتها، فلا يمكن الفصل في طبيعته القانونية أو انتمائه إلى نوع معين من أنواع العقود، حيث يبقى الأمر نسبيا غير مقيد.

و ليس من المنطق رفض التعاقد بمثل هذا النوع من العقود تخوفا من بقاء ملكية أصول المشروع لدى شركة المشروع لمدة طويلة، كون الدولة المتعاقدة لها السلطة في فعل الأمير و فرض رقابة على المشروع، حتى لو تعاقدت في إطار القانون الخاص فهناك بنود تنظيمية لأحية في العقد.

الجزائر في حاجة ملحة ومستعجلة لتعاقد بصيغة البوت، ان وجدت ضمنا بعض التطبيقات لصيغة البوت في تسمية عقد امتياز أو ترخيص لتفويض خدمة مرفق عمومي ، فإننا بحاجة ملحة لهذا التعاقد في الجزائر، لاسيما في مجال البنى التحتية كالطرق السريعة و المطارات و الموانئ و ذلك لاجداث تنمية في كافة أقاليم الوطن ، و عليه لا بد على المشرع الجزائري إصدار قانون موحد يسطر النظام قانوني لتعاقد الدولة مع الخواص بعقد البوت لإنشاء و تسيير الأملاك العمومية الاصطناعية في جميع القطاعات، و ذلك حتى لا تقع الدولة في سلبيات تطبيق هذا العقد و تناقض بين النصوص القانونية .

**التهميش:**

- 1 يوسف محمود عدنان العربي،رامي كاسر لايقة، نظام البناء و التشغيل و التحويل، مقال، مجلة تشرين للبحوث و الدراسات العلمية، مجلد 30، عدد 03 ، 2008، ص180.
- 2 جاد جابر نصار، عقود البوت B.O.T و التطور الحديث لعقد الالتزام -دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، 2002، ص38.
- 3 شامشة هاجر، عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية ( B.O.T ) و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي، كلية الحقوق، 2013-2014، ص9.

- 4 جمال عمران مبروك، عقود التشيد و الاستغلال و التسليم BOT و تكييفها القانوني دراسة تحليلية، مجلة جيل الأبحاث القانونية العدد 19، نوفمبر 2017، ص 79.
- 5 إلياس ناصيف، عقد آل BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ص 81.
- 6 وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (BOT)، ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص 46، 48.
- 7 إلياس ناصيف، عقد ال BOT، سلسلة المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2006، ص 130.
- 8 مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار جامعية الجديدة، 2010، ص 14
- 9 مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سبق ذكره، ص 16
- 10 جابر جاد نصار، عقود البوت BOT، دار النهضة، 2002، ص 47.
- 11 للاطلاع على صور و أنواع أخرى لعقد البوت أنظر إلى فرحي كريمة و فراح رشيد، الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (PPP)، دار اليازوردي العلمية للنشر و التوزيع، 2018، ص 59 إلى 60.
- 12 أحمد محمود جمعة، النظام القانوني للأملاك العامة و الخاصة المملوكة للدولة و لأشخاص الاعتبارية العامة و لهيئات الموائى المصرية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 95.
- 13 أحمد إبراهيم أنويحي، الطبيعة القانونية للمال العام و أسس حمايته دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2016، ص 137، 138.
- 14 أحمد إبراهيم أنويحي، مرجع سبق ذكره، ص 141، 40.
- 15 حنان ميساوي، الحماية القانونية للأملاك الوطنية التابعة للدولة في الجزائر، النشر الجامعي الجديد، 2017، ص من 97 إلى غاية 99.
- 16 صعب ناجي عبود، التنظيم القانوني للشراكة بين القطاعين العام و الخاص، مقال، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 1 العدد 01 الجزء 01، أيلول 2016، ص 89.
- 17 أنظر مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سبق ذكره، ص 44.
- 18 معشوش شادية و مزارى راضية، تطبيقات عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) في الجزائر، مذكرة ماستر، جامعة بجاية، 2016/2015، ص 16.
- 19 محمد اديب الحسيني، بحث قانوني كبير حول عقود B.O.T، اطلع عليه من الموقع [www.mohamah.net](http://www.mohamah.net) بتاريخ 2018/12/23 على ساعة 11.00.

20 هناك من يرى اختلاف بين عقد البوت و عقد الامتياز التقليدي و يفضل وصفها بعقود التنمية الاقتصادية ، انظر د ماهر محمد 21 حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء و التشغيل و إعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2005، ص 22 إلى 25.

22 المادة 19 من القانون 08-14 المؤرخ في 20 يونيو 2008 و المعدل و متم القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الصادر في 03 غشت 2008 ،جريدة رسمية رقم 44.

23 انظر المادة الأولى و المادة السابعة من الأمر رقم 04-08 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008

24 المادة 08 من القانون 05-2000 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 و متم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني جريدة رسمية 75 الصادرة في 10 ديسمبر 2000.

25 المادة الثالثة من الأمر رقم 03-10 المؤرخ في 13 غشت 2003 و معدل و المتم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 998 الذي يحدد القواعد العامة للطيران المدني الجريدة رسمية رقم 48 الصادرة في 13 غشت 2003.

26 رضا بوشقورة، تسيير البنى التحتية، مقال، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، ISSN 2352-975X، ص 575.

27 شماسة هاجر، مرجع سبق ذكره، ص 18، 17.

28 المادة 53 : " الامتياز هو الشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة له إما إنجاز منشآت أو إقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام و استغلاله، و إما تعهد له فقط إستغلال المرفق العام .

يستغل المفوض له المرفق العام باسمه و على مسؤوليته ،تحت رقابة جزئية من طرف السلطة المفوضة، و يمول المفوض له بنفسه الإنجاز و اقتناء الممتلكات و استغلال المرفق العام، و يتقاضى عن ذلك أتاوى من مستعملي المرفق العام"

29 انظر المادة 02 من المرسوم 15-199 السابق الذكر.

5. قائمة المراجع:

• المؤلفات:

1. إلياس ناصيف، عقد أل BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان.
  2. وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (BOT) ، ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط، 2014.
  3. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT ، دار جامعية الجديدة، 2010.
  4. جابر جاد نصار، عقود البوت BOT، دار النهضة، 2002.
  5. فرحي كريمة و فراح رشيد، الشراكة بين القطاعين العام و الخاص (PPP)، دار اليازوردي العلمية للنشر و التوزيع، 2018.
  6. أحمد محمود جمعة، النظام القانوني للأملاك العامة و الخاصة المملوكة للدولة و للأشخاص الاعتبارية العامة و لهيئات الموانئ المصرية، منشأة المعارف بالإسكندرية.
  7. أحمد ابراهيم أنويحي، الطبيعة القانونية للمال العام و أسس حمايته دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2016.
  8. حنان ميساوي، الحماية القانونية للأملاك الوطنية التابعة للدولة في الجزائر، النشر الجامعي الجديد، 2017.
  9. صعب ناجي عبود، التنظيم القانوني للشراكة بين القطاعين العام و الخاص، مقال، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 1 العدد 01 الجزء 01، أيلول 2016.
  10. معشوش شادية و مزارى راضية، تطبيقات عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) في الجزائر، مذكرة ماستر، جامعة بجاية، 2016/2015.
  11. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء و التشغيل و إعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2005.
- الأطروحات:
1. شماشمة هاجر، عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) و تطبيقاته في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، كلية الحقوق، 2014/2013.

## • المقالات:

1. جمال عمران مبروك، عقود التشيد و الاستغلال و التسليم BO T و تكيفها القانوني دراسة تحليلية، مجلة جيل الأبحاث القانونية، العدد 19، نوفمبر 2017.
2. رضا بوشقورة، تسيير البنى التحتية، مقال، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة.

## • مواقع الانترنت:

1. محمد أديب الحسيني، بحث قانوني كبير حول عقود B.O.T ، اطلع عليه من الموقع [www.mohamah.net](http://www.mohamah.net)
- القوانين و المراسيم التنفيذية:

1. الأمر رقم 03-10 المؤرخ في 13 غشت 2003 و معدل و المتمم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 998 الذي يحدد القواعد العامة للطيران المدني الجريدة رسمية رقم 48 الصادرة في 13 غشت 2003.
2. الأمر رقم 08-04 المحدد لشروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 الجريدة الرسمية رقم 49 الصادرة في 03 سبتمبر 2008.
3. القانون 08-14 المؤرخ في 20 يونيو 2008 و المعدل و متمم القانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الصادر في 03 غشت 2008، جريدة رسمية رقم 44.
4. القانون 05-2000 المؤرخ في 06 ديسمبر 2000 و متمم القانون رقم 98-06 المؤرخ في 27 يونيو 1998 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني جريدة رسمية رقم 75 الصادرة في 10 ديسمبر 2000.
5. المرسوم التنفيذي رقم 15-305 المؤرخ في 06 ديسمبر 2015 المتضمن الموافقة على دفتر الشروط و الاتفاقية النموذجيين المطبقين في منح الامتيازات على البنى التحتية ذات الطابع التجاري الموجه لمهام الخدمة العمومية جيدة رسمية رقم 66 الصادرة في 09 ديسمبر 2015.