

# 8

في مدى

استقبال القانون الجزائري

لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

د/ إقلولي محمد

أستاذ محاضر أ

كلية الحقوق جامعة مولود معمري

تيزي وزو

## مقدمة

يلعب تمويل البنية الأساسية عن طريق أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية دورا هاما في جلب رؤوس الأموال، لأنه يعد صورة من صور الاستثمار المباشر، وفي سبيل استقبال البلدان النامية له، أخضعت نشاطها الاقتصادي لآليات خوصصة هياكل ومؤسسات قطاعها العام، كما مست في العمق بنيتها الأساسية لأجل تطوير مرافقها العامة في قطاعات مختلفة نذكر منها، الطرق، النقل، الكهرباء، خطوط السكك الحديدية، المطارات، المياه، الاتصالات.... إلخ، ولقد اعتمدت في ذلك نظام تعاقدى تمويلي يهدف إلى إقامة المشروعات الاقتصادية والمرافق الخدمانية والبنية التحتية، وهي أهم وظائف الدولة التي أصبح يضطلع بها القطاع

الخاص دون تنازل الدولة نهائيا عن ملكيتها لهذه المشروعات والمرافق وتلك إحدى إفرازات العولمة<sup>(1)</sup>.

لقد فتح التحول الذي عرفته الأنظمة الاقتصادية للكثير من الدول المجال واسعا للمبادرة الخاصة وللقطاع الخاص قصد المساهمة في إنجاز المشاريع والتجهيزات، وهو ما أثر في مسألة تعاقدات الدولة والأجهزة التابعة لها مع القطاع الخاص، الوطني والأجنبي، ما أثار إشكالية طبيعة هذه التعاقدات ومدى اعتبارها من قبيل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وبالنسبة للجزائر، فإن انتهاجها اقتصادا ليبراليا قد نتج عنه تراجع دور الدولة في الاقتصاد الأمر الذي فتح المجال أمام القطاع الخاص للمساهمة في النشاط الاقتصادي، غير أن ذلك اقتضى تغييرا في النظام القانوني لمختلف التعاقدات، وبالتالي فإن السؤال الذي يمكن طرحه هو مدى مراعاة هذا التغيير مسألة استقبال القانون الجزائري لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في تعاقدات الدولة سيما تلك التي تمس بنيتها الأساسية، سيما في ظل غياب نصا تشريعيًا متكاملًا ينظم مباشرة هذه الطائفة من العقود.

وللتعريف بهذه العقود وبأهميتها بالنسبة للدول لا بد من التطرق لماهيتها ومفهومها(المبحث الأول)، ثم نتطرق للإطار الدستوري والتشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في القانون الجزائري(المبحث الثاني).

1- أنظر، محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 19 وما بعدها.

## المبحث الأول: مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

تعود جذور نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إلى فترة الامتيازات التي عرفتھا سنوات الثلاثينيات والأربعينيات، غير أن ظهور هذه العقود باعتبارھا إطارا تعاقديا لتنفيذ مشاريع التشييد والبناء كان بمناسبة اتفاقية تنفيذ نفق المانش The Channel Tunnel الرابط بين فرنسا وبريطانيا المبرم بين الحكومة الفرنسية والبريطانية من جهة وبين شركة Euro Tunnel من جهة أخرى.

يرجع استعمال تعبير BOT لأول مرة في مشاريع البنية الأساسية لرئيس الوزراء التركي تورجوت أوزال Turgat Ozal الذي دعا لاستعمال هذا الأسلوب في تنفيذ مشاريع البنية التحتية.

تعد عقود البوت من أهم العقود الاستثمارية التي تلجا إليها الدول سيما النامية لإنشاء المشاريع الإستراتيجية التي وجدت فيها ملاذا لإقامة مشاريع البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، مما يجنبها الاقتراض أو الاستدانة من الخارج، وتخفيف النفقات والأعباء المالية التي تتحملها ميزانيتها.

إن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وإن تعددت صورها(1)، وأنواعها، بل وإن تعددت التعريفات بشأنها، غير أنها لم تختلف في جوهرها، لأنها تهدف إلى غاية مشتركة ومحددة، غير أنها استعملت في المقابل بألفاظ مختلفة.

1- جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص35.

كذلك، محمد عبد الحميد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص48.

## المطلب الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية اختصارا لثلاث كلمات انجليزية **Build** (البناء)، **Operate** (التشغيل) **Transfert** (نقل الملكية)، ويرمز لها اختصارا **BOT**، وهو مصطلح عملي للشراكة بين القطاعين العمومي والخاص في إطار تعاقدية (1).

ولا يعتبر البوت اصطلاحا قانونيا، كما لم يعرف تعريفا قانونيا محددًا، ومع تعدد صوره لا يعد عقدا أو اتفاقا، بل هو تنظيم أو مفهوم اقتصادي يتطلب لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات والعقود بين أطراف مختلفة، منها على سبيل المثال، اتفاق الترخيص أو الالتزام المبرم من طرف الدولة مع المستثمر، بالإضافة إلى ذلك يتبع باتفاقات تكميلية، مثل اتفاق التمويل مع البنوك وتشييد المشروع وكذا اتفاقات التشغيل التي تبرم بين المستثمر وشركة التشغيل (2).

فعقود البوت هي مشاريع تمولها شركات خاصة وطنية أو أجنبية مع بقائها مملوكة للسلطة العامة، أو لإحدى أجهزتها، وبمقتضاها تبرم الجهة الحكومية عقدا مع المستثمر لتمويل وإنجاز مرفق من المرافق الأساسية ويكون للمستثمر الحق في تشغيل المرفق على أساس تجاري وتحصيل أرباح التشغيل لفترة معينة، على أن تنتقل أصول المرفق ومسؤولية إدارته إلى السلطة المتعاقدة وتبقى أصول المشروع للسلطة أو الجهة الحكومية (3).

1 - BOLMIN (PH), Pour un nouveau partenariat public privé dans la réalisation des grands projets d'infrastructure, la notion de co-développement, RDAI, N°2, 1999, p113.

2- هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي تم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 29، 1999، ص 06-05.

3- جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 39-38.

ويعرفها البعض بأنها المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية، وسواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص (شركة المشروع)، لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة<sup>(1)</sup>.

من جهتها وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إطارا كاملا لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال إصدار دليل وأحكام تشريعية نموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من طرف القطاع الخاص، وقد عرفت هذا النوع من العقود بأنها شكل من أشكال التمويل، تمنح بموجبه الحكومة المستثمرين أو أحد الكيانات الخاصة تدعى الاتحاد المالي للمشروع امتياز القيام بمشروع معين، تشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لفترة زمنية يستعيد بعدها المستثمر التكاليف التي أنفقها والأرباح العائدة من تشغيل المشروع، ثم تنتقل ملكية هذا المشروع إلى الدولة مقابل مبلغ يكون قد تم الاتفاق عليه مسبقا أو أي مبلغ معين<sup>(2)</sup>.

أما منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ONUDI، فلقد عرفت عقد الامتياز بنظام البوت بأنه اتفاق تعاقدى يقوم مقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص بإنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة انطلاقا من عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل وصيانة هذه المرافق.

كما يقوم بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية مع السماح له بقبض رسوم على المنتفعين حتى يتمكن من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار<sup>(3)</sup>.

1- هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2001، ص 44.

2- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNDDCI)، الدورة التاسعة والعشرون بنيويورك 28 ماي، 14 جوان 1996، ص 03.

3 - عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 13.

ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة، أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المتضمنة في اتفاق الترخيص وقرار منحه.

من مختلف التعريفات سالفه الذكر نجد بأن عقود البوت تركز على عناصر رئيسية تدخل في تعريفها هي:

- قيام نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية على إنشاء مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام بتمويل خاص من المستثمر وطني أو أجنبي.

- تولى المستثمر تشغيل المشروع أو المرفق العام واستغلاله تجاريا أثناء فترة الامتياز.

- التزام المستثمر بنقل ملكية المشروع، أي تسليمه إلى الجهة الحكومية المتعاقدة بعد انتهاء فترة الامتياز دون أي مقابل مادي إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك.

- استرداد المستثمر نفقات المشروع من الرسوم التي يدفعها المتفاعلين من الخدمات بالإضافة إلى الأرباح المتأنية من ذلك(1).

### المطلب الثاني: مميزات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

تتصف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بخصائص تميزها عن غيرها من العقود وتمثل هذه الخصائص في:

#### 1 - عقود البوت تخص مشاريع البنية التحتية:

تقع عقود البوت على إقامة المنشآت القاعدية والمرافق العامة وتشغيلها لفترة زمنية معينة، وهي مشاريع كبيرة ذات تكلفة باهظة تعجز ميزانية الدولة عن تمويلها، حيث تخص مشاريع

1 - عبد الله طالب محمد الكندري، المرجع السابق، ص 14.

ضخمة، وبالتالي تعفى بموجبها الدولة من التكاليف، ما يجعلها تشرك القطاع الخاص الوطني والأجنبي في تمويلها وإنجازها، الأمر الذي يتيح توفير الأموال ونقل التكنولوجيا والاستعانة بالكفاءات لإدارة المشروع(1).

## 2 - عقود البوت طويلة الأمد:

ذلك أنها لا تنصب على عملية واحدة، كعملية البيع والشراء، بل تتعلق بتغطية مختلف مراحل تنفيذ العقد بدءاً من البناء والتشغيل إلى نقل الملكية، وهي مراحل قد تتراوح مدتها ما بين 20 إلى 30 سنة، غير أن هذه المدة تكون محسوبة بطريقة تمكن المستثمر من استرداد أمواله وتحقيق عائد معقول من جراء استغلال المشروع سيما من الرسوم المدفوعة من المنتفعين عند استفادتهم من الخدمة، وعند انتهاء فترة الامتياز يتم تحويل ملكية المشروع إلى الجهة الحكومية(2).

### المطلب الثالث: صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT

إذا كانت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أكثر الأشكال استعمالاً وانتشاراً، فإن الممارسة العملية قد أبرزت أشكالاً جديدة تختلف في بعض أو كل العناصر المكونة للعقد، غير أن جوهر الاختلاف بينها يكمن في مقدار الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع والسلطات التي تملكها خلال فترة الاستغلال، ومن أشكال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية نذكر ما يلي:

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

2 - حمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي، المرجع السابق، ص 146-145.

كذلك: عبد الله طالب محمد الكندري، المرجع السابق، ص 19.

## 1 - عقود البناء والتشغيل والتملك ونقل الملكية (BOOT) Buld, Operate,

Owen, Trensfer

بموجب هذه العقود تمنح الدولة للمستثمر ترخيصا لإقامة مشروع بنية أساسية، يقوم بتمويله على نفقته الخاصة وتمتلك أصوله، كما يتولى تشغيله وصيانته وتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد أعباء تمويله وتحقيق ربح معقول، وبعد نهاية فترة الترخيص يلتزم بنقل أصول المشروع إلى الدولة (1)، وتختلف هذه الصورة عن نظام BOT في أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته حول مدة العقد.

## 2 - عقود البناء والتملك والتشغيل (BOO) Build, Operate, Owen

من خلال هذا النوع يقوم المستثمر بإقامة المشروع وتملكه وتشغيله حيث لا ينتهي بتحويل الملكية، ويتم تجديده مرة أخرى بعد انتهاء الفترة المحددة للامتياز، كما يمكن أن تعوض الدولة الملاك عن حصص الملكية وفقا لتقييم أصول وخصوم المشروع (2).

## 3 - عقود البناء والتشغيل وتجديد الإيجار: (BOR) Build, Operate,

and Renew

ما يميز هذه العقود، بالإضافة إلى بناء المشروع وتشغيله، يتم إعادة تجديد استغلاله مدة أخرى، مما يتيح منافع أخرى يزيد من المنتفعين والمستهلكين (3).

1 - هاني صلاح الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 71، جامعة القاهرة، ص 14.

2 - البهجي عصام أحمد، عقود البوت، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، الدار الجامعية الجديدة، 2008، ص 23.

3 - البهجي عصام أحمد، المرجع نفسه، ص 23.

4 - عقود البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل: (BORT) Build, Rent, Operate, Transfer

يتولى المستثمر بموجبه بناء المشروع على نفقته، على أن يقوم باستئجاره من الجهة الحكومية المتعاقدة، وقيامه باستغلال المشروع لفترة معينة، ليحصل خلال مدة الإيجار على مقابل تقديم الخدمة للجمهور أو للجهة المتعاقدة في نهاية مدة الإنفاق(1).

5 - عقود البناء والإيجار ونقل الملكية: (BLT) Build, Lease and Transfer

تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد، ثم تؤوله إلى الجهة الحكومية التي تتولى تشغيله بنفسها أو عن طريق مؤسسات أخرى(2).

6- عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل: (BTO) Build, Transfer, Operate

تقوم الدولة من خلاله ببناء المشروع، بحيث تتكفل بتمويله ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص لإدارته.

### المبحث الثاني: الإطار الدستوري والتشريعي لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية

بالرغم من الانتشار الواسع لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الكثير من الدول، نظرا للمزايا التي توفرها سيما معالجة قصور التمويل الحكومي لمشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة والذي يؤدي إلى رفع العبء عن الدولة من الاستدانة من البنوك ومؤسسات التمويل الدولية، غير أن لا الدستور ولا التشريع قد نظم تنظيمًا كاملاً عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحيث لم يواكبا التطورات التي عرفتتها مسألة تعاقدات الدولة في مثل هذه العقود،

1 - هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 18.

2 - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 47 و 48.

بالرغم من الإشارة والاهتمام التي أولته مختلف النصوص القانونية لمساهمة ومشاركة القطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية، وعليه، هل يمكن القول أن المشرع الجزائري سواء في الدستور أو في التشريع قد مهد لاستقبال هذا النظام ضمن تعاقبات الدولة؟

### المطلب الأول: موقع نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في الدستور

أولى الدستور الجزائري عناية بالغة لمبدأ حرية المبادرة حيث كرس ضمان وحماية الملكية الخاصة، ف جاء في المادة 52 من دستور 1996(1) ما يلي:

"الملكية الخاصة مضمونة"، وهو ما يعني أن المشرع الدستوري قد منح الملكية الخاصة تقديرا وجعلها محمية ومضمونة، ما أعطى قاعدة قانونية قوية لواقع حقيقي وملمس، كما أعطى قيمة اجتماعية، وضعت جذورها بصورة عميقة في الثقافة الوطنية، بان أصبحت تشكل عنصرا هاما في نظام الحريات والحقوق الأساسية(2).

فالققطاع الخاص لم يعد يضطلع بدور ثانوي بالمقارنة مع القطاع العام، بل يقوم بوظيفة اجتماعية يتولى تنظيمها القانون.

---

1 - المرسوم الرئاسي رقم 438-96 نُورخ في 07/12/1996 يتضمن تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج ر عدد 76 صادرة في 08/12/1996 المعدل والمتمم بالقانون رقم 03-02 مؤرخ في 10/04/2004 يتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 25 صادرة بتاريخ 14/04/2002، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 09-08 مؤرخ في 15/11/2008 يتضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 63 صادرة بتاريخ 16/11/2008.

2 - ولد رابح صافية، مبدأ حرية التجارة والصناعة في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص75.

من جهة أخرى منع الدستور نزع الملكية إلا للمنفعة العامة وبمقابل تعويض عادل ومنصف، كما لم يمنع أحدا من التصرف في ملكه في حدود ما ينص عليه القانون وهو ما ورد في المادة 20 التي تنص على:

" لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف."

وباعتبار مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية تندرج ضمن البنى التحتية للدولة وهي بدورها تدخل في نطاق أملاك المجموعة الوطنية، فإنها تبقى ملكا للدولة ملكية تامة، وهو ما جاء في نص المادة 17 التي تنص على:

" الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية.

وتشمل باطن الأرض، والمناجم والمقالع والموارد الطبيعية للطاقة والثروات المعدنية الطبيعية والحية في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية والمياه والغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية والنقل البحري والجوي، والبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، وأملاك أخرى محددة في القانون." (1)

من جهة أخرى وبالإضافة إلى التأكيد على بقاء ملكية المشاريع للدولة، فإن تسييرها يتم طبقا للقانون، وذلك ما نصت عليه المادة 18 التي تنص على:

" الأملاك الوطنية يحددها القانون

يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون." (2)

1 - المادة 17 من المرسوم الرئاسي رقم 438-96.

2 - المادة 18 من المرسوم الرئاسي رقم 438-96.

الظاهر من النصوص سالفة الذكر أن المشرع الدستوري قد مهد لاستقبال رؤوس الأموال الخاصة وتأمين أصحابها، ما يفيد تشجيع المبادرة الخاصة والاستثمار الخاص ومساهمته في التنمية الوطنية.

ولقد تأكد ذلك في نص المادة 37 من دستور 1996 حيث جاء فيها:

" حرية الصناعة والتجارة مضمونة، وتمارس في إطار القانون."

ومن التغيرات الجذرية التي جاء بها دستور 96 في هذا المجال أنه وسع من مجال تدخل السلطة التشريعية حيث حول البرلمان ومنحه إضافة إلى الميادين المتخصصة، حق التشريع في مجالات أخرى، منها ما ورد في نص المادة 122/28:

"قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص."

كما يكون بإمكان الهيئة التشريعية القائمة عند إصدار الدستور ويعني بذلك المجلس الوطني الانتقالي، تولى التشريع بأوامر إلى غاية انتخاب المجلس الشعبي الوطني، وهذا يعني بأن مسألة تحديد قواعد نقل الملكية من القطاع العام إلى القطاع الخاص لم يعد من صلاحية الحكومة فقط(1)، بل يمكن للبرلمان تولى التشريع وتحديد نظام الالتزامات المدنية والتجارية ونظام الملكية(2)، وذلك إن دلّ إنما يدل على تشجيع المبادرة الخاصة واستقبال القطاع الخاص في مجال المشروعات التنموية.

وعليه لا يحول الدستور دون مشاركة القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية الوطنية، بل كرس مبدأ التكامل بين كل من القطاع العام والقطاع الخاص في القيام بمختلف المشاريع

---

1 - تنص المادة 179 من دستور 1996: " تتولى الهيئة التشريعية القائمة عند إصدار هذا الدستور وإل غاية انتهاء مهمتها وكذا رئيس الجمهورية بعد انتهاء هذه المهمة وإلى غاية انتخاب المجلس الشعبي الوطني مهمة التشريع بأوامر بما في ذلك المسائل التي أصبحت ضمن القوانين العضوية.

2 - المادة 122/9 من دستور 1996 المعدل والمتمم.

الاستثمارية، وباعتبار نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية شكلا من أشكال الاستثمار المباشر الذي له دور بالغ في جلب رؤوس الأموال وتدفعها، فإن هذه الأموال أيا كان مصدرها سواء وفرتها الدولة أو القطاع الخاص، فإنها تساهم كلها في تمويل المشاريع، بما يعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني، ويفر الخدمات للمواطنين على أوسع نطاق، كما يلي رغبتهم واحتياجاتهم الأساسية سيما وأن تلك المشاريع تتعلق بالبنية الأساسية للدولة ومرافقها العامة.

### المطلب الثاني: موقع نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في التشريع

إذا كانت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد وضعت إطارا كاملا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بإصدار دليل تشريعي نموذجي بشأن مشاريع البنية التحتية يتولى تمويلها القطاع الخاص<sup>(1)</sup>، فإن تشريعات وطنية مختلفة قد نظمت بقوانين تحكم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على غرار قانون البوت السنغالي<sup>(2)</sup> وقانون جمهورية غينيا<sup>(3)</sup>. غير أن المشرع الجزائري ورغم المرتبة التي ظل يحتلها القطاع الخاص بمساهمته ومشاركته في الكثير من مشاريع التنمية وفي قطاعات عديدة ومتنوعة، لم يبادر إلى إصدار تشريع كامل ينظم تعاقدات الدولة في مشاريع البنية الأساسية بتمويل القطاع الخاص سيما في مجال إنجاز الطرق، المطارات، النقل بالسكك الحديدية... إلخ، بل لم يرد في مختلف التشريعات، في قانون

1 - لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، أحكام اليونسترال التشريعية النموذجية بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، نيويورك، 4002.

[www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

2 - Loi senégaïse N= 2002, 550 du 20 mai 2002.

[WWW.droit.afrique/imags/texts/senegal](http://WWW.droit.afrique/imags/texts/senegal).

3 - Loi L/97/012/AN de la République guinéenne, Autorisant le financement, la construction, l'exploitation et le transfert d'infrastructures de développement pour le secteur privé. [www.groupe.bce,fp.com/pdf/loi\\_97/012.PDF](http://www.groupe.bce,fp.com/pdf/loi_97/012.PDF).

الاستثمار وفي قانون تنظم الصفقات العمومية مصطلح "البوت"، لكن ألا يوجد في هذه القوانين ما يوحي إلى أن المشرع قد فتح المجال ولو دون قصد للتعاقد بأسلوب البوت في بعض مشاريع المرافق العامة أو البنية التحتية؟

وفي محاولة للإجابة عن هذا التساءل ارتأينا التطرق لبعض القوانين منها على سبيل المثال لا الحصر، سيما في مجال الموارد المائية ومجال الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، وفي القانون المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية.

#### أولاً: في مجال الموارد المائية.

يمنح القانون المتعلق بالمياه(1) امتياز إنجاز واستغلال هياكل تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه من اجل المنفعة العمومية، ويتم استعمال الموارد المائية إما عن طريق امتياز الخدمة العمومية أو عن طريق تفويض الخدمة العمومية.

فالمادة 17 منه تنص على:

" تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكاً يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للانجاز والاستغلال، المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعاً للقانون العام أو القانون الخاص."

إنطلاقاً من نص هذه المادة حددت مكونات الأملاك العمومية الاصطناعية للمياه، ونظراً للعمليات التي يشملها نظام البوت، وهي التشييد أو الانجاز و التشغيل وتحويل الملكية إلى الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز أو التحويل، فغن جل هذه العمليات قد تضمنها النص المذكور، ما يعني أنه يمكن استخلاص صيغة من صيغ هذه الطائفة من العقود.

1 - القانون رقم 05-12 مؤرخ في 04 أوت 2005، يتعلق بالمياه، ج ر عدد 60 صادرة في 04/09/2005.

وتطبيقا لذلك استعملت هذه الصيغة في مجال تحلية مياه البحر أو نزع الأملاح والمعادن من المياه المالحة طبقا لأحكام الأمر رقم 03-01 المتعلق بتطوير الاستثمار.

ومن المشاريع الموقعة في هذا الإطار العقد المبرم بين شركة مياه تيبازة مع الشركة الكندية SNC Lavalin والإسبانية Acciona Agua بقيمة 150 مليون دولار(1)، المتضمن تصميم وإنشاء وتشغيل محطة تحلية المياه لمدة 25 سنة، ولقد اتخذ هذا المشروع صيغة التصميم، البناء، التملك، التشغيل ونقل الملكية (DBOOT)Desingn)، كما تحصلت نفس الشركة SNC Lavalin على عقدا هاما لانجاز محطة تحلية مياه البحر بمنطقة فوكة Fouka بولاية تيبازة بقيمة 180 مليون دولار، ويأخذ هذا المشروع صيغة البناء والتشغيل والتملك(2) (BOO) Build and Own and Operate).

### ثانيا: في مجال الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات.

تنص المادة 02 من قانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات(3)، على:

"..... الامتياز حق تمنحه الدولة لمعامل سيشغل بموجبه شبكة ويطورها فوق إقليم محدد ولمدة محددة، بهدف بيع الكهرباء أو الغاز الموزع بواسطة القنوات."

1- TTP//www.SNC Lavalin.com/News.php!

2 - TTP//www. Algeria.DZ.com/Article.

3 - القانون رقم 20-10 مؤرخ في 2002/20/50 يتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج ر عدد 80 صادر بتاريخ 2002/20/60.

كما تنص المادة 07 من نفس القانون على:

" ينجز المنشآت الجديدة لإنتاج الكهرباء ويستغلها كل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص أو العام، حائز رخصة للاستغلال."

باستقراء النصين وأخذاً بمحتوى ومضمون نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية باعتباره ينصب على المرافق العامة والأساسية للدولة، فإن المشرع قد فتح المجال للتعاقد بنظام البوت لأن توزيع الكهرباء والغاز يدخل ضمن نشاط المرافق العامة.

وتطبيقاً لذلك أبرمت شركة كهرباء سكيكدة التابعة لشركات عمومية متمثلة في سوناتراك وسونلغاز والوكالة الوطنية للطاقة عقداً مع مجموعة SNC Lavalin بقيمة 600 مليون دولار، وقد تضمن العقد تصميم وإنشاء وتشغيل محطة توليد الكهرباء، على امتد العقد لمدة 12 سنة قابلة للتجديد لنفس المدة(1)، غير أن تمويل المشروع يكون من قبل الدولة وليس من تمويل المستثمر، ما يعيد هذه العقود عن المعنى الحقيقي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

ثالثاً: في القانون رقم 04-08 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة الموجهة لانجاز مشاريع استثمارية.

لقد تضمنت المادة 03 من هذا القانون منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة لفائدة المؤسسات والهيئات العمومية والأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاضعين للقانون الخاص لاحتياجات مشاريع استثمارية(2).

1- TTP//www.SNC Lavalin.com/News.php!

2 - أنظر المادة 03 من القانون رقم 04-08 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 49 الصادرة في 03 /09/ 2008.

من جهتها حددت المادة السابعة(1) من نفس القانون مشاريع الاستثمار القابلة لمنح الامتياز، منها تلك التي يكون لها طابع الأولوية والأهمية الوطنية والمحدثة لمناصب الشغل والتي تساهم في تنمية المناطق المحرومة أو المعزولة.

أما المادة 14 فلقد نصت على قابلية التنازل عن ملكية الغابات والحق العيني العقاري الناتج عن حق الامتياز فور الانجاز الفعلي لمشروع الاستثمار والبدء في النشاط(2).

الظاهر من خلال هذه المواد أن المشرع قد مهد الطريق للتعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية على اعتبار أن إنجاز المشاريع تطبيقا لهذا القانون يعود إلى الدولة بعد انتهاء فترة الامتياز، وتحدد هذه الفترة مدة أداها 33 سنة قابلة للتجديد مرتين وأقصاها 99 سنة(3)، أما في حالة عدم تجديد الامتياز، يتعين على مالك البنايات دفع إتاوة إيجارية سنوية لفائدة الدولة المالكة للأرض(4).

وتطبيقا للقانون رقم 04-08 صدر المرسوم التنفيذي رقم 152-09 يهدف إلى تحديد شروط وكيفيات منح الامتياز بالمزاد العلني المفتوح أو المحدود أو بالتراضي على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية لفائدة أشخاص طبيعية وأشخاص معنوية خاضعة للقانون الخاص أو العام(5).

1 - أنظر المادة 07 من القانون رقم 04-08 السالف الذكر.

2 - المادة 14 من القانون رقم 04-08 السالف الذكر.

3- أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 مؤرخ في 02 ماي 2009 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة لأملاك الدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 الصادرة في 06/05/2009.

4 - المادة 12 من نفس المرسوم التنفيذي رقم 152-09 السالف الذكر.

5 - المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 152-09 السالف الذكر.

ومنح الامتياز هو الاتفاق الذي تخول من خلاله الدولة لمدة معينة الانتفاع من أرضية متوفرة تابعة لأملكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص قصد إنجاز مشروع استثماري(1).

وعليه في اعتقادنا فإن إصدار المشرع للقانون 04-08 وللنص التطبيقي له المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 152-09 يكون قد سمح باعتماد التعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وبالتالي يمكن القول بعدم وجود ما يحول دون اللجوء إلى هذا الأسلوب في تعاقدات الدولة مع القطاع الخاص.

### المطلب الثالث: التعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وقانون الصفقات

#### العمومية

رأينا عند التطرق لمختلف العقود المبرمة في مجال الموارد المائية ومجال الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة الأنابيب خضوعها لأحكام قانون الاستثمار، ووجدنا كذلك إمكانية اعتبار بعض إشكالها صورة من صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، غير أن التساءل الذي يطرح هو مدى سريان قانون الصفقات العمومية على عقود البوت، بمعنى هل يمكن إخضاع العقود المبرمة وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية لأحكام قانون الصفقات العمومية لاعتباره قانون يبين اختيار الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة؟

1 - نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنوك والشروط المطبقة على منح الامتياز عن طريق المزاد العلني للقطع الأرضية التابعة للأملك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، ج ر عدد 27 الصادرة في 06 /05/ 2009.

تعرف الصفقات على أنها عقود مكتوبة تبرم قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة(1).

إذا كانت المادة 11 من قانون تنظيم الصفقات العمومية سنة 2002(2)، قد حددت عمليات الصفقات العمومية نذكر منها عمليات إنجاز الأشغال وتقديم الخدمات، والتي تدخل ضمن العمليات المتضمنة داخل عقود البوت، فإن المادة 13 من قانون الصفقات الجديد سنة 2010(3) قد أضافت عمليات أخرى عندما حددت أهداف الصفقة التي يقوم بها المقاول وهي البناء والصيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها، بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها وهنا يمكن القول بأن المشرع قد وسع من العمليات التي يشملها نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية عكس ما كان عليه الحال في ظل قانون تنظيم الصفقات العمومية لسنة 2002.

وبالنسبة للطبيعة القانونية للشخص المتعاقد، فلقد نصت المادة 02 من القانون رقم 10-236 على أن الصفقة محل النفقات تنطبق على الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري... إلخ، وهي تخضع لهذا القانون.

كما أن المادة 21 من نفس القانون نصت على أن الطرف المتعاقد الآخر يمكن أن يكون شخصا أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين.

1 - المادة 04 من المرسوم الرئاسي 10-236 مؤرخ في 07 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 58 الصادرة في 07 أكتوبر 2010.

2 - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 مؤرخ في 24/07/2002 المعدل والمتمم، ج ر عدد 52 ل 28 يوليو 2002.

3 - المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.

من جهة أخرى يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجأ لأجل تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري وكذلك مع المؤسسات الأجنبية<sup>(1)</sup>، وهو ما يتوافق مع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية. وبالتالي وإذا سلمنا بأن الأحكام والقواعد التي تضمنها هذا القانون لا تلتقي وطبيعة المشاريع المبرمة وفق أسلوب البوت لأن قانون الصفقات العمومية قد وضع تنظيم لعقود الأشغال العامة واقتناء اللوازم، غير أنه يمكن تطبيق بعض أحكامه على هذه الطائفة من العقود في ظل غياب نص خاص ينظم التعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية.

---

1 - المادة 22 من المرسوم الرئاسي رقم 236-10.

## خاتمة

رغم اختلاف وتباين مصالح وأهداف الأطراف المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، على اعتبار أن البلدان النامية إنما تهدف من ورائها إلى إقامة مشاريع البنية الأساسية وتخفيف الأعباء عن ميزانيتها قصد النهوض وتحقيق التنمية الاقتصادية، فإن شركات المشروع التي تتولى تمويل وانجاز المشاريع، فإنها تعمل على فرض سيطرتها على هذه المشاريع من مختلف الجوانب الأمر الذي يقوي نفوذ هذه الشركات بما يحقق امتيازات متنوعة قد تمس مجالات حيوية بالنسبة للدولة المصيفة.

لذلك على البلدان النامية التي تعمل بهذا النظام توحي الحذر ووضع ضوابط محددة وعدم الرضوخ لشروط الشركات الأجنبية حفاظا على سيادتها الاقتصادية.

وبالنسبة للجزائر وفي غياب تنظيم دستوري وتشريعي ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، يمكن القول وجود بعض المعالجات الجزئية التي وردت من تطبيقات بعض العقود ولو دون قصد من المشرع، وبالتالي يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يواكب التطورات الكبيرة التي عرفتها عملية تعاقدات الدولة مع القطاع الخاص.

وعليه نهيىب بالمشرع إصدار قانونا خاصا متكاملا ينظم التعاقد بأسلوب البوت يكون كفيلا بمعالجة مختلف التعاقدات التي تبرمها الدولة مع القطاع الخاص الأجنبي، أو على الأقل إدراج مسألة اختيار الطرف المتعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في قانون الاستثمار أو في قانون الصفقات العمومية على غرار ما قامت به العديد من الدول.