

الطبيعة القانونية لحق الملكية في عقد البناء والتشغيل والإنشاء

(Build - Operate-Transfer) (دراسة تحليلية)

The legal nature of the property right in a
Build-operate-construction contract (Analysis study)

م.م. إبراهيم أحمد حاجي

كلية القانون - جامعة صلاح الدين*

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٨:٣

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٤/١

الملخص:

تقدم المؤسسات الدولية كمنظمة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL) ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO)، إرشادات نموذجية لتوجيه الدول النامية الى حلول تغني هذه الدول من الإقتراض من جهات كالبانك الدولي وغيرها، وتشجع اللجوء الى الشراكات بين القطاع العام والقطاع الخاص من خلال عقود نموذجية التي تسمى بعقد البوت، في هذه الدراسة سنتعمق في الطبيعة القانونية لحق الملكية في عقد الـ (B.O.T) تحت ضوء إرشادات هذه المؤسسات الدولية التي تهدف الى إبرام عقود أكثر توازناً خلق أوضاع قانونية أكثر استقراراً بحيث تساهم في ازدياد الأمن التعاقدى من خلال إيجاد تشريعات تراعي الطبيعة القانونية لعقد البوت، وتمييزه عن باقي العقود التي تعتبر وسائل لإنشاء البنى التحتية، وتسهل تدفق الاستثمارات الخاصة سواء أجنبية كانت أم وطنية، وتلافي تشريعات لا تتسجم مع إحداث التوازن العقدي.

فنجد بأن الملكية في عقد البوت ليست كما هي في أطراف أخرى من العقود المعروفة بالالتزامات المرفق العام والتي كثير من الفقه يدرج البوت تحت طائلتها ضمن نوع (إمتيازات الأشغال العامة)، بل إن لعقد البوت فروقات كبيرة كونها من عقود تمويل الإنشاءات والبنى التحتية وليست إستغلال لثروات طبيعية، وحتى من يقول بأنه من عقود القانون الخاص إن كانت من العقود المدنية أو عقود قانون التجارة الدولية، ظل هذا الفقه الخاص متأثراً بنظريات العقد الإداري في تناوله لهذا العقد. وسنستنتج أن الملكية في عقد البوت هي ملكية مؤقتة تكون حسب الدومين الذي تشغله، فالأرض قد تعود الى الدولة منذ بداية العقد، ولكن المستحدثات تكون ملكاً لشركة المشروع وعلى الشركة نقل هذه الملكية الى السلطة المتعاقدة في نهاية المشروع.

الكلمات المفتاحية: عقد البوت، نقل الملكية، التوازن العقدي.

Abstract:

International institutions such as the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), provide model guidelines to guide developing countries towards solutions that spare these countries from borrowing from entities



such as the World Bank and others, and encourage resorting to partnerships between the public and private sectors through model contracts called BOT contracts. In this research, we will shed light on the element of property rights in contracts in light of the guidelines of these international institutions, in order to conclude more balanced contracts and thus create legislation that takes into account the legal nature of BOT contracts and their specificity, and facilitates the flow of private investments, whether foreign or national, and avoids legislation that is inconsistent with achieving contractual balance, creating more stable contractual relations.

We find that ownership in a BOT contract is not the same as in other types of contracts known as public utility obligations, which many jurisprudences classify BOT under the category of "public works concessions." Rather, BOT contracts differ significantly in that they are contracts for financing construction and infrastructure, rather than for exploiting natural resources. Some jurisprudence classifies BOTs within the category of concessions. Even those who claim that they are private law contracts, whether civil or international trade law, are themselves influenced in their view by the administrative contract when dealing with this contract. We conclude that ownership in a BOT contract is temporary and depends on the domain it occupies. The land may revert to the state from the beginning of the contract, but the new developments are owned by the project company, which must transfer this ownership to the contracting authority at the end of the project.

Keywords: BOT Contract - Transfer of Ownership - Contract Balance.

المقدمة

إنشاء المشاريع الناجحة تعتبر من أهم عوامل إنعاش إقتصاديات الدول، إذ لم يعد للدولة الدور الرئيسي في تقديم الخدمات العامة بل أصبح للقطاع الخاص الدور الريادي في هذه المضمار بالأخص مع ازدياد أعداد السكان في كافة الدول فتعجز الدول عن تلبية الاحتياجات العامة عن طريق التقديم المباشر ولذلك تلجأ إلى، ومن أحد الوسائل القانونية لإنعاش إقتصاديات الدول و تقديم الخدمات العامة من قبل القطاع الخاص هو عقد البوت (B.O.T) الذي هو اختصار لثلاثة كلمات وهم (Build – Operate – Transfer)، الذي له أشكال مختلفة إلا أن شكله الرئيسي هو البناء ومن ثم التشغيل و بعد ذلك يأتي دور نقل الملكية، عقود البوت تؤدي دوراً كبيراً في مختلف الدول في مجالات متعددة كالمطارات ومشاريع المياه، والطاقة وغيرها.

تعد الإتفاقيات والعقود النموذجية التي تقدمها منظمات وجهات دولية مثل العقود النموذجية من الأونسترال^١، ينعقد عقد البوت بين أشخاص القانون الخاص وشخص القانون العام والذي يمس أموال الدولة، فتظهر إشكالية ملكية المرفق العام وعائدية ملكية أموال المرفق العام بشكل واضح، في عقد الإلتزام الملكية تكون الأموال منذ بداية العقد للشخص العام والدولة فيموجب عقود الامتياز (الإلتزام) ملكية المرفق العام ثابتة للدولة ويد الملتزم هي يد عارضة له حق الاستغلال وعليه الحفاظ على هذا

المال الى إنتهاء العقد، ولهذا للإدارة حق الإشراف والرقابة أثناء تنفيذ العقد على سلامة المرفق العام وأموال هذا المرفق، الى جانب تعديل العقد وإنهائه من طرف واحد، الإشراف ورقابة الدولة موجودة في كافة الأحوال على الكثير من النشاطات الخاصة، فعلى الإدارة حماية المواطن المستهلك في كافة الأحوال، ألا أنه السلطة الإستثنائية (أو ما يعرف بالشروط الغير مألوفة) للإدارة تجاه القطاع الخاص هي الخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وفرض إلتزامات على المتعاقدين معها دون إرادتهم هذه السلطة هي من أكثر التصرفات المميزة للإدارة في مجال العقود الإدارية إذ لا شبيه لها في نظام القانون الخاص، ومن جانب آخر في عقد البوت بأشكاله كافة يأتي من رحم المذهب الأنكلوسكسوني، فملكية الأموال تعود الى القطاع الخاص ولا يتم نقل الملكية الا بعد تنفيذ العقد وفي مراحل إنتهائه. هنا يثور سؤال حول طبيعة حق الملكية في هذا العقد، برأينا إن تحديد الطبيعة القانونية لحق الملكية في البوت هي التي تحسم الجدل حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، هل هو من العقود الإدارية، أم أنه من عقود القانون الخاص سواء كان عقداً مدنياً، أم من عقود التجارة الدولية في حال وجود طرف أجنبي.

أهداف البحث: من خلال هذه الدراسة نريد أن نبين الطبيعة القانونية لحق الملكية في عقد البوت هي ملكية خاصة مؤقتة يجب يرفع في العملية التعاقدية غرض إنجاح عقد البوت، من أجل تقديم مشروعات عامة قومية، وإنشاء بنى تحتية قوية، كون عقد البوت ذو علاقات تعاقدية مركبة، لا يمكن إخضاع هذه العلاقات التعاقدية المتسلسلة والمركبة الى قواعد القانون الإداري مهما كانت البنى التحتية المستهدفة إنشاءها سيادية، بل أنه في مجال البوت يجب إصدار قوانين خاصة بها خاضعة الى قواعد القانون المدني والى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وعدم إلحاقه تشريعياً بالتزامات المرفق العام، الى جانب أنه لا يمكن إخضاع عقد البوت الى السلطات الإستثنائية للإدارة المتعاقدة، لأن في ذلك إضرار بالأمن التعاقدى ويخلق بيئة استثمار سلبية وعلاقات تعاقدية غير مستقرة، لا تتسجم مع التركيبة المعقدة لعقد البوت.

إشكالية البحث: لا نجد الفقه العربي يركزون على الطبيعة المؤقتة والخاصة لحق الملكية في عقد البوت، بل الكثير من الباحثين والفقهاء يعتبرون البوت صورة من صور عقود الإلتزام وعلى أنها من إمتيازات الأشغال العامة، ألا أنه في الحقيقة الطبيعة المركبة للبوت وخاصة تأقيت الملكية الخاصة للقطاع الخاص تأتي في خضم صيانة المصلحة المشتركة بين القطاع العام والقطاع الخاص ؛ في عقد البوت يبعدها عن العقود الإدارية الأخرى ويعطيها طبيعة خاصة، فلا ينسجم الوضع القانوني في عقد البوت مع الإنهاء والتعديل (السلطات الإستثنائية للإدارة) متى اقتضت المصلحة العامة.

فرضية البحث: هنالك جدل فقهي حول الطبيعة القانونية لعقد البوت، وإذا أحصينا عدد الآراء في الفقه العربي نجد بأن الرأي القائل بأنه عقد البوت هو نوع من أنواع إمتيازات المرافق العامة لا غير (إلتزام الأشغال العامة) ونحن نرى بأن عقد البوت من العقود المركبة، التي يصعب إخضاعها الى قواعد القانون العام بالأخص تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة ويتجلى ذلك من الطبيعة القانونية لحق الملكية فيها كون الملكية فيها تكون للقطاع الخاص طيلة فترة التعاقد.



منهجية البحث: هذا البحث هي دراسة تحليلية لطبيعة حق الملكية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ووضعها القانوني الواقعي وفقاً للأوراق العلمية التي قدمتها (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي-الأونسيترال) والـ (منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية-اليونيدو)، مع تحليل خصيصة تأييد حق الملكية في الفقه مقارنة بنصوص القانون المدني العراقي. وإن النصوص التي ترد في هذا البحث هي على سبيل المثال وليس المقارنة التشريعية بين الأنظمة القانونية لخصائص حق الملكية^١.

خطة البحث: نتعرض في المبحث الأول لماهية عقد البوت، وإبراز الطبيعة المركبة لهذا العقد، والعلاقات التعاقدية المتعددة فيه، وذلك هو ما يبرر سبب إخضاعها الى قوانين خاصة بها تعتمد مبدأ تساوي الإرادات والعقد شريعة المتعاقدين، أما المبحث الثاني سنتطرق الى تأقيت حق الملكية في عقد البوت.

المبحث الأول: ماهية عقد (BOT):

يشيع في الفقه عبارة الامتياز البوتي^٢، فيصنف عقد البوت بأنه عقد التزام مرفق عام، بل وحتى الطروحات التي تقول بأن البوت عقد من عقود القانون الخاص، والوسائل القانونية فيها وسائل قانون خاص، فإنها لم تخرج البوت من اطار التزامات المرفق العام^٣، الأمم المتحدة متمثلة بالأونسيترال وهي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية^٤، قد اعتبرت تجربة ناجعة للشراكة بين القطاع الخاص والعام ولذلك تقدمها كنموذج لهذه الشراكة، بواسطة مؤسسة خاصة أنشأت لهذا الغرض سميت بمنظمة الأمم المتحدة للتطوير الصناعي "UNIDO"^٥، ويرجع أصل نشأة الى استخدامها من قبل الولايات المتحدة الأمريكية في استغلال مواقع للنفط والغاز في مناطق بحرية، ومنذ تلك التجربة كررت أمريكا هذه التجربة كوسيلة تمويل مشاريع للبنى التحتية كمشاريع الطاقة المتجددة، السكك الحديدية والطرق السريعة (railways) تنقية ومعالجة المياه، وشبكات الإتصال. فمن المعتاد بأن تلجأ الدول الى عقد البوت كوسيلة لإنشاء البنى التحتية ومن تلك الدول هي الولايات المتحدة الأمريكية خصوصاً في مجال النقل^٦.

في هذا المبحث سنلقي الضوء على تعريف عقد البوت في الفقهين العام والخاص كي يتبين لنا بأن الفقه العربي المتأثر بالنظام اللاتيني لا يستوعب بأن الركيزة الأساسية للبوت سواء كانت العقد المبرم في دولة متقدمة أو نامية، فإن البوت هو وسيلة قانونية مصممة لإيجاد التمويل اللازم للمشاريع القومية وإنشاء المرافق العامة اللازمة. ونحن لا نتطرق الى تشريعات خاصة بعينها والنصوص التشريعية التي نذكرها هي للتحليل كنماذج قانونية وليس للمقارنة بين التشريعات.

المطلب الأول: تعريف عقد (BOT):

يوجد الكثير من التعريفات لعقد البوت في الفقه الغربي والعربي، وهنالك منظمات كاليونيدو والأونسيترال والبنك الدولي تحاول مراراً أن تلجأ الدول النامية الى مشاركة القطاع الخاص في إنشاء البنى التحتية وتقديم الخدمات العامة بدلاً من اللجوء الى الإقتراض من الجهات الدولية أو داخلية، ومنظمة اليونيدو ترى عقد البوت كأحد الحلول المطروحة للاعتماد على القطاع الخاص في تمويل وإنشاء البنى التحتية وتشغيلها، وقدمت إرشادات نموذجية للاعتداد بها والتدريب عليها. ولا يشترط أن يتم تطبيق كافة الإرشادات ولكن بعض العناصر في عقد البوت هي عناصر أساسية كونها وسيلة تمويل بالدرجة الأولى.

الفرع الأول: تعريف عقد (B.O.T):

من أهم التعريفات لهذا العقد هو التعريف الذي اعتمدته منظمة يونيدو: "هو ترتيب تعاقدى حيث يقوم بموجبه القطاع الخاص ببناء البنى التحتية من ضمنه التصميم والتمويل المرفق العام وتشغيله وصيانته طوال مدة العقد المحدد، والقطاع الخاص بموجب هذا العقد يتمكن من تلقي الرسوم من جمهور المنفعين وغيره من الرسوم التي تذكر في العطاء ومن ثم تدمج في العقد، لتمكين القطاع الخاص من استرداد استثماراته وفي نهاية المدة يقوم القطاع الخاص بتحويل ملكية المشروع الى الجهة الحكومية المتعاقدة، أو كيان خاص آخر تحدده الجهة التعاقدية"^٨، وعرفه جانب فقه القانون الخاص بأنه: "اجتماع أشخاص من القانون الخاص، في شركة مشروع تجاري، من قبل الدولة، يرضى علاقتهما عقد موقع بينهما، مرماه تمويل وبناء واستثمار مشاريع لمدة تكون كافية لسداد الالتزامات من خلال عائدات الاستثمار، وأيضا السماح للمستثمر الأساسي من تحقيق غاياته الإستثمارية"^٩، هذا التعريف هو أكثر تعريف يصف الوضع القانوني لعقد البوت الذي يكون مجموع من العلاقات التعاقدية، وعرف بأنه: "تنظيم تقوم به الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر (خاص) ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الإقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أو استئجار أصول هذ المرفق وتشغيله - بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طوال مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع الى الدولة أو أحد أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه"^{١٠}.

أما إتجاه الفقه العام فإنه يعتبرون هذ العقد من التزامات المرفق العام، نوع إمتيازات الأشغال العامة،^{١١} فعقد البوت فيه بناء مرفق عام، ونحن نرى بأنه بعض المرافق حتى في ذات الدول الأنكلو سكسونية لا تقبل أن تعطى فيها الملكية الى القطاع الخاص ولو ساعة من الزمن، لأنها من الدومين العام^{١٢}، فوصفه جانب من الفقه بالامتياز المتطور^{١٣}، وانتقد البعض^{١٤}، اعتبره امتداداً لامتياز الأشغال العامة والذي سنعرض هذا الإنتقاد لاحقاً. فعقد الامتياز (امتياز الأشغال) هو عقد بين السلطة المانحة وصاحب الامتياز (الملتزم) ولا يمكن لغير صاحب الامتياز تنفيذ العقد أو التدخل فيه عكس البوت الذي يقوم على تعدد العلاقات العقدية وإنشاء شركة مشروع، لا يمكن إخضاع هذا العقد الى السلطات الإستثنائية للقعد الإداري، فذلك فيه ظلم وإجحاف بحق المتعاقدين وتعريض لتوازنات التزامات الى خطر. ومنهم من أكد على أنه عقد تمويل للبنى التحتية: "نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعتمد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يطلق عليه تسمية (شركة المشروع) بموجب اتفاق بينهما يسمى (اتفاق الترخيص) تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم و بناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الإقتصادي خاصة، و يرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع و تشغيله بنفسها، أو عن طريق الغير، و يكون عائد التشغيل خالصا لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع و تحقيقها هامش ربح طول مدة الترخيص"^{١٥}.



فما يميز عقد البوت (B.O.T) عن عقود الالتزام العادية بأنه عقد الالتزام يكون بمنح هذا الالتزام الى الشخص الملتزم مع إعتبار بأنه هذا الشخص لديه المكنة المالية والقدرة الفنية على تنفيذ الالتزام ويبرم عقد الالتزام دون تنافس على الإعتبار الشخصي لشخص الملتزم^{١٦}، وعقد البوت أيضاً فيه إعتبار شخصي ألا أنه الدولة تلجأ الى وضع كل التسهيلات اللازمة لضمان عدم إعاقة عملية تمويل المشروع من خلال عقود الإقتراض، وعرفه من الفقه: "بأنه إتفاق تعاقدى يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، أية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من إسترجاع الأموال التي إستثمرها، ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة الى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة، يلتزم الشخص المذكور باعادة المرفق الى الحكومة، أو الى شخص خاص جديد يتم إختياره عن طريق الممارسة العامة"^{١٧} "

ما نجده بأنه هنالك رأي وإتجاه يكاد أن يسود بأن عقود البوت هي عقود القانون الإداري دون أي إكتراث للوضع القانوني والعلاقات العقدية المتعددة، في عقد البوت الذي من شأن إستخدام حق التعديل في عقد البوت التسبب بإخلال في التوازن العقدي وبالتالي الإضرار بالأمن العقدي، والأهم من ذلك لا يوجد في الفقه لا الخاص ولا فقه القانون العام من ركز ووقف على حقيقة أن الملكية في عقد البوت الأصل فيها بأن يكون للقطاع الخاص بشكل مؤقت، إلا إذا نص على ما يخالف ذلك، كما سنخوض لاحقاً في مسألة تأقيت حق الملكية أسوة بحق المساطحة^{١٨}، فإنه إن لم يوجد في الفقه تمييز بين حالة عقود (B.O.T) لإنشاء البنى التحتية والمشاريع الإستثمارية وعقود الالتزام أو الامتياز التي تكون الدولة فيها مسيطرة وفقاً لحق الإشراف على المرفق العام، فلن يوجد تشريع مع الأسف يمكن أن يكون مؤسساً على مبادئ التوازن العقدي، وتوفير وجذب إستثمارات مستقرة.

الفرع الثاني: خصائص عقد البوت:

يمكن إجمال أبرز خصائص عقد البوت في التالي:

١. عقد البوت هو من عقود المدة: حيث يلعب الزمن دوراً جوهرياً، والتزامات فيه مقسمة على فترات زمنية.
٢. عقد البوت ملزم للجانبين.
٣. عقد البوت من عقود المعاوضة.
٤. عقد البوت من العقود المركبة^{١٩}، الى جانب وجود أشكال متعددة لعقد البوت، ٢٠ فإن الصيغة الأساسية لعقد البوت (Build, Operate, transfer) فإن هذه المراحل الثلاث تتعدد فيها العلاقات التعاقدية، والدولة عندما تبرم عقداً بصيغة عقود البوت، فإنها على معرفة مسبقة، بأنه المستثمر الأساسي فيه لتنفيذ التزامات العقد يقوم بالارتباط بعلاقات تعاقدية متعددة منها عقود التوريد الضخمة وهنالك ممولين ومقرضين قد يكونون بنوك ومصارف، وعقود صيانة وتحديث وغيرها، وعلى ذلك سوف نأسس

رأينا بأنه عقد البوت من وإن كان يشبه كثيراً عقود الامتياز كونها تقع على مرافق عامة و أموال عامة، فإنه لا يمكن إخضاعه الى قواعد القانون العام بالأخص تلك المتعلقة بتعديل العقد ٢١. كونها تضر بالأمن التعاقدى، وهذا العقد مبني على أساس تعدد الارتباطات التعاقدية في نقطة البداية.

الفرع الثالث: تمييز عقد البوت عن عقود الإلتزام (إمتيازات الأشغال العامة):

العناصر التي تميز عقد البوت عن عقد الإلتزام التقليدي هي كالتالي:

١. أن في عقد البوت الملكية تكون للقطاع الخاص بشكل مؤقت^{٢٢}، لكي يسهل للشركة التي ستقوم بإنجاز المشروع الحصول على التمويل اللازم، ولذلك عقد البوت أكثر تعقيدا من الإلتزام التقليدي، لأنه ذو أطراف متعددة فتدخل فيها الشركات المنجزة من المقاولين، والمستثمرين والممولين المقرضين، الممول يتأكد من أنه يستطيع أن يحصل على حقوقه بشكل قانوني في مقابل المبلغ الذي يعطيه، ولذلك يتم الخصخصة المؤقتة للمشروع ومن بعد ذلك إرجاع ملكيته للسلطة المتعاقدة، وذلك هو ما يساعد في إجتذاب رؤوس الأموال اللازمة. ولذلك في العقد نفسه يجب أن يحرص المقرض بأنه لديه البنود الإتفاقية اللازمة التي تضمن حقه، فقد يكون البند مباشرا بعنوان (Lenders)، أو أن يتأكد من أن العقد الموقع بين الملتزم والسلطة المانحة للإلتزام يخول للمقرض اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لضمان حقه في حال تعثر المشروع^{٢٣}. ولذلك قد يتضمن عقد البوت بنود اتفاقية تعتبر اشتراطا لمصلحة الغير.

٢. عقد البوت^{٢٤}، من العقود المركبة وله أشكال متعددة^{٢٥} في التعاقد في البوت يتم مع المستثمرين الذين لديهم القدرة والكفاءة المالية، ولكن على عكس عقد الإلتزام لا يشترط فيفترض مسبقاً وجود مقرضين وممولين فلا يشترط بالمستثمر الرئيس أن يكون هو الممول بشكل مباشر ولكنه يستطيع أن يضمن التمويل اللازم للمشروع، ويجوز في البوت التعاقد من الباطن مع المقاولين ورجال الأعمال^{٢٦}.

٣. ان عقد البوت من الوسائل التعاقدية لتوريد الخدمات العامة فتمثل مشاركة للقطاع الخاص في مجال البنى التحتية (infrastructure) للدولة. وإن رافقتها تقديم خدمة عمومية^{٢٧}، وأما الإمتيازات المقررة لكلا الطرفين فهي من ضمن الشروط التعاقدية، هذه الشروط يجب أن يحكمها العقد شريعة المتعاقدين، سواء تم التعاقد مع مستثمر أجنبي أو قطاع خاص داخلي^{٢٨}. من هنا على الادارة المتعاقدة والدولة تطوير خبراتها وكفاءاتها التعاقدية بحيث تستطيع ابرام عقود متزنة ومن جانب آخر تمكنها قدر الإمكان حماية أموال الدولة وحماية المواطن المستهلك، (أو المرتفق للخدمة العمومية).

٤. حق الملكية في عقد البوت يكون حسب المرفق العام الذي يتم إنشائه وإستغلاله من قبل القطاع الخاص ولكن الأصل بأنه الملكية تعود الى القطاع الخاص في عقد البوت ويستخدم كضمان يستفاد منه في الحصول على التمويل لازم والإقتراض^{٢٩}، وإن كان الملكية الخاصة لا تصدق على كل عقود البوت فبعض العقود التي تقع على الدومين العام كالطرق العامة مثلا لا يمكن بأي شكل من الأشكال وجود ملكية خاصة فيها وما يحصل أنها تكون بمثابة عقد إيجار للطريق هي من الوسائل التعاقدية حيث يستحصل القطاع الخاص على رسوم المرور والاستغلال^{٣٠}.



المطلب الثاني: أطراف عقد الـ (BOT) وتكوينه:

أنجع وصف للبوت بأنه نظام تمويل ذاتي لمشاريع البنى التحتية يقوم على سلسلة متنوعة ومعقدة من العلاقات^{٣١}، التكوين العقدي للـ (BOT) يختلف فله عدة أشكال تعاقدية وكلها قائمة على تعدد الأطراف في العقد وذلك ما يميزه عن الإلتزام التقليدي البسيط^{٣٢}، حيث أن الملتزم هو طرف واحد وإن تعدد والعقد هو عقد واحد وليس اتفاقات عقدية، المتعاقد في عقد البوت يمارس عمله في إطار مشروع اقتصادي ولم يكن مشغلا بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف^{٣٣}، الأطراف في عقد البوت:

١. الدولة المانحة للإلتزام.
٢. الشركة الملتزمة والتي تتألف من مجموعة هيئات خاصة للدعم المالي أجنبية أو محلية، فالدولة والشركة يوقعان اتفاقية الـ (BOT)، التي هي التزام أشغال عامة.
٣. المقرضون الذين يضمنون تمويل المشروع عن طريق عقد موقع من الشركة صاحبة الإلتزام.
٤. المقاولون الذين قد يكونون شركاء في الشركة أو أن لديهم عقد مستقل مع الشركة الملتزمة.
٥. مدير ومستثمر المشروع الذي قد يكون صاحب الشركة الملتزمة نفسها أو شركة إدارية مستقلة متخصصة.
٦. مرتفقي المشروع والذين هم الذين يستخدمون المرفق^{٣٤}.

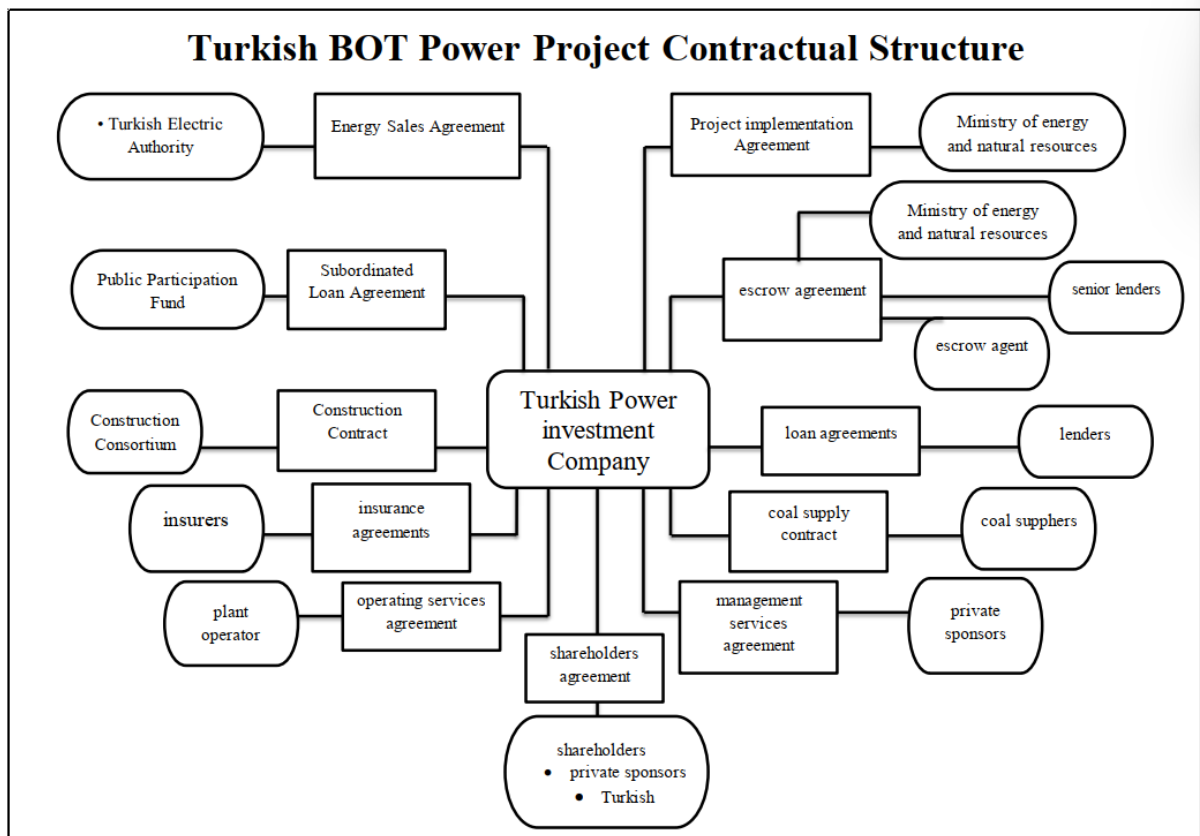
فإذا أهم النقاط التي تميز عقد البوت عن التزام المرفق العام.

١. ما يجعل عقد البوت أقرب الى القانون الخاص هو أن ارتباط عقد البوت أكثر ارتباطاً بالإدارة الخاصة لمشاريع البنى التحتية^{٣٥} بالمقارنة بعقد الإلتزام، نصوص نقل الملكية من القطاع العام الى القطاع الخاص، وتقديم الدولة ضمانات جاذبة للاستثمار، وتقديم ضمانات لرعاية المستثمر ضد المخاطر السياسية والنقدية والأمنية^{٣٦}. وإلى جانب أنه يمكن إعتماده في مشاريع تنمية استثمارية ذات طابع خاص.

٢. إن عقد البوت قائم على التجزئة، على مستويين:

- فالمرحلة الأولى التي هي مرحلة التصميم والبناء فتطبق عليها التشريعات المتعلقة بالمقاولات العامة والبيئة، وعلى الدولة أن تسهل حرية حركة البضائع، والمرحلة الثانية هي مرحلة الإستغلال وتشغيل المنشآت، التي يتم فيها سداد القروض من الأرباح، والمرحلة الأخيرة هي نقل الملكية الى القطاع العام^{٣٧}.

- وكذلك فكرة البوت قائمة على التجزئة من ناحية التكوين العقدي فهو منذ البداية الدولة تتوقع أن تكون هنالك اتفاقات عقدية متعددة، فهو ليس كعقود الإلتزام التي ترعى في الشركة أن تكون ذات.



هذا النموذج مأخوذ من Andrew D.Cao, BOO & BOT Approaches to Privatization, p.153

كفاءة مالية وفنية لتنفيذ المشروع، فيكون الإتفاق مع المستثمر الذي قد لا يكون المقاول المنفذ، أو شركة متخصصة في هذا المجال^{٣٨}.

١. من أحد خصائص عقد البوت بأشكاله وجود تعقيد في العلاقات القانونية كونها متعددة الأطراف من ناحية ومن ناحية أخرى أنه وإن كان من الممكن أن يبرم عقد البوت مع طرف أجنبي أو طرف داخلي، ألا أنه عقد البوت قد تلازم مع الإستثمار الأجنبي أو الخبرات الأجنبية، ذلك ما يؤدي إلا تصنيفه من حيث الطبيعة القانونية من قبل البعض من الفقه بأنه من عقود القانون الخاص (المدنية، أو التجارية الدولية) أو كونها من عقود الإستثمار الأجنبي (المختلف في طبيعتها فقهيًا)، أو كونها من العقود الإدارية. هذا العنصر الأجنبي قد لا يكون فقط المستثمر الأجنبي أو الأموال الأجنبية التي تدخل والتي تؤدي إلى كون عقد البوت أكثر تعقيداً من عقود التزام الأشغال العادية^{٣٩}، بل إن في بعض الأحيان قد يتضمن اتفاق البوت عقوداً تبرم أن له آثار في دول أجنبية، فقد تتضمن الترتيبات التعاقدية على عقود توريد تجهيزات ميكانيكية وآلات معينة أو غير ذلك^{٤٠}.

٢. الطرف الثاني في عقد البوت هي شركة مشروع ذات غرض خاص محدد، يتم إنشائه من عدة مساهمين الذين شكلوا كونسورتيوم في مرحلة العطاء، وباتوا شركة مشروع بعد الرسو عليهم^{٤١}، ومسؤوليتهم تكون كل مساهم حسب مسؤولياته في التعاقد، فمسؤوليتهم فردية فيما يتعلق بالتزامات كل واحد منهم، وتكون تضامنية، في شأن الإلتزامات الجماعية^{٤٢}. ولكن قد لا يتم الإتفاق على تأسيس شركة



خاصة بالمشروع بل إن الراجح في أسلوب البوت (BOT) بأن يتم الإتفاق مع مجموع شركات تشكل إتحاد شركات (كونسورتيوم)، في ذلك تلافي لتطبيق الكثير من قوانين الدولة المضيفة، كون لو تم تأسيس شركة خاصة بالمشروع فإنها لن تكون أجنبية، بل وطنية حينها^{٤٣}.

في أي تشريع لعقد البوت يجب أن يراعي المشرع الوسائل الحديثة في التشريع والمبادئ القانونية التي تقوم عليها التجارة الدولية وتتادي بها، بالأخص أن العراق قد قدم طلباً للانضمام الى منظمة التجارة الدولية^{٤٤}. فاعتماد الوسائل القانونية التقليدية وعدم تطوير الإمكانيات القانونية والكفاءات التعاقدية الحكومية هي التي تؤدي الى الإضرار بالمال العام، فحتى الدول المتقدمة تحمي أموالها ولكن عن طريق الوسائل التعاقدية وإبرام عقود سليمة لا عن طريق إتخاذ وسائل القانون الإداري واستخدام ما يسمى بامتيازات السلطة العامة.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لحق الملكية في عقد البوت:

السجال مشدّد بين المختصين من القانون العام والقانون الخاص بشأن الطبيعة القانونية لعقد البوت هل هو من عقود القانون الخاص أم هو عقد إداري^{٤٥}، ومن ضمن نطاق القانون الخاص هل هو من العقود المدنية أو التجارية أو من عقود التجارة الدولية^{٤٦}، وبين من يقولون بأنه عقد إداري يختلفون كونه عقد إداري، أم عقد إداري دولي خصوصاً أن دولة كفرنسا لا تعترف بوجود عقد إداري دولي^{٤٧}، ومنهم من يصفه بأنه عقد استثمار.

يثير حق الملكية في عقد البوت الكثير من التساؤلات، من أهمها هل أن حق الملكية يقبل التأقيت؟ المعروف عن حق الملكية أنه حق دائم لا يقبل التأقيت^{٤٨}، حيث أنه حق دائم لا يجوز توقيته بأجل، ما يجعل مفهوم الملكية في البوت مختلف عن الملكية في القانون المدني^{٤٩}، رأينا كما سبق وأشرنا بأن الملكية من الشروط الجوهرية التي يجب أن يتم الإتفاق عليه في اتفاق عقد البوت، فبعض أجزاء من الممتلكات لا تقبل الملكية الخاصة في أي مرحلة من العقد وإن كانت مستحدثة بأموال القطاع الخاص، والبعض منها يتقبل حق الإنتفاع، والبعض يمكن أن ندعم المركز المالي للملتزم بأن لا يتقيد بأية قيود غير أحكام القانون الخاص.

المطلب الأول: مفهوم حق الملكية في تكوين عقد البوت (BOT):

نظام الـ BOT هو اختصار لثلاثة كلمات وهم (Build – Operate – Transfer)، آثار عقد البوت وتنفيذه تشبه عقود التزام الأخرى من حيث وجود التزامات متبادلة على أطراف العقد وشركة المشروع، بهدف تشغيل وتقديم الخدمة العامة، ما يميز عقد البوت عن عقود الالتزام هو وجود عنصر حق الملكية الخاصة في عقد البوت^{٥٠}، لازال الفقه العربي لا يركز ويتلافى طبيعة حق الملكية من حيث المدة في عقد البوت، إذ بل وكثيراً ما يصنف الفقه العربي بأنه عقد البوت هي نوع خاص من أنواع عقود الالتزام، وبالتالي هي من العقود الإدارية ومنهم من يصنفها بأن عقد البوت من العقود ذي الطبيعة الخاصة، ومن رأيينا بأن العقد بأنه لا توجد عقود ذو طبيعة خاصة، فإنه العقد إما عقد خاضع للقانون الخاص أو ان العلاقة

التعاقدية خاضعة لأحكام القانون العام، وعرفت المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي حق الملكية على انه " الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة بغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة.^{٥١}، وبذلك الملكية تشمل كافة عناصر الملكية تشمل ما فوقها ومفاتها الى الحد المفيد في التمتع بها^{٥٢}.

من أحد أهم التزامات المتعاقد المستثمر مع السلطة المانحة أن ينقل ملكية المشروع الى السلطة المانحة^{٥٣} في قبل نهاية مدة العقد وأن يتم التسليم بشكل صحيح^{٥٤}، مع عدم تعرض الكثير من المصادر الى مسألة حق الملكية في عقد البوت وحدوده بشكل مفصل على أنه ذو أهمية، وصفت الملكية في البوت بأنها ليست ملكية كاملة بعناصرها المعروفة في القانون المدني، وإنما هي ملكية مؤقتة مشروطة، فهذه الملكية تعطى لغرض محدد وإكمال مشروع هنالك حاجة عامة لإشباعها وعلى ذلك هو ليس حراً في استغلال المشروع كما يشاء بل هنالك غرض محدد وكذلك لا يمكنه الغلق بحر إرادته، وعليه التزام بأن يوصل استثماره الى أكفأ الممكن. وكل مشروع يهدف الى تشييد أبنية فإن لصاحب البناء حق الإطلاع والمراقبة، ويقتضي حق الملكية أنه إذا أنفق المالك العين المملوكة له فليس عليه الضمان أو التعويض، في حين أن على المستثمر إعادة الحال الى ما كانت عليه^{٥٥}، وذلك من ضمن إلتزام عليه ألا وهو الصيانة. وكل ذلك يخالف مفهوم حق الملكية كما قد جاء في القانون المدني بأنه حق دائم باقي مادام الشيء باقياً^{٥٦}، بعكس الحقوق العينية الأخرى كالانتفاع وغيره^{٥٧}.

الفرع الأول: مفهوم حق الملكية في القانون العراقي:

يتضح من نصوص المواد (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي^{٥٨} أن مالك العقار له كمال التصرف والاستغلال والاستعمال وهذا الحق المطلق بمل إرادته، ألا أنه في الشطر الأخير من المادة المذكورة "... فينتفع بالعين المملوكة ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة." وكذلك في المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري: "مالك الشيء وحده في حدود القانون..." معناه أنه حق الملكية الذي يخول لمالك الشيء الحقوق الثلاثة المقررة له في حدود القانون^{٥٩}، إن إيراد قيود قانونية على الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ليست بغريبة في عالم القانون على سبيل المثال القيود المفروضة على تملك الأراضي الزراعية^{٦٠} ومنها قيود إرادية التي شرعتها بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي والمصري^{٦١} على عكس المشرع العراقي الذي لم يتناول مثل هذه الشروط بالإباحة على وجه الخصوص ولذلك ترك للقواعد العامة^{٦٢}. وهنالك تطبيقات لهذه القواعد العامة التي تشير الى وجود فكرة وضع القيود الإرادية في العقود على حق الملكية منها المادة (٦١١) المتعلقة بالهبة بشرط بالعوض^{٦٣}. خلاصة القول بأنه على الرغم من الأصل في حق الملكية أن لصاحب الحق الإنتفاع به وإستغلاله والتصرف به بحرية والاستثنائ بذلك، ألا أنه إيراد بعض القيود ليست من المستحيلات القانونية، فقد توجد قيود قانونية، وقد توجد قيود إرادية، ويجب تأسيس أي تشريع يخص عقود إنشاء البنى التحتية عن طريق البوت متجها نحو قواعد قانونية لا تمس بالأوضاع القانونية المستقرة، بل وتمكن المستثمر الرئيس من إيجاد التمويل المناسب وتسهل عليه إكمال المشروع، ووجود تشريعات خاصة بعقود البوت.



الفرع الثاني: مفهوم الملكية في عقد البوت

إن الشكل الرئيسي لعقد البوت هو بناء، تشغيل، نقل الملكية في نهاية العقد، فنجد بأن دليل اليونيدو للبوت قد خصص فصلاً كاملاً لكيفية نقل الملكية من القطاع الخاص إلى القطاع العام، في نهاية العقد^{٦٤}، وإذ بالدليل الإرشادي الذي يضع العقود النموذجية للبوت وعقود الشراكة بين القطاعين من قبل اليونيدو يؤكد على أن ملكية المشروع يكون عائداً إلى شركة المشروع وهي من ممتلكاته^{٦٥} وأن مدة الملكية هي مدة العقد نفسه^{٦٦}، وأنه على الدول المستضيفة لعقد البوت أن تشرع قوانين تحمي هذه الملكية ولا تنتقص منها:

" Laws protecting property rights

Most fundamentally, property rights (ownership of land and project facilities or contractual licence to use them) must be clearly defined and protected by law. Obviously a project company cannot carry out a BOT project unless its right to use the project site and the project facilities are protected by law against interference from third parties. "⁶⁷

الفقه العربي بشكل عام لم يخوض في مسألة حق الملكية في عقد البوت بل ويتجنبه الكثيرون، لأنهم في الأصل يصنفونه بعقد امتياز أشغال عامة، ويتبين لنا بأنه على عكس الرأي السائد في الفقه يذهب إلى تأييد حق الملكية، فإنهم يعتبرون الديمومة والتأبيد من جوهر وطبيعة حق الملكية، وهو حق دائم مادام محله باقياً^{٦٨}، ولا يمكن للملكية السقوط بعدم الإستعمال^{٦٩}، على هذين العنصرين يستندون أصحاب الرأي تأييد بشكل مختصر^{٧٠}، فإنه يمكن إن شرعت قوانين خاصة بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، يجب أن تكون الملكية فيها عائدة إلى القطاع الخاص.

وحيث بعيداً عن عقد البوت الرأي السائد بات منتقداً كونه لا يغطي جميع الحالات، على سبيل المثال الأراضي الزراعية المهملة من قبل أصحابها دون عذر مشروع سنتين متتاليتين فإنه تعتبر ملكاً للدولة دون تعويض^{٧١}، بالإضافة إلى قول مؤيدي عدم جواز توقيت حق الملكية إذ يرى أصحاب هذا الإتجاه بأنه لا يمكن توقيت حق الملكية فذلك يتنافى مع طبيعة حق الملكية^{٧٢}، وفي المقابل هنالك من يرى بأنه عدم توقيت حق الملكية في السابق ليس لتناقضه مع جوهره وطبيعته بل لعدم وجود حاجة عملية لمثل هذا الوضع القانوني، ومن الأمثلة عن وجود فكرة توقيت حق الملكية هي المادة (١٠٣٨) من القانون المدني المصري: "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في إستيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا إستبقى المباني وفقاً لأحكام الإلتصاق"^{٧٣}. تفسير هذا النص يعني إنتقال حق الملكية على المباني المقامة تنتقل إلى الأرض بإنقضاء الأجل وفقاً لأحكام الإلتصاق، أما في القانون المدني العراقي فإنه جاء في المادة (٢٩٢ / ٢): "لا يصح في العقد إقتران الملكية بأجل" والتي تمنع إقتران الملكية بأجل في العقود، إلا أننا نرى بأنه وإن منع القانون المدني وجود قيد إرادي في العقود يؤقت الملكية، فإنه هذه القاعدة تكون عامة يمكن الإستثناء عليها لأغراض المصلحة العامة، وهنالك إتجاه مقابل يعتقد بأنه فكرة تأقيت حق الملكية موجود في القانون العراقي بالنظر إلى أحكام حق

المساحة، التي تنص: "يملك المسطح ملكاً خاصاً ما أحدث على الأرض من بناء أو منشآت أخرى وله أن يتصرف فيه، مقترناً بحق المساحة بالبيع والرهن وغيرهما من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري وذلك دون إخلال بحق صاحب الأرض وبالغرض الذي أعد له البناء والمنشآت كل هذا ما لم يتناقض يخالفه" وللمساح حق الملكية الخاصة على المحدثات وله حق التصرف^{٧٤}، ألا أنها ملكية مؤقتة بمدة ووقت المساحة^{٧٥}.

والسؤال المثار هنا هل يمكن تمليك جميع أنواع أموال الدولة الى القطاع الخاص؟

بالرجوع الى المؤلف الأساسي في عقد البوت الذي قدمه اليونيدو والذي تأسست عليه جميع تقاريرها ومراجعتها فيما بعد كونها من المصادر الهامة، أشارت بأنه لا يمكن تمليك بعض العناصر في العقد مثل الأرض الذي يقام عليه المشروع فقد يكون غير قابل للتمليك في بعض الأحيان ألا أنه في الأصل يجب أن يمكن القطاع الخاص من تملك الأرض والممتلكات القائمة عليها أي المشروع القائم لشركة المشروع، وأن توجد حماية قانونية فالثبات التشريعي هو الذي يعطي جواً آمناً لعقود أكثر نجاعة في التنفيذ^{٧٦}. وأشارت بأنه إذ كان المال العام غير قابل للإملاك الخاص فإنه يجب الإشارة الى كل هذه الشروط في التعاقد منذ البدء.

ونحن نجد بأنه في الواقع ليست كل أموال الدولة قابلة للإملاك الخاص كالجسور والموانئ، ولا يشترط أن تكون كل العقارات غير قابلة للتمليك الخاص، إذ المرتبط هنا هل هذا المال العام هو من الدومين الخاص للدولة أو من الدومين العام، فإن هذا العقد يتأثر بالقوانين الخاضعة لها، والطبيعة القانونية للأمالك، فمنها إن كانت من الأموال العامة للدولة (الدومين العام)، فهي لا يمكن أن تملك لغير الدولة حتى إن بنيت من قبل القطاع الخاص، كالطرق والجسور وسكك الحديد والسدود والمثال على ذلك، وأما إن كانت أراضي أو متعلق بمشاريع تنموية وتعتبر من الأموال الخاصة للدولة، فإنه يمكن أن تملك من قبل القطاع الخاص كأرض تمنح لبناء وتشبيد سايلو للقمح، ويتصور وجود ملكية مشتركة مثلاً في حالة عقد بوت لطريق يرافقه بناء مستحدثات كمحطات الوقود يمكن أن تكون هذه المحطات ملكية خاصة. فحتى في الدول الأنكلو سكسونية كأمریکا بمراجعة قانون خاص صدر لإنشاء طريق سريع مقابل الرسوم (California (USA) Toll Road- Assembly Bill No.680 Chapter 107) - يستهل التشريع في الأسباب الموجبة بتسمية المشروع (design, construction, and operation of state- owned transportation facilities) أي أنها أوضحت بشكل قطعي أنه هذا الطريق هو ملك للدولة، هذه الملكية تكون طوال فترة العقد للدولة، وجاء في أحد فقرات القانون المذكور بأنه لغرض منح تسهيلات للمشروع، يجب أن يتضمن العقد إمتيازات (لشركة المشروع) فمن حقها أخذ مقابل مرور عبر الطريق أو أبرام عقود إيجار على كل ما يمكن أن يقع فوق فضاء المشروع، وإن كل ما تحدثه الشركة من إنشاءات فهي ملكها الخاص كالمطاعم والكافيتريات حوالي الطريق نفسه من إنشاءات للقطاع الخاص إما إستغلالها بنفسه أو أنه يمكنه إعطاءها بعقد إيجار الى شخص ثالث^{٧٧}، ولكن في كافة الأحوال على القطاع الخاص إرجاع ملكيتها الى الدولة دون مقابل نهاية العقد الذي مدته (٣٥) عاماً^{٧٨}. فنستنتج أنه كل ما أمكن يمكن منح ملكيته بشكل مؤقت الى القطاع الخاص، ألا أنه إذا لم يتناسب كونه من الدومين العام للدولة فيمكن الإتفاق مسبقاً على ذلك.



ومثال آخر في قانون منح التزام المرافق العامة لأشياء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري^{٧٩} في مادته الثالثة: (لا يجوز الحجز أو إتخاذ أي اجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام)، ويستقى من ذلك بالمفهوم المخالف، بأنه حق الملتزم لا يشمل هذه التصرفات، وهذه من حماية القانون للأموال العامة للدولة، ومن جانب آخر إن لشركة المشروع إنشاء أبنية لا مانع من أن تكون أبنية خاصة كما جا في أحد مواد عقد إنشاء مطار مرسى علم^{٨٠}: (يحق للمستثمر إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض مثل إقامة مبان خاصة بالأسواق الحرة، أو أي مبان إدارية أو تجارية أو ترفيهية يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال، على أن يكون ذلك بعد موافقة المالك..)^{٨١}، ونذهب إلا أنه إن هذه المبان الخاصة التجارية وغيرها المعدة للاستغلال التجاري يجوز التصرف بها أو وقوع هذه التصرفات عليها، وعلى ذلك إن موضوع الملكية محل اتفاق بين السلطة المانحة والقطاع الخاص ومن أهم المسائل التي يجب أن يتناولها اتفاق العقد.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت:

الطبيعة القانونية لعقد البوت من أهمها هل أن حق الملكية يقبل التأقيت؟ المعروف عن حق الملكية أنه حق دائم لا يقبل التأقيت^{٨٢}، حيث أنه حق دائم لا يجوز توقيته بأجل، ما يجعل مفهوم الملكية في البوت مختلف عن الملكية في القانون المدني^{٨٣}، رأينا كما سبق وأشرنا بأن الملكية من الشروط الجوهرية التي يجب أن يتم الإتفاق عليه في اتفاق عقد البوت، فبعض أجزاء من الممتلكات لا تقبل الملكية الخاصة في أي مرحلة من العقد وإن كانت مستحقة بأموال القطاع الخاص، والبعض منها يقبل حق الإنتفاع، والبعض يمكن أن ندعم المركز المالي للملتزم بأن لا يتقيد بأية قيود غي أحكام القانون الخاص. الآراء مختلفة حول طبيعة عقد البوت كما سبق وأشرنا لن نسردها ولكن لتحديد طبيعة هذا العقد هل هو من عقود القانون الإداري أم أنه من عقود الإدارة الخاضعة للقانون الخاص المدني كان أو ما يتعلق بالأحكام المتعلقة بالتجارة الدولية أو الإستثمار الأجنبي، من أجل تحديد هذه الطبيعة سنركز على ما عناصر عقد البوت المميزة والتي تعرف بها ألا وهي أن البوت أداة تمويلية ذات ترتيبات اتفاقية معقدة، من حيث النشأة يأتي عقد البوت من الدول التي لا تعرف العقد الإداري، والتي هي ذات نظام أنكلو سكسوني^{٨٤}، ما يجعل البوت من العقود المدنية التي لا يتحمل فيها أن تخضع الى غير القانون الخاص وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^{٨٥}. هو أنه عقد البوت نظام تمويل مشروعات البنى التحتية وتقديم الخدمات العامة ألا أنه يقوم على تعدد العلاقات التعاقدية ففي عقد الالتزام أو إمتيازات الأشغال العامة يعطى على أساس الممارسة والمفاوضة مع الملتزم، ولا يكون لهذا الملتزم التعاقد من الباطن إلا إستثناءً وبإذن من السلطة المتعاقدة^{٨٦}.

- في نظام البوت هنالك طرف وهو المواطن المنتفع الذي يتمركز آلية الحماية حوله، لأنه يصبح طرفاً مدعناً في العقد، ولذلك على الدولة التدخل لحمايته، وهو الذي يدفع الرسم. ولكن هذا التدخل والرقابة هو موجود في كل المشروعات فلا تنفرد المشاريع العامة بوجود رقابة عليها وإعطاء التعليمات مثل مراقبة الأسواق والمواد والأدوية.

يصاحب عقد البوت احتكار، على سبيل المثال المطارات فلا يمكن أن يبنى مطارين في وحدة إدارية واحدة، ولا يشترط بأن يكون إحتكارا مطلقا بأن يكون لدى الشركة إستغلال مرفق معين على صعيد اقليم الدولة بشكل حصري، ويكفي أن يكون نسبيا سواء كان إحتكارا طبيعيا أو قانونياً. ولا نغفل بأنه أي عقد إن وصف بأنه عقد التزام مرفق عام فإنه من الحتمي بأن يكون من العقود الإدارية^{٨٧}، ألا أن لعقد البوت خصوصية أخرى ألا وهي من حيث المنشأ جاءت من دول ذات نظام أنجلوسكسوني، وهو عقد تمويل بدرجة أساس اتفاقية لتمويل مشروع بنى تحتية، له تعقيدات لا توجد في عقود الإلتزام العادية، كونها فيها علاقات قانونية متعددة، ومتشابكة ففي أبسط عقود البوت يتضمن (اتفاقيات الشراكة بين المستثمرين، عقد التشييد، عقد التوريد، عقود الصيانة والتشغيل، اتفاقيات القروض، اتفاقيات التأمين)^{٨٨}.

من مميزات العقود الادارية أن السلطة المانحة تستطيع توقيع الغرامات بنفسها، والأهم أو الأخطر تعديل العقد أو حق الإنهاء للمصلحة العامة والإسترداد، ولكن هل ينسجم هذا مع الوضع القانوني في البوت؟ انقسمت الآراء حول البوت كما أشرنا من قبل، والجدل الرئيس هل هو من العقود الخاصة أو العقود الإدارية، وبرأينا إن البوت لا يمكن تصنيفه بشكل مطلق كونه عقدا خاصا أو عقدا إداريا في الواقع، فالوضع القانوني لعقد البوت يختلف حسب الدولة، كون أنه هذا العقد يمثل نظاما يتعايش في ظل قوانين الدولة التي تطبق فيها، فيمكن أن يكون عقدا إداريا في مصر والسياسة التشريعية حول هذا الأسلوب في التعاقد بأن يكون عقداً إدارياً^{٨٩}، وقد يكون حسب قوانين دولة أخرى من العقود الخاصة الخاضعة الى القضاء المدني دون الإداري. ولكن إذا كانت الدولة تروم جذب الإستثمار وصياغة قانون يتناسب مع قواعد العدالة ويحقق مبدأ ويتفق مع مبدأ الأمن التعاقدية، وإن كان بالنسبة الى كونه عقود خدمات عامة. فإنه يجب على الدولة تطوير من وسائلها وقوانينها واللجوء الى قواعد المنافسة والإحتكار في تقديم الخدمات العامة التي تأتي من المرافق العمومية، ومن جانب آخر الإستعانة بقواعد حماية المستهلك كما هو الحال في الدول الأوروبية^{٩٠} فكما جاء في أحد المراجع بأنه: "المنفعة العامة أساس للخدمة العامة والمنافسة مبرر لها، تكمن القوة المنتجة لسياسة الخدمة العامة في الاندماج والتشكيل الأوروبي والتي تشكل المنافسة وإنشاء سوق موحدة محور إهتماماته وحجة كيانها، الأمر الذي جعله لايهتم إلا بالنشاطات ذات الطابع الإقتصادي، بغض النظر عن نظام ملكيتها (عمومية أو خاصة) لكن الإهتمام بقواعد المنافسة ومبادئ اقتصاد السوق لوحدها، سيؤثر لا محال على مهام المنفعة العامة وتصديا لذلك أرفق المشرع الأوروبي، الإنفتاح على المنافسة بإجراءات أخرى للتوفيق بين المنافسة ومهام المنفعة العامة ليشكل مجموع الإجراءات سياسة الخدمة العامة."، فجاءت الباحثة بالقول السديد في أنه الدول العربية يجب أن تتخلى عن الفكرة التقليدية لتقديم الخدمات العامة والإدارة العمومية واللجوء الى وسائل قانونية تتفق أكثر مع إقتصاد السوق.



الخاتمة:

أولاً: الاستنتاجات:

يختلف البوت هو نظام قانوني في الواقع حسب التنظيم القانوني له في كل دولة، وإن كان هنالك الكثير من الدعوات بأنه في العراق يجب أن يتم تنظيم عقود إنشاء البنى التحتية والالتزام بشكل واسع تشريعياً، فلا نؤيد أن يتم جمع بين التنظيم التشريعي لعقود الالتزام بالتنظيم التشريعي للبوت كون البوت عقد مختلف في التكوين ليس من المعقول جمعه مع عقود الالتزام الأخرى، وليس ذلك بقصد حماية المستثمر الأجنبي دون المستثمر الوطني، فالمستثمر عليه أن يطبق قوانين الدولة التي يعمل فيها سواء كانت قوانين خاصة أو قواعد القانون العام. بل لسبب أن السلطات الإستثنائية للسلطة المانحة للعقد لا تنسجم مع عقد ذو صيغة مركبة كون عقد البوت يحتوي على ترتيبات تعاقدية منها الإنشاء والتصاميم الهندسية.

عقد البوت بكافة أشكاله متعددة الأطراف وتقوم فيها علاقات تعاقدية مبنية على ضمانات ومن ثم مسؤوليات والتزامات محددة، ولذلك الوضع القانوني حساس، والتدخل من قبل الدولة يضر بالعملية العقدية، وهو جائر ومخالف لمقتضيات العدالة فالإنسان لا يتحمل من الإلتزامات العقدية إلا ما يحمله هو بنفسه لنفسه بإرادة حرة، والقول بحق التعديل أو إنهاء العقد لأغراض المصلحة العامة واسترداد فيه إخلال بالأمن التعاقدية.

ثانياً: الاقتراحات:

١. نوصي السلطات التعاقدية عدم اللجوء الى عقود البوت بدلاً من عقود الإلتزام التقليدية إلا في الأحوال التي تكون الدولة في حاجة ملحة، كون عقود الإلتزام هي أكثر أماناً بالنسبة للدولة والأموال العامة. فعلى سبيل المثال يجب أن نستذكر أن فرنسا قد أقدمت على إصدار تشريعات خاصة واستثناءات تشريعية من أجل عقود مثل ديزني أوروبا الذي إعتبر بأنه مشروع قومي، فجعل القانون في خدمة الإقتصاد.
٢. ومن جانب آخر أن نجاح أي عقد وإكماله دورته الحياتية دون منازعات معرقة يعتمد على القدرة والمهارة القانونية والإدارية للسلطة المانحة، وإن قصور الجهات المعنية بإنشاء مراكز تدريب وتأهيل الخبرات القانونية والكفاءات يمكنها من إبرام عقود موفقة، تستطيع حماية الأموال العامة، المرتفق بقواعد القانون الخاص، نصوص عقدية، فلا تدخل في إشكالات مخالفة العقد شريعة المتعاقدين.
٣. ليس من الجيد لهيبة الدولة وسمعتها، أن تتخذ تصرفات قانونية تنافي مقتضيات العدالة وضد إرادة الإنسان المتعاقد مع الإدارة خصوصاً في علاقة معقدة متعددة الأطراف بعضهم دخلوا بشكل مباشر مع الدولة في علاقة تعاقدية وبعضهم دخلوا بشكل غير مباشر من خلال التعاقد مع المتعاقدين، ولهم حقوق مكتسبة. ويخالف المبادئ الحديثة في التعاقد وعلى دولة مثل العراق الإقتداء بالدول المتقدمة في تعزيز الأمن التعاقدية من تشريعات حديثة غير تقليدية، خلال إبرام عقود توازننا بين الحقوق والتزامات المتبادلة وتطوير كفاءاتها في التعاقد بدلاً من اللجوء الى الإجراءات الإنفرادية.

٤. كون التدخل الأكثر من اللازم ووضع الرقابة الإدارية الدورية وغيرها من اساليب المتابعة والمراقبة لا تتناسب في عقد البوت كونه يولد علاقات متعددة الأطراف، ولأن على الدولة حماية المنتفع من الجمهور، لذلك على الدولة إدراج شروط عقدية في صالح المنتفع في العقد منذ البداية، وحمايته ببنود تعاقدية وليس ببنود تنظيمية في حالة البوت، بمعنى بدلا من أن يدرج في العقد بأن سعر الخدمة يتم وضعه أو مراجعته من قبل السلطة الإدارية المختصة، بأن يدرج فيه شرط يمثل التزاماً على شركة المشروع بأن تقدم الخدمة بأسعار معقولة مقبولة الى المواطن، كما تفعل الدول التي تعتمد على القطاع الخاص في تقديم الخدمة.
٥. اللجوء الى أسلوب التعاقد بالبوت بشكل إستثنائي وفي حالات معينة في العراق بموافقة مجلس الوزراء، ويتدخل من السلطة التشريعية بإصدار قوانين لازمة تحمي الأمن التعاقدي من خلال التوازن العقدي ويوضح عنصر الملكية وما يمكن منح ملكيته الى القطاع الخاص، وبذلك يكتسب العقد أمنا قانونيا ثابتا، التأكيد على سلامة البنود القانونية الحامية لمصلحة الدولة، ومن جانب آخر حماية العملية العقدية من التلاعب والتصرفات الكيدية.
٦. يمكن التفريق بين الدومين العام والدومين الخاص للدولة في ترتيب اتفاق عقد البوت كونه عقد يمس حقوق الملكية، بأنه الدومين العام من طرق والجسور والسدود، وبين الدومين الخاص، كالأراضي التي تعطى للمستثمرين، إذ إن الدومين العام لا يقبل التملك لأي طرف خاص. وبذلك ترتيب الحقوق العينية على المال العام يجب أن ينظر الى هل هو من الدومين العام الذي لا يقبل ترتيب الحقوق العينية بأي شكل، على عكس الدومين الخاص الذي يقبل وقوع التصرفات الخاصة عليه.

الهوامش:

* إبراهيم أحمد حاجي مدرس مساعد في كلية القانون جامعة صلاح الدين، ماجستير (Newcastle University - School of Law) الإيميل: ibrahim.haji@su.edu.krd

(¹) Carole Murray, David Holloway & Daren Timson – Hunt, The Law And Practice of International Trade, Sweet & Maxwell, London , 12th Edition, 2012, p.645.

(²) البحث في خصائص حق الملكية بشكل مقارن بين الأنظمة القانونية تحتاج الى دراسات قانونية أكثر استفاضة.

(³) حيدر عبدالحسن الصبيحاي، الامتياز والـ (B.O.T) في ظل القانون الإداري، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ط١، ٢٠٢٠، ص ١٠-٣٥.

(⁴) أنظر في نجاتي عبدالغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بـ (B.O.T)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٧. ص ١٣٩.

(⁵) الجذور التاريخية للبوت يُرجع الى السبعينات من قرن العشرين فقد نسب النهج الذي أراد (توجوت أوزال) تبنيه في الإعمار من خلال المشاركة برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص في التنمية والنهوض بالبنى التحتية وقد نجح، والبعض يرجع أصله الى كونه التنظيم العقدي الذي منح به امتياز قناة السويس للمقاول الفرنسي دليسبس: نقلا عن أ.م.د. عارف صالح مخلف و أ.م.د. علاء حسين علي عقد البوت دراسة في



التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ١، ٢٠١٠، ص ١٦٤-١٨٩. وكذلك علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٤، ص ٢٥٠.

(^٦) نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية - حالة عقود الامتياز -، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر، جمهورية الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٠.

(7) World Bank, Airport BOT & Concession Agreements – Legal and Regulatory Issues Checklist, last visited: 6.7.2025. & U.S. Department of Transportation Federal Highway Administration https://highways.dot.gov/resources/pubs-stats/publications-statistics?_gl, last visited: 6.7.2025.

(^٨) نقلا عن ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (B.O.T)، الطبعة الأولى، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤١.

(^٩) علي عبدالأمير قبلان، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص ٣٥٢.

(^{١٠}) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T)، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٩.

(^{١١}) لا يوجد للإلتزامات المرفق العام قانون خاص به في العراق، أما في الدول الأخرى فإنه كل عقد يصدر بقانون خاص به لأنه يعتبر تصرفاً في الأموال العامة، والتزامات المرفق العام لم يعد قسمين كما كان في السابق (التزام المرفق العام، وامتياز استغلال الثروات الطبيعية)، بل أصبح أنواعاً متعددة (امتياز المرفق العام، امتياز الأشغال العامة، امتياز استغلال الثروات الطبيعية) وغيرها من الصور راجع بهذا الشأن أبو بكر عثمان النعيمي، مصدر سابق، ص ٢٨٥-٢٨٦، د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(^{١٢}) جاء في نص قانون لمتعلق بالطرق والسكك الحديدية في ولاية كاليفورنيا فيؤكد المشرع تكراراً أن الطريق في ذاته هو ملك عام للدولة المتمثلة بالولاية (the state) وأنه يمكن للقطاع الخاص الإستفادة من المنشآت المقامة على الطريق

دون الطريق في ذاته، (California (USA) Toll Road Law) رقم القانون (Assembly Bill No. 680)

Chapter 107. 1989. July 10" الذي جاء في ديباجته (This bill would authorize the department to enter into agreements with private entities for the construction by, and lease to, private entities of 4 transportation demonstration projects..... facilities supplemental to existing state-owned transportation facilities, and to lease those facilities to the private entities for up to 35 years. The privately constructed facilities would at all times be state owned.

(^{١٣}) أنظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٠٥-٢٠٩.

(^{١٤}) علي عبدالأمير قبلان، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص ٣٥٢.

(^{١٥}) د. محمد عبدالمجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الاداري الدولي الجديد، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٣٧.

(^{١٦}) أبو بكر عثمان النعيمي، مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وتسيير مرافق البنية التحتية، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة موصل، العراق، ٢٠١٢، ص ٢٨٦، ٢٨٥.

(^{١٧}) الياس ناصيف، عقد الـ BOT سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، 6، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 83.

(^{١٨}) طوران قادر سعيد، دور المدة في نطاق الحقوق العينية في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة قدمت في القانون الخاص الى كلية القانون / جامعة صلاح الدين، أربيل، ص ٢٠٢٣، ص ١٠-٣٠.

(١٩) أ.م.د. ناصر خليل جلال، عقد البوت بين القانون الخاص والقانون العام وأثره على إستقطاب الإستثمارات، المؤتمر الثامن عشر عقود بحوث المؤتمر الدولي العلمي السنوي الثامن عشر: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، دار النشر عين، جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٠، ص ٢١.

(٢٠) جاء في الدليل الإرشادي لليونيدو التي عددت أشكال البوت:

عقد البناء والتشغيل وتحويل الملكية (Build, Operate, transfer).

عقد البناء وتمليك والتشغيل (Build, own, operate) المختصر بـ (BOO) دون أي التزام بتحويل الملكية

عقد البناء والتشغيل والتحديث (build, operate and renewal of concession) المختصر بـ (BOR).

عقد البناء والتحويل (Build, transfer) المختصر بـ (BT).

عقد البناء وتحويل الملكية والتشغيل (build, transfer and operate) المختصر بـ (BTO).

عقد التصميم، تشييد، الادارة والتمويل (design, construct, manage and finance); المختصر بـ (DCMF).

عقد التصميم والتشييد والتمويل والتشغيل (design, build, finance and operate) المختصر بـ (DBFO).

عقد التحديث التمليك أو التشغيل والتحويل (modernize, own/operate, and transfer) المختصر بـ (MOT).

عقد إعادة التأهيل، التمليك والتشغيل (rehabilitate, own and operate) المختصر بـ (ROO).

عقد إعادة التأهيل، التمليك وتحويل الملكية (rehabilitate, own and transfer) المختصر بـ (ROT).

عقد التصميم والبناء والتشغيل (Build, Operate, Design) المختصر بـ (DBO).

UNIDO, Guidelines for infrastructure development through build -operate- transfer (BOT) projects, vienna, 1996, p.3.

محمد أحمد رحيل عفتان، النظام القانوني لعقد التصميم والبناء والتشغيل (D.B.O) في ضوء عقود الفيديك، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق في جامعة عين شمس، ٢٠١٩، ص ١٢.

(٢١) تؤكد الدول ذات النظام اللاتيني على تعديل العقود كحق أصيل لها ومن أحدث تلك التشريعات هي قانون الطلب العمومي الفرنسي (٢٠١٨) الذي جاء في المادة (٦) على أنه من آثار أن يعتبر العقد إداريا:

" Article L6 du Code de la commande publique (2018): (A ce titre: 4. L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat..... 5. L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour UN motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.)"

أي: "٤. يجوز تعديل العقد (من جانب السلطة المتعاقدة)، دون الاخلال بتوازن العقد، وللمتعاقد طلب التعويض. ٥. يجوز إنهاء العقد من قبل السلطة المتعاقدة للمصلحة العامة مع الاحتفاظ بحق التعويض للمتعاقد"

(٢٢) د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

٢٣ للاستزادة حول سبل التمويل وتخمين قيمة عقد البوت يمكن مراجعة:

Unido, Op.Cit, p 151-176.

(٢٤) لبعض الدول مواقع إلكترونية رسمية تزود القطاع الخاص بالمعلومات عن التعاقد بأسلوب الـ (BOT) كاليابان

(<https://www.botlease.co.jp/>) وبتنانيا (<https://www.bot.go.tz>).

(٢٥)

(٢٦) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٢٥-٢٦. ومن أفضل المصادر للاستزادة في شأن عقد البوت وثائق

مدمجة في منشور على موقع (usaid.gov) بعنوان (BOO & BOT Approaches to Privatization):



Andrew D.Cao, BOO & BOT Approaches to Privatization, available at https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABK847.pdf, last visit 1.7.2023.

(^{٢٧}) لم يفرق دليل الأونسيترال التشريعي بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، بين البنى التحتية والخدمة العمومية حيث جاء في قائمة مصطلحاته: "البنية التحتية العمومية" و"الخدمات العمومية" - ١١ يستعمل تعبير "البنية التحتية العمومية" في الدليل بمعنى المرافق المادية التي توفر أو تضم خدمات أساسية للجمهور بصورة مباشرة أو غير مباشرة. ويمكن العثور في مختلف القطاعات مختلفة من المرافق التحتية التي تدرج في إطار هذا المعنى. وهي تشمل أنواعا أو المعدات أو النظم: محطات توليد الطاقة...."، فيترادف في دليل الأونسيترال عن الشراكات فكرتا البنى التحتية و الخدمة العمومية، ونحن نرى بأنهما يتمايزان من حيث الفكرة فالبنى التحتية تحتوي على أشغال عامة تمثل إنشاءات ضخمة تحتوي على تقديم خدمة عمومية بشكل مباشر أو غير مباشر، أما الخدمة العمومية: مجموع من الخدمات الدنيا، ذات نوعية معينة، المتاحة لجميع المستعملين بغض النظر عن مكانهم الجغرافي، تحت شروط وطنية خاصة وبثمن معقول" ولذلك مفهوم الخدمة العمومية يعد أوسع حتى من مفهوم المرفق العام وقد توجد خدمة عمومية دون وجود مرفق عام (كالجامعات الخاصة) وقد يوجد دون وجود مشروع بنى تحتية على سبيل المثال وضع كاميرات مراقبة سرعة السيارات، انظر: الأونسيترال (الأمم المتحدة)، دليل الأونسيترال بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فيينا، ٢٠٢٠، ص ٤ وللمزيد من المعلومات راجع:

مها سليمان وحيدة رباحي، تحسين الخدمة العمومية للمرفق العام في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون المالي قدمت الى كلية الحقوق في جامعة الحاج بالبوية، ٢٠١٨، ٢٥-٤٢.

(^{٢٨}) أ.د. آمال بولغاب، الطبيعة القانونية في عقد البوت B.OT في مجالات البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٤١، ٢٠١٥، ص ٧١.

(^{٢٩}) Unido, Op.Cit, p 271. And see also *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects prepared by United Nations Commission on International Trade Law, NewYork, 2001, p13.*

(^{٣٠}) للمرجعة يمكن النظر في بنك البيانات التي يقدمها البنك الدولي حول شراكة القطاع العام والخاص عن طريق (BOT)، حيث أنها وضعت كنموذج تشريعي للبوت في مجال الطرق والسكك الحديدية (California (USA)Toll

(Road Law رقم القانون (Assembly Bill No. 680) الذي جاء في ديباجته "10 July 1989) صدق في تاريخ Chapter .107. This bill would authorize the department to enter into agreements with private entities for the construction by, and lease to, private entities of 4 transportation demonstration projects..... facilities supplemental to existing state-owned transportation facilities, and to lease those facilities to the private entities for up to 35 years. The privately constructed facilities would at all times be state owned. "

والتعاقد قد تم وفقا لأسلوب بوت (Section 1. (c))
:" (c) One important alternative is privately funded Build-Operate-Transfer (BOT) projects whereby private entities obtain exclusive development agreements to build, with private funds, all or a portion of public transportation projects for the citizens of California. "

(^{٣١}) د. وليد جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، الطبعة الأولى، ص ٨٩.

(^{٣٢}) نقلا عن نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، مصدر سابق، ص ٢٤.

(^{٣٣}) د.ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

- (٣٤) د. علي عبدالأمير قبلان، مصدر سابق، ٣٥٨-٣٥٩.
- (٣٥) نادية ضريفي، مصدر سابق، ص ١١٧.
- (٣٦) د. علي عبدالأمير قبلان، مصدر سابق، ص ٣٦٠.
- (37) For more information: Andrew D.Cao, Op.Cit. – 48-66- 121.
- (38) Andrew D.Cao, Op.Cit. 66. Also Unido, Op.Cit. p. 128.
- (٣٩) راجع د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٢٣٩-٢٦٠، وكذلك د. ابراهيم الشهاوي، مصدر سابق، ص ١٨٥-١٨٦، ستار جبار شلاش البديري، العقود الادارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية في العراق، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص ٧٦-٧٨.
- (٤٠) أنظر الملحق رقم (أ).
- (٤١) أبو بكر عثمان النعيمي، مصدر سابق، ص ٢٩٩-٣٠٠.
- (٤٢) يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الإقتصادية: مفاهيم التشاركية بين القطاعين العام والخاص: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والآفاق المتجددة، دمشق، ٢٠١٠، ص ٢٣٧.
- (43) For more Information: Unido, Op.Cit, p 179-182. Also: Augenblick, Mark & Custer, B. Scott, 1990. "The build, operate, and transfer ("BOT") approach to infrastructure projects in developing countries," Policy Research Working Paper Series 498, The World Bank., p.10.
- (٤٤) قد قدم العراق طلباً للإنضمام الى منظمة التجارة الدولية في ٢٠٠٨ والى الآن لم تستكمل الإجراءات: راجع: <https://mofa.gov.iq/geneva/?p=5905>، تاريخ آخر زيارة ٢١ / ٧ / ٢٠٢٥.
- (٤٥) ستار جبار البديري، مصدر سابق، ص ٢٢، وكذلك د. ابراهيم الشهاوي، مصدر سابق، ص ٣١ وما بعدها.
- (٤٦) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٢١٢-٢١٣، نجاتي عبد الغني ابراهيم غازي، مصدر سابق، ص ١١٤-١٣١.
- (٤٧) د. علي عبدالأمير، مصدر سابق، الجزء الثاني، ص ٣٨٩.
- (٤٨) د. عبدالرزاق السنهوري، الجزء الثامن (حق الملكية)، مصدر سابق، ص ٥٥٠.
- (٤٩) د. ماهر حامد محمد، مصدر سابق، ص ٣٤.
- (٥٠) د. ابراهيم الشهاوي، مصدر سابق، ص ٤٨.
- (٥١) المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.
- (٥٢) الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٠٤٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.
- (٥٣) هذا ما عبر عنه الأونسيتال في دليله الإرشادي عن البوت
- :" At the end of the concession period, the private company returns ownership of the project to the government, although this need not always be the case, as will be discussed below. The concession period is determined primarily" Unido, Op.Cit, p. 3.
- (٥٤) ميعاد وحيد نعمه الشويلي، تفويض المرفق العام، رسالة ماجستير في القانون العام قدمت الى كلية القانون جامعة المستنصرية، ٢٠٢٢، ص ١٣٥-١٣٨. وكذلك حيدر عبدالحسن الصبيحاي، مصدر سابق، ص ١٠٤، ٧٦.
- (٥٥) د. ماهر حامد محمد، مصدر سابق، ص ٣٣-٣٥.
- (٥٦) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٦٦٥.
- (٥٧) طوران قادر سعيد، مصدر سابق، ص ١٣.



(٥٨) وفي مقابلها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري: "المالك الشيء وحده في حدود القانون حق إستعماله واستغلاله والتصرف فيه".

(٥٩) راجع: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٨، مصدر سابق، ص ٤٩٢، أ.د. حسن علي دنون، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للنشر والتوزيع المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٢٩. وأيضاً أنظر م.م. شهد عبيد جبار، أ.د. كاظم خليفة حمادي أ.د. حسن فضالة موسى، القيود التي ترد على حق الملكية بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة كلية تربية البنات، الجامعة العراقية، بغداد، المجلد ١ العدد ٢٨، ص ٥٦٢.

(٦٠) فتم تحديد المساحات التي يحق للعراقي أن يملكها من الأراضي الزراعية والتي فرضها قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠) لسنة (١٩٥٨) راجع م.د. فاتن يونس حسين، انتقاص من حق الملكية للمالك في القانون العراقي، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، العدد ٤٩، ص ٢٠٢٥، ص ٣٨١.

(٦١) أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٨، مصدر سابق، هامش ص ٤٤١.

(٦٢) الفقرة الثانية من المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١): "أن كل شرط غير ممنوع بالقانون ولا مخالف للنظام العام ولا للأداب العامة شرط صحيح يجب احترامه وعلى هذا متى كان شرط المنع من التصرف مؤقتاً وكانت للمتصرف أو للمتصرف فيه أو للغير مصلحة جدية ومشروعة يرادج حمايتها بهذا الشرط فإنه يكون شرطاً صحيحاً يجب العمل بمقتضاه".

(٦٣) د. فاتن يونس حسين، مصدر سابق، ص ٣٨٢.

(64) UNIDO, Op.Cit, p 271-279.

(65) Ibid, p. 48, 50

(66) Ibid, p. 54.

(67) Ibid, p. 56.

(٦٨) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٨، مصدر سابق، ص ٥٣٤-٥٣٥. وكذلك حسن علي دنون، مصدر سابق، ص ٢٩، وكذلك د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية، ج ١، حق الملكية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢٢-٢٣.

(٦٩) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٣٦، هامش رقم (١)، د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٧٠) للاستزادة لنقد رأي تأييد حق الملكية راجع ماجستير، طوران قادر سعيد، مصدر سابق، ص ١٠-٣٠.

(٧١) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٨٥٤) في (٢٦ / ٦ / ١٩٧٨) حيث يقضي في البند (١) منه بأنه: كل أرض زراعية مملوكة ملكاً للأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة أو موقوفة وفقاً صحيحاً، تترك زراعتها دون عذر مشروع سنتين متتاليتين تعتبر ملكاً للدولة دون تعويض، وتتاط إدارتها بالإصلاح الزراعي، وفقاً لأحكام القوانين المرعية".

(٧٢) فجادل أصحاب هذا الرأي الراسخ في الفقه، بأنه إذا تم إعطاء حق الملكية لسنة كاملة، فيكون لهذا المالك المؤقت حقوقه الكاملة، ومنها التصرف مثلاً بالبيع وفي حال وجود هذه الحالة نكون أمام حق الإنتفاع وليس حق الملكية، وكان جواب الرأي المقابل بأنه التحليل الدقيق هو أن المالك له حقوق المالك بوجود قيد إرادي وهو "أن المالك في هذه السنة هو مالك ملكية دائمة وقد وعد بإعادة الملكية الى صاحبها الأصلي بعد إنقضاء السنة، فإن قام بالوعد إنتقلت الملكية وإن خالف وجب التعويض" راجع كوران قادر سعيد، مصدر سابق، ص ١٤.

(٧٣) لا مقابل لهذا النص في القانون العراقي وتقابلها المادة (٩٧٨) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٠٦٦) من القانون المدني القطري.

(٧٤) المادة (١٢٦٩) من القانون المدني العراقي.

(٧٥) كؤران قادر سعيد، مصدر سابق، ص ١٧.

(76) Unido, Op.Cit, p 50.

(77) SEC 2 -143 -b - California (USA) Toll Road- Assembly Bill No .680 Chapter (107), 1989.

(78) SEC 2 -143 -b - California (USA) Toll Road- Assembly Bill No .680 Chapter (107), 1989:" the agreement shall provide for complete reversion of the privately constructed facility to the state at the expiration of the lease at no charge to the state."

(٧٩) قانون رقم (٣) لسنة (١٩٩٧) المصري.

(٨٠) ابرم عقد مطار مرسى علم في (٨ / ٢ / ١٩٩٨) وقد وردت نصوص العقد مرفقة بقرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة

(١٩٩٨) بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ "B.O.T" لشركة إيماك مرسى علم

لتشغيل وإدارة المطارات راجع د.ماهر حامد محمد، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٨١) نقلا عن د. ماهر حامد محمد، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٨٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الجزء الثامن (حق الملكية)، مصدر سابق، ص ٥٥٠.

(٨٣) د. ماهر حامد محمد، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٨٤) أبو بكر عثمان النعيمي، مصدر سابق، ص ٢٩٧.

(٨٥) راجع أ. سمير شهياني وأ.علي معروز، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل (بوت) في إطار مبدأ سلطان

الإرادة، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، صدر عن مخبر القانون الخاص المقارن وبمساهمة كلية

الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلی بالشلف، المجلد ٦، العدد ٢، ص ١٦٦. وأيضاً نجاتي عبدالغني

ابراهيم غازي، مصدر سابق، ص ٢١ - ٢٣. وغيرها

(٨٦) عن د. علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٢٠٨ و ٢١٠.

(٨٧) هنالك الكثير من فقه القانون العام لا يخرج البوت من تحت عباءة عقود الالتزام ويصفونه بأنه نوع من أنواع امتيازات الأشغال

العامة منهم د. ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٢٠٤. وأبو بكر عثمان النعيمي، مصدر سابق، ٢٩٧-٢٩٨.

(٨٨) د. يعرب محمد الشرع، مصدر سابق، ص ٢٤٦.

(٨٩) راجع مؤلف د.ابراهيم الشهاوي، مصدر سابق، ص ١٨٧، ٢٤٠، ٣٧٩، ٣٨١.

(٩٠) نهاد قنان، المفهوم الأوروبي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، رسالة ماجستير قدمت الى كلية

الحقوق/ جامعة قسنطينة، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ١٢.

المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية:

أ- الكتب:

(١) ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام (B.O.T)، الطبعة الأولى، مؤسسة الطوبجي، القاهرة، ٢٠٠٣.

(٢) الياس ناصيف، عقد الـ BOT سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، ٦، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب،

طرابلس، ٢٠٠٦.

(٣) الأونسيترال (الأمم المتحدة)، دليل الأونسيترال بشأن الشراكات بين القطاعين العام والخاص، فيينا، ٢٠٢٠.

(٤) أ.د حسن علي دنون، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للنشر والتوزيع



المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.

(٥) حيدر عبدالحسن الصبيحاي، الامتياز والـ (B.O.T) في ظل القانون الإداري، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ط ١، ٢٠٢٠.

(٦) ستار جبار شلاش البدري، العقود الادارية المستحدثة ودورها في تنظيم المرافق العامة الضرورية في العراق، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨.

(٧) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٨، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

(٨) علي عبدالأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، ٢٠١٤.

(٩) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

(١٠) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T)، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٥.

(١١) د. محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية، ج ١، حق الملكية، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.

(١٢) د. وليد جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، الطبعة الأولى.

(١٣) يعرب محمد الشرع، دور القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الإقتصادية: مفاهيم التشاركية بين القطاعين العام والخاص: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر والآفاق المتجددة، دمشق، ٢٠١٠.

ب- الرسائل والأطاريح:

(١) أبو بكر عثمان النعيمي، مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وتسيير مرافق البنية التحتية، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة موصل، العراق، ٢٠١٢.

(٢) كوران قادر سعيد، دور المدة في نطاق الحقوق العينية في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة قدمت في القانون الخاص الى كلية القانون / جامعة صلاح الدين، أربيل، ص ٢٠٢٣.

(٣) محمد أحمد رحيل عفتان، النظام القانوني لعقد التصميم والبناء والتشغيل (D.B.O) في ضوء عقود الفيدك، أطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق في جامعة عين شمس، ٢٠١٩.

(٤) مها سليمان وحيدة رباحي، تحسين الخدمة العمومية للمرفق العام في الجزائر، رسالة ماجستير في القانون المالي قدمت الى كلية الحقوق في جامعة الحاج بالبوية.

(٥) نادية ضريفي، المرفق العام بين ضمان المصلحة العامة وهدف المردودية -حالة عقود الامتياز-، أطروحة دكتوراه في القانون العام مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الجزائر، جمهورية الجزائر، ٢٠١٢.

(٦) ميعاد وحيد نعمه الشويلي، تفويض المرفق العام، رسالة ماجستير في القانون العام قدمت الى كلية القانون جامعة المستنصرية، ٢٠٢٢.

(٧) نهاد قنان، المفهوم الأوروبي للخدمة العامة وتأثيره على المرفق العمومي في الجزائر، رسالة ماجستير قدمت الى كلية الحقوق / جامعة قسنطينة، ٢٠١٢.

(٨) نجاتي عبدالغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بـ(B.O.T)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص مقدمة الى كلية الحقوق/ جامعة القاهرة، القاهرة، ٢٠٠٧.

ج: الأبحاث المنشورة:

(١) أ.د. آمال بولغاب، الطبيعة القانونية في عقد البوت B.OT في مجالات البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٤١، ٢٠١٥.

(٢) سمير شهياني وأ.علي معروز، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل (بوت) في إطار مبدأ سلطان الإرادة، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، صدر عن مخبر القانون الخاص المقارن وبمساهمة كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسنية بن بوعلي بالشلف، المجلد ٦، العدد ٢.

(٣) م.م. شهد عبيد جبار، أ.د. كاظم خليفة حمادي أ.د. حسن فضالة موسى، القيود التي ترد على حق الملكية بين الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة كلية تربية البنات، الجامعة العراقية، بغداد، المجلد ١ العدد ٢٨.

(٤) أ.م.د. عارف صالح مخلف و أ.م.د. علاء حسين علي عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ١، ٢٠١٠.

(٥) د. فاتن يونس حسين، انتقاص من حق الملكية للمالك في القانون العراقي، مجلة الحقوق، جامعة المستنصرية، العدد ٤٩، ٢٠٢٥.

(٦) أ.م.د. ناصر خليل جلال، عقد البوت بين القانون الخاص والقانون العام وأثره على إستقطاب الإستثمارات، المؤتمر الثامن عشر عقود بحوث المؤتمر الدولي العلمي السنوي الثامن عشر: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة، دار النشر عين، جامعة الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٠.

ثانياً: المصادر باللغة الإنجليزية:

- 1) Augenblick, Mark & Custer, B. Scott, "The build, operate, and transfer ("BOT") approach to infrastructure projects in developing countries," Policy Research Working Paper Series 498, The World Bank, 1990.
- 2) Andrew D.Cao, BOO & BOT Approaches to Privatization, available at https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABK847.pdf, last visit 1.7.2023.



- 3) Carole Murray, David Holloway & Daren Timson – Hunt, The Law And Practice of International Trade, Sweet & Maxwell, London , 12th Edition, 2012.
- 4) World Bank, Airport BOT & Concession Agreements – Legal and Regulatory Issues Checklist, last visited: 6.7.2025. & U.S. Department of Transportation Federal Highway Administration https://highways.dot.gov/resources/pubs-stats/publications-statistics?_gl, last visited: 6.7.2025.
- 5) UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects prepared by United Nations Commission on International Trade Law, New York, 2001.
- 6) Unido, Guidelines for infrastructure development through build -operate- transfer (BOT) projects, Vienna, 1996.

التشريعات والقوانين:

- (١) القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨) المعدل
- (٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١) المعدل.
- (٣) قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠) لسنة (١٩٥٨) العراقي.
- (٤) قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم (٨٥٤) في (٢٦ / ٦ / ١٩٧٨).
- (٥) القانون رقم (٣) لسنة (١٩٩٧) لمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري.
- 6) California (USA) Toll Road Law) (Assembly Bill No. 680), 1989.
- 7) Code de la commande publique, France (2018).