مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية
مجلة علمية دورية محكمة
السنة/6 العدد/21
اذار 2014 – جمادي الاولى 1435
ISSN: 2073 1140

التكييف القانوني لعقد البوت وتقييمه

أ.م.د.إحسان شاكر عبدالله
م.م. ظافر مدحي فيصل
جامعة تكريت – كلية القانون

وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان

College of law - University of Tikrit

التكييف القانوني لعقد البوت وتقييمه

أ.م.د. إحسان شاكر عبد الله م.م. ظافر مدحي فيصل

جامعة تكريت – كلية القانون

مقـــدمـــة

نظرا لعجز الأدارة في الكثير من الدول عن تلبية كافة متطلبات المنتفعين وعدم أمكانية مواكبة التطورات الحاصلة في عالم اليوم وبسبب التغير المستمر في فلسفة اقتصاديات الدول ، برز القطاع الخاص المحلي والأجنبي بشكل واضح في العالم ولاسيما في أمريكا وأوربا و ظهر نظام جديد يقوم على مشاركة الأدارة للقطاع الخاص من اجل القيام ببناء وتشييد وأدارة وتشغيل وتحويل المرافق العامة وهو ما أطلق عليه (نظام البوت) الذي يعتمد بالدرجة الأساس على القطاع الخاص حيث تقوم مجموعة شركات تتعاقد فيما بينها لتخرج بكيان يسمى(شركة المشروع) يتولى التخطيط والتنفيذ والتشغيل وأدارة المشروع كل حسب مرحلة العمل المحددة له ، ويمكن هذا النظام المستثمر من الحصول على أيرادات المرفق لغرض سد النفقات التي أنفقها في انجازه مع تحقيق ربح معين . ولكون هذا النظام وسيلة أساسية من أدوات تحقيق التنمية الصناعية الشاملة نجده قد انتشر بشكل واسع وانتقل الى الدول النامية ومن ضمنها الدول العربية . ولحداثة هذا النظام وتنوعه فقد ثارت الكثير من المسائل القانونية الواجبة الحل ومن أهمها التكييف القانوني له وتقييمه . وسنستهل البحث ببيان بعض المسائل التقليدية الضرورية .

1- أهمية الموضوع :

يحتل عقد البوت اهمية كبيرة في العديد من دول العالم كما قلنا ومنها امريكا واوربا والبرازيل وفيتنام لكونه احد الوسائل الاساسية في تحقيق التنمية الشاملة ، وهو الوسيلة الحديثة لاقامة المرافق العامة و اعتماده في التمويل على القطاع الخاص حيث يتم اقامة المشاريع الكبرى دون ان تتحمل الادارة اعباء هذا التمويل ، كما ان هذا النظام ينقل مخاطر واعباء المشروع الى القطاع الخاص مما يشكل عامل مساعد في تخفيف عجز الموازنات العامة . ومما زاد من اهمية هذا الموضوع حاجة الدول النامية لعقد البوت ومنها العراق كونه من ادوات الاستثمار الحديث الذي يسعى الى تحقيق التنمية من خلال استعانتها بخبرات الدول المتقدمة التي تستخدم التكنولوجيا المتقدمة التي تعتمدها الشركات متعددة الجنسية العملاقة لتنفيذ تلك المشاريع النوعية لذلك يتم التوسع في مجال مشاركة القطاع الخاص والسماح له بالاستثمار والمنافسة في قطاع المرافق العامة ومشاريع البنية التحتية والتي كانت حكرا على الدولة واجهزتها من قبل حتى الثمانينات من القرن الماضي . ومن المسائل الشائكة التي يتطلب بحثها بشكل مميز هو التكييف القانوني للعقد وتقييمه نظرا لاختلاف الآراء وتنازع الدول واطراف العقد بشأنها مما يضفي اهمية خاصة على اهمية العقد ذاته .

2- أشكالية البحث :

تتضارب الآراء بين المختصين وبين الدول وبين اطراف العقد الذين تتعارض مصالحهم وتختلف مواقفهم تبعا لتكييف العقد وما يترتب على ذلك من تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة ومدى امكانية اللجوء الى التحكيم الداخلي او الدولي ، كل هذه المسائل تتمحور حولها اشكالية البحث .

3- صعوبات البحث :

ظهرت صعوبات البحث في ما يأتي :

1- عدم استقرار الاوضاع السياسية بين الكتل السياسية في العراق مما انعكس سلبا على عمل السلطة التشريعية في تعثر اصدار التشريعات اللازمة والتي تساعد على بحث ودراسة عقد البوت وتكييفه وتقييمه نظريا وعمليا .

2- قلة المصادر المتعلقة بموضوع البحث وصعوبة الحصول عليها الا من خلال ارسالها من خارج القطر بسبب حداثة استخدام الموضوع في العراق .

3- محدودية العقود المبرمة وفق نظام البوت في العراق من اجل الاستفادة منها في مجال البحث كنماذج مساعدة تسهل على الباحث التعرف على آلية التعاقد وطبيعة العقد وفائدته .

4- منهجية البحث :

ان اتباع المنهج التحليلي المقارن هو خير وسيلة للدراسات القانونية بشكل عام لانه يمكن الباحث من اجراء دراسة تحليلية معمقة لكل جزئية من جزئيات البحث وصفا وتحليلا ، ويمكن المنهج المقارن الباحث من الاهتداء بتجارب الآخرين والافادة منها .

5- خطة البحث :

توزعت فقرات البحث على العناوين الرئيسية التالية :-

مقدمـــة

المبحث الاول : التكييف القانوني لعقد البوت :

المطلب الاول : الموقف المقارن لبعض الدول (فرنسا ولبنان ومصر والعراق) .

المطلب الثاني : الآراء الفقهية بشأن التكييف .

المبحث الثاني : تقييم عقد البوت :

المطلب الاول : مزايا عقد البوت .

المطلب الثاني : عيوب عقد البوت .

خاتمـــة

المبحث الأول : التكييف القانوني لعقد البوت

من أعقد المسائل القانونية التي تواجه المختصين بدراسة القانون هي مسألة التكييف القانوني أو الطبيعة القانونية لأي تصرف ومن هذه التصرفات العقود ومن العقود النوع الثاني منها وهو ما يسمى بالعقود غير المسماة والذي يندرج عقد البوت من ضمنها والذي احتارت بشأنه الدول وتضاربت حوله آراء الفقهاء . وعليه سنتناول معالجة هذا الموضوع من خلال مطلبين نتطرق في الأول الى الموقف المقارن لبعض الدول وهي فرنسا ولبنان ومصر والعراق وفي ثانيهما نتكلم على آراء الفقهية بخصوص هذا التكييف.

المطلب الأول : الموقف المقارن لبعض الدول

لقد تعددت الآراء القانونية بخصوص بيان التكييف القانوني لعقد البوت فالبعض يراه عقداً إدارياً ، والبعض الآخر يراه عقداً من عقود القانون الخاص ، ورأياً ثالثاً يراه عقداً ذا طبيعة خاصة ، في حين يراه البعض الرابع عبارة عن تنظيم اقتصادي يعمل على تنمية اقتصاد الدول .

وقد يثار تساؤل عن الجدوى من معرفة التكييف القانوني لعقد البوت ؟

نرى أنَ التكييف القانوني يبين مدى السلطات التي تتمتع بها الإدارة تجاه شركة المشروع التي قد لا يحتاجها عندما تقوم الإدارة بإنشاء هذه المرافق وإدارتها وتشغيلها من قبلها ، وكذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، ومعرفة الحقوق المعترف بها لشركة ومدى صلاحيتها عند تنفيذ هذا العقد. [1]

1- د.محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2004 ، ص60 .

ويرى البعض أنه ليس للتكييف القانوني أهمية بقدر ما تشكل الصياغة القانونية للعقد من أهمية،حيث يرون الأهمية تكمن في العناية بصياغة العقد وأحكامه والتزاماته وتطبيق مبدأ حسن النية فيه [1].

والبعض الأخر يرى أن عقود البوت من عقود الدولة التي يجب أن تطبق عليها القوانين الدولية بدلاً من إغراقها في فكرة القانون الداخلي، وذلك لتعدد الشركات الأجنبية المشتركة في شركة المشروع وتطلق عليها عقود الدولة [2] .

لذلك سأتناول الموقف القانوني لبعض الدول وبالتحديد فرنسا ولبنان ومصر والعراق من التكييف القانوني لعقد البوت لغرض بيان هذه الطبيعة .

اولا : فرنسا

يتطلب العقد في فرنسا حتى يكون عقداً إدارياً توفر شروط العقد الإداري المعروفة وهي :

1 – أن تكون الحكومة أو إحدى هيئاتها العامة طرفاً في العقد ويسمى هذا الشرط بالشرط المفترض .

2 – أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام .

3 – أن يخضع العقد لأحكام القانون العام ، وان يتضمن العقد الشروط الاستثنائية .

ولا يشترط في فرنسا تحقق أجماع هذه العناصر حتى يوصف العقد إدارياً ، وإنما يكتفى بتوفر الشرط المفترض للعقد مع توفر احد الشرطين الآخرين وهو ما

1- محمد بدران ، الأطار القانوني لمشروعات البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة الطبع،ص 12 .
2- د. حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجانب ،دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، 2007 ، ص478 .

يتعلق بنشاط العقد بمرفق عام معين أو تحقق الشروط الاستثنائية غير المعروفة في عقود القانون الخاص وهو ما يسمى بالمعيار المنفرد الذي يعني توافر عنصر أخر بجانب العنصر المفترض .وفي هذا اختلاف عن موقف القضاء الإداري المصري الذي يتطلب توفر عناصر العقد الثلاثة حتى يعُدُ العقد إدارياً [1].

وقد أدى هذا الاختلاف إلى اعتبار عقد البوت من العقود الإدارية وتخضع لأحكام القانون الإداري في فرنسا [2] ، وذلك ليسر توفر هذه الشروط في عقود الإدارة وان مظاهر الاتصال الوثيق بالمرفق العام متوافرة في عقد البوت .

من ذلك نستنتج أنَ عناصر العقد الإداري في **فرنسا** تنطبق على عناصر عقد البوت وهي وجود الإدارة طرفاً في العقد، وكذلك إن موضوع عقد البوت هو إنشاء مرفق عام أو تشييده وتشغيله أو تطويره أو تحديثه وذلك من خلال إشراك القطاع الخاص في ذلك ، أو قد تتوفر شروط استثنائية في العقد لا يمكن توفرها في عقود القانون الخاص .

ثانيا : لبنان

فان الفقه والقضاء الإداريين أللبنانين يجمعان على أن عقد البوت عقد إداري ، إذ يرى أغلب الفقه على أن عقد البوت عقد مطور من عقود امتياز المرفق العام ومدى التشابه بينهما. وان عقد البوت قد استجمع عناصر العقد الإداري من حيث الأطراف

1- محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص 78 .وكذلك د .وضاح محمود الحمود ، د.وضاح محمود الحمود ،عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)،دار الثقافة ،عمان ،2010.ص 51

2- د. عمرو احمد حسبو ، التطور الحديث لعقد التزام المرفق العام طبقاً لنظام الB.O.T في مصر ، مؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية ،الأبعاد القانونية (8-9) آذار (2005) الجزء الأول ، جامعة الكويت ، ص 59 .

ولكون الإدارة احد أطراف العقد ،وكذلك إن موضوع العقد هو إقامة مرفق عام ، وهدف العقد تحقيق المصلحة العامة على حساب مصلحة شركة المشروع [1].

كما أن البنك الدولي الذي ساهم في انجاز العديد من مشاريع البوت أكد على أن عقد البوت مقارب ومشابه لعقد الامتياز.

وكذلك فان دليل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "Unido " استخدم كلمة امتياز في أكثر من مرة للدلالة على العقد "Concession" [2].

وأكدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على إن عقد البوت يتضمن " منح حكومة ما ،مجموعة من المستثمرين امتيازاً لتطوير وتشغيل وإدارة مشروع معين واستغلاله تجارياً [3].

أما رأي القضاء الإداري اللبناني فإنَ مجلس شورى الدولة قد اصدر عدة قرارات قد بين فيها الطبيعة الإدارية لعقد البوت وهذه القرارات هي :

أ – قرار مبدئي يتعلق بتحديد ماهية نظام البوت حيث وصفه بان عقد أل "B.o.t" بأنه عقد امتياز لأشغال عامة وجاء فيه" عقد أل "B.O.T "ليس هو امتياز مرفق عام بل يدخل في عداد امتيازات الأشغال العامة Concessions de travaux publics "

ب – في قرار آخر أكَدَ مجلس شورى الدولة على أن عقد البوت هو عقد امتياز لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة منح وفقاً للمادة (89) من الدستور، وان تسميته الانجلوسكسونية "ب B .O.T" لا تؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد

1- د. مروان محي الدين القطب ، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز – الشركات المختلطة B.O.T – تفويض المرفق العام) دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ، الطبعة الأولى 2009 ص307.
2- ينظر الى دليل الامم المتحدة للتنمية الصناعية ،المصدر السابق، ص 233 .
3- ينظر الى دليل الامم المتحدة للقانون التجاري ،المصدر السابق، ص3

امتياز مرفق عام؛ لأنّ العناصر التي يتضمنها هي البناء والاستثمار ونقل الملكية إلى الحكومة عند نهاية مدة الامتياز وهي ذات العناصر التي يتضمنها عقد الامتياز وفق التعريف المحدد في المادة (89) التي تقول (منح امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعة، أو مصلحة ذات منفعة عامة، أو احتكار إلى زمن محدد)[1].

وإذا عدنا إلى قرارات مجلس شورى الدولة اللبناني وحللنا تعريفه لعقد البوت لوجدنا عناصر عقد البوت تتكون من البناء، أو التشييد، والتشغيل والتحويل، أو نقل الملكية ومدى علاقتها بمشاريع المرفق العام ومشاريع البنية التحتية الذي يهدف إلى تكوين مشاريع غير موجودة أو موجودة، وغير متمكنة من تقديم خدماتها إلى جمهور المنتفعين لوجدنا مدى العلاقة مع نظام الامتيازات التي تدخل في مفهوم امتياز الأشغال العامة .

وقد يأخذ نظام البوت وصفا آخر وهو الامتياز المختلط " Concession mixte " أو امتياز الأشغال العامة وامتياز المرفق العام [2].

من ذلك نستنتج أن عقد البوت في لبنان وعلى الرغم من عدم تطرق المشرع اللبناني إلى تكييف عقد البوت ، نجد الاهتمام الكافي من قبل الفقه والقضاء الإداريين اللبنانيين الذين أكدا على أن عقد البوت من العقود الإدارية على الرغم من اختلاف تحديد طبيعة العقد الإداري فتارة يسميه عقد من عقود امتياز الأشغال العامة، وتارة أخرى يسميه عقد امتياز المرفق العام . وذلك لتوفر عناصر العقد الإداري فيه .

1- وليد حيدر جابر ، التفويض في ادارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، منشورات دار الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص495

2- د.وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص496 .

ثالثا : العـراق

فان حداثة استخدام نظام البوت أدت إلى الاهتمام به تشريعياً من خلال تناول الدستور لعملية التنمية الاقتصادية من قبل الدولة وإصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة لضمان استثمار مصادره كافة وإشراك القطاع الخاص كمعاون للحكومة في عملية التنمية ولم يقف المشرع العراقي عند هذا الحد، بل كفلت الدولة تشجيع الاستثمار في مختلف الأصعدة [1]،وشرعت قانون الاستثمار رقم (13) لسنة (2006) وتعديلاته الذي يتبين من خلال استقراء معاني نصوصه بما يحتوي من ضمانات وتسهيلات قانونية لشركة المشروع عند قيامها بعملية الاستثمار في المجالات التي حددها القانون في العراق [2] .

أما الجانب **الفقهي** بسبب ندرة الدراسات الفقهية التي تحدثت عن بيان الطبيعة القانونية أو التكييف القانوني له ، ومحدودية البحث في هذا المجال أدت إلى صعوبة وضع تكييف محدد لعقد البوت [3] ، فبالرجوع إلى تعريف عقد الالتزام "الامتياز" نجد المشرع العراقي يعرفه في القانون المدني: ((التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ،ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن)) [4] ، وبهذا التعريف نجد مدى التقارب بين عناصر عقد الامتياز وعناصر عقد البوت من حيث

1- ينظر المواد (25،26) من الدستور العراقي لعام (2005)النافذ .
2- ينظر المادة (2) من قانون الاستثمار العراقي النافذ .
3- د.مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت (B.O.T) ، بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة النهرين، المجلد(8) العدد (13) لشهر حزيران (2005) المصدر السابق ،ص18وابوبكر عثمان احمد ، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق ،جامعة الموصل ، المجلد (10) العدد (38) السنة (13) لعام (2008) ، ص321.
4- ينظر للمادة (891 /1) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل .

إنشاء مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية على الرغم من أن الصفة الغالبة في عقد الامتياز هو كون المرفق موجوداً ، وكون احد أطراف العقدين الحكومة أو أحدى الهيئات العامة وكذلك فان كلا العقدين يتم إبرامه لمدة محددة من الزمن تتجاوز ال(25) سنة، وكذلك فأننا نميل إلى دراسة مشتركات أخرى بينهما هي عناصر العقد الإداري ومدى تقاربها من عناصر عقد البوت ، حيث إن الفقه الإداري اعتمد على الأخذ بعناصر العقد الإداري الثلاثة بصورة مجتمعة وأخرى متفرقة [1] .

ومن دراستنا لعقدي الامتياز والبوت نجد أن القواسم المشتركة بينهما متعددة وبالذات العنصرين الأول والثاني، ويعد عقد الامتياز اللبنة الأساسية لعقد البوت ، إلا إن نقطة الخلاف في عقد البوت هي الشروط الاستثنائية ،وهل تتمتع الإدارة بفرض الشروط الاستثنائية من عدمه ؟ وهذا محل خلاف بين الفقهاء وسوف نستعرضه عند تناولنا لموضوع العقد في مصر لاحقاً .

وهناك أمر مهم في **العراق** هو التداخل في الاختصاص القضائي للنظر في منازعات العقود الإدارية إذ جعل المشرع العراقي وبموجب القانون (106) لسنة (1989) حق القضاء العادي من النظر في منازعات العقود الإدارية ،في حين نجد في الدول الأخرى ذات القضاء المزدوج الاستقلالية التامة للقضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية بجميع أشكالها .

وهناك من **الفقه** من يؤيد حسم هذا الجدل الفقهي بخصوص إنشاء المرافق العامة وطبيعتها وتطويرها من خلال الاستدلال بالمبادئ التي تحكم عمل المرافق

1- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ،بيت الحكمة ، بغداد،1989 ، ص35 وما بعدها و د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، بغداد 1996 ، بدون دار نشر ، ص278 .

العامة وتكفي بان العقد إداري أو غير إداري من حيث ارتباطه بالمرفق العام ،وذلك من خلال المبادئ الآتية وهي :

1 – مبدأ دوام سير المرفق العام .

2 – مبدأ المساواة في الانتفاع من خدمة المرفق العام .

3 – مبدأ قابلية المرفق العام للتطور وفق متطلبات الظروف [1].

أما القضاء **العراقي** وهو الآخر تنوعت أحكامه بخصوص تحديد المعيار المميز للعقد الإداري فتارة يأخذ بمعيار المرفق العام ،وتارة أخرى يأخذ بمعيار النفع العام، وثالثة يأخذ بمعيار المصلحة العامة، ومعيار الشروط الاستثنائية [2].

وفي أحكام محكمة تمييز **العراق** فنجدها قد أخذت بهذه العناصر الثلاثة مجتمعة في تحديد العقد الإداري وذكرت في قرارها ما يأتي " ولما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المقاول من اجل أنشاء مرفق عام متوسلة في ذلك بأسلوب القانون العام وشروط غير مألوفة في إجراء مناقصة عامة واشتراط تأمينات وغرامات تأخير فأنه يكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية" [3].

1- د.شاب توما منصور ، القانون الاداري ،الجزء الاول ،بغداد،1971،ص241و.د . محمود خلف الجبوري ، المصدر السابق ،2010 ، ص48 .

2-السيد خالد مرموص خلف ، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ،رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية ،جامعة الدول العربية،1987، ص55 ، و السيد محمد عبدالله الدليمي ، سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون،جامعة بغداد،1983 ص30 .

3- حكم محكمة تمييز العراق ، رقم الاضبارة ،2527 ،حقوقية ، 966 في 1 / 11 / 1966 .

لذلك نرى إن معايير تمييز العقد الإداري في العراق غير مستقرة على تحديد العناصر التي يتكون منها العقد ،مقارنة بالفقه المصري الذي اشترط توفر العناصر الثلاثة مجتمعة حتى يعد العقد إدارياً [1] .وذلك بسبب الخلط الذي يشوب بعض أحكام القضاء الإداري ولكون العقد الإداري خاضعاً للقضاء العادي فتارة يأخذ بمعيار واحد وأخرى بمعيار مزدوج وثالثة يشترط توافر العناصر الثلاثة مجتمعة .

فالأجدر أن يكون هناك قضاءً إدارياً متخصصاً بالنظر في منازعات العقود الإدارية وان يكون هناك تشريعاً إدارياً مستقلاً ينظم العمل الإداري والعقود الإدارية لكي نتمكن من مسايرة الدول التي أخذت بهذه التقنينات في المجال التشريعي والقضائي كفرنسا ومصر .

والبعض الأخر يميل إلى اعتبار عقد البوت عقدا إدارياً لما يشتمل عليه من عناصر تتشابه مع عناصر العقد الإداري الثلاثة، ولان هدف الإدارة في إتباع هذا العقد هو إنشاء وبناء وتشغيل وإدارة وتحويل مرفق عام يهدف إلى تلبية خدمات جمهور المنتفعين وتحقيق المصلحة العامة ومصلحة شركة المشروع من خلال منحها العديد من الامتيازات والصلاحيات التي لا يمكن توافرها في عقود القانون الخاص كحق طلب نزع الملكية لأغراض المشاريع العامة وحق الحصول على المقابل المالي وحق التوازن المالي للعقد [2].

1-د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق،ص83 ، د. عمرو احمد حسبو ، المصدر السابق،ص20.

2- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ،ص28 وما بعدها،و د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ،ص83 وما بعدها ود. جابر جاد نصار المصدر السابق ،ص53.

رابعا : مصـر

فقـد اختلفـت وتعـددت آراء الفقهـاء المصـريين بخصـوص بيـان التكييـف القانوني لعقد البوت ، فمنهم من يرى عقد البوت بأنه تنظيم اقتصادي، وأخر من يراه عقداً من عقود القانون الخاص ، وثالث يراه ذا طبيعة خاصة ، وآخرون يرونه عقداً إدارياً، والبعض الآخر عدوه عقداً دولياً ، لذلك سأتناول أهم الآراء التي بينت التكييف القانوني للعقد.

المطلب الثاني : الآراء الفقهية بشأن التكييف القانوني لعقد البوت

لقد ظهرت منذ نشأة عقد البوت عدة أراء للفقهاء حول الطبيعة القانونية لعقد البوت فمنهم من اعتبره عقدا من عقود القانون الخاص واعتبره آخرون من العقود الإدارية فيما ذهب الرأي الثالث الى اعتباره عقدا ذا طبيعة خاصة . وسنتناول هذه الآراء كلا على حده .

اولا : عقود البوت من عقود القانون الخاص .

يذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص[1]، ومن ثم فهي تخضع لأحكام القانون المدني وكذلك فان القضاء العادي هو المختص بنظر المنازعات الناشئة عنها، ويستند أصحاب هذا الرأي في وجهة نظرهم على عدة حجج منها: أنَ مصلحة الحكومة تتطلب النزول إلى مستوى الإفراد العاديين ؛لأنَ من أهم اختصاصات الحكومة هو بناء المرافق العامة وتشييدها ، وعندما ترغب الدولة في ذلك ولا تجد التمويل اللازم للقيام بهذه المشاريع فإنها تلجأ إلى عرض المشروع لتمويله من قبل القطاع الخاص بأسلوب البوت ، ويكون الأثر أكثر صعوبة

1- د.هاني صلاح سر الدين ، الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية وفقاً لنظام البناء والتشغيل التي يتم تمويلها من القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص87

عندما لا تجد من مواطنيها المحليين مستثمرين لهذه المشاريع ، ولذلك تلجأ إلى التعامل مع الشركات الدولية والمستثمرين الأجانب وهؤلاء لا يعملون مع الدولة بالامتيازات نفسها التي تتمسك بها الدولة تجاه مواطنيها والتي تستمدها من أحكام القانون العام [1] ، وإنما تتنازل عن جزء من ذلك من اجل تكوين مراكز متساوية مع المستثمر لجذبه والقيام بذلك ، ولحاجة الدولة للحصول على هذه التكنولوجيا المتقدمة وما يتطلبه من أموال كبيرة للقيام بها.

أما إذا تمسكت الدولة بأساليب القانون العام فقد يؤدي ذلك إلى إحجام وعدم إقبال المستثمر الأجنبي للتعامل مع الدولة.

ولذلك فان إبرام هذه العقود من وجهة نظرهم يتم إبرامها بموجب قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ووفقاً لمبدأ سلطان الإرادة ، إذ تقوم عقود البوت على هذا الأساس [2] .

وتقوم هذه العقود من الناحية العملية على حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين ، دون أن يكون أي تمييز للحكومة في العقد ، أي أنها لا تتمتع بالسلطات أو الشروط الاستثنائية عند تعاملها مع الطرف الأخر وتقوم على المساواة بينهما [3] .ولكون عقود البوت من عقود التنمية الاقتصادية وهي صورة حديثة من صور تمويل مشاريع المرافق العامة والبنى التحتية لذلك يتعين على الحكومة أن تتعاقد مع القطاع الخاص وفق آليات السوق وبمراكز متساوية مما يدلل على تنازل الحكومة عن سلطاتها العامة في العقود الإدارية وتعاقدها بأسلوب عقود الإدارة التي تخضع لعقود

1- د.عصام احمد البهجي ، عقود البوت B.O.T ، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2008 ، ص79 .
2- د.محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص79 .
3- د. ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود الانشاء والتشغيل واعادة المشروع B.O.T ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص177 ، نقلاً عن د . عبدالفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص110 .

القانون الخاص ،ولذلك فان أحكام القانون العام لا تصلح للتطبيق على عقد البوت وفق هذا الرأي[1] .

ووفقاً لأنصار هذا الرأي فان متطلبات التجارة الدولية تفرض على الحكومة أن تتعاقد مع المستثمرين الأجانب في نظام البوت وفقاً لأسلوب القانون الخاص لغرض تساوي المراكز بين المتعاقدين ، وكذلك فان متطلبات الاستثمار الأجنبي تفرض على الحكومة أن تقدم تنازلات وضمانات لهذه الشركات من اجل ضمان القيام بهذه الاستثمارات ، وعليها أن تتعاقد بأسلوب القانون المدني أو التجاري وهو ما ينسجم مع متطلبات التجارة الدولية [2] .

وكذلك فان موضوعات عقد البوت في مصر تتطابق مع نصوص قانون الاستثمار المصري رقم (8) لسنة (1997) وان موضوع التعاقد ينصب على أحد المجالات التي وردت في المادة الأولى منه وبالذات الفقرة (6 ، 10) منه ، تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت أياً كان النظام القانوني الخاضعة له التي نشأ بعد تاريخ العمل به والمزاولة لنشاطها في أي من هذه المجالات الآتية :

1 – النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر ...

2 – البنية الأساسية من مياه شرب وكهرباء وطرق واتصالات .

ووفقاً لهذا الرأي فان عقود البوت تناولها عقد الاستثمار رقم(8 لسنة 1997) وتطبق عليها أحكام القانون المدني والقانون التجاري ،باعتبارها من عقود القانون الخاص وعند عدم تطبيقها يؤدي إلى إفراغ قانون الاستثمار من مضمونه الأصلي الذي تناولته نصوصه .ومن هذه الأسانيد المتعددة التي طرحها مؤيدو القانون

1- د. هاني صلاح سر الدين ، المصدر السابق ، ص 182 .
2- د.عبدالفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص112 .

الخاص نرى بوضوح مدى التطابق بين عقد البوت وأحكام القانون الخاص وجعل عقود البوت من عقود القانون المدني وتخضع منازعاته إلى القضاء العادي .

ثانيا : عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة .

يذهب البعض من الفقه إلى اعتبار عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة على الرغم من أن جذورها تمتد إلى عقد الامتياز ، إلا أنّ هناك اختلافات عديدة بينهما منها أن عقد البوت يتم بعد مفاوضات شاقة وطويلة بين الطرفين ، وكذلك فان تمويل هذه المشاريع يتم من قبل القطاع الخاص مما أعطى للعقد مفهوماً جديداً للعقد يعتمد على الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، وذلك من خلال الاتحادات المالية التي تقيمها شركة المشروع [1] .

أن ظهور عقد البوت أدى إلى إثارة العديد من التساؤلات التي تتعلق ببعض تفاصيل تتعلق بالعقد، ولابد من وجود قواعد قانونية تحكمها وتنظم أعمالها وهي :

1 – الوضع القانوني لملكية الأرض التي سيشيد عليها المشروع .

2 – ماهي آلية إجراءات تسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف .

3 – آلية إعادة المشروع للحكومة .

4 – الرسوم التي يحصل عليها المتعاقد مع الحكومة .

5 – كيفية جواز تحويل الأرباح للخارج وماهي نسبتها وماهي آلية اقتراض المشروع .

6 – التأمينات العينية .

7 – مدى إمكانية الحجز على أموال المشروع .

1- د.انس جعفر ، العقود الادارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص83 ، وكذلك د.عبدالفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص142

ولتعدد هذه الأسباب وتنوعها ولعدم وجود نظام قانوني محدد يحكمها لذلك يتوجب تكييف كل عقد على حدة، والتأكد من تواجد عناصر العقد الإداري من عدمه في العقد المبرم بين الطرفين [1] .

ويستند الرأي الفقهي القائل بالطبيعة الخاصة لعقود البوت على الحجج التالية :

1 – أن هذه العقود وبالرغم من توفر بعض عناصر العقد الإداري فيها ، إلا أنها تختلف عن العقود الإدارية؛ لأنّ الحكومة لا تظهر فيها كسلطة عامة وتتميز بسلطات استثنائية باعتبارها من أهم شروط العقد الإداري مما يؤدي إلى خروج هذه العقود من حزمة العقود الإدارية .

2 – عدم وجود نظام قانوني موحد أسوة بالعقود المدنية أو الإدارية تحكم هذه العقود باستثناء بعض المعالجات الجزئية التي قام بها المشرع المصري كالقانون رقم (100) لسنة(1996) بشان تطوير هيئة كهرباء مصر ، وكذلك القانون رقم (99 لسنة 1997) بشان تطوير الموانئ والمطارات ، والأفضل أن يكون هناك نظام موحد يبين آليات عمل هذه المشاريع كون تمويلها يتم من القطاع الخاص .

3 – نصوص القانون المدني خلت من الإشارة الواضحة إلى بيان نوعية هذه العقود ، مما أدى إلى عدم تقنينها وتقييدها وخروجها عن نطاق القانون المدني [2].

لذلك فان تكييف العقد يختلف من حالة إلى أخرى ومن مشروع إلى مشروع وبالنتيجة فان العقد الذي تبرمه الحكومة مع المستثمر، أو شركةُ المشروع ليس ذا طبيعة واحدة

1- د. احمد سلامة بدر ، ،العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T ،دار النهضة العربية ، القاهرة 2003 ص385 .

2- د. احمد سلامة بدر ، المصدر السابق ، ص 387 .

ولا يخضع لنظام قانوني واحد فتارة يكيف على انه عقد إداري وأخرى عقد تجاري وثالثة يكون من عقود القانون الخاص [1].

ومما زاد تأييد هذا الرأي أن هذه العقود تبرم من خلال نظم قانونية مختلفة ، ولكل عقد ظروفه الخاصة ومتطلباته الخاصة مما أدى إلى صعوبة وضع قاعدة عامة مجردة تحكم عقود البوت ، والأجدر إن يكيف كل عقد على حدة في ضوء دفتر الشروط وظروف حاجة كل عقد في تلك الدولة حتى يكون منسجماً مع واقع وجوهر العقد [2] .

وبناءً على ذلك قد تكون عقود البوت من عقود التجارة الدولية أو من عقود القانون الخاص، أو من العقود الإدارية.

ومن ذلك نسترشد أن علة تكييف عقد البوت انه ذا طبيعة خاصة تكمن في استناده إلى الصفات الخاصة لكل عقد على حدة على الرغم من أن جذوره تمتد إلى عقد الامتياز إلا إن واقعه يختلف عن عقد الامتياز ، وكذلك بسبب تعدد النظم القانونية التي تحكم عمل عقد البوت مما أدى إلى صعوبة وضع تكييف موحد يضفي عليه ذاتية مستقلة أو طبيعة معينة مما أدى إلى تسميته بعقد ذو طبيعة خاصة .

1-د.عصام احمد البهجي ، التحكيم في عقود البوت B.O.T ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2008، ص104 .

2-السيد خالد بن محمد العطية ، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، 1999 ، ص73 ، نقلاً عن الدكتور عبدالفتاح بيومي حجازي،المصدر السابق،ص184 .

ثالثا : عقد البوت من العقود الإدارية.

وهو الرأي الغالب في الفقه الإداري [1] وذلك لاحتوائه على الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري ، فالحكومة أو إحدى هيئاتها العامة هي الطرف الأول في عقد البوت وهذا تجسيد للشرط الأول ، أما عن الشرط الثاني في العقد والمتعلق بنشاط المرفق: فأن عقد البوت يقوم بإنشاء المرفق العام وتشييده وتشغيله ثم إعادته للحكومة بعد مدّة محددة في العقد ، أما الشرط الثالث: وهو إتباع أساليب القانون العام ووجود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص فعندما تتخلى الإدارة عن المرفق العام وتمنح الإدارة حق الإنشاء والتشييد فإنها تمتلك سلطات الرقابة والتوجيه والتعديل وفرض الجزاءات من اجل تسيير المرفق العام بانتظام واطراد وهذا الحق ضمنه القانون العام ويعد من الشروط الاستثنائية [2] .

ولذلك فان حق الإدارة في الإشراف والرقابة وتدخلها عند الضرورة تحقيقاً للمصلحة العامة بحد ذاتها تعد شروطاً استثنائية من خلال تعديل الشق اللائحي في العقد ، وكذلك قد تستطيع الإدارة أن تسترد المرفق العام قبل نهاية العقد مع تعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً إذا استجدت مصلحة عامة وظروف أخرى تتطلب ذلك.

وهناك الكثير من الشروط الاستثنائية التي بموجبها يتم منح سلطات للمتعاقد مع الإدارة لا مثيل لها في عقود القانون الخاص كحق المتعاقد في طلب نزع الملكية لإغراض المشروع ، أو الحصول على إعفاءات وامتيازات ضريبية وكمركية ، وهذه

1-د .محمد محمد عبد اللطيف ، المصدر السابق ، ص177 ، وكذلك د .عمرو احمد حسبو ، المصدر السابق ، ص101، و د . جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص49 .، و د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص27 .

2-د . ياسر احمد كامل الصريفي ، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص ، مجلس النشر العلمي ، الكويت 2008 ، ص57 .

لا يمكن توفرها في عقود القانون الخاص [1] . ولذلك فان عقود البوت تعد من العقود الإدارية ويختص القضاء الإداري بمنازعاته.

إلا إن السؤال الذي يمكن أن نثيره بعد ترجيح كفة الطبيعة الإدارية لعقد البوت ، هل إنه عقد من عقود امتياز المرفق العام أم من عقود امتياز الأشغال العامة ؟

الرأي الأول يصف عقد البوت بأنه عقد أشغال عامة ؛لأنَ محل عقد البوت من وجهة نظرهم القيام بأعمال إنشائية لغرض بناء مرفق عام ضمن مدة زمنية محددة وتحكمه قواعد الأشغال العامة ؛ لأن مضمون عقد التزام المرفق العام في صورته التقليدية هو إدارة مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية وجوهر العقد إدارة المرفق، أما في عقد الأشغال العامة فنرى أن جوهر الالتزام هو بناء وتنفيذها أشغال عامة يقوم بها المقاول مقابل الحصول على مبلغ مالي معين وهو صلب عقد الأشغال العامة ، أما في عقود البوت فتتم إدارة المرفق بعد أن تتم عملية البناء والتشييد من شركة المشروع وجوهر العقد هنا بناء المشروع وإدارته [2] .

أما الرأي الأخر والغالب فيؤيد بان عقد البوت عقد التزام مرفق عام لان الأصل الإدارة تقوم بإنشاء المرفق العام وإدارته وفي أحيان أخرى ولأسباب معينة تراها الدولة وتتخلى عن ذلك وتمنح الملتزم إدارة مرفق عام [3] .

1- د.جيهان حسن سيد احمد ، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها،دار النهضة العربية، القاهرة 2002 ، ص7.

2- د.هاني صلاح سر الدين ، المصدر السابق ، ص205 .

3- ينظر المادة ((668)) من القانون المدني المصري عرفت عقد الامتياز بانه " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ،ويكون هذا العقد بين جهة الادارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"

فضلاً عن ذلك فان هناك العديد من الأسانيد التي تؤيد إدارية عقد البوت ومنها عدم توافر عناصر عقود القانون الخاص في عقد البوت، وهذا الرأي استند إليه أنصار الطبيعة الإدارية لعقد البوت؛ لان موضوع عقد البوت هو إنشاء مرفق عام وتطويره وتحديثه وتسييره ومن الصعوبة إعمال نظرية القانون الخاص ،لأنَ إعمال نظرية عقود القانون الخاص تؤدي إلى توازن بين مصلحتين وقد يؤدي ذلك إلى توقف المرفق العام وعدم إمكانية تقديم الخدمة من قبل الملتزم في حالات غير منصوص عليها إعمالاً لنظرية العقد المدني[1] .

ويؤكد هذا الرأي على أنَ عقد البوت من العقود الإدارية بالمعنى الفني ولأنَ هناك مرفق عام ، فان العقدَ عقدٌ إداريٌ ولا يجوز التضحية بالغاية من أجل الوسيلة؛ لأنَ الغاية هي المرفق العام والوسيلة هي العقد سواء لإنشاء وتشييد المرفق أو تطويره أو تحديثه أو تشغيله[2].

أما عن الشروط الخاصة بتشجيع الاستثمار في الدول التي تتبع هذا النظام ومدى تعارضها مع الطبيعة الإدارية لعقد البوت ،يرى جانب من الفقه أن الهدف من عقد البوت هو تشجيع الشركات الكبرى متعددة الجنسية ذات الطابع الدولي والتي لها خبرة طويلة في إقامة وتنفيذ مشاريع المرافق العامة للعمل وفق نظام البوت من خلال خلق مناخ استثماري وقانوني مناسب لذلك[3]، ولأجل تحقيق هذا الغرض لابد من التوسع في الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين مقابل تحديد الشروط اللائحية المتعلقة بتنظيم المرفق دون موافقة الطرف الأخر باعتبارها من اختصاص الإدارة ، ويجب أن لا يكون التوسع ذلك التوسع على حساب الشروط

1-د.محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص67 .
2-د. جيهان حسن سيد احمد ، المصدر السابق ، ص47ز
3-د. جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص80 .

اللائحية ،بل يجب أن يكون بصورة متوازنة تحافظ على حقوق شركة المشروع من جهة والمحافظة على حقوق الإدارة من جهة أخرى في الوقت نفسه [1].

ومن المعايير الأخرى المميزة للعقد الإداري هو حق الإدارة في فرض غرامات تأخيري على شركة المشروع المتأخرة في تنفيذ المشروع ، والغرامة التأخيرية تختلف عن الشرط الجزائي؛ لأنَ الغرامات هي لضمان حسن التنفيذ وسير العمل بانتظام واطراد أما الشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه عندما يقع إخلال من احد الطرفين وشروطه هي شروط التعويض نفسه ،وتعد هذه الميزة للإدارة كشرط أخر يعزز الصفة الإدارية لعقد البوت كما جاء ذلك في عقد كهرباء سيدي كرير المبرم بين هيئة كهرباء مصر وبين شركة اندرجن عام(1997) من التزام شركة المشروع بدفع مبلغ قدره ((80000)) ثمانون ألف دولار عن كل يوم تأخير في تنفيذ المشروع من إنتاج وتوريد الطاقة الكهربائية للإدارة ، وكذلك إلزام شركة المشروع بدفع غرامات أخرى عند تقصيرها في تحقيق معدلات الإنتاج المنصوص عليها في العقد [2] .

من ذلك نستنتج أن حق الإدارة في فرض الغرامة التاخيرية في عقد البوت يعد شرطاً استثنائياً يرد قول بعض المنكرين لعدم توفر الشروط الاستثنائية في عقد البوت ؛ لأنَ هدف هذه الشروط ضمانُ حسن سير المرفق باستمرار وانتظام من قبل الملتزم في عقد البوت.وكذلك حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، في حالة عدم تحقيق المصلحة العامة من قبل شركة المشروع ومثال ذلك ما جاء في المادة 5/ 2 من عقد كهرباء سيدي كرير الذي جاء فيه " يعُد كل حالة من الحالات

1-عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص87 .
2-د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص41 .

التالية تقصير الشركة إذا لم يتم معالجتها خلال المدة المسموح بها ، إذا كان ثمة مدة ، فأنها تنشئ حقاً للهيئة لإنهاء هذه الاتفاقية ..."[1].

ومن الشروط التي يمكن اعتبارها من الشروط الاستثنائية هو عدم جواز شركة المشروع من أن تتنازل عن التزاماتها العقدية لأي طرف آخر إلا بموافقة الإدارة؛ لأنَ من أهم معايير التي يقوم عليها عقد البوت عند الإعلان عنه هو مبادئ العلانية والشفافية وتقييد حرية الإدارة في الاختيار بضوابط معينة [2] ، مما يدلل على أن يكون المتعاقد على درجة عالية من الخبرة والدراية العليا وتمتعه بإمكانية متقدمة تكنولوجياً لإنشاء وإدارة احد المرافق العامة ولا يجوز لشركة المشروع أن تتنازل عن أي حق أو التزام من التزاماتها إلا بموافقة الإدارة في عقد البوت .لذلك تعد الشروط الاستثنائية شرطاً مهماً ومعياراً مميزاً للعقد الإداري وفق رأي الأغلبية من الفقه الإداري الفرنسي والمصري والتي عرفها بأنها " شروط من شأنها أن تعطي المتعاقدين حقوقاً أو تلقي عليهم التزامات تختلف بطبيعتها عن الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد مدني أو تجاري يقوم على أساس الإرادة الحرة " [3].

وقد يعد البعض شرط الثبات التشريعي من الشروط العقدية هو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود أو شروط العقد ويمكن تعريفه " وهو الشرط الذي يؤدي عدم سريان أي تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بين الدولة وشركة المشروع " والهدف من تضمين العقد هذا الشرط هو تحجيم دور

1-د. محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص121 .
2-د.سليمان محمد الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي ، القاهرة ،2008،ص ،د. ابراهيم الشهاوي عقد امتياز المرفق العام B.O.T ،دار النهضة العربية، القاهرة 2003 ، ص95.
3-د.عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،بدون سنة نشر ،ص63 .

القانون الوطني لدولة العقد كقانون يحكم العقد وذلك عن طريق غل يد الدولة من عدم المساس بالشروط العقدية وعدم تغييرها بارداتها المنفردة [1]، وفي الوقت نفسه أن من طالب بوضع هذا الشرط هو الشركات العالمية لأجل حماية مصالحهما المالية في العقود الدولية .

إلا أنه جانب آخر من الفقه يؤكد على أن شرط الثبات التشريعي يعد من الشروط الاستثنائية التي تؤكد إدارية العقد ؛لانَ الدولة لما تبرم عقداً يحتوي هذا الشرط فإنها لم تتنازل عن السلطات العامة في مواجهة المتعاقد، وتصبح على قدم المساواة مع المتعاقد في القانون الخاص ، ولكون هذا الشرط من حق السلطة التشريعية التي أصدرت القوانين وعندما لا تستخدم الدولة هذه السلطة في تعديل قوانينها فان ذلك بحد ذاته يعد شرطاً استثنائياً يدخل في إطار القانون العام ، يمثل إقراراً من الطرف الآخر المتعاقد مع الدولة بتلك السلطة واستعمالها عندما تشاء جزئياً أو كلياً [2] ، وهذا الشرط لم يعد يلبي مصالح الشركات الاستثمارية وقد استعيض عنه بشروط أكثر مرونة كشرط "المراجعة الدورية" أو شرط "إعادة التفاوض" التي تمكن المستثمر من الحصول على التعويض عندما ترتب التعديلات التشريعية ضررا له [3] .

وهناك شروطاً أخرى لا يمكن توفرها إلا في نظريات القانون الإداري مثل حق شركة المشروع في طلب إعادة التوازن المالي للعقد لان مجال هذه النظرية العقد الإداري ،وكذلك فان اعتراف عقود البوت في مصر باختصاص مجلس الدولة

1-د.حفيظة السيد حداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية 2007 ، ص320 .
2-احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، نقلا عن د . محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص118 .
3-حفيظة السيد حداد ، المصدر السابق ، ص390 .

المصري بالنظر في نزاعات هذه العقود ومنها ما تضمنته عقود إنشاء مطار العلمين وتطويره المادة (12) منه " إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولاً حله عن طريق التفاوض بينهما ، فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض تكون محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة هي المختصة بحسم هذا الخلاف " ، وكذلك فأن رأي المحكمة الدستورية العليا التركية قد عزز إدارية عقود البوت من خلال رأيها لاستفتائي في احد العقود التي أبرمتها الحكومة التركية وعدتها عقوداً تجارية إلا إن رد المحكمة الدستورية لذلك الرأي واعتبرته عقدا إداريا [1].

ويؤكد الفقه والقضاء الإداريان إن تضمين أي عقد هذا البند فانه بمثابة إفصاح واعتراف من طرفي العقد على نيتهم بإخضاعه لأحكام القانون العام، ويعد ذلك من قبيل الشروط الاستثنائية التي تؤكد الصفة الإدارية للعقد [2] .

ومن استعراض الشروط التي تم ذكرها ومدى توفرها في عقود البوت ابتداءا من إطراف عقد البوت ومروراً بموضوع عقد البوت وهدفه الذي يتضمن إنشاء المرفق العام وتشغيله وإدارته وإعادته للإدارة واستعمال وسائل القانون العام عند التعاقد، وتضمين العقد شروطاً استثنائية لا يمكن تحققها في عقود القانون الخاص كلها دلائل تشير إلى توفر عناصر العقد الإداري في عقد البوت وهذه الآراء بينها الفقه المصري وبالذات فقهاء القانون الإداري.

1-د. وائل حسن السيد اسماعيل ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية 2007 ، ص42،د.وليد حيدر جابر،المصدر السابق،ص599 .

2-احمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية،دار النهضة العربية ، القاهرة،1973 ، ص84 ، وكذلك د . سليمان محمد الطماوي المصدر السابق ،2010،ص435 .

(**رأينا في الموضوع**) وبعد الاطلاع على أهم الآراء الفقهية بخصوص تحديد التكييف القانوني لعقد البوت نود الإشارة إلى أن أهم ما تم تمييزه من خلال الاطلاع على هذه الآراء هي انقسام آراء الفقهاء كلٌ بحسب اختصاصه في تحديد التكييف المطلوب للعقد ، وقد يكون نتيجة ذلك عدة أسباب منها: عدم وجود تشريع موحد يمكن الاستناد عليه في ذلك التكييف، أو رغبة الفقهاء في إظهار المقدرة العلمية على التميز في مجال اختصاصه لجعل ذلك العقد من صميم ذلك الفرع من القانون.

أما من الناحية النظرية القانونية والواقعية العملية فنجد إن عقد البوت من العقود (**ذات الطبيعة المختلطة**) لتوفر أركان العقد الإداري من خلال مقارنة الشروط التي يرتكز عليها ومقارنتها بسابقتها شروط العقد الإداري فنراها الأقرب إليها إن لم نقل متطابقة معها ،فضلاً عن أنَ أهم مبادئ العقد الإداري المتمثلة في مبدأ دوام سير المرفق العام ومبدأ المساواة في الانتفاع من خدمات المرفق العام ، وكذلك مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتطوير نراها متوفرة في عقد البوت، وبالإضافة إلى ذلك فانه يأخذ بأساليب القانون الخاص وبالذات الشروط العقدية(العقد شريعة المتعاقدين) وأنة يخضع للقضاء العادي في فض النزاعات الناشئة عن العقد بالإضافة إلى خضوعه لأسلوب التحكيم التجاري،إذ تعمل الإدارة وفي حالات محددة إلى إشراك القطاع الخاص لغرض بناء المرافق العامة وتشييدها وتطويرها وتحديثها وتوسيعها ؛لأنَ هذه المبادئ يمكن أن تتحقق في عقود البوت .

وفي العراق نتيجة لعدم وجود الدراسات الفقهية لهذا النوع من العقود ولتطبيقاته المحدودة بسبب حداثته ، نرى من الأفضل وضع تشريع مناسب ومختص يبين الطبيعة القانونية لعقد البوت من أجل معرفة وتحديد التزامات الإطراف، وكذلك لأجل وضع قواعد عامة مجردة تخدم العاملين في هذا الاختصاص القانوني من

جهة ، ومن جهة أخرى لمواكبة ثورة التنمية الاقتصادية التي تحصل في العالم، والتي تسير بخطى واسعة وسريعة من اجل توسيع خدمات المرافق العامة وتحديثها مع متطلبات العصر ،بعكس ما نجده الآن في **العراق** من نقص وقصور في خدمات المرافق العامة التي يفترض أن تكون مواكبة لهذه التطورات من خلال استخدام أحدث التقانة بإتباع نظام البوت لكونها من أهم متطلبات حقوق الإنسان .

المبحث الثاني : تقييم عقد البوت

عقد البوت كغيره من العقود الأخرى يرتب حقوقا ويفرض التزامات متعددة فلابد من تقييمه لغرض معرفة المحاسن التي أنتجها من اجل زيادتها وتوسيعها ، وتحديد السلبيات التي أفرزها لغرض معالجتها والحد منها .

وعلى الرغم من كون عقود البوت من العقود التي تخفف عن كاهل الدول الأعباء المالية اللازمة لتمويل هذه المشاريع وتزويدها بأحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة وحصول الدولة على مشاريع ألبنيه التحتية والمرافق العامة بدون أية نفقات، إلا إنّ لهذه العقود إضراراً متعددة قد تفرزها طول المدة الزمنية لهذه العقود وما ترتبه من مساوئ سياسية واقتصادية واجتماعية على الدولة المضيفة ، وكذلك كثرة الدعم الحكومي لهذه المشاريع [1] .

لذلك سأتناول هذا المطلب في فرعين يتضمن الفرع الأول: محاسن أو ايجابيات عقد البوت وفي الفرع الثاني: عيوب عقد البوت أو الأضرار الناتجة عنه .

1- د. عصام احمد البهجي ، المصدر السابق ، ص45 ، وكذلك د . احمد سلامة بدر ، المصدر السابق ، ص395 ،وكذلك د. جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص49 .

المطلب الأول : مزايا عقد البوت

قبل الكلام عما يمتاز به عقد البوت لابد من طرح السؤال عن الأسباب والدوافع التي أدت بالإدارة إلى التعاقد بنظام البوت ؟

وتكمن الإجابة عن هذا السؤال من خلال المنافع التي يحققها عقد البوت وأهمها هي :

1 – تخفيف الأعباء المالية والاقتصادية عن كاهل الدولة ، وذلك من خلال إتباع هذا النظام حيث يقوم على تمويل المشروع في مراحله كافة من قبل القطاع الخاص ،ويساعد الدولة في فرض الرقابة والإشراف اللازمين مما يساعد على مواصلة حركة ألأعمار والتنمية دون تحميل ميزانية الدولة أي أعباء مالية، أو من خلال القروض الخارجية [1]. ويؤدي هذا النظام إلى توجيه موارد الدولة إلى القطاعات الخدمية الأخرى التي لاتقدم أيَ مردود مالي للخزينة العامة مثل قطاعي الأمن والتعليم .

2 – تساعد عقود البوت الدول المضيفة في الحصول على التكنولوجيا الحديثة و أحدث وسائل التقنيات المتقدمة التي يتطلبها إقامة هذه المشروعات والتي لا يمكن توفيرها إلا من قبل الشركات الاستثمارية الكبرى العابرة للقارات التي تمتلك ميزانية مالية تفوق إمكانية العديد من الدول النامية [2].

3 – تساهم عقود البوت في نقل مخاطر التمويل المالية والاقتصادية والتجارية من الحكومة المضيفة إلى شركة المشروع أو المستثمر وخلال مراحل المشروع جميعاً .

1-د. وضاح محمود الحمود ، المصدر السابق ، ص 36 .
2-د. مطيع علي حمود جبير ، المصدر السابق ، ص189 .

4 – الحد من دور الدولة في مجال النشاط الاقتصادي وتوسيع نشاط القطاع الخاص الذي يلعب الدور الرئيسي في عقد البوت ، وذلك لما تمتاز به هذه الشركات العالمية من تقنيات حديثة ومهارات فنية وتقنية عالية وجودة في الإنتاج ، تؤدي إلى تعزيز الإمكانية المهارية لدى الإدارة بعد انتهاء مدة الامتياز المحددة في عقد البوت [1] ،والاستفادة من خبرات القطاع الخاص في إدارة المشاريع وتشغيلها .

5 – تساهم عقود البوت في التخفيف من مشكلة البطالة التي تعاني منها الدول وبالذات الدول النامية التي تعاني من ضعف في الإمكانيات المالية والمحدودية في مرافق الخدمات العامة ،وذلك من خلال التوسع في فرص العمل التي تمنحها هذه العقود إذ تشرط هذه الدول ومنها مصر بتشغيل نسبة معينة من العمالة المحلية في تشييد مشاريع البوت وتشغيله لان عمليات البناء قد تستغرق عدة سنوات لانجازها .

6 – تساهم مشاريع البوت على تطوير أسواق المال المحلية وذلك من خلال وجود بيئة تمويلية منظمة تساهم في تمويل المشاريع ، لان مشروعات البوت بحاجة مستمرة لرؤوس الأموال يصعب تقديمها من شركة المشروع وحدها ،بل تلجأ إلى الاقتراض بنظام التمويل سواء بإصدار سندات دين، أو إصدار أسهم ملكية [2].

7 _ يساعد عقد البوت في نقل المشروع إلى الجهة المانحة بعد نهاية مدة الامتياز بدون أية أعباء مالية وبأقل الخسائر وذلك من خلال الاتفاق مع شركة مشروع مختصة لتشغيل المشروع واعتماد جداول منظمة لإجراء الصيانة اللازمة لدوام المشروع .

1- د.جابر جاد نصار ، المصدر السابق ، ص102 .
2-د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص26 .

8 – تساعد مشاريع عقود البوت على رفع الطاقة الاقتصادية والتشغيلية للاقتصاد الوطني وتساهم في الحد من الموارد غير المستغلة وتقدم مشاريع حديثة ذات طبيعة خاصة تؤدي إلى تخفيف حالة الركود الاقتصادي وتحقيق حالة من الرفاه والانتعاش الاقتصادي [1] .

9 – تؤدي عقود البوت إلى تسريع مشاريع التنمية الاقتصادية من خلال الاعتماد على شركة المشروع بدلاً من الاعتماد على الموارد المحلية التي قد تستغرق مُدد طويلة لإقامتها ، وبالذات في الدول النامية ذات الإمكانية المحدودة حيث تتم هذه المشاريع من قبل القطاع الخاص تمويلياً وتشغيلياً [2] ، ويتم ذلك من خلال إتباع سياسة الاقتصاد الحر .

أما الدول التي تنتهج سياسة الاقتصاد المقيد فيؤدي إلى تحجيم التنمية الاقتصادية والصناعية بسبب محدودية إمكانية الدول النامية في تحقيق ذلك ، وبالذات قطاع الدولة العام لقلة خبرته ومحدودية إمكانيته قياساً بإمكانية شركة المشروع العابرة للقارات .

فضلاً عن ذلك فان حرية التجارة تؤدي إلى خلق المنافسة المشروعة في إنتاج السلع وتؤدي إلى خفض نفقات الإنتاج وتحسين نوعية جودة السلعة المنتجة ويؤدى ذلك إلى تحقيق الرفاهية الاقتصادية ، والقضاء على الاحتكارات من خلال خفض تكاليف الإنتاج والأسعار وكذلك فتح العديد من الأسواق الذي يؤدى إلى تحقيق مصلحة المستهلك والحصول على السلعة بأقل سعر ممكن [3].

1-المحامي . محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص184 .
2-د.وليد جابر حيدر ، المصدر السابق ، ص486 .
3-عصام احمد البهجي ، المصدر السابق ، ص50.

كما إن إنشاء العديد من المنظمات الدولية مثل منظمة التجارة الدولية ومنظمة التنمية الصناعية والبنك الدولي للإنشاء والتعمير وصندوق النقد الدولي كلها منظمات تهدف إلى تحرير الاقتصاد العالمي وتشجيع التجارة العالمية من خلال الالتزامات التي تفرضها هذه المنظمات على الدول الأعضاء في فتح أسواقها والتعامل مع النظام العالمي الجديد حيث تكون هذه الدول هي المسيطرة على الاقتصاد العالمي ، وتفرض شروطها على الدول من خلال غل يد الدولة وتوسيع يد القطاع الخاص المتمثل بالشركات متعددة الجنسية التي تمتلك التمويل اللازم لهذه المشاريع ومن خلال ذلك لجأت الدول إلى التعامل بنظام البوت [1].

لان نظام البوت حل وسط في تشييد المرافق من قبل الدولة التي يحملها نفقات باهضة وبين نظام الخصخصة الذي يقوم على نقل ملكية المرفق العام والبنية الأساسية إلى القطاع الخاص .

10 – تهدف عقود البوت إلى تحقيق الصالح العام ويتحقق ذلك من خلال دور الدولة المستمر في عملية الرقابة والتوجيه في إثناء عمليتي التشييد والتشغيل وكذلك الصيانة وهذه الرقابة تهدف إلى توجيه المشروع إلى تحقيق الصالح العام [2].

11 – عقود البوت تحقق فاعلية القطاع العام من خلال مشاريع القطاع الخاص ، لان هذه المشاريع تكون أكثر دقة وجدية، وتقوم على عدم الهدر في العمل من اجل تحقيق الربح وحرص المستثمر على السرعة في الانجاز، ولابد أن يكون ذلك بدرجة عالية من الكمال لأجل تجنب النفقات الباهضة في الصيانة وإصلاح الضرر ، ومن

1-نبيل حشاد ، الجات ومنظمة التجارة الدولية ، اهم التحديات في مواجهة الاقتصاد الغربي ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 2001 ، ص42 نقلاً عن د . عصام احمد البهجي ، المصدر السابق ، ص50 .

2-د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص149 .

ذلك يسترشد القطاع العام في جعله الحافز والمحرك في الحرص على إجادة أعمال المرفق العام بما يخدم الجمهور.

12 – اقتناع الجمهور بمشاريع البوت أكثر من مشاريع الخصخصة ، لان البوت هو الحل الوسط للشركة بين القطاع العام والقطاع الخاص والذي يؤدي إلى تقبل الجمهور لفكرة البوت أكثر من الخصخصة لأنه لايقوم على انتقال ملكية المرافق العامة للقطاع الخاص ولان هذه العقود تزيد المرافق العامة بدون أن ترهق الموازنة ، وبذلك نجد إن تقبل جمهور المنتفعين لهذه المشاريع أكثر من غيرها لاطمئنانه على أموال الدولة مما يبعث الثقة في إمكانية الدولة [1].

13 – يهدف عقد البوت إلى تقديم مكاسب لكل من مقدمي الخدمات ((شركة المشروع أو المستثمر)) والمستفيدين من خدمات المرفق بما يحقق كفاءة التشغيل وتحسين الخدمة ورفع مستوى المعيشة والإسراع في التنمية [2] .

وهذه هي من أهم المحاسن التي تم تأشيرها من خلال دراستنا لعقد البوت فضلاً عن المحاسن الأخرى التي يمكن أن تتداخل مع النقاط الرئيسية المذكورة ،إذ يعد عقد البوت حالياً الأسلوب الأمثل لتحقيق التنمية الاقتصادية .

المطلب الثاني : عيوب عقد البوت

على الرغم من المحاسن التي حققها عقد البوت في العديد من الدول وأهمها التخفيف عن كاهل الدولة من الناحية المالية، وكذلك إيجاد مرفق عام بتقنية حديثة. فان ذلك لا يمنع من وجود سلبيات عديدة يجب الانتباه إليها ومعالجتها عند التعاقد

1-د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص151.

2-د. عبد الستار ابو غدة ، عقد البناء والتشغيل والاعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الاوقاف والمرافق العامة ، منظمة المؤتمر الاسلامي ، مجمع الفقه الاسلامي الدولي ، الدورة التاسعة عشر ، الشارقة، 2009 ، ص9 ،

بنظام البوت لغرض تلافيها ،ويمكن إيجاز أهم السلبيات التي افرزها عقد البوت وهي:

1- المدة الطويلة في عقد البوت وما يرافقها من مخاطر عديدة يمتد أثرها من الأجيال السابقة إلى اللاحقة في تقييد حقوقها من الانتفاع من الملكية العامة المتمثلة بخدمات المرفق العام . ومثال ذلك ما جرى في مصر من تعاقد بنظام البوت امتدت لمدة (99) سنة وماخلفته من مخاطر سياسية واقتصادية واجتماعية على الإدارة ،ومن الارجح إن تكون مدة التعاقد لا تتجاوز (50) سنة كما نص على ذلك قانون الاستثمار العراقي الحالي [1].

2 – تتضمن اغلب عقود البوت شرط الثبات التشريعي ، وهذا الشرط يؤدي إلى تقييد سلطة الدولة في إمكانية تغيير التشريعات التي في ضوئها تمت عملية التعاقد مع شركات المشروع، بل يبقى العقد خاضعاً للقانون الذي ابرم في ظله ، وهذا الشرط يؤدي إلى الجمود التشريعي المتعلق بهذه العقود ، ومن الأفضل إتباع شروط أخرى أفضل استخداماً للطرفين وأكثر ضماناً لحقوقهما كشرط (المراجعة) وشرط (إعادة التفاوض) التي تؤمن توافق العقد مع الظروف المستحدثة [2].

3 – استنزاف القدرة المالية لمصادر التمويل المحلية، وذلك من خلال التعاقد بنظام البوت حيث يلجأ المستثمر إلى الاعتماد على التمويل الداخلي للمصارف والبنوك المحلية في تمويل المشاريع مما يزيد الطلب على العملة الصعبة وارتفاع أسعارها مما ينعكس سلباً على أسعار الصرف دون أن يقوم باستخدام أمواله في السوق المحلي ، بالإضافة إلى قيامه بتسديد هذه البنوك من عائد الاستثمار وتحويل القسم

1-ينظر الفقرة (ثالثاً) من المادة (11) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة (2006) النافذ .
2-د. محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص120 ، وكذلك د . احمد سلامة بدر ، المصدر السابق ، ص398 .

الأكبر إلى الخارج مما يؤدي إلى خلق حالة من الانكماش الاقتصادي[1] . والأصلح أنْ يتم وضع نص في العقد يحدد نسبة معينة من التمويل الخارجي للعقد ولاسيما إذا كان المستثمر اجنبياً وتحديد نسبة أخرى يتم تحويلها للخارج مع إمكانية توسيع الاستثمار في مجالات أخرى من خلال التمويل الخارجي .

4 – عدم وجود مراكز استشارية تخصصية حكومية تلجأ إليها الإدارة عند التخطيط للمرافق الاستثمارية الاستراتيجية ، مما يؤكد حاجة الإدارة في عقود البوت لهذه المراكز بدلاً من تخصيص مبالغ مالية كبيرة يتم تخصيصها لهذه المراكز عند التعاقد معها من أجل تقديم التخطيط وإقامة دراسات الجدوى وتقديم المشورة التي تحتاجها الإدارة ، لما تمتلكه هذه المراكز من خبراء واستشاريين في شتى المجالات،ولتعدد وتشابك العلاقات التعاقدية فيه [2] .

5 – المغالاة في منح المكاسب والإعفاءات والضمانات للمستثمر وبشكل يفوق عدة مرات تكلفة المشروع بالكامل . مثال ذلك ما حصل في مصر عند التعاقد بنظام البوت في تنفيذ مشاريع الطرق السريعة التي تشمل منح المستثمر مساحات إضافية واسعة بالإضافة إلى أراضي المشروع وتسمى الأراضي الخدمية للمشروع والتي يمكن استثمارها في مشاريع خدمية أخرى كمحطات الوقود ومحطات الاستراحة على الطرق السريعة وغيرها [3].

6 – ومن أهم العيوب التي يجب الإشارة إليها هي عدم وجود نظام قضائي متكامل ينظم إبرام هذه العقود ، على الرغم من وجود بعض المعالجات التشريعية

1-الشيخ .خالد بن سعود بن عبد الله الرشود ، المصدر السابق ، ص8 ، وكذلك المحامي محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ،ص185 .
2-د. وضاح محود الحمود ، المصدر السابق ، 37 .
3-د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص27

الجزئية في مصر والتي لا يمكن لها حل المشاكل التي تعتري تطبيق هذا النظام ولاسيما إذا كانت شركة المشروع شركة أجنبية لها خبرة طويلة في هذا المضمار التنفيذي .

7 – نقص الثقافة التمويلية في العديد من الدول النامية ، فالدول التي تمتاز بالاقتصاد الانتقالي والتي تعتمد على هذا النظام قد لا يمتلك أبناؤها إلا الجزء البسيط من التمويل عن هذا النظام[1]. فلابد من القيام بندوات تثقيفية من أجل اطلاع المختصين من الممولين والرأي العام عن جدوى التعاقد بنظام البوت وما يرافقه من محاسن ومساوئ .

8 – حاجة عقد البوت إلى توافر المناخ الاستثماري والسياسي والاقتصادي والتشريعي المناسب لهذه العقود، والذي تفتقر إليه العديد من الدول العربية ومنها **مصر والعراق** ، ولذلك لابد من إيجاد بيئية استثمارية مناسبة مميزة من حيث الاستقرار التشريعي وتوفر المناخ السياسي والأمني اللازم لجذب للاستثمار ولاسيما في **العراق**.

9 – تتضمن اغلب عقود البوت نصاً يستبعد الاختصاص القضائي للدولة المضيفة ويلزمها باللجوء إلى التحكيم ، وعادة مايتم ذلك من قبل جهات أجنبية تهدف من هذه الإجراءات ضمان مصالح الشركات الأجنبية بغض النظر عن مصالح الدولة المضيفة ، مما يعد ذلك مساساً بالسيادة الوطنية للدولة المضيفة وتعاظم النفوذ الأجنبي من الناحية الاقتصادية والسياسية والأمنية [2].

1-د. الياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص159 .
2-د. احمد محمد احمد البخيت ، المصدر السابق ، ص34.

ومن ذلك نستنتج إن عقد البوت كغيره من وسائل التنمية الاقتصادية الحديثة يقوم على تمويل المشروع من قبل القطاع الخاص، ويهدف من ورائه حصول الدولة على مرافق عامة ومشاريع بنى تحتية تمتاز بحداثة التكنولوجيا، وعدم تكليف ميزانية الدولة أية نفقات مالية ، إلا إن هذه المشاريع تمتاز بالعديد من الايجابيات التي يتم تحقيقها للدولة المضيفة تم الإشارة إليها، وكذلك عدم خلوها من السلبيات التي ترافق عملية التعاقد بنظام البوت يمكن معالجتها .

لذلك من الأجدر على الدول التي تتبع هذا النظام ومنها العراق إيجاد صيغ قانونية وعملية وذلك من خلال الاسترشاد بقوانين المنظمات الدولية كمنظمة التنمية الصناعية ((اليونيدو)) ومنظمة القانون التجاري ((الاونسترال)) وكذلك صندوق النقد الدولي من خلال الانضمام إليها، و من خلال الانضمام إلى العديد من الاتفاقيات الثنائية والجماعية التي تنظم العمل بعقد البوت وكذلك مواكبة التشريعات التي تصدرها هذه المنظمات والدول المتقدمة في هذا الميدان، والاستفادة من تجارب الدول المتقدمة كالولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا وتجارب العديد من الدول العربية كمصر ولبنان والكويت والإمارات لما فيها من نظام استثماري متميز يمكن الاستفادة منه لكون أضخم الشركات المتعددة الجنسية تكون عاملة فيه فضلاً عن الاستفادة من أسباب الإقبال الاستثماري فيها والبحث عن مواطن القوة وتعزيزها في العراق ومعرفة مكامن الضعف وتحسينه .

والعمل على إيجاد جهة إدارية مرتبطة بهيئة الاستثمار مكونة من الوزارات الخدمية جميعاً وتشمل جميع الاختصاصات التي تحتاجها عملية التعاقد بنظام البوت مهمتها التخطيط الاستراتيجي للمشاريع الضخمة والعملاقة التي تؤمن حاجة البلد من المرافق العامة وكذلك تتولى عمليتي التفاوض والتنسيق بين الإدارة

والمستثمرين ،والعمل على خلق نظام قضائي متخصص بالنظر في منازعات العقود الإدارية بصورة عامة ومنازعات عقد البوت بصورة خاصة لكونه من أنظمة التنمية الاقتصادية الحديثة والتي لاتخلو من المنازعات العقدية، وذلك لتعدد وتشابك الحزمة العقدية في عقد البوت .

ولغرض توسيع قاعدة المعلومات الاستثمارية فيجب العمل على إقامة العديد من المؤتمرات والدورات التدريبية وورش العمل المتخصصة بالاستثمار بنظام البوت في العراق لغرض زرع الثقة في نفوس المستثمرين الراغبين للعمل في العراق.

الخاتمة

بعد انجازنا بعون الله للبحث توصلنا الى جملة استنتاجات وتوصيات ندرج اهمها في ما يلي :

اولا : الاستنتاجات

1- نتيجة للتطورات المستمرة على مستوى المرافق العامة وعجز الادارة عن تأمينها لاسباب عديدة منها ضعف امكانيات الموازنات العامة للدول وعدم توفر الكوادر المختصة لانشائها وعدم امكانية توفير التكنولوجيا الحديثة ولاسباب اخرى كالعولمة وغيرها لقد ادى كل ذلك الى ظهور عقود البوت باستخدامها مما سبب توسعا في نظام المشاركة بين القطاع العام والقطاع الخاص مما وفر على الادارة عملية ايجاد مرافق عامة متطورة بتكنولوجيا حديثة متكاملة .

2- تعدد الاراء بشأن الطبيعة القانونية لعقد البوت حيث يراها البعض من عقود القانون الخاص والبعض الاخر يراها من العقود الادارية واخرون يرون ان لها طبيعة خاصة ، بينما نرى ان هذه العقود ذات طبيعة مختلطة لكونها تتضمن اركانا للعقد الاداري مصاغة باسلوب القانون الخاص مع الميل الى مساواة المراكز القانونية بين الطرفين وبالذات من خلال الشروط العقدية التي تتضمنها عقود البوت وهو ما يشجع على الاستثمار ودخول الاستثمارات الاجنبية الى البلدان النامية وما يستتبع ذلك من اللجوء الى قضاء محايد بين الطرفين .

3- بروز التحكيم التجاري كوسيلة اساسية لفض النزاعات المتعلقة بعقد البوت واشتراط اغلب المستثمرين لهذا النص باعتباره صمام الامان لهم من عدم احالة النزاعات الى القضاء الوطني ، وكذلك باعتباره اداة من ادوات جذب الاستثمار الاجنبي الى الدولة المضيفة لشركة المشروع مما يعني الابتعاد عن الطبيعة الادارية لهذا العقد .

4- تعد عقود البوت الوسيلة الاساسية في احداث التنمية الشاملة لاية دولة لكون شركة المشروع هي التي تؤمن عناصر الاستثمار من رؤوس اموال وتكنولوجيا حديثة وخبرة ويمكن الدولة من الحصول على مرافق عامة بدون اية نفقات وبذلك تعد عقود البوت من الوسائل الحديثة للاستثمار .

5- افتقار الادارة في اغلب الدول النامية ومنها العراق الى الخبرات اللازمة للعمل بعقود البوت ، وبالتالي سيؤدي ذلك الى مخاوف من العمل بها اذا لم يحسن تنظيمها قانونيا .

6- بساطة المشاريع المقامة في العراق وفق هذا النظام بسبب غياب البيئة اللازمة لجذب الاستثمارات الاجنبية الى القطر ونأمل ان تتحقق بالمستقبل القريب الظروف اللازمة لجذب الاستثمار الاجنبي باعتبار عقود البوت الوسيلة الفعالة لجذب الاستثمارات الاجنبية والمحلية للقطر .

7- وجود العديد من التجارب الدولية المتقدمة كما في امريكا وبريطانيا وفرنسا والارجنتين وماليزيا وكذلك العديد من دول المشرق العربي التي اخذت بهذا النظام وما افرزه من مزايا ومساوئ لذلك يجب العمل على توسيع المزايا وتقليل السلبيات للخروج بنظام حديث متكامل يؤدي الى تنمية وتطوير البلد .

8- لما كانت عقود البوت من عقود المدة الطويلة لذلك لابد من تخطيط استراتيجي محكم ينظم هذه المشاريع ، والتأني والتدقيق في مرحلة المفاوضات مع شركة المشروع لغرض الحصول على نتائج تحقق التنمية المطلوبة .

9- من اجل تحاشي وقوع الدولة في ساحة المديونية الدولية عن طريق الاقتراض من البنوك او المؤسسات التمويلية الدولية فقد تبين ان عقود البوت بصيغها المختلفة تجنب الادارة والمؤسسات الحكومية الاقتراض من البنوك والمؤسسات المالية الاجنبية.

ثانيا : التوصيات

لغرض مواكبة التطورات الحاصلة في مجال عقد البوت ولتحقيق التنمية في كافة المجالات نوصي بما يلي :

1- وضع نظام قانوني محكم متوازن في العراق ينظم عملية التعاقد بموجب هذا النظام وتلافي السلبيات التي حصلت في تجارب الدول الاخرى من اجل احداث التنمية الشاملة في القطاعات النوعية المختلفة (القطاع الصناعي والزراعي وقطاع الصحة والتعليم وقطع النقل وقطاع الكهرباء) ، وذلك لجذب الاستثمارات الاجنبية كون المستثمر الاجنبي يمتلك التكنولوجيا والخبرة ورؤوس الاموال .

2- وضع نص محدد في عقود البوت يلزم شركة المشروع بتشغيل نسبة معينة من المواطنين للحد من ظاهرة البطالة والزام المستثمر بتشغيل نسبة محددة من ارباح المشروع داخل القطر وتحويل القسم الاخر لدول شركة المشروع لغرض المحافظة على الاستقرار المالي للدولة المضيفة .

3- ان العقود الحكومية لدينا وفق التشريعات النافذة حاليا تشكل عقبة من حيث التعقيدات القانونية والإجراءات الروتينية وغموض بعض نصوصها لتطوير القطاعات المذكورة اعلاه وبالتالي يصبح الاخذ بنظام البوت من حيث الصياغة والابرام والالتزامات القانونية المتوازنة لطرفي العقد ضرورة لازمة .

4- لضمان الاستثمار الفاعل وجذب المستثمرين الذين يمتلكون ادوات الاستثمار فإن عقود البوت المتوازنة (أي غير المجحفة بحق المستثمرين) هي الطريق الصحيح لجذب الاستثمارات الاجنبية.

5- لوجود انواع عديدة من عقد البوت فلابد من اجراء دراسات الجدوى الاقتصادية والقانونية الدقيقة لاختيار النوع المطلوب ابرامه من اجل ضمان دقة وفاعلية عقود البوت في الاستثمار والتنمية وانشاء المشاريع الاستراتيجية .

6- ان تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت واختيار النوع اللازم لصياغته وابرامه بما يناسب مشروع معين يشكل اهمية كبيرة لغرض تجنب الخلط بينه وبين العقود الاخرى المشابهة كعقود الخصخصة وعقود الخدمة وعقود الادارة وعقود المشاركة .

7- تضمين عقود البوت شرط التحكيم وبالذات التحكيم المؤسسي وليس الفردي أي ان يكون التحكيم لدى مؤسسة معتمدة ومعروفة دوليا ولا يتم اللجوء الى القضاء من اجل ضمان دقة التنفيذ في هذه العقود وحسب المنازعات التي قد تثور خلاله .

8- نوصي بانضمام العراق للاتفاقيات الدولية المتعلقة بتنظيم التحكيم التجاري الدولي كاتفاقية نيويورك لغرض التمكن من حل النزاعات التي تنشأ عن عقود البوت بشرط التحكيم ، كما نوصي بإنشاء هيئات تحكيم وطنية متخصصة للنظر في هكذا منازعات .

9- الزام شركة المشروع اذا كانت تتكون من جهات متعددة بالتوقيع على عقد البوت كاتحاد شركات (كونسرتيوم – Consortium) ، لضمان عدم تهرب احد اطراق هذا الاتحاد من تنفيذ التزاماته بدقة.

المصادر

اولا : متون القوانين

1- دستور العراق النافذ لعام (2005).

2- قانون الاستثمار رقم (13) لسنة (2006) وتعديلاته.

3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة(1951) المعدل.

4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948

ثانيا : الكتب والبحوث والرسائل

1- د. إبراهيم الشهاوي ،عقد امتياز المرفق العام B.O.T ،دار النهضة العربية، القاهرة 2003 .

2- د. احمد رشاد محمود سلام،عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكيةB.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة ،دار النهضة العربية ، القاهرة،2004.

3- د. احمد سلامة بدر ،العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T ،دار النهضة العربية ، القاهرة 2003 .

4- د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1973.

5- د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية،دار النهضة العربية ، القاهرة ،1973.

6- د. احمد محمد بخيت ،تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة ،بحث مقدم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي ،مجمع الفقه العالمي ،الدورة ،التاسعة عشر ،الشارقة،الإمارات العربية المتحدة،2006 .

7- د. المحامي مصطفى الزعارير ، سياسة التخاصيه ،دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة ،دار الثقافة ،عمان ،2004.

8- د. الياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الB.O.T ،الجزء السادس، المؤسسة الحديثة للكتاب ،بيروت ، 2006.

9- د. انس جعفر، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية،القاهرة،2003.

10- د. جابر جاد نصار، عقود البوت التطور الحديث لعقد الالتزام ،دار النهضة العربية ،القاهرة،2003.

11- د. جيهان حسن سيد احمد، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة ،دار النهضة العربية،القاهرة ،2002 .

12- د. جيهان حسن سيد احمد،عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها،دار النهضة العربية، القاهرة 2002

13- د. حفيظة السيد حداد،العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب ،دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية 2007 .

14- الشيخ خالد بن سعود بن عبد الله الرشود ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير المرافق العامة والأوقاف ،بحث مقدم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي ،مجمع الفقه الدولي ،الدورة التاسعة عشر، الشارقة ، الإمارات العربية المتحدة ،2006.

15- خالد مرموص خلف الحمداني ،سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية ،رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية ،جامعة الدول العربية،1987.

16- د. سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ،دراسة مقارنة ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،الطبعة الثانية، 1965.

17- د. سليمان محمد الطماوي،الوجيز في القانون الإداري ، دار النهضة الثقافة العربية للطباعة ، القاهرة ،1975.

18- د. شاب توما منصور، القانون الإداري ،الكتاب الأول ، الطبعة الأولى ،بغداد ،1980.

19- د. شاب توما منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ،بغداد ،1971.

20- د. عبد الستار أبو غدة ،عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة ،بحث مقدم إلى منظمة المؤتمر الإسلامي ،مجمع الفقه العالمي ، الدورة التاسعة عشر ، الشارقة ،الإمارات العربية المتحدة، 2006.

21- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ،عقود البوت B.O.T في القانون المقارن ،دار الكتب القانونية ،القاهرة ،2008.

22- د. عزيزة الشريف ،دراسات في نظرية العقد الإداري ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،بدون سنة نشر.

23- د. عصام احمد البهجي ،التحكيم في عقود البوت B.O.T ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2008

24- د. عصام احمد البهجي ،عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ،دار الجامعة الجديدة ،2008.

25- د. عمرو احمد حسبو ،التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام أل B.O.T ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2002 .

26- د. مازن ليلو راضي ،التطور الحديث لعقد الالتزام بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت (B.O.T) ،بحث منشور في مجلة الحقوق بجامعة النهرين، المجلد(8) العدد (13) لشهر حزيران (2005) .

27- د. ماهر صالح علاوي الجبوري ،القانون الإداري ،مطبعة التعليم العالي ، الموصل ،1989.

28- د. ماهر صالح علاوي الجبوري ،مبادئ القانون الإداري ،دراسة مقارنة ،بغداد ،1996 ،بدون دار نشر .

29- د. ماهر محمد حامد ،النظام القانوني لعقد البوت B.O.T ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2006.

30- د. محمد الروبي ، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2004.

31- د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية،دار النهضة العربية ، القاهرة ،2000.

32- د. محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة ، عمان ، الطبعة الأولى ،2010.

33- د. محمود خلف الجبوري ،العقود الإدارية ،بيت الحكمة ، بغداد ،1989.

34- د. مروان محي الدين القطب ،طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز – الشركات المختلطة B.O.T – تفويض المرفق العام) دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،الطبعة الأولى ،2009.

35- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ،الوجيز في عقود البوت B.O.T ،دار الكتب القانونية ،القاهرة ،2008.

36- د. مطيع علي حمود جبير ،العقد الإداري بين التشريع والقضاء،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2006.

37- د. هاني صلاح سر الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية ،القاهرة ،الطبعة الأولى 2001

38- د. وائل محمد السيد إسماعيل ،المشكلات القانونية التي تثيرها عقود أل B.O.T وما يماثلها ،دراسة مقارنة ،دار النهضة العربية ، القاهرة ،الطبعة الأولى ،2009.

39- د. وضاح محمود الحمود ،عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)،دار الثقافة ،عمان ،2010.

40- د. وليد حيدر جابر ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ،دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ، بيروت ،2009.

41- د. ياسر احمد كامل الصريفي ، لنظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ا 2008.

42- محمد عبد الله الدليمي ،سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون ،جامعة بغداد،1983.