

عقود البوت

ومتطلبات تطبيقها في العراق (*)

ابوبكر احمد عثمان

مدرس القانون الاداري المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

المقدمة:

شهدت الآونة الأخيرة تراجعاً لفكرة الدولة المتدخلية ولجوء اغلب الدول إلى نظام اقتصاد السوق وبروز ظاهرة العولمة، إضافة للتقدم التكنولوجي الهائل والذي امتلكت ناصيته شركات عملاقة، وقد أدت هذه التطورات إلى ازدياد الاهتمام بالعقود الإدارية كوسيلة لإشباع الحاجات العامة للإفراد خصوصاً في نطاق مرافق البنية الأساسية. وتأتي عقود الالتزام في مقدمة العقود الإدارية التي نالت الاهتمام، إذ ظهر هذا العقد وبعد غياب طويل بصيغة جديدة تسمى عقود البوت وهي عبارة عن اتفاق بين الدولة ممثلة بإحدى الجهات الإدارية المختصة والملتزم وهو شخص من أشخاص القانون الخاص والذي يصطلح عليه في نطاق عقود البوت باسم شركة المشروع، بموجبه تلتزم هذه الأخيرة ببناء وتشبيد مرفق من مرافق البنية الأساسية وعلى نفقتها، ثم تتولى تشغيله المدة المحددة بالعقد، وبانتهائها تنقل المرفق وتحوله إلى الدولة بمقابل أو بدون مقابل.

إن عقود البوت تعد في الوقت الحاضر الوسيلة الأهم التي تستعين بها الدول لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص. فأمام القصور الذي أظهره نظام الخصخصة من جهة، وانتشار ظاهرة العجز في ميزانية الكثير من الدول، فضلاً عن نقص الخبرة والإمكانات الفنية أضحت عقود البوت تلقى رواجاً في مختلف الدول، المتقدمة منها والنامية. وتتميز عقود البوت بمجموعة من الخصائص فهي نموذج جديد وتطبيق متطور لعقود التزام المرافق العامة، وفي الوقت نفسه هي صورة من صور عقود الاستثمار. وقد أثارت هذه الخصائص نقاشاً بشأن التكيف القانوني لعقود البوت، وأطراف العقد

(*) أستلم البحث في ٢٠٠٨/٧/٢١ *** قبل للنشر في ٢٠٠٨/١٠/٢٦ .

والمراحل التي يمر بها، فضلاً عن مدى توافقها مع الأنظمة القانونية لكثير من الدول، وكيفية تحقيق هذا التوافق.

أهمية البحث :

يمكن القول أن عقود البوت أصبحت في الوقت الحاضر ظاهرة عالمية ، فلا تكاد تخلو دولة من الدول من تطبيق هذا النوع من العقود. وفيما يتعلق بالعراق شهدت الاونة الأخيرة اتخاذ عدد من الخطوات التي تمهد الطريق لتطبيق عقود البوت ومنها صدور قانون جديد للاستثمار، كما تم إقامة عدد من المشاريع العامة بالاستناد إلى نظام البوت . أن صيغ البوت ونظراً لحدائتها على منظومتنا القانونية والاقتصادية تحتاج منا دراستها والتعرف عليها ومقارنتها مع الأنظمة التقليدية المعروفة في تمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية في دولنا. ومن هنا تأتي أهمية البحث والدراسة في هذا الموضوع.

أهداف البحث:

يهدف البحث إلى تقديم دراسة معمقة لعقود البوت ومدى إمكانية تطبيق هذا النوع من العقود في العراق وذلك من خلال البحث في المسائل الآتية:

١. تعريف عقود البوت والمزايا التي تحققها.
٢. مناقشة الآراء التي قبلت بصدد التكيف القانوني لعقود البوت.
٣. تحديد الأطراف المختلفة لعقود البوت والمراحل التي تمر بها.
٤. الوقوف على المتطلبات التي يلزم توفيرها لتطبيق عقود البوت في العراق.

منهجية البحث:

اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي والتحليلي.

خطة البحث :

وفي ضوء ماتقدم قسمنا خطة البحث على النحو الآتي:

- المبحث الأول : ماهية عقود البوت
- المطلب الأول : تعريف عقود البوت وبيان أهميتها
- الفرع الأول : تعريف عقود البوت
- الفرع الثاني : أهمية عقود البوت
- المطلب الثاني : أشكال عقود البوت
- المطلب الثالث : التكيف القانوني لعقود البوت
- المبحث الثاني : أطراف عقود البوت والمراحل التي تمر بها
- المطلب الأول : أطراف عقود البوت

- الفرع الأول : الأطراف الرئيسيون لعقود البوت
الفرع الثاني : الأطراف التابعون (المعاونون) لعقود البوت
المطلب الثاني: مراحل عقود البوت
الفرع الأول : المراحل السابقة على إبرام عقود البوت (مرحلة اختيار المشروع)
الفرع الثاني : مرحلة اختيار الملتزم (شركة المشروع)
المطلب الثالث : مرحلة تنفيذ العقد
المبحث الثالث : متطلبات تطبيق عقود البوت في العراق
المطلب الأول :فكرة المرفق العام في القانون العراقي ودور القطاع الخاص في تنمية مرافق البنية الأساسية
الفرع الأول : فكرة المرفق العام في القانون العراقي
الفرع الثاني : دور القطاع الخاص في تنمية مرافق البنية الأساسية في العراق
المطلب الثاني : متطلبات تطبيق عقود البوت في العراق
الفرع الأول : المتطلبات القانونية
الفرع الثاني : المتطلبات الهيكلية (المؤسسية)
الفرع الثالث : المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية

المبحث الأول

ماهية عقود البوت

يعود الظهور الأول لعقود (البوت) تحت هذه التسمية إلى بداية عقد الثمانينات من القرن الماضي^(١) ويعود الرئيس التركي الراحل (توركت أوزال) أول من استخدم هذا المصطلح للدلالة على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

(١) ويرى الكثير من الباحثين أن عقود (البوت) ليس بالصيغة الجديدة كأسلوب لإنشاء واستغلال مرافق البنية الأساسية وان هذه العقود قديمة وموجودة أصلاً إذ يرجع تاريخ نشأتها إلى منتصف القرن التاسع عشر ففي مصر طبقت بمناسبة أنجار مشروع قناة السويس عام ١٨٧٢ وفي فرنسا كذلك في نفس العام استخدم هذا الأسلوب بمناسبة عقد امتياز المياه (بيريه إخوان) . د. محمد عبد الله فايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ (B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام (B.O.O.T) دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص ٤ .

بمناسبة تنفيذ مشروع جسر البوسفور^(١) ، ومن هنا شاع التعامل بهذه العقود في مختلف الدول حتى بلغ أوجهه في نهاية القرن الماضي وخصوصاً بعد أن أصبحت الخصخصة عاجزة عن القيام بمثل هذه المشاريع^(٢). وبالفعل فقد بلغ حجم الاستثمارات الحالية في مشاريع البنى الأساسية في الدول النامية عن طريق القطاع الخاص عام ١٩٩٧ لوحده أكثر من (١٢٣) مئة وثلاثة وعشرين مليار دولار أمريكي^(٣) وهذا ما يعكس الأهمية المتنامية للجوء إلى هذا الأسلوب في توفير الخدمات الأساسية التي تقدمها المرافق العامة في كثير من القطاعات كالكهرباء والطاقة والنقل والاتصالات والمياه وغيرها .

وسنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب ،نخصص الأول لتعريف عقود البوت وبيان أهميتها.وفي المطلب الثاني نبين أشكال عقود البوت،أما المطلب الثالث فسنناقش فيه التكيف القانوني لعقود البوت.

المطلب الأول

تعريف عقود البوت وبيان أهميتها

سنتناول في هذا المطلب تعريف عقود البوت في فرع أول ،ونخصص الفرع الثاني للمبحث في أهمية عقود البوت.

الفرع الأول

تعريف عقود البوت

عقود البوت (B.O.T) هو اختصار لمصطلح (Build , Operate , Transfer) أي (البناء أو الإنشاء ثم التشغيل ثم نقل الملكية إلى الدولة) والمقصود من ذلك أن تعهد جهة إدارية مختصة إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة ، إنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة يحتاجها الجمهور كالطرق والمواصلات والمطارات والكهرباء والموانئ.. الخ ، ويتم ذلك على حساب

(٢) محمد المتولي ، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل ال (B.O.T) ، الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص٧ .

(٣) خالد بن محمد عبد الله العطية ، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص٧ .

(٤) د. هاني صلاح سرى الدين ، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمة البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها ، مجلة القانون والاقتصاد ، العدد ٧١ ، السنة ٢٠٠١ ، ص٢٢٧ .

الشركة وبنفقات من عندها (الإنشاء – Build) ، ثم تتولى هذه الشركة إدارته وتشغيله وتؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين مدة معينة وبشروط محددة، وهذا يتم تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها (وهذه هي الإدارة والتشغيل – Operate) ثم تنقل الشركة ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة (وهذا هو نقل الملكية – Transfer of Owener ship)^(١). كما عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليونيدو بأنها (ذلك النموذج أو الهيكل الذي يتم بمقتضاه استخدام استثمارات القطاع الخاص (Private in vestment) في تمويل البنية الأساسية للدول وهي الوظيفة التي كانت تقع على عاتق القطاع الخاص (The Public Sector) تاريخياً والذي يكون فيه تمويل المشروعات هو حجر الزاوية بالنسبة لنظام الـ B.O.T اذ يعتمد المقرضون على أصول المشروع نفسه وتدفقاته النقدية كضمان لهم لكي يستردوا أموالهم مرة أخرى بدلاً من أن تؤدي هذه المهمة مجموعة الضمانات الحكومية أو أصول الشركات أو الشركات الراعية للبرنامج ككل)^(٢). أما لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري فقد عرفت عقود البوت بأنها (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين (الاتحاد المالي للمشروع) امتياز لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً ، ويضطلع الاتحاد المالي للمشروع أو شركة يقوم الاتحاد المالي بإنشائها بصوغ المشروع وتنفيذ الامتياز على وفق الاتفاق المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز (اتفاقية المشروع)^(٣).

ومن خلال ما تقدم يتضح لنا أن الدولة بموجب عقود البوت تنقل إلى القطاع الخاص عبء تمويل وتصميم وإنشاء وتشغيل وجباية المرفق العام مع تحمله كافة الاستثمارات ومخاطر تشغيله و بالمقابل تؤول ملكية أصول المشروع للقطاع الخاص خلال مدة التشغيل فقط على أن يقوم بنقلها للدولة في نهاية مدة العقد، وهذا ما يميز عقد البوت عن الخصخصة، إذ أن الأخيرة تنقل فيها أصول

(١) عمرو احمد حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٩٨ .

(١) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي ، عقد امتياز المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٣ ، ص ٤٥ .

(٢) دويب حسين صابر عبد العظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاً على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦ ، ص ٧٢ .

المشروع إلى القطاع الخاص لا إلى الدولة كما هو في عقد البوت^(١) كما يتميز هذا العقد عن عقد التزام المرافق العامة في صورتها التقليدية الذي تكون فيه ملكية أصول المشروع للدولة خلال فترة العقد ، وهكذا فإن عقود البوت تقف في نقطة وسط بين الخصخصة وعقد التزام المرافق العامة .

ومن خلال تعريف عقود البوت يمكن أن نحدد العناصر الأساسية لها بما يأتي :

- أ- التشييد والبناء للمرفق العام (Build) : وعملية التشييد والبناء يقوم بها الملتزم والذي يطلق عادة شركة المشروع (Projec Company) من خلال مقاولي الأعمال الذي يعهد إليهم بإنشاء المرفق ومن خلال التمويل الذي تشترك فيه شركة المشروع مع مؤسسات التمويل على توفيره .
- ب- التشغيل للمرفق (Operat) حيث تعهد شركة المشروع إلى إحدى الشركات المتخصصة بإدارة وتشغيل مشاريع المرافق الأساسية بتشغيله من خلال اتفاقية تسمى (Operating Contract) .

ج- نقل الملكية (Transfer) حيث تلتزم الشركة بنقل ملكية المرفق موضوع العقد إلى الدولة المتعاقدة في نهاية مدة العقد دون مقابل وبحالة جيدة تؤهله للاستمرار .

الفرع الثاني

أهمية عقود البوت

تحقق عقود البوت كوسيلة لتوفير خدمات البنية الأساسية مجموعة من المزايا جعلت الكثير من الدول المتقدمة والنامية تقوم بدراساتها ومحاولة تطويرها مما يجعلها متفقة مع احتياجاتها حيث قامت باكستان باستحداث صيغة موحدة تتعلق بمشاريع الطاقة المنفذة بصيغة البوت وعلى الصعيد الإقليمي تعتبر سلطنة عمان من أوائل الدول العربية التي قامت بتنفيذ مشاريع البنية التحتية بصيغة البوت^(٢) .

ويمكن أجمال أهم المزايا التي تحققها عقود البوت بما يأتي :

(٣) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦ .

(١) د.عوض شفيق عوض، الخصخصة، منشأة المعارف ، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٣٩

- ١- انها وسيلة لنقل عبء التمويل والمخاطر الذي تتطلبه مشاريع البنية الأساسية من القطاع العام إلى القطاع الخاص ، وهو ما يمكن الدولة من توجيه الإنفاق إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وأرباح مباشرة مثل قطاع التعليم والصحة^(١).
- ٢- تساهم عقود البوت في خلق فرص عمل جديدة في الدولة اذ تعتمد شركة المشروع في الغالب على الأيدي العاملة في الدولة المضيفة ، حيث يدرج عادة في العقد على شرط العمالة الوطنية^(٢).
- ٣- تستخدم عقود البوت كوسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة وتطوير الخبرات الفنية وتدريب العاملين^(٣).
- ٤- إن عقود البوت تشكل حلاً ناجحاً للهيئات المحلية لتلبية الكثير من احتياجات ومتطلبات النمو المتسارع في المحافظة أو الإقليم ، حيث أن هذه الهيئات بما لها من صلاحيات يمكنها أن تلجأ لهذا النوع من الصيغ التعاقدية في تنفيذ الكثير من مشاريع البنية الأساسية دون أن تلجأ لميزانية الدولة المركزية أو تضطر لاستنفاد مواردها ، وهكذا فإن مشاريع مهمة مثل قطارات الانفاق أو السكك الحديدية أو الصرف الصحي أو توليد الطاقة أو الطرق السريعة أو شبكات الهاتف الثابت والمتحرك أو إنشاء التجمعات والوحدات السكنية لمحدودي الدخل كل هذه المشاريع وغيرها يمكن أن تنفذ بعقود البوت^(٤).

المطلب الثاني

أشكال عقود البوت

عقد البوت (B.O.T) يمثل الشكل الأبرز والأمثل فكلما تمت الإشارة إلى عقود البوت نفترض أن هذا الشكل (B.O.T) والذي يعني البناء والتشغيل ونقل الملكية ، إلا أن هذا النوع وان كان الشكل الرئيسي، إلا انه ليس الوحيد بل أن

(١) د. هاني صلاح سرى الدين ، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص ، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٢) خالد بن محمد عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

(٣) عمر احمد حسبو ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .

(٤) هشام عوض عبد الحميد ، الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية ، ص ٩٨ بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الأتي:

هناك أشكالاً أخرى اشتقت منه وسميت بعدة تسميات بالنظر إلى مدى تحويل أو نقل ملكية الأصول والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص^(١)، وما يرافق ذلك من مخاطر مالية وفنية وتجارية، ويمكننا أن نحدد أشكال هذه العقود كما يلي:

أولاً- عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) : يعني هذا الشكل إنشاء المشروع وتملكه وتشغيله من قبل الملتزم ثم نقله إلى الجهة الإدارية بانتهاء مدة العقد وهذا ما يختلف به عن عقد البوت الرئيسي (B.O.T) في أن الأخير يتم فيه إنشاء المشروع وإدارته ثم إعادته إلى الجهة الإدارية في نهاية فترة العقد دون أن يتملكه الملتزم خلال فترة العقد، وما تجدر الإشارة إليه أن هناك أجمعاً في الفقه على أن تملك المشروع لا يعني تملكاً للأرض التي أنشأ عليها المشروع سواء في عقد البوت (B.O.T) أو في البوت (B.O.O.T) إلا أنهم انقسموا بعد ذلك حول تملك موجودات المشروع فمنهم من قال أن التملك لا يشمل إلا موجودات المشروع أثناء مرحلة الإنشاء أما في مرحلة التشغيل فإن الملكية تكون للدولة وذلك لان الملتزم وهو في مرحلة التشغيل يحصل على مقابل لتلك الموجودات بخلاف مرحلة الإنشاء التي لا يكون بها مقابل. وذهب آخرون عكس ذلك إذ لا يفرقون بين اصطلاح (B.O.T) و (B.O.O.T) أصلاً بالاستناد إلى أننا لا نستطيع أن نسلم بوجود حق الملكية على الموجودات ذلك أن حق الملكية يمنح صاحبه حقاً بالاستعمال والاستغلال والتصرف وهذا ما لا نجده في عقود ال (B.O.T) إذ نجد الاستعمال والاستعمال (عناصر حق الحيازة) دون التصرف الأمر الذي يقودنا إلى القول أن هناك حق حيازة لا تملك وان الاختلاف بين العقدين المذكورين لا يعدو أن يكون إلا في الألفاظ فقط^(٢).

ثانياً- عقود البناء والإيجار ونقل الملكية (Build – Lease – Transfer) على وفق هذه الصورة تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق وتملكه ثم تأجيره إلى الجهة الإدارية التي تقوم بتشغيله بنفسها أو أن تعهد به إلى أطراف أخرى لغرض استغلاله^(٣).

(١) د.هاني صلاح الدين، الصور المختلفة، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٢) د.دوب حسين صابر عبد العظيم، مصدر سابق، ص ٥٠ وما بعدها.

(٣) محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مصدر سابق، ص ٣٢.

ثالثاً- عقود البناء والنقل والتشغيل (Build , Transfer , Operat) بموجب هذا العقد يقوم الملتزم (شركة المشروع) ببناء المشروع ثم تسليمه مباشرة إلى الجهة الإدارية لتقوم مرة أخرى بإبرام عقد جديد لإدارة وتشغيل المرفق ولفترة محددة تحدد في العقد مقابل حصول شركة المشروع على عائدات الاستغلال (إيرادات التشغيل) وهذا يعني أن الجهة الإدارية تمتلك ابتداءً المشروع لا انتهاءً كما هو الحال في عقد البوت (B.O.T)^(١).

رابعاً- عقود البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل (B.R.O.T) بموجب هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء المرفق (Build) لحساب الجهة الإدارية وعلى نفقة الأخيرة على أن تقوم الجهة الإدارية بتأجير المرفق لشركة المشروع لفترة محددة تقوم خلالها بتشغيل المشروع واستغلاله وفي النهاية يعود المرفق إلى الجهة الإدارية ، ويجد هذا النظام مجاله في المرافق القابلة للتأجير كالموانئ الجوية أو البحرية^(٢).

خامساً- عقود الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية (L.R.O.T) بموجب هذا العقد تقوم شركة المشروع باستئجار (Lease) مرفق من مرافق البنية الأساسية القائم فعلاً لمدة محددة ثم تقوم بعملية تجديده (Renwal) وتشغيله (Operate) وفي نهاية مدة العقد تقوم بإعادته للجهة الإدارية (Transfer) . ويظهر في هذا النوع من العقود أن شركة المشروع لا يكون لها الانتفاع بالمشروع إلا كمستأجر وتبقى بالتالي الجهة الإدارية هي المالكة للمرفق أرضاً وموجودات ، ولذلك فإن هناك من لا يعدّ هذا العقد شكلاً من أشكال عقود الالتزام وإنما هو عقد إيجار عادي^(٣).

سادساً- عقود التحديث والتملك والتشغيل والتحويل (M.O.O.T) : في هذا الشكل من العقود فإن المرفق يكون قائماً بالفعل ولكنه لا يعمل بكفاءة إما لعدم صلاحيته أو بسبب التطور التكنولوجي مما يجعله في حاجة إلى عملية التحديث

(١) عمر احمد حسبو، مصدر سابق، ص ١٠٥

(٢) د. هاني صلاح سرى الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص ، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) وغير من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٢٦ .

(٣) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٦٤ .

والتطوير ، ومراحل هذا العقد تتضمن قيام شركة المشروع بتحديث المرفق (Modernise) ثم تملكه (OWN) وتشغيله (Operate) لفترة محددة بالعقد وبانتهاء مدة العقد يتم نقل المرفق إلى الجهة الإدارية (Transfer)^(١).
سابقاً- عقود التحديد والتمليك والتشغيل (R.O.O) : وفي هذا النوع من العقود يتم التعاقد بين الجهة الإدارية وشركة المشروع على أن تقوم هذه الأخيرة بتجديد (Renabilitate) احد المرافق العامة التي تحقق خسائر ثم تمتلك (OWN) شركة المشروع المرفق وتتولى تشغيله ، وهذا النوع من العقود لا يعد شكلاً من أشكال البوت وإنما يدخل في نطاق الخصخصة لان ملكية المرفق تنتقل لشركة المشروع بصورة تامة ونهائية ولذلك فإن هذه العقود غالباً ما تستخدم في إطار برامج الخصخصة للمرافق العامة^(٢).

ثامناً- عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) : وبمقتضى هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء (Build) مرفق من مرافق البنية الأساسية وتتملكه بعد ذلك (Own) بصورة كلية أو جزئية ويكون لها حق تشغيل المرفق واستغلاله ولفترة محددة وبنهاية الفترة يكون لها حق التصرف بالمرفق دون أن تكون ملزمة بإعادته للدولة^(٣) ، وهذا النوع من العقود يعد اقرب إلى نظام الخصخصة منه إلى عقود البوت ، لان ملكية المرفق تؤول بصورة نهائية للقطاع الخاص ، ولذلك فإن الدول لا تقبل على هذا النوع من العقود إلا في بعض الحالات النادرة كأن تنتفي حاجة الحكومة من الاستفادة من المرفق بعد انتهاء مدة الالتزام أو بسبب انتهاء العمر الافتراضي له .

تاسعاً- عقود التصميم والبناء والتحويل والتشغيل (D.B.F.O) : وطبقاً لهذا النوع من العقود تتفق الحكومة مع شركة المشروع على إقامة مرفق من مرافق البنية الأساسية على وفق الشروط المبينة والتصميمات (Design) التي تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية وتلتزم شركة المشروع بالاتفاق على إقامة المرفق وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة ، كما تقوم بالبحث عن مصادرها الخاصة لتمويل المشروع سواء من البنوك الوطنية أو

(١) د. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٥٨ .

(٢) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

(٣) خالد بن محمد بن عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ٥٢ .

الأجنبية ، ثم تقوم بتشغيل المرفق وفقاً للضوابط التي تحددها الحكومة ولا تنتقل ملكية المرفق إلى الحكومة عقب انتهاء فترة العقد حيث أن الحكومة تحصل على مقابل للأرض وعلى قيمة محددة أو نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز ويحق للحكومة تجديد الامتياز عند انتهائه أو منح الامتياز لطرف آخر مع دفع التعويض لشركة المشروع^(١).

عاشراً - عقود البناء والتشغيل وإعادة التصميم والتجديد (B. Operate Revaluate) ومراحل هذا العقد هي البناء (Build) والتشغيل (Operate) مدة محددة في العقد ثم تجديد العقد لفترة جديدة وهو نوع له طبيعة متجددة بتجدد الحاجة إلى تجديد عقد الامتياز لضرورة التطور التكنولوجي وتحديث المشروع للتعرف على مصادر تكنولوجية جديدة^(٢).

احد عشر - عقود البناء والتحويل (B.T) : وبموجب هذا العقد تتفق الجهة الإدارية مع شركة المشروع على أن تقوم شركة المشروع ببناء وتشبيد المرفق ثم تقوم بعد ذلك بنقل ملكية المشروع مباشرة إلى الجهة الإدارية وهذا النوع من العقود يختلف عن عقد البوت الرئيسي (B.O.T) لان شركة المشروع لا تقوم باستغلال المشروع وإنما فقط تشييده ولذلك يعد هذا النوع من المشروع بمثابة عقد تسليم المفتاح^(٣).

المطلب الثالث

التكيف القانوني لعقود البوت

بالرغم من أن عقود البوت ، وكما ذكرنا سابقاً ما هي إلا تطبيق لعقود الالتزام التقليدية ، إلا أن تميزها بمجموعة من الخصائص التي لم تكن موجودة في عقود الالتزام التقليدية^(٤) والتي تأتي في مقدمتها اعتبار عقود البوت صورة

(١) عمر احمد حسبو، مصدر سابق، ص١٠٥

(٢) د.محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة ، مصدر سابق، ص٥٧.

(٣) المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

(٤) تجدر الإشارة إلى أن عقود الالتزام التقليدية ذاتها تار جدل حول التكيف القانوني لها ، حيث أن عقود الالتزام تتضمن نوعين من الشروط الأولى تعاقدية وتنظم المسائل المالية للعقد ، أما الثانية فهي شروط لائحية وتتصل بتنظيم المرفق العام وسير العمل فيه ، وهذه الطبيعة المركبة لعقود الالتزام جعلت بعض الفقهاء يتجهون إلى تكيف عقد امتياز المرافق العامة بأنه تنظيم وليس عقد وهذا ما تبناه الفقهاء الألمان ، أما في فرنسا فأن الاتجاه

من صور عقود الاستثمار وما تفرضها هذه الأخيرة من مبادئ وأحكام القانون الخاص كمبدأ المساواة بين المتعاقدين والتقييد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الثبات التشريعي والثبات العقدي ، بالإضافة إلى متطلبات التجارة الدولية التي تستلزم أن تنزل الدولة في تعاقداتها التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية إلى مرتبة الأشخاص العاديين متخالية عن امتيازات السلطة العامة ، كل هذه الاعتبارات أثارت جدلاً بين الفقهاء يدور حول التكييف القانوني لعقود البوت . فذهب رأي إلى أن اعتبار عقود البوت من عقود القانون الخاص ، فيما عدها الأخر عقود إدارية وما هي إلا تطبيق لعقود التزام المرافق العامة ، وذهب آخرون إلى عدّ عقود البوت عقود لها طبيعة خاصة ، وسنستعرض هذه الآراء ثم نبين بعد ذلك رأينا في الموضوع.

أولاً- تكييف عقود البوت بأنها من عقود القانون الخاص :
يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) من عقود الإدارة العادية التي تخضع لقواعد القانون الخاص ويستندون في تبرير رأيهم إلى الحجج الآتية :

١- إن عقود البوت شأنها شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروط استثنائية ، إذ أن متطلبات التجارة الدولية تفرض أن تنزل الدولة في تعاقداتها إلى منزلة الأشخاص العاديين ، فمثل هذه العقود لا تقبل أن تتميز الإدارة بالسلطات التي تميزها في العقود الإدارية ، فالعقود التي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بموجب صيغة البوت هي عقود تتعاقد فيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص ، ولا تستطيع الدولة أن تضمن هذه العقود شروطاً استثنائية ، فإذا كانت الدولة ممثلة بالجهة الإدارية المتعاقدة يمكنها أن تضمن عقودها مع الأشخاص الوطنيين امتيازات القانون العام التي تميزها عن المتعاقد معها ، فأن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي يكون طرفها شخصاً أجنبياً على عدّ أن

=الذي كان سائداً حتى بداية القرن العشرين كان يعتبر عقد التزام المرافق العامة عقد من عقود القانون الخاص ، إلا أن هذه الفكرة تم هجرها لمصلحة الطبيعة الإدارية لعقود الالتزام وأول من أسس لهذه الفكرة الفقيه دوبي وأيده اغلب الفقهاء الفرنسيين . للمزيد يراجع :

د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية - القرار الإداري والعقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٤٥٦ ؛ د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل ، ١٩٩٢ ، ص ٥٢ وما بعدها .

- سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي ومن ثم يجب أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد الأجنبي^(١) .
- ٢- إن قبول الدولة في عقود البوت بمبدأ الثابت التشريعي ، ومبدأ ثبات العقد واللذان مقتضاهما عدم جواز تطبيق أي قانون جديد أو تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة يفضي إلى خروج عقود البوت من نطاق العقود الإدارية^(٢) .
- ٣- أن معظم تطبيقات عقود البوت في مختلف الدول تقوم على مبادئ القانون الخاص ، إذ تقوم على مبدأ المساواة بين الأطراف ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يتنافى مع جوهر فكرة نظرية العقود الإدارية^(٣) .
- ٤- إن الكثير من عقود البوت ينص فيها على أنها عقود مدنية وتطبق عليها قواعد القانون الخاص .
- ٥- وأخيراً فإن امتلاك شركة المشروع للمرفق في عقود البوت يتنافى مع طبيعة العقود الإدارية^(٤)

ثانياً- تكييف عقود البوت بأنها عقود إدارية :

- ويحسب هذا الاتجاه الذي يؤيده اغلب فقهاء القانون العام ، إن عقود البوت هي عقود إدارية وأنها صورة حديثة لعقد التزام المرافق العامة ، وأصحاب هذا الاتجاه وقبل أن يوردوا حججهم قاموا بالرد على الحجج التي قال بها أصحاب الاتجاه الأول القائل بالطبيعة المدنية لعقود البوت وعلى النحو الآتي :
- ١- إن القول بأن فكرة العقد المدني لعقود البوت إنما تفرضها متطلبات التجارة الدولية ما هي إلا مناشدة غير ملزمة من جانب بعض الفقه للدولة لكي تلتزم في تعاقدها بأحكام القانون الخاص ، اعتقاداً من هؤلاء بأن أساليب القانون الخاص توفر ضمانات أكبر للمستثمرين ، والحقيقة أن نظرية العقود الإدارية قد توفر ضمانات أكثر فائدة من نظرية العقود

(١) د. جابر جاد نصار ، عقود البوت والتطور الحديث لعقود الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٠ - ٦٠ .

(٢) خالد بن محمد عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .

(٣) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

(٤) د. محمد عبد الحميد القاضي ، الطبيعة القانونية لعقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٩١ .

المدنية ، ومن ذلك الضمانات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقود والتمثلة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة^(١).

٢- إن النص في عقود البوت على الثبات التشريعي والثبات العقدي ليس دليلاً على الطبيعة المدنية لعقود البوت لان شرط الثبات التشريعي والعقدي بحد ذاته هو شرط استثنائي غير مألوف في القانون الخاص ، فهو اعتراف من المتعاقد مع الإدارة بسلطة الدولة في إنهاء العقد أو تعديله ولكنها اتفقت مع المتعاقد على عدم استعمال هذه السلطة ، وهذا الاتفاق لا يلغي سلطة الإدارة في تعديل العقد أو إنهائه .

٣- أما بالنسبة للحجة القائلة بأن معظم عقود البوت ينص فيها على أنها عقود مدنية فيمكن الرد عليها بالقول أن تكييف العقد لا يتوقف على الوصف الذي يطلقه أطراف العقد ولكن الذي يقرر طبيعة العقد هو موضوعه وما يتضمنه من شروط^(٢).

وبعد أن فرغ أصحاب هذا الاتجاه من تفنيد حجج الاتجاه المؤيد للطبيعة المدنية لعقود البوت ، فأنهم أوردوا عدداً من الأسانيد والحجج لتدعيم رأيهم وأهم هذه الحجج هي

١- إن عقود البوت ما هي إلا عقود إدارية وذلك لتوافر كافة عناصر العقود الإدارية فيها، فأحد المتعاقدين هو جهة إدارية والهدف منها هو إدارة وتشغيل مرفق عام، كما أن عقود البوت تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(٣).

٢- إن عقود الاستثمار والتي تعد عقود البوت صورة من صورها وان كانت في ظاهرها تستهدف تحقيق الربح للمتعاقد ، إلا أن الطرف الثاني للعقد وهو الدولة ممثلة بإحدى الجهات الإدارية إنما تستهدف في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بإنشاء مرفق عام وتسييره وبالتالي فلا احد يمكن أن يجادل في أن الهدف من تشييد مترو الأنفاق أو محطة للطاقة الكهربائية وغيرها من مرافق البنية الأساسية ليست مرافق عامة^(٤).

(١) خالد بن محمد بن عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

(٢) د. سعاد الشراوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ١٤ .

(٣) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ١٩ .

(٤) خالد بن حمد عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

٣- إن عقود البوت تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية فاشترت المتعاقد ممثلاً بالقطاع الخاص في إنشاء وإدارة المرفق العام يعد بحد ذاته شرطاً استثنائياً ، بالإضافة إلى الشروط الاستثنائية الأخرى التي تتضمنها عقود البوت كالمزايا التي يمنحها القانون للمتعاقد مثل الإعفاء من الضرائب والرسوم وتخصيص ارض لإقامة المرفق بدون مقابل أو بمقابل رمزي^(١).

ثالثاً- تكييف عقود البوت بأنها من طبيعة خاصة :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود البوت تتم بآليات متعددة وان لكل عقد ظروفه الخاصة وهذا يجعل من الصعب وضع قاعدة عامة تحدد ما إذا كانت عقود البوت عقوداً إدارية أم عقوداً مدنية ، ويمضي أصحاب هذا الاتجاه في بيان رأيهم بأنه بالرغم من أن لعقود البوت جذوراً تتصل بعقود الامتياز إلا أن هناك العديد من الاختلافات المهمة بينهما ، اذ أن عقود البوت يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين ، وان الملتزم في عقود البوت يتمثل باتحادات مالية والتي تسمى (شركة المشروع) ، كما أنها أي عقود البوت تتميز بتعدد مراحلها فلا تقتصر مهمة المتعاقد (شركة المشروع) على إدارة مرفق وإنما تتضمن أيضاً بناء المرفق وتشغيله وأخيراً الالتزام بتسليمه للجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية مدة العقد ، لذلك ينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى انه يصعب وضع تكييف محدد وثابت لعقود البوت ، وإنما يجب مراجعة كل عقد منها على حدا وتحليل عناصره لتحديد ما إذا كان عقداً مدنياً أم إدارياً^(٢).

وأخيراً وبعد استعراض الاتجاهات التي ظهرت في تكييف عقود البوت ، نرى أن عقود البوت ما هي إلا صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة وان كل ما قيل من حجج لنفي الصفة الإدارية عنها يمكن دحضها ، فبالإضافة إلى الحجج التي ذكرناها سابقاً في تأكيد الطبيعة الإدارية لعقود البوت فإننا يمكن أن نضيف ما يأتي :

١- إن عقود البوت ومادام احد أطرافها جهة إدارية ومحلها مرفق عام من مرافق البنية الأساسية فهي عقود إدارية على الدوام ، اذ أن هذه المرافق إنما تهدف إلى إشباع حاجات أساسية للأفراد والقيام بها هو من اخص واجبات الدولة

(١) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

(٢) د. مطيع علي حمود جبير ، العقد الإداري بين التشريع والقضاء ، دراسة مقارنة بين الأنظمة الفرنسية والمصرية

واليمنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ١٨٣-١٨٤ .

تجاه مواطنيها فإذا ما استعانت بالقطاع الخاص للقيام بهذه المهمة بدلاً عنها فإن ذلك لا يعني تخلي الدولة عن هذا الواجب بشكل كلي وإنما يجب عليها أن تتولى الإشراف والمراقبة على أداء القطاع الخاص لهذه المهمة ولها ممارسة سلطتها العامة لتقويم هذا الأداء وهذا لا يمكن تحقيقه إذا سلمنا بأن عقود البوت هي عقود مدنية وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا المراد أبهى توضيح في احد قراراتها إذ قالت (إن الدولة مكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة ، فإذا ما عهدت أمر القيام بها للغير لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من اخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة مرافق العامة لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل)^(١) .

٢- إن عدم تضمن عقود البوت شروطاً استثنائية لا ينفي كونها عقوداً إدارية ، إذ أن اتجاه نية الطرفين المتعاقدين في العقد الإداري للأخذ بأساليب القانون العام لا تكمن في مجموع الشروط التي يتضمنها العقد بل باستأثر احد المتعاقدين وهو الجهة الإدارية باستعمال سلطاته تجاه المتعاقد الآخر والتي يملكها أصلاً بحكم تعلق العقد بتنظيم وتسيير مرفق عام والمساهمة في ذلك ، وهو الأمر الذي يعدّ من صميم واجبات الإدارة فالشروط الواردة في العقد هي مقتضى العقد ، وهي إن وردت فيه فلا يعدو أن يكون ذلك تبصره للمتعاقد مع الإدارة بسلطاتها التي تملكها في مواجهته ، بل قد لا يرد في العقد الإداري أي شروط استثنائية ومع ذلك تستطيع الإدارة أن تمارس سلطاتها في التعديل أو فرض الجزاءات أو الفسخ أو الإنهاء للعقد ، لأن ذلك من مقتضى سلطات الإدارة التي تملكها بحكم هيمنتها على المرافق العامة وهو الأمر الذي تؤكد اغلب أحكام القضاء الإداري ، بل لقد ذهبت بعض أحكام القضاء الإداري إلى وصف العقد بأنه إداري دون حاجة للبحث عن وجود الشروط الاستثنائية^(٢) .

(١) أورده إبراهيم عبد اللطيف الشهاوي ، مصدر سابق ، ص ٢ .

(٢) د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، سنة ١٩٨١ ، ص ٥٤ .

البحث الثاني

أطراف عقود البوت والمراحل التي تمر بها

تتميز المشاريع التي تكون محلاً لعقود البوت بضخامتها من الناحية المالية والفنية ، فمعظم هذه المشاريع تتصف بأنها إستراتيجية وهي تمتد لمدد زمنية طويلة سواء من حيث التخطيط أم الإنشاء أم التشغيل ، لذلك فإن عقود البوت تتميز بتعدد أطرافها فهي لا تقتصر على الطرفين الرئيسيين للعقد وهي الدولة ممثلة بالجهة الإدارية المختصة والملتزم ممثلاً بشركة المشروع وإنما تدخل أطرافاً يعد تواجدها أمراً لازماً لإنجاح المشاريع محل عقد البوت ، ومن ناحية ثانية فإن انجاز عقود البوت يمر بمراحل متعددة وليس بمرحلة واحدة وللوقوف على أطراف عقد البوت والمراحل المختلفة لها سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبحث في الأول أطراف عقد البوت ونخصص المطلب الثاني لمراحل عقد البوت .

المطلب الأول

أطراف عقود البوت

يتطلب انجاز عقود البوت بمراحله المتعددة قيام شبكة من الأطراف المتعددة إلى جانب إبرام عدد من العقود الثانوية إلى جانب العقد الرئيسي أو المحوري ، ولذلك فإنه يوجد في عقود البوت نوعان من الأطراف : أولهما الأطراف الرئيسيون للعقد والثاني الأطراف التابعون (المعاونون) وسنبين كلاً منهما فيما يأتي :

الفرع الأول

الأطراف الرئيسيون لعقود البوت

وتتمثل الأطراف الرئيسية في عقود البوت بالحكومة المضيفة والتي تتمثل بالجهة المختصة بإبرام العقد وهي تمثل الطرف الأول للعقد ، أما الطرف الثاني فيتمثل بالملتزم والذي يأخذ تسمية شركة المشروع (Project Company) .

أولاً- الطرف الأول لعقد البوت – الحكومة متمثلة بالجهة المختصة- : فالحكومة ممثلة بالجهة المختصة هي الطرف الأول لعقد البوت وتمثيل الدولة يمكن أن يكون بأكثر من صورة وعلى النحو الآتي :

١- الجهة المخولة بالموافقة على منح الامتياز : وهي تلك الجهة التي يخولها الدستور أو القانون العادي حق منح الالتزام للمتعاقد (شركة المشروع) لبناء وتشغيل مرفق من مرافق البنية الأساسية ، وهذه الجهة قد تكون هي السلطة التشريعية إذا ما نص الدستور أو القانون العادي على وجوب الحصول على موافقة هذه الأخيرة كشرط لأبد منه لمنح الالتزام . ويلاحظ في الأونة الأخيرة أن كثيراً من الدول بدأت تتساهل بخصوص هذا الشرط خاصة بعد الانتشار الواسع لعقود البوت ، اذ ذهبت التشريعات في الكثير من الدول إلى إلغاء شرط استحصال موافقة السلطة التشريعية لمنح الالتزام في نطاق مرافق البنية الأساسية ، إلا في المجالات الحساسة كالاستثمارات في الموارد الطبيعية ، مكتفية بحصول موافقة السلطة التنفيذية متمثلة بصورة قرار من رئيس الدولة أو مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو من أية جهة إدارية أخرى يحددها القانون رغبة منها في التقليل من القيود التي تتطلبها موافقة البرلمان واختصاراً للوقت^(١).

٢- الجهة الإدارية كطرف في عقد البوت : وهذه الجهة في الغالب هي الجهة الإدارية المختصة أصلاً بتشغيل المرفق وتقديم خدماته ، والقانون هو الذي يحدد الجهة الإدارية المخولة بإبرام عقود البوت ، وبالإضافة إلى الجهة الإدارية المتعاقدة كأحد أطراف عقد البوت فإن طبيعة هذا الأخير قد تستلزم دخول جهات إدارية أخرى ، كأن يتطلب تنفيذ المرفق وتشغيله توريد مواد خام أو توريد الوقود اللازم لتشغيل المرفق .

ولابد من الإشارة إلى أن الدور الذي تقوم به الدولة في عقود البوت يختلف بحسب نوع المرفق وتبعاً لدرجة تعقد كل مشروع والظروف التي تحيط به ، وبالرغم هذا الاختلاف فإن دور الدولة لا يقتصر على مجرد التوقيع والتصديق على العقد بل يشمل فضلاً على ذلك متابعة الملتزم (شركة المشروع) للتأكد من جديتها والتزاماتها بالتنفيذ ، فقوم بالمتابعة الدورية والتفتيش والرقابة على حسن سير العمل في المرفق سواء في مرحلة الإنشاء أم في مرحلة التشغيل . وتقوم الدولة في كثير من الأحيان بتقديم المساعدة لشركة المشروع فتقدم مثلاً الأرض اللازمة لإنشاء المرفق وفق نظام الإيجار الطويل أو بمقابل رمزي أو

(١) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

حتى بدون مقابل ، بل قد تقوم الدولة بالترخيص لشركة المشروع بحق استخدام بعض الأصول القائمة أو الانتفاع بمواردها ، فمثلاً قامت الحكومة الماليزية في عقد إنشاء الطرق السريعة وفق صيغة البوت بين شمال وجنوب ماليزيا بمنح شركة المشروع الحق بالانتفاع المجاني بالموارد المالية المحصلة عن طريق آخر سريع طوله ٣٠٠ كم كان قائماً بالفعل ، وفي استراليا منحت الحكومة شركة المشروع حق تشغيل نفق قديم إلى جوار النفق الجديد الذي تم إنشائه أسفل البناء الرئيسي بمدينة سدني للحصول على إيرادات النفق القديم كاملاً لحين الانتهاء من تنفيذ النفق الجديد^(١).

ثانياً- الطرف الثاني : الملتمزم – شركة المشروع :

يعد الملتمزم والذي يسمى في نطاق عقد البوت بـ شركة المشروع (Project Company) الطرف الرئيسي الثاني لعقود البوت ويمكن التعرف على ماهية شركة المشروع من خلال المراحل التي تمر بها وعلى النحو الآتي :

أ- مرحلة الكونسورتيوم (Consortium)

تتمثل صيغة الكونسورتيوم بقيام عدد من الشركات المختلفة وطنية أو أجنبية أو مشتركة ذات نشاطات مختلفة بتكوين تكتلات فيما بينها لقيام كل مجموعة بتقديم عطاء مستقل ، ولا تسمى هذه التكتلات بالكونسورتيوم إلا بعد أن يتم الاتفاق التعاقدية بين هذه الشركات وقبل البت في العطاء ورسوه على التجمع^(٢). والسبب في تشكيل الكونسورتيوم هو ما تتطلبه عقود البوت من إمكانات مالية وفنية ضخمة تعجز في الغالب عن القيام بها شركة أو مؤسسة خاصة بمفردها إذ يستلزم تكوين كتل من مجموعة شركات ذات نشاطات مختلفة بحيث يضم الكونسورتيوم شركات بناء وهندسة وموردي معدات ثقيلة ، يهمهم ان يصبحوا المقاولين أو الموردين الرئيسيين للمشروع^(٣).

ونشير أخيراً إلى انه ليس هناك اتفاق حول الطبيعة القانونية للكونسورتيوم ، إذ ذهب البعض إلى عدّ شركة محاصة على أساس انه لا يتمتع بكيان قانوني مستقل عن أطرافه ، وذهب الأخر إلى أن الكونسورتيوم هي شركة فعلية تكون مسؤولة

(١) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٣١ .

(٢) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ٣٨ .

(٣) محمود محمد علي صبرة ، إعداد وصياغة العقود الحكومية ، مكتب صبرة للتأليف والترجمة ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ،

الشركاء فيها مسؤولية تضامنية وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية^(١). فيما ذهب آخرون إلى أن الوصف القانوني الصحيح لاتفاق الكونسورتيوم هو انه نوع خاص من الضمان الاتفاقي يمنحه التكتل (الكونسورتيوم) للمتعاقد الآخر^(٢). والخلاصة هي انه أياً كان الخلاف فإن الأمر المؤكد أن الكونسورتيوم في نطاق عقود البوت ما هو إلا اتفاق مؤقت أو تمهيدي يدخل فيه الشركاء بناءً على رغبة الحكومة للفوز بالعطاء فإذا ما رسا العطاء عليه فإن اتفاق الكونسورتيوم يتحول إلى شركة مشروع تتولى إبرام العقد وتنفيذه^(٣).

ب- مرحلة ما بعد رسو العطاء على الكونسورتيوم (اتفاقية المساهمين) وتبدأ هذه بعد رسو العطاء على الكونسورتيوم ، إذ تقوم الأطراف الداخلة في الكونسورتيوم (وهم رعاة المشروع) بإنشاء شركة تسمى (شركة المشروع) ويحدد غرضها بإنشاء وتشغيل المرفق ثم تسليمه في نهاية مدة العقد إلى الحكومة . ويحدد العقد الذي ينشئ شركة المشروع كافة الأمور المالية والإدارية الخاصة بشركة المشروع كما ينظم العلاقة بين الأطراف الداخلة فيه .

وتشترط اغلب الدول أن يتم تأسيس شركة المشروع كشركة وطنية تكون خاضعة لقوانينها ، وتجدر الإشارة هنا إلى أن رغبة في تحديد مسؤوليتهم وقصرها على المبالغ التي يستثمرونها في رأس المال ، يتجه الشركاء (رعاة المشروع) في الغالب إلى إنشاء شركة ذات مسؤولية محدودة وتتخذ في الأغلب صورة شركة مساهمة ، وتنهض شركة المشروع بالمسؤولية عن تنفيذ العقد وتنشئ عدداً من الترتيبات التعاقدية مع أطراف أخرى والتي تسمى بالأطراف التابعة أو المعاونة^(٤) والتي سنبينها في الفرع القادم من هذا المطلب .

الفرع الثاني

الأطراف التابعون في عقود البوت (الأطراف المعاونة)

يتطلب تنفيذ عقود البوت وجود أطراف أخرى بالإضافة إلى طرفي العقد الرئيسيين ، وهذه الأطراف يتولى كل منها القيام بدور معين في نطاق العقد ، وعموماً يمكن حصر هذه الأطراف بالآتي :

(١) خالد بن محمد عبد اله العطية ، مصدر سابق ، ص ٤٣ .

(٢) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .

(٣) دويب حسن صابر عبد الله عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٣٣ .

(٤) محمود محمد علي صبرة ، مصدر سابق ، ص ٤٩٤ .

أولاً- الممولون : بالنظر لضخامة مشروعات البنية الأساسية التي تتصدى لها عقود البوت فإن تمويلها لا يكون عن طريق مصدر واحد أو بأية واحدة ، لذا فإن التمويل في نطاق عقود البوت يتم من خلال إقامة هياكل لتمويل المشروع يتضمن اتفاقيات قروض مع أطراف أخرى كما يتم أيضا استخدام آليات للتمويل مختلفة منها الاقتراض على أساس العائد والاقتراض عن طريق السندات والتمويل بطريق إصدار الأسهم بالإضافة إلى مساهمة رعاة المشروع ممثلين بشركة المشروع^(١).

وتجدر الإشارة إلى أن الأسلوب السائد في تمويل المشاريع التي تتم بموجب عقود البوت هو أسلوب (التمويل مع عدم وجود حق بالرجوع أو حق محدود لذلك) . وهذا يعني أن أصحاب القروض يكون لهم حق الرجوع على أصول المشروع فقط دون أصول رعاة المشروع ، فالدائنون يوفرون التمويل للمشروع المنفذ بالاعتماد على مزايا المشروع ذاته مع وجود حق محدود بالرجوع على الكفلاء أو عدم وجود هذا الحق ، وواضح أن الدائنين سيتحملون جزءاً من مخاطر المشروع مع المساهمين فيه (رعاة المشروع)^(٢). وعموماً ومن خلال التطبيقات لعقود البوت فإنه يمكن تحديد مصادر التمويل بما يأتي :

- ١- مساهمة رعاة المشروع : وهذه المساهمة تسمى برأس المال السهمي وهي لا تمثل إلا نسبة ضئيلة من رأس المال الكلي - اذ تتراوح بين ١٠ إلى ٣٠% من رأس المال الكلي للمشروع^(٣).
- ٢- القروض التجارية : وهي عبارة عن قروض تمنحها المصارف التجارية للمشروع ويكون لها الأولوية في السداد على الدائنين الآخرين وأصحاب الأسهم والسندات .
- ٣- أصحاب الدين الفرعي أو المنتفي (الدين التابع) : وهي قروض تمنحها المصارف ومؤسسات التمويل بسعر فائدة ثابت وأعلى ويكون لها الأولوية في السداد على حملة الأسهم والسندات ولكنها تلي القروض التجارية^(٤).

(١) حسن محمود محمد عبد الحفيظ الهنداوي ، النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٤٢ .

(٢) د. عبد القادر محمد عبد القادر ، دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع ال B.O.T ، الدار الجامعية ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٦٣٥ .

(٣) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٤١ .

(٤) حسن محمود محمد عبد الحفيظ الهنداوي ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

٤- التمويل عن طريق مؤسسات التمويل الإسلامية: حيث نشأت هذه المؤسسات في العديد من الدول الإسلامية كبديل للمصارف التجارية التي تتعامل بنظام الفائدة ، ويستند نشاط هذه المؤسسات إلى قواعد الشريعة الإسلامية عن طريق إحلال أساليب مصرفية شرعية كبديل لنظام مدفوعات الفوائد ، مثل أسلوب تشاطر الأرباح أو المساهمة المباشرة أو غير المباشرة في رأس مال المشروع^(١).

٥- التمويل عن طريق مؤسسات التمويل الدولية والوطنية : غالباً ما تثير المشروعات المنفذة بواسطة عقود البوت اهتمام المؤسسات المالية الدولية مثل مؤسسات التمويل التابعة للبنك الدولي ، ومنها المؤسسات الإقليمية التي تعمل على دعم التنمية الاقتصادية في البلدان النامية ومنها الصندوق العربي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية والبنك الأوربي للتعمير والتنمية ، وهدف هذه المؤسسات هو تحقيق التنمية بعكس المصارف التجارية التي يقتصر هدفها على تحقيق الأرباح والتدفقات النقدية^(٢). كما قد تساهم المؤسسات المالية الوطنية في تمويل المشروعات المنفذة بموجب عقود البوت مثل شركات التأمين وصناديق الاستثمار الجماعي وصناديق معاشات المتقاعدين^(٣).

ثانياً- المقاول الأصلي والمقاول من الباطن :

١- المقاول الأصلي في عقود البوت هو ذلك الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يسند إليه تشييد المرفق وبنائه ، ويكون هو المسؤول عن إعداد وتصميم وتشييد البناء وتوريد الآلات وتركيبها ونقل التكنولوجيا^(٤). وينظم العلاقة بين المقاول الأصلي وشركة المشروع عقد المقاول الأساسي الذي قد يتخذ شكل عقد تسليم المفتاح^(٥). والمقاول الأصلي غالباً ما يكون عدة شركات

(١) محمود محمد علي صبرة ، مصدر سابق ، ٣٩٦ .

(٢) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ٤٠ .

(٣) محمود محمد علي صبرة ، مصدر سابق ، ص ٤٩٦ .

(٤) احمد رشاد عبد السلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٣٧ .

(٥) عقد تسليم المفتاح هو ذلك العقد الذي يتعهد فيه المقاول فرد - أو شركة - بالقيام بالعمل كله لتسليم جهة الإدارة الأعمال الإنشائية وغيرها (كهرباء ، ميكانيكية) ويسلمها المشروع في صورته النهائية مستعداً للعمل فور تسليمه ، دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ .

متخصصة وتكون مسؤولة مسؤولية تضامنية تجاه شركة المشروع كما أن
المقاول الأصلي يكون في الغالب تابعاً للشركات المؤسسة لشركة المشروع .

٢- المقاول من الباطن

بسبب كثرة وضخامة الأعمال التي تتطلبها المشروعات المنفذة بموجب عقود البوت فإنه يصعب على المقاول الأصلي القيام بكافة الأعمال اللازمة لتنفيذ المشروع، لذلك فأن كثيراً ما يضطر إلى الاستعانة بالغير من الشركات المتخصصة في جوانب فنية معينة عن طريق إبرام عقود مقاوله من الباطن، فالمقاول من الباطن هو شخص طبيعي أو معنوي يتعهد بتنفيذ جزء أو أجزاء من الأعمال اللازمة لإنشاء المشروع بموجب عقد يبرمه مع المقاول الأصلي، وتتحصر علاقته بهذا الأخير دون أن يكون له أية صلة بالملتزم (شركة المشروع)^(١).

ثالثاً- المؤمنون

بسبب المخاطر التي ترافق مشروعات البنية الأساسية المنفذة بموجب عقود البوت والتي قد تعجز حكومة البلد المعني أو المقرضون أو المقاولون عن مواجهتها فإنه بات من الضرورة المؤكدة دخول شركات التأمين كطرف يؤمن ضد المخاطر التي قد تعصف بالمشروع. ويتخذ التأمين في نطاق عقود البوت صوراً متعددة بحسب نوع المخاطر المؤمن ضدها ، فهناك تأمين على المنشآت والمعدات ، وتأمين على العمال ، وهناك ما يعرف بالتأمين ضد المخاطر السياسية مثل إلغاء العقد أو عجز الحكومة عن الوفاء بالتزاماتها^(٢).

رابعاً- الخبراء والاستشاريون :

إن وجود الخبراء الماليين والمستشارين القانونيين والمهندسين والاستشاريين أمر لازم لضمان نجاح مشروعات البنية الأساسية المنفذة بصيغة البوت . والحاجة لهؤلاء ماسة لطرفي العقد على حد سواء ، فكما تكون الجهة الإدارية بحاجة لهؤلاء فأن الملتزم ممثلاً بشركة المشروع هو الآخر محتاج لخبراتهم في مختلف مراحل العقد .

(١) خالد بن محمد عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

(٢) المصدر نفسه ، ص ٤٦ .

المطلب الثاني

المراحل التي تمر بها عقود البوت

إن مشاريع البنية الأساسية المنفذة بصيغة البوت لها أهمية خاصة حيث تحل شركة المشروع محل الإدارة في توفير وتقديم حاجات أساسية للأفراد والتي قد تكون حساسة وخطيرة في بعض الأحيان ، ومن جهة أخرى تنسم عقود البوت بطبيعة مركبة فلا يقتصر التزام الملتزم الذي تمثله شركة المشروع على نوع واحد من الالتزامات وإنما تتعدد هذه الالتزامات بدءاً من الالتزام بتشديد مشروع المرفق مروراً بالالتزام بتشغيله وانتهاءً بتسليمه وتحويله إلى الجهة الإدارية التي يحددها القانون ، ولذا تتعدد المراحل التي تمر بها عقود البوت، فالمرحلة الأولى تتمثل بالإجراءات السابقة على التعاقد ثم تليها مرحلة إبرام العقد ثم مرحلة تنفيذ العقد والتي تبدأ بتشديد وبناء مشروع المرفق ثم القيام بتشغيله وأخيراً تأتي مرحلة تسليم وتحويل مشروع المرفق . وسنقوم فيما يأتي باستعراض هذه المراحل :

الفرع الأول

المراحل السابقة على إبرام عقود البوت (مرحلة اختيار المشروع)

إن لجوء الإدارة إلى إبرام عقود البوت لا يكونه بصورة تلقائية كما هو الحال بالنسبة لعقود الإدارة الأخرى ، إذ يتوجب استخدام عقود البوت بطريقة مخططة على وفق حاجة كل مرفق من مرافق البنية الأساسية لهذا النوع من العقود ، بالإضافة إلى مراعاة الجوانب القانونية والاقتصادية والاجتماعية ، لذلك يتوجب على الحكومة في البدء أن تتحقق من مدى الحاجة للمشروع المراد تنفيذه ومدى إمكانية تنفيذه ، إضافة إلى فائدة تنفيذه بصيغة البوت . ويلاحظ في هذا الصدد أن الجهة المنوط بها القيام بهذه المهمة ، أي اختيار المشروع تكون في العادة هي وزارة أو هيئة التخطيط بحسب الحالة في كل دولة ، ففي بعض الأحوال يتم تشكيل لجنة خاصة تخول تحديد المشروعات التي تنفذ بصيغة البوت ، فتقوم أياً من هذه الجهات بتحديد الخدمات العامة وترتيبها حسب الأهمية والحاجة ، كأن تقوم بإعداد قائمة بالخدمات العامة كالطاقة والنقل والماء والصرف الصحي والتعليم والصحة ... الخ . ثم تحدد بعد ذلك أياً من هذه الخدمات يستحق الأولوية ، وفي النهاية يتم تحديد المشروع وتنفيذه بصيغة عقود البوت نظراً لأهميته في البنية التحتية للدولة واقتصادها .

وإذا كان الأصل أن الجهة الإدارية المختصة هي التي تقوم بتحديد مشروعات البنية الأساسية التي تنفذ بصيغة البوت ، إلا أن ذلك لا يحول دون تصور أن تقوم الشركات المعنية والمهتمة بهذا النوع من المشروعات بتقديم اقتراح للجهة الإدارية لإقامة مشروع معين من مشاريع البنية الأساسية بصيغة البوت وعندئذٍ تقوم الحكومة ممثلة بجهة الإدارة بدراسة المقترح والبت بقبوله أو رفضه^(١).

ومن الخطوات الأولى التي تقوم بها الحكومة بصدد اختيار مشروعات البنية الأساسية المنفذة بصيغة البوت إجراء دراسة أولية لجذواء من الناحية الاقتصادية والمالية فيتم دراسة المزايا الاقتصادية المتوقعة من المشروع والتكاليف المقدرة ، والدخل الذي ينتظر أن يدره تشغيل مرفق البنية الأساسية وسيكون من المهم أيضاً تقدير الجدوى التقنية للمشروع وتأثيره البيئي^(٢).

الفرع الثاني

مرحلة اختيار الملتمزم (شركة المشروع)

الأصل أن الإدارة تلتزم في اختيار المتعاقد معها باتباع إجراءات محددة تنص عليها قوانين المناقصات والمزايدات الخاصة بالعقود الإدارية ، وهذا ما أخذت به الكثير من الدول في قوانينها ومنها العراق بموجب القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٨٦ الخاص ببيع وإيجار أموال الدولة ، وقانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ ، والتعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ إلا أنه واستثناءً من هذا الأصل فإن عقود التزام المرافق العامة لا تخضع للقوانين الخاصة بإبرام العقود الإدارية ، بل تتمتع الإدارة وهي بصدد إبرام هذا النوع من العقود ومن بينها عقود البوت بحرية واسعة في اختيار المتعاقد معها والذي سيعهد إليه بمهمة إدارة المرفق العام نيابة عن الإدارة مما يقتضي توافر ثقة شخصية عالية في مقدرة الملتمزم على تنفيذ المهام الموكولة له بمقتضى العقد وبالأخص الثقة في الجانب المالي والفني^(٣). وقد تبنى هذا الموقف قانون العقود العامة العراقي المشار إليه إذ أنه عندما حدد

(١) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

(٢) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٣) د. علي الخطار ، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن ، ص ١٤٥ بحث منشور على شبكة الانترنت

على الموقع الأتي :

المشرع نطاق تطبيق القانون لم ينص على عقد امتياز المرافق العامة^(١). إلا أن عدم خضوع عقود البوت للإجراءات الخاصة بإبرام العقود الإدارية لا يحول دون الأخذ بها على الدوام طالما كانت محققة للمصلحة العامة. وسواء تم اختيار المتعاقد في عقود البوت على وفق أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو بطريقة أخرى فإن عملية الاختيار لمشروعات البنية الأساسية التي تتم بصيغة البوت تتم بطريقة معقدة في الغالب وتحتاج لوقت طويل وترتب على الراغبين بالتعاقد تكاليف كبيرة ، ولغرض تخفيض هذه التكاليف يجب مراعاة بأن تكون الوثائق الخاصة بالمشروع واضحة ومتضمنة لكافة التفاصيل ولذلك وجد في الكثير من الدول انه من المفيد تزويد الأشخاص الراغبين بالتعاقد بنموذج للعقد الذي في النية إبرامه بغية اطلاع المتقدمين للتعاقد على الالتزامات التي ستترتب عليهم بموجب العقد ، علماً أن وجود تشريعات خاصة بالاستثمار وخصوصاً في مجال البنية الأساسية يعدّ من العناصر الجوهرية التي تساهم في جذب الراغبين والمهتمين بالتعاقد من جهة وفي تسريع وتسهيل عملية الاختيار والتعاقد مع المتعاقد الأفضل كفاءة .

الفرع الثالث

مرحلة تنفيذ عقود البوت

إن تنفيذ عقود البوت يشتمل على ثلاث مراحل، المرحلة الأولى هي البناء والتشييد للمرفق، والمرحلة الثانية تشغيل المرفق، والمرحلة الأخيرة هي نقل المرفق وتسليمه للدولة وسنستعرض هذه المراحل فيما يلي:

أولاً- مرحلة البناء والتشييد للمرفق

مرحلة البناء والتشييد هي المرحلة الأولى من مراحل تنفيذ عقود البوت ، وتبدأ بعد إبرام العقد بصورة نهائية وتستغرق هذه المرحلة الجزء الأكبر من تكاليف الاستثمار في المشروع في وقت لا يدر فيه مشروع المرفق أي دخل بعد ، ولذلك تعد المرحلة الأهم والأخطر بالنسبة للمشروع حيث أن السلامة المالية للمشروع تكون معقدة إلى حد كبير على تحقق النجاح لمرحلة البناء والتشييد^(٢). ولغرض انجاز مرحلة البناء والتشييد تقوم شركة المشروع بإبرام عقد مقولة مع إحدى شركات المقاولات ، والتي يمكن أن تكون احد الشركاء في شركة المشروع للقيام ببناء وتشبيد المشروع ويأخذ عقد المقولة المبرم بين شركة

(١) المادة الأولى من القسم (١) من قانون العقود العامة رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٤ .

(٢) خالد بن محمد عبد الله العطية ، مصدر سابق ، ص ١١٤ .

المشروع وشركة المقاولات صيغة عقد تسليم المفتاح والذي تلتزم بموجبه ببناء المشروع وتزويده بكافة الوسائل اللازمة للتشغيل^(١).

ولكل من الجهة الإدارية وشركة المشروع مراقبة المقاول في عملية البناء والتشييد ، اذ تقوم الجهة الإدارية بالاستعانة بخبراء استشاريين لمتابعة ومراقبة عملية البناء ولها الحق في التدخل في حالة مخالفة المقاول للتصاميم أو طريقة البناء والتشييد للمرفق على وفق لما حدد في العقد ، وتهتم الحكومات في نطاق عقود البوت بمسألة التحقق من التكنولوجيا المتفق عليها لتنفيذ مشروع المرفق وان هذه التكنولوجيا قد طبقت بالشكل الصحيح والمناسب ولذلك فأنها تنتظر بكثير من الحذر إلى أي اقتراح باستخدام تكنولوجيا جديدة لم تختبر بعد^(٢).

وتشير أخيراً إلى أن انجاز مرحلة البناء والتشييد في الوقت المحدد لها يشكل أهمية لكل من الحكومة ممثلة بالجهة الإدارية المتعاقدة ولشركة المشروع . فبالنسبة للحكومة قد يترتب على التأخير في التنفيذ آثار سياسية سلبية تقوض من مصداقية سياسة الحكومة بصدد مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص ، أما بالنسبة لشركة المشروع فأن أي تأخير في انجاز المشروع في الوقت المحدد له سيترتب عليه غرامات تأخيرية من جهة، وستتحمل شركة المشروع نقص الأرباح الناشئ عن تأخر البدء في مرحلة التشغيل للمشروع من جهة أخرى ، لذلك تحرص شركة المشروع على انجاز هذه المرحلة بالوقت المحدد لها وطبقاً للمعايير والشروط الفنية المحددة في العقد . وتنتهي مرحلة البناء والتشييد بإتمام إنشاء المشروع من المقاول وتسليمه لشركة المشروع ، حيث تبدأ المرحلة التالية وهي مرحلة تشغيل المشروع .

ثانياً- مرحلة التشغيل

تشكل مرحلة التشغيل جوهر عقد البوت بالنسبة لشركة المشروع ، لان هذا التشغيل هو الذي سيوفر لها استرداد ما أنفقته وتحقيق الربح الذي خططت له ومرحلة التشغيل تعدّ الفترة الأطول من عمر عقد البوت ، إذ قد تصل في بعض الحالات إلى ٢٥ سنة لا بل انه في بعض العقود وصلت إلى ٩٩ سنة^(٣).

وتشغيل مرفق البنية الأساسية في عقود البوت أما أن يتم من جانب شركة المشروع ذاتها أو يتم وهو الغالب بواسطة شركة متخصصة بأعمال التشغيل ،

(١) د. هاني صلاح سرى الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد ، مصدر سابق ، ص ٨٥ .

(٢) محمود محمد علي صبرة ، مصدر سابق ، ص ٥٠١ .

(٣) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٨٤ .

وفي هذه الحالة الأخيرة يتم إبرام عقد تشغيل للمرفق بين شركة المشروع وشركة التشغيل والتي تتولى إدارة المرفق واستغلاله نيابة عن شركة المشروع ، وسواء تم التشغيل من جانب شركة المشروع أم من جانب شركة تشغيل خاصة فأن القواعد الأساسية للمرفق العام تكون ملزمة وواجبة على شركة المشروع أو شركة التشغيل بحسب الأموال .

وبالإضافة إلى الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع كملتزم في عقد وامتياز المرافق العامة، فأن ثمة التزامات أخرى خاصة بعقود البوت يتوجب على شركة المشروع القيام بها ، وهكذا يمكن حصر التزامات شركة المشروع في نطاق عقود البوت بما يلي :

أ- التزام شركة المشروع بالقواعد الأساسية التي تحكم المرافق العامة :
 كلما كان محل عقود البوت مرفقاً عاماً من مرافق البنية الأساسية فأن ثمة قواعد أساسية تتعلق بسير المرفق العام يجب على شركة المشروع أن تلتزم بها في تشغيل المرفق ، وهذه القواعد أو المبادئ هي :

- ١- مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد .
- ٢- مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتطوير .
- ٣- مبدأ المساواة بين المنتفعين .

فهذه المبادئ لا يوجد شك في التزام شركة المشروع بها سواء نص عليها في العقد أم لم ينص ،حيث أنها لا تنبع من العقد ذاته وإنما من طبيعة المرفق العام الذي يهدف إلى إشباع الحاجات العامة .

ب- التزام شركة المشروع بالصيانة :
 بموجب عقود البوت فأن شركة المشروع تلتزم بنقل المرفق وتسليمه بانتهاء مدة العقد وبحالة جيدة ، ولضمان تنفيذ هذا الالتزام فأن شركة المشروع تكون ملزمة بإجراء الصيانة على المرفق طوال مدة التشغيل وإلى نهاية مدته ، وينص في عقد البوت الرئيسي على هذا الالتزام ومواعيد إجراء الصيانة ، فإذا لم ينص في العقد على هذا الالتزام فإنه يكون ملزماً أيضاً لشركة المشروع بمقتضى العرف الذي يسمى (بالصيانة الدورية)^(١).

(١) جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام شركة المشروع بتطوير المعدات وآلات المرفق للمحافظة على كفاءة المرفق ومواكبة التطورات التقنية التي تلحق بأساليب تشغيل المرفق^(١).

ج- التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا :

تشكل عقود البوت في الوقت الحاضر من أهم الوسائل التي تستخدمها الدول المختلفة لنقل التكنولوجيا المتقدمة إليها ، لذلك أصبح التزام شركة المشروع بإمداد مرفق البنية الأساسية بالوسائل التكنولوجية من أهم الالتزامات التي يتوجب النص عليها في عقود البوت واستخدام الوسائل التكنولوجية المتقدمة يحقق مصلحة أطراف العقد كافة ، فبالنسبة للحكومة سيكون من مصلحتها الحصول على تكنولوجيا حديثة وجديدة تساعد في تحقيق التنمية . وبالنسبة لشركة المشروع فإن ذلك سيمكنها من إدارة المشروع بشكل سهل والحصول على أكبر قدر من الأرباح إذ تساعد وسائل التكنولوجيا الحديثة على التقليل من الاعتماد على عدد كبير من الأيدي العاملة^(٢). كما أن مسألة إمداد المشروع بالوسائل التكنولوجية سيكون أيضاً مثار اهتمام الأطراف الأخرى للعقد خصوصاً الأطراف الممولة للمشروع والذين لا ينصب اهتمامهم على مدى التطور التكنولوجي في حد ذاته ، وإنما على مدى تأثير هذا الأخير على العائد المادي للمشروع بما يعزز لديهم الاطمئنان على استرداد أموالهم مضافاً لها الأرباح ، ولذلك يصر الممولون للمشروع على استخدام تكنولوجيا وخبرات راسخة ومجربة ويترددون كثيراً في القبول بوسائل تكنولوجية غير مؤكدة وغير مجربة^(٣).

د- التزام شركة المشروع بتدريب العاملين :

حيث يقع على عاتق شركة المشروع تدريب العاملين في المشروع بحيث يكونوا قادرين على تشغيله عند انتهاء مدة العقد ونقله إلى الجهة الإدارية . ويلاحظ في التطبيق أن هذا الالتزام لا ينال الاهتمام الذي يستحقه من جانب كثير من الحكومات ، حيث لا يشار إليه في العقود إلا بصورة عارضة إضافة إلى عدم متابعة شركة المشروع للتحقق من تنفيذه^(٤).

(١) هاني صلاح سرى الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد ، مصدر سابق ، ص ٣٨٦ .

(٢) جابر جاد نصار ، مصدر سابق ، ص ١٥١ .

(٣) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ١٦٩ .

(٤) خالد بن محمد العطية ، مصدر سابق ، ص ١٣٠ .

- وتدريب العاملين في نطاق مشروعات البوت يتم بأسلوبين :
- ١- أسلوب نظري : ويتم من خلال دورات ودروس تلقى على العاملين في مراكز للتدريب ، أو بإرسال العاملين في بعثات دراسية في بلد الشركة الأم لشركة المشروع.
 - ٢- الأسلوب العملي : ويتم من خلال برامج تدريبية يدرس فيه العاملين على تشغيل المرفق بصورة تمكنها في نهاية مدة العقد من تشغيل المشروع عند انتهاء مدة العقد وتسليمه للجهة الإدارية^(١).

ثالثاً - مرحلة نقل الملكية

مرحلة نقل الملكية هي المرحلة الأخيرة من مراحل عقد البوت ، وتبدأ فور انتهاء مدة العقد ، إذ تلتزم شركة المشروع بنقل المرفق إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة ، وتحرص عدد من القوانين على النص وبشكل تفصيلي على الأحكام الخاصة بنقل المرفق إلى الجهة الإدارية ، في حين تترك قوانين أخرى هذه المسألة إلى العقد المبرم بين الحكومة وشركة المشروع ليتولى تنظيمها .

وتحرص الحكومات على تضمين عقود البوت نصوصاً بانتقال جميع أموال المرفق العقارية والمنقولة إلى الجهة الإدارية ، وكذلك إجراءات نقل المرفق وعلى تدريب العاملين على تشغيل المرفق ونقل التكنولوجيا وصيانة المرفق فترة محددة بعد انتهاء مدة العقد من قبل شركة المشروع^(٢).

والقاعدة أن ينتقل المرفق إلى الجهة الإدارية بدون مقابل إلا أن هذا لا يحول من مصادفة حالات تحصل فيها شركة المشروع على تعويض عادل أو رمزي^(٣).

ونذكر أخيراً في هذا الصدد انه بانتهاء عقد البوت تكون الحكومة ممثلة بالجهة الإدارية المتعاقدة أمام عدد من الخيارات ، فإما أن تقوم بتشغيل المرفق بنفسها أو تقوم باختيار شركة جديدة لتقوم بتشغيله ، أو قد ترى الحكومة تجديد العقد لمدة أخرى شركة المشروع نفسها^(٤).

(١) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .

(٢) هاني صلاح سرى الدين ، التنظيم القانوني والتعاقد ، مصدر سابق ، ص ١٥٧ .

(٣) محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، مصدر سابق ، ص ١٧٢ .

(٤) دويب حسين صابر عبد العظيم ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ .

البحث الثالث

متطلبات تطبيق عقود البوت في العراق

تعد عقود البوت وسيلة من وسائل مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية، لذلك فإن نطاق عقود البوت يتحدد بحسب المدى المتوفر للقطاع الخاص في مشاركة القطاع العام في توفير خدمات البنية الأساسية. ومن جهة أخرى فإن تطبيق عقود البوت بشكل ناجح يحقق الأغراض المرجوة منها يستلزم توفير عدد من المتطلبات القانونية والهيكلية (المؤسسية) والاقتصادية والاجتماعية. إن الوقوف على متطلبات تطبيق عقود البوت في العراق يقتضي منا أن نناقش أولاً فكرة المرفق العام في العراق ودور القطاع الخاص في المشاركة في تنمية مرافق البنية الأساسية في العراق ، ثم نبحث في المتطلبات التي يلزم توفيرها لتطبيق عقود البوت بشكل ناجح في العراق

المطلب الأول

فكرة المرفق العام في القانون العراقي ودور القطاع الخاص في المشاركة في

تنمية مرافق البنية الأساسية

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نبحث في الفرع الأول فكرة المرفق العام في القانون العراقي ، ونستعرض في الفرع الثاني دور القطاع الخاص في تنمية مرافق البنية الأساسية

الفرع الأول

فكرة المرفق العام في القانون العراقي

لاصطلاح المرفق العام مدلولان مختلفان ، المدلول الأول عضوي (شكلي) ويهتم بالمنظمة أو الهيئة التي تتولى إشباع حاجة عامة . أما المدلول الثاني فهو مادي (موضوعي) ويهتم بطبيعة النشاط أي بالخدمة التي تؤدي للجمهور والتي تتمثل بإشباع حاجة عامة للأفراد^(١) . ويلاحظ أن لكل مدلول أنصاراً ومؤيدين وان كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي الحديثة تتجه إلى الأخذ

(١) محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام ، بدون مكان الطبع ، ١٩٩٦ ، ص ١٦ .

بالمدلول المادي يؤيدها في ذلك جانب كبير من الفقه^(١). إن التعمق في مدلولي المرفق العام يظهران أن المدلول العضوي (الشكلي) يركز اهتمامه على عنصر السلطة العامة كضابط لفكرة المرفق العام ، أما المدلول المادي (الموضوعي) فيهتم بموضوع لنشاط المتمثل بإشباع حاجة عامة. وأياً كان المفهوم الذي يعرف به المرفق العام مادياً أم عضوياً فإن ثمة عناصر لا بد من توافرها لقيام المرفق العام وهذه العناصر هي :

١- المرفق العام نشاط منظم (مشروع) .

٢- المرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة عامة .

٣- خضوع المرفق العام لهيمنة السلطة العامة .

إن تطبيق ما تم ذكره من أفكار على المرفق العام في العراق تظهر أن فكرة المرفق العام في القانون العراقي فكرة غير واضحة المعالم في التشريع العراقي من اذ المقومات الأساسية للمرفق العام ألا وهي كون المرفق العام نشاط تباشره الإدارة بصورة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق الإشراف عليه وذلك بهدف إشباع حاجة عامة للأفراد حيث نجد أن فكرة المرفق العام في القانون العراقي كانت على الدوام تقوم على تغليب فكرة الولاية والسلطان أي السلطة العامة على حساب موضوع النشاط^(٢). ولذلك تنسم التشريعات في العراق بالخلط بين مفهوم المرفق العام والجهاز الذي يقوم بممارسة النشاط ، اذ غابت الغاية من المرفق العام وهي إشباع الحاجة العامة لحساب الجهاز أو المنظمة التي تتولى مباشرة النشاط العام . وبالرغم من التطورات التي حدثت في الآونة الأخيرة سواء على المستوى الدولي والمتمثلة بسيادة فكرة العولمة التي تقوم على فكرة الاقتصاد الحر والمنافسة وتحجيم دور الدولة في النشاط الاقتصادي لحساب النشاط الفردي ، أم على المستوى الداخلي العراقي والذي تمثل بالتغيرات السياسية والاقتصادية التي أعقبت احتلال العراق في ٩/٤/٢٠٠٣ وما ترتب عليه من انهيار النظام السياسي وكافة مؤسسات الدولة ثم قيام نظام جديد في العراق يختلف في فلسفته السياسية والاقتصادية عن الأنظمة التي كانت سائدة قبله ، فبخلاف النزعة الاشتراكية والتدخلية التي كانت سمة للنظام القانوني في العراق منذ سنة ١٩٥٨ ، نجد أن النظام الجديد في العراق يتبنى فكرة الاقتصاد الحر ويأخذ بآليات اقتصاد السوق والمنافسة وتحجيم دور الدولة في النشاط الاقتصادي لحساب النشاط

(١) د. محمد علي بدير وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٤٥ .

(٢) حامد مصطفى ، النظام القانوني للمؤسسة العامة والتأميم في القانون العراقي ، دار الجماهير للطباعة والنشر ،

بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ١٩ .

الفردى والاستثمار الخاص^(١). فبالرغم من ذلك نجد أن هناك قصوراً كبيراً في تطوير فكرة المرفق العام كنشاط يهدف إلى إشباع حاجة عامة فلم يرد في الدستور الصادر في سنة ٢٠٠٥ أية إشارة للمرافق العامة كما لم يتخذ المشرع أي خطوات لإصدار تشريعات تنظم المرافق العامة سواء من حيث الإنشاء أم الإدارة أم الإنهاء .

الفرع الثاني

دور القطاع الخاص في المشاركة في تنمية مرافق البنية الأساسية في العراق

إن دور القطاع الخاص في مشاركة القطاع العام في تنمية مرافق البنية الأساسية في العراق مر بثلاث مراحل رئيسة تبعاً للفلسفة السياسية والاقتصادية التي كانت سائدة في كل مرحلة وعلى النحو الآتي :

المرحلة الأولى : من سنة ١٩٢١ - ١٩٥٨

تبدأ هذه المرحلة منذ تأسيس الدولة العراقية سنة ١٩٢١ حتى سنة ١٩٥٨ ، اذ تميز تدخل الدولة بضالة مجالاته بالمقابل لاتساع الحاجات العامة وضخامة الموارد غير المستغلة^(٢).

وقد اتسم النظام السياسي في هذه المرحلة بتبنيه للفكر الفردي الذي تم تضمينه في دستور سنة ١٩٢٥ الذي اسماه واضعوه بالقانون الأساس كما جاءت القوانين كصدى للفكر الذي تبناه الدستور وهذا أمر طبيعي لسببين ، الأول هو سيادة الفكر الحر في تلك المرحلة، والثاني هو التأثير البريطاني في عملية وضع الدستور ليأتي متفقاً مع مصالحها ، وهكذا ترك الحيز الأكبر للنشاط الفردي ليتولى إشباع الحاجات العامة وقد عزز ذلك اتخاذ الدولة لمجموعة من الخطوات الهادفة إلى تشجيع هذا النشاط ومن ذلك إصدار قانون تشجيع المشروعات الصناعية رقم ١٤ لسنة ١٩٢٩ والذي قرر مجموع من الحوافز للمشروعات الصناعية بإعفائها من الرسوم الكمر كية والضرائب^(٣).

المرحلة الثانية : منذ سنة ١٩٥٨ إلى سنة ٢٠٠٣

(١) المادة ٢٥ و ٢٦ من الدستور الصادر في ٢٠٠٥ .

(٢) د. سعد العلوش ، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٧ ص ٤٧ .

(٣) المصدر نفسه ، ص ٤٨ .

وتبدأ هذه المرحلة منذ سقوط النظام الملكي سنة ١٩٥٨ ، اذ نشأ نظام سياسي يختلف كلياً في فلسفته عن النظام السابق له ، فتمتيز هذه المرحلة بتبني الأفكار الاشتراكية . وهكذا جاءت كافة الدساتير الصادرة في هذه المرحلة مقررّة لهذه الفلسفة الاشتراكية فتتظر إلى الملكية الخاصة أنها وظيفة اجتماعية وليست سلطة مطلقة كما ينظر إليها أصحاب الفكر الحر وصدرت العديد من القوانين التي تركز تدخل الدولة في كافة المجالات ومن ذلك قانون الإصلاح الزراعي رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٨ والذي حدد الحد الأعلى للملكية الزراعية ، وقانون رقم (٩٩) لسنة ١٩٦٢ بتأميم قطاعات كاملة من وسائل الإنتاج والمبادلة ونقلها من القطاع الخاص إلى القطاع العام وقانون تأميم النفط رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ ، وقانون شركة نفط البصرة رقم ٧٠ لسنة ١٩٧٣ واللذان جعلتا الدولة تسيطر وبصورة كلية على الثروة النفطية في العراق . وهكذا شهد دور القطاع الخاص في هذه المرحلة انحساراً كبيراً نتيجة لطغيان دور الدولة في كافة المجالات. كما كان للتطورات التي لحقت بالعراق وتحديداً منذ سنة ١٩٨٠ والتي تمثلت بدخول العراق بحروب عديدة ، ففي سنة ١٩٨٠ اندلعت الحرب العراقية الإيرانية والتي استمرت لمدة ثمان سنوات ثم أعقبتها بعد سنتين حرب الخليج الثانية والتي كانت لها آثار مدمرة على جميع القطاعات الاقتصادية في العراق ومنها القطاع الخاص خصوصاً بعد فرض الحصار الاقتصادي من قبل الأمم المتحدة والذي استغرق فترة ثلاثة عشرة سنة والتي استحال فيها الكلام عن أي نوع من أنواع الاستثمار للقطاع الخاص ، وهكذا فإن هذه الفترة ونتيجة للعوامل التي ذكرناها قد شهدت تراجعاً كبيراً لدور القطاع الخاص في المشاركة في التنمية الاقتصادية ومنها التنمية في مجال البنية التحتية .

المرحلة منذ سنة ٢٠٠٣ ولوقت الحاضر

وتبدأ هذه المرحلة منذ غزو العراق في ١٩ / ٣ / ٢٠٠٣ من قبل الولايات المتحدة الأمريكية والدول الحليفة لها وانتهيار النظام السياسي فيه اذ تعرضت البنية التحتية لدمار شامل نتيجة العمليات العسكرية الواسعة ، وقد بدأت سلطة الاحتلال ممثلة بسلطة الائتلاف المؤقتة والحكومات العراقية التي تسلمت السيادة في ٣٠ / ٦ / ٢٠٠٥ باتخاذ مجموعة من الخطوات لتأسيس نظام سياسي واقتصادي جديد في العراق يستند إلى المذهب الحر واقتصاديات السوق ومبدأ المنافسة ، ويؤمن بدور فعال للقطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية اذ تنص المادة (٢٥) من دستور ٢٠٠٥ على أن (تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده ، وتنوع مصادره

وتشجيع القطاع الخاص) وتنص المادة (٢٦) منه على أن (تكفل الدولة تشجيع الاستثمارات في القطاعات المختلفة وينظم ذلك بقانون). كما صدرت العديد من القوانين التي تدعم مشاركة القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية بما فيها مشاركته في توفير خدمات البنية التحتية ولعل أهم هذه القوانين قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والذي أجازت المادة ٢٩ منه للقطاع الخاص الاستثمار في جميع المجالات باستثناء مجال استخراج وإنتاج النفط والغاز ومجال المصارف وشركات التأمين. ونصت المادة (٢) ثانياً منه) على تشجيع القطاع الخاص العراقي والأجنبي للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية وتعزيز القدرة التنافسية للمشاريع المشمولة بإحكام هذا القانون في الأسواق المحلية والأجنبية. وتضمن القانون العديد من المزايا والضمانات للمستثمرين من أهمها الإعفاء من الرسوم والضرائب وتحريم المصادرة والتأميم للمشروع الاستثماري إلا بموجب حكم قضائي بات. ومما تقدم يظهر أن الخطوات التي تنفذ في الوقت الحالي تتجه صوب تفعيل دور القطاع الخاص محلياً كان أم أجنبياً للمشاركة في النشاط الاقتصادي خصوصاً في قطاع البنية التحتية، إلا أن هذه الخطوات لا زالت محدودة وغير كافية وإن تفعيل هذا الدور يتطلب اتخاذ المزيد من الخطوات وتوفير متطلبات أخرى وهذا ما سنبحثه في المطلب القادم.

المطلب الثاني

متطلبات تطبيق عقود البوت في العراق

لغرض نجاح عقود البوت كأداة لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية فإن ثمة متطلبات لا بد أن تتوافر في الدولة التي ترغب في تطبيق صيغ البوت وتتعدد هذه المتطلبات إلى قانونية وهيكلية (مؤسسية) واقتصادية واجتماعية وسنستعرض هذه المتطلبات على النحو الآتي:

الفرع الأول

المتطلبات القانونية

لتطبيق عقود البوت في العراق تطبيقاً ناجحاً لا بد أن يتوافر لديه بنية قانونية تتوافق مع هذا النوع من العقود، إذ أن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص وأهمها عقود البوت لا تتم في فراغ وإنما تتم على إقليم

حكومة أو دولة مضيضة للاستثمار لها نظمها وقوانينها ، ويتصل رعاة المشروع بهذه النظم والقوانين^(١).

فالبنية القانونية هي الرحم الذي يتخلق فيه الاستثمار وينمو إلى أن يطرح ثمرته في العوائد والأرباح للمستثمر والتنمية للبلد محل الاستثمار ، ولذلك فإن المستثمرين وأصحاب رؤوس الأموال تتجه أبصارهم صوب المكان الذي سيضعون فيه أموالهم ، إذ بغض النظر عن مدى الربحية التي سيوفرها المشروع ، فإن عدم الاستقرار السياسي وبالتالي اختلافات البنية القانونية عامل طارد أساسي للاستثمار . وعلى النقيض متى توفر الاستقرار السياسي والثبات التشريعي وتؤكد المستثمرين من فاعلية وموضوعية القوانين فإنهم سيقومون بالاستثمار حتى وان كان مستوى الأرباح المتحقق اقل مما يمكن تحصيله في مكان آخر لا تتوفر فيه هذه المقومات^(٢). وعموماً فإن البيئة القانونية للدولة تتمثل بالدستور والقوانين العادية.

أولاً- الدستور :

يهتم المستثمرون بكامل القوانين المطبقة في الدولة وفي مقدمتها الدستور فينصرف الاهتمام إلى موقف الدستور من دور القطاع الخاص في الاستثمار في مرافق البنية الأساسية وفيما إذا كان يجيزه أم لا ، وفيما إذا كان الدستور يوفر المستلزمات المطلوبة للاستثمار الخاص والضمانات التي يقررها . وباستعراض نصوص الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥ نجد انه قد أجاز للقطاع الخاص الاستثمار في كافة القطاعات^(٣) . كما قرر الدستور أن الملكية الخاصة مصونة وانه لا يجوز نزعها إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل^(٤). وفي مجال تشجيع الاستثمار الخاص نص الدستور على تنويع مصادر الاستثمار وتشجيع القطاع الخاص^(٥). وواضح مما تقدم أن دستور ٢٠٠٥ وخلافاً للدساتير التي سبقته قد تبنى فلسفة تقوم على دعم القطاع الخاص وعدّه شريكاً للقطاع العام في كافة المجالات والتي كان الكثير منها حكرأ على النشاط العام .

(١) حسن محمود عبد الحفيظ الهنداوي ، مصدر سابق ، ٥٤ .

(٢) هشام عوض عبد المجيد ، مصدر سابق ، ٥٦ .

(٣) المادة (٢٦) .

(٤) المادة (٢٣) .

(٥) المادة (٢٥) .

ثانياً - القوانين :

إن دور الدستور يقتصر على تقرير مبادئ أو أصول عامة فيما يتعلق بمرافق البنية الأساسية المنفذة بصيغ البوت ، ولكن الدور الأكبر والأكثر تفصيلاً تتوله القوانين، والمشرع وهو بصدد تنظيمه لمرافق البنية الأساسية ذات التمويل الخاص نوعياً يجد نفسه بصدد عدة خيارات تنظيمية، فإما أن يضع تشريعاً عاماً لتنظيم كافة مرافق البنية الأساسية في جميع قطاعات النشاط الاقتصادي ، ويتضمن هذا التشريع معاملة واحدة لجميع المشروعات أيا كان القطاع الذي تعمل فيه ، إلا أن هذا الخيار قد لا يتفق مع الاحتياجات الخاصة بمرافق البنية الأساسية لبعض القطاعات إذ أن التشريع العام عادة ما يقتصر في تنظيمه على المسائل المشتركة بين كل المشروعات ، في حين يكون للمشروعات الخاصة ببعض القطاعات أحيانا طبيعة خاصة . لذا يلجأ المشرع إلى سن قانون ينظم المشروعات التي تنفذ في مرفق معين من مرافق البنية الأساسية ، وقد تتطلب الحاجة إلى سن قانون ينظم مشروع واحد فقط ، وقد يلجأ المشرع إلى الجمع بين هذه الخيارات^(١).

ولا نجد في العراق في الوقت الحاضر تطبيق لأي من هذه الخيارات إذ لا يوجد قانون ينظم مرافق البنية الأساسية ومشاركة القطاع الخاص في تمويلها وإدارتها . كما يخلو التشريع العراقي من أي قانون ينظم عقود التزام المرافق العامة وكل ما فعله المشرع هو تعريفه لعقد الالتزام المرافق العامة في المادة ٨٩١ من القانون المدني فحسب وهذا ما يشكل قصوراً واضحاً ينبغي تداركه ، فإذا كان هذا القصور غير ظاهر سابقاً لتراجع دور وحجم العقود الإدارية عموماً وعقود التزام المرافق العامة خاصة للأسباب التي ذكرناها سابقاً فأن تغير الظروف في الوقت الحاضر وازدياد أهمية عقد التزام المرفق العام في اغلب دول العالم ومنها العراق الذي يحتاج إلى عمليات أعمار وتشبيد لأغلب مرافق

(١) حسن محمود عبد الحفيظ الهنداوي ، مصدر سابق ، ص ٥٨ .

البنية الأساسية ، لذلك يكون ضرورياً سن قانون خاص بعقود التزام المرافق العامة وان يراعى فيه ما لحق هذه العقود من تطور تشريعي وقضائي على مستوى العالم ، فيجب أن يتضمن هذا القانون الجهة المخولة بإبرام عقود التزام المرافق العامة وطريقة الإبرام ومراحلها وحقوق والتزامات أطراف العقد والاستئناس بتجارب الدول المختلفة في مجال تطبيق عقود البوت .

وبالإضافة إلى ذلك فإن المشرع مدعو إلى تطوير التشريعات ذات الصلة المباشرة باستثمارات القطاع الخاص كقوانين الاستثمار وقوانين الملكية ، وقانون الشركات والقوانين الضريبية وقوانين الملكية الفكرية وقانون نقل التكنولوجيا وقانون حماية المستهلك والقانون الإداري^(١).

الفرع الثاني

المتطلبات الهيكلية (المؤسسية)

إن مهمة تنظيم أنشطة مرافق البنية الأساسية تخضع عادة لإطار تنظيمي خاص^(٢). وهي قد تسند إلى الحكومة أو إحدى الوزارات غالباً ما تكون وزارة التخطيط ، كما أنها قد تسند إلى هيئة مستقلة وقد يأخذ بمزيج من هذه الهيئات أو الجهات وسيكون من الأفضل الفصل بين الجهة المختصة بالتنظيم والإشراف على مرافق البنية الأساسية والجهات الإدارية المختصة بتشغيل مرافق البنية الأساسية وتقديم خدماتها.

وعلى وفق النظام الدستوري والإداري للدولة فإن السلطة المختصة بتنظيم مرافق البنية الأساسية قد تكون مركزية أو محلية بحسب ما يقرره الدستور وتفصله القوانين، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن الدستور الحالي في العراق قد أخذ بنظام اللامركزية الإدارية في توزيع السلطات في العراق. فحدد مجموعة من الاختصاصات الحصرية للسلطة المركزية^(٣) وجعل اختصاصات أخرى مشتركة

(١) هشام عوض عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

(٢) والحقيقة أن مثل هكذا تنظيم ليس بغريب على العراق، ففي سنة ١٩٥٠ تم إنشاء مجلس الأعمار بموجب القانون رقم (٢٣) وهو هيئة حكومية مستقلة كان من بين اختصاصاتها التخطيط والتنظيم والإشراف على مشاريع البنية الأساسية ، حامد مصطفي، مصدر سابق، ص ١٤٧ .

(٣) المادة (١١٧).

بين سلطة المركز وسلطات المحافظات^(١) وما عدا ذلك يكون من اختصاص الهيئات المحلية للمحافظات ، وكصدي لما قرره الدستور صدر قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٢١) لسنة ٢٠٠٨ مقررأ ومفصلاً لما جاء في الدستور وبذلك سنصادف في العراق تنظيمأ مزدوجأ لمرافق البنية الأساسية وذلك على وفق توزيع الاختصاصات التي قررها الدستور والقوانين ذات الصلة^(٢).

ويناط بالجهة المختصة بتنظيم مرافق البنية الأساسية مركزية كانت أم محلية دراسة المشروعات المختلفة التي ترغب الوزارات المختلفة تنفيذها بصيغ البوت ومدى إمكانية تنفيذها بهذا الشكل وعمل دراسة الجدوى الاقتصادية والاجتماعية والفنية والبيئية واقتراح الشكل القانوني الملائم للتنفيذ والإشراف على مراحل التعاقد المختلفة^(٣).

ومما تجدر الإشارة له أن تنفيذ عقود البوت يتطلب الحصول على موافقات ورخص من جهات حكومية عديدة وهو ما قد يعرقل التنفيذ ويؤدي إلى تأخيره والذي قد يؤدي إلى نفور المهتمين بهذه العقود، لذلك فإن الطريق الناجح في إدارة المشروعات المنفذة بصيغ البوت هو طريق النافذة الواحدة (On Window System) إذ تقوم شركة المشروع بالتعامل مع جهة حكومية واحدة للحصول على كافة الموافقات والرخص اللازمة لتنفيذ المشروع بدلاً من التشتت بين جهات إدارية مختلفة وهو ما يؤدي إلى ارتفاع في التكاليف وإطالة الوقت. وقد اخذ المشرع العراقي بطريقة النافذة الواحدة في قانون الاستثمار الحالي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦^(٤).

الفرع الثالث

المتطلبات الاقتصادية والاجتماعية

تشكل عقود البوت أهم أشكال الاستثمار في الوقت الحاضر نظراً لضخامتها من الناحية المالية والفنية، وهذا يقتضي أن تكون البنية الاقتصادية سليمة وأمنة. ولذلك يجب أن يتصف الاقتصاد بالاستقرار وبعيداً عن التقلبات

(١) المادة (١١٠).

(٢) المادة (١١١).

(٣) حسن عبد الله حسن، النظام القانوني للطرق العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٤٣.

(٤) المادة (٩ ف ٣).

الاقتصادية وان يكون مبدأ المنافسة هو الذي يحكم النشاط الاقتصادي وبالتالي يجب إلغاء الحواجز والعقبات القانونية التي تحول دون تحقيق المنافسة بدرجة أو بأخرى^(١).

أما بالنسبة للمتطلبات الاجتماعية فإنه يجب توعية المجتمع بأهمية صيغ المشروعات المنفذة بعقود البوت على المجتمع ومستقبله وأثرها الكبير على تخفيف العبء على ميزانية الدولة بما يمكن الدولة من إعادة ترتيب أولوياتها وتوجيه إمكاناتها للجوانب الأكثر إلحاحاً. وان ما تقوم به تلك الشركات من مشروعات ماهي إلا إضافة للمجتمع ورصيد له، وليست امتلاكاً جديداً وسيطرة على مقدرات البلد والتدليل على ذلك بتجارب الدول الأخرى، فمثلاً أن الصين وهي رائد الفكر الاشتراكي قد أخذت بعقود البوت كوسيلة لتوفير خدمات البنية الأساسية^(٢).

الخاتمة

بعد أن فرغنا من البحث في موضوع عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي:

أولاً- النتائج

- ١- عقود البوت هي عبارة عن اتفاق بين الدولة متمثلة بالجهة الإدارية المختصة واحد أشخاص القانون الخاص وطنياً كان أم أجنبياً أم مشتركاً والذي يسمى بشركة المشروع، وبموجبه تلتزم هذه الأخيرة بإنشاء مرفق من مرافق البنية الأساسية على نفقتها، ثم تقوم بتشغيله وإدارته وفي نهاية مدة العقد تقوم بنقله وتحويله للدولة بدون مقابل أو بمقابل رمزي.
- ٢- بالرغم من أن عقود البوت (B.O.T) هي الشكل الرئيس والاهم إلا أنها ليس الشكل الوحيد، إذ أن استعراض تجارب الدول يظهر عن أشكال أخرى لعقود البوت بما يتلاءم مع حاجة كل دولة.
- ٣- بالرغم من الجدل الذي ثار بين الفقهاء حول التكيف القانوني لعقود البوت، إلا أننا انتهينا إلى ترجيح الطبيعة الإدارية لعقود البوت وأنها صورة متطورة لعقود التزام المرافق العامة.

(١) حسن محمود محمد عبد الحفيظ الهنداوي، مصدر سابق، ص ١٥.

(٢) حسن عبد الله حسن، مصدر سابق، ص ٤٤٣.

- ٤- إن الأطراف في عقود البوت عديدة ومتنوعة فهي لا تقتصر على الإدارة والملتزم (شركة المشروع) طرفا العقد ، بل تشمل أطراف أخرى تساعد وتعاون في تنفيذ عقود البوت.
- ٥- إن عملية تطبيق البوت تمر بمراحل متعددة فهناك مرحلة اختيار المشروع ومرحلة اختيار الملتزم -شركة المشروع- ومرحلة تنفيذ العقد التي تبدأ ببناء المرفق ثم تشغيله وأخيرا نقله وتحويله للجهة الإدارية.
- ٦- إن دور القطاع الخاص في المشاركة في تحويل وإدارة مرافق البنية الأساسية في العراق كان ولا يزال يتسم بالضآلة والمحدودية.
- ٧- إن تطبيق عقود البوت في العراق تستلزم توفير عدد من المتطلبات القانونية والهيكلية والاقتصادية والاجتماعية .

ثانياً- التوصيات

- ١- ندعو المشرع العراقي إلى التحرك بسرعة وسن قانون ينظم مرافق البنية الأساسية والإشراف عليها ويحدد إشكال مشاركة القطاع الخاص في تمويل وإدارة هذه المرافق.
- ٢- كما ندعو المشرع إلى سن قانون خاص بعقود التزام المرافق العامة وان يضمن هذا القانون التطورات التي طرأت على هذا النوع من العقود والتي تتمثل تحديداً بعقود البوت.
- ٣- العمل على تطوير التشريعات الخاصة بالملكية وقوانين الاستثمار والقوانين التجارية وقوانين نقل التكنولوجيا وقوانين حماية المستهلك والقوانين الضريبية.
- ٤- القيام بإصلاحات اقتصادية من شأنها تحقيق الاستقرار الاقتصادي بما يقوي ثقة المستثمرين بتهيؤ المناخ للاستثمار في العراق وجدواه.
- ٥- القيام بالانتعاف داخل المجتمع للنظر بشكل ايجابي للاستثمار الخاص خصوصاً الاستثمار الاجنبي.

المصادر

أولاً- الكتب

١. د. إبراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، سنة ١٩٨١
٢. احمد رشاد عبد السلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦

٣. د. جابر جاد نصار ، عقود البوت والتطور الحديث لعقود الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢
٤. حامد مصطفى ، النظام القانوني للمؤسسة العامة والتأميم في القانون العراقي ، دار الجماهير للطباعة والنشر ، بغداد ، ١٩٦٥
٥. د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩
٦. د. سعد العلوش ، نظرية المؤسسة العامة وتطبيقها في التشريع العراقي ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ١٩٦٧
٧. د. فاروق احمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل ، ١٩٩٢
٨. عبد القادر محمد عبد القادر ، دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع الـ B.O.T ، الدار الجامعية ، عمان، ٢٠٠١
٩. عمرو احمد حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١
١٠. د. عوض شفيق عوض، الخصخصة، منشأة المعارف الإسكندرية، بلا سنة نشر
١١. د. محمد عبد الحميد القاضي ، الطبيعة القانونية لعقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٤
١٢. د. محمد عبد الله فايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ (B.O.T) او البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام (B.O.O.T) دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر
١٣. د. محمد علي بدير وآخرون ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧
١٤. د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية – القرار الإداري والعقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٩
١٥. د. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤

١٦. محمد المتولي ، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل ال (B.O.T) الجزء الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١
١٧. محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام ، بدون مكان الطبع ، ١٩٩٦
١٨. محمود محمد علي صبرة ، إعداد وصياغة العقود الحكومية ، مكتب صبرة للتأليف والترجمة ، القاهرة ، ٢٠٠٧
١٩. د. مطيع علي حمود جبير ، العقد الإداري بين التشريع والقضاء ، دراسة مقارنة بين الأنظمة الفرنسية والمصرية واليمنية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦
٢٠. د. هاني صلاح سرى الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص ، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) وغير من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١

ثانياً- الرسائل والاطاريح :

١. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي ، عقد امتياز المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣
٢. حسن عبد الله حسن، النظام القانوني للطرق العامة، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦
٣. حسن محمود محمد عبد الحفيظ الهنداوي ، النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٦
٤. خالد بن محمد عبد الله العطية ، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٠
٥. دويب حسين صابر عبد العظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦
٦. محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٥

ثالثاً- البحوث :

١. د. علي الخطار ، عقد امتياز المرافق العامة وتطبيقاته في الأردن ، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع التي :

WWW.arablaw.com .

٢. د. هاني صلاح سرى الدين ، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمة البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها ، مجلة القانون والاقتصاد ، عدد ٧١ ، السنة ٢٠٠١

٣. هشام عوض عبد الحميد ، الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية ، بحث منشور على شبكة الانترنت على الموقع الاتي:

[WWW.Publication .Ksa k eju. salconference finncial](http://WWW.Publication.Ksa.kuju.salconference.finncial) .