جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم القانون المدني

الإطار القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

B.O.T

بحث مقدم كجزء من متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد الباحث

مفتاح أبورويص

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

محسن عبد الحميد إبراهيم البيه

أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة المنصورة

2021م

المقدمة

تعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T من العقود المتطورة التي تلجأ إليها الدولة لغرض إنشاء مشروع حيوي بداخلها يقدم خدمة أساسية لعموم مواطنيها, وذلك من خلال اتفاقها مع شركات استثمارية عملاقة متخصصة في إنشاء مثل هذه المشاريع الضخمة التي تحتاج إلى أموال طائلة لتنفيذها .

وتمر هذه العقود بثلاث مراحل أساسية لا تكتمل بتخلف أحدها, تتمثل أولها في مرحلة الإنشاء التي تقوم فيها الدولة بتسليم الأرض التي سيقام عليها المشروع المستهدف إلى شركة المشروع المنفذة للعقد, ثم تدخل هذه العقود في مرحلتها الثانية المتمثلة في تشغيل المشروع, والتي تلتزم خلالها الشركة بتزويد المشروع محل العقد بكل المعدات والألآت المتطورة, وإمداده بكل ما يحتاجه من وسائل التكنولوجيا الحديثة التي تدعم المشروع في تقديم خدمة ذات جودة عالية وبمواصفات عالمية, إضافة إلى تدريب عدد كافي من العمالة الوطنية على استخدامها, حتى تضمن الدولة استمرار تشغيل المشروع بذات الكفاءة بعد انتهاء مدة تنفيذها للعقد, ثم تصل هذه العقود إلى مرحلتها الاخيرة المتمثلة في إعادة الشركة حيازة المشروع إلى الدولة مجددا بعد انتهاء المدة المحددة لتنفيذ العقد .

وتعد هذه العقود ذات أهمية كبيرة بالنسبة للدولة في حال أبرمتها بشكل سليم يضمن حقوقها, فهي تحقق لها فوائد عديدة يعتبر من أبرزها التخفيف من أعباءها المالية, وذلك لما يحتاجه تنفيذ هذه العقود من أموال ضخمة قد تعجز الدولة عن أدائها, في حال رغبت في تنفيذها بنفسها دون الاستعانة بالشركات المتخصصة في هذا المجال .

وعليه فإن لجوء الدولة لهذه العقود يحقق لها فائدة كبيرة, تتمثل في حصولها على مشاريع حيوية لا تستطيع الاستغناء عنها بداخلها, إضافة إلى توفير الأموال التي كانت ستتكبدها على تنفيذها في مشاريع آخرى أكثر حساسية ولا تستطيع الاستعانة بالشركات الاستثمارية لتنفيذها .

إلا إنه وعلى الرغم من الفائدة التي تحققها هذه العقود للدولة فإنها تظل من العقود التي تشكل خطرا كبيرا على الدولة المبرمة لها في حال لم يكن الموظفون الذين ينوبون عنها في مرحلة الإبرام يتصفون بالخبرة الكبيرة ويملكون كفاءة عالية في مجال إبرامها, ولقد أثبتت التجارب العملية للعديد من الدول ذلك, إذ دخلت العديد من الدول المبرمة لهذه العقود في مشاكل جمة, وصلت إلى حد التدخل في شؤونها الداخلية, وذلك بسبب قلة خبرة الموظفين المكلفين من

قبل هذه الدول في مجال إبرام هذه العقود, وهو ما أدى إلى ضياع العديد من حقوق هذه الدول بسبب التنازلات التي قدمها موظفوها للشركة المنفذة لها[1] .

وعليه فإنه يطلب من الدولة حتى تضمن الحصول على الفوائد المرجوة من عقود B.O.T, ضرورة اختيار موظفين أكفاء ويملكون القدرة العالية على التفاوض, ويمتازون بقدر من الذكاء يمكنهم من إبرام العقد بشكل يضمن حصولها على الفوائد التي تسعى إلى تحقيقها عند إقدامها على إبرام هذه العقود .

ختاما فإن عقود البوت على الرغم من كونها تعد إمتدادا تاريخيا لعقود التزام المرافق العامة, إلا إنها قد اكتسبت صفاتا جعلتها تختلف تماما عنها وتخرجها عن المبادئ المألوفة لإبرامها, وهو ما أدخل فقهاء القانون في خلاف كبير لتحديد طبيعتها القانونية, بين مؤيد لكونها لم تخرج من دائرة العقود الخاضعة لأحكام لقانون العام وبين معارض لذلك, وهو ما دفعنا لإعداد هذا البحث في محاولة للتعرض إلى الإشكالية التي تثيرها هذه العقود, والتي تتمثل في تحديد طبيعتها القانونية, وعليه فإننا سنتناول من خلال هذا البحث دراسة الإطار القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بشكل موجز ضمن خطة بحثية اخترنا تقسيمها على النحو الأتي:

المبحث الأول : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

المبحث الثاني : التكييف القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

---

[1] من أبرز الامثلة على ذلك عقد إنشاء قناة السويس الذي أبرمته الدولة المصرية مع شركة بريطانية لمدة ٩٩ عاما لحقت خلالها بالدولة المصرية العديد من الاضرار بسبب التنازلات التي قدمتها لصالح الشركة .
راجع بالخصوص هاني صلاح سري الدين, الاطار او التطور التاريخي لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص في مصر وغيرها من بلدان العالم, مجلة القانون والاقتصاد, العدد التاسع والستون, ص٤ .

المبحث الأول

ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

(B.O.T)

تعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الحديثة نسبيا, والتي تلجأ لها الدول وخاصة النامية منها بسبب حاجة مواطنيها لوجود مرافق عامة وأساسية, تقدم خدمات حيوية بداخلها, إلا أن ضعف الإمكانيات المالية لهذه الدول لا تمكنها من إنشاء مثل هذه المرافق[١] .

ويعتبر من أهم الإيجابيات التي تحققها هذه العقود للدول, هو تخليص كاهلها من أعباء تمويل ومخاطر تشغيل هذه المرافق, بالإضافة الى تفادي سلبيات اللجوء الى نظام الخصخصة وما يمثله من تهديد صريح وواضح على نظام وأسلوب الدولة سواء من الناحية الاقتصادية أو السياسية , وكذالك تجنب اللجوء للإقتراض من العالم الخارجي لغرض إنشاء هذه المرافق[٢] .

لذالك أصبحت الدول تسعى لإيجاد طرق مرنة وفعالة تمكنها من إنشاء مشاريع حيوية تقدم خدمات أساسية, من خلال جذب الإستثمارات الأجنبية والإستفادة من قدرتها المالية الهائلة وخبرتها العملية الواسعة في إنشاء وتسيير مثل هذه المشاريع[٣] .

الأمر الذي شجع الدول للجوء لمثل هذه العقود لأنها تعتبر بمثابة نافذة الدخول الى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية, وبوابة مناسبة يمكن من خلالها دخول رؤوس الأموال الأجنبية المتخصصة في إنشاء وتسيير مشاريع البنية الأساسية .

لذلك ومن خلال ماسبق سنهتم ببيان ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ضمن مطلبين على النحو الأتي :

المطلب الأول: مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

المطلب الثاني: تقييم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T .

---

(١) السبد سامي العوامي, التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم الb.o.t, بلا دار نشر , ٢٠١١, ص١٣ .

(٢) حنان احمد ضيا, وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية (bot) دراسة مقارنة, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة بيروت العربية, ٢٠١٦, ص٤ .

(٣) عصام احمد البهجي, الطبيعة القانونية لعقود B.O.T, دار الفكر الجامعي,الاسكندرية, ٢٠١٩, ص٦ .

المطلب الأول

مفهوم عقود B.O.T

على الرغم من الأهمية العملية الكبرة لعقود البوت, إلا أنها ظلت مهملة من قبل المشرع ولم تحضى من قبله بالإهتمام اللازم, وخاصة فيما يتعلق بإيضاح بعض جزئياتها المهمة, كتحديد جذورها التاريخية ومفهومها, بل ترك الباب في هذا المجال مفتوحا أمام الفقه, الذي تباينت أرائه بهذا الخصوص, متأثرا في ذلك بالجدل الحاصل في شأن تكييف هذه الطائفة من العقود, بين أنصار القانون العام وأنصار القانون الخاص,وسأحاول ايضاح هذا التباين الفقهي من خلال دراسة نشأة عقود البوت في **(فرع أول)**, ثم بيان تعريف عقود البوت في **(فرع ثانٍ)** .

الفرع الأول

نشأة عقود البوت

على الرغم من حداثة النشأة العملية لعقود البوت, إلا أن هناك جانب كبير من الفقه يرى بأنها امتداد لعقود التزام المرافق العامة, وأنها تمثل أهم صورها, حيث إن كليهما يشتركان في ذات العناصر المكونة لهما, وتعتبر عقود البوت من الناحية الاصطلاحية حديثة النشأة , الا انها من الناحية العملية لا تعتبر كذلك, فاصطلاح عقود B.O.T يعد حديثا وغير مقترن ببداية ظهور التعامل بهذه الطائفة من العقود, حيث ظهر اصطلاح B.O.T في ثمانينيات القرن العشرين على يد رئيس الوزراء التركي تورجت اوزال azal[1]turgal , بعد نجاحه في الإنتخابات البرلمانية, عندما اجتمع بمجموعة من رجال الأعمال المستثمرين وأصحاب شركات المقاولات, وشرح لهم استراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي, التي تعتمد على إسناد المشروعات الجديدة في مجال البنية الأساسية, الى القطاع الخاص على أساس نظام البوت, وذالك طبقا لما كان يروج له في برنامجه الإنتخابي[2].

وعلى الرغم من أن العمل بعقود البوت تحت هذا المسمى بدأ في منتصف ثمانينيات القرن العشرين, إلا أن بداية العمل بهذه العقود سبقت هذه الفترة بكثير, ويبقى أمر تحديدها مسألة خلافية بين الكثير من الكتاب, حيث يذهب رأي إلى القول بأن ظهور هذا النظام

---

(١) عبدالفتاح بيومي حجازي, عقود البوت B.O.T في القانون المقارن, دار الفكر الجامعي,الاسكندرية, ٢٠١٧, ص١٠.

(٢) عبدالمنعم العماري علي ابوبريق, حق الادارة في تعديل عقود البوت b.o.t, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, ٢٠١٠, ص٤٢ .

يرجع الى عصر الدولة الرومانية, حيث كانت تنشأ العديد من الطرق عن طريق تمويل القطاع الخاص, ثم يتولى الممولون بعد ذالك الحصول على ما دفعوه من خلال رسوم يفرضونها على المنتفعين من خدمات تلك المشروعات[١], وهناك رأي اخر يذهب إلى القول بأن بداية ظهور نظام البوت في عصر الإلتزام في فرنسا, منذ القرن الثامن عشر عام ١٧٨٢م, عندما أبرمت الحكومة الفرنسية عقدا بينها وبين إحدى شركات القطاع الخاص تدعى "بيريه اخوان" لتوزيع المياه في مدينة باريس, ثم انتشر هذا النظام بعد ذلك هناك خاصة بعد عام ١٨٣٠ , ثم امتد بعد ذلك إلى أن وصل لكل من اسبانيا وايطاليا والمانيا[٢] .

ولقد ذهب رأي آخر إلى القول بأن أول مشروع نفذ بهذا النظام في القرن التاسع عشر, هو مشروع حفر قناة السويس, عندما أبرمت الحكومة المصرية مع شركة بريطانية عقد امتياز لإنشاء مشروع قناة السويس, استمر تنفيذه مدة تسع وتسعين عاما الأمر الذي عرض الحكومة المصرية بعد ذلك إلى العديد من الانتقادات, وخاصة أنها قد منحت الأرض وقتها للشركة بدون مقابل, بالإضافة إلى العديد من المزايا والإعفاءات الجمركية والضريبية على جميع المعدات والمواد التي تستوردها الشركة[٣] .

حيث يعتبر مشروع قناة السويس لدى الكثير من الكتاب من أبرز الأمثلة لعقود B.O.T, والذي كلف إنشائه الشركة مبلغ ثمانية عشر مليون جنيه استرليني, وكانت هذه التكلفة تزيد عن التكلفة المقدرة أصلا للمشروع بحوالي عشرة ملايين استرليني .

إلا إن الفائدة المالية التي عادت على الشركة من تنفيذ هذا المشروع فاقت أضعاف المبلغ المدفوع للإنشاء, بعد انتهاء مدة الامتياز في مطلع القرن العشرين[٤] .

وبعد نشوب الحرب العالمية الثانية وانتشار النظم الاشتراكية, اختفى التعامل بنظام البوت, حيث برز دور الدولة وتقلص دور القطاع الخاص, وانتشرت فكرة التأميم التي أصبحت العديد من الدول تلجأ اليها آنذاك, ففي اوروبا مثلا نجد بريطانيا التي شهدت تغيرا واسعا بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية نتيجة هزيمة حزب المحافظين الحاكم وقتها, والذي كان يتبع أسلوبا ليبرالي رأسمالي, أمام حزب العمال الذي ينتهج إديلوجية اشتراكية نقابية,

---

(١) ماهر محمد حامد احمد, النظام القانوني لعقد (البوت) b.o.t, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة بنها, ٢٠٠٤, ص٤٧ .
(٢) محمد بهجت عبدالله قايد, اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بنظام b.o.o.t , دار النهضة العربية, ص٤ .
(٣) هاني صلاح سري الدين, الاطار او التطور التاريخي لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص في مصر وغيرها من بلدان العالم, مرجع سابق, ص٤.
(٤) كمال طلبة المتولي سلامة, النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة الزقازيق, ٢٠٠٧, ص٣٢ .

في انتخابات مجلس العموم, الأمر الذي دفع الحكومة إلى تأميم محطات وشبكات الطاقة الكهربائية والاتصالات[١] .

كذلك نجد أن الحال لم يختلف كثيرا في الدول النامية وخاصة في الدول العربية, حيث قامت حكومات العديد من الدول بتأميم معظم قطاعات البنية الأساسية, ونذكر على سبيل المثال لا الحصر, قيام الحكومة المصرية بعد ثورة يوليو ١٩٥٢ بتأميم قناة السويس, وقيام الحكومة الليبية في عام ١٩٧١, متمثلة في مجلس قيادة الثورة في ذلك الوقت, بتأميم شركة برتش بتروليوم البريطانية النفطية من بين مجموعة من القرارات التي أصدرت في ذلك الوقت متعلقة بتأميم العديد من الشركات والبنوك الخاصة[٢] .

إلا أن عقود البوت شهدت مرحلة نهوض وانتشار من جديد في فترة بداية التسعينات من القرن الماضي, في مختلف دول العالم المتقدمة منها والنامية, وذلك بعد تراجع سطوة الشيوعية وإدراك الحكومات أهمية هذه العقود, لإنشاء مختلف المشروعات المتعلقة بالطرق والمواصلات والكهرباء وغيرها من الخدمات الأساسية للمواطن[٣] .

فنجد على سبيل المثال الولايات المتحدة الأمريكية أولت اهتماما بهذه العقود, لغرض تحديث المرافق الأساسية في الدولة وخاصة فيما يتعلق بالطرق والكباري, وذلك من خلال إصدار القانون الفيدرالي الخاص بالنقل, الصادر سنة ١٩٩٩[٤], كالك اهتمت العديد من الدول الأخرى بنظام البوت من بينها ماليزيا, عندما أبرمت عقداً خاصا بإمداد جزيرة lang kawi بالمياه, مع شركتين من القطاع الخاص لإقامة المشروع وإدارته[٥], كذلك الحال في الصين أبرمت الحكومة عقودا بنظام البوت مع شركات خاصة لإقامة محطة لتوليد الكهرباء بالفحم, وإنشاء مشروع لمعالجة المياه وتنقيتها في chengdo, وأيضا في استراليا أبرمت الحكومة عقوداً تتعلق بإنشاء خطوط سكك حديد يتوساوث ويلز وأيضا إنشاء ميناء سيدني بنظام البوت[٦] .

---

(١) منصور محمد عبدالعظيم عبدالرحمن, النظام القانوني وقواعد التحكيم لاقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق, جامعة عين شمس, ٢٠٠٧, ص٢٢ .

(٢) راجع شبكة المعلومات عبر الموقع www.afrigatenws,net

(٣) كمال طلبة متولي سلامة, مرجع سابق, ص٢٣ .

(٤) حنان احمد ضيا,مرجع سابق, ص٧ .

(٥) محمد احمد غانم, مرجع سابق, ص٩٤ .

(٦) عصام احمد البهجي, مرجع سابق, ص٣٦ .

وأيضا يعتبر من أبرز المشروعات التي أنجزت بأسلوب البوت, النفق الأوروبي المتكون من سكة حديدية تربط بين انجلترا وفرنسا والذي بلغت تكلفته أكثر من ستة عشر مليار دولار[١] .

الفرع الثاني

تعريف عقود البوت

تعتبر عقود البوت من العقود غير المسماة التي لم يتدخل المشرع لوضع تعريف لها, بل ترك المجال في شأنها واسعا أمام الفقه الذي اختلف حول تحديد مفهوم ثابت بخصوصها, إلى جانب بعض المنظمات الدولية التي اجتهدت في وضع تعريف يبين المقصود منها, وسأحاول إيضاح كل ذلك على النحو الأتي :

اولا: تعريف بعض المنظمات الدولية لعقود البوت .

من أهم المنظمات الدولية التي اهتمت بتعريف عقود البوت, منظمتي الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسترال", وللتنمية الاقتصادية اليونيدو "unido" , وسأبين تعريف كليهما كما يلي :

أ- تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسترال" لعقود البوت .

لقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه " شكل من أشكال تمويل المشروعات, تمنح بمقتضاه الحكومة امتيازاً لمجموعة من المستثمرين لتطوير مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا, ويقوم الاتحاد المالي للمشروع أو الشركة التي يتم إنشائها بواسطة (صاحب الامتياز) بتطوير المشروع وإدارة الامتياز طبقا لما هو منصوص عليه في الاتفاق المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز (اتفاق المشروع) "[٢] .

ويتميز هذا التعريف بأنه لم يقصر الغرض من عقود البوت في إنشاء مشروعات البنية الأساسية فقط, بل بين بأنه يمكن استخدامها في العديد من المجالات الأخرى مثل إنشاء

---

[١] دويب حسين صابر عبدالعظيم, مرجع سابق, ص٤٣ .

[٢] جابر جاد نصار, عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام, دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام, دار النهضة العربية, ٢٠٠٢, ص٣٩ ؛حمادة عبدالرزاق حمادة, عقود البوت B.O.T, دار الجامعة الجديدة,٢٠١٣, ص١٩ ؛ وائل محمد السيد اسماعيل, المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها, دراسة مقارنة, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق, جامعة عين شمس, ٢٠٠٨, ص١٣ .

المجمعات الصناعية التي تقوم شركة المشروع بإنشائها واستغلالها خلال مدة الإمتياز, وهو ما يساعد في عملية التنمية داخل الدولة المضيفة[١] .

إلا أنه على الرغم من الإشادة السابقة لهذا التعريف فإنه يبقى محل انتقاد, في كونه يصنف بأنه اقتصادي اكثر من كونه قانوني, كما إنه يركز فقط على الجانب المالي التمويلي كدافع لإبرام عقود B.O.T وكأنه الدافع الوحيد لإبرامها, على الرغم من وجود العديد من الدوافع الأخرى التي لا تقل أهمية عن العملية التمويلية, ومن ذلك على سبيل المثال جلب التكنولوجيا المتقدمة وخاصة في دول العالم النامي[٢] .

ب- تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الاقتصادية "unido" .

عرفت منظمة اليونيدو عقود B.O.T بأنها " اتفاق تعاقدي بين الدولة واحد أشخاص القطاع الخاص يتولى بمقتضاه هذا الأخير إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة متحملا مسؤولية تصميم وتمويل وتشغيل وصيانة هذا المرفق, وإدارته خلال فترة زمنية محددة يسمح له خلالها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق, مع تحمل إعادة المرفق إلى الحكومة سليما بعد نهاية المدة الزمنية المحددة في العقد "[٣] .

وهذا التعريف يبدو أكثر شمولا من التعريف السابق, حيث قام بتفصيل مختلف المراحل التي يمر بها التعاقد وفقا لهذا الأسلوب, إذ لم يقصر المرحلة الأولى على الإنشاء فقط بل زاد عليها عمليتي التصميم والتمويل, حيث أصبحت كلتا العمليتين مندمجتين ضمن مفهوم الإنشاء, ولم يقصر أيضا دور شركة المشروع في تشغيل المرفق محل العقد فقط , بل جعل هذا الدور يمتد كذلك إلى الصيانة[٤], وهو بذلك كان أكثر إحاطة في التدليل على مفهوم عقد البوت, غير أنه مما يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يهتم بجوهر نظام البوت من الناحية القانونية, وهو أمر مبرر حيث أنه لا يعتبر من اختصاص هذه المؤسسة وضع تعريف قانوني لمثل هذا النوع من العقود[٥].

---

(١) منصور محمد عبدالعظيم عبدالرحمن, مرجع سابق, ص٢٧ .

(٢) ابو العلا علي ابو العلا النمر, النظام القانوني وقواعد التحكيم لاقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t, رسالة دكتوراه, جامعة عين شمس , ٢٠٠٩, ص٢٧ .

(٣) دليل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية unido عام ١٩٩٥ , ص ٢٨٨, وهو دليل ارشادي لطريقة انشاء مشروعات البنية الاساسية بنظام b.o.t, والتقاضي بشأنها وتنفيذها وبيان الخطوط الرئيسية لقيام مشروعات البنية الأساسية بمختلف انواعها واشكالها, مشار اليه لدى محمد احمد غانم, مرجع سابق, ص٥١ .

(٤) جيهان حسن سيد احمد, عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها, دار النهضة العربية, ٢٠٠٢, ١٧-١٨ .

(٥) دويب حسين صابر عبدالعظيم, مرجع سابق, ص٧٢ .

بالتالي تظل هذه التعريفات الواردة عن هذه المنظمات الدولية محلا للإنتقاد من قبل فقهاء القانون الذين كانت لهم اجتهادات مختلفة حول تحديد مفهوم عقود البوت سأحاول إيضاحها في الفقرة التالية .

ثانيا: تعريف الفقه لعقود البوت .

لقد انقسم الفقه حول تحديد مفهوم عقود البوت إلى طائفتين, إحداهما مناصرة للقانون العام والأخرى مؤيدة للقانون الخاص, تحاول كل منهما وضع تعريف تدافع من خلاله على تكيف العقد بوضع يسهل معه إخضاعه لأحكام القانون الذي تدعمه , وسأحاول ايضاح تعريف كلتا الطائفتين للعقد على النحو الأتي:

أ- تعريف فقهاء القانون العام لعقود البوت .

لقد اجتهد فقهاء القانون العام في وضع تعريفات عدة لعقود البوت, فذهب جانب منهم إلى القول بأنها " المشروعات التي تعهد بها الحكومة, إلى أحد الشركات وطنية كانت أو أجنبية , وسواء كانت من شركات القطاع العامأ ام الخاص وتسمى بشركة المشروع, لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن, ثم تنقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية "[١] , وعرفها جانب أخر من الفقه بأنها " تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو أحد هيئاتها للمشروع قائمة, ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة زمنية محددة يرتبط فيها راعي المشروع طول فترة الامتياز, على أن يقوم برد ذلك المشروع عند إنتهاء تلك المدة في حالة جيدة بدون مقابل "[٢] .

وذهب أخرون إلى القول بأنها " المشروع الذي تعهد به الحكومة أو إحدى وزاراتها أو إحدى جهاتها الإدارية, إلى شركة ما وطنية أم أجنبية أو مشتركة بإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة يحتاجها الجمهور, وذلك بأن تقوم الشركة بتحمل نفقة انشاء المشروع, ثم إدارته وتشغيله لمدة معينة تظل فيها تحت إشراف الجهة الإدارية ورقابتها, ثم بعد نهاية هذه المدة تقوم بنقل المشروع للجهة الإدارية المتعاقدة معها بحالة قابلة لإستمرار تشغيله "[٣] .

في حين يعرفها جانب آخر بأنها " تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصا لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية, وتمويله على نفقته

---

[١] حمادة عبدالرازق حمادة, مرجع سابق, ص١٤ ؛ جمال عثمان جبريل, الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T), بحث منشور في سلسلة اصدارات مركز البحوث الادارية, اكاديمية السادات للعلوم الادارية, ص٨٣ .

[٢] ماهر محمد حامد احمد, مرجع سابق, ص٢٠ ؛ دويب حسين صابر عبدالعظيم, مرجع سابق, ص٦٨ .

[٣] جابر جاد نصار, مرجع سابق, ص٣٨ .

الخاصة وتملك أو استثمار اصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير, ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصا له طوال مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه "[١] .

إلا إن كل التعريفات السابقة قد تعرضت للإنتقاد من قبل فقهاء القانون الخاص الذين يرون بأنها جعلت عقود البوت قاصرة على الإدارة العامة أو أحد هيئاتها وأهملت القطاع الخاص, حيث إنها جعلت الأطراف الأساسية في عقود البوت تتمثل في جهة الإدارة من ناحية وشركة المشروع من ناحية أخرى وفي حال غياب أحدها لاتنعقد هذه العقود[٢] .

وهنا فقهاء القانون الخاص لاينكرون أن جهة الإدارة طرف حيوي في هذه العقود, ولكنهم يرون أنها ليست طرفا أساسيا بصفة دائمة, حيث إنهم يجيزون أن يحل محلها شخص من القطاع الخاص , بحيث يكون طرفي العقد من أشخاص القانون الخاص, إذ أنه لا يوجد من ناحية المنطق القانوني ما يمنع أشخاص القانون الخاص من إبرام هذه الطائفة من العقود, خاصة وأنها تعتبر وسيلة حديثة ومشروعة تلبي احتياجاتهم في كثر من الأحيان[٣] .

وهذا ما أكده الواقع العملي في كثير من المناسبات لعل من أبرزها إعلان قرية جولدن بيتش السياحية في مدينة الغردقة عن رغبتها في إنشاء محطة مياه بأسلوب البوت, وكذلك إعلان نادي الصيد بالدقي عن رغبته في بناء صالة العاب بولينج وبلياردو بنظام البوت[٤] .

بالتالي وبحسب ما يراه هذا الجانب من الفقه فإن التعريفات السابقة تعد قاصرة لأنها اهتمت بالإشارة لمحل العقد المتمثل في مشروعات البنية الأساسية فقط , ولم تشير الى العملية التعاقدية ذاتها وبيان اطرافها بشكل دقيق, وذلك يعتبر انكارا للطبيعة التعاقدية لعقود البوت[٥] .

ب- تعريف فقهاء القانون الخاص لعقود البوت .

لقد عرف بعض فقهاء القانون الخاص عقود البوت بأنها " اتفاق تعهد الدولة أو أحد وحداتها الإدارية بمقتضاه إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة سواء كانت من القطاع العام أو القطاع الخاص بإنشاء مشروع لإشباع الحاجات العامة للأفراد على نفقة الشركة وتتولى إدارته

---

(1) هاني سري الدين, مرجع سابق, ص٤ .
(2) محمد بهجت عبدالله قايد, مرجع سابق, ص١١٢.
(3) ماهر محمد حامد, النظام القانوني لعقد البوت b.o.t, رسالة دكتوراه, جامعة الزقازيق, ٢٠٠٦, ص٢٥.
(4) عصام احمد البهجي, مرجع سابق, ص١٧.
(٥) منصور محمد عبدالعظيم عبدالرحمن, مرجع سابق, ص٢٧ .

لأداء الخدمة للمنتفعين لمدة معينة وبشروط معينة وتحت إشراف الدولة المتعاقدة ورقابتها ثم تنقل الشركة المشروع إلى الدولة بحالة جيدة في نهاية المدة "[١]

ويرى جانب آخر أن عقود البوت عبارة عن " شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازاً لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم تشغيله واستغلاله تجاريا لمدة معينة ثم يرجع بعد انتهائها للدولة "[٢]

وذهب جانب آخر إلى القول بأنها " منح الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة, فرصة إقامة المشروع على الأرض التي تحددها الدولة للمستثمر, مع تحمل الأخير أعباء إقامة المشروع كاملة وتكلفة نفقات تشغيله السنوية, وذلك في مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع لمدة معينة تحددها الحكومة, والتي بانتهائها يتم تحويل المشروع الى الدولة دون مقابل وخاليًا من أي أعباء وبحالة جيدة "[٣].

ولقد تعرضت التعريفات السابقة لمجموعة من الانتقادات من بينها أنها أوردت احتمالية إبرام العقد بين جهة الإدارة وشركة تتبع القطاع العام, وهذا الأمر لو افترضنا تطبيقه عمليا لوجدناه امر يصعب تحقيقه, ذلك لأن من أهم الغايات المنشودة من إبرام عقود البوت الإستفادة من الخبرة العملية الواسعة للشركات الأجنبية في مجال الإنشاء والتشغيل والإدارة, وكذلك الإستفادة من التكنولوجيا المتطورة التي تستخدمها هذه الشركات , وهذه أمور تفتقر إليها شركات القطاع العام الوطنية[٤] .

---

[١] عصام احمد البهجي, مرجع سابق, ص١٤ .
[٢] ياسر احمد كامل الصيرفي, النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص, بلا دار نشر, ٢٠٠٨, ص١٩.
[٣] محمد محمد سادات, الجوانب القانونية لعقود الإنشاءات الدولية دراسة تحليلية في خصوصية آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك, بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر المؤتمر العلمي السنوي الثامن عشر لكلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان " عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة " والمنعقد في الفترة بين ١٩_٢١ ابريل ٢٠١٠ .
[٤] دويب حسين صابر, مرجع سابق, ص٧٤ .

المطلب الثاني

تقييم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

عقود البوت كغيرها من العقود قد تحقق العديد من المزايا أو العديد من العيوب بالنسبة لأطرافها, إلا إن أهم ما يعنينا في هذا المقام هو ما قد تحققه من مزايا أو عيوب بالنسبة للدولة اذا كانت طرفا فيها وهو ما سنهتم بدراسته على النحو الأتي :

الفرع الأول

مزايا عقود البوت

تحقق عقود البوت العديد من المزايا سواء للدولة او للشركة المنفذة للمشروع محل العقد, إلا إن ما يهمنا الحديث عنه ضمن هذا السياق المزايا التي تحققها بالنسبة الدولة والتي سأحاول اختصار جزء منها على النحو التالي :

أولا : تخفيف الأعباء المالية عن ميزانية الدولة .

تسعى الدولة دائما لتقديم خدمات حيوية لمواطنيها, وذلك من خلال إنشائها للعديد من المرافق الأساسية التي من شأنها توفير سبل الراحة لهم , في مختلف مجالات الحياة من تعليم وصحة وطرق وغيرها[١], إلا إن كل ذلك يكلف ميزانية الدولة مبالغ مالية طائلة تضعف من قوتها الاقتصادية, الأمر الذي يضطرها في كثير من الأحيان إلى الإقتراض من العالم الخارجي[٢], وخاصة أن إنشاء مثل هذه المرافق لا يعود على ميزانية الدولة بالنفع, حيث إن الخدمات التي تقدمها غالبا ما تكون مجانية, وفي حال كانت بمقابل فهو لا يكون بالقدر المناسب حتى لرد ما أنفق على إنشائها[٣].

إلا أنه ولأهمية هذه المرافق الأساسية بالنسبة للحياة الاجتماعية والعملية داخل الدولة فإنها لا تستطيع التملص منها والتهرب من إنشائها .

لذلك أصبحت الدولة تسعى لإيجاد حلول اضافية مناسبة تمكنها من إنشاء هذه المرافق مع الحفاظ على جودة الخدمة التي تقدمها بدون تكبيد ميزانيتها خسائر مالية كبيرة, الأمر الذي جعل

---

(١) عصام احمد البهجي, مرجع سابق, ص٥٥ ؛ دويب حسين صابر عبدالعظيم, مرجع سابق, ص٥١٧ .
(٢) جمال نصار والمستشار مصطفى حسين, مشروعت البوت اعداد ومشاريع البناء والتملك والتشغيل والتمويل, بحث مقدم في دورة التنمية الادارية بكلية الحقوق, جامعة القاهرة, ١٩٩٧ يناير , ص٤ .
(٣) جابر جاد نصار , مرجع سابق, ص٥٥ .

من عقود البوت حلاً ملائما يمكن الدولة من إنشاء المرافق الأساسية التي تحتاجها بأجود الخدمات وبدون أن تبذل مجهود مادي في تمويل ذلك[١] , حيث أن أساس هذه العقود يقوم على تحمل القطاع الخاص مسؤولية تمويل عملية إنشاء هذه المرافق ومخاطر تشغيلها مقابل حيازته لها مدة معينة متفق عليها مع الجهة الإدارية المتعاقدة يمكنه أثنائها فرض رسوم معينة على عامة المنتفعين من خدمات هذه المرافق وذلك لتعويض ما أنفقه عليها من أموال, فضلا عن تحقيق ربح مقبول, وبعد انتهاء مدة العقد تعود حيازة المرفق مجددا للدولة[٢], وبذلك تكون هذه الأخيرة قد حققت فائدة مزدوجة تتمثل في إنشاء مرفق حيوي أساسي لا غنى لها عنه بالإضافة إلى عدم تكلفها أي مبالغ مالية بسبب ذلك .

ثانيا : تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية .

تساهم عقود البوت في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية داخل الدولة, وذلك لكونها توفر بيئة مناسبة للمستثمر الأجنبي ليمارس نشاطه داخل الدول المتعاملة بهذا الأسلوب, الأمر الذي يسهم في تطوير المرافق الأساسية داخل الدولة وزيادة جودة الخدمة التي تقدمها[٣], وذلك نظرا لما ينفقه المستثمر من أموال طائلة لتطوير هذه المرافق وزيادة حجم كفائتها, مستعينين في ذلك بتمويل أكبر واضخم البنوك الدولية, الأمر الذي يسهم في تدفق كم كبير من العملة الأجنبية داخل السوق الاقتصادية الوطنية, بشكل يساعد في تنشيط الوضع الاقتصادي داخل الدولة[٤] .

كما تعتبر الدول النامية من اكثر الدول المستفيدة من المزايا الناتجة عن هذه العقود, وخاصة فيما يتعلق بتوفير فرص العمل لمواطنيها, وذلك بسبب حاجة المستثمر لليد العاملة سواء عند إنشاء المشروع او تشغيله, مما يسهم في التقليل من نسب البطالة داخل هذه الدول[٥], بالإضافة إلى أن هذه المشروعات تساهم في توسيع الرقعة السكانية داخل الدولة المضيفة, وخاصة في المناطق النائية وتوفير فرص عمل جديدة بداخلها, وذلك من خلال إنشاء الطرق والكباري والمطارات ومحطات الكهرباء والمياه بداخلها, الأمر الذي يساعد في توفير فرص عمل جديدة مما يؤدي إلى التقليل من مشكلة البطالة[١] .

ثالثا : نقل التكنولوجيا الحديثة للدول وتحديثها .

---

(١) عصام فرج الله محسن ابراهيم, مرجع سابق, ص٤١ ؛ بيومي حجازي, مرجع سابق, ص٢٨ .
(٢) هاني صلاح سري الدين, مخاطر ومزايا مشروعات البوت (B.O.T), بحث مقدم الى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري والدولي, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, في الفترة من ٢١/٢٢ اكتوبر ٢٠٠١, ص٢٥.
(٣) هاني صلاح سري الدين, التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص, مرجع سابق, ص١٨٦ .
(٤) عبدالمنعم العماري علي ابوبريق, مرجع سابق, ص٥٩ .
(٥) محمد احمد غانم, مرجع سابق, ص١٨٧- ١٨٨ .
(١) عصام فرج الله محسن ابراهيم, مرجع سابق, ص٤٢ .

تسعى شركة المشروع عند قيامها بإنشاء المرفق العام لإستخدام أحدث وسائل التكنولوجيا, وذلك لعدة أسباب من بينها المحافظة على سمعة الشركة في مجال الاستثمار, وكذلك التمكن من إنجاز المشروع في أقل مدة ممكنة, الأمر الذي ينجم عنه تحقيق أكبر قدر من الأرباح[٢], وهذا الأمر يحقق استفادة كبيرة للدولة تتمثل في تطوير الخدمات المقدمة من القطاع العام, وذلك من خلال الجو التنافسي الذي تخلقه هذه العقود بين القطاع العام والخاص , في سبيل تقديم أفضل خدمة لصالح الجمهور, الأمر الذي ينتج عنه التحديث المستمر لكافة المرافق الأساسية في الدولة[٣], لذلك يمكن القول بأن عقود البوت تعتبر بمثابة بوابة ملائمة لدخول أحدث وسائل التكنولوجيا في مختلف المجالات لكثير من الدول وخاصة النامية منها .

الفرع الثاني

عيوب عقود البوت

على الرغم من الإيجابيات التي تحققها عقود البوت بالنسبة للدولة , والتي تحدثت عنها في الفقرة السابقة, إلا إنه في مقابل ذلك قد تنجم عنها بعض العيوب والمخاطر التي تطال مختلف مناحي الحياة سواء كانت اقتصادية أو سياسية أو حتى اجتماعية, وسأحاول إيضاح كل ذلك على النحو التالي:

أولا : تحميل ميزانية الدولة أعباء مالية على المدى البعيد .

على الرغم من الفائدة التي تحققها عقود البوت في التخفيف من الأعباء المالية عن الميزانية العامة للدولة, إلا أن ذلك قد لا يتحقق في الكثير من الأحيان وذلك لعدة أسباب يمكن تلخيصها فيما يلي:

أ- قيام شركة المشروع باقتراض العملة الأجنبية من البنوك المحلية .

في الكثير من الأحيان تلجأ الشركات الأجنبية المتعاقدة بأسلوب البوت إلى الإقتراض من البنوك المحلية, وذلك للمساهمة في تمويل عملية إنشاء المشروع, أو للقيام باستيراد المعدات اللازمة سواء للإنشاء أو التشغيل[١], الأمر الذي يؤدي إلى سحب كميات كبيرة من العملة

---

(٢) احمد رشاد محمود سلام, عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية B.O.T, دار النهضة العربية, ٢٠٠٤, ص٢٣٦.
(٣) جابر جاد نصار, مرجع سابق, ص٥٦ .
(١) احمد رشاد محمود سلام, مرجع سابق, ص١٧٢ ؛ وائل السيد محمد اسماعيل, مرجع سابق, ص٢٧ .

الأجنبية من ميزانية هذه البنوك, مما يؤدي إلى زيادة الطلب عليها داخل السوق المالية المحلية مما يسهم في إرتفاع أسعارها[٢].

كما أنه في غالب الأحيان تقوم شركة المشروع بعد سحبها لهذه الأموال بفتح حسابات في بنوك أجنبية خارج الدولة المضيفة, وذلك لحفظ ما تتحصل عليه من أرباح بعد تشغيل المشروع, ولا تلتزم نهائيا بإعادة تدوير هذه الأموال مجددا في أي نشاط استثماري آخر داخل الدولة كمحاولة منها للمساهمة في إنعاش اقتصادها[٣] .

ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك عقد البوت المتعلق بإنشاء محطة كهرباء سيدي كرير, عندما اقترضت شركة المشروع من البنوك المصرية مبلغ قدره ٤٠٠ مليون دولار لتمويل إنشاء المحطة, ثم قامت بتحويل ما حققته من أرباح إلى بنوك أجنبية خارج الدولة المصرية[٤] .

بالتالي فإن كل ما سبق الحديث عنه من اقتراض للأموال من البنوك المحلية يؤثر بشكل سلبي على الاقتصاد الوطني ويضعف من وتيرة عجلة التنمية الاقتصادية داخل الدولة .

ثانيا : التزام الدولة في كثير من الأحيان بشراء المشروع من الشركة بعد تمام إنشائه .

تقوم الدولة في كثير من الأحيان بشراء الخدمة من شركة المشروع وتعيد طرحها بسعر أقل من سعر تكلفتها المقدرة, وذلك تقديرا لعدة اعتبارات سياسية واجتماعية[٥], وخاصة إذا كان المشروع يتعلق بتقديم خدمة اساسية متعلقة بحياة المواطن اليومية " كالكهرباء و والمياه والمواصلات " وذلك لمنع احتكارها من قبل شركة المشروع, الأمر الذي ينتج عنه مبالغة في تحديد رسوم الخدمة للمنتفعين بغية تحقيق زيادة في الأرباح .

ومثال ذلك الاتفاق المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن المنفذة لشركة كهرباء سيدي كرير والمتعلق بالتزام الحكومة المصرية بشراء الكهرباء من الشركة بمبلغ سنوي قدره ٢٢٠ مليون دولار, لمدة ٢٥ عام[١].

ثالثا : طول مدة عقود البوت وما ينتج عنها من آثار سلبية .

---

[٢] محمد المتولي , مرجع سابق, ص٥١-٥٢ .
[٣] عبد المنعم العماري علي ابوبريق, مرجع سابق, ص٦٨ .
[٤] دويب حسين صابر عبدالعظيم, مرجع سابق, ص٨٩ ؛ جابر جاد نصار, مرجع سابق, ص٥٧.
[٥] كمال طلبة المتولي سلامة , مرجع سابق, ص٥٩-٦٠ .
[١] ياسر كامل الصيرفي, مرجع سابق, ص٢٠ .

يعتبر من أهم الانتقادات التي توجه لعقود البوت طول مدتها, وذلك لما له من أثر سلبي على الدولة في جميع نواحي الحياة, حيث إن مدة العقد من الأمور الحساسة التي كان لزاما على تشريعات الدول التدخل لوضع قيود حولها, حتى لا تصل الى فترات مبالغ فيها, كما هو الحال مثلا في مشروع قناة السويس, الذي استمر لفترة وصلت لتسع وتسعين سنة[٢] .

حيث أن حكومات الكثير من الدول لا تضع نصب أعينها إلا فقط المصلحة الاقتصادية المرجوة من عقود البوت, والمتمثلة في عدم تكبيد ميزانيتها خسائر مالية لإنشاء مرافق حيوية تقدم خدمات أساسية داخل الدولة, في حين تهمل الأثر السلبي لهذه العقود عليها في حال ما أبرمت لمدة زمنية طويلة, والمتمثل في المخاطر الاقتصادية التي تتعرض لها ميزانية الدولة بسبب استنزاف النقد الأجنبي الموجود داخل بنوكها المحلية كما أوضحنا مسبقا[٣], مما يؤثر على سعر صرفه داخل السوق المالية المحلية, وكذلك ما قد يحدث بسبب طول هذه المدة من احتكار لخدمة المرفق المنشأ من قبل شركة المشروع, الأمر الذي يؤثر على قدر استفادة المواطن من الخدمة التي يقدمها وأبرم العقد لأجلها, وما يصاحب ذلك الاحتكار من ضغوطات تمارسها شركة المشروع على الحكومة لتفرض عليها بعض السياسات التي تؤمن لها مصالح اقتصادية معينة قد تصل إلى التدخل في سيادة الدولة وتغيير بعض القوانين التشريعية السارية في الدولة[٤] .

وتعتبر الدول النامية أكثر المتضررين من هذه العقود وذلك بسبب الفساد الإداري الكبير الذي تعاني منه المؤسسات الحكومية في هذه الدول, ومن ذلك مثلا عند طرحها لمشروع معين بنظام البوت وتصل إلى مرحلة التفاوض مع الشركة المتقدمة فإنها تدفع بأشخاص متفاوضين تنقصهم الخبرة والكفاءة في مجال التفاوض في مثل هذا النوع من العقود, الأمر الذي يساهم في ضياع الكثير من الحقوق للدولة مانحة الامتياز , واستفادة الشركة من خلال فرضها للعديد من الشروط التي تؤمن لها اكبر قدر من السيطرة على المشروع ومن ذلك فرضها مدة أطول من المعتاد للعقد بحجة أنها تسعى لاسترداد ما أنفقته من أموال وحصولها على نسبة معقولة من الأرباح, في حين أنها تستطيع ذلك حتى لو أبرم العقد لمدة أقل من المدة المتفق عليها في الغالب[١] , ويعتبر من أهم الأسباب التي تجعل عقود البوت ترجع سلباً في كثير من الأحيان على الدولة التي تكون طرفا فيها, وخاصة اذا كانت هذه الدولة تصنف من الدول النامية هو

---

[٢] هاني صلاح سري الدين, مرجع سابق, ص٣٠ .
[٣] كمال طلبة المتولي سلامة, مرجع سابق, ص٥٦ .
[٤] عبدالقادر محمد عبدالقادر عطية, دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات (B.O.T) , الطبعة الثانية ٢٠٠٠/٢٠٠١, ص٦٤٨ .
[١] كمال طلبة المتولي سلامة , مرجع سابق, ص٥٧ .

غياب التنظيم التشريعي الشامل لهذه العقود الذي يظبط آلية إبرامها ويسهم في عدم ضياع حقوق أي من أطرافها, وهذا ما سيكون محور دراستنا خلال المبحث اللاحق .

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعقود البوت B.O.T

تعتبر مسألة تكييف عقود البوت من أكثر المسائل الشائكة عند دراسة هذه النوعية من العقود, وذلك بسبب قصور التنظيم التشريعي لهذه العقود والذي يصل لدرجة الغياب التام في كثير من الأحيان, الأمر الذي يفتح مجالا واسعا أمام الفقه ليدخل في تباين كبير لتحديد طبيعتها

وبيان تبعيتها لأي من فرعي القانون العام أم الخاص, الأمر الذي نتج عنه وجود مذاهب عدة ينادي كل منها بدخول هذه العقود إلى دائرة القانون التي يدعمها ويدافع عنها, بشكل ينظر فيه في كثير من الأحيان إلى التعصب والتحيز للطائفة القانونية, أكثر من المنطقية والواقعية والتقييم السليم للدور المهم الذي تلعبه هذه العقود في مجال تطوير الاقتصاد الوطني للدول .

لذلك وبناء على كل ما سبق سيتم دراسة التكييف القانوني لعقود البوت ضمن مطلبين, سأبين في **(الأول)** التنظيم التشريعي لعقود البوت**,** ثم في **(الثاني)** الطبيعة القانونية لعقود البوت .

المطلب الأول

التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكلية B.O.T

على الرغم من الأهمية الكبيرة لعقود البوت في مجال إنشاء وتطوير المرافق العامة, ودورها في تحسين مستوى الخدمة التي تقدمها للمواطن, وهو ما تفتقر اليه دول العالم النامي بشكل عام والعربية بشكل خاص, إلا أنها لم تحضى باهتمام تشريعي خاص من قبل هذه الدول[١], التي انقسمت إلى طائفتين إحداهما اصرت على التشدد والتعصب حول مشاركة القطاع الخاص في مجال مشروعات البنية الأساسية, ورفضت أن تخرج هذه العقود من تحت عباءة عقود التزام المرافق العامة, محاولة من خلال ذلك غل يد القطاع الخاص عن المشاركة في أعمال القطاع العام, أما الطائفة الثانية من الدول فحاولت على استحياء التقرب من القطاع الخاص والاستفادة من إمكانياته المادية وخبراته العملية في مجالي الإنشاء والإدارة, وتكريس ذلك في عملية النهوض والرقي بخدمات المرافق العامة المتعلقة بالبنية الأساسية, من خلال إما استصدار قوانين خاصة بهذه الطائفة من العقود, تستثنيها من الخضوع للأحكام المطبقة على عقود التزامات المرافق العامة, وتهتم ببعض جوانب هذه الطائفة المستحدثة من العقود, أو إصدار قوانين خاصة بتشجيع الاستثمار الأجنبي تساهم في زيادة فرص مشاركة رؤوس الأموال الأجنبية في عملية تطوير المرافق الأساسية, وذلك من خلال منحها بعض الامتيازات والإعفاءات التي تسهل عليها ممارسة نشاطها داخل الدولة, وعدم تقييدها بأحكام عقود المرافق العامة الإدارية سواءً في ممارسة نشاطها أو تسوية منازعاتها[١].

وتعتبر مصر من أبرز الدول العربية التي تسعى إلى الاهتمام بهذا النوع من العقود, من خلال إصدارها لبعض من القوانين الخاصة التي وإن كانت قاصرة في حق عقود البوت, إلا

---

[١] دويب حسين صابر, مرجع سابق, ص٤٠ .
[١] حنان احمد ضيا, مرجع سابق, ص١٥٧ .

إنها اهتمت ببعض جوانبها وشكلت الدرجة الأولى لبناء سلم التعاون بين القطاعين العام والخاص, من أجل الرقي بخدمات المرافق الأساسية, وساهمت في تشجيع الاستثمار الأجنبي للدخول وممارسة نشاطه داخلا إقليم الدولة, لذلك ومن خلال ما سبق سأهتم في هذا المطلب بدراسة الإطار التشريعي لهذه العقود ضمن فرعين على النحو الأتي :

الفرع الأول

التنظيم التشريعي لعقود البوت في مصر

لا يوجد في مصر تشريع شامل ينظم عقود البوت, حيث تعددت التشريعات التي اهتمت بالعديد من المجالات الخاصة بمشروعات البنية الأساسية, فكان من أهم هذه التشريعات التي اهتمت بعقود البوت بشكل غير مباشر, قانون التزام المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بموجب القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨, بالتالي فإن عقود البوت باعتبارها صورة حديثة ومتطورة لعقود منح التزام المرافق العامة فإنها تخضع للأحكام التي ينظمها هذا القانون, إلا إذا وجد قانون خاص يستثني خضوعها له في مجال من مجالات البنية الأساسية[٢] والتي سنذكرها على سبيل الحصر تباعا .

ويعتبر من أهم الأحكام التي ينظمها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ما يلي:

أولا : مدة الالتزام .

لقد حددت المادة الأولى من القانون السابق ذكره مدة منح الالتزام بثلاثة وثلاثين سنة, وبذلك يكون هذا القانون قد خالف الواقع العملي المبطق لبعض عقود البوت التي وصلت مدة تنفيذها إلى تسع وتسعين سنة ولعل من أبرز أمثلتها كما سبق وأشرنا إنشاء مشروع قناة السويس[١] .

---

[٢] جابر جاد نصار, مرجع سابق, ص٧٧ ؛ عمرو احمد حسبو, مرجع سابق, ص٥٨ .

[١] هذا ما اكدته المذكرة الايضاحية للقانون بقولها " لم يعد مقبول ازاء ما نشهده من التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية ان تمنح الالتزامات لما يقرب من قرن والحق انه اذا ما حدد للالتزام مدة ثلاثين عاما كفل ذلك للملتزم الانتفاع به للمدة الكافية للاستهلاك ما قام به من نفقات الانشاء....."

ولقد لاقت المدة المحددة وفقا لهذا القانون ترحيبا كبيرا لدى طائفة كبيرة من فقهاء القانون[٢] وهي التي أؤيدها كباحث في هذا الموضوع, حيث إن مدة ال٣٣ سنة تعتبر كافية بالنسبة لشركة المشروع, لتقوم خلالها باسترداد ما أنفقته من أموال لإنشاء المشروع إضافة إلى تحقيق هامش ربح معقول إلى جانب ذلك, في حين نجد إن مدة ال٩٩ سنة تعتبر ظالمة في كثير من الأحيان للدولة صاحبة الامتياز, وذلك لما يصاحبها من مخاطر اقتصادية وسياسية قد سبق الحديث عنها[٣] .

ثانيا : المسؤول عن منح الالتزام .

تختلف الجهة المسؤولة عن منح الالتزام عن الجهة الإدارية المتعاقدة بخصوص المرفق مع شركة المشروع, حيث تكون هذه الأخيرة هي المعنية بإدارة المرفق وتسييره إلا إنها لا تملك بموجب هذا القانون إصدار قرار بإبرام عقد منح امتياز مع شركة خاصة لغرض معين خاص بإنشائه, ذلك لأن إصدار مثل هذا القرار لا يتم إلا من قبل رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة وذلك طبقا لما حددته المادة الأولى من هذا القانون ضمن فقرتيها الأولى والثانية[٤] .

ثالثا : آثار عقد الالتزام .

يرتب عقد الالتزام آثارا عدة تتمثل في جملة من الحقوق لكل من طرفي العقد يمكن إيضاحها على النحو التالي :

أ- حقوق الجهة مانحة الالتزام .

يمنح القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ عدة حقوق للجهة المانحة للالتزام من بينها :

١- الحق في الرقابة على إنشاء وإدارة المرفق موضوع الالتزام, وذلك طبقا لما تضمنته المادة (٧) من هذا القانون والمعدلة بالمادة (١٨٥) من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨[١] .

---

[٢] جابر جاد نصار, مرجع سابق, ص٨٤ ؛ السيد سامي العوامي , مرجع سابق , ص٦٢ .

[٣] راجع ما تناولناه سابقا بخصوص العيوب الناتجة عن عقود البوت, ص٣٠ .

[٤] تنص المادة الأولى من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ضمن فقرتها الأولى على انه "يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة, وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز او مدة الامتياز نطاقه او العائدات بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة, ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص " وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة على ان " يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الشعب "

[١] تنص المادة ٧ من القانون سابق الذكر على ان " ١- لمانح الالتزام ان يراقب انشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والادارية والمالية .

٢- وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والادارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق, ويختص هؤولاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام .

٢- الحق في تعديل النصوص اللائيحية بإرادتها المنفردة , مع بقاء حق الملتزم في التعويض متى حصل له ضرر جراء ذلك, ومن ذلك تعديل قوائم أسعار تقديم الخدمة للجمهور بالزيادة أو النقصان وهذا ما أكدته المادة (٥) من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧[٢] .

٣- الحق في استرداد المرفق قبل نهاية مدة العقد طبقا لنص المادة (٤) من القانون المذكور[٣] .

ب- حقوق الملتزم .

تتمثل حقوق الملتزم وفقا للقانون السابق فيما يلي:

١- الحق في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه .
٢- الحق في الحصول على حصة من أرباح تشغيل المرفق .

حيث وضعت المادة (٣) من القانون المذكور حداً للأرباح السنوية للملتزم لا تتجاوز العشرة في المائة من صافي الأرباح[٤] .

٣- الحق في الحصول على المزايا التي يقررها مانح الالتزام .
٤- الحق في ضمان التوازن المالي للعقد .

وذلك يتمثل في أنه في حال حصل تعديل لائحي في العقد كما سبق وأشرنا, وأدى إلى إنقاص أسعار الخدمة فإنه لابد أن يكون بحد لا يحصل معه ضرر للملتزم وذلك وفقا لما أكدته المادة (٦) من القانون المذكور أعلاه[١] .

ختاما بعد استعراض أهم الأحكام التي يظمنها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧, بجد بأن هذه الأحكام بلغت من الإجحاف حدا يصعب معه إقبال المستثمرين الأجانب لممارسة استثماراتهم

٣- ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام او المشرف على الجهة مانحة الالتزام , ان يعهد الى الجهاز المركزي للمحاسبات بمراقبة انشاء المرفق وسيره من الناحية المالية, او ان يعهد بالرقابة الفنية والادارية عليه الى اية هيئة عامة او خاصة ."

[٢] تنص المادة ٥ من القانون المذكور اعلاه على ان " لمانح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه قوائم تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام او قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به, وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض ان كان له محل . "

[٣] تنص المادة ٤ من ذات القانون السابق على انه " يجب ان تحدد وثيقة الالتزام شروط واوضاع استرداده قبل انتهاء مدته "

[٤] تنص المادة المذكورة اعلاه على انه " لا يجوز ان تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي ارباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموضف والمرخص به من مانح الالتزام, وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . "

[١] تنص المادة ٦ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على انه " اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام او الملتزم فيها , وافضت الى الاخلال بالتوازن المالي اللازم او الى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام ان يعدل قوائم الاسعار اذا اقتضى الحال ان يعدل اركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله , وذلك لتمكين الملتزم من ان يستمر في استغلاله او لخفض الأرباح الباهضة الى القدر المقبول "

في مختلف النشاطات المتعلقة بالخدمات الأساسية والحيوية داخل الدولة المصرية, وهذا الأمر أدركه المشرع المصري الذي عاد واستثنى بعض المجالات الحيوية من الخضوع لأحكام القانون السابق, وذلك في محاولة منه لتجنب عزوف المستثمرين من ممارسة نشاطاتهم داخل الدولة, وتوفير بيئة استثمارية مناسبة لهم, حيث أصدر جملة من القوانين التي تحكم هذه المجالات والتي تعتبر قد اهتمت بعقود البوت بشكل مباشر, حتى وإن كان يشوبها الكثير من القصور إلا إنها تبقى خطوة جيدة في اتجاه فتح الباب أمام هذه الطائفة من العقود للاستفادة من مميزاتها في تحديث وتطوير المرافق الحيوية, وسأبين هذه القوانين على النحو التالي:

- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر[٢] .
- القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بإنشاء الطرقات العامة[٣] .
- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول[٤] .
- القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بالموانى التخصصية والمعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨[٥] .

ونخلص من جملة هذه القوانين أنها قد نصت في أحكامها على عدم تقييد جهة الإدارة بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧, وأعطتها سلطة في إبرام عقود الامتياز مع المستثمرين لإنشاء وإدارة وتشغيل المرافق التي تديرها متى رأت أن لها مصلحة في ذلك متمسكة بجملة من المعايير للقيام بذلك تتمثل في:

- منح الالتزام بناءً على المنافسة العلانية .
- ألا تزيد مدة الالتزام عن ٩٩ سنة .
- تحديد وسائل الإشراف التي تكفل حسن سير المرفق[١] .

إلا أنه ومما يعاب على هذه القوانين المدة الطويلة التي حددتها والتي تصل الى ٩٩ سنة وما تسببه هذه المدة من عيوب يصعب تداركها فكان الأولى الابقاء على المدة المحددة ضمن

---

[٢] راجع الجريدة الرسمية العدد ٢٥ (مكرر ب) في ٣٠ يونيو ١٩٩٦ .
[٣] راجع الجريدة الرسمية العدد ٢٧ (مكرر) في ١٤ يوليو ١٩٩٦ .
[٤] راجع الجريدة الرسمية العدد ٦ (مكرر) في ٨ فبراير ١٩٩٧ .
[٥] راجع الجريدة الرسمية العدد ١٧ (مكرر) في ٢٥ ابريل ١٩٩٨ .
[١] كمال طلبة متولي سلامة , مرجع سابق , ص٨٢ .

نصوص القانونرقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ب٣٣ سنة, والتي سبق وأن أشرنا إلى أنها كافية لتحقيق الغاية المرجوة من العقد لكلا الطرفين[٢] .

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهت لهذه القوانين بسبب طول مدة الامتياز التي حددتها, إلا أنها تمتاز بمرونتها ودورها في المساهمة في تشجيع الاستثمار داخل الدولة والذي يسهم في تحقيق التنمية الاقتصادية داخل الدولة .

الفرع الثاني

الإطار التشريعي لعقود البوت في ليبيا وبعض الدول العربية

لم تهتم التشريعات في الدول العربية ومن بينها ليبيا بعقود البوت على الرغم من حاجتها الماسة لها, نظرا لما تعاني منه هذه الدول من تدني في مستوى خدمات المرافق الأساسية وانعدام بنيتها التحتية, وعدم قدرة قطاعاتها العامة على تطويرها وتحديث الخدمة التي تقدمها, بل اكتفت هذه الدول بالإشارة لهذه الطائفة من العقود, إما ضمن بعض القوانين الخاصة المتعلقة ببعض المجالات الأساسية, أو من خلال بعض القوانين المشجعة للاستثمار, كما هو الحال في ليبيا حيث أصدر المشرع قانون خاص بتشجيع الاستثمار رقم ٩ لسنة ٢٠١٠, الذي أكد على ضرورة تشجيع استثمار رؤوس الأموال سواء كانت وطنية أم أجنبية, ضمن مجموعة من نصوصه أكد من خلالها على ضرورة منح الاستثمارات الأجنبية, مجموعة من المزايا والإعفاءات الضريبية المفروضة على استيراد المعدات والألآت اللازمة لتنفيذ المشروع محل الاستثمار, إضافة إلى ضرورة تقديم الضمانات الكافية لحمايتها من عمليات تأميم استثماراتها ونزع ملكيتها والاستيلاء عليها من قبل الحكومة, وذلك طبقا للمواد (٣-١٠-١٥) من هذا القانون[١], وذلك يتفق مع ما حدث في العراق عندما أصدر المشرع قانون الاستثمار رقم ١٣

---

[٢] جابر جاد نصار , مرجع سابق, ٩٦,٩٧ ؛ هاني سري الدين, مرجع سابق , ص٢٢٨ .

[١] تنص المادة ٣ من قانون الاستثمار الليبي رقم ٩ لسنة ٢٠١٠ على انه " يهدف هذا القانون الى تشجيع استثمار رؤوس الأموال الوطنية والأجنبية لاقامة مشروعات انشائية ضمن اطار السياية العامة للدولة واهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية بما يضمن على وجه الخصوص تحقيق الاهداف التالية : ١- تاهيل وتنمية العناصر الليبية فنيا, ورفع كفائتها واكسابها مهارات متقدمة وتوفير فرص عمل لها .

٢- العمل على نقل المعرفة والتقنية وتوظيفها في الاقتصاد الليبي .

٣- المساهمة في اقامة وتطوير واعادة تأهيل الوحدات الاقتصادية الخدمية والانتاجية , بما يساعدها على المنافسة ودخول الأسواق العالمية .

٤- تحقيق التنمية المكانية . ٥- زيادة وتنويع مصادر الدخل . ٦- ترشيد استهلاك الطاقة . ٧- استغلال المواد الخام المتوفرة محليا " , كما تنص المادة ١٠ من ذات القانون على انه " يتمتع المشروع الاستثماري الخاضع لأحكام هذا القانون بالمزايا التالية : ١- اعفاء الألات والمعدات والأجهزة اللازمة لتنفيذ المشروع من كافة الضرائب والرسوم الجمركية ورسوم خدمات التوريد وغيرها من الرسوم والضرائب ذات الأثر المماثل , ولا تشمل الاعفاءات الواردة في هذه الفقرة الرسوم المفروضة مقابل خدمات كرسوم المناء والتخزين و المناولة ....." , وتنص المادة ١٥ من ذات القانو على انه " يجوز بقرار من اللجنة الشعبية العامة بناء على اقتراح الأمين ,منح مزايا واعفاءات ضريبية لمدة لا تتجاوز ثلاث سنوات او مزايا اضافية اخرى للمشروعات الاستثمارية التي يثبت انها : ١- تساهم في

لسنة ٢٠٠٦ المعدل للمرة الثانية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ٢٠١٥, الذي أكد من خلال نصوصه على ضرورة التعاون مع رؤوس الأموال الأجنبية, من أجل الاستفادة من خبراتها لرفع كفائة المرافق العامة والرقي بها لأجل الوصول لأفضل خدمة يمكن تقديمها للمواطن وذلك وفقا لما ورد في المواد (٢-٢٢-٢٣) منه[٢], في حين نجد أن الوضع لا يختلف كثيرا في الجزائر, حيث أصدر المشرع جملة من القوانين الخاصة المتعلقة بتنظيم بعض المجالات الحيوية والأساسية, بين فيها وإن لم يكن بشكل صريح بانه قد فتح المجال أمام التعاقد بنظام البوت, كقانون المياه رقم ٠٥- ١٢ لسنة ٢٠٠٥ [٣], وقانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات رقم ٠١-٠٢ لسنة ٢٠٠٢, والقانون رقم ٣٠-٩٠ لسنة ١٩٩٠ المتعلق بالأملاك الوطنية[٤] .

وفي الأردن ايضا لم يهتم المشرع بعقود البوت بشكل دقيق ومفصل, إلا أنه قد أشار إليها ضمن قانون يدعى بقانون التخاصية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠, والذي أكد على ضرورة العمل المشترك بين القطاعين العام والخاص لغرض إنشاء وإدارة مرافق متعلقة بتقديم خدمات أساسية, ضمن نص المادة ٤/د منه[١] .

ختاما ومن خلال ما سبق الإشارة إليه من أمثلة لبعض التشريعات العربية وكيفية تعاملها مع عقود البوت من حيث تأطيرها قانونا, ووضع أحكام خاصة تنظمها وتتماشى مع الأهمية العملية التي تلعبها هذه العقود في مجال مشروعات البنية الأساسية, نجد بأن تشريعات الدول العربية لا

تحقيق الامن الغذائي . ٢- تستخدم تجهيزات من شأنها تحقيق وفر في الطاقة او المياه او تسهم في حماية البيئة . ٣- تساهم في تحقيق التنمية المكانية .
وتحد
اللائحة التنفيذية الضوابط والأحكام المنظمة لاعتبار المشروع محققا لهذه الاعتبارات . "

[٢] تنص المادة ٢ من قانون الاستثمار العراقي رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٦ على انه " اولا: تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للاسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الانتاجية والخدمية وتنويعها ...." , وتنص المادة ٢٢ من ذات القانون على انه " يتمتع المستثمر الأجنبي بمزايا اضافية وفقا لاتفاقيات دولية بين العراق ودولته اواتفاقيات دولية متعددة الأطراف كان العراق قد انضم اليها " , كما تنص المادة ٢٣ من القانون نفسه على انه " اذا انتقلت ملكية المشروع خلال مدة الاعفاء الممنوحة لها فيستمر تمتع المشروع بالاعفاءات والتسهيلات والضمانات التي منحت له حتى انقضاء تلك المدة ...."

[٣] تنص المادة ١٧ من قانون المياه رقم ٠٥-١٢ في الجزائر على انه " تخضع كذلك للأملاك العمومية الاصطناعية للمياه , المنشآت والهياكل التي تعتبر ملكا يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز او التعريض للانجاز والاستغلال, المبرم مع شخص طبيعي او معنوي خاضعا للقانون العام او القانون الخاص "

[٤] تنص المادة ٢ من قانون الكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات رقم ٠١-٠٢ في الجزائر على انه " الامتياز حق تمنحه الدولة لمتعامل يستغل بموجبه شبكة ويطورها فوق اقليم محدد, بهدف بيع الكهرباء او الغاز الموزع بواسطة القنوات " , كما نصت المادة ٧ من ذات القانون على انه " ينجز المنشآت الجديدة لانتاج الكهرباء والغاز ويشغلها كل شخص طبيعي او معنوي , خاضع للقانون الخاص او العام حائز رخصة الاستغلال "
في حين تنص المادة ٦٤ من القانون رقم ٣٠-٩٠ لسنة ١٩٩٠ المتعلق بالأملاك الوطنية على انه " يشكل منح امتياز استعمال الأملاك الوطنية المنصوص عليها في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها , العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك والمسماة ب(السلطة صاحبة حق الامتياز) , المنح شخص معنوي او طبيعي يسمى صاحب الامتياز , حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي , تحويل او بناء ولأمر استغلال المنشآت العمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة , تعود عند نهايتها المنشأة او التجهيز محل الامتياز الى السلطة صاحبة حق الامتياز "

[١] تنص المادة ٤/د من قانون التخاصية الأردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠ على انه " اعتماد أي صيغة من الصيغ المبينة ادناه لانشاء مشاريع استثمارية محددة وفقا لاتفاقيات تعقد لهذه الغاية بين القطاعين العام والخاص : ١-انشاء القطاع الخاص للمشروع لاستغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة والتنازل عنه للقطاع العام عند انتهاء هذه المدة . ٢- انشاء القطاع الخاص للمشروع و التنازل عن ملكيته للقطاع العام مع الاحتفاظ بحق استغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة . ٣- انشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله لحسابه . ٤- انشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله ثم التنازل عنه ونقل ملكيته للقطاع العام .لا"

تزال قاصرة تجاه عقود البوت, من حيث الإلمام بكل تفاصيلها وجزئياتها وبيان كل ما يتعلق سواء بآلية إبرامها أو بطرق حل منازعاتها وهو ما سنهتم بدراسته لاحقا من خلال قسمي هذه الدراسة .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقود B.O.T

لقد اختلف الفقه القانوني حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت, وانقسم إلى مجموعة من الاتجاهات سأحاول إيضاح أهمها ضمن الفروع التالية :

الفرع الأول

عقود البوت عقود إدارية وتخضع لأحكام القانون العام

يذهب الرأي الغالب في هذا الاتجاه إلى اعتبار عقود البوت عقودا إدارية, وتمثل صورة متطورة وحديثة لعقود التزام المرافق العامة, تهتم بإنشاء وإدارة مرفق عام خلال فترة زمنية معينة[٢] .

حيث تعتبر عقود البوت امتداداً لعقود التزام المرافق العامة التقليدية التي كانت تهتم فقط بإدارة المرفق دون إنشائه, فأصبحت هذه العقود بشكلها الحديث تهتم بالإنشاء إلى جانب الإدارة[٣] .

ويستند أنصار هذا الاتجاه في قولهم إلى جملة من الحجج والأسانيد لعل من أهمها ما يلي :

أولا: عقود البوت تتضمن كل الشروط المطلوب توافرها في عقود التزام المرافق العامة الإدارية والمتمثلة في الأتي[١] :

أ- أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام .
ب- أن يكون محل العقد مرفق عام .
ت- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة .

---

[٢] عبدالفتاح بيومي حجازي , مرجع سابق, ص٧٩ ؛ جابر جاد نصار, مرجع سابق, ص٥٣ ؛ عمرو احمد حسبو, مرجع سابق, ص١٠١ .
[٣] محمد الروبي , مرجع سابق, ص٦٦ ؛ جيهان حسن سيد احمد, مرجع سابق, ص٤٧ .
[١] محمد الروبي, المرجع السابق , ص٦٨ ؛ دويب حسين صابر, مرجع سابق, ص١٨٧ .

حيث يرى أنصار هذا الرأي بأن هذه الشروط المسلم بها في العقد الإداري قانوناً وقضاءً[٢], قد توافرت مجتمعة في عقد البوت الذي يبرم بين طرفين أحدمهما الدولة أو أحد الجهات الإدارية التابعة لها, وثانيهما شخص من أشخاص القانون الخاص يتمثل في (شركة المشروع), لغرض إنشاء وإدارة مرفق عام يقدم خدمة حيوية لجمهور المنتفعين من عامة المواطنين, كإنشاء وتشغيل محطة لتوليد الكهرباء أو لتحلية المياه, أو غيرها من المشروعات الأخرى التي تقدم خدمات اساسية, إضافة الى تضمن هذه العقود شروطا استثنائية غير مألوفة في طائفة عقود القانون الخاص, كشرط إنهاء العقد من قبل الإدارة متى أرادت وبإرادتها المنفردة, دون الرجوع للطرف المقابل إذا ما لاحظت أثناء إشرافها على تنفيذ العقد وجود مخالفات تهدد سير العمل داخل المرفق بشكل يصعب معه تقديم الخدمة للمنتفعين على النحو المطلوب .

بالإضافة إلى العديد من الشروط الاستثنائية الأخرى التي قد تتظمنها عقود البوت والتي تؤكد أن للدولة السلطة العليا والآمرة في هذه الطائفة من العقود .

إلا إن الأسانيد التي اعتمد عليها هذا الرأي تعرضت للعديد من الانتقادات يكمن مضمونها في عدم تماشي هذه الحجج مع الواقع العملي والتشريعي لعقود البوت .

إذ أن ما يحتج به في كون عقد البوت قد تضمن كل الشروط التي يقوم عليها العقد الإداري أمر غير صحيح وذلك لأن عقود البوت ليس من الضروري دائما أن يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام[٣], إذ أنها قد تبرم بين طرفين كلاهما من أشخاص القطاع الخاص, وهذا ما أكده الوقع العملي في الكثير من بلدان العالم عموما وفي مصر خصوصا, ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك لجوء قرية جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة إلى طرح مشروع لإنشاء محطة مياه بنظام البوت[١].

وكذلك الحال فيما يتعلق بالشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد, فلقد تم الرد عليها بأن كل ما تتضمنه عقود البوت من شروط فهي وردت بشكل اتفاقي بين طرفي العقد, دون تغليب لإرادة طرف على الأخر[٢], حيث يتم الاتفاق عليها أثناء فترة المفاوضات السابقة لإبرام العقد والتي تمثل تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة, وأما ما تمارسه الإدارة من رقابة وإشراف على عملية

---

[٢] تقضي المحكمة الادارية العليا المصرية بأن العقد الاداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام, بقصد ادارة مرفق عام او بمناسبة تسييره, وان تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا او شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص , وبخصوص ذلك انظر الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٣٠ , ةالطعن رقم ٥٥٩ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢٤ , والطعن رقم ٨٨٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٣/٣١ .

[٣] عصام احمد البهجي , مرجع سابق, ص١٧ .

[١] ماهر محمد حامد , مرجع سابق, ص ٢٥ .

[٢] عبدالفتاح بيومي حجازي , مرجع سابق, ٩٦ ؛ ماهر محمد احمد , مرجع سابق, ١٧٠ .

تنفيذ العقد والمنصوص عليها في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فهي تتعلق فقط بالجانب اللائحي للمشروع, وبما لا يتعارض مع الجانب التعاقدي المتفق عليه, وهذا ما أكده المشرع المصري في العديد من القوانين الفرعية التي أصدرها كاستثناء على القانون السابق ذكره[٣], وهذا ما أكدته ايضا التجارب العملية لعقود البوت والتي جعلت رقابة الإدارة على المشروع بشكل وقدر يتم الاتفاق عليه مسبقا مع شركة المشروع, مما لا يجعل فيها شرطا استثنائيا يبرز سيادة الدولة وهيمنتها على العقد, وانفرادها بإصدار القرارات التي تراها مناسبة لها دون الرجوع للطرف المقابل لها في العقد, بل على العكس من ذلك نجد بأن الدولة في عقود البوت تمنح الطرف المقابل العديد من المزايا والمنح الخاصة, كإعفائه من الأعباء الضريبية والجمركية المتعلقة باسترداد الألآت والمعدات التي يحتاجها في تنفيذ المشروع, وغيرها من المزايا التي تبين تعامل الدولة مع شركة المشروع على قدر المساواة في عقود البوت وعدم احتواء هذه الأخيرة على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود العادية[٤] .

ثانيا : الاعتماد على الحكم الصادر عن مجلس الدولة في ١٧ اغصطس ٢٠٠٣ والمتعلق بخضوع عقد التزام الطرق الحرة السريعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨ لسنة ١٩٩٨, واعتباره قرينة على إدرية عقود البوت وخضوعها لقواعد القانون العام[٥] .

وبناء على ذلك فإن عقود البوت يتبع فيها كافة الاجراءات الخاصة بالمناقصات والمزايدات المعمول بها في التعاقدات الإدارية, إضافة الى خضوعها لمراجعة القضاء الإداري التابع لمجلس الدولة في مصر متى زادت قيمة العقد عن مبلغ مالي معين, وفي حال حدوث منازعات بشأنها فانها تعرض أمام محاكم القضاء الإداري, التي تعتبر الجهة المختصة بالفصل في منازعات هذه الطائفة من العقود[١] .

إلا أن هذه الحجة كذلك قد تعرضت للانتقاد, حيث ذهب بعض من الفقه إلى القول بأن إبرام عقود البوت وفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات لا يعني بالضرورة أن العقد أصبح إداريا, إذ أن الإدارة تلجأ في كثير من الأحيان لأحكام هذا القانون في عقودها الخاصة, كما إن

---

[٣] راجع ما ذكرناه سابقا في التنظي التشريعي لعقود البوت, ص٤١ وما بعدها .
[٤] عصمت عبدالله الشيخ, التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي, دار النهضة العربية , سنة ٢٠٠٠ , ص٨٧ .
[٥] انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في الفتوى المبينة اعلاه الى ان المشرع في قانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وهو بصدد تنظيم شؤون البيع والشراء والتأجير التي تكون الدولة طرفا فيها قد سن من الأحكام التي ترسم طرق التعاقد ما يضمن به تحقيق افضل صالح للدولة في هذا الخصوص واتى بأحكام اخرى توفر سلامة اتباع هذه الاجراءات وصحة موافقتها للقانون فمن ثم تضحى تلك الأحكام الأخيرة بمثابة الاجراءات الجوهرية التي يلزم من تحققها تحقق التعاقد على النحو الموفر للصالح المبتغى من قبل المشرع ومن عدم تحققها عدم تحقق ذلك الصالح , مشار اليه لدى السيد سامي العواني , مرجع سابق, هامش ص ٩٣ .
[١] وائل محمد السيد اسماعيل, مرجع سابق, ص٣٦ .

أحكام هذا القانون تتعلق بكيفية اختيار المتعاقد مع جهة الإدارة دون أن يسبغ عليها الصفة الإدارية[٢] .

ثالثا : اعتبار عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص لا يتفق مع موضوع هذه العقود وأهدافها .

يذهب أنصار هذا الرأي[٣] إلى القول بأن عقود القانون الخاص يسيطر عليها مبدأ المساواة بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية وهذا الأمر لا يتماشى مع مع عقود البوت التي يكون مضمونها إنشاء مرفق عام هدفه تقديم مصلحة عامة, لذلك من المفترض أن تغلب فيه المصلحة العامة على الفردية لا أن تتساوى, وبالتالي فإن فكرة هذا الرأي تقوم على على أن تحديد طبيعة العقد تتم من خلال الغاية التي يهدف إلى تحقيقها, ومن هذا المنطلق فإنهم يعتبرون عقود البوت عقودا إداريتاً لأن غايتها تحقيق مصلحة عامة تتمثل في إنشاء وتشغيل مرفق يقدم خدمة عامة[٤] , إلا إن هذه الحجة ايضا قوبلت بالانتقاد بأنها لا تتصف بالواقعية والمنطقية المتماشية مع أهمية هذه العقود ودورها في التنمية الاقتصادية داخل الدولة, الأمر الذي دفع المشرع للتراجع عن إخضاع هذا النوع من العقود للأحكام المنصوص عليها في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة, وأصدر لها أحكاما خاصة ضمن تشريعات استثنائية لهذا القانون تتماشى مع الطابع الاستثماري الذي تمتاز به هذه العقود مبرزا من خلالها سعيه نحو فتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي لممارسة نشاطه داخل الدولة وتوفير البيئة العقدية الملائمة له وعدم تقييده بما هو منصوص عليه من أحكام في القانون السابق, التي قد تشكل هاجزاً يسبب في عدم ممارسة أنشطته التي تمثل مشاركة هامة في التنمية الاقتصادية داخل الدولة[١] .

وعلى الرغم من أن الرأي السابق قد أجمع عليه غالبية فقهاء القانون العام إلا إن هناك جانب بسيط من الفقه يرى بعدم اعتبار عقود البوت شكلا من اشكال التزام المرافق العامة بل يعتبرونها من قبيل عقود الأشغال العامة[٢] ويستندون في ذلك إلى بعض الحجج والتي سأبينها على النحو التالي :

---

[٢] عبدالفتاح بيومي حجازي, مرجع سابق, ص٩١ .
[٣] مصطفى عبدالمحسن الحبشي, مرجع سابق, ص٢٩ ؛ عمرو احمد حسبو , مرجع سابق, ص١٢٢ .
[٤] منصور محمد عبدالعظيم عبدالرحمن, مرجع سابق, ص٩٢-٩٣ .
[١] محمد الروبي, مرجع سابق, ص٧٠ .
[٢] سعاد الشرقاوي, العقود الادارية, دار النهضة العربية, طبعة ١٩٩٧, ص١٧٣ ؛ عمرو حسبو, مرجع سابق, ص١٢٧ ؛ حمادة عبدالرازق حمادة, مرجع سابق, ص٦٣ .

اولا : عقود البوت تعتبر من قبيل عقود الأشغال العامة وذلك لأن محلها أشغالا عامة تتمثل في الإنشاء والتمويل والتشغيل والصيانة التي يتحملها الملتزم خلال مدة معينة قبل التسليم للدولة[٣]

إلا إن هذا القول مردود عليه بأن عقود الأشغال العامة تختلف عن عقود البوت من حيث إن مهمة المقاول في الأولى تتمثل في إنشاء المشروع فقط وتسليمه بعد ذلك لجهة الإدارة, دون أن يكون له الحق في إدارته, في حين أنه في عقود البوت يتولى مهمة الإنشاء إلى جانب التشغيل والإدارة .

كذلك الحال فيما يتعلق بعنصر المدة في العقد, فإنه في عقد الأشغال العامة لا يقوم المقاول بتقديم خدمات للجمهور خلال مدة معينة, في حين نجده عكس ذلك تماما في عقد التزام المرافق العامة[٤] .

ثانيا : إن استغلال الملتزم للمشروع وتشغيله مدة زمنية معينة لا تجعل ما يتحصل عليه من أجر خلالها ملكا له, لأنه عند قيامه بتحصيل هذا الأجر فهو لا يعدو أن يكون وكيلا عن الإدارة العامة, طبقا لما هو منصوص عليه في المواد (٦٩٩-٧١٧) مدني المتعلقة ببيان أحكام عقد الوكالة[٥] .

ويأخذ على هذا الرأي عدم دقته وذلك لأنه عندما يبرم عقد الملتزم في تشغيل المشروع فترة من الزمن يفرض خلالها رسوم مالية محددة على جمهور المنتفعين ليتمكن من استرداد ما أنفقه من مال على المشروع, وهو ذاته ما يحصل في عقود البوت, في حين أن ذلك لا يمكن تطبيقه على عقود الأشغال العامة التي لا يتحصل فيها الملتزم إلا على مبلغ ثابت كمكافأة على إنشائه للمشروع تدفع له من قبل الإدارة العامة[١] .

الفرع الثاني

عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص

---

[٣] حمادة عبدالراق حمادة, المرجع السابق, ص٦٤

[٤] عمرو حسبو, المرجع السابق, ص١٢٨ .

[٥] تقابلها في القانون المدني الليبي المواد ٦٩٩-٧١٧ .

[١] سعاد سرقاوي, مرجع سابق, ص١٧٦ .

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص[٢], وهي بذلك تخضع لأحكام القانون المدني والتجاري, وتعرض منازعاتها على القضاء العادي مستندين في ذلك على جملة من الحجج سأحاول إيضاح أهمها على النحو التالي :

اولا: القول بالطبيعة الإدارية لعقود البوت يتعارض مع تشجيع الاستثمار ويختلف مع متطلبات التجارة الدولية .

تعتبر عقود البوت من أهم العقود التي تساهم في التنمية الاقتصادية داخل الدولة, الأمر الذي يدفع هذه الأخيرة عند إبرامها لهذه الطائفة من العقود إلى النزول لذات مستوى الطرف المقابل لها في العقد, إذ أنه نتيجة لما تلاحظه الدولة من أهمية لعقود البوت في تنمية وتنشيط اقتصادها فإنها تقدم العديد من التنازلات عن العديد من الامتيازات التي تستمدها من القانون العام والتي تتمسك بها في العقود الإدارية بوصفها سلطة آمرة, في محاولة منها لجذب رؤوس الأموال الأجنبية وإشعارها بالراحة والطمأنينا لممارسة نشاطاتها واستثماراتها في تمويل مشاريع تتطلب رأسمال ظخم وتكنولوجيا متقدمة تعجز الدولة في كثير من الأحيان عن توفيرها, لذلك أدركت الدولة بأن تمسكها بما لها من امتيازات ممنوحة في العقود الإدارية ومحاولة تطبيقها على عقود البوت سيؤدي إلى هروب المستثمرين من ممارسة أنشطتهم بداخلها تجنبا للاصطدام بالمخاطر التشريعية والقضائية الإدارية التي يمكن أن يتعرضو لها[٣] .

لذلك فإن أنصار هذا الرأي يرون بأنه حتى تتمكن الدولة من الحفاظ على مصلحتها الاقتصادية من خلال لجوئها لمثل هذه العقود فإنه لابد أن تتعامل مع الطرف المقابل على قدر من المساواة وأن تعمل على تكريس مبدا سلطان الإرادة في العقد .

ثانيا: تراجع المشرع في الدولة المصرية والعديد من البلاد العربية عن موقفه المتمثل في تقييد عقود البوت بأحكام التزام المرافق العامة وإصداره قوانين خاصة تتماشى مع طبيعة هذه العقود وما تمثله من أهمية في مجال التنمية الاقتصادية[١] .

فنلاحظ أن المشرع المصري تراجع عن تطبيق أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المتعلقة بعقود التزام المرافق العامة على عقود البوت وأصدر بشأنها جملة من القوانين التي وإن لم تكن شاملة لكل جوانب عقود البوت إلا أنها كانت كافية للخروج بها من طائفة العقود

---

(٢) محمد بهجت قايد, مرجع سابق, ص٢٨-٢٩ ؛ هاني صلاح سري الدين, مرجع سابق, ص١٨١ ؛ احمد رضاد محمود سلام, عقد الانشاء والادراة وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق , جامعة عين شمس, ٢٠٠٣, ص٥٥ ؛ ماهر محمد حامد احمد, مرجع سابق, ص١٧٧ .

(٣) محمد الروبي, مرجع سابق, ص٧٩ ؛ احمد رشاد محمود سلام, مرجع سابق, ص١٩٤ .

(١) كمال طلبة المتولي سلامة, مرجع سابق, ص٩١ .

الإدارية إلى طائفة العقود المدنية أو التجارية, والتي تتمثل في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر, والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بإنشاء الطرق العامة, والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ المتعلق بإنشاء وإدارة المطارات وأراضي النزول, والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ في شأن الموانى التخصصية, حيث أكدت جملة هذه القوانين استثناء عقود البوت من الأحكام والقواعد المطبقة على عقود التزام المرافق العامة, خلافاً لما ورد في الاتجاه السابق, وأيضا أصدرت العديد من الدول العربية قوانينا خاصة بعقود البوت ومشجعة للاستثمار الأجنبي تحدثنا عنها مسبقا تأكد استثنائها من الخضوع لأحكام عقود التزام المرافق العامة[٢] .

ثالثا : خلافا لما ذهب إليه الاتجاه السابق فإن أنصار هذا الرأي يرون بعدم جواز اعتبار عقود البوت من قبيل العقود الإدارية وذلك لعدم احتوائها للعديد من الشروط اللازم توافرها في العقد الإداري .

فنجد بأنه في عقد البوت ليس من الضروري أن يكون أحد أطرافه الدولة أو أحد إداراتها, إذ أنه يمكن أن يبرم بين طرفين كلاهما من أشخاص القانون الخاص وهذا ما أكدته العديد من التجارب العملية[٣] .

كذلك الحال فإن عقود البوت لا تتوفر فيها أي استثنائية لصالح الإدارة كما هو الحال في العقود الإدارية, بل إن أي شروط من الممكن أن تتضمنها فهي لم تخرج عن نطاق المألوف والمتعارف عليه في العقود العادية بل إنها في كثير من الأحيان تتضمن شروطا لا تخدم إلا مصلحة القطاع الخاص, ومن ذلك الإعفاء من الأعباء الجمركية والضريبية التي تفرضها الدولة على استيراد المعدات والألآت المستعملة في أعمال البناء والتشغيل[١].

كما أن هذه العقود في كثير من الأحيان قد لا يكون محلها مرفق عام فهي قد تبرم لغرض تنفيذ مشروع ذات طابع اقتصادي لا يقدم أي مصلحة عامة للمواطن[٢] .

رابعا : لا يمكن القول بإدارية عقود البوت لأن ذلك يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق محل التعاقد .

---

[٢] راجع ما تناولناه سابقا ضمن التنظيم التشريعي لعقود البوت في ليبيا وبعض الدول العربية, ص٤٧-٥٠ .
[٣] ماهر محمد حامد, مرجع سابق, ص١٦٤ .
[١] ماهر محمد حامد , مرجع سابق, ص١٧٠ .
[٢] من ذلك مثلا قيام نادي الصيد بالقاهرة لديها بنظام البوت مشار اليه لدى عبدالفتاح بيومي حجازي, مرجع سابق, ص٩٤ .

حيث إن الدولة في عقود البوت تقوم بالتنازل عن ملكية المشروع محل العقد وملكية الأرض المقام عليها هذا المشروع لصالح شركة المشروع, وهذا من الأمور التي لا يمكن تصورها في العقود الإدارية التي يضل فيها المشروع وأرضه مملوكين للدولة منذ بداية تنفيذ المشروع وحتى انتهائه[٣].

خامسا : صدور العديد من أحكام التحكيم الدولي التي تنفي الطبيعة الإدارية عن عقود البوت.

لقد صدرت العديد من أحكام التحكيم التي لم تصنف عقود البوت من العقود الإدارية بل اعتبرتها عقوداً خاصة, ومن أهم الأمثلة لهذه الأحكام ما يلي :

أ- تحكيم تكساكو[٤] بين الحكومة الليبية وشركتين امريكيتين هما شركة كاليفورنيا وشركة نفط تكساكو

California Asiatic oil company and taxaco onerous petroleum company

حيث نفت هيئة التحكيم في هذه القضية عن العقد الصفة الإدارية وقالت " أن العقد لا تتوافر فيه معايير العقد الإداري وفقا للقانون الليبي " , حيث أن العقد أبرم لغرض استغلال حقولا بترولية والتي لا تعد من قبيل المرافق العامة, لذلك لا يمكن القول بأن العقد أبرم لغرض تسير مرفق عام, وكذلك أن هذا العقد لم يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص, حيث أن الحكومة الليبية أبرمت العقد مع الشركتين على قدر المساواة والتكافئ في الحقوق, بل إضافة لذلك يوجد في لعقد نص صريح يمنع الحكومة الليبية من تعديل القوانين واللوائح المتعلقة بالحقوق التعاقدية المقررة بموجب العقد بغير موافقة الشركتين المذكورتين .

ب- تحكيم ليامكو[١] بين الحكومة الليبية وإحدى الشركات الأمريكية وهي شركة " dy lan American oil company " diamla

حيث ذكر المحكم الوحيد في هذه القضية أن " الفقه الحديث والقواعد السائدة في شأن عقود الامتيازات البترولية ترجع تكييف هذه العقود بأنها من قبيل عقود القانون الخاص, نظرا لأن

---

(٣) حمادة عبدالرازق حمادة, مرجع سابق, ص٥٩ .
(٤) محمد الروبي , مرجع سابق, ص٨٤-٨٥ ؛ عبدالفتاح بيومي حجازي, مرجع سابق, ص١١٥ .
(١) مشار اليه لدى عبدالفتاح بيومي حجازي, مرجع سابق, ص١١٦ .

الأنشطة التي يقوم بها الملتزم لا تعد من أعمال المرافق العامة, ولكنها مشروعات لها طبيعة خاصة ومن ثم تحكمها قواعد القانون الدولي الخاص المتعلقة بالعقود .

لقد كانت هذه مجموعة من الحجج التي تمسك بها فقهاء القانون الخاص في إثبات أن عقود البوت تدخل ضمن طائفة القانون الخاص, ولا يمكن تكييفها ضمن العقود الإدارية, إلا إنه وعلى الرغم من تمسكهم بحجية هذه الأسانيد وقوتها إلا إنها قد تعرضت أيضا للعديد من الانتقادات يمكن إيضاحها على النحو التالي :

نقد الحجة الأولى :

تعرضت هذه الحجة إلى الانتقاد بسبب القول بضرورة إسباغ الطبيعة المدنية على عقود البوت بسبب أهميتها في التنمية الاقتصادية, ودورها في تشجيع الاستثمار وعدم إشعاره بالخوف بسبب القيود التي يتعرض لها في حال ما اعتبرناها إدارية, حيث إن هذا القول غير مبرر وبعيد عن المنطق القانوني وهو لا يعدو أن يكون مجرد اجتهاد فقهي غير ملزم للدولة يناشدها بأن تتعامل في تعاقداتها مع المستثمرين وفقا لأحكام القانون المدني[٢] .

نقد الحجة الثانية :

إن النصوص الخاصة التي تجعل من شركة المشروع تتمتع بذات الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة, كالإعفاء من الأعباء الضريبية والجمركية على استيراد الألآت والمعدات التي تحتاجها لإكمال تنفيذ العقد, وهذه الامتيازات تعتبر بمثابة الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في العقود المدنية الخاضعة للقانون الخاص, وهذا الأمر كافي للقول بعدم مدنية هذه العقود, وخضوعها لأحكام القانون الإداري[١] .

نقد الحجة الثالثة :

لا يمكن الجزم بأن عقود البوت دائما تتخلف عنها أحد عناصر العقد الإداري, حيث إنها في أكثر الأحيان تكون مشتملة على هذه العناصر وبالتالي فإنه لا يمكن القول بأنها لا تعتبر عقودا إدارية في حال ما اشتملت على عناصر العقد الإداري [٢]

نقد الحجة الرابعة :

---

[٢] حمادة عبدالرزاق حمادة , مرجع سابق, ص٦٢ .
[١] يوسف الأكياني, النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة الزقازيق, ١٩٨٨ , ص ٣٠٨ .
[٢] حمادة عبدالرازق حمادة, مرجع سابق, ص٦٣ .

إن ملكية المستثمر للأرض المقام عليها المشروع لا ينفي الطبيعة الإدارية لعقود البوت, حيث إن هذه الملكية تكون مؤقتة وليست دائمة ويكون الغرض منها تحقيق فائدة للصالح العام, تتمثل في تسهيل عملية إنشاء المرفق العام, وإن هذه الملكية تكون مقيدة بالأرض وليست عامة تطال المشروع المقام, وما يؤكد ذلك تدخل الدولة بالإشراف والرقابة وتحديد سعر الخدمة طول فترة تنفيذ العقد, وهذا ما يؤكد الصفة الإدارية للعقد[٣] .

نقد الحجة الخامسة :

لا يمكن التمسك بمدنية عقود البوت بناءً على الأحكام التحكيمية الصادرة حول بعض عقود البوت, لأنها تظل قاصرة عن ذلك وخاصة في ظل خلو نصوص القانون المدني من أي تنظيم لهذه الطائفة من العقود وهذا ما يؤكد عدم خضوعها لأحكام القانون المدني[٤] .

الفرع الثالث

عقود البوت ذات طبيعة خاصة

يأخذ انصار هذا الاتجاه موقفا وسطا بالمقارنة بالاتجاهين السابقين فيما يتعلق بتكييف عقود البوت, حيث إنهم يرون بأنه لا يمكن وضع تكييف ثابت وموحد لكل عقود البوت بمختلف أشكالها وتعدد عناصرها وتنوع الضروف التي تدفع إلى انعقادها[٥] .

إذ أنهم يرون بأنه يجب وضع تكييف خاص لكل عقد يبرم بأسلوب البوت, وذلك بحسب شروطه وضروف انعقاده والملابسات المحيطة به .

فعلى الرغم من قوة الحجة التي يستند عليها أنصار المذهب القائل بأن عقود البوت هي عبارة عن امتداد تاريخي وصورة متطورة لعقود التزام المرافق العامة, إلا أنه لا يمكن ان يشترك معه في ذات التكييف القانوني وإصباغه بذات الصفة الإدارية بناءً على ذلك, بسبب وجود العديد من الاختلافات الجوهرية بينهما, وخاصة فيما يتعلق باحتواء عقود البوت على شروط العقد الإداري مجتمعة بحسب ما ينص عليه مجلس الدولة المصري في العديد من الأحكام والفتاوى المتعلقة بشأن ذلك[١] .

---

[٣] كمال طلبة المتولي سلامة, مرجع سابق, ص٩٣ .
[٤] عبد الفتاح بيومي حجازي, مرجع سابق, ص ١١٦ .
[٥] احمد سلامة بدر, مرجع سابق, ص٣٨٥؛ احمد رشاد محمود سلام ,مرجع سابق, ص١٩٦-١٩٧؛ ماهر محمد حامد , مرجع سابق, ص١٨٢ .
[١] دويب حسين صابر , مرجع سابق, ص١٩١ .

بالتالي وبناءً على المسلك الذي يسلكه أنصار هذا الاتجاه فإنه يتم تكييف عقود البوت بأنها ذات طبيعة خاصة, لأنها تحتوي على نوعين من الشروط يطلق على الأولى مسمى الشروط اللائحية, وهي تتمثل في كل الشروط والمسائل المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وتحديد الأسعار المقررة للانتفاع من الخدمة التي يقدمها, وهي غالبا تخضع لأحكام القانون الإداري , والثانية تسمى بالشروط التعاقدية وتتمثل في كل المسائل الاتفاقية المتعلقة بكيفية إبرام العقد وطرق تنفيذه وكيفية حل منازعاته وآلية إنقضائه, وهي تخضع لأحكام القانون الخاص[٢] .

وبالنظر إلى هذه الشروط نجد بأنها تختلف من عقد لأخر كل حسب شروطه وضروف انعقاده, الأمر الذي يجعل من تكييف هذه الطائفة من العقود تكييفا ثابت وموحد يحكم كل أشكالها أمر مستحيل وغير مقبول وفي حال تطبيقه على عقد مبرم بنظام البوت فانه يكون محكوم عليه بالفشل قبل الخوض في تفاصيل إبرامه .

الفرع الرابع

الرأي المختار في تكييف عقود البوت

بعد دراستنا لكل من الاتجاهات الثلاثة السابقة وتقييمه لكل منها على حدى, نجد بأن الاتجاه الأقرب إلى الواقعية في التطبيق هو الاتجاه الثالث القائل بأن عقود البوت ذات طبيعة خاصة, حيث نرى بأن كل من الاتجاهين الآخرين ماهما إلا نتاج لتعصب كل جانب فقهي للطائفة القانونية التي يدعمها, حتى وإن غابت المنطقية والواقعية عن الحجج التي يستندون عليها في إدخال هذا العقد الى طائفة القانون الذي يدعمونه, حيث يرى الباحث بأن الاتجاه القائل بإدارية عقود البوت هو اتجاه بعيد عن الواقع العملي ومغفل للدور المهم الذي تلعبه هذه العقود في مجال التنمية الاقتصادية للدولة, حيث أنه لو حاولنا التماشي مع ما يراه هذا الجانب وحاولنا تقييم ما يستند عليه من حجج, لوجدنا بأنه يعتمد على التأصيل التاريخي لظهور عقود البوت وربطها بعقود التزام المرافق العامة الإدارية, وهذا امر غير صائب وذلك لوجود العديد من الاختلافات بينهما وخاصة فيما يتعلق بالعناصر المكونة لكليهما, والتي نجد بأنها في عقود التزام المرافق العامة لابد من أن تتوافر مجتمعة في حين أنها في عقود البوت لا تتطلب ذلك, وهذا الأمر كفيل بعدم إضفاء الصفة الإدارية عليها, وكذلك أيضا من حيث ضرورة مرور عقود البوت بمرحلة المفاوضات التي يتم فيها إدراج كل الشروط العقدية التي يراها الطرفين لازمة لإتمام إبرام العقد, في حين أنها لا توجد في عقود التزام المرافق والتي لو اعتمدنا عليها في

[٢] محمد محمود فهمي, مرجع سابق, ص١٠٦ .

التكييف وسلكنا مسلك التحيز لأحد الاتجاهين (العام – الخاص) , لوجدنا بأن هذه العقود أقرب للخضوع إلى طائفة القانون الخاص من خضوعها لطائفة القانون العام, وذلك بالاعتماد على هذه المرحلة وغيرها من المراحل التي سيتم دراستها مفصلا في الأجزاء اللاحقة من هذا البحث

كما نرى بأن الاتجاه الثاني القائل بخضوع هذه العقود للقانون الخاص تطاله العديد من الانتقادات حيث إنه لا يمكن الجزم دائما بمدنية أو تجارية هذه العقود في مختلف جوانبها, وذلك لأنها تشتمل على العديد من الجوانب اللائحية التي لا يمكن تنظيمها قانونا من خلال إخضاعها لأحكام القانون الخاص .

بالتالي ومن خلال كل ذكرناه فإننا نرى بأن الاتجاه الأقرب إلى الواقعية والتماشي مع عقود البوت في كل جوانبها وعناصرها هو الاتجاه الثالث, الذي يضفي على هذه العقود تكييفا خاصا متغيرا بحسب تغير صورها وضروف انعقادها ويتم بشكل تحصل معه المصلحة الاقتصادية المرجوة من إبرام هذه النوعية من العقود, وهذا ما يؤكده الواقع التشريعي المتغير في مصر والعديد من الدول العربية الأخرى بخصوص عقود البوت في محاولة للانسجام مع أهميتها العملية , والذي تحدثنا عنه ضمن الفقرات السابقة , وذلك في ظل غياب التنظيم القانوني الدقيق لها سواء على مستوى القانون الإداري او القانونين المدني والتجاري .

الخاتمة

لقد تناولت ضمن هذا البحث المتواضع دراسة مختصرة حول عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T, من خلال تقسيمه إلى مبحثين متناولا في أولهما ماهية هذه العقود, من خلال بيان المقصود منها والتأصيل التاريخي لها, ثم ايضاح أهم ايجابياتها وسلبياتها في مواجهة الدولة المبرمة لها, ثم خصصت بعد ذلك المبحث الثاني لدراسة التنظيم القانوني لهذه العقود, والذي اهتممت فيه بإيضاح الإطار القانوني المنظم لها في كل من مصر وفرنسا وبعض من الدول العربية, ثم تطرقت بعد ذلك لإيضاح الأراء الفقهية المختلفة حول الطبيعة القانونية لهذه العقود .

وبعد هذه الدراسة المتواضعة التي قمت بها توصلت إلى أن هذه الفئة من العقود على الرغم من الفائدة العملية الكبيرة التي تقدمها للدول, إلا إنها تعد من العقود الخطيرة التي في حال

ما لم تكن الدولة المبرمة لها تملك الكوادر البشرية عالية الخبرة في مجال إبرامها, فإنها ستعود بالضرر الكبير عليها في مختلف الأصعدة بداخلها .

و تعد الدول العربية من أكثر الدول تضررا من إبرام هذه العقود, ويعود ذلك لعدة أسباب يعتبر من أهمها إهمال هذه الدول في تنظيم هذه الفئة من العقود, واعتمادها فقط على الأعراف الدولية المتبعة في إبرامها, وهو ما جعل من الشركات المتخصصة في ابرام هذه العقود, تجد ارضية خصبة داخل الدول العربية لتحقيق المكاسب المالية الطائلة التي تسعى إليها من خلال هذه العقود, بسبب عدم خبرة ممثلي هذه الدول في مجال إبرام هذا النوع من العقود .

ولقد ساهم هذا الإهمال من قبل الدول في وضع إطار قانوني يلائم هذه العقود, في إيجاد خلاف فقهي كبير حول تحديد الطبيعة القانونية, حيث يرى البعض بأنها تعد عقودا إدارية لأنها لا تعدو كونها تعد امتدادا تاريخيا لعقود التزام المرافق العامة ويسري عليها كل أحكامها, في حين برفض اخرون هذا القول ويرون بأنها تعد من قبيل عقود الخاص لعدم توافر شروط العقد الإداري فيها, وأيضا لأن الدولة عند إبرامها لها فإنها تتنازل عن سلطانها وتنزل لذات مستوى الطرف المقابل لها بل تدنوه في بعض الأحيان, في حين ينادي رأي ثالث وهو ما نؤيده بعدم صحة كلا الرأيين السابقين لأن هذه العقود تعد عقودا مركبة, ولا يمكن ضبطها فقط بأحكام القانون العام أو الخاص منفردا, لأنها ذات طبيعة خاصة وتحتاج لأحكام كلا القانونين لتنظيم مختلف جوانبها, ولا يمكن الاعتماد على أحدهما فقط .

ومن خلال ما سبق فإننا نوصي مشرعي مختلف الدول العربية للاهتمام بهذه الفئة من العقود, للإستفادة من دورها الفعال في تحقيق التنمية الاقتصادية بداخلها, وتجنب الأضرار التي من الممكن أن تتعرض لها في حال أبرمتها بعشوائية, ودون الاهتمام بتنظيمها قانونيا بشكل يلائم حساسيتها وخطورتها .

قائمة بأهم المراجع

أولا : الكتب المتخصصة .

١- السبد سامي العوامي, التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم الb.o.t, بلا دار نشر , ٢٠١١ .

٢- جابر جاد نصار, عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام, دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام, دار النهضة العربية, ٢٠٠٢ .

٣- جيهان حسن سيد احمد, عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها, دار النهضة العربية, ٢٠٠٢.

٤- حمادة عبدالرزاق حمادة, عقود البوت B.O.T, دار الجامعة الجديدة,٢٠١٣ .

٥- عصام احمد البهجي, الطبيعة القانونية لعقود B.O.T, دار الفكر الجامعي,الاسكندرية, ٢٠١٩ .

٦- عبدالفتاح بيومي حجازي, عقود البوت B.O.T في القانون المقارن, دار الفكر الجامعي,الاسكندرية, ٢٠١٧ .

7- عبدالقادر محمد عبدالقادر عطية, دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات (B.O.T) , الطبعة الثانية ٢٠٠٠/٢٠٠١, بلا دار نشر .
٨- عصمت عبدالله الشيخ, التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي, دار النهضة العربية , سنة ٢٠٠٠ .
٩- محمد بهجت عبدالله قايد, اقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بنظام b.o.o.t , دار النهضة العربية .
١٠- ياسر احمد كامل الصيرفي, النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص, بلا دار نشر, ٢٠٠٨ .

ثانيا : الرسائل العلمية .

١- ابو العلا علي ابو العلا النمر, النظام القانوني وقواعد التحكيم لاقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t, رسالة دكتوراه, جامعة عين شمس .
٢- حنان احمد ضيا, وسائل فض النزاعات الناشئة عن عقد البناء و التشغيل ونقل الملكية (bot) دراسة مقارنة, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة بيروت العربية, ٢٠١٦ .

٣- عبدالمنعم العماري علي ابوبريق, حق الادارة في تعديل عقود البوت b.o.t, رسالة ماجستير, كلية الحقوق, جامعة القاهرة, ٢٠١٠ .
4- كمال طلبة المتولي سلامة, النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة الزقازيق, ٢٠٠٧ .
٥- ماهر محمد حامد احمد, النظام القانوني لعقد (البوت) b.o.t, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة بنها, ٢٠٠٤ .
6- منصور محمد عبدالعظيم عبدالرحمن, النظام القانوني وقواعد التحكيم لاقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق, جامعة عين شمس, ٢٠٠٧ .
7- وائل محمد السيد اسماعيل, المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها, دراسة مقارنة, رسالة دكتوراه , كلية الحقوق, جامعة عين شمس .
٨- يوسف الأكياني, النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص, رسالة دكتوراه, كلية الحقوق, جامعة الزقازيق, ١٩٨٨ .

ثالثا : المجلات والأبحاث .

١- جمال نصار والمستشار مصطفى حسين, مشروعت البوت اعداد ومشاريع البناء والتملك والتشغيل والتمويل, بحث مقدم في دورة التنمية الادارية بكلية الحقوق, جامعة القاهرة, ١٩٩٧ يناير .

2- هاني صلاح سري الدين, الاطار او التطور التاريخي لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص في مصر وغيرها من بلدان العالم, مجلة القانون والاقتصاد, العدد التاسع والستون .
3- محمد محمد سادات, الجوانب القانونية لعقود الإنشاءات الدولية دراسة تحليلية في خصوصية آليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك, بحث منشور ضمن أعمال مؤتمر المؤتمر العلمي السنوي الثامن عشر لكلية القانون- جامعة الإمارات العربية المتحدة بعنوان " عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة " والمنعقد في الفترة بين ١٩_٢١ ابريل ٢٠١٠ .

الفهرس

المقدمة : ١
المبحث الأول : ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ٣
المطلب الأول : مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ٤
الفرع الأول : نشأة عقود البوت ٤
الفرع الثاني : مفهوم عقود البوت.....٧
المطلب الثاني : تقييم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وبيان أهم مزاياها ١٢
الفرع الأول : مزايا عقود البوت ١٢
الفرع الثاني : عيوب عقود البوت ١٤
المبحث الثاني : التكييف القانوني لعقود البوت B.O.T ١٨

المطلب الأول : التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
.....١٨

الفرع الأول : التنظيم التشريعي لعقود البوت في مصر ١٩

الفرع الثاني : التنظيم التشريعي لعقود البوت في ليبيا وبعض الدول العربية ٢٣

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لعقود B.O.T ٢٥

الفرع الأول : عقود البوت عقود إدارية وتخضع لأحكام القانون العام ٢٥

الفرع الثاني : عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص
.....٣٠

الفرع الثالث : عقود البوت ذات طبيعة خاصة ٣٤

الخاتمة : ٣٧

قائمة المراجع : ٣٩