

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

عقد البوت كطريقة مستحدثة لإنشاء وإدارة المرافق العامة
- دراسة مقارنة -

د. عبد اللطيف عبد الحميد ماضي / عضو هيئة تدريس بكلية القانون - قسم القانون العام - جامعة بنغازي /

المجلة الليبية العالمية



Global Libyan Journal

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

عقد البوت كطريقة مستحدثة لإنشاء وإدارة المرافق العامة - دراسة مقارنة -

الملخص :

يعد عقد البوت من أهم الآليات القانونية المستحدثة التي يعوّل عليها في ضمان تنمية مستدامة؛ ولا سيما في مجال البنية التحتية، والمرافق العامة للدول النامية في إطار الشراكة بين القطاع العام والخاص. اتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وجاءت الدراسة في خمسة مطالب، وانتهت الدراسة إلى جملة من النتائج والتوصيات التي تضمنها خاتمة البحث؛ ومنها: تشجيع عقود البوت باعتبارها عقود تساهم في تطوير البنية التحتية في الدولة وتطوير مرافقها العامة سعياً لتحقيق التنمية، بغية تحقيق المصلحة العامة. من إبرام عقود البوت. كما توصي الدراسة بضرورة الإسراع في وضع قانون لتنظيم عقود البوت بسبب أهميتها الكبيرة ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية، كما تقترح نموذج لتطبيق عقود البوت في إعادة إعمار ليبيا بعد الحروب المتوالية والأزمات السياسية والاقتصادية التي مرت بها بلادنا. الكلمات المفتاحية: عقود البوت، التنمية، المشاريع، البنية التحتية، التحكم.

Bot contract as a new method for the establishment and management of public utilities - Comparative study -

Dr. Abdel Latif Abdel Hamid Madi

Abstract

The Bot contract is one of the most important new developed legal mechanisms that are relied upon to ensure sustainable development. It's especially working in the field of infrastructure and in the public utilities for developing countries within the framework, where is a partnership between the public and private sectors.

In his study, the researcher followed the comparative analytical descriptive approach, and the study came in five demands, and the study ended with a number of results and

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

recommendations included in the conclusion of the research; Including: Encouraging boot contracts as contracts that contribute to the development of the infrastructure in the country and the development of its public facilities in pursuit of development, in order to achieve the public interest. from entering into bot contracts. The study also recommends the need to expedite the development of a law to regulate boot contracts because of their great importance and role in achieving economic development.

keywords: Boot contracts, development, projects, infrastructure, arbitration.

المقدمة :

من أجل تحقيق الرفاهية للمواطنين عن طريق إقامة المشروعات الخدمية العامة لتقديم خدماتها بشكل أفضل، فقد سعت الدول على اختلاف مذاهبها السياسية والاقتصادية إلى تحقيق التقدم الاقتصادي، وتحقيق المنفعة العامة، عن طريق إبرام العقود الإدارية مع بعض الشركات سواء الوطنية أو الأجنبية لكي تستطيع الدولة من خلالها تنفيذ مشروعاتها العامة، وتأمين استمرارية المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، ويعد عقد البوت من أهم هذه العقود التي ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة، ولاسيما أنها تساعد في تحسين الاقتصاد الوطني، حيث تلجأ الدولة إليه؛ بوصفه كأحد الأساليب التي تساهم في تنمية اقتصادها لارتباطه بمشاريع البنية التحتية والمشاريع الضخمة التي تحتاج إلى رأس مال كبير، فتتعاهد الدولة مع المستثمرين الأجانب لتخفيف العبء عليها، وجذب الاستثمارات الأجنبية، وتمنح عقود البوت عن طريق الدولة مباشرة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها لإحدى شركات القطاع الخاص سواء أكانت وطنية، أم أجنبية أم مشتركة؛ بهدف تشييد أحد المرافق العامة من مالها الخاص، ثم تشغيله وإدارته من أجل استرداد ما أنفقته الشركة من أموال، وتحقيق الربح من المشروع خلال مدة إدارته، مع الالتزام بإعادة المشروع في نهاية مدة التعاقد بحالة جيدة إلى الجهة مانحة الامتياز بغير مقابل، وبما أن الهدف الأساسي من هذا النوع من العقود هو تحقيق المصلحة العامة، كان لابد من تمتع الجهة مانحة الامتياز بنوع من الرقابة على تشييد المشروع وتشغيله لضمان وفائه بالغرض الذي أنشئ من أجله مع ضمان نقله بحالة جيدة في نهاية مدة التعاقد، ولما حققه نظام البوت من مزايا للدول التي تعمل بموجبه لتطوير بنيتها التحتية بعد أن استولى فيها هذا النظام على سوقه وجنت من ثماره، فإننا شعرنا بضرورة بحثه وبيان كافة جوانبه القانونية للفت أنظار الحكومة الليبية والمشرع الليبي إلى هذا النظام المتطور في إدارة المشاريع العملاقة للبنية التحتية، فنحن في ليبيا ميسر الحاجة للعمل بنظام البوت لإعادة إعمار البنية التحتية للبلاد التي دمرتها الحروب المتوالية والأزمات السياسية والاقتصادية التي دمرت البنية التحتية، فضلا عن أن هذا النوع من العقود لا يكلف خزينة الدولة أي أعباء مالية، ولا يترتب عليها مديونية؛ لأن التمويل من شركة المشروع المستثمر، وليس على الحكومة، وخلال فترة العقد تتولى الدولة الإشراف على المشروع.

أهمية الدراسة:

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى أمور مهمة كثيرة نجملها بعض منها فيما يلي:

1. حاجة ليبيا إلى مواكبة التطورات الاقتصادية من خلال فتح المجال أمام القطاع الخاص ليقوم بدور فعال في عملية التنمية الاقتصادية، وفي الوقت نفسه جذب الاستثمارات الخاصة سواء كانت محلية أم أجنبية، فهو في ميسر الحاجة إلى توفير بنية أساسية قوية من خلال تنفيذ المشاريع لإعادة إعمار البنية التحتية للبلاد التي دمرتها الحروب المتوالية، وما جرت عليه من أزمات سياسية واقتصادية أطاحت بالبنية التحتية، ومن هذه المشاريع: "شبكات الطرق، والصرف الصحي، ومياه الشرب،

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

والكهرباء والمطارات والموانئ" التي ظلت تعاني لسنوات نتيجة لضعف الموارد المتاحة لتحديثها وتنميتها، وهذه المشروعات تحتاج إلى أموال طائلة لتنفيذها، وهذه الأموال لا يمكن توافرها نتيجة العجز المستمر في الميزانية العامة للدولة.

2. نقص الخبرات سواء كانت مالية أو فنية أو قانونية لدى الجانب الليبي المتعامل مع شركة المشروع وكذلك ضعف الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية المانحة للمشروع.

3. النقص الواضح في التشريعات الليبية الخاصة بمثل هذه المشاريع مما يتطلب قيام الحكومة الليبية بإعداد صياغة تشريع متكامل وموحد؛ ليحكم مثل هذه العقود "عقد البوت"؛ ولاسيما أن أغلب هذه العقود تكون مع طرف أجنبي.

4. كما تشكل دراسة موضوع عقود البوت بوصفه طريقة مستحدثة لإنشاء وإدارة المرافق العامة "دراسة مقارنة" لاسيما في القانون الليبي - ميدانياً خصباً للبحث، إذ لا يزال هذا الموضوع بكرة لم تتناوله أعلام الباحثين والفقهاء الليبيين "بعد" - في ظني - وهذا ما تنطق به ثروة المؤلفات العلمية في هذا المجال كونها عقود حديثة نسبياً، ومدى إمكانية تطبيق عقد البوت في ليبيا لإقامة مشاريع البنية التحتية في إعادة إعمار ليبيا.

منهجية الدراسة:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي لعقد البوت وذلك لبيان ماهية عقد البوت وأهميته وأشكاله والتكييف القانوني له، وتميزه عما يتشابه معه، وكذلك نماذج لبعض مشروعات عقد البوت والمخاطر المالية والاقتصادية الناتجة عنها. وما يقتضيه من استقراء للنصوص التشريعية والآراء الفقهية والأحكام القضائية إن وجدت، واستنباط ما يتفق ومقتضيات الدراسة، كما قمنا بتوظيف أسلوب المقارنة للقيام بعدة مقارنات بين بعض الدراسات التي لها علاقة بنظام عقد البوت لاسيما في القانون الفرنسي والمصري.

خطة الدراسة:

لقد وضعت لهذه الدراسة خطة أوجز أركانها في مقدمة، خمسة مطالب، وخاتمة تضمنت أهم النتائج والتوصيات وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية عقد البوت وبيان أهميته.

المطلب الثاني: أشكال عقد البوت.

المطلب الثالث: التكييف القانوني لعقد البوت.

المطلب الرابع: تمييز عقود البوت عما يتشابه معه.

المطلب الخامس: نماذج لمشروعات عقد البوت.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

المطلب الأول

ماهية عقد البوت وبيان أهميته

يلعب عقد البوت دوراً هاماً في تحسين الاقتصاد الوطني، حيث تلجأ الدولة إليه بوصفه أحد الأساليب التي تسهم في تنمية اقتصادها لارتباطه، بمشاريع البنية التحتية والمشاريع الضخمة التي تحتاج إلى رأس مال كبير، فتتعاهد الدولة مع المستثمرين الأجانب لتخفيف العبء عليها، وجلب الاستثمارات الأجنبية؛ لذلك سنحاول بيان مفهوم عقد من خلال تعريفه في (الفرع الأول)، ثم بيان أهميته في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف عقد البوت

بادئة ذي بدء لابد من الإشارة إلى أن كلمة (بوت) مصطلح إنجليزي يتكون من ثلاث كلمات هي:

Build (البناء) Operate (التشغيل) Transfer (نقل الملكية).

أما التعريف؛ فقد عرفه الأستاذ جابر جاد نصار بأنه: "المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية خاصة أو عامة تسمى شركة المشروع بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم تنتقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية⁽¹⁾. كما عرفه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة بأنه: "أن يقوم القطاع الخاص بتمويل إنشاء مشروعات ذات منفعة عامة تحددها الحكومة أو شركة المشروع، التي تقوم بتصميمه وتملكه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً، لعدد من السنوات تكون كافية لاسترداد ما تم إنفاقه على المشروع مع تحقيق ارباح مناسبة من عائدات تشغيله بمعرفة المستخدمين له، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع للحكومة دون تكون ملزمة بسداد أي تكلفة"⁽²⁾.

أما د. عمر أحمد حسبو فيرى بأنه "عقد بمقتضاه تتعهد الحكومة أو إحدى الوزارات أو الجهات الإدارية إلى شركة وطنية أو اجنبية بإنشاء مرفق عام وإدارته، وتقديم الخدمات إلى المحتاجين لها لمدة معينة من الزمن، مع الحصول على رسوم يتقاضاها من المنتفعين مقابل ذلك، ثم تنتقل ملكية هذا المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة جيّدة وقابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدّة مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامّة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز"⁽³⁾.

(1) د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطوير الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص38.

(2) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الادارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007، ص154.

(3) د. عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص101.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

في حين يرى د. ذويب حسين صابر أنه " تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الدولة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال مدة محددة يرتبط فيها التعاقد مع الحكومة بعقد امتياز؛ يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال مدة الامتياز على أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بنقل المشروع إلى الدولة في حالة جيدة ومن دون مقابل"⁽⁴⁾.

وذهب د. حمادة عبد الرازق حمادة إلى أنه "عقد من العقود التي تمنح الحكومة بموجبها من يرغب في الاستثمار في احد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة من الافراد أو الشركات الخاصة؛ فرصة اقامة المشروع على الأرض التي تحددها الدولة للمستثمر، وتحمله أعباء شراء وتزويد المشروع بالألات والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة، وتحمله كافة نفقات التشغيل السنوية، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال المدة التي تحددها الحكومة - والتي تعرف بمدة الامتياز- والتي تكون بين (20- 50) عاماً وقد تزيد في بعض الأنشطة على وفق تقديرات ومراعاة المصلحة العامة، وبعد إنتهاء هذه المدة يتم تحويل المشروع أو المرفق إلى الحكومة التي يحق لها التصرف في مصيره على وفق ما تراه من اعتبارات قومية واقتصادية، وقد ترى الدولة تجديد مدة الامتياز بشروط جديدة أفضل من ذي قبل، وقد ترى منح الامتياز وتشغيله إلى مستثمر آخر بشروط أفضل، كما يمكن للدولة بيع المشروع في إطار عملية الخصخصة أو الاحتفاظ بالملكية وخصخصة الادارة، ولا يحق للمستثمر في نهاية العقد المطالبة بأية مبالغ أو تعويضات أو أي مقابل لإعادة المشروع وتسليمه للحكومة"⁽⁵⁾.

لم تقتصر تعريفات البوت على كتب القانون العام والخاص، بل قدمت بعض اللجان والمنظمات الدولية المختصة تعريفات لهذا العقد؛ منها: تعرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسترال" نظام (B.O.T): بأنه "شكل من أشكال تمويل المشاريع (Project Finance) تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين يشار إليهم "بالاتحاد المالي للمشروع" امتيازاً لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين، تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً أو أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة"⁽⁶⁾.

كما يعرف الدليل الصادر من منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) عقود الامتياز بنظام (B.O.T) بأنه "اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية

(4) د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص68.

(5) د. حمادة عبد الرازق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص78 وما بعدها.

(6) د. مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، م8، ع13، ص151.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق من خلال مدة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المتفاعلين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة، فضلاً عن عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة⁽⁷⁾.

وفي بلادنا تناولت المادة (136) من لائحة العقود الادارية النافذة تعريف عقود البوت (عقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة) والتي نصت على أنه: " يقصد بعقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة: المشروعات الصناعية أو الخدمية أو مشروعات المرافق العامة؛ مثل: تحلية المياه ومعالجة مياه الصرف الصحي والطرق والنقل والاتصالات وتوليد الطاقة الكهربائية وغيرها، التي تطرحها الجهة أو الوحدة الإدارية، ويجري تمويل رأس المال اللازم لتنفيذها من أدوات التنفيذ كلياً أو جزئياً، أو من أي جهة غير ممولة من الخزانة العامة، وتتولى الجهات أو الوحدات الإدارية شراء أو تأجير أو استئجار المنتج أو الخدمة وفقاً للشروط التي يتفق بشأنها، كما يجوز لأدوات التنفيذ بيع المنتج أو الخدمة للأفراد مباشرة في الحالات التي تحددها الجهة أو الوحدة الادارية، وهذه المشروعات إما مشروعات تملكها الجهات أو الوحدات الادارية، أو تملكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة".

ب- مشروعات تملكها الجهات أو الوحدات الادارية: وهي المشروعات التي تملكها الجهات والوحدات الادارية وتطرحها للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل، ثم يتم تسليمها في حالة صالحة للتشغيل للجهة أو الوحدة الادارية بعد انقضاء الفترة الزمنية المحددة في العقد.

ج- مشروعات تملكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة: وهي المشروعات التي تطرحها الجهة أو الوحدة الادارية للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل وتملكها أدوات التنفيذ لمدة يحددها العقد على ألا تقل عن العمر التصميمي للمشروع⁽⁸⁾.

ومن وجهة نظري يمكن تعريف عقد البوت على أنه " العقد الذي يبرم بين الدولة أو احدى هيئاتها العامة وشخص آخر سواء أكان طبيعياً أو معنوياً، أو أجنبياً يسمى (شركة المشروع) من أجل بناء مشروع وإدارته واستغلاله لمدة محددة من الزمن تسمح له باسترجاع ما أنفقته ثم تنتقل ملكيته للدولة أو الجهة المانحة دون مقابل "

(7) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت (B.O.T)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص10.

(8) لائحة العقود الادارية رقم 563 لسنة 2007، مدونة الإجراءات، ع9، ص26، 2007/10/6، ص78 وما بعدها.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

كما يستخدم نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في تمويل المشروعات الكبرى التي تتميز بعوائدها المرتفعة والمستمرة الجاذبة للقطاع الخاص، وأهم المجالات التي تقوم الحكومة باستخدام عقود ال(B.O.T) فيها هي كما يلي⁽⁹⁾ :
مشروعات البنية الأساسية: ويقصد بها تلك المشروعات المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية التي تحقق عائدا ، اقتصاديا والتي يتعين عليها الاضطلاع بها، ولكن نظرا لعدم قدرة الحكومة على تمويل تلك المشروعات من إيراداتها العامة فإنها تعهد بها إلى القطاع الخاص، نظير تحقيق عائد معقول، ومن أمثلة ذلك مشروعات الطرق، المطارات، محطات القوى الكهربائية، السكك الحديدية وشبكات الاتصالات.

المجمعات الصناعية: وتعهد الحكومة إلى القطاع الخاص بتمويل وإنشاء وإدارة هذه المجمعات عن طريق عقد امتياز يحصل القطاع الخاص بموجبه على عائد المشروع خلال فترة زمنية معينة، وتنتقل بعدها ملكية هذه المجمعات إلى الحكومة بدون مقابل، إلا أن هذا النوع من المشروعات قليلا ما تلجأ إليه الحكومات في الوقت الراهن، ربما لقدرة الحكومات على إنشاء هذا النوع من المشروعات، ورغبتها في توجيه القطاع الخاص نحو مشروعات البنية الأساسية بشكل خاص، ومن أمثلة ذلك: مصانع الكيماويات والورق والألمنيوم".

تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة (الدومين الخاص) : بحيث يشجع إنشاء هذه المشروعات حاجة عامة للمواطنين، ويساعد في تنظيم العائد من استغلال أملاك الدولة الخاصة، ومن أمثلة ذلك :مشروعات التخطيط ومشروعات استصلاح الأراضي البور أو الأراضي الصحراوية⁽¹⁰⁾.

على أنه يلاحظ: أن المجال الرئيسي الذي طبقت فيه عقود البوت وإنشاء المرافق العامة الاقتصادية؛ مثل إنشاء المطارات أو محطات الكهرباء أو محطات المياه، وضمن هذا الإطار لابد من التنويه إلى أنه من خلال هذه التعاريف السابقة نجد أن أطراف عقد البوت تتمثل في عنصرين رئيسيين:

الأول: -الجهة الإدارية

وهي الطرف الأول وتعني الحكومة أو إحدى الأجهزة الإدارية التابعة لها والجهة الإدارية إما تكون أشخاص إقليمية أو مرفقية.

⁽⁹⁾ د. محمد دمان ذبيح، عقد البوت: ماهيته ومزاياه، مجلة الإحياء، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، م 02، ع 02، جوان 2020، ص 443 وما بعدها.

⁽¹⁰⁾ د. براق محمد، د. عبد الحميد فيجل، عقد البوت (B.O.T)، كآلية شراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل مشاريع البنية التحتية، مجلة الدراسات الاقتصادية المعاصرة، الجزائر، ع5، 2018، ص 5.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

الثاني: -شركة المشروع

وهي الطرف الثاني في العقد، وهي الشركة التي تلزم في إطار عقود البوت أن تبنى وتشغل، ثم تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الادارية ويتم ذلك من خلال سلسلة من العقود التي تبرم بين شركة المشروع والآخرين⁽¹¹⁾.

ولا مناص من القول في هذا المقام أن عقد البوت يتميز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود ولعل التطرق إلى هذه الخصائص يزيد من إيضاح وحصر مفهومه، ويمكن اجمال هذه الخصائص الآتية⁽¹²⁾:

1. يبرم هذا العقد بين الدولة أو أحد الهيئات التابعة لها مع طرف خاص.
2. الهدف من هذه العقود هو إنشاء مرافق عامة لتقديم خدمات ذات نفع عام.
3. اشراف الدولة على المرفق طوال مرحلتي التشييد والاستغلال.
4. ملكية الجهة الادارية المتعاقدة للمرفق طوال مدة العقد.
5. عقد البوت هو آلية لتمويل إنشاء المرافق العامة.
6. يتم تنفيذ عقد البوت في شكل امتياز يمنح لمدة محدودة تسمى مدة الامتياز.
7. إعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة.

الفرع الثاني: أهمية عقود البوت

تحقق عقود البوت بوصفة وسيلة لتوفير خدمات البنية الأساسية مجموعة من المزايا جعلت دولاً كثيرة المتقدمة منها، والنامية تقوم بدراساتها ومحاوله تطويرها مما يجعلها متفقه 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⁽¹³⁾.

(11) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، (B.O.T)، مرجع سابق، ص19.

(12) للمزيد من التفاصيل حول الخصائص راجع د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت، (B.O.T)، المرجع السابق، ص 21، د. عبدالفتاح بيومي حجازي، عقود البوت، (B.O.T)، في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008، ص 30، د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص70، د. م. محمد عزت شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، مرجع سابق، ص23.

(13) أ. محمد فكري عطا الله عبد الهادي، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص16.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

ويمكن إجمال أهم المزايا التي تحققها عقود البوت في الآتي:

1. إنها وسيلة لنقل عبء التمويل والمخاطر الذي تتطلبه مشاريع البنية الأساسية من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وهو ما يمكن الدولة من توجيه الانفاق إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وأرباح مباشرة مثل: قطاع التعليم والصحة⁽¹⁴⁾.
2. تساهم عقود البوت في خلق فرص عمل جديدة في الدولة؛ إذ تعتمد شركة المشروع في الغالب على الأيدي العاملة في الدولة المضيفة، حيث يدرج عادة في العقد على شرط العمالة الوطنية⁽¹⁵⁾.
3. تستخدم عقود البوت كوسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة وتطوير الخبرات الفنية وتدريب العاملين⁽¹⁶⁾.
4. إن عقود البوت تشكل حلاً ناجحاً للهيئات المحلية لتلبية 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 مشاريع البنية الأساسية دون أن تلجأ إلى ميزانية الدولة المركزية أو تضطر لاستنزاف مواردها، وهكذا فإن مشاريع مهمة؛ مثل قطارات الأنفاق 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⁽¹⁷⁾.
5. تحقق وفورات مالية كبيرة للموازنة العامة للدول وتخفيض العبء على الموارد الحكومية المحددة وذلك من خلال توجيه المبالغ المالية التي كان من المتوجب على الإدارة إنفاقها على هذه المرافق إلى مرافق أخرى أكثر أهمية وإن تكون بطبيعتها لها مردود اقتصادي ضعيف أو معدوم كقطاع التعليم أو الصحة أو من خلال الحصول على رسوم وضرائب من القطاع الخاص المستثمر وعدم اضطراب الحكومة إلى الاقتراض من مؤسسات التمويل الدولية، وهذا ما يسمى الإدارة بمواصلة حركة التنمية وبناء مرافق جديدة.
6. سرعة تنفيذ مشاريع البنية الأساسية والإقلال من تكلفة المشروع بأكبر قدر ممكن والحصول على وسائل التقنية الحديثة والتكنولوجيا التي يحرص عليها القطاع الخاص.
7. توفير احتياطي من العملات الأجنبية حيث أن غالبية الشركات تحصل على التمويل من جهات أجنبية وتضع هذه الأموال في مشاريع البنية الأساسية وتضطر الشركة للتعامل مع البنوك المحلية في فتح الاعتمادات المستندية وغيرها⁽¹⁸⁾.

(14) د. هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمة البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، مجلة القانون والاقتصاد، ع71، 2001، ص26.

(15) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000، ص10.

(16) د. عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام ال (B.O.T)، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص88.

(17) د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلباتها تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، م10، ع38، 2008، ص357.

(18) د. أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص395.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

المطلب الثاني

أشكال عقد البوت

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست شكلاً واحداً وإنما تتعدد صورها وتباين؛ فعلاوة على الصورة الرئيسية التي تعني (البناء والتشغيل ونقل الملكية) فإن الواقع العملي أفرز صوراً جديدة ومغايرة في بعض العناصر التي يتكون منها العقد، أو كلها، ويمكننا أن نحدد أشكال هذه العقود كما يلي:

1. البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T):

وفي إطار هذا العقد فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة العقد، وتختلف هذه الصورة عن صورة الـ (B.O.T) في أنها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد، ويذهب البعض إلى عدم التفرقة بين الصورتين (B.O.T) و (B.O.O.T) بينما يميز آخرون بينهما على اعتبار أن الفرق الأساسي في ذلك يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، ففي حين تكون هذه الملكية لشركة المشروع في عقد الـ (B.O.O.T) ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز، - فإنها تكون للجهة الإدارية في عقد الـ (B.O.T) ذلك أن المشروع يبنى لحسابها⁽¹⁹⁾.

2. عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O):

وبمقتضى هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء (Build) مرفق من مرافق البنية الأساسية وتملكه 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، وهذا النوع من العقود يعد أقرب إلى نظام الخصخصة منه إلى عقود البوت، لأن ملكية المرفق تؤول بصورة نهائية للقطاع الخاص، ولذلك فإن الدول لا تقبل على هذا النوع من العقود إلا في بعض الحالات النادرة كأن تنتقي حاجة الحكومة من الاستفادة من المرفق بعد انتهاء مدة الالتزام أو بسبب انتهاء العمر الافتراضي له⁽²⁰⁾.

3. 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 (Transafer). ويظهر في هذا النوع من العقود أن شركة المشروع لا يكون لها الانتفاع بالمشروع إلا كمستأجر وتبقى بالتالي الجهة الإدارية هي

(19) د. جابر جاد نصار، عقود البوت، والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها.

(20) أ. خالد بن محمد عبد الله، العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 59.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

المالكة للمرفق أرضاً وموجودات، ولذلك فإن هناك من لا يعد هذا العقد شكلاً من أشكال عقود الالتزام وإنما هو عقد إيجار عادي⁽²¹⁾.

4. عقد البناء والتأجير ونقل الملكية (B.L.T):

هذا النوع من العقود تسمح الدولة بموجبه المستثمر ببناء المشروع، وغالبا ما يكون أحد المباني الحكومية كمدرسة أو مستشفى، وبعد الانتهاء من بنائه تقوم الجهة الإدارية باستئجاره من شركة المشروع لمدة محددة تعرف بفترة الامتياز على أنه ينبغي أن تكون القيمة الإيجارية التي تدفعها الدولة للمستثمر كافية لتغطية نفقات البناء، بالإضافة إلى ربح معقول، وبعد انتهاء مدة الإيجار يصبح المشروع ملكاً خالصاً للدولة، وتلتزم الدولة بصيانة المرفق خلال مدة الإيجار. ومن أهم تطبيقات هذا النوع من العقود العقد المبرم مع بنك ستنداردون بھونكونج حيث أنشأت شركة تشيما العقارية اليابانية وقامت باستئجاره لمدة 25 عاماً تؤول بعد انتهاء هذه المدة ملكيته للدولة صاحبة المشروع⁽²²⁾.

5. البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.L.O)(Build-Lease-Operate):

في إطار هذا العقد تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وعلى نفقتها ثم تسند تشغيله إلى القطاع الخاص وأهم مجالات هذه الصور من العقود هو الفنادق والمشروعات السياحية⁽²³⁾.

6. عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O):

يتم بموجب هذا العقد الاتفاق بين الدولة والمستثمر على تصميم المشروع منذ البداية خاصة في المشروعات التي تتطلب تصميمات معينة مثل تصميم جسر أو نفق أو مطار أو ميناء، ثم بناء هذا المشروع وتمويله وتشغيله وإدارته من قبل المستثمر مدة من الزمن يحصل من خلالها المستثمر على ما أنفقه مع تحقيق أرباح معقولة من وراء ذلك، وتؤول بعد ذلك ملكية المشروع للدولة، وغالبا ما تقوم الدولة بمساعدة المستثمر في عملية التمويل من خلال الضمان لدى البنوك الوطنية والأجنبية لتوفير التمويل اللازم لتنفيذ المشروع⁽²⁴⁾.

7. عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O):

تتفق الدولة والمستثمر في هذا العقد على إقامة مشروع وتمويله تشغيله بحيث تقوم المستثمر المتعاقد مع الدولة ببناء المشروع وتملكه وتشغيله ويكون له الحق في التصرف فيه بعد انتهاء المدة المحددة في عقد الامتياز ويعد نموذجا لعقود الخصخصة التي أبرمتها الدولة المصرية مع بعض المستثمرين في قطاع الأعمال⁽²⁵⁾.

(21) د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 64.

(22) د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 2001، ص 112.

(23) د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص 360.

(24) د. ذويب حسن صابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 55.

(25) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، القاهرة، 2006، ص 38.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

8. عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T):

يقوم المستثمر في هذا النوع من العقود بتمويل أحد المشروعات الأساسية على أن تقوم الدولة بسداد تكلفة هذا التمويل على أقساط مشمولة بسعر فائدة معين وهو شبيه بعقد القرض⁽²⁶⁾.

9. عقد التأجير والتدريب والتمويل (L.T.T):

يتولى المستثمر بموجب هذا العقد عملية تمويل أحد مشروعات البنية الأساسية في الدولة ويقوم بتدريب العاملين بالمشروع وتشغيله، ثم يقوم بتأجير المشروع للحكومة من خلال مدة زمنية محددة. بعد ذلك تؤول ملكية المشروع للدولة⁽²⁷⁾.

10. عقد البناء والتمويل (B.T):

يتم بموجب هذا العقد الاتفاق بين الحكومة والمستثمر على تشييد المشروع ونقل ملكيته مباشرة بعد التشييد للدولة، وهذا العقد يختلف عن عقد البوت (B.O.T)؛ لأن شركة المشروع لا تقوم بتشغيل المرفق بعد إنشائه لتحصل على ما قامت بإنفاقه خلال فترة زمنية محددة بمقتضى رسوم يحصل عليها المستثمر من المستفيدين من المشروع، وإنما يقتصر دوره في هذا العقد على البناء فقط والتسليم للدولة بمقابل حصوله على تكاليف البناء والريح مباشرة من الدولة⁽²⁸⁾.

(26) د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 114.

(27) د. ذويب حسن صابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاً على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 65.

(28) المرجع السابق، ص 65.

المطلب الثالث

التكليف القانوني لعقد البوت

لقد أثير خلاف فقهي كبير بشأن التكيف القانوني لعقد البوت خاصة بعدما أثبت أنها ليست حديثة، وإنما معروضة ومطبقة منذ منتصف القرن التاسع عشر. فذهب بعض الفقهاء إلى أنه عبارة عن تنظيم لائحي، وذهب آخرون إلى أنها عقود القانون الخاص وأنها ذو طبيعة خاصة، من قبيل عقود التجارة الدولية، بينما أكد الاتجاه الغالب على أنها عقود إدارية وهي امتداد وتطوير لعقد الالتزام أو امتياز المرافق العامة. وسنستعرض هذه الآراء من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: عقد البوت (B.O.T) هو عبارة عن تنظيم لائحي

هذا يعني أن عقد البوت ليس اتفاقاً أو عقداً وإنما هو تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام عدد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة قد تتعارض مصالحها، إلا أن هذا الرأي منتقد لأسباب عدة؛ منها: إنكاره الصفة التعاقدية لعقد البوت بدعوى أنه يتضمن اتفاقيات كثيرة، والتي تتعارض فيها المصالح بين أطرافها المختلفة، وهذا الانتقاد غير صحيح حيث أن هذه الاتفاقيات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع، أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهي لا تؤثر بطبيعته التي من الممكن أن تكون عقود اشغال أو توريد⁽²⁹⁾.

الفرع الثاني: تكليف عقود البوت بأنها من عقود القانون الخاص

يرى أنصار هذا الاتجاه، على عكس أنصار الاتجاه السابق، أن عقد ال(B.O.T) إنما تدخل في إطار عقود القانون الخاص، أي أن طرفي العقد يكونان على نفس القدر من المساواة أثناء إبرام وتنفيذ العقد، إذ تنتفي حسب رأي أنصار هذا الاتجاه امتيازات السلطة العامة المخولة للجهة الإدارية المتعاقدة كما هو الحال بالنسبة للعقود الإدارية، ويسوق أنصار هذا المذهب الفقهي الحجج التالية لدعم توجههم:

1. يتجه أنصار هذا الرأي إلى كون طبيعة هذه العقود تختلف عن عقد الزام المرافق العامة الذي عرفته فرنسا منذ القرن الثامن عشر، والتي في ظلها منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع مياه الشرب في مدينة باريس إلى شركة يبريه إخوان عام 1792، وحجة أنصار هذا الرأي أن هناك اختلافاً جوهرياً بين هذا الأسلوب التعاقدي من جهة وعقد امتياز المرافق العامة من جهة ثانية، وأساس هذا الاختلاف يكمن في كون عقد الامتياز عقداً إدارياً بطبيعته، في حين أن عقد ال(B.O.T) ليس عقداً

(29) د. مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، (B.O.T)، مرجع سابق، ص9.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

إدارياً، إنما هو من عقود القانون الخاص، يخضع للقانون المدني أو للقانون التجاري وبالتالي فإن الاختصاص بشأنه ينعقد للقضاء العادي⁽³⁰⁾.

وحسب هذا الجانب الفقهي فإن الشروط التي يعتد بها الفقه الإداري في تكييف العقد الإداري لا تتوافر مجتمعة أو منفردة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وخاصة الركن المتعلق بمهمنة السلطة العامة، فقد تقترب المشروعات التي يتم إنشاؤها بمقتضى هذا العقد من امتياز المرافق العامة، غير أنه في نظر أنصار هذا الرأي، مهما كان التشابه بين الالتزامات في العقدتين فإن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية لا تخضع لهيمنة السلطة العامة، إذ إن تنظيمها وتسييرها يكون متروكاً لتقدير شركة المشروع، وفي ضوء الالتزامات المنصوص عليها في العقد والقوانين التي تحكمه ولا يعني ذلك انعدام الدور الرقابي على المشروع، ولكن يعني أنه ليس لها دور في عملية التسيير والاشراف أو التدخل في تسيير الخدمة إلا في حدود المنصوص عليها في العقد⁽³¹⁾.

2. يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذه العقود تقوم على مبدأ أساسي في القانون الخاص هو مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"؛ أي: أن التعاقد وفق هذا الأسلوب يحكمه مبدأ سلطان الإرادة وهو ما يكفي لحسابها من عقود القانون الخاص⁽³²⁾.

3. بالرجوع إلى أصل نشأة عقد الـ(B.O.T) يلاحظ أن هذا النظام التعاقدية قد نشأ في مهد النظام القانوني الأنجلوسكسوني الذي لا يعترف بوجود عقود ادارية متميزة عن العقود العادية، حيث أن هذا النظام لا يعترف أصلاً بمنح امتيازات خاصة وغير مألوفة في القانون الخاص لفائدة الادارة المتعاقدة، لأن فكرة العقود الإدارية غير موجودة أصلاً في هذا النظام.

4. عدم خضوع عقد الـ(B.O.T) لمعايير وشروط العقود الادارية، فمن حيث معيار وجود الإدارة العامة طرفاً في العقد، فإن القائلين باتناء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى طائفة عقود القانون الخاص، يستندون إلى كون وجود الإدارة في العقد لا يكفي وحده لإسباغ الصفة الإدارية على هذا النوع من العقود وإنما يجب أن يعاضده توافر الشرطين الآخرين، وهما اتصال العقد بمرفق عام واتباع أساليب القانون العام، وهو ما ينبغي وجوده بشأن هذه العقود، ذلك أن اتصال هذه العقود بمرفق عام لا يعني بالضرورة أن يكون العقد ادارياً⁽³³⁾.

الفرع الثالث: - تكييف عقود البوت بأنها عقود ادارية

(30) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، مرجع سابق، ص102 وما بعدها.

(31) المرجع السابق، ص103.

(32) المرجع سابق، ص 109.

(33) المرجع السابق، ص93.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

وبحسب هذا الاتجاه الذي يؤيده اغلب فقهاء القانون العام، إن عقود البوت هي عقود ادارية وإنها صورة حديثة لعقد التزام المرافق العامة، وأصحاب هذا الاتجاه وقبل أن يوردوا حججهم قاموا بالرد على هذه الحجج التي قال بها أصحاب الاتجاه الثاني القائل بأن عقود البوت من عقود القانون الخاص، بالطبيعة المدنية لعقود البوت وعلى النحو الآتي:

1. 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 تعاقداتها بأحكام القانون الخاص، اعتقاداً من هؤلاء بأن أساليب القانون الخاص توفر ضمانات أكبر للمستثمرين، والحقيقة أن نظرية العقود الادارية قد توفر ضمانات أكثر فائدة من نظرية العقود المدنية، ومن ذلك الضمانات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقود والمتمثلة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة⁽³⁴⁾.

2. إن النص في عقود البوت على الثبات التشريعي والثبات العقدي ليس دليلاً على الطبيعة المدنية لعقود البوت لأن شرط الثبات التشريعي والعقدي بحد ذاته هو شرط استثنائي غير مألوف في القانون الخاص، فهو اعتراف من المتعاقد مع الادارة بسلطة الدولة في إنهاء العقد أو تعديله ولكنها اتفقت مع المتعاقد على عدم استعمال هذه السلطة، وهذا الاتفاق لا يلغي سلطة الادارة في تعديل العقد أو إنهائه⁽³⁵⁾.

3. 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⁽³⁶⁾.

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

1. إن عقود البوت ما هي إلا عقود ادارية وذلك لتوافر كافة عناصر العقود الادارية فيها، فأحد المتعاقدين هو جهة ادارية والهدف منها هو ادارة وتشغيل مرفق عام، كما أن عقود البوت تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽³⁷⁾.

2. إن عقود الاستثمار والتي تعد عقود البوت صورة من صورها وإن كانت في ظاهرها تستهدف تحقيق الربح للمتعاقد، إلا أن الطرف الثاني للعقد وهو الدولة متمثلة بإحدى الجهات الادارية إنما يستهدف في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة المتمثلة

(34) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 71.

(35) أ. خالد بن محمد بن عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 71.

(36) د. سعاد الشرفاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 14.

(37) أ. محمد فكري عطا لله عبد الهادي، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T)، مرجع سابق، ص 19.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

بإنشاء مرفق عام وتسيره وبالتالي فلا أحد يمكن أن يجادل في أن الهدف من تشييد مترو أنفاق أو محطة للطاقة الكهربائية وغيرها من مرافق البنية الأساسية ليست مرافق عامة⁽³⁸⁾.

3. إن عقود البوت تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية فاشترك 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 أرض لإقامة المرفق بدون مقابل أو بمقابل رمزي⁽³⁹⁾.

الفرع الرابع: تكييف عقد ال (B.O.T) من قبيل عقود التجارة الدولية

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن أعمال المشروعات الاستثمارية والانشائية، ومنها المشروعات المنفذة وفق أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية، هي من قبيل الأعمال التي تتم بطريق المقاول والاحتراف، ذلك أنها تباشر في شكل مشروع منظم ينطوي على عنصر المضاربة على المعدّات والأيدي العاملة، ويأشر المستثمر القيام بهذا المشروع على أساس السعي للحصول على الربح الذي يتضمن أكبر قدر من العائد، وعلى هذا الأساس فإن المشروعات المنفذة وفق هذا الأسلوب تعد أعمالاً تجارية بحسب المعيار الراجح في الفقه والذي يضيفي الصفة التجارية على الأعمال التي تقع استغلال مشروع تجاري، ذلك أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتم في إطار مشاريع اقتصادية تنصب على أعمال تجارية⁽⁴⁰⁾.

وبالنظر إلى أطراف العقد فإنه غالباً ما تكون هذه العقود مبرمة بين الدولة من جهة وطرف أجنبي من جهة ثانية وهو ما يضيفي الصفة الدولية على هذه العقود، ذلك أن فلسفة هذا العقد حسب ما يراه أصحاب هذا الاتجاه إنما هي قائمة في جوهرها على جذب الأموال والاستثمارات والتكنولوجيا الحديثة والتي غالباً ما تتوفر لدى أطراف أجنبية لتنفيذ مشروعات داخل الدولة المضيفة وخصوصاً الدول النامية، وهو ما يشكل إطاراً لحركة رؤوس الأموال عبر الحدود، لذلك فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ونظراً لكونها تجمع في غالب الأحوال بين أشخاص تنتمي لأنظمة قانونية مختلفة فإنها تعتبر من قبيل عقود التجارة الدولية⁽⁴¹⁾.

(38) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 62.

(39) د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 188.

(40) المرجع السابق، ص 124.

(41) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، مرجع سابق، ص 134.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

الفرع الخامس: تكييف عقود البوت بأنها من طبيعة خاصة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود البوت تتم بآليات متعددة وأن 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 عدداً من الاختلافات المهمة بينهما، إذ أن عقود البوت يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين، وأن الملتزم بعقود 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 الإدارة المتعاقدة في نهاية مدة العقد، لذلك ينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى أنه يصعب وضع تكييف محدد وثابت لعقود البوت، وإنما يجب مراجعة كل عقد منها على حدة وتحليل عناصره لتحديد ما إذا كان عقداً مدنياً أم إدارياً⁽⁴²⁾.

وقبل أن نختتم إن هذا المطلب وبعد استعراض الاتجاهات التي ظهرت في تكييف عقد البوت نرى أن عقد البوت من قبيل العقود الإدارية كون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام، وكما أنه ينصب على مرفق عام من مرافق البنية الأساسية إذ أن هذه المرافق تهدف إلى إشباع الحاجات الأساسية للأفراد. ما هو إلا صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة وما دام أحد أطرافها جهة إدارية ومحلها مرفق عام من مرافق البنية الأساسية فهي عقود إدارية على الدوام، إذ أن هذه المرافق إنما تهدف إلى إشباع حاجات أساسية للأفراد والقيام بها هو من أخص واجبات الدولة تجاه مواطنيها.

(42) د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين الأنظمة الفرنسية والمصرية واليمنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 183 وما بعدها.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

المطلب الرابع

تمييز عقود (B.O.T) عما يتشابه معها

تعد عقود (B.O.T) من العقود المستحدثة، الأمر الذي حمل جانباً من الكتاب إلى الخلط بينها وبين بعض العقود الأخرى، فإن عقود (B.O.T) وإن كانت تتشابه مع هذه العقود في بعض الخصائص والصفات بيد أنه تبقى حقيقة مؤكدة، وهي عدم التطابق بين عقود (B.O.T) وهذه العقود، لذا سوف نتناول هذه العقود قريبة الشبه من عقود (B.O.T) وسوف نقسم هذا المطلب على النحو الآتي:

الفرع الأول: تمييز عقود (B.O.T) عن عقد الأشغال العامة.

الفرع الثاني: تمييز عقود (B.O.T) عن عقد الامتياز، "عقد الترام المرافق العامة".

الفرع الثالث: تمييز عقود (B.O.T) عن عقد الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص.

الفرع الأول: تمييز عقود (B.O.T) عن عقد الأشغال العامة

تعددت تعريفات عقد الأشغال العامة فقهاً وقضاءً، فيعرفه الفقه الفرنسي بأنه "اتفاق يكلف فيه أحد أشخاص القانون العام شخصاً آخر لتنفيذ أحد الأشغال العامة واستغلال ناتج العمل لمنجز مقابل مكافأة يحصل عليها من العائد للاستغلال"⁽⁴³⁾.

وقد عرفه الفقه المصري بأنه "ذلك الاتفاق المبرم بين الإدارة وأحد الأفراد أو شركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وعلى وفق الشروط الواردة في العقد"⁽⁴⁴⁾.

أما القضاء؛ فقد عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر عقد الأشغال العامة بأنه "عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"⁽⁴⁵⁾.

(43) د. ذويب حسن صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقات على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 139.

(44) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود العامة الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 2011، ص 114.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

وفي ليبيا عرفت المحكمة العليا عقد الأشغال العامة بأنه "عقد مقابله بين شخص من أشخاص القانون، فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة مقابل ثمن يحدد في العقد"⁽⁴⁶⁾.

ومن خلال استقراء التعريف الفقهي والقضائي أنه يتعين توفير ثلاثة عناصر في عقد الأشغال العامة التي لا بد من توافرها مجتمعة حتى يمكن القول بأننا بصدد عقد أشغال عامة فإذا تخلف أي منها لا تكون بصدد عقد أشغال عامة⁽⁴⁷⁾ وهذه العناصر هي:

أولاً- محل العقد عقار:

يجب أن يرد عقد الأشغال على عقار بناء أو ترميم أو صيانة⁽⁴⁸⁾ ويأخذ حكم العقار أيضا العقار بالتخصص؛ مثل مد خطوط الهاتف وغير ذلك⁽⁴⁹⁾، أما المنقول فإنه لا يكون أبدا محلا لعقد أشغال عامة مهما كانت ضخامة المنقول⁽⁵⁰⁾ كما هو الحال في عقد بناء أو ترميم سفينة⁽⁵¹⁾.

ثانياً - أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

ولا يشترط أن يكون العقار مملوكا للشخص المعنوي، فيكفي أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، ويعد العمل قد تم لحساب الشخص المعنوي العام متى كان لهذا الشخص سلطة إشراف مباشرة ودقيقة على الأعمال موضوع العقد، أو أن مصير العقار قد يؤول في نهاية مدة معينة إلى الشخص المعنوي العام⁽⁵²⁾.

ثالثاً - أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة:

⁽⁴⁵⁾ حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1956/12/23، في القضية رقم 284 لسنة 8 ق، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، ص 104.

⁽⁴⁶⁾ المحكمة العليا، طعن إداري رقم 17/1 ق، 1970/4/5، المجموعة المفهومة لكافة المبادئ الدستورية الإدارية والانتخابية التشريعية والجنائية والمدنية، التي قررتها المحكمة العليا في ليبيا، في عشر سنوات 1964 - 1974 للمستشار عمر عمرو. ص 320 وما بعدها، للمزيد من التفاصيل حول عقد الأشغال العامة راجع د. مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء لائحة العقود الإدارية الصادرة سنة 2007، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، 2021، ص 40 وما بعدها.

⁽⁴⁷⁾ د. مي محمد عزت علي شرياش، النظام القانوني للتعاقد (B.O.T)، مرجع سابق، ص 35.

⁽⁴⁸⁾ د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقد التزام وتطبيقات على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 139.

⁽⁴⁹⁾ د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 40.

⁽⁵⁰⁾ د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 115.

⁽⁵¹⁾ د. طعيمة الجرف، القانون الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978، ص 210 وما بعدها.

⁽⁵²⁾ د. ذويب حسن صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقد التزام وتطبيقات على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 140.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

فبعد الاشغال العامة ينصب على الأعمال الخاصة بعقارات تدخل في نطاق الأموال العامة، كما أنه ارتبط في بداية نشأته بالمرفق العام، بحيث كان ينصب على عقار مخصص لمرفق عام، غير أن مجلس الدولة الفرنسي فصل بين الأموال العامة والأشغال العامة، وبين المرافق العامة والأشغال العامة⁽⁵³⁾، ولم يشترط أن تتم الأشغال العامة على عقار يدخل في الأموال العامة، ولا أن يكون العقار مخصصاً لمرفق عام، بل يكفي أن يكون المقصود بالأشغال تحقيق النفع العام⁽⁵⁴⁾.

وتماشياً مع ما تم ذكره يتضح أن عقد الأشغال العامة يختلف عن عقود (B.O.T) من خلال النقاط الآتية:

1. إن مهمة المقاول في عقد الأشغال العامة تنتهي بتشديد المشروع وتسليمه للجهة الادارية المتعاقدة معه من دون أن يكون للمقاول الحق في إدارة المشروع وتقديم خدمة عامة للجمهور بل إن الجهة الإدارية هي التي تتولى ذلك بعد تسلمها المشروع⁽⁵⁵⁾، بينما في عقود (B.O.T) فإن التزام المتعاقد الأساسي هو القيام بعمل من أعمال الإدارة، وهذا هو جوهر الخلاف بين عقد الأشغال العامة وعقود (B.O.T)⁽⁵⁶⁾.

2. إن عقد الأشغال العامة يفتقد لعنصري المدة، وتقديم خدمة عامة للجمهور كعقود (B.O.T)، بل فقط يقوم بتشديد المشروع أو صيانة أو ترميمه إذا كانت الجهة الإدارية قد أنشأته، ثم تنتهي مدة عقد المفاوضة المبرم بتنفيذ الالتزامات من أجلها⁽⁵⁷⁾، لذلك يختلف عقد الأشغال العامة عن عقود (B.O.T) وذلك لوجود فارق جوهري بين العقدين هو تقديم الخدمات للجمهور خلال مدة التعاقد والحصول على المقابل عن طريق فرض رسوم يؤديه المنتفعون بالمرفق العام للمتعاقد في عقود (B.O.T)⁽⁵⁸⁾.

3. إن المقابل المادي في عقد الأشغال العامة يتمثل في الثمن الذي يدفعه رب العمل وهو الشخص المعنوي العام، أما في عقود (B.O.T) فقد يكون هذا المقابل المادي على شكل مكافأة يحصل عليها المتعاقد عن طريق فرض رسم يؤديه المنتفعون بالمرفق العام الذي قام بتشديده، وهذا هو ما يميز عقد الأشغال العامة من عقود (B.O.T)⁽⁵⁹⁾.

4. إن عقد الأشغال العامة لا يعد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للمقاول، أما (B.O.T) فإنها قائمة على مبدأ الاعتبار الشخصي للمتعاقد، وبالتالي لا يجوز له أن يتنازل عن العقد إلى الغير من دون موافقة الجهة الادارية مانحة الامتياز، وإذا تنازل عن العقد من دون موافقة الجهة المانحة كان هذا التنازل باطلاً⁽⁶⁰⁾، وهذا ما يميز بين العقدين.

(53) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود العامة الادارية (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 117.

(54) د. مي محمد عزت علي درباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.T، مرجع سابق، ص 36.

(55) د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقد التزام وتطبيقات على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 141.

(56) أ. أحمد هادي مدلول الطائي، التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ (B.O.T)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2009، ص 35.

(57) أ. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T، مرجع سابق، ص 28.

(58) أ. أحمد هادي مدلول محمد الطائي، التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ (B.O.T)، مرجع سابق، ص 36.

(59) د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقد التزام وتطبيقات على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، مرجع سابق، ص 141.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

الفرع الثاني: تميز عقد البوت عن عقد الامتياز "عقد التزام المرافق العامة"

يتشابه عقد البوت مع عقد الامتياز في بعض السمات، إلا أن هناك اختلاف جوهري بينها:

يتفق كلا العقدين في اسناد إدارة المرافق الفعلية إلى القطاع الخاص وتحمل عبء ومخاطر التشغيل على عاتق القطاع الخاص.

كما أن الملكية تظل ملك للإدارة في كلا العقدين، مع وجود وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية في نهاية مدة الاتفاق.

أما أوجه الاختلاف حيث يتميز عقد الامتياز بأنه عقد إداري بطبيعته، بينما عقد البوت لا بد لنا من تفحص شروطها، فقد تكون إدارية وقد تكون مدنية حسب نصوص كل عقد، كما أن سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه تكون محدودة في الحالات التي يحددها عقد البوت، بينما تمارس الإدارة سلطات استثنائية في عقود الامتياز.

كما يقع على الملتزم في عقد الامتياز تقديم الخدمات مباشرة إلى الجمهور وحصوله على المقابل المالي والممثل في الرسم من المنتفعين مباشرة، بينما في عقد البوت نجد أن بعض النصوص تنص على إلزام الدولة بالالتزام بشراء هذه الخدمة أو المنتج مباشرة خاصة في المجالات الحيوية، مثل الكهرباء والمياه وغيرها⁽⁶¹⁾.

الفرع الثالث: تميز عقود البوت عن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص

يعرف عقد الشراكة بين القطاعين العمومي والخاص "PPP" أنه: "عقد يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص، القيام بتمويل الاستثمار المتعلق بالأعمال والتجهيزات الضرورية لمرافق عام، وإدارتها وتشغيلها وصيانتها خلال مدة العقد المحددة، في ضوء طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، وذلك مقابل مالية تلزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إليه بشكل مجزأ طوال مدة الفترة التعاقدية"⁽⁶²⁾.

تتفق عقود البوت مع عقود الشراكة من ناحية الأطراف والعمليات والمهام المقامة في كلا العقدين التي تستهدف تمويل وإدارة مشاريع البنية التحتية، كما أنهما يتفقان في طول المدة التعاقدية باعتبارها من عقود الإدارة والتمويل للمشاريع الضخمة. ورغم اعتبار البعض أن عقود البوت نموذجاً من عقود الشراكة، فالعقدين يختلفان في كون المقابل المالي المستحق للمتعاقد في عقود

(60) د. ياسر أحمد كامل الصبري، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت، 2008، ص62. منشور على الموقع الإلكتروني Kuwait university.

(61) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الادارية في ضوء لائحة العقود الادارية الصادر لسنة 2007، مرجع سابق، ص62 وما بعدها.

(62) د. اسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص176 وما بعدها.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

الشراكة، يتحدد في شكل ثمن مجزأ تدفعه الإدارة بصفة دورية - شهرية أو نصف سنوية - طوال مدة العقد، ولا تنشأ أي علاقة بينه وبين المتفاعلين بخدمات الإنشاءات والتجهيزات محل العقد، بعبارة أخرى فإن هذا المقابل المالي لا يرتبط بصورة جوهرية بنتائج الاستغلال كما هو الحال في عقود البوت، إنما يرتبط بتكلفة الاستثمار والاستغلال ضف إلى ذلك، فإن عقود الشراكة تنص على تقاسم المخاطر والاستثمارات والأرباح التي تحدد قواعدها في نصوص العقد، كميّن أساسي لعقود الشراكة عن غيرها من العقود⁽⁶³⁾ خلافاً لعقود البوت أين يقع على عاتق شركة المشروع تحمل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والإدارة، على أن تتملك كل العائدات التي يدرها المشروع طوال الفترة التعاقدية لتغطية تكاليف المشروع وتحقيق الأرباح المرجوة⁽⁶⁴⁾.

(63) د. أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية عقود البوت وعقود الشراكة، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014، ص111.
(64) د. طاجن رجب محمود، عقود الشراكة PPP دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص191.

نماذج لمشروعات عقد البوت BOT

نستعرض في هذا المطلب بعض نماذج مشروعات عقد البوت وذلك من خلال البلدان التالية:

(1) مصر:

تعتبر مصر من الدول العربية التي جرى فيها استخدام نظام البوت واشتقاقاته بكثافة وفي مجالات مختلفة منها: مشروع إنشاء مطارين دوليين بمنطقتي مرسى علم والعلمين، ومشروع معالجة مياه الشرب بمدينة العاشر من رمضان ومدينة السويس فضلا عن مشروعات مختلفة في مجال الطاقة منها إنشاء محطة بنظام البوت في الجزء الجنوبي في منطقة شمال غرب خليج السويس وبدأت التشغيل التجريبي بتاريخ 2002/8/18، ولم يتم تطبيق هذا النوع من التعاقدات في مصر دون مشاكل وعقبات، وإذا كانت مسألتي التأميم والمصادرة قد أصبحتا غير واردتين لاعتبارات كثيرة إلا أن هناك مشكلات أخرى واجهت تطبيق نظام البوت ومنها على سبيل المثال اتجاه المستثمرين إلى المصارف المحلية لاقتراض العملات الأجنبية اللازمة لتمويل المشاريع المنفذة بنظام البوت واستخدامها في استيراد احتياجات المشاريع من الخارج مما يؤدي إلى انكماش الأرصدة الأجنبية لهذه المصارف وبالتالي ارتفاع أسعار هذه العملات في السوق المحلية وما ينجم عن ذلك من تأثيرات اقتصادية سلبية، وكذلك تحويل المستثمرين الأجانب لأرباحهم من هذه المشاريع لخارج الدولة دون قيود⁽⁶⁵⁾.

(2) المملكة العربية السعودية:

على الرغم من أن الدولة قد وضعت التخصيص في أولويات برامجها الاقتصادية في العشر سنوات الأخيرة، إلا أن هذا النظام لا توجد له تطبيقات كثيرة في السعودية مع توافر مقومات تطبيق هذا النظام، وقد عهد مؤخرا إلى كوتسو رتيوم مكون من عدة شركات من القطاع الخاص الوطني إعادة تأهيل محطة معالجة مياه الصرف الصحي للمنطقة الصناعية بجدة. وفقاً لنظام البوت كما أن البنك الإسلامي للتنمية قام مؤخراً بالتعاقد مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف لإنشاء مبنى وقفي بنظام البوت، إن هناك توجهها يجري الآن في السعودية لتنفيذ مشروعات ضخمة وطموحة تشمل مجالات السكك الحديدية وتوليد الطاقة وصيانة الطرق وغيرها، حيث أنها تقوم باستباق الزمن ووضع أنظمة خاصة بتنفيذ المشروعات عن طريق نظام البوت حتى تتفادى المشكلات التي واجهتها الدول العربية التي سبقتها في تطبيق هذا النظام⁽⁶⁶⁾.

(65) د. هاشم عوض عبد المجيد، الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت (B.O.T)، بدون اسم الناشر، دون مكان النشر، بدون طبعة، ص 21.

(66) المرجع السابق، ص 22.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

3 لبنان:

استمر نظام البوت في هذا القطر العربي على نحو لا مثيل له في الدول العربية الأخرى، حيث اقترن بالنقاشات الحادة التي جرت في البرلمان اللبناني وعلى صفحات الصحف حول أحد العقود التي أبرمت لتشغيل رخصة هاتف سيارة وفق لنظام البوت وهو العقد الذي أثار لغطاً شديداً في الأوساط اللبنانية، وهناك تطبيقات عديدة لنظام البوت تمت في لبنان منها إقرار مجلس الوزراء اللبناني في عام 1995 للملخص النظام التعاقدية وعقد تنفيذ (طريق سريع) الحدث، الحدود السورية لينفذ وفقاً لنظام البوت، ويمكن تلخيص المشكلات التي واجهت تطبيق نظام البوت في لبنان في غياب التشريع القانوني المنظم لمثل هذه التعاقدات وانعقاد بعد التعقيدات للشفافية مما خلق رأي عام مضاد لهذه التعاقدات⁽⁶⁷⁾.

4 ماليزيا:

أقامت الحكومة الماليزية طبقاً لهذا النظام طريق سريع طوله 722 كيلومتر يربط البلاد من تايلاند إلى سنغافورا، ولقد قدمت الحكومة الماليزية عدة تسهيلات وضمانات للشركة المنفذة للمشروع .

5 استراليا:

لقد منحت أحد شركات التشييد المحلية في استراليا تدعى قناة سيدني في اطار شراكة بينها وبين شركة تشييد يابانية (Kumagai gimi & transflod) عقد امتياز من قبل الحكومة الاسترالية، وكان أول مشروع بوت وأحد أكبر مشاريع القطاع الخاص تم تطبيقه في تلك الفترة بهدف إنشاء قناة ميناء سيدني بأستراليا⁽⁶⁸⁾.

6 ليبيا:

حيث أنه بتاريخ 2019/8/31 بحضور رئيس الحكومة المؤقتة - وقعت الهيئة العامة للمواصلات والنقل ومصرف التجارة والتنمية عقداً استثمارياً لبناء صالة للركاب بمطار بنينا الدولي - بنغازي، بنظام ال BOT لمدة 25 عام.

وقد أوضحت الحكومة المؤقتة بحسب المكتب الإعلامي التابع لها أن عقود ال(B.O.T) شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه الدولة، مستثمراً أو مجموعة من المستثمرين امتيازاً لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم تشغيله واستغلاله تجارياً لمدة زمنية وبعد نهاية مدة العقد يعود المشروع إلى الدولة.

(67) د. محمد محمود عبدالله يوسف، مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الاستثمارات في مصر، سوريا، 2005،

منشور على الموقع الإلكتروني www.globalarabnetwork.com

(68) د. مصطفى أحمد بن حكومة، أ. مدحت اسماعيل المبروك اسماعيل، مقترح نموذج لاقامة مشاريع البنية التحتية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في ليبيا، المجلة الدولية للعلوم والتقنية، تصدر عن مركز العلوم والتقنية للبحوث والدراسات، ع19، أكتوبر، 2019، ص126.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

وبموجب الاتفاق بين الهيئة والمصرف فإن الأخير سيقوم بإنشاء صالة ركاب بمطار بنينا الدولي بكامل المواصفات والمعايير الدولية المعمول بها.

وخصصت الحكومة المؤقتة للمصرف قطعة أرض داخل مطار بنينا الدولي تبلغ مساحتها 2.5 هكتار لإنشاء المشروع. ووفقاً للاتفاق فإن المصرف حدد مدة تنفيذ المشروع 8 أشهر من تاريخ توقيع العقد كما وأسس مصرف التجارة والتنمية شركة برنيق للطيران ودعمها بعدد طائرتين من نوع إيرباص A320 ستدخل الخدمة قريباً. وتعد الغاية من اعتماد هذا الأسلوب الإفادة من موارد القطاع الخاص لأغراض إنشاء البنى التحتية دون الحاجة إلى تحميل موازنة الدولة أعباء مالية ودون الحاجة إلى الدين العام.

كما يساعد أسلوب اللجوء إلى عقود الـ (B.O.T) على اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للإفادة من فرص استثمارية تكاد تندر في الدول الصناعية ما يساعد الدولة المضيفة للاستثمار على الدخول إلى تكنولوجيا ومهارات غير متوفرة محلياً. كما عقد بمقر هيئة تشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة بمدينة بنغازي اجتماع بتاريخ 2016/1/16 ضم كلاً من مدير الهيئة - ومستشار مدير الفرع المهندس - ومدير مركز خدمات المستثمرين بنغازي - والفريق المكلف بإتمام التعاقد مع الشركة الأمريكية بشأن إنشاء ميناء سوسة وفق نظام الـ (B.O.T).

وقال رئيس هيئة تشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة - "أن المشروع سيكون الأول من نوعه"، حيث أن المشروع كلفت به شركة أمريكية وذلك بعد عطاء الترسية وتم توقيع بروتوكول ضم كل التفاصيل التي ستذكر لاحقاً عند إبرام عقد الـ (B.O.T). وأكد مدير الهيئة... أن الهيئة باشرت في إتمام إجراءات المستثمر وفق القانون رقم 9 لسنة 2010 بشأن تشجيع الاستثمار ولائحته التنفيذية، ووفقاً لمهام الهيئة ودورها الرئيسي في الموافقة على مشاريع الاستثمار وإصدار التراخيص المطلوبة لتلك المشاريع الاستثمارية.

وضم الاجتماع كل من مدير مصلحة الموانئ بالمنطقة الشرقية المهندس - ومستشار المصلحة - .

يشار إلى أن عقود الـ (B.O.T) هي شكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعة من المستثمرين امتيازاً لتمويل وتنفيذ مشروع معين، ثم تشغيله واستغلاله تجارياً لمدة زمنية، ويرد المشروع عند نهاية العقد إلى الدولة⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ منشور على موقع almarsad.com، تاريخ الزيارة 2012/5/1، الساعة 12:00 ص

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

واستخلاصاً مما تقدم لا نجد في ليبيا في الوقت الحاضر على ارض الواقع تطبيقاً لأي من عقود البوت؛ إذ لا يوجد قانون ينظم مرافق البنية الأساسية ومشاركة القطاع الخاص في تمويلها وإدارتها. كما يخلو التشريع الليبي من أي قانون ينظم عقود التزام المرافق العامة، وكل ما فعله المشرع هو تعريفه لعقد التزام المرافق العامة في المادة 667 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 فإن تغير الظروف في الوقت الحاضر وازدياد أهمية عقد التزام المرفق العام في اغلب دول العالم ومنها ليبيا الذي يحتاج إلى عمليات اعمار وتشبيد لأغلب مرافق البنية الأساسية، لذلك يكون ضرورياً سن قانون خاص بعقود التزام المرافق العامة وأن 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 ومراحله وحقوق والتزامات اطراف العقد والاستثناس بتجارب الدول المختلفة في مجال تطبيق عقود البوت منها الدول العربية والغربية.

ولغرض نجاح عقود البوت كأداة لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية في بلادنا فإن ثمة متطلبات لا بد أن تتوفر في بلادنا لتطبيق صيغ عقد البوت وتعدد هذه المتطلبات إلى قانونية وهيكلية (مؤسسية) واقتصادية واجتماعية.

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه يوجد مقترح أنموذج لإقامة مشاريع البنية التحتية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في ليبيا⁽⁷⁰⁾.

الخاتمة

بعد أن انتهينا بعون الله وتوفيقه من دراسة عقد البوت كطريقة مستحدثة لإدارة وانشاء المرافق العامة فإننا نختتم الدراسة ببيان النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها فيما يلي:

1. يعد نظام البوت من الأنظمة التعاقدية الرائدة والتي تعود بالنفع الكبير على الدولة المضيفة له باعتباره نظاماً متميزاً لتمويل مشاريع البنية التحتية بل والاستثمارية عموماً وذلك بما يتمتع به هذا النظام من مميزات عملية فريدة من أهمها تخفيض عبء الميزانية العامة للدولة والقضاء على البطالة وتوطين التكنولوجيا في الدولة المضيفة لعقد البوت وخصوصاً متى كانت هذه الدولة من الدول النامية والأخذ بآليات السوق وتشجيع القطاع الخاص لأداء دوره في التقدم الاقتصادي .

2. على الرغم من الجدل الذي ثار بين الفقهاء حول التكيف القانوني لعقد البوت، إلا أننا انتهينا إلى ترجيح الطبيعة الإدارية لعقود البوت وأنها صورة متطورة لعقود التزام المرافق العامة.

(70) للمزيد من التفاصيل راجع د. مصطفى احمد حكومة، أ. مدحت إسماعيل البروك إسماعيل، مقترح أنموذج لإقامة مشاريع البنية التحتية بنظام البناء ونقل الملكية في ليبيا، مرجع سابق، ص 127.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

3. أظهرت نتائج الدراسة وجود أرضية ملائمة، حان الوقت الآن لتطبيق اسلوب عقد البوت في ليبيا لإنشاء مشاريع البنية التحتية؛ مثل: شبكات الطرق والصرف الصحي ومياه الشرب والكهرباء والمطارات لإعادة البنية التحتية للبلاد التي دمرتها الحروب المتوالية والأزمات السياسية والاقتصادية طاحت بالبنية التحتية.
4. تبين لنا من الدراسة أن عقود البوت هي الشكل الرئيسي والأهم إلا أنها ليس الشكل الوحيد، إذ أن استعراض تجارب الدول تظهر أشكال أخرى لعقود البوت بما يتلاءم مع حاجة كل دولة.
5. بينت الدراسة أن عقد البوت هو البديل الذي يحفظ هيبة الدولة من الاقتراض محلياً أو دولياً لإنشاء المشاريع الحيوية من البنية التحتية والمرافق العامة التي يستفيد منها المواطن دون أن تتحمل خزينة الدولة أدنى عبء.
6. أظهرت الدراسة أن الاسلوب الأمثل لإعادة إعمار البنية التحتية في ليبيا هو اسلوب الشراكة بين القطاع العام والخاص وذلك لأن نظام المشاركة الذي يحمي وقوع الدولة الليبية من الاقتراض من الخارج وكذلك عدم استقرار الوضع المالي للدولة الليبية مع تزايد متطلبات العيش الكريم للمواطنين في السنوات الأخيرة وأخيراً ما لمسناه من خلال الواقع فشل القطاع العام في تطوير مشاريع البنية التحتية التي لا تُعد ولا تحصى في بلادنا.

التوصيات:

- إن أهم ما يمكن أن نوصي به هذه الدراسة هو الآتي:
1. نوصي المشرع الليبي أن يشرع قانوناً خاصاً لعقود (B.O.T) على غرار ما هو موجود في عدد من الدول، وذلك من خلال وضع نصوص واضحة تنظّم كافة مراحل العقد من بداية التعاقد إلى حين تسليم المشروع، وذلك لما لهذا العقد من دور في دفع عجلة الاقتصاد والنهوض بالدولة في مراحل التنمية.
 2. نوصي بضرورة اسناد مهمة الإشراف والرقابة وتدقيق عقود البوت إلى جهات حكومية متخصصة وذات خبرة عالية ونزاهة وحياد في أثناء قيامها بأعمالها ومهامها لاختيار المتعاقدين المستثمرين الأجانب في جو من المنافسة والعلانية وذلك لحماية مقدرات البلاد من الاستغلال غير المشروع وعدم سيطرة المستثمرين الأجانب على موارد الدولة.
 3. وضع صيغ نموذجية معينة للتعاقد بطريقة البوت تحتوي على أهم الضمانات التي تراها الدولة ضرورية للحفاظ على حقوقها أمام المستثمر الأجنبي.
 4. ضرورة إصدار تشريع خاص يتضمن نصوصاً واضحة تنظم عملية التحكيم في العقود الإدارية تشمل في قواعدها التحكيم في عقود البوت بدلاً من جعل الاختصاص بالنظر في المنازعات الناشئة بمناسبة تطبيق هذه العقود من اختصاص دوائر القضاء لما يمتاز به التحكيم من سرعة في الإجراءات المتبعة، كما يعطي للمتعاقدين حرية اختيار المحكمين وإجراءات التحكيم.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

5. وأخيراً توظيف عقد البوت في المشروعات العامة والخاصة للتقليل من حجم البطالة من تشغيل للأيدي العاملة والتي غالباً ما تكون وطنية وتوعية المجتمع بأهمية عقود البوت يساهم في تطوير وتحسين مشروعات البنية التحتية.



العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

المراجع

أولا - الكتب:

1. د. أبو بكر أحمد عثمان، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية وعقود البوت وعقود الشراكة، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2014.
2. د. إسماعيل محمد عبد المجيد، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
3. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة 2008.
4. د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
5. د. جابر جاد نصار، عقود البوت، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
6. د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتمويل بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
7. د. حمادة عبد الرازق حمادة، منازعات عقد امتياز المرفق العام بين القضاء والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
8. د. ذويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
9. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
10. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود العامة الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، 2011.
11. د. طاجن رجب محمود، عقود الشراكة PPP دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
12. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1978.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

13. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2007.
14. د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت، (B.O.T)، في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
15. د. عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
16. د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت (B.O.T)، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.
17. د. مى محمد عزت شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (BOOT)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
18. د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.
19. د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين الأنظمة الفرنسية والمصرية واليمنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
20. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء لائحة العقود الإدارية الصادرة سنة 2007، دار الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا، 2021.
21. د. هاشم عوض عبد المجيد، الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت (B.O.T)، بدون اسم الناشر، دون مكان النشر، بدون طبعة.

ثانيا- الرسائل العلمية:

1. أ.أحمد هادي مدلول الطائي، التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ل (B.O.T)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2009.

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

2. أ. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000.

3. د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، القاهرة، 2006.

4. أ. محمد فكري عطا الله عبد الهادي، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

ثالثا - البحوث والمقالات والدوريات:

1. د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلباتها تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، م10، ع38، 2008.

2. د. براق محمد، د. عبد الحميد فيحل، عقد البوت (B.O.T)، كألبة شراكة بين القطاعين العام والخاص لتمويل

مشاريع البنية التحتية، مجلة الدراسات الاقتصادية المعاصرة، الجزائر، ع5، 2018.

3. د. مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، مجلة كلية الحقوق،

جامعة النهريين، م8، ع13.

4. د. محمد دمان ذبيح، عقد البوت: ماهيته ومزاياه، مجلة الإحياء، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر

للعلوم الإسلامية قسنطينة، م02، ع02، جوان 2020.

5. د. مصطفى أحمد بن حكومة، أ. مدحت اسماعيل المبروك اسماعيل، مقترح أنموذج لاقامة مشاريع البنية التحتية بنظام

البناء والتشغيل ونقل الملكية في ليبيا، المجلة الدولية للعلوم والتقنية، تصدر عن مركز العلوم والتقنية للبحوث والدراسات، ع19،

أكتوبر، 2019.

6. د. هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمة البنية الأساسية وتقييم مزاياها

ومخاطرها، مجلة القانون والاقتصاد، ع71، 2001.

رابعا - القوانين واللوائح:

1. لائحة العقود الإدارية رقم 563 لسنة 2007، مدونة الإجراءات، ع9، س26، 2007/10/6.

خامسا - الأحكام والموسوعات القضائية:

العدد الخامس والخمسون / يناير / 2022

1. حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر في 1956/12/23، في القضية رقم 284، لسنة 8ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري.

2. المجموعة المفهرسة لكافة المبادئ الدستورية الإدارية والانتخابية التشريعية والجنائية والمدنية، التي قررتها المحكمة العليا في ليبيا، في عشر سنوات 1964 - 1974 للمستشار عمر عمرو.

سادسا - شبكة المعلومات الدولية (الانترنت):

1. www.Kuwaituniversity.com

2. www.almarsad.com

3. www.globalarabnetwork.com