مجلة جامعة طرطوس للبحوث والدراسات العلمية _ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٧) العدد (٢) ٢٠٢٣
Tartous University Journal for Research and Scientific Studies -Economic and Legal Sciences Series Vol. (٧) No. (٢) ٢٠٢٣

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل والتحويل
" الإشكاليات والآثار"

أ.د. عفيف حيدر*

د. ذوالفقار عبود**

نضال شبول***

(تاريخ الإيداع 12/1/ 2023 – تاريخ النشر 30/4/ 2023)

□ ملخّص □

من أهم التحديات التي يواجهها المرفق العام لنجاح أسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية هو توفير البيئة القانونية المتجسدة في منظومة تشريعية وتنظيمية شاملة، فيجب المراجعة الكلّية للمنظومة القانونية في مختلف المجالات التي لها تأثير وعلاقة بهذه الصيغة من التعاقد، لا سيما قوانين تشجيع وحماية الاستثمار، وقانون الأملاك الوطنية، وقانون الضرائب، وقوانين حماية البيئة، وقوانين التحكيم.

تعالج الدراسة إمكانية الاستفادة القصوى من نظام ال BOT (Build, operate and transfer contracts) بوضع ضوابط التعاقد بهذه الصيغة بالطرق القانونية الضامنة لحقوق أطراف العقد لاسيما مع تزايد الحاجة لمثل هذه المشاريع الاستثمارية.

سيتم التركيز في الدراسة على المفهوم القانوني لعقود ال BOTوطبيعتها والآثار المترتبة عليها وكيفية تسوية نزاعاتها.

توصلت الدراسة إلى نتائج وتوصيات أهمها: إشكالية عدم وجود تعريف قانوني شامل وعدم توفر قانون دولي ملزم واوصت بضرورة إيجاد تشريع موحد وشامل.

الكلمات المفتاحية: عقود ال BOT، التكييف القانوني، تسوية المنازعات، الآثار القانونية، الآثار الاقتصادية، التحكيم.

*أستاذ في قسم الاقتصاد والتخطيط، اختصاص علاقات دولية، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، اللاذقية.

**مدرس في قسم الاقتصاد والتخطيط، كلية الاقتصاد، جامعة طرطوس، طرطوس.

***طالب ماجستير في قسم الاقتصاد والتخطيط، اختصاص علاقات دولية، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، اللاذقية

مجلة جامعة طرطوس للبحوث والدراسات العلمية _ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٧) العدد (٢) ٢٠٢٣
Tartous University Journal for Research and Scientific Studies -Economic and Legal Sciences Series Vol. (٧) No. (٢) ٢٠٢٣

The legal nature of build-operate-transfer contracts "Problems and Effects"

Mr. Dr. Afif Haider*
Dr. Zulfiqar Aboud**
Nidal Shaboul ***

(Received 12/1/2023.Accepted 30/4/2023)

□ABSTRACT □

One of the most important challenges that the public utility faces for the success of the build-operate-transfer-ownership method is providing the legal environment embodied in a comprehensive legislative and regulatory system. The legal system must be completely reviewed in various areas that have an impact and relationship with this form of contracting, especially the laws of encouragement and protection of investment, and property law. National, tax law, environmental protection laws, and arbitration laws.

The study addresses the possibility of maximum benefit from the BOT system by setting contracting controls in this form by legal methods that guarantee the rights of the parties to the contract, especially with the increasing need for such investment projects.

The study will focus on the legal concept of BOT contracts, their nature and implications, and how to settle their disputes.

The study reached conclusions and recommendations, the most important of which are: the problem of the lack of a comprehensive legal definition and the lack of binding international law, and it recommended the necessity of finding unified and comprehensive legislation.

Keywords: BOT contracts, legal conditioning, dispute settlement, legal effects, economic effects, arbitration**.**

*Professor in the Department of Economics and Planning, majoring in international relations, Faculty of Economics, Tishreen University, Latakia.
**Lecturer in the Department of Economics and Planning, Faculty of Economics, Tartous University, Tartous.
***Master student in the Department of Economics and Planning, majoring in international relations, Faculty of Economics, Tishreen University, Latakia.

مقدمة:

إن عملية إنشاء المشروعات العامة والكبرى والمرافق العامة في الدول من العمليات التي تُثقل كاهل الدول بسبب الكلفة المالية الكبيرة.

كما أن تطور الصناعات والمشروعات أوجب على تلك الدول البحث عن وسائل مساعدة لإنشاء تلك الصناعات في ظل انتشار عمليات التجارة الدولية وتعدد الشركات الكبرى والمتعددة الجنسيات، كل ذلك دفع الدول للتعاقد مع بعض تلك الشركات لإنشاء المشاريع الكبرى ومنها نظام عقود البوت.

هذه العقود كغيرها يترتب عليها التزامات وحقوق متبادلة بين طرفي العقد أو ما يسمى بالآثار القانونية، هذه الآثار التي كانت ومازالت موضع جدل فقهي حول طبيعة التكييف القانوني للعقد ووجوب توضيح آلية استناد الفقهاء، وطرق وضعهم الإجراءات الناظمة نتيجة حالات اختلال الالتزامات والحقوق وما ينتج عنها من نزاعات بين المتعاقدين.

إضافة إلى الآثار الاقتصادية الناجمة أثناء وبعد تنفيذ عقد البوت والتي تقع خارج نطاق المحاسبة القانونية.

الدراسات السابقة:

1-دراسة (الفيل، ندى زهير؛ اللهيبي، ياسر، ٢٠١٤) بعنوان: عقود التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (الماهية، التكييف القانوني، المزايا، المخاطر والضمانات) كلية القانون، جامعة الموصل، العراق.

هدفت الدراسة إلى معرفة التكييف القانوني لشكل من أشكال عقود ال BOT والخصائص والمزايا والمخاطر المنبثقة عن هذا النوع وكيفية مواجهة المخاطر.

توصلت الدراسة إلى نتائج منها: عقود البوت تنشأ لتحقيق تقدم تكنولوجي وهي رضائية وتتميز بطبيعة دولية لكن ليس لها تشريع خاص، وخلصت إلى توصيات أهمها: ضرورة اصدار تشريع خاص وتخصيص جهة إدارية

2-دراسة (الطراونة، وليد مصطفى، ٢٠١٤) التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (B.O.T) ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن.

هدفت الدراسة إلى تسليط الضوء على الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد مع الادارة في عقود البوت.

وخلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها: ان هذه العقود تكتسب أهمية كبيرة بالنظر إلى الدور الذي تلعبه في عملية التنمية الاقتصادية في الدول خاصة الفقيرة منها.

وقدمت عدداً من التوصيات من بينها ضرورة الاستعجال في سن القوانين التي تنظم هذه العقود واعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي.

3-دراسة (دويك، محمد عمر، ٢٠١٦) بعنوان: التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) "دراسة مقارنة" كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين.

تناولت الدراسة التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالاعتماد على القطاع الخاص، وعالجت الدراسة إشكالية ماهية هذا العقد في بعض التشريعات الدولية، وتوصلت إلى عدة نتائج أهمها: اعتبار عقد البوت مهم للتنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا.

وتوصلت إلى ضرورة إيجاد قانون خاص واعتبار العقد من العقود ذات الطبيعة الإدارية.

وقد توافقت دراستنا مع بعض الجوانب النظرية المذكورة في تلك الدراسات مع التميز بأنها خُصصت للبحث في إشكاليات مهمة تعلقت بالتعريف اللغوي والخلافات المرتبطة بالطبيعة القانونية لعقد البوت وإمكانية وضع قانون محدد وملزم للتخلص من الآثار القانونية الناتجة عن العقد.

مشكلة البحث: إن عدم وجود قانون ناظم وما يسببه الجدل الفقهي والقانوني من نتائج غير مرضية نتيجة تعدد وعدم وضوح طرق تسوية المنازعات القائمة في عقود البوت سواءً عن طريق القضاء الوطني أو بالطرق الغير قضائية مما يترتب من سلبيات على طرفي العقد وما تتركه من جزاءات وآثار تبقى معلقة لسنوات طويلة لا تعكس الغاية الأساسية من مضمون العقود بطريقة البوت وهذا يوجب دراسة حالات الاخلال وحتمية إيجاد طريقة لحل تلك المنازعات وما ترتبه من سلبيات على طرفي العقد.

أهداف البحث: تهدف دراسة البحث إلى تحقيق نظرة قانونية في عقود البوت من خلال:

- معرفة التأصيل القانوني لهذه العقود واشكالية التعريف اللغوي ومجالات استخدامها والأهمية القانونية لها.
- الطبيعة القانونية لعقد البوت وكيفية تسوية منازعاتها، والآثار الإيجابية والسلبية لعقود البوت.

أهمية الدراسة: تبرز أهمية الدراسة النظرية في قلة الأبحاث التي تناولت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كونها عقود حديثة نسبياً رغم الدور الذي تقوم به بالمساهمة في عملية التنمية في الدولة من خلال قيام شركة المشروع المتعاقدة مع الادارة العامة في المساهمة بإنشاء المشاريع الكبرى في الدولة وبالتالي تزويدنا بالعديد من المعلومات القانونية مما يدفع لتحقيق الأهمية العملية في إيجاد حلول لفض النزاعات وتقصير مدة فض النزاعات.

فرضية البحث: استناداً إلى التأثير المباشر: إن وجود قانون واضح لحل المنازعات الناشئة في عقد البوت يُفضي إلى تحقيق نتائج إيجابية على طرفي العقد من حيث تخفيف الأعباء وتقصير الزمن وتحقيق الجودة والعكس صحيح.

منهج البحث: تم اعتماد الأسلوب التحليلي الذي يفسر ويحلل الطبيعة القانونية واشكالات عقود البوت من حيث خضوعه للقانون العام أم الخاص لنتمكن من وصف المشكلة نظرياً وعملياً وإلى أية جهة يجب اللجوء لحسم النزاع.

محددات البحث: وضعت الدراسة ضمن المحددات الآتية:

- المحددات الموضوعية: التعريف بالطبيعة القانونية لعقود البوت، والآثار القانونية والاقتصادية، وطرق تسوية المنازعات فيها.
- المحددات المكانية: هذه الدراسة عامة من الناحية القانونية لعقود البوت دون اسقاطها على حالات خاصة.
- المحددات الزمانية: لا يتوقع إيجاد ضابط قانوني موحد عام ٢٠٢٢.

المناقشة:

1 _ التأصيل القانوني لعقد البوت:

1-1 – الفرق بين عقد الالتزام(الامتياز) وعقد البوت:

عقد الالتزام: (راضي، مازن ليلو،٢٠١٦)

هو أن تعهد الدولة إلى أشخاص عاديين بمهمة إدارة بعض المشروعات تحت إشراف الحكومة ورقابتها، بموجب عقد يبرم بين الإدارة والملتزم لمدة محددة، بقصد تأدية خدمات عامة لجماهير المنتفعين به مقابل رسم محدد مع الخضوع لنظام قانوني معين، واصطلح على تسميته التزام أو امتياز المرفق العام، أي الكلمة الأخيرة في هذا العقد للدولة.

عقد البوت: (شطناوي، فيصل، ٢٠١٤)

مجموعة الترتيبات القانونية المشتملة على عدد من العقود والاتفاقيات بين الأطراف المتعددة للقيام بعمل يتصل بمرفق عام أو خدمة عامة، خلال فترة محددة بانتهائها تتحول أي أصول ومنقولات، ونظام البوت ليس مقصوراً على أشخاص القانون العام وإنما قد يبرم بين مستثمرين خواص شركة المشروع من جهة وشركة استثمارية خاصة من جهة أخرى، والكلمة الأخيرة ليست لأي من طرفي العقد، وهو على عكس عقد الالتزام ليس اصطلاحاً قانونياً وإنما هو اصطلاح أفرزه واقع عملي نجم عن تطور أساليب الاستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى وتنوع أنماط التنمية الاقتصادية.

1-2-خصائص ومجالات استخدام عقد B.O.T:

من تعريف عقد البوت أعلاه، تتضح الخصائص الجوهرية وهي:(شطناوي، فيصل، ٢٠١٤)

1-هو **علاقة تعاقدية** بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة، وإحدى جهات القطاع الخاص من جهة.

2-الغاية منه **إنشاء مرفق عام** وتقديم خدمة ذات نفع عام: كمرافق الطرق والمواصلات والمطارات والموانئ والكهرباء والغاز ومياه الشرب والاتصالات وغيرها.

3-**التمويل الخاص** للمشروع: وهو السبب الرئيسي في لجوء الدولة إلى التعاقد.

4-حق الإدارة في **الرقابة والإشراف** طيلة مدة العقد: وفق شروط العقد.

5-**ملكية جهة الإدارة** المتعاقدة وحدها للمرفق والمشروع موضوع العقد خلال جميع مراحل العقد.

وهنا لابد من التأكيد على ضبط آلية عمل هذه الخصائص من خلال قوننتها وإلزام الأطراف فيها ضمن حيثيات العقد.

مجالات استخدام BOT:

يطبق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في: (نصار جابر جاد، ٢٠٠٢)

1-مشروعات البنية الأساسية: المتعلقة بالمرافق العامة التي تحقق عائدا اقتصادياً ومن أمثلة ذلك مشروعات الطرق، الجسور، المطارات، محطات القوى الكهربائية، السكك الحديدية وشبكات الاتصالات.

2-المجمعات الصناعية: عن طريق عقد امتياز يحصل القطاع الخاص بموجبه على عائد المشروع خلال فترة زمنية معينة، وتنتقل بعدها ملكية هذه المجمعات إلى الحكومة بدون مقابل.

3-تنمية واستغلال الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة: ومن أمثلة ذلك مشروعات التخطيط ومشروعات استصلاح الأراضي الصحراوية.

إضافةً إلى ما تم ذكره بالإمكان استخدام تلك العقود بمجالات أوسع وأشمل وعلى رأسها المشاريع الاقتصادية المنتجة.

1-3 -إشكالية التعريف اللغوي لعقود البوت:

بعد الترجمة إلى اللغة العربية يتضح أن معناه: (Zohir AMMARI, Souhil GUEMMAZ,2018)

Build تعني البناء، Operate تعني التشغيل، Transfer تعني التحويل أي نقل الملكية.

مآخذ الترجمة العربية للاصطلاح:

هناك مأخذان: (سديرة، محمد علي، ٢٠١٨)

1-قصور لغوي: كلمة **البناء** ليس قاصرة على بناء المشروع، بل هناك أعمال أساسية تسبق البناء، مثل دراسات الجدوى الاقتصادية بجميع أنواعها: المالية والتسويقية والفنية، والمخاطر الخاصة.

كذلك كلمة **التشغيل** تعبير غير دقيق حيث لا يقتصر دور شركة المشروع بعد إنشائه على تشغيل المرفق بل إنها تقوم بتشغيله واستثماره والحصول على المقابل من المنتفعين بخدمات المرفق، والبديل الأدق المقترح كلمة «إدارة».

أما عبارة **نقل الملكية** فشركة المشروع لا تقوم بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة وإنما تقوم بتسليمها المشروع جاهزاً للعمل وهنا كان أفضل المقترحات البديلة كلمة «التسليم».

2-مأخذ قانوني: عبارة «نقل الملكية» تحمل معنى قانوني لا وجود له في العلاقة القائمة بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع، فملكية المشروع بالأساس للجهة الإدارية المتعاقدة طيلة مراحل العقد، ولا تنتقل إلى شركة المشروع في أية مرحلة من مراحل العقد.

نستنتج ظهور الخلاف القانوني حول التفسيرات الكثيرة للمصطلحات في اللغتين العربية والأجنبية مما يتوجب تحديد معاني تلك المفردات في بداية كل عقد.

1-4 -الأهمية الاقتصادية لعقود البوت (B.O.T):

المنافع بالنسبة للدولة: (دويك، محمد عمر، ٢٠١٦)

1. تخفف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة حيث يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وإذا كانت شركة المشروع مستثمر أجنبي مما يعني إدخال استثمارات أجنبية وتحسين ميزان المدفوعات.

2. إقامة مشاريع ومرافق جديدة، وضخ أموال جديدة إلى السوق الوطني وتوفير فرص عمل جديدة للأيدي العاملة الوطنية والتغلب على مشكلة البطالة وزيادة الدخل القومي.

3. توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية من خلال نقل الأساليب التكنولوجية الحديثة والوسائل التقنية إلى الدولة.

4. الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة.

بالنسبة للمستثمر: (دويك، محمد عمر، ٢٠١٦)

1. يحقق استثمارية مرتفعة العائد وأرباح كبيرة.
2. تفتح الأبواب أمام المستثمرين الصغار عن طريق شراء أسهم وسندات المشروع.
3. تحريك أموال مؤسسات التمويل الراكدة بتقديم قروض وتسهيلات ائتمانية إلى المستثمر.

2 _ الطبيعة القانونية لعقود البوت

2-1 – التكييف القانوني لعقد البوت:

الرأي الأول _ عقود البوت هي تنظيم لائحي: (راضي، مازن ليلو، د.ت)

أي ليست اتفاق أو عقد بل تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة بين أطراف مختلفة قد تتعارض مصالحها.

وهذا ما يعطي تقييد خاص لماهية العقود وبداية الدخول في الإشكاليات.

الرأي الثاني _ عقد البوت من العقود الإدارية: (المبروك، جمال عمران، ٢٠١٨)

ولا تتعدى أن تكون عقد امتياز في صورة جديدة، وعليه فإنه إذا كان عقد الامتياز بطبيعته يعد عقداً إدارياً فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتبر كذلك، خصوصاً عندما تكون الدولة طرفاً فيه، ويتعلق بمرفق عام فإن ذلك يعد أمراً استثنائياً غير مألوف يثبت به للعقد صفته الإدارية.

ونجد أنه تم دمج طبيعة هذا العقد مع عقد الامتياز وكلا العقدين مختلف في طبيعته ومضمونه.

الرأي الثالث _ عقود البوت هي عقود ذات طبيعة مدنية وتجارية: (الموسوي، علي فوزي؛ كاظم، حيدر، ٢٠٢١)

حيث تخضع النزاعات التي تنشأ عنها إلى قواعد القانون الخاص، والسبب في ذلك يعود إلى أنها كبقية عقود الاستثمار بطبيعتها لا تقبل أن تقوم جهة الإدارة بتضمينها شروطاً غير مألوفة، فلا مجال في هذه العقود لأن تتمتع الإدارة بسلطات ومزايا العقود الإداري.

الانتقادات التي وجهت هذا الرأي: (الطراونة، وليد مصطفى، ٢٠١٤)

1. إن القول بأن الشروط الاستثنائية التي تتضمنها العقود الإدارية ترتبط بمبدأ سيادة الدولة هو قول غير صحيح، إذ أن هذه الشروط لا تتضمن في جميع الحالات مزايا لصالح الإدارة في مواجهة المتعاقد.
2. فكرة العقد المدني، والقائمة على اتساق العقود المدنية مع متطلبات التجارة الدولية، لا تتعدى أن تكون بمثابة مناشدة يقوم بها الفقه القانوني تجاه الدولة من أجل اتباع طرف القانون الخاص.
3. إن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد تعتبر شروط استثنائية تؤكد أن العقد هو عقد إداري.

ونعلم أن خضوع العقود لهذا النوع يجعلها خاضعة في جزء منها لقانون خاص قد يتبع لسلطة محلية وأخرى خارجية.

الرأي الرابع: عقود البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة: (الموسوي، علي فوزي؛ كاظم، حيدر، ٢٠٢١)

تختلف من مشروع إلى آخر، فليس كل العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية، فالإدارة قد ترى أنه من الأصلح لها في بعض الأحوال أن تتخلى عن امتيازاتها لتنزل منزلة الأفراد ولتبرم عقداً مدنياً تكون بذلك على قدر المساواة مع الأفراد العاديين، وبالتالي تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها الأفراد في عقودهم، فالعقود الأصل فيها تلاقي إرادتين سواء أكانت عقود إدارية أم عقوداً عادية.

نلاحظ أن هذا التصنيف يدخل طرفي العقد في إمكانية التفسير لمضمونه حسب مصالح أحد الطرفين على حساب الأخر.

2-2 -الآثار القانونية لعقود البوت:

عقد البوت من العقود التي تتشابك فيها العلاقات القانونية فتترتب عليه آثار متبادلة بين طرفي العقد من حيث الحقوق والالتزامات في جانب كل منهما وكما يأتي:

حقوق الدولة: (أحمد، حامد ماهر، ٢٠٠٥)

1-حق الرقابة على التنفيذ من ناحيتين: الأولى طول مدة الالتزام والثانية هي التزام المتعاقد في إعادة ملكية المرفق الى الدولة بحالة جيدة بعد انتهاء مدة الالتزام، لكن سلطة الادارة ليست مطلقة.

2-حق التعديل: تعديل الالتزامات التعاقدية إما بالزيادة أو الإنقاص.

وسلطة الدولة ليست مطلقة بل مقيدة ويجوز للشركة حق المطالبة بالتعويض عن الاضرار او المطالبة بفسخ العقد.

3-حق إيقاع الجزاءات على المتعاقد: تكون مالية أو جزاءات ضاغطة الغاية منها حمل شركة المشروع على التنفيذ بأن تحل الإدارة محل الشركة في التنفيذ أو التنفيذ على حسابها وقد تصل إلى حق الدولة في فسخ العقد.

التزامات الدولة:

1. سن التشريعات: هذه المشروعات تتطلب أموال كبيرة لتمويلها لذا لجأت الدول خاصة النامية منها الى إصدار التشريعات الخاصة بالاستثمار لتشجيعه ودعم التنمية الاقتصادية. **(سديرة، محمد علي، ٢٠١٨)**

2. تنفيذ العقد بحسن نية ضمن المهل المحددة: حيث يقع على عاتق الدولة الالتزام بتنفيذ بنود العقد المتعلقة بها واحترام جميع الشروط المذكورة في العقد. **(سديرة، محمد علي، ٢٠١٨)**

3. تسهيل الإجراءات الإدارية لعقد البوت ومنها: **(تخنوني، أسماء، ٢٠١٩)**

- إجراءات التسجيل والإجازة للمشروعات واستحصال الموافقات اللازمة للمستثمر أو الشركة.
- تقديم المشورة وتوفير المعلومات والبيانات للمستثمرين وإصدار النشرات الخاصة بذلك.
- تسهيل تخصيص الأراضي اللازمة لإقامة المشاريع، وإقامة مناطق استثمارية أمنة، وتسليم موقع المشروع.

حقوق شركة المشروع: (تخنوني، أسماء، ٢٠١٩)

1. حق طلب الاستملاك: لمجموعة من العقارات التي تعود ملكيها الى الأفراد أو على الأقل الاستيلاء عليها مؤقتاً.
2. حرية الاستيراد: للسلع والتجهيزات اللازمة للمشروع وتشغليه.
3. حق الشركة في عدم تعرض المشروع للمصادرة والتأميم.
4. حق تملك العقارات دون التقيد بتملك الأجانب.
5. حق الإقامة في الدولة مانحة الامتياز: وتسهيل مهمة دخولهم وخروجهم دون قيود.
6. الإعفاء من الضرائب والرسوم واقتطاع الرسوم من المنتفعين من المرفق: مقابل الخدمات التي تقدمها.

التزامات شركة المشروع: (سديره، محمد علي، ٢٠١٨) (تخنوني، أسماء، ٢٠١٩)

1. الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقود: لا يجوز للملتزم النزول عن التزامه.
2. الالتزام بتنفيذ العقد ضمن المهل المحددة.
3. الالتزام بإدارة المرفق العام وتدريب الأيدي العاملة
4. الالتزام بالقيام بالإنشاءات اللازمة للمشروع وتسيير المرفق.
5. الالتزام بتسليم ونقل ملكية المشروع للجهة مانحة الامتياز: بعد انتهاء المدة المحددة في العقد.

3 _ طرق تسوية المنازعات الناتجة عن عقود (BOT)

إن تنفيذ مشاريع عقود البوت يرافقه منازعات قانونية وفنية ومالية، لذلك تتفق الأطراف على وسائل للحل وهي:

3-1-الطرق الودية البسيطة:

1-التفاوض: حوار يجري بين أطراف العقد قد يؤدي إلى التصالح، عبر تبادل وجهات النظر حول مسألة قائمة ذات طابع قانوني أو فني(تقني) أو مالي، وقد يأخذ شكلاً عرفياً أو رسمياً. (الاكيابي، عبد الهادي يوسف، د.ت)

2-التوفيق والوساطة: الاتفاق بين الأطراف على اختيار شخص (طبيعي أو معنوي).

أما الوساطة: لجوء طرفي العقد إلى شخص ثالث ولا يكون للموفق صلاحية فرض حل للنزاع بين الطرفين.

وهناك عدد من المركز والمؤسسات العمومية والخاصة تعرض خدمات التوفيق. (الاكيابي، عبد الهادي يوسف، د.ت)

3-الخبرة الفنية: إبداء الرأي الفني حول مسألة مختلف بشأنها، سواء من الناحية القانونية أو التقنية أو المالية.

وعند فشل أطراف العقد في هذه الطريقة، يمكنهما اللجوء إلى وسيلة بديلة أخرى. (البهجي، عصام أحمد، ٢٠١٤)

4-الصلح: عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة ويخضع الصلح لاتفاق بالتراضي ودون تدخل. (البهجي، عصام أحمد، ٢٠١٤)

5-المحاكمة المصغرة على مرحلتين: (البهجي، عصام أحمد، ٢٠١٤)

المرحلة الأولى عرض الخلاف على محكمين وديين يبدون رأيهم الأولي في الخصام دون أن يكون ملزما للأطراف.

والمرحلة الثانية تقدم فيها الوثائق والمستندات وهنا يبدي أعضاء المحكمة المصغرة رأيهم النهائي، وعندما لا يقبل الأطراف هذا الحل الودي، يمكنهم اللجوء إلى التحكيم أو إلى الجهة القضائية المختصة.

3-2 -تسوية النزاعات عن طريق التحكيم الدولي:

هذه الوسيلة تُذكر في متن العقود الأصلية أو في عقود لاحقة. (شطناوي، فيصل، ٢٠١٤)

وفيها بعض العيوب والمساوئ منها: (الطراونة، وليد مصطفى، ٢٠١٤)

نفوذ الدول الصناعية والتحكم في قرارات مراكز تحكيم التجارة الدولية وارتفاع تكاليف خدمات هذه المراكز.

الضغوط التي تمارسها الشركات الدولية العملاقة على الطرف الضعيف في العقد.

مفهوم التحكيم: (دويك، محمد عمر، ٢٠١٦)

عملية قانونية مركبة تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين بعرض نزاعهم على محكم أو أكثر لكي يفصلوا فيه على ضوء قواعد القانون والمبادئ العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين والذي يحوز حجية الامر المقضي.

الطبيعة القانونية للتحكيم: (شطناوي، فيصل، ٢٠١٤)

النظرية التعاقدية: أي ان التحكيم ذو طبيعة تعاقدية وليست قضائية ذلك أن أعضاء هيئة التحكيم ليسوا من القضاة بالإضافة إلى أن الأحكام الصادرة منهم ليست قضائية وإنما تستمد قوتها من إرادة أطراف النزاع.

النظرية القضائية: تعتبر التحكيم قضاء ملزم للخصوم وأن حكم المحكمين هو عمل قضائي.

الطبيعة المختلطة للتحكيم: (GeorgiosI.Zekos, 2008)

أي ذو طبيعة مختلطة بين التعاقدية بالنظر إلى الاتفاق بين أطراف النزاع والقضائية بالنظر إلى أن الحكم الصادر عن المحكمين لا يكتسب القوة التنفيذية إلا بعد عرضة على المحكمة المختصة.

سلبيات طريق التحكيم: (GeorgiosI.Zekos, 2008)

عدم تمتع هيئات التحكيم بصلاحية إلزام الشهود بالحضور أمامها أو ردعهم بعقوبة.

وجود مجال للطعن في أحكام المحكمين بالبطلان أمام القضاء.

تسوية المنازعات عن طريق القضاء: (الطراونة، وليد مصطفى، ٢٠١٤)

وذلك حسب تحديد صفة العقد والعناصر المكونة له.

بالنتيجة نجد أن كل طرق تسوية المنازعات تتوقف على رضا طرفي العقد وبالتالي في حال عدم وجود ذلك الرضا يؤشر بعدم جدوى وفعالية تلك الطرق إلا في حالات خاصة والعودة إلى المربع الأول من الخلافات

4 _ الآثار الاقتصادية لعقود البوت:

4-1 -المزايا والآثار الاقتصادية، والفنية أو التكنولوجية والإدارية، والاجتماعية الإيجابية:

المزايا الاقتصادية والأثر على رأس المال والتنمية المستدامة: (الفيل، ندى زهير، اللهيبي، ياسر، ٢٠١٤)

- عدم اللجوء إلى الانفاق من موازنة الدولة أو مواردها السيادية أو النقدية.
- تساعد على تحقيق التنمية الاقتصادية في المجالات المختلفة.
- توفير نقد أجنبي من العملات المختلفة، وجذب تدفقات جديدة لرؤوس الأموال.
- تخفيف أعباء الاقتراض من على كاهل الدولة لتمويل مشروعات البنية الأساسية.
- تنشيط بورصة الأوراق المالية وسوق رأس المال بوجه عام.
- تنشيط وتعظيم دور القطاع الخاص الوطني وزيادة خبرته في الاستثمار الإنمائي.
- رفع معدلات نمو الاقتصاد الوطني وزيادة الناتج المحلي الإجمالي والدخل القومي.

المزايا الفنية والتكنولوجية والإدارية: (تخنوني، أسماء، ٢٠١٩)

- الحصول على التقنية العالمية الحديثة لتشييد تلك المشروعات، وتعميق التصنيع المحلي للمعدات.

- إحلال فنون وتطورات الإدارة الحديثة بمختلف مجالاتها لرفع مستوى الإنتاجية ومستوى كفاءة العاملين.

- إعداد وتأهيل الكوادر اللازمة في أجهزة الدولة للتعامل مع الأطراف الأخرى في هذه المشروعات.

المزايا الاجتماعية والأثر على العمالة: (الفيل، ندى زهير، اللهيبي، ياسر، ٢٠١٤)

- توفير الخدمات الحيوية للمواطنين بأسعار ملائمة وجودة عالية مما يساعد على رفع مستوى معيشة الأفراد.

- زيادة حجم القوة الشرائية في المجتمع بما ينفقه المشروع على احتياجاته مما يرفع مستوى المعيشة للمواطنين.

- خلق وظائف جديدة ومستقرة مما يساعد في تخفيف معدلات البطالة وتحسين المناخ الاجتماعي.
- مراعاة ضوابط حماية البيئة في المشروعات مما يساعد على حماية البيئة والارتقاء بالصحة والمجتمع.
- المساهمة في تحقيق التنمية المتوازنة من خلال إعادة التوزيع السكاني على مناطق جديدة.

4-2 – الآثار الاقتصادية السلبية:

من هذه الآثار: (الفيل، ندى زهير، اللهيبي، ياسر، ٢٠١٤)

- قضية الأمن الوطني نتيجة سيطرة القطاع الخاص.
- المخاطر المالية التي تتولد بسبب تقلبات أسعار الصرف والفائدة والتقلبات السوقية.
- المخاطر السياسية والتشريعية أو الاحداث الاستثنائية غير المتوقعة كالحروب والأزمات.
- نقص خبرة وكفاءة أجهزة الدولة المكلفة بالتفاوض على المشروع أو الإشراف عليه مما يوفر الفرصة للمشروع للتهرب من بعض الالتزامات.
- حدوث منازعات بين الأطراف المرتبطة بالمشروع بسبب عدم ضبط عقوده الكثيرة.
- عدم إدخال تكنولوجيا متقدمة في المشروع مما ينتج عنه هبوط المستوى الفني للمشروع وأدائه لخدماته.

إضافة إلى مجموعة من الآثار التي مازالت مستمرة منذ سنوات طويلة ومنها: (البشبيشي، أمل نجاح، ٢٠٠٤)

- شراء الدولة للمنتج، وارتفاع كلفة المشروعات، طول مدة العقد وما ينتج عنه من تبدل بالأسعار.
- تهرب المشروع من تنفيذ بعض التزاماته لعدم وجود تشريع وإطار تنظيمي موحد.
- عدم تحديث المشروع مما يترتب عليه تسليم المشروع في نهاية الالتزام بحالة سيئة.
- حدوث عيوب في تصميم وتنفيذ المشروع تتسبب في تعثره مما يعرضه لعدم الصلاحية الفنية أو الهندسية.
- الاستعانة بكوادر إدارية وعمالة فنية أجنبية مما يحرم الداخل من خلق فرص عمل جديدة والتأهيل والتدريب.

أيضاً من الآثار المتراكمة حتى تاريخه: (حسني، سعاد،٢٠٢٢)

- حدوث فروق سعرية بين الأسعار الاقتصادية والأسعار الاجتماعية للخدمات التي يقدمها المشروع.
- لجوء المستثمر للحصول على تمويل محلي للمشروع من البنوك والمؤسسات المالية في الدولة المضيفة.

من خلال ما سبق من الآثار الإيجابية والسلبية علينا قياس مدى تلك الأثار وتحديد الأرجح منها للعمل وفق مصالح كلا الطرفين فما يمكن ان يكون إيجابي لطرف قد يكون سلبي للآخر وقد تحقق الإيجابية للطرفين إضافة لمدى تأثير تلك الإيجابية والسلبية على المستوى الوطني أم فقط على مستويات ضيقة.

5 _ دراسة تحليلية في التقييم الخاص لإشكاليات البحث

كثيرة هي الثغرات التي يجب العمل عليها لتلافي مخاطر البوت مما يثير العديد من إشارات الاستفهام حول تعمد أم اغفال مقصود أو غير مقصود إبقاء الإشكاليات عالقة في تلك العقود والتي يمكن تلافيها ببعض الجهود الإدارية والقانونية الغير مرهقة.

- فإن صياغة العقد بأن يكون مبدأ العقد شريعة المتعاقدين هو الفيصل في حل كافة إشكاليات عقد البوت وأن شرح مفردات التعريف في تلك العقود ليس بالأمر المعقد وشمول، ويتوجب على الدولة المضيفة في ظل عدم وجود قانون ناظم موحد، أن تحسن اللجوء إلى الطرق الودية لفض منازعتها مع المستثمر الاجنبي عن طريق التفاوض والتوفيق والوساطة بعيداً عن اللجوء إلى القضاء العادي أو قضاء التحكيم التجاري والذي غالباً لا يكون في مصلحة الدولة المضيفة للبوت. (المبروك، جمال عمران، ٢٠١٨)

لذلك إن وضع مرجعية قضائية واحدة ينهي النزاعات القائمة في حال تشعب الجهات المعنية بفض النزاعات.

- أما بخصوص اعتبار عقد البوت من ضمن عقود القانون العام، حيث جاءت أغلب هذه التعريفات مؤكدة على أن عقد البوت إنما يبرم بين الدولة من جهة وشركة المشروع من جهة أخرى، وأن هذا القول وإن كان يستقيم في غالبية عقود البوت إلا أنه قد لا ينطبق على البقية الباقية في عقود البوت التي تبرم بين أشخاص من القانون الخاص، مما نعتبره مصادرة للواقع في عقود البوت ولا يفي بالمفهوم القانوني الواسع للعقد البوت والتصور الحقيقي لمضمونه. **(المبروك، جمال عمران، ٢٠١٨)**

وهنا القصور في تحديد طرفي العقد بشكل مقيد مع عدم وجود ما ينص على ذلك والأمر مفتوح ومتروك لحرية أطراف العقد إن كان بين طرفين خاص مع خاص أم بين طرف عام وطرف خاص.

- وإن ارتباط عقود البوت بمشروعات البنية التحتية أو الأساسية قول قد يجافي الواقع في كثير من الأحيان وأن إطلاق صفة المصلحة العامة على كل العقود غير صحيح لأن الدولة قد تتعاقد بصيغة البوت من أجل إقامة مشاريع اقتصادية ربحية لا تستهدف المصلحة العامة بالمعنى الفني الدقيق، وإنما تستهدف تحقيق العائد الربحي فقد تتعاقد الدولة أو إحدى المؤسسات أو الجهات الإدارية التابعة لها على إقامة مشاريع ترفيهية أو سياحية لا ترتبط بمفهوم المرافق العامة إطلاقاً. **(المبروك، جمال عمران، ٢٠١٨)**

ومن المعلوم أن عقد البوت لا يتضمن اية شروط استثنائية أو غير مألوفة وهي سمة عقود القانون العام لأن الدولة تتساوى هي وشركة المشروع ولا توجد أية شروط استثنائية، وهذا جوهر المشكلة حول إطلاق أحكام ومواد مسبقة حول العقود وكأنها موجهة فقط للقطاعات العامة الخدمية وهذا المر ينطبق على دول بعينها وليس على كل الدول والتي ترى ضرورة إقامة مشروعات اقتصادية كبرى بنظام البوت.

- أما القول بإدارية عقود البوت قول لا يستقيم مع الواقع والقانون وأن الدولة بإبرامها العقد إنما تسعى الى تحقيق المصلحة العامة مما يصبغ العقد بصبغة عقود القانون العام وهذا غير صحيح لأن عقود البوت تعد من عقود الاستثمار التي يستهدف المستثمر الأجنبي من خلالها تحقيق الربح. **(دويك، محمد عمر، ٢٠١٦)**

نجد أن الكثير من صيغ البوت إنما تنص صراحة على تطبيق نصوص القانون المدني والقانون التجاري كما أن الاختصاص بنظر المنازعات حولها معقود لقضاء التحكيم التجاري وليس للقضاء الإداري الذي يقضي بالمصلحة العامة.

- أما بخصوص القائلين بالطبيعة الخاصة لعقود البوت فإنهم قد تبنوا مسلكاً مختلطاً حيث يحاولون التوسط بين مذهبين أحدهما يقول بإدارية البوت والآخر أنها من عقود القانون الخاص وهنا لم يحددوا بشكل دقيق ماهية الطبيعة القانونية لعقد البوت، مما فاقم الإشكالية أكثر من أن يساهم في حلها. **(دويك، محمد عمر، ٢٠١٦)**

وذلك يؤدي إلى أن الدول ستسوق رأيها القانوني بما يحقق مصالحها في ظل غياب قانون ناظم وملزم مما يضاعف حجم الاشكالية.

6-النتائج:

1-عدم تشريع قانون مختص جعل من عقود البوت اكثر تعقيداً وزاد الجدل حول جدواها الاقتصادية والاجتماعية.

2-عدم وضوح في التعريف اللغوي لعقود BOT الأمر الذي يترك مجال للتفسير بما يناسب الطرف المتضرر.

3-رغم أهمية تنفيذ عقود BOT بالنسبة للدول المستفيدة إلا أنه يترتب عليها آثار قانونية واقتصادية وغيرها.

4-يوجد طرق عديدة لتسوية نزاعات عقود الاستثمار لكنها ترجع للرضاء بين الطرفين.

7- التوصيات:

1-ضرورة إيجاد تشريع قانوني موحد يكون جامعاً مانعاً لكافة الأحكام القانونية لعقود البوت يعده مجموعة من المختصين والخبراء في المجال القانوني والمالي والمصرفي والفني والاقتصادي.

2-جعل النظر بالمنازعات الناشئة بمناسبة تطبيق هذه العقود من اختصاصات غرفة قضاء منفصل.

3-عدم التمادي في الحوافز والإغراءات الاستثمارية المبالغ فيها من إعفاءات جمركية وغيرها.

4-تحديد جهة إدارية مختصة يعهد إليها عملية الرقابة والإشراف على تنفيذ هذه العقود في كافة مراحلها

5-فرض نظام صارم للرقابة على مشروعات البوت، وعدم السماح للمستثمر الأجنبي بارتهان الاقتصاد الوطني لصالح القوى الاقتصادية الرأسمالية، وعدم السماح بأن تقوم شركة المشروع بطرح خدماتها على الجمهور بأسعار مبالغ فيها أو ممارسة احتكار فعلي أو قانوني في السوق المحلي.

6-محاولة فض النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود البوت بالطرق الودية قدر المستطاع عن طريق التفاوض والوساطة والتوفيق والتصالح بدلاً من اللجوء إلى قضاء التحكيم الذي له الكثير من المساوئ والمخاطر التي لا تخفى على كل مطلع بالمجال القانوني.

7-إعداد الكوادر الوطنية المؤهلة تأهيلاً علمياً وفنياً عالياً من خلال إعداد الخطط والبرامج التدريبية المتكاملة لتأهيلها في المجال القانوني والمالي والفني وعدم الاكتفاء باستخدام العناصر الاجنبية لتقوم بهذه الاعمال.

8- المصادر والمراجع:

- أحمد، حامد ماهر. *النظام القانوني لعقود الانشاء والتشغيل وإعادة المشروع*، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٩٥.

- الاكيابي، عبد الهادي يوسف. *الوسائل البديلة لتسوية المنازعات" دراسة في أحكام الوساطة"الوسائل البديلة لتسوية المنازعات*" دراسة في أحكام الوساطة"مجلة القانونية العدد الثامن، مملكة البحرين، د.ت.

- البشبيشي، أمل نجاح. *نظام البناء والتشغيل والتحويلB.O. T، سلسلة قضايا التنمية في الأقطار العربية*، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، العدد٣٥، السنة الثالثة، تشرين الثاني ٢٠٠٤.

- البهجي، عصام أحمد. *الطبيعة القانونية لعقود البوت (B.O.T) دار الفكر الجامعي*، الإسكندرية، مصر، ط١، ٢٠١٤، ص٢٩.

- تخنوني، أسماء. *تقييم تجربة الجزائر في اشراك القطاع الخاص بواسطة النماذج التمويلية الحديثة لتحقيق التنمية المستدامة (عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أنموذجاً)*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشاذلي بن جديد، الجزائر،٢٠١٩.

- حسني، سعاد. *التنظيم التشريعي لعقود البوت في القانون المصري*، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، المجلة القانونية، المجلد١١، العدد٦، ٢٠٢٢، ص ١٨٢٥-١٨٦٩.

- دويك، محمد عمر. *التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) "دراسة مقارنة"* كلية الحقوق، جامعة القدس، فلسطين، ٢٠١٦.

- راضي، مازن ليلو. *التطور الحديث لعقد الالتزام، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت* B.O. T، قسم القانون، جامعة القادسية، د، ت.

- راضي، مازن ليلو. *التعريف بأهم العقود الإدارية*، كتاب القانون الإداري، ٢٠١٦، ص ٢٣٥-٢٥١.

- سديرة، محمد علي. *عقود البوت ودورها في تسيير المرافق العمومية*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثلجيي، الأغواط، مجلة الفكر القانوني والسياسي العدد الرابع، ٢٠١٨.

- شطناوي، فيصل. *النظام القانوني لعقد ال B.O. T وتسوية المنازعات الناشئة عنه*، علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤١، العدد١، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، عمان، الأردن،٢٠١٤.

- الطراونة، وليد مصطفى. *التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (B.O.T)*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، كانون ثاني- ٢٠١٤.

- الفيل، ندى زهير؛ اللهيبي، ياسر. *عقود التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (الماهية، التكييف القانوني، المزايا، المخاطر والضمانات)* كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، ٢٠١٤.

- المبروك، جمال عمران. *عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O. T وتكييفها القانوني دراسة تحليلية*، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة العدد١٩، ص ٧٣، جامعة طرابلس، ليبيا، ٢٠١٨.

- الموسوي، علي فوزي؛ كاظم، حيدر. *الطبيعة القانونية لعقود الاستثمار*، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون والعلوم السياسية، العراق، عدد خاص، جزء ثاني، مجلد٣٦، أيلول -٢٠٢١.

- نصار جابر جاد. عقود البوت *B.O. T والتطور الحديث لعقد الالتزام*، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، ط١ القاهرة، مصر- ٢٠٠٢.

المراجع باللغة الأجنبية:

- GeorgiosI.Zekos, *International Commercial and Marine arbitration*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2008, p 34.

- Zohir AMMARI, Souhil GUEMMAZ, *Le financement des project en Algerie a travers le mode BOT, cas du dossier dessalement de l'eau de mer, Revue Académique des étude Humaines et Sociales*, n,20,2018, p37.