



## الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)

حميدة زينب مولاي عمار<sup>1</sup>، بوزيد كبحول<sup>2</sup>

1 - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية

2 - كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية

### الملخص -

لما كان القطاع الخاص هو وحده من يتحمل التمويل في عقد البوت كانت الدولة مستفيدة جدا في تشريع مثل هذه العقود الحديثة إذ من المنافع تخفيف العبء المالي على كاهل الدولة. حيث إن عقد البوت هو عقد تقوم بواسطته الدولة بمنح امتياز لأحد اشخاص القطاع الخاص للقيام ببناء وتشغيل وملكية المرفق لمدة زمنية محددة، وبعد انتهاء المدة المحددة في العقد تعاد ملكية المرفق للدولة. وهو نوع من أنواع مشاركة القطاع الخاص للقطاع العام. وهو أيضا من العقود الحديثة حيث اتجهت له الدولة؛ وذلك تلبية لحاجات المواطنين للمرافق العامة. كما أن عقد البوت عقد ذو طابع دولي على الرغم من الاختلاف الفقهي الحاصل حول طبيعته هل هو عقد مدني أم ذو طبيعة خاصة . وهو لا محالة عقد إداري؛ لارتباطه بالمرفق العام، فهو أحد أنواع العقود الحديثة حيث إنه يعتبر من بين عقود امتياز المرفق العام.

### الكلمات المفتاحية -

البوت - القطاع الخاص - عقد الامتياز

## The legal Nature of BOT Contracts

Abstract -

The Private Sector Is Alone Bear The Funding In Holding Abbott State Was Very Beneficiaries In The Legislation Of Such Contracts Modern Of Benefits To Alleviate The Financial Burden On The State. Where The Holding Of Abbott Is A Contract Whereby The State To Award A Concession Of One Of The Persons Of The Private Sector To Undertake The Construction And Operation Of The Ownership Of The Annex For A Specified Period Of Time, After The End Of The Period Specified In The Contract Be Returned The Ownership Of The Facility Of The State. Which Type Of Participation Of The Private Sector And The Public Sector

It Is Also Of Recent Decades As They Moved To The State; In Response To The Needs Of The Citizens Of The Public Utilities, .The Convening Under BOT Contract With An International Character Despite The Juristic Disagreement On The Nature Is The Holding Of A Civilian Or A Special Nature. It Inevitably Of An Administrative Contract; It Is Linked To The Annex, It Is One Of The Types Of Contracts Where It Is Considered Among The Concession Contracts Annex Of The Yea

**Key Words -**

Bot - Private Sector - Franchise Contract

نظرا للتغيرات والتطورات الاقتصادية التي يشهدها العالم واتجاه الدول نحو خصخصة القطاع العام ظهر نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) الذي هو أحد العقود حديثة الانتشار لجأت إليه الدولة لكثرة وتزايد حاجات المواطنين بالمرافق العامة والبنى التحتية باعتبار أن الدولة لا تتحمل أي عبء من أعباء التمويل في هذا العقد . وعقد البوت يعتبر وسيلة من وسائل تمويل مشروعات البنية الأساسية. ونظرا لحدثة هذا العقد كان هناك جدال فقهي كبير حول طبيعة هذا العقد؛ وذلك نظرا لأهميته في التنمية الاقتصادية .

**أهمية الموضوع:**

تظهر أهمية الموضوع من خلال أن هذا العقد هو الوسيلة التي توفر خدمات البنية الأساسية، وذلك من خلال خلق فرص عمل جديدة في الدولة. إضافة إلى

أنه يشكل حلا للهيئات في تلبية الكثير من احتياجاتها ومتطلباتها، بحيث يعتبر أسلوبا من أساليب تمويل المشروعات.

وتظهر أهميته أيضا من خلال عدم وجود نصوص قانونية أو تشريعية تنظم هذا العقد. وهذا ما يدفعنا إلى التعرف على هذا العقد .

#### أهداف الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى ما يلي:

\_ معرفة الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT

\_ إبراز مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT

#### مشكلة الدراسة:

عند دراسة هذا الموضوع نكون بصدد الإشكالية التالية:

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" من العقود المستحدثة التي صار لها موقع متميز من بين العقود العصرية التي يتبادر إلى الذهن حدوث إشكال عند ذكرها أو محاولة التطرق إليها من الجانب القانوني وتناول طبيعتها وأحكامها وماهيتها التي تعطيها دفعة قوية نحو فرضية الإجابة على السؤال التالي عن كل ما سبق ذكره ألا وهو: ما هي الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ؟

#### منهج الدراسة:

ولدراسة هذا الموضوع قمنا باتباع المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال بيان مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. بالإضافة إلى عرض النظريات والآراء التي تطرقت إلى طبيعة هذا العقد وتحليله عند سردنا للحجج والأسانيد التي استندت عليها هذه النظريات. ولقد استعنا بالمنهج المقارن في تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقود القانون الخاص.

#### خطة الدراسة:

عند دارستنا لطبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قمنا بتقسيمه إلى

محورين :

المحور الأول: مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

المحور الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية .

## المحور الأول: مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

إن الحديث عن مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يحتم علينا دراسة هذا العقد من الجوانب التالية: معرفة نشأة هذا العقد وتعريفه وإبراز خصائصه.

### أولاً: نشأة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

بالرغم من أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو صورة جديدة ومستحدثة تهدف إلى إنشاء مشاريع ضخمة، إلا أن هذا لا ينفي وجود مفهومه منذ بداية عقد الثمانينيات من القرن الماضي. فهناك من يرى من الباحثين أن هذه العقود موجودة أصلاً؛ إذ يرجع تاريخ نشأتها إلى منتصف القرن التاسع عشر<sup>(1)</sup>.

فرنسا تعتبر رائدة في هذا المجال، فقد قامت بإنشاء عقد امتياز المرافق والذي يعد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تطبيقاً من تطبيقاته<sup>(2)</sup> فقد منحت فرنسا عام 1872 امتيازاً لشركة "بيرن وإخوانه" لتوزيع المياه بباريس<sup>(3)</sup>، إلا أن بعض الفقه أرجع أصل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى عقد امتياز قناة السويس على اعتبار أنه هو أول مشروع ينفذ بصيغة عقد البوت، وذلك بموجب القرار الصادر في 1854/09/30، والذي يتعلق بحفر قناة السويس لمدة 99 عاماً<sup>(4)</sup> بحيث تم منحها للسيد "فرديناند ديلى سبس" على أن تصبح الحكومة المصرية هي المالكة الوحيدة للشركة بعد انتهاء الامتياز<sup>(5)</sup>.

أما الظهور الأول لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بهذه التسمية فقد كان في تركيا سنة 1984، وذلك من طرف رئيس الوزراء التركي "توركت أوزال" في برنامجه الانتخابي<sup>(6)</sup> ونرى بأن بعض البلدان العربية قد بدأت بتطبيق هذا النوع من العقود نذكر من ذلك مثلاً:

لبنان: وقد ظهر هذا النوع من العقود عن طريق مشروع تجهيز استثمار مغارة (جعيتا)، بحيث صدر بتاريخ 1993/11/18 قرار رقم (186) عن وزير السياحة اللبناني يتعلق باستثمار مرفق (جعيتا) السياحي، وقد أعطيت بموجب هذا القرار شركة (ماباس) الألمانية حق الاستثمار في مرفق جعيتا السياحي المكون من مغارتين واستراحة ومطاعم ومواقف للسيارات وغيرها من التجهيزات. ثم

صدر في تاريخ 15/06/1995 قرار عن مجلس الوزراء رقم 6 يتعلق بتمديد مدة الاستثمار لمرقق جعيتا<sup>(7)</sup>.

الكويت: تعود مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ المشاريع الحكومية في الكويت إلى عام 1970 عندما طرحت الدولة قسائم في مناطق متميزة من وسط المدينة لإقامة مواقف سيارات متعددة الأدوار مع أسواق تجارية، على أن تقوم الشركات المستثمرة بإنشاء هذه المواقف والأسواق واستغلالها لمدة 25 سنة مقابل قيمة إيجاربه ثابتة للبلدية. وبين عامي 1994\_2003، بلغ إجمالي مشاريع عقد البوت التي تم عقدها مع وزارة المالية 92 مشروعاً<sup>(8)</sup>.

الأردن: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو حديث النشأة بحيث ظهر بعد صدور قانون التخصيص رقم 25 لسنة 2000 م. وأول المشاريع التي نفذت في الأردن طبقاً لنظام البوت هو مشروع محطة تنقية المياه العادمة (الخربة السوداء)<sup>(9)</sup>. أما في الجزائر، فنرى بأنه قد تم اللجوء إلى أغلب مشاريع إنشاء وتشغيل محطات تحلية مياه البحر بواسطة عقد البوت، وذلك بتعاقد الوكالة الوطنية لتنمية الاستثمار والشراكة الجزائرية للطاقة مع الشركات الإسبانية "اينما و اكواليا" منذ سنة 2004<sup>(10)</sup>.

ومن أهم مشاريعها إنشاء وتشغيل وصيانة محطة تحلية مياه البحر لمدة 25 عاماً بمستغانم<sup>(11)</sup>. ونقول بأن أغلب المشاريع التي تتم وفق نظام البوت في الجزائر تكون في مجال تحلية مياه البحر.

### ثانياً\_ تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية bot

أ\_ التعريف اللغوي: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية<sup>(12)</sup>، هي:

BUILD\_OPERATE\_TRANSFER

فالحرف B هو الحرف الأول من كلمة BUILD، أما الحرف O فهو الحرف الأول من كلمة OPERATE، أما الحرف T هو الحرف الأول من كلمة TRANSFER

» كلمة BUILD: تعني البناء أي إقامة او تشييد المشروع.

كلمة OPERATE: تعني التشغيل أي تشغيل وإدارة المشروع .

كلمة TRANSFER: تعني النقل أي نقل ملكية المشروع الى الدائرة التي طلبت إنشاء المرفق. <sup>(13)</sup>

ويقابل ذلك في اللغة الفرنسية مصطلح (CET) ومعنى ذلك: CONSTRUIRE\_EXPLOITER\_TRANSFERE

ومنطق هذا المختصر "bot" أو "CET" " أو عبارة البوت :البناء والتشغيل ونقل الملكية هو: «تعاقد الحكومة مع شخص طبيعي أو معنوي من القطاع الخاص على إقامة مشروع ما على نفقته الخاصة، ويحوزه لمدة محددة من الزمن، ويقوم بتشغيله ليسترد من خلاله تكاليف إنشاء المشروع، ثم ينقل ملكيته للحكومة بعد نهاية المدد المحددة في العقد <sup>(14)</sup>. ونرى أن القطاع الخاص يستطيع أن يرد تكاليف المشروع مع أرباحه . ثم يرده بعد ذلك إلى الحكومة .

#### ب\_ التعريف الاصطلاحي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

بما أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو حديث فإنه ولغاية الآن لم يتم وضع تعريف موحد وشامل لهذا العقد ،فهناك صعوبة في تعريفه كما أنه هناك اختلاف كبير في تعريفه بين الفقهاء . فلقد تعددت تعريفاته من كاتب لآخر وهذا لعدم وجود تشريعات تخصه في العديد من الدول خاصة النامية ، والعديد ممن عرفوا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ركزوا على أنه أحد اساليب التمويل، وبيّنوا دور الدولة والحكومة كمتعاقداً أساسياً في هذا العقد. <sup>(15)</sup>

فلقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي \_أونيسترال\_ :«بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات PROJÉT FINANCE \_أونيسترال\_: تمنح بمقتضى حكومة ما مجموعة من المستثمرين يشار إليهم بالاتحاد المالي للمشروع امتيازاً لصوغ مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون فيه كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً أو من أية مزايا أخرى لهم ضمن عقد الامتياز وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أية تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع» <sup>(16)</sup>

كما عرفته منظمة اليونيدو (المنظمة الدولية للتنمية الصناعية)، بأنها : « اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القانون الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، فيقوم هذا الشخص بإدارة وتشغيل خلال فترة زمنية محددة، يسمح فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد على ما هو مقترح في العطاء وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمارها ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة»<sup>(17)</sup>

وهناك العديد من التعريفات للفقهاء نذكر منها:

تعريف الدكتور محمد الروبي في مؤلفه التشييد والاستغلال : بأن عقد البوت هو: «عقد بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها وطرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل شركة يطلق عليها اسم شركة المشروع، بغرض تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية على حساب تلك الشركة وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد. وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وخاليا من كافة الأعباء وبحالة جيدة»<sup>(18)</sup>

وعرفه الدكتور ماهر محمد ماهر بأنه: «عقد بين طرفين أحدهما مالك لمشروع معين قد يكون الدولة أو أحد أفراد القطاع الخاص، والثاني: مستثمر من القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي، على أن يقوم المالك بتقديم الأرض اللازمة الكائنة ضمن مشروعه. بينما يقوم المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل من عنده ثم تشغيله وإدارته فترة من الزمن يتم الاتفاق عليها يشغل فيها المستثمر المشروع ليستعد ما تكلفه من نفقات ويحقق أرباحا مناسبة، وفي نهاية المدة المتفق عليها يعاد المشروع إلى مالكة الأصلي»<sup>(19)</sup>

ويعرف كذلك بأنه : «تعهد من الحكومة أو إحدى الوزارات أو الهيئات التابعة لها إلى مؤسسة خاصة محلية أو أجنبية أو مشتركة باتباع وسائل معينة لإنشاء مرافق عامة لإشباع حاجة عامة كالطرق والمطارات والموانئ ومحطات الطاقة وغيرها، وذلك على حساب هذه المؤسسة، ثم تقوم هذه المؤسسة بإدارة المرفق وتؤدي الخدمة للجمهور المستفيد من ذلك لمدة معينة بشروط محددة تحت إشراف الجهة المتعاقدة ورقابتها (التشغيل) لتقوم بعد ذلك بنقل أصول المرفق أو المشروع للدولة أو الجهة المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله (التحويل)».<sup>(20)</sup>

ويعرف كذلك بأنه : «العقد الذي تمنح بمقتضاه الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها امتياز لأحد الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الخاصة (وقد تكون عامة) الوطنية أو الأجنبية من أجل إنشاء إحدى المرافق العامة الضرورية واستغلالها مدة من الزمن تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها، على أن يعود المرفق للإدارة بعد نهاية العقد بحالة جيدة ودون مقابل»<sup>(21)</sup>

وهناك من يعرفه بأنه أيضا : « نظام استثماري للمشاريع الحكومية يتم على ثلاث مراحل متتالية هي البناء والتشغيل والتحويل»<sup>(22)</sup>

ومن التعاريف السابقة نخلص إلى أن عقد البوت هو العقد الذي تمنح بواسطته الدولة امتيازاً لأحد أشخاص القطاع الخاص لبناء مرفق وتشغيله لمدة زمنية محددة في العقد على أن تعود ملكيته للدولة بعد نهاية هذه المدة المحددة .

ومن خلال التعاريف السابقة يمكننا تحديد العناصر الأساسية التي يركز عليها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (عقد البوت) bot والتي تتمحور فيما يلي:

1\_ البناء والتشييد للمرفق العام: وذلك بتصميم وإنشاء المشروع المتفق عليه بما يشمله من دراسات جدوى وغيرها من التجهيزات التي تجعله صالحاً لتقديم الخدمة بما ينفع الجماهير. ويتم ذلك على حساب ونفقة المستثمر أو ما يطلق عليها "شركة المشروع"<sup>(23)</sup>

2\_ حيازة المستثمر للمشروع: هي حيازة قانونية تخول له حق الانتفاع بالمشروع واستعماله واستغلاله خلال الفترة المتعاقد عليها<sup>(24)</sup>.

3\_ تشغيل المرفق: حيث تعهد شركة المشروع إلى إحدى الشركات المتخصصة بإدارة وتشغيل مشاريع المرافق الأساسية من خلال اتفاقية تسمى: "operate contract"<sup>(25)</sup>.

4\_ نقل الملكية: حيث تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المرفق موضوع العقد إلى الدولة المتعاقدة في نهاية مدة العقد دون مقابل وبحالة جيدة تؤهله للاستثمار<sup>(26)</sup>.

### ثالثا\_ خصائص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

يتميز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بعدة خصائص نوجزها فيما يلي:  
أ\_ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يبرم بين طرفين أحدهما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام والثاني من أشخاص القانون الخاص، ونرى بأن وجود السلطة الإدارية أو الدولة كطرف رئيس هو من المميزات لهذا العقد.<sup>(27)</sup>

ب\_ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يهدف إلى إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات عامة وتقديم خدمات ذات نفع عام<sup>(28)</sup>.

ج\_ في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يكون حق الرقابة والإشراف خلال مرحلة التشييد والاستغلال من حق السلطة الإدارية<sup>(29)</sup>.

د\_ في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: ملكية المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد تعود إلى الدولة<sup>(30)</sup>.

### المحور الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

لقد كان هناك اختلاف فقهي كبير حول طبيعة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هل هو من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام أم يدخل ضمن نوع آخر من العقود، لذلك سوف نقوم بدراسة هذا الاختلاف وذلك بتقسيم هذا المحور إلى ثلاثة أقسام: الأول بعنوان: عقود البوت هي عقود مدنية (من عقود القانون الخاص)، الثاني بعنوان: عقود البوت هي عقود إدارية (من عقود القانون العام). أما القسم الثالث فبعنوان: عقود البوت ذات طبيعة خاصة.

وقبل التطرق إلى طبيعة عقد البوت لابد من معرفة دولية هذا العقد ولمعرفة ذلك لابد من التطرق إلى ثلاث معايير لمعرفة ما إذا كان العقد دولياً أم لا .

### 1\_ المعيار القانوني التقليدي:

"والذي يعد فيه العقد دولياً متى كان عنصراً أو أكثر من عناصر في العقد تتصف بالأجنبية سواء كان أحد أطراف هذا العقد ينتمي بجنسيته إلى دولة مختلفة عن الطرف الآخر أو إذا كان محل إبرام العقد في دولة مختلفة عن دولة التنفيذ أو كان محل العقد موجوداً في دولة أخرى"<sup>(31)</sup>

### 2\_ المعيار الاقتصادي:

"وفقاً لهذا المعيار يكون العقد دولياً متى تعلق بمصالح التجارة الدولية وذلك بانتقال الأموال والقيم بين الدول"<sup>(32)</sup>

### 3\_ المعيار المختلط :

وهو الذي يجمع بين كلا المعيارين المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي فلا يكفي أن يكون هناك عنصر أجنبي في العقد بل لابد من تداول رؤوس الأموال بما يجاوز حدود الاقتصاد الوطني.<sup>(33)</sup> ومن كل ماسبق نرى بأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو من العقود الدولية لتوفره على المعايير الثلاثة السابقة .

### أولاً - عقود البوت هي عقود مدنية (من عقود القانون الخاص):

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عقود البوت هي عقود مدنية تدخل في إطار القانون الخاص، وبالتالي فإن منازعاتها تكون من اختصاص القضاء العادي وذلك لأن هذه العقود شأنها شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية<sup>(34)</sup> ويؤسس أصحاب هذا الاتجاه وجهة نظرهم على:

1\_ هذه العقود تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويسودها مبدأ سلطان الإرادة<sup>(35)</sup>، بحيث تتعامل الدولة بأسلوب الإدارة الخاصة وذلك عن طريق عدم تضمين العقد شروطاً استثنائية<sup>(36)</sup> .

2\_ عقود البوت تعتبر من عقود التجارة الدولية التي تقوم على إقامة مشروعات استثمارية بواسطة شركات دولية وتخضع إلى التحكيم، وإقصاؤها

عن قضاء مجلس الدولة يؤكد انتفاء طبيعتها الإدارية وأن المتعاقد مع الإدارة في هذا العقد غالبا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية وتتمتع بحماية دولية وسياسية لا تسمح بتطبيق القانون العام أو نظرية العقد الإداري<sup>(37)</sup>.

ومن التشريعات التي تأخذ بهذا الاتجاه :

التشريع التركي الذي أخذ في مادته الخامسة من القانون رقم 3996 لسنة 1994 الخاص بمشروعات البوت بهذا الاتجاه بحيث أكدت مادته على "أنه لا تعتبر عقود امتياز : العقود التي توقع بين الوحدة الإدارية المكلفة من لجنة التخطيط العليا و شركة رأس المال أو الشركة الأجنبية وهذا العقد سوف يحكم بواسطة نصوص القانون الخاص" ولكن المحكمة الدستورية تدخلت ورأت بأن هذه المادة تخالف المادة 155 من الدستور ورأت بأن عقود البوت هي عقود إدارية<sup>(38)</sup>

وقد انتقد هذا الرأي من طرف أشخاص القانون العام على اعتبار أن عقد البوت هو من عقود التزام المرفق العام وذلك لقيام الدولة فيه بالرقابة على شركة، بالإضافة إلى أحقية الدولة في إنهاء العقد دون الرجوع لطرف. وللدولة كذلك حل محل شركة المشروع لتشغيل المرفق العام<sup>(39)</sup>

القول بأن الشروط غير المألوفة التي تتضمنها العقود الإدارية ترتبط بمبدأ سيادة الدولة هو قول غير صحيح لأن هذه العقود مرادها ارتباط العقد بنشاط المرفق العام، بالإضافة إلى أن الاعتبارات التي يستند عليها أنصار القانون المدني ليس من شأنها إخراج العقد من دائرة العقود الإدارية لأن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي تارة تكون عقود مدنية وتارة تكون عقود إدارية<sup>(40)</sup>

**ثانياً \_ عقد البوت من العقود الإدارية (من عقود القانون العام):**

يتجه غالبية الفقه إلى هذا الرأي بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو من قبيل العقود الإدارية لأن أحد أطرافها الدولة وأنها تهدف إلى إنشاء مرفق عام وتتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، ولقد اختلف أصحاب هذا الرأي حول طبيعة ما إذا كان هذا العقد من عقود التزام المرفق العام أم من عقود الأشغال العامة.

## 1\_ عقود البوت من عقود الأشغال العامة:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أو الرأي بأن عقود البوت هي من عقود الأشغال العامة، وليست من قبيل عقود التزام المرفق العام وذلك للأسباب التالية :

عقود البوت تتضمن أشغالا عامة وأن الإنشاء والتمويل والصيانة والتشغيل يتحملها جميعا الملتزم خلال مدة معينة وقبل التسليم إلى الدولة، وأنه أيضا في عقد الالتزام الأساسي فيه هو القيام بعمل من أعمال الإدارة أما الالتزام الأساسي في عقود الأشغال العامة القيام بتنفيذ الأشغال العامة والأعمال الإنشائية المكلف بها مقاول المشروع، أما الالتزام الأساسي في عقود البوت فهو الإدارة والتنفيذ<sup>(41)</sup>

\_ محل عقد البوت تنفيذ مطار أو استغلال مساقط المياه في توليد الكهرباء أو أي مرفق على اختلاف طبيعته أما في عقد الالتزام فهو مرفق ذو طبيعة اقتصادية وأن قيام الملتزم بتحصيل أجره من العائد المالي للاستغلال لا يؤدي إلى اعتبار عقد البوت التزام لأن المقاول ماهو إلا وكيل عن الدولة في قبض أجره من جمهور المنتفعين.

ومن التشريعات التي اعتبرت عقود البوت عقود امتياز أشغال عامة: التشريع اللبناني بحيثان مجلس الشورى الدولة اللبناني أكد بأن تلك العقود هي عقود امتياز أشغال عامة في قرار رقم 6503 لسنة 1995 وقد أكد هذا الرأي بصدور حكمين من طرف هذا المجلس يتعلقان بموضوع شركتي الهاتف الخليوي سلبس و ليبانسيل في 2011/07/17<sup>(42)</sup>.

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن عقد امتياز الأشغال العامة مهمته تنتهي بانتهاء المشروع وتسليمه للجهة الإدارية فلا يقوم بإدارته ولا بتقديم خدماته للجمهور، على عكس عقد الالتزام الذي يقوم بإدارة المرفق وتقديم خدماته للجمهور خلال مدة معينة متفق عليها في العقد.<sup>(43)</sup>

## 2\_ عقد البوت من عقود التزام المرفق العام:

يرى اصحاب هذا الاتجاه بأن عقود البوت هي من عقود التزام المرفق العام فهي شكل متطور من أشكال عقد الالتزام فهي ليست وليدة اليوم أو جديدة في مفهومها بل هي موجودة ومتبعة.<sup>(44)</sup>

لأن عقد التزام المرافق العامة هي عقود إدارية متى اتصلت بنشاط مرفق عام، وكانت الإدارة طرفاً في العقد وأن الغاية من هذا العقد هو تحقيق المنفعة العامة وهذا لا يتحقق إلا بتضمين العقد شروطاً استثنائية<sup>(45)</sup> تتمثل في قيام الجهة المانحة بممارسة الرقابة الفنية والمالية للمشروعات<sup>(46)</sup>.

وقد انتقد هذا الرأي من طرف الفقه باعتبار أن عقود البوت ليست من العقود الإدارية للأسباب التالية:

\_ عقود البوت تقوم على أساس العقد شريعة المتعاقدين: بحيث لا يمكن تعديل العقد المبرم بين الدولة وشركة المشروع إلا باتفاق الطرفين فلا يمكن للدولة أن تتذرع في مواجهته بفكرة السيادة.

\_ اختلاف عقد البوت وعقد الالتزام المرافق العامة: بحيث إن الذي تكون للمستثمر الذي يقوم بتشغيل وإدارة المرفق في الحالتين وأن المستثمر أو شركة المشروع هي التي تتحمل المخاطر الناتجة<sup>(47)</sup>.

ويختلفان في كون أن المستثمر في عقد البوت يقوم ببناء المشروع وإقامته من ماله الخاص والذي يكون عبارة عن مبالغ مالية ضخمة في حين أن الملتزم لا يقع عليه عبء بناء المشروع. كما أن ملكيته في هذا العقد تكون للدولة ويكتفي الملتزم بمجرد الحياة وفق شروط تضعها الدولة، على عكس عقود البوت الذي تنقل فيها الملكية إلى المستثمر لمدة متفق عليها<sup>(48)</sup>.

ومن الدول التي تؤيد هذا الاتجاه: فرنسا ومصر والجزائر ونذكر بأن المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح البوت في قوانينه إلا أننا نستنتج ذلك من قانون المياه رقم 12\_05<sup>(49)</sup> في المادة 17 منه: "تخضع كذلك للأحكام العمومية الاصطناعية للمياه، المنشآت والهيكل التي تعتبر ملكاً يرجع للدولة بدون مقابل بعد نفاذ عقد الامتياز أو التفويض للإنجاز والاستغلال المبرم مع شخص طبيعي أو معنوي خاضعاً للقانون العام أو القانون الخاص".

من خلال نص هذه المادة يتضح جلياً لنا بأنها تضمنت على جميع عناصر عقد البوت من البناء والاستغلال وبعد ذلك إعادة المنشأة إلى أملاك الدولة بعد نفاذ عقد الامتياز، ويتضح أيضاً ذلك في نص المادة 2 من القانون المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات رقم 02\_01 المؤرخ في 5 فبراير 2002<sup>(50)</sup>.

إذن المشرع الجزائري من خلال استقراء قوانينه عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعتبره من عقود امتياز المرافق العامة.

### ثالثا\_ عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن عقود البوت على الرغم من أن لها جذورا تاريخية تمتد إلى عقود امتياز المرفق العام إلا أنه يمكن اعتبارها ذات طبيعة خاصة؛ لأنها تحمل في طبيعتها وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص. فلقد أصبحت هذه العقود لا تبرم إلا بعد مفاوضات شاقة وطويلة غير معهودة في إبرام العقود الإدارية، بالإضافة إلى أن عقود البوت تعد وسيلة من وسائل التمويل نتيجة للعولة الاقتصادية . أما عقد الالتزام فهو وسيلة لتمويل المرفق العام ويبرم في إطار وطني وليس للعولة أثر فيه<sup>(51)</sup>. ومن ذلك نرى أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي ليست كلها ذات طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد ولا بد أن يكون لها تشريع خاص بها.

وقد انتقد هذا الرأي على اعتبار أن التشريعات التي تحكم هذه العقود هي عقود التزام المرفق العام مثل قانون المصري رقم 3 لسنة 1997 في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، فالمشرع هو الذي أطلق هذه التسمية على هذه العقود، والقول بأن عقود البوت تخضع لتشريعات خاصة بها . هذا لا يمنع من خضوعها لتلك القوانين الخاصة بالتزام المرفق العام في الحالات التي لم يرد بشأنها نص ينظمها<sup>(52)</sup>.

وفي الأخير نقول بأن عقود البوت تعتبر تطورا سريعا لعقود التزام المرفق العام، وذلك التطور الذي أفرز لنا هذا العقد بهذه التسمية، فلا يمكن القول بمدنية عقود البوت، ولا أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة لأن أصل هذا العقد وجذوره التاريخية تعود إلى عقود الامتياز، على الرغم من التطورات التي يحتويها هذا العقد، وعلى الرغم من توافر بعض الشروط الجديدة على عقد التزام المرفق العام، إلا أنه عقد إداري لاتصاله بالمرفق العام. والإنشاء والتشغيل في المرفق يعد شرطا استثنائيا. وأن الأشغال العامة في إنشاء المرفق وصيانته لا تضي على العقد صفة عقود الأشغال العامة؛ لأن عقود الأشغال العامة لا تحتوي على المدد الزمنية فهي تنتهي بانتهاء بناء المشروع.

## خاتمة -

وفي الختام وعند دراستنا لنظام البوت bot نستنتج أن :

\_ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد بواسطته تقوم الدولة بمنح امتياز لأحد اشخاص القطاع الخاص للقيام ببناء وتشغيل وملكية المرفق لمدة زمنية محددة، وبعد انتهاء المدة المحددة في العقد تعاد ملكية المرفق للدولة.

\_ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد إداري؛ وذلك لارتباطه بالمرفق العام، فهو أحد أنواع العقود الحديثة من عقود امتياز المرفق العام. إضافة إلى أنه عقد ذو طابع دولي على الرغم من الاختلاف الفقهي الحاصل حول طبيعته هل هو عقد مدني أم ذو طبيعة خاصة .

\_ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو نوع من أنواع مشاركة القطاع الخاص للقطاع العام.

\_ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الحديثة حيث اتجهت له الدولة؛ وذلك تلبية لحاجات المواطنين للمرافق العامة .

\_ الدولة في نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية تستفيد كثيرا من المنافع، منها تخفيف العبء المالي على كاهلها؛ لأن القطاع الخاص هو الذي يتحمل التمويل.

## الهوامش:

1\_ أبو بكر أحمد عثمان، عقد البوت ومتطلبات تطبيقه في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، لمجلد 10، العدد 38، العراق، 2008، ص. 353

2\_ فيصل شنتاوي، النظام القانوني لعقد bot وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 1، عمان، 2014، ص. 291

3\_ عصام احمد البهجي، عقود البوت :الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008، ص. 29

4\_ الياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحلبي، ط2، لبنان، 2011، ص. 93

5\_ فيصل شنتاوي، مرجع سابق، ص. 291

6\_ Margan bashiri, analysical compaison between bot , boot and ppp 6 projets delevay systems, international projet management conference ,www pdf factory.com ,10/09/2015 ,h10:00;P2.

7\_ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص. 113، 114.

- 8\_ التخصيص بنظام البناء والتشغيل والتحويل على الموقع الإلكتروني للغرفة الصناعية والتجارية بالكويت:  
www.kuwaitchamber.org.kw ;d29/08/2015 .
- 9\_ وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيةbot، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة، ط1، عمان، ص31.
- 10\_ غربي عزوز، الحوكمة المائية في الجزائر، البحث عن دور للقطاع الخاص، الملتقى الدولي حول الأمن المائي: تشريعات الحماية وسياسات الإدارة، يوم 14 و15 ديسمبر 2014، جامعة قلمة، ص12.
- 11\_ حصايم سميرة، عقد البوتbot اطار لاستقبال القطاع الخاص، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 12\_08\_2011، ص11.
- 12\_ Nguxen dinhai ;mode de financement de projets contrat de construction \_opération \_transfer de technologies( bot );revve international de droit compare ;presse ;vol 49 ;n4octobre ;decembre1997 ;p883 .
- 13\_ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص32.
- 14\_ Aissa hireche ;le partenariat public prive ;le gard sur l'expérience de l'arab saoudite ;business ,management review vol 3 ,n1,janvier \_mars 2013,p34 .
- 15\_ ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاءات الدولية وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص17.
- 16- ماهر محمد حامد، مرجع نفسه، ص17.
- 17\_ عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت bot في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص17.
- 18\_ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص32\_33.
- 19\_ وضاح محمود الحمود، نفس المرجع، ص34.
- 20\_ ماهر محمد، حامد، مرجع سابق، ص28.
- 21\_ طلال دهراب الكعبي، مشروعات ال botنظام البناء والتشغيل والتحويل، مجلس الأمة :قطاع البحوث والمعلومات، مارس 2010، ص3.
- 22\_ عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد الأول، 2010، ص170.
- 23\_ وزارة المالية، إدارة نظم الشراء، ص3، على الموقع bot\_ فهد الاستاذ، نسبية العصفور، ملخص  
www.mof.gov.kw /mof desissions /mof publish/pdf std الإلكتروني:

\_05\_dept sys.5  
pdf ,d01 /10/2015,H :15 :03

- 24\_ ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 27.
- 25\_ ماهر محمد حامد، نفس المرجع، ص 27.
- 26\_ ابو بكر أحمد عثمان، مرجع سابق، ص 356.
- 27\_ ابوبكر احمد عثمان، مرجع سابق، ص 356.
- 28\_ فيصل شنتاوي، مرجع سابق، ص 292.
- 29\_ عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 171.
- 30\_ عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، مرجع سابق، ص 172.
- 31\_ وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود bot ومايماثلها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 34.
- 32\_ وائل محمد السيد، نفس المرجع، ص 32.
- 33\_ وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص 38.
- 34\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت، b.o.، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 58.
- 35\_ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت bot، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 384.
- 36\_ نمديلي رحيمة، ماهية عقود البوت bot بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية وخصوصتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 2، 2010، ص 102.
- 37\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، مرجع سابق، ص 59\_60\_61.
- 38\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 63.
- 39\_ عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 102.
- 40\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.، مرجع سابق، ص 64.
- 41\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.، مرجع سابق، ص 66.
- 42\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت، b.o.، مرجع سابق، ص 65.
- 43\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، نفس المرجع، ص 65.
- 44\_ وائل محمد السيد اسماعيل، مرجع سابق، ص 38.
- 45\_ وائل محمد السيد اسماعيل، نفس المرجع، ص 38.
- 46\_ نمديلي رحيمة، مرجع سابق، ص 129.
- 47\_ عصام احمد البهجي، مرجع سابق، ص 95.
- 48\_ نمديلي رحيمة، مرجع سابق، ص 130.

- 49\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.t، مرجع سابق، ص 82\_83.
- 50\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.t، نفس المرجع، ص 83.
- 51\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.t، مرجع سابق، ص 83.

#### قائمة المراجع:

#### الكتب:

- 1\_ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت bot، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 384.
- 2\_ الياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت في القانون المقارن، منشورات الحلبي، ط2، لبنان، 2011.
- 3\_ عصام احمد البهجي، عقود البوت :الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، 2008.
- 4\_ عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت bot في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 5\_ وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية bot، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، دار الثقافة، ط1، عمان
- 6- وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود bot و مايمثلها دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
- 7\_ ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاءات الدولية وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 8\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت b.o.t، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 9\_ حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود البوت b.o.t، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.

#### المجلات :

- 1\_ أبو بكر احمد عثمان، عقد البوت ومتطلبات تطبيقه في العراق، مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد 10، العدد 38، العراق، 2008.
- 2\_ عارف صالح مخلف، علاء حسين علي، عقد البوت دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد الأول، 2010.
- 3\_ فيصل شنطاوي، النظام القانوني لعقد bot وتسوية المنازعات الناشئة عنه في ظل التشريع الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 1، عمان، 2014.

4\_ نمديلي رحيمة ،ماهية عقد البوت botبين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الاقتصادية وخصوصتها، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة عبد الرحمان ميرة \_بجاية \_ عدد02، 2010،بجاية :2008

#### المؤتمرات والملتقيات:

1\_ غربي عزوز ،الحوكمة المائية في الجزائر،البحث عن دور للقطاع الخاص ،الملتقى الدولي حول الأمن المائي: تشريعات الحماية وسياسات الإدارة ،يوم 14و15ديسمبر 2014،جامعة قلمة

#### المذكرات :

1\_ حصايم سميرة ،عقد البوت botاطار لاستقبال القطاع الخاص، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون العام فرع التعاون الدولي ،جامعة مولود معمري، تيزي وزو،12\_08\_2011

#### المقالات:

1\_ التخصيص بنظام البناء والتشغيل والتحويل على الموقع الإلكتروني للغرفة الصناعية والتجارية بالكويت:www kuwaitchamber.org.kw

2\_ طلال دهراب الكعبي، مشروعات ال botنظام البناء والتشغيل والتحويل، مجلس الأمة :قطاع البحوث والمعلومات ،مارس 2010،ص.3.

3\_ فهد الاستاذ ،نسبية العصفور، ملخص bot :وزارة المالية ،إدارة نظم الشراء ،ص3،على الموقع الإلكتروني:

www.mof.gov.kw /mof desissions /mof publish/pdf std \_05\_ dept sys.

#### القوانين:

1\_ قانون المياه رقم05\_12 المؤرخ في :4سبتمبر 2005، الجريدة رسمية الجزائريةعدد60.

#### المراجع باللغة الفرنسية:

Margan bashiri ,analsical compaison between bot , boot and ppp projets delevay systems1\_ international projet management conference,www pdf factory.com

2\_ Nguxen dinhai ;mode de financement de projets contrat de construction \_opération \_transfer de technologies( bot) , revve international de droit compare ,presse ;vol 9 ,n4octobre ,decembre1997

3-Aissa hireche ,le partenariat public prive ,le gard sur l'expérience de l'arab saoudite ,business ;management review vol 3 ,n1,janvier \_mars 2013