

عقد (B.O.O.T) ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات المالية

وليد مرزة حمزة المخزومي⁽¹⁾

جامعة بغداد

ماهر فيصل صالح⁽²⁾

جامعة الانبار

الملخص:

يملك هذا العقد اليوم في النظام القانوني للعقود مكانة كبيرة تتبع من أهميته العملية في معالجة إشكالات إنشاء وإدارة واستغلال مرافق البنية الأساسية، وتتمثل أهمية هذا العقد في كونه يساهم في تطوير المرافق العامة الضرورية للدولة، بوصفه من الخيارات المهمة لها لحل المشاكل الناجمة عن تشييد وإدارة المرافق العامة الأساسية فيها، طبقاً للتعاقد بموجب الأساليب التعاقدية التقليدية، وذلك لما له من قدرة على توفير الإمكانيات المالية الضخمة والتكنولوجيا العالية، لاسيما تلك التي تحتكرها الشركات الأجنبية المتخصصة، الأمر الذي دفع غالبية بلدان العالم وخاصة النامية منها إلى تبني هذا النوع من أساليب التعاقد، والسماح للقطاع الخاص بالدخول كشريك مهم في تنفيذ المشاريع الكبيرة فيها لتحريك عجلة التنمية الاقتصادية فيها.

تهدف هذه الدراسة البحثية الى تحديد ماهيته وذاتيته المميزة له عن غيره من العقود، وإبراز الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود، لما لها من أهمية في تحديد طبيعة الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، والقانون الذي يحكمه، والنظام القضائي الذي تخضع له المنازعات الناشئة عنه.

الكلمات المفتاحية:

عقد البوت، الأزمات المالية، العراق، تفويض المرفق العام.

تاريخ إرسال المقال: 2017/05/09، تاريخ قبول المقال: 2018/03/06، تاريخ نشر المقال: 2018/07/31

لتهميش المقال: وليد مرزة حمزة المخزومي، ماهر فيصل صالح، "عقد (B.O.O.T) ودوره في إنشاء مرافق البنية التحتية وتسييرها في العراق في ظل الأزمات المالية"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 17، العدد 01، 2018، ص ص. 567-597.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

http://univ-bejaia.dz/Fac_Droit_Sciences_Politiques/revues-de-la-faculte

المقال متوفر على الروابط التالية:

(1) أستاذ مساعد، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق.

(2) أستاذ مساعد، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الانبار، العراق.

المؤلف المراسل: saddam_kokez@yahoo.com

Contract (B.O.T.) And its role in the establishment and operation of infrastructure facilities in Iraq in the midst of financial crises

Abstract:

The study aims to highlight the legal nature of this type of contract from contracts because of their importance in determining the nature of the rights and obligations arising out of it, and the law governing it, the judicial system, which is subject to him emerging about conflicts, where there arises no problem when it entered into the contract between the parties subject to one branch branches of the law, but often that contract (BOOT) concluded between the state on the one hand and investors from the domestic private or foreign sector on the other hand, is the importance of this contract being contributes to the development of the necessary public facilities of the state as one of the important choices have to solve the problems caused by the construction and management of the public utilities, according to contract under the traditional contractual methods, and because of its ability to provide the financial means huge and high technology, especially those that monopolized by foreign companies specialized, which prompted the majority of the countries of the world, especially the developing ones to adopt this type of contract and allow the sector methods Special Login as an important partner in the implementation of large where to move the wheel of economic development projects.

Keywords:

B.O.T contract, financial crises, Iraq, public service delegation.

Contrat (B.O.T.) et son rôle dans l'établissement et le fonctionnement des infrastructures de base en Irak pendant les crises financières

Résumé:

L'étude vise à mettre en évidence la nature juridique de ce type de contrat pour déterminer la nature des droits et obligations qui en découlent, et la loi qui le régit, le système judiciaire qui lui est appliqué. Ce type de contrat concourt au développement des services publics, c'est ce qui a incité la plupart des pays, en développement notamment, de recourir aux délégations de services publics avec la technique du contrat de B.O.T et de permettre au secteur privé de donner un élan au développement de ces services. C'est le cas en l'Iraq qui souffre de plusieurs problèmes de gestions des services publics.

Mots clés :

Contrat B.O.T, crises financières, Iraq, délégation de service public

مقدمة

يعدّ عقد الـ B.O.O.T واحداً من أهم صور العقود الإدارية المستحدثة التي أخذت بها الإدارة أداة للقيام بالمهام الموكولة إليها، كما تعدّ بالمثل أحد الوسائل الملائمة لتمويل مشروعات البنية الأساسية بعيداً عن ميزانية الدولة وما تعنيه من عجز الوفاء بمتطلبات مواطنيها من الخدمات، حيث يتحمل المستثمر والذي يأخذ عادة شكل شركة أو كونسورتيوم دولي أو محلي الأعباء المالية لإقامة هذه المشروعات، مقابل العوائد المحصلة نتيجة للتشغيل، وهذا يعني تخفيف الأعباء التمويلية ومخاطرها عن الدولة. ولا شك أنّ هذا النظام يساعد الدول التي تعاني من ضعف الاستثمارات إقامة المشروعات التي تحتاج لأموال طائلة لا تتوافر لديها، وعن طريقه فرض القطاع الخاص وجوده في بعض المشاريع التي كانت سابقاً حكراً طبيعياً للدولة، وكان ذلك نتيجة طبيعية لعجز الكثير من الحكومات وخاصة حكومات الدول النامية عن تمويل تلك المشروعات، ولأنّ إدارتها وتشغيلها يتطلب مبالغ كبيرة وتكنولوجيا متقدمة تفتقر لها تلك الدول، فظهرت عقود (B.O.O.T) لتكون أحد أساليب تحقيق التنمية الاقتصادية التي تسمح بمشاركة القطاع الخاص في إنشاء المرافق العامة الضرورية، والتي تضمن للإدارة عدم التخلي عن أصول مشاريعها كما هو الحال في الخصخصة التي تتبعها عديد من الدول كوسيلة لإنشاء وتشغيل وإدارة المرافق العامة⁽¹⁾.

يعاني العراق في مجال مرافق خدمات البنية التحتية من مشكلات كبيرة، لعل أهمها نقص السيولة النقدية اللازمة لتنفيذ وإنشاء وإدارة تلك المرافق لأسباب عديدة أهمها انخفاض أسعار النفط، الذي يعدّ المصدر الأساس لتمويل مشاريع التنمية في العراق والنفقات الباهضة التي تتحملها الدول في حربها المقدسة ضد الإرهاب، وأثار الفساد المالي التي أثرت كثيراً على قدرة الدولة على تلبية متطلبات مواطنيها من الخدمات، لذلك فإنّه يصبح من المنطق دعوته أي العراق إلى تبني نوع من العقود الجديدة التي ترفع عن كاهل الدولة مهمة تمويل إنشاء مرافقها العامة، فضلاً عما توفره من فرص العمل ونقل التكنولوجيا المتقدمة وجودة الخدمات الناشئة عنها .

المبحث الأول: ماهية عقد (B.O.O.T)

يشكل هذا النوع من العقود مركز اهتمام أغلب الدول وخاصة النامية منها، لأنّه يؤدي إلى جذب رؤوس الأموال الخاصة التي تساهم في تمويل المشاريع المقترحة من قبلها، ولأهمية هذا العقد سيتم تناوله في مطلبين، المطلب الأول سيتم تخصيصه لبيان معنى عقد (B.O.O.T)، أما المطلب الثاني سيتناول فيه الباحث التكيف القانوني لهذا النوع من العقود وكالاتي :-

(1) د. الياس ناصيف، العقود الدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، 2011، ص88.

المطلب الأول: معنى عقد (B.O.O.T) وتمييزه مما يشته به من أوضاع قانونية
إنَّ تحديد معنى واضح ومحدد لعقد (B.O.O.T)، يتطلب منا التطرق إلى تعريفه بحسب الاتجاهات المختلفة في هذا المفهوم، وإذا ما عرّفنا العقد فإنَّ الضرورة تتطلب منا الوقوف عند تميزه عن غيره من العقود التي تشته به، وهذا ما سنتناوله في فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف هذا العقد، وفي الفرع الثاني سنتناول تمييزه مما يشته به من أوضاع قانونية أخرى، وعلى النحو الآتي:-

الفرع الأول: تعريف بعقد (B.O.O.T)

إنَّ عقد (B.O.O.T) يُعدُّ من العقود المستحدثة التي أفرزتها التطورات الاقتصادية الحديثة والتوجه نحو تقليل الاعتماد على موازنة الدولة في تمويل الحاجات العامة، فهو عقد أوجدته الحاجة العملية، لذلك لم نجد الكثير من التشريعات التي قد تطرقت إلى تعريفه⁽¹⁾، وأنَّ تعريفه قد ورد في كتابات الفقهاء والمنظمات الدولية التي تعنى بعمليات الإصلاح الاقتصادي والخصخصة وتطوير القطاع الخاص وعلى النحو الآتي:

الطائفة الأولى: التعريف الفقهي لعقد (B.O.O.T).

عرف فقهاء القانون عقد (B.O.O.T) تعريفات متعددة وبصيغات مختلفة، إلا أنَّ أغلب هذه التعريفات ذات مضمون واحد مشترك من حيث العناصر المكونة لها، وعلى النحو الآتي:-

التعريف الأول - عرّف البعض⁽²⁾ عقد (B.O.O.T) بالقول أنَّ " نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل يمكن تعريفه على أنه تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصاً له طول مدة الترخيص، ويلزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه ".

التعريف الثاني- وعرّفه البعض الآخر بأنه " هو العقد الذي تبرمه الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها مع إحدى الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية وذلك لإنشاء مرفق عام أو تحديثه أو تجديده، ومن ثم إدارته أو

(1) اتجهت طائفة من المشرعين في الدول التي تبنت هذا النوع من العقود إلى تضمين تشريعاتها نصوصاً تناولت هذا العقد بالتعريف وقد أحصينا منهم 3، المشرع الفلبيني في قانون B.O.T ذي الرقم 7718 لسنة 1993، والمشرع التركي في قانون 3996 لسنة 1994، والمشرع الصيني في القانون الصادر سنة 1996.

(2) د.هاني صلاح سرى الدين، "الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتشغيل والتحويل في مصر"، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد 69، 1999، ص 4.

تملكه لمدة من الزمن تتناسب مع ما أنفقته بالإضافة إلى تحقيق ربح معقول على إن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلى الدولة أو الجهة التابعة⁽¹⁾.

التعريف الثالث- كما عُرّف عقد (B.O.O.T) بأنه ((صورة جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية تستهدف القيام بمشاريع ضخمة، مدة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو إلى إدارتها العامة أو مؤسساتها العامة، بعد انقضاء المدة المتفق عليها))⁽²⁾.

التعريف الرابع- وعُرّف بأنه (نمط من أنماط التعاقد الحديثة أو مجموعة من الأحكام التعاقدية، التي تلجأ إليها الإدارة، من أجل تنفيذ أشغال عامة، وإدارة مرافق عامة، وتحويلها من قبل متمولي القطاع الخاص (Lenders) الذين يشكلون فيما بينهم (اتحاداً مالياً) لإنشائها وتشغيلها واستثمارها لمدة زمنية معينة، مقابل استثمارها والانتفاع منها خلال تلك الفترة، وليس بسعر يحدد في العقد، ومن ثم إعادة كامل ملكيتها إلى الإدارة المتعاقدة، بعد انتهائها". وهو أقرب ما يكون إلى امتياز "الأشغال العامة" بصيغة حديثة ذات ارتباط وثيق بامتياز المرفق العام، والذي عرّفه العلامة "أندريه دي لوبادير" بأنه: "شكل من أشكال تنفيذ الأشغال العامة، تقوم بموجبه الإدارة بإلقاء عبء التنفيذ على شخص ما (فرد أو شركة)، ليس مقابل سعر يحدد في العقد وإنما لقاء استخدام المنشأ العام والانتفاع به)⁽³⁾.

التعريف الخامس- عُرّف العقد بأنه (نظام تعاقد يكون طرفه الأول الحكومة وطرفه الثاني القطاع الخاص الذي يقوم ببناء المشروع ويقوم باستغلاله لفترة محدودة يكون خلالها هو نفسه المالك، ويأخذ كل عائدات المشروع خلال تلك الفترة وفي النهاية ينقل ملكية المشروع وحيازته للطرف الأول (الحكومة)⁽⁴⁾.

التعريف السادس : وقيل أيضاً في تعريفه بأنه " اتفاق لبناء مشروع كبير إلى السلطة العامة عادة ما يكون هذا الإنشاء البنية التحتية وغالباً ما يتضمن امتيازاً، والمتعهد يوافق على بناء المشروع وتشغيله ونقل ملكيته إلى السلطة على النحو المتفق عليه"⁽⁵⁾.

(1) د.وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي يثيرها عقد (B.O.T) وكيفية حل المنازعات الناشئة عنها، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 16.

(2) د.إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت في القانون المقارن، مصدر سابق، ص 81.

(3) القاضي الدكتور محمد وليد منصور، عقود الدولة : التعريف بعقود الB.O.T وطبيعتها القانونية وأهم مجالاتها، نقلا عن

<http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(4) محمد محمود عبد الله يوسف، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الB.O.T مع التعرض لتجارب عربية

<http://www.adelamer.com/vb/showthread.php>

(5) Christine Rossini, English as a legal language, 2 edition, published by Kluwer law international:

London, 1998 , p . p 12 . 13.

الطائفة الثانية: تعريف المنظمات الدولية لعقد (B.O.O.T).

وهي طائفة تتضمن أهم التعريفات الصادرة عن أهم المنظمات الدولية المعنية بمثل هذا العقد وعلى وفق البيان الآتي :

التعريف الأول: عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (UNCITRAL)⁽¹⁾ عام 2001 التي أصدرت دليلاً خاصاً بمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بأنه " المشروع الذي تختار فيه السلطة المتعاقدة صاحب امتياز لتمويل وتشييد مرفق أو نظام للبنية التحتية، وتعطي هذا الكيان حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لمدة معينة، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة "⁽²⁾ .

التعريف الثاني: أما لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) فقد عرّفته بأكثر من صيغة، إلا أنّ التعريف المعتمد لديها في الوقت الحاضر هو ذلك الذي يُعرف العقد بأنه (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمدة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً على أن تعود ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية الامتياز)⁽³⁾.

التعريف الثالث: كما عرّفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) بأنه (اتفاق تعاقد يؤول بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق في مدة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط أن لا تزيد عما هو مقدم في العطاء، وما هو منصوص عليه في طلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة فضلاً عن حصولها على عائد مناسب عن الاستثمار، وفي نهاية المدة المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة أو شخصية خاصة جديدة، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة)⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ UNCITRAL) اختصاراً لـ. United, Nations, Commission, on International , Trade, Law.

⁽²⁾ See : Uncitral, legislative guide on privately financed instrasture project, prepared by the united nations, commission on international tread law, united nations, New York, 2000, p. 4. "Build operate- transfer (BOT). An infrastructure project is to be a BOT project when the contracting authority selects a concessionaire to finance and construct an infrastructure facility or system and gives the entity the right to operate it commercially for a certain period, at the end of which the facility is transferred to the contracting authority".

⁽³⁾ د. جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت، القاهرة، بلا دار نشر، 2000، ص 10.

⁽⁴⁾ دليل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO، 1995، ص 288- الموقع الرسمي للمنظمة على شبكة

الانترنت <http://www.unido.org> .

هذا ولنا على ما سلف من تعريفات جملة ملاحظات لعل أهمها:

الملاحظة الأولى: أنها جاءت على سبيل بيان هذا مفهوم العقد لا تعريفه باعتبار أنّ التعريف لا يكون تعريفاً إلا إذا بيّن جوهر الشيء وحده بجميع صورته، ومنع إدخال غيرها فيه أي يستوجب الأمر أن يكون جامعاً مانعاً على حد قول المناطقة من أهل المنطق.

الملاحظة الثانية: الإسهاب في ترديد العبارات والاستطراد والتزديد في ذكر أصول العقد ودقائقه وما هو داخل في ماهيته وما هو خارج عنها، وهو حال الأغلب الأعم من تلك التعريفات، وهو أمر يخرجها عن حدّ التعريف إلى حدّ الشرح، إذ من مقتضى صحة التعريف إتصاف عبارته بالإيجاز والتحديد.

الملاحظة الثالثة: نهجت سائر التعريفات ناحية قصر إبرام هذا العقد على الإدارة وحدها مع القطاع الخاص لإنشاء وتمويل المرافق العامة فحسب، وهو وإن كان أمراً صحيحاً باعتبار نشأة هذا العقد في كنف مرافق الإدارة العامة ابتداءً إلا أنه غير صحيح اليوم، لأنّ هذا العقد أصبح أنموذجاً قياسياً يلجأ له القطاع الخاص بعضه مع بعضه الآخر في إنشاء وتمويل مرافقه الخاصة، مثلما تلجأ الإدارة إليه مع القطاع الخاص.

الملاحظة الرابعة: ذهب التعريف الأول إلى وصف العقد بما لا يصح وصفه به، إذ عدّ العقد منحة من الدولة للمتعاقد معها، والمنحة مثل الهبة التي تكون من دون مقابل وهو ما لا يصدق على هذا العقد لأنّه من عقود المعاوضات قطعاً وليس من عقود التبرعات.

الملاحظة الخامسة: عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) العقد بأنّه (شكل من أشكال التمويل....) وهو أمر لا يصح لأنّه من قبيل تعريف الشيء بنتائجه لا بجوهره باعتبار أنّ النتائج المترتبة عليه إنّما تخرج عن ماهيته قطعاً وهو حال تعريف.

الملاحظة السادسة: ذهب التعريف الثاني والثالث والرابع والخامس من التعريفات السالفة الذكر في الطائفة الأولى إلى تعريف عقد B.O.O.T بأنه عقد أو نمط أو صورة أو نظام تعاقد.... وهو من قبيل تعريف الشيء بنفسه وهو ما لا يصح وهو .

والتعريف الذي نعتقد صحته هو أنّه اتفاق تعهد به الإدارة لشخص خاص معيّن أمر إنشاء مرفق عام على حسابه الخاص، نظير تملكه والانتفاع به مدة يعود بانقضائها إلى ملكها.

الفرع الثاني: تمييز عقد (B.O.O.T) مما يشته به من عقود

إنّ تحديد الالتزامات القانونية الناشئة عن العقد يتطلب تحديد نوع العقد وتمييزه من غيره من العقود الأخرى، فقد يختلط هذا العقد بغيره من العقود، عليه سنحاول التمييز بين العقد موضوع البحث وأهم العقود التي تلتبس به.

أولاً: عقد (B.O.O.T) وعقد التزام المرفق العام

ينصرف عقد التزام المرافق العامة، إلى العقد الذي يتولى بمقتضاه الملتزم، فرداً كان أو شركة، وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة من الزمن، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين وفقاً للنتائج المالية للاستغلال، مع خضوعه للقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز⁽¹⁾.

يتوافق عقد (B.O.O.T) مع عقد الالتزام في إسناد مسألة إدارة المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص، ليتحمل بذلك الملتزم عبء ومخاطر التشغيل طوال مدة العقد المحددة، كما أنّ الملكية تظل للجهة الإدارية في كلا العقدين، مع وجود وعد ملزم للمستثمر بنقل الملكية في عقد (B.O.T) عند نهاية المدة المتفق عليها، بالأخص في العقود بصيغة (B.O.O.T) التي يرى فيها البعض أنّ الملكية تظل خالصة للقطاع الخاص طوال الفترة التعاقدية⁽²⁾.

كما تتفق الطائفتان من العقود في ارتباط المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد بنتائج الاستغلال، لتأخذ فكرة المخاطر المرتبطة بالتشغيل معناها الواسع، إذ يحصل المتعاقد على حقوقه المالية من المنتفعين بالخدمة، مما يربط نتائج الاستغلال بمستخدمي المرفق نتيجة العلاقة المباشرة التي تربط المتعاقد بالجمهور، فقد نصت المادة 3 فقرة 5 ج، من عقد (B.O.O.T) المبرم بين الهيئة العامة للطيران المدني المصرية مع شركة استثمارية على أنّه ((يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والإشغال والاستغلال، وقيمة استهلاك المياه والكهرباء))⁽³⁾.

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 38.

(2) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 2004، ص 172.

(3) د. عصام احمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، ط1، دار الفكر الجامعي، 2014، ص 315 وما بعدها.

إلا أنّ هذا الأمر لا يمنع من أنّ شركة المشروع يمكن أن تتقاضى حقوقها المالية من جهة الإدارة في عقد (B.O.O.T)، إذ نصت بعض العقود أو القوانين على التزام الدولة بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع، بالأخص في المجالات الحيوية، مثل شراء منتج الشركات التي تقوم بانجاز محطات الكهرباء أو المياه، على أن تقوم هي بعد ذلك ببيعه للجمهور⁽¹⁾.

ورغم اتفاق غالبية الفقه أنّ عقود (B.O.O.T) تجد أساسها في عقود الامتياز التي ظهرت في فرنسا، كما أنّ الفقه الفرنسي يعتبرها من عقود تفويض المرفق العام التي تطورت مع التطورات التي عرفها القانون الإداري الفرنسي، فإنّه مع ذلك يختلف عقد (B.O.O.T) مع عقد التزام المرفق العام في نقاط جوهرية منها:-

- أنّ عقود التزام المرافق العامة هي عقود إدارة، أما عقد (B.O.O.T) فهي عقود تمويل مقترنة بالإدارة كأثر لهذا التمويل، وعلى ذلك فإنّ تدخل الدولة بصفتها سلطة عامة في تعديل عقد الالتزام يكون أمراً وارداً، دون أن يكلفها ذلك نفقات باهظة، أما في عقد (B.O.O.T)، فإنّ العبء المالي الذي تتحمله شركة المشروع يغلّ يد الدولة في التدخل لتعديل الالتزامات المتفق عليها، لأنّ ذلك قد يكلفها مبالغ تفوق ما تكبده المستثمر من نفقات⁽²⁾.

- كذلك تختلف عقد (B.O.O.T) عن عقود الالتزام في مسألة تحمل المخاطر، فتمويل مشاريع البوت يتم عن طريق مؤسسات التمويل دون حق الرجوع - أو بحق رجوع محدود -، لا على شركة المشروع ولا على السلطة المتعاقدة، لأنّ عائدات المشروع هي الضمان، كما أنّ المخاطر عادة موزعة بين الأطراف المشاركة في المشروع من مقاولين ومشغلين وموردين، على عكس الحاصل في عقود الالتزام أي تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على عاتق الملتزم⁽³⁾.

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من اختلافات بين عقد (B.O.O.T) وعقود الالتزام، فإنّ الرسوم التي يتقاضاها الملتزم مباشرة من جمهور المنتفعين لتغطية نفقات التشغيل تكون عادة رمزية إذا ما قورنت بتلك التي تتقاضاها شركة المشروع، حتى تغطي بذلك نفقات البناء والتشييد وتكاليف التشغيل بالإضافة إلى الأرباح المعتبرة التي تتحصل عليها⁽⁴⁾.

(1) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص 174. - مثال ذلك : ما نصت عليه المادة 3 بند 2/3 من اتفاقية منح التزام إنشاء

وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كيرير البخارية المصرية، لتوليد الكهرباء بنظام B.O.O.T لشركة انترجن لتوليد الكهرباء على أنه : (يوافق الطرفان على أنه لا يجوز للشركة طوال مدة الاتفاقية بيع أو توليد الطاقة الكهربائية الناتجة من المجمع لأي جهة أخرى غير الهيئة، دون موافقة كتابية مسبقة من الهيئة) انظر في ذلك، عصام احمد البهجي، ص 322.

(2) د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وتسيير مرافق البنية التحتية (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة الى كلية القانون - جامعة الموصل، 2012، ص 289 .

(3) حصايم سميرة، عقود B.O.T إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 47 .

(4) حصايم سميرة، المصدر نفسه، ص 47 .

ثانياً: عقد (B.O.O.T) وعقد الخصخصة

يُعدّ عقد الخصخصة عقداً إدارياً تبرمه الإدارة كطرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثان. وبمقتضى هذا العقد يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً. ومن آثار هذا العقد اعتبار الطرف الثاني مساهماً في رأس المال وشريكاً في إدارة الشركة بنسبة ما يملكه، أما في حالة نقل ملكية المشروع كلياً إلى الطرف الثاني، فتنتقطع صلة الإدارة نهائياً بالمشروع⁽¹⁾. ويتشابه العقدين في ما يأتي :-

- موضوع كلا العقدين أموالاً عامة تملكها الدولة.

- يجري تمليك الأموال العامة للقطاع الخاص في كلا العقدين.

- إلا أنّ العقدين يختلفان في المواضيع الآتية :-

- ينصب عقد (B.O.O.T) على تسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتعلق بإنشائه وتشغيله، بالإضافة إلى الحق في الرقابة والإشراف على المشروع حتى إعادة ملكيته إليها في نهاية المدة المحددة في العقد. أما في عقد الخصخصة فقد تنتقل ملكية المشروع نهائياً إلى القطاع الخاص وتنتقطع صلة الدولة به، ولا يحق لها بعدئذ مراقبته والإشراف عليه⁽²⁾.

- في عقد (B.O.O.T) لا بد من استعادة الدولة لملكية المشروع عند انتهاء مدة العقد، في حين في عقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع إلى القطاع الخاص وتنتقطع علاقة الدولة به.

ثالثاً: عقد (B.O.O.T) وعقد الأشغال العامة

يمكن تعريف عقد الأشغال العامة بأنه (اتفاق بين الإدارة وشخص طبيعي أو معنوي بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقار لحساب الإدارة وبقصد تحقيق المصلحة العامة في نظير مقابل يحدده العقد)⁽³⁾. ويرى البعض⁽⁴⁾، أنّ عقد B.O.O.T هو عقد أشغال عامة، وقد استندوا في ذلك إلى التشابه بين العقدين في النقاط الآتية :-

(1) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص 130.

(2) د. الياس ناصيف، المصدر نفسه، ص 131.

(3) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مصدر سابق، ص 57.

(4) ينظر في ذلك : د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المصدر نفسه، ص 26. د. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص 61، د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد العمل، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1979، ص 32.

- أن الإدارة طرف في كلا العقدين.
 - أن الغاية في كلا العقدين هي واحدة ألا وهي تحقيق المصلحة العامة.
 - أن العقدين كلاهما يرد على عقار.
- لكن التشابه المذكور أعلاه لا يلغي من الفوارق الأساسية ما بين العقدين، والتي لا يمكن معها القول بأن عقد (B.O.O.T) من عقود الأشغال العامة. ويمكن إيجاز هذه الفوارق بالآتي :-
- التزام المتعاقد في عقد الأشغال العامة يقتصر على إنشاء المشروع دون حقه في الإدارة أو التملك أو تقديم الخدمة.
 - المدة اللازمة لإنجاز الإنشاءات هي المدة في عقد الأشغال العامة، أما في عقد (B.O.O.T) فإنها تتحدد في ضوء ما يتوقعه المتعاقدان .
 - يتقاضى المتعاقد في عقد الأشغال العامة حقه من الدولة عند نهاية الالتزام، بينما يحصل المتعاقد في عقد (B.O.O.T) على ما أنفقه وما يتأمله من أرباح من المنتفعين مباشرة، أو من الدولة في بعض الأحيان.
 - التزامات الأطراف في عقود الأشغال العامة تكون محددة غالباً لحظة التوقيع على العقد، سواء من حيث الأسعار أو المقابل المالي، وكذلك من حيث محل العقد، ما عدا بعض أنواع العقود التي ترد على التزامات ذات الطبيعة المركبة. في حين يصعب تحديد التزامات المتعاقد بدقة في عقود (B.O.O.T) الطويلة المدة، التي تتأثر بالمعطيات الاقتصادية والمالية والفنية من جهة، وارتباط حقوق المتعاقد المالية بنتائج الاستغلال من جهة أخرى⁽¹⁾.

المطلب الثاني: التكييف القانوني لعقد الإنشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

لقد اختلف فقهاء القانون اختلافاً كبيراً حول الطبيعة القانونية لعقود (B.O.O.T) فهناك اتجاه فقهي يرى بأن عقد (B.O.O.T) هو عقد خاص ومن ثم يخضع للقانون الخاص، وهناك من يرى بأن عقد (B.O.O.T) هو عقد إداري ومن ثم يخضع للقانون العام، وإلى جانب هذين الرأيين ظهر اتجاه ثالث سلك مسلكاً وسطاً بينهما وعدّ طبيعة هذا العقد تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها، إضافة إلى رأي يقول بأن عقد (B.O.O.T) هو نظام اقتصادي وليس عقداً .

(1) د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 75.

وستتناول الطبيعة القانونية لعقد (B.O.O.T) في أربع مطالب نتناول في الأول الرأي القائل بأن عقد (B.O.O.T) هو من عقود القانون الخاص، وفي الثاني نتناول الرأي القائل بأن عقد (B.O.O.T) هو عقد من عقود القانون العام، وفي الثالث نتطرق إلى الرأي القائل بأن طبيعة عقد (B.O.O.T) تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها. وفي الرابع نتناول الرأي القائل بأن طبيعة (B.O.O.T) هو نظام اقتصادي وليس عقداً.

الفرع الأول: عقد (B.O.O.T) من عقود القانون الخاص

يرى جانب من الفقه⁽¹⁾، أن عقد (B.O.O.T) من عقود الإدارة العادية، ومن ثم فهي تخضع لقواعد القانون الخاص، وقد استند في تبرير موقفه ببعض الحجج، ومن أهمها :

1 - عقد (B.O.O.T) يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽²⁾ تلك القاعدة التي تفترض المساواة بين الطرفين في الحقوق والالتزامات، وبذلك لا يجوز لأي من طرفيه الاستعلاء على الطرف الآخر بما له من امتيازات قد يستمدّها من نصوص القانون العام⁽³⁾. فالشروط الاستثنائية غير المألوفة كما يرى البعض لا يعدّ وجوده دليلاً على اعتبار العقد عقداً إدارياً، حيث أنّ العقود التي تبرم بواسطة الأشخاص العامة مع الأطراف الخاصة تعدّ من عقود القانون الخاص على الرغم من احتوائها على شروط استثنائية، كما أنّ هذه الشروط يمكن وجودها في عقود القانون الخاص، علاوة على أنّ شرط الثبات التشريعي يعدّ تقييداً لسلطاتها التشريعية واللائحية، ورضاها بذلك إنكار صريح لأحد الخصائص الأساسية للعقد الإداري، وهي خاصية عدم المساواة بين الأطراف فضلاً عن خاصية التعديل بالإرادة المنفردة لتحقيق المصلحة العامة⁽⁴⁾.

تعرض الرأي المتقدم إلى النقد، في أنّ القول بأنّ عقد (B.O.O.T) لا يحتوي على شروط استثنائية قول مردود عليه، لأنّ هذا النوع من العقود تحتوي على نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم امتيازات لا نراها في العقود المدنية والتجارية، ومن أهم الشروط الاستثنائية المتوفرة في عقود (B.O.O.T)، تلك المتعلقة بإعطاء الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد، أو تلك المتعلقة بمنح المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير

(1) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 50؛ د. يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقد نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، 1989، ص 228.

(2) د. محمد بهجت عبدالله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دار النهضة العربية القاهرة، بلا سنة نشر، ص 28.

(3) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الإدارة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 100.

(4) محمد عبد العزيز علي بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، دراسة في النظام القانوني للعقود المبرمة بين الإدارة والأشخاص الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 2000، ص 204.

أو حتى في مواجهة الإدارة ذاتها، وأخيراً الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو تنفيذها إلا في ضوء نظريات وقواعد القانون الإداري⁽¹⁾.

2 - عقد (B.O.O.T) يساعد على تشجيع الاستثمار ويحقق الانسجام مع متطلبات التجارة الدولية، فهذا النوع من العقود يطمئن المستثمرين ويشجعهم على دخول السوق الاستثمارية ويجنبهم المخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن يتعرضوا لها فيما لو عُدت هذه العقود من العقود الإدارية⁽²⁾، كما إن تلك المتطلبات تقتضي اللجوء إلى أساليب القانون الخاص (المدني أو التجاري) والابتعاد عن أساليب القانون العام في هذه التعاقدات، لأن ذلك سيقفل من التعارض والاصطدام مع الدولة التي يحمل جنسيتها المتعاقد الأجنبي وخاصة إذا ما طلب الحماية الدبلوماسية الدولية، واحتفاظ الدولة بعلاقات اقتصادية خارجية طيبة⁽³⁾، وقد أنتقد هذا القول أيضاً من قبل بعض الفقه⁽⁴⁾، بأن هذا العقد عندما يبرم طبقاً لأساليب القانون الخاص يشجع سياسة الاستثمار قول منتقد، لأن المستثمر حينما يبرم العقد مع الإدارة وفقاً لأساليب القانون العام، قد يحصل على امتيازات وفوائد أكثر مما يمكن أن يحصل عليه فيما لو تعاقد وفقاً لأساليب القانون الخاص، فالنظريات التي ينظمها القانون الإداري - كنظرية الصعوبات المادية ونظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة - تعدّ خير دليل على أنها تصب في مصلحة المتعاقد مع الإدارة.

3 - استقرار ملكية المشروع في عقد (B.O.O.T) لشركة المشروع، حيث إن ملكية المشروع وأصوله - بحسب هذا الرأي - تكون مملوكة لشركة المشروع وإنها تستطيع التصرف فيها بكافة التصرفات التي تثبت للمالك في ملكه، كون المرفق العام قد تم تشييده وبنائه بتمويل من رأس مال المستثمرين من القطاع الخاص، وعند انتهاء مدة العقد تنتقل ملكية المشروع للدولة بحالة جيدة وقابلة للاستمرار⁽⁵⁾.

4 - أحكام التحكيم الدولي⁽⁶⁾ التي تعدّ عقد (B.O.O.T) عقداً من العقود الخاصة⁽¹⁾ (مدنية كانت أم تجارية).

(1) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص 68.

(2) د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 107.

(3) د. ماهر محمد حامد أحمد، مصدر سابق، ص 179.

(4) خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1999، ص 71.

(5) د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 98.

(6) ومن أهم هذه الأحكام الحكم الصادر بقضية تكساكو بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين (California Asiatic Oil company and Texaco overseas petroleum company) حيث نفى الحكم عن العقد المبرم الصفة الإدارية مستنداً في ذلك إلى أن "العقد لا تتوفر فيه معايير اعتباره عقداً إدارياً وفقاً للقانون الليبي لأن استغلال حقول البترول لا يعدّ مرفقاً عاماً وأنّ العقد لا يتضمن شروطاً استثنائية في تعاقدات القانون الخاص لأنّ الحكومة الليبية قبلت أن تكون على قدم المساواة مع الشركتين

5 - النص صراحة في نصوص بعض عقود (B.O.O.T) في عدّ هذا النوع من العقود عقوداً مدنية أو تجارية، ومن ثم فإنّه لا مجال لإقحام فكرة العقود الإدارية فيما يخص تحديد الطبيعة القانونية لتلك العقود⁽²⁾. وهذا القول هو قول مردود كذلك لأنّ تكييف العقد لا يعتمد بالدرجة الأساس على ما يضمنه أطرافه من نصوص، بل بما ينصب عليه موضوع العقد وما يضمنه من شروط وأركان تؤكّد أنّ العقد ينتمي إلى طائفة العقود الإدارية أو طائفة العقود المدنية⁽³⁾.

الفرع الثاني: عقد (B.O.O.T) من عقود القانون العام (عقد إداري)

بخلاف الرأي السابق المنادي باعتبار عقد (B.O.O.T) من عقود القانون الخاص، فقد ذهب جانب من الفقهاء إلى اعتبار هذا العقد من العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام ونظرياته المتميزة بأحكامها عن تلك المعروفة في نطاق القانون الخاص، وقد اتخذ هذا الرأي من تعريف العقد الإداري ومن العناصر المميزة له دليلاً على اعتبار عقد (B.O.O.T) من العقود الإدارية، حيث عرّف العقد الإداري بأنّه "الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية بالأخذ بأسلوب القانون العام"⁽⁴⁾، وتمتاز العقود الإدارية بأنّ شروطها تحدد مسبقاً ولا يملك من يتقدم للتعاقد مع الإدارة مناقشة تلك الشروط، وفي الوقت ذاته فإنّ الإدارة ملزمة بإدراجها بموجب القانون "الشروط العامة للعقود"⁽⁵⁾، أو كما تسمى في العراق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 المعدلة. حيث يستند هؤلاء إلى أنّ هذه العقود تعدّ مثلاً نموذجياً للعقود الإدارية لما يتوافر فيها من شروط العقد الإداري بصورة واضحة وجلية⁽⁶⁾.

المذكورتين، بل إنّ العقد تضمن شرطاً صريحاً يمتنع بمقتضاه على الحكومة الليبية تعديل القوانين واللوائح المتعلقة بالحقوق التعاقدية المقررة بغير موافقة الشركتين المذكورتين". د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 84.

(1) د. محمد الروبي، نفس المصدر، ص 84.

(2) د. هاني صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، المصدر السابق، ص 245.

(3) د. جورج شفيق ساري، تطور طريقة ومعيّار تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري، مصر، دار النهضة العربية، 2001، ص 136.

(4) د. أنس جعفر و د. أشرف انس جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، 2011، ص 17.

(5) د. علي محمد بدير ومشاركون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الطبعة الرابعة، المكتبة القانونية، بغداد، 2009، ص 472.

(6) د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود (BOT) وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص 47؛ د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 111 وما بعدها.

وقد اعتمد أنصار هذا الاتجاه في تكييف هذا النوع من العقود على أنها عقود إدارية على المعايير أو الشروط المميزة للعقد الإداري، والمتمثلة في كون الإدارة طرفاً في العقد، واتصال العقد بمرفق عام، واحتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

فبالنسبة للشرط الأول، وهو كون الإدارة طرفاً في العقد، فلا شك في تحققه في العقود الإدارية المستحدثة، حيث تعدّ الإدارة دائماً أحد أطرافها، فالدولة قد تتدخل فيه بطريقة مباشرة وذلك بقيام من يمثلها من الحكومة بإبرام العقد، وقد تتدخل بطريقة غير مباشرة بتحويل أحد الأجهزة أو الهيئات العامة التابعة لها بإبرام العقد، وبالتالي لا شك من تحقق الشرط الأول من الشروط الواجب توافرها لتمييز العقد الإداري .

وبالنسبة للشرط الثاني، وهو اتصال العقد بمرفق عام، فإنّ هذه العقود وإن كانت تستهدف في ظاهرها تحقيق ربح للطرف المتعاقد مع الإدارة، إلا أنّها في نظر الإدارة المتعاقدة تستهدف تسيير مرفق من المرافق العامة في الإدارة⁽²⁾، كما أنّ مظاهر سلطة الإدارة المرتبطة بالمرفق العام تظهر جليّة في هذا النوع من العقود، كالرقابة على تنفيذ العقد، والحق في مراجعته وغيرها من الحقوق الأخرى .

ومن الجدير الإشارة إليه، أنّ الاتجاه القائل بانتساب هذا النوع من العقود إلى طائفة العقود الإدارية ينبع من محاولات الفقه المؤيد لمطالب البلدان النامية بتحقيق العدالة الاقتصادية، والتي رأت أنّها لا يمكن أن تتحقق إلا من خلال تنمية عاجلة لاقتصادياتها، باستغلال الموارد الطبيعية ونقل وتطوير التكنولوجيا وزيادة القدرات المحلية على تعجيل وزيادة التصنيع. وقد انعكس ذلك على المستوى القانوني، فطالبت هذه البلدان بمراجعة النظريات التقليدية لتحل محلها أخرى أكثر تقدماً، وهو ما عُرف بالنظام الاقتصادي العالمي الجديد⁽³⁾.

أما بالنسبة إلى الشرط الثالث، وهو أن يتضمن العقد شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، مثل المزايا التي تقررها للطرف المتعاقد مع الإدارة والذي غالباً ما يكون أجنبياً كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، أو منحه الأرض اللازمة لإقامة المشروع، بالإضافة إلى ما تحويه تلك العقود من مبادئ لا تعرفها عقود القانون الخاص، مثل شروط تعديل العقد والرقابة عليه وإنهائه وتوقيع الجزاءات العقابية وهي مبادئ تتميز فيها العقود الإدارية، كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد وغيرها من الامتيازات التي منحها القانون للمتعاقد مع الإدارة، تجعل العقد إدارياً لأنّه لا يوجد ما يماثلها في

(1) إفلولي محمد، النظام القانوني لعقود الإدارة في مجال الاستثمار " التجربة الجزائرية نموذجاً، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص 186 .

(2) د. علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم -دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 119.

(3) د. جمال الدين صلاح الدين، عقود الإدارة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 168 .

عقود القانون الخاص⁽¹⁾، ومن هذا المنطلق تعدّ العقود الإدارية المستحدثة حسب هذا الاتجاه عقوداً إدارية سواء تم عقدها مع طرف خاص وطنياً كان أو أجنبياً .

كما يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ القصد من اتجاه الحكومة إلى التوسع في الشروط التعاقدية والتخفيف من الشروط التنظيمية، وتهيئة المناخ القانوني المناسب لجذب المستثمرين، ومنح امتيازات إلى القطاع الخاص - مثل الإعفاءات الكمركية وضمانات بعدم سحب المشروع و أحياناً منحه الأرض التي سيبنى عليها المشروع - هو تشجيع الاستثمار فهذه الشروط تحافظ على المصالح المشروعة للقطاع الخاص دون أن تهدر مقتضيات المصلحة العامة في الوقت ذاته⁽²⁾.

إلا أنّ هذا الرأي كسابقه قد تعرض إلى النقد، فالقول إنّ الامتيازات الممنوحة إلى المتعاقد وفق عقد (B.O.O.T) شروطاً استثنائية قول غير سليم، لأنّ المتعاقد يستمد هذه المزايا من القانون مباشرة وليس من العقد المبرم، لأنّها قد جاءت لصالح المتعاقد في مواجهة الإدارة وهي تخالف مفهوم الشرط الاستثنائي الذي يفترض فيه أنّ يكون لصالح الإدارة في مواجهة المتعاقد.

الفرع الثالث: عقد (B.O.O.T) تتحدد طبيعته وفقاً للشروط التي يتضمنها

يرى جانب من الفقه⁽³⁾، أنّ عقود (B.O.O.T) ليس ذات طبيعة واحدة، فتارة تكون عقوداً إدارية وتارة تكون عقوداً عادية، ذلك أنّ هذا الأمر يتوقف على السياسة الإدارية التي تتبعها الإدارة في تعاقدتها، فقد تستخدم في تعاقدتها وسائل القانون العام فيعده العقد إدارياً، أو تستخدم وسائل القانون الخاص فيعده العقد من عقود القانون الخاص، حيث يرى أنصار هذا الاتجاه أنّ محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذا النوع من العقود هي محاولة محكوم عليها بالفشل، نظراً لأنّ هذه العقود تبرم وتنفذ بواسطة صور تعاقدية متعددة، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية بصورة مستقلة، كل هذا يجعل من الصعوبة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود في جميع صورها وفي كل الحالات، لأنّ هذا يترتب عليه غموض بالشروط القانونية والاقتصادية الخاصة بكل عقد، ومن ثم فإنّ الأفضل هو تكييف كل عقد بصورة مستقلة في ضوء شروطه وعناصره وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد وموضحاً في الوقت ذاته الخصوصية التي تميّز كل عقد، وبناءً على هذا التكييف المرن قد تعتبر هذه العقود عقوداً إدارية أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة، وفي ضوء الشروط السابقة وهذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على

(1) د. بشار محمد الأسعد، عقود الإدارة في القانون الدولي، مصدر سابق، ص 93 .

(2) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص 69.

(3) د. يوسف عبد الهادي الأكيايبي، مصدر سابق، ص 311، د. محمد عبد العزيز علي بكر، مصدر سابق، ص 260 .

مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدول⁽¹⁾، وقد استند هذا الرأي في تبرير موقفه بالحجج الآتية:-

1 - الصفات الذاتية لعقود (B.O.O.T) : يبرر أنصار هذا الاتجاه أنه على الرغم من أن عقود (B.O.O.T) لها جذور تتمثل في عقود الامتياز إلا أن بينهما العديد من الخلافات الجوهرية، وأصبحت هذه العقود تبرم بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين وأضحت مفهوماً جديداً في مجال الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة لذلك يصعب وضع تكييف محدد وثابت لهذه العقود، إنمّا يلزم مراجعة كل عقد بصورة منفردة والنظر إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوفر فيه من عدمه، فإذا توفرت عناصر العقد الإداري مكتملة كان العقد إدارياً وإلا كان مدنياً⁽²⁾.

2 - صعوبة إعطاء تكييف موحد على جميع عقود (B.O.O.T) : يرى أنصار هذا الرأي أيضاً أن محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على عقود (B.O.O.T) جميعها هي محاولة محكوم عليها بالفشل، نظراً لأن هذه العقود تبرم وتنفذ بواسطة صور تعاقدية متعددة، وبالتالي فقد تختلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية بصورة مستقلة، كل هذا يجعل من الصعوبة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود في جميع صورها وفي كل الحالات، لأن هذا يترتب عليه غموض بالشروط القانونية والاقتصادية الخاصة بكل عقد، ومن ثم فإنّ الأوفق هو تكييف كل عقد بصورة مستقلة في ضوء شروطه وعناصره وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد وموضحاً في الوقت ذاته الخصوصية التي تميز كل عقد، وبناءً على هذا التكييف المرن والواقعي قد يعدّ عقداً (B.O.O.T) عقداً إدارياً أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة، وفي ضوء الشروط السابقة وهذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدول⁽³⁾.

(1) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص 87 وما بعدها .

(2) بشرى محمد سلمان السعدي، خصخصة المرافق العامة بطريق عقود البناء والتشغيل والنقل إلى الجهة المستفيدة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهدين، 2012، ص 62 .

(3) د. محمد الروبي، المصدر السابق، ص 87 وما يليها.

الفرع الرابع: عقد (B.O.O.T) هو تنظيم وليس عقداً

أنكر البعض⁽¹⁾ صفة العقد أو الاتفاق عن نظام (B.O.O.T)، ويرى بأنه نظام اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة، وحتى أن مصالح الأطراف تتعارض فيما بينهما. ورغم ذلك تقدم الإدارة على هذا النظام تسهياً لسير المرافق العامة.

إلا أنه يرد على هذا الرأي الذي ينكر الطبيعة الاتفاقية لهذا العقد، بأن الاتفاقات الفرعية التي يتضمنها إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وشركة المشروع. أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد، والتي قد تكون عقود التزام أو عقود إشغال أو عقود توريد أو عقود تتعلق بالتمويل أو عقود إدارية أو مدنية بحسب الأحوال فلا تؤثر على طبيعة عقد (B.O.O.T)⁽²⁾، ولذلك لا يمكن القبول بهذا النظرية.

والرأي الذي نرجحه يمكن القول فيه أنه مما تقدم ذكره يتبين لنا مدى اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فمنهم من ذهب إلى اعتباره عقداً خاصاً ومنهم من ذهب إلى اعتباره عقداً إدارياً ومنهم من ذهب مذهباً وسطاً بين الإثنين فنذكر أن طبيعة هذا النوع من العقود تتحدد في كل حالة بذاتها، والباحث من جانبه يؤيد الرأي الأول القائل بأن طبيعة هذا النوع من العقود هي عقود إدارية، وهي مثلاً نموذجياً للعقود الإدارية غير التقليدية لما يتوافر فيها من شروط العقد الإداري بصورة واضحة وجلية، وهي:-

1- أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام .

2- أن يهدف المشروع محل العقد إلى تسيير وإدارة أحد المرافق العامة في الإدارة.

3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وبتطبيق هذه الشروط على هذا النوع من العقود، يتضح أنها تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في مجال القانون الخاص، كتلك التي تتمتع بها الشركة المتعاقدة مثل حقها في شغل أراضي واستخدام عمال أجانب، فضلاً عما تتمتع به من الإعفاء من الضرائب والرسوم، وتلك التي تخول جهة الإدارة الوطنية المتعاقدة بعض الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها كحقها في التفتيش على نشاط الشركات المتعاقدة، وفحص دفاترها وسجلاتها، وحقها في فسخ العقد في حالات معينة⁽³⁾، كما تملك الإدارة سلطة تعديل العقد دون موافقة المتعاقد معها، مع حفظ حقه في التعويض متى كان له مبرر معقول⁽⁴⁾، فضلاً عن أن هذا النوع من العقود تتعلق بتنظيم

(1) د. هاني صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية، مصدر سابق، ص 5؛ احمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 196؛ د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص 188 .

(2) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص 49 .

(3) د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ط 1، ص 131.

(4) د. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ط 1، 2002، ص 83 .

وتسيير مرفق عام، حيث يمكن أن يستشف ويتم التأكد من طابع المرفق العام في هذا النوع من العقود من عدة قرائن مستمدة من العقد ذاته، كموافقة الإدارة متمثلة بأجهزتها ومؤسساتها على المشروع محل العقد.

المبحث الثاني: مزايا عقد (B.O.O.T) ومآخذه وعوامل نجاح تطبيقه في العراق

لاشك أن تقييم العقد موضوع البحث له أثره في مدى الأخذ به والتعاقد بموجبه لتنفيذ المشروعات المقترحة من قبل الدولة أو أحد دوائرها التابعة لها، ويكون التقييم المطلوب من خلال ما أفرزه التطبيق العملي للتعاقد وفق هذا العقد، عليه من الضروري بيان مزايا ومآخذ هذا العقد التي سجلها المختصون والمراقبون بحيثيات بشأنه، وعليه سيقوم الباحث بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول سيتم تخصيصه لبيان مزايا هذا العقد، والفرع الثاني لبيان سلبياته أو مآخذه، وكالاتي :-

المطلب الاول : مزايا عقد (B.O.O.T) ومآخذه

وسنبيّن كلا من المزايا و المآخذ بشكل منفصل بفرعين منفصلين، وكما يأتي:

الفرع الأول: مزايا عقد (B.O.O.T)

إنّ لعقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) عديد من المزايا التي يحققها للجهة الإدارية المتعاقدة من ناحية والمتعاقد معها من ناحية أخرى، شجعت أغلب البلدان وخاصة النامية منها إلى تبني هذا النوع من العقود وتتمثل هذه المزايا بالآتي :-

- تخفيف العبء عن الموازنة العامة وتنشيط المشاريع المالية .

يتحمل القطاع الخاص بموجب هذا العقد تمويل وإنشاء وتشغيل بعض المرافق ذات الأهمية، مما يؤدي إلى تفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية.

ومن ثم فإنّ مشاركة القطاع الخاص في تمويل المشروعات الهامة يسمح للدولة بإنشاء ومواصلة حركة التنمية ببناء مرافق اقتصادية جديدة تحتاج إليها، مثل محطات الكهرباء ومياه الشرب والصرف الصحي والمطارات وخلافه دون تحميل موازنة الدولة أعباء مالية مباشرة. ودون التجاء الدولة إلى الاقتراض من مؤسسات التمويل التجارية وغيرها، وهو ما يسمح للدولة بتوجيه موارد الخزنة بشكل أكبر إلى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وأرباح مباشرة، مثل قطاع التعليم والصحة وذلك دون عجز في الموازنة⁽¹⁾.

(1) د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 396.

ولعل التمويل عن طريق الأشخاص الأجنبية الخاصة يوفر للبلاد استثمارات أجنبية مباشرة بالعملية الصعبة، وهذه الاستثمارات بدورها تساهم في توفير العملة الصعبة مما يحافظ على سيولة العملة الأجنبية بالسوق الداخلية وبالتبعية يحافظ ذلك على سعر صرف العملة الوطنية أمام العملات الأجنبية⁽¹⁾.

- أن تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، يؤدي إلى الحصول على أحدث وسائل التقنيات الحديثة التي يستلزمها إقامة هذه المشروعات والتي تمتلكها الشركات الكبرى⁽²⁾.
ومن المعلوم أن الإدارة الخاصة هي أكثر فعالية من الإدارة الحكومية. فإذا ما عهد إليها بإنشاء مرافق عامة وتشغيلها ينتج عن ذلك تحسين أداء هذه المرافق، وتحسين وضع الحكومات أمام المواطنين، مما يزيد من ثقة المواطن بدولته وأدائها وقدرتها على مواكبة التقدم العلمي والتكن ولوجي، وهذا ما يعود بالخير والفائدة على المجتمع⁽³⁾.

- مؤشر الجدوى الاقتصادية

أن المستثمر غالباً ما يلجأ إلى مؤسسات التمويل لتمده بالأموال اللازمة لتنفيذ المشروعات وفق صيغة (B.O.O.T)، وهذه المؤسسات لا يمكن الحصول على موافقتها بالتمويل ما لم تكن دراسة الجدوى قد أظهرت قدرته على الإيفاء. الأمر الذي يدفع بهذه المؤسسات الممولة إلى تحليل دراسة الجدوى ومراقبتها، ومن التأكد فعلياً على قدرة المستثمر. الأمر الذي يفهم منه أن قبولها بتمويله، دليل على أهمية المشروع وضمن تحقيقه للأهداف المرجوة منه، وبالتالي تكون الحكومة قد تيقنت من أنها تسلك الطريق الصحيح في مشروعها الذي تنوي التعاقد عليه مع شركة المشروع⁽⁴⁾.

- أن مخاطر إدارة المرفق العام تنتقل بالكلية إلى القطاع الخاص في حالة الخسارة وعدم تحقيق جدواه الاقتصادية، وإن كان لذلك أثر سيئ على المستثمر إلا أن ذلك يعفي الدولة إلى حد ما من عبء الخسائر التي قد تلحق بالمرافق العامة، على أساس أن هذه المشاركة من وسائل توزيع المخاطر⁽⁵⁾.
- يؤدي عقد (B.O.O.T) إلى الإسراع بإنشاء المشروعات التنموية⁽⁶⁾. على افتراض أن المستثمر قد حددت له مدة معينة تم الاتفاق عليها في العقد بينه وبين الإدارة، فمن مصلحته أن يقوم بإكمال ما تم التعاقد

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 1، 2010، ص 162.

(2) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2003، ص 91.

(3) د. الياس ناصيف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص 148.

(4) د. الياس ناصيف، المصدر نفسه، ص 148.

(5) د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، 2001، ص 189.

(6) د. أحمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص 397.

بشأنه كي يسارع بعجلة تحصيل ما تم إنفاقه من تمويل لذلك المشروع، فيما لو كان التنفيذ وفق الشروط المتفق عليها.

ويمكن القول، أنّ ذلك يساعد الحكومة على تخطي الكثير من العقبات والمشاكل التي ترافق تنفيذ العقود الإدارية بصورتها التقليدية من تلكؤ وتباطؤ في التنفيذ، وعلى حساب المصلحة العامة التي تقتضي إكمال تنفيذ المشروعات العامة لتي تضطلع بتقديم الخدمات الضرورية التي يكون المواطن بأمس الحاجة إلى خدماتها. - كما يؤدي كذلك إلى رفع كفاءة تشغيل ومستوى خدمات البنية الأساسية والمرافق الضرورية، وذلك لأنّ القطاع الخاص يتمتع باكتساب خبرة مالية وفنية أكبر بالإضافة إلى أنّ له مصلحة مباشرة من رفع مستوى الخدمة بكفاءة عالية حتى يجذب الجمهور، مما يؤدي إلى توفير الإيرادات على نحو يمكن شركة المشروع من سداد أقساط القروض اللازمة لتمويل المشروع⁽¹⁾.

- تصحيح فعالية القطاع العام: يمكن للقطاع الخاص أن يصحح حالة عدم الفعالية التي يتسم بها القطاع العام في إنشاء المشاريع وتسييرها في أغلب الأحيان، وأن يستجيب بصورة أكثر تلقائية وسهولة لطلبات المستفيدين من خدمات هذه المشاريع، فالمسألة ليست دائماً في إنشاء المشاريع، بل في جعلها أكثر فعالية. ففي قطاع الكهرباء مثلاً تكون التدابير المتعلقة بتقليل الهدر، سواء في توليد الكهرباء أو في استعمالها، من قبل القيمين على التمويل الذاتي أكثر فاعلية وأفضل، فيما لو أوكل هذا الأمر إلى القطاع الخاص، كون أنّ عامل الربح يجعل من هذا القطاع أكثر جدية في ذلك، فمن جهة يحرص على السرعة في التنفيذ، للبدء بأسرع ما يمكن في عمليات الاستثمار، ومن جهة ثانية، ولأنه معني بالاستفادة بصورة مباشرة من حسنات التنفيذ لمشاريع سيستثمرها لآجال طويلة، فإنّ القطاع الخاص المستثمر، يسعى إلى أن يكون المشروع الذي ينفذه على درجة عالية من الجودة، كي لا يتعرض، فيما بعد، إلى مواجهة نفقات كبيرة في إصلاح عيوب أساسية تعتري تنفيذه⁽²⁾.

- الحد من حجم الفساد المالي والإداري

يعدّ الفساد المالي والإداري ظاهرة اقتصادية واجتماعية وسياسية دولية خطيرة أشغلت بال الكثير من القائمين على القطاعين العام والخاص، لما لتلك الظاهرة من آثار سلبية على النمو الاقتصادي وارتفاع معدلات الفقر نتيجة لما تحدثه من سوء في تخصيص الموارد وفي توجيهها نحو الاستثمارات غير المنتجة بهدف تحقيق الكسب غير المشروع عبر قنوات عديدة أهمها (الرشى والعمولات والاختلاس) وبذلك فإنّ الفساد يستدل عليه

(1) د. احمد سلامة بدر، المصدر نفسه، ص 397.

(2) د.الياس ناصيف، العقود الدولية، مصدر سابق، ص 150 .

من عوامل عديدة أهمها، ضخامة استثمار القطاع العام، تناقص في الإيرادات الحكومية، تناقص الإنفاق على عمليات الصيانة والتشغيل، بالإضافة إلى تدني نوعية البنية الأساسية العامة⁽¹⁾.

وبالتالي يمكن القول أنّ استحواد القطاع العام على قطاع الاستثمار من شأنه أن يفسح المجال لتفشي الفساد بأنواعه، ابتداء من مرحلة رسو العطاءات وحتى مراحل تنفيذ العقد فيما إذا كان من العقود الإدارية التقليدية، إلى جانب تأثر عمليات التعاقد والتنفيذ بالعامل السياسي والحزبي، فقد يعمد أصحاب القرار الحكومي أحياناً إلى محاباة بعض الشركات المحلية لتسهيل عملية التعاقد معها رغم عدم توفر الشروط والمؤهلات اللازمة لذلك .

كما يمكن القول أنّ من شأن التعاقد بصيغة العقود الإدارية المستحدثة أن يتجاوز الكثير من العقبات والمشاكل التي قد تكون سبباً لشيوع ظاهرة الفساد الإداري والمالي، وما لذلك من اثر سلبي في عملية تحقيق الهدف الذي أنشئ من أجله المرفق العام، ألا وهو تقديم الخدمات العامة للمواطنين بانتظام واستمرار .

- تحقيق الرفاهية الاقتصادية

تشكل مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشاريع البنية الضرورية من خلال عقد (B.O.O.T) وسيلة رئيسية لمعالجة الركود والانكماش الاقتصادي، حيث تعتمد عليها الدول التي تتبع هذا النوع من التمويل لغرض تحقيق الانتعاش وإطالة مدة الرواج والحيولة دون تحوّل الانكماش إلى ركود، إذ أنّ اتفاق مشروعات البنية الأساسية يسبق إقامة وإنتاج الخدمة، والمنفعة التي تولدها مما يؤدي إلى خلق قوى شرائية دافعة للانتعاش الاقتصادي⁽²⁾.

الفرع الثاني: مآخذ عقد (B.O.O.T)

رغم المزايا الكثيرة التي يحققها هذا العقد، فقد أثبتت التجارب العملية أنّ هناك بعض المثالب والمآخذ، أدت إلى ترتيب أعباء اقتصادية على الدول التي اعتمدهت وذلك لأسباب كثيرة من أهمها:-

1 - توظيف عائدات الاستثمار للمصالح الخارجية: إنّ التعاقد وفق صيغة (B.O.O.T) ورغبة الدول المضيفة في جذب رؤوس المال من الخارج لاستثمارها في السوق المحلية قد لا يتحقق، بل على العكس من ذلك فقد يلجأ المستثمر، سواء كان محلياً أو أجنبياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم لمشروعه، بدلاً من تحويل الأموال من الخارج كاستقراضه من المصارف والمؤسسات المالية المحلية مثلاً، ثم بعد ذلك يستخدم التمويل الداخلي الذي يحصل عليه لاستيراد المعدات والأجهزة اللازمة من الخارج، وهذا الأمر يؤدي

(1) علي جواد صالح، اللامعيارية والفساد الإداري دراسة ميدانية في المؤسسات الإصلاحية في مدينة بغداد، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الآداب، قسم الاجتماع، 2010، ص 1 .

(2) د. د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (B.O.O.T)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2010، ص 19 .

بالطبع إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية، والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، مما يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية⁽¹⁾.

وتلافياً لهذه المخاوف، يرى الباحث إمكانية وجوب النص في صلب العقد موضوع البحث على إلزام شركة المشروع بضرورة تمويل نسبة معينة من قيمة وتكاليف تنفيذ المشروع محل العقد ذاتياً دون اللجوء إلى الاقتراض الداخلي، بالإضافة إلى ضرورة وضع ضوابط شروط مصرفية محكمة في بلد المشروع للحيلولة دون تحقق سينات التمويل لهذا النوع من المشاريع .

2- أن إبرام عقد (B.O.O.T) لمدة طويلة هو أمر شديد الخطورة، لأنّ عقداً يعقد بهذه المدة الطويلة من الزمن من شأنه أن يقيد أجيالاً من بعدها أجيالاً ثم أنه قد يربط أوضاعاً سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد⁽²⁾.

وهذا ما دفع بأصحاب هذا الرأي إلى العمل على إعادة النظر بهذه المدد الطويلة التي يصعب معها أو يستحيل على المتعهد تسليم المشروع صالحاً للاستعمال، أو يحقق نتيجة ملموسة لاقتصاد بلد المشروع محل العقد، وهذا ما حصل فعلاً بإصدار المشرع المصري قانون رقم (67) لسنة 2010 والخاص بتنظيم المشاركة مع القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية إذ نص على وجوب أن لا تتجاوز المدة عن خمسين عاماً. أما موقف القانون العراقي تجاه مدة عقد (B.O.O.T)، فيمكن أن نستشفها من خلال المدة في العقود الاستثمارية، باعتبار العقد موضوع البحث عقداً من العقود الاستثمارية، وبالرجوع إلى القانون المذكور نجد أنه قد نص على أنّ " للمستثمر العراقي أو الأجنبي حق استئجار الأراضي والعقارات من الدولة أو من القطاعين الخاص والمختلط لغرض إقامة المشاريع الاستثمارية عليها لمدة لا تزيد على (50) سنة قابلة للتجديد بعد مراعاة طبيعة المشروع والجوى الاقتصادية منه"⁽³⁾.

ولمعالجة يمكن أن تكون هناك دراسة معمقة محلها المدة الزمنية التي يمكن أن يستغرقها العقد، والنص في العقد على مدة معقولة تتفق عليها الأطراف المتعاقدة بما يحقق الأهداف والغاية المرجوة من إبرام العقد .

3- غالباً ما يتضمن عقد (B.O.O.T) شرط الثبات التشريعي، وهذا الشرط يقصد به منع الدولة من تغيير التشريعات التي أبرم العقد في ظلها أي أنّ المتعاقد يظل خاضعاً للقانون الذي أبرم العقد في ظلها، ومن الأمثلة

(1) د.الياس ناصيف، العقود الدولية، المصدر نفسه، ص152 .

(2) د.جابر جاد نصار، عقود البوت، عقود البوت والتطور الحديث لعقود الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص61، كذلك ينظر : د.عصام احمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص62 .

(3) يُنظر نص (الفقرة 3/أ) من المادة(10) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

الواضحة على ذلك، لو تغيرت النصوص المتعلقة بالضرائب عن طريق زيادتها أثناء تنفيذ العقد، فإنّ احتواء العقد على نص الثبات التشريعي يؤدي إلى حل التعاقد من دفع الزيادة الضريبية الطارئة⁽¹⁾.

4 - أنّ تعدد العلاقات التعاقدية المتشابكة في عقد (B.O.O.T) تقتضي أن تتحمل دولة المشروع محل العقد تكاليف باهظة، تتمثل بأجور المستشارين الماليين والقانونيين، وبالرجوع إلى الواقع العملي وتطبيقات هذا النوع من العقود، نرى وعلى سبيل المثال أنّ تكلفة إبرام العقود فقط وما تم إنفاقه على المفاوضات والأتعاب التي تم دفعها للمستشارين الماليين والقانونيين في مشروع بناء محطة كهرباء سيدي كير، وفقاً لما قد أفصح عنه مدير شركة المشروع في مصر حينذاك يقدر بإثني عشر مليون دولار أمريكي⁽²⁾.

ويمكن القول بإمكانية معالجة هذا الأمر من خلال الاعتماد على الخبرات والكفاءات الموجودة في القطاع العام، والتي لا تكلف الإدارة التعاقدية من الأجور ما تكلفه تلك الخبرات التي يتم التعاقد معها من خارج القطاع العام في دولة المشروع محل العقد .

5- وفيما يتعلق بنقل عبء المخاطر التجارية إلى القطاع الخاص، فهذا قول بحاجة إلى إيضاح، فهو لا يعني نقل عبء جميع المخاطر المرتبطة بالمشروع على عاتق القطاع الخاص، بل تظل بعض الأنواع الخاصة من المخاطر مسئولية الدولة، فالمخاطر السياسية في دولة المشروع تقع على عاتق الجهة الحكومية المتعاقدة⁽³⁾. ومن قبيل المخاطر السياسية عادة وكما يعدها الفقه هي⁽⁴⁾:

أ - التأمين والمصادرة لأصول شركة المشروع (المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة) .

ب - التغيير في القوانين واللوائح السارية وقت التعاقد تعديلاً أو إلغاءً، والذي يكون من شأنه تغيير تكلفة المشروع أو قلب اقتصادياته رأساً على عقب بالإخلال بالتوازن المالي له. إضافة إلى ذلك أي تشريعات أو لوائح تفرض قيوداً على الإنشاء أو التشغيل أو الصيانة أو التمويل أو تأمين أو ملكية المرفق أو الأسعار. وإن كان يمكن توقي ذلك بشرط الثبات .

ج - العنف السياسي والحروب والإضرابات ويعدها البعض من قبيل القوة القاهرة السياسية على أساس أنّه يستحيل معها أحياناً تنفيذ الالتزام .

د - حظر تحويل العملة الأجنبية إلى الخارج أو تحويل العملة الوطنية إلى عملة أجنبية، وهو ما يضر بشركة المشروع والمساهمين وقدرتهم على تحويل أرباحهم بالعملة الصعبة إلى الخارج .

(1) د. محمد عبد المجيد إسماعيل، دراسات في العقد الإداري الدولي والتحكيم في عقود الإدارة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2014، ص 80 .

(2) د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T، مصدر سابق، ص 54.

(3) د.كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 46.

(4) د.محمد عبد المجيد إسماعيل، المصدر السابق، ص 165، ينظر كذلك : د. هاني سرى الدين، مصدر سابق، ص 179.

هـ - التأخر في الدخول في العملية التعاقدية والتي قد تستغرق عدة سنوات لعدم وجود نظام تشريعي شامل وجامع لشتات هذه التعاقدات، فضلاً عن تعقد الإجراءات لاسيما فيما يتعلق باختيار المتعاقد خاصة إذا كانت شركة المشروع شركة أجنبية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: عوامل نجاح مشروعات عقد (B.O.O.T) في جمهورية العراق

وقبل المباشرة ببيان وتحديد عوامل النجاح، يتوجب علينا أولاً الإجابة على سؤال محوري جوهري لماذا الدعوة إلى تطبيق BOOT في جمهورية العراق؟

إجابة هذا السؤال تكمن في الوظيفة التي يقوم بها عقد BOOT والتي توضحها مزايا هذا العقد من جهة، ومن جهة ثانية صعوبة قيام الدولة بانجاز متطلبات البنية التحتية في العراق القائمة حالياً من حيث الصيانة والتأهيل، وعجزها عن استحداث مرافق جديدة لهذه البنية في الأمد القريب لأسباب عديدة لعل أهمها:

السبب الأول: العوز المالي الذي يعاني العراق منه والذي ينال من قدرة الدولة على النهوض بأعباء توفير الخدمات العامة لمواطنيها، سيما في مجال الخدمات التي تقدمها مرافق البنية التحتية لأسباب عديدة لعل أهمها انخفاض أسعار النفط، الذي يعد المورد الرئيس في العراق لتمويل موازنته العامة باعتباره يعتمد اعتماداً كلياً على القطاع النفطي حيث يكون 95% من إجمالي دخل العراق من العملة الصعبة..

السبب الثاني: أعباء الديون التي يدين بها العراق نتيجة حرب الخليج الأولى والتي كلفته ما يقرب من 100 مليار دولار وحرب الخليج الثانية والتعويضات المحكوم بدفعها، وكذا الحال مع ديون للدول المقرضة والتي تتحمل عبئها الأجيال المقبلة بأصولها والفوائد المترتبة عليها، ومن أهمها ديون دول نادي باريس وديون الدول غير الأعضاء في نادي باريس وديون دول مجلس التعاون الأجنبي وديون القطاع الخاص الأجنبي.

السبب الثالث: الزيادة السكانية المطردة التي يشهدها العراق في الوقت الحاضر، وما يتبعها بالضرورة من زيادة الحاجة إلى التوسع في مرافق البنية التحتية لتلبية متطلبات تلك الزيادة سيما في ميادين الغذاء والصحة والبيئة والتعليم إذ أعلن الجهاز المركزي للإحصاء أنّ معدل النمو السكاني في العراق يبلغ حالياً نحو 2,9 %، وهو الأعلى بين معدلات النمو بالعالم، مبيّناً أنّ عدد سكان العراق وصل إلى حدود 34 مليوناً و500 ألف نسمة. وقال رئيس الجهاز وكيل وزارة التخطيط: أنّ عدد سكان العراق ازداد خلال العام الماضي بنحو مليون نسمة وبمعدل نمو بلغ 2,9 %، وهذا المعدل يعدّ من أعلى المعدلات في العالم، إذ انخفض معدل النمو في معظم دول العالم إلى دون 2. %

(1) د.انس جعفر، مصدر سابق، ص 93.

السبب الرابع: الزيادة المستمرة في النفقات اللازمة لمواجهة تكاليف الحرب على الإرهاب التي تخوضها الدولة وما زالت منذ ما يزيد على 12 عاماً، فضلاً عما يستتبع ذلك من نفقات باهظة تعجز الدولة عن الوفاء بها للشروع بعمليات الإعمار وإعادة تأهيل البنى التحتية المدمرة بفعل الإرهاب.

السبب الخامس: مشكلات الفساد الإداري والمالي الذي تعاني منه الأغلب الأعم من مؤسسات الدولة، وما يفضي إليه من إهدار أموالها وزيادة تكاليف مواجهتها له.

هذا وقد أوجز تقرير الأمم المتحدة للتنمية وضع الاقتصاد العراقي في عام 2013، بقوله (أنّ العراق لم يستطع من تقديم الخدمات الأساسية بشكل كفاء، وحوالي 23% من العراقيين في فقر مدقع، وأنّ الاقتصاد العراقي، خارج قطاع النفط، يبقى ضعيفاً وغير قادر على خلق فرص عمل لقوى العمل النامية، وأدت إلى وجود بطالة بمعدل 20%، وفي عام 2011 وصلت حصة الفرد العراقي من الناتج المحلي الإجمالي إلى المستوى الذي تم الوصول إليه عام 1980).

هذه الأسباب هي التي تشكل الباعث الدافع الذي يجعل من تبني العراق لهذا النوع من العقود أمراً ضرورياً للتهوض بواجب إقامة مرافق خدمات البنية التحتية، فضلاً عما يحققه لها من مزايا سبق لنا توضيحها، ولكن هناك العديد من العوامل أو المتطلبات الإدارية التي يجب على الحكومة القيام بتوفيرها حتى تضمن نجاح هذا النوع من العقود من جهة، ورفع مثالبها المترتبة على تبنيها من جهة ثانية ومن أهم هذه العوامل أو المتطلبات ما يأتي :-

العامل الأول: توفر الإرادة السياسية

يعدّ توفر الإرادة السياسية التي تعدّ الركيزة الأساس للنجاح في تحقيق الرؤية كواقع ملموس، وتترجم إلى خطوات تشريعية وتنفيذية؛ تمهيداً لتكون سياسة دعم استخدام هذا النوع من العقود القائمة على أساس الانتفاع بالاستثمار الأجنبي المباشر مكملة لسياسة دعم الاستثمار الوطني، وأنّ الاستثمار الأجنبي المباشر عملية مؤقتة إلى حين زيادة الاستثمار المحلي كما ونوعاً، بحيث يستطيع قيادة عملية النمو الاقتصادي؛ إذ أنّ الاعتماد الكلي على الاستثمار الأجنبي المباشر قد يوّلّد مخاطر على الاقتصاد الوطني، ولا سيما في حالة الأزمات الاقتصادية العالمية أو المحلية، وإعلان الرؤية خطوة إيجابية ورسالة واضحة نحو تشجيع وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية، لذا فعلى الحكومة إذا كانت راغبة بالتنمية أن تعمل على جذب الاستثمارات الخاصة سواء كان المستثمر محلياً أو أجنبياً، وأن تقوم بمنح التسهيلات المشجعة لتلك الاستثمارات وأن تتبنى سياسة استثمارية واضحة في هذا المجال، وبخلاف ذلك تكون عملية جذب هذه الاستثمارات غير ناجحة وغير مجدية.

ومن ضمن ما يجب أن تقوم به الدولة لتحقيق نجاح عقد (B.O.O.T)، هو احترامها لشروط العقد، والتزامها بمعايير الشفافية، ومنح المستثمرين فرصة الاطلاع على المشاريع التي ترغب الدولة في طرحها للاستثمار بالصيغة التي ترغب بها، كما يجب عليها تذليل كل الصعوبات التي من المتوقع أن تعترض سبيل

إقامتها وفق ما تم التعاقد عليه من شروط ومواصفات، فإذا ما توفرت هذه البيئة للمستثمر وكانت الدولة حسنة النية، تولدت الرغبة لدى المستثمرين للتعاقد معها⁽¹⁾.

العامل الثاني : توفر خريطة إستثمارية لأهم المشروعات

يجب توفر خريطة استثمارية واضحة لأهم المشروعات المطروحة للاستثمار الأجنبي المباشر والوطني والقطاعات التي تشملها والأهداف المطلوب تحقيقها، ويعني ذلك تعريف المستثمر الأجنبي بأهم الفرص المتاحة وحجمها والقطاعات الرئيسية المراد تنميتها.

العامل الثالث : توفير البيئة القانونية المناسبة للاستثمارات

لكي يأخذ عقد (B.O.O.T) طريقه نحو النجاح وتحقيق الأهداف المرجوة منه والحيلولة دون الدخول في مشاكل قانونية تكون جميع الأطراف المتعاقدة في غنى عنها، فإن ذلك يتطلب توافر بيئة قانونية تتلاءم مع هذا النوع من العقود، فتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص وأهمها العقد موضوع البحث لا تتم في فراغ، وإنما تتم على إقليم دولة مضيضة للاستثمار لها نظمها وقوانينها، وتجري المشاريع المنفذة في بلد المشروع وجوداً وعدماً مع هذه الأنظمة والقوانين⁽²⁾.

ومن مهام الدولة في هذا الصدد أن تكون قوانينها وأنظمتها واضحة وغير مبهمة للمستثمر، بحيث تتحدد فيها مزايا المشروع محل العقد ومخاطره، كما يجب على الدولة في هذا الشأن مراجعة تشريعاتها المتعلقة بالاستثمار بصفة دورية كلما دعت الحاجة لذلك، وكلما أصبحت هذه المراجعة ضرورية وجزء من مهمة تشجيع الاستثمار، كأن تكون المراجعة لمعالجة بعض المشاكل والعراقيل التي تعيق عملية إبرام هذا النوع من العقود بسهولة ويسر وشفافية⁽³⁾.

ثالثاً - توفير البيئة الإدارية المناسبة

ويقصد بالبيئة الإدارية المناسبة هو الابتعاد عن كل ما من شأنه أن يؤدي إلى نفور المستثمرين وعدم دخولهم البلد الذي يرغب بدخول المستثمرين إليه، أي أن تتباعد الحكومة بكل مفاصلها ذات العلاقة عن كل ما يعوق عملية الاستثمار من روتين ومراجعات طويلة وأساليب إدارية معقدة⁽⁴⁾.

(1) انظر في مثل هذا الامر في عموم الدول د. كمال طلبه المتولي سلامة، مصدر سابق، ص 91 .

(2) د.حسن محمود محمد عبد الحفيظ الهنداوي، النظام القانوني لمشاريع البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص 54.

(3) د. كمال طلبه المتولي سلامة، مصدر سابق، ص 91 .

(4) د. محمد غازي الجلالي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة، جامعة عين شمس، 2000، ص 50 .

وبالتالي فإنّ الجهة الإدارية المختصة بالإشراف والإعداد لتطبيق هذا النوع من التعاقد تكون ملزمة بإتباع سياسة تنسيقية واحدة، تتمثل بأن تقوم جهة واحدة بالاتصال مع المستثمر، وتأخذ على عاتقها مهمة الحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة لتنفيذ العقد. وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم 13 لسنة 2006 المعدل من خلال الأخذ بطريقة النافذة الواحدة، والتي يكون لها دور كبير في الحيلولة دون إطالة وقت المراجعات والإنشغال في الروتين الإداري الممل مما ينعكس سلباً على رغبة المستثمر في الاستثمار داخل البلد⁽¹⁾.

رابعاً - دعم المشاريع الاستثمارية وتقديم الحوافز الحكومية للمستثمرين

ويكون ذلك من خلال تقديم الضمانات الحكومية اللازمة، ومنها ما يتمثل بضمان السماح للمتعاقد مع الإدارة بتحويل عائد المشروع محل العقد إلى العملة الصعبة، وكذلك ضمان الحكومة لمخاطر القوة القاهرة وتعويض شركة المشروع في حالة المصادرة، بالإضافة إلى ما للجهة الإدارية المختصة بالتعاقد وفق هذا النمط من المشاريع من دور مهم في تقديم التسهيلات والحصول على الموافقات اللازمة لتسلم شركة المشروع للأرض التي سيقام عليها المشروع خالية من الشواغل، أضف إلى ذلك ما يتعلق بحوافز الإعفاء من الضريبة وإعفاء المعدات والمواد اللازمة لتشغيل المشروع من الرسوم الجمركية وغيرها⁽²⁾.

خامساً - دراسة الجدوى البيئية والاجتماعية للعقد

ويكون ذلك من خلال دراسة التصور البيئي وتحديد المخاطر البيئية والتأثير البيئي للمشروع محل العقد، كأن يتم وضع المعايير البيئية اللازمة لتكنولوجيا أكثر بيئية وتطوراً، كما أنّ دراسة الجدوى الاجتماعية للمشروع محل العقد تساهم في الحد من حجم البطالة في الدولة المضيفة لمشروعات المنفذة وفق صيغة هذا العقد ولا سيما في الدول النامية منها⁽³⁾.

(1) المادة (3/9) من قانون الاستثمار العراقي رقم 13 لسنة 2006 المعدل .

(2) د.كمال طلبه المتولى سلامة، مصدر سابق، ص 93 .

(3) د. كمال طلبه المتولى سلامة، المصدر نفسه، ص 100 .

خاتمة

اتجهت هذه الدراسة في الواقع إلى الوصول إلى فكرة واضحة - قدر الإمكان - حول التعريف بعقد (B.O.O.T) وبيان تكييفه القانوني، إذ تبين لنا على طول البحث مدى أهميته وإمكان إعماله في العراق كحل لما يعانيه قطاع البنية التحتية فيه من مشكلات، ويمكننا أن نركز في هذه الخاتمة على أهم ما توصلنا إليه من نتائج مع تقديم بعض التوصيات .

أولاً: النتائج

1 - يُعدّ عقد (B.O.O.T) مثلاً نموذجياً للعقود الإدارية المستحدثة غير التقليدية، التي شاعت في المشهد القانوني العالمي في إشباع الحاجات العامة والمعتمدة في وظيفتها على مؤسسات القطاع الخاص الوطنية والأجنبية، عوضاً عن مؤسسات الدولة التي أثبتت التجارب صعوبة نهوضها بمهمة إشباع الحاجات العامة سيما في ظل الوضع الاقتصادي العالمي الراهن.

2- تُعدّ عقود (B.O.O.T)، وسيلة من وسائل تمويل عمليات إنشاء المرافق العامة وإدارتها، حيث إنّ الدولة لن تتحمل أية نفقات في عملية الإنشاء والتشغيل للمرافق التي تقام بموجب تلك العقود، كما إنّ هذه المرافق سوف ترجع إليها بنهاية مدة العقد، وبذلك تحقق الدولة مصلحة مزدوجة من وراء تلك العقود، فهي لن تتحمل نفقات إنشاء وتشغيل تلك المرافق من جهة، ومن جهة أخرى سوف تستردها بعد نهاية مدة العقد بلا مقابل.

3- لم تحظ عقود (B.O.O.T) بتنظيم تشريعي في العراق لحد الآن، على الرغم من تزايد أهميتها وحاجة المشروعات سواءً أكانت مشروعات بنية تحتية أو مشروعات صناعية لازمة لتحقيق تنمية اقتصادية إلى مثل هذه الصيغ التمويلية المستحدثة، لمعالجة عدم قدرة الدولة على تحمل تكاليف إنشائها بسبب العجز المالي في موازنتها، إضافة إلى تلافي آثار التأخر التكنولوجي الناتج عن ظروف الحروب والحصار الاقتصادي، الأمر الذي شكل عاملاً سلبياً على البنية التحتية في البلد والتي تُعدّ بمثابة العمود الفقري لكل الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية .

ثانياً: التوصيات

1 - تشريع قانون خاص ينظم عقد (B.O.O.T) من حيث كيفية إبرامه وتحديد حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين، ويمكن الاستهداء بالدليل الموسع الذي أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «يونسترال» في عام 2001م والذي يحتوي على المبادئ التشريعية التي تساعد الدول في وضع إطار تشريعي لمشروعات البوت، ويتفق مع أحدث النصوص القانونية المقارنة ويتجنب أبرز مثالبها التي أسفر عنها التطبيق العملي لها.

- 2 - تحدد مدة التعاقد حسب طبيعة المشروع وأغراض إنشائه وجدواه الاقتصادية، وبما يكفل استرداد المستثمر للتكاليف التي أنفقت على تنفيذ المشروع مع تحقيق عائد مناسب، على أن لا تتجاوز مدة الاستثمار المدة المحددة بالقانون الذي سيتم إصداره لتنظيم هذا العقد، وطالما أن مدة التعاقد ستحدد حسب طبيعة المشروع وأغراضه وجدواه، من الحكمة والضرورة رفع سقف مدة الاستثمار إلى الحد المقبول اقتصادياً إلى 50 سنة مثلاً، لأن هذه الفترة ستخفض كثيراً - وربما إلى أقل من 20 عاماً - بالنسبة للمشروعات التي لا تتطلب استثمارات كبيرة، وسترتفع إلى حدها الأقصى في المشاريع التي تفرض اقتصادياتها ذلك، مع الأخذ بالحسبان أنه كلما امتدت فترة الاستثمار ازدادت إمكانية تخفيض أسعار الخدمات التي يقدمها المشروع والمستثمر إلى المواطنين، كما يمكن التفريق بين مدة التعاقد ومدة الاستثمار بحيث تبدأ الثانية من تاريخ بدء مرحلة التشغيل .
- 3- وجوب تحديد العائد للدولة في العقود التي يتم إبرامها بشكل يكفل للدولة الحصول على عائد عادل من دون إفراط فيه أو تقريط، باعتبار أن هذه الصورة من العقود المستحدثة لم تقم إلا لإنشاء مرافق خدمية لقضاء حوائج الناس بأقل كلفة وأعلى جودة ممكنة، فإذا ما ازداد العائد الذي تحصل عليه الدولة منها، ازدادت تبعاً له رسوم الخدمة التي يقدمها القائم على تشغيل واستغلال تلك المرافق وثقل عبئها على الناس المنتفعين من تلك الخدمة، وبالتالي، فإن العائد العادل للدولة هو ليس بالضرورة العائد الأعلى، بل هو العائد الذي يحقق توازناً بين حق الدولة وحق الناس في إشباع حاجاتهم من جهة، والذي يأخذ بعين الاعتبار مدى مرونة الطلب على الخدمة التي يقدمها المرفق بحيث لا يؤدي إلى انخفاض هذا الطلب وتضرر القائم على استغلاله من جهة ثانية .
- 4- وجوب قيام الإدارة بذاتها بوضع التصاميم الهندسية والفنية لمرافق البنية التحتية التي تريد إنشائها على وفق معيار أعلى درجات المهنية والحرفية، لما في ذلك ما يزيد كثيراً من شفافية التأهيل والإرساء، ويقلل من فرصة تفصيل المرفق المزعم إنشائه على صفات شخص أو أشخاص معينين بالذات بدعوى أن تصميمه أفضل، سيما وأن تفضيل تصميم على آخر تدخل فيه عوامل كثيرة غير قابلة للقياس الموضوعي، ويمكن أن تتضمن شروط طرح المناقصة بنداً يضع على المستثمر تسديد تكاليف التصميم بالكامل .
- 5- أثبتت التجارب المقارنة أن أفضل طريقة لضمان حسن تبني هذا النوع من العقود، إنما يكمن في خلق مؤسسة إدارية واحدة تتولى إنفاذ أحكام القانون المنظم لعقود B.O.O.T، باعتبار أن توزيع هذه المهمة على المؤسسات الإدارية المختلفة، وعدم وجود مؤسسة واحدة تنظم مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة تبعاً لعقد البناء والتملك والتشغيل وإعادة الملكية، كان من أهم سلبيات التجربة المقارنة في هذا المجال، وهنا إمكان قيام هيئة الاستثمار بمثل هذا الدور المحوري.
- 6- الابتعاد عن خيار تشغيل المشروع من قبل جهة حكومية بعد تحويل ملكية المرفق إلى الدولة بنهاية مدة الاستثمار لعدم نجاح مثل هذا الخيار كما أفضت التجارب المقارنة، وهنا يمكن إعادة التعاقد مع المستثمر ذاته لتشغيل المشروع، أو طرحه من جديد على المستثمرين، والأوفق هو خيار إعادة طرح المرفق على المستثمرين الذين قاموا بإنشائه واستغلاله سابقاً، أو منحهم الأولوية في الفوز بأمر استغلاله لاعتبارات عقلية لعل أهمها ما يتمتع به المستثمر من صفات شخصية واعتبارية، منها حرصه على صيانة المرفق وتطويره طالما أن أمه كبير

في استغلاله وتشغيله. كما أنه أعرف بنقاط قوته وضعفه، وأكثر خبرة في مجال عمله. كما أن الاحتمال الكبير في تجديد عقد التشغيل مع المستثمر يزيد من فرص هذا الأخير بالحصول على التمويل اللازم من المؤسسات المالية التي سبق لها تمويل أعماله السابقة .

7-إرساء عقود B.O.O.T والمرافق الناجمة عنها وتحويلها إلى شركات مساهمة عامة، لما ينطوي عليه هذا الخيار من مزايا تنصب في تحقيق النفع العام لعل أهمها : الحصول على موارد مالية أكبر مع توزيع مناسب جدا للمخاطر الناجمة عن إنشاء المرفق واستغلاله، زيادة على دوره في تنشيط الأسواق المالية، وتوسيع قاعدة الملكية ومشاركة عدد أكبر من المواطنين في المرافق التي وضعت لخدمتهم أصلا . وذلك فضلا عن الأشكال القانونية الأخرى التي يمكن للمتعاقد مع الإدارة تبنيها بالاتفاق مع الإدارة، تبعا لحجم المرفق وطبيعته واحتياجاته ودرجة مخاطره .