

ماهية عقد البوت BOT: بين الإدارة الخاصة للمرافق العامة الإقتصادية و خصوصتها

نمديلي رحيمة

أستاذة مساعدة - كلية الحقوق

جامعة فرحات عباس سطيف

مقدمة:

تلجأ الإدارة عادة إلى التعاقد مع القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة الإقتصادية .
و يعتبر عقد التزام المرافق العامة أهم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص
العامة لإدارة هذا النوع من المرافق حيث يعهد بمقتضاه إلى شخص من أشخاص القانون
الخاص باستغلال مرافق عمومي نظير مقابل مالي.

ونتيجة لإتباع الدولة الحديثة سياسة الإقتصاد الحر، وما يستتبع ذلك من مشاركة رأس
المال الخاص في مشروعات السنة الأساسية ، فقد ظهر نوع جديد من عقود إلتزام المرافق
العامة أو عقود الإمتياز والذي عرف بعقد البوت BOT أو عقد البناء والتملك ونقل
الملكية Build- Own - Transfert.

وتعتبر هذه الدراسة من الأهمية بمكان ، باعتبار هذا النوع من العقود مطلبا أساسيا للبنك
الدولي في إطار سياسة الخصخصة للدول الراغبة في التعامل معه ، و كذا وجدت دول
عديدة- ومنها الجزائر نفسها- عاجزة ماليا عن إدارة المرافق العامة الإقتصادية بسبب
الخسائر الضخمة للقطاع العام ،فاتجهت إلى القطاع الخاص لتسييرها لرفع الكفاءة الإنتاجية
فيها وزيادة درجة المنافسة بينها وبين المرافق الخاصة ، وظهور موظفين إداريين أكثر
كفاءة على إدارة النشاط الإقتصادي.

وعليه ، فإن عقود البوت BOT ، تتأرجح بين خصخصة المرافق العامة الإقتصادية
والإدارة الخاصة لها في ظل إختلاف النظم الإقتصادية بين الدول من الرأسمالية إلى
الإشترابية ، وكذا عدم وضوح فكرة الخصخصة ومجالاتها .

وترتبنا على ذلك ، إرتأينا في هذه الدراسة البحث في ماهية عقد البوت BOT وتمييزه
عن العقود الأخرى ، وكذلك معرفة أشكاله وطبيعته القانونية، لحصره في إطار التسيير

الخاص للمرافق العامة الاقتصادية أو خصصتها . وبناءا عليه ، فإننا نقترح تقديم هذا البحث في ضوء الخطة التالية :

المطلب الأول : التعريف بعقد البوت BOT وتمييزه عن العقود الأخرى .

المطلب الثاني : أشكال عقد البوت BOT.

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية لعقد البوت .

المطلب الأول :

التعريف بعقد البوت وتمييزه عن العقود الأخرى :

ازداد في الآونة الأخيرة الحديث عن نظام البناء والتشغيل و نقل الملكية، و الذي يرمز له اختصارا بالبوت BOT ، و هو ينصب أساسا على البنية الأساسية للدولة و كذا مرافقها العامة، مما يستدعي وجوبا اقتصار هذا النوع من العقود على الإدارة كطرف رئيسي فيها . وكون الإدارة طرفا في العقد، نتساءل حول ماهية هذا العقد و مكانته بين العقود الأخرى .

أولا : تعريف عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية :

سننطلق في تعريفنا لعقود البوت إلى التعريف اللغوي بداية، ثم التعريف الاصطلاحي.

1_ التعريف اللغوي :

هناك تعريفان لغويان لعقود البوت :

التعريف الأول يقول: بأن حروف BOT هي الحروف الأولى لثلاث مصطلحات انجليزية هي: Build بناء Operate أي تشغيل و Transfer تعني نقل الملكية، و تجدر الإشارة إلى أن استخدام هذا التعبير لأول مرة يرجع إلى رئيس الوزراء التركي: توجات أوزال .Turgat Ozal.¹

أما التعريف الثاني: فجاء فيه أن ترجمة حروف الـ BOT، و إن كانت تعني البناء و التشغيل و نقل الملكية بالترجمة الحرفية، فإنها ليست كذلك في الترجمة الموضوعية لعقود البوت، إذ أن حروف الـ BOT تعني: التشييد و الاستغلال و التسليم، كون أن كل لفظة من هذه الترجمة أعم و أشمل من مصطلحات الترجمة الحرفية فلفظة التشييد أعم من كلمة بناء إذا ما نظرنا إلى الدور الذي تقوم به شركة المشروع في تلك المرحلة، حيث لا يقتصر دورها على البناء فحسب، إنما يتعدى إلى إجراء دراسات الجدوى و التخطيط للمشروع، و تجهيزه وإجراء التصميمات الهندسية، ليلي كل هذا مرحلة البناء ، كما يرى أن لفظة استغلال أشمل من كلمة تشغيل، و هي أكثر دقة في التعبير عن هذه المرحلة،

لان شركة المشروع بالإضافة إلى تشغيل المشروع تقوم باستغلاله وتحصيل إيراداته، كما جاء في هذا التعريف بأن كلمة تسليم أكثر منطقية من عبارة نقل الملكية، وهذا راجع لكون ملكية المشروع لا تنتقل أساسا إلى الشركة المتعاقدة بل لها حق الانتفاع به فقط خلال المدة المحددة في العقد².

2 _ التعريف الاصطلاحي: عقود البوت BOT تناولها الفقه بالتعريف، واختلفوا في ذلك.

فمنهم من يرى أن عقود البوت تعني منح الدولة مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة لشركة المشروع صاحبة رأس المال ، يستوي أن تكون وطنية أو أجنبية أو أن تكون من القطاع العام أو القطاع الخاص، وفقا للمواصفات المحددة بينهما مسبقا حيث يتحمل المستثمر تشييد المشروع واستغلاله لمدة زمنية محددة عادة ما تكون كافية، ومعقولة ليتأت له خلالها تحصيل إيرادات تشغيل المشروع، وتتناسب هذه المدة طرديا و تكاليف المشروع وعكسيا وإيراداتها؛ فكلما زادت نفقاته وقلت إيراداته طالت المدة والعكس بالعكس .

ويرى جانب آخر من الفقه. بان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ BOT تنصب على مشروعات تبقى ملكا للدولة أو إحدى هيئاتها، على أن يقوم القطاع الخاص بتمويلها وتصميمها وبنائها وإدارتها خلال فترة زمنية محددة يلتزم خلالها راعي المشروع بأن يرجعه إلى الدولة وبدون مقابل³.

كما عرّفت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على أنها شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح الحكومة بموجبه الاتحاد المالي للمشروع والذي يتجسد في مجموعة من المستثمرين امتياز إقامة مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجاريا لمدة زمنية محددة، تكون في العادة كافية لاسترجاع أعباء المشروع وكذا تحقيق أرباح مناسبة من عائدات استغلالها تجاريا، وتحصيل كل المزايا الممنوحة لهم في عقد الامتياز، وفي نهاية المدة تنقل ملكية المشروع إلى الدولة دون مقابل، أو مقابل مناسب يكون قد تم الاتفاق عليه في عقد الامتياز⁴.

ونحن نميل إلى تعريف جامع لأشكال عقد البوت والذي يعرفه بأنه تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيص 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 خالصا له طول مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه .

ويستخلص من هذه التعريفات أن عقود البوت يبرمها طرفان؛ أحدهما جهة إدارية من أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة أو إحدى الوحدات التابعة لها؛ وهي إما أشخاص إقليمية أو أشخاص مرفقية، والطرف الثاني المتمثل في مستثمر من القطاع الخاص في شكل شركة المشروع. غير أنه يمكن القول بوجود عقود البوت في غياب الإدارة كطرف فيها، كأن يكون طرفا العقد من القطاع الخاص؛ ومثال ذلك أن تبرم شركة معينة مع مستثمر عقدا لإنشاء مصنع أو مشروع أو استغلاله لمدة محددة للعقد، بعدها ترد ملكيته إلى الشركة⁵، كما قد يحل شخص من أشخاص القطاع الخاص محل الجهة الإدارية في إبرام عقود البوت لحساب الإدارة و نيابة عنها⁶.

وتجدر الإشارة، إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليست حديثة حيث ترجع جذورها لما يعرف لعقود الامتياز التي كانت منتشرة في أواخر القرن التاسع عشر، وبدايات القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدول . كما تعد قناة السويس أمثل تجسيد لعقود الامتياز في نهاية القرن التاسع عشر، واختفى هذا الأسلوب في ثلاثينيات القرن العشرين خاصة بالنسبة لمشروعات البنية الأساسية، واقتصر تطبيقه في مجال التنقيب عن الثروات الطبيعية خاصة البترول ليعود العقد إلى الواقع من جديد وبالتحديد سنة 1984، وذلك بتوقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش الرابط بين بريطانيا وفرنسا، والمبرم بين كلا الدولتين من جهة وشركة " بوروتانال" من جهة أخرى، كما اتسع استخدام هذا الأسلوب في مجال المياه و الكهرباء، حيث طبق في الولايات المتحدة الأمريكية، بلجيكا، هولندا، المغرب، مصر.

ونظام البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضمن مجموعة من الترتيبات التعاقدية منها :

أ- اتفاقية الامتياز: وتبرم بين الدولة مانحة الامتياز والمستثمر، ومضمونها التزام الدولة بمنح المستثمر الحقوق المطلوبة للتشيد وبناء المشروع أو المرفق في إطار القوانين الوطنية، وفي مقابل هذا يلتزم المستثمر بإنشاء المشروع وخلال الفترة المتفق عليها. ويتفق عادة في هذا العقد على كيفية توزيع المخاطر بين الأطراف .

ب- اتفاقية إنشاء شركة المشروع: وتبرم بين المستثمرين وذلك بإنشاء شركة خاصة لتنفيذ المشروع.

ج- اتفاقية إنشاء المشروع: وتبرم بين شركة المشروع ومقاولي الإنشاء.

د- اتفاقية تشغيل المشروع: وتبرم بين شركة المشروع ومقاولي التشغيل.

هذا بالإضافة إلى عقود التأمين والصيانة المبرمة مع شركات التأمين وعقد القرض والتأجير التمويلي المبرمة مع البنوك ومؤسسات التمويل، وقد تكون هناك اتفاقية الشراء في مشاريع إنشاء محطات الكهرباء والمياه وتبرم هذه الأخيرة بين شركة المشروع والوزارة أو الهيئة المختصة في الدولة المضيفة؛ بحيث تشتري الهيئة أو الوزارة الإنتاج وتقوم بتوزيعه على المستفيدين مقابل السعر المحدد للوحدة من الإنتاج⁷.

ثانياً : تمييز عقد البوت عن بعض العقود الإدارية و العقود الخاصة.

إن كون عقد البوت من العقود الحديثة لا يمنع تشابهه مع عقود أخرى في بعض الأسس التي يقوم عليها العقد ، لذا سنحاول في هذا الجزء أن نقيم تفرقة بينه وبين بعض العقود، وذلك بالتركيز على أهم نقاط الاختلاف.

1- تمييز عقد البوت عن عقد الخصصة:

تعرف الخصصة بأنها : (نقل الملكية إلى أشخاص طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص من غير المؤسسات العمومية وتشمل هذه الملكية :
- كل رأسمال المؤسسة أو جزء منه، تحوزه الدولة مباشرة، أو الأشخاص المعنويون الخاضعون للقانون العام، وذلك عن طريق التنازل عن أسهم أو حصص اجتماعية أو اكتتاب لزيادة في الرأسمال.

- الأصول التي تشكل وحدة استغلال مستقلة في المؤسسات التابعة للدولة)⁸. فالخصصة إذن تنازل من الدولة عن جزء أو كل من لرأس المال العام لصالح القطاع الخاص وذلك لنقل الملكية إليه

ويعتبر عقد الخصصة من العقود الإدارية، تبرمه الإدارة كطرف أول مع شخص آخر من القطاع الخاص كطرف ثان، وبمقتضى هذا العقد تتصرف الإدارة في مشروع مملوك للدولة وذلك بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً .

ويتشابه عقد البوت مع عقد الخصصة في أن كلا العقدين محلها أموالاً عامة مملوكة للدولة ، و مضمون العقدين تمليك الأموال العامة للقطاع الخاص، ويختلف العقدان في أن

صفة الخوصصة تنتقل إلى القطاع الخاص مالا كان مملوكا من قبل للدولة، وبالتالي فهو موجود سلفا ولا حاجة لتشييده من طرف القطاع الخاص، و في عقود البوت فإن صاحب المشروع ملزم بإقامته وتشيده أولا ثم تملكه وتشغيله.

و على الرغم من نقل الملكية للقطاع الخاص في عقد البوت في بعض صورته، فإن المشروع يعتبر مرفقا عاما، بل يمكن للدولة تضمين عقد البوت شروطا بخصوص إنشاء المشروع وخاصة تشغيله، بالإضافة إلى حقها في الرقابة، بينما تنتقل الملكية في عقد الخوصصة (ملكية المال العام) إلى القطاع الخاص وبشكل نهائي، حيث تفقد الدولة كل الحقوق على المشروع (في حالة التنازل الكلي).

ولذلك، فإن عقد البوت يجنب الدولة خطر حرمان المواطنين من خدمات المشروع أو المرفق العام، بالإضافة إلى قدرة الدولة على استرجاعه _ في بعض صور البوت _ بعد انتهاء مدة الامتياز⁹.

2- تمييز عقد البوت عن عقد الأشغال العامة :

عقد الأشغال العامة عبارة عن عقد بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقا للشروط الواردة في العقد¹⁰. ويتشابه عقد البوت مع عقد الأشغال العامة في أن محتوى العقد أو محلها يتضمن إنشاء مرفق عام لمصلحة الدولة، وتكون للدولة فيه حق الرقابة على سير عملية إنشائه¹¹.

غير أن عقد البوت يختلف عن عقد الأشغال العامة في مسألة جوهرية وهي كون الأول عقدا زمنيا ويلتزم صاحب المشروع فيه بتقديم خدمات للجمهور، وهذه الخاصية تجعل من عقد البوت يستمر بعد إنشاء المشروع، وذلك عن طريق اتفاق تشغيل المرفق في العقد ذاته لمدة من الزمن يقدم فيها الملتزم خدمات للجمهور، أما عقد الأشغال العامة فينتهي بمجرد تمام المشروع وتسليمه للجهة الإدارية المتفق معها، دون أن يكون له حق تشغيله.

كما يختلف عقد البوت عن عقد الأشغال العامة في طريقة تقاضي المقابل النقدي، ففي عقد الأشغال العامة يتقاضى المقاول مبلغا ماليا إجماليا كمقابل للخدمة المؤداة، أم الملتزم في عقود البوت فإنه يتقاضى المقابل عن طريق إدارته للمرفق العام، وذلك بحصوله على رسوم يدفعها المنتفعون لقاء الخدمات المؤداة، وينتج عن هذا أن العائد المادي للمقاول في عقد الأشغال العامة هو الفرق بين ما أنفقه في سبيل إقامة المشروع وبين المبلغ المتحصل عليه

كمقابل من طرف الدولة، أما العائد المادي في عقود البوت بالنسبة للملتزم تتمثل في الفرق بين ما يدفعه الملتزم لإنشاء المشروع وما يدفعه لتشغيله وبين الرسوم المتقاضاة طيلة مدة الالتزام ، والتي عادة ما تكون (هذه المدة) طويلة حتى يتسنى للملتزم تحقيق عائده المادي المشروع¹² .

3- التمييز بين عقد البوت وعقد التأجير التمويلي :

عقد التأجير التمويلي من العقود الحديثة، وهو وسيلة من وسائل التمويل العيني، وبمقتضى هذا العقد تؤجر إحدى شركات التأجير التمويلي أو المؤجر بصفة عامة معدة أو آلة أو عقارا لازما للمستأجر في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه، وذلك لمدة معينة وفي مقابل أجره معينة يؤديها المستأجر للمؤجر طوال مدة الإيجار، على أن يكون للمستأجر في نهاية العقد إما أن يختار شراء المعدة أو العقار بالقيمة المحدد سلفا والمتفق عليها في العقد، والتي يراعي في تحديدها مجموع قيمة الأجرة المؤداة، وإما أن يعيد المستأجر المعدة أو الآلة أو العقار للمؤجر لإعادة تأجيرها

ومن هذا فإن عقد التأجير التمويلي يتفق مع عقد البوت في أن كلا العقدين وسيلة من وسائل تمويل المشاريع، و أن كلا العقدين فيه إمكانية تملك المشروع سواء من طرف الملتزم أو من طرف المستأجر، غير أن امتلاك الملتزم للمرفق يكون أثناء تنفيذ العقد، في حين أن امتلاك المستأجر للعين المؤجرة يكون بعقد لاحق ، بعد نهاية عقد الإيجار .

أما أهم نقاط الاختلاف بين العقدين ; فتتمثل في أن عقد التأجير التمويلي عبارة عن تطبيق لعدة عقود : عقد الإيجار وعقد الوكالة وعقد الوعد بالبيع وعقد البيع ، في حين لا يتضمن عقد البوت هذا المزيج المركب من العقود، كما يخير المستأجر في النهاية إما بشراء العين المؤجرة (المعدات ، الآلات ، العقار... الخ) وإما بإعادتها للمؤجر لإعادة تأجيرها ، في حين أنه لا خيار للملتزم في إعادة المرفق إلى الإدارة المختصة بعد أن يكون قد تملكه فترة معينة هي مدة الامتياز، ويختلف العقدان كذلك في أن عقد البوت يجري تنفيذه لمصلحة الإدارة في الغالب ويتناول مرفقا عاما، ويجري تنفيذ عقد الإيجار التمويلي لمصلحة أشخاص من القطاع الخاص، ولا يتناول مرفقا عاما، إلا أن هذا الأمر ليس جازما فقد يجري عقد إيجار تمويلي لمصلحة الإدارة¹³ .

المطلب الثاني:

أشكال عقد البوت B.O.T:

إن عقد التشغيل والبناء و نقل الملكية هي الصورة الأكثر شيوعا في مختلف الدول، إلا أنها ليست الصورة الوحيدة, إذ أثبت الواقع العملي وجود صور أخرى للعقد تتباين فيها امتيازات الشركة وسلطتها على المشروع .

1- البناء و التملك و التشغيل و نقل الملكية:

B.O.O.T : Build- operate- ownership - transfer

تم الإجماع فقها, على أن شركة المشروع في إطار هذه الصورة تقوم ببناء المشروع أو المرفق على نفقتها و تملكه طوال مدة التعاقد ، ثم تقوم باستغلاله تجاريا خلال مدة التعاقد ، و في نهاية مدة التعاقد تقوم بإعادة المرفق أو المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة¹⁴ و يبدو أن الأصح بالقول أن شركة المشروع لا تملك المرفق أو المشروع في حد ذاته، بل تملك العناصر التي أوجدتها : (منشآت ، أدوات، معدات مهمات ، أجهزة ،)

2- البناء و الإيجار و نقل الملكية B.L.T : Build- Lease- transfer

في إطار هذا العقد تقوم الشركة المتعاقدة ببناء المشروع و تملكه مدة العقد، ثم تقوم بتأجيرها للجهة الإدارية التي تقوم بتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، و ذلك بحصولها على مقابل مالي بصفة دورية طوال مدة العقد و ينبغي أن تكون القيمة الإيجارية التي تدفعها الدولة للمستثمر كافية لتغطية نفقات البناء إضافة إلى ربح معقول.

3- عقود البناء و التملك و التشغيل:

B.O.O :Build- ownership_ operate

هي شراكة بين الدولة و القطاع الخاص بواسطة شركة الامتياز التي تتولى الإشراف على التشغيل و لا ينتهي هذا النوع بالتحويل إلى الملكية العامة ، لكن يتم تجديد الامتياز أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع، و في حالة بقاءه يتعين على الحكومة تعويض المالك عن حصص الملكية طبقا لتقييم أصول و خصوم المشروع متى رفضت تجديد العقد لهم ، عندها يحق لها بعد ذلك التعاقد مع أطراف أخرى على إدارة المشروع من خلال عطاءات مقدمة يتم اختيار أفضلها.

و في جميع الحالات، تحصل الدولة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح الامتياز ودعم المشروع أمام جهات مختلفة¹⁵

4- عقود التحديث و التملك و التشغيل و التحويل

M.O.O.T: Modernize- own – operate- transfer

في هذا النوع يكون مشروع البنية الأساسية موجودا أصلا حيث تتفق الدولة مع المستثمر على تطويره و تحديثه مقابل حيازته لفترة من الزمن ، يتم الاتفاق عليه في العقد، و خلال هاته الفترة يحصل المستثمر على إيرادات المشروع و الرسوم المفروضة من تشغيله .

5- عقود التصميم و البناء و التمويل و التشغيل:

D.B.F.O:Design- Build - Finance - Operate

في هذه العقود يتم الاتفاق على تصميم المشروع منذ البداية و خاصة عندما يحتاج المشروع إلى تصميم معين مثل تصميم جسر أو نفق ذو طبيعة خاصة أو مطار أو ميناء، ثم بعد ذلك يتم انجاز المشروع و توفير التمويل اللازم خاصة عندما يحتاج المشروع إلى تمويل مستمر و كاف لحسن إدارته، ثم تأتي عملية التشغيل ليحصل المستثمر على ما أنفقه مع أرباحه خلال فترة التشغيل و بعد ذلك تؤول الملكية إلى الدولة.

و غالبا ما تقوم الدولة بمساعدة المستثمر في إيجاد التمويل اللازم من احد البنوك الداخلية أو الخارجية و بعد ذلك يتم تشغيل المشروع وفقا للضوابط التي تحددها الدولة¹⁶. و في الغالب ;لا تقوم الدولة بإبرام هذا النوع من العقود إلا في الحالات التي تكون فيه المشاريع ضخمة ;و تحتاج إلى تمويل ضخم تعجز ميزانية الدولة عن الوفاء به دفعة واحدة ، و غالبا ما يتم التعاقد وفقا لشروط الدولة و الضوابط التي تضعها لحماية مصالح المواطنين

6- عقود التجديد و التملك و الاستغلال:

R.O.O:Rehabilitate – Own - Operate

في هذه العقود تسند الجهة الإدارية لأحد المستثمرين سواء كان شخصا طبيعيا أو شركة أو مجموعة شركات بتجديد أحد المشاريع العامة القائمة و إعادة بنائها و تزويدها بكافة ما تحتاجه من الآلات و الأدوات و المعدات و وسائل التكنولوجيا الحديثة، مع السماح للمستثمر بتملك هذا المرفق و استغلاله و الحصول على إيراداته، و ذلك مقابل حصول الجهة الإدارية على مقابل مالي يقسط لعدة سنوات، و تلجأ الدولة إلى هذا النوع من العقود بالنسبة للمشاريع المتكبدة خسائر فادحة .، بحيث لا يمكنها الوفاء بمتطلبات التجديد.

7- عقود البناء و التحويل و التشغيل:

B.T.O: Build- transfer- operate-

في هذا النوع من العقود تقوم شركة المشروع بتشبيد المرفق على نفقتها الخاصة و عند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة, مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في استغلال المرفق و تشغيله فترة معينة يحددها اتفاق المشروع مقابل انتفاع الجمهور بالمرفق و قد تحبذ الدولة إتباع الصورة الحالية حرصا منها على عدم تعاضم الاستثمارات الأجنبية لا سيما في تلك الدول التي عانت من سيطرة رأس المال الأجنبي و ما تبعها من ويلات.

8- عقود البناء و التمويل و التحويل:

B.F.T.: Build- Finance- Transfer

بموجب هذا العقد يقوم القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشاريع البنية الأساسية, ثم تقوم الدولة بتسديد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط.

9- عقود الإيجار و التجديد و التشغيل و تحويل الملكية:

L.R.O.T:Lease- Rehabilitate – Operate- Transfer

و في هذا النوع من العقود يقوم المستثمر باستئجار مشروع ما من الدولة لمدة زمنية معينة محدودة ثم يقوم بتجديد و تحديث و تشغيل و استغلال المشروع ، و بعد انتهاء المدة يقوم بإعادته إلى الجهة المالكة بحالة جيدة دون مقابل .

المطلب الثالث :

طبيعة عقد البوت :

لقد اختلف الفقهاء في تحديد طبيعة عقد البوت و تكييفه القانوني؛ فكون الإدارة طرفا فيه جعل البعض يعتبره من عقود الالتزام، غير أن السماح بإبرامه بين أطراف القطاع الخاص و طبيعة العقد ذاته حملت البعض بإدراجه في زمرة عقود القانون الخاص, كما خالف الاتجاه الثالث الرأيين بالذهاب إلى أن عقود البوت ذو طبيعة خاصة .

1- عقود البوت تدخل في نطاق عقود الالتزام :

يرى أنصار هذا الاتجاه و هو فقه القانون العام, أن عقود البوت عقودا إدارية و صورة حديثة لما يعرف بعقود الامتياز، و يعتبرون أن عقود البوت إدارية لأنها عقود التزام مرافق عامة ، و هذه الأخيرة عقودا إدارية بطبيعتها, وبالتالي فالأصل أن يطبق عليها أحكام القانون العام و قواعد إبرام العقود الإدارية؛ بمعنى قواعد المناقصات و المزايدات و وجهة نظر هذا الاتجاه الفقهي ; تقوم على عدة اعتبارات تتجسد في توافر شروط العقد الإداري في

عقود البوت BOT، فكونه في الأساس ينصب على إنشاء مرفق عام و تسييره و إدارته؛ فهذا الأمر يستدعي وجوبا أن تكون الإدارة طرفا في العقد، و ما دام الأمر كذلك فلا بد أن تكون الغاية الأولى من هذا العقد تحقيق خدمة أساسية و مصلحة عامة و هذه الأخيرة لا تتحقق إلا بتضمين الإدارة بنود العقد شروطا استثنائية تكفل لها تحقيق هذه المصلحة. و بناءا على ما تقدم فإن عقود البوت تعتبر عقودا إدارية بطبيعتها.

ولقد تعرض هذا الرأي إلى الانتقاد من طرف الفقه، على أساس أن عقود البوت تخرج من إطار العقود الإدارية للاعتبارات التالية:

- عقود البوت تقوم على أساس العقد شريعة المتعاقدين:

بحيث لا يمكن تعديل العقد المبرم بين الدولة و شركة المشروع إلا باتفاق الطرفين؛ حيث تقف الدولة على قدم المساواة مع المتعاقد معه، و الذي غالبا ما يكون طرفا أجنبيا من القطاع الخاص، فلا تستطيع الدولة أن تنذرع في مواجهته بفكرة السيادة¹⁷.

- تباين عقود البوت و عقود الالتزام :

إذا كانت عقود البوت تتفق مع عقود الامتياز في بعض الجوانب المتمثلة في إدارة المستثمر للمشروع و تحمله للمخاطر و الأعباء المترتبة على هذه الإدارة، فإنهما في مقابل ذلك يختلفان في نقاط جوهرية حيث يقوم المستثمر في عقود البوت ببناء المشروع و إقامته من ماله الخاص و الذي في الغالب ما يكون عبارة عن مبالغ مالية ضخمة و استثمارات كبيرة في حين أن الملتزم في عقود الالتزام لا يقع عليه عبء بناء المشروع كما أن ملكيته في هذا العقد تكون للدولة ، و يكفي الملتزم بمجرد الحيازة بشروط تضعها الدولة، على عكس عقود البوت التي تنتقل فيها الملكية إلى المستثمر لمدة متفق عليها¹⁸.

2- عقود البوت تدخل في نطاق القانون الخاص :

يرى أنصار هذا الاتجاه ؛ أن عقود البوت هي عقود مدنية و ذلك استنادا إلى ما يلي: أنه من مصلحة الدولة أن تنزل إلى مستوى الأفراد العاديين؛ و هذا راجع لضخامة مشاريع البوت؛ فتنازلها يكون حافزا للمستثمرين من اجل التعاقد معها، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن الغالب أن يكون المستثمرين أجنبيا و هذا ما يمنع الدولة من تذرعها بالسيادة.

- إبرام عقود البوت يتم وفقا لمبدأ سلطان الإرادة؛ حيث تتعامل الدولة بأسلوب الإدارة الخاصة و ذلك عن طريق عدم تضمينها العقد شروطا استثنائية .

و لقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن عقد التزام المرافق العامة عقد إداري بطبيعته بمجرد أن تكون الإدارة طرفا فيه، و أن يتصل بنشاط مرفق عام؛ و منه فعندما تعهد الدولة لشركة أو فرد بإدارة و تشغيل مرفق عام فهو أمر استثنائي يؤكد الصفة الإدارية للعقد.¹⁹

3- عقود البوت ذات طبيعة خاصة :

يرى هذا الاتجاه، بأن عقود البوت ذات طبيعة خاصة رغم أن جذورها تمتد إلى عقود الامتياز، فعقود البوت لا تبرم إلا بعد مفاوضات شاقة و طويلة غير معهودة في إبرام العقود الإدارية؛ إذ لا تتم إلا بعد دراسات جدوى و استشارات وما إلى ذلك، بالإضافة إلى أن عقود البوت وسيلة من وسائل التمويل و كنتيجة للعولمة الاقتصادية، أما عقد الالتزام فهو وسيلة لإدارة المرافق العمومية و يبرم في إطار وطني و لم يكن للعولمة أثر فيه.²⁰

و خلاصة القول، انه من الصعب إعطاء تكييف ثابت محدد لعقد البوت. و مع ذلك يمكن اعتباره من عقود الالتزام مع الاختلاف في بعض الجوانب الفنية و المالية نظرا لضخامة تكلفة المشروع و مخاطره. و تركيبة هذا العقد المتكون من الكثير من الاتفاقات بين الدولة و شركة المشروع و المقاولين.

خاتمة:

تشهد المرافق العامة الاقتصادية تطورات مازالت مستمرة حتى الآن ، وهذه التطورات يمكن تلخيصها في خصخصة المرافق العامة الاقتصادية ، الإدارة الخاصة لهذه المرافق ، و تطبيق القانون الخاص عليها.

وقد توصلنا إلى أن عقد البوت BOT ما هو إلا أسلوبا مستحدثا لإدارة المرافق العامة الاقتصادية ، حيث ظهر في فرنسا منذ القرن التاسع عشر ، لكن لم يعرف تطورا إلا في القرن العشرين في باقي الدول، وذلك في إطار سياسة البنك الدولي في تفعيل دور القطاع الخاص في تسيير هذا النوع من المرافق هذا من جهة ، و من جهة أخرى إختلاف مفهوم الخصخصة بين فقه الإقتصاد وفقه القانون العام ، حيث يعتبر الإقتصاديون أن للخصخصة معنيان، المعنى الواسع وهو "زيادة كفاءة إدارة و تشغيل المشروعات العامة من خلال الإعتماد على آليات السوق والتخلص من البيروقراطية" ، لذا يعتبر عقد البوت BOT من قبيل عقود خصخصة المرافق العامة الاقتصادية ، بينما هناك معنى ضيق وهو يتفق مع المعنى القانوني وهو نقل ملكية القطاع العام إلى القطاع الخاص. وبهذا التعريف ، لا يعتبر فقه

القانون العام عقد البوت BOT من قبيل خصخصة المرافق العامة ، بل كأسلوب لإدارة القطاع الخاص للمرافق العامة .

كما أنه في خصخصة المرافق العامة الاقتصادية تنتقل ملكية المشروع نهائياً سواء بصفة كلية أو جزئية للقطاع الخاص ، بينما في عقود البوت BOT يبقى المشروع ملكاً للدولة وخاضعاً لرقابتها.

وعليه ، إن كانت تسمية عقود البوت BOT بعقد التشغيل والبناء ونقل الملكية فيها نوع من الغموض ليفهم منها إنتقال الملكية إلى القطاع الخاص ، فمن الأحسن اعتماد التعريف اللغوي الثاني وهو عقد البناء والتشغيل والتسليم .

الهوامش

- ¹ - د- عصام احمد البهجي ، عقود البوت Bot الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2008 ، ص 18.
- ² - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، الوجيز في عقود البوت BOT ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2008 ، ص 12.
- ³ - د. عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 12.
- ⁴ - د. جابر جاد نصار ، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2006 ، ص 38.
- ⁵ - د. عصام أحمد البهجي ، المرجع السابق ، ص 15.
- ⁶ - د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المرجع السابق ، ص 21.
- ⁷ - د. صديق عفيفي ، الجهاز الحكومي والخدمة الحكومية بين القديم والجديد، ص 27 ، 28 . منشور على الموقع : <http://WWW.Seddikaffifi.com>
- ⁸ - المادة 13 من الأمر رقم 01 - 04 المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصصتها ، الجريدة الرسمية رقم 47 الصادر بتاريخ 22 أوت 2001.
- ⁹ - د - إلياس ناصيف ، عقود الBOT، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس لبنان، 2006 ، ص. 130 ، 131.
- ¹⁰ - د- سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، دار الفكر العربي، مصر ، بدون تاريخ نشر ، ص 125.
- ¹¹ - د. عبد الفتاح مراد : الترجمة الإنجليزية لقوانين البوت والتأجير التمويلي والقوانين العربية المقابلة لها، شركة البهاء للبرمجيات والكمبيوتر والنشر الإلكتروني، بدون مكان نشر، بدون تاريخ، 46، 48.
- ¹² - د. علي الخطار: عقد امتياز المرفق العامة وتطبيقاته في الأردن ، منشور على الموقع (<http://www.arablawinfo.com>)، 15- 12 - 2008.
- ¹³ - د - إلياس ناصيف : المرجع السابق ، ص. 129 ، 130.
- ¹⁴ - د- جابر جاد نصار: المرجع السابق ، ص 94.
- ¹⁵ - د- جابر جاد نصار: المرجع السابق ، ص 95.

- ¹⁶- د. هاني صلاح سري الدين ، التنظيم القانوني و التعاقدى لمشروعات البنية المحمولة عن طريق القطاع الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2001 ، ص 245.
- ¹⁷- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية و عقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2003 ، ص 283 .
- ¹⁸-د- هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق، ص 175.
- ¹⁹-د- جابر جاد نصار: المرجع السابق ،ص 91.
- ²⁰- د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق ، ص385.