

جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة النهرين - كلية الحقوق

خصخصة المرافق العامة بطريق عقود البناء والتشغيل والنقل إلى

الجهة المستفيدة

(B.O.T)

رسالة تقدّمت بها الطالبة

بشرى محمد سلمان السعدي

إلى مجلس كلية الحقوق - جامعة النهرين

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون العام

بإشراف

الدكتور غازي فيصل مهدي

أستاذ القانون العام في كلية الحقوق - جامعة النهرين

## Summary

The state in its modern history have passed different stages, ranging from taking the neutrality position, in which its main duties focused only on the administration of justice and to maintain security and general rules and on the other hand the intervention in various internal affairs like organizing things as it wish because the state is the one who controls the economy and have the final decision in it, until it reached a stage where it requires to establish a kind of necessary balance between the requirements of the public sector and private sector to achieve the partnership between the two sectors, which is known as the (Public-Private Partnership), which leads in the final achievements to the (Privatization) of public utilities which leads to the public interest within a studied legal and economic frameworks seeking for achieving the public interest.

The privatization has multiple methods vary according to economic conditions experienced by the countries, and perhaps the most prominent methods by which to achieve privatization in accordance with the a clear and specific method is a contract built, operation and transfer to the beneficiary, named acronym (BOT), which represents a pattern of distinct patterns of cooperation and genuine partnership between the public and private sectors in the management of some public facilities of strategic importance, especially those relating to infrastructure, for example like electricity, water and sanitation, airports, ports and railways. These (BOT) contracts are expected to have success and to

continuance in the future for several reasons, among them those related to the management and those which are related to the private sector and other related beneficiary (Citizen), and finally there are reasons to investment promotion.

1. The reasons of administration: the administration benefit from (BOT) contracts on two ways: the first in the establishment and operation of public utility and providing the binding services to the citizens without bearing the expenses of construction and operation, on the other hand, the project facilities will return to it at the end of the contract term, to make use of providing services to the citizens and, if so, it is expected that the administration continues contracting into this type of contract, especially in developing countries that do not have the financial and technical means for the establishment of such facilities.
2. The reasons for the private sector (company project): the private sector makes use of (BOT) contracts in two ways: the first in obtaining the benefits, incentives and guarantees, which encourages him to enter into contractual relations with management. And the other is in building the project which brings him guaranteed profit in the construction of vital and necessary public facility to the citizens, for example electricity, if the company project found that the establishment and the operation of a public utility will return the costs incurred by them in a period of time with a margin of reasonable profit the

company will certainly tend towards contacting of this type of contracts because of the expected returns from it.

3. Reasons for beneficiary (Citizen): The main purpose behind the conclusion of these contracts is to provide services to the citizen, that the administration might not be able to provide him with the required efficiency, so the citizen who deals directly with the quality of services provided to him under those contracts, will go directly to the services offered by the private sector to him, and this is what encourages the latter to make more of these contracts due to the economic feasibility for him.

4. Reasons related to investment promotion: (BOT) contracts focused on the establishment of infrastructure facilities which are essential and necessary for the establishment of any investment project within the state, because the most important factors attracting and encouraging investment is the existence of basic infrastructure to allow the establishment of investment projects like housing, commercial, tourist, recreational and other investor who wishes to establish housing project for example, needs to provide integrated infrastructure enables it to establish his project and to ensure marketing it, as any housing project needed for its success to the availability of electric power sufficient to secure the needs of the residential complex with ensuring providing the project with water and link it to the sewage system, and connecting the housing project with a suitable road network, if available of

these facilities in the project, it will ensure the success of the project significantly, and thus establishing a basic infrastructure according to (BOT) became essential for attracting foreign investment from abroad that lead to the flow of foreign capitals into the country which leads to increasing of the development rates and reduce of unemployment.

## المصادر

### • المصادر العربية :

#### أولاً: الكتب

١. د- إبراهيم الشهاوي - عقد امتياز المرفق العام B.O.T - دراسة مقارنة - بلا مكان طبع - ٢٠٠٣.
٢. د- إبراهيم محمد علي- آثار العقود الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣.
٣. د- أحمد حسان الغندور- التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - مصر- دار النهضة العربية - ١٩٩٨.
٤. د- أحمد رشاد محمود سلام - عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤.
٥. د- أحمد سلامة بدر- العقود الإدارية وعقود الـ BOT - القاهرة- دار النهضة العربية - ٢٠٠٣.
٦. د- أحمد شرف الدين- أصول الصياغة القانونية - بلا مكان أو سنة طبع .
٧. السيد محمد الجوهري - دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار دراسة مقارنة - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي- ٢٠٠٩.
٨. د- أنس جعفر و د- أشرف أنس جعفر - العقود الإدارية (دراسة مقارنة) - القاهرة - دار النهضة العربية- الطبعة الخامسة - ٢٠١١.
٩. القاضي إنطوان الناشف - الخصخصة (التخصيص) مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة (ملف تحليلي- توثيقي شامل) - بيروت- منشورات الحلبي الحقوقية- ٢٠٠٠.

١٠. د- باسم محمد صالح - القانون التجاري - القسم الأول - مكتبة السنهوري-  
طبعة جديدة منقحة-٢٠١٢.
١١. د- جابر جاد نصار - عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام- دراسة  
نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية-٢٠٠٢ .
١٢. د- جابر جاد نصار- الوجيز في العقود الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية-  
٢٠٠٠.
١٣. د- جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المسماة (البيع ،الإيجار،المقاوله) -  
جامعة الموصل - دار ابن الأثير للطباعة والنشر- الطبعة الثانية - ٢٠٠٥.
١٤. د- جمال الدين نصار- تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت-  
القاهرة- ٢٠٠٠.
١٥. د- جورج شفيق ساري- تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإداري في  
القانونين الفرنسي والمصري - مصر- دار النهضة العربية - ٢٠٠١.
١٦. د- جيهان حسن السيد- عقود ال BOT وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها-  
القاهرة - دار النهضة العربية- ٢٠٠٢.
١٧. د- حسان عبد السميع هاشم - الجزاءات المالية في العقود الإدارية - القاهرة-  
دار النهضة العربية - ٢٠٠٢.
١٨. د- حسين درويش - السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري- مصر-  
المكتبة الأنكلو مصرية - ١٩٦١.
١٩. د- خالد محمد القاضي - موسوعة التحكيم التجاري الدولي- دار الشروق -  
٢٠٠٢.
٢٠. د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام  
وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"- القاهرة - دار  
النهضة العربية- ٢٠٠٦.

- د- دويب حسين صابر عبد العظيم - عقود الـ (B.O.T) وكيفية حسم  
منازعاتها- القاهرة- دار النهضة العربية - ٢٠١٠ .
٢١. رثيف خوري - عقود البي أو تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن -  
لبنان - مطبعة الصادر- الطبعة الأولى -٢٠٠٢ .
٢٢. د- رفعت عبدالحليم الفاعوري - تجارب عربية في الخصخصة- القاهرة -  
المنظمة العربية للتنمية الإدارية- ٢٠٠٤ .
٢٣. د- سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة-  
بلا مكان طبع - الطبعة الثانية- ١٩٦٥ .
٢٤. د- عادل محمد خير - مقدمة في قانون التحكيم المصري - القاهرة- دار  
النهضة العربية- ١٩٩٥ .
٢٥. د- عبدالغني بسيوني عبدالله - القانون الإداري (دراسة تطبيقية) -  
الإسكندرية- دار المعارف - ٢٠٠٣ .
٢٦. د- عبدالقادر محمد عبدالقادر - دراسة الجدوى التجارية والاقتصادية  
والاجتماعية مع مشروعات الـ B.O.T - الطبعة الثانية- الدار الجامعية -  
٢٠٠٠-٢٠٠١ .
٢٧. د- عبد المجيد فياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري- القاهرة - دار الفكر  
العربي- ١٩٧٥ .
٢٨. د- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف - العقود الإدارية - بدون ناشر -  
الطبعة الأولى- ٢٠٠١-٢٠٠٢ .
٢٩. د- عثمان احمد عياد- مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - القاهرة -  
دار النهضة العربية - ١٩٧٣ .
٣٠. د- علي الفحام- سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري - القاهرة- دار الفكر  
العربي - ١٩٧٦ .

٣١. د- علي محمد بدير و د- مهدي ياسن السلامي و د- عصام عبد الوهاب  
البرزنجي - مبادئ واحكام القانون الإداري - القاهرة - العاتك لصناعة  
الكتاب-٢٠٠٧ .

٣٢. د- عمرو أحمد حسبو - التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً  
لنظام B.O.T - مصر- دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ .

٣٣. د- عوض شفيق-الخصخصة- القاهرة- دار النهضة العربية- ٢٠٠٠ .

٣٤. د- فاروق أحمد الخماس و محمد عبدالله الدليمي - الوجيز في النظرية  
العامة للعقود الإدارية - كلية القانون - جامعة الموصل - ١٩٩٢ .

٣٥. د- فؤاد محمد مرسي - التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية (دراسة  
مقارنة بين المملكة العربية السعودية ومصر) - القاهرة - دار النهضة العربية -  
٢٠٠٢ .

٣٦. كريستوفر امهوس وهيرمان فيريست - التحكيم والوسائل البديلة لحسم  
المنازعات (كيفية حسم منازعات التجارة الدولية)-مركز القاهرة الإقليمي-  
ومركز التجارة الدولية- بلا مكان او سنة طبع.

٣٧. د- كمال طلبة المتولي سلامة - النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل  
الملكية BOT - دراسة مقارنة-القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠١٠ .

٣٨. د- لطيف جبر كوماني - قانون الشركات التجارية - بغداد - مكتبة السنهوري -  
٢٠١٢ .

٣٩. د- ماهر صالح علاوي الجبوري - مبادئ القانون الإداري- العراق - مكتبة  
السنهوري-٢٠٠٩ .

٤٠. د- مصطفى إبراهيم الزلمي - المنطق القانوني - بغداد - مكتبة السنهوري - بلا  
سنة طبع .

٤١. معتر كامل مرسي - تقرير بخصوص تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة  
بنظام B.O.T- بلامكان أو سنة طبع .

٤٢. د- محمد بدران محمد - عقد الإنشاءات في القانون المصري - القاهرة- دار النهضة العربية -٢٠٠١.
٤٣. الشيخ الإمام محمد بن عبد القادر الرازي - مختار الصحاح - دار التنوير العربي- لبنان-١٩٨٥ .
٤٤. محمد بهجت عبدالله قايد - إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام الB.O.O.T- القاهرة- دار النهضة العربية - بلاسنة طبع .
٤٥. د- محمد حسين عبدالعال - التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية - دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية- القاهرة- دار النهضة العربية-١٩٩٨.
٤٦. د- محمد الروبي - عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T - دراسة في اطار القانون الدولي الخاص- القاهرة- دار النهضة العربية - ٢٠٠٤.
٤٧. د- محمد رياض الأبرش و د- نبيل مرزوق - الخصخصة آفاقها وأبعادها- دمشق- دار الفكر- طبعة اولى - ٢٠٠٢ .
٤٨. د- محمد سعيد حسين أمين - دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها - دار الثقافة العربية الجامعية -١٩٩٢ .
- د- محمد سعيد حسين أمين - مبادئ القانون الإداري - مصر - دار الثقافة الجامعية - ١٩٩٨ .
٤٩. د- محمد عبدالله الظاهر- الضرورات التي تفرضها سياسة الخصخصة في مجالات العمل - بلا مكان طبع - الطبعة الأولى -٢٠٠٤ .
٥٠. د- محمد عبد المجيد إسماعيل - عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية - بلاسنة طبع .

٥١. محمد غازي الجلاي - نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية- جامعة عين شمس- بلا سنة طبع .
٥٢. د- محمد المتولي - الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق- القاهرة - دار النهضة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ .
٥٣. د- محمد محمد عبد اللطيف - الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ .
٥٤. د- محمود السيد عمر التحيوي- أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته- الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٧ .
٥٥. د- محمود الكيلاني- عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا- القاهرة - ١٩٩٥ .
٥٦. د- محمود مختار بربري - التحكيم التجاري الدولي - القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - ١٩٩٩ .
٥٧. المحامي محمود مصطفى الزعابير - سياسة التخصيصية ( دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الاردن ومصر ) - عمان- دار الثقافة للنشر والتوزيع - ٢٠٠٤ .
٥٨. د- منير إبراهيم هندي - أساليب و طرق خصخصة المشروعات العامة (خلاصة الخبرات العالمية ) - المنظمة العربية للتنمية الإدارية - إدارة البحوث والدراسات- مصر - ١٩٩٥ .
٥٩. منير محمد الجنبهي و ممدوح محمد الجنبهي - الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٥ .
٦٠. د- هاني صلاح سرى الدين - الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل

والتمويل في مصر- مجلة القانون والاقتصاد - حقوق القاهرة - العدد التاسع  
والستون- ١٩٩٩ .

٦١. د- هاني صلاح سرى الدين - التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية  
الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص - دراسة تحليلية لنظام البناء  
والتملك التشغيل ونقل الملكية الـ BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع  
الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية - القاهرة - دار النهضة العربية-  
الطبعة الأولى - ٢٠٠١ .

٦٢. د- وليد حيدر جابر - طرق إدارة المرافق العامة(المؤسسة العامة  
والخاصة)- بيروت- منشورات الحلبي الحقوقية- الطبعة الأولى- ٢٠٠٩ .  
- د- وليد حيدر جابر- التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة  
مقارنة)- دمشق- منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة الأولى- ٢٠٠٩ .

#### ثانياً : الرسائل و الأطاريح الجامعية

١. إبراهيم قادم - شروط وقيود نقل التكنولوجيا - أطروحة دكتوراه مقدمة إلى  
كلية الحقوق - جامعة عين شمس- ٢٠٠٢ .
٢. خالد بن محمد عبدالله العطية - النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل  
ونقل الملكية - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة القاهرة-  
١٩٩٩ .
٣. ظافر مدحي فيصل الدوري - تطورات عقد الامتياز وتنظيمها القانوني في  
العراق - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة تكريت - ٢٠١١ .
٤. علاء إبراهيم محمود - الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقود البناء  
والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير مقدمة الى  
كلية القانون - جامعة بابل - ٢٠٠٨ .

٥. علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد - التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٦.

٦. ماهر محمد حامد أحمد - النظام القانوني لعقد البوت BOT - أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة بنها - ٢٠٠٤.

### ثالثاً : البحوث والدراسات

١. د- جمال عثمان جبريل - الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية الـ BOOT - بحث منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية لأكاديمية السادات للعلوم الادارية - القاهرة - ٢٠٠١ .

٢. د- رشدي صالح عبد الفتاح - دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ (B.O.T) - بحث مقدم إلى مركز القاهرة الاقليمي - المؤتمر الدولي عن عقود (B.O.T) - ٢٨-٢٩ اكتوبر - ٢٠٠٠ .

٣. دليل منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO - ١٩٩٥ .

٤. د- رمزي زكي - الخصخصة والإصلاح الاقتصادي بمصر- دائرة حوار المجلة المصرية للتنمية والتخطيط- معهد التخطيط القومي- المجلد الثاني- العدد الاول- ١٩٩٤ .

٥. د- سامي عبدالباقي - البدائل القانونية لترسية مشروعات البنية الأساسية - دراسة خاصة لترسية مشروعات المنفذة وفقاً لآلية B.O.T - القاهرة - مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق في جامعة القاهرة - ٢٠٠٥ .

٦. د- صالح بن عبدالله - المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية - بحث منشور في مركز البحوث والدراسات الإدارية - معهد الإدارة العامة - السعودية - ١٩٩٨ .

٧. د- عزت ملوك قناوي - الأبعاد الاقتصادية لعملية الخصخصة - مجلة مصر المعاصرة- عدد يناير أبريل - السنة الثانية والتسعون- ٢٠٠١.
٨. د- محمد أبو العينين - انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام BOT (بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي حول مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص) - شرم الشيخ - المدّة من ٢٩-٣٠ سبتمبر- ٢٠٠١.
٩. محمد ماجد خشبة - قضايا مفاهيمية وعملية تأجير الأصول ضمن سياسات الإصلاح الاقتصادي مع التطبيق على مصر- بحث منشور في المجلة المصرية للتنمية والتخطيط- معهد التخطيط القومي- المجلد السادس- العدد الثاني- ١٩٩٨.
١٠. المستشار محمود محمد فهمي - عقود الB.O.T وتكييفها القانوني - القاهرة - مجلة مصر المعاصرة العدد ٤٦١ و٤٦٢- السنة الثانية والتسعون- بلاسنة طبع.
١١. د- مهدي الجوائف-الجوانب القانونية للخصخصة- بحث منشور في مجلة الحقوق- جامعة الكويت - السنة التاسعة عشرة- العدد الرابع- ديسمبر ١٩٩٥.
١٢. د- وفيق حلمي الأغا و محمد جودة فارس - خصخصة المؤسسات العامة - بحث منشور في مطبوع ندوة الاساليب الحديثة في الإدارة المالية العامة - دمشق- ٢٠٠٥.

#### رابعاً: التشريعات

##### ١. الدساتير:

- دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

##### ٢. القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
- قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.
- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

- قانون الصحة العامة رقم ٨٩ لسنة ١٩٨١.
  - قانون المستشفيات الأهلية رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٤.
  - قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٦.
  - قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١٦٢ لسنة ١٩٩٠.
  - أمر رقم ٩٥- ٢٢ لسنة ١٩٩٥ المتعلق بخصخصة المؤسسات العمومية في الجزائر.
  - قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بإنشاء هيئة كهرباء مصر.
  - قرار مجلس قيادة الثورة المنحل ١٤٢ لسنة ١٩٩٦.
  - قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل .
  - قانون التخصيص الأردني رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠.
  - قانون الخصخصة اللبناني رقم ٢٢٨ لسنة ٢٠٠٠.
  - قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦.
  - قانون المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨.
٣. الأنظمة :

- نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩.
- النظام الداخلي لهيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩.
- نظام بيع وإيجار عقارات وأراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار رقم (٧) لسنة ٢٠١٠.

### خامساً: أحكام المحاكم

- حكم محكمة التمييز العراقية في القضية المرقمة ٢٢٣ في ٢/٣/١٩٦٢-
- منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني- العدد الثالث- السنة الأولى- ايلول- ١٩٦٢.

• المواقع الالكترونية:

1. <http://arab.dailyforex.com>
2. <http://www.worldbank.org/html/fpd/notes>
3. <http://www.unido.org>

• المصادر الأجنبية:

اولاً: باللغة الإنكليزية

1. Corbett-The Elements of B.O.T a paper presented at the international by Association-26<sup>th</sup> - Biennale conference Berlin20-25 October1997.
2. European Commission- Micro study on public partnerships in the transport sector - promotion of private sector involvement in the provision of transport infrastructure in the Mediterranean countries-2008.
3. Sonia Araujo and Douglas Sutherland Public-Private Partnerships and Investment infrastructure - OECD - Economics Department working Papers - No.803 - OECD. Publishing - 2010.
4. World Bank - Recent trends in private participation infrastructure - September 1999.
5. UNIDO-Guideline for infrastructure development Through B.O.T Projects -1996.

ثانياً : باللغة الفرنسية

1. Abdel Baki (S) - les projets internationaux de construction mene selon la forme le B.O.T - these paris1 -2000.
2. Youssef (ch) - Le contrat de concession de service public ou B.O.T endroit francais ET egyptien- lu de comparer de l'evolution contemprene - These-paris1-2004.

## المقدمة

لقد مرتّ الدولة في تاريخها الحديث بمراحل مختلفة تباينت بين وقوفها على الحياد لتقتصر فيها مهامها على إقامة العدل والحفاظ على الامن والنظام العام وبين تدخلها في شتى الشؤون الداخلية تُسَيِّرُ الامور كما تشاء فهي من يوجّه الاقتصاد ويحرّكه وتكون لها الكلمة العليا فيه ، إلى أن وصلت إلى مرحلة يتطلب منها إقامة نوع من التوازن - الضروري - بين متطلبات القطاع العام والقطاع الخاص وصولاً إلى تحقيق الشراكة بين القطاعين والتي يصطّح على تسميتها فقهاً الشراكة بين القطاع العام والخاص ( Public-Private Partnership )<sup>1</sup> ، والتي تؤدي في محصلتها النهائية إلى خصخصة ( Privatization ) المرافق العامة بما يُحقّق المصلحة العامة ضمن أطر قانونية واقتصادية مدروسة تبتغي المصلحة العامة أولاً واهراً .

إنّ مفهوم الخصخصة لم يظهر وينتشر بصورة عرضية أو استثنائية وإنما ظهر نتيجة للحاجة الكبيرة لمنح القطاع الخاص الفرصة المناسبة لمشاركة القطاع العام في إدارة بعض المرافق التي لم يعد بإمكان الدولة ذاتها إدارتها والإنفاق عليها، والملاحظ على التوجّه نحو الخصخصة أنّه لم يقتصر على دول بذاتها بل إنّه امتد ليشمل أغلب دول العالم ومنها الدول النامية، فهو وإن كانت بدايته في الدول المتقدمة إلاّ أنّه انتشر إلى الدول الاخرى لأسباب جُلّها أسباب عملية اقتصادية تتطلبها عملية التنمية في الدول التي تتبناه .

---

1. Sonia Araujo and Douglas Suther land Public - Private Partnerships and Investment infrastructure – OECD - Economics Department working Papers - No.803 - OECD - Publishing - 2010- P5.

فالبلدان النامية طبّقت الخصخصة في الوقت الحاضر وجعلتها نظام إصلاح إقتصادي لا تكون الغاية منه هو تحويل الملكية العامة كلاً أو جزءاً إلى ملكية خاصة حسب بل الهدف منه بناء الاقتصاد الوطني وتنمية الموارد البشرية والطبيعية عن طريق فسح المجال أمام القطاع الخاص للمساهمة والمشاركة في بناء الدولة إلى جانب القطاع العام.

وماتقدّم يتم تحقيقه عبْر قيام الدولة بوضع سياسات تتخذ شكل تشريعات باختلاف تسمياتها وتدرجاتها - قوانين وأنظمة وتعليمات وغيرها - تشجع الخصخصة عن طريق دعوة المستثمرين المحليين والأجانب إلى استثمار أموالهم داخل الدولة، إذ أنّ دعم القطاع الخاص إلى جانب القطاع العام يبني اقتصاداً وطنياً قوياً قادراً على الوقوف بوجه الأزمات التي تمر بها الدولة.

غير أنّ الخصخصة لا تتجسد بنمطٍ واحدٍ أو أسلوبٍ بذاته وإنّما تعددت وتنوعت الأساليب باختلاف الظروف الاقتصادية التي تمر بها الدول، ولعل من أفضل الوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق الخصخصة وفق منهج واضح ومحددٍ هي عقد البناء والتشغيل والنقل إلى الجهة المستفيدة ( Built ,Operate , Transfer ) المسمى اختصاراً بـ ( B.O.T ) أو ( البوت ) الذي يمثل نمطاً متميزاً من أنماط التعاون والشراكة الحقيقية بين القطاعين العام والخاص في إدارة بعض المرافق العامة ذات الأهمية الاستراتيجية خاصة تلك المتعلقة بالبنية التحتية ( Infrastructures ) كمرافق الكهرباء والمياه والصرف الصحي والمطارات والموانئ وسكك الحديد .

فالمزايا التي يقدّمها هذا النوع من أنواع الخصخصة هو الذي دفع بالدول إلى اعتماده في كثير من مشاريعها التنموية ذات العلاقة المباشرة بحياة المواطنين، فعقد البوت يخفف العبء عن الموازنة العامة للدولة لأنّه يعني قيام القطاع الخاص ببناء وتشغيل المشروع لمدة من الزمن على نفقته، و يحقق التنمية

الاقتصادية والاجتماعية داخل الدولة عن طريق إقامة مشروعات توفر الحاجات الاساسية والضرورية لحياة المواطنين والتي تساهم في الوقت ذاته في تشجيع الاستثمار نظراً لتوفر البنية التحتية التي لاغنى عنها لنجاح الاستثمار في القطاعات الاخرى ، كما أنه يساعد في إيجاد فرص عمل جديدة تخفف من حدة البطالة المنتشرة في الكثير من البلدان في الوقت الحاضر، ويساهم في إدخال التكنولوجيا المتقدمة والأساليب الاقتصادية الحديثة في إدارة واستغلال المشاريع الكبرى .

إنّ هذه المزايا هي التي حفزت البنك الدولي ( World Bank ) إلى دعوة البلدان النامية أو التي في طريقها للنمو إلى اللجوء للمشروعات التي تُقام عن طريق هذا النوع من العقود حتى تستثمر الفوائد الجمة التي تحققها هذه المشروعات لاقتصادياتها، حيث ستقام فيها مرافق ومشروعات كبرى دون أن تتكلف شيئاً<sup>1</sup>.

ومن أجل هذا كله فقد آثرنا أن نخصص هذه الرسالة لدراسة خصخصة المرافق العامة بطريق عقود البناء والتشغيل والنقل الى الجهة المستفيدة (البوت)<sup>٢</sup>، حيث خصصنا الفصل التمهيدي منها لبيان مفهوم الخصخصة ، إذ لايمكن فهم عقد البوت بصورة جلية دون التطرق إلى مفهوم الخصخصة التي نُعدُّ المدخل الطبيعي لفهم مبررات وأسباب وجود هذا النوع من العقود وهو ما تناولناه في ثلاثة مباحث تطرقنا في الأول الى تعريف الخصخصة وفي الثاني إلى أهداف الخصخصة ومتطلباتها وفي الثالث إلى أساليب الخصخصة ، وفي الفصل الأول تناولنا التعريف بعقود البوت في ثلاثة مباحث تطرقنا في الاول إلى تعريف عقود البوت ونشأتها وفي الثاني إلى عناصر عقود البوت وفي الثالث إلى الطبيعة القانونية

---

1. World Bank – Recent trends in private participation infrastructure- September 1999 –P10 .([www.worldbank.org/html/fpd/notes](http://www.worldbank.org/html/fpd/notes))

<sup>٢</sup> . سنستخدم مصطلح عقد (البوت) في المواضع اللاحقة من هذه الرسالة بدلا من إيراد مصطلح البناء والتشغيل والنقل إلى الجهة المستفيدة (BOT) وذلك لغرض الاختصار .

لعقود البوت ، وفي الفصل الثاني تناولنا إبرام وتنفيذ عقود البوت في مبحثين تطرقنا في الاول إلى إبرام عقود البوت وفي الثاني إلى تنفيذ عقود البوت ، أمّا في الفصل الثالث فقد تناولنا آثار عقود البوت وانتهائها وذلك في مبحثين تطرقنا في الاول إلى أهم الآثار بالنسبة لأطراف عقود البوت وفي الثاني إلى انتهاء عقد البوت .

Republic of Iraq  
Ministry of higher Education  
and Scientific Research  
Al-Nahreen University  
College of rights

**Privatization of Public Utilities by  
Contracts of Build, Operate and Transfer to the  
Beneficiary (B.O.T)**

A thesis submitted by

**Bushra Mohammed salman**

To

Council of college of Law as a partial fulfillment for the requirements

For Degree of Master in Public Law

Supervisor

**Prof .Dr Gaze Feasul Mahde**

1433

2012

## الفصل الأول

### التعريف بعقود البوت

مثلما كانت للخصخصة أساليبها التقليدية التي عرضناها في الفصل التمهيدي فإنَّ لها أيضاً أساليب حديثة أوجدتها الحاجة العملية لتقديم أفضل الخدمات للمواطنين ولعل أهمها على الإطلاق هو عقد البوت الذي يُعدُّ من الآليات المتطورة لعملية الخصخصة بل إنَّه يُمثل أفضل مثال لصور الشراكة بين القطاعين العام والخاص<sup>1</sup>، حيث تسعى الدول إلى إبرام هذا النوع من العقود لتتمكن من تقديم الخدمات الأساسية وسد حاجات المواطنين من المرافق العامة<sup>2</sup> وتخفيف العبء عن كاهل الدولة وذلك بتوفير مواردها لأنفاقها في أوجه أخرى مختلفة، ونظراً للأهمية العملية لهذا العقد فإنَّه يجدر بنا أن نتطرق إلى بيان مفهوم هذا العقد والذي سنتناوله في مباحث ثلاثة، نتناول في الأول منها تعريف عقد البوت ونشأته، وفي الثاني نتناول عناصر عقد البوت وفي الثالث نتناول الطبيعة القانونية لعقد البوت.

---

1. European Commission - Micro study on public partnerships in the transport sector - promotion of private sector involvement in the provision of transport infrastructure in the Mediterranean countries - 2008 - p.7.

<sup>2</sup>. للمرفق العام معنيان رئيسيان الأول مادي ويقصد به النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة - كالمؤسسة العامة أو الهيئة العامة أو المحافظة أو البلدية - مباشرة، أو تعهد به إلى جهة أخرى من القطاع الخاص ولكن تحت إشرافها ومراقبتها لإشباع حاجات عامة لتحقيق الصالح العام. والثاني عضوي ويقصد به الجهاز أو المنظمة التي تقوم بالنشاط الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام وإشباع حاجاتها العامة، علماً بأنَّ المرافق العامة قد تكون إدارية مثل دوائر الدولة المختلفة وزارات وحدات إقليمية أو أن تكون مرافق اقتصادية وهي التي تكون ذات طبيعة صناعية أو تجارية وهناك المرافق المهنية والنقابات. انظر د- ماهر صالح علاوي الجبوري- مبادئ القانون الإداري- العراق - مكتبة السنيهوري- ٢٠٠٩- ص ٩١.

## المبحث الاول

### تعريف عقد البوت ونشأته

إنَّ تحديد مفهوم واضح ومحدد لعقد البوت يتطلب منا التطرق الى تعريفه بحسب الاتجاهات المختلفة في هذا المفهوم ، وإذا ما عرّفنا العقد فإنَّ الضرورة تتطلب منا الوقوف عند نشأته والتطور التاريخي له ، وهذا ما سنتناوله في مطلبين اثنين ، نتناول في الاول تعريف عقد البوت وفي الثاني نشأة عقد البوت وتطوره.

## المطلب الاول

### تعريف عقود البوت

إنَّ عقد البوت<sup>1</sup> يُعدُّ من العقود الحديثة التي أفرزتها التطورات الاقتصادية الحديثة والتوجه نحو تقليل الاعتماد على موازنة الدولة في تمويل الحاجات العامة ، فهو عقد أوجدته الحاجة العملية ، لذلك لانجد تشريعات قد تطرقت الى تعريفه، وأنَّ تعريفه قد ورد في كتابات الفقهاء والمنظمات الدولية التي تعنى بعمليات الإصلاح الاقتصادي والخصخصة وتطوير القطاع الخاص .

فلو ذهبنا الى تعريفه فقهاً لوجدنا بأنَّ فقهاء القانون قد تطرّقوا لعقد البوت وعرفوه بصياغات متعددة إلاَّ أنَّها متشابهة من حيث المضمون، فقد ذهب البعض إلى تعريفه بأنَّه ( اتفاق يلتزم بموجبه أحد أشخاص القانون الخاص (شركة المشروع) بتصميم وبناء وإدارة واستغلال أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة

---

<sup>1</sup> . إنَّ مصطلح عقد البناء والتشغيل والنقل الى الجهة المستفيدة الـ (BOT) والذي دخل الى القاموس القانوني العربي هو عبارة عن الأحرف الأولى لثلاث كلمات إنكليزية هي (Build) و(Operate) و(Transfer) ، والتي تشكل بمجموعها المفهوم اللغوي لهذا النوع من العقود، ولم يقتصر استخدام هذا المصطلح على اللغة العربية وإنما امتد الى اللغة الفرنسية التي استخدمته بمفهومه الإنكليزي. د- محمد الروبي - عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ٢٠.

لمدة محددة من الزمن بناءً على اتفاقية المشروع، على أن يقوم بتمويل هذه المشروعات مشتركاً في ذلك مع بعض مؤسسات التمويل المختلفة، ثم يقوم في نهاية المدة المتفق عليها بإرجاع المشروع مرة أخرى إلى الدولة وبحالة جيدة<sup>١</sup>، ويتضح لنا من هذا التعريف أنه اتفاق يلتزم بموجبه أحد الأشخاص المعنوية الخاصة - والذي غالباً ما يكون شركة - بالاشتراك مع بعض المؤسسات التمويلية التي تساهم في تمويل بناء وإدارة مرفق عام أو أحد مشروعات البنى التحتية وعلى نفقته الخاصة واستغلال المرفق طيلة مدة العقد على أن يعاد مرة أخرى إلى الشخص المعنوي العام بحالة جيدة لاستغلاله والاستفادة منه .

في حين عرّفه البعض الآخر بأنه ( عقد تقوم بمقتضاه الدولة بمنح أحد الأشخاص المعنوية من القطاع الخاص حق إنشاء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة على أن يتملك أو يستأجر هذا المرفق ويشغله بنفسه أو عن طريق الآخرين مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق طوال مدة العقد ويلتزم هذا الشخص بإعادة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أشخاصها المعنوية عند نهاية مدة العقد بالشروط والأوضاع المبينة في عقود البوت والقرار الصادر بشأنه<sup>٢</sup>). فهذا التعريف قد ربط موضوع هذا العقد بأحد المرافق العامة الاقتصادية التي لها صلة مباشرة بحياة المواطنين واحتياجاتهم ، حيث لا تستطيع الدولة إدارة هذه المرافق بشكل سليم لأسباب اقتصادية أو فنية أو إدارية ، لذلك تلجأ إلى القطاع الخاص ليتولى هذه المهمة على وفق صيغة محددة متفق عليها مسبقاً.

---

<sup>١</sup> د- دويب حسين صابر عبد العظيم - عقود ال (B.O.T) وكيفية حسم منازعاتها - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠١٠ - ص٤.  
<sup>٢</sup> د- جمال عثمان جبريل - الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ال BOOT - بحث منشور ضمن سلسلة إصدارات البحوث الإدارية لأكاديمية السادات للعلوم الإدارية - القاهرة - ٢٠٠١ - ص٨٣.

ويُعرّف البعض الآخر عقد البوت بأنه ( عقد يبرم بين طرفين الأول الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، والثاني طرف خاص اجنبي غالباً ما يتخذ شكل شركة المشروع، وذلك من أجل تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية على نفقة تلك الشركة الخاصة، على أن يكون لشركة المشروع الحق في استغلال المرفق والحصول على عائدته طوال مدة التعاقد، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وخالياً من كافة الاعباء وبحالة جيدة<sup>١</sup>)، ويتضح لنا من هذا التعريف أنّ العقد يبرم بين طرفين الاول الشخص المعنوي العام ( الإدارة )، والثاني الشخص المعنوي الخاص (شركة المشروع) يتفقان فيه على ان يقوم الطرف الثاني ببناء مرفق عام وتشغيله واستغلاله على نفقته الخاصة وفق شروط محددة في العقد وتحت إشراف الإدارة في مدة زمنية معينة على أن يعاد المرفق العام إلى جهة الإدارة بعد انتهاء المدة وبوضع جيد يمكن الإدارة من استغلال المشروع والانتفاع به، كما يذهب هذا الجانب الفقهي الى جعل الترجمة القانونية لمصطلح البوت هي التشييد والاستغلال والتسليم وذلك لأنّه يرى أنّ كلمة التشييد أشمل من كلمة البناء ، لأنّها تدل على قيام الشركة بإجراء دراسات الجدوى الاقتصادية وتقوم بتخطيط الموقع وإجراء التصميم الهندسية ثم تتجه إلى بناء المشروع وأخيراً تجهيزه بالأجهزة والمعدات اللازمة للمشروع . أمّا فيما يتعلق بكلمة الاستغلال فيرى بأنّها أشمل من تعبير التشغيل ، لأنّ الشركة سوف تقوم أثناء مدة العقد بتشغيل المشروع والحصول على كامل موارده. أمّا فيما يتعلق بكلمة التسليم فهي أشمل من كلمة النقل وأدقّ تعبيراً ، لأنّ شركة المشروع لا تملك المشروع وإنما

---

<sup>١</sup> د - محمد الروبي - المصدر السابق - ص ١٧.

يكون لها فقط حق استغلاله والحصول على مقابل ذلك أثناء مدة العقد على أن تعيد المشروع إلى جهة الإدارة<sup>١</sup>.

وتُعرف عقود البوت أيضاً بأنّها ( عقود تتعلق بالمشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات، وطنية كانت أم أجنبية ، وسواءً أكانت شركة من القطاع العام أم الخاص، لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم تؤول ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية<sup>٢</sup> )، والذي يفهم من هذا التعريف بأنّ الجهة المتعاقدة مع الدولة سوف تمتلك المرفق طوال مدة العقد وعند انتهائه يتم نقل الملكية للدولة، وهذا الكلام محل نظر ، لأنّ المرفق يبقى مملوكاً للدولة أو الشخص العام الذي تم التعاقد معه ، إذ يتم منح الشخص المعنوي الخاص رخصة لبناء واستغلال المرفق لمدة يتفق عليها دون أن يكون له حق تملك المرفق وإنما يكون له حق إدارته واستغلاله دون تملكه، على أن يعود في نهاية مدة العقد إلى الإدارة بحالة جيدة تمكنها من تشغيله والانتفاع به.

وعُرف أيضاً بأنّه ( اتفاق تعاقدى تقوم بمقتضاه الحكومة أو إحدى الجهات الإدارية بمنح مستثمر من القطاع الخاص أو العام محلياً أو أجنبياً ترخيصاً لتشيد أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، مقابل استغلاله أو استثمار أصول هذا المرفق بنفسه أو عن طريق آخرين، ويكون عائد تشغيل المشروع إلى المستثمر طوال مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة المشروع

---

<sup>١</sup> .د- محمد الروبي- المصدر السابق- ص١٧-١٨ .

<sup>٢</sup> .د- كمال طلبه المتولى سلامة- النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T (دراسة مقارنة)- القاهرة- دار النهضة العربية - ٢٠١٠ - ص٢٥.

وأصوله إلى الحكومة أو أي هيئة من هيئاتها المختصة عند انتهاء مدة الترخيص وبشروط اتفاق الترخيص<sup>١</sup>.

أمّا على صعيد المنظمات الدولية المعنية بتطوير القطاع الخاص فقد سعت إلى وضع تعريف محدد لهذا العقد لما له من أهمية نابعة من كثرة تطبيقاته، فقد عرّفته منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية ( اليونيدو) بأنّه ( اتفاق تعاقدى يتولى 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<sup>٢</sup> ).

أمّا لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) فقد عرّفته بأكثر من صيغة، إلاّ أن التعريف المعتمد لديها في الوقت الحاضر هو ذلك الذي يُعرّف العقد بأنّه ( 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

---

<sup>١</sup> .ظافر مدحي فيصل الدوري - تطورات عقد الامتياز وتنظيمها القانوني في العراق - رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون - جامعة تكريت - ٢٠١١ - ص ٥٦.

<sup>٢</sup> . دليل منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية UNIDO - ١٩٩٥ - ص ٢٨٨ - الموقع الرسمي للمنظمة على شبكة الانترنت

<http://www.unido.org>

تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً على أن تعود ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية الامتياز<sup>١</sup>).

ومما تقدم نستطيع أن نُعرف عقد البوت<sup>٢</sup> بأنّه " عقد يبرم بين شخص معنوي عام و شركة المشروع - التي تتكون في الغالب من اتحاد مالي - الغرض منه تمويل وتشيد وإدارة مرفق عام والحصول على المقابل المادي له مدة محددة تكون طويلة نسبياً و تلتزم الشركة بإعادة المرفق العام بنهاية المدة إلى الشخص المعنوي العام المتعاقد معه بحالة تشغيلية جيدة"

---

١. د - جمال الدين نصار- تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام البوت - القاهرة - بلا دار نشر - ٢٠٠٠ - ص ١٠.

٢. لعقد البوت صور أخرى تنفرع عنه والعامل الأساسي الذي يميز عقد البوت عن العقود التي تشابهه هو في مقدار الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع ومدى السلطات التي تملكها في فترة الاستغلال . ومن أهم هذه العقود عقد البناء والتملك والتشغيل والنقل B.O.O.T (Build -Own- Operate-Transfer) وبموجبه تقوم شركة المشروع بتشيد المرفق على نفقتها وتملكه طوال مدة التعاقد ثم تقوم باستغلاله خلال المدة التي يحددها العقد ثم تقوم بعد ذلك بنقل ملكيته إلى الجهة الإدارية المتعاقد معها بعد انتهاء المدة المتفق عليها . وهناك عقد البناء والنقل والتشغيل B.T.O (Build-Transfer-Operate) ينصب هذا العقد على اتفاق الحكومة مع المستثمر الخاص لبناء المرفق العام وبعد إنجازه يتم إعادته للحكومة التي تبرم مع المستثمر عقداً آخر لإدارة المشروع واستغلاله مقابل الحصول على إيرادات التشغيل وتكون الجهة الإدارية مالكة للمشروع منذ البداية ، وهناك عقد البناء و التأجير والنقل B.R.T (Build- Rent- Transfer) وبه تعقد الحكومة اتفاقاً مع شركة المشروع على تشيد المرفق العام على نفقة الشركة وعند إتمام التشيد تقوم الحكومة المتعاقدة بأستئجار استغلال المرفق من الشركة بمقابل مالي حيث تقوم الإدارة بإدارة وصيانة المشروع ثم يصبح المرفق في نهاية العقد خالصاً للحكومة حيث تقوم باستغلاله دون اي التزام تجاه الشركة، وهناك عقد البناء والتأجير والتشغيل والنقل B.R.O.T

(Build - Rent - Operate - Transfer) وبه تعهد الجهة الإدارية إلى شركة المشروع بتشيد المرفق العام على نفقة الشركة وحسابها ثم تقوم الشركة بأستئجار المشروع منها واستغلاله وصيانته والحصول على مقابل ارتفاع الجمهور بالخدمات خلال المدة المتفق عليها تحت إشراف الجهة الإدارية وراقبتها ثم تقوم بتسليم المرفق لها بحالة جيدة. وأخيراً عقد التحديث والتملك والتشغيل والنقل M.O.O.T (Modernize-Own-Operate-Transfer) وبموجبه تقوم شركة المشروع بتحديث مشروع عام قائم بالفعل وتطويره كماً وكيفاً على نفقتها ويسمح لها مقابل ذلك بتملكه واستغلاله طوال المدة التي يحددها العقد مقابل الحصول على عائد هذا المشروع ثم تقوم بعد انتهاء مدة العقد بنقل ملكيته الى الجهة الإدارية المتعاقد معها . انظر في ذلك د- محمد الروبي- المصدر السابق - ص ٣٧ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### نشأة عقد البوت وتطوره

يذهبُ بعض فقهاء القانون إلى القول بأن أول تطبيق لعقد البوت ظهر في الربع الأخير من القرن الثامن عشر في فرنسا وتحديدًا إلى سنة ١٧٨٢، عندما أبرمت الحكومة الفرنسية آنذاك عقداً مع إحدى شركات القطاع الخاص وهي شركة "بيريه أخوان" لتوزيع المياه في مدينة باريس، إلا أنّ تطور الأحداث السياسية في فرنسا بعد الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ دفع بمدينة باريس إلى إلغاء هذا العقد في وقت لاحق، إلا أنّ ذلك لم يمنع من انتشاره خارج فرنسا في وقت لاحق بعد عام ١٨٣٠، حيث امتد إلى بعض البلدان الأوروبية كإسبانيا وإيطاليا وألمانيا<sup>١</sup>.

ويذكر الكتاب أيضاً بأنّ من الأمثلة التاريخية للمشاريع الكبرى التي نفذت باتباع هذا النوع من العقود هو مشروع قناة السويس في القرن التاسع عشر، حيث أبرمت الحكومة المصرية في ذلك الوقت عقداً مع الشركة العالمية لقناة السويس البحرية لغرض حفر قناة السويس التي تربط البحر المتوسط بالبحر الأحمر، فقد منحت الحكومة المصرية الشركة المتعاقدة معها العديد من الامتيازات، منها على سبيل المثال، جعل مدة الامتياز تسعة وتسعين عاماً، ومنحها الأرض دون مقابل، مع إعفاءات كمركية وضريبية لجميع المعدات والأدوات والمواد اللازمة لعمل المشروع والتي تستوردها الشركة<sup>٢</sup>. فهذه الخصائص التي اشتمل عليها عقد حفر قناة السويس تكاد تكون ذاتها المتعارف عليها في الوقت الحاضر، فالكلفة الضخمة للمشروع التي وصلت إلى (١٨) ثمانية عشر مليون جنيه استرليني قابلها فوائد كبيرة حققها المشروع، فقد وصلت أرباح بريطانيا التي كانت صاحبة السيطرة الفعلية على المشروع،

---

<sup>١</sup> د- محمد بهجت عبدالله قايد- إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T او البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام الـ B.O.O.T - القاهرة- دار النهضة العربية - بلاسنة طبع- ص ٤.

<sup>٢</sup> د- هاني صلاح سرى الدين- الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص في مصر وغيرها من بلدان العالم- مجلة القانون والاقتصاد- العدد ٦٩- ١٩٩٩- ص ٤.

الى عشرة أضعاف الكلفة بآنتهاء العقد الأول من القرن العشرين ، وهذا العنصر هو الأساس لأي مستثمر في هذه العقود<sup>١</sup>.

غير إنَّ الانطلاقة الحقيقية لعقد البوت- بحسب وجهة نظرنا - قد أبتدأت في نهايات القرن العشرين، والذي حد من ظهور هذه العقود وانتشارها في وقت مبكر هو انتشار الأنظمة الاشتراكية والشيوعية وتعاضم دور الدولة وتحملها عبء تمويل المرفق بالكامل وتقديمها خدمات البنية الأساسية، إلاَّ أنَّ انحسار الأنظمة الشيوعية في بدء التسعينيات من القرن الماضي دفع بهذا النوع من العقود الى الظهور مجدداً وبشكل أشمل وأوسع من قبل، وحتى في الدول الرأسمالية التي تولي القطاع الخاص الأهمية العظمى في تحريك عجلة الاقتصاد فإنَّها لم تول هذا النوع من العقود أهمية حتى نهاية عقد الثمانينيات من القرن العشرين<sup>٢</sup>.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية أضحت سياسة الحكومة واضحة في تشجيع الخصخصة عن طريق تشييد وتشغيل الطرق والجسور مقابل رسوم يتم استيفاؤها من المنتفعين بموجب القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في ١٨/١٢/١٩٩١ ، وقرار الرئيس الامريكي الصادر سنة ١٩٩٤<sup>٣</sup>.

وفي استراليا أخذت الحكومة بهذا النوع من العقود لتمويل وتشييد خطوط سكك حديدية في نيو ساوث ويلز ، كما تم تشييد نفق ميناء سدني بالطريقة ذاتها ، ومن امثلة مشروعات البوت أيضاً النفق الأوربي (المانش) ، وهو خط سكة حديدي يربط إنكلترا بفرنسا بتكلفة تجاوزت ١٦ ستة عشر مليار دولار<sup>٤</sup>، حيث كان هذا المشروع نتاجاً للاتفاقية المبرمة بين الحكومتين الفرنسية والإنكليزية من ناحية وشركة

---

١. د- كمال طلبه المتولى سلامة- المصدر السابق- ص١٥-١٦.

٢. د- هاني صلاح سرى الدين -الاطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية ... - المصدر السابق- ص١٧٨.

٣. د- كمال طلبه المتولى سلامة- المصدر السابق- ص١٧-١٨.

٤. د- هاني صلاح سرى الدين -الاطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية ... - المصدر السابق - ص٥٧.

يورتينال من ناحية أخرى لإنشاء وتشبيد النفق حيث يعد وبحق من أهم المشاريع المنفذة طبقاً لنظام البوت<sup>١</sup>.

وفي تركيا ظهر هذا الاسلوب أول مرة في منتصف الثمانينيات من القرن العشرين، إذ أُستخدم لتنفيذ بعض مشاريع البنى التحتية كمشروع جسر البوسفور ومحطة لإنتاج الطاقة الكهربائية<sup>٢</sup>.

كما واتجهت الدول النامية أمثال الفلبين لهذه العقود منذ ١٩٨٩ حيث أنشأت محطة غاز توربينية لتوليد الطاقة بطاقة إنتاجية قدرها ٢٠٠ ميكاوات، أما هونج كونج فقد أنشأت مؤسسة "هويوبل للطاقة" محطة للغاز عن طريق عقود البوت<sup>٣</sup>

وقد طبق هذا الاسلوب في بعض الدول العربية، فقد استخدمته مصر حديثاً في إنشاء محطة لتنقية وتحلية المياه في محافظة الغردقة، كما أصدر مجلس الوزراء المصري قراره المرقم ١ في ١٩٩٨ لإنشاء وتشغيل مطار "مرسى علم" لأحدى الشركات المتخصصة في تشغيل وإدارة المطارات، وقراره المرقم ٤ في ١٩٩٨ لإنشاء محطة كهرباء "سيدي كيرير البخارية"<sup>٤</sup>.

وفي لبنان فقد اتجهت الحكومة إلى اتباع هذا الاسلوب في العديد من القطاعات نذكر منها على سبيل المثال قطاع الاتصالات حيث أبرمت عقداً لبناء شبكة الهاتف النقال، وكذلك في قطاع السياحة حيث أبرمت عقداً مع إحدى الشركات لتجهيز وتأهيل مغارة جعيتا<sup>٥</sup>.

---

<sup>١</sup> . محمد غازي الجلاي - نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل في تشبيد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية - جامعة عين شمس - ٢٠٠٠ - ص ٢٢.

<sup>٢</sup> . د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" - القاهرة- دار النهضة العربية - ٢٠٠٦ - ص ٤٢.

<sup>٣</sup> . د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ... - المصدر السابق - ص ٤٣.

<sup>٤</sup> . د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ... - المصدر السابق - ص ٤٢.

<sup>٥</sup> . رثيف خوري- المصدر السابق - ص ١٥.

## المبحث الثاني عناصر عقد البوت

لعقد البوت عناصره المميزة التي يمتاز بها عن غيره من العقود التي قد تتشابه معه، وهذه العناصر نستخلصها عن طريق الرجوع إلى تعريف عقد البوت ، وتمثل هذه العناصر بحسب ما تعارف عليه فقهاء القانون بكون أحد أطراف عقد البوت شخصاً معنوياً عاماً، وأن يتصل عقد البوت بنشاط المرفق العام، وأن تبقى ملكية المرفق العام للجهة الإدارية المتعاقدة، وأن يلتزم الشخص المعنوي الخاص (الشركة المتعاقدة) بتمويل مشروعات البوت، وأن تكون مدة العقد طويلة ومحددة. وهذا ما سنتناوله في المطالب الخمسة الآتية:

### المطلب الاول

#### أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً

يستلزم عقد البوت أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، لكونه المسؤول الأول عن تحديد القطاعات والمشروعات التي يصلح تنفيذها بأسلوب البوت، فهو المالك للأرض وهو الذي يقوم بإدارة عملية المناقصات وتحديد المعايير الواجب مراعاتها والالتزام بها عند اختيار الشركات الأجنبية أو المحلية التي ستتولى القيام بالمشروع، ومن ثم يقوم بمنح رخصة لشركة المشروع لإقامته ووضع ضوابط وشروط استخدام الرخصة<sup>١</sup>.

١. والشخص المعنوي العام اما أن يكون إقليمياً وهو الذي يتحدد اختصاصه على إقليم معين وعلى أشخاص معينين هم سكان الإقليم كالدولة والمحافظات والبلديات والاقضية والنواحي ، أو أن يكون مرفقياً وهو الذي لا يتحدد اختصاصه بإقليم معين وإنما بمرفق أو مشروع محدد الأهداف كالجامعات ومؤسسات البحث العلمي التي تمنح شخصية معنوية . أنظر: د- علي محمد بديرو د- عصام عبدالوهاب البرزنجي و د- مهدي ياسين السلامي - مبادئ وأحكام القانون الإداري - القاهرة- العاتك لصناعة الكتاب- ٢٠٠٧- ص٩٦.، وكذلك د- ماهر صالح علاوي الجبوري- المصدر السابق- ص٣٤.

٢. د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق- ص٧٤.

وإذا كان الطرف الأول من أشخاص القانون العام فإنَّ الطرف الثاني سيكون في الغالب الأعم من القطاع الخاص ويطلق عليه غالباً ( شركة المشروع ) ، وهذه الشركة غالباً ما يتم تأسيسها من قبل اتحاد مالي يسمى بالكونسورتيوم (consortium)<sup>١</sup> لتتولى التعاقد مع الادارة أو أن يتم تأسيسها في مرحلة لاحقة للتعاقد لتتولى متابعة إنشاء وتشغيل المشروع بعد ان يكون الكونسورتيوم قد أبرم العقد مع الادارة<sup>٢</sup> وتشرط الكثير من الدول ومنها العراق ومصر والكويت أن يكون تكوين الشركة طبقاً لقانونها الوطني<sup>٣</sup> . و كثيراً ما تلجأ الدول إلى التأكد من جدية الشركات المتقدمة للعطاء باتخاذ مجموعة من الإجراءات، إذ يتم التحقق من نوع الشركة وقيدتها في السجل التجاري ومكان التأسيس والقانون الخاضعة له والاطلاع على النظام الأساسي لها وطبيعة النشاط الذي تقوم به و الإنجازات السابقة المتحققة للشركات<sup>٤</sup> .

---

<sup>١</sup> . الاتحاد المالي أو الكونسورتيوم هو اتفاق يبرم بين مجموعة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ( محلية أو أجنبية ) يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ المشروع مدة محددة من الزمن من أجل تحقيق الربح ، دون أن ينشأ عن هذا الاتفاق كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة حيث يحتفظ مكوّنيه بشخصيتهم المستقلة. أنظر: د- دويب حسين صابر عبد العظيم -الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام.... - المصدر السابق - ص ٢٣١ .

<sup>٢</sup> .د- محمد بدران محمد- عقد الإنشاءات في القانون المصري - القاهرة - دار النهضة العربية -٢٠٠١- ص٣٤٧.

<sup>٣</sup> . المادة ١٧ من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ .

<sup>٤</sup> . ظافر مدحي فيصل الدوري - المصدر السابق - ص ٦٠ .

وفي العراق فإن عقود البوت لا يوجد لها تشريع ينظم أحكامها ، وفي حالة إيجاد مثل هذا التشريع أو ظهور تطبيقات للبوت ، فإن هذه العقود يمكن شمولها بأحكام قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل بعد استيفاء المتعاقد (المستثمر) للشروط اللازمة للحصول على إجازة الاستثمار والتي حدتها المادة ١٩ منه والتي تتمثل بملء استمارة الطلب المعدة من قبل الهيئة - الهيئة الوطنية للاستثمار أو هيئات استثمار المحافظات- ، وتقديم كفاءة مالية من مصرف معتمد من قبل البنك المركزي العراقي ، وأن يقدم المشاريع التي نفذها في العراق وخارجه، وأن يبين تفاصيل المشروع المراد الاستثمار فيه وجدواه الاقتصادية، وأخيراً تقديم جدول زمني لإنجاز المشروع.

## المطلب الثاني

### أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام

تلجأ الدولة غالباً إلى إبرام عقد البوت لإنشاء مرافق عامة تستهدف إشباع حاجات وتقديم خدمات ذات نفع عام إلى مواطنيها، وعلى وجه الخصوص مشاريع البنى التحتية الأساسية التي تعتمد عليها حياة المواطن ومنها ( المحطات الكهربائية ، المطارات والموانئ ، المرافق الصحية ، الاتصالات ، محطات المياه ، الطرق والجسور، استصلاح الأراضي، استخراج النفط.. الخ )<sup>١</sup>، فهذه المشاريع كانت تعد من صميم واجبات الدولة واختصاصاتها في فترات سابقة فهي التي تأخذ على عاتقها بناءها وتشغيلها، غير أن الدول بدأت بالسماح بخصخصة تلك القطاعات باستخدام عقود البوت لتشييد وإدارة واستغلال هذه المرافق، وكان الغرض من ذلك توفير رؤوس الأموال الأجنبية والمحلية والاستعانة بالنقد الأجنبي، واكتساب التكنولوجيا والخبرات الحديثة في قطاعات الإنشاء والاستغلال والإدارة، وعدم تحميل موازنة الدولة لعجز قد يحدث نتيجة لهذه الاستثمارات، وتفرغ الحكومة

<sup>١</sup>د- محمد الروبي - المصدر السابق - ص ٢٧ .

لواجباتها الأساسية كالدفاع والصحة والتعليم والأمن والقضاء<sup>١</sup> ، تلك الواجبات التي كانت ولا تزال محصورة بها ضمن ما كان يعرف بمفهوم الدولة الحارسة .

### المطلب الثالث

#### أن تظل ملكية المرفق العام للجهة الإدارية المتعاقدة

سبق أن أوضحنا بأن عقود البوت تعني البناء والتشغيل والنقل الى الجهة المستفيدة، وقد ذهب البعض من الفقهاء الى تفسير العبارة الأخيرة ( النقل ) الى الجهة المستفيدة على أنه نقل ملكية المشروع<sup>٢</sup> ، فقد عدَّ هذا الاتجاه الفقهي شركة المشروع بأنها مالكة مؤقتة للمشروع وأصوله ومكوناته لحين انتهاء مدة العقد، إلا أن هذا الرأي مردود عليه لأنه لا توجد ملكية مؤقتة<sup>٣</sup> فهذه الصفة تتعارض مع أهم عناصر الملكية والتي تعرف بمكنة التصرف التي تجيز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً قانونياً و مادياً، فشركة المشروع تتمتع بسلطات واسعة إلا أنها سلطات ممنوحة من قبل الدولة من أجل إدارة واستغلال المرفق العام لتخفيف العبء عن الإدارة العامة المسؤولة في الأصل عن إدارة واستغلال المرفق العام . فسلطة شركة المشروع مقيدة خلال مدة التعاقد فلا يجوز لها التصرف في المرفق موضوع التعاقد ولا في أصوله أو مكوناته، كما لا يجوز لها رهن المشروع أو إنقاله بتأمينات عينية مالم توافق الجهة الإدارية على ذلك ، فضلاً عن ذلك لا يجوز لأية جهة أن تقوم بالحجز على أصول ومكونات المشروع مقابل ديون أو حقوق لها تجاه شركة المشروع ، مع عدم إمكانية الشركة مخالفة المواصفات الفنية والهندسية ولا الشروط المتفق عليها في العقد - وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في مواضع لاحقة - ، كما إنَّ القول بالملكية المؤقتة لا يتفق مع الدلالة اللغوية لكلمة التملك،

<sup>١</sup> -د- كمال طلبية المتولى سلامة- المصدر السابق- ص ٥٧.

<sup>٢</sup> . ظافر مدحي فيصل الدوري- المصدر السابق- ص ٥٢.

<sup>٣</sup> -د- محمد الروبي - المصدر السابق- ص ٣٠.

فالتملك معناه في اللغة - احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به - وهذا الأمر غير معترف به لشركة المشروع على المرفق أو أصوله أو مكوناته<sup>١</sup>.

#### المطلب الرابع

أن يتولى الشخص المعنوي الخاص تمويل مشاريع عقود البوت تُعدُّ المشروعات التي تقام بعقود البوت مشروعات مهمة، لأنها تتعلق بالبنى التحتية الأساسية التي تمتاز بـضخامتها وطول عمرها الافتراضي وضرورة إقامتها بأعلى المعايير المتعارف عليها كونها تحقق المنفعة العامة وترتبط بحاجات المواطنين، وعليه فإنَّ طبيعة وحجم هذه المشروعات يفرض على الجهة المتعاقدة توفير قاعدة تمويلية واسعة وأمنة وقادرة على تغطية احتياجات هذه المشروعات على المدى القصير أي أثناء مدّة تهيئة الأرض والتخطيط والتصاميم الهندسية وبناء المشروع، وعلى المدى المتوسط أثناء مرحلة تشغيل المشروعات، وعلى المدى البعيد لتطوير المشروع وإدخال التكنولوجيا الحديثة عليه.

وغالبا ما يعتمد في تمويل هذا النوع من العقود على نوعين من المصادر، الأول: التمويل بدون رجوع، ويقصد به ضمان سداد مبلغ القرض من عائد المشروع، أي أنّ المقرض يعتمد فقط على العوائد النقدية للمشروع والإيرادات الناشئة عن استغلاله، ويتنازل عن أية حقوق له في تتبع المال الخاص للمقترض في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وفي حال إذا كانت العوائد النقدية غير كافية فلا يكون هناك أي التزام على المساهمين قانوناً بسداد القرض وفوائده<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> - د- محمد الروبي - المصدر السابق - ص ٣٦.

<sup>٢</sup> - د- أحمد رشاد محمود سلام - عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة - القاهرة- دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ٤٢.

الثاني: التمويل مع حق الرجوع المحدود : ويقصد به أن تعتمد البنوك ومؤسسات التمويل المقرضة على التأمينات العينية ( ومنها الرهن الحيازي على الأصول المادية للمشروع )، فضلاً عن التأمينات الشخصية ( وهي الكفالة )<sup>١</sup> .

لقد كانت مصادر تمويل الدول النامية في الماضي تعتمد بالأساس على القروض والهبات الثنائية والمتعددة في حين كان الإقراض التجاري محدوداً ، ومنذ اتفاقية بريتون وودز<sup>٢</sup> عام ١٩٤٤م التي أدت إلى تطور الجهاز المصرفي على مستوى العالم والاتجاه نحو التخلص من القيود التي تحد من نشاط البنوك ودخول البنوك في تمويل هذه المشاريع وخاصة المصارف والبنوك التجارية، فقد بدأت الشركات بالاعتماد على هذه البنوك لتمويل هذا النوع من المشاريع، حيث إنّ أهم أشكال التمويل الذي تقدمه هذه البنوك يتم إما عن طريق المساهمة في إنشاء الشركات التي تتولى تنفيذ هذه المشروعات، أو عن طريق المساهمة المباشرة بنسبة من رأسمال هذه الشركات، أو عن طريق القروض القصيرة أو الطويلة الأمد، أو المشاركة في اتحاد (كونسورتيوم) محلي أو خارجي<sup>٣</sup> .

وفي بعض الأحيان تساهم الحكومات بضمان محدود لهذه الشركات عن طريق التعاقد معها على شراء خدمات المشروع خلال مدة العقد الذي يطلق عليه عقد شراء الخدمة ، ومن الأمثلة على ذلك اتفاق الحكومة المصرية على شراء إنتاج

---

<sup>١</sup> . Corbett - the Elements of B.O.T a paper presented at the international by Association - 26<sup>th</sup>- Biennale conference Berlin20 -25 October1997- p3.

<sup>٢</sup> . هي اتفاقية ادت الى تأسيس نظام الصرف الاجنبي في مرحلة ما بعد الحرب العالمية الثانية ، وظل هذا النظام متماسكاً الى اوائل السبعينيات ، ونتج عن هذه الاتفاقية انشاء صندوق النقد الدولي (IMF). كما ثبت العملات في نظام ثابت للصرف الاجنبي بنسبة تذبذب ١% للعملة بالنسبة للذهب او الدولار. انظر الموقع الالكتروني <http://arab.dailyforex.com> .

<sup>٣</sup> . د- رشدي صالح عبد الفتاح - دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الاساسية بنظام ال (B.O.T) - بحث مقدم الى مركز القاهرة الاقليمي - المؤتمر الدولي عن عقود (B.O.T) - ٢٨-٢٩ اكتوبر لسنة ٢٠٠٠ - ص٦.

شركة المشروع من الطاقة الكهربائية وتوزيعها على جمهور المواطنين بواسطة الشركة القابضة لكهرباء مصر وشركات التوزيع التابعة لها<sup>١</sup>.

### المطلب الخامس

أن تكون مدة عقد البوت طويلة نسبياً ومحددة

وأخيراً فإنَّ عقد البوت يبرم ليستمر لمدة غالباً ماتكون طويلة، ولكنها في الوقت ذاته محددة<sup>٢</sup> بمدة معينة فلا يجوز ترك العقد بدون تحديد مدة له ، فقد تكون مدة العقد مائة عام ولكن يجب أن يكون محدداً وهذه أبرز المميزات التي تميز هذا العقد ، وقد اختلفت تشريعات الدول التي تحدد مدة عقد البوت ، فالقانون المصري رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بإنشاء هيئة كهرباء مصر - والذي يُعدُّ من أهم القوانين التي تنظم احكام عقد البوت في مصر - اجاز في المادة (٧) منه لهيئة كهرباء مصر منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والاجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء على ان لا تزيد مدة الالتزام عن تسعة وتسعون سنة<sup>٣</sup>.

أمّا قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل ، فقد نص في المادة ١٠/ثالثاً/أ منه على أنه ( للمستثمر العراقي أو الأجنبي حق استئجار الأراضي والعقارات من الدولة أو من القطاعين الخاص والمختلط لغرض إقامة المشاريع الاستثمارية عليها لمدة لاتزيد على مدة الاجازة والتي لاتزيد مدتها عن (٥٠) خمسين سنة قابلة للتجديد بعد مراعاة طبيعة المشروع والجدوى الاقتصادية منه )، فهذه المادة قد ربطت مدة إيجار الأرض بمدة المشروع الاستثماري ذاته حيث أجازت ابتداءً إيجار الأرض للمشروع الاستثماري لمدة تصل لغاية ٥٠ سنة قابلة للتجديد

<sup>١</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام ..... -المصدر السابق - ص١٦٧.

<sup>٢</sup> -د- جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المسماة (البيع، الايجار، المقاوله) - جامعة الموصل - دار ابن الأثير للطباعة والنشر - الطبعة الثانية - ٢٠٠٥ - ص٥٤٧.

<sup>٣</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام..... - المصدر السابق - ص٨٣.

(من دون تحديد عدد مرات التجديد) إذا كانت طبيعة المشروع الاستثماري تتطلب ذلك ، وهذا الأمر بطبيعة الحال يسري على المشاريع المنفذة بعقود البوت – عند وجودها- خاصة إذا علمنا بأن المادة ٨/ ثانياً من نظام بيع وإيجار عقارات وأراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ المعدل التي ورد فيها ذكر عقد البوت لم يتم فيها تحديد مدة خاصة بعقد البوت ، فقد نصت هذه المادة على ( تؤجر الهيئة الوطنية للاستثمار الأراضي المطلوبة لأغراض تنفيذ المشاريع الاستثمارية الصناعية والزراعية والخدمية والسياحية والترفيهية وغيرها على النحو الآتي...ثالثاً: المشاريع الكهربائية والنفطية وغيرها الواقعة خارج حدود البلدية التي تنفذ بصيغة بناء، تشغيل، تملك (BOO) وبناء، تشغيل، تحويل إلى الجهة المستفيدة (BOT) ببدل إيجار الأراضي المقدرة من قبل اللجان المشار إليها في المادة (٤) أعلاه، ومن ثم فإن مدة عقد البوت لم يتم تحديدها بحسب طبيعة المشروع وفقاً لما ورد ذكره أعلاه.

## المبحث الثالث

### الطبيعة القانونية لعقد البوت

لقد اختلف فقهاء القانون اختلافاً كبيراً حول الطبيعة القانونية لعقود البوت فهناك اتجاه فقهي يرى بأنَّ عقد البوت هو عقد خاص ومن ثم يخضع للقانون الخاص، وهناك من يرى بأنَّ عقد البوت هو عقد إداري ومن ثم يخضع للقانون العام، وإلى جانب هذين الرأيين ظهر اتجاه ثالث سلك مسلكاً وسطاً بينهما وعدَّ طبيعة عقد البوت تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها .

وستتناول الطبيعة القانونية لعقد البوت في ثلاثة مطالب نتناول في الأول الرأي القائل بأنَّ عقد البوت هو من عقود القانون الخاص ، وفي الثاني نتناول الرأي القائل بأنَّ عقد البوت هو عقد من عقود القانون العام ، وفي الثالث نتطرق الى الرأي القائل بأن طبيعة عقد البوت تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها .

## المطلب الاول

### عقد البوت من عقود القانون الخاص

يذهب اتجاه فقهي إلى عدَّ عقد البوت من عقود القانون الخاص وقد أستند في تبرير موقفه ببعض الحجج ، ومن أهمها :

١. عقد البوت يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>١</sup> : تلك القاعدة التي تفترض المساواة بين الطرفين في الحقوق والالتزامات، إذ إنَّه وبالرغم من كون الإدارة طرفاً في العقد وبالرغم من اتصاله بنشاط مرفق عام إلاَّ أنَّه لا يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص كون الإدارة تتخلى فيه عن

<sup>١</sup> د- محمد بهجت عبدالله قايد - المصدر السابق- ص ٢٨ .

سلطاتها التقليدية وتكون على قدم المساواة مع المتعاقد لذلك فهو عقد خاص وليس عقد إداري .

٢. عقد البوت يشجع 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<sup>١</sup>، كما إنّ تلك المتطلبات تقتضي اللجوء إلى أساليب القانون الخاص (المدني أو التجاري) والابتعاد عن أساليب القانون العام في هذه التعاقدات ، لأنّ ذلك سيقبل من التعارض والاصطدام مع الدولة التي يحمل جنسيتها المتعاقد الأجنبي وخاصة إذا ما طلب الحماية الدبلوماسية الدولية، واحتفاظ الدولة بعلاقات اقتصادية خارجية طيبة<sup>٢</sup> .

٣. صراحة بعض نصوص عقود البوت في عد عقود البوت عقوداً مدنية أو تجارية: ومن ثم فإنّه لا مجال لاقحام فكرة العقود الإدارية بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لتلك العقود<sup>٣</sup> .

٤. ثبات ملكية المشروع في عقود البوت لشركة المشروع : حيث إنّ ملكية المشروع وأصوله- بحسب هذا الرأي- تكون مملوكة لشركة المشروع وإيّها تستطيع التصرف فيها بكافة التصرفات التي تثبت للمالك في ملكه، كون المرفق العام قد تم تشييده وبنائه بتمويل من رأس مال المستثمرين من

<sup>١</sup> د- أحمد حسان الغندور- التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - مصر- دار النهضة العربية - ١٩٩٨-ص ١٠٧ .

<sup>٢</sup> ماهر محمد حامد أحمد - النظام القانوني لعقد البوت BOT - أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق- جامعة بنها - ٢٠٠٤ - ص ١٧٩ .

<sup>٣</sup> د- هاني صلاح سرى الدين - الاطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية - المصدر السابق - ص ٢٤٥ .

القطاع الخاص، وعند انتهاء مدة العقد تنتقل ملكية المشروع للدولة بحالة جيدة وقابلة للاستمرار<sup>١</sup>.

٥. أحكام التحكيم الدولي<sup>٢</sup> التي تعتبر عقود البوت عقوداً خاصة<sup>٣</sup> (مدنية كانت أم تجارية) .

وإذا كان الرأي السابق قد برر موقفه بالحجج المذكورة كدليل على كون عقد البوت من عقود القانون الخاص فإنَّه بالمقابل قد تعرض لانتقادات وجهت إليه من بعض الفقهاء وعلى النحو الآتي:

١. إنَّ القول بأنَّ عقود البوت لا تحتوي على شروط استثنائية قول مردود عليه لأنَّ هذه العقود تحتوي على نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم امتيازات لا نراها في العقود المدنية والتجارية، ومن أهم الشروط الاستثنائية المتوافرة في عقود البوت، تلك المتعلقة بإعطاء الإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد، أو تلك المتعلقة بمنح المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير أو حتى في مواجهة الإدارة ذاتها، وأخيراً الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو تنفيذها إلاَّ في ضوء نظريات وقواعد القانون الإداري<sup>٤</sup>.

---

١. د- عمرو أحمد حسبو- التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T- مصر- دار النهضة العربية- ٢٠٠٢- ص ٩٨.

٢. ومن أهم هذه الأحكام الحكم الصادر بقضية تكساكو بين الحكومة الليبية وشركتين أمريكيتين (California Asiatic Oil company and Texaco overseas petroleum company) حيث نفي الحكم عن العقد المبرم الصفة الإدارية مستنداً في ذلك إلى أنَّ "العقد لا تتوفر فيه معايير اعتباره عقداً إدارياً وفقاً للقانون الليبي لأنَّ استغلال حقول البترول لا يعد مرفقاً عاماً وأنَّ العقد لا يتضمن شروطاً استثنائية في تعاقدات القانون الخاص لأنَّ الحكومة الليبية قبلت أنَّ تكون على قدم المساواة مع الشركتين المذكورتين، بل إنَّ العقد تضمن شرطاً صريحاً يمنع بمقتضاه على الحكومة الليبية تعديل القوانين واللوائح المتعلقة بالحقوق التعاقدية المقررة بغير موافقة الشركتين المذكورتين". د- محمد الروبي- المصدر السابق- ص ٨٤.

٣. د- محمد الروبي- المصدر السابق- ص ٨٤.

٤. د- أحمد عثمان عياد- مظاهر السلطة في العقود الإدارية- مصر- دار النهضة العربية- ١٩٧٣- ص ٦٨.

٢. إنَّ القول بأنَّ عقد البوت المبرم وفق أساليب القانون الخاص يشجع سياسة الاستثمار قول منتقد لأنَّ المستثمر حينما يبرم العقد مع الدولة 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- كمنظريّة الصعوبات المادية ونظريّة عمل الأمير ونظريّة الظروف الطارئة- تعدُّ خير دليل على أنّها تصب في مصلحة المتعاقد مع الإدارة<sup>١</sup>.

٣. إنَّ القول بأنَّ عقود البوت تعد عقوداً خاصة وفقاً لبعض النصوص الصريحة الواردة فيها قول مردود عليه بأنَّ تكييف العقد لايعتمد بالدرجة الأساس على ما يضمنه أطرافه من نصوص ، بل بما ينصب عليه موضوع العقد وما يضمنه من شروط وأركان تؤكد ان العقد ينتمي إلى طائفة العقود الإدارية أو طائفة العقود المدنية<sup>٢</sup>.

---

<sup>١</sup> . خالد بن محمد عبدالله العطية - النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية- رسالة ماجستير- جامعة القاهرة -

كلية الحقوق- ١٩٩٩ - ص ٧١.

<sup>٢</sup> . د- جورجي شفيق ساري- تطور طريقة ومعيار تمييز وتحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي والمصري - مصر - دار النهضة

العربية - ٢٠٠١ - ص ١٣٦.

## المطلب الثاني

### عقد البوت من عقود القانون العام ( عقد إداري )

بخلاف الرأي السابق المناهض باعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص فقد ذهب جانب من الفقهاء الى اعتبار عقد البوت 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 البوت من العقود الإدارية، حيث عرّف العقد الإداري بأنه " الاتفاق الذي يكون احد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية بالأخذ بأسلوب القانون العام"<sup>١</sup>، 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"<sup>٢</sup>، أو كما تسمى في العراق بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ المعدلة. والعقود الإدارية قد تكون عقوداً محددة بنص القانون (مسماة)، كعقد التزام المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وعقد النقل، وعقد تقديم المعاونة، وعقد القرض العام، وأخيراً عقد إيجار الخدمات<sup>٣</sup>.

١. د- أنس جعفر و د- أشرف انس جعفر- العقود الإدارية (دراسة مقارنة) - القاهرة - دار النهضة العربية- الطبعة الخامسة -

٢٠١١- ص ١٧.

٢. د- علي محمد بديرو آخرون - المصدر السابق- ص ٤٧٢.

٣. د- علي محمد بديرو آخرون- المصدر السابق - ص ٤٧٦.

وقد تكون عقوداً إدارية بطبيعتها وهي التي يتطلب فيها توافر الشروط الثلاثة التقليدية<sup>١</sup> وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتصل العقد بمرفق عام من حيث تسييره أو إدارته أو استغلاله، وأن تتجه نية المتعاقدين إلى الأخذ بأساليب القانون العام أي أن يتضمن شروطاً استثنائية<sup>٢</sup> غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

وقد اختلف المؤيدون لعدّ عقد البوت من العقود الإدارية في التوصيف القانوني له ، فذهب البعض الى عده عقد أشغال عامة ، وذهب اتجاه آخر إلى عده عقداً ادارياً ذا طبيعة دولية ، لكن الرأي الراجح لدى فقهاء القانون الاداري أن عقد

---

<sup>١</sup> . اختلف القضاء الاداري المصري عن القضاء الاداري الفرنسي حيث أخذ الأول بالمعيار المزدوج والذي يشترط توافر الشروط الثلاثة مجتمعة لكي يعتبر العقد إدارياً، أما القضاء الإداري الفرنسي فيأخذ بالمعيار المنفرد والذي يشترط كشرط أساسي أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً ويكتفي بتوافر أحد الشرطين الآخرين لكي يُعدّ العقد إدارياً . أما في العراق فأخذ بما ذهب إليه القضاء الإداري المصري واشترط توافر الشروط الثلاثة لعدّ العقد إدارياً وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في حكمها في قضية رقم ٦٥٤/حقوقية/١٩٦٥ " لما كان هذا العقد قد أبرمته الإدارة مع المفاوض من أجل إنشاء مرفق عام ، ملتزمة في ذلك بأسلوب القانون العام وبشروط غير مألوفة في العقود المدنية كإجراء مناقصة عامة واشترطت تأمينات أو غرامات تأخيرية فيكون عقداً إدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص..الخ " انظر د- علي محمد بدير و د- عصام عبد الوهاب البرزنجي و د- مهدي ياسين السلامي- المصدر السابق- ص ٤٨١.

<sup>٢</sup> . وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الظرف الاستثنائي، فذهب البعض إلى عدّه الشرط الذي لا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم الخاصة وفي حالة إدراجه يعد مخالفاً للنظام العام مثل احتفاظ الإدارة في تنفيذ العقد بامتيازات استثنائية تناقض مبدأ المساواة بين المتعاقدين كحق الإدارة وبأرادتها المنفردة إدخال تعديلات على العقد أثناء التنفيذ ، وذهب البعض الى عدّ الشرط الاستثنائي هو ليس فقط الشرط الذي لا يستطيع الأفراد إدراجه في عقودهم الخاصة بل أيضاً هو الذي تستطيع الإدارة وحدها فرضه لأنه يتسم بالسلطة العامة . واستند البعض إلى أحكام القضاء في تحديد ماهو استثنائي وما هو شرط عادي . أنظر د- علي محمد بدير و د- عصام عبد الوهاب البرزنجي و د- مهدي ياسين السلامي - المصدر السابق - ٤٨٥ . كما ذهب البعض الى أن الشروط الاستثنائية لا تمثل التزامات فقط على المتعاقد وانما قد تكون امتيازات مثل الإعفاءات الكمركية و ضمانات بعدم سحب المشروع أو منح المتعاقد الأرض ليبني عليها المشروع أو أي شكل آخر من أشكال الامتيازات التي يتمتع بها المتعاقد . انظر د- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف - العقود الإدارية - بدون ناشر - الطبعة الاولى- ٢٠٠١-٢٠٠٢- ص ١٣٤.

البوت هو صورة حديثة من صور عقد التزام المرافق العامة ويطبق على عقود البوت من أحكام قانونية مايطبق على عقود الالتزام<sup>١</sup>.

فعقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري الغرض منه إدارة مرفق عام ذو طبيعة اقتصادية ويكون هذا العقد بين الحكومة وبين فرد أو شركة خاصة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة محددة من الزمن بمقتضى القانون، والروابط التعاقدية بين القائم بالمرفق وعماله لا تختلف سواءً كان القائم به جهة حكومية أم ملتزماً .  
ففي عقد التزام المرافق العامة تخول الإدارة<sup>٢</sup> أحد أشخاص القانون الخاص على مسؤوليته وبواسطة أمواله وعماله إدارة واستغلال مرفق عام - ذا طبيعة اقتصادية - على أن يكون لها سلطة الإشراف والتوجيه من أجل ضمان التزام المتعاقد بالمبادئ التي تحكم سير المرفق العام- كالتزامه بانتظام واستمرار سير المرفق العام<sup>٣</sup>، والتزامه بضرورة مسايرة المرفق العام للمقتضيات والظروف المستجدة، وأخيراً التزامه بالمساواة في الانتفاع بالمرفق العام<sup>٤</sup>.

---

<sup>١</sup> .المستشار محمود محمد فهي - عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني- القاهرة - مجلة مصر المعاصرة- العدد ٤٦١، ٤٦٢- السنة الثانية والتسعون- ص٤.

<sup>٢</sup> . تقوم الإدارة - بمقتضى قانون خاص ينظم أحكام هذه العقود- بالسماح للمتعاقد بادارة واستغلال المرفق العام المتعاقد على تشغيله وهذا ما قضى به القانون المدني العراقي في م / ٨٩١ منه حيث نصت على عبارة "بمقتضى قانون " وليس المقصود به أن يصدر قانون لكل عقد بالتزام مرفق عام وإنما صدور قانون خاص ينظم أحكام عقود التزام المرافق العامة .

<sup>٣</sup> . وهذا ماذهبت إليه م/٨٩٢ من القانون المدني العراقي من أن " ملتزم المرفق العام ملزم بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين ."

<sup>٤</sup> .د- علي محمد بديرو د- عصام عبدالوهاب البرزنجي و د- مهدي ياسين السلامي- المصدر السابق - ص٦١.

كما ولها الحق في تعديل شروط العقد<sup>١</sup> أو إنهائه بإرادتها المنفردة، ولها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد، وفي المقابل يحصل المتعاقد على رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العام<sup>٢</sup>، كما وله في حالة توفر شروط معينة وقيام ظروف قاهرة غير متوقعة، الحق بالمطالبة بما يسمى بالتوازن المالي والذي يمثل عملية حقيقية تستهدف الموازنة بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يتمتع بها على أتم وجه<sup>٣</sup>.

كما يستلزم على كل من الإدارة والمتعاقد تنفيذ العقد بحسن نية، والالتزام بالشروط الواردة فيه ومراعاة القوانين والأنظمة والتعليمات التي تحكم العقد، ولا يحق للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته بحجة إخلال الإدارة بل يجب عليه أن يستمر بتنفيذها ويطلب الإدارة بالتعويض إذا كان يستحقه، ولا يجوز للمتعاقد التنازل للغير إلا بعد موافقة الإدارة وبخلافه يعد التنازل باطلاً، ويجب عليهما الالتزام بالمدة التي ينص عليها العقد<sup>٤</sup>.

ونظراً للتشابه بين عقود البوت في صورتها المستحدثة وبين عقود التزام المرافق العامة في صورتها التقليدية فإن أصحاب هذا الرأي يؤكدون الطبيعة الإدارية

---

<sup>١</sup> . يتضمن عقد التزام المرافق العامة نوعين من الشروط الأولى الشروط التعاقدية وهي التي تنظم العلاقة بين الجهة الإدارية مانحة الالتزام والملتزم فهذه الشروط لا يمكن تطبيقها لو تمت إدارة المرفق من قبل الجهة الإدارية ذاتها والتي لا يجوز تعديلها إلا بموافقة الطرف الثاني في العقد مثل الاشغال العامة التي يحتاجها المرفق العام ومدة الالتزام وكيفية استرداده والأعباء المالية بين الجهة الإدارية والملتزم ، والثانية الشروط التنظيمية (اللائحية) وهي الشروط التي يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة ودون حاجة لرضاء الملتزم، كما ويمتد أثرها إلى أطراف العقد كافة (الإدارة والملتزم والمنتفعين بالمرفق العام)، مثل الشروط التي تنظم سير المرفق العام، والشروط التي تحدد الرسوم التي يمكن تحصيلها، وإجراءات الحصول على الخدمة، وشروط الانتفاع بها -د- فاروق أحمد الخماس و محمد عبدالله الدليبي- الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية - كلية القانون- جامعة الموصل - ١٩٩٢ - ص ٥٣ .

٢ . د- عبد الغني بسيوني عبدالله - القانون الإداري (دراسة تطبيقية)- الإسكندرية- دار المعارف - ٢٠٠٣ - ص ٤٤٦ .

٣ . د- ماهر صالح علاوي الجبوري - المصدر السابق- ص ٢٤٠ .

٤ . د- فاروق أحمد الخماس و محمد عبدالله الدليبي - المصدر السابق - ص ١٥٦ .

لعقود البوت<sup>١</sup>. فهم يستندون في ذلك إلى أنّ هذه العقود وإن كانت تستهدف الربح المادي في الظاهر كون المتعاقد من القطاع الخاص، إلا أنّها في الواقع تستهدف تحقيق المصلحة العامة كون هذه العقود ترد على مرفق عام وحيوي في الغالب وطالما كان العقد يتعلق بإدارة مرفق عام ويستهدف الصالح العام فهو عقد إداري<sup>٢</sup>.

كما يؤكدون على اجتماع شروط العقد الإداري الثلاثة في عقد البوت، من أنّ الدولة طرف في عقد البوت، وأنّ الغرض من العقد إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام، وأخيراً احتواء العقد على شروط استثنائية<sup>٣</sup>.

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 وضمائنات 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<sup>٤</sup>.

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

<sup>١</sup> د- جمال عثمان جبريل- الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T - المصدر السابق - ص ٨٣.

<sup>٢</sup> د- محمد الروبي- المصدر السابق - ص ٦٧.

<sup>٣</sup> د- جابر جاد نصار- عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام) - دار النهضة العربية- ٢٠٠٣ - ص ٥٣.

<sup>٤</sup> د- محمد الروبي - المصدر السابق- ص ٦٩.

### المطلب الثالث

#### عقد البوت تتحدد طبيعته وفقاً للشروط التي يتضمنها

إلى جانب الآراء المتقدمة فقد وجد رأي آخر انتهج منهجاً وسطاً بين الرأيين السابقين نظر إلى أنّ الطبيعة القانونية لعقد البوت لا يمكن تحديدها مسبقاً وإنما تتم بالنظر إلى كل عقد على حدة لتحديد طبيعته القانونية ، وقد استند هذا الرأي في تبرير موقفه بالحجج الآتية:

١. السمات الذاتية لعقود البوت : يبرر أنصار هذا الاتجاه أنّه على الرغم من أنّ عقود البوت ومشتقاتها لها جذور تتمثل في عقود الامتياز إلا أنّ بينهما العديد من الخلافات الجوهرية وأصبحت عقود البوت 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 وإنّما 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.

٢. صعوبة إعطاء تكييف موحد على جميع عقود البوت ومشتقاتها : يرى أنصار هذا الرأي أيضاً أنّ محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على عقود البوت جميعها هي محاولة محكوم عليها بالفشل ، نظراً لأنّ عقود البوت 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 وأيضا 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 يعتبر عقد البوت عقداً إدارياً أو من عقود التجارة الدولية بحسب كل حالة ، وفي ضوء الشروط السابقة وهذا التكييف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلائم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدول<sup>1</sup>.

### الرأي الذي نرجحه

مما تقدم ذكره يتبين لنا مدى اختلاف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت ، فمنهم من ذهب إلى اعتباره عقداً خاصاً ومنهم من ذهب إلى اعتباره عقداً إدارياً ومنهم من ذهب مذهباً وسطاً بين الاثنين فذكر أن طبيعة العقد تتحدد في كل حالة بذاتها ، ونحن من جانبنا نؤيد الرأي الثالث القائل بأن طبيعة عقد البوت تتحدد وفقاً للشروط التي يتضمنها كل عقد، فإذا كانت الشروط العقدية قائمة على أساس قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بحيث تتضمن شروطاً متوازنة بين الطرفين كان بإمكاننا اعتباره عقداً خاصاً ، وإذا تضمن العقد شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص ويمنح الإدارة سلطات واسعة كان بإمكاننا اعتباره عقداً عاماً (إدارياً)، ومن ثم فلا يمكننا التسليم مسبقاً وتصنيف عقد البوت تحت طائفة طبيعة واحدة بل إن طبيعته محكومة بالشروط التي يتضمنها ولكل حالة بذاتها ، فإذا كان عقد البوت في مكان ما يُعدُّ عقداً عاماً فليس بالضرورة أن يكون بمكان آخر من الصنف ذاته ، إذ إنه يتبع الشروط التي يتضمنها وهي التي تخلع عليه الصفة الإدارية أو الخاصة .

<sup>1</sup> د- محمد الروبي- المصدر السابق- ص ٨٧ ومايليها.

## الفصل الثاني

### إبرام عقد البوت وتنفيذه

لقد اتضح لنا في الفصل السابق أنّ الطبيعة القانونية لعقد البوت تختلف حسب الشروط التي تتضمنها بنوده ، فإذا كانت بنوده تتضمن شروطاً متوازنة بين طرفي العقد بحيث تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كان العقد خاصاً، أما إذا كانت بنوده تتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص وتشكل استثناء لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين كان العقد إدارياً .

غير أنّه مهما كانت طبيعة عقد البوت ومهما تعددت الآراء الفقهية حول هذا الموضوع ، فإنّ من المسائل التي يكاد يتفق عليها الجميع هو أنّ هذا العقد يُعدّ من العقود التي تضم في ثناياها مجموعة من العقود الثانوية والاتفاقات ويمر بالعديد من المراحل تمهيداً لإبرامه بدءاً بمرحلة تحديد المشروع والإعلان عنه وانتهاءً بإبرام العقد ومن ثم مرحلة تنفيذ العقد أي عملية إنشائه واستغلاله وأخيراً نقل إدارة المشروع وأصوله إلى الدولة المضيفة بحالة جيدة سواءً بمقابل أم دون مقابل .

وسيتّم التطرق إلى هذا الفصل في بحثين نتناول في الأول إبرام عقد

البوت، وفي الثاني تنفيذ عقد البوت .

## المبحث الأول إبرام عقد البوت

نظراً لأهمية عقد البوت من حيث كونه يتعلق بمشاريع كبرى تهتم المواطن وتستمر لفترات طويلة نسبياً ، فإنّ الدولة المتعاقدة كثيراً ما تلجأ الى اتباع مجموعة من الإجراءات والضوابط التي تراها ضرورية لضمان اختيار أكفء الشركات التي لها القدرة فعلا على القيام بمثل هذه المشاريع ، وبعد أن تكتمل لديها الصورة حول ماتحتاج إليه من شروط ومواصفات في المشروع تقوم بطرح المشروع للتعاقد ، وبعد ذلك تتولى عملية النظر في العروض المقدمة من قبل الشركات وصولاً الى اختيار أفضل العروض وأكثرها ملاءمة.

وسنتناول هذا المبحث في اربعة مطالب نذكر في الأول الإجراءات التمهيديّة للتعاقد ، وفي الثاني طرح المشروع للتعاقد ، وفي الثالث البت في العروض المقدمة من قبل الشركات المتقدمة للمشروع وفي الرابع التعاقد مع شركة المشروع .

### المطلب الأول

#### الإجراءات التمهيديّة للتعاقد

تقوم الجهة الإدارية المختصة بمجموعة من الإجراءات التي تمهد لطرح المشروع على التعاقد ، وتتمثل هذه الإجراءات في تحديد المشروع الذي يعد نقطة الانطلاق الأساسية لإنشاء مشروع من مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT ، حيث تقوم الحكومة بهذه المهمة عن طريق إدارتها المختصة التي تأخذ بنظر الاعتبار معدلات الطلب على خدمة معينة كالكهرباء والماء والصرف الصحي ومشاريع النقل.. الخ ، ثم تقوم بعد ذلك بإعداد دراسة جدوى اقتصادية للمشروع المقترح

إنشائه للوقوف على حقيقة التكاليف الإجمالية للمشروع وكذلك العوائد النقدية المتوقعة من وراء هذا المشروع<sup>١</sup>.

واستنادا لما تقدم فإننا سنتناول هذا المطلب في فرعين نتطرق في الأول إلى تحديد المشروع من الجهة الإدارية المختصة، وفي الثاني نتناول إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع.

## الفرع الأول

### تحديد المشروع من قبل الجهة الإدارية المختصة

تعد هذه المرحلة نقطة الشروع بالنسبة لمشروعات عقود البوت ، حيث تقوم الجهة القطاعية المختصة بتحديد احتياجاتها من المشروعات والمرافق التي يمكن أن تقام بنظام عقود البوت<sup>٢</sup>.

فالقاعدة الأساسية في هذا المجال أنّ الجهة الإدارية المختصة هي من تقوم بتحديد المشروع المزمع إقامته بأسلوب البوت وذلك بتقدير الحاجة الفعلية من خدمات مشروعات البنى التحتية الأساسية متجسدة بمحطات الكهرباء والطرق والجسور والماء وغيرها خلال مدة زمنية محددة ثم تقوم بعد ذلك بتحديد نسبة العجز المتوقعة في كل مرفق من المرافق المذكورة وتحديد الأولويات بالنسبة للحاجة منها ومن ثم تقوم بتحديد المشروعات الأولى بالتنفيذ<sup>٣</sup>، غير أنّ ماتقدم لا يمنع من قيام الشركات المهتمة بمثل هذه المشروعات بتقديم اقتراح الى الجهات الحكومية

---

1. UNIDO- Guidelines for infrastructure development Through B.O.T Projects- 1996-p22.

<sup>٢</sup> -د- هاني صلاح سرى الدين- التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية - المصدر السابق- ص ١٧٨.

<sup>٣</sup> -د- عبدالقادر محمد عبدالقادر - دراسة الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات ال B.O.T - الطبعة الثانية- الدار الجامعية - ٢٠٠٠-٢٠٠١ - ص ٦٥٠ ومايلها.

المختصة لإنشاء مثل هذه المشروعات وإبداء الرغبة في تحمل تكاليف تمويلها وفقاً لنظام البوت<sup>١</sup>.

وإذا ماتم تحديد المشروع ( الفرصة الاستثمارية ) التي سيتم تنفيذها بأسلوب البوت سواء أكان هذا التحديد قد تم من قبل الجهة الإدارية المختصة ام من قبل المستثمر ذاته ، فإنَّ ذلك ينقلنا الى المرحلة التالية من مراحل الإجراءات التمهيديّة للتعاقد وهي إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع .

## الفرع الثاني

### إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع

تعرف دراسة الجدوى الاقتصادية بأنّها ( مجموعة الأساليب العلمية المستخدمة في جمع المعلومات والبيانات وتحليلها بهدف التوصل إلى نتائج قاطعة عن مدى صلاحية تنفيذ المشروع موضوع الدراسة من عدمه )<sup>٢</sup>.

وتتضمن دراسة الجدوى الاقتصادية بيان الجدوى المالية للمشروع عن طريق دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والموجودات ودراسة ربحية المشروع لأنَّ هذه المشروعات إذا لم تحقق ربحاً معقولاً فإنَّ ذلك معناه إحجام المستثمرين عن الاستثمار فيها.

كما تتضمن دراسة الجدوى الاقتصادية محاولة توقع أسعار الخدمات التي سيقدمها المشروع وإثّنها في حدود دخل المستهلك العادي ومراعاة البعد الاجتماعي

<sup>١</sup> . فقانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل - على سبيل المثال- لم يحصر مسألة تحديد المشروع الاستثماري بالجهات القائمة على ملف الاستثمار ممثلة بالهيئة الوطنية للاستثمار وهيئات الاستثمار في المحافظات حسب، بل أنّه لم يمنع المستثمرين من التقدم ببعض المشروعات وبعد ذلك تجري دراستها والتحقق من مدى فائدتها للاقتصاد الوطني وعلى إثر ذلك يتم منحه إجازة الاستثمار غير أنّنا من جانبنا نفضل أن تتولى الجهات القائمة على ملف الاستثمار في العراق بالتنسيق مع وزارة التخطيط والتعاون الانمائي بإعداد خارطة للمشاريع الاستثمارية تأخذ بنظر الاعتبار التوزيع القطاعي للمشاريع والموارد التي تتمتع بها كل محافظة لكي نضمن نجاح المشروع الاستثماري الذي سيقام في تلك المنطقة.

<sup>٢</sup> .د- إبراهيم الشهاوي- عقد امتياز المرفق العام B.O.T- دراسة مقارنة- بلا مكان طبع-٢٠٠٣- ص١٥٤.

للمشروع وكذلك التحقق من كون المشروع سيسهم في تكوين قاعدة صناعية جديدة وخلق فرص عمل جديدة ومستمرة تسهم في الحد من البطالة<sup>١</sup>.

وتتضمن الدراسة أيضا بيان تفاصيل لمساحة ارض المشروع والتأكد من خلوها من الموانع القانونية مع إتاحة الفرصة للمستثمر لاختبار صلاحية الأرض المخصصة لإقامة المشروع<sup>٢</sup>.

إنَّ الغرض الأساسي من إعداد دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع هو توفير قاعدة بيانات متكاملة لغرض اتخاذ القرار الخاص بإنشاء المشروع بعد التعرف على جوانب المشروع كافة . ويقع على عاتق الجهات الحكومية المختصة مسؤولية وضع دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع كونها صاحبة المصلحة الأساسية في عمل تلك الدراسة ، إذ إنَّ تقديم مشروع عديم الجدوى الاقتصادية يعني ببساطة امتناع المستثمرين والشركات عن التقدم للمشروع وهو ما يؤدي بالنتيجة إلى إحجام البنوك ومؤسسات التمويل عن تمويل المشروع ، الأمر الذي ينعكس سلباً على سياسة الدولة وعلى أهدافها الاستراتيجية في إقامة مشروعات البنية التحتية الأساسية وتشييد المرافق الحيوية وجذب المستثمرين إليها<sup>٣</sup>.

وإذا كان الأصل أنَّ الحكومة هي التي تقوم بتقديم دراسة الجدوى الاقتصادية لمشروعات البوت كونها صاحبة المصلحة الأساسية فإنَّ ذلك لا يمنع في حالات معينة قيام المستثمر ذاته بتقديم دراسة الجدوى الاقتصادية ، خاصة إذا ما أخذنا بنظر الاعتبار أنَّ بعض الدول التي تسعى إلى إقامة هذه المشاريع قد لا تتوفر لديها الخبرة الكافية لتقديم مثل هذه الدراسات يعزز ذلك حداثة نظام البوت نسبياً ، كما أنَّه لا يوجد ما يمنع من أن تستفيد الدولة من تجارب الدول

<sup>١</sup> .د- هاني صلاح سرى الدين- التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الاساسية -المصدر السابق- ص ٧٨ ومايلها.

<sup>٢</sup> .د- ابراهيم الشهاوي-المصدر السابق-ص١٥٨.

<sup>٣</sup> .د- هاني صلاح سرى الدين- التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الاساسية - المصدر السابق- ص٧٩.

الأخرى التي لها باع طويل في هذا المضمار ، ففي مصر استعانت الحكومة هناك عند لجوئها الى التعاقد بنظام البوت في مشاريع الكهرباء بتجارب الدول التي سبقتها والتي تتشابه في ظروفها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية مع ظروف مصر كاليهند وباكستان واندونيسيا<sup>١</sup>، كما يمكن الاستعانة بالخبراء والمستشارين المتخصصين وطنيين أم أجانب في المجالات المالية والقانونية والفنية كافة ذات العلاقة بالمشروع<sup>٢</sup>.

أمّا في العراق فإنّه وبالرجوع الى قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل نجد أنّه قد اشترط تقديم دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع من قبل المستثمر ذاته الى جانب مجموعة أخرى من المتطلبات نص عليها في المادة ١٩/ثانياً منه لغرض منح المستثمر إجازة الاستثمار.

## المطلب الثاني

### طرح المشروع للتعاقد

بعد أن تنتهي المراحل التمهيديّة للمشروع من حيث اختياره من الجهة الإدارية المختصة وإعداد دراسة الجدوى الاقتصادية الخاصة، فإنّ ذلك ينقلنا الى مرحلة أكثر تطوراً ألا وهي قيام الجهة الإدارية المختصة بطرح المشروع على المستثمرين، وغالباً ما تنصب هذه المرحلة على إعداد ملف للمشروع والإعلان عنه. فعقود البوت تحتاج إلى أموال كثيرة وإلى تكنولوجيا متقدمة قد لا تتوفر في الداخل ، لذا تسعى الجهة الإدارية المختصة إلى إعداد ملف للمشروع يتضمن مجموعة من الشروط والمواصفات التي تضمن تحقيق تلك الغاية فضلاً عن ضمان

<sup>١</sup> معتر كامل مرسي- تقرير بخصوص تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام B.O.T - بلامكان او سنة طبع - ص ٣.

2. UNIDO Guidelines - Op-cit- p22.

نقل ملكية أصول المشروع بحالة جيدة تجعلها قابلة للعمل في المستقبل<sup>١</sup> عند اعادتها إلى الدولة.

وفي الغالب الأعم فإنّ ملف المشروع يتضمن الجوانب الفنية للمشروع من حيث مدة تنفيذه والتكنولوجيا الواجب استخدامها فيه واتفاقية شراء المنتجات أو الخدمات التي يقدمها ، فضلاً عن الجوانب المالية للمشروع والقانون الواجب التطبيق وطرق حل المنازعات..الخ<sup>٢</sup>.

إنّ ملف المشروع يجب أن يكون مستوفياً للمعايير الدولية ، وأن تكون صياغته دقيقة ومتوازنة بحيث تشكل أداة جذب للشركات العالمية المتخصصة ، وبخلاف ذلك فإنه يؤدي إلى إحجام تلك الشركات عن المشاركة أو يؤدي إلى إطالة أمد المفاوضات بشكل يؤثر على الجدوى الاقتصادية للمشروع<sup>٣</sup>.

وإذا تم إعداد ملف للمشروع يتضمن تفاصيله فإنّ ذلك يتطلب الإعلان عنه ووضعه أمام جميع المستثمرين إعمالاً لمبدأ المساواة والشفافية في هذه المشاريع ، حيث يتم توجيه دعوة إلى المستثمرين كافة الراغبين بالتعاقد مع الإدارة لغرض الاطلاع على الشروط كافة التي تمكنهم من تقديم عروضهم لهذه المشاريع ، فمبدأ العلانية يجب أن يحكم هذه العملية والذي يؤدي إلى كفالة حرية المنافسة وتحقيق المساواة وتكافؤ الفرص<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> د-كمال طلبية المتولي سلامة - المصدر السابق-ص١٦٦.

<sup>٢</sup> د- سامي عبد الباقي- البدائل القانونية لترسية مشروعات البنية الأساسية - دراسة خاصة لترسية المشروعات المنفذة وفقاً لآلية B.O.T - القاهرة - مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق في جامعة القاهرة-٢٠٠٥- ص١٥.

<sup>٣</sup> د- هاني صلاح سرى الدين- التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية - المصدر السابق- ص٨١.

<sup>٤</sup> د-كمال طلبية المتولي سلامة- المصدر السابق-ص ١٦٨.

## المطلب الثالث

### إعداد العروض من المستثمرين وتقديمها

#### للإدارة لغرض تقييمها واختيار أفضلها

إن إعلان الإدارة عن مشروعها يفسح المجال أمام المستثمرين لإعداد عروضهم بخصوص المشروع وتقديمها إلى الإدارة التي بدورها يجب ان تقوم بدراسة العروض المقدمة لغرض اختيار الأفضل منها، وهو ما تنطرق اليه في الفرعين الآتيين:

### الفرع الاول

#### إعداد العروض من المستثمرين

يجب على المستثمرين الراغبين بالمنافسة على المشروع أن يتقدموا بعروضهم للإدارة ،حيث يجب أن تكون تلك العروض متوافقة مع الشروط والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة مع التقيد بالمواعيد والإجراءات المحددة لتقديم العروض، وأن تتضمن مصادر تمويل المشروع والضمانات التي تكفل تنفيذه وخطة التنفيذ وجدول زمني لتنفيذ المشروع<sup>١</sup>.

إنّ تقديم العرض قد يكون من قبل شركة بصورة منفردة وقد يكون عن طريق اتحاد الشركات الذي يعرف بالكونسورتيوم وهذا هو الشائع في عقود البوت نظراً لضخامة مشروعاتها<sup>٢</sup> والكلفة العالية لها التي قد تستعصي على شركة بمفردها الأمر الذي يتطلب الدخول في تكتل لغرض تحمل هذه التكاليف المرتفعة.

وإضافة للعرض المقدم من قبل المستثمر فإنه يجب أن يقدم ما يثبت أهليته وقدرته لتنفيذ المشروع ويكون ذلك بتقديم تفاصيل عن أعماله وخبراته السابقة ، إذ إنّ الإدارة وعند إعلانها عن المشروع ومواصفاته تطلب من المستثمرين تقديم

<sup>١</sup> -د- جابر جاد نصار- عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام- المصدر السابق- ص ١٢١.

<sup>٢</sup> -د- دويب حسين صابر عبدالعظيم- الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام- المصدر السابق- ص ٢٦٣.

المستندات الدالة على خبرتهم السابقة في هذا المجال بما يساعد الإدارة على تقييم مؤهلات المتقدمين للمشروع بسرعة ودقة<sup>١</sup>.

وإذا ما أخذنا بنظر الاعتبار الفرق بين إجازة الاستثمار وبين عقد الاستثمار فإنه وبالرجوع إلى قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل نجد أنه قد اشترط لغرض الحصول على إجازة الاستثمار أن يقوم المستثمر بتقديم تفاصيل عن المشاريع التي قام بها المستثمر في العراق أو خارجه وهذا مانصت عليه المادة ١٩/ثانيا/ج من القانون المذكور.

## الفرع الثاني

### البيت في العروض من قبل الإدارة

تعد هذه المرحلة من المراحل المهمة كونها تسبق مباشرة مرحلة التعاقد، حيث يتم إجراء تقييم شامل للعروض المقدمة من قبل المستثمرين تمهيداً لاختيار الأفضل منها، ويتحقق ذلك عن طريق دراسة كل عرض من حيث مواطن ضعفه وقوته وآلية تمويل المشروع ومدى توفر الضمانات الكافية وقدرة مقدم العطاء على تدريب الأيدي العاملة ونقل التكنولوجيا إذ إنَّ عملية الاختيار يجب أن تتم بطريقة شفافة ونزيهة وصولاً إلى اختيار أفضل العروض ، ويتم ذلك عن طريق قيام الإدارة بدراسة العروض وتقييمها واختيار الأفضل من حيث الكلفة ونوعية التكنولوجيا المنقولة ومدى وفرة النقد الأجنبي والعمالة المستخدمة وشروط التمويل وغيرها<sup>٢</sup>، مع ضرورة أن يتم التقييم واختيار العروض وفقاً للشروط التي تضمنها ملف المشروع الذي قامت الإدارة بإعداده.

<sup>١</sup>.د-كمال طلبية المتولي سلامة - المصدر السابق-ص١٦٩.

<sup>٢</sup>.د-عبدالقادر محمد عبدالقادر- المصدر السابق-ص٦٥٣.

وإذا ما انتهت عملية التقييم من قبل الإدارة باختيار أحد العروض المقدمة من قبل المستثمرين فإنَّ ذلك ينقلنا إلى مرحلة أخرى مهمة ألا وهي مرحلة التفاوض وإبرام العقد.

## المطلب الرابع

### التفاوض وإبرام العقد بين شركة المشروع والإدارة

بعد أن تتم عملية اختيار أحد المستثمرين من قبل الإدارة فإنَّ ذلك لايعني نهاية المطاف ، إذ إنَّ الطرفين يدخلان في عملية جديدة ألا وهي مرحلة المفاوضات العقدية وصولاً إلى إبرام العقد بينهما ، وهذا ما سنتناوله في الفرعين الآتيين :

## الفرع الاول

### مرحلة التفاوض

المفاوضات هي تبادل الاقتراحات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية بين أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة بأفضل الصياغات القانونية التي تحقق مصالحهم ومايسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه<sup>١</sup>.

ففي هذه المرحلة يعرض كل طرف مايراه ضامناً لمصلحته، مع محاولة التقريب بين وجهات النظر المتباينة والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي أو بقبول حلول وسط على أساس حسن النية المتبادلة والرغبة الأكيدة في الوصول إلى اتفاق<sup>٢</sup>.

<sup>١</sup> -د- ابراهيم الشهواي - المصدر السابق- ص ١٦٩.

<sup>٢</sup> . ابراهيم قادم- شروط وقيود نقل التكنولوجيا - أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق - جامعة عين شمس- ٢٠٠٢- ص

إنَّ عقود البوت تتضمن في الغالب الأعم تكنولوجيا متطورة وخبرات فنية ومعرفة متقدمة ، لذا يسعى المتفاوضون إلى الدخول في مفاوضات قد تستمر لمدة زمنية طويلة تتضمن تكاليف باهظة ، و تحرص الأطراف خاصة المتعاقد وقبل الدخول في المفاوضات العقدية لإبرام العقد النهائي إلى إبرام اتفاق ابتدائي<sup>١</sup> يضمن للطرفين نوع من الاستقرار والثقة المتبادلة بينهما يجعلهما في مركز أفضل يزيد من فرص إبرام العقد النهائي<sup>٢</sup> ، لذلك تحرص أطراف العقد وخاصة المتعاقد على عدم إفشاء معارفها وخبراتها التي قد تكشف أثناء عملية التفاوض، لذلك تلجأ إلى بعض الطرق لضمان حقوقها متمثلة باشتراط تعهد سابق من الجهة الإدارية أو من يمثلها في التفاوض أو بدفع مبلغ من المال أو بتعهد مؤسس على الثقة ، بحيث لا يتأثر مركز الشركة المالي إذا لم يتم التوصل الى اتفاق<sup>٣</sup>.

إنَّ المفاوضات في عقود البوت- وكما هو حال بقية العقود- يجب أن تكون محكمة بقاعدة حسن النية، حيث يجب أن يبذل كل طرف الجهد المعقول والعناية اللازمة والتزام الصديق في أداء التزاماته، فإذا توفرت هذه العناصر يصبح كل طرف على بينة من أمره في ظل أجواء يسودها التعاون والصراحة ، ومايعنيه ذلك من وجوب الإفصاح والوضوح ، فيكون كل طرف بصيراً بما يدور حوله فيتخذ القرار على الوجه الصحيح الذي يحقق مصلحته، كما يجب أن تفصح الإدارة عن إرادتها الحقيقية بكل شفافية ووضوح لما لهذه الشفافية من أثر فعال في زيادة

<sup>١</sup> ويقصد بالاتفاق الابتدائي اتفاق الطرفين على إبرام عقد في المستقبل يتضمن أركان العقد النهائي وشروطه الأساسية ومدته وشكله - إذا كان شكلياً - ، وهو صورة من صور الوعد بالتعاقد غير أنه ملزم للجانبين وقد أشار إليه القانون المدني العراقي في المادة ٩١/ منه و التي نصت على "١. الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها .٢. فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد". د- مصطفى إبراهيم الزلي- المنطق القانوني- بغداد - مكتبة السهوري- بلا سنة طبع- ص ٥٤ ومايلها.

<sup>٢</sup> د- محمد حسين عبدالعال - التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية - دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية- القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٩٨- ص٨٣ ومابعدها. وكذلك د- محمود الكيلاني- عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا- القاهرة- ١٩٩٥- ص١٨٧.

<sup>٣</sup> د- إبراهيم الشهاوي - المصدر السابق - ١٦٩.

المشروعات الاستثمارية الجديدة لأنَّ الإحاطة بالمميزات والعقبات التي تواجه المستثمر تؤدي إلى زيادة فرص نجاح المشروع، ويتم ذلك عن طريق الإلمام بمختلف التشريعات والأنظمة والأنشطة الاستثمارية والعوامل المؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات والشركات وتحويلات الأرباح وتسعير المنتجات والاستيراد والتصدير والضرائب والتأمين ضد المخاطر والقوانين التي تحكم المرافق العامة وهذا المسلك من قبل الإدارة يعبر عن التزامها بمبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات ويعطي الثقة للمستثمر<sup>١</sup>.

ولايقتصر التفاوض على الإدارة والمستثمر حسب بل إنَّه يمتد ليشمل أطرافاً أخرى، فكما هو معلوم في عقود البوت إنَّها تُعدُّ من العقود المركبة أي أنَّها تشمل إلى جانب العقد الرئيسي المبرم بين الإدارة والمستثمر مجموعة أخرى من العقود الفرعية، فإذا كانت المفاوضات بين الإدارة والمستثمر تنصب على الأمور الأساسية المتعلقة بالمشروع والمواصفات المطلوبة في تنفيذه والجزاءات التي توقع عند الإخلال بهذه الشروط، فإنَّ المفاوضات بين الأطراف الأخرى تتعلق بمسائل تنصب على العلاقات بين هذه الأطراف، كدخول المستثمر في مفاوضات مع أطراف أخرى لها علاقة بنجاح المشروع كالمصارف والمجهزين والمقاولين<sup>٢</sup>.

جوهر القول إنَّ المفاوضات في عقود البوت تحتاج إلى مهارات وخبرات ودراية كافية بمحاور العقد، وسعة في الإلمام بالتشريعات التي لها علاقة بالمشروع، وهي أمور لها أهمية كبيرة عند صياغة العقد بما يضمن حقوق الأطراف المتعاقدة.

<sup>١</sup> -د- كمال طلبية المتولي سلامة- المصدر السابق- ص ١٧٨.

<sup>٢</sup> -د- كمال طلبية المتولي سلامة- المصدر السابق- ص ١٧٩-١٨٠.

## الفرع الثاني

### إبرام العقد بين الإدارة وشركة المشروع

إنَّ توصل الأطراف عن طريق المفاوضات بينهما إلى تفاهات مشتركة يؤدي إلى البدء بعملية إبرام العقد<sup>١</sup> ، وهذه العملية تتمثل بصياغة العقد والتوقيع عليه، فالصياغة هي أداة يجري بمقتضاها نقل التفكير والتعبير عنه بما يقيم تواملاً بين طرفي الرابطة العقدية عن حقيقة المعنى المراد التعبير عنه، فإذا تبلورت الصياغة وفق الأصول والقواعد القانونية، تضاعف كثيراً احتمال نشوء منازعات بين الطرفين ، ذلك أنَّ المستثمرين يحرصون على تجنب سلوك طريق التقاضي ، ولهذا يكون للقائم بأعمال الصياغة القانونية دور فعال ومؤثر عن طريق التعرف على نقاط الخلاف ومعالجتها<sup>٢</sup>.

فالصياغة القانونية الدقيقة تقتضي تحديداً منضبطاً للمصطلحات المستخدمة في العقد مثل البطلان والفسخ والانفساخ والاسترداد وإسقاط الالتزام، فهي وإن كانت جميعها تشير إلى إنهاء العقد ، إلا أنَّ لكل واحد من هذه المصطلحات خصوصيته التي يمتاز بها عن غيره بحيث تترتب عليه آثار مغايرة لما يترتب على

---

<sup>١</sup>. ومن الجدير بالذكر أنَّ لعقد البوت أركاناً يقوم عليها كغيره من العقود حيث يتمثل الركن الأول بالرضا ( المتمثل بالإيجاب الصادر من أحد الطرفين وقبول صادر من الطرف الآخر) ومن شروط صحة الرضا الأهلية (ويقصد بها الأهلية بنوعها أهلية وجوب والتي بموجبها يفرض على الشخص المعنوي الواجبات وتكون له حقوق ، وأهلية الأداء ويقصد بها قدرة الشخص المعنوي على الدخول في روابط قانونية وبها يستطيع ممارسة نشاطه وتحقيق أهدافه). وكذلك من شروط الصحة أنَّ لا يشوب الرضا أي عيب من العيوب التي بينها القانون المدني العراقي في المواد(١١٢-١٢٥) وهي الإكراه والغلط والغبن والتغيير والاستغلال . أما الركن الثاني فهو المحل وهو في عقد البوت يتمثل في بناء وتشغيل مرفق عام وقد ذكره القانون المدني في المواد(١٢٦-١٣١) ويشترط في محل العقد أن يكون أمراً ممكناً أو قابلاً للوجود وأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة وأن يكون أمراً مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة. أما الركن الثالث والأخير فهو السبب وقد بينه القانون المدني في المادة ١/٣٢، ٣،٢ ، فالسبب في إبرام عقد البوت بالنسبة للإدارة هو تمويل بناء وتشغيل مرفق عام وتقديم الخدمات الضرورية للجمهور أما السبب في إبرامه بالنسبة لشركة المشروع فهو تحقيق الربح ويشترط أن يكون السبب في التعاقد مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة . د- أنس جعفرود- أشرف أنس جعفر- المصدر السابق - ص ١٦٤-١٧١. وينظر في ذلك أيضاً د- لطيف جبر كوماني - الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة)- بغداد - مكتبة السهري - ٢٠١٢- ص ٥٩.

<sup>٢</sup>. د- أحمد شرف الدين- أصول الصياغة القانونية - بلا مكان او سنة طبع - ص ١٦.

المصطلحات الأخرى، وهكذا يجب صياغة المصطلحات بدقة بحيث تتطابق مع المعنى المطلوب التعبير عنه، بحيث لا تحتاج إلى تأويل العبارات وتفسيرها تفسيرات مختلفة تجعل من الصعوبة بمكان تحديد المسؤوليات أو حتى تحديد الأضرار ومن يتحملها<sup>١</sup>.

فإذا تمت صياغة العقد صياغة دقيقة واقتنعت الأطراف بالحقوق والالتزامات التي تضمنها العقد فإن ذلك ينقلنا إلى المرحلة الأخيرة من إبرام العقد ألا وهي التوقيع عليه، حيث تتولى الجهة الإدارية المختصة التوقيع عليه مباشرة مع المستثمر إلا إذا نص القانون على اشتراط موافقات من جهات أخرى قبل التوقيع عليه، ففي مصر لا يمكن للجهة الإدارية المختصة أن تقوم بتوقيع العقد مباشرة بل إن ذلك مشروط بحصول موافقة مسبقة من مجلس الوزراء المصري ثم يلي بعد ذلك التوقيع على العقد من قبل الإدارة<sup>٢</sup>.

وفي العراق فإن قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل قد نص في المادة ٧/ب منه على أنه ( يجب على الهيئة استحصال موافقة مجلس الوزراء قبل منح الإجازة إذا كانت قيمة المشروع الاستثماري أكثر من مائتين وخمسين مليون دولار ) ، وهذا يعني أن المتطلبات المنصوص عليها في المادة ١٩/ثانياً من قانون الاستثمار والمادة ٣٠ من نظام الاستثمار لا تكفي الهيئة الوطنية للاستثمار أو هيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم لغرض منح إجازة الاستثمار، وإنما يجب استحصال موافقة مجلس الوزراء عند تجاوز قيمة المشروع حاجز الـ ٢٥٠ مليون دولار.

أمّا بالنسبة للعقود الاستثمارية التي تبرم وفقاً لأحكام قانون الاستثمار العراقي فإنه غالباً ما يبرم بين المستثمر والجهة المختصة التي قد تكون مالكة للأرض

١- د- كمال طلبة المتولي سلامة - المصدر السابق. ص ١٨٣.

٢- د- كمال طلبة المتولي سلامة - المصدر السابق- ص ١٨٤.

(كوزارة المالية أو البلديات أو أمانة بغداد ) ، أو تكون جهة قطاعية ( كوزارة الصناعة والمعادن أو الكهرباء) ، إذ إنّ الأصل هو أنّ إجازة الاستثمار تمنح من قبل هيئة الاستثمار المختصة أمّا العقد الاستثماري فيبرم بين المستثمر والجهة الإدارية المختصة ( سواء أكانت مالكة للأرض أم جهة قطاعية) ، إلا أنّ ذلك لا يمنع في حالات معينة من أن تقوم هيئة الاستثمار بالتوقيع على العقد الاستثماري فضلاً عن منحها إجازة الاستثمار ، شريطة أن يكون ذلك بتحويل صريح من مجلس الوزراء لهيئة الاستثمار، وهذا ملاحظناه في العقود التي تتفاوض عليها الهيئة الوطنية للاستثمار لإنشاء مشروع المليون وحدة سكنية في عموم العراق ومشروع مدينة معسكر الرشيد في بغداد ومشروع ضفاف كربلاء في محافظة كربلاء ، حيث إنّ هناك تخويلاً صريحاً من مجلس الوزراء للهيئة الوطنية للاستثمار بالتفاوض والتوقيع على هذه العقود<sup>1</sup> فضلاً عن صلاحية الهيئة الأصلية بمنح إجازة الاستثمار بموجب أحكام قانون الاستثمار.

---

<sup>1</sup> وهذه القرارات تتمثل بالقرار المرقم (٤٢٩) لسنة ٢٠٠٩ والقرار المرقم (١٢٥) لسنة ٢٠١٠ و القرار المرقم (٣٤٠) لسنة ٢٠١٠.

## المبحث الثاني

### تنفيذ عقد البوت

بعد الانتهاء من إبرام العقد من قبل الجهة الإدارية المختصة والشركة المتعاقدة وكافة المسائل المرتبطة بالإبرام ، تبدأ مرحلة أخرى مهمة لابل يمكن اعتبارها الغاية من التعاقد ألا وهي تنفيذ العقد ، التي تعدُّ جوهر العقد.

إلا أنَّ هذا التنفيذ يحتاج الى التزام متقابل تقوم به الجهة الإدارية المختصة الذي يتمثل بتخصيص أرض للشركة المتعاقدة لكي تقيم عليها المشروع ، إذ إنَّ الجهة الإدارية المختصة تقوم بتسليم الأرض إلى الشركة لكي تتمكن الأخيرة من بدء العمل فيه ، و تاريخ التسليم يُعدُّ الفيصل في البدء باحتساب مدة المشروع . فتسليم الجهة الإدارية الأرض (موقع المشروع) إلى الشركة المتعاقدة وتسلم الأخيرة له يُعدُّ التاريخ الفعلي للبدء بالمشروع<sup>١</sup>.

وبتسليم الأرض يبدأ تنفيذ المشروع الذي يمر ببعض المراحل ابتداءً بمرحلة البناء أو كما يسميها البعض بالتشييد التي تبدأ من لحظة إبرام العقد النهائي مع الشركة المتعاقدة والتي تختلف مدتها بحسب نوع المشروع وحجمه، ثم تأتي بعد ذلك مرحلة التشغيل أو استغلال المشروع من قبل الشركة المتعاقدة والتي تستمر بطبيعة الحال لمدة أطول من مدة التنفيذ قد تصل لعقود من الزمن وتحاول خلالها الشركة المتعاقدة استعادة راس المال الذي تم صرفه بالإضافة الى تحقيق ربح معقول، وأخيرا هناك مرحلة نقل الملكية إلى الدولة المضيفة، حيث تنقل ملكية المشروع إلى الإدارة بحالة جيدة.

<sup>١</sup> خالد بن محمد عبدالله العطية - المصدر السابق - ص ١١٢.

وسنتناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب ، نتطرق في الأول إلى مرحلة بناء المشروع وفي الثاني نتناول مرحلة استغلال المشروع وفي الثالث مرحلة نقل ملكية المشروع.

## المطلب الاول

### مرحلة بناء المشروع

تمثل هذه المرحلة أولى الخطوات بعد إكمال إبرام العقد وتسليم الأرض والتي يرمز لها بـ (B) اختصاراً لمصطلح (Build) الدارج في اللغة الانكليزية ، حيث يقع التزام على عاتق الشركة المتعاقدة البدء بتشديد منشآت المشروع المتفق عليه، إذ يفترض أن تكون الشركة قد رتبت إجراءات تمويل المشروع وأبرمت الاتفاقيات التمويلية المناسبة الكفيلة بضمان تنفيذ المشروع<sup>١</sup>.

ولأنَّ مرحلة التشييد أو البناء تحتاج إلى أموال كثيرة في وقت لايدر فيه المشروع أي أرباح مما قد يترتب عليه إعاقة العمل بسبب عجز في السيولة أو حدوث زيادة في الأسعار فإنَّ شركة المشروع تحمّل مقاولي البناء المخاطر التي تعترض عملية إنجاز المشروع ، ولهذا الغرض غالباً ما يكون عقد التشييد عقد تسليم مفتاح ( Turnkey Contract )، بسعر ثابت وفي موعد ثابت ويكون مشفوعاً بضمان من قبل المقاولين، وبعد أن يتحقق ذلك تنتهي مرحلة التنفيذ بإقامة المشروع وتجريبه وقبوله من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع<sup>٢</sup>.

إنَّ شركة المشروع وبعد تسلمها منشآت المشروع من المقاولين والتأكد من مطابقتها للشروط والمواصفات المتفق عليها، تبدأ بعملية تجهيز المشروع بالمعدات والآلات اللازمة وكل ما يحتاج إليه لتشغيل المرفق العام وفق المعايير العالمية والمتطورة المتفق عليها، وذلك يتم في الغالب عن طريق التعاقد مع موردين

<sup>١</sup>.د-عبدالقادر محمد عبدالقادر- المصدر السابق- ص ٦٥٤.

<sup>٢</sup>. المصدر السابق نفسه - ص ٦٥٤.

متخصصين، غير أنَّها تبقى مسؤولة أمام الإدارة عن الأخطاء التي يتسبب بها هؤلاء الموردون، ولها الرجوع عليهم وفق العقد الخاص المبرم بينهم<sup>١</sup>. ومن ثم تقوم بإبرام عقود مع خبراء مختصين بتركيب وتشغيل هذه الأجهزة والمعدات والآلات التي يتطلبها تشغيل المشروع، وكذلك مع مستشارين من المحامين والمهندسين وغيرهم من أجل الإشراف على مراحل العمل وإعداد دراسات دورية وغير ذلك مما تتطلبه مرحلة التشييد<sup>٢</sup>.

إنَّ هذه المرحلة المهمة من مراحل العقد تمتد لمرحلة زمنية تقصر أو تطول بحسب حجم المشروع ونوعه، إلاَّ أنَّها في الأوضاع الاعتيادية تمتد لفترة تتراوح من سنتين إلى ثلاث سنوات وهي مدة قصيرة مقارنة بمدة التشغيل الفعلية للمشروع، ومع ذلك فإنَّ هناك بعض المشاريع التي تمتد فيها مرحلة البناء إلى مدة طويلة قد تصل إلى عشر سنوات وذلك في المشاريع العملاقة كإنشاء السدود<sup>٣</sup>.

فضلاً عما تقدم ذكره فإنَّ هذه المرحلة تكون تحت إشراف الجهة الإدارية المختصة من خلال عملية الإشراف والرقابة، للتأكد من تطابق العمل مع المعايير المتفق عليها في العقد، كذلك تسعى الأطراف المتعاقدة قدر الإمكان إلى إنجاز المشروع في الوقت المحدد له دون أي تأخير وتجنباً لأية تكاليف إضافية تكون مرتبطة بهذه المرحلة، حيث تعمل شركة المشروع على تقييم المشروع وتحديد كلفته، فإذا ما زادت كلفة هذه المرحلة تظهر عاجلاً مشكلة تمويل هذه الكلفة الزائدة خاصة وأنَّه عند مرحلة متقدمة من الإنشاء قد يستحيل إيقاف المشروع ويصبح لزاماً على المستثمر تنفيذه كاملاً<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> -د- محمد المتولي - المصدر السابق - ص ٨١.

<sup>٢</sup> -د- خالد بن محمد عبدالله العطيه - المصدر السابق - ص ٤٥.

<sup>٣</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم- الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ....- المصدر السابق- ص ٢٨٠.

<sup>٤</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم -الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ... - المصدر السابق ص ٢٨١.

## المطلب الثاني

### مرحلة تشغيل المشروع

عند الانتهاء من مرحلة التشييد فإنَّ المشروع يكون قد أصبح جاهزاً للتشغيل وهي المرحلة الثانية من مراحل تنفيذ عقد البوت ويشار لها بـ (O) اختصاراً لمصطلح (Operate) وتُعدُّ هذه المرحلة من أطول مراحل العقد إذ تمتد لمدة طويلة نسبياً ، وهي أهم مرحلة من مراحل العقد كون شركة المشروع ستتمكن من الانتفاع بالمشروع عن طريق تشغيله والحصول على المقابل المالي من المنتفعين من خدماته<sup>١</sup>.

وتتم عملية التشغيل في الغالب من قبل شركة المشروع ذاتها، إلا أنَّها وفي أحوال معينة تحيل تشغيل المشروع إلى جهة أخرى تتوافر لديها الخبرة والكفاءة اللازمة لتشغيل مثل هذه المشاريع<sup>٢</sup>.

وتقوم شركة المشروع أثناء مرحلة التشغيل بإجراء صيانة دورية على المنشآت والمعدات والآلات اللازمة لتشغيل المشروع وبصورة دائمة ومنظمة ، وإجراء الصيانة يشمل استبدال المعدات والآلات المستهلكة بمرور الزمن بأخرى جديدة<sup>٣</sup>، كذلك إجراء كشف دوري على جميع أصول المشروع واتخاذ الإجراءات الفنية للمحافظة على المعدات والآلات ورفع كفاءتها الإنتاجية<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> -د- هاني صلاح سرى الدين-التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية .... -المصدر السابق- ص ٨٦.

<sup>٢</sup> -د- جيهان حسن السيد - عقود الـ BOT وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها - القاهرة - دار النهضة العربية- ٢٠٠٢ - ص ٥٩.

<sup>٣</sup> . نجد في القانون العراقي مفهوماً مقارباً لما ورد في أعلاه وذلك في قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل الذي أشار في المادة ١٧/ ثانياً منه إلى مفهومي (التوسع والتطوير) في المشروع الاستثماري ، حيث يقصد بالتوسع إضافة موجودات رأسمالية ثابتة بقصد زيادة الطاقة التصميمية للمشروع من السلع أو الخدمات أو المواد بنسبة تزيد على ١٥%، أمَّا التطوير فيقصد به استبدال مكائن متطورة بمكائن المشروع كلاً أو جزءاً أو إجراء تطوير على الأجهزة والمعدات القائمة في المشروع بإضافة مكائن أو أجهزة جديدة أو أجزاء منها بهدف رفع الكفاءة الإنتاجية أو تحسين وتطوير نوع المنتجات والخدمات.

<sup>٤</sup> -د- هاني صلاح سرى الدين - التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية .... - المصدر السابق- ص ٣٨٦.

ومن أهم ما تطمح إليه الإدارة عند إبرامها عقود البوت إدخال التكنولوجيا<sup>١</sup> المتطورة والوسائل الحديثة إلى هذه المشاريع عن طريق استخدام شركة المشروع للوسائل العلمية الحديثة والتقنيات المتطورة وبراءات الاختراع أثناء مرحلة التشغيل. كما إنَّ شركة المشروع تستطيع المساهمة في تطوير الاقتصاد المحلي عن طريق منح الشركات المحلية فرص المشاركة في تشغيل المشروع كمصنعين وموردين للخامات والبضائع وقطع الغيار اللازمة للمشروع<sup>٢</sup>. وهذا ما أشارت إليه المادة ٢/أولاً من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل التي بينت أنَّ هدف هذا القانون تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للإسهام في عملية تنمية العراق وتطويره وتوسيع قاعدته الإنتاجية والخدمية وتنويعها.

كما تهدف الإدارة من إبرام هذه العقود إلى تدريب العمالة الوطنية ورفع قدرتهم الإنتاجية فهي في الغالب تشترط على شركة المشروع تشغيل نسبة معينة من العمالة الوطنية في المشروع قد تصل إلى ٥٠% أو تتجاوزها وذلك للحد من حالة البطالة<sup>٣</sup>، وكذلك تلزم شركة المشروع بدمجهم في العمليات الفنية والعمل على اكسابهم كافة المهارات والتقنيات الحديثة عن طريق إدخالهم في برامج ودورات تدريب نظرية وعملية على تشغيل المشروع<sup>٤</sup>، وهذا ما أشارت إليه المادة ١٤- ثامناً من قانون الاستثمار العراقي حيث ألزمت المستثمر بتدريب مستخدميهم من العراقيين وتأهيلهم وزيادة كفاءتهم ورفع مهاراتهم ومقدراتهم الإنتاجية.

<sup>١</sup>. وقد عرفت منظمة اليونيدو التكنولوجيا بأنها " عبارة عن محصلة إجمالية من المعارف والخبرات والمهارات اللازمة لتخطيط وتصميم وتنفيذ وتشغيل أحد مشروعات البنية الأساسية فضلاً عن الجوانب الإدارية والتنظيمية والتسويقية ذات الصلة بالمشروع المعني "

<sup>٢</sup>. د- أحمد رشاد محمود سلام- المصدر السابق - ص ٢٣٨.

<sup>٣</sup>. وهذا ما أشار إليه نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ في المادة ٣٠/ أولاً منه حيث تلزم الهيئة الوطنية للاستثمار أو هيئة الاستثمار في الإقليم أو هيئة الاستثمار في المحافظة غير المنتظمة في إقليم بمراعاة أن لا تقل نسبة الأيدي العاملة الوطنية عن ٥٠% من إجمالي حجم الأيدي العاملة المستخدمة في المشروع عند منح إجازة الاستثمار.

<sup>٤</sup>. د- صالح بن عبدالله - المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية - بحث منشور في مركز البحوث والدراسات الإدارية - معهد الإدارة العامة - السعودية - ١٩٩٨ - ص ٢٠٧.

### المطلب الثالث

#### مرحلة نقل المشروع إلى الجهة المستفيدة

عند بلوغ المدة المحددة في العقد لانتهائه والتي تتزامن مع انتهاء مرحلة تشغيل المشروع ، وفي حالة عدم تمديد العقد أو تجديده لمدة زمنية أخرى مع ذات الشركة ، فإنَّ الشركة تقوم في هذه المرحلة بنقل أصول المشروع وهي بحالة جيدة وإدارته إلى الجهة الإدارية المتعاقد معها، ويشار لهذه المرحلة بـ ( T ) اختصار لمصطلح ( Transfer ) وهي آخر مرحلة من مراحل عقد البوت .  
وتقوم الشركة في هذه المرحلة بتسليم جميع أصول المشروع الثابتة والمنقولة للجهة الإدارية المتعاقدة في التاريخ المحدد في عقد البوت وتتضمن هذه العملية نقل:

١- ممتلكات المشروع العائدة للدولة: وهي الممتلكات التي حصلت عليها شركة المشروع من الإدارة أثناء تنفيذ العقد والتي تعد جزءاً من المال العام للدولة سواء اكانت ثابتة أم منقولة ومن أهمها الأرض المقام عليها المشروع، وكثيراً ما ينص في عقد البوت على انتقال هذه الأملاك إلى الدولة خالية من أي رهون أو أعباء ومجاناً للإدارة، باستثناء التحسينات والتجديدات التي قامت شركة المشروع بإحداثها صيانة لها وضماناً لاستمرار تقديم الخدمة فهي تستحق تعويضاً عليها .

٢- ممتلكات المشروع العائدة لشركة المشروع: وهي الأملاك الضرورية واللازمة لاستغلال المشروع والمملوكة للشركة وغالباً ما تكون لها صفة المنقولات كالآلات والمعدات والسيارات وغيرها، وعادةً ما ينص عقد البوت على نقل هذه

---

1. Abdel Baki (S) - les projets internationaux de construction mene selon la forme le B.O.T- these paris1 -2000-P 321.

الممتلكات عند انتهاء مدة العقد إلى الإدارة خالية من الرهون والديون وبدون مقابل، إلا أنه يمكن الاتفاق على تعويض مالي تحصل عليه شركة المشروع عند نقلها للإدارة<sup>١</sup>.

٣- الممتلكات الخاصة بشركة المشروع: وهي الممتلكات العائدة لشركة المشروع والتي لا يحق للإدارة المطالبة بتسليمها وهي جميع العقارات والمنقولات التي انشأتها أو حصلت عليها والتي قد تستخدم في المشروع أو في أعمال مستقلة عنه كالمعدات المستخدمة في أعمال الحفر في مشروعات إنشاء الجسور والإنفاق والمنشآت الخاصة بسكن العمال ، ويجوز نقلها إلى الإدارة بناءً على اتفاق بين الطرفين مقابل تعويض مالي عادل<sup>٢</sup>.

وعندما تقوم شركة المشروع بنقل الممتلكات المنصوص عليها في عقد البوت - سواء أكانت عائدة للإدارة أم لشركة المشروع - فإنها يجب أن تكون بحالة جيدة حيث يتم تحديد الحد الأدنى من معايير الجودة لها في العقد وتلتزم الشركة بالوفاء بها عند مرحلة التسليم، وفي كثير من الأحيان يوضع شرط في العقد يلزم الشركة بضمان سلامة وجود منشآت ومعدات والآلات المشروع وإمكانية تشغيلها لمدة زمنية تمتد بعد انتهاء عقد البوت<sup>٣</sup>.

ومن أولى إجراءات نقل المشروع أن تقوم الإدارة إبلاغ شركة المشروع بنيتها في تمديد العقد أو تجديده من عدمه ، ومن ثم يقوم الطرفان بالاتفاق على عمل قائمة بالممتلكات التي سوف يتم نقلها إلى الإدارة وغالباً ما تبدأ هذه المرحلة بمدة كافية تصل إلى سنتين حتى يكون للطرفين فسحة من الوقت لدراسة هذه القائمة

---

1. Youssef (ch.) - Le contrat de concession de service public ou B.O.T endroit francais et egyptien- lu de comparer de l'evolution contem prene - these-paris1-2004- P658.

2. Abdel Baki (s.) – o p.cit - P320.

٣. د - جهان حسين سيد أحمد - المصدر السابق - ص ٢٩٣.

ولتجنب النزاعات التي يمكن أن تثار حول الممتلكات التي سيتم نقلها ، وأخيراً ،  
تشارك الجهة الإدارية المتعاقدة في إدارة المشروع قبل نهايته بمدة كافية حتى يمكنها  
تحمل مسؤولية إدارة وتشغيل المشروع بكفاءة ونجاح بعد تسلم المشروع ،  
والموظفين العاملين لدى الإدارة الذين سيعملون على تشغيل وإدارة المشروع لن  
تكون لهم أي سلطة أو عليهم أي مسؤولية خلال مرحلة النقل فشركة المشروع هي  
المسؤولة عن التشغيل في هذه المرحلة. كما يجب على الطرفين تحديد الموعد  
الخاص بنقل المشروع إلى الإدارة بدقة وبحلول هذا التاريخ تتسلم الإدارة تشغيل  
المشروع وتكون مسؤولة مسؤولية كاملة عن تشغيله وإدارته<sup>١</sup>.

---

<sup>١</sup> د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق - ص ٤٤٦ .

## الفصل الثالث

### آثار عقد البوت وانتهائه

لقد أضحى لنا جلياً أنّ لعقد البوت طرفين هما الجهة الإدارية المتعاقدة كطرف أول و شركة المشروع كطرف ثانٍ ، حيث يسعى كلا الطرفين إلى ضمان حقوقهما وتحمل التزاماتهما بالشكل الذي يؤدي إلى تحقيق الغرض من وراء هذا العقد ، إذ إنّ إبرام هذا العقد وتنفيذه على النحو الذي سبق عرضه وبيانه في الفصل السابق سيرتب على عاتق الطرفين التزامات متقابلة تتطلبها طبيعة هذا النوع من المشاريع التي غالباً ماتكون ضخمة في حجمها وتتطلب رؤوس أموال كبيرة ومدة تنفيذ طويلة نسبياً ، إلى جانب مجموعة من الحقوق تضمن لكلا الطرفين تحقيق الغاية المتوخاة من التعاقد .

إنّ عقد البوت يبقى منتجاً لآثاره إلى حين انتهائه ، والإنتهاء قد يكون طبيعياً وذلك بتنفيذ الالتزام موضوع العقد ، حيث تقوم شركة المشروع بتسليم المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة العقد ، وقد يكون الانهاء بصورة غير طبيعية من جانب الأطراف المتعاقدة قبل انتهاء مدة التعاقد ، وهو أمر قد يترتب عليه اللجوء الى وسائل معينة لفض النزاع بين الطرفين.

إنّ الطرح المتقدم أعلاه يقتضي منا تناول هذا الفصل في مبحثين اثنين ، نذكر في الأول آثار عقد البوت، وفي الثاني نتناول انتهاء عقد البوت.

## المبحث الأول

### آثار عقد البوت

ينتج عن عقد البوت التزامات وحقوق متقابلة بين أطرافه كغيره من العقود، وكثيراً ما تتسم هذه الالتزامات والحقوق بالتعقيد نظراً لتعدد أطراف العقد ، وسنتناول في هذا المبحث الآثار التي تترتب على عقد البوت وذلك في مطلبين، نتناول في الأول آثار عقد البوت بالنسبة للإدارة وفي الثاني آثار عقد البوت بالنسبة للمتعاقد .

### المطلب الأول

#### آثار عقد البوت بالنسبة لجهة الإدارة

تختلف التزامات وحقوق الإدارة في عقد البوت عنها في العقود الإدارية، وذلك لأن عقود البوت غالباً ما تتضمن شروطاً تنظم هذه الحقوق والالتزامات للإدارة حيث تكون معلومة مقدماً للمتعاقد. وسوف نقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الأول حقوق الإدارة وفي الثاني التزامات الإدارة .

## الفرع الأول

### حقوق الإدارة

تختلف حقوق الإدارة - كحقها بالإشراف والرقابة وحقها في تعديل العقد وحقها في فرض الجزاءات وحقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة<sup>٢</sup> - في عقد البوت

---

<sup>١</sup> يرى جانب من الفقهاء أن المستفيدين من المرفق العام تربطهم رابطة قانونية بعقد البوت فهم يُعدون طرفاً ثالثاً في العقد ولهم حقوق وتترتب عليهم التزامات ومن أبرز حقوقهم حقهم بالانتفاع من المرفق العام وبالمساواة في الانتفاع بخدماته ومن أبرز الالتزامات التي تقع عليهم التزامهم بدفع الرسوم المقررة مقابل الخدمة سواء لشركة المشروع أو للجهة الإدارية المتعاقدة في حالة شرائها للخدمة ومن ثم إعادة بيعها للمستفيدين. د- كمال طلبية المتولى سلامة - المصدر السابق - ص ٢١٥.

<sup>٢</sup> . وسنؤجل البحث في حق الإدارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة للمبحث الثاني من هذا الفصل المتعلق بانتهاء عقد البوت .

تبعاً لوجود قوانين و أنظمة تحكم العقد من عدمها ، ففي حالة وجود قوانين و أنظمة تحكم العقد وتقر تلك الحقوق للإدارة فهي تثبت لها بموجبها ، أما في حالة عدم وجود مثل تلك القوانين أو الأنظمة فإنّ بإمكان الإدارة بالاتفاق مع شركة المشروع أن تضيف بنوداً في العقد تعطيها الحق بالإشراف والرقابة على تنفيذ العقد والحق في تعديله والحق في فرض الجزاءات على شركة المشروع<sup>١</sup> . وسنتناول في النقاط التالية أهم الحقوق التي تتمتع بها الإدارة وهي :

### أولاً : حق الإدارة في الرقابة والتوجيه:

ويقصد بحق الرقابة قيام الإدارة بمراقبة الأعمال المادية التي تقوم بها شركة المشروع، فهي تشرف على مراحل تنفيذ العقد وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها وهو ما يطلق عليه عادةً المعنى الضيق للرقابة. أما حق التوجيه فيقصد به قيام جهة الإدارة بإصدار توجيهات لشركة المشروع لاتباع أسلوب معين في التنفيذ أو الإسراع في عملية التنفيذ وما إلى ذلك<sup>٢</sup>. فهذا الحق يعطي للإدارة صلاحيات أوسع في التدخل في عملية التنفيذ والتشغيل وهو ما يطلق عليه بالمعنى الواسع للرقابة .

والرقابة في الغالب تتخذ أشكالاً متعددة منها الرقابة الفنية التي تعني قيام الإدارة بمراقبة عمل شركة المشروع للتأكد من تنفيذ العقد وتسيير المرفق العام وفق الشروط والضوابط المتفق عليها في العقد، وهناك الرقابة المالية وهي أن تقوم الإدارة بمراجعة وتدقيق الحسابات المالية لشركة المشروع<sup>٣</sup>، وهناك الرقابة الإدارية

<sup>١</sup> . ماهر محمد حامد أحمد - المصدر السابق - ص ٢٨٩ .

<sup>٢</sup> . د- دويب حسين صابر عبدالعظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام..... - المصدر السابق - ٢٩٣ .

<sup>٣</sup> . السيد محمد الجوهري - دور الدولة في الرقابة على مشروعات الاستثمار (دراسة مقارنة) - الإسكندرية- دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٩ - ص ١٢٦ .

عن طريق وضع الإدارة ممثلين لها في مجلس إدارة شركة المشروع للاطلاع على كيفية سير العمل في المرفق العام<sup>١</sup>.

ويثبت هذا الحق للإدارة إذا نص القانون على إعطائه للإدارة ، فيكون ملزماً لكلا الطرفين (الإدارة وشركة المشروع) وإن لم يذكر هذا الشرط في العقد، وأفضل مثال على ذلك ماذهب إليه المشرع المصري في منحه هذا الحق للإدارة بموجب النص<sup>٢</sup> الوارد في القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بإنشاء هيئة كهرباء مصر حيث تضمن هذا القانون التأكيد على إعطاء حق الرقابة والتوجيه للإدارة ، كما أكدت على هذا الحق العديد من أحكام مجلس الدولة المصري التي اعتبرت ان هذا الحق ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه في العقد فهو يظل موجوداً طالما وجد المرفق العام<sup>٣</sup>.

أو أن يثبت هذا الشرط للإدارة في حالة النص عليه في العقد صراحةً إذا اتجهت نية المتعاقدين إلى الأخذ به وبذلك يكون هذا الشرط ملزماً للطرفين .

أمّا في حالة عدم نص القانون أو العقد على هذا الشرط صراحةً فقد اختلف الفقه في تحديد أساس ثبوت هذا الحق للإدارة فذهب رأي إلى اعتبار الأساس لحق الإدارة في الرقابة والتوجيه هو في تحقيق المنفعة العامة<sup>٤</sup> فهي التي تسمح للإدارة باستخدام هذا الحق وإن لم يذكر في العقد صراحةً .

<sup>١</sup>. علاء إبراهيم محمود - الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة بابل - ٢٠٠٨ - ص ١٥٢ .

<sup>٢</sup>. نصت المادة السابعة من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بإنشاء هيئة كهرباء مصر على انه " ...يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والاجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء بدون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية : ...ج. تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد."

<sup>٣</sup>. د- سليمان محمد الطماوي- المصدر السابق - ص ٤٥٠ .

<sup>٤</sup>. د- عثمان أحمد عياد - المصدر السابق- ص ٢٩٩ .

في حين ذهب رأي آخر إلى أنّ هذا الحق يجد أساسه في امتيازات السلطة العامة<sup>١</sup> وقدرتها على التنفيذ المباشر على المتعاقد معها لضمان تنفيذ الالتزامات التعاقدية . في حين ذهب رأي ثالث - وهو ما نميل إليه- إلى أنّ أساس ثبوت هذا الحق للإدارة هو طبيعة المرفق العام<sup>٢</sup> المتعاقد على بنائه وتشغيله وضرورة سيره بانتظام واضطراد وضرورة تلبية احتياجات الأفراد، فهذه الطبيعة هي المسوغ الذي تثبت هذا الحق للإدارة حتى وإن لم ينص عليه العقد صراحةً .

كما إنّنا نجد تطبيقات حق الإشراف والتوجيه في عقود البوت في كثير من البلدان مثل البرازيل وكولومبيا وبيرو، حيث وضعت حكومات هذه الدول ممثلين لها في مجلس إدارة شركة المشروع حتى وإن لم يكن لهم حق التصويت، إلا أنّهم مكلفين بمراجعة أي توسع مالي مستقبلي وإطلاع الحكومة على ذلك، ويحق لهم مراقبة موازنة المرفق ومراقبة عقود الصيانة ومدى كفاءتها، ولهم أن يقدموا ما يرونه مناسباً من مقترحات مفيدة لسير المرفق<sup>٣</sup> .

أمّا في العراق فلا يوجد في الوقت الحاضر قانون ينظم أحكام عقد البوت ، وبما أنّ عقد البوت كما تم ذكره سابقاً له طبيعة مختلفة عن العقود التي تبرمها الإدارة والتي تكون لها طبيعة إدارية لأنّ المتعاقد مع الإدارة في هذه العقود يشيد ويشغل المرفق العام على نفقته الخاصة وليس من موازنة الدولة، ولأجل عدم الإضرار بعملية تشجيع الاستثمار التي تنتج من تدخل الدولة المستمر في المشروع الاستثماري، ولكوننا نؤكد على أهمية حق الإدارة في الرقابة- لكن بطريقة منظمة تحافظ على سير المرفق العام وفي الوقت ذاته لا تضر بحقوق شركة المشروع- فالإدارة هي المكلفة بتسيير المرفق العام بالأصل وهي الملزمة بضمان سيره بانتظام

١. د. حسين درويش - السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري- مصر- المكتبة الأنكلو مصرية - ١٩٦١ - ص ٣٥ .

٢. علاء إبراهيم محمود- المصدر السابق - ص ١٤٩ .

٣. علاء إبراهيم محمود - المصدر السابق - ص ١٥١ .

واضطراد وتقديم الخدمة للجمهور، فيجب على الإدارة عند التعاقد مع شركة المشروع أن تشكل دائرة للمهندس المقيم والتي تتولى الإشراف على عمل شركة المشروع في مرحلة البناء ، وممثل عنها في مجلس إدارة الشركة في مرحلة التشغيل - يكون له حق الإشراف على تنفيذ العقد وتسيير المرفق العام- حتى تكون شركة المشروع على علم مسبق بوجود هذا الحق للإدارة وبحدود استخدامه .

### ثانياً : حق الإدارة في تعديل العقد :

ويقصد به حق الإدارة وإيرادتها المنفردة تعديل الالتزامات المتفق عليها في العقد زيادةً أو نقصاناً ، ويجد هذا الحق أساسه في مبدأ قابلية المرفق العام للتطور ومسايرة المتغيرات المستجدة فلا يمكن أن يكون العقد عائقاً أمام تطوره<sup>١</sup> . غير أن هذا الحق مقيد بضوابط يجب على الإدارة الأخذ بها عند تعديل العقد ، ومن أولى هذه الضوابط وجود ظروف استجدت بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل ، وان تراعي الإدارة في التعديل تحقيق المصلحة العامة والالتزام بمبدأ المشروعية ، وأن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وفي حدود النسب المقررة قانوناً وأن تكون الأعمال الإضافية من نوع و جنس الأعمال الأصلية ، وأخيراً يشترط في التعديل أن لا يغير اقتصاديات العقد لصالح الإدارة بحيث يعطي للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد<sup>٢</sup> .

وهذا الحق يثبت للإدارة إذا نصت عليه القوانين أو الإنظمة النافذة ، وعند عدم النص عليه فيها يتم تضمين العقد نصوصاً تضمن حق الإدارة في تعديل العقد ، وفي هذه الحالة يجد هذا الحق مصدره في العقد . وعند عدم النص عليه صراحةً في العقد فقد اختلف الفقه في ثبوته للإدارة فذهب اتجاه فقهي إلى إنكار

<sup>١</sup> -د- أنس جعفرود- أشرف أنس جعفر- المصدر السابق - ص ٢٤٨.

<sup>٢</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق - ص ٣٠٢-٣٠٧.

حق الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة في حالة عدم وجود نص صريح ، وهذا الاتجاه متأثر بأحكام مجلس الدولة الفرنسي الذي ذهب في كثير من أحكامه الى القول بان الادارة لاتستطيع ان تعدل العقد بأرادتها المنفردة إلا إذا كان هناك نص صريح في العقد يتيح لها هذا الحق<sup>١</sup>. في حين ذهب اتجاه آخر إلى أنّ هذا الحق يثبت للإدارة حتى وإن لم ينص عليه العقد، حيث يجد أساسه بكون الإدارة هي سلطة عامة لاتمارس امتيازاً على المتعاقد معها وإنما هي ملزمة بالحفاظ على الصالح العام، فهو حق أصيل يثبت لها سواء أنص العقد عليه أم لم ينص ، وبإمكانها ممارسته متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ويشدد أصحاب هذا الاتجاه على حق الإدارة في التعديل فيعدون أنّ اي اتفاق ينص على تنازل الإدارة عنه يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً كونه من النظام العام<sup>٢</sup>. وهو الاتجاه الذي سار عليه الفقه والقضاء المصريين<sup>٣</sup>.

وفي العراق فإن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ المعدلة قد منحت هذا الحق للإدارة بالنسبة للمشاريع الممولة من موازنة الدولة ، حيث أشارت المادة ١٥/ أولاً والفقرات التي تليها من التعليمات إلى عدم جواز اللجوء إلى تغيير الأعمال المتعاقد عليها أو إضافة أعمال وكميات جديدة إلا عند الضرورة

---

١. ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص حكمه الخاص بمدينة ليموج Ville de Limoges حيث صدر مرسوم بقانون في ١٦ يوليو ١٩٣٥ تم بمقتضاه تخفيض أسعار الشريحة الأولى من التيار الكهربائي المورد للمنتفعين بنسبة ١٠%، فطبقت مدينة ليموج التخفيض ذاته على أسعار التيار الكهربائي الخاص بالإضاءة العامة ، وقد رفض مجلس الدولة هذا الإجراء ، استناداً إلى أنّ هذه التعرفة وإن كانت يجب أن تخضع للتغيرات والمراجعات المنصوص عليها في العقد بصدد تعرفة الإضاءة الخاصة، فإن ذلك لا يترتب عليه خضوعها للتخفيضات المنصوص عليها في العقد كتلك التي يفرضها المشرع على الملتزم بالنسبة للإضاءة الخاصة . د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام ..... - المصدر السابق - ص ٣٠٠

٢. د- علي الفحام - سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري - القاهرة - دار الفكر العربي - ١٩٧٦ - ص ١٤٨.

٣. د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام ... - المصدر السابق - ص ٣٠٢.

القصوى وعلى أن يحصر التغيير في أضيق نطاق ممكن وفي حالات محددة في التعليمات ذاتها .

فهذا الحق الذي منحه المشرع العراقي للإدارة بنص القانون يخص المشاريع التي تمول من الموازنة الاستثمارية للدولة حيث المتعاقد مع الدولة لا يتعدى كونه مقاولاً منفذاً لهذا العمل ، وهذا ما لا ينطبق بطبيعة الحال على عقد البوت حيث إنَّ المتعاقد مع الإدارة يلتزم ببناء وتشغيل مرفق عام على نفقته الخاصة وهو ما يتطلب مبالغ ضخمة واتحادات مالية (كونسورتيوم) من أجل تنفيذ هذه المشاريع.

إن عدم وجود تشريعات خاصة في العراق تنظم أحكام عقد البوت- رغم أهمية تلك التشريعات - لا تقف حائلاً أمام إمكانية إبرام مثل هذه العقود بين الإدارة والمستثمرين خاصة مع وجود قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل والأنظمة الصادرة بموجبه ، إذ يمكن تصور إبرام عقد البوت وإيراد نص فيه يتضمن خضوعه لقانون الاستثمار لغرض الاستفادة من الامتيازات التي يمنحها القانون لعل في مقدمتها موضوع تخصيص أرض للمشروع، إلاَّ أنَّه في جميع الأحوال لا يمكن أن يخضع هذا العقد للأحكام الخاصة بالمشاريع الممولة من الموازنة الاستثمارية للدولة ، وبضمنها موضوع تعديل العقد إذ إنَّ ذلك يخضع لاتفاق الطرفين ، فليس من المتصور أن يتقبل المستثمر الذي يدخل رؤوس أموال إلى داخل البلد لغرض استثمارها فرضية تعديل العقد بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة لما قد يترتب على هذا التعديل من أضرار تلحق بالمستثمر ، فتدخل الدولة لتغيير العقد من تلقاء نفسها بدون موافقة المستثمرين يضعف من إقبال هؤلاء على الاستثمار في العراق في وقت نحن بأمس الحاجة إلى إقامة مشاريع لبناء المرافق الأساسية والبنى التحتية وتغطيتها بقانون الاستثمار العراقي .

## ثالثاً: حق الإدارة في فرض الجزاءات :

ويقصد به حق الإدارة في فرض جزاءات على شركة المشروع نتيجة لإخلالها بالتزاماتها المتفق عليها في العقد مستخدمة سلطتها في التنفيذ المباشر المستمدة من كونها سلطة عامة دون الحاجة إلى أمركضائي أو تثبيت هذا الحق في العقد ، وإنَّ علة فرض الجزاءات على المتعاقد هو ليس لتعويض الضرر الناتج عن اخلاله بالتزاماته مع الإدارة كما في العقود المدنية (جبر الضرر) ، وإنما لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد ولضمان تنفيذ العقد بدقة - حتى في حالة عدم ثبوت حصول ضرر من الإخلال بالعقد -<sup>١</sup> .

ومن هذه الجزاءات نذكر الجزاءات المالية وتأخذ صوراً متعددة منها الغرامات التأخيرية وهي مبالغ يذكر مقدارها في العقد كجزاء لإخلال شركة المشروع بالتزاماتها فيحق للإدارة استيفاء الغرامات التأخيرية دون الحاجة لإثبات حصول ضرر لجهة الإدارة<sup>٢</sup> .

وهناك المصادرة للتأمينات القانونية (التأمينات الأولية والتأمينات النهائية) وهي مبالغ من المال تودعها شركة المشروع لدى جهة الإدارة لتستوفي منها ما قد يترتب عليه من مبالغ مالية أو المصادقة في حالة نكوله عن التعاقد بعد رسو المناقصة أو المزايدة عليه. وهناك التعويض المالي وهو مبلغ من المال تطالب الإدارة شركة المشروع - قضائياً أو عن طريق هيئات التحكيم - بدفعه إذا ماأخلت بتنفيذ التزاماتها التعاقدية وسكوت العقد عن تحديد جزاءات مالية لهذا الإخلال مع

<sup>١</sup> -د- محمد سعيد حسين أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية - مصر - دار الثقافة الجامعية للنشر- ٢٠٠٢- ص٨٣٦.

<sup>٢</sup> . وهذا ما أكد عليه نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ حيث نصت المادة ١٩/ منه على "أولاً: يلتزم المستثمر بالجدول الزمني المنصوص عليه في البند (سابعاً) من المادة (١٤) من قانون الاستثمار . ثانياً: إذا أخل المستثمر بما ورد في البند (أولاً) من هذه المادة ، يدفع غرامة تأخيرية يتناسب مقدارها طردياً مع طول مدة التفاوت الزمني على ان لانتزيد على ١٠% من رأس مال المشروع مع احتفاظ الهيئة بحقها في سحب الاجازة "

اشتراط حصول ضرر أصاب الإدارة، كما يلاحظ أنّ التعويض يستحق في حالة عدم وجود التنفيذ العيني للعقد<sup>١</sup>.

وهناك نوع آخر من الجزاءات هي الجزاءات الفاسخة التي يحق للإدارة طلب فرضها على المتعاقد معها قضائياً نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزامه إخلالاً جسيماً بشرط أعذار المتعاقد أولاً واستمراره في تقصيره<sup>٢</sup>.

وهناك الجزاءات الجنائية، وهي الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها ليس نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزاماته بصفته طرفاً في العقد وإنما يجوز لها ذلك بصفته سلطة ضبط إداري في حالة قيام المتعاقد معها بالقيام بأي عمل يعاقب عليه قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل، إلا إذا نص القانون على خلاف هذا الأصل بأن يعطي للإدارة بصفته طرفاً في العقد سلطة فرض جزاءات جنائية وهو ما قضى به قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم ١٣٣٣ في ١٢/٤/١٩٨٤ والذي أعطى للوزراء ومن هم بدرجةهم وللمحافظين سلطة حجز المقاولين العراقيين لمدة لا تزيد على أسبوعين عند ثبوت تقصيرهم في تنفيذ المشاريع والأعمال المحالة بعهدتهم بدون عذر مشروع.

وقد اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد بصورة عامة معها فقد ذهب الاتجاه الأول إلى أنّ الأساس القانوني لحق الإدارة في فرض الجزاءات يعود لفكرة السلطة العامة وأهم امتياز لها وهو التنفيذ المباشر على المتعاقد معها وأنّ هذا الحق يتعلق بالنظام العام فلا يجوز للإدارة التنازل عنه أو الاتفاق على خلافه<sup>٣</sup>. أما الاتجاه الثاني فقد ذهب في الأساس

<sup>١</sup> -د- حسان عبد السميع هاشم - الجزاءات المالية في العقود الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ - ص ١١٢.

<sup>٢</sup> وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة (١٤/سابعاً) والتي أجازت للهيئة الوطنية للاستثمار بسحب إجازة الاستثمار من المستثمر الذي لا يلتزم بمواعيد العمل التي يقدمها للهيئة.

<sup>٣</sup> -د- عثمان أحمد عياد - المصدر السابق - ص ٣٤١.

القانوني في حق الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية إلى طبيعة المرفق العام وأهم مبادئه هو سيره بانتظام واضطراد مما يستوجب على المتعاقد تنفيذ العقد بدقة كبيرة وفي حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته فيحق للإدارة التنفيذ المباشر عليه حفاظاً على سير المرفق العام<sup>١</sup>.

أما بخصوص حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في عقود البوت فإنه جائز في الحدود التي يحددها القانون والعقد<sup>٢</sup>، وبخلاف ذلك فلا يحق لها توقيع الجزاءات أيّاً كان نوعها مالية أم فاسخة إلاّ بعد استحصال حكم من القضاء وأعدار شركة المشروع بمخالفتها لالتزاماتها التعاقدية، وذلك لأن هذا النوع من العقود وإن كان يهدف إلى تنظيم سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة إلاّ أنّه عقد يخرج عن السلطة المنفردة للإدارة والمتمثلة بالقرار الإداري ويحكمه القانون ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين لذلك فإنّ للإدارة فرض هذه الجزاءات لكن بعد ذكرها في العقد وتنظيم هذا الحق مسبقاً ليكون المتعاقد معها في عقد البوت على علم بما ينتظره في حال تقصيره أو إخلاله بما التزم بتنفيذه في العقد وإذا فرضت الإدارة أي جزء على المتعاقد معها في هذا النوع من العقود دون ذكره في القانون والعقد فسيترب على ذلك قيام المتعاقد بتطبيق شرط فض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد عن طريق هيئات تحكيم دولية متفق عليها في العقد، ومن الممكن أن تتحمل الدولة غرامات لتعويض شركة المشروع.

١- د- عبد المجيد فياض - نظرية الجزاءات في العقد الإداري - القاهرة - دار الفكر العربي - ١٩٧٥ - ص ٥١.

٢- وقد أكد قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل على هذا الحق للإدارة في المادة (١٤/سابعاً) منه التي نصت على " الالتزام بتطابق جدول تقدم العمل الذي يقدمه المستثمر مع الواقع على أن لا يكون التفاوت الزمني أكثر من ستة أشهر وعلى الهيئة الوطنية للاستثمار وضع شروط جزائية في حالة تجاوز مدة الستة أشهر كما أنّ للهيئة سحب الإجازة " .

## الفرع الثاني

### التزامات الإدارة

مثلاً كانت للإدارة حقوق تتمتع بها تجاه المتعاقد معها ، فإنَّ عليها في الوقت ذاته التزامات تجاهه، فهي ملزمة تجاه المتعاقد بأن توفر له بيئة تشريعية وقانونية مناسبة<sup>١</sup> ، فالإدارة ملزمة بتحمل نفقات وضع دراسة جدوى للمشروع المراد عرضه كفرصة استثمارية بعقود البوت، وكذلك التزامها بتحديد الأرض التي سيقام عليها المشروع وإخلائها من أي شواغل سواء أكانوا متجاوزين أم تحمل نفقات تعويض الملاك الأصليين ، وكذلك التزامها بالقيام بالتجهيزات اللازمة لسهولة الوصول للمشروع وذلك عن طريق إنشاء الطرق المؤدية لموقع المشروع ومدّه بالطاقة الكهربائية وغيرها من مستلزمات البنى التحتية، كذلك التزم الإدارة بمنح المستثمر الموافقات والتصاريح كافة اللازمة للبدء بتنفيذ المشروع ومن أبرز هذه الموافقات استحصال موافقة الجهة الإدارية العليا على إبرام العقد، وإعطاء الجهة الإدارية المتعاقدة التخويل بالتوقيع عليه<sup>٢</sup> ، وتقوم كثير من البلدان على استحداث دائرة يطلق عليها ( دائرة النافذة الواحدة)، وهي دائرة تضم عدداً من ممثلين عن الدوائر الحكومية المختصة بإصدار التصاريح والموافقات المتعلقة بالعقود الاستثمارية وبضمنها عقود البوت اختصاراً للوقت والجهد والتكاليف وكذلك التنسيق بين كافة الجهات الحكومية المعنية<sup>٣</sup>.

<sup>١</sup> . نص دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ في المادة ٢٥/ منه على أن" تكفل الدولة إصلاح الاقتصاد العراقي وفق أسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كامل موارده، وتنوع مصادره، وتشجيع القطاع الخاص وتنميته".

<sup>٢</sup> . إنَّ قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل يشترط في المادة ٧/ب ضرورة استحصال موافقة مجلس الوزراء قبل منح إجازة الاستثمار إذا كانت قيمة المشروع الاستثماري أكثر من مائتين وخمسين مليون دولار.

<sup>٣</sup> . د- دويب حسين صابر عبدالعظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام - المصدر السابق - ص ٣٢٦.

لقد بينت المادة/١١ من النظام الداخلي لهيئة الاستثمار في المحافظات غير المنتظمة في إقليم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٩ اختصاص (قسم النافذة الواحدة وخدمات المستثمرين) بأنّها تتولى التنسيق مع الوزارات والجهات غير المرتبطة بوزارة التي لها علاقة بالنشاط الاستثماري لغرض إصدار إجازة الاستثمار وتقديم الخدمات والارشادات لطالبي إجازة الاستثمار وإعلامهم بالإجراءات المتخذة بصدد تلك الطلبات ، كما وتلتزم الإدارة بتسهيل الحصول على الموافقات والتصاريح اللازمة للبدء بتشغيل المشروع مثل إعفاء الموجودات (الآلات والمعدات) المستوردة اللازمة للمشروع وهذا ما أكدّت عليه المادة/١٧ من قانون الاستثمار رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل، وكذلك المساعدة على استحصال الموافقات الخاصة بتصاريح العمل للعمال والخبراء الأجانب داخل البلد وإعطاءهم الحق بتحويل رواتبهم وتعويضاتهم إلى خارج العراق بعد تسديد ديونهم تجاه الدولة وهذا ما أشارت إليه أحكام المادة/١٢ من قانون الاستثمار، كما تلتزم الإدارة تجاه المتعاقد معها بتنفيذ بنود العقد الصريحة والضمنية والوفاء بموضوعه وفق مبدأ حسن النية فالعقود التي تبرمها الإدارة تحكمها القواعد ذاتها التي تحكم العقود الخاصة والتي تخضع للنظرية العامة للالتزام والتي أشارت إليها المادة (١/١٥٠)<sup>١</sup> من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل . وأخيراً وعند انتهاء مدة العقد فإنّ الإدارة تتحمل مصاريف نقل ملكية المشروع مثل ضرائب البيع ورسوم التسجيل العقاري التي تستلزمها عملية نقل ملكية المنشآت ، كما ويجب على الإدارة في الغالب عند استلام المشروع والتأكد من سلامة المنشآت منح شركة المشروع شهادة قبول تؤكد على أنّ الشركة قد أوفت بكامل التزاماتها ولم تعد مسؤولة عن المشروع وهي ملزمة في

<sup>١</sup> . والتي نصت على "١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية .٢. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ."

الغالب بإعطاء شركة المشروع تعويضاً كمكافأة وتشجيعاً لها لتسليم المنشآت وهي في حالة تشغيلية جيدة<sup>١</sup>.

يضاف إلى ماتقدم فإنَّ المادة (١٠) من قانون الاستثمار قد أجازت للمستثمر العراقي والأجنبي تملك الأراضي لأغراض الإسكان حصراً، وتأجيرها لمدة لا تزيد على ٥٠ سنة في غير أغراض الإسكان على أن تستثنى من أحكام قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦ أو إي قانون يحل محله، أمّا عن مدى ضمان احترام الدولة للملكية الخاصة فيلاحظ أنَّ قانون الاستثمار ذاته قد أشار إلى عدم مصادرة أو تأميم المشروع الاستثماري المشمول بأحكامه كلاً أو جزءاً باستثناء ما يصدر بحقه حكم قضائي بات، وأن تلتزم بتوفير الحد الأدنى من الثبات التشريعي للقوانين والأنظمة التي سيبرم العقد في ظلها فلا يجوز لها تطبيق قوانين وأنظمة جديدة على المتعاقد معها اذا صدرت بعد إبرام العقد وهذا ما أشارت إليه المادة/١٣ من القانون ذاته من أنَّ تعديل القانون لا يترتب عليه أي أثر رجعي يمس الضمانات والاعفاءات والحقوق المقررة بموجبه، كذلك منح للمتعاقد مع الادارة امتيازات ضريبية واعفاءات لتشجيعه على الاستثمار في البلد، وأيضاً السماح للمتعاقد بتحويل الأموال من الداخل إلى الخارج، وأن تلتزم الدولة المضيفة بوضع نهج موضوعي وسياسات عامة و واضحة تجاه تشجيع هكذا استثمارات وهذا ما أشارت إليه المادة/٩ من قانون الاستثمار.

<sup>١</sup> د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق - ص ٣٢٢.

## المطلب الثاني

### آثار عقد البوت بالنسبة لشركة المشروع

إن تمتع الإدارة بمجموعة من الحقوق بموجب عقد البوت وتحملها للالتزامات المترتبة ، يقابلها في الوقت ذاته حقوق لشركة المشروع والتزامات تتحملها بموجب عقد البوت والقوانين والأنظمة والتعليمات النافذة وهذا ما نتناوله في الفرعين الآتيين :

### الفرع الأول

#### حقوق شركة المشروع

لشركة المشروع مجموعة من الحقوق تترتب لها من وراء التعاقد مع الإدارة، إذ إنَّ الشركة تسعى الى ضمان حقوقها بالشكل الذي يعود بالنفع من وراء التعاقد، و غايتها الأساسية هي تحقيق عوائد مالية تسد ما قامت بإنفاقه مع هامش معقول من الربح، وسنتناول حقوق شركة المشروع تجاه الإدارة في النقاط الآتية:

#### أولاً: حق شركة المشروع في الحصول على مقابل مالي :

تستحق شركة المشروع الحصول على المقابل المالي الذي يسمح لها، باسترداد ما قامت بإنفاقه وسداد ما عليها من ديون أو قروض للبنوك ومؤسسات التمويل المختلفة، وأيضاً حصولها على هامش ربح معقول نظراً لقيامها وعلى نفقتها ومسؤوليتها ببناء وتشغيل المرفق العام محل العقد وتحملها مخاطره.

والمقابل المادي الذي تحصل عليه شركة المشروع إمّا أن يكون على شكل رسم تستوفيه مباشرةً من المنتفعين من خدمات المرفق العام<sup>١</sup>، أو أن يكون مبلغاً

<sup>١</sup>. د- جهان حسن سيد أحمد- المصدر السابق - ص ٢١٢ .

مالياً تدفعه الجهة الإدارية المتعاقدة مقابل شراء الخدمة المنتجة ومن ثم تتولى توزيعها للمنتفعين مقابل حصولها على رسم الخدمة المقدمة<sup>١</sup>.

والملاحظ هو عدم إمكانية الإدارة من تلقاء نفسها بتعديل الرسوم في عقود البوت، وإنما يجب عليها أن تستحصل موافقة شركة المشروع أولاً كونها الممولة للمشروع، وفي الغالب يوضع بند في العقد يحدد المعايير التي يُستند إليها لتعديل مبلغ الرسم ويتم التعديل بموافقة الطرفين، ولكن الإدارة تستطيع مساعدة المنتفعين بالخدمة بأن تتولى شراء الخدمة من شركة المشروع ومن ثم توزيعها عليهم بسعر أقل متحملة فرق السعر<sup>٢</sup>.

ويكون من حق شركة المشروع في عقود البوت الحصول على جميع الأرباح التي يحققها المرفق العام دون التقيد بنسبة معينة، ويجوز الاتفاق مقدماً مع الشركة على نسبة معينة تحصل عليها الجهة الإدارية المتعاقدة من أرباح المرفق أو من مدخولاته<sup>٣</sup>.

وعلى الرغم مما أشار إليه القانون المدني العراقي من تنظيم الرسوم التي يتقاضاها ملتزم المرفق العام في المواد ٨٩٤-٨٩٥ الذي جعل هذه الرسوم تستمد قوتها ونفاذها من وضع السلطة العامة لها أو مصادقتها عليها، كما وجعل لهذه الرسوم قوة القانون ولا يجوز للمتعاقد والمنتفعين الاتفاق على خلافها. إلا أنه لا يوجد نص تشريعي أو حكم لمحكمة عراقية أو أي نظام أو تعليمات لمجلس الوزراء تعتبر ان عقود البوت هي عقود التزام مرافق عامة وتطبق بشأنها ما ينص عليه

<sup>١</sup>. د- محمد محمد عبد اللطيف - الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٢٢.

<sup>٢</sup>. د- هاني صلاح سري الدين - التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية .... - المصدر السابق - ص ٩٧.

<sup>٣</sup>. د. جابر جاد نصار - عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام - المصدر السابق - ص ١٥٦.

القانون العراقي من أحكام بخصوص عقد التزام المرافق العامة كما فعلت الحكومة المصرية<sup>١</sup>.

ثانياً: حق شركة المشروع في إعادة التوازن المالي للعقد: وهو الموازنة بين ما على شركة المشروع من التزامات وما لها من حقوق، فلو حصل طارئ أو قوة قاهرة أدت إلى اختلال اقتصاديات العقد وأصبح تنفيذ العقد مرهقاً أو مستحيلًا جاز لها المطالبة بالتعويض<sup>٢</sup>، وحق شركة المشروع في إعادة التوازن المالي للعقد تظهر عن طريق ثلاث نظريات هي، نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية وأخيراً نظرية عمل الأمير. وتقوم هذه النظريات على فكرة ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فالإدارة هي المكلفة أصلاً بإنشاء وتسيير المرفق العام، فإن عهدت إلى إحدى الشركات للقيام بهذه المهمة فعليها أن تعمل جاهدة لاستمرار تلك المرافق العامة في تقديم خدماتها للمنتفعين، ومن ناحية أخرى فإن الإدارة تُعدُّ المستفيدة من هذه المشروعات لأنَّ هذه المشروعات شيدت وشغلت بتمويل من شركة المشروع وسيعاد المشروع مرة أخرى للإدارة لتستفيد منه عند انتهاء مدة العقد، وهذا ما يقتضي منها تعويض الشركة عما قد يصيبها من ضرر نتيجة لظروف

<sup>١</sup>. وهذا ما ذهب إليه الفقه المصري بالاستدلال بقرار مجلس الوزراء المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالموافقة على عقد كهرباء سيدي كيرير حيث نصت مادته الأولى على أن مجلس الوزراء وافق على "منح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كيرير البخارية لتوليد الكهرباء ... لشركة انترجن سيدي كيرير لتوليد الكهرباء وفقاً لأحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦...." د. محمد الروبي- المصدر السابق - ص ١٦٧.

<sup>٢</sup>. د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام - المصدر السابق - ص ٣٦٩.

خارجة عن إرادتهما، وهذه النظريات قد أوجدها القضاء الإداري الفرنسي<sup>١</sup>.  
وسنتناول هذه النظريات بشئ من التفصيل وعلى النحو الآتي :

### أولاً: نظرية الظروف الطارئة :

يحق لشركة المشروع مطالبة الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد عند وقوع حوادث استثنائية أثناء تنفيذ العقد لها تأثير اقتصادي على شركة المشروع، وهذه الحوادث إما أن تكون ذات طبيعة اقتصادية كالارتفاع الفاحش في الأسعار، أو طبيعية كالزلازل أو الفيضانات، أو إدارية كصدور قرار من جهة إدارية أعلى من الجهة الإدارية المتعاقدة ، أو تشريعية كنزع الملكية أو الاستيلاء الجبري، أو عسكرية كالحروب<sup>٢</sup>. وأن يكون من شأنها جعل تنفيذ العقد مرهقاً لشركة المشروع وليس مستحيلاً. على أن يكون الحدث غير متوقع يفوق كل تقدير ولا يمكن تفاديه - معيار المقدر على تفادي الحدث هو معيار الرجل المعتاد الحريص-. وأخيراً يجب أن يكون الحدث خارج عن إرادة المتعاقدين. أمّا النتائج المترتبة على وقوع الحادث الاستثنائي فإنّ شركة المشروع تستمر في تنفيذ التزاماتها العقدية وتطالب الإدارة

---

١. في حكم لمجلس الدولة الفرنسي بخصوص شركة غاز بوردو عام ١٩١٦ والتي تتلخص وقائعها بقيام الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو بالمطالبة برفع أسعار الغاز الموجودة في وثيقة الالتزام وذلك لارتفاع أسعار الغاز نتيجة لقيام الحرب العالمية الأولى والحصول على تعويض نتيجة للخسائر التي لحقت بها جراء الظروف الطارئة التي حصلت وكان مقتضى الحكم "... من المهم لوضع حد للصعوبات الوقتية البحث عن حل يراعي في نفس الوقت الصالح العام الذي يقتضي استمرار قيام الشركة بالمرفق مستعينة بكل وسائلها في الإنتاج، ومن ناحية أخرى فإنّ عليها أن تتحمل فقط خلال هذه المدّة الوقتية جزءاً من النتائج المهظلة لموقف القوة القاهرة وعلى الإدارة مد يد العون لها مؤقتاً لحين زوال هذه الظروف" علاء إبراهيم محمود- المصدر السابق - ص ٩٢.

٢. وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز العراقية بحكمها رقم(٨٤١/مدنية أولى/٩٢ في ١٩٩٢/٨/٢٤) علاء إبراهيم محمود- المصدر السابق - ص ٩٥.

بتحمل بعض جوانب هذه الخسارة عن طريق دفع تعويض لشركة المشروع حتى تتمكن من الوفاء بالتزاماتها العقدية<sup>١</sup>.

أمّا إذا تطورت حالة الظروف الطارئة واستمرت لمدة غير مؤقتة فإنّها تتحول إلى حالة قوة قاهرة يستحيل معها استمرار شركة المشروع في تشغيل المرفق العام ولا تستطيع الإدارة في الوقت ذاته الاستمرار في دفع التعويضات (عدم استطاعة طرفي العقد إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل الظروف الطارئة) جاز فسخ العقد وتعويض الشركة عن الخسائر التي لحقت بها، وهذا ما أكدّه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية (شيربورغ) حيث ذهب فيه إلى أنّ الظروف الاقتصادية الجديدة إذا شكلت موقفاً نهائياً لا يسمح للمتعاقد بعد ذلك بموازنة نفقاته مع الموارد تحت تصرفه، فلا تلزم الإدارة بكفالة تشغيل مرفق لم يعد صالحاً للحياة، وفي هذا الفرض يكون الموقف الجديد حالة قوة قاهرة تخول الطرفين عند عدم الاتفاق الودي على استغلال المرفق العام، الطلب من القاضي فسخ العقد مع التعويض إذا كان له محل على أنّ يؤخذ بنظر الاعتبار شروط العقد وظروف كل قضية على حده<sup>٢</sup>. وسوف نتناول حالة القوة القاهرة بتفصيل أكثر في المبحث التالي.

---

١. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني العراقي على أنّه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

٢. وتتلخص وقائع قضية شيربورغ في أنّ شركة الترام واجهت صعوبات في تحقيق الوارد المطلوب نتيجة لدخول وسائل النقل الحديثة كالسيارات فانصرف السكان عن استخدام الترام مما اضطر الإدارة إلى وضع ملاحق للعقد لرفع اسعار الترام إلا أنّ المشروع استمر بالخسارة والوارد الذي يجنيه لا يغطي تكلفة تسيير الترام المرتفعة. حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٢/١٢/٩. علاء إبراهيم محمود - المصدر السابق - ص ٩٧.

كما ونلاحظ في العقود الحديثة ومنها عقود البوت قيام شركة المشروع بتحديد مفهوم الظروف الطارئة والقوة القاهرة في بنود العقد وتذكر أبرز الحالات على سبيل المثال لا الحصر وذلك حرصاً وضمناً لحقوقها ومنعاً للبس فيها .

### ثانياً : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

وطبقاً لهذه النظرية يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل عما أصابه من ضرر أثناء تنفيذ العقد الإداري نتيجة لظهور صعوبات مادية طبيعية استثنائية - كما لو تبين أن أرض المشروع ذات طبيعة صخرية أو رطبة - والتي لم يتوقع ظهورها وقت إبرام العقد والتي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً ومتجاوزاً المبالغ المتفق عليها فيه نتيجة لزيادة أعباء المتعاقد<sup>١</sup> .

ويقع عبء إثبات وجود الصعوبات المادية على عاتق المتعاقد، ومن أبرز النتائج المترتبة على تطبيق هذه النظرية استمرار المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية ويحصل على التعويض الكامل - أي تعويضه عن الخسارة التي لحقت به و الكسب الذي فات - ومن الجائز أن يعفى من الغرامات التأخيرية نتيجة لتأخره في تنفيذ العقد<sup>٢</sup> .

### ثالثاً : نظرية عمل الأمير :

وفي هذه الحالة يستطيع المتعاقد - مع استمراره بتنفيذ العقد- الطلب من الإدارة جبر الضرر الذي أصابه والمطالبة بالتعويض عنه نتيجة لقيام الجهة الإدارية المتعاقدة بإصدار قرار فردي أو عام يُعدُّ من حقوقها - أي عدم ثبوت حصول تصرف خاطئ من قبل الإدارة - لكن في الوقت ذاته يضر به، كإصدارها تعليمات

١. د- أنس جعفر و د- أشرف أنس جعفر- المصدر السابق - ص ٢٩٦.

٢. علاء إبراهيم محمود- المصدر السابق - ص ١٠١.

تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها كالتى تفرض رسوماً كمركية إضافية. ويجب أن يؤدي التصرف إلى الإضرار بمصلحة المتعاقد مع الإدارة<sup>١</sup>. كما يجب أن يكون التصرف الصادر من الإدارة غير متوقع الحدوث وقت إبرام العقد<sup>٢</sup>.

أمّا إذا ثبت أنّ تصرف الإدارة كان خاطئاً فالمتعاقد هنا يطالب الإدارة بالتعويض على أساس مسؤوليتها العقدية وليس على أساس نظرية عمل الأمير<sup>٣</sup>.

كما إنّ من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون العقد المبرم مع الإدارة عقداً إدارياً، أمّا إذا أبرمت الإدارة مع المتعاقد معها عقداً مدنياً فلا يوجد مجال لتطبيق النظرية<sup>٤</sup>.

وفي العراق نرى بأنه لا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير على عقود البوت - في حالة وجودها - كونها تُعدّ في الغالب من العقود القائمة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تبرمها الإدارة مع شركة المشروع وتقف معها على قدم المساواة وتلتزم بما ورد فيها ، ولأنّ الإدارة لا تستطيع تعديل العقد من تلقاء نفسها أو أن تفرض على الشركة التزامات جديدة إلاّ بعد أخذ موافقة شركة المشروع ، ولأنّ الإدارة ملزمة بالحفاظ على الثبات التشريعي المنصوص عليه في قانون الاستثمار العراقي المشار إليه سابقاً.

١- د- كمال طلبية المتولى سلامة - المصدر السابق- ص ٢٠٣.

٢- وهذا ما ذهب اليه حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٩٨٣ ل٩٨٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ بالقول بأنه "... ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد فإنّ المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية".

د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام... - المصدر السابق- ص ٣٧٦.

٣- د- جابر جاد نصار- الوجيز في العقود الإدارية - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٠ - ص ٢٥٢

٤- وهذا ما ذهب إليه حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٦٥ في ١٩٦١/٥/٢٠ بالقول "...قضاء هذه المحكمة مستقر على أنّ القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناء على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق هذه النظرية وهي: ١. أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية... " علاء إبراهيم محمود - المصدر السابق - ص ٩٠.

## الفرع الثاني

### التزامات شركة المشروع

إلى جانب الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع تجاه الإدارة فإنَّ هناك مجموعة من الالتزامات التي عليها أنْ تتحملها ، ولعل ابرز هذه الالتزامات يتمثل بالآتي:

#### أولاً: التزام شركة المشروع ذاتها بتنفيذ العقد:

نظراً لأهمية هذه العقود وكونها تتعلق بتشديد وتشغيل مرفق عام يقدم خدمات عامة فإنَّ شركة المشروع تكون في الغالب محل اعتبار في العقد ، فالمتعاقد الأصلي مُلزم كمبدأ عام بتنفيذ العقد شخصياً سواءً نص العقد على الاعتبار الشخصي للمتعاقد ام لم ينص . ويعد استثناءً على التزام شركة المشروع بتنفيذ العقد بذاتها ماياتي:

#### (١): التنازل عن تنفيذ العقد لمتعاقد آخر:

ويتم ذلك عن طريق إبرام عقد مع الغير الأجنبي يحل فيه هذا الغير محل شركة المشروع في أداء التزاماتها واكتسابه لحقوقها الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين جهة الإدارة<sup>١</sup>. ويُعدُّ هذا التصرف جائزاً لشركة المشروع إذا نصَّ القانون صراحة على ذلك أو نصَّ العقد عليه، وفي الغالب يشترط استحصال موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة أو الجهة الإدارية العليا مثل مجلس الوزراء على التنازل. أمَّا بالنسبة لآثار هذا التنازل :

<sup>١</sup> د- محمد سعد حسين أمين- المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية – المصدر السابق - ص٦٧.

(أ) بالنسبة لعلاقة الإدارة بشركة المشروع (المتنازل) : فإنَّ العلاقة العقدية بينهما تزول وتعاد لها التأمينات وجميع مستحقاتها المالية إلا في حال وجدت الإدارة حقوقاً لها على الشركة فتستوفى من هذه المستحقات .

(ب) بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتعاقد الجديد (المتنازل اليه): تعد الموافقة على التنازل بمثابة عقد جديد يحل محل العقد السابق وهنا تستطيع الإدارة أن تفرض شروطاً جديدة على المتعاقد معها، ولها أن تطلب منه ضمانات أخرى .

(ج) بالنسبة لعلاقة شركة المشروع (المتنازل) بالمتعاقد الجديد(المتنازل اليه): عند موافقة الإدارة على التنازل تتحرر شركة المشروع من جميع التزاماتها ويحل المتنازل اليه محلها في المسؤولية الشخصية عن التنفيذ وتصفى الأمور المالية بينهما بالاتفاق<sup>١</sup> .

(٢) تعاقد شركة المشروع مع متعاقد آخر من الباطن:

عن طريق إبرام عقد مع الغير تحيل إليه شركة المشروع تنفيذ جزء من الالتزامات موضوع العقد"<sup>٢</sup> . وهذا التصرف جائز إذا نصَّ القانون عليه صراحةً أو إذا تم ذكره في العقد مع الاشتراط في الغالب استحصال موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة .

أما بالنسبة لآثار التعاقد من الباطن في العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن فلا توجد أي علاقة بينهما فالمتعاقد من الباطن لا يملك حق مطالبة الإدارة بثمان ما قام بإنجازه من أعمال، وفي المقابل لا تملك الإدارة الحق في مقاضاته بسبب تنفيذه الأعمال بغير ما ورد في العقد الأصلي بين شركة المشروع والإدارة، والعلة في عدم مسؤولية المتعاقد من الباطن أمام الإدارة أنَّه قد إبرم العقد مع شركة المشروع ولم يبرم العقد مع الإدارة مباشرةً .

<sup>١</sup> د- إبراهيم محمد علي- آثار العقود الإدارية- القاهرة- دار النهضة العربية -٢٠٠٣- ص٣٥٢.

<sup>٢</sup> د- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد- التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي- أطروحة دكتوراه- جامعة القاهرة -كلية الحقوق- ١٩٩٦- ص١٥٨.

أمّا بالنسبة لآثار التعاقد من الباطن في العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن فلا يؤدي هذا التعاقد إلى حلول المتعاقد الثانوي محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ موضوع العقد ويظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة عن مآثم تنفيذه من قبل المتعاقد الثانوي<sup>١</sup>.

ونجد حالة مشابهة لما ورد في أعلاه في قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل فقد نصّت المادة ١٠/ثالثاً/ج منه على أنّ " للمستثمر العراقي أو الأجنبي أن ينقل ملكية المشروع الاستثماري كلاً أو جزءاً خلال مدة الإجازة إلى اي مستثمر عراقي أو أجنبي آخر على أن يواصل المستثمر الجديد العمل في المشروع في الاختصاص ذاته أو في اختصاص آخر بعد موافقة الهيئة المانحة للإجازة ، ويحل المستثمر الجديد محل المستثمر السابق في الحقوق والالتزامات المترتبة عليه بموجب هذا القانون واحكام الاتفاق المبرم مع المستثمر المذكور. في حالة نقل المستثمر العراقي أو الأجنبي لملكية المشروع طيلة مدة تمتعه بالمزايا والتسهيلات والضمانات الممنوحة له. فإنّ المستثمر الجديد يستمر بالتمتع بها حتى انقضاء تلك المدة." .

#### ثانياً : الالتزام بتنفيذ العقد :

تلتزم شركة المشروع بتنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية ووفقاً للشروط والمواصفات المنصوص عليها في العقد والتزامها بالتنفيذ يشمل تشييد المرفق وتشغيله وإدارته، ولعل من أبرز الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع في هذه المرحلة أنّها تلتزم بالمبادئ الضابطة لسير المرفق العام وهي مبدأ ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك عن طريق قيامها بعمل صيانة دورية للمنشآت ومعدات المشروع لضمان استمرار عمل المشروع دون توقف، ومبدأ

<sup>١</sup> د- ابراهيم محمد علي - المصدر السابق- ص ٣٦٣.

مسايرة المرفق العام للظروف المستجدة وذلك عن طريق قيامها بإدخال التكنولوجيا و التقنيات المتطورة على المشروع وتدريب العمالة الوطنية على كيفية استخدامها حتى تتمكن من تشغيل المرفق عند انتهاء مدة عقد البوت ونقل إدارته للجهة المستفيدة، وإثباتها ملزمة بالمساواة بين المنتفعين عند تقديم الخدمة استناداً لمبدأ المساواة في الانتفاع من المرفق العام. وأخيراً تلتزم بإعادته إلى الجهة المستفيدة عند انتهاء مدته<sup>١</sup> وهو ما سبق لنا عرض بيانه في الفصل السابق.

---

<sup>١</sup> د- جابر جاد نصار- عقود الB.O.T والتطور الحديث لعقود الالتزام ... - المصدر السابق - ص١٤٦.

## المبحث الثاني

### انتهاء عقد البوت

يبقى عقد البوت منتجاً لآثاره ومرتباً لحقوق والتزامات الطرفين إلى حين انتهائه، ذلك الإنهاء الذي قد يكون طبيعياً وذلك بتنفيذ العقد وانتهاء مدته وإعادة المشروع إلى الإدارة ، وقد يكون الإنهاء غير طبيعي وذلك في حال ظهور ظروف أو حالات تحول دون إكمال تنفيذه بموجب بنود العقد ، كما أنّ العقد قد يثير خلافات بين طرفيه يستدعي حلها اللجوء إلى وسائل معينة لحل الخلاف ، وهذا ماستناوله في ثلاثة مطالب ، نتناول في الأول النهاية الطبيعية لعقد البوت ، وفي الثاني النهاية غير الطبيعية لعقد البوت ، وفي الثالث نتطرق الى تسوية منازعات عقد البوت .

### المطلب الأول

#### النهاية الطبيعية لعقد البوت

عقد البوت من العقود الزمنية التي يستمر تنفيذها لمدة من الزمن تُعدُّ طويلة نسبياً مقارنة بباقي العقود ، فهو ينتهي بنهاية المدة المحددة في العقد وهو بذلك يختلف عن العقود الفورية التي تنتهي بانتهاء الأعمال المطلوبة مثل عقد التوريد الذي ينتهي بتسليم البضاعة المطلوبة<sup>1</sup> .

ويمدد عقد البوت صراحة إذا طلبت الإدارة من المتعاقد وقبل انتهاء مدة العقد مده لمدةٍ أخرى لما تراه من مصداقية وجدية من قبل الشركة في تقديم الخدمة للمنتفعين وموافقة الشركة على التمديد، ويتم تمديد العقد ضمناً إذا نص العقد على تمديده التلقائي وسكوت كلا الطرفين عن اتخاذ إجراءات بإنهاء العقد، وعلى الطرف الذي لا يرغب في تمديد العقد إبلاغ الطرف الآخر برغبته قبل

<sup>1</sup> د- كمال طلبة المتولي سلامة - المصدر السابق - ص ٢٤٧.

مدة كافية حتى يتمكن الطرف الآخر من تدبر أمره. ويجوز تجديد عقد البوت عن طريق إبرام عقد جديد يتم الاتفاق عليه بين جهة الإدارة وشركة المشروع ذاتها<sup>١</sup>.

وقد يحتوي عقد البوت على شرط الأولوية والأفضلية لشركة المشروع عند تجديد العقد، والقصد منه عند انتهاء العقد الأصلي و رغبة الإدارة في إدارة المشروع بالاسلوب ذاته فإنَّها تعطي الأفضلية لشركة المشروع عند تساوي الشروط والظروف بينها وبين المتقدمين الجدد كونها الأكثر دراية وخبرة بتفاصيل المشروع الذي أنشأته وإدارته لسنتين عدة<sup>٢</sup>.

وبعد انتهاء عقد البوت أو الإبلاغ بالرغبة بإنهائه تلتزم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة سواءً كان ذلك بمقابل أم بدون مقابل وهو ما تم ذكره بالتفصيل فيما سبق .

## المطلب الثاني

### النهاية غير الطبيعية لعقد البوت

مثلما يكون للعقد نهاية طبيعية فان له ايضا نهاية غير طبيعية ينتهي بموجبها قبل انتهاء مدته أو دون تنفيذه بالكامل ، ويتم هذا الانهاء أما بالفسخ الرضائي بين المتعاقدين، أو بالفسخ القضائي ويتم ذلك برفع الطرف المتضرر طلب إلى محكمة القضاء المدني المختصة<sup>٣</sup> بالنزاع بفسخ العقد أما بسبب القوة القاهرة أو لإخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية، وإذا ثبت لقاضي الموضوع صحة

<sup>١</sup> د- محمد سعيد حسين أحمد- دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وإحكام إبرامها - دار الثقافة العربية الجامعة للنشر- ١٩٩٢- ص ١٤٠.

<sup>٢</sup> د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق-٣٩٣.

<sup>٣</sup> لم يشر قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ( ٦٥ ) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة(٧) منه والتي حددت اختصاصات محكمة القضاء الإداري إلى المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. مما يعني أنه ترك النظر في منازعات العقود الإدارية أو التي تكون الإدارة طرفاً فيها إلى محاكم القضاء المدني العراقي .

إدعائه حكم بفسخ العقد والتعويض حسب ظروف ووقائع الدعوى، وسنتناول بيان ذلك في الفروع الآتية :

## الفرع الأول

### انتهاء عقد البوت بالقوة القاهرة

ويقصد بالقوة القاهرة "حادث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلًا"<sup>١</sup> ، وتلزم شركة المشروع بإبلاغ الإدارة بحدوث القوة القاهرة وعدم قدرتها كلياً على تنفيذ العقد خلال مدة قصيرة من علمها بوقوع القوة القاهرة كما يجب عليها أن تقدم للإدارة تقارير منتظمة عن سير إجراءات المعالجة، كما وتلتزم بأن تبذل كل ما في وسعها للتخفيف قدر المستطاع من آثار القوة القاهرة. ويجوز لأي من الطرفين اللجوء إلى القضاء أو إلى التحكيم للمطالبة بفسخ العقد، وفي حالات معينة قد تلزم الإدارة بتعويض شركة المشروع عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة المطالبة بالفسخ خصوصاً إذا كانت شركة المشروع قد صرفت مبالغ كبيرة في المراحل الأولى لتنفيذ العقد وقامت بأعمال أثرت الإدارة ، كقيامها بإنجاز البنى التحتية للمشروع وبعد ذلك حدثت القوة القاهرة واستحال عليها استكمال تنفيذ العقد<sup>٢</sup>. ويلجأ المتعاقدون مع الإدارة وخصوصاً في هكذا مشاريع إلى وضع بنود في العقد تحدد مفهوم القوة القاهرة وتبين أهمها على سبيل المثال لا الحصر، ومن أمثلة العقود التي ذكرت حالات القوة القاهرة المادة (١/١٥) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية بنظام ال BOOT بين هيئة مصر للكهرباء وشركة أنترجن سيدي كير حيث أشارت إلى "حالات القوة القاهرة ب :

<sup>١</sup> د- إبراهيم محمد علي - المصدر السابق - ص ٢١٠. وقد أشار القانون المدني العراقي الى فكرة القوة القاهرة في المادة/٤٢٦ والتي ذهبت إلى انقضاء الالتزام التعاقدى إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه .

<sup>٢</sup> د- أحمد سلامة بدر- العقود الإدارية وعقود ال BOT - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ - ص ٢٢١.

- حالة الحرب (سواءً المعلنة أم لا) وأي غزو أو نزاع مسلح أو أعمال عدوان أجنبي أو حصار أو حظر أو ثورة.
- أي شغب أو تمرد أو اضطرابات مدنية أو أعمال إرهابية .
- التلوث الإشعاعي أو الإشعاع الإيوني.
- إي نزع للملكية أو استيلاء إجباري عليها بواسطة جهة حكومية.
- الصواعق ، الحرائق ، الزلازل ، الأعاصير بأنواعها ، الفيضانات ، العواصف و الجفاف .
- الانفجارات او التلوث الكيميائي.
- الأوبئة والطاعون .<sup>١</sup>

## الفرع الثاني

### انتهاء عقد البوت لإخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية

ينتهي عقد البوت أيضا بحصول تقصير أو إخلال جسيم من قبل أحد طرفي العقد سواءً أكانت الإدارة أم شركة المشروع نتيجة للإخلال الجسيم بالتزاماتهما التعاقدية ، وهنا يقوم الطرف المتضرر بإبلاغ الطرف الآخر برغبته في إنهاء العقد، وإحالة الموضوع إلى المحكمة المختصة أو إلى هيئة التحكيم المتفق عليها لغرض طلب فسخ العقد والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به، ويُعدُّ من أسباب الإنهاء حالة إفلاس أو إعسار شركة المشروع .<sup>٢</sup>

وليس للإدارة إنهاء عقد البوت بإرادتها المنفردة إلا إذا وجد نص في العقد يبيح لها ذلك صراحةً ، وإلا فيتعين على الإدارة اللجوء للمحكمة المختصة أو إلى هيئة التحكيم المتفق عليها بموجب العقد لغرض تقديم طلب بإنهاء العقد بعد

<sup>١</sup> د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق - ص ٣٨٠.

<sup>٢</sup> د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .... - المصدر السابق - ص ٤٠٠ وما يليها.

إبلاغ شركة المشروع برغبتها في إنهاء العقد نظراً لما يشكله إنهاء العقد من خسارة فادحة على شركة المشروع<sup>١</sup>.

### المطلب الثالث

#### تسوية منازعات عقود البوت

نظراً للمبالغ الطائلة التي تتطلبها مشاريع البوت، فإن شركة المشروع تحرص في الغالب على تضمين عقود البوت بنداً يقضي بوجوب تسوية المنازعات التي قد تحصل مع الإدارة في المستقبل بإحدى وسائل تسوية المنازعات<sup>٢</sup> الودية أو أكثر، كونها تتميز بالسرعة، وكون القائمين عليها موضع ثقة الأطراف والابتعاد عن المثول أمام محكمة قضائية أو حتى تحكيمية تابعة للدولة المضيفة<sup>٣</sup>. ومن أهم وسائل تسوية المنازعات<sup>٤</sup> التي يلجأ إليها أطراف عقد البوت هي المفاوضات والوساطة والتوفيق والتحكيم وهذا ما سنتناوله في الفروع الأربعة الآتية:

### الفرع الأول

#### المفاوضات

المفاوضات هي اتصال مباشر بين شركة المشروع والجهة الإدارية المتعاقدة بهدف التوصل إلى تسوية النزاع<sup>٥</sup>. وتنص الكثير من عقود البوت على المفاوضات كوسيلة لتسوية المنازعات في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وأثناء تنفيذه، ويقع على

<sup>١</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم - الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام - المصدر السابق - ص ٤٢١.

<sup>٢</sup> .أجاز قانون الاستثمار العراقي في المادة/٢٧ للأطراف الخاضعين له عند التعاقد الاتفاق على الية حل النزاع بما فيها الإلتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي أو أي جهة تحكيمية أخرى معترف بها دولياً.

<sup>٣</sup> -د- دويب حسين صابر عبد العظيم - عقود الB.O.T وكيفية حسم منازعاتها - المصدر السابق - ص ١٠٥.

<sup>٤</sup> . منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي - الاعتراف بقرارات التحكيم الاجنبية وإنفاذها - الإسكندرية - دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٥ - ص ٥.

<sup>٥</sup> -د- عادل محمد خير - مقدمة في قانون التحكيم المصري - القاهرة - دار النهضة العربية - ١٩٩٥ - ص ٤٣.

عائق طرفي التفاوض أن تكون لديهم الرغبة الصادقة في الوصول إلى حل النزاع وتسويته عن طريق الاستمرار في عملية التفاوض مما يبعث على الثقة والجدية في العملية<sup>١</sup>. كما ويلتزم كل طرف بأن يطلع الطرف الآخر بكافة الظروف المحيطة بالنزاع وأن يدلي بمعلومات صحيحة لا يشوبها كذب أو تضليل، ويلتزم كل طرف باحترام ما يقدمه الطرف الآخر من مبتكرات صناعية أو تكنولوجية وعدم إفشاء ما قد يُفضى به أثناء المفاوضات من معلومات مالية أو فنية وعدم استخدام هذه المعلومات خارج حدود عملية المفاوضات وهو ما يطلق عليه الالتزام بالسرية<sup>٢</sup>.

## الفرع الثاني

### الوساطة

ويقصد بها إحالة الأطراف المتنازعة الخلاف إلى طرف ثالث (الوسيط) لإزالة سوء الفهم وحل النزاع القائم والوصول إلى اتفاق قد يجنبهم كثيراً من الوقت والجهد والنفقات التي يتطلبها اللجوء إلى القضاء أو التحكيم<sup>٣</sup>. فعمل الوسيط ينصب على الاستماع إلى أطراف النزاع وجمع المعلومات الكافية حوله وترتيب اجتماعات بين الأطراف المتنازعة ومن ثم يعرض رأيه عليهم بصورة توصية غير ملزمة<sup>٤</sup>. ومن أهم الصفات التي يفضل أن يتحلى بها الوسيط، الالتزام بالحياد التام، والحرص على عدم تسريب معلومات النزاع لأي طرف من الأطراف، وضرورة إجادته للغة أجنبية كون شركة المشروع في الغالب تكون شركة أجنبية، وأن يكون ملمماً

<sup>١</sup> -د- فؤاد محمد مرسي - التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية (دراسة مقارنة بين المملكة العربية السعودية ومصر) -

القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٢ - ص ٦٩.

<sup>٢</sup> -د- محمد حسين عبد العال - المصدر السابق - ص ١١٨.

<sup>٣</sup> -د- محمد عبد المجيد إسماعيل - عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها - منشورات الحلبي الحقوقية - بلا سنة طبع -

ص ٢٣١.

<sup>٤</sup> -د- كمال طلبه المتولي سلامة - المصدر السابق - ص ٢٢٢.

بالنواحي القانونية والاقتصادية للعقد. وتوجد أنواع مختلفة من الوساطة منها الوساطة التوجيهية "حيث يقوم الوسيط بدور فاعل ويقترح الحل الذي يراه مناسباً وهناك الوساطة المشتركة حيث يشترك فيها وسيطان من نظامين مختلفين يكملان بعضهما البعض ويقدمان توصية مشتركة لحل النزاع" وهناك وساطة العرض الأخير " بحيث يقدم الوسيط عرضين ينحصر بينهما قرار الطرفين" <sup>١</sup> . وأخيراً الوساطة بمعرفة خبير والتي يكون فيها الوسيط هو خبير فني في الوقت نفسه يلجأ إليه أطراف النزاع في مسألة فنية محل خلاف بينهم فيقدم توصيته بشأن النزاع - كما في حال وصف محل النزاع أو بيان خصائصه - فيعرف كل طرف منهم أبعاد النزاع ووضعه القانوني <sup>٢</sup> .

### الفرع الثالث

#### التوفيق

يقصد به " اتفاق على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بطريقة ودية" <sup>٣</sup> ويقوم أطراف النزاع بالاتفاق على اختيار شخص ذي خبرة فنية وعملية جيدة ، ويحددون القواعد التي تحكم عمله، ويقوم الموفق من جانبه بالعمل على المصالحة بين أطراف النزاع والتوفيق بين آرائهم ومن ثم يقدم توصياته غير الملزمة لهم ، فإذا لاقت التوصية المقدمة قبولاً من جميع الأطراف يحرر في محضر يوقعون عليه جميعاً بضمهم الموفق ويصبح المحضر بمثابة اتفاق واجب التنفيذ . وإذا لم تلق التوصية قبولاً من أحد طرفي النزاع فلهم اللجوء إلى القضاء المختص أو للتحكيم <sup>٤</sup> .

<sup>١</sup> -د- دويب حسين صابر عبید العظیم - عقود ال BOT وكيفية حسم منازعاتها - المصدر السابق - ص ١١٢ .

<sup>٢</sup> .المستشار الدكتور محمد أبو العينين - انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام BOT (بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي حول مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص) - شرم الشيخ - الفترة من ٢٩ - ٣٠ سبتمبر - ٢٠٠١ - ص ١٢ .

<sup>٣</sup> .المستشار الدكتور محمد أبو العينين - المصدر السابق - ص ١٤ .

<sup>٤</sup> -د- كمال طلبه المتولي سلامة - المصدر السابق - ص ٢٢١ .

ويتشابه التوفيق والوساطة في أنّ القرار الذي يتم التوصل إليه غير ملزم لأطراف النزاع ، غير أنّ الاختلاف بينهما يظهر في أنّ عمل الوسيط يقوم على تضييق دائرة الخلاف بين الأطراف المتنازعة ويساعدهم في الوصول إلى اتفاق<sup>١</sup>. في حين أنّ الموفق يدرس القضية محل النزاع ويقدم تقريراً عنها يوضح فيه أبعادها و الاقتراحات التي يراها كفيلة بتسوية النزاع<sup>٢</sup>.

## الفرع الرابع

### التحكيم

ويقصد به " اتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في النزاع الذي حصل بينهم بالفعل أو الذي يحتمل ان يحصل عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين<sup>٣</sup>". ويعتبر التحكيم من أهم وسائل تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الإدارة وشركة المشروع، فهو يتميز ببساطة إجراءاته وسرعتها كما ويعطي أطرافه حرية كبيرة في اختيار المحكمين ذوي الخبرة بموضوع النزاع مما يسهل من عملية حسم المنازعة في عقود معقدة كعقود البوت، وكذلك يجعل شركة المشروع مطمئنة إلى الجهة التي ستفصل في النزاع كونها تتخوف غالباً من قيام المحاكم الوطنية بالفصل في منازعاتها مع الإدارة، وأخيراً فإنّ لجوء الأطراف للتحكيم يعبر عن حسن النية والحرص على بقاء العلاقات ودية وحسنة بينهم<sup>٤</sup>.

ومن أهم العناصر التي يجب أن تتوافر في شرط التحكيم الذي يتم إدراجه في عقد البوت تحديد مجال نطاق التحكيم فيجب أن يكون التحديد شاملاً لجميع

<sup>١</sup> -د-كمال طلبه المتولي سلامة - المصدر السابق - ص ٢٢٢.

<sup>٢</sup> -د- عصام العطية - القانون الدولي العام - بغداد- مكتبة السهوري- ٢٠١١- ص ٥٩٢.

<sup>٣</sup> -د- محمود مختار بربري - التحكيم التجاري الدولي - القاهرة - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - ١٩٩٩- ص ٥.

<sup>٤</sup> -د- محمد عبد المجيد إسماعيل - المصدر السابق - ص ٣٦٦.

أنواع المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن العقد المبرم بين الأطراف<sup>١</sup>. ويجب أن يحدد إذا ما كان نوع التحكيم خاص أم مؤسسي<sup>٢</sup>. ففي التحكيم الخاص يتم تنظيم الإجراءات والقواعد الشكلية والموضوعية للتحكيم ومكان إجرائه من قبل الأطراف ذاتهم، و أما في التحكيم المؤسسي فتتم إجراءات التحكيم طبقاً لقواعد مؤسسة التحكيم المتفق عليها وكذلك إذا لم يحدد مكان إجرائه يكون الاختصاص للمؤسسة في تحديد المكان وفقاً لقواعد تحكيم المؤسسة<sup>٣</sup>. كذلك من أهم العناصر التي يجب أن يتضمنها شرط التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والذي قد يتسبب بصعوبات كبيرة خلال العملية التحكيمية في حال عدم تحديده مسبقاً في شرط أو اتفاق التحكيم. كذلك يجب تحديد اللغة التي سيتم بها التحكيم<sup>٤</sup>.

وقد نظم قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل الأحكام العامة لهيئات التحكيم العراقية في الباب الثاني منه في المواد من (٢٥١)- (٢٧٦) ومن أهم الأحكام التي قضى بها جعل كتابة احالة النزاع للتحكيم في العقد أساساً لإثبات الاتفاق عليه<sup>٥</sup>.

<sup>١</sup> -د- محمود السيد عمر التحيوى - أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته - الإسكندرية- دار الفكر الجامعي - ٢٠٠٧ - ص ٥٥.

<sup>٢</sup> .ومن أهم مؤسسات التحكيم الدولية الرئيسية : محكمة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية في باريس - المركز الدولي لحسم منازعات الاستثمار (إيكسيد) اللجنة الصينية للتحكيم الاقتصادي والتجاري الدولي (CIETAC) - المركز الدولي لحسم المنازعات التابعة لجمعية التحكيم الأمريكية (AAA) - معهد التحكيم التابع لغرفة تجارة ستوكهولم - محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA) - مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي (CRCICA)- محكمة التحكيم التجاري الدولي التابعة لغرفة تجارة وصناعة روسيا الاتحادية - مركز التحكيم والوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو) - محكمة أوهادا OHADA الدائمة للقضاء والتحكيم، ينظر كريستوفر امهوس وهيرمان فيريست -التحكيم والوسائل البديلة لحسم المنازعات كيفية حسم منازعات التجارة الدولية - منشورات مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ومركز التجارة الدولية يونكتاد (منظمة التجارة الدولية) - بلا سنة طبع - ص ٦٣ ومايلها.

<sup>٣</sup> . كريستوفر امهوس وهيرمان فيريست - المصدر السابق - ص ٥٩.

<sup>٤</sup> . كريستوفر امهوس وهيرمان فيريست - المصدر السابق - ص ١٢٩ وما يلها.

<sup>٥</sup> . المادة ٢٥٢ من قانون المرافعات المدنية.

وإذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع دعوى به أمام القضاء إلا بعد استنفاد وسائل التحكيم، ومع ذلك إذا لجأ أحدهم إلى رفع الدعوى دون اعتداد بشرط التحكيم ولم يعترض الطرف الآخر في الجلسة الأولى جاز نظر الدعوى و عُدَّ شرط التحكيم لاغياً، أما إذا اعترض الخصم فتقرر المحكمة اعتبار الدعوى مستأخرة حتى يصدر قرار التحكيم<sup>١</sup>.

وإذا وقع النزاع ولم يكن الخصوم قد اتفقوا على المحكمين أو امتنع واحد أو أكثر من المحكمين المتفق عليهم عن العمل أو اعتزله أو عزل عنه أو قام مانع من مباشرته ولم يكن هناك اتفاق في هذا الشأن بين الخصوم فلكلٍّ منهم مراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع بعريضة لتعيين المحكم أو المحكمين بعد تبليغ باقي الخصوم وسماع أقوالهم ، ويكون قرار المحكمة بتعيين المحكم أو المحكمين قطعياً وغير قابل لأي طعن، أما قرارها برفض طلب تعيين المحكمين فيكون قابلاً للتمييز طبقاً لإجراءات مبيّنة في ذات القانون<sup>٢</sup>.

وإذا قيد التحكيم بوقت زال بمروره ما لم يتفق الخصوم على تمديد المدة، وإذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين وجب عليهم إصداره خلال ستة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم<sup>٣</sup>. ويجب عند تعدد المحكمين أن يكون عددهم وتراً ويتولون مجتمعين إجراءات التحقيق ويوقع كل منهم على المحاضر ما لم يكونوا قد ندبوا واحدا منهم لإجراءات معينة وأثبتوا ذلك في المحضر<sup>٤</sup>.

<sup>١</sup> المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات المدنية .

<sup>٢</sup> المادة ٢٥٦ من قانون المرافعات المدنية .

<sup>٣</sup> المادة ٢٦٢ من قانون المرافعات المدنية .

<sup>٤</sup> المادة ٢٦٧ من قانون المرافعات المدنية .

و يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين وطبقاً لما هو مبين في القانون ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة. ويجب أن يشتمل وبوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين<sup>١</sup>.

وعلى الرغم من كون قرار هيئة التحكيم ملزماً للخصوم إلا أنه لا ينفذ لدى دوائر التنفيذ ما لم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناء على طلب أحد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة . وهو لا ينفذ إلا في حق الخصوم الذين حكموهم وفي النزاع الذي جرى التحكيم من أجله<sup>٢</sup>.

ويجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق. أو إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في القانون . أو تحقق سبب من الأسباب التي يجوز من أجلها إعادة المحاكمة. أو حالة وقوع خطأ جوهري في القرار أو في الإجراءات التي تؤثر في صحة القرار<sup>٣</sup>.

وقد الزم القانون المحكمين اتباع الأوضاع والإجراءات المقررة في القانون إلا إذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه إعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع إجراءات معينة يسير عليها المحكمون . وإذا كان المحكمون مفوضين

<sup>١</sup>. المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات المدنية.

<sup>٢</sup>. المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات المدنية .

<sup>٣</sup>. المادة ٢٧٣ من قانون المرافعات المدنية .

بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون إلا ما تعلق منها  
بالنظام العام<sup>١</sup>.

وأخيراً فإنّ مبدأ "خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإدارة" هو الراجح فقهاً  
وقضاءً وفي المعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة ما لم يحدد عقد  
البوت القانون واجب التطبيق عليه فيما يتعلق بإجراءات التحكيم<sup>٢</sup>. هذا فيما  
يتعلق بالإجراءات المتبعة في هيئات التحكيم العراقية .

---

<sup>١</sup> المادة ٢٦٥ من قانون المرافعات المدنية .

<sup>٢</sup> د- خالد محمد القاضي- موسوعة التحكيم التجاري الدولي - دارالشروق-٢٠٠٢- ص٢٥٠.