

النظام القانوني لعقود البوت الإدارية

د. محمود خليل خضير

جامعة بغداد - كلية الادارة والاقتصاد

The legal system of Administrative BOT Contracts

A Research presented by
Assistant Professor Dr. Mahmood
Khalil Khedair
Mahmood.k@coadec.uobaghdad.edu.iq

(BOT) هو النظام الذي يتم بموجبه تمويل المشروعات الاستثمارية العامة، وإنشائها وإدارتها، وصيانتها من قبل القطاع الخاص، الذي قد يكون شركة خاصة واحدة، أو عدة شركات خاصة محلية أو عالمية، تعمل من خلال شركة المشروع، المتعهددة بإنشاء وتنفيذ وإدارة وصيانة المشروع لفترة زمنية معينة هي فترة الامتياز الممنوحة من قبل الدولة المضيفة، وتمكن هذه الفترة شركة المشروع من استرداد ما تكبدته من تكاليف في المشروع، مع تحقيق نسبة مرضية من الربح، بعدها تقوم شركة المشروع بنقل ملكية وصول المشروع للدولة المضيفة، وهو في حالة جيدة دون قيد أو شرط، وتتحصر أطراف نظام (BOT) وفق الدراسة في طرفين أساسيين هما الدولة المضيفة والشركة المنفذة للمشروع، ويمر تنفيذ مشروعات (BOT) بثلاثة مراحل زمنية، المرحلة الأولى هي المرحلة التحضيرية للمشروع من قبل الدولة المضيفة، المرحلة الثانية تختص بها شركة المشروع وهي مرحلة تنفيذ المشروع من حيث بناءه وتشغيله وإدارته، والمرحلة الثالثة التي يتم فيها نقل ملكية المشروع للدولة المضيفة بعد انقضاء فترة الامتياز الممنوحة بين الدولة وشركة المشروع.

(BOT) is a system in which public investment projects are financed, created, managed, and maintained by the private sector, which may be one private company, or several local or international private companies, operating through the project company, which undertakes to establish, implement, manage and maintain the project for a certain period of time. The concession period granted by the host country enables the project company to recover the costs incurred in the project, while achieving a satisfactory percentage of profit. Then the project company transfers ownership of the project access to the host state, in a good condition without any restrictions. According to the study, the parties to the (BOT) system are limited to two main parties: the host country and the company executing the project. The implementation of projects (BOT) passes through three time stages, the first stage is the preparatory stage for the project by the host country, the second stage is for the project company, which is the stage of project implementation in terms of its construction, its operation and management, and the third stage in which the ownership of the project is transferred to the host country after the expiry of the concession period granted between the state and the project company.

المقدمة

أولاً- موضوع البحث: تهدف العديد من الدول وخاصة الدول النامية إلى استخدام أسلوب جديد في إدارة مشاريعها لاسيما المشاريع الضخمة وذلك في سبيل توفير بنية أساسية قوية من مطارات وموانئ بحرية وشبكات للطرق وكهرباء وغيرها من المرافق الهامة عن طريق إبرام عقود لإقامة هذه المشاريع مع أشخاص أو شركات من القطاع الخاص لإنشاء وتشغيل هذه المشاريع وتمويلها من قبلهم بأسلوب حديث التطبيق يعرف بنظام البوت (B.O.T) البناء والتشغيل والتحويل (نقل الملكية). ويتمثل نظام (B.O.T) بأنه "النظام الذي يتم بموجبه تمويل المشروعات الاستثمارية العامة، وإنشائها وإدارتها، وصيانتها من قبل القطاع الخاص، الذي قد يكون شركة خاصة واحدة، أو عدة شركات خاصة محلية أو عالمية، تعمل من خلال شركة المشروع، المتعهددة بإنشاء وتنفيذ وإدارة وصيانة المشروع لفترة زمنية معينة هي فترة الإمتياز الممنوحة من قبل الدولة المضيفة، وتمكن هذه الفترة شركة المشروع من استرداد ما تكبدته من تكاليف في المشروع، مع تحقيق نسبة مرضية من الربح، بعدها تقوم شركة المشروع بنقل ملكية أصول المشروع للدولة المضيفة، وهو في حالة جيدة دون قيد أو شرط، وتتحصر أطراف نظام BOT وفق الدراسة في طرفين أساسيين هما الدولة المضيفة والشركة المنفذة للمشروع، ويمر تنفيذ مشروعات BOT بثلاثة مراحل زمنية، المرحلة الأولى هي المرحلة التحضيرية للمشروع من قبل الدولة المضيفة، المرحلة الثانية تختص بها شركة المشروع وهي مرحلة تنفيذ المشروع من حيث بناءه وتشغيله وإدارته، والمرحلة الثالثة التي يتم فيها نقل ملكية المشروع للدولة المضيفة بعد إنقضاء فترة الإمتياز الممنوحة بين الدولة وشركة المشروع.

ثانياً- أهمية البحث: نظام (BOT) أحد نماذج الاستثمار الدولي الذي ظهر في الدول المتقدمة، تلبية لحاجة دعت إليه، وأن هذا النظام يفرض نفسه مع تداعيات العولمة التي تعمل على سرعة نشر وتوحيد الكثير من الأساليب والسياسات الاقتصادية .

ثالثاً - مشكلة البحث: افرض التطبيق العملي لعقد البوت بعض المشكلات القانونية، ومما زاد في هذه المشكلات غياب التنظيم القانوني الخاص بالعقد المذكور، وتتمثل اشكالية الموضوع في ضوء التساؤلات الآتية:

١- آلية وضع نطاق قانوني خاص بعقد البوت.

٢- تحديد الطبيعة القانونية للعقد محل الدراسة .

٣- الآثار القانونية المترتبة على إبرام عقود البوت الإدارية؟

٤- موقف القضاء العراقي من تبني عقود البوت الإدارية؟

رابعاً- اهداف البحث: يهدف البحث إلى تقديم دراسة معمقة لعقود البوت ومدى امكانية تطبيق هذا النوع من العقود في العراق وذلك من خلال البحث في المسائل الآتية:

١. تعريف عقود البوت والمزايا التي تحققها.

٢. مناقشة الآراء التي قيلت بصدد التكيف القانوني لعقود البوت.

٣. تحديد الأطراف المختلفة لعقود البوت والمراحل التي تمر بها.

٤. الوقوف على المتطلبات التي يلزم توفيرها لتطبيق عقود البوت في العراق.

خامساً- منهجية البحث: يقتضي اجلاء الغموض عن العقد محل البحث , اتباع منهج قانوني يقوم على تحليل الآراء والاحكام والقواعد العامة التي تعني بمفهوم عقد البوت , بغية تحليل المسائل وردها الى القانون او القواعد التي تحكمها في القانون الخاص .

سادساً- هيكلية البحث: لقد قسمنا هذا البحث الى مبحثين، تناولنا في المبحث الاول الى الاطار المفاهيمي لعقود البوت الإدارية، وبيننا في المبحث الثاني الى آلية إبرام عقد البوت وآثاره، واختتمنا البحث ببعض الاستنتاجات والمقترحات الهامة وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول الاطار المفاهيمي لعقود البوت الإدارية

ان مصطلح (B.O.T) هو اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية هي: البناء Build, التشغيل Operate, النقل Transfer, ويقصد بمصطلح مشروعات BOT تلك " المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص المحلي أو الأجنبي بتمويلها، حيث يقوم بتصميم وبناء وإدارة المشروع وذلك خلال فترة محددة، تقوم فيها العلاقة التعاقدية بين الدولة، ومنفذ المشروع (شركة المشروع) على أساس عقد الامتياز الذي يخول بمقتضاه لشركة المشروع الحصول على عائدات المشروع خلال فترة الامتياز، على أن يقوم الأخير عند انتهاء تلك الفترة المحددة بتحويل ملكية أصول المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة كما هو متفق عليه في العقد، ودون أي مقابل يدفع من قبل الحكومة. ذلك ان دراسة الاطار المفاهيمي لعقود البوت الإدارية يتطلب التطرق للجزئيات الآتية وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول مفهوم عقود البوت الإدارية

يكتسب وضع تعريف لعقد البوت وبيان خصائصه اهمية كبيرة خاصة في عصرنا هذا كونه يقف على مشاكل القانونية الناتجة عن تشابك المصالح لاطرافه , وسوف نسلط الضوء في هذا المطلب على تعريف هذا العقد وذلك في الفرع الاول وبيان خصائصه في الفرع الثاني .

الفرع الأول تعريف عقد البوت واهميته

اولاً- تعريف عقد البوت لم ينص المشرع العراقي على نص يوضح فيه بيان المقصود بعقد البوت, اذ اقتصر بالنص على جوا الاستعانة بهذه الصيغ في النشاط الاستثماري, ولا يعد ذلك بالامر الجيد على المستوى التشريعي فأغلب التشريعات لم تتص على تعريف محدد لعقد البوت الامر الذي دفع المنظمات الدولية والكتاب الى تعريفه بصيغ مختلفة لا تدور حول محور واحد وذهب جانباً من الفقه الى ان عقد البوت هو عبارة عن قيام الدولة بأسناد مهمة تأسيس احد المرافق العامة لاحد شركات القطاع الخاص بناء على اتفاق بينهما على ان يحصل الاخير على امتياز ادارة وتشغيل هذا المرفق لفترة زمنية تكفي لاسترداد اصل التمويل والارباح , مع الالتزام بنقل اصول ملكية المشروع للدول وفق الشروط المتفق عليها في العقد^(١). او انه عقد تعهد به الدولة إلى المستثمر او احدى الشركات الوطنية او الأجنبية للقيام بإنشاء إحدى المرافق العامة الضرورية وادارتها واستغلالها مدة من الزمن على نفقته الخاصة, ويحصل فيها على إرباح تغطي تكاليف المشروع مع تحقيقه نسبة من الأرباح له, ويكون تحت إشراف ورقابة الدولة أو إحدى إداراتها ويلتزم المستثمر بنقل حيازة المشروع إلى الدولة في نهاية العقد من دون مقابل^(٢). كما عُرف هذا العقد بأنه تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى احدى الشركات الوطنية كانت او اجنبية سواء كانت شركات القطاع الخاص ام القطاع العام (شركة المشروع) وذلك لأتشاء مرفق عام وتشغيله لحسابه مدة من الزمن ثم نقل ملكيته الى الدولة او الجهة الادارية^(٣). والظاهر ان هذا التعريف يخلط بين العقد ومحلّه , اذ عرف عقد البوت بأنه مشروع والمشروع هو محل العقد وليس ذاته , اذ الاخير يتسجد بالعملية التعاقدية .من خلال ما سبق يمكن لنا ان نعرف عقد البوت بأنه تطابق اردتين ارادة المتعهد والمانح بموجبه يلتزم المتعهد بأنشاء مشروع وتشغيله في مدة متفق عليها مسبقاً ومن ثم نقل ملكيته الى المانح لقاء .

ثانياً- اهمية عقد البوت^(٤)

- ١- تساعد على جذب الاستثمارات المحلية والاجنبية وتحسين وتطوير المرافق العامة وتحقيق التنمية الاقتصادية .
- ٢- تخفف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة حيث يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل فيها , وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا مما يعني إدخال استثمارات أجنبية وتحسين ميزان المدفوعات وتخفيف العجز في الموازنة العامة.
- ٣- إقامة مشاريع ومرافق جديدة, وضخ أموال جديدة إلى السوق الوطني وتوفير فرص عمل جديدة للأيدي العاملة الوطنية والتغلب على مشكلة البطالة وزيادة الدخل القومي.
- ٤- توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية من خلال نقل الأساليب التكنولوجية الحديثة والوسائل التقنية إلى الدولة خاصة عندما تكون من الدول النامية.
- ٥- تمكين الحكومات من الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة, لما تتمتع به الإدارة الخاصة من كفاءة وفعالية أكثر من الإدارة العامة, مما يحسن من أداء هذه الخدمات.
- ٦- يمكن للمستثمر في عقود البوت أن يحقق أرباحاً كبيرة بالمقارنة بالمشروعات الأخرى من خلال الدخول في مجالات استثمارية مرتفعة العائد , كما انها يمكن ان تفتح الأبواب أمام المستثمرين الصغار عن طريق شراء أسهم وسندات المشروع.
- ٧- تفتح الأبواب أمام مؤسسات التمويل عن طريق تحريك أموالهم الراكدة بتقديم قروض وتسهيلات ائتمانية إلى المستثمر المتعاقد وفقاً لعقود B.O.T.

الفرع الثاني خصائص عقود البوت (B.O.T) :

- أولاً- عقد البوت (B.O.T) هو أحد وسائل تمويل المشاريع العامة يكون احد أطرافه الدولة أو إحدى الجهات الإدارية كطرف رئيسي فيه فهي توافق على منح الامتياز لإحدى الشركات أو المستثمرين , وهي وان حوّلت المستثمر حق الانتفاع من المشروع إلا أنه لها الدور الأساسي في متابعة عمل الطرف الثاني من حيث التزامه بالتنفيذ حسب المواعيد المتفق عليها ولها حق تحميل المتعاقد المتأخر عن التنفيذ غرامات تأخير وغيرها من حق الرقابة والإشراف, والتأكد من مدى مطابقة تنفيذ العقد للشروط الفنية والقانونية والاقتصادية والمالية المتفق عليها في هذا العقد^(٥).
- ثانياً. يهدف عقد البوت (B.O.T) إلى إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات عامة وتقديم خدمات ذات نفع عام, والدولة عندما تلجا إلى عقد البوت تلجا إليه لتحقيق أهداف معينة ترمي منها خدمة مصالح رعاياها والجمهور من توفير خدمات وتحسين البنية التحتية للدولة وغيرها من المشاريع الهامة التي لها الدور الأساسي والهام في توفير الخدمات العامة وتحقيق النفع العام, حيث تشترط الدولة عند إبرامها عقد البوت على الطرف الآخر تحقيق الغاية التي تسعى إليها الدولة المتعاقدة^(٦).
- ثالثاً. تتولى الدولة مهمة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وهي تعد من الحقوق الأساسية التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية إذ تضمن من خلالها حسن سير المرفق العام وتحقيق الغاية التي تسعى إليها الإدارة من إبرامها للعقد , وحق الأشراف والرقابة يعني التحقق من إن المتعاقد قام بتنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد سواء من الجوانب الفنية أو الإدارية أو المالية, وفي عقود البوت (B.O.T) فإن أهميتها وطول مدتها يستدعي أن تكون للدولة حق الأشراف والرقابة والتحقق من أن المتعاقد نفذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد وبما يضمن سلامة المرفق وحسن سيره وتحقيق الغاية منه^(٧).
- رابعاً: ان ملكية المشروع تعود الى الدولة فهي تملك المرفق ملكية ثابتة حتى تتمكن من تنفيذ التزاماتها^(٨).

المطلب الثاني التكييف القانوني لعقد البوت وتمييزه عما يشته به

يتمثل التكييف القانوني للعقد رده الى نظام قانوني معين يحدد طبيعته ووالآثار الناشئة عنه والمترتبة عليه, وقد ثارت خلافات فقهية بشأن تكييف العقد موضوع الدراسة وهذا ما سنبحثه في الفرع الاول من هذا المطلب , اما في الفرع الثاني فسنبحث تمييز هذا العقد المستحدث عما يشته به من اوضاع قانونية اخرى .

الفرع الأول التكييف القانوني لعقد البوت وأطرافه

اولاً- التكييف القانوني لعقد البوت ان عقود البوت وان كانت من عقود الاستثمار التي تيرمها الدولة الا انها تعد من قبيل العقود الإدارية من حيث كون السلطة العامة طرفاً فيها، وتشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وان تنازلت الدولة فيها عن بعض

امتيازاتها لتسيير المرفق العام^(٩). وعقد البوت هو عقد إداري بطبيعته بمجرد ان تكون الإدارة طرفاً فيه وان يتصل بنشاط مرفق عام، لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق عام، فإن ذلك يعد أمراً استثنائياً غير مألوف يثبت به للعقد صفته الإدارية ولا يمكن التسليم معه بخضوع العقد للقانون الخاص لأن ذلك سيؤدي الى نوع من المساواة غير المنطقية بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة وما يجر ذلك الى احتمال توقف المرفق عن الخدمة بسبب تطبيق القانون الخاص، وعلى هذا تقترب عقود البوت من عقود التزام المرافق العامة مما يؤكد طبيعتها الإدارية فما من شك ان عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية، وهو عقد إداري بطبيعته أي انه يكون إدارياً في كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام، وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام هي اعتباره أسلوباً لإدارة المرافق العامة، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة ان تتخلى عن إدارة مرفق وتعهد به إلى الملتزم، لكن هذا لا يمنع ان يقوم الملتزم . بداية . بإنشاء المرفق وتشغيله كما في البوت^(١٠). ويعد عقد البوت عقداً إدارياً ذا طابعاً دولياً فالعقد الإداري ذا الطابع الدولي هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي بقصد انشاء أو تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني واحد بالرغم من اتصال عناصره بأكثر من دولة، حيث يخضع لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد، ومعيار التفرقة بين العقد الإداري الوطني والعقد الإداري ذا الطابع الدولي يقوم على أساس تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، ونقله للأموال والخدمات عبر الحدود وهو ما يسمى بالمعيار الاقتصادي^(١١).

ثانياً - أطراف عقد البوت تعد عقود البوت في حقيقتها مجموعة من العقود المركبة لذلك فإن العقد محل بحثنا على اطراف متعددة فيه، لكن سوف نقتصر في هذا البحث على بيان الاطراف الرئيسية فقط متمثلين بالدولة (المانح) والطرف الثاني شركة المشروع (المتعهد)^(١٢):

١ - **الدولة** يقصد بالدولة المتعاقدة في مجال عقود البوت الدولة التي تتدخل في روابط تعاقدية مع اشخاص القانون الخاص - اجنبية عادة - من اجل تنفيذ المشاريع التنموية .وإذا كان تحديد الدولة على اعتبار انها طرف في العقود المبرمة بينها وبين الاشخاص الاجنبية لا يثير اي عقوبة تذكر اذا قامت بنفسها عن طريق من يمثلها (رئيس الجمهورية ، الوزير الاول ، احد الوزراء) بأبرام هذه العقود بوصفها شخص من اشخاص القانون العام الا ان الصعوبة تثور اذا كان الطرف المتعاقد مع الشخص الاجنبي ليس الدولة ذاتها وانما هو جهاز تابع لها يعمل لحسابها^(١٣). كما ان الفقه اتجه في تحديد المقصود بالدولة كطرف متعاقد في اطار العقود التي تستهدف تحقيق التنمية الاقتصادية الى اتجاهين متعارضين اولهما الاتجاه الضيق ، والذي يقصر عقود الدولة التي تقوم الدولة بنفسها بأبرامها من خلال من يمثلها^(١٤). اما الاتجاه الموسع الذي يلحق عقود الدولة بمفهوم الضيق العقود التي تقوم بأبرامها الاجهزة التابعة لها وهو رأي الراجح الذي ايده العديد من الفقهاء وكسرت بعض احكام التحكيم^(١٥). الحقيقة ان الاتجاه الموسع لعقود الدولة هو الاولى بالتأييد باعتباره يتناسب مع وظيفة الدولة والتنمية الاقتصادية ، والتي تنشأ تلك الاجهزة والهيئات لكي تقوم بالنيابة عنها بتحمل عبأ التنمية الاقتصادية .

٢ - **شركة المشروع** يعد المتعهد او ما يطلق عليه في العمل بشركة المشروع الطرف الرئيسي والثاني في هذه العقود وبموجبه يلتزم بتشديد وتشغيل مرفق عام ومن ثم نقل ملكيته الى الجهة المانحة في نهاية المدة المتفق عليها وبحالة جيدة ، ويكون المتعاقد عادة شركة او مجموعة من الشركات كل واحدة منها لها اختصاصها الذي يسهم في تنفيذ المشروع وتكون مسؤولة امام الجهة مانحة الالتزام والمسؤولية قد تكون تضامنية او فردية ، ويمكن ان تكون شركة المشروع قائمة بالفعل قبل ابرام العقد لكن غالباً ما يتم تأسيسها لهذا الغرض اي بعد توقيع العقد كما يمكن ان وطنية ولكن على الاغلب ما تكون الشركة اجنبية وذات رؤوس اموال اجنبية^(١٦). لكن قد تشترط اغلب الدول ان يتم تأسيس شركة كشركة وطنية تكون خاضعة لقوانينها ، وتجدر الاشارة هنا الى ان رغبة في تحديد مسؤوليتهم وقصرها على مبالغ التي يستثمرونها في رأس المال، يتجه الشركاء (رعاة المشروع) في الغالب على انشاء شركة ذات مسؤولية محدودة وتتخذ في الاغلب صورة شركة مساهمة وتنهض شركة المشروع بالمسؤولية عن تنفيذ العقد وتنشأ عدداً من الترتيبات التعاقدية مع اطراف اخرى والتي تسمى بالاطراف التابعة او المعاونة^(١٧).

الفرع الثاني تمييز عقد البوت عما يشبهه به من اوضاع قانونية أخرى نتطرق في هذا الفرع الى تمييز البحث الدراسة عن غيره من العقود الاخرى

اولاً : تمييز عقد البوت عن عقد الانتفاع لم يعرف القانون المدني العراقي حق الانتفاع الا ان الفقه غني بتعريفه بأنه (حق عيني يخول صاحبه الانتفاع بشي مملوك للغير بشرط المحافظة على ذات الشيء لرده الى صاحبه عند نهاية مدة الحق الذي ينتهي حتماً بوفاء المنتفع)^(١٨). ومن حقوق المنتفع حق الاستعمال اي استخدام الشيء لمنفته الذاتية فضلاً عن ان له الحق بغلة العقار وذلك باستغلاله وله الحق التصرف بحقه بمعنى امكن نقل الحق الى ملك الغير ويوجب بقاء المنتفع على قيد الحياة اذ ينقضي حق المنفعة بمجرد موت المنتفع او

انتهاء مدة الانتفاع^(١٩). ويكون وجه الشبه بين حق الانتفاع وعقد البوت هو من ناحية المدة فقط حيث يمكن الانتفاع بحق الانتفاع في مدة محددة سلفاً وكذلك الحال بالنسبة لعقد البوت ويكون امكان امتلاك المشروع وتشغيله ايضاً خلال مدة محددة سلفاً. وتوجد عدة اختلافات بين حق الانتفاع وبين عقد البوت^(٢٠):

- ١- ان حق الانتفاع يرد على شيء محدد بالذات وليس على مرفق عام يؤدي خدمة عامة للجمهور.
- ٢- في عقد البوت يمتلك المشروع في مدة العقد بينما في حق الانتفاع المنتفع لا يمتلك رقبة الشيء المنتفع به وانما له حق الانتفاع من غير حق الملكية .
- ٣- لا يجيز للمنتفع ان يتيح للجمهور الانتفاع بالشيء محل الانتفاع , وذلك على خلاف عقود البوت والتي هي بحكم طبيعتها تؤدي خدمات عامة للجمهور.
- ٤- ينتهي حق الانتفاع بموت المنتفع بينما لا ينتهي عقد البوت بموت المتعاقد .

ثانياً : تمييز عقود البوت عن عقد التأجير التمويلي يعتبر التأجير التمويلي احد اعمال الوساطة المالية وفيه لا يكون المؤجر منتجاً للاصل وانما تتمثل وظيفته في تقديم التمويل لشراء الاصل من المنتج لحسابه وبأسمه ثم يؤجره الى المستأجر ويناسب هذا النوع من التأجير التمويلي للمؤسسات المالية المختلفة كأحدى صيغ الاستثمار^(٢١). وقد عرفت المادة الثانية من قانون التأجير التمويلي رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ عقد التأجير التمويلي

- ١- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر الى مستأجر منقولات مملوكة له , او تلفاه من المورد استناداً الى عقد من العقود , مقابل قيمة ايجارية يتفق عليها المؤجر مع المستأجر
 - ٢- كل عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر الى مستأجر عقارات او منشآت مملوكة للمؤجر او بقيمتها على نفقته بقصد تأجيرها الى المستأجر وذلك بالشروط والايضاح والمواصفات والقيمة الاجارية التي يحددها العقد .
- ان عقد التأجير التمويلي يختلف عن عقد البوت من النواحي التالية^(٢٢):

- ١- في عقد البوت الوضع الغالب يكون احد اطرافه الدولة المتمثلة بالمانح , اما عقد الايجار التمويلي ينعقد بين اطراف القانون الخاص لكن هذا لا يمنع فقد يجري لمصلحة الدولة.
- ٢- العلاقة بين اطراف عقد الايجار التمويلي هي علاقة ايجار بينما العلاقة بين اطراف عقد البوت هي علاقة استثمار وبالتالي فإن للجهة الادارية حق الرقابة والاشراف على تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية لأرتباط ذلك بالمصلحة العامة.

المبحث الثاني آلية ابرام عقد البوت وآثاره

يتجرد موضوع كل بحث عموماً , ولا سيما موضوع عقد البوت من الفائدة العملية التي تمثل الغاية الرئيسية لبحثه , اذا لم ينتج اثار قانونية تستخلص بالحقوق والالتزامات المتقابلة , وبما ان الالتزامات كل طرف تمثل حقوق للطرف الاخر لذلك سوف نتطرق الى اهم التزامات كل طرف من اطراف عقد البوت, وسنتناول اجراءات ابرام عقود البوت الادارية في المطلب الاول والآلية المتبعة لذلك في المطلب الثاني وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول اجراءات ابرام عقود البوت الإدارية

تنقسم هذه الاجراءات الى الاجراءات السابقة على ابرام عقد البوت, ومن ثم طرح المشروع للتعاقد, وهذا ما سنتناوله على النحو الآتي:

الفرع الأول الاجراءات السابقة على ابرام عقد البوت

هناك مجموعة من الاجراءات الفعالة والمهمة التي تسبق ابرام العقد ولا بد منها, وهي تحديد المشروع ودراسة الجدوى الاقتصادية منه كالآتي

اولا :- تحديد المشروع : تقوم الحكومة بتحديد المجالات التي يمكن فيها منح الامتياز وفقاً لنظام البوت لاقامة وتشغيل المرافق العامة والمشروعات الضخمة . وهذه المرحلة من اهم المراحل المؤثرة في نجاح المشروع على جذب المستثمرين ومدى حاجة المواطنين له . ويرعى في تحديد المشروع توافر عنصرين اساسيين لا بد من توفرهما وهي^(٢٣):-العنصر الاول: وهو مكان المشروع وما يتوفر فيه من موارد وامكانيات ظاهرية ومستقبلية يمكن احداثها بالمستقبل .العنصر الثاني : وهو الزمن الذي سيستغرقه اقامة المشروع ومدة العقد التي من خلالها يحصل على العائد , يراعى فيها ان تكون كافية لتسديد التكاليف وتحقيق ارباح مناسبة.وعندما يتم تحديد المرفق الذي سيكون محل

الامتياز، تلزم الحكومة باحترام الدستور والقوانين التي تنظم المرافق العامة، فقد اشار دستور العراق النافذ لسنة ٢٠٠٥ الى انه يجب تنظيم بقانون الاحكام الخاصة بحفظ اموال الدولة وادارتها والتصرف فيها والحدود التي لا يجوز فيها النزول عن شيء من هذه الاموال .
ثانيا : **دراسة الجدوى** : بعد تحديد المشروع يجب دراسة الجدوى منه من حيث موقعه والموارد المتاحة وحجم العائد ومدى تحققه وحجم المشروع أي دراسته من جميع الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للمشروع التي لها دور كبير في بيان اهمية المشروع وتحديده^(٢٤).

الفرع الثاني طرح المشروع للتعاقد

ان عقد البوت وان كان يفترق لنظام قانوني خاص به يبين كيفية طرح المشروع للتعاقد الا انه اعتباره من العقود الادارية فانه يسري عليه القواعد الخاصة بابرام العقود الادارية وسنبين الاجراءات كالآتي :

اولا : القواعد الخاصة في اختيار المتعاقد : يجب على الحكومة الالتزام عند طرح المشروع للتعاقد بمجموعة من الشروط وهي^(٢٥):-

١- ان يتم اختيار المتعاقد في اطار العلانية والشفافية والمنافسة الحرة .

٢- مراعاة مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين .

٣- تحديد وسائل فعالة للإشراف والمتابعة المالية والفنية التي تضمن سير المرفق العام بانتظام واطراد .

ثانيا: **اجراءات طرح المشروع للتعاقد** : تطبق على عملية طرح المشروع للتعاقد القواعد الخاصة بالمناقصات والتي تعدد بأساليبها فقد تكون مناقصات عامة او محددة وقد تكون بمرحلة واحدة او بمرحلتين او عن طريق العطاء المباشر او العطاء الواحد على ان ذلك يتطلب :

١- تحديد وثائق المناقصة .

٢- الاعلان عن المناقصة .

٣- تقديم العطاء من قبل الشركات في المواعيد والاجراءات التي حددتها الادارة .

٤- البت في العطاء وفق معايير التقييم التي اعلنت عنها الادارة منها مدى قدرة مقدم العطاء (المستثمر) على التمويل اللازم والمؤوسسات الحالية الداعمة له .

ثالثا : **التفاوض على ابرام العقد** : يمكن ان تجري الادارة المفاوضات اللازمة لابرام العقد بعد التأكد من كفاءة المرشحين وقدرتهم المالية فقد تكون المفاوضات بين الحكومة وشركة المشروع من جهة وبينها وبين جهات اخرى كالبنوك او موردين فمن حيث المفاوضات التي تجريها الحكومة مع المشروع (المستثمر) حتى التوصل الى افضل الشروط لانشاء المرفق وفي نفس الوقت تقوم شركة المشروع (المستثمر) بالاستعانة بالخبراء والمحامين للمفاوضة ومناقشة بنود العقد حتى يتوصل لابرام العقد وفق ما تم الاتفاق عليه وادى اليه التفاوض من شروط ونتائج^(٢٦). اما من ناحية المفاوضات مع اطراف و جهات اخرى كالمفاوضات مع البنوك التي تمويل المشروع وكذلك الموردين والمقاولين . وتتمحور هذه المفاوضات حول محورين هما المخاطر والتأمينات العينية^(٢٧).

اولا: المخاطر

١- المخاطر السياسية : تلجا البنوك للحصول على تعهدات من الحكومة بالامتناع عن تأميم المشروع لان المخاطر السياسية من اخطر واكثر المخاطر التي ترتبط بمشروعات البنية الاساسية.

٢- مخاطر التشييد ولتقادي هذه المخاطر يلجأ المقرضون لابرام عقود طويلة الامد مع الموردين للمشروع وباسعار ثابتة .

٣- مخاطر السوق وتقدم البنوك بدراسة الجدوى بالاطلاع عليها للاطمئنان على حالة السوق المحلية والعالمية .

٤- المخاطر المالية تتعلق بتجذب سعر صرف وسعر العائدة في معدل الاسعار ومعدل التضخم والرسوم الكمركية^(٢٨).

ثانيا : **التأمينات العينية** تسعى البنوك للحصول على رهن لبعض الاصول المادية من شركة المشروع لضمان وفاء الشركة بمبلغ القرض ، الا انه في كل الاحوال الاصول المادية لا تغطي قيمة القرض وفوائده لذا يعول على ايرادات المشروع^(٢٩).

المطلب الثاني الآثار المترتبة على ابرام عقود البوت الإدارية

سنبحث التزامات الدولة (المانح) الفرع الاول ، اما الفرع الثاني فننتطرق الى التزامات شركة المشروع (المتعهد)^(٣٠).

الفرع الأول لالتزامات الدولة (المانح)

يرتب كل عقد عند بحثه كما سبق القول مجموعة من الآثار وبالتخصيص عند بحث عقد البوت فنجده يترتب التزامات مهمة على عاتق الدولة وسوف نتطرق الى هذه الالتزامات .

اولاً- التزام الدولة بتوفير المناخ القانوني الملائم لتتزم الدولة الراغبة في تطوير وانجاح مشاريع البوت بتعزيز الثقة لدى المستثمرين الاجانب ولا يتأتى ذلك الا من خلال توفير مناخ استثماري ملائم عن طريق وضع اطار قانوني محكم يسمح بالاستثمار الخاص ويكفل تحصيل عائداته^(٣١). اذ يتطور هذا الاطار اساساً في شكل قوانين تكبح اي اعاقا لمشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية الاساسية ويضمن انتقال دور السلطة العامة من ممثل ومختار لهذه المشاريع الى منظم لها وبالإضافة الى مختلف التشريعات التي تنظم الاستثمارات وكافة المسائل التجارية يوجه عام , ولا يهم ان تكون بالضرورة موجه نحو مشاريع البوت فوجود هذه التشريعات يسير التفاوض حيث يتعين في حالة عدم وجود وجودها ان تشمل العقود مختلف المسائل والضمانات التي تكون بخلاف ذلك مشمولة بالتشريعات مما يزيد من تعقيد عملية التفاوض^(٣٢). كما يجب توفير الاسس الدستورية والتشريعات والسياسية او الاقتصادية التي يمكن ان تؤثر على فرض نجاح المشروع في بلد ما وتكون اكثر تحديد بشأن تنفيذ جوانب معينة من مشاريع البوت , اذ لا يمكن ذلك اذا لم تكن القوانين تسمح بملكية القطاع الخاص وتمويل المرافق العامة وتشغيلها^(٣٣).

ثانياً- الالتزام بمساعدة شركة المشروع على تنفيذ العقد لا يقل هذا الالتزام اهمية عن سابقه لا سيما ان هذا الالتزام يقع في مرحلة مهمة من مراحل حياة العقد اذ يقوم المانح بكل ما هو ضروري بغية تنفيذ المتعهد لهذا العقد اذ تتعهد السلطة المتعاقدة (الدولة) بأن تقدم لشركة المشروع كل المساعدات الممكنة من اجل تمركزها على اقليمها ويتم ذلك عن طريق منحها التراخيص اللازمة او تنشيط وتسهيل اجراءات الحصول عليها^(٣٤). وتتعدد طرق هذا الالتزام تبعاً لحاجة المتعهد اذ انه يستهدي بمعطيات عدة او اعتبارات مختلفة اهمها تعهد المانح بتقديم كل المساعدات الممكنة من اجل تمركزه على اقليمه مع التزامه بتسليم موقع المشروع الى المتعهد وهذا ما نظرت له الفقرة الاولى من المادة (٤) من عقد سوق المنصور (على الطرف الاول تسليم الموقع خالياً من الشواغل خلال ٣٠ يوم من تاريخ العقد) كما يلزم المانح من اجل تنفيذ العقد المذكور احترام جميع الشروط الموقع عليها في العقد , ولا يقتصر التزام المانح على احترام شروط العقد بل يشمل ايضاً ما يعد من مستلزماته طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٥٠ من القانون العراقي . كمل يلتزم اخيراً بتقديم كافة الاحتياجات اللازمة لتنفيذ المشروع كل حسب مواعده المحدد وبتمكين الملتزم من تشغيل المشروع واستغلاله خلال المدة المتفق عليها^(٣٥).

ثالثاً- الالتزام بتوفير الحماية اللازمة لشركة المشروع تتضمن عقود الاستثمار عادة شرط الدولة المضيفة بتوفير الحماية المناسبة والكافية للاستثمارات التي تقام على اراضيها , بل ان الدولة عادة ما تضمن القوانين الخاصة المتعلقة بتشجيع الاستثمارات على اقليمها نصوصاً تقرر تلك الحماية فالاهتمام بتشريعات الاستثمار امر ضروري بأعباءه اداة الدولة في التعبير عن سياستها نحو المستثمر في مجال البنية الاساسية وغيرها من المشاريع التنموية^(٣٦). كما تلتزم بضمان ثبات العقد وعدم المساس به , ايضاً تقديم الضمانات وتحفيز المستثمر والسماح له ببناء مرافق مجاورة وعائدات للمشروع والمداخل الحقيقية في حالة التنازل او التصفية , كما يقع على عاتقها عدم السماح بقيام مشاريع مجاورة منافسة خلال تنفيذ المشروع^(٣٧).

الفرع الثاني التزامات شركة المشروع (المتعهد)

لما كان عقد البوت من العقود التي يرتب على انعقادها التزامات ملقاة على عاتق المتعهد , فأن هذه الالتزامات قد تختلف من عقد الى اخر تبعاً لأتفاق الطرفين المتعاقدين .

اولاً- التزام شركة المشروع بالقواعد الاساسية التي تحكم المرافق العامة كلما كان محل عقد البوت مرفقاً عاماً من مرافق البنية الاساسية فأن ثمة قواعد اساسية تتعلق بسير المرفق العام يجب على شركة المشروع ان تلتزم بها في تشغيل المرفق، وهذه القواعد او المبادئ هي^(٣٨):

- ١- مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد .
- ٢- مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتطوير .
- ٣- مبدأ المساواة بين المنتفعين .فهذه المبادئ لا يوجد شك في التزام شركة المشروع بها سواء نص عليها في العقد تم لم ينص , حيث انها لا تنبع من العقد ذاته وانما من طبيعة المرفق العام الذي يهدف الى اشباع الحاجات العامة .

ثانياً- التزام شركة المشروع بالصيانة بموجب عقود البوت فأن شركة المشروع تلتزم بنقل المرفق وتسليمه بأنتهاء مدة العقد وبحالة جيدة ولضمان تنفيذ هذا الالتزام فأن شركة المشروع تكون ملزمة بأجراء الصيانة على المرفق طوال مدة التشغيل والى نهاية مدته , وينص في عقد الرئيسي على هذا الالتزام ومواعيد اجراء الصيانة , فأذا لم ينص في العقد على هذا الالتزام فانه يكون ملزماً ايضاً لشركة المشروع

بمقتضى العرف الذي يسمى (بالصيانة الدورية)^(٢٩). ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام شركة المشروع بتطوير المعدات والآلات المرفقة للمحافظة على كفاءة المرفق ومواكبة التطورات التقنية التي تلحق بأساليب تشغيل المرفق^(٤٠).

ثالثاً- التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا تشكل عقود البون في الوقت الحاضر من اهم الوسائل التي تستخدمها الدول المختلفة لنقل التكنولوجيا المتقدمة اليها , لذلك اصبح التزام شركة المشروع بأمداد مرفق البنية الاساسية بوسائل التكنولوجيا المتقدمة يحقق مصلحة اطراف العقد كافة , فبالنسبة للحكومة سيكون من مصلحتها الحصول على تكنولوجيا حديثة وجديدة تساعدها في تحقيق التنمية , وبالنسبة لشركة المشروع فإن ذلك سيمكنها من ادارة المشروع بشكل اسهل والحصول على اكبر قدر من الارباح اذ تساعد وسائل التكنولوجيا الحديثة على تقليل من الاعتماد على عدد كبير من الايدي العاملة^(٤١). كما ان مسألة امداد المشروع بالوسائل التكنولوجيا سيكون أيضاً مثار اهتمام الاطراف الاخرى للعقد خصوصاً الاطراف الممولة للمشروع وللذين لا ينصب اهتمامهم على مدى التطور التكنولوجي في حد ذاته , وانما على مدى تأثير هذا الاخير على العائد المادي للمشروع بما يعزز لديهم الاطمئنان على استرداد اموالهم مضافاً لها الارباح ولذالك يصير الممولون للمشروع على استخدام تكنولوجيا وخبرات راسخة ومجربة ويترددون كثيراً في القبول بوسائل تكنولوجيا غير مؤكدة وغير مجربة^(٤٢).

وعند النظر الى مدى تطبيق عقد البوت في العراق فمذ سنة ٢٠٠٣ بدأت سلطة الاحتلال متمثلة بسلطة الائتلاف المؤقتة والحكومات العراقية التي تسلمت السيادة ٣٠ / ٦ / ٢٠٠٥ بأخذ مجموعة من الخطوات لتأسيس نظام سياسي واقتصادي جديد في العراق يستند الى المبدأ الحر واقتصاديات السوق ومبدأ المناقشة , يؤمن بدون فعال للقطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية. اذ تنص المادة (٢٥) من دستور ٢٠٠٥ على ان (تكفل الدولة اصلاح الاقتصاد العراقي وفق اسس اقتصادية حديثة وبما يضمن استثمار كافة مورده , وتشجيع القطاع الخاص) كما صدرت العديد من القوانين التي تدعم مشاركة القطاع الخاص في التنمية الاقتصادية بما فيها مشاركته في توفير خدمات البنية التحتية ولعل لهم هذه القوانين قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ والذي اجازت المادة ٢٩ فيه للقطاع الخاص الاستثمار في جميع المجالات باستثناء مجال استخراج وانتاج النفط والغاز ومجال المصاريف وشركات التأمين ونصت المادة ٢ فيه على تشجيع القطاع الخاص العراقي والاجنبي للاستثمار في العراق من خلال توفير التسهيلات اللازمة لتأسيس المشاريع الاستثمارية . من خلال ما تقدم يظهر ان الخطوات التي تنفذ في الوقت الحالي تتجه صوب تفعيل دور القطاع الخاص محلياً كان او اجنبياً للمشاركة في النشاط الاقتصادي خصوصاً في قطاع البنية التحتية , ويمكننا القول ان هذه الخطوات لا زالت محدودة وغير كافية . وبالتالي يمكن القول انه لا توجد عقود بوت في العراق بالمعنى الصريح او بأسمها هذا ولكن توجد استثمارات اخرى ولو كانت بدائية مثال ذلك مطار النجف .

الفرع الثالث موقف القضاء العراقي من الالتزامات المترتبة على عقود البوت الإدارية

بداية عارض القضاء العراقي توجهات المشرع بعد ان اعتبر ان التحكيم شأنه شأن القضاء الاجنبي يمس سيادة الدولة, وبالتالي لا يجوز اللجوء الى التحكيم في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها , واستمر هذا الموقف الى ان قامت محكمة التمييز بتأييد توجه المشرع في اقرار حق اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات الناشئة في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها, حيث انها نظرت في العديد من الدعاوي المتعلقة بصحة التحكيم من عدمه بين الأشخاص العامة من ناحية وأشخاص القانون الخاص من ناحية أخرى ولم تقض بإبطال الاتفاق على التحكيم . وذهبت محكمة التمييز الاتحادية قرارها المرقم ١٢٤٨ / ١٢٤٩ / ١٢٥٠ / الصادر عن الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠٢٠ في ١٧/٣/٢٠٢٠ الى انه (إذا لم ينفذ طرفي العقد الإستثماري الإلتزامات الواردة في العقد رغم الإنذار فيكون الإخلال بالعقد من طرفيه وما يترتب على ذلك فسخ العقد فقط ولا يجوز الحكم بالتعويض لأحد طرفي العقد دون الآخر طالما الإخلال قد صدر من كلاهما).

ويتمثل مضمون هذا القرار في ان المدعين كلا من المدير المفوض لشركة جيكور الاماراتية اضافة لوظيفته و(ج ح ع و س ن) طلبوا في عريضة دعواهم المرقمة ٦٤/ت/٢٠١٨ المقامة ضد المدعى عليها اضافة لتوليبتها على الوقف فسخ العقد المبرم بين الطرفين اعلاه والتعويض ايضاً والتي تم توحيدها مع الدعوى ٦٢/ت/٢٠١٨ ولان الثابت من اوليات الدعوى ومستنداتها بان المدعية هي المتولية على الوقف الخيري للعقار المرقم ٢٣٢ / مناوي باشا والمسجل بالقيود العقاري ٢٨/ك/٩١/١ مجلد ٦٤٣ باسم وقف سيدنا الامام الحسين (عليه السلام) الخيري وبعد استحصال المدعى عليهم على الاجازة الاستثمارية من هيئة استثمار البصرة بالعدد ٣٢ في ٢٥/٣/٢٠١٤ تم ابرام عقد الاستثمار بين المتولية على الوقف اعلاه وبين المشتريين المرقم ١٤٠ في ٨/٥/٢٠١٤ وقد تضمن العقد على قيام المتولية على الوقف بالاستناد الى قانون الاستثمار بايجار جزء من العقار المرقم ٢٣٢ مناوي باشا لمدة اثنتين وثلاثون سنة وببديل ايجار سنوي مائة وخمسون مليون دينار وذلك لغرض قيام المستثمرين بانشاء مول وفندق درجة اولى وقد تضمن العقد على شروط والتزامات متبادلة بين طرفيه ومن ضمنها ما جاء بالفقرة

(١٦) من العقد التي حضرت على المستثمرين التنازل عن عقد الاستثمار الى الغير كلا او جزء كما ان الفقرة (٢٤) اوجبت على المتولية على الوقف بتسجيل عقد الاستثمار في دائرة التسجيل العقاري خلال الاسبوع الاول من تاريخ توقيع العقد كما ان الفقرة (٥) من العقد نصت على ان تبدأ مدة الاستثمار من تاريخ التصديق على هذا العقد واستلام الارض رسميا من قبل المستثمرين ولان المتولية لم تبادر الى تزويد المستثمرين بالكتب والوثائق حتى يتسنى لهم ترويج معاملة تسجيل العقد الاستثماري ومن ثم افراز العقار وتثبيت حدوده وتحديد الموقع رغم انذارها بهذا الشأن كما انها لم تسلم الارض الى المستثمرين بصورة رسمية وبمحضر رسمي وفقا لما جاء بالفقرة (٥) من العقد وازاء هذا لايمكن للمستثمرين المباشرة بالمشروع دون استحصال اجازة البناء من مديرية بلدية البصرة ولايمكن لهم البناء دون صدور الاجازة وكل هذا لايمكن ان يتم الا بعد تسجيل العقد الاستثماري في دائرة التسجيل العقاري المختصة او المتولية على الوقف كانت سببا في عدم التسجيل ومقابل هذا الاخلال بالعقد من التولية رد المستثمرون باخلال متقابل في العقد الاستثماري وقد تمثل هذا الاخلال بقيامهم بابرام عقد مشاركة مع شركة الفيصل الذهبي على تمويل مشروع انشاء مول تجاري وفندق درجة اولى وهو ذات المشروع المتعاقد عليه مع المتولية وهذا مخالف ماجاء بالفقرة (١٦ و ١٧) من العقد الاستثماري المبرم مع المتولية كما ان المستثمرين لم يقوموا بتقديم المخططات والخرائط الفنية والانشائية والهندسية وجدول الكميات وكل هذا يعتبر اخلالا من جانبهم بشروط العقد الاستثماري وازاء هذا الواقع الثابت فان طرفي عقد الاستثمار المتولية على العقار موضوع الدعوى والمستثمرين من جهة اخرى لم ينفذا الالتزامات التعاقدية الملقاة على عاتقهم المتفق عليها بموجب العقد المبرم بينهما ولمعالجة هذا الواقع اما الحكم بفسخ العقد او ابقائه على وضعه السلبي وبالاخلال الذي عليه المتعاقدان ولايمكن الاخذ بهذا لانه امر غير مالوف ولايقبل منطقا ابقاء النزاع الذي تم عرضه على القضاء الى ما لانهاية لان هذا يتقاطع مع رسالة القضاء بقطع دابر المنازعات والسعي الى عدم تأييدها بين الخصوم لذا فان هذه المحكمة ترى ان انتهاء العقد لاخلال احد طرفيه بعدم تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب العقد بأخذ ثلاث صور فقط لاغير وهذه الصور هي (الفسخ والانفساخ والتفاسخ) فاما التفاسخ فلاحضور له في العقد الاستثماري المبرم بين طرفي الدعوى لان التفاسخ هو اتفاق طرفي العقد على الغائه واقالته والتحلل من الالتزامات الناشئة عنه ويتم ذلك بالتراضي وهذا لم يحصل مطلقا ولم يتمسك به طرفا الدعوى لاصراحة ولا ضمنا وكذلك الانفاسخ فلا حضور له في العقد الاستثماري موضوع الدعوى لان الانفاسخ هو انتهاء العقد بحكم القانون والتملك من الالتزامات التي فيه بسبب القوة القاهرة التي ينتج عنها هلاك المعقود عليه وهذا الامر هو الاخر لم يحصل مطلقا لذا لايمكن معالجة مصير العقد الاستثماري الا بفسخه بحكم قضائي وفقا لما تقتضيه المادة (١/١٧٧) من القانون المدني والتي جا فيها (في العقود الملزمة للجانبين اذ لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقدين الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ...الخ). ويبدو للوهلة الاولى من قراءة النص اعلاه بانه يشترط لتطبيق احكامه ان يكون الاخلال في العقد من احد الطرفين فقط دون الطرف الاخر وهذا هو الشائع الحصول في العقود الملزمة للجانبين ومصادق على ذلك كثرة النزاعات القضائية بهذا الشأن الا ان هذه القراءة البسيطة للنص المستندة على الواقع لايمكن ان تكون حجر عثرة امام التفسير الصحيح لنص المادة (١/٧٧) من القانون المدني العراقي والاعتماد عليه في تقرير مصير العقد الاستثماري موضوع الدعوى لذا فان افتراض المشرع العراقي على حصول اخلال احد الطرفين في التزاماته بالعقد لايعني افتراض عدم حصول الاخلال المتقابل من الطرف الاخر بالتزاماته بالعقد بل بالعكس فان النص على اخلال احد العاقدين في العقد بالتزامات معناه من باب اولى قد يكون الاخلال من طرفيه زد على ذلك فان كل متعاقد يعتبر في الشروط والالتزامات التي اقرت بالعقد الملزم للجانبين لمصلحته يعتبر دائنا فيها وفي ذات الوقت يعتبر مدينا في الشروط والالتزامات الاخرى التي اقرت لمصلحة الطرف الاخر في العقد ولان طرفي العقد الاستثماري موضوع الدعوى قد اخلا بالتزامات الواردة في العقد ولم يتم تنفيذها رغم الانذار ولان جزاء الاخلال بالالتزامات الناشئة على العقد هو الفسخ والتعويض ولان الاخلال من طرفي العقد فلا يمكن الحكم بالتعويض وتكون دعوى الفسخ واردة قانونا والتعويض واجبة الرد وهذا ما قضى به الحكم الاستثنائي المميز والذي جاء متفقا واحكام القانون وتأسيسا على ما تقدم قررت المحكمة تصديق الحكم المميز ورد الطعون التمييزية مع تحميل كل واحد من المميزين رسم التمييز المدفوع من قبله وصدر القرار بالاتفاق وفق المادة (٢/٢١٠) مرافعات مدنية في ٢٠٢٠/٣/١٧ م.

الذاتة

في نهاية هذا البحث، نخلص إلى أن عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T.) أصبح وسيلة هامة للمشاركة في تسيير المرافق العامة، فصار يطلق عليه اسم عقد التزام المرافق العامة، واسم عقد تفويض المرافق العامة، وفي الأخير ظهر الامتياز اليوم في ثوب جديد كوسيلة متطورة لإنشاء وإدارة المرافق العامة ثم تحويلها، وختاماً توصل الباحث الى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات وعلى النحو الآتي:

- ١- ان عقد البوت يعني البناء والتشغيل ونقل الملكية, اذ يعهد بموجبه المانح انشاء احد مشاريع البنية التحتية الى شخص من اشخاص القانون الخاص (المتعهد) والذي يقوم بتمويل المشروع وتشغيله لمدة زمنية محددة سلفاً , وفي نهايتها يلزم بنقل ملكية تلك المشاريع الى المانح .
- ٢- يعد عقد البوت من عقود القانون الخاص , الا ان وجود الدولة كطرف فيه ادى الى اختلاف الرأي بشأن طبيعته القانونية .
- ٣- ووجدنا انه بالرغم من اهمية عقد البوت واتساع مجالات الاخذ به لكن لم يصدر في العراق تشريع يتناول هذا العقد بالتنظيم .
- ٤- واخيراً يرتب على انعقاد عقد البوت مجموعة من الاثار تتمثل في الحقوق والالتزامات التي يفرضها هذا العقد على الطرفين , حيث ان قيام احدهم بتنفيذ التزامه هو سبب تنفيذ المتعاقد الاخر للالتزامه .

ثانياً- المقترحات

١. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل بالشكل الذي يحمل تحديد الاعمال التجارية.
٢. ان عقود البوت ماهي الاعقود التزام مرافق عامة بشكل يقطع الشك بيقين اداريتها ولكنها بتسمية جديدة حديثة افرزها الواقع وبأحكام متطور تحتاج الى معالجة.
٣. ان ما يتضمنه عقد البوت من مخاطر يمكن الحد منها من خلال ايجاد التشريعات القانونية اللازمة للحد من هذه المخاطر .
٤. ان النظام القانوني العراقي يؤكد مشروعية التعامل بعقود البوت في ضوء ماجاء بقانون الاستثمار وقانون العقود الحكومية وتعليماته وما جاء بمشروع قانون النفط والغاز, وحسب مايجري عليه التعامل في عقود التزام خدمة الهاتف النقال, على ان ذلك لا يغطي كل الجوانب التشريعية لعقود البوت فهي بحاجة الى تشريع خاص ينظمها.
٥. بغية الاستفاد من عقود البوت في ظل النظام القانوني العراقي فلا بد من توفير :
أ. المستلزمات المادية كالبيئة الاستثمارية الآمنة والأراضي اللازمة لمشاريع الاستثمار .
ب. اصدار القوانين اللازمة للاستثمار فقانون الاستثمار الحالي لا يتناسب مع متطلبات الاستثمار ولا يعالج المخاطر التي يثيرها عقد البوت فلا بد من وجود تشريع يواكب النواحي القانونية المتطورة لعقد البوت, على ان يتولى التشريع:
ج. معالجة جميع الجوانب القانونية لهذا العقد وعلى النحو الذي مر بنا على ان يؤكد هذا التشريع في حال صدوره على ادارية هذه العقود ويخضعها للقانون الإداري ولأختصاص القضاء الاداري وان يقوم بتنظيم الوسائل الاخرى التي قد يختارها طرفي العقد لحسم منازعاتهم سواء الوسائل السلمية ام التحكيم.
د. منح المستثمرين امتيازات تشجعهم على التعاقد على نحو ما مر بنا.
هـ. تحديد الوسائل التي تحمي الاقتصاد العراقي الوطني وتنشله من كبوته وتحد من مخاطر عقود البوت.
و. النص على التزامات الادارة وشركة المشروع صراحة بشكل يقطع الطريق امام المنازعات.
ي. ولحين صدور هذا التشريع نرى ان على المشرع العراقي التدخل لتعديل قانون الاستثمار النافذ وسد النقص فيه فقد جاء قاصراً عن مواكبة اساليب الاستثمار الحديثة ولم يضع الوسائل الكفيلة للحد من مخاطر الاستثمار وحماية الاقتصاد الوطني.

قائمة المراجع القانونية

أولاً : الكتب

- ١- د . احمد سلامة بدر , العقود الادارية وعقد البوت , ط ٢ , دار النهضة العربية , مصر , ٢٠١٠ .
- ٢- د . باسم محمد صالح , القانون التجاري , ط ٢ , مطبعة جامعة بغداد , العراق , ١٩٩٢ .
- ٣- د . جابر جاد نصار , عقود الـ BOT والتطوير الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية) , دار النهضة العربية , القاهرة , مصر , ٢٠٠٢ .
- ٤- د . جيهان حسن سيد احمد , عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها ط, دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ .
- ٥- د . لطيف جبر كوماني و د . على كاظم الرفيعي , القانون التجاري , ط ٢ , مكتبة السنهوري , العراق , ٢٠٠٩ ,

٦- د . محمد طه بشير و د . غني حسون طه , الحقوق العينية , الجزء الاول , مكتبة السنهوري , العراق , ٢٠٠٨ .

ثانياً : الرسائل والاطاريح

- ١- حصايم سميرة , عقود البوت BOT (اطار لأستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية) , مذكرة لنيل درجة الماجستير , القانون العام , الفرع القانون الدولي , كلية الحقوق , جامعة مولود معمري , ٢٠١٢ .
- ٢- خطيب ريمة , ماهية عقود البوت وواقعه العملي , مذكرة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والادارية , جامعة ٨ ماري ١٩٤٥ , سنة ٢٠١٤ .
- ٣- شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , رسالة مقدمة لمجلس كلية القانون , جامعة المستنصرية , بغداد , ٢٠١٣ .

٤- مازن ليلو , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون , جامعة بغداد , ١٩٩٨

ثالثاً : المجلات والدوريات

- ١- ابو بكر احمد عثمان , عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق , بحث مقدم الى كلية الحقوق , جامعة الموصل , مجلة الرافدين للحقوق , مج ١٠ , العدد ٣٨ , سنة ٢٠٠٨ .
- ٢- مازن ليلو راضي , التطوير الحديث لعقد الالتزام (عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT), بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة النهدين , مج ٨ , ط ١٣ , سنة ٢٠٠٥

رابعاً : البحوث

- ١- سعد بن سعيد الزيايدي , التحكيم في عقود الانشاءات الدولية (عقد البوت) , بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي , ٢٠١٤ .
- ٢- عدنان خزعل عباس الجبوري , مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT , (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي) كلية الاداب , الجامعة العراقية

خامساً : القوانين

- ١- القانون المندي العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
- ٢- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
- ٣- نظام بيع وايجار عقارات وارضيات الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ .

هوامش البحث

- (١) خطيب ريمة , ماهية عقود البوت وواقعه العملي , مذكرة لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والادارية , جامعة ٨ ماري ١٩٤٥ , سنة ٢٠١٤ , ص ٥٦ .
- (٢) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , رسالة مقدمة لمجلس كلية القانون , جامعة المستنصرية , بغداد , ٢٠١٣ , ص ٢١ .
- (٣) خطيب ريمة , ماهية عقود البوت وواقعه العملي , مرجع سابق , ص ٥٩ .
- (٤) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , مرجع سابق , ص ٢٥ .
- (٥) خطيب ريمة , ماهية عقود البوت وواقعه العملي , مرجع سابق , ص ٥١ .
- (٦) حصايم سميرة , عقود البوت BOT (اطار لأستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية) , مذكرة لنيل درجة الماجستير , القانون العام , الفرع القانون الدولي , كلية الحقوق , جامعة مولود معمري , ٢٠١٢ , ص ٨٠ .
- (٧)
- (٨) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , مرجع سابق , ص ٢٦ .
- (٩) د . جابر جاد نصار , عقود الـ BOT والتطوير الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية) , مصر , ٢٠٠٢ , ص ١١٠ .

- (١٠) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , مرجع سابق, ص ٢١.
- (١١) د . باسم محمد صالح , القانون التجاري , ط ٢ , مطبعة جامعة بغداد , العراق , ١٩٩٢ , ص ١٢١.
- (١٢) د . لطيف جبر كوماني و د . على كاظم الرفيعي , القانون التجاري , ط ٢ , مكتبة السنهوري , العراق , ٢٠٠٩ , ص ٢٣.
- (١٣) د . احمد سلامة بدر , العقود الادارية وعقد البوت , ط ٢ , دار النهضة العربية , مصر , ٢٠١٠ , ص ٧٩.
- (١٤) د . جيهان حسن سيد احمد , عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها , ط ٢ , دار النهضة العربية , القاهرة , ٢٠٠٢ , ص ١٢٩.
- (١٥) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , مرجع سابق, ص ٢٨.
- (١٦) د . جابر جاد نصار , عقود ال BOT والتطوير الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية) , مرجع سابق, ص ١١٥.
- (١٧) د . لطيف جبر كوماني و د . على كاظم الرفيعي , مرجع سابق, ص ٢٧.
- (١٨) د . جيهان حسن سيد احمد , عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها , مرجع سابق, ص ١٢٥.
- (١٩) د . جابر جاد نصار , عقود ال BOT والتطوير الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية) , مرجع سابق, ص ١١٦.
- (٢٠) د . جيهان حسن سيد احمد , عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها , مرجع سابق, ص ١٢٥.
- (٢١) عبد الفتاح بيومي: عقود البوت في القانون المقارن, دار الكتب القانونية, مصر, ص ١٠.
- (٢٢) د. ناهد علي حسن السيد, حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية, بحث منشور على موقع الانترنت, موسوعة الاقتصاد, ص ٧.
- (٢٣) مازن ليلو راضي , التطوير الحديث لعقد الالتزام (عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT) , بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة النهدين , مج ٨ , ط ١٣ , سنة ٢٠٠٥ , ص ٨٠.
- (٢٤) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , مرجع سابق, ص ٣٣.
- (٢٥) د . جيهان حسن سيد احمد , عقود البوت وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها , مرجع سابق, ص ١٢٢.
- (٢٦) ابو بكر احمد عثمان , عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق , , مج ١٠ , العدد ٣٨ , سنة ٢٠٠٨ , ص ٥٤.
- (٢٧) مازن ليلو , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون, جامعة بغداد , ص ١١٠.
- (٢٨) مازن ليلو راضي , التطوير الحديث لعقد الالتزام (عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT) , مرجع سابق, ص ٨٧.
- (٢٩) د . محمد طه بشير و د . غني حسون طه , الحقوق العينية , الجزء الاول , مكتبة السنهوري , العراق , ٢٠٠٨ , ص ٢٣.
- (٣٠) ابو بكر احمد عثمان , عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق , مرجع سابق, ص ٥٧.
- (٣١) مازن ليلو راضي , التطوير الحديث لعقد الالتزام (عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT) , مرجع سابق, ص ٨٦.
- (٣٢) سعد بن سعيد الزيايدي , التحكيم في عقود الانشاءات الدولية (عقد البوت) , بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي , ٢٠١٤ , ص ٥٠.
- (٣٣) مازن ليلو , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري , مرجع سابق, ص ١١٧.
- (٣٤) ابو بكر احمد عثمان , عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق , مرجع سابق, ص ٥٧.
- (٣٥) عدنان خزعل عباس الجبوري , مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT , (دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي) كلية الاداب , الجامعة العراقية, ص ١٢٠.
- (٣٦) مازن ليلو , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري , مرجع سابق, ص ١١٩.
- (٣٧) عدنان خزعل عباس الجبوري , مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT , مرجع سابق, ص ١٢٥.
- (٣٨) ابو بكر احمد عثمان , عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق , مرجع سابق, ص ٧٠.
- (٣٩) عدنان خزعل عباس الجبوري , مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل BOT , مرجع سابق, ص ١٢٦.
- (٤٠) مازن ليلو , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون, جامعة بغداد , ص ١١٥.
- (٤١) شامل هادي نجم العزاوي , التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية BOT , مرجع سابق, ص ٢٠.
- (٤٢) مازن ليلو , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري , اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون, جامعة بغداد , ص ١١٠.