



كلية الحقوق

قسم القانون العام

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل

الملكية (B. O. T)

"دراسة مقارنة"

بحث متطلب لاستكمال الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدم من الباحث

مأمون هاني حامد العيادة

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور

وليد محمد الشناوي

أستاذ ورئيس قسم القانون العام ووكيل الكلية للدراسات العليا

كلية الحقوق – جامعة المنصورة

١٤٤٢هـ - ٢٠٢١م

مقدمة

لقد ازدادت أهمية العقود الإدارية في العصر الحديث سواء على المستوى الداخلي نظراً لاتجاه الدول النامية إلى الاقتصاد الحر والاعتماد أساساً على القطاع الخاص، ففي ظل هذا النظام تستطيع الدولة عن طريق العقود الإدارية وخاصة عقد الالتزام، أن تعهد بإدارة القطاع العام إلى القطاع الخاص وفقاً لنظام يتفق عليه أطراف العقد، وعلى المستوى الدولي، فإن اتجاه النظام الدولي إلى العولمة وتحرير التجارة الدولية بين الدول وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال بينها بدأ معه العقد الوسيلة الأساسية لذلك، وفي هذا الإطار نشأت صور جديدة وأنظمة قانونية حديثة مثل التحكيم وعقود b.o.t وهي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يعد تطوراً لعقود التزام المرافق العامة ومن أفضل السبل أمام هذه الدول هو التعاقد بنظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروفة اختصاراً ب.B.O.T.

أن عقد البوت هو عقد إداري بطبيعته بمجرد كون الإدارة طرفاً فيه وأن يرتبط بنشاط مرفق عام، وعند 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 إلى نوع من المساواة غير المنطقية بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة وما يجر ذلك إلى 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 أن عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية.

وعقود البوت وأن كانت من عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة إلا أنها تعد من قبيل العقود الإدارية من حيث كون السلطة العامة طرفاً فيها، وتشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص وأن تنازلت الدولة فيها عن بعض التزاماتها لتسيير المرفق العام.

أهمية البحث:

تظهر أهمية الدراسة في التطورات الحديثة التي طرئت على عقود الالتزام حيث حدث تطور أدى إلى إدخال إضافات وتعديلات جعلت المعايير القديمة غير منطقية بسبب وجود متغيرات كثيرة في عدد من العقود، وتكمن أهمية اللجوء إلى صيغة هذه العقود الجديدة مثل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الاعتماد الكلي على القطاع الخاص للقيام بتشييد هذه البنى الأساسية وتشغيلها وبالتالي فإن

الدولة أو الجهة المتعاقدة تلقي على كاهل المستثمر الخاص عبء إقامة هذه المرافق الحيوية والعامّة، فلا تتحمل الدولة مثل هذه الأعباء مما يخفف من اختناقات الموازنة العامّة لهذه الدول.

إشكالية البحث:

تتمحور مشكلة هذه الدراسة في وجود تطور سريع وتحديث مستمر في الوقت الحالي لعقود التزام المرافق العامّة ومن هنا نستطيع أن نلمس مدى احتياج الدول النامية إلى هذه العقود ومن الأمثلة على هذه الدول المملكة الأردنيّة الهاشميّة وجمهورية مصر العربيّة والتي هي محط المقارنة في هذه الدراسة، كما تظهر صعوبة هذه الدراسة في حداتها وحاجة الدول النامية إلى اللجوء إلى هذه العقود.

منهجية البحث:

سنقوم باستخدام المنهج الوصفي والتحليلي بالإضافة إلى المنهج الاستقرائي والمنهج المقارن بتجميع البيانات والمعلومات من مصادرها والتنسيق بينهما والمقارنة لاستخلاص المبادئ والنظريات العامّة التي تحكم موضوع الدراسة.

خطة البحث:

سنتناول في هذا البحث الطبيعة القانونيّة لعقود البوت من حيث صفة عقد البوت (المطلب الأول)، وأشكال عقود البوت ومميزاتها وعيوبها (المطلب الثاني)، وتمييز عقود البوت عن غيرها من العقود (المطلب الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: صفة عقد البوت

الفرع الأول: آراء الفقهاء حول طبيعة عقود البوت

الفرع الثاني: عقد البوت في ظل التشريع الأردني

الفرع الثالث: الآثار القانونيّة لعقد البوت (BOT)

المطلب الثاني: أشكال عقود البوت ومميزاتها وعيوبها

الفرع الأول: أشكال عقود البوت B.O.T

الفرع الثاني: مميزاتها وعيوبها ومخاطر عقود البوت

المطلب الثالث: تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود

الفرع الأول: مميزاتها وخصائص عقود البوت

الفرع الثاني: نماذج لمشروعات البوت BOT والمخاطر الماليّة والاقتصاديّة الناتجة عنها

الفرع الثالث: نهاية عقد البوت

الخاتمة:

المطلب الأول

صفة عقد البوت

يعد عقد البوت هو عقد إداري بطبيعته بمجرد أن تكون الإدارة طرفاً فيه وأن 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 إلى نوع من المساواة غير المنطقية بين المصلحة الفردية والمصلحة العامة وما يجر ذلك إلى 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 أن عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية، وهو عقد إداري بطبيعته أي أنه 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 أن تتخلى عن إدارة مرفق وتعهد به إلى الملتزم، لكن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم — بدايةً — بإنشاء المرفق وتشغيله كما في البوت.^(١)

ويعد عقد البوت عقداً إدارياً ذوو طابعاً دولياً فالعقد الإداري ذا الطابع الدولي هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي بقصد إنشاء أو تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني وأحد بالرغم من اتصال عناصره بأكثر من دولة، حيث يخضع لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد، ومعيار التفريق 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^(٢).

(١) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٦.

(٢) د. عبد اللطيف نايف، عقود التزام المرافق العامة البوت B.O.T البناء والتشغيل والتحويل نقل الملكية، بدون دار وسنة

وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام هي ادارة المرافق العامة، أذ تتحتم على الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة مرفق، وتتعاقد والقطاع الخاص بإنشاء المرافق وتشغيله كما في البوت. كما يلاحظ أن عقد البوت يعد عقداً إدارياً ذات طابع دولي فالعقد الإداري ذات الطابع الدولي هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي بقصد تنظيم وإنشاء مرفق عام أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ويخضع لنظام قانوني وأحد بالرغم من اتصال عناصره بأكثر من دولة، حيث يخضع لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد^(٣) فمن جهته، اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصري أن عقد BOT ما هو إلا امتداد لعقد الالتزام. فصرحت بأن: " التزام المرافق العامة ليس إلا عقد إداري يتعهد أحد أفراد أو الشركات بمقتضاه على نفقته وتحت مسؤوليته بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع لها، بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح."

الفرع الأول

آراء الفقهاء حول طبيعة عقود البوت

تُعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت باختلاف أشكالها؛ من أدق الإشكاليات التي أفرزتها هذه النوعية من العقود^(٤).

وعلى الرغم من أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بتعريفاتها المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة، وعلى الرغم من أن كثيراً من الفقهاء يسلم بأن عقود الB.O.T ليست حديثة، وإنما معروفة ومطبقة من منتصف القرن التاسع عشر ومن ذلك عقد التزام قناة السويس في مصر.

فإن شيوع تطبيق هذه العقود في الربع الأخير من القرن العشرين أدى بالبعض إلى التشكك في طبيعة هذه العقود، ولقد انقسمت الآراء في تكييف الطبيعة القانونية لعقود الB.O.T إلى ثلاثة آراء على النحو التالي:

الرأي الأول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية:

(٣) علي صباح خضير الجنابي، الطبيعة القانونية لعقد البوت B O T، مجلة الكلية الإسلامية، الجامعة الإسلامية، المجلد ١٠، العدد ٣٦، مارس، ٢٠١٥م، ص ٣٢.

(٤) نورة سعداني، الاستثمار وفق عقد البوت، مجلة القانون والمجتمع، العدد ١٠، ديسمبر ٢٠١٧م، ص ١٨٧.

بمعنى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس اتفاقاً أو عقداً وإنما هو تنظيم اقتصادي يلزم تنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابهة والمتعددة بين أطراف مختلفة^(٥), بل أن هذه الأطراف قد تتعارض مصالحها.

ما من شك في أن هذا الرأي محل نظر، إذ أنه ينكر الطبيعة الاتفاقية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ويخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية بدعوى أنه يتضمن العديد من الاتفاقيات التي قد تتعارض فيها مصالح أطرافها.

هذا غير صحيح حيث أن هذه الاتفاقات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين الإدارة وبين شركة المشروع. أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد لا تؤثر في طبيعتها والتي يمكن أن تكون عقود التزام أو عقود اشغال أو عقود توريد أو عقوداً تتعلق بالتمويل، وقد تكون عقود إدارية أو مدنية حسب الأحوال^(٦).

الرأي الثاني: الطبيعة الخاصة لعقود الB.O.T:

ذهب البعض إلى أن عقود الB.O.T من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها للقانون الخاص، ذلك أن هذه العقود شأنها شأن عقود الاستثمار ولا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد بشأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين^(٧), فمثل هذه العقود لا تقبل تمييزاً لإدارة بالسلطات التي تميزها في العقود الإدارية، ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام الB.O.T هي عقود تتعاقد فيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص، ولا يستطيع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها أن تضمن هذا العقد شروطاً استثنائية.

فإذا كانت الدولة الجهة الإدارية التابعة لها تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب القانون العام التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود

(٥) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٩.

(٦) Well p droit international public et droit achinist stating mélanges.trotabas.p.527

(٧) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٥٠.

التي يكون طرفها أجنبي، على اعتبار أن سيادة الدولة محددة داخل إطار اقليمها الجغرافي، ومن ثم يجب أن نقف موقف المساواة مع المتعاقد معها اذا كان أجنبياً^(٨).

قد ذهب البعض إلى أن عقود الB.O.T يمكن أن تكون عقود التزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري في فرنسا^(٩)، أما في مصر فإن هذا العقد يعتبر عقداً مدنياً يخضع لقواعد القانون المدني وليس عقداً إدارياً، على سند من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقود الإدارية في مصر عنه في فرنسا، ففي حين يشترط القضاء الإداري في مصر توافر معايير ثلاثة لذلك وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتصل بنشاط مرفق عام، وأنه ينفذ شروطاً غير مألوفة، فإن مجلس الدولة الفرنسي بأحد هذه العناصر لإصباغ الصفة الإدارية على العقد الإداري، ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطاً استثنائية، فإن العقد يكون مدنياً في مصر وإدارياً في فرنسا^(١٠).

نرى أن هذا الرأي لم يجانبه الصواب، حيث أن الشروط الاستثنائية تتضمنها العقود الإدارية لا ترتبط بمبدأ سيادة الدولة، وإنما هي تتعلق بكون العقد يرتبط بنشاط مرفق عام، فضلاً عن أن هذه الشروط حقوقاً أكثر من العقد العادي.

أما القول بأن عقود الB.O.T هي عقود مثبتة في مصر نظراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية، ومن ثم يتخلف بشأنها أحد العناصر المميزة للعقود الإدارية، مردود بأنه حين تتعهد الإدارة لفرد أو شركة بإعادة وتشغيل مرفق عام، ومن باب أولى أنشائه يعتبر هذا في حد ذاته أمراً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية^(١١).

الرأي الثالث: عقود الB.O.T عقود التزام مرافق عامة:

(8) Le boulaner ph :les contracts enter etats et enter prises etrangers,ed .economiea,1985,p.229

(٩) أحمد شحدة أبو سرحان، عقد البوت B. O. T حقيقته وتكييفه الفقهي وحكمه الشرعي، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد ٤٦، العدد ٣، ٢٠١٩م، ص ٣٩٩.

(١٠) سناء بولقواس، التسيير المفوض للمرافق العامة والتحويلات في إنشاء وتسيير المرافق العامة: من عقد الامتياز إلى عقد البوت، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد ٢١، ٢٠١٩م، ص ٣٩٧.

(11) De forges jeaumiche –droit administrating .5e edition,p.u.f,1994,p.7

يذهب هذا الرأي إلى اعتبار عقود الـ B.O.T عقود التزام مرافق عامة^(١٢). وما من شك في أن عقد الالتزام يعتبر من أهم العقود الإدارية، وهو عقد إداري بطبيعته أي أنه يكون إدارياً في كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام، وإذا كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام اعتبره أسلوباً لإدارة المرافق العامة، إذ ترى الدولة لأسباب كثيرة أن تتخلى عن إدارة المرفق وتعهد به إلى الملتزم، فإن هذا لا يمنع أن يقوم الملتزم -بإهداء- بإنشاء المرفق وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إلى الجهة الإدارية، وهو الأمر الذي كان عليه عقد التزام قناة السويس ولم يماري أحد في طبيعته، ومن ذلك أيضاً عقود البترول^(١٣).

أولاً: عقد البوت عقد إداري:

يعد هذا الاتجاه أن عقد البوت ما هو إلا "شكل من أشكال تقديم الخدمات البديلة التي تمنح بمقتضاه الحكومة أو الجهة الحكومية لفتهر محددة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة التي يطلق عليها اسم شركة المشروع الحق في القيام بالتصميم والبناء والتشغيل وإدارة مشروع معين تقترحه الحكومة، بالإضافة إلى الاستغلال التجاري لعدة سنوات يتفق عليها تكون كافية لتستد شركة المشروع تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عائدات المشروع أو أية مزايا تمنح للشركة وذلك ضمن عقد الاتفاق إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل تم الاتفاق عليه^(١٤)

وعليه فإن إعطاء هذا الاتجاه الصفة الإدارية من قبل فقهاء القانون الإداري لعقود البوت ومن ثم العمل على تعريفهم لهذه الالاس ويرجع رأيهم للأسباب التالية: أن عقد البوت امتداد لعقد الالتزام، وإن الإدارة تعد أحد أطراف هذ العقد، وأن عقد البوت يتعلق بإنشاء مرفق عام، وأنه يتضمن شروطاً استثنائية^(١٥)

وبذلك يرى بعض الفقهاء ضمن القانون الإداري أن هذا الشرط متوفر في عقود البوت (B.O.T)، حيث أن الشرط الأول والاهم الذي يتضمن بأن يكون حد الأطراف شخصاً من شخاص القانون العام،

(١٢) أمل نجاح، نظام البناء والتشغيل والتحويل B. O. T هل هناك حاجة لبديل؟ مجلة بحوث اقتصادية عربية، الجمعية العربية للبحوث الاقتصادية، المجلد ١١، العدد ٢٨، ٢٠٠٢م، ص ٨٢ وما بعدها.

(١٣) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٥٣

(١٤) رئيف خوري، عقود البوت وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٩م، ص ٧٧.

(١٥) عبد الفتاح حجازي، عقد البوت في القانون المقارن، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م، ص ٧٩.

والشرط الثاني الذي يتضمن وينص " أن يتعلق العقد بمرفق عام نها شروط حتمية الوجود في عقد البوت (B.O.T) وهو ما تم التأكيد عليه في كافة التعريفات لعقود البوت^(١٦)

ثانياً: عقد البوت هو عقد مدني:

يذهب جانب من الفقه بالقول بأن عقد البوت هو من عقود الإدارة الخاصة التي تخضع لقواعد القانون الخاص المدني والتجاري والتي لا تخضع لقواعد القانون الإداري الجانب الفقهي، إذ أن عقد البوت لا تتوفر فيه الشروط الخاصة والمميزة للعقود الإدارية عن العقود المدنية، ولا بد من اكتساب العقد الصفة الإدارية من خلال الشروط التالية:^(١٧)

- أ- أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.
 - ب- أن يتصل العقد بمرفق عام.
 - ت- أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير موجودة في عقود القانون الخاص.
- اذ أن الشرط الأول والثاني من شروط العقود الإدارية متفق على وجودهم ضمن بنود عقد البوت الذي تبرمه الدولة، بينما الشرط الثالث من شروط العقد الإداري فهو غير محقق، إذ أن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة العديد من الالتزامات معينة منها ما أن تنزل الدولة إلى مستوى الأفراد العاديين وتتعاقد بصفتها كشخص اعتباري عادي، وذلك لأن عقود الاستثمار وعلى حسب طبيعتها لا تقبل أن تضمنها الإدارة شروط استثنائية.^(١٨)
- ويدعم فقهاء هذا الاتجاه رأيهم لأن عقد البوت ليس من عقود القانون المدني وأن القضاء العادي هو القضاء المختص في حل وفض النزاعات الواقعة عن عقود البوت B.O.T ما لم يتضمن شرط التحكيم في هذا العقد، ويعود سبب اختصاص القضاء العادي أو التحكيم في الاتفاق إلى اللجوء آلية في فض النزاعات ويرجع إلى الأسباب التالية^(١٩):

(١٦) حمد رشاد سلام، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م، ص ٣٤.

(١٧) عدنان عمرو وسائل تنفيذ النشاط الإداري، القدس، ٢٠١٠م، ص ١٥٣.

(١٨) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص 72.

(١٩) علي صباح خضير الجنابي، الطبيعة القانونية لعقد البوت BOT، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، الجامعة الإسلامية، المجلد ١٠، العدد ٣٦، ٢٠١٥م، ص ٥٥٢.

- ١- إن التعاقد في عقود البوت يسود مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وصاحب الإرادة، وهذا ما ينزع عنه الصفة الإدارية في فض النزاع
 - ٢- في عقود البوت تنشأ بين الإدارة (الدولة) وبين شركة المشروع مجموعه من الالتزامات والحقوق على أساس التوازن والتكامل بين الطرفين دون أن يكون للدولة ايه سلطة عليا.
 - ٣- يعد توسيع العلاقات الاقتصادية بين الدولة وشركات القطاع الخاص من الامور التي تجبر الدولة عن التخلي عن سلطاتها وتقيدها في التعامل والتعاقد مع الشركات والأفراد التابعة للقطاع الخاص كفرد عادي يتصف بالصفة المدنية عند إبرام العقد مع القطاع الخاص (٢٠)
- ومن الممكن أن ترد نصوص صريحة وواضحة في عقود البوت عن هذه العقود الطبيعية الإدارية ومن الأمثلة عليها ما نصت عليه المادة ٤/١٨ من العقد الموقع بين شركة أنترجن لتوليد الكهرباء وبين هيئة الكهرباء المصرية عام ١٩٩٩ (٢١).

ثالثاً: عقد البوت من عقود التجارة الدوليّة

يعد التعاقد بنظام البوت أداة من أدوات جلب الاستثمار الأجنبي المباشر في الدولة النامية يعتبر، وتتعدد الآراء حول ما اذا كانت عقود البوت من العقود الدوليّة ام المحلية فهناك من يرى أن عقود البوت تعد من عقود التجارة الدوليّة لأنها تتضمن عنصراً دولياً سواء كان ذلك نتيجة اختلاف جنسية أطرافها العقد أو أن موضوع العقد ينفذ في خارج الدولة أو كان مكان إبرام العقد في دولة أخرى غير الدوليّة التي تنتمي اليها أطراف العقد، وعلى حسب اختلاف الطرف الذي يتعاقد مع الدولة لتنفيذ عقود البوت ينتمي لجنسية دولة أخرى سواء كان فرداً أو شركة وعلية يحدد الصفة الدوليّة للعقد. (٢٢)

وقد وردت مجموعه من التعاريف للعقد التجاري كان من إبرازها أن العقد التجاري هو العقد الذي يجريه التاجر اذا كان متصلاً بحرفة التجارة" وتم تعريفه أيضاً على أنه العقد الذي ينشأ في ذمة أحد طرفية

(٢٠) عبد الفتاح حجازي، عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص ١١٠

(٢١) مصطفى الحبشي، الوجيز في عقود البوت، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م، ص ٣٢.

(٢٢) علي الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكم التجاري الدولي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣م،

أو طرفية معاً التزاماً تجارياً ولا بد من الرجوع إلى المعايير التي تحكم العمل التجاري ولمعرفة ما اذا كان العقد تجارياً أم لا من خلال الرجوع إلى النظريات التي تميزه بهذا الخصوص وهي^(٢٣):

١- نظرية المضاربة: وتقوم هذه النظرية على تحقيق أسس الربح المادي بالقيام بعمليات الشراء والبيع، وذلك لتمييز العمل التجاري من غيره^(٢٤)

٢- نظرية الحرفة: تقوم هذه النظرية على أساس المعيار الشخصي للقيام بالعمل التجاري، إذ أن العمل التجاري عمل يصدر من شخص يعمل بالتجارة.

نظرية التداول: وهو ما يقصد به انتقال السلع بين الأشخاص كانتقال السلع من الجهة المصنعة للسلعة إلى البائع.

٤- نظرية المشروع، وتقوم هذه النظرية على عنصرين الأول هو احترام العمل والثاني وجود تنظيم ينظم هذا العمل حتى يقال عنة عمل تجاري^(٢٥)

عقد البوت (B.O.T) ذو طبيعة خاصة:- ذهب بعض الفقهاء إلى أن عقد البوت ذو طبيعة خاصة يصعب وضعة تحت أي إطار قانوني موحد وإعطائه طبيعة قانونية معينة سواء أكانت إدارية مدنية، على الرغم من جذوره تتمثل في عقود الالتزام إلا أنه يختلف عن عقود الالتزام من حيث أن عقود البوت يتم إبرامه من خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة^(٢٦).

ويرى اصحاب هذا الاتجاه أن عقود البوت تعد عقود خاصة لأنها تشمل على بعض قواعد القانون الإداري والبعض من قواعد القانون المدني، مكونه معاً عقود ذات طبيعة خاصة إذ أنه تحتوي على نوعين من القواعد هما^(٢٧):

١- نصوص العقد تشمل على الالتزامات والاعباء المالية المتبادلة بين الإدارة العامة والقطاع الخاص، وهذه النصوص لا تهم الأفراد المستفيدين من المشروع بشكل مباشر، إذ تهدف إلى تحقيق التوازن المالي

(٢٣) علي صباح خضير الجنابي، الطبيعة القانونية لعقد البوت BOT، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، الجامعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٥٠ وما بعدها.

(٢٤) عبد الفتاح حجازي، عقد البوت في القانون المقارن، ٢٠٠٨م، ص ١٣٠.

(٢٥) فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، دار الثقافة، الاردن، ٢٠٠٧م، ص ٣٨-٤٠.

(٢٦) مالك حمد محمود ابو نصير، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأثره على الاقتصاد الوطني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العدد ٢، السنة ٦، ٢٠١٦م، ص ٥٩.

(٢٧) جمال حسين طالب، صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، رساله ماجستير غير منشورة، ٢٠٠٩م، الاردن، ص ٢٦.

بين الطرفين وتشمل على البنود التي تحدد مدة الالتزام وتنفيذ العقد، وجميع البنود الواردة في العقد تكون خاضعة لأحكام القانون المدني فلا يتم التعديل عليها أو مخالفتها الا باتفاق كلا الطرفين

٢- البنود التي تعود بالنفع والفائدة على المستفيدين من المشروع وليس فقط على الأطراف الملزمين ببند العقد، ومن هذه البنود ما يتعلق بتنظيم المرفق العام مثل الرسوم التي تفرض على المنتفعين مقابل الخدمات المقدمة من المرفق^(٢٨)

عقد البوت (B.O.T) وهو عبارة عن تنظيم لائحي:- هذا يعني أن عقد البوت ليس اتفاقاً أو عقداً وإنما هو تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقيات المتعددة والمتشابكة بين أطراف مختلفة قد تتعارض مصالحها. إلا أن هذا الرأي منتقد لأسباب عدة منها أنكاره الصفة التعاقدية لعقد البوت بدعوى أنه يتضمن كثير من الاتفاقيات التي تتعارض فيها المصالح بين أطرافها المختلفة. وهذا الانتقاد غير صحيح حيث أن هذه الاتفاقيات الفرعية إنما ترتبط في وجودها بالعقد الرئيسي بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع أما العقود الأخرى التي تبرم تنفيذاً لهذا العقد فهي لا تؤثر بطبيعته التي من الممكن أن تكون عقود اشغال أو توريد^(٢٩).

وعقود البوت ما هي الا تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة ومن ثم فإن القواعد التي تضبط عقد التزام المرافق العامة نفسها تطبق وتضبط عقود البوت بالقدر الذي يتفق مع هذا التطور فهي تمثل إطاراً عاماً لهذه العقود، ونظم عقد التزام المرافق العامة في مصر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨. ونظراً لقصور هذا التنظيم القانوني لعقود الالتزام عن استيعاب التطورات الحديثة لعقود الالتزام التي تتعلق بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية لجأ المشرع إلى تعديلات جزئية في النظام^(٣٠) -

وقد صدرت أربعة قوانين في مصر بشأن السماح للقطاع الخاص باستغلال مرافق عامة حيوية، وذلك بوساطة عقود الالتزام وهذه القوانين هي:

القانون الأول: القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بخصوص تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦ في شأن هيئة كهرباء مصر، وقد نص هذا القانون على أنه يجوز منح التزامات المرافق العامة

(٢٨) مالك حمد محمود ابو نصير، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأثره على الاقتصاد الوطني، مرجع سابق، ص ٦٢.

(٢٩) د. مازن ليلو راضي، التطوير الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهدين، مج ٨، الطبعة ١٣، سنة ٢٠١٥م، ص ٩.

(٣٠) حسام الدين محمد مرسي مرعي، النظام القانوني لعقد البوت BOT، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، السنة العاشرة، العدد ٢، مارس، ٢٠٢٠م، ص ٢٢٩ وما بعدها.

للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن التزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح اللتزامات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط اللتزام (٣١).

القانون الثاني: القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦، لتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٦ بشأن الطرق العامة، وينص هذا القانون على أنه " يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب، أشخاصا طبيعيين أو معنويين، وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (٣٢).

القانون الثالث: القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأرض النزول، وينص هذا القانون على أنه " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء واعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات، وأراضي النزول، أو أجزاء منها، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضي النزول، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٨٥ (٣٣).

القانون الرابع: القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨، بإضافة مادة جديدة إلى قانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ التخصيصية، وينص هذا القانون على أنه " مع عدم الإخلال بأمن الموانئ والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاص طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانئ عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨. من الواضح أن هذه التشريعات تجيز منح التزامات المرافق العامة في مجالات مهمة هي المرافق الأساسية أو مشروعات البنية الأساسية، مثل الطرق والمطارات (٣٤).

(٣١) محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص ٣٥.

(٣٢) جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد اللتزام، مرجع سابق، ص ٩٣ .

(٣٣) محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص ٣٦ .

(٣٤) علي الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٤٢.

الفرع الثاني

عقد البوت في ظل التشريع الأردني

إن إيجاد إطار قانوني سليم لعقد أـ (B.O. T) يحقق أهداف عدة أهمها تحقيق الدولة لأهدافها التنموية وقدرتها على جذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها، وتشجيع الاستثمار، والإطار القانوني الذي يقصده لا يقتصر على الجهة التشريعية فقط، بل يمتد أيضاً ليشمل الجهة الدستورية^{٣٥}.

فعقد أـ B.O.T من العقود الإدارية التي تبرم من أجل إنشاء أو تطوير المرافق العامة، فمن الطبيعي أن تجد لها أساساً دستورياً يبين بوضوح كيفية منح حق استغلال تلك المرافق، وعلى الرغم من أن عقد أـ (B.O.T) بتفريعاته المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة، حيث يعد التزام المرافق العامة من العقود الإدارية وهو عبارة عن اتفاق يعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص (يدعى الملتزم) مهمة إنشاء وإدارة مرفق عام تحت إشرافه ورقابته مقابل رسوم يتقاضاها الملتزم من المنتفعين من هذا المرفق^{٣٦}.

ويمتاز عقد التزام المرافق العامة بطبيعة خاصة حيث يتضمن نوعين من الشروط

شروط تعاقدية: تتجم عن تدخل الملتزم لاستغلال المرفق العام بدلاً من الإدارة، بحيث يمكن الاستغناء عن هذه الشروط فيما لو تدخلت الإدارة مباشرة لإدارة المرفق بأموالها ووسائلها الذاتية، وهذا النوع من الشروط لا تملك الإدارة تعديله إلا بموافقة الملتزم^(٣٧).

شروط لائحية: تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام، وهي شروط تحكم تنظيم المرفق ولا يمكن الاستغناء عنها، حتى لو قامت الإدارة بإدارة المرفق مباشرة وهذا النوع من الشروط تملك الإدارة تعديله بإرادة منفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ونظراً لكون الإدارة هي المسؤولة أساساً للمرافق العامة، ولا تعفى من المسؤولية حتى بعد تكليف الملتزم بإدارة أو استغلال المرفق، لأن مركز الملتزم لا يتعدى كونه نائباً معاوناً عن الإدارة في إدارة المرفق، ونظراً لأهمية عقود الالتزام لارتباطها بإدارة المرافق العامة، فإن الإدارة تتمتع بحرية في اختيار المتعاقد معها، وهو السبب الذي دفع المشرع الدستوري الأردني إلى إخراج هذه العقود من نطاق تطبيق نظام الأشغال الحكومية، وترك للسلطة التنفيذية حرية اختيار المتعاقد معها شريطة موافقة السلطة التشريعية على الاتفاقات التي تجريها الإدارة بهذا الخصوص، وذلك تنفيذاً

(٣٥) جمال حسين طالب، صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، المرجع السابق، ص ٦٢.

(٣٦) جاسم كاظم كباشي، عقد البوت BOT، طبيعته القانونية وآفاق تطبيقه في العراق، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد ٤٦، الجزء ١، ٢٠١٩م، ص ٤٥٣ وما بعدها.

(٣٧) د. مازن ليلو راضي، التطوير الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، المرجع لسابق، ص ٤١.

لأحكام المادة ١١٧ من الدستور الأردني التي تنص على أن: "كل التزام يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون".^(٣٨)

أولاً: مدى دستورية عقد البوت في القانون الأردني

أن الدولة بدأت تتخلى شيئاً فشيئاً عن ملكيتها وإدارتها لبعض المرافق الأساسية تاركة الحرية للقطاع الخاص في إدارة هذه المرافق لمدة متفق عليها، وهذا التوجه من الحكومة يعني تخليها عن أسلوب الإدارة المباشرة إلى أسلوب مشاركة القطاع الخاص في تسيير المرافق العامة عن طريق الخصخصة أو عقد الـ (BOT)^(٣٩).

وفي ظل اتباع الدولة لسياسة الخصخصة يثور الجدل حول مدى دستورية الخصخصة وهذا الجدل لم يقتصر على الخصخصة، بل يمتد أثره ليشمل عقود الـ (B.O.T) حيث أنها إحدى آليات الخصخصة، وفي سبيل الرد على مدى دستورية عقود الـ (B.O.T) يجب علينا أن نوضح مفهوم الخصخصة وبيان مدى انطباق تعريفها على عقود الـ (B.O.T) فالخصخصة هي عملية اتفاقية يتم بمقتضاها نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص. أو هي نقل ملكية الأصول العامة كلية أو جزئياً إلى القطاع الخاص أي أن الخصخصة ما هي إلا نقل ملكية مشروع عام إلى القطاع الخاص، وبتطبيق تعريف الخصخصة على عقود الـ (B.O.T) يتعين تبعاً لذلك التمييز بين فرضين^(٤٠):
الفرض الأول: يتمثل في منح الالتزام ابتداءً كما في حال الأخذ بشكل عقد الـ B.O.T ، ففي هذا الفرض نجد نص المادة 117 من الدستور الأردني تنص على أنه "كل التزام يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون". وبناء عليه فإن إقامة المشروعات الاستثمارية بنظام الـ B.O.T تكون متوافقة مع الدستور^(٤١).

الفرض الثاني: يتمثل في حال ما إذا نقل مشروع قائم إلى القطاع الخاص ليقوم بتحديثه وتطويره، ففي هذه الحالة يثار اللبس لا سيما وأن هذا الشكل يقترّب من مفهوم الخصخصة^(٤٢).

^(٣٨) منشور في الجريدة الرسمية، عدد 3898 ، تاريخ 1993/5/2. استرجع بتاريخ ٢٥/١/٢٠٢٠

^(٣٩) علي الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٧١.

^(٤٠) فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، المرجع السابق، ص ٦٦.

^(٤١) علي صباح خضير الجنابي، الطبيعة القانونية لعقد البوت BOT، مجلة الكلية الإسلامية الجامعة، الجامعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

^(٤٢) مالك حمد محمود ابو نصير، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأثره على الاقتصاد الوطني، المرجع السابق، ص ١٠٥.

واستناداً لنص المادة ١١٧ من الدستور الأردني، يتضح لنا أن المشرع الأردني يعمل على حماية موارد الثروة والمرافق العامة، حيث نص بشكل صريح على ضرورة^(٤٣) صدور قانون يصدق على كل التزام يتعلق بأي مما سبق، وفي هذا الإطار صدر قرار للمجلس العالي لتفسير الدستور، وضع حداً للجدل حول دستورية اتفاقية إعادة تأهيل وتوسعة وتشغيل مطار الملكة علياء الدولي، حيث جاء في قرار المجلس العالي لتفسير الدستور نص على "أن ما ورد في المادة (٦٦/أ) من قانون الطيران المدني هو تطبيق لما فرضه الدستور في المادة (١١٧) منه والذي يتضمن وجوب تصديق الالتزام الذي يمنح لاستثمار المرافق العامة بقانون، وأنه لا ضرورة لإصدار قانون خاص بتصديق الالتزام المذكور لأن نص المادة (١١٧) من الدستور لا يفرض ذلك ولأن القاعدة القانونية تنص على أن المطلق يجري على إطلاقه إلا إذا قيد ويكون ورود نص المادة (٦٦/أ) من قانون الطيران المدني رقم (٤١) لسنة ٢٠٠٧ تنفيذاً وافياً تتطلبه المادة (١١٧) من الدستور".^(٤٤)

إلا أن المحكمة الدستورية التي حلت مكان المجلس العالي لتفسير الدستور نصت في أول قرار لها على أنه لا يملك بمقتضى النص الدستوري منح أي التزام له علاقة باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة ما لم يتم التصديق عليه بموجب قانون يصدر لهذه الغاية"^(٤٥).

إن المشرع الأردني لم يصدر حتى الآن تشريعاً مستقلاً يعنى بتنظيم عقد أـ (B.O.T) ولكنه قام بدمج بعض صور أـ (B.O.T) وصور أـ B.O.O.T في قانون التخصيص رقم (٢٥) لسنة 2000، فأوضحت المادة الرابعة فقرة (د) وبشكل صريح على أنه يعتبر أسلوب من أساليب التخصيص ما يلي

- ١- إنشاء القطاع الخاص للمشروع لاستغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة والتنازل عنه للقطاع العام عند انتهاء هذه المدة.
- ٢- إنشاء القطاع الخاص للمشروع والتنازل عن ملكيته للقطاع العام مع الاحتفاظ بحق استغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة.
- ٣- إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله لحسابه.

(٤٣) أنظر قانون التصديق على اتفاق التزام الكهرباء لشركة الكهرباء الأردنية المساهمة في عمان وشركة الكهرباء المركزية في الزرقاء المعدل رقم 49 لسنة 1985 والمنشور على الصفحة 1243 من عدد الجريدة الرسمية رقم 3338 تاريخ 1985/9/.

(٤٤) قرار المجلس العالي لتفسير الدستور رقم 1 لسنة 2012 تاريخ 2013/3/٧ .

(٤٥) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، المرجع السابق، ص ٨١.

إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله ثم التنازل عنه ونقل ملكيته للقطاع العام^(٤٦).

ثانياً: عقد البوت في الدستور الأردني

لقد نص الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ في المادة (١١٧) منه على أن: (كل التزام يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون). ويلاحظ من هذا النص أن المشرع الدستوري الأردني لم يفرق بين عقود الالتزام والالتزام، فطالما كان الغرض منهما استثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو استغلال مرفق من المرافق العامة فلا بد إذا من صدور قانون خاص في كل حالة على حده للمصادقة عليها، ولكن الواقع العملي في الأردن يسير على غير ذلك، فإذا كانت عقود التزام استثمار المناجم والمعادن تبرم تطبيقاً لنص المادة (١١٧) من الدستور فإن الوضع ليس كذلك بالنسبة لعقد أ.ب.ت. (B.O.T)، لأن الواقع العملي الحالي يجري على إبرام هذه العقود بناء على قرارات مجلس الهيئة التنفيذية للتخصيص برئاسة رئيس الوزراء في الأردن أي دون صدور أي قانون للمصادقة على إبرام تلك العقود وهو ما تطلبه المشرع الدستوري^(٤٧).

وقد اشترط المشرع الأردني العديد من الإجراءات التي يجب أن تلتزم بها الإدارة عندما ترغب في إبرام أي عقد، ومنها ضرورة احترام مبدأ المساواة بين المتنافسين، حيث تضمنت الأنظمة الخاصة بإبرام العقود الإدارية ما يشير صراحة إلى وجوب التزام الإدارة المتعاقدة بهذا المبدأ، وهذا ما صرحت به المادة السادسة فقرة (ب) من نظام الأشغال الحكومية، والتي نصت على وجوب مراعاة الإدارة تطبيق مبدأ المنافسة وإعطاء فرص متكافئة للجهات القادرة المؤهلة بتنفيذ الأشغال، أو تقديم الخدمات الفنية كلما كان ذلك ممكناً وبالطريقة التي تراها الجهة المختصة مناسبة كما نص نظام اللوازم في المادة التاسعة^(٤٨) فقرة (أ) على وجوب مراعاة الإدارة المتعاقدة لمبدأ المنافسة في جميع عمليات شراء اللوازم كلما كان ذلك ممكناً، وذلك بالطريقة التي تراها الجهة المختصة بالشراء^(٤٩).

^(٤٦) انظر قانون التخصيص الأردني رقم 25 لسنة 2000 والمنشور على الصفحة 2652 من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٤٣ بتاريخ ٢٠٠٠/٢/٧

^(٤٧) انظر نص المادة السادسة من قانون التخصيص الأردني رقم 25 لسنة 2000 والمنشور على الصفحة رقم 2652 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4443 بتاريخ 2000/7/2.

^(٤٨) نظام الأشغال الحكومية رقم 71 لسنة 1986 والمنشور في الجريدة الرسمية عدد 2143 بتاريخ 1986 / 12 / 1 لتدجاء هذا النظام معدلاً لنظام الأشغال الحكومية رقم 39 لسنة 1986 م.

^(٤٩) نظام اللوازم رقم 32 لسنة 1993 وتعديلاته والتعليمات الصادرة بموجبه والمنشور في عدد الجريدة الرسمية

بالإضافة إلى تأييد هذا المبدأ في قانون التخاصية والذي اعتبر فيه المشرع الأردني أن عقد B. O. T أسلوب من أساليبها حيث نصت المادة الخامسة فقرة (أ) على وجوب الالتزام بقواعد الشفافية والعلنية والمنافسة المشروعة في حالة تنفيذ أي عملية من عمليات التخاصية،^(٥٠) كما أكدت محكمة العدل الأردنية على وجوب احترام مبدأ المساواة بين المناقصين، حيث قضت في حكم لها في هذا المجال بأن القواعد العامة الواردة في نظام اللوازم والتعهدات في الجامعة الأردنية رقم (٨٠) لسنة ١٩٧٨ يعتبر اختصاص الإدارة في المناقصة اختصاصاً مقيداً يجري على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء، وبقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين.^(٥١)

ويتضح من خلال قرار محكمة العدل العليا والنصوص القانونية السابقة أن الإدارة ملزمة باحترام مبدأ المساواة والمنافسة المشروعة في إبرام عقودها، ومنها بالطبع عقد ألب (B.O.T) التي تحتاج إلى تشريع مستقل يعني بتنظيمها بما يتناسب مع طبيعتها الخاصة. وبناء عليه فإن عدم احترام الإدارة المتعاقدة لهذا المبدأ في إبرام أي عقد من عقودها يؤدي إلى مخالفته لمبدأ المشروعية وبالتالي يكون العقد معرضاً للبطلان. وبالإضافة إلى مبدأ المساواة والمنافسة المشروعة التي اشترطها المشرع الأردني وأوجب على الإدارة ضرورة احترامه في عقودها على الإدارة، فإنه اشترط أيضاً وجوب إتباع إجراءات أخرى، ومن أهم هذه الإجراءات ما يلي^(٥٢):

- ١- ضرورة نشر القطاعات العامة في ثلاث صحف محلية، وفي أكثر من يوم لدعوة الراغبين للاشتراك في المنافسة
- ٢- حرمان بعض الأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة من التعاقد مع الإدارة لتلافي الإضرار بالمصلحة العامة
- ٣- وجوب إعطاء الأفضلية للمواطنين الأردنيين في التعاقد مع الإدارة، وأكد المشرع الأردني صراحة ضرورة احترام هذا الإجراء في المادة السادسة فقرة (د) من نظام الأشغال الحكومية مراعاة الأسعار العادلة والجودة المناسبة في التعاقد مع الإدارة.

بتاريخ 1993/5/29، وتم بموجبه إلغاء نظام اللوازم رقم 37 لسنة 1978 م. وهذا النظام صادر بالاستناد لنص المادة

114 من الدستور

(٥٠) قانون التخاصية الأردني رقم 25 لسنة 2000

(٥١) قرار محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٤٣ / ٨٦، مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٨٧ م، ص ١٤٧٧

(٥٢) جمال حسين طالب، صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، المرجع السابق، ص ٢٢.

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في عقد الـ (B.O.T) في التشريع الأردني

إذا كانت العقود الداخلية لا تثير مشكلة اختيار قانون العقد لخضوعها بداهة للقانون الداخلي، فإن الأمر يختلف بشأن العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، التي تثير مسألة تنازع القوانين من جهة، واختلاف المراكز القانونية لأطرافها من جهة أخرى، ما يجعل مسألة القانون الواجب التطبيق من المسائل الشائكة بشأن إخضاع العقد في منازعاته إلى القانون الذي اختاره وارتضاه الأطراف ليحكم النزاع بينهما^(٥٣).

وهذه هي القاعدة العامة التي أخذ بها المشرع الأردني حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠) من القانون المدني على ذلك بقولها: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتخذوا موطناً فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك)، من النص أن ويظهر لنا جلياً المشرع قدم قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وبعد ذلك تلاه قانون محل إبرام العقد، ثم القانون المختار. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بأن القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين هو قانون إبرام العقد، وذلك بقولها: (استقر الاجتهاد على أنه إذا تم توقيع عقد في الأردن فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة (٢٠) من القانون المدني(٧٩) بينما قضت في قرار آخر لها بوجوب تطبيق القانون الذي اختاره أطراف العقد صراحة بقولها: (أن اتفاق المتعاقدين على تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل يعد نافذاً بحقهما وملزماً، على اعتبار أنه يشكل جزءاً من شروط العقد(٨٠) إلا أن المشرع الأردني وضع عليها استثناءات منها: العقود التي تبرم في شأن العقار، حيث أخرجها من قانون الإرادة وأخضعها لقانون موقع العقار، فاستثناها في الفقرة الثانية من المادة (٢٠) من القانون المدني، حيث جاء فيها: (أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار). وينبغي على هذا النص أن العقود التي ترتب حقوقاً عينية أو شخصية (كالإيجار) على العقار تخضع لقانون موقع العقار وليس لقانون العقد.^(٥٤)

(٥٣) حسام الدين محمد مرسي مرعي، النظام القانوني لعقد البوت B O T، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٥٤) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم ٦٩٧/٩٥ لسنة ١٩٩٥، الاجتهاد القضائي، الجزء الخامس، ص ٨١٦.

الفرع الثالث

الآثار القانونية لعقد البوت (BOT)

أولاً: الرقابة على تنفيذ العقد

إن الدولة رغم أنها عهدت ادارة المرافق العامة موضوع مشروع الاستثمار للقطاع الخاص الا أن هذا لا يعني أنها ستتخلى عن هذه المرافق بل يكون لها حق رقابة ومتابعة المتعاقد في تنفيذ العقد لكون هذه المرافق جزء من تشكيلاتها يتحتم عليها مراقبة نشاطها، ويبرر حق الدولة في الرقابة من ناحيتين، الأولى طول مدة الالتزام والثانية هي التزام المتعاقد في اعادة ملكية المرفق إلى الدولة بحالة جيدة بعد انتهاء مدة الالتزام، على أن نطاق هذه الرقابة والياتها يختلف من عقد إلى اخر حسب طبيعة المشروع موضوع العقد، وغالبا ما تتولى هذه الرقابة هيئات خاصة في الدولة على أنه يلاحظ أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ليست مطلقة وإنما تتقيد بأن يكون الباعث منها تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام وأن لا تستخدم هذه السلطة لعرقلة عمل شركة المشروع بما يضر بها وبالمصلحة العامة^(٥٥).

ثانياً: تعديل العقد

من الحقوق المعترف بها للإدارة في مواجهة المتعاقد حقها في تعديل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد أما بالزيادة أو النقصان، وهذه السلطة أو الحق للدولة يجد ما يبرره في متطلبات سير المرفق العام ومسايرة ما يتطلبه من تطور وفق الظروف المستجدة. وسلطة الدولة في تعديل بنود العقد ليست مطلقة بل مقيدة بأن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وأن لا يتجاوز حدا يقبله إلى عقد جديد، ومقابل ذلك يجوز للشركة حق المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي سببها هذا التعديل أو المطالبة بفسخ العقد^(٥٦).

ثالثاً: إيقاع الجزاءات

للدولة سلطة إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها في مجالات عقد البوت عند اخلاله بتنفيذ التزاماته، وقد تكون هذه الجزاءات مالية أو جزاءات ضاغطة الغاية منها حمل شركة المشروع على التنفيذ بأن تحل الإدارة محل الشركة في التنفيذ أو التنفيذ على حسابها وقد تصل هذه الجزاءات إلى حق الدولة في

(٥٥) حمد رشاد سلام، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٤٣.

(٥٦) أمل نجاح، نظام البناء والتشغيل والتحويل B. O. T هل هناك حاجة لبديل؟، مرجع سابق، ص ٩٧.

فسخ العقد، وتقوم سلطة فرض الجزاءات هذه على أساس ضمان تنفيذ الالتزامات الضرورية لسير المرفق العام^(٥٧).

رابعاً: التزامات الدولة

يرتب عقد البوت مجموعة من الالتزامات على عاتق الدولة من أهمها:

أ- تسهيل الإجراءات الإدارية لعقد البوت حيث يقع على عاتق الدولة مانحة الالتزام تسليم الموقع الذي سيقام عليه المشروع ونقل حيازته إلى شركة المشروع مع البقاء على الملكية للدولة وتسهيل تخصيص الأراضي اللازمة لإقامة المشاريع والعمل على إقامة مناطق استثمارية آمنة، بالإضافة إلى تسهيل إجراءات التسجيل والإجازة للمشروعات الاستثمارية واستكمال إجراءات إجابة طلبات المستثمرين واستحصال الموافقات اللازمة للمستثمر أو الشركة وتقديم المشورة وتوفير المعلومات والبيانات للمستثمرين وإصدار النشرات الخاصة بذلك.

ب- تنفيذ العقد بحسن نية ضمن المهل المحددة ويعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تقرها التشريعات المختلفة، حيث يقع على عاتق الدولة الالتزام بتنفيذ بنود العقد المتعلقة بها واحترام جميع الشروط المذكورة في العقد، ولا يقتصر التنفيذ على هذه الشروط فقط بل يشمل أيضاً ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وبحسب طبيعة الالتزام^(٥٨).

ث- سن التشريعات الخاصة بالاستثمار لتشجيعه ودعم التنمية الاقتصادية، إذ أن المشاريع المقامة وفق نظام البوت في الغالب تقوم على رأسمال مصدره القطاع الخاص لتمويل هذه المشروعات الضخمة، فهذه المشروعات تتطلب أموال كبيرة لتمويلها لذا لجأت الدول خاصة النامية منها إلى إصدار التشريعات الخاصة لدعم الاستثمار وتشجيعه.

خامساً: حقوق والتزامات المستثمر أو الشركة:

يرتب عقد البوت حقوقاً للمستثمر أو الشركة كما يترتب بذمتها بعض الالتزامات وكما يأتي^(٥٩):

أ. حقوق المستثمر أو الشركة: يتمتع المستثمر أو الشركة بمجموعة من الالتزامات والضمانات وكما يأتي:

(٥٧) سناء بولقواس، التسيير المفوض للمرافق العامة والتحويلات في إنشاء وتسيير المرافق العامة: من عقد الامتياز إلى عقد البوت، مرجع سابق، ص ٣٩٩

(٥٨) حسام الدين محمد مرسي مرعي، النظام القانوني لعقد البوت BOT، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٥٩) أحمد عصام البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مصر، الدار الجامعية الجديدة، ٢٠٠٨م،

١. طلب الاستملاك: قد يحتاج إقامة المرفق العام إلى استملاك مجموعة من العقارات التي تعود ملكيتها إلى الأفراد أو الحصول على حق ارتفاق مقرر على ارض الغير لذا لابد أن تعطي الشركة الحق في طلب استملاك العقارات اللازمة لإقامة المشروع وتشغيله.

٢. عدم تعرض المشروع للمصادرة والتأميم: من اهم الحقوق التي تمنح إلى المستثمر أو الشركة الحق في عدم مصادرة المشروع وتأميمه وذلك لتشجيع المستثمرين وطمأنتهم بعدم تعرض مشاريعهم للتأميم.

٣. تملك العقارات دون التقيد بتملك الأجانب: تعطي بعض الدول للأجانب حق التملك العقارات دون التقيد بتملك الأجانب وذلك لتشجيع الاستثمار وللإسهام بعملية التنمية وتطوير وتوسيع قاعدته.

٤. الإقامة في الدولة مانحة للالتزام: تلجأ الدول إلى منح المستثمرين الأجانب حق الإقامة في الدولة التي يقيم بها المشروع وتسهيل مهمة دخولهم وخروجهم دون قيود.

٥. الإعفاء: من الضرائب والرسوم: قد تلجأ الدولة في سبيل تشجيع الشركات الخاصة الأجنبية على الاستثمار داخل الدولة إلى إعفاء نشاط هذه الشركات المتعلق بإقامة وتشغيل المرفق العام من الضرائب.

٦. حُرِّيَّة الاستيراد: تحرص كثير من الدول على حماية الانتاج الوطني وذلك بفرض قيودا على استيراد السلع والتجهيزات الا أن عقد البوت يتطلب رفع هذه القيود لاستيراد السلع والتجهيزات اللازمة للمشروع وتشغيله.

٧. اقتضاء الرسوم من المنتفعين من المرفق: تتحمل شركة المشروع في عقود البوت تكاليف إنشاء المشروع وتشغيله ولتغطية هذه التكاليف والحصول على قدر من الربح يحق لشركة المشروع أن تحصل على الرسم مقابل الخدمات التي تقدمها إلى المنتفعين بوصفه المقابل النقدي في هذه العقود، على أن هذا الرسم يعد من الشروط التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والدولة ومن ثم يحق للدولة التدخل في حاله ما اذا كان سعر الخدمة لا يتناسب مع مقدرة المنتفعين.^(٦٠)

سادساً: التزامات المستثمر أو الشركة

يرتب عقد البوت على عاتق شركة المشروع مجموعة من الالتزامات، نعرض أهمها^(٦١):

١. التنفيذ الشخصي للعقد: يتم بموجب عقد البوت اختيار شركة المشروع على أساس اعتبارات شخصية وبالتالي لا يجوز للملتزم النزول عن التزامه للغير وإلا كان لمانح الالتزام إنهاء العقد.

(٦٠) حمد رشاد سلام، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٥١.

(٦١) المتولي ماهر أحمد، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة الاقتصادية، مصدر سابق، ص ٥١-٥٩.

٢. تنفيذ العقد ضمن المهل المحددة: نظراً لأهمية عقود البوت وارتباطها بالمصلحة العامة تذهب اغلب التشريعات إلى إلزام شركة المشروع بالتقيد بالمدد الزمنية لتنفيذ العقد، ذلك أن عدم مراعاة تلك المدد يؤدي إلى الإخلال بحسن سير المرافق العامة والإضرار بالصالح العام.
٣. إدارة المرفق العام: يعتبر هذا الالتزام التزاماً ضرورياً وجوهرياً لأن الهدف من إقامة المشروع هو تشغيله وتقديم الخدمة العامة للجمهور وإدارته وفق ما يحقق هذا الهدف.
٤. القيام بالإنشاءات اللازمة للمشروع وتسيير المرفق: هذا الالتزام ظاهر من تركيبية اسم العقد وهو التزام أصيل يقع على عاتق الملتزم^(٦٢).
٥. تسليم ونقل ملكية المشروع للجهة مانحة الالتزام: بعد انتهاء المدة المحددة في العقد وحتى تتحرر شركة المشروع من التزاماتها العقدية فإنها تلتزم بتسليم ونقل ملكية المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام وفقاً لبنود العقد والشروط الواردة فيه.
٦. تدريب الأيدي العاملة: اتجهت اغلب التشريعات إلى فرض التزام على عاتق المستثمر بتدريب الأيدي العاملة الوطنية وتأهيلها وزيادة كفاءتها ورفع مهاراتها وقدراتها.

المطلب الثاني

أشكال عقود البوت ومميزاتها وعيوبها

الفرع الأول

أشكال عقود البوت B.O.T

أولاً: عقد البناء والتشغيل والتملك ثم التحويل (B.O.O.T) Owen and Tranfer, Operate Build,

يقصد بهذا العقد، الاتفاق المتضمن إقامة المشروع واستغلاله وتملكه مؤقتاً لمدة محددة. ثم تحويله في نهاية تلك المدة إلى الدولة المتعاقدة ويعرف هذا النوع من العقود اختصاراً بـ "BOOT" هو عقد يتضمن شروط بناء المشروع وتملكه واستغلاله، وذلك طيلة مدة انتهاء عمره الافتراضي، وهو من الاشتقاقات الهامة الكثيرة الاستخدام لنظام "البوت"، ويختلف عن النموذج الكلاسيكي "للبوت" في كون الشخص الخاص المتعاقد مع مانح الالتزام يمتلك أصول المشروع طوال فترة الالتزام ومن ثم يقوم بإعادتها، ولا يلتزم بتحويل المشروع إلى الدولة مثل العقود السابقة، أي أن هذا النوع لا يتضمن عنصر

(٦٢) حسام الدين محمد مرسي مرعي، النظام القانوني لعقد البوت B O T، المرجع السابق، ص ٢٤٩.

نقل الملكية، إذ أنه ينتهي بانتهاء العمر الافتراضي للمشروع مع قيام الدولة بتعويض المالك عن حصص الملكية العامة.^(١) ويتم تجديد الامتياز عند انتهاء الفترة المحدودة، أو انتهاء العمر المفترض للمشروع، أو أن تقوم الدولة بتعويض المالك عن حصص الملكية، وبعد ذلك من حق الحكومة أن تقوم بالتعاقد مع آخرين بهدف إدارة المشروع، وفي جميع الأحوال، فإن الحكومة تحصل على نصيب من الجهة التي يحققها المشروع لقاء منح الامتيازات، وتقديم الدعم للمشروع، كما يكون للجهة الإدارية الحق في الاشراف على المرفق طوال مدة التعاقد، وإن كان التشغيل الفعلي والإداري للقطاع الخاص^(٢)

ثانياً: عقد التصميم والبناء والتمويل والاستغلال (D.B.F.O) Desing, Build, Finance and Operat

يتميز هذا العقد في الاتفاق على عمل مسبق إذ تتفق الحكومة في هذا النوع من العقود مع المستثمر، لإقامة مشاريع البنية الأساسية، أو المرافق العامة بحسب الشروط الفنية، والتصميمات التي تقوم الحكومة بتحديدها للمستثمر من خلال أجهزتها الاستشارية. يتمثل في تصميم المشروع ثم أنجازه عن طريق توفير التمويلات اللازمة لتشغيله طيلة مدة محدودة، ويتولى المستثمر إقامة وتأسيس المشروع وتزويده بالآلات والمعدات، ويعمل على تشغيل المشروع وفق المعايير التي تحددها الحكومة، ولا تنتقل ملكية المرفق أو المشروع إلى الحكومة بعد مدة الامتياز، لأن الحكومة تحصل على مقابل الأرض، وكذلك على نسبة ما من الإيرادات والعائد لقاء منح الامتياز وتحويل المشروع إثر الدولة إثر انتهاء تلك المدة المتفق عليها. ويشار إليه اختصاراً D.B.F.O، وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه وتمويله وتشغيله وفقاً للضوابط التي تضعها الحكومة مقابل حصول الأخيرة على بدل الأرض وعلى نسبة من الإيرادات مقابل منح الالتزام، ويحق لها فيه تحويل الالتزام لمستثمر آخر مع دفع التعويض المناسب للمستثمر مالك المشروع. تتفق الحكومة في هذا النوع من العقود مع المستثمر القطاع الخاص، لإقامة مشاريع المرافق العامة والبنية الأساسية بحسب الشروط الفنية، والتصميمات التي تقوم الحكومة بتحديدها للمستثمر وفق بنود عقد البوت وبعدها يتولى المستثمر إقامة وتأسيس المشروع وتزويده بالآلات والمعدات^(٣) ويكون من حق الحكومة أن تقوم بتجديد عقد الالتزام متى شاءت، وكذلك يحق لها

(١) مي عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية. ٢٠١٠. ص ١٥.

(٢) رشدي صالح عبدالفتاح صالح، التمويل المصرفي للمشروعات، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦م،

(٣) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق، ص ٣٨

لها أن تقوم بمنح الالتزام إلى مستثمر آخر بشروط أفضل على أن تقوم بتقديم، أو دفع التعويض المناسب للمستثمر الأول مالك المشروع^(١).

ثالثاً: عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل: **Build, Transfer and Operate** ويعرف بالاختصار **B.T.O**

وفي هذا النوع من العقود وتتعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص لبناء المشروع أو المرفق العام ثم التخلي عن ملكيته للحكومة، وتقوم الحكومة بعد ذلك بإبرام عقد آخر معه، لإدارة المشروع وتشغيله خلال مدة الالتزام، مقابل الحصول على إيرادات التشغيل^(٢)، وبذلك تصبح الحكومة مالكة من بداية المشروع وليس عند انتهاء مدة الالتزام ومن أهم مجالات هذا النوع من الاستثمار الفنادق وعقود البناء والتشغيل والتحويل^(٣).

مما يعني ذلك شراكة القطاع الخاص في نواحي التشغيل، وكذلك الإدارة بالإضافة إلى التوزيع فقط، مقابل أن تقوم الدولة بتحمل التمويل المبدئي، وذلك بهدف التوفير في كلفة الإصلاح والصيانة والتشغيل والجودة.

رابعاً: عقد التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية: **Own Operate ، Modernize** وتعرف ب **M.O.O.T**

هذه العقود تبرم بين الحكومة والمستثمر أو مجموعة المستثمرين على إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه^(٤).

ويختلف هذا النوع من المشاريع عن غيره من الأنواع اختلافاً كبيراً، تستخدم هذه الصورة في مشروع قائم يراد تحديثه وتطويره بتقنية ليست متاحة لدى الدولة ويتملكه منفذ المشروع مع اقتسام العوائد

(١) حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ضمن مجموعة أبحاث إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T الجزء الأول، ٢٠٠١م، ص ١١٢.

(٢) عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢م، ص ١٠٥.

(٣) كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق، ص ٣٩.

(٤) إبراهيم مجاهدي، طبيعة عقود البوت وأثارها القانونية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد ٦٢، العدد ٢، يوليو، ٢٠١٩م، ص ١٠٨.

بينه وبين الدولة إلى حين إعادته إليها. فهي مشروعات تتعلق بمشروع موجود لكن يتطلب القيام بعملية التحديث، من خلال القيام بتزويده بالتكنولوجيا المتقدمة، وأنظمة متطورة في التشغيل، ومن أجل تحقيق العائد المرجو من المرفق، فتقوم الحكومة للوصول إلى غايتها بعرض المشروع على المستثمر بهدف تحديثه ثم تملكه له ومن ثم تشغيله، إلى أن يتم نقل ملكيته إلى الدولة عند انتهاء الامتياز. (١)

خامساً: عقود البناء - التأجير - التحويل (B.L.T) (Build - Lease - Transfer)

وهو ما يعرف بمنح ملكية الملتزم والمتعاقد للمشروع خلال مدة العقد فقط ويكون من حقه تشغيل العقار واستغلاله طوال مدة الالتزام ويتم إبرام مثل هذه العقود بين الحكومة والمستثمر، أو مجموعة مستثمرين من أجل إقامة المشروع، بشرط أن تمتلكه شركة تلتزم بإشراف على عملية تشغيله، وعلية تكون الإدارة ممثلة في هذه الشركة، وهذا النوع لا ينتهي بتحويله إلى الملكية العامة، بل يتم تجديده الامتياز عند انتهاء الفترة المحدودة، أو انتهاء العمر المفترض للمشروع، ويكون من حق الحكومة أن تقوم بالتعاقد مع آخرين بهدف إدارة المشروع، وفي جميع الأحوال، وتحصل الحكومة على نصيب الإيرادات الحاصلة من استغلال المرفق وتشغيله والالتزامات ويكون الحق للإدارة بالإشراف على المرفق طوال مدة التعاقد، و أن كان التشغيل الفعلي والإداري للمستثمر (٢). وهذا النوع من العقود يعني قيام القطاع الخاص منذ البداية، وإلى النهاية بتولي المشروع وتملكه، لذلك فإنه من العقود يعني قيام القطاع الخاص منذ البداية، وإلى النهاية بتولي المشروع وتملكه، لذلك فإنه ليس مرحبا به من جانب الحكومات، وهذه العقود تظهر غالبا في مجالات محددة مثل تقديم خدمات لمناطق يكون العائد فيها تميز كاف من أجل الاستفادة من مازى عقد الصوامع لتخزين الحبوب، أو إنشاء الطرق المؤدية إلى المناجم (٣)

سادساً: عقود البناء - التأجير - التحويل (B.L.T) (Build - Lease - Transfer)

في هذه العقود تعطي الدولة أو الحكومة المستثمر الفرصة، لكي يقوم ببناء المرفق العام أو المشروع، وغالبا ما يكون أحد المباني الحكومية كالمدرسة مثلا تم الانتهاء من بنائها تقوم الجهة الإدارية بإستجارها من شركة المشروع طوال فترة الالتزام مقابل دفع أجرة محددة للدولة، كما يحق

(١) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق، ص ٤١

(٢) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، ص ٣٧.

(٣) حمدي عبد العظمى، مشروعات B.O.T وأخواتها، الجوانب القانونية والاقتصادية، القاهرة، دار النهضة العربية،

للهيئة الخاصة تحصيل جميع الإيرادات الناتجة عن تشغيل المرفق وعند انتهاء مدة العقد يحول المشروع إلى الدولة، ويكون المستثمر المتعاقد غير قادر على تشغيله، فيقوم بتأجيله إلى المستثمر الآخر، على أن يحصل هذا المستثمر على عائدات، أو إيرادات المشروع في هذه الفترة الزمنية، ودفع بدل الإيجار الذي تم الاتفاق عليه طوال مدة الامتياز، ويعد مشروع حفر قناة السويس في مصر من أبرز وأشهر المشروعات التي طبق فيها هذا الأسلوب على الصعيد العالمي، على الرغم من قيام مصر بتملكها للمشروع قبل انتهاء فترة الامتياز في المشروع، بعد أن قامت الحكومة المصرية بعملية التأميم على شركة قناة السويس في سنة 1956 م.^١

ومن الأمثلة العملية لهذا النوع من العقود ما قام به بنك (ستاندرد هونج كونغ)، حيث تعاقد مع شركة (توشيتا تسو) العقارية اليابانية لمدة التزام بخمسة وعشرون سنة وذلك لتأجير ما نسبته (٣٠%) من المشروع المقام، وهو مبنى إداري دون أن يلتزم بنك (ستاندرد بالتزامات مالية بخصوص عملية البناء، وهكذا فإن شركة المشروع اليابانية تسترد النفقات التي كانت قد صرفتها على المشروع مع هامش ربح معقول من خلال تأجيرها لمساحة (٣٠%) من مساحة المبنى.

سابعاً: عقود التأهيل - التملك - التشغيل (R.O.T) (Rehabilitate - Own - Transfer)

يتطلب التعاقد وفقاً لهذا النظام أن تقوم الحكومة بالتعاقد مع المستثمر من أجل القيام بتحديد أحد المرافق العامة أو المشروعات التي تكون بحاجة إلى التجديد، سواء في البناء أو الأجهزة والمعدات وخلافها. وبموجب هذا النظام التعاقدى فإن المستثمر يكون مملوكاً للمشروع، ويتولى عملية التشغيل ويحصل على عائداته، وبالقيمة التي حددتها الدولة لقاء نقل ملكية المرفق العام، أو المشروع إلى المستثمر. وهذه العقود تستخدم في عمليات خصخصة المشاريع العامة المتعثرة، وبطبيعة الحال فإنه يتوجب على الدولة أن تقوم بوضع الأسس والضوابط التي توفر الحماية للاقتصاد القومي وجمهور المنتفعين وجميع العاملين في المشاريع سواء بصورة دائمة أو مؤقتة^(٢).

ثامناً: عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T) (Build - Finance - Transfer)

تقوم هذه العقود على أساس قيام القطاع الخاص بعملية التمويل لإقامة مشاريع البنية الأساسية، فيقوم المستثمر باستئجار أحد المشاريع من الحكومة لفترة زمنية محددة، يقوم خلالها

(١) محسن أحمد الخضيرى، عمليات الB.O.T الأساس والقواعد والاتجاهات، بدون دار وسنة نشر، ص ١٠-١٢

(٢) عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، مرجع سابق، ص ١٠٦-١٠٧

بعملية تطوير المشروع وتجديده وتشغيله، وكذلك الحصول على ادراته، ثم يسلم إلى الدولة عند انتهاء فترة الإيجار.^(١)

تاسعاً: عقود التأجير - التدريب - التحويل (L.T.T) (Lease - Training - Transfer)

يتولى القطاع الخاص أو المستثمر في هذه العقود عملية تمويل إقامة المشروع، وكذلك يقوم بعملية التدريب اللازم لجميع العاملين في المشروع التابعين للحكومة، ومن ثم تأجير هذا المشروع للدولة لكي تقوم بعملية تشغيله خلال مدة الإجارة، وعند انتهائها تعود الملكية للقطاع الخاص والنوعان الآخران يستخدمان حالياً في أوروبا كبدائل عن نظامي البناء والتشغيل ونقل بسبب ظهور سلبات ترتبط (B.O.O.T) والبناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) الملكية بهما أثناء التطبيق.

وقد نظم المشرع الأردني بعضاً من صور عقود البوت السابقة الذكر من خلال الدمج لهذه الأنواع في قانون التخصيص الأردني فقد نصت المادة (٤/د) منه على: اعتماد أي صيغة من الصيغ المبينة ادناه لإنشاء مشاريع استثمارية محددة وفقاً لاتفاقيات تعقد لهذه الغاية بين القطاعين العام والخاص:

١- إنشاء القطاع الخاص للمشروع لاستغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة والتنازل عنه للقطاع العام عند انتهاء هذه المدة.

٢- إنشاء القطاع الخاص للمشروعات والتنازل عن الملكية للقطاع العام مع الاحتفاظ بحق الاستغلال لأوالتشغيل لمدة زمنية محددة.

٣- إنشاء القطاع الخاص للمشروعات وتملكه واستغلاله وتشغيله لحسابه.

نشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله ثم التنازل عنه ونقل ملكيته للقطاع العام.

وقد حدد المشرع الأردني في المادة (٣) من قانون التخصيص رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٠ م، معنى التخصيص وأهدافها، فقد نصت المادة السابقة على: تعني التخصيص اعتماد نهج اقتصادي يتمثل في تعزيز دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي ليشمل مشاريع القطاع

العام التي تقتضي طبيعتها ادارتها على اس تجارية، و من مقاصد التخصيص تحقيق ما يلي:

أ رفع كفاءة المشروعات الاقتصادية وزيادة انتاجيتها وقدرتها التنافسية. -

ب الاسهام في تشجيع الاستثمارات المحلية والعربية والدولية بتوفير مناخ استثماري جاذب لها.

ج تحفيز الادخارات الخاصة وتوجيهها نحو الاستثمار الطويل المدى تعزيزا لسوق رأ المال المحلي والاقتصاد الوطني.

(١) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق، ص ٤٣

د - تخفيف العبء المالي عن الخزينة العامة بوقف التزامها بتقديم المساعدات والقروض للمشاريع المتعثرة والخاسرة.

هـ- ادارة المشاريع الاقتصادية بأساليب حديثة بما في ذلك استخدام التقنية المتطورة بهدف تمكين هذه المشاريع من ايجاد أسواق مستقرة وفتح اسواق جديدة من خلال قدرتها على المنافسة في الاسواق العالمية.^(١)

أما فيما يتعلق بالمشروع المصري، فعلى الرغم من تعدد العقود التي تم إبرامها بنظام البوت في مصر الا أنه لم ينظم عقود البوت وصوره ضمن نصوص التشريع الخاص به، بل يطبق احكم قانون التزام المرافق العامة رقم(١٢٩) لعام١٩٤٧ على عقود البوت، والمعدل بقانون رقم (٦١) لعام ١٩٥٨، على الرغم من أن الإطار التقليدي لعقد الالتزام لا يتماشى مع هذه الصور الحديثة لعقد الالتزام وتطورها والمتمثلة بعقود البوت^(٢).

الفرع الثاني

مميزات وعيوب ومخاطر عقود البوت

أولاً: مميزات عقود البوت B.O.T

أن لعقود البوت العديد من المزايا التي تعود بالفائدة الكبيرة على الدولة المتعاقدة والقطاع الخاص ومنها:

١- التخفيف من العبء الاقتصادي على الدولة:

ويكون ذلك من خلال نقل مسؤولية المرفق العام من تشغيله وتمويله إلى القطاع الخاص وتفريغ الدولة للمشاريع والخدمات ذات الأهمية الأكثر أهمية للدولة مما يقلل من الاقتراض الحكومي والإنفاق على الخدمات المباشرة عليها وفي حال كان المستثمر أجنبياً فتزداد أهمية هذه العقود اذ يؤدي ذلك إلى ادخال استثمارات جديدة إلى الدولة، فمن خلال التمويل الخارجي للمشاريع تخف عن عاتق الدولة الكثير من الأعباء المالية وهذا الأمر كفيل بالتخفيف عجز الموازنة العامة للدولة وتعزيز الحصيلة من العملات الأجنبية وتحسين المدفوعات.^(٣)

(١) المشرع الأردني في المادة ٣ من قانون التخصيصية رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٠

(٢)، جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٣) سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل، حسين اسماعيل، العشماوي، وشكري رجب. ٢٠٠٣، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، ط١، مكتبة ومطبعة الشاع الفنية، الاسكندرية، ص٧.

٢- تصدير المخاطر المتعلقة بالمشاريع والخدمات على القطاع الخاص:

يعد إبرام الدولة لعقود البوت إلى توزيع وتصدير المخاطر المحتملة المتعلقة بالمرافق العامة والخدمات على القطاع الخاص بدلا أن يقع على عاتق الدولة وحدها وتتحملا الدولة بمفردها، فيكون القطاع الخاص هو المسؤول الأول عن القيام بعمليات التشغيل والصيانة وزيادة الانتاجية وكفاءة الخدمات التي يقدمها المرفق العام للمواطنين ضمن بنود العقد (١)

٣- سرعة تنفيذ وبناء المرفق العام محل العقد:

اذ تعد مشاركة الدولة للقطاع الخاص من خلال إبرامها للعقد وضمن البنود المدونة في العقد، يحقق الفرصة في تنفيذ وبناء المشروع بشكل فوري عوضاً عن الانتظار لفترات طويلة لحين قدرة الدولة على توافر الموارد اللازمة من ميزانية الدولة اذ في بعض الأحيان يتم تجاهل المشروع بالكامل حتى تتوافر الميزانية للقيام به. (٢)

٤- حل مشكلة البطالة:

اذ أن عقد البوت يؤدي إلى إقامة مشاريع ومرافق جديدة في الدولة، مما يزيد من توافر فرص العمل الجديدة والحد من مشكلة البطالة والتخفيف منها وتنشيط اليد العاملة للدولة وضخ أموال جديدة إلى سوق العمل مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة. (٣)

٥- تحقيق التنمية الاقتصادية للدولة من خلال توفير البيئة المناسبة لها:

حيث أن إبرام الدولة لمثل هذه العقود يؤدي إلى نقل التكنولوجيا والتقنيات الحديثة والوسائل والأدوات اللازمة لإقامة المشاريع واستمراريتها، مما ينتج عنه التخفيض من التكاليف المترتبة على تشغيل المشروع وتحسين الادارة والانتاج للمرافق العامة المنشئة. (٤)

٦- المحافظة على ممتلكات الدولة: قيام الدولة بإبرام مثل هذه العقود فإن فوائده لا تقتصر على النهوض من الناحية الاقتصادية فقط بل تتعدد الفوائد لتشمل المجال السياسي والاجتماعي أيضاً اذ أن ملكية

(١) حمدي عبد العظيم، مشروعات B.O.T وأخواتها، الجوانب القانونية والاقتصادية، مرجع سابق، ص ١٧.

(٢) عبد القادر فتحى لاشين وفريق خبراء المنظمة العربية للتنمية الادارية، نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية للنقل، المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، ٢٠١٠م، ص ١٨٧.

(٣) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٦.

(٤) اسامة المطيري، خصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ، وزارة الاعلام، الكويت، ٢٠٠٦م،

الوصول الخاصة بالمرافق أو المشروع محل العقد لا تنتقل ملكيتها إلى المستثمر بصورة دائمة، إذ أنها تبقى من ضمن املاك الدولة طوال مدة العقد أو بعد نهاية مدة العقد بين الدولة والقطاع الخاص.^(١)

ثانياً: عيوب عقود البوت

على الرغم من تعدد المزايا التي يتميز بها عقد البوت إلا أنه هنالك العديد من العيوب التي تواجه وتقف عائق أمام الدولة بعد إبرامها للعقد مع القطاع الخاص، وهي:

١- الضغط على العملات الأجنبية في الدولة:

ويتم هذا الأمر من خلال قيام المستثمر باللجوء إلى السوق المحلية وذلك للحصول على التمويل اللازم لبناء وتأسيس المرافق العامة بدل تحويل الأموال إلى الخارج، وبعدها يقوم المستثمر باستغلال هذا التمويل لبناء المرفق في داخل الدولة بدل من تحويل الأموال إلى الخارج، فيستغل المستثمر هذا التمويل لشراء واستيراد الآلات والمعدات والادوات من الخارج، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية في الدولة مما يساهم في انخفاض قيمة العملة الوطنية في الدولة.^(٢)

تحويل الأرباح إلى الخارج: تعد خطوة قيام المستثمر بتحويل الأرباح الناتجة من الاستثمار في المرافق العامة التابعة للدولة بدون قيود تؤدي إلى عدم تحقيق المميزات الاقتصادية المرجوة من عقود البوت، إذ أن تحويل الأرباح الناتجة عن تشغيل المرفق العام إلى الخارج دون أي قيود تلزم المستثمر من استثمار وتشغيل جزء من هذه الأرباح في الدولة صاحبة المرفق مما ينتج عنه اختلال في ميزان المدفوعات في الدولة والتأثير على حجم السيولة في السوق المحلي.^(٣)

٢- الاحتكار ترتبط عقود البوت باحتكار المستثمر، فالمستثمر يشترط في العقد الاحتكار وذلك لفرض السيطرة على السوق ويضمن انعدام المنافسة من الغير، بهدف تحقيق أكبر قدر من الأرباح، والقدرة على استرداد ما أنفقته من مال على المرفق العام، مما يؤدي إلى إضعاف السوق والمنافسة بسبب اشتراطه الاحتكار.^(٤)

٣- تحمل الدولة الكثير من التكاليف والمخاطر: إذ أن عقود البوت تتطلب لإبرامها تكاليف ونفقات كبيرة وذلك لما تحتاجه من دقة عالية من صياغتها ضمن المصالح المشتركة بين الطرفين، فيتعين على

(١) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق، ص 43

(٢) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٧.

(٣) إبراهيم مجاهدي، طبيعة عقود البوت وآثارها القانونية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، ص ٧٣.

(٤) كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق،

الدولة تعيين خبراء وقانونيين عل مستوى عال من الخبرة والكفاءة والمهارة لمثل هذه العقود ودراسة وافية لمشروعات الدولة.^(١)

اذ أن الدولة تتحمل الجزء الكبير من المخاطر كالتأمين والحروب وتغيير بعض القوانين، مما يستدعي قيام الإدارة بتعويض المستثمر عن الاضرار الناتجة عن هذه المخاطر.^(٢)

المطلب الثالث

تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود

الفرع الأول

خصائص عقود البوت

بالتأمل إلى عقد البوت بمختلف أنواعه فإن هذه العقود تشمل صيغها التعاقدية على طرفين رئيسين؛ وهما: الطرف الأول وهو الدولة صاحبة الارض الذي سيقام عليها المشروع، وهي صاحبة الحق في الامتياز الذي ستمنحه لمن سيقوم بتنفيذ المشروع، والطرف الثاني هو شركة المشروع والتي ستتولى تنفيذ المشروع^(٣)

ويتميز عقد البوت بمجموعة من الخصائص والمميزات التي تميزه عن باقي عقود البناء والتشغيل الأخرى ومن أهم هذه المميزات:

أولاً: يعد عقد معاوضة ملزم للجانبين

اذ أن كل طرف من أطراف عقد البوت يحصل على مقابل لما حصل عليه ويعطي مقابلًا لما يأخذه اذا هو عقد معاوضة اذ يأخذ المتعهد إيرادات تشغيل المشروع وفي المقابل يحصل المانح على مشروع جاهز بمجرد انتهاء العقد.

وتجدر الاشارة إلى أنه لا يقتصر عقد البوت بأنه عقد معاوضة فحسب بل هو عقد ملزم للجانبين في جميع اللتزامات التي توثق وتترتب العقد المذكور على عاتق طرفيه، فبموجبه يلتزم المانح بتسليم الموقع إلى المتعهد ويمكنه من أنجاز المشروع فضلاً عن عدم أناطه مشاريع مماثلة إلى غيره من

(١) أحمد سلامة بدر، العقود الادارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣م، ص٣٩٩

(٢) وضاح محمود الحمود، رسالة ماجستير بعنوان " عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، حقوق والتزامات الادارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ٢٠١٠، ص ٣٧.

(٣) محمد أحمد كرواد، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T ودورها في التنمية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراته، ليبيا، السنة ٣، العدد ٢، أبريل، ٢٠١٦م، ص٣٠٦.

المتعهدين طيلة مدة العقد أما المتعهد فيكون ملزم بإنشاء المشروع وتشغيله إلى نقل ملكية الأخير إلى المانح^(١)

ثانياً: يعد عقد من عقود المدة

اذ يتم تنفيذ عقد البوت يتم بشكل متتالي وعلى دفعات متعاقبة اذ يتم تقسيم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه على عدة مراحل بمعنى أن الزمن بعد عنصرًا جوهرياً في تحديد محله وتنفيذه، لذا يمكن القول أن هذا العقد يعد من عقود المدة، ويتم تحديد المدة وفق اتفاق المتعاقدين اذ قد تطول المدة أو تقصر حسب الاتفاق بين أطراف العقد المبرم، من هذا القبيل عقد البوت الخاص بمطار النجف الاشرف الدولي بين محافظة النجف الاشرف وشركة العقيق الكويتية للتجارة العامة فأشار في البند سابعاً من بنود العقد إلى أن (مدة الاستثمار خمس سنوات قابلة للتجديد بموافقة الطرفين)

ثالثاً: يعد من العقود التجارية

تتعدد العقود المستخدمة في البيئة التجارية والعديد من هذه العقود لم يسميها قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ المعدل اذ وجدت تلبية لمتطلبات التعامل التجاري واستقر العرف التجاري عليها ابرزها عقد نقل التكنولوجيا ومن المحتمل أن يكون عقد البوت وأحد من هذه العقود وبغية الوصول إلى الصفة التجارية لهذا العقد لا بد لنا أن نتساءل عن معيار الذي يتعين الاخذ به لمعرفة ما اذا كان هذا العمل تجارياً ام مدنياً؟ وبالرجوع إلى احكام قانون التجارة العراقي نجده جاء خالياً من تعريف العمل التجاري، وإنما اكتفى بتحديد الاعمال التجارية على سبيل الحصر^(٢).

وجدير بالذكر أن اجتهادات الفقه في التفرقة بين العمل التجاري والمدني يقوم على عدة معايير

أ- معيار المضاربة

العمل التجاري بناءً على هذا المعيار هو العمل الذي يهدف إلى تحقق الربح المادي عن طريق المضاربة على تغير أو تبدل البضائع والمنتجات، والمضاربة تعني السعي وراء تحقيق الربح وينصرف هذا المفهوم على كل عمل من شأنه تحقيق فائدة مادية وربح نقدي ويقوم على عنصر الصدفة والمخاطرة.^(٣)

ب - معيار التداول

(١) راضي مازن ليلو، ٢٠١٥، التطوير الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهريين، مج ٨، الطبعة ١٣ ، ص ١٥٠ .

(٢) وذلك في المادة ٥ و ٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .

(٣) لطيف جبر كومانى، د . علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، ط ٢، مكتبة السنهوري، العراق، ٢٠٠٩، ص ١٢٧ .

يعد العمل القانون الذي تثبت له الصفة التجارية في جميع الاحوال التي يكون الغرض منه تحريك السلع (١) وبغية أن يكون العمل تجارياً على وفق هذا المعيار يجب توفر عنصر التوسط في نقل البضاعة بين المنتج والمستهلك (٢) فإذا أردنا إعمال هذا المعيار على الاعمال التي يتضمنها عقد البوت نجده عملاً تجارياً لما بمقتضيه من انتقال الاشياء والبضائع، فضلاً عن الاعمال التي يقوم بها المتعهد من نقل التكنولوجيا وتدريب كواد المانح.

لكي يعد العمل تجارياً على وفق هذا المعيار يجب أن يكون على شكل مشروع تجاري بموجب هذا المعيار يتم الركون إلى الكيفية التي يدار بموجبها العمل التجاري فإذا ما تم تأديته بصفة منفردة فلا يعد حينذاك عملاً تجارياً ويقوم العمل التجاري على عنصرين هما الاحتراف ووجود تنظيم مسبق.

وبما أن عقد البوت من قبيل الاعمال التي تتم بتوافر عنصر قوة العمل المتمثلة باستعمال الفنيين والخبراء فضلاً عن عنصر العمالة المكلفة بتشغيل المشروع، وكل ذلك يتطلب رأس مال كبير فضلاً عن المواد الأولية المستخدمة في توريد الخدمات ناهيك عن عنصر التنظيم الذي له عنصر بالغ الاهمية في تحقيق غاية العقد فنجد أن الاعمال في عقد البوت من قبيل الاعمال التجارية استناداً إلى معيار المشروع.

ثالثاً: مخاطر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

لأي نظام قانوني العديد من المزايا التي يتميز ويتمتع بها، والعيوب التي تقلل وتنتقص من فاعليته والاقبال عليه، فلا يوجد هنالك عقد ونظام قانوني متكامل من جميع الجوانب دون أي عيوب، اذ تعتمد عقود البوت في نجاحها أو اخفاقها على عدد من العوامل والاهداف وفقاً لسياسات الدولة وظروفها الاقتصادية والسياسية والكيفية التي تتم بها العقود.

فهذا النظام يساعد الدولة على إنشاء مشاريع المرافق العامة والتي تحتاج إلى تمويل من خلال منح امتياز لإنشاء مثل هذه المشاريع، أيضاً يشجع القطاع الخاص على مشاركة الدولة في إنشاء المرافق العامة الكبرى (٣).

فالعقود التي يبرمها أحد أشخاص القانون العام (الإدارة المركزية أو المحلية) مع أحد أشخاص القانون الخاص (شخص طبيعي أو معنوي) ترتب التزامات متبادلة بين الطرفين، غير أن هذه اللاتزامات تختلف في عقد B O T عن اللاتزامات الواردة في عقود مشابهة أخرى (١)

(١) نفس المرجع، ص ١٢٨

(٢) د . فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١، ص ٢٩ .

(٣) فيصل عليان إلياس الشديفات، إطلالة قانونية على نظام البناء والتشغيل والنقل، مجلة إربد للبحوث والدراسات، مجلد ١٥، عدد ١، يوليو ٢٠١١م، ص ١٤٢.

وتكمن أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في كونها نظام تعاقدى ما بين الدولة والمستثمر لإنشاء المرافق العامة ومشاريع البنية الأساسية فيخفف القطاع الخاص من العبء الواقع على الموازنة العامة والموارد الحكومية المحدودة والأعباء المالية الثقيلة عن كاهل الدولة أو الجهة المتعاقدة المضيفة لهذا النظام،، فمن خلال هذه العقود يقوم المستثمر أو شركة المشروع بتحمل كلفة تمويل المشروعات التي قد تقام بأسلوب عقود ذ يقوم نظام البوت بمهمة تمويل المشروعات الأساسية الاقتصادية إلى القطاع الخاص فهو الذي يتحمل نفقات وأعباء التشييد والتشغيل طوال المدة المتفق عليها، وعلى وجه الخصوص عند إقامة المشروعات ذات الطابع التجاري أو السياحي والترفيهي إنما تتطلب أموال طائلة لإنجازها على أرض الواقع، والتطور التكنولوجي والتقني الذي يتطلب رأس مال يتناسب معه واحتياجاته المتزايدة في العصر الحالي خاصة في مجالات التعليم والصحة (٢)

١- تخفف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة حيث يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل فيها، وتتزايد أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرا أجنبيا مما يعني إدخال استثمارات أجنبية وتحسين ميزان المدفوعات وتخفيف العجز في الموازنة العامة. وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي (٢)

٢- إقامة مشاريع ومرافق جديدة، وضخ أموال جديدة إلى السوق الوطني وهذه العقود تؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل، وضخ أموال جديدة إلى السوق وتوفير فرص عمل جديدة للأيدي العاملة الوطنية والتغلب على مشكلة البطالة وزيادة الدخل القومي.. وخلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الإنفاق أو غير ذلك من المشروعات التي تتم عبر هذه العقود (٣).

٣- توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية من خلال نقل الأساليب التكنولوجية الحديثة إلى. توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية ذلك أنها توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة والوسائل التقنية إلى الدول خاصة عندما تكون من الدول النامية كما أنها تنقل مخاطر تمويل إنشاء هذه المرافق أو تحسين

(١) حسام الدين محمد مرسي مرعي، النظام القانوني لعقد البوت B O T، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مرجع سابق، ص ٢٤٠، ٢٤١.

(٢) جابر جد. نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٥٦.

(٣) سري الدين، هاني صلاح. ١٩٩٩. الاطار القانوني لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت ومقومات نجاحها في مصر، بحث مقدم الى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي نوفمبر، ص ٥

ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص مما يخفف العبء وما يترتب عليه من اختلالات في الموازنة العامة وأعباء خدمة هذه الديون (١).

تمكين الحكومات من الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة، لما تتمتع به الإدارة الخاصة من كفاءة وفعالية أكثر من الإدارة العامة، إذ يذهب بعض الفقهاء إلى أن الإدارة الخاصة دائماً أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية مما يحسن من أداء هذه الخدمات (٢).

٤- يحقق المستثمر في خلال عقود البوت أرباحاً كبيرة بالمقارنة بالمشروعات الأخرى من خلال الدخول في مجالات استثمارية مرتفعة العائد، كما أنها يمكن أن تفتح الأبواب أمام المستثمرين الصغار عن طريق شراء أسهم وسندات المشروع، وفتح الأبواب أمام مؤسسات التمويل عن طريق تحريك أموالهم الرائدة بتقديم قروض وتسهيلات ائتمانية إلى المستثمر المتعاقد وفقاً لعقود B.O.T.

وهذه المميزات قد لا تتحقق في أغلبها، فقد كشفت كثير من التجارب العملية أن الأخذ بنظام البوت قد مثل عبئاً اقتصادياً على الدولة المضيفة في كثير من التجارب لأسباب كثيرة منها:
قد يسبب الأخذ بنظام البوت B.O.T ما يأتي:

انخفاض قيمة العملة الوطنية وذلك من خلال لجوء المستثمر سواء كان وطنياً أم أجنبياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلا من تحويل هذه الأموال من الخارج واستخدام هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية وقيام المستثمر الأجنبي تحويل للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أي قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال في الدولة المضيفة مما يؤدي إلى اختلال في ميزان المدفوعات. (٣)

(١) محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، مايو ٢٠٠٣م، ص ٥٨

(٢) جريدة الاهرام الصادرة في ١٢/١١/٢٠٠١ العدد ٤١٩٧٩ لسنة ١٢٦، الصفحة الأولى

(٣) جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٩.

- ١- الإفراط في منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد، ومن ذلك التزام الدولة بشراء الخدمة وضمان الحكومة لسداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمة، ناهيك عن ضمان البنك المركزي لتأدية الدين وهو ما حدث في عقد محطة كهرباء سيدي كبرير، وهو الأمر الذي لا يتفق ووظائف البنك المركزي^(١).
- ٢- قد يكون عقد البوت طريقاً إلى الاحتكار ومرتبباً به عندما تشترط الشركة عدم منافستها في موضوع العقد حتى تضمن سيطرتها على السوق حتى تسترد ما نفقته من أموال، وما يترتب على ذلك من مساوئ وإضرار. وفي حالة عدم ارتباط المشروع بالاحتكار، فإن الدول المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحدث في محطات الكهرباء أو تضمن حداً أدنى من التشغيل، كما يحدث في المطارات والطرق.
- ٣- نقل عبء اللتزامات إلى أجيالاً أخرى إذا كانت الفترة المحددة لمنح اللتزام طويلة، إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدة طويلة قد تصل فقد تصل في بعض الأحيان إلى (٩٩) عاماً، حسب التعديلات التشريعية الحديثة لقانون التزام المرافق العامة ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل.
- ٤- ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج ذلك أن هدف المستثمر في إنشاء المشروع هو الربح الكبير وليس تحقيق المنفعة العامة.
- عبء المخاطر السياسية يقع على عاتق الدولة مثل حالات العصيان المدني، وحالة الحرب وزيادة الرسوم الجمركية وتغيير المعاملة الضريبية أو التغيير في العملة الأجنبية، ومن الممكن الحد من هذه المخاطر وتلافيها بإيجاد البيئة القانونية المتمثلة بالتشريعات المناسبة لحماية الاقتصاد الوطني^(٢).

الفرع الثاني

نماذج لمشروعات البوت BOT والمخاطر المالية والاقتصادية الناتجة عنها

أولاً: جمهورية مصر العربية:

تعتبر مصر من الدول العربية التي جرى فيها استخدام نظام البوت واشتقاقاته بكثافة وفي مجالات مختلفة منها: مشروع إنشاء مطارين دوليين بنقطة مرسى علم والعلمين ومشروع معالجة مياه الشرب

(١) مجدي موريس نخلة، في التجربة المصرية في مجال إنشاء المطارات بنظام B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت ومقومات نجاحها في مصر، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ١٦، ١٤، نوفمبر ١٩٩٩، ص ٣.

(٢) حمد رشاد سلام، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص ٣٣.

بمدينة العاشر من رمضان ومدينة السويس بالإضافة لمشروعات مختلفة في مجال الطاقة منها إنشاء محطة بنظام البوت في الجزء الجنوبي في منطقة شمال غرب خليج السويس وبدأت التشغيل التجريبي بتاريخ ١٨ / ٨ / ٢٠٠٢ م، ولم يتم تطبيق هذا النوع من التعاقدات في مصر دون مشاكل وعقبات، و إذا كانت مسألتي التأميم والمصادرة قد أصبحتا غير واردتين لاعتبارات كثيرة إلا أن هناك مشكلات أخرى واجهت تطبيق نظام البوت ومنها على سبيل المثال: اتجاه المستثمرين إلى المصاريف المحلية لاقتراض العملات الأجنبية اللازمة لتمويل المشاريع المنفذة بنظام البوت واستخدامها في استرداد احتياجات المشاريع من الخارج مما يؤدي إلى انكماش الأرصدة الأجنبية لهذه المصارف وبالتالي ارتفاع أسعار هذه العملات في السوق المحلية وما ينجم عن ذلك من تأثيرات اقتصادية سلبية وكذلك تحويل المستثمرين الأجانب لأرباحهم من هذه المشاريع لخارج الدولة دون قيود^(١).

ثانياً: المملكة العربية السعودية:

رغم أن الدولة قد وضعت التخصيص في أوليات برامجها الاقتصادية في العشر سنوات الأخيرة، إلا أن هذا النظام لا توجد له تطبيقات كثيرة في السعودية مع توافر تطبيق هذا النظام، وقد عهد مؤخراً إلى كوتسو رتيوم مكون من عدة شركات من القطاع الخاص الوطني إعادة تأهيل محطة معالجة مياه الصرف الصحي للمنطقة الصناعية بجدة.

وفقاً لنظام البوت كما أن البنك الإسلامي للتنمية قام مؤخراً بالتعاقد مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف لإنشاء مبنى وقفي بنظام البوت، أن هناك توجهاً يجري الآن في السعودية لتنفيذ مشروعات ضخمة وطموحة تشمل مجالات السكك الحديدية وتوليد الطاقة وصيانة الطرق وغيرها، حيث أنها تقوم باستباق الزمن ووضع أنظمة خاصة بتنفيذ المشروعات عن طريق نظام البوت حتى تتفادى المشكلات التي واجهتها الدول العربية التي سبقتها في تطبيق هذا النظام^(٢).

ثالثاً: لبنان

استمر نظام البوت في هذا القطر العربي على نحو لا مثيل له في الدول العربية الأخرى، حيث اقترن بالنقاشات الحادة التي جرت في البرلمان اللبناني وعلى صفحات الصحف حول أحد العقود التي أبرمت لتشغيل رخصة هاتف سيار وفق لنظام البوت وهو العقد الذي أثار لغطاً شديداً في الأوساط اللبنانية

(١) هاشم عوض عبد المجيد، الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت BOT، دون سنة نشر، دون طبعة، ص

(٢) هاشم عوض عبد المجيد، الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت BOT، مرجع سابق، ص ٢٢

وهناك تطبيقات عديدة لنظام البوت التي تمت في لبنان منها إقرار مجلس الوزراء اللبناني في عام ١٩٩٥ م لمخلص النظام التعاقدي وعقد تنفيذ (طريق سريع) الحدث، الحدود السورية لينفذ وفقاً لنظام البوت ويمكن تلخيص المشكلات التي واجهت تطبيق التعقيدات للشفافية مما خلق رأي عام مضاد لهذه التعاقدات.^(١)

الخاتمة

أشارت الدراسة إلى الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B. O. T)، حيث عرضت الدراسة لمفهوم عقد التزام المرافق العامة وتوصلت إلى أنه اتفاق تكلف الإدارة بمقتضاه شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً بتأمين وتشغيل مرفق عام، ورغم أنه عبارة صك تعاقدية فإن دراسته ترتبط أيضاً بالنظرية العامة للمرفق العام، لأن هدفة هو تسيير مرفق عام، أن دراسته تدخل إذا ضمن نطاق العقود ودراسة المرافق العامة وباعتباره أسلوباً للتسيير يكمن الالتزام بتولي شخص يسمى صاحب الالتزام أعباء المرفق خلال فترة من الزمن، فيتحمل النفقات ويتسلم الدخل الوارد من المنتفعين بالمرفق. كما تبين لنا أنه عبارة عن مشروع عام يقوم بهدف تحقيق منفعة عامة تقودها السلطة العامة، فالمرفق العام يشمل أنواع مختلفة ومتطورة مع التطور الذي لحق بنشاطات الدولة، وزيادة تدخلها في الحياة الإدارية، وهناك المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الصناعية والتجارية والمرافق الاجتماعية والمرافق النقابية، ثم هناك المرافق العامة الإجبارية بطبيعتها أو بنص القانون كالقضاء والأمن والمرافق التابعة للهيئات المحلية، وهناك المرافق الاختيارية والتي يترخص للإدارة القيام بها طبقاً لفهمها للمصلحة العامة ومبدأ المشروعية السائد، وهناك أنواع أخرى من المرافق يكشف عنها تطور المجتمع .

(١) محمد محمود عبد الله يوسف، مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الاستثمارات في مصر، سوريا، ٢٠٠٥، متوفر على الرابط : www.globalarabentwork.com استرجع

ويختص القضاء الإداري في الدول ذات النظام القضائي المزدوج بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، ويكون قرار الجزاء الصادر بحق المتعاقد يعد من القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً للعقد واستناداً إلى نص من نصوصه، فإن المنازعات التي تنشأ عنه هي منازعات حقوقية تتدرج تحت ولاية القضاء الكامل الذي يتولى النظر في مدى مشروعية قرار الإدارة بتوقيع الجزاء من زاويتي المشروعية والملائمة .

ولقد تبين لنا أن الرقابة الإدارية المستخدمة يغلب عليها الطابع التقليدي البسيط كالإشراف والمتابعة والتفتيش والتحريات الإدارية والمراجعة التقنية للعاملين، كما أن العملية الرقابية تعتمد على أنواع التقارير البسيطة وفق أساليب غير متطورة، مثل التقارير الدورية وتقارير الفحص والمذكرات وتقارير قياس الكفاءة الخاصة بالعمل والموظفين، ولا تعتمد على المعايير التكنولوجية المتطورة الموجودة في الدول المتقدمة.

وللإدارة سلطة مراقبة المرافق العامة والعقود التي تبرمها بحق المرافق العامة وتوجيه أعمال التنفيذ واختيار طريقته وحق تعديل شروطه بإرادتها المنفردة حسبما تقتضيه المصلحة العامة، كما أن لها الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد، وحق فسخ العقد وأنهاؤه، ولها أساليب تتبعها في إبرام العقد كالمناقصة والمزايدة والممارسة وفق قواعد مرسومة قانوناً .

كما اتضح من خلال الدراسة أن عقود الB.O.T يمكن أن تكون عقود التزام إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري في فرنسا، أما في مصر فإن هذا العقد يعتبر عقداً مدنياً يخضع لقواعد القانون المدني وليس عقداً إدارياً، على سند من القول مرده اختلاف المعيار المميز للعقود الإدارية في مصر عنه في فرنسا، ففي حين يشترط القضاء الإداري في مصر توافر معايير ثلاثة لذلك وهي أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتصل بنشاط مرفق عام، وأنه ينفذ شروطاً غير مألوفة، فإن مجلس الدولة الفرنسي بأحد هذه العناصر لإصباح الصفة الإدارية على العقد الإداري، ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطاً استثنائية، فإن العقد يكون مدنياً في مصر

وإدارياً في فرنسا وهذا الرأي لم يجانبه الصواب، حيث أن الشروط الاستثنائية تتضمنها العقود الإدارية لا ترتبط بمبدأ سيادة الدولة، وإنما هي تتعلق بكون العقد يرتبط بنشاط مرفق عام، فضلاً عن أن هذه الشروط حقوقاً أكثر من العقد العادي.

أما القول بأن عقود الB.O.T هي عقود مثبتة في مصر نظراً لعدم احتوائها على الشروط الاستثنائية، ومن ثم يخلف بشأنها أحد العناصر المميزة للعقود الإدارية، مردود بأنه حين تتعهد الإدارة لفرد

أو شركة بإرادة وتشغيل مرفق عام ,ومن باب أولى أنشائه يعتبر هذا في حد ذاته أمراً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية

أولاً: النتائج:

١- يحتوي عقد الالتزام على نوعين من الشروط , فهناك شروط تعاقدية وهناك شروط لائحية ويقصد بها تلك الشروط التي يجري الاتفاق بشأنها بين الإدارة والملزم وينص عليها العقد المبرم بينهما وتبين هذه الشروط حقوق و التزامات كل من طرفي العقد, وتنظيم المقابل المالي وتحديد مدته وطريقة أنهائه وهذه الشروط لا يمكن تعديلها إلا بإرادة الطرفين أي أن الإدارة لا يمكنها كقاعدة تعديلها بإرادتها المنفردة.

٢- موضوع العقد هو إدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي لأنها مرافق تكون خدماتها مدفوعة الأجر فيقبل الأفراد على إدارته بعكس الحال للمرافق الإدارية التي تقدم خدمات بلا مقابل , ومن أمثلة المرافق الاقتصادية مرفق النقل بالسيارات داخل المدن .

٣- تمارس الإدارة رقابة وإشراف على المتعاقد معها , ولها الحق في إلزامه ببعض الالتزامات , ومن حقها مثلاً إعادة النظر في الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين , ومن حقها تعديل قواعد استغلال المرفق .

٤- تتوافق صيغة العقود الإدارية مع نص الدستور الأردني خصوصاً في المادة رقم (١١٧) منه والتي تنص علي أن كل التزام يعطى لمنح اي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون .

ثانياً: التوصيات:

١- إتباع الأساليب العلمية الحديثة في علاج المشكلات، خاصة فيما يخص عقود التزام المرافق العامة وذلك بإجراء البحوث والدراسات العلمية، وبناء قواعد البيانات والمعلومات الحديثة لدعم عمليات الرقابة الإدارية داخل المرافق العامة علي أن تتميز بالدقة والسرعة والموضوعية .

٢- دعم الأجهزة الرقابية بأدوات غير تقليدية أي مواكبة للتكنولوجيا وتنمية الرقابة الذاتية لدي العاملين، عن طريق منحهم الثقة والتذكير بأهمية العمل وإتقانه، وعقد اللقاءات الدورية المنتظمة بين الرؤساء الإداريين والمرؤوسين وطرح انشغالاتهم واقتراحاتهم وشرح الأنظمة الإدارية وكيفية تطبيقها بأسلوب حضاري .

٣- عقد اللقاءات الخاصة عند حدوث المشكلات الطارئة مع العاملين، علي أن يتم ذلك في حدود الاهتمام بالعامل، وتجنب القيام بالأدوار التسلطية لتطبيق النظام، دون التركيز علي الظروف المحيطة، مع وضع تصميم نظام رقابي متخصص وحديث يتلاءم مع واقع الإدارة العامة.

٤- تنظيم دورات تثقيفية وتدريبية للقائمين على تنظيم عقود المرافق العامة علي من قانونيين وفنيين، وتوعية المتعاقدين مع الإدارة بارتباط هذه العقود بالمرافق العامة وضرورة المحافظة على حسن سيرها، تحقيقاً للمصلحة العامة المتوخاة من تنفيذ العقد الإداري وتدارك وقوع الأخطاء.

٦- تفعيل سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الضاغطة وتنفيذ العقد على حساب المتعاقد المقصر وتحت مسؤوليته، وعدم اقتصارها على الجزاءات المالية أو الفاسخة، حيث يلاحظ في العديد من الدول العربية وعلى الغالب تغاضي الإدارة عن توقيع الجزاءات الضاغطة عند مواجهة إخلال المتعاقد معها فيما يخص المرافق العامة .

قائمة المراجع

أولاً: المراجع القانونية العامة:

١. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠٣م.
٢. عدنان عمرو، وسائل تنفيذ النشاط الإداري، دن، القدس، 2010
٣. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، ج ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠١
٤. ، رشدي صالح عبد الفتاح صالح، التمويل المصرفي للمشروعات، ط1 ، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥م.
٥. ، حمدي عبد العظم، مشروعات (B.O.T) وأخواتها، الجوانب القانونية والاقتصادية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.

٦. لطيف جبر كوماني، د . علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، ط ٢، مكتبة السنهوري، العراق،
٢٠٠٩
٧. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،
٢٠٠١.
- ثانياً: المراجع القانونية المتخصصة:
١. أحمد عصام البهجي، عقود البوت (الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة)، مصر، الدار الجامعية
الجديدة، ٢٠٠٨ .
٢. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية
لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٣. علي الجنابي، الطبيعة القانونية لعقد البوت B.O.T، الكلية الإسلامية الجامعة النجف الاشرف، بدون
دار وسنة نشر.
٤. مصطفى الحبشي، الوجيز في عقود البوت، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م.
٥. عبد الفتاح حجازي، عقد البوت في القانون المقارن، بدون دار نشر، ٢٠٠٨م.
٦. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T)، القاهرة، دار
النهضة العربية، ٢٠٠٢م.
٧. كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، دراسة مقارنة،
دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
٨. رثيف خوري، عقود البوت وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية، بيروت،
لبنان، ١٩٩٩م.
٩. حمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة،
دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤م.
١٠. مي عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT. دار الجامعة الجديدة. الاسكندرية.
٢٠١٠

١١. سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل، حسين اسماعيل، العشماوي، وشكري رجب، نظام البناء و التشغيل ونقل الملكية B.O.T لتمويل وادارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، ط١، مكتبة ومطبعة الشاعاع الفنية، الاسكندرية، ٢٠٠٣م.
١٢. عبد القادر فتحي لاشين وفريق خبراء المنظمة العربية للتنمية الإدارية، نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الأساسية للنقل، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، ٢٠١٠م.
١٣. حامد ماهر أحمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٤. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء والتشريع، مايو ٢٠٠٣م.
١٥. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في ادارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
١٦. اسامة المطيري، خصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، وزارة الاعلام، الكويت، ٢٠٠٦م.
١٧. هاشم عوض عبد المجيد، الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت BOT، دون سنة نشر، دون طبعة.

ثالثاً: الرسائل العلمية:

١. علي الجنابي، النظام القانوني لأحكام التحكم التجاري الدولي - رسالة ماجستير - كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠١٣م.
٢. جمال حسين طالب، صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، رساله ماجستير غير منشورة، الاردن، ٢٠٠٩م.

٣. وضاح محمود الحمود، رسالة ماجستير بعنوان " عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ٢٠١٠.

رابعاً: الأبحاث العلمية:

١. إبراهيم مجاهدي، طبيعة عقود البوت وآثارها القانونية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، المجلد (٦٢)، العدد (٢)، يوليو، ٢٠١٩م.

٢. أحمد شحده أبو سرحان، عقد البوت (B. O. T) حقيقته وتكييفه الفقهي وحكمه الشرعي، مجلة علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، الأردن، المجلد (٤٦)، العدد (٣)، ٢٠١٩م.

٣. أمل نجاح، نظام البناء والتشغيل والتحويل B. O. T هل هناك حاجة لبدل؟ مجلة بحوث اقتصادية عربية، الجمعية العربية للبحوث الاقتصادية، المجلد ١١، العدد ٢٨، ٢٠٠٢م.

٤. جاسم كاظم كباشي، عقد البوت BOT، طبيعته القانونية وآفاق تطبيقه في العراق، مجلة الجامعة العراقية، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، العدد (٤٦)، الجزء (١)، ٢٠١٩م.

٥. حسام الدين محمد مرسي مرعي، النظام القانوني لعقد البوت BOT، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، السنة العاشرة، العدد (٢)، مارس، ٢٠٢٠م.

٦. حمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢م.

٧. حمدي عبد العظمى، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ضمن مجموعة أبحاث إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) الجزء الأول، ٢٠٠١م.

٨. راضي مازن ليلو، التطوير الحديث لعقد التزام (عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT)، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهدين، مج ٨، الطبعة ١٣، ٢٠١٥م.

٩. سناء بولقواس، التسيير المفوض للمرافق العامة والتحويلات في إنشاء وتسيير المرافق العامة: من عقد الامتياز إلى عقد البوت، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد (٢١)، ٢٠١٩م.
١٠. علي صباح خضير الجنابي، الطبيعة القانونية لعقد البوت B O T، مجلة الكلية الإسلامية، الجامعة الإسلامية، المجلد (١٠)، العدد (٣٦)، مارس، ٢٠١٥م.
١١. كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
١٢. فيصل عليان إلياس الشديفات، إطلالة قانونية على نظام البناء والتشغيل والنقل، مجلة إربد للبحوث والدراسات، مجلد (١٥)، عدد (١)، يوليو ٢٠١١م.
١٣. مازن ليلو راضي، التطوير الحديث لعقد الالتزام (عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT)، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهدين، مج ٨، الطبعة ١٣، سنة ٢٠١٥م.
١٤. مالك حمد محمود ابو نصير، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وأثره على الاقتصاد الوطني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، الجمعية العلمية للبحوث والدراسات الاستراتيجية، العدد ٢، السنة ٦، ٢٠١٦م.
١٥. مجدي موريس نخلة، في التجربة المصرية في مجال إنشاء المطارات بنظام B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ١٦، ١٤ نوفمبر ١٩٩٩.
١٦. محمد أحمد كرواد، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B O T ودورها في التنمية، مجلة البحوث القانونية، كلية القانون، جامعة مصراته، ليبيا، السنة (٣)، العدد (٢)، أبريل، ٢٠١٦م.
١٧. نورة سعداني، الاستثمار وفق عقد البوت، مجلة القانون والمجتمع، العدد (١٠)، ديسمبر ٢٠١٧م.
١٨. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي نوفمبر، ١٩٩٩م.

خامساً: المراجع الأجنبية:

1. Well (p) droit international public et droit achinist stating mélanges.trotabas.
2. Le boulaner (ph) :les contracts enter etats et enter prises etrangers,ed .econoniaea,1985.
3. De forges jeaumiche –droit administrating .5e edition,p.u.f,1994.

فهرس المحتويات

المطلب الأول: صفة عقد البوت	٤
الفرع الأول: آراء الفقهاء حول طبيعة عقود البوت	٥
الفرع الثاني: عقد البوت في ظل التشريع الأردني	١٤
الفرع الثالث: الآثار القانونية لعقد البوت (BOT)	٢٠

المطلب الثاني: أشكال عقود البوت ومميزاتها وعيوبها	٢٣
الفرع الأول: أشكال عقود البوت B.O.T	٢٣
الفرع الثاني: مميزات وعيوب ومخاطر عقود البوت	٢٩
المطلب الثالث: تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود	٣٢
الفرع الأول: خصائص عقود البوت	٣٢
الفرع الثاني: نماذج لمشروعات البوت BOT والمخاطر المالية والاقتصادية الناتجة عنها	٣٧
الخاتمة:	٣٩
قائمة المراجع:	٤٢
فهرس المحتويات:	٤٧