

**التزامات الإدارة غير المالية في
عقد البناء والتشغيل
ونقل الملكية (B.O.T)
”دراسة مقارنة“**

محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق

د. ماجد ملفي الديحاني
أستاذ القانون العام المساعد
أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية
دولة الكويت
E-mail: majedmelfi@gmail.com

التزامات الإدارة غير المالية في عقد البناء

والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

”دراسة مقارنة“

د. ماجد ملفي الديحاني

أستاذ القانون العام المساعد

أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية - دولة الكويت

الملخص

ينتج عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) المبرم بين الإدارة وشركة المشروع، عددٌ من الالتزامات تقع على عاتق الإدارة القيام بها، وهي مفروضة على الإدارة بموجب هذا العقد، وتتمثل هذه الالتزامات بأنها التزامات مالية، والتزامات غير مالية وهي موضوع بحثنا. فقد تناولنا في هذا البحث تعريف عقد الـ B.O.T، وأنواعه، والطبيعة القانونية له، كما قمنا بالتطرق للإطار الدستوري والتشريعي لعقد الـ B.O.T، ثم بحثنا أخيراً التزامات الإدارة غير المالية، حيث قمنا بتقسيم هذه الالتزامات إلى التزامات إدارية والتزامات تشريعية. وأخيراً خرج هذا البحث بعدة توصيات، ومن أهمها أننا نوصي بضرورة أن يضع المشرع البحريني قانوناً ينظم التعاقد بنظام الـ B.O.T أسوة بالمشرع المصري والكويتي، وتماشياً مع توصيات دليل اليونسسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، ومع توصيات البنك الدولي ومنظمة اليونيدو، وذلك كله بهدف تطبيق إستراتيجية التنمية المستدامة ٢٠٣٠ التي تبنتها الأمم المتحدة، وأقرتها معظم دول العالم ومن بينها مملكة البحرين، وذلك لتحقيق الاستدامة في مختلف القطاعات.

Non- financial Management Obligations in Agreement, Administrative Management Obligations, Legislative Management Obligations (B.O.T) "Comparative Study"

Dr. Maged Malfy Aldayhani

Assistant Professor of Public Law

Police College of Saad Al-Abdullah Academy for Security Sciences in the State of Kuwait

Abstract

Build-Operate-Transfer (BOT) Contract entered between the management and the project company results a number of obligations that the management has to implement and is imposed on the management under this contract. These obligations are financial liabilities and non-financial obligations, the subject of our research.

In this study, we discussed the definition of the Build-Operate-Transfer (BOT) Contract, its types and legal nature. We also discussed the constitutional and legislative framework of Build-Operate-Transfer (BOT) Contract. Finally, we discussed the non-financial management obligations, which we have divided into administrative obligations and legislative obligations.

Finally, this study had been concluded with several recommendations. The most important of which is that; the Bahraini legislator should develop a law regulating the BOT contracting system, similar to the Egyptian and Kuwaiti legislators and in line with recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects and recommendations of the World Bank and UNIDO, in order to implement the Sustainable Development Strategy 2030 adopted by the United Nations (UN) and endorsed by most countries in the world, including Kingdom of Bahrain, to achieve sustainability in various sectors.

Keywords: Non- financial Management Obligations in (B.O.T) Agreement
Administrative Management Obligations Legislative Management Obligations

المقدمة

تهدف الدولة من إبرام عقود البوت (B.O.T) إلى تحقيق عدة غايات ذات أهمية كبيرة دون أن تتكبد أي نفقات - حيث تحرص على إنجاز مشروعات قومية ذات أهمية اقتصادية دون أن تثقل ميزانيتها، وتسعى إلى تشجيع القطاع الخاص، وجذب الاستثمارات الأجنبية لدفع عجلة الاقتصاد القومي وتحقيق التنمية، وتسعى إلى تشغيل الأيدي العاملة عن طريق تشجيع إقامة مشاريع عملاقة تستوعب أكبر عدد من العمالة الوطنية، كما ترمي إلى رواج سوق الأوراق المالية وانتعاش المضاربة على الأسهم مما يصب في جانب الأصول من ميزانية تلك الشركات ويساعد على انتعاشها.

وإذا كانت عقود البوت تحقق للدولة كل تلك الأهداف وأكثر منها دون أن تتحمل ميزانيتها الأعباء المالية المترتبة على هذه المشاريع ويساهم في تحقيق التكامل بين القطاع العام والخاص، إلا أنه ليس معنى ذلك أن عقود البوت لا ترتب التزامات في مواجهة الحكومة (الإدارة) فهي عقود ملزمة للجانبين بمعنى أنها ترتب حقوقاً والتزامات متبادلة لكل طرف من أطراف هذه العقود.

فهي ترتب حقوقاً لمصلحة جهة الإدارة كما تلقي على كاهلها بالعديد من الالتزامات منها التزامات ذو الطبيعة الإدارية تتمثل بالتزامها بتنفيذ العقد بحسن نية، والتزامها في حصول شركة المشروع على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل مشروع B.O.T. هذا بالإضافة إلى التزامات ذو طبيعة تشريعية تقع على عاتق الإدارة، تتمثل بالتزامها بعدم مصادرة أو تأميم مشروع B.O.T، والتزامها بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع B.O.T.

أهمية البحث

نرجع أهمية اختيارنا وتناولنا لموضوع هذا البحث للأسباب التالية:

١- أن عقود B.O.T هي الوسيلة المثلى التي استطاعت أغلب الدول أن تحقق بها إشباع الحاجات العامة المجتمعية اللامتناهية، وإضافة مشاريع ضخمة إلى مواردها دون أن تتحمل أية أعباء مالية تثقل كاهلها.

٢- أن البحث يقوم باستعراض التجربة الكويتية في عقود B.O.T بسلبياتها وإيجابياتها، خاصة أن المشرع الكويتي أصدر قانوناً خاص بنظام B.O.T في سنة ٢٠٠٨ وبعد مرور ٦ سنوات من تطبيقه تم إلغائه لعدم نجاحه وأصدر قانون جديد في سنة ٢٠١٤ لتلافي عيوب القانون السابق، ونقل هذه التجربة للمشرع البحريني والمختصين بذلك للوقوف عليها والاستفادة منها، خاصة في ظل عدم وجود قانون خاص لنظام B.O.T في البحرين، وأيضاً في ظل التشابه الكبير في

النواحي الاقتصادية والاجتماعية والقانونية بين الكويت والبحرين.

٣- أن هذا البحث يساهم بشكل كبير في الخطة التطويرية ٢٠١٦ - ٢٠٢١ التي تبنتها جامعة البحرين، من خلال عقود B.O.T كأسلوب حديث يتواءم مع متطلبات سوق العمل البحريني، ويساهم في تطوير وتنمية الاقتصاد البحريني من خلال إنشاء المشاريع الضخمة للبنى التحتية والمرافق العامة الحيوية.

٤- أن هذا البحث يساعد على خلق بيئة قانونية منظمة ومواكبة للخطة التطويرية، وذلك من خلال استعراض التجربة المصرية والكويتية في مجال عقود B.O.T، وتناول توصيات المنظمات الدولية في مجال عقود B.O.T، مثل البنك الدولي، ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو)، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال)، وخاصة ما يتناوله دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، وذلك كله بهدف نقل هذه التجارب والتوصيات للمختصين بذلك في البحرين للوقوف عليها والاستفادة منها، خاصة أن هذه التجارب والتوصيات تتماشى مع استراتيجية التنمية المستدامة ٢٠٣٠ التي تبنتها الأمم المتحدة، وأقرتها معظم دول العالم ومن بينها مملكة البحرين، وأيضاً تساعد البحرين في تحقيق الاستدامة في مختلف القطاعات.

منهج البحث

لقد اعتمدت في هذا البحث على المنهج الوصفي في تناولي لتعريفات عقد B.O.T وبيان أنواعه، وكذلك اعتمدت على المنهج التحليلي في دراستي للطبيعة القانونية لعقد B.O.T، وكذلك في بيان التزامات الإدارة الإدارية والتشريعية، وهذا وأثرت أن يكون البحث مديلاً بالمنهج المقارن، وذلك لما له من فوائد عديدة، فهي تساعد على الاستفادة من خبرات وتجارب الدول المتقدمة والتي سبقتنا في تطبيق نظام B.O.T، هذا مع التركيز في هذه الدراسة على مصر والكويت والبحرين ومستشهداً بفرنساً.

خطة البحث

سوف نقسم موضوع البحث والدراسة إلى ثلاثة مباحث، حيث وجدت لزاماً عليّ قبول تناولي لموضوع البحث، أن أمهد لذلك بتناولي تعريف عقد B.O.T وأنواعه والطبيعة القانونية لعقود الـ B.O.T، ثم التطرق بعد ذلك للإطار الدستوري والتشريعي لعقد B.O.T، ثم البحث في التزامات الإدارة غير المالية في عقد B.O.T سواء الإدارية منها أو التشريعية، وذلك كله على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الثاني: الإطار الدستوري والتشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الثالث: التزامات الإدارة غير المالية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الأول

ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

تكتسب عقود البوت أهمية خاصة، فهي تكفل للدولة تقديم الخدمات العامة وفقاً لخططها التتموية دون التقيد بقدرة موازنتها العامة، فيحمل القطاع الخاص على عاتقه - ودون الرجوع للدولة - مسؤولية توفير التمويل اللازم لتصميم وإنشاء وتشغيل وتحديث وصيانة المرافق العامة ومشروعات البنية الأساسية التي تحتاج إلى تمويل ضخم تعجز عنه ميزانية الدولة، فلقد أثبتت الدراسات التطبيقية التي أجريت على عينة من الدول النامية والمتقدمة، أن كل زيادة في رصيد الدولة من البنية التحتية بنسبة (١٪) يصاحبها زيادة في الناتج المحلي الإجمالي بنفس النسبة تقريباً^(١).

واكتسبت عقود B.O.T زخماً حقيقياً في فترة التسعينات من خلال عدة مشروعات شهيرة مثل الطريق ٩١ في ولاية كاليفورنيا (California's State Road 91) والطريق الأخضر في ولاية دلاس (Dulles Green Way)، ونفق بحر المانش (The Channel Tunnel) الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا، إلى جانب مشروعات عديدة في اليابان وأندونيسيا وتايلند^(٢).

وبذلك فقد أنتشر هذا النوع من العقود وبشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة، وعليه فسوف نتطرق إلى تعريف عقد B.O.T، ولأنواع العقود المبرمة طبقاً لنظام B.O.T، ولطبيعته القانونية، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: أنواع العقود المبرمة طبقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

(١) د. عبدالقادر محمد، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٣١.

(2) Claire L Felbinger, Build, Operate, Transfer: Paving the way for Tomorrow's Infrastructure, American Planning Association, Journal of the American Planning Association, Chicago: summer 1998. Vol. 64, Iss. Three; P22.

المطلب الأول

تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

إن مصطلح البوت (B.O.T) هو اختصار لثلاثة اصطلاحات باللغة الإنجليزية (- Build Operate - Transfer) أي البناء والتشغيل ونقل الملكية، بمعنى أن تعهد الحكومة أو إحدى الوزارات أو إحدى الجهات الإدارية إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو مشتركة، بإنشاء مرفق عام لإشباع حاجة عامة يحتاجها الجمهور كالطرق والمواصلات والمطارات والكهرباء والموانئ والاتصالات... إلخ، وذلك على حساب الشركة بنفقات من عندها (الإنشاء Build) ثم تتولى الشركة إدارته وتشغيله وتؤدي الخدمة لجمهور المنتفعين خلال مدة معينة وبشروط معينة، وذلك تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها (الإدارة والتشغيل Operate)، ثم تنقل الشركة ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة (نقل الملكية Transfer) (٢).

كما أن المنظمات الدولية التي تعني بالاقتصاد والتنمية في العالم، مثل اليونيدو واليونسيترال والبنك الدولي، قد حرصت على وضع تعريف لعقد B.O.T، فقد عرّفت منظمة اليونيدو (منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية) عقود B.O.T من خلال الدليل المنشور عام ١٩٩٦ (B.O.T guidelines 1996) بأنه: «اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، ويتولى هذا الشخص إدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، حتى يتمكن من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل وعائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة المحددة يلتزم الشخص الخاص بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى أي شخص جديد، يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة» (٤).

وقد عرّفت أيضاً لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (اليونسيترال) عقد البوت (B.O.T) بأنه «شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات، وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع

(٢) د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٩٨.

(٤) انظر النص الكامل للدليل الإرشادي لمنظمة اليونيدو (B.O.T guidelines 1996) على الموقع التالي:

واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة»^(٥).

كما عرّف البنك الدولي عقد البوت (B.O.T) «البناء - التشغيل - النقل شكل من أشكال الامتيازات يقصد به عادة المشروعات الجديدة كلية وهو أن يقوم طرف خاص أو اتحاد شركات (كونسورتيوم) بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مرفق ما لفترة محددة وبعد ذلك ينقل المرفق إلى الدولة أو إلى هيئة عامة أخرى»^(٦).

المطلب الثاني

أنواع العقود المبرمة طبقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

تنقسم مختلف أنواع المشاريع بوصفها مشاريع بنية تحتية مموله من القطاع الخاص إلى فئات عديدة تبعاً لمشاركة القطاع الخاص أو ملكيته للبنية التحتية وأهم هذه الأنواع هي كالتالي:

أولاً: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T):

كما سبق أن أوضحنا فإن مصطلح B.O.T هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هي (Build - Operate - Transfer) وتعني البناء، التشغيل، نقل الملكية، وفي هذا الشكل تقوم شركة المشروع ببناء أو تشييد المشروع ثم تشغيله ثم نقل ملكية المشروع بعد نهاية مدة الالتزام والتي يتم الاتفاق عليها سلفاً^(٧).

ثانياً: عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T):

مصطلح الـ B.O.O.T هو اختصار لأربع كلمات إنجليزية هي:

Build - Ownership - Operate - Transfer وتعني: البناء، التملك، التشغيل، نقل الملكية.

وفي هذا النوع أو الشكل يقوم المستثمر (وطني أو أجنبي) بإنشاء مشروع على نفقته الخاصة وتملك عناصره خلال فترة العقد على أن يتولى إدارة المشروع فترة معينة من الزمن تحت إشراف الدولة أو أحد إداراتها، وفي نهاية مدة العقد يلتزم المستثمر بنقل ملكية المشروع إلى الدولة في حالة جيدة صالحة للتشغيل^(٨).

(٥) د. محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية ومقومات نجاحها في مصر، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ١٤ - ١٦ نوفمبر ١٩٩٩، ص ٢.

(٦) البنك الدولي، تقرير التنمية، البنية التحتية من أجل التنمية، ١٩٩٤، ص ٩، المشار إليه لدى د. أبو بكر النعمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، (عقود البوت B.O.T وعقود الشراكة PPP)، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ١٨.

(٧) د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٦، ص ٤٩.

(8) Corbett, E, The Elements of B.O.T, a paper presented to international Bar Association 26 the Biennial Conference Berlin, (20-25) October (1996), P. 13.

ثالثاً: عقود التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T):

مصطلح الـ M.O.O.T هو اختصار لأربع كلمات إنجليزية هي على الترتيب:

Modernize – Own – Operate – Transfer وتعني التحديث، التملك، التشغيل، نقل الملكية.

وفي عقد الـ (M.O.O.T) يتعهد المستثمر الخاص بتحديث إحدى المرافق العامة أو أحد مشروعات البنية الأساسية وتطويره تكنولوجياً وفقاً لأحدث المستويات العالمية، ويصبح مالِكاً للمشروع ويتولى تشغيله خلال فترة الامتياز، ثم يتنازل عن ملكيته للحكومة في نهاية هذه الفترة دون مقابل وبطبيعة الحال يحصل المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع طوال فترة الامتياز^(٩)، فالمشروع هنا موجوداً ابتداءً، والمستثمر الخاص لا ينشئه وإنما تقتصر مهمته على تطويره تكنولوجياً في مقابل أن يمتلكه لفترة يتولى خلالها إدارته، على أن يحوّل المشروع بما وصل إليه من تطور في نهاية مدة الامتياز إلى الدولة^(١٠).

رابعاً: عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O):

مصطلح الـ B.O.O هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هي على الترتيب:

Build – Ownership – Operate وتعني البناء، التملك، التشغيل.

وفي هذا النوع تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه وتشغيله طوال مدة الامتياز، وبعد انتهاء مدة الامتياز يتم تجديد الامتياز أو ينتهي العمر الافتراضي للمشروع، أو تدفع الدولة تعويضات للملاك في حصص الملكية وفق نظام تقييم أصول وخصوم المشروع، ويحق للحكومة بعد ذلك التعاقد مع آخرين على إدارة المشروع من خلال عطاءات مقدمة يتم اختيار أفضلها، وفي كافة الحالات تحصل الحكومة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح الامتياز ودعمه أمام الجهات المختلفة^(١١).

خامساً: عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O):

مصطلح الـ (B.T.O)، هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هي على الترتيب:

Build – Transfer – Operate وتعني: البناء، نقل الملكية، التشغيل.

ويقصد بهذا النوع من العقود هو أن تتعاقد الحكومة مع مستثمر فرداً كان أو شركة خاصة لبناء مشروع أو مرفق عام ثم يتخلى عن ملكيته للحكومة التي تبرم معه عقد آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل وبذلك تصبح الحكومة مالكة

(٩) د. جيهان حسن، عقود البوت (B.O.T) وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٢٢.

(١٠) د. أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص ٣٦٠.

(١١) د. أحمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص ٤٣ وما بعدها.

ابتداء وليس في نهاية مدة الامتياز كما هو الحال في عقد الـ B.O.T.^(١٢).

سادساً: عقود البناء والتأجير ونقل الملكية (B.L.T):

مصطلح الـ B.L.T هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية وهي على الترتيب:

Build – Lease – Transfer وتعني: البناء، التأجير، نقل الملكية.

وفي هذا الشكل يقوم المستثمر بتصميم المشروع وبنائه ثم تقوم الحكومة بتأجير المشروع له خلال فترة زمنية محددة بعدها تؤول ملكية المشروع إلى الحكومة، ويحصل المستثمر الخاص على إيرادات المشروع خلال تلك الفترة، على أن يتم تسديد القيمة الإيجارية المتفق عليها في التعاقد بين الطرفين طوال مدة الامتياز^(١٣).

المطلب الثالث

الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

إن العقود المماثلة لعقود البوت في فرنسا، هي عقود تفويض المرفق العام وهي التي تعهد فيها الدولة إلى جهة أخرى، تكون عادة شخصاً من أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق من المرافق العامة وأهمها عقد التزام المرفق العام، عقد إيجار المرفق العام، مشاطرة الاستغلال، وعقد الإدارة وقد عرف القانون الفرنسي هذه العقود منذ زمن بعيد، وبالأخص في عام ١٩٩٢ نظم المشرع الفرنسي العقود التي يكون موضوعها إدارة المرافق العامة تحت مسمى: عقود تفويض المرفق العام، واعتبرها جميعاً عقود إدارية بنص القانون، وذلك وفقاً لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(١٤).

أما في مصر فقد تعددت الآراء الفقهية التي قيلت حول الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، حيث ذهب البعض إلى اعتبار عقود الـ B.O.T من قبيل العقود الإدارية، في حين ذهب البعض الآخر إلى اعتباره من قبيل عقود القانون الخاص^(١٥).

(١٢) د. ياسر الصيرفي، النظام القانوني لعقد الـ B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٨، ص ٣٣.

(١٣) د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٤.

(١٤) د. يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة (القرار الإداري - العقد الإداري)، الكويت، كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٢، ص ٥٥ وما بعدها.

كذلك انظر: د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٥ وما بعدها.

(١٥) ظهر في الفقه المصري ثلاث اتجاهات بشأن الطبيعة القانونية لعقود الـ B.O.T، ذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار جميع هذه العقود من العقود الإدارية، وذهب الاتجاه الثاني إلى اعتبارها جميعاً من عقود القانون الخاص، وذهب اتجاه ثالث إلى عدم إعطاء حكم واحد بشأن الطبيعة القانونية لهذه العقود، وتطبيق القواعد العامة على تكييفها، بحيث لا يعتبر العقد إدارياً إلا إذا توافرت فيه الشروط الثلاثة التي استقر القضاء الإداري عليها.

انظر بشأن الاتجاه الأول، الذي يسبغ صفة العقد الإداري على عقود الـ B.O.T:

ومن ثم فإننا رأينا عرض كل الآراء المتعددة التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T. وتقسيم هذه الآراء إلى الاتجاهات الثلاثة في الأفرع الثلاثة التالية:-

أولاً: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ذو طبيعة خاصة (تكييف كل عقد على حدة):

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T. من الصعب وضعها تحت إطار قانوني محدد، أو إسباغ طبيعة معينة على هذه العقود سواء كانت مدنية أو إدارية، وذلك لتعدد هيكلها التعاقدية وصورها واختلاف العناصر والشروط التي يمكن أن يشتمل عليها كل عقد. وبالتالي يكون من المستحيل وضع تكييف واحد ينطبق جملة واحدة على كافة عقود B.O.T.، وأنه من الأفضل بحث كل حالة على حده للوقوف على الطبيعة القانونية لكل عقد وذلك في ضوء ما ورد بهذا العقد من ملاسبات وعناصر وشروط^(١٦).

ثانياً: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود القانون الخاص:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أقرب إلى عقود القانون الخاص منها إلى عقود القانون العام، وبالتالي فهي تعتبر من قبيل عقود الإدارة الخاصة والتي تخضع لقواعد القانون الخاص سواء القانون المدني أو القانون التجاري وإنها لا تخضع بالتالي لقواعد القانون الإداري، وذلك لأن هذه العقود شأن عقود الاستثمار لا تقبل بحسب طبيعتها أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية، فمتطلبات التجارة الدولية وتشجيع الاستثمار تقتضي أن تنزل الدولة في تعاقداتها منزلة الأفراد العاديين، فمثل هذه العقود لا تقبل أن تتميز الإدارة بالسلطات

د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٨٢.

د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T.، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٩٠.

د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٥٢.

د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٠١.

وانظر بشأن الاتجاه الثاني، الذي يعتبر عقود B.O.T. من عقود القانون الخاص:

د. محمد قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام B.O.T.) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام B.O.O.T.)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨.

د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٤٤.

وانظر بشأن الاتجاه الثالث الذي يعتبر عقد B.O.T. إدارياً إذا توافرت فيه شروط العقد الإداري:

د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولأبحاثه التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T.، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٢، ص ٨٢.

د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٨٨.

التي تميزها في العقود الإدارية^(١٧).

ويستطرد أصحاب هذا الرأي في القول بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تخلو من الشروط الاستثنائية غير المألوفة والتي تعد أهم أركان العقد الإداري، حيث أنها تبرز ما تتمتع به الإدارة من سلطات استثنائية كفسخ العقد وتعديله بالإرادة المنفردة، وأنه لا يشفع لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أن يتصل نشاطها بمرفق عام أو أن تكون جهة الإدارة طرفاً فيها حتى يمكن إضفاء الطبيعة الإدارية عليها، وإنما يظل العقد مدنياً أو تجارياً^(١٨).

هذا وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في فرنسا يمكن أن تكون عقود إدارية تخضع للقانون الإداري، أما في مصر، فإن هذه العقود تعتبر عقوداً مدنية تخضع لقواعد القانون المدني، وقد استند هذا الرأي على اختلاف المعيار المميز للعقد الإداري في مصر عنه في فرنسا. ففي حين يشترط القضاء الإداري في مصر توافر اجتماع معايير ثلاثة هي: أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام. فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي بأحد هذه العناصر، لإسباغ الصفة الإدارية على العقد، ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطاً استثنائية، فإنها تكون مدنية في مصر وإدارية في فرنسا نظراً إلى اتصاله بنشاط مرفق عام، أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفاً فيه^(١٩).

فالقضاء الإداري في مصر يستلزم ضرورة توافر العناصر الثلاثة مجتمعة المميّزة للعقد الإداري وهي وجود الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام^(٢٠).

وأما بالنسبة إلى الوضع في الكويت فقد حذا القضاء الكويتي حذو القضاء الإداري المصري حيث يستلزم ضرورة توافر اجتماع العناصر الثلاثة المميّزة للعقد الإداري السابق ذكرها^(٢١).

هذا وقد سلك أيضاً القضاء البحريني مسلك القضاء الإداري المصري والكويتي، حيث يستلزم ضرورة توافر اجتماع العناصر الثلاثة المميّزة للعقد الإداري السابق ذكرها^(٢٢).

(١٧) د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ٦٤.

(18) SAMY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction menés selon al formule B.O.T (Build, Operate, Transfer) droit égyptien – droit français, thèse, Paris I, 2000, P. 263.

(١٩) د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

(٢٠) وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر على ذات المعنى في حكمها الصادر في ١٩٦٢/٢/٢١، انظر: الطعن رقم (٨٨٩)، السنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٢/٢١، المشار إليه لدى د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٩٧.

(٢١) وهذا ما سلكته محكمة التمييز الكويتية في حكمها في الطعن رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٧ تجاري، بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٨، انظر: المستشار. ناصر الملا والمحمي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً من عام ١٩٨٢ حتى ١٩٩٩، إدارة الفتوى والتشريع، مطبعة ٢٥ فبراير، الكويت، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٣.

(٢٢) وهو ما ذهب إليه المحكمة الكبرى المدنية في مملكة البحرين وأكده بقرارها رقم (٦٧٢) لسنة ١٩٩٥ وذلك في الدعوى رقم

ونلاحظ من العرض السابق بشأن الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري، أنه على خلاف القضاء الإداري في مصر والكويت والبحرين الذي يتطلب توافر ثلاثة شروط في العقد لكي يكتسب الصفة الإدارية (وجود شخص معنوي عام، والارتباط بمرفق عام والشروط الاستثنائية)، فإن القضاء الفرنسي يعتبر العقود التي تبرمها الأشخاص العامة إدارية دائماً إذا تعلقت بإدارة المرفق العام.

ثالثاً: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الإدارية :

يذهب الرأي الغالب والراجح في الفقه سواء فقه القانون العام أو فقه القانون الخاص إلى القول بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعد من قبيل العقود الإدارية، وأنها ما هي إلا صورة حديثة لعقود الالتزام بالمرافق العامة، وما من شك في أن عقد الالتزام هو عقد إداري بطبيعته، ويعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعته الإدارية فقهاً وقانوناً وقضاءً، متى كانت الإدارة طرفاً فيه، واتصل بنشاط مرفق عام، وبالتالي فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتبر عقوداً إدارية تخضع للقانون الإداري والمحاكم الإدارية^(٢٣).

هذا ويستند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج وأسانيد مفادها أوصاف وأركان العقد الإداري في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية سواء من حيث أن الإدارة دائماً طرفاً فيها، وثانياً لأنها تتعلق بنشاط مرفق عام، وأنها ثالثاً تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد الخاصة، كما أنه إذا كان الوضع في فرنسا يكفي بتوافر شرطين من الشروط السابقة على أن يتوافر الشرط

(٦٧٢) لسنة ١٩٩٥، في جلسة ٢٠/١٠/١٩٩٥، هذا الحكم مشار إليه لدى المستشار. سعيد عبدالمطلب، تطبيقات القضاء البحري للقانون الإداري، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد التاسع، مايو ٢٠٠٠، ص ٢٨٤. وهو أيضاً ما انتهت إليه دائرة الشؤون القانونية بمملكة البحرين وأكده في فتوى لها وذلك في فتوى دائرة الشؤون القانونية، القاعدة ٥٧، المختار من فتاوى دائرة الشؤون القانونية، إصدارات دائرة الشؤون القانونية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢١٩ وما بعدها.

(٢٢) انظر في ذلك لكل من:

CHERIF YOUSSEF HELMY KHATER, le contrat de concession de service public ou B.O.T, en droit français et égyptien, etude compare de l'évolution contemporaine, these, Paris 1, 2004, P. 305.

د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٧٩.

د. محمد عبداللطيف، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٣٦.

د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٥٢.

د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ٢٨.

د. دويب حسين، عقود B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٨.

المستشار. محمود فهمي، عقود B.O.T وتكييفها القانوني، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦٥.

أ. خالد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩،

ص ٦٠.

الأول وهو ما يسمى بالمعيار العضوي (الشرط المفترض)، بمعنى ضرورة وجود الإدارة طرفاً فيها، ثم توافر أيّاً من الشرطين الآخرين. إلا أنه مع ذلك فإن الشروط الثلاثة الأخرى - كما يتطلب توافرها الفقه والقضاء الإداري في مصر - مكتملة ومتوافرة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية^(٢٤).

هذا ويترتب على تكييف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها عقود إدارية نتائج عديدة أهمها خضوع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لقواعد وأحكام القانون الإداري، وبالتالي من حق الجهة الإدارية استخدام السلطات والمزايا التي يقرها لها القانون الإداري دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، حيث أن هذه السلطات مستمدة من القانون مباشرة مثال سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة، وسلطة الإدارة بالتنفيذ المباشر على حساب المتعاقد معها^(٢٥)، كما يترتب أيضاً على الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أثراً أخرى من ناحية الاختصاص القضائي، حيث يكون الاختصاص لمحاكم مجلس الدولة في مصر بنظر منازعات هذه العقود، كما يختص بمراجعتها إذا زادت قيمتها عن خمسة آلاف جنية مصري، وتختص الدائرة الإدارية في القضاء الكويتي وليس المحاكم العادية بنظر المنازعات المتعلقة بها ما دامت ذات صفة إدارية ولم يحتو العقد على نص يقضي بالتحكيم فيها^(٢٦).

هذا ونؤيد رأي الأغلبية من فقهاء القانون سواء الخاص أو العام وهو الرأي المؤيد للطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية المتعلقة بمشاريع البنية الأساسية والتي تقوم بإبرامها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع شخص خاص لأجل إنشاء وتشغيل مرفق عام لتحقيق منفعة عامة في مقابل رسوم يقوم بتحصيلها الشخص الخاص على أن يعيد المرفق العام في نهاية مدة العقد الطويلة نسبياً إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة^(٢٧).

وللتدليل على صحة وسلامة هذا الرأي المؤيد للطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، بأنه إذا قمنا بمراجعة لبعض عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي قامت بإبرامها الحكومتان الكويتية والمصرية، سنعثر على العديد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة، والتي يكفي وجود أحدها لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود، ومن أمثلة ذلك في مصر العقود

(٢٤) د. جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، رسالة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ص ٢٠٠ وما بعدها.

(٢٥) أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٧١.

(٢٦) أ. مرسل الماجدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وطرق تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص ١٧٨.

(٢٧) د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١١٦.

كذلك انظر: د. مصطفى محمود عفيفي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة نظرياً بالنظام القانوني لعقود القانون الخاص وتطبيقاً بالوسائل القضائية لتسوية المنازعات العقدية، مطبعة البحيرة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٠٩.

كذلك انظر: د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٥٤.

التي أبرمت في مجال المطارات والموانئ، كعقد شركة كهرباء سيدي كرير ومطار مرسى علم، حيث يوجد بها شروط استثنائية تتمثل فيما يلي:

١. أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تمنح الإدارة سلطة الإشراف والمراقبة على المشروع طوال فترة تشييده واستغلاله^(٢٨).

٢. أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تمنح الحكومة (الجهة الإدارية) الحق في توقيع جزاءات في مواجهة المتعاقد الآخر عند إخلاله بالتزاماته العقدية كفرض غرامات تأخير^(٢٩).

وأيضاً للتدليل على صحة وسلامة هذا الرأي المؤيد للطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، هو ما حدث في الكويت عندما قامت حكومة الكويت بالتدخل بسحب الأراضي التي قدمتها للمستثمرين بموجب عقود البوت B.O.T وذلك للمصلحة العامة، وهذا ما يؤكد الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة ويشكل شرطاً استثنائياً غير مألوفاً يثبت الطبيعة الإدارية لهذه العقود^(٣٠).

وبناءً على ما تقدم نرى أن عقود الـ B.O.T هي عقود إدارية ومن عقود القانون العام لأنه لو لم يكن كذلك ما كانت حكومة الكويت ومصر في حاجة إلى إصدار تشريعات تستثنيه من الخضوع لقواعد عقد التزام المرافق العامة الذي هو بحكم طبيعته عقد إداري.

وأما بالنسبة إلى الوضع في مملكة البحرين، فقد قمت بالإطلاع والبحث من خلال هيئة التشريع والافتاء القانوني، وتوصلت إلى أنه لا يوجد تشريع أو قانون ينظم التعاقد بنظام الـ B.O.T مثل مصر والكويت وغيرها من الدول التي طبقت نظام الـ B.O.T، وتجدر الإشارة إلى أنه صدر المرسوم بقانون رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٦ بشأن منح حق امتياز تشغيل وإدارة ميناء سلمان، ومنح حق امتياز تشغيل وإدارة وتطوير ميناء خليفة بن سلمان، والذي تضمن على اتفاقيات الامتياز، فالعقدان هما من عقود الامتياز - طالما توافرت فيهما الشروط الثلاث المميزة للعقد الإداري - التي تعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعتها الإدارية فقهاً وقانوناً وقضاء كما أشرنا لذلك سابقاً^(٣١).

(٢٨) وهو ما نصت عليه م (١٥) من عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين الدولي بنظام الـ B.O.T، نشر هذا العقد بالوقائع المصرية، بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٨، العدد رقم ٢٦٤.

وانظر خصوصاً مماثلة في عقدي مطاري مرسى علم ورأس سدر الدوليين والعقود الثلاثة منشورة في الوقائع المصرية بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٨، العدد رقم ٢٦٤ تابع وتابع (أ) وتابع (ب).

(٢٩) وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٤) من عقد مطار العلمين السابق الإشارة إليه.

(٣٠) انظر: د. عصام البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٣٢.

(٣١) نشر بالجريدة الرسمية (البحرين)، العدد ٢٧٦٦، بتاريخ ٢٢ نوفمبر ٢٠٠٦.

كذلك أنظر: أ. زهير حسن مكي سلمان، دور الجهة الإدارية المشتريّة في إجراءات المناقصة وإبرام العقد الإداري وفقاً للتشريع البحريني وفي واقعه التطبيقي، ورقة عمل مقدمة لندوة القضاء الإداري والعقود الإدارية، المنعقدة، القاهرة، ٤-٨/نوفمبر/٢٠٠٧، ص ٢٥.

ونرى أن المشرع البحريني بإصداره للمرسوم السابق ذكره بشأن العقدين السابقين، يعطي مؤشراً إيجابياً في إمكانية إصدار قانون ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، وذلك بسبب أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية - طالما توافرت فيه الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري - فإنه يعد من قبيل العقود الإدارية، وأنها ما هي إلا صورة حديثة لعقود الالتزام بالمرافق العامة المماثلة لعقد امتياز تشغيل وإدارة ميناء سلمان ولعقد امتياز تشغيل وإدارة وتطوير ميناء خليفة بن سلمان، وكما نرى أيضاً أنه من الضروري أن يقوم المشرع البحريني بوضع قانون خاص لعقود B.O.T، وذلك من خلال إلقاء الضوء والنظر والاستفادة من تجارب وقوانين الدول الأخرى التي أخذت بنظام B.O.T، وذلك لجذب المستثمرين من الخارج للاستثمار في مملكة البحرين، وأيضاً ما تشهده مملكة البحرين من تطور شامل في مجال البنى التحتية والعمران ونقل التكنولوجيا وطلب الخدمات وغيرها من المجالات الأخرى التي تحتاج فيها إلى مشاركة القطاع الخاص ممن تتوافر لديهم رؤوس الأموال والخبرات والتكنولوجيا المتقدمة لتشغيل هذه المشاريع.

المبحث الثاني

الإطار الدستوري والتشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

يعتبر الإطار الدستوري والتشريعي الأساس الذي يستمد منه أي عقد قوته القانونية وشرعيته، التي تجعل محتوى هذا العقد جديراً بالتنفيذ، وإذا كان ذلك يصدق على كافة العقود، فإنه بالنسبة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أكثر أهمية، بالنظر لما لهذه العقود من أهمية كبيرة من حيث المنافع التي تترجى من إبرامها، واتصال عقود B.O.T بالاحتياجات الأساسية والضرورية لأفراد المجتمع، هذا إلى جانب إضفاء الشرعية على عقود ال-B.O.T، وعلى هدي ما تقدم سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:-

المطلب الأول: الإطار الدستوري لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: الإطار التشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول

الإطار الدستوري لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

في البداية يتعين استعراض القواعد الدستورية القائمة لتحديد ما إذا كانت بها ثمة قيود على تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من عدمه، وقد درجت أغلب الدساتير على معالجة خصخصة مشروعات البنية الأساسية، ففي مصر اتسمت التعديلات الدستورية التي جرت في

مارس ٢٠٠٧^(٢٢) بسمات أساسية أهمها أنه كان هدفها التصريح بإتباع نهج اقتصادي جديد وهو تبني التحرر الاقتصادي والمشاركة بين القطاعين العام والخاص، وتشجيع الاستثمار والتنمية الاقتصادية وحماية الملكية بأنواعها الثلاثة العامة والتعاونية والخاصة والتخلي عن اتخاذ الاشتراكية كمذهب، وبالتالي فلا مجال بعدئذ للقول بتعارض نظام الخصخصة وإسناد مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية للقطاع الخاص مع النهج الاشتراكي.

وبناءً على ما سبق نستنتج أن نصوص الدستور المصري لعام ١٩٧١ - بعد التعديلات الدستورية في مارس ٢٠٠٧ - تسمح بكافة أشكال مشاركة القطاع الخاص في الاستثمار في مشروعات البنية الأساسية وتمويلها وتشغيلها ومن بينها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، فلقد حرص الدستور المصري على حماية موارد الثروة الطبيعية للبلاد باعتبارها مورداً مهماً من موارد الدولة ليست ملكاً للأجيال الحاضرة فحسب بل يشترك في ملكيتها أجيال المستقبل، فنص صراحة في إفصاح جهير في المادة (١٢٢) على أن «يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...» ولذا يمكن القول - وبما لا يدع مجالاً للشك - بأن نص هذه المادة تشكل الإطار الدستوري لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، فعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتعلق بإنشاء وإدارة واستغلال مرافق عامة تؤدي خدمات عامة للجمهور مثل الموانئ أو المطارات أو محطات الكهرباء أو الطرق أو غيرها من المرافق الحيوية^(٢٣).

وأما في الكويت لم يختلف الوضع في الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢^(٢٤) عنه في الدستور المصري، حيث يعتبر الدستور المصري الصادر عام ١٩٢٣ المصدر التاريخي الذي استقى منه أحكامه دستور دولة الكويت الوحيد والدائم الصادر في (١١) نوفمبر ١٩٦٢^(٢٥).

حيث جاءت المادة (١٣٧) من الدستور المصري لعام ١٩٢٣ والتي ظلت تتعاقبها الدساتير المصرية فيما بعد هي مشابهة إلى حد كبير لما جاء في المادة (١٥٢) من الدستور الكويتي والتي تنص على أن «كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة»، وتتابع المادة (١٥٣) من الدستور الكويتي الأمر مقررة أن «كل احتكار لا يمنح إلا بقانون ولزمن محدود».

(٢٢) راجع الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ١٣ (مكرر)، بتاريخ ٢١/٣/٢٠٠٧.

(٢٣) د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «البوت»، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٢٤) دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ الصادر في ١٤ جمادي الثاني سنة ١٣٨٢ هـ الموافق ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢ م، وعمل به في ٢٩/١/١٩٦٣ م، منشور في مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخاص، الطبعة السادسة، ٢٠٠٢.

(٢٥) د. عثمان عبد الملك، النظام الدستوري الكويتي والسلطات السياسية، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٨٩، ص ١٧.

ويتضح لنا من خلال هاتين المادتين السابقتين أن الدستور الكويتي يتبنى مبدأ هاماً وحيوياً، حيث يؤكد أن الالتزام والاحتكار أدوات حيوية ومشروعة لتشجيع الاستثمار للثروات الطبيعية والمرافق العامة وفقاً لضوابط جوهرية أهمها:-

١- أن تكون الاحتكارات والالتزامات بالاستثمار لتلك الموارد والمرافق العامة بناء على صدور قانون فيها.

٢- اشتراط أن تكون هذه الاحتكارات والالتزامات لزمن محدود.

٣- أعمال مبدأ المنافسة والعلائية لجميع المستثمرين الذين لديهم القدرة على النهوض بمسئوليات عقد الالتزام.

وبناءً على ما سبق نرى أن عقود الامتياز بما فيها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، تجد سندها وأساسها فيما قرره المادتين ١٥٢، ١٥٣ من الدستور الكويتي.

وأما بالنسبة إلى مملكة البحرين فقد نصت المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين على أن:

أ- كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلائية والمنافسة.

ب- لا يمنح أي احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود»^(٣٦).

ونلاحظ أن المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين جاءت مشابهة إلى حد كبير لما جاء في

المادة (١٣٧) من الدستور المصري والمادتين (١٥٢) و (١٥٣) من الدستور الكويتي.

هذا ونرى أن عقود الامتياز بما فيها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، تجد أساسها وسندها

فيما قرره المادة (١١٧) من الدستور البحريني، ولذا يمكننا بنظرة شمولية لنص المادة (١١٧) من الدستور البحريني أن نقرر أنها تشكل الإطار الدستوري لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية طالما أنها أنصبت على أحد المرافق العامة أو أحد موارد الثروة الطبيعية.

وأما بالنسبة إلى الدستور الفرنسي فقد جاء على خلاف الوضع في مصر والكويت والبحرين،

حين نص صراحة على جواز الخصخصة وما يؤكد ذلك نص المادة (٩/٣٤) من الدستور الفرنسي

الصادر عام ١٩٥٨ «يحدد القانون القواعد المتعلقة بتأميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من

القطاع العام إلى القطاع الخاص»، وتطبيقاً لذلك، فقد قرر المجلس الدستوري في فرنسا أن تخلي

الدولة عن أغلبية رأس مال المشروع لا يمكن أن يتم إلا بقانون، وعليه نظم المشرع في فرنسا قانون

(٣٦) المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢، صدر الدستور البحريني في ١٢/٦/١٩٧٢، وتم تعديل الدستور

البحريني في ١٤/٢/٢٠٠٢، ونشر بالجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد ٢٥١٧، الموافق ١٤/٢/٢٠٠٢.

كذلك انظر: المرجع التشريعي لمجلس الشورى البحريني، الفصل التشريعي الثالث، ٢٠١٠ - ٢٠١٤، ص ٧٥.

بعقود تفويض المرفق العام ويندرج منها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) (٣٧).

المطلب الثاني

الإطار التشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

إن وضع إطار تشريعي مناسب يعد من أهم الشروط الأساسية لتهيئة بيئة معينة لتشجيع استثمار القطاع الخاص، ففي فرنسا يوجد تنظيم للعقود المماثلة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T والتي تعهد فيها الدولة إلى جهة أخرى تكون عادة شخصاً من أشخاص القانون الخاص بإدارة مرفق من المرافق العامة يطلق عليها عقود تفويض للمرفق العام وأهمها: عقد التزام المرفق العام، عقد إيجار المرفق العام، مشاطرة الاستغلال، وعقد الإدارة وقد عرف القانون الفرنسي هذه العقود منذ عهد بعيد، ولكن في عام ١٩٩٢ نظم المشرع الفرنسي العقود التي يكون موضوعها إدارة المرافق العامة تحت مسمى: عقود تفويض المرفق العام، وهي جميعها عقود إدارية (٣٨).

أما في مصر فالوضع مختلف لأنه يفتقر التنظيم التشريعي في مصر إلى قانون موحد في هذا الإطار، إذ توجد تعددية تشريعية غير مبررة، فلا يوجد تشريع شامل لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، وتتعدد التشريعات في هذا الإطار بحسب المرفق المعني، ويمكن إجمال أهم التشريعات الصادرة في شأن تنظيم مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر فيما يلي:-
أولاً: القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن التزام المرافق العامة المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية وتعديل شروط الامتياز حيث تعتبر أحكام هذه القوانين بمثابة الشريعة العامة التي تحكم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T ما لم يوجد نص خاص يقيدها، أو قانون خاص يحكم المشروع (٣٩).

ثانياً: التشريعات الخاصة الصادرة في شأن قطاعات محددة للاستثمار من تطبيق قانون التزامات المرافق العامة الصادر بالقانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ وهي كالاتي:-

١- القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ في شأن إنشاء هيئة كهرباء مصر (٤٠).

٢- القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ في شأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة والتي قسمت مادته الأولى الطرق إلى، طرق حرة، وطرق سريعة، وطرق

(٣٧) د. محمد عبداللطيف، الدستور الكويتي وخصخصة المرافق العامة وعقود المشاركة وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجوانب القانونية لأملالك الدولة، جامعة الكويت، كلية الحقوق، في ٢٠-٢١ مارس ٢٠٠٨، ص ١٢٠.

(٣٨) د. يسري العصار، المرجع السابق، ص ٥٥ وما بعدها.

(٣٩) القانون نشر بالوقائع المصرية، العدد ٦٩، بتاريخ ٢٤ يوليو سنة ١٩٤٧.

(٤٠) منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٥ مكرر (ب)، بتاريخ ١٩٩٦/٦/٣٠.

رئيسية وطرق إقليمية^(٤١).

٣- القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال

المطارات وأراضي النزول^(٤٢).

٤- القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموائئ التخصيصية المعدل بالقانون رقم (٢٢) لسنة

١٩٩٨^(٤٣).

وفي البداية لا بد من التنويه إلى أن هذه القوانين الأربعة السابقة هي قوانين استثنائية بمعنى أنها قوانين خاصة بالمجالات التي وردت فيها، فهي ليست قوانين عامة يمكن أن تنطبق على كل مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية، ولذلك فإن هناك بعض القطاعات مثل الصرف الصحي ومياه الشرب والبتروك ما زالت خاضعة لأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨^(٤٤)، وكما يلاحظ في القوانين الاستثنائية الأربعة السابق ذكرها، والتي تم بموجبها إقامة مشروعات في مجال مطارات مرسى علم والعلمين ورأس سدر، ومحطة سيدي كيرير وغيرهم أنها تضمنت سمات عامة تتمثل أهمها فيما يلي:-

١- أن منح الترخيص بامتياز المشروع يتم بموجب قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص، ولذلك فإن منح الالتزام أصبح من اختصاص السلطة التنفيذية ولم يعد من الضروري صدور موافقة السلطة التشريعية، كما أن الاختصاص بمنح الترخيص من مجلس الوزراء وليس بموجب قرار من رئيس الجمهورية كما كان معمولاً به في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧^(٤٥).

٢- أن هذه المشاريع تتقيد بمدة زمنية محدودة أقصاها تسع وتسعين سنة وينبغي أن يرد المشروع في نهاية المدة المحددة له إلى الدولة بحالة جيدة^(٤٦).

٣- أن طريقة إبرام تلك الاتفاقات المتعلقة بإقامة هذه المشاريع يحكمها قواعد القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المتعلق بالمنافسات والمزايدات العامة، وأهمها قواعد العلانية والمنافسة باعتبارها تضمن الشفافية وتكافؤ الفرص، ولذلك يتم طرح مشاريع البنية التحتية الأساسية في مناقصات عامة عالمية تقدم لها الشركات الوطنية والأجنبية على قدم المساواة^(٤٧).

(٤١) منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٧ مكرر، بتاريخ ١٤/٧/١٩٩٦.

(٤٢) منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ٦ مكرر، بتاريخ ٨/٢/١٩٩٧.

(٤٣) منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ١٧ مكرر، بتاريخ ٢٥/٤/١٩٩٨.

(٤٤) د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٩٢.

(٤٥) د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «البوت»، المرجع السابق، ص ١٦٦.

(٤٦) د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٤٧) نشر القانون بالجريدة الرسمية (مصر) بالعدد رقم (١٩) مكرر فيث ٨/٥/١٩٩٨.

وبناءً على ما تقدم نرى إلى أن الأمر يتطلب سرعة إصدار قانون موحد ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ويحدد الأسس والقواعد العامة التي تنظم وتحكم إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وبشكل يعكس الفلسفة الاقتصادية والتمويلية لهذه العقود.

وأما في الكويت فالقوانين المنظمة لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية هي كالتالي:-

أولاً: القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة^(٤٨)، وهو يحكم مسائل منح الالتزامات أو الامتيازات باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وبالتالي فهو يعد القانون الذي أحال إليه الدستور بموجب المادتين ١٥٢، ١٥٣ من الدستور الكويتي^(٤٩).

ثانياً: القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة في دولة الكويت (٥٠).

ثالثاً: قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص^(٥١).

تم إصدار القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي جاء بإلغاء أحكام القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة وتتمثل أهم التعديلات التي جاء بها هذا القانون فيما يلي:-

١- أنه عدّل اسم القانون إلى «الشراكة بين القطاعين العام والخاص» حيث يشمل كافة صور الشراكة، ويكون قابلاً لاستيعاب أي أنواع جديدة أخرى قد تنشأ نتيجة المستجدات والتطورات العالمية. (م رقم ١).

٢- رفعت مدة التعاقد كحد أقصى إلى ٥٠ سنة بدلاً من ٤٠ سنة في القانون الحالي وتحسب هذه المدة من تاريخ الانتهاء من أعمال البناء والتجهيز، وسبب الزيادة أن مشروعات البنية التحتية ذات طبيعة خاصة وتحتاج إلى فترات زمنية طويلة نسبياً حتى تكون جاذبة للمستثمر وذات جدوى اقتصادية. (م رقم ١٨).

٣- وضع القانون آلية فريدة من نوعها، تعد الأولى في العالم في كيفية تأسيس الشركات المساهمة التي تنشأ لتنفيذ مشروعات الشراكة، وذلك بهدف إتاحة الفرصة للمواطنين ليكونوا شركاء في هذه المشروعات، وبما يحقق توزيعاً عادلاً للدخل بين أطراف المجتمع ويضمن دخلاً إضافياً لهم، مع توفير حماية لهم ولمدخراتهم من المخاطر. (م رقم ١٠).

(٤٨) نشر في جريدة الكويت اليوم، العدد ١٣٢٤، السنة السابعة والعشرون، بتاريخ ٢١ ديسمبر ١٩٨٠.

(٤٩) سبق الإشارة لهاتين المادتين، في ص ١٣ من هذا البحث.

(٥٠) نشر هذا القانون في جريدة الكويت اليوم، العدد (٨٥٧)، السنة الرابعة والخمسون، في ٢٠٠٨/٢/١٠.

(٥١) نشر هذا القانون بجريدة الكويت اليوم، العدد ١١٩٧، السنة الستون، بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

أما بالنسبة للوضع في مملكة البحرين فهو على خلاف الوضع في الكويت حيث لا يوجد في البحرين تشريع أو قانون ينظم التعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية مثل مصر والكويت وغيرها من الدول التي طبقت هذا النظام^(٥٢).

ورغم ذلك، فإننا نرى بأن الوقت قد حان لكي يقوم المشرع البحريني بإصدار قانون خاص بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، خاصة في ظل وجود المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين^(٥٣)، والتي لا تمنع مثل إصدار هذا التشريع، بل تعتبر هذه المادة في رأينا أنها هي الأساس أو الإطار الدستوري لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وهي السند القانوني الذي يستند عليه المشرع البحريني في إصدار قانون ينظم B.O.T، هذا وبالإضافة أنه أصبح من الضرورة الملحة على المشرع البحريني إصدار قانون خاص ينظم عقود B.O.T، وذلك لما تشهده مملكة البحرين من نقلة تنموية شاملة في مجال البنى الأساسية، ونظراً لأن عقود B.O.T لها طبيعة خاصة، فهي لا تمثل عقداً واحداً، وإنما هي مجموعة من التعاقدات التي تتشابك مصالحها وتتعدد أطرافها، الأمر الذي يثير كثيراً من التساؤلات الاقتصادية والقانونية حول هذا النوع من العقود في ظل غياب تشريع موحد ينظم هذا النوع من العقود في مراحلها المختلفة، كما أن صدور تشريع خاص بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية من شأنه أن يؤدي إلى تأمين مصالح الدول والمستثمرين والأفراد على السواء.

المبحث الثالث

التزامات الإدارة غير المالية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

لا يكفي أن تلتزم الإدارة بتنفيذ العقد والوفاء بكامل بنوده في مواجهة المتعاقد معها، وإنما يجب أن تؤدي التزامات أخرى تكون لازمة لنجاح نظام البوت بصورة عامة، ولضمان تنفيذ آثار موجبات عقد البوت محل التعاقد بصورة خاصة^(٥٤). ولذلك عليها أن توفر المناخ والبيئة اللازمين للاستثمار الأجنبي والمحلي بأن تصدر القوانين التي تساعد على جذب الاستثمار، وأن تيسر الإجراءات، وأن تمنح مزايا وإعفاءات ضريبية وجمركية^(٥٥).

الأمر الذي يلزمها أن تمارس عملية البت في العطاءات والترسية في المناقصات بصورة محايدة ومستقلة ونزيهة لا يشوبها المحسوبية والفساد، هذا فضلاً عن أنه لا يجوز أن تكون مشروعات البوت مهددة بخطر التأميم أو المصادرة أو الاستيلاء عليها من قبل الغير من النافذين ورجال

(٥٢) انظر ما سبق بيانه في ص ١١، ١٢ من هذا البحث.

(٥٣) سبق تناول المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين، ص ١٣، ١٤ من هذا البحث.

(٥٤) د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام، رساله دكتوراه، المرجع سابق، ص ٢٢٥.

(٥٥) د. محمد بدران، نحو آفاق جديدة للخصخصة، المؤتمر الدولي عن مشروعات البوت B.O.T، مركز القاهرة للتحكيم الدولي، أكتوبر ١٩٩٧، ص ١٣٨.

الاقتصاد الذين أصبحوا يتحكمون من خلال وبواسطة مواقعهم السلطوية تلك في مقاليد الأمور، وسوف نقسم هذا المبحث المتعلق في تلك الالتزامات غير المالية للإدارة إلى مطلبين نخصص أحدهما لإلقاء الضوء على الالتزامات ذات الطبيعة الإدارية، ونفرد الآخر لتناول الالتزامات الإجرائية التشريعية الجاذبة للاستثمار والمشجعة على ارتياد المستثمرين لمشروعاته والخوض في غمارها في إطار من التسهيلات والضمانات التي تجنبهم الوقوع في مخاطرها أو التعرض لمحاذيرها، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التزامات الإدارة الإدارية.

المطلب الثاني: التزامات الإدارة التشريعية.

المطلب الأول

التزامات الإدارة الإدارية

تتمحور التزامات الإدارة الإدارية حول مسلكها التعاقدية الايجابية في مواجهة شركة المشروع، وذلك بالتزامها من ناحية بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، والتزامها من ناحية أخرى في حصول شركة المشروع على التراخيص اللازمة لتشديد وتشغيل مشروع الـ B.O.T، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول

التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الـ (B.O.T)

يتمثل مضمون هذا الالتزام في أنه التزام جوهري وتبادلي يقع على عاتق أطراف العقد، حيث تلتزم شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها بحسن نية، وأن أدائها لهذا الالتزام قد يتطلب منها تقديم خطابات ضمان من البنوك المعتمدة أو المقبولة من جهة الإدارة أو تقديم ضمانات مالية تتمثل في إيداع مبلغ مالي كوديعة أو خصم نسبة من مبالغ الرسم الذي يتم تحصيله مقابل الانتفاع وكل ذلك لكي تضمن الإدارة تنفيذ التزامات شركة المشروع لواجباتها بحسن نية، فيستقيم بذلك سير المرفق العام بانتظام واطراد^(٥٦).

وفي المقابل أيضاً أن هذا الالتزام لا يقتصر عبء الوفاء به على شركة المشروع وحدها، بل تلتزم به أيضاً جهة الإدارة المتعاقدة تلك التي ينبغي عليها أن تضرب المثل والنموذج الصحيح في تنفيذ الالتزامات بحسن نية، حيث أن شفافيتها ونزاهتها ومصداقيتها جميعها عناصر يتوقف

(٥٦) د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠٠٤، ص ٣٢١.

كذلك انظر: نص المادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٤٨) من القانون المدني المصري، والمادة (١٢٩) من القانون المدني البحريني، فجميع هذه المواد أقرت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

عليها حسن تنفيذ العقد وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، كما يترتب عليه جذب المزيد من الاستثمارات في المشروعات العملاقة المتعلقة بالبنية الأساسية^(٥٧)، ولذلك فإن الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، يعد مبدأ أساسياً من المبادئ العامة للقانون واجبة التطبيق في مجال الروابط العقدية، وكافة التصرفات القانونية أياً كان نوعها، ومردّه أن يجري تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه من شروط وبنود وبطريقة تتفق مع ما توجهه اعتبارات حسن النية في التعامل^(٥٨)، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر هذا المبدأ مقررّة أنه يعدّ أصلاً عاماً من أصول القانون يطبق على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية^(٥٩).

وأما فيما يتعلق بالتزامات الإدارة التي يفرضها مبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتها التعاقدية في عقود B.O.T بصفة خاصة، تكون من خلال التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ عقد الـ B.O.T بمجرد إبرامه، والتزام الإدارة بعد المنافسة في عقود الـ B.O.T.

فأما العمل على تنفيذ عقد الـ B.O.T بمجرد إبرامه، يعد ذلك التزاماً عاماً يقع على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة، بأن تنفذ جميع بنود العقد التي تخصها بحسن النية، وبالتالي لا يحق لجهة الإدارة التحلل من التزاماتها أو التناقص في تنفيذها في الموعد المحدد لتنفيذها، كما لا يجوز لها فسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات، وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على المعاني السابقة بقولها «أنه طبقاً لما تقضي به المادة (١٤٨) من القانون المدني، ينبغي تنفيذ العقد لما اشتمل عليه، وهذا مبدأ مسلم به في روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات وروابط القانون الخاص»^(٦٠).

وأما فيما يتعلق بالتزام الإدارة بعدم المنافسة في عقود الـ B.O.T، يكون من خلال التزامها عندما تمنح امتياز بإقامة مشروع من مشروعات الـ B.O.T ذات المردود الاقتصادي الكبير والتكلفة الباهظة بأن تحترم قواعد المنافسة، بمعنى ألا تقوم في ذات النطاق المكاني والزمني بمنح ذات الامتياز لشركة مشروع أخرى سواء بذات المزايا أو بمزايا أقل أو أكثر، لأنها يجب أن تهيئ الفرصة للمستثمرين في جني الرسوم التي تعوضهم عن إقامة المشروع، والاستيعاب بخسارة

(٥٧) د. أحمد رشاد، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٠٨.

(٥٨) د. خالد إبراهيم، الإطار التعاقدى لعقود الاستثمار (B.O.T)، ورقة عمل مقدمة في ندوة «عقود المشاركة وأثارها (PPP)»، المنعقدة في مصر، القاهرة، في أغسطس ٢٠٠٧، ص ٢٤٣.

(٥٩) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر الصادر في ١٩٩٣/١/٢٠، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠، مجموعة الأحكام ٢، ص ٩٣، والمشار إليهما لدى د. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة الـ B.O.T، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢٤٨، ٢٤٩.

(٦٠) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بجلسة ١٩٧٠/٤/١١، مجموعة أحكام السنة ١٥، ص ٢٦، المشار إليها لدى د. حمادة عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ١٦٧.

كبيرة عن منافسة مشاريع أخرى^(٦١)، وينبثق هذا الشرط من موجبات حسن النية في التعامل والعلاقات التعاقدية، التي توجب على طرفي العقد عدم اتخاذ إجراءات فردية من شأنها الإضرار بالمراكز القانونية لطرفي العقد وما نجم عنه من حقوق والتزامات، ويهيمن هذا الشرط على المشاريع الاقتصادية الكبيرة التي تتطلب منح القائمين عليها فرصة لاستغلال المشروع وتعويض ما تكبده من نفقات^(٦٢).

هذا ولا يجوز الإدعاء بأن ذلك يعد تشجيعاً على الاحتكار بمعنى أنه يؤدي إلى احتكار شركة لمشروع للخدمة التي يقدمها مما يؤدي بها إلى المغالاة في الأسعار أو سوء الخدمة، بينما إتاحة الفرصة للمنافسة من شأنه خفض الأسعار وزيادة جودة المنتجات، ولكن هذا مردود عليه بأن يتم الاتفاق في عقد B.O.T على كافة هذه التفاصيل مسبقاً، حيث يتم تحديد سعر الخدمة بصورة دقيقة والرسوم التي تحصلها ومقدار الزيادة ووقتها، كما يتم الاتفاق على المواصفات الفنية للمنتجات، وتتولى الجهة الإدارية بموجب سلطة الإشراف والتوجيه التحقق من مطابقة مواصفات المنتج المكلفة بها شركة المشروع مع ما تم الاتفاق عليه في العقد^(٦٣).

ومع ذلك نود أن ننوه هنا إلى أنه يحق لجهة الإدارة التحرر من شرط عدم المنافسة إذا تغيرت الظروف واقتضى الصالح العام منح امتياز مماثل لشركات أخرى، على أن تسعى جهة الإدارة إلى تحقيق التوازن المالي للشركة صاحبة الامتياز الأول، بمعنى أن تعويضها أو تمنحها المزيد من المزايا التي تمكنها من المنافسة^(٦٤).

ولذلك سيطر هذا المبدأ على العقود الإدارية، حيث ينبغي أن يتم هذا الشرط (عدم المنافسة) وفقاً لمبدأ حسن النية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية^(٦٥)، ومن هنا فقد حرصت بعض شركات المشروع على إيراد نص في عقد B.O.T يضمن لها عدم وجود مثل هذه المنافسة، ومن قبيل ذلك نص المادة (٢/٢٤) من عقد يورنتال للاتصالات (Eurotunnel)، حيث يقول أنه «على المانحين عدم تسهيل اتصال آخر ثابت يبدأ استغلاله قبل عام ٢٠٢٠»^(٦٦).

(٦١) د. حسني عبد السميع، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٥٧.
(٦٢) أ. دلال العوضي، رقابة ديوان المحاسبة على عقود B.O.T و PPP، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص ٤٧.

(٦٣) د. حسني عبد السميع، المرجع السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

(٦٤) د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٥١ وما بعدها.

(٦٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ق، جلسة ١١/٤/١٩٧٠، المشار إليه لدى د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها.

(66) SAMY ABDELBAKI, les projets internationaux de construction mèneselon la formule BOT, thèse, Paris1, 2000, P.301.

حيث يشير إلى هذا النص الذي يقول:

«Les concédants s'engagent a ne pas faciliter la construction d'un autre liaison fixe danl'exploitationscommencera avant 2020».

وفي الكويت ورد الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في العديد من عقود الـB.O.T. بالكويت نذكر منها - على سبيل المثال - ما تضمنه عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية بالكويت، حيث قرر ما يلي: «يتم تنفيذ هذا العقد بحسن نية، وبما يتفق مع أفضل الإجراءات العملية»^(٦٧).

الفرع الثاني

التزام الإدارة في حصول شركة المشروع على التراخيص

اللازمة لتشييد وتشغيل مشروع الـ(B.O.T)

إن تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يحتاج إلى استصدار موافقات وتراخيص عديدة مثل رخص التشييد ورخص تركيب الكابلات أو الأنابيب، ورخص استيراد المعدات واللوازم، ورخص وضع المرفق موضع التشغيل، والإذن بتوظيف الأجانب، وتضم هذه الموافقات والتراخيص بصفة عامة كل ما هو لازم قانوناً وضروري لإقامة وتشغيل المرفق^(٦٨).

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن عملية تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية قد يتطلب سلطات عامة عديدة تقع في مستويات إدارية مختلفة، فعلى سبيل المثال فإن سلطة إصدار اللوائح والنظم والقواعد التي تحكم النشاط الذي ينخرط في إطاره المشروع، قد تكون بحكم النظام الإداري السائد من اختصاص هيئة معينة، تختلف عن الهيئة التي يتعين عليها توفير الخدمة أو السلعة المعنية، وهذه الأخيرة قد يعهد إليها بسلطة منح امتيازات مرافق عمومية أو أن تكون هذه الوظيفة الأخيرة هي من اختصاص جهة مركزية أو إقليمية، وإذا ما انطوى تنفيذ العقد على استثمار أجنبي فإن الأمر قد يستلزم موافقة جهة معينة على هذا المشروع، لذا فإنه من المستصوب إجراء تقدير مبكر للرخص والموافقات اللازمة لمشروع معين تجنباً للتأخير في مرحلة التنفيذ^(٦٩).

وقد أوصى دليل اليونسترال (UNCITRAL) التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بضرورة إنشاء آليات أو كيانات مؤسسية للتنسيق بين أنشطة الهيئات العامة المسؤولة عن إصدار الموافقات أو التراخيص أو الرخص أو التصاريح المطلوبة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بإنشاء وتشغيل

(٦٧) البند رقم (١، ٢، ٩)، من عقد محطة معالجة مياه الصرف الصحي بالصليبية، عقد يحمل رقم (١٢-٩٩/٢٠٠٠) تم عقد الاتفاقية بدولة الكويت بين وزارة الأشغال العامة وأحدى شركات العالمية بنظام الـB.O.T، وذلك في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو لسنة ٢٠٠١.

(68) See, UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects-New York- 2001, United Nations publication, sales no. E. 01.v.4, Page30.

(69) UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects- New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, Page30.

مرافق البنية الأساسية في القطاع المعني^(٧٠).

ويجب أن تكون هذه الإجراءات والتصاريح والموافقات الرسمية واضحة وشفافة وبعيدة لأقصى حد ممكن عن التطويل والتعقيد المبالغ فيهما، وكما يجب أيضاً ألا تكون تكاليف الحصول على هذه التصاريح والموافقات الرسمية مرتفعة أو باهظة للغاية^(٧١).

هذا ومن بين الإجراءات والترتيبات التي اتبعت لتسهيل كافة الإجراءات وعمليات استخراج التصاريح الخاصة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي استخدام نظام النافذة الواحدة (ONE WINDOW SYTEM) بوصفه واحداً من أكثر النظم الحكومية كفاءة وسرعة ومرونة وهو يعتمد على تجميع كل المسؤولين والجهات الرسمية التي يجب أن يتعامل معها كافة المستثمرين الأجانب في سياق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في مكان أو مبني واحد لتسهيل الانتقال والحصول على التصاريح بسرعة وبتكلفة متدنية، وكذلك فإن المزايا الأخرى لهذا النظام أنه يتسم بدرجة كبيرة من القدرة على التنسيق بين كافة الأطراف الرسمية المعنية بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ولا شك أن هذه الميزة الإضافية تعني إمكانية إنجاز الأعمال اللازمة بسرعة مع إمكانية حل المشكلات مبكراً وقبل أن تتفاقم وتتحول إلى أزمات كبرى، وقد اتبعت بعض الدول هذا النظام مثل الإكوادور والفلبين وماليزيا وباكستان^(٧٢).

(70) UNCITRAL legislative guide on privately financed infra-structure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page xii. Recommendation 6, "institutional mechanisms should be established to coordinate the activities of the public authorities responsible for issuing approvals, licenses, permits or authorizations required for the implementation of privately financed infrastructure projects in accordance with statutory provisions on the construction and operation of infrastructure facilities of the type concerned".

(71) UNIDO BOT GUIDELINES - Guidelines for infrastructure Development through Build - Operate - Transfer (BOT) Projects - UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION - Vienna, 1996, UNIDO publication, sales No. UNIDO. 95. 6.E., page 58, "since a BOT project will require approvals, permits and licences from several ministries, agencies and host government to coordinate in advance the policies and responsibilities of those entities. IF this done, the authorization proceedings will be clear and easy for the private sponsors to follow, avoiding costly and unnecessary delays; if it isnot, they may be extremely time-consuming and frustrating".

(72) UNIDO BOT GUIDELINES - Guidelines for infrastructure Development through Build - Operate - Transfer (BOT) Projects - UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION - Vienna, 1996, UNIDO publication, sales No. UNIDO. 95. 6.E., page 58, "Some countries and sponsors believe that the so-called one-window system is the most efficient approach to the administration of BOT projects, Under such a system the project company needs to deal with only one government office to obtain and renew all necessary approvals, permits and consents for the construction and operation of the project, In addition, that government office usually coordinates the decision-making process to expedite the project company s applications. A one-window system has been applied to administrative project management in several countries, Ecuador, Malaysia, Pakistan and the Philippines».

وفي مصر -على سبيل المثال- فإن الترخيص لشركة المشروع لتشييد وتشغيل المرفق لفترة معينة بنظام B.O.T وفقاً لأحكام القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ في شأن قطاع الكهرباء، يتطلب الحصول على موافقة مجلس الوزراء، وكذلك الحال بالنسبة لمشروعات الطرق والكباري والمطارات والموانئ البحرية، كما يدخل في مفهوم الترخيص والموافقات في هذا الشأن تراخيص البناء وتسجيل حقوق الانتفاع أو حقوق الإجارة للأراضي التي يقام عليها المرفق وكذلك الحصول على موافقة السلطات المختصة كسلطة حماية الشواطئ إذا كان المرفق سيتم بناؤه بالقرب من الشواطئ الساحلية^(٧٣)، وقد يقتضي الأمر أيضاً الحصول على موافقة جهات أمنية مختلفة بما في ذلك القوات المسلحة وهيئة الطيران المدني والقوات الجوية، كما يستلزم تشغيل المرفق في بعض الدول الحصول على تراخيص وموافقات خاصة من الجهات الرقابية والتنظيمية قبل تشغيل المشروع، ويجوز لهذه الأجهزة الرقابية سحب الترخيص بتشغيل المرفق سواء كان مرفق مياه أو كهرباء أو مرفق خطوط تليفونات^(٧٤).

وفي الواقع يمكن القول بأن جهة الإدارة تلتزم بمعاونة شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لإقامة وتشغيل المرفق وهو إلزام لا يرتبط بنص صريح ملزم بالعقد وإنما يرتبط بطبيعة المرفق العام وأهميته وعدم جواز ترك مصيره واستمراره عن عدمه على جهود شركة المشروع وحدها التي قد تكون مخصصة للغاية إلا أنها لا ترقى لإنهاء إجراءات التراخيص في وقتها المحدد والمناسب، لذا وجب تدخل الجهة الإدارية بالمعاونة الصادقة لدى جهات منح التراخيص لتسيير حصول شركة المشروع عليها وتذليل أية عقبات تصادفها في هذا الشأن^(٧٥)، ولما كانت الموافقات والتراخيص في معظم الأحوال من الشروط الأساسية لإقامة وتشغيل المرفق فإن لشركة المشروع مصلحة حقيقية وجدية في نفاذ هذه التراخيص والموافقات والحصول عليها في المواعيد المتفق عليها، ذلك أن التأخير في الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة من المرجح أن يؤدي إلى زيادة في تكاليف تنفيذ العقد^(٧٦).

وفي هذا صدر القانون المصري رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ الذي يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذ بنظام B.O.T^(٧٧)، فهو يقوم بتذليل العقبات الإدارية التي يمكن أن تقابل المستثمرين

(٧٣) نشر القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦، بالجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر (ب)، بتاريخ ١٩٩٦/٦/٢٠.

(٧٤) د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٧٥) د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

(٧٦) د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٧٧) نشر القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم (٨) لسنة

بتوحيد جهة التعامل مع المستثمر بحيث تكون الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة وفروعها في المحافظات والمجتمعات العمرانية هي الجهة الوحيدة التي يتعامل معها المستثمر، وتبوع عنه في التعامل مع مختلف الجهات الحكومية المعنية بتقديم خدمات الاستثمار ونظم المشرع عملية منح الترخيص المؤقت لإقامة المشروع^(٧٨).

وفي الكويت نلاحظ أن القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٢ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر الكويتي الذي يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذة بنظام B.O.T، قد أخذ بتوصيات منظمة اليونيدو بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص من خلال ما نص عليه في المادة (١٧) منه على استخدام نظام النافذة الواحدة (ONE WINDOW SYSTEM) بوصفه من أكثر النظم الحكومية كفاءة وسرعة ومرونة^(٧٩)، ونرى هنا أن المشرع الكويتي حسن صنعاً بوضعه المادة (١٧) والتي استخدم بموجبها نظام النافذة الواحدة، لأن ذلك يعتبر من المزايا التي تشجع القطاع الخاص سواء الوطني أو الأجنبي على إقامة مشاريع الB.O.T.

المطلب الثاني

التزامات الإدارة التشريعية

من بين أهم ما تحرص عليه شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على تحميلة من التزامات لجهة الإدارة المتعاقدة معها والممثلة للدولة، النص على كافة الالتزامات التشريعية اللازمة لقيامها بتنفيذ العقد دون أدنى تعرض لما يمكن صدوره بحقها من إجراءات سيادية تشريعية تضم مخاطر التأميم أو المصادرة من جانب أو تخل بتحقيق الاستقرار القانوني للمشروع من جانب آخر، وهو ما يمكن إدراجه في جملته وتفصيله تحت مسمى الالتزامات التشريعية والإجرائية للإدارة في تلك العقود، ولذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم مشروع الB.O.T

الفرع الثاني: التزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع الB.O.T

١٩٩٧، بالجريدة الرسمية، العدد ١٧ تابع (د)، بتاريخ ٢٢/٤/٢٠٠٤، ونشر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، بالجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر) في ١١/٥/١٩٩٧، ولائحته التنفيذية صادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧، ونشرت بالوقائع المصرية، العدد ١٧٤ (تابع)، في ٩/٨/١٩٩٧.

(٧٨) حيث نصت المادة (٥٢) من القانون على أنه «يقدم المستثمرون إلى مكاتب الهيئة أو فروعها، طلبات تأسيس وتسجيل الشركات والمنشآت والحصول على كافة التراخيص والموافقات من جميع الجهات الحكومية المختصة، وكذلك طلبات تخصيص الأراضي وتوصيل المرافق والتعاقد عليها وذلك على النماذج التي يعتمدها رئيس الهيئة».

(٧٩) تنص م (١٧) على أن «تشأ في الهيئة وحدة إدارية تسمى (النافذة الموحدة) تضم موظفين مفوضين من الجهات الحكومية ذات الصلة بإجراءات ترخيص وممارسة عمل الكيان الاستثماري بما يحقق إنجاز البت في المعاملات بما لا يتجاوز المدة المنصوص عليها في هذا القانون...».

الفرع الأول

التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم مشروع (B.O.T)

يعد التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم المشروع من الالتزامات المهمة لشركة المشروع خاصة في الدول ذات المذهب الاشتراكي، أو التي تتبنى مبادئ اشتراكية تبيح اللجوء فيها إلى التأميم من أجل إنهاء سيطرة الشركات الخاصة لاسيما الأجنبية منها على المشاريع الحيوية، ويؤدي اتخاذ هذا الإجراء واستعماله إلى تخوف الشركات الخاصة في الاستثمار بوجه عام في أراضي الدولة التي تتبنى أسلوب التأميم، وبوجه خاص تخوفها في مجال الاستثمار بالمشاريع المنشأة بموجب نظام الـ B.O.T، حيث تتكلف أموالاً طائلة وإنشاءات ضخمة، ولا يصح بالتالي تأميمها أو مصادرتها أو فرض الحراسة عليها قبل انتهاء مدتها وقبل جني عوائدها وتعويض ما تم تكبده من نفقات^(٨٠).

أولاً: الالتزام بعدم التأميم أو المصادرة:

صدر عدد من القوانين المشجعة للاستثمار في كل من مصر والكويت تنص على عدم جواز تأميم شركات المشروع أو مصادرتها، وقد ورد هذا الحكم التشريعي بنص المادة (٨) من القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار في مصر حيث تنص على أنه «لا يجوز تأميم الشركات والمنشآت أو مصادرتها»، وهذا حكم عام جاء مطلقاً من أي قيد، بمعنى أنه يحظر التأميم والمصادرة بلا قيد أو شرط أو استثناء^(٨١).

كما نصت بالمقابل لما سبق المادة التاسعة عشر من القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت على حكم مماثل لما جاء في نظيرتها المادة الثامنة من القانون المصري المشار إليها آنفاً حيث تنص على أنه «لا يجوز مصادرة أي كيان استثماري مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، أو نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، وتقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع ملكيته، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار إليه».

ويتضح لنا من هذين القانونين المصري والكويتي مدى التشابه الكبير بينهما وتقريرهما حكماً واحداً يقضي بعدم جواز مصادرة أو تأميم الشركات، مع ملاحظة أن القانونين المصري والكويتي نصا على أن حظر التأميم أو المصادرة يسري على كافة الشركات المحلية أو الأجنبية، ولكن بمراجعة الدستور المصري يتضح أنه نص في المادتين (٣٥ و ٣٦) على أنه «لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض» (م٣٥)، وأن «المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا

(٨٠) د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص ٥٦.

(٨١) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٨١.

تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي» (م٣٦)، وهو ما يفيد جواز المصادرة والتأميم - طبقاً للدستور، مع مراعاة الضوابط المشار إليها»^(٨٢).

وكما تجدر الإشارة هنا إلى أنني أرى أن المشرع الكويتي حسن صنفاً عندما أقر بعدم جواز مصادرة أو تأميم الشركات المحلية أو الأجنبية، وفقاً للقانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٢ بشأن تشجيع الاستثمار المباشر وتحديداً في المادة (١٩) منه السابق ذكرها، بينما كان في السابق ووفقاً للمادة (٨) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ الملغي تقر بعدم جواز مصادرة أو تأميم الشركات الأجنبية فقط، فلا يسري ذلك على الشركات المحلية، ولا شك في أن إضافة المشرع الكويتي للشركات المحلية في القانون الجديد يعمل على تحفيز وتشجيع الشركات المحلية في المشاركة في مشروعات B.O.T.^(٨٣).

ومن الملاحظ أن الواقع العملي لعقود B.O.T.، وما تفرضه ضرورة جذب رؤوس الأموال الأجنبية وتشجيع تدفقها للاستثمار في مشاريع البنية التحتية التي تستهدف في الأساس إشباع منافع ورغبات واحتياجات عامة أنها تقتضي التزام جهة الإدارة المتعاقدة بعدم التأميم أو المصادرة لمشروع B.O.T.، لأن ذلك الالتزام بزيل تخوف الشركات الخاصة من شبح المصادرة أو التأميم الذي يهدد مشاريعهم التي تكلفهم أموال طائلة، فرأس المال يهرب بعيداً إذا وجد خطر يهدده.

ولذلك نرى على جهة الإدارة المتعاقدة عدم اللجوء لإجراء التأميم والمصادرة، فلديها من السلطات والجزاءات الممنوحة لها - على صعيد العقود الإدارية - تكفي وتغني عن اللجوء إليه، فلديها سلطة وجزاء فسخ العقد، حيث يجوز لها فسخ العقد إذا أخل المتعاقد معها بشروط العقد إخلالاً جسيماً، وهنا يعتبر الفسخ جزءاً مشروعاً يقتنع المستثمر بتوقيعه عليه، وأيضاً لديها سلطة إنهاء العقد للمصلحة العامة أي دون خطأ من المتعاقد مع جهة الإدارة، وبالتالي يتحقق بهذا الإجراء ما يمكن تحقيقه عن طريق المصادرة أو التأميم، ودون حاجة إلى إصدار قانون كما هو الحال في التأميم والمصادرة، وخاصة أن المتعاقد مع جهة الإدارة في حالة إنهاء العقد للمصلحة العامة سيحصل على كامل حقوقه وبتعويض كامل سواء ما لحقه من خسارة من جراء هذا الإنهاء وما فاتته من كسب، وذلك سواء عن طريق المفاوضات المباشرة والاتفاق المباشر مع جهة الإدارة أو عن طريق اللجوء إلى القضاء.

هذا ويلاحظ أن قرارات وقوانين التأميم والمصادرة التي صدرت منذ منتصف القرن الماضي - في الدول الاشتراكية والتي تبنت أفكار المذهب الاشتراكي، على الرغم من نجاحها في استرداد

(٨٢) د. هاني سري الدين، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٨٣) نشر قانون تنظيم الاستثمار المباشر رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ الملغي، بجريدة الكويت اليوم، العدد (٥١٠)، السنة السابعة والأربعون، بتاريخ ٢٢/٤/٢٠٠١.

عدد من المرافق الهامة كقناة السويس، إلا أنها أدت في نهاية المطاف إلى هروب الاستثمارات الأجنبية، وانخراط الدولة في مشاريع الاستهلاك اليومي، مما استنفد مواردها وطاقاتها وصرفها عن تحقيق المزيد من المشروعات الحيوية، والمضي قدماً في التنمية الاقتصادية^(٨٤).

ثانياً: الالتزام بعدم فرض الحراسة على المشروع أو الاستيلاء عليه :

تماشياً مع المبدأ السابق المشار إليه والذي يقضي بعدم جواز التأميم أو المصادرة على المشروعات الاستثمارية الخاضعة للقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار في مصر، وما أكدته هذا القانون في مادته التاسعة بالنص على أن «لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على شركة المشروع أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها»، وبالتالي تحظر هذه المادة اتخاذ هذه الإجراءات على جهة الإدارة وحدها - بوصفه هي التي تملك وحدها سلطة التنفيذ الإداري المباشر، واتخاذ هذه الإجراءات المذكورة، ولذلك فإن أي إجراء تتخذه الإدارة بالمخالفة لهذا النص يعد باطلاً ولا يعتد به^(٨٥).

ولكن بمفهوم المخالفة، إذا كانت تلك الإجراءات محظور على الإدارة القيام بها، فإنه يمكن فرض الحراسة وغير ذلك من الإجراءات بموجب حكم قضائي، والذي بدوره لن يصدره ما لم يوجد له أسباب سائغة تبرره وتتوافر فيه - أي الحكم - ضمانات الحيطة والاستقلال والنزاهة والبعد عن التعسف مما يشكل ضماناً لشركة المشروع، والتزام على عاتق جهة الإدارة المتعاقدة بعدم اتخاذ تلك الإجراءات من جانب واحد^(٨٦).

الفرع الثاني

التزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع (B.O.T)

لاشك في أن قيام الدولة بالمحافظة على مبدأ الثبات التشريعي يدعم الاستثمار فيها، فوجود قانون ثابت وغير متذبذب بين الإلغاء تارة والإبقاء تارة أخرى من شأنه توفير مناخ تشريعي محكم للاستثمار بصورة عامة، ولشركة المشروع بوجه خاص، وهذا يعد من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق الإدارة في مشروع B.O.T، حيث أن تحقيق هذا الالتزام من شأنه تحقيق المزيد من مشروعات B.O.T، حيث يحافظ، ويدعم الموجود منها ويشجع غيرها على القدوم للاستثمار^(٨٧)، ولذلك فإن رؤوس الأموال تسعى إلى التنقل عبر الدول التي يوجد بها استقرار قانوني وعدم

(٨٤) د. حمادة عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T). المرجع السابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

(٨٥) د. حمادة عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T). المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٨٦) د. وائل محمد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٦٥.

(٨٧) د. وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها)، دار الثقافة والنشر، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص ١٦١.

التناقض والتعارض بين تشريعاتها، ووجود سياسة تشريعية واضحة الحدود والمعالم تتجه نحو تشجيع الاستثمار، وإزالة المعوقات التي تعترضه كما ينبغي توفير بيئة قانونية ملائمة لشركات المشروع عن طريق سن حزمة من التشريعات التي تشجعها على الدخول في الاستثمار مثل إصدار تشريع يبيح للأجانب حق التملك لبعض الأراضي والعقارات التي يقام عليها المشروع، والسماح للمستثمرين الأجانب بتحويل أرباحهم إلى الخارج، ومنح ضمانات ومزايا وإعفاءات جمركية وضريبية^(٨٨).

ولا مجال للشك في أن إقدام شركة المشروع وتعاقدتها على أساس هذه الحزمة من التشريعات ينشئ لها مراكز قانونية مكتسبة، ينبغي المحافظة عليها وعدم إهدارها بإلغاء تلك التشريعات، وبالتالي تفويض ما حصلت عليه شركة المشروع من مكاسب وإهدار المزايا التي تعاقدت على أساسها، والتي يفترض أنها تشكل جزءاً لا يتجزأ من كيانه الاقتصادي، ولذلك تلتزم الحكومة المضيفة للمشروع بتحقيق هذا الثبات التشريعي^(٨٩)، ومن ثم فإنه ينبغي تحميلها المسؤولية التعاقدية عند الإخلال بذلك، وما يترتب عليها من تعويضات، وأنها إذا قامت بتعديل أو إلغاء التشريعات واللوائح المنظمة للمشروع يمكن أن تنطبق هنا في مواجهتها نظرية عمل الأمير وما ترتبه من آثار تعويضية مالية، تنطبق هنا في مواجهتها نظرية عمل الأمير وما ترتبه من آثار تعويضية مالية^(٩٠). ولتحقيق هذا الالتزام قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بإعداد مشروع لدليل تشريعي في شأن مشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص حيث قامت سكرتارية اللجنة بإعداده في فيينا في الفترة من (٧) مايو إلى (٤) يونيو ١٩٩٩ وذلك كنموذج تأخذ به الدول ويتم مراعاته في القوانين التي تصدرها ولسن ما أغفلته منها^(٩١).

هذا وتتمثل التكملة الطبيعية والمنطقية للالتزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني للمشروع في تحميل الدولة المتعاقدة الالتزام بتمكين شركة المشروع من استغلال المشروع ومن القيام بنشاطها وأداء خدماتها وبيع منتجاتها وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، وبالتالي فإنه لا يجوز لها حظر بيع هذه الخدمات أو فرض ضرائب أو رسوم تخالف ما هو منصوص عليه في العقد، كما لا يجوز منعها من تقاضي الرسم والذي يتحمل في المقابل المالي الذي تحصل عليه شركة المشروع من أداء خدماتها وتشغيل المرفق العام، والذي بواسطته يتم تغطية الأعباء المالية التي تكبدها شركة

(٨٨) د. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

(٨٩) د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٢١.

كذلك انظر: د. حمدي عبدالعظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T). مطبعة عالم الغد، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص ٢٢١ وما بعدها.

كذلك انظر: د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٤٧٨ وما بعدها.

(٩٠) د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٩١) د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

المشروع في تشييده وبنائه وتجهيزه وإدارته، كما لا يجوز لها فرض تسعيرة جبرية عليها أقل مما هو متفق عليه في العقد، حيث يؤدي ذلك إلى إصابتها بأضرار تستوجب التعويض عنها^(٩٢).

كذلك ينبغي على الدولة أن تقوم بالموافقة على زيادة الأسعار وتعديلها بالمعدل المتفق عليه في العقد، فإذا كان متفق - على سبيل المثال - على زيادة الأسعار بنسبة مئوية معينة سنوياً وجب الالتزام بها، وإذا كان هناك اتفاق على شراء قدر معين من منتجات المشروع تعين احترام ذلك التعهد^(٩٣)، كما ينبغي على جهة الإدارة المتعاقدة أن تسمح لشركة المشروع بالاستعانة بالموارد المحلية مثل المواد الخام والعمالة والأجهزة والمعدات الموجودة في السوق المحلي، وينبغي عليها أيضاً السماح بتحويل أرباحها للخارج سواء بالعملة المحلية أو الأجنبية^(٩٤).

غير أنه لا يجب أن يفهم من التزام جهة الإدارة بتمكين شركة المشروع من استغلاله أنه ينقطع صلتها به، بل يحق لجهة الإدارة المتعاقدة دائماً التدخل سواء بمساعدة شركة المشروع في أداء نشاطها ومنع تعرض الغير لها، أو بممارسة نوع من الرقابة والإشراف عليها وتوجيه نشاطها، وتعديل بعض شروط العقد إذا كان لذلك مقتضى^(٩٥).

كما يكون لجهة الإدارة المتعاقدة أيضاً أن تتدخل للتحقق من التزام شركة المشروع بتحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين، وعدم ممارسة أي إجراءات تمييزية ضد طائفة معينة، أو منح خدمة المشروع لصفة معينة من الناس دون غيرهم، فشركة المشروع تلتزم بما تلتزم به جهة الإدارة عند قيامها بتشغيل مرفق عام حيث ينبغي أن يظل يعمل بدوام واستمرار في أداء الخدمة العامة، كما ينبغي أن ينتفع جمهور المنتفعين بخدماته على قدم المساواة^(٩٦).

الخاتمة

انصبت هذه الدراسة على التزامات الإدارة غير المالية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، فقد تناولنا تعريف عقد الـ B.O.T، وبيان أنواعه، وبحث الطبيعة القانونية له، ثم قمنا بالتطرق للإطار الدستوري والتشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، كما تم البحث أخيراً في التزامات الإدارة غير المالية في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وعلى ضوء الهدف المحدد لهذه

(٩٢) د. وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٩٣) د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٤٨١.

(٩٤) أ. منى الهاجري، الأساليب الحديثة لإدارة المرافق العامة (عقود البوت) (B.O.T). وعقود المشاركة (P.P.P). وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ٨٨ وما بعدها.

(٩٥) د. فدغوش العجمي، عقود الـ B.O.T النفطية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص ١٧٩ وما بعدها.

(٩٦) د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

الدراسة والموضوعات التي تناولتها، فقد انتهت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج المنطقية، والتي ترتب عليها عدد من التوصيات الواقعية، يمكن أن نجملها فيما يلي:

أولاً: نتائج الدراسة

١- أن عقود B.O.T تمثل وسيلة إدارية واقتصادية هامة لجذب الاستثمارات الخاصة سواء الأجنبية أو المحلية لتنفيذ مشروعات نفعية عامة وضرورية تتكلف أموالاً طائلة للقيام بها، دون إرهاق ميزانية الدولة، فضلاً عن أن الدولة تمتلك هذه المشروعات في نهاية المدة الطويلة لهذه العقود دون مقابل وبحالة جيدة.

٢- يجب وضع معايير دقيقة في شأن اختيار المشروعات التي ترغب الدولة في إقامتها بنظام الـ B.O.T، وتحديد أولوياتها بدقة وفقاً لاحتياج خطط التنمية التي تعمل الدولة على تحقيقها.

٣- أن عقود B.O.T بالرغم من خضوعها لنظام قانوني خاص بها، وظهور مساحة كبيرة من القواعد المنظمة لها ولبدءاً حرية وسلطان الإرادة عند إبرامها ومن ثم تقلص سلطات وامتيازات الإدارة فيها مما يجعلها قريبة الشبه إلى حد كبير من عقود القانون الخاص، إلا أنها مع ذلك كله هي عقود ذات طبيعة إدارية تتوافر بشأنها أركان العقد الإداري الثلاثة حيث يمثل أحد طرفيها جهة الإدارة من ناحية أولى، وترد في موضوعها ومحلها من ناحية ثانية على تسيير مرفق عام وأداء خدمة عامة لجمهور المتفاعلين به، كما تتضمن من ناحية ثالثة شروطاً استثنائية غير مألووفة في عقود القانون الخاص.

٤- أثبتت الدراسة أن التزامات الإدارة غير المالية الإدارية والتشريعية هامة ولازمه لنجاح نظام البوت بصورة عامة، ولضمان تنفيذ آثار موجبات عقد B.O.T محل التعاقد بصورة خاصة، ولذلك على الإدارة أن توفر المناخ والبيئة اللازمين للاستثمار الأجنبي والمحلي بأن تصدر القوانين التي تساعد على جذب الاستثمار، وأن تيسر الإجراءات.

ثانياً: توصيات الدراسة

١- ضرورة قيام المشرع البحريني بإصدار قانون خاص ينظم عقود B.O.T، وذلك لما تشهده مملكة البحرين من نقلة تنموية شاملة في مجال البنى الأساسية، كما أن عقود B.O.T لها طبيعة خاصة، فهي لا تمثل عقداً واحداً، وإنما هي مجموعة من التعاقدات التي تتشابه مصالحها وتتعدد أطرافها، الأمر الذي يثير كثير من التساؤلات الاقتصادية والقانونية حول هذا النوع من العقود في ظل غياب تشريع موحد ينظم هذا النوع من العقود في مراحلها المختلفة.

٢- ضرورة قيام المشرع المصري بإصدار قانون عام وموحد وشامل ينظم عقود الB.O.T، بدلاً من القوانين المصرية الأربعة المنظمة لمشروعات الB.O.T حسب نوعية المرفق العام موضوع العقد، وهذه القوانين لم تأتي بتنظيم شامل ووافي لنظام الB.O.T فهي جاءت لتنظيم ومعالجة بعض الموضوعات الجزئية كما أنها لم تضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإنجاح مشروعات الB.O.T، لذلك نهيب بالمشرع المصري بضرورة إصدار قانون موحد وشامل ينظم عقود الB.O.T، لما تتسم به من أحكام خاصة تتفرد بها عن غيرها من سائر العقود الإدارية، وذلك لمنع تعارضها وتناقضها فيما بين بعضها البعض من ناحية، فضلاً عن الحرص على تحقيق مبدأ الاختصار والتيسير الإجرائي في إبرامها واعتمادها كمييار موحد لتلك العقود، ومن أجل تحقيق ذلك فإنه يجب أن يتم إبرام كافة عقود الB.O.T تحت مظلة هذا القانون، وهو ما لا يمكن حدوثه في ظل وجود عدة تشريعات تحكم تلك العقود حسب نوعية المرفق العام موضوع العقد.

٣- ضرورة أن تكون تلك المدة الزمنية المحددة لإنشاء وتشغيل المشروعات والمرافق محل عقود الB.O.T والقيام بنقل ملكيتها عند نهاية أجلها إلى الدولة متناسبة مع حجم المشروع وموارده، وهو في تقديرنا في جميع الأحوال بما لا يتجاوز (٤٠) سنة وحتى لا تشكل أية مدة زمنية أدنى أو تزيد على ذلك عقبة أمام التطور الاقتصادي والتنمية من ناحية، وحتى لا تلجأ الدول من ناحية أخرى لاستخدام سلاح التأميم أو المصادرة للقضاء على المدة الطويلة للعقد مما يؤدي إلى انهيار الاستثمارات وانهيار المشروعات والمرافق التي يتم إنشاؤها بموجب آلية عقود الB.O.T.

٤- نقترح على المشرع البحريني والمختصين في مجال عقود الB.O.T في البحرين، دراسة التجربة الكويتية في عقود الB.O.T والوقوف عليها، والاستفادة منها قدر المستطاع ونقل ما يتناسب منها للبحرين خاصة في وجود تشابه كبير في الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقانونية بين الكويت والبحرين بالإضافة إلى قربهما الجغرافي.

٥- نرى أن الوقت قد حان وأصبح من الضرورة الملحة على المشرع البحريني إصدار قانون عام وشامل ينظم عقود الB.O.T، خاصة في ظل وجود مقومات وأسباب متوافرة في البحرين تساعد وتمهد في سرعة وسهولة إصدار هذا القانون، فنرى أنها قد تكون مقومات قانونية أو اقتصادية وهي كما يلي:

أ) أنه أثبتنا من خلال بحثنا هذا وجود السند أو الأساس القانوني وهي م (١١٧) من دستور مملكة البحرين ٢٠٠٢، فنرى أنها لا تمنع مثل إصدار هذا التشريع.

ب) أثبتنا في بحثنا هذا أن عقود الB.O.T، هي الوسيلة المثلى للدول في إنشاء وتشغيل المشاريع الضخمة التي تكلف أموال هائلة، بل إن هذه العقود تعتبر من أهداف وتوصيات المنظمات

الدولية مثل اليونيدو والبنك الدولي واليونسكو، وهذا كله يدفع إلى إصدار تشريع بحريني لنظام B.O.T، خاصة أنه يتماشى مع استراتيجية التنمية المستدامة ٢٠٢٠ التي تبنتها الأمم المتحدة، وأقرتها معظم دول العالم ومن بينها البحرين، وذلك لتحقيق الاستدامة في مختلف القطاعات.

ج) أن هذا البحث يساهم بشكل كبير في لحظة التطويرية ٢٠١٦ - ٢٠٢١ التي تبنتها جامعة البحرين، وذلك من خلال طرح أسلوب حديث وهو نظام B.O.T في بناء المشاريع الضخمة مما يساهم في تطوير وتنمية الاقتصاد البحريني، وهذا كله يساعد الأكاديميين المختصين بنظام B.O.T في جامعة البحرين، بالإطلاع والاستفادة من هذا البحث ووضع تصور عام وشامل لنظام B.O.T بالبحرين يؤدي إلى مساعدة المشرع البحريني في إصدار تشريع لهذه العقود.

٦- يجب على الدولة أن تعي أنه لا يعني إصدار قوانين خاصة تنظم عقود ال-B.O.T تركها دون تقييم لاجابيات وسلبيات تطبيقاتها في الواقع العملي، فلا بد أن تحرص الدولة وبصفة دائمة على إعداد الدراسات والإحصائيات في هذا المجال للوقوف على نقاط القوة ونقاط الضعف في هذه القوانين.

٧- ضرورة العمل على إنشاء مجلس دولة في الكويت على غرار مجلس الدولة المصري يختص بالفصل في كافة المنازعات الإدارية، وذلك لإيجاد محاكم إدارية مستقلة أسوة بالدول التي أخذت بهذا النهج المتطور، وتفعيلاً لنص المادة (١٧١) من الدستور الكويتي الصادر عام ١٩٦٢ والقاضي بجواز إنشاء مجلس دولة، كما نهيب أيضاً بالمشرع البحريني الأخذ بنظام القضاء المزدوج لتكون هناك جهة قضاء إداري إلى جانب جهة القضاء العادي، بحيث تختص الجهة الأولى بنظر كافة المنازعات الإدارية بما فيها تلك المتعلقة بالعقود الإدارية، الأمر الذي يترتب عليه مصلحة كل من جهة الإدارة والمتعاقدين معها، وبما يساهم في استقرار المعاملات وجذب الاستثمارات الخارجية.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولاً: المؤلفات العامة والمتخصصة

- د. إبراهيم الشهراوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠١١.
- د. أبو بكر النعمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، (عقود البوت B.O.T وعقود الشراكة PPP)، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
- د. أحمد رشاد، عقد الانشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د. أحمد سلامه، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.
- د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولأئحته التنفيذية مع دراسة لعقود B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
- د. جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.
- د. جيهان حسن، عقود البوت (B.O.T) وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- د. حسني عبد السميع، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.
- د. حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة ٢٠٠١.
- د. حمدي عبدالعظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T)، مطبعة عالم الغد، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.
- د. دويب حسين، عقود (B.O.T) وكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

- د. عبد القادر محمد، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥.
- د. عثمان عبد الملك، النظام الدستوري الكويتي والسلطات السياسية، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٨٩.
- د. عصام البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.
- د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- د. محمد فايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- د. محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
- محمود محمد فهمي، عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١.
- د. مصطفى محمود عفيفي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة نظرياً بالنظام القانوني لعقود القانون الخاص وتطبيقاً بالوسائل القضائية لتسوية المنازعات العقدية، مطبعة البحيرة، القاهرة، ٢٠٠٥.
- المستشار. ناصر المعلا والمحامي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً من عام ١٩٨٢ حتى ١٩٩٩، إدارة الفتوى والتشريع، مطبعة ٢٥ فبراير، الكويت، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

- د. وائل محمد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.
- د. وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها)، دار الثقافة والنشر، الأردن، عمان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
- د. ياسر الصيرفي، النظام القانوني لعقد الـB.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٨.
- د. يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة (القرار الإداري - العقد الإداري)، الكويت، كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٢.

ثانياً: الرسائل العلمية

- د. أحمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.
- د. جار الله المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٤.
- د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٦.
- د. فدغوش العجمي، عقود الـB.O.T النفطية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١١.
- د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع الـB.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠٠٤.
- أ. خالد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩.
- أ. دلال أديب العوضي، رقابة ديوان المحاسبة على عقود الـB.O.T و PPP، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.
- أ. مرسل سعد الماجدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T وطرق تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٧.
- أ. منى الهاجري، الأساليب الحديثة لإدارة المرافق العامة (عقود البوت) (B.O.T). وعقود المشاركة (P.P.P). وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠١٠.

ثالثاً: المؤتمرات والندوات والأبحاث وأوراق العمل

- د. خالد إبراهيم، الإطار التعاقدى لعقود الاستثمار (B.O.T)، ورقة عمل مقدمة في ندوة «عقود المشاركة وأثارها (PPP)»، المنعقدة في مصر، القاهرة، في أغسطس ٢٠٠٧.
- أ. زهير حسن مكي سلمان، دور الجهة الإدارية المشتريّة في إجراءات المناقصة وإبرام العقد الإداري وفقاً للتشريع البحريني وفي واقعه التطبيقي، ورقة عمل مقدمة لندوة القضاء الإداري والعقود الإدارية، المنعقدة بالقاهرة، ٤ - ٨/نوفمبر/٢٠٠٧.
- سعيد عبدالمطلب، تطبيقات القضاء البحريني للقانون الإداري، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد التاسع، مايو ٢٠٠٠.
- د. محمد عبداللطيف، الدستور الكويتي وخصخصة المرافق العامة وعقود المشاركة وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجوانب القانونية لملاك الدولة، جامعة الكويت، كلية الحقوق، في ٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨.
- د. محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية ومقومات نجاحها في مصر، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، ١٤ - ١٦ نوفمبر ١٩٩٩.
- د. محمد بدران، نحو آفاق جديدة للخصخصة، المؤتمر الدولي عن مشروعات البوت B.O.T، مركز القاهرة للتحكيم الدولي، أكتوبر ١٩٩٧.

رابعاً: الدوريات:

- الجريدة الرسمية، جمهورية مصر العربية.
- الجريدة الرسمية، مملكة البحرين.
- جريدة الكويت اليوم، الجريدة الرسمية لدولة الكويت.
- الوقائع المصرية، جمهورية مصر العربية.
- خامساً: المراجع التشريعية والأحكام والفتاوي:
- المختار من فتاوي دائرة الشؤون القانونية، إصدارات دائرة الشؤون القانونية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.
- المرجع التشريعي لمجلس الشورى البحريني، الفصل التشريعي الثالث، ٢٠١٠ - ٢٠١٤.

٢- المراجع باللغة الأجنبية**أولاً: المراجع باللغة الفرنسية**

CHERIF YOUSSEF HELMY KHATER, le contrat de concession de service public ou B.O.T, en droit français et égyptien, étude comparée de l'évolution contemporaine, Thèse, Paris 1, 2004.

SAMY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction menes selon al fromule B.O.T (Build, Operate, Transfer) droit égyptien – droit français, thèse, Paris 1, 2000.

ثانياً: المرجع باللغة الإنجليزية

CLAIRE L FELBINGER, Build, Operate, Transfer: Paving the way for Tomorrow's Infrastructure, American Planning Association. Journal of the American Planning Association, Chicage: summer 1998. Vol. 64, Iss. Three.

CORBETT, E, The Elements of B.O.T, a paper presented to international Bar Association 26 the Biennial Conference Berlin, (20-25) October (1996).

UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects- New York- 2001, United Nations publication, sales no. E. 01.v.4.

UNIDO BOT GUIDELINES - Guidelines for infrastructure Development through Build - Operate - Transfer (BOT) Projects - UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION - Vienna, 1996, UNIDO publication, sales No. UNIDO. 95. 6.E.

٣- المواقع والروابط الإلكترونية

[http://www.unido.org/\(B.O.T.guidelines 1996\).](http://www.unido.org/(B.O.T.guidelines 1996).)