



جامعة ستاردوم

مجلة ستاردوم العلمية للدراسات القانونية و السياسية

- مجلة ستاردوم العلمية للدراسات القانونية و السياسية -
تصدر بشكل ربع سنوي عن جامعة ستاردوم

العدد الأول - المجلد الرابع 2026م

رقم الإيداع الدولي: ISSN 2980-3764





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

هيئة تحرير مجلة ستار دوم العلمية للدراسات "القانونية والسياسية"

رئيس التحرير

أ.د. عمار طارق عبد العزيز العاني

مدير التحرير

د. داليا عباس أحمد

أعضاء هيئة تحرير

د. سمر الخمليشي

د. بابكر بكري حسن

د. محمد بوبوش

د. عمر موفق

د. أنس حسين

د. حيدر بشير

د. فراس أحمد سلامة

د. رانيا الجميعابي

د. غالب عبد الله القعيطي

د. رويدة موسى عبد العزيز

د. طارق السر محمد

الهيئة الاستشارية

أ.د. أبكر عبد البنات آدم

أ.د. محمد علي هارب

أ.م.د. محسن الندوي

أ.م.د. يس حسن محمد عثمان

أ.م.د. إبراهيم قسم السيد محمد طه

أ.م.د. مصطفى نجاح مصطفى

أ.م.د. علي مير غني أحمد علي

د. أزهار محمد عيلان حسين الغرباوي

د. ملك أبو السعود رسلان عبد التواب

جميع حقوق الملكية الأدبية والفنية محفوظة
لمجلة ستار دوم العلمية للدراسات القانونية والسياسية



مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ومدى إمكانية تنفيذها في السودان

الدكتورة: تهاني مصطفى محمد يونس

جامعة نيالا - كلية القانون والشريعة - قسم القانون الخاص

totamustafa98@yahoo.com

الدكتور: علي عبدالمحمود عبدالقادر إدرك

جامعة نيالا - كلية القانون والشريعة - قسم القانون الخاص

aliabdulmahmoud78@gmail.com

الدكتور: محمد الدومة عبدالصمد يحي

جامعة نيالا - كلية القانون والشريعة - قسم الشريعة

الدكتورة: داليا عباس احمد

جامعة ستاردوم_ كلية القانون_ قسم القانون الخاص

Dalyaabass4@gmail.com

مستخلص

تناولت الدراسة مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ومدى إمكانية تنفيذها في السودان. تمثلت مشكلة الدراسة في حداثة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وقصور تشريعاتنا الوطنية في تنظيم هذه العقود، فالتشريعات لم تغطيها بصورة كافية بعد، كما أن هنالك خلاف حول تحديد الطبيعة القانونية والتكييف القانوني لها، مما يؤثر على جذب الإستثمار وفقدان الدول لمورد مهم من الموارد الاقتصادية، ألا وهو إقامة مشروعات البنية الأساسية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية. كمنّت أهمية الدراسة في أنها من أهم التطبيقات العملية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على الواقع العملي لهذه العقود، وتظهر أهميتها بصورة واضحة في تقديم دراسة علمية قانونية عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وجمعها في كتابات يسهل الوصول إليها. هدفت الدراسة إلى التعرف على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لحدائتها في السودان، تسليط الضوء على الجوانب القانونية لتنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، تحديد الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والتكييف القانوني لها. اتبعت الدراسة المنهج الوصفي، والمنهج الاستقرائي، والمنهج المقارن. توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها عدم وجود تشريع سوداني يتناول عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رغم الحاجة إلى إصدار تشريع ينظم هذه العقود في ظل تزايد الاعتماد عليها في إنشاء المشروعات الاقتصادية التي تحتاجها الدولة، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تساعد على جلب المزيد من العملات الأجنبية التي يتم تحويلها من الخارج إلى داخل البلد المضيف من أجل تمويل مشروعات البنية الأساسية المتفق عليها. أوصت الدراسة بضرورة إصدار قانون ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لتوفير الضمانات القانونية لإنجاح مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان، العمل على إقامة برامج تدريبية للعمال الوطنية العاملة في المشروع، وخاصة قبل نقل ملكيته إلى الدولة بوقت كاف حتى يستمر المشروع في أداء وظيفته بعد انتهاء مدة الترخيص.

Abstract

This study dealt with construction, operation, and ownership contracts (COOTCs), and the possibility of implementing them. The research problem was that these contracts are new, with the inadequacy of our national legislation regarding contracts regulation; as they were not fully tackled in studies. There are different viewpoints in determining their legal nature and characterization, which would have an effect on attracting investments and would lead to countries' loss of one of its significant economic resources, namely establishing infrastructure projects on Build, Operate and Transfer agreement (BOT). The significance of the research resides in the fact that it is one of the important applications of construction, operation and ownership transfer contracts, which will have a positive impact on the ground, most importantly in providing a scientific and legal study on COOTCs, in order to be compiled into accessible booklets. The study aimed at identifying COOTCs as a novelty in the Sudan and to shed light on the legal aspects of their implementation, so as to determine their legal nature and characterization. Descriptive, inductive and comparative methods have been used to conduct the study. And it has been concluded that there is a Sudanese legislation pinpointing COOTCs, despite the need to regulate these contracts, with the increase in relying on them to establish economic projects required by the State. COOTCs helps in bringing in more foreign exchange transferred from abroad, in order to finance the agreed-upon infrastructure projects. The study recommended to issue a legislation to regulate COOTCs for the success of relevant projects in the Sudan. It has also been recommended to provide training programmes targeting national labor in relation with those projects, especially before transferring their ownership to the State well in advance, so that they can continue to perform their functions after the expiration of the license period.

مقدمة:

شهد العالم تطورات ومتغيرات مستمرة في الآونة الأخيرة حيث اجتاحت ظاهرة العولمة الاقتصاد العالمي، وسادت فلسفة الخصخصة في كثير من دول العالم، مما جعل معظم الدول تسعى لتطوير أنظمتها القانونية لمسايرة ومواكبة التغيرات والتطورات التي طرأت على الساحة الاقتصادية. وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي إحدى العقود التي حظيت بالاهتمام بحسبانها نظاماً يعتمد في إقامته لمشروعات البنية الأساسية على التمويل الخاص بعيداً عن موازنة الدولة، وبالاعتماد على نظام التمويل بضمان العائد مما يترتب عليه تخفيف العبء على الدول.

ولا شك أن مثل هذه العقود تحقق ضماناً للدول؛ لأن ملكية المشروع لا تنتقل بشكل نهائي إلى المستثمر من القطاع الخاص، بل تظل الملكية على ذمة الدولة طوال مدة العقد، ولا يكون للمستثمر إلا حق الاستغلال الذي ينتهي بإنهاء مدة العقد، ثم يعود المشروع بأصوله كاملة إلى الدولة أو الجهة المالكة.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في حداثة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وقصور تشريعاتنا الوطنية في تنظيم هذه العقود، فالتشريعات لم تغطيها بصورة كافية بعد، كما أن هنالك خلاف حول تحديد الطبيعة القانونية والتكييف القانوني لها، مما يؤثر على جذب الإستثمار وفقدان الدول لمورد مهم من الموارد الاقتصادية، ألا وهو إقامة مشروعات البنية الأساسية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية.

أهمية الدراسة:

كمن أهمية الدراسة في أنها من أهم التطبيقات العملية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على الواقع العملي لهذه العقود، وتظهر أهميتها بصورة واضحة على النحو التالي:

1- تقديم دراسة علمية قانونية عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وجمعها في كتابات يسهل الوصول إليها.

2- تفعيل دور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وعرض ملامح الجوانب القانونية لها.

3- سد الحاجة لتمويل مشروعات البنية التحتية في السودان.

4- توفير بنية قانونية لضمان نجاح الإستثمار ومساعدة متخذي القرار.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية:

1- التعرف على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لحداتها في السودان.

2- تسليط الضوء على الجوانب القانونية لتنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

3- تحديد الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والتكييف القانوني لها.

4- تسليط الضوء على أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في جذب الإستثمارات للدول التي تعاني من

قلة الموارد.

منهج الدراسة:

اتبعت الدراسة أكثر من منهج لسبر غور الموضوع ودراسته، ومن ذلك الاستعانة بـ:

- 1- المنهج الوصفي التحليلي لوصف القوانين المتعلقة بموضوع الدراسة وتحليلها.
- 2- المنهج الاستقرائي والاستنباطي، لاستقراء النتائج واستنباط حلول تخدم أغراض الدراسة.
- 3- المنهج المقارن وذلك من خلال الأخذ ببعض النظم المطبقة لهذا النظام، والاستهداء ببعض التجارب الناجحة في هذا المجال، ولا يمكن إغفال القوانين السودانية التي عالجت بعض الجوانب الخاصة بهذا الموضوع، وبيان أوجه القصور فيها، ومدى كفايتها لتنظيم هذا العقد.

تقسيم الدراسة:

تم تقسيم الدراسة إلى ثلاثة مباحث وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

- المطلب الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في اللغة
- المطلب الثاني: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الفقه
- المطلب الثالث: التعريف التشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتكييفها القانوني

- المطلب الأول: خصائص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
- المطلب الثاني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود الإدارية
- المطلب الثالث: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود المدنية

المبحث الثالث

التجربة السودانية في إقامة المشروعات بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية

- المطلب الأول: التجربة السودانية في إقامة المشروعات بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية
- المطلب الثاني: متطلبات تطبيق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان

المبحث الأول

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

المطلب الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في اللغة

العقد في اللغة: تدل مادة (ع ق د) في اللغة على الشد والجمع بين أطراف الشيء، فيقال: عَقَدَ الحبل يَعْقد عَقْدًا، أي وصل أحد طرفيه بالآخر بعقدة تمسكهما، والعقد نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعاقداً، ويقال: عقد البناء أي ألصق بعض حجارته ببعض بما يمسكها⁽¹⁾.

البناء في اللغة: المبني والجمع أبنية، وأبنيات، وهو ما تم بناؤه بناءً عليه.

والبناء: مدبر البنيان وصانعه⁽²⁾.

التشغيل في اللغة: مادة (ش غ ل) (شُغِلَ) بضم الشين وسكون الغين و(شَغَلٌ) بفتح الشين وسكون الغين والجمع (أشغال) و(شَغَلُهُ) من باب قطع فهو (شاعل)⁽³⁾.

النقل في اللغة: تحويل الشيء من موضع إلى موضع، نقله يَنْقلُه نقلًا فإنتقل⁽⁴⁾.

الملكية: المَلِكُ والمَلِكُ وإحتواء الشيء والقدرة على الإستبدال به، والجمع (ملكيات) هو ما يملكه الإنسان⁽⁵⁾.

المطلب الثاني: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الفقه

تعريف عقد البناء في الفقه: عرف الفقه الفرنسي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه: (عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها تجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء وإستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة على أن تلتزم شركة المشروع بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الإلتزام في نهاية مدة العقد)⁽⁶⁾.

كما عرفه جانب من الفقه المصري بأنه: (عقد بمقتضاه تعهد الحكومة أو إحدى الوزارات أو الجهات الإدارية إلى شركة وطنية أو أجنبية بإنشاء مرفق عام وإدارته وتقديم خدماته إلى المحتاجين لها لمدة معينة، مع الحصول على رسوم يتقاضاها من المنفعين مقابل ذلك، ثم تنتقل ملكية هذا المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لإستمرار تشغيله في نهاية المدة، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة في عقد الإمتياز)⁽⁷⁾.

(1) مرتضى الزبيدي، تاج العروس، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت 2005م، ص 115.

(2) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، دار المعارف، (د.ت)، ص 365.

(3) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان 1988م، ص 143.

(4) ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثامن، دار الحديث، القاهرة 2003م، ص 683.

(5) ابن منظور، لسان العرب، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، (د.ت)، ص 492.

(6) حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م، ص 13.

(7) عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود إلتزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ(B.O.T) (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية،

وذهب بعضهم إلى تعريف مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها: (تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى شركات القطاع العام أو الخاص "وتسمى شركة المشروع" وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية)⁽¹⁾.

وعرفه بعض آخر بأنه: (عقد بمقتضاه تعهد الإدارة للمتازم على نفقته ومسؤوليته بمهمة إنشاء وإدارة وإستغلال مرفق عام لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنفيعين بخدمات مرفق الإمتياز، على أن تنتقل ملكية المرفق بكافة مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى الدولة بعد إنتهاء مدة الإمتياز المحددة بالعقد، مع الخضوع للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الأحكام الواردة في وثيقة الإمتياز)⁽²⁾.

التعريف المختار لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية: هو: (العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها مع إحدى الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية (شركة المشروع) وذلك لإنشاء أو تحديث أو تجديد مرفق عام وتشغيله لفترة من الزمن تتناسب مع ما أنفقته بالإضافة لتحقيق ربح معقول على أن يتم نقل ملكيته بعد إنتهاء مدة الترخيص إلى الدولة).

رغم تعدد التعاريف الإصطلاحية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، إلا أنها تدور حول مضمون واحد وهو قيام شركة المشروع بإنشاء المشروع وتمويله وتشغيله مدة معينة ثم إعادة ملكيته للدولة مرة أخرى بحالة جيدة وصالحة للتشغيل.

المطلب الثالث: التعريف التشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

حرصت العديد من التشريعات على وضع تعريف لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تضمن الملامح الرئيسية لهذا العقد، ومن هذه الدول.

1- **الصين:** حيث عرفت مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها: (مشروعات البنية التحتية التي تبنى وتدار وتنتقل ملكيتها بواسطة المستثمرين الأجانب، حيث تمنحها غالباً الحكومة من خلال إتفاقية إمتياز ولمدة محددة، وتكون شركة المشروع مسؤولة عن تمويلها وإدارتها وصيانتها، وبعد إنتهاء فترة الإمتياز تقوم شركة المشروع بنقل المرفق الخاص إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون أعباء)⁽³⁾.

كما حدد القانون نوعية المشروعات موضوع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث نصت على أن: مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية المشار إليها في هذه النصوص تشمل: (إنشاء محطات الطاقة التي تعمل بالفحم، ومحطات الطاقة الهيدروكهربائية، والطرق السريعة، ومحطات السكك الحديدية المحلية، والكباري، والأنفاق، ومصادر إمداد المدن بالمياه، ومحطات تنقية المياه، ومصانع معالجة الأسمدة)⁽⁴⁾.

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د.ت، ص38.

(2) راجع تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (U.N.C.I.T.L) الدورة التاسعة والعشرون نيويورك في الفترة من 28 مايو إلى 14 يونيو 1996م، بعنوان: (الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية)، ص3.

(3) المادة (2) من القواعد التنظيمية للإستثمار الأجنبي في مشروعات الـ(B.O.T) نسخة معدة بواسطة لجنة التخطيط لجمهورية الصين الشعبية عام 1996م.

(4) المادة (5) من القواعد التنظيمية للإستثمار الأجنبي في مشروعات الـ(B.O.T) نسخة معدة بواسطة لجنة التخطيط لجمهورية الصين الشعبية عام 1996م.

2- **فيتنام:** عرفت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنها: (الوثيقة الموقعة بين الوحدات التنظيمية لدولة فيتنام والمستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعات بنية تحتية تشمل توسعة وتحسين وتحديث المشروعات وإدارتها خلال مدة معينة لإستعادة الإستثمارات وعوائدها القانونية، وعند نهاية الإمتياز المتفق عليها ينقل المستثمر الأجنبي المشروع لدولة فيتنام)⁽¹⁾.

3- **الفلبين:** عرفت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه: (إتفاق عقدي يقوم بمقتضاه المستثمر بالإنشاء، بما في ذلك تمويل مرافق البنية التحتية وعملية الصيانة لها)، ويقوم المستثمر بإدارة المرافق لمدة محددة، يسمح له خلالها بتحصيل الضرائب والرسوم والإيجارات من المنتفعين، وهذه الرسوم لا تتجاوز السعر المحدد في العرض المقترح أو المفاوضات، وتدرج في العقد لتمكين المستثمر من إسترداد إستثماراته ونفقات تشغيل وصيانة المشروع، ثم يقوم المستثمر بنقل ملكية المشروع إلى الحكومة المحلية أو الهيئات الحكومية عند إنتهاء المدة المحددة والتي لا تتجاوز (50) عاماً، بشرط أنه في حالة وجود مشروع بنية تحتية أو تطوير مرفق عام تتطلب عملية إدارته تمثيل مرفق عام، فإن المستثمر يجب أن يكون فلبينياً، فإذا كان المستثمر شركة يجب أن تكون مسجلة في بورصة الأوراق المالية ولا تقل النسبة المملوكة للفلبينيين بها عن ستين بالمائة (60%)⁽²⁾.

4- **مصر:** لا يوجد تعريف تشريعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، على الرغم من صدور عدة قوانين محور إهتمامها هذا النظام⁽³⁾.

5- **السودان:** لم يتدخل المشرع السوداني أيضاً بوضع تعريف لهذه العقود لكونها من قبيل العقود غير المسماة التي لم ينظمها المشرع ولم يضع لها تعريفاً لحداتها وتطورها.

نخلص مما سبق إلى أن الدعامة الأساسية في تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أنه عقد الغرض منه تمويل مشروعات البنية الأساسية، وأن تلك العقود إزدهرت في إطار إنفتاح الدولة وإتجاهها نحو الإقتصاد الحر وتشجيع الإستثمار، الأمر الذي أدى إلى حرص العديد من الدول على الأخذ بهذا النظام ووضع تعريف محدد وواضح له.

(1) المادة (1) من القواعد القانونية لعقود ال (B.O.T) الخاصة بالإستثمارات الأجنبية في فيتنام.

(2) المادة (2) من القانون الفلبيني رقم (7718) الصادر في 1993/7/26م.

(3) القوانين (100) للعام 1996م/229 للعام 1996م/3 للعام 1997م/22 للعام 1998م/146 للعام 2006م).

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتكييفها القانوني

المطلب الأول: خصائص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

تعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أحد الآليات التي أفرزها الواقع الإقتصادي الجديد، حيث تقوم هذه العقود بتخفيف الأعباء المالية عن الموازنة العامة للدول، والمساهمة في حل مشكلة البطالة، ورفع المستوى الإقتصادي والتكنولوجي للدولة، ورغم هذه المزايا تظهر عند التطبيق العملي بعض العيوب بهذه الآلية منها: إمتداد آثار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مدداً زمنية طويلة المدى تلحق الضرر بالإقتصاد الوطني، إضافة إلى المبالغة في الدعم الحكومي لهذه المشروعات، لذلك سوف نستعرض خصائص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، من خلال التعريفات المختلفة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، يمكن إستخلاص عدة خصائص، نشير إليها في النقاط التالية:

1- تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة: في ظل إطار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يتحمل القطاع الخاص تمويل وإنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل حتى تتمكن الدولة من التفرغ للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية، وتزداد أهمية هذه العقود إذا كانت الشركة المستثمرة أجنبية، مما يعني إدخال إستثمارات جديدة الأمر الذي يؤدي إلى تحسين ميزانية المدفوعات وخفض العجز في الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي⁽¹⁾.

2- حل مشكلة البطالة: تعد البطالة بكافة صورها وأشكالها من أخطر مشكلات العصر ونكاد تكون الشغل الشاغل لدول العالم حيث تسعى كل الدول وبأساليب مختلفة لإيجاد حلول لمشكلة وأزمة البطالة، ولما كانت التجارة الحرة تعوق فرص العمل على مستوى العالم أجمع حيث تسعى الشركات الدولية العابرة للقارات إلى الإنتقال إلى أسواق ومناطق الإنتاج في دول العالم النامي والتي تتميز بإنخفاض أسعار وتكلفة الأيدي العاملة، وفي إطار هذا الصراع تقوم هذه الشركات بنقل مشروعاتها إلى الدول الأقل تكلفة مما يؤدي إلى القول بأن إقتصاد السوق والتجارة الحرة لا تخلق فرص عمل بل تؤدي إلى تزايد وتفاقم مشكلة البطالة، ما يورق الدول ويجعلها تبذل أقصى الجهود للبحث عن حل مشكلة البطالة⁽²⁾.

ولما كانت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تؤدي إلى خلق فرص عمل جيدة وذلك من خلال أسواق العمل التي تقوم بفتحها وتنشيطها وتدريب الأيدي العاملة الوطنية في كافة مراحل المشروع وإكسابها مهارات وقدرات عالية تساعدها على الدخول في مجال سوق العمل الدولي فإن ذلك كله يؤدي إلى القضاء على مشكلة البطالة.

3- الإستفادة من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة: نظراً لأن شركة المشروع تقوم ببناء وإقامة المشروع على نفقتها الخاصة وتقوم بإستغلاله طوال مدة الترخيص وتحصل على عائد ذلك الإستغلال فإنها في الأغلب تقوم ببناء ذلك المشروع بأفضل السبل وتقوم بتزويده بأحدث أنواع التكنولوجيا الموجودة للحصول على

(1) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص55.

(2) عصام أحمد الهجي، عقود البوت (B.O.T) الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، 2000م، ص56.

أكبر عائد ممكن لتغطية نفقاتها في أقل وقت ممكن وذلك للحصول على أكبر نسبة من الأرباح طوال مدة التعاقد⁽¹⁾.

ولا شك أن الإدارة الخاصة دائماً أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية، مما يحسن من أداء هذه الخدمات وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين⁽²⁾، كما توجد مصلحة مباشرة للقطاع الخاص في رفع مستوى الخدمة بكفاءة عالية، إذ إن ذلك يحقق لها أكبر ربح مالي واقتصادي ويؤدي ذلك بدوره في النهاية إلى إشباع حاجة المستهلك⁽³⁾.

4- إيجاد فرص عمل جديدة وتخفيض نسبة التضخم: يعد التعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية صورة من صور الإستثمار المباشر، إذ إنه يؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة وينتج عن ذلك إتاحة المزيد من فرص العمل وتشغيل الأيدي العاملة، كما يؤدي إلى ضخ أموال جديدة في السوق، لا سيما بالعملة الأجنبية، مما يحد من نسبة التضخم والبطالة، فضلاً عما يؤدي إليه من خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة كإنشاء الطرق ومحطات الكهرباء والمياه والأنفاق والمطارات وغيرها من المشاريع والمرافق العامة التي تساعد على جذب الإستثمار⁽⁴⁾.

5- توسيع فرص التنمية الإقتصادية ونقل التكنولوجيا: توفر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فرصاً مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية ومن مصلحة القطاع الخاص الذي يكلف بإنشاء المرافق العامة وتشغيلها أن يستخدم التكنولوجيا الحديثة لتحقيق أكبر قدر ممكن من المكاسب الإقتصادية ولا يتحقق ذلك إلا باستخدام أفضل الوسائل الحديثة لنشاطه وخبرته وسمعته على الصعيد الدولي، توصلاً إلى زيادة إنتشاره، وتفعيل خبرته وتطويرها وتحقيق نجاحات متواصلة على الصعيد الدولي، ولا سيما في الدول النامية التي تحتاج إلى المزيد من التخصص والخبرة والتكنولوجيا في تنفيذ مشاريعها⁽⁵⁾.

كما ذكرنا فإن الإدارة الخاصة هي أكثر فعالية وكفاية من الإدارة الحكومية فإذا عهد إليها بإنشاء مرافق عامة وتشغيلها نتج عن ذلك تحسين أداء هذه المرافق، وتحسين وضع الحكومات أمام المواطنين، مما يزيد من ثقة المواطن بدولته وإدراتها وقدرتها على مواكبة التقدم العلمي والتكنولوجي، وهذا ما يعود بالفائدة على المجتمع.

6- تنمية أسواق رأس المال الوطنية: تلجأ شركة المشروع إلى مصادر تمويلية متعددة ولا تكتفي بالإقتراض من البنوك ومؤسسات التمويل المختلفة، بل تعتمد شركة المشروع بصفة أساسية في المراحل الأخيرة من تشييد المشروع وتشغيله على الإقتراض عن طريق آليات سوق المال مثل طرح السندات وكذلك تلجأ إلى زيادة رأس

(1) إيهاب السيد يوسف عبدالله، النظام القانوني لعقود إنشاءات البنية الأساسية عن طريق التمويل الخاص، رسالة دكتوراة غير منشورة، جامعة القاهرة، ص443.

(2) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص57.

(3) مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام ال (B.O.T) دار الجامعة الجديدة، 2010م، ص18.

(4) أنظر إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011م، ص146.

(5) المرجع نفسه، ص148.

مالها لمواجهة التوسعات الإستثمارية الجديدة بطرح أسهمها في سوق المال، وذلك لتنشيط حركة سوق المال وجذب الإستثمارات ورؤوس الأموال إلى السوق المحلية⁽¹⁾.

7- **بقاء المشروع تحت سيطرة الدولة:** على عكس نظام الخصخصة بمفهومها الواسع فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تحقق مزايا سياسية واجتماعية إذ إن ملكية المشروع تنتقل في نهاية العقد إلى الدولة⁽²⁾.

8- **توجيه المشروع لخدمة الصالح العام:** طالما أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تبقى من الناحية الإستراتيجية تحت مراقبة الحكومة منذ البدء بتنفيذ المشروع وخلال مدة تشغيله وصيانته حتى يأتي ثماره عند إنتهاء مدته ونقل ملكيته إليها، فمن واجب المستثمر أن يمكن الإدارة المانحة في كل وقت من الإطلاع على المشروع ومراقبته حتى تتمكن من توجيه المشروع في خدمة الصالح العام⁽³⁾.

9- **الإستفادة من مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية لخدمة مشاريع الخصخصة:** بما أن الخصخصة هي عبارة عن تخلي الدولة عن مال إقتصادي يعود إليها لمؤسسات القطاع الخاص فإن الحكومة المانحة يمكنها الإستفادة من هذه العقود لتوظيفها في عمليات الخصخصة بمعنى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعطي الحكومة وسيلة عملية يمكن إستخدامها في برامج الخصخصة التي تتبعها معظم دول العالم⁽⁴⁾.

إذن تُعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية حلاً وسطاً بين نظامين: الأول هو نظام الخصخصة الكاملة ويعني تملك القطاع الخاص للمرافق والمنشآت الأساسية في الدولة، ويتبع ذلك هيمنة المرافق الأساسية في الدولة وما يستتبعه من إضرار بمصالح مواطني تلك الدولة وعدم تمكن الدولة من الإشراف والرقابة اللازمين لضبط الأعمال الخاصة بتلك المشروعات والوقوف على جودة الخدمات وتقديمها بالسعر المناسب لجمهور المستهلكين، والثاني: أن تتم إدارة تلك المرافق عن طريق جهة الإدارة بطريقة مباشرة وما يمثله ذلك من أعباء إضافية على موازنة الدولة.

وتتميز المشروعات المقامة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بالوسطية بين كل من النظامين السابقين، فهي تتضمن في إتفاقية الترخيص الشروط والضوابط التي تسمح للدولة المضيفة في ممارسة حقها في الرقابة والإشراف والتوجيه على تشييد وبناء المشروع وإستغلاله على نحو جيد، مما ينتج عنه خدمة بسعر مناسب لمواطني الدولة المضيفة.

بالإضافة إلى ذلك فإن المشروع يتم إعادته بحالة جيدة عند نهاية مدة الترخيص للجهة مانحة الترخيص، وفي ذلك إستمرار لملكية الدولة للمشروعات والمرافق المقامة على أرضها، وبذلك تضمن الدولة أن تقوم بدور إيجابي وفعال في تحقيق أهدافها الإقتصادية والإجتماعية.

(1) مي محمد عز علي شرباش، مرجع سابق، ص 19.

(2) المرجع نفسه، ص 20.

(3) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 149.

(4) المرجع نفسه، ص 148.

المطلب الثاني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود الإدارية

يقصد بتكييف العقد بصفة عامة رد العقد إلى إحدى الطوائف التعاقدية المعروفة لكي تطبق عليه أحكامها، ولكن في الوقت نفسه فإن التكييف السليم للعقد يقتضي عدم الإقتصار على الرد العام إلى إحدى الطوائف التعاقدية الموجودة من قبل، بل يتطلب فضلاً عن هذا تحديد الذاتية القانونية الخاصة للعقد محل التكييف، وتعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية باختلاف أشكالها من أصعب وأدق المسائل التي واجهت الباحثين في دراسة هذه العقود.

وترجع الصعوبة إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر هي عقود تتمتع فيها الدولة بمركز قانوني أفضل من المستثمر، وذلك لما فيها من شروط إستثنائية خارجة عن المألوف في علاقات القانون الخاص وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة وبين الأشخاص الوطنية الخاصة في إطار القانون الوطني الداخلي تثير العديد من المشاكل وتقتضي في العديد من الدول أفراد نظام قانوني خاص بها ليحكمها، فإن هذه المشاكل تتضاعف بدون شك إذا كانت هذه العقود قد تمت بين الدولة وبين شخص خاص أجنبي على صعيد العلاقات الدولية هذا من جهة⁽¹⁾.

ومن جهة أخرى فإن الشركات المتعددة الجنسيات لما لها من قوة إقتصادية هائلة وما تتمتع به في السوق الدولية من قدرات مالية وإتصالات ونفوذ فإنها في تلك الحالة تتفوق بمراحل على الدولة التي تقوم بالتعاقد معها، ونظراً لأن الدول النامية تخشى من ذلك التفوق الإقتصادي للشركات المتعددة الجنسيات، فإنها تتشدد في بنود العقد وتصر على إخضاعها في حالة النزاع مثلاً لقضاءها الوطني وتحصر على تضمين تلك العقود ما يكفل حماية مصالحها في مواجهة الطرف الآخر الذي يقوم بإستثمار أمواله في الدول النامية.

ومن ناحية أخرى فإن الشركات المتعددة الجنسيات ترغب في عدم إخضاع تلك الأنظمة للقوانين الداخلية للدول النامية من أجل حماية مصالحها كطرف ضعيف قانوناً في هذه العقود في فسح العقد المبرم بينها وبين الدولة من سيطرة القانون العام الوطني للدولة المتعاقدة ومحاولة إخضاعه لقانون التجارة الدولية أو المبادئ العامة القانونية المعترف بها بين الدول المتقدمة.

وفي هذا الإطار فإن كثيراً من الدول النامية في إطار سعيها لجذب الإستثمارات الأجنبية من أجل التنمية الإقتصادية داخل إقليمها تجد نفسها مضطرة إلى تقديم الكثير من التنازلات والضمانات والحوافز للمستثمر الأجنبي⁽²⁾، وللوقوف على حقيقة التكييف القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وردها إلى نظام قانوني يتلائم مع طبيعتها الإقتصادية، لابد أن نتناول هذه الآراء بالبحث والتحليل.

(1) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007م، ص8.

(2) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص148.

حجج القائلين بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الإدارية:-

يذهب فقهاء القانون العام⁽¹⁾ إلى تكييف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنها عقود إدارية، وذلك إستناداً إلى الحجج الآتية:

- **الحجة الأولى:** عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي عقود حديثة إسماءً، قديمة مفهوماً، وماهي إلا صورة حديثة لعقود إلترام المرافق العامة.

يرى أنصار هذا الرأي أن هذه العقود ليس لها من الحداثة إلا الاسم فقط، وما عدا ذلك فهي معروفة تحت مسمى عقود إلترام المرافق العامة التي تعرفها فرنسا منذ القرن الثامن عشر مثاله منح الحكومة الفرنسية إمتياز توزيع مياه الشرب في باريس إلى شركة (بيرن أخوان) عام 1782م، كما عرفت مصر في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عند منحها إمتيازاً للشركة العالمية لقناة السويس.

ومن ثم يخلص أصحاب هذا الرأي إلى أن التشابه أو التطابق بين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بمسماه الحديث وعقد إلترام المرافق العامة بمفهومه التقليدي يدعو إلى حسم الخلاف حول الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بحسبانه هو أيضاً عقداً إدارياً يخضع للنظرية العامة للعقود الإدارية وما تحويه من أحكام وهو ما يؤكد على أنها وإن كانت حديثة إسماءً إلا أنها قديمة ومعروفة مفهوماً وذلك في إطار عقود إلترامات المرافق العامة⁽²⁾.

- **الحجة الثانية:** القول بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل عقود القانون الخاص لا يتفق مع موضوع هذه العقود وأهدافها.

يرى أنصار الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أنه مادام موضوع هذه العقود هو إنشاء أو تطوير مرفق عام وتسييره، فإنه من الصعب بل من المستحيل أن تخضع للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص، بحسبان أن ذلك يكرس نوعاً من المساواة غير المنطقية بين المصلحة العامة وبين المصلحة الفردية ويخلق نوعاً من التوازن بين المصلحتين قد يؤدي في النهاية إلى إمكانية توقف المرفق العام عن أداء الخدمة تطبيقاً لنظرية العقد⁽³⁾.

- **الحجة الثالثة:** توافر معايير وشروط العقود الإدارية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

يؤكد أنصار الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أن إدارية هذه العقود ليست محل شك، حيث تتوافر فيها كافة المعايير والشروط التي تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، وهي:

أ- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.

(1) أنظر في ذلك محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T ، ص 47، جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 25، شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية 2009م، ص 50، عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص 121.

(2) أنظر في ذلك محمد الروبي، مرجع سابق، ص 47، جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 25، عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص 121.

(3) عمرو أحمد حسبو، مرجع سابق، ص 122.

ب- أن يتصل العقد بمرفق عام.

ت- أن يتضمن العقد شروطاً إستثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

ويرون أنه بتطبيق هذه الشروط والمعايير على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يتبين توافرها جميعاً، وهو ما يجعل الطبيعة الإدارية لهذه العقود أمراً ثابتاً لا جدال فيه.

- **الحجة الرابعة:** الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا ينفىها التوسع النسبي في الشروط التعاقدية بقصد تشجيع الإستثمار.

يقرر أنصار الطبيعة الإدارية أنه لا تعارض بين إدارية هذه العقود والتوسع النسبي في الشروط التعاقدية التي لا يجوز نقضها أو تعديلها إلا بإتفاق الطرفين، وذلك في مقابل التخفيف إلى حد ما من الشروط اللائحية التي يجوز للجهة المتعاقدة تعديلها دون توقف على موافقة المتعاقد معها، ذلك أن القصد من ذلك هو العمل على تشجيع الشركات الدولية الكبرى التي لها باع طويل في إقامة وتنفيذ مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية على القدم والإستثمار في الدولة، ومن ثم طمأنه المستثمرين وتهيئة المناخ القانوني لذلك، بيد أن هذا التوسع في الشروط التعاقدية على حساب الشروط اللائحية ليس معناه التقاضي عن هذه الأخيرة، أو أن يأتي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية خالياً منها، بل معناه الحد من هذه الشروط بدرجة معقولة، بحيث يأتي العقد في مجمله محافظاً على المصالح المشروعة للمستثمرين، ولا يهدر مقتضيات المصلحة العامة⁽²⁾.

المطلب الثالث: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود المدنية

يذهب نفر غير قليل من الفقه⁽³⁾ إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي من قبيل عقود القانون الخاص التي تخضع لقواعد القانون المدني والتجاري وليس لقواعد القانون الإداري، ونستعرض فيما يلي أهم الحجج التي إستند إليها هذا الفريق:

1- جميع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تقوم على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين ويسودها مبدأ سلطان الإرادة ولهذا تُعد عقوداً من عقود القانون الخاص، وهذه العقود من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازية بين الطرفين دون أن يكون للإرادة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، فليس فيها شروط استثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، ومن ثم يفقد العقد عنصراً مهماً من عناصر تمييز العقد الإداري⁽⁴⁾.

2- الصفة الإقتصادية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية صورة حديثة من صور تمويل المشروعات، حيث يقوم القطاع بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله، لذلك يتعين على الدولة أن

(1) علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2008م، ص 64.

(2) محمد الروبي، مرجع سابق، ص 69.

(3) هانيء صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص 181.

(4) نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح إتزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام

ال(B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2007م، ص 71.

تتعاقد مع القطاع الخاص بشأن هذا الإنشاء والتمويل طبقاً لآليات إقتصاد السوق، التي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة وعدم استخدام أساليب وإمميزات السلطة العامة الأمر الذي تأباه طبيعة عقود إمتياز المرافق العامة، وهو الأمر الذي يجعل بعض القواعد والأحكام السارية على عقود إمتياز المرافق العامة لا تصلح للتطبيق على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

3- إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد بذات الأساليب التي يتعاقد بها الأفراد، ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية هي عقود تتعاقد فيها الدولة بإسلوب القانون الخاص، والقول بغير ذلك يعني إجماع الشركات دولية النشاط والإتحادات المالية عن إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية برغم حاجة الدولة إلى الإستثمارات الأجنبية⁽¹⁾.

4- من الناحية العملية جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أن عقدهم عقد مدني وليس عقداً إدارياً، مما يترتب على هذه العقود أن الإختصاص ينعقد إما إلى التحكيم أو إلى القضاء العادي، ويضيف هذا الرأي أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود القانون الخاص، فالدولة تتصرف كشخص خاص ولا يغير هذا من طبيعة أن العقد عقد قانون خاص⁽²⁾.

النتائج المترتبة على مدينة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:-

يترتب على مدينة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية نتائج وآثار كثيرة منها:

أولاً: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخضع في تنظيمه وبيان أركانه وشروط صحته لقواعد القانون المدني.

ثانياً: أثر الإلتزامات وتحديدها التي تنشأ عن الرابطة العقدية تخضع للقانون المدني.

ثالثاً: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخضع في منازعاته للقضاء العادي ويحكمه القانون المدني.

رابعاً: طرفا عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في مراكز قانونية متساوية ليس لأحدهما على الآخر أفضلية أو مركز أقوى من الطرف الآخر، فهما على قدم المساواة.

خامساً: عدم سريان قوانين التأميم على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

سادساً: لا يجوز للدولة المتعاقدة أن توقع الجزاءات على الملتزم كتوقيع الغرامة عند الإخلال بأي شرط من شروط العقد أو بسلطتها في فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء.

سابعاً: دستور العلاقة بين الملتزم وجهة الإدارة أن العقد شريعة المتعاقدين.

ثامناً: تتبع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في إنشائها وتفسيرها وتحديد إلتزاماتها القانون الخاص وليس القانون العام، ذلك لأن الشروط الإستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص لا نجد لها أثراً في هذا النوع من العقود.

الطبيعة الخاصة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (تكييف كل عقد على حده):-

هذا الرأي يرى أن كلا الرأيين السابقين غير سليمين، لأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يتم عقدها من خلال آليات متعددة، ولكل عقد ظروفه الخاصة بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الصدد، وينتهي هذا

(1) ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2004م، ص179.

(2) نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، مرجع سابق، ص71.

الرأي إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي ليست ذات طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانون واحد فتارة تكون عقوداً إدارية، وتارة أخرى تعد من عقود القانون الخاص، فالعبرة بتحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه ورده إلى النظام الذي يحكمه⁽¹⁾.

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي عقود ذات طبيعة خاصة تحمل في طياتها وسائل القانون العام ووسائل القانون الخاص، فالعقد يخضع لأحكام القانون الإداري في جوانبه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة ويخضع في غير ذلك لقواعد القانون الخاص، شأنه في ذلك شأن باقي العقود وذلك في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزيج⁽²⁾، بخلاف الحال في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، فالقانون السوداني مثلاً لا يوجد فيه العقد الإداري الذي يخضع لقضاء إداري مستقل عن القضاء المدني فكافة العقود تخضع لقانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والمنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها تنظر في ذات المحاكم المدنية التي تنظر فيها منازعات الأفراد، ولكن على مستوى محكمة الاستئناف والمحكمة العليا توجد دائرة إدارية ضمن الدوائر المتخصصة المختلفة كما أن قانون الإجراءات المدنية لعام 1983م يخص النزاع الإداري بأحكام تتميز عن منازعات الأفراد في كثير من الأحيان.

(1) ماهر محمد حامد أحمد، مرجع سابق، ص 182.

(2) عصام أحمد البهجي، مرجع سابق، ص 100.

المبحث الثالث

التجربة السودانية في إقامة المشروعات بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية

المطلب الأول: التجربة السودانية في إقامة المشروعات بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية

في السودان تم التعاقد سنة 1988م بين الهيئة القومية للطرق والجسور وإحدى الشركات الخليجية لتنفيذ طريق سريع بين مدينتي (عطبرة) و(هيا) بطول (274,4) كيلو متر بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، إلا أن الشركة المتعاقدة لم تتمكن من تنفيذ تعهداتها وهو نفس الفشل الذي صادف تعاقداً آخر أبرم مع شركة خليجية أخرى لتأهيل (126) كيلو متراً من الطريق السريع الرابط بين مدينتي (الخرطوم) و(مدني) بالرغم من الإمتيازات والتسهيلات العديدة التي منحتها الجهة الحكومية للمتعاقدين، وقد عزا المختصون في وزارة المالية هذا الفشل إلى غياب القوانين المنظمة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ومعارضة الرأي العام المحلي لفكرة إقامة مشروعات بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وعدم جاهزية الجهات الحكومية المتعاقدة لتنفيذ مثل هذه المشاريع⁽¹⁾.

وفي عام 1998م قدمت إحدى الشركات الماليزية عرضها للهيئة القومية للكهرباء بإنشاء محطة لتوليد (250) ميغاواط ديزل في جنوب الخرطوم (محطة كيلو عشرة الكهربائية) بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل، وإستمر التفاوض حتى مايو 2001م حيث تم التوقيع على إتفاقيتي (شراء الكهرباء) و(إتفاقية التنفيذ) على أن يبدأ تنفيذ المحطة في عام 2004م.

ومن أبرز بنود إتفاق الترخيص الممنوح لمحطة كيلو عشرة الكهربائية هو منح الحق الحصري لشركة المشروع في إقامة المشروع وتملك أصوله لمدة خمسة وعشرين سنة، بالإضافة إلى حوالة كافة حقوقها الناتجة من العقود المختلفة مع الجهات الحكومية إلى مؤسسات التمويل كضمان للقروض المقدمة للمشروع، كما تضمن حكومة السودان تنفيذ الهيئة القومية للكهرباء لكافة إلتزاماتها وسداد المبالغ المترتبة عليها لشركة المشروع بموجب عقد شراء الطاقة الكهربائية والعقود الأخرى⁽²⁾.

ومن المشاريع الناجحة والتي نفذت مؤخراً بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية مشروع محطة مياه (المنارة)، تم تشييدها لإنتاج مياه صالحة للشرب، لمقابلة الطلب المتزايد من سكان المناطق الواقعة شمال أمدرمان ومربعات الفتح والثورات وأحياء أمبدة شمال ودار السلام غرب أمدرمان.

يهدف المشروع إلى إنتاج مياه مطابقة لمواصفات الصحة العالمية، نظراً للمخاطر الكبيرة التي تسببها المياه الجوفية لصعوبة إدارتها بالمقارنة مع المحطات النيلية، كما يهدف المشروع إلى تقليل مخاطر تلوث مصادر المياه وضمان إمداد المياه للفقراء⁽³⁾.

(1) محمد محمود عبد الله يوسف، مصادر تمويل الإستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الإستثمارات في مصر، مؤتمر التخطيط العمراني وقضايا الحركة والنقل والمرور في الدول العربية، المعهد العربي لإنماء المدن، سوريا، حماه، 2005م.

(2) هشام عبد الرحيم ميرغني، عقود البناء المعاصرة، حقيقتها، إبرامها، أحكامها في الفقه الإسلامي والقانون السوداني، مركز عبد الكريم ميرغني الثقافي، أمدرمان، 2006م، ص104.

(3) إبراهيم أحمد آدم، محور نظام إستخدام البوت في السودان، ورقة عن تجربة محطة مياه المنارة، سمنار التوليد الخاص والمستقل، وزارة الموارد المائية والري والكهرباء، نوفمبر 2015م، ص11 وما بعدها.

تم تأسيس شركة المنارة للمياه (AMWC) كشراكة بن القطاعين الخاص والعام وإعتماد مقترح تصميم وإنشاء المحطة، وفي ديسمبر 2006م تم توقيع الإتفاق على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بين شركة المنارة وحكومة ولاية الخرطوم، وتم توفير التمويل اللازم لمحطة مياه المنارة من خلال مجموعة من القروض التي ساهمت في توفيرها مجموعة من بنوك التنمية العالمية، بالإضافة إلى هبة مالية وفرتها حكومة مملكة هولندا. المزايا التي حققها المشروع تمثلت في إدخال عملة أجنبية للبلاد من شركات وبنوك خارجية، الإلتزام الكامل بفترة الإنشاء، إدخال وسائل جديدة في عمليات ترسيب المياه والتخلص من مخلفات تنقية المياه للمحافظة على سلامة البيئة وعدم تلوث مياه النيل.

أما السلبات التي صاحبت المشروع فأهمها تدني قيمة الجنيه السوداني أمام العملات الأجنبية، وعدم إكمال شبكات التوزيع والخطوط الناقلة في الزمن المحدد لها، مما أدى إلى تأخير في تشغيل المحطة، إضافةً إلى عدم الإلتزام بسداد أقساط التمويل. غير أن هذه السلبات تتضاءل أمام الإيجابيات، ويُعد مشروع محطة مياه المنارة من أنجح المشاريع المنفذة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان.

المطلب الثاني: متطلبات تطبيق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان أولاً: متطلبات قانونية:

لتطبيق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان تطبيقاً ناجحاً لا بد من توافر بنية قانونية تتوافق مع هذا النوع من العقود، إذ إن تنفيذ مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يتم من فراغ، وإنما يتم على إقليم حكومة أو دولة مضيئة للإستثمار لها نظمها وقوانينها، وكلما كان التشريع محكماً والمؤسسات المنوط بها تطبيقه نزيهة وكفؤة، كلما كان مدعاة إلى إنجاح هذه العقود، وقد أوصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) بأهمية أن يكون الإطار الدستوري والتشريعي والمؤسسي لتنفيذ مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية على درجة كافية من الشفافية والعدالة بحيث يتحقق الإستقرار المرغوب فيه للمشروع على المدى الطويل⁽¹⁾.

فالدستور بحكم طبيعة قواعده ووظيفته لا يتضمن أحكاماً تفصيلية بشأن موضوع ما لا يشكل بطبيعته موضوعاً دستورياً، فإن دوره يقتصر على تقرير مبادئ أو أصول عامة فيما يتعلق بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ولكن الدور الأكبر والأكثر تفصيلاً يوكل إلى القانون واللائحة، والمشرع بصدد تنفيذه لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية يجد نفسه بصدد عدة خيارات تنظيمية، فإما أن يضع تنظيمًا عامًا لتنظيم كافة أشكال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في جميع قطاعات النشاط الإقتصادي، ويتضمن هذا التشريع معاملة واحدة لجميع المشروعات أياً كان القطاع الذي تعمل فيه، إلا أن هذا الخيار قد لا يتفق مع الإحتياجات الخاصة بمرافق البنية الأساسية لبعض القطاعات، إذ إن التشريع العام عادةً ما يقتصر في تنظيمه على المسائل المشتركة بين كل من المشروعات، بينما يكون للمشروعات الخاصة ببعض القطاعات أحياناً طبيعة خاصة، لذا يلجأ المشرع إلى إصدار قانون ينظم المشروعات التي تنفذ في قطاع معين من قطاعات البنية الأساسية، وأخيراً قد تضطر الظروف

(1) دليل اليونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الأمم المتحدة، نيويورك، 2001م، ص14.

المشرع إلى إصدار قانون ينظم مشروعاً واحداً فقط، وقد يجمع المشرع الوطني بين هذه المناهج الثلاثة وقد يأخذ بأحدها وفقاً لما تقتضيه الظروف الخاصة بالبلد المضيف والمصلحة الوطنية⁽¹⁾.

إن المشكلات التي واجهت تطبيق هذا النظام في السودان كان يمكن تقاؤها إذا تم وضع قوانين خاصة بإنفاذ نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، إن غياب مثل هذه التشريعات يؤدي بلا شك إلى إستغلال المستثمرين ضعف البنات القانونية لإعتماد الدولة على أنماط التشريع التقليدية، الأمر الذي يستدعي وضع ضوابط لتقليل المشكلات التي تنتج عن تنفيذ هذه العقود تحت مظلة قوانين المشتريات الحكومية التقليدية⁽²⁾.

ثانياً: متطلبات إقتصادية وإجتماعية:

تُعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من أهم أشكال الإستثمار في الوقت الحاضر نظراً لضخامتها، وهذا يقتضي أن تكون البنية الإقتصادية سليمة وآمنة، لذلك يجب أن يتسم الإقتصاد بالإستقرار بعيداً عن التقلبات الإقتصادية، وأن يكون مبدأ المنافسة هو الذي يحكم النشاط الإقتصادي، ولذلك توصي (اليونسسترال) بإلغاء الحواجز والعقبات القانونية التي تحول دون تحقيق المنافسة بدرجة أو بأخرى.

أما بالنسبة للمتطلبات الإجتماعية فيجب توعية المجتمع بأهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على المجتمع وأثره في تخفيف العبء على ميزانية الدولة وأن ما تقوم به الشركات من مشروعات ماهي إلى إضافة للمجتمع والإستدلال على ذلك بتجارب الدول الناجحة في هذا المجال⁽³⁾.

(1) حسن الهنداوي، مشروعات (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص 54 - 58.

(2) نعمات التجاني وآخرون، البنية القانونية لنظام البوت في السودان، سمنار التوليد الخاص والمستقل، وزارة الموارد المائية والري والكهرباء، نوفمبر 2015م.

(3) أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10)، العدد

(38) السنة 2008م، ص 390.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحابته الغر الميامين، تناولت الدراسة مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ومدى إمكانية تنفيذها في السودان، وخلصت إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج

- 1- عدم وجود تشريع سوداني يتناول عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رغم الحاجة إلى إصدار تشريع ينظم هذه العقود في ظل تزايد الإعتماد عليها في إنشاء المشروعات الاقتصادية التي تحتاجها الدولة.
- 2- عقود البناء والتشغيل والملكية من عقود القانون الخاص، وتحديداً من قبيل العقود المدنية.
- 3- أظهرت تجارب بعض الدول أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية قد تحمل بعض العيوب، ولا سيما في حالات نقص الخبرة التعاقدية لدى الجهة المانحة (الدولة)، كما كشفت تجارب دول أخرى أن الإطار القانوني والمؤسسي الفعال قد ساهم إلى حد كبير في نجاح مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- 4- تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص يؤدي إلى الحصول على أحدث وسائل التقنيات الحديثة التي تستلزمها إقامة هذه المشروعات والتي تمتلكها الشركات الكبرى.
- 5- عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تساعد على جلب المزيد من العملات الأجنبية التي يتم تحويلها من الخارج إلى داخل البلد المضيف من أجل تمويل مشروعات البنية الأساسية المتفق عليها.

ثانياً: التوصيات

- 1- ضرورة إصدار قانون ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لتوفير الضمانات القانونية لإنجاح مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية في السودان.
- 2- ضرورة مراعاة الحفاظ على البيئة ومعالجة أي تلوث ينتج عن المشروع، وعدم السماح بوجود ملوثات ناتجة عنه، سواء ما يتصل بتلوث الهواء أو الماء.
- 3- على الدول الإسلامية التفكير في إنشاء مؤسسات تمويل إسلامية عملاقة ودولية تلتزم في تعاملاتها بالأحكام الشرعية وتحافظ على القيم الأخلاقية للمجتمعات المسلمة.
- 4- العمل على إقامة برامج تدريبية للعمال الوطنية العاملة في المشروع، وخاصة قبل نقل ملكيته إلى الدولة بوقت كاف حتى يستمر المشروع في أداء وظيفته بعد انتهاء مدة الترخيص.

المصادر والمراجع

أولاً: كتب اللغة

- 1- ابن منظور، لسان العرب، دار الحديث، القاهرة، 2003م.
- 2- مرتضى الزبيدي، تاج العروس، الطبعة الأولى، دار الفكر، بيروت، 2005م
- 3- محمد بن أبي بكر بن عبدالقادر الرازي، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، 1988م

ثانياً: كتب القانون

- 1- إلياس ناصيف، العقود الدولية، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، 2011م.
- 2- جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د.ت).
- 3- حسن الهنداوي، مشروعات (B.O.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م.
- 4- حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، دار المطبوعات الجامعية، 2007م.
- 5- حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013م.
- 6- عصام أحمد البهجي، عقود البوت (B.O.T) الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، 2000م.
- 7- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2008م
- 8- عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T) (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م.
- 9- مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (B.O.T) دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010م.
- 10- هانيء صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م. هشام عبد الرحيم ميرغني، عقود البناء المعاصرة، حقيقتها، إبرامها، أحكامها في الفقه الإسلامي والقانون السوداني، الطبعة الأولى، مركز عبد الكريم ميرغني الثقافي، أمدرمان، 2006م.
- 11- هشام عبد الرحيم ميرغني، عقود البناء المعاصرة، حقيقتها، إبرامها، أحكامها في الفقه الإسلامي والقانون السوداني، مركز عبد الكريم ميرغني الثقافي، أمدرمان، 2006م.
- 12- محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T .
- 13- شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية وضوابطه، دار النهضة العربية 2009م .

ثالثاً: الرسائل الجامعية

- 1- إيهاب السيد يوسف عبدالله، النظام القانوني لعقود إنشاءات البنية الأساسية عن طريق التمويل الخاص، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2013م.
- 2- ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، 2004م
- 3- نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال(B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2007م.

رابعاً: البحوث والتقارير

- 1- أبوبكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، بحث منشور بمجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10)، العدد (38) السنة 2008م.
- 2- إبراهيم أحمد آدم، محور نظام استخدام البوت في السودان، ورقة عن تجربة محطة مياه المنارة، سمنار التوليد الخاص والمستقل، وزارة الموارد المائية والري والكهرباء، نوفمبر 2015م.
- 3- محمد محمود عبد الله يوسف، مصادر تمويل الإستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الاستثمارات في مصر، مؤتمر التخطيط العمراني وقضايا الحركة والنقل والممرور في الدول العربية، المعهد العربي لإنماء المدن، سوريا، حماه، 2005م.
- 4- نعمات التجاني وآخرون، البنية القانونية لنظام البوت في السودان، سمنار التوليد الخاص والمستقل، وزارة الموارد المائية والري والكهرباء، نوفمبر 2015م.
- 5- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (U.N.C.I.T.L) الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك، الفترة من 28 مايو إلى 14 يونيو 1996م، بعنوان: (الأعمال الممكنة مستقبلاً، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية).

Stardom University



Stardom Scientific Journal of Law and Political Studies

**- Stardom Scientific Journal of Law and Political Studies -
Issued quarterly by Stardom University**

1st issue- 4th Volume 2026

ISSN 2980-3764

