المكتبة و خدماتها الالكترونية
LIBRARY & INFORMATION SERVICES
LAW LIBRARY
UNIVERSITY OF BAHRAIN

جامعة البحرين

كلية الحقوق

قسم القانون العام

حقوق والتزامات الجهة المتعاقدة مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة دكتوراه الفلسفة

في القانون العام

إعداد

ماجد ملفي زايد الديحاني

الرقم الجامعي: ٢٠١٢٦٥١١

إشراف

الدكتور فاروق أحمد خماس

أستاذ القانون العام المشارك

جامعة البحرين

مملكة البحرين

يونيو ٢٠١٦

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾

صدق الله العظيم

"سورة البقرة الآية ٣٢"

ملخص الأطروحة

ينتج عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المبرم بين الإدارة وشركة المشروع، أن تحظى شركة المشروع ببعض الحقوق في مقابل أن تتحمل عدداً من الالتزامات التي يفرضها العقد، ونظراً لارتباط هذه الحقوق والالتزامات بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وهو من عقود الامتياز الهامة والحديثة نسبياً، والذي يهدف إلى إنشاء واستغلال وإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة عامة، جاءت أهمية اختياري لعنوان الرسالة (حقوق والتزامات الجهة المتعاقدة مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية)، وآثرت أن تكون هذه الدراسة مقارنة للاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في هذا المجال.

وتناولت في هذه الرسالة تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومزاياه وعيوبه، واستعرضت الاتجاهات الفقهية لطبيعته القانونية، مع تأكيدي بأن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو صورة حديثة لعقد الالتزام، فهو عقد إداري متى توافرت فيه الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري، كما تطرقت للإطار الدستوري والتشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، والإعداد الفني والقانوني له، وكيفية إبرامه.

كما تناولت في هذه الرسالة وباستفاضة حقوق والتزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مبيناً لحقوقها التي تتمثل في حصولها على المقابل المالي (الرسم)، والمزايا الأخرى المقررة بموجب العقد، وحقها في التوازن المالي للعقد، ومبيناً للضمانات المالية وغير المالية التي تقدمها الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها، كما تم البحث بالتزامات شركة المشروع عند تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تتمثل بقيامها بتمويل المشروع والتنفيذ الشخصي له، والتزامها بتشييد وتشغيل وإدارة المشروع، وأخيراً التزامها بإعادة المشروع إلى الإدارة بحالة جيدة خالياً من أي ديون أو حقوق للغير عند انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية سواء انتهاء طبيعي بانتهاء مدته، أو انتهاء غير طبيعي عن طريق الإسقاط أو الاسترداد.

وأخيراً خرجت هذه الرسالة بعدة توصيات ومن أهمها أننا نوصي بضرورة أن يضع المشرع البحريني قانوناً ينظم التعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية أسوة بالمشرع المصري والكويتي، وغيرهما من تشريعات الدول الأخرى التي طبقت هذا النظام.

الإهـــــداء

إلى والدي رحمه الله وأسكنه فسيح جناته، وإلى والدتي الغالية أطال الله عمرها ومتعها بموفور الصحة والعافية، أهدي هذا البحث المتواضع.

شكر وتقدير

الشكر لله العلي العظيم أولاً وأخيراً، فهو وحده واهب النعم، ورافع النقم، العزيز الوهاب، ولولا تقديره – سبحانه وتعالى – لما خرج هذا البحث إلى حيز الوجود.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير وجزيل العرفان لكل من:

- د. فاروق خماس، المشرف على هذه الرسالة، على ما قدمه لي من دعم متواصل ومتابعة حثيثة ونصائح ثمينة أثرت هذه الرسالة شكلاً وموضوعاً.
- أعضاء لجنة المناقشة الموقرين، على تفضلهم بقبول المشاركة في مناقشة هذه الرسالة رغم كثرة مشاغلهم.
- أساتذتي الكرام، أعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق بجامعة البحرين، الذين لم يبخلوا عليَّ بالتوجيه والإرشاد في إعداد هذا البحث.
- كل من وقف بجانبي محفزاً وناصحاً ومستنهضاً لهمتي في الجد والتحصيل العلمي، وكل من ساهم في فكرة، أو صحح معلومة، أو دل على مرجع، حتى يرى هذا البحث النور.

وأدعو الله العلي القدير أن يوفقهم وينفع بهم ويسدد على طريق الخير خطاهم وجزاهم الله عني خير الجزاء.

قائمة المحتويات

الموضـــــــــــوع	الصفحة
اعتماد لجنة المناقشة	أ
ملخص الأطروحة.	ب
الإهداء.	ج
الشكر والتقدير.	د
قائمة المحتويات.	هـ
المقدمة.	٢
الباب التمهيدي: النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٣
الفصل الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وطبيعته القانونيه.	١٦
المبحث الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٧
المطلب الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٧
المطلب الثاني: أنواع العقود التي تبرم طبقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٢٧
المطلب الثالث: مزايا وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٣٦
الفرع الأول: مزايا وعيوب عقود الـ B.O.T من وجهة نظر الحكومة المضيفة (الإدارة المتعاقدة).	٣٦
الفرع الثاني: مزايا وعيوب عقود الـ B.O.T من وجهة نظر القطاع الخاص (شركة المشروع).	٤٥
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٤٩
المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T.	٥٠
الفرع الأول: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ذو طبيعة خاصة (تكييف كل عقد على حدة).	٥٢
الفرع الثاني: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد اقتصادي مركب.	٥٤
الفرع الثالث: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود القانون الخاص.	٥٥
الفرع الرابع: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الإدارية.	٥٩

المطلب الثاني: الرأي الراجح بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T.	٦٣
الفصل الثاني: الإطار القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٧١
المبحث الأول: الإطار الدستوري والتشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٧٢
المطلب الأول: الإطار الدستوري لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٧٢
المطلب الثاني: الإطار التشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٨٠
المبحث الثاني: مسار التعاقد لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٨٩
المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع.	٩٠
الفرع الأول: التجهيز الفني للمشروع.	٩٠
الفرع الثاني: إعداد كراسة الشروط.	٩٣
الفرع الثالث: المبادئ القانونية التي تحكم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.	٩٦
المطلب الثاني: إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٠١
الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة وتلقي العروض.	١٠١
الفرع الثاني: تقييم العروض والبت فيها.	١٠٥
الفرع الثالث: التفاوض على العقد.	١٠٨
الباب الأول: حقوق شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)	١١٥
الفصل الأول: الحقوق والمزايا المالية لشركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١١٧
المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي (الرسم) في عقد الـ B.O.T.	١١٩
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١١٩
المطلب الثاني: تحديد المقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٢٨
المبحث الثاني: حق شركة المشروع في التوازن المالي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٣٨

المطلب الأول: فكرة التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٣٩
المطلب الثاني: نظريات التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	١٤٥
الفرع الأول: نظرية عمل الأمير.	١٤٦
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة.	١٥٠
الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.	١٥٧
الفصل الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـ B.O.T وضمانات الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.	١٦٧
المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـ B.O.T .	١٦٨
المطلب الأول: حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص وحقها في الانتفاع والاستغلال في عقد الـ B.O.T.	١٦٩
الفرع الأول: حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل مشروع الـ B.O.T.	١٧٠
الفرع الثاني: حق شركة المشروع في الانتفاع والاستغلال في عقد الـ B.O.T.	١٧٧
المطلب الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقد الـ B.O.T.	١٨٣
المبحث الثاني: الضمانات المقدمة من الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـ B.O.T.	١٩٧
المطلب الأول: الضمانات غير المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـ B.O.T.	١٩٨
الفرع الأول: التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الـ B.O.T.	١٩٩
الفرع الثاني: التزام الإدارة بعدم التعدي على مشروع الـ B.O.T.	٢٠٥
الفرع الثالث: التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم مشروع الـ B.O.T.	٢٠٨
الفرع الرابع: التزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع الـ B.O.T.	٢١١
المطلب الثاني: الضمانات المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـ B.O.T.	٢١٣

الفرع الأول: التزامات الإدارة المالية في مرحلة إبرام عقد الـــ B.O.T.	٢١٣
الفرع الثاني: التزامات الإدارة المالية في مرحلة تنفيذ عقد الـــ B.O.T.	٢١٧
الفرع الثالث: التزامات الإدارة المالية عند انتهاء عقد الـــ B.O.T.	٢٢٢
الباب الثاني: التزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٢٢٨
الفصل الأول: التزامات شركة المشروع في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة في تنفيذ عقد الـــ B.O.T.	٢٣١
المبحث الأول: التزام شركة المشروع بتمويل المشروع وبالتنفيذ الشخصي لعقد الـــ B.O.T.	٢٣٢
المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتمويل مشروع الـــ B.O.T.	٢٣٢
الفرع الأول: مؤسسات التمويل لمشروعات الـــ B.O.T.	٢٣٤
الفرع الثاني: طرق التمويل لمشروعات الـــ B.O.T.	٢٣٨
المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بالتنفيذ الشخصي لعقد الـــ B.O.T.	٢٤٦
الفرع الأول: الالتزام بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية.	٢٥١
الفرع الثاني: الالتزام بعدم التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية.	٢٥٩
المبحث الثاني: التزام شركة المشروع بتشييد وتشغيل وإدارة مشروع الـــ B.O.T.	٢٦٦
المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتشييد مشروع الـــ B.O.T.	٢٦٦
الفرع الأول: نطاق التزام شركة المشروع بالتشييد.	٢٦٨
الفرع الثاني: الالتزام بتشييد المرفق خلال الميعاد المحدد.	٢٧٧
المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بتشغيل وإدارة مشروع الـــ B.O.T.	٢٨٢
الفرع الأول: الالتزام بتشغيل المرفق بانتظام واطراد.	٢٨٤
الفرع الثاني: الالتزام بمبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام.	٢٩٢
الفرع الثالث: الالتزام بمبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير.	٢٩٧
الفصل الثاني: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـــ B.O.T.	٣٠٢
المبحث الأول: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة في عقد الـــ B.O.T.	٣٠٣

المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم المشروع.	٣٠٣
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة.	٣١٤
الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية المشروع بحالة جيدة.	٣١٤
الفرع الثاني: الالتزام بنقل ملكية المشروع خالياً من الديون أو الرهون أو أي حقوق للغير.	٣١٩
الفرع الثالث: الالتزام بنقل المشروع بدون مقابل.	٣٢٢
الفرع الرابع: الالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين الوطنيين عليها.	٣٢٦
المبحث الثاني: انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).	٣٣١
المطلب الأول: الانتهاء الطبيعي لعقد الـ B.O.T.	٣٣١
المطلب الثاني: الانتهاء غير الطبيعي لعقد الـ B.O.T.	٣٤٤
الفرع الأول: انتهاء عقد الـ B.O.T عن طريق توقيع جزاء الإسقاط.	٣٤٤
الفرع الثاني: انتهاء عقد الـ B.O.T عن طريق الاسترداد.	٣٥٧
الخاتمة (النتائج والتوصيات).	٣٧١
قائمة المراجع.	٣٧٩
الملاحق.	٤٠٤
ملخص الأطروحة باللغة الإنجليزية.	A

مدخل إلى الدراسة

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

من الواجبات الأساسية التي تقع على عاتق الدولة بأجهزتها المختلفة، تحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات العامة والضرورية للمواطنين، ويظهر ذلك جلياً عندما تقوم الدولة بإنشاء المرافق العامة، فهي تستهدف في الأساس تحقيق الصالح العام، وبغض النظر عن تحقيق الربح من عدمه، بل حتى ولو تحملت مصاريف ونفقات هائلة وذلك باعتبارها المسئولة عن إشباع الحاجات العامة وحماية حقوق ومصالح المواطنين وتوفير الخدمات المختلفة لهم لاسيما أنها تختص بجميع الإيرادات العامة والمسيطرة على دخل الدولة[1].

إلا أنه في بعض الحالات قد تعاني الدولة من ضيق وقلة في مواردها، أو أنها ترى ضرورة تركيزها نحو مشروعات أساسية معينة تتصف بالأولوية والأهمية القصوى عندها خاصة في مجال الدفاع والأمن، لذا تلجأ الدولة إلى الاستعانة بالقطاع الخاص المحلي أو حتى الاستثمارات الأجنبية لإنشاء المشاريع الضخمة التي تتعلق بالبنية التحتية الأساسية أو بمشاريع حيوية تحتاج لتمويل ضخم أو تكنولوجيا متطورة ليس بمقدور الدولة توفيرهما، من أجل توفير الدعم المالي لها من القطاع الخاص، وتجنب إرهاق ميزانيتها، والاستفادة من خبرته الفنية والتكنولوجية في تلك المشاريع مما يوفر المزيد من فرص العمل ويؤدي إلى إنعاش اقتصاد الدولة وتوفير المزيد من الخدمات العامة، وبحيث تتفرغ الدولة لبناء وإنشاء وإدارة المشاريع الاستراتيجية الخاصة التي لا تسمح لأحد بالتدخل فيها[2].

هذا ولقد وجدت الدولة ضالتها المنشودة وطريقها إلى ذلك في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)[3]، حيث وجدت فيها الوسيلة المثلى في إنشاء وتشغيل المشاريع الضخمة التي تكلف أموال هائلة، والتي يعهد بها إلى القطاع الخاص فيقوم بتمويلها، ويضفى عليها وسائل التكنولوجيا المتطورة التي تتوافر لديه، ومنحها خبرته الفنية الطويلة، وما يتمتع به من سرعة في التنفيذ ومرونة في الإدارة، فينجز المشروع دون أن تتكبد الدولة بنفقات المشروع، ودون أن تحمل موازنتها العامة بمزيد من الأعباء[4].

---

[1] د. جار الله علي المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٤، ص ٣ وما بعدها.

[2] د. فدغوش شبيب العجمي، عقود B.O.T النفطية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص ١ وما بعدها.

- كذلك انظر: أ. عبدالله طالب الكندري، التنظيم القانوني لعقود الـ B.O.T، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، ٢٠٠٤، ص ٥ وما بعدها.

[3] إن مصطلح البوت (B.O.T) هو اختصار لثلاثة اصطلاحات باللغة الإنجليزية (Build – operate – transfer) أي البناء والتشغيل ونقل الملكية، ويقصد به عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

٤ د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٦، ص ٤ وما بعدها.

ومما هو جدير بالذكر أن جوهر نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) يتمثل وبصفة عامة في أن تبرم الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية عقداً مع أحد أشخاص القانون الخاص سواء كان فرداً أو شركة من شركات القطاع الخاص، وسواء كانت تلك الشركة محلية أو أجنبية بحيث تعهد إليها بإنشاء وتشغيل مرفق عام اقتصادي ينصب في الغالب على مشاريع البنية التحتية كإنشاء محطات الطاقة والكهرباء، وخطوط النقل والمواصلات، والطرق والموانئ والمطارات، على أن يتولى هذا الشخص الخاص تحصيل المقابل النقدي أو الرسوم من جمهور المنتفعين مقابل الخدمات التي يقدمها لهم، وبحيث يعوض هذا المقابل ما تكبده من نفقات، إضافة إلى تحقيق الهامش الربحي الذي يتطلع إلى تحقيقه من وراء إنشاء ذلك المشروع، وكل ذلك شريطة قيامه بنقل ملكية المشروع وبدون مقابل إلى الدولة عند حلول انتهاء الأجل الزمني المتفق عليه فيما بينه وبين الدولة[1].

ولما كانت الدولة تحرص في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) على أن تكون رسوم تلك الخدمات بسيطة نسبياً، وفي متناول أغلب جمهور المنتفعين، فإنها تمنح شركة المشروع المتعاقدة معها مدداً طويلة يسري خلالها العقد الأمر الذي يتيح وفقاً له لهذه الشركات تعويض ما تكبدته من نفقات وتحقيق الربح الذي تنشده، على أن يعود المشروع في نهاية مدة العقد إلى الدولة بحالة جيدة يستمر فيها المرفق في العمل بانتظام واطراد، وبالتالي تحقق الدولة منافع عامة دون أن تتحمل أي نفقات في إنشائه وتشغيله، وتكسب مشروعاً جديداً ضخماً وحيوياً يصب دخله في ميزانيتها[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ، يمثل بالنسبة للدول عامة، والفقيرة منها خاصة الوسيلة المثلى لجذب القطاع الخاص والاستثمارات لمشاريع تشكل عبئاً عليها لو أقدمت عليها بمفردها، مع وجوب مراعاة أن نجاح هذا النظام وتحقيق مراميه وأهدافه يقتضي الموازنة بين بنوده وتخويل أطرافه قدراً متوازناً من الحقوق والالتزامات.

وبما أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) كغيرها من العقود، يترتب عليها مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفيه الأساسيين وهما جهة الإدارة وشركة المشروع، فلذلك سوف يكون مجال هذه الدراسة هو تناول بحث حقوق والتزامات شركة

---

[1] د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. عبدالفتاح حجازي، عقود البوت – B.O.T – في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٣.

[2] د. جيهان حسن، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦ وما بعدها.

المشروع فقط في عقد الـــ B.O.T الرئيسي، لما لهذه الحقوق والالتزامات من أهمية في إنجاح عقد الـــ B.O.T الذي بطبيعة الحال ينصب على إنشاء وتشغيل وإدارة مرفق عام لتحقيق منفعة عامة، كما أن التطبيقات العملية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أثبتت في أغلبها أن المشكلات أو النزاعات التي تحدث بين جهة الإدارة وشركة المشروع المتعاقدة معها تتعلق وتتصل بحقوق والتزامات شركة المشروع، مما أدى إلى عزوف القطاع الخاص عن التعاقد بنظام الـــ B.O.T، وهذا ما دفعني إلى بحث هذه الحقوق والالتزامات بشكل تفصيلي والوقوف عليها لتحديدها ومعرفة مواطن الخلل فيها، وبالتالي وضع الحلول المناسبة قدر المستطاع لمعالجتها[1].

ولا شك في أن الحقوق المالية لشركة المشروع تمثل الدافع الحقيقي من جانبها لإبرام عقود الـــ B.O.T، فشركة المشروع وإن كانت معاونة لجهة الإدارة في تسيير مرافقها بانتظام واطراد، إلا أنها تسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح مقابل تنفيذ التزاماتها العقدية، فحقوق شركة المشروع الناتجة عن عقد الـــ B.O.T، تتمثل في حقها في الحصول على المقابل المالي (الرسم) من المنتفعين بخدمات المرفق، وحقها في الحصول على التعويض الذي يضمن تحقيق التوازن المالي للعقد، وحقها في الحصول على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل المرفق، وحقها في الانتفاع والاستغلال لمشروع الـــ B.O.T، وحقها في الحصول على المزايا العينية والإعفاءات الضريبية والجمركية المتعلقة بعقد الـــ B.O.T، ولضمان حصول شركة المشروع على كل هذه الحقوق فإن الإدارة تقوم بتقديم ضمانات غير مالية ومالية لشركة المشروع في المراحل المختلفة لعقد الـــ B.O.T (مرحلة إبرام العقد – مرحلة تنفيذ العقد – مرحلة انتهاء العقد)، وتتمثل الضمانات المالية في قيام جهة الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها المالية في المراحل المختلفة لعقد الـــ B.O.T، أما الضمانات غير المالية فإنها تتمثل في قيام جهة الإدارة المتعاقدة بالتزامها بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الـــ B.O.T، والتزامها بعدم التعدي على المشروع، والتزامها بعدم مصادرة أو تأميم المشروع، والتزامها بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع الـــ B.O.T.

ومن البديهي أنه لا يوجد حق إلا ويقابله التزام، فكما تتمتع شركة المشروع بحقوق في عقد الـــ B.O.T، فهي تتحمل بالتزامات، وهي التزامات جوهرية يتعين عليها أدائها حتى يستقيم أداء المرفق العام لخدماته النفعية العامة بانتظام واطراد، كما أن التزامات شركة المشروع في عقد الـــ B.O.T تتعدد وتتنوع مثلما تعددت وتنوعت حقوقها، فهي تتمثل بخمسة التزامات رئيسية تقع على عاتقها، أربعة منهم تلتزم بهم في تنفيذ عقد الـــ B.O.T، وأما الالتزام الخامس والأخير تلتزم

---

[1] ولمزيد من التفصيل فيما يتعلق بالمشكلات العملية المتعلقة بحقوق والتزامات شركة المشروع في عقد الـ B.O.T انظر أ. حسين علي العنزي، أسلوب التحكيم في حسم المشكلات العملية لمنازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت – B.O.T)، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص ١٢٣ وما بعدها.

به عند انتهاء عقد الـ B.O.T، وأما بالنسبة للالتزامات الأربعة، فالالتزام الأول منهم يتمثل في التزامها بتمويل مشروع الـ B.O.T وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتمثل في التزاماتها بتقديم مصادر التمويل وتحديد طرقه، وأما الالتزام الثاني فيتمثل بالتزامها بالتنفيذ الشخصي لعقد الـ B.O.T وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتمثل في التزامها بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، والتزامها بعدم التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، وأما الالتزام الثالث فيتمثل بالتزامها بتشييد مشروع الـ B.O.T خلال الميعاد المحدد، وأما الالتزام الرابع فيتمثل بالتزامها بتشغيل وإدارة مشروع الـ B.O.T وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتمثل في التزامها بتشغيل المرفق بانتظام واطراد، والتزامها بمبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام، والتزامها بمبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير.

وأما بالنسبة للالتزام الخامس والأخير والذي تلتزم به شركة المشروع عند انتهاء عقد الـ B.O.Tسواء بالانتهاء الطبيعي بانتهاء مدته أو بالانتهاء غير الطبيعي (المبتسر) عن طريق جزاء الإسقاط أو الاسترداد، فهو يتمثل بالتزامها بنقل ملكية مشروع الـ B.O.T إلى الدولة وإعادته إليها بحالة جيدة، وما يترتب على هذا الالتزام الرئيسي والهام من آثار والتزامات فرعية تتمثل في التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع بحالة جيدة، أي وجوب أن يكون المشروع عند تسليمه في كامل طاقته التشغيلية، والتزامها بنقل ملكية المشروع خالياً من الديون أو الرهون أو أي حقوق للغير، والتزامها بنقل ملكية المشروع بدون مقابل، والتزامها بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين الوطنيين عليها.

ومما هو جدير بالذكر أنه قد أثار هذا التميز في حقوق والتزامات شركة المشروع والذي تنفرد به في عقود الـ B.O.T جدلاً قانونياً عميقاً حول الطبيعة القانونية لهذه العقود إلى الحد الذي دفع بالبعض إخراجها من نطاق العقود الإدارية واعتبارها من قبيل عقود الإدارة غير الإدارية التي تخضع للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي بيد أننا سوف نرى – عند التناول التفصيلي لهذا الموضوع – أن منح شركة المشروع المتعاقدة مع الإدارة المزيد من الحقوق والامتيازات في عقد الـ B.O.T لا ينفي عن هذه العقود الطبيعة الإدارية حيث أنها ما تزال – بالرغم من الأحكام الخاصة التي تنفرد بها – تستجمع شروط وأركان العقد الإداري الثلاث وهي وجود الإدارة طرفاً فيها، وانصبابها على مرافق عامة، ووجود شروط استثنائية غير مألوفة فيها[1].

[1] د. ياسر الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٨، ص ٥٧ وما بعدها.

ثانياً: أهمية البحث

سنتناول في هذه الرسالة بحث حقوق والتزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، ونرجع أهمية تناولنا لهذه الدراسة للأسباب التالية:

١- إلى التزايد الهائل في لجوء الكثير من دول العالم إلى استخدام عقود الـ B.O.T، سواء كانت دول غنية أم فقيرة، كبيرة أو صغيرة، حيث وجدت فيها الوسيلة المثلى التي تحقق بها إشباع الحاجات العامة المجتمعية اللامتناهية، وإضافة مشاريع ضخمة إلى مواردها دون أن تتحمل أية أعباء مالية تثقل كاهلها.

٢- حتى نحدد حقوق والتزامات شركة المشروع في عقود الـ B.O.T، ونرى مدى هذه الحقوق والالتزامات في هذه العقود، ومدى تأثير هذا القدر على طبيعتها، وبالتالي خضوعها للنظام القانوني الذي يتفق مع طبيعتها أي سواء كان القانون والقضاء الإداري أم القانون والقضاء الخاص.

٣- أن أغلب التطبيقات العملية لعقود الـ B.O.T، أظهرت أن المشاكل والنزاعات التي تحدث بين الدولة وشركة المشروع متعلقة بحقوق والتزامات شركة المشروع خاصة في مرحلة تنفيذ العقد[١]. مما يترتب على هذه النزاعات من تعطيل لمشاريع الـ B.O.T، بل أحياناً توقفها، وبالتالي تؤدي إلى خسائر مادية فادحة للدولة ولشركة المشروع، والإضرار بالمصلحة العامة للدولة، كما تؤدي بالنهاية إلى عزوف القطاع الخاص عن التعاقد بنظام الـ B.O.T، وهذا ما دفعني إلى بحث حقوق والتزامات شركة المشروع بشكل تفصيلي في هذه الرسالة لتحديدها، والوقوف على الخلافات التي تثار بشأنها، ووضع الحلول المناسبة قدر المستطاع لمعالجتها.

٤- وأيضاً تأتي أهمية بحث هذا الموضوع، إلى صدور قانون كويتي حديث وخاص بتنظيم عقود الـ B.O.T، وهو القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ولا شك في أن صدور هذا القانون أعطى هذه الرسالة أهمية وتميزاً وانفراداً، فتعتبر هذه الرسالة من أوائل الرسائل التي تناولت بحث هذا القانون[٢].

---

[١] ولمزيد من التفصيل فيما يتعلق بالمشكلات العملية المتعلقة بحقوق والتزامات شركة المشروع، انظر أ. حسين علي العنزي، المرجع السابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

[٢] القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، نشر هذا القانون بجريدة الكويت اليوم، العدد ١١٩٧، السنة الستون، بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

ثالثاً: مشكلات البحث

من أهم المشاكل التي صادفتنا خلال هذه الدراسة المشكلات الآتية:

١- عدم وجود قانون خاص ينظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في مملكة البحرين، يمكن الاعتماد عليه لدراسة هذا الموضوع مما يدعونا إلى الرجوع للقواعد العامة للعقود سواءً في مجال عقود الالتزام أو العقود الإدارية بصفة عامة للبحث عن بعض هذه القواعد التي تصلح للتطبيق على عقود الـ B.O.T.

٢- عدم وجود تشريع مصري موحد لمشروعات الـ B.O.T، يمكن الاعتماد عليه لدراسة هذا الموضوع، مما اضطرنا إلى الرجوع للقواعد العامة سواءً في مجال عقود الالتزام او العقود الإدارية بصفة عامة للبحث عن القواعد التي تصلح للتطبيق على عقود الـ B.O.T، نظراً لخصوصية عقود الـ B.O.T في الكثير من المسائل لاسيما في مسألة الإبرام، مع الأخذ في الاعتبار ما تتمتع به تلك العقود من مزايا نصت عليها القوانين الصادرة بشأن تلك العقود في مجالات الكهرباء والموانئ التخصصية والمطارات والطرق مثل تحديد الحد الأقصى لمدة هذه العقود بـ (٩٩) سنة.

٣- قلة التطبيقات العملية للعقود التي أبرمت بنظام الـ B.O.T في الكويت طبقاً ووفقاً للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

رابعاً: منهج البحث

المنهج عموماً يقصد به مجموعة الخطوات التي يلزم اتباعها للتدليل على حقيقة من الحقائق، وبعبارة أخرى هو الترتيب الصائب للعمليات العقلية التي تقود إلى الحقيقة العلمية والبرهنة أو التدليل عليها، وباختصار هو الوسيلة التي تستخدم لبلوغ غاية محددة أو هدف معين.

وفي مجال الدراسات القانونية يوجد منهجان أساسيان وآخران تكميليان هما المنهج المقارن والآخر المنهج التاريخي، وهذان المنهجان لن نركز عليهما إلا من خلال عرض الدراسة وفي ثنايا البحث العلمي عندما تقتضي الدراسة الإشارة إلى أحدهما.

أما المنهجان الأساسيان في مجال الدراسات القانونية فهما:

أولاً: المنهج التأصيلي أو الاستقرائي أو الوصفي.

ويعني الاستدلال بالاستقراء من خلال فهم وتفسير الظواهر المختلفة لموضوع البحث بهدف الوصول إلى العلاقات التي تضبط سيره ومتغيراته وصياغتها في صورة أو في شكل مبدأ عام يحكمها.

فالتفكير وفقاً لهذا المنهج ينقل الاستدلال من الخاص إلى العام أو من الجزء إلى الكل بهدف وضع مبدأ عام يحكم تلك الجزئيات أو يحتويها في مضمونه، وهذا ما اتبعته في دراستي من خلال المراحل التي يتكون منها المنهج التأصيلي أو الاستقرائي وهي:

١. مرحلة تقصي وتتبع أمر ما أو ظاهرة معينة.
٢. مرحلة وصف الظاهرة محل البحث أو الدراسة وتفسيرها.
٣. مرحلة الانتقال من المظاهر الخارجية للظاهرة إلى مظاهرها الداخلية.
٤. تحديد العلاقة بين السبب والنتيجة أو بين العلة والمعلول.
٥. تقرير المبدأ العام أو الحقيقة الكلية التي تحكم الظاهرة محل الدراسة أو البحث، وهذا ما اتبعته في دراسة الباب التمهيدي من حيث بيان ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومزاياه وعيوبه والإطار الدستوري والتشريعي له، والمبادئ القانونية العامة التي تحكمه، أو الحقيقة الكلية التي يقوم عليها، وكذلك الباب الأول الذي بينت فيه حقوق شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والتزاماتها في الباب الثاني ومضمون ذلك الالتزام سواء من حيث تسليم المشروع إلى الإدارة بحالة جيدة أو نقل ملكيته بحالة جيدة أيضاً، وكذلك الالتزام بنقل ذلك المشروع دون مقابل.

ثانياً: المنهج التحليلي أو الاستنباطي أو الاستدلالي.

ينطلق هذا المنهج من الحكم الكلي العام إلى الخاص أي من القاعدة العامة في أعلى إلى التصرف الذي تنطبق عليه الموجود في القاعدة، ويقصد بها الظاهرة محل البحث أو موضوع الدراسة، ويطلق على هذا المنهج الاستدلال بالاستنتاج المنطقي وهو استدلال تنازلي من الحقائق الكلية إلى الحقائق الجزئية.

ويعرف في مجال الدراسات القانونية بالمنهج التحليلي حيث يقوم الباحث بدراسة تحليلية على مكثٍ وروية لكل جزئية من جزئيات البحث بعد وصفها وعرض تناولها في المؤلفات والمراجع العلمية، وذلك من خلال النزول إلى عمقها والتأمل فيه لاكتشاف ما في باطنها من علوم ومعارف.

وهذا ما اتبعته في دراستي للطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والاتجاهات الفقهية حول هذه الطبيعة، ثم بيان الرأي الراجح منها.

وكذلك في مجال دراسة الضمانات المقدمة من الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــB.O.T بأنواع الضمانات المختلفة، وكذلك الالتزامات التي تقابلها من حيث طرق التمويل وعدم التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة وتشغيل المرفق بانتظام

واطراد، واحترام مبادئ النظام القانوني له كالمساواة ومبدأ القابلية للتغيير ومعالجة انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، سواء كان الانتهاء طبيعياً أم غير طبيعي، أو عن طريق جزاء الإسقاط أو الاسترداد، وضمنت ذلك النتائج التي توصلت إليها وكذلك التوصيات من خلال الاستدلال عليها منطقياً استدلالاً تنازلياً من الحقائق الكلية،لعنوان رسالتي الموسومة بـــ "حقوق والتزامات الجهة المتعاقدة مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)" إلى الحقائق الجزئية التي تناولتها من خلال تقسيم الموضوع إلى عناصر وأبواب وفصول ومباحث ومطالب وفروع عرضت من خلالها الحقائق الجزئية.

وأخيراً فإنني آثرت أن تكون هذه الدراسة مذيلة بالمنهج المقارن، وذلك لما له من فوائد عديدة، فهي تساعد على الاستفادة من خبرات وتجارب الدول المتقدمة والتي سبقتنا في تطبيق نظام الـــB.O.T، هذا مع التركيز في الدراسة على مصر والكويت والبحرين ومستشهداً بفرنسا.

خامساً: نطاق البحث

يتحدد نطاق هذه الدراسة فيما يلي:

١- تنحصر دراستنا على العقود المبرمة بنظام الـــ B.O.T، أما الأشكال الأخرى المنبثقة عن نظام الـــ B.O.T فإن دراستنا لها تنحصر في تعريفها.

٢- تقتصر دراستنا أيضاً على العقد الرئيسي أو ما يسمى باتفاقية المشروع، وهو ذلك العقد المبرم بين الدولة أو إحدى أجهزتها الإدارية وبين طرف مستثمر سواء أطلق عليه لفظ مستثمر أو ملتزم، أو شركة المشروع أو الاتحاد المالي (Consortium) وغيره من الألفاظ التي تستخدم للدلالة عليه، أما العقود الفرعية المنبثقة عن هذا العقد كتلك التي تبرمها شركة المشروع مع المقاولين أو الموردين أو الممولين أو المؤمنين أو العمال أو غيرها[١]، فإنها تخرج عن نطاق دراستنا.

وأود أن أنوه هنا أن الاعتبارات التي دعتني في اقتصار هذه الدراسة على بحث العقد الرئيسي أو عقد المشروع فقط دون التطرق إلى العقود الأخرى المنبثقة عن هذا العقد تتمثل فيما يلي:

- الاعتبار الأول: إن العقد الرئيسي أو عقد المشروع يعتبر إن جاز التعبير دستوراً لهذه المشروعات فهو يحدد كل الاتفاقات والتصرفات التي يستلزمها المشروع لتمام تنفيذه

[١] أ. أسامة مدلول المطيري، خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، رسالة ماجستير، الرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥، ص١٠٢.

والتي يجب أن تنزل على مقتضاه، وإلا كان في غير ذلك خروجاً على التزام عقدي يستوجب المسئولية العقدية، فالعقود الأخرى المنبثقة عن العقد الرئيسي للمشروع تخرج وتتولد من عقد المشروع وتدور معه وجوداً وعدماً، فلولا إبرام العقد الرئيسي للمشروع لما أبرمت تلك العقود.

- الاعتبار الثاني: أن في بحث ودراسة عقد المشروع الرئيسي وتفصيل أحكامه من حقوق والتزامات لشركة المشروع لهو أمر يجعل شركة المشروع على بصيرة من أمرها قبل إقدامها على إبرام العقد.
- الاعتبار الثالث: أنه في حالة بحث العقد الرئيسي وبالإضافة للعقود المنبثقة عنه وما ينتج عنهما من أحكام قانونية لهو أمر تضيق به دراسة واحدة، بل وحتى عدة دراسات، حيث أنه بعد إبرام العقد الرئيسي تقوم شركة المشروع بإبرام العديد من العقود بغرض تشييد المرفق واستغلاله وصيانته، ولا يخفى أن كل عقد من هذه العقود يمكن أن تفرد له دراسة مستقلة لبحث ما يثيره من مسائل قانونية هامة.

سادساً: موقع الدراسة من الدراسات السابقة

إن الدراسات التي تناولت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بشكل عام، قد تزايدت مؤخراً وبشكل لافت للنظر خاصة مع ظهور المشاكل والمنازعات التي نشبت بشأن تحديد طبيعتها وكيفية تنفيذها، وإن لوحظ أن جلها قد تركز في بعض مسائل محدودة – وإن كانت جوهرية ومهمة – مثل مسألة تحديد طبيعتها القانونية ونظامها القانوني، بينما لم يتركز الأمر بصورة كافية على تحديد حقوق والتزامات شركة المشروع كماً وكيفاً في عقد الـ B.O.T، كما أنني من خلال البحث والاطلاع على كثير من الدراسات السابقة في هذا المجال، على مستوى رسائل الماجستير والدكتوراه، لم أجد فيها أي دراسة تناولت بالتحديد حقوق والتزامات شركة المشروع في عقد الـ B.O.T، وهذا ما دفعني نحو التطرق إلى بحث هذا الموضوع في رسالتنا هذه، إضافة إلى ما تصدره تلك الحقوق والالتزامات من انعكاسات بشان تحديد الطبيعة القانونية لتلك العقود.

سابعاً: خطة البحث

سوف نقسم موضوع البحث والدراسة إلى باب تمهيدي وبابين اثنين آخرين، فقد رأيت من الملائم والمناسب قبل الدخول إلى البحث التفصيلي لحقوق والتزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (الـ B.O.T) أن أمهد لها بباب تمهيدي أخصصه لعرض عام وموجز للنظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وسوف أوضح في الفصل

الأول منه تعريف عقد الـــ B.O.T وطبيعته القانونيه، وكما سأحدد في الفصل الثاني الإطار الدستوري والتشريعي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ومسار تعاقده من حيث الإعداد الفني والقانوني للمشروع وكيفية إبرام عقد الـــ B.O.T.

أما الباب الأول من الرسالة سأتناول بالبحث حقوق شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، على أن أخصص الفصل الأول منه لبحث الحقوق والمزايا المالية لشركة المشروع في عقد الـــ B.O.T، والفصل الثاني لبحث حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــ B.O.T والضمانات التي تقدمها الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.

وفي الباب الثاني من الرسالة سأتناول بالبحث التزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، على أن أخصص الفصل الأول منه لبحث التزامات شركة المشروع في مواجهة الدولة أو الطرف الإداري في تنفيذ عقد الـــ B.O.T، والفصل الثاني لبحث التزام شركة المشروع بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـــ B.O.T، سواء كان هذا الانتهاء طبيعي بانتهاء مدته، أو غير طبيعي عن طريق جزاء الإسقاط أو عن طريق الاسترداد.

هذا وبعد تقسيمنا خطة الدراسة إلى باب تمهيدي وبابين اثنين آخرين، سوف نتبعهما بخاتمة مع النتائج والتوصيات، كل ذلك على النحو الوارد في محتوى الأطروحة.

الباب التمهيدي : النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وطبيعته القانونية.

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

المطلب الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).
المطلب الثاني: أنواع العقود التي تبرم طبقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).
المطلب الثالث: مزايا وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

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

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الـــB.O.T.
المطلب الثاني: الرأي الراجح بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــB.O.T.

الفصل الثاني: الإطار القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

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

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

المبحث الثاني: مسار التعاقد لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع.
المطلب الثاني: إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل المكية (B.O.T).

الباب التمهيدي : النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

تمهيد وتقسيم :

إن مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتمثل في قيام أحد أشخاص القانون الخاص، ويسمى (شركة المشروع) بتصميم وإنشاء واستغلال وإدارة أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة، لفترة محدودة من الزمن ، طويلة نسبياً وذلك بناءً على اتفاقية المشروع المبرمة مع الجهة الحكومية، على أن تتولى (شركة المشروع) تمويل المشروع سواءً بمفردها أو مشتركة مع بعض مؤسسات التمويل وذلك في مقابل عوائد أو رسوم تقوم بتحصيلها من جمهور المنتفعين بخدمات المشروع، على أن تقوم بإعادة المشروع في نهاية العقد إلى الدولة بحالة جيدة[1].

واستناداً إلى المفهوم السابق ذكره لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، نجد أنه يضم في إطاره العديد من أطراف العلاقات القانونية العامة والخاصة على السواء فالنظام القانوني المطبق عليه يوصف بأنه نظام قانوني مركب من نواحي متعددة ، فمن حيث أشخاصه القانونية نجده يتكون من طرفين، إحداهما طرف إداري (الحكومة أو أحد اشخاص القانون العام) ، ذلك الذي يخضع في الغالب من علاقاته القانونية للقانون العام، والطرف الآخر هو طرف قانوني خاص (شركة المشروع) والذي يفضل دائماً الخضوع للقانون الخاص الذي يحكمه مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فضلاً عما يشتمل عليه من عقود التمويل والمقاولة والأشغال والانتفاع التي تبرم بين شركة المشروع ومقاولي الباطن من ناحية وعملائها من ناحية أخرى لأجل تنفيذ مشاريع البنية التحتية العملاقة من جانب واقتضاء ما تقدمه من خدمات من جانب آخر.

ولقد أثير الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، فهل هو عقد من عقود القانون الخاص ومن ثم فهو يخضع لقواعد القانون الخاص، ويفصل القضاء العادي في المنازعات الناشئة عنه؟ أم أنه عقد إداري وبالتالي يخضع لقواعد وأساليب القانون العام، ويفصل القضاء الإداري في المنازعات الناشئة عنه ؟ بل ذهب رأي إلى أنه ليس اتفاقاً أو عقداً ، بل هو مفهوم أو تنظيم اقتصادي يلزم لتنفيذه إبرام العديد من العقود أو الاتفاقات بين أطراف مختلفة، فقد وصفه أصحاب هذا الاتجاه بأنه اتفاق الترخيص أو الامتياز الذي تبرمه الدولة مع المستثمر[2]، لذا وجدت لزاماً علي قبل أن أتناول حقوق

---

[1] د.دويب حسين، عقود (الـ B.O.T) وكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٤.

[2] د.حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٥٧.

والتزامات (شركة المشروع) مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) محل وموضوع هذه الاطروحه، أن ابدأ أولاً ببيان النظام القانوني لهذا العقد، لمعرفة أنواعه ومزاياه وعيوبه بالنسبة لطرفي العقد وخصائصه وطبيعته القانونية حيث يؤثر ذلك – بلا شك – في كم وكيف حقوق والتزامات شركة المشروع مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T.

وبناءاً على ذلك فقد تم تخصيص هذا الباب التمهيدي من الرسالة لبيان النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وقد قسمت هذا الباب على النحو التالي :-

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وطبيعته القانونية.

الفصل الثاني : الإطار القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الأول

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

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

المطلب الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).
المطلب الثاني: أنواع العقود التي تبرم طبقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).
المطلب الثالث: مزايا وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

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

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T.
المطلب الثاني: الرأي الراجح بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T.

الفصل الأول

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

تمهيد وتقسيم:

ترجع بداية ظهور نظام عقود الـ (B.O.T) إلى منتصف القرن التاسع عشر، عندما أنشأت فرنسا عن طريق هذا النظام امتياز المياه (بيريه إخوان)،كما أنشأت مصر قناة السويس بمنحها سنة ١٨٥٤ السيد/ فرديناند دولييس حق امتياز حفر قناة السويس لمدة تسعة وتسعين عاماً بموجب الفرمان الصادر في ١٨٥٤/٩/٣٠، وهو أول مشروع قريب من نظام الـ (B.O.T) قبل أن يقر المشرع المصري هذا النظام بنص تشريعي، ثم تبعه مشاريع أخرى كثيرة، تتعلق بعدد من المرافق العامة المصرية، ومن أهمها : شركة سكك حديد الدلتا، وشركة المقطم، وشركة ماركوني للراديو والتلفونات، وشركة الترامواالأتوبيس[١].

ويعتبر رئيس الوزراء التركي تورجت أوزال أول من أطلق هذا المصطلح الـ (B.O.T) غداة اجتماعه برجال الأعمال فور فوزه بمنصب رئاسة الحكومه في عام ١٩٨٢، حيث كان برنامجه الانتخابي والذي جاء به إلى السلطة يقوم على نهج اقتصادي يأخذ بأسلوب الخصخصة وامتياز البوت في مجال إنشاء وإدارة مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف الباهظه[٢].

ومن المعلوم أن اصطلاح الـ B.O.T– ومشتقاته المتعددة – قد لاقى قبولاً دولياً، أيا ما كان النظام القانوني المطبق عليه، وهو الأمر الذي يقتضي تعريف عقد الـ B.O.T وبيان أنواع العقود التي تبرم طبقاً لنظام الـ B.O.T، ثم نحدد بعد ذلك طبيعته القانونية وفقاً للآراء المختلفة التي تم الإدلاء بها في هذا الصدد وعلى ضوء ما تقدم، سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:-

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

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

---

[١] د.الياس ناصيف، عقد الـ B.O.T، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦، ص٩٣.

[٢] أ.محمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٤٥ وما بعدها.

المبحث الأول

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

تمهيد وتقسيم:

تكتسب عقود البوت أهمية خاصة، فهي تكفل للدولة تقديم الخدمات العامة وفقاً لخططها التنموية دون التقيد بقدرة موازناتها العامة، فيحمل القطاع الخاص على عاتقه – ودون الرجوع للدولة– مسئولية 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 الـ 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 انتشر هذا النوع من العقود وبشكل ملحوظ في الآونة الأخيرة، وعليه فسوف نتطرق إلى تعريف عقد B.O.T بشكل موسع، ولأنواع العقود التي تبرم طبقاً لنظام B.O.T، ولمزاياه وعيوبه وذلك على النحو التالي:-

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

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

المطلب الثالث: مزايا وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

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 "قيام

---

[١] د.عبدالقادر محمد، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٦٣١.

[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.

المستثمر أو الشركة الخاصة بعملية تمويل أو إنشاء مرفق من مرافق البنية الأساسية لحساب إحدى الحكومات، ويكون للمستثمر الحق في تشغيل ذلك المرفق تجارياً، والحصول على أرباحه لفترة معينة وعقب ذلك يلتزم بنقل ملكية هذا المرفق وكذلك إدارته إلى السلطة المتعاقدة"[1].

وقد قام الفقه بوضع تعريفات لعقد البوت، كما قامت بعض المنظمات الدولية بتعريف هذا الشكل من أشكال التمويل، ولمحاولة حصر هذه التعريفات سوف أتناول تعريف الفقه والمنظمات الدولية لهذا العقد، وذلك على النحو التالي :

أولاً: تعريف الفقه لعقد الـ B.O.T.

ثانياً: تعريف المنظمات الدولية لعقد البوت الـ B.O.T.

أولاً: تعريف الفقه لعقد البوت:

حاول الفقه الفرنسي وضع تعريف جامع لعقود الـ B.O.T، رغم تعدد أشكالها ونذكر على سبيل المثال أبرزها : فقد عرفه الأستاذ (J.B. auby) بأنه "عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولى الملتزم إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل)"[2].

وكما عرفه أيضاً الأستاذ (J.M.Loncle) عقد امتياز البوت بأنه " عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وإنشاء واستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على أن شركة المشروع تلتزم بإعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد"[3].

---

[1] JEFFERY DELMON, BOOT, B.O.T Projects : A commercial and contractual guide, 2000, sweet and Maxwell, P.1.

حيث يعرفه بأنه :

"B.O.T Project involves a grantor providing private company with a concession to Build and operate a project often an otherwise public sector project. the private company operates the project for the term of the concession, receiving revenues in exchange for operation of the project. The revenues are obtained from a single of take purchaser who purchases project output from the project company. t the end of the concession period the project assets are transferred back. To the grantor".

[2] Auby(J.B), Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion dèlèguèe du service public", in la gestion dèlèguèe du service public, Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sènat organisè par l'Institut français des sciences administratives, R.F.D.A. 1997, n.3 p.3.

والمشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٦٦.

[3] Loncle(J.M.), Grands projets d'infrastructures: le montage Build, Operate, Transfer (B.O.T)",R.D.A.L.,n8, 1997, p.946.

والمشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص١٤.

وحاول أيضاً الفقه المصري وضع تعريف جامع لعقد B.O.T بالرغم من تعدد صوره، ونذكر على سبيل المثال أبرزها: فقد عرف جانب من الفقه المصري عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T بأنه " اتفاق تعهد الدولة بمقتضاه أو إحدى وحداتها الإدارية إلى شركة ما وطنية أو أجنبية بمشروع لإشباع الحاجات العامة للأفراد على نفقة الشركة وتتولى إدارته لأداء الخدمة للمنتفعين لمدة معينة، أو بشروط معينة متفق عليها من الطرفين لا يجوز تعديلها بالإرادة المنفردة، وتحت إشراف الدولة ثم تنقل ملكية المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة في نهاية المدة"[١].

وكما يعرفه البعض من جانب ثاني بأنه " نظام تسند فيه الحكومة إلى إحدى الشركات سواء أكانت وطنية أو أجنبية من القطاع الخاص في الغالب أو العام امتيازاً أو ترخيصاً للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة، أو تقدمه شركة المشروع، وغالباً مايكون من المشاريع الأساسية للدولة والمتعلق بمرفق من مرافقها الهامة ثم تقوم شركة المشروع بتنفيذه (تصميمه، وبنائه وتملكه، واستغلاله تجارياً) لفترة معينة ينص عليها في العقد وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بنائه بالإضافة إلى تحقيق ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومات وشركة المشروع، ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة دونما تحمل الحكومة لأي تكاليف"[٢].

وعرفه جانب ثالث بأنه " ذلك العقد الذي بمقتضاه تكلف الدولة أو أحد الأشخاص العامة والتي يطلق عليها تعبير السلطة مانحة الامتياز (L'AUTORITE CONCEDANTE)، شخصاً معنوياً خاصاً والذي غالباً ما يكون اتحاد دولي أو كونسورتيوم (International un consortium)، ويسمى الملتزم أو صاحب الامتياز لتشييد (construire) واستغلال (exploiter)، وإبقاء المشروع تحت مخاطره وذلك لمدة طويلة نسبياً مقابل مكافئة أو ربح (rémunération) تدفع له من المستفيدين من المشروع (les utilisateurs) وعند انقضاء فترة الامتياز يلتزم صاحب الامتياز بأن ينقل بالمجان ملكية المشروع إلى السلطة مانحة الامتياز"[٣].

---

[١] د. محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص٥ ومابعدها.

[٢] د.أحمد رشاد، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٢.

[٣] ويعرف بأنه:

"la définition du contrat de concession en B.O.T est Presque la meme dans les sources susmentionnéesest". un contrat par lequel l'Etatou des emanations appelée autoritéconcédant charge une personne moral de droit souvent un consortium international dit concession la reconstruire d' exploiter et de main tennis un projet a ses risques et périls pour une durée relativement long en contrepas te due rémunération verse non pas par =

وكما عرفه جانب رابع بأنه " تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز (concession) يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الامتياز على أن يقوم برد ذلك المشروع إليها عند انتهاء تلك المدة في حالة جيدة وبدون مقابل"[1].

وعرفه أيضاً جانب خامس بأنه " هو نظام تعاقدي لإقامة المشروعات الإستثمارية ومشروعات البنية الأساسية يعتمد على التمويل من القطاع الخاص وبمقتضاه تمنح الدولة لفترة زمنية محددة أحد الأشخاص المعنوية الخاصة – شركة أو اتحاد مالي ويطلق عليها شركة المشروع – امتياز لإقامة مشروع معين أو تطويره وتتولى دراسة المشروع وتصميمه وتنفيذه وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدة سنوات تكون كافية لتغطية نفقات إنشاء المشروع بالإضافة إلى تحقيق أرباح مناسبة من تشغيل المشروع واستغلالها تجارياً مع الاستفادة من أية مزايا أخرى تمنحها الدولة بمقتضى العقد لشركة المشروع – مثل الإعفاءات الضريبية أو تيسير الحصول على قروض أو تيسير شغل المال العام أو الإعفاء من الرسوم الجمركية أو الاحتكار القانوني – وفي نهاية مدة العقد ينتقل المشروع بكافة أصوله إلى الدولة دون أية تكلفة"[2].

وعرفه أيضاً جانب سادس بأنه " تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية، وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعينة عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه"[3].

وأخيراً فقد ذهب جانب من الفقه المصري إلى تعريفه أيضاً بأنه " نظام تعهد فيه الحكومة أو إحدى الوزارات أو إحدى الجهات الإدارية إلى شركة ما وطنية أو أجنبية أو

= l'autorité concédante mais par les utilisateurs du projet un dans la durèe de la concession, expirée le concessionaire est tenu de transféré gratuitement la propriété du projet a l'autiorité concédât",
SAMEY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction ménes selon la formule B.O.T (build, operate, transfer) droit égyptien - droit français, thèse, Paris 1, 2000, P.238.

[1] د.محمد بدران، "النظام القانوني لمشروعات البوت"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البوت B.O.T، المنعقد عن طريق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي، المنعقد بالقاهرة بفندق هليوبوليس، من ٧-٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص١.

[2] د.عزيزة الشريف، العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية (الأبعاد القانونية)، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، من ٨-٩ مارس ٢٠٠٥، ص٢٨٠.

[3] د.هاني سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد التاسع والستون، ١٩٩٩، ص١٧٢.

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)"[1].

ثانياً: تعريف المنظمات الدولية لعقد البوت:

إن المنظمات الدولية والإقليمية التي تعني بالاقتصاد والتنمية في العالم تنظر إلى التعاقد بنظام (البوت – B.O.T) باهتمام بالغ النظير، مستهدفة تشجيع القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية التحتية لاسيما في الدول النامية، لما في ذلك من فائدة تعود على الخزانة العامة والدخل القومي لهذه الدول، ولذا حرصت هذه المنظمات المتمثلة بمنظمة اليونيدو ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) والبنك الدولي على وضع تعريف لعقد الـ B.O.T وذلك على النحو التالي:-

١- تعريف دليل منظمة اليونيدو (B.O.T guidelines) لعقد الـ B.O.T.

تم إنشاء منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليونيدو (UNIDO)[2]، كوكالة مستقلة من وكالات الأمم المتحدة في عام ١٩٨٦، وهي تقوم بالمهام التالية[3]:

أ- تقوم على تشجيع التنمية الصناعية المستدامة في البلدان ذات الاقتصاديات النامية أو المارة بمرحلة انتقالية.

ب- تقوم على تسخير القوى المشتركة للحكومات والقطاع الخاص لتشجيع الإنتاج الصناعي القادر على المنافسة، وتعمل على إقامة شراكات صناعية دولية وتشجيع التنمية الصناعية المنصفة اجتماعياً والسليمة بيئياً.

وعرّفت منظمة اليونيدو عقود الـ B.O.T من خلال الدليل المنشور عام ١٩٩٦ (B.O.T guidelines 1996) بأنه[4]: " اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد

---

[1] د.عمروحسبو، المرجع السابق، ص٩٨.

[2] مصطلح يونيدو UNIDO هو اختصار للمصطلح :
(UNITED NATIONS INDUSTRIAL DEVELOPMENT ORGANIZATION)

[3] إن هدف اليونيدو الرئيسي هو إيجاد حياة أفضل للناس بإرساء قاعدة صناعية للرخاء والقوة الاقتصادية على المدى الطويل، راجع موقع المنظمة على شبكة الانترنت :
*http://www.un.org/arabic/publications/pir;oves/unido.htm.

[4] انظر النص الكامل للدليل الإرشادي لمنظمة اليونيدو (B.O.T guidelines 1996) على الموقع التالي :
* http://www.unido.org/

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".

٢- تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) لعقد الـ B.O.T.

اليونسترال هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أنشئت عام ١٩٩٦ كهيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، ولها ولاية عامة تتمثّل في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجيين لقانون التجارة الدولية[١]، وهي تهتم بالتنسيق والتوحيد بين كل ما يمكن أن يعوق سير التجارة الدولية، مثل عدم وجود قانون ينظم تلك التجارة، أو التحديث لقوانين قائمة[٢].

ومن أجل ذلك أصدرت دليل الاونسيترال التشريعي، بشأن مشاريع البنية التحتية، الممولة من القطاع الخاص، اعتمدته في ٢٩ يونيه ٢٠٠٠، للمساهمة في إنشاء إطار قانوني، يؤدي إلى استثمار القطاع الخاص في البنية التحتية العمومية، وتحقيق توازن بين الرغبة في تيسير وتشجيع مشاركة القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، من جهة، ومختلف اهتمامات البلد المضيف المتعلقة بالمصلحة العامة، من جهة أخرى[٣].

ويصف دليل اليونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، السابق ذكره، مشروع البنية التحتية (B.O.T) "بأنه عندما تختار السلطة المتعاقدة صاحب امتياز لتمويل وتشييد مرفق أو نظام للبنية التحتية، وتعطي هذا الكيان حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة"[٤].

---

[١] زادت أهمية اليونيسترال مع ظهور التحالفات الاقتصادية في العالم، كالوحدة الاقتصادية الاوروبية، ومجموعات الدول الصناعية الكبرى: وتتمثل الأخيرة في: الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، اليابان، فرنسا، ايطاليا، ألمانيا، انجلترا، وقد انضمت إليها روسيا مؤخراً فأصبحت تعرف بمجموعة الثماني ... انظر حول هذا الموضوع :

- Kelly, C.R. Institutional alliances and derivative legitimacy. Michigan journal of international law (Ann Arbor, Michigan) 2008, p11.

[2] Nicholas, C. The New Rom I Regulation on the Law applicable to contractual obligations: relationships with international conventions of UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT., 2008. p. 49.

[٣] دليل اليونسيترال، ص٦. منشور على موقع اللجنة على شبكة الانترنت :

* http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral.

[4] United Nations UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects: Resolution adopted by the General Assembly: [on the report of the Sixth Committee (A/56/588 and Corr.1)].

وقد عرّفت 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 واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة[1].

ونلاحظ من التعريف السابق للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) قد استبعدت أي من الاصطلاحات (BOOT، BOT، BOO وغيرها) واستخدمت بدلاً منه (مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص) للدلالة على نظام البوت (B.O.T) وكذلك التزام المرافق العامة وغيرها من الأشكال المختلفة من صور مشاركة القطاع الخاص في تقدم خدمات البنية التحتية الأساسية.

٣- تعريف البنك الدولي لعقد الـ B.O.T.

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 او اتحاد شركات (كونسورتيوم) بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مرفق ما لفترة محددة وبعد ذلك ينقل المرفق إلى الدولة أو إلى هيئة عامة أخرى"[2].

وقامت العديد من التشريعات بوضع تعريف لعقد البوت (B.O.T)[3]، ففي دولة الكويت تم إصدار القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ والخاص بتنظيم عمليات البناء والتشغيل

---

[1] 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، ص٣.

[2] البنك الدولي، تقرير التنمية، البنية التحتية من أجل التنمية، ١٩٩٤،ص٩، المشار إليه لدى د.أبو بكر النعيمي، 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، ص١٨.

[3] من هذه التشريعات :

- الصين: حيث تضمنت المادة الثانية من القواعد القانونية الخاصة بالاستثمار الأجنبي لمشروعات الـ (B.O.T) تعريف هذا النظام فنصت على "مشروعات الـ (B.O.T) هي مشروعات البنية التحتية التي تبنى وتدار وتنقل ملكيتها بواسطة المستثمرين الأجانب. حيث تمنح غالباً الحكومة من خلال اتفاقية امتياز ولمدة محددة السلطة في مشروع الـ (B.O.T) وتكون شركة المشروع مسئولة عن تمويلها وإدارتها وصيانتها، وبعد انتهاء فترة الامتياز تقوم شركة المشروع بنقل المرفق الخاص بمشروع الـ (B.O.T) إلى الحكومة في حالة جيدة وبدون أعباء"، المشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢١.

- تركيا: حيث عرفت الفقرة (a) من المادة الثالثة من القانون رقم (٣٩٩٦) الصادر في ١٩٩٤/٦/٣١ نموذج الـ (B.O.T) بأنه" نموذج تمويلي خاص لتطوير المشروعات يتطلب تكنولوجيا عالية ورأس مال مستثمر عالي، ويتم استعادة قيمة الاستثمارات (شاملة قيمة العوائد المكتسبة) المدفوعة من شركة رأس المال المستثمر، أو الشركة الأجنبية عن طريق جهة الإدارة أو المستفيدين من الخدمات من خلال شراء المنتجات والخدمات المنتجة من الشركة خلال مدة إدارتها للمشروع" المشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص٨٢.

والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة الصادر في الجريدة الرسمية لدولة الكويت (جريدة كويت اليوم)[١].

فنلاحظ هنا أن القانون الكويتي السابق ذكره لم يتضمن اي تعريف قانوني لعقود البوت B.O.T وصوره المختلفة، وعليه يتضح لنا جلياً، أنه لم تتضمن المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ أو اللائحة التنفيذية له أي مفهوم لتلك العقود، وبهذا ترك القانون مفهوم عقود الـ B.O.T للفقه القانوني وتعريفات منظمة اليونسيترال ومنظمة اليونيدو وما ينص عليه العقد المبرم بين الجهة المانحة للامتياز والملتزم (المستثمر)، وفي المراحل المتقدمة من إعدادي لهذا البحث، أصدر المشرع الكويتي قانوناً جديداً وهو القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص[٢]، ولم يضع تعريف دقيق ومحدد لعقد الـB.O.T.

وأما في القانون المصري توجد قوانين متفرقة نظمت أنواعاً مختلفة من عقود البوت، بالاستثناء من أحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ في شأن التزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، ومن أهم القوانين التي نظمت عقود البوت: القانون رقم (١٠٠)

= - ليبيا: يطلق على عقود البوت (عقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة) وقد نصت المادة (١٣٦) من لائحة العقود النافذة في ليبيا على " أ- يقصد بعقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة المشروعات الصناعية أو الخدمية أو مشروعات المرافق العامة مثل توليد الطاقة الكهربائية وتحلية المياه ومعالجة مياه الصرف الصحي والطرق والنقل والاتصالات وغيرها التي تطرحها الجهة الإدارية من أي جهة غير ممولة من الخزانة العامة، وتتولى الجهات والوحدات الإدارية شراء أو تأجير أو استئجار المنتج أو الخدمة وفقاً للشروط التي يتفق بشأنها، كما يجوز لأدوات التنفيذ بيع المنتج أو الخدمة للأفراد مباشرة في الحالات التي تحددها الجهة أو الوحدة الإدارية أو تملكها الجهات الخاصة، بصفة مؤقتة. ب- مشروعات تملكها الجهات و الوحدات الإدارية: وهي المشروعات التي تملكها الجهات أو الوحدات الإدارية وتطرحها للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل ثم يتم تسليمها في حالة صالحة للتشغيل للجهة أو الوحدة الإدارية بعد انقضاء المدة الزمنية المحددة في العقد. ج- مشروعات تملكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة: وهي المشروعات التي تطرحها الجهة أو الوحدة الإدارية للتنفيذ أو الإيجار أو التأهيل أو التطوير مع التشغيل وتتملكها أدوات التنفيذ لمدة يحددها العقد على ألا تقل عن العمر التصميمي للمشروع"، المشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٦.

- الفلبين: التي عرفت البناء والتشغيل والإعادة (Build- Operate - Transfer) في القانون الجمهوري رقم (٦٩٥٧) المعدل بموجب القانون الجمهوري رقم (٧٧١٨) الذي نص على أنه" (ترتيب تعاقدي يقوم بموجبه متبني مقترح المشروع بإنشاء وتمويل وتشغيل وصيانة مشروع البنية الأساسية المحدد، وتتم إدارة المشروع من قبله لفترة زمنية محددة يقوم خلالها بتحصيل تعريفة رسوم أجرة من المستخدمين بما لايتجاوز ما اقترحه في العطاء الذي تقدم به أو تم التفاوض والاتفاق حوله، بما يمكنه من استعادة استثماراته في المشروع وتكلفة تشغيله وصيانته. سيقوم متبني/ مقترح المشروع بإعادة المرفق (تحويل ملكيته) للإدارة الحكومية أو الوحدة الحكومية المحلية المعنية في نهاية المدة المحددة والتي يجب ألا تتجاوز (٥٠) خمسون عاماً، شريطة أنه في حالة ما تطلب تشغيل مشروع البنية التحتية أو المرفق امتياز مرفق عمومي يجب أن يكون مقترح المشروع فلبينياً أو إذا كان شركة أن تكون مسجلة في هيئة الأوراق المالية وأن تكون مملوكة لفلبينيين بنسبة ٦٠% كحد أدنى ... إلخ)، المشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٣.

[١] جريدة الكويت اليوم (الجريدة الرسمية بالكويت)، العدد(٨٥٧)، السنة الرابعة والخمسون، بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٠.

[٢] جريدة الكويت اليوم، العدد (١١٩٧)، السنة الستون، بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود البوت التي يكون موضوعها إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء[١]، والقانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود البوت التي يكون موضوعها إنشاء وإدارة الطرق الحرة والسريعة[٢]، والقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧بشأن عقود البوت المتعلقة بإنشاء وإدارة المطارات[٣]، والقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بشأن عقود البوت المتعلقة بالموانئ[٤]، وعند قراءتنا لتلك القوانين السابق ذكرها، نجد أنها جاءت خالية من تعريف لعقود البوت (B.O.T) والصور المشابهة لها.

أما في فرنسا فإن العقود المماثلة لعقود البوت، والتي تعهد فيها الدولة إلى جهة أخرى، تكون عادة شخصاً من أشخاص القانون الخاص، بإدارة مرفق من المرافق العامة، يطلق عليها عقود تفويض المرفق العام[٥].

وقد عرّف القانون الفرنسي هذه العقود منذ زمن بعيد، إلا أن المشرع الفرنسي نظم هذه العقود التي يكون موضوعها إدارة المرافق العامة تحت مسمى: عقود تفويض المرفق العام، وأهمها : عقد التزام المرفق العام، عقد ايجار المرفق العام، مشاطرة الاستغلال، وعقد الادارة، وأخضع القانون الفرنسي هذه العقود التي يدور موضوعها حول إدارة المرافق العامة لقواعد واضحة ودقيقة، كما قام القضاء بابتداع حلول واستنباط مبادئ عامة توفق بين المصلحة العامة التي تمثلها جهة الإدارة والمصلحة الخاصة للمتعاقد معها، بما يحقق التوازن ويضمن السير المنتظم للمرفق العام الذي يتعلق به العقد[٦].

وأما بالنسبة للوضع في مملكة البحرين، فقد قمت بالاطلاع والبحث من خلال هيئة التشريع والإفتاء القانوني[٧]، 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.

---

[١] الجريدة الرسمية، العدد(٢٥) مكرر(ب)، الصادر في ١٩٩٦/٦/٣٠.
[٢] الجريدة الرسمية، العدد(٢٧) مكرر، الصادر في ١٩٩٦/٧/١٤.
[٣] الجريدة الرسمية، العدد(٦) مكرر، الصادر في ١٩٩٧/٢/٨.
[٤] الجريدة الرسمية، العدد(١٧) مكرر، الصادر في ١٩٩٨/٤/٢٥.
[٥] د.محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٧
[٦] د.يسرى العصار، مقارنة بين عقود (B.O.T – B.O.OT) وعقود المشاركة (PPP)، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، جامعة الكويت، كلية الحقوق، في٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨، ص٢٠٠ وما بعدها.
[٧] كانت دائرة الشئون القانونية دائرة مستقلة ملحقة بمجلس الوزراء وتحت اشراف وزير دولة بموجب المرسوم بقانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٢ بإنشاء وتنظيم دائرة الشئون القانونية، ثم صدر القانون رقم(٦٠) لسنة ٢٠٠٦ بتاريخ ٢٠٠٦/٨/٣٠ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٢ المشار إليه، وأصبحت دائرة الشئون القانونية هيئة مستقلة تختص بصفة عامة بمهام الإفتاء القانوني، وإعداد وصياغة التشريعات، وتمثيل الدولة أمام القضاء فيما يرفع منها أو عليها من قضايا، ملحقة إدارياً بوزير العدل، ثم عُدّل القانون الأخير بالقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠١٠ والتي بموجبه أصبحت الدائرة هيئة مستقلة باسم هيئة التشريع والإفتاء القانوني ولا تتبع أي جهة حكومية ولها رئيس له صلاحيات الوزير، ولم تعد تمثل الحكومة في قضاياها، حيث ألحق جهاز قضايا الدولة بوزارة العدل.(أنظر كتيب خاص لقانون هيئة التشريع والإفتاء القانوني، إصدار هيئة التشريع والإفتاء القانوني بمملكة البحرين، ص ٤ وما بعدها).

ولذلك أناشد المشرع البحريني بوضع تنظيم تشريعي شامل لعقود البوت (B.O.T) أسوة بتشريعات الدول الأخرى التي أخذت بهذا النظام، وخصوصاً أن مملكة البحرين تشهد نقلة تنموية شاملة في مجال البنى التحتية والعمران ونقل التكنولوجيا وطلب الخدمات وأيضاً لجذب المستثمرين من الخارج.

ومن خلال استعراض التعريفات الفقهية السابقة لعقد الـ B.O.T ألاحظ في حقيقة الأمر والواقع، أياً كان التعريف الفقهي لعقود البوت (B.O.T) فإنه يغلب عليه الطابع الوصفي الذي يسعى إلى إبراز الخصائص والسمات الجوهرية التي يتسم بها وتميزه في ذات الوقت عن غيره من أفكار ومصطلحات أخرى، وأرى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في تعريف مختصر ومبسط هو ذلك العقد الذي تعهد به الحكومة أو من يمثلها من الأشخاص المعنوية العامة إلى إحدى الشركات الأجنبية أو الوطنية من شركات القطاع الخاص، لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، يتاح لها خلال تلك المدة استغلاله وجني أرباحه ثم تنتقل ملكيته إلى الدولة أو إحدى إداراتها بعد انتهاء المدة المتفق عليها بحالة جيدة وقابلة للتشغيل.

وبناءاً على ما سبق فأن عقد البوت (B.O.T) لابد أن يشمل العناصر التالية[1]:

١- تصميم وإنشاء المشروع المتفق عليه في العقد، ويتضمن كذلك عمل دراسات الجدوى، فيتم تجهيز وتشييد المشروع، وإدارته على نحو يصلح معه لتقديم الخدمة المطلوبة للمنتفعين ومع ملاحظة أن كل ذلك يتم على حساب ونفقة المستثمر أو (شركة المشروع).

٢- قيام المستثمر أو شركة المشروع باستغلال المشروع الذي يخوله حق استعمال واستغلال المشروع دون التصرف فيه خلال مدة التعاقد.

٣- قيام المستثمر أو شركة المشروع بتشغيل هذا المشروع لحسابه واستغلاله على نحو يمكنه من الحصول على إيراد مناسب حسب العقد بحيث تسترد الشركة تكاليف المشروع من عائد التشغيل مع تحقيق ربح مناسب، وفي الوقت نفسه تقدم الخدمة لجمهور المنتفعين والمستهلكين، ويتطلب ذلك ضرورة أن تراعي شركة المشروع القيام بعمليات التطوير والتحديث والالتزام بسلامة المشروع.

٤- قيام شركة المشروع أو المستثمر بإعادة وتحويل أصول المشروع الثابتة والمنقولة إلى الدولة أو الجهة المتعاقدة المالكه له من حيث الأصل، وذلك بحالة جيدة وصالحة للاستمرار في العمل.

---

[1] انظر د.أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠، ص٣٧١ وما بعدها.
- كذلك انظر: د.عبدالفتاح حجازي، المرجع السابق، ص٢٢.

المطلب الثاني

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

تأخذ مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات مشروعات البنية الأساسية أنواعاً وأشكالاً مختلفة وبدرجات متفاوتة تبعاً لمدى تحويل ملكية الأصول والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص، وما يرتبط بذلك من نقل للمخاطر المالية والفنية والتجارية من على عاتق القطاع العام إلى القطاع الخاص[1]، وتتعدد أنواع وصور هذا العقد بحسب تطويعه في صيغة الاتفاق، إضافة إلى مايتميز به من فوائد تعود على ميزانية الدولة وبنيتها الأساسية، كما تعود على القطاع الخاص أو المستثمر الأجنبي.

وسنعرض بشيء من التفصيل لأهم هذه الأنواع على النحو التالي:

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

كما سبق أن أوضحنا فإن مصطلح الـB.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[2].

وهذا النموذج لعقد الـ B.O.T هو النموذج الغالب في الاستخدام، ومن أهم المشروعات التي أنشئت باستخدام هذا الشكل في الكويت عقد (بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية) وتم توقيع العقد بين وزارة الأشغال في دولة الكويت و(شركة تنمية المرافق UDC ذات المسئولية المحدودة) لبناء وتشغيل وإعادة تسليم محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية في ٧ مايو ٢٠٠١م[3].

وأرى أن عقد محطة الصليبية من أهم العقود التي أبرمتها دولة الكويت طبقاً لنظام الـ B.O.T حيث تبلغ التكلفة المالية للمشروع نحو (٣٥٠) مليون دولار، بالإضافة إلى النصوص المدرجة في العقد والتي تتماشى مع ما استقر عليه في عقود البوت العالمية مثل مشروع نفق المانش الذي يربط بين انجلترا وفرنسا، وأيضاً من أهم المشروعات التي أنشئت باستخدام هذا الشكل في مصر مشروع إنشاء مطار العلمين بنظام الـ B.O.T [4].

---

[1] د.هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص٢٢ وما بعدها.

[2] د. دويب حسين، المرجع السابق، ص٤٩.

[3] عقد رقم (١٢-٩٩/٢٠٠٠) (بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية)، وزارة الأشغال العامة، دولة الكويت، تم عقد الاتفاقية في دولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو لسنة ٢٠٠١.

[4] نشربالوقائع المصرية، العدد(٢٦٤)، تابع(أ)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

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[1].

ويعرّف البعض عقد الـ (B.O.O.T) بأنه قيام الجهة الحكومية بمنح امتياز لشركة أو مؤسسة من شركات القطاع الخاص، من أجل تشييد وبناء مرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة الامتياز، ثم نقل ملكيته إلى الحكومة بعد انتهاء هذه المدة[2].

كما عرّفه البعض الآخر عقد الـ (B.O.O.T) بأنه نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدولة بموجب اتفاق؛ يسمى (اتفاق الترخيص)، إلى شخص من أشخاص القانون الخاص؛ يسمى (شركة المشروع) بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص لها بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير، ويكون عائد التشغيل خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص، وتلتزم بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص بالأوضاع والشروط المبينة باتفاقية الترخيص[3].

والحقيقة أن الكثير من الشرّاح لايفرقون بين نظام (B.O.T) ونظام (B.O.O.T) اعتقاداً منهم أن كلا التعبيرين يؤديان نفس المعنى[4].

---

[1] Corbett, E, The Elements of B.O.T, a paper presented to international Bar Association 26 th Biennial Conference Berlin, (20-25) October (1996), p.13.

[2] أ.خالد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩، ص٥٢.

[3] د.هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، B.O.O.T وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٤٤.

[4] وهذا ما يراه الأستاذ ROBINSON حيث يقول:

" BOT stands for build, own, and transfer", but most such projects in fact "BOOT" (build, own, operate and transfer) I will call both Projects BOT. The more popular acronym, for convenience".

انظر في ذلك :

Robinson M. " The Build, Own, and Transfer Model for International Projects in Emerging Markets"8 International Quarterly (1996) p. 126.

وحول وجود فرق بين نظام الـ B.O.T ونظام الـ B.O.O.T فقد انقسم رأي الفقه إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى عدم التفرقة بين الصورتين B.O.T و الـ B.O.O.T[1].

الرأي الثاني : يرى أن الفارق الأساسي بين الصورتين يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، ففي حين تكون ملكية المشروع لشركة المشروع في عقد الـ B.O.OT ثم ينقلها مرة أخرى إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز فإنها تكون للجهة الإدارية في عقد الـ B.O.T ذلك أن المشروع يبنى لحسابها[2]، وإن كان التمويل من القطاع الخاص فالذي يتم نقله هو حيازة المشروع[3].

وأرى أن الرأي الثاني هو الرأي الأرجح، لأنه رغم حصول الخلط بين النظامين (B.O.T) و(B.O.O.T) واستعمالها من قبل الكثير على أنهما يعنيان نفس الشيء، إلا أن لكل من النظامين مدلول يختلف عن الآخر.

وأما بالنسبة للمشروعات التي أنشئت طبقاً لنظام (B.O.OT) فمن أشهرها معبر دارتفورد، وهو جسر فوق نهر التايمز في انجلترا[4]، ومن أهم المشروعات التي أنشئت باستخدام هذا الشكل في الكويت العقد الذي أبرم بين مؤسسة عامة حكومية وهي مؤسسة البترول الكويتية واتحاد المجموعة الكويتية للكلسنة وشركة صناعة الفحم وذلك بغرض إنشاء مصنع إنتاج الفحم البترولي المكلسن بمنطقة الشعيبة الصناعية[5].

وأما في مصر فمن المشروعات التي أنشئت طبقاً لنظام الـ (B.O.OT) مشروعات محطات الطاقة الكهربائية مثل مشروع إنشاء محطة كهرباء سيدي كرير[6].

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

---

[1] د.ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠٠٤، ص٢٩ وما بعدها.

[2] 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، ص٤٦ وما بعدها.

[3] د.محمد قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (بنظام الـB.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (بنظام الـ B.O.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٩.

[4] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص٥٢.

[5] عقد الفحم المكلسن، وزارة العدل الكويتية، إدارة التوثيق والتسجيل العقاري، العقد موثق بتاريخ ٢٠ سبتمبر ٢٠٠٤.

[6] د.هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣١.

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 مالكاً 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[1]، فالمشروع هنا موجوداً ابتداءاً، والمستثمر الخاص لاينشئه 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[2].

ويقترب هذا النظام من نظام الـ (B.O.T)، غير أن الفارق بينهما أن نظام الـ B.O.T يرد على مشروع جديد أما نظام الـ M.O.O.T فهو يرد على مشروع قائم بالفعل يحتاج إلى تطوير وتحديث فقط[3].

ومن أهم المشاريع التي طبقت بنظام الـ (M.O.O.T) هو العقد المبرم بين الجزائر وشركة (SNC Lavalin) من أجل تحديث وإعادة تأهيل محطة تصفية المياه غير النظيفة ببراقي[4].

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 ، التشغيل، التملك

وقد اختلف الفقه حول هذا الشكل إلى رأيين :

الرأي الأول : يرى أن مصطلح الـ B.O.O هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية على الترتيب هي:

Build – Ownership – Operate

وتعني البناء، التملك،التشغيل

فطبقاً لهذا الرأي فإن شركة المشروع تقوم ببناء المشروع وتملكه وتشغيله طوال مدة الامتياز، وبعد انتهاء مدة الامتياز يتم تجديد الامتياز أو ينتهي العمر الافتراضي

---

[1] د.جيهان حسن، المرجع السابق، ص٢٢.

[2] د.أحمد سلامة، المرجع السابق، ص٣٦٠.

[3] د.ماهر محمد، المرجع السابق، ص٤٠.

[4] وأيضاً لقيت هذه الصيغة نجاحاً باهراً في دولة الأرجنتين، وذلك في تجربة شبكة المياه والصرف الصحي، بمدينة بيونس أيرس، فبعد أن تحولت هذه شبكة إلى القطاع الخاص عام ١٩٩٣ لمدة امتياز تصل إلى ٣٠ عاماً، عملت شركة المشروع على توسيع الشبكة لتصل إلى ٦٠٠ ألف مواطن جديد، وخفض التسعيرة بنسبة ٢٧%، انظر أ.حصايم سميرة، عقود البوت (B.O.T) : إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، ٢٠١١، ص٢٢.

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[1].

الرأي الثاني: يرى أن مصطلح الـ B.O.O هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية هي على الترتيب:

Build – Operate – Ownership

وتعني البناء، التشغيل، التملك

فطبقاً لهذا الرأي فإن شركة المشروع في هذا الشكل تقوم بتشييد المشروع وتشغيله، ثم امتلاكه ويكون من حقها استغلال المشروع استغلالاً كاملاً لصالحها طوال فترة الامتياز ثم عند نهاية الامتياز من حقها أن تتصرف في المشروع إلى أي شخص آخر غير الجهة الإدارية المتعاقدة، فليس هناك التزام على شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة المتعاقدة[2].

وعلى هذا فالفرق بين وجهتي النظر يتمثل في النقطتين التاليتين:

١- ترتيب المراحل التي يمر بها المشروع: فالرأي الأول يرتب المراحل التي يمر بها المشروع على النحو التالي: بناء، تملك، تشغيل، أما الرأي الثاني: فيرتب تلك المراحل على النحو التالي: بناء، تشغيل، امتلاك.

٢- مصير المشروع في نهاية مدة الامتياز: فالرأي الأول: يرى أن شركة المشروع ملتزمة بإعادة المشروع في نهاية مدة الامتياز إلى الحكومة التي تتصرف فيه وفقاً لما تراه، أما الرأي الثاني: فيرى أنه لا يوجد التزام على شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الدولة في نهاية المدة بل من حقها أن تتصرف في المشروع إلى أي شخص آخر غير الحكومة.

ويرى الباحث أن موضوع العقد هنا مرفق عام وليس مشروعاً خاصاً، وبالتالي نرى أن الرأي الأول هو الرأي الأرجح لأنه يتوافق مع مقتضيات المصلحة العامة، ومن أهم المشروعات في مصر التي أريد استخدام هذا الشكل لإقامتها مشروع إنشاء عدد (٥٠) صومعة غلال بنظام الـ B.O.O[3].

---

[1] د.عمروحسبو، المرجع السابق، ص١٠٤.

[2] د.محمد قايد، المرجع السابق، ص١١.

[3] انظر مناقصة وزارة التموين والتجارة الداخلية المصرية، جريدة الأهرام، العدد ١٥١٨١، السنة٤٩، الأحد ٢٨رمضان ١٤٢١هـ الموافق ٢٤ديسمبر ٢٠٠٠، ص١١.

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

وقد اختلف الرأي حول المقصود بهذا الاصطلاح إلى رأيين:

الرأي الأول : يرى أن في هذا الشكل 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 ابتداء وليس في نهاية مدة الامتياز كما هو الحال في عقد الـ B.O.T[1].

الرأي الثاني : ويرى أنه في هذا الشكل تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها وتتكفل بتمويله ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص، ولهذا يعتبر هذا الشكل صورة من عقود الخدمات[2].

وأتفق وأؤيد مع ما ذهب إليه الرأي الأول وذلك للأسباب التالية :

١- أن الرأي الثاني يجعل هذا الشكل يعد بمثابة عقد إيجار أو صورة من صور عقد الخدمات حيث تتحمل الحكومة تكلفة إقامة المشروع وهو ما يتعارض مع أهم مبدأ من مبادئ عقود الـ B.O.T وهو التمويل الخاص لإقامة المشروع.

٢- أن قيام المستثمر بالبناء على أرض ملك الدولة يجعله مالكاً للمبنى فقط دون الأرض، ويجعل الدولة مالكة للأرض فقط دون المبنى والحل المنطقي والسليم لتلك المشكلة هو أن تؤول ملكية الأرض والمبنى لأحدهما ويعوض الآخر، ونظراً لأن موضوع المشروع مرفق عام فإن ملكيته تنتقل بالكامل للدولة مقابل أن يسمح للمستثمر بتشغيل المشروع والحصول على إيراداته خلال مدة الامتياز.

وقد طبقت دولة فيتنام المفهوم الأول لعقد الـ B.T.O بالنص عليه في البند رقم (٢) من المادة الأولى من قرار رئيس وزراء فيتنام الصادر في ١٩٩٨/٨/١٥م حيث نصت على أن: " عقد الـ B.T.O هي وثيقة موقعة بين الوحدات التنظيمية لدولة فيتنام والمستثمرين الأجانب لإنشاء مشروعات بنية تحتية تشمل توسيع وتحسين وتحديث المشروعات، وبعد بناء المشروع يقوم المستثمر الأجنبي بنقلها إلى دولة فيتنام، حيث تسمح الحكومة الفيتنامية له بإدارة المشروع لمدة محددة ليتمكن من استعادة الاستثمارات وعوائدها القانونية"[3].

---

[1] د.عمروحسبو، المرجع السابق، ص١٠٥.

[2] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص٤٧ وما بعدها.

[3] د. حماده عبدالرازق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص٨٣.

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[1].

ومن تطبيقات هذا النوع من العقود في اليابان وهو قيام بنك ستاندرد تشارترد أوف هونج كونج (كطرف أول) بمنح شركة تيشيماتسو العقارية وهي إحدى شركات الإنشاءات اليابانية العملاقة (كطرف ثاني)، حيث قام البنك بمنح الشركة امتياز لمدة (٢٥) عاماً للتأجير من الباطن لمساحة تصل إلى (٣٠%) من مبنى المقر الجديد للبنك والتي وافقت الشركة على بنائه دون الحصول على أي مقابل من البنك مقابل حق الشركة في تأجير (٣٠%) من مقر المبنى وبالتالي تسترد الشركة ما قامت بإنفاقه في صورة إيجارات لمدة (٢٥) عاماً ويتوقعون أن تحصل الشركة على ما قامت بإنفاقه على المبنى مع تحقيق هامش ربح مقبول[2].

سابعاً: عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O) :

اصطلاح الـ D.B.F.O هو اختصار لأربع كلمات إنجليزية على الترتيب هي:

Design – Build – Finance – Operate

وتعني: التصميم، البناء، التمويل، التشغيل

وفي هذا الشكل تتفق الحكومة مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة للمستثمر بواسطة أجهزتها الاستشارية، ويتولى المستثمر الانفاق على إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والمعدات والأجهزة، كما يقوم بالبحث عن مصادره الخاصة لتمويل المشروع سواء من البنوك الوطنية أو من البنوك الأجنبية العاملة في الدولة أو من البنوك الخارجية، ثم يقوم بتشغيل المشروع وفقاً للضوابط التي تضعها له الحكومة وتحت إشرافها، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة

---

[1] د.حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٤.

[2] أ.خالد العطية، المرجع السابق، ص٥٣.

عقب انتهاء فترة الامتياز حيث يصير المشروع ملكاً خاصاً له وتحصل الحكومة على مقابل الأرض وعلى قيمة محددة أو نسبة من الإيرادات مقابل منح الامتياز[1].

وهناك من يرى أنه يحق للحكومة عند نهاية مدة الامتياز تجديد الامتياز أو منحه لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمتعاقد الأول المالك للمشروع[2].

ومن تطبيقات هذا النظام قيام (شركة أميانتيت السعودية) بقيادة مجموعة من الشركات (كونسوريتوم) لتنفيذ مشروع لإدارة المياه في مدينة زيتا برومانيا[3].

ثامناً: عقود التجديد والتملك والتشغيل (R.O.O) :

اصطلاح الـ R.O.O هو اختصار لثلاث كلمات إنجليزية على الترتيب هي:

Rehabilitate – Own – Operate

وتعني: التجديد، التملك، التشغيل

وفي هذه الطائفة من العقود يتم الاتفاق بين الحكومة والمستثمر على أن يقوم المستثمر بالانفاق على تجديد إحدى المشروعات العامة التي تحتاج إلى إعادة تجديد وتدعيم سواء من حيث المباني أو الآلات أو الأجهزة أو الأثاث ووسائل النقل، أو من حيث التكنولوجيا المتقدمة وغيرها، وفي هذا النظام يصبح المستثمر مالكاً للمشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته وذلك مقابل القيمة المالية التي تحددها الحكومة مقابل انتقال الملكية من الدولة إلى المستثمر، وتستخدم تلك النوعية من العقود في إطار برامج الخصخصة للمشروعات العامة المتعثرة التي تعجز إيراداتها عن الإنفاق على التجديد والإحلال[4].

تاسعاً: عقود البناء ونقل الملكية (B.T) :

مصطلح الـ B.T هو اختصار لكلمتين إنجليزيتين على الترتيب هما :

Build and Transfer

وتعني: البناء ونقل الملكية

وفي هذا النوع من العقود يقوم المستثمر (القطاع الخاص) بإنشاء المشروع أو المرفق العام ثم يقوم بتحويل ملكيته للحكومة مباشرة بعد الاتفاق على كيفية تسديد القيمة، ويعتبر هذا

---

[1] د. محمد الخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٢، ص١٧١.

[2] د.محمد أبو العينين، مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية (B.O.T) ووسائل حسم منازعاتها، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ (B.O.T) بفندق شيراتون هليوبوليس، القاهرة من ٧ إلى ٩ أكتوبر ١٩٩٧، ص٥.

[3] حيث بلغت قيمة العقد (١٨٧،٥) مليون ريال سعودي ولمدة تسعة وأربعين عاماً، ويقوم المشروع على نقل المياه من بحيرة سعتها ١٤ مليون متر مكعب ومحطة لمعالجة المياه وخط أنابيب طوله ١٣٧ كيلو متر وتمديدات إلى خزانات التوزيع، انظر د. حماده عبدالرازق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، المرجع السابق، ص ٩١.

[4] د.محمد الخرس، المرجع السابق، ص١٧٢.

بمثابة مشروع تسليم المفتاح (Turn Key Project)[1]، ومن الدول التي طبقت هذا النظام دولة فيتنام[2].

عاشراً: عقود البناء والتمويل ونقل الملكية (B.F.T) :

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

Build – Finance – Transfer

وتعني: البناء، التمويل، نقل الملكية

ويعتمد هذا النوع من العقود على مبادرة القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية، ثم تقوم الدولة بسداد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط[3].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الأنواع أو الصور ليست الوحيدة المشتقة من نظام البوت (B.O.T)، بل يوجد إلى جانبها العديد من الصيغ الأخرى التي فرضها الواقع العملي[4].

---

[1] د.دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، المرجع السابق، ص٦٥ وما بعدها.

[2] تعتبر دولة فيتنام من الدول التي طبقت هذا النظام بالنص عليه في البند رقم (٣) من المادة الأولى من قرار رئيس وزراء فيتنام الصادر في ١٩٩٨/٨/١٥م حيث نصت على أنه: " عقد الـ B.T هي وثيقة موقعة بين الوحدات التنظيمية لدولة فيتنام والمستثمرين الاجانب لانشاء مشروعات بنية تحتية تشمل توسعة وتحسين وتحديث المشروعات، وبعد بناء المشروع يقوم المستثمر الأجنبي بنقلها إلى دولة فيتنام حيث تعطي الحكومة الفيتنامية له أفضلية استغلال مشروعات أخرى ليتمكن من استعادة الاستثمارات التي قام بانفاقها والأرباح المتوقع الحصول عليه"، المشار إليه لدى د.حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٢، وكذلك انظر: القواعد القانونية لعقود الـ (B.O.T) و(B.T.O)و(B.T) الخاصة بالاستثمارات الأجنبية في فيتنام الواردة بالمرسوم رقم ٦٢ لسنة ١٩٩٨ والصادر في ١٩٩٨/٨/١٥، انظر د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٢.

[3] د.حماده عبدالرازق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافعة العامة، المرجع السابق، ص٩٣.

[4] ومن هذه الصور على سبيل المثال:

١- عقود التأجير والتدريب والتمويل : Leas, Training and Transfer (LTT)

وبمقتضى هذا النوع من العقود يقوم القطاع الخاص بتمويل اقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة ثم تأجير المشروع للحكومة التي تتولى تشغيله خلال فترة زمنية معينة تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص بعدها، المشار إليه لدى د.عصام البهجي، التحكيم في عقود البوت B.O.T، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٦.

٢- عقود البناء والتشغيل والتجديد (أي تجديد الامتياز) : Build, Operate, and Renew (BOR)

وبمقتضى هذه العقود تعهد الحكومة إلى مستثمر(قطاع خاص) بإنشاء مشروع أو مرفق عام ويقوم بإدارته وتشغيله واستغلاله خلال مدة معينة(فترة الامتياز)، على أن يتضمن العقد بند بمقتضاه تجديد الامتياز في نهاية فترة الامتياز الأولى دون الحاجة لتحويل الملكية للحكومة، طالما ظل المستثمر ملتزماً بالاشتراطات التي وضعتها الجهة الإدارية المتعاقدة، المشار إليه لدى د.طلال الكعبي، مشروعات الـ B.O.T نظام البناء والتشغيل والتحويل، الكويت، مجلس الأمة، إدارة الدراسات والبحوث، مارس٢٠١٠، ص ١٢.

٣- عقود البناء والاستئجار والتشغيل ونقل الملكية : Build, Rent, Operate and Transfer (BROT)

وبمقتضى هذه العقود يقوم المستثمر (القطاع الخاص) ببناء وإنشاء المشروع أو المرفق العام لحساب الجهة الحكومية المتعاقدة على نفقته، ثم يقوم باستئجاره منها وإدارته وتشغيله واستغلاله طوال مدة الامتياز على أن يحصل طول مدة الإيجار على مقابل تقديم الخدمة للمنتفعين أو للجهة المتعاقدة، وما يميز هذا النوع من العقود هو أن ملكية المشروع أو المرفق العام تكون وتظل خالصة للجهة الحكومية المتعاقدة، كما يظل الإشراف على المرفق لهذه الجهة الحكومية، وإن كان يخضع في تشغيله الفعلي وإدارته للمستثمر(القطاع الخاص)، المشار إليه لدى أ.إبراهيم الشمري، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، رسالة ماجستير، مملكة البحرين، الجامعة الخليجية، كلية الحقوق، مايو ٢٠٠٩، ص ٣٩.

٤- عقود البناء والتملك والتأجير ونقل الملكية: Build, Own, Lease and Transfer (BOLT)

وبمقتضى هذه العقود يقوم المستثمر (القطاع الخاص) بإنشاء المشروع أو المرفق العام وتملكه – مرحلياً – طول فترة الامتياز ثم يقوم بتأجيره سواء إلى الجهة الحكومية المتعاقدة حيث تقوم بتشغيله وإدارته بنفسها أو عن طريق طرف آخر أو بتأجيره إلى الغير طول فترة الامتياز إذا كان غير قادر على تشغيله وإدارته طول هذه الفترة مقابل حق انتفاع وعائد =

وبعد استعراضنا لأهم أنواع عقود الـ B.O.T نود أن نشير إلى بعض الملاحظات الهامة :

١- أن اختيار الدولة لأي نوع من الأنواع السابق ذكرها تحكمه عدة اعتبارات تبعاً لظروف الدولة نفسها.

٢- أن جميع أنواع العقود السابق عرضها وذكرها تتفق جميعاً على أساس واحد وهو قيام المستثمر الخاص بتمويل المشروع.

٣- أن هذه العقود السابق ذكرها وعرضها يكون موضوعها دائماً ما يسمى بمشروعات البنية التحتية مثل محطات الكهرباء والسكك الحديدية والطرق والمطارات وغيرها.

وأخيراً أرى أن ما تم ذكره من صور مشاركة القطاع الخاص في إقامة وتشغيل وتملك مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة، لا يمنع من وجود صور أخرى عديدة أو ظهورها مستقبلاً في ظل اتجاه غالبية الدول – وبصفة خاصة التي كانت تتبع النظام الاشتراكي – إلى التخلي عن كثير من دورها في المجال الاقتصادي لتستطيع الصمود أمام المنافسة الكبيرة في ظل ظاهرة العولمة وتحرير التجارة الدولية، وأيضاً بحسب نمط الخصخصة التي تتبعه هذه الدول.

المطلب الثالث

مزايا وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

تعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أحد أهم الآليات التي أفرزها الواقع الاقتصادي الجديد والتي لاقت تأييداً وقبولاً من البنك الدولي لتمويل وتنمية مشروعات البنية التحتية، وتتضمن الكثير من المزايا مما جعل العديد من دول العالم تتجه نحو الأخذ بها، ولكن عند التطبيق العملي وتنفيذ هذه العقود ظهرت بعض العيوب لهذه الآلية، ولذلك سوف أتناول من خلال هذا المطلب مزايا وعيوب عقود الـ B.O.T سواء للحكومة المضيفة أو القطاع الخاص في فرعين اثنين على النحو التالي:-

الفرع الأول

مزايا وعيوب عقود الـ B.O.T من وجهة نظر الحكومة المضيفة (الإدارة المتعاقدة).

إن إقدام البلدان المختلفة على المشروعات التي تقام بنظام الـ B.O.T لابد أن يسبقها تقييم لمزايا وعيوب هذا النظام حتى تحدد موقفها من الإقدام أو الإحجام على مثل هذه المشروعات.

= يحصل عليه المستثمر، ثم بنهاية مدة الامتياز تنتقل الملكية نهائياً إلى الجهة الحكومية المتعاقدة، المشار إليه لدى د.وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر عقود المشاركة وآثارها PPP، المنعقد بالقاهرة، من ٥ إلى ٩ أغسطس ٢٠٠٧، ص٩.

لذلك سوف نستعرض هذه المزايا والعيوب من وجهة نظر الحكومة المضيفة على النحو التالي:-

أولاً: مزايا نظام الـ B.O.T من وجهة نظر الحكومة المضيفة (الإدارة المتعاقدة).

هناك العديد من المزايا التي يحققها هذا النظام للدولة المضيفة ومن هذه المزايا :

١- نقل عبء مخاطر إنشاء المشروع وتشغيله من الدولة للقطاع الخاص.

يسمح نظام الـ B.O.T بنقل المخاطر بأنواعها المختلفة سواء المالية فيها، أو مخاطر التشغيل والإدارة من القطاع العام إلى القطاع الخاص[١]، والذي يقوم بإنشاء هذه المشروعات ويقوم بتشغيلها وصيانتها طوال فترة الالتزام التي قد تمتد إلى مدة طويلة نسبياً في الكثير من المشروعات[٢]، لذلك ينبغي أن تحصل الدولة أي الجهة المانحة على ضمان من القطاع الخاص بأنه مستعد للتمويل، ويأخذ على عاتقه تحمل المخاطر[٣].

٢- رفع مستوى خدمات البنية الأساسية والمرافق العامة ورفع كفاءة تشغيل المشروع.

فغالباً ما تكتسب شركة المشروع مع الوقت الخبرات المالية والفنية الكبيرة، كما أن لها مصلحة مباشرة في رفع مستوى الخدمة بكفاءة عالية وهو الأمر الذي يحقق في النهاية مصلحة جمهور المنتفعين بالخدمة حيث يحصلون على خدمة متميزة قد لا تكون متاحة لهم في ظل تقديمها من القطاع العام (الحكومة)، وتوضح الدراسات أن قيام الحكومة بتقديم خدمات البنية التحتية تتصف غالباً بعدم الكفاءة فلقد ثبت أن عدم وجود صيانة كافية لشبكات توليد الكهرباء في البلاد النامية جعلها غير قادرة على استغلال أكثر من (٦٠%) من طاقتها، كما جعلها تستهلك وقوداً أكثر مما ينبغي[٤]، وهذا ما نصت عليه بنود العقود المبرمة بنظام الـ B.O.T[٥].

٣- عقود الـ B.O.T تخفف العبء عن كاهل الموازنة العامة للدولة.

وذلك لأنها تضمن تنفيذ المشروعات الكبيرة والمرافق العامة التي كانت تمثل العبء الأكبر على كاهل ميزانية الدولة، فعن طريق هذا النظام تتمكن الدولة من الحصول على هذه المشروعات خارج موازنتها مما يترتب عليه بطبيعة الحال تحسين ميزان المدفوعات وخفض

---

[١] د.أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٦٤.

[٢] د. محمد قايد، المرجع السابق، ص١٥.

[٣] د. وائل محمد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص٥١.

[٤] د.عبدالقادر محمد، المرجع السابق، ص٦٤٦ وما بعدها.

[٥] راجع منها على سبيل المثال ما جاء بنص المادة الثالثة فقرة (ب) رقم ١٠ من العقد المبرم بين الحكومة المصرية ممثلة في الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة إيماك مرسى علم بشأن إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T على أن " يتعهد الملتزم بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع وذلك وفقاً للإجراءات الواردة بالملحق رقم ٢٧"وتم توقيع عقد (مطار مرسى علم) بين الهيئة والمستثمر في تاريخ ١٩٩٨/٢/٨م ونشر عقد مطار مرسى علم ومطاري العلمين ورأس السدر الدوليين في الوقائع المصرية، العدد رقم ٢٦٤ تابع (أ) وتابع (ب)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

العجز في الموازنة العامة للدولة[1]، وعن طريق هذا النظام تستطيع الدولة أن تستمر في طريق التنمية بإنشاء مرافق اقتصادية جديدة قد تكون في حاجة إليها كمحطات الكهرباء والصرف الصحي والطرق والكباري والمطارات[2]، دون اللجوء إلى الاقتراض الخارجي[3]، مما سوف يساعد الدولة على تحقيق الوفرة في نفقاتها وتوجيه هذه النفقات إلى القطاعات الأخرى التي غالباً مايحجم عنها القطاع الخاص كالمرافق الإدارية المختلفة كالصحة والتعليم والدفاع وغيرها[4].

٤- عقود الـ B.O.T وسيلة للاستفادة من خبرات القطاع الخاص ورأس ماله.

حيث يقوم نظام الـ B.O.T على عاتق القطاع الخاص (شركة المشروع) الذي ينشئ المرفق ويقوم بتشغيله خلال مدة العقد وبالتالي تستفيد الدولة من خبرات القطاع الخاص وتوفر جهودها إلى المشروعات الأخرى[5]، وكذلك الاستفادة من رأس مال القطاع الخاص وخبراته وتقنياته[6]، بغرض خفض معدلات تكاليف إنشاء المشروعات وتحسين الخدمات التي سوف تقدم لما يتمتع به القطاع الخاص (شركة المشروع) من خبرة واسعة تفوق القطاع العام (الدولة) في مجال المشروع المقام[7].

وغالباً ما تكون الإدارة الخاصة للمشروع أكثر فعالية وكفاءة من الإدارة الحكومية، مما يحسن من أداء هذه الخدمات، وتحسن صورة الحكومات أمام المواطنين، وهذا ما نلمس ثماره في الكويت، حيث يعتبر مشروع محطة الصليبية من المشاريع الرائدة على مستوى العالم فهو أول مشروع بنية تحتية بهذا الحجم تطرحه الكويت بنظام الـ B.O.T وتعد المحطة الأكبر من نوعها عالمياً ولايوازيها في العالم في الكفاءة إلا محطات في أمريكا وسنغافورة[8]، ومما يؤكد قلة خبرة القطاع العام في إدارة المشاريع، نلاحظ ماحدث من انهيار في محطة مشرف والمخصصة للصرف الصحي والذي تسرب منها مياه ملوثة لمياه البحر وعليه فالدولة تكبدت خسائر تفوق الـ ٥٠ مليون دينار نتيجة لذلك[9].

٥- عقود الـ B.O.T وسيلة للاستفادة من التكنولوجيا الحديثة.

حيث تقوم شركة المشروع (القطاع الخاص) باستخدام أحدث وسائل التكنولوجيا عند إنشاء المرفق وتشغيله، ولأن ذلك يمكنها من بناء وتشييد المرفق في أقل مدة ممكنة، حيث إن

---

[1] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص٥٦.
[2] د.عمروحسبو، المرجع السابق، ص٨٨.
[3] د.هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق،ص١٨٥.
[4] د.محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣١١.
[5] د.أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٦٤.
[6] د.عمروحسبو، المرجع السابق، ص٨٩.
[7] أ.فهد الأستاذ، أ. نسيبة العصفور، نظام B.O.T، الكويت، وزارة المالية، إدارة نظم الشراء، ٢٠٠٢، ص١٢.
[8] عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، عقد رقم ١٢-٢٠٠٠/٩٩، دولة الكويت وزارة الأشغال، تم إبرام العقد في دولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو لسنة ٢٠٠١.
[9] أنظر جريدة الوطن الكويتية، العدد٦٥٥٥/١٢١٠٩، السنة ٤٨، الموافق ٢٠٠٩/٩/٢٣، ص٥.

شركة المشروع تسعى لإنجاح المشروع وتحقيق أكبر قدر من الأرباح[1]، وذلك لا يتحقق إلا باستعمال التكنولوجيا الحديثة واتباع أساليب الإدارة الحديثة وتحديث الوسائل التكنولوجية المستخدمة، خاصة في مرحلة التشييد التي قد تصل إلى ثلاث سنوات[2].

٦- تدريب الأيدي العاملة الوطنية.

تسمح عقود الـ B.O.T بتدريب الأيدي العاملة الوطنية وفي جميع المراحل التي يمر بها المشروع وفي الغالب ما يتم الاتفاق بين الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع على قيام شركة المشروع بتدريب الأيدي العاملة (عدد من العمال والفنيين والموظفين) على استخدام التكنولوجيا المتطورة[3]، ولذلك تسعى دولة مقر المشروع أو الدولة المضيفة إلى تضمين عقود الـ B.O.T شروطاً تتعلق بنسبة معينة من الأيدي العامة الوطنية يجب تعيينها وتدريبها من قبل شركة المشروع والتي تكون في الكثير من الأحيان شركة أجنبية. وهو ما نصت عليه العقود المبرمة طبقاً لنظام الـ B.O.T [4].

٧- عقود الـ B.O.T وسيلة لتوفير العملة الأجنبية

يظهر ذلك جلياً عندما يكون تمويل المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T يأتي من خارج الدولة المضيفة ويكون بالعملة الأجنبية وليس بالعملة الوطنية أو على الأقل يكون الجزء الأكبر من تمويل المشروع بالعملة الأجنبية، ويظهر ذلك بوضوح عندما تكون الدولة المضيفة مواجهة لأزمة سيولة العملة الأجنبية في الأسواق المحلية[5].

٨- عقود الـ B.O.T تساعد في حل مشكلة البطالة.

إن اللجوء لعقود الـ B.O.T يؤدي إلى خلق فرص عمل جيدة، وذلك من خلال أسواق العمل الجديدة التي تقوم بتنشيطها حيث تؤدي إلى أن تقوم الشركات الهندسية

---

[1] د.أحمد العازمي، عقود البوت B.O.T طبيعتها وآثارها في دعم مشاريع الدول النامية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة المنيا، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، ٢٠٠٨، ص٢٤٧.

[2] منها على سبيل المثال ما جاء في عقد إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة كاتو للإستثمار وهو من عقود الـ B.O.T حيث ورد في العقد في المادة (٣) موضوع العقد الفقرة (ب/٢) "يتعهد الملتزم بإنشاء مطار العلمين الدولي بالموقع المحدد بالبند السابق بحد أقصى مدة ثلاث سنوات من تاريخ استلام الموقع خال من الموانع وإقرار المخطط العام للمشروع طبقاً لما ورد في المادة (٣)" تم توقيع العقد بين الهيئة والمستثمر في ١٩٩٨/٨/١٦، تم نشره بالوقائع المصرية والسابق الإشارة إليه في ص ٢٧ من هذا البحث.

[3] د.محمد الروبي، المرجع السابق، ص٣١٥.

[4] منها على سبيل المثال ما جاء بنص المادة رقم ٢/٦ من العقد المبرم بين الحكومة المصرية (هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء)" تبدأ الشركة مع الهيئة على حساب الشركة وحدها، قبل تاريخ نقل الملكية بثمانية عشر (١٨) شهراً، وضع برنامج تدريب للموظفين التابعين للهيئة أو للذين تحددهم الهيئة ويشمل البرنامج إعداد مواد التدريب وإستخدامها، ويبدأ برنامج التدريب قبل تاريخ نقل الملكية بإثني عشر (١٢) شهراً ويوفر تدريباً نظرياً ويوفر تدريباً عملياً من خلال العمل لعدد كافٍ من موظفي الهيئة فيما يتعلق بتشغيل وصيانة المشروع" تم توقيع عقد محطة كهرباء سيدي كرير بين الهيئة والشركة في تاريخ ١٩٩٨/٧/٢٢، ونشر في الوقائع المصرية، العدد (١٤٨) الصادر في ٧ يوليه ١٩٩٩.

[5] د.هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص١٨٦.

والإنشائية والمقاولات ومصنعو المعدات الرأسمالية من توسيع أسواقهم والقيام بخلق أسواق جديدة لمنتجاتهم وخدماتهم وبالتالي زيادة أرباحهم، كما يؤدي أيضاً إنشاء هذه المشروعات إلى خلق قاعدة صناعية كبيرة، حيث إن إنشاء المطارات ومحطات الكهرباء ومحطات المياه والطرق والكباري وغيرها من المرافق العامة الأخرى يؤدي إلى خلق وظائف جديدة في سوق العمل[١].

وكما أن إنشاء هذه المشروعات قد يستغرق من ثلاث إلى خمس سنوات تؤدي إلى إيجاد فرص عمل جديدة[٢].

٩- عقود الـ B.O.T تمثل الحل الوسط بين الخصصة وبين تشييد المرافق وإدارتها مباشرةً عن طريقة جهة الإدارة.

إن الحكومة في مشروعات الـ B.O.T تحتفظ بالسيطرة الاستراتيجية الكاملة على المشروع والذي تؤول ملكيته إلى القطاع العام بعد انتهاء مدة التعاقد، مخالفاً لعمليات الخصخصة الكاملة (Privatization Global)[٣].

ويعد نظام الـ B.O.T حلاً وسطاً بين كل من نظام بناء وتشييد المرافق العامة وإدارتها بواسطة جهة الإدارة مباشرةً باعتبار أن الإدارة هي المكلفة أصلاً بإنشاء المرافق العامة وبالتالي تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين بها، وما قد يمثله ذلك من أعباء ليست بقليلة على كاهل الدولة وعلى الموازنة العامة للدولة، وبين نظام الخصخصة الكاملة والذي تقوم فيه الدولة بنقل ملكية المرفق إلى القطاع الخاص الذي يستقل به تماماً بعيداً عن أي سيطرة أو إشراف أو رقابة من قبل الدولة، وما قد يمثله ذلك من خطورة على مصالح المواطنين والمنتفعين بخدمات المرفق العام[٤].

١٠-تحسين أداء سوق الأوراق المالية (البورصة).

قد تلجأ الدولة إلى مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص باعتبارها آلية فعالة لتشجيع سوق المال وخلق أوراق مالية جديدة، وذلك بلجوء القطاع

---

[١] د.عبدالرحيم الساعاتي، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، المنعقد بجدة، في الفترة مابين ٢ إلى ١٤٢٠/٧/٤هـ، ١١-١٩٩٩/١٠/١٣، تحرير د.رفيق يونس المصري، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبدالعزيز، مركز النشر العلمي، ص١٨٤.

[٢] د.عصام البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٥٧.

[٣] د.محمد بدران، الإطار القانوني لمشروعات (البنية الأساسية) البوت في القانون المصري، بحث منشور بمركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، أكتوبر ٢٠٠١، ص١٢ وما بعدها.

[٤] د.أحمد العازمي، المرجع السابق، ص٢٤٨.

الخاص(شركة المشروع) إلى مصادر تمويل متعددة منها طرح السندات أو زيادة رأس المال من خلال السوق المحلي[1].

ثانياً: عيوب عقود الـ B.O.T من وجهة نظر الحكومة المضيفة (الإدارة المتعاقدة).

لقد أثبت الواقع العملي أن هناك العديد من العيوب التي ينبغي أن توضع في الاعتبار خاصة بالنسبة للدولة المضيفة حتى تقدم بجسارة على هذه المشروعات وحتى تستطيع أن تراعي حقوق المواطنين، ومن هذه العيوب:

١- مخالفة الشركة (الملتزم) للمواصفات والقياسات الفنية المتفق عليها.

لوحظ أن الشركات الاستثمارية الأجنبية في الكثير من عقود الـ B.O.T ينصب اهتمامها على تحقيق أكبر قدر من الربح حتى ولو جاء هذا الربح عن طريق بناء أو تشييد المرفق بالمخالفة للمواصفات الفنية والمعيارية المتعارف عليها دولياً في تشييد المرافق المماثلة، أو عن طريق استعمال واستخدام آلات ومعدات مستعملة في الخارج من قبل، ولن تعجز هذه الشركات من الاستعانة بمؤسسة، أو استشاري، أو خبير أجنبي يقدم لها شهادة صلاحية تفيد التزام الشركة المستثمرة بالمواصفات الفنية والمعيارية المتطلبة عالمياً لإقامة المشروع خلافاً للواقع والحقيقة[2].

ومثال ذلك هو ما حدث في بناء وتشييد محطتي كهرباء سيدي كرير وفقاً لعقد الـ B.O.O.T المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن لتوليد الكهرباء، حيث إن كميات الخرسانة المستخدمة في بناء وإنشاء هاتين المحطتين تساوي (٥٠%) فقط من نسبة كميات الخرسانة التي استخدمت في إنشاء محطتين مماثلتين قد أقامتها الحكومة المصرية قبل ذلك[3].

٢- كثرة الاتفاقات التعاقدية وتعقدها.

إن نظام الـ B.O.T غالباً ما يضم العديد من العلاقات التعاقدية المتشابكة، الأمر الذي يقتضي من الدولة تحمل وتكبد تكاليف باهظة لتحضير وإعداد مستندات التعاقد وتدريب ممثليها وتعيين مستشارين قانونيين وماليين وفنيين ذوي كفاءة عالية من القطاع الخاص لتمثيلها وهو ما يستنزف أموالاً كثيرة بالنسبة للأجهزة الحكومية، كما أن المراحل الأولية

---

[1] د. فدغوش العجمي، المرجع السابق، ص٢٥.

[2] د.حمدي عبدالعظيم، المرجع السابق، ص١٨ وما بعدها.

[3] د.أمل البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، بحث منشور ضمن سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد العربي للتخطيط بالكويت، منظمة عربية مستقلة، العدد الثاني والثلاثون، السنة الثالثة، أغسطس/آب ٢٠٠٤، ص٩.

للمشروع قد تأخذ وقتاً طويلاً قد يمتد إلى عام أو عامين في غالب الأحوال منذ بدء دراسات جدوى المشروع وحتى اختيار شركة المشروع، وإتمام التفاوض والتعاقد[1].

وكما أن كثرة الاتفاقات التعاقدية وتعقدها تؤدي أحياناً إلى عدم التنسيق بين الجهات الحكومية في علاقتها بالملتزم، وهذا ما وجهته إدارة المشروعات بنظام الـ B.O.T من صعوبات، ومثال ذلك ماحدث في بدايات هذا القرن في قضية بالولايات المتحدة الأمريكية في إسناد مشروع المنتزهات العامة (National Parks) المعروفة بـ (Yellowstone Park)[2].

٣- رغبة الشركات في إفلات عقود الـ B.O.T من نطاق الاختصاصيين القضائي والتشريعي للدول المتعاقدة.

إن أغلب عقود الـ B.O.T يرد فيها شرط يقضي باستبعاد القضاء الوطني والتشريع الوطني ويحتم اللجوء إلى التحكيم، بل أكثر من ذلك يحدد جهات أجنبية هي التي تتولى عملية التحكيم[3]، ولا شك في أن هذا الأمر يمثل خطراً داهماً على سيادة الدولة واحترام قوانينها وقضائها، كما أنه قد يهدد مصالح الدولة (حكومة ومواطنين) لخطر القضاء الأجنبي[4].

٤- المغالاة في منح الشركات الاستثمارية في عقود الـ B.O.T للعديد من المزايا.

إن العديد من عقود الـ B.O.T التي أبرمتها الحكومة المصرية تتضمن بنوداً تقضي بمنح الشركات المتعاقدة مزايا ضخمة مرتبطة بالعقد قد تفوق تكلفة المشروع بالكامل، وهذا بالإضافة إلى ما ستجنيه تلك الشركات المستثمرة من عائد وأرباح من المشروع نفسه، ومن أمثلة ذلك ما تضمنته المادة (١٢) مكرر (د)[5] من القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ [6] بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة.

وبناءاً على هذا النص تضمنت عقود الـ B.O.T التي أبرمتها الحكومة المصرية مع الشركات الاستثمارية بشأن إقامة طرق حرة وسريعة ورئيسية شروطاً تنص على تخويلها

---

[1] أ. دلال العوضي، رقابة ديوان المحاسبة على عقود B.O.T و PPP، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، ص٢٥.

[2] Anderson, Terry L, Hill, Peter J. Appropriable rents from YellowstonePark: A case of incomplete contracting,. Economic Inquiry. Huntington Beach: Jul 1996. Vol.34, Iss. 3; p13.

[3] منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٣/١٨ من عقد شراء القوى الكهربائية لمجمع سيدي كرير بين الحكومة المصرية (هيئة كهرباء مصر) وشركة انترجن مع مراعاة أحكام البند ٣/١٨ من الاتفاقية " أي نزاع أو خلاف بين الأطراف ينشأ من هذه الاتفاقية أو يتعلق بها (ويطلق عليه النزاع) يتم تسويته عن طريق التحكيم طبقاً لقواعد المركز، ويخضع تنفيذ حكم التحكيم للإجراءات الواردة بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤"، نشر بالوقائع المصرية، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[4] د.أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص٩٣.

[5] تنص المادة ١٢ مكرر(د) من أن "يكون للملتزم، في خصوص ما أنشأه من طرق، ... الحق في استغلال مساحات واقعه على جانبي الطريق وفي بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطرق والمارة...".

[6] القانون نشر بالجريدة الرسمية، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٥ من هذا البحث.

الحق في استغلال مساحات شاسعة من الأراضي الواقعة على جانبي تلك الطرق وفي بدايتها ونهايتها تفوق قيمتها بكثير تكلفة إقامة تلك الطرق بالكامل، ولا شك أن ما ستجنيه تلك الشركات من أرباح مقابل استغلال تلك المساحات الواسعة يتجاوز بكثير إجمالي تكلفة إقامة هذه الطرق خاصة إذا وضعنا في الاعتبار طول مدة العقد[1].

هذا بالإضافة إلى رسوم المرور التي تتقاضاها تلك الشركات على تلك الطرق طوال مدة التعاقد، فهذا بالطبع يؤدي إلى زيادة حجم ما ستجنيه تلك الشركات من أرباح تفوق بكثير على المقابل الذي أنفقته في إقامة هذه الطرق.

٥- طول مدة العقد.

لقد أجازت جميع التشريعات التي صدرت لتنظيم التعاقد على إقامة المشروعات طبقاً لنظام الـ B.O.T في مصر أن تصل تلك المدة إلى تسع وتسعين سنة[2]، خارجة بذلك عما هو مقرر في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن منح التزامات المرافق العامة الذي جعل حدها الأقصى ثلاثين عاماً.

وهذا ما أكده قسم التشريع بمجلس الدولة المصري حيث لفت النظر إلى خطورة هذا الوضع عند مراجعته لمشروعات تلك القوانين، وذلك بغية النزول بهذه المدة إلى حد معقول لا يخشى معه على مصالح الدولة والمواطنين[3].

ونؤكد وقوف المشرع المصري موقفاً فريداً بين مشرعي مختلف الدول التي لجأت إلى إقامة المشروعات فيها بنظام الـ B.O.T من حيث إمكانية الوصول بالمدة إلى ٩٩ سنة، حيث السائد في أغلب تلك الدول هو أن تتراوح مدة الالتزام بين ١٠ إلى ٣٠ سنة، وذلك حرصاً من هذه الدول على ألا ينتهي الأمر بعقود الـ B.O.T إلى أن تصبح ورقة ضغط وأداة للمساومة على مصالح الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

---

[1] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص٥٩.

[2] ومنها على سبيل المثال المادة السابعة من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر(مادة ٧) والمنشورة نصوصه في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٦/٦/٣٠ العدد ٢٥ مكرر (ب)، المادة ١٢ مكرر من القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٦/٧/١٤ العدد ٢٧ مكرر، المادة الأولى من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٧/٢/٨ العدد ٦ مكرر، المادة الأولى من القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ المتخصصة المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٥ العدد ١٧ مكرر.

[3] وهذا ما أكده قسم التشريع بمجلس الدولة المصري، بخصوص النظر في ملف رقم ٢٠٠٠/٣٣ بتاريخ ٢٠٠١/٤/٢٩، المشار إليه لدى د.جابر نصار، المرجع السابق، ص٩٨.

٦- عدم دقة القول (بأن نظام الـ B.O.T يؤدي إلى إقامة المشروعات الكبرى دون أن يكلف الموازنة العامة للدولة شيئاً).

بالرغم من القول بأن نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص يؤدي إلى بناء وتطوير مرافق بنية أساسية جديدة دون تحميل موازنة الدولة أعباء مالية فإن هذا القول ليس دقيقاً، بل ليس صحيحاً على إطلاقه، وذلك لالتزام الدولة في الكثير من عقود الـ B.O.T بشراء الخدمة أو المنتج من شركة المشروع أو الملتزم مباشرة وسداد المقابل المتفق عليه، بل ويحدث في أغلب الأحوال أن تقوم الجهة الحكومية بسداد حد أدنى شهري، سواء قامت الدولة باستخدام هذا المنتج أو الخدمة أم لا، وعلى سبيل المثال في مشروعات الكهرباء قد تتفق الجهة الحكومية على سداد مبلغ معين (مدفوعات القدرة الإنتاجية) (Capacity Payment) تتعهد فيه هيئة الكهرباء بسداد مبلغ كحد أدنى يغطي نسبة معينة من الطاقة الكهربائية المنتجة (٧٥ %) سواءً استهلكت الحكومة هذه النسبة أم لا، ويطلق على مثل هذا الالتزام (خذ أو ادفع) (Take Or Pay)، وقد تلجأ الدولة إلى نفس الترتيبات في مرافق أخرى مثل مرافق مياه الشرب والصرف الصحي والطرق والكباري[١]، وهنا قد يصل المقابل الذي تؤديه الدولة للملتزم أو شركة المشروع، طوال مدة التعاقد، أضعاف لو قامت هي بإنشاء المرافق على نفقتها.

ويتأكد لنا من العرض السابق بما لايدع مجالاً للشك بعدم دقة القول بأن عقود الـ B.O.T تتيح للدولة إقامة المشروعات الكبرى دون أن تتحمل موازنتها العامة شيئاً.

٧- مشروعات عقود الـ B.O.T تعمل على ارتفاع أسعار النقد الأجنبي.

تهدف عقود الـ B.O.T إلى جذب رؤوس الأموال من الخارج واستثمارها في الدولة المضيفة، إلا ان الأمر قد يكون عكس ذلك حيث أثبتت تجارب بعض الدول قيام شركة المشروع سواء أكانت محلية أم أجنبية باللجوء إلى السوق المحلية (البنوك وغيرها) للحصول على التمويل اللازم لتشييد المشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد الآلات والأجهزة والمعدات من الخارج، وهو ما يؤدي - خاصة في الدول النامية التي تعاني نقصاً في احتياطاتها من العملات الأجنبية - إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية وارتفاع أسعارها مقابل العملة المحلية أو الوطنية[٢]، وخير مثال على ذلك ما حدث عند تنفيذ محطتي

---

[١] أ.مرسال الماجدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وطرق تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص١٥٤.

[٢] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص٥٧.

كهرباء سيدي كرير، حيث قامت الشركة الأجنبية المسند إليها هذا المشروع، باقتراض مبلغ وقدره (٤٠٠) مليون دولار أمريكي من البنوك المصرية وعدم جلب هذه الأموال من الخارج، وهو ما يشكل عبئاً على السيولة الدولارية في السوق المصري[١].

ولا شك أن الوضع السابق يمكن أن يؤدي إلى أخطر من ذلك، حيث قد تتعرض أموال البنوك التي تم تمويل المشروع بها للضياع، خاصة في حالة إذا ما كانت هذه البنوك محلية والمقاول والمنفذ شركة محاصة أجنبية ولا يوجد ضمانات كافية لهذه البنوك.

٨- قيام الشركات الاستثمارية بتحويل أرباحها إلى الخارج دون وجود قيود.

تحرص الشركات الاستثمارية الأجنبية على عدم تضمين عقود الـ B.O.T أية قيود على تحويل أرباحها الناتجة عن المشروع إلى الخارج، أو تلزمها باستثمار جزء من هذه الأرباح في الدولة المضيفة[٢]، فالذي يحدث في الواقع هو تحويل موارد الدولة المضيفة من العملات الأجنبية إلى الخارج بدلاً من جلب عملات أجنبية إليها، وهو ما قد يترتب عليه الإضرار بالوضع الاقتصادي لتلك الدول بدلاً من إفادتها، وتتفاقم مخاطر هذا الأمر في حالة اعتماد شركة المشروع على الاقتراض من البنوك المحلية في تمويل مشروعاتها[٣].

وهذا الأمر عادة ما تواجه الدول ذات الدخول المحدوده، والتي تسعى إلى طرح مشاريعها إلى شركات ومؤسسات خارجية[٤]، فتقوم هذه المؤسسات بتحويل أموالها إلى الخارج وهي عادة بالعملة الصعبة.

الفرع الثاني

مزايا وعيوب عقود الـ B.O.T من وجهة نظر القطاع الخاص (شركة المشروع).

يجب على القطاع الخاص (شركة المشروع) في مشروعات الـ B.O.T أن يفاضل بين مايحققه له المشروع من مزايا وما يعتريه من مساوئ ليحسم موقفه باتباع هذا النظام من

---

[١] د.أحمد السيد، النظام القانوني لعقود الشراكة في مشروعات المرافق العامة وفقاً للقانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ وآثارها القانونية والاقتصادية، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص١١٣.

[٢] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص٥٨.

[٣] د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص٩١.

[4] Robert B Levinson, Raymond Chase. Private sector involvement in juvenile justice Corrections Today. Lanham: Apr2000. Vol.62, Iss. 2; p.156.

عدمه ولذلك سوف نستعرض هذه المزايا والعيوب من وجهة نظر القطاع الخاص (شركة المشروع) على النحو التالي:-

أولاً: مزايا نظام الـ B.O.T من وجهة نظر القطاع الخاص (شركة المشروع).

يحقق نظام الـ B.O.T العديد من المزايا ليس فقط للدولة المضيفة للمشروع وإنما أيضاً للملتزم (شركة المشروع) والتي لولاها ما أقدم على الدخول في هذه المشروعات ومن أهم المزايا مايلي:

١- إن الميزة الأساسية التي يحققها القطاع الخاص من خلال مشاركته في تمويل وبناء مشروعات البنية الأساسية وهي الميزة التي تدفعه إلى التعاقد، هي تحقيق عائد نقدي، يمكنه من استرداد تكلفة المشروع بالإضافة إلى هامش معقول من الربح، ويأتي عائد تشغيل المشروع من أحد مصدرين أو من كليهما معاً.

أما المصدر الأول فيكون من خلال قيام الدولة مانحة الالتزام أو أية جهة أخرى تحددها شروط الامتياز بشراء الخدمة المقدمة بالسعر المتفق عليه، فالمصدر الأساسي للدخل في مثل هذه الأحوال هو المبالغ التي تؤديها الجهة الحكومية التي تقوم بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من القطاع الخاص[١]، ومن التطبيقات العملية لهذه الحالات قطاعي مياه الشرب والصرف الصحي والكهرباء[٢].

وأما المصدر الثاني لعائد المشروع، وهو الصورة المثلى للدخل في مشروعات الـ B.O.T فيتحقق في الحالات التي تقوم فيها شركة المشروع بتقديم الخدمة أو المنتج إلى الجمهور مباشرة[٣].

٢- في حالة تعثر المشروع لأي سبب تقوم المؤسسات التمويلية المختلفة بدعم المشروع بأكبر قدر ممكن يسمح بتشغيله ويعيد له توازنه المالي[٤]، كما يمكن للحكومة أيضاً التدخل لإعادة التوازن المالي للمشروع لضمان استمرار المشروع بتقديم الخدمة لجمهور المنتفعين بها.

٣- يمنح نظام الـ B.O.T القطاع الخاص في نقل أعباء المخاطر السياسية(كالثورات والانقلابات السياسية) على عاتق الحكومة، كما يسمح لها أيضاً بتوزيع المخاطر التجارية

---

[1] Smith R. (ed) Project Financing 1991: Power Generation, waste Recovery, and other Industrial Facilities (1991) p 17.

[٢] تبنت الحكومة الكويتية هذا الاتجاه في قطاع مياه الصرف الصحي (مشروع بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية)، العقد سبق الإشارة إليه في ص ٢٧ من هذا البحث، وكما تبنت الحكومة المصرية هذا الاتجاه في قطاعي مياه الشرب والصرف الصحي (مشروع بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة مياه الشرب والصرف الصحي بمدينة العاشر من رمضان) وقطاع الكهرباء (مشروعات سيدي كرير وشرق بورسعيد، وخليج السويس)، انظر د.هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٦١.

[٣] وقد تبنت الحكومة الكويتية ذات الأسلوب في شأن مشروعات (تصميم وإنشاء مسالخ وأسواق ماشية للمحافظات) ومنها على سبيل المثال عقد استثمار مشروع عام – تصميم وإنشاء مسلخ وسوق ماشية لمحافظة الفروانية (الكويت)، وزارة المالية، إدارة أملاك الدولة، تم توقيع العقد في يوم الاثنين الموافق ٢٠ شعبان ١٤١٧هـ الموافق ١٩٩٦/١٢/٣٠.

[٤] د.أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٧١.

على أطراف آخرين تدخل شركة المشروع معهم في ترتيبات تعاقدية مختلفة (كالمقاولين والموردين والمنفذين والمشغلين وغيرهم)[1].

٤- إن نظام الـ B.O.T يمول عن طريق ما يسمى (Project Finance) وهو نظام يعتمد على ربح المشروع لسداد قرض المشروع وكذلك تعتبر أصول المشروع المصدر الأساسي للتأمينات العينية والشخصية التي يتطلبها المقرضون، فهو يعني في المقام الأساسي أن الشركات الأم، أي المساهمين ليس عليهم التزام مباشر بسداد ديون شركة المشروع، وهي شركة تابعة للمساهمين الرئيسيين إذ أن هذه الشركة هي المقترض والمدين الأساسي ومع ذلك وكما سنرى فإن هذا القول لا يمكن الأخذ به على إطلاقه، ففي كثير من الحالات تتطلب المؤسسات الدائنة من الشركات الأم المساهمة في شركة المشروع تقديم بعض الضمانات الأساسية وخاصة في مرحلة تشييد المشروع وقبل تشغيله[2].

٥- يسمح هذا الأسلوب السابق ذكره من أساليب التمويل للمساهمين والشركات الأم بالمشاركة في مشروعات أخرى والاقتراض المباشر إذا لزم الأمر ذلك دون أن تظهر المديونيات الخاصة بشركة المشروع في دفاترهم المحاسبية، ومع ملاحظة أن هذه الميزة تقل أهميتها في بعض الدول التي تأخذ بالنظام المحاسبي المجمع كما هو في الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا إذ أن مديونيات الشركات التابعة تضاف إليها ويجب أن تدون في دفاتر المحاسبة للشركات الأم[3].

ثانياً: عيوب نظام الـ B.O.T من وجهة نظر القطاع الخاص (شركة المشروع).

كما في مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص مزايا فإن لها عيوبها التي يمكن إجمال أهمها فيما يلي :

١- كثرة المخاطر التجارية التي يتحملها القطاع الخاص وارتفاع التكاليف المترتبة عليها، إذا تبين مثلاً أثناء تنفيذ المشروع أي خطأ في دراسات الجدوى الاقتصادية الخاصة بالتسويق أو التشغيل وخصوصا في حالة عدم وجود دعم حكومي أو التزام بعدم شراء المنتج[4].

---

[1] د.هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص١٩٦.

[2] د.هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، المرجع السابق، ص٥٣.

[3] د.أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٧٠ وما بعدها.

[4] د. وضاح محمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها)، دار الثقافة والنشر، الأردن، عمّان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ص٣٨.

٢- التعقيدات والروتين الحكومي خاصة في المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي والتي تستغرق مدة زمنية ليست بالقصيرة فتصل أحيانا إلى عدة سنوات، وكذلك في مرحلة التشييد والإنشاء[١].

٣- ارتفاع تكلفة التمويل حيث إن التأمين لهذا النوع من المشروعات ضد المخاطر السياسية والخسائر تكون عالية التكلفة وشديدة التعقيد[٢].

٤- السيطرة البنكية من خلال قيام البنوك بفرض فوائد كبيرة نظراً لارتفاع مخاطر المشروع والتي تحملها بدورها على كاهل شركة المشروع مما يؤدي إلى زيادة عبء التكاليف على شركة المشروع والمساهمين[٣].

ومن العرض السابق نتوصل إلى أنه إذا كانت تجربة عقود الـ B.O.T في الدول النامية التي عملت وأخذت بها قد أثارت جدلاً واسعاً، ونتج عن تطبيقها، على أرض الواقع عيوب قللت بشكل كبير من المزايا التي عادت إليها من إبرام هذه العقود[٤]، إلا أن التجربة الفرنسية في إشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، وهي تجربة قديمة، قد حققت مزايا عديدة، ويرجع السبب في ذلك إلى أن القانون الفرنسي أخضع العقود التي يدور موضوعها حول إدارة المرافق العامة بواسطة أشخاص قانونية خاصة لقواعد وضوابط واضحة ودقيقة، كما قام القضاء الفرنسي باستنباط مبادئ عامة وابتداع الحلول للتوفيق بين المصلحة العامة التي تمثلها جهة الإدارة المتعاقدة والمصلحة الخاصة التي يمثلها المتعاقد معها بما يحقق التوازن وضمان السير المنتظم للمرفق العام المتعلق به العقد[٥].

---

[١] د.دويب حسين، المرجع السابق، ص٥٢٩.

[٢] د.هاني سري الدين،التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص١٩٩.

[٣] د.أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٧٢.

[٤] توقفت الحكومة الكويتية، في السنوات الأخيرة التي سبقت صدور القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ المنظم لعقود الـ B.O.T، عن إبرام عقود مع القطاع الخاص وفقاً لنظام الـ B.O.T، إلى حين صدور قانون شامل ينظم هذه العقود ويضع ضوابط عليها من أجل تلافي المشكلات التي نتجت عنها، وفي مصر أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم (٦٩٥) لسنة ٢٠٠١ بتشكيل لجنة وزارية للرقابة على إبرام عقود الـ B.O.T، وبإلزام الوزارات بإجراء دراسات جدوى اقتصادية حول المشروعات التي تقترح إبرام عقود B.O.T لتنفيذها خلال السنوات العشر التالية، وعرض هذه المشروعات على اللجنة المشار إليها(الوقائع المصرية، العدد رقم ١٢٢، الصادر في تاريخ ٢٠٠١/٦/٢٢).

[٥] 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، مايو ٢٠١٠، ص ٤١ وما بعدها.

المبحث الثاني

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

تمهيد وتقسيم:

إن تحديد ومعرفة الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــ B.O.T أهمية خاصة، ذلك لأنها تحدد النظام القانوني الذي يتم في ظله إبرام وسريان تلك العقود.

فالطبيعة القانونية لعقد الـــB.O.Tيقصد بها بيان مدى اعتبار عقد الـــ B.O.T من قبيل العقود الإدارية وبالتالي يخضع هذا العقد في تنظيمه وحسم ما قد ينشأ عن تنفيذه من منازعات لقواعد وأحكام القانون العام، بما يخوله لجهة الإدارة المتعاقدة من سلطات إستثنائية (غير مألوفة) في عقود القانون الخاص، أم أن عقد الـــ B.O.T يعتبر من قبيل عقود القانون الخاص وما يترتب على ذلك من خضوع هذا العقد في تنظيمه لقواعد القانون الخاص، وفي الاختصاص بحسم منازعاته لمحاكم القضاء العادي المختصة بنظر النزاع وبخاصة في الدول ذات النظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر حيث يوجد بهما قضاء إداري إلى جانب القضاء العادي.

وإذا كان لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T أهميته في الدول ذات النظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر فإن تلك الأهمية تزداد في دول القضاء الموحد كدولة الكويت ومملكة البحرين، وذلك بسبب عدم وجود قضاء إداري قائم بذاته أو مجلس دولة، وعليه فإن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T من شأنه حسم الجهة القضائية المختصة في المحكمة هل هي الدوائر الإدارية أم الدوائر المدنية، بالإضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة نشوء نزاع بين طرفي عقد الـــ B.O.T [١، ٢].

ويزيد من تلك الأهمية لتحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T سريان طائفة اتفاقية من القواعد القانونية على هذا العقد كأن يتفق طرفيه على تضمين عقد الـــ B.O.T بعض الشروط التعاقدية كشرط اللجوء للتحكيم عند نشوء نزاع فيما بينهما بشأن تنفيذ العقد، أو تجريد جهة الإدارة المتعاقدة من بعض السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها في بعض العقود

---

[1] MICHEL LAFITTE, les partenariat public – prive, Rb Revue Banque Edition, Paris, 2006, P. 19-21.

[٢] يتبع النظام القضائي في مملكة البحرين ودولة الكويت النظام الانكلوسكسوني الذي يتميز بوجود هيكل قضائي واحد (موحد)، حيث لا يوجد في مملكة البحرين ودولة الكويت سوى هيكلا قضائياً واحداً، له الولاية للنظر في جميع المنازعات ومن ضمنها المنازعات الإدارية، بعكس النظام القضائي في فرنسا ومصر اللتان يتبعان النظام اللاتيني، فهما ذات نظام قضائي مزدوج، حيث يوجد في فرنسا جهتان قضائيتان، تختص إحداهما في الفصل بالمنازعات الناشئة عن الأفراد ويطلق عليها (القضاء العادي)، بينما تختص الجهة الثانية في حسم المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها ويطلق عليها مصطلح (القضاء الإداري)، وفي مصر يوجد قضاء مستقل عن جهة القضاء العادي يختص بالفصل في المنازعات الإدارية يطلق عليه (مجلس الدولة)، أنظر د. فاروق أحمد خماس، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين، مطبعة جامعة البحرين، جامعة البحرين، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٩٠ وما بعدها.

الإدارية، وجعلها تقف – تقريباً – على قدم المساواة مع المتعاقد معها، وتعظيم شروط حسن النية، وهو الأمر الذي أدى إلى إثارة شيئاً من الغموض والجدل حول الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T[1].

وعلى ذلك رأيت أن أتناول بحث الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T على النحو التالي:-

المطلب الأول: الاتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T.

المطلب الثاني: الرأي الراجح بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T.

المطلب الأول

الاتجاهات الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد الـ 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 ١٩٩٣ 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[2].

أما في مصر فقد تعددت الآراء الفقهية التي قيلت حول الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.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[3].

---

[1] د. عيسى بدو، أحكام تنفيذ عقود (B.O.T) في المرافق العامة وجزاء الإخلال بالتنفيذ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠١٣، ص ٢٦ وما بعدها.

[2] 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، المرجع السابق، ص٢٥ وما بعدها.

[3] 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:
  - د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧، ص ٨٢.
  - د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٩٠.
  - د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٥٣.
  - د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٠١.
- وانظر بشأن الاتجاه الثاني، الذي يعتبر عقود الـ B.O.T من عقود القانون الخاص:

=

بل إن هناك رأي في الفقه يذهب إلى أنه " من غير المعقول أن نتحدث عن عقود الدولة في مطلع القرن الحادي والعشرين بذات الطريقة التي كنا نتحدث بها عنها في النصف الثاني من القرن العشرين. فبينما تركزت المناقشات في الماضي عن الطبيعة القانونية لعقود الدولة، نلاحظ أن هذه الطبيعة القانونية لعقود الدولة فقدت مكانتها ولم تعد تمثل المسألة المحورية أمام التحكيم الدولي في الوقت الحاضر، وأن الأفضل هو التوصل إلى المبادئ العامة الواجبة التطبيق على هذه المنازعات التعاقدية ومضمون تلك المبادئ التي يتم استخلاصها من قضايا التحكيم"[1].

ويضيف جانب آخر من هذا الرأي أنه لا أهمية في البحث عن الطبيعة القانونية لعقود الـB.O.Tبدعوى أن صياغتها الجيدة، وتحديد الحقوق والالتزامات فيها وفق شروط محكمة تغني عن التطرق إلى وجود أية أهمية لتكيفها القانوني[2].

وبناءاً على ما تقدم يرى الباحث أن هذا الرأي الأخير قد اتخذ من التقدم والتطور ساتراً وغطاءً للتهرب من تطبيق القانون الإداري وما يمنحه لجهة الإدارة المتعاقدة من سلطات استثنائية تمكنها من تحقيق المنافع العامة وحماية المصالح العامة، وبالتالي فإن هذا الرأي يعمل على تحقيق المصالح الخاصة للشركات العالمية المهيمنة على الاقتصاد العالمي، وخاصة الشركات متعددة الجنسيات التي تطمح للتخلص من القيود والسلطات الاستثنائية التي تملكها الجهات الإدارية في العقود التي تبرمها معها.

إضافة لذلك أن هذا الرأي يتجاهل حقيقة هامة وجوهرية ألا وهي أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T وتحديد ما إذا كان عقداً إدارياً أو غير إداري تترتب عليه آثار قانونية هامة مثل تحديد المحكمة المختصة بحسم منازعاته، والقانون الواجب التطبيق، والحقوق والالتزامات التي يملكها طرفي العقد. ومن ثم فإننا رأينا عرض كل الآراء المتعددة التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتقسيم هذه الآراء إلى الاتجاهات الأربعة في الأفرع الأربعة التالية:-

---

= - د. محمد قايد، المرجع السابق، ص ٢٨.

- د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

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

- د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٨٢.

[1] LEILA LANKARANI EL-ZEIN, les contrats d'etat a l'épreuve du droit international, édution Bruylant, Bruxelles, thèse 2001 , P. 51.

[2] د. محمد بدران، الإطار القانوني لمشروعات (البنية الأساسية) البوت في القانون المصري، المرجع السابق، ص ١٢.

الفرع الأول

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 الـ B.O.T من الصعب وضعها تحت إطار قانوني محدد، أو إسباغ طبيعة معينة على هذه العقود سواء كانت مدنية أو إدارية، وذلك لتعدد هياكلها 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 الـ 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 ملابسات وعناصر وشروط[1].

ويؤيد البعض هذا الاتجاه السابق على أساس أن عقود الـ B.O.T ومشتقاتها لها جذور تتمثل في عقود الامتياز، إلا أنه يوجد بينهما العديد من الخلافات الجوهرية، حيث أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T يتم إبرامها بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين، بالإضافة إلى أنها أصبحت تعبيراً عن مفهوم جديد في مجال الدراسات القانونية يتركز على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة، ولهذا يصعب وضع تكييف محدد ثابت لعقود الـ B.O.T وإنما يلزم مراجعة كل عقد على حده، والبحث عما إذا كانت عناصر العقد الإداري تتوافر فيه من عدمه، فإذا توافرت عناصر العقد الإداري مكتملة كان العقد إدارياً، وإلا كان مدنياً[2].

وترتيباً على ما تقدم ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أن القول بالطبيعة الخاصة لعقود الـ B.O.T يؤدي إلى أسباغها بطابع من الواقعية والمرونة، ويجعل مسماها ونظامها القانوني متغيراً بحسب الظروف والشروط التي تم إبرامها فيها، وهذه المرونة من شأنها أن تسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدولة[3].

وقريب من هذا الاتجاه ذهب البعض إلى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T هو عقد إداري يخضع للقانون الإداري في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة، ويخضع في غير ذلك لقواعد القانون المدني. ويترتب على اعتبار عقد

---

[1] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٨٨.
[2] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص١٨٢.
[3] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص٧٢ وما بعدها.

الالتزام عقداً إدارياً نتيجة هامة هي أن هذا العقد هو عقد مركب فلا تسري القواعد المدنية في جميع نواحيه، وأنه يجب التمييز في عقد الالتزام بين طائفتين من النصوص وهي النصوص التنظيمية والنصوص التعاقدية[1].

فالنصوص التنظيمية هي التي تتعلق بتسيير وتنظيم المرفق ذاته ووضع طرق مرسومة لإدارته فإن هذه النصوص التنظيمية لها حكم القانون بحيث تملك السلطة الإدارية بموجب سلطاتها ودون موافقة الملتزم نقضها أو تعديلها بما يتفق مع المصلحة العامة وتحت الرقابة القضائية لمجلس الدولة[2].وأما النصوص التعاقدية فلها طبيعة تعاقدية حقيقية وبالتالي تولد مراكز ذاتية[3]، فهذه النصوص تحكمها القاعدة العامة التي تقضي بأن " العقد شريعة المتعاقدين"، وهي تتعلق بمدة الالتزام وكيفية استرداده والأعباء المالية المتبادلة بين طرفي العقد، فهي التي تحكم العلاقة بين الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، وهذه النصوص لا تعدل إلا باتفاق الطرفين[4].

ولم يسلم هذا الرأي من النقد على أساس أن التكييف الذي قال به لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية غير حاسم في شأن المسألة المعروضة ولم يقطع في تحديد القانون الواجب التطبيق وهل هو القانون المدني أم القانون الإداري، وما هي المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه، وخاصة في دول نظام القضاء المزدوج، هل هي محاكم القضاء العادي أم هي محاكم القضاء الإداري[5].

كما تعرض أيضا للنقد الرأي القائل بالتفرقة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بين نصوصه التنظيمية ونصوصه التعاقدية، على أساس أنه يحتاج بدوره إلى معيار للتفرقة بين ما هو نص تنظيمي يخضع للقانون الإداري، ونص تعاقدي يخضع للقانون المدني، فالتفرقة بين هذه النصوص أمر عسير في ظل نظام الـ B.O.T حيث تختلط بعضها بالبعض[6].

كما أنه لا تخفى خطورة الآثار إذا تركنا الأمر للتحكيم ولاسيما أن غالبية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتضمن شرطاً بالتحكيم فإن هذا معناه تخويل هيئات التحكيم سلطة واسعة في تكييف العقد وتكييف نصوصه دون أن يكون لديها المعيار الحاسم الذي يفض

---

[1] د. محمد المتولي، المرجع السابق، ص ١٦.

[2] د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٤.

[3] د. فاروق خماس، د. محمد الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ٥٣.

[4] د. مصطفى الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٥٥.

[5] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ١٩٢.

[6] د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٨٩.

الاشتباك بين أنواع الاتفاقيات المختلفة التي تتفرع عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وبين نصوصه التنظيمية والتعاقدية[١].

الفرع الثاني

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو عقد اقتصادي مركب.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T هو تنظيم اقتصادي بمعنى أنه ليس اتفاقاً أو عقداً، وإنما هو منظومة اقتصادية تتطلب إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة والمتعددة الأطراف المتعارضة المصالح[٢].

وقام أنصار هذا الاتجاه بتفصيل ما ذهبوا إليه إلى اعتبار عقد الـ B.O.T عقداً مركباً من عقود القانون الخاص حيث أن مشروعات البنية الأساسية تبدأ بإبرام اتفاق الامتياز والذي بموجبه ترخص الدولة للمستثمر الخاص (شركة المشروع) بإنشاء وتشغيل وتملك مشروعات البنية الأساسية، وهو ما يعكس بدوره رغبة الإدارة في إلغاء طبيعة المرفق العام على المشروع المعني، وذلك وفقاً للسلطة التقديرية المقررة للإدارة في إطار المصلحة العامة، وتكون ملكية المشروع ملكية خاصة وخالصة للمستثمر طوال مدة الاتفاق والذي يلزم بإعادتها للدولة في نهاية المدة خالية من أية التزامات عينية أو شخصية[٣].

ثم تقوم شركة المشروع بإبرام سلسلة من العقود والاتفاقات الخاصة مع الممولين والمقاولين والموزعين من أجل تشييد واستغلال المشروع، وكل ذلك يبرهن على أن المشروع في هذه الحالة يعد مرفقاً أو مشروعاً خاصاً ذو منفعة عامة يخضع لأحكام القانون الخاص ويخرج عن دائرة القانون العام[٤]. وآية ذلك أن القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية[٥]، لا تطبق على استثمارات ومشاركة القطاع الخاص بنظام الـB.O.T[٦].

وما من شك أن هذا الرأي محل نظر فلقد تعرض لانتقادات عديدة أهمها أنه ينفي وينكر الطبيعة التعاقدية عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيةالـ B.O.T وجعل منها تنظيماً اقتصادياً فهو يخرج بها عن الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة التنظيمية، بدعوى أنه يتضمن العديد

---

[١] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٥٧.
[٢] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ١٨٤.
[٣] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٤٨.
[٤] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٤٨.
[٥] نشر القانون بالجريدة الرسمية (مصر) بالعدد رقم (١٩) مكرر في ١٩٩٨/٥/٨، ونشرت اللائحة التنفيذية بالوقائع المصرية العدد (٣٠١) تابع في ١٩٩٨/٩/٦.
[٦] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ١٩٧.

من الاتفاقات، بالرغم من أنها تتضمن عقداً أساسياً مبرماً بين الدولة وشركة المشروع يخضع في إبرامه لسلطان الإرادة وتدرج فيه نصوص تعاقدية تنظم الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، وهي حقوق تخضع في تنظيمها وتنفيذها لنصوص العقد[١].

أما بالنسبة للقانون فلا يضع إلا القواعد العامة التي يجب على الأطراف المتعاقدة مراعاتها عند تعاقداتهم، وبالتالي فهو يترك مساحة كبيرة للأطراف المتعاقدة بأن تعمل سلطان الإرادة، وأن تدرج ما تشاء من حقوق والتزامات متبادلة فيما بينهم في إطار وحدود القانون، والدليل على ذلك هو اختلاف النصوص التعاقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقد إلى عقد آخر مما يؤكد أنها لا تسري في إطار قواعد تنظيمية صارمة مقررة وفقاً للقانون[٢].

الفرع الثالث

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 التي تميزها في العقود الإدارية[٣].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه تفصيلاً لما ذهبوا إليه إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تقوم على مبادئ القانون المدني، فإذا استطلعنا جل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية نجدها ترتكز على المبادئ المستقرة في القانون المدني مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، واللجوء إلى التحكيم أو لجان فض المنازعات عند نشوب خلاف حول تنفيذ العقد وهذا يحرم الإدارة مما تتمتع به من سلطات في غيرها من العقود الإدارية فضلاً عما تضمنته هذه العقود من النص على أنها تخضع للقانون المدني[٤].

---

[١] د. كمال طلبه، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠١٠، ص ٧٥.
[٢] د. محمد المتولي، المرجع السابق، ص ١٦.
[٣] د. ياسر أحمد الصيرفي، المرجع السابق، ص ٦٤.
[٤] د. ماهر محمد ، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

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[١].

وبالتالي يرى أصحاب هذا الاتجاه إن العقود التي تبرمها الدولة لإنشاء المرافق العامة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية ينبغي أن تتعاقد فيها الإدارة بأسلوب القانون الخاص وأن تقف الإدارة عند تعاقدها مع شركة المشروع على قدم المساواة، وبالتالي هي لا تستطيع (الدولة) أن تدرج ضمن هذه العقود أية شروط استثنائية غير مألوفة حيث يؤدي وجودها إلى هروب المستثمرين وخاصة الأجانب منهم[٢].

ويستشهد أنصار هذا الاتجاه بالاستشهاد بالعديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي أبرمت ولاسيما في مصر – والتي ينص فيها صراحة على أنها عقود خاصة وأن الاختصاص بنظرها يخضع للمحاكم العادية من قبيل ذلك نص المادة (١٣) من عقد إنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T[٣] والتي تقول: " إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولاً محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصلا إلى تسوية الخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم بغرفة التجارة الدولية على أن يتم التحكيم في لندن "[٤].

كذلك ما تنص عليه المادة ٤/١٨ من اتفاقية محطة سيدي كرير الموقعة بين شركة كهرباء مصر، وشركة انترجن سيدي كرير[٥] والذي جاء فيه " أن هيئة كهرباء مصر توافق موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التي تدخل ضمن برنامج الضمان والتي هي طرف فيها يعتبر تصرفات خاصة وتجارية "[٦].

كما أنه يدرج في هذه العقود شرط ثابت إلى حد كبير مفاده عدم تأثر مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية بالتقلبات والتغييرات التشريعية وذلك كضمانة لشركات الاستثمارات

---

[1] SAMY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction ménes selon al formule B.o.t (Build, operate, transfer) droit égyptien – droit français, thèse, Paris 1,2000, P. 263.

[٢] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود الـ B.O.T، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٩٨ وما بعدها.

[٣] عقد إنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٧ من هذا البحث.

[٤] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ١٨١.

[٥] عقد إنشاء وتشغيل واستغلال محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[٦] د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص ٤٨.

بأن مشروعاتها لن تتأثر بأي قوانين مستقبلية تنال من حقوقها في ظل القانون الذي تم إبـــرام عقودها في إطاره وهو ما يعرف بشرط الثبات التشـــريعي (Clauses des stabilisation) والثبات التعاقدي (Clauses d'intengebilite)[١] .

ويضيف أصحاب هذا الاتجاه إلى ما سبق سرده من الحجج والأسانيد أن القوانين التي صدرت بموجبها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتضمن نصوصاً تبين خضوعها لقواعـــد القانون الخاص من قبيل ذلك – في مصر – القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشـــأن ضـــمانات وحوافز الاستثمار المصري[٢]، حيث جاء تحديداً في البند السادس والعاشر من المادة الأولـــى من قانون الاستثمار على أن " تسرى أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشـــآت أيـــا كان النظام القانوني الخاضعة له التي تنشأ بعد تاريخ العمل به المزاولة لنشاطها في أي مـــن المجالات الآتية.... ٦- النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر..... ١٠- البنية الأساسية من مياه شرب وكهرباء وطرق واتصالات"[٣].

ومما يجدر ذكره الإشارة إلى أن أنصار هذا الاتجاه ذهبـــوا إلـــى أن عقـــود البنـــاء 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 فـــي العقـــد، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام. فإن مجلـــس الدولـــة 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 نظـــراً لاتصـــاله بنشاط مرفق عام، أو بحكم وجود الجهة الإدارية طرفاً فيه[٤].

فالقضاء الإداري في مصر يستلزم ضرورة توافر العناصر الثلاثة مجتمعة المميـــزة للعقد الإداري وهي وجود الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصـــر علـــى ذات المعنى في حكمها الصادر في ١٩٦٢/٣/٣١ حيث تنص على أن " العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً ومتصل بمرفق عام ومتضمناً شروط غير مألوفة في نطـــاق

---

[١] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ١٩٤.
[٢] نشر القانون بالجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، في ١٩٩٧/٥/١١.
[٣] د. عبد السند حسن يمامه، نظام البوت B.O.T وفقاً لأحكام التشريع المصري، مطبعة كلية الحقوق، جامعة المنوفية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٩٦.
[٤] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٧٧ وما بعدها.

القانون الخاص فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته المحدودة"[1].

وأما بالنسبة للوضع في الكويت فقد حذا القضاء الكويتي حذو القضاء الإداري المصري حيث يستلزم ضرورة توافر اجتماع العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري السابق ذكرها.

وهذا ما سلكته محكمة التمييز الكويتية في حكمها في الطعن رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٧ بقولها " .... ذلك أنه لما كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو بتنظيمه وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح الخاصة بها..."[2].

هذا وقد سلك أيضا القضاء البحريني مسلك القضاء الإداري المصري والكويتي، حيث يستلزم ضرورة توافر اجتماع العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري السابق ذكرها، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الكبرى المدنية في مملكة البحرين وأكدته بقرارها رقم (٦٧٢) لسنة ١٩٩٥ بقولها" وإذا كان يلزم لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الدولة أو مال إليها من الأشخاص العامة طرفاً فيه وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص علاوة على أن يكون متصلاً بمرفق عام اتصالاً يحقق به معنى المشاركة في تسييره "[3].

وهو أيضاً ما انتهت إليه دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين في فتواها إلى أن "العقد يعتبر إدارياً إذا كانت الإدارة أحد أطرافه، وكان متصلاً بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره بقصد خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته وأن تظهر في العقد نيتها في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"[4].

---

[1] الطعن رقم (٨٨٩)، السنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٣/٣١، المشار إليه لدى د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ٩٧.

[2] الطعن رقم (٤٣) لسنة ١٩٩٧ تجاري، بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٨، انظر: المستشار. ناصر المعلا والمحامي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، إدارة الفتوى والتشريع، مطبعة ٢٥ فبراير، الكويت، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ١٣.

[3] الدعوى رقم ٦٧٢ لسنة ١٩٩٥، في جلسة ١٩٩٥/١٠/٣٠، هذا الحكم مشار إليه لدى المستشار. سعيد عبد المطلب، تطبيقات القضاء البحريني للقانون الإداري، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد التاسع، مايو ٢٠٠٠، ص ٢٨٤.

[4] فتوى دائرة الشئون القانونية، القاعدة ٥٧، المختار من فتاوي دائرة الشئون القانونية، إصدارات دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠، ص ٢١٩ وما بعدها.

ويلاحظ 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 مع أحد الأشخاص الخاصة عقوداً إدارية دائماً إذا تعلقت بإدارة المرفق العام.

ويسلك القضاء الإداري في المملكة المغربية مسلك القضاء الإداري المصري والكويتي والبحريني حيث يشترط في العقد الذي يثار منازعته أن يكون أحد عاقديه شخصاً معنوياً عاماً وأن يتضمن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص وأن يكون هدفه تسيير مرفق عمومي[1].

هذا ولقد تعرض هذا الاتجاه للنقد، بسبب أن هذا الاتجاه يغفل الطبيعة الإدارية الواضحة في هذه العقود من حيث كون الإدارة طرفاً فيها وأنها تتعلق بنشاط مرفق عام يخضع لإشراف ورقابة الدولة بدليل أنها تلزم المتعاقد ببيع الخدمة التي يقدمها وفقاً لتسعيرة محددة. إضافة إلى أن مجرد تعهد الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق عام ومن باب أولى إنشائه يعتبر أمراً إستثنائياً في حد ذاته من شأنه إثبات صفته الإدارية[2]، كما أن تكييف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها من عقود القانون الخاص يتفق مع متطلبات تشجيع الاستثمار والتجارة العالمية قول غير سديد. فقد يتضمن القانون الإداري مزايا بالنسبة للمستثمر لا توجد في إطار القانون الخاص مثل تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية، ونظرية عمل الأمير، وهي نظريات تمنح المتعاقد الحق في الحصول على تعويضات من الدولة عن الأضرار التي تلحق به[3].

الفرع الرابع

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

---

[1] انظر د. عبد الله حداد، دليل الدعوى غير الإدارية في القانون المغربي ، الرباط ، منشورات عكاظ، ٢٠٠٢، ص ٢٠.
[2] د. ماهر محمد ، المرجع السابق، ص ١٨٣.
[3] د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص ٥٣.

كانت الإدارة طرفاً فيه، واتصل بنشاط مرفق عام، وبالتالي فإن عقود البنـــاء والتشـــغيل ونقـــل الملكية تعتبر عقود إدارية تخضع للقانون الإداري والمحاكم الإدارية[١].

وقد عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد التزام المرافق العامة في حكمهـــا الشهير الصادر في ٢٥ مارس ١٩٥٦ بقولها "... إن التزام المرافق العامة لـــيس إلا عقـــداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بـــأداء خدمـــة عامـــة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكـــون إلا لمدة محدوده ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شـــكل رسوم يحصلها من المنتفعين..."[٢].

هذا وكما عرّف الفقه عقد التزام المرافق العامة بأنه " عقد إداري يتولى الملتزم – فـــرداً كان أو شركة – بمقتضاه وعلى مسئوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابـــل رســـوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز"[٣].

ويعتبر عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما هو إلا تطوير أو صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة بصورته التقليدية، إذ أن الدولة قد ترى لأســـباب كثيـــرة (جـــذب الاســـتثمارات الخارجية– دعم سوق المال الوطني – عدم إرهاق الميزانية العامة للدولـــة – تشـــجيع القطـــاع الخاص بالمشاركة في مشاريع البنى التحتية للدولة) أن تتخلى عن إدارة المرفق العام وتعهد بـــه إلى الملتزم، فإن ذلك لا يمنع من أن يقوم الملتزم – بداءة – وبتكليف من الدولة بإنشاء المرفق

---

[١] 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, étude compare de l'évolution contemporaine, thèse, Paris 1, 2004, P. 305.

- د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص٧٩.
- د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.
- د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٣٦.
- د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٥٣.
- د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ٣٨.
- د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص ٥٨.
- المستشار. محمود فهمي، عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٦٥.
- أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٦٠.

[٢] حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بجلسة ١٩٥٦/٣/٢٥، مجموعة أحكام السنة العاشرة، ص٢٥٩، المشار إليه لدى د.أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ١٢٤.

[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، ص ١٠٨.

العام وتشغيله مدة العقد ثم رده مرة أخرى إليها، وهو أمر ليس بجديد فقد كان هذا هو وضع قناة السويس ولم يعارض أحد في طبيعته الإدارية، ومن ذلك أيضا عقود البترول[1].

هذا ويستند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج وأسانيد مفادها اكتمال 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 يكتفي بتوافر شرطين من الشروط السابقة على أن يتوافر الشرط الأول وهو ما يسمى بالمعيار العضوي (الشرط المفترض)، بمعنى ضرورة وجود الإدارة طرفاً فيها، ثم توافر أياً 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[2].

ويرد أنصار هذا الاتجاه على القول الذي يدعي به المنكرون على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الطبيعة الإدارية لعدم توافر الشروط الاستثنائية في هذا العقد، ولذلك يعتبرونه من عقود القانون الخاص، أن هذا القول غير صحيح، وينفيه ويدحضه الواقع وما تتضمنه عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من شروط، حيث تتضمن هذه العقود شروطاً تمنح امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها مثل حق الإدارة في الإشراف والرقابة وحقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، وكذلك فسخ العقد، وكما تتضمن في المقابل امتيازات للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير والإدارة كحقه في اقتضاء الرسوم، أو إعفائه من الرسوم الجمركية أو الضرائب أو منحه الأرض التي يقام عليها المشروع[3].

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى القول بأن عقود الاستثمار والتي تأتي بالطبع من بينها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وأن استهدف المستثمر فيها تحقيق الربح إلا أنها تحقق في النهاية منافع عامة للجمهور باعتبار أنها تتعلق بمرفق عام، ولذلك تقوم الدولة بالتدخل عند إبرام العقد في تحديد قيمة الرسم لكي يراعى الأغلبية من الناس محدودي الدخل[4].

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 يقررها لها القانون الإداري دون حاجة إلى النص

---

[1] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٥٣.
[2] د. جارالله علي المري، المرجع السابق، ص٢٠٠ وما بعدها.
[3] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ١٨٨.
[4] د.أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ١٩١.

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[1].

كما يترتب على الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أثاراً 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[2].

وبيد أن هذا الرأي أيضا لم يسلم من النقد الذي وجهه له بعض الفقه على أساس أن اعتبار كافة عقود الاستثمار ومن بينها بالطبع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود الإدارية هو قول غير سديد – في رأيهم – على سند أنه يمكن وجود عقود استثمار من قبيل الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية ومع ذلك لا يمكن اعتبارها عقود إدارية لسببين:

السبب الأول: عدم وجود أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في هذا العقد، حيث أن العقد تم إبرامه بين طرفين من أشخاص القانون الخاص، ومن تطبيقات هذه الحالة في مصر ما قام به نادي الصيد المصري من الاتفاق مع الشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشييد على بناء صالة للبولينج والبلياردو بنظام الـ B.O.T بحيث تؤول إلى النادي بعد عشر سنوات، وتدفع الشركة للنادي خلالها ستة ملايين جنية، وهذا العقد يتضمن تشييد واستغلال ونقل ملكية ولكن بين أشخاص خاصة، فلذلك لا يعد هذا العقد من العقود الإدارية بسبب عدم وجود أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في هذا العقد، وعلى الرغم من تعلق العقد بمرفق عام، إذ أن العقد هنا يفتقد لأحد المعايير الضرورية لإسباغ الصفة الإدارية على العقد، وهو المعيار العضوي المتمثل في وجود شخص معنوي عام طرفاً في العقد[3].

أما السبب الثاني: فهو يتمثل في أن الإدارة قد تكون طرفاً في العقد ومع ذلك لا يكون هذا العقد إدارياً، فليس كل عقود الإدارة هي عقود إدارية، وذلك إذا آثرت الدولة التعاقد بأسلوب القانون الخاص، وتركت أساليب القانون العام[4].

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص٧١.
[2] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص١٧٨.
[3] د. محمد قايد، المرجع السابق، ص ١١١.
[4] د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص ٦٢.

المطلب الثاني

الرأي الراجح بشأن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T.

بادئ ذي بدء نقرر أن الرأي الراجح في نظري هو 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[1].

كما أدعم هذا الرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، من خلال التأكيد على توافر شروط وأركان العقد الإداري في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، لاسيما شرط وجوب أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاقدات الأفراد، وهي الحجة الرئيسية التي استند إليها منتقدي الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بعدم توافرها فيه. ذلك لأنه يتوافر في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية العديد من الشروط غير المألوفة في تعاقدات القانون الخاص وذلك وفقاً لمفهوم هذه الشروط غير المألوفة أو الاستثنائية الذي يستقر عليه فقهاء القانون الإداري والذي يتمثل في أنها " نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في ظل القوانين المدنية والتجارية"[2]. وعلى ذلك فإن الشروط غير المألوفة أو الاستثنائية لا تقتصر على منح الإدارة سلطات أو حقوق – وفقاً لما يعتقد البعض بصورة خاطئة – بل تشمل كل ما يمنح المتعاقدين من حقوق أو تحميلهم حتى بالتزامات غير عادية سواء كانت الإدارة أو المتعاقدين معها أو كليهما[3].

وأما بخصوص الرأي القائل بأنه يمكن تصور وجود عقود استثمار من قبيل عقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية ومع ذلك لا يمكن اعتبارها عقوداً إدارية لأن الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ليست طرفاً فيها، حيث أن العقد تم إبرامه بين طرفين أو شخصين

---

[1] عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١١٦.
- كذلك انظر: د. مصطفى محمود عفيفي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة نظرياً بالنظام القانوني لعقود القانون الخاص وتطبيقياً بالوسائل القضائية لتسوية المنازعات العقدية، مطبعة البحيرة، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٠٩.
- كذلك انظر: د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٥٤.

[2] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٩٢.

[3] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٩٣ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. أحمد عثمان عيّاد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٧٣، ص ٧٦ وما بعدها.

من أشخاص القانون الخاص أو أن الإدارة قد تكون طرفاً في هذا العقد ومع ذلك لا يكون العقد إدارياً على اعتبار أنه ليس كل العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة أو الإدارة تسبغ بالصفة الإدارية.

أقول إن الرد على هذه الحجة الماثلة والسابق ذكرها أمر ميسور، لأن المسألة المثارة هنا هي متعلقة بمعرفة الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة مع أحد أشخاص القانون الخاص، فرداً كان أم شركة محلية أو أجنبية، إذ أنه من الطبيعي لن تثار أية مشكلة بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تبرم بين أفراد القانون الخاص أياً ما كان نوعها إذ يعد العقد حينئذ من عقود القانون الخاص وبالتالي يخضع لأحكام القانون المدني أو القانون التجاري وتختص المحاكم العادية بالفصل في منازعاته، وذلك لافتقاده للمعيار العضوي المميز للعقود الإدارية وهو وجود الإدارة طرفاً في العقد.

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 الحكومتين الكويتية والمصرية، سنعثر على العديد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة، والتي يكفي وجود أحداها لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود.

ومن أمثلة ذلك في مصر العقود 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 تعيين عضو أو أكثر في مجلس إدارة شركة المشروع يكون تابعاً للإدارة ويتولى الإشراف والاشتراك المباشر في الإدارة، ومن أمثلة ذلك نص المادتين (٢١)، (٢٢) من النظام الأساسي لشركة مطار العلمين ومطاري رأس سدر ومرسى علم حيث يشترك بموجبها ثلاثة أعضاء في مجلس إدارة الشركة تعينهم الحكومة، وقدر وردت نصوص مشابهة لذلك في عقد كهرباء سيدي كرير[١].
٢. أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تمنح الإدارة سلطة الإشراف والرقابة على المشروع طوال فترة تشييده واستغلاله. ولقد حرصت الحكومة على إدراج هذا الشرط المتضمن تلك السلطة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تبرمها، ومن أمثلة ذلك المادة (١٥) من عقد مطار العلمين وما يماثلها في عقدي مطاري رأس سدر

[١] نشر عقد مطار مرسى علم ومطاري العلمين ورأس السدر الدوليين في الوقائع المصرية، العدد رقم ٢٦٤ تابع وتابع (أ) وتابع (ب)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

ومرسى علم حيث تنص على أن " تقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإجراء التفتيش الدوري على المطار والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيله وفقاً للبرنامج الذي تضعه الهيئة دون قيد أو شرط، وتتولى الهيئة إصدار شهادة الكفاءة اللازمة لاستمرار تشغيل المطار"[1]. لاشك أن منح هذه العقود للإدارة سلطة الإشراف والرقابة عند تشييد وتشغيل المشروع على النحو السابق يؤكد الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة ويشكل شرطاً استثنائياً غير مألوفاً يثبت الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

٣. 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 ولكي تضمن الحكومة قيام شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها ولاسيما تشييد المشروع وتشغيله في المواعيد المقررة، لذلك فهي تنص في عقودها على تحمل شركة المشروع دفع غرامات مالية عن كل يوم تأخير في إنشاء المرفق العام وتشغيله، وذلك كجزاء إداري بغية ضمان حسن تنفيذ العقد ولسير المرفق العام بانتظام واطراد، ومما لا شك فيه والجدير بالذكر في هذا المقام أن غرامات التأخير تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية أو ما يسمى بالغرامة التهديدية من عدة نواحي[2].

وقامت المحكمة الإدارية العليا المصرية بسرد هذه الجزاءات في أحد أحكامها حيث قالت " ولئن كان من المبادئ المسلمة في فقه القانون الإداري أن غرامات التأخير تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، وذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه مقدماً... ويشترط لاستحقاقه حصول ضرر وأعذار الطرف المقصر، وصدور حكم به، وللقضاء أن يخفضه... بينما الغرامات التي ينص عليها

---

[1] راجع عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين الدولي بنظام الـ B.O.T ، الوقائع المصرية، بتاريخ١٩٩٨/١١/١٩، العدد رقم ٢٦٤ .
وانظر نصوصاً مماثلة في عقدي مطاري مرسى علم ورأس سدر الدوليين والعقود الثلاثة منشورة في الوقائع المصرية بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٩، العدد رقم ٢٦٤ تابع وتابع (أ) وتابع (ب).

[2] وهذا ما نصت عليه المادة (٣/٤) من عقد مطار العلمين السابق الإشارة إليه على أن " أ- إذا تأخر الملتزم في تنفيذ الالتزامات في التواريخ المحددة وفقاً لجدول التنفيذ بالمحلق ٥ يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامة تأخير كالآتي:
- ٠,٥% عن الشهر الأول أو جزء منه.
- ١% عن الشهر الثاني أو جزء منه.
- ١,٥% عن الشهر الثالث أو جزء منه.

ثم تزيد بواقع ٠,٥% عن كل شهر لاحق حتى ستة أشهر بعدها يحق للمالك اتخاذ الإجراءات القانونية أو مصادرة خطاب الضمان، ولا تسري الغرامة في حالة توقف الأعمال بناء على طلب المالك أو للظروف القهرية.
ب- في حالة تأخير الملتزم عن دفع نصيب المالك في الإيرادات المختلفة .... يحق للمالك تحصيل ٤% غرامة تأخير عن كل شهر.....".

في العقود الإدارية وتوقعها الإدارة من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى صدور حكم... أو حدوث ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ...."[1].

٤. ونضيف لما سبق لتأكيد الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو أن الأسلوب المتبع في إبرام هذه العقود يتم وفقاً لأسلوب المناقصة والتي يتحقق فيها المنافسة والعلانية، ولا شك في أن هذا الأسلوب وما يتضمنه من التزامات عند التعاقد تعتبر شروطاً استثنائية غير مألوفة في التعاقدات التجارية والمدنية. لأن التعاقد بأسلوب المناقصة يلتزم مقدم العطاء بعطائه من وقت تصديره إلى الجهة الإدارية حتى فتح المظاريف ولا يستطيع أن يتراجع عن هذا العطاء أو أن يسحب العطاء أو حتى تغيره، وإذا أخل بهذا الالتزام فإن التأمين الذي قام بدفعه لدخول المناقصة يتم مصادرته، أما الإدارة فلا تلتزم إلا في وقت متأخر وحتى يتم إرساء المناقصة بل قد لا تلتزم إطلاقاً. ويعبر عن ذلك بشرط يسمى شرط الأسد وهو شرط محظور في العقود المدنية حيث يستطيع المتعاقدين تغيير إيجابهما أو قبولهما ما لم يبرم العقد، كما أن العقد يبرم فور اقتران الإيجاب الصادر عن أحد الطرفين بقبول الطرف الأخر ويصبح ملزماً للطرفين[2].

وقد يرد البعض على ذلك بأن أسلوب المناقصة كأسلوب تعاقد ليس حكراً على الإدارة، فالشركات الخاصة يمكن أن تلجأ لأسلوب المناقصة وهذا القول مردود عليه لأن لجوء الشركات الخاصة لأساليب المناقصة هو أمر اختياري قد تلجأ إليه أو لا تلجأ بينما الأمر عكس ذلك في العقود الإدارية حيث أن الإدارة تكون ملزمة بإتباع طريقة التعاقد بالأسلوب الإداري حتى تضمن المنافسة والعلانية والشفافية في التعاقد، وذلك وفقاً للمادة (٥٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات العامة [3].

٥. ونضيف إلى ما سبق لدعم الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو ما تحتويه هذه العقود من شروط استثنائية تخول المتعاقد معها سلطات وامتيازات استثنائية لم يكن ليحصل عليها لو تعاقد مع شخص آخر مثل الحق في الإعفاء من الرسوم الجمركية والإعفاء من الضرائب وتخصيص أراضي مملوكة للدولة لإقامة

---

[1] الحكم الصادر في الطعن رقم ٨٦٦ لسنة ١١ق عليا بجلسة ١٩٦٩/١١/٨، المشار إليه لدى المستشار. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة،١٩٩١، ص ١٩٣ وما بعدها.

[2] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص٩٤ وما بعدها.

[3] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص١١٢.

- كذلك أنظر: قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، سبق الإشارة إليهما، في ص ٥٤ من هذا البحث.

المشروع عليها وتلك شروط استثنائية غير مألوفة – بحسب التعريف الذي ذكرناه فيما سبق – حيث تعتبر كذلك ما دامت تمنح وتخول أحد المتعاقدين أو كليهما حقوق والتزامات استثنائية غير موجودة في تعاقدات الأفراد فيما بينهم[1].

٦. أخيرا مما يدعم الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو ما نصت عليه المادة (٥) من عقد مطار العلمين[2] على أن: " لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك (الهيئة المصرية العامة للطيران المدني) كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتباراً من تاريخ هذه الموافقة".

ونجد أن ما يعنيه هذا النص، هو أن شركة المشروع يدها مقيدة في التنازل للغير عن بعض حقوقها أو التزاماتها المتولدة عن العقد إلا بعد موافقة جهة الإدارة المتعاقدة والتي يكون لها الحق في رفض ذلك أو تعليقه على شروط معينة تقتضيها المصلحة العامة، وهو الأمر الذي يدل على أن شركة المشروع ليست في مركز متساوي مع الجهة الإدارية المتعاقدة معها.

وأيضاً للتدليل على صحة وسلامة هذا الرأي المؤيد للطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، هو ما حدث في الكويت عندما قامت حكومة الكويت بطرح مساحات من الأراضي لإقامة مساكن عليها بنظام البوت B.O.T، وكان القطاع الخاص والعديد من المستثمرين قد قاموا باستغلال هذه التعاقدات وقاموا بالتنازل عن العقود والأراضي وتحصيل مكاسب مالية كبيرة دون القيام بالبناء على الأراضي وعليه قامت الحكومة الكويتية بالتدخل بسحب الأراضي التي قدمتها للمستثمرين بموجب عقود البوتB.O.Tوذلك للمصلحة العامة[3].

ويرى الباحث أن عقود الـB.O.T التي أبرمتها حكومة الكويت السابق ذكرها، قد نصت على تخويل الإدارة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة للمصلحة العامة، وهذا ما يؤكد الامتيازات الممنوحة للسلطة العامة ويشكل شرطاً استثنائياً غير مألوفاً يثبت الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

وبناءاً على ذلك فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تبرمها الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة والتي تتعلق بمشروعات تقوم على تقديم خدمة عامة أساسية مثل مشروعات النقل والاتصالات وتوليد الطاقة والصرف الصحي وغيرها من المرافق العامة وتتوافر فيها شروط استثنائية، تعتبر من العقود الإدارية، وقد طبقت محكمة التمييز الكويتية هذه المعايير تطبيقاً سليماً في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١/١٠، في الطعن رقم

---

[1] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص١٧٤.
[2] عقد مطار العلمين، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.
[3] د. عصام البهجي، عقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٢.

٢٠٠٣/٦٥٩، الذي قضت فيه باعتبار العقد المتعلق ببناء وتشغيل محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية وإعادة تسليمها إلى الدولة بطريق الـ B.O.T عقد إدارياً[١].

وهو ما قام به القسم الإفتائي بمجلس الدولة المصري من تأكيد الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك عند مراجعة اللجنة الثالثة لعقد كهرباء سيدي كرير[٢]، والتي نصت المادة ٤/١٨ منه على أن التصرفات الواردة به تعتبر تصرفات خاصة وتجارية، فقد قامت اللجنة بتنفيذ ذلك وذكرت أنه: " ..... وحيث إنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءاً أن عقود امتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية. وحيث إن ما تقدم مع ما ورد بمشروع الاتفاقية من أن ما تضمنه تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية، إذ أن مناط اعتبار العقد عقداً تجارياً هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال بحسب الغرض الذي تسعى الشركة إلى تحقيقه ويترتب على ذلك آثار هامة مجالها القانون التجاري أما العقد الحالي المعروض فهو من العقود الإدارية الخالصة طبقاً لصريح نص القانون". وإذا كان مجلس الدولة المصري قد قرر وأكد بمناسبة عقد كهرباء سيدي كرير الطبيعة الإدارية الخالصة لهذا العقد باعتباره عقد التزام مرافق عامة، وهو العقد الأكثر إثارة للجدل حول طبيعته القانونية، فإن هذا التكييف ينسحب، من باب أولى، على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي أبرمتها الحكومة المصرية، والتي لم يثر حول طبيعتها الإدارية أية شكوك، وبالتالي لم تتضمن نصوصها ما يستدعي التعليق من جانب قسم الفتوى عند مراجعتها، وهو الأمر الذي يؤكد أن مجلس الدولة يعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عقوداً إدارية[٣].

وهو أيضاً ما أكده القضاء اللبناني بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي عقود إدارية[٤].

---

[١] د. عيسى بدو، المرجع السابق،ص ١٣٨.

- كذلك أنظر:

- عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.
- حكم الطعن بالتمييز، رقم ٦٥٩، إداري، لسنة ٢٠٠٣، محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الإدارية الصادرة من الدائرة الإدارية الأولى بمحكمة التمييز خلال الفترة من يناير حتى آخر مارس ٢٠٠٥، الجزء الثاني، إصدارات المكتب الفني لمحكمة التمييز، ص ١٨ وما بعدها.

[٢] عقد كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[٣] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٦٨ وما بعدها.

[٤] لقد ذهب القضاء اللبناني إلى القول بأن عقود الـ B.O.T هي عقود إدارية، وتأكد هذا الاتجاه بعد أن صدر حكمين من مجلس شورى الدولة اللبناني والمتعلقين بموضوع شركتي الهاتف الخليوي: سليسوليبانسيل بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٧ وفي الحكمين أقر القضاء اللبناني بأن عقود الـ B.O.T هي عقود إدارية، وأن القضاء الإداري (مجلس شورى الدولة) هو المختص بنظر النزاعات الناشئة عن هذه العقود، وبالتالي يكون القضاء والفقه اللبناني قد حسما مسألة تكييف عقد الـ B.O.T من حيث كونه عقد إداري، انظر د/ محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود الـ B.O.T (البناء والتشغيل والاسترداد)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عن مشروعات البنية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، شرم الشيخ، ٢٨-٢٩ نوفمبر/٢٠٠١، شرم الشيخ، ص٣.

وبناءاً على ما تقدم يرى الباحث أن قيام حكومة الكويت ومصر بإصدار تشريعات تنظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك بغية استثناءه من الخضوع لقواعد عقد التزام المرافق العامة الذي هو بحكم طبيعته عقد إداري من عقود القانون العام لهو دليل على أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود القانون العام، أي أنه عقد إداري.

وأما بالنسبة للوضع في مملكة البحرين، فقد 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[١].

والعقدان السابقان هما من عقود الامتياز – طالما توافرت فيهما الشروط الثلاث المميزة للعقد الإداري – التي تعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعتها الإدارية فقهاً وقانوناً وقضاءً كما أشرنا لذلك سابقاً[٢].

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 فيهما الشروط الثلاثة المميزة للعقد الإداري – تعد 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 أنه من الضروري أن يقوم المشرع البحريني بوضع قانون خاص لعقود الـB.O.T، وذلك من خلال إلقاء الضوء والنظر والاستفادة من تجارب وقوانين الدول الأخرى التي أخذت بنظام الـB.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 لتشييد وتشغيل هذه المشاريع.

---

١ نشر بالجريدة الرسمية (البحرين)، العدد ٢٧٦٦، بتاريخ ٢٣ نوفمبر ٢٠٠٦.
- كذلك انظر: أ. زهير حسن مكي سلمان، دور الجهة الإدارية المشترية 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، ص ٢٥.
٢ انظر ص ٥٩ وما بعدها من هذا البحث.

الفصل الثاني

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

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

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

المبحث الثاني: مسار التعاقد لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع.
المطلب الثاني: إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الثاني

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

تمهيد وتقسيم :

يعتبر الإطار القانوني 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 ترجى من إبرامها، واتصال عقود الـ B.O.T بالاحتياجات الأساسية والضرورية لأفراد المجتمع، هذا إلى جانب إضفاء الشرعية على عقود الـ B.O.T.

وهذا الإطار القانوني يتمثل في الأصل الدستوري لقواعده وكذلك الأصل التشريعي، الذي يعتبر تجسيداً للأصل الدستوري ووضعه موضع التنفيذ، ولعل ذلك يظهر جلياً وبوضوح في اتجاه معظم الدول إلى الدخول في نظام الاقتصاد الحر أو آليات السوق وتوسيع رقعة مشاركة القطاع الخاص في مجال المشروعات والمرافق العامة، القابلة لهذه المشاركة، فهذا – لا شك – يتطلب تطوير الأطر الدستورية والتشريعية التي تساعد على هذا المناخ، لأنه بغير ذلك الأسلوب سيسود الأسلوب العشوائي في مجال الاقتصاد، مما يترتب على ذلك من أضرار بالغة الخطورة تلحق بحاضر أي دولة ومستقبلها.

والإطار القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يقصد به الإحاطة الكاملة بنوعية القواعد القانونية النظرية التي تطبق على العلاقات القانونية الناشئة بين أطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والتي تتمحور حول كلٍ من طائفتي الحقوق والالتزامات المتبادلة فيما بينهم، فضلاً على إتباع الدولة المضيفة مجموعة من الإجراءات التي تراها ضرورية ولازمة لاختيار الشركة التي سوف تقوم بإنشاء المشروع وتشغيله، وذلك بعمل دراسة الجدوى والدراسة الفنية وتجهيز كراسة الشروط، ثم تقوم بالإعلان عن المناقصة وتلقي العروض المختلفة، والتي تدخل في مفاوضات مع أفضلها للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقاً للمصلحة العامة، وأخيراً تنتهي هذه المرحلة بإبرام العقد مع الشركة التي رسا عليها العطاء ونجحت معها المفاوضات وفقاً للقواعد والإجراءات التي وضعها المشرع.

وعلى هدي ما تقدم سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:-

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

المبحث الثاني: مسار التعاقد لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الأول

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

تمهيد وتقسيم :

لقد اتجهت بعض من الدول إلى النظام الاقتصادي الحر، وأعمال آليات السوق، متحولة من اتباع سياسة الاقتصاد الاشتراكي إلى نظام الاقتصاد الحر والموجه، والاتجاه نحو العولمة، وما تتطلبه من إعطاء الدور الأكبر في النشاط الاقتصادي للقطاع الخاص، مما أدى إلى انتشار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كأسلوب لتمويل إنشاء المشروعات العامة، من خلال قيام القطاع الخاص بتمويل مشروعات البنية الأساسية، الأمر الذي يستوجب بيان ما إذا كانت هذه المشروعات تتم في إطار من الدستور والقانون من عدمه.

ولهذا سوف يتم تقسيم هذا المبحث 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).

لقد أشارت دساتير بعض الدول بوجه عام إلى واجب الدولة في أن تقوم بتوفير خدمات البنية الأساسية للمواطنين، بل إن هناك بعض الدساتير قد تورد قائمة معينة بمرافق البنية الأساسية التي يجب أن تكون تحت المسئولية المباشرة للدولة، وما على المشرع هنا إلا أن ينظم إنشاء وأداء هذه المرافق العامة، غير أن دساتير بعض الدول تعهد إلى المشرع بمهمة تحديد المرافق العامة التي يتعين أن توفرها وتديرها الدولة وتلك التي يعهد بها إلى القطاع الخاص، وتوجد دساتير تجعل تقدير خدمات عمومية معينة حكراً على الدولة أو أي هيئة عامة تابعة لها ومنشأة لهذا الغرض، وتترك ما عداها من أنشطة مطروحاً أمام القطاع الخاص، غير أن هناك دساتير أخرى تتيح إمكانية منح امتيازات إلى كيانات خاصة لإنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية وتقديم الخدمات العامة، وفي بعض الدول توجد قيود على مشاركة الأجانب في قطاعات معينة أو قد يتطلب الدستور أو القانون مشاركة الدولة بنسب معينة – تحدد من قبل القانون – في رأس مال الشركات التي تقدم خدمات عامة، ولذلك يتعين استعراض القواعد الدستورية القائمة لتحديد ما إذا كانت بها ثمة قيود على تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T من عدمه.

وقد درجت أغلب الدساتير على معالجة خصخصة مشروعات البنية الأساسية واتخذت هذه المعالجة اتجاهين هما[1]:

الاتجاه الأول: دول تمنع خصخصة مشروعات البنية الأساسية.

مثل دستور السلفادور حيث قضت المادة (١١٠) منه على "ضرورة أن تقدم الدولة وأجهزتها العامة المستقلة الخدمات البريدية والاتصالات"، ومثال ذلك أيضاً المادة (٤٣) من الدستور الإيطالي والتي قضت "أن الخدمات العامة الرئيسية مثل الطاقة والاحتكارات يمكن للصالح العام أن يحتفظ بها قانوناً للقطاع العام"، ومثال ذلك أيضاً الدستور الألماني حيث تنص المادة (٨٧) منه على أنه: "بالنسبة لمناطق الإدارة الفيدرالية المباشرة فإن البريد والاتصالات مسئولية الحكومة".

الاتجاه الثاني: دول تسمح بخصخصة مشروعات البنية الأساسية عن طريق عقد الامتياز.

الذي ينبثق منه عقد البوت، مثال ذلك المادة (٢١) من القسم (١٢) من الدستور البرازيلي والتي قضت "بأحقية تشغيل القطاع الخاص في مشروعات المحطات الكهربائية والنقل الجوي والسكك الحديدية والنقل المائي والطرق الدولية والموانئ"، ومثال ذلك أيضاً المادة (٢٨) من الدستور المكسيكي والتي عدّلت في فبراير سنة ١٩٩٥، وبموجبها "سمحت بمنح الامتيازات في قطاع السكك الحديدية لمستثمرين من القطاع الخاص".

ويجب الإشارة في هذا الصدد إلى أن بعض الدول لم يتحقق بها اليقين بشأن سلطة الدولة في منح مشروعات البنية الأساسية إلى القطاع الخاص، بل إنه في بعض الدول يمثل ذلك خرقاً لقواعد الدستورية القائمة الأمر الذي ينعت اتفاقات المشروعات في هذه الدول بالبطلان، حتى لو كان اتفاق المشروع قد استجمع مقومات الاتفاق الدولي، لأن المخالفة هنا تمس الدستور، إلا إذا كان المبدأ المقرر في النظام الدستوري للدولة هو مبدأ وحدة وازدواجية القانونين الداخلي والدولي[2]، مع أولوية القانون الدولي، كما أن منح هذه المشروعات قد يصطدم بالقواعد الدستورية التي تنظم احتكارات للدولة في بعض القطاعات، وهذا التعارض

---

[1] هذان الاتجاهان مشار إليهما لدى د. حماده عبدالرازق، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٤٨. ولدى د. أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

[2] إذ أن مشروع البنية الأساسية ذا التمويل الخاص قد يكون مشروعاً دولياً والدولية هنا لا يقصد بها أن منفذ المشروع شركة أو شركات أجنبية أو أن العقد المبرم بين شركة المشروع- أياً كان الشكل القانوني الذي اتخذه – والحكومة يستجمع مقومات العقد الدولي، بل إن الدولية المقصودة هنا هي أن يكون المشروع ماساً بالمصالح المشتركة لدولتين أو أكثر فتبرم هذه الدول اتفاقاً دولياً يستجمع مقومات المعاهدة الدولية من أجل تنظيم المصالح المشتركة المتصلة بتنفيذ المشروع المعني، ومن هذه المشروعات نذكر على سبيل المثال، مشروع (The channel tunnel) (مشروع نفق المانش) بين المملكة المتحدة وفرنسا إذ تم لتنفيذ هذا المشروع إبرام معاهدة بين الدولتين وهي (The treaty of Canterbury) عام ١٩٨٦، وقد بسطت هذه المعاهدة التزامات حكومة الدولتين في تيسير تنفيذ مشروع (خط سكة حديدي) يربط بين انجلترا وفرنسا، فكان هناك اتفاق بين الحكومتين البريطانية والفرنسية من ناحية، والملتزم من ناحية أخرى بتشغيل خط السكك الحديدية بين الدولتين، الاتفاقية أبرمت بتاريخ ١٤ مارس ١٩٨٦ بين حكومتي إنجلترا وفرنسا، ومذكورة النسخة الإنجليزية من الاتفاقية المشار إليها لدى د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٥٧، ص٢٥٤، ص٥٥٧ وما بعدها.

عادة ما يقود إلى منازعات قضائية، مما يكون له انعكاس سلبي على تنفيذ المشروعات الخاصة بهذه القطاعات.

وأما بالنسبة للوضع في مصر فلقد كفل الدستور المصري حقوق شركة المشروع المتعاقدة مع الدولة عندما اشترط وجوب صدور قانون ينظم منح الامتياز لها باستغلال موارد الثروة الطبيعية في البلاد مما يشكل ضمانة دستورية تضمن عدم التعسف من قبل الإدارة وشفافيتها عند التعاقد وطوال الفترة التي يعيش خلالها العقد حيث الأمر يكون منظم قانوناً[1].

وذلك يظهر بوضوح منذ صدور الدستور المصري عام ١٩٢٣ والذي يقرر في المادة (١٣٧) منه على أن "كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدد"، هذا وقد سار دستور سنة ١٩٥٦ المصري على ذات النهج حيث نصت المادة (٩٨) منه على أن "ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وكما قررت المادة (٩٩) أنه "لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدد"، وكما جاء دستور عام ١٩٧١ بنص مماثل حيث نصت المادة (١٢٣) من هذا الدستور على أن "ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كما يبين أحوال التصرف في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك".

ويتضح من هذه النصوص الدستورية أنه يشترط ضرورة توافر شرطين لمنح كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو لمنح التزام مرفق عام وهما:-

<u>الشرط الأول</u>: وجوب صدور قانون بذلك:

وقد أثار هذا الشرط جدلاً في الفقه حول مؤدى ذلك، حيث ذهب رأي إلى أنه يكفي إصدار قانون عام ينظم منح الالتزام أو الامتياز على أن تتولى الجهات الحكومية تطبيق هذا القانون في تعاقداتها، وأن تقوم الحكومة ممثلة في رئيس الدولة أو رئيس الوزراء أو الوزير المختص بمنح الالتزام بصورة فردية، بينما ذهب رأي آخر إلى أن هذا النص الدستوري يعني

---

[1] د. محمد عبداللطيف، النظام الدستوري والخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٣٧.
- كذلك انظر: د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٦٧ وما بعدها.

وجوب صدور قانون خاص لكل حالة على حدة يتقرر فيها منح الالتزام[1]، ويبدو أن هذا الاتجاه الأخير هو عين ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري التي انتهت إلى ضرورة صدور قانون في كل حالة يراد فيها منح التزام مرفق عام[2].

الشرط الثاني: أن يكون منح الالتزام لمدة محدودة[3]:

وهذا الشرط أيضاً أثار جدلاً في الفقه المصري على اعتبار أن الدستور المصري يقوم على المبادئ الاشتراكية وبالتالي فإنه يحظر الخصخصة، ويضمن بالتالي هيمنة الدولة على الاقتصاد[4]، فقد تبنى دستور ١٩٧١ – قبل تعديله عام ٢٠٠٧ – النظام الاشتراكي بوصفه نظاماً اقتصادياً للدولة[5].

وإذا كان الدستور المصري لعام ١٩٧١ قد تبنى على النحو السالف بيانه النظام الاشتراكي، إلا أن المحكمة الدستورية العليا في مصر قد تصدت لهذا الجدل عندما قامت بتفسير النصوص الاقتصادية تفسيراً واسعاً مرناً يتواءم مع التغيرات الاقتصادية، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في حكمها الشهير في الأول من فبراير ١٩٩٧ بدستورية المادة (٢٠) من قانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ فيما تضمنته من قابلية تداول أسهم وحدات هذا القطاع، وهو ما يعني دستورية الخصخصة بشكل صريح.

فعندما صدر قانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ [6]تقدم أحد الأفراد بالطعن في دستوريته لمجافاته المبادئ الاشتراكية التي قام على أساسها دستور ١٩٧١، إلا أن المحكمة الدستورية العليا انتهت إلى دستورية هذا القانون[7]. حيث فسرت النصوص الاقتصادية

---

[1] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ١٥٨.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٦/٢٤، مجموعة السنة العاشرة، ص ٣٦٥، المشار إليه لدى د.إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ١٨٤.

[3] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ١٩٠.

[4] وترى د. سعاد الشرقاوي أن "الدستور المصري الصادر في ١٩٧١ غير ملائم للأوضاع الجديدة حيث لا يستجيب لمتطلبات الإصلاح الاقتصادي والاتجاه نحو تحرير الاقتصاد وإعمال آليات السوق"، راجع مؤلفها بعنوان: تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٣٨.

[5] فالمادة الأولى من الدستور كانت تنص على أن "جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديمقراطي.....". أما المادة الرابعة فإنها تكرر هذا المعنى بإفصاح جهير وتقرر بأن "الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي الديمقراطي القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال". ونصت المادة الثلاثون على أن "الملكية العامة هي ملكية الشعب، وتتأكد بالدعم المستمر للقطاع العام، ويقود القطاع العام التقدم في جميع المجالات ويتحمل المسئولية الرئيسية في خطة التنمية".

[6] نشر القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام بالجريدة الرسمية، العدد ٢٣ مكرر، في ١٩٩١/٦/١٩.

[7] انظر حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٧/٢/١، القضية رقم ٧ لسنة ١٦ ق، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد ٧ (تابع) بتاريخ ١٣ فبراير ١٩٩٧، وقد طلب المدعي اصلياً الحكم بعدم دستورية قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ لمخالفته الأوضاع الإجراءات التي رسمها الدستور في المادتين ١٩٤ و ١٩٥ منه، واحتياطياً بعدم دستورية هذا القانون لأن الغاية التي يستهدفها منافية لحكم المادة ٣٠ من الدستور، ومن باب الاحتياط الكلي، الحكم بعدم دستورية كل من المادة (٥) من مواد إصدار هذا القانون وكذلك المواد (٣ و ٢٠ و ٤٣ و ٥٥) من ذات القانون، وقد حكمت المحكمة برفض الدعوى.

وقد رفضت المحكمة القضاء بعدم دستورية قانون شركات قطاع الأعمال العام الصادر بالقانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ واستندت المحكمة في ردها على ما نعاه المدعى من عدم دستورية قانون شركات قطاع الأعمال بحسبانه منافيا لحكم المادة (٣٠) من الدستور =

تفسيراً واسعاً مرناً يتواءم مع التغيرات الاقتصادية وذلك في قولها: "إن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلا نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقهـــا، فـــلا يكون تبنيها والإصرار عليها ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر بل يتعين فهمها فـــي ضوء قيم أغلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً... وأن الاستثمار بمختلـــف صوره ليس إلا أموال تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص فإنها تتكامل فيمـــا بينها ويعتبر تجميعها لازما لبناء قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق ولا يكون التفريط فيها إلا ترفاً ونكولاً عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها... وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور في تعداد أشكال الملكية والتي تتقدمها الملكية العامة وتقوم إلى جانبها الملكية التعاونية والملكية الخاصة

= التي تمنح القطاع العام دوراً تقدمياً يتحمل به المسئولية الرئيسية في خطة التنمية، ويقود خطاها في مختلف مجالاتها بيد أن القانون المطعون فيه أجاز بنص المادة ٢٠ تداول أسهم وحدات هذا القطاع، وهو ما يعني نقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، وزوال السيطرة الشعبية عليها، ووجود نوع من الاقتصاد المختلط فذلك مردود عليه.

" **أولاً:-** بأن النصوص القانونية التي تقرها السلطة التشريعية انحرافاً بها عن مقاصد حددها الدستور، وتنكبها بالتالي لأغراض عيّنها، تفترض أن تكون هذه المقاصد والأغراض من مكوناتها، فلا ينفصل بنيانها عنها، بل تشملها المطاعن الموضوعية بالنظر إلى اتساعها لكل عوار لا يرتبط بالأوضاع الشكلية التي يتطلبها الدستور في النصوص القانونية ومردود.

ثانياً:- بأن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والإصرار عليها، ثم فرضها بآلية عمياء إلا حرثاً في البحر بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً ومردود.

ثالثاً:- بأن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها، يعارض تطويعها لآفاق جديدة تريد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها، بل حائلاً دون ضمانها ومردود.

رابعاً:- بأن التنمية الاقتصادية والاجتماعية التي يتطلبها الدستور، هدفها تغيير أشكال من الحياة من خلال منظومة تتكامل روافدها، يكون التعليم فيها أكثر عمقاً وامتداداً، والبيئة التي نعايشها خالية من ملوثاتها بصورة أشمل، والفرص التي يتكافأ المواطنون في الحصول عليها أبعد نطاقاً، وتوكيد حرياتهم كافلا حيويتها واكتمالها ومساواتهم في مباشرتها، وحياتهم الثقافية أكثر ثراءً ووعياً، ونظم معاشهم أفضل بمزاياها وعلو مستوياتها ومن ثم تتحقق التنمية – وميادينها متعددة – من خلال الاستثمار في رأس المال – مادياً كان أو بشرياً – لتقارنها زيادة في الدخل توجهها قدرة الجماعة في زمن معين على أن تتخطى عثراتها، وأن تكرس مواردها لإحداثها، وأن تكون مدخلاتها تقدماً علمياً معززاً باستثماراتها التي يرتبط معدل النمو بزيادتها واستدامتها وتصاعد إنتاجيتها ، ضماناً لإفادة المواطنين منها، ولو بدرجات متفاوتة ومردود.

خامساً :- بان الاستثمار بمختلف صوره – العام منها والخاص – ليس إلا أموالاً تتدفق وسواء عبأتها الدولة أو كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها، ويعتبر تجميعها لازماً لضمان قاعدة إنتاجية أعرض وأعمق لا يكون التفريط فيها إلا ترفاً، ونكولاً عن قيم يدعو إليها التطور ويتطلبها وما تنص عليه المادة ٢٩ من الدستور من أشكال للملكية تتقدمها الملكية العامة، وتقوم إلى جانبها كل من الملكية التعاونية والملكية الخاصة، ليس إلا توزيعاً للأدوار فيما بينها لا يحول دون تساندها وخضوعها جميعاً لرقابة الشعب، ومقتضاها أن يكون الاستثمار العام قوداً للتقدم، معبداً الطريق إليه، فلا يقتصر على ميادين محدودة، بل يمتد إلى مواقع رئيسية تعمل الدولة من خلالها على تنفيذ مهامها السياسية والاجتماعية، ويندرج تحتها متطلباتها في مجال الدفاع والأمن والعدل والصحة والتعليم وحماية بيئتها ومواردها، وصون بنيتها الأساسية، والحد من نمو سكانها، وأداء خدماتها بوجه عام لغير القادرين، ولازمها أن تعزز قيادتها هذه بدعمها لأعباء يقصر الاستثمار الخاص عن تحملها ومردود.

سادساً:- بأن تواصل التنمية وإثرائها لنواتجها – وعلى ما تنص عليه المادة ٣٠ من الدستور – إنما يمثل أصلاً يبلوره الاستثمار العام ولئن مهد هذا الاستثمار الطريق إلى الاستثمار الخاص، وكان جاذباً لقواه، إلا أنه أسبق منه وجوداً، وأبعد أثراً، إذ يمتد لميادين متعددة لا يقبل عليها الاستثمار الخاص أو يتردد في ولوجها، وإن كان تدفق الاستثمار العام لمواجهتها لازماً ضماناً لسير الحياة وتطويراً لحركتها، بما مؤداه أن لكل من الاستثمارين العام والخاص دوره في التنمية، وإن كان أولهما قوة رئيسية للتقدم تتعدد مداخلها، وليس لازماً أن يتخذ هذا الاستثمار شكل وحدة اقتصادية تنشئها الدولة أو توسعها، ولا عليها أن تبقيها كلما كان تعثرها بادياً، أو كانت الأموال الموظفة فيها لا تغل عائداً مجزياً، أو كان ممكناً إعادة تشغيلها لاستخدامها على نحو أفضل، ولا مخالفة في ذلك للدستور، بل هو تكريس لتلك القيم التي يدعو إليها، وفي مقدمتها أن الاستثمار الأفضل والأجدر بالحماية، يرتبط دوماً بالدائرة التي يعمل فيها، وعلى تقدير أن الاستثمارين العام والخاص شريكان متكاملان، فلا يتزاحمان أو يتعارضان أو يتفرقان، بل يتولى كل منهما مهام يكون مؤهلاً لها وأقدر عليها"

والمحكمة الدستورية العليا المصرية بهذا الحكم تكون قد عبرت عن دستورية الخصخصة بشكل صريح.

انظر د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

ليس إلا توزيعاً للأدوار فيما بينها ولا يحول دون تساندها وخضوعها جميعاً لرقابة الشعب...."، وقد انتقد البعض هذا الرأي على أساس أن هذا الحكم أراد التوفيق بين الاتجاهات الجديدة للنظام السياسي والدستور على حساب النظام الاقتصادي الذي تبناه الدستور في صدر مادته الأولى.

إلا أنه بعد التعديلات الدستورية المصرية[1] في مارس ٢٠٠٧ أرى أن هذا الجدال قد انتهى حيث تم إلغاء النصوص الدستورية التي كانت تتبنى المذهب الاشتراكي واستبدالها بنصوص ترتكز على تبني سياسة اقتصادية متحررة، فقد تم تعديل المادة الأولى التي تصرح بتبني النظام الاشتراكي ليصبح نصها كما يلي: "جمهورية مصر العربية نظامها ديمقراطي يقوم على أساس المواطنة"[2]، كما تم تعديل المادة الرابعة وأصبح نصها في تعديل ٢٠٠٧ كما يلي: "يقوم الاقتصاد في جمهورية مصر العربية على تنمية النشاط الاقتصادي"[3]، كما تم حذف حذف عبارة "السلوك الاشتراكي" من المادة ١٢ من الدستور[4].

ولقد اتسمت هذه التعديلات الدستورية التي جرت في مارس ٢٠٠٧ 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.

وبناءاً 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 (١٢٣) على أن "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية

---

[1] راجع الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، العدد ١٣ (مكرر)، بتاريخ ٢٠٠٧/٣/٣١.
[2] حيث كانت المادة الأولى تقول "جمهورية مصر العربية نظامها اشتراكي ديمقراطي".
[3] المادة الرابعة كانت تقول "الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية الاشتراكي الديمقراطي".
[4] كذلك هناك تعديلات دستورية أخرى مثل المادة ٥٩ والتي كانت تنص "حماية المكاسب الاشتراكية ودعمها والحفاظ عليها واجب وطني" وأصبح نصها بعد التعديل حماية البيئة واجب وطني....".

والمرافق العامة.....". ولذا يمكن القول – وبما لا يدع مجالاً للشك – بأن نص هذه المادة تشكل الإطار الدستوري لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية[1].

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.

وأما في الكويت لم يختلف الوضع في الدستور الكويتي لسنة ١٩٦٢[2] 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[3].

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"[4].

وتتابع المادة (١٥٣) من الدستور الكويتي الأمر مقررة أن "كل احتكار لا يمنح إلا بقانون ولزمن محدود".

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- اشترط أن تكون هذه الاحتكارات والالتزامات لزمن محدود.

---

[1] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ١٦٢.

[2] دستور دولة الكويت لسنة ١٩٦٢ الصادر في ١٤ جمادى الثاني سنة ١٣٨٢ هـ الموافق ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٢م، وعمل به في ١٩٦٣/١/٢٩م، منشور في مجموعة التشريعات الكويتية، الجزء الخاص، الطبعة السادسة، ٢٠٠٣.

[3] د. عثمان عبدالملك، النظام الدستوري الكويتي والسلطات السياسية، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٨٩، ص ١٧.

[4] من المفهوم أن الثروة الطبيعية التي عناها المشرع الدستوري بهذا النص، ووفقاً لما استقر عليه الأصل التاريخي للنص، والتي لا يجوز منح التزام باستثمارها إلا بقانون يصدر في كل حالة على حدة، هي الموارد الطبيعية التي تمثل ثروة البترول والمعادن، أما غير ذلك من موارد طبيعية فلا يمثلها النص، مثل الرمل والصلبوخ والثروة السمكية. كذلك انظر: د. محمد عبداللطيف، الدستور الكويتي وخصخصة المرافق العامة وعقود المشاركة وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، جامعة الكويت، كلية الحقوق، في ٣٠- ٣١ مارس ٢٠٠٨، ص ١٢٠.

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

وبناءاً على ما سبق نخلص إلى أن عقود الامتياز بما فيها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، تجد سندها وأساسها فيما قررته المادتين ١٥٢، ١٥٣ من الدستور الكويتي.

وأما بالنسبة لمملكة 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 العلانية والمنافسة.

ب- لا يمنح أي احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود"[١].

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.

وكما يتضح لنا من المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين الملاحظات الآتية:-

١- أن منح الاحتكار أو الالتزام المتعلق بالمرافق العامة وموارد الثروة الطبيعية لا يكون إلا بموجب قانون.

٢- أن هذا المنح أو الامتياز لا يكون إلا لزمن محدود.

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

ويرى الباحث أن عقود الامتياز بما فيها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، تجد أساسها وسندها فيما قررته 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 انصبت على أحد المرافق العامة أو أحد موارد الثروة الطبيعية.

أما بالنسبة للدستور 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

---

[١] المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين لعام ٢٠٠٢، صدر الدستور البحريني في ١٩٧٣/١٢/٦، وتم تعديل الدستور البحريني في ٢٠٠٢/٢/١٤، ونشر بالجريدة الرسمية لمملكة البحرين، العدد ٢٥١٧، الموافق ٢٠٠٢/٢/١٤.
- كذلك أنظر: المرجع التشريعي لمجلس الشورى البحريني، الفصل التشريعي الثالث، ٢٠١٠ – ٢٠١٤، ص٧٥.

بقانون، وعليه نظم المشرع في فرنسا قانون بعقود تفويض المرفق العام ويندرج منها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)[1].

ومن جماع ما سبق، يرى الباحث أنه يجب على بعض الدول إعادة النظر ببعض القواعد الدستورية المتعلقة والمتصلة بملكية الأراضي ومرافق البنية الأساسية، وذلك من خلال مراجعتها ودراستها للنظر في أمر تغييرها أو تعديلها، وذلك بسبب أن بعض الدول يقرر الدستور فيها قيوداً على الملكية الخاصة للأراضي ولبعض أدوات أو وسائل الإنتاج، وأيضاً بسبب أن بعض الدول الأخرى يعترف دستورها بالملكية الخاصة، غير أنه ينص على أن كل أو أنواعاً معينة من المرافق العامة يتعين أن تكون مملوكة للدولة، ولا شك أن هذه القيود أو المحظورات التي من هذه الطبيعة سوف تؤثر على تنفيذ المشروعات التي تقام بنظام الـ B.O.T، بل إنها ستشكل عائقاً لهذه المشروعات، خاصة تلك التي تخول فيها شركة المشروع إدارة وتشغيل المرفق الذي قامت بتشييده أو أن تخول شركة المشروع ملكية المرفق والحق في إدارته وتشغيله، لذلك يجب دراسة ومراجعة هذه القواعد الدستورية وإعادة صياغتها بما يتيح لشركة المشروع معرفة الحدود الدستورية والقانونية بشأن نظام الـ B.O.T.

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 – والتي لا غنى عنها – في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، بل لا يقتصر الأمر على مجرد وجود إطار تشريعي معين بل يجب فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الإطار التشريعي من المرونة بقدر حتى يمكن مجاراة التطورات في شتى قطاعات البنية الأساسية.

وطالما أن الأمر قد استقر على إتباع هذا النظام فلابد من وجود تشريع خاص يحكم هذا النظام، ولابد أن يَقْدُم المشرع في بعض الدول العربية على هذه الخطوة بوضع تنظيم

---

[1] د. محمد عبداللطيف، الدستور الكويتي وخصخصة المرافق العامة وعقود المشاركة وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، المرجع السابق، ص ١٢٢.

تشريعي خاص لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية[1]، أسوة بما فعلت بعض الدول كالفلبين وتركيا، والتي قامت بسن التشريعات التي تنظم هذا النظام[2].

وفي فرنسا[3] 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 عرّف القانون الفرنسي هذه العقود منذ عهد بعيد، ولكن في عام ١٩٩٣ نظم المشرع الفرنسي العقود التي يكون موضوعها إدارة المرافق العامة تحت مسمى: عقود تفويض المرفق العام، وهي جميعها عقود إدارية[4].

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.

وبما أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ما هي إلا تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة ومن ثم فإن القواعد التي تحكم عقود التزام المرافق العامة والمنصوص عليها في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ المعدّل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ تطبق على عقود

---

[1] انظر لكل من:
- د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٤٦.
- د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٩٩.
- د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ١٤٥.
- المستشار. محمود محمد فهمي، المرجع السابق، ص ٧٧.

[2] وقد أصدرت بعض الدول بالفعل تشريعات خاصة بنظام الـB.O.T ومن ذلك التشريع التركي رقم ٣٩٩٦ والذي صدر في يوليو عام ١٩٩٤ وفي محاولة من الحكومة التركية لتفادي تطبيق أحكام القانون الإداري على مشروعات الـ B.O.T حيث تقدمت بمذكرة إلى البرلمان تقول أن عقد الـ B.O.T يحكمه القانون الخاص وليس من قبيل عقود الامتياز وقد أخذ البرلمان التركي بهذا الرأي ونصت عليه المادة رقم ٥ من هذا القانون إلا أن المحكمة الدستورية العليا قد أصدرت في مايو ١٩٩٥ حكماً يقضي أن عقود الـ B.O.T والتي تبرم بين الحكومة التركية أو أحد أشخاص الدولة وإحدى الشركات الأجنبية تعد ذات طبيعة إدارية، وكما أصدرت الفلبين تشريع موحد لنظام الـ B.O.T عام ١٩٩٠ برقم ٧٧١٨ وقد تم تعديله عام ١٩٩٩، انظر د. محمد المتولي، المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

[3] وعلى خلاف الوضع في فرنسا جاء النظامين الإنجليزي والأمريكي حيث لا يحتوي التشريع الإنجليزي على تشريع ينظم العقود الإدارية إلا انه فرق بين نوعين من العقود:
العقود التجارية: وهي عقود يتعين على الحكومة أن تتعامل فيها كما لو كانت فردا عاديا وأن تسدد تعويضاً حال ارتكابها مخالفة لأحكام العقد.
العقود الغير تجارية: وهي العقود التي يجوز فيها للتاجر التمسك بفكرة الضرورة بهدف الدفاع عن المصلحة العامة، ويتعين أن يكون التمسك بهذه الفكرة مستهدفا توفير حرية الحركة حال الحرب، أنظر أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص٤٠.
- أما التشريع الأمريكي فهو يجهل فكرة العقد الإداري الذي تعلو فيه إرادة الإدارة على إرادة المتعاقد. إلا أنه يحتوي على ما يسمى بالعقد الحكومي ويترتب على هذا العقد الاحترام الكامل لما ورد في نصوصه وبما يتفق عليه الطرفان فإذا أراد أحدهما التعديل كان ذلك بمثابة انتهاك لالتزام تعاقدي، انظر د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ٧٠.

[4] د. يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة (القرار الإداري - العقد الإداري)، المرجع السابق، ص ٥٥ وما بعدها.

البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في الأحوال التي لم يصدر فيها قانون خاص يستثني من تطبيق أحكام هذا القانون[١].

ويمكن إجمال أهم التشريعات الصادرة في شأن تنظيم مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر فيما يلي:-

أولاً: القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ [٢] بشأن التزام المرافق العامة المعدّل 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 الـB.O.T ما لم يوجد نص خاص يقيدها، أو قانون خاص يحكم المشروع[٣].

وتتلخص أهم أحكام هذا القانون في الآتي:

١- أن منح الالتزام ينبغي أن يكون لمدة محدودة لا تزيد عن ثلاثين سنة كحد أقصى، وهي مدة معقولة يستطيع الملتزم خلالها استغلال الاستثمارات التي قام بها في المرفق، وهو ما نصت عليه المادة الأولى من هذا القانون[٤].

٢- أن منح الالتزامات (الامتيازات) المتعلقة بالمرافق العامة أو استثمار موارد الثروة الطبيعية العامة ينبغي أن يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب ويجوز أن يكون منح الالتزام بقانون[٥].

٣- لا يجوز أن تزيد حصة الملتزم السنوية في صافي الأرباح الناجمة عن استغلال المشروع عن مقدار (١٠%) من رأس مال الموظف أو المرخص به، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال، ويجوز لجهة الإدارة المتعاقدة استخدام حقها في أن تعدل بإرادتها المنفردة شروط تقديم الخدمة وقواعد استغلال المرفق وتنظيمه، وهو ما نصت عليه المادة الثالثة من هذا القانون[٦].

٤- لجهة الإدارة المتعاقدة الحق في تعديل قوائم الأسعار أو الرسوم التي يدفعها المنتفعين بالمشروع وذلك بإرادتها المنفردة حيث تعتبر من الشروط اللائحية التي يحق للإدارة

---

[١] د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٨٧.
- كذلك انظر: د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. عبدالمنعم عبدالحميد شرف، العقود الإدارية، أحكام إبرام العقد الإداري وفقاً لقانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ١٣٢ وما بعدها.
[٢] القانون نشر بالوقائع المصرية، العدد ٦٩، بتاريخ ٢٤ يوليو سنة ١٩٤٧.
[٣] د. جمال عثمان جبريل، المرجع السابق، ص ٩٢.
[٤] د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص٢٥.
[٥] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ١٣٨.
[٦] د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص ٢٦.

المتعاقدة تعديلها، وهو ما نصت عليه المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧[١].

٥- للملتزم الحق في التوازن المالي للعقد وذلك في حالة الظروف غير المتوقعة، ونصت عليه المادة السادسة من هذا القانون[٢].

وفي نهاية القرن الماضي سارعت مصر الخطى نحو الخصخصة بإصدار قانون قطاع الأعمال العام رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ والذي أكدته المحكمة الدستورية العليا[٣].

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

١- القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ في شأن إنشاء هيئة كهرباء مصر[٤].

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 رئيسية وطرق إقليمية[٥].

٣- القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول[٦].

٤- القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ التخصصية المعدّل بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨[٧].

وفي البداية لابد 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 والبترول مازالت خاضعة لأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨[٨].

وكما يلاحظ في القوانين الاستثنائية الأربعة السابق ذكرها، والتي تم بموجبها إقامة مشروعات في مجال مطارات مرسى علم والعلمين ورأس سدر، ومحطة سيدي كرير وغيرهم أنها تضمنت سمات عامة تتمثل أهمها فيما يلي:-

---

[١] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٧١.
[٢] د. دويب حسين، عقود الـ B.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص ٢٦.
[٣] تم الإشارة للقانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ وحكم محكمة الدستورية العليا في مصر، في ص ٧٥ من هذا البحث.
[٤] منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٥ مكرر (ب)، بتاريخ ١٩٩٦/٦/٣٠.
[٥] منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ٢٧ مكرر، بتاريخ ١٩٩٦/٧/١٤.
[٦] منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ٦ مكرر، بتاريخ ١٩٩٧/٢/٨.
[٧] منشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم ١٧ مكرر، بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٥.
[٨] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٩٣.

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[١].

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[٢].

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

٤- أن صاحب الامتياز أو الالتزام لا يجوز له أن يتنازل عن الالتزام الممنوح له إلا بعد موافقة مسبقة من مجلس الوزراء، مما يعني أن شخصية المتعاقد مع الحكومة هي محل اعتبار بالنسبة لها[٤].

هذا ولا تزال الحكومة المصرية وبصورة مستمرة تمارس التدخل بإصدار المزيد من التشريعات التي من شأنها تشجيع الاستثمار في مشاريع البنية الأساسية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، ومن قبيل ذلك إصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ والذي يمكن للشركات المتعاقدة مع الدولة أن تستفيد من المزايا والضمانات التي تمنحها المشروعات التي تقام بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T طالما كان من بين أغراضها الأنشطة المنصوص عليها في هذا القانون[٥].

---

[١] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ١٦٦.

[٢] د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

[٣] سبق الإشارة إلى هذا القانون ولائحته التنفيذية، في ص ٥٤ من هذا البحث.

[٤] وقد جاء بنص المادة (٥) من عقد التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار دهب بنظام الـ B.O.T أنه "لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتباراً من تاريخ هذه الموافقة، ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم التنازل إلا إذا استوفى الملتزم شروطاً معينة وعليه أن يفي بتلك الشروط عند إجراء التنازل، انظر الوقائع المصرية ملحق الجريدة الرسمية، العدد ١٧٤، الصادر يوم السبت ٢٨ صفر سنة ١٤١٥ الموافق ٦ أغسطس ١٩٩٤، السنة ١٦٧، بشأن قرار وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية رقم (٣٧٠) لسنة ١٩٩٣ بشأن الترخيص بتأسيس شركة (نسكو) مصر للاستثمارات السياحية (شركة مساهمة مصرية)، وهي الشركة الملتزمة بشأن مطار دهب في مصر.

[٥] د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٦٧.

وبناءاً على ما تقدم نخلص 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 كالآتي:-

أولاً: القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة[١]، 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[٢].

وأهم مميزات القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة هي كالتالي:-

١- أنه جعل قيداً على وزير المالية في مسألة إبرام عقود البيع على أملاك الدولة الخاصة بأن يتم ذلك عن طريق طرحها في المزاد العلني.

٢- أنه أعطى التصريح لمجلس الوزراء – طبقاً للمادة ١٥ – منه بأن يتصرف في أملاك الدولة الخاصة بغير طريق المزايدة، وقد أُبرم العديد من العقود المتعلقة بمشاريع البنية التحتية والتي تكون الدولة طرفاً فيها وتتعلق بمرفق عام وذلك بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية مثل إنشاء كراج لمطار الكويت الدولي، وإنشاء سوق الشويخ للجملة، ومشروع غرب أبو فطيرة[٣]، وصدور القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨ والذي يتضمن خصخصة الخطوط الجوية الكويتية[٤].

٣- أنه جعل إدارة الدولة لأملاكها الخاصة واستغلالها وبيعها من اختصاص وزارة المالية، وبالتالي فإن وزير المالية هو الذي يختص بمنح التزام أو امتياز المرافق العامة واستغلال الثروات الطبيعية.

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

إن التزايد المستمر على اللجوء إلى مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية أدى إلى ظهور الحاجة إلى صدور قانون موحد ينظم أملاك الدولة وتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل المتعلقة بها، وقد صدر في هذا المجال القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات

---

[١] نشر في جريدة الكويت اليوم، العدد ١٣٣٤، السنة السابعة والعشرون، بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٨٠.

[٢] سبق الإشارة لهاتين المادتين، في ص ٧٨ من هذا البحث.

[٣] أ.غدير يعقوب حياتي، دور الفتوى والتشريع في ترسيخ مبادئ عقود أملاك الدولة و B.O.T، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، ٣٠ – ٣١ مارس ٢٠٠٨، ص ٢٣٨ وما بعدها.

[٤] صدر القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨ في شان تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة بتاريخ ٢٩ يناير ٢٠٠٨، ونشر في جريدة الكويت اليوم، في العدد رقم ٨٥٧ ، السنة ٥٤، بتاريخ ٢٠٠٨/٢/١٠.

البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة[1]، وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة. وتتمثل أحكام هذا القانون فيما يلي:-

١- أن مدة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كأصل عام وبالنسبة لسائر المشروعات لا تزيد على ثلاثين سنة أو على أربعين سنة للمشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة التي يحددها مجلس الوزراء (المادة رقم ٦)[2].

٢- إن منح الالتزام بإقامة المشروعات بنظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية للدولة يصدر بموجب قرار من مجلس الوزراء (المادة ٢) ويُطرح المشروع للاستثمار بموجب قرار يصدر من اللجنة العليا الوزارية والمشكلة برئاسة وزير المالية (المادة رقم ٤)[3].

٣- أن المستثمر ملتزم بإعادة المشروع إلى الدولة في حالة جيدة وصالحة للاستثمار[4].

٤- أن هذا القانون جعل من مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية قائمة على أساس الاعتبار الشخصي في المتعاقد فلا يجوز له التنازل عنها للغير إلا بعد موافقة اللجنة العليا وانتهاء فترة التصميم والتنفيذ ومرور فترة ملائمة تحددها اللجنة العليا على التشغيل لا تقل عن ثلاث سنوات (المادة رقم ١٣).

٥- أن هذا القانون أجاز اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات المتعلقة بهذه العقود (المادة رقم ١٥).

ثالثاً: قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشان الشراكة بين القطاعين العام والخاص[5].

وفي المراحل المتقدمة من إعدادي لهذا البحث قام المشرع الكويتي بإصدار القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشان الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي جاء بإلغاء أحكام القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بشأن تنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة

---

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

[2] تنص الفقرة الثانية من المادة السادسة على أنه "وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تجاوز مدة التعاقد للمشروعات المشار إليها في هاتين المادتين السابقتين عن ثلاثين سنة واستثناء من ذلك يجوز بالنسبة للمشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة التي يحددها مجلس الوزراء أن تمتد هذه المدة إلى ما لا يزيد على أربعين سنة. وفي هذه الحالة يجب أن تحدد مدة سنوات التعاقد مسبقا في وثائق طرح هذه المشروعات، وإلا كانت مدة العقد خمساً وعشرين سنة، ولا يجوز إجراء أي تعديلات على هذه المشروعات كما لا يجوز تمديدها أو تجديدها".

[3] وتنص المادة الرابعة من القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ على أنه "لا يجوز لأي جهة عامة ولا للشركات التي تدير أملاك الدولة العقارية نيابة عنها اعتبارا من تاريخ العمل بهذا القانون التعاقد مع أي مستثمر لمشروعات تقام على أملاك الدولة العقارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى الدولة أو وفقاً لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية للدولة، أو وفقاً لأي نظام آخر مشابه إلا بعد عرض المشروع على اللجنة العليا وإجازاتها للمشروع من جميع النواحي الفنية والمالية والبيئية وغير ذلك من الأمور التي تقررها اللجنة وصدور قرار منها بالموافقة على طرح المشروع للاستثمار.....".

[4] وقد نصت على ذلك المادة (١٦) حيث جاء فيها "..... وفي جميع الأحوال يلتزم المستثمر عند انتهاء مدة العقد – بإعادة المشروع في حالة جيدة وصالحة للاستثمار".

[5] نشر هذا القانون بجريدة الكويت اليوم، العدد ١١٩٧، السنة الستون، بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧.

وتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شان نظام أملاك الدولة وتتمثل أهم التعديلات التي جاء بها هذا القانون فيما يلي:-

١- أنه عُدّل اسم القانون إلى "الشراكة بين القطاعين العام والخاص" ليكون أكثر توافقاً مع طبيعة القانون والعرف السائد ليكون أكثر شمولية ومرونة، حيث يشمل كافة صور الشراكة، ويكون قابلاً لاستيعاب أي أنواع جديدة أخرى قد تنشأ نتيجة المستجدات والتطورات العالمية. (م رقم ١)

٢- حُوّل الجهاز الفني لدراسة المشروعات التنموية والمبادرات إلى هيئة عامة تلحق بوزير المالية، وذلك لكي يتناسب مع حجم المسئوليات والمهام التي أنيطت بها، وعلى سبيل المثال دورها في عملية تأسيس الشركات، وفي إعداد الصياغة القانونية لعقود الشراكة والشروط المرجعية لها بالإضافة إلى وضع آلية لتقديم المبادرات وتقييمها وطرحها، وغيرها من المهام الأخرى. (م رقم ٤، م ٥، م ٦)

٣- أُدرج نشاط البنية التحتية ضمن عناصر المشروعات التي يستهدفها نظام الشراكة، فتلك المشروعات المتضمنة إقامة بنية تحتية تحتاج إلى تمويل ضخم، وفن تكنولوجي متطور وخبرات عالمية فنية متخصصة قد لا يستطيع السوق المحلي وحده توفيرها وقد تحتاج إلى تعاون محلي وخارجي حتى يمكن تقديم خدمات عالية الجودة وبتكلفة منخفضة. (م رقم ١ بند ٢)

٤- استبعدت قيمة الأرض من حساب التكلفة الإجمالية بسبب ارتفاع أسعارها، خاصة وان هذه الأراضي سترجع أيلولتها إلى الدولة ويدفع عنها بدل انتفاع طوال مدة التعاقد، وقد كان ارتفاع التكلفة الإجمالية أحد المعوقات الرئيسية في تنفيذ هذا القانون بسبب عزوف المستثمرين عن المشاركة في تلك المشاريع. (م رقم ١٨)

٥- عالج القانون وضع المشروعات القائمة قبل العمل بهذا القانون، حيث نص على استمرار تنفيذها وفقاً لنصوصها وإلى انتهاء مدتها، كما أجاز القانون للجنة العليا بأن تمدد العقود القديمة أو التراخيص المنتهية وفقاً لنصوصها لمدة لا تجاوز سنة كفترة انتقالية حتى يعاد طرحها من جديد إذا قررت اللجنة العليا ذلك. (م رقم ٧)

٦- رُفعت مدة التعاقد كحد أقصى إلى ٥٠ سنة بدلاً من ٤٠ سنة في القانون الحالي وتحسب هذه المدة من تاريخ الانتهاء من أعمال البناء والتجهيز، وقد جاءت زيادة مدة التعاقد تماشياً مع التعديل الذي أدخل على القانون بإدراج مشروعات تتضمن إقامة البنية التحتية، فهذه المشروعات ذات طبيعة خاصة وتحتاج إلى فترات زمنية طويلة نسبياً حتى تكون جاذبة للمستثمر وذات جدوى اقتصادية. (م رقم ١٨)

٧- وضع آلية محددة للمزايا التي يحصل عليها صاحب الفكرة وتعتمد هذه المزايا على نوع الفكرة إذا ما قرر اعتبارها مبادرة أو مشروعاً متميزاً. (م رقم ٢٠)

٨- إضافة مادة جديدة تحفظ حقوق الملكية الفكرية لصاحب الفكرة كما تحفظ حق الدولة في الاستفادة من هذه الأفكار وفقاً للقواعد التي تنظمها أحكام قانون حماية الملكية الفكرية وبراءات الاختراع. (م رقم ٢٢)

٩- معالجة قضايا التمويل والتي تعد الحجر الأساسي في مشروعات الشراكة، وذلك بالسماح للمستثمر بإنشاء ضمانات عينية لصالح جهات التمويل، وكذلك رهن الأصول التي يملكها في المشروع وأسهمه في شركة المشروع وذلك لصالح المشروع فقط. (م رقم ٢٣)

١٠- 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 أطياف المجتمع ويضمن دخلاً إضافياً لهم، مع توفير حماية لهم ولمدخراتهم من المخاطر.

حيث نص القانون على تخصيص (٥٠%) من أسهم تلك الشركات للاكتتاب العام للكويتيين، وتكتب الدولة في هذه الأسهم نيابة عن المواطنين ولا يدعى المواطنون إلى سداد قيمة الاكتتاب للدولة إلا بعد تشغيل المشروع كلياً. (م رقم ١٣)

١١- استوجب القانون تأسيس شركة للمشروع يكون غرضها الرئيسي تنفيذ المشروع المعلن عنه. (م رقم ١٠)

١٢- إنشاء لجنة للتظلمات وتحدد اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم التظلمات والبت فيها بما يتفق وأحكام هذا القانون. (م رقم ٣٢)

وبناءاً على ما سبق عرضه أود أن أنوه إلى أن حكومة الكويت لم تبرم أي عقد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وفقاً وطبقاً للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤، حتى لحظة إنجاز هذا البحث.

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.

ورغم ذلك، فإننا نرى بأن الوقت قد حان لكي يقوم المشرع البحريني بإصدار قانون خاص بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T ، خاصة في ظل وجود المادة (١١٧)

من دستور مملكة البحرين[1]، والتي لا تمنع مثل إصدار هذا التشريع، بل تعتبر هذه المادة في نظرنا أنها هي الأساس أو الإطار الدستوري لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــ B.O.T وهي السند القانوني الذي يستند عليه المشرع البحريني في إصدار قانون ينظم الـ B.O.T.

هذا وبالإضافة أنه أصبح من الضرورة الملحة على المشرع البحريني إصدار قانون خاص ينظم عقود الـ B.O.T، وذلك لما تشهده مملكة البحرين من نقلة تنموية شاملة في مجال البنى الأساسية، ونظراً لأن عقود الـB.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 مراحله المختلفة.

ومن شأن صدور تشريع يتعلق بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــ B.O.T أن يؤمن مصالح الدول والمستثمرين والأفراد على السواء.

المبحث الثاني

مسار التعاقد لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

إن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عقود ضخمة تتطلب عدداً من الإجراءات للقيام بها، بالإضافة إلى كونها عقود مركبة تتداخل في تنفيذها عدد من الأطراف والاتفاقات الكثيرة، ونظراً لأهمية المشروعات المقامة بنظام الـــ B.O.T بسبب حساسية المرافق العامة التي تنظمها هذه العقود، حيث إن هذه المرافق تتصل اتصالاً مباشراً بجمهور المواطنين، بالإضافة إلى امتدادها لمدة طويلة، لذلك فإن الدولة المضيفة تتبع مجموعة من الإجراءات تراها لازمة وضرورية لاختيار شركة المشروع التي سوف تقوم بإنشاء المشروع وتشغيله، وعلى ذلك تبدأ الدولة المضيفة بتحديد المشروعات والمرافق التي تحتاج إليها بصورة ملحة، ثم تقوم بعد ذلك بعمل دراسة الجدوى المطلوبة، ثم تقوم بالإعلان عن المناقصة وتلقي العروض المختلفة والتي تدخل في مفاوضات مع أفضلها للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقاً للمصلحة العامة، وأخيراً تنهي هذه المرحلة بإبرام العقد مع الشركة التي رسا عليها العطاء ونجحت معها المفاوضات وفقاً للقواعد والإجراءات التي وضعها المشرع.

وعلى هدي ما تقدم سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع.

المطلب الثاني: إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

---

[1] سبق تناول المادة (١١٧) من دستور مملكة البحرين، ص ٧٩ من هذا البحث.

المطلب الأول

الإعداد الفني والقانوني للمشروع.

تشمل مرحلة الإعداد الفني والقانوني للمشروع ثلاث مراحل رئيسية هي مرحلة التجهيز الفني وإعداد كراسة الشروط وتحديد المبادئ القانونية التي تحكم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وعلى هذا فإننا سوف نقسم هذا المطلب إلى الفروع الثلاثة التالية:-

الفرع الأول

التجهيز الفني للمشروع.

تمر عملية التجهيز الفني للمشروع بمرحلتين على التوالي هما مرحلة تحديد المشروع ومرحلة إعداد دراسة الجدوى المبدئية للمشروع.

أولاً: مرحلة تحديد المشروع.

تعتبر مرحلة تحديد المشروع هي نقطة البداية بالنسبة لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T ، حيث تقوم الجهة الإدارية المعنية بمرفق ما بتحديد احتياجاتها من المشروعات والمرافق التي يمكن أن تقام بنظام الـ B.O.T[1]، وقد أكد ذلك قرار مجلس الوزراء المصري رقم (٦٩٥) لسنة ٢٠٠١[2]، والخاص بإنشاء لجنة وزارية ومجموعة عمل لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، ويؤكد هذا القرار على ضرورة أن تقوم كل وزارة بإعداد بيان أو قائمة بالمشروعات القومية والمحلية التي يمكن أن تقام بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية خلال السنوات العشر القادمة، وهذا هو النهج المتبع في الكثير من الدول ومنها مصر والكويت[3].

وفي غالب الأمور تكون الجهة الإدارية هي من تقوم بتحديد المشروع المطلوب إقامته وأسلوب تمويله نظراً لحاجتها لهذا المشروع فلا يوجد ما يمنع من أن تقوم شركة المشروع أو مجموعة من المستثمرين بتحديد المشروع المراد إقامته[4].

وقد أكد ذلك ما جاءت به المادة السادسة من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي في البندين رقم (١) ورقم (٢) من أنه يتعين

---

[1] د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٧٨.

[2] منشور بالوقائع المصرية، بالعدد رقم ١٢٢، بتاريخ ٢٠٠١/٦/٢٢.

[3] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٧٣.

[4] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٧٦.

على الهيئة العامة لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وبالتنسيق مع الجهات العامة لتنفيذ مشروعات الشراكة القيام بإجراء المسح والدراسات الأولية لتحديد المشاريع القابلة للطرح ومراجعة ودراسة المشروعات والمبادرات التي تم إعدادها من قبل الجهات العامة أو صاحب الفكرة ورفع التوصيات إلى اللجنة العليا، حيث نصت على أن " تختص الهيئة بالتعاون والتنسيق مع الجهات العامة لتنفيذ مشروعات الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون وتتولى القيام بما يلي:

١- إجراء المسح والدراسات الأولية بهدف تحديد المشاريع القابلة للطرح وفقا لهذا القانون وتقديم تقرير عنها إلى اللجنة العليا.

٢- مراجعة ودراسة المشروعات والمبادرات التي تم إعدادها من قبل الجهات العامة أو صاحب الفكرة ورفع التوصيات إلى اللجنة العليا.

٣- تقييم دراسات الجدوى المتكاملة الخاصة بمشروعات الشراكة والأفكار المقدمة، وإعداد أو استكمال هذه الدراسات عند الحاجة ورفع التوصية المناسبة بشأنها للجنة العليا تمهيداً لطرح المشروعات للاستثمار.

٤- إعداد دليل إرشادي لمشروعات الشراكة.

٥- وضع آلية تقديم المبادرات وأسلوب تقييمها وطرحها للاستثمار وفقاً لأحكام هذا القانون.

٦- تحديد طرق متابعة وتقييم أداء مشروعات الشراكة التي تتم الموافقة عليها.

٧- إعداد نماذج للعقود تتضمن الشروط والأحكام الأساسية الواجب توافرها، وتقديمها إلى اللجنة العليا لاعتمادها.

٨- إعداد الصياغة القانونية لعقود الشراكة والشروط المرجعية لها.

٩- رفع توصية إلى اللجنة العليا لاعتماد المستثمر الفائز بعد نجاح المفاوضات معه.

١٠- تأسيس الشركات المساهمة العامة لتنفيذ مشروعات الشراكة وتحديد رأس مالها وفقاً لأحكام هذا القانون.

١١- وضع برامج مشروعات الشراكة، ومتابعة إنجازها وإصدار القرارات اللازمة لذلك.

١٢- إعداد وتقديم تقرير نصف سنوي بشأن مشروعات الشراكة للجنة العليا لاعتماده تمهيداً لقيام وزير المالية بعرضه على مجلس الوزراء.

١٣- متابعة تنفيذ عقود الشراكة والعمل على تذليل عقبات التنفيذ بالتعاون مع الجهة التي يتبعها المشروع.

١٤- اقتراح إعفاء المشروع من الضرائب والرسوم الجمركية ورفع التوصية بذلك إلى اللجنة العليا.

كما تتولى سائر الاختصاصات الأخرى التي نص عليها هذا القانون".

ثانياً: مرحلة دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية للمشروع.

عرّف البعض دراسة الجدوى بأنها "مجموعة الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة وبحوث العمليات التي تستخدم في جمع البيانات، ودراستها أو تحليلها بقصد التوصل إلى نتائج تحدد مدى صلاحية هذه المشروعات من عدة جوانب قانونية وتسويقية وبيئية ومالية واجتماعية"[1].

وتشمل دراسة الجدوى في هذه المرحلة دراسة الجدوى المالية للمشروع من خلال دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات وغيرها التي تتعلق بالمشروع.

وكما تشتمل كذلك على دراسة الجدوى الاجتماعية للمشروع وذلك بالتنبؤ بالتعريفة المتوقعة للخدمة وأنها في حدود دخل المستهلك العادي، ومراعاة الأبعاد الاجتماعية للمشروع والتحقق مما إذا كان المشروع سوف يساهم في خلق فرص عمل مستمرة وجديدة[2].

وتقع مسئولية عمل دراسة الجدوى على عاتق الجهات الحكومية المعنية حيث إن الجهة الحكومية المعنية هي صاحبة المصلحة الأساسية في عمل تلك الدراسة، على أنه إذا لم يكن للحكومة خبرة موسعة مع مشروعات الـ B.O.T، فلها أن تستعين بخبرات الاستشاريين من الداخل والخارج، وبدراسة الخبرات السابقة لبعض الدول أو بالاتصال بالجهات الدولية مثل البنك الدولي حتى تتأكد من دراسة المشروع دراسة وافية،لأن الدعوة إلى المشروع عديم الجدوى الاقتصادية يعني إحجام المستثمرين والشركات ذات السمعة العالمية من الدخول في المشروع، وأيضاً يؤدي إلى إحجام البنوك والمؤسسات التمويلية عن المساهمة في تمويل المشروع، وهذا لا شك أنه ينعكس بدوره على سياسة الدولة وأهدافها الاستراتيجية في إقامة مشروعات البنية الأساسية وجذب المستثمرين إليها[3].

وكذلك تقوم شركة المشروع بإعداد دراسة جدوى اقتصادية للمشروع بهدف تحديد الكفاية الاقتصادية للمشروع، وقياس مدى ربحيته من وجهة نظر شركة المشروع[4].

---

[1] د. محمد شوقي شادي، الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٧.
[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.
[3] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٧٣.
[4] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

وفي مصر نص قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم (٩٦٥) لسنة ٢٠٠١على أن "..... تقدم دراسة جدوى اقتصادية للمشروع قبل عرضه على لجنة يحدد فيها موقع المشروع وتوفير الأرض والمرافق التي تخدمه....."[١].

وفي الكويت هذا ما أكده نص المادة العاشرة من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص[٢]بأن "تتولى الجهة العامة التي ترغب في طرح أي مشروع من المشروعات التي تقع ضمن اختصاصها لتنفيذه وفقا لنظام الشراكة إعداد دراسة الجدوى المتكاملة للمشروع وفقاً لأحكام القانون ولائحته والدليل الإرشادي. كما تقوم بإعداد الشروط المرجعية للدراسة التي تحدد مهام وعناصر البحث المطلوب الخاص بالمشروعات وعرضها على الهيئة للموافقة عليها. واستثناء مما تقدم يجوز للهيئة، أن تقوم بإعداد دراسة الجدوى الخاصة بمشروع الشراكة بالتعاون وبالتنسيق مع الجهة العامة، على أن توفر الجهة العامة البيانات والمستندات والدراسات اللازمة لذلك. وللهيئة الاستعانة بمن تراه مناسباً لهذا الغرض سواء من المكاتب الاستشارية المحلية أم الأجنبية أم غير ذلك من الجهات العامة وفقاً لطبيعة المشروع واحتياجاته".

الفرع الثاني

إعداد كراسة الشروط.

يجب على الجهة الإدارية المعنية بالتعاقد أن تعد ملفاً للمناقصة (كراسة الشروط)، وغالباً ما تتضمن كراسة الشروط أو ملف المناقصة الجوانب الفنية للمشروع المرتبطة بوصف المشروع ومتطلباته[٣]، وكذلك تشتمل على بيان الدعم الحكومي وشكل هذا الدعم إن وجد، كما يجب أن تستوفي كراسة الشروط أو ملف المناقصة المعايير الدولية، كما يجب أن تكون صياغتها دقيقة ومتوازنة بالقدر اللازم لجذب ثقة الشركات العالمية المتخصصة وإلا سوف يؤدي إلى إحجام تلك الجهات، كما قد تؤدي إلى المزيد من المفاوضات والتعديلات وهو الأمر الذي قد يستغرق سنوات طويلة، مما قد يؤثر على جدوى المشروع، كما يجب أن تشتمل كراسة الشروط كذلك على المعايير والأسس التي على أساسها تقيّم العطاءات المختلفة[٤].

---

[١] الخاص بتشكيل لجنة وزارية لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام الـ B.O.T، سبق الإشارة إليه، في ص ٩٠ وما بعدها من هذا البحث.

[٢] صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي بمرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ ، وتم نشرها في جريدة الكويت اليوم، العدد ١٢٢٩، السنة الحادية والستون، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٩.

[٣] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها.

[٤] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٨١.

وعملية إعداد كراسة الشروط تعتبر أحد أهم الإجراءات التحضيرية لإجراء عملية الاختيار والإرساء بشأن مشروعات الـ B.O.T وتتطلب طبيعة هذه المشروعات إعداد المستندات والوثائق على نحو مستفيض بحيث تؤدي في النهاية إلى تغطية كافة جوانب المشروع، وكما يجب أن تشمل كراسة الشروط على التخطيط الأولي للمشروع وشروط التعاقد[1].

وكما يجب أن تحتوي ملف المناقصة أو كراسة الشروط على مدة العقد ومدة الانتهاء من بناء المشروع، وإلزام شركة المشروع بتقديم أفضل أنواع التكنولوجيا المتقدمة والتي سبق استخدامها بنجاح وكافة المواصفات التي تكفل إنشاء هذا المشروع بنجاح وإجراءات نقل الملكية وكافة الضمانات والتسهيلات التي تقدمها الدولة للمشروع والاتفاق على شراء الخدمات أو المنتجات التي يقدمها المشروع وكيفية تحويل أرباح المشروع خارج حدود الدولة والقانون واجب التطبيق أو اتفاق التحكيم والأسس التي يجب بناءً عليها تحديد أسعار منتجات وخدمات المشروع[2].

ويلاحظ في شأن إعداد كراسة الشروط أن البلدان النامية غالباً ما تستعين بخدمات خبراء أو مستشارين مستقلين يساعدونها في إعداد المستندات، أما بالنسبة للدول المتقدمة التي يتوافر لديها عناصر وظيفية تمتلك القدرة على إعداد هذه الوثائق هي التي تستطيع الاعتماد على كوادرها الفنية فقط في إعداد هذه الوثائق والشروط[3].

ويلاحظ في كثير من الدول وجود كراسات شروط عامة تستخدم لأغراض تعاقد القطاع العام، وقد تحتوي على قدر من التفصيل وهذه الشروط العامة مفيدة في الإسراع بإنجاز كراسة الشروط، إذ إنها تصبح شروطاً استرشادية على من يقوم بإعداد كراسة الشروط[4].

وبالرجوع إلى التجربة المصرية في شأن عقود الـ B.O.T، نجد أن كراسة الشروط والمواصفات لمحطة كهرباء سيدي كرير[5]، قد تضمنت الشروط الآتية:

١- الحصول على تكنولوجيا متقدمة وسبق استخدامها بنجاح.

٢- تحديد مدة التزام تؤكد استمرارية تشغيل المحطة بنجاح لمدة لا تقل عن عشرين عاماً، وبحيث تُنقل المحطة في نهاية المدة بحالة فنية ذات نسبة صلاحية

---

[1] د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢١٢.

[2] د. سامي عبدالباقي أبو صالح، البدائل القانونية لترسية مشروعات البنية الأساسية، دراسة خاصة لترسية المشروعات المنفذة وفقاً لآلية B.O.T، جامعة القاهرة، مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق، ٩ أبريل ٢٠٠٥، ص ١٥.
- كذلك انظر: د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١١٣.

[3] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٢١٥.

[4] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها.

[5] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.

محددة، وفي حالة انخفاض نسبة الصلاحية عن النسبة المتفق عليها يتم توقيع غرامة يتم تحديدها في اتفاقية شراء الطاقة.

٣- تلبية الاحتياجات من الطاقة الكهربائية على أساس حد أدنى لمعامل إنتاجية الكهرباء.

٤- الالتزام بالحدود الفنية التي تضمن المتطلبات الأساسية والتي تشجع على التكنولوجيا الجيدة والاستثمار.

٥- عدم اشتراط جهة التمويل، أو نسبة التمويل المحلي، حيث يترك للمستثمر البحث عن مصادر التمويل بالشروط التي تضمن له أقل سعر لبيع الكهرباء يتقدم به في مواجهة المنافسين له[١].

وفي الكويت فقد نصت المادة (٢٤) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص[٢] على الشروط والمواصفات والتسهيلات التي يجب أن تتضمنها كراسة الشروط، حيث نصت على أن "مع مراعاة طبيعة كل مشروع من مشروعات الشراكة ونوع ونظام الشراكة وكذلك طريقة المنافسة المعتمدة والاعتبارات الخاصة بطريقة تنفيذه، يجب أن تشتمل وثيقة طلب العطاءات على العناصر التالية:

١- المعلومات التفصيلية المتوفرة عن المشروع بما في ذلك مواصفاته والموقع المقترح لتنفيذه وخصائص الخدمات المطلوبة منه.

٢- الاشتراطات الفنية والمالية والقانونية والبيئية غيرها من الأمور اللازمة لتقديم العروض وتنفيذ المشروع.

٣- المعادلة المعتمدة من قبل اللجنة العليا من ضمن وثائق طرح المشروع والتي يتم على أساسها ترسية المشروع، والتي توضع في ضوء الأوزان النسبية الفنية والمالية والقانونية وتوزيع المخاطر في المشروع.

٤- مساحة الأرض المخصصة للمشروع – إن وجدت – وقيمة حق الانتفاع بها، وأية أصول قائمة عليها أو ستوفرها الجهة العامة للمستثمر المتعاقد، وما إذا كان سيتم استيفاء أي مقابل نظير الانتفاع بها.

٥- بيان بتكاليف إعداد الدراسات والمبالغ المستحقة لصاحب الفكرة – إن وجدت، وغيرها من التكاليف التي يتعين على المستثمر المتعاقد أداؤها للهيئة عند الإقفال المالي.

٦- المزايا والإعفاءات المقرر منحها للمشروع.

---

[١] المستشار. معتز كامل مرسي، تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ١٦٩.

[٢] اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤، بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سبق الإشارة إليها، في ص ٩٣ من هذا البحث.

٧- بيان معيار تحديد المسائل الجوهرية (Material Deviation) غير القابلة للتفاوض والتي من شأنها التأثير على التنافس بين العطاءات المقبولة.

٨- بيان عدد الأظرف التي يتضمنها العطاء، وأن تكون المظاريف منفصلة وموقعة بتوقيع المستثمر أو من يمثله قانوناً ومكتوب على ظاهرها ما يدل على محتواها.

أية شروط أخرى تكون ضرورية وفقاً لطبيعة المشروع".

الفرع الثالث

المبادئ القانونية التي تحكم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

في مصر تتعلق عملية طرح المشروع للتعاقد بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بالتزامات المرافق العامة، ولما كانت نصوص القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة المصري لم تلزم جهة الإدارة بطريقة محددة أو بأسلوب معين لإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فليس معنى ذلك الحرية المطلقة لجهة الإدارة في إبرام عقود الـ B.O.T، إذ يتعين الرجوع إلى نصوص القوانين التي تمنح الالتزام وتسمح لجهة الإدارة إبرام عقد الـ B.O.T.

ومن هذه القوانين المنظمة لمشروعات الـ B.O.T، القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧[١]، في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول الذي ينص في المادة الأولى على أنه "ومع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم، وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أم اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول وأجزاء منها....

وبمراعاة القواعد الآتية:

(أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

(ج) تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرافق بانتظام واطراد".

---

[١] راجع الجريدة الرسمية، العدد ٦ (مكرر)، في ٨ فبراير ١٩٩٧.

وهو أيضاً ما استلزمه المشرع المصري وحرص عليه في نص المادة الثانية من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر[١].

وعلى ذلك فإن المشرع المصري وضع المبادئ الأساسية التي يجب أن تقوم عليها عملية التعاقد في مشروعات الـ B.O.T وهذه المبادئ تتمثل في المنافسة الحرة والعلانية.

وسوف نستعرض هذين المبدأين بشيء من التفصيل على النحو التالي:-

أولاً: أن يتم اختيار المتنافس في إطار من المنافسة.

إن المنافسة الحرة والحقيقية بين المتقدمين إلى مشروعات الـ B.O.T من شأنها أن تؤدي إلى استبعاد المستثمر غير المناسب وخروجه من دائرة المنافسة، وتؤدي إلى حصول أفضل شركات المشروع أو المستثمرين على الأولوية في تنفيذ المشروع بما يؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق المصلحة العامة للدولة.

وتعني المنافسة الحرة فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الاشتراك في المزايدة أو المناقصة، ومعاملة المتنافسين على قدم المساواة، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم[٢].

وعلى هذا تصبح المنافسة الحرة من الضروريات الملحة للحاق بركب التطور والتقدم ولدفع عجلة النشاط الاقتصادي لما ينتج عنها من تحسين الخدمات ونوعية السلع وخفض أثمانها[٣].

وقد جاء النص على مبدأ حرية المنافسة في المادة الثانية من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات المصري حيث نصت على أنه "..... تخضع كل من المناقصات العامة والممارسات العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة....."[٤].

وبهذا يصبح هذا المبدأ من المبادئ العامة التي تطبق على كافة العقود التي تقوم الدولة بإبرامها[٥]. وهذا أيضاً ما تبناه المشرع الكويتي لمبدأ المنافسة الحرة، عند إبرام عقود الـ B.O.T، وقد جاء النص على هذا المبدأ في المادة الأولى في البند رقم (١٩) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص حيث نصت على أن

---

[١] راجع الجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر (ب)، في ٣٠ يونيو ١٩٩٦.

[٢] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ١٥٣.

[٣] د. حسن عبدالباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٧.

[٤] المادة الثانية من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات المصري، سبق الإشارة لهذا القانون في ص ٥٤ من هذا البحث.

[٥] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

"المنافسة: الطريقة التي يتم اعتمادها من قبل اللجنة العليا، لطرح المشروع من خلال مزايدة أو مناقصة بما يضمن العدالة والشفافية، وترسي المزايدة على من يقدم أعلى عائد للدولة وفقاً للشروط المرجعية الخاصة بالمشروع، ويتم في حال المناقصة اختيار المستثمر المفضل على أساس أوزان فنية ومالية تدخل في معادلة يتم بيانها في الشروط المرجعية، تأخذ بالاعتبار الجودة العالية والتكلفة الأقل للخدمة والمخاطر المالية والفنية والقانونية وغيرها من العناصر التي يتعين احتسابها في مشروعات الشراكة".

وكما نصت المادة الثامنة من ذات القانون على نفس المبدأ السابق ذكره، حيث نصت على أن " يجب أن يخضع اختيار المستثمر لمبادئ الشفافية والعلانية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في هذا القانون ولائحته التنفيذية.

وتقوم الهيئة بالإعلان عن طرح المشروعات التي تقرر اللجنة العليا تنفيذها وفقاً لنظام الشراكة، وذلك في الجريدة الرسمية، وفي جريدتين كويتيتين يوميتين على الأقل وبلغتين عربية وإنجليزية، وغيرها من وسائل الإعلام المحلية أو الدولية التي يتفق الإعلان بواسطتها مع طبيعة المشروع، وكذلك النشر في الصفحة الإلكترونية الخاصة بالهيئة.

ويجب أن يتضمن الإعلان تحديد الجهة العامة صاحبة المشروع وموجزاً عن المشروع وأهدافه، والمزايا التي يتمتع بها المتعاقد ونظام التعاقد ومدته والمدة الزمنية اللازمة للحصول على وثائق المشروع وكذلك لتقديم طلبات التأهيل أو العروض وكيفيتها بحسب مستندات التأهيل والشروط المرجعية وغير ذلك من البيانات ذات الصلة. وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات الإعلان وطلبات إبداء الرغبة".

ثانياً: أن يتم اختيار المتنافس في إطار من العلانية.

ويقصد بالعلانية الشفافية والوضوح في عملية اختيار المتنافس في مشروعات الـ B.O.T وعدم السرية، وأن تصبح كافة الإجراءات معلومة ومعروفة للكافة وذلك من أجل مكافحة الرشوة والفساد[1].

وتطبيق هذا المبدأ بأن تكون إجراءات اختيار المتنافس في إطار العلانية يؤدي إلى مكافحة أشكال الفساد في عملية اختيار المتنافس؛ لأن إطلاع جميع المتنافسين على كافة المعلومات يؤدي إلى نوع من الاطمئنان والثقة في الدولة المضيفة التي تطرح مشروعاتها العامة للتعاقد بنظام الـ B.O.T، وهو ما يؤدي في نهاية المطاف إلى تحقيق الصالح العام.

ولذلك يجب على الدول التي تطرح مشروعاتها العامة للتعاقد بنظام الـ B.O.T أن تلتزم بمبادئ حرية المنافسة والعلانية والشفافية والمساواة بين المتنافسين وهذا المبدأ نصت

[1] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ١٥٤.

عليه المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري السابق ذكرها حيث ذهبت إلى ضرورة التمسك بمبدأ المساواة بين المتنافسين وعدم التمييز بينهم[١].

ولعل ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر من أن "المناقصة تحقق ضمانات أكبر.....، وجعل مبدأ المساواة بين المتناقصين هو المبدأ السائد دون أي تمييز لأحد أو استثناء وإلا أخل التوازن واضطراب مبدأ المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص....."[٢].

وهذا أيضاً ما تبناه المشرع الكويتي لمبدأ العلانية والشفافية في اختيار المتنافس عند طرح الدولة لمشروعاتها العامة للتعاقد بنظام الـ B.O.T، حيث جاء النص على هذا المبدأ في المادتين الأولى في البند رقم (١٩) والمادة الثامنة السابق ذكرهما من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي[٣].

ويترتب على هذا أنه لا يجوز للدولة أن تقوم بإبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن طريق أساليب لا تكفل تحقيق المنافسة والعلانية والمساواة وتحقيق العدالة مثل الاتفاق المباشر[٤].

وفي مصر ثار الخلاف في الفقه حول مدى خضوع عقود الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية[٥]، وأدى هذا الخلاف إلى انقسام الفقه في هذا الصدد إلى ثلاثة اتجاهات وذلك على النحو التالي:-

الاتجاه الأول: خضوع عقود الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات والمزايدات.

يرى هذا الاتجاه وجوب تطبيق أحكام قانون المناقصات والمزايدات على عقود الـ B.O.T حيث إنها – في نظرهم – عقود التزام مرفق عام، وهي عقود إدارية بطبيعتها، وبالتالي يجب في إجرائها تطبيق قواعد العقود الإدارية، أي قواعد قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، وهي المناقصة العامة، والمناقصة المحدودة، والممارسة العامة، والممارسة المحدودة، والاتفاق المباشر، وذلك في الأحوال التي تتوافر فيها شروط كل منها في الملتزم طبقاً لأحكام القانون[٦]، وقد استند هذا الاتجاه إلى ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى خضوع عقود الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات

---

[١] المادة الثانية من قانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات المصري، سبق الإشارة إليها في ص ٩٧ من هذا البحث.

[٢] المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٥٥٨ لـ ٦ ق بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٤، المشار إليه لدى د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

[٣] نص البند رقم (١٩) من المادة الأولى ونص المادة الثامنة من قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، سبق الإشارة إليهما، في ص ٩٧ وما بعدها من هذا البحث.

[٤] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١١٢.

[٥] سبق الإشارة إلى هذا القانون ولائحته التنفيذية، في ص ٥٤ من هذا البحث.

[٦] د. جيهان حسن سيد، المرجع السابق، ص ٤٧.

- كذلك انظر: المستشار. محمود محمد فهمي، المرجع السابق، ص ٧٧.

والمزايدات، عندما عرض عليها بتاريخ ٤ يونيو ٢٠٠٣ مسألة خضوع عقود منح التزام الطرق السريعة بنظام الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات والمزايدات[١].

الاتجاه الثاني: عدم خضوع عقود الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات والمزايدات.

يرى هذا الاتجاه أن هذا القانون لا ينطبق على عقود الـ B.O.T، حيث إن القواعد التي يتضمنها هذا القانون في جانب ليس بقليل لا تتلاءم مع الطبيعة القانونية والاقتصادية لهذه العقود، بالإضافة إلى أن نظام تطبيق القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وفقاً لمادته الثانية يقتصر على عقود التوريد والخدمات والأشغال العامة، أما التزامات المرافق العامة والأشغال العامة ونظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية لا تندرج تحت طائفة العقود المشار إليها في المادة الثانية من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات[٢].

الاتجاه الثالث: خضوع عقود الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات والمزايدات بما لا يتعارض وطبيعة هذه العقود.

يرى هذا الاتجاه أن القوانين المنظمة لعقود الـB.O.T لم تنص صراحة على تطبيق قانون المناقصات والمزايدات عند إبرام هذه العقود ولكن هذه القوانين ألزمت جهة الإدارة بأن يتم اختيار شركة المشروع في إطار من المنافسة والعلانية[٣]. وهو ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول[٤].

ويضيف هذا الاتجاه: على أن هذا لا يمنع بطبيعة الحال، أن تبرم الجهة الإدارية مثل هذا العقد عن طريق قانون المناقصات والمزايدات، إذا رأت أن هذا يحقق مصالحها، ويترتب على ذلك أن الجهة الإدارية لا يجوز لها أن تبرم عقود الـ B.O.T عن طريق أساليب لا تكفل تحقيق المنافسة والعلانية[٥].

وفي تقديرنا أن الاتجاه الثالث فيما ذهب إليه من إمكانية خضوع عقود الـ B.O.T لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بما لا يتعارض مع طبيعة هذه العقود، هو الرأي الراجح وهو ما نؤيده.

---

[١] راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم (٦٠١) بتاريخ ٢٠٠٣/٨/١٧، ملف رقم ١٤/٢/١٠٠ ، جلسة ٢٠٠٣/٦/٤، والمشار إليها لدى د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

[٢] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢١٥ وما بعدها.

[٣] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٨٤ وما بعدها.

[٤] المادة الأولى من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧، سبق الإشارة إليها بالتفصيل، في ص ٩٦ من هذا البحث.

[٥] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١١٢.

المطلب الثاني

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

إن عملية إبرام عقد الـــ B.O.T تمر بإجراءات معينة ودقيقة، وذلك لأهمية عقود الـــ B.O.T وما تتمتع به من طبيعة خاصة، ونجد أن هذه الإجراءات تبدأ من الإعلان ثم تلقي العروض والبت فيها بالإضافة إلى المفاوضات ثم إبرام العقد ولذلك سنعرض هـــذا المطلب في ثلاثة فروع على الوجه التالي:-

الفرع الأول

الإعلان عن المناقصة وتلقي العروض.

إن القاعدة العامة في إجراءات التعاقد في العقود الإدارية هي قيام الجهـــة الإداريـــة بالإعلان عن المناقصة ويعني ذلك قيام الجهة الإدارية بدعوة كافـــة المقـــاولين والمتعهـــدين الراغبين في التعاقد مع جهة الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضـــاها التقـــدم بالعروض إلى الجهة الإدارية[1].

وفي مصر أكد قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ المصري هذا المبدأ وذلك بأن نص في المادة الثانية منه على أن " تخضع كل المناقصات العامة، والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة وكلتاهما إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج ويكون الإعلان في الصحف اليومية ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلان واسعة الانتشار"[2].

والإعلان عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة ليس إلا مجرد دعوة إلى التعاقد، فهو لا يمثل إيجاباً تتقدم به الحكومة إلى المتعاقد معها، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها "إعلان الإدارة عن مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد وأن التقدم بالعطاءات وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد "[3].

وفي مجال العقود المبرمة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــ B.O.T في مصر، نجد أن الجهات الإدارية قد التزمت بإجراء الإعلان عن المناقصة، ففي عقد إنشاء كهرباء محطة

---

[1] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص١١٧.

[2] المادة الثانية من قانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات المصري، سبق الإشارة إليها، في ص ٩٧ من هذا البحث.

[3] الطعن رقم (٣٣٣)، السنة العاشرة، جلسة ١٩٦٧/١٢/٢، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، رقم١٣، ص١٦٦، المشار إليه لدى د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٧٦.

سيدي كرير بنظام الـ B.O.T، نجد أن الإدارة قد أعلنت في الصحف المحلية والأجنبية عن دعوة المستثمرين المصريين والأجانب وذلك للإجابة عن بعض الاستفسارات للتعرف المبدئي عن سابق الخبرات لهؤلاء المستثمرين في هذا المجال وقد كان ذلك بتاريخ ١٩٩٦/٦/١٣[١]، ويعد مبدأ الإعلان من أهم المبادئ التي تحرص عليها كل التشريعات ويهدف إلى اختيار وانتقاء الإدارة لأفضل المستثمرين سواء في النواحي المالية أو النواحي الفنية هذا وقد أكدت كل القوانين التي تنظم مشروعات الـ B.O.T في مصر على وجوب إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في إطار من المنافسة والعلانية[٢].

وفي الكويت فقد أكد القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على هذا المبدأ في المادة الرابعة عشرمن لائحته التنفيذية، التي تنظم إجراء الإعلان وإجراءات طرح مشروعات الشراكة، فتم وضع آلية الإعلان عن المشروع، حيث نصت على أن "تقوم الهيئة، بعد موافقة اللجنة العليا على مشروع الشراكة وتحديد نوع نظام الشراكة وطريقة طرحه وفقاً لأحكام المادة (٨) من هذه اللائحة، بالتعاون مع الجهة العامة التي تم تحديدها من قبل اللجنة العليا بالإعلان عن الدعوة للتأهيل للمشروع، وذلك في الجريدة الرسمية، وفي جريدتين كويتيتين يوميتين على الأقل وبلغتين عربية وإنجليزية، وغيرها من وسائل الإعلام المحلية أو الدولية التي يتفق الإعلان بواسطتها مع طبيعة المشروع، وكذلك النشر في الصفحة الإلكترونية الخاصة بالهيئة.

ويتضمن الإعلان عن الدعوة للتأهيل ما يلي:

١- بيان الجهة العامة أو الجهات العامة المختصة بالمشروع.

٢- موجزاً عن المشروع وأهدافه.

٣- الخبرات المطلوبة للتأهيل.

٤- نظام التعاقد ومدته.

٥- مقابل الحصول على وثائق التأهيل، ويجوز للهيئة إرجاء أدائه عند تقديم مستندات التأهيل.

٦- المدة الزمنية المقررة لتقديم طلبات التأهيل ومكان تقديمها والعنوان البريدي أو الإلكتروني بحسب الأحوال. ويجب ألا تقل مدة تقديم طلبات التأهيل عن (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر الإعلان في الجريدة الرسمية ما لم يكن التأهيل لاحقاً فتشمله مدة تقديم العطاءات".

---

[١] المستشار. معتز كامل مرسي، المرجع السابق، ص ١٦٨.

[٢] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١١٩.

وبعد خطوة أو مرحلة الإعلان عن المناقصة في الصحف ووسائل الإعلان تأتي الخطوة أو المرحلة التالية وهي تلقي العروض، وهذه العروض يجب أن تكون مطابقة للمواصفات والشروط الفنية السابق إعلانها من جانب جهة الإدارة في كراسة الشروط وعلى المتقدم بالعطاء التقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها جهة الإدارة[1].

ويجب أن يشمل العطاء مصادر التمويل وكافة الرسومات الخاصة بالمشروع وكيفية تنفيذه ووقت التنفيذ[2].

ونظراً لأن المشروعات التي يتم التعاقد على تنفيذها وفقاً لنظام الـ B.O.T، تتطلب رأس مال ضخم بالإضافة إلى المعرفة والخبرة والمهارات التنظيمية والإدارية كما أنها تكون عادة مشروعات كبيرة الحجم ومعقدة فإنها تتطلب مشاركة عدة شركات تتقدم بالعطاء للتعاقد على المشروع هذه المجموعة هي ما يطلق عليه الاتحاد المالي للمشروع (Consortium).

ويعرّف البعض الكونسورتيوم العقدي (Contractual Consortium) بأنه عبارة عن المؤسسة التي تخلق عندما تتعاون شركتان أو أكثر على العمل ككيان واحد لغرض معين محدد[3].

ويتشكل الاتحاد المالي للمشروع من مجموعة من المستثمرين من القطاع الخاص يتخذ عادة شكل شركات وطنية أو أجنبية متخصصة في الإنشاءات والتصنيع ويمكن أيضاً أن يضم شركات من القطاع الخاص إلى جانب بعض الأطراف الأخرى كالمقاولين وموردي المعدات والمواد الخام وجهات التمويل[4].

وفي الغالب تقوم الشركات والمستثمرون الراغبون في دخول المناقصة بتكوين (كونسرتيوم) تعاقدي يضم أكثر من شركة من الشركات المتخصصة في أعمال المقاولات، وكما يضم (الكونسرتيوم) بعض جهات التمويل وتبرم هذه الشركات فيما بينهم اتفاقاً ينظم علاقاتها القانونية والتزاماتها في مرحلة التحضير للعطاء ويتعهد أطراف هذا الاتفاق بتكوين شركة في حالة رسو العطاء عليهم للبدء في تشغيل المشروع وعادة ما يتضمن هذا الاتفاق المعالم والخطوط الرئيسية التي تنظم العلاقة بين هؤلاء الأطراف من حيث النشاط والغرض وكيفية التمويل وإدارة الشركة وغير ذلك من الالتزامات الرئيسية[5].

---

[1] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص١٢١.
[2] د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص٣٧٦.
[3] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٤١ وما بعدها.
[4] د. ماجد عمّار، النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات، بحث مقدم ضمن مجموعة أبحاث مكتب الشلقامي للاستشارات القانونية والمحاماة بعنوان "مقاولات الأعمال المدنية"، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٥٨.
[5] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٨٢.

ويجب على الشركات المكونة للكونسرتيوم تقديم سابق خبراتها مع العطـــاء أو قبلـــه المقدم منها والغرض من تقديم الخبرات السابقة هو إثبات قـــدرة المتقـــدم شـــركة كانـــت أو مجموعة من الشركات أو مجموعة من المستثمرين على تنفيذ المشروع وإثبات ملائمة وكفاية المتقدم وقدراته الفنية للقيام بإنشاء المشروع موضوع المناقصة[١].

كما يجب أيضاً على الشركة أو مجموعة الشركات التـــي تتقـــدم بالعطـــاء أن تقـــدم المستندات والوثائق التي تدل على عدم الإعسار أو أنها غير موضوعه تحت الحراسة وعـــدم وجود إجراءات قانونية ضدهم وأن هذه الشركات أو مجموعة الشركات تقوم بسداد الضرائب بالإضافة إلى تقديم ما يفيد الخبرة في ذات المشروع موضوع المناقصة، وبالإضافة إلى نوع المشروعات التي شاركت فيها قبل ذلك وقدرتها على إيجاد التمويل اللازم والكافي للمشـــروع الحالي[٢].

كما أن تقديم الخبرات السابقة والتأهيل السابق يساعد جهة الإدارة في تحديـــد وتقيـــيم مؤهلات المتقدمين للعطاء بسرعة[٣].

وفي مصر أوجب القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايـــدات العامة أن يكون تقديم العطاء في مظروفين مغلقين أحداهما للعرض الفني والآخـــر للعـــرض المالي، وهو ما جاءت به المادة العاشرة من هذا القانون حيث نصت على أنه " تقدم العطاءات في مظروفين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنياً وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي تســـنه باللائحـــة التنفيذية"

وفي الكويت فقد نظم القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص ولائحته التنفيذية إجراءات تلقي العروض وتقديم العطاءات في المشروعات التي تطرح وفقاً لهذا القانون، وذلك من خلال المادة الثامنة من هذا القانون[٤]، وكذلك ما نصت عليه المادة التاسعة من ذات القانون من أن "بالاستثناء من القانون رقم (٣٧) لسنة ١٩٦٤ بشأن المناقصات العامة تنظم اللائحة التنفيذية – فضلاً عما أوجب القانون أن تتناوله بالتنظيم من أحكام – إجراءات الطرح والترسية والقواعد والإجراءات الخاصة بتقديم العطاءات وتقييمها فنياً ومالياً والجهة المختصة بذلك، وإجراءات فتح المظاريف، وأبرز المستندات التي يتعين أن يتضمنها كل مظروف والتأهيل المسبق أو اللاحق، والجهة المختصة بالتأهيل والاعتراض على قراراتها وإجراءاته ومواعيده، وقواعد وإجراءات الحوار التنافسي".

---

[١] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٢٢٠.
[٢] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٢٢٦ وما بعدها.
[٣] د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١١٨.
[٤] المادة الثامنة من هذا القانون، سبق الإشارة إليها، في ص ٩٨ من هذا البحث.

الفرع الثاني

تقييم العروض والبت فيها.

بعد تقديم العروض تأتي مرحلة تقييم العطاءات أو العروض للبت فيها، حيث تعكف الحكومة بمستشاريها في المجالات المختلفة على دراسة العطاءات التي تم تقديمها وتقييمها، ثم اختيار أفضلها من حيث التكلفة ونوعية التكنولوجيا المنقولة، ووفورات الصرف الأجنبي والعمالة المستخدمة وشروط التمويل وغير ذلك[1]، ويتم تقييم العروض المقدمة أساساً وفقاً لقواعد ومعايير التقييم التي أعلنت عنها الإدارة في كراسة الشروط[2]، وقد قرر القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات العامة المصري تشكيل لجنتين الأولى لفتح المظاريف، والثانية للبت فيها[3]، وتأتي مرحلة البت في العطاءات المقدمة بعد مرحلة فتح المظاريف، وتكون مهمة لجان البت تحديد أفضل المتقدمين في المناقصة طبقاً للشروط المحددة في كراسة الشروط[4].

وقد تضع الشركة أو مجموعة الكونسورتيوم بعض التحفظات أو الملاحظات عند تقديمها لعرضها، وتكون هذه الملاحظات خاصة بالنواحي الفنية تعبر من خلالها عن تحفظها على أحد شروط المناقصة المعلنة أو الخروج عليها[5]، فهي بهذا تعطي الحق لجهة الإدارة في استبعاد العطاء المقدم منها وذلك حسب ما انتهت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية من "أن كل شرط يضعه مقدم العطاء في عطائه ويكون مختلفاً عن الشروط التي تضعها جهة

---

[1] د. كمال طلبة، المرجع السابق، ص١٧٠.

[2] المستشار. معتز كامل مرسي، المرجع السابق، ص ١٧١.

[3] المواد رقم ١، رقم ٢، رقم ٣ من القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات العامة المصري، حيث جاء فيها على التوالي:

- المادة الأولى من هذا القانون نصت على أن "يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ويصدر بإتباع أي من الطريقتين قرار من السلطة المختصة وفقاً للظروف وطبيعة التعاقد.

ومع ذلك يجوز استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

أ- المناقصة المحدودة.

ب- المناقصة المحلية.

ج- الممارسة.

د- الاتفاق المباشر.

ولا يجوز في أية حال تحويل المناقصة إلى ممارسة عامة أو ممارسة محدودة وفي جميع الحالات يتم التعاقد في الحدود ووفقاً للشروط والقواعد والإجراءات الواردة بهذا القانون ولائحته التنفيذية".

- المادة الثانية من هذا القانون، سبق الإشارة إليها، في ص ٩٣ من هذا البحث.
- المادة الثالثة من هذا القانون نصت على أن " يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في مصر أو في الخارج، على أن تتوافر في شأنهم كافة شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة".

[4] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ٥٤.

[5] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٢٥.

الإدارة أو يكون غير وارد فيها ويعتبر تعديلاً من المناقص لشروط العطـــاء أو بعبـــارة أدق يعتبر تحفظاً منه مقترناً بعطائه"[1].

وكما انتهت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن "الأصل أن من يوجه الإيجـــاب في العقد الإداري إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتـــي تســـتقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراط في ذلك وليس لمن يريد التعاقـــد إلا أن يقبل هذه الشروط ويرفضها فإذا رأى الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصـــل أن يستبعد هذا العطاء إلا أن يكون الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تـــؤثر علـــى الشروط الجوهرية المعلنة"[2].

والواقع أن هذا الأمر يتعلق بالعقود الإدارية أما فيما يتعلق بعقود الـــ B.O.T فإنه لا مانع من تطبيق المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا بما يتوافق ويتلاءم مع طبيعة هذه العقود الخاصة وبالتالي يكون لجهة الإدارة وللجنة التقييم نطاق واســـع يســـمح لهـــا بحريـــة التصرف ولها أن تقدر ما إذا كانت هذه التحفظات جوهرية أم لا ومدى تأثيرها علـــى العقـــد والمشروع بصفة عامة.

ولذلك يتعين على اللجان المشكلة لتقييم العروض تحقيقاً للمنافسة والمساواة بين المتناقصين القيام بتصنيف التحفظات المقدمة ضماناً لعدم حصول أي عطاء مخالف على ميزة مادية تعلو به على أقرانه، وتحديد الفترة اللازمة للدخول في مفاوضات مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترناً بتحفظ أو بتحفظات للنزول عن تحفظاته مما يجعل العطاء متفقاً مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، كما تقوم هذه اللجان بدراسة جميع الاحتمالات التي يمكن أن تترتب على هذه التحفظات ومدى تأثيرها على مجالات التصميم المختلفة، وكذلك على توزيع مخاطر المشروع، وعلى مستقبل عملية التفاوض[3].

وغالباً ما تعتمد الحكومة في مرحلة تقييم العروض والبت فيها، على مجموعة الاستشاريين القانونيين والفنيين والماليين نظراً لأن الغالب ما تكون العطاءات المقدمة مختلفة ومتباينة عن بعضها البعض، لذا فإن المقارنة بين العطاءات أو العروض لا يكون أمراً ميسوراً بل يحتاج إلى وجود خبراء متمرسين وهي التي تقوم بعملية التقييم النهائي[4].

وقد قامت الحكومة المصرية بشأن مشاريع الكهرباء المقامة بنظام الـــ B.O.T بتشكيل لجان لتقييم العروض من خبراء المكتب الاستشاري وهيئة كهرباء مصر بمقتضـــى القـــرار

---

[1] محكمة القضاء الإداري، الحكم في الدعوى رقم ١٧٥٣ لسنة ١٠ قضائية جلسة ١٩٥٧/٤/٢٨، المجموعة س ١١، ص ٤٠١، المشار إليه لدى د . كامل طلبه، المرجع السابق، ص ١٧١.

[2] الطعن رقم ٣٣٣، لسنة ١٠ قضائية، بتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢، المشار إليه لدى د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٢٥.

[3] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

[4] أ. أسامه مدلول، المرجع السابق، ص٩٠.

الإداري رقم (٣١٣) بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢١، وقامت هذه اللجنة بتحليل وتقييم العروض المقدمة في كافة النواحي الفنية والقانونية والتمويلية والتسعيرية بناءً على معايير التقييم التي نصت عليها شروط المناقصة[١].

ولا يقتصر تقييم العطاءات على الملف المالي فقط للمشروع، فقد يكون أقل العروض المالية غير صالح من الناحية الفنية، وهذا ما أوجبه المشرع المصري في ظل قانون المناقصات والمزايدات العامة رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على لجان البت ترسيه المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً أي لابد من الجمع بين الاعتبارين معاً، الاعتبار المالي والاعتبار الفني، وهذا ما أكدته فتوى الجمعية العمومية[٢].

أما في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T فإن عملية التقييم لا تعتمد على السعر فقط بل يدخل إلى جواره عناصر أخرى كالتقييم الفني للتصميم والتكنولوجيا المستخدمة، والتدريب، ومصادر التمويل، وما يرتبط بذلك من عدم استهلاك العملة الأجنبية في السوق المحلية وحجم المكونات المحلية التي تدخل ضمن أصول المرفق ولهذا يجب أن يحدد في مستندات العطاء وعلى نحو قاطع أسس الاختيار والدرجة التي تعطى لكل عنصر[٣]، وهذا ما حدث بالفعل في مشروع إنشاء المنطقة الصناعية بشمال غرب خليج السويس بنظام الـ B.O.T حيث اعتمدت في تقييم العروض المقدمة على عشرة عناصر هي:

١- الجدول الزمني التنفيذي المقترح.
٢- سابقة الخبرة والقدرة المالية للشركة.
٣- الجودة العامة للعطاء وتناسق المستندات مع بعضها.
٤- التصميم المقترح لمحطة تنقية المياه.
٥- التصميم المقترح لمأخذ المياه العكرة.
٦- تصميم مواسير المياه العكرة والنقية.
٧- تصميم الروافع واختيار الطلمبات وكافة المهمات الميكانيكية للمشروع.
٨- الهيكل التنظيمي المقترح لمرحلة التصميم والإنشاء.
٩- الأسلوب المقترح من الشركة لعمليات التشغيل والصيانة وقطع الغيار.

---

[١] المستشار. معتز كامل مرسي، المرجع السابق، ص ١٧٢.
[٢] فتوى رقم (٣٩٢)، لسنة ٤٩ (العدد الثاني)، بتاريخ ٢٠٠٢/٥/١١، ملف رقم ٥٩/٢/٨٧، جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٠، منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة العدد (١٩٤)، أبريل - يونيو ٢٠٠٥، ص ٢١١.
[٣] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٨٢.

١٠- التحقق من التأمين الابتدائي والنهائي[١].

ومن الملاحظ أن عملية التقييم قد تمت في سرية مطلقة وبنظام النقاط وبحيث تم رصد ١٠ درجات لكل عنصر ومعيار من المعايير السابقة، وبعد هذا التقييم الموضوعي انتهت اللجنة إلى قبول عرض الشركة الكندية (NILVOL S.N.C.) على أفضل العروض وأصبحت هي الشركة المرشحة لتنفيذ المشروع[٢].

وفي الكويت، فقد نظمت المادة العشرون من اللائحة التنفيذية لقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص عملية تقييم العروض المقدمة عند طرح المشروعات بنظام الـ B.O.T، وأن تقييم هذه العروض المقدمة يتم بناءً على معايير حددتها هذه المادة؛ حيث نصت على أن "يتم تقييم طلبات التأهيل بناء على المعايير التي تمثل العناصر المطلوب توافرها في الطلب والأوزان النسبية لهذه العناصر، ووفقاً لما تضمنته الشروط الواردة في وثائق التأهيل، وعلى الأخص:

١- سابقة الأعمال لطالب التأهيل في إدارة وتنفيذ وتشغيل مشروعات الشراكة.

٢- خبراته المماثلة من حيث الحجم والنوع لمشروعات الشراكة في القطاع الذي يعد المشروع المطروح مدرجاً ضمنه.

٣- قدرة طالب التأهيل على توفير المستلزمات الفنية والإدارية بهدف إعادة التصاميم اللازمة لمشروع الشراكة عند طرحه.

٤- قدرة طالب التأهيل على توفير المعدات والتجهيزات اللازمة لتنفيذ المشروع.

٥- الملاءة المالية لطالب التأهيل وقدرته على تدبير التمويل.

٦- أية معايير أخرى تتفق وطبيعة المشروع".

وبعد انتهاء مرحلة البت في العروض المقدمة واختيار شركة معينة تبدأ مرحلة جديدة هي مرحلة التفاوض على إبرام العقد.

الفرع الثالث

التفاوض على العقد.

بعد الانتهاء من عملية فتح المظاريف وتقييم العروض واختيار أفضلها من جميع النواحي (المالية - الفنية) تأتي مرحلة أخرى وهي مرحلة المفاوضات حيث تدخل جهة

---

[١] د. بيلى حسني البيلى، تجربة وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية في مجال تمويل وإنشاء وتشغيل محطات مياه الشرب بنظام الـ BOOT ومشروع تغذية شمال غرب خليج السويس بمياه الشرب بنظام BOOT، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ١٩٧.

[٢] د. بيلى حسني البيلى، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها.

الإدارة المعنية في عمليه طويله من المفاوضات، وذلك في محاولة منها للوصول إلى أفضل الشروط تحقيقاً للمصلحة العامة.

وقد ذهب البعض إلى تعريف المفاوضات بأنها عبارة عن " تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"[١].

كما عرفها أيضاً البعض بأنها " تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل ليس هناك إيجاب يمكن قبوله، وإنما هناك – فحسب – عروض، وعروض مضادة "[٢].

وتتضمن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في الغالب على تكنولوجيا متقدمة وخبرات فنية ومعرفة عالية، وتمتد إلى فترات زمنية طويلة، لذا يحرص طرفي هذا العقد على الدخول في مفاوضات قد تستمر أحياناً لفترات طويلة تستتبع في الغالب تكاليف باهظة، وكما يحرص طرفي العقد وبالأخص شركة المشروع على تأمين هذه المفاوضات للإطمئنان على نجاحها وبلوغ غايتها بإبرام العقد النهائي ويكون ذلك بإبرام عقد تحضيري أو تمهيدي أو ما يسمى بالعقد السابق، مما يحقق للطرفين نوع من استثمار الوقت والاستقرار والثقة فيما بينهما بجعلهما في مركز أفضل يزيد من فرص إبرام العقد النهائي[٣].

وتعد عملية التفاوض من الوسائل المهمة في تسهيل عملية التقاء إرادتي طرفي التعاقد، والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي أو بقبول حلول وسط على أساس من حسن النية المتبادلة بين الأطراف، والرغبة الصادقة في الوصول إلى اتفاق[٤].

ويغلب أن تكون المبادرة لبدء التفاوض من جانب الدولة (أو الشخص المعنوي العام الذي يمثلها) وهي تحدد بدقه موضوع المشروع المراد إنجازه، وتختار شركة المشروع التي تدخل معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، والتي قد تؤدي إلى إبرام العقد، وفقاً للشروط والنتائج التي ينتهي إليها التفاوض، وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن تكون شركة المشروع هي الطرف البادئ بالتفاوض، ويحدد مضمون الاتفاقات التمهيدية شكل المستندات التي

---

[١] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

[٢] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص٩٠.

[٣] د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٨٣ وما بعدها.

[٤] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

يتبادلها الطرفان ومحتواها، وذلك في مسميات مختلفة مثل: البروتوكول، أو مذكرة التفاهم، أو خطاب التفاهم أو خطاب النوايا[1].

وتبدأ مرحلة التفاوض بالجانب الفني وبخطة التشغيل والصيانة، وفي ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته على الاستجابة لطلبات الطرف الآخر، ثم تبدأ المفاوضات القانونية لتحديد شروط التعاقد وأحكامه، وإعداد الصياغة القانونية للجوانب الفنية لإدراجها بين بنود العقد أو ملحقاته في شكل التزامات على طرفيه[2].

وهذه المفاوضات قد تطول أو تقصر طبقاً لملابسات وظروف العقد المزمع إبرامه، ففي العقود التي تقوم الدولة بإبرامها، تبدأ المفاوضات من لحظة إبداء الدولة لرغبتها في إبرام العقد، والتي تقوم بإخراجها إلى الواقع العملي من لحظة تقديم العروض إلى المستثمرين للتقدم بالعطاءات، وهذه المفاوضات قد تنتهي في لحظة ميلادها، وذلك في اللحظة التي تكتفي فيها الدولة (أو الشخص المعنوي العام الذي يمثلها) باختيار أفضل العطاءات وإبرام العقد النهائي مع صاحبه، وذلك دون الدخول معه في أي نوع من أنواع المفاوضات، وقد يحدث عكس ذلك، فيكون اختيار هذا العطاء الأفضل بمثابة الخطوة الأولى لبدء مفاوضات طويلة بين الشخص المعنوي العام الذي يمثل الدولة، وصاحب العطاء، وفي هذه الحالة قد تتطرق لموضوعات شتى، سواء فيها ما كان متعلقاً بالأمور القانونية أم الفنية، وقد تجاوز ذلك إلى التطرق لمسائل التأمين والتمويل، واقتصاديات المشروع[3].

وبصفة عامة فإن المفاوضات تقوم بدور مهم في مجال عقود الـ B.O.T، بحيث ترتكز على التبني الكامل لفكرة الحرية التعاقدية، لذلك فإن التفاوض على العقد لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين؛ إذ إن كل طرف لا يدخل في التفاوض مع الطرف الآخر إلا بعد أن تتكون لديه إرادة عازمة حقيقية على التفاوض، وكل متفاوض يظل طيلة مرحلة المفاوضات متمتعاً بكامل حريته في إبرام العقد، أو عدم إبرامه، أي أن إرادته بشأن إبرام العقد تكون غير نهائية وغير باتة حتى آخر لحظة، فلا تتقيد نهائياً بالعقد إلا بعد أن تتبلور نقاطه الجوهرية بشكل يحظى برضائه التام دون أي إجبار أو ضغط على إرادته[4].

ويجدر التنويه إلى أن المفاوضات القانونية تحتاج إلى فريق يتمتع بقدرة تفاوضية عالية، ودراية كافية بالأنشطة المتنوعة التي تتعلق بعقود الـ B.O.T، والأنظمة القانونية المختلفة التي يتعين الاهتمام بها في هذا المجال، لهذا فإن توافر الخبرة القانونية في فترة

---

[1] د. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠١١، ص ٢١٥ وما بعدها.

[2] د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص١٤٦.

[3] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

[4] د. رجب كريم، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٦٦ وما بعدها.

التفاوض هو أمر بالغ الأثر في إفراغ شروط وأحكام العقد وملحقاته في صياغة قانونية سليمة، حتى يكون العقد متسقاً، ومنسجماً مع كل الوثائق المرتبطة به[1].

وتنتهي المفاوضات القانونية إلى صياغة نصوص العقد، متضمنة مواعيد التنفيذ، ومدة العقد، وأسلوب التشغيل، والصيانة والضمانات البنكية ومصادر التمويل، وحدود الغرامات المالية، والضمانات القانونية، وتحديد القضاء المختص للفصل في المنازعات وبيان القانون الواجب التطبيق[2].

وعلى ذلك يعتبر التفاوض مرحلة تمهيدية في الطريق إلى العقد، فهو يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد، إلا أنه يهدف في النهاية إلى تحقيق هذا الإبرام، فمن خلال التفاوض يقوم الطرفان بالتمهيد لإبرام العقد، وذلك بمناقشة شروطه وإجراء الدراسات اللازمة بشأنه، وكلما توصلا إلى اتفاق حول بعض الشروط فإنهما يقومان ببلورتهما في اتفاق مرحلي، ثم يواصلان التفاوض حول الشروط الباقية، وبذلك يتحرك الطرفان في اتجاه العقد مرحلة تلو الأخرى[3].

وفي الكويت تطرقت المادة السابعة عشر من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لمرحلة التفاوض كمرحلة من مراحل إبرام عقد الـ B.O.T، حيث نصت على أن "يجوز أن تجرى مفاوضات مع المستثمر المفضل في شأن بعض الإيضاحات والتفصيلات الخاصة بالاشتراطات الفنية والمالية، ولا يجوز أن تتناول هذه المفاوضات أي شروط تعاقدية اعتبرتها دعوة تقديم العطاءات شروطاً غير قابلة للتفاوض، كما لا يجوز إجراء أي تعديل في الشروط الفنية والمالية التي تم تقييم العطاءات على أساسها.

وإذا تعثرت المفاوضات مع المستثمر المفضل يتم التفاوض بذات الأسس مع مقدم أو مقدمي العطاءات الأخرى وفقاً لترتيبهم حتى يتم الاتفاق نهائياً مع أحدهم على شروط عقد الشراكة وإلا رفضتهم جميعاً، ولا يجوز للجهة العامة أن تعاود المفاوضات مع مستثمر أنهيت المفاوضات معه طبقاً لهذه الفقرة. ولا يخل ذلك بحق الدولة في إلغاء المنافسة أو إعادة طرحها مع التزامها بتسبيب قرارها باستبعاد المستثمر المفضل أو إلغاء المنافسة أو إعادة طرحها".

وأخيراً فإذا توصلا إلى اتفاق نهائي حول الشروط الجوهرية في العقد، فإن العقد يكون –حينئذ– جاهزاً للانعقاد، ومن ثم ينتقل الطرفان إلى خطوة إبرام العقد، فيقومان

---

[1] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢١٧.
[2] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢١٧.
[3] د. رجب كريم، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

بتبادل الإيجاب والقبول المتطابقين، وفقاً للاتفاق التفاوضي الذي توصلا إليه، إذ يقومان بإفراغ هذا الاتفاق في ورقة مكتوبة ويوقعان عليها، وعندئذٍ ينعقد العقد نهائياً، وهو ما نصت عليه المادة (٤٦) من اللائحة التنفيذية للقانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن "على المستثمر الفائز والجهات العامة المعنية مباشرة الإجراءات اللازمة لتنفيذ شروط وثيقة الالتزام توطئة لتوقيع عقد الشراكة وفقاً لما تم اعتماده من اللجنة العليا.

فإذا كان المستثمر الفائز تحالف، فإنه يتعين عليه أن يؤسس شركة للتحالف أو أكثر حسب احتياجات المشروع وذلك وفقاً لقوانين دولة الكويت وبناء على ما تم الاتفاق عليه في وثيقة الالتزام، وعلى كل عضو من أعضاء التحالف تقديم كافة ما تطلبه الهيئة أو الجهة العامة من مستندات رسمية مصدقة لإثبات ملكيته لأسهم الشركة التي تم تأسيسها سواء بصورة مباشرة أم غير مباشرة، وتراعى في هذه الحالة الضمانات المقدمة من المستثمر الفائز تجاه الدولة.

ويجوز في المشروعات التي لا تزيد قيمتها عن (٦٠) ستين مليون دينار أو في المشروعات المستثناة بموجب أحكام المادة (١٦) من القانون، أن تقوم شركة التحالف بالتوقيع على عقد الشراكة وتنفيذ المشروع مباشرة.

وفي الأحوال الأخرى التي يتعين فيها تأسيس شركة مساهمة عامة للمشروع يتملك المستثمر الفائز من خلال شركة أو شركات التحالف الأسهم المخصصة للقطاع الخاص فيها.

وتقوم الجهة العامة المعنية بتوقيع وثيقة العقد متضمنة على وجه الخصوص عقد الشراكة النهائي وعقود إيجار الأرض – إن وجدت– وعقد الإحلال لاستبدال المستثمر في حال تخلفه عن أداء التزاماته. ويجوز في الأحوال التي تم فيها تحديد أكثر من جهة عامة للمشروع أن يخصص للجهات العامة الأخرى ملحقاً خاصاً بشروط التعاقد بما يتفق وطبيعة اختصاصها والتزاماتها العقدية الناشئة عن المشروع، بحيث يتم التوقيع عليه من قبلها.

وتنتقل حقوق والتزامات المستثمر الفائز إلى شركة التحالف أو شركة المشروع بحسب الأحوال. وتقوم الهيئة بإبلاغ الجهة العامة المختصة بالمشروع بذلك لتحديد تاريخ توقيع وثيقة العقد ودعوة شركة المشروع للتوقيع عليه".

وأيضاً ما نصت عليه المادة (٣٩) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن "تختص كل جهة من الجهات العامة بإبرام عقود الشراكة التي تقع في نطاق اختصاصها مع شركة المشروع، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية.

وتحرر عقود الشراكة باللغة العربية ويجوز بموافقة اللجنة تحرير العقد بلغة أجنبية أخرى".

ولا يفوتنا في هذا المجال أن نشير إلى جواز إلغاء إجراءات الطرح من قبل الدولة للمصلحة العامة، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٧) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن "تلغى إجراءات الطرح إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، كما يجوز إلغاؤها إذا اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط والمواصفات المطروحة أو يتعذر تقييمها مالياً.

ويكون الإلغاء بقرار من اللجنة العليا بناءً على توصية الهيئة، ويجب أن يشتمل القرار على الأسس التي بني عليها.

وفي جميع الأحوال لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأي تعويض عن قرار الإلغاء".

وفي مملكة البحرين لا يوجد تشريع أو قانون ينظم التعاقد بنظام الـ B.O.T كما ذكرت ذلك سابقاً[١]، إلا أنني أود أن أشير فقط إلى أنه يوجد قانون لتنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية الذي صدر به المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية[٢]، وبعد ذلك صدر قانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ بتعديل المادة (٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية[٣]، ثم صدر بعد ذلك قانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية[٤]، ثم صدر بعد ذلك قانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية[٥].

---

[١] أنظر ص ٨٨ وما بعدها من هذا البحث.
[٢] نشر بالجريدة الرسمية (مملكة البحرين)، العدد ٢٥٥١، يوم الأربعاء ٢٠٠٢/١٠/٩.
[٣] نشر بالجريدة الرسمية، العدد ٢٧٧٣، الخميس ١١ يناير ٢٠٠٧.
[٤] نشر بالجريدة الرسمية، العدد ٢٧٩٠، الخميس ١٠ مايو ٢٠٠٧.
[٥] نشر بالجريدة الرسمية، العدد ٢٩٥٤، الخميس ١ يوليو ٢٠١٠.

الباب الأول: حقوق شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الأول: الحقوق والمزايا المالية لشركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي (الرسم) في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: تحديد المقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الثاني: حق شركة المشروع في التوازن المالي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول: فكرة التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: نظريات التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T وضمانات الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.

المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص وحقها في الانتفاع والاستغلال في عقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: الضمانات المقدمة من الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــB.OT.

المطلب الأول: الضمانات غير المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: الضمانات المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

الباب الأول: حقوق شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

تمهيد وتقسيم :

يضم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في ثناياه عدة عقود تتعدد أطرافها وتتشابك مصالحها وذلك إضافة للطرفين الرئيسيين فيه. وهما الحكومة أو الجهة الإدارية المعنية من جانب، وشركة المشروع من جانب آخر، ويترتب على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شأنه شأن أي عقد آخر مجموعة من الآثار القانونية، ومن هذه الآثار القانونية ما يترتب حقوقاً لشركة المشروع.

فحقوق شركة المشروع تستمد من مصدرين أساسيين هما العقد المبرم مباشرة فيما بينها وبين الجهة الإدارية المعنية والقانون، وبالتالي فإن تلك الحقوق المعترف بها لها قانوناً واتفاقاً ليست منحة من الإدارة لها أن تهبها إياها ولها أن تحرمها منها، وإنما هي حقوق تتمتع بها شركة المشروع وفقاً للقانون ولها حق مطالبة الإدارة المعنية بها بكافة السبل القانونية والقضائية إذا امتنعت الإدارة عن الاعتراف بها طواعية واختياراً[1].

وحقوق شركة المشروع تتمثل أساساً في نوعين متقابلين من الحقوق، إحداهما الحقوق المالية، على حين يوصف النوع الآخر من الحقوق بالسمة العينية والذي يمكن أن يتولد في نهاية المطاف عن ميزة مالية غير مباشرة. وسواء كانت تلك الحقوق مستمدة من أحكام وقواعد القانون الإداري العام أم نابعة من بنود الاتفاق التعاقدي المبرم فيما بينهما، ولذلك سوف أخصص هذا الباب لعرض مفردات حقوق شركة المشروع بصفة أساسية في مواجهة جهة الإدارة المتعاقدة وبحثه تفصيلاً على امتداد فصلين متتابعين، نخصص أحدهما لعرض حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي للانتفاع من جانب، فضلاً عن حقها في المحافظة على التوازن المالي للعقد، وأما الفصل الآخر فسوف يتركز حول بيان المزايا العينية لشركة المشروع والتي يمكن تقويمها في آخر المطاف بالنقود والضمانات التي تقدمها جهة الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.

وعلى ضوء ما تقدم سوف أقوم بتقسيم هذا الباب إلى فصلين على النحو التالي:-

الفصل الأول: الحقوق والمزايا المالية لشركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـ B.O.T وضمانات الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.

---

[1] د.ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٣٠٠.

الفصل الأول

الحقوق والمزايا المالية لشركة المشروع

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

المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي (الرسم) في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: تحديد المقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الثاني: حق شركة المشروع في التوازن المالي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول: فكرة التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: نظريات التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الأول

الحقوق والمزايا المالية لشركة المشروع

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

تمهيد وتقسيم:

إن الهدف الأساسي لشركة المشروع من وراء تعاقدها مع الجهة الإدارية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو الحصول على عائد مالي يكون من شأنه استرداد ما تكبدته من نفقات في بناء وتشييد المرفق وتشغيله، وتحقيق هامش ربح يكون مقابل ما قامت به من استثمار الأموال الطائلة في هذا المشروع[١].

ويعتبر ذلك أمراً طبيعياً فشركة المشروع دائما ما تستهدف من إقدامها على أي مشروع تحقيق الربح في آخر المطاف وليس الحصول فقط على سعر التكلفة، فسلوكها ليست كالدولة والتي يهمها تحقيق منافع الجماهير وإشباع الحاجات العامة بغض النظر عن تحقيق ربح أو عدم تحقيقه، ولو أدى بها ذلك إلى تكبد أموال ونفقات لا تستطيع أن تحصلها من وراء ذلك المشروع ما دامت حققت هدفها الأساسي من المرفق العام وهو أداء الخدمة النفعية العامة[٢].

كما أن القوانين التي تنظم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية قد تقرر حقوقاً من طبيعة مالية أو عينية أخرى لشركة المشروع الممنوحة للالتزام كما قد يتقرر ذلك أيضاً في صلب العقد أو في دفتر الشروط الملحقة به والتي تعد جزءاً لا يتجزأ من الالتزام بتقديم المزايا المالية المقررة في تلك النصوص، وذلك حتى تتمكن شركة المشروع من القيام بمهمتها في إنشاء المرفق وتشغيله وأداء خدماته النفعية لجمهور المنتفعين[٣].

ويعتبر أداء هذه المزايا فرضاً واجباً على الإدارة أن تفي بها سواء كانت هذه المزايا مقررة في القانون أم منصوص عليها في الاتفاق التعاقدي، لأنها ملزمة لجهة الإدارة مانحة الالتزام ، ولا يجوز لجهة الإدارة مانحة الالتزام التنصل منها أو تعديلها أو إلغاؤها بإرادتها المنفردة، وإلا ترتب على ذلك مسئوليتها وجزاؤها التعويض[٤].

---

[١] د.ماهر محمد، المرجع السابق، ص٣١٠

[2] FRANCOIS BRENET, fabrice melleray, les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 Juin 2004, Litec, 2005, Paris, P 33.

[3] MICHEL LAFITTE, les partenariats public – prive, (Rb) revue Banque Edition, Paris, 2006, P. 46.

- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ١٨٩.

- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

[٤] د. وضاح محمود الحمود، المرجع السابق، ص ١٥٩.

وعلى ضوء ما سبق سوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين نتناول في أحـــدهما بيان حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي (الرسم) للخدمة النفعيـــة العامـــة القائمة بأدائها لجماهير النفع العام، كما سنعرض في المبحث الآخر لحق شركة المشروع في الحصول على التعويض المالي الذي يعيد إلى العقد توازنه مالياً فيما بين طرفيه بعد أن اختل على أثر أحد أنواع عوارض تنفيذ هذا العقد، وذلك على النحو التالي:-

المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي (الرســـم) فـــي عقـــد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: حق شركة المشروع في التوازن المالي لعقد البناء والتشغيل ونقـــل الملكيـــة (B.O.T).

المبحث الأول

حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي (الرسم) في عقد الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم:

في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تمثل شركة المشروع الطرف الثاني، وكما أنه يقع على عاتق شركة المشروع مجموعة من الالتزامات التي ينبغي الالتزام بها فإن لها أيضاً مجموعة من الحقوق – شأنها في ذلك شأن أي عقد ينبغي أن تتمتع بها، ولما كانت شركة المشروع من شركات القطاع الخاص فإنها تهدف في المقام الأول الحصول على الربح الذي يرضي طموحاتها ويشبع رغباتها، فالدافع الرئيسي لشركة المشروع المتعاقدة مع الإدارة من وراء إقدامها على إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية هو الحصول على المقابل المالي الذي تستحقه مقابل ما سوف تلتزم بأدائه من خدمات أو منافع سواء كان ذلك للإدارة أو جمهور المنتفعين. ولما كانت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تعتبر بحسب رأي الغالبية من فقهاء القانون العام من قبيل الصور الحديثة لعقود التزام المرافق العامة في عقود مشاريع البنية التحتية[1].ولذلك سوف نقسم هذا المبحث الخاص بالمقابل المالي لشركة المشروع إلى مطلبين نتناول في أحدهما الطبيعة القانونية للمقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، ونبين في الآخر القيود التي ترد على حرية الملتزم والإدارة في تحديد الرسم وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: تحديد المقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للمقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

إن المتعاقد مع جهة الإدارة في العقود الإدارية يحصل على مقابل مالي لما قام بأدائه من التزامات تجاه الإدارة، ويسمى هذا المقابل في جل العقود الإدارية بأنه ثمن وغالباً ما

[1] انظر ما سبق بيانه في الرأي الراجح للطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T، في ص ٦٣ وما بعدها من هذا البحث.

يكون هذا الثمن نقدياً في عقود الأشغال العمومية حيث تحصل شركات المقاولات على المستخلصات المالية المستحقة لها نتيجة تنفيذها للأعمال والإنشاءات المطلوبة منها، كما يحصل المورد في عقود التوريد على ثمن السلع والخدمات التي يقدمها للجهة الإدارية، ويحصل الناقل على ثمن ما قام به من خدمات في عقد النقل، وحتى في عقود التوظيف فإن الموظف يحصل على راتب منتظم مقابل ما يؤديه من أعمال وخدمات، كما قد يكون هذا الثمن عبارة عن فائدة يحصل عليها المتعاقد مع الإدارة كما في عقود القرض والتمويل[1].

أما بالنسبة لعقود التزام المرافق العامة فإن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد (الملتزم) يسمى بالرسم مقابل خدمة قام بها نيابة عن الدولة وبتفويض منها لإدارة وتشغيل المرفق العام، ويحصله المتعاقد من جمهور المنتفعين مباشرة، وليس من الإدارة كما هو الحال في باقي العقود الإدارية[2].

وكما سبق أن ذكرنا أن المقابل المالي يسمى ثمناً في غالبية العقود الإدارية بينما هو يسمى رسماً في عقود التزام المرافق العامة بصورتها التقليدية أو بصورتها الحديثة المنصبة على مشاريع البنية الأساسية، إلا أنه على الرغم من وحدة التسمية للمقابل المالي في كلاً من هذه العقود، فإن الرسم في عقود مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية تختلف طبيعته القانونية عن الرسم في باقي عقود التزام المرافق العامة[3].

وإذا كانت طبيعة الرسم في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية تختلف عنها في عقد التزام إدارة المرافق العامة من جانب، وفيما بين سائر العقود الإدارية من جانب آخر.

لذلك فإنه يتعين تحديد تلك الطبيعة المميزة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث يترتب على تحديد هذه الطبيعة القانونية عدة آثار قانونية أهمها مدى جواز الاتفاق الرضائي المتبادل على تعديل ذلك المقابل، ومدى سلطة الإدارة في تعديله بإرادتها المنفرده وحدود تلك السلطة بمعنى هل هي مطلقة أم مقيدة، وكما يتعين أيضاً بيان ما قيل بشأن التفرقة بين الطبيعة القانونية للرسم وغيره من المقابل المالي في العقود الأخرى لائحية كانت أم تعاقدية.

إن المقصود بالطبيعة القانونية للمقابل المالي في العقود الإدارية هو تحديد ما إذا كان هذا المقابل يعد من الشروط اللائحية، أم هو من بين الشروط التعاقدية[4].

---

[1] د.دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق،ص٣٦٥.

[2] د.عيسى بدو، المرجع السابق، ص ١٤٧.

[3] د.دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

- كذلك أنظر:

-PAUL LIGNIERES, Partenariats public – privé, contrats de partenriats, 2eédition, Litec, 2005, Paris, P.3.

[4] د.كمال طلبه، المرجع السابق، ص ٢٠٠.

إن الأصل في غالبية العقود الإدارية أن الثمن ذو طبيعة تعاقديه وذلك أن القاعدة المستقرة والمعمول بها هي أن الثمن يُحدد في العقد الإداري باتفاق يبرم بين المتعاقد وجهة الإدارة المعنية سواء كان هذا الاتفاق في صلب العقد ذاته باعتباره نصاً من نصوصه التي تم الاتفاق عليها، أم اتفق عليه في وثائق مستقلة تلحق بالعقد، وسواءً تم الاتفاق عليه في صورة رقم محدد، أم اتفق على تحديده بعوامل خارجه عن العقد كالسعر السائد في السوق، وسواء كان الثمن تفصيلي بمعنى أنه يحدد بحسب وحدة القياس المتفق عليها أم بحسب الكمية، أم كان الثمن إجمالياً للعملية كلها كما هو الحال في عقود الأشغال العامة والمقاولات[1].

وبناءاً عليه فالثمن في غالبية العقود الإدارية يحدد بالاتفاق بين طرفي العقد، ويترتب على هذه الطبيعة التعاقدية للثمن في العقود الإدارية أثر قانوني مهم يتمثل في أنه لا يجوز تعديل هذا الثمن إلا باتفاق المتعاقدين، وأن الإدارة لا يجوز لها أن تتدخل بإرادتها المنفرده من أجل تعديله، ولكن عليها أن تلجأ إلى التفاوض مع المتعاقد معها من أجل الاتفاق على ذلك[2]، وبالتالي فإن أي إخلال من قبل الإدارة بهذا الثمن هو إخلال بالتزام تعاقدي يحملها المسئولية العقدية وما يترتب عليها من آثار، وهو ما أكدته فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية، حيث ذهبت إلى القول بأن " الثمن الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقود الإدارية، وإن كان يقيد كأصل عام طرفيه إلا أنه لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديله إذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على هذا التعديل، في هذه الحالة يكون الثمن الجديد ملزماً لكل من طرفيه وواجب الأداء.... "[3].

إلا أنه يستثنى من هذه القاعدة العقود التي تؤدي وظيفة الأعمال الشرطية فهذه العقود لا يتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب بل تعهد إلى المتعاقد مراكز نظامية، كعقد التوظيف، حيث يصبح الموظف بالتعاقد خاضعاً في حقوقه والتزاماته لهذا المركز النظامي، وبالتالي تملك الإدارة تعديل مرتبه سواء بالزيادة أم النقص، دون الرجوع إلى اتفاقها مع الموظف المتعاقد معها، وإن كان

---

[1] CHERIF YOUSSEF HELMY KHATER, le contrat de concession de service public ou B.O.T, en droit français et égyptien, étude compare de l' évolution contemporaine, thèse, Paris 1, 2004, P. 407.

- كذلك انظر: د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق طبقاً لنظم الـ B.O.T، المرجع السابق، ص ١٨٣.

- كذلك انظر: د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٣٩٣.

[2] د.حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ١٨٧.

[3] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف رقم ٣٦٨/٢/٤٧، جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨، المشار إليها لدى د.دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٦٦.

ينبغي أن يسري التعديل الجديد على الموظفين القدامى طالما كانوا متساوين معه في تلك المراكز النظامية[1].

وأما في عقد التزام المرافق العامة بصورته التقليدية فإن الرسم هو ذو طبيعة لائحية، فالمقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم في عقد التزام المرافق العامة يسمى بالرسم لأنه يتحصل عليه من جمهور المنتفعين مقابل الخدمة التي يؤديها المرفق العام الذي يتولى إدارته وتشغيله، ويعد الرسم من قبيل الشروط اللائحية في عقد التزام المرافق العامة بصورتها التقليدية، وذلك على خلاف الثمن في غيره من العقود، وبالتالي يمكن لجهة الإدارة تعديل هذا الرسم الذي يقوم بتحصيله الملتزم بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة ومصلحة المرفق دون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها[2].

وقد حسمت المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة في مصر الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للرسم في عقود الامتياز، حيث نصت على أنه " لمانح الالتزام دائماً ومتى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها بقولها بأن "عقد الالتزام ينشئ في أحد شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها.

أما المركز التعاقدي فيعتبر تابعاً له، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام.... وانتهت المحكمة إلى أنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، إلا أن هذا الاتفاق ليس عقداً، ولا يترتب عليه التزامات دائنيه ومديونية، بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزاً قانونيا ولائحيا، فإن حق الدولة في تعديل هذا المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل"[3].

وفي هذا الصدد أيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ بأن " ومن حيث إن المسلم به فقهاً وقضاءً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية، والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط

---

[1] د. عيسى بدو، المرجع السابق، ص١٤.

[2] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٥٥.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري،رقم ١٣٦٧ لسنة ٧ق، الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧، والمشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٥٢.

اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة، غير أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل قواعد التعريفة أو خطوط السير بالصالح المنتفعين إلا أن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذا الصالح الخاص بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على هذا التعديل إضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعوضه بما يجبر هذه الأضرار"[١].

وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور بما تضمنته من مبررات مبدأ إعادة النظر في قوائم الأسعار الواردة في هذه المادة بالقول أنه " إذا كان الالتزام لمدة طويلة فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير، ومن الجائز بعد مضي وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة إما أنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم، وإما لأنها تنقلب عبئاً ثقيلاً يهبط كاهل المنتفعين بالمرفق العام"[٢].

وأما في الفقه الفرنسي فقد احتدم الجدل حول الطبيعة القانونية للرسم في عقد التزام المرافق العامة، وذلك لعدم وجود نص مماثل للمادة الخامسة من قانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة في مصر مما أدى إلى تعدد الآراء حول الطبيعة القانونية للرسم في الفقه الفرنسي ويمكن حصر هذه الآراء إلى ثلاثة آراء وهي كالتالي:

الرأي الأول: يسلم بالطبيعة التعاقدية للشروط المتعلقة بتحديد الرسم وبهذا لا تستطيع السلطة مانحة الالتزام أن تعدل بإرادتها المنفردة مقدار هذا الرسم دون موافقة الملتزم[٣].

الرأي الثاني: يسلم هذا الرأي بالطبيعة اللائحية المتعلقة بالرسم، ويكون بالتالي لجهة الإدارة مانحة الامتياز سلطة التعديل الانفرادي لتلك الشروط[٤].

الرأي الثالث: يميز أنصار هذا الرأي بين حالتين:

١. في حالة العلاقة بين كل من الإدارة والملتزم بالمنتفعين وهذا الاتجاه يعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لائحية، وهذا هو رأي الغالبية من الفقهاء.
٢. في حالة العلاقة بين الإدارة والملتزم، فيذهب هذا الاتجاه إلى أن تلك الشروط تحتفظ بطبيعتها التعاقدية، وبذلك لا يجوز للإدارة أن تستقل بتعديل المقابل المتفق عليه[٥].

ومن جماع ما سبق نخلص إلى أن الرسم في عقد التزام المرافق العامة ذو طبيعة لائحية طبقاً للمادة الخامسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، وبالتالي يجوز لجهة الإدارة

---

[١] مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥، ١٩٨٠، ص ١٩٢٤، المشار إليه لدى د.إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٥٣.

[٢] المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، المشار إليها لدى د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٦٧ وما بعدها.

[٣] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص٢٧٩.

[٤] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص٢٧٩.

[٥] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T) ، المرجع السابق، ص ١٨٧.

المتعاقدة تعديله بما يحقق المصلحة العامة، وأن الرسم في عقد التزام المرافق العامة لا يجوز أن يتجاوز عن قيمة أرباح الملتزم التي لا تزيد على (١٠%) بحسب المادة الثالثة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، حيث نصت على أن " لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عن عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال....".

وأما بالنسبة للرسم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T فإنه ذو طبيعة تعاقدية، برغم من أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي عقود التزام للمرافق العامة ولكن بصورة حديثة بسبب ما لها من أحكام بموجب القانون، ففي مصر قررت القوانين المنظمة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية للمتعاقد مع الإدارة امتيازات خاصة بالاستثناء من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، ومن بين هذه المزايا مسألة المقابل المالي أو الرسم الذي تحصل عليه شركة المشروع، حيث يختلف حكم الرسم في هذه العقود عن الرسم في عقد التزام المرافق العامة من ناحيتين هما:

أولاً: أن الرسم الذي تحصل عليه شركة المشروع (الملتزم) في عقود مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية مقابل تأدية الخدمة لجمهور المنتفعين يعد من الشروط التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والجهة الإدارية المتعاقدة، وهو ما ينسجم مع طبيعة تلك العقود باعتبارها تكلف المستثمر أموالاً طائلة في بناء وتشييد المشروع ثم في استغلاله الذي يكون لفترة طويلة نسبياً وبالتالي لا يعقل أن تستأثر الإدارة وحدها بتعديل قيمة الرسم[١]، ولذلك فإن القوانين التي تنظم عقود مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية قررت أن أحكام هذه العقود تعد استثناءاً من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة المصري، وبالتالي لا ينطبق عليها حكم المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة والتي تقرر الطبيعة اللائحية للرسم في عقد التزام المرفق العام[٢].

وأما إذا رأت الجهة الإدارية أن الخدمة التي تقدمها شركة المشروع عالية التكلفة، وإن سعرها لا يتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين بالمرفق، فإنه في هذه الحالة تتدخل الجهة الإدارية لشراء الخدمة من شركة المشروع، على أن تقوم بتقديمها هي إلى جمهور المنتفعين بسعر أقل متحملة في ذلك فرق السعر[٣]، وذلك هو ما حدث بالفعل في صدد عقد كهرباء إنشاء محطتي كهرباء سيدي كرير، حيث اتفقت الحكومة ممثلة في هيئة كهرباء مصر مع شركة

---

[1] SAMY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction ménes selon al formule B.O.T (Build, operate, transfer) droit égyptien – droit français, thèse, Paris 1, 2000, P. 343.

[٢] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

[٣] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٣١٢ وما بعدها.

انترجن / باكتيل سيدي كرير (Intergn / Bechtel) على إبرام اتفاقية لشراء القوى الكهربائية لكي تقوم بموجبها شراء ما تنتجه هذه المحطة من كهرباء بسعر عالي يغطي نفقات الشركة على المدى البعيد ثم تقوم بإعادة بيع هذا المنتج على جمهور المنتفعين بسعر رخيص يتناسب مع قدرة محدودي الدخل من المنتفعين[١].

ثانياً: أن الرسم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يتقيد بالقواعد المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة المصري والمتعلقة بتحديد حد أقصى للأرباح التي يمكن أن يجنيها الملتزم والمحدودة بـ (١٠%) من قيمة رأس المال بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال[٢].

ويتبين لنا أن في ذلك ميزة جوهرية ومهمة تتميز بها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود الإدارية بل ميزها عن أقرب العقود لها في الفصيلة وهي عقود التزام المرافق العامة والتي لا يجوز أن تزيد حصة الأرباح فيها على مقدار (١٠%)[٣].

كما يتبين لنا أن الهدف والغاية من عدم خضوع الرسم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية للقواعد المنصوص عليها في المادة الثالثة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة السابق ذكرها هو جذب المستثمرين وتشجيع الاستثمار في مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية ذات التكاليف الباهظة، والتي تحتاج في المقابل فترة طويلة نسبياً لاسترداد شركة المشروع ما تكبدته من نفقات، فكان من الضروري لجذب المستثمرين عدم التقيد بقاعدة أو حاجز الـ (١٠%) السابق الإشارة إليه.

وفي الكويت فقد نظمت المادة السابعة والعشرون من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص[٤]، أسس تحصيل مقابل الخدمات في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المراد إنشاؤه، حيث نصت على أن " يجب أن يتضمن عقد الشراكة الأسس التي تقوم على أساسها شركة المشروع بتحصيل مقابل الخدمات التي تقدمها أو الأعمال التي تنفذها، بالطريقتين التاليتين أو بإحداهما:

---

[١] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٩٧ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٥٦.

[٢] تنص المادة الثالثة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة المصري على أنه " لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق العام في أية سنة عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال...".

[٣] وكما جاء في المذكرة الإيضاحية الخاصة بالمادة الثالثة من القانون (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ على أنه " يجب أن يكون هذا المبلغ الحد الطبيعي لجزاء الملتزم إذا لا يجوز له أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية والتجارية في أرباح غير محدودة، فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة التعاقدية التي تكون لمثل تلك المشروعات".

[٤] نشر القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بجريدة الكويت اليوم، العدد ١١٩٧، السنة الستون، بتاريخ ٢٠١٤/٨/١٧، وصدر مرسوم رقم بقانون (٧٨) لسنة ٢٠١٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص ونشر بجريدة الكويت اليوم، العدد ١٢٢٩، السنة الحادية والستون، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٩.

١- عن طريق الجهة العامة، مقابل:

أ- توفير الخدمة متوافقة مع معايير الأداء المتفق عليها.

ب- استعمال الخدمة أو البنية التحتية التي يوفرها مشروع الشراكة.

ج- حد أدنى من الطلب المتوقع على الخدمة أو البنية التحتية التي يوفرها مشروع الشراكة.

د- استكمال مراحل محددة متفق عليها من التنفيذ أو التشغيل أو البنية التحتية، شرط أن يكون متفق عليها في الجدول الزمني المعتمد لتنفيذ المشروع.

ه- تحقيق نسبة عائد داخلي محدد في وثائق طرح المشروع.

٢- من المستفيدين من الخدمة أو البنية التحتية من غير الجهات العامة، وفي إطار ما يحدده عقد الشراكة من آلية لاحتساب المقابل".

وفي هذا الصدد فقد أوصى دليل اليونستيرال(UNCITRAL) التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أن القانون يجب أن يتيح للملتزم مكنة تحصيل التعريفات أو أتعاب الاستخدام نظير استعمال المرفق أو الخدمات التي يوفرها، واتفاق المشروع يجب أن ينص على طرق وصيغ تحديد هذه التعريفات أو رسوم الاستخدام[١].

ولقد أصبح من الضروري تحقيق توازن بين مصالح المستثمرين من جانب والمستخدمين الحاليين والمستقبليين من جانب آخر، وأن تأخذ المعايير التشريعية لتحديد التعريفات والأتعاب في اعتبارها، وأن تنظر جهة الإدارة بعين الأهمية إلى العوامل الاجتماعية، وأيضاً مصلحة شركة المشروع في تحقيق مستوى من التدفق النقدي يضمن السلامة الاقتصادية والربحية التجارية للمشروع، وأنه من المفيد أيضاً تزويد الأطراف- الجهة المانحة والملتزم - بالسلطة الضرورية أو اللازمة للتفاوض على ترتيبات ملائمة - كترتيب أحكام للتعويض - لمعالجة المواقف التي فيها يكون تطبيق قواعد ضبط التعريفات ذات الصلة المباشرة أو غير المباشرة بالخدمات التي يقدمها الملتزم، من شأنها تثبيت أو تحديد التعريفات أو الأتعاب عند مستوى أقل من المستوى المطلوب للتشغيل التجاري للمشروع[٢].

وعلى العموم سواء تضمن القانون قواعد خاصة بتحديد سعر الخدمة أم تولى معالجة هذه المسألة العقد ذاته فإن هناك قواعد تبنتها الدول المختلفة لتحديد أسعار الخدمات بالنسبة

---

[1] See, UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page xxv. Recommendation 46. "The law should enable the concessionaire to collect tariffs or user fees for the use of the facility or the services it provides. The project agreement should provide for methods and formulas for the adjustment of those tariffs of user fees".

[٢] د. حسني عبد السميع، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص ٢٧٩ وما بعدها.

لمشاريع مرافق البنية التحتية المنفذة بموجب نموذج عقد الـ B.O.T لأجل تحقيق التوازن بين مصالح الحكومة ومصالح المنتفعين من جهة، ومصلحة شركة المشروع من جهة أخرى. ويمكن تحديد أهم هذه القواعد بما يلي:

١- طريقة معدل العائد: يتم وفق هذه الطريقة حساب سعر الخدمة في ضوء النفقات المختلفة لشركة المشروع وذلك بدءاً من السنة الأولى للتجريب، ومن ثم تعديل السعر إذا ما حدث تغيير في التكاليف الاستثمارية لشركة المشروع[١].

وقد اتبعت كل من الولايات المتحدة الأمريكية وكندا واليابان وماليزيا وغيرها من الدول هذه الطريقة في عقود البوت في قطاعات مرافق البنية التحتية رغبة منها في الحد من قدرة الشركات الخاصة العاملة في قطاعات البنية التحتية في استغلال مركزها الاحتكاري[٢].

٢- طريقة سقف السعر: ويتم وفق هذه الطريقة تحديد الحد الأقصى لسعر الخدمة لمدة زمنية معينة، ويتم تعديل السعر بعد ذلك ولكن لابد أن يؤخذ في الاعتبار معدل التضخم والتطور التكنولوجي مما يؤدي إلى تغيير هذا السقف دورياً[٣]. ويحقق الاعتماد على هذه الطريقة حافزاً قوياً للقطاع الخاص لتخفيض تكاليف إنتاجه وتحسين كفاءته مما ينعكس على جودة الخدمة المقدمة ورفاهية المستهلكين فطالما أن مكاسب الكفاءة المتحققة سوف يحصل عليها القطاع الخاص منفرداً، فسوف يبذل أقصى جهده حتى لا تقترب تكلفة إنتاج الوحدة الواحدة من الحد الأقصى للسعر[٤].

٣- طريقة سقف العائد: يتم وفق هذه الطريقة تحديد سقف العائد الإجمالي للمشروع، أي تحديد مقدار الربح الكلي الذي تحصل عليه شركة المشروع بحيث لا تتجاوزه[٥].

وبناءاً على ما سبق عرضه للقواعد الهامة في تحديد أسعار الخدمات بالنسبة لمشاريع مرافق البنية الأساسية المنفذة بنظام الـ B.O.T، وجدت لزاماً علىّ أن أتناول في المطلب القادم وبشيء من التفصيل تحديد المقابل المالي في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

---

[١] د . وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

[٢] د. سعيد عبدالعزيز عثمان، دراسات جدوى المشروعات ومشروعات الـ B.O.T بين النظرية والتطبيق، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٦٨.

[٣] د . وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

[٤] د . سعيد عبد العزيز عثمان، المرجع السابق، ص ٥٧١.

[٥] د . وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

المطلب الثاني

تحديد المقابل المالي (الرسم) في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T).

يمثل المقابل المالي الدافع الحقيقي لشركة المشروع من وراء إبرامها لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، كما يعتبر هذا المقابل المالي من أهم الحقوق التي تحرص شركة المشروع على الحصول عليه، كما يتم الاتفاق عليه وتحديده من قبل جهة الإدارة والمتعاقد معها.

وهذا ما حرصت عليه الحكومة المصرية من خلال القوانين الأربعة التي صدرت بشأن مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية على الحق المالي لشركة المشروع والتأكيد على طابعه التعاقدي وعدم وجود حد أقصى له كما هو الشأن في عقود التزام المرافق العامة[1].

ففي القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ الخاص بإنشاء وتشغيل وإدارة محطات توليد الكهرباء في المادة السابعة منه، والتي تنص على أنه " يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وتوليد الكهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتيازات".

ويلاحظ أن المادة السابعة أطلقت يد الجهة الإدارية من التقيد بقيود القانونين المذكورين، وبالتالي فإنه يحق لجهة الإدارة منح الترخيص لشركات خاصة محلية أو أجنبية في مجال إنشاء محطات الكهرباء وتشغيلها وصيانتها وهي مشاريع تحتاج إلى أموال طائلة وتكنولوجيا متقدمة ومعدات خاصة، مما يستلزم معه تشجيع الشركات الاستثمارية عن طريق تحريرها من قيد سلطة الإدارة في تعديل الرسم بالإرادة المنفردة واستبداله بتعديل الرسم عبر الإرادة المشتركة بين الجهة الإدارية وشركة المشروع، وأيضاً تحريرها من قيد الحد الأقصى للربح بمقدار (١٠%) المحددة بالقانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧[2].

وبما أن المنتجات والخدمات التي تنتجها وتقدمها شركة أنترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء سوف تكون ذات سعر مرتفع وغير متناسب مع محدودي الدخل، وكذلك لا تملك الإدارة تعديله لأنها ليست من سلطتها وفقاً للقانون المنظم لهذا العقد، فقد قامت هيئة كهرباء

---

[1] أنظر ما سبق بيانه عن هذه القوانين، في ص ٨٣ من هذا البحث.

[2] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص٧١ وما بعدها.

- كذلك انظر: المستشار. معتز كامل مرسي، المرجع السابق، ص ١٦٧.

مصر بإبرام عقود لشراء منتجات القوى الكهربائية من شركة كهرباء انترجن سيدي كرير وقامت بعد ذلك بإعادة بيع المنتجات التي اشترتها إلى عامة جمهور المنتفعين بسعر أقل وذلك لدعم محدودي الدخل بتوفير السلعة لهم بسعر مناسب من ناحية ولدعم شركة المشروع نفسها من ناحية وعدم ركود بضاعتها[1].

وفي القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بالترخيص بإنشاء الطرق العامة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وبموجب المادة الأولى منه أصبحت الطرق العامة تنقسم إلى أربعة أنواع من الطرق هي: طرق حرة، وطرق سريعة، وطرق رئيسية، وطرق إقليمية، وكما نصت المادة الثانية عشر منه على أنه " يجوز منح التزام المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ في شأن التزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية وتعديل شروط الامتياز "[2].

ومن الملاحظ هنا أن القانون نص صراحة على جواز منح التزامات بإنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية لشركات خاصة أجنبية أو محلية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، كما أن هذا القانون يخول شركات المشروع مزايا عدة أهمها حق الحصول على المقابل المالي (الرسم) دون التقيد بأحكام القانونين السابقين أي دون القيد الذي يقرر بعدم جواز زيادة الأرباح عن مقدار (١٠%) من رأس المال بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال، ودون القيد الذي يقرر حق جهة الإدارة في تعديل قوائم الأسعار بالإرادة المنفردة[3].

وكما أن هذا القانون يؤكد على الطبيعة التعاقدية للرسم أو المقابل المالي الذي يتم تحصيله مقابل المرور في هذه الطرق حيث لا يجوز لجهة الإدارة تعديله بالإرادة المنفردة، ولكن عبر مفاوضات تجرى بين جهة الإدارة والمتعاقد معها حتى يتم التوصل إلى اتفاق بينهما على السعر المناسب الذي يرضي شركة المشروع باعتبارها تطمح للربح وتعويض ما أنفقته في إنشاء المشروع، ويرضي جهة الإدارة باعتبارها المسئولة عن حماية مصالح المنتفعين بالخدمة العامة[4]، وبالتالي لا يجوز للسلطة المانحة للالتزام الممثلة في مجلس الوزراء بموجب هذا القانون أن تعدل في هذا الرسم دون موافقة شركة

---

[1] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٣١٢ وما بعدها.
[2] د. حماده عبدالرازق، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٥٢.
[3] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٣١٣.
[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ١٩٣.
كذلك أنظر:
- CHERIF YOUSSEF HELMY KHATER, le contrat de concession de service public ou B.O.T, en droits français et égyptien, étude compare de l'évolution contemporaine, these, paris 1, 2004 , P. 44.

المشروع، مما يعد ضمانة هامة في عدم تغيير المقابل المالي الذي تم تحديده من قبل طرفي العقد[1].

وفي القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول ترخص المادة الأولى من هذا القانون " منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول أو أجزاء منها أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم في المطارات وأراضي النزول، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران المدني الصادر بالقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٨١ وقانون رسوم الطيران المدني الصادر بالقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٨٣....."[2].

وبالفعل تم إنشاء عدة مطارات في مصر مثل مطار العلمين ومطار مرسى علم ومطار رأس سدر، حيث تم الاتفاق في العقود المبرمة والدفاتر الملحقة على كيفية تحصيل المقابل المالي الذي تحصل عليه شركة المشروع مقابل ونظير إنشاء وتشغيل هذه المطارات بما لا يتعارض مع قانون رسوم الطيران المدني رقم (١١٩) لسنة ١٩٨٣ لضمان عدم المنافسة، وكما تم الاتفاق على إمكانية تعديل الرسم بموجب اتفاق تم إبرامه بين شركة المشروع والجهة المانحة للامتياز ممثلة في مجلس الوزراء والوزير المختص[3].

وفي القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ التخصصيه والمعدّل بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ الخاص بإنشاء الموانئ العامة أو التخصصيه أو الأرصفة المتخصصة في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، حيث جاءت المادة الرابعة مكرراً من هذا القانون بالنص على أنه " مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية والأنظمة الخاصة بشأن الموانئ والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانئ عامة أو تخصصيه أرصفة متخصصة في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩)

---

[1] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

[2] د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص٨٤.

[3] أ. محمد السيد علام، المطارات الاستثماريه التي تشرف عليها الهيئة والجاري تنفيذها بنظام "B.O.T"، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ٢٥٨ وما بعدها.

- كذلك أنظر: المستشار. إبراهيم زكي، نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١٠٣.

لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق وتعديل شروط الامتيازات"[١].

وبناء على ذلك قررت تلك المادة الحق لشركة المشروع في تحصيل المقابل المالي الذي تقتضيه مقابل استخدام الموانئ التي تنشئها، وأن تلك الشركة تنفرد وحدها بتحديد تعريفة هذا الاستخدام، وخاصة أنه لا يوجد أي عائق في تحديد هذه التعريفة ما دامت لا تخضع للحد الأقصى للربح المقرر في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بمقدار (١٠%)، حيث أن القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ أخرج تلك المشروعات من عباءة القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ [٢].

وأيضاً في مصر تضمنت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أحكاماً تتعلق بتحديد المقابل المالي أو الرسم ومقابل فئات الخدمات ونسبة ما يعود منها للجهة الإدارية المالكة والمبينة في المادة (٣) في البنود (٦، ٧، ٨، ١٣) وبالملاحق أرقام (٢٣ ، ٢٤، ٢٥) وهي ذات طبيعة اتفاقية من عقد إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T [٣].

---

[١] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٥٠ وما بعدها.

٢ د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ٩٩.

- كذلك أنظر:

- SAMY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction ménes selon la formule B.O.T (Build, operate , transfer) droit enégyptien – droit français, thèse, Paris 1, 2000, P.192.

[٣] العقد نشر بالوقائع المصرية، العدد ٢٦٤، تابع، في ١٩٩٨/١١/١٩م.

- " المادة ٣- جـ إدارة وتشغيل المطار – البند (٦) يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات ووفقاً للآلية التي يتم تحديدها بالملحق رقم (٢٣) – البند (٧) يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية بالمطار مسئولية المالك وعليه تخصيص العدد الكافي من العاملين ذوي التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقاً للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقاً للأسلوب والشروط التي تم تحديدها بالملحق (٢٢)،ويكون المالك مسئولاً عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها وهبوطها وتحركها على أرض المطار، وذلك توحيداً للمسئولية عن سلامة تلك الحركة، ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو بالغير من جراء قيامة بتشغيل برج المراقبة. البند (٨) يتعهد الملتزم بأن يدفع للمالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق رقم (٢٤) – البند (١٣) يتعهد الملتزم أن يدفع للمالك نسبة من عائد جميع استثماراته بالمطار، وذلك على نحو ما هو محدد بالملحق (٢٥).
- الملحق (٢٣) مقابل الخدمات والدخول والتراخيص فئات وآلية تحصيل مقابل الخدمات.

١. يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء المادة (٥) – د وإدارة وتشغيل المطار – البند (٦) من اتفاق إطار التعاقد.
٢. يتضمن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال جميع المكونات الواردة في القانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوي وأشغال وأراضي الموانى الجوية، ويتضمن المقابل ما يقترحه المستثمر من مكونات، مع الالتزام بالقوانين المصرية.
٣. يقدم المستثمر إلى المالك قبل ثلاثة أشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية تالية، بيان عن الفئات التي ستقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم، ويكون هذا البيان هو ما يطلب المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية.
٤. يعلن المستثمر عن مكونات وفئات الخدمات للمستفيدين قبل شهر من بدء تشغيل المطار، ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تالية.
٥. ويحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك، والإعلان عنها قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر.

- الملحق (٢٤) قواعد حساب مقابل تشغيل برج المراقبة والمساعدات الملاحية:

=

وأما في الكويت فقد بدأت الحكومة الكويتية في إبرام العديد من عقود البنـــاء والتشـــغيل ونقل الملكية على سند من القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة[١] – في بداية الأمر – وذلك بتفعيل المادة السابعة عشر من هذا القانون في صورة إجازة تأجير الأراضي المملوكة للدولة لإقامة مشروعات خاصة مقابل أجر تحصل عليه الدولة على أن تستثمر شـــركة المشروع مشروعها لمدة محددة[٢].

فتم إبرام العديد من العقود التي تأخذ بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث تعهـــد جهة الإدارة بموجب هذه العقود للقطاع الخاص بمهمة إنشاء مرافق عامة وإدارتها واستغلالها خلال مدة معينة، تعود بعدها هذه المرافق إلى الدولة.

ومن أهم تلك العقود ما يلي:

١- عقد إنشاء وإدارة سوق الخضار واللحم والسمك[٣].

٢- عقد إنشاء سوق الماشية والمسالخ في محافظات الكويت[٤].

٣- عقد إنشاء واستغلال مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له[٥].

٤- عقد بناء وتشغيل محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية[٦].

= ١. يدفع المستثمر إلى المالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية على النحو التالي:
- نسبة ٥% من قيمة عائد تشغيل البرج في السنة الأولى من بداية التشغيل، و ١٠% من قيمة عائد التشغيل في السنة الثانية، و ١٥% من قيمة عائد التشغيل اعتباراً من السنة الثالثة وحتى انتهاء مدة الامتياز (وبحد أدنى قيمة أجور ومكافآت وحوافز جهاز التشغيل من قبل المالك)
٢. يقصد بعائد تشغيل البرج والمساعدات الملاحية رسوم الخدمات الملاحية بالمطار.
٣. يدفع المستثمر إلى المالك مقابل تشغيل برج المراقبة والمساعدات الملاحية شهرياً على أساس الموازنة الموضوعة لذلك، ويتم عمل تسوية للمستحقات كل ٣ شهور.
٤. يقصد بأجور ومكافآت وحوافز جهاز التشغيل من قبل المالك (هيئة الطيران المدني) مجموعة ما يتقاضاه الموظف خلال السنة المالية في حال تواجده للعمل في القاهرة مضافاً إليه نسبة (١٠٠%).
٥. يكون عدد الموظفين المكلفين من قبل الهيئة مناسباً للحركة الجوية وأسوة بالأعداد المناظرة في مطار الغردقة.
• الملحق (٢٥) ما يعود لهيئة الطيران المدني من عائد الاستثمارات مقابل حق الاستغلال نسبة قدرها ٣% من قيمة العائد السنوي من الإيراد لجميع الاستثمارات بالمطار بعد فترة سماح خمس سنوات من بدء التشغيل تزاد بمعدل ١% كل خمس سنوات وذلك لحين انتهاء فترة الامتياز وعلى المستثمر أن يخطر المالك في نهاية كل سنة ببيان إيرادات المطار مصنفة إلى نوعيات، ونصيب المالك منها، وعلى المستثمر أن يرسل مع البيان المشار إليه عاليه شيك مقبول الدفع بنصيب المالك من الإيرادات".

[١] نشر هذا القانون في جريدة الكويت اليوم، السنة السابعة والعشرون، العدد ١٣٣٤، صدر في تاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٨٠.

[٢] تنص م (١٧) من القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة بالكويت على " جواز تأجير أملاك الدولة الخاصة العقارية أو المنقولة بأجر أسمي أو أقل من أجر المثل إلى شخص معنوي أو طبيعي بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام، ويكون التأجير بناء على اقتراح الوزير أو رئيس الهيئة أو المؤسسة المختصة وموافقة مجلس الوزراء، في هذه الحالة لا يجوز أن تزيد مدة الإيجار على عشرون سنة".

[٣] تم إبرام العقد في عام ١٩٩٤، مشار إليه لدى أ. دلال العوضي، المرجع السابق، ص٦٢.

[٤] تم إبرام العقد بموجب القرار الصادر من وزير الدولة لشئون مجلس الوزراء رقم (ت و / م ب / ٩٣/١/١١) المتخذ بتاريخ ٢٤ رمضان ١٤١٣ هـ الموافق ١٩٩٣/٣/١٧.

[٥] تم إبرام العقد في يوم الأربعاء الموافق ١٩ مايو ١٩٩٩، بين الإدارة العامة للطيران المدني الكويتي والشركة الكويتية المتحدة لإدارة المشاريع (K U C M).

[٦] عقد رقم (١٢-٩٩/٢٠٠٠) (بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبة)، وزارة الأشغال العامة، دولة الكويت، تم عقد الاتفاقية في دولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو لسنة ٢٠٠١.

٥- عقد استثمار مشروع تطوير المنطقة الحرفية الخدمية غرب منطقة أبو فطيرة[١].

ويلاحظ على مشاريع الـ B.O.T السابقة في شأن موضوع تحديد المقابل المالي الملاحظات التالية:-

أولاً: أن المقابل المالي الذي تحصل عليه شركة المشروع قد يكون مبلغاً من المال تقوم بدفعه الدولة للملتزم مقابل المنتجات التي ينتجها المشروع على أن تقوم الدولة بإعادة بيعها إلى المنتفعين بسعر أقل أو بالمجان أي تبرم اتفاقية شراء للمنتج وهو أمر أُخذ به في محطة الصليبية للصرف الصحي وذلك على غرار ما عُمل به في محطة كهرباء سيدي كرير في مصر على النحو السابق بيانه.

وقد ورد في الوثائق الخاصة بمناقصة بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية – القسم السادس بعنوان أسعار المياه الناتجة البند السادس النص على أنه " سيتم دفع قيمة المياه المعالجة المصقولة بالدينار الكويتي، ولن تضمن وزارة المالية في دولة الكويت أي تغييرات في أسعار صرف العملات، وستزود الحكومة الكيان القانوني الفائز بإذن يتيح له تحويل أي مبالغ مدفوعة إليه في ما يتصل بهذا المشروع"[٢].

ثانياً: أن حكومة الكويت كانت تقوم بتأجير الأرض المقام عليها المشروع وتحصل على القيمة الإيجارية التي يتوجب على المستثمر سدادها للدولة ممثلة بوزارة المالية نظير انتفاعه بحق استغلال الأرض المقام عليها المشروع لمدة معينة تصل إلى عشرين سنة على أن تقوم شركة المشروع بإعادة المشروع إلى دولة الكويت في نهاية المدة المحددة[٣].

ثالثاً: أن شركة المشروع كانت تأخذ مقابل نقدي (رسم) من جمهور المنتفعين بالمرفق مقابل الخدمة التي تقدمها، وأن تحديد هذا المقابل كان يتم في العقد المبرم بين شركة المشروع والدولة.

رابعاً: أن عقد استثمار مشروع تطوير المنطقة الحرفية الخدمية في غرب منطقة أبو فطيرة نص البند السادس من هذا العقد على المقابل المالي للمستثمر، حيث جاء فيه "اتفق الطرفين على أن يكون المردود المالي العائد للمستثمر عينياً ممثلاً في عنصرين:

أولاً: تملك المستثمر الخاص لمجموعة من القسائم والثاني استثماره للمحلات والدكاكين التجارية بالمشروع لمدة عشرين عاماً.

---

[١] عقد استثمار مشروع تطوير المنطقة الحرفية غرب منطقة أبو فطيرة، المبرم بين الهيئة العامة للصناعة في الكويت وشركة الإنشاءات الشرقية، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣١.

[٢] أنظر الوثائق الخاصة بمناقصة بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، برنامج الاقتصاد التقني، دولة الكويت، وزارة المالية، معهد الكويت للأبحاث العلمية، يوليو ١٩٩٩، ص٣٢.

[٣] ومن أمثلة ذلك ما تم الاتفاق عليه في عقد استثمار مشروع تطوير المنطقة الحرفية الخدمية غرب منطقة أبو فطيرة، المبرم بين الهيئة العامة للصناعة في الكويت وشركة الإنشاءات الشرقية، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣١، في البند السادس والسابع من العقد المبرم بنظام الـB.O.T.

ثانياً: مقابل مادي متمثلاً في الإيراد الناتج من الخدمات الاختيارية المنصوص عليها بدراسة الجدوى المقدمة من المستثمر على التفصيل الوارد في هذا البند"[1].

خامساً: أن العقد المبرم لإنشاء واستغلال مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له السابق ذكره تم تحديد برنامج زمني لمراحل تنفيذ المشروع (مرحلة التصميم المبدئي – مرحلة التصميم التفصيلي – مرحلة إعداد المخططات التنفيذية ووثائق المناقصة – مرحلة التنفيذ)، ولما بعد ذلك بدأت مرحلة الاستغلال ثم الاتفاق على قيام شركة المشروع بتحصيل الرسم المقرر من وقوف السيارات طوال مدة تنفيذ العقد والمقررة بعشرين سنة، على أن يكون المقابل المالي على النحو التالي:

١- بالنسبة لمواقف السيارات الحالية: لا تغيير في الرسوم المطبقة حالياً وذلك خلال فترة التنفيذ.

٢- بالنسبة لمواقف سيارات المدى الطويل: يجب ألا تزيد الرسوم المقررة على وقوف السيارة الواحدة عن دينار واحد (كويتي) لكل ١٢ ساعة أو جزء منها، وبما لا يتعدى دينارين (كويتيين) في اليوم الواحد.

٣- بالنسبة لمواقف سيارات المدى القصير: تقرر لها مقدار محدد من الرسوم حيث ينبغي ألا تزيد الرسوم المطروحة على وقوف السيارات عن (٢٠٠ فلس كويتي) لأول ساعة لكل سيارة، وعن (٤٠٠ فلس كويتي) لكل ساعة إضافية أو جزء منها.

٤- بالنسبة للمتاجر والمكاتب والمقاهي والمطاعم والمخازن: يكون السقف الأعلى للإيجار (٤٠ د. ك) للمتر المربع شهرياً.

وأما بالنسبة للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي فقد جاءت المادة (٢٨) من اللائحة التنفيذية لهذا القانون لتضع طريقة تحديد المقابل المالي في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية[2].

---

[1] أنظر ما تبقى من فقرات البند السادس من عقد استثمار غرب منطقة أبو فطيرة والذي تناول أولاً القسائم التي سيتملكها المستثمر وشروط ملكيته لها، كما تناول المناطق الخدمية التي يستثمرها المستثمر ويكون له حق تحصيل مقابل الانتفاع بها، كما أورد ثالثاً المقابل المالي للخدمات الاختيارية التي يقدمها المستثمر كخدمات البريد والدعاية والإعلان، وخدمات كبائن الهواتف وماكينات المشروبات الغازية الساخنة.

[2] تنص م (٢٨) على أن " يجب أن يحدد عقد الشراكة طريقة احتساب المقابل الذي تحصل عليه شركة المشروع عن الخدمة أو عن أعمال البنية التحتية التي يتم تنفيذها وفقاً لطبيعة مشروع الشراكة ومتطلباته، ويراعى في تحديد هذا المقابل الاعتبارات والأسس التالية:

- أن تكون أسعار الخدمات والأعمال المقدمة من خلال مشروع الشراكة مناسبة في ضوء الاعتبارات الخاصة بمستوى جودتها.
- مراعاة مصلحة المستهلك وأسعار الخدمات والأعمال المماثلة إذا كانت تطبق عليها الأسعار الاقتصادية.
- تحقيق عائد مالي مناسب للمستثمر، وفقاً للأسس الواردة في دراسة الجدوى الخاصة بالمشروع وبافتراض توافر الكفاءة اللازمة في تنفيذ المشروع وتشغيله.
- أن يؤخذ في الاعتبار لدى تحديد أسعار الخدمات والأعمال المقدمة من المشروع – في حالة تحديدها في العقد – معدلات التضخم، وربط هذه الأسعار بمؤشرات تعديل واضحة طوال مدة العقد لمعالجة خدمة التمويل ومعدلات الصرف إذا كان من =

وإذا كانت الرسوم تتميز في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنها لا تخضع للقيود الواردة في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة على النحو السابق بيانه[١]، فالرسم يتحدد بموجب اتفاق يبرم بين الجهة الإدارية المعنية والمتعاقد معها، سواء ورد مقداره وطريقة تحديده ومعدل تغييره في نصوص العقد ذاته أم في كراسة الشروط الملحقة بالعقد والتي قد تتضمن القواعد والشروط الواجبة الإتباع فيما يتعلق بإعادة النظر في قوائم الأسعار بسبب تغير الظروف، فإذا كان الرسم محدداً بموجب العقد ذاته فهو يعد بذلك تطبيقاً لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي يلتزم كل من الإدارة والمتعاقد معها به، فلا يجوز تغييره سواء بالنقصان أو بالزيادة إلا بموجب الاتفاق على تغيير سعر الرسم في ضوء ما يستجد من ظروف جديدة مع مراعاة الإجراءات والضوابط المقررة في هذا الصدد[٢].

وكما أن شرط الرسم هو من الشروط التعاقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وليس من الشروط اللائحية كما هو شأن الرسم في عقود التزام المرافق العامة، وبالتالي لا تملك جهة الإدارة تعديله بالإرادة المنفرده، وكذلك لا تملك بالمقابل شركة المشروع تلك السلطة حيث لا يمكنها أن تقرر بإرادتها المنفرده زيادة الرسم دون الرجوع للإدارة والاتفاق معها[٣]، ولكن يثور التساؤل هنا ما هو الحل في حالة تعذر التوصل إلى اتفاق بين جهة الإدارة والمتعاقد معها في هذا الشأن؟

في الحقيقة نكون أمام فرضين وهما كالتالي:

١. الفرض الأول: أن الذي قد يرفض تغيير الرسم بالنقصان هو المتعاقد مع جهة الإدارة، ويتمسك بالرسم المحدد في العقد، فإن الإدارة لا تملك هنا تغييره حتى ولو رأت فيما بعد أنه مبالغ فيه وغير متناسب مع الجمهور، وبالتالي قد يعزف الجمهور ويبتعد عن شراء هذه السلعة غالية الثمن مما يجعل المتعاقد يضطر إلى تخفيض السعر لكي تباع منتجاته وإلا بالتالي سيخسر السوق وستصاب منتجاته بالركود، إلا أن الأمر يزداد صعوبة إذا كان المتعاقد مع جهة الإدارة يحتكر المنتجات أو الخدمات النفعية العامة ويرفض تخفيض السعر. وإزاء ذلك لا يكون أمام جهة الإدارة سوى أن تقوم بإبرام اتفاق على شراء هذه المنتجات التي تقدمها شركة

شأنه أن يؤثر سلباً على عائدات المستثمر أو أن يخل بالتوازن المالي للعقد، وذلك حتى يكون سعر الخدمة وتحديثه أمراً تلقائياً متفق عليه في مستندات العقد. =

● أي دعم تقدمه الدولة للمشروع" .

[١] انظر ما سبق بيانه، في ص ١١٩ وما بعدها من هذا البحث.

[٢] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص٢٧٥.

- كذلك أنظر:

- FRANCOIS LICHERE, BORIS MARTOR, GILLES PEDINI, SEBASTIEN THOUVENOT, pratique des partenariats public – prive, Litec, 2006 , P. 72.

[٣] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص١٩٣.

المشروع بالسعر المتفق عليه، ثم إعادة بيعها مرة أخرى لجمهور المنتفعين بسعر أقل، وهذا هو ما حدث بالفعل في مصر في عقد مشروع شركة كهرباء سيدي كرير، كما يمكن للحكومة أن تبرم عقداً جديداً مع شركة مشروع جديدة للقضاء على الاحتكار وخلق المنافسة المشروعة، فتباع السلعة بسعر يتناسب مع غالبية جمهور المنتفعين[١].

٢. الفرض الثاني: أن الذي يرفض هي الإدارة تعديل الرسم بالزيادة، هنا لا يملك المتعاقد مع جهة الإدارة إلا اللجوء إلى القضاء لكي يحل محل الإدارة في هذا المجال، وفي هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن يحكم بزيادة الرسم المقرر في العقد، إلا إذا كان العقد أو دفتر الشروط الملحق بالعقد يحتوي على نصوص تقرر الشروط والضوابط والإجراءات الواجبة الاتباع في تغيير السعر، كوجود شرط يقرر معدل ثابت لتغيير السعر كأن يتقرر زيادة السعر بمقدار (١%) كل عام أو كل خمسة أعوام أو ما شابه ذلك، وهنا في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يقضي للمتعاقد بثبوت حقه في تطبيق وإعمال هذه القواعد[٢].

وأما في حالة عدم وجود مثل هذه الضوابط والإجراءات الواجبة الاتباع لتغيير السعر في العقد أو دفتر الشروط، فهنا يمكن للقاضي أن يقضي بالتعويض، إذا أصرت الإدارة على الرفض تعنتاً، رغم تغيير الظروف وزيادة السلع المماثلة، وذلك على أساس ركن الخطأ[٣].

وعلى ذلك تملك الجهة الإدارية في العقد سلطة تقديرية في الموافقة والاتفاق مع المتعاقد معها على تغيير السعر بالزيادة، ويمكنها بالمقابل أن ترفض تغيير السعر، ولا يحد من تلك السلطة التقديرية للإدارة إلا ما جاء في العقد من ضوابط وشروط وإجراءات بهذا الخصوص.

وكما توجد قيود على حرية كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها في تحديد الرسم أو المقابل المالي للمشروع تنحصر في قيدين أساسيين هما:

أولاً: التدخل التشريعي في مجال تحديد الرسم.

قد يحدد المشرع صراحة السعر الذي يتعين أن تُقدم على أساسه الخدمة للمنتفعين بالمرفق العام مثلما هو متبع بشأن تحديد سعر الغاز أو الكهرباء أو تعريفة المرور، فحينئذ لا تستطيع جهة الإدارة ولا المتعاقد معها الخروج على تلك القواعد[٤]، ولا يجوز لها الاتفاق على

---

[١] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت B.O.T( )، المرجع السابق، ص١٩٤.

[٢] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٧٨ وما بعدها.

- كذلك أنظر:

- PAUL LIGNIERES, partenariats public – privé, 2e edition, Litec, 2005, Paris, P. 71.

[٣] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٥٧.

[٤] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٥٤.

ما يخالفها ما دامت تلك القواعد آمره، أما إذا كانت تلك قاعدة مكملة جاز الاتفاق على ما يخالفها، وبحيث يجب إعمالها إذا لم يكن هناك اتفاق يخالفها[1].

ثانياً: احترام مبدأ المساواة في الرسوم بين المنتفعين.

يمثل مبدأ المساواة إحدى القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فلذلك ينبغي أن يكون سعر الخدمات والسلع موحداً ويباع للجمهور بسعر ثابت لا يختلف بحسب الشركات أو الأشخاص فالمرافق العامة تخضع لقاعدة المساواة بين المنتفعين[2]. وقد ورد تطبيق لقاعدة المساواة بين المنتفعين في نص المادة (٦٧٠) من القانون المدني المصري التي تقرر " ١- إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وجب عليه أن يحقّق المساواة القائمة بين عملائه سواء في الخدمات أو في تقاضي الأجور ٢- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام، ولكن المساواة تحرّم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزة يرفض منحها للآخرين ٣- وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوّض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة ".

والمقصود بالمساواة هنا هي توحيد المعاملة بين المنتفعين طالما تماثلت الظروف والأوضاع القانونية فيما بينهم، وبالتالي لا يشترط المساواة المطلقة أو الحسابية، إذا اختلفت الظروف[3]، وتطبيقها للمفهوم السابق قضي بمشروعية اختلاف الرسم باختلاف المكان الذي تؤدى فيه الخدمة للمنتفعين، حيث يجوز تغيير الرسم بحسب قرب أو بعد المكان الذي تؤدي فيه الخدمة للمنتفعين[4]. في حين أنه رفض التمييز في المعاملة بين المنتفعين الذي يستند إلى اعتبارات شخصية، كتغيير سعر الكهرباء وفقاً لمساحة أملاك المنتفع أو مقدار دخله أو راتبه[5].

وفي الكويت نص القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي على مبدأ المساواة في الرسوم بين المنتفعين في المادة (٤٠) منه حيث تنص

---

[1] أ. أحمد سليمان العتيبي، عقود خصخصة إدارة المرافق العامة وتجربتها في الكويت، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠٠٢، ص ١٤٥.

[2] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٧٦.

[3] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٣١٤.

[4] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٣٦/٧/١م، في قضية (Veyre)، المنشور بمجموعة سيري لسنة ١٩٣٧، القسم الثالث، ص١٠٥، المشار إليه لدى د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ١٩٠.

[5] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٥٦.

"على شركة المشروع الالتزام بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين من الخدمات التي يتيحها المشروع، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أم تقديم الخدمة.

وللشركة بعد موافقة السلطة المختصة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين الذين تتساوى مراكزهم القانونية، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً، وبشرط المساواة بين أشخاص كل فئة.

وتكون شركة المشروع مسئولة عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة أحكام هذه المادة ".

المبحث الثاني

حق شركة المشروع في التوازن المالي لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

تمهيد وتقسيم :

إن جهة الإدارة في مجال العقود الإدارية تتمتع بمجموعة من الامتيازات والحقوق، ومن أخطر هذه الحقوق والامتيازات حق الإدارة في تعديل العقد الإداري، مما يترتب عليه بالتالي التعديل في التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو النقصان، ولما كان المتعاقد إنما يجب أن يلتزم لأنه يضع أمام عينيه حقوقاً معينة ويعول عليها، ولما كانت التزامات المتعاقد قابلة للزيادة أو النقصان فيجب أن يكون هو الشأن أيضاً بالنسبة للحقوق المقابلة لها وهو ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري[1].

وظهرت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري منذ زمن بعيد، ولعل أول ظهور لها كان بمناسبة تدخل جهة الإدارة في عقود الامتياز، في النزاع الشهير المعروف باسم قضية الشركة الفرنسية للترام والذي صدر فيها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١١ مارس ١٩١٠، حيث عرض المفوض "بلوم" هذا المبدأ بقوله: "إذا انهار اقتصاد العقد من الناحية المالية، وإذا كان استعمال السلطة لسلطتها في التدخل قد أخل بهذا التوازن بين المزايا والأعباء، أو بين الالتزامات والحقوق، فلا شيء يحول بين الملتزم والالتجاء إلى قاضي العقد ليثبت أن التدخل رغم كونه مشروعاً في حد ذاته وملزماً له، إلا أنه قد أصابه بضرر يستوجب التعويض"[2].

---

[1] د.دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

[2] د.أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢١٨.

وبناءاً عليه سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أبحث في أحدهما فكرة التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبينما أتناول في المطلب الآخر نظريات التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: فكرة التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الثاني: نظريات التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T).

المطلب الأول

فكرة التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T).

إن نظرية العقد عموماً تتميز بأنها تعبر عن حقوق والتزامات متبادلة بين طرفي العقد، حيث يحاول كل طرف في مرحلة إبرام العقد أن يحصل على أكبر قدر من الحقوق وتحمل أقل قدر من الالتزامات، حتى يتوصلا إلى صيغة توافقية ترضي جميع الأطراف، ومن ثم يتم إبرام العقد في ظل هذا التوازن الذي يعبر عن الشريعة التي ارتضاها جميع أطراف العقد[1].

وفي العقد الإداري نجد كذلك أنه يعبر عن هذه المصالح المتعارضة والحقوق والالتزامات المتعاقبه بين أطرافه والتي ارتضاها جميع الأطراف، إلا أن العقد الإداري يتميز بصفة أساسية عن العقد المدني، وهي قابلية العقد الإداري للتعديل بل وحتى قابليته للإنهاء بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة المتعاقدة، وبالتالي فلا تخضع العقود الإدارية للمبدأ المهيمن على العقود المدنية الذي يقضي بثبات العقد، ويرجع السبب في ذلك إلى أن هدف جهة الإدارة الرئيسي من إبرامها للعقود الإدارية هو تحقيق المنفعة العامة لجمهور المنتفعين بالمرفق العام، وبالتالي تم التوصل إلى فكرة المرفق العام لأجل تحقيق هذه الغاية والتي من أجلها يبرر منح جهة الإدارة عدداً من الامتيازات والسلطات العامة الاستثنائية التي تمكنها من تحقيق هذه الغاية[2].

وتعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري أو إنهائه بالإرادة المنفردة، من أهم هذه السلطات في مجال العقود الإدارية، فإذا قامت باستعمالها واستخدامها فلا شك أنها تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بحالته التي كان عليها لحظة إبرامه[3].

وكما أن الحكومة أو الإدارة باعتبارها السلطة التي تدير كافة الأمور في الدولة تملك سلطة اتخاذ القرارات سواء على الصعيد الاقتصادي أو السياسي أو التنفيذي والتي قد تؤثر على حقوق والتزامات المتعاقد معها كقيامها على سبيل المثال بفرض الرسوم الجمركية

---

[1] د.جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٥٧.

[2] د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ٢١٣.

[3] د.عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ١٨٨.

والضرائب أو الإعفاء منها أو الدخول في حرب مع دولة أخرى، أو قيامها بوقف التصدير أو وقف الاستيراد، وكل ذلك من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، مما يستدعي تدخل جهة الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، لاسيما أن الغاية الأساسية للمتعاقد معها هو تحقيق الربح، وليس إشباع الحاجات وتحقيق المنفعة العامة، التي هي أقصى وأهم غايات جهة الإدارة[١].

وبناءاً على ذلك فإن أي زيادة في التزامات وأعباء المتعاقد نتيجة استعمال جهة الإدارة لسلطتها في تعديل العقد الإداري، أو وجود صعوبات مادية، أو ظهور ظروف طارئة، من شأن ذلك أن يرتب للمتعاقد معها حقاً أساسياً في تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد لحالته التي كان عليها عند بداية التعاقد[٢].

وبصفة عامة هذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد(La notion d' equilibre financier)، أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته (L'équivalencehonnête des prestations)، وهي فكرة ملازمة لحق التعديل، وذلك إعمالاً لقواعد العدالة[٣].

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي في العديد من أحكامه هذا المبدأ، ومنها ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٥٩/٧/١٥ في قضية (sociéte des alcohols)، من أن " للشركة وحدها فقط إذا اعتقدت أنها على حق أن تقدم طلب تعويض الضرر الذي ثبت أن زيادة أعباء الاستغلال المدخلة على هذا الوجه ألحقه بها"[٤].

هذا وقد أخذ مجلس الدولة المصري منذ بداية عهده بفكرة التوازن المالي للعقد، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن "..... إن الفقه والقضاء الإداري، قد خلق نظرية الظروف الطارئة، ونظرية التوازن المالي للعقد، وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعة كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، مع اختلاف مقدار التعويض، فتارة يكون التعويض كاملاً، وتارة يكون جزئياً. وأياً كانت الأسانيد التي قامت

---

[١] د.كمال طلبه، المرجع السابق، ص ٢٠٢.
- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٣٦.
[٢] د.أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.
[٣] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٩١.
[٤] ومنها أيضاً حكمه بتاريخ ١٩٣٣/٥/١٢ في قضية الشركة العامة للمياه، وبتاريخ ١٩٤٨/٤/١٤ في قضية وزارة الجيش ضد شركة المقاولات العامة، وبتاريخ ١٩٥١/٢/٩ في قضية مدنية نيس، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، والمشار إليه لدى د. مال الله جعفر الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، ص ٦٤١.

عليها هذه النظريات والقواعد، واختلاف الرأي في مبرراتها، فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد في الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري. كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة".

وفي موقع آخر من ذات الحكم تقول ذات المحكمة "..... ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة – مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذه الحيطة الواجبة – قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها، أو يتعرض لمخاطر إدارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد، ويصاب بخسارة محققة، فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم معه جهة الإدارة بقدر معين، فتعوضه تعويضا عادلاً عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها، تأسيساً على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة المالية في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار".

وفي فقرة أخرى من ذات الحكم، تقول ذات المحكمة: "إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة واحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه..... إذ إن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه، دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، كما أن إيثار ضرورة المرفق العام على

المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل ....."[1].

وكما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا المبدأ الذي أقرته محكمة القضاء الإداري، بل أخذت به واستمر أخذها به حتى اليوم، حيث أكدت على الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد، حيث حكمت في أحد أحكامها على أن "حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة سلطتها في تعديل العقد وتحويره بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام"[2].

وكما أشارت أيضاً المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى مفهوم التوازن المالي للعقد في أحد أحكامها الصادر في ٩ يونيه ١٩٦٢ وقد جاء فيه: "أن ارتفاع سعر الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة، مانعة عن تنفيذ التعهد بالتوريد، ولكنه يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً"[3].

وأيضاً في حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ فقضت بأن "تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية"[4].

وقد أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأن "تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم... على أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفة بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته، إلا أن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على إنقاص التعريفة خسارة، فعلى مانح الالتزام أن

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣، بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، المبادئ، السنة ١١ ق ، ص ٦٠٧، والمشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٦٥ وما بعدها.

[2] راجع حكمها في الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق. عليا – جلسة ١٩٧٨/٤/١٥، والمشار إليه لدى د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٢١٥٠ في ١٩٦٢/٦/٩، س ٧ ق، المجموعة، ص ١٠٢٤، والمشار إليه لدى أ. مرسال الماجدي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

[4] حكمها رقم ١٥٦٢ في ١٩٦٨/٥/١١، س ١٣ ق، المجموعة، ص ٨٧٤، المشار إليه لدى د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٩٧.

يعوضه عن هذه الخسارة إذ من المسلم أن للملتزم حقاً في التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلاً، وإن لها وحدها اختيار الوسيلة التي تتبع لتعويض الملتزم....."[1].

هذا وقد أخذ المشرع المصري بفكرة التوازن المالي في مجال عقود الالتزام في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة، حيث جاء في المادة السادسة منه "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول"[2].

وكما أيضاً أكدت المادتان (١٢٩)، (١٤٧) من القانون المدني المصري على أهمية تحقيق التوازن المالي للعقد وقررت وجوب إعادة التوازن إلى سيرته الأولى عند اختلاله عن طريق التعويض وإلا يجب إبطال العقد وفسخه[3].

وفكرة التوازن المالي للعقد تنطبق على مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، لما تتميز به عقود الـ B.O.T من أنها عقود زمنية طويلة المدة إذ قد تصل إلى ثلاثين أو خمسين أو تسع وتسعين عاماً[4]، فيكون من الطبيعي أن يحدث خلال هذه المدة الطويلة للعقد اختلال في التوازن المالي أثناء التنفيذ لتلك العقود – ليس بسبب وجود خطأ منسوب إلى الإدارة حيث لا مجال هنا لتطبيق فكرة التوازن المالي في هذه الحالة – وإنما بسبب ظروف اقتصادية أو سياسية أو مخاطر إدارية، بحيث تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة إلى حد يهدد بتوقف المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته، مما يؤدي بالتالي إلى اختلال سير المرفق العام محل العقد وتوقفه عن العمل بانتظام واطراد، وبالتالي كان لابد من

---

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة الصادرة بجلسة ١٩٥٦/٢/٤، والمشار إليها لدى د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.

[2] أ. عبدالله طالب الكندري، المرجع السابق، ص ١٨١.

[3] تنص المادة (١٢٩) من القانون المدني المصري على أن "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

- وكما تنص المادة (١٤٧) من ذات القانون على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها. ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

[4] وقد تم النص في المادة ٣ – فقرة (د) من عقد مطار العلمين المبني بنظام الـ B.O.T على أن "ومدة الالتزام خمسون عاماً شاملة فترة الإنشاء" بينما مدة الاتفاقية لتوريد الكهرباء من شركة انترجن سيدي كرير بحسب المادة (٥) هي "عشرون عاماً" والتي تنص على أن "تبدأ هذه الاتفاقية وتكون نافذة الأثر في التاريخ المبين بها وتستمر بكامل آثارها ونفاذها لمدة عشرين (٢٠) عاماً هي أعوام الاتفاقية.....".

إزالة تلك العوارض التي أدت إلى الاختلال في اقتصاديات العقد وذلك بجبر الضرر عن طريق التعويض من أجل إعادة التوازن المالي للعقد[1].

وكما أن القوانين الأربعة المصرية التي صدرت تطبيقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية السابق ذكرها[2]، قد أعربت عن أنها لا تتقيد بالقانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة المصري ولأنها تعد استثناءً منه، فإن القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ يظل هو الشريعة العامة التي تنطبق في عقود خرجت من خلاله وذلك فيما لم يرد به نص في القوانين الأربعة السابق ذكرها، وبناءاً عليه فإن نص المادة السادسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة السابق ذكرها[3]، تنطبق في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية دون الحاجة إلى النص عليها صراحة[4].

ومع ذلك فقد أكدت المادة التاسعة من القانون المصري رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ والخاص بمنح التزام إنشاء واستغلال المطارات وأراضي النزول، والذي تم بموجبه إبرام عقد إنشاء واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـ B.O.T، على حق شركة المشروع (شركة كاتو للاستثمار) أن تطلب زيادة مدة الإنشاء – التي هي في الأصل ثلاث سنوات – في حالات معينة تحقيقاً للتوازن المالي في العقد، وطبقاً لهذه المادة يكون للملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات الآتية:

١- بناءً على قرار من المالك.

٢- القوة القاهرة.

٣- ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع ويقرها المالك.

٤- أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك[5].

وكما جاء في المادة الثالثة – الفقرة ج – البند ٣ من ذات العقد النص على أن: "يكون للملتزم في الحالات التي تتوقف فيها عمليات الطيران بالمطار لفترة أكثر من شهرين لأسباب قهرية خارجة عن إرادته أن يطلب من المالك إغلاق المطار بالنسبة لعمليات الطيران وفي حالة قيام المالك بذلك يتوقف الملتزم عن دفع تكاليف تشغيل برج المراقبة الجوية والخدمات الملاحية للمالك، ويتم مد فترة الالتزام المتفق عليها بين الطرفين بمقدار نفس المدة التي أغلق فيها المطار".

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٥٨.
- كذلك انظر:
- LOUIS VIDAL, l'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant, 2005, p.132.

[2] سبق الإشارة لهذه القوانين الأربعة المصرية ، انظر ص ٨٣ من هذا البحث.

[3] انظر ص ١٤٣ من هذا البحث.

[4] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ١٩١.

[5] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٣١٨.

وفي الكويت من تطبيقات التوازن المالي للعقد، ما ورد في عقد استثمار الواجهة البحرية (مارينا مول) وهو من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T حيث نص في المادة (١٥) من هذا العقد على أن "يلتزم الطرف الثاني بالتأمين على المباني ضد الحريق والحروب والكوارث الطبيعية لدى إحدى شركات التأمين الكويتية مع تزويد الطرف الأول بنسخة من وثيقة التأمين"[١].

ومن جماع ما سبق نجد أن تطبيق فكرة التوازن المالي على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تشكل ضمانة هامة للمتعاقد مع جهة الإدارة حيث تضمن جهة الإدارة بموجبها تعويضهم إذا ما جدت ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد أو حتى إذا ما تغيرت الظروف القائمة وقت إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهذا بالطبع أمر لا نظير له في مجال عقود القانون الخاص الذي يحكم عقودها مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن هنا تتضح أهمية وصف عقود الـ B.O.T بالطبيعة الإدارية بحيث يكون هناك مجال لتطبيق فكرة التوازن المالي للعقد عليها.

المطلب الثاني

نظريات التوازن المالي في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية(B.O.T).

إن فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض نتيجة لخطأ منسوب إلى الإدارة، بل لابد لإعمال تلك النظرية ألا يكون هناك خطأ منسوباً لجهة الإدارة وهذه الحالات هي نظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ومما لا شك فيه أنه نظراً لاستمرار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فترة طويلة من الزمن، بالتالي كان من الطبيعي أنها قد تتعرض أثناء عملية التشييد أو التشغيل إلى عوارض قد تؤدي إلى أن تختل اقتصاديات العقد اختلالاً كبيراً، لذا يثور التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق هذه النظريات أو توافر شروطها في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهو ما سوف نحاول أن نبينه في هذا المطلب وذلك باستعراض كل من تلك النظريات الثلاث في العقود التي أبرمت بنظام الـ B.O.T وذلك بالقدر الذي يتطلبه طبيعة هذا المطلب.

وعلى ضوء ما تقدم، سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:-

---

[١] تم توقيع هذا العقد في الكويت بين وزارة المالية الكويتية ممثلة بإدارة أملاك الدولة وشركة العقارات المتحدة عام ١٩٩٩.

الفرع الأول

نظرية عمل الأمير.

تعتبر نظرية عمل الأمير من خلق مجلس الدولة الفرنسي، فهي من أوائل النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين حقوق والتزامات المتعاقد مع جهة الإدارة[1].

ولذا سوف أحاول إلقاء الضوء على هذه النظرية في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال التعرض للنقاط الآتية:

أولاً: تعريف نظرية عمل الأمير:

يمكن تعريف نظرية عمل الأمير بأنها "عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه سوء مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"[2]، وكما عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية نظرية عمل الأمير بأنه "كل إجراء تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة (المخاطر الإدارية) وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة"[3].

وعرفتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه "إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من ساهم في الإجراء"[4].

ثانياً: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير:

لقد استقر الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر على ضرورة توافر عدة شروط لتطبيق نظرية عمل الأمير نوجزها فيما يلي:

---

[1] د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٦٤٥.
- كذلك انظر: د. علي محمد علي عبدالمولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩١، ص ٦ وما بعدها.

[2] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٢٤.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، ص ٦٠٧، والمشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٦٥ وما بعدها.

[4] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٢٩٧ بتاريخ ٢٤ فبراير ١٩٦٥، والمشار إليها لدى د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية:

فنظرية عمل الأمير هي من الأفكار الإدارية التي لا تطبق إلا بمناسبة عقد إداري والتي لا مقابل لها في القانون الخاص وبالتالي لا تنطبق هذه النظرية على عقود الإدارة المدنية التي تخضع لقواعد القانون الخاص[١].

٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة:

هنا يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون العمل أو التصرف الضار قد صدر من الجهة الإدارية أما بالنسبة للأعمال والتصرفات الضارة التي تصدر من جهات أخرى فإنها تدخل في نطاق نظرية الظروف الطارئة وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا[٢].

٣- أن الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية يترتب عليه ضرر للمتعاقد:

يجب أن يترتب على الإجراء الصادر عن الجهة الإدارية ضرر يمس المتعاقد معها سواء أكان هذا الضرر جسيماً أم يسيراً، ويستوي أن يتمثل الضرر في زيادة أعباء المتعاقد أو نقص أرباحه التي أراد الحصول عليها من وراء تعاقده مع جهة الإدارة[٣].

٤- عدم وجود خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة:

إن التزام الإدارة بمقتضى العقد، لا يمكن أن يقيد تصرفها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام، فإذا تصرفت جهة الإدارة دون خطأ وترتب على تصرفاتها هذه الأضرار بمركز المتعاقد معها في هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير، وأما إذا ثبت خطأ جهة الإدارة فإن مسئوليتها تكون هنا مسئولية عقدية[٤].

٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع:

فإذا كان الإجراء الصادر من جهة الإدارة متوقعاً في إطار نصوص العقد الصريحة أو ما تؤول إليه من تفسير، فإن الأمر لا يخرج عن تفسير العقد وتطبيق نصوصه ولا حاجة هنا لتطبيق نظرية عمل الأمير[٥].

وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه "..... من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا

---

[١] د. أحمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ B.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٨، ص٣٥٧.

[٢] د. جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٤٢.

[٣] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.

[٤] د. جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٧١.

[٥] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية"[1،2].

ثالثاً: آثار تطبيق نظرية عمل الأمير:

يترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير بشروطها السابقة عدة نتائج نوضحها فيما يلي:-

١- أحقية شركة المشروع المتعاقدة مع جهة الإدارة في الحصول على تعويض كامل عن كافة الأضرار التي لحقت بها نتيجة تصرف جهة الإدارة المتعاقدة ويشمل التعويض هنا ما لحق بها من خسارة وما فاتها من كسب[3].

٢- امتداد فترة الالتزام أو الامتياز بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء[4].

وقد حرصت العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على تأكيد ذلك ومنها ما جاء بالمادة (٢/ب) من عقد إنشاء مطار مرسى علم في مصر بنظام الـ B.O.T حيث نص على أنه "في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد... على المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف أو مد فترة الامتياز بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء وفقا لما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين"[5].

٣- طلب فسخ العقد: كما يحق لشركة المشروع المتعاقدة طلب فسخ العقد إذا ما ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها بالعقد، لأن عمل الأمير في مثل هذه الحالة يصبح كالقوة القاهرة"[6].

وفي مصر احتوت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T بعض تطبيقات لنظرية عمل الأمير ومن ذلك ما نصت عليه المادة الثانية فقرة ب – من العقد المبرم بين

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٩٨٣، بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠، السنة ١١ ق، ص ٦٠٧، والمشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٦٥ وما بعدها.

[2] وقد بينت محكمة التمييز الأردنية المقصود بنظرية فعل الأمير في قرارها رقم ١٩٧٩/١١٧ بقولها "يقصد بنظرية فعل الأمير أن السلطة العامة بوصفها سلطة آمرة إذا سبق تعاقدها مع أحد الأفراد بعقد إداري للتوريد أو الأشغال العامة أو غير ذلك، ثم أصدرت عملاً مشروعاً يمس عناصر العقد الذي ارتبط به ويقلب اقتصادياته ويحمل المتعاقد الأخير أعباء وتكاليف جديدة تزيد في الأعباء التي التزم بها في مواجهتها تكون السلطة مسؤولة بالتعويض عليه عما لحقه من ضرر من جراء عملها المشروع" (تمييز حقوق ١٩٧٩/١١٧)، المشار إليه لدى د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص ١٧٥.

[3] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٤١.

[4] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

[5] أبرم الاتفاق لإنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم في ١٩٩٨/٢/٢٨ بنظام الـ B.O.T ، ونشر بالوقائع المصرية، العدد رقم (٢٦٤)، (تابع)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

[6] جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٧٣.

الهيئة العامة للطيران المدني المصرية وشركة كاتو للاستثمار بناء على القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بشأن المطارات وأراضي النزول على أنه: "في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو في حالة صدور قوانين جديدة بعد سريان هذا العقد يتسبب عنها زيادة في تكاليف إنشاء المطار أو المدة المحددة لإنشائه فعلى الملتزم إخطار المالك بذلك خلال عشرة أيام على أن يتضمن الإخطار كافة التفاصيل المتعلقة بالتعديل الذي تم وآثاره على الملتزم، والإجراءات المقترحة ومدة فترة الالتزام بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء ووفقا لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين"[١].

وأيضاً من هذه التطبيقات في مصر ما تضمنه العقد المبرم لإنشاء مطار مرسى علم بين الهيئة العامة للطيران المدني ومجموعة الخرافي نصوصاً تقرر التزام الهيئة بتعويض شركة المشروع عن إجراءات السلطة العامة أو ما يعرف بنظرية عمل الأمير حيث جاء في المادة الثانية – فقرة ب – "في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد... وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف أو مد فترة الامتياز بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين"[٢].

وفي الكويت طبقت محكمة التمييز الكويتية نظرية عمل الأمير حيث قضت في الطعن رقم (٩٢) لسنة ١٩٨٧ تجاري جلسة ١٩٨٧/١١/٢٣ بأن "..... أنه يشترط لأعمال نظرية فعل الأمير صدور إجراء خاص أو عام، من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد قد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه جميع من مسهم هذا الإجراء، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة وإنما يكفي أن يؤدي الضرر إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، كما يفترض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار لأن مسئوليتها طبقا لأحكام هذه النظرية مسئولية عقدية بلا خطأ....."[٣].

وأيضاً في الكويت احتوت عقود الـ B.O.T بعض التطبيقات لنظرية عمل الأمير من ذلك ما جاء في وثائق مناقصة بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية في الكويت من أنه لو أصاب شركة المشروع ضرر بسبب تعديل شبكات

---

[١] تم توقيع الاتفاق بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة (كاتو) للاستثمار لإنشاء وتشغيل واستغلال وإدارة مطار العلمين بتاريخ ١٩٩٨/٨/١٦، نشر بالوقائع المصرية، العدد (٢٦٤)، تابع (أ)، في ١٩٩٨/١١/١٩.

[٢] أبرم الاتفاق لإنشاء وتشغيل واستغلال مطار مرسى علم في ١٩٩٨/٢/٢٨ بنظام الـ B.O.T، ونشر بالوقائع المصرية، العدد (٢٦٤)، (تابع)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

[٣] الطعن رقم ٩٢ لسنة ١٩٨٧ تجاري جلسة ١٩٨٧/١١/٢٣، انظر المستشار. ناصر المعلا والمحامي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاما من عام ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩، المرجع السابق، ق ١١٩ ص ٤٠٥، وانظر أيضاً في نفس الموسوعة الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩٣/٢/١٧، ق ١١٧، ص ٣٩١، والطعن رقم ١٢٦ لسنة ١٩٩٠ تجاري جلسة ١٩٩١/٩/٢٣، ق ١١٨، ص ٤٠٠.

الكهرباء أو المياه أو الغاز والتي تلتزم الدولة بتوفيرها لها مثلما هو عليه الحال في هذا العقد أو إنشاء مشروع منافس للمشروع الذي تحتكره شركة المشروع بالمخالفة لالتزامات الإدارة بمنحه حق الاحتكار أثناء تنفيذ العقد، أو زيادة رسوم الخدمات التي تقدمها الدولة للمشروع أو زيادة الضرائب والجمارك على المواد والمعدات التي تستخدمها شركة المشروع فإن الدولة أو جهة الإدارة التي تمثلها تلتزم بتعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر وفقاً لنظرية عمل الأمير[1].

الفرع الثاني

نظرية الظروف الطارئة.

أسوة بما جرى عليه البحث بصدد النظرية الأولى عمل الأمير سنحاول إلقاء الضوء على نظرية الظروف الطارئة في مجال عقود الـ B.O.T من خلال التعرض للنقاط الآتية:-

أولاً: مفهوم نظرية الظروف الطارئة:

إذا كانت نظرية عمل الأمير تحقق التوازن المالي في العقد الإداري في مواجهة إجراءات صادرة من جهة الإدارة المتعاقدة، ونتيجة لظروف صنعتها وبالتالي أثرت على تنفيذ العقد الإداري بأن يصبح مرهقاً للمتعاقد معها. فإن نظرية الظروف الطارئة تحقق هذا التوازن المالي للعقد في مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة[2].

فنظرية الظروف الطارئة تواجه حوادث وظروفاً غير متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد مع جهة الإدارة أو بمعنى آخر فإنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع جهة الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة[3].

ونظرية الظروف الطارئة أنشأها مجلس الدولة الفرنسي وصاغ مبادءها في حكمه الصادر في ٣٠ مارس عام ١٩١٦ في القضية التي أقامها الملتزم بتوريد الغاز لمدينة (بوردو) نتيجة لارتفاع غير متوقع في أسعار الفحم[4].

---

[1] انظر وثائق مناقصة عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية بالكويت، عقد رقم ١٢-٢٠٠٠/٩٩، دولة الكويت، وزارة الأشغال، تم إبرام العقد بدولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو لسنة ٢٠٠١.

[2] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٧٧ وما بعدها.

[3] د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٧٠٤.

[4] حيث أشار الحكم إلى أنه: "إذا طرأت بعد التعاقد ظروف لم تكن متوقعة، وكان من شانها أن تزيد الأعباء الموقعة على الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً ملحوظاً، فالمعتاد أن يطالب الملتزم الجهة الإدارية بتعويضه – ولو =

وفي مصر نصت المادة السادسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن التزام المرافق العامة على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في إطار عقد الالتزام كما يلي: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي اللازم أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول"، ويمثل هذا النص أساساً تشريعياً للأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مصر، وإن اقتصر الأمر على نطاق عقد الالتزام، ثم بعد ذلك نص على نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني المصري في المادة (١٤٧) منه كما يلي:

١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

وبهذا النص التشريعي أصبح تطبيقه نظرية الظروف الطارئة شاملاً العقود الإدارية والمدنية على السواء[١].

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يستلزم توافر الشروط التالية:

١- حدوث ظرف طارئ خلال تنفيذ العقد:

وقوع هذا الظرف الطارئ هو الشرط الأساسي الذي يبرر اللجوء إلى هذه النظرية، والتي سميت به هذه النظرية، ونعني به الحادث الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد، فيؤدي إلى اضطراب واختلال في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان بما يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده دفعها[٢].

= جزئياً – في الخسارة الزائدة التي ترتبت على الظروف الطارئة والتي تفوق الحد المعقول"، انظر د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٥١.

[١] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

[٢] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

وتشمل هذه الحوادث أو الظروف الطارئة التي تؤثر على تنفيذ العقد صوراً عديدة منها على سبيل المثال[1]:

١- المخاطر الاقتصادية: مثل الأزمات الاقتصادية التي يترتب عليها ارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً أو تخفيض قيمة عملة الدولة.

٢- المخاطر الطبيعية: مثل الفيضانات والزلازل والبراكين، وجفاف منابع المياه وانتشار الأوبئة..... الخ.

٣- المخاطر الإدارية: مثل الإجراءات الإدارية التي تصدرها السلطات الإدارية غير المتعاقدة والتي يترتب عليها زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع جهة الإدارة، وأيضاً الإجراءات الإدارية التي تصدرها الإدارة المتعاقدة ولم يتوافر فيها شروط تطبيق نظرية عمل الأمير.

٤- المخاطر السياسية: مثل إغلاق الممرات المائية للدولة المتعاقدة التي توصلها بدول العالم الخارجي أو إعلان حالة الحرب من دولة أخرى عليها، أو انتهاج الدولة المتعاقدة لسياسة الاقتصاد الموجه..... الخ[2].

ويتضح مما سبق سعة الظروف الطارئة وتنوعها، فمن الصعب تحديدها بقالب محدد.

ويشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وقبل تمامه بطبيعة الحال، لأن تمام تنفيذ العقد يؤدي إلى انتهاء العقد[3].

٢- استقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقد:

يلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون هذا الظرف الطارئ الذي صادف شركة المشروع المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد لا يد لها فيه، فلا تستطيع هنا شركة المشروع المطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة إذا كانت شركة المشروع هي المتسببة في هذا الحادث الطارئ أو لم تبذل أي جهد لتلافي نتائجه الضارة[4].

٣- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد:

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا ترتب على حدوث الظرف الطارئ قلب التوازن التعاقدي رأساً على عقب، فإذا كان اختلال التوازن التعاقدي الناتج عن الظروف

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٦٦.
[2] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٩٥.
[3] د. وائل محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص ٢٢٧.
[4] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ١٠٨.

الطارئة بسيطاً وليس عميقاً، فإن شركة المشروع تتحمله ولا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية[1].

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار شركة المشروع في تنفيذ العقد أشبه بالكارثة التي أحاطت بها من كل جانب، فلا يكفي أن تفقد ما عسا أن تجنيه من أرباح كلها أو بعضها، وإنما علاوة على ذلك أحاطت بها خسارة تؤدي إلى الإضرار بموقفها المالي مما يؤثر على استمرارها في تنفيذ العقد[2].

وشرط قلب التوازن التعاقدي هي فكرة نسبية، تقدر في كل حالة على حدة وفقاً لظروف العقد[3]، وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية على أن: "مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق بالتعاقد خسائر فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية. بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعة أو انحصر كل أثر للظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية....."[4].

<u>ثالثاً: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة:</u>

يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لعقود الـ B.O.T أثران في غاية الأهمية:

<u>أولهما:</u> التزام شركة المشروع المتعاقدة بالاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من حدوث الظروف الطارئة.

<u>وثانيهما:</u> أحقية شركة المشروع المتعاقدة في الحصول على تعويض من الجهة الإدارية المتعاقدة.

ونعرض فيما يلي لكل من هذين الأثرين:

<u>أولاً:</u> استمرار شركة المشروع المتعاقدة في تنفيذ التزاماتها العقدية.

فتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يترتب عليه إعفاء المتعاقد من تنفيذه لالتزاماته، أو توقف شركة المشروع المتعاقدة عن أداء ما يترتب على العقد من التزامات بل لابد أن تستمر

---

[1] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٩١.

[2] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

[3] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

[4] راجع حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٠/٦/١٩، س ١٤، ص ٢٦١، المشار إليه لدى د. حسني عبد السميع، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

في تنفيذ العقد، ثم تطالب شركة المشروع جهة الإدارة المتعاقدة أن تشاركها في تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التي لحقت بها[١].

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه: "..... ليس مؤدى هذه النظرية، بعد توافر شروطها، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته وإلا اصطدم ذلك بمقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد"[٢].

ثانياً : حق شركة المشروع في الحصول على تعويض جزئي من الجهة الإدارية المتعاقدة.

إن التعويض الذي تحصل عليه شركة المشروع المتعاقدة تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ليس إلا مشاركة من جهة الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع في تحمل الخسائر الناجمة عن هذه الظروف الطارئة وتوزيعها بينهما بهدف تمكين شركة المشروع من الوفاء بالتزاماتها العقدية كاملة[٣]، فالتعويض هنا ليس إلا تعويضاً جزئياً وشركة المشروع ليس لها الحق إلا في مشاركة جهة الإدارة لها في الخسائر التي تكبدتها[٤].

وفي مصر احتوت عقود الـ B.O.T بعض تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة ومنها نص المادة التاسعة من عقد مطار العلمين والذي أُنشئ بنظام الـ B.O.T طبقاً للقانون رقم (٧) لسنة ١٩٩٧ بشأن المطارات وأراضي النزول[٥] على "تخويل الملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاءات في الحالات الآتية:

١- بناء على قرار من المالك.

٢- القوة القاهرة.

٣- ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع ويقرها المالك.

٤- أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك".

واستكملت المادة العاشرة مسألة التعويض عن الأضرار المترتبة على الظروف سالفة الذكر ننتقي من فقراتها الفقرتين ج، د حيث تنصان على:

- الفقرة (ج) "على الطرف الذي يتكبد خسارة نتيجة لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمة لتخفيف تلك الخسائر... فإذا لم يتخذ هذه التدابير، سقط

---

[١] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

[٢] راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٨٥/١١/٣٠، المشار إليه لدى د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٠٣ .

[٣] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

[٤] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ١٠٩.

[٥] انظر الوقائع المصرية، العدد رقم (٢٦٤)، تابع (أ)، في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨.

الالتزام بدفع تعويض عن أي خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة، وإذا اتخذ هذه التدابير حق له – مع مراعاة الحدود المقررة للتعويض بالقانون الواجب التطبيق – أن يحصل على تعويض كامل عن جميع خسائره بما في ذلك التكاليف المعقولة التي يكون قد تكبدها لدى اتخاذ تلك التدابير، حتى ولو لم تنجح هذه التدابير في تخفيف الخسارة".

- الفقرة (د) "إذا لحق ضرر بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة – سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل – على المالك (الهيئة العامة للطيران المدني) أن تشارك في دفع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال، بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر".

وكذلك نصت المادة الخامسة عشر – فقرة ١ من عقد شركة كهرباء انترجن سيدي كرير عام ١٩٩٨[١]، والتي تقرر "تعني ..... حالة القوة القاهرة أي حادث أو ظرف أو مجموعة أحداث أو ظروف خارجة عن الإرادة المعقولة لأحد الأطراف، ولم يكن لذلك الطرف توقعها أو الاحتياط المناسب لها، وتؤثر تأثيرا جوهرياً على تنفيذ ذلك الطرف لالتزاماته المنصوص عليها أو المترتبة على هذه الاتفاقية، غير أن أياً من هذه الأحداث أو الظروف أو مجموعة الأحداث أو الظروف لا تعتبر "حالة قوة قاهرة" طبقاً لهذا النص طالما كان يمكن للطرف المتأثر بها منع وقوعها أو التغلب عليها ببذل الاجتهاد والعناية المناسبين التي يمكن لشخص حريص ممارستها في مثل هذه الظروف.

أ- حالة الحرب (سواء معلنة أو لا) وأي غزو أو نزاع مسلح أو أعمال عدوان أجنبي أو حصار أو ثورة.

ب- أي تمرد أو شغب أو اضطرابات مدنية أو أعمال أو حملات إرهابية أو تخريب كجزء من قلاقل أو اضطرابات دينية أو عنصرية واسعة الانتشار أو على مستوى الدولة، من ذلك على سبيل المثال لا الحصر الأعمال الموجهة ضد الشركة أو مقاولاتها كجزء من عمليات أوسع نطاق ضد الشركات أو المنشآت التي يملكها أو يديرها أجانب.

ج- سقوط الموافقات.

د- التلوث الإشعاعي أو الإشعاع الأيوني.

ه- الاضطرابات أو السيطرة على الأعمال أو تبطئها على نطاق واسع على مستوى الدولة أو ذي طبيعة سياسية.

و- أي نزاع للملكية أو الاستيلاء الإجباري عليه بواسطة جهة حكومية بسبب وجود ثأر.

---

[١] تم توقيع عقد محطة كهرباء سيدي كرير في ١٩٩٨/٧/٢٢، ونشر بالوقائع المصرية، العدد ١٤٨، الصادر في ٧ يوليه ١٩٩٩.

ز- الصواعق، الحرائق، الزلازل، الأعاصير بأنواعها الفيضانات، العواصف، أو الجفاف.

ح- الانفجارات أو التلوث الكيميائي.

ط- الأوبئة أو الطاعون".

ويلاحظ على النص السابق أنه بالرغم من تسمية الظرف بالقوة القاهرة إلا أن الأمثلة التي سردتها لها تشمل الكثير من الظروف الطارئة التي لا تصل إلى حد القوة القاهرة كما يشير النص إلى تنوع في طبيعة هذه الظروف حيث الظروف الطارئة ذات الطبيعة السياسية، الاقتصادية أو الإدارية.

وفي الكويت عرفت محكمة التمييز نظرية الظروف الطارئة بقولها: "..... مفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كلفه مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً....."[1].

وأيضاً في الكويت احتوت عقود الـ B.O.T بعض تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة ومنها عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية في الكويت[2]، حيث استخدمت المادة ١١/٤ – ١ عبارة القوة القاهرة وهي تقصد بها كافة الظروف الطارئة والصعوبات التي تواجه شركة المشروع أثناء التنفيذ، حيث جاء فيها "إن القوة القاهرة تعني أية ظروف لا يمكن تفاديها من قبل الطرف المتضرر وذلك يشمل على سبيل المثال وليس الحصر:

أ- الحروب والأعمال العدوانية الأخرى (سواء تم إعلان الحرب أم لا) الغزو أو العدوان الأجنبي أو التعبئة العامة أو المصادرة الحكومية أو الحظر.

ب- العصيان أو الثورات أو الإضراب العام أو السلطة المغتصبة أو الحرب الأهلية.

ت- أعمال الشغب أو الثورات باستثناء ما يكون مقتصرا على موظفي الطرف الثاني".

وعلى أية حال فإنه من المتفق عليه أن القوة القاهرة لن تشمل أشياء أخرى مثل الحالات الجوية أو تكدس الأوامر في محطة المصنع أو حالات البيع الزائدة في السوق أو

---

[1] محكمة التمييز الكويتية، طعن رقم ١١ لسنة ١٩٩٣ إداري، جلسة ١٩٩٣/٢٧، انظر. المستشار. ناصر المعلا والمحامي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً من ١٩٨٢ حتى ١٩٩٩، المرجع السابق، ص ٢١٢.

[2] عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، عقد رقم ١٢ – ٠٠٠/٩٩، دولة الكويت، وزارة الأشغال، تم إبرام العقد في دولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو ٢٠٠١.

نقص العمالة أو عدم كفاءة الطرف الثاني أو أي من وكلائه أو موردیه أو مقاوليه أو أي من هذه الحالات المشابهة. وقد أوضح البند ٢ من المادة (٤) فقرة ١١ أثار القوة القاهرة "بأن أياً من الطرفين لن يعتبر مقصراً أو مخالفاً لالتزامه بموجب العقد إلى الحد الذي لا يمكن معه تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة التي تنشأ بعد تاريخ سريان مفعول العقد". كما أوضح البند ٤ من المادة (٤/١١) الأثر المترتب عليها وهو استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته حيث جاء به "عند حدوث أي من حالات القوة القاهرة يلتزم الطرف الثاني ببذل قصارى جهده بالاستمرار في أداء التزاماته بموجب العقد حسبما هو معقول بشكل عملي، كما أن الطرف الثاني سيتخذ جميع الخطوات الفورية لتقليل وأينما أمكن – أثار ذلك الحدث. يلتزم الطرف الثاني بإبلاغ الطرف الأول بالخطوات التي يقترح اتخاذها بما في ذلك أي وسائل بديلة للأداء والتي لا تتأثر بالقوة القاهرة، كما أن الطرف الثاني (شركة المشروع) لن يتخذ تلك الخطوات بدون موافقة الطرف الأول المسبقة على ذلك".

ويلاحظ من نصوص عقود الـ B.O.T السابق ذكرها سواءً في مصر أو الكويت أنها أخذت بذات الأحكام والشروط التي ذكرناها في شروط نظرية الظروف الطارئة سواء من وجود ظرف طارئ أياً كانت طبيعته اقتصادية أو سياسية أو إدارية وأنه لا دخل لإرادة أحد المتعاقدين في حدوثه، وأن يؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد. فإن هذا من شأنه إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها للتقليل من حجم الأضرار التي حدثت له وتمكينه من الاستمرار في تسيير المرفق العام[١].

الفرع الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ظهرت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في كنف مجلس الدولة الفرنسي، وكان أول حكم قضائي ينشئ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو حكم (Duche) الذي صدر في ١٨٤٦/٦/٢٤، وانتهى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد، لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وبعد ذلك تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أكدت على أسس هذه النظرية وما يترتب عليها من آثار[٢].

---

[١] ومن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ما ورد في اتفاقية الالتزام (بإنشاء وتشغيل وتحويل مشروع خط سكة حديدية للربط بين المملكة المتحدة وفرنسا (مشروع نفق المانش) حيث انصب البند ٢٤ على أحوال الظروف الاستثنائية والظروف القاهرة، مشار إليها لدى أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٩٨.

[٢] د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣، ص ٢٨٢ وما بعدها.

وانتقلت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من مجلس الدولة الفرنسي إلى مجلس الدولة المصري، وكان أول حكم صدر في هذا الشأن متحدثاً عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة ٥ مايو ١٩٥٣، ثم توالت أحكام مجلس الدولة المصري على غرار ما حدث من مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن[١]، وبالرغم من أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كانت أسبق في الظهور على يد مجلس الدولة الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة، إلا أنها لم تقنن سواء في فرنسا أو مصر فهي لا تزال نظرية قضائية، وذلك خلافاً لنظرية الظروف الطارئة التي قننت تشريعياً في مصر وغيرها من الدول، ولذلك يحدد الفقه والقضاء مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وشروطها والآثار المترتبة على تطبيقها[٢].

أولاً: مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إن تحديد مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء يتلخص في أنه إذا صادف المتعاقد مع جهة الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية، ولم يكن في وسعه توقعها حال إبرام العقد ومن شأنها ان تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مرهقاً وصعباً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار[٣].

وتتميز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة، في أن نظرية الظروف الطارئة عبارة عن نظام اقتصادي وتهدف بصفة أساسية إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد بينما تتعلق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بالنظام الفني للعقد[٤]، هذا إلى جانب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يترتب عليها التعويض الكامل بينما نظرية الظروف الطارئة يترتب عليها تعويض جزئي للمتعاقد[٥]، هذا فضلاً عن أن نظرية الصعوبات

---

[١] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٠٤.
- وراجع في هذا الشأن على سبيل المثال:
- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٣١١)، لسنة ١١ ق. عليا، صادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤، المشار إليه لدى د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.
- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٦/١٢/٢٣، والمشار إليه لدى د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٢٠٨.
- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، رقم ٩٥، بتاريخ ١٩٦٤/٢/٤، والمشار إليها لدى د.مصطفى عبدالمحسن الحبشي، المرجع السابق، ص ١٣٧.

[٢] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

[٣] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٨٣ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. خالد عبدالله الرشيد، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٤، ص ١٨٨

[٤] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٠٥.

[٥] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٤.

المادية غير المتوقعة تتعلق بصعوبات موجودة قبل إبرام العقد على عكس الحال بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة والتي تتعلق بظروف تحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه كما هو الوضع في حالة القوة القاهرة[1].

كما تتميز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية القوة القاهرة في أن نظرية القوة القاهرة تجعل التنفيذ مستحيلاً، في حين أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تجعله صعباً أو مرهقاً فحسب[2]. هذا فضلاً عن أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تتعلق بظروف تحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه[3].

ثانياً: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يستلزم لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الـ B.O.T توافر الشروط التالية:

١. **أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:**

يلزم لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التي تواجهها شركة المشروع المتعاقده صعوبات مادية بحتة قد ترجع في الغالب إلى ظواهر طبيعية أو جيولوجية، ومن الأمثلة على ذلك[4]:

١- وجود طبقات غزيرة من المياه الجوفية يتعذر سحبها بالآلات العادية.

٢- أن يجد المتعاقد الأرض التي سينفذ عليها المشروع ذات طبيعة صخرية وصلابة غير مألوفة وغير متوقعة.

٣- زيادة حجم التربة الصلبة محل تنفيذ العقد زيادة واضحة تجاوز كل إمكانيات المتعاقد.

٤- وجود مرتفعات من الأتربة أو أساسات خرسانية أو متخلفات من خزانات مياه أو مواسير صرف صحي.

وأما الصعوبات المادية التي يكون مصدرها أحد الأفراد الذين لا علاقة لهم بطرفي العقد – أي وليدة عمل أجنبي – نذكر على سبيل المثال الصعوبات التالية[5]:

١- ترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد.

---

[1] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٠٥.
[2] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ٨٥.
[3] د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص ١٨١.
[4] د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٦٨٨ وما بعدها.
[5] د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

٢- اضطرار المتعاقد إلى شراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع العمل ولم تشر إليها المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد بينه وبين الإدارة وذلك لتأثيرها الضار على الأبنية التي يتولى إقامتها.

٣- توقف المتعاقد مع الإدارة قهرياً أثناء ترميمه لأحد الممرات المائية للسماح لبعض البواخر بالمرور، على الرغم من خلو كراسة شروط العقد من ذلك مما يؤدي إلى تعطيل العمال والآلات التي استأجرها المتعاقد للترميم.

فإذا لم تكن الصعوبات التي تواجهها شركة المشروع ذات طبيعة مادية بحتة، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويمكن تعويض شركة المشروع على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا كانت ذات طبيعة اقتصادية، أو عمل الأمير إذا كانت الصعوبات ذات طبيعة إدارية، ويمكن عدم التعويض مطلقاً إذا لم تتوافر شروط أي من هذه النظريات[١].

٢. <u>أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة وقت إبرام العقد:</u>

يلزم لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون هذه الصعوبات المادية غير متوقعة لدى شركة المشروع عند إبرام العقد، ولم يكن في مقدورها أو إمكانها توقعها، أي أن تكون هذه الصعوبات بمثابة مفاجأة لشركة المشروع. لأنه يجب قبل إبرام العقد أن تبذل شركة المشروع كل جهد ممكن في الإحاطة بالظروف الخاصة بالعقد، وما يحيطه وما يتصل به من صعوبات، وعلى شركة المشروع أن تتحرى عن طبيعة الأعمال والقيام بكل ما يلزم من اختبارات للتأكد من مدى صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، وعلى جهة الإدارة أن تمكن شركة المشروع من أن تقوم بذلك كلما كان ذلك ممكناً، فإذا كانت شركة المشروع متوقعة أو كان في إمكانها توقع الصعوبات المادية وقت إبرام العقد فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حتى ولو كانت هذه الصعوبات جسيمة، لأنه يجب على شركة المشروع دراسة طبيعة التربة والأرض التي سيقام عليها المرفق[٢].

وفي هذا الصدد يعتد بتاريخ إبرام العقد وذلك لمعرفة مدى توقع المتعاقد من عدمه للصعوبات المادية، مع ملاحظة حق جهة الإدارة في تعديل العقد أو إضافة ملاحق له فهنا يعتد بتاريخ التعديل أو تاريخ إضافة الملاحق[٣].

ولمعرفة هل كانت الصعوبات متوقعة أو غير متوقعة وقت إبرام العقد يتم اللجوء إلى المعيار الموضوعي وليس معياراً ذاتياً، أي أنه معيار مجرد لا يختلف من شخص

---

[١] د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٦٨٩ وما بعدها.

[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٧٣ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٦٩١.

[٣] د. علي عبدالمولى، المرجع السابق، ص ٢٦٥ وما بعدها.

لآخر، ويجب ملاحظة أن معيار عدم التوقع لا يعني عدم التوقع المطلق، إذ لا يوجد حدث أو فعل غير متوقع على الإطلاق، ولكن يمكن عادة توقعه خلال إبرام عقد معين[١].

ويجب أن تبذل شركة المشروع الجهد المعقول للإلمام بالصعوبات التي قد تواجهها أثناء تنفيذ العقد، وأن تتخذ شركة المشروع كل ما يمكن وما يجب اتخاذه من بحث ودراسة للإحاطة بظروف العقد وطرق تنفيذه[٢].

٣. <u>أن تكون هذه الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين:</u>

يجب لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التي واجهت شركة المشروع أثناء تنفيذ العقد لا يد لها فيها ولا يد للإدارة فيها[٣].

فإذا كانت الإدارة هي التي تسببت بخطئها في وجود هذه الصعوبات، فإن هذا لا يعني عدم التزامها بالتعويض، بل تكون مسئولة، وهنا تكون مسئوليتها إما لنظرية عمل الأمير بأن أصدرت قراراً جعل تنفيذ العقد يكتنفه صعوبات، أو استناداً للخطأ إذا كان هذا الخطأ قد سبب وجود مثل هذه الصعوبات، كما يجب ألا يكون لشركة المشروع سبب أو دور في إحداث هذه الصعوبات، فإذا كان لها دور في إحداثها فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهنا على شركة المشروع أن تتحمل وحدها الآثار المترتبة على فعلها الذي أدى لوجود هذه الصعوبات[٤].

٤. <u>أن تكون هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت:</u>

ينبغي أن تكون الصعوبات التي تواجهها شركة المشروع ذات طابع استثنائي غير عادي، وذلك لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أما إذا كانت الصعوبات عادية، أي صعوبات يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد، فلا يكون هنا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[٥].

---

[١] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

[٢] د. علي عبدالمولى، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

- هذا وفي حكم لإحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام غرفة التجارة الدولية بباريس CCI للفصل في النزاع الذي ثار بين رب العمل والمقاول حول مدى اعتبار خط أنابيب بترول تم اكتشافه في الموقع بمثابة إحدى حالات نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من عدمه، وقد انتهت هيئة التحكيم في حكمها إلى اعتبار خط الأنابيب بمثابة إحدى حالات نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومن ثم يكون من حق المقاول الحصول على التعويض نتيجة لذلك، انظر د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، كلية الحقوق، ١٩٩٨، ص ٥٤٦.

[٣] د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

[٤] د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٦٩٢ وما بعدها.

[٥] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٧٤.

- كذلك انظر:

- LOUIS VIDAL, L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant, 2005, p. 118 et suiv.

وأما بالنسبة لتحديد ما إذا كانت هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي من عدمه، فإنه يخضع لتقدير قاضي الموضوع يقدرها في كل حالة على حدة. وفقاً لما يتم تقديمه من مستندات ودلائل توضح أن عقبات التنفيذ تندرج في نطاق الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي، كما يقع على عاتق شركة المشروع التي تطالب بالتعويض عبء الإثبات[1].

٥. **<u>أن ينجم عن هذه الصعوبات ضرر لشركة المشروع المتعاقده مع الإدارة:</u>**

ينبغي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقد الـ B.O.T أن تكون هذه الصعوبات – بتحديدها السابق – قد أسفرت عن إصابة شركة المشروع بأضرار، فثبوت هذا الضرر هو الذي يبرر التزام جهة الإدارة بدفع التعويض لشركة المشروع، فإذا تبين أن شركة المشروع تملك إمكانيات فنية متطورة تستطيع من خلالها أن تتغلب بها على الصعوبات المادية التي يمكن أن تقابلها فإن ذلك بالطبع لا يستوجب تطبيق النظرية[2].

ويتمثل الضرر المتصور حدوثه في إطار وجود هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة بارتفاع تكاليف العملية أو زيادة الأسعار بصورة لم تكن متوقعة، أما إذا كانت الزيادة لا تؤدي إلى إرهاق شركة المشروع فإن ذلك لا يستدعي تطبيق النظرية[3]، وهذه المسألة هي مسألة نسبية تقدر في كل حالة على حدة وفقاً لظروف العقد[4].

<u>ثالثاً: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:</u>

إذا توافرت جميع شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والسابق ذكرها، فإن ثمة أثرين يترتبان على ذلك وهما:

<u>الأثر الأول</u>: التزام شركة المشروع بالاستمرار في تنفيذ العقد:

فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر على التزامات شركة المشروع مع جهة الإدارة، فهي لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ بصفة مطلقة، ولكنها تؤدي إلى أن يصبح هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة[5].

وبالتالي يعتبر هذا الأثر أهم ما يميز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن القوة القاهرة، فاستحالة التنفيذ لا تكون إلا في حالة القوة القاهرة[6].

---

[1] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص ٦٩١.
[2] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٢.
[3] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٢.
[4] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.
[5] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٤٢.
[6] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

الأثر الثاني: استحقاق شركة المشروع للتعويض الكامل:

يترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة تعويض شركة المشروع المتعاقدة مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في الأسعار أو التكاليف تعويضاً كاملاً[1].

ومن ثم فإن التعويض الذي يترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تعويض كامل تحصل عليه شركة المشروع لجبر كافة الأضرار التي أصابتها وتكبدتها نتيجة لوجود هذه الصعوبات[2].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك المعنى حيث ذكرت: "..... وبالتالي يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية ترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة، وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول والتكاليف التي تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة. وإذ ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمال الأصلية – فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون جديراً بالتأييد"[3].

وفي الكويت أكدت ذلك المادة الثالثة فقرة – ١٦ البند (٤) للصعوبات المادية وقررت حق شركة المشروع في التعويض عنها في عقد إنشاء محطة الصرف الصحي في الصليبية، حيث جاء بها "في حالة وجود أسباب خارجة عن نطاق إرادة الطرف الثاني تدعو إلى أن تكون كمية مياه الصرف والتدفقات المسلمة إلى المحطة في أي يوم أقل من الحد الأدنى المضمون فإن الطرف الأول (وزارة المالية) يضمن بأن يدفع إلى الطرف الثاني سعر المياه على أساس:

١) كميات المياه المستصلحة المسلمة فعلياً.

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٧٥.

[2] د. عيسى بدو، المرجع السابق، ص ١٦٨.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم (٣١١)، لسنة ١١ ق. عليا، صادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤، والمشار إليه لدى د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٢١١ وما بعدها.

٢) كمية إضافة اسمية عن المياه المعالجة بنسبة ٨٥% من حجم مياه الصرف الناقصة من الحد الأدنى المضمون من مياه الصرف ويعني ٣٠٠ ألف كيلو متر مكعب يومياً"[١].

ومن جماع ما سبق نخلص إلى أن نظريات التوازن المالي للعقود الإدارية السابق ذكرها من الممكن تطبيقها على عقود الـ B.O.T نظراً لطول فترة تنفيذ وتشغيل المشروع ومن الطبيعي أن تتعرض تلك العقود لعوارض قد تؤدي إلى اختلال في اقتصاديات العقد، ومن ثم فإن قواعد العدالة تقتضي تعويض شركة المشروع.

فالنظريات الثلاث السابق ذكرها، تعمل جميعاً في إطار فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وأياً كان مصدر الفعل الضار الذي يؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد أو تصيب المتعاقد مع الإدارة بأضرار بالغة تهدده، فإن شركة المشروع المتعاقدة مع الإدارة لابد أن تجد من يعوضها تعويضاً كاملاً عن هذه الأضرار، وهو الأمر الذي يحدث وفقاً لنظريتي عمل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة يعد تعويضاً جزئياً يمثل معونة تقدمها جهة الإدارة إلى شركة المشروع المتعاقدة معها، إقالةً لعثرتها[٢].

وفي ظل التطورات الحديثة نجد أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تتخذ بعداً جديداً أكثر تطوراً في عقود الـ B.O.T، فهي لا تهدف فقط إلى ضرورة التوازن بين التزامات الطرفين في العقد الإداري، وإنما تهدف أيضاً إلى ضرورة تعادل هذه الالتزامات.

وكما يرى الباحث أن المشرع الكويتي في القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص السابق ذكره، سلك مسلكاً جيداً حيث أشار في البند التاسع من المادة الخامسة والثلاثين من ذات القانون إلى أنه يجب أن يتضمن عقد الشراكة النموذجي بصفة خاصة على تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.

وهذا ما جاء بنص المادة (٣٥) في البند رقم (٩) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أنه "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي:

١- طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداؤها وشروط تنفيذها.

---

[١] عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، عقد رقم (١٢-٩٩/٢٠٠٠)، دولة الكويت، وزارة الأشغال، تم إبرام العقد في دولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو ٢٠٠١.

[٢] د. جابر نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٩٤.

٢- ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.
٣- مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.
٤- الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.
٥- سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليهما المشروع وأسس وقواعد تحديدهما، وأسس وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض.
٦- وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.
٧- تنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل.
٨- أنواع ومبالغ التأمين على المشروع، ومخاطر تشغيله أو استغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة العامة وأحكام وإجراءات استردادها.
٩- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.
١٠- مدة العقد ومدة الاستثمار ومدة البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.
١١- حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة والحالات التي يحق فيها للجهة العامة الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المرتبة على استخدام هذا الحق.
١٢- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار.
١٣- حالات السماح لذات الشركة المتعاقدة بتنفيذ عقود شراكة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا.
١٤- اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين.
١٥- يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين.
١٦- وتبين اللائحة التنفيذية الأمور الأخرى التي يتضمنها عقد الشراكة".

الفصل الثاني

حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T وضمانات الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.

المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص وحقها في الانتفاع والاستغلال في عقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: الضمانات المقدمة من الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــB.OT.

المطلب الأول: الضمانات غير المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: الضمانات المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

الفصل الثاني

حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T وضمانات الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها.

تمهيد وتقسيم:

إن القوانين التي سبق أن ذكرناها والتي تم الاستناد إليها في إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يمكن أن تقرر طائفة من المزايا العينية إلى جانب ما تقرره من مزايا مالية لشركة المشروع المتعاقدة، كما أن تلك المزايا يمكن النص عليها وإيرادها في صلب العقد الذي تم إبرامه بين جهة الإدارة وشركة المشروع أو في كراسة الشروط والمواصفات الملحقة به والتي تعد جزءاً لا يتجزأ من ذلك المحرر التعاقدي وتكتسب صفتها الملزمة فيما تقرره من مزايا عينية أو مالية منه[1].

ولا شك أن تمتع شركة المشروع بهذه المزايا بنوعيها المالي والعيني يرجع إلى سبب رئيسي يتمثل في تمكين شركة المشروع من خلالها من الوفاء بالتزاماتها والقيام بمهامها في إنشاء المشروع وتشغيله وأداء خدماته النفعية العامة للجمهور من المتعاملين معها[2].

ومن هنا فإن حصول شركة المشروع على تلك المزايا بنوعيها المالي والعيني إنما يتم باعتبار شركة المشروع ممثلة للدولة أو نائبة عنها في إنشاء ذلك المرفق وأداء خدماته[3].

ويقع على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة القيام بأداء التزاماتها المالية والغير مالية خلال مراحل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (مرحلة إبرام العقد – مرحلة تنفيذ العقد – عند نهاية العقد) اتجاه شركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وتعتبر هذه الالتزامات – التي تقوم بأدائها الجهة الإدارية المتعاقدة – بالنسبة لشركة المشروع بمثابة ضمانات تقدمها جهة الإدارة المتعاقدة لها للحصول على حقوقها في عقد الـــB.O.T.

ولذا سوف أقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: الضمانات المقدمة من الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــB.O.T.

---

[1] د. منصور فرج السعيد، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام الـB.O.T ومدى ملاءمتها لدولة الكويت، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، مجلة محكمة فصلية تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة الثانية الثلاثون، العدد الأول، يناير/ فبراير/ مارس/٢٠٠٨، ص٧٨.

[2] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص٣١٤.

[3] د. مال الله جعفر الحمادي، المرجع السابق، ص٤٣٩.

المبحث الأول

حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة في عقد الـــB.O.T.

تمهيد وتقسيم:

لقد قمنا باستعراض المزايا المالية لشركة المشروع في الفصل الأول من هذا الباب، وجاء الآن دور بحث واستعراض للمزايا العينية المقررة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T، حيث تتمثل هذه المزايا العينية في طائفة من التيسيرات والتسهيلات التي تملك الدولة التنازل عنها أو تقرير منحها لشركة المشروع المتعاقدة، والتي أدرجت أهم بنودها في تلك العقود ممثلة بما يلي:

١. الحصول على قطعة من الأرض المملوكة للدولة وتخصيصها لإقامة المشروع عليها مع ضمان الدولة – لشركة المشروع – عدم تعرض الغير لها، سواء أكان ذلك الغير جهة حكومية كالشرطة أو الجيش أو هيئة حكومية، أو كان شخص من أشخاص القانون الخاص[١].

٢. الحصول على التسهيلات اللازمة للتعاقد مع الجهات المختصة وذلك لتوصيل الخدمات المهمة والأساسية لموقع عمل المشروع مثل (المياه – الكهرباء – الغاز – الطرق – التليفونات) وغيرها من الخدمات الأساسية الأخرى[٢].

٣. قيام الدولة بمنح التراخيص والموافقات اللازمة للمشروع والتي يتطلبها القانون المحلي للبناء سواء أثناء التشييد والتنفيذ أو حتى الاستغلال[٣].

٤. تخويل شركة المشروع المتعاقدة حق الاستعانة بالمقاولين والموردين المحليين وإسناد بعض أعمال المشروع إليهم[٤].

٥. منح التراخيص لدخول العمال الأجانب إلى موقع عمل المشروع ومنحهم بطاقات الإقامة في الدولة المقام بها المشروع[٥].

٦. الترخيص لشركة المشروع بشراء المواد الضرورية للمشروع من السوق المحلي[٦].

---

[١] د. طه محمد محمد أبو العلا، عقود البوت "B.O.T"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٨٨ وما بعدها.

[٢] المادة (٣-١٤) من عقد إنشاء محطة الصرف الصحي بمنطقة الصليبية في الكويت والمادة (٤-١) من عقد إنشاء محطة كهرباء سيدي كرير في مصر، سبق الإشارة لهذين العقدين، في ص ٣٩،٢٧ من هذا البحث.

[٣] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٢١٢.

[٤] المادة (١٠- أ) من عقد إعداد وتشغيل وتطوير وصيانة قطعة (٥) وتجهيز وإدارة منطقة الشعيبة الغربية الصناعية بالكويت، وأبرم هذا العقد بين الهيئة العامة للصناعة وشركة جوهرة الفنار، بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٩.

[٥] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص٧٨.

[٦] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص١٨٨.

٧. تخويل شركة المشروع حق الاستعانة بالعمالة المحلية والتعاقد معها بشأن إنشاء المشروع وإدارته[١].

٨. احترام حق شركة المشروع في الاحتكار بالتزام جهة الإدارة المتعاقدة بعدم التعاقد مع غيرها في نطاق الأعمال والخدمات النفعية التي يؤديها المرفق[٢].

٩. تخويل شركة المشروع بعض الامتيازات والسلطات التي تتمتع بها جهة الإدارة والتي كانت تستخدمها لنفسها، وذلك حتى تستفيد منها شركة المشروع في العمل على سير المرفق العام بانتظام واطراد وبالتالي تحقيق المنفعة العامة التي أنشئ المرفق من أجل تحقيقها[٣].

١٠. تسهيل الحصول على القروض لمدة محددة من مصادر التمويل[٤].

وبناءاً على ما تقدم سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أبحث في أحدهما حق الجهة المتعاقدة (شركة المشروع) في الحصول على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل المرفق وحقها بالانتفاع والاستغلال وبينما أتناول في المطلب الآخر حقها في الحصول على المزايا العينية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص وحقها في الانتفاع والاستغلال في عقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول

حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص وحقها في الانتفاع والاستغلال في عقد الـــB.O.T.

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخول لشركة المشروع المتعاقدة نوعاً من التفويض في السلطة – إن جاز التشبيه – تقوم بمقتضاه شركة المشروع وبالنيابة عن الدولة بإنشاء وتشغيل المرفق العام، وهذا التفويض يعني منحها ما تتمتع به جهة الإدارة من امتيازات وسلطات كما لو كانت هي التي تتولى إنشاء المشروع وتشغيله[٥].

---

[١] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٢١٣.

[٢] د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص٢٨٠.

[٣] د. دويب حسين، عقود الـB.O.T وكيفية حسم منازعاتها، المرجع السابق، ص٦٩.

[٤] د. ماهر محمد حامد، الإطار القانوني لدور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين، القاهرة، ١٩-٢٠ ديسمبر، ٢٠٠٢، ص٥.

[٥] د. عبد السند حسن يمامه، المرجع السابق، ص٤٧.

- كذلك أنظر:

- PHUOC HIEP (H), quelques problems juridiques vietnamiens concernant les projects d'investissement sous forme de B.O.T, R.I.D.C, 1997, P. 216.

- كذلك انظر: د. عمر حسبو، المرجع السابق، ص١٣٧، ص١٤١ وما بعدها.

ويترتب على ذلك نشوء حق لشركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل المرفق وحقها بالانتفاع والاستغلال لهذا المشروع.

وعلى ضوء ما تقدم، سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين على النحو التالي:-

الفرع الأول

حق شركة المشروع في الحصول 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[1].

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[2].

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 المسئولة عن إصدار الموافقات أو التراخيص أو الرخص أو التصاريح

---

[1] See, UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects- New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page30.

[2] UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page30.

المتطلبة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، وفقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بإنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية في القطاع المعني[1].

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[2].

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 SYSTEM) بوصفه واحداً من أكثر النظم الحكومية كفاءة وسرعة ومرونة وهو يعتمد على تجميع كل المسئولين والجهات الرسمية التي يجب أن يتعامل معها كافة المستثمرين الأجانب في سياق عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في مكان أو مبنى 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[3].

---

[1] 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".

2 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".

3 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".

ويمكن أن يخول القانون الجهات المختصة بإصدار رخص وإجازات مؤقتة أو إتاحة فترة زمنية معينة تعتبر هذه الرخص والإجازات بعد انقضائها قد منحت ما لم ترفض كتابة[1].

وفي مصر فعلى سبيل المثال فإن الترخيص لشركة المشروع لتشييد وتشغيل المرفق لفترة معينة بنظام الـــB.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[2]، 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[3].

والقاعدة العامة أو الأصل أن عبء الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة لإقامة وتشغيل المرفق يقع على عاتق شركة المشروع، ومع ذلك يتفق في الغالب على التزام جهة الإدارة بأن تعمل على تمكين شركة المشروع في الحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة لتنفيذ العقد[4].

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 مخلصة 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[5].

---

[1] UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page 30.

[2] نشر القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦، بالجريدة الرسمية، العدد ٢٥ مكرر (ب)، بتاريخ ١٩٩٦/٦/٣٠.

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص١٦٤.

[4] د. مي محمد شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص٧٩.

[5] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص٢٠٠.

ولما كانت الموافقات والتراخيص في معظم الأحوال من الشروط الأساسية لإقامة وتشغيل المرفق فإن لشركة المشروع مصلحة حقيقة 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[1].

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 المنفذة بنظام B.O.T[2]، فهو يقوم بتذليل العقبات الإدارية التي يمكن أن تقابل المستثمرين بتوحيد جهة التعامل مع المستثمر بحيث تكون الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة وفروعها في المحافظات والمجتمعات العمرانية هي الجهة الوحيدة التي يتعامل معها المستثمر، وتنوب عنه في التعامل مع مختلف الجهات الحكومية المعنية بتقديم خدمات الاستثمار ونظم المشرع عملية منح الترخيص المؤقت لإقامة المشروع[3].

ولقد نصت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على التزام الجهة الإدارية بأن تقدم في الحدود المعقولة المساعدة اللازمة والتي تتطلبها شركة المشروع للحصول على الموافقات

---

[1] د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص١٦٤.

[2] نشر القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام قانون ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، بالجريدة الرسمية، العدد ١٧ تابع (د)، بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٢، ونشر قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، بالجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، في ١٩٩٧/٥/١١، ولائحته التنفيذية صادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم (٢١٠٨) لسنة ١٩٩٧، ونشرت بالوقائع المصرية، العدد ١٧٤ (تابع)، في ١٩٩٧/٨/٩.

[3] حيث نصت المادة (٥٣) 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".

كما نصت المادة (٥٤) من القانون على أنه " يقدم المستثمر إلى الهيئة أو أحد فروعها طلباً على النموذج الذي تعده لهذا الغرض مرفقاً به المستندات التي تحددها، ويمنح فور التقدم بطلبه وتحت مسئوليته، ترخيصاً مؤقتاً لإقامة المشروع، وتتولى الجهة التي تلقت الطلب موافاته بوثائق موافقات وتراخيص الجهات المختصة، ويستمر العمل بالترخيص المؤقت لحين إصدار الترخيص النهائي.

ولا يجوز التعرض للمستثمر أو إيقاف مباشرته لنشاطه أو الامتناع عن منحه التيسيرات والموافقات اللازمة له، وذلك بسبب تأخر إصدار الترخيص النهائي"، راجع الجريدة الرسمية العدد ٢٣ (تابع) في ٢٠٠٥/٦/٩.

ونصت المادة (٥٥) من القانون على أنه " تتولى الهيئة إصدار الترخيص النهائي، وذلك في مدة لا تجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ استصدار كافة التراخيص والموافقات المطلوبة من الجهات المختصة من خلال عامليها بمكاتبها في الهيئة أو فروعها والذين لهم الصلاحية في إصدارها وذلك بشرط استيفاء المستندات الموضحة في الطلب المنصوص عليه في المادة (٥٤) من هذا القانون فإذا انقضت هذه المدة دون إصدار الترخيص النهائي يعرض رئيس الهيئة الأمر خلال أسبوع على اللجنة المنصوص عليها في المادة (٦٥) من هذا القانون لاتخاذ القرار المناسب خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر، وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية.

وتمنح الشركات التي تؤسس للتنمية المتكاملة موافقة واحدة بالإنشاء والتشغيل لجميع مشروعاتها، ويتمتع كل مشروع من مشروعات الشركة بضمانات وحوافز الاستثمار المقررة اعتباراً من تاريخ بدء مباشرة النشاط الذي يتحدد طبقاً لأحكام هذا القانون".

ونصت المادة (٥٦) من القانون على أنه "للجهات المنوط بها منح تراخيص إقامة المشروعات ومباشرة النشاط وفقاً لأحكام هذا القانون، الحق في التفتيش على المشروعات المرخص بها تطبيقاً لأحكامه، وذلك للتأكد من الالتزام بشروط الترخيص والالتزام بأحكام التشريعات المنظمة لمباشرة أوجه نشاطها، واتخاذ الإجراءات اللازمة عند مخالفة هذه الشروط والأحكام على النحو المنصوص عليه في هذه التشريعات.

ويكون التفتيش وفقاً لبرامج يتم إعدادها وتنفيذها على نحو لا يخل بحسن سير المشروعات ومباشرتها لأوجه نشاطها وفقاً للقواعد والضوابط والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

والتراخيص اللازمة، وتتضمن هذه المساعدة – على سبيل المثال لا الحصر – تقديم خطابات تعزيز لأي من هذه الطلبات لدى الجهات الإدارية المختصة مثال ذلك ما نصت عليه المادة (٤) من عقد التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء:-

"أ- تقوم الشركة بما يلي على حسابها الخاص:

١. أن تقوم بنفسها أو عن طريق الغير بتقديم الطلبات للجهات المعنية للحصول على الموافقات (سواء طلبات مبدئية أو تجديد للطلبات)، وذلك بالشكل المطلوب مع الرسوم المقررة، كما تتابع بعناية كافة هذه الطلبات وتبذل كل جهد مناسب للاحتفاظ بسريان الموافقات متى تم الحصول عليها.

٢. أن ترسل جميع الإخطارات المطلوبة وتسمح بإجراء كافة المعاينات اللازمة طبقاً لجميع الموافقات التي حصلت عليها فيما يتعلق بالمجمع.

٣. أن تدفع كافة الرسوم المقررة فيما يتعلق بهذه الموافقات، وينبغي أن تكون المعلومات المقدمة في الطلبات كاملة دقيقة.

وتقدم الهيئة – في الحدود المعقولة التي تطلبها الشركة – المساعدة اللازمة للحصول على الموافقات وتتضمن على سبيل المثال لا الحصر تقديم خطاب تعزيز لأي من هذه الطلبات "[١].

وأيضاً ما نص عليه البند الخامس من عقد إنشاء وتشغيل الانتفاع بمشروع إقامة عدادات انتظار إلكترونية لاستغلال أماكن انتظار السيارات بشوارع وسط المدينة بمحافظة القاهرة بنظام الـــB.O.T على أنه: " يقوم الطرف الأول (محافظ القاهرة) بتسهيل ومساعدة الطرف الثاني (شركة المشروع) في استخراج التصاريح اللازمة لتجهيز المواقع على نفقة الطرف الثاني "[٢].

وكذلك ما نص عليه البند العاشر من عقد إنشاء وتشغيل والانتفاع بمشروع جراجين متعددي الطوابق تحت سطح الأرض بنظام الـــB.O.T على أنه " ... يتعهد الطرف الأول (محافظة القاهرة) بتسهيل حصول الطرف الثاني (شركة المشروع) في المواعيد المناسبة على

---

[١] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[٢] وجدير بالذكر أن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذة بنظام الـB.O.T، ومنها عقد إنشاء وتشغيل الانتفاع بمشروع إقامة عدادات انتظار إلكترونية لاستغلال أماكن انتظار السيارات بشوارع وسط المدينة بمحافظة القاهرة بنظام الـB.O.T، وتمت إضافته بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم (١٢٣٠) لسنة ٢٠٠٢.

أية موافقات أو تراخيص أو تصاريح أخرى من السلطات والجهات الحكومية المختصة تكون لازمة لتمكين الطرف الثاني من تنفيذ التزاماته الناشئة عن هذا العقد"[1].

وفي الكويت نجد أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية نصت على التزام جهة الإدارة المتعاقدة بأن تقدم المساعدة اللازمة والتي تتطلبها شركة المشروع للحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة – ومنها على سبيل المثال لا الحصر – ما نص عليه البند رقم (١١) في الفقرة خامساً من عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بالكويت بنظام الـ B.O.T حيث نص على أن " يكون الطرف الثاني مسئولاً عن الاتصال بالوزارات والجهات المعنية للحصول على الموافقات الضرورية وذلك بالتنسيق مع الطرف الأول "[2].

وأيضاً ما نص عليه البند رقم (١٠) في الفقرة خامساً من عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي حيث نص على أن " يكون الطرف الثاني مسئولاً عن الاتصال بالوزارات والجهات المعنية للحصول على الموافقات الضرورية بالتنسيق مع الطرف الأول "[3].

هذا ولقد نظم القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي عملية الحصول على التصاريح والتراخيص والموافقات اللازمة لتشييد وتشغيل المشروع، حيث أوجب أن يتضمن عقد الشراكة النموذجي من خلال بنوده المتعددة على تحديد مسئولية الحصول على هذه التراخيص التصاريح وهو ما نصت عليه المادة (٣٥) في البند رقم (٣) من أنه "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي:

١- طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداءها وشروط تنفيذها.

٢- ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.

٣- مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.

٤- الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.

---

[1] وجدير بالذكر أيضاً أن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذة بنظام الـ B.O.T ومنها عقد إنشاء وتشغيل والانتفاع بمشروع حراجين متعددي الطوابق تحت سطح الأرض بنظام الـB.O.T، وتمت إضافته بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء المصري رقم (٤٦٥) لسنة ٢٠٠٢.

[2] عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بالكويت، تم توقيع هذا العقد بتاريخ ١٩٩٧/١/٥.

[3] عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي بالكويت، تم توقيع هذا العقد في ٢٠٠٤/٤/٢٦.

٥- سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدها، وأسس وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض.

٦- وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.

٧- تنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل.

٨- أنواع ومبالغ التأمين على المشروع، ومخاطر تشغيله أو استغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة العامة وأحكام وإجراءات استردادها.

٩- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.

١٠- مدة العقد ومدة الاستثمار ومدة البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.

١١- حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة والحالات التي يحق فيها للجهة العامة الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المرتبة على استخدام هذا الحق.

١٢- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار.

١٣- حالات السماح لذات الشركة المتعاقدة بتنفيذ عقود شراكة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا.

١٤- اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين.

١٥- يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين.

١٦- وتبين اللائحة التنفيذية الأمور الأخرى التي يتضمنها عقد الشراكة ".

وفي الصين من خلال تجربتها بتنفيذ عقود بنظام الـ B.O.T يمكن استخلاص المبادئ الأساسية التي تحكم موقف الحكومة الصينية في هذه العقود على الوجه التالي:

١. الحكومة الصينية لا تقدم ضمانات لهذه العقود، ويتم إبرام هذه العقود مع السلطات المحلية.

٢. يقتصر دور الحكومة على إعداد المناقصات الخاصة بهذه العقود، وتصديق الحكومة عليها.
٣. يتم تطبيق قواعد المناقصات في هذه العقود بصورة تنافسية من أجل توفير العدالة والشفافية.
٤. الاستعانة بخبرات منظمة اليونيدو.
٥. يشترط أن يقدم الكفيل خدمات عالية الجودة، أثناء تشغيل المشروع، وتوجد شروط خاصة بالحوافز والعقوبات لضمان التزام الكفيل بذلك.
٦. يشترط نظام عالي من التكنولوجيا والجودة العالمية.
٧. تلتزم السلطات الصينية بتذليل كافة الصعاب البيروقراطية للحصول على التراخيص والأذون المطلوبة.
٨. انتهت المفاوضات والمناقصات في وقت قصير وأدى ذلك إلى توفير التكلفة والوقت.
٩. تواجه المشروعات صعوبات كثيرة، بسبب حداثتها في هذا البلد، ولكنها حققت مزايا كثيرة للدولة المضيفة، ولاقت بعض هذه المشروعات دعماً متزايداً من قبل البنوك ومؤسسات التمويل اليابانية والدولية.
١٠. قامت الحكومة الصينية مع منظمة اليونيدو بتطبيق هذه العقود في المشروعات الصغيرة وتم التطبيق بنجاح[١].

ومن خلال استعراض هذه المبادئ نجد أنه نص في البند رقم (٧) من هذه المبادئ السابق ذكرها، على حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل المشروع وذلك من خلال التزام الحكومة الصينية بتذليل الصعاب البيروقراطية لحصول شركة المشروع على هذه التراخيص.

الفرع الثاني

حق شركة المشروع في الانتفاع والاستغلال في عقد الـ B.O.T.

ومن أشكال دعم تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، السماح لشركة المشروع بتنويع استثماراتها من خلال امتيازات فرعية، تتمثل في تقديم خدمات فرعية (ancillary services)، مرتبطة بالخدمة الأساسية التي تقدمها شركة المشروع أو بالنشاط الذي تمارسه، أو السماح لشركة المشروع باستغلال أنشطة أخرى ذات صلة بالنشاط الرئيسي الذي تمارسه، وفي بعض الحالات فإن مصادر الإيرادات البديلة قد يتم استخدامها كإعانة

[١] د. كمال طلبه، المرجع السابق، ص ٢٧٠ وما بعدها.

لشركة المشروع، بسبب اتباع سياسة من الجهة الإدارية المانحة تتمثل في خفض أو ضبط سعر الخدمة الرئيسية، وغالباً ما تكون هذه الأنشطة الفرعية مربحة، ولذا فإنها قد تعزز من الجدوى المالية للمشروع[1].

ومن الجدير بالذكر أن تخويل الملتزم أو شركة المشروع الحق في أن تقوم على استغلال امتيازات فرعية، تقتضي وجود ترخيص تشريعي بذلك، خاصة إذا ما كان الامتياز الفرعي يستلزم استغلال أراضٍ تخص الجهة المانحة أو غيرها من الهيئات العامة، ويجب الحصول كذلك على موافقة الجهة المانحة فيما يخص أي توسعات يمكن أن تطرأ على النشاط أو الامتياز الفرعي، وفي بعض النظم القانونية ينظر إلى الامتيازات الفرعية على أنها امتيازات منفصلة أو مستقلة عن الامتياز الأصلي، وبالتالي فيجب ألا يسمح لشركة المشروع بأن تقوم عليها إلا إذا كان القانون يجيز لها ذلك صراحة[2].

وفي مصر فقد أكدت المادة (١٢) مكرر من القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود الـB.O.T التي يكون موضوعها إنشاء وإدارة الطرق الحرة والسريعة من خلال ما نصت عليه على أن "يكون للملتزم في خصوص ما أنشأه من طرق سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق في المواد ٥، ٦، ٧، ٨، ١١، ١٢، ١٥ فقرة أولى من هذا القانون، بما في ذلك الحق في استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق وفي بداياته ونهاياته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات الخدمة وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطرق والمارة على أن تؤول جميع هذه المنشآت إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة"[3].

وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة السابعة من عقد التزام إنشاء وإدارة طرق القطامية/ العين السخنة لجهاز مشروعات الخدمة الوطنية: "يتمتع الطرف الثاني بكافة صلاحيات وسلطات وامتيازات واختصاصات وحقوق الطرف الأول المنصوص عليها في القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة المعدّل بالقانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ وذلك في كل ما يتعلق بإنشاء

---

[1] See, UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page 54.
"one additional form of support to the execution of privately financed infrastructure projects may be to allow the project company to diversify its investement through additional concessions for the provision of ancillary services or the exploitation of other activities. In some cases, altemative sources of revenue may also be used as a subsidy to the project company for the purpose of pursuing a policy of low or controlled prices for the main service.Provided that the anciilary activities are sufficiently profitable".

[2] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

[3] نشر القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود البوت يكون موضوعها إنشاء وإدارة الطرق الحرة والسريعة، بالجريدة الرسمية (مصر)، العدد (٢٧) مكرر، الصادر في ١٩٩٦/٧/١٤.

وإدارة وتشغيل واستغلال وصيانة الطريق وكذا تحديد رسوم استعمال الطريق وتحصيلها من المنتفعين به الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون وأي قوانين أخرى في هذا الشأن بالتنسيق مع الطرف الأول مع احتفاظ الطرف الثاني بعائدات استغلال الطريق أياً كان مصدرها والتي تعد حقاً خالصاً له طوال فترة الالتزام"[1].

وبناءاً على نص المادة (١٢) مكرر من القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ السابق ذكرها، فقد تضمنت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T التي أبرمتها الحكومة المصرية مع الشركات الاستثمارية بشأن طرق حرة وسريعة ورئيسية شروطاً تنص على تخويلها الحق في استغلال مساحات شاسعة من الأراضي الواقعة على جانبي تلك الطرق وفي بدايتها ونهايتها تفوق قيمتها بكثير تكلفة إقامة تلك الطرق بالكامل، ويكفي أن نشير إلى أن جملة مساحة الأراضي التي قامت الحكومة المصرية بمنح حق استغلالها للشركات المسند إليها إنشاء عدد ست طرق حق استغلالها قد بلغ (١٥٤٥٠٠) فدان، حيث قامت وزارة النقل المصرية بدراسة ميدانية على الجدوى الاقتصادية لإنشاء عدد ست طرق حرة على الجانب الغربي من نهر النيل، وهذه الطرق هي: الإسكندرية الفيوم بطول (٢٤٠) كيلو، الفيوم أسوان بطول (٨٥٠) كيلو على مرحلتين، الفيوم ديروط، وديروط أسوان، ثم طريق ديروط الفرافرة بطول (٢٦٠) كيلو، ثم طريق سوهاج الخارجة شرق العوينات بطول (٥٠٠) كيلو على مرحلتين، سوهاج الخارجة واحة باريس، ثم واحة باريس شرق العوينات، وأخيراً طريق الإسكندرية السلوم بطول (٥٠٠) كيلو[2].

وكما نصت المادة (٣/ب/٤) من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين "يحق للملتزم إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض مثل إقامة مبان خاصة بالأسواق الحرة أو مبانٍ إدارية وتجارية وترفيهية، وفنادق وأوتيلات ونادي رياضات الجو ومركز تدريب.. يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال، وبما لا يتعارض مع التخطيط العام للمطار حالياً وتطويره مستقبلاً أو التخطيط العام للمنطقة ومع مراعاة القواعد المقررة قانوناً[3].

---

[1] م. محمد طلعت خطاب، تجربة وزارة النقل في تنفيذ مشروعاتها بنظام B.O.T، في مجال الطرق – السكك الحديدية – الأنفاق – النقل البحري – النقل النهري – النقل الجوي، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ٢١٣ وما بعدها.

[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

- كذلك انظر: د. محسن الخضيري، مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٨ وما بعدها.

[3] نشر عقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الـ B.O.T، بالوقائع المصرية، العدد (٢٦٤)، تابع (أ)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

وأيضاً ما نص عليه البند السادس من عقد منح التزام إنشاء وإدارة واستغلال محطات الحاويات والبضائع العامة والصب بالحوض الأول لميناء شمال العين السخنة بنظام الـB.O.T لشركة تنمية ميناء العين السخنة حيث نص على أن "نظراً لأهمية إنشاء مركز لوجستي كإحدى دعائم الموانئ الحديثة كجزء مكمل للميناء. ولما كانت الشركة – الطرف الثاني – هي المشغلة للميناء والقائمة على إدارته ولديها القدرة التسويقية للميناء والمنطقة اللوجستية ويستحيل إسناد هذا العمل لغير الشركة لارتباط ذلك ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمحطات التي رخص للشركة بها ونظراً لما يمثله هذا المركز من قيمة مضافة، فقد تم الموافقة على الترخيص للشركة بإقامة مركز لوجستي العالمي في ميناء السخنة في المكان المحدد للمخطط العام لموانى البحر الأحمر وفقاً لشكل التعاقد ومدته وشروطه العامة والخاصة وبما لا يتعارض مع شروط عقد الامتياز (الاتفاق) ..."[1].

وفي الكويت فقد تطرقت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بشكل واضح وصريح لحق شركة المشروع في الانتفاع والاستغلال في عقد الـB.O.T، وذلك من خلال ما نصت عليه المادة (٢٦) في البند رقم (١٨) من هذه اللائحة التنفيذية حيث جاء فيها "يجب أن يتضمن عقد الشراكة على وجه الخصوص ما يلي:-

١- موضوع العقد.
٢- مدة العقد، شاملة مدة البناء ومدة الاستثمار.
٣- الالتزام بإنشاء المشروع.
٤- تحديد الخدمات ومقابل تحصيلها.
٥- الإقرار والضمانات والتعهدات.
٦- إجراءات التشغيل.
٧- الاختبارات وآلية التقييم.
٨- تشغيل المشروع.
٩- طرق المحاسبة وعملة الدفع.
١٠- التأمين.
١١- السجلات والتقارير.
١٢- التنازل.

---

[1] م. محمد طلعت خطاب، المرجع السابق، ص ٢٢٤.
- كذلك انظر: د. محمد المتولي، تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر في تشغيل ميناء شمال العين السخنة بنظام B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ٢٤٦.

١٣- حالات فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي.

١٤- تصفية المشروع وإنهاء العقد للمصلحة العامة.

١٥- أسس التعويض.

١٦- تحرير العقد المعتمد.

١٧- طرق فض المنازعات.

١٨- حق الانتفاع بأي أصول عينية توفرها الدولة.

١٩- الاشتراطات الفنية والبيئية والمالية والاقتصادية للمشروع.

٢٠- شروط الأمن والسلامة.

٢١- أية شروط أخرى تحدد العلاقة بين الأطراف والتزاماتهم"[١].

وفي بعض مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T تقوم الحكومات المضيفة بمنح شركة المشروع الحق في استخدام بعض الأصول القائمة والانتفاع بمواردها، فعلى سبيل المثال في مشروع إنشاء الطريق السريع بين شمال ماليزيا وجنوبها قامت الحكومة المضيفة بمنح الشركة الخاصة المكلفة بتنفيذ ورعاية المشروع الحق في الانتفاع المجاني بالموارد المالية المحصلة من طريق آخر سريع طوله (٣٠٠) كيلو متر كان قائماً بالفعل، وفي مشروع الطريق السريع الجديد بمدينة بانكوك عاصمة تايلاند تم الاتفاق على اقتسام إيرادات الطريق السريع القديم الذي كان قائماً بالتساوي بين الحكومة التايلاندية والشركة الراعية للمشروع، وفي تايلاند أيضاً تم تنفيذ مشروع الـــB.O.T لبناء وتشغيل طريق سكك حديدية علوي بطول (٦٠) كيلو متراً، وذلك من خلال توقيع الحكومة المضيفة عقداً مع الشركة الخاصة المعنية بالمشروع يقضي بأنه يحق للشركة تشغيل المشروع (٣٨) عاماً يتم خلالها إنشاء عدة مراكز تجارية على جانبي المحطات التي يمر بها المشروع أصلاً، وقد تم أيضاً إتباع نظام مشابه عند بناء نفق أسفل الميناء الرئيسي بمدينة سيدني الاسترالية حيث تم السماح للشركة الخاصة بتشغيل النفق القديم والحصول على إيراداته كاملة لحين الانتهاء من تنفيذ النفق الجديد[٢].

---

[١] صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، بموجب المرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥، ونشرت بجريدة الكويت اليوم، العدد (١٢٢٩)، السنة الحادية والستون، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٩.

[2] See 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., p. 62.

"In some BOT projects the host governments have contributed to the projects by awarding the sponsors the right to operate and to earn revenues from existing assets. For instance, in the North-south Highway project in Malaysia, the sponsors were awarded the right to earn tolls from the existing 300-kilometer expressway, In the Bangkok second Stage Expresseay project, it was agreed that tolls from the existing first-Stage Expressway would be shared between the private sponsors and the government at an agreed ratio.

كما قامت الحكومة الصينية بمنح شركة المشروع حق استغلال أصول عامة موجودة بالفعل، وذلك عند قيام شركة المشروع بإنشاء الجسر الثاني على نهر يانجزي(Yangzi) بمدينة يوهان (Wuhan)، وكذلك الحال في مدينة مارسيليا وفي نفق باردوكاريناج(Pardocorenage) البري ذي الرسم قامت السلطة المانحة بإنشاء طريق مروري للسيارات[1].

ولا شك أن ما ستجنيه تلك الشركات من أرباح مقابل استغلال تلك المساحات الواسعة يتجاوز بكثير تكلفة هذه الطرق خاصة إذا وضعنا في الاعتبار طول مدة العقد[2].

ولذا ذهب البعض – وبحق – إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T في مصر قد منحت الشركات الاستثمارية مزايا إضافية مرتبطة بالعقد قد تفوق في قيمتها تكلفة تمويل المشروع بالإضافة إلى ما ستجنيه تلك الشركات من عائد وأرباح من المشروع نفسه[3].

ولذلك يجب منح الامتيازات الفرعية بحساب، ولا يجب التوسع في منحها دون مقتضى والأمر يرجع إلى ظروف كل حالة على حدة لتقوم الإدارة بمنح هذه الامتيازات في ضوء المبادئ التي يتضمنها القانون[4].

ويمكن القول بأن الجدوى الاقتصادية لمشروعات الطرق وبخاصة في حالات إنشاء طرق سريعة بين المحافظات تكون غير مربحة حيث لا يكفي عائد تحصيل الرسوم من المستخدمين لتغطية تكلفة إنشاء تلك الطرق والكباري وتحقيق هامش ربح معقول لذا تلجأ الحكومات إلى منح ترخيص أو حق استغلال وتملك بعض المناطق المحيطة بهذه الطرق لاستغلالها وإقامة فنادق واستراحات ومطاعم وإنشاء البنية الأساسية، ويكون استغلال هذه الأراضي هو مصدر الربح الرئيسي للمستثمر الخاص في هذه المشروعات، وقد تقوم جهة الإدارة بتأجير هذه الأراضي إلى المستثمر أو بمنحه حق انتفاع عليها أو ببيعها بأسعار مخفضة أو الترخيص له باستغلالها طوال مدة الالتزام على أن يعيد هذه الأراضي والمنشآت مرة أخرى إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام، وقد تثير هذه الأمور من الناحية العملية صعوبات كثيرة خاصة في الأحوال التي تكون فيها الأراضي

= In thalland, a BOT proposal to build and operate a 60- kilometer elevated rail and toll road system for 38 years included the sponsors right to devlop commercial and residential complcxes at stations through which the transport system was to run.

In the Sydney Harbour tunnel project, the sponsors obtained the concession to operate the existing Sydney bridge as one of the incentives. To finance the new project, the bridge toll was increased to the same level as the toll for the tunnel".

[1] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣١٩.

[2] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٩.

[3] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢١٠.

المملوكة على نهر الطريق مملوكة لجهات غير تلك المتعاقد معها بنظام التزام الأشغال العامة بالنسبة للطرق والكباري[1].

ومثل هذه الحوافز المقدمة من الحكومة المضيفة إلى القطاع الخاص لا تقتصر على توفير موارد وإيرادات إضافية للشركات الخاصة، وإنما هي أيضاً تجعل من الممكن أن تقوم هذه الشركات الخاصة ببيع خدمات المشروع الجديد بأسعار أقل مما كان يمكن بيعها به في حالة عدم توافر مثل هذه الموارد النقدية الإضافية والغرض من هذا كله بالطبع هو زيادة الجاذبية المالية أو الاقتصادية للمشروع بنظام الـــB.O.T في نظر القطاع الخاص والمستثمرين المحتملين سواء أكانوا من الشركات الراعية أو المنفذة أو من المقرضين[2].

المطلب الثاني

حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقدالـــB.O.T.

إن الحقوق والمزايا العينية التي تحصل عليها شركة المشروع في عقود الـــــ B.O.T تختلف وتتنوع باختلاف طبيعة المرفق النفعي العام الذي تتولى إنشاؤه وتشغيله، بحيث يتحدد كيف وكم تلك الحقوق والمزايا في ضوء وإطار تحقيق الهدف الأساسي من وراء إبرام العقد وتنفيذه، وبما يستتبعه ذلك من الاعتراف والتسليم لشركة المشروع بطائفة أو أخرى من الحقوق الإضافية والمكملة شريطة اتصافها بوصف الارتباط اللازم والضروري بحقوقها الأصلية المقررة لها بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وفي مصر وتطبيقاً لذلك فقد تم التسليم بالمزايا العينية الإضافية لشركة المشروع في عقود الـــ B.O.T، ومنها على سبيل المثال الحقوق والمزايا العينية المعترف بها لشركة انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء استناداً للقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ وعقد الـــ B.O.T المبرم بينها وبين هيئة كهرباء مصر[3].

حيث تخول المادة الرابعة فقرة (٧) من عقد محطة كهرباء سيدي كرير بنظام الـــــ B.O.T لشركة المشروع (شركة انترجن) حق الانتفاع بموقع المشروع والحصول على المياه

---

[1] د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

[2] د. سمير محمد عبدالعزيز، د. إسماعيل حسين إسماعيل، د. شكري رجب العشماوي، نظام البناء – التشغيل – نقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٧٧.

[3] نشر القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود البوت التي يكون موضوعها إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء، بالجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر (ب)، الصادر في ١٩٩٦/٦/٣٠، ونشر عقد محطة كهرباء سيدي كرير، بالوقائع المصرية، العدد (١٤٨)، الصادر في ٧ يوليه ١٩٩٩.

الكافية اللازمة لتشغيل محطة الكهرباء ونقل التجهيزات والمعدات إليها والتي تنص على أن "تحصل الشركة على إمدادات كافية من المياه للمجمع، وتجري الترتيبات لتوريد واستلام المعدات والمواد اللازمة لإنشاء المجمع في الميناء بمصر، كما تجري الترتيبات لنقل كل هذه المعدات والمواد من الميناء للموقع. كما تحصل الشركة من الهيئة على اتفاقية حق انتفاع بجزء من موقع سيدي كرير الذي تملكه الهيئة".

ومنها أيضا حقوق شركة المشروع في الحصول على المزايا المالية والعينية الواردة بنص القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة للإنشاء واستغلال المطارات وأراضي النزول[١].

فوفقاً لعقد التزام منح إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين[٢]، والذي تم إبرامه استناداً للقانون سالف الذكر بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني، وشركة كاتو للاستثمار (شركة مساهمة مصرية) يخول لشركة المشروع (الملتزم – شركة كاتو) عدداً من المزايا المالية والعينية على النحو التالي:-

أولاً: حق تخصيص وإشغال الأراضي المقام عليها المشروع (مطار العلمين) وقد تم النص على هذا الحق في المادة الثالثة فقرة (ب) البند (١) من العقد المتعلقة بإنشاء المطار والتي تنص على أن "يمنح المالك الملتزم الحق في حدود قوانين جمهورية مصر العربية في إشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات وعمليات الطيران ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام وبما يتفق وأحكام عقد الالتزام،وذلك في الموقع المحدد بالإحداثيات الموضحة بالخريطة المرفقة ....".

واستكملت المادة الثالثة فقرة (ب) البند (٢) ذلك بقولها "يتعهد الملتزم بإنشاء مطار العلمين الدولي بالموقع المحدد بالبند السابق بحد أقصى مدة ثلاث سنوات من تاريخ استلام الموقع خال من الموانع وإقرار المخطط العام للمشروع طبقاً لما جاء بالمادة (٣)، وله الحق في طلب ضم أراضي أخرى مجاورة للموقع المذكور تكون لازمة للإنشاءات وعمليات الطيران. بعد الحصول على هذه الموافقة من الجهات المختصة يكون للملتزم الحق في استكمال إنشاءات المطار عليها".

ثانياً: حق شركة المشروع في إقامة المنشآت الاستثمارية الإضافية للمشروع حيث تخول المادة الثالثة فقرة (ب) البند (٤) لشركة المشروع الحق في إقامة مباني استثمارية تدر لها أرباحاً إضافية، لما تحصل عليه من رسوم هبوط وإقلاع الطائرات من الشركات، حيث

---

[١] نشر القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ بشأن عقود البوت المتعلقة بإنشاء وإدارة المطارات، بالجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، الصادر في ١٩٩٧/٢/٨.

[٢] نشر عقد مطار العلمين، بالوقائع المصرية، العدد رقم (٢٦٤) تابع (أ)، الصادر في ١٩٩٨/١١/١٩.

جاء فيها "يحق للملتزم إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض، مثل إقامة مباني خاصة بالأسواق الحرة أو أي مباني إدارية أو تجارية وترفيهية، فنادق وأوتيلات ونادي رياضات الجو ومركز تدريب، يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال، وبما لا يتعارض مع التخطيط العام للمطار حالياً وتطويره مستقبلاً أو التخطيط العام للمنطقة ومع مراعاة القواعد المقررة قانوناً".

وتخول أيضاً المادة الثالثة فقرة (ج) البند (٥) من عقد مطار العلمين بنظام الـB.O.T لشركة المشروع الحق في تحصيل مقابل الخدمات والدخول وغيرها من المميزات حيث تنص على أن "يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والإشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات ووفقا لما تم تحديده بالملحق رقم ٧".

وأيضاً ما نصت عليه المادة (١٦) من ذات العقد (عقد مطار العلمين بنظام الـB.O.T) حيث جاء فيها "يمنح المالك للملتزم خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد، ولينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة، وفي حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع".

وفي مصر صدر القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار[١]، وقد أكدت المادة الأولى منه بأن هذا القانون يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذة بنظام الـB.O.T.

وكما يمنح هذا القانون السالف ذكره، بموجب المادة الأولى منه مزايا كثيرة لشركة المشروع في عقد الـB.O.T، متى كان من أغراضها أحد الأنشطة المتعددة التي ذكرتها ونصت عليها، حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه "تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت، أياً كان النظام القانوني الخاضعة له، التي تنشأ بعد تاريخ العمل به، لمزاولة نشاطها في أي من المجالات الآتية:

النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر:

ويشمل ذلك وفقاً للائحة التنفيذية للقانون:

النقل الجوي للركاب والبضائع، سواء كان منتظماً أو عارضاً.

---

[١] نشر القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار في مصر، بالجريدة الرسمية، العدد ١٩ (مكرر)، في ١٩٩٧/٥/١١.

إنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول أو أجزاء منها، وتشغيل وإدارة وصيانة ما هو قائم من المطارات وأراضي النزول وغير ذلك مما يرتبط مباشرة بالنقل الجوي من خدمات كالصيانة والإصلاح والتموين والتدريب.

البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق واتصالات وجراجات متعددة الطوابق تحت سطح الأرض.

ووفقاً للائحة التنفيذية يشمل هذا البند:

(أ) إقامة أو تشغيل وإدارة وصيانة محطات تحلية وتكرير مياه الشرب وشبكات توزيعها وخطوط نقلها.

(ب) إقامة أو تشغيل وإدارة وصيانة محطات الصرف الصحي أو الصرف الصناعي والتنقية وتوصيلاتها.

(ج) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل وصيانة محطات توريد الكهرباء على اختلاف مصادرها وشبكات توزيعها.

(د) إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها.

(ه) إقامة أو إدارة وتشغيل وصيانة محطات وشبكات الاتصالات السلكية واللاسلكية والأقمار الصناعية بعد الحصول على ترخيص من الجهات المعنية وفقاً للقوانين المعمول بها ولا يشمل ذلك الإذاعة والتلفزيون.

(و) إقامة شبكات نقل الصوت والصورة والمعلومات المكتوبة وتقديم خدمات القيمة المضافة بعد الحصول على ترخيص من الجهات المعنية، وفقاً للقوانين المعمول بها، ويشمل ذلك شبكات الهاتف المحمول.

(ز) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل وصيانة خطوط مترو الأنفاق أو أجزاء منها وإدارة وتشغيل وصيانة ما هو قائم من هذه الخطوط.

(ح) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل وصيانة خطوط المترو السطحية داخل المدن أو بين المدن.

(ط) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل أنفاق السيارات.

(ي) إقامة أو تشغيل وإدارة الجراجات المتعددة الطوابق بنظام B.O.T سواء كانت تحت سطح الأرض أو فوق الأرض وعدادات تنظيم انتظار السيارات بنظام B.O.T.

(ك) إعداد الدراسات الخاصة بالمشروعات الاستثمارية وتقديم الاستشارات اللازمة في نشاط السكك ا لحديدية وخطوط المترو.

(ل) تصميم أو إنشاء أو إدارة أو تشغيل أو استغلال أو صيانة خطوط السكك الحديدية وخطوط المترو بالداخل والخارج.

(م) القيام بالدراسات والبحوث الفنية والاقتصادية ودراسات الجدوى اللازمة للمشروعات في كافة مجالات السكك الحديدية وخطوط المترو.

(ن) تشغيل وصيانة واستغلال وحدات النقل المتحركة بالداخل والخارج.

(س) إقامة أو تشغيل وإدارة وصيانة محطات طلمبات مياه الري وشبكات توزيعها وخطوط نقلها للأراضي المخصصة للاستصلاح والاستزراع".

وعلى ذلك فإن شركة المشروع التي يكون من بين أغراضها الأنشطة المنصوص عليها في المادة الأولى السابق ذكرها، سوف تتمتع بالضمانات والحوافز التي نص عليها قانون الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ والتي نبسط الحديث عنها فيما يلي، حيث سنبحث أولاً في الضمانات، وثانياً في الحوافز.

أولاً: ضمانات الاستثمار التي تتمتع بها شركة المشروع، وفقاً لقانون الاستثمار:

منح القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن الضمانات وحوافز الاستثمار في مصر المنشآت والشركات الاستثمارية التي تعمل وفقاً لأحكامه العديد من الضمانات التي تهدف إلى طمأنة المستثمر إلى أنه في ظل مناخ استثماري ملائم يحقق الأمان لرأس ماله.

وقد نصت المواد من (٨) إلى (١٣) من القانون على الضمانات التي تتمتع بها كافة المنشآت والشركات الاستثمارية، أيا كان شكلها القانوني أو حجم رأس مالها أو المجال الذي تزاول نشاطها فيه، وفقاً لأحكام القانون، وهذه الضمانات هي:

١- **عدم جواز التأميم أو المصادرة:**

نصت المادة (٨) من القانون على أن "لا يجوز تأميم الشركات أو المنشآت أو مصادرتها".

٢- **عدم جواز فرض الحراسة أو الحجز أو تجميد الأموال:**

نصت المادة رقم (٩) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على أنه "لا يجوز بالطريق الإداري فرض الحراسة على الشركات أو المنشآت أو الحجز على أموالها، أو الاستيلاء أو التحفظ عليها، أو تجميدها، أو مصادرتها".

وقد وضع هذا النص لحماية المنشآت والشركات الاستثمارية من خضوعها لإجراءات تعسفية تقوم بها جهات إدارية تحرم المنشآت والشركات من أموالها، ولم يجعل المشرع المصري الحق في اتخاذ هذه الإجراءات متاحاً إلا عندما يقرر القانون ذلك.

٣- **عدم الخضوع للتسعير الجبري أو التحديد الإداري للأرباح:**

نصت المادة (١٠) من القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ على أن "لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات أو المنشآت أو تحديد ربحها".

وتتفق هذه الضمانة مع سياسة الاقتصاد الحر التي تنتهجها جمهورية مصر العربية، والتي تتطلب أن تتحدد الأسعار، وفقاً لمقتضيات العرض والطلب، دون أن تتدخل الدولة بتحديدها عن طريق قرارات إدارية، وقد جاء المشرع المصري بهذا القانون ليخرج المنتجات أو السلع أو الخدمات التي تنتجها، أو تقدمها المشروعات الاستثمارية من الخضوع للتسعير الجبري[1].

٤- عدم جواز إلغاء الانتفاع بالعقارات:

نصت المادة (١١) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار على أنه "لا يجوز لأية جهة إدارية إلغاء أو إيقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التي رخص بها للشركة كلها أو بعضها إلا في حالة مخالفة شروط الترخيص". ويهدف هذا النص إلى إتاحة الفرصة للمنشآت الاستثمارية في أن تنتفع بالعقارات التي رخص لها أن تنتفع بها دون أن تفاجئها جهة ما بإلغاء هذا الترخيص كلياً أو جزئياً دون مقتضى، مما يقلل انتفاعها بها أو يضر بمصلحة المنشأة، ولذلك منع المشرع المصري قيام أية جهة باتخاذ أي إجراء من شأنه إلغاء هذه التراخيص إلا في حالة واحدة هي حالة مخالفة المنشأة لشروط هذا الترخيص.

٥- الحق في تملك الأراضي والعقارات دون التقيد بتملك الأجانب:

من البديهي أن يكون للمواطنين حق تملك العقارات في الدولة التي يحملون جنسيتها، ولكن حق الأجانب في ذلك تتنازعه وجهات نظر مختلفة، حسب ظروف كل دولة.

أما في مصر فقد جاء نص المادة (١٢) من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ فأطلق حق الشركات والمنشآت الاستثمارية أيا كانت جنسية الشركاء، أو محال إقامتهم، أو نسب مشاركتهم، في تملك أراضي البناء والعقارات المبنية اللازمة لمباشرة نشاطها والتوسع فيه دون أن يعلق هذه الملكية على شرط موافقة الهيئة العامة للاستثمار[2].

٦- حرية الاستيراد و التصدير:

نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣) من القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ على أنه "مع عدم الإخلال بأحكام القوانين واللوائح والقرارات المنظمة للاستيراد، للشركات والمنشآت أن تستورد بذاتها أو عن طريق الغير ما تحتاج إليه في إنشائها أو التوسع فيها من مستلزمات إنتاج ومواد وآلات ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبة لطبيعة نشاطها وذلك دون حاجة لقيدها في سجل المستوردين".

---

[1] د. صفوت عبدالسلام عوض الله، الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٤.

[2] د. هاني سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣١.

وقد أعفى هذا النص المنشآت والشركات الاستثمارية الراغبة في الاستيراد من إجراءات القيد في سجل المستوردين، ولكن ذلك يكون في حدود ما تستورده لأغراض قيام المشروع أو التوسع فيه أو تشغيله من مستلزمات إنتاج ومواد وآلات ومعدات وقطع غيار ووسائل نقل مناسبة لطبيعة نشاطها، وسواء قامت باستيراد هذه الأشياء بذاتها أو عن طريق غيرها[1].

ثانياً: حوافز الاستثمار التي تتمتع بها شركة المشروع، وفقاً لقانون الاستثمار:

تتعدد الحوافز التي تمنح للاستثمارات بغرض حفزها على مزاولة نشاط معين أو إتباع سلوك اقتصادي محدد، يتفق والأهداف الاقتصادية، والاجتماعية التي تسعى الدولة إلى تحقيقها، ومن أهمها الحوافز الضريبية التي تتمثل في الإعفاء من الضرائب أو خفضها، وقد اختص القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار في مصر الإعفاءات الضريبية دون غيرها من الحوافز المالية بالتنظيم، وذلك بخلاف قوانين الاستثمار السابقة عليه، ولعل ذلك يشير إلى أهمية الإعفاءات الضريبية في تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

وتتنوع الإعفاءات الضريبية التي قررها القانون، فهناك الإعفاء من الضرائب المباشرة، أو ضرائب الدخل، كما توجد إعفاءات من بعض الضرائب غير المباشرة مثل ضريبة الدمغة والضريبة الجمركية.

ونعرض فيما يلي لأحكام الإعفاءات الضريبية كما قررها القانون كحوافز للاستثمار:

١- الإعفاء من الضرائب على إيرادات النشاط التجاري أو الصناعي أو أرباح شركات الأموال:

تعفى من الضريبة على إيرادات النشاط التجاري أو الصناعي أو الضريبة على أرباح شركات الأموال – بحسب الأحوال – أرباح شركات المشروعات، وذلك لمدة خمس سنوات تبدأ من أول سنة مالية تالية لبداية الإنتاج أو مزاولة النشاط، وقد تزيد مدة الإعفاء إلى عشر سنوات، إذا أقيم المرفق داخل المناطق الصناعية، أو المجتمعات العمرانية الجديدة، والمناطق التي يصدر بتحديدها قرار من رئيس مجلس الوزراء، وتزيد هذه الإعفاءات إلى عشرين عاماً إذا كان المرفق خارج الوادي القديم[2].

---

[1] د. رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، بحث منشور بمجلة التشريع المالي والضريبي، العدد رقم (٣١٦/٣١٥)، لسنة ٤٦، مايو/ أغسطس ١٩٩٨، ص ١٧٤، ١٧٦.

[2] المادة (١٦) من القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار في مصر.

٢- **إعفاء الأرباح الناتجة عن الاندماج، أو التقسيم، أو تغيير الشكل القانوني:**

تنص المادة (٢٤) من قانون الاستثمار على أن تعفى الأرباح الناتجة عن اندماج الشركات، أو انقسامها أو تغيير شكلها القانوني من الضرائب والرسوم التي تستحق بسبب الاندماج أو التقسيم أو تغيير الشكل القانوني.

ووفقاً للمادة (٢٥) من القانون تتمتع الشركات والمنشآت الدامجة والمندمجة، والشركات التي يتم تقسيمها أو تغيير شكلها القانوني بالإعفاءات المقررة قبل الاندماج أو التقسيم أو تغيير الشكل القانوني إلى أن تنتهي مدة الإعفاء الخاصة بها، ولا يترتب على الاندماج أو التقسيم أو تغيير الشكل القانوني أية إعفاءات ضريبية جديدة.

ويهدف هذا النص إلى المحافظة على الإعفاءات الضريبية الممنوحة للشركات والمنشآت حتى بعد اندماجها أو تقسيمها أو تغيير شكلها القانوني.

٣- **الإعفاء من ضريبة الدمغة ورسوم التوثيق والشهر:**

نصت المادة (٢٠) من القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ على أن "تعفى من ضريبة الدمغة، ومن رسوم التوثيق والشهر عقود تأسيس الشركات والمنشآت، وعقود القرض والرهن المرتبطة بأعمالها، وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ القيد في السجل التجاري، كما تعفى من الضريبة والرسوم المشار إليها عقود تسجيل الأراضي اللازمة لإقامة الشركات والمنشآت".

وتقتصر الاستفادة بالإعفاء المتقدم على المنشآت الفردية والشركات التي تخضع لقانون الاستثمار، ولا ينسحب على النشاط الذي تزاوله الشركة بعد قيامها، فإذا كان قد مضى على قيد الشركة بالسجل التجاري ثلاث سنوات، ثم رأت أن تزاول نشاطاً استثمارياً فلا يتمتع هذا النشاط بالإعفاء المقرر من ضريبة الدمغة أو رسوم التوثيق والشهر[١].

٤- **تخفيض الضريبة الجمركية:**

نصت المادة (٣٣) من القانون على أن "تسري على الشركات والمنشآت أحكام المادة (٤) من قانون تنظيم الإعفاءات الجمركية الصادرة بالقانون رقم (١٨٦) لسنة ١٩٨٦، الخاصة بتحصيل ضريبة جمركية بفئة موحدة مقدارها (٥%) من القيمة، وذلك على جميع ما تستورده من آلات ومعدات وأجهزة لازمة لإنشائها".

ورغم أن النص مستحدث بالقانون الجديد، إلا أنه يقرر واقعاً معمولاً به من الناحية العملية، طبقاً لنص المادة رقم (٤) من قانون تنظيم الإعفاءات الجمركية رقم (١٨٦) لسنة ١٩٨٦، التي تنص على أن "تحصل ضريبة جمركية بفئة موحدة (٥%) من القيمة على ما يستورد من الآلات والمعدات والأجهزة اللازمة لإنشاء المشروعات التي تتم تطبيقاً لأحكام

---

[١] د. رمضان صديق محمد، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.

القانون رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤، والذي حل محله القانون رقم (٢٣٠) لسنة ١٩٨٨ ثم القانون الحالي رقم (٨) لسنة ١٩٩٧[١].

وهذه هي الحقوق التي تستمدها شركة المشروع من قانون الاستثمار المصري.

وأما في الكويت أود أن ألفت الانتباه إلى أنه خلال مراحل إعدادي لهذا البحث أصدر المشرع الكويتي قانوناً جديداً وهو القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت[٢]، ليلغي بموجبه القانون السابق وهو القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ بشان تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت[٣]، وهو ما نصت عليه المادة (٣٧) من القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ على أن "يلغى القانون رقم ٨ لسنة ٢٠٠١ المشار إليه وكل نص يخالف أحكام هذا القانون".

كما أود أن أشير لملاحظتي أن القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ الملغي السابق الذكر، كان يسري على المستثمرين الأجانب فقط دون المستثمرين الوطنيين، وذلك وفقاً لمادته الأولى حيث عرفت "المستثمر الأجنبي: الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحمل جنسية غير كويتية"، بينما في القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ السابق الذكر، فإنه يسري على جميع المستثمرين سواء الأجانب أو الوطنيين، وذلك وفقاً لمادته الأولى حيث عرفت "المستثمر: الشخص الطبيعي أو الاعتباري أياً كانت جنسيته".

ولذلك فإنني أرى أن المشرع الكويتي قد سلك المسلك الصحيح في صياغته للقانون الجديد، وذلك بإضافته للشركات المحلية أو الوطنية، لأن في ذلك تشجيع للشركات الوطنية في المشاركة والاستثمار في مشاريع الـB.O.T.

وأيضاً حتى تستفيد الشركات الوطنية من المزايا والتسهيلات التي يقدمها لها هذا القانون.

وأما بالنسبة لحقوق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقود الـB.O.T في دولة الكويت، فقد تم الاعتراف والتسليم بهذه المزايا العينية الإضافية لشركة المشروع في عقود الـB.O.T، وذلك من خلال ما نص عليه القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في بعض مواده، وأيضاً ما نص عليه القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في

---

[١] د. هاني صلاح سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٥.
- كذلك انظر: د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٣٨٨ وما بعدها.

[٢] نشر القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، بجريدة الكويت اليوم، العدد (١١٣٦)، السنة التاسعة والخمسون، في ٢٠١٣/٦/١٦..

[٣] نشر القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت الملغي، بجريدة الكويت اليوم، العدد (٥١٠)، السنة السابعة والأربعون، في ٢٠٠١/٤/٢٢.

شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت في بعض مواده، والتي سوف نبسط الحديث عنها ونتناولها بالشكل التالي:

أولاً: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية الواردة بنص القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص ولائحته التنفيذية[١].

فقد أكدت المادة (٢٤) في البند رقم (٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على حق شركة المشروع بالحصول على المزايا والإعفاءات المتعلقة بمشروع الـB.O.T، حيث نصت على أن "مع مراعاة طبيعة كل مشروع من مشروعات الشراكة ونوع ونظام الشراكة وكذلك طريقة المنافسة المعتمدة والاعتبارات الخاصة بطريقة تنفيذه، يجب أن تشتمل وثيقة طلب العطاءات على العناصر التالية:

١. المعلومات التفصيلية المتوفرة عن المشروع بما في ذلك مواصفاته والموقع المقترح لتنفيذه وخصائص الخدمات المطلوبة منه.
٢. الاشتراطات الفنية والمالية والقانونية والبيئية وغيرها من الأمور اللازمة لتقديم العروض وتنفيذ المشروع.
٣. المعادلة المعتمدة من قبل اللجنة العليا من ضمن وثائق طرح المشروع والتي يتم على أساسها ترسية المشروع، والتي توضع في ضوء الأوزان النسبية الفنية والمالية والقانونية وتوزيع المخاطر في المشروع.
٤. مساحة الأرض المخصصة للمشروع – إن وجدت – وقيمة حق الانتفاع بها، وأية أصول قائمة عليها أو ستوفرها الجهة العامة للمستثمر المتعاقد، وما إذا كان سيتم استيفاء أي مقابل نظير الانتفاع بها.
٥. بيان بتكاليف إعداد الدراسات والمبالغ المستحقة لصاحب الفكرة إن وجدت، وغيرها من التكاليف التي يتعين على المستثمر المتعاقد أدائها للهيئة عند الإقفال المالي.
٦. المزايا والإعفاءات المقرر منحها للمشروع.
٧. بيان معيار تحديد المسائل الجوهرية (Material Deviation) غير القابلة للتفاوض والتي من شأنها التأثير على التنافس بين العطاءات المقبولة.
٨. بيان عدد الأظرف التي يتضمنها العطاء، وأن تكون المظاريف منفصلة وموقعة بتوقيع المستثمر أو من يمثله قانوناً ومكتوب على ظاهرها ما يدل على محتواها.
٩. أية شروط أخرى تكون ضرورية وفقاً لطبيعة المشروع".

---

[١] نشر القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، بجريدة الكويت اليوم، العدد (١١٩٧)، السنة الستون، في ٢٠١٤/٨/١٧، بينما صدرت لائحته التنفيذية بموجب مرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥، ونشرت بجريدة الكويت اليوم، العدد (١٢٢٩)، السنة الحادية والستون، في ٢٠١٥/٣/٢٩.

وكما أكدت المادة (٣٠) من اللائحة التنفيذية لذات القانون لحق شركة المشروع في الحصول على المزايا المتمثلة في الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، بل إن هذه المادة أيضاً بينت آلية منح هذه الإعفاءات والمزايا لشركة المشروع حيث نصت على أن "يجب أن تتضمن الشروط المرجعية المزايا التي يتم طرحها على المستثمرين لتقديم عروضهم والمزايا التي يتمتع بها المتعاقد الفائز بما في ذلك الإعفاء من ضريبة الدخل أو أي ضرائب أخرى أو رسوم جمركية أو أي رسوم أخرى بناء على قرار من اللجنة العليا، فضلاً عن المزايا الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت.

وتقوم الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة باقتراح المزايا والإعفاءات الضريبية والجمركية التي تتفق وطبيعة المشروع لدى إعداد وثائق طرح المشروع، ووضع تقرير بذلك يرفع إلى اللجنة العليا لاتخاذ القرار المناسب بشأنه.

ويعتبر قرار اللجنة العليا الصادر في هذا الشأن ملزماً لجميع جهات الدولة المختصة بتنفيذه".

وهو ما أكدته أيضاً المادة (٣١) في البند رقم (٧) من ذات اللائحة التنفيذية لذات القانون على حق شركة المشروع بالحصول على المزايا والإعفاءات الجمركية أو الضريبية المتعلقة بمشروع الـB.O.T، حيث نصت أن "تقوم الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة بدعوة المستثمرين المؤهلين للحصول على وثائق طرح المشروع لتقديم عطاءاتهم، وتتم الدعوة من خلال النشر في الجريدة الرسمية وجريدتين كويتيتين يوميتين على الأقل وبلغتين عربية وإنجليزية وغيرها من وسائل الإعلام المحلية أو الدولية التي يتفق الإعلان بواسطتها مع طبيعة المشروع وكذلك النشر في الصفحة الإلكترونية للهيئة، وذلك حسبما تراه الهيئة مناسباً لهذا الغرض.

ويجب أن تتضمن الدعوة لتقديم العطاءات ما يلي:

١. الموعد النهائي للحصول على وثائق ومستندات طرح المشروع.
٢. الجهة أو الجهات العامة المعنية، والتي سيتم توقيع عقد الشراكة وملاحقه معهم.
٣. مدة الاستثمار.
٤. موقع المشروع وبيان ما إذا كان مقاماً على أرض تملكها الدولة.
٥. مقابل الحصول على وثائق طرح المشروع وكيفية الحصول عليها، بعد إبرام اتفاقية السرية.
٦. الميعاد النهائي لتقديم العطاءات بالتاريخ والساعة والذي يجب أن يقع بعد تسعين يوماً من تاريخ نشر الدعوة في الجريدة الرسمية وطريقة ومكان تقديمها.

٧. المزايا والإعفاءات الجمركية أو الضريبية التي يتمتع بها المشروع.

ويجوز بعد موافقة اللجنة العليا تقديم العطاءات بوسيلة من وسائل الاتصال الإلكترونية التي تتوفر فيها السرية اللازمة".

وأخيراً جاءت المادة (٢٨) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتؤكد أيضاً على حق شركة المشروع بالحصول على المزايا والإعفاءات الجمركية أو الضريبية في المشروعات المقامة بنظام الـB.O.T، حيث نصت على أن "يجب أن تتضمن الشروط المرجعية التي يتم طرحها على المستثمرين لتقديم عروضهم المزايا التي يتمتع بها المتعاقد الفائز بما في ذلك الإعفاء من ضريبة الدخل أو أي ضرائب أخرى أو رسوم جمركية أو أي رسوم أخرى بناء على قرار من اللجنة العليا فضلا عن أي من المزايا الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم ١١٦ لسنة ٢٠١٣ المشار إليه، وتبين اللائحة التنفيذية آلية منح هذه الإعفاءات".

ونلاحظ أن المادة (٢٨) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص السابق ذكرها، أنه بالإضافة إلى ما أكدته على حق شركة المشروع بالحصول على المزايا العينية في مشروعات الـB.O.T، وفقاً لقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فإنها أيضاً نصت صراحة على حق شركة المشروع في الحصول على المزايا الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر.

ونرى أنه يترتب على ذلك أن القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذة بنظام الـB.O.T.

<u>ثانياً: حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية الواردة بنص القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر.</u>

كما ذكرت سابقاً، بأنه يترتب على نص المادة (٢٨) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، أن القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ بشأن تشجيع الاستثمار المباشر يسبغ حمايته وتمتد مزاياه إلى العقود المنفذة بنظام الـB.O.T.

ويترتب على ذلك أن القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ بشأن تشجيع الاستثمار المباشر يمنح شركة المشروع في عقود الـB.O.T مزايا عينية عديدة بالإضافة إلى ما تحصل عليه من مقابل مالي نظير الخدمات التي تقدمها للجمهور.

وهذا ما قامت به المادة (٢٧) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ بشان تشجيع الاستثمار المباشر، حيث منحت شركة المشروع العديد من الإعفاءات الضريبية والجمركية

والإعفاء من الرسوم، ومنحتها أيضاً الانتفاع بالأراضي والعقارات المخصصة لهيئة تشجيع الاستثمار، واستخدام العمالة الأجنبية اللازمة للمشروع، حيث نصت على أن "للمستثمر أن يستفيد من كل أو بعض المزايا التالية:

١. الإعفاء من ضريبة الدخل أو من أي ضرائب أخرى لمدة لا تزيد على عشر سنوات من تاريخ بدء التشغيل الفعلي في الكيان الاستثماري المرخص فيه.
٢. إعفاء كل توسع في الكيان الاستثماري – يرخص فيه وفق أحكام هذا القانون – من نفس الضرائب المنصوص عليها في الفقرة السابقة، لمدة لا تقل عن مدة الإعفاء الممنوحة للكيان الاستثماري الأصلي. وذلك من تاريخ بدء الإنتاج أو التشغيل الفعليين في هذا التوسع.
٣. مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، يعفى كلياً أو جزئياً من الضرائب والرسوم الجمركية أو أي رسوم أخرى قد تستحق على الواردات اللازمة لأغراض الاستثمار المباشر ما يلي:
   أ. الآلات والأدوات والمعدات ووسائل النقل وغيرها من الأجهزة التكنولوجية.
   ب. قطع الغيار ومستلزمات الصيانة اللازمة لما ورد في البند السابق.
   ج. المستلزمات السلعية، المواد الأولية، البضائع المصنعة جزئياً، ومواد التغليف والتعبئة.

ولا يجوز للمستثمر، قبل مرور خمس سنوات على إخطاره بالإعفاء من الرسوم على ما ورد في هذا البند، إجراء أي نوع من أنواع التصرفات عليها، بما فيها البيع أو المبادلة أو التنازل. كما لا يجوز له، خلال نفس المدة، استخدامها لغير الغرض الذي تم الاستيراد من أجله، إلا وفقاً للأسس والقواعد التي يقررها المجلس في هذا الشأن، ودفع أي ضرائب أو رسوم تستحق فيما لو تم الاستيراد وقت إتمام التصرف.

٤. الانتفاع بالأراضي والعقارات المخصصة للهيئة أو التي تخضع لإشرافها أو إدارتها، وذلك وفقاً للأسس والقواعد التي يضعها المجلس في هذا الشأن.
٥. استخدام العمالة الأجنبية اللازمة للاستثمار، وذلك وفقاً للأسس والضوابط التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بشأن الحد الأدنى لنسبة العمالة الوطنية الواجب توفرها.
٦. ويجوز لمجلس الوزراء أن يقرر منح بعض الحالات والفئات بعض المزايا والإعفاءات مما لم يرد ذكره في هذه المادة".

ويرى الباحث أن المشرع الكويتي حسن صنعاً بوضعه المادة (١٧) في القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ بشأن الاستثمار المباشر، حيث استخدم بموجبها نظام النافذة الواحدة

(ONE WINDOW SYSTEM) بوصفه واحداً من أكثر النظم الحكومية كفاءة وسرعة ومرونة وهو يعتمد على تجميع كل المسئولين والجهات الرسمية التي يجب أن يتعامل معها كافة المستثمرين الأجانب في سياق عقود الـB.O.T في مكان أو مبنى واحد لتسهيل الانتقال والحصول على التصاريح بسرعة وبتكلفة متدنية، ولا شك أن ذلك من المزايا التي تشجع القطاع الخاص على إقامة المشاريع بنظام الـB.O.T في دولة الكويت.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٧) من ذات القانون على أن "تنشأ 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.

ويضع المجلس الأسس والقواعد اللازمة لتحديد الجهات الحكومية المذكورة وكيفية الاستعانة بموظفيها والتنسيق بينها وبين الهيئة.

ويجوز لمقدم الطلب إنابة شركات متخصصة أو مكاتب استشارية مؤهلة ومعتمدة من قبل الهيئة وفق أسس وقواعد تحددها الهيئة".

وبمطالعة بعض عقود الـB.O.T التي أبرمت في الكويت نجدها تحتوي في طياتها على بعض المزايا والحوافز التي تشجع المستثمر في اقتحام هذا المجال، ويمكننا أن نستشهد في هذا الصدد بعقد إنشاء محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية بالكويت والتي تنص المادة (٢- ١٢) في البند رقم (١) على أن "..... يلتزم الطرف الأول بمنح وقبل تاريخ البدء الفعلي، والاحتفاظ خلال مدة معقولة بالحيازة السليمة وغير المقيدة لجميع المواقع الضرورية، ويعفى الطرف الثاني من الإيجار الاسمي خلال مرحلة الإنشاء من التاريخ الفعلي إلى تاريخ القبول الأولي، وسيتم إبرام اتفاقية تأجير وإرفاقها باتفاقية العقد"[١].

وكما نص هذا العقد على أن الحكومة الكويتية ممثلة بوزارة المالية تضمن شراء كافة المياه الناتجة من محطة المعالجة مقابل السعر المتفق عليه، ولا شك أن مثل اتفاقات الشراء تلك تضمن تسويق منتجات المشروع مما يجذب الاستثمار نحوه، وقد جاء ذلك في نص المادة (٣- ١٦) في البند رقم (٣) من العقد حيث تنص على أن "يضمن الطرف الأول شراء جميع كميات المياه المستحصلة التي ستقوم محطة معالجة واستصلاح المياه بإنتاجها بموجب معايير الأداء الواردة في الملحق".

وفي الصين من المزايا والحقوق العينية التي تحصل عليها شركة المشروع في عقود الـB.O.T، إحتكار الخدمة وهو ما نصت عليه المادة (٢١) من التنظيمات القانونية الخاصة

---

[١] عقد رقم (١٢- ٩٩/٢٠٠٠) (بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية)، وزارة الأشغال العامة، دولة الكويت، تم عقد الاتفاقية في دولة الكويت في يوم الاثنين الموافق ٧ مايو لسنة ٢٠٠١.

بالاستثمار الأجنبي في مشروعات الـــB.O.T على أنه "السلطات الحكومية لن توافق على أي مشروعات تنافسية جديدة إلا في حالات يكون فيها مشروع الـــB.O.T غير قادر على تلبيـــة مطالب السوق"[1].

وفي كمبوديا من المزايا والحوافز التـــي تحصـــل عليهـــا شـــركة المشـــروع فـــي عقـــود الـــB.O.T، الواردة بقوانين ضمانات وحوافز الاستثمار، ما نصت عليـــه المـــادة (١٢) مـــن قـــرار رئيس وزراء كمبوديا الصادر في (١٣) فبراير ١٩٩٨ علـــى أنـــه "للملتـــزم بموجـــب عقـــد البنـــاء والتشغيل والنقل حرية شراء أو نقل أي نقد أجنبي لازم لإنجاز التزاماته بموجـــب العقـــد وبموجـــب قانون إدارة النقد الأجنبي رقم Ch/rkm/0897/03 الصادر في ٢٢ أغسطس ١٩٩٧"[2].

وفي سلطنة عمان من المزايا المالية والعينية التي يحق لشركة المشـــروع الحصـــول عليها في عقود الـــB.O.T، هو حقها في الحصول على تعويض في حالة عدم الفوز بالامتياز عند إعادة طرح المشروع في المناقصة مرة أخرى بعد نهاية مدة الامتياز، وهو ما التزمت به الحكومة العمانية بتعويض شركة المشروع التي قامت بإنشاء كهرباء صلالة عن صافي القيمة الدفترية لأصول المشروع في حالة عدم فوزها بالامتياز عند إعادة طـــرح المشـــروع فـــي المناقصة مرة أخرى عند نهاية مدة الامتياز المتفق عليها ومدته ٣٠ عاماً[3].

وبناءاً على ما تقدم يرى الباحث أنه يجب على الدولة عدم الإفراط في مـــنح تلـــك المزايـــا والإعفاءات لشركة المشروع في عقود الـــB.O.T، بحجة إتباعها لسياسة الانفتـــاح الاقتصـــادي، بـــل يجب في تقديرنا منح هذه التسهيلات والمزايا والإعفاءات بحساب، ولا يجب التوسع في منحهـــا دون مقتضى، بحيث يرجع الأمر إلى ظروف كل حالة علـــى حـــدة لتقـــوم الدولـــة بمـــنح هـــذه المزايـــا والإعفاءات في ضوء المبادئ والقواعد الكلية التي يتضمنها القانون.

المبحث الثاني

الضمانات المقدمة من الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــ B.O.T.

تمهيد وتقسيم:

إن الضمانات التي تقدمها جهة الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــB.O.T، تتمثل بمجموعة من الالتزامات المالية والغير مالية تقوم بأدائها

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ١٠٤.
[2] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٢٤.
[3] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

الجهة الإدارية المتعاقدة اتجاه شركة المشروع المتعاقدة معها، تضمن بها شركة المشروع الحصول على حقوقها في عقد الـــ B.O.T.

فالضمانات الغير مالية تتمثل بمجموعة من الالتزامات غير المالية التي تقوم بأدائها وتنفيذها جهة الإدارة المتعاقدة في عقد الـــB.O.T، مثل التزامها بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، والتزامها بعدم التعدي على شركة المشروع، والتزامها بعدم مصادرة المشروع، والتزامها بتحقيق الاستقرار القانوني للمشروع.

وأما الضمانات المالية تتمثل بمجموعة من الالتزامات المالية التي تقوم بأدائها جهة الإدارة المتعاقدة خلال مراحل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الثلاثة (مرحلة إبرام العقد – مرحلة تنفيذ العقد – عند نهاية العقد) لشركة المشروع.

ولذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين أتناول في إحداهما الضمانات غير المالية التي تقدمها جهة الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T، وأتناول في المطلب الآخر الضمانات المالية التي تقدمها جهة الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الضمانات غير المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: الضمانات المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول

الضمانات غير المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

تتمثل الضمانات غير المالية التي تقدمها الجهة الإدارية المتعاقدة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T، بمجموعة من الالتزامات الغير مالية تقوم بتنفيذها جهة الإدارة المتعاقدة، تضمن بها شركة المشروع الحصول على حقوقها في عقد الـــB.O.T.

وهذه الضمانات غير المالية هي ضمان التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الـــB.O.T، وضمان التزام الإدارة بعدم التعدي على مشروع الـــB.O.T، وضمان التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم مشروع الـــB.O.T، وضمان التزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع الـــB.O.T.

ولذلك سوف أتناول ضمانات جهة الإدارة الغير مالية الأربعة في الأفرع الأربعة التالية:

الفرع الأول

التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الـــB.O.T.

يكتسب الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة طائفة من الخصائص والمواصفات الذاتية له بصدد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك بسبب أهمية هذا النوع من العقود وما يتسم به من الارتباط الوثيق والصريح بالمصلحة المالية العامة للدولة، وانعكاساته المؤثرة إيجاباً أو على العكس سلباً على رسالتها المجتمعية في أداء المنافع العامة والخدمات العامة لأفراد المجتمع.

فمضمون هذا الالتزام يتمثل 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[1].

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 عليها حسن تنفيذ العقد وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، كما يترتب عليه جذب المزيد من الاستثمارات في المشروعات العملاقة المتعلقة بالبنية الأساسية[2].

ولذلك فإن الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، يعد مبدأً أساسياً من المبادئ العامة للقانون واجبة التطبيق في مجال الروابط العقدية، وكافة التصرفات القانونية أياً كان نوعها، ومرده أن يجري تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه من شروط وبنود وبطريقة تتفق مع ما توجبه اعتبارات حسن النية في التعامل[3].

وقد أكدت المحكمة الإدارة العليا بمصر هذا المبدأ مقررة أنه يعد أصلاً عاماً من أصول القانون يطبق على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية[4].

---

[1] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص٣٣١.
– كذلك أنظر: نص المادة (١٩٧) من القانون المدني الكويتي، والمادة (١٤٨) من القانوني المدني المصري، والمادة (١٢٩) من القانوني المدني البحريني، فجميع هذه المواد أقرت مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

[2] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٣٠٨.

[3] د. خالد ممدوح إبراهيم، الإطار التعاقدي لعقود الاستثمار (B.O.T)، ورقة عمل مقدمة في ندوة " عقود المشاركة وأثارها (PPP) "، المنعقدة في مصر، القاهرة، في أغسطس ٢٠٠٧، ص٣٤٣.

[4] حكم المحكمة الإدارة العليا، الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠، مجموعة الأحكام س ٢، ص٩٣، المشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي ، المرجع السابق، ص ٣٤٨.

=

وكما أكدت أيضا الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري في فتوى لها على مبدأ حسن النية[1].

هذا ولقد ورد الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود في العديد من عقود الـــB.O.T بالكويت نذكر منها 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 "[2].

ومن أمثلة مخالفة مبدأ حسن النية في التعامل، قيام جهة الإدارة برفض تسليم البضاعة التي قام المتعاقد بتوريدها برغم مطابقتها للمواصفات الفنية بحجة وجود شوائب عالقة تؤثر على صلاحية الاستعمال يعد تنفيذاً للعقد بطريقة تتعارض مع مقتضيات حسن النية في التعامل[3].

ومن أهم التطبيقات القضائية لمخالفة جهة الإدارة المتعاقدة لمبدأ حسن النية، ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية من أنه " ومن حيث الثابت أن الجهة الإدارية باعت للمدعي (فولاً سودانياً) وما كان يتأتى أن يتمخض هذا البيع عن فول فاسد تحظر السلطات الصحية المختصة تصريفه للاستهلاك الآدمي، ويهبط ثمنه إذا ما بيع لأغراض أخرى.... ولاريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة في حق الجهة الإدارية المتعاقدة، تملي تعويض المدعي عما أصابه من أضرار بسببها دون إخلال بحقه الثابت في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي"[4].

ولا مجال للشك في أن مثل هذه الأحكام قد سلطت الضوء على مبدأ حسن النية عند إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، فهي أكدت أن هذا الالتزام لا يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة (شركة المشروع) وحده، بل أنه أيضا يشمل الجهة الإدارية المتعاقدة، فلم يفترض القانون والقضاء فيها حسن النية، ولم يجعل ذلك أمراً مسلماً به غير قابل للنقاش، بل أوضح أن جهة الإدارة شأنها بشأن المتعاقد الآخر تخضع لحكم هذا المبدأ، وأنه يترتب في حقها التعويض إذا

- وكما عاودت المحكمة الإدارية العليا بمصر التأكيد على مبدأ حسن النية في حكم آخر لها، حيث قالت " أنه من المستقر عليه في مجال تنفيذ العقود عموماً مدنية كانت أو إدارية أنه يجب تنفيذ العقد وفقاً ما اشتملت عليه شروطه، وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام المقرر في الالتزامات عموماً، ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد والتزاماته مع الإدارة إنما تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة.... فالنص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام،ويُصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه، ومرد ذلك إلى أن ما أتفق عليه طرفا العقد هو شريعته التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب كل منهما حقوقه والتزاماته على هذا الأساس"، حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر في ١٩٩٣/١/٢٠، المشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص٣٤٩. =

[1] فتوى الجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري، ملف رقم ٣١٥/١/١٥٤، جلسة ١٩٩٢/١١/١، المشار إليها لدى د.إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٩.

[2] البند رقم (١، ٩، ٢) من عقد محطة معالجة مياه الصرف الصحي بالصليبية، المشار إليه لدى أ. أحمد سليمان العتيبي، المرجع السابق، ص١٤٢.

[3] د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص١٤٩.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر في ١٩٧٩/٤/٢٨، المشار إليه لدى د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ١٧٠.

أخلت بمبدأ حسن النية، وأنها تخضع في ذلك للقضاء وتتقرر مسئوليتها عن أي إخلال بهذا المبدأ[1].

إلا أنه وبمراعاة ما سبق فإن مبدأ حسن النية في العقود الإدارية له ما يميزه في جانب جهة الإدارة من طبيعة خاصة، حيث ينبغي أن يأخذ القضاء في حسبانه الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وما يجري عليه العرف الإداري من التوسع في تفسير معنى حسن النية في ضوء المصالح التي يحميها العقد، والسلطات المشروعة لجهة الإدارة، ذلك أن فكرة حسن النية هي من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة المحكمة ويقدر القاضي مدى توافرها وفقاً للملابسات والظروف التي تحيط بالعقد وعدم تعسف جهة الإدارة في تقديرها، فهناك ظروف قد تحول بين جهة الإدارة وبين الوفاء بالتزاماتها كحالة الحرب والكوارث الطبيعية كالزلازل والبراكين حيث تعد بمثابة قوة قاهرة يتعذر توقعها وليس بالإمكان دفعها[2].

وأما فيما يتعلق بنطاق وتحديد مجالات تطبيق مبدأ حسن النية، فإنها تمتد وتتسع لتشمل كافة العقود الإدارية سواء التي تبرمها الجهات الإدارية فيما بينها، أو التي تبرم فيما بين الجهات الإدارية والشركات الخاصة[3].

وأما بالنسبة لما يعد من موجبات حسن النية، التزام الإدارة بعدم التقاعس والمماطلة في تنفيذ التزاماتها، فعلى الجهة الإدارية المتعاقدة المبادرة إلى سرعة تنفيذ التزاماتها التعاقدية فور إبرام العقد دون تأخير، كما ينبغي عليها عدم التسويف أو المماطلة في تنفيذ التزاماتها عندما يحل موعد أدائها، وبالتالي ينبغي عليها إذا كان تنفيذ هذه الالتزامات يستوجب إصدار قرارات للبدء في التنفيذ فيتعين إصدارها، وإن تسلم موقع العمل وتمكن المتعاقد معها من دخوله مع كافة الرسومات والتصاميم والمواصفات والمقايسات الهندسية الخاصة بالأعمال

---

[1] د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص٣٤٣.
- كذلك انظر: د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص ١٥٩.
- كذلك انظر:
- CHRISTOPHE GUETTIER, droit des contrats administratifs, thémis droit puf, paris, 2004, p. 390.

[2] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص١٦٧ وما بعدها.
- كذلك أنظر: د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

[3] وقد أشارت إلى ذلك الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري، في فتوى لها، حيث قالت "أن مبدأ حسن النية ينطبق على كافة العقود الإدارية سواء التي تبرم بين الجهات الإدارية بين بعضها البعض أو مع غيرها وبالتالي يجب ألا تتعسف أي جهة في المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد.... وأنه متى كانت هيئة كهرباء الريف قد التزمت بتوصيل التيار الكهربائي إلى مبنى كلية التربية بجامعة المنوفية، وأوفت بالتزاماتها طبقاً للأصول الفنية السليمة، فلا يعدو ثمة من وجه لتمسك الجامعة بتركيب لوحة التوزيع التي وردت في المقايسة المبدئية التي أعدتها الهيئة كسبيل إلى استظهار تكاليف العملية، ثم عدلت عنها عند التنفيذ بعدما تبين لها عدم توافر هذه اللوحة بمخازنها إذ لم يؤثر ذلك على حسن أداء الهيئة لما التزمت به من توصيل التيار الكهربائي إلى مبنى كلية التربية، فلا يبقى للجامعة بعد ذلك – في إطار مبدأ حسن النية الذي يحكم مسار العقود – سوى الحق في استرداد ما أدته زائداً عما تكلفته هذه العملية ويقدر بمبلغ ستة وعشرين ألف ومائة واثنين وستين جنيها "، ملف رقم ١٩٠٣/٢/٣٢، بجلسة ١٩٩٢/٣/١، المشار إليها لدى إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص٣٥٠.

المتفق على تنفيذها، وأن تقوم بتسهيل إجراءات الحصول على التصاريح والموافقات اللازمة والتي تساعد المتعاقد معها على البدء في التنفيذ[1].

ويعد تراخي جهة الإدارة وتقاعسها عن تنفيذ التزاماتها العقدية بغرض الإضرار بالمتعاقد معها والحيلولة بينه وبين تنفيذ التزاماتها من الأخطاء التعاقدية الجسيمة والتي تنبئ عن سوء النية، وبالتالي ترتب المسئولية القانونية على جهة الإدارة التي يمكن أن تؤدي إلى فسخه أو الحكم بالتعويض[2].

ومن الجدير بالذكر أن مجرد تقاعس جهة الإدارة ومماطلتها في تنفيذ التزاماتها وتراخيها، يستوجب مسئوليتها حتى ولو لم يكن هناك تعمد للإضرار بالمتعاقد معها، ومن صور تراخي جهة الإدارة عن تنفيذ التزاماتها، التأخر في تسليم الموقع للبدء في أعمال الإنشاءات، والتراخي في إجراء الاختبارات اللازمة للتربة في موقع العمل أو الإفادة بالنتيجة لتبين مدى صلاحيته عندما تكون مكلفة بذلك[3].

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بفسخ العقد في حكمها الصادر في ٣ يونيه ١٩٦٧[4].

وكما يعد أيضاً من موجبات حسن النية، التزام الإدارة باحترام مدة التنفيذ في عقد الامتياز، حيث يتفق أطراف العقد – في الغالب – على مدد عديدة يتم خلالها تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، منها ما يكون على جهة الإدارة، وبالتالي يتعين عليها تنفيذه خلال المهلة المحددة لها، ومنها ما يقع على المتعاقد معها كمهلة البدء في تنفيذ المشروع ومهلة تشييده وبنائه والتي يتعين إتمام الأعمال خلالها، إضافة للمدة العادية التي يسري خلالها العقد من تاريخ إبرامه حتى تاريخ تسليم المشروع، وكما يتعين على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ العقد والتزاماته خلال المدد المقررة له، يتعين على الإدارة كذلك أن تفعل الأمر ذاته[5].

ولكن ربما يتناول عقد الـــB.O.T تنظيم تلك المدد بعبارات عامة بغير تحديد واضح لمدد التنفيذ، ففي هذه الحالة استقر مجلس الدولة في مصر وفرنسا على قاعدة (وجوب تنفيذ الالتزام خلال المدة المعقولة)، فلا شك في أن ذلك هو الذي يتوافق مع مبدأ حسن النية، وقد قالت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٩٦٧/٦/٣ بأنه " يترتب على

---

[1] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٢٩٧ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٥٨.

[2] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص٢٠٢.
- كذلك أنظر:
- CHRISTOPHE GUETTIER, droit des contrats administratifs, thèms, puf, paris, 2004, p. 371.

[3] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

[4] انظر حكم المحكمة الإدارية العليا، ٨٦٢-٩، بتاريخ ١٩٦٧/٦/٣، ١١٢٣/٢٢/١٢، المشار إليه لدى أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص٢٠٢.

[5] د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

مخالفة الإدارة أي من التزاماتها العقدية نشوء حق للمتعاقد معها في الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به ومسئولية جهة الإدارة في دفع التعويض الذي يقوم في هذه الحالة على أساس وقوع خطأ أو تقصير من جانبها في تنفيذ العقد ترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد معها" [٢٠١].

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

فأما العمل على تنفيذ عقد الـــB.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 التقاعس 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 القانوني المدني، ينبغي تنفيذ العقد لما اشتمل عليه، وهذا مبدأ مسلم به في روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات وروابط القانون الخاص"[٣].

ولذلك فإنه يتعين على جهة الإدارة تنفيذ ما ورد بالعقد من شروط والمحافظة على التوازن المالي للعقد وعدم الإخلال بهذا التوازن بصورة متعمدة، وألا تصدر قرارات أو لوائح يكون الغرض منها الإساءة والإضرار للمتعاقدين معها، وليس الصالح العام بقصد إخراجهم من المشاريع التي يتولون إدارتها وتشغيلها قبل نهاية امتيازهم[٤].

وأما فيما يتعلق بالتزام الإدارة بعدم المنافسة في عقود الـــ B.O.T، يكون من خلال التزامها عندما تمنح امتياز بإقامة مشروع من مشروعات الـــB.O.T ذات المردود الاقتصادي الكبير والتكلفة الباهظة بأن تحترم قواعد المنافسة، بمعنى ألا تقوم في ذات النطاق المكاني والزماني 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 كبيرة عن منافسة مشاريع أخرى[٥].

---

[١] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

[٢] وهو ما عاودته وأكدته أيضاً وقضت به محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها حديث نسبياً عام ٢٠٠١، المشار إليه لدى د.إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، الصادر بجلسة ١٩٧٠/٤/١١، مجموعة أحكام السنة ١٥، ص ٢٦، المشار إليه لدى د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ١٦٧.

[٤] د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص ١٥١.

- كذلك أنظر:

- CHRISTOPHE GUETTIER, droit des contrats administratifs, thèmes, puf, paris 2004, p. 393.

[٥] د. حسني عبد السميع، المرجع السابق، ص٢٥٧.

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[١].

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 الـــB.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[٢].

ومع ذلك نود أن ننوه هنا إلى أنه يحق لجهة الإدارة التحرر من ورود 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 تعوضها أو تمنحها المزيد من المزايا التي تمكنها من المنافسة[٣].

هذا ولربما تضطر جهة الإدارة إلى الخروج عن شرط عدم المنافسة بعدم إقامة نشاط مماثل لما تقوم به شركة المشروع، عندما تطرأ مبررات قوية تستدعي ذلك، كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية المستعملة في أداء الخدمة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدلاً من الغاز، أو استخدام مترو الأنفاق بدلاً من الأتوبيس أو الترام، أو استخدام الطرق السريعة الدائرية المنظمة محل الطرق القديمة، أو استخدام شبكات الاتصالات العصرية كالفاكس محل التلغراف والبرق[٤].

ولذلك يسيطر هذا المبدأ على العقود الإدارية، حيث ينبغي أن يتم هذا الشرط (عدم المنافسة) وفقاً لمبدأ حسن النية، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية[٥].

---

[١] أ. دلال العوضي، المرجع السابق، ص٤٧.

[٢] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ١٧ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٢٥٧ وما بعدها.

- كذلك أنظر:

- LAURENT RICHER, droit des contrats administratifs, 5èdition, L.G.D.J, paris, 2006, P. 331.

[٣] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٥١ وما بعدها.

[٤] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص٢٠١.

[٥] حيث قضت بأن " من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأن العقود المدنية ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطة احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري وينبني على هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء =

ومن هنا فقد حرصت بعض شركات المشروع على إيراد نص في عقد الـــB.O.T يضمن لها عدم وجود مثل هذه المنافسة، ومن قبيل ذلك نص المادة (٢/٣٤) من عقد يورتنال للاتصالات (Eurotunnel)، حيث يقول أنه " على المانحين عدم تسهيل اتصال آخر ثابت يبدأ استغلاله قبل عام ٢٠٢٠"[١].

وفي الكويت منحت المادة الثانية من القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨ في شأن تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة خاصة، وضعاً احتكارياً قانونياً خلال الفترة الانتقالية اللازمة لتعديلها إلى شركة خاصة، وذلك من خلال منعه أو حظره على الحكومة أية صورة من صور السحب أو التنازل بأية طريقة كانت عن امتيازات أو حقوق مقررة للمؤسسة بحيث تنتقل هذه الامتيازات والحقوق للشركة الجديدة المنشأة بحكم القانون، في الوقت ذاته قيد القانون سلطة مجلس الوزراء أو أية جهة حكومية أخرى منح أي شركة منافسة للمؤسسة أية حقوق أو امتيازات، إذا كان من شأن ذلك أن يؤثر على القيمة المادية أو المعنوية للمؤسسة[٢].

الفرع الثاني

التزام الإدارة بعدم التعدي على مشروع الـــB.O.T.

يتعين على الجهة الإدارية المتعاقدة أن تضمن عدم التعرض المادي أو القانوني لمشروع الـــB.O.T سواء كان هذا التعرض من قبل جهة الإدارة المتعاقدة ذاتها أو جهة حكومية أخرى أو من الغير طالما أن جهة الإدارة هي التي خصصت الأرض التي يقام عليها المشروع، وبالتالي هي تضمن لشركة المشروع خلوها من أي تعدي عليها سواء كان هذا التعدي مادي أو قانوني، ولا يجوز لجهة الإدارة أن تدعي أن السبب في إدعاء ملكية الأرض المقام عليها المشروع من قبل الغير هو من الأسباب الخارجية عن إرادتها[٣].

ولا مجال للشك في أن هذا الالتزام ذو أهمية كبيرة بالنسبة لشركة المشروع ومشاريع الـــB.O.T بوجه عام، حيث أنه يبث الثقة في نفوس المستثمرين بأن مشروعاتهم لن تتعرض

العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه... كما أن لها سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخاً والمطالبة بالتعويضات"، حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٩٧٠/٤/١١، المشار إليه لدى د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص ١٩٧ وما بعدها. =

[1] SAMY ABDELBAKI, les projets internationaux de construction ménese selon la formule B.O.T, thèse, Paris1, 2000,P.301.

- حيث يشير إلى هذا النص الذي يقول:

"les concédantss'engent a ne pas facilitera la construction d'un autre liaison fixe dan l'exploitions commencerait avant 2020".

[٢] د. محمد عبد المحسن المقاطع، تجربة الخصخصة في الكويت دراسة تطبيقية لقانون خصخصة مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد بجامعة الكويت، ٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨، ص٥١.

[٣] د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص١٦٤.

للسلب والاستيلاء أو الدخول في دوامة التقاضي مع الغير، مما يتسبب في تعطيل المشروع وتوقفه، ويهدد بإهدار الأموال الهائلة التي تم إنفاقها عليه وخاصة عندما يكون المشروع قيد التشييد، ويؤدي هذا التعرض إلى وقف تنفيذ الأعمال والتأخير في تشغيل المشروع، وما يرتبه من رسوم وعوائد، ولذا ينبغي أن تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بضمان هذا التعرض، وأن تتحمل المسئولية القانونية تجاه شركة المشروع، التي تتمثل في دفع تعويضات لها عن التأخير في التنفيذ، وما ترتب عليه من فروق أسعار في المواد الخام وأجور المعدات والعمالة المتعطلة[١].

ويقابل هذا الالتزام ما تلتزم به شركة المشروع عند نهاية العقد حيث تلتزم بإعادة تسليم المشروع ونقل ملكيته للدولة بحالة جيدة وبدون مقابل، وخالي من كافة الديون أو الرهون أو أي أعباء أخرى للغير[٢].

ولذلك فإن الحكومة المضيفة للمشروع تلتزم كذلك بتمكين شركة المشروع من حيازة الأرض حيازة مستقرة هادئة خالية من التعرض، وأن يكون متاح لها الوصول إليها، فإذا كانت محبوسة يتطلب الوصول إليها المرور بأرض الغير، فإن الإدارة تلتزم في هذه الحالة بالحصول على حق ارتفاق لصالح شركة المشروع، وفي هذه الحالة قد تلتزم شركة المشروع أو الجهة الإدارية بتعويض مالك الأرض المحملة بحق المرور[٣].

وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان قد ينص العقد على تخويل شركة المشروع بعض السلطات السيادية التي تتمتع بها الإدارة، كتخويلها الحق في نزع ملكية بعض الأراضي للمنفعة العامة أو للاستيلاء المؤقت عليها للمرور أو لمد خطوط السكك الحديدية أو الطرق أو أنابيب الغاز والنفط، وفي هذه الحالة ينبغي أن تخول شركة المشروع ذات الحقوق السيادية، بمعنى أن يكون لها الحق في نزع الملكية للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل، ونزع الأتربة والاستيلاء المؤقت وكل ما تحتاج إليه من أدوات السلطة العامة لتنفيذ المشروع[٤].

وهنا ينبغي على الحكومة أن تسخر لها ما تحتاج إليه من قرارات إدارية وقوة تنفيذية تساعدها على تحقيق تلك الغايات وإلا تكون مسئولة عن ذلك، حيث ينبغي أن توفر لهم الحماية الكافية والقوة اللازمة التي تضمن عدم تعرض المشروع للاستيلاء وتعطيل إنشائه

---

[١] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية " البوت"، المرجع السابق، ص ٣٢٤،٣٢١.

[٢] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص١٦٩.

[٣] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص٢٩٧.

[٤] أ. أحمد سليمان العتيبي، المرجع السابق، ص١٤٤.

- كذلك أنظر: د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١١٣.

- كذلك أنظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١٧٩.

لاسيما إذا كانت الشركة المنفذة للمشروع شركة أجنبية لا تعرف ظروف البلد المنفذ فيها المشروع من الناحية الجغرافية والإدارية[١].

هذا ولقد ورد الالتزام بضمان عدم التعرض الذي يقع على عاتق الجهة الإدارية المتعاقدة في العديد من عقود الـB.O.T نذكر منها ما جاء في المادة (١٧) من عقد مطار العلمين حيث تنص على أن "يقوم المالك (الهيئة العامة للطيران المدني) باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للتنسيق مع القوات المسلحة وأية جهات حكومية أخرى لضمان قيام الملتزم بمباشرة مسئولياته في إنشاء المطار وإدارته واستغلاله بحيث لا يضار من أي تدخل من هذه الجهات، أو عدم قيامها بواجباتها"[٢].

ومن صور التزام ضمان عدم التعرض الذي يقع على عاتق جهة الإدارة، عدم جواز استيلائها على أموال المستثمر بأي صورة، والاستيلاء هو" إجراء مؤقت تتخذه السلطة المختصة في الدولة تحصل بمقتضاه على حق الانتفاع ببعض الأموال الخاصة بهدف يتعلق بالمصلحة العامة وذلك في مقابل تعويض لاحق تقوم هذه الجهة بأدائها لمالكها"، وهذا المسلك يمنع على جهة الإدارة المتعاقدة اللجوء إليه ولو لبعض الوقت، طالما لا يوجد معها حكم قضائي[٣].

وفي مصر أبرمت اتفاقات عديدة مع كثير من الدول، وذلك من أجل تشجيع وتنمية الاستثمارات فيما بينها وبين هذه الدول، وهذه الاتفاقيات تنطوي على أحكام متشابهة تتصل بحماية هذه الاستثمارات، ومن أهم هذه الاتفاقيات اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات بين حكومتي مصر وفنلندا الموقعة في القاهرة بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣ والموافق عليه بموجب القرار الجمهوري رقم (١٤٥) لسنة ٢٠٠٤، ومن أهم الأحكام التي تضمنها هذا الاتفاق والتي تتكرر في الاتفاقات المماثلة، الأحكام الخاصة بخطر التأميم أو نزع الملكية أو أية إجراءات أخرى ذات أثر مماثل لغير أغراض المصلحة العامة، وأن يكون الإجراء المتخذ قائم على أساس غير تمييزي وبموجب قانون ومقابل تعويض عاجل ومناسب وفعال، كما تضمن الاتفاق المذكور النص على حق المستثمر في التعويض عن الأضرار التي تلحق به وباستثماراته من جراء الحرب أو الصراع المسلح أو حالة طوارئ محلية أو ثورة أو عصيان مسلح أو شغب في إقليم الطرف المتعاقد الآخر[٤].

---

[١] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

[٢] عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٣] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص٢٦٤.

[٤] هذه الاتفاقية، مشار إليها لدى د . حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص١٠٣.

الفرع الثالث

التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم مشروع الـــB.O.T.

يعد التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم المشروع من الضمانات 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 الـــB.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[1].

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[2].

كما نصت بالمقابل لما سبق المادة التاسعة عشر من القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر 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 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

---

[1] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٥٦.

[2] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٨١.

الأجنبية، ولكن بمراجعة الدستور المصري يتضح أنه نص في المادتين (٣٥ و٣٦) على أنه "لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض" (م ٣٥)، وأن "المصادرة العامة للأموال محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي" (م٣٦)، وهو ما يفيد جواز المصادرة والتأميم – طبقاً للدستور، مع مراعاة الضوابط المشار إليها[١].

وكما تجدر الإشارة هنا إلى أنني أرى أن المشرع الكويتي حسن صنعاً عندما أقر بعدم جواز مصادرة أو تأميم الشركات المحلية أو الأجنبية، وفقاً للقانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ 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 الـــB.O.T[٢].

ومن الملاحظ أن الواقع العملي لعقود الـــB.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 ضمان التزام جهة الإدارة المتعاقدة بعدم التأميم أو المصادرة لمشروع الـــB.O.T، لأن ذلك الضمان يزيل 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 جزاءاً 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

---

[١] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص١٢٩.

[٢] تنص المادة (٨) من القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ بشأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت الملغي على أن "لا تجوز مصادرة أو تأميم أي مشروع أجنبي مرخص فيه طبقاً لأحكام هذا القانون، ولا يجوز نزع ملكيته إلا للمنفعة العامة طبقاً للقوانين المعمول بها ومقابل تعويض يعادل القيمة الاقتصادية الحقيقية للمشروع المنزوعة ملكيته وقت نزع الملكية، ويقدر وفقاً للوضع الاقتصادي السابق على أي تهديد بنزع الملكية. ويدفع التعويض المستحق دون تأخير".

ما لحقه من خسارة من جراء هذا الإنهاء وما فاته 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 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 وطاقتها وصرفها عن تحقيق المزيد من المشروعات الحيوية، والمضي قدماً في التنمية الاقتصادية[1].

ولذلك فإن التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم المشروع تعمل على تحفيز الاستثمارات الأجنبية، وهو ما يتماشى مع السياسات الاقتصادية للدول التي تسعى وراء هذه الاستثمارات لدفع عجلة الاقتصاد القومي ولانتشاله من مستنقع الانهيار والعجز، ولذا قلما يتم اللجوء إليه، خاصة وأن هناك من الوسائل الأخرى ما يكفي ويغني عنه كالفسخ والإنهاء للمصلحة العامة من قبل جهة الإدارة[2].

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 أكده 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[3].

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 الحيدة

---

[1] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٣٨١ وما بعدها.

[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٥٦ وما بعدها.

[3] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢١٢.

والاستقلال والنزاهة والبعد عن التعسف مما يشكل ضمانة لشركة المشروع، والتزام على عاتق جهة الإدارة المتعاقدة بعدم اتخاذ تلك الإجراءات من جانب واحد[1].

الفرع الرابع

التزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع الـــB.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 مشروعات الـــB.O.T، حيث أن تحقيق هذا الالتزام من شأنه تحقيق المزيد من مشروعات الـــB.O.T، حيث يحافظ ويدعم الموجود منها ويشجع غيرها على القدوم للاستثمار[2].

ولذلك فإن رؤوس الأموال تسعى إلى التنقل عبر الدول التي يوجد بها استقرار قانوني وعدم 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[3].

ولا مجال للشك في أن إقدام شركة المشروع وتعاقدها على أساس هذه الحزمة من التشريعات ينشئ لها مراكز قانونية مكتسبة، ينبغي المحافظة عليها وعدم إهدارها بإلغاء تلك التشريعات، وبالتالي تقويض ما حصلت عليه شركة المشروع من مكاسب وإهدار المزايا التي تعاقدت على أساسها، والتي يفترض أنها تشكل جزءاً لا يتجزأ من كيانها الاقتصادي، ولذلك تلتزم الحكومة المضيفة للمشروع بتحقيق هذا الثبات التشريعي[4].

ومن ثم فإنه ينبغي تحميلها المسئولية التعاقدية عند الإخلال بذلك، وما يترتب عليها من تعويضات، وأنها إذا قامت بتعديل أو إلغاء التشريعات واللوائح المنظمة للمشروع يمكن أن

---

[1] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص٢٦٥.
[2] د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص١٦١.
[3] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١٧٧ وما بعدها.
[4] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ١٢١.
- كذلك انظر: د. حمدي عبد العظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T)، مطبعة عالم الغد، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣، ص٢٣١ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٤٧٨ وما بعدها.

تنطبق هنا في مواجهتها نظرية عمل الأمير وما ترتبه من آثار تعويضية مالية، وذلك على النحو السالف بيانه في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة[١].

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[٢].

هذا وتتمثل التكملة الطبيعية والمنطقية لالتزام 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 يتمثل في المقابل المالي الذي تحصل عليه شركة المشروع من أداء خدماتها وتشغيل المرفق العام، والذي بواسطته يتم تغطية الأعباء المالية التي تكبدتها شركة 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[٣].

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[٤].

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[٥].

غير أنه لا يجب أن يفهم من التزام جهة الإدارة بتمكين شركة المشروع من استغلاله أنه ينقطع صلتها به، بل يحقق لجهة الإدارة المتعاقدة دائماً التدخل سواء بمساعدة شركة

---

[١] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٢٢.
[٢] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص٢٩٦.
[٣] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٧١.
- كذلك انظر: د. حماده عبد الرازق، المرجع السابق، ص٢٢١.
[٤] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص٤٨١.
[٥] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

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[1].

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 لفئة 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[2].

المطلب الثاني

الضمانات المالية المقدمة من الإدارة لشركة المشروع في عقد الـــB.O.T.

تتمثل الضمانات المالية التي تقدمها جهة الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع في عقد الـــ B.O.T، بمجموعة من الالتزامات المالية تقوم بأدائها جهة الإدارة المتعاقدة، تضمن بها شركة المشروع الحصول على حقوقها في عقد الـــ B.O.T، وتتخذ هذه الضمانات المالية التي تتمثل بالتزامات الإدارة المالية ثلاث صور خلال مراحل العقد المختلفة، أولها ضمان التزام جهة الإدارة المالي خلال مرحلة إبرام عقد الـــ B.O.T، وثانيها ضمان التزام جهة الإدارة المالي خلال مرحلة تنفيذ عقد الـــ B.O.T، وثالثها ضمان التزام جهة الإدارة المالي عند نهاية عقد الـــ B.O.T.

ولذلك سوف أتناول هذه الصور الثلاثة للضمانات المالية في الأفرع الثلاثة التالية:-

الفرع الأول

التزامات الإدارة المالية في مرحلة إبرام عقد الـــB.O.T.

تعتبر مرحلة إبرام عقد الـــ B.O.T من أهم مراحله المتعددة فهي تمثل المرحلة التمهيدية لوجود العقد، وفيها تجري دراسات الجدوى للمشروع والمفاوضات المتعلقة بالعقد وما يتضمنه من اتفاق على ما ورد به من حقوق والتزامات.

---

[1] د. فدغوش العجمي،المرجع السابق، ص١٧٩ وما بعدها.

[2] د. إبرهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.

أولاً: الالتزام بدفع نفقات دراسة الجدوى:

تعد من أهم الالتزامات المالية التي تقع على جهة الإدارة المتعاقدة في مرحلة الإعداد لإبرام العقد، الالتزام بدفع مصاريف دراسات الجدوى إذا كان المشروع مطروح من قبل الدولة، وترغب في جذب الاستثمار فيه، وغالباً ما ترى الدولة توجيه الاستثمار الخاص فيها نحو مشروعات معينة، ولكي تجذبه لهذا المجال، تقوم بعمل دراسات جدوى عن المشروع تتضمن تكاليفه وإيراداته المتوقعة[1].

ولا شك في أن دراسات الجدوى للمشاريع الكبيرة التي تنصب عليها عقود الـ B.O.T تحتاج إلى خبرة فنية خاصة وبالتالي تحتاج إلى مكاتب وبيوت خبرة متخصصة، وخبراء ومستشارين سواء كانت محلية أو أجنبية بحيث تتولى إعداد هذه الدراسات نظير مبالغ مالية كبيرة باعتبارها تحتاج لوقت ومجهود كبير قد يستغرق ربما عدة شهور او سنوات، وهنا تلتزم الحكومة الطارحة للمشروع بدفع تكاليف هذه الدراسات في كافة جوانبها المالية والتقنية والقانونية، بما يشمله ذلك من مرتبات وأجور[2].

ثانياً: الالتزام بتقديم القروض:

إن الالتزامات المالية للإدارة قد تتخذ فضلاً عما سبق، شكل تقديم قروض وتسهيلات ائتمانية لعمل هذه الدراسات، وذلك عندما تتكفل بذلك مسبقاً في العقد المبرم بينها وبين شركة المشروع، على أن تتولى شركة المشروع مباشرة ومتابعة دراسات الجدوى سواء من قبل شركات متخصصة منبثقة عنها أو عند قيامها بالاستعانة ببيوت خبرة أخرى محلية أو عالمية[3].

ثالثاً: الالتزام بسداد نفقات التراخيص والإعلان عن المناقصة:

كذلك ما يلزم من نفقات مالية لمنح التراخيص لإحدى شركات المشروع والأموال اللازمة لإعداد ملف المناقصة، والتي ينبغي أن تتم وفقاً لمبدأ المنافسة والعلانية والحيادية والشفافية والتي تحصل خلالها كافة الشركات على المساواة وتكافؤ الفرص، ولا يتم ترسية العطاء إلا على الشركة صاحبة العرض الأفضل، وهنا أيضاً تتحمل الجهة الإدارية مانحة الالتزام كافة النفقات اللازمة لذلك[4].

---

[1] د. عيسى بدو، المرجع السابق، ص ٣١.

[2] ومن ذلك ما جاء في المادة السابعة من قانون التخاصية الأردني رقم (٢٥) لسنة ٢٠٠٠ والتي نصت في الفقرة (أ/ ٥) منها، على أن من بين مهام مجلس التخاصية "اختيار الشركات الاستشارية المؤهلة التي تتولى إجراء الدراسات اللازمة لعمليات إعادة هيكلة أو تخاصية المؤسسات أو المشاريع وذلك بناء على تنسيب من رئيس الهيئة"، المشار إليها لدى د.وضاح محمود، المرجع السابق، ص ١٥٩.

[3] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

[4] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣١٨.

رابعاً: الالتزام بسداد نفقات المرافق والخدمات الممهدة للمشروع:

إن السلطة مانحة الالتزام تتحمل التكاليف والنفقات المالية اللازمة لتقديم كافة الخدمات الأولية التي يحتاج إليها المشروع وتسهل عملية الدخول إليه كتوصيل الكهرباء والمياه والطرق والغاز وخطوط السكك الحديدية، والأرض التي يقام عليها المشروع، وغير ذلك من خدمات أخرى، ولا شك أن مصاريف هذه الخدمات قد تكون كبيرة، ولكن ينبغي على الحكومة أن تتحملها باعتبارها من الخدمات الممهدة للمشروع والتي لا غنى عنها حتى يستطيع البدء في التشييد والبناء، وذلك كله مرهون بعدم الاتفاق على خلاف ذلك[1]. إذ قد تتعهد شركة المشروع بتحمل مصاريف هذه الخدمات كأن تلتزم بمد شبكة الطرق والمياه والكهرباء والسكك الحديدية على نفقتها الخاصة وتعتبر ذلك من ضمن المشروع[2].

وفي مصر من أمثلة ما تقدم، ما تم الاتفاق عليه في عقد كهرباء شركة انترجن سيدي كرير في ٢٢ يوليو ١٩٩٨ حيث جاء في المادة الرابعة منها – فقرة (١) بشان التصاريح والتراخيص والمواصفات النص في البند (ب) منها على ما يلي "ب- تلتزم الهيئة – على نفقتها الخاصة – ببذل كل جهد مناسب للحصول على كافة التصاريح والتراخيص والموافقات اللازمة (لنظام الشبكة) ومهمات ومعدات النقل ونظام القياس، والاحتفاظ بهذه التصاريح والتراخيص والمواصفات سارية حتى تتمكن من تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في هذه الاتفاقية"[3].

كما نصت ذات المادة الرابعة فقرة (٣) في البند (ب) على أن "تقدم الهيئة للشركة ما يلي:

١. خلال ثلاثين يوماً من استلام طلب مكتوب من الشركة، ما يلزم الشركة من معلومات عن مهمات ومعدات النقل ونظام الشبكة لتصميم وتشغيل وصيانة المجمع.
٢. في الموعد المنصوص عليه في البند (٤-٤ – أ-١) من هذه الاتفاقية قواعد التحكم في المجمع والاتفاقات التي قد تكون موجودة حالياً وتستخدم بواسطة الهيئة".

كما ألقت المادة الرابعة فقرة (٥) التزاماً أساسياً على عاتق هيئة الكهرباء (الجهة المانحة للالتزام) وهو الالتزام بتوريد الطاقة للمجمع سواء عند التشييد أو الاختبار بنصها على أن "تبذل الهيئة جهودها المناسبة لكي تجعل شركة كهرباء الإسكندرية تقوم بتوفير الطاقة اللازمة للاختبار والتجهيز للتشغيل وللطوارئ ولبدء التشغيل طالما كان ذلك متاحاً لشركة

---

[1] د. سمير محمد، د. إسماعيل حسين، د. شكري رجب، المرجع السابق، ص ٧٥.

[2] مثال ذلك ما جاء في المادة (٢/٤) من عقد كهرباء سدي كرير لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على أن "تسلم الشركة للهيئة نسخة من كل تقرير جدوى يتم إعداده من جانب الشركة أو من ينوب عنها، أو من المقترضين وذلك خلال خمسة أيام من استلام تقرير الجدوى أو استيفائه".

[3] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.

كهرباء الإسكندرية وفي مقدورها توريد تلك الطاقة للمجمع في نقطة الربط وذلك على حساب الشركة وحدها وبالتعريفة التي تفرضها شركة كهرباء الإسكندرية وقتئذ لتقديم مثل هذا المستوى المطلوب من الخدمة"[1].

كذلك نص القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة على أنه "يكون للملتزم في خصوص ما أنشأه من طرق، سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطرق في المواد (٥، ٦، ٧، ٨، ١٠، ١١، ١٢، ١٥) فقرة أولى من هذا القانون بما في ذلك الحق في استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق وفي بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات الخدمة وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطريق والمارة"[2].

كذلك نصت المادة (١٦) من عقد إنشاء مطار العلمين بنظام الـB.O.T المبرم في ١٦ أغسطس ١٩٩٨ وفقاً للقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ على أن "يمنح المالك الملتزم خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد، ولينشئ أعمال البناء المؤقت اللازمة... وفي حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع"[3].

كذلك نصت المادة الثالثة الفقرة (ب) من عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T على أن "يمنح المالك الملتزم الحق في حدود قوانين جمهورية مصر العربية في إشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات وعمليات الطيران ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام، وبما يتفق وأحكام عقد الالتزام".

وفي الكويت من أمثلة ما تقدم، ما نص عليه عقد إنشاء محطة الصرف في الصليبية المبرم في ٧ مايو ٢٠٠١ في مادته (١٤/٣) البند (١) من أن "يتعهد الطرف الأول بتزويد كامل المساعدة اللازمة لتمكين الطرف الثاني في القيام بمسئولياته لإعداد جميع المستندات للتقدم بطلب الحصول والاحتفاظ بجميع المخططات والتصاريح والموافقات المطلوبة لإنشاء وتشغيل المحطة، كما أن تلك المخططات والتصاريح والموافقات التي تعتبر من مسئولية

---

[1] أوضحت الفقرة (ج) من هذه المادة الأثر المترتب على هذا الالتزام الذي تتحمله الإدارة حيث قالت: "إذا لم تبدأ شركة كهرباء الإسكندرية في توريد الطاقة في الوقت الذي تثبت فيه الشركة الطرف في العقد – بدليل مقبول للجنة التشغيل إنها مستعدة لبدء أي برنامج اختبارات منصوص عليها في البند (١/٩، ٢، ٣) من هذه الاتفاقية حسب الأحوال ما لم يكن عدم توريد شركة الإسكندرية راجعاً إلى تقصير من الشركة في تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في الاتفاقية المبرمة بينها وبين شركة كهرباء الإسكندرية فعلى الهيئة أن تدفع للشركة في نهاية كل شهر مبلغ ٨٠،٠٠٠ دولار عن كل يوم تأخير كتعويض اتفاقي...".

[2] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٤٢.

[3] عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.

الطرف الثاني، ستشمل على سبيل المثال وليس الحصر مخطط الموقع وتصاريح الموقع وتصاريح الإنشاء وتصريح الدخول"[1].

كذلك نصت المادة (٥/٢) البند (٤) من ذات العقد على أن "يقر الطرف الأول بأنه يمكن للطرف الثاني أن يمنح، مقابل التسهيلات الائتمانية المبينة في اتفاقيات التمويل وذلك دون قيود غير تلك المفروضة بموجب القوانين الكويتية، وهنا من الدرجة الأولى (وذلك كضمان للالتزامات المستحقة إلى المقرضين فيما يتعلق بالمشروع) وذلك لصالح الوكيل أو الوكلاء بالنيابة عن المقترضين في هذه الاتفاقية.....".

وكما يعد من التسهيلات والمزايا المالية المقدمة قبل سريان العقد منح شركة المشروع قطعة الأرض التي يقام عليها المشروع سواء كان ذلك بمقابل على سبيل الاستئجار أو كان ذلك بالمجان، وعادة إذا ما تم الاتفاق على نظام الإيجار يكون ذلك الإيجار ذا قيمة رمزية[2]، ولذلك تنص غالبية العقود على تخصيص الدولة لمساحة من الأرض يقام عليها المشروع في مقابل إيجار أو سعر رمزي ومن أمثلة ذلك المادة (١٢/٢) البند (١) من عقد إنشاء محطة الصرف الصحي في الصليبية بالكويت والتي تنص على أن "الأرض المخصصة لإنشاء محطة المعالجة هي منطقة الصليبية .... إن جزء الأرض المطلوبة لإنشاء وتشغيل الخدمات وغير المصور والموجود بها الخدمات (ليست أنابيب) سيتم تأجيرها إلى الطرف الثاني خلال مدة الامتياز مقابل قيمة الإيجار الاسمية بسعر (١٠) د.ك لكل متر مربع في السنة وتدفع إلى الطرف الأول مقدماً خلال شهر يوليو من كل عام.

ويلتزم الطرف الأول بمنح وقبل تاريخ البدء الفعلي، والاحتفاظ خلال مدة العقد، بالحيازة السليمة وغير المقيدة لجميع المواقع الضرورية، ويعفى الطرف الثاني من الإيجار الاسمي خلال مرحلة الإنشاء ويعفى من التاريخ الفعلي إلى تاريخ القبول الأول وسيتم إبرام اتفاقية تأجير للأرض وإرفاقها باتفاقية العقد".

الفرع الثاني

التزامات الإدارة المالية في مرحلة تنفيذ عقد الـB.O.T.

إن الالتزامات المالية لجهة الإدارة المتعاقدة تتنوع وتتعدد خلال مرحلة تنفيذ عقد الـB.O.T ويرجع ذلك إلى سببين رئيسيين، أما أحدهما فيتمثل في امتداد المدة الزمنية لأداء

---

[1] عقد محطة معالجة مياه الصرف الصحي بمنطقة الصليبية بالكويت بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

تلك الالتزامات لمدة طويلة تساوي الفترة الزمنية التي يستغرقها إنشاء المشروع ثم تشغيله إلى أن يحل موعد نهاية العقد، أما السبب الآخر فيتمثل في الاحتمالات الكبيرة لإلزام جهة الإدارة المتعاقدة ببذل المساعدة المالية لشركة المشروع إما بناءً على بند اتفاقي في العقد لكفالة وضمان حصولها على تغطية نفقاتها إلى جانب هامش الربح المتوقع حصولها عليه من وراء هذا العقد، وإما بفعل ما قد يتخلل تنفيذ العقد من ظروف طارئة لم تكن متوافرة عند لحظة إبرام العقد.

ولذلك نجد أنه يمكن أن يتم الاتفاق في العقد على التزام الإدارة بأداء مبالغ مالية لشركة المشروع أثناء تنفيذ العقد سواء خلال مرحلة تشييد وبناء المشروع أو خلال مرحلة استغلاله وتلقي عوائده كمبالغ إضافية تساعد على تغطية نفقاته أو ثمن للخدمات التي يقدمها. كذلك قد تقدم الإدارة مكافأة شهرية أو سنوية لشركة المشروع تحفيزاً لها على ممارسة نشاطها أو عقب إتمام التشييد وخاصة إذا تم تنفيذ المشروع قبل حلول الموعد المحدد في العقد لحثها على سرعة التنفيذ، وذلك كمقابل لما تفرضه من غرامات تأخيرية في حالة التأخير عن تشييد المشروع[1].

هذا وقد تضمن الجهة الإدارية المتعاقدة – أحياناً – لشركة المشروع تحقيق قدراً معيناً من الأرباح لجذبها على الاستثمار في مشروع معين، وذلك عن طريق التعهد بشراء منتجاته مقابل سعر محدد سلفاً قابل للزيادة بنسبة معينة، وهذا ما يحدث فعلاً في المشروعات الإنتاجية كمشروعات توليد الطاقة الكهربائية، ومحطات تحلية المياه، والصرف الصحي[2].

وفي مصر من أمثلة الالتزامات المالية لجهة الإدارة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما اتفقت عليه الحكومة المصرية مع شركة كهرباء سيدي كرير (انترجن) حيث تم الاتفاق على إبرام اتفاقية شراء الطاقة (Power Purchasse Agreement) والتي نصت في مادتها الثالثة والمعنونة (بيع وشراء الطاقة والقدرة الإنتاجية) على أنه "أ- طبقاً لهذه الاتفاقية – والشروط الواردة بها – توفر الشركة للهيئة – من تاريخ التشغيل التجاري، وفيما بعد ذلك، حتى انتهاء سريان الاتفاقية، وتشتري الهيئة من الشركة نظير المقابل المادي المبين في المادة (١٢) من هذه الاتفاقية ما يلي:

١. القدرة الإنتاجية الفعالة التي يمكن الاعتماد عليها بحد أقصى ١،٥% من القدرة الإنتاجية التقديرية لها.
٢. ناتج الكهرباء الصافي الخاضع للتحكم في المجمع.

---

[1] د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص ١٥٩.
[2] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٢١٠.

ب. طبقاً لهذه الاتفاقية والشروط الواردة بها، تقبل الهيئة قبل تاريخ التشغيل التجاري – وتشتري نظير المقابل المادي المنصوص عليه في البند (١٦-٢) ناتج الكهرباء الصافي فعلاً، والناتجة عن الاختبارات التي تجري بموجب عقد الإنشاءات، ومن التجهيز للتشغيل....."[١].

وفي الكويت من أمثلة الالتزامات المالية لجهة الإدارة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما نصت عليه المادة (١٦/٣) في البند (٢) من عقد إنشاء محطة الصرف بالصليبية على أنه "يلتزم الطرف الأول بأن يدفع إلى الطرف الثاني سعر المياه الذي يغطي جميع المصاريف التي سيتم تكبدها من قبل الطرف الثاني كما هو وارد في المادة (٣-١٦) (سعر المياه) والمقبول من قبل الطرف الأول وذلك بالدينار الكويتي لكل متر مكعب من المياه المستخلصة"[٢].

كما نصت المادة (١٦/٣) في البند (٣) من ذات العقد على ضمان الحكومة الكويتية لشراء كافة كميات المياه الناتجة عن المحطة حيث قالت "يضمن الطرف الأول شراء جميع كميات المياه المستصلحة التي ستقوم محطة معالجة واستصلاح المياه بإنتاجها بموجب معايير الأداء الواردة في الملحق ٢".

وأما فيما يتعلق بالالتزامات المالية لجهة الإدارة في مرحلة تنفيذ عقد الـ B.O.T والمتمثلة بالإعفاءات المالية فهي تكون على شكل حوافز ومزايا وإعفاءات جمركية وضريبية وذلك من منطلق تشجيع الاستثمارات وجذب رؤوس الأموال الأجنبية التي تكتسب الثقة عندما يوجد نظام جمركي وضريبي مرن وكفء ويعتبر ذلك أحد العوامل الأساسية لإنجاح مشاريع الـ B.O.T.

وعلى الرغم من أن هذه الحوافز والمزايا والإعفاءات لا تعتبر أداءً مالياً من قبل الدولة لشركة المشروع إلا أنها تعد في الوقت ذاته موطن جذب للمستثمرين حيث تقدم لهم مزايا ومنافع عديدة، ومن أهمها خفض تكاليف المشروع وزيادة أرباحه وبالتالي خفض درجة المخاطر وتقليل أعبائه وتكاليفه وبالتالي زيادة أرباحه[٣].

ومن أمثلة هذه الحوافز والإعفاءات:

١. الإعفاءات المقررة من ضريبة الشركات، وضريبة الأرباح التجارية والصناعية خلال فترة الامتياز.
٢. الإعفاء من ضريبة الدخل.

---

[١] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.
[٢] عقد معالجة مياه الصرف الصحي بمنطقة الصليبية بالكويت، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.
[٣] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٢١.

٣. الإعفاء من الرسوم الجمركية على المعدات والمهمات والمواد اللازمة لتشغيل المشروع.

٤. السماح بتحويل العملات الأجنبية[١].

وقد نصت على بعض هذه الإعفاءات والمزايا من عقود الـB.O.T نذكر منها المادة (١٦/٣) البند (٩) من عقد إنشاء محطة الصرف بالصليبية في الكويت والتي تنص على أن "يلتزم الطرف الأول بتزويد الطرف الثاني والاحتفاظ طوال مدة العقد، وبعد ذلك حسبما يكون ضرورياً بجميع التصاريح للتحويل إلى الخارج أية مبالغ مدفوعة إلى الطرف الثاني بخصوص هذا المشروع"[٢].

ويلاحظ مما تقدم أن هذه المزايا والإعفاءات ليست شرطاً لازماً لمشاريع الـB.O.T، فذلك أمر مرهون الالتزام به على النص عليه بالعقد وما إذا كان يمنحها هذه الإعفاءات أو لا يمنحها، ولذلك لا يحق لشركة المشروع المطالبة بها إلا إذا كانت منصوص عليها بموجب العقد أو القوانين واللوائح، ولا يجوز لها المطالبة بها قياساً على تمتع مشاريع بوت أخرى بها[٣].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه ليس هناك ما يمنع من وضع قيود وضوابط تنظم هذا الإعفاء حتى لا يساء استخدامها والمتاجرة باسمها، فلابد أن تكون هناك ضرورة توجب الأخذ بهذه الإعفاءات والمزايا الضريبية كأن تكون تكاليف المشروع باهظة للغاية أو على درجة عالية من المخاطر، وهذه القيود وغيرها من شأنها أن تضمن عدم إهدار المال العام باعتبار أن هذه الرسوم والضرائب من المصادر المهمة للدخل القومي[٤].

وقد رخصت المادة (٢٧) من القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في الكويت "للمستثمر أن يستفيد من كل أو بعض المزايا التالية:

١. الإعفاء من ضريبة الدخل أو من أي ضرائب أخرى لمدة لا تزيد على عشر سنوات من تاريخ بدء التشغيل الفعلي في الكيان الاستثماري المرخص فيه.

٢. إعفاء كل توسع في الكيان الاستثماري – يرخص فيه وفق أحكام هذا القانون – من نفس الضرائب المنصوص عليها في الفقرة السابقة، لمدة لا تقل عن مدة الإعفاء

---

[١] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢١٠.

[٢] في مقابل ذلك، نصت المادة (١٥/١٤/٢) من عقد محطة الصليبية المذكور على عدم تمتعه بأي إعفاء ضريبي أو جمركي حيث نصت المادة (١٤/٢) منه على "أن أية ضرائب أو رسوم أو أعباء مهما كانت طبيعتها وتستحق الدفع من الطرف الثاني بموجب القوانين الكويتية فيما يتعلق بهذا الامتياز بما في ذلك الدخل أو الفائدة المشتقة من الدفعات المدفوعة بموجبه سيتم تحملها من قبل الطرف الثاني..."، كما نصت المادة (١٥/٢) على أن "الرسوم الجمركية أو أي رسوم استيراد أخرى أو رسوم موانئ مستحقة أو رسوم هبوط أو رسوم أو أية أجور أخرى... سيتم تحملها من قبل الطرف الثاني....".

[٣] د. سمير محمد، د. إسماعيل حسين، د. شكري رجب، المرجع السابق، ص ٧٤.

[٤] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

الممنوحة للكيان الاستثماري الأصلي. وذلك من تاريخ بدء الإنتاج أو التشغيل الفعليين في هذا التوسع.

٣. مع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون الجمارك الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، يعفى كلياً أو جزئياً من الضرائب والرسوم الجمركية أو أي رسوم أخرى قد تستحق على الواردات اللازمة لأغراض الاستثمار المباشر ما يلي:

أ. الآلات والأدوات والمعدات ووسائل النقل وغيرها من الأجهزة التكنولوجية.

ب. قطع الغيار ومستلزمات الصيانة اللازمة لما ورد في البند السابق.

ج. المستلزمات السلعية، المواد الأولية، البضائع المصنعة جزئياً، ومواد التغليف والتعبئة.

ولا يجوز للمستثمر، قبل مرور خمس سنوات على إخطاره بالإعفاء من الرسوم على ما ورد في هذا البند، إجراء أي نوع من أنواع التصرفات عليها، بما فيها البيع أو المبادلة أو التنازل. كما لا يجوز له، خلال نفس المدة، استخدامها لغير الغرض الذي تم الاستيراد من أجله، إلا وفقاً للأسس والقواعد التي يقررها المجلس في هذا الشأن، ودفع أي ضرائب أو رسوم تستحق فيما لو تم الاستيراد وقت إتمام التصرف.

٤. الانتفاع بالأراضي والعقارات المخصصة للهيئة أو التي تخضع لإشرافها أو إدارتها، وذلك وفقاً للأسس والقواعد التي يضعها المجلس في هذا الشأن.

٥. استخدام العمالة الأجنبية اللازمة للاستثمار، وذلك وفقاً للأسس والضوابط التي يصدر بها قرار من مجلس الوزراء بشأن الحد الأدنى لنسبة العمالة الوطنية الواجب توفرها.

٦. ويجوز لمجلس الوزراء أن يقرر منح بعض الحالات والفئات بعض المزايا والإعفاءات مما لم يرد ذكره في هذه المادة"[١].

وفي ماليزيا من أمثلة ما تقدم، ما قامت به الحكومة الماليزية اتجاه الشركة الخاصة المكلفة بتنفيذ ورعاية مشروع إنشاء الطريق السريع بين شمال ماليزيا وجنوبها، وذلك بمنحها حق الانتفاع المجاني بالموارد المالية المحصلة من طريق آخر سريع طوله (٣٠٠) كيلو متر كان قائماً بالفعل[٢].

وفي فيتنام من أمثلة ما تقدم، ما قامت به الحكومة الفيتنامية من إخلاء الأراضي وتعويض ملاكها وذلك لتمكين شركة المشروع من تشييد المنشآت على هذه الأرض، وفي

---

[١] قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في الكويت، سبق الإشارة إليه، في ص ١٩١ من هذا البحث.

[٢] د. سمير محمد، د. إسماعيل حسين، د. شكري رجب، المرجع السابق، ص ٧٦.

الغالب ما تتحمل الدولة دفع ثمن هذه الأراضي إذا كانت ملك المواطنين، كما تقوم شركة المشروع بالتفاوض مع الأهالي ملاك الأراضي وتقوم الدولة بسداد ثمن الأرض وذلك حسبما يتم الاتفاق عليه بين طرفي عقد الـB.O.T[1].

ولا شك في أن مثل هذه الحوافز السابق ذكرها، والمقدمة من الحكومة المضيفة إلى القطاع الخاص في تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، تعمل على توفير موارد مالية وإيرادات إضافية للشركات الخاصة.

الفرع الثالث

التزامات الإدارة المالية عند انتهاء عقد الـB.O.T.

إن الأصل وما جرى عليه الواقع العملي هو أن شركة المشروع تلتزم برد ونقل ملكية المشروع إلى الدولة بحالة جيدة وبدون مقابل، وأن غالبية عقود الـB.O.T تنص على ذلك كمثال عقد مطار العلمين والذي ينص في مادته الثالثة فقرة (د) البند (٢) على أن "يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخدمات والموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل، وبما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دولياً وذلك وفقاً للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها"[2].

ولكن استثناءً من ذلك، قد ينص العقد على إلزام جهة الإدارة بدفع تعويض أو بالأحرى مبالغ مالية عند نهاية العقد، ويأتي ذلك تشجيعاً لشركة المشروع على تحقيق مكاسب عادلة أثناء سريان العقد وعدم المغالاة في الرسوم التي تفرضها على جمهور المنتفعين بخدماتها[3].

أولاً: نماذج الالتزامات المالية لجهة الإدارة المتعاقدة عند نهاية العقد:

١- من ناحية أولى تتخذ هذه الالتزامات المالية صورة مصاريف نقل الملكية إلى السلطة مانحة الالتزام، حيث يجري العمل على أن تتحمل الدولة (الجهة الإدارية المتعاقدة) تلك المصاريف كرسوم نقل الملكية، ورسوم الشهر العقاري وضرائب الدمغات، ومصاريف

---

[1] د. حماده عبدالرازق، المرجع السابق، ص ١٦٩.
[2] عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.
[3] د. وضاح محمود، المرجع السابق، ص ١٦٠.

التراخيص، والتصاريح والموافقات الجديدة وغير ذلك من مصاريف وأجور الخبراء والفنيين الذين يمكن الاستعانة بهم خلال هذه المرحلة[1].

ومن أمثلة ذلك ما جاء في المادة (٨/٦) من عقد كهرباء شركة انترجن سيدي كرير والتي نصت على أن "تكون الهيئة مسئولة عن كافة المصاريف وتشمل الأتعاب القانونية والضرائب والرسوم التي يتم دفعها داخل جمهورية مصر العربية فيما يتعلق بنقل الملكية طبقاً للمادة (٦) من هذه الاتفاقية، كما تلتزم بالحصول وعلى نفقتها الخاصة على جميع الاعتمادات والتراخيص والتسجيلات والإيداعات الحكومية وغيرها أو وضعها موضع التنفيذ، كذلك اتخاذ إجراءات أخرى لازمة لنقل الملكية"[2].

٢- ومن ناحية ثانية تأخذ الالتزامات المالية لجهة الإدارة المتعاقدة عند نهاية العقد صورة التعويض عن الإنهاء المبتسر للعقد سواء بالفسخ أو الإنهاء للمصلحة العامة حيث أن الإدارة قد تتحمل تعويضات عند الفسخ – رغم أنه جزاء توقعه لإخلال المتعاقد معها بالتزاماته – إلا أنه قد يشوب استخدامها لسلطة الفسخ نوع من التعسف أو يكون حجم الضرر الذي أصاب الإدارة لا يتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب شركة المشروع من جراء الفسخ، وهنا يلزم أن تقوم بتعويض الشركة وسواء تم هذا التعويض اتفاقاً أو تم الحكم به قضاءً، حيث أنه يمكن مراجعة سلطة الإدارة في الفسخ أمام القضاء للتحقق من مشروعية قرارها بالفسخ وعدم انحرافها في استخدام تلك السلطة[3].

٣- ومن ناحية ثالثة أن جهة الإدارة المتعاقدة يمكن أن تتحمل مبلغ التعويض الكامل عما لحق بشركة المشروع من خسارة وما فاتها من كسب في حالة الإنهاء للمصلحة العامة، حيث ينبغي عليها أداء التعويضات المالية لشركة المشروع بسبب الإنهاء خاصة وأنه ليس منسوب لها أي خطأ، وإنما الإنهاء لمقتضيات الصالح العام والذي تجبره الإدارة وليس المتعاقدين معها حيث تسأل وحدها عن الصالح العام وليس الأفراد[4].

وفي ذات المعنى نصت المادة (١٠/٥) من عقد كهرباء شركة انترجن سيدي كرير على التزام هيئة كهرباء مصر بتعويض الشركة في حالة إنهاء العقد بسبب تقصير الهيئة حيث قالت "١١- أ- في حالة إنهاء هذه الاتفاقية بسبب حالة من الهيئة أو لأي ظروف واردة في البنود ٤- ٦ هـ، ١٥- ٥ ب، ١٥ – ٨، ١٥ – ٩، ١٦ – ٦ ب، ١٦ – ٨ من هذه الاتفاقية أو البنود ٧ – ٥ – ج – ٥ من اتفاقية حق الانتفاع تدفع الهيئة للشركة تعويضاً بالدولار

---

[1] د. محمد بهجت، المرجع السابق، ص ٥٠.
[2] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة إليه، في ص ٣٩ من هذا البحث.
[3] د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص ٦٠٧ وما بعدها.
[4] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٩٥.

يعادل: - (١) الدين المتبقي، بالإضافة إلى (٢) قيمة حقوق المساهمين، بالإضافة إلى (٣) التسوية الضريبية".

ثانياً: الالتزام بالمحافظة على التوازن المالي للعقد:

في مقابل ما تتمتع به جهة الإدارة المتعاقدة من سلطة تعديل العقد وإنهائه، تلتزم جهة الإدارة المتعاقدة بالمحافظة على اقتصاديات العقد وعدم انهيار كيانه أو توازنه المالي، وبالتالي فهي تضمن قدراً معيناً من الأرباح أو على الأقل ضمان الخسائر عند تعرض العقد لصعوبات أو ظروف استثنائية تجعل من تنفيذ الالتزامات التعاقدية لشركة المشروع فيه أمراً مرهقاً أو صعباً، وهنا تلتزم الإدارة بإعادة هذا التوازن إلى محله المعتاد وتضمن عدم اختلاله طوال مرحلة التنفيذ أياً كان سبب هذا الاختلال أي سواء كان بفعل عمل الأمير أو الظروف الطارئة، أو الصعوبات المادية، حيث ينبغي على الإدارة في جميع هذه الحالات التدخل من أجل إعادة هذا التوازن إلى محله، وكأن شيئاً لم يحدث، وذلك سواء بأداء تعويض نقدي أو بمنح مزايا عينية أو بالتخفيف من الأعباء المالية، وذلك على النحو السالف بيانه في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة[١].

ولا شك أن هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق جهة الإدارة المتعاقدة، ويعد سمة مميزة في العقود الإدارية، حيث تضمن الإدارة فيها المحافظة على التوازن المالي للعقد وعدم انهيار اقتصادياته، الأمر الذي يشجع الغير على التعاقد معها وهو مرتكن إلى هذا الضمان، وذلك على عكس ما هو معمول به في العقود المدنية، حيث يترتب على النظريات السابقة تقليل الالتزامات عن الطرف المضرور أو تحلله منها إذا كان أداء الالتزام بالنسبة له أمراً مستحيلاً أو عسيراً دون إلزام المتعاقد الآخر بأي تعويض[٢].

ويكتسب هذا الالتزام في عقود الـB.O.T أهمية خاصة حيث أنها تتميز في هذا المقام بمزايا عدة، فهي عقود طويلة المدة، وبالتالي هي معرضة خلال تنفيذها لحدوث العديد من المتغيرات والصعوبات التي تؤثر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، كما تتميز بأنها ذات تكاليف وأعباء مالية هائلة مما يجعل للتوازن المالي فيها أهمية كبيرة، لاسيما أنه يتعاقد مع الإدارة فيها شركات عملاقة تكون فيما بينها اتحاد شركات ذات رأسمال ضخم، وبالتالي فإنه يمكن أن يؤدي انهيارها إلى حدوث اختلال كبير في الاقتصاد القومي والاستقرار السياسي في البلاد[٣].

---

[١] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٣٧٦ وما بعدها.
[٢] د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص ٦٣٥.
[٣] د. جابر نصار، المرجع السابق، ص ١٦١.

هذا وتقوم الدولة بالمحافظة على هذا التوازن المالي للعقد عند اختلاله بعدة طرق منها ما يكون اتفاقي حيث تنخرط كل من الإدارة والمتعاقد معها في مفاوضات مباشرة من أجل التوصل إلى تسوية أو اتفاق على كيفية إعادة هذا التوازن إلى سيرته الأولى[١]، وأما في حالات تعذر الاتفاق أو استحالة التسوية الودية، فهنا يحق للطرف المتضرر اللجوء للقضاء لكي يقضي له بفسخ العقد، وإنهاء الالتزامات التعاقدية بين طرفيه، والحكم بالتعويض للطرف المضرور، وقد يقتصر الطلب إلى المحكمة على التعويض عن الإخلال بالتوازن المالي للعقد نتيجة تطبيق نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية، وهنا يقضي بالتعويض الذي من شأنه إعادة التوازن للعقد إلى سيرته الأولى[٢].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يحق لشركة المشروع اللجوء للقضاء طالبة فسخ العقد بسبب خطأ الإدارة، إلا إذا كان هذا الخطأ بالغ الجسامة، كما يجب أن يكون ذلك مسبوقاً بأعذار رسمي، كما لا يحق لها طلب توقيع جزاءات جنائية في مواجهة الإدارة أو ممثليها عن مجرد الأخطاء التعاقدية أو الإدارية أثناء تنفيذ أحكام العقد وكل ما لها هنا هو المطالبة بإصدار أحكام بالإدانة تقرر التعويض المالي في مواجهتها[٣].

وقد أكد القضاء الإداري على التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد في مناسبات سبق الإشارة إليها في نطاق حقوق شركة المشروع في الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة نذكر منها مثالاً واحداً هو حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في (١٦) مايو عام ١٩٨٧ حيث قالت "..... أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد، وليس بعدها حوادث وظروف طبيعية أو اقتصادية سياسية وكانت من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل شخص آخر ولم تكن في حسبان المتعاقد مع الإدارة، ولا يملك لها دفعاً أو علاجاً ولا كان في وسعه توقعها والتحوط لها وأن تكون هذه الحوادث استثنائية عامة مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذه لالتزاماته مرهقاً له...."[٤].

كما أكد على التزام الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد وعدم اختلاله ضد مصالح وحقوق المتعاقدين، العديد من عقود الـB.O.T نذكر منها عقد مطار العلمين والذي نص في مادته رقم (١٠) فقرة (د) على أنه "إذا لحق بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة

---

[١] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

[٢] أ. عبدالله طالب الكندري، المرجع السابق، ص ١٧٩.

[٣] د. حسني عبدالسميع، المرجع السابق، ص ٣٨١ وما بعدها.

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في جلسة ١٩٨٧/٥/١٦، الطعن رقم ٣٥٦٢، س ٢٥ ق، المشار إليه لدى د. مال الله الحمادي، المرجع السابق، ص ٧١٨ وما بعدها.

القاهرة، سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل، فعلى المالك (الهيئة العامة للطيران المدني) أن يشارك في دفع التكاليف لعمليات الإصلاح والترميم وإعادة البناء أو الاستبدال – بحسب مقتضى الحال – لإعادة المطار إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر"[1].

وبناءاً على ما تقدم نخلص إلى أن الدولة في عقود الـB.O.T تقوم بمنح المستثمرين مزايا مالية لغرض تشجيعهم على الاستثمار في نوع معين من المشروعات، منها ما يعد من قبيل المزايا المالية العامة أو الخاصة كالإعفاءات المالية والضمانات الائتمانية التي تستلزمها طبيعة تلك المشروعات، وذلك كله بهدف جذب الاستثمارات الأجنبية أو لتشجيع الاستثمار المحلي، وهنا ينبغي على الدولة أن تفي بهذه المنح والإعفاءات والتي تعد بمثابة التزامات جوهرية يتعين عليها أداؤها.

[1] عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة إليه، في ص ٢٧ من هذا البحث.

الباب الثاني: التزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفصل الأول: التزامات شركة المشروع في مواجهة الدولة أو الطرف الإداري في تنفيذ عقد الـــB.O.T.

المبحث الأول: التزام شركة المشروع بتمويل المشروع وبالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتقديم مصادر التمويل لمشروع الـــB.O.T.

المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: التزام شركة المشروع بتشييد وتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتشييد مشروع الـــB.O.T.

المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

الفصل الثاني: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـــB.O.T.

المبحث الأول: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم المشروع.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة.

المبحث الثاني: انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول: الانتهاء الطبيعي لعقد الـــB.O.T.

المطلب الثاني: الانتهاء غير الطبيعي لعقد الـــB.O.T.

الباب الثاني: التزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

تمهيد وتقسيم:

ليس هناك من حقوق إلا ويقابلها التزامات، فكما تتمتع شركة المشروع بحقوق على النحو السابق بيانه في الباب الأول من هذه الدراسة، فهي تتحمل بالتزامات، وهي التزامات جوهرية يجب عليها أدائها حتى يستقيم أداء المرفق العام لخدماته النفعية العامة بانتظام واطراد، هذا وتتنوع وتتعدد التزامات شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مثلما تنوعت وتعددت حقوقها وامتيازاتها، فهي تحمل بالتزامات في مواجهة الإدارة المتعاقدة من ناحية (وهي محل دراستنا)، كما يفرض عليها التزامات في مواجهة جمهور المنتفعين من ناحية أخرى[1].

وفي هذا الاتجاه أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها على أنه "من المستقر عليه أن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تتحدد طبقاً لنصوص العقد، ومن ثم فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه، ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منها حقوقه والتزاماته....."[2].

وقد ذكرت المادة (١) في البند رقم (٢) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي هذه الالتزامات الجوهرية والتي يتعين على شركة المشروع أدائها والالتزام بها من خلال تعريفها لنظام الشراكة حيث نصت على أن "نظام الشراكة هو نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة – متى تطلب المشروع – ذلك في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية، وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة، ويأخذ إحدى الصورتين: ١) أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر – عن الخدمة والأعمال المنفذة – من المستفيدين أو من الجهات

---

[1] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. رشدي صالح عبدالفتاح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص ١٢٥.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٢٣٤٠) لسنة ٣٢ ق، جلسة ١٩٩٥/٥/١٦، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء رقم (٤٩)، ص ١٥٣، المشار إليه لدى د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص ١٣٠.

العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتي قامت بالتعاقد معها أو من كليهما، ٢) أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية إستراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني، واستثماره لمدة محددة.

ويدفع مقابل لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع – متى وجدت – في الحالتين".

وترتيباً على ذلك، سوف أتناول بالشرح والتحليل تلك الالتزامات بأنواعها على امتداد فصلين متتاليين، أخصص أحدهما لتحديد التزامات شركة المشروع في مواجهة الدولة في تنفيذ عقد الـB.O.T، بما يشمله ذلك من تمويل المشروع والتنفيذ الشخصي لعقد الـB.O.T من جانب أول، فضلاً عن تشييده وتشغيله وإدارته من جانب ثان.

وكما سوف أفرد الفصل الآخر لبيان ما تتحمل به شركة المشروع من التزام بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـB.O.T.

وعلى ضوء ما تقدم، فإن خطة دراستنا في هذا الباب تنقسم إلى فصلين:

الفصل الأول: التزامات شركة المشروع في مواجهة الدولة أو الطرف الإداري في تنفيذ عقد الـB.O.T.

الفصل الثاني: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـB.O.T.

الفصل الأول

التزامات شركة المشروع في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة في تنفيذ عقد الـــB.O.T.

المبحث الأول: التزام شركة المشروع بتمويل المشروع وبالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتقديم مصادر التمويل لمشروع الـــB.O.T.

المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: التزام شركة المشروع بتشييد وتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتشييد مشروع الـــB.O.T.

المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

الفصل الأول

التزامات شركة المشروع في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة في تنفيذ عقد الـــB.O.T.

تمهيد وتقسيم:

إن شركة المشروع أثناء تنفيذ عقد الـــB.O.T تتحمل التزامات عديدة في مواجهة جهة الإدارة المتعاقدة أو الدولة، وسواءً وجدت تلك الالتزامات مصدرها ومنبعهـــا فـــي الاتفـــاق التعاقدي المبرم فيما بينهما أم استمدت من قواعد وأحكام القانون الإداري العام التي تسهم في تنظيم هذه العلاقة التعاقدية وتحديد الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفيها[1].

وتعتبر هذه الالتزامات التي تقوم بأدائها شركة المشروع التزامات جوهرية ورئيسية، فهي تشمل من ناحية أولى التزامها بتمويل المشروع والتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T، كما وتضم من ناحية ثانية التزامها بالقيام بتشييده وتشغيله وإدارته.

وعلى ضوء ما سبق، سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:-

المبحث الأول: التزام شركة المشروع بتمويل المشروع وبالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: التزام شركة المشروع بتشييد وتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

[1] أ. إبراهيم عجيل الشمري، المرجع السابق، ص ٩٧.

المبحث الأول

التزام شركة المشروع بتمويل المشروع وبالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

تمهيد وتقسيم:

ترتب عقود الـــB.O.T مجموعة من الالتزامات تقع على عاتق شركة المشروع، ومن أبرز هذه الالتزامات التزامها بتقديم مصادر التمويل للمشروع، والتزامها بالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

وعلى ضوء ما تقدم، سنخصص لكل التزام مما سبق مطلباً مستقلاً على النحو التالي:-

المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتقديم مصادر التمويل لمشروع الـــB.O.T.

المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بالتنفيذ الشخصي لعقد الـــB.O.T.

المطلب الأول

التزام شركة المشروع بتمويل مشروع الـــB.O.T.

تعتبر مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T نوعية جديدة من المشروعات تختلف عن غيرها، ويلزم التعامل معها بفكر مختلف عن غيرها من المشروعات التي تستلزم تمويلاً مصرفياً، وينبع هذا الاختلاف من الآتي:

١. كبر حجم الاستثمارات المطلوبة وبالتالي عدم قدرة بنك واحد في كثير من الحالات على تمويلها.
٢. كبر حجم مستهلكي الخدمات التي تقدمها، وتنوع مستويات دخلهم.
٣. بعض الخدمات التي تقدمها ضرورية للمستهلك مثل المياه والكهرباء والطرق مما يوجد ضغطاً على هذه المشروعات.
٤. مشكلة تسعير هذه الخدمات مع الأخذ بالاعتبارات الاجتماعية مما يجعلها بطبيعة الحال أعلى سعراً.
٥. الحاجة إلى التدخل الحكومي في بعض الأحيان لضمان استمرار عمل هذه المرافق.
٦. تنوع المخاطر التي تتعرض لها هذه المشروعات وتعددها[١].

---

[١] أ. رشدي صالح عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

وسوف نبحث في هذا المطلب مصادر التمويل التي تسعى شركة المشروع إلى جذب اموالها لمساعدتها في تنفيذ المشروعات المزمع إقامتها، ونظراً لإن مشروعات الـ B.O.T تتطلب توافر أموال كبيرة لكونها تتعلق بمشروعات البنية الأساسية، لذلك تتعدد أنواع رأس المال ومصادر تمويله.

ففي المرحلة الأولى تأتي الأسهم كأول مصدر للتمويل، والأسهم بالنسبة للمشروعات هي: الأموال التي يقوم بدفعها ملاك المشروع وتمثل حصصهم بالشركة بالإضافة إلى غيرهم من المستثمرين الأفراد المهتمين بالمساهمة بحصة في الشركة، بيد أن هذا النوع من رأس المال لا يمثل عادة إلا جزءاً محدوداً من إجمالي تكلفة المشروع، والملاحظ أن حاملي الأسهم هم أكثر المتحملين لمخاطر المشروع، لأن فشل المشروع يعني انهيار قيمة الأسهم وتحقيق الخسارة لهم، كما أنه في حالة نجاح المشروع تزداد قيمة الأسهم ويتم تحقيق الأرباح لصالح ملاك الأسهم.

وتعتبر حصة الأسهم في رأس المال نقطة البداية لجذب الأنواع الأخرى من مصادر التمويل لتلبية احتياجات المشروع من رأس المال – وإن كانت القروض تأتي بعد أسهم رأس المال – إلا أنها تحتل الجانب الأكبر من رأس المال، وبمعنى آخر المرتبة الأولى والأساسية في تمويل مشروعات الـ B.O.T، إلا أنه كلما زادت حصص المساهمين في تكلفة المشروع وقل اللجوء إلى القروض وما يترتب عليها من تخفيف عبء خدمة الديون كلما زادت الثقة من الدول المضيفة في التزام شركة المشروع بتنفيذه، فالمساهمات الضخمة من قبل الشركات المنضمة لاتحاد المشروع في تكاليفه تعد الضمان الوحيد لالتزام الشركات بالقيام بهذا المشروع[1].

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه كلما قلت المخاطر الفنية والسياسية والتجارية المرتبطة بتمويل المشروع كلما زادت قابليته للتمويل وارتفعت فرص قبول مؤسسات التمويل المختلفة إلى دعمه بنظام تمويل المشروع، وكلما زادت مخاطر المشروع كلما قلت فرص تمويله وقابليته للدعم، لذلك تزداد الأعباء على عاتق شركة المشروع في العمل على التقليل أو توزيع المخاطر طوال المراحل المختلفة للمشروع وتوزيعها بين كافة أطراف المشروع[2].

وفي هذا المجال لا يفوتنا أن نشير إلى اتفاق الضمان الحكومي، والذي يقصد به الاتفاق الذي تتعهد بمقتضاه إحدى الجهات الحكومية أو البنك المركزي للدولة المضيفة بضمان كافة التعهدات المالية للجهات الحكومية المتعاقدة، وقد أثبت العمل الدولي أن الاحتياج إلى مثل هذا الضمان الحكومي لا يكون إلا في حالات معينة، كما لو كانت المخاطر السياسية للمشروع

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٣٠ وما بعدها.
[2] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٩٤.

مرتفعة، أو كانت الملاءة المالية للدولة المضيفة محل نظر، أو لضعف الجدوى الاقتصادية للمشروع، وغني عن البيان أن موجبات الضمان الحكومي السابق الإشارة إليها تتوفر بصفة أساسية بالنسبة للبلدان النامية، ونادراً ما نجد مثل هذه الضمانات الحكومية في الدول الصناعية المتقدمة[1].

وعلى ضوء ما تقدم، سوف أتناول من خلال هذا المطلب مؤسسات التمويل لمشروعات الـB.O.T وطرق التمويل لمشروعات الـB.O.T في فرعين اثنين على النحو التالي:-

الفرع الأول

مؤسسات التمويل لمشروعات الـB.O.T.

عرّف القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي في مادته الأولى في البند رقم (١٥) الجهات الممولة في مشروعات الـB.O.T حيث نصت على أن "الجهات الممولة: المؤسسات والشركات والبنوك ووكالات الائتمان التي يكون من بين أغراضها الاستثمار أو تمويل المشاريع أو تحويل الأموال بغرض الإقراض".

ولذلك تتعدد وتتنوع مؤسسات التمويل لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T من حيث طبيعة نشاطها وأغراضها، وتعتمد مؤسسات التمويل المقرضة على الدخل المتوقع من تشغيل المشروعات وأصوله كضمانة لسداد المديونيات، ولذلك جرى العمل الدولي على أن مؤسسات التمويل لا تضع على نفسها أي التزام نهائي بتمويل المشروع إلا بعد إبرام كافة الاتفاقات الرئيسية ومراجعتها والموافقة عليها من قبل هذه المؤسسات.

وتلزم مؤسسات التمويل المقرضة (البنوك) المساهمين أو بعضهم بضمانات وتعهدات لسداد الديون والقروض المستحقة على شركة المشروع، وعادة ما تستلزم مؤسسات التمويل سريان هذا الضمان حتى إتمام عملية إقامة وإنشاء المشروع وانتهاء عقد المقاولة، وفي حالات استثنائية قد تستمر هذه الضمانات لفترة زمنية محدودة بعد بدء تشغيل المشروع[2].

وتقسم المؤسسات التمويلية من حيث طبيعة نشاطها وأغراضها إلى ثلاثة أنواع رئيسية: مؤسسات التمويل التجارية، وهيئات التمويل التنموية، ووكالات التنمية الوطنية[3].

---

[1] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٩٢.

[2] د. ماهر محمد، الإطار القانوني لدور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، المرجع السابق، ص ٩.

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٧.

أولاً: مؤسسات التمويل التجارية:

تتضمن هذه الطائفة على مجموعة البنوك التجارية وشركات الائتمان التجاري والشركات التأمينية المرخص لها بالمشاركة في عمليات الإقراض في الدول التي تسمح بهذا النظام، هذا ويكون الهدف الأساسي الذي تسعى إليه هذه المؤسسات التمويلية سواء أكانت وطنية أم أجنبية تابعة لدولة أخرى غير الدولة المضيفة هو الهدف الربحي بتحقيق أفضل الأرباح، ويكون التركيز الأساسي لها منصباً على الجدوى الاقتصادية والمالية للمشروع ومدى حجم التدفقات المالية المتوقعة من هذا المشروع، وتسعى في ذات الوقت إلى تقليل المخاطر المحيطة بالمشروعات سواء أكانت تجارية أم أساسية.

وتدخل مؤسسات التمويل التجارية عادة فيما بينها في اتفاق القرض الجماعي (المشترك) (Syndicated LOANS) يتفق فيه كل بنك من البنوك الدائنة على سداد حصة معينة تمثل من ٥ – ١٠% أو أكثر من قيمة القرض، ويتحمل كل بنك المسئولية فقط عن حصته وينظم الاتفاق بين البنوك الدائنة مسئولياتهم وعلاقتهم بالمقترض[١].

والقرض الجماعي عند تكوينه يمر بعدة مراحل مختلفة، تبدأ بمرحلة الترتيبات، وهي مرحلة ما قبل التعاقد والخاصة بإجراء المفاوضات بين البنوك المختلفة وبين شركة المشروع، وتتميز هذه المرحلة بأنه يتم خلالها عمل دراسة الجدوى من المشروع في حين يقوم البنك الوسيط (ARRANGING BANK) بإجراء الترتيبات بين هذه البنوك بالإضافة إلى دعوتها للمساهمة في القرض فيما بينها من ناحية وفيما بين شركة المشروع من ناحية أخرى.

ويتم توقيع الاتفاق الأولي أو التمهيدي على المشروع بعد الانتهاء من هذه الدراسات، ويطلق على هذا الاتفاق الأولي تعبير مسودة الاتفاق (Term sheet)، ومن ثم تقوم شركة المشروع مع مؤسسات التمويل التجارية بإبرام عقد القرض بعد مراجعة مستندات العقد ومستندات التمويل، وعلى أن تختار البنوك من بينها بنكاً أو أكثر يكون ممثلاً لها، ويسمى هذا بالبنك الوكيل (Agent Bank) ويكون مختصاً بتمثيلها في العلاقة بينها وبين شركة المشروع، ويمكن أن تقوم هذه البنوك بتعيين بنكاً تصدر لصالحه التأمينات والضمانات العينية، وهو في ذلك يكون بصفته وكيلاً عن باقي البنوك ويسمى بالبنك المفوض بالتأمين (Security Agent) وقد يكون هو ذاته البنك الوكيل أو بنكاً آخر[٢].

هذا وتتنوع عادة في مثل هذه المشروعات جنسيات البنوك ومؤسسات التمويل التجارية فهي تضم عادة بنوكاً منتمية بجنسيتها إلى دول مختلفة، وقد يكون في بعض الحالات الغرض من ذلك غرضاً إستراتيجياً بحيث يهدف مثل هذا التنوع إلى جعل اتخاذ إجراءات تعسفية أو إجراءات تميزية من قبل الدولة المضيفة أمراً عسيراً من الناحية السياسية لما قد

---

[١] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٧ وما بعدها.

[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٣٢.

يكون له من آثار سلبية على علاقتها مع العديد من الدول التي تنتمي مؤسسات التمويل التجارية إليها.

وقد يكون التنوع لاعتبارات ضرائبية بحتة، كما لو كانت هناك اتفاقات ضرائبية بين بعض الدول التي تنتمي إليها البنوك، كما لو كان هناك اتفاقات تجنب ازدواج ضريبي مؤداها على سبيل المثال عدم خضوع الفوائد المسددة من المقترض لهذه البنوك لأية ضرائب مثل (اتفاقية الازدواج الضريبي بين مصر وسويسرا) أو قد تخضع هذه الفوائد إلى ضرائب مخفضة (اتفاقية الازدواج الضريبي بين مصر والمملكة المتحدة)، فمثل هذه الاعتبارات الضريبية قد تجعل شركة المشروع أكثر رغبة في التعاقد مع بنوك منتمية بجنسياتها إلى هذه الدول، بالرغم من أن هذه الضرائب (ضرائب إيرادات رؤوس الأموال المنقولة) في المقام الأول مفروضة على البنوك الدائنة إلا أنه من الناحية العملية في جميع الأحوال تحمل البنوك هذه الضرائب على شركات المشروع أي المقترض بشكل أو بآخر ومن ثم تكون تكلفة هذه الضرائب في شكلها النهائي على عاتق هذه الشركات[1].

ونظراً لحداثة هذا النشاط في مصر وعدم اتضاح الرؤية بالنسبة لكثير من العاملين بالجهاز المصرفي، وضخامة التمويل المطلوب في كثير من الحالات ولكونها ذات طبيعة مختلفة عما تعودت عليه إدارات الاستثمار والائتمان في البنوك كان الإقبال من الجهاز المصرفي سواء بتقديم القروض أو إنشاء الشركات أو المساهمة فيها محدوداً وأيضاً لمحدودية الشركات القائمة بالعمل في هذا النشاط وعدم المعرفة الكافية بها سبب في ذلك، بالإضافة إلى أنه حتى الآن لم يتم الانتهاء من أي من المشروعات المقامة وفق هذا الأسلوب وكلها إما في طور التنفيذ أو الدراسة أو مجرد أفكار ومقترحات، ولقد أكد عدد من قيادات البنوك استعداد الجهاز المصرفي في مصر لتمويل هذه المشروعات سواء التي ينفذها مستثمرين أجانب أم مصريين بشرط توافر الشروط الائتمانية المناسبة[2]، وقد تدخل البنوك كمساهم في جزء من رأس مال الشركة التي يتم تأسيسها في مصر لتنفيذ وإدارة المشروع، أو تتولى مجموعة من البنوك المحلية تدبير قرض للمشروع سواء بالجنيه المصري أو بالعملة الأجنبية، شريطة أن تتوافر الشروط المناسبة من وجود دراسة جدوى اقتصادية وائتمانية للمشروع، وتأكدت البنوك من توفر التدفقات النقدية المستقبلية التي تغطي التزام القرض أو تعود بالفائدة في حالة المساهمة في المشروع[3].

---

[1] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٩.

[2] أ. رشدي صالح عبدالفتاح، المرجع السابق، ص ١٣٨ وما بعدها.

[3] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٩٠.

ثانياً: هيئات التمويل التنموية:

تقوم هذه الهيئات بدور هام في إقامة وإنشاء مشروعات البنية الأساسية والممولة عن طريق القطاع الخاص، وهي تتمثل في هيئات التمويل التنموي الدولية مثل مؤسسة التمويل الدولية ((International financial Corporation (IFC) والتي تعتبر إحدى مؤسسات البنك الدولي، هذا وقد أنشأت مؤسسة التمويل الدولية عام ١٩٥٦ وتهدف بصفة أساسية إلى تمويل القطاع الخاص في الدول النامية[١].

وإلى جانب عمليات الإقراض، فإن للمؤسسة دوراً كبيراً في الاستثمار في رأس مال المشروعات الصناعية والتجارية في الدول النامية، وبصفة عامة تهدف مؤسسات التمويل الدولية إلى دعم التنمية الاقتصادية في الدول الأعضاء.

وهنا أيضاً مؤسسات التمويل الإقليمية والتي ينصب اهتمامها في المقام الأول على بحث دور المشروع في عملية التنمية في الدول المعنية بالإضافة إلى جدواها الاجتماعية، ومن هذه المؤسسات الإقليمية بنك التنمية الإفريقي (African Development Bank) والذي أنشئ عام ١٩٦٣، ويضم في عضويته أكثر من خمس وعشرين دولة إفريقية من بينها مصر، ويتراوح متوسط حجم عمليات إقراضه ما بين ثلاثة مليارات وأربعة مليارات دولار سنوياً، وكذلك البنك الأسيوي للتنمية (Asian Development Bank) والذي أنشئ عام ١٩٦٦ ويساهم فيه اثنان وخمسون دولة منها دول صناعية أوروبية، ومن المؤسسات الإقليمية أيضاً الصندوق العربي للتنمية الاقتصادية والاجتماعية (Arab Fund for Economic and Social Development) والذي أنشئ عام ١٩٧٢ حيث يقتصر نشاطه على دعم عملية التنمية في الدول العربية، ويوجد أيضاً بنك التنمية بين الدول الأمريكية (Inter-American Development Bank) والذي أنشئ عام ١٩٥٩ وتقتصر عمليات إقراضه لدول أمريكا اللاتينية ودول الكاريبي، ويساهم في رأس ماله أكثر من ست وأربعين دولة، وهناك أيضاً البنك الأوروبي للتعمير والتنمية (European bank for reconstruction and development)والذي أنشئ عام ١٩٩١ ومقره لندن وتقتصر استثماراته وعمليات إقراضه على دول شرق ووسط أوروبا، ويساهم في رأس ماله أكثر من خمسين دولة من بينها مصر[٢].

ثالثاً: وكالات التنمية الوطنية:

يبرز دور هذه الوكالات في تشجيع التنمية في الدول النامية بتمويل المشروعات الخاصة بالبنية الأساسية، ومن أهم هذه الوكالات الوكالة الأمريكية للتنمية الدولية (USAID)، وهناك أيضاً

---

[١] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

[٢] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣٩ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٤٥.

الوكالات الوطنية في الدول الصناعية المختلفة وهدفها الأساسي تمويل العمليات التي تشارك فيها الشركات والمؤسسات التابعة لهذه الدول مثل مؤسسة تنمية الصادرات الكندية[1].

الفرع الثاني

طرق التمويل لمشروعات الـB.O.T.

كما ذكرت سابقاً، إن تمويل إنشاء المشروعات بنظام الـB.O.T من الموضوعات التي تمثل أهمية كبرى بالنسبة لجهة الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع، وهذه الأهمية هي التي دفعت المشرع الكويتي إلى أن يلزم شركة المشروع بتحديد مصادر التمويل لمشروع الـB.O.T عند إعدادها لدراسة الجدوى المتكاملة، وهذا ما أكدته المادة (٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص حيث نصت على أن "تشتمل دراسة الجدوى المتكاملة على وجه الخصوص تحديد الأبعاد الفنية والتشغيلية لفكرة المشروع والأبعاد الاقتصادية، بمراعاة القواعد التالية:

١. الجوانب الفنية للمشروع.
٢. الجوانب التشغيلية للمشروع.
٣. افتراضات قدرة المشروع على استرداد التكلفة ونسبة العائد الداخلي المتوقعة للمشروع.
٤. افتراضات مشاركة القطاع الخاص بالمشروع ورغبته بالمشاركة في تنفيذه.
٥. التكلفة الإجمالية المتوقعة للمشروع متضمنة رأس المال المقترح إضافة إلى تكاليف التشغيل والصيانة المرتقبة لسنة التشغيل الواحدة.
٦. جدول توزيع مخاطر المشروع.
٧. تحديد المنافع الاقتصادية المتوقعة من المشروع.
٨. اقتراح الحوافز والإعفاءات الجمركية أو الضريبية أو غيرها اللازمة لنجاح المشروع.
٩. تحديد دور المستثمر.
١٠. تحديد الإطار التعاقدي للمشروع.
١١. وضع الإجراءات التي تكفل المنافسة في اختيار المستثمر.
١٢. تحديد الوثائق القانونية.
١٣. تحديد أدوار ومسئوليات الأطراف المقترح مشاركتها.
١٤. تحديد جدول زمني لتنفيذ المشروع متضمناً المدة المقترحة للبناء ومدة الاستثمار.

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٣٦.

١٥. مصادر التمويل".

ولذلك توجد عدة طرق لتمويل مشروعات الـB.O.T، وتتم هذه الطرق من خلال آليات تعاقدية مختلفة يكون الغرض الأساسي منها في النهاية إيجاد المصدر التمويلي لهذه المشروعات، ومن أهم المصادر التمويلية لتلك المشروعات ما يلي:-

أولاً: القروض.

تعد القروض التجارية الطريق الأساسي لتمويل مشروعات البنية الأساسية، والتي بمقتضاها تقوم شركة المشروع بالاقتراض عن طريق عقد قرض مشترك حيث تشارك أكثر من مؤسسة تمويلية في عملية الإقراض.

هذا وقد أصبح لهذه القروض المشتركة داخل العمل الدولي عدة خصائص خاصة بها وتميزها عن باقي أشكال القروض الأخرى، بالإضافة إلى أنها أصبحت تحتوي على بعض البنود التعاقدية النموذجية، والتزام مؤسسات التمويل بأداء قيمة القروض لا يتم على دفعة واحدة وإنما على دفعات متتالية وفقاً لما يتم الاتفاق عليه، وهناك أيضا الوكالات الوطنية في الدول الصناعية المختلفة، والتي يكون هدفها الأساسي هو تمويل العمليات التي تشارك فيها الشركات والمؤسسات التابعة لهذه الدول مثل مؤسسة تنمية الصادرات الكندية، وبشكل يعكس مراحل تطور التشييد على النحو الذي يغطي التزامات شركة المشروع – أي رب العمل – في ظل عقد المقاولة والتشييد[١].

والملاحظ أن أغلب مشروعات الـB.O.T في العالم قد تم تمويلها بشكل رئيسي عن طريق البنوك التجارية، وتعد البنوك التجارية من مؤسسات الإقراض الأولى التي تقبل مفهوم الإقراض لمشروع معتمد على التدفقات النقدية للمشروع مع عدم وجود حق بالرجوع إلى المساهمين أو بحق محدود فقط، وكان من أوائل من قاموا بتطوير هذا النوع من الإقراض شركات النفط والتعدين[٢].

ولأن مصدر تلك القروض يكون عبارة عن ودائع بنكية قصيرة الأجل إلى حد ما فإن ذلك ينعكس على القروض مما يجعلها هي الأخرى قصيرة أو متوسطة الأجل أي لا تتجاوز سبع سنوات، ونادراً ما تتم القروض لأجل طويل بين عشر سنوات إلى عشرين سنة، ويرجع ذلك إلى رغبة البنوك التجارية في تقليل المشاكل مع أصحاب تلك الودائع بالنسبة للفوائد الخاصة بهم[٣].

---

[١] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٥٥.

[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٣٥.

[٣] د. ماهر محمد، الإطار القانوني لدور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، المرجع السابق، ص ٧.

ولما كانت مشروعات الـB.O.T تتعلق غالباً بمشروعات البنية التحتية طويلة المدى فيتم الاستفادة من قروض البنوك التجارية قصيرة المدى على مدى فترات بناء وتشغيل المشروع بجانب الأموال الأخرى للمشروع، والغالب أن يتم تحديد مدة سحب القرض[1].

ثانياً: التأجير التمويلي.

في هذا الشكل من أشكال التمويل يقوم المؤجر بشراء الآلات والمعدات اللازمة للمشروع والتي يحتاجها ويحددها المستأجر والمتمثل في شركة المشروع ويقوم المؤجر بتأجيرها بعد ذلك لشركة المشروع في مقابل مبلغ مالي متفق عليه، ويستمر عقد الإيجار إلى حين أن تقوم شركة المشروع بسداد كامل قيمة الآلات والمعدات بالإضافة إلى سداد العمولات والفوائد المستحقة للمؤجر والتي عادة ما تكون شركات متخصصة في مجال تمويل تلك المشاريع[2].

وهناك اختلاف كبير بين التأجير التمويلي وبين القرض يتمثل في أن شركة التمويل تكون هي المالك للآلات والمعدات التي تؤجرها لشركة المشروع وذلك طوال مدة عقد الإيجار مما يحقق لها ضمانات إضافية في جواز تحميل تبعة إهلاك تلك المعدات والآلات خلال مدة عقد الإيجار على عاتق شركة المشروع مع الاحتفاظ بحقها في قيمة العمولات والفوائد المستحقة لها عن فترة التعاقد.

ونظراً لطبيعة هذا النوع من التعاقدات فإنه يختص بالناحية الخاصة بالمراحل التي تحتاج إلى آلات ومعدات، وبهذا لا يتصور أن يتم الاعتماد كلياً على هذا النوع من مصادر التمويل لإقامة المشروع ككل وإنما يمكن الاعتماد عليه فقط في أجزاء المشروع التي تحتاج إلى آلات ومعدات[3].

ويحقق التأجير التمويلي مزايا رئيسية لشركة المشروع، فهو بدايةً يتيح – على عكس القرض العادي – لشركة المشروع الاحتفاظ بحرية أكبر في السيطرة والإشراف على المشروع ككل، وتحد من تدخل الجهات التمويلية، كذلك فإن تكاليف التأجير التمويلي تقل عادة عن تكاليف عقود القرض العادي، كما يحقق التأجير التمويلي ميزة ضرائبية أساسية إذ تخصم تكاليف الأجرة باعتبارها مصاريف تشغيل ولا يعتبر سداد الأجرة ثمناً ومن ثم تدخل الأجرة ضمن تكاليف التشغيل، وتخصم من أرباح شركة المشروع، ويستمر الخصم قائماً حتى ولو انتهت مدة الإعفاء الضريبي على أرباح الشركة ككل، كما تقلل شركة المشروع بنظام التأجير

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٣٥.
[2] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٩٣.
[3] د. ماهر محمد، الإطار القانوني لدور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، ص ١٧ وما بعدها.

التمويلي مخاطر انخفاض القيمة الخاصة بالمعدة أو الآلة إلى عاتق المؤجر أي المؤسسة التمويلية[1].

فعقد التأجير التمويلي – وإن تضمن مزيجاً من بعض الأحكام المماثلة لعقود الإيجار والوعد بالبيع والبيع – إلا أن له ذاتيته الخاصة، فالعقد يتضمن عند إبرامه وعداً على عاتق المؤسسة التمويلية بتأجير الأموال إلى شركة المشروع، وهذا الوعد لا يمكن تنفيذه جبراً، لأنه يستلزم تدخل مؤسسة التمويل، ومن ثم يكون للموعود له بالإيجار الحق في المطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار[2].

ويتفق عقد الإيجار التمويلي مع بعض أحكام عقد الإيجار مثل تلك الأحكام الخاصة بحظر التصرف والتأجير من الباطن، إلا أن عقد التأجير التمويلي يختلف عن الإيجار التقليدي في العديد من الأحكام الجوهرية كخيار التملك، وتناسب مدة الإجارة مع العمر الافتراضي للمال المؤجر، ففي حين أن المال المؤجر هو العنصر الجوهري في عقد الإيجار التقليدي فإن الالتزام بسداد الأجرة والأقساط هو جوهر عقد التأجير التمويلي.

وخلاصة ما تقدم أن عقد التأجير التمويلي – من الناحية الاقتصادية – عقد تمويلي، ومن الناحية القانونية هو عقد مركب ينطوي على العديد من التصرفات القانونية كالوكالة، والإيجار، والوعد بالبيع والبيع والقرض[3].

وتتحدد الالتزامات الواقعة على عاتق المؤجر والمستأجر في ضوء الطبيعة المركبة لعقد التأجير التمويلي، ويمكن إجمال أهم التزامات كل من المؤجر والمستأجر في ظل التأجير التمويلي فيما يلي[4]:

١ – التزامات المؤجر:

أ- للمستأجر الحق في اختيار شراء المال المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحدد في العقد، على أن يراعى في تحديد الثمن مبالغ الأجرة التي أداها.

ب-يتحمل المؤجر تبعة الهلاك، متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه، ويجوز للمؤجر أن يشترط التأمين على الأموال المؤجرة بما يكفل له الحصول على القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد والثمن المحدد به.

---

[1] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٩٤.

[2] د. أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الإيجار التمويلي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية للعمليات التمويلية، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٣ – ١٤ مارس ٢٠٠٦، ص ٤٥٦ وما بعدها.

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٥٦ وما بعدها.

[4] د. عبدالسلام حسين العنزي، عقد التأجير التمويلي في القانون الأمريكي والقانون الفرنسي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية للعمليات التمويلية، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٣ – ١٤ مارس ٢٠٠٦، ص ٣٦٧ وما بعدها.

ج- للمستأجر أن يرجع مباشرة إلى المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر عن العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول فيما عدا فسخ العقد.

د- يكون المؤجر مسئولاً عن أفعاله أو تصرفاته التي تؤدي إلى غلط في اختيار الأموال المؤجرة، أو إلى تمكين المورد أو المقاول أو الغير من التعرض للمستأجر على أي وجه في الانتفاع بالأموال المؤجرة.

٢- التزامات المستأجر:

أ- الالتزام باستعمال وصيانة وإصلاح الأموال المؤجرة بما يتفق مع الأغراض التي أعدت لها، وبما تقتضيه الأصول الفنية المرعية.

ب-يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بما يطرأ على الأموال المؤجرة من عوارض تمنع الانتفاع بها كلياً أو جزئياً.

ج- يخضع المستأجر لأحكام المادة (٣٤١) عقوبات والخاصة بخيانة الأمانة والتبديد.

د- يتحمل المستأجر المسئولية المدنية الناشئة عن الأضرار التي تسببها الأموال المستأجرة.

ه- يظل المال المنقول المؤجر محتفظاً بطبيعته، حتى ولو كان المستأجر قد ثبته أو ألحقه بالعقار.

و- يلتزم المستأجر بأداء الأجرة كاملة، حتى ولو لم ينتفع المستأجر بالمال المؤجر طالما أن السبب لا يرجع إلى المؤجر.

ز- ينقضي العقد بانقضاء مدته ولا يتجدد العقد ضمنياً سواء تم التنبيه على المستأجر بانتهاء مدة العقد أم لا.

ثالثاً: السندات.

تحتاج مشاريع البنية الأساسية المقامة عن طريق عقود الـ B.O.T خلال الفترة التالية لإقامة المشروع وبدء التشغيل له إلى بعض المبالغ المالية، وإن كانت ليست بالحجم التي كانت الحاجة له عند إنشاء المشروع، ويكون الهدف من هذه المبالغ هو سداد القروض الخاصة بالبنوك ومؤسسات التمويل، ولذلك كان اللجوء إلى الاقتراض من الجمهور بواسطة إصدار السندات، ويفترض في الاقتراض أن تكون الشركة من الشركات المساهمة فقط في ظل القانون الكويتي، بينما تكون من شركات المساهمة والتوصية بالأسهم في ظل القانون المصري حيث أنهما الشركتان الوحيدتان المصرح لهما بإصدار الأوراق المالية، على أن

يكون ذلك بالطبع بعد بدء تشغيل المشروع وإقامته ليكون هناك ضمانات حقيقية للجمهور قبل طرح تلك الأوراق المالية[1].

ومما سبق يمكن تعريف السندات في ظل القانون المصري بأنها:

صكوك متساوية القيمة وقابلة للتداول تمثل قرضاً طويل الأجل يعقد عن طريق الاكتتاب، فحامل السند هو دائن الشركة وليس مساهماً أو شريكاً فيها، وتتضمن نشرة الاكتتاب عادة التزامات تعاقدية على عاتق الشركة المصدرة منها التعهد بتوفير قوائم سنوية مجمعة ومعتمدة لجماعة حملة السندات، كما تتضمن النشرة عادة التزاماً على الشركة بألا تتجاوز مديونياتها حداً معيناً إلى غير ذلك من الشروط والتعهدات التي تتضمنها عادة عقود القروض[2].

هذا وإن إمكانية حيازة سبل الوصول إلى أسواق رؤوس الأموال تكون في العادة متاحة للمرافق العمومية القائمة ذات السجل التجاري المستقر بقدر أكبر مما تتاح للشركات المنشأة خصوصاً لبناء وتشغيل بنية تحتية جيدة تفتقر إلى درجة الائتمان المطلوبة، والواقع أن عدداً من أسواق الأوراق المالية تشترط أن يكون لدى الشركة المصدرة سجل تجاري مستقر من نوع ما لفترة زمنية معينة قبل السماح لها بإصدار صكوك قابلة للتداول[3].

ولا يفوتنا في هذا المجال أن نشير إلى انه يجب وضع ضوابط تتعلق بطريقة التمويل المستخدمة، لأن في عدم وضع ضوابط محددة على المصادر التي تعتمد عليها شركات المشروع في تمويل تكلفتها الاستثمارية كفيل بتحويل نتائج الجدوى القومية لمشروعات B.O.T إلى نتائج سلبية، ويكون وضع هذه الضوابط ضرورياً عندما تكون شركات المشروع أجنبية حيث تعد استثماراتها بمثابة استثمارات أجنبية مباشرة يتعين أن يصاحب تنفيذها تدفقات لرؤوس أموال أجنبية إلى الدولة المضيفة لتضيف لموارد النقد الأجنبي ولا تكون عبئاً عليها، وفي الدول النامية التي تعاني من صعوبات في النقد الأجنبي ومخاطر تدهور قيمة عملتها الوطنية يجب مراعاة الآتي:

١- عدم تجاوز نسبة الاقتراض داخل الهيكل التمويلي النسبة المتعارف عليها، مع ضرورة أن تتعهد شركة المشروع بتقديم التعاقدات المبرمة مع مؤسسات التمويل إلى جهة الإدارة.

---

[1] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها.

[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٥٨.

[3] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٤٥ وما بعدها.

٢- عدم السماح لشركات المشروع الأجنبية أن تقترض من السوق المحلي بالعملات الأجنبية، وأن يكون اقتراضها من السوق المحلي بالعملة الوطنية مقيداً، كما يتعين أن يكون ذلك واضحاً سواء في الشروط العامة المعلنة أو في بنود الاتفاقية[١].

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تناول موضوع تمويل مشروعات الـB.OT من خلال المادة (٢٣) منه حيث نصت على أن

"١- لا يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع بيع أو رهن الأرض المقام عليها المشروع.

٢- يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع لغرض تمويل تنفيذ المشروع رهن وإنشاء ضمانات عينية على أي أصول يملكها من بين الأصول التي يشملها المشروع.

٣- يجوز للمستثمر المتعاقد أو لشركة المشروع لذات الغرض إنشاء ضمان عيني لصالح جهة أو جهات ممولة على أي مبالغ مستحقة له أو لشركة المشروع مقابل الخدمات التي يقدمها بموجب عقد الشراكة أو الدخل المتحقق له من المشروع على أي وجه آخر.

٤- يجوز للمستثمر المتعاقد رهن أسهمه في شركة المشروع أو شركة التحالف، لغرض تمويل تنفيذ المشروع، للجهات الممولة فقط وذلك بعد موافقة اللجنة العليا حتى لو تم الرهن خلال السنتين التاليتين لتأسيس الشركة.

٥- يجوز بعد موافقة اللجنة العليا أن يتضمن عقد الرهن شروطاً تجيز للدائن المرتهن – في حال إخلال المستثمر بشروط التمويل – تملك الأسهم المرهونة أو طلب البيع.

وفي جميع الأحوال يجب موافقة اللجنة العليا وأن تتوفر في المستثمر الجديد ذات شروط ومواصفات التأهيل والشروط المرجعية.

٦- في جميع الأحوال لا يجوز أن تتعدى مدة الضمان وفقا للبندين السابقين مدة التعاقد على المشروع أو المدة المتبقية منها، كما يشترط أن لا تجاوز قيمة الاقتراض النسبة المحددة في الوثائق الخاصة بالمشروع.

٧- على الهيئة تزويد المستثمر بوثائق طرح المشروع بما يلزم لإتاحة المعلومة للجهات الممولة لتيسير تمويل المشروع المنصوص عليه في هذه الوثائق".

كما أود أن أشير إلى أن شركة المشروع في عقود الـB.O.T يجب أن تلتزم بتاريخ محدد يتم فيه إبرام العقود التمويلية بينها وبين الجهات الممولة للمباشرة بتمويل المشروع، وهذا ما يعرف

---

[١] د. سعيد عبدالعزيز عثمان، المرجع السابق، ص ٥٩٩.

بالإقفال المالي، وهو ما عرفته المادة (١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي[١].

وباستقراء العديد من عقود الـB.O.T التي تم إبرامها في مصر نجدها تتضمن العديد من النصوص التي تؤكد وجود التزام شركة المشروع بتقديم مصادر التمويل لمشروع الـB.O.T، ومن أمثلة ذلك المادة الثالثة فقرة (أ) البند (٤) من عقد إنشاء مطار العلمين والتي تقرر أنه "يتحمل الملتزم كافة التكاليف الخاصة بإعداد هذه الدراسات والتصميمات لكافة عناصر المشروع".

وأيضاً ما نصت عليه الفقرة (ج) – البند (١) من ذات المادة على أن "يتحمل الملتزم كافة المصروفات الجارية واستبدال التالف من الأصول الثابتة خلال فترة الاستغلال بما يضمن استمرارية التشغيل بكفاءة وأن تقوم بتحصيل مقابل الخدمات طبقاً لما جاء بالملحق رقم ٦".

كما توجد نصوص مماثلة في عقود شركة كهرباء انترجن سيدي كرير المبرم وفق القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٣) لسنة ١٩٧٦ في شأن هيئة كهرباء مصر حيث تنص المادة الرابعة فقرة (أ) على أن "١- تلتزم الشركة بما يلي على حسابها الخاص في الحصول على الموافقات. ٢- أن تدفع كافة الرسوم المقررة فيما يتعلق بهذه الموافقات".

كذلك وفي الكويت، تم النص في العديد من عقود الـB.O.T على التزام شركة المشروع بتمويل المشروع، نذكر منها عقد إنشاء محطة الصرف الصحي في الصليبية حيث تنص المادة الثالثة فقرة (١١) في بند (٦) على أن "يلتزم الطرف الثاني بتحمل جميع المصاريف والتكاليف لقيامه بواجباته ومسئولياته المبينة في كتيب التشغيل والصيانة والذي يتم إعداده لأغراض العقد وكما هو مطلوب من قبل الوكالات الحكومية التي تقوم بإصدار التصاريح أو الموافقات على المشروع"، كما تنص المادة الثالثة فقرة (١٤) – البند (٢) على أنه "يلتزم الطرف الثاني بتحمل جميع التكاليف المصاحبة للمخططات والتصاريح والموافقات التي يعتبر مسئولاً عنها".

وأيضاً ما نصت عليه المادة السادسة – البند رقم (٣) من عقد إنشاء واستثمار مبنى موقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له والتي تقرر "يلتزم المتعهد بجميع تكاليف التصميم والدراسات وإنشاء إعداد المرفق، وله في ذلك الاستعانة بمكاتب

---

[١] عرّفت المادة رقم (١) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي الإقفال المالي بأنه "التاريخ الذي يتم فيه إبرام العقود التمويلية بين شركة المشروع والجهات الممولة للمباشرة بتمويل المشروع وتحويل المبالغ المتفق عليها مع الجهات الممولة وفقاً للنسب المحددة في وثائق طرح المشروع وعقد الشراكة".

استشارية ومقاولين من الباطن وصيانة المرفق وترجمة أياً كانت نوع هذه التكاليف بما في ذلك ثمن الآلات والمعدات والأثاث".

المطلب الثاني

التزام شركة المشروع بالتنفيذ الشخصي لعقد الـ B.O.T.

تعتبر شخصية أحد المتعاقدين أو كلتاهما، عنصراً جوهرياً في مجال إبرام العقود بوجه عام، سواء في نطاق العقود الإدارية، أو في نطاق العقود الخاصة[1].

ففي نطاق العقود الخاصة، تظهر فكرة الاعتبار الشخصي في سائر العقود، ويتم التركيز في الغالب، على فكرة الاعتداد المنفرد بشخص المتعاقد، أي الاهتمام بأحد طرفي الرابطة العقدية، أو الصفات الواجب توافرها فيه، دون إعطاء أهمية مماثلة لشخص المتعاقد الآخر أو صفاته[2].

وفي نطاق العقود الإدارية يتفاوت الدور الذي تلعبه فكرة الاعتبار الشخصي بحسب درجة اتصال العقد بالمرفق العام وبالنفع العام ومداه فتكون شخصية المقاول في عقد الأشغال العامة والمورد في عقود التوريد محل اعتبار وكذلك فإن شخصية الملتزم أو صفاته الجوهرية تمثل عنصراً جوهرياً في نطاق عقود الامتياز[3].

---

[1] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢١٧ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. فاروق خماس، د. محمد الدليمي، المرجع السابق، ص ١٥٦.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٨٣، ص ١٤٨.

[2] ففي عقد المقاولة، يتم التركيز من جانب صاحب العمل، على شخصية المقاول أو صفة من صفاته، في الوقت الذي لا نجد فيه مثل هذا التركيز من جانب المقاول، ففي هذا العقد، ينظر بوجه عام، إلى جملة من الصفات التي يجب توافرها في المقاول، تختلف من حالة إلى أخرى، وأهم هذه الصفات: الملاءة المالية، القدرة الفنية، الكفاية العلمية، الأمانة.
- وفي عقد الوديعة، يهتم المودع عادة بشخص من قام بإيداع الأمانة لديه، أو بصفة ما، توافرت فيه. وذلك كأن يعلم أنه رجل أمين ويحمل قيماً معينة، تجعله مطمئناً إلى أنه سيصون الوديعة ويحفظها، والعادة أن المودع لديه لا يهتم بشخص المودع أو صفاته ولكن هذا لا يمنع المودع لديه من التركيز على هذا الجانب، كما لو كانت الوديعة شيئاً ثميناً، وأن المودع لا يمكنه اقتناؤه، هنا يحق للمودع لديه التساؤل عن مصدر هذا الشيء، ومن أين جاء به المودع، وبعبارة أخرى يمكن لشخصية المودع أن تلعب دوراً معيناً، ولكن بطبيعة الحال، سيكون هذا الدور أقل أهمية من الدور الذي تلعبه شخصية الواهب أو صفاته.
- وفي عقد التأمين، جرت العادة على أن يهتم المؤمن بشخص المؤتمن أو صفاته الشخصية من أمانة وأخلاق، أما المؤتمن فإنه لا يهتم عادة بشخص المؤمن أو صفاته.

وهكذا الحال بالنسبة لسائر العقود الخاصة التي يتم التركيز فيها غالباً على أحد أطراف الرابطة العقدية.
هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نجد أن هناك طائفة من العقود الخاصة يكون التركيز فيها على دور الاعتبار الشخصي في التعاقد مزدوجاً أي أن شخصية المتعاقد تكن محلاً للاهتمام من جانب طرفي الرابطة العقدية، كما هو الحال بالنسبة لعقود شركات التضامن، التي يراعي فيها كل شريك شخص الشريك الآخر وصفاته كذلك الحال في عقود الوكالة، حيث يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل، ويمتد هذا الاهتمام أو التركيز طوال مدة العقد.
انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٨.
- كذلك انظر: د. سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٧٥، ص ٤٠ وما بعدها.

[3] والجدير بالذكر أن هناك خلافً في الفقه الفرنسي، يتعلق بمدى تفاوت درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة.

=

ومبدأ التنفيذ الشخصي في هذا المقام "لا يعني الالتزام بالتنفيذ المادي من جانب المتعاقد مع الإدارة، بقدر ما يعني مسئولية المتعاقد الشخصية، عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الإداري" وبعبارة أخرى، هناك ارتباط وثيق بين فكرة الاعتبار الشخصي والهدف من إبـــرام العقد الإداري، المتمثل في تحقيق الصالح العام، الأمر الذي يترك أثره الواضح، على مـــدلول التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصياً[1،2].

= فالفقيه (JEZE) يرى أن الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي، لا يكون بالمستوى نفسه بالنسبة لسائر العقود الإدارية ذلك أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي، هو صلة العقد بالمرفق العام، بحيث تشتد الإدارة صرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام لذا فإن القضاء الإداري يولي اهتماماً بالغاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في مجال عقود الامتياز، نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شئون إدارته لكن الفقيه (De Laubadere) يرى أن القضاء الإداري لا يؤيد رأي الفقيه (Jeze) لاسيما فيما يتعلق بأعمال القاعدة المذكورة، في مجال تنفيذ العقد الإداري ذلك أن القضاء الإداري يطبق قاعدة الاعتبار الشخصي على سائر العقود الإدارية، دون أن يميز عقد الامتياز بأهمية خاصة.
ويرى بعض الفقه المصري أن رأي الفقيه (Jeze) أولى بالإتباع وذلك لسببين:
الأول: أن عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور، من خلال إدارة مرفق يتصل بتقديم خدمة عامة للمواطنين، فإذا أقدمت الإدارة على اختيار متعاقد ما، دون التركيز على شخصيته، كما لو اختارت متعاقداً لا يحسن التعامل مع الجمهور، فإن ذلك سيكون انطباع سيء على إدارة المرفق العام ونفور الجمهور وتضررهم أحياناً، مما ينعكس سلباً على سمعة الإدارة.
الثاني: أن الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته، إنما هو وسيلة، تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري، على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق دون النظر إلى أي اعتبار آخر.
انظر د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٣٣ وما بعدها.

[1] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٣٤.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٥٢.

[2] وقد حرص المشرع المصري على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، حيث نصت المادة (١٣) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ على ما يلي:
"يجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية، تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها للشروط المعلنة، وللجنة البت أن تضم لعضوية تلك اللجان من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة.
وتقدم اللجان الفرعية تقارير بتاريخ أبحاثها وتوصياتها إلى لجنة البت".
أما المادة (١٤) فقد جاء النص فيها على ما يلي:
"تمسك كل جهة من الجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون، سجلاً لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين والفنيين.
وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أي من الجهات المذكورة سواء كان ذلك المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تنفيذا لأحكامه، وتتولى الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيدين بهذا السجل".
أما المادة (٢٤) فقد نصت على أنه:
"يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين التاليتين:
(أ) إذا ثبت بأن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد.
(ب) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.
ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند (أ) من سجل الموردين أو المقاولين وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية.
ويتم بناء على طلب المتعاقد شطب اسمه إعادة قيده في سجل الموردين أو المقاولين، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية".
وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨، في المادة (٧٩) منها على ما يلي:
"يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط

=

وأيضاً حرص المشرع البحريني على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، حيث نصت المادة (٦) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية على أن "يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات أو الخدمات من موردين أو مقاولين تتوافر في شأنهم المقدرة المالية وشروط التأهيل والتصنيف على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية"

وأما المادة (٣٢) فقد نصت على أن "يجب تقييم العطاءات وفقاً للمعايير الواردة في وثائق المناقصة، على أن يرفض العطاء في الحالات التالية:

أ- عدم أهلية صاحب العطاء.

ب- إذا لم يكن العطاء مؤهلاً للقبول.

ج- إذا قام صاحب العطاء بتقديم رشوة أو أية إغراءات لموظف في الجهة المشترية أو في أية جهة حكومية أخرى.

ويجوز استبعاد العطاء في حالة عدم قبول المورد أو المقاول تصحيح الخطأ الحسابي".

هذا وقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية الصادرة بالمرسوم بقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ في المادة (١٢) منها على أن "يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذه اللائحة، في سبيل الحصول على ما تحتاج إليه من السلع أو الإنشاءات أو الخدمات، أن تتعامل مع الموردين أو المقاولين الذين يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والفنية والمالية والتجهيزات اللازمة، من آلات ومعدات وأجهزة وغيرها، والمقدرة الإدارية والسمعة الحسنة والخبرة اللازمة لتنفيذ عقد الشراء".

وأما المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية ذاتها نصت على أن "يتولى أعمال التأهيل المسبق في كل جهة من الجهات الخاضعة لأحكام هذه اللائحة، لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص، ويجوز الاستعانة في عضويتها بالفنيين من الجهات الأخرى، كما يجوز عند الضرورة وبموافقة المجلس الاستعانة بالمكاتب الاستشارية في مملكة البحرين أو خارجها، على أن يتم اعتماد التأهيل والتصنيف من قبل المجلس".

= ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمل أو أي شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية.
وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للجهة الإدارية الحق في تنفيذها على نفقته".
أما المادة (٨٠) من اللائحة ذاتها فقد نصت على ما يلي:
"يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه".

أما المادة (٣٢) من اللائحة ذاتها نصت على أن "يلتزم الموردون والمقاولون الراغبون في الاشتراك في المناقصة العامة بإثبات ما يؤهلهم لذلك عن طريق استيفاء المعايير التالية:

أ- أن يتوافر لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والتقنية والموارد المالية والمعدات وغيرها من المقدرة الإدارية والخبرة وحسن السمعة وتوفر الكوادر الفنية والإدارية اللازمة لإنجاز عقد الشراء.

ب- أن تتوافر لديهم الأهلية القانونية لإبرام عقد الشراء.

ج- عدم إعسارهم أو إفلاسهم أو وضعهم قيد التصفية، وعدم توقف أنشطتهم التجارية.

د- ألا تكون قد صدرت ضدهم أو ضد مديريهم أو موظفيهم أحكام بالإدانة في جرائم مالية أو مهنية باسم ولحساب الشركة، أو بسبب تقديم بيانات غير حقيقية بشأن أهليتهم للدخول أطرافاً في عقد الشراء، ما لم يكن قد رد إليهم اعتبارهم.

هـ- التقيد بالقوانين والأنظمة المعمول بها في المملكة، بما فيها الأنظمة المتعلقة بالسجل التجاري، وعلى الموردين أو المقاولين غير المسجلين والمشاركين في المناقصة الدولية التسجيل خلال شهر من تاريخ صدور قرار الترسية".

وأما المادة (٦٤) من اللائحة ذاتها نصت على أن "يراعى في معايير تقييم الاقتراحات ما يلي:

أ- أن تقوم الجهة المشترية بتحديد الوزن النسبي للعرض الفني والعرض المالي وتحديد المعايير الرئيسية والفرعية والوزن النسبي لها.

ب- أن يستند التقييم الفني على مدى تلبية الشروط المرجعية (Terms of reference) وفعالية الإقتراح المقدم لاحتياجات الجهة المشترية، بالإضافة إلى المؤهلات والخبرة والسمعة والكفاءة المهنية والإدارية للمورد أو المقاول.

ج- أن يستند التقييم المالي على سعر الاقتراح، بما في ذلك التكاليف التبعية أو ذات الصلة أو أية مسائل ذات تأثير مالي.

د- أن تضمن وثائق طلب تقديم الاقتراحات معايير التقييم، بما في ذلك الوزن النسبي لكل من التقييم الفني والمالي دون ذكر تفاصيل الأوزان النسبية".

وأيضاً نصت المادة (٧٩) من اللائحة ذاتها على أن "على المتعاقد أن ينفذ العقد بنفسه ولا يجوز له التنازل عنه لغيره".

أما المادة (٨٢) من اللائحة ذاتها نصت على أن "يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد".

ومما هو جدير بالذكر أن الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T يتحدد نطاقه بالصفات الجوهرية التي يجب توافرها عند

اختيار شركة المشروع وذلك لضمان تنفيذ العقد بأفضل الطرق وأكملها، ويمكن إجمال هذه الصفات فيما يلي[1]:

أ- الكفاية المالية:

وهي تعني ملاءة الملتزم، وإمكاناته المالية، وبالتالي قدرته من هذه الناحية على تنفيذ العقد ومتطلباته لأداء دور مباشر وفعال في خدمة المنتفعين بالمرفق العام، موضوع التعاقد لسنوات طويلة، وقد تثبت قدرة المتعهد المالية بكفالة مصرفية يقدمها، ضماناً لقيامه بالتزاماته.

ب- القدرة الفنية:

وتشمل الكفاءة الفنية والإدارية والتقنية العالية، التي تمكن المتعهد من القيام بالتزاماته الفنية والعلمية، وفقاً للأصول والقواعد المتبعة عالمياً في مجال عقود الـB.O.T.

ج- الخبرة وحسن السمعة:

وتشمل سنوات الخبرة السابقة في حقل الالتزامات المشابهة للالتزام موضوع العقد، وحسن السمعة في القيام بهذه الالتزامات ويثبت ذلك عملياً بتقديم إفادة عن الأعمال السابقة بحيث تكون الجهة الإدارية المختصة على علم ودراية كافية، بمدى توافر الصفات الجوهرية وحسن السمعة، من واقع العروض المقدمة، ومن مصادر المعلومات الأخرى.

د- الجنسية:

قد تكون جنسية الملتزم موضع اعتبار في بعض الدول، ولاسيما في نطاق الأعمال التي تتطلب السرية، كالأعمال الحربية والأمنية، ومع ذلك فإن بعض البلدان النامية لا تعير وزناً لصفة الجنسية، وخصوصاً عندما تستهدف تشجيع الاستثمار الأجنبي من أجل إقامة مشاريع البنية التحتية، وهي تسعى إلى ذلك عن طريق منح التيسيرات والإعفاءات الضريبية فضلاً عن قدرة الشركات العالمية وانفرادها باستخدام التكنولوجيا والتقنيات الحديثة، وممانعتها بنقلها بسهولة إلى الغير، وعن عجز موارد الدول النامية عن تمويل مشاريعها التنموية، واضطرارها بسبب ذلك، إلى اللجوء إلى المستثمرين الأجانب في تنفيذ عقود الـB.O.T.

وبالنظر إلى الصفات سالفة الذكر نجد أن هناك ارتباطاً وثيقاً بينها وبين غاية العقود الإدارية، المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، فليس الغرض منها وضع عراقيل معينة، بقدر ما هو الحرص على تأمين حسن سير المرافق العامة باطراد وانتظام، وعلى نحو يحقق خدمة المنتفعين من المرافق العامة، بأفضل الطرق وأيسرها.

---

[1] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢١٩ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٣٩ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١١٢ وما بعدها.

وهذه الصفات السابق ذكرها، هي صفات ذكرتها أيضاً ونصت عليها المادة (٢٠) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي حيث نصت على أن "يتم تقييم طلبات التأهيل بناء على المعايير التي تمثل العناصر المطلوب توافرها في الطلب والأوزان النسبية لهذه العناصر، ووفقاً لما تضمنته الشروط الواردة في وثائق التأهيل، وعلى الأخص:

١- سابقة الأعمال لطالب التأهيل في إدارة وتنفيذ وتشغيل مشروعات الشراكة.

٢- خبراته المماثلة من حيث الحجم والنوع لمشروعات الشراكة في القطاع الذي يعد المشروع المطروح مدرجاً ضمنه.

٣- قدرة طالب التأهيل على توفير المستلزمات الفنية والإدارية بهدف إعداد التصاميم اللازمة لمشروع الشراكة عند طرحه.

٤- قدرة طالب التأهيل على توفير المعدات والتجهيزات اللازمة لتنفيذ المشروع.

٥- الملاءة المالية لطالب التأهيل وقدرته على تدبير التمويل.

٦- أية معايير أخرى تتفق وطبيعة المشروع".

وبناءاً على ما سبق ذكره، فإنه يترتب على ضرورة التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزامات التي تنتج عن العقد بصفة شخصية عدم جواز التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، وعلى ضوء ما سبق سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين اثنين على النحو التالي:

الفرع الأول

الالتزام بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية.

التنازل عن العقد هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء كافة التزاماته واكتساب كافة الحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة[١].

ويشكل التنازل عن العقد بهذه الصورة إهداراً واضحاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، لذا يلزم موافقة جهة الإدارة مقدماً على ذلك التصرف حتى يكون نافذاً في مواجهتها[٢].

---

[١] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٤.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٤٨.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

[٢] د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٧٥.

=

وقد أوصى دليل (اليونسيترال) التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بضرورة أن يتضمن التشريع المنظم لمشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص نصاً تجري صياغته على النحو التالي "لا تجوز حوالة الامتياز إلى الغير دون موافقة الجهة المانحة، ويجب أن ينص اتفاق المشروع على الشروط التي بموجبها تمنح هذه الموافقة، بما في ذلك قبول الملتزم الجديد أداء جميع الالتزامات المترتبة على اتفاق المشروع، وأن يقدم دليلاً يؤكد قدرته الفنية والمالية على توفير الخدمة المعنية"[1].

ومما هو جدير بالذكر أن الأساس القانوني لتلك القاعدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T يظهر بوضوح من خلال ما حرصت عليه التشريعات الخاصة المصرية الصادرة في شان قطاعات محددة للاستثناء من تطبيق أحكام قانون التزامات المرافق العامة الصادر بالقانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ على النص صراحة على عدم جواز تنازل شركة المشروع للغير إلا بعد الحصول على موافقة جهة الإدارة حيث نصت المادة الخامسة من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ الصادر بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول على أنه "... ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء"[2].

كما نصت المادة السابعة من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر على أنه "يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية.....

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه، في حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة"[3].

- كذلك انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٥٨.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٢١. =

[1] انظر:

UNCITRAL, legislative guide on privately financed infrastructure projects, New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page xx, recommendation 50, "the concession should not be assigned to third parties without the consent of the contracting authority. The project agreement should set forth the conditions under which the contracting authority may give its consent to an assignment of the concession, including the acceptance by the new concessionaire of all obligations under the project agreement and evidence of the new concessionaire's technical and financial capability as necessary for providing the service".

[2] ورد ذات النص بصياغة مماثلة بالمادة الرابعة مكرراً من القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانئ المتخصصة.

[3] ورد ذات النص بصياغة مماثلة بالمادة (١٢) مكرراً من القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة.

وتطبيقاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، تلتزم شـركة المشـروع بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية[1].

وفي مصر تنص عقود الـB.O.T بعدم تنازل شركة المشروع عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة أو السلطة المختصة مثال ذلك: ما نصت عليه المادة الخامسة من عقد مطار مرسى علم بنظام الـB.O.T من أنه:

" لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلـى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتباراً من تاريخ هذه الموافقة، ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم التنـازل إلا إذا اسـتوفى الملتزم شروطاً معينة وعلى الملتزم أن يفي بتلك الشروط عند إجراء التنازل".

وأيضاً ما نصت عليه المادة (٥) من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمـين بنظام الـ B.O.T على أن "لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشـئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك (الهيئة المصرية العامة للطيران المدني) كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتباراً من تاريخ هذه الموافقة".

وأيضاً ما نصت عليه المادة (١٣) من عقد التزام وتشغيل وإعادة مطار دهب بنظـام B.O.T على أن: "..... ولا يجوز للملتزم أن يتنازل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء".

وأيضاً ما ورد في عقد إنشاء وتشغيل وانتفاع بمشروع جراج متعدد الطوابق تحـت سطح الأرض ومبنى استثماري فوق سطح الأرض بنظام B.O.T والموقع بين محافظة القاهرة والشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشييد حيث نص البند الثالث والعشرون من العقـد على أن "... لا يجوز للطرف الثاني التنازل عن المشروع وإدارته إلى الغير إلا بعد موافقـة الطرف الأول كتابة....".

وفي الكويت أيضاً تنص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T بعـدم تنـازل شركة المشروع عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة أو السلطة المختصة ومن أمثلة ذلك ما نص عليه البند رقم (٢٤) من عقد استثمار مشروع تطوير الواجهة البحرية بمنطقـة الفحيحيل من أنه "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقـة كتابية مسبقة من الطرف الأول وفي حالة التنازل الجزئي يظل الطرف الثاني مسـئولاً مـع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن تنفيذ أحكام العقد، كما لا يجوز للطـرف الثـاني رهـن المنشآت المقامة على أرض المشروع".

---

[1] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

وأيضاً ما نص عليه البند (٢٣) من عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة من أنه "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقة كتابية مسبقة من الوزارة وفي هذه الحالة يظل الطرف الثاني مسئولاً مع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن تنفيذ أحكام العقد....".

وأيضاً ورد نص مماثل للبند السابق فيه تأكيد على التزام شركة المشروع بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وهو البند رقم (٢٣) من عقد تصميم وإنشاء مسلخ وسوق ماشية لمحافظة الفروانية حيث نص على أن "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقة كتابية مسبقة من الوزارة وفي هذه الحالة يظل الطرف الثاني مسئولاً مع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن تنفيذ أحكام العقد".

ومن أمثلة ما تقدم في الدول الأجنبية ما جاء بنص المادة (١/٣١) من عقد التزام يورتانيلEUROTUNNEL والذي ينص على "أن لكل صاحب التزام في وثيقة خاضعة للقانون الفرنسي أو الإنجليزي – القدرة على نقل الالتزام الحالي أو الحقوق التي يمنحها له كيان آخر بموافقة المانحين"[1].

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر على عدم جواز قيام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن العقد دون موافقة جهة الإدارة حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد باعتبار أن تلك القاعدة ناتجة عن طبيعة العقد الإداري.

ففي فرنسا تأكيداً على مبدأ التزام الشخص بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه قضى مجلس الدولة الفرنسي بصحة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بوضع المرفق تحت إدارتها المؤقتة بسبب ترك المتعاقد المرفق دون أن ينيب عنه أحداً في أدارته وذلك بتاريخ ١٣ من يونيه ١٩٤٧ في قضية[2]: "nouvelle sociétéfermiére de L'établissement thermal de luxueuse- les Bains".

وفي مصر أكدت محكمة القضاء الإداري إتباع ذلك المبدأ حيث قضت أن "..... العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعاً ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً بنفسه... فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات

---

[1] "Chancun Des Concessionairé a la faculte dans un acte soumis au droit francais ou anglais de transferer la presente concession ou les droits qu' elle lui confere, avec L'accord des concedants à une entité quelconque".

انظر: د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٣٦.

[2] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤١.

المنصوص عليها في العقد أو إلغاؤه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ انه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر"[1].

وكما أكدت ذات المحكمة في حكم آخر لها أن "من المسلم في العقود الإدارية أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته كلها أو بعضها أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حدث التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها يكون باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها"[2].

وقد أكدت أيضاً المحكمة الإدارية العليا إتباع ذلك المبدأ في حكمها الصادر في ٢٨ ديسمبر عام ١٩٦٣ حيث قضت:

"وحيث أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها وأن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة... فإن التنازل يعتبر باطلاً ولا يحتج به في مواجهة الإدارة فلا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ويبقى المتعاقد الأصلي مسئولاً في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين"[3].

وأكدت أيضاً المحكمة الإدارية العليا في حكم آخر لها إتباع ذلك المبدأ حيث قضت بأن "إبرام العقد بين الجمعية التعاونية للإنشاء والتعمير والهيئة العامة للصرف على قيام الجمعية ببعض الأعمال – نص العقد على ألا يجوز للمقاول أن يتنازل أو يقاول من الباطن كلاً أو جزءاً من العقد بدون الحصول على قبول كتابي من الهيئة مقدماً، ويجب أن يكون مصدقاً على التوقيعات الواردة في التنازل من مكتب التوثيق المختص – التزامات الجمعية قبل الهيئة التزامات شخصية لا يجوز أن تحل غيرها فيها أو أن تتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الهيئة – إذا تنازلت الجمعية لمقاول دون موافقة الهيئة فلا يحتج بهذا التنازل على الهيئة ولا تنشأ بينها وبين المقاول من الباطن أية علاقة عقدية وإنما تبقى الجمعية مسئولة وحدها قبل الهيئة – لا يغير من ذلك إخطار الجمعية للهيئة بأنها فوضت أحد المقاولين في القيام بتنفيذ العملية وأن له حق التعامل مع الهيئة في كل ما يتعلق بها نيابة عن الجمعية – أساس ذلك: هذا التفويض يعتبر توكيلاً للمقاول في تنفيذ العقد نيابة عن الجمعية أي باسم الجمعية ولحسابها ولا يخول للمقاول من الباطن المطالبة بأية حقوق

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ يناير عام ١٩٥٧، المشار إليه لدى د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٢.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٤ يونيو ١٩٦١، المشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٨، المشار إليه لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، ديوان المحاسبة الكويتي، الجزء الثاني، ٢٠٠٧، ص ١٧١.

شخصية قبل الهيئة – لا يخل بالقاعدة المتقدمة أيضاً ما نصت عليه المادة السادسة من القانون رقم (١١٠) لسنة ١٩٧٥ بشأن الجمعيات التعاونية الإنتاجية، والتي تقضي بأن تتولى الجمعية مباشرة كل ما يحقق خدمة المصالح المشتركة لأعضائها وعلى الأخص تهيئة فرص العمل لأعضائها – أساس ذلك: التزام الجمعية بتنفيذ ما يعهد إليها من عمليات بنفسها أي عن طريق أعضائها المقاولين وفي هذه الحالة يقوم الأعضاء بالعمل باسم الجمعية ولحسابها ولا تكون لهم علاقة تعاقدية مع الهيئة أو أن تعهد الجمعية ببعض أعمالها إلى أعضائها بطريق التنازل وفي هذه الحالة يتعين الحصول مقدماً على موافقة كتابية من الهيئة حتى يحق للمتنازل له مطالبة الهيئة مباشرة بأداء قيمة ما ينفذه من أعمال"[١].

ومن الدول التي أكدت هذا المبدأ المملكة العربية السعودية حيث قضى ديوان المظالم كجهة قضاء إداري في القضية رقم ١٨٨/١/ق لعام ١٤٠٠ هـ أن: "الأصل أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز أن يحل محله غيره في تنفيذها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن، وإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة جهة الإدارة الكتابية فإن التنازل لا يحتج به في مواجهتها، ومن ثم لا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ولا يمكن الرجوع عليها بأي شيء"[٢].

وفي الكويت أكدت المادة (٢٤) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على قاعدة الالتزام بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية حيث نصت على أن "لا يجوز حل شركة المشروع أو شركة التحالف أو تغيير الشكل القانوني لها أو تخفيض رأسمالها إلا بعد موافقة اللجنة العليا، كما لا يجوز للمستثمر المتعاقد التنازل عن المشروع أو عن حصته فيه، بشكل كلي أو جزئي، للغير أو تغيير الشكل القانوني لشركة المشروع أو شركة التحالف، إلا بعد انقضاء فترة ملائمة على بدء التشغيل تحدد في شروط العقد وبعد موافقة اللجنة العليا.

ويترتب على التنازل حلول المتنازل إليه محل المستثمر المتعاقد في شركة المشروع أو شركة التحالف في كافة حقوق المتنازل والتزاماته".

وأما ما يتعلق بمجال بحث ضرورة موافقة جهة الإدارة على إجراء التنازل عن العقد من جانب شركة المشروع، فإن ذلك يدفعنا للتمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: موافقة جهة الإدارة على إجراء التنازل عن العقد من جانب شركة المشروع والنتائج المترتبة عليه.

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٠٩٤، لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥، المشار إليه لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، المرجع السابق، ص ١٧٠ وما بعدها.

[٢] د. عادل عبدالرحمن خليل، النظام الإداري السعودي،دراسة مقارنة ومدعمة بقرارات وأحكام ديوان المظالم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٣، ص ٣٦.

الحالة الثانية: رفض جهة الإدارة على إجراء التنازل عن العقد من جانب شركة المشروع والنتائج المترتبة على ذلك.

ونعرض فيما يلي لهاتين الحالتين على النحو التالي:

أولاً: التنازل عن العقد بموافقة جهة الإدارة وآثاره القانونية.

إن الجهة الإدارية المتعاقدة قد تكون مدفوعة للموافقة على إجراء التنازل عن العقد، فقد ينشأ أثناء تنفيذ العقد اختلال في الكفاية الفنية أو المقدرة المالية لشركة المشروع فبدلاً من إنهاء العقد أو تعطل تنفيذه نتيجة الإخلال من جانب شركة المشروع عن تنفيذ التزاماتها، فقد ترى الجهة الإدارية أن مقتضيات المصلحة العامة تقتضي الموافقة على إجراء التنازل عن العقد، إذا تقدمت شركة المشروع المتعاقدة معها أصلاً وأبدت استعدادها للتنازل عن العقد لشركة أخرى تتوافر فيها الكفاية الفنية والمقدرة المالية التي تتطلبها الجهة الإدارية لتنفيذ العقد، بحيث تحل الشركة الأخيرة محل شركة المشروع في تنفيذ العقد[1].

وتتمتع الجهة الإدارية بسلطة تقديرية في قبول أو رفض الموافقة على إجراء التنازل عن العقد[2].

وبناءاً على ما سبق، فإنه يترتب على موافقة جهة الإدارة المتعاقدة على التنازل عن العقد الإداري آثاراً قانونية تؤثر في المراكز القانونية بالنسبة لكل من المتنازل إليه (المتعاقد الجديد) والمتنازل (المتعاقد الأصلي) وهو ما نعرض له فيما يلي تباعاً:-

أ- النتائج القانونية للتنازل بالنسبة للمتنازل إليه (المتعاقد الجديد):

تعتبر موافقة جهة الإدارة المتعاقدة على إجراء التنازل بمثابة عقد جديد يحل محل العقد الأصلي، وبالتالي تنشأ بين جهة الإدارة وبين المتعاقد الجديد علاقة تعاقدية مباشرة، وبالتالي يكون المتعاقد الجديد هو وحده المسئول أمام جهة الإدارة عن تنفيذ العقد ما لم يتضمن العقد الأصلي نصاً يقضي بغير ذلك[3].

---

[1] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٥.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٦٠.
- كذلك انظر: أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١١٧.

[2] ويرى الأستاذ الدكتور. سليمان الطماوي أنه "من المستقر عليه - فقهاً - أن حق الجهة الإدارية في منح موافقتها على التنازل عن العقد أو حجب هذه الموافقة يجب أن يكون مبنياً على أسس سليمة ومستندا إلى أسس مشروعة وليس بناء على نوعية وخصوصية العلاقة مع المتعاقد الأصلي".
وكما يرى أيضاً العميد الطماوي وبعد أن تتبع قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد أنه "يجد أحكاماً كثيرة فيما يتعلق بعقد الامتياز، وهو العقد الذي تبرز فيه الصبغة الشخصية لالتزامات المتعاقد بروزاً ملموساً".
انظر: د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٥ وما بعدها.
- راجع الأحكام المشار إليها في هامش تلك الصفحة والخاصة بمجلس الدولة الفرنسي.

[3] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٦.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. صالح إبراهيم المتيوتي، د. مروان محمد المدرس، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، مطبعة جامعة البحرين، جامعة البحرين، كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠، ص ١٦٢.

ب- النتائج القانونية للتنازل بالنسبة للمتنازل (المتعاقد الأصلي):

يترتب على موافقة جهة الإدارة على إجراء التنازل انقضاء الرابطة التعاقدية بينها وبين شركة المشروع المتعاقدة معها أصلاً، بحيث تتحرر شركة المشروع من كافة الالتزامات الناشئة عن العقد تجاه الجهة الإدارية[1].

ثانياً: التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة وآثاره القانونية.

تملك جهة الإدارة المتعاقدة – كما ذكرنا سابقاً – سلطة تقديرية في رفض الموافقة على إجراء التنازل عن العقد، وهي في هذا المقام مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة باستهداف الصالح العام، فإذا تبين للإدارة أن الشركة المتنازل إليها لا تتوافر فيها شروط الكفاية الفنية والمالية المطلوبة لتنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام كان لها أن ترفض الموافقة على إجراء التنازل.

هذا ويترتب على رفض الإدارة الموافقة على إجراء التنازل بعض الآثار القانونية سواء بالنسبة لعلاقة جهة الإدارة المتعاقدة بالشركة المتنازل إليها أو بالنسبة لعلاقة جهة الإدارة بشركة المشروع (المتعاقد الأصلي) وهو ما نعرض له فيما يلي تباعاً:

أ- بالنسبة لعلاقة الإدارة بالشركة المتنازل إليها:

إذا رفضت جهة الإدارة المتعاقدة الموافقة على إجراء التنازل عن العقد استناداً لعدم توافر الكفاية الفنية والمقدرة المالية للشركة المتنازل إليها، فإن هذا التنازل غير المرخص به لا يسري ولا يعتد به في مواجهة جهة الإدارة المتعاقدة، ولا يترتب عليه نشوء أية رابطة عقدية بين جهة الإدارة المتعاقدة والشركة المتنازل إليها[2].

ومن المسلم به وفقاً للقواعد العامة أنه لا علاقة تعاقدية البتة بين جهة الإدارة وبين المتنازل إليه إذا لم توافق الإدارة مقدماً على التنازل، ومن ثم فليس للمتنازل إليه بدون موافقة الإدارة أن يرجع على الإدارة بأي حقوق تعاقدية وإن كان له أن يرجع عليها على أساس آخر لاسيما فكرة الإثراء بلا سبب[3].

ب- بالنسبة لعلاقة الإدارة بشركة المشروع (المتعاقد الأصلي):

يعتبر التنازل عن العقد من جانب شركة المشروع دون موافقة الجهة الإدارية، خطأ جسيماً من جانب شركة المشروع يستوجب توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد[4].

---

[1] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٦.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٢٥.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٤٣.

[2] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٢٦.
- كذلك انظر: أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١١٥.

[3] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٣.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٥.
- كذلك انظر: د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٦.

[4] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

وتستمر مسئولية شركة المشروع عن تنفيذ العقد في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة وتكون مسئولة أمامها مسئولية كاملة عن تنفيذ كافة الالتزامات الواردة بالعقد والملاحق المرفقة به بصرف النظر عن وجود العلاقة العقدية بينها وبين الشركة المتنازل إليها[1].

الفرع الثاني

الالتزام بعدم التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية.

يمكن تعريف التعاقد من الباطن بأنه التصرف القانوني الذي تبرمه شركة المشروع مع الغير بقصد تنفيذ جزء من التزاماتها الناشئة عن العقد[2].

ونظراً لضخامة وتعقد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T من حيث إعداد دراسات الجدوى والرسومات والتصميمات الهندسية وإقامة المنشآت وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وإجراء التجارب الفنية للتأكد من أن مرحلة التشييد قد تمت بنجاح وأن المرفق قد أصبح صالحاً لبدء مرحلة التشغيل، لذلك فإن التعاقد من الباطن أمر متصور دائماً في تنفيذ هذه العقود، فعادة ما ترتبط شركة المشروع بالعديد من مقاولي التشييد لتنفيذ بعض أعمال التشييد المنصوص عليها في العقد أو ترتبط شركة المشروع بشركات متخصصة أثناء مرحلة التشغيل[3].

والتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل عن العقد، فالأخير من شأنه حلول متعاقد جديد محل المتعاقد الأصلي وهو بهذا المعنى يقضي تماماً على فكرة الاعتبار الشخصي التي تقوم عليها العقود الإدارية، أما التعاقد من الباطن فإنه لا يؤدي إلى إهدار فكرة الاعتبار الشخصي وبمعنى آخر فإن للاعتبار الشخصي مدلوله الخاص في هذا المقام إذ لا يعني التزام المتعاقد شخصياً بالتنفيذ المادي للعقد بقدر ما يعني المسئولية الشخصية للمتعاقد الأصلي عن ذلك التنفيذ، وفي هذا الإطار يسمح بإمكانية التعاقد من الباطن طالما أن المتعاقد الأصلي يبقى ضامناً ومسئولاً بصفة شخصية عن تنفيذ العقد بأكمله[4].

ويجري التمييز عادة بين التعاقد من الباطن، والاتفاقيات التي يبرمها المتعاقد الأصلي مع الغير، بقصد تسهيل تنفيذ العقد الأصلي، على أساس أن هذه الاتفاقيات لا تؤدي إلى إشراك الغير مباشرة في تنفيذ المشروع محل العقد ومثالها الاتفاقات التي يبرمها المتعاقد مع

---

[1] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١١٥.
[2] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٢٧.
- كذلك انظر: د. كمال طلبة، المرجع السابق، ص ٢١٢.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٦.
- كذلك انظر: أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١١٥.
[3] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٢٥.
[4] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

الموردين والمتعهدين والبنوك والمؤسسات الفنية المتخصصة لتأمين احتياجاته اللازمة لتنفيذ العقد من مواد أولية أو سلع أو خدمات أو موارد مالية أو معونة فنية ودور الغير في مثل هذه الاتفاقيات يقوم على تزويد المتعاقد مع الإدارة بالعناصر المادية والمالية والفنية اللازمة لتنفيذ العقد وهذه الاتفاقات مسموح بها، في إطار مبدأ حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته، إلا إذا نص العقد صراحة، على ضرورة حصول المتعاقد مع الجهة الإدارية المتعاقدة تنفيذه إلى المتعاقد الأصلي هنا يتولى المتعاقد من الباطن تنفيذ الجزئية التي عهدت إليه تنفيذاً كاملاً وفقاً لمواصفات وشروط الإدارة المتعاقدة بحيث يكون مسئولاً مسئولية كاملة عن هذا التنفيذ أمام المتعاقد الأصلي[1].

ويترتب على التمييز بين التعاقد من الباطن واتفاقيات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي نتيجة مهمة، وهي أن التعاقد من الباطن لا يزال الأصل فيه أنه محظور، ما لم توافق عليه الجهة الإدارية المتعاقدة أما اتفاقيات تسهيل تنفيذ العقد فإنها جائزة كأصل عام إلا إذا نص العقد صراحة على حظرها أو ضرورة موافقة جهة الإدارة عليها بشكل مسبق وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧، حينما قالت: "... أنه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة منه والالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر والتحريم لا ينصرف إلى حالة حصول المتعاقد على الأشياء والمواد الأولية اللازمة لتنفيذ عقده مع الغير أو اتفاقه مع بعض رجال المال في شأن تمويل العملية، إذ أن مثل هذه الاتفاقات جائزة إلا إذا نص العقد صراحة على تحريمها وإنما يحرم على المتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها..."[2].

ووفقاً لقضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية فإن العرف وطبائع الأمور تلعب دوراً مهماً في التمييز بين التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد فقد أكدت هذه المحكمة أنه يمكن للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يستعين بمعاونين إذا كانت طبائع الأمور والعرف تتطلب ذلك إذ أنه: ".... لا يسوغ القول بأن يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ وإلا وقع أمام استحالة مطلقة..."[3].

---

[1] د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٦.
- كذلك انظر: أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٢٥.

[2] حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم (١٩٨)، لسنة ١١ ق، الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧، المشار إليه لدى د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٣٤ وما بعدها.

[3] حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر بتاريخ ١٦ يناير ١٩٧١، لسنة ١٦ ق، المشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

وأيضاً في الكويت أكدت إدارة الفتوى والتشريع على مبدأ التزام شركة المشروع بعدم التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية، حيث قررت في فتوى لها على أن "هنا العلاقة التعاقدية تتم ما بين المتعاقد الأصلي ومقاول من الباطن ولا توجد ثمة علاقة تعاقدية ما بين مقاول الباطن والجهة الإدارية، ولا يعتبر مقاول الباطن طرفاً في العقد المبرم ما بين المقاول الأصلي والجهة الإدارية ويبقى المتعاقد الأصلي هو المسئول وحده أمام الجهة الإدارية، والمسلم به أنه لا علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن إذ لم توافق الإدارة مقدماً على مقاول الباطن ومن ثم فليس للمتعاقد من الباطن بدون موافقة الجهة الإدارية مسبقاً كتابة أي حقوق تعاقدية أي طبقاً لأحكام العقد، وإن كان له أن يرجع عليها على أساس آخر على النحو الذي نظمته المادة (٦٨٢) من القانون المدني.

كما لا يجوز للمقاول أن يعهد بكامل الأشغال لمقاولين من الباطن، ولكن يجوز له أن يعهد إليهم بجزء من الأشغال، ويسأل المقاول الأصلي عن أعمال وأخطاء وإهمال أي مقاول من الباطن أو وكلائه أو خدمه أو عماله كما لو كانت هذه الأعمال أو الأخطاء أو الإهمال صادرة عن المقاول الأصلي، ولا يعتبر التكليف بأي عمل على أساس القطعة (المصنعية فقط) استخداماً لمقاول من الباطن"[١].

وأما فيما يتعلق بمشروعية التعاقد من الباطن، يمكن القول إن التعاقد من الباطن في نطاق العقود الدولية للإنشاءات، وهو حق مقرر للمتعاقد الأصلي، إلا إذا نص العقد الأصلي على خلاف ذلك، وفي نطاق القانون الخاص الأصل هو إباحة التعاقد من الباطن ومن ثم فإن التعاقد من الباطن لا يحتاج إلى إقرار او إذن سابق أو إعلان لصاحب العمل طالما أنه لا يوجد في متن العقد نص صريح أو ضمني يحظر التعاقد من الباطن[٢].

أما في نطاق العقود الإدارية فيمكن القول إن الاتجاه السائد هو حظر التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وذلك بالنسبة لسائر العقود الإدارية فلا تزال موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن شرطاً أساسياً لمشروعية التعاقد من الباطن ومرد ذلك هو الركون المتشدد إلى فكرة الاعتبار الشخصي فغالباً ما يثار عنصر الاعتبار الشخصي كأساس لتبرير الحلول القانونية المختلفة والتي تتعلق بإبرام العقد وبالآثار المترتبة على هذه الحلول[٣].

---

[١] فتوى إدارة الفتوى والتشريع الكويتية، رقم (١٤٣٦)، الصادرة بتاريخ ١٩٩٨/٦/١، المشار إليها لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، المرجع السابق، ص ١٧٣.

[٢] د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

[٣] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٠.

وتطبيقاً لما تقدم تلتزم شركة المشروع بعدم التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من التزاماتها الواردة بالعقد دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة.

وقد أجازت العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T لشركة المشروع التعاقد من الباطن لتنفيذ بعض أعمال التشييد المنصوص عليها في العقد أو التشغيل وصيانة المشروع شريطة موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، ولقد نصت المادة (٦/ أ) من عقد منح التزام وإنشاء وتشغيل وإعادة مطار رأس سدر المصري على أنه "للملتزم (شركة المشروع) بعد الحصول على موافقة المالك (الهيئة المصرية العامة للطيران المدني) كتابة التعاقد مع من يختاره من مقاولي الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار على نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك، وعليه أن يزود المالك بقائمة بهؤلاء المتعاقدين وبياناتهم (الاسم، العنوان، وصف الأعمال المتعاقد معه عليها)"[1].

وكذلك ما ورد بالمادة (٤/ ٨) من عقد كهرباء سيدي كرير في مصر من "أن تقوم الشركة بتصميم وإنشاء وتركيب وتجهيز وتشغيل وصيانة المجمع... وتقر الهيئة بأنه يجوز للشركة أن تتعاقد مع أي مقاول أو مقاولي إنشاءات آخر، غير أنه خلال ٣٠ يوماً على الأكثر سابقة على توقيع أي عقد إنشاءات مقترح مع ذلك المقاول الآخر أو المقاولين تلتزم الشركة بتسليم الهيئة شهادة من موظف مفوض رسمياً من الشركة تحدد فيها اسم وجنسية مقاول الإنشاءات الآخر المقترح وكل مقاول باطن تابع لها يقوم بتوريد قطعة رئيسية من المعدات مع بيان بلد تصنيع هذه المعدات... وبالنسبة لأي شهادة تقدم للهيئة يكون للهيئة الحق في مراجعة الشهادة ويجوز لها إخطار الشركة قبل تاريخ توقيعها المقترح أو تاريخ النفاذ المقترح إن كان قد تم توقيعها بأنها تعترض على الشهادة لأن مقاول الإنشاءات المقترح أو الشركة الموردة أو بلد تصنيع قطعة المعدات يمس مصالح الأمن القومي لمصر حسب رأيها المطلق..."، كما قررت الفقرة (و) من نفس المادة الأحكام ذاتها بصدد مقاول أو مقاولي التشغيل والصيانة وهو ما يغنينا عن إيراد النص.

وتتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بسلطة تقديرية في قبول أو رفض الموافقة على إجراء التعاقد من الباطن[2]، بيد أنه ينبغي أن يحدد العقد بوضوح الحالات التي ينبغي فيها للجهة الإدارية عدم الموافقة على إجراء التعاقد من الباطن وكقاعدة عامة ينبغي عدم الامتناع عن الموافقة ما لم تكن العقود من الباطن تتضمن أحكاماً مخالفة للمصلحة العامة[3].

---

[1] راجع أيضاً بذات المعنى – المادة (٦/ أ) من عقود مطارات مرسى علم – العلمين – دهب المصرية.

[2] راجع ما سبق الإشارة إليه في هذا المطلب من هذا البحث حول السلطة التقديرية للجهة الإدارية المتعاقدة بشأن قبول أو رفض على إجراء التنازل عن العقد.

[3] د. محمد عبدالمجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٧٨.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

والعلة من استلزام موافقة الجهة الإدارية على تعاقد شركة المشروع مع الغير لتنفيذ جزء من التزاماتها الواردة بالعقد تكمن في أن تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تتطلب دراية فنية وخبرة عالية قد لا تتوافر في المقاولين من الباطن الذين تتعاقد معهم شركة المشروع، فلا يتصور أن يقوم مقاولون من الباطن بتنفيذ تلك العقود دون موافقة جهة الإدارة[1].

غير أن حرية شركة المشروع في اختيار المتعاقدين من الباطن ليست مطلقة، ففي بعض البلدان يجب على شركة المشروع أن تحدد في الاقتراح الذي يقدمه هوية المقاولين الذين سوف يجري التعاقد معهم وأن يقدم معلومات عن قدرتهم الفنية ووضعهم المالي[2].

وإذا كان التعاقد من الباطن يوصف بأنه تصرف قانوني يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير لتنفيذ جزء من محل العقد إلا أنه قد ظهر حديثاً بمناسبة تنفيذ عقود الأشغال العامة وعقود التوريد الصناعية نموذج جديد للتعاقد من الباطن هو التعاقد من الباطن المفروض على المتعاقد الأصلي مع جهة الإدارة الذي لا يملك حرية اختيار مقاوله من الباطن وإنما يكون مفروضاً عليه من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة[3].

ويكون مصدر التعاقد من الباطن المفروض، إما نص في العقد أو بنص صريح في القانون واللوائح، فقد ينص العقد على التزام المتعاقد الأصلي مع جهة الإدارة بأن يتنازل عن تنفيذ جزء من العقد لشخص آخر بحيث يظهر على العقد توقيع المقاول من الباطن الذي يلتزم بالتضامن مع المتعاقد الأصلي مع جهة الإدارة في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد[4].

وأحياناً أخرى يكون التعاقد من الباطن مفروضاً على المتعاقد الأصلي بنص في القوانين أو اللوائح، وتعرف المملكة العربية السعودية هذه الصورة وذلك إذا كان العقد الإداري من عقود الأشغال العامة والصيانة والتشغيل، وكان المقاول أو المتعهد أجنبياً فقرار مجلس الوزراء السعودي رقم (١٢٤) لسنة ١٤٠٣ هـ يوجب على الجهة الإدارية المتعاقدة أن تشترط في العقد الإداري صراحة تخلي المقاول الأجنبي عن نسبة من أعمال العقد لمقاول سعودي لا تقل عن نسبة (٣٠%) وهذا يعني بعبارة أخرى وجوب تنازل المقاول الأجنبي عن

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٠٣.

[2] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

[3] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٤٠.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٧٥.

[4] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٧.
- كذلك انظر: د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٧٥.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٠٣.

تنفيذ جزء من العقد لمقاول سعودي بما لا يقل عن نسبة ٣٠% من مجموع الالتزامات العقدية[١].

ويجب على الجهة الإدارية عند إبرام العقد أن تضمن العقد نصاً على إلزام شركة المشروع المتعاقدة معها – إذا كانت شركة أجنبية – بان تعهد إلى الشركات الوطنية بتنفيذ نسبة معينة من الالتزامات الواردة بالعقد وذلك بهدف تنمية الاقتصاد القومي وتنفيذ المشاريع بمشاركة الشركات الوطنية، ولإتاحة فرص العمل وتشغيل العمالة الوطنية[٢].

وبناءاً على ما سبق، فإن القاعدة العامة أو الأصل أن التعاقد من الباطن غير جائز إلا بموافقة جهة الإدارة المسبقة، وموافقة جهة الإدارة تدخل في نطاق السلطة التقديرية للإدارة بشرط حسن استعمالها، وأن يكون هدف الإدارة هو تحقيق الصالح العام[٣].

ويجب التمييز بين النتائج القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن في حالة موافقة الإدارة، والتعاقد من الباطن في حالة عدم موافقة الإدارة.

أولاً: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة.

أ- بالنسبة للعلاقة بين الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع:

من المستقر عليه أنه بالرغم من موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على إجراء التعاقد من الباطن تظل شركة المشروع هي المسئولة أمام الجهة الإدارية المتعاقدة على إجراء التعاقد من الباطن وعن تنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد بما في ذلك الالتزامات عن الجزء الذي يتولى المتعاقد من الباطن تنفيذه[٤].

ب- بالنسبة للعلاقة بين الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد من الباطن:

من المستقر عليه أنه لا توجد علاقة عقدية بين الجهة الإدارية المتعاقدة وبين المتعاقد من الباطن حيث لا يترتب على موافقة الجهة الإدارية على إجراء التعاقد من الباطن إلا نتيجة هامة واحدة وهي أن تلك الموافقة تجعل التعاقد من الباطن مشروعاً ونافذاً في مواجهتها، ومن ثم لا تستطيع الجهة الإدارية المتعاقدة أن تتنكر له وإلا تحققت مسئوليتها بالتعويض أمام شركة المشروع[٥].

ومؤدى ذلك أنه يمتنع على المتعاقد من الباطن اختصام جهة الإدارة مباشرة بخصوص الجزء الذي يتولى تنفيذه من محل العقد وإن كان يملك طبقاً للقواعد العامة وإزاء

---

[١] د. عادل عبدالرحمن خليل، المرجع السابق، ص ١٤٠.
[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٠٣.
[٣] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٦.
[٤] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٣٢.
[٥] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٧.
- كذلك انظر: د. كمال طلبة، المرجع السابق، ص ٢١٢.

انتفاء طريق الرجوع المباشر إمكانية مقاضاة جهة الإدارة عن طريق الدعوى البوليصية (الدعوى غير المباشرة) مستخدماً في ذلك حقوق المتعاقد الأصلي (شركة المشروع)[١].

وفي المقابل فإن الجهة الإدارية المتعاقدة لا تملك الرجوع على المتعاقد من الباطن بطريق الدعوى المباشرة وإن كانت تملك وفقاً للقواعد العامة، إمكانية الرجوع على المتعاقد من الباطن عن طريق دعوى المسئولية شبه التقصيرية إذا ما ارتكب خطأً جسيماً في التنفيذ يكشف عن جهل واضح بالأصول الفنية الواجب إتباعها[٢].

وتكون شركة المشروع هي وحدها المسئولة عن الأخطاء أو الأضرار التي يلحقها مقاولو الباطن المتعاقدين معها، ويترتب على تلك أن الجزاءات العقدية تفرض على شركة المشروع حتى لو كانت الأخطاء صادرة عن مقاولي الباطن[٣].

ولقد نصت المادة (٦/ ب) من عقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين المصري على أنه "ليس من شأن تعاقد الملتزم (شركة المشروع) مع أي من المقاولين التأثير على أداء أي التزام من التزاماته بموجب هذا العقد أو أن ينتقص من مسئوليته عن التقصير في أداء ذلك الالتزام أو أن يلغي تلك المسئولية"، كما نصت المادة (٦/ ج) من ذات العقد على أنه "يوافق الملتزم على تعويض المالك عن أي ضرر يلحقه مقاولو الباطن المتعاقدون مع الملتزم بأملاك المالك أو تنجم عنه أي مسئولية قد يتحملها المالك تجاه الغير نتيجة قيام مقاولي الباطن المتعاقدين مع الملتزم أو إغفالهم القيام بأي عمل من الأعمال"[٤].

ج- بالنسبة للعلاقة بين شركة المشروع والمتعاقد من الباطن:

تظل العلاقة بين شركة المشروع والمتعاقد من الباطن علاقة عقدية تخضع لقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشان المنازعات الناشئة عنها للقضاء العادي ولا يؤثر في هذه الطبيعة مشاركتها في تنفيذ العقد المبرم بينها وبين جهة الإدارة[٥].

ثانياً: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن بدون موافقة جهة الإدارة.

إن المبدأ المسلم به فقهاً وقضاءً أن التعاقد من الباطن بدون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة يكون باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها، كما أنه يعد خطأ عقدياً جسيماً من جانب شركة المشروع، ويترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد[٦].

---

[١] د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٩٦.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٣٥.
[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٠٥.
[٣] د. عبسي عبدالقادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٧، ص ٥٠ وما بعدها.
[٤] راجع أيضاً: نص المادة (٦/ ب/ج) من عقدي مطاري رأس سدر ومرسى علم المصريين.
[٥] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٣٤.
[٦] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٠.
- كذلك انظر: د. كمال طلبه، المرجع السابق، ص ٢١٣.

المبحث الثاني

التزام شركة المشروع بتشييد وتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

تمهيد وتقسيم:

يعد من الالتزامات الجوهرية والرئيسية الواقعة على عاتق شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التزامها بإقامة وتشييد المشروع خلال المدة المقررة في العقد لتنفيذ المشروع بتصميم المرفق وإنشاؤه وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها مع الجهة الحكومية في العقد المبرم بينهما.

وبعد الانتهاء من التزامها بإقامة وتشييد المشروع، يأتي التزام جوهري آخر يقع على عاتقها وهو التزامها بتشغيل وإدارة واستغلال المشروع، حتى تتمكن من تقديم الخدمة العامة لجمهور المنتفعين، وتحقيق العائد المادي لتعويض ما أنفقه في إنشاء المشروع.

وبناءاً على ما سبق ذكره، سنخصص لكل التزام مما سبق مطلباً مستقلاً على النحو التالي:

المطلب الأول: التزام شركة المشروع بتشييد مشروع الـــB.O.T.

المطلب الثاني: التزام شركة المشروع بتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T.

المطلب الأول

التزام شركة المشروع بتشييد مشروع الـــB.O.T .

يعتبر التزام شركة المشروع بتشييد مشروع الـــB.O.T التزاماً رئيسياً وأساسياً، ولذلك أكدت عليه اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، ونصت صراحة في البند (٣) من المادة (٢٦) منها على التزام شركة المشروع بإنشاء المشروع في عقد الـــB.O.T [١].

---

[١] نصت المادة (٢٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن "يجب أن يتضمن عقد الشراكة، على وجه الخصوص، ما يلي:

١- موضوع العقد.
٢- مدة العقد، شاملة مدة البناء ومدة الاستثمار.
٣- الالتزام بإنشاء المشروع.
٤- تحديد الخدمات ومقابل تحصيلها.
٥- الإقرار والضمانات والتعهدات.
٦- إجراءات التشغيل.
٧- الاختبارات وآلية التقييم.
٨- تشغيل المشروع.
٩- طرق المحاسبة وعملة الدفع.
١٠- التأمين.
١١- السجلات والتقارير.
١٢- التنازل.
١٣- حالات فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي. =

ويتمثل هذا الالتزام بقيام شركة المشروع في تشييد المرفق وفقاً للشروط والرسومات والتصميمات والاشتراطات المتفق عليها مع الجهة الإدارية المتعاقدة.

فأعمال التشييد في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T لها أهمية خاصة لكل من الجهة الإدارية وشركة المشروع، فالأولى حريصة على سلامة البنيات الأساسية للمرفق التي ستؤول إليها عقب انتهاء مدة الامتياز، والثانية حريصة على هذه السلامة وفاءً بالتزامها ورغبةً في استرداد استثماراتها وتحقيق ربح ملائم ولا يتسنى لها ذلك إلا بمرفق مشيد على أساس سليم ووفقاً للمواصفات والمعايير المنصوص عليها في العقد.

ومما هو جدير بالذكر أن عقد تسليم المفتاح هو العقد الأكثر ملاءمة لإنجاز جانب الإنشاءات في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، وعقد تسليم المفتاح يعرف أيضاً باسم عقد التصميم والبناء (design – build)، وهو يغطي التصميم والتشييد والتجهيز (equipping) وتكملة تجهيزات المرفق بحيث يكون جاهزاً للتشغيل، وفي سياق هذا العقد يلاحظ أن الفصل التعاقدي (the contractual separation) بين مسئولية التصميم ومسئولية الإنشاء يُزال، وبالنسبة للمشتري (the purchaser) – رب العمل أو الملتزم فيها يخص المشروعات محل البحث – والمقاول في سياق مفهوم تسليم المفتاح يبرمان اتفاقاً بموجبه يتعهد المقاول، بأن يتحمل مسئولية تصميم وتشييد المشروع بما يتفق مع الشروط المقررة من قبل المشتري الذي يُسأل أمامه المقاول وباعتباره كياناً موحداً، مسئولية تعاقدية عن الأداء الكامل لجميع مراحل المشروع، وفي ذلك يختلف عقد تسليم المفتاح عن كل من عقود الإنشاء الهندسية التقليدية (traditional engineering construction contracts)، وعقود إدارة الإنشاءات (construction management contracts)[1].

فعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T تتعلق غالباً بمرافق عامة تؤدي خدمات لجمهور المنتفعين مثل محطات الكهرباء أو المياه أو المطارات أو غيرها من المرافق العامة ومن ثم فإن التزام شركة المشروع بإنجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد والملاحق المدرجة به يعد من أهم التزاماتها في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق محل العقد بانتظام واطراد[2].

= ١٤- تصفية المشروع وإنهاء العقد للمصلحة العامة.
١٥- أسس التعويض.
١٦- تحرير العقد المعتمد.
١٧- طرق فض المنازعات.
١٨- حق الانتفاع بأي أصول عينية توفرها الدولة.
١٩- الاشتراطات الفنية والبيئية والمالية والاقتصادية للمشروع.
٢٠- شروط الأمن والسلامة.
٢١- أية شروط أخرى تحدد العلاقة بين الأطراف والتزاماتهم".

[1] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٥٠٤ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. وائل محمد، المرجع السابق، ص ١٨٥ وما بعدها.

[2] أ. عبد الله الكندري، المرجع السابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

وبناءاً على ما سبق، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين اثنين على النحو التالي:-

الفرع الأول

نطاق التزام شركة المشروع بالتشييد.

يتمثل الالتزام الجوهري الواقع على عاتق شركة المشروع في عقود الـــB.O.T في القيام بتصميم المرفق وإنشائه، وفقاً للشروط المتفق عليها مع الجهة الإدارية المتعاقدة وعلى ذلك فإن التزام شركة المشروع في هذا الصدد يشمل:

أولاً: إعداد التصميمات والرسومات اللازمة للمرفق.

ثانياً: تشييد أبنية ومنشآت المشروع.

ثالثاً: تجهيز المشروع بالمعدات والآلات اللازمة لتشغيله.

رابعاً: الالتزام بإجراء عملية الاختبار لمنشآت المرفق ومعداته.

ويمكن تفصيل هذه الالتزامات فيما يلي:

أولاً: إعداد التصميمات والرسومات للمرفق:

تلتزم شركة المشروع بإعداد التصميمات والرسومات اللازمة للمرفق وذلك وفقاً للمواصفات والمعايير المدرجة بالعقد والملاحق المرفقة به، والتزام شركة المشروع في هذا المجال هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية[1].

ينبغي أن يحدد العقد أو الملاحق المرفقة به المعايير المقدر استخدامها لإعداد التصميمات والرسومات اللازمة للمرفق وذلك بأن يشير على سبيل المثال إلى الهيئة التي أصدرت المعايير والتاريخ الذي صدرت فيه المعايير، وينبغي أن تكون تلك المعايير مقبولة على الصعيد الدولي[2،3].

---

[1] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص١٤٣.
- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٢٥١.

[2] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص١٥٢ وما بعدها.

[3] راجع الملحق رقم(٤) من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين، المعايير المستخدمة في إعداد الدراسات الفنية والتخطيط والتصميم.
يجب أن تكون التقارير والرسومات المعدة لتغطية مجالات الدراسات والتخطيط والتصميم موافقة لشروط الملحق (٤).
كافة أعمال الدراسات الفنية والتخطيط والتصميم الخاصة بالمشروع يجب أن تكون طبقاً للنظم والقواعد المعدلة بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني والمعايير الواردة بمستندات الإيكاو التالية:
الملحق (٣) خدمات الأرصاد الجوية للملاحة الجوية الدولية:
- الطبعة الثانية عشر يوليو ١٩٩٥م، متضمنة التعديلات (١-٧٠).
الملحق (٩) التسهيلات:
- الطبعة التاسعة سبتمبر ١٩٩٣م، متضمنة التعديلات (١-١٥).
الملحق (١٠) اتصالات الطيران:
- الطبعة الخامسة من المجلد I والمجلد II يوليو ١٩٩٥م، ١٩٩٦م، متضمنة التعديلات (١-١٧) والمجلد V,IV,II.
الملحق (١٣) البحث والإنقاذ:
- الطبعة السادسة مارس ١٩٩٤م، متضمنة التعديلات (١-١٥). =

وينبغي التأكد من ملاءمة المعايير المختارة لنمط المرفق المقرر تشييده لأن استخدام معايير غير ملائمة قد يؤدي إلى حدوث عيوب في تشييد المرفق كما أن تحديد معايير لا يحظى بقبول دولي قد يؤدي إلى منع الشركات في دول معينة من تقديم العطاءات[1].

ويجب أن توضع الرسومات والمعايير بشكل تخطيطي مختلف الأجزاء المكونة للمرفق، وتتألف الرسومات من الرسومات التي تقدمها الجهة الإدارية في مستندات العطاء، إلى الرسومات التفصيلية للتصميم التي تقدمها شركة المشروع بعد إبرام العقد[2،3].

= الملحق (١٤) المطارات:
- الطبعة الثانية للمحلق (١٤) مجلد I تصميم وعمليات المطار والمجلد II مهابط الهليكوبتر يوليو ١٩٩٠م.

الملحق (١٥) خدمات معلومات الطيران:
- الطبعة التاسعة يوليو ١٩٩٤م، متضمنة التعديلات (١-٢٨).

الملحق (١٦) الحماية البيئية:
- الطبعة الثالثة من الملحق السادس عشر يناير ١٩٧٣م والطبعة الثالثة من المجلد I يوليو ١٩٩٣م، متضمنة التعديلات (١-٤) والطبعة الثانية من المجلد II يوليو ١٩٩٣م، متضمنة التعديلات (١-٢).

الملحق (١٧) الأمن وحماية الطيران المدني الدولي من أعمال التدخل المشروع:
- الطبعة الخامسة مارس ١٩٩٦م، متضمنة التعديلات (١-٨).

إضافة إلى ما سبق يجب الأخذ في الاعتبار مطبوعات الإياتا (IATA) التالية:
- مرجع تطوير المطارات.
- علم منهج تقييم مشروع المطار.
- الخطوط الإرشادية للجان الاستثمارية للمطار.

أيضا يجب الأخذ في الاعتبار مطبوعات الإيكاو التالية:
- مرجع الإيكاو لتخطيط المطار.
- مرجع الإيكاو لتصميم المطار.

[1] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص١٨٧ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. محمد غانم، المرجع السابق، ص١٣٠.

[2] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T، والتطور الحديث لعقد الالتزام، ص١٤٠ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١١٤.

[3] راجع الملحق رقم (٥) عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين التصور المبدئي للمكونات الأساسية للمطار.
"مدرج للإقلاع وهبوط الطائرات (run way) بطول وقوة احتمال طبقاً لما هو وارد في (البند ثانياً) من توصيف مشروع مطار العلمين بكراسة الشروط.
- مكان لوقوف الطائرات (ترماك) لعمليات نزول وصعود الركاب وتحميل وتفريغ البضائع... على أن يتصل بالممر من نقطتين على الأقل.
- مبنى يستوعب (٢٠٠٠ راكب/ ساعة) لخدمة الركاب أثناء رحيلهم ووصولهم وإنهاء الإجراءات التي تتطلبها سلامة الطيران وانتظامه والتي تتطلبها القوانين واللوائح والتي تحقق أمن الركاب والطائرات والمطار.
- برج المراقبة الجوية لتنظيم عملية الإقلاع والهبوط والتحركات في مناطق المناورة بالمطار وشامل التجهيزات الفنية التي تسمح بتنظيم الحركة الجوية.
- مساعدات ملاحية للاقتراب الآلي إلى المطار تتضمن منارة أو مبنى وجهاز قياس مسافة (vor and dme) ويتم تحديد نوعيات وأجهزة المساعدات الملاحية أخذاً في الاعتبار السياسات والخطط التي تعلن عنها الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بخصوص الانتقال إلى النظام العالمي الجديد ,(cns/atm) وحجم الحركة الجوية.
- محطة اتصالات طيران ثابتة (AFIN).
- محطة رصد للعناصر الجوية بالمطار.
- مبنى إطفاء وإنقاذ ملحق به مبنى لإعاشة العاملين.
- محطة قوى كهربية احتياطية تكفي جميع الخدمات الأساسية اللازمة لعمليات الطيران باستثناء خدمات التكييف والتبريد إلا بالنسبة لبرج المراقبة الجوية ويعتمد المطار أساساً للحصول على الطاقة الكهربية على شركات توزيع الكهرباء.
- السور الخارجي للمطار بطول يحيط منشآت المطار للمرحلة الأولى.
- أبراج حراسة مناسبة لطول السور مجهزة بالإضاءة اللازمة ووسائل الاتصالات الضرورية.
- طرق داخلية موصلة لمبنى الركاب ومناطق انتظار السيارات بها كافيتريا صغيرة ودوره مياه مناسبة.
- مبنى مخازن.
- ورشة لصيانة السيارات والمعدات.

=

وتنص عادة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T على حق الجهة الإدارية في مراجعة وقبول كافة التصميمات والرسومات اللازمة لتشييد المرفق غير أن ممارسة الجهة الإدارية لهذا الحق لا يعفي شركة المشروع من مسئوليتها الكاملة عن تلك الرسومات والتصميمات إذا تم اكتشاف أية حالة من حالات عدم الدقة أو عدم الكفاية في المعلومات الواردة فيها أو عدم التوافق فيما بينها[1].

كذلك ينبغي أن تتحمل شركة المشروع كافة التكاليف المترتبة على جميع التعديلات والتغيرات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية أو عدم التوافق في المواصفات والرسومات والمستندات اللازمة لتشييد المرفق[2].

ومثال ذلك في مصر ما ورد بنص المادة (٧) من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين حيث نصت على أن "

أ- للمالك أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعة الوثائق المتضمنة التصميمات والرسومات والبيانات التقنية وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ وعلى المالك أن يخطر الملتزم بذلك وعلى الملتزم أن يوفر للاستشاري الذي يعينه المالك المعلومات والوثائق وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقدر نفسه الذي يتيحه العقد للمالك.

ب-يتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التي يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشاري) للمراجعة وفقاً للمعايير الدولية على نحو ما هو موصوف بالملحق (٣) وفي حالة كونها مخالفة أو غير كافية أو غير دقيقة أو غير متوافقة يتم إعادتها لتعديلها، ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة عن ذلك بما فيها تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشاري.

ج-يتحمل الملتزم التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات والتغييرات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية أو عدم التوافق في المواصفات والرسومات وفوق ذلك إذا

- مبان لإسكان العاملين.
- خزان مياه. =
- جامع.
- أماكن مخصصة لخزانات وقود شركات البترول.
- نظام الإضاءة الليلي عند تشغيل المطار ليلاً.
- وسيكون التخطيط لإنشاء تلك المكونات كما هو موضح في المرفق رقم ٧١.. على أساس أن العقد سيتم توقيعه وأن وثيقة الالتزام ستصدر قبل نهاية عام ١٩٩٨م وسيتأخر تنفيذ الخطة بمقدار التأخر في توقيع العقد وصدور وثيقة الالتزام.
- سيتم الالتزام عند وضع مواصفات مكونات المطار ومنشآته بمراعاة المواصفات القياسية التي أصدرتها المنظمة الدولية للطيران المدني، ووافقت عليها جمهورية مصر العربية والمتعلقة بتخطيط وتصميم وإنشاء المطارات المدنية".

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١١٤.

[2] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص١٩١.

تسببت هذه التعديلات والتغييرات في حدوث تأخير يعتبر الملتزم مسئولاً عن ذلك التأخير".

ومثال ذلك في الكويت ما نصت عليه المادة الثالثة فقرة (٣) من العقد المنشئ لمحطة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية في الكويت، من أن " جميع المواد والتصاميم وأعمال التصنيع والتركيب والاختيار ستكون وفقاً لآخر طبعة من المعايير والمقاييس في تاريخ تسليم مستندات العطاء أو قوانين ممارسة العمل أو المعايير الدولية المعترف بها والتي لن تكون أقل:

أ- معايير أي ايه سي (I A C) لأعمال الكهرباء.

ب-معايير آي أس أو (I S O) للأعمال الميكانيكية.

ج- معايير ايه أس تي أم (A S T M) للأعمال المدنية وأنظمة الطبقات.

إن أساس التصميم سيكون الشمولية والبساطة والاعتماد وذلك ليعطي خدمات مستمرة بكفاءة اقتصادية عالية وتكاليف صيانة منخفضة، وسيتم تصميم المحطة لمدة لا تقل عن ثلاثين سنة. أما القطع القابلة للاهتراء (التلف) فسيتم تصميمها ليتم استبدالها على فترات محددة وفقاً للإجراءات في محطات معالجة مياه الصرف وبنفس الطاقة والتقنيات عند توقيع هذا العقد.

أن تصميم أنابيب العملية والمعدات والأجهزة وأي تركيبات أو إنشاءات أخرى في محطة الاستصلاح يجب أن توفر الكفاءة الملائمة للحصول على أعلى مستوى من المعالجة في مختلف الظروف".

كما أكدت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي على التزام شركة المشروع بإعداد التصميمات والرسومات اللازمة للمرفق من خلال ما ورد بنص المادة (٣٥) منها في الفقرة (٢) بالبند (ب)، حيث نصت هذه المادة على أن "مع مراعاة طبيعية كل مشروع من مشروعات الشراكة، يجب أن يقدم العطاء مشتملاً على مظاريف منفصلة وفقاً لما هو وارد بوثائق الطرح. وفي حالة التأهيل اللاحق يجب أن يتضمن العطاء طلباً للتأهيل في مظروف مستقل، ويجب أن يشتمل العطاء على وجه الخصوص ما يلي:

١. تحديد الممثل القانوني للمستثمر المنفرد المؤهل، أو للتحالف المؤهل المكون من أكثر من مستثمر وتحديد ممثل لهذا التحالف يتولى بموجب توكيلات رسمية من أعضاء التحالف تمثيلهم في إجراءات التأهيل، وصورة معتمدة من العقد المبرم بين أعضاء التحالف المؤهل.

٢. العرض الفني، ويشتمل على:

أ- الوسيلة والأسلوب الفني المقترح لتوفير الخدمة العامة أو تنفيذ بنية المشروع بحسب شروط ووثائق طرحه.

ب-الترتيبات المقترحة والخاصة بتصميم المشروع وتنفيذ الأعمال الإنشائية المطلوبة لتحقيق أهدافه وكذلك توفير أي معدات أو تجهيزات لازمة لذلك.

ج- البرنامج الزمني المقترح لتنفيذ المشروع.

د- الوحدات الفنية والإدارية المختصة بتنفيذ وتشغيل المشروع، ومقاولي الباطن الرئيسيين المقترح الاستعانة بهم لتنفيذ الأعمال.

ه- المعلومات والبيانات والآلية المقترحة لمراعاة معايير المحافظة على البيئة والأمن والسلامة.

٣. العرض المالي/ ويشتمل على:

أ- التكاليف المتوقعة لإعداد تصاميم المشروع وإنشائه وتشغيله وصيانته.

ب-تكلفة تمويل المشروع ومصادره.

ج- المردود الاستثماري المتوقع من المشروع.

د- التكلفة المالية على الدولة في ضوء المعادلة المعتمدة لترسية المشروع ".

ثانياً: تشييد أبنية ومنشآت المشروع:

تلتزم شركة المشروع بالحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة قانوناً قبل البدء في تشييد المرفق وتقوم شركة المشروع بتقديم الطلبات للجهات المختصة للحصول على جميع التراخيص والموافقات سواء كانت هذه الطلبات طلبات مبدئية أو طلبات جديدة كما تلتزم شركة المشروع بأن ترسل جميع المستندات المطلوبة لإصدار تلك التراخيص والموافقات كما ينبغي أن تكون المعلومات الواردة بها كاملة ودقيقة وينبغي أن تسمح شركة المشروع للسلطات المختصة بإجراء كافة المعاينات اللازمة للمرفق وإعداد كافة الترتيبات اللازمة في هذا الشأن وتلتزم شركة المشروع بسداد كافة الرسوم المقررة لإصدار جميع التراخيص والموافقات اللازمة للبدء في تشييد المرفق[١،٢].

---

[١] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص٦٣ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٢١٩.

- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروع البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٢٥٩.

[٢] راجع نص المادة (٤) من عقد التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء: "تقوم الشركة بما يلي على حسابها الخاص:

١- أن تقوم بنفسها أو عن طريق الغير بتقديم الطلبات للجهات المعنية للحصول على الموافقات (سواء طلبات مبدئية أو تجديد للطلبات) وذلك بالشكل المطلوب مع الرسوم المقررة، كما تتابع بعناية كافة هذه الطلبات وتبذل كل جهد مناسب للاحتفاظ بسريان الموافقات متى تم الحصول عليها.

٢- أن ترسل جميع الإخطارات المطلوبة وتسمح بإجراء كافة المعاينات اللازمة طبقاً لجميع الموافقات التي حصلت عليها فيما يتعلق بالمجتمع.

٣- أن تدفع كافة الرسوم المقررة فيما يتعلق بهذه الموافقات وينبغي أن تكون المعلومات المقدمة في الطلبات كاملة دقيقة".

=

كما تلتزم شركة المشروع بالتشييد وفقاً للرسومات والمواصفات المدرجة بالعقد والملاحق المرفقة به، وقد جرى العمل أن تتضمن الملاحق المرفقة بالعقد وصفاً دقيقاً لأبنية ومنشآت المشروع والعناصر الرئيسية لنطاق التشييد المراد تنفيذه وطبيعة عمليات التشييد المقرر استخدامها[٢،١].

ويجب أن تقوم شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام وفقاً للتصميمات والرسومات المعتمدة من الجهة الإدارية المتعاقدة، فلا يجوز لشركة المشروع إجراء أية تعديلات عليها دون الحصول على موافقة الجهة الإدارية ويعد تشييد أبنية ومنشآت المرفق على نحو غير مطابق للمواصفات والرسومات إخلالاً من جانب شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها التعاقدية[٤،٣].

= • وأيضاً راجع نص البند (١/٨) من عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام B.O.T للشركة المصرية الأسبانية للغاز (سيجاس).

"يلتزم الطرف الثاني بالحصول على جميع التراخيص والموافقات اللازمة من الجهات المعنية بالمشروع بجمهورية مصر العربية".

[١] د. مصطفى الحبشي، المرجع السابق، ص١١١.

[٢] راجع الملحق(١/٦) من عقد مطار العلمين المعايير المستخدمة للتشييد واختيار المعدات والتركيب والاختبارات وإعداد أطقم التشغيل.

(٦-١) التشييد:

"يجب أن تكون أعمال التشييد متطابقة مع:

- القوانين والنظم المطبقة لجمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للطيران المدني.
- المقاييس المعتمدة دولياً للأعمال المدنية والمعمارية.
- المعايير الواردة في ملاحق الإيكاو ذات الصلة بالموضوع المذكورة في الملحق (١٥).

القوانين والنظم المذكورة أعلاه تطبق أساساً للبنود التالية:

- المواصفات القياسية للبناء والتراخيص.
- قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية.
- النظم التجارية.
- متطلبات استيراد مواد التشييد وما بهما.

المواصفات القياسية والرموز ونظم الممارسة الدولية الصادرة من المنظمات الدولية والتي تشمل على astm, bs.

عند الاحتياج إلى تعديل أو إضافة إلى قواعد سبق الاتفاق عليها يتم الرجوع للهيئة ويجب أن يكون الطلب والموافقة خلال مرحلة التطبيق".

• وأيضاً راجع نص البند الثالث من عقد إنشاء وتشغيل والانتفاع بمشروع جراجين متعددي الطوابق تحت سطح الأرض بنظام (B.O.T) بميدان التحرير.

"يلتزم الطرف الثاني بإنشاء مشروع مكون من جراجين متعددي الطوابق للسيارات والأتوبيسات السياحية ومنشآت للأنشطة الاستثمارية (تجارية – وإدارية – وترفيهية – وغيرها) تحت سطح الأرض بمنطقة ميدان التحرير وعمر مكرم، الجراج الأول بطاقة ١٤٠٠ مكان انتظار الجراج الثاني، بطاقة ٤٠٠ مكان انتظار بخلاف مكان انتظار سيارة لكل مسطح ٥٠ متر مربع من المسطح الاستثماري بالمشروع".

[٣] ومما هو جدير بالذكر أن هناك مظاهر متعددة للخطأ في تصميم الأعمال، منها مخالفة التصميمات بصفة عامة لأحكام القوانين ولوائح التنظيم، أو عدم صلاحيتها للأراضي المقامة عليها المنشأة، أو مخالفة التصميم للغرض المخصص له بالمنشأة أو مخالفة التصميمات للأحوال الفنية المرعية، أو أن يكون من شأن التصميم المساس بأمان المستخدمين.

انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٤٧.

- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١١٤.

[٤] راجع نصوص البنود (٤-٥-٦) من عقد إنشاء وتشغيل والانتفاع بمشروع جراجين متعددي الطوابق تحت سطح الأرض بنظام (B.O.T) بميدان التحرير. نص البند الرابع على أن " يلتزم الطرف الثاني بتنفيذ المشروع طبقاً للمواصفات والشروط الواردة بكراسة العطاء والمواصفات الخاصة المقدمة من الطرف الأول والتصميمات النهائية والرسومات الإنشائية التنفيذية التي يقدمها الطرف الثاني ويعتمدها الطرف الأول".

- كما نص البند الخامس على أن " يلتزم الطرف الثاني بتقديم التصميمات والنوتة الحسابية والرسومات الإنشائية التنفيذية للطرف الأول بغرض مراجعة هذه التصميمات والرسومات والنوتة الحسابية واعتمادها خلال شهر من تاريخ استلامها".

- كما نص البند السادس على أن " يلتزم الطرف الثاني بعمل التعديلات الإنشائية اللازمة التي تسفر عنها مراجعة الطرف الأول للتصميمات والرسومات والنوتة الحسابية المشار إليها وذلك في حالة عدم مطابقتها للمواصفات القياسية".

وتلتزم شركة المشروع بتوريد كافة الآلات والأدوات ومواد البناء اللازمة لتشييد المشروع والتعاقد مع الموظفين والعمال المحليين أو غيرهم لإنجاز عملية التشييد[١].

كما تلتزم شركة المشروع باحترام جميع القوانين واللوائح ذات الصلة بأعمال التشييد مثل قوانين العمل والتأمينات الاجتماعية واحترام القوانين والأنظمة المتعلقة بحماية الصحة العامة والبيئة بالإضافة إلى احترام القوانين واللوائح المتعلقة بالملكية العامة والخاصة كذلك تلتزم شركة المشروع أيضاً بالمحافظة على الأمن والنظام في موقع العمل واتخاذ كافة الإجراءات المناسبة في هذا الشأن[٢].

ويجب أن تلتزم شركة المشروع بتنظيف موقع المشروع بصفة دورية ومنتظمة من مخلفات التشييد وكذلك بنقل الآلات والأدوات الخاصة بها من الموقع عقب إنجاز عملية التشييد[٣].

ومن أمثلة ذلك في مصر ما نص عليه البند التاسع من عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام B.O.T للشركة المصرية الأسبانية للغاز (سيجاس) من أن "يلتزم الطرف الثاني بأحكام القوانين والقرارات المصرية المعمول بها وعلى الأخص ما يتعلق منها بالموانى وتنظيم الأنشطة التي تعمل بها، واتخاذ كافة التدابير وتنفيذ كافة الاشتراطات الخاصة بالدفاع المدني والحريق وكافة الإجراءات الفردية لتأمين سلامة المشروع والميناء من المخاطر طبقاً لأحدث النظم والأساليب المعمول بها دولياً ومحلياً.

على أن يعتمد النظام الذي يضعه من جهة متخصصة، وعلى الأخص إدارة الدفاع المدني والحريق وبمراعاة اشتراطات الأمن الصناعي وكذا اشتراطات البيئة، واعتمادها من جهاز شئون البيئة".

وأما في الكويت فقد أكدت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة (٣٥) على التزام شركة المشروع بتشييد أبنية ومنشآت المشروع، والمتمثل بقيامها بتنفيذ الأعمال الإنشائية المطلوبة لتحقيق أهداف المشروع، وكذلك توفير أي معدات أو تجهيزات لازمة لذلك[٤].

ثالثاً: تجهيز المرفق بالمعدات والآلات اللازمة لتشغيله:

تلتزم شركة المشروع بتجهيز المرفق بكافة المعدات والآلات اللازمة لتشغيله وفقاً للمواصفات والمعايير المدرجة بالعقد والملاحق المرفقة به.

---

[١] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٣١٥ وما بعدها.

[٢] د. عبسي عبد القادر، المرجع السابق، ص٦٣ وما بعدها.

[٣] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٥٤.

[٤] انظر البندين (أ،ب) من الفقرة رقم (٢) من المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية لقانون الشراكة الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤، سبق الإشارة لهذه المادة في هذا الفرع من هذا البحث ص٢٧١ وما بعدها.

والتزام شركة المشروع في هذا الصدد لا يقتصر على ما يذكر بالعقد والملاحق المرفقة به وإنما يمتد إلى كل ما يحتاجه المشروع من معدات وآلات وأدوات وأجهزة، لكي يصبح صالحاً للغرض الذي أعد من أجله لأن هذه هي النتيجة التي يتغياها عقد الامتياز وهي النتيجة التي يجب أن تلتزم شركة المشروع بتحقيقها[1].

وتلتزم شركة المشروع بأن تتولى إعداد الترتيبات اللازمة لنقل المعدات والآلات إلى موقع الأعمال وتحمل كافة النفقات المتعلقة بعملية النقل وتلتزم كذلك شركة المشروع بأن تتولى جميع إجراءات التخليص الجمركي وسداد كافة الرسوم الجمركية المستحقة عن تلك المعدات والآلات إذا كانت مستوردة من الخارج.

والتزام شركة المشروع بتجهيز المشروع بكافة المعدات والآلات اللازمة لتشغيله لا يقف بطبيعة الحال عند توريد تلك المعدات والآلات بل يمتد هذا الالتزام إلى تركيبها أي وضع كل معدة أو آلة في المكان المعد لها وتهيئتها للتشغيل[2].

ويجب أن تلتزم شركة المشروع بعمل تجربة على كل آلة أو معدة بعد تركيبها بوصفها وحدة قائمة بذاتها للتحقق من استكمال أجزائها وضبط موضعها وقدرتها على التشغيل بالكيفية والطاقة المنصوص عليها بالعقد والملاحق المرفقة به[3].

ونرى أنه من الأفضل أن تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتشكيل لجنة فنية متخصصة استشارية يكون مهمتها التأكد من أن تركيب المعدات والآلات وتشغليها قد تم بنجاح عند إجراء التجربة عليها.

وفي الكويت أكدت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على التزام شركة المشروع بتوفير المعدات والآلات اللازمة للمرفق[4].

رابعاً: الالتزام بإجراء عملية الاختبار لمنشآت المرفق ومعداته:

تنص عادة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T على إلزام شركة المشروع بعد الانتهاء من تجهيز المرفق بالمعدات والآلات اللازمة لتشغيله بإجراء عملية الاختبار

---

[1] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣١٦ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٣٥٣ وما بعدها.

[2] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T ، المرجع السابق، ص١٥٦ وما بعدها
- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٣٥٥ وما بعدها.

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٥٦.

[4] انظر البند (ب) من الفقرة رقم (٢) من المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشركة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، سبق الإشارة لهذه المادة في هذا الفرع من هذا البحث ص٢٧١ وما بعدها.

لمنشآت المرفق ومعداته حتى تتحقق جهة الإدارة من أن إتمام تشييد المرفق قد تم بنجاح وأن المرفق قابل للتشغيل ومطابق للمواصفات والمعايير المدرجة بالعقد والملاحق المرفقة به.

وينبغي أن يبين العقد بالتفصيل طبيعة الاختبارات المزمع إجراؤها ومعايير الأداء اللازمة ومناهج القياس والتحليل الواجب اعتمادها في إجراء الاختبارات وأوجه التفاوت المصرح بها وتنظيم كيفية الإخطار بإجراء الاختبارات والجدول الزمني لإجراء الاختبارات وتبعات عدم اجتياز الاختبارات وعدد المرات المسموح بها لتكرار الاختبارات في حالة فشلها والمهلة التي يتعين فيها تكرار الاختبارات خلالها، وكيفية وميعاد إصدار شهادة قبول المشروع من الجهة الإدارية المتعاقدة بعد نجاح الاختبارات وذلك حسماً لأي خلاف قد يثور بين شركة المشروع والجهة الإدارية المتعاقدة عند إجراء الاختبارات[1].

وقد يكون من الملاءم إجراء اختبارات جزئية على امتداد فترة معينة بدلاً من إجراء معاينة واحدة في النهاية عند إتمام عملية تشييد المشروع[2].

وقد تشمل هذه الاختبارات المعاينة البصرية للمشروع ومكوناته وفحص الأدوات ومعايرتها، وإجراء اختبارات السلامة، والتشغيل الاختباري للآلات والتشغيل الميكانيكي للمنشأة ولمكوناتها المختلفة[3].

فإذا جاءت نتيجة الاختبارات إيجابية يتم قبول المشروع من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة وتصدر شهادة بذلك تمهيداً للبدء في تشغيل المشروع أما إذا جاءت نتيجة الاختبارات سلبية تلتزم شركة المشروع بإصلاح العيوب التي كشفت عنها نتيجة الاختبارات، ثم يتم تكرار الاختبارات حتى يتم التأكد من صلاحية المرفق للتشغيل أو يثبت عجز شركة المشروع عن إصلاح العيوب التي كشفت عنها نتيجة الاختبارات وبالتالي عدم صلاحية المرفق للتشغيل فيحق عندئذ للجهة الإدارية المتعاقدة توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد على شركة المشروع[4].

وفي الكويت أكدت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص التزام شركة المشروع بإجراء عملية الاختبار لمنشآت المرفق ومعداته[5].

---

[1] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص٥١٩.
- كذلك انظر: د. محمد بهجت، المرجع السابق، ص ٦٤.
- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٥٦ وما بعدها.

[2] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص٥١٩.

[3] د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، المرجع السابق، ص١٠٥ وما بعدها.

[4] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٦٠ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٥٠٤ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١١٥.

[5] انظر البند رقم (٧) من المادة (٢٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، سبق الإشارة لهذه المادة في هذا المطلب من هذا البحث ص٢٦٦ وما بعدها.

الفرع الثاني

الالتزام بتشييد المرفق خلال الميعاد المحدد.

من الثابت أن العقد الإداري يمثل إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير مرافقها العامة تلك المرافق التي تخضع في سيرها وإدارتها للقاعدة الأصولية التي تحتم ضرورة سيرها بانتظام واطراد، وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق العقد الإداري إنما يعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار وذلك بغرض تحقيق خدمة دائمة ومنتظمة للمنتفعين بخدمات تلك المرافق[١].

ويقصد بمدد تنفيذ العقد الإداري بصفة عامة الموعد أو المواعيد التي يحددها العقد أو الملاحق المدرجة به لإنجاز وأداء الخدمات أو الأعمال المتفق عليها وفقاً لطبيعة العقد ونوعه[٢].

ومما هو جدير بالذكر أن مدد التنفيذ تتخذ صوراً وأشكالاً متعددة في نطاق العقود الإدارية المختلفة ففي مجال عقود امتياز المرافق العامة تستخدم عبارة مدة التنفيذ للدلالة على معان كثيرة، فقد يقصد بمدة التنفيذ الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة واستغلال المرفق العام، والتي يعبر عنها بمدة الاستغلال وهي مدة طويلة نسبياً إذ لا يتصور أن ينعقد امتياز لبضعة أشهر، وإنما تتراوح تلك المدة عادة بين عشرين وستين عاماً ويبرر طول مدة الاستغلال بإتاحة الفرصة أمام الملتزم لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاء اللازمة لفعلية الاستغلال[٣]، وفي معنى آخر قد يقصد بمدة التنفيذ المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بإقامة المنشآت والأجهزة اللازمة لعملية استغلال المرفق كأجهزة الحفر في عقود الامتياز البترولي وكالصانع في عقود امتياز الإنارة[٤]، وأخيراً قد يقصد بمدة التنفيذ المواعيد الدورية التي يلتزم بها المتعاقد لأداء الخدمات للمنتفعين بالمرفق بصورة دائمة ومنتظمة كمواعيد تسيير القطارات وغيرها من وسائل النقل التي تكون محلاً لعقود امتياز.

هذا وتحدد تلك المواعيد عادة بالاتفاق بين السلطة الإدارية مانحة الالتزام والمتعاقد[٥].

وفي عقد الأشغال العامة فإنه إذا كان موضوعه إقامة منشآت أو إجراء ترميمات فإن مدة التنفيذ يقصد بها الفترة من الوقت التي يلتزم فيها المقاول بإنجاز العمل المطلوب في خلالها أما إذا كان موضوع عقد الأشغال القيام بأعمال الصيانة والنظافة التي لها مدة دورية فيقصد بمدة التنفيذ المدة التي يضع فيها المقاول إمكانياته المادية والفنية تحت تصرف الإدارة[٦].

---

[١] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص٢٥٧ وما بعدها.
[٢] د. مصطفى الحبشي، المرجع السابق، ص١١٢.
[٣] د. ابراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٥٨.
[٤] أ. محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص ١٣٦.
[٥] أ. عبد الله الكندري، المرجع السابق، ص١٣٤.
[٦] د. عبسي عبد القادر، المرجع السابق، ص٨٠ وما بعدها.

وفي عقد التوريد فإن معنى مدة التنفيذ يختلف بحسب محل العقد فإذا كان محل العقد أداء واحداً فإن مدة التنفيذ يقصد بها المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بتسليم السلع محل العقد، وأما إذا كان محل عقد التوريد أداءات متعددة يتم تنفيذها بصورة متعاقبة كعقود التوريد الصناعية فإن مدة التنفيذ يكون لها معنيان الأول يقصد به المدة التي يلتزم المورد في خلالها بإعداد وتصنيع السلع المطلوبة والثاني يقصد به الموعد المحدد لتسليم السلع المطلوب توريدها لجهة الإدارة بمجرد الطلب[١].

وأما بالنسبة لعقود الـــB.O.Tوالملاحق المدرجة بها فهي تتضمن غالباً جدولاً زمنياً يحدد بدء أعمال التشييد وتسلسل أعمال التشييد وكذلك موعد إنجاز أعمال التشييد مثال ذلك: مشروع إنشاء طريق الأتوبيسات السريع في الأرجنتين بنظام الـــ B.O.T.

حيث ألزمت الحكومة الشركة بأن يكون التنفيذ على مرحلتين:

المرحلة الأولى: في نهاية أغسطس ٩٦ وتشمل إنشاء وتوسعة الطريق وبناء بوابات على الطريق.

والمرحلة الثانية: تبدأ مع بداية التحصيل وتنتهي في تاريخ نهاية العقد[٢].

وأيضاً من الأمثلة على ذلك اتفاقية إنشاء نفق المانش حيث قسمت الاتفاقية طبقاً للمادة العاشرة منها مراحل التنفيذ إلى ثلاث مراحل:

- الدراسات التمهيدية والعمل التحضيري سينفذان خلال ٣ سنوات من تاريخ بدء العمل بهذه الاتفاقية.
- شق النفق سينجز خلال ٧ سنوات من تاريخ بدء العمل بالاتفاقية.
- إتمام جميع الأعمال سيكون كاملاً خلال ١٠ سنوات من تاريخ بدء العمل بالاتفاقية[٣].

فإعداد جدول زمني محدد لتشييد المرفق في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T يسهل إجراء التقدم المحرز في أعمال التشييد كما أنه يسهل تغيير موعد إنجاز أعمال التشييد إذا لزم الأمر[٤]، بالإضافة إلى حسم كثير من المنازعات التي يمكن أن تؤدي إلى فشل المشروع أو تأخير تنفيذه[٥].

وتبدأ مدة تنفيذ أعمال التشييد في عقود الـــB.O.T من التاريخ المحدد بالعقد[٦].

وهذا ما تؤكده المادة (٣/ب/٢) من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين في مصر بنصها على أن " يتعهد الملتزم بإنشاء مطار العلمين الدولي بالموقع المحدد بالبند السابق

---

[١] د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ٢٣٨ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. محمد فكري عطا الله، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T)، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق،، ٢٠٠٤، ص١٤٨.
[٢] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص١٤٣ وما بعدها.
[٣] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٧٨ وما بعدها.
[٤] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٢٧٦ وما بعدها.
[٥] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص١٤٤.
[٦] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص٢٥٧.

بحد أقصى مدة ثلاث سنوات من تاريخ استلام الموقع خالياً من الموانع وإقرار المخطط العام للمشروع طبقاً لما جاء بالمادة (٣)، وله الحق في طلب ضم أراضٍ أخرى مجاورة للموقع المذكور تكون لازمة للإنشاءات وعمليات الطيران، وبعد الحصول على هذه الموافقة من الجهات المختصة يكون للملتزم الحق في استكمال إنشاء المطار عليها".

ويمكن القول بصفة عامة، إن الأساس القانوني لالتزام شركة المشروع بإنجاز التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد يكمن في مقتضيات الصالح العام وفكرة الرضائية في العقد[١].

ومن تلك النماذج التطبيقية في الكويت ما نصت عليه المادة السادسة من عقد إنشاء واستثمار مبنى موافق السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له حيث نص البند رقم (٥) منها على "دراسة الجدوى والجدول الزمني المقترح...."، كما نص البند (٩) منها على أن " يلتزم المتعهد بعمل كل ما شأنه تنفيذ العقد وإتمام المشروع وفي حالة التأخير يجب عليه إخطار الإدارة خطياً في حينه مع إبداء الأسباب.... الخ".

كما نصت المادة الثالثة فقرة (٧) من عقد إنشاء محطة الصرف الصحي في الصليبية لعام ٢٠٠١ على أن "يوافق الطرف الثاني على انجاز أعمال إنشاء الخدمات وفقاً لجدول التطبيق المسلم من قبل الطرف الثاني والمقبول من الطرف الأول. كما أن المدة المعتمدة للإنشاء لن تتعدى ٣٦ شهراً تقويمياً اعتباراً من التاريخ الفعلي وحتى تاريخ القبول الأولي للخدمات".

كما نصت المادة (٣) فقرة (٨) من ذات العقد على ضرورة عمل تقارير عن سير عمل الإنشاءات حيث تقرر" يلتزم الطرف الثاني وبعد ٦٠ يوماً تقويمياً من تاريخ البدء بتسليم ٦ نسخ ربع سنوية مفصلة عن سير العمل للطرف الأول وذلك حتى التاريخ النهائي لإنجاز الأعمال الإنشائية وبدء العمليات وستبين التقارير بوضوح الوضع الدقيق لجميع الأنشطة المصاحبة لبرنامج التنفيذ المتفق عليه. كما سيشمل التقرير ٢٠ صورة، فوتوغرافية على الأقل للأعمال من جميع الجوانب في مجلدات صور، كما أن حجم كل صورة لن يكون أقل من ٢٩٧ × ٢١٠ ملم ستحمل الوصف المطبوع ورقم التسلسل وتاريخ التقاطها...".

كما أكدت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي على ضرورة إعداد شركة المشروع لبرنامج وجدول زمني لتشييد المشروع وهو ما نصت عليه المادة (٣٥) منها في الفقرة (٢) في البند (ج)[٢].

---

[١] د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص٢٤٨ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص٨٧.
- كذلك انظر: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص١٧٩.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص٢٥٨.

[٢] انظر البند (ج) الفقرة (٢) من المادة (٣٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام الخاص الكويتي، سبق الإشارة لهذه المادة في هذا الفرع من هذا البحث ص٢٧١ وما بعدها.

ومما هو جدير بالذكر أن التزام شركة المشروع بإنجاز التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد لا يعد تنفيذاً لعقد مع سلطة عامة فحسب وإنما هو وسيلة حيوية لتأمين وضمان سير المرفق العام محل العقد على نحو منتظم ومستمر وبدون الالتزام الصارم بالتنفيذ وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد يتعذر الانتهاء من الأعمال وتقديم الخدمات للمنتفعين بالمرفق في مواعيدها المقررة[1].

فعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تتعلق غالباً بمرافق عامة تؤدي خدمات لجمهور المنتفعين مثل محطات الكهرباء أو المياه أو المطارات أو غيرها من المرافق العامة ومن ثم فإن التزام شركة المشروع بإنجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد والملاحق المدرجة به يعد من أهم التزاماتها في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق محل العقد بانتظام واطراد[2].

ومن المقرر أن التزام شركة المشروع باحترام مدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد يعتبر التزاماً أساسياً وجوهرياً بحسبان أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد[3].

كما أنه من المستقر عليه " أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد"[4].

وكما استقر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر على أن "طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وأساليب تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير وانتظام المرفق العام وجوهر الالتزام فيها انصراف نية الطرفين عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة الأمر الذي من مقتضاه ولازمه انفراد جهة

---

[1] أ. عبد الله الكندري، المرجع السابق، ص١٣٥.

[2] د. حماده عبد الرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٧٦.

[3] د. عبسي عبد القادر، المرجع السابق، ص٧٩.

- كذلك انظر: أ. عبد الله الكندري، المرجع السابق، ص١٣٢.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر بتاريخ ١٩٨٥/٥/٢٨، س ٣٠، المشار إليه لدى د. عبسي عبد القادر، المرجع السابق، ص٨٨.

- كذلك انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٦٤٧٤، لسنة ٤٤ ق، الصادر بجلسة ٢٠٠٠/٩/٥، منشور لدى د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٦٧١.

الإدارة بتحديد مدة تنفيذ العقد باعتبارها القوامة على تسيير المرافق العامة ولارتباط ذلك بضرورات الصالح العام"[1].

ويمكن القول بصفة عامة، إن التزام شركة المشروع بإنجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، فلا يجدي شركة المشروع نفعاً لإعفاء مسئولياتها عن التأخير في إنجاز التشييد أن يثبت أنها بذلت كل ما في وسعها لإنجاز أعمال التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد ولكنها لم تتمكن من ذلك لأن المدة المحددة لم تكن كافية لإنجاز أعمال التشييد، فمثل هذا العذر لا يكفي لدرء المسئولية عن شركة المشروع ولا تنقضي المسئولية في هذه الحالة إلا بإثبات وجود سبب أجنبي كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل جهة الإدارة أدى إلى عدم إنجاز أعمال التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به[2].

ذلك لأن عدم إنجاز تشييد المرفق من جنب شركة المشروع وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شئون المرفق وتأمين سيره على أساسها.

ويعد تخلف شركة المشروع عن انجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد خطأ عقدياً في جانب شركة المشروع يبرر توقيع الجزاءات عليها[3].

وهذا ما استقرت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية في فتوى لها بأن "في مجال العقود بصفة عامة يتعين أن يتم تنفيذ الالتزام في الموعد المتفق عليه وإلا استنهضت جهة الإدارة حقها المخول باقتضاء غرامة التأخير من المتعاقد عن إنهاء الأعمال في موعدها"[4].

وكما أكدت أيضاً على أن "يتعين على المقاول تنفيذ جميع الأعمال الواردة في العقد في المدة دون تراخ أو تأخير، فإذا تخلف المقاول عن ذلك يحق لجهة الإدارة سحب العمل من المقاول، ومن قبيل هذا التخلف من جانب المقاول البطء في سير العمل بطئاً ترى فيه الإدارة أنه لا يمكن له إتمام العملية في المدة المحددة، وكذلك توقفه عن العمل كلية مدة تزيد على خمسة عشر يوماً"[5].

---

[1] فتوى رقم ٣٦٤، بتاريخ ٢٠٠٣/٥/٢٥، ملف رقم ٤٠٣/١/٤٥، جلسة ٢٠٠٣/٤/١٦، منشورة بمجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، في المدة من فبراير ٢٠٠٣ إلى سبتمبر ٢٠٠٣، ص١٠٥.

[2] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص٣١٨.
- كذلك انظر: د. عبسي عبد القادر، المرجع السابق، ص٧٩ وما بعدها.

[3] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص٢٢٣.

[4] فتوى رقم ٥٤٠ بتاريخ ١٩٩٩/٧/١٥، ملف رقم ٤٦/٢/٧٨، جلسة ١٩٩٩/٦/١٦، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٦ إلى يونيه سنة ٢٠٠٠، الجزء الثاني، ص١٦٧٥.

[5] فتوى رقم ٣٤٤ في ١٩٨٤/٤/١٥، ملف رقم ١٣/٢/٧٨، جلسة ١٩٨٣/١٢/٢١، المشار إليه لدى د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص١٧٩.

المطلب الثاني

التزام شركة المشروع بتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T .

بعد الانتهاء من إقامة وتنفيذ المشروع تأتي مرحلة التشغيل، وهي مرحلة تحتل مرتبة عالية بالنسبة لشركة المشروع، لأنها المرحلة التي تتقاضى فيها عائدات استخدام المرافق لاسترداد استثماراتها وتحقيق أرباحها، ولذلك فإن شروط وأحوال تشغيل المرفق وصيانته، وكذلك معايير النوعية والأمن غالباً ما تتناولها التشريعات، كما يتناولها العقد بتفصيل أكبر، بل إنه في بعض قطاعات البنية الأساسية فإن الجهة المانحة أو أي جهة تنظيمية مستقلة قد تمارس وظيفة إشرافية على تشغيل المرفق، وتعد مشاركة شركة ذات خبرة في تشغيل المرفق عاملاً هاماً لضمان سلامة المشروع في الأجل الطويل[١].

وكما ذكرت سابقاً أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T تنصب على إنشاء وإدارة واستغلال مرافق عامة تؤدي خدمات للجمهور مثل المطارات أو الموانئ أو محطات توليد الطاقة الكهربائية أو الطرق السريعة أو غيرها من المرافق الحيوية والتي تهدف إلى إشباع حاجة عامة جماعية يحس بها مجموع الأفراد.

ومن التطبيقات العملية لالتزام شركة المشروع بتشغيل وإدارة مشروع الـــB.O.T ما نص عليه عقد استثمار مشروع تطوير الواجهة البحرية بمنطقة الفحيحيل في الكويت، بالبند (١٦) الذي جاء تحت عنوان (إدارة وتشغيل المشروع) حيث نص على أنه: " يلتزم الطرف الثاني بما يلي:-

١. توفير العدد اللازم من العاملين لإدارة المشروع.
٢. توفير جميع الأجهزة والمعدات اللازمة لإدارة المشروع.
٣. المحافظة على سلامة المرافق العامة الأخرى طبقاً لقواعد الأمن والسلامة.
٤. المحافظة على الطابع الخاص بالمشروع والمحدد بالمخططات المعتمدة من قبل الطرفين.
٥. جميع القوانين واللوائح والقرارات الصادرة من الجهات الحكومية المختصة.
٦. تشريعات العمل في القطاع الأهلي.
٧. دعوة الطرف الأول وبلدية الكويت لحضور الاجتماعات التي يعقدها بخصوص المشروع.
٨. يقدم تقريراً كل ثلاثة شهور خلال فترتي التنفيذ والتشغيل موضحاً به سير المشروع وتطور الخدمات والمشكلات التي تواجهه واقتراحاته للتغلب عليها.

---

[١] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص٥٢.

٩. أن يربط الخدمات العامة للمشروع مع الشبكات والخطوط الرئيسية للخدمات على نفقته الخاصة وفقاً لما تقرره الجهات المعنية.

١٠. أن يقوم أثناء تشغيل واستغلال المشروع بجميع أعمال الصيانة الدورية والوقائية والعادية للمشروع.

١١. السماح لجميع المواطنين بالتمتع بجميع خدمات المشروع.

١٢. عدم تقاضي أي رسوم على الخدمات المجانية مثل مواقف السيارات ومساحات مظللة للاستراحة وشواطئ عامة للسباحة التي تخدم المشروع"[١].

والحقيقة أن تشغيل مرافق البنية الأساسية تحكمه مبادئ عامة تكاد تكون موحدة – سواء تم إدارتها بطريق مباشر بمعرفة جهة الإدارة أو بطريق الالتزام – وهذه المبادئ هي مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد ومبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير[٢].

والمبادئ السابق ذكرها هي من خلق وابتداع القضاء الإداري الفرنسي وسايره في ذلك القضاء الإداري المصري وهذه المبادئ ترتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة المرفق العام بحسبانه يهدف إلى إشباع حاجة عامة للمواطنين، ومن ثم يتعين على شركة المشروع الالتزام بهذه المبادئ ومراعاتها عند قيامها بتشغيل المرفق وتقديم الخدمة لجمهور المنتفعين[٣].

وعلى ضوء ما تقدم سوف أقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:-

---

[١] ومنها أيضاً وعلى سبيل المثال ما نص عليه عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بالكويت بالبند (١٤) الذي جاء تحت عنوان (إدارة وتشغيل لمشروع) حيث نص على أنه " يلتزم الطرف الثاني بما يلي:

أ- توفير العدد اللازم من العاملين لإدارة المشروع.
ب- توفير جميع الأجهزة والمعدات اللازمة لإدارة المشروع.
ج- المحافظة على سلامة المرافق العامة الأخرى طبقاً لقواعد الأمن والسلامة.
د- المحافظة على الطابع الخاص بالمشروع والمحدد بالمخططات المعتمدة من قبل الطرفين.
ه- الالتزام بجميع اللوائح والقرارات الصادرة من الجهات الحكومية المختصة.
و- الالتزام بتشريعات العمل في القطاع الأهلي.
ز- يلتزم الطرف الثاني بدعوة الطرف الأول وبلدية الكويت لحضور جميع الاجتماعات التي يعقدها بخصوص المشروع.
ح- أن يقدم تقريراً ربع سنوي عن سير المشروع مستعرضاً فيه تطور الخدمات والمشكلات التي تواجهه واقتراحاته للتغلب عليها.
ط- أن يربط الخدمات العامة للمشروع مع الشبكات والخطوط الرئيسية العامة للخدمات على نفقته الخاصة وفقاً لما تقرره الجهات المعنية.
ي- أن يقوم بجميع أعمال الصيانة الدورية للمشروع ويلتزم الطرف الثاني بتسليم الأموال المنقولة والعقارية ومعدات المشروع الملتزم بإدارته في حالة جيدة عند نهاية العقد.
ك- يلتزم الطرف الثاني ببيع جميع جلود المذبوحات إلى إحدى الشركات المحلية أو العالمية المرخص لها بدباغة الجلود وبالصورة التي تضمن مراعاة تنفيذ أحكام النظافة العامة وحماية البيئة من التلوث.
ل- يحق للطرف الثاني إعادة التأجير للغير بعد موافقة الطرف الأول".

- هذان العقدان مشار إليهما كملاحق، لدى د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ١٨٥ وما بعدها، ص٢٠٣ وما بعدها.

[٢] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص٣٤٤.

[٣] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص١٤٦.

الفرع الأول

الالتزام بتشغيل المرفق بانتظام واطراد.

تعتبر قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد من أهم القواعد التي تحكم سير المرافق العامة، وذلك لأن المرفق العام يؤدي للأفراد خدمات أساسية دائمة ومستمرة يتوقف عليها إلى حد كبير تنظيم أحوال معيشتهم، فيجب أن يجد المنتفع من المرفق العام الخدمة التي يؤديها المرفق ميسورة في الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها فيه[١].

وبالرغم من أن معظم التشريعات لا تنص صراحة على هذا المبدأ فإن القضاء قد أقره في أحكامه، والمشرع في معظم الدول قد رتب عليه نتائج تفترض وجوده، ولما كان هذا المبدأ هو أهم المبادئ الثلاثة – السابق ذكرها – على الإطلاق، فإنه أكثر المبادئ ترديداً في أحكام القضاء الإداري المصري، وفتاوى مجلس الدولة ومعظم الأحكام التي تقوم عليها نظريات القانون الإداري في مجال الوظيفة العامة، والقرارات الإدارية والعقود الإدارية، والمسئولية الإدارية، والتنفيذ المباشر، والضبط الإداري[٢].

ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد تبرره طبيعة المرفق العام، فالمرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة جماعية، الأمر الذي يبرر ضرورة تطور هذا المرفق والوسائل والأساليب التي يتم بها تحقيق هدف المرفق، فالمرفق العام يجب أن يستخدم في أداء الخدمة لجمهور المنتفعين بانتظام واطراد، فتوقف المرفق العام عن أداء الخدمة لجمهور المنتفعين بانتظام واطراد سواء أكان هذا التوقف مؤقتاً أو دائماً أمر يتعارض مع طبيعة المرفق العام لأن المرفق العام يستهدف إشباع حاجة عامة بصفة دائمة ومستمرة[٣].

ولا شك في ضرورة التزام شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولذلك تحرص القوانين التي ترخص لجهة الإدارة إنشاء مرافق عامة عن طريق عقود الـــB.O.T ، على النص على بعض أثار هذا المبدأ، ومن أمثلة ذلك في الكويت أن القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، اهتم بضرورة التزام شركة المشروع في عقد الـــB.O.T بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، وأن أي خطأ جسيم ترتكبه شركة المشروع يكون من شأنه أن يؤثر على سير المرفق بانتظام واطراد يترتب عليه توقيع جزاء بالغ الخطورة عليها، يتمثل باستبدالها بشركة مشروع أخرى لاستكمال مدة التعاقد، وهذا ما جاء في المادة (٢٥) من

---

[١] د. عصام البهجي، الطبعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص١٧٠.

[٢] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

- كذلك انظر: د. حابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٧ وما بعدها.

[٣] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص١٥٧.

القانون السابق ذكره، حيث نصت على أن "إذا تخلف المستثمر المتعاقد عن أداء التزاماته التعاقدية أو ارتكب أخطاء جسيمة بما يؤثر في سير المشروع بانتظام واطراد أو يؤدي إلى توقفه أو تعرضه لشهر إفلاسه، جاز للجنة العليا بناء على طلب أي من الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة – إن وجدت – أن تستبدل بالمستثمر المتعاقد مستثمراً آخر يحل محله لاستكمال مدة التعاقد.

ويشترط أن تتوافر في المستثمر الجديد ذات مواصفات التأهيل والشروط المرجعية التي تم على أساسها ترسية المشروع أو أفضل منها، وأن يكون منصوصاً على ذلك في اتفاق مكتوب بين الجهة العامة والمستثمر أو شركة المشروع أو شركة التحالف أو الجهات الممولة – إن وجدت –، ولا يجوز أن يضمن هذا الاتفاق إضافة أو تحميل أي التزامات على الجهة العامة أو ما يخالف شروط الترسية. وتنظم اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات الاستبدال والإعلان عنه وتحديد المدة اللازمة لذلك.

ومع مراعاة المادة التاسعة عشر من هذا القانون وبخلاف الأسباب المشار إليها في الفقرة الأولى لا يجوز للجهة العامة فسخ العقد إلا بمقتضى حكم قضائي ".

وفي مصر أيضاً حرصت القوانين المتعددة والخاصة بنظام الـــB.O.T على التأكيد على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن أمثلة ذلك ما نص عليه القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ الصادر بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، حيث نصت المادة الأولى منه على أن " يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول أو أجزاء منها أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم في المطارات وأراضي النزول... وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

أ- .....

ب-.....

ج- أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد".

كما تنص المادة الثالثة منه على أنه "لا يجوز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولا سلكية ومنارات، وما بداخله من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام".

كما تنص المادة الرابعة على أنه "يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال، وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام، وتؤول جميعها إلى الدول في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال"[1].

وتطبيقاً لمبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد فإنه يقع على عاتق شركة المشروع التزام رئيسي بتشغيل المرفق بانتظام واطراد، وذلك بحسبان أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T تتصل بمرافق عامة تؤدي خدمة عامة للأفراد، فتوقف شركة المشروع عن تشغيل المرفق بانتظام واطراد يؤدي إلى اضطراب سير المرفق العام فلا يستطيع تقديم الخدمات التي يؤديها للأفراد بطريقة منتظمة وميسورة.

---

[1] كما تنص المادة السابعة من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر على أنه "يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

.....

ج- تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام وأطراد".

- كما نصت المادة (١٢ مكرراً) من القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ المتعلق بإنشاء وإدارة الطرق الحرة والسريعة على أنه "استثناء من أحكام المواد ١ و ٣ و ٩ مكرراً من هذا القانون، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب، أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

.....

.....

تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد. يكون للملتزم، في خصوص ما أنشأه من طرق، سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق في المواد ٥ و ٦ و ٧ و٨ و١٠ و ١١ و ١٢ و١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون بما في ذلك الحق في استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق وفي بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات الخدمة وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم المارة، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام.....".

- كما نصت المادة الرابعة مكرراً من القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانى التخصصية المضافة بالقانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة المادة الرابعة مكرراً إلى مواد القانون رقم (١) لسنة ١٩٩٦ في شأن الموانى التخصصية على أنه "مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الإقليمية، والأنظمة الخاصة بأمن الموانى والسفن، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانى القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وبمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:
  أ- .....
  ب- .....
  ج- أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرافق بانتظام واطراد.
  د- أن يراعى الملتزم الحفاظ على الميناء أو الرصيف وجعله صالحاً للاستخدام طوال مدة الالتزام.
  ه- أن يلتزم بأحكام القوانين والقراءات المتعلقة بالموانى وبتنظيم الأنشطة التي تعمل بها.
  و- .....
  ز- .....".

- سبق الإشارة لقوانين البوت الأربعة في مصر، في ص ٢٤ وما بعدها من هذا البحث.

ولذلك نجد أن أغلب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T أو الملاحق المرفقة بها تتضمن أحكاماً تفصيلية بالالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع والتي تكفل سير المرفق محل العقد بانتظام اطراد[1]، ويمكن إجمال هذه الالتزامات فيما يلي:-

أولاً: الالتزام بتوفير المتطلبات الأساسية لتشغيل المرفق:

تلتزم شركة المشروع بالحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة قانوناً قبل البدء في تشغيل المرفق، وتقوم شركة المشروع بتقديم الطلبات للجهات المختصة للحصول على جميع التراخيص والموافقات سواء كانت هذه الطلبات طلبات مبدئية أو طلبات جديدة، كما تلتزم شركة المشروع بأن ترسل جميع المستندات والوثائق المطلوبة وينبغي أن تكون المعلومات الواردة بها كاملة ودقيقة، وينبغي أن تسمح شركة المشروع للجهات الإدارية المختصة بإجراء كافة المعاينات اللازمة للمرفق لإصدار تلك التراخيص، كما تلتزم شركة المشروع بسداد كافة الرسوم المقررة لإصدار جميع التراخيص والموافقات اللازمة للبدء في تشغيل المرفق[2،3].

---

[1] منها على سبيل المثال: نص المادة (٣/ج/٢٧) من عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام B.O.T، حيث نصت هذه المادة على أن "يعتبر الملتزم مسئولاً عن تشغيل المطار كوحدة متكاملة فعالة ويأخذ على عاتقه كامل مسئولية التشغيل".

- سبق الإشارة لعقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الـB.O.T ، في ص ٢٧ من هذا البحث.
- ومنها أيضاً ما نص عليه الملحق (١-٣) المرفق بعقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام B.O.T، حيث نص على أنه "سيقوم الملتزم بتشغيل المطار بصفة مستمرة دون توقف أي ٢٤ ساعة في اليوم ٣٦٥ يوماً في السنة أو كما تقضي متطلبات الحركة الجوية....".
- سبق الإشارة لعقد إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T، في ص ٣٧ من هذا البحث.
- ومنها أيضاً نص البند (١/٦) من عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام B.O.T للشركة المصرية الأسبانية للغاز (سيجاس).

" لا يخل هذا الترخيص بحق هيئة ميناء دمياط الطرف الأول في الإشراف والمتابعة الفنية أثناء فترة الإنشاء والمتابعة الفنية والمالية أثناء فترة التشغيل للرصيف البحري وطبقاً للملاحق الفنية والمالية المرفقة وعلى وجه يكفل حسن سير العمل بالرصيف بانتظام واطراد خلال فترة الإنشاء والتشغيل وحتى تسليمه إلى الطرف الأول".

- تم إبرام عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام الـB.O.T بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٣٣٥) لسنة ٢٠٠١، نشر بالجريدة الرسمية، العدد١٤، في ٥ أبريل ٢٠٠١.

[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٣٩٦.

- ويرى د. هاني سري الدين أن هناك التزامات شائعة في العمل الدولي لا يكاد يخلو منها اتفاق تشغيل وصيانة ومن الأمثلة على هذه الالتزامات ما يلي: .....
- الحصول على التراخيص التي قد تتطلبها القوانين المحلية لاستعمال آلات أو أجهزة معينة.
- التعاقد مع الجهات الخاصة بتوصيل المياه والكهرباء والتليفون إلى موقع الأعمال.

[3] ومنها على سبيل المثال: المادة (٤-١) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع توليد القوى بسيدي كرير بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء، حيث تنص هذه المادة على أنه : "تلتزم الشركة بما يلي على حسابها الخاص:

- أن تقوم بنفسها أو عن طريق الغير بتقديم الطلبات (للجهات المعنية) الملائمة للحصول على (الموافقات) سواء طلبات مبدئية أو تجديد للطلبات وذلك بالشكل المطلوب مع الرسوم المقررة، كما تتابع بعناية كافة هذه الطلبات وتبذل كل جهد مناسب للاحتفاظ بسريان (الموافقات) متى تم الحصول عليها.
- أن ترسل جميع الإخطارات المطلوبة وتسمح بإجراء كافة المعاينات اللازمة طبقاً لجميع (الموافقات) التي حصلت عليها فيما يتعلق (بالمجمع) وأن تدفع كافة الرسوم المقررة فيما يتعلق بهذه (الموافقات) وينبغي أن تكون المعلومات المقدمة في الطلبات كاملة ودقيقة.

=

كما تلتزم شركة المشروع بإعداد ميزانية سنوية عن تشغيل المرفق توضح فيها جميع النفقات والعائدات، وأن عائدات المرفق تكفي لتغطية التشغيل وتسمح بمعدل العائد المتفق عليه بالعقد والملاحق المرفقة به[1،2].

وكما تلتزم شركة المشروع بتعيين العاملين المحليين أو الأجانب إذا اقتضى الأمر، الذين تتوافر لديهم المؤهلات والخبرات العلمية، والعملية لتشغيل المشروع وصيانته.

ويتعين على هؤلاء العاملين احترام كافة القوانين واللوائح والتعليمات المتعلقة بتشغيل المرفق وصيانته وكذلك الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه المساس أو الإضرار بالكفاءة الإنتاجية لتشغيل المرفق[3،4].

= - وتقدم الهيئة في الحدود المعقولة التي تطلبها (الشركة) المساعدة اللازمة للحصول على (الموافقات) وتتضمن على سبيل المثال لا الحصر تقديم خطاب تعزيز لأي من هذه الطلبات ".

- سبق الإشارة لعقد محطة كهرباء سيدي كرير، في ص ٣٩ من هذا البحث.

- ومنها أيضاً نص البند (١/٨) من عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام B.O.T للشركة المصرية الأسبانية للغاز (سيجاس).
"يلتزم الطرف الثاني بالحصول على جميع التراخيص والموافقات اللازمة من الجهات المعنية بالمشروع بجمهورية مصر العربية ".

- ومنها أيضاً نص البند الثامن من عقد التزام إنشاء وإعادة تسليم رصيف متخصص في تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة بنظام الـB.O.T لشركة ميدتاب " يلتزم الطرف الثاني الشركة بالحصول على جميع التراخيص والموافقات اللازمة للمشروع من الجهات المعنية الأخرى".

نشر عقد التزام إنشاء تسليم رصيف متخصص في تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة بنظام الـB.O.T ، بالوقائع المصرية، العدد ١٧٣ (تابع)، في ١٩٩٩/٨/٥.

[1] د. حسني عبد السميع، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

[2] منها على سبيل المثال المادة (٤-٢-ج) من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين " على الملتزم أن يخطر المالك في نهاية كل سنة ميلادية في موعد أقصاه ٣١ يناير من هذه السنة ببيان عن إيرادات المطار مصنفة إلى نوعيات وبيان عن نصيب المالك من تلك الإيرادات.
تلتزم شركة المشروع بالاحتفاظ بالدفاتر والسجلات المالية Financial records التي توضح كافة التفاصيل المتعلقة بعائدات المشروع، ونفقات تشغيله وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة بعقد الامتياز والملاحق المرفقة به".

- ومنها أيضاً نص المادة (٤/٢/د) من عقد التزام إنشاء وتشغيل مطار العلمين.
"د – يتعهد الملتزم بإنشاء وحدة حسابية للمالك بالمطار لمتابعة الأعمال المالية مع إمداده بكل البيانات والدفاتر اللازمة وتقديم كل التسهيلات الإدارية له مع قبول إجراء التفتيش المالي وإخطار إدارة المطار بملاحظاتها والعمل على تلافيها في مدة لا تزيد عن ٣٠ يوماً".

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٩١ وما بعدها.

[4] ويعتبر هؤلاء العاملين الذين تعينهم شركة المشروع لتشغيل المرفق وصيانته لا يكتسبون صفة الموظف العام بل تكون علاقتهم بشركة المشروع علاقة عمل عقدية تحكمها قواعد القانون الخاص، بحسبان أنه من المستقر عليه أنه يشترط لاعتبار الشخص موظفاً عاماً توافر ثلاثة شروط أساسية:
أولاً: أن يكون الموظف قائماً بعمل دائم الخدمة الدئمة: بمعنى أن ينقطع الموظف لخدمة الدولة، فلا تكون الاستعانة به عارضة وبالتالي يكون الموظف الدائم هو الذي ينقطع لخدمة الدولة بتعيينه في وظيفة دائمة والمناط بالدائمية هو بوصف الوظيفة الوارد في الميزانية.
ثانياً: أن يعمل الموظف في خدمة مرفق عام إداري أو اقتصادي يدار بطريقة الاستغلال المباشر أو في خدمة عامة، فإذا لم يكن الموظف في خدمة مصلحة عامة أو مرفق يدار بطريقة الاستغلال المباشر فلا يعد موظفاً عاماً ذلك أن الموظف العام تربطه بالحكومة أو الشخص العام علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح العامة ومركز الموظفين مركز قانون عام يجوز تغييره في أي وقت باعتبارهم عمال المرافق العامة وبهذه المثابة يجب أن يخضع نظامهم القانوني للتعديل والتغيير وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة.
ثالثاً: أن يعين الموظف في وظيفة من قبل السلطة التي تملك تعيينه قانوناً، أي من جانب السلطة العامة: الدولة أو الشخص العام.
- راجع د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، ص ٤٦.
- كذلك انظر: أ. أحمد العتيبي، المرجع السابق، ص ١٠١ وما بعدها.

ثانياً: التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق:

ويقصد بهذا الالتزام قيام شركة المشروع بإجراء الكشف الدوري على جميع الأصول المستخدمة في المرفق وإصلاح واستبدال الأجهزة والمعدات وقطع الغيار التالفة واتخاذ كافة الإجراءات الفنية من أجل المحافظة على المعدات والآلات ورفع كفاءة تشغيلها لتحقيق النتائج الموجودة من أجلها وذلك وفقاً للخطط أو الكشوف أو الجداول الزمنية الواردة بالعقد أو الملاحق المرفقة به[1،2].

وتكمن أهمية هذا الالتزام في أن شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة العقد بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، ومما لا شك فيه أن قدرة شركة المشروع على تنفيذ هذا الالتزام ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق – على النحو السالف بيانه – حتى يظل المرفق بحالة جيدة عقب انتهاء فترة الامتياز، لذلك ينبغي أن يحدد العقد أو الملاحق المرفقة به مدى سلطة الجهة الإدارية المتعاقدة في التأكد من قيام شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام على الوجه الأكمل[3].

ويمتد التزام شركة المشروع بالصيانة ليشمل الالتزام بتطوير الآلات والمعدات ونقل التكنولوجيا اللازمة لتطوير المرفق وزيادة كفاءة تشغيله، فهناك مشروعات تستلزم تطويراً دائماً للمعدات والآلات[4].

وتتضمن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكيةB.O.Tأو الملاحق المرفقة بها المعايير التي ينبغي لشركة المشروع الالتزام بها عند القيام بأعمال الصيانة[5].

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١٢٢.

[2] ومنها على سبيل المثال نص المادة (٣/ج/٥) من عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام (B.O.T) حيث نصت على أنه "يتحمل المستثمر كافة المصروفات الجارية واستبدال التالف من الأصول الثابتة خلال فترة الاستغلال بما يضمن استمرارية التشغيل بكفاءة".

- ومنها أيضاً نص البند (١/٧) من عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم رصيف بحري بترولي متخصص بميناء دمياط بنظام B.O.T للشركة المصرية الأسبانية للغاز (سيجاس).
" يلتزم الطرف الثاني بصيانة الرصيف المنشآت والمعدات اللازمة لتشغيله وجعله صالحاً للاستخدام طوال مدة الترخيص وطوال مدد تجديد ترخيص مجمع تسييل الغاز الطبيعي".
- ومنها أيضاً نص المادة (السادسة) عن عقد التزام إنشاء وإدارة طريق القطامية/ العين السخنة لجهاز مشروعات الخدمة الوطنية.
" يتحمل الطرف الثاني كافة المسئولية وكامل أعباء التمويل بالنسبة لكافة الأعمال المتصلة بتشغيل وإدارة وصيانة الطريق ومشروعات الخدمية طبقاً للمواصفات الفنية المعمول بها في هذا الشأن ودون أن يكون مطلوباً من الدولة (في أية مرحلة من المراحل) تدبير أية موارد مالية".

- وهو طريق مزدوج بطول ١٢٠ كم، وبتكلفة تقديرية (٤٧٠) مليون جنية، المشار إليه لدى م. محمد طلعت خطاب، المرجع السابق، ص٢١٣.

- ومنها أيضاً نص البند (السابع) من عقد التزام إنشاء وإعادة تسليم رصيف متخصص في تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة بنظام B.O.T لشركة ميدتاب.
"يلتزم الطرف الثاني بصيانة الرصيف وجعله صالحاً للاستخدام طوال مدة الترخيص".

[3] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص١٦١.

[4] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

[5] منها على سبيل المثال: نص الملحق (٢١-١)، من عقد الالتزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام (B.O.T) كتيبات الإيكاو التالية يجب الالتزام بها في تشغيل وصيانة المطار:

=

ويمكن القول بأن إخلال شركة المشروع بالالتزام الملقى على عاتقها بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق ومعداته ومتعلقاته وفقاً لمعايير النوعية المتفق عليها أو التأخير بغير عذر في القيام بأعمال الصيانة وفقاً للخطط والكشوف والجداول الزمنية المتفق عليها يعد خطأ عقدياً من جانب شركة المشروع في تنفيذ العقد[1].

ويجب النص في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T أو الملاحق المرفقة بها على إلزام شركة المشروع بالقيام بإجراء إصلاح واستبدال المعدات والأجهزة وقطع الغيار التي يصيبها عطل أثناء تشغيل المرفق[2]، كما ينبغي أن يحدد العقد أو الملاحق المرفقة به الفترة الزمنية التي يجب أن تقوم خلالها شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام.

ومن الممكن أن يتضمن العقد أو الملاحق المرفقة به جدولاً زمنياً لأعمال الصيانة وهو الأمر الذي يستوجب التزام شركة المشروع به فإذا لم يكن هناك جدول زمني، فيجب أن تتم أعمال الصيانة وفقاً لما جرى عليه العمل والعرف (الصيانة الدورية)[3].

ويمكن إثبات قيام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقها بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق بالنص في العقد أو الملاحق المرفقة به باشتراك مندوبين عن الجهة الإدارية المتعاقدة مع مندوبي شركة المشروع في تنفيذ أعمال الصيانة، وقد يكون هذا الإجراء وسيلة فعالة لتدريب مندوبي الجهة الإدارية المتعاقدة على إجراء الصيانة[4].

ويجب أن يتضمن العقد أو الملاحق المرفقة به إلزام شركة المشروع بتقديم تقرير عقب إنجاز الإصلاحات على أن يتضمن هذا التقرير وصفاً لأسباب العطل والعمل الذي

- ملحق الإيكاو رقم ١٤ المدجلدI (١).
- دليل الإيكاو لتخطيط المطار، الجزء ٨ (العمليات) والجزء ٩ (ممارسات الصيانة).
- دليل الإيكاو لخدمات المطار الوثيقة ٩١٣٧ الأجزاء ١-٩.
- دليل الإيكاو للمعلومات العامة والمقاييس، وثيقة الإيكاو ٩٢٤٩.
- كتيب الإيكاو للعلامات الدولية لتوفير الإرشاد للأشخاص في المطار، وثيقة الإيكاو ٩٤٣٠.
- كتيب إلياتا (IATA) المرجعي لتطوير المطار (ADRM)، مرجع إياتا رقم ٩٠٤٤.
- كتيب إلياتا لخدمات الشحن بالمطار، مرجع أياتا رقم ٩٠٩٩.
- كتيب سياسة ACI (مجلس المطارات العالمي).
- كتيب أمن الطيران ACI (مجلس المطارات العالمي).

• ومنها أيضاً وعلى سبيل المثال ما جاء في عقد معالجة مياه الصرف الصحي بالكويت في الفصل الثالث، الشروط الخاصة للعقد، في المادة (٣) في الفقرة (٣/١١) حيث نصت على أن " القيام بجميع أعمال الصيانة الجيدة والوقائية للخدمات ووفقاً لمعايير الحرفة وتعليمات مصنعي الأجهزة وكتيبات التشغيل والصيانة ".

- وأيضاً ما نصت عليه الفقرة (٧/١١) من المادة الثالثة من ذات العقد السابق على أن " الالتزام بصيانة موقع المشروع وفقاً للإجراءات المتبعة في محطات معالجة مياه الصرف الصحي الأخرى والتي لها نفس القدرة والتقنية".
- سبق الإشارة لعقد معالجة مياه الصرف الصحي، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[1] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص١٦٣.

[2] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٨٧.

[3] أ. عبد الله الكندري، المرجع السابق، ص١٥٣.

[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص٢٩٣.

أجرى والمواد المستخدمة في الإصلاحات على أن يكون التقرير مدعوماً بسجلات تثبت الوقت الذي استغرق فيه إجراء جميع الإصلاحات[1].

ويجب أن يتضمن العقد أو الملاحق المرفقة به إلزام شركة المشروع بتقديم تقارير عن كل عملية للصيانة فور إنجازها على أن تتضمن تلك التقارير وصفاً لأنشطة الصيانة التي أجريت، وكذلك يجب إلزام شركة المشروع بتقديم سجلات تثبت الوقت الذي استغرق فيه إجراء جميع أنشطة الصيانة[2].

ويمكن إثبات سلامة الإصلاحات التي قامت بها شركة المشروع عن طريق قيام لجنة مشتركة من الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع بفحص مشترك لتلك الإصلاحات أو عن طريق تشغيل المرفق بصورة ناجحة لإنجاز عملية الإصلاحات[3].

ثالثاً: الالتزام بالتعاون مع الجهات الإدارية المختلفة:

تلتزم شركة المشروع بالتعاون مع الجهات الإدارية المختلفة للعمل على تشغيل المرفق بانتظام واطراد ومن أجل أن يستمر المرفق في تقديم الخدمات التي يؤديها لجمهور المنتفعين بطريقة منتظمة وميسورة[4،5].

كما تلتزم أيضاً شركة المشروع بالسماح لممثلي الجهة الإدارية المتعاقدة بالدخول إلى المرفق بشكل دوري ومنتظم طبقاً للقواعد والإجراءات التي يتفق عليها بالعقد أو الملاحق المرفقة به لرقابة تشغيل المرفق، كما تلتزم شركة المشروع بأن تقدم لممثلي الجهة الإدارية كافة التقارير والمعلومات والمستندات والبيانات المتعلقة بتشغيل المرفق وبما يضمن استمرارية عمل وتشغيل المرفق بالكفاءة المطلوبة، وذلك بحسبان أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تتصل بمرافق عامة تؤدي خدمة عامة للأفراد، وهو الأمر الذي

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص٩٨.
[2] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص١٢٣ وما بعدها.
[3] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص٥١٩.
[4] أ. محمد أحمد غانم، المرجع السابق، ص١٦٨.
[5] منها على سبيل المثال:
- المادة (٣/ج/٤) من عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام B.O.T والتي نصت على أن "يتعهد الملتزم باستيفاء المتطلبات الأمنية ومتطلبات عمل الأجهزة الحكومية العاملة بالمطار وفقاً لما يتم الاتفاق عليه طبقاً لما هو معمول به في باقي مطارات الهيئة".
- ومنها أيضاً المادة (٣/ج/١٤) من عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام (B.O.T) والتي نصت على أن "يتولى المستثمر تحديد علاقات العمل وإجراءات التنسيق مع السلطات السيادية والأمن القومي وسلطات أمن الموانى والجوازات والجمارك والحجر الصحي وشرطة السياحة وشرطة الإنقاذ والإطفاء والأرصاد الجوية...".
- ومنها ايضاً (الملحق رقم (١) / ثالثاً/٦) المرفق بعقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار رأس سدر (B.O.T) والذي نص على أن "يلتزم المستثمر باستيفاء متطلبات سلطات أمن الموانى (بوزارة الداخلية) ومنها تجهيزات الإطفاء وأجهزة التفتيش والحراسة والأسوار وكذلك متطلبات الأمن القومي والجمارك والحجر الصحي والزراعي والبيطري وذلك بالتنسيق المباشر معهم طبقاً لما هو معمول به بمطارات ا لهيئة ولما تنص عليه منظمة الطيران المدني".
- سبق الإشارة لعقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـB.O.T ، في ص ٣٧ من هذا البحث.

يستوجب تدخل الجهة الإدارية المتعاقدة من أجل الرقابة والإشراف على تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها أثناء مرحلة تشغيل المرفق[١].

الفرع الثاني

الالتزام بمبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام.

يعتبر مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة من المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، ويقصد بهذا المبدأ توحيد المعاملة بين المنتفعين من المرفق العام متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون لتلقي الخدمة من المرفق العام، بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر له بين المنتفعين من المرفق العام[٢].

كما أن مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة من المبادئ الراسخة ضمن المواثيق الدولية، وخاصة فيما يتعلق بحقوق الإنسان، وقد تأكد هذا من خلال المادة الثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام ١٩٤٨، والتي نصت على أن "لكل إنسان حق التمتع بجميع الحقوق والحريات المذكورة في هذا الإعلان دون تمييز من أي نوع، ولاسيما بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي، سياسياً أو غير سياسي، أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر"[٣].

وإذا ما عرجنا على بعض الدساتير الأجنبية، سوف نجد أنها تؤكد على أن مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة مبدأ دستوري تحرص على النص عليه، ومن ذلك ما تنص عليه المادة الأولى من الدستور الفرنسي الصادر في (٤) أكتوبر ١٩٥٨ على أن "المساواة بين جميع المواطنين دون تمييز بسبب الأصل أو الجنس أو الدين "[٤].

وهو أيضاً ما تؤكده المادة الثالثة من الدستور الإيطالي الصادر في ١٩٤٧/١٢/٢٢[٥].

وبالرجوع إلى الدساتير العربية نجدها تحرص عادة على النص فيها على مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، كمبدأ دستوري، ومن ذلك ما تنص عليه المادة (٤٠) من الدستور المصري الصادر في ١٩٧١ على أن " المواطنون لدى القانون سواء، وهم

---

[١] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٣٨٨.

[٢] د. جار الله المري، المرجع السابق، ص٧٤.

[٣] د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص٢٥٦.

[٤] د. حسني عبد السميع، المرجع السابق، ص٢١٤.

[٥] وأيضاً ما تؤكده المادة (٣) من الدستور الألماني الصادر في ١٩٤٩/٥/٢٣، على مبدأ المساواة بين المنتفعين لخدمات المرافق العامة، أنظر د. مال الله جعفر، المرجع السابق، ص٢٦٠.

متساوون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"[١].

وكما أكد الدستور الكويتي على مبدأ المساواة بين المنتفعين لخدمات المرافق العامة، حيث نص عليه في المادة (٢٩) منه على أن " الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، وهم متساوون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين"[٢].

وكما أكد دستور مملكة البحرين على ذات المبدأ السابق، حيث نص عليه في المادة (١٨) منه على أن " الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة"[٣].

وكما أكد أيضاً الدستور القطري على ذات المبدأ لسابق، حيث نصت المادة (٣٤) منه على أن" المواطنون متساوون في الحقوق والواجبات العامة"، وأيضاً ما نصت عليه المادة (٣٥) من الدستور القطري على أن " الناس متساوون أمام القانون، لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس، أو الأصل، أو اللغة، أو الدين"[٤].

وكما أكد أيضاً الدستور اللبناني على مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، حيث نصت المادة (٧) منه على أن " كل اللبنانيين سواء لدى القانون، وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويتحملون الفرائض والواجبات العامة دون ما فـــرق بينهم"[٥].

ومبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، يجد أساسه أيضاً من طبيعة وجود المرفق العام، حيث إنه يستهدف إشباع حاجة عامة جماعية يحس بها مجموع الأفراد، ولا يستطيع النشاط الفردي إشباعها، فالمرفق العام لا يهدف إذن إلا للصالح العام، أعني بذلك مصلحة الجميع بغير استثناء، فهو لم يوجد إلا ليشبع للجميع حاجة من الحاجات الهامةلكل بحسب حاجته، وبصرف النظر عن شخصيته أو أصله أو رأيه أو ما يعتنقه من مذاهب سياسية أو دينية أو فلسفية[٦].

---

[١] د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص١١٥ وما بعدها.
[٢] دستور دولة الكويت الصادر في (١١) نوفمبر ١٩٦١ وعمل به في ١٩٦٣/١/٢٩، انظر د. عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، مطبعة جامعة الكويت، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، ١٩٩٤، ص٣٨٥.
[٣] دستور مملكة البحرين المعدّل في ٢٠٠٢/٢/١٤، انظر المرجع التشريعي لمجلس الشورى البحريني، الفصل التشريعي الرابع، ٢٠١٤-٢٠١٨، ص٤٤.
[٤] دستور دولة قطر الصادر في ٢٠٠٤/٦/٨، انظر أ. وائل أنور بندق، موسوعة الدساتير والأنظمة السياسية العربية، المجلد الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٣٤.
[٥] دستور الجمهورية اللبنانية الصادر في ١٩٢٦/٥/٢٢، انظر د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص٢٦٤.
[٦] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص١٥٦.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا المصرية بأن " المقصود بالمساواة التي نصت عليها المادة (٤٠) من الدستور هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية"[١].

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن " طبيعة الخدمة المرفقية أن تكون ميسرة للجميع مهيأة للكافة طبقاً للشروط التي يرسمها القانون وأنه يتعين المساواة في المعاملة بين المواطنين إزاء الانتفاع بالمرافق العامة ممن يتساوون في الأحوال والظروف من الانتفاع بتلك الخدمة"[٢].

هذا وقد ورد تطبيق لقاعدة المساواة في المعاملة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة في القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة (٤٠) منه حيث نصت على أن" على شركة المشروع الالتزام بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين من الخدمات التي يتيحها المشروع، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة.

وللشركة بعد موافقة السلطة المختصة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين الذين تتساوى مراكزهم القانونية، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً، وبشرط المساواة بين أشخاص كل فئة.

---

[١] انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (١١٤) لسنة (٥) قضائية، جلسة ١٩٨٥/٤/٦، منشور بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا من يناير ١٩٨٤ حتى ديسمبر ١٩٨٦، الجزء الثالث، القاعدة (٢٧)، ص١٧٦. وكما أكدت ذات المحكمة في حكم آخر لها على "أن مبدأ المساواة أمام القانون، الذي رددته الدساتير المصرية جميعها، بدءاً بدستور ١٩٢٣، وانتهاء بالدستور القائم، يستهدف حماية حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها، وهو بذلك يعد وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال إعمالها إلى الحقوق التي يقررها القانون العادي ويكون مصدراً لها، ومن ثم فلا يجوز للقانون أن يقيم تمييزاً غير مبرر تتنافر به المراكز القانونية التي تتماثل في عناصرها"، انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (٨١) لسنة (٢٥) قضائية، الصادر بجلسة ٢٠٠٥/٢/١٣، منشور لدى المحامي. هلال يوسف إبراهيم، الموسوعة الكاملة في أحكام المحكمة الدستورية العليا (مصر)، الجزء السادس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٥٦٩.

- راجع أيضاً حكم آخر لذات المحكمة في القضية رقم (٥) لسنة (٢٢) قضائية حيث جاء فيه " وحيث إن مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون رددته الدساتير المصرية جميعها، بحسبانه ركيزة أساسية للحقوق والحريات على اختلافها، وأساساً للعدل والسلام الاجتماعي، غايته صون الحقوق والحريات في مواجهة صور التمييز التي تنال منها، أو تقيد ممارستها، وباعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة للحقوق جميعها، إلا أن مجال إعماله لا يقتصر على ما كلفه الدستور من حريات وحقوق وواجبات، بل يمتد – فوق ذلك – إلى تلك التي يقررها التشريع – وإذا كانت صور التمييز المجافية للدستور يتعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق والحريات التي كلفها الدستور أو القانون، سواء بإنكار أصل وجودها أو تعطيل أو انتقاص آثارها، بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً للانتفاع بها.
وحيث إن من المقرر في قضاء هذه المحكمة، أن مناط دستورية أي تنظيم تشريعي ألا تنفصل نصوصه أو تتخلف عن أهدافها، ومن ثم، فإذا قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين، وتساووا بالتالي في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي أن تنظمهم، ولازم ذلك، أن المشرع عليه أن يتدخل دوماً بأدواته لتحقيق المساواة بين ذوي المراكز القانونية المتماثلة، أو لمداركة ما فاته في هذا الشأن".
- كذلك انظر حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في القضية رقم (٥) لسنة) (٢٢) قضائية، الصادر بجلسة ٢٠٠١/٨/٤، منشور بمجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، من أول يوليو حتى آخر أغسطس ٢٠٠١، الجزء التاسع، القاعدة (٤٠)، ص ١٣١٣.

[٢] الطعن رقم (٤٣٨٨) لسنة (٤٣) ق. عليا ، جلسة ٢٠٠١/٦/٢٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة السادسة والأربعون، الجزء الثالث، القاعدة ٢٧١، ص ٢٣٠٧.

وتكون شركة المشروع مسئولة عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة أحكام هذه المادة".

هذا وقد ورد تطبيق لقاعدة المساواة في المعاملة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة في التشريع المصري حيث نصت المادة (٦٧٠) من القانون المدني على أنه

"١. إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور.

٢. ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور والإعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.

٣. وكل تمييز يمنح على خلال ما تقضي به الفقرة السابقة، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التغيير من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة".

ومن الجدير بالذكر أن العميد الطماوي يرى في مقام التعليق على هذه المادة بأنه إذا كان نص المادة السابقة قد تحدث عن الالتزام الذي يتضمن احتكاراً فعلياً أو قانونياً، وهي الحالة الغالبة في عقود الالتزام، فإن المسلم به وفقاً لقواعد القانون الإداري أن قاعدة المساواة تشمل جميع أنواع المرافق العامة، وبصرف النظر عن طبيعة المرفق، بل حاولت جهة الإدارة أن تستثني من القاعدة السابقة المرافق الاقتصادية والتجارية، بحجة أن هذا النوع من المرافق يدار وفقاً لظروف القانون الخاص، والمشروعات الخاصة لا تخضع لقاعدة التسوية بين العملاء، ولكن مجلس الدولة رفض وجهة النظر السابقة رفضاً باتاً[١].

ولا يقصد بالمساواة في هذا المقام المساواة الحسابية أو المطلقة، وإنما المقصود بها توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف، وعلى ذلك يجوز التمييز في المعاملة إذا اختلفت الظروف، وبمعنى آخر فإن مفهوم مبدأ المساواة بين المنتفعين يرتكز أساساً على الحيلولة بين الملتزم وخلق امتيازات خاصة لبعض المنتفعين لا تستند إلى أساس معقول[٢].

---

[١] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٦٠٦.

[٢] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٦٠٧.

- وتطبيقاً لهذا الفهم قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية اختلاف الرسم باختلاف المكان الذي تؤدي فيه الخدمة بمعنى أنه يجوز تغيير الرسم وفقاً لبعد المكان الذي تؤدي فيه الخدمة، في حين رفض التمييز الذي يستند إلى الاعتبارات التالية:

١. "تغيير سعر الكهرباء وفقاً لمساحة أملاك المنتفع"، حكم المجلس في أول يوليو ١٩٣٦ في قضية " Veyre" مجموعة سيري سنة ١٩٣٧، القسم الثالث، ص ١٠٥.

٢. " تغيير سعر توريد المياه وفقاً لمدى مقدرة الفنادق والمطاعم والمقاهي على الوفاء"، حكم المجلس بتاريخ ١٠ فبراير ١٩٢٨ في قضية " Chambresyndcale des praprietatiresmarasellais "، المجموعة ص٢٢٢.

=

ونظراً لتعلق عقود الـــB.O.T بمرافق عامة تؤدي خدمات للجمهور مثل المطارات أو الموانى أو محطات توليد الطاقة الكهربائية أو الطرق السريعة، ومن ثم يتعين على شركة المشروع توحيد المعاملة بين المنتفعين من المرفق العام متى تماثلت ظروفهم وتوافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون لتلقي الخدمة من المرفق العام، بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر له بين المنتفعين من المرفق العام[1].

وفي هذا المجال أوصت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) بأنه يتعين على شركة المشروع إتاحة الخدمة بموجب ذات الشروط إلى جميع العملاء أو المستخدمين الذين ينخرطون في فئة واحدة، وهذا لا يتناقض مع التمييز الذي يرتد إلى تقسيمات مقبولة وموضوعية، فهذا التمييز يكون مقبولاً في ظل هذه الأنظمة القانونية، طالما أن الخدمة المعنية تحجب عن العملاء والمستخدمين الذين تنطبق عليهم أوصاف معينة عامة ومجردة، أي أن الفئات المحرومة تخضع لظروف واحدة متشابهة ويتحددون بأوصافهم ولا يتحددون بذواتهم، وعلى ذلك يعد مخالفة لمبدأ المساواة في المعاملة بين المنتفعين فرض أسعار مختلفة أو عرض شروط وصول مختلفة إلى الخدمة المعنية لفئات مختلفة من المستخدمين، ومن ثم فإن التفرقة المقبولة والمتسقة مع مبدأ المعاملة المنصفة ينبغي أن تستند إلى معيار موضوعي (objective criteria) مصحوب بفروق واقعية (actual differences) في مواقف المستهلكين أو في الشروط التي بموجبها تقدم الخدمة إليهم، بل إنه عندما توجد فروق واقعية أو موضوعية بين العملاء أو المستخدمين فإن التفرقة في المعاملة من حيث الفروض المقررة مقابل الخدمة أو الشروط التي بها يتم الحصول على الخدمة، ينبغي أن تكون هذه التفرقة متناسبة مع درجة الاختلافات الموضوعية بين العملاء التي تقررت التفرقة بناء عليها، وإلا كانت تفرقة غير قانونية توجب تدخل الجهة التنظيمية المعنية[2].

وبالإضافة إلى التفرقة في المعاملة التي قد تقررها شركة المشروع، توجد أحياناً تفرقة في المعاملة مفروضة بموجب تشريعات تقتضي تقديم خدمات معينة بشروط أكثر تفضيلاً (favourable terms) إلى فئات معينة أو لها خصوصية معينة، ومن ذلك تقرير تكلفة أقل

= ٣. "تحديد سعر البيع بما يقيم تفرقة بين المصانع التي أنشئت قبل تاريخ معين وبعده"، حكم المجلس بتاريخ أول أبريل سنة ١٩٣٨ في قضية " L alcool denature"، منشور بمجلة القانون العام، سنة ١٩٣٩، ص ٤٨٧،الأحكام سالفة الذكر مشار إليها لدى د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص٦٠٧.

[1] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص٢٦٤ وما بعدها.

[2] UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page 130, para 88 "differentiation based on a reasonable and objective classification of customers and users is accepted in those legal systems as long as like contemporaneous service is rendered to consumer and users engaged in like operations under like circumstances".

- وقد قامت لجنة اليونسيترال بوضع حكم تشريعي نموذجي يتعلق بهذه المبادئ، ويوجب هذا الحكم تضمين عقد الامتياز التزامات من شأنها وفاء الملتزم أو تحقيقه لهذه المبادئ.

لنقل أفراد المدارس أو كبار السن، أو خفض تعريفات المياه والكهرباء لمحدودي الدخل وسكان المناطق الريفية، ومقدمي الخدمات العامة يمكن لهم أن يستردوا أعباء هذه الخدمات بطرق شتى منها الإعانات الحكومية أو الصناديق أو الآليات الرسمية الأخرى المنشئة خصيصاً للمشاركة في العبء المالي لهذه الالتزامات بين سائر مقدمي الخدمة العامة، أو من خلال الدعم أو الإعانات التقاطعية الداخلية subsidies – internal cross – من الخدمات الأكثر ربحية التي يقدمها الملتزم[1].

الفرع الثالث

الالتزام بمبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير.

يعد مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل ثالث المبادئ الضابطة لسير المرافق العامة ويقصد به "أن للسلطة العامة، أن تتدخل في أي وقت، لتعدل من قواعد سير المرافق العامة دون أن يؤثر في استعمالها لهذا الحق اعتبار غير مراعاة المصلحة العامة"[2].

ومبدأ قابلية المرفق للتعديل والتغيير تشمل جميع أنواع المرافق العامة أياً كانت وسيلة إدارتها، ولاسيما المرافق التي تدار بطريق الامتياز فهذه المرافق ولو أن إدارتها عمل في يد الملتزم – فرد ا كان أو شركة – فإن للإدارة، بل عليها، أن تخضعها لإشرافها لتحقيق مصلحة الجمهور، ولها إذا ما رأت أن النظام المتفق عليه في وثيقة الالتزام لم يعد يتمشى مع مصلحة الجمهور، أن تتدخل لتجبر الملتزم على أن يعدل من طريقة الإدارة، ولو كان في ذلك زيادة في أعبائه بشرط مراعاة قاعدة التوازن المالي للعقد[3].

وحق جهة الإدارة في هذا الشأن لا يقيده إلا مراعاة المصلحة العامة، ذلك القيد العام الذي يهيمن على كل تصرفاتها، والتي تصبح تصرفاتها تعسفية ومشوبة بعيب الانحراف فيما لو تركته إلى سواه[4].

---

[1] UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page 130. "In addition to differentiation established by the concessionaire itself, different treatment of certain users or customers may be the result of legislative action. In many countries, the law requires that specific services must be provided at particicularlyfavourable terms to certain categories of users and customers, such as discounted transport for schoolchildren or senior citizens, or reduced water or electricity rates for lower-income or rural users. Public service providers may recoup these service burdens or costs in several ways, including through government subsidies, through funds or other official mechanisms created to share the financial burden of these obligations among all public service providers or through internal cross-subsidies from more profitable services".

[2] د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٨٢.

[3] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٦٧ وما بعدها.

[4] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ١٤٩.

وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه "من المسلم قانوناً أن للجهة الإدارية سلطة وضع الأنظمة التي تراها ملائمة لسير المرافق العامة والخدمات العامة التي تتولاها سيراً منتظماً ومنتجاً، وكذلك لها تعديل هذه الأنظمة بما تراه متفقاً مع الصالح العام، دون أن يكون لأحد من الناس الإدعاء بقيام حق مكتسب في استمرار نظام معين"[١].

وهذا المبدأ تبرره أيضاً طبيعة المرفق العام، فالمرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة جماعية، الأمر الذي يبرره ضرورة تطور هذا المرفق والوسائل والأساليب التي يتم بها تحقيق هدف المرفق[٢].

وفي الحقيقة وإن كان يصعب تطبيق هذا المبدأ في الالتزامات التي تنشأ بمقتضى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T فالتعديل والتطوير الذي يمكن أن يرد على العقد إنما يتم الاتفاق عليه في العقد، وذلك ناتج عن خصوصية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T والذي تقوم فيه شركة المشروع بإنشاء المشروع وتشغيله مدة الالتزام، ومن ثم فإن التعديل والتطوير الذي يكون ضرورياً على المرفق العام إنما يكون باتفاق الطرفين، كما أنه يجب الأخذ في الاعتبار مصالح شركة المشروع وتمكينها من استرداد ما أنفقته وتحقيق الربح الذي تنشده، ولذا يجب أن يترتب على استخدام جهة الإدارة لهذه السلطة ضرورة تعويض شركة المشروع تعويضاً يساوي قيمة هذا التعديل[٣].

وهذا ما أكده القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي في البند رقم (٧) من المادة (٣٥) على حق الجهة العامة المتعاقدة بتعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع مقابل تعويض شركة المشروع تعويضاً عادلاً عن هذا التعديل[٤].

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر في ١٠ يناير ١٩٥٦، السنة العاشرة، ص ١٣٨، المشار إليه لدى د. ثروت بدوي، القانون الإداري ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٢٧.

[٢] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٥٨.

[٣] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

[٤] نصت المادة (٣٥) من قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي على أن "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي:

١- طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداءها وشروط تنفيذها.
٢- ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.
٣- مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.
٤- الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.
٥- سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدها، وأسس وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض.
٦- وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.
٧- تنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل.

=

ومما لا شك فيه أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تتصل بمرافق عامة تؤدي خدمة عامة للأفراد، ولذا تلزم بعض الأنظمة القانونية شركة المشروع بأن يتيح نظام الخدمة الملائم بشكل معقول لمواجهة طلب المجتمع، وهذا الالتزام غالباً ما لا يرتبط فقط بحالة الطلب وقت منح الالتزام، بل إنه يرتبط بنمو الطلب النابع من النمو التدريجي للمجتمع، وتكون شركة المشروع بالتالي ملزمة بأن توسع من نطاق خدماتها بحيث تستوعب الزيادة في الطلب بما يحفظ الأمن في المعاملات المتعلقة بالخدمة التي يوفرها، ولكن هذا الالتزام بالتوسع في نطاق تقديم الخدمة يجد حده عند معقولية الزيادة في الطلب على الخدمة، أما إذا كانت الزيادة غير عادية فلا يمتد إليها بالتالي الالتزام بالتوسع، وفي بعض النظم القانونية فإن هذا الالتزام تكون له ذات طبيعة الواجب العام الذي يمكن المطالبة به من أي مقيم في المجتمع أو الإقليم المعني، وفي أنظمة أخرى فإن هذا الواجب أو الالتزام يكون له طبيعة تشريعية أو تعاقدية، ويمكن تفعيله أو الإلزام بتنفيذه من قبل الجهة الإدارية أو من قبل أي جهة أو وكالة تنظيمية أخرى تكون صاحبة اختصاص في ذلك[1].

والحقيقة أن الالتزام بالتوسع في نطاق تقديم الخدمة أو السلعة التي يقوم عليها المرفق لا يكون التزاماً مجرداً أو غير موصوف (Unqualified)، بل يخضع لعديد من العوامل، ومن هذه العوامل مدى الحاجة إلى التوسع وتكلفته والعائد الذي قد يترتب عليه، والمركز المالي لشركة المشروع وما إذا كان سيسمح لها بإجراء التوسعات المطلوبة أم لا، والمصلحة العامة في إجراء هذا التوسع، ونطاق الالتزامات التي تتحملها شركة المشروع في هذا الصدد بموجب العقد، وفي بعض الأنظمة القانونية قد تتحمل شركة المشروع التزاماً بتوسيع أو مد خدمات مرافقة حتى ولو لم تكن هذه التوسعات مربحة بشكل مباشر (immediately profitable)، أو إذ ترتب عليها أن صارت بعض المناطق التي يغطيها الالتزام غير مربحة، غير أنه ينبغي ملاحظة أن هذا الالتزام يخضع لحدود أو قيود معينة، فينبغي أن لا يشكل تنفيذ هذا الالتزام عبئاً

= ٨- أنواع ومبالغ التأمين على المشروع، ومخاطر تشغيله أو استغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة العامة وأحكام وإجراءات استردادها.
٩- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.
١٠- مدة العقد ومدة الاستثمار ومدة البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.
١١- حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة والحالات التي يحق فيها للجهة العامة الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المرتبة على استخدام هذا الحق.
١٢- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار.
١٣- حالات السماح لذات الشركة المتعاقدة بتنفيذ عقود شراكة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا.
١٤- اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين.
١٥- يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين.
١٦- وتبين اللائحة التنفيذية الأمور الأخرى التي يتضمنها عقد الشراكة ".

[1] UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects- New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page 129.

غير معقول (An Unreasonable Burden) على عاتق شركة المشروع، واعتماداً على الظروف الخاصة للمرفق، فإن تكلفة تنفيذ التوسعات في نطاق خدمات المرافق يمكن تعويضها من خلال زيادة التعريفات المقررة أو بفرض رسوم غير عادية (Extraordinary charges)، كما أن تكاليف التوسعات يمكن تعويضها كلياً أو جزئياً عن طريق الجهة الإدارية، وذلك من خلال الإعانات والمنح، وبالنظر إلى تعدد وتنوع العناصر التي ينبغي أخذها في الاعتبار عند تقييم أو تقدير معقولية (Reasonableness) أي توسع معين، فإن العقد يجب أن يحدد الظروف التي بموجبها يكون الملتزم مطالباً بأن يتم التوسعات (Extensions) في نطاق خدمات مرافقه، كما يجب أن ينص على الطرق الملائمة (The appropriate methods) لتمويل تكلفة أي من هذه التوسعات[1].

وبناء على ما سبق نخلص إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تتصل بمرافق عامة تؤدي خدمة للأفراد لتحقيق المنفعة العامة التي أنشئت من أجلها على الوجه الأكمل، فيجب أن يكون المرفق قابلاً للتغيير والتعديل ومن ثم يقع على عاتق شركة المشروع أن تكفل مسايرتها للتطور، فالمرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة جماعية، الأمر الذي يبرر ضرورة تطور هذا المرفق والوسائل والأساليب التي يتم بها تحقيق هدف المرفق بما يتلاءم مع هذه الظروف الجديدة.

---

[1] UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects - New York- 2001, United Nations publication, sales no. E.01.V.4, page 129. "in some legal systems, this obligation is not absolute and unqualified. The – concessionaire's duty to extend its service facilities may indeed depend upon various factors, such as the need and cost of the extension and the revenue that may be expected as a result of the extension; the concessionaire's financial situation; the public interest in effecting such an extension; and the scope of the obligations assumed by the concessionaire in that regard under the project agreement. In some legal systems, the concessionaire may be under an obligation to extend its service facilities even if the particular extension is not immediately profitable or even if, as a result of the extensions begin carried out, the concessionaire's territory might eventually include unprofitable areas. That obligation is nevertheless subject to some limits, since the concessionaire is not required to carry out extensions that place an unreasonable burden on it or its customers. Depending on the particular circumstances, the cost of carrying out extensions of service facilities may be absorbed by the concessionaire, passed on to the customers or end users in the form of tariff increases or extraordinary charges or absorbed in whole or in part by the contracting authority or other public authority by means of subsidies or grants. Given the variety of factors that may need to be taken into account in order to assess the reasonableness of any particular extension, the project agreement should define the circumstances under which the concessionaire may be required to carry out extension in its service facilities and the appropriate methods for financing the cost of any such extension".

الفصل الثاني

التزام شركة المشروع بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـــB.O.T.

المبحث الأول: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة في عقد الـــB.O.T.

المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم المشروع.
المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة.

المبحث الثاني: انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المطلب الأول: الانتهاء الطبيعي لعقد الـــB.O.T.
المطلب الثاني: الانتهاء غير الطبيعي لعقد الـــB.O.T.

الفصل الثاني

التزام شركة المشروع بإعادة المشروع للدولة عند انتهاء عقد الـــB.O.T.

تمهيد وتقسيم:

عند حلول نهاية المدة المحددة لانقضاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــــB.O.T يتعين على شركة المشروع الوفاء بالتزاماتها بإعادته إلى الدولة صالحاً للتشغيل وعلى نفـــس مستوى الأداء والجودة التي استمر تشغيله عليها طوال مدة تنفيذ العقد وأداء خدماته، كمـــا أن للجهة الإدارية المتعاقدة الحق في التحقق من أن المشروع الذي سينتقل إليهـــا بحالـــة جيـــدة وصالح للتشغيل فهذا أحد بنود التعاقد الأساسية في عقود البنـــاء والتشـــغيل ونقـــل الملكيـــة الـــB.O.T.

وسوف أتناول هذا الالتزام بالبحث من جانبين نلقي الضوء في أحدهما على التـــزام شـــركة المشروع بإعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بحالة جيدة، وكمـــا أن هـــذا الالتـــزام الملقـــى على عاتق شركة المشروع لا يحل إلا عند انتهاء عقد الـــB.O.T، فوجدت لزامـــاً علـــي أن أتطـــرق من جانب آخر لانتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T، وعلى ذلك ســـوف أقســـم هـــذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:-

المبحث الأول: التزام شركة المشروع بإعادة المشروع إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة فـــي عقد الـــB.O.T.

المبحث الثاني: انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الأول

التزام شركة المشروع بإعادة المشروع إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة في عقد الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم:

يعد هذا الالتزام هو أحد الالتزامات الأساسية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، حيث إن شركة المشروع ملزمة في نهاية مدة التعاقد بإعادة المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة معها، على أن يكون المرفق بحالة جيدة وصالح للتشغيل، والأصل أن المشروع ينتقل ملكيته من الملتزم أو شركة المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة دون مقابل وخالياً من أي رهون أو حقوق للغير، إلا إذا كان العقد ينص على غير ذلك فيجب تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

ولذلك سوف أقسم هذا المبحث إلى مطلبين نلقي الضوء في أحدهما على مضمون الالتزام بإعادة تسليم المشروع للجهة الإدارية المتعاقدة، ونتولى في الآخر بيان أهم الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة، وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول: مضمون الالتزام بتسليم المشروع.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة.

المطلب الأول

مضمون الالتزام بتسليم المشروع.

تمنح الدولة أو الحكومة الامتياز بإقامة وتشغيل مشروعات البنية التحتية لزمن محدد مهما طال أمده، وبحيث يتعين على شركة المشروع إعادة تسليم المرفق بحالة جيدة وصالحة عند نهاية فترة التعاقد أو عند الإنهاء المبتسر للعقد إذا ما توافرت إحدى حالاته، على أن يتم ذلك بدون مقابل مهما بلغت قيمة وتكاليف المباني والمنشآت التي أقامتها شركة المشروع وذلك كأصل عام[1].

ولا شك في أن هذا الالتزام يعد أهم التزامات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بصفة عامة، والتزامات شركة المشروع بصفة خاصة حيث يؤدي تحقيق هذا الالتزام إلى استرداد الدولة المضيفة للمشروع أو المرفق لكي تتولى هي إدارته بنفسها وتشغيله بدلاً من شركة

[1] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٧٥.

المشروع أو تقوم بمنح التزام جديد لمستثمر آخر بشروط جديدة أفضل تحقق لهـا عوائـد أو مزايا أكثر، أو تقوم بتجديد عقد الملتزم الأول لمدة جديدة بنفس الشروط أو بشروط جديدة فهي بالخيار بين تلك الاحتمالات الثلاثة[1].

ويشمل الالتزام بتسليم المشروع أو نقل ملكيته للدولة نقل جميع ما يكون لشـركة المشـروع من حقوق الملكية على الأصول الخاصة بالمشروع بما في ذلك الأجهزة والمعـدات وقطـع الغيـار والآلات والتجهيزات والأثاث والمكاتب والسيارات المستخدمة في تشغيل المشـروع[2]. كمـا يـرتبط بهذا الالتزام، قيام شركة المشروع بالتبعية بتسليم الجهة الإدارية المتعاقـدة معهـا كافـة المسـتندات والوثائق اللازمة لتشغيل المشروع، فضلاً عن تسليم جهة الإدارة الرسوم والتصـميمات والسـجلات والمعلومات الخاصة بتشغيل المشروع وحسن إدارته، وبصفة عامـة فإنـه يتعـين عليهـا التعـاون والتوقيع على كافة المستندات اللازمة لإتمام عملية نقل الملكية[3].

ويستفاد من المضمون السابق أن الالتزام بإعادة المشروع إلى الدولة هو التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي لا يغني عنه زعم شركة المشروع بأنها بذلت العناية اللازمة لتسليم المشروع وإنما يجب أن تقوم بالفعل بتسليم المشروع إلى الدولـة، وعلـى الأخيـرة أن تقـوم بتسـلم المشروع، والغالب أن يتم الاتفاق على كيفية التسليم والتسلم والحالة التي ينبغي أن يكون عليها المشروع عند تسليمه من حيث طاقته وكفاءته الإنتاجية والعمر الافتراضي البـاقي لمعداتـه وتجهيزاته، هذا ويمكن أن يتفق الطرفان على تحديد مكتب خبرة لإعداد تقرير عـن الحالـة الفنية للمشروع والمدى الزمني اللازم لتنفيذ شركة المشروع لالتزامها بالتسليم خلاله[4].

وفي هذه الحالة يظل مبدأ حسن النية هو المهيمن على تنفيذ الالتزامات القانونية التي تحكم عملية إعادة المشروع إلى الدولة، وبالترتيب على ذلك تلتزم شركة المشروع بـإجراء الصيانة الدورية المقررة للمعدات والآلات حتى يوم التسليم، وعليها أن تستبدل قطـع الغيـار التي انتهت مدة صلاحيتها، وألا تتعمد جعل المشروع يؤدي أعماله بصورة ظاهرية، وبحيث لا يلبث أن يقف أو ينهار عقب تسليمه بفترة قصيرة، ولذلك ينص – في الغالب – على فترة ضمان لسير عملية التشغيل، أو ينص على فترة اختبار يتم خلالها اختبار تشـغيل المعـدات وتقييم صلاحيتها[5]. كما وينص أيضاً في تلك العقود على إعداد الكوادر الفنية اللازمة لتشغيل المشروع بعد تسليمه، وفي هذا الصدد فإنه ينبغي على شركة المشروع أن تسمح لمن ترشحهم

---

[1] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٢٨٧ وما بعدها.

[2] د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

[3] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٦١.

[4] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٣٠.
- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٠٢ وما بعدها.

[5] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٥٥ وما بعدها.

الحكومة بالتدريب وفقاً للقواعد المتفق عليها، وخاصة عندما يتم اشتراط تدريب العمالة الوطنية، أو اشتراط تعيين نسبة معينة منهم في المشروع أثناء تشغيله[1].

ومما هو جدير بالذكر في هذا المقام أن تحديد طبيعة الالتزام بالتسليم يحظى بأهمية قانونية كبيرة، بسبب ما يترتب عليها من آثار قانونية، ذلك أن الالتزام بالتسليم وإعادة المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة، ربما يوحي بأن المشروع كان بمثابة عهدة أو أمانة لدى شركة المشروع أثناء تنفيذ العقد، وبالتالي يجب إرجاعها وردها إلى صاحبها عند حلول أجل ردها وهو نهاية مدة العقد، وأما إذا نظرنا إلى أن الالتزام بالتسليم هو التزام بنقل ملكية المشروع إلى الدولة فإنه يعني أن الملكية كانت ثابتة للملتزم طوال فترة سريان العقد ثم انتقلت الملكية في نهايته إلى الدولة[2].

الأمر الذي يثير مسألة مدى جواز التصرف في تلك الملكية ومصير الحقوق التي يمكن ان يرتبها المالك على شركة المشروع، وهل تلتزم الدولة بالتصرفات والحقوق العينية التي يرتبها الملتزم على المشروع، وفي الواقع أن الاختلاف في الرأي على النحو السابق يرجع إلى تباين الرأي في تحديد معنى كلمة TRANSFER والتي يتكون منها مصطلح الـB.O.T الذي هو اختصار لكلمات BUILD (تشييد) و OPERATE (تشغيل) و TRANSFER والتي تعني عند البعض تحويل أو تسليم أو إعادة المشروع[3]. بينما تعني عند البعض الآخر نقل ملكية[4].

ولهذا فقد انقسم الرأي في الفقه بشأن تحديد طبيعة حق شركة المشروع على المنشآت والتجهيزات والمعدات أثناء سريان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بمعنى هل هو حق ملكية ولو كانت مؤقتة، أم أن الملكية لا تثبت أبداً للملتزم طالما لم يتملك المشروع بصورة نهائية، وبيان ذلك كما يلي:

<u>أولاً: الاتجاه الأول:</u> يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن شركة المشروع لا تمتلك المشروع الذي شيدته وقامت بإدارته وتشغيله لا ملكية مؤقتة ولا ملكية نهائية، وذلك لعدة حجج أهمها أن القول بتملك المشروع ملكية مؤقتة أو لأجل محدد هو مدة التعاقد وهو قول يتعارض مع إحدى

---

[1] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٦٤.

[2] د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

[3] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٣٥.

- كذلك انظر: د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

[4] د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ٣٢.

الخصائص الأساسية لحق الملكية، وهي كونه حق دائم لا يقبل بطبيعته أن يكون مؤقتاً[1]، كما أن التوقيت يتنافر مع عنصر جوهري من عناصر الملكية وإحدى سلطاتها الأساسية وهي سلطة التصرف، وما دام أن شركة المشروع لا تملك حق التصرف فيه وتلتزم أن تعيد المشروع إلى الدولة بحالة جيدة وتضمن عدم هلاكه أو إتلافه فلا يمكن أن يوصف حقها خلال فترة سريان العقد بأنه حق ملكية، فشركة المشروع ليس لها أن تتصرف في المرفق موضوع العقد ولا في أصوله أو موجوداته، كما لا يجوز لها رهن المشروع أو إثقاله بتأمينات عينية أخرى، ما لم توافق الجهة الإدارية على ذلك[2].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه لما سبق أنه لا يجوز لأية جهة أو دائن من دائني الشركة او المساهمين فيها، أن يقوم بالحجز عليها أو على أصولها أو مكوناتها، مقابل ديون أو حقوق لها قبل شركة المشروع، وبالتالي فإن المشروع المنشئ وفقاً لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يخرج عن الذمة المالية للشركة أو الأعضاء (الكونستروم) فلا تقسم أمواله قسمة غرماء، ولا يمكن أن يكون للدائنين حق التتبع أو الامتياز على أصول الشركة أو موجوداتها[3].

هذا فضلا عن أنه لا يجوز لشركة المشروع أن تخالف المواصفات الفنية والهندسية، ولا الشروط المتفق عليها في عقد المشروع، كما لا يجوز لها أن تخالف ما هو متفق عليه مع الجهة الإدارية المتعاقدة من شروط وضوابط تتعلق بتشغيل المرفق واستغلال حق الرقابة والإشراف على المرفق، والتأكد من وفاء شركة المشروع بالتزاماتها، وذلك بالمقابل لعدم جواز قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بإنهاء العقد قبل انتهاء مدته، إلا إذا اقتضت المصلحة العامة غير ذلك، مع حفظ حق شركة المشروع في التعويض إن كان لها مقتضى، وهذا كله يؤكد عدم صواب القول بأن شركة المشروع تتملك المشروع خلال مدة العقد[4].

وترتيباً على ذلك ينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن ليس في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ما يثبت ملكية الشركة للمشروع سواء بصورة مؤقتة أو دائمة، وإنما الصحيح أن يقال بأن شركة المشروع تملك سلطات واسعة خلال مرحلة استغلال المرفق، بينما يتم تخفيف بعض الشيء من السلطات التي تتمتع بها الجهة الإدارية خلال تلك المرحلة وهذا ما يعني أن

---

[1] د. عبدالرزاق السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، بند رقم (٣٣١)، ص ٥٣٩ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٢٧ وما بعدها.

[2] د. عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص ٤١.
- كذلك انظر: أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ٣٤.

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١١٩.
- كذلك انظر: د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٣٤.

[4] د. عبدالفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص ٤٢.

يد المستثمر على المشروع خلال فترة الإنشاء والتشغيل هي يد عارضة لا ترتقي إلى الملكية بمعناها الصحيح[1].

ثانياً: الاتجاه الثاني: يذهب الاتجاه الغالب في الفقه إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ومشتقاتها تمنح شركة المشروع صورة من صور الملكية حيث يحق لها تملك المشروع والموجودات العينية والمنقولة التي يتضمنها، وذلك لأن فلسفة هذا النظام تقوم على منح المستثمر الالتزام بتشييد المشروع أو المرفق العام وإقامة هياكله، وتزويده بالمعدات والآلات وتملكه بواسطة شركة تابعة له، والتي تقوم بتشغيله وإدارته وتأدية الخدمة لجمهور المنتفعين خلال مدة معينة، وذلك تحت إشراف ورقابة الجهة الإدارية المتعاقدة وعقب انتهاء هذه الفترة يصبح المشروع ملكية عامة للدولة[2].

ويضيف أنصار هذا الاتجاه إلى حجتهم السابقة حجة أخرى مؤداها أن تملك شركة المشروع لأصوله ومنقولاته أثناء فترة سريان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يعد هو العنصر الجوهري الذي يميزه عن غيره من العقود الأخرى، فمثلا في عقود الخدمات والإدارة والإيجار تظل ملكية أصول المشروع للقطاع العام، كما يتحمل هذا الأخير في الصور المشار إليها مسئولية استثماراته ومخاطره التجارية، في حين تنتقل مسئولية الاستثمارات التمويلية ومخاطر التشغيل التجاري للمشروع إلى القطاع الخاص في ظل نظام التزام المرافق العامة.

وإذا انتقلنا خطوة أعلى إلى نظام البناء والتملك التشغيل ونقل الملكية نجد أن نقل ملكية أصول المشروع خالصة للقطاع الخاص، بالإضافة إلى مسئولية القطاع الخاص الكاملة عن المشروع وصيانته وتحمل أعباء استثماراته ومخاطره التجارية، وان هذا النظام يختلف عن الخصخصة في أن القطاع الخاص في نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية يلتزم بنقل ملكية الأصول إلى الدولة في نهاية مدة الترخيص، في حين أن ملكية القطاع الخاص في ظل الخصخصة تكون نهائية، ولا يقع على القطاع الخاص أي التزام بنقلها إلى الدولة[3].

وعلى ذلك ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أن الالتزام الذي يقع على عاتق شركة المشروع عند نهاية العقد، هو التزام بنقل ملكية المشروع من الملتزم إلى الدولة، حيث ينتهي بنهاية العقد

---

[1] د. عبدالفتاح بيومي، المرجع السابق، ص ٤٣.
- كذلك انظر: أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ٣٦.
[2] د. عمرو حسبو، المرجع السابق، ص ١٠٤.
- كذلك انظر: د. محمد بهجت، المرجع السابق، ص ٨.
- كذلك انظر: د. أنس جعفر، المرجع السابق، ص ٧٤ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.
[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ١٣.

ملكيته للمنشآت والمرافق والمعدات والتجهيزات، وتصير ملكاً خالصاً للدولة سواء كان ذلك بمقابل أو بدون مقابل[1].

وفي الواقع أنني أؤيد الرأي الغالب في الفقه والذي يكيف طبيعة الحق المخول للملتزم على المشروع بأنه حق ملكية، فالاعتراف لشركة المشروع بملكية المباني والمنشآت والآلات والمعدات والسيارات طيلة فترة التنفيذ هو الذي يتفق مع واقع الحال فشركة المشروع هي التي اشترتها بأموالها وهي التي أقامتها وبالتالي هي المالكة لها، وإذا لم تكن هي المالكة لها فمن يكون المالك لها، فهي لا يمكن أن تكون أموال سائبة لا مالك لها! ولا يمكن أن تستولي عليها الجهة الإدارية بالالتصاق لها لأنها هي التي منحت الترخيص بإقامتها إلا بموجب تعويض كامل طالما كان استيلائها وإنهائها للعقد للمصلحة العامة.

هذا بالإضافة إلى أن من شأن الاعتراف لشركة المشروع بملكية المشروع وموجوداته طيلة مدة العقد أن يخوله ذلك حق الحصول على التمويل اللازم والاقتراض من البنوك وبيوت التمويل وطرحها في البورصة أو للاكتتاب لشراء أسهمها، حيث تكون تلك المنشآت هنا ضامنة لتلك القروض، والتي يمكن استيفائها من قيمة الرسوم التي يتم تقاضيها عند تحصيل المقابل المالي مقابل الخدمات العامة التي تقدمها شركة المشروع للجمهور أو من قيمة التعويض الذي تحصل عليه عند انتهاء العقد للمصلحة العامة، حيث تدخل قيمة هذه المنشآت وما فات من كسب في احتساب قيمة التعويض المحكوم به عند الإنهاء المبتسر للعقد، والقول بغير ذلك من شأنه أن يجعل البنوك وبيوت التمويل تعزف أو تمتنع عن إقراض شركة المشروع مما يقضي على فلسفة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يتعلق بمشاريع البنية التحتية العملاقة والتي تحتاج لنفقات وتمويل هائل[2].

وأما بخصوص أن حق الملكية يخول لصاحبه ثلاث سلطات هي الاستعمال والاستغلال والتصرف، هنا لا يمكن قياس حق الملكية المخول للملتزم على مشروع عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مع غيره من حقوق الملكية، إذ أن هناك العديد من صور الملكية التي قد لا يتوافر فيها السلطات الثلاث، وذلك لأن توافرها مجتمعة ليس شرطاً لثبوت ووجود حق الملكية، فقد ترد الملكية لشخص على مال أو عقار ولا يمكنه التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو خلافه، وذلك إذا كان هناك شرط مانع من التصرف، فمع وجود هذا المانع، لم ينف أحد عن الشخص الممنوع من التصرف صفة المالك[3].

---

[1] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص ٤٦ وما بعدها.
[2] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٨٤ وما بعدها.
[3] د. محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، جامعة الكويت، كلية الحقوق، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٢٣٨ وما بعدها.

كما أنه إذا استشهدنا بنصوص القانون المدني في كل من مصر والكويت نجد أنها أجازت الفصل بين مالك الأرض أو العين، ومالك المباني والمنشآت المقامة على تلك الأرض عند اختلافهما، كما هو الحال في البناء على ملك الغير، حيث أجازت المادة (١٠٣٨) من القانون المدني المصري القيام برهنها، وأنه يحق للدائن المرتهن أن يتبع هذه المباني باستيفاء دينه من ثمن الأنقاض في حالة هدمها أو من قيمة التعويض عنها في حالة قيام المالك بالاتفاق بسداد هذا التعويض[١].

وتستشف تلك الأحكام من تصريح المادة (١٠٣٨) المذكورة سابقاً، والتي ينص على أنه "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني، ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إذا استبقى المباني وفقاً للأحكام الخاصة بالالتصاق"[٢].

وبالتالي فشركة المشروع تعتبر مالكة للمباني والمنشآت والمعدات والسيارات اللازمة للتشغيل خلال الفترة المحددة لسريان العقد باعتبارها هي التي قامت بتشييدها على حسابها الخاص بموجب الامتياز الممنوح لها بصورة شرعية، وإذا كان القانون يعترف للغاصب بملكية المباني التي أقامها بصورة غير مشروعة على ملك الغير، فكيف ننكر هذه الملكية على من أقام هذه المباني بموجب تصريح وترخيص بإقامتها بصورة مشروعة وليس غصباً خاصة وأنه أقام هذه المنشآت بعد تكبد أموال طائلة تتعدى قيمتها قيمة الأرض المقام عليها المشروع.

وأما بالنسبة للقول بأن الملكية هي حق دائم وغير قابل للتأقيت وبالتالي الأصوب أن يوصف حق شركة المشروع بأنه حق انتفاع وهي تلتزم برد المشروع عند نهاية مدة الانتفاع[٣]. فيرد عليه بأن حق الانتفاع يرد على عقار معد للانتفاع به سلفاً كعقار أو مبنى ويقتصر دور المنتفع على إجراءات بسيطة لازمة للانتفاع ويدفع مقابل مالي للمالك مقابل هذا الانتفاع، أما في مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية فإن الوضع مختلف حيث تتولى شركة

= - كذلك انظر: د. محمود جمال الدين زكي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٥، ص ١١٦.

- كذلك انظر: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٣٥.

[١] المادة (١٠٣٨) من القانون المدني المصري تقابلها المادة (٩٧٨) من القانون المدني الكويتي والتي تنص بالمثل على أن "يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها رهناً رسمياً، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الأنقاض إذا هدمت المباني ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض إن استبقى المباني".

[٢] د. محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ١٦.

- كذلك انظر: د. طلبة وهبة خطاب، دروس في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠١، ص ٢١٧.

- كذلك انظر: د. محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٦، ص ١٦٧.

[٣] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٤٩.

- كذلك انظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨، ص ١٢٠٠ وما بعدها.

المشروع تشييد وبناء المشروع وتجهيزه بالمعدات والآلات وكل ما يلزم لتشغيله وبالتالي تكون تلك الموجودات التي أحدثتها قد أقامتها على نفقاتها الخاصة وتكبدت فيها أموالاً طائلة قد تفوق بكثير قيمة الأرض المقام عليها المشروع إذا كانت ملكاً للدولة، لأنه من الممكن أن تكون حتى الأرض ملكاً لشركة المشروع، ولكن يحق للدولة استرداد المشروع باعتبارها منحت الترخيص للشركة بمزاولة نشاطها لفترة محددة، وبالتالي فإن الأمر المؤقت هو الترخيص وليس حق الملكية.

وأما بخصوص الاستناد إلى قاعدة عدم جواز الحجز واتخاذ الإجراءات التنفيذية والتي وردت في المادة (٨) مكرر من القانون رقم (٥٣٨) لسنة ١٩٥٥ والمضافة إلى القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة في مصر، والتي تنص على أنه "لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والإدارات والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة"، والتي تكرر النص عليها في القوانين الأربعة التي صدرت بشأن تنظيم بعض مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر، والتي منها المادة الثالثة من القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، والتي تنص على أن "لا يجوز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأملاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولاسلكية ومنارات وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام"، فذلك لا يعني أن الحق المخول لشركة المشروع ليس حق ملكية، لأن عدم جواز الحجز أو التنفيذ على المشروع ببيعه بالمزاد العلني هو حق أو سلطة إضافية تتقرر للمشروع والسلطة الإضافية من شأنها زيادة قدرة الحق وليس الإنقاص منه، وبالتالي هي ميزة إضافية من شأنها حماية الحق، تقررت لأجل الحفاظ على دوام سير المرفق العام للعمل بانتظام وإطراد باعتباره يحقق منافع جماهيرية عامة[١]. وآية ذلك أن شركة المشروع تتقرر لها مثل هذه المزايا الإضافية حتى ضد جهة الإدارة والحكومة نفسها، مثل تقرير عدم جواز التأميم أو المصادرة من قبل الحكومة ولا يمكن أن تنفي هذه المزايا طبيعة الحق الممنوح لشركة المشروع بل من شأنها أن تضيف إليه[٢].

وأيضاً وللتأكيد على صحة وجهة النظر – التي أؤيدها – والقائلة باعتبار شركة المشروع مالكة له أثناء العقد نسوق هذه الحجة التي مفادها أنه على أي أساس تستحق شركة

---

[١] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٦٢ وما بعدها.

[٢] تنص المادة (١٩) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت 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 ينزع الملكية، ويدفع التعويض المستحق فور اتخاذ القرار المشار إليه".

المشروع التعويض عن تأميم أو مصادرة المشروع كأحد أسباب الإنهاء المبتسر للعقد إذا لم يكن ذلك على أساس ما تملكه من منشآت وتجهيزات ومعدات أقامتها وشيدتها بأموالها وخبرائها أثناء سريان العقد، لا شك أن ذلك لا يؤسس إلا على اعتبار أن شركة المشروع هي المالكة له أثناء فترة الامتياز وإن كانت تلك الملكية مقيدة بشرط مانع من التصرف فيها خلال فترة سريان العقد.

ونخلص إلى أن التكيف القانوني السليم لإعادة المشروع إلى الدولة – من وجهة نظري – ينبغي أن يتمحور حول عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T وما يتمخض عنه من حقوق والتزامات متقابلة تدور حول شروط منح الامتياز ومدته وما ينتج عنه من حقوق والتزامات متقابلة يقتصر عمرها على فترة الامتياز، دون أن يغير ذلك من طبيعة تلك الحقوق سواء كانت ملكية أو تحصيل الرسوم أو التوازن المالي مقابل حسن إدارة المرفق وتسليمه بحالة جيدة في نهاية فترة الامتياز، فالعلاقة بين الدولة وشركة المشروع هي علاقة يحكمها الامتياز وما يلحق به من عقود يقدم بموجبه كل طرف ما عنده لقاء ما يعطيه له الطرف الآخر، فالحكومة تقدم ما تملكه من قدرة على منح الترخيص وتفويض في إدارة مرفق عام، بينما تقدم شركة المشروع ما تملكه من أموال وتكنولوجيا تستطيع بموجبها تشييد وتشغيل المشروع، وتحصل الحكومة في مقابل ما أعطته من امتياز وترخيص على انتقال ملكية المشروع إليها في نهاية فترة الترخيص، بينما تحصل شركة المشروع على الرسوم والمقابل المالي وغير ذلك من المزايا والحقوق مقابل ما تعطيه من أموال ومباني ومنشآت وإدارة وتشغيل للمرفق.

وللتدليل على صحة وجهة نظري أن الفيصل في الأمر هو الامتياز، أنه في حالة إذا رأت الدولة أو الحكومة تجديد الامتياز لذات الشخص أو غيره فإنه يحصل على فترة جديدة بشروط جديدة، حيث يكون الامتياز الأول قد استنفد ما به من حقوق والتزامات متبادلة.

وأما بالنسبة للتطبيقات العملية وبالرجوع إلى العديد من عقود البناء و التشغيل ونقل الملكية الـB.O.T سواء في مصر أو في الكويت نجد أن هناك تباين كبير بين هذه العقود في وصف هذا الالتزام، وإن كنت أنوه إلى أن هذا الوصف الذي يطلق في العقد ليس له أثر قانوني في الوصف الصحيح الذي يجب إسناده لطبيعة هذا الالتزام على النحو السالف بيانه، ومن هذا القبيل نذكر على سبيل المثال عقد إنشاء مطارات العلمين ورأس سدر ومرسى علم بنظام البوت في مصر حيث كان يطلق على شركة المشروع وصف الملتزم، فقد جاء في ديباجة عقد مطار العلمين الدولي ما نصه "حرر هذا العقد وتم التوقيع عليه بمقر مجلس الوزراء.. بين كل من:

١- حكومة جمهورية مصر العربية والممثلة بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني وعنوانها ..... ويمثلها ..... ويعبر عنها فيما بعد بالمالك.

٢- شركة كاتو للاستثمار وعنوانها .... ويمثلها ..... ويعبر عنها فيما بعد بالملتزم".

كما جاء في المادة الأولى من هذا العقد (الخاصة بالتعاريف) والتي تنص على أنه "يقصد لأغراض هذا العقد بالمصطلحات والعبارات الآتية المعنى المبين قرين كل منها...:

٢. المالك (الهيئة المصرية العامة للطيران المدني).

٣. الملتزم (الشركة الممنوح لها الالتزام)"[١].

بينما نجد في عقد آخر يتم إطلاق وصف حق الانتفاع على الحق المخول لشركة المشروع بإدارة وتشغيل المشروع، ومن قبيل ذلك العقد المبرم بين محافظ القاهرة (طرف أول) والشركة المصرية للاستثمار العمراني (طرف ثاني) في أواخر عام ١٩٩٨ لإقامة جراج بمنطقة الدراسة حيث جاء في البند (١٧) من هذا العقد يعتبر المشروع بمجرد إقامته مملوكاً للطرف الأول محملاً بحق انتفاع للطرف الثاني طوال مدة الانتفاع على أن يؤول حق الانتفاع للطرف الأول في نهاية المدة ويحل محل الطرف الثاني في كافة حقوقه[٢].

بينما الوضع مغاير في عقد شركة كهرباء انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء والمبرم بين هيئة كهرباء مصر وتلك الشركة في ١٩٩٨/٧/٢٢ وذلك بموجب: قرار مجلس الوزراء رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ استناداً للقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ والذي جاء فيه الاعتراف بملكية الشركة للمحطة طوال فترة العقد وإن عليها التزام بنقل ملكيتها وحقوقها العينية إلى الدولة عند نهاية العقد حيث جاء في المادة ٥ – ١٠ والتي جاء عنوانها "التعويض ونقل ملكية المجمع في حالات معينة من الإنهاء.... .

ج. لا يجوز دفع أي من التعويضات المذكورة في البند ٥ – ١٠ أ، ب من هذه الاتفاقية إلا في الحالات التالية .... .

١- تقديم الشركة للهيئة إثبات كتابي مقبول للهيئة بمطلق اختيارها يفيد أن الشركة سوف تنقل بمجرد تلقي ذلك التعويض جميع حقوقها ومالها من حق ملكية ومصالح في المجمع للهيئة خالية غير مثقلة بأية رهون أو أعباء.

٢- تتلقى الهيئة بالفعل جميع حقوق الشركة وحقوق ملكيتها ومصالحها في المجمع بمجرد نقل هذه الحقوق خالية غير مثقلة بأية رهون أو أعباء..."[٣].

وجاءت المادة السادسة أكثر صراحة حيث جاءت بعنوان "نقل الملكية" ونصت الفقرة على أنه "في تاريخ نقل الملكية، تنقل الشركة للهيئة جميع ما لها من حقوق ملكية فيما يتعلق بالتركيبات والتجهيزات، وقطع الغيار، والأجهزة والمعدات (وتشمل معدات الاختبار والمعدات

---

[١] سبق الإشارة لعقد مطار العلمين الدولي، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٢] د. محمد الروبي، المرجع السابق، ص ٤٩ وما بعدها.

[٣] سبق الإشارة لعقد محطة كهرباء سيدي كرير، في ص ٣٩ من هذا البحث.

الخاصة والسيارات المستخدمة فقط، في أغراض إدارة وتشغيل وصيانة المشروع، وكذلك جميع الإضافات التي يتألف منها المجمع، على أن تكون خالية من أي رهون أو أعباء رتبتها الشركة، دون دفع أي تعويض عنها (كما تلتزم الشركة بالتوقيع على مستندات قد ترى الهيئة ضرورتها لإتمام نقل الملكية...".

وفي الكويت نص عقد امتياز بناء وتشغيل ونقل مشروع معالجة واستصلاح مياه الصرف في الصليبية المبرم في ٢٠٠١ في مادته ٢ – ١٢– ٣ على أنه "عند انتهاء العقد في التاريخ المحدد في المادة ٢ – ٦ أعلاه فإن الملكية والسيطرة الكاملة لجميع الخدمات ومواقع الخدمات ستؤول إلى دولة الكويت تلقائياً ودون مقابل باستثناء ما هو مذكور خلافاً لذلك في المادة ٤– ١٢"[١].

وأما بالنسبة للوضع في القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، فقد نص البند رقم (٣) من المادة رقم (٧) على أن "عند انقضاء مدة العقد أو الترخيص تؤول الأرض والأملاك والمنشآت التي أقيمت بمقتضى هذه العقود أو التراخيص إلى الدولة من تاريخ انقضاء مدة العقد أو الترخيص أو أي تجديد تم على أي منهما وفقاً لنصوصهما"[٢].

كما أكدت ذلك المادة (١٨) من ذات القانون حيث نصت ".... وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعد من مستلزمات المشروع دون مقابل أو تعويض، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد والتي لا تؤول إلى الدولة أو تؤول إليها بمقابل أو تعويض، وينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولته إلى الدولة ...."[٣].

---

[١] سبق الإشارة لعقد محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٢] تنص م (٧) على أن:

"١- يستمر تنفيذ العقود أو التراخيص التي أبرمت على أملاك الدولة العقارية وفقاً لنظام الشراكة الذي تخضع له قبل العمل بهذا القانون ووفقاً لنصوصها، وإلى انتهاء مدتها المنصوص عليها في العقد أو تاريخ فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة. ولا يجوز، بعد العمل بهذا القانون، إجراء أي تعديلات على عقود أو تراخيص هذه المشروعات ولا يجوز تمديدها أو تجديدها، بما يخالف هذا القانون.

٢- يجوز بعد موافقة اللجنة العليا تمديد العقود أو التراخيص المنتهية وفقاً لنصوصها لمدة لا تجاوز سنة كفترة انتقالية لمرة واحدة.

٣- عند انقضاء مدة العقد أو الترخيص تؤول الأرض والأملاك والمنشآت التي أقيمت بمقتضى هذه العقود أو التراخيص إلى الدولة من تاريخ انقضاء مدة العقد أو الترخيص أو أي تجديد تم على أي منهما وفقاً لنصوصهما.

٤- يكون إعادة طرح إدارة أو تطوير وإدارة المشروعات التي آلت إلى الدولة وفقاً لأحكام المادة ٣٠ من هذا القانون".

[٣] تنص م (١٨) على أن "تحدد مدة الاستثمار لمشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لهذا القانون في وثائق الطرح بما يتفق مع طبيعة المشروع ومتطلباته.

ولا يجوز أن تزيد مدة الاستثمار التي تطرح وفقاً لهذا القانون على خمسين سنة تبدأ من التاريخ المحدد في العقد لاكتمال أعمال البناء والتجهيز أو لإتمام أعمال التطوير.

ويجب إذا كان المشروع مقاماً على أرض تملكها الدولة أن تحدد مدة سنوات التعاقد وقيمة ومدة حق الانتفاع بالأرض مسبقاً في وثائق طرح هذه المشروعات، وتكون مدة الانتفاع بالأرض موازية لمدة الاستثمار وفي هذه الحالة تقدر قيمة حق الانتفاع حسب طبيعة المشروع واستخداماته وجدواه الاقتصادية.

وبذلك يكون القانون الكويتي الموحد المتعلق بمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية قد تبنى وجهة النظر القائلة بالتزام شركة المشروع بنقل ملكيته إلى الدولة بما له من حقوق ومصالح عند نهاية العقد وليس مجرد تسليمه[1].

المطلب الثاني

الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة.

ينبثق عن التزام شركة المشروع بنقل ما لها من حقوق على المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة معها، بما يتضمنه من معدات ومنشآت وموجودات عدة التزامات تتفرع عنه أهمها أن يتم هذا الانتقال للمشروع بحالة جيدة، والالتزام بنقله دون مقابل خالياً من الدين أو الرهن أو أي حقوق للغير، والالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب الأيدي العاملة لاستمرارية تشغيل المرفق وأدائه للخدمة العامة، وهو ما سنتولى بحثه تباعاً في الأفرع الأربعة التالية:-

الفرع الأول

الالتزام بنقل ملكية المشروع بحالة جيدة.

إن عملية نقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة تتم بعد التأكد من أن المشروع بكافة أصوله في حالة جيدة من حيث التشغيل، إذ أن الفكرة الأساسية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية هي تخويل القطاع الخاص إقامة مشاريع تتعلق بالبنية التحتية والمرافق العامة لتحقيق منافع عامة للجمهور لفترة زمنية طويلة نسبياً، يعود في نهايتها المرفق إلى الدولة لكي تتولى إدارته وتشغيله والسيطرة عليه باعتبارها مالكة له، مما يحقق فائدة كبيرة للدولة حيث تتملك مشروع حيوي كامل التشغيل دون أن تتكبد أي أعباء مالية في تشييده[2].

ولكي يتحقق الالتزام بتسليم المشروع بحالة جيدة فلابد من تحقق عدة أمور أساسية هي:

= وتبين وثائق العقد الأصول التي ستكون مملوكة للمستثمر من بين أصول مشروع الشراكة، كما تبين أي أصول تملكها الدولة من الأصول التي تخصص للمشروع طوال مدة التعاقد وأي أصول مضافة إليه خلال مدة المشروع.
وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعد من مستلزمات المشروع دون مقابل أو تعويض، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد والتي لا تؤول إلى الدولة أو تؤول إليها بمقابل أو تعويض، وينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولته إلى الدولة.
ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار".

[1] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

[2] د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. كمال طلبة، المرجع السابق، ص ٢١٤.

أولاً: تخويل الجهة الحكومية المتعاقدة حق الرقابة والإشراف:

يتم فرض الرقابة الحكومية على كافة مراحل المشروع سواء عند مراحله الأولى وهي البناء والتشييد للتأكد من استيفائه للمواصفات الفنية المتفق عليها وصلاحية المنشآت للعمل فترة العقد وحتى بعد تسليمه، أو سواء أثناء فترة تشغيله وصيانته حيث تتحقق من الصيانة الدورية، ومدى جودة المعدات وقطع غيارها، واستبدال التالف بصورة مستمرة[1].

ولذلك تشترط العديد من الدول في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تبرمها – في الغالب – وجوب تعيين ممثل للحكومة ضمن مجلس إدارة تشغيل المرفق، دون أن يكون له حق التصويت فيما يتعلق بالسياسات التجارية للشركة، وإنما ينحصر دوره في القيام بمراجعة أي توسعات رأسمالية مستقبلية وإطلاع الحكومة على تلك التوسعات، ومراقبة عقود الصيانة ومدى كفايتها واقتراح كل ما يمكن تحقيق ذلك على الوجه الأكمل[2].

ومن أمثلة ذلك في مصر، اشتراط المادة (٣/ج/٢) من عقد مطار العلمين تعيين ممثلين في مجلس الإدارة للشركة يبلغ عددهم ثلاثة أعضاء كما هو وارد في المادة (٢١) (من النظام الأساسي للشركة) وتعيين عدد ثلاثة أعضاء آخرين من الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وهم:

أ- الطيار رئيس مجلس إدارة الهيئة.

ب- رئيس الإدارة المركزية للأمانة الفنية لشئون المطارات[3].

ومن أمثلة ذلك في الكويت، نص البند رقم (٣) من المادة (٧) من عقد مشروع إنشاء واستثمار مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له، حيث نص على أن "يلتزم المتعهد بدعوة الإدارة العامة للطيران المدني وبلدية الكويت بحضور الاجتماعات التي يعقدها المتعهد بخصوص المشروع"[4].

ثانياً: تسليم المشروع صالحاً للاستمرار في العمل وصيانته دورياً:

ينص في الغالب في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على ضرورة تصميم المرفق وإنشائه على النحو الذي يمكنه من الاستمرار في العمل بكفاءة فنية مستمرة حتى بعد تسليم المشروع إلى الدولة، وعلى الجهة الإدارية المتعاقدة التأكد من الدراسة الفنية للمشروع ومدى صلاحية أعمال البناء وعمرها الافتراضي ومطابقتها للمواصفات وقدرته على الاستمرار في

---

[1] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٠١ وما بعدها.

[2] د. وائل محمد، المرجع السابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

[3] تم الإشارة لعقد مطار العلمين، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[4] عقد استثمار مشروع إنشاء مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له، أبرم هذا العقد بين الإدارة العامة للطيران المدني والشركة الكويتية المتحدة لإدارة المشاريع (KUCM) في الكويت بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٩.

العمل بكفاءة فنية لمدة لا تقل عن مدة اتفاق الترخيص أو الالتزام، بالإضافة إلى مدة أخرى مناسبة بعد تسليم أصول المشروع إلى الدولة[1].

وقد جرى العمل دولياً على النص في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T على ألا تقل صلاحية أصول المرفق للتشغيل والإنتاج بعد إعادة تسليمها إلى الدولة لمدة لا تقل عن نصف مدة الالتزام أو الترخيص، فإذا كانت المدة الأصلية ٢٠ عاماً، فيجب تصميم المرفق وإنشاؤه على نحو يمكنه من العمل بذات الكفاءة الفنية لمدة لا تقل عن ٣٠ عاماً اعتباراً من تاريخ الاتفاق، قبل القيام بأية أعمال جوهرية للإحلال والتجديد[2]. ولذلك يرد في نصوص هذه العقود – في الغالب – النص التالي: "تتعهد الشركة بان يتم تصميم المرفق وإنشاؤه واستكماله بطريقة جيدة وبمهارة، وأن تكون المعدات والمواد المستخدمة جديدة وغير مستعملة، ومن صنف يصلح للمرافق وملائمة للغرض المطلوب، وبأسلوب يحقق صلاحية المرفق للعمل مع التشغيل والصيانة لمدة خمسة وثلاثين عاماً على الأقل، وبما يتفق مع جميع الأوجه الأساسية مع القواعد الهندسية السليمة والممارسات الحريصة للمرافق المماثلة"[3].

كما تتحوط الحكومة وتخول لنفسها الحق في تعديل المواصفات الفنية والوظيفية والقياسية والتي قد يكون من شأنها زيادة الكفاءة والطاقة الإنتاجية للمشروع، على أن تتحمل الجهة الحكومية التكاليف الزائدة[4].

وعادة تلتزم شركة المشروع بموجب هذا الاتفاق بالتنفيذ الدقيق لجداول الصيانة الدورية لمعدات وآلات تشغيل المشروع ومواعيد تغيير قطع الغيار اللازمة للآلات لكي تكون صالحة لأداء الخدمة، كما تلتزم شركة المشروع بتبديل التالف من القطع وإحلال محلها قطع ذات موصفات فنية ممتازة تجعل الشركة توفي التزامها بتسليم المشروع بحالة جيدة، ومن الممكن أن تتم أعمال الصيانة الدورية وتبديل القطع التالفة تحت رقابة وإشراف الجهة الإدارية المتعاقدة وعن طريق ممثلها في مجلس الإدارة[5].

---

[1] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٥٣.

[2] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢٢٠.
- كذلك انظر: د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

[3] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٢٥٢.

[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

[5] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٥٢ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. ماهر محمد، المرجع السابق، ص ٣٢٧ وما بعدها.

ثالثاً: الاتفاق على حالة المشروع عند تسليمه:

جرى العمل في المشاريع المقامة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية على التزام شركة المشروع بتسليمه وفق كفاءة وطاقة إنتاجية معينة تتضمن الحالة التي عليها عند تسليمه كأن يشترط إنتاجية المشروع لعدد معين من المنتجات والخدمات التي يقدمها أو تضمن كفاءته لزمن معين.

وقد نصت المادة السادسة في فقرتها الخامسة من عقد إنشاء وتشغيل وصيانة محطة شركة انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء في مصر على أن "... أ- يجب أن يكون مجمع المحطة في تاريخ نقل الملكية في مظهر يتفق مع ممارسات العناية الحريصة للمرافق، وتقدم الشركة للهيئة في تاريخ نقل الملكية ملحقاً ملخصاً مكتوباً بحالة المجمع، يشمل قائمة بأي أوضاع يمكن أن تمس سلامة تشغيل المجمع أو تعطل الحد الأقصى للقوة المنتجة للمشروع وتضمن الشركة عدم وجود أي ظروف أخرى لديها يمكن أن تمس سلامة تشغيل المجمع"[1].

كذلك تنص عقود إنشاء وتشغيل مطارات مرسى علم ورأس سدر والعلمين على ضمان حالة المشروع عند تسليمه ومثال ذلك ما تنص عليه المادة الثالثة فقرة (د) من عقد مطار العلمين على أنه ".... ٢- يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات وقطع الغيار، والخدمات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع على المالك دون مقابل، وبحالة جيدة، صالحة للاستخدام والتشغيل بما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دولياً وذلك وفقاً للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها"[2].

وفي الكويت نص عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بنظام الـB.O.T على ضمان حالة المشروع عند تسليمه وهو أن يكون المشروع بحالة جيدة وهو ما نص عليه البند رقم (٥) فقرة (أ) من أن "أ- مدة هذا العقد عشرون سنة تبدأ من تاريخ تسليم الموقع رسميا غير قابلة للتجديد وعند انتهاء العقد بانتهاء مدته تؤول ملكية جميع المباني والمنشآت والملاحق المقامة على الأرض إلى الدولة دون أي مقابل أو تعويض من أي نوع كان، ويلتزم الطرف الثاني بأن يسلم المنشآت وجميع ما أقيم على الأرض إلى وزارة المالية في حالة جيدة تمكنها من إعادة استغلال المشروع"[3].

وأيضاً أكدت الفقرة (ج) من المادة رقم (٤) من عقد إعداد وتشغيل وتطوير وصيانة قطعة (٥) وتجهيز وإدارة منطقة الشعيبة الغربية الصناعية على أن تلتزم شركة المشروع بتسليم المشروع بحالة جيدة حيث نصت على أن "ج- عند انتهاء العقد بانتهاء مدته أو إنهائه

---

[1] سبق الإشارة لعقد محطة كهرباء سيدي كرير، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[2] سبق الإشارة لعقد مطار مرسى علم ومطار رأس سدر ومطار العلمين، في ص ٣٧ من هذا البحث.

[3] عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق الماشية لمحافظة العاصمة، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية وشركة نقل وتجارة المواشي في الكويت، بتاريخ ١٩٩٧/١/٥.

تلتزم الشركة بأن تسلم الهيئة البنية الأساسية والتحتية وجميع المنشآت التي أقامتها في حالة جيدة تمكن الهيئة من الاستمرار في إدارة وتشغيل الموقع"[1].

هذا ومن الممكن أن ينص في العقد على تخويل الجهة الحكومية حق إجراء اختبارات للتحقق من صلاحيته وكفاءة المشروع قبل تسليمه[2].

وهو ما نصت عليه الفقرة الخامسة من المادة السادسة من عقد إنشاء وتشغيل محطة كهرباء سيدي كرير حيث تقرر "...ب- وقبل تاريخ نقل الملكية بشهرين تجري الشركة اختبارات نقل الملكية، فإذا كان صافي القدرة الإنتاجية المنجزة أقل من القدرة الإنتاجية الصناعية القابلة للتحويل المحددة في الملحق (٥) عندئذ تدفع الشركة للهيئة تعويضاً اتفاقياً قيمته ٦٠٠ دولار عن كل كيلو وات مضروباً في الفرق بين القدرة الإنتاجية الصافية القابلة للتحويل وصافي القدرة الإنتاجية المختبرة"[3].

وقد ورد نص قريب لذلك في عقد إنشاء وتشغيل محطة الصرف الصحي في الصليبية بالكويت[4]. حيث نصت المادة (٤ - ١٣- ١) منه على أنه "في حالة إنهاء العقد بسبب انتهاء مدته فإن الهيئة التنظيمية ستحدد المدة قبل ذلك الانتهاء والتي سيتم فيها إجراء التفتيش على الخدمات والموجودات الأخرى بالإضافة إلى الرقابة على المخزون، وفي التاريخ الذي تحدده الهيئة التنظيمية للطرف الثاني فإن الاستلام المؤقت سيتم القيام به..."، ولا شك أن تلك الإجراءات تضمن إلى حد كبير للدولة تسليم المشروع بحالة جيدة عند انتهاء العقد حيث أن التسليم المؤقت أو إجراء الاختبارات الفنية عن مدى صلاحية المشروع للتشغيل ستتيح لها الفرصة للإطلاع الفعلي على حالته[5].

رابعاً: الالتزام بتقديم خطابات ضمان:

يجب لكفالة تسليم المشروع بحالة جيدة عند نهاية مدة العقد النص في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على التزام شركة المشروع بتقديم خطابات ضمان غير مشروطة لضمان تنفيذ شركة المشروع لالتزامها، وخاصة التزامها بنقل أصول المشروع إلى الدولة في نهاية المدة المحددة للتشغيل والاستغلال.

ويأخذ خطاب الضمان أشكالاً متعددة، فقد يأخذ شكل نسبة مئوية من قيمة تكاليف المشروع الإجمالية كنسبة ٥% يتم إيداعها لدى الحكومة أو أحد البنوك لصالحها، ويهدف هذا

---

[1] عقد إعداد وتشغيل وتطوير وصيانة قطعة (٥) وتجهيز وإدارة منطقة الشعيبة الغربية الصناعية بالكويت، أبرم العقد بين الهيئة العامة للصناعة وشركة جوهرة الفنار بالكويت، بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٧.

[2] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

[3] سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[4] سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[5] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٣٥٥.

الخطاب إلى ضمان تنفيذ شركة المشروع لالتزامها بتسليم أصول المشروع بالشروط المتفق عليها، ويظل هذا الضمان سارياً لمدة تتراوح بين ثلاثة شهور وعام من تاريخ التسليم الفعلي[١]. ومثال ذلك ما نص عليه عقد إنشاء وتشغيل مطار العلمين حيث نصت المادة الرابعة فقرة (١) بند (ب) على أنه "يجب على الملتزم قبل عامين من نهاية مدة الالتزام أن يقدم للمالك خطاب ضمان بقيمة تعادل ٥% من قيمة التكاليف الإجمالية لإنشاء المطار يكون ساري المفعول حتى مرور مدة تسعين يوماً على تاريخ تسليم المطار"[٢].

وقد يأخذ خطاب الضمان شكل اقتطاع أو احتجاز مبلغ من المال في الحالة التي تلتزم فيها الحكومة بشراء منتجات شركة المشروع، ويعد الجزء المقتطع المتراكم سنوياً بمثابة بديل لخطاب الضمان يمكن التنفيذ عليه في حالة الضرورة[٣]، مثال ذلك ما نص عليه عقد إنشاء وتشغيل وإعادة محطة كهرباء شركة انترجن سيدي كرير والذي ينص في مادته (٥ – ٦) على أنه "تحتجز الهيئة طوال الثلاث سنوات الأخيرة من مدة الاتفاق نسبة ١٠% من مقابل شراء الخدمة الشهري المستحق لشركة المشروع، طبقاً للبند (٧) من الاتفاق، وتنشئ الهيئة من هذه المبالغ المستقطعة رصيداً يسمى "رصيد مدفوعات نقل الملكية" ويكون هذا الرصيد هو المصدر الأول الذي يتم اللجوء إليه لدفع أية مبالغ تكون مستحقة للهيئة نتيجة إخلال شركة المشروع بالتزاماتها بالحالة التي يكون عليها المرفق عند نقل الملكية وفقاً للبند الخامس من هذا الاتفاق"[٤].

الفرع الثاني

الالتزام بنقل ملكية المشروع خالياً من الديون أو الرهون أو أي حقوق للغير.

إن من أهم مستلزمات نقل ملكية المشروع بحالة جيدة أن يتم نقل ملكيته إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أن يكون محملاً بأي أعباء مالية تتعلق بالغير[٥].

فيجب على شركة المشروع أن تسدد كافة الديون المستحقة عليها وألا تجعل المشروع ضامناً لتلك الديون[٦].

---

[١] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٣٧ وما بعدها.
[٢] سبق الإشارة لعقد مطار العلمين، في ص ٢٧ من هذا البحث.
[٣] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٣١.
[٤] سبق الإشارة لعقد محطة كهرباء سيدي كرير، في ص ٣٩ من هذا البحث.
[٥] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٢٩.
[٦] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص٢٦٣ .

وبالتالي لا يجوز ترتيب أي رهون أو حقوق للغير عليها، كما لا يجوز للدائنين تتبع المشروع بعد أيلولته للدولة ولو كان ذلك عن ديون أو أعمال تمت لشركة المشروع حيث لا يدخل المرفق في الذمة المالية للشركة بعد أيلولته للدولة[1].

وإذا كان من المعترف به لدائني شركة المشروع الحق في الحجز على المقابل المالي الذي تحصل عليه شركة المشروع أثناء تشغيله كما يكون لهم الحق في الحجز على أية تعويضات مالية قد تحصل عليها عند نهاية العقد، إلا أنه لا يحق لهم الحجز على المشروع ذاته أو إيراداته بعد تسليمه للدولة بذريعة استيفاء ديونه المستحقة على الشركة أثناء فترة سريان العقد[2].

وقد نصت المادة الثالثة عشر من القانون الكويتي السابق والملغي رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة له على الأحكام السالف بيانها، حيث نصت على أنه "ولا يجوز للمستثمر بيع أو رهن الأرض أو المنشآت أو المباني المقامة عليها المشروع، وما سيئول منها إلى الدولة في نهاية المشروع، أو تقرير أي حقوق عينية عليها"[3].

وبعد ذلك جاء القانون الكويتي الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص ليؤكد على ذات الأحكام السالف بيانها، وهو ما نص عليه البند رقم (١) من المادة (٢٣) حيث نصت هذه المادة على أن "

١- لا يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع بيع أو رهن الأرض المقام عليها المشروع.

٢- يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع لغرض تمويل تنفيذ المشروع رهن وإنشاء ضمانات عينية على أي أصول يملكها من بين الأصول التي يشملها المشروع.

٣- يجوز للمستثمر المتعاقد أو لشركة المشروع لذات الغرض إنشاء ضمان عيني لصالح جهة أو جهات ممولة على أي مبالغ مستحقة له أو لشركة المشروع مقابل الخدمات التي يقدمها بموجب عقد الشراكة أو الدخل المتحقق له من المشروع على أي وجه آخر.

٤- يجوز للمستثمر المتعاقد رهن أسهمه في شركة المشروع أو شركة التحالف، لغرض تمويل تنفيذ المشروع، للجهات الممولة فقط وذلك بعد موافقة اللجنة العليا حتى لو تم الرهن خلال السنتين التاليتين لتأسيس الشركة.

---

[1] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٠٠.
[2] د. منصور السعيد، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.
[3] سبق الإشارة لهذا القانون ، في ص ٢٤ من هذا البحث.

٥- يجوز بعد موافقة اللجنة العليا أن يتضمن عقد الرهن شروطاً تجيز للدائن المرتهن – في حال إخلال المستثمر بشروط التمويل – تملك الأسهم المرهونة أو طلب البيع.
وفي جميع الأحوال يجب موافقة اللجنة العليا وأن تتوفر في المستثمر الجديد ذات شروط ومواصفات التأهيل والشروط المرجعية.

٦- في جميع الأحوال لا يجوز أن تتعدى مدة الضمان وفقاً للبندين السابقين مدة التعاقد على المشروع أو المدة المتبقية منها، كما يشترط أن لا تجاوز قيمة الاقتراض النسبة المحددة في الوثائق الخاصة بالمشروع.

٧- على الهيئة تزويد المستثمر بوثائق طرح المشروع بما يلزم لإتاحة المعلومة للجهات الممولة لتيسير تمويل المشروع المنصوص عليه في هذه الوثائق"[١].

وبالرجوع إلى العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، نجدها في الغالب ما تنص على التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع بحالة جيدة خالية من الديون أو الرهون أو أي حقوق للغير، ومن أمثلة ذلك في الكويت ما نص عليه البند رقم (٢٤) من عقد استثمار مشروع تطوير الواجهة البحرية بمنطقة الفحيحيل في الكويت، حيث نص على أن "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول وفي حالة التنازل الجزئي يظل الطرف الثاني مسئولاً مع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن تنفيذ أحكام العقد، كما لا يجوز للطرف الثاني رهن المنشآت المقامة على أرض المشروع"[٢].

وأيضاً ما نص عليه البند رقم (٢٣) من عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة في الكويت، حيث نص على أن "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقة كتابية مسبقة من الوزارة وفي هذه الحالة يظل الطرف الثاني مسئولاً مع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن تنفيذ أحكام العقد، كما لا يجوز للطرف الثاني رهن المنشآت المقامة على المشروع"[٣].

وأيضاً ما نص عليه البند رقم (٢٥) من عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي، حيث نص على أن "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول وفي حالة التنازل

---

[١] سبق الإشارة لهذا القانون، في ص ٢٤ من هذا البحث.
[٢] عقد استثمار مشروع تطوير الواجهة البحرية بمنطقة الفحيحيل في الكويت، هذا العقد مشار إليه كملحق لدى د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.
[٣] عقد استثمار تصميم وإنشاء مسلخ سوق الماشية لمحافظة العاصمة بالكويت، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية وشركة نقل وتجارة المواشي في الكويت بتاريخ ١٩٩٧/١/٥.

الجزئي أو الكلي يظل الطرف الثاني مسئولاً مع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن أحكام العقد، كما لا يجوز للطرف الثاني رهن المنشآت المقامة على أرض المشروع"[1].

وفي مصر من أمثلة ذلك ما نصت عليه المادة (٥ – ١٠) من عقد محطة كهرباء سيدي كرير في البندين رقم (١، ٢)، حيث نص البندين على أنه "١- تقديم الشركة للهيئة إثبات كتابي مقبول للهيئة بمطلق اختيارها، المعقول يفيد أن الشركة سوف تنقل بمجرد تلقي ذلك التعويض جميع حقوقها وما لها من حق ملكية ومصالح في المجمع للهيئة خالية غير مثقلة بأية رهون أو أعباء.

٢- تلقى الهيئة بالفعل جميع حقوق الشركة وحقوق ملكيتها ومصالحها في المجمع بمجرد نقل هذه الحقوق خالية غير مثقلة بأية رهون أو أعباء"[2].

وأيضاً ما نص عليه البند الثامن عشر من عقد إنشاء وتشغيل والانتفاع بمشروع جراج متعدد الطوابق تحت سطح الأرض ومبنى استثماري فوق سطح الأرض بنظام (B.O.T) بمنطقة الدراسة بين محافظة القاهرة و الشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشييد على أن "يلتزم الطرف الثاني بتسليم المشروع بكامل مقوماته عند انتهاء مدة الانتفاع... غير مُحمَّل بأية حقوق عينية أصلية أو تبعية للغير"[3].

الفرع الثالث

الالتزام بنقل المشروع بدون مقابل.

مؤدى هذا الالتزام هو أن تلتزم شركة المشروع – في نهاية المدة المحددة في العقد للتشغيل والاستغلال – بنقل ما لها من حقوق ملكية في الأصول سواء كانت عقارات أو منقولات وأجهزة ومعدات وقطع غيار وسيارات مخصصة لتشغيل المشروع بدون مقابل إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة، أي دون التزام بدفع أي مبالغ أو تعويضات نتيجة ما تحمله من نفقات في الإنشاء أو التجهيز أو التشغيل، ذلك أن المفروض أن شركة المشروع حصلت على هذا المقابل من الرسوم التي حصلت عليها من جمهور المنتفعين مقابل الخدمات التي قدمتها إليهم [4].

---

[1] عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية – إدارة أملاك الدولة – ويمثلها السيد/ وكيل وزارة المالية المساعد لشئون أملاك الدولة وشركة المشروع، وتم إبرام هذا العقد بالكويت بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٦.

[2] عقد شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع توليد القوى بسيدي كرير في مصر، ابرم هذا العقد بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[3] هذا العقد مشار إليه لدى د. محسن الخضيري، المرجع السابق، ص ٥٠.

[4] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٦٠ وما بعدها.

غير أنه استثناءً من تلك القاعدة، قد يتفق في العقد أو قرار منح الامتياز، على تعهد الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة بدفع تعويضات لشركة المشروع أو مبالغ معينة، وذلك عندما يستشعر طرفي العقد بأن مقدار الرسم المتحصل ومدة الامتياز والتي حرصت جهة الإدارة المتعاقدة على تخفيضهما لا يكفيان لجبر النفقات والمصاريف التي تكبدتها شركة المشروع في تشييد وتشغيل المشروع[1].

وقد حرصت القوانين والنصوص المنظمة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على التأكيد على الالتزام السابق لكي تقطع الطرق على شركة المشروع في المطالبة بأي مقابل أو تعويضات عن قيامها بتسليم المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة، ومن أمثلة ذلك في الكويت ما نصت عليه المادة (١٨) من القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، حيث نصت في عجزها على أنه ".... وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعد من مستلزمات المشروع دون مقابل أو تعويض، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد...".

بل إن هذه المادة رتبت على مخالفة أحكامها بالبطلان المطلق بقولها ".... ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار"[2].

وأيضاً حرصت العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على التأكيد على التزام شركة المشروع بنقل المشروع بدون مقابل عند انتهاء عقد الـB.O.T، وذلك حتى تقطع الطريق على شركة المشروع في المطالبة بأي مقابل أو تعويضات عن قيامها بتسليم المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة.

ومن أمثلة ذلك أيضاً في الكويت، نص البند رقم (٥) فقرة (أ) من عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بالكويت، حيث نص على أن "أ- مدة هذا العقد عشرون سنة تبدأ من تاريخ تسليم الموقع رسمياً غير قابلة للتجديد وعند انتهاء العقد

---

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٣٧.

[2] تنص م (١٨) من القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن "تحدد مدة الاستثمار لمشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لهذا القانون في وثائق الطرح بما يتفق مع طبيعة المشروع ومتطلباته. ولا يجوز أن تزيد مدة الاستثمار التي تطرح وفقاً لهذا القانون على خمسين سنة تبدأ من التاريخ المحدد في العقد لاكتمال أعمال البناء والتجهيز أو لإتمام أعمال التطوير.

ويجب إذا كان المشروع مقاماً على أرض تملكها الدولة أن تحدد مدة سنوات التعاقد وقيمة ومدة حق الانتفاع بالأرض مسبقاً في وثائق طرح هذه المشروعات، وتكون مدة الانتفاع بالأرض موازية لمدة الاستثمار وفي هذه الحالة تقدر قيمة حق الانتفاع حسب طبيعة المشروع واستخداماته وجدواه الاقتصادية.

وتبين وثائق العقد الأصول التي ستكون مملوكة للمستثمر من بين أصول مشروع الشراكة، كما تبين أي أصول تملكها الدولة من الأصول التي تخصص للمشروع طوال مدة التعاقد وأي أصول مضافة إليه خلال مدة المشروع.

وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعد من مستلزمات المشروع دون مقابل أو تعويض، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد والتي لا تؤول إلى الدولة أو تؤول إليها بمقابل أو تعويض، وينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولته إلى الدولة.

ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار".

بانتهاء مدته تؤول ملكية جميع المباني والمنشآت والملاحق المقامة على الأرض إلى الدولة دون أي مقابل أو تعويض من أي نوع كان، ويلتزم الطرف الثاني بأن يسلم المنشآت وجميع ما أقيم على الأرض إلى وزارة المالية في حالة جيدة تمكنها من إعادة استغلال المشروع"[١].

وأيضاً ما نصت عليه الفقرة الأولى من البند رقم (٥) من عقد تصميم وإدارة سوق اللحم والخضار والسمك والسوق الأبيض بالكويت، حيث نصت على أن ".... عند انتهاء العقد بانتهاء مدته تؤول ملكية جميع المباني والمنشآت والملاحق المقامة على الأرض دون أي مقابل أو تعويض من أي نوع كان، ويلتزم الطرف الثاني بأن يسلم المنشآت وجميع ما أقيم على الأرض إلى وزارة المالية في حالة جيدة تمكنها من إعادة استغلال المرفق"[٢]، [٣].

وأيضاً ما نصت عليه المادة (٣) من الشروط الخاصة بعقد (مشروع إنشاء واستثمار مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له) على أن "١- مدة العقد عشرون سنة تبدأ من تاريخ توقيع العقد، وعند انتهاء العقد بانتهاء مدته أو إلغائه تؤول ملكية جميع المباني والمنشآت والملاحق المقامة على الأرض والتجهيزات والمعدات إلى الإدارة العامة للطيران المدني في حالة جيدة دون أي مقابل أو تعويض من أي نوع كان" [٤].

وأيضاً ما نصت عليه الفقرة رقم (١) من البند رقم (٦) من عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي حيث نصت على أن "مدة هذا العقد عشرون سنة تبدأ من تاريخ تشغيل المشروع وعند انتهاء العقد بانتهاء مدته تؤول ملكية جميع المباني والمنشآت والملاحق المقامة على القسيمة والمعدات إلى الطرف الأول بحالة جيدة تمكنه من استغلال المشروع دون أي مقابل أو تعويض من أي نوع كان"[٥].

ومن أمثلة ذلك في مصر ما نصت عليه الفقرة (د) من المادة الثالثة من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين على أنه "يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى

---

[١] عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق الماشية لمحافظة العاصمة، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية وشركة نقل وتجارة المواشي في الكويت، بتاريخ ١٩٩٧/١/٥.

[٢] عقد تصميم وإنشاء وإدارة سوق اللحم والخضار والسمك والسوق الأبيض، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية ممثلة بإدارة أملاك الدولة وشركة مجمعات الأسواق في الكويت، بتاريخ ١٩٩٤/٤/١٩.

[٣] وأيضاً نص البند رقم (٢-١٢- ٢) على ذات الالتزام من عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية بالكويت، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٤] عقد استثمار مشروع إنشاء مبنى مواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له، أبرم هذا العقد بين الإدارة العامة للطيران المدني والشركة الكويتية المتحدة لإدارة المشاريع (KUCM) في الكويت، بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٩.

[٥] عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية – إدارة أملاك الدولة – ويمثلها السيد/ وكيل وزارة المالية المساعد لشئون أملاك الدولة وشركة المشروع، وتم إبرام هذا العقد بالكويت، بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٦.

المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل وبما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دولياً وذلك وفقاً للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها"[1].

ومما هو جدير بالذكر أنه يمكن تقسيم الموجودات التي تنتقل إلى الحكومة مع المشروع إلى ما يلي:-

١- الموجودات التي يتعين نقلها إلى الجهة الإدارية المتعاقدة:

وهي الموجودات التي تمثل أصول المشروع من عقارات ومنقولات أساسية وتشكل جزءاً لا يتجزأ منه ولا يمكن تشغيله إلا به، إذ يتعين أن تقوم شركة المشروع بنقل تلك الموجودات خالية من الديون والرهون والأعباء ودون تكلفة على الجهة الإدارية المتعاقدة إلا في حالة التحسينات والتجديدات التي تكون قد أدخلت على المشروع لضمان استمرار الخدمة ولم يكن صاحب الامتياز أدى ثمن تلك التكلفة بعد[2].

حيث يذهب البعض بأنه لابد من إعطاء صاحب الامتياز ثمن تلك التكلفة، ولا قيمة للبحث فيما إذا كانت السلطة المتعاقدة هي التي طلبت تلك التحسينات أو الإضافات أم لا، إذ عليها – عن طريق ممثلها وجهازها الذي يشرف ويراقب سير المشروع – الاعتراض على هذه التحسينات وطلب إيقافها أو عدم الالتزام بها مالياً، ومن ثم فإن عدم اعتراضها على الإضافات يعني موافقتها عليها، وخاصة أن من شأن هذه التحسينات زيادة كفاءة المشروع وتحسين الخدمة المقدمة على المدى الطويل[3].

ونرى أنه من الأفضل في حالة إذا لم يتم أخذ الموافقة المسبقة على هذه التحسينات من الجهة الإدارية المتعاقدة، فلا يمكن إلزامها بها، حتى ولو أدت إلى تحسين عمل المشروع، لأن هذا يحقق فائدة مشتركة لجهة الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع.

٢- الموجودات التي يجوز للسلطة المتعاقدة أن تشتريها باختيارها:

إذا كانت هناك موجودات لشركة المشروع تعد إضافية، ولا تعد جزءاً منه ولكن تم وضعها لتحسين عمل المشروع أو لتسهيل الخدمة فيه إضافة لما هو متفق عليه، فإن هذه الموجودات تكون من حق شركة المشروع، ومن ثم فإنه يحق لها استخلاصها وعدم تركها أو تسليمها عند تسليم المشروع ككل، إلا إذا قررت السلطة المتعاقدة القيام بعملية شراء الموجودات فمن حق صاحب الامتياز الحصول على تعويض يوازي قيمتها السوقية العادلة، أما لو كانت تلك الموجودات قد استهلكت بصورة كاملة، فيتم دفع القيمة الاسمية لها فقط[4].

---

[1] عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين في مصر، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[2] أ. أحمد العتيبي، المرجع السابق، ص ١٦٦.

[3] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

[4] د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٤٤٢ وما بعدها.

٣- الموجودات التي تظل ملكية خاصة لصاحب الامتياز:

وهي الموجودات التي تظل مملوكة للمستثمر (شركة المشروع) ويحق له التصرف فيها سواء بالبيع أو نقل الملكية بمقابل إلى الجهة الإدارية المتعاقدة أو الاحتفاظ بها لنفسه[١]، ومثال ذلك عقد مشروع تطوير المنطقة الحرفية الخدمية في منطقة غرب أبو فطيرة في الكويت حيث تم الاتفاق في البند السادس منه على أن هناك قسائم ستتملكها شركة المشروع من بين ما سيتم تسليمه من محلات ومعارض ومواقف للسيارات، وقد نص العقد على ملكية المستثمر للقسائم على النحو التالي:-

"أولاً: ١- القسائم الحرفية (الإجمالي ١٩٩ قسيمة) عبارة عن:

أ- عدد (٣٢) قسيمة فئة ١٠٠٠ م٢.

ب- عدد (١٦٧) قسيمة فئة ٥٠٠ م٢.

ج- قسائم معارض السيارات (الإجمالي ٣٢ قسيمة)".

وتضمن البند السادس فقرة (٢) من عقد مشروع غرب أبو فطيرة على شروط نقل ملكية المستثمر للقسائم وهي كما ما يلي "١- اتفق الطرفان على أن ملكية المستثمر للقسائم العائدة له معلقة على شرط واقف للملكية متمثلاً في أن ملكية القسائم لن تنتقل إلى المستثمر إلا بعد قيامه بتنفيذ المشروع كاملاً واستلام البلدية له بموجب محاضر الاستلام اللازمة.

واستثناءاً من ذلك يجوز للطرفين في الاتفاق على أن يقوم المستثمر بالاستغلال أو التصرف في القسائم العائدة له قبل الانتهاء من تنفيذ المشروع شريطة موافقة الطرف الأول مسبقاً وكتابياً على ذلك وعلى أن يقدم المستثمر ضمانات كافية تتمثل في تقديم كفالة بنكية تعادل نسبة ١٠٠% من قيمة المشروع وبعدها يحق للمستثمر التصرف في قسائمه"[٢].

الفرع الرابع

الالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين الوطنيين عليها.

عرف البعض مصطلح التكنولوجيا بأنه اصطلاح ينصرف إلى مجموعة معلومات تتعلق بطريقة مبتكرة لتطبيق نظرية علمية أو اختراع، ومن الناحية القانونية تعتبر المعلومات التي تتكون منها التكنولوجيا مالاً معنوياً يطلق عليه في الاصطلاح الدارج اسم "حق المعرفة"[٣].

- كذلك انظر: د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

[١] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢١٩ وما بعدها.

[٢] عقد استثمار مشروع تطوير المنطقة الحرفية الخدمية غرب منطقة أبو فطيرة بالكويت، أبرم هذا العقد بين الهيئة العامة للصناعة الكويتية وشركة الإنشاءات الشرقية، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/٣١.

[٣] د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٥.

ومن الملاحظ أن نقل ملكية مشروع الـB.O.T يتبعه نقل التكنولوجيا الموجودة بالمشروع إلى الدولة المضيفة عند انتهاء فترة عقد الـB.O.T، ويكون للدولة آنذاك استخدام تكنولوجيا المشروع بالكامل.

وتشمل تكنولوجيا المشروع كافة الأموال المعنوية كحقوق المعرفة، وبراءات الاختراع، والعلامات التجارية، والنماذج والرسومات والأموال المادية، كالآلات والمعدات، والأجهزة، والعمالة الماهرة، كالخبراء متى كان من شأن ذلك تخفيض نفقات الإنتاج، أو تحسين طرق العمل، أو إنتاج سلع وخدمات جديدة[1].

ويعتبر التزام شركة المشروع بإمداد المشروع بالوسائل التكنولوجية اللازمة من أهم الالتزامات التي تتولد عن عقود الـB.O.T، حيث تمثل عقود الـB.O.T مدخلاً أساسياً لنقل التكنولوجيا المتقدمة إلى الدولة المضيفة، ونظراً لضخامة الاستثمارات في مشروعات الـB.O.T، فإن الأمر يستدعي الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة، والعمل على تطويرها أولاً بأول[2].

والالتزام بنقل التكنولوجيا يحقق مصلحة لكل من طرفي العقد، فهو يمثل مصلحة جدية لشركة المشروع، حيث يسهل إدارة المشروع وتحصيل أكبر قدر من الفوائد والأرباح كما أنها تساعد على تقديم خدمة جيدة، كما أن الدولة المضيفة لها أيضا مصلحتها في الحصول على تكنولوجيا جديدة تتناسب وخططها التنموية وتساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية، وتزويد المشروعات بالوسائل التكنولوجية له أثره البالغ فيما تضيفه على المشروع من رفع كفاءته والتي غالباً ما تعود على المشروع بالنفع خاصة مع ما يحققه من مكاسب اقتصادية مع تقديم خدماته بشكل أسرع وعلى نحو أفضل[3].

وفي غالب الأمور يتفق الطرفان في عقد الـB.O.T على استخدام تكنولوجيا معينة بحيث يؤدي في النهاية إلى تحقيق مصلحة دولة مقر المشروع والتزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا الحديثة لدولة المقر وللمشروع يتحدد في ضوء ما هو منصوص عليه في عقد الـB.O.T، وعند وجود نص يتم الرجوع إلى كراسة الشروط وما تضمنته من أحكام، وعند عدم وجود بنود في كراسة الشروط حول الموضوع، تطبق أحكام قانون التجارة المصري[4،5].

---

[1] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٣٤٩ وما بعدها.

[2] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

[3] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ١٦٤.
- كذلك انظر: د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٩٩.
- كذلك انظر: د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٥٧٠.

[4] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٣٢٤ وما بعدها.

[5] نظم المشرع المصري عملية نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المنشور بالجريدة الرسمية العدد (١٩) مكرراً، في ١٧ مايو ١٩٩٩ والمعدل بالقانون رقم (١٦٨) لسنة ٢٠٠٠، المنشور بالجريدة الرسمية العدد (٣٠)، في ٢٠٠٠/٧/١٢، وذلك في المواد من (٧٢) إلى (٨٧). =

وأما في الكويت فقد نظم القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص آلية نقل التكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع وكذلك نظم عملية تدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات، وذلك في البند رقم (١٢) من المادة (٣٥) منه، حيث نصت على أن "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي:-

١٧- طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداءها وشروط تنفيذها.

١٨- ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.

١٩- مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.

٢٠- الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.

٢١- سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدها، وأسس وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض.

٢٢- وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.

٢٣- تنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل.

٢٤- أنواع ومبالغ التأمين على المشروع، ومخاطر تشغيله أو استغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة العامة وأحكام وإجراءات استردادها.

٢٥- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.

٢٦- مدة العقد ومدة الاستثمار ومدة البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.

٢٧- حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة والحالات التي يحق فيها للجهة العامة الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المرتبة على استخدام هذا الحق.

- وقد عرّفت المادة (٧٣) من ذات القانون السابق عقد نقل التكنولوجيا بأنه "اتفاق يتعهد بمقتضاه (مورد التكنولوجيا) بأن ينقل بمقابل معلومات فنية إلى (مستورد التكنولوجيا) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات ولا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع. ولا بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها إلا إذا ورد ذلك كجزء من عقد نقل تكنولوجيا، أو كان مرتبطاً به". =

٢٨- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار.

٢٩- حالات السماح لذات الشركة المتعاقدة بتنفيذ عقود شراكة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا.

٣٠- اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين.

٣١- يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين.

٣٢- وتبين اللائحة التنفيذية الأمور الأخرى التي يتضمنها عقد الشراكة ".

كما أن التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا إلى الدولة المضيفة، يتم من خلال وسيلة هامة ألا وهي تدريب العاملين الوطنيين على استخدام تلك الوسائل لتصبح قادرة على تشغيل المشروع عند انتهاء مدة التعاقد ونقل ملكيتها إليها، وحتى يستمر المرفق في تقديم الخدمة العامة التي أنشئ من أجلها[١].

ويقصد بالعمالة الوطنية، العمال المحليين الذين سيقومون بعمل كافة إجراءات وطرق تشغيل وإدارة وصيانة المشروع عقب انقضاء فترة الامتياز أو الالتزام، وتراعي الحكومة أن يتم التدريب بشقيه العملي والنظري، على أن يتولى العملية التدريبية ذوي الخبرة في شركة المشروع، وأن تتولى الحكومة مراقبة عملية تدريب العمالة الوطنية لكي تضمن حسن قيام شركة المشروع بتلك المهمة، فضلاً عن مراقبة قيام شركة المشروع بتدريب العمالة الوطنية عملياً على الآلات والمعدات الموجودة ضمن أصول المشروع خلال فترة الالتزام، وعلى شركة المشروع تقديم تقرير يفيد استيعاب العمالة الوطنية لنوعية التكنولوجيا المستخدمة في المشروع كاملاً قبل عملية نقل المشروع وأصوله إلى الجهة الإدارية المتعاقدة[٢].

وعلى ذلك فإنه ينبغي بصفة عامة أن تعالج البنود الخاصة بنقل الملكية في نهاية مدة الترخيص المسائل الخاصة بتدريب الموظفين والعاملين بالجهة الإدارية المتعاقدة، كما ويجب البدء في برامج التدريب في موعد مناسب بحيث تتمكن الجهة الإدارية المتعاقدة من تشغيل المرفق بالكفاءة اللازمة عند تسليمه وانتقال ملكيته إليها[٣].

---

[١] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ١٣٠.

[٢] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

- كذلك انظر: د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٩٩.

[٣] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ١٦٤.

وتنص العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على ضرورة تشغيل نسبة من العمالة الوطنية في المشروع بحيث يمكنها من تشغيل المشروع والعمل على استمراره بعد تسليمه، ومن أمثلة ذلك في مصر عقد شركة كهرباء انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء، والذي نص في مادته (٢/٦) على أن "تبدأ الشركة مع الهيئة على حساب الشركة وحدها – قبل تاريخ نقل الملكية بثمانية عشر (١٨)شهراً وضع برنامج تدريب للموظفين التابعين للهيئة أو الذين تحددهم الهيئة، ويشمل البرنامج إعداد مواد التدريب واستخدامها ويبدأ برنامج التدريب قبل تاريخ نقل الملكية باثنى عشر (١٢) شهراً ويوفر تدريباً نظرياً وتدريباً عملياً من خلال العمل لعدد كاف من موظفي الهيئة فيما يتعلق بتشغيل وصيانة المشروع"[١].

وفي الكويت نص القانون رقم (١٦) لسنة ٢٠١٤ في المادة (٣٥) في البند رقم (١٢) السابق ذكرها في هذا الفرع على التزام شركة المشروع بتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع.

كما أنه يدرج في عقود الـB.O.T شرط يكاد أن يكون اعتيادياً، يتمثل في وجوب الالتزام بالقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية[٢].

كما قرر القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت في مادته (٢٩) على التزام المستثمر بنقل وتوطين التكنولوجيا المتطورة لدولة الكويت، وأيضاً التزامه بخلق فرص عمل للعمالة الوطنية وتدريبها، حيث نصت هذه المادة على ذلك الالتزام في البندين رقم (١، ٥)، فنص البند رقم (١) على "نقل وتوطين التكنولوجيا وأساليب الإدارة الحديثة والخبرة العملية والفنية والتسويقية المتطورة لدولة الكويت"، أما البند رقم (٥) فنص على "خلق فرص عمل للعمالة الوطنية وتدريبها"[٣].

وقد حرصت الدول الأجنبية في النظم القانونية المنظمة لعقود الـB.O.T على التأكيد على التزام شركة المشروع بتدريب العاملين الوطنيين، ومن أمثلة ذلك ما ورد بالمادة (٢٥) من التنظيمات القانونية الخاصة بالاستثمار الأجنبي في مشروعات الـB.O.T في الصين بالنص على أنه "تكون شركة المشروع مسئولة عن تدريب الأشخاص المطلوبين لكي تكون لديهم القدرة المستقلة لتشغيل المشروع وصيانته بعد نقل المشروع"[٤].

---

[١] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[٢] قانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية، نشر هذا القانون بجريدة الكويت اليوم، العدد رقم (٤٦٣)، السنة السادسة والأربعون، يوم الأحد بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٠٠.

[٣] القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت، نشر هذا القانون بجريدة الكويت اليوم، العدد رقم (١١٣٦)، السنة التاسعة والخمسون، يوم الأحد بتاريخ ٢٠١٣/٦/١٦.

[٤] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٩٩ وما بعدها.

وبناءاً على ما سبق، أرى أن الالتزام بتدريب العمالة الوطنية يجب أن يتم بعد فترة وجيزة من بدء التشغيل وليس قبل انتهاء المشروع، وذلك حتى تستطيع العمالة الوطنية المدربة إدارة وتشغيل المشروع في حالة وجود قوة قاهرة أو توقف شركة المشروع لأي سبب كان.

المبحث الثاني

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

تمهيد وتقسيم:

تنتهي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T شأنها شأن كل العقود الإدارية، إما نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزام موضوع العقد، وإما أن تنتهي نهاية غير طبيعية (مبتسرة) أي قبل حلول الأجل المحدد له.

وعلى ذلك سوف أقوم بتقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الانتهاء الطبيعي لعقد الـB.O.T.

المطلب الثاني: الانتهاء غير الطبيعي لعقد الـB.O.T.

المطلب الأول

الانتهاء الطبيعي لعقد الـB.O.T.

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T شأنه شأن سائر العقود الإدارية ينتهي في الأصل نهاية طبيعية بانتهاء المدة المحددة له في العقد مع قيام كل طرف سواء الجهة الإدارية المتعاقدة أو شركة المشروع بالوفاء بالتزاماته كاملة[1].

وفي نهاية مدة العقد قد تعمد الجهة الإدارية المتعاقدة إلى استرداد العقد لإدارة المشروع بنفسها أو أن تعهد بإدارته إلى شركة مشروع أخرى، وإما أن تعمل على تجديد العقد لمدة أخرى لنفس شركة المشروع الأصلية[2].

ويلزم في هذا المجال التمييز بين نوعين من العقود[3]:

---

[1] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٧٩.

[2] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

[3] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٦٤ وما بعدها.

١- العقود الفورية: وهي العقود التي لا يلعب عنصر الزمن فيها دوراً جوهرياً، ويتم تنفيذها فوراً، وتنتهي هذه العقود بمجرد تنفيذها من جانب الطرفين، وبالتالي لا تثار مشاكل عند انتهائها.

٢- العقود الزمنية: وهي العقود التي يلعب الزمن فيها دوراً رئيسياً، ويلزم بالنسبة لهذه العقود الزمنية التفرقة بين فرضين: الأول أن يتضمن العقد النص على مدة زمنية لسريانه وفي هذه الحالة ينتهي العقد بنهاية المدة المتفق عليها. والفرض الثاني ألا يتضمن العقد النص على فترة زمنية، فإذا خلا العقد من النص على فترة زمنية لسريانه فإن مدته تقدر وفقاً لنصوص القانون المدني، وإذا لم يوجد نص فإن إنتهاء العقد يدخل في مجال السلطة التقديرية للإدارة.

وينتمي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T كسائر عقود الامتياز الأخرى إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصراً جوهرياً فيها، وعلى ذلك فإن النهاية الطبيعية للعقد تكون بانقضاء المدة المحددة في وثيقته، ويقصد بالمدة في عقد الـB.O.T، الفترة التي تمنح لشركة المشروع – بمقتضى العقد – لإدارة واستغلال المشروع ويعبر عنها – عادة – بمدة الاستغلال، وهي مدة طويلة نسبياً[١].

وبيد أنه لا يتصور أن يتم منح الالتزام سواءً في عقود الالتزام أو في عقود الـB.O.T إلى ما لا نهاية، لأن في ذلك نزولاً من الدولة عن سلطتها في تنظيم المرفق العام وهو ما لا يجوز[٢].

وغالباً ما تنص القوانين الوطنية على تحديد مدة الامتياز، فكانت هذه المدة في ظل القانون المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ والخاص بالتزامات المرافق العامة لا تزيد عن ٣٠ عاماً وهو ما أكدته المادة الأولى من هذا القانون بنصها على أنه "لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن ثلاثين سنة"، إلا أن المشرع المصري في القوانين الخاصة بتنظيم منح الالتزامات بنظام الـB.O.T خرج على هذا النص وأجاز منح الالتزام بنظام الـB.O.T لمدة أقصاها تسعة وتسعين عاماً وهو ما أكدته العديد من القوانين التي صدرت في هذا الشأن كالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦، والذي جاء في مادته السابعة أنه "لا يجوز أن تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة"[٣].

واستناداً إلى هذه القوانين أصدر مجلس الوزراء المصري العديد من القرارات محدداً بموجبها مدة امتياز الـB.O.T ومن هذه القرارات، القرار رقم (١) لسنة ١٩٩٨ والخاص

---

[١] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٢٩٥.
[٢] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ١٩٦.
[٣] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـB.O.T حيث نصت المادة الثالثة على أنه "يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار لفترة ٤٠ سنة تدخل فيها فترة الإنشاء ووفقاً للقواعد والشروط التي يتم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق رقم (٣١)"[١].

وأيضاً ما جاء في إحدى مواد القرار رقم (٢) لسنة ١٩٩٨ والخاص بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـB.O.T، حيث نصت المادة الثالثة بالفقرة (١) بالبند (د) من هذا العقد على أن "مدة الالتزام خمسون عاماً شاملة فترة الإنشاء، وتجدد لفترة أخرى تلقائياً ما لم يخطر أحد الطرفين برغبته في إنهاء الالتزام في حدود القوانين المنظمة لذلك"[٢].

وكما جاء في قرار مجلس الوزراء المصري رقم (٤) لسنة ١٩٩٨ والخاص بإنشاء محطة كهرباء سيدي كرير بنظام الـB.O.T، نصت المادة (٥ – ١) من هذه الاتفاقية على أن "تبدأ هذه الاتفاقية وتكون نافذة الأثر في التاريخ المبين بها، وتستمر بكامل تأثيرها ونفاذها لمدة عشرين عاماً هي أعوام الاتفاقية "المدة" أو لأي تاريخ لاحق يتم الاتفاق عليه بين الأطراف، ما لم يتم تمديدها أو إنهائها قبل ذلك طبقاً لشروطها"[٣].

وكذلك في قرار مجلس الوزراء المصري رقم (٣٣٥) لسنة ٢٠٠١ والخاص بإنشاء وتشغيل ميناء دمياط البحري بنظام الـB.O.T، حيث تم تحديد مدة الترخيص بـ٢٥ عاماً تبدأ من تاريخ الإنتاج الفعلي وبدء المجمع في التصدير[٤].

وبناءاً على ذلك فإن القاعدة العامة أن عقود البناء والتشغيل الـB.O.T تنتهي نهاية طبيعية بانتهاء المدة المحددة في اتفاق المشروع المبرم بين الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع، وإذا كان من الجائز في بعض الفروض النادرة أن يغفل طرفا عقد الالتزام عن تحديد مدة الالتزام فإن هذا الفرض مستحيل الحدوث في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T نظراً لحرص طرفي العقد على تحديد مدة العقد، إذ يترتب على هذه المدة بما لا يجاوز حداً معيناً حرصاً على المال العام وكذلك للمصلحة العامة، ولكن على فرض عدم تحديد هذه المدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T أياً كان شكل هذا التحديد سواءاً بصورة صريحة أو بصورة ضمنية فإنه لا مناص في هذه الحالة من اعتبار تلك المدة هي ٩٩ عاماً باعتبارها تمثل الحد الأقصى لما يمكن أن يتفق عليه طرفا العقد[٥]، وإن كان

---

[١] عقد التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٧ من هذا البحث.

[٢] عقد إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٣] عقد محطة كهرباء سيدي كرير بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[٤] أ. عبدالله الكندري، المرجع السابق، ص ١٦٣.

[٥] د. يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة، القرار الإداري – العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٦ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ٢١٨ وما بعدها.

- كذلك انظر: أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٧٩.

هناك من رأي وجوب تحديد مدة انتهاء العقد بنظام الـB.O.T في حالة عدم تحديد تلك المدة في العقد عن طريق القضاء أو اللجان التحكيمية المختصة وذلك طبقاً لظروف كل اتفاق وموضوعه[1].

وقد تستمر شركة المشروع في بعض الفروض في تنفيذ العقد لمدة تجاوز المدة المحددة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T في هذه الحالة لا يخرج الأمر عن أحد احتمالين[2]:

الأول: أن يكون التأخير راجعاً إلى شركة المشروع، وعليها في هذا الفرض تحمل تبعة هذا التأخير.

الثاني: أن يكون التأخير راجعاً إلى الجهة الإدارية مانحة الامتياز وفي هذه الحالة عليها أن تعوض المتعاقد معها عن هذا التأخير، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥ ".... ومقتضى ذلك أنه إذا قام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد في غير المدة المحددة بسبب يرجع إلى جهة الإدارة فإن من حقه أن يحصل على أية أعباء إضافية تحملها نتيجة لتنفيذه الأعمال محل العقد في فترة تالية للفترة المحددة لتنفيذها وبالتالي يكون له الحق في المطالبة بأية زيادة تطرأ في أسعار المواد وخلافه مما يستعمل في العملية محل التعاقد"[3].

وفي فرنسا يشترط المشرع الفرنسي أن يتم تحديد المدة في العقد، وللشخص العام الحرية الواسعة في تقدير المدة على ألا تزيد عن المدة المعتادة لاستهلاك الأموال.

ولكنه من جهة أخرى يشترط في قانون (٢) فبراير ١٩٩٥، والذي تتعلق نصوصه بحماية البيئة على "ألا تزيد مدة العقود الخاصة بمياه الشرب، والتطهير والنفايات المنزلية وغيرها من النفايات عن عشرين سنة"[4].

وفي الكويت عرّفت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة رقم (١) الخاصة بالتعريفات مدة الاستثمار: "المدة المحددة في عقد الشراكة، والتي تبدأ من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز أو من تاريخ إتمام أعمال التطوير كلياً أو جزئياً، وفقاً لما هو منصوص عليه في وثائق طرح المشروع وبما لا يجاوز (٥٠) خمسين عاماً"[5].

---

[1] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٢٤٥.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٠٥.
[2] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ١٩٨.
[3] حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٩٤/٧/٥، الطعن رقم (٤٤١٦) لسنة ٣٥ ق، الموسوعة ج ٤٩، ص ١٢٩، المشار إليه لدى أ. أسامة مدلول المطيري، المرجع السابق، ص ١٢٥ وما بعدها.
[4] د. محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ١٣٨ وما بعدها.
[5] صدرت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بمرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥، ونشرت بجريدة الكويت اليوم، العدد (١٢٢٩)، السنة الحادية والستون، بتاريخ ٢٠١٥/٣/٢٩.

ومن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الكويتي وضع حد أعلى لمدة عقود الـB.O.T بحيث لا تتجاوز (٥٠) عاماً.

كما أن اللائحة التنفيذية السابق ذكرها، أوجبت أن يتضمن عقد الشراكة وعلى وجه الخصوص مدة عقد الشراكة، شاملة على مدة البناء ومدة الاستثمار وهذا ما نصت عليه المادة (٢٦) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في البند رقم (٢)، حيث نصت هذه المادة على أن "يجب أن يتضمن عقد الشراكة، على وجه الخصوص، ما يلي:-

٢٢- موضوع العقد.

٢٣- مدة العقد، شاملة مدة البناء ومدة الاستثمار.

٢٤- الالتزام بإنشاء المشروع.

٢٥- تحديد الخدمات ومقابل تحصيلها.

٢٦- الإقرار والضمانات والتعهدات.

٢٧- إجراءات التشغيل.

٢٨- الاختبارات وآلية التقييم.

٢٩- تشغيل المشروع.

٣٠- طرق المحاسبة وعملة الدفع.

٣١- التأمين.

٣٢- السجلات والتقارير.

٣٣- التنازل.

٣٤- حالات فسخ العقد دون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي.

٣٥- تصفية المشروع وإنهاء العقد للمصلحة العامة.

٣٦- أسس التعويض.

٣٧- تحرير العقد المعتمد.

٣٨- طرق فض المنازعات.

٣٩- حق الانتفاع بأي أصول عينية توفرها الدولة.

٤٠- الاشتراطات الفنية والبيئية والمالية والاقتصادية للمشروع.

٤١- شروط الأمن والسلامة.

٤٢- أية شروط أخرى تحدد العلاقة بين الأطراف والتزاماتهم".

وأما فيما يتعلق بمدة مشروع الـB.O.T وأسس حسابها فقد أوضحتها اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص في المادة (١٢)

حيث نصت على أن "يجب أن تتضمن دراسة الجدوى توصية بشأن المدة الزمنية المقترحة لتنفيذ مشروع الشراكة وفقاً لطبيعته ومتطلباته، وبخاصة المدة الزمنية المقترحة لأعمال البناء، والتي تشكل بالإضافة إلى مدة الاستثمار مدة عقد الشراكة.

يراعى عند تحديد مدة عقد الشراكة الأسس التالية:

١- المنافع الاقتصادية أو الاجتماعية التي تستهدفها الدولة من المشروع وفقاً لخطتها الإستراتيجية.

٢- تكلفة رأس المال المقترحة لتنفيذ المشروع.

٣- تكلفة تمويل المشروع المتوقعة والإيرادات المحتملة والعائد على رأس المال والعائد الداخلي على المشروع.

٤- التدفقات النقدية المتوقعة للمشروع.

٥- المدة الزمنية اللازمة لتحقيق عائد مناسب يجعل مشروع الشراكة جاذباً للشركات ذات الخبرة والسمعة الجيدة للمنافسة عليه بما يمكن تحقيق جودة عالية للخدمات والبنية التحتية التي يوفرها المشروع.

٦- المدة الزمنية الفضلى لاستعادة الجهة العامة المتعاقدة للأصول التي يوفرها المستثمر وتحويلها إلى الدولة بما لا يخالف الطبيعة الخاصة للمشروع والحد الأقصى للقدرة المنتجة للمعدات مقابل مدة الاستثمار والتشغيل وفقاً لتوصيات الشركات المصنعة".

وأود أن أشير هنا ومن باب الملاحظة أن القانون الكويتي (الملغي) رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة[١]، قد وضع حداً أعلى لمدة عقود الـ B.O.T التي أبرمت في ظله بأن لا تتجاوز (٤٠) سنة وهو ما نصت عليه المادة السادسة منه في عجزها من أنه "وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تجاوز مدة التعاقد للمشروعات المشار إليها في هذه المادة والمادتين السابقتين ثلاثين سنة، واستثناء من ذلك يجوز بالنسبة للمشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة التي يحددها مجلس الوزراء أن تمتد هذه المدة إلى ما لا يزيد على أربعين سنة".

ثم بعد ذلك صدر القانون الجديد رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص فوضع حداً أعلى لمدة عقود الـ B.O.T بأن لا تتجاوز (٥٠) عاماً، وهو ما نصت عليه المادة (١) من اللائحة التنفيذية السابق ذكرها عند تعريفها لمدة الاستثمار، مما

---

[١] القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ الخاص بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة (الملغي) والقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الحالي والجديد، سبق الإشارة إليهما في ص ٢٤ من هذا البحث.

أدى إلى رفع وزيادة مدة التعاقد كحد أقصى إلى (٥٠) سنة بدلاً من (٤٠) سنة في القانون الجديد (الحالي).

ونرى أن هذه الزيادة في مدة التعاقد في مشروعات الـB.O.T، قد جاءت تماشياً مع التعديل الذي أدخل على القانون الحالي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بإدراج مشروعات ضخمة تتضمن إقامة البنية التحتية، فهذه المشروعات ذات طبيعة خاصة بالإضافة أنها تحتاج إلى فترات زمنية طويلة نسبياً حتى تكون ذات جدوى اقتصادية وجاذبة للمستثمر.

وبالرجوع إلى العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T التي أبرمت بالكويت نجدها تنص على تحديد مدة العقد فيها ومن أمثلة ذلك، عقد تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل للصناعات الحرفية بمنطقة الفحيحيل الخدمية والحرفية والتجارية، حيث نصت المادة (٥) منه على أن "مدة الاستثمار في هذا العقد عشرون عاماً تبدأ اعتباراً من اليوم التالي لانقضاء سنتان من تاريخ التوقيع على هذا العقد، ويجوز تجديده بموافقة الطرفين شريطة أن يخطر أحد الطرفين برغبته في التجديد قبل ستة أشهر السابقة على انتهاء العقد وعند انتهاء العقد بانتهاء مدته أو بإنهائه يلتزم الطرف الثاني بأن يسلم الطرف الأول البنية الأساسية والتحتية وجميع المنشآت التي أقامها في حالة جيدة تمكن الطرف الأول من الاستمرار في إدارة وتشغيل المرفق ولا يحق للطرف الثاني المطالبة بأي مقابل أو تعويضات عنها"[١].

ومن أمثلة ذلك أيضاً ما جاء في عقد إعداد وتشغيل وتطوير وصيانة قطعة (٥) وتجهيز وإدارة منطقة الشعيبة الغربية الصناعية بالكويت، حيث حدد في العقد مدة انتهائه، وهو ما نصت عليه المادة (٤) في الفقرة (ب) من أنه "ب- مدة هذا العقد عشرون عاماً تبدأ من اليوم التالي لانقضاء ثلاثين شهراً من تاريخ التوقيع على هذا العقد"[٢].

ومن الأمثلة أيضاً ما جاء في عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي بتحديد مدة هذا العقد، حيث نص البند رقم (٦) في الفقرة رقم (١) منه على أن "مدة هذا العقد عشرون سنة تبدأ من تاريخ تشغيل المشروع..."[٣].

---

[١] عقد تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل للصناعات الحرفية بمنطقة الفحيحيل الخدمية والحرفية والتجارية بالكويت، أبرم هذا العقد بالكويت بين الهيئة العامة للصناعة الكويتية وشركة المخازن العمومية، وتم توقيع هذا العقد بتاريخ ٢٠٠٢/١١/٣.

[٢] عقد إعداد وتشغيل وتطوير وصيانة قطعة (٥) وتجهيز وإدارة منطقة الشعيبة الغربية الصناعية، أبرم هذا العقد بالكويت بين الهيئة العامة للصناعة الكويتية وشركة جوهرة الفنار، بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢٩.

[٣] عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية – إدارة أملاك الدولة – ويمثلها السيد/ وكيل وزارة المالية المساعد لشئون أملاك الدولة وشركة المشروع، وتم إبرام هذا العقد بالكويت في ٢٠٠٤/٤/٢٦.

ومن الأمثلة أيضاً ما جاء في عقد بناء وتشغيل وإعادة تسليم محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية بتحديد مدة هذا العقد، حيث نص البند (٢/٦) من الفصل الثاني من العقد على أن "مدة العقد (٣٠) ثلاثين سنة"[١].

ومن الأمثلة أيضاً ما جاء في عقد إنشاء واستغلال وإدارة المركز العلمي بنظام الـB.O.T بتحديد مدة هذا العقد بعشرين سنة، وكذلك ما جاء في عقد إنشاء واستغلال وإدارة مستشفى المركز الطبي الكويتي بنظام الـB.O.T، وكانت المدة المحددة لانتهاء العقد عشرون سنة[٢].

وبالرجوع إلى العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T التي أبرمت في بعض من الدول الأجنبية، نجد أنها نصت على مدة انتهاء لهذه العقود، ومن أمثلة ذلك عقد لإنشاء سوق عام بنظام الـB.O.T في مدينة ماندليانج بالفلبين عام ١٩٩١ وكان مدة العقد أربعين سنة[٣].

ومن أمثلة ذلك أيضاً عقد لتصميم وبناء وتمويل وتشغيل المطار الدولي في مدينة دلهي بالهند (مطار أنديرا غاندي) الذي أبرم في ديسمبر ٢٠٠٧ وكانت مدة العقد (٣٠) سنة، وكذلك عقد لبناء محطة معالجة مياه الصرف الصحي في مدينة (وادي الحجارة) بالمكسيك لمدة عشرين عاماً[٤].

ومن أمثلة ذلك أيضاً عقد إنشاء واستغلال طريق سريع بنظام الـB.O.T في ماليزيا بطول (٢٧٢) كم يربط الدولة من تايلاند إلى سنغافورة، وكانت مدة العقد (٣٠) سنة، وكذلك عقد إنشاء وتشغيل وتحويل مشروع خط سكة حديدية للربط بين المملكة المتحدة وفرنسا (مشروع نفق المانش)، وكانت مدة العقد (٥٥) عاماً[٥].

ومما هو جدير بالذكر أن انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T بانتهاء مدته لا يحول دون إمكانية تجديد هذا العقد أو امتداده، حيث يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة ولشركة المشروع الاتفاق على تمديد عقود الـB.O.T لفترة واحدة أو أكثر فقد ترى جهة الإدارة أنه من الأجدى متابعة تقديم الخدمة عن طريق نفس شركة المشروع إذا ما أظهرت جدية ومصداقية في تعاملها[٦].

---

[١] عقد بناء وتشغيل وإعادة تسليم محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية بالكويت، سبق الإشارة لهذا العقد في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٢] هذان العقدان مشار إليهما لدى أ. دلال العوضي، المرجع السابق، ص ٨٢، ص ٨٤.

[٣] د. كمال طلبة، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

[٤] د. عيسى بدو، المرجع السابق، ص ١١١، ص ١١٣.

[٥] د. أحمد منير النجار، برنامج "دراسة مشاريع B.O.T"، برنامج تدريبي بوزارة المالية الكويتية لدراسة مشاريع B.O.T بالتعاون مع جامعة الكويت، ٢٠٠٤/٥/٢٢، ص ٢٣، ٧٥.

[٦] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٤١٠.

وقد أجاز القانون المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ والخاص بمنح التزامات المرافق العامة في مادته الأولى إمكانية تمديد مدة الالتزام ولكن بشرط ألا تتجاوز مدة العقد ثلاثين عاماً فإذا كانت مدة العقد أقل من ثلاثين عاماً فيمكن امتداد العقد لمدة أخرى بشرط ألا يتجاوز ذلك مدة الثلاثين عاماً[١].

وأما إذا كانت مدة العقد الأصلي ثلاثين عاماً أو وصلت المدة بعد التمديد إلى ثلاثين عاماً، فلا يجوز هنا امتداد العقد إلا بإتباع إجراءات تعاقدية جديدة، كما لو كنا بصدد إبرام عقد التزام جديد حتى لو أسفرت تلك الإجراءات على اختيار ذات الملتزم الأول[٢].

وأما في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، فنجد أن المشرع المصري قد رفع الحد الأقصى لمدة العقد إلى تسع وتسعين عاماً، وعلى ذلك يمكن تجديد أو تمديد عقد الـ B.O.T إذا كانت مدته تقل عن تسع وتسعين عاماً بشرط ألا تزيد المدة الأصلية ومدة التجديد عن ٩٩ عاماً، كما يجب أن يتم هذا التجديد وكما ذهب البعض بصورة صريحة وليست ضمنية[٣].

وأما في فرنسا فإن المشرع الفرنسي وضع حلولاً واضحة حول تمديد العقد وتجديده، فلقد تناول المشرع الفرنسي في قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣م الحالات التي يجوز فيها تمديد العقد، أما التجديد فلا يكون إلا من خلال إبرام عقد جديد وبإجراءات جديدة، فلا يجوز أن يتضمن العقد شرطاً يقضي بالتجديد الضمني عند انتهاء مدته [٤].

وأما في الكويت فإن المادة (١٨) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص عنيت بتحديد مدة التعاقد لهذه المشروعات وهي بما لا يجاوز (٥٠) خمسين عاماً، كما اشترطت هذه المادة على ضرورة أن تحدد مدة التعاقد في وثائق الطرح لهذه المشروعات، كما لا يجوز تجديدها أو تمديدها، كما نظمت أيلولة المشروع إلى الدولة في نهاية مدة التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة (١٨) من أن "تحدد مدة الاستثمار لمشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لهذا القانون في وثائق الطرح بما يتفق مع طبيعة المشروع ومتطلباته.

ولا يجوز أن تزيد مدة الاستثمار التي تطرح وفقا لهذا القانون على خمسين سنة تبدأ من التاريخ المحدد في العقد لاكتمال أعمال البناء والتجهيز أو لإتمام أعمال التطوير.

---

[١] وهذا ما تؤكده المادة الثامنة من ذات القانون بنصها على أن "تسري أحكام هذا القانون من وقت صدوره على الالتزام السابق مع احترام المدد المتفق عليها بشرط ألا تزيد عن ثلاثين سنة من تاريخ العمل به".

[٢] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

[٣] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٤١٠ وما بعدها.

[٤] د. محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ١٤٠.

ويجب إذا كان المشروع مقاماً على أرض تملكها الدولة أن تحدد مدة سنوات التعاقد وقيمة ومدة حق الانتفاع بالأرض مسبقاً في وثائق طرح هذه المشروعات، وتكون مدة الانتفاع بالأرض موازية لمدة الاستثمار وفي هذه الحالة تقدر قيمة حق الانتفاع حسب طبيعة المشروع واستخداماته وجدواه الاقتصادية.

وتبين وثائق العقد الأصول التي ستكون مملوكة للمستثمر من بين أصول مشروع الشراكة، كما تبين أي أصول تملكها الدولة من الأصول التي تخصص للمشروع طوال مدة التعاقد وأي أصول مضافة إليه خلال مدة المشروع.

وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعد من مستلزمات المشروع دون مقابل أو تعويض، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد والتي لا تؤول إلى الدولة أو تؤول إليها بمقابل أو تعويض، وينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولته إلى الدولة.

ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار".

ولكن جاءت المادة (٣٠) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص وأجازت التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بموجب عقد جديد ومنحه القانون شرط أفضلية، حيث يكون للمستثمر الذي انتهى عقده الأفضلية في الترسية إذا تقدم واشترك في المنافسة وبنسبة (٥%) من العطاء الأفضل، وتكون النسبة (١٠%) إذا كان المستثمر الذي انتهى عقده شركة مساهمة عامة، كما اشترطت أن لا تزيد مدة التعاقد على إدارة هذه المشروعات في العقد الجديد على (١٠) سنوات، وبالنسبة لعقد الإدارة والتطوير الذي يتضمن عمليات تحديث أو إدخال نظم تشغيل حديثة فإنه لا يجوز أن تزيد مدة التعاقد بموجب العقد الجديد على (٢٠) سنة، وهذا ما نصت عليه المادة (٣٠) من أن "عند انتهاء عقود الشراكة، تقوم الهيئة بتقييم المشروع لتحديد المقابل الذي تحصل عليه الدولة أو المستثمر حسب الأحوال وتتولى اللجنة الأمور التالية:

١- تقوم اللجنة العليا بتكليف الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة المختصة بطرح إدارة أو إدارة وتطوير المشروعات التي تؤول إلى الدولة وفقاً لأحكام هذا القانون قبل سنة من أيلولتها إليها في منافسة وفقاً لطبيعة المشروع.

٢- يجب أن يكون من بين وثائق المشروع المعلن عنها البيانات المدققة له عن آخر ثلاث سنوات.

٣- لا يجوز أن تزيد مدة التعاقد على إدارة هذه المشروعات في العقد الجديد على عشر سنوات.

وبالنسبة لعقد الإدارة والتطوير الذي يتضمن عمليات تحديث للمشروع أو إدخال نظم تشغيل حديثة أو القيام باستحداث أصول جديدة لرفع كفاءة الخدمة المقدمة أو تحسينها أو تقليل تكلفتها، فإنه لا يجوز أن تزيد مدة العقد على ٢٠ سنة.

وتحدد الشروط المرجعية معايير التطوير وتحديد المدد المناسبة لكل مشروع على حدة.

٤- تحدد اللائحة التنفيذية القواعد الخاصة بإجراءات إعادة الطرح والترسية. وتكون الأفضلية في الترسية للمستثمر الذي يقدم أفضل عرض للدولة وفقاً للشروط المرجعية الخاصة بإعادة طرح المشروع بشرط التزامه بكافة المتطلبات الواردة في هذه الشروط. ويكون للمستثمر الذي انتهى عقده الأفضلية في الترسية إذا اشترك في المنافسة وبنسبة خمسة بالمائة (٥%) من العطاء الأفضل، وتكون النسبة (١٠%) إذا كان المستثمر الذي انتهى عقده شركة مساهمة عامة، وتضع اللائحة التنفيذية جدولاً بالنسب الملائمة التي تتفق وطبيعة مشروعات الشراكة وقيمة رأس المال الموظف فيها.

وفي جميع الأحوال يلتزم المستثمر – عند انتهاء مدة العقد – بإعادة المشروع إلى الدولة بالشروط المتفق عليها في عقد الشراكة.

ولا تخل أحكام هذه المادة بحق الدولة في أن تقوم بإدارة المشروع أو إدارته وتطويره بصورة مباشرة أو إنهاء نشاطه".

وبالرجوع إلى العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، نجدها قد تضمنت على ما يؤكد إمكانية تمديد تلك العقود ومن ذلك على سبيل المثال في مصر ما جاء في عقد مطار مرسى علم بنظام الـB.O.T، حيث نصت المادة الثالثة، فقرة (د) رقم (٢) على أنه "يجوز مد فترة الاستغلال بعد انتهائها من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه"[١].

كما جاء في الملحق رقم (٣١-١) من عقد مطار مرسى علم بنظام الـB.O.T على أن "الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بموافقة صاحب الامتياز سيكون لها الحق في استمرار الاتفاق مع صاحب الامتياز لفترة إضافية بعد الفترة الأولى، .... الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ستقوم بإخطار صاحب الامتياز بنواياها لتجديد الاتفاق بمدة لا تقل عن ثلاث سنوات قبل تاريخ انتهاء الاتفاق القائم أو تسليم المطار....".

وكذلك ما ورد النص عليه في المادة الثالثة فقرة (د) رقم (١) من عقد إنشاء مطار العلمين بنظام الـB.O.T على أن "مدة الالتزام خمسون عاماً شاملة فترة الإنشاء وتجدد لفترة

[١] عقد مطار مرسى علم بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٧ من هذا البحث.

أخرى تلقائياً ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر برغبته في إنهاء الالتزام في حدود القوانين المنظمة لذلك"[1].

كما جاء في المادة الخامسة فقرة (١) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمجمع سيدي كرير بنظام الـB.O.T على أنه "تبدأ هذه الاتفاقية وتكون نافذة الأثر من التاريخ المبين بها وتستمر بكامل أثرها ونفاذها لمدة عشرين عاماً.... ما لم يتم تمديدها أو إنهائها قبل ذلك طبقاً لشروطها"[2].

وفي الكويت وبالرجوع إلى بعض من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، نجدها قد تضمنت على ما يؤكد إمكانية تمديد تلك العقود، ومن ذلك على سبيل المثال ما ورد النص عليه في البند رقم (٥) في الفقرة رقم (٣) من عقد معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي بنظام الـB.O.T، حيث نص على أن "إذا رغب الطرف الثاني – بعد انقضاء مدة هذا العقد وأيلولة المباني والمنشآت إلى الطرف الأول، في الاستمرار في استغلال المباني والمنشآت والقسيمة موضوع هذا العقد فإن عليه أن يتقدم بطلب كتابي إلى الطرف الأول يبين فيه رغبته تلك وذلك قبل انقضاء مدة العقد الحالية بـ "سنة" وفي حال موافقة الطرف الأول على طلبه يبرم عقد جديد بمدة جديدة وقيمة إيجارية جديدة تشمل المبنى والمنشآت والقسيمة وللطرف الأول حرية القبول أو الرفض دون إبداء الأسباب"[3].

وكذلك ما جاء في البند رقم (٥) في الفقرة رقم (ب) من عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بنظام الـB.O.T من أنه "إذا رغب الطرف الثاني – بعد انقضاء مدة هذا العقد وأيلولة المباني والمنشآت إلى وزارة المالية – في الاستمرار في استغلال المباني والمنشآت والأرض موضوع هذا العقد فإن عليه أن يتقدم بطلب كتابي إلى وزارة المالية يبين فيه رغبته وذلك قبل انقضاء مدة العقد الحالية بـ "سنة" وفي حالة موافقة وزارة المالية على طلبه يبرم عقد جديد بمدة جديدة وقيمة إيجارية جديدة تشمل المباني والمنشآت والأرض"[4].

وبناءاً على ما سبق ومن خلال هذه النصوص المتعددة سواءً في مصر أو الكويت يمكننا القول بإمكانية تمديد أو تجديد عقود الـB.O.T لمدة أخرى ولكن بشروط معينة وهي كالآتي:-

---

[1] عقد مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[2] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٣٩ من هذا البحث.

[3] عقد معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرافق الردم الصحي بنظام الـB.O.T، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية – إدارة أملاك الدولة – وشركة المشروع، وتم إبرام هذا العقد بالكويت بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٦.

[4] عقد استثمار تصميم وإنشاء مشروع مسلخ وسوق ماشية لمحافظة العاصمة بنظام الـB.O.T، أبرم هذا العقد بين وزارة المالية الكويتية وشركة نقل وتجارة المواشي، وتم إبرام العقد بالكويت بتاريخ ١٩٩٧/١/٥م.

١- أن يتم التجديد عن طريق عقد جديد يتم الاتفاق عليه بين جهة الإدارة وشركة المشروع على أن يلقى هذا الاتفاق قبولاً من كلا الطرفين، وإلا ما أجيز امتداد هذا العقد لمدة أخرى[١].

٢- في بعض الحالات قد يشترط العقد لضرورة امتداده ضرورة قيام جهة الإدارة المتعاقدة بإخطار الطرف الآخر (شركة المشروع) بهذا الامتداد قبل نهاية العقد الأول بفترة كافية قد تصل في بعض الحالات إلى ثلاث سنوات حتى تتمكن شركة المشروع من دراسة العقد جيداً وبعناية فائقة فإذا ما رأت جدوى لهذا الامتداد وافقت به وإلا عليها أن تخطر الجهة الإدارية بعدم رغبتها في هذا التجديد على أن يكون ذلك أيضاً قبل نهاية العقد الأصلي بفترة كافية تسمح لجهة الإدارة من تدبير أمورها[٢].

٣- قد يمتد العقد من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إخطار أي من الطرفين الطرف الآخر بذلك، وذلك في الحالات التي ينص فيها على ذلك وبشرط ألا يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر برغبته في إنهاء الالتزام[٣].

وسواءً تعلق الأمر بالتجديد أو مد العقد لفترة أخرى، فإنه يجب أن تنصرف نية الطرفين الواضحة وبما لا يدع مجالاً للشك إلى تجديد أو مد العقد لفترة أخرى، كما يجب أن يصدر هذا التجديد أو المد من السلطة المختصة قانوناً كما صدر العقد الأصلي[٤].

وأخيراً قد يحتوي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T على شرط أولوية أو أفضلية شركة المشروع (الملتزم القديم) عند تجديد العقد وهذا الشرط يعني أنه عند نهاية العقد الأصلي وإذا ما رغبت جهة الإدارة في الاستمرار في إدارة المشروع وبذات الأسلوب فإن الملتزم القديم (شركة المشروع) يفضل عند تساوي الشروط والظروف بينه وبين المتقدمين الجدد[٥].

وهذا الشرط وإن كان يجد مجالاً خصباً في عقود الالتزام إلا أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيقه في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، ولا تثريب على جهة الإدارة أن تضع مثل هذا الشرط وعليها أن تحترمه نظراً لما قد تتمتع به شركة المشروع الأولى من خبرة ودراية كافية بأمور المشروع الذي أنشأته وأدارته لسنين طويلة، فضلاً على عدم تعارضه مع مقتضيات سير المرافق العامة وقواعد العدالة[٦].

---

[١] أ. دلال العوضي، المرجع السابق، ص ٢٨.
[٢] د. عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، المرجع السابق، ص ٢٢٤ وما بعدها.
[٣] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٨٢ وما بعدها.
[٤] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٠٥.
[٥] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٢٩٦.
[٦] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٤٥ وما بعدها.

وهناك بعض من الدول المطبقة لنظام الـــB.O.T تمنح الالتزام بنظام الـــB.O.T لفترة طويلة على أن تقوم بطرح المشروع بصورة دورية للمناقصة (كل ١٠ سنوات أو ١٥ ســنة) وفي هذه الحالة يعاد طرح المشروع للمناقصة في المرة الأولى قبل أن تستعيد الشركة صاحبة الالتزام استثماراتها بالكامل وكنوع من الحافز لشركة المشروع الحالية تنص بعض القــوانين على إعطاء الأفضلية لشركة المشروع الحالية على باقي مقــدمي العــروض عنــد إرســاء الامتيازات التالية على نفس المشروع غير أنه قد يكون لشركة المشروع الحالية حقوق ملكية يلزم التعويض عنها إذا لم تتمكن من الفوز بالمناقصة في الجولة التالية، وفي هذه الحالة يجوز أن تعود جميع إيرادات المناقصة أو جزء كبير منها إلى صاحب الالتزام الحالي والتزام الفائز بالمناقصة بتعويض صاحب الالتزام الحالي عن حقوق ملكيته وعن الاســتثمارات التــي لــم يستردها بعد[١].

المطلب الثاني

الانتهاء غير الطبيعي لعقد الـــB.O.T.

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T قد ينتهي قبل حلول موعــده وذلــك بإسقاط الالتزام بقرار يصدر من الجهة الإدارية بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يوجد نص في العقد يسمح بذلك[٢].

كما قد ينتهي عقد الـــB.O.T كذلك باسترداده من قبل الجهة الإدارية، وذلك في حالة النص عليه في العقد وهو ما يعرف بالاسترداد التعاقدي، وقد تلجأ جهة الإدارة إلى اســترداد الالتزام دون وجود نص في العقد يسمح به، بل ودون موافقة الملتزم ورغم معارضته وهو ما يعرف بالاسترداد غير التعاقدي، وأخيراً قد تلجأ جهة الإدارة إلى استرداد الالتزام استناداً إلى نص قانوني يجيزه وهو ما يعرف بالاسترداد القانوني[٣].

ولذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:-

الفرع الأول

انتهاء عقد الـــB.O.T عن طريق توقيع جزاء الإسقاط.

إن حق فسخ العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الالتزام بصفة خاصة يعد من الحقوق الأصلية لجهة الإدارة تمارسه كلما اقتضى الصالح العام ذلك، حتى ولو لم يوجد نــص فــي

---

[١] د. حسن الهنداوي، المرجع السابق، ص ٥٤٠.
[٢] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٨٢.
[٣] أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

العقد، وقد درج مجلس الدولة الفرنسي على استخدام اصطلاح إسقاط الامتياز بديلاً عن اصطلاح الفسخ في مجال عقود الالتزام، وإذا كان مجلس الدولة يعترف لجهة الإدارة بالحق في فسخ عقد الالتزام أو إسقاطه شأنه في ذلك شأن سائر العقود الإدارية إلا أنه أحاط هذا الحق بمجموعة من القيود التي لا تمنع في الواقع العملي حق جهة الإدارة في ممارسة هذا الحق حتى ولو لم ينص عليه في العقد، هذه القيود تجد أساسها في عقد الالتزام نظراً للأعباء الضخمة التي يتحملها الملتزم عادة نظير إدارته واستغلاله المرفق العام موضوع الالتزام والتي توجب أخذها في الاعتبار عند ممارسة جهة الإدارة لسلطتها في إسقاط الالتزام[1].

وإذا كان هذا هو شأن عقود الالتزام فإنه ومن باب أولى يتعين الالتزام بهذه القيود في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T نظراً لأن شركة المشروع لا يقتصر دورها على مجرد إدارة واستغلال مرفق عام بالفعل بل يتعدى ذلك أيضاً إلى إنشاء وتشييد هذا المرفق.

ويعد جزاء الإسقاط بالنسبة لصاحب الامتياز، – أو من في حكمه من متعاقدي الإدارة في عقود الـ B.O.T – أحد تطبيقات سلطة الإدارة في تقرير الفسخ الجزائي للعقد الإداري في مجال عقود الالتزام للمرافق العامة والعقود الإدارية الأخرى[2].

<u>أولاً: تعريف الإسقاط ومدى إمكانية اللجوء إليه في عقود الـ B.O.T.</u>

اختلف الرأي حول تعريف إسقاط الالتزام فذهب البعض إلى تعريفه بأنه "قيام الإدارة مانحة الامتياز بسحب هذا الامتياز قبل انتهاء مدته لمواجهة الأخطاء والمخالفات الجسيمة التي يرتكبها صاحب الامتياز ويكون للجهة مانحة الامتياز في هذه الحالة الحق في الاستيلاء على موجودات ومكونات المشروع موضوع الامتياز دون النظر لإرادة صاحب الامتياز"[3].

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه "إنهاء عقد الامتياز على حساب الملتزم نتيجة لخطئه الجسيم"[4].

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه "إنهاء الجهة الإدارية المتعاقدة لعقد امتياز المرفق العام بإرادتها المنفردة حال رقابتها للمرفق العام نتيجة للمخالفات الجسيمة التي ارتكبها

---

[1] د. محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٢٥٨ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة، القرار الإداري – العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١١٨.

[2] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٠٧.

[3] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ١٠٧.

[4] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٧٩.

صاحب الامتياز مع احتفاظها بالحق في طرح الالتزام مرة أخرى في مناقصة عامة وفي التعويض والاستيلاء على جميع الأدوات اللازمة لإدارة المرفق العام"[1].

ومن الفقه الفرنسي ذهب الفقيه (Jeze) إلى القول بأنه "فسخ عقد التزام المرفق على مسئولية الملتزم بسبب الخطأ الذي ارتكبه"[2].

كما عرفه أيضاً الفقيه الفرنسي (POLACK) بأنه "الجزاء الأكثر جسامة من جميع الجزاءات الأخرى، والذي ينهي عقد الالتزام باستبعاد الملتزم الذي لم يمتثل لالتزام جوهري منصوص عليه في كراسة الشروط الخاصة بالعقد"[3].

في حين ذهبت المحكمة الإدارية في مصر إلى القول بأن "سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد وهو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها مع حق مانح الالتزام في الاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبراً على الملتزم"[4].

ويتبين لنا من التعريفات سالفة الذكر، أنه يتم إستخدام ألفاظ الإسقاط والفسخ والسحب كألفاظ مترادفة في هذا الموضوع.

وأما بالنسبة لإمكانية جواز لجوء جهة الإدارة المتعاقدة أو السلطة مانحة الالتزام بإصدار قراراً منفرداً بإسقاط أو فسخ عقد الالتزام فقد انقسم الفقه فيما يتعلق بذلك إلى اتجاهين:

<u>الاتجاه الأول:</u> يذهب إلى عدم إمكانية إسقاط عقد الالتزام عن طريق جهة الإدارة، معتبرين أن الإسقاط هو جزاء لا يمكن لجهة الإدارة اللجوء إليه إلا إذا كان منصوص عليه صراحة في العقد[5].

فجزاء الإسقاط طبقاً لهذا الرأي ما هو إلا تدبير تعاقدي ليس من النظام العام، ولا تستطيع جهة الإدارة توقيعه على الملتزم في حالة سكوت العقد[6].

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

[2] JEZE (G.), les principes généraux du droit administrative, opict, p. 911.
المشار إليه لدى د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

[3] POLACK (H.), les sanctions pouvant atteindre le concessionaire de service public en cas de manquements á ses obligations, thèse Paris, 1946, p.1.
المشار إليه لدى د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٤٠٩.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (١١٠) لـ ١٣ ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٠، المشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٨١.

[5] Blondeau (A), Concession de Service Public, thèse Granable, 1929, p. 228.
المشار إليه لدى د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٣٣.

[6] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى إمكانية إسقاط عقد الالتزام، وهو يمثل رأي غالبية الفقه الفرنسي والمصري، أي أنه ذو طبيعة لائحية فيمكن للجهة الإدارية المتعاقدة تطبيقه ولو لم ينص عليه في العقد أو كراسة الشروط[1].

وتتمتع الجهة الإدارية المتعاقدة بهذه السلطة حتى في حالة وجود نص في العقد يحظر على جهة الإدارة ممارسته أو يشترط الحكم به من جانب القاضي[2].

وقد أقر كل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري على حد سواء بحق الجهة الإدارية المتعاقدة بإسقاط أو فسخ عقد الالتزام بإرادتها المنفردة ومن ذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من الاعتراف للجهة الإدارية المتعاقدة بحق الفسخ الفردي استناداً إلى فكرة الصالح العام، وذلك بمناسبة الامتيازات الممنوحة في مجال الصوتيات والمرئيات فقد ذهب المجلس إلى القول بأنه "من حق السلطة المانحة بموجب القواعد العامة المطبقة في مجال العقود الإدارية ومع مراعاة حق الملتزم في التعويض – إنهاء عقد الالتزام قبل موعده"، ويؤكد ذلك أيضاً ما ذهبت إليه محكمة التنازع الفرنسية من القول بإمكانية السلطة المانحة في إنهاء العقد لأسباب تتعلق بالصالح العام[3].

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها إلى القول بحق الجهة الإدارية المتعاقدة في فسخ أو إسقاط عقد الالتزام بإرادتها المنفردة، والذي انتهت فيه إلى القول بأن "الأصل أن الجهة الإدارية لها الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا ما تقتضيه المصلحة العامة وليس للطرف الآخر إلا حق التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية..."[4].

بل ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أبعد من ذلك عندما قررت أن من حق الجهة الإدارية – وعلى خلاف الوضع في فرنسا – أن تقرر إسقاط أو سحب الالتزام دون حاجة إلى صدور حكم بذلك، وهو ما ذهبت إليه ذات المحكمة في أحد أحكامها إلى القول بأنه

---

[1] Palach (H), les sanction pouvant atteindre le concessionaire de service public. en cas de manquements á ses obligations, thèse, Paris, 1958, p. 29.

المشار إليه لدى د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

[2] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٤٥ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ٢٥٨ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة، القرار الإداري – العقد الإداري، المرجع السابق، ص١١٨.

- كذلك انظر: د. محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٧٦ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص٤٢٠.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (٣٥٦٧) لسنة ٤٤ ق، جلسة ٢٠٠١/٥/١٥، الدائرة الثالثة، منشور لدى د. محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، ملحق الكتاب، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٣٠.

".... وإن كان عقد الالتزام قد نص على سحب الالتزام وليس على إسقاطه إلا أن الإسقاط والسحب يتفقان في مدلولهما وفي الآثار المترتبة عليهما وأن القصد منهما هو توقيع جزاءاً رادعاً قانوناً... وليس صحيحاً في هذا القانون أن هذا الجزاء لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد، فله – بقرار منه – توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وله أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرافق، كما يثبت لمانح الالتزام دائماً بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً وإذا ارتكب الملتزم مخالفة جسيمة"[1].

وتأكيداً على ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها حديثاً نسبياً إلى القول بأن ".... للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد معها بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء...."[2].

وأما بالنسبة للقضاء الكويتي فقد قررت محكمة التمييز بسلطة جهة الإدارة في فسخ أو إسقاط عقد الالتزام بإرادتها المنفردة لأجل المصلحة العامة حيث جاء في أحد أحكامها أنه "من المسلم به أن لجهة الإدارة سلطة تنظيم الانتفاع بالمال العام سواء بوسيلة العقد الإداري أو بقرار إداري وليس للمنتفع بالمال العام الحق في التمسك بفكرة الحق المكتسب او المركز القانوني الذاتي الذي يستحيل على التعديل أو الإلغاء وأنه أياً ما كان الرأي بخصوص تكييف العلاقة القانونية التي تربط الطاعنة بجهة الإدارة بخصوص الانتفاع بحالة السوق المركزي بالشويخ، أي سواء كان التكييف القانوني في موضوع الطعن عقداً إدارياً أو كان تدريجياً بقرار إداري فإن المسلم فقهاً وقضاءً أن لجهة الإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري من جانبها إذا قدرت أن هذا الإنهاء بقصد الصالح العام أو أن العقد أصبح غير ذي فائدة وأقرت تعديل نظام المرفق باعتبارها تملك سلطة أصلية في إنشاء المرافق العامة وتنظيمها وتسييرها. وفي هذه الحالة لا يكون للمنتفع المتعاقد أو المرخص له إلا المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى"[3].

ونستنتج من هذا الحكم أن القضاء الكويتي أقر سلطة الإدارة في إسقاط أو فسخ عقد الالتزام بإرادتها المنفردة دون الحاجة للجوء إلى القضاء، وإن هذا ينبثق من سلطتها العامة في

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (١١٠) لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، المنشور لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، ديوان المحاسبة الكويتي، الكويت، الجزء الأول، ص ٦٧.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٣٧٥٩) لسنة ٤٣ ق، جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١، المنشور لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٥٠٣ وما بعدها.

[3] حكم محكمة التمييز الكويتية بتاريخ ١٩٩٠/١/٢٩، في الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ تجاري، المنشور لدى المستشار. ناصر المعلا، والمحامي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية، المرجع السابق، ص ٥١٥ وما بعدها.

تعديل وإلغاء العقود الإدارية، ولكن هذا القضاء أكد في المقابل على اختصاص القضاء بالنظر في التعويض للمتعاقد مع جهة الإدارة إن كان له ما يبرره.

وأما بالنسبة للقضاء البحريني فقد قررت المحكمة الكبرى المدنية بسلطة جهة الإدارة في فسخ أو إسقاط عقد الالتزام بإرادتها المنفردة لأجل المصلحة العامة، وهو ما أكدته بقرارها رقم (٦٧٢) لسنة ١٩٩٥ بقولها "وإذا كان يلزم لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الدولة أو مال إليها من الأشخاص العامة طرفاً فيه وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تنظمها قواعد القانون الخاص علاوة على أن يكون متصلاً بمرفق عام اتصالاً يتحقق به معنى المشاركة في تسييره، وكان الثابت من مطالعة العقد المبرم بين طرفي الدعوى أنه استهل بكلمة "تسمح" بما يحمل معناها على الترخيص وليس الإيجار بالإضافة إلى ما أشير في العقد من رمزية الأجرة وانخفاض قيمتها بالنسبة للمحل المؤجر بما يجعله رسماً لا أجرة، هذا بالإضافة إلى ما هو ثابت من الأوراق من حق المدعى عليها في الإشراف والتوجيه على الكازينو محل التداعي، وكان العقد يتضمن استغلال جزء من الحدائق العامة التي هي من الأملاك العامة فإن المحكمة تخلص من ذلك إلى أن العقد المبرم بين الطرفين من العقود الإدارية التي يجوز للمدعى عليها أن تنهيه بإرادتها المنفردة حتى قبل انتهاء مدته إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك"[١].

وعلى ذلك فإذا كان القضاء الفرنسي يشترط أن يتم إسقاط الالتزام عن طريق القضاء فإن القضاء المصري والكويتي والبحريني يسمح للجهة الإدارية المتعاقدة بإسقاط الالتزام بالإرادة المنفردة عن طريق قرار إداري دون حاجة إلى صدور حكم قضائي بذلك[٢].

وأما بالنسبة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ b.o.t فقد ذهب البعض إلى القول بأنه إذا كان يجوز لرب العمل في مجال عقود القانون الخاص، واستناداً إلى نص المادة (٦٦٣) من القانون المدني المصري أن يتحلل من عقد المقاولة بإرادته المنفردة بعد إبرام العقد وقبل إتمام التنفيذ فإنه يجوز قياساً للجهة الإدارية أن تتحلل من عقد الـB.O.T بإرادتها المنفردة بعد إبرام العقد وقبل انتهائه بيد أنه يشترط لذلك عدة شروط وهي:

١- أن يكون هذا الإنهاء قبل بداية التشغيل والاستغلال لأنه مع بداية هذا التشغيل يكون العمل قد تم والمشروع قد أنجز والتشغيل يتعلق به حق شركة المشروع في العقد.

٢- أن يكون تحلل الجهة الإدارية من العقد بناء على إرادة الجهة الإدارية وليس بسبب خطأ شركة المشروع.

---

[١] الدعوى رقم ٧٦٢ لسنة ١٩٩٥، في جلسة ١٩٩٥/١٠/٣٠، هذا الحكم منشور لدى المستشار. سعيد عبدالمطلب، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

[٢] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص١٨٤.

٣- ألا يوجد نص في العقد يمنع الجهة الإدارية من هذا الإنهاء الانفرادي للعقد[١].

وباستقراء العديد من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T نجدها تتضمن نصاً يقرر سلطة جهة الإدارة المتعاقدة في فسخ أو إسقاط العقد في مواجهة المتعاقد معها متى استوجبت ذلك متقضيات المرفق العام، وضرورة استمراره في أداء وظيفته ومن أمثلة ذلك في كلاً من مصر والكويت:

١- عقد محطة كهرباء سيدي كرير في مصر وهو عقد مبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير عام ١٩٩٨، حيث تنص المادة (٢/٥) من العقد على أنها "تعتبر كل حالة من الحالات التالية حالات تقصير من الشركة تنشئ إذا لم يتم معالجتها خلال مدة معينة حق للهيئة لإنهاء هذه الاتفاقية"، فقد قامت المادة المذكورة بتعداد الحالات التي يؤدي توافرها إلى تحريك سلطة الإدارة في فسخ العقد مثل عدم قيام الشركة ببدء أعمال الإنشاء والتشييد خلال فترة ٩٠ يوماً من الإقفال المالي[٢].

٢- أما في الكويت فقد تم إبرام العديد من عقود الـ B.O.T مثل عقد إنشاء مبنى مواقف سيارات مطار الكويت الدولي ولمدة (٢٠) سنة والذي نصت المادة الثالثة منه على "تخويل جهة الإدارة سلطة إنهاء العلاقة العقدية فسخها قبل انتهائها"[٣].

ومن أمثلته أيضاً عقد بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية بالكويت (البند رقم ٢/١٢) الذي أخذ بالمبدأ ذاته في حالة "عدم قيام الشركة بالحصول على الموافقات المنصوص عليها في المادة (٢) من الملحق في موعد غايته ١٢ شهراً من تاريخ النفاذ أو تقصير الشركة في الالتزام بتاريخ التشغيل التجاري خلال تسعة أشهر من التاريخ المطلوب للتشغيل التجاري أو تخلي الشركة عن المشروع أو تقصيرها في مواصلة تنفيذ المشروع"[٤].

٣- سلطة جهة الإدارة المتعاقدة في فسخ عقود الـ B.O.T في القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص[٥].

فقد أكد هذا القانون في العديد من مواده على اختصاص اللجنة العليا وهي لجنة وزارية مكلفة بدراسة المشروعات المقامة على أساس نظام الـ B.O.T، وذلك باعتماد العقود

---

[١] د. ماهر محمد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، المرجع السابق، ص ٤٢٨ وما بعدها.

[٢] عقد محطة كهرباء سيدي كرير، سبق الإشارة لهذا العقد في ص ٣٩ من هذا البحث.

[٣] عقد استثمار مشروع إنشاء مبنى لمواقف السيارات في مطار الكويت الدولي والمرافق التابعة له، أبرم هذا العقد بين الإدارة العامة للطيران المدني الكويتية والشركة الكويتية المتحدة لإدارة المشاريع (KUCM) في الكويت، بتاريخ ١٩٩٩/٥/١٩.

[٤] عقد محطة معالجة مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية بالكويت، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.

[٥] قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي، سبق الإشارة لهذا القانون، في ص ٢٤ من هذا البحث.

التي تبرمها الجهات العامة، كما أسند القانون لذات اللجنة العليا سلطة فسخ عقود الـــB.O.T وإنهائها، حيث نصت المادة (٣) بالبند رقم (٩) على أن "تختص اللجنة العليا بما يلي: اعتماد عقود الشراكة التي تقوم الجهات العامة بالتوقيع عليها".

وبالبند رقم (١٠) على أن "تختص اللجنة العليا بما يلي: البت في طلب الجهة العامـــة المتعاقدة بشأن فسخ عقد الشراكة أو إنهائه للمصلحة العامة".

كما تطرقت المادة (٢٥) من القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشـــراكة بـــين القطاعين العام والخاص لجزاء الإسقاط أو فسخ عقد الـــB.O.T، حيث أجازت اللجنة العليـــا بناء على طلب من الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة أن تفسخ عقد الـــB.O.T في حالة تخلف المستثمر المتعاقد عن أداء التزاماته التعاقدية أو ارتكابه أخطاء جسيمة تؤثر على سير المشروع بانتظام وإطراد أو تؤدي إلـــى توقفـــه أو تعرضـــه لشـــهر إفلاسه[١].

ثانياً: شروط ممارسة إسقاط الالتزام.

أحاط القضاء الإداري الفرنسي إسقاط الالتزام بمجموعة من الشروط والقيود يتعـــين الالتزام بها في حالة ممارسة جهة الإدارة لسلطتها في إنهاء عقد الالتزام عن طريق سحب أو إسقاط الالتزام هذه القيود هي[٢]:

١-وقوع خطأ جسيم من الملتزم:

يعتبر جزاء الإسقاط من الجزاءات شديدة الوطأة على الملتزم إذ يترتب عليه حرمانه من استغلال المرفق بصورة دائمة، لهذا فإنه لا يجوز لجهة الإدارة اللجوء إلى هذا الجزاء إلا في حالة ارتكابه أخطاء جسيمة أو قيام دليل واضح على عدم قدرة الملتزم على تسيير المرفق

---

[١] تنص المادة (٢٥) من قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الكويتي على أن "إذا تخلف المستثمر المتعاقد عن أداء التزاماته التعاقدية أو ارتكب أخطاء جسيمة بما يؤثر في سير المشروع بانتظام وإطراد أو يؤدي إلى توقفه أو تعرضه لشهر إفلاسه، جاز للجنة العليا بناء على طلب أي من الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة – إن وجدت – أن تستبدل بالمستثمر المتعاقد مستثمراً آخر يحل محله لاستكمال مدة التعاقد.
ويشترط أن تتوافر في المستثمر الجديد ذات مواصفات التأهيل والشروط المرجعية التي تم على أساسها ترسية المشروع أو أفضل منها، وأن يكون منصوصاً على ذلك في اتفاق مكتوب بين الجهة العامة والمستثمر أو شركة المشروع أو شركة التحالف أو الجهات الممولة – إن وجدت -، ولا يجوز أن يتضمن هذا الاتفاق إضافة أو تحميل أي التزامات على الجهة العامة أو ما يخالف شروط الترسية. وتنظم اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات الاستبدال والإعلان عنه وتحديد المدد اللازمة لذلك.
ومع مراعاة المادة التاسعة عشر من هذا القانون وبخلاف الأسباب المشار إليها في الفقرة الأولى لا يجوز للجهة العامة فسخ العقد إلا بمقتضى حكم قضائي".

[٢] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٤٦ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٨٧ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٨٣ وما بعدها.

العام أو تعرضه للمخاطر فارتكاب الملتزم أخطاء جسيمة لا تمثل فقط انتهاكاً لالتزامات تعاقدية وإنما أيضاً تمثل خطأ ضد المرفق العام[1].

أما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الملتزم خطأً بسيطاً فإنه لا يبرر إقدام الجهة الإدارية على إسقاط الالتزام وإذا كانت الإدارة هي التي تستقل بتقدير مدى جسامة الخطأ فإن القضاء الإداري يراقب هذا التقدير، فكثيراً ما يرفض مجلس الدولة الحكم بإسقاط الالتزام بل ويلغي قرار الإدارة به عندما يتبين أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً ولا يكفي كمبرر لهذا الإسقاط[2،3].

وهذا ما أكده مجلس الدولة المصري حيث يشترط صدور خطأ جسيم من الملتزم لتوقيع جزاء الإسقاط، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بالقول بأنه ".... غاية الأمر أنه يشترط في هذه الجزاءات (إسقاط الالتزام) توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسييره للمرفق بانتظام...."[4].

هذا وقد ساق القضاء الإداري الفرنسي من الأمثلة التي تعد من الأخطاء الجسيمة والتي تبرر إسقاط الالتزام، ومن قبيل هذه الأخطاء التنازل عن الالتزام دون موافقة الإدارة أو التعاقد من الباطن دون إذن مسبق من السلطة المانحة[5].

ويؤكد ذلك القضاء الإداري المصري حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول بأنه ".... لا يجوز له (المتعاقد) أن يحل غيره فيها (الالتزامات) أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاؤه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شان التعاقد من الباطن إذ أنه ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها شخص آخر..."[6].

---

[1] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٨٧.
- كذلك انظر: أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٨٥.

[2] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٨١.
- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٤٢٠.

[3] وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الكويتية في أحد أحكامها حيث قامت بإلغاء قرار الإدارة بإسقاط الالتزام استناداً إلى أن الخطأ المنسوب للملتزم لم يكن جسيماً ولا يكفي كمبرر لهذا الإسقاط، انظر حكم محكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٨/٥/١٨ في الطعن رقم ٧٩، ٨٥ لسنة ١٩٩٧ تجاري، المنشور لدى المستشار. ناصر المعلا والمحامي. جمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشر عاماً من عام ١٩٨٢ حتى عام ١٩٩٩، ص ٥٤٠ وما بعدها.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (١١٠) لـ ١٣ ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، المنشور لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٦٧.

[5] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٤٨.

[6] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٧، المشار إليه لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

وأما بالنسبة للعقود التي أبرمت بنظام الـB.O.T، فلقد حرصت العديد منها على عدم جواز تنازل شركة المشروع عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الغير بغير موافقة الجهة الإدارية، ومن تطبيقات ذلك في مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، ما ذهبت إليه إحدى مواد عقد مطار العلمين في مصر بنظام الـB.O.T بقولها "لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن العقد إلى الغير بغير موافقة الجهة الإدارية ، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٥) من عقد التزام إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T من أنه "لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتباراً من تاريخ هذه الموافقة، ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم التنازل إلا إذا استوفى الملتزم شروطاً معينة وعليه أن يفي بتلك الشروط عند إجراء التنازل"[١].

وفي الكويت حرصت العديد من العقود التي أبرمت بنظام الـB.O.T على عدم جواز تنازل شركة المشروع عن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إلى الغير بغير موافقة الجهة الإدارية، ومن ذلك ما نص عليه البند رقم (٢٤) من عقد استثمار مشروع تطوير الواجهة البحرية بمنطقة الفحيحيل من أنه "لا يجوز للطرف الثاني أن يتنازل عن العقد أو جزء منه للغير إلا بموافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول وفي حالة التنازل الجزئي يظل الطرف الثاني مسئولاً مع المتنازل إليه مسئولية تضامنية عن تنفيذ أحكام العقد..."[٢].

وأيضاً من أمثلة الأخطاء الجسيمة التي ساقها القضاء الفرنسي، عدم احترام مدد التنفيذ المنصوص عليها في العقد أو في دفاتر الشروط، إذ يمكن إسقاط الالتزام عندما لا يبدأ الملتزم الأعمال في التاريخ المحدد[٣]. ومن تطبيقات ذلك في مصر ما نصت عليه المادة (٤/١٢) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية بنظام الـB.O.T لمحطة سيدي كرير من أنه "في حالة ما إذا لم يكن المجمع جاهزاً للتشغيل في موعد غايته (٩) أشهر من التاريخ المطلوب للتشغيل التجاري، عندئذ يجوز للهيئة أن تختار إنهاء هذه الاتفاقية بموجب إخطار كتابي موجه للشركة، ويصبح هذا الإنهاء نافذاً متى قامت الهيئة بدفع المبلغ المحسوب طبقاً للبند ٥- ١٠- ب من هذه الاتفاقية..."[٤].

وأيضاً من أبرز الأمثلة على إسقاط الامتياز للإخلال الجسيم من جانب صاحب الامتياز إلغاء الحكومة الأندونيسية لعقد الـB.O.T المبرم بين شركة بزوبليد لإنشاء مراكز

---

[١] عقد التزام إنشاء وتشغيل مطار العلمين بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد، في ص ٢٧ من هذا البحث.
[٢] عقد استثمار مشروع تطوير الواجهة البحرية بمنطقة الفحيحيل في الكويت، العقد مشار إليه كملحق لدى د. ياسر الصيرفي، المرجع السابق، ص ١٧٤ وما بعدها.
[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٤٨.
[٤] عقد محطة كهرباء سيدي كرير بنظام الـB.O.T، سبق الإشارة لهذا العقد في ص ٣٩ من هذا البحث.

أعمال تجارية للبترول والغاز في ثارمين (مركز ميجاس) لعدم قيام الشركة بإنهاء الإنشاءات المتفق عليها في الميعاد المحدد[1].

وكما يعد كذلك من قبيل الإخلال الجسيم من الملتزم تركه المرفق دون استغلال أو عدم أداء المستحقات المالية للجهة الإدارية مانحة الالتزام، وكذلك الإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات التعاقدية، وعدم انتظام الطاقة الكهربائية الناشئة عن قصور وعدم كفاءة الأدوات المستخدمة في استغلال المرفق، وعدم احترام الملتزم للتعريفة والرسوم المحددة بمعرفة مانح الالتزام ورفض إمداد جهة الإدارة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق[2].

٢- إعذار الملتزم:

يشترط أيضاً لإمكانية إسقاط الالتزام ضرورة إعذار جهة الإدارة للملتزم قبل إسقاط الالتزام بغض النظر عن وجود نص في العقد أو في القانون يوجب هذا الإعذار أي حتى ولو لم ينص العقد أو القانون على وجوب إرسال هذا الإعذار، ويعد الإعذار بمثابة إنذار سابق ترسله جهة الإدارة إلى الملتزم تفصح فيه عن نيتها في إسقاط الالتزام مع إعطائه مهلة زمنية يتدبر فيها أمره ويبذل جهده ليتوقى إسقاط الالتزام وذلك بتنفيذه لالتزاماته التي أخل بها، وتنص كراسة الشروط الملحقة بعقود الالتزام في فرنسا على ضرورة التزام الجهة الإدارية بإعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط كما تنص كذلك على المدة الفاصلة بين تقديم الإعذار وإسقاط الالتزام[3].

ولا تعفي الجهة الإدارية من هذا الإعذار إلا بنص صريح وارد في عقد الالتزام يعفيها من هذا الإجراء وفي هذه الحالة يجب أن تكون عبارات العقد واضحة وقاطعة الدلالة على ذلك، كما أن جهة الإدارة قد تعفى كذلك من توجيه هذا الإعذار إذا ثبت من ظروف الحال عدم جدوى هذا الإعذار كما لو اعترف الملتزم بعدم قدرته على استغلال المرفق أو في حالة إسقاط الالتزام بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة للملتزم[4].

وقد أكدت أحكام مجلس الدولة المصري على ضرورة إعذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط، ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بقولها ".... غاية

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٤١.

[2] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٨٧.

- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٤١٩ وما بعدها.

[3] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٨٦ وما بعدها.

- كذلك انظر: د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

- كذلك انظر: في هذا الشأن حكم محكمة التمييز الكويتية، بتاريخ ٢٠٠١/٩/٢٤، في الطعن رقم (٣٩٧) لسنة ٢٠٠٠، المنشور لدى مجلة القضاء والقانون (الكويت)، الجزء الثاني، السنة التاسعة والعشرون، عدد أبريل ٢٠٠٤، ص ٣٢١.

[4] د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٧٢ وما بعدها.

الأمر أنه يشترط في هذه الجزاءات (إسقاط الالتزام) ..... وثانيها وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذه الجزاءات"[1].

ونتيجة لذلك إذا أسقطت الإدارة الالتزام دون القيام بهذا الإعذار يعد قرارها غير مشروع ومخالفاً للقانون ويتعين إلغاؤه[2]. وقد أكدت عقود الـB.O.T التي أبرمت في مصر على ضرورة قيام الجهة الإدارية بإخطار أو إعذار الملتزم مع إعطائه مهلة زمنية يتدبر فيها أمره ويفي بالتزاماته بحيث إذا استطاعت شركة المشروع أن تفي بالتزاماتها وتعالج قصورها خلال تلك المهلة الزمنية يمتنع على جهة الإدارة إنهاء العقد[3].

٣- التزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم:

وترجع أهمية تسبيب قرار الإسقاط إلى أنه يمثل حماية الملتزم وحقوقه المالية في مواجهة هذا الجزاء الصارم، كما أنه يسهل مهمة قاضي العقد في رقابة أسباب جزاء الإسقاط، وتسبيب قرار جزاء الإسقاط يجب أن يكون مكتوباً وأن يتضمن ذكر الاعتبارات القانونية والواقعية التي تبرر توقيع هذا الجزاء[4].

هذا ويرتبط بالتزام الإدارة بتسبيب قرارها بإسقاط الالتزام، ضرورة قيام الإدارة بإبلاغ الملتزم بمضمون هذا القرار وفحواه، فلا شك أن إبلاغ الملتزم بجزاء الإسقاط يعتبر ضرورياً لإمكانية الاحتجاج به في مواجهتها[5].

٤- ضرورة صدور حكم قضائي بإسقاط الالتزام:

يقيد مجلس الدولة الفرنسي حق جهة الإدارة في اتخاذ قرار الإسقاط، ويحرمها من ممارسة هذا الحق ابتداءاً وبقرار إداري منها بخلاف العقود الإدارية الأخرى، حيث يشترط ضرورة صدور حكم قضائي بإسقاط الالتزام اللهم إلا إذا وجد نص في العقد أو دفتر الشروط يسمح لها بذلك، بيد أن الأمر ليس على نفس المنوال بالنسبة لمجلس الدولة المصري، إذ

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (١١٠) لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، المنشور لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، الجزء الأول، ص ٦٧.

[2] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٨٧.

[3] وهذا ما أكدته المادة (٥ – ٤) التي عنوانها إخطارات الإنهاء وكذلك المادة (٥ – ٥) التي عنوانها (إخطار المقرض بتقصير الشركة)، من عقد محطة كهرباء سيدي كرير المصرية، ومن الأمثلة أيضاً على العقود الـB.O.T التي ورد بها شرط إعذار الملتزم عند توقيع جزاء الإسقاط لفشل الملتزم في الوفاء بالتزاماته ما ورد بالبند (٣٧) من اتفاقية الالتزام بإنشاء وتشغيل وتحويل مشروع خط سكة حديدية للربط بين بريطانيا وفرنسا (مشروع نفق المانش)، هذان العقدان مشار إليهما كملاحق لدى د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص ٤٥٢، ٥٨١.

[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٤٢٢.

[5] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٨٧.
- كذلك انظر: أ. منى الهاجري، المرجع السابق، ص ٢٠٤.

يعترف لجهة الإدارة بالحق في إسقاط الالتزام مباشرة وبإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى صدور حكم قضائي بذلك[1]. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١٢/٣٠ والسابق الحديث عنه أنه "... ليس صحيحاً في القانون أن هذا الجزاء (جزاء الإسقاط) لا يجوز توقيعه إلا بحكم المحكمة المختصة، إذ أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد فله – بقرار منه – توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرافق العامة، كما يثبت لمانح الالتزام بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة.... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة بل يكفي فيه قرار من مانح الالتزام"[2].

وبناءاً على ما سبق فإن مجلس الدولة الفرنسي يشترط لإمكانية إسقاط أو سحب الالتزام ضرورة صدور حكم بذلك من المحكمة المختصة باعتباره من الجزاءات الخطيرة التي تحرم الملتزم من استغلال المرفق تماماً، وبالتالي لابد أن يصدر بهذا الجزاء حكم من القاضي لما يمثله ذلك من ضمانة أكيدة وفاعلة ضد تعسف جهة الإدارة المحتمل.

وأما في مصر فإن مجلس الدولة المصري يرى أن هذا الجزاء شأنه شأن غيره من الجزاءات الأخرى التي تتمتع بها جهة الإدارة وتملك إصدارها لما لها من وضع تتميز به عن المتعاقد معها مما يجعلها في مركز غير متساوٍ مع المتعاقد معها، وهو ما أخذ به القضاء الكويتي كما أشرت لذلك سابقاً.

وفي تقديرنا أنه مع التسليم بحق جهة الإدارة المتعاقدة في توقيع مختلف أنواع الجزاءات بنفسها على شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T دون اللجوء إلى القضاء، إلا أنه ينبغي التحفظ فيما يتعلق بجزاء الإسقاط، وذلك بالنظر إلى قسوة جزاء الإسقاط وخطورته على الحقوق المالية لشركة المشروع، ولذلك فإنه يجب أن يتم توقيعه بمعرفة قاضي العقد من أجل حماية شركة المشروع ضد أي فسخ تعسفي من جانب جهة الإدارة.

ثالثاً: الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط.

يترتب على توقيع جزاء الإسقاط في عقود الـB.O.T النتائج التالية:

---

[1] د. محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٨٤.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم (١١٠) لسنة ١٣ ق ، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠، المنشور لدى المستشار. عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، الجزء الأول، ص ٦٧.

١- إنهاء العلاقة التعاقدية بين كل من جهة الإدارة وشركة المشروع.
٢- استبعاد شركة المشروع نهائياً من استغلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في العقد.
٣- مصادرة التأمين الذي سبق وان دفعته شركة المشروع عند إبرام العقد.
٤- ولما كان الإسقاط يتم كجزاء يوقع على شركة المشروع فإنه يتم بلا تعويض[١].

الفرع الثاني

انتهاء عقد الـB.O.T عن طريق الاسترداد.

يعتبر الاسترداد أحد أهم الوسائل الممكنة لإنهاء عقود الالتزام قبل حلول موعده دون خطأ من الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً، ويصدر بالاسترداد قرار إداري من الجهة الإدارية حتى لو تضمن العقد نصاً على حق الإدارة في اللجوء إليه فمثل هذا النص يكون كاشفاً لهذا الحق وليس مقرراً له[٢].

هذا وقد تعرض القانون المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن الالتزامات العامة في مادته الرابعة لهذا الحق بنصه على أنه "يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداد قبل انتهاء مدته"، وعلى ذلك فالاسترداد يجب أن ينظم في العقد وعندئذ يطلق عليه الاسترداد التعاقدي، بيد أن جهة الإدارة قد تمارس سلطتها دون النص عليه في العقد أو خارج الحدود المتفق عليها وهو ما يسمى بالاسترداد غير التعاقدي، وأخيراً قد تمارس الإدارة سلطتها في استرداد الالتزام استناداً إلى نصوص تشريعية وهو ما يطلق عليه الاسترداد التشريعي[٣].

وفي مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T فقد تعرض القانون الكويتي الحديث رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لهذا الحق في مادته (٣٥) بالبند رقم (١٢) بنصه على أنه "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي: ..... ١٢- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة

---

[١] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ١٠٨ وما بعدها.
[٢] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٨٨.
[٣] أ. منى الهاجري، المرجع السابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها.

المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار..."[1].

وأيضا في مجال عقود الـB.O.T تعرض القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لحق جهة الإدارة بإنهاء عقد الـB.O.T قبل حلول موعده لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة ودون خطأ من شركة المشروع ، مقابل تعويض شركة المشروع تعويضاً عادلاً، وهذا ما نصت عليه المادة (١٩) منه على أنه "يجوز إنهاء العقد بقرار من اللجنة العليا بناءً على طلب الهيئة العامة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مع التزام اللجنة بتسبيب قرارها وبيان المنفعة المترتبة على هذا الإنهاء وتقدير تعويض عادل يدفع للمستثمر المتعاقد وفقاً لما تنص عليه وثائق عقد الشراكة".

أولاً: تعريف الاسترداد وتكييفه القانوني.

عرف البعض الاسترداد بأنه "حالة إنهاء الإدارة لعقد الالتزام قبل حلول موعده دون خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً"[2].

---

[1] نصت المادة (٣٥) من القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أن "يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي:-

١- طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداءها وشروط تنفيذها.
٢- ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع.
٣- مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات.
٤- الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل.
٥- سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدها، وأسس وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان، وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض.
٦- وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته.
٧- تنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل.
٨- أنواع ومبالغ التأمين على المشروع، ومخاطر تشغيله أو استغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة العامة وأحكام وإجراءات استردادها.
٩- تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة، بحسب الأحوال.
١٠- مدة العقد ومدة الاستثمار ومدة البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير.
١١- حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة والحالات التي يحق فيها للجهة العامة الإنهاء المنفرد للعقد، والالتزامات المالية المرتبة على استخدام هذا الحق.
١٢- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار.
١٣- حالات السماح لذات الشركة المتعاقدة بتنفيذ عقود شراكة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا.
١٤- اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين.
١٥- يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين.
١٦- وتبين اللائحة التنفيذية الأمور الأخرى التي يتضمنها عقد الشراكة ".

[2] د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإدارية وتطبيقاتها في الكويت، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

كما ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه "إنهاء الجهة الإدارية المتعاقدة لعقد الالتزام بإرادتها المنفردة قبل نهاية مدته المتفق عليها بدون أي خطأ من جانب الملتزم مقابل تعويضه تعويضاً عادلاً تحقيقاً للمصلحة العامة"[1].

وقريب من هذين التعريفين ذهب البعض الآخر إلى تعريف الاسترداد بأنه "إنهاء الإدارة للعقد قبل نهايته الطبيعية المتفق عليها دون أي خطأ من جانب المتعاقد"[2].

كما ذهب بعض من الفقه الفرنسي ومنهم الفقيه (Lecomte)إلى تعريف الاسترداد بأنه "طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته"[3].

ويعتبر الاسترداد هو وسيلة جهة الإدارة لإنهاء العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الالتزام بصفة خاصة لدواعي المصلحة العامة، وكما ذكرت سابقاً أن حق الاسترداد ورد النص عليه في المادة الرابعة من القانون المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن الالتزامات العامة، وكما ذكرت سابقاً أيضاً أن هذا الحق ورد النص عليه في القانون الكويتي المنظم لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T وهو القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشان الشراكة بين القطاعين العام والخاص في البند رقم (١٢) من المادة (٣٥) وكذلك في المادة (١٩) من ذات القانون.

وقد اختلف الفقه في التكييف القانوني للاسترداد، فذهب بعضهم إلى تكييفه بأنه نزع للملكية للمنفعة العامة، لكن هذا الرأي لم يلق قبولاً من بعض الفقه على أساس اختلاف النظام القانوني لكلٍ من الإجراءين فضلاً على أن الاسترداد لا ينصب على نقل ملكية عقار وإنما يرد على ملكية المنقولات والأموال التي ليست مملوكة لصاحب الالتزام[4].

وذهب رأي ثاني بالقول بأن الاسترداد هو فسخ الالتزام استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية دون خطأ من المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة[5].

في حين ذهب رأي ثالث إلى القول بأن الاسترداد من النظام العام وبالتالي فإن هذا الحق تمارسه الإدارة سواء ورد النص عليه في العقد أم لا، وإذا ورد النص عليه في العقد فإن هذا النص لا يعد منشئاً للحق وإنما هو كاشف له فقط، كما أنه ومن ناحية أخرى لا يجوز للإدارة أن تتنازل عن هذا الحق أو تتعاقد على ما يخالفه، فإذا وجد مثل هذا النص كان باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام[6].

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣١١.
[2] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ١٠٤.
[3] Lecomte (F), Le rachat des concessions, paris, 1942, p. 14.
المشار إليه لدى د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣١٠.
[4] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٥٦ وما بعدها.
[5] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٩٦.
[6] د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ٢٣٨ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٥٨ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ١٠٤.

وعلى العموم وأياً ما كان من نتيجة هذا الخلاف فإنني أؤيد ما ذهب إليه الرأي الثالث حيث أرى أن الاسترداد هو حق مشروع لجهة الإدارة المتعاقدة لإنهاء عقودها الإدارية بصفة عامة وعقود الالتزام بصفة خاصة قبل ميعاد انتهائها ودون خطأ من جانب المتعاقد معها لدواعي المصلحة العامة وسواء ورد النص على هذا الحق في العقد أم لم يرد.

ثانياً: حالات الاسترداد.

للاسترداد ثلاثة صور أو حالات أساسية فقد يرد النص عليه في العقد وهنا يسمى بالاسترداد التعاقدي، وقد تلجأ إليه جهة الإدارة دون وجود نص في العقد ويسمى بالاسترداد غير التعاقدي وأخيراً قد يتدخل المشرع في بعض الحالات لينظم مسائل الاسترداد وموضوعاته ويسمى بالاسترداد التشريعي[1]، وذلك على النحو التالي:

الحالة الأولى: الاسترداد التعاقدي.

يمكن القول بأن الاسترداد التعاقدي يمثل الصورة الغالبة لاسترداد الالتزام بل إن المشرع المصري في القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن الالتزامات العامة جعل من هذه الصورة للاسترداد القاعدة العامة في جميع عقود الامتياز، وذلك بنصه في المادة الرابعة على أنه "يجب أن تحدد وثيقة الامتياز شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته"[2].

ووفقاً لهذا النص أصبح من الضروري أن تتضمن عقود الالتزام شرطاً ينظم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده[3].

أولاً: شروط ممارسة الاسترداد التعاقدي.

ويجرى مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة توافر مجموعة من الشروط لممارسة حق الاسترداد التعاقدي وهذه الشروط هي[4]:

١- أن يكون منصوصاً عليه في العقد.

يتعين النص على هذا النوع من الاسترداد في العقد كما يجب على القضاء الالتزام بهذا النص، فإذا نص على هذا الاسترداد في العقد ثم انقضى العقد دون اللجوء إليه وعادت جهة الإدارة إلى التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم وخلا العقد الجديد من إيراد هذا النص فإن جهة الإدارة لا يمكنها تطبيق النص المنصوص عليه في العقد القديم على العقد الجديد، وإن كان ذلك لا يمنع جهة الإدارة من اللجوء إلى الاسترداد غير التعاقدي[5].

---

[1] أ. مرسال الماجدي، المرجع السابق، ص ٨٥ وما بعدها.
[2] أ. خالد العطية، المرجع السابق ، ص ٢١١.
[3] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٩٧.
[4] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٠.
[5] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٩٤.

=

وفي مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، ونظراً للاستثمارات المالية الكبيرة التي يتم استغلالها في إنشاء وتشغيل المشروع فإن ذلك يمنح شركة المشروع حقاً مكتسباً في الاستفادة من العقد طوال مدة العقد بحيث لا يجوز لجهة الإدارة استرداد الالتزام أو المشروع إلا بمقتضى نص صريح في العقد[1].

ومن أمثلة ذلك ما جاء في اتفاق مشروع كهرباء مدينة صلالة بسلطنة عمان الذي نص على أنه "في حالة إنهاء المشروع أو تولى إدارته أو استلامه بواسطة الحكومة بأية طريقة قبل انتهاء اتفاقية الامتياز (لفترة ٣٠ عام) يخصص لشركة المشروع تعويض مجز وكاف وذلك حسب المعادلة التي يتفق عليها الطرفان (الحكومة والشركة) بموجب اتفاقية الامتياز"[2].

٢- انتهاء المدة.

يجب عدم اللجوء إلى الاسترداد التعاقدي إلا بعد انقضاء المدة التي قد ينص عقد الالتزام على عدم جواز الاسترداد خلالها، فتحرص معظم عقود الالتزام على أن تضمن عقودها نصاً يقضي بعدم إمكانية اللجوء إلى الاسترداد إلا بعد انقضاء فترة زمنية معينة وفي هذه الحالة يجب على جهة الإدارة احترام هذا الشرط فإذا قامت الجهة الإدارية باسترداد الالتزام قبل هذا التاريخ فإن هذا الاسترداد لا يعتبر استرداداً تعاقدياً بل يعد استرداداً غير تعاقدي، ولكن منذ حلول هذا التاريخ المنصوص عليه في العقد يصبح من حق الجهة الإدارية ممارسة الاسترداد التعاقدي[3].

والحكمة من النص على اشتراط عدم جواز استرداد الالتزام قبل انقضاء مدة زمنية معينة هي حماية الملتزم ضد استبعاده المبكر قبل أن يتمكن من جني ثمار رؤوس الأموال الكبيرة التي يكون قد أنفقها في إدارة واستغلال المرفق والحصول على الربح المعقول، أما إذا خالفت الإدارة هذا الشرط واستردت الالتزام قبل هذا التاريخ فإن هذا الاسترداد يعد استرداداً غير تعاقدي وعليها الالتزام بدفع تعويض أكبر للملتزم[4].

٣- إعذار الملتزم.

يجب على الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة شروعها في القيام باسترداد المرفق تعاقدياً، أن تبادر وتخطر الملتزم بعزمها على استرداد المرفق قبل اتخاذها لهذا الإجراء بفترة كافية ويعد هذا الشرط من الشروط المألوفة المتبعة في حالة إنهاء الالتزام قبل أوانه

= - كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

[1] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢١٣.

[2] هذه الاتفاقية مشار إليها لدى د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

[3] أ. مبارك محمد الهاجري، نهاية العقد الإداري بطريق غير طبيعي في القانون القطري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مملكة البحرين، الجامعة الخليجية، ٢٠١٣، ص ٨٩.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢١٣.

[4] د. حماده عبدالرازق، المرجع السابق، ص ٣٥٤ وما بعدها.

أو يحقق فائدة مزدوجة لكل من الملتزم والسلطة الإدارية، فالملتزم يستطيع من خلال هذا الإخطار أن يدير أموره ويحاول المحافظة على أمواله أما الجهة الإدارية فإن هذا الإخطار يعطيها الفرصة الكافية والوقت لكي تأمن استمرار سير المرفق العام بانتظام وإطراد، ولا يسري الاسترداد من تاريخ تقديم الإخطار (الإعذار) بل من التاريخ الذي تنتهي فيه مهلة الإعذار[1].

٤- الجهة المختصة.

يجب أن يقوم بالاسترداد نفس السلطة التي أبرمت العقد وفي ذلك يرى الفقه الفرنسي أنه في حالة سكوت العقد أو كراسة الشروط عن تحديد السلطة المختصة بتقرير الاسترداد فإن السلطة المختصة بالاسترداد تكون هي تلك السلطة التي قامت بإبرام العقد وهو أيضاً ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي باعتباره تطبيقاً لمبدأ توازي الاختصاصات[2].

٥- أسباب الاسترداد.

قد ينص العقد في بعض الأحيان على أسباب معينة يمكن لجهة الإدارة أن تركن إليها لاسترداد الالتزام، بيد أن جهة الإدارة يمكنها دائماً ممارسة حق الاسترداد استناداً إلى فكرة الصالح العام[3].

ثانياً: آثار الاسترداد.

يترتب على استرداد جهة الإدارة للمرفق وفقاً للشروط السابق ذكرها انقضاء العقد وعودة المرفق إلى الجهة الإدارية أما إذا استمر الملتزم في إدارة واستغلال المرفق بعد قرار الاسترداد يتعين عليه في هذه الحالة أن يرد الأرباح التي يكون قد حققها بعد هذا التاريخ[4].

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأكمله بحيث لا تستطيع الإدارة أن تسترد جزء وتستبقي جزءاً اللهم إلا إذا وجد نص في العقد يسمح بذلك[5].

ويصاحب هذا الاسترداد دفع السلطة المانحة تعويضاً لصاحب الالتزام يتم تحديده في كراسة الشروط، والقاعدة العامة أن يتعين تعويض الملتزم عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب نتيجة استرداد الالتزام وإنهاء العقد قبل انتهاء مدته العادية[6]. وسواء أكان هذا التعويض في صورة مبلغ إجمالي للملتزم، أو في صورة أقساط سنوية لمدة محددة[7].

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.
- كذلك انظر: أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٩٢.
[2] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢١٤.
[3] أ. مبارك الهاجري، المرجع السابق، ص ٩٠.
[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٥٩.
[5] أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٩٢.
[6] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٤.
- كذلك انظر: أ. محمد فكري، المرجع السابق، ص ١٩٣.
[7] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٩٤ وما بعدها.

١ – آثار الاسترداد بالنسبة للالتزامات التي يتحملها الملتزم في مواجهة الغير.

هنا يجب التفرقة بين ما إذا كانت تلك الالتزامات وارد النص عليها في العقد أم لا، فإذا كانت تلك الالتزامات وارد النص عليها في العقد فهنا يجب على جهة الإدارة أن تحل محل المتعاقد في هذه الالتزامات إلا إذا ثبت أن المتعاقد قد تحمل بالتزامات لا يقتضيها التفسير المعقول للعقد[١].

أما إذا لم ينص العقد على تنظيم هذا الموضوع فإن القاعدة العامة أن الإدارة تتحمل كافة الالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق والتي تعهد بها الملتزم في مواجهة الغير، أما بالنسبة للالتزامات الأخرى فإنه يتعين أن تكون الإدارة قد علمت بتلك الالتزامات ولم تعترض عليها[٢].

٢ – آثار الاسترداد بالنسبة للعقود التي أبرمها صاحب الالتزام مع الغير أثناء الاستغلال.

هنا يفرق بين ما إذا كان العقد قد أبرم مع شخص من الغير او أبرم مع شخص من المنتفعين.

أ- فإذا كان العقد قد أبرم مع شخص من الغير، فالقاعدة أن هذا العقد وما يرتبه من التزامات تبقى في ذمة الملتزم السابق، ولا تنقل إلى ذمة مانح الالتزام أو الملتزم الجديد إذ لا يعد أي منهما خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم السابق[٣].

ب- أما إذا كان العقد قد أبرم مع أحد المنتفعين بخدمات المرفق فإن هذه العقود تظل سارية المفعول في مواجهة الإدارة (الإدارة المباشرة) أو في مواجهة الملتزم الجديد وإن كان يحق للسلطة الإدارية مانحة الالتزام أن تعدل النصوص اللائحية المتعلقة بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين بما تراه ملائماً للمصلحة العامة وموافقاً للوضع الجديد[٤].

<u>الحالة الثانية: الاسترداد غير التعاقدي.</u>

يعرف الاسترداد غير التعاقدي بأنه ذلك "الاسترداد الذي تقرره السلطة مانحة الالتزام بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ الالتزام، وقبل نهاية مدته، دون أن يكون حقها في ممارسة الاسترداد وتنظيمه منصوص عليه صراحة في عقد الالتزام، أو الذي تقرره خلال المدة المحظورة فيها ممارسة الاسترداد طبقاً لنصوص العقد"[٥].

---

[١] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٢٣.
[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢١٧.
[٣] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٦٠.
[٤] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢١٨.
[٥] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

وهنا يثور التساؤل حول مدى إمكانية حق الجهة مانحة الالتزام في ممارسة الاسترداد غير التعاقدي؟

وللإجابة على هذا التساؤل يمكن التمييز في هذا الصدد بين اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول: وهو يمثل رأي أغلب الفقه الفرنسي ويذهب إلى إمكانية لجوء جهة الإدارة إلى الاسترداد غير التعاقدي، أي استرداد الالتزام قبل نهاية مدته حتى لو لم يكن منصوصاً عليه في العقد أو في كراسة الشروط[1].

فقد جاء على رأس هذا الفريق الفقهي كل من جيز ودي لوبادير وغيرهم، فقد ذهب الفقيه جيز إلى القول بأن "يعتبر الاسترداد جائزاً دائماً حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه صراحة في العقد، فشرط الاسترداد التعاقدي المنصوص عليه في وثيقة الالتزام لا يستبعد حق الإدارة في ممارسة الاسترداد غير التعاقدي..."[2].

ويؤكد ذلك ما ذهب إليه الفقيه دي لوبادير إلى القول "أنه لا ينازع أحد في أن الإدارة، ودائماً تملك سلطة إلغاء أو إعادة تنظيم المرافق العامة، وأن ممارستها لهذا الاختصاص غير قابل للتنازل عنه فالشرط التعاقدي الذي تتعهد فيه الإدارة بعدم إلغاء المرفق العام أو بعدم تعديل تنظيمه قبل تاريخ معين يكون لاغياً وعديم الأثر وعلى ذلك لا ينازع أحد في أن المرفق العام محل الالتزام يظل مرفقاً عاماً، وتملك الإدارة الحق في إلغائه أو إعادة تنظيمه بإحلال الإدارة المباشرة – على سبيل المثال – بدلاً من أسلوب الإدارة بطريق الالتزام"[3].

الاتجاه الثاني: وقد تزعم هذا الاتجاه الفقهي كل من الفقيه الفرنسي (TESTE) والفقيه (MONSARRAT)، ويذهب هذا الاتجاه إلى عدم إمكانية ممارسة جهة الإدارة لحق الاسترداد غير التعاقدي ووفقاً لهذا الاتجاه فإن الاسترداد لا يوجد إلا إذا كان منصوصاً عليه صراحة في عقد الالتزام او في كراسة الشروط، ويستند أنصار هذا الرأي إلى حجة مفادها أن للملتزم حقاً مكتسباً في استغلال المرفق حتى انتهاء مدته المنصوص عليها في عقد الالتزام نظراً للاستثمارات المالية الضخمة التي ينفقها الملتزم لتشييد المنشآت واستغلال المرفق مما يقتضي ضرورة تمتعه بضمانة الاستقرار والثبات على خلاف متعاقدي الإدارة الآخرين، وعلى ذلك فإن الجهة الإدارية لا تستطيع أن تنهي عقد الالتزام بإرادتها المنفردة وحدها إذا لم يكن هناك نص في العقد أو كراسة الشروط ينص على ذلك صراحة[4].

---

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٣٠.

[2] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٧١.

- كذلك انظر: د. دويب حسين، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

[3] رأي الفقيه دي لوبادير، مشار إليه بالنص لدى د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٨.

[4] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٦٨ وما بعدها.

الاتجاه الثالث: ظهر اتجاه فقهي ثالث في مصر، حيث ذهب بعض من الفقه المصري إلى القول بحق الإدارة في إنهاء عقد الالتزام ولكن ليس باعتباره استرداداً غير تعاقدياً وإنما باعتباره تطبيقاً لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، فإذا كانت الإدارة تملك إنهاء العقد الإداري انفرادياً حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد الإداري فإنه يكون لها ومن باب أولى الحق في إنهاء عقد الالتزام حتى على الرغم من عدم وجود نص في العقد يسمح بذلك إذ ما يسري على الأصل لابد أن يسري على الفرع[1].

ويؤيد ذلك ما ذهب إليه البعض بالقول بأنه في حالة عدم النص في عقد الالتزام على حق الإدارة في استرداد الالتزام فإن ذلك لا يعني أن الإدارة قد تنازلت عن حقها في تعديل المرفق العام أو إعادة تنظيمه بواسطة استرداده وإحلال ملتزم آخر محل الملتزم القديم أو إلغاء المرفق العام ذاته محل الالتزام[2].

كما أن النص في العقد على حظر قيام الإدارة باسترداد الالتزام خلال فترة معينة لا يعني ذلك تنازل الإدارة عن حقها في تعديل المرفق أو إعادة تنظيمه بواسطة استرداد الالتزام خلال هذه الفترة غاية الأمر أنها أقدمت على استرداد الالتزام في حالة عدم النص عليه في العقد أو خلال المدة المحظور ممارسته خلالها فإنها سوف تلتزم بدفع تعويضات كبيرة للملتزم[3].

الرأي الراجح.

نذهب إلى تأييد الرأي الذي يذهب إلى الاعتراف لجهة الإدارة بحق إنهاء الالتزام عن طريق الاسترداد غير التعاقدي، فجهة الإدارة مانحة الامتياز تملك في أي وقت استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام في جميع الأحوال سواء تضمنت وثيقة الامتياز أحكام وأوضاع هذا الاسترداد أو أن جهة الإدارة لجأت إليه في ظل سكوت العقد، أو في المدة المحظورة عليها اللجوء إليه خلالها بنص العقد، استناداً وانطلاقاً من حق جهة الإدارة الأصيل في تنظيم وتعديل وإنهاء مرفق الامتياز في أي وقت[4].

---

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٠٤.
- كذلك انظر: د. أحمد عثمان عيّاد، المرجع السابق، ص ٢٨٢ وما بعدها.
[2] د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٧٥.
[3] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٩.
- كذلك انظر: د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٩٦.
[4] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٣٠.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٦٩.
- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٧٥.
- كذلك انظر: د. كمال طلبة، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

وفي مجال عقود الـB.O.T فإننا نرى أن جهة الإدارة لها الحق بإنهاء عقود الـB.O.T بإرادتها المنفردة، إذا ما ارتأت جهة الإدارة أسباباً ضرورية تحقيقاً للمصلحة العامة وتطبيقاً لمبدأ كفالة حسن سير المرفق العام بانتظام وإطراد، كما أن هذا الحق يعتبر من النظام العام، ومن ثم لا يجوز حرمان جهة الإدارة من هذا الحق، هذا من جانب.

ومن جانب آخر أن شركة المشروع تتمتع بالعديد من الضمانات في مواجهة هذه السلطة بما يحمي مصالحها، فلها الحق في التعويض الكامل (العادل)، كما يجوز لها سلوك طريق الطعن القضائي لإلغاء القرارات التي تناولت هذه الإجراءات إذا كانت غير مشروعة.

وأما بالنسبة للقول بعدم جواز إنهاء الإدارة لعقود الـB.O.T بإرادتها المنفردة يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة بقصد إعمال قاعدة استقرار العقود، فهذا القول مردود عليه بأنه مبني على فكرة يقصد بها حماية شركة المشروع والتي تمثل المصلحة الخاصة على حساب المصلحة العامة، فمن المفروض ان المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة.

الحالة الثالثة: الاسترداد التشريعي.

قد يتدخل المشرع أحياناً بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق العامة التي تدار بطريقة الامتياز، وهذا التدخل من جانب المشرع ليس بغريب، حيث أن منح الامتياز في بعض الحالات لا يكون إلا بقانون ويكون الأمر طبيعياً أن يتم الاسترداد بقانون أيضاً وإلغاء هذا الامتياز[1].

وقد تدخل كل من المشرع الفرنسي والمصري والكويتي على السواء في مجالات عقود الامتياز فأصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة التي تدار بطريق الالتزام، وعلى ذلك فإنني سوف أقوم بعرضها على النحو التالي:

أولاً: الاسترداد التشريعي في فرنسا.

تدخل المشرع الفرنسي فأصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض المرافق الهامة التي تدار بطريق الامتياز[2]. وأهم هذه القوانين:

١- القانون الصادر في (٢٩) مايو ١٨٤٥ والذي يتعلق باسترداد الامتيازات المتصلة بقنوات الملاحة في فرنسا.

٢- القانون رقم (٣٠) يوليو ١٨٨٠ والخاص باسترداد الكباري التي يتعين دفع رسوم المرور عليها.

---

[1] د. الياس ناصيف، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

[2] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٠٤ وما بعدها.

٣- القانون رقم (١١) يونيو ١٨٨٠ والقانون رقم (٣١) يوليو ١٩١٣ والمتعلقان بإنهاء عقود الالتزام الخاص بالسكك الحديدية المحلية والنقل بواسطة الترام.
٤- القانون رقم (١٣) يوليو ١٩٠٨ والذي أنهى عقد التزام شركة سكك حديد الغرب.
٥- القانون رقم (١٧) أبريل ١٩١٩ الخاص بالتعويض عن أضرار الحرب العالمية الأولى، والذي أعطى للإدارة الحق في استرداد بعض المرافق التي تدار عن طريق الالتزام.
٦- القانون رقم (٣١) يوليو ١٩٤٧ والذي خول للهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية خلال سنة من تاريخ صدور هذا القانون، بقصد تمكين تلك الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة أو الاقتصاد المختلط[١].

ثانياً: الاسترداد التشريعي في مصر.

لجأ المشرع المصري كذلك إلى أسلوب الاسترداد القانوني في عدة حالات ومن أهم هذه القوانين:

١- القانون رقم (٢٨٥) الصادر في (٢٦) يوليو ١٩٥٦ والذي أنهى امتياز شركة قناة السويس البحرية وإعادة مرفق قناة السويس للدولة، وقد اختلف الفقه المصري بشأن هذا القانون وهل هو تأميم بالمعنى الفني للكلمة أم أنه من قبيل الاسترداد القانوني لشركة قناة السويس[٢].

ونحن نذهب إلى ما ذهب إليه غالبية الفقه المصري من أن القانون رقم (٢٨٥) الصادر في (٢٦) يوليو ١٩٥٦ ما هو إلا تطبيق لحق الدولة مانحة الالتزام في الاسترداد القانوني لهذا الالتزام[٣].

٢- القانون رقم (١٤٥) لسنة ١٩٥٧ بأيلولة مرفق المياه الذي تقوم بإدارته شركة مياه القاهرة إلى البلدية وتصفية الشركة وأيلولة جميع موجوداتها للبلدية مقابل تعويض

---

[١] د. كمال طلبه، المرجع السابق، ص ٢٥٥ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٨٠ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٧١.
- كذلك انظر: أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٢٦.
[٢] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٢٧.
[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٠٦ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها.
- كذلك انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٧٣.
- كذلك انظر: د. حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٨١ وما بعدها.

جملة أسهم الشركة تعويضاً عادلاً وفقاً لنصوص القانون، ولا شك في أن هذا الاسترداد يعد استرداداً قانونياً لمرفق المياه[1].

٣- القانون رقم (١٠٧) لسنة ١٩٥٧ والخاص بإنهاء الامتياز المرخص به لشركة ماركوني راديو التلغرافية بتشغيل التلغراف اللاسلكي الدولي في مصر والذي كانت فترته تنتهي في ١٩٥٨/١/١٥ وقد تم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحارس العام على أموال الرعايا البريطانيين والفرنسيين على أن تؤول جميع موجودات الشركة إلى الحكومة كما تلتزم الحكومة بالوفاء بجميع التزامات الشركة في حدود قيمة موجودات هذه الشركة[2].

٤- القانون رقم (١٢٣) لسنة ١٩٦١ والخاص بإسقاط شركة ترام القاهرة القائمة على مرفق النقل العام والذي نص على أيلولة كافة منشآت المرفق والأموال المرتبطة به والمكملة والمتممة له إلى مؤسسة النقل العام بمدينة القاهرة وقد تم تشكيل لجنة تختص بتحديد جميع التزامات الشركة الناشئة عن استغلال المرفق وتقييمها والحقوق التي تؤول دون مقابل وتخصم تلك الالتزامات من هذه الحقوق ويعد قرار اللجنة حكماً نهائياً غير قابل للطعن وواجب النفاذ[3].

ثالثاً: الاسترداد التشريعي في الكويت.

لجأ المشرع الكويتي إلى الاسترداد القانوني في شأن القطاع النفطي، فقد صدرت في دولة الكويت عدة قوانين من عام ١٩٧٣ إلى عام ١٩٧٥ تمت خلالها السيطرة الكاملة على شركة نفط الكويت، ومن أهم هذه القوانين:

القانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٥ في شأن أيلولة أسهم القطاع الخاص في شركة البترول الوطنية الكويتية إلى الدولة، فمن المعلوم أن شركة البترول الوطنية الكويتية أسست في أكتوبر عام ١٩٦٠ برأس مال قدره (٧،٥) مليون دينار زيد بعد ذلك إلى (١٥) مليون دينار موزع على مليوني سهم، وتمتلك الحكومة (٦٠%) من رأس المال ويمتلك القطاع الخاص الأربعين الباقية، وبموجب القانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٥ آلت إلى الدولة ملكية الأسهم المملوكة حالياً للقطاع الخاص وقدرها (٤٠%) من أسهم الشركة في يد الدولة.

وتعويضاً لحملة الأسهم المذكورة تقرر المادة الثانية "أن تدفع لهم الحكومة أخر سعر تم التعامل به بتلك الأسهم في السوق المالية وهو (٨٥) ديناراً كويتياً عن كل سهم أساس أن

---

[1] د. جيهان حسن، المرجع السابق، ص ١٠٦.
[2] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص ٤٧٣ وما بعدها.
[3] أ. خالد العطية، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

هذا السعر يمثل التقييم التجاري للوضع المالي الحالي للشركة وتوقعات السوق المالية لمستقبلها قبل إعلان القرار، يضاف إلى ذلك السعر دينارين لكل سهم كحصة موزعة من أرباح عام ١٩٧٤".

وتنص (المادة الثالثة) "على أن يؤخذ المبلغ اللازم لهذا الغرض من المال الاحتياطي للدولة".

وتقرر (المادة الرابعة) من القانون "استمرار الشركة في مباشرة أعمالها كشركة تجارية، طبقاً لنظامها الأساسي، تتمكن من أعمالها على الوجه المطلوب"[١].

وفي مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T فإن الجهة الإدارية المتعاقدة في إنهائها لعقد الـB.O.T قبل نهاية مدته، ولأسباب تتعلق بالمصلحة العامة وبدون خطأ من المتعاقد، قد تستند في ذلك على نص تشريعي يجيز لها ذلك، ويحدد التشريع غالباً في هذه الحالة ضوابط التعويض المستحق لشركة المشروع، وينظم قواعد استرداد المشروع، وهذا ما تعرض له القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، – كما ذكرت سابقاً – في مادته رقم (١٩) حيث نصت على أنه "يجوز إنهاء العقد بقرار من اللجنة العليا بناءً على طلب الهيئة أو الجهة العامة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مع التزام اللجنة بتسبيب قرارها وبيان المنفعة المترتبة على هذا الإنهاء وتقدير تعويض عادل يدفع للمستثمر المتعاقد وفقاً لما تنص عليه وثائق عقد الشراكة". وكذلك ما نصت عليه المادة (٣٥) بالبند رقم (١٢) من ذات القانون من أنه " يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي:- .....

١٢- تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار....".

وفي الدول الأجنبية من أمثلة ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة (٧) من القانون المنظم لمشروعات الـB.O.T في الفلبين حيث نصت على أنه "في حالة ما إذا أبطل أو ألغي أو أنهي المشروع بواسطة الحكومة بدون خطأ من قبل صاحب المشروع أو بواسطة اتفاقاً متبادل فإن الحكومة سوف تعوض صاحب المشروع عن النفقات الفعلية للمشروع بالإضافة إلى معدل

---

[١] القانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٥ في شأن أيلولة أسهم القطاع الخاص في شركة البترول الوطنية الكويتية إلى الدولة، انظر: أ. محمد يوسف بن علي، التشريعات والقوانين الخاصة بالتعاقدات الحكومية، إعداد فريق عمل قانوني من الشئون القانونية بوزارة الدفاع الكويتية برئاسته، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ١٩٢.

عائد معقول عن ذلك لا يتجاوز الذي ذكر في العقد من تاريخ هذا الإلغاء أو الإنهاء بشرط أن ربح أو عائد الحكومة سوف يضمن عن طرق نظام تأمين الخدمة العامة (GSIS) أو أي كيان تأمين آخر عن طريق مكتب مفوض بالتأمين بشرط أن تكلفة التأمين سوف تدخل ضمن البنود والشروط المذكورة سابقاً"[1].

ومن جماع ما سبق نخلص إلى أن انتهاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـــB.O.T سواءً بانتهاء مدته أو قبل ذلك لأي سبب من الأسباب السابق تناولها فإنه يتعين تصفية المشروع ونقل ملكيته إلى الدولة.

[1] د. أحمد محرم، المرجع السابق، ص ٣٢٧.

الخاتمة

سوف نقسم خاتمة هذه الرسالة إلى قسمين نلخص في أحدهما ما احتوته أبواب وفصول هذه الرسالة من نقاط بحثية بصورة موجزة ومجملة بحيث يحاط المطلع عليها ومن خلالها بمدى أهمية موضوعها، وما تصدت لمعالجته من مشكلات وصعوبات لا تزال حتى وقتنا هذا مثاراً للحديث والخلاف التشريعي والفقهي، كما سنعرض في القسم الآخر – ومن وجهة نظرنا المتواضعة – لطائفة من النتائج والتوصيات التي توصلت إليها هذه الدراسة.

أولاً: العرض الموجز لمحتوى الرسالة

انصبت هذه الدراسة على حقوق والتزامات شركة المشروع في تنفيذ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T، واقتصرت في هذا الصدد على معالجة العقد الرئيسي أو عقد المشروع فقط (عقد الالتزام أو عقد الامتياز)، دون التطرق إلى العقود الأخرى المنبثقة عن هذا العقد.

وقد عرفنا في هذه الدراسة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T بأنه "نظام تسند فيه الحكومة إلى إحدى الشركات سواء أكانت وطنية أو أجنبية من القطاع الخاص في الغالب أو العام امتيازاً أو ترخيصاً للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة، أو تقدمه شركة المشروع، وغالباً ما يكون من المشاريع الأساسية للدولة والمتعلق بمرفق من مرافقها الهامة، ثم تقوم شركة المشروع بتنفيذه (تصميمه، وبنائه وتملكه، واستغلاله تجارياً) لفترة معينة ينص عليها في العقد وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بنائه بالإضافة إلى تحقيق ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومات وشركة المشروع، ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة دونما تحمل الحكومة لأي تكاليف"[1].

ثم قمنا بعد ذلك بعرض أنواع العقود التي تبرم طبقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، وتوصلنا إلى أن جميع أنواع هذه العقود تتفق في أساس واحد وهو قيام المستثمر الخاص بتمويل المشروع، ويكون موضوعها دائماً مشروعات البنية التحتية، وأن اختيار الدولة لأي نوع من أنواع هذه العقود تحكمه عدة اعتبارات تبعاً لظروف الدولة نفسها.

كما تناولنا مزايا وعيوب عقود الـ B.O.T من وجهة نظر الحكومة المضيفة، ووجهة نظر القطاع الخاص، حتى تكون الدولة والقطاع الخاص على بينة من أمرهما، لأن الإقدام سواء

---

[1] د. أحمد رشاد، المرجع السابق، ص ٣٢.

من قبل الدولة أو القطاع الخاص على مشروعات الـ B.O.T، لابد أن يسبقه تقييم لمزايا وعيوب هذا النظام، حتى يحددا موقفهما من الإقدام أو الإحجام على مثل هذه المشروعات.
ثم قمنا ببحث الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وتوصلنا إلى تأييد الطبيعة الإدارية لهذا العقد حيث تتوافر فيه الأركان الثلاثة الواجب توافرها في أي عقد إداري وهي وجود الإدارة بوصفها سلطة عامة طرفاً فيه، وانصبابها على مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتميز بانتهاج أسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص، وقد رتبنا عدة نتائج قانونية على هذه الطبيعة القانونية لعقد الـB.O.T واعتبارها عقود إدارية، تتمثل هذه النتائج في أنها تخضع للقانون وللقضاء الإداري كقاعدة عامة فيما يثور من منازعات بشأنها.

ثم تم إيضاح الإطار الدستوري لعقد الـ B.O.T، حيث تجد هذه العقود أساسها وسندها في المادة (١٢٣) من الدستور المصري لعام ١٩٧١، والمادتين (١٥٢)، (١٥٣) من الدستور الكويتي، وبالنسبة لمملكة البحرين توصلنا إلى أن عقود الامتياز بما فيها عقود الـB.O.T تجد أساسها وسندها الدستوري في المادة (١١٧) من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢.

كما تم بحث الإطار التشريعي لعقد الـ B.O.T حيث أن عقود الـ B.O.T لها طبيعة خاصة وغايات تستأثر بها مما جعل المشرع في العديد من الدول يفرد لها قوانين خاصة تتضمن أحكام تستأثر بها تلك العقود، ومثال ذلك القانون الكويتي رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي صدر حديثاً أثناء إعداد هذه الرسالة، وكذلك قوانين الـ B.O.T الأربعة المصرية التي صدرت في نهاية التسعينيات من القرن الماضي، والتي حرصت على النص على عدم التقيد بأحكام القوانين السارية على العقود الإدارية خاصة القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ بشأن التزام المرافق العامة.

ثم انتقلنا بعد ذلك إلى بيان وتحديد مسار التعاقد لعقد الـ B.O.T، حيث تم تناول الإعداد الفني والقانوني للمشروع، من خلال وضع دراسة جدوى سليمة ودقيقة للمشروع، لأنها تعتبر من العوامل الرئيسية والهامة لإنجاح مشروع الـ B.O.T، وكذلك من خلال إعداد كراسة الشروط الخاصة بالمشروع استعداداً لطرحه، وفقاً للمبادئ القانونية التي تحكم عقد الـ B.O.T وهي أن يتم اختيار المتنافس في إطار من المنافسة والعلانية.

كما تطرقنا لعملية إبرام عقد الـ B.O.T، حيث أنه يمر بإجراءات معينة ودقيقة، وذلك لأهمية عقود الـ B.O.T وما تتمتع به من طبيعة خاصة، وتبدأ هذه الإجراءات من الإعلان عن المناقصة ثم تلقي العروض والبت فيها، بالإضافة إلى المفاوضات ثم انتهاءً بإبرام عقد الـ B.O.T.

وإذا كان ما سبق يمثل في إجمال وإيجاز المسائل التي بحثناها في الباب التمهيدي من هذه الرسالة، فإننا قد تناولنا بالبحث التفصيلي فضلاً عنها وفي البابين الاثنين الآخرين للرسالة حقوق والتزامات شركة المشروع في عقد الـــ B.O.T، وقد نوهنا – بداءة – عند بحث هذه الحقوق والالتزامات أنها تستهدف في الأساس تحقيق أمرين أحدهما تحديد كم وكيف هذه الحقوق والالتزامات في عقد الـــ B.O.T من جانب أول، ومعرفة مدى انفراد ذلك العقد بأحكام خاصة من جانب ثان، والأخر اكتشاف أثر هذه الحقوق والالتزامات على تحديد الطبيعة القانونية لعقد الـــ B.O.T، وبالتالي النظام القانوني الذي يخضع له.

وقد أسفر تناولنا في الباب الأول لمفردات وأنواع حقوق شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، عن الوصول إلى أن شركة المشروع تتمتع بحقوق ومزايا تكاد تتماثل مع الحقوق التي تتمتع بها الإدارة عند إنشائها واستغلالها للمرفق العام، فهي تتمتع بالحق في تحصيل الرسوم أو المقابل النقدي الذي تحصل عليه شركة المشروع مقابل الخدمات التي تقدمها لجمهور المنتفعين.

وقد بحثنا في هذا الإطار مسألة هامة هي تحديد الطبيعة القانونية للرسم (المقابل المالي لأداء الخدمة النفعية العامة) بمعنى هل هو ذا طبيعة لائحية وبالتالي تملك الإدارة سلطة تعديله بالإرادة المنفردة دون الرجوع للمتعاقد معها؟ أم أنه ذا طبيعة تعاقدية مع ما يترتب على ذلك من عدم جواز تعديله إلا باتفاق أطراف العقد، وهو الأمر السائد في عقود الـــ B.O.T والتي لا تتقيد أيضاً بتحديد حد أقصى للأرباح مثل ذلك المقرر في غيرها من العقود الإدارية، والتي لا يجوز فيها زيادة الأرباح عن مقدار (١٠%) من قيمة رأس المال بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال[١].

كذلك تناولنا حق شركة المشروع في التوازن المالي لعقد الـــ B.O.T، وذلك بالاعتراف لشركة المشروع بالحق في المحافظة بصورة مستمرة ودائمة على التوازن المالي مع جهة الإدارة، ويكون ذلك من خلال التمسك بتطبيق نظريات عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة من أجل تعويضها عن الأضرار التي تصيبها والتي أثرت في اقتصاديات العقد لمنع انهياره.

وهنا تتجلى أهمية إسباغ الطابع الإداري على عقود الـــ B.O.T إذ لولا هذه الطبيعة الإدارية لهذه العقود ما كان للمتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد، بل كانت ستنطبق القواعد الواردة في القانون المدني وهي أقل حماية من مثيلتها في القانون الإداري.

---

[١] هذا ما نصت عليه المادة الثالثة من القانون المصري رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ بشأن امتياز المرافق العامة.

وكما تناولنا حق شركة المشروع في الحصول على المزايا المقررة بموجب عقد الـــB.O.T، كحقها في الحصول على التراخيص اللازمة لتشييد وتشغيل مشروع الـــ B.O.T، وحقها في الانتفاع والاستغلال طوال مدة عقد الـــ B.O.T.

وكذلك تناولنا حق شركة المشروع في الحصول على المزايا العينية في عقد الـــB.O.T، وهي تتمثل في حق شركة المشروع بالحصول على تسهيلات وإعفاءات ضريبية، وإعفاءات من الرسوم الجمركية تختلف وتتنوع باختلاف طبيعة المرفق النفعي العام الذي تتولى شركة المشروع إنشائه وتشغيله بموجب عقد الـــ B.O.T، وتوصلنا إلى أن جميع حقوق شركة المشروع المالية تمثل الدافع الحقيقي من جانبها لإبرام عقد الـــ B.O.T، فشركة المشروع وإن كانت معاونة لجهة الإدارة في تسيير مرافقها بانتظام وإطراد، إلا أنها تسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح مقابل تنفيذ التزاماتها التعاقدية.

وقادنا هذا الاستعراض لأنواع حقوق شركة المشروع إلى بحث الضمانات المالية وغير المالية التي تقدمها جهة الإدارة لشركة المشروع للحصول على حقوقها في عقد الـــB.O.T، فالضمانات الغير مالية تتمثل بضمان التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ عقد الـــ B.O.T، وأيضاً التزام الإدارة بعدم التعدي على مشروع الـــ B.O.T، وأيضاً التزام الإدارة بعدم مصادرة أو تأميم مشروع الـــ B.O.T، وأخيراً التزام الإدارة بتحقيق الاستقرار القانوني لمشروع الـــ B.O.T.

وأما الضمانات المالية فهي تتمثل بضمان التزام جهة الإدارة المالي في مرحلة إبرام عقد الـــ B.O.T، وأيضاً ضمان التزام جهة الإدارة المالي في مرحلة تنفيذ عقد الـــ B.O.T، وأخيراً ضمان التزام جهة الإدارة المالي عند انتهاء عقد الـــ B.O.T، وتوصلنا إلى أن مسألة توفير الضمانات المختلفة لشركة المشروع المتعاقدة مع الإدارة تعد مسألة غاية في الأهمية، فهي تحقق هدفاً مزدوجاً يشمل المصلحة العامة ومصلحة شركة المشروع، وبالتالي فإن هذه الضمانات المالية وغير المالية تعمل على بث روح الطمأنينة والاستقرار لدى شركة المشروع في الحصول على جميع حقوقها، مما ينعكس بالإيجاب على مشروع الـــ B.O.T الذي يتعلق بطبيعة الحال بمرفق عام ويهدف إلى تحقيق منفعة عامة.

ثم تناولنا في الباب الثاني التزامات شركة المشروع في عقد الـــ B.O.T، وذكرت فيه أن هناك خمسة التزامات أساسية يقعون على عاتقها، أربعة منهم تلتزم بهم في تنفيذ عقد الـــB.O.T، وأما الالتزام الخامس والأخير تلتزم به عند انتهاء عقد الـــ B.O.T، وأما بالنسبة للالتزامات الأربعة فالالتزام الأول منهم يتمثل في التزامها بتمويل مشروع الـــ B.O.T، وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتمثل في التزامها بتقديم مصادر التمويل وتحديد طرقه، وأما الالتزام الثاني فيتمثل بالتزامها بالتنفيذ الشخصي لعقد الـــ B.O.T وما يترتب على ذلك

من التزامات فرعية تتمثل في التزامها بعدم التنازل عن العقد دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، والتزامها بعدم التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، وأما الالتزام الثالث فيتمثل بالتزامها بتشييد مشروع الـــ B.O.T خلال الميعاد المحدد، وأما الالتزام الرابع فيتمثل بالتزامها بتشغيل وإدارة مشروع الـــ B.O.T وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتمثل في التزامها بتشغيل المرفق بانتظام وإطراد، والتزامها بمبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق العام، والتزامها بمبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير.

وأما بالنسبة للالتزام الخامس والأخير والذي تلتزم به شركة المشروع عند انتهاء عقد الـــ B.O.T، فهو يتمثل بالتزامها بنقل ملكية مشروع الـــ B.O.T إلى الدولة وإعادته إليها بحالة جيدة، وما يترتب على هذا الالتزام الرئيسي والهام من آثار والتزامات فرعية تتمثل في التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع بحالة جيدة، أي وجوب أن يكون المشروع عند تسليمه في كامل طاقته التشغيلية، والتزامها بنقل ملكية المشروع خالياً من الديون أو الرهون أو أي حقوق للغير، والتزامها بنقل ملكية المشروع بدون مقابل، والتزامها بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين الوطنيين عليها.

وأخيراً قادنا التطرق إلى التزام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الدولة عند انتهاء عقد الـــ B.O.T سواءً انتهاءاً طبيعياً أو انتهاءاً غير طبيعياً، إلى بحث مسألة انتهاء عقد الـــ B.O.Tسواءاً بالانتهاء الطبيعي بانتهاء مدته أو بالانتهاء غير الطبيعي (المبتسر) عن طريق جزاء الإسقاط أو عن طريق الاسترداد.

ثانياً: النتائج والتوصيات

١. النتائج:

أ- أن عقود الـــ 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 تتملك هذه المشروعات في نهاية المدة الطويلة لهذه العقود دون مقابل وبحالة جيدة.

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

ج- أن عقود الـــ B.O.T بالرغم من خضوعها لنظام قانوني خاص بها، وظهور مساحة كبيرة من القواعد المنظمة لها ولمبدأ 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 المنتفعين به، كما تتضمن من ناحية ثالثة شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

د- أن الحقوق المالية لشركة المشروع تمثل الدافع الحقيقي من جانبها لإبرام عقود الـــB.O.T، فشركة المشروع وإن كانت معاونة لجهة الإدارة في تسيير مرافقها بانتظام وإطراد، إلا أنها تسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح مقابل تنفيذ التزاماتها العقدية.

ه- أن نظريات التوازن المالي للعقود الإدارية من الممكن تطبيقها على عقود الـــ B.O.T، كما أنها تتخذ بعداً جديداً أكثر تطوراً في عقود الـــ B.O.T، فتستهدف ليس فقط ضرورة التوازن المالي بين التزامات الطرفين، وإنما ضرورة تعادل هذه الالتزامات، فإذا كان التسليم للإدارة بمركز متميز في عقود الـــ B.O.T أمراً لا مفر منه نظراً لارتباط هذا العقد بنشاط مرفق عام، فإنه يبقى ضرورة أن تقابل هذا المركز الخاص حقوق لشركة المشروع المتعاقدة معها تعادلها.

و- يتعين على شركة المشروع الالتزام بتشييد مشروع الـــ B.O.T بنفسها ووفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد والملاحق المدرجة به، ويعد هذا الالتزام من أهم التزاماتها في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق محل العقد بانتظام وإطراد، وبدون الالتزام الصارم بالتنفيذ وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد يتعذر الانتهاء من الأعمال وتقديم الخدمات للمنتفعين بالمرفق في مواعيدها المقررة.

ز- يتعين على شركة المشروع الالتزام بإعادة المشروع عقب انتهاء مدة عقد الـــ B.O.T إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بالشروط والأوضاع والحالة المتفق عليها بالعقد، كما تلتزم شركة المشروع بنقل التكنولوجيا المتقدمة للجهة الإدارية وتقديم المساعدة المتصلة بتشغيل وصيانة المرفق بعد تسليمه إلى الجهة الإدارية.

٢. التوصيات:

أ- ضرورة قيام المشرع البحريني إصدار قانون خاص ينظم عقود الـــ B.O.T، وذلك لما تشهده مملكة البحرين من نقلة تنموية شاملة في مجال البنى الأساسية، كما أن عقود الـــ B.O.T لها طبيعة خاصة، فهي لا تمثل عقداً واحداً، وإنما هي مجموعة من

التعاقدات التي تتشابك 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 مراحله المختلفة.

ب- ضرورة قيام المشرع المصري بإصدار قانون عام وموحد وشامل ينظم عقود الـــB.O.T، بدلاً من القوانين المصرية الأربعة المنظمة لمشروعات الـــ B.O.T حسب نوعية المرفق العام موضوع العقد، وهذه القوانين لم تأتي بتنظيم شامل ووافي لنظام الـــ B.O.T فهي جاءت لتنظيم ومعالجة بعض الموضوعات الجزئية كما أنها لم تضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإنجاح مشروعات الـــ B.O.T، لذلك نهيب بالمشرع المصري بضرورة إصدار قانون موحد وشامل ينظم عقود الـــ B.O.T، لما تتسم به من أحكام خاصة تنفرد 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 كمعيار موحد لتلك العقود، ومن أجل تحقيق ذلك فإنه يجب أن يتم إبرام كافة عقود الـــ B.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.

ج- ضرورة أن تكون تلك المدة الزمنية المحددة لإنشاء وتشغيل المشروعات والمرافق محل عقود الـــ B.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 الـــ B.O.T.

د- يجب على الدولة أن تقوم بتقييم المردود الاقتصادي والاجتماعي والمالي لضمانات وحوافز الاستثمار التي تحرص الدولة على منحها للمستثمرين لتشجيعهم على ضخ أموالهم للاستثمار داخل الدولة، حتى لا تفقد هذه الضمانات والحوافز مضمونها والغاية المبتغاة من وراء تقريرها، وحتى لا تصبح مع الوقت وسيلة إثراء للمستثمرين وليست وسيلة لتحقيق التعاون وتبادل المنافع بينهم وبين الدولة.

ه- يجب على الدولة إلى جانب حرصها على جذب رؤوس الأموال من الخارج أن يتزامن معه حرصها على نقل آخر التطورات التكنولوجية والعلمية في مجال نشاط

المشروع المزمع إنشاؤه بنظام الـــ B.O.T،بل أن تقوم إلى جعل ذلك شرطاً أساسياً وجوهرياً في اتفاقيات الالتزام المبرمة في هذا الشأن.

و- يجب على الدولة الحرص على أن تتضمن عقود الـــ B.O.T برامج تدريبية للعمالة الوطنية العاملة فيها في شتى مناحي عمل المشروع، وخاصة قبل نقل ملكيته إلى الدولة بوقت كاف حتى يستمر المشروع في ممارسة نشاطه وأداء وظيفته بعد انتهاء مدة الالتزام.

ز- يجب على الدولة أن تعي أنه لا يعني إصدار قوانين خاصة تنظم عقود الـــ B.O.T تركها دون تقييم لإيجابيات وسلبيات تطبيقها في الواقع العملي، فلابد أن تحرص الدولة وبصفة دائمة على إعداد الدراسات والإحصائيات في هذا المجال للوقوف على نقاط القوة ونقاط الضعف في هذه القوانين، وهذا ما فعله المشرع الكويتي عندما أصدر القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وبعد مرور (٦) سنوات على تطبيقه في الواقع العملي، ظهرت له العديد من السلبيات والعيوب، مما دعا المشرع الكويتي إلى إلغائه وإصدار قانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتلافي هذه السلبيات والعيوب.

ح- 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 الدستورالكويتي 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.

١- المراجع باللغة العربية:

أولاً: المؤلفات العامة والمتخصصة:

- إبراهيم زكي، نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١.

- إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B.O.T، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ٢٠١١.

- أبو بكر أحمد النعيمي، الأساليب الحديثة لمشاركة القطاع الخاص في تنفيذ مرافق البنية التحتية، (عقود البوتB.O.T وعقود الشراكة PPP)، دراسة تحليلية مقارنة، دار الحامد للنشر، الأردن، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.

- أحمد رشاد، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٤.

- أحمد سلامة، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.

- أحمد السيد، النظام القانوني لعقود الشراكة في مشروعات المرافق العامة وفقاً للقانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ وآثارها القانونية والاقتصادية، مطبعة كلية الحقوق، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠١١.

- الياس ناصيف، عقد الـB.O.T ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦.

- أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـB.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.

- بيلي حسني البيلي، تجربة وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية في مجال تمويل وإنشاء وتشغيل محطات مياه الشرب بنظام الـBOOT ومشروع تغذية شمال غرب خليج السويس بمياه الشرب بنظام BOOT، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

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

- جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١.

- جميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

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

- حسن عبدالباسط جميعي، حماية المستهلك الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

- حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

- حسني عبدالسميع، إنشاء المرافق العامة عن طريق حق الامتياز، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣.

- حماده عبدالرازق، عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.

- حماده عبدالرازق، التنظيم القانوني لعقود المشاركة في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.

- حماده عبدالرازق، التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٣.

- حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١.

- حمدي عبدالعظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T)، مطبعة عالم الغد، القاهرة، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣.

- خالد عبدالله الرشيد، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٤.

- دويب حسين، عقود (الـــB.O.T) وكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

- رجب كريم، التفاوض على العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- رشدي صالح عبدالفتاح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- سعاد الشرقاوي، تحرير الاقتصاد ودستور ١٩٧١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.

- سعيد عبدالعزيز عثمان، دراسات جدوى المشروعات ومشروعات الـــB.O.T بين النظرية والتطبيق، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.

- سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.

- سمير صادق، العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩١.

- سمير محمد عبدالعزيز، إسماعيل حسين إسماعيل، شكري رجب العشماوي، نظام البناء – التشغيل – نقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

- صالح إبراهيم المتيوتي، مروان محمد المدرس، القانون الإداري (الكتاب الثاني)، مطبعة جامعة البحرين، جامعة البحرين، كلية الحقوق، الطبعة الثالثة، ٢٠١٠.

- صفوت عبدالسلام عوض الله، الحوافز الضريبية وأثرها على الاستثمار والتنمية في مصر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

- طلبه وهبه خطاب، درس في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠١.

- طه محمد أبو العلا، عقود البوت "B.O.T"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٠.

- عادل طالب الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت، مطبعة جامعة الكويت، كلية الحقوق، الطبعة الثانية،١٩٩٤.

- عادل عبدالرحمن خليل، النظام الإداري السعودي، دراسة مقارنة ومدعمة بقرارات وأحكام ديوان المظالم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٣.

- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨.

- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٦٨.

- عبدالسند حسن يمامه، نظام البوت B.O.T وفقاً لأحكام التشريع المصري، مطبعة كلية الحقوق، جامعة المنوفية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

- عبدالفتاح حجازي، عقود البوت (B.O.T) في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨.

- عبدالقادر محمد عطية، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

- عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، ديوان المحاسبة الكويتي، الكويت، الجزء الأول، ٢٠٠٦.

- عبدالكريم الزيات، العقود الإدارية في التشريع الكويتي فقهاً وقضاءً، ديوان المحاسبة الكويتي، الكويت، الجزء الثاني، ٢٠٠٧.

- عبدالله حداد، دليل الدعوى غير الإدارية في القانون المغربي، الرباط، منشورات عكاظ، ٢٠٠٢.

- عبدالمنعم عبدالحميد شرف، العقود الإدارية، أحكام إبرام العقد وفقاً لقانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، جامعة المنوفية، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢.

- عثمان عبدالملك الصالح، النظام الدستوري الكويتي والسلطات السياسية، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٩٨٩.

- عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري وتطبيقاتها في الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، جامعة الكويت، كلية الحقوق ، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

- عصام البهجي، التحكيم في عقود البوت B.O.T، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- عصام البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

- عصام البهجي، الطبيعة القانونية لعقود الـ B.O.T، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

- عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـB.O.T ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

- فاروق أحمد خماس، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين، مطبعة جامعة البحرين، جامعة البحرين، كلية الحقوق، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

- فاروق أحمد خماس، محمد الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢.

- كمال طلبه، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.

- مال الله جعفر الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.

- محسن أحمد الخضيري، مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١.

- محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

- محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الB.O.T ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

- محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـــB.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـــ B.O.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- محمد جواد الخرس، مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠١٢.

- محمد حسين عبدالعال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

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

- محمد السيد علام، المطارات الاستثمارية التي تشرف عليها الهيئة والجاري تنفيذها بنظام "B.O.T"، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- محمد شكري سرور، موجز تنظيم حق الملكية في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، جامعة الكويت، كلية الحقوق، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.

- محمد شوقي شادي، الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤.

- محمد طلعت خطاب، تجربة وزارة النقل في تنفيذ مشروعاتها بنظام B.O.T في مجال الطرق – السكك الحديدية – الأنفاق – النقل البحري – النقل النهري– النقل الجوي، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- محمد عبداللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- محمد عبداللطيف، النظام الدستوري والخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

- محمد عبداللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- محمد عبدالمجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٣.

- محمد لبيب شنب، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة عين شمس، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٦.

- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.

- محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤، ملحق الكتاب، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤.

- محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- محمد المتولي، تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر في تشغيل ميناء شمال العين السخنة بنظام B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

- محمد يوسف بن علي، التشريعات والقوانين الخاصة بالتعاقدات الحكومية، إعداد فريق عمل قانوني من الشئون القانونية بوزارة الدفاع الكويتية برئاسته، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.

- محمود جمال الدين زكي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٥.

- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.

- محمود محمد فهمي، عقود الـــB.O.Tوتكيفها القانوني، إصدارات البحوث الإدارية، مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، ٢٠٠١.

- مصطفى عبدالمحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨.

- مصطفى محمود عفيفي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة نظرياً بالنظام القانوني لعقود القانون الخاص وتطبيقياً بالوسائل القضائية لتسوية المنازعات العقدية، مطبعة البحيرة، القاهرة، ٢٠٠٥.

- معتز كامل مرسي، تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـــB.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، فرع الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- مي محمد شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

- ناصر المعلا وجمال الجلاوي، موسوعة مبادئ القضاء الإداري التي أقرتها محكمة التمييز الكويتية في سبعة عشـــر عاماً من عام ١٩٨٢ حتى عـــام ١٩٩٩، إدارة الفتـــوى والتشريع، مطبعة ٢٥ فبراير، الكويت، الكتاب الثالث، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

- هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الدقهلية، دكرنس، الجزء الأول، ٢٠٠١.

- هاني صلاح 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.

- هلال يوسف إبراهيم، الموسوعة الكاملة في أحكام المحكمة الدستورية العليا (مصر)، الجزء السادس، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

- وائل أنور بندق، موسوعة الدساتير والأنظمة السياسية العربية، المجلد الثالث، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

- وائل محمد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١.

- وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها)، دار الثقافة والنشر، الأردن، عمّان، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.

- ياسر أحمد الصيرفي، النظام القانوني لعقد الـــB.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٨.

- يسري العصار، الأعمال القانونية للإدارة العامة (القرار الإداري – العقد الإداري)، الكويت، كلية القانون الكويتية العالمية، ٢٠١٢.

ثانياً: الرسائل العلمية:

أ) رسائل الدكتوراه:

- أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، فرع بني سويف، كلية الحقوق، ١٩٩٨.

- أحمد عبدالله العازمي، عقود البوتB.O.T طبيعتها وآثارها في دعم مشاريع الدول النامية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي، رسالة دكتوراه، جامعة المنيا، كلية دار العلوم، قسم الشريعة، ٢٠٠٨.

- أحمد عثمان عيّاد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٧٣.

- أحمد محرم محمد، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـــB.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.

- جارالله علي المري، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١٤.

- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠١.

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

- سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، ١٩٧٥.

- عبسي عبدالقادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٧.

- علي محمد عبدالمولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩١.

- عيسى عبدالله بدو، أحكام تنفيذ عقود (B.O.T) في المرافق العامة وجزاء الإخلال بالتنفيذ، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠١٣.

- فدغوش شبيب العجمي، عقود B.O.T النفطية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠١١.

- ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة دكتوراه، جامعة بنها، كلية الحقوق، ٢٠٠٤.

- محمد سعيد حسين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٨٣.

ب) رسائل الماجستير:

- إبراهيم عجيل الشمري، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، رسالة ماجستير، مملكة البحرين، الجامعة الخليجية، كلية الحقوق، مايو ٢٠٠٩.

- أحمد سليمان العتيبي، عقود خصخصة إدارة المرافق العامة وتجربتها في الكويت، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠٠٢.

- أسامة مدلول المطيري، خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، رسالة ماجستير، الرباط، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، ٢٠٠٤-٢٠٠٥.

- حسين علي العنزي، أسلوب التحكيم في حسم المشكلات العملية لمنازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت -B.O.T)، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٨.

- حصايم سميرة، عقود البوت (B.O.T): إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، ٢٠١١.

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

- دلال أديب العوضي، رقابة ديوان المحاسبة على عقود PPP,B.O.T، رسالة ماجستير، جامعة الكويت، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.

- عبدالله طالب الكندري، التنظيم القانوني لعقود الـــB.O.T ، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، ٢٠٠٤.

- مبارك محمد الهاجري، نهاية العقد الإداري بطريق غير طبيعي في القانون القطري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مملكة البحرين، الجامعة الخليجية، ٢٠١٣.

- محمد فكري عطاالله، التزامات شركة المشروع في عقود (B.O.T)، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٤.

- مرسال سعد الماجدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وطرق تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، كلية الحقوق، ٢٠٠٧.

- منى طلاّق 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، مايو ٢٠١٠.

<u>ثالثاً: المؤتمرات والندوات والأبحاث وأوراق العمل:</u>

- أحمد منير النجار، برنامج "دراسة مشاريع B.O.T"، برنامج تدريبي بوزارة المالية الكويتية لدراسة مشاريع B.O.T بالتعاون مع جامعة الكويت، ٢٠٠٤/٥/٢٢.

- أشرف وفا محمد، تنازع القوانين في مجال الإيجار التمويلي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية للعمليات التمويلية، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٣-١٤ مارس ٢٠٠٦.

- أمل نجاح البشبيشي، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ، بحث منشور ضمن سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية، المعهد العربي للتخطيط بالكويت، منظمة عربية مستقلة، العدد الثاني والثلاثون، السنة الثالثة، أغسطس/آب ٢٠٠٤.

- خالد ممدوح إبراهيم، الإطار التعاقدي لعقود الاستثمار (B.O.T)، ورقة عمل مقدمة في ندوة "عقود المشاركة وآثارها (P.P.P)"، المنعقدة في مصر، القاهرة، في أغسطس ٢٠٠٧.

- رمضان صديق محمد، الضمانات القانونية والحوافز الضريبية لتشجيع الاستثمار، بحث منشور بمجلة التشريع المالي والضريبي، العدد رقم (٣١٥/٣١٦)، السنة ٤٦، مايو/ أغسطس ١٩٩٨.

- زهير حسن مكي سلمان، دور الجهة الإدارية المشترية 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.

- سامي عبدالباقي أبو صالح، البدائل القانونية لترسية مشروعات البنية الأساسية، دراسة خاصة لترسية المشروعات المنفذة وفقاً لآلية B.O.T، جامعة القاهرة، مركز التنمية الإدارية بكلية الحقوق، ٩ أبريل ٢٠٠٥.

- سعيد عبدالمطلب، تطبيقات القضاء البحريني للقانون الإداري، بحث منشور في مجلة الفتوى والتشريع، الكويت، العدد التاسع، مايو ٢٠٠٠.

- طلال دهراب الكعبي، مشروعات الـB.O.T نظام البناء والتشغيل والتحويل، الكويت، مجلس الأمة، إدارة الدراسات والبحوث، مارس ٢٠١٠.

- عبدالرحيم الساعاتي، خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية، ندوة التعاون بين الحكومة والقطاع الأهلي في تمويل المشروعات الاقتصادية، المنعقدة بجدة، في الفترة ما بين ٢ إلى ١٤٢٠/٧/٤ هـ ، ١١-١٣/١٠/١٩٩٩، تحرير د. رفيق يونس المصري، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي جامعة الملك عبد العزيز، مركز النشر العلمي.

- عبدالسلام حسين العنزي، عقد التأجير التمويلي في القانون الأمريكي والقانون الفرنسي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية للعمليات التمويلية، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، ١٣-١٤ مارس ٢٠٠٦.

- عزيزة الشريف، العقود الحديثة لتنفيذ الخدمات العامة في مجال البنية الأساسية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر دور القطاع الخاص في التنمية (الأبعاد القانونية)، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، من ٨-٩ مارس ٢٠٠٥.

- غدير يعقوب حياتي، دور الفتوى والتشريع في ترسيخ مبادئ عقود أملاك الدولة و B.O.T، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، ٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨.

- فهد الأستاذ، نسيبة العصفور، نظام B.O.T، الكويت، وزارة المالية، إدارة نظم الشراء، ٢٠٠٢.

- ماجد عمّار، النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات، بحث مقدم ضمن مجموعة أبحاث مكتب الشلقامي للاستشارات القانونية والمحاماة بعنوان "مقاولات الأعمال المدنية"، القاهرة، ١٩٩٥.

- ماهر محمد حامد، الإطار القانوني لدور البنوك في تمويل المشروعات المنشأة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكيةB.O.T ، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي الثالث للقانونيين المصريين، القاهرة، ١٩-٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢.

- محمد عبداللطيف، الدستور الكويتي وخصخصة المرافق العامة وعقود المشاركة وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجواب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، في ٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨.

- محمد عبدالمحسن المقاطع، تجربة الخصخصة في الكويت دراسة تطبيقية لقانون خصخصة مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد بجامعة الكويت، ٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨.

- محمد ماهر أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوتB.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.

- محمد ماهر أبو العينين، مشروعات البناء والتشغيل وتحويل الملكية (B.O.T) ووسائل حسم منازعاتها، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـــ(B.O.T) بفندق شيراتون هليوبوليس، القاهرة من ٧ إلى ٩ أكتوبر ١٩٩٧.

- محمد محمد بدران، الإطار القانوني لمشروعات (البنية الأساسية) البوت في القانون المصري، بحث منشور بمركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، أكتوبر ٢٠٠١.

- محمد محمد بدران، " النظام القانوني لمشروعات البوت"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البوتB.O.T، المنعقد عن طريق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي، المنعقد بالقاهرة بفندق هليوبوليس، من ٧-٩ أكتوبر ١٩٩٧.

- محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود الـــB.O.T (البناء والتشغيل والاسترداد)، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عن مشروعات البنية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، شرم الشيخ، ٢٨-٢٩ نوفمبر/٢٠٠١.

- منصور فرج السعيد، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام الـــB.O.Tومدى ملاءمتها لدولة الكويت، بحث منشور في مجلة المحامي الكويتية، مجلة محكّمة فصلية تصدرها جمعية المحامين الكويتيين، السنة الثانية والثلاثون، العدد الأول، يناير/فبراير/مارس/٢٠٠٨.

- هاني سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد التاسع والستون، ١٩٩٩.

- وفاء عثمان، الشراكة بين القطاعين الحكومي والخاص، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر عقود المشاركة وآثارها PPP، المنعقد بالقاهرة، من ٥ إلى ٩ أغسطس ٢٠٠٧.

- يسري العصار، مقارنة بين عقود (B.O.T – B.O.O.T) وعقود المشاركة (PPP)، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر الجوانب القانونية لأملاك الدولة، المنعقد بجامعة الكويت، كلية الحقوق، في ٣٠-٣١ مارس ٢٠٠٨.

رابعاً: الدوريـــــات:

- الجريدة الرسمية، (جمهورية مصر العربية).

- الجريدة الرسمية، (مملكة البحرين).

- جريدة الكويت اليوم، (الجريدة الرسمية لدولة الكويت).

- الوقائع المصرية، (جمهورية مصر العربية).

- مجلة القضاء والقانون (الكويت)، الجزء الثاني، السنة التاسعة والعشرون، عدد أبريل ٢٠٠٤.

- مجلة هيئة قضايا الدولة (مصر)، العدد رقم (١٩٤)، السنة ٤٩، أبريل – يونيو ٢٠٠٥.

- جريدة الأهرام المصرية، العدد ١٥١٨١، السنة ٤٩، الأحد ٢٨ رمضان ١٤٢١ هـ الموافق ٢٤ ديسمبر ٢٠٠٠.

- جريدة الوطن الكويتية، العدد ٦٥٥٥/١٢٢١٠٩، السنة ٤٨، الموافق ٢٠٠٩/٩/٢٣.

خامساً: المراجع التشريعية والأحكام والفتاوى:

- كتيب خاص لقانون هيئة التشريع والإفتاء القانوني، إصدار هيئة التشريع والإفتاء بمملكة البحرين.

- مجموعات التشريعات الكويتية، الجزء الخاص، الطبعة السادسة، ٢٠٠٣.

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا (مصر)، من يناير ١٩٨٤ حتى ديسمبر ١٩٨٦، الجزء الثالث.

- مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا (مصر)، من أول يوليو ١٩٩٨ حتى آخر أغسطس ٢٠٠١، الجزء التاسع.

- مجموعة عقود، موثقة بوزارة العدل الكويتية، إدارة التوثيق والتسجيل العقاري.

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا (مصر)، السنة السادسة والأربعون، الجزء الثالث.

- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، في المدة من فبراير ٢٠٠٣ إلى سبتمبر ٢٠٠٣.

- مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٦ إلى يونيه سنة ٢٠٠٠، الجزء الثاني.

- محكمة التمييز الكويتية، الأحكام الإدارية الصادرة من الدائرة الإدارية الأولى بمحكمة التمييز خلال الفترة من يناير حتى أخر مارس ٢٠٠٥، الجزء الثاني، إصدارات المكتب الفني لمحكمة التمييز.

- المختار من فتاوى دائرة الشئون القانونية، إصدارات دائرة الشئون القانونية بمملكة البحرين، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠.

- المرجع التشريعي لمجلس الشورى البحريني، الفصل التشريعي الثالث، ٢٠١٠- ٢٠١٤.

- الوثائق الخاصة بمناقصة بناء وتشغيل ونقل ملكية محطة معالجة مياه الصرف الصحي في الصليبية، برنامج الاقتصاد التقني، دولة الكويت، وزارة المالية، معهد الكويت للأبحاث العلمية، يوليو ١٩٩٩.

سادساً: القوانين:

- القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص. (الكويت).

- القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة. (الكويت).

- القانون رقم (١٠٥) لسنة ١٩٨٠ في شأن نظام أملاك الدولة. (الكويت).

- القانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٣ في شأن تشجيع الاستثمار المباشر. (الكويت).

- القانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٠ في شأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية. (الكويت).

- القانون رقم (٨) لسنة ٢٠٠١ في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي. (الكويت).

- القانون رقم (٦) لسنة ٢٠٠٨ في شأن تحويل مؤسسة الخطوط الجوية الكويتية إلى شركة مساهمة. (الكويت).

- القانون رقم (٨) لسنة ١٩٧٥ في شأن أيلولة أسهم القطاع الخاص في شركة البترول الوطنية الكويتية إلى الدولة. (الكويت).

- القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ في شأن التزامات المرافق العامة. (مصر).

- القانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وشروط تعديل الامتياز. (مصر).

- القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود البوت التي يكون موضوعها إنشاء وتشغيل وإدارة وصيانة محطات توليد الكهرباء. (مصر).

- القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ بشأن عقود البوت التي يكون موضوعها إنشاء وتشغيل وإدارة الطرق الحرة والسريعة. (مصر).

- القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ بشأن عقود البوت المتعلقة بإنشاء واستغلال وإدارة المطارات وأراضي النزول. (مصر).

- القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٨ بشأن عقود البوت المتعلقة بالموانئ. (مصر).

- القانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات. (مصر).

- القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ في شأن ضمانات وحوافز الاستثمار. (مصر).

- القانون رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٤ بتعديل بعض أحكام قانوني ضمانات وحوافز الاستثمار الصادر بالقانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ وسوق رأس المال الصادر بالقانون رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢. (مصر).

- القانون رقم (٢٠٣) لسنة ١٩٩١ بشأن إصدار قانون شركات قطاع الأعمال العام . (مصر).

- قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩. (مصر).

- قانون هيئة التشريع والإفتاء القانوني. (البحرين).

- القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ بتعديل المادة (٩) من المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية. (البحرين).

- القانون رقم (٢) لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية. (البحرين).

- القانون رقم (٢٩) لسنة ٢٠١٠ بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية. (البحرين).

- المرسوم بقانون رقم (٣٦) لسنة ٢٠٠٢ بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية. (البحرين).

- المرسوم بقانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠٢ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية. (البحرين).

- المرسوم بقانون رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٦ بشأن منح حق امتياز تشغيل وإدارة ميناء سلمان وحق امتياز تشغيل وإدارة وتطوير ميناء خليفة بن سلمان. (البحرين).

- المرسوم بقانون رقم (٢٥٦) لسنة ٢٠٠٨ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٨ بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة. (الكويت).

- المرسوم بقانون رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٥ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم (١١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص. (الكويت).

- قرار رئيس مجلس الوزراء (٦٥٩) لسنة ٢٠٠١ الخاص بتشكيل لجنة وزارية للرقابة على إبرام عقود البوت. (مصر).

- قرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨. (مصر).

٢- المراجع باللغة الأجنبية.

أولاً: المراجع باللغة الفرنسية:

- ANDERSON, Terry L, Hill, Peter J. Appropriable rents from Yellowstone Park: A case of incomplete contracting, Economic Inquiry. Huntington. Beach: Jul 1996. Vol.34, Iss. 3.

- AUBY(J.B), Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion dèlèguèe du service public", in la gestion dèlèguèe du service public, Actes du colloque des 14 et 15 novembre 1996 au Sènat organisè par l'Institut français des sciences administratives, R.F.D.A. 1997, n.3.

- BLONDEAU (A), Concession de Service Public, thèse Granable, 1929.

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

- CHRISTOPHE GUETTIER, droit des contrats administratifs, thémis droit puf, paris, 2004,

- FRANCOIS BRENET, FABRICE MELLERAY, les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 Juin 2004, Litec, 2005, Paris.

- FRANCOIS LICHERE, BORIS MARTOR, GILLES PEDINI, SEBASTIEN THOUVENOT, pratique des partenariats public – prive, Litec, 2006.

- JEZE (G.), les principes généraux du droit administrative "thèorie générale des contrats de L'administration" , T. IV, V etV1 3 E éd, L.D.J, Paris, 1934 – 1936.

- LAURENT RICHER, droit des contrats administratifs, 5e edition, L.G.D.J, Paris, 2006.

- LECOMTE (F), Le rachat des concessions, paris,1942.

- LEILA LANKARANI EL–ZEIN, les contrats d'etat a l'épreuve du droit international, édution Bruylant, Bruxelles, thèse 2001.

- LONCLE(J.M.), Grands projets d'infrastructures :le montage Build, Operate, Transfer (B.O.T)",R.D.A.L,n8, 1997.

- LOUIS VIDAL, l'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative, Bruylant, 2005.

- MICHEL LAFITTE, les partenariats public – prive, Rb revue Banque Edition, Paris, 2006.

- PALACH (H), les sanction pouvant atteindre le concessionaire de service public. en cas de manquements á ses obligations, thèse, Paris, 1958.

- PAUL LIGNIERES, Partenariats public – privé,contrats de partenriats, 2e édition, Litec, 2005, Paris.

- PHUOC HIEP (H), quelques problèms juridiques vietnamiens concernant les projects d'investissement sous forme de B.O.T, R.I.D.C, 1997.

- POLACK (H.), les sanctions pouvant atteindre le concessionaire de service public en cas de manquements des obligations, thèse paris, 1946.

- SAMEY ABDEL BAKI, les projets internationaux de construction ménes selon la formule B.O.T (build, operate, transfer) droit égyptien - droit français, thèse, Paris 1, 2000.

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية:

- 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;

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

- JEFFERY DELMON, BOOT, B.O.T Projects: A commercial and contractual guide, 2000, sweet and Maxwell.

- KELLY, C.R. Institutional alliances and derivative legitimacy. Michigan journal of international law (Ann Arbor, Michigan) 2008.

- MICHEL ROBINSON, "the build, own, and transfer international projects in immerging markets" 8 international quarterly. 1996.

- NICHOLAS, C. The New Rom I Regulation on the Law applicable to contractual obligations: relationships with international conventions of UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT, 2008.

- ROBERT B LEVINSON, Raymond Chase. Private sector involvement in juvenile justice Corrections Today. Lanham: Apr2000. Vol.62, Iss. 2.

- SMITHR, (ed) Project Financing 1991: Power Generation, waste Recovery, and other Industrial Facilities, 1991.

- 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.

- UNITED NATIONS UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects: Resolution adopted by the General Assembly: [on the report of the Sixth Committee (A/56/588 and Corr.1)].

٣- المواقع والروابط الالكترونية:

- http://www.un.org/arabic/publications/ourlives/unido.htm.

- http://www.unido.org/(B.O.T guidelines 1996).

- http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral.

الملاحق

قانون رقم 116 لسنة 2014
بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص

- بعد الاطلاع على الدستور ،
- وعلى المرسوم الأميري رقم (5) لسنة 1959 بقانون التسجيل العقاري والقوانين المعدلة له ،
- وعلى المرسوم الأميري رقم (12) لسنة 1960 بقانون تنظيم إدارة الفتوى والتشريع لحكومة الكويت وتعديلاته ،
- وعلى القانون رقم (4) لسنة 1962 بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (30) لسنة 1964 بإنشاء ديوان المحاسبة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (37) لسنة 1964 في شأن المناقصات العامة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (18) لسنة 1969 في شأن تحديد أملاك الدولة خارج خط التنظيم العام والقوانين المعدلة له ،
- وعلى المرسوم بالقانون رقم (31) لسنة 1978 بقواعد إعداد الميزانيات العامة والرقابة على تنفيذها والحساب الختامي والقوانين المعدلة له ،
- وعلى المرسوم بقانون رقم (15) لسنة 1979 في شأن الخدمة المدنية وتعديلاته ، والمرسوم الصادر في 4/ 4/ 1979 في شأن نظام الخدمة المدنية وتعديلاته ،
- وعلى المرسوم بالقانون رقم (67) لسنة 1980 بإصدار القانون المدني والقوانين المعدلة له ،
- وعلى المرسوم بالقانون رقم (68) لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (94) لسنة 1983 بإنشاء الهيئة العامة لشئون الزراعة والثروة السمكية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (1) لسنة 1993 بشأن حماية الأموال العامة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (47) لسنة 1993 في شأن الرعاية السكنية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (1) لسنة 1995 بإنشاء الهيئة العامة للبيئة ،
- وعلى القانون رقم (11) لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (27) لسنة 1995 في شأن إسهام نشاط القطاع الخاص في تعمير الأراضي الفضاء المملوكة للدولة لأغراض الرعاية السكنية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (56) لسنة 1996 في شأن إصدار قانون الصناعة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (66) لسنة 1998 بشأن إلغاء النصوص المانعة من خضوع بعض الهيئات العامة والمؤسسات العامة لرقابة ديوان المحاسبة أو قانون المناقصات العامة ،
- وعلى القانون رقم (64) لسنة 1999 في شأن حقوق الملكية الفكرية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (19) لسنة 2000 بشأن دعم العمالة الوطنية وتشجيعها للعمل في الجهات غير الحكومية والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (39) لسنة 2002 بشأن الأحكام المتعلقة بحماية الملكية العقارية للدولة والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (5) لسنة 2003 بالموافقة على الاتفاقية الاقتصادية الموحدة بين دول مجلس التعاون ،
- وعلى القانون رقم (5) لسنة 2005 بشأن بلدية الكويت والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (7) لسنة 2008 بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة وتعديلاته ،
- وعلى القانون رقم (9) لسنة 2010 بإصدار الخطة الإنمائية للدولة (2011/ 2012 - 2012/ 2013 - 2013/ 2014) ،
- وعلى القانون رقم (37) لسنة 2010 في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص ،
- وعلى القانون رقم (39) لسنة 2010 بتأسيس شركات كويتية مساهمة تتولى بناء وتنفيذ محطات القوى الكهربائية وتحلية المياه في الكويت والقوانين المعدلة له ،
- وعلى القانون رقم (40) لسنة 2010 في شأن تأسيس شركات مساهمة كويتية تتولى وفقاً لنظام البناء والتشغيل والتحويل للدولة القيام بتصميم وتنفيذ وتشغيل وصيانة مدن للعمال ،
- وعلى المرسوم بقانون رقم (24) لسنة 2012 بشأن الهيئة العامة لمكافحة الفساد والأحكام الخاصة بالكشف عن الذمة المالية ،

-وعلى المرسوم بالقانون رقم (25) لسنة 2012 بإصدار قانون الشركات والقوانين المعدلة له ،

- وعلى القانون رقم (116) لسنة 2013 بشأن تشجيع الاستثمار المباشر في دولة الكويت ،

- وعلى المرسوم رقم (145) لسنة 2008 بإنشاء وتشكيل اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية ،

- وعلى المرسوم رقم (146) لسنة 2008 بإنشاء الجهاز الفني لدراسة المشروعات التنموية والمبادرات المعدل بالمرسوم رقم (8) لسنة 2009 ،

-وافق مجلس الأمة على القانون الآتي نصه ، وقد صدقنا عليه وأصدرناه :

التعريفات

(المادة 1)

في تطبيق أحكام هذا القانون يكون لكل من المصطلحات التالية المعني المبين قرين كل منها :

1 - مشروع الشراكة :

مشروع لتنفيذ أحد الأنشطة والذي تستهدف الدولة منه تقديم خدمة عامة لها أهمية اقتصادية أو اجتماعية أو خدمية أو تحسين خدمة عامة قائمة أو تطويرها أو خفض تكاليفها أو رفع كفاءتها ، يتم طرحه من قبل الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة وفقاً لنظام الشراكة وبعد اعتماده من اللجنة العليا ، وبما لا يتعارض مع المادتين 152 و153 من الدستور .

2 - نظام الشراكة :

نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة - متى تطلب المشروع - ذلك في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه ، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنية التحتية ، وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره ، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة ، ويأخذ إحدى الصورتين : 1) أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر - عن الخدمة أو الأعمال المنفذة - من المستفيدين أو من الجهات العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتي قامت بالتعاقد معه أو من كليهما ، 2) أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني ، واستثماره لمدة محددة . ويدفع مقابل لإنتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع - متى وجدت - في الحالتين .

3 - الفكرة :

فكرة لمشروع شراكة تتضمنه دراسة جدوى مبدئية للمشروع ، تتفق مع استراتيجية الدولة وخطتها الإنمائية يتقدم بها شخص طبيعي أو اعتباري ، كويتي أو أجنبي .

4 - المبادرة :

مشروع شراكة مبتكر لفكرة إبداعية غير مسبوقة في دولة الكويت تم اعتماده من اللجنة العليا ، بناء على دراسة جدوى متكاملة يقدمها صاحبها إلى الهيئة ، ويكون ذو مردود اقتصادي أو اجتماعي متوافق مع إستراتيجية الدولة وخطتها الإنمائية .

5 - المشروع المتميز :

مشروع شراكة تم اعتماده من اللجنة العليا ومبني على دراسة جدوى متكاملة يقدمها صاحب الفكرة ويكون ذو مردود اقتصادي أو اجتماعي متوافق مع استراتيجية الدولة وخطتها الإنمائية .

6 - اللجنة العليا أو اللجنة :

اللجنة العليا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وتباشر صلاحيات واختصاصات مجلس إدارة الهيئة .

7 - الهيئة :

الهيئة العامة لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

8 - القطاع العام أو الجهات العامة :

وتشمل أي وزارة أو إدارة حكومية او جهة عامة ذات ميزانية ملحقة أو مستقلة تقوم بإبرام عقد مع مستثمر من القطاع الخاص للقيام بمشروع بنظام الشراكة وفق أحكام هذا القانون ، أو تشارك في الاستثمار بنسبة من أسهم الشركة المساهمة العامة التي تؤسس لتنفيذ مشروع الشراكة .

9 - المستثمر :

شخص اعتباري خاص محلي أو أجنبي ، أو أكثر من شخص اعتباري خاص يكونون تحالفاً ، تم اعتماد تأهيله من اللجنة العليا ، لتقديم عطاء على أحد مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص .

10 - المستثمر المفضل :

المستثمر الذي يتقرر وفقاً لأحكام هذا القانون ، التفاوض معه ، باعتباره مقدم أفضل عطاء وفقاً للشروط المرجعية التي طرح على أساسها المشروع للاستثمار .

11 - المستثمر الفائز :

المستثمر المفضل الذي نجحت المفاوضات معه في التوصل إلى اتفاق نهائي لتنفيذ المشروع .

12 - المستثمر المتعاقد :

المستثمر الفائز الذي يتم توقيع عقد أو عقود الشراكة معه ، سواء بشكل مباشر أو من خلال تملكه لأسهم في شركة المشروع .

13 - التحالف :

تجمع من الأشخاص الاعتبارية الخاصة المحلية أو الأجنبية أو تحالف بينهم ، تم اعتماد تأهيله من اللجنة العليا ، لتقديم عطاء على أحد مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص ، ويُكَونوا بينهم شركة تحالف لتنفيذ المشروع أو لتملك الأسهم المخصصة للمستثمر الفائز وفقاً للأحكام المبينة في هذا القانون .

14 - شركة المشروع :

الشركة التي يتم تأسيسها لتنفيذ مشروع من مشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لأحكام هذا القانون .

15 - الجهات الممولة :

المؤسسات والشركات والبنوك ووكالات الائتمان التي يكون من بين أغراضها الاستثمار أو تمويل المشاريع أو تحويل الأموال بغرض الإقراض .

16 - الإقفال المالي :

التاريخ الذي يتم فيه إبرام عقد التمويل مع شركة المشروع بهدف تنفيذ المشروع .

17 - عقد الشراكة :

مجموعة الاتفاقيات التي يتعين إبرامها بشأن تنفيذ أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع وفقاً لهذا القانون .

18 - الشروط المرجعية :

كراسة الشروط التي تعدها الجهة العامة بالتعاون مع الهيئة بحسب طبيعة كل مشروع ويتم اعتمادها من قبل اللجنة العليا لاستدراج عروض الراغبين بالاستثمار في أحد مشروعات الشراكة التي يتم طرحها تنفيذاً لأحكام هذا القانون .

19 - المناقصة :

الطريقة التي يتم اعتمادها من قبل اللجنة العليا ، لطرح المشروع من خلال مزايدة أو مناقصة بما يضمن العدالة والشفافية ، وترسي المزايدة على من يقدم أعلى عائد للدولة وفقاً للشروط المرجعية الخاصة بالمشروع ، ويتم في حال المناقصة اختيار المستثمر المفضل على أساس أوزان فنية ومالية تدخل في معادلة يتم بيانها في الشروط المرجعية ، تأخذ بالاعتبار الجودة العالية والتكلفة الأقل للخدمة والمخاطر المالية والفنية والقانونية وغيرها من العناصر التي يتعين احتسابها في مشروعات الشراكة .

20 - التكلفة الإجمالية :

التكاليف الرأسمالية لتنفيذ المشروع أو تجهيز المشروع للتشغيل ، وذلك لتحديد الطريقة التي يتم بها طرح مشروع الشراكة .

اللجنة العليا واختصاصاتها

المادة (2)

بناء على هذا القانون تشكل بمرسوم لجنة عليا تسمى « اللجنة العليا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص (وتحل محل اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية المنشأة بموجب المرسوم رقم (145) لسنة 2008) ، وتتولى ممارسة اختصاصات وسلطات مجلس إدارة الهيئة المنصوص عليها في هذا القانون ، ويتولى وزير المالية رئاسة اللجنة وتضم في عضويتها كل من :

1 - الوزراء الذين يحملون الحقائب الوزارية المتعلقة بما يلي :

أ - الأشغال العامة .

ب - التجارة والصناعة .

ج - الكهرباء والماء .

د - البلدية

2 - مدير عام الهيئة العامة للبيئة .

3 - مدير عام الهيئة عضواً ومقرراً .

4 - ثلاثة من ذوي الخبرة والاختصاص يختارهم مجلس الوزراء من موظفي الدولة .

وتضع اللجنة لائحة لتنظيم اجتماعاتها واتخاذ قراراتها .

وتدعو إلى اجتماعاتها ممثل الجهة العامة المختصة بالمشروع المعروض عليها دون أن يشارك في التصويت .

ولا تكون قرارات اللجنة نافذة إلا بعد اعتمادها من وزير المالية .

المادة (3)

تختص اللجنة العليا بما يلي :

1 - وضع السياسات العامة للمشروعات والمبادرات ذات الأهمية الاستراتيجية للاقتصاد الوطني وتحديد أولوياتها واعتماد الوثائق التفصيلية المتعلقة بها .

2 - الموافقة على طلب الجهة العامة المعنية لطرح أحد المشروعات وفقاً لنظام الشراكة ، واقتراح مشروعات الشراكة على الجهات العامة .

3 - اعتماد مشروع ميزانية الهيئة وحسابها الختامي قبل عرضهما على الجهات المختصة .

4 - إعتماد اللوائح المالية والإدارية ولوائح العاملين بالهيئة والهيكل التنظيمي لها .

5 - تحديد الجهة العامة المختصة بالمشروع للاشتراك في عمليات طرحه مع الهيئة ، تمهيداً لقيام هذه الجهة بالتوقيع على عقد الشراكة ومتابعة تنفيذ المشروع وتشغيله .

6 - منح الموافقة على طلب تخصيص الأراضي الضرورية لتنفيذ مشروعات الشراكة بالتنسيق مع الجهات المختصة .

7 - اعتماد الدراسات والأفكار الخاصة بمشروعات الشراكة والموافقة على طرحها وفقاً لنظام الشراكة .

8 - اعتماد المستشار الفائز بناء على توصية الهيئة .

9 - اعتماد عقود الشراكة التي تقوم الجهات العامة بالتوقيع عليها .

10 - البت في طلب الجهة العامة المتعاقدة بشأن فسخ عقد الشراكة أو إنهائه للمصلحة العامة .

11 النظر في التقرير النصف سنوي بشأن مشروعات الشراكة .

كما تمارس كافة الاختصاصات الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون .

الهيئة واختصاصاتها

المادة (4)

تنشأ هيئة عامة تسمى (هيئة مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص) ، تلحق بوزير المالية .

مع مراعاة أحكام المادتين 5 ، 38 من القانون رقم 15 لسنة 1979 المشار إليه يكون للهيئة جهاز من الموظفين يعين العاملون فيه طبقاً للنظام الذي تضعه اللجنة العليا بالاستثناء من قانون الخدمة المدنية ونظامه متضمناً قواعد التعيين والترقيات والعقوبات التأديبية والمرتبات والمكافآت العينية والتقدية التي تمنح لموظفي الهيئة . ويصدر وزير المالية خلال ستة أشهر من تاريخ العمل بهذا القانون القرارات اللازمة لنقل من يراه مناسباً من موظفي الجهاز الفني إلى الهيئة .

يكون للهيئة ميزانية ملحقة تبدأ سنتها المالية مع السنة المالية للدولة وتنتهي بنهايتها على أن تبدأ السنة المالية الأولى من تاريخ العمل بهذا القانون وتنتهي بنهاية السنة المالية . تكون مواردها من المبالغ التي تخصصها لها الدولة في الميزانية العامة ، ومن رسوم الخدمات التي تؤديها طبقاً لأحكام هذا القانون .

المادة (5)

يكون للهيئة مدير عام ، يمثلها في علاقاتها بالغير وأمام القضاء . ويصدر قرار من مجلس الوزراء بتعيينه وتحديد درجته ومخصصاته بناء على ترشيح وزير المالية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد لمرة واحدة فقط .

ويعاونه مساعد أو أكثر يصدر بتعيينه مرسوم بناء على اقتراح وزير المالية لمدة أربع سنوات قابلة للتجديد لمدتين بحد أقصى وللمدير العام أن يفوض في اختصاصاته أي من مساعديه

ويتولى مدير عام الهيئة اختصاصات الوزير في شئون موظفي الهيئة والعاملين فيها .

وعليه أن يقدم إلى اللجنة العليا ، الميزانية التقديرية لإيرادات ومصروفات الهيئة ، والحساب الختامي لها ، كما يقدم إليها تقريراً نصف سنوي عن أعمال الهيئة ، وأي تقارير أو دراسات أخرى تطلبها .

ويكون المدير العام مسئولاً عن تنفيذ السياسات العامة واللوائح والقرارات التي تصدر عن اللجنة العليا وسائر أعماله في إدارة الهيئة

مع عدم الإخلال بأحكام هذا القانون يحظر على مدير وموظفي الهيئة أو أزواجهم أو أقاربهم من الدرجة الأولى أن يكون لأي منهم مصلحة شخصية مباشرة أو غير مباشرة في أي مشروع أو في الخدمات التي تقدمها الهيئة ويتوجب عليهم الإفصاح عن مصلحتهم أو مصلحة أزواجهم أو أقاربهم من الدرجة الأولى .

المادة (6)

تختص الهيئة بالتعاون والتنسيق مع الجهات العامة لتنفيذ مشروعات الشراكة وفقاً لأحكام هذا القانون وتتولى القيام بما يلي :

1 - إجراء المسح والدراسات الأولية بهدف تحديد المشاريع القابلة للطرح وفقاً لهذا القانون وتقديم تقرير عنها إلى اللجنة

العليا .

2 - مراجعة ودراسة المشروعات والمبادرات التي تم إعدادها من قبل الجهات العامة أو صاحب الفكرة ورفع التوصيات إلى اللجنة العليا .

3 - تقييم دراسات الجدوى المتكاملة الخاصة بمشروعات الشراكة والأفكار المقدمة ، وإعداد أو استكمال هذه الدراسات عند الحاجة ورفع التوصية المناسبة بشأنها للجنة العليا تمهيداً لطرح المشروع للاستثمار .

4 -إعداد دليل إرشادي لمشروعات الشراكة .

5 - وضع آلية تقديم المبادرات وأسلوب تقييمها وطرحها للاستثمار وفقاً لأحكام هذا القانون .

6 - تحديد طرق متابعة وتقييم أداء مشروعات الشراكة التي تتم الموافقة عليها .

7 - إعداد نماذج للعقود تتضمن الشروط والأحكام الأساسية الواجب توافرها ، وتقديمها إلى اللجنة العليا لاعتمادها .

8 - إعداد الصياغة القانونية لعقود الشراكة والشروط المرجعية لها .

9 - رفع توصية إلى اللجنة العليا لاعتماد المستثمر الفائز بعد نجاح المفاوضات معه .

10 - تأسيس الشركات المساهمة العامة لتنفيذ مشروعات الشراكة وتحديد رأس مالها وفقاً لأحكام هذا القانون .

11 - وضع برامج مشروعات الشراكة ، ومتابعة إنجازها وإصدار القرارات اللازمة لذلك .

12 - إعداد وتقديم تقرير نصف سنوي بشأن مشروعات الشراكة للجنة العليا لاعتماده تمهيداً لقيام وزير المالية بعرضه على مجلس الوزراء .

13 - متابعة تنفيذ عقود الشراكة والعمل على تذليل عقبات التنفيذ بالتعاون مع الجهة التي يتبعها المشروع .

14 - اقتراح إعفاء المشروع من الضرائب والرسوم الجمركية ورفع التوصية بذلك إلى اللجنة العليا .

كما تتولى سائر الاختصاصات الأخرى التي نص عليها هذا القانون .

المشروعات القائمة قبل العمل بهذا القانون

المادة (7)

1 - يستمر تنفيذ العقود أو التراخيص التي أبرمت على أملاك الدولة العقارية وفقاً لنظام الشراكة الذي تخضع له قبل العمل بهذا القانون ووفقاً لنصوصها ، وإلى انتهاء مدتها المنصوص عليها في العقد أو تاريخ فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة . ولا يجوز ، بعد العمل بهذا القانون ، إجراء أي تعديلات على عقود أو تراخيص هذه المشروعات ولا يجوز تمديدها أو تجديدها ، بما يخالف هذا القانون .

2 - يجوز بعد موافقة اللجنة العليا تمديد العقود أو التراخيص المنتهية وفقاً لنصوصها لمدة لا تجاوز سنة كفترة انتقالية لمرة واحدة .

3 - عند انقضاء مدة العقد أو الترخيص تؤول الأرض والأملاك والمنشآت التي أقيمت بمقتضى هذه العقود أو التراخيص إلى الدولة من تاريخ انقضاء مدة العقد أو الترخيص أو أي تجديد تم على أي منهما وفقاً لنصوصهما .

4 - يكون إعادة طرح إدارة أو تطوير وإدارة المشروعات التي آلت إلى الدولة وفقاً لأحكام المادة 30 من هذا القانون .

الإعلان وإجراءات طرح المشروعات

المادة (8)

يجب أن يخضع اختيار المستثمر لمبادئ الشفافية والعلانية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة وفقاً للقواعد والإجراءات الواردة في هذا القانون ولائحته التنفيذية .

وتقوم الهيئة بالإعلان عن طرح المشروعات التي تقرر اللجنة العليا تنفيذها وفقاً لنظام الشراكة ، وذلك في الجريدة الرسمية ، وفي جريدتين كويتيتين يوميتين على الأقل وبلغتين عربية وانجليزية ، وغيرها من وسائل الإعلام المحلية أو الدولية التي يتفق الإعلان بواسطتها مع طبيعة المشروع ، وكذلك النشر في الصفحة الالكترونية الخاصة بالهيئة .

ويجب أن يتضمن الإعلان تحديد الجهة العامة صاحبة المشروع وموجزاً عن المشروع وأهدافه ، والمزايا التي يتمتع بها المتعاقد ونظام التعاقد ومدته والمدة الزمنية اللازمة للحصول على وثائق المشروع وكذلك لتقديم طلبات التأهيل أو العروض وكيفيتها بحسب مستندات التأهيل والشروط المرجعية وغير ذلك من البيانات ذات الصلة .

وتبين اللائحة التنفيذية إجراءات الإعلان وطلبات إبداء الرغبة .

المادة (9)

بالاستثناء من القانون رقم 37 لسنة 1964 بشأن المناقصات العامة تنظم اللائحة التنفيذية - فضلاً عما أوجب القانون أن

تتناوله بالتنظيم من أحكام - إجراءات الطرح والترسية والقواعد والإجراءات الخاصة بتقديم العطاءات وتقييمها فنياً ومالياً والجهة المختصة بذلك ،وإجراءات فتح المظاريف ، وأبرز المستندات التي يتعين أن يتضمنها كل مظروف والتأهيل المسبق أو اللاحق ، والجهة المختصة بالتأهيل والاعتراض على قراراتها وإجراءاته ومواعيده ، وقواعد وإجراءات الحوار التنافسي .

تأسيس شركات المشروع

المادة (10)

على الهيئة أو المستثمر الفائز تأسيس شركة المشروع التي يكون غرضها الرئيسي تنفيذ المشروع المعلن عنه وتؤول حقوق والتزامات المستثمر الفائز إليها .

ويحدد رأس المال الذي تؤسس به شركة المشروع في ضوء العرض المقدم في عطاء المستثمر الفائز .

ويتحدد نوع نظام الشراكة الذي يتم طرحه ، وتحدد طريقة طرح وتنفيذ المشروع بعد موافقة اللجنة العليا عليه وفقاً لأحكام هذا القانون .

المادة (11)

على أي تحالف يفوز بمشروع من المشروعات التي تطرح وفقاً لأحكام هذا القانون أن يؤسس شركة للتحالف أو أكثر وفقاً لقوانين دولة الكويت بحسب احتياجات المشروع ،ولا يتم التوقيع على عقد الشراكة إلا بعد قيامه بتأسيس شركة التحالف .

وفي حال تأسيس شركة مساهمة عامة تتملك شركة التحالف حصة المستثمر في الشركة المساهمة العامة التي تم طرحها وفقاً لأحكام هذا القانون ، وتؤول حقوق والتزامات المستثمر الفائز إليها .

المادة (12)

تقوم الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة بطرح مشروعات الشراكة التي لا تجاوز تكلفتها الإجمالية ستين مليون دينار كويتي (60 مليون د .ك) في منافسة بين المستثمرين الراغبين بالاستثمار في المشروع ، وتلتزم في تنفيذها بأحكام هذا القانون ، ويؤسس المستثمر الفائز شركة المشروع .

المادة (13)

تطرح مشروعات الشراكة التي تزيد تكلفتها الإجمالية على ستين مليون دينار كويتي (60 مليون د .ك) في منافسة بين المستثمرين الراغبين بالاستثمار في المشروع .

وتقوم الهيئة بعد طرح المشروع وتحديد المستثمر الفائز ، بتأسيس شركة مساهمة عامة للمشروع ، وتوزع أسهمها وفقاً للنسب التالية :

1 - نسبة لا تقل عن ستة في المائة (6٪) ولا تزيد على أربعة وعشرين في المائة (24٪) تخصص للجهات العامة التي يحق لها تملك الأسهم .

2 - نسبة لا تقل عن ستة وعشرين في المائة (26٪) من الأسهم تخصص ليكتتب فيها المستثمر الفائز وفقاً لأحكام هذا القانون ، وذلك مع مراعاة النسبة المنصوص عليها في المادة (20) من هذا القانون المخصصة لصاحب المبادرة .

3 - خمسون في المائة (50٪) تخصص للاكتتاب العام للكويتيين الموجودين على قيد الحياة المسجلة أسمائهم في سجلات الهيئة العامة للمعلومات المدنية في تاريخ الدعوة لسداد قيمة الأسهم وفقاً لأحكام المادة التالية .

المادة (14)

تكتتب الهيئة في الحصص المخصصة لكل من الجهات العامة والمواطنين . ويكون لها كامل حقوق المساهمين في الأسهم التي اكتتبت فيها نيابة عنهم ، ما لم تقرر اللجنة العليا قيام الجهة العامة بالاكتتاب مباشرة في أسهم الشركة .

ولا يؤدي تملك الهيئة واكتتابها في أسهم الشركة التي تؤسس وفقاً لأحكام الفقرة السابقة أو إدارتها بالنيابة عن الغير إلى اعتبار أموال هذه الشركة أموالاً عامة طبقاً للقانون رقم (1) لسنة 1993 بشأن حماية الأموال العامة .

وتلتزم الهيئة بعد تشغيل المشروع كلياً بما يلي :

1 - دعوة الجهات العامة والمواطنين الذين تم الاكتتاب نيابة عنهم لتسديد قيمة هذا الاكتتاب للدولة ، شاملاً القيمة الاسمية للسهم ورسوم الإصدار دون أي مبالغ أخرى ، وتتم الدعوة عن طريق الجريدة الرسمية ووسائل الإعلام الكويتية التي يتم

تحديدها في قرار الدعوة ، وذلك ولفقاً للإجراءات وبالطريقة التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ، وعلى أن يتم تسديد قيمة الاكتتاب في موعد أقصاه ستون يوماً تحسب اعتباراً من أول الشهر التالي للشهر الذي تمت فيه الدعوة للاكتتاب .

2 - تحول الأسهم بأسماء كل من الجهات العامة والمواطنين الذين قاموا بسداد قيمة الحصة المخصصة لهم عند تسوية واستيفاء تلك القيمة .

يسقط حق الجهات العامة والمواطنين فيما لم يتم سداد قيمته من أسهم خلال المواعيد المشار إليها بهذه المادة .

المادة (15)

تقوم الهيئة بعرض الأسهم التي لم تسدد قيمتها خلال الميعاد المشار إليه في المادة السابقة ، وكذلك كسور الأسهم الناتجة عن عملية التوزيع ، للبيع بقيمتها السوقية على الجهات الحكومية أو المستثمر أو عرضها في البورصة ، وذلك وفقاً لما تراه الهيئة ملائماً ، وتؤول المبالغ الناتجة عن بيع هذه الأسهم بالزيادة على القيمة الاسمية للسهم إلى الخزانة العامة للدولة .

وإذا تعذر بيع الأسهم وفقاً للفقرة السابقة تظل تلك الأسهم مسجلة باسم الهيئة نيابة عن الدولة لحين التصرف فيها .

المادة (16)

استثناءً من أحكام المادة الثالثة عشرة من هذا القانون ، يجوز لمجلس الوزراء بناء على اقتراح اللجنة العليا ، أن يصدر قراراً مسبباً بطرح بعض المشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة التي لا تزيد تكلفتها الإجمالية المقدرة بدراسة الجدوى المتكاملة على مائتي وخمسين مليون دينار كويتي (250 مليون د .ك) للمنافسة بين المستثمرين .

ويلتزم المستثمر الفائز بتأسيس شركة المشروع .

فإن جاوزت التكلفة الإجمالية هذا المبلغ أسست للمشروع شركة مساهمة كويتية عامة وفقاً لأحكام المادة الثالثة عشرة .

المادة (17)

يجوز أن تجرى مفاوضات مع المستثمر المفضل في شأن بعض الايضاحات والتفصيلات الخاصة بالاشتراطات الفنية والمالية ، ولا يجوز أن تتناول هذه المفاوضات أي شروط تعاقدية اعتبرتها دعوة تقديم العطاءات شروطاً غير قابلة للتفاوض ، كما لا يجوز إجراء أي تعديل في الشروط الفنية والمالية التي تم تقييم العطاءات على أساسها .

وإذا تعثرت المفاوضات مع المستثمر المفضل يتم التفاوض بذات الأسس مع مقدم أو مقدمي العطاءات الأخرى وفقاً لترتيبهم حتى يتم الاتفاق نهائياً مع أحدهم على شروط عقد الشراكة وإلا رفضتهم جميعاً ، ولا يجوز للجهة العامة أن تعاود المفاوضات مع مستثمر أنهيت المفاوضات معه طبقاً لهذه الفقرة . ولا يخل ذلك بحق الدولة في إلغاء المنافسة أو إعادة طرحها مع التزامها بتسبيب قرارها باستبعاد المستثمر المفضل أو إلغاء المنافسة أو إعادة طرحها .

مدة الاستثمار وأيلولة المشروع للدولة

المادة (18)

تحدد مدة الاستثمار لمشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لهذا القانون في وثائق الطرح بما يتفق مع طبيعة المشروع ومتطلباته .

ولا يجوز أن تزيد مدة الاستثمار التي تطرح وفقاً لهذا القانون على خمسين سنة تبدأ من التاريخ المحدد في العقد لاكتمال أعمال البناء والتجهيز أو لإتمام أعمال التطوير .

ويجب إذا كان المشروع مقاماً على أرض تملكها الدولة أن تحدد مدة سنوات التعاقد وقيمة ومدة حق الانتفاع بالأرض مسبقاً في وثائق طرح هذه المشروعات ، وتكون مدة الانتفاع بالأرض موازية لمدة الاستثمار وفي هذه الحالة تقدر قيمة حق الانتفاع حسب طبيعة المشروع واستخداماته وجدواه الاقتصادية .

وتبين وثائق العقد الأصول التي ستكون مملوكة للمستثمر من بين أصول مشروع الشراكة ، كما تبين أي أصول تملكها الدولة من الأصول التي تخصص للمشروع طوال مدة التعاقد وأي أصول مضافة إليه خلال مدة المشروع .

وعند انقضاء مدة العقد تؤول إلى الدولة ملكية المشروعات والمنشآت وما يعد من مستلزمات المشروع دون مقابل أو تعويض ، بعد استبعاد الأصول التي يمتلكها المستثمر والمبينة في وثائق العقد والتي لا تؤول إلى الدولة أو تؤول إليها بمقابل أو تعويض ، وينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولته إلى الدولة .

ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة ، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار .

المادة (19)

يجوز إنهاء العقد بقرار من اللجنة العليا بناءً على طلب الهيئة أو الجهة العامة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مع التزام اللجنة بتسبيب قرارها وبيان المنفعة المترتبة على هذا الإنهاء وتقدير تعويض عادل يدفع للمستثمر المتعاقد وفقاً لما تنص عليه وثائق عقد الشراكة .

المبادرات والمشروعات المتميزة

المادة (20)

يتقدم صاحب الفكرة بدراسة جدوى إلى الهيئة لدراستها وإعداد التوصيات بشأنها ورفعها للجنة العليا ،التي تصدر أحد القرارات التالية مع التسبيب :

- قبول الدراسة اعتبارها مبادرة .
- قبول الدراسة واعتبارها مشروعاً متميزاً .
- رفض الدراسة .

1 - فإذا صدر قرار اللجنة بقبول الدراسة واعتبارها مبادرة ، يكون لمقدمها في هذه الحالة الحقوق الآتية :

أ - استرداد تكاليف دراسة الجدوى الواردة في وثائق المشروع بشرط اعتمادها من اللجنة العليا ، مضافاً إليها 20٪ من هذه التكلفة أو مئتي ألف دينار أيهما أقل . ويذكر هذا المبلغ في وثائق الطرح وتدفعه شركة المشروع عند الإقفال المالي .

ب - أفضلية قبول عطائه المستوفى للشروط بنسبة 5٪ من قيمة أفضل عطاء ، ما لم يكن تنفيذ المشروع من خلال شركة مساهمة عامة .

ج - تخصيص نسبة بما لا تجاوز عشرة بالمائة (10٪) من أسهم الشركة المساهمة العامة بقيمتها الاسمية مضافاً إليها رسم الإصدار ، تقتطع من النسبة المحددة للمستثمر المشار إليه في البند (2) من المادة (13) إذا تم تنفيذ المشروع من خلال شركة مساهمة عامة ، فإذا لم يكتتب فيها كلها أو بعضها ، فيسري في شأنها حكم البند (2) من المادة (13) .

2 - إذا صدر قرار اللجنة العليا بقبول الدراسة واعتبار الفكرة مشروعاً متميزاً ويحقق قيمة مضافة للبلاد ، فيكون لمقدمه في هذه الحالة حق استرجاع تكاليف الدراسة فقط مضافاً إليها 10٪ من قيمتها أو مئة ألف دينار أيهما أقل ، ويذكر هذا المبلغ في وثائق الطرح وتدفعه شركة المشروع عند الإقفال المالي .

وفي جميع الأحوال ، يتعين على مقدم الفكرة استكمال دراسات الجدوى النهائية الخاصة بمشروعه في حال اعتماد فكرته واعتبارها مبادرة أو مشروعاً متميزاً وفقاً للإجراءات المبينة في اللائحة التنفيذية .

المادة (21)

تتولى الهيئة مخاطبة الجهات المعنية بالمشروع لاستكمال متطلبات الدراسة في مدد زمنية مناسبة ، وعلى هذه الجهات أن توافي الهيئة بردودها بصفة الاستعجال ، وتحدد اللائحة التنفيذية المدد الزمنية المناسبة في جميع الحالات .

وتباشر الهيئة دراسة الفكرة فور استيفاء ردود الجهات العامة وترفع توصياتها إلى اللجنة العليا ، وتلتزم بالرد على صاحب الفكرة خلال خمسة أيام عمل من تاريخ صدور قرار من اللجنة العليا سواء بقبول أو برفض الفكرة .

المادة (22)

يتمتع صاحب الفكرة بمقتضى أحكام هذا القانون بمبادئ سرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية الخاصة بمشروعه مع حفظ حقوقه في الملكية الفكرية وفقاً للقواعد التي تنظمها أحكام قانوني حماية الملكية الفكرية وبراءات الاختراع في دولة الكويت المشار إليهما .

تمويل المشروع

المادة (23)

1 - لا يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع بيع أو رهن الأرض المقام عليها المشروع .

2 - يجوز للمستثمر المتعاقد أو شركة المشروع لغرض تمويل تنفيذ المشروع رهن وإنشاء ضمانات عينية على أي أصول يملكها من بين الأصول التي يشملها المشروع .

3 - يجوز للمستثمر المتعاقد أو لشركة المشروع لذات الغرض إنشاء ضمان عيني لصالح جهة أو جهات ممولة على أي مبالغ مستحقة له أو لشركة المشروع مقابل الخدمات التي يقدمها بموجب عقد الشراكة أو الدخل المتحقق له من المشروع على أي وجه آخر .

4 - يجوز للمستثمر المتعاقد رهن أسهمه في شركة المشروع أو شركة التحالف ، لغرض تمويل تنفيذ المشروع ، للجهات الممولة فقط وذلك بعد موافقة اللجنة العليا حتى لو تم الرهن خلال السنتين التاليتين لتأسيس الشركة .

5 - يجوز بعد موافقة اللجنة العليا أن يتضمن عقد الرهن شروطاً تجيز للدائن المرتهن - في حال إخلال المستثمر بشروط التمويل - تملك الأسهم المرهونة أو طلب البيع .

وفي جميع هذه الأحوال يجب موافقة اللجنة العليا وأن تتوفر في المستثمر الجديد ذات شروط ومواصفات التأهيل والشروط المرجعية .

6 - في جميع الأحوال لا يجوز أن تتعدى مدة الضمان وفقاً للبندين السابقين مدة التعاقد على المشروع أو المدة المتبقية منها ، كما يشترط أن لا تجاوز قيمة الاقتراض النسبة المحددة في الوثائق الخاصة بالمشروع .

7 - على الهيئة تزويد المستثمر بوثائق طرح المشروع بما يلزم لإتاحة المعلومة للجهات الممولة لتيسير تمويل المشروع المنصوص عليه في هذه الوثائق .

حل الشركة أو التنازل عن المشروع

المادة (24)

لا يجوز حل شركة المشروع أو شركة التحالف أو تغيير الشكل القانوني لها أو تخفيض رأسمالها إلا بعد موافقة اللجنة العليا ، كما لا يجوز للمستثمر المتعاقد التنازل عن المشروع أو عن حصته فيه ، بشكل كلي أو جزئي ، للغير أو تغيير الشكل القانوني لشركة المشروع أو شركة التحالف ، إلا بعد انقضاء فترة ملائمة على بدء التشغيل تحدد في شروط العقد وبعد موافقة اللجنة العليا .

ويترتب على التنازل حلول المتنازل إليه محل المستثمر المتعاقد في شركة المشروع أو شركة التحالف في كافة حقوق المتنازل والتزاماته .

استبدال المستثمر

المادة (25)

إذا تخلف المستثمر المتعاقد عن أداء التزاماته التعاقدية أو ارتكب أخطاء جسيمة بما يؤثر في سير المشروع بانتظام واطراد أو يؤدي إلى توقفه أو تعرضه لشهر إفلاسه ، جاز للجنة العليا بناء على طلب أي من الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة - إن وجدت - أن تستبدل بالمستثمر المتعاقد مستمراً آخر يحل محله لاستكمال مدة التعاقد .

ويشترط أن تتوافر في المستثمر الجديد ذات مواصفات التأهيل والشروط المرجعية التي تم على أساسها ترسية المشروع أو أفضل منها ، وأن يكون منصوصاً على ذلك في اتفاق مكتوب بين الجهة العامة والمستثمر أو شركة المشروع أو شركة التحالف أو الجهات الممولة - إن وجدت - ، ولا يجوز أن يتضمن هذا الاتفاق إضافة أو تحميل أي التزامات على الجهة العامة أو ما يخالف شروط الترسية . وتنظم اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات الاستبدال والإعلان عنه وتحديد المدد اللازمة لذلك .

ومع مراعاة المادة التاسعة عشر من هذا القانون وبخلاف الأسباب المشار إليها في الفقرة الأولى لا يجوز للجهة العامة فسخ العقد إلا بمقتضى حكم قضائي .

تعثر المشروع

المادة (26)

إذا تعثر المشروع ولم تقم شركة المشروع بإزالة سبب التعثر خلال المدة المنصوص عليها في عقد الشراكة من تاريخ إخطارها بذلك جاز للجنة بناء على طلب المستثمر المتعاقد أو الهيئة أو الجهة العامة أن تصدر قراراً مسبباً بوضع المشروع تحت إدارة الجهة العامة مباشرة أو شركة متخصصة أخرى لإدارته بمقابل تحت إشراف الهيئة ، على أن يكون الاستثمار باسم ولحساب المستثمر المتعاقد دون إخلال بالتزام شركة المشروع بتعويض الجهة العامة عن الأضرار الناجمة عن أي إخلال بعقد الشراكة .

ويتحمل المستثمر البديل الذي يتولى الإدارة تعويض الأضرار الناتجة عن الخطأ في إدارته ، وتنتهي الإدارة بمقابل إذا زالت أسباب تعثر المشروع أو تمت تصفيته ، وتحدد اللائحة التنفيذية معايير التعثر .

اللائحة التنفيذية

المادة (27)

تنظم اللائحة التنفيذية فضلاً عما أوجب القانون أن تتناوله بالتنظيم من أحكام ما يلي :

1 - الأسس العامة لطرح المشروعات والإعلان عنها في وسائل الإعلام المختلفة .

2 - الأسس العامة لاحتساب المدد الزمنية لعقود الشراكة بما يتفق وطبيعة المشروعات ومتطلباتها .

3 - الأسس العامة المتعلقة بتأهيل الشركات ومقدمي العطاءات والعروض وكيفية تقديمها ووسائل تقييمها .

4 - تحديد عناصر التكلفة الإجمالية التي يتم وفقاً لها إعداد دراسة الجدوى المتكاملة للمشروع .

5 - تحديد مستندات التعاقد على أن تتضمن تفصيل المعادلة التي يقوم على أساسها المستثمر بتحصيل مقابل الخدمات التي يقدمها من خلال المشروع سواء كان ذلك من الجهة العامة المتعاقدة أو من الجمهور المستفيد من هذه الخدمات أو من كليهما .

6 - الأسس الخاصة باستيفاء الجهة العامة المتعاقدة لأي مقابل من المستثمر نظير أي حق تمنحه إياه أو أصول توفرها له بغرض استخدامها في المشروع وبيان ما إذا كان على المستثمر دفع مقابل نظير منحه الحق في القيام بالمشروع .

قيام الهيئة بوضع جداول زمنية لإجراءات ومراحل التعاقد والتنفيذ تتناسب مع طبيعة المشروعات المطروحة منذ بداية الإعلان عنها وفقاً لأحكام هذا القانون .

المزايا والإعفاءات

المادة (28)

يجب أن تتضمن الشروط المرجعية التي يتم طرحها على المستثمرين لتقديم عروضهم المزايا التي يتمتع بها المتعاقد الفائز بما في ذلك الإعفاء من ضريبة الدخل أو أي ضرائب أخرى أو رسوم جمركية أو أي رسوم أخرى بناء على قرار من اللجنة العليا فضلاً عن أي من المزايا الأخرى المنصوص عليها في القانون رقم 116 لسنة 2013 المشار إليه ،وتبين اللائحة التنفيذية آلية منح هذه الإعفاءات .

تسوية المنازعات

المادة (29)

تسري على مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقودها أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ، كما تخضع لأحكام القوانين السارية في دولة الكويت بما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون ، وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه ، ويختص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام هذا القانون ، ويجوز - بالاستثناء من الأمر الأميري الصادر بالقانون رقم 12 لسنة 1960 المشار إليه - وبعد موافقة اللجنة العليا الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم .

إعادة طرح المشروعات التي تؤول إلى الدولة

المادة (30)

عند انتهاء عقود الشراكة ، تقوم الهيئة بتقييم المشروع لتحديد المقابل الذي تحصل عليه الدولة أو المستثمر حسب الأحوال وتتولى اللجنة الأمور التالية :

1 - تقوم اللجنة العليا بتكليف الهيئة بالتعاون مع الجهة العامة المختصة بطرح إدارة أو إدارة وتطوير المشروعات التي تؤول إلى الدولة وفقاً لأحكام هذا القانون قبل سنة من أيلولتها إليها في منافسة وفقاً لطبيعة المشروع .

2 - يجب أن يكون من بين وثائق المشروع المعلن عنها البيانات المدققة له عن آخر ثلاث سنوات .

3 - لا يجوز أن تزيد مدة التعاقد على إدارة هذه المشروعات في العقد الجديد على عشر سنوات .

وبالنسبة لعقد الإدارة والتطوير الذي يتضمن عمليات تحديث للمشروع أو إدخال نظم تشغيل حديثة أو القيام باستحداث أصول جديدة لرفع كفاءة الخدمة المقدمة أو تحسينها أو تقليل تكلفتها ، فإنه لا يجوز أن تزيد مدة العقد على 20 سنة .

وتحدد الشروط المرجعية معايير التطوير وتحديد المدد المناسبة لكل مشروع على حدة .

4 - تحدد اللائحة التنفيذية القواعد الخاصة بإجراءات إعادة الطرح والترسية . وتكون الأفضلية في الترسية للمستثمر الذي يقدم أفضل عرض للدولة وفقاً للشروط المرجعية الخاصة بإعادة طرح المشروع بشرط التزامه بكافة المتطلبات الواردة في هذه الشروط . ويكون للمستثمر الذي انتهى عقده الأفضلية في الترسية إذا اشترك في المنافسة وبنسبة خمسة بالمائة (5٪) من العطاء الأفضل ، وتكون النسبة 10٪ إذا كان المستثمر الذي انتهى عقده شركة مساهمة عامة ، وتضع اللائحة التنفيذية جدولاً بالنسب الملائمة التي تتفق وطبيعة مشروعات الشراكة وقيمة

رأس المال الموظف فيها .

وفي جميع الأحوال يلتزم المستثمر - عند انتهاء مدة العقد - بإعادة المشروع إلى الدولة بالشروط المتفق عليها في عقد الشراكة .

ولا تخل أحكام هذه المادة بحق الدولة في أن تقوم بإدارة المشروع أو إدارته وتطويره بصورة مباشرة أو إنهاء نشاطه .

الرقابة المالية والإدارية

المادة (31)

تخضع جميع عقود الشراكة التي تبرم وفقاً لأحكام هذا القانون بما فيها العقود الاستشارية للرقابة المسبقة واللاحقة لديوان المحاسبة وفقاً لقواعد الرقابة المنصوص عليها في القانون رقم (30) لسنة 1964 المشار إليه .

وتحدد اللجنة العليا النظم والإجراءات المحاسبية السنوية للهيئة . ويكون للهيئة مراقب حسابات أو أكثر يعين بقرار من وزير المالية للسنة المالية التي عين لها ، وتحدد أتعابه عنها .

التظلم

المادة (32)

1 - تنشأ بقرار من مجلس الوزراء لجنة للتظلمات تتكون من ستة أعضاء ولمدة أربع سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة مع مراعاة استبدال ثلث الأعضاء ممن يكونوا قد أمضوا في عضوية اللجنة أربع سنوات فأكثر وذلك في نهاية كل سنة وتضم اللجنة خبراء متخصصين قانونيين وماليين وفنيين ويحدد القرار من بينهم رئيساً للجنة ، وللجنة أن تستعين بخبراء آخرين حسب طبيعة كل مشروع . ويحدد مجلس الوزراء مكافآت أعضاء اللجنة .

2 - تختص اللجنة بتلقي التظلمات من أصحاب الشأن بخصوص أي قرار يصدر بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو لائحته التنفيذية ، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتقدم بالشكوى إليها أو التظلم من أي خطأ في إجراء من إجراءات التعاقد التي تقوم بها الهيئة أو القرارات التي تصدرها اللجنة العليا .

وتقدم التظلمات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار أو الإجراء المتظلم منه وإخطار الشاكي به ، وتبلغ لجنة التظلمات اللجنة العليا أو الهيئة فوراً بتقديم هذا التظلم .

3 - تصدر لجنة التظلمات قراراها مسبباً بقبول التظلم أو رفضه خلال خمسة عشر يوم عمل من تاريخ تقديم التظلم إليها ، وتخطر به الجهة المتظلم منها والمتظلم فور صدوره ، وفي حالة عدم الرد يعتبر رفضاً للتظلم . ويرفع قرار لجنة التظلمات إلى اللجنة العليا التي يكون قرارها بشأنه نهائياً .

4 - يجوز للجنة التظلمات ، بناء على طلب المتظلم ، أن تصدر أمراً بوقف إجراءات التعاقد لحين البت في التظلم . وتستمر الإجراءات في حالة رفض التظلم صراحة أو ضمناً .

5 - تتولى اللجنة النظر في التظلم من تقدير التعويض العادل في جميع حالات استحقاق المستثمر أو شركة المشروع أو الدولة للتعويض وفقاً لأحكام هذا القانون وتخطر اللجنة العليا بقرارها لاتخاذ ما تراه مناسباً .

6 - تنظم اللائحة التنفيذية إجراءات تقديم التظلمات والبت فيها بما يتفق وأحكام هذا القانون .

تقرير الوزير المختص

المادة (33)

يقدم وزير المالية إلى مجلس الوزراء تقريراً سنوياً بجميع المشروعات التي تم إبرامها أو تنفيذها وفقاً لأحكام هذا القانون وترسل نسخة منه إلى مجلس الأمة .

على أن يرفق بالتقرير مخطط يبين به موقع كل مشروع من المشروعات المشار إليها في الفقرة السابقة ومساحة الأراضي المتعاقد عليها وحددها في الأحوال التي يكون فيها المشروع على أرض تملكها الدولة .

وعليه أن يبين في التقرير مدى التزام المستثمر المتعاقد (شركة المشروع) بشروط العقد والمخالفات التي ارتكبها - إن وجدت - والإجراءات التي اتخذتها الحكومة إزاءها .

وعلى الوزراء المختصين تزويد وزير المالية بكافة ما يحتاجه من بيانات ووثائق ومستندات ومعلومات بشأن مشروعات الشراكة التي أبرمت مع وزاراتهم لإعداد هذا التقرير .

أحكام عامة

المادة (34)

تسري أحكام المرسوم بالقانون رقم (25) لسنة 2012 وتعديلاته على الشركات التي يتم تأسيسها وفقاً لأحكام هذا القانون ، فيما لم يوجد بشأنه نص فيه .

وتستثنى هذه الشركات من شرط الجنسية المنصوص عليه في القانون رقم (68) لسنة 1980 بإصدار قانون التجارة والقوانين المعدلة له في حال كان التحالف الفائز يضم شركات أجنبية تم اعتمادها وفقاً لهذا القانون .

كما يستثنى مجلس الإدارة الأول بالشركات المساهمة العامة التي يتم تأسيسها وفقاً لأحكام هذا القانون من شرط النسبة المحددة لعدد الأسهم التي يجب أن يملكها عضو مجلس الإدارة وفقاً لأحكام المرسوم بالقانون رقم (25) لسنة 2012 المشار إليه ، ولحين قيد أسهم الشركة في البورصة .

عقد الشراكة النموذجي

المادة (35)

يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة ما يأتي :

1 - طبيعة ونطاق الأعمال والخدمات التي يجب على شركة المشروع أداءها وشروط تنفيذها .

2 - ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع ، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع .

3 - مسئولية الحصول على التراخيص والتصاريح والموافقات .

4 - الالتزامات المالية المتبادلة وعلاقتها بطريقة التمويل .

5 - سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدها ، وأسس وقواعد تعديلهما بالزيادة أو النقصان ، وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض .

6 - وسائل ضمان الجودة وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستغلاله وصيانته .

7 - تنظيم حق الجهة العامة في تعديل شروط البناء والتجهيز والصيانة والتشغيل والاستغلال وغير ذلك من التزامات شركة المشروع ، وأسس وآليات التعويض عن هذا التعديل .

8 - أنواع ومبالغ التأمين على المشروع ، ومخاطر تشغيله أو استغلاله وضمانات التنفيذ الصادرة لصالح الجهة العامة وأحكام وإجراءات استردادها .

9 - تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة ، بحسب الأحوال .

10 - مدة العقد ومدة الاستثمار ومدة البناء والتجهيز أو إتمام أعمال التطوير .

11 - حالات الإنهاء المبكر أو الجزئي وحقوق الأطراف المرتبطة والحالات التي يحق فيها للجهة العامة الإنهاء المنفرد للعقد ، والالتزامات المالية المرتبة على استخدام هذا الحق .

12 - تنظيم قواعد استرداد المشروع عند نهاية مدة التعاقد أو في حالات الإنهاء المنفرد أو الإنهاء المبكر أو الجزئي ، بما يشمل آلية نقل الموجودات للدولة والتكنولوجيا اللازمة لتشغيل المشروع ، وتدريب موظفي الجهة العامة المتعاقدة أو المستثمر الجديد ، وتوفير الدعم الفني اللازم لاستمرارية تقديم الخدمات خلال فترة استرداد المشروع بما في ذلك توريد قطع الغيار .

13 - حالات السماح لذات الشركة المتعاقدة بتنفيذ عقود شراكة أخرى بشرط موافقة اللجنة العليا .

14 - اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين .

15 - يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين .

16 - وتبين اللائحة التنفيذية الأمور الأخرى التي يتضمنها عقد الشراكة .

سلطة تعديل شروط العقد

المادة (36)

للجهة العامة تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل الخدمات المتفق عليها في عقد الشراكة ، كما أن لها إذا تضمن العقد إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله ، بما فيه أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات ، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد ، وبعد موافقة اللجنة العليا ، ودون إخلال بحق شركة المشروع في التعويض بحسب الأحوال طبقاً للأسس والقواعد التي يبينها العقد ، وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة ، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر .

ويجوز الاتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد ، وذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشراكة ، بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام هذا العقد والتي يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد .

إلغاء المشروع

المادة (37)

تلغى إجراءات الطرح إذا تم الاستغناء عن تنفيذ المشروع نهائياً أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ، كما يجوز إلغاؤها إذ اقترنت العطاءات كلها أو أغلبها بتحفظات لا تتوافق مع الشروط والمواصفات المطروحة أو يتعذر تقييمها مالياً .

ويكون الإلغاء بقرار من اللجنة العليا بناء على توصية الهيئة ، ويجب أن يشتمل القرار على الأسس التي بني عليها .

وفي جميع الأحوال لا يجوز لأي من مقدمي العطاءات المطالبة بأي تعويض عن قرار الإلغاء .

نطاق سريان القانون

المادة (38)

لا يخل تطبيق هذا القانون بما ورد بالقوانين الأخرى من أحكام بشأن إدارة أو بيع أو تأجير أو تخصيص أو ترخيص أي من أملاك الدولة العقارية تحت أي مسمى ، وتسري عليها القوانين والقرارات والأنظمة التي تحكمها .

الاختصاص بإبرام عقد الشراكة

المادة (39)

تختص كل جهة من الجهات العامة بإبرام عقود الشراكة التي تقع في نطاق اختصاصها مع شركة المشروع ، وذلك مع مراعاة أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية .

وتحرر عقود الشراكة باللغة العربية ويجوز بموافقة اللجنة تحرير العقد بلغة أجنبية أخرى .

مبدأ المساواة

المادة (40)

على شركة المشروع الالتزام بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين من الخدمات التي يتيحها المشروع ، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة .

وللشركة بعد موافقة السلطة المختصة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك ، تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين الذين تتساوى مراكزهم القانونية ، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً ، وبشرط المساواة بين أشخاص كل فئة .

وتكون شركة المشروع مسئولة عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة أحكام هذه المادة .

شهادة الجودة

المادة (41)

لا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أي مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقاً لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة من الجهة المبينة في عقد الشراكة ، وذلك ما لم تنص شروط عقود الشراكة على خلاف ذلك .

أحكام ختامية

المادة (42)

في جميع حالات استحقاق التعويض للمستثمر أو لشركة المشروع أو شركة التحالف أو الدولة وفقاً لأحكام هذا القانون . يجوز للجنة العليا الاستعانة بجهات استشارية محلية أو عالمية متخصصة لتقدير هذا التعويض .

المادة (43)

أولاً : تعدل المادتان رقم 15 ، 16 من القانون رقم 105 لسنة 1980 بشأن نظام أملاك الدولة وفقاً لما جاء في المادة الأولى من القانون رقم 7 لسنة 2008 .

ثانياً : تلغى الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون رقم 7 لسنة 2008 وتضاف الفقرة الثانية منها إلى المادة 17 من القانون رقم 105 لسنة 1980 بشأن نظام أملاك الدولة ونصها كالآتي :

((وفي جميع الأحوال لا يجوز مبادلة أملاك الدولة بأملاك الغير)) .

ثالثاً : تعدل المواد السابعة والتاسعة والتاسعة عشر من

القانون رقم 7 لسنة 2008 وتضاف إلى القانون رقم 105 لسنة 1980 بشأن نظام أملاك الدولة بأرقام 19 مكرراً و 19 مكرراً أ و 19 مكرراً ب وفقاً لما يلي :

1 - تضاف مادة جديدة برقم (19 مكرراً) إلى القانون رقم 105 لسنة 1980 المشار إليه نصها كالآتي :

لا يجوز لأي جهة من الجهات العامة ولا الشركات المملوكة للدولة بالكامل التي تدير أملاك الدولة العقارية نيابة عنها أن تتصرف في هذه الأملاك سواء بالنزول عن حق الانتفاع بها أو بمبادلتها أو بأي وجه آخر من أوجه التصرف للغير ، إلا وفقاً لأحكام المرسوم بالقانون رقم 105 لسنة 1980 ،ويقع باطلا كل تصرف للغير يتم على هذه الأملاك على خلاف أحكام هذه المادة ويبطل كل ما يترتب عليه من آثار .

2- تضاف مادة جديدة برقم (19 مكرراً أ) نصها الآتي :

إذا اقتصر دور المتعاقد مع جهة عامة على تنفيذ أعمال بنية تحتية للمشروع على أرض تملكها الدولة مقابل أجر ، في هذه الحالة يجب أن تطرح أعمال البنية التحتية في مناقصة عامة وفقاً لأحكام القانون رقم 37 لسنة 1964 المشار إليه .

3-تضاف مادة جديدة برقم (19 مكرراً ب) نصها كالآتي :

تقدم الحكومة إلى مجلس الأمة خلال شهر يناير من كل سنة كشفاً بحالات التعرض أو التعدي على أملاك الدولة ، مع بيان ما اتخذته من إجراءات لإزالة هذا التعرض أو التعدي وفقاً لأحكام المادة (19) من المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 .

المادة (44)

دون الإخلال بالفقرة الأولى والثانية من المادة السابعة من هذا القانون ، للجنة العليا بناءً على اقتراح مسبب من الهيئة أن تستبعد من نطاق هذا القانون عقود حق الانتفاع بأرض الدولة والإيجارات التي أبرمت قبل سريان القانون رقم 7 لسنة 2008 وتم تجديدها بإعتبارها عقود بناء وتشغيل وتحويل بحيث أخضعت لأحكامه متى تبين لها افتقاد هذه العقود لخصائص نظام الشراكة وعلى اللجنة أن تبين في قرارها النظام القانوني المناسب الذي سينطبق على العقد عند نهاية مدته .

وعلى ذوي الشأن التقدم بطلبات توفيق أوضاعهم - وفقاً لأحكام الفقرة السابقة - إلى الهيئة خلال ستة أشهر من تاريخ سريان هذا القانون ، وعلى الهيئة رفع اقتراحها إلى اللجنة العليا خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب ، وعلى اللجنة إصدار قرارها خلال ستة أشهر من تاريخ تسلمها لمقترح الهيئة .

ويجب على الهيئة إخطار ذوي الشأن وإخطار الجهات المختصة بقرار اللجنة العليا في حال الموافقة على الطلب . وعلى اللجنة العليا رفع تقرير بشأن تعديل العقود المشار إليها إلى مجلس الوزراء وترسل صورة منه إلى مجلس الأمة .

المادة (45)

يلغى القانون رقم (7) لسنة 2008 المشار إليه كما يلغى كل نص يتعارض مع أحكام هذا القانون .

كما يلغى القانون رقم 40 لسنة 2010 في شأن تأسيس شركات مساهمة كويتية تتولى وفقاً لنظام البناء والتشغيل والتحويل للدولة القيام بتصميم وتنفيذ وتشغيل وصيانة مدن للعمال .

المادة (46)

تصدر اللائحة التنفيذية لهذا القانون بمرسوم ، بناء على عرض وزير المالية ، خلال ستة شهور من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية .

المادة (47)

يعمل بهذا القانون من تاريخ نشر اللائحة التنفيذية ويستثنى من ذلك المواد من الثانية إلى السادسة حيث يعمل بهم من تاريخ نشر القانون في الجريدة الرسمية .

(المادة 48)

على رئيس مجلس الوزراء والوزراء - كل فيما يخصه - تنفيذ هذا القانون .

أمير الكويت

صباح الأحمد الجابر الصباح

صدر بقصر السيف في : 25 رمضان 1435 هـ

الموافق : 23 يوليو 2014 م

Thesis Abstract

Any Build-Operate-Transfer (B.O.T) Contract to be concluded between the Administration and a project company would result in granting certain entitlements to the project company. In return, the company would be subject to certain obligations imposed by the contract.

The title of my thesis as "the Rights and Obligations of an Entity Contracting with the Management under a BOT Contract) has come from my belief in the importance of the link between the rights and the obligations and the B.O.T contract. The B.O.T contract is considered a highly significant and relatively new concession agreement that aims to construct, utilize and manage a public utility for achieving a public benefit. In addition, I have preferred to introduce my thesis as a comparison study to get insights from the experiments of other advanced countries in this field.

In this thesis, I have introduced the definition of a B.O.T and its advantages and disadvantages. I have addressed the judicial practices of the legal nature of a B.O.T. I have also highlighted the fact that a B.O.T is the modern form of an adhesion contract. It is an administrative contract as long as it satisfies the three distinctive conditions of any administrative contract. I have tackled the constitutional and legislative frame of a B.O.T, the technical and legal preparation thereof and the method of concluding these contracts.

In addition, I have thoroughly discussed the rights and obligations of the contracting company under a B.O.T contract. I have stated the rights entitled to the contracting company, including its financial remuneration (fees), the benefits granted under the contract, and its right for a financial balance of the contract. I have also included the financial and non-financial guarantees provided by the management to the contracting company to recover its rights. On the other hand, I have discussed the obligations of the contracting company with regard to executing the B.O.T contract. The company should finance the project, carry-out all required works; construct, operate and manage the project and finally hand-over the project to the Administration in a good condition, free of any debts or liabilities to third parties upon the completion of the B.O.T contract, whether natural termination by the expiry of the contract period or by unnatural termination by forfeiture or recovery.

Finally, in the conclusion, I have provided several recommendations; mainly the need to set a draft that organizes B.O.T contracts by the Bahraini legislator, exactly like those set by the Egyptian and Kuwaiti legislators and other countries that have similar legislations in force.

UNIVERSITY OF BAHRAIN

College of Law **Department of Public Law**

Rights and Obligations of an Entity Contracting with the Administration under A BOT Contract Comparative Study

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the PH.D. Degree in Public Law

Submitted by

Majed Melfi Zayed AlDaihani

University number: 20126511

المكتبة وخدمات المعلومات
المكتبة القانونية
LIBRARY & INFORMATION SERVICES
LAW LIBRARY
UNIVERSITY OF BAHRAIN

Supervised by

Dr. Farouq Ahmed Khamas

Associate Public Law Professor

University of Bahrain

KINGDOM OF BAHRAIN

June 2016