



جامعة دمشق
كلية الحقوق
قسم القانون العام

تعاقد إدارة المرفق العام وفق نظام B.O.O.T

عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل

«دراسة مقارنة»

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد الطالب

محمد حسام غره

إشراف الدكتور

محمد الحسين

الأستاذ في قسم القانون العام

1442 هـ - 2021 م

الإهداء

إلى أسرتي التي شاركتني الجهد والصبر والأمل . . .
وإلى وطني الأكبر سورية الحبيبة . . .

الباحث

شكر وتقدير

يشرفني وقد وفقني الله لإتمام هذا العمل، أن أتقدم بوافر شكري وعظيم
تقديري إلى أستاذي الفاضل والعالم الجليل الأستاذ الدكتور محمد الحسين
بقبوله الإشراف على هذه الرسالة، رغم مشاغله الكثيرة، والذي أسرّني
بفيض علمه، وحسن تعامله، وتعهدني بتقديم النصيحة والمشورة، ودقة
ملاحظاته وسداد توجيهاته، فله مني جزيل الشكر والاحترام .

المقدمة

تطور مفهوم الدولة في مطلع القرن العشرين، من دولة حارسة وتحول إلى مفهوم الدولة الراعية أو المتدخلة لمعالجة آثار الحربين العالميتين، وتدخلت الدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، مستعينة بمرافق عامة، أطلق عليها المرافق العامة الاقتصادية كالكهرباء والمياه... إلخ.

وظهرت عيوبٌ أصابت بعض المؤسسات العامة، منها تدني المردودية بسبب ضعف الكفاءات الإنتاجية والإدارية، والروتين، وقلة الموارد المالية، وزيادة النفقات الإدارية غير العادية، والتي أصبحت تثقل كاهل الخزينة العامة للدولة وعجز الحكومات عن تمويل مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة الضخمة، خصوصاً أن هذه المشروعات تحتاج إلى تكنولوجيا متطورة ذات تكاليف عالية، يستلزم استيرادها من الخارج نفقات كبيرة، الأمر الذي أسهم في زيادة حجم الاقتراض الأجنبي، ما انعكس عجزاً في الموازنة العامة. ويُعد توافر البنية الأساسية من طاقة ونقل وطرق وإمدادات المياه والصرف الصحي والاتصالات وغيرها من الدعائم الأساسية لدفع عجلة التنمية في الدول النامية، وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

وقد كانت الاستثمارات الأجنبية التي تحصل عليها البلدان النامية تحكمها في الغالب مقتضيات سياسية، حيث إن المنح والمساعدات والقروض المقدمة من الحكومات الأجنبية، والمؤسسات المالية الدولية، مقترنة غالباً بشروط تمسُّ الاستقلال الوطني للدولة المتلقية لها.

وتحت وطأة الضغوط الداخلية والخارجية، كان لزاماً على العديد من الدول البحث عن صيغ جديدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية تتوافق مع الظروف السائدة، وذلك بالتنازل عن دورها التقليدي في احتكار إقامة هذا النوع من المشروعات، وإتاحة الفرصة للقطاع الخاص ليمارس دوراً في هذا المجال، حيث لعبت التطورات الاقتصادية المتلاحقة على المستوى الدولي دوراً مهماً في هذا التوجه، وبخاصة أن اقتصاديات أي دولة لم تعد بمعزل عن التأثيرات التي تعرفها اقتصاديات الدول الأخرى، أو الاقتصاد العالمي ككل، وذلك في ظل الاتجاه الواسع النطاق نحو التحرر الاقتصادي، وإزالة القيود المفروضة على العلاقات الاقتصادية الدولية، وهذا ما أدى إلى سرعة تبادل الأفكار والنظريات الهادفة إلى تحريك التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وإزاء ذلك وجدت الدول نفسها تتجه نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة الأساسية ذات الطابع الاقتصادي وتطويرها وتنميتها، ولم يقتصر هذا الاتجاه على الدول الصناعية، بل امتد ليشمل البلدان النامية، كما دفعت أسباب دولية إلى اعتناق هذا الاتجاه الاقتصادي الجديد، فإدارة المرافق العامة الاقتصادية بوساطة القطاع الخاص أصبحت مطلباً أساسياً للبنك الدولي.

وتعددت أشكال مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات مشروعات البنية الأساسية، وتدرجت تبعاً لمدى تحويل إدارة المشروع وملكية أصوله من القطاع العام إلى القطاع الخاص وصولاً إلى خصخصة القطاع العام.

ولجأت الحكومات إلى أساليب وصيغ تمويلية حديثة في إقامة مشروعات البنية الأساسية، فاشتركت جميعها في الاعتماد على القطاع الخاص -المحلي

والأجنبي - بصورة رئيسة، وبأشكال ودرجات متفاوتة من دون تهميش دور الدولة في ضرورة الأخذ بمبدأ التعاون لتحقيق التنمية بما يضمن لها الرقابة على حسن أداء مشاريعها.

وبرز من تلك الصيغ ما يعرف باسم (عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص)، وكذلك نظام تفويض إدارة المرافق العامة الاقتصادية، وأشهرها التزام المرافق العامة الذي أُعيد إنتاجه بثوب جديد هي عقود البناء والتملك والتشغيل والتحويل التي يُرمز إليها اختصاراً بعقود (B.O.O.T).

وهي مصطلحات عملية للشراكة الضرورية بين القطاعين العام والخاص في إطار تعاقدية، رغم اختلاف المراكز القانونية لهذه الأطراف، وما يثيره ذلك من مسائل حساسة تتصل مباشرة بجوانبها القانونية، وخصوصاً إذا كانت شركة المشروع أجنبية في العادة، لتمتعها بالقدرات المالية والفنية المطلوبة.

أخذ عقد (B.O.O.T) أبعاداً واسعة بسبب عجز الدولة عن الاستمرار بدور الدولة التقليدية والتوسع الكبير في التزاماتها الاجتماعية والاقتصادية. وقد سارعت أغلب البلدان النامية منها والمتقدمة إلى تبني هذا العقد، نظراً إلى أهميته في تطوير مرافقها العامة وتحديثها، لما يوفره من قدرات مالية ضخمة، وتكنولوجيا عالية، خصوصاً التي تحتكرها الشركات الأجنبية المتخصصة.

ونظراً إلى اختلاف أهداف الأطراف المتعاقدة ومصالحها، فإن الدول النامية تحاول الحفاظ على سيادتها الاقتصادية، وتوجيه الاستثمارات لتحقيق أهدافها التنموية بالبحث عن أحسن الوسائل التي تضمن لها الانتفاع بقدرات القطاع الخاص الذي يحاول من جهته تحقيق أكبر قدر ممكن من الاستقرار والأمان

والأرباح. ولذا فإن هذا الأمر يُصعّب من عملية التوفيق بين المصلحة العامة للدولة في ممارسة سلطاتها السيادية، وبين المصلحة الخاصة للمتعاقد معها.

ولما كان هذا النوع من العقود يجمع بين أطراف ذات أهداف مختلفة، واختلاف القوى الاقتصادية بينها، فقد أصبح المتعاقد الذي يواجه الدولة صاحبة السيادة في ممارسة سلطاتها العامة، يعمل على تأمين نفسه بمختلف الضمانات القانونية لحماية حقوقه، ولو كان ذلك بالحد من الصلاحيات السيادية للدولة.

وقد شجعت عقود (B.O.O.T) الدول النامية على حسن استغلال مواردها، من المعادن والبتروول وإنشاء مرافق الطاقة لديها، إضافة إلى قيام الدول الجاذبة للاستثمار بتهيئة المناخ الاستثماري الملائم، وقبولها بشروط الثبات التشريعي والتحكيم وثبات العقد، وغيرها من الشروط التي تفرضها جنسية المتعاقد معها.

مشكلة البحث:

جاءت المشكلة الرئيسة هي أن عقود (B.O.T) بصورها المختلفة ومنها صورتها الجديدة المتمثلة في عقد (B.O.O.T)، جاءت من البيئة القانونية (الأنكلو أمريكية)، التي تقوم أساساً على مبدأ القدسية المطلقة للعقد، وهي لا تعرف العقد الإداري والعادي، ولا الازدواج القانوني والازدواج القضائي المعروف في النظام اللاتيني، ما كان لزاماً على الفكر القانوني اللاتيني تطوير نظام عقود (B.O.O.T) والعقود المشابهة لها، والتي انتشرت في فرنسا ومصر لتلائم النظام القانوني في هذه الدول.

وقد أثارَت عقود (B.O.O.T) مجموعة من المشكلات حول الطبيعة القانونية للعقد، وصعوبة إعطاء تكييف قانوني صحيح له، فهو يجمع عناصر العقد

الإداري جميعها، وغالباً ما يكون المتعاقد شخصاً أجنبياً، ويشترط إدراج شرط الثبات التشريعي، أو شرط عدم المساس بالعقد، أو شرط التحكيم، وهذه أمور غير مألوفة في نظرية العقود الإدارية في الفكر القانوني اللاتيني.

وحيث إن الإدارة تتمتع بامتيازات القانون العام في معرض إبرامها وتنفيذها للعقود الإدارية، وهو الأمر الذي قد يتناقض وقبول المستثمر بمثل هذه الامتيازات، ما يثير التساؤل عن إمكانية تنازل الدولة عن هذه السلطات، والنزول على قدم المساواة مع المتعاقد معها، وهو أمر محل خلاف في الفقه والقضاء.

وقد أثارت مشكلة مدى تطابق عقد (B.O.O.T) مع عقد التزام المرفق العام المعروف في النظام اللاتيني، كما أثارت مسألة كيفية اختيار شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة في عقد (B.O.O.T) وماهية الإجراء الملائم لذلك وخطوات تنفيذه، ومدى الاعتماد على الطرق التقليدية لإبرام العقد كالمناقصة. حيث إن نظرية العقود الإدارية بما تحمله من أساليب لاختيار المتعاقد، وإجباره على التنفيذ قد لا تتناسب مع هذا النمط من العقود، ومن هنا كان لابد للدول الجاذبة للاستثمار من الخروج قليلاً على نظرية العقود الإدارية لجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

كما أثارت تساؤلات مهمة عن مدلول شرط الثبات التشريعي وغيره من البنود العقدية في عقد (B.O.O.T) التي تقرر لشركة المشروع مزايا وإعفاءات قد تكون ماسة بسيادة الدولة.

كما ستثار تساؤلات حول إمكانية تطبيق نظام (B.O.O.T) في سورية، خصوصاً في ظل الدستور السوري الجديد عام 2012م، والملكية العامة للمرافق العامة الاقتصادية، التي تُعد من النظام العام، وسنحاول معالجته خلال البحث من

خلال تفسير كلمتي (التملك) و(التحويل) الواردة في تسمية عقد (B.O.O.T) من خلال القوانين والأنظمة النافذة في سورية.

وتزداد أهمية مشاركة القطاع الخاص في مرحلة إعادة إعمار ما دمرته الحرب في سورية، والتي تحتاج إلى أموال ضخمة وتكنولوجيا متطورة لإنجاز الأعمال بسرعة، نظراً إلى ما تعرضت له البلاد من تدمير خلال أعوام الحرب، وبخاصة البنى التحتية، وذلك من دون أن تتكبد الدولة أعباء التمويل أو جزء منه على الأقل.

ولذا فقد قمنا في هذا البحث بالتصدي إلى هذه المسائل وما ترتب عليها من تساؤلات ومشكلات قانونية، حيث تعرض لها البحث بالدراسة والتحليل والإجابة.

أهمية البحث:

يشكل عقد (B.O.O.T) منعطفاً جوهرياً في كيفية إدارة المرافق العامة في الدولة، وهو عقد جديد انتشر في مختلف دول العالم بما في ذلك الدول العربية ومنها مصر.

ولم تواكب ذلك دراسات قانونية متعمقة تتناسب مع ضخامة هذا العقد وأهميته وتزِيل غموض اصطلاح (B.O.O.T) نفسه وغموض ما يتضمنه من بنود وشروط تصبُّ في صالح شركة المشروع. ولم يحظَ هذا النوع من العقود بما يستحقه من الدراسة والبحث والتأصيل والتحليل لوضعه في موقعه من المنظومة القانونية التي تناسبه، رغم وجود دراسات لهذا النمط من العقود، منها كتاب "مشروعات B.O.O.T" للدكتور حسن الهنداوي، ورسالة دكتوراه بعنوان "النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T" للدكتورة مي محمد عزت علي شرباش. كذلك

فإن المشكلات والمسائل التي كشفت عنها تجارب العديد من الدول بشأن عقد (B.O.O.T) لم تحظ بالدراسات المتعمقة والتحليل اللازم وإيجاد الحلول وطرح البدائل.

وكل ذلك يجعل للبحث ذا أهمية كبيرة في الواقع العملي من خلال تحليل المشكلات وطرح الحلول، إضافة إلى الأهمية الكبيرة في تأصيل هذا النوع من العقود وتحديد طبيعتها القانونية ووضعها في موقعها القانوني في زمرة العقود، ما يعكس بدوره تحديد المبادئ والحلول التي تحكم المشكلات والمسائل الناجمة عنها.

وفي ظل الحرب الإرهابية المستمرة على وطننا، والحصار الاقتصادي على الدولة السورية، وجدنا أنفسنا نواجه خطة منهجية ومنظمة هدفها تدمير المنشآت الحيوية الاقتصادية والإدارية وتقنيات النسيج الاجتماعي للمجتمع السوري، ونسف مقومات النهوض بالتنمية الشاملة.

وأمام هذا الواقع أضحت الدولة مثقلة بالأعباء المختلفة التي تؤدي إلى عرقلة قيامها بالمهام والوظائف الأساسية المنوطة بها وفق المستوى والجودة التي كانت عليها قبل وجود هذه الأعباء.

كما إنه في مرحلة لاحقة بعد انتهاء هذه الحرب، وبداية مرحلة إعادة الإعمار، ومعالجة الآثار التي ستخلفها الأزمة، فإن الدولة لن تكون قادرة على استعادة المبادرة والنهوض بالمرافق الحيوية وتأدية الخدمات العامة بمفردها من دون الاستعانة بالقطاع الخاص وتوحيد الجهود للمشاركة في النهوض بهذه الواجبات والأعباء.

وتأتي أهمية هذا البحث أيضاً من خلال تقديم دراسة قانونية تتضمن البحث والتأصيل وإزالة غموض اصطلاح عقد (B.O.O.T) وما يتضمنه من بنود وشروط وبيان مدى شرعيته في سورية في ظل الدستور الجديد عام 2012م والقوانين والأنظمة النافذة في سورية، وبخاصة ما يتعلق بموضوع ملكية المرافق العامة الاقتصادية.

ولا بدّ من الإشارة إلى التوجه الجديد الذي اعتمدته سورية وتجسد ذلك في صدور قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016م، والذي يتمثل في مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ومشروعات البنية الأساسية.

أهداف البحث:

تستهدف هذه الدراسة تقديم الإجابة والحلول عن معظم التساؤلات المتعلقة بعقد (B.O.O.T) من الناحيتين: التأصيلية والتطبيقية، مما تُحدد معناه ومدلوله وطبيعته وكيفية إبرامه وإجراءات وتقنية الإبرام الأنسب له، وذلك بموجب القوانين والأنظمة النافذة في فرنسا ومصر وسورية وآثار العقد العامة والخاصة، سواء الآثار العامة التي تترتب على العقود الإدارية عامة، لبحث ما ينطبق منها على عقد (B.O.O.T)، أو تلك الآثار الخاصة الناجمة عن خصوصية عقد (B.O.O.T) وشروطه التي تتعلق بسيادة الدولة وخضوعه إلى القانون الخاص ونقل التكنولوجيا. وسيتناول البحث ذلك كله من خلال دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة تشمل فرنسا ومصر وسورية.

وإمكانية تطبيق عقد (B.O.O.T) في سورية في ظل الدستور الحالي والقوانين والأنظمة النافذة، ولا سيما فيما يتعلق بملكية شركة المشروع للمرفق العام

خلال مرحلة البناء والاستثمار وبما يثيره ذلك من مشكلات قانونية متعددة، خصوصاً أن سورية مُقبلّة على مرحلة إعادة الإعمار وما يتطلبه ذلك من أموال ضخمة وتكنولوجيا عالية... إلخ.

منهج البحث:

المنهج المتبع في هذا البحث هو المنهج المقارن، حيث يتم طرح المسائل موضوع البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في ثلاث دول هي: فرنسا ومصر وسورية، كون هذه الدول تشترك في السير على النظام القانوني اللاتيني مع اختلافات في بعض التفاصيل الناجمة عن الظروف البيئية والتجربة الخاصة لكل دولة، ولأن فرنسا مهد القانون الإداري بشكل عام، بما في ذلك العقود الإدارية، وبخاصة عقود تفويض المرافق العامة التي تنضوي تحتها عقود (B.O.T) بصورها المختلفة.

أما في مصر فهي تُمثل المدرسة القانونية العربية الأولى التي وضعت نظريات القانون الإداري عامةً ونظرية العقود الإدارية بشكل خاص في إطار بيئة المجتمع العربي ومفاهيمه وأفكاره من خلال الدور البارز لمجلس الدولة المصري، والدور التاريخي الذي مارسه الفقه بصدد تأصيل الأفكار واستخلاص الحلول، إضافة إلى التوسع الكبير في اللجوء إلى عقد (B.O.O.T) لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية في مصر، ما أعطى فرصة كبيرةً للوقوف على ما أفرزه هذا العقد من مسائل ومشكلات في البيئة العربية، وأن تتم المقارنة مع النظام القانوني السوري، لأن هدف الباحث من وراء بحثه أن يُقدم لوطنه سورية عمل بحثي قد يساهم في عملية التنمية وإعادة الإعمار من الناحية القانونية، في إطار هذا النوع من العقود،

مقارنة مع النظامين القانونيين لفرنسا ومصر وتجاربهما الغنية للاستفادة منها في نطاق النظام القانوني السوري. وقد اتسم المنهج الذي اتبعه الباحث في ذلك بأنه منهج تأصيلي، حيث أولى الباحث اهتمامه بتأصيل عقد (B.O.O.T)، والتوسع في بحث أساسه القانوني.

كما اتسم المنهج الذي اعتمده الباحث في ذلك بأنه منهج تحليلي، وذلك من خلال البحث في جزئيات المشكلة في موضوع البحث واستعراض تجارب الدول محل المقارنة من حيث المعالجة التشريعية والقضائية والفقهية لعقد (B.O.O.T) إبراماً وإنهاءً وآثاراً.

بالإضافة إلى المنهج النقدي، من حيث إبراز مزايا وسلبيات الأنظمة القانونية المقارنة وتقديم رأي الباحث بشأنها.

خطة البحث:

قُسِمَ هذا البحث إلى بابين، الأول منهما بعنوان التأصيل القانوني لعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل، وذلك من خلال فصلين، جاء الأول منهما بعنوان ماهية عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل، والثاني بعنوان الطبيعة القانونية لعقد B.O.O.T. أما الباب الثاني بعنوان عقد B.O.O.T من الناحية التطبيقية، وذلك من خلال فصلين، الأول بعنوان إبرام عقد B.O.O.T، والثاني بعنوان آثار تنفيذ عقد B.O.O.T ونهايته، وأخيراً خاتمة تضمنت نتائج البحث وما توصلت إليه من مقترحات.

الباب الأول

التأصيل القانوني لعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل (B.O.O.T)

حدثت في أواخر عقد الثمانينات وأوائل عقد التسعينات من القرن العشرين متغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية عميقة، عصفت بالنماذج التقليدية للتنظيم الاقتصادي، فبعد أن كان تقديم خدمات البنية الأساسية حكراً على الدولة والأجهزة التابعة لها، وجدت دول عديدة نفسها عاجزة مالياً عن متابعة قيامها بإدارة المرافق المالية الاقتصادية بسبب الخسائر الضخمة للقطاع العام، وكون معظم دول العالم المتقدمة منها والنامية، تعاني من انخفاض العائد من الاستثمارات التي تدار بواسطة القطاع العام.

وإزاء ذلك وجدت معظم الدول نفسها تتجه نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة الأساسية ذات الطابع الاقتصادي وتنميتها وتطويرها.

وقد تعددت أشكال مشاركة القطاع الخاص وصوره في تقديم خدمات مشروعات البنية الأساسية، وتدرّجت تبعاً لمدى تحويل إدارة المشروع وملكية أصوله من القطاع العام إلى الخاص وصولاً إلى ما يسمى بخصخصة القطاع العام.

في هذه الفترة ظهر نظام العقود B.O.O.T وغيره من الأنظمة المشابهة والذي سمي: "مشروع بنية أساسية ذو تمويل خاص" حسبما اصطلحت ذلك لجنة

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي⁽¹⁾. وهي من العقود التي نمت وتطورت في ظل النظام القانوني (الأنجلوساكسوني)، بحسبانه أسلوباً تعاقدياً تمويلياً، يقوم أساساً بالاعتماد على القطاع الخاص، لتمويل مشروعات البنية التحتية. وقد لقي ترحيباً على المستوى الدولي والمحلي، خصوصاً أنه يتميز بوجود الدولة كطرف متعاقد ووجود طرف خاص، غالباً ما يكون أجنبياً يملك قوة اقتصادية، وقد يفوق في بعض الأحيان قوة الدولة المضيفة.

هذه العقود لها دور بارز في جذب الاستثمار وتحسين خدمات المرافق العامة وإنشاء مرافق جديدة، تعجز الدولة عن إنشائها، نظراً إلى تكاليفها الباهظة، وتؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وهذه العقود تمثل أسلوباً جديداً من العقود التي تبرمها الإدارة، واللجوء إليها أمرٌ قد فرضه الواقع المتطور على الدوام.

ويقضي البحث في عقد الـ B.O.O.T من الناحية التأصيلية أن نعرض بداية إلى ماهية هذا العقد، وفي سبيل ذلك نستعرض مفهومه وخصائصه والأساس القانوني له (الفصل الأول)، ثم نتناول في (الفصل الثاني) الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.O.T حيث إننا سنعالج مختلف الآراء المتعلقة بهذا الشأن، سواء منها تلك التي تعدّه عقداً من عقود القانون الخاص أم تلك التي تعدّه عقداً إدارياً وغيرها من الآراء.

(1) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 69.

الفصل الأول

ماهية عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل B. O. O. T

تسعى الإدارة العامة وهي في معرض تسييرها لمرافقها العامة إلى تأمين السير المنتظم لهذه المرافق في نطاق الحفاظ على المصلحة العامة، ومن أجل تحقيق هذه الغاية السامية، تمارس الجهة الإدارية نشاطها الإداري من خلال أحد الأسلوبين:

الأسلوب الأول: يتم في إطار تعبير الإدارة العامة عن إرادتها المنفردة من دون مشاركة الأفراد، من خلال ما يعرف "بالقرارات الإدارية".

أما الأسلوب الثاني: فهو سلوك جهة الإدارة لمسلك الرضا والتفاهم من خلال إبرام العقود مع القطاع العام والخاص لتحقيق أهدافها⁽¹⁾.

وتتخذ مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمات العامة العديد من الصور، وهي تتدرج من حيث مدتها ودرجة الاعتماد على القطاع الخاص في أدائها.

وتلجأ الدول، وبخاصة النامية منها - فيما يتعلق بالمشروعات الخاصة بالبنية التحتية العملاقة، كإنشاء المطارات ومشروعات الطاقة الكهربائية - إلى إبرام عقود لإنشاء هذه المشروعات وتشغيلها واستثمارها مع القطاع الخاص على أساس النظام

(1) د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،

العالمي الحديث للعقود، والذي بات يعرف بعقد الـ (B.O.O.T). وتمثل هذه العقود أهمية كبرى للدول النامية، وكذلك للمستثمر.

وتتعدد صور هذه العقود تبعاً لتطور التقنيات التعاقدية وظهور أنواع جديدة من شركات المشروع والمرافق العامة.

وسنتناول في هذا الفصل مفهوم عقد الـ (B.O.O.T) وخصائصه، فننتحدث عن أصل اصطلاح الـ (B.O.O.T) ونشأته، والتعريف به، وخصائص العقد وتمييزه عن العقود المشابهة له، وذلك في (المبحث الأول)، ثم نتناول في (المبحث الثاني) الأساس القانوني لعقد الـ (B.O.O.T).

المبحث الأول

مفهوم عقد الـ B.O.O.T وخصائصه

لقد كان لعقد الـ B.O.O.T نشأة خاصة به، حيث كان هنالك دول قوية في المركز الاقتصادي وهي الدول العظمى، وكانت هنالك دول ضعيفة في الجوانب الاقتصادية وهي الدول النامية التي كانت بحاجة إلى التنمية، حيث لجأت إلى الشركات العملاقة الدولية لاستغلال مواردها الطبيعية وإنشاء البنية التحتية.

مع العلم بأن الدول الكبرى سبقت الدول النامية في اللجوء إلى عقد B.O.O.T. ولذلك فإن البحث في مفهوم عقد B.O.O.T بشكل مفصل يتطلب التوقف عند أصل اصطلاح B.O.O.T والتطورات التي لحقت به، وصولاً إلى تعريف عقد B.O.O.T، فنستعرض مختلف التعريفات التي أعطيت إلى العقد بشتى مصادرها وذلك في (المطلب الأول)، ثم نتناول خصائص العقد وتمييزه عن العقود المشابهة له في (المطلب الثاني)، وذلك لبيان السمات الجوهرية لهذا العقد.

المطلب الأول

مفهوم العقد والتطورات التي لحقت به

الفرع الأول

أصل اصطلاح B.O.O.T

إنَّ اصطلاح B.O.O.T هو اختصار من الأحرف الأولى للكلمات الآتية: «Build – Own – Operate– Transfer» أي البناء والتملك والتشغيل والتحويل، وهي تُشكِّلُ مراحلَ تنفيذِ العقد، ولا يُمثِّلُ اختصار B.O.O.T اصطلاحاً قانونياً، ولا يوجد له تعريف قانوني مُحدَّد⁽¹⁾، وهو اصطلاح أفرزه الواقع العملي، ناجم عن تطور أساليب الاستثمار، ونظم تمويل المشروعات الكبرى.

ولقد لقي هذا المصطلح رواجاً دولياً، وأصبح له من ذلك المنطلق دلالة محددة ومنضبطة في العمل الدولي⁽²⁾. ويُعدُّ مفهوم B.O.O.T نظاماً تعاقدياً، يعكس اتفاق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني طوال المدة المُتفق عليها⁽³⁾.

(1) راجع:

– M. Frilet. ' some universal I sues in B.O.T, project for public infrastructures international construction, Law Review, 1997, p 500.

(2) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود الـ B.O.T ، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2013م، ص20.

(3) ينسجم ذلك مع تعريف العقود الرضائية في القانون المدني السوري رقم 84/ لعام 1949م، (المواد 125 إلى 275) والذي لا ينعقد إلا بتوافر أركانه الثلاث (الرضا، المحل، السبب) مثل: عقد البيع والإيجار.

وهناك من يرجّح ظهورَ هذا النظام في عصر الدّولة الرومانية، حيثُ كانت مشروعات الطرق والجسور تمول عن طريق القطّاع الخاص، ثمَّ يقومُ الممولون بعد ذلك بتحصيل ما أنفقوه من المنتفعين من خدمات تلك المشروعات⁽¹⁾.

وهناك من يرى أنّ نظامَ B.O.O.T هو تطوير لنظم إسلامية ظهرت في صدر الدولة الإسلامية، وأنه صورة من صور الحكر التي استخدمها المسلمون، وترجع نشأته إلى حاجة اقتصادية وأخرى اجتماعية، أما الحاجة الاقتصادية فهي تعمير الأراضي التي لا تستطيع الدولة إعمارها، والحاجة الاجتماعية هي رغبة الدولة في استمرار تملكها للعين، نظراً لاتفاق طبيعة الحكر بصورة المتعددة مع نظام B.O.O.T في الخصائص الأساسية كالتمويل الخارجي، ولأن الممول يقيم المشروع على أرض الجهة طالبة التمويل، وأن الدولة لا تتنازل عن ملكية الأرض وتحقق الإعمار والإنماء في الوقت ذاته، ويستفيد الممول من المشروع (الأرض - البناء - الغراس)، وأنه بانتهاء المدة المتفق عليها تنتقل ملكية أصول المشروع من عناصر مادية ومعنوية إلى المالك⁽²⁾.

ويتفق هذا العقد مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ذلك أنّ الأصل في عقود الشريعة الإسلامية هو مبدأ التراضي، شريطة أن يتحقق التوازن بين الصالح الفردي

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام الـ B.O.T، عقد الإنشاء والإدارة والتسليم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2009م، ص 96.

(2) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، عام 2006م، ص 41.

مُمَثِّلًا في حرية الشخص في إنشاء العقد، والصالح العام المُمَثِّل في جعل آثاره الرئيسية من عمل الشارع وحده، ابتغاء حفظ العدل بين الخلق وصون المعاملات من دواعي الفساد، ومن الغرر في المعاملات، وحماية المتعاقدين من وجود أي شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة التعاقدية⁽¹⁾.

وفي الثورة الصناعية في أوروبا في بداية القرن التاسع عشر، بدأ ظهورُ البنية الأساسية وانتشاره في شكلها المُعاصر، حيثُ انتشرت السكك الحديدية وسيلةً للمواصلات، والطاقة الكهربائية، وتطورت الاتصالات، وتمت الاستفادة من التكنولوجيا التي وفَّرتها الثورة الصناعية في إنشاء قطاعات البنية الأساسية الأخرى. وكانت المشروعات الصغيرة المُمَوَّلة من قبل الأفراد والأسر هي الأساس في بناء المشروعات الكبيرة، مثل تزويد المدن بالفحم⁽²⁾. وقد أطلق على هذه المرحلة اسم « الحرية الاقتصادية الكاملة»، ومنذ منتصف القرن التاسع عشر حتَّى الحرب العالميَّة الثانية، ونتيجة انتشار المطارات وطرق المواصلات وامتداد شبكات الكهرباء والمياه بشكلٍ واسعٍ، وبشكلٍ عام ازدهار مشروعات البنية الأساسية، أدركت مُختلفُ حكومات العالم أهمية البنية الأساسية وارتباطها بالتطور الاقتصادي. وتحول مزودي البنية الأساسية إلى محتكرين، يتحكمون بالأسعار،

(1) د. منيرة محمد جميل عوض، التشاركية بين القطاع العام والخاص في إدارة المرافق العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، عام 2012م، ص64.

(2) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت (B.O.T)، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، طبعة عام 2008م، ص27.

ويحصلون على أرباح كبيرة على حساب جمهور المنتفعين، فقامت الدول، في هذه المرحلة، بوضع القوانين لحماية جمهور المنتفعين وتوجيه البنية الأساسية بما يخدم الاقتصاد القومي، والإشراف على المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بإنشائها⁽¹⁾.

وبعد الحرب العالمية الثانية انتشر الفكر القائل بتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي وإدارتها، فقامت بتأميم العديد من المرافق في مختلف الدول، وذلك نتيجة تأثير الاتجاه الدولي النازع إلى تولي الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة مهمات تقديم الخدمات العامة، وتوفير مرافق البنية الأساسية، وفلسفة الدولة المتدخلة، فقامت الدول بتأسيس شركات ومؤسسات عامة تُشكّل ما يُسمّى اليوم بالقطاع العام⁽²⁾، والذي كان له دورٌ كبيرٌ في إنشاء البنية الأساسية وإدارتها، وامتدّ ليشمل الكثير من النشاطات الاقتصادية والاجتماعية.

ثمّ بدأت العودة إلى مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، وذلك بعد انهيار النظام الاشتراكي في نهاية القرن العشرين، وانتصار الرأسمالية الغربية وسيطرتها على اقتصاديات العالم، من خلال فكرة العولمة، وظهرت فكرة الخصخصة، وضرورة تخليّ الدول عن دورها في المجال الاقتصادي،

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص/87. ود. عصام أحمد البهجي، عقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص28.

(2) د. حسن الهنداوي، «مشروعات B.O.O.T»، المرجع السابق، ص3.

والعودة إلى فكرة الدولة الحارسة⁽¹⁾، وأصبحت مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية مطلباً أساسياً للبنك الدولي.

وهناك أسباب تمويلية، حيث أصبحت مؤسسات القطاع العام في الدول النامية تعاني من الخلل والقصور ومنها تدني المردودية، بسبب ضعف الكفاءة الإنتاجية والإدارية والروتين وزيادة النفقات الإدارية التي أصبحت تُثقل كاهل الخزينة العامة للدولة، وقلة الموارد المالية، وعجز الحكومات عن تمويل مشروعات البنية التحتية والمرافق العامة الضخمة، وتحسين نوعية الخدمة المُقدّمة⁽²⁾.

لهذه الأسباب بدأت بعض الدول بتحرير اقتصادها والتخلي عن دورها في النهوض بعبء إدارة بعض المرافق العامة الاقتصادية، وذلك من خلال بيع هذه المرافق إلى القطاع الخاص. تحت مصطلح «الخصخصة»، وأيضاً من خلال الشراكة بين القطاعين العام والخاص، وفي سبيل ذلك لجأت معظم الدول إلى تقنيات عديدة تتمثل بأحد أسلوبين: نظام التراخيص أو نظام التعاقد بصوره العديدة، وأشهرها نظام B.O.T، ونظام B.O.O.T.

وقد شمل هذا الاتجاه الدول الصناعية والنامية على السواء، منها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا وفرنسا والكثير من بلدان شرق آسيا وأمريكا اللاتينية

(1) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون

الخاص، جامعة الكويت، طبعة عام 2008م، ص9.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار

النهضة العربية، القاهرة، طبعة عام 2000، ص5.

وبعض الدول العربيّة وغيرها⁽¹⁾، وقد كانَ أوّلُ من استخدم مصطلح B.O.T باللغة الإنكليزية هو رئيس الوزراء التركي «تورجت أوزال» في بداية الثمانينات⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه أنّ فرنسا كانت رائدةً في هذا المجال، حيثُ ابتكرت نظامَ امتياز المرافق العامّة الذي هو من حيثُ المفهوم والطبيعة القانونيّة تطبيق من تطبيقات عقد B.O.O.T، ففي سنة 1782م منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة خاصّة هي شركة «بيرييه إخوان»، ثمّ أخذ نظام الامتيازات ينتشرُ بشكلٍ ملحوظٍ بعد سنة 1830م في فرنسا، كما امتدَّ ليشمُل إسبانيا وإيطاليا وألمانيا⁽³⁾.

ويرى بعضُ الكتّاب الاقتصاديين الأمريكيين أنّ أوّل مشروعٍ لهذا النظام في العالم كان قناة السويس، وكانت مدة الالتزام تسعاً وتسعين سنةً، حيثُ تمّ منحها سنة 1854م إلى الشركة العالميّة لقناة السويس، وقد قدّمت الحكومة المصريّة

(1) د. صفوان عبد السلام عوض، الآثار التنموية للخصخصة، دار النهضة العربيّة، القاهرة، 2005، ص20.

(2) حيثُ أطلق برنامجه الانتخابي المتضمن هذا النهج الذي أصبح تعبيراً عن النهج الاقتصادي في تركيا وآلية إسناد مشروعات البنية التحتية إلى القطاع الخاص، وتعدّ تركيا أولى الدول التي وضعت تشريعاً خاصاً بالـ B.O.T. انظر: د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2009، ص472. وراجع أيضاً:

– Delmon – B.O.T means build– operate– transfer. Aterm said to have been coined by turgat ozal. Prime minister of turkey in the 1980. P.200.

(3) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص97.

الأرض، والعديد من المزايا، والإعفاءات الضريبية والجمركية على الآلات والمعدات اللازمة للمشروع، وكانت أرباح الشركة العالمية تُقسَّم بنسبة 15% للحكومة المصرية، و10% لأصحاب الفكرة، و75% لشركة قناة السويس، وتضمَّن إبرام العقد التزام الحكومة المصرية بأن تقدِّم 80% من العمَّال والمُستخدمين في أعمال الحفر اليدوي بنظام السخرة⁽¹⁾.

وقد عرفت الولايات المتحدة الأمريكية مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص منذ قيام الثورة الصناعية، حيث تمَّ إنشاء العديد من مشروعات البنية الأساسية، ومن أمثلة ذلك معبر «Dulles» وغيره من الطرق السريعة، ومحطَّات الكهرباء وشركات الاتصال، وفي الآونة الأخيرة اتجهت الولايات المتحدة الأمريكية إلى هذا النظام، في مجال التعليم والبحوث والمؤسسات الاجتماعية⁽²⁾.

كما عملت الحكومة على تشجيع الاستثمار عن طريق القطاع الخاص في مجال تشييد الطرق والجسور، وذلك بموجب القانون الفيدرالي الخاص بالنقل الصادر في 1991/12/18.

(1) جاءت نصوص العقد مجففة للجانب المصري، فضلاً عنَّا ترتَّب من احتلال للبلاد بسبب الأهمية الإستراتيجية لقناة السويس، د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص36.

(2) راجع:

– Sidney m. Levy. Build Operate. Transfer– paring the way for tomorrow infrastructures, 1996, John Wiley and sons, inc. P95.

وكذلك د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص28-29.

وقد تأكّد هذا الاتجاه في ظلّ حكم الرئيس الأمريكي «بيل كلينتون» من خلال إصداره القرار /12893/ في 1994/12/28م لتشجيع الاستثمار بنظام .B.O.O.T

كذلك في بريطانيا لجأت الحكومة منذ الستينات حتى أواخر الثمانينات إلى مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص من أجل إنقاذ البنية التحتية المتهاكلة في بريطانيا، ومنذ سنة 1992م تم اعتماد نظام يعرف باسم "مبادرات التمويل الخاصة" (P.F.I)، وبموجب هذه المبادرة أصبح القطاع الخاص يشارك في تصميم وبناء وتمويل وتملك وتشغيل المشروعات الاقتصادية في مقابل تحصيله عوائد الخدمة المقدمة وفق فترة زمنية يتفق عليها، على أن تؤول ملكية هذه المشروعات بعد ذلك إلى القطاع الحكومي، ويشمل مرافق الخدمات الصحية والتعليم والبحوث والإسكان ومرافق البنية التحتية الاقتصادية⁽¹⁾.

ويعد عقد نفق بحر المانش -الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا- المبرم بين الحكومتين الفرنسية والبريطانية من جهة وشركة يورو تانال (Euro Tunnel) من جهة أخرى من أكبر المشروعات التي تم تنفيذها بمشاركة القطاع الخاص⁽²⁾.

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، طبعة 2008، ص74. وإبراهيم محمد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (p.p.p) وآلية تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث الاستراتيجية القاهرة، 2013، ص34.

(2) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام (B.O.O.T)، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص7.

وقد طبقت الدول النامية هذا النظام، ففي الفلبين تم وضع القانون رقم 7718/ لسنة 1994م وهو قانون "الاستثمار الأجنبي في الفلبين" الذي عدل بعض مواد القانون السابق رقم 6957/ لسنة 1990م واسمه قانون (تمويل وبناء وتشغيل وصيانة مشروعات البنية التحتية عن طريق القطاع الخاص) وفي سنة 1989م أنشأت الدولة محطة غاز لتوليد الطاقة وفق نظام المشاركة مع القطاع الخاص.

وأيضاً في هونغ كونغ عندما أنشأت مؤسسة (هيوويل) للطاقة محطة للغاز وفق نظام الـB.O.O.T، كما استخدمت فيتنام هذا النظام، عندما أنشأت نفقاً تحت الماء في مدينة (هوتش منه)⁽¹⁾.

وقد طبقت الدول العربية هذا النظام على نطاق واسع ومنها مصر، حيث اعتمدت على هذا النظام في العديد من المشروعات العامة وبخاصة في مجال الكهرباء، بسبب زيادة الطلب على الطاقة الكهربائية والحاجة إلى محطات توليد جديدة، وارتفاع مديونية الدولة من الجهات الخارجية، حيث بلغت ديون هيئة كهرباء مصر وشركاتها 14.2/ مليار جنيه مصري، وإحجام بعض جهات الإقراض الأجنبية عن منح قروض للدولة لتمويل تنفيذ مشروعات الكهرباء، وطلب هذه الجهات اشتراك القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشروعات⁽²⁾.

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص43.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام (B.O.T)، المرجع السابق، ص100 وما بعدها.

وفي تاريخ 1998/7/22م تم توقيع أربع اتفاقيات مع الشركة المصرية (انترجن سيدي كرير) لتوليد الكهرباء وفق نظام B.O.O.T. كذلك نهجت وزارات أخرى في مصر النهج نفسه لتنفيذ مشروعاتها في تمويل من القطاع الخاص، ومنها وزارة النقل في مجال المطارات مثل مطار (رأس سدر) و(العلمين) وفي مجال النقل البحري والبحري وغيرها⁽¹⁾.

كما إنَّ الأردن قد أخذَ بهذا النظام، وسمح للقطاع الخاص بالاستثمار والمنافسة في قطاعات البنية التحتية، والتي كانت حكرًا على الدولة وأجهزتها في أوائل الثمانينات، حيثُ تمَّ الأخذُ بهذا النظام في مجال طرح عطاء إنشاء سكة حديد بين العاصمة عمَّان ومحافظة الزرقاء وغيرها من المشروعات.⁽²⁾

وقد اعتمد لبنان على القطاع الخاص في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية، ففي تاريخ 1994/8/3م تمَّ توقيعُ عقد بين الدولة اللبنانية وشركة (F.I.M.I) الفرنسية لتنفيذ وتشغيل مشروع الهاتف النقال (الخليوي) لمدة عشر سنوات. كما قامت الدولة اللبنانية ممثلة بالمؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان بتاريخ

(1) وقد كانت الحكومة المصرية وبغية خلق المناخ القانوني المناسب قد لجأت إلى تعديل بعض القوانين، حيث صدر القانون رقم 100/ لعام 1996 بتعديل القانون رقم 12/ لعام 1976 والتي نشأت بموجبه هيئة كهرباء مصر والتي تحولت إلى شركة قابضة، على أساس أن الشكل الجديد هو الوسيلة المثلى لحسن إدارة المرفق خاصة مع الاتجاه إلى القطاع الخاص للمشاركة في أداء هذا المرفق.

د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، هامش 31/.

(2) د. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2010م، ص108.

1996/2/7م بإبرام عقد مع شركة «محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده» كويتيَّة الجنسية لتمويل إنشاء مواقف للسيارات في مطار بيروت الدولي، وتشغيله لمدة خمس عشرة سنة، ثمَّ إعادته بحالة جيِّدة إلى الدَّولة اللبنانيَّة⁽¹⁾.

وفي الكويت انتشرت مشروعات B.O.O.T، حيثُ بلغَ عددُ الشركات والمؤسسات التي تعاملت معها شركة المشروعات السياحيَّة، وفق نظام B.O.O.T أو أنظمة استثماريَّة مشابهة أكثر من سبعين شركة⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه في سوريَّة بدأ العملُ على اللجوء إلى التعاقد بنظام مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص لتنفيذ بعض المشروعات الكبرى، مثال ذلك عقد الاستثمار بتاريخ 2001/2/12م المُتعلّق بنظام هاتف خليوي «G.S.M» بين المؤسسة العامَّة للاتصالات ومجموعة «دريكس أس أي» والتي مركزها الرئيس في بريطانيا، ومجموعة «أوراسكوم تيليكوم القابضة ش. م» مصرية، والتي مركزها الرئيس في مصر، والمدير الإقليمي للشرق الأوسط، ومشغلها في سوريَّة شركة سيريتل «Syria Tel». وأيضاً عقد استثمار وقوف السيارات في بعض الشوارع الرئيسيَّة في مدينة دمشق والمبرم بين محافظة دمشق وشركة «طيف للدعاية والإعلان»، كذلك طرحت الشركة العامَّة لمرفأ طرطوس بتاريخ 2005/9/8م مشروع إنشاء رصيف في مرفأ طرطوس، كما أعلنت الشركة

(1) د. محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود B.O.T، البناء والتشغيل والتحويل، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأوَّل، عام 2003م، ص111.

(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص75.

المذكورة بتاريخ 2006/1/25م عن طلب عروض أسعار لمشروع إنشاء واستثمار عدد من الأرصفة بمواصفات فنية في مرفأ طرطوس.

كذلك قامت محافظة دمشق في سنة 2008م بإبرام عقد مع شركة سورية القابضة لإشادة مشروع متكامل في مركز المدينة، يضم مركزاً للمؤتمرات وأبنية مكتبية إدارية مجهزة بأحدث التقنيات وفندق من فئة خمس نجوم ومراكز تسوق ودور سينما ومواقف سيارات وغير ذلك من المشروعات والعقود⁽¹⁾.

ونحن نرى أهمية مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية التحتية في سورية خصوصاً في وقتنا الحاضر لإعادة الإعمار، حيث إن سورية تعرضت إلى حرب وأعمال إرهابية أدت إلى دمار واسع في البنية التحتية، خصوصاً محطات توليد الطاقة الكهربائية والطرق العامة والجسور والمرافق الصحية، كالمشافي وغيرها وفي مختلف المحافظات السورية، الأمر الذي يتوجب

(1) من ذلك ورشة العمل التي أقامتها وزارة النقل في سورية بتاريخ 2008/7/30 حول دراسة الجدوى الاقتصادية لمشروع طريقي الحدود التركية إلى الحدود الأردنية، ومشروع طريق طرطوس إلى الحدود العراقية التي أعدتها شركة (بارسوتز) العالمية، وتبلغ القيمة التقديرية للمشروع حوالي 80/ مليار ل.س وستكون فترة الاستثمار 40/ سنة.

كذلك وافق مجلس الوزراء لوزارة النقل على التعاقد مع القطاع الخاص لإنشاء وتشغيل مطارات جديدة وتطوير وتشغيل وإدارة المطارات القائمة شريطة الحفاظ على الملكية العامة وحقوق العاملين فيها.

كما وافق مجلس الوزراء لوزارة الكهرباء على التعاقد مع القطاع الخاص السوري والعربي والأجنبي في مشروعات إنشاء وتشغيل محطات توليد طاقة كهربائية جديدة.

د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية المرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص105 وما بعدها.

معاً على الحكومة السورية أن تبرم عقوداً مع القطاع الخاص المحلي والعالمي لإعادة إعمار ما دمرته الحرب مع المحافظة على ملكية المرافق العامة للقطاع العام وفق الدستور والقوانين والأنظمة النافذة بما يحقق المصلحة الوطنية ومصلحة المستثمر في آن معاً.

والاستفادة من التجارب العالمية في مجال تمويل الاستثمار في البنية التحتية، وبخاصة تجربة إعمار أوروبا بعد الحرب العالمية الثانية، وتجربة إعمار البوسنة والهرسك، وتجربة إعمار لبنان بعد الحرب الأهلية، وغيرها من التجارب، واختيار التجربة التي تناسب البنية القانونية في سورية.

الفرع الثاني

التعريف بعقد B.O.O.T

يُعدُّ عقد B.O.O.T نظاماً حديث العهد، وقد أدَّى انتشاره السريع في مختلف دول العالم المتقدمة والنامية وبشتى أنظمتها القانونية إلى تعدد التعريفات وتنوعها.

أولاً - تعريف التشريعات والصكوك القانونية:

عرفت المادة /1/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016 التشاركية بأنها: «علاقة تعاقدية لمدة زمنية محددة ومتفق عليها، بين جهة عامة وشريك من القطاع الخاص، يقوم بموجبها الشريك الخاص بالاستثمار في واحد أو أكثر من الأعمال الآتية: تصميم أو إنشاء أو بناء أو تنفيذ أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تطوير أو إدارة أو تشغيل مرفق عام أو مشروع لدى الجهة العامة، وذلك بهدف المساهمة في تقديم خدمة عامة أو أي خدمة تتوخى المصلحة العامة، مباشرة إلى الجهة العامة المتعاقدة، أو نيابة عنها إلى المستفيد النهائي».

وعرفت المادة /1/ من قانون الشراكة المصري رقم /67/ لسنة 2010 عقد المشاركة بأنه: «عقد تبرمه الجهة الإدارية مع شركة المشروع وتعهد إليه بمقتضاه بالقيام بكل أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة /2/ من هذا القانون».

ونصت المادة /2/ على أنه: «للجهات الإدارية أن تبرم عقود مشاركة تعهد بمقتضاها إلى شركة المشروع تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما تم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج، أو تقديم الخدمة بانتظام واضطراد طوال فترة التعاقد».

وفي فرنسا عرفت المادة /1/ من المرسوم رقم 2004/559 الصادر بتاريخ 17/حزيران/2004 والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 28/تموز/2008 والقانون رقم 2009/179 عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنه: «عقد إداري يعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارته واستغلاله، وصيانته طول مدة العقد المحددة وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها لشركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية».

وعرفت المادة /38/ من قانون سابان الصادر في 29/1/1993 تفويض المرفق العام بأنه: «العقد الذي يُعهد بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه

هذا الأخير مرتبطاً بصورة جوهرية بنائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يُعهد إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق».

ثانياً - تعريف فقهاء القانون:

عرّفه جانب من الفقه بأنّه: «العقدُ الذي تلتزم بمقتضاه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لإقامة المنشآت وصيانتها وتشغيلها، نظير تمتعها بحق ملكية المنشآت فترة متفق عليها في العقد، تتقاضى فيها من جمهور المنفعين مقابل الخدمة، وبنهايتها تنتقل ملكية المنشآت للجهة الحكومية المتعاقدة»⁽¹⁾.

وعرّفه جانب آخر بالقول بأنّه: «العقدُ الذي يتيح من خلاله للدولة أو أحد أجهزتها منح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لإقامة أحد المرافق العامة، وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أصوله، وتشغيل المرفق وصيانتها، مقابل تقديم الخدمة، لسداد أعباء تمويله وتحقيق فائض ربح معقول، كما يتحملُ المستثمرُ مخاطر المشروع التجارية كافة طوال مدة العقد، وفي نهاية هذه المدة، يلتزم المستثمرُ بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة، أو لأحد أجهزتها المعنية، وفقاً للشروط المُبيّنة في اتفاق المشروع»⁽²⁾.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، عام 2010م، ص14.

(2) د. محمد المتولي، إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء - التشغيل - التحويل - B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الجزء الأول، القاهرة، عام 2001م، ص31.

ويبدو أن هذا التعريف تأثر بالقانون المصري رقم 100/ لسنة 1996 بخصوص إنشاء هيئة كهرباء مصر، والذي أجاز للهيئة التعاقد مباشرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية لتحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، وأجاز القانون المذكور منح التزامات المرافق العامة إلى المستثمرين المحليين والأجانب واختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة.

وفي إطار عقد B.O.O.T فإن شركة المشروع تمتلك المشروع خلال مدة التعاقد⁽¹⁾.

ويذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد B.O.O.T بأنه: «عقد تقوم بمقتضاه الدولة بمنح أحد الأشخاص غالباً ما يكون شخصاً معنوياً لضخامة المشروع أو شخصاً طبيعياً الحق بأن يقوم بإنشاء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، على أن يملك هذا المرفق ويُسَّغَله بنفسه أو عن طريق الغير، مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق، طوال مدة العقد، ويلتزم هذا الشخص بإعادة أصول المشروع إلى الدولة، أو لأي من أشخاصها المعنوية عند نهاية مدة العقد، وبالشروط والأوضاع المبينة في العقد»⁽²⁾.

(1) راجع:

- Carles walker and Adrian Smith, privatized infrastructure the B.O.T approach, London, 1996, p.191.

(2) د. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، بحث مقدم إلى مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مصر، 2001م، ص83.

وعرف البعض عقد B.O.O.T بأنه: «العقد الذي يسمح بقيام المستثمر في إنشاء المشروع وبنائه وتملكه للمباني والأصول الخاصة بالمشروع بوساطة شركة تابعة له، تقوم بتشغيله وإدارته وتأدية الخدمة للمستهلك خلال فترة زمنية محددة، على أن يبقى المشروع تحت إشراف الدولة، ويصبح ملكاً لها». ويتميز هذا النوع بأنه يحق لشركة المشروع تملك المشروع ملكية مؤقتة، وفي نهاية مدة الامتياز تؤول ملكية المشروع إلى الدولة بمقابل مادي⁽¹⁾.

ثالثاً - تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية:

عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية «يونيديو»⁽²⁾ عقد B.O.O.T بأنه «اتفاق تعاقدي يقوم بموجبه جهة من القطاع الخاص بإنشاء منشأة معينة، تكون من المرافق العامة الأساسية في الدولة، بما في ذلك تصميمها وتمويلها ومن ثم القيام بتشغيلها وصيانتها، وتقوم هذه الجهة بإدارة وتشغيل هذه المنشأة خلال فترة زمنية محددة، يُسمح لها خلالها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من خدماتها، وأية رسوم أخرى، شرط ألا تتجاوز ما هو منصوص عليه في دفتر

(1) د. زين الدين محسن زهيري، جدوى اعتماد نظام B.O.T في سورية، نموذج تطبيقي على نظام السياحة، رسالة دكتوراه، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، اللاذقية، عام 2011م، ص 7.

(2) أنشئت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية كوكالة مستقلة من وكالات الأمم المتحدة في عام 1986 ومقرها في العاصمة النمساوية فيينا، وهي تقوم بتشجيع التنمية الصناعية المستدامة في البلدان ذات الاقتصاد النامي أو التي تمر بمرحلة انتقالية، وتسخر القوى المشتركة للحكومات والقطاع الخاص لتشجيع الإنتاج الصناعي القادر على المنافسة وتعمل على إقامة شراكات صناعية دولية وتشجع التنمية الصناعية المنصفة اجتماعياً والسليمة بيئياً وهدفها النهائي هو إيجاد حياة أفضل للناس بإرساء قاعدة صناعية للرخاء والقوة الاقتصادية على المدى الطويل.

الشروط، أو العقد المُبرم، وذلك لتمكين جهة القطاع الخاص من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مُناسب، وفي نهاية العقد، تقوم جهة القطاع الخاص بنقل ملكية المنشأة إلى الدولة، أو إلى جهة خاصّة جديدة مُختارة من خلال طرح عطاء جديد⁽¹⁾.

وقد عرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال⁽²⁾ عقد B.O.O.T بما يلي: «يوصف مشروع البنية التحتية بأنه مشروع - بوت - عندما تختار السلطة المُتعاقدة أو الإدارة صاحب الالتزام لتمويل وتشيد مرفق أو نظام للبنية التحتية، وتعطي هذا الكيان حق تملك وتشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة مُعيّنة، ثم يتم إعادة - تحويل - المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المُتعاقدة»⁽³⁾.

(1) راجع:

UNIDO. B.O.T GUIDELINES: UNIDO Publication, Austria, 1996, p 288.

(2) الأونسيترال (united nation commission on international trade uncitral law) هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أنشئت سنة 1966م، وهي هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة، ولها ولاية عامة، تتمثل في تعزيز التنسيق والتوحيد التدريجين لقانون التجارة الدولية. وقد أعدت الأونسيترال منذ إنشائها طائفة واسعة من الاتفاقات والقوانين النموذجية والصكوك الأخرى تتناول القانون الموضوعي الذي يحكم المعاملات التجارية أو = = الجوانب الأخرى للقانون التجاري التي لها أثر على التجارة الدولية. وتجتمع الأونسيترال مرة واحدة في السنة في نيويورك وفي فيينا بالتعاقب. وتتألف من عدد من الدول بغية تيسير المداولات، وتمثل العضوية المناطق الجغرافية المختلفة والنظم الاقتصادية والقانونية الرئيسة في العالم، ويُنتخب أعضاء اللجنة لولاية مدتها ست سنوات. www.Uncitral.org

(3) راجع:

- Uncitral: the united nation commission on international trade law legislative, guide on financed infrastructure privet, 2002, op. cit. p.5.

كما عرّفته أيضاً بأنّه «شكل من أشكال تمويل المشروعات - project finance - تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين يُشار إليهم بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لإقامة مشروع مُعيّن، وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً، لعدد من السنوات، تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات الناتجة من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، أو أي من مزايا أخرى، تُمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة من دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة، وذلك وفقاً للعقد المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز»⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر أنّ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المذكورة، قد أطلقت على عقد B.O.O.T في تقريرها سنة 1996م مشروعات البناء والتشغيل والنقل، ثمّ أطلقت عليها سنة 1997م مشروعات الهياكل الأساسية ذات التمويل الخاص، ثمّ أطلقت عليها سنة 1998م مشروعات الهياكل الأساسية المُمَوَّلة عن طريق القطاع الخاص، ثمّ استقرت اللجنة في تقاريرها منذ سنة 1999م اصطلاح مشروعات البنية التحتية المُمَوَّلة من القطاع الخاص، وفي تقريرها سنة 2000 و 2001م، أطلقت عليها عنوان «الأعمال الممكنة في المستقبل بشأن مشروعات البنية التحتية المُمَوَّلة من القطاع الخاص»⁽²⁾. وتبع ذلك

(1) راجع:

- United nation commission on international trade law: 29 session, New York, 1996, possible future work build - operate- transfer project, note by the secretariat, p.3.

(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص13.

أحكام تشريعية نموذجية، لتوفير مساعدة أكبر للدول، ووضع إطار تشريعي ومبادئ ملائمة لهذه المشروعات، لتؤكد ضرورة تعزيز قواعد الشفافية والإنصاف في تنفيذ هذه المشروعات.

وإنَّ التعريف السابق يتضمَّن مجموعةً من الترتيبات التعاقدية المُختلفة التي تندرج جميعها ضمن العنوان العريض لنظام «عقد البناء والتملك والتشغيل والنقل B.O.O.T وعقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T وغيرها»، وإنَّ عقدَ B.O.O.T يقدم إطاراً وهيكلًا تعاقدياً جديداً لتنفيذ مشروع التشييد من الناحية التنظيمية والإدارية، بحيث يتم وفقه تحميل المستثمر (المقاول) مسؤولية التشييد، التي كانت تتحملها جهتان مختلفتان في النظم التقليدية لعقود التشييد، كذلك تحميل المستثمر مسؤولية التمويل التي كانت تتحملها الحكومة في السابق؛ أي إن نظام B.O.O.T يقدم إضافة جديدة إلى الأساليب المتاحة أمام رب العمل (الجهة العامة) لتنفيذ مشروع التشييد⁽¹⁾.

وقد تبنَّى البنك الدولي مفهومَ الشراكة بين القطاعين العام والخاص (public-private-partnership ppp)، والتي عدّها الوسيلة الأفضل للحدِّ من الأعباء المالية، ولتجنب مخاطر الديون والإفلاس، وعدّ تقنية التفويض اكتشافاً جديداً في وسائله، قديم في مفهومه وتطبيقاته، والذي تمَّ التعبير عنه بأسلوب B.O.O.T و B.O.T وتفرعاته.

(1) د. محمد غازي الجبالي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية، جامعة عين شمس، القاهرة، عام 2000م، ص23.

وعرّف البنك الدولي عقد B.O.O.T بأنه «شكل من أشكال الامتيازات يُقصدُ به عادةً المشروعات الجديدة كليةً، وهو قيام القطاع الخاص بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مرفق ما لفترة محددة، وبعد ذلك ينقل المرفق إلى الدولة، أو هيئة عامة أخرى»، وقد عرّف البنك الدولي مشروعات البنية الأساسية بأنها «مجموعة المنشآت والشبكات والخدمات التي يجب أن تتوافر في المدن والمناطق الحضرية، والتي لا يمكنُ دون وجودها ممارسة النشاط الاقتصادي والاجتماعي، وتُشكّل منتجاتها سلعاً وخدمات»⁽¹⁾.

وتنقسم مشروعات البنية الأساسية إلى: مشروعات البنية الأساسية الاقتصادية، كالطرق والسكك الحديدية ومحطات التزويد بمياه الشرب وشبكاتنا، ومحطات توليد الطاقة الكهربائية وشبكاتنا، والتزويد بالغاز الطبيعي، ومحطات الصرف الصحي، وشبكات الاتصالات، المطارات، وغيرها، وهناك مشروعات البنية الأساسية الاجتماعية: وتضمُّ في كثير من الأحيان خدمات التعليم والصحة، ومشروعات قطاع الإذاعة والتلفزيون، وغيرها.⁽²⁾ لكن البنك الدولي كجهة مُؤمّلة للمشروعات وفق نظام B.O.O.T أخرج المشروعات السياحية من المجالات التي تنصبُّ عليها مشروعات B.O.O.T⁽³⁾.

(1) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص 7.

(2) د. محمد غازي الجلاي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، المرجع السابق، ص 9.

(2) راجع:

وفي نهاية المطاف يمكن أن نؤكد على أن أغلب الأفكار السابقة قد ذكرت خصائص عقد B.O.O.T الرئيسية وتوسّعت في ذكر جزئيات العقد، وركّزت على الجانب التعاقدى والتمويلي.

كون عقد B.O.O.T هو نظام تعاقدى يُبرم بين جهة عامة وجهة من القطاع الخاص بالإضافة إلى أنه نظام تمويلي حديث، يقوم على فكرة التمويل الذاتي للمشروع، لضمان سداد القروض، من العائدات المُتحقّقة من تشغيل المشروع، حيثُ ينظرُ المقرضون إلى التدفّقات النقدية كمصدر لتسديد ديونهم، بالإضافة إلى أصول المشروع العينية والمادية، وبالتالي يتمتّع عقد B.O.O.T بضمانات مُتعدّدة لسداد الديون.

ونحن نعتمد التعريف التالي لعقد B.O.O.T بأنّه: (علاقة عقدية بين جهة عامة وشخص من القطاع الخاص لتشييد مشروع وتمويله على نفقته الخاصّة، على أن يملك أصول المشروع ويُشغله، مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق، طوال مدة العقد عن طريق جباية رسوم أو بدلات من المنتفعين، ويلتزم هذا

درس البنك الدولي /4154/ مشروعاً للشراكة بين القطاع العام والخاص p.p.p في البلدان النامية في الفترة 1984-2007 وتوصل إلى أنّ مشروعات B.O.T تشكل نسبة 48% من مشروعات الشراكة بين القطاع العام والخاص، لكن مجموع كلفتها التقديرية بلغت فقط 36.5% من إجمالي مشروعات الشراكة المدروسة، ما يعني أنّ الدول تتوجه نحو صيغ أخرى غير صيغة B.O.T في المشروعات الضخمة. راجع:

- Phuong tream doan: Build- operate- transfer tolls, university of combridge, 2009, p.3.

الشخص بتحويل أصول المشروع إلى الجهة العامة المتعاقدة، عند نهاية مدة العقد بحالة جيّدة وبدون مقابل أو بمقابل معقول يتم الاتفاق عليه في العقد).

وسنعالج في المطلب الآتي خصائص العقد الرئيسة والتي تُميّزه عن العقود المشابهة له، كونه مُرتبطاً بمشروعات البنية التحتية على المدى الطويل، ويتمّ تنفيذه على مراحل تتسم بالتعقيد، وإبرامه أيضاً يستدعي الدخول في مفاوضات مُطوّلة قد تستمرّ لسنوات.

المطلب الثاني

خصائص عقد B.O.O.T وتمييزه عن العقود المشابهة له

بعد أن استعرضنا التعريفات التي تناولت عقد B.O.O.T يمكننا القول: إنَّ هناك خصائص جوهرية يتَّسمُ بها عقد B.O.O.T (الفرع الأوَّل)، وحيثُ إنَّ الواقعَ العملي أفرز مُشتقَّاتٍ أو صورَ عدة لعقد B.O.O.T وصيغاً مُختلفة، لذا يتطلب أن نستعرضها في (الفرع الثاني).

الفرع الأوَّل

خصائص عقد B.O.O.T

- إنَّ عقدَ B.O.O.T يتَّسمُ بمجموعة من الخصائص الجوهرية وهي:
- إنَّ نظامَ B.O.O.T هو علاقة تعاقدية بين جهة عامة وجهة خاصَّة.
 - الغاية من العقد هو إنشاء مرفق عام.
 - التمويل الخاص للمشروع.
 - ملكية الإدارة للمرفق العام (تملك المستثمر أصول المشروع خلال المدة العقدية).

وفيما يأتي تفصيل ذلك:

أولاً - نظامَ B.O.O.T هو علاقة تعاقدية بين جهة عامة وجهة خاصَّة:

إنَّ نظامَ B.O.O.T هو علاقة تعاقدية بين الدَّولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة، وإحدى جهات القطاع الخاص من جهة أخرى.

كما إنه نظام تعاقدى، أي اتفاق بين إرادتين أو أكثر على إنشاء مشروع معين من مشروعات البنية الأساسية، وتتولَّى الشركة المُتعاقدَة إدارته وإنشاءه وتملك أصوله وتشغيله واستغلاله، خلال المدة المُتفق عليها، بما يُحقِّق استرداد ما

أنفق من رأس المال وتحقيق أرباح مناسبة، ثم تقوم الشركة بنقل ملكية المشروع إلى الإدارة المتعاقدة المالكة له أصلاً⁽¹⁾.

وهذه العلاقة التعاقدية تتوافق مع قرارات إدارية قابلة للانفصال أو غير قابلة للانفصال. ومن ثم هو ليس تصرفاً لإرادة منفردة، يصدر عن السلطة الإدارية المانحة للالتزام، بما تتمتع من امتيازات منحها إياها القانون العام، وهو ما يُسمّى بـ«الترخيص الإداري»، أي عملية استغلال المرفق العام يُعهد بها إلى القطاع الخاص بقرار إداري، ونجد تطبيقات لذلك في سورية ومصر⁽²⁾.

يجب تحريّ الدقة في صياغة اتفاق المشروع، وأن تتمّ هذه الصياغة في ضوء القانون المنطبق على العقد، وغيره من القوانين ذات الطابع الإلزامي في البلد المضيف، كالقوانين ذات الطابع الإداري أو المالي أو غيره، ويجب استخدام ألفاظ

(1) د. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق المصرية، عام 2004م، ص42.

(2) من التطبيقات لذلك في مصر، منح أول ترخيص في 18/4/1998م إلى الشركة المصرية لخدمات الهاتف المحمول لإنشاء وتشغيل خدمات اتصالات بنظام (900 - Gsm) في مصر بالاستناد إلى القانون رقم 19/ لعام 1998م المتضمن إحداث جهاز لتنظيم مرفق الاتصالات السلكية واللاسلكية في وزارة النقل.

وفي سورية قامت الحكومة السورية ممثلة بوزارة المواصلات بتلزم شركة الهاتف الخليوي في سورية (سيرياتيل) للاستثمار لمدة 25/ عاماً وفق نظام B.O.T بما فيها فترة تنفيذ المشروع، ثم تحولت شركة سيريتل للاتصالات من نظام عمل B.O.T إلى نظام الترخيص الإفرادي بالقرار رقم 1/ لعام 2014 الممنوح لها من الهيئة الناطمة لقطاع الاتصالات في سورية وفقاً لقانون الاتصالات رقم 18/ لعام 2010. د. أوس جمال مخبير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019، ص97. د. زين الدين محسن زهيري، جدوى اعتماد نظام ال B.O.T في سورية، المرجع السابق، ص80.

ومصطلحات وصيغ واضحة الدلالة حتّى لا ينشب حول دلالاتها خلافات أو نزاعات مستقبلية.

وعن لغة الاتفاق، فينبغي أن تكون الصياغة بلغة واحدة. وإذا تمت الصياغة بلغتين، فيجب تحديد اللغة الي سيتمّ تغليبها في حال تضارب معاني الألفاظ⁽¹⁾. وإنّ المفهوم الثابت والمستقر على الصعيدين الداخلي والدولي أن يكون لعقد B.O.O.T طرفان أساسيان هما، الدّولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة، والقطاع الخاص أو شركة المشروع من جهة أخرى⁽²⁾.

(1) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص315-316.

(2) نصت المادة 1/ من القانون السوري رقم 51/ لعام 2004 المتضمن طرق تأمين احتياجات الجهات العامة، أن الجهة العامة هي: "إحدى الوزارات أو الإدارات العامة أو الجهات العامة أو الوحدات الإدارية المحلية أو البلديات أو المصالح البلدية أو الدوائر الوقفية أو المؤسسات العامة أو الشركات العامة أو المنشآت العامة".

كذلك عرفت المادة 1/ من القانون رقم 5/ لعام 2016 المتضمن قانون التشاركية السوري الجهة العامة بأنها: "أي وزارة أو إدارة أو هيئة عامة أو مديرية عامة أو مؤسسة أو شركة أو منشأة عامة أو وحدة من وحدات الإدارة المحلية أو ما هو في حكمها". وعرف الشريك الخاص بأنه: "أي شخص اعتباري أو ائتلاف أشخاص اعتبارية، محلية كانت أم خارجية، يجري التعاقد معها على نحو يتوافق مع أحد إجراءات التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون". وعرفت شركة المشروع بأنها: "الشركة السورية الجنسية التي تؤسس -حين الاقتضاء- لغرض وحيد هو تنفيذ عقد التشاركية ويكون مقرها الرئيس في الجمهورية العربية السورية وتمارس عملها وفقاً لأحكام قانون الشركات النافذ، وتكتسب هذه الشركة الحقوق وتحمل الالتزامات وفق ما هو منصوص عليه في عقد التشاركية، متضمنة -حسب الحال- المساهمة في تقديم الخدمة العامة". كذلك نصت المادة 1/ من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم 67/ لعام 2010 بأن الجهات الإدارية هي: "الوزارات والهيئات العامة، الخدمية والاقتصادية، وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة التي يصدر =

وتُعدُّ الدَّولةُ أو أحدُ أشخاص القانون العام الطَّرفَ الأساسيَّ في عقد B.O.O.T والتي تلعبُ دوراً جوهرياً في التعاقد، ويتقرَّرُ بموجب الاتفاق لشركة المشروع تملُّك وإدارة المنشأة⁽¹⁾.

وإذا كان هذا العقد قد نشأ وتطوَّر في رحاب الدَّولة، وأشخاص القانون العام، فقد أخذَ القطاع الخاص، باللجوء إلى تلك العقود، وهو ما كشف عنه الواقع العملي⁽²⁾.

وهناك من يرى أنَّ عقدَ B.O.O.T هو مشروع متكامل وليس عقداً، وأنَّه مجموعة من العقود المُركَّبة والقرارات الإدارية، حيثُ يتضمَّنُ العقدُ في داخله حزمة من التعاقدات المُختلفة والمتعددة الأطراف، فشركة المشروع تقوم بالتزاماتها عبر

= بتحديدِها قرار من مجلس الوزراء". وعرف القطاع الخاص بأنه: "هو الشخص الاعتباري المصري أو الأجنبي الذي تقل نسبة مساهمة المال العام المصري في رأسماله فيه عن 20% والتحالف بين اثنين أو أكثر من الأشخاص الاعتبارية المصرية أو الأجنبية الذي تقل نسبة مساهمة المال العام فيه عن 20% وعرف شركة المشروع هي: "الشركة المساهمة المصرية التي يؤسسها صاحب العطاء الفائز ويكون غرضها الوحيد تنفيذ عقود المشاركة".

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص22.

(2) ومن ذلك ما ذهب إليه نادي الصيد المصري باتفاق مع الشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشييد، على بناء صالة للبولينغ والبيلياردو بنظام B.O.T على أنَّ تؤوَل إلى النادي بعد عشر سنوات، وتدفع الشركة للنادي ستة ملايين جنيه مصري، وكذلك ما ذهب إليه نادي «هيليوبلس» الرياضي في مصر من بناء كراج متعدد الطوابق تحت الأرض وفق نظام B.O.T، مشار إليه من قبل د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص12-13.

شبكة من العقود التي تُبرم في إطار عقد B.O.O.T الرئيس، فهي تُبرم عقوداً مع الجهات المقرضة، كالبنوك التجارية، والمؤسسات المالية الدولية وغيرها. وتتولّى هذه الجهات إبرام عقد القرض مع شركة المشروع، كذلك تبرم شركة المشروع عقداً مع المقاول بنظام تسليم المفتاح، وكذلك تُبرم عقداً مع المُشغّل، ومع شركات التأمين⁽¹⁾. ويذهب هذا الاتجاه إلى أنّ عقد الامتياز أهمُّ عنصرٍ في حزمة B.O.O.T، التي تهدف إلى إنشاء بنية تحتية في دولة ما، ولكن لا يمكن اختصار مشروع B.O.O.T بأحد عقودها، وإن كان أكثرها أهمية، حيث إنّ عقد B.O.O.T يُمثّل الإطار القانوني الحاكم للعلاقة بين جهة الإدارة وشركة المشروع التي تقوم بإنشاء المشروع وخلقِهِ.⁽²⁾

ونحن نرى أنّ عقد B.O.O.T يقوم على توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء مشروع مُحدّد، تتولّى شركة المشروع إنشاءه وتملكه وإدارته فترة من الزمن، تسترد

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص23.

(2) نصت المادة 2/ من قانون التجارة المصري رقم 17/ لعام 1999م على أنه: «تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية»، فهذا النص أظهر رغبة المشرع في إنزال اتفاقات المتعاقدين منزلة الصادرة بين مصادر التشريع في قانون التجارة، وهو ما يسمح للمتعاقدين بوضع القواعد التي تتلاءم وخصوصية عقد B.O.O.T من دون التقيد بأحكام المصادر الأخرى لقانون التجارة، شرط عدم تعارض العقد مع النظام العام في الدولة المضيفة.

د. مي محمد عزت شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص9.

خلالها ما أنفقت من أموال، وتحقيق أرباح مقبولة، ثمَّ نُحوّل ملكيته بحالة جيّدة إلى جهة الإدارة المالكة له أصلاً، والعقد يُحدّد حقوق الطرفين والتزاماتهما.

بالإضافة إلى ذلك، فإنَّ شركة المشروع حتّى تقوم بتنفيذ التزاماتها، تبرم مجموعة من العقود والاتفاقات في سبيل إنجاز المشروع، كاتفاق (القرض) Loan Agreement، واتفاقات الاستشارة (consultancy agreement)، وعقد الإنشاء واتفاق مُدخلات التشغيل، واتفاقات بيع منتجات التشغيل، واتفاق التشغيل والصيانة، وغير ذلك.

ويجب أن تعمل هذه العقود نحو تحقيق الهدف المُناط بعقد B.O.O.T، والمُتمثّل بإنشاء المرفق العام وإدارته، حتّى تحويله إلى الجهة الإدارية المُتعاقدة، بحالة جيّدة صالحة للاستعمال، خصوصاً أنّ عقد B.O.O.T عقد طويل المُدة، ويمرُّ بمراحل متعددة، وتختلف مُدة العقد باختلاف أهمية المشروع والمُدة اللازمة لتغطية التكاليف.

ومما تجدر الإشارة إليه أنّه عندما يكون مشروع البنية الأساسية يتعلّق بأكثر من دولة، فعندئذٍ تلزم إبرام اتفاقية دولية⁽¹⁾.

(1) والمثال على ذلك الاتفاقية الموقعة بين حكومة المملكة المتحدة وفرنسا بشأن تنفيذ مشروع نفق القناة بين البلدين، حيثُ حددت هذه الاتفاقية التزام الحكومتين بتسهيل تنفيذ المشروع والنص على التعهدات الضرورية لذلك، إلى غير ذلك من المسائل.

راجع:

- Carles walker and Adrian Smith, Privatized Infrastructure the B.O.T approach, London. Op. Cit, p.173.

ثانياً - الغاية من العقد إنشاء مرفق عام:

لم يتفق فقهاء القانون على تعريف موحد لمصطلح "المرفق العام"؛ لأن محتوى فكرة المرفق العام تقوم على أساس عنصر النفع العام، وفكرة النفع العام في حد ذاتها غير محددة بدقة⁽¹⁾.

وقد حاول الفقه والقضاء وضع تعريف للمرفق العام على نحو يكون جامعاً مانعاً، وكانت التعريفات تدور حول مدلولين:

المدلول العضوي أو الشكلي: ويُقصد به المنظمة أو الهيئة التي تتولّى إشباع حاجة عامة، وقد تكون وزارة، أو مصلحة عامة، أو منظمة إدارية.

المدلول المادي أو الموضوعي: هو الخدمة التي تُؤدّى إلى الجمهور أو النشاط الذي يُمارس لتحقيق النفع العام، وسد الحاجة العامة للأفراد⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه القانوني في الأخذ بأحد المدلولين في تعريف المرفق العام⁽³⁾. ويُؤيد جانب من الفقه الحديث في القانون العام الجمع بين المعيارين

(1) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص268.

(2) د. محمود حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 1981-1982م، ص18.

راجع: -Rivero. J. Droit, administratif, Dalloz, Paris, 1983, p.447.

(3) عرّف الفقيه الفرنسي «هوريو» المرفق العام بأنه «منظمة عامة تباشر من السلطات والاختصاصات ما تكفل به القيام بخدمة تسديدها للجمهور على نحو منتظم ومستمر». وعرفه الفقيه «دوجي» بأنه: «كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه ويتولاه الحكام، لأن القيام بهذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الاجتماعي بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة» راجع د. محمود حافظ، نظرية المرفق العام، المرجع السابق، ص18.

الشكلي والموضوعي معاً في تعريف المرفق العام، أي المدلول المزدوج، حيث إنّ المرفق العام يدلّ على النشاط موضوع المرفق، وفي الوقت ذاته يدلّ على الهيئة أو المنظمة التي تتولّى هذا النشاط.

ويُستنتج ممّا سبق أنّ المرفق العام يُدار من الدّولة، أو تحت رقابتها، ويستهدف أداء الخدمة العامّة أو تحقيق النفع العام بشكل مستمر ومنتظم.

فالمرفق العام يخضع إلى نظام غير عادي؛ لأنّه موضوعي يُحقّق نشاطاً من طبيعة معينة، ولأنّه عضوي يرتبط بالجهاز الإداري للدولة بصورة معينة ويُمارس نشاطاً من طبيعة خاصّة⁽¹⁾. والمقصود بالنظام غير العادي في نطاق القانون العام يتمثّل في امتلاك الإدارة امتيازات السلطة العامّة⁽²⁾. كون هذه الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فيما تصدره من قرارات إدارية، وتملك حرمان الأفراد من عقاراتهم عن طريق نزع ملكيتها (الاستملاك)، وتستطيع في حالات معينة تنفيذ ما تصدره من قرارات جبراً في مواجهة الأفراد، دون اللجوء المسبق إلى القضاء، وهذا ما يعرف

(1) د. محمد متولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص7.

راجع:

-Lachaume, J. F – Boiteau. C es pauliat. H, Grands services publics, A, Cotine, Paris, 2000, p.18.

(2) د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2010-2011، ص19.

بحق التنفيذ المباشر⁽¹⁾. بالإضافة إلى ذلك المرفق العام يتم إحداثه من قبل السلطة التشريعية أو التنفيذية، فقد نص القانون السوري رقم /50/ لعام 2004 بأنه يتم إحداث الجهة العامة ذات الطابع الإداري بقانون ويتم إحداث الجهة العامة ذات الطابع الاقتصادي بمرسوم. ويتم إحداث البلديات ووحدات الإدارة المحلية وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة بهذا الشأن.

والمرافق العامة الإدارية هي المرافق التي تتناول نشاطاً يختلف عن النشاط الذي يزاوله الأفراد عادة كمرفق الدفاع والقضاء والشرطة. وتخضع هذه المرافق إلى أحكام القانون العام ويكون عمالها موظفين عموميين يخضعون إلى القوانين والأنظمة، وأموالها تعد أموالاً عامة، وإن الأساليب التي تستخدم في إدارتها عموماً هي أساليب القانون العام.

أما المرافق العامة الاقتصادية فهي تزاول نشاطاً من طبيعة تجارية أو صناعية أو زراعية أو مالية، كمرفق توريد المياه والغاز والكهرباء، فهي تقوم بنشاط مماثل للنشاط الذي يتولاه الأفراد والقطاع الخاص، وتتوافر لها في الوقت نفسه جميع الصفات المميزة للمرافق العامة⁽²⁾.

وفي فرنسا وبموجب دستور سنة 1958م أصبح أمر إنشاء المرافق العامة متروكاً للحكومة (السلطة التنفيذية) باستثناء حالات حصرية وردت في المادة /34/

(1) د. عبد الله طلبية، د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، المدخل إلى القانون الإداري، جامعة دمشق، نظام التعليم المفتوح، الدراسات القانونية، 2003، ص 258.

(2) د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، المرجع السابق، ص 64 وما بعدها.

من الدستور يكون الاختصاص فيها للبرلمان، ومنها حالة ما إذا مس إنشاء المرفق العام الحريات العامة الأساسية للأفراد، كإنشاء مشروع احتكاري يقيد حرية التجارة أو الصناعة⁽¹⁾.

وفي مصر نصّ الدستور المصري الصادر عام 1971م على أن يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء المرافق والمصالح العامة وتنظيمها⁽²⁾. وقد عرّف مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر له بتاريخ 20 نيسان 1956م المرفق العام بأنه هو الذي تجتمع فيه العناصر الآتية:

- 1- المرفق العام مشروع يدار من الدولة أو تحت رقابتها.
 - 2- يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام، كتوفير خدمات عامة، أو سد حاجات عامة، فالمرافق العامة تستهدف دائماً تحقيق النفع العام، وإن عنصر النفع العام متلازماً مع صفة استمرار العمل بانتظام واطراد، لأن تعرض هذا النشاط للتوقف يترتب عليه الاضطراب في المجتمع⁽³⁾.
- ويمكن تعريف النفع العام بأنه: «النفع الذي يعجز الأفراد عن تحقيقه، أو لا يستطيعون تحقيقه أو لا يرغبون في القيام به أصلاً، أو أن تكون الحاجة التي يبغي المرفق العام إشباعها من الأهمية بحيث لا تترك مهمة إشباعها إلى المبادرات الفردية وحدها»⁽⁴⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص47.

(2) د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، المرجع السابق، ص34.

(3) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص10.

(4) د. محمد أحمد غانم، المرجع نفسه، ص15.

والمرافق العامة على النحو السابق هي الغاية التي يستهدفها عقد B.O.O.T حيث إنّ الدافع إلى التعاقد في هذا العقد، هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية ذات أهمية، وتؤدي خدمات ذات نفع عام لمواطني الدولة المضيفة⁽¹⁾. ومن أمثلة هذه المشروعات: الكهرباء ومياه الشرب، والطرق، والسكك الحديدية، والأنفاق، المطارات، الموانئ والاتصالات وغيرها وهي ما تُسمى بمشروعات البنية الأساسية وتُشكّل منتجاتها ذات طبيعة احتكارية⁽²⁾.

وهذا العقد نشأ وانتشر كأحد وسائل إدارة المرافق العامة وهو الوسيلة التي تهدف الإدارة المتعاقدة من ورائها إلى نقل مخاطر المشروع الاقتصادي الخدمي إلى القطاع الخاص،⁽³⁾ مع تقديم الخدمة إلى الجمهور بسعرٍ مناسب⁽⁴⁾.

(1) نصت المادة 90/ من القانون المدني السوري: "تعتبر أموالاً عامة (العقارات والمنقولات) التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم".

(2) د. محمد غازي الجلاي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، المرجع السابق، ص 9.

(3) يعد نظام B.O.O.T ونظام B.O.T إحدى وسائل إدارة المرفق العام، فهناك أسلوب الإدارة المباشرة، وأسلوب المؤسسات العامة، وأسلوب التزام المرافق العامة، وأسلوب مشروعات الاقتصاد المختلط، ولكل أسلوب أحكامه الخاصة به، وقد أخذت مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية صوراً متعددة، وبرزت عقود B.O.O.T و B.O.T كإحدى أهم الآليات التي تمكن الدولة من إقامة المشروعات الكبرى، وإدارة المرافق العامة الاقتصادية بمشاركة القطاع الخاص.

(4) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 126.

وتجدر الإشارة إلى أن حتى المرافق العامة التي تدار بأسلوب الإدارة المباشرة، كمرفق الشرطة، أصبحت مسرحاً للكثير من التغيير والتطور، فأصبحت بعض الدول كسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية، تُجيز أن يُعهد للقطاع الخاص القيام ببعض المهمات التي يتولاها مرفق الشرطة من خلال شركات خاصة⁽¹⁾.

ثالثاً - التمويل الخاص للمشروع:

يقوم الاتجاه الحديث في تمويل مشروعات B.O.O.T بصفة أساسية على تحميل القطاع الخاص دوراً أساسياً في أعباء تمويل عملية التنمية⁽²⁾. ويشكّل

(1) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 250.

(2) يتم تمويل مشروعات البنية الأساسية بطرق عدة:

1- التمويل الحكومي المباشر: حيث تتولى الحكومة تمويل المشروع مباشرة من الموازنة العامة عبر تخصيص نفقات استثمارية من الموازنة.

2- التمويل الحكومي عبر القروض والمساعدات: حيث تلجأ الحكومة إلى الاقتراض من دولة أخرى أو من بعض هيئات التمويل الدولية أو الإقليمية، ولسداد هذه القروض مع فوائدها تقوم الحكومة بتخصيص نسبة سنوية من موازنتها لسداد الديون، ويمكن أن تحصل الحكومة على مساعدات ومنح لإنفاقها في تشييد بنيتها الأساسية.

3- التمويل من القطاع الخاص: حيث تقوم الحكومة بمنح امتياز إلى القطاع الخاص ليتولى تأمين التمويل اللازم لمشروع البنية الأساسية، وذلك بضمان عائدات المشروع نفسه التي تنجم عن بيع الخدمة التي يقدمها المشروع إلى الجمهور مباشرة، أو إلى هيئة حكومية تتولى بدورها بيع الخدمة للجمهور مقابل تعريفة متفق عليها، ويندرج عقد B.O.O.T ضمن هذا النوع من التمويل.

د. محمد غازي الجلاي، نحو بناء متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، المرجع السابق، ص 15.

التمويلُ العنصرَ الأساسي في لجوء الدولة إلى التعاقد بنظام B.O.O.T، ومن ثَمَّ يُحقِّق للدولة ميزة مهمة هي عدم اللجوء إلى الانفاق من الميزانية العامة للدولة، أو احتياطاتها النقدية، من أجل بناء هذه المشروعات التي تحتاج إلى استثمارات ضخمة، ومن ثَمَّ يسمح هذا النظام للدولة بتوجيه موارد الخزينة بشكل أكبر إلى القطاعات الإنتاجية التي ليس لها مردود اقتصادي، وأرباح مباشرة، مثل قطاع التعليم والصحة، ويساعد الإدارة على توجيه موارد إضافية إلى الخدمات الاجتماعية من دون إحداث عجز في الموازنة العامة للدولة⁽¹⁾.

ويسمح للدولة أيضاً بتوفير العملات الأجنبية التي تحتاجها، ويسمح هذا النظام بتشجيع سوق الأوراق المالية، وخلق أوراق مالية جديدة من خلال لجوء القطاع الخاص إلى مصادر تمويلية مُختلفة ويساعد الدولة على ترتيب احتياجاتها من مشروعات البنية الأساسية، وذلك حسب جدول زمني لخطط التنمية الاقتصادية لديها⁽²⁾.

(1) راجع:

-Hyman (M.A) and Shah (R.S), the new futter state outsoricing model: build – oprate– transfer preparing for this futter model, housing finance international, 2003, p / 12/.

-Vandomme (Laurent),"to time,to budget,to specification: l'allocation des risques pre- opérationnelsdans le cadre de financement des projets B.O.T,RDAI,N8,1999,P877.

(2) د. زين الدين محسن زهيري، جدوى اعتماد نظام B.O.T في سورية، المرجع السابق، ص30-29.

ويعتمد نظام تمويل عقد B.O.O.T على التمويل بضمان السداد من عائد المشروع /project finance/، حيث يتم استرداد ما تم إنفاقه على المشروع من الدخل الذي يحققه المشروع وليس أمام الجهات المقرضة إلا الاعتماد على التدفقات النقدية /cash flow/ والإيرادات الناشئة عن استغلال المشروع⁽¹⁾، والتمويل على أساس العائد فقط يُسمَّى تمويلًا من دون حق الرجوع، ففي العلاقة بين شركة المشروع والمقرضين لا يستطيع الآخرون الرجوع إلى شركة المشروع في حالة فشل المشروع، وهذا ما يُشكِّل مخاطر بالنسبة إلى المقرضين، وهي مخاطر ينفرد بها التعاقد بنظام B.O.O.T، الأمر الذي يفرض الدخول في مفاوضات لتنظيم توزيع تلك المخاطر.

ويمكنُ إجمال خصائص تمويل المشروع بالآتي:

- تكون العبرة بالتدفقات النقدية في تقييم الجدوى الاقتصادية، ولذلك ينبغي أن يكون المقرضون مقتنعين بأن تدفق موارد المشروع سيكون كبيراً بحيث يضمن تسديد الدين في الوقت المناسب، ولذلك إنَّ الأمرَ معقودٌ في ضمان سداد القروض على حسن أداء المشروع من النواحي الفنية والاقتصادية، فتدخل مؤسسات الإقراض بقدر كبير في الرقابة على المشروع طوال مدة تنفيذه وتشغيله⁽²⁾.

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية- البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2006م، ص77.

(2) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص29-30.

- وتسعى مؤسسات التمويل إلى ضمان سيطرتها على أصول المشروع، من خلال رهن الأصول المادية للمشروع لتشغيل المرفق بالكفاءة الفنية والمالية اللازمة، حيث يكون لها الحق في وضع يدها على هذه الأصول حال تعثر الشركة لأي سبب، وتشغيل المشروع بما يُحقّق استمرارية تشغيله وتجنّب تصفيته، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّ التأمينات العينية والشخصية تلعب دورها إذا أصبح تشغيل المشروع مستحيلاً، حيث يتسنى لها الحصول على حقوقها التي تتمتع بمرتبة ممتازة، استناداً إلى الرهون التجارية والعقارية، عندما تطلب البنوك ضمانات تخصّ بعض أصول المشروع الخاصّة، وهنا يكون التمويل ذا رجوع محدود⁽¹⁾.

- ومن ثمّ إنّ نظام B.O.O.T يستهدف نقل عبء ومخاطر تمويل مشروعات البنية الأساسية إلى عاتق النظام الخاص⁽²⁾.

- وهذا النظام يُسهم في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبيّة المباشرة، ويتمثّل الاستثمار في المشروعات التي يقيمها ويملكها المستثمر، بسبب ملكيته الكاملة لها، أو نتيجة اشتراكه في رأس مال المشروع بنصيب يمنحه حق الإدارة⁽³⁾.

(1) التمويل بهذه الطريقة له مخاطره ومحاذيره من قبل البنوك، وذلك بالنظر إلى أنّ القيمة الضمانية للأصول المعنية ليس من السهل تحويلها إلى أموال لاستيفاء حقوقهم، كونه لا يجوز التنفيذ عليها أو لا يمكن التصرف فيها بالنظر إلى طبيعتها. د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص43.

(2) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص194.

(3) المرجع نفسه، ص201-202.

- ونظراً إلى ضخامة مشروعات البنية الأساسية، فإنّها تستلزم مصادرَ عدة للتمويل، وليس من مصدر واحد، ولذلك تقوم شركة المشروع بعقد اتفاقيات قروض عدة مع أطراف متعددة، وهذا ما يُسمّى «هيكل التمويل للمشروع»⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لعام 2016 نص في المادة 61/ الفقرة /ح/ على أنه: «يلتزم الشريك الخاص بتوفير كامل التمويل اللازم للمشروع، أو جزء أساسي منه، من موارده الذاتية، وعن طريق آليات التمويل الأخرى، ويجب أن يكون هناك جزء من التمويل من القطاع المالي أو المصرفي السوري وفق النسب التي يحددها طلب العروض أو المجلس».

ونصت الفقرة /ز/ على أنه: «لا يحق للشريك استخدام أملاك خارج المشروع وموجوداته، ويجب عليه الحصول على موافقة المسبقة من الجهة العامة المتعاقدة قبل الصرف بأي من الموجودات أو الأصول موضوع المشروع».

رابعاً - ملكيّة جهة الإدارة المتعاقدة للمرفق موضوع عقد B.O.O.T:

إنّ مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية قد تتخذ أشكالاً مختلفة ومتنوعة، تتراوح بين الملكية والإدارة العامّة للمرفق إلى المشروعات التامة الخصخصة. ومن المفيد أن يكون نظام الملكية لمختلف الأصول المتعلّقة بتنفيذ مشروع محدّدٍ بوضوح، في اتفاقية المشروع، ومركّزٍ على نصوص تشريعية.

(1) هيكل تمويل المشروع اصطلاح استحدثه دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، وذلك لتعقد الترتيبات التعاقدية المتعلقة بتوفير القروض وغيرها من التسهيلات اللازمة لتنفيذ أحد مشروعات البنية الأساسية. د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص42.

وفي بعض الأنظمة القانونية فإنَّ البنية الأساسية المادية المُتطلبة لتقديم خدمات عامة، ينظر إليها بشكل عام على أنها ملكية عامة، حتَّى لو أنشئت بموجب أموال خاصَّة، وهذا يشمل عادةً أيَّ عقارات يتمُّ الحصولُ عليها أو حيازتها لتشييد المرفق، علاوةً على العقارات التي تتيحها الجهة العامَّة للمستثمر.

وفي حياة المشروع قد يقوم المستثمرُ بتحسينات أو بإضافات للمرفق، والتي أصبحت جزءاً من الأصول العامَّة، ولا يمكنُ فصلها عن الملكية العامَّة، وهناك التحسينات أو الإضافات التي يمكنُ فصلها عن الملكية العامَّة، والتي تصبح ملكاً خاصاً للمستثمر. وعلى ذلك فمن الواجب في اتفاق المشروع أن تُحدَّد ملكية الأصول التي ستكون ملكاً عاماً، وتلك التي تصبح ملكاً خاصاً للمستثمر⁽¹⁾.

ويرى جانبٌ من الفقه أنَّه في الصورة العقدية B.O.O.T يملك المستثمرُ أصول المشروع كافة لفترة معينة⁽²⁾، وهناك جانبٌ آخرٌ من الفقه يرى أنَّ ملكية المشروع تبقى للجهة الإدارية المُتعاقدة طيلة مراحل عقد B.O.O.T، ولا تنتقل إلى شركة المشروع في أي مرحلة من مراحل العقد، ذلك أنَّ شركة المشروع يكون لها حقُّ الانتفاع بالمشروع أو المرفق⁽³⁾، بما يخولها حق تشغيله، وإدارته، لقاء الحصول على المقابل من المنتفعين من خدمات المرفق، ومن ثَمَّ تقوم شركة

(1) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص392.

(2) د. زين الدين محسن زهيري، جدوى اعتماد نظام B.O.T في سورية، المرجع السابق، ص7.

ود. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البيئة الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2001م، ص22.

د. مي محمد عزت شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص22.

(3) ذلك أنَّ فقه القانون المدني يشير إلى أن: "حق الملكية غير قابل للتوقيت لمدة معينة، وإنما هو حق الانتفاع الذي يقبل بطبيعته التوقيت".

د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص40.

المشروع في نهاية مدة العقد، بتسليم المشروع ونقل حيازته إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد، وهذا ما جعل جانباً من الفقه يذهب إلى ترجمة كلمة «transfer» بأنها تعني «التسليم»⁽¹⁾ وذهب جانب آخر من الفقه إلى ترجمة كلمة «transfer» أنها تعني التحويل.⁽²⁾ وقد ذهب الفقه العربي في غالبية العظمى إلى أن كلمة transfer تعني نقل الملكية.⁽³⁾ إن الإدارة المتعاقدة تؤكد ملكيتها للمشروع عند تحديد أطراف العقد، في مقدمة العقد، وبعد أن يذكر اسم الجهة الإدارية المتعاقدة، تدون عبارة «ويعبر عنها فيما بعد بالمالك»، وذلك تصريحاً بملكية الجهة الإدارية للمشروع.⁽⁴⁾

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، الرجوع السابق، ص111.

(2) د. مهند نوح، (عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T)، هيئة الموسوعة العربية، ط1، دمشق، 2007.

(3) د. محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، الـ B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص12. د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية- البوت، المرجع السابق، ص78. د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، دار النهضة العربية، 2002، ص96. د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص13.

(4) ومن ذلك ما جاء في عقود إنشاء مطارات العلمين، رأس سدر، ومرسي علم في مصر بنظام B.O.O.T، والتي جاء في مقدمتها ما نصّه «حُرِّرَ هذا العقدُ وتمَّ التوقيع عليه بمقرِّ مجلس الوزراء بين كلٍّ من حكومة جمهورية مصر العربية والممثلة بالهيئة المصرية للطيران المدني وعنوانها، ويُمثِّلُها... ويُعبَّرُ عنها فيما بعد بالمالك -2- شركة كاتو للاستثمار، وعنوانها.... ويُمثِّلُها... ويُعبَّرُ عنها فيما بعد بالملتزم». د. محمد الروبي، عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المرجع السابق، ص30. ود. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T، المرجع السابق، ص155.

ونرى أن شركة المشروع لا تمتلك البتة المرفق بأي صيغة من الصيغ، سواء في عقد B.O.T أو عقد B.O.O.T كونه يتعارض مع الدستور السوري النافذ. حيث نصَّ الدستور السوري النافذ في المادة /14/ منه على أن الثروات الطبيعية والمنشآت والمؤسسات والمرافق العامة هي ملكية عامة، تتولى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب. وبالتالي الخصخصة الدائمة أو المؤقتة تخالف الدستور السوري، إضافة إلى أن المشرع السوري حرص على حماية المال العام مدنياً وجزائياً، فقد نصت المادة /90/ من القانون المدني السوري على أن: «الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم»، ونصت المادة /91/ على أنه: «تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال لمنفعة عامة»، وبذلك يخرج المال العام من نطاق التعامل القانوني المعترف به للملكية الفردية، ومن ثمَّ يتمتع على الشخص الإداري القيام بأي تصرف من شأنه إخراج هذا المال من دائرة تخصيصه للمنفعة العامة كالبيع والرهن والهبة، ويسري هذا الحظر على جميع الأموال العامة سواء أكانت عقارية أم منقولة، وإذا كانت الأموال العامة لا يجوز التصرف فيها، فمن المنطقي عدم جواز قبول الحجز عليها؛ لأن الحجز سوف يؤدي إلى بيع المال العام جبراً، وعدم جواز اكتساب ملكية المال العام بالتقادم، وذلك لحماية المال العام من اعتداءات الأفراد.

كذلك حرص المشرع السوري على تجريم كافة صور الاعتداء على هذه الأموال، وتوقيع عقوبة على المعتدي، ليس الاعتداء العمدي فقط، بل الاعتداء الناشئ عن إهمال أو عدم حيطة أيضاً، مثال المادة /10/ من قانون العقوبات

الاقتصادي رقم 3/ لعام 2013 والمادة 716/ من قانون العقوبات العام الصادر بالمرسوم التشريعي 148/ لعام 1949م⁽¹⁾.
استناداً إلى ما سبق بيانه فإن الخصخصة المؤقتة والدائمة، وبأي صيغة من الصيغ التعاقدية تخالف الدستور السوري⁽²⁾.
ومن ثَمَّ فإن عقد B.O.O.T غير قابل للحياة في سورية إلا إذا حدثت تعديلات دستورية.

(1) نصت المادة 716/ من قانون العقوبات السوري رقم 148/ لعام 1949 على أنه: «... كل من هدم أو خرب قصداً الأبنية والأنصاب التذكارية والتماثيل أو غيرها من الإنشاءات المعدة لمنفعة الجمهور أو للزينة العامة، يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات أو بالغرامة من خمسمائة إلى ألفي ليرة».

- نصت المادة 10/ من قانون العقوبات الاقتصادية رقم 3/ لعام 2013 على أنه: «من أبرم عقداً لشراء أو بيع إحدى المواد أو المنتجات، أو تقديم إحدى الخدمات بصورة مخالفة للقوانين والأنظمة النافذة، وألحق ضرراً بالمال العام، يعاقب بالسجن المؤقت، وإذا كان الفعل غير مقصود يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات».

(2) التعريف الواسع للخصخصة: هو مصطلح شامل ينطوي على مجموعة مختلفة من العمليات والتي قد تضم بيع أصول عامة، أو شراكة بين القطاعين العام والخاص، أو منح رخص للقطاع الخاص، أو التعاقد مع القطاع الخاص بواسطة عقود البوت بصورها المختلفة، أما التعريف الضيق للخصخصة هو: تصرف قانوني تستخدمه الدولة لنقل الملكية العامة إلى القطاع الخاص بشكل نهائي.

د. إبراهيم يوسف هرموش، النظام القانوني لخصخصة الشركات العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2013، ص 16 وما بعدها.

الفرع الثاني

تمييزُ عقد B.O.O.T عن العقود المماثلة له

نظراً إلى تطور التقنيات التعاقدية وظهور أنواع جديدة من شركات المشروع، والمرافق العامة، ومدى ملكية القطاع الخاص للمشروع، ومدى متطلبات الدولة في مجال البنية التحتية، وتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية، أفرز الواقع العملي مشتقاتٍ وصوراً لعقد B.O.O.T سميت (B.O.T family)، وهي عبارة عن مجموعة من النظم التي تُستخدمُ لتنفيذ المشروعات وإنشائها، وأهمُّها مشروعات البنية الأساسية. و العامل الأساسي في التفريق بين تلك المشتقات والصور هو مقدار الحقوق والسلطات التي تمتلكها شركة المشروع على المرفق موضوع العقد.⁽¹⁾

وقد أصبح مفهوم B.O.O.T يستعملُ للدلالة على العديد من الصيغ التعاقدية الأنكلوسكسونية.⁽²⁾

(1) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المرجع السابق، ص 37.

د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص 49.

(2) راجع:

- (E) AMMBIARD, " Associer les entreprises à la gestion des services public locaux", La gazette des communes, des départements, des régions, Cahier détacher, N2, October 2003, P.247.

أولاً - عقدُ البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T):

هو النوع الرئيس من أنواع العقود التي تُبرم بين الدولة والمستثمرين في مجالات البنية الأساسية (infrastructure) والمرافق العامة، وتُعطي شركة المشروع امتيازاً لتمويل مرفقٍ وتشبيده وتشغيله على أساس تجاري لفترة معينة، ثم تعود ملكية المرفق بحالة جيّدة إلى السلطة العامة المتعاقدة، وذلك وفقاً للاتفاق المبرم بين الإدارة المتعاقدة، وصاحب الامتياز⁽¹⁾.

وقد عرّفه جانب من الفقه بأنّه: «علاقة عقدية تُبرم بين الإدارة وجهة من جهات القطاع الخاص تُسمّى راعي المشروع، ويكون محلّها تشييد مشروع بنية أساسية، وإدارته لفترة محددة، وذلك على حساب راعي المشروع ونفقته، ومن دون أن تتكبد الحكومة أي نفقات مقابل الحصول على عائدات هذا المشروع طوال مدة العقد، وبما يمكنه من استعادة التكاليف التي أنفقها من رأس ماله الخاص وسداد القروض وتوزيع الأرباح على المساهمين، وعلى أن يقوم راعي المشروع ذاته في نهاية العقد بتسليم المشروع للحكومة بحالة جيّدة، وصالحة للتسيير من دون مقابل»⁽²⁾.

(1) د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص112. د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص103، وأيضاً: دليل الانسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الأمم المتحدة، نيويورك، 2001.

(2) د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل، المرجع السابق، ص19.

ويرى جانب من الفقه أن شركة المشروع في نظام B.O.T لا تمتلك أصول المشروع، بل تتولّى تشييد المشروع وإدارته لفترة محددة، وتقوم في نهاية العقد بتسليم المشروع للإدارة المتعاقدة، واعتمد عبارة «البناء والتشغيل والتحويل»⁽¹⁾.
الفارق الأساسي بين عقد B.O.T وبين عقد B.O.O.T يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه، فشركة المشروع تمتلك المشروع خلال مدة التعاقد في عقد B.O.O.T⁽²⁾، أمّا في عقد B.O.T فتكون ملكية المشروع خلال مدة التعاقد للجهة الإدارية المتعاقدة.

ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه، وأن وصف الملكية بأنها مؤقتة أو نهائية يتعارض مع العناصر الأساسية لحق الملكية، حيث إنّها حق دائم لا يقبل أن يكون مؤقتاً، ولا يجوز وصفه أصلاً بأنه مؤقت، فهذا يخالف القوانين النافذة في سورية.⁽³⁾

(1) د. هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية، مصر بعنوان مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، الجزء الأول، طبعة 2001.

- د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الجزء الأول، 2001، ص 109 وما بعد.
- د. محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود B.O.T البناء والتشغيل والتحويل، المرجع السابق، ص 107.

(2) راجع:

- Charles walker and Adrien Smith, privatized infrastructure, the B.O.T approach, London, 1996, p.191.

(3) تنص المادة /768/ من القانون المدني السوري على أنه « لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»، ونصت المادة /434/ منه «إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة، وقع البيع باطلاً».

في حين يرى جانب آخر أنَّ بعضهم يخلط بين المصطلحين، وكثيراً ما تمَّ استخدامهما على أنهما يعنيان الشيء ذاته، في حين إنَّ لكلٍ منهما دلالاته الخاصَّة، ولعل هذا ما دفع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (uncitral) إلى استبعاد أيٍّ من المصطلحين السابقين، واستخدام مصطلح «مشروعات البنية التحتية المُمَوَّلة عن طريق القطاع الخاص» (infrastructure project privately financed) للدلالة على نظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، ولم يستعمل عبارة «نقل الحياةزة»⁽¹⁾.

وقد لاحظ جانب من الفقه أنَّ عقودَ B.O.O.T هي عقود طويلة نسبياً، مقارنةً بالصور الأخرى من عقود B.O.T، وغالباً ما يتمُّ اللجوءُ إلى هذا النوع من العقود بصدد المشروعات التي يكون العائد فيها ضعيفاً نسبياً، حيثُ يتمُّ تعويض ذلك عن طريق طول المُدَّة، وتحويل شركة المشروع سلطات كبيرة في استغلال المرفق وإدارته، ويقابل ذلك التخفيف لبعض الشيء من السلطات التي تتمتعُ بها الجهة الإدارية في مواجهة شركة المشروع، خلال مرحلة الاستغلال، حتَّى تتمكن شركة المشروع من تحصيل ما أنفقته مع تحقيق هامش ربح معقول⁽²⁾.

(1) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T، المرجع السابق، ص32.
(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص61-62. وتجدر الإشارة إلى أنَّ عقد B.O.O.T طبق في مصر على مشروعات محطات الكهرباء (سيدي كرير - بورسعيد - السويس)، بينما طبق عقد B.O.T في مصر على مشروعات المطارات (مرسي علم، العلمين).

د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص83.

ويرى جانب من الفقه أنّ الملكية لا يجوز أن تقتصر بأجل واقف أو فاسخ، ذلك أن اقتتران الملكية بأجل لا يستقيم مع طبيعة الملكية والعناصر التي تشتمل عليها، لأن من أهم عناصر الملكية سلطة التصرف التي تُجيز للمالك أن يتصرف في الشيء تصرفاً قانونياً، أو يستهلكه ويتلفه مادياً على حدّ سواء⁽¹⁾.

إن تملك شركة المشروع للمرفق ملكية مؤقتة خلال مدة التعاقد في عقد B.O.O.T يتعارض مع القيود المفروضة على شركة المشروع في عدم التصرف في أصوله أو مكوناته، كما إنّه لا يجوز لها الحصول على تأمينات عينية بضمانه ما لم توافق الجهة الإدارية المتعاقدة على ذلك، إضافة إلى أنّه من غير الجائز إلى أيّ جهة الحجز على أصول ومكونات المشروع مقابل أي حقوق أو ديون لها على شركة المشروع⁽²⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، طبعة 1967م، ص 539 وما بعدها.

(2) نصت المادة /8/ مكرر/ من القانون رقم /129/ لعام 1947م بشأن التزامات المرافق العامة والمعدل بالقانون رقم /53/ لعام 1955 في مصر على أنه: «لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأدوات والآلات والمعدات المخصصة لإدارة المرافق العامة». كذلك نصت المادة /3/ من القانون المصري رقم /3/ لعام 1997م، التي أجازت التعاقد بنظام B.O.T على أنه «لا يجوز الحجز أو اتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولا سلكية ومنارات وما بداخلها من مهمات وأدوات وآلات لازمة لسير المرفق العام محل الالتزام».

د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 58.
ود. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 159.

وهناك جانب من الفقه يرى أنَّ الملكية المَقْصودة في عقد B.O.O.T ليست الملكية المعروفة في القانون المدني، وإنما هي ملكية مرحلية مؤقتة تقتصر على ملكية شركة المشروع للمعدات والتجهيزات من دون الأرض، ذلك أنَّ شركة المشروع ملزمة بالمواصفات والتصاميم المحددة في العقد، واستعمال المرفق بالغرض الذي أُعدَّ له، وتقديم الخدمة وعدم جواز التوقُّف عن أدائها، وشركة المشروع لا تملك مطلقاً السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك، نظراً إلى ما تتمتع به الجهة الإدارية المُتعاقدة - المالكة للمرفق - من حقوق في الرقابة والإشراف على المرفق، للتأكد من قيام شركة المشروع بواجباتها المنصوص عليها في العقد⁽¹⁾.

ويذهبُ جانبٌ من الفقه إلى أنَّ شركة المشروع لا تمتلك المرفق أو المشروع في ذاته، ولكنها تمتلك العناصر التي أوجدتها مثل: المنشآت -الأدوات- المعدات...إلخ، وتَمْلِكُ هذه العناصر لا يكون بصورة مطلقة، وطول مدة العقد، بل ينحصر ذلك في مرحلة معينة⁽²⁾.

ويرى هذا الجانب الفقهي ضرورة التمييز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: هي مرحلة تشييد المرفق والإعداد لهذا التشييد، والعناصر التي توجد لها شركة المشروع من منشآت وتجهيزات وآلات، فهي تكون مملوكة

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص160.

(2) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، المرجع السابق، ص44.

لشركة المشروع، ولها أن تجري عليها تأمينات، وأن تقترض من البنوك وهيئات التمويل بضمانها، ويحقّ لشركة المشروع رهنها للوفاء بما عليها من دين.

المرحلة الثانية: وهي مرحلة استغلال المشروع وتقديم الخدمة إلى جمهور المنتفعين، ففي هذه المرحلة تفقد العناصر ذاتيتها واستقلالها، وتصبح جزءاً من المرفق، ومن ثمّ لا يجوز لشركة المشروع أن تتصرف في هذه العناصر على نحو ينقل الملكية؛ لأن ذلك يكون من حقّ مالك الرقبة، وهي الهيئة الإدارية المتعاقدة، ولا يجوز لها إنتقالها بتأمينات عينية أخرى⁽¹⁾.

ومن ثمّ ليس لشركة المشروع سوى حقّ الانتفاع الذي يخولها استعمال المرفق واستغلاله وإدارته، والحصول على مقابل من جمهور المنتفعين خلال مدة العقد⁽²⁾.

وأعتقد أنّ عقدَ B.O.O.T يتحوّل عند تشغيل المشروع إلى عقد B.O.T، لانتهاء ملكية شركة المشروع للعناصر التي أوجدتها من مُعدّات وآليات وأدوات وغيرها، بعد أن فقدت تلك العناصر استقلالها وانصهرت في المرفق العام، لأنّه من

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 55 وما بعدها.

د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 162.

(2) عرفت المادة /936/ من القانون المدني السوري حق الانتفاع بأنه «حق عيني باستعمال شيء يخص الغير واستغلاله». ونصت المادة /937/ على أنه «ينشأ حق الانتفاع بمجرد إرادة الإنسان، ويمكن إنشاؤه لأجل أو بشرط».

الخطورة تملكُ المُستثمر للمشروع خلال فترة التعاقد، لما ينطوي على التنازل عن سلطة الإدارة والتنظيم إلى شركة المشروع، ومن شأنه أن يخلق خصخصة مؤقتة للمشروع خلال فترة العقد، وفيه مساسٌ بمبدأ العدالة والمساواة أمام المرفق العام، نظراً إلى استئثار القائمين على المشروع باتخاذ القرارات التي تتعارض وتحقيق الصالح العام، سعياً وراء الربح⁽¹⁾، ولذا يجب التعديل الدستوري وخلق البيئة المناسبة عن طريق التشريعات اللازمة لتنظيم التعاقد وفق نظام B.O.O.T.

ثانياً - عقد التحديث والتملك والإدارة والتسليم (M.O.O.T):

modernize- own- operate- transfer

يهدف هذا الأسلوب التعاقدي إلى تحديث مرفق قائم، حيث يقوم المستثمر بتحديث أحد المرافق العامة وتطويره تكنولوجياً ووفقاً للمستويات العالمية، وذلك لعدم كفاءة المرفق اقتصادياً وفنياً، وذلك على نفقة المستثمر، ويصبح مالكاً للمشروع، ويتولى تشغيله خلال فترة العقد، ويحصل على إيرادات تشغيل المشروع من المنتفعين طول مدة العقد، ثم يتنازل عنه للجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية مدة العقد ودون مقابل.

ويجب أن يكون لدى المستثمر الخبرة والكفاءة، ويجب على المستثمر تدريب العاملين في القطاع العام على التجهيزات والبرامج الحديثة، التي أدخلها على المشروع، وذلك قبل مدة من تسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، لكي تتمكن من

(1) د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية

الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001م، ص 829-830.

تشغيله بعد استلام المشروع بشكل جيد. وهنا تكون الدولة قد استفادت من إدخال التكنولوجيا إلى القطاع العام،⁽¹⁾ وهو بديل لعملية الخصخصة⁽²⁾.

ويلاحظ أنَّ عقدَ M.O.O.T يتَّقوُّ مع عقد B.O.O.T مع استبدال البناء build ليكون التحديث (modernize)، أي أنَّ عقد B.O.O.T ينصبُّ في مشروعٍ جديدٍ، أمَّا عقد M.O.O.T ينصبُّ في مشروعٍ قائمٍ بحاجةٍ إلى تطوير وتحديث.

ثالثاً - عقد الإنشاء والتأجير والتحويل (B.L.T):

Build.- lease-Transfer

تقومُ شركةُ المشروع في هذا النوع من العقود بإنشاء المشروع أو المرفق العام على نفقتها مقابل أن تقوم الجهة الإدارية المُتعاقدة بمنح شركة المشروع حقَّ

(1) د. مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م، ص314.

د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت وأخواتها، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث، إصدارات البحوث الإدارية /4/، عام 2001م، ص14. ود. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص106، ود. محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق، طبعة 2007م، ص532. ود. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، القاهرة، دار النهضة العربية، 2003م، ص360.

(2) وقد استخدمت مصر هذا النوع في تطوير أربعة مستشفيات تابعة إلى المؤسسة العلاجية بالإسكندرية، تقدر تكاليف تطويرها بـ 120/ مليون جنيه، د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص87.

استئجار المرفق وتشغيله لفترة معينة يُحدِّدها العقد، وتدفع خلالها الشركة أُجرَةً مُحدَّدة إلى الجهة الإدارية، ويتقاضى المستثمر جميع الإيرادات الناجمة عن تشغيل المرفق واستثماره، وعند انتهاء مدة العقد يتم تسليم المشروع إلى الجهة الإدارية المُتعاقد، خالصاً من أي أعباء بحيث تقوم باستغلاله دونما أي التزام تجاه شركة المشروع.⁽¹⁾

ويُطلق جانب من الفقه على هذه الصورة اصطلاحاً «البناء والتأجير ونقل الملكية». ويرى جانب من الفقه أنَّ ملكية المشروع تكون خالصة للجهة الإدارية المُتعاقد، والتي لها حق الإشراف عليه، وهذا النوع من العقود مجاله في المشروعات القابلة للتأجير، مثل: إقامة منتجع سياحي، أو إقامة سلسلة مطاعم أو طرق سريعة.⁽²⁾

رابعاً- عقد البناء والتملك والاستغلال (B.O.O):

build- own- operate

يرى جانب من الفقه أنَّ هذه العقود تُبرم بين الجهة الإدارية وشركة خاصّة أو مستثمر بهدف إقامة مشروع معين أو مرفق عام، وتتملكه وتقوم باستغلاله

(1) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص46.
ود. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية نظام B.O.T، المرجع السابق، ص189.
ود. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص169.

(2) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص52-53.

تجارياً طيلة مدة العقد. وفي هذا النوع من العقود لا يلتزم المُستثمر بتحويل المشروع إلى الجهة الإدارية عند انتهاء مدة العقد، ذلك أنَّ هذا العقد لا يتضمنُ عنصرَ تحويل الملكية - transfer - وإنما يجري تجديد العقد مقابل حصول الإدارة على جزء من إيرادات المشروع.⁽¹⁾

وللجهة الإدارية حقُّ الإشراف على المرفق خلال مدة العقد، وإن كان تشغيله الفعلي وإدارته متروكاً إلى الشركة الخاصة أو المُستثمر من القطّاع الخاص. ولهذا تمتلك شركة المشروع أو المستثمر المشروع كاملاً، فهو شكلٌ من أشكال الخصخصة، ومن ثَمَّ يرى جانبٌ من الفقه أنَّ هذه العقود ليست من عقود B.O.O.T، بل هي في الحقيقة ترخيص من الجهة الإدارية المُختصة للمستثمر بإقامة المشروع بشروط معينة.⁽²⁾

وهناك جانبٌ آخرٌ من الفقه يرى أنَّ المستثمر - بموجب هذا العقد - لا يصبح مالِكاً للمشروع بصفة نهائية، وإن عقد B.O.O أحد أساليب الخصخصة، فالمستثمر يملك بصيغة نهائية أصول المرفق وموجوداته، وليس المرفق ذاته كنشاط، فهذا الأخير يظل مملوكاً للدولة، وهي وحدها التي تسمح عن طريق منح الامتياز باستغلاله، ولذلك إذا كان للمستثمر عند نهاية الامتياز أن يتصرّف في

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص70.

ود. مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، المرجع السابق، ص313.

(2) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المرجع السابق، ص58.

ود. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود لالتزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص105.

المشروع إلى أي شخص آخر غير مانح الامتياز، فإن ذلك لا يعني أكثر من التصرف في أصول المرفق وموجوداته من دون النشاط ذاته.⁽¹⁾

ولا تُرجَّب الدول بهذا النوع من المشروعات إلا في حالات نادرة، كأن تنتهي حاجة الدولة من المشروع بعد انتهاء فترة الالتزام، أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع.⁽²⁾

ونحن نرى أن عقد B.O.O يحمل في طبيّاته كلّ صفات الخصخصة الدائمة، وهذا يخالف الدستور السوري والقوانين والأنظمة النافذة في الجمهورية العربية السورية، ويخالف مبدأ المساواة أمام المرافق العامة كون المستثمر في هذه المشروعات يتخذ قرارات لا تصبّ أحياناً في الصالح العام، وذلك سعياً وراء الربح، ومن ثمّ استبعاد هذه العقود من عقود B.O.O.T أو الشبيهة لها.

(1) يجب التمييز بين المشروع ذاته أي المرفق وبين مكوناته، فالمشروع في ذاته يكون ملكاً للدولة، أمّا مكوناته فبعضها قد يكون ملكاً للملتزم وبعضها الآخر ملكاً للدولة، وحتى لو كانت جميع الموجودات المادية ملكاً للملتزم فإن ذلك لا يعني ملكيته للمرفق بوصفه نشاطاً يهدف إلى إشباع حاجات عامة للجمهور، ولذلك فإن ما يتم نقل ملكيته من الملتزم إلى الدولة ليس ملكية المشروع ذاته، وإنما بعض أو كل مكونات أو موجودات المشروع المادية فقط، أمّا عندما يصبح المستثمر مالكا للمشروع ذاته، فإننا لا نكون بصدد عقد الالتزام؛ لأن الأمر لم يعد متعلقاً بمرفق عام، وإنما نكون بصدد مشروع خاص.

د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T، المرجع السابق، ص 40.

(2) د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود B.O.T، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص 24.

خامساً - عقد التجديد والتملك والاستغلال (R.O.O):

rehabilitation- own- operate.

وفي هذا النوع من العقود تتعاقد الجهة الإدارية مع شركة خاصة أو مُستثمر من أجل تجديد مشروع قائم يحتاج إلى تجديد، سواء من حيث المباني، أو الآلات، أو المعدات، أو الأجهزة والأثاث ووسائل النقل وغيرها، في مقابل أن يملك المستثمر المشروع بصفة دائمة، وتحصل الجهة الإدارية المتعاقدة على مقابل انتقال ملكية المشروع إليه.⁽¹⁾

غالباً ما تستخدم الدولة هذا الأسلوب لخصخصة المرافق العامة المُتعثرة، والتي تجدُّ أنَّه من الأفضل خصصتها، وإعادة تجديدها من قبل القطاع الخاص، ويرى جانب من الفقه أنَّ الصورة الحالية لا علاقة لها بنظام عقود B.O.O.T ومشتقاتها، وهي صورة من صور خصخصة المرافق العامة.⁽²⁾

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنَّ هذه العقود، وإن كانت لا تتضمن التزاماً بنقل الملكية، فإنَّها ليست غريبة عن عقود B.O.T و B.O.O.T، ولا تختلف كثيراً عنها، فهي مثلها من عقود إدارة المرافق العامة، وهي لا تُؤدِّي إلى خصخصة

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 166.

(2) د. محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 167، ود. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 68.

المرفق ذاته، ونقل ملكيته من الدولة إلى القطاع الخاص، ومن هنا كان لا بد من إلحاقها بعقود B.O.T و B.O.O.T ومشتقاتها.⁽¹⁾

ونحن نرى أنّ هذه الصيغة من العقود هي صورة من صور الخصخصة، كونها لا تتضمن إعادة المرفق إلى الجهة الإدارية، بخلاف عقد B.O.O.T، كما إن القطاع الخاص يمتلك المشروع بصفة دائمة.

سادساً- عقد التصميم والبناء والتمويل والإدارة (D.B.F.O):

Design- build- finance- operate.

تتميز هذه الصيغة بأن يقوم القطاع الخاص (المستثمر) بأخذ زمام المبادرة في إقناع الحكومة بفكرة المشروع، فإذا تمت الموافقة يتم إسناد المشروع للقطاع الخاص باتفاق الطرفين.⁽²⁾

ويتم الاتفاق وفقاً لهذه الصيغة بين الجهة الإدارية المتعاقدة والقطاع الخاص (المستثمر)، على أن يقوم هذا الأخير بإنشاء مشروع معين على نفقته الخاصة، وفقاً للشروط الفنية والتصميمات الهندسية التي تحددها الجهة الإدارية، وتقوم شركة المشروع بتشغيل المشروع وإدارته، وفقاً للضوابط التي تضعها الإدارة المتعاقدة، وتحت رقابتها وإشرافها. ويجوز لشركة المشروع أن تقترض بضمان أصول المشروع من البنوك ومؤسسات التمويل.

(1) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T، المرجع السابق، ص 43-44.

(2) د. زين الدين محسن زهيري، جدوى اعتماد نظام B.O.T في سورية، نموذج تطبيقي على قطاع السياحة، المرجع السابق، ص 9، ود. مي طوبار، دراسات الجدوى ونظام B.O.T، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، ط1، القاهرة، عام 2006م، ص 27.

وتحصل الجهة الإدارية على قيمة الأرض وعلى نسبة من الإيرادات مقابل التعاقد، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عند انتهاء مدة الالتزام، بل يُصبح المشروع ملكاً خاصاً للمستثمر.⁽¹⁾

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يحقُّ للإدارة المتعاقدة تجديد العقد أو منح تشغيل المشروع إلى مستثمر آخر بشروط أفضل، مع دفع التعويض المناسب إلى المستثمر مالك المشروع، هذا النوع من العقود ينفذ في شأن المشروعات التي هي بحاجة إلى تصميم معين، مثل تصميم جسر، أو نفق له طبيعة خاصة، أو مطار، أو ميناء.

وقد درجَ الفقه على عدِّ هذه الصورة عقداً من العقود المُشتقة من عقود B.O.O.T⁽²⁾، وهذا النوع من العقود لا يختلف كثيراً عن عقود B.O.O.T وإن كان أكثر تفصيلاً فيما يتعلق بالتصميم والتمويل، حيثُ استخدم مصطلح (D. B. F. O) للدلالة على ثمانية مشروعات طرق سريعة في المملكة المتحدة⁽³⁾.

ونحن نرى أنَّ هذه الصيغة (D.B.F.O) لا علاقة لها بعقد (B.O.O.T) وهي شكل آخر من أشكال خصخصة المرافق العامة، حيثُ إنه لا يتمُّ تحويل

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص 167-168.

(2) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، المرجع السابق، ص 55.

(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 67.

المشروع ونقل ملكيته إلى الإدارة المُتعاقد، بل يصبح بملكية شركة المشروع (المستثمر) عند انتهاء مدة العقد.

سابعاً - عقد البناء والاستئجار والإدارة والتسليم (B.R.O.T & B.L.O.T):

build- lease or rent- operate- transfer

تقوم شركة المشروع بموجب هذه الصيغة من العقود، ببناء المشروع أو المرفق العام على نفقتها، ولحساب الجهة الإدارية المُتعاقد، على أن تقوم هذه الشركة باستئجار المشروع بعد ذلك لتشغيله فترة معينة، وتحصل من خلالها على مقابل لقاء تقديم خدمة للجمهور طيلة مدة العقد، على أن تسدد القيمة الإيجارية المُتفق عليها في العقد إلى الجهة الإدارية المُتعاقد.

وفي نهاية مدة العقد يتعين على الشركة أن تقوم بتسليم المشروع بحالة جيّدة إلى الجهة الإدارية،⁽¹⁾ وفي هذه الصيغة من العقود تظل ملكية المرفق أو المشروع للجهة الإدارية المُتعاقد، ولها أيضاً حق الإشراف والرقابة على المرفق، وإن كان التشغيل الفعلي بيد شركة المشروع.

ويجد هذا العقد مجاله في المشروعات القابلة للتأجير، مثل إقامة ميناء جوي، أو منتجع سياحي، أو إقامة سلسلة مطاعم أو طرق سريعة،⁽²⁾ ويُطلق جانب

(1) د. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقود البوت (B.O.T)، المرجع السابق، ص39. ود. محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص531.

(2) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية- البوت، المرجع السابق، ص61.

من الفقه على هذه الصيغة العقدية اصطلاح البناء والاستئجار والتشغيل ونقل الملكية⁽¹⁾.

ونحن نرى أنه لا يتم نقل الملكية في هذا العقد؛ لأن الملكية ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة، وأن العلاقة مع شركة المشروع (المستثمر) هي علاقة إيجارية، إذ إن الجهة الإدارية هي المالكة للمشروع أصلاً، وتحرص الجهة الإدارية المتعاقدة في هذه الصيغة على تأكيد ملكيتها للمشروع ولجميع أصوله تجاه المستثمر، والمنتفعين من خدمات المرفق⁽²⁾.

وهكذا يتبين لنا أن لعقد B.O.O.T خصائص مميزة، تختلف عن العقود المشابهة له، والتي تهدف إلى الاستفادة من إمكانيات القطاع الخاص في الإدارة والتمويل وجذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، ومن ثم تسعى الدول المتقدمة إلى تبني هذا العقد نظراً إلى المزايا التي يحققها من ربح مادي ونقل لعملية التكنولوجيا خارج أراضيها، كما تتسارع البلدان النامية للأخذ به، إذ يسهم في تنمية اقتصادها والتغلب على مشكلاتها المالية.

يهدف عقد B.O.O.T من خلال الخصائص التي يتمتع بها إلى إنشاء مرافق جديدة وتطوير أداء المرافق القائمة وتوسيعه وتحسينه، وذلك بتمويل من

(1) د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص 105. د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 47.

(2) نصت المادة 526/ من القانون المدني السوري على أن: «الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه إن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم».

القطاع الخاص وتحسين الاقتصاد الوطني للدول، وتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار في مشروعات مربحة كانت في السابق حكراً على القطاع العام.

وبعد أن بيّنا خصائص عقد B.O.O.T وتمييزه عن العقود المشابهة له، ننتقل إلى البحث في الأساس القانوني للعقد من الناحية الدستورية والتشريعية وذلك في المبحث الآتي.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لعقد B.O.O.T

لا تستقيم الإحاطة بمفهوم عقد B.O.O.T وفهم العلاقات القانونية التي تندرج في إطاره وفهم طبيعته القانونية إلا بالتطرق إلى التنظيم الدستوري والتشريعي لهذا النوع من العقود، بحيث يُشكّل البعد القانوني والدستوري الذي يتيح للقطاع العام والقطاع الخاص تكريس الشراكة بينهما من خلال هذا النوع من العقود، وتتوقف المنافع التي يُحقّقها هذا العقد على توافر الإطارين الدستوري والتشريعي له، ومدى توافق هذا النوع من العقود مع النظام القانوني في البلد المضيف.

وينبغي للنظام القانوني اللازم لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص تحقيق الشفافية والإنصاف والعدالة، وينبغي على الدولة إزالة القيود غير المرغوب بها والمفروضة على مشاركة القطاع الخاص في تطوير البنية التحتية وتشغيلها⁽¹⁾.

وبذلك يتعيّن البحث في الإطار الدستوري للعقد، ثمّ الحديث عن النظام التشريعي لعقد B.O.O.T م خلال المطلبين الآتيين:

- المطلب الأول: الإطار الدستوري لعقد B.O.O.T.

- المطلب الثاني: الإطار التشريعي لعقد B.O.O.T

(1) Uncitral, the united nation commission on international trade law legislative guide on privately financed infrastructure projects united nation – New York, 2004, op. cit. p /1/.

المطلب الأول

الإطار الدستوري لعقد B.O.O.T

تُسند بعض الدساتير مهمة توفير خدمات البنية الأساسية إلى الدولة، أو أي من الأشخاص القانونيّة العامّة فقط.⁽¹⁾ وبعضها يورد قائمةً بالمرافق العامّة التي يجب أن تكون تحت إدارة الدولة مباشرة، ويترك ما عداها مطروحاً أمام القطاع الخاص.

وهناك دساتير تتيح للدولة حقّ منح امتيازات خاصّة لإنشاء مرافق البنية الأساسية وتشغيلها وتقديم الخدمات العامّة⁽²⁾.

وإنّ الدُستور لا يقف عند حدّ تنظيم السلطات العامّة، وإنّما يتضمّن عدداً من المبادئ الاقتصادية والاجتماعية، ومن ثمّ يجب ألاّ تتصادم عقود B.O.O.T ومشتقاتها بالمبادئ المذكورة في الدستور. وحيث إنّ القطاع الخاص في عقد B.O.O.T يساهم بإنشاء مرافق عامة ومشروعات البنية الأساسية، وهو بذلك يحلّ محلّ السلطات العامّة في إدارة المرفق العام، وتشغيله واستغلاله. لذلك يتعين

(1) مثال ذلك المادة /14/ من الدستور السوري عام 2012 التي نصت على أنه: «الثروات الطبيعية والمنشآت والمؤسسات والمرافق العامة هي ملكية عامة، تتولى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب».

(2) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص56-57.

التوقف عند الأساس الدستوري لهذا العقد، والتَّعَرُّفُ إلى موقف الدستور منه، وسنتناول ذلك في كلِّ من سورية ومصر وفرنسا.

أولاً - في سورية:

لقد كان دستورُ الجمهورية العربيَّة السوريَّة الصادر سنة 1973م يقوم على الفكر الاشتراكي، فقد كان ينصُّ على أنَّ الاقتصادَ في الدَّولة اشتراكيٌّ مُخطَّط⁽¹⁾.

وقد قُسمت الملكيات ثلاثة أقسام وفق هذا الدستور: (2)

1- ملكية الشعب: وتشمل الثروات الطبيعية والمرافق العامَّة والمنشآت والمؤسسات المؤممة، والتي تقيمها الدَّولة وتتولَّى استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب.

2- ملكية جماعية: وتشمل الممتلكات العائدة إلى المُنظمات الشعبية والمهنية والوحدات الإنتاجية والجمعيات التعاونية والمؤسسات الاجتماعية الأخرى.

3- ملكية فردية: وتشمل الممتلكات الخاصَّة بالأفراد، ويُحدِّد القانون وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني، وفي إطار خطة التنمية، ولا يجوز أن تتعارض في طريق استخدامها مع مصالح الشعب.

وهكذا كان الاقتصادُ في ظلِّ دستور سنة 1973م اشتراكياً، والأساس فيه هو الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج ورأس المال. وقد اعتمدَ هذا الدستور الملكية الجماعية أكثر من اعتماده الملكية الفردية، وأعطى الملكية الفردية وظيفة اجتماعية، ونصَّ على إمكانية تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة عن طريق

(1) المادة 13/ من الدستور.

(2) المادة 14/ من الدستور.

التأميم والاستملاك، وأن المرافق العامة بجميع أنواعها تقع ضمن نطاق ملكية الشعب⁽¹⁾.

ولم يفرّق الدستور بين مرافق عامة إدارية وأخرى اقتصادية، كما أنّ المؤسسات العامة هي أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة، وليست نوعاً خاصاً للملكية، تختلف عن المرافق العامة، كما ورد في نص المادة 14/ من الدستور.

ورأى جانب من الفقه في ظلّ الدستور الصادر سنة 1973م أنّ التعاقد بنظام مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشروعات البنية التحتية في سورية يتم من دون أساس دستوري، لأنّ اصطلاح B.O.O.T يضمّ التملك ownership، بالإضافة إلى نقل الملكية transfer، وهذا يعني امتلاك المرفق العام من قبل القطاع الخاص في أثناء فترة العقد، وهذا يخالف الفقرة (1) من المادة 14/ من الدستور الصادر سنة 1973م⁽²⁾. وأنّه لا يوجد أساس دستوري للخصخصة، كعملية قانونية في سورية، وأنّ أيّ تشريع سيكون غير دستوري في هذا النطاق.

ورأى جانب آخر من الفقه أن نظام B.O.O.T هو شكل من أشكال توسيع الملكية الخاصة فهو جائز دستورياً⁽³⁾.

(1) د. مهند مختار نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، مجلة دراسات إستراتيجية، مركز الدراسات والبحوث الإستراتيجية، جامعة دمشق، العدد 22/21، عام 2002م، ص 121-122.

(2) د. إبراهيم الهندي، ود. عيسى حسن، ود. سعيد نحيلي، المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، حلب، عام 2004م، ص 259.

(3) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص 157.

ونصَّ الدُّستورُ على أَنَّهُ لا تُنزَعُ الملكية الفردية إلاَّ للمنفعة العامة، ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون،⁽¹⁾ وأَنَّهُ يتولَّى مجلسُ الشعبِ إقرارَ المعاهدات والاتفاقات التي تمنح امتيازات إلى الشركات أو المؤسسات الأجنبية.⁽²⁾

وعندما صدرَ دستورٌ جديدٌ في سورية⁽³⁾ عام 2012 تبنى مبدأً دستورياً بأن يقومَ الاقتصادُ الوطني على أساس تنمية النشاط الاقتصادي العام والخاص... إلخ، وتكفل الدولة حماية المنتجين والمستهلكين، وترعى التجارة والاستثمار وتمنعُ الاحتكارَ في مختلف المجالات الاقتصادية وتعمل على تطوير الطاقات البشرية، وتحمي قوَّة العمل بما يخدمُ الاقتصادَ الوطني.

ونصَّت المادةُ 14/ منه على أَنَّ الثروات الطبيعية والمنشآت والمؤسسات والمرافق العامة هي ملكية عامة، تتولَّى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب، ونصَّت المادةُ 15/ على أَنَّ الملكية الخاصة من جماعية وفردية مصادرة وفق الأسس الآتية:

1- المصادرة العامة في الأموال ممنوعة.

2- لا تُنزَعُ الملكية الخاصة إلاَّ للمنفعة العامة بمرسوم مقابل تعويض عادل وفقاً للقانون.

3- لا تفرَضُ المصادرة الخاصة إلاَّ بحكم قضائيٍّ مُبرم.

(1) المادة 15/ من الدستور.

(2) المادة 71/ من الدستور.

(3) جرى الاستفتاء العام عليه بتاريخ 2012/2/26م.

4- تجوزُ المصادرةُ الخاصّةُ لضرورات الحرب والكوارث العامّة بقانون لقاء تعويض عادل.

5- يجب أن يكون التعويضُ معادلاً للقيمة الحقيقية للملكية.

ونصّت المادةُ /34/ على أنّه «لكلِّ مواطنٍ حقُّ الإسهام في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وينظم القانون ذلك».

ونصّت المادةُ /75/ على أن يتولّى مجلسُ الشعب إقرارَ الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية.

نستنتج ممّا تقدّم: أنّه وفقاً للمادة /75/ من الدستور يمكنُ للدولة أن تبرم الاتفاقيات التي تمنح امتيازات إلى الشركات أو المؤسسات الأجنبية ولكن شريطة مصادقة مجلس الشعب على مثل هذه الاتفاقيات.

وبمفهوم المخالفة للمادة السابقة، فإنّه يمكنُ للدولة أن تمنح امتيازات إلى الشركات أو المؤسسات الوطنية، وعندئذٍ فإنّ مصادقة مجلس الشعب لا تكون واجبة على مثل هذه الاتفاقيات.

وإنّ عقودَ الامتياز المُبرمة بين الدّولة والأشخاص الأجنبيّة تحتاجُ إلى مصادقة مجلس الشعب عليها، وإقراره لها وفق المادة /75/ من الدستور؛ لأنّ هذه العقود تتضمنُ امتيازات، ومن ثَمَّ إنّ العقد بعد إنهاء موجباته من قبل السلطة التنفيذية يجب رفعه إلى السلطة التشريعية ممثّلة بمجلس الشعب لنيل مصادقته عليه، والمصادقة عليه شرط نفاذ، ومن ثَمَّ إنّ ترخيص السلطة التشريعية في هذه الحالة يعد مشاركة في الاختصاص بإبرام العقد⁽¹⁾.

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005م، ص325.

ونحن نرى أنَّ التعاقد بنظام B.O.O.T لا يوجدُ أساسٌ دستوريٌّ له، كعملية قانونية في الجمهورية العربية السورية، خاصّة أنَّ المادة /14/ من الدستور النافذ الصادر عام 2012م، والتي نصّت على أنَّ الثروات الطبيعية، والمنشآت، والمؤسسات، والمرافق العامّة هي ملكيّة عامّة، كما لا يوجدُ أساسٌ دستوريٌّ للخصخصة، سواء أكانت مؤقتة أم دائمة في سورية. مع ملاحظة أن المال العام يمكن تحويله إلى خاص وفق المادة /91/ من القانون المدني السوري.

ولكن يمكن أن تدار المرافق العامة والمؤسسات والمنشآت المذكورة في المادة /14/ من الدستور السوري النافذ لمصلحة مجموع الشعب من قبل القطاع الخاص ولكن تحت إشراف الدولة.

ثانياً - في مصر:

أما في مصر فقد مرّ منح الالتزام فيها بتطور ملحوظ، ففي البداية كان الالتزام منحة من الحاكم وكانت الذمة المالية للدولة تختلط بالذمة المالية للحاكم⁽¹⁾. وبعد أن اتضحت خطورة عقد الالتزام كان واجباً على المُشرّع أن يتدخّل لينظّم منح الامتيازات، ويحافظ على ثروات الأمة، فأوجب الدستور الصادر سنة 1923م في

(1) ويعد امتياز قناة السويس عام 1854م أبرز صورة لذلك، وفي عام 1887م منحت الحكومة امتياز تجفيف بحيرة أبو قير، وبمقتضاه أصبحت الأرض ملكاً خالصاً للملتزم، مع إعفائه من الضرائب سنوات عدة، وفي عام 1894م، حصلت شركة بلجيكية على امتياز مرفق الترام في مدينة القاهرة.

د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدة خضوعه لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 85-86.

المادة /137/ ضرورة إصدار قانون خاص بمنح كلِّ التزام على حدة، وإلى زمن محدود، فيما يتعلق باستغلال موارد الثروة الطبيعية للبلد، أو مصلحة من مصالح الجمهور المهمة وكل احتكار.

وأما دستور سنة 1953م، فقد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام، لكن يوجد عرف دستوري يقضي بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية فيما يتعلّق بمنح التزامات المرافق العامة، أو استغلال موارد الثروة الطبيعية، ولكنها ليست مُطلقة، بل تقتصرُ على المرافقِ القوميّة الرئيسة، والموارد الطبيعية المهمة.⁽¹⁾

أما دستور سنة 1956م فقد نَظَمَ هذا الموضوع مفرقاً بينَ حالتين:⁽²⁾

- الحالة الأولى: إذا كان الالتزام المرادُّ منحه يتضمَّن احتكاراً، ففي هذه الحالة لا يمكنُ منحه إلا بقانون في كلِّ حالةٍ على حدة.

- الحالة الثانية: ألاَّ يتضمَّن الامتياز احتكاراً، في هذه الحالة أحالَ الدستور إلى قانون عام يصدر مبيناً كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة.

ويكونُ منحُ الامتياز في هذه الحالة بقرارٍ إداريٍّ استناداً إلى القانون المذكور.

(1) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت، المرجع السابق، ص 77.

(2) المادتين /98/ و/99/ من الدستور المصري الصادر عام 1956م.

أمّا دستور سنة 1958م المؤقت فقد نصّ في المادة /30/ منه على أنّه: «لا يجوز منح الاحتكار إلّا بقانونٍ وإلى زمنٍ محدّدٍ». وقد أغفل حالات منح الالتزام المُتعلّقة بموارد الثروة الطبيعية والمرافق العامّة.

ثمّ صدرَ بعدَ ذلكَ دستور سنة 1964م الذي نصّ في المادة /74/ منه على أنّ: «ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصّة بمنح الالتزامات المُتعلّقة باستغلال موارد الثروة الطبيعيّة والمرافق العامّة».

أمّا الدُستورُ المصري الصادر سنة 1971م فقد تبنّى فكرة الاقتصاد الاشتراكي من خلال دعم فكرة توسيع الملكية العامّة على حساب الملكية الخاصّة،⁽¹⁾ واقتصر في الحديث عن الملكية الخاصّة في مادة واحدة فقط،⁽²⁾ وأوجب أن يُسيطر الشعبُ على كلّ أدوات الإنتاج، وعلى توجيه فائضها وفقاً لخطة التنمية التي تضعها الدّولة، ونصّت المادة /123/ من الدستور على أنّ: «يُحدّد القانون القواعد والإجراءات الخاصّة بمنح الالتزامات المُتعلّقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامّة كما يُبيّن أحوال التصرف بالمجان».

(1) جاء في المادة /24/ النص الآتي: «ترعى الدولة الإنتاج وتعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية». كما جاء أيضاً في المادة /28/ منه: «ترعى الدولة المنشآت التعاونية بكل صورها وتشجع الصناعات الحرفية بما يكفل تطوير الإنتاج وزيادة الدخل».

(2) نصت المادة /32/ من الدستور على الآتي: «الملكية الخاصة تتمثل في رأس المال غير المستغل، وينظم القانون أداء وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية دون انحراف أو استغلال، ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع الخير العام للشعب».

ومن ثَمَّ إنَّ دستورَ سنة 1971م أحالَ إلى القانون لتحديد القواعد والإجراءات الواجبة الاتباع عند منح التزامات المرافق العامّة واستغلال موارد الثروة الطبيعية للبلاد.

أثار توجُّه الاقتصاد المصري إلى نظام الاقتصاد الحرّ والخصخصة خلافاً فقهيّاً حول مدى دستورية عقود B.O.O.T و B.O.T بحسبانها الشكل الحديث للاستثمار.⁽¹⁾ فذهب رأيٌّ إلى عدم دستورية عقود B.O.O.T مستندين إلى أنَّ الدستور المصري تبنّى فكرة الاقتصاد الاشتراكي المؤجّه، وتأكيد ملكية الشعب للقطاع العام، وسيطرته على أدوات الإنتاج، لأنّه من غير المنطقي أن يقوم القطاع العام بقيادة خطة التنمية في المجتمع وعلى عاتقه مسؤولية ذلك، وفي الوقت ذاته يتمّ فيه بيع هذا القطاع إلى أشخاص آخرين.

وذهب رأيٌّ آخرٌ إلى أنَّ عقود B.O.O.T لا تتعارض مع نصوص الدستور؛ لأن هذا النظام صورة جديدة من صور الاستثمار، وتوسيع الملكية الخاصة، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة /34/ من دستور سنة 1971م التي تنص على أن: "الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ولا تنزع الملكية الفردية إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض وفقاً للقانون وحق الإرث مكفول. كما أسند هذا الرأي إلى حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر سنة 1997م في القضية رقم /16/ الذي

(1) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود B.O.T، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008م، ص 48-49. ود. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد B.O.T، المرجع السابق، ص 132 وما بعدها.

ينص على أن "الاستثمار بمختلف صوره -العام والخاص- ليس إلا أموالاً تتدفق، سواء عبأتها الدولة أم كونها القطاع الخاص، فإنها تتكامل فيما بينها، ويعد تجميعها لازماً لضمان قاعدة إنتاجية أعمق وأعمق...".

كما استند هذا الرأي إلى أن الدستور لم يحظر الخصخصة ومن ثم فهي جائزة، ولكن ذلك مقيد بعدم مخالفته للمبادئ الاقتصادية الموجودة في نصوص الدستور، وألا تؤدي إلى عجز القطاع العام عن قيادة خطط التنمية للدولة بوصفه الراعي الأول لذلك.

عملت المحكمة الدستورية العليا المصرية على حماية الإطار القانوني للخصخصة في مصر من أي طعن بعدم دستوريته، ومكنت الحكومة من تنفيذ عمليات الخصخصة بكل يسر، بعيداً عن أي مثالب قانونية أو دستورية.⁽¹⁾

أصبح الخلاف الفقهي نظرياً بعد التعديلات الدستورية التي جرت سنة 2007م، ونصّت المادة الرابعة على أن: «يقوم الاقتصاد في جمهورية مصر

(1) د. إبراهيم يوسف هرموش، النظام القانوني لخصخصة الشركات العامة (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 492.

تجدر الإشارة إلى أنه صدر قانون قطاع الأعمال العام رقم 203/ لسنة 1991م في مصر والذي قام بتحويل شركات القطاع العام إلى شركات قطاع أعمال عام تمهيداً لخصخصتها ونقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، وعرض القانون على المحكمة الدستورية العليا المصرية لبيان مدى دستوريته، فقضت المحكمة بدستورية القانون المذكور. د. مهند نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، مرجع سابق، ص 116 وما بعدها.

العربية على تنمية النشاط الاقتصادي والعدالة الاجتماعية، وكفالة الأشكال المختلفة للملكية والحفاظ على حقوق العمل».

كما ذهبت المادة /24/ من الدستور بعد التعديل إلى أن: «ترعى الدولة الإنتاج وتعمل على تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية».

وهكذا يرى جانب من الفقه أن المشرع الدستوري قد تبنى فكرة الاقتصاد الحر، وانتهى الفكر الاشتراكي في الدستور، وأصبح الدستور بعد تعديله لا يتعارض مع الفكر الاقتصادي الحر، وإعطاء القطاع الخاص الدور الرائد في تنمية اقتصاد الدولة، والنهوض به.

ومن ثم يرى جانب من الفقه أنه لا يوجد في الدستور المصري سنة 1971م بعد تعديله ما يمنع من التعاقد مع القطاع الخاص وفق نظام B.O.O.T ومشتقاته⁽¹⁾.

وقد صدر الدستور المصري الجديد عام 2014، والذي نص في المادة /27/ منه على أن: "يلتزم النظام الاقتصادي بمعايير الشفافية والحوكمة ودعم محاور التنافس وتشجيع الاستثمار ومنع الاحتكار...".

ونصت المادة /28/ على توفير المناخ الجاذب للاستثمار.

ونصت المادة /32/ على أن: «موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ومدة لا تتجاوز

(1) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت، المرجع السابق، ص 80-81.

ثلاثين عاماً، ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحة أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشرة عاماً بناءً على قانون».

- لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة.

- يحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة».

ونصّت المادة /33/ على أن: «تحمي الدولة الملكية بأنواعها الثلاثة: الملكية العامة والخاصة والتعاونية».

ونصّت المادة /35/ على أن: «الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث مكفول ولا تنزع إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل يُدفع مُقدماً وفق القانون».

ونصّت المادة /36/ على أن: «تعمل الدولة على تحفيز القطاع الخاص لأداء مسؤوليته الاجتماعية في خدمة الاقتصاد الوطني والمجتمع».

كما نصّت المادة /40/ على أن: «المصادرة العامة محظورة، ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي».

ونحن نرى من خلال النصوص السابقة أن موارد الدولة الطبيعية، كالنفط والغاز، هي ملك للشعب، ويتم منح حق استغلال الموارد الطبيعية، والتزام المرافق العامة بقانون، أي إن ذلك يحتاج إلى تشريع من السلطة المختصة (السلطة التشريعية)، وحدد مدة الالتزام كحد أقصى ثلاثين عاماً فقط، أي إنه حدد مدة الالتزام دستورياً، حيث كانت في السابق، يحددها القانون أو العقد المبرم بين الجهة العامة والمستثمر، وجعل حق استغلال المحاجر والمناجم كحد أقصى خمسة عشرة عاماً، وبناءً على قانون يصدر من السلطة التشريعية، وأكد على أنه لا يجوز

التصرف في أملاك الدولة العامة، وبالتالي أصبحت عملية الخصخصة الدائمة أو المؤقتة غير جائزة دستورياً في مصر ومنها عقد B.O.O.T.

وفي الوقت ذاته نصّ على تشجيع القطاع الخاص في الإسهام في الاقتصاد الوطني، وحمايته من خلال عدم جواز نزع الملكية الخاصة إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وأن المصادرة الخاصة تكون بحكم قضائي.

ومن ثمّ فقد شجع الدستور المصري على الاستثمار، وعلى جواز منح التزام المرافق العامة بقانون ولمدة محددة، وحماية الملكية الخاصة.

وينسجم هذا الدستور مع الاتجاهات الاقتصادية الحديثة التي تشجع القطاع الخاص في أداء دور اقتصادي واجتماعي لتحقيق التنمية الشاملة.

ونرى أن الدستور المصري النافذ قد استفاد من تجربة بعض الدول ومنها بريطانيا، التي اتبعت سياسة الخصخصة والتي نتج عنها مشكلات سياسية واقتصادية، ثم اتبعت سياسة المشاركة مع القطاع الخاص بطريقة مختلفة عن الخصخصة الكاملة وخاصة في مجال مرافق البنية التحتية الاقتصادية⁽¹⁾.

ثالثاً - في فرنسا:

أما في فرنسا فإن الدستور الفرنسي النافذ لسنة 1958 لا يتضمن إلا عدداً قليلاً من النصوص التي تتعلق بالتنظيم الاقتصادي للدولة والتي لا تكشف عن

(1) إبراهيم محمد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (p.p.p) وآلية تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2013، ص34.

تبني نظام اقتصادي معين. إذ تنص المادة /2/ من الدستور على أن فرنسا جمهورية اجتماعية⁽¹⁾، وهذا النص لا يشير إلى أي نظام اقتصادي. وبالرغم من ذلك، فإن الدستور الفرنسي يقر عدداً من المبادئ التي تؤكد تبني الفكر الاقتصادي الحر، وحماية الحرية الفردية بما يعزز مشاركة القطاع الخاص في المجالات الاقتصادية المختلفة، ومن بينها المجال في استثمار المرافق العامة.

وتمشياً مع الاتجاه السائد في فرنسا الذي يقوم على تشجيع مشاركة القطاع الخاص في المجالات الاقتصادية المختلفة، ومن بينها المرافق العامة، فإن الدستور الفرنسي النافذ لم يقيد السلطة الإدارية، المركزية منها أو المحلية، بقيود معينة، فلم يشترط لمنح امتيازات المرافق العامة صدور موافقة من السلطة التشريعية⁽²⁾.

ولقد تضمّن دستورُ الجمهورية الفرنسية الخامسة لسنة 1958م في المادة /34/ منه المسائل التي تدخل ضمن صلاحية السلطة التشريعية، ومن ثمّ يجب أن تنظم بقوانين. حيث نصّت المادة /34/ منه على أنّه: «يُحدّد القانون القواعد المُتعلّقة بتأميم المشروعات، نقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص»⁽³⁾.

(1) د. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص12.

(2) د. أوس جمال مخيير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019، ص69.

(3) راجع:

- Art (34): " La loi fixé les règles concernant, les nationalisation d' entreprise et les transferts de propreté d' entreprise du secteur public du secteur privé",

ومن ثَمَّ إِنَّ الدِّستورَ الفرنسيَّ قد حصَّ السلطةَ التشريعيَّةَ سلطةً تنفيذَ العمليَّةِ المُتعلِّقةِ بخصخصة المرافق العامَّة من خلال القوانين الصادرة عنها، ثمَّ عدم جواز تنظيم عملية الخصخصة عن طريق اللوائح التي تُعدُّ إحدى الوسائل التشريعية التي تمتلكها السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

وقد أسهم المجلس الدستوري الفرنسي في تفسير نصِّ المادة /34/ من الدستور، حيثُ قرر أنَّ القانونَ الذي يصدر بتحويل ملكية بعض المرافق من القطاع العام إلى القطاع الخاص يجب أن يكون مُقترباً بالمُدَّة اللازمة لتنفيذ ذلك. وأنَّ السلطة التشريعية حين تُصدِّر قانوناً بشأن خصخصة مرفق معين، فإنَّها لا تكون مُلزَمةً باتباع أسلوب معين في ذلك.

كذلك قرَّر مجلسُ الدَّولة الفرنسي أنَّه: «لا يُشترط أن يضع القانونُ التفاصيل كافة المُتعلِّقة بتنفيذ الخصخصة، بل يكفي أن يضع مجموعة من القواعد تكون واجبة التنفيذ بشكل تفصيلي، من جانب سلطة يُحدِّدها القانون الصادر بهذا الشأن ذاته. وإنَّ القانونَ الصادرَ بالخصخصة يجب أن يتضمَّن ماهية اللجنة المُختصة بتقييم المرفق مالياً، قبل نقل ملكيته إلى القطاع الخاص»⁽²⁾.

وقد نصَّت المادة /69/ من الدستور على أنه: «يُبيد المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي رأيه في مشروعات القوانين، أو المراسيم، أو الأوامر، كذلك في اقتراحات القوانين المعروضة عليه من الحكومة». ونصَّت المادة /70/ من الدستور

(1) د. أوس جمال مخيير، المرجع السابق، ص 68.

(2) د. مهند مختار نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، المرجع السابق، ص 115.

على أنه «يجوز للحكومة والبرلمان أن يستشيرا المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي في أي مسألة لها طابع اقتصادي أو اجتماعي أو بيئي».

ونصّت المادة /71/ على أنه: «لا يجوز أن يتعدّى عدد أعضاء المجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي مائتين وثلاثة وثلاثين عضواً».

ونحن نرى أنّ عقدَ B.O.O.T لا يخالف الدستور الفرنسي، كون العقد عبارة عن خصخصة مؤقتة للمرفق العام محل التعاقد، ويحوي على ترخيص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع بشكل مؤقت.

نستنتج ممّا تقدّم: أنّ الدستور السوري النافذ نصّ على تنمية النشاط الاقتصادي العام والخاص، ونصّ في المادة /14/ منه على أنّ الثروات الطبيعية والمنشآت والمؤسسات والمرافق العامة هي ملكية عامة تتولّى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب، وأن الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية يجب إقرارها من قبل مجلس الشعب وفق المادة /75/ من الدستور، ومن ثمّ أجاز الدستور منح التزام المرافق العامة إلى القطاع الخاص، وسمح بنقل إدارة المرفق العام إلى القطاع الخاص من دون ملكيته، وبالتالي فإنّ عقد B.O.O.T لا يوجد أساس دستوري له في سورية، وتجدر الإشارة إلى أنّ الدستور السوري نصّ على حماية الملكية الخاصة، وأنّ لكلّ مواطن حقّ الإسهام في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وأنّ الاقتصاد الوطني يقوم على أساس تنمية النشاط الاقتصادي العام والخاص لتحقيق النمو الاقتصادي والتنمية الشاملة والمتوازنة والمستدامة، وتكفل الدولة حماية المنتجين والمستهلكين

وترعى التجارة والاستثمار. وبالتالي فإن الدستور شجع القطاع الخاص على المساهمة في الحياة الاقتصادية.

كذلك فإن الدستور المصري لسنة 2014م نصّ على تشجيع الاستثمار ومنع الاحتكار، ونصّت المادة /32/ على أنّ موارد الدولة الطبيعية ملكُ الشعب، ويكون منح حق الاستغلال للموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، وأنه لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة. وإنّ الملكية الخاصة مصونة، وتعمل الدولة على تحفيز القطاع الخاص في خدمة الاقتصاد الوطني، ومن ثمّ نحن نرى أنّه لا يوجد أساس دستوري لعقد B.O.O.T في مصر.

أمّا الدستور الفرنسي فقد حدّد آلية تشريعية لعملية خصخصة المرافق العامة ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص، ونص على عدد من المبادئ التي تؤكد تبني الفكر الاقتصادي الحر، ومن ثمّ إنّ عقد B.O.O.T يوجد له أساس دستوري في فرنسا.

وبعد أن استعرضنا الإطار الدستوري لعقد B.O.O.T، ننقل لبحت الإطار التشريعي له في سورية ومصر وفرنسا، وذلك لمعرفة النصوص القانونية الناظمة له وذلك في المطلب الآتي:

المطلب الثاني

الإطار التشريعي لعقد B.O.O.T

الهدف من البحث في الإطار التشريعي في عقد B.O.O.T هو معرفة فيما إذا كان هنالك قانون خاص يحكم عقد B.O.O.T ومعرفة القواعد القانونية التي تحدد كيفية اختيار المتعاقد وآلية إبرام العقد. حيث إنّ للقانون الدور التفصيلي في تنظيم مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، ويجد المشرع نفسه أمام خيارات تنظيمية عدة، فإمّا أن يضع قانوناً عاماً ينظم مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص من جميع القطاعات الاقتصادية، وإمّا أن يصدر قانوناً ينظم المشروعات التي تنفذ في قطاع معيّن من قطاعات البنية الأساسية.

ولكن قد يضطر المشرع في بعض الأحيان - إلى إصدار قانون ينظم مشروعاً واحداً فقط، وقد يجمع المشرع بين هذه الأساليب الثلاثة وفقاً لما تقتضيه الظروف الخاصة في البلد المضيف والمصلحة الوطنية⁽¹⁾.

والحقيقة إنّ الأسس التشريعية لعقد B.O.O.T تختلف بشكل ملحوظ في كلّ من سورية ومصر وفرنسا، كما سنبين ذلك فيما يأتي:

أولاً - في سورية:

اتجهت غالبية الدول العربيّة، ومنها سورية، نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص في إنشاء مرافق البنية الأساسية واستغلالها في كثير من القطاعات، مثل: المطارات، والاتصالات، ومحطات الكهرباء، والطرق وغيرها.

(1) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 58-59.

وتوجد في سورية بعض النصوص الموجودة في القوانين المختلفة والتي تتعلق بمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية التحتية، وهذا ما سنورده وفقاً للترتيب الآتي:

1- النصوص الواردة في القانون المدني بشأن عقد التزام المرافق العامة:

يذهب رأي واسع من الفقه إلى أن عقد B.O.O.T هو في حقيقته تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة⁽¹⁾.

وقد نص القانون المدني السوري في المواد /634-639/ على غرار القانون المدني المصري، وغيره من التشريعات على تعريف عقد التزام المرافق العامة، وتنظيم العلاقة بين الملتزم والمنفع من حيث المساواة بين المنتفعين الذين تُسميهم هذه النصوص «بالعملاء»، سواء في تلقي الخدمات العامة، أو في تقاضي أجور هذه الخدمات، ونصت على حق السلطة العامة بتحديد تعريفات أسعار الخدمات المؤداة إلى المنتفعين، وجواز إعادة النظر في قوائم الأسعار وتعديلها زيادة أو نقصاناً حسب الحال.

وقد عرّفت المادة /634/ من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /84/ تاريخ 1949/5/18م عقد التزام المرافق العامة بأنه: «عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة

(1) د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، المرجع السابق، ص101.

المُختصة بتنظيم هذا المرفق، وبين فرد أو شركة يعهد إليه باستغلال المرفق فترة من الزمن»⁽¹⁾.

وقد انتقد هذا التعريف لأنه يركز على الغرض أو الغاية من العقد، وهي إدارة المرفق واستغلاله، ويُغفل إنشاء المنشآت اللازمة لعمل المرفق وتجهيزه بالآلات والمعدات أو الاقتصار على تجهيزه دون بنائه، مغفلاً هذه الإعدادات الأولية التي تسبق مرحلة الإدارة وتشكل في الوقت ذاته إحدى أهم العناصر الجوهرية لعقد الالتزام.⁽²⁾

2 - النصوص الواردة في بعض القوانين الحديثة:

صدر القانون رقم 2/ لسنة 2005م في سورية المُتضمن قانون المؤسسات العامة الذي نصّ في المادة 35/ منه على الآتي:⁽³⁾ «يجوز للمؤسسات العامة وللشركات العامة والمنشآت العامة فصل الإدارة عن الملكية في بعض الأعمال والخدمات، ويصدر قرار الموافقة من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح مُعلّل من الوزير المُختص». وقد جاء هذا النصّ لينظم بعض حالات عقود المشاركة مع

(1) وهذا النص مطابق لنص المادة 668/ من القانون المدني المصري.

(2) تجدر الإشارة إلى أن ما جاء في نص المادة 634/ من القانون المدني السوري هي أحكام قديمة، فهي منقولة عن القانون المدني الفرنسي الذي وضع في بداية القرن التاسع عشر، وهو الوقت الذي لم يكن قد تميز القانون الإداري، الذي يحكم عقد الالتزام عن القانون المدني الذي يحكم بصورة أساسية العلاقات المالية بين الأفراد.

د. مهدي نوح، الخصخصة المفهوم القانوني والبدائل، المرجع السابق، ص 136.

(3) منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، النصوص التشريعية والتنظيمية والتفسيرية، السنة السابعة والثمانون، العدد (5) لعام 2005م.

القطاع الخاص العائدة إلى بعض المؤسسات العامة وفي مجالات الاتصالات والنقل خصوصاً⁽¹⁾.

ويلاحظُ على نصِّ المادة السابقة حسب رأيِّ جانب من الفقه الآتي:

قصد المُشرِّع من النصِّ فصل الإدارة عن التنظيم، بحيث يبقى التنظيم للمؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشأة العامة، وتكون الإدارة لمصلحة أحد الأشخاص الاعتبارية أو الطبيعية بموجب عقدٍ يبرمُ بين الطرفين. وهذا النصُّ لم يكن دقيقاً؛ لأنَّ التنظيم يسمح للمؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشأة العامة، أن تحدد أوضاع أداء الخدمة التي سيقدمها المتعاقد إلى المنتفعين، وهذا ما يفترض في حدِّ ذاته بقاء الملكية للإدارة، ولكن عبارة «فصل الملكية عن الإدارة» لا تشيرُ إلى بقاء حقِّ التنظيم للمؤسسة العامة، أو الشركة العامة أو المنشأة العامة، وكان واجباً على المُشرِّع أن يُظهرَ النتائج المترتبة على فصل الإدارة عن الملكية، والمُتمثِّلة في استغلال المرفق بعد نقل إدارته، وإعادة المرفق ذاته إلى المؤسسة أو الشركة أو المنشأة بعد نهاية مدة العقد.⁽²⁾

- خلطَ هذا النصُّ بين طرق مُختلفة لإدارة المرافق العامة، ذلك أنَّ المؤسسات العامة والشركات العامة هي بحدِّ ذاتها أسلوبٌ من أساليب إدارة المرافق العامة، كما هو معروفٌ في علم القانون الإداري، وهو أسلوبٌ مختلف عن المفهوم الذي أطلقه النصُّ المذكور بعبارة «فصل الإدارة عن الملكية»، والذي يعني إدارة

(1) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص34.

(2) د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، المرجع السابق، ص102.

المرفق بأسلوب التفويض التعاقدى للمرفق العام، وهو أسلوب مستقل وقائم بذاته لإدارة المرافق العامة⁽¹⁾.

وهذا يعني العدول عن إدارة المرفق بطريقة الإدارة المباشرة (المؤسسة العامة) وما يماثلها، الأمر الذي يتطلب زوال المؤسسة العامة التي كانت تدير المرفق، وإسناد إدارة المرفق إلى الملتزم، ولكن المُشَرِّع في المادة /35/ قد تَوَجَّه إلى نقلٍ جزئيٍّ ومؤقتٍ لإدارة المرفق العام عن طريق الالتزام، فيصبح لدينا مرفقٌ عامٌّ يُدارُ في معظمه عن طريق المؤسسة العامة، وفي جزءٍ منه عن طريق عقد الالتزام، فيكون في هذه الحالة وسيلة الإدارة ذات طابع مختلط⁽²⁾، ومن الملاحظ أنَّ اللجوء إلى وسيلة الإدارة ذات الطابع المُختلط التي تجمع بين أسلوب المؤسسة العامة والالتزام، قد أُسندَ بموجب المادة /35/ إلى سلطة تنفيذية عليا في الدولة، وهي مجلس الوزراء، بناءً على اقتراح مُعلَّل من الوزير المُختص الذي تتبَّعُ له المؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشأة.

وقد نصَّت المادة /1/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004م على الآتي: «يُقرُّ نظامُ العقود المرافق المُتضمِّن طرق تأمين احتياجات الجهات العامة وبيع أموالها». كما نصَّت المادة /2/ من القانون ذاته، الفقرة /أ/ على الآتي:

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 141-142.

(2) د. محمد أديب الحسيني، المرجع نفسه، ص 140.

«تتعد النفقات الناجمة عن تأمين احتياجات الجهة العامة بإحدى الطرق الآتية: الشراء المباشر، المناقصة، طلب العروض، المسابقة، والعقد بالتراضي، وتنفيذ الأشغال العامة بالأمانة»⁽¹⁾.

(1) الشراء المباشر هو أسلوب يتم عن طريق لجان تشكل لهذا الغرض، وهو أسلوب للتعاقد يقوم على إطار إجرائي بسيط بهدف إبرام عقد، وهو أسلوب تتحرر فيه الإدارة من كل القيود المفروضة عليها في حالة إقدامها على التعاقد بأي من أسلوبي المناقصة أو طلب العروض.

- أمّا المناقصة: فهي أسلوب للتعاقد أيضاً، يقوم على أساس المنافسة المفتوحة والعلانية وانتقاء المتعاقد الذي يتقدم بالسعر الأقل، وتنهض بعبء عملياتها سلطة مختصة هي لجنة المناقصة وتعرض نتائج الإرساء الذي توصلت إليه لجنة المناقصة على السلطة المختصة بإبرام العقد.

- طلب العروض: أسلوب للتعاقد يستند إلى المنافسة والعلانية، ويعطي الإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية؛ لأن الإرساء يتم على عدد من المعايير لا يخضع إلى حصر، ويهدف هذا الأسلوب إلى التعاقد مع المرشح الذي يقدم العرض الأفضل من الناحيتين الاقتصادية والفنية، مع حظر التفاوض مع المرشحين.

- التعاقد بالتراضي (التعاقد بالتفاوض): هو حالة استثنائية على الأصل المتمثل بالمناقصة، وطلب عروض الأسعار، حيث حدد المشرع حالات حصرية للجوء إلى هذا الأسلوب التعاقدية، وهو أحد أساليب إبرام العقود الإدارية، التي تعطي الإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية؛ لأن العقد يبرم في هذه الحالة على أساس المناقشة والتفاوض الحر بين الإدارة والمرشحين الذين يمكن أن ينفذوا العقد المراد إبرامه.

- تنفيذ الأشغال بالأمانة: وهو وسيلة لتنفيذ الأشغال العامة في كل مرة تقتضيها مصلحة الجهة العامة أو ضرورة السرعة أو استحالة تنفيذ الأشغال العامة بوساطة متعهدين، وتنفذ هذه الأشغال العامة على مسؤولية الجهة العامة التي تتولى التنفيذ مهما كانت مبالغ نفقاتها.

- المسابقة: أسلوب للتعاقد الإداري تكون فيه للإدارة سلطة تقديرية أوسع في اختيار من ترغب في التعاقد معه.

د. مهند مختار نوح، دراسة حول القانون رقم 51/ لعام 2004م المتضمن نظام العقود الموحد، بحث مقدم إلى دورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين، المنعقد بدمشق =

وجاء أيضاً في المادة /2/ من المرسوم رقم /450/ لسنة 2004م وتعديلاته المتضمن دفتر الشروط العامة الآتي: «تُطبَّق أحكام الباب الثاني من هذا الدفتر على عقود التوريد كما تُطبَّق أحكام الباب الثالث على عقود الأشغال». ويُستفاد من هذه المواد وفقاً لوجهة نظر جانب من الفقه الآتي⁽¹⁾:

- إنَّ نظام العقود يقتصرُ حكمه على العقود المُتعلِّقة بتأمين احتياجات الجهات العامة؛ أي عقود الشراء العام، وكذلك على عقود بيع أموال هذه الجهات ذاتها؛ أي عقود البيع العام، أي إنَّ القانون /51/ يُطبَّق على عقود الشراء والبيع الإداريين فقط، دون عقود الالتزام وعقد B.O.O.T وما يماثلها، وكذلك يُستفاد من المادة /2/ من المرسوم /450/ على اقتصار أحكامها على عقود التوريد والأشغال فقط. ومن ثَمَّ فإنَّ القواعد التي تضمنها كلٌّ من القانون /51/ والرسوم /450/ لا تتلاءم مع الطبيعة القانونية والاقتصادية لمشروعات وفق نظام B.O.O.T.

- ويُلاحظ أنَّ العملَ قد بدأ يجري في سورية على اللجوء إلى أسلوب التعاقد بنظام B.O.T، وقد عانت الجهات العامة التي لجأت إلى التعاقد بنظام B.O.T من مصاعب قانونية مختلفة، في تحديد القواعد القانونية الواجبة الاتباع عند إبرام

= بتاريخ 11/30 ولغاية 2008/12/1م، ص5. وما بعدها، و د. محمد الحسين - د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، عام 2005م، ص139-203.

(1) د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، المرجع السابق، ص105.

هذا النوع من العقود، وعند تنفيذها، وعلى ذلك فإن عقود B.O.T التي تم إبرامها في سورية قد تمّ خارج أيّ فلك قانوني⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية رقم 5/ لعام 2016 في المادة 3/ منه قد استثنى من تطبيق أحكامه العقود التي يبرمها القطاع العام وفقاً لأحكام القانون رقم 51/ لعام 2004 وتعديلاته.

وتجدر الملاحظة إلى أنّ تمويل مشروعات الشراكة في سورية لم تلقَ أهميةً كبيرةً إلاّ ما ندرَ، فهناك بعضُ القرارات الخاصّة ببعض المشروعات والتي أهمها قرار مجلس النقد والتسليف رقم 490/ لسنة 2009م⁽²⁾، ومن بعده تعميم وزارة المالية رقم 127/د لسنة 2010م⁽³⁾. وكذلك صدر المرسوم التشريعي رقم 56/ لسنة 2010م المتعلّق بإحداث مصارف الاستثمار الذي تضمّن النشاطات التي

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص144.

(2) تضمن هذا القرار السماح للمصارف العاملة في الجمهورية العربية السورية بتمويل بعض المشروعات السياحية وفق صيغة B.O.T، ضمن نسبة لا تتجاوز الـ50% من قيمة المشروع وألزم المصارف بالحصول على الضمانات وفق الأنظمة النافذة.

(3) يشمل هذا التعميم بعض المبادئ بهدف تشجيع المشروعات الاستثمارية بشكل عام، ومنها إلزام الإدارة المتعاقدة بتلبية طلب المصرف بسحب أعمال المشروع وتسليمه إلى شركة أخرى إذا أخلّ الملتزم بدفع أقساط القرض ووضع المشروع تحت الإدارة المباشرة للدولة، أو من تكلفه، وتحويل جزء من الأرباح للمصارف المقرضة بما يعادل قيمة قسط القرض وفوائده، بيع حق الامتياز بالمزاد العلني واستيفاء المصارف لحقوقها المستحقة من الثمن واستمرار المزاد الأخير بدفع الالتزامات التي كانت مترتبة على الشركة المتعثرة.

يمارسها المصرف، ومنها تمويل المشروعات الاستثمارية لجهات القطاع العام الاقتصادي والقطاع الخاص بجميع أنواعها، بما في ذلك مشروعات B.O.T وبمختلف أشكال التمويل ولأجل مختلف العملات المحلية أو الأجنبية...⁽¹⁾.

وقد صدر القانون رقم 5/ تاريخ 2016/1/10م المتعلق بالتشاركية بين القطاع العام والقطاع الخاص⁽²⁾، الذي نظم الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص، والذي نص على أن التشاركية علاقة عقدية، وأنشأ مجلس التشاركية، وهو السلطة العليا فيما يتعلق بشؤون التشاركية، وهو برئاسة رئيس مجلس الوزراء⁽³⁾. وأنشأ كذلك مكتب التشاركية الذي يتألف من فريق من الخبراء، بهدف تقديم المشورة الفنية والإدارية والقانونية والمالية والاقتصادية وغيرها، إلى جميع الجهات العامة فيما يتعلق بالتشاركية⁽⁴⁾. وأجاز القانون تشكيل لجنة التشاركية في كل وزارة بعد الحصول على موافقة المجلس، وذلك لدعم القرار المتخذ في الوزارة أو الجهة العامة المتعاقدة فيما يتعلق بالتشاركية، وهي نقطة ارتباط مع المكتب⁽⁵⁾.

(1) المادة 10/ من المرسوم التشريعي رقم 56/ لعام 2010م.

(2) منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، العدد 5/، سنة 2016م.

(3) المادة 7/ من قانون التشاركية رقم 5/ لعام 2016 والتي نصت على أن: "مجلس التشاركية برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية عدد من الوزراء ورئيس هيئة التخطيط والتعاون الدولي وخبريين مستقلين وممثل الجهة العامة التي لها مصلحة مباشرة في عقود التشاركية".

(4) المادة 8/ من قانون التشاركية رقم 5/ لعام 2016.

(5) المادة 9/ من قانون التشاركية رقم 5/ لعام 2016.

وأجاز القانون للجهة العامة المتعاقدة تشكيل لجنة خاصة لكل مشروع تشاركية فيها، وهي لجنة تنفيذية تُسمى لجنة المشروع، وتكون مسؤولة عن متابعة جميع الأعمال المتعلقة بمشروع التشاركية حتى توقيع العقد⁽¹⁾. ونص القانون على تشكيل لجنة تقييم العروض واختيار العرض المناسب، وفق أحكام هذا القانون⁽²⁾، ونص القانون على أساليب التعاقد وعلى سبيل الحصر، وهي: طلب العروض، والإجراءات غير التنافسية والعروض التلقائية⁽³⁾.

وعدد مراحل طلب العروض بثلاث مراحل: التأهل الأولي، والعرض، والتعاقد.

وقد حرص المشرع على أن تتوفر مجموعة من المعايير التي ينبغي أن تتوفر في العارضين من مؤهلات فنية وموارد بشرية، ومعدات وتجهيزات... إلخ.

ونص كذلك على معايير التقييم ومقارنة العروض، والمفاوضات النهائية المتعلقة بصياغة العقد، وعلى الحالات التي يجوز فيها اللجوء إلى إجراءات تعاقدية غير تنافسية.

وبين الإجراءات النازمة لقبول العروض التلقائية ودراساتها، وكيفية تقديم الدعم من الجهة العامة إلى الشريك الخاص، أو إلى المستفيدين النهائيين وأشكال هذا الدعم، وأجاز القانون للجهات العامة الحق في المشاركة في رأس مال شركة المشروع في حالات معينة.

(1) المادة /10/ من قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016.

(2) المادة /11/ من قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016.

(3) المادة /17/ من قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016.

كما بيّن حالات انتهاء المشروع، وإجراءات نقل الملكية الأصول إلى الجهة العامة المتعاقدة عند انتهاء، أو عند إنهاء العقد، أو فسخه، وفئات تلك الأصول⁽¹⁾. وأجاز القانون للجهة العامة المتعاقدة أن تُنقل إلى شركة المشروع خلال مدة عقد التشاركية ملكية منشأة عامة أو عقار أو أموال غير منقولة ضرورية لحسن سير العقد⁽²⁾. ونصّ على حقوق الشريك وواجباته، وعلى التوازن المالي للعقد، وعلى كيفية حلّ النزاعات بين الطرفين المتعاقدين، وقد صدر القرار رقم /375/ تاريخ 2017/2/9م عن رئيس مجلس الوزراء المتضمن التعليمات التنفيذية لقانون التشاركية⁽³⁾.

ونحن نرى من خلال استعراض مواد قانون التشاركية السوري أنّه جاء مُنسجماً مع التّوجهات العالميّة، التي تنادي بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، ومع توصيات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Uncitral).

(1) نص القانون في المادة /53/ منه على فئات الأصول وهي:

- 1- الأصول المعادة: وهي تشمل الأراضي والأبنية والأشغال والهياكل والمرافق الثابتة.
- 2- الأصول المستعادة مقابل تعويض: وتشمل الموجودات المنقولة والثابتة التي يقدمها الشريك الخاص والتي تسهم في تشغيل المشروع.
- 3- الأصول الشخصية الخاصة: وتشمل جميع الأصول المنقولة وغير المنقولة الخاصة بشركة المشروع.

(2) المادة /54/ من قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016.

(3) منشور في الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأوّل، العدد /7/، لسنة 2017م.

ويُعدُّ هذا القانون من القوانين المُشجِّعة للاستثمار وخطوةً مهمة في تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في المشروعات الكبيرة والمهمة، وإعادة الإعمار، لما يتطلبه ذلك من أموال ضخمة وتكنولوجيا عالية وسرعة في الأداء.

وهو تضمّن الأمور والمسائل كافة المُتعلِّقة بعقد التَّشاركيَّة، وفي مختلف مراحله، وعلى كيفة اختيار المُتعاقد مع الإدارة وفق أصولٍ مُعيَّنة. ولكن نرى عدم دستورية بعض مواد القانون، وبخاصة المادة /54/ المُتعلِّقة بأصول المشروع ونقل ملكية منشأة عامة أو عقار أو أموال غير منقولة إلى شركة المشروع، والضرورية لحسن سير العقد وتنفيذ المشروع، وعودة هذه الملكية إلى الجهة العامَّة المُتعاقدة عند انتهاء عقد التَّشاركيَّة أو إنهائه كونها تخالف المادة /14/ من الدستور السوري النافذ.

ثانياً - في مصر:

أما في مصر، فيذهبُ الاتجاهُ الغالب فقهاً وقضاءً إلى تطبيق أحكام عقد التزام المرافق العامَّة وقواعده على عقد B.O.O.T، ويعدُّ عقد B.O.O.T شكلاً متطوراً لعقد الالتزام⁽¹⁾، وطبقاً لهذا الرأي، فإنَّ عقد B.O.O.T يخضع بشكل

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص144. ود. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، المرجع السابق، ص165. د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص84. ود. محمد المتولي، (الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق)، المرجع السابق، ص71.

أساسي إلى أحكام القانون /129/ لسنة 1947م، المُعدّل بالقانون رقم /61/ لسنة 1958م، في شأن التزام المرافق العامة، والذي تتلخص أحكامه بالآتي:

- 1- يجب ألا تزيد مدة الالتزام عن ثلاثين سنة.
- 2- يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحددها وثيقة الالتزام.
- 3- أن يصدر منح الالتزام بموجب قانون.
- 4- تمتلك الجهة الإدارية الحق في رقابة المرفق العام من جميع النواحي الفنية والمالية والإدارية، وذلك في كل وقت سواء وقت إنشائه أو في أثناء سيره وتقديمه للخدمة العامة.
- 5- يمتلك مانح الالتزام إذا اقتضت المصلحة العامة أن يُعَدّل قواعد استغلال المرفق وهياكل تنظيمه وتعديل قوائم الأسعار، مع حق الطرف الآخر بالتعويض.
- 6- لا يجوز أن تتجاوز حصة المُلتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام 10% من رأس المال الموظف والمُرخص به من مانح الالتزام- الإدارة- بعد خصم مقابل لاستهلاك رأس المال، وتُخصّص الزيادة- إن وجدت- لتكوين احتياطي لتغطية السنوات التي يقل فيها الربح عن نسبة الـ 10%.
- 7- تمتلك الإدارة مانحة الالتزام حق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدّته.

لكن الحكومة المصريّة- استمراراً في سياستها نحو التحول الاقتصادي والاتجاه نحو الاقتصاد الحرّ، وخضوعها إلى صندوق النقد الدولي، ونتيجة التطور الحاصل في عملية التنمية الاقتصادية على الساحة الدولية عامّة، وفي مصر

خاصة⁽¹⁾ - أصدر مشرّعها مجموعة من القوانين التي تُعدُّ استثناءً على ما جاء في القانون رقم 129/ لسنة 1947م وتعديلاته، وهذه القوانين هي:

1- القانون رقم 100/ لسنة 1996م المعدل للقانون رقم 12/ لسنة 1976م، بخصوص إنشاء هيئة كهرباء مصر:

أجازت المادة السابعة للهيئة أن تجري جميع التصرفات والأعمال التي من شأنها تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله، والتعاقد مباشرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية، وذلك طبقاً للقواعد التي تحدّدُها اللائحة الداخلية، وقد أجاز القانون المذكور منح التزامات المرافق العامة إلى المستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء محطات توليد الكهرباء وإدارتها وتشغيلها وصيانتها من دون التقيد بأحكام القانون رقم 129/ لسنة 1947م، والقانون 61/ لسنة 1958م، مع مراعاة بعض القواعد والإجراءات أهمها: اختيار المُلتزم في إطار

(1) يرى جانب من الفقه إنَّ القانون رقم 129/ لعام 1947م وتعديلاته، لا تتناسب مع عقد B.O.O.T، حيثُ إنَّ القانون رقم 129/ يُطبَّق على عقد الالتزام الذي يقتصر فيه دور الملتزم على إدارة المرفق فقط، من دون أن يقوم بإنشاء المشروع على حسابه الخاص، فلا تكفي مدة ثلاثين عاماً ليقوم المستثمر بتحصيل ما أنفقه في المشروع مع الأرباح، وإن إعادة النظر في قوائم الأسعار يلحق ضرراً بالمستثمر في عقد B.O.O.T كون غاية المستثمر هي الربح، وغاية الدولة تحقيق الرعاية السياسية والاجتماعية للمواطنين، وإن تعديل عقد الالتزام في عقد B.O.O.T يلحق خسارة كبيرة بشركة المشروع إذا تمَّ إعطاء الإدارة حق التعديل، وبالتالي فإن نصوص القانون رقم 129/ لعام 1947م غير كافية لتصبح سنداً تشريعياً، وأساساً تستند إليه الدولة في إبرام عقود B.O.O.T. انظر: د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص82 وما بعدها. ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود B.O.T، المرجع السابق، ص68.

من المنافسة والعلائية، وألا تزيد مدة الالتزام عن تسع وتسعين سنة، وتحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح من وزير الكهرباء والطاقة.

2- القانون رقم /229/ لسنة 1996م بخصوص تعديل بعض أحكام القانون رقم /84/ لسنة 1968م بشأن الطرق العامة:

أجاز هذا القانون منح التزام المرافق العامة إلى المستثمرين المحليين والأجانب، أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وتحصيل مقابل المرور عليها، من دون التقيد بأحكام القانون /129/ لسنة 1947م، والقانون رقم /61/ لسنة 1958م، واشترط القانون رقم /229/ لسنة 1996م مراعاة القواعد والإجراءات نفسها التي نص عليها القانون /100/ لسنة 1996م المذكور آنفاً.

وقد أعطى القانون للملتزم بعض الحقوق، منها: الحق في استغلال المساحات الواقعة على جانبي الطرق، وفي بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف وبعض المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية، التي تخدم الطريق والمارة، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير النقل والمواصلات⁽¹⁾.

(1) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 91. ود. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقود البوت، المرجع السابق، ص 140.

3 - القانون رقم 3/ لسنة 1997م بخصوص منح التزام المرافق العامة

لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول:

والذي أجازَ منحَ التزامات المرافق العامة إلى المستثمرين المصريين وغيرهم لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول أو أجزاء منها، أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضي النزول، وذلك من دون التقيد بأحكام القانون رقم 129/ لسنة 1947م، والقانون رقم 61/ لسنة 1958م.

ويتمُّ منحُ الالتزام بالقواعد والإجراءات نفسها التي نصَّ عليها القانون 100/ لسنة 1996م المذكور آنفاً.

4 - القانون رقم 22/ لعام 1998م المُعدّل للقانون رقم 1/ لعام

1996م بشأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية:

الذي أجاز منح التزامات المرافق العامة إلى المستثمرين المصريين وغيرهم لإنشاء موانئ عامة، أو تخصصية، أو أرصفة مُتخصّصة في الموانئ القائمة وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها، وذلك من دون التقيد بأحكام القانون رقم 129/ لسنة 1947م والقانون رقم 61/ لسنة 1958م⁽¹⁾.

(1) يرى جانب من الفقه أن المشرع المصري حين أصدر العديد من التشريعات التي سمح بموجبها للحكومة بإبرام عقود B.O.O.T في بعض المجالات الاقتصادية، من دون التقيد بأحكام القانون رقم 129/ لسنة 1947م، بأنه تخلي السلطة التنفيذية عن دورها في تسيير المرافق العامة.

د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 90-91.

يُلاحظ على هذه القوانين أنَّها تعالجُ موضوعات جزئية، وافتقرت إلى المعالجة الشاملة لصور مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة، وقد ألغت القيود على أرباح شركة المشروع، وأجازت منح الالتزام بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح من الوزير المختص، وأطالت مدة الالتزام ليصل إلى تسع وتسعين سنة⁽¹⁾. وهي تستوعب أهمَّ مجالات عقود الالتزام، كخدمات الكهرباء والمواصلات والموانئ والمطارات. ومن ثمَّ، فإنَّ هذه الاستثناءات من شأنها أن تُفرغ القانون رقم 129/ لسنة 1947م من مضمونه⁽²⁾، ويرى جانب الفقه أنَّه كان على المُشرِّع وضعُ تنظيمٍ قانونيٍّ شاملٍ ينظم مشاركة القطاع الخاص في المشروعات المهمة، ويحقق أهداف الدولة الاقتصادية والاجتماعية وغيرها⁽³⁾.

وبالفعل صدر القانون رقم 67/ لسنة 2010م، المُتضمِّن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، وكذلك صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 238/ لسنة 2011م المُتضمِّن اللائحة التنفيذية لقانون مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

(1) د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص118.

(2) د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T، مدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص94.

(3) د. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد B.O.T، المرجع السابق، ص143.

ونصّت المادة الأولى من القانون رقم /67/ لسنة 2010م، على أنّه: «يسري أحكام القانون على عقود المشاركة مع القطاع الخاص، وعقود الاستشارات الخاصّة المتعلّقة بها، والتي تبرمها الجهات الإدارية لتنفيذ مشروعات البنية الأساسيّة والخدمات والمرافق العامّة، وإتاحة خدماتها، ولا تسري على هذه العقود أحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947م، والقرار بالقانون رقم /61/ لسنة 1958م، وقانون المناقصات والمزيادات الصادر بالقانون رقم /89/ لسنة 1998م، وغيرها من القوانين الخاصّة بمنح التزامات المرافق العامّة».

ونحنُ نرى أنّ القوانين الخاصّة بمنح التزامات المرافق العامّة، هي القوانين المذكورة سابقاً، والمتعلّقة بقطاع الكهرباء، والمواصلات، والموانئ، والمطارات.

وقد حدّد القانون /67/ لعام 2010 مدّة العقد بما لا يقلّ عن خمس سنوات ولا يزيد عن ثلاثين سنة، من تاريخ إكمال أعمال البناء والتجهيز، وألاًّ تقلّ قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه. وأن تتم مشاركة القطاع الخاص بموجب عقد مشاركة بين الجهة الإدارية مع شركة المشروع، فيما يتعلق بتمويل مشروعات البنية الأساسيّة والمرافق العامّة وإنشائها وتجهيزها، وإتاحة خدماتها أو تمويل هذه المرافق وتطويرها، مع الالتزام بصيانة ما يتمّ إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد.

ولا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أيّ مُستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات إلّا بعد إصدار الجهة الإدارية المُتعاقدة شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة.

وقضت المادة /10/ من هذا القانون أنه: «يجب أن يتضمن عقد المشاركة الأحكام النازمة لملكية منشآت المشروع وأصوله في أثناء مدة العقد، وعند انتهائه أو إنهائه مبكراً».

ونصت المادة /11/ من هذا القانون على أنه: «لا يجوز لشركة المشروع بيع ما قد تملكه وفقاً لعقد المشاركة من الأموال والأصول الخاصة بالمشروع والمنشآت التي يتم إقامتها أو تطويرها إلا لغرض تنفيذ برنامج الإحلال والتجديد المنصوص عليه في العقد، وبعد الحصول على موافقة السلطة المختصة، أو أن تُرتب أي حق عليها، ومع ذلك، يجوز ترتيب حق عيني تبقي عليها بموافقة كتابية مسبقة من الجهة الإدارية لغرض التمويل».

وقد نص القانون على تشكيل اللجنة العليا لشؤون المشاركة برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المختصين بالشؤون المالية والاستثمار والتنمية الاقتصادية، والشؤون القانونية، والإسكان والمرافق، والنقل، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة، وينضم إلى عضوية اللجنة الوزير المختص بمشروع المشاركة.

وعدد القانون اختصاصات اللجنة العليا لشؤون المشاركة، ويجب على اللجنة إعداد تقرير عن أعمالها متضمناً ما أسفرت عنه ممارستها لاختصاصاتها من تطبيق نظام مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، والخدمات والمرافق العامة، والأثر المالي لتطبيق هذا النظام على الموازنات العامة والدين العام، ويُحال هذا التقرير إلى مجلس الشعب مع مشروعات قوانين الربط الخاصة بالحساب الختامي للموازنات العامة.

ونصّت المادة /16/ على إنشاء وحدة ذات طابع خاص في وزارة المالية، تُسمّى «الوحدة المركزية للمشاركة»، وعلى إنشاء وحدات للمشاركة في الجهات العامة، بحسب الاقتضاء.

«وتختصّ الوحدة المركزية للمشاركة بتقديم الخبرة الفنية ورسم ومتابعة إجراءات طرح وإبرام عقود المشاركة وتنفيذها...»، وتقوم بإنشاء سجلّ إلكترونيّ لكل مستندات مشروعات المشاركة.

ونصّت المادة /19/ على أنّه «يخضع اختيار المُستثمر لمبادئ العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص والمساواة». وقد أخذ القانون بمبدأ «التأهيل المسبق».

ويتمّ إبرام العقد مع المُستثمر بعد موافقة اللجنة العليا لشؤون المشاركة واعتمادها توصية السلطة المختصة لدى الجهة الإدارية باختيار المُتعاقد معها في عقد المشاركة.

كما نصّت المادة /35/ على خضوع عقد المشاركة إلى أحكام القانون المصري، وتسوية المنازعات بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة.

ونصّت المادة /39/ على تشكيل لجنةٍ للتظلمات برئاسة الوزير المُختصّ بالشؤون المالية، وعضوية اثنين من نواب رئيس مجلس الدولة، ورئيس الوحدة المركزية للمشاركة وأحد ذوي الخبرة من غير العاملين في الدولة، ويكون قرار اللجنة بالبتّ في التظلم نهائياً ونافذاً.

وهكذا فإنّ المُشرّع المصري قد أصدر قانوناً خاصاً بالمشاركة مع القطاع الخاص، متضمناً المسائل والإجراءات المتعلقة بمشاركة القطاع الخاص في

مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة كافة، وذلك في قانون واحد، متضمن مختلف المرافق العامة إلا ما استثنى منها في المادة الأولى من القانون.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض مواد القانون تخالف الدستور وبخاصة المادة 11/ منه، وذلك وفق المادة 32/ من الدستور المصري النافذ سنة 2014م والتي نصت بأنه: "لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة..." ومن ثم لا يجوز ترتيب أي حق عيني تبعي عليها كالرهن؛ لأن ذلك يستتبع بيع الأموال المرهونة بالطرق القانونية⁽¹⁾.

ثالثاً - في فرنسا:

أما في فرنسا فقد ارتبط التفويض في القانون الإداري الفرنسي باختصاصات السلطة الإدارية لزمان طويل، إلا أنه انتقل حديثاً إلى مجال إدارة المرافق العامة، فظهرت طائفة من العقود يعهد بموجبها لشخص مستقل عن الشخص العام، مسؤولية استغلال المرفق العام وإدارته. ويُعدُّ اصطلاح «تفويض المرفق العام» حديثاً النشأة نسبياً، إلا أنَّ له جذور تاريخية تعود إلى بداية تطور القانون الإداري في القرن الماضي، حيث يرى جانب من الفقه على أنَّ أول ظهورٍ لاصطلاح «تفويض المرفق العام» بالمعنى الدقيق كان في الواقع العملي للإدارة. وقد استخدم هذا المصطلح المنشور الوزاري الفرنسي الصادر في 1987/6/7م الصادر عن وزير الداخلية، والخاص بتفويض إدارة المرافق العامة المحلية الذي استخدم مصطلح «الإدارة المفوضة Gestion déléguée». وقد تدخل المُشرِّع الفرنسي

(1) عرفت المادة 1055/ من القانون المدني السوري الرهن بقولها: "عقد يضع بموجبه المدين عقاراً في يد دائئه أو في يد شخص آخر يتفق عليه، ويحول الدائن حق حبس العقار إلى أن يدفع له دينه تماماً، وإذا لم يدفع المدين، فله الحق بملاحقة نزع الملكية مدينه بالطرق القانونية".

في مجال تفويض المرفق العام، والذي يقوم على أساس إدارة المرفق العام مقابل رسوم تُجبي من المنتفعين من خدمات المرفق. ويضمُّ هذا المصطلح جميع أساليب إدارة المرفق العام على أساس تعاقدية⁽¹⁾.

وقد استخدم المُشرِّع الفرنسي اصطلاح عقود تفويض المرفق العام لأول مرّة في قانون 6/ شباط من عام 1992م، بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية، حيثُ يفرضُ بعض الشروط الإجرائية في إبرام عقود التفويض، ويُقرّرُ مبدأ ضرورة العلانية السابقة، ويتعلق فقط بالعقود التي تبرمها الوحدات المحلية.

ثمَّ صدرَ قانون 29/ كانون الثاني 1993م بشأن الوقاية من الرشوة، ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامّة، حيثُ وسّع نطاق عقود التفويض للمرفق العام إلى العقود التي يُبرمها كلُّ شخص عام، بما في ذلك الدولة والمؤسسات العامّة القومية، ومنحها نظاماً قانونياً أكثر اكتمالاً من النظام الوارد في القانون السابق⁽²⁾.

وقد أصدر المُشرِّع الفرنسي ثمانية قوانين هي:

1- قانون 2 شباط 1992م بشأن حماية البيئة.

2- قانون 6 شباط 1992م بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية.

(1) د. أوس جمال مخبير، عقود تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 50 وما بعد.

(2) د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 15 وما بعدها. راجع:

-Boiteau,G. Les conventions de dégrégation de service public, le moniteur-;2007; p 61.

3- قانون 29 كانون الثاني 1993م بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة.

4- قانون 9 شباط 1994م بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء.

5- قانون 8 آب 1994م بشأن بعض الأحكام الاقتصادية والمالية.

6- قانون 4 شباط 1995 بشأن تنظيم وتنمية الأراضي.

7- قانون 8 شباط 1995م بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام.

8- القانون المؤرخ في 12 يوليو عام 2010 بشأن الالتزام الوطني بالبيئة. وأهم تلك القوانين القانون المعروف باسم قانون (Sapin) الصادر في 29/1/1993م⁽¹⁾، الذي وسّع من نطاق عقود تفويض المرفق العام إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام، بما في ذلك الدولة، والمؤسسات العامة، ويشكّل هذا القانون مع التعديلات التي طرأت عليه لاحقاً، الإطار القانوني والتنظيمي لتفويض المرفق العام⁽²⁾.

(1) قانون سابان ينسب إلى (Michel Sapin) وكان وزيراً للاقتصاد وقت صدور القانون، ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق كمستشار في المحكمة الإدارية في باريس.
د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة) المرجع السابق، ص 23.

(2) د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، الامتياز، الشركات المختلطة، B.O.T، تفويض المرفق العام، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، عام 2007م، ص 436-437. ود. محمد محمد عبد اللطيف (تفويض المرفق العام)، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2000، ص 18.

وقد عرّفت المادة /38/ من قانون (سابان) تفويض المرفق العام بأنّه: «العقد الذي يُعهدُ بموجبه شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، بحيث يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه هذا الأخير مرتبطاً بصورة جوهرية بنتائج استغلال المرفق، كما يمكن أن يُعهدُ إلى صاحب التفويض إقامة منشآت واكتساب أموال ضرورية للمرفق». وبذلك ظهر عقد تفويض المرفق العام كنوع مستقل من العقود الإدارية.

ويرى جانب من الفقه أنّ استخدام مصطلح «تفويض المرفق العام» من جانب المُشرّع هو استخدام غير دقيق؛ لأنّ التفويض لا يرد على المرفق ذاته، وإنما على إدارة المرفق ذاتها؛ لأنّه يتعلّق بإدارة المرفق من قبل شخص عام أو خاص، غير مسؤول في الأساس عن المرفق⁽¹⁾.

لذلك استخدم جانب من الفقه اصطلاح «تفويض إدارة المرفق العام»؛ لأنّ التفويض يرد فقط على عنصر الإدارة للمرفق، وقد استخدم مجلس الدّولة الفرنسي اصطلاح «تفويض إدارة المرفق العام» في بعض أحكامه.

وقد صدرَ قانون (Murcef) في 11/12/2001م الذي أُقرّ بالطبيعة العقدية لتفويض المرافق العامّة⁽²⁾، وهذا المصطلح، نظراً إلى حداثة، مشوّب بالغموض، حيث لم يُحدّد له تعريفٌ واضح من جانب المُشرّع ولا من جانب القضاء، فقد قام

(1) د. محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص18.

(2) راجع:

- Ubaud- Bergeron- m, Loi Murcef, la définition législatif des délégation de service public, J. C. p 2002, n 14, p /649/.

الفقه الفرنسي باستشفاف الأركان التي يقوم عليها تفويض المرفق العام على فرض أنه تصرف قانوني عقدي وهي⁽¹⁾:

- 1 - أن يكون محلّ التفويض مرفقاً عاماً: إنّ مجلس الدولة الفرنسي قرّر في رأي شهير له، أنّه يجوز تفويض المرافق العامة الاقتصادية، كما لا يوجد ما يمنع من تفويض المرافق العامة الإدارية، ما عدا تلك التي بحكم طبيعتها أو بحكم إرادة المشرّع لا تقبل ذلك. حتّى إنّهُ صدر تعميم وزاري في سنة 1998م أكّد إمكانية تطبيق تفويض المرفق العام في مجال المرافق العامة الاجتماعية.
- وقد صدر في فرنسا سنة 1970م قانون يتعلّق بإدارة المرافق العامة الاستشفائية، وفقاً لعقود الامتياز، ولهذه المرافق الطابع الإداري.
- بناءً على ذلك، لا يجوز تفويض المرافق العامة السيادية، كما هو الحال في مرافق الشرطة والدفاع والضرائب⁽²⁾.
- 2- يجب أن يكون محلّ التفويض استغلال المرفق.

(1) راجع:

- CE. avis, section de l'intérieur, 7- 10- 1986, les grands avis, led, p.247.
- Rehé Chapus, Droit administratif Général, Paris, 2001, p628.

(2) راجع:

- Maugué, ch, Les délégation de service public et le juge administratif, A. J. D. A. 1996, p.597.
- P. Esplugeas, Conseil constitutionnel de service public, L. G. D. J, 1994, P.52. ets.

3- أن يكون المقابل المالي الذي يحصل عليه المُتعاقد مع الإدارة هو حصيلته استغلال المرفق وليس من الموازنة العامة للدولة⁽¹⁾.

وفي ضوء ذلك كله يرى جانب من الفقه أن عقد B.O.O.T هو في جوهره وحقيقته ترجمةً للمفاهيم المُتعلّقة بعقد تفويض المرفق العام بالمعنى الفرنسي. وإضافةً إلى ذلك، فقد عرّف المُشرّع الفرنسي التفويض، بما ينسجم والمبادئ التي أتى على ذكرها قانون (سابان)، وذلك في المادة /3/ من القانون رقم /1168/ الصادر بتاريخ 2001/12/11م المُتعلّق بالإصلاح الاقتصادي والمالي، حيثُ عرّف تفويض المرفق العام بأنّه: "عقد يعهد من خلاله شخص معنوي عام إلى الغير (المفوض إليه) سواءً كان عاماً أو خاصاً، تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض إليه قد يكون مُكلّفاً ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق"⁽²⁾.

وقد ظهرت في فرنسا عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (p. p. p) التي تمّ إدخالها في القانون الفرنسي بصفة أساسية كعقد إداري، وذلك في حيزران

(1) راجع:

-(P. h)Terneyre, , La notion de convention de délégation, A. J. D. A, 1996, P.594.

-Auby, J, B, et Maugué; La notion et le régime de la délégation de service public; J. C. P, 1996, 394, p.247.

- Richer, L, Droit des contrats administratifs, L, G, B,J Paris, 2004, p.488.

(2) د. مهند نوح، الخصخصة المفهوم القانوني والبدائل، المرجع السابق، ص127. ود. وليد

حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص64.

من سنة 2004م، والمعدل بالقانون تموز سنة 2008م⁽¹⁾. والقانون رقم 2009/179 الصادر بتاريخ 2009/2/17م وهو نظام مُشابه ومستوحى من النظام الإنجليزي المسمى (P.F.I \ Project finance initiative) الذي عرف في سنة 1990م، وكان برنامجاً حكومياً يستهدف رفع المقدرة التمويلية للمشروعات العامة، ومن ثَمَّ تخفيض النفقات العامة، وتحسين نوع الخدمة، وذلك قبل أن تظهر كصيغة تعاقدية وتمويلية⁽²⁾.

وقام المُشرّع الفرنسي من أجل الاستفادة أكثر من قدرات القطاع الخاص في إدارة المشروعات العامة وتمويلها، بهدف خدمة المصلحة الاقتصادية والمالية للدولة، بوضع قانون جديد ينظم هذا النوع من العقود، ويعطي لها مفهوماً أكثر اتساعاً، وذلك بتوسيع حالات اللجوء إلى إبرامها، بعدما اقتصر على حالات الضرورة، وكان ذلك في القانون رقم 735/ الصادر في تموز 2008م، والقانون رقم 2009/179 الصادر بتاريخ 2009/2/17م⁽³⁾.

وقد عرّف المُشرّع الفرنسي في المادة الأولى عقد الشراكة بأنّه: «عقد إداري، يَعهَدُ بمقتضاه أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام

(1) راجع:

-Jacquet (Jean – Michel) Delebeque (Philippe), CORNELOUP (Sabine), Droit de commerce international, 1ère édition, Dalloz, 2007, p.441.

(2) راجع:

- Lyonnet du moutier (M), Financement sur Projéct et partenariat. public. privé. éddition EMS. Paris.2006 p.41.

(3) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص88.

بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المتعلق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارته واستغلاله وصيانته طول مدة العقد المحددة وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تقوم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية».

وبالتالي نظم المشرع الفرنسي الإطار القانوني لعقود الشراكة، والتي سمح من خلالها للمستثمرين سواء وطنيين أو أجانب، لفترة محدودة، بتمويل الاستثمارات أو استخدام ترتيبات تمويل من أجل القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمارات بالمعدات والموارد، وهذا دون الإشارة إلى امتلاك المشروع الاستثماري، بعد انتهاء مدة العقد.

وقد نصت المادة /13/ من الأمر /559/ لعام 2004 على أنه: «في حالة تضمن العقد استغلال أملاك الدولة، لصاحب العقد، ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، حقوق حقيقة على الأعمال والمعدات التي ينفذها، ويكون له صلاحيات المالك الأصلي في الشروط والحدود المنفق عليها في العقد، لضمان سلامة وتخصيص القطاع العام».

وبالتالي، فإن المشرع الفرنسي اعترف بالملكية المؤقتة للمشروع، وذلك لدفع المستثمر الأجنبي إلى تحسين المرفق العام، عن طريق التصرف كمالك أصلي، دون أي قيود تنجم عن تدخل الشخص المعنوي العام، مع احتفاظ هذا الأخير بحق الرقابة على التنفيذ.

وكان هناك نقاش في الفقه الفرنسي حول ملكية الشركة للمشروع من الأرض وما عليها من معدات، حيث انتقد جانب من الفقه التوجه لمنح المستثمر سيطرة

فعلية ونهائية على تشغيل المرفق، بحيث يخول له حيازة بغرض الاستغلال وليس التملك.

وقد عدَّ جانب من الفقه عقد B.O.O.T نموذجاً من نماذج عقود الشراكة⁽¹⁾، ويرى جانب آخر من الفقه -ونحن نؤيده- أنَّ العقدین يختلفان من حيث المقابل المالي المُستحق للمتعاقّد مع الإدارة، ففي عقود الشراكة يتحدّد المقابل المالي على شكل ثمن مجزأ تدفعه الإدارة بصفة دورية طول مدة التنفيذ، ولا تنشأ أيّ علاقة بين المتعاقّد والمنفععين من خدمات المرفق⁽²⁾، بينما يكون المقابل المالي في عقد B.O.O.T على شكل رسم يدفعه جمهور المنفععين، ويفرضه المتعاقّد مع الإدارة وفق ما هو متفق عليه مع الجهة الإدارية في العقد، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ عقود الشراكة تنص على تقاسم المخاطر والأرباح التي تحدّد قواعدها في نصوص العقد، وهذا ما يُميزها عن غيرها من العقود، خلافاً لعقد B.O.O.T الذي يقع على عاتق شركة المشروع التي تحمل المخاطر العامّة والخاصّة بتنفيذ المشروع⁽³⁾.

(1) راجع:

- Lyonnet du moutier (M), Financement sur Projéct et partenariat. public. privé. op. cit. p.17.

(2) وهو الأمر الذي أوضحه المشرع في المادة الأولى من القانون المنظم لقانون الشراكة رقم 2004/559م، المعدل، وإذا كان المشرع الفرنسي قد سمح لشركة المشروع بتحصيل عائدات استغلال المشروع من جمهور المنفععين، فإن ذلك يتم باسم الدولة ولحسابها، وهذا ما جاء في الشطر الثاني من المادة الأولى من القانون المذكور.

(3) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص224. ود. رجب محمد طاجن، عقود الشراكة p.p.p، دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007م، ص191.

هكذا يتبين لنا من خلال استعراض النصوص القانونية في سورية ومصر وفرنسا حول عقد B.O.O.T، أنَّه في سورية يوجد قانون خاص يحكم عقد B.O.O.T، وبعض النصوص القانونية المتفرقة التي تتعلق بشكل أو بآخر بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية التحتية، خصوصاً أنَّه صدر قانون التشاركية رقم /5/ سنة 2016م ولائحته التنفيذية بالقرار /375/ لسنة 2017م الصادر عن رئيس مجلس الوزراء الذي تضمّن خصائص عقد B.O.O.T الأساسية من أنَّه علاقة تعاقدية بين جهة عامة وشريك من القطاع الخاص. ويهدف القانون إلى تمكين القطاع الخاص من المشاركة في إنشاء المرافق العامة والبنى التحتية، وأن تؤسس شركة المشروع وفقاً لأحكام العقد، واستثنى القانون عقود استكشاف الثروات الطبيعية واستثمارها مثل النفط.

ونص في المادة /53/ أنَّه: "يجب أن يتضمن عقد التشاركية نقل ملكية الأصول إلى الجهة العامة المتعاقدة عند انتهاء أو إنهاء العقد أو فسخه ما لم تفضل إبقاءها لشركة المشروع أو الشريك الخاص"، ونص على أنواع أصول المشروع وقسمها إلى فئات، ونصّت المادة /54/ بأنَّه يجوز للجهة العامة المتعاقدة أن تنقل لشركة المشروع خلال مدة العقد، ملكية منشأة عامة أو أموال غير منقولة ضرورية لحسن سير العمل وتنفيذ المشروع، على أن تعود الملكية إلى الجهة العامة المتعاقدة عند انتهاء العقد.

وقد نصت المادة /90/ من القانون المدني على أنه: «تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون

مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم، وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم».

أما في مصر فإنَّ عقد B.O.O.T كان يخضع بشكل أساسي إلى أحكام القانون /129/ لسنة 1947م وتعديلاته المتعلّقة بالتزام المرافق العامّة، كما صدرت قوانين تعالج موضوعات جزئية، كالقانون المتعلّق بهيئة كهرباء مصر وقانون الطرق العامّة وقانون إنشاء واستغلال المطارات، وقانون إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية، ثمّ صدر القانون /67/ لسنة 2010م المتضمّن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامّة، كما صدرت لائحته التنفيذية بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم /238/ لسنة 2011م، الذي نصّ على بعض الخصائص الرئيسة لعقد B.O.O.T كونه علاقة عقدية بين جهة عامة ومستثمر من القطاع الخاص، وعلى إنشاء شركة المشروع بشأن تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامّة، وتولي الجهة العامّة رقابة المرفق محل التعاقد. وأجاز في المادة /11/ منه لشركة المشروع بترتيب حق عيني تباعي على المنشآت والأصول الخاصّة بالمشروع بموافقة السلطة المختصّة ولغرض التمويل وفقاً لشروط العقد، ونصّ في المادة /34/ على أنّ عقد التشاركيّة يجب أن يتضمّن ملكيّة أصول المشروع وأحكام نقل الملكية في نهاية مدة العقد.

وبالتالي فإن القانون المصري رقم /67/ لسنة 2010م يشكل الأساس التشريعيّ لعقد B.O.O.T في مصر.

أما في فرنسا فإنَّ قانون "سابان" الصادر سنة 1993م والمتعلّق بعقود تفويض المرفق العام يُشكّل الإطار التشريعي لتقنية تفويض المرفق العام، ويمكن

القول: إن عقد B.O.O.T في خصائصه ترجمة للمفاهيم المُتعلّقة بعقد تفويض المرفق العام.

وقد ظهرت في فرنسا عقود الشراكة بين القطاعين: العام والخاص كعقد إداري، وذلك في حزيران سنة 2004م والمعدل بالقانون /735/ لسنة 2008م والقانون /179/ لسنة 2009م المُتعلّقة بالمرافق العامّة، وقد عدّ جانب من الفقه أنّ عقد B.O.O.T نموذجاً من نماذج الشراكة، ويشكل الأساس التشريعي لعقد B.O.O.T في فرنسا.

وبعد أن بيّنا الأساس التشريعي لعقد B.O.O.T ننتقل إلى البحث في الطبيعة القانونية للعقد، إذ إنّ معظم القائلين أن عقد B.O.O.T من قبيل القانون العام، هم فقهاء القانون العام، ومعظم القائلين أن عقد B.O.O.T من عقود القانون الخاص، هم فقهاء القانون الخاص.

ولكلّ فريقٍ مصلحةٌ في عدّ عقد B.O.O.T من عقود القانون العام أو الخاص لتوسيع اختصاصه. وحقيقة الأمر أنّ الخلاف حول التكييف القانوني لعقد B.O.O.T يبدو خلافاً فقهياً بحتاً؛ لأنّ هذا العقد يحتوي المسائل المُتعلّقة بالمشروع كافة، وعند عدم النص، تطبق مبادئ وأفكار الفرع القانوني الخاضع له. وهذا ما سنبيّنه في الفصل الآتي.

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية لعقد B.O.O.T

تُعَدُّ مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقد B.O.O.T وأخواتها من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة، خصوصاً في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا. فالأصل أنَّ تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص في نظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد، يركز على تحديد الطبيعة القانونية له، من حيث كونه من العقود الإدارية أو من العقود المدنية.

وهنا تبرز الأهمية الكبرى للتكييف القانوني لعقد B.O.O.T لأن ذلك التكييف هو الذي يُحدِّد القواعد القانونية التي يخضع لها هذا العقد، وذلك على خلاف ما هو قائم في الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد، وعلى رأسها الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، إذ لا يشكل التكييف القانوني لعقد B.O.O.T مسألة ذات أهمية لدى هذه الدول، ولا توجد أي تفرقة بين القواعد القانونية التي تطبق على الأفراد العاديين، وتلك التي تطبق على الإدارة.

وقد أثارَت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود B.O.O.T العديد من المشكلات القانونية، والسبب في ذلك عدم تساوي طرفي العقد في المراكز القانونية، فالدولة بما لها من سلطان وقوة هي طرفٌ في العقد، والمستثمر المحلي أو الأجنبي طرف آخر، وهو بحسب الأصل من أشخاص القانون الخاص.

ومن ناحية أخرى إنَّ عدم التكافؤ في المركز الاقتصادي للدولة بما لها من إمكانات اقتصادية ضعيفة في مواجهة الشركات الاقتصادية العملاقة متعددة

الجنسيات، التي لها قدرة تفوق أحياناً القدرة الاقتصادية لهذه الدول، هي من الأمور التي تثير الصعوبات في تكييف هذا النوع من العقود⁽¹⁾.

غير أن جانباً من الفقه يرى أنه لم تعد هناك أهمية للبحث في التكييف القانوني لعقد B.O.O.T ولتحديد طبيعتها القانونية، وأن لا جدوى لذلك، ولابد من تطبيق قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين»، وأن تشكل مجموعة العقود المؤلفة لعقد B.O.O.T القانون الوحيد لجميع الفرقاء فضلاً عن مبادئ العدالة⁽²⁾.

وفي هذا الإطار يرى البعض أن أهمية هذا العقد يكمن في صياغته، ولذلك يجب أن ينصب الاهتمام على صياغة هذا العقد ويصوغها صياغة جيدة، بحيث يتم الوفاء بالتزامات طرفي العقد على قدم المساواة⁽³⁾.

وهذا رأيي يحتاج إلى النقد إذ إنه يخلط بين الشكل والموضوع.

ولا علاقة بين مسألة إحكام صياغة نصوص عقد B.O.O.T ومسألة التكييف القانوني لهذا العقد وتحديد طبيعته القانونية، وإن المسألة الأولى لا تغني

(1) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م، ص9.

(2) د. موسى خليل ميري، تمويل المشاريع، هيكلية B.O.T، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 21/ العدد الثاني، 2005، ص134.

(3) د. محمد محمد بدران، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية - البوت - في القانون المصري، مركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، أكتوبر، 2001، ص12.

عن الأخرى ولا تقلل من الأهمية القانونية البالغة للتكيف القانوني لعقد B.O.O.T⁽¹⁾.

ولعل ما يذهب إليه هذا الجانب من الفقه، من نفي أهمية التكيف القانوني لعقد B.O.O.T وإعطاء الأهمية لصياغته ونصوصه، هو صدق لما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي بأن مسألة الطبيعة القانونية لعقد B.O.O.T قد فقدت مكانتها ولم تعد مسألة محورية في الوقت الحاضر، لوجود التحكيم الدولي الذي انبثقت عنه مجموعة من المبادئ العامة الواجبة التطبيق على منازعات عقد B.O.O.T⁽²⁾.

ونحن نرى أن الاتجاه الذي ينفي أهمية التكيف القانوني لعقد B.O.O.T وإعطاء الأهمية لصياغة العقد ونصوصه، يهدف إلى تحاشي بحث هذه المسألة القانونية، بغية إخراج هذا العقد من بيئته القانونية الطبيعية، ومحاولة إخضاعه إلى مبادئ غريبة عنه، وهذا ما يُحقَّق، من حيث النتيجة، مصالح الشركات الدولية المهيمنة على الاقتصاد والتجارة العالمية.

ولا صِحَّة لما ذهب إليه ذلك الجانب من الفقه الفرنسي من أن مسألة الطبيعة القانونية لعقود الدولة قد فقدت مكانتها في الوقت الحاضر، ذلك أن أحدث الأطروحات العلمية التي نوقشت في فرنسا قد أكَّدت ضرورة أن توضع عقود الدولة

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص172.

(2) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، المرجع السابق، ص60.

في بيئتها القانونيّة الطبيعيّة، وهي القوانين الوطنيّة للدولة المضيفة، ودحضت جميع المحاولات الهادفة إلى تدويل هذه العقود، وإخراجها من إطار قوانين الدّولة المضيفة⁽¹⁾.

كل ذلك يُؤكّد أهمية التكييف القانوني لعقد B.O.O.T وتحديد طبيعته القانونيّة، خاصّة في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ومنها سورية، لذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتكلم في المبحث الأوّل عن اتجاه الفقهاء إلى جذب عقد B.O.O.T إلى نطاق القانون العام، ونستعرض في المبحث الثاني اتجاه الفقهاء إلى جذب عقد B.O.O.T إلى نطاق القانون الخاص⁽²⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 175 وما بعدها.

(2) إنّ العبرة في تكييف العقد هي بوقت إبرامه، ولذلك لوحظ أنّ بعض العقود تتوقع تحول الجهة الإدارية إلى شخص خاص، أو من شكل قانوني لآخر، فتتنص على عدم تأثر الالتزامات المترتبة على هذا العقد بهذا التحول، أو تسوية أمرها على نحو ملائم. ومن ذلك ما نصت عليه اتفاقية شراء الطاقة فيما يخص مشروع سيدي كير في مصر في المادة 315/ التي تنظم حالات تقصير الهيئة أو تصفيتها. د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 365.

المبحث الأول

عقد B.O.O.T يدخل في نطاق القانون العام

يذهبُ فقهاء القانون العام إلى عدّ عقد B.O.O.T عقداً إدارياً، كونهم يرون عقد B.O.O.T هو في حقيقته عقد امتياز أو التزام في صورته الجديدة، أو أنّه صورة من صور عقود الشراكة الإدارية (p. p. p)، أو هو من عقود الأشغال العامة، وهي تشكل مجمل العقود التي يعرفها القانون الفرنسي⁽¹⁾.

ويرى أغلب الفقهاء أنّ عقد B.O.O.T هو نتيجة التطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة، وتتحقق فيه جميع شروط العقد الإداري.

ولذلك نعرضُ عقدَ التزام المرفق العام في المطلب الأول، ومن ثمّ سنعرض شروطَ العقد الإداري في المطلب الثاني.

(1) تجدر الإشارة إلى أن عقد الامتياز وعقد الالتزام هي أشكال من عقود تفويض المرافق العامة.

د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م، ص 179.

المطلب الأول

عقد B.O.O.T هو عقد التزام مرفق عام

يُعدُّ عقد التزام المرفق العام أحد أنواع العقود الإدارية، وطريقة من طرق إدارة المرافق العامة في آنٍ واحدٍ، ويعدُّ عقداً إدارياً بطبيعته، وهي الصورة الأقوى للعقد الإداري، لأن موضوعه هو جوهر المرفق العام، المُتمثِّل في إدارة المرفق العام الاقتصادي ذاته، وليس مجرد الإسهام في سير هذا المرفق⁽¹⁾.

(1) اختلف الفقهاء في تعريف المرفق العام، وتحديد مدلوله والعناصر الأساسية التي يتكون منها وفق مفهومين العضوي والموضوعي:

المرفق العام وفق المفهوم العضوي هو: «كل منظمة إدارية أو مصلحة أو وزارة تقوم بنشاط يستهدف تحقيق المنفعة العامة للمواطنين». وقد عرفه جانب من الفقه وفقاً للمفهوم الموضوعي بأنه «كل نشاط تتولاه الإدارة وتتجه به إلى تحقيق نفع عام». ونظراً إلى قصور كلٍّ من المدلولين: العضوي والموضوعي للمرفق العام في الدلالة على معنى المرفق العام، أخذ الفقه بالمعيار المزدوج، الذي يعتمد على المدلولين: العضوي والموضوعي، فقد عرفه جانب من الفقه بأنه: «كل نشاط أو مشروع تنشئه الدولة وتديره الإدارة ويستهدف تحقيق منفعة عامة مباشرة أو إشباع حاجة عامة لدى المواطنين». وقد أمكن، مع هذا المعيار المزدوج، إدراج التزام المرافق العامة تحت مضمون المرفق العام، لأنَّ المرافق العامة التي يديرها القطاع الخاص عن طريق عقود الالتزام لا تندرج تحت المدلول العضوي للمرفق العام، ولكنَّ تملُّك الإدارة حقَّ الإشراف والتوجيه في سير المرفق العام يجعلُ من الجائز لمثل هذه المرافق التي تدار بطريق الالتزام، وأن تتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة، وتخضع إلى القواعد التي تسري على المرافق العامة.

د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 269.

ود. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 201.

راجع في الفقه الفرنسي:

- Dupuis (G), Guédo, M, J et Charétien, P, Droit administratif, A, colin, Paris, éd8, 2002, p.493.

- Chapus, (R), Droit administratif général, T1, Delta, Paris, 1995, p 513.

- Laubadère, A- Venezia, J, C et gaudmet, Y, Traité de droit administratif, L, G, D J Paris, 1999, T1, p.868.

وقد اتجه أغلبية الفقه إلى القول إنَّ عقد B.O.O.T هو عقد إداري، وهو في حقيقته عقد امتياز أو التزام مرفق عام، ويورد هؤلاء الفقهاء مصطلح «التزام مرفق عام» concession de service public ومصطلح «امتياز مرفق عام» «L'affermage de service public» على سبيل الترادف والدلالة على معنى قانوني واحد ويحمل المعنى نفسه⁽¹⁾

وقد ذهب بعض الفقه إلى أن عقد B.O.O.T هو عقد أشغال عامة⁽²⁾، وبعضهم يرى أنَّه صورة من صور عقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص.

إلا أنَّ هناك اختلافاً قانونياً مهماً في عقد امتياز المرفق العام، وعقد الأشغال العامة، وعقود الشراكة الإدارية (p.p.p) من جهة، وعقد التزام B.O.O.T من جهة أخرى، الأمر الذي يوجب التمييز بين هذه المصطلحات بدايةً، ومن ثَمَّ

(1) د. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، المرجع السابق، ص 86.

(2) ميز جانب من الفقه بين عقد البناء والتشغيل والنقل B.O.T وعقد البناء والتملك والتشغيل والنقل B.O.O.T، حيثُ يعد الأول من دون الثاني عقد التزام أشغال عامة، انظر: د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 205 وما بعدها.

ويخالف جانب من الفقه هذا الرأي، ويعدون عقد B.O.O.T هو مجرد صياغة من الصياغات المتعددة لعقد B.O.T.

د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، المرجع السابق، ص 38.

نستعرض الآراء الفقهية التي ذهبت إلى تكييف عقد B.O.O.T بأنه صورة حديثة من عقد التزام المرافق العامة.

الفرع الأول

التمييز بين عقد امتياز مرفق عام وعقد التزام مرفق عام

وأثره في المقارنة مع عقد B.O.O.T

يُعدُّ عقد الامتياز أسلوباً من أساليب إدارة المرافق العامة، وهو ما أجمع عليه فقهاء القانون الفرنسيون⁽¹⁾. وقد عرّفه جانب من الفقه بأنه: «عقد تُكَلِّفُ الإدارة بموجبه شخصاً عاماً أو خاصاً، باستغلال مرفق يُسَلَّمُ إليه بإنشاءاته المُعدَّةُ مسبقاً

(1) تجدر الإشارة إلى أنَّ كلمة «امتياز» تثير العديد من المشكلات، وهي محاولة تصنيف الامتيازات تحت فئة قانونية معينة وذلك كون كلمة «امتياز» ليس لها مضمون قانوني واضح في كثير من الأنظمة القانونية، كما إن بعض الأنظمة يُنظرُ إليها على أنها عقود إدارية، في حين يكون الامتياز في بعض الأنظمة القانونية الأخرى على شكل منحة، ويدخل فيه الترخيص أو الإيجار وربما العناصر الثلاثة مجتمعة، بالإضافة إلى ذلك فإن أصول كلمة «الامتياز» ترتبط في الواقع بما تمَّ من القرون الماضية، من ظروف سياسية واقتصادية، واستعمال تلك الكلمة حتَّى وقتنا الحاضر لم تتحرر، حيث كانت تنطوي على مفاهيم اقتصادية وسياسية كانت سائدة في الأزمنة الاستعمارية الماضية، كما تتور مشكلة ثالثة هي ما يترتب على تلك الامتيازات من انعكاسات وأثار دولية ترتفع إلى مستوى القانون الدولي، وذلك بسبب ما يحمله صاحب الامتياز من جنسية أجنبية، أو من أجل أسباب أخرى كإدراج شرط التحكيم في اتفاقية الامتياز، والاستبعاد الصريح أو الضمني للقانون الوطني لأطراف الامتياز، وهو الوضع الذي من شأنه أن يجعل الامتياز عندما ينتقل إلى مستوى القانون الدولي يصبح غير واضح في حد ذاته، بالرغم من احتمال التوصل إلى تحديد سليم لمفهوم الامتياز في القانون الوطني.

د. عمر بن أبو بكر، باخشب، النظام القانوني لعقود الامتياز، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الرابع والستون، مطبعة جامعة القاهرة، 1997، ص158.

من جانب الإدارة، مقابل مبلغ مُحدّد من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة، وما يحصل عليه من استغلال المرفق عن طريق جباية رسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق»⁽¹⁾.

كما عرّفه جانب من الفقه بأنّه: «عقدٌ إداريٌّ يُعهدُ بموجبه أحد أشخاص القانون العام يُسمّى مانح الامتياز إلى شخص طبيعي أو معنوي يُسمّى صاحب الامتياز، إدارة مرفق عام على نفقته ومسؤوليته وتحت رقابة وإشراف السلطة المانحة، ومقابل تقاضي صاحب الامتياز بدلات من المستفيدين من خدمات المرفق العام».

وحيث إنّهُ في عقود الامتياز تظلّ الدولة هي المسؤولة عن سير المرفق العام، وليس من شأنهُ أن يُؤدّي إلى التخلي عن سلطات الدولة.

وهناك تعريف أورده المرسوم الفرنسي 2016/65 المؤرخ في 29 يناير عام 2016 بشأن عقود الامتياز، حيث تم تدوين هذه النصوص في مدونة العقود العامة في فرنسا، التي دخلت حيز النفاذ في أبريل عام 2019، حيث عرفت المادة 1121-1 من هذه المدونة عقود الامتياز بأنها: «عقود مبرمة كتابياً والتي بموجبها تعهد واحدة أو أكثر من سلطات الترخيص الخاضعة للمدونة بتنفيذ الأعمال أو إدارة خدمة، إلى واحد أو أكثر، من المشتغلين الاقتصاديين، الذي يتم تحويل

(1) راجع:

-Bieusses p. s, La spécificité de L' affermage, A, J, D, A, 1996, p.608.

-Boitaeu, C, Les conventions de délégation de service public, le momiteur, 2007, p.67.

المخاطر المرتبطة بالتشغيل أو الخدمة إليه، في مقابل الحصة في تشغيل المشروع أو الخدمة موضوع العقد، والحصول على رسم معين»، وعقد الامتياز في فرنسا هو عقد إداري بنص القانون.

ومما تقدّم نستنتج أنّ عناصر عقد الامتياز تشمل الآتي:

- 1- تقوم الإدارة بتسليم المرفق العام إلى شخص عام أو خاص (المستثمر).
- 2- يكون المرفق العام الذي يتسلمه المستثمر جاهزاً للاستثمار، إذ تكون الإدارة قد أنشأته وجهازته.
- 3- يقوم المستثمر بإدارة المرفق واستثماره، من دون أن يتحمّل تكاليف إنشاء المرفق، سواءً أكانَ بناءً أم تشييداً أم إعداداً، وتحضير المعدات والآلات والتجهيزات اللازمة أيّاً كان نوعها تمهيداً لتشغيل المرفق.
- 4- يتقاضى المُستثمر من المنتفعين من خدمات المرفق العام رسوماً لقاء تقديم الخدمة.
- 5- يدفعُ المستثمرُ إلى الإدارة بدلاً مالياً لقاء استثماره للمرفق.
- 6- يكونُ المقابلُ الماديُّ الذي يحصلُ عليه المُستثمر لمصلحته الشخصية (الأرباح) لقاء ذلك متمثلاً في حصة الفارق بين ما يحصل عليه من المنتفعين من رسوم وما يدفعه إلى الإدارة المانحة للامتياز.

أما في عقد التزام المرفق العام، فإنّ الملتزم يقوم بإنشاء مرفقٍ غير موجود أصلاً، ويقوم بإعداد الإنشاءات الأولية، وقد تكون عبارةً عن بناء المرفق وتجهيزه بالآلات والمعدات، أو الاقتصار على تجهيزه من دون تشييده أو بنائه، والفقه

الفرنسي هو أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للفرقة بين الالتزام والامتياز، وقد أيد ذلك جانب من الفقه العربي⁽¹⁾.

وفي عقد الالتزام، يحصل صاحب الالتزام على كل المقابل المالي المحصل من المستفيدين، من خدمات المرفق العام، أمّا في عقد امتياز المرفق العام فإنّ صاحب الامتياز ملزم بتأدية مبلغ مالي محدّد من المال المحصل إلى الشخص العام مانح الامتياز، مقابل استعماله للمنشآت العائدة للمرفق العام، والتي تُكبّد الشخص العام نفقات إقامتها⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن التصنيف الإداري لعقود التزام المرفق العام، قد أعيد ترتيبه في فرنسا بموجب المادة 88/ من القانون المؤرخ في 12 يوليو لعام 2010 بشأن الالتزام الوطني بالبيئة.

في ضوء ذلك لا مقارنة بين عقد B.O.O.T وعقد امتياز مرفق عام، على فرض أن أساس التعاقد بموجب نظام B.O.O.T يقوم على أن شركة المشروع تتولى إنشاء المشروع أو المرفق العام ابتداءً، وهي التي تظهر عناصر المشروع

(1) يعد الفقيه الفرنسي «فالين / Walin» أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للفرقة بين الالتزام والامتياز سنة 1948م، وهناك من الفقه يستخدم عبارتين «امتياز» و«التزام» على سبيل الترادف وتحمل المعنى ذاته.

د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

(2) راجع في الفقه الفرنسي:

ومكوناته إلى حيز الوجود، لذلك فإن المقاربة يتعين أن تتم بين عقد B.O.O.T وعقد الالتزام وهذا ما اتجه إليه جانب مهم في الفقه.

وهناك من الفقهاء من يرى أن هناك اختلافات أخرى بين عقد الامتياز وعقد B.O.O.T تتجلى في الآتي:

اختلاف المناخ التشريعي حيث إن القانون الأنكلوساكسوني هو الذي أوجد عقد B.O.O.T، ومن ثمّ فإن هذا المناخ لا يعترف بوجود عقود إدارية، كما أن عقد الامتياز قائم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، بينما عقد B.O.O.T قائم على اختيار المتعاقد مع الإدارة بناءً على استدراج العروض والطابع التنافسي، وصاحب الامتياز يتمتع بامتيازات السلطة العامة حيال الغير، كإشغال الملكية الخاصة من دون موافقة المالك واستعمال الأملاك العامة، وغير ذلك من امتيازات القانون العام من أجل تمكين صاحب الامتياز من تنفيذ سير المرفق العام الموكل إليه واستمراريته، بينما المتعاقد وفق نظام B.O.O.T ليس له هذه الامتيازات.

تستطيع الإدارة في عقد الامتياز أن تلزم صاحب الامتياز بتنفيذ أعباء إضافية والتزامات جديدة لم تكن متوقعة عند التعاقد، لكن هذه التعديلات لا يمكنها أن تتناول منافع صاحب الامتياز المالية، أما في عقد B.O.O.T فإن الالتزامات محددة ومعروفة سلفاً عند استدراج العروض⁽¹⁾.

(1) د. رفيف خوري، عقود البي أو تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية، لبنان، 2002م، ص 38 وما بعدها.

ونحن نتفق مع الرأي القائل بأن جميع هذه النقاط الموجهة ضد تكييف عقد B.O.O.T على أساس أنه عقد امتياز مرفق عام ليست في محلها القانوني، إذ إن عقد B.O.O.T نشأ في البيئة الأنكلوساكسونية وذلك لا يمنع تكييف هذا العقد مع مفاهيم البيئة القانونية التي وفد إليها، فإنَّ المنطق القانوني يقتضي أن تنسجم المفاهيم القانونية مع المنظومة القانونية السائدة، كما إن حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين معها في عقود الامتياز أمر لا علاقة له بالتكييف القانوني لعقد B.O.O.T، فضلاً عن امتيازات السلطة العامة تمنح -إذا اقتضت الضرورة لذلك- للمتعاقد مع الإدارة وفق نظام B.O.O.T ووفقاً لظروف كل مشروع وأهميته الاستراتيجية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.O.T يمتلك أصول المشروع خلال المدة العقدية، وإن المقابل المالي هو على شكل رسوم يتقاضاها من المنتفعين من خدمات المرفق.

الفرع الثاني

التمييز بين عقد B.O.O.T وعقد الأشغال العامة

تحتل عقود الأشغال العامة مكانة مهمة في أساليب إنشاء المشروعات العامة وفي نظرية العقود الإدارية⁽²⁾، وقد تعددت تعريفات عقد الأشغال العامة فقهاً وقضاءً:

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص180.

(2) راجع:

De laubadere (A), Gaudement (Y), Traité de droit administratif, tome I
16ème édition, Delta, 2002, p.376.

إذ يُعرِّفه جانب من الفقه بأنه: «ذلك الاتفاق المُبرم بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد منفعة عامة، في نظير مقابل مُتَقَّ عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد»⁽¹⁾.

وقد عرّفه مجلس الدولة المصري بأنه «عقدُ مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة، مقابل ثمن يُحدّد في العقد».

وقد استخدم مجلس الدولة المصري أحياناً اصطلاح عقد مقاوله الأشغال بوصفه مرادفاً لاصطلاح عقد الأشغال العامة⁽²⁾.

يَتَضَحُّ مما سبق أنه يتعيّن توافر ثلاثة عناصر في عقد الأشغال العامة هي: (أن ينصبّ موضوع العقد على عقار، وأن يتمّ العمل لحساب شخص من أشخاص القانون العام، وأن يكون الغرض منه تحقيق المنفعة العامة وأن يتم الدفع من قبل الإدارة للمتعهد الذي نفذ الأعمال)⁽³⁾.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص34. للمزيد من التفاصيل انظر: د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص36 وما بعدها.

(2) د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص87. ود. محمد الحسين - د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص69.

(3) د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2003م، ص62.

أولاً - محل العقد (عقار):

يجب أن ينصبَّ العقدُ على إنشاء أو ترميم أو صيانة أحد العقارات العامّة، فإذا انصبَّ على منقول فلا نكون بصدد أشغال عامة، ولفكرة الأشغال العامّة معنى واسعاً في القانون الفرنسي، فهي تشمل عقود مقاولّة الأشغال العامّة، وعقود التوريد، وعقود الخدمات إذا ارتبطت بعقار⁽¹⁾.

وكذلك يُعدُّ العقدُ من عقود الأشغال العامّة إذا تناول عقاراً بالتخصيص، كإقامة خطوط الهاتف الثابت ومدّ أسلاكٍ تحت الماء.

ثانياً - أن يتمّ العملُ لحساب شخصٍ معنويٍّ عامٍّ:

لا يشترطُ أن يكونَ العقار مملوكاً للشخص المعنوي العام، إذ يكفي أن يتمّ العمل لحساب هذا الشخص، ويعدُّ العمل قد تمّ لحساب الشخص المعنوي العام متى كان لهذا الشخص سلطة إشراف مباشرة ودقيقة على الأعمال موضوع العقد. ومن ثَمَّ ينتفي عن العقد وصف عقد الأشغال العامّة إذا تمّ العملُ لحساب شخص معنوي خاص، ويقرُّ القضاء الفرنسي الصفة العامّة لعقود الأشغال التي يبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامّة، وقد لا تظهر الإدارة

(1) وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم الأشغال العامة، حيثُ تشمل الأنشطة المتعلقة بالتنظيف، ورش الطرقات العامة... إلخ.

راجع:

في عقد من العقود، ومع ذلك يعدُّ العقدُ إدارياً إذا كان أحد طرفيه يتعاقد باسم الإدارة ومصلحتها.

ثالثاً - أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة:

ينصب عقد الأشغال العامة على الأعمال الخاصة بعقارات تدخل في نطاق الأموال العامة، ولم يشترط مجلس الدولة الفرنسي أن تتمَّ الأشغال العامة على عقار يدخل في الأموال العامة، ولا أن يكون العقار مخصصاً لمرفق عام، بل يكفي أن يكون المقصود بالأشغال العامة تحقيق النفع العام.

ولقد رتَّبَ الفقه على الفصل بين الأشغال العامة والمرفق العام أنَّ تخصيص العقارات محل الأشغال لمرفق عام لا تستتبع بالضرورة أن تكتسب الأعمال التي تجري عليها صفة الأشغال العامة⁽¹⁾. ويرى جانب من الفقه أن عقد B.O.O.T من قبيل عقود الأشغال العامة حيث إن كليهما يتم تنفيذه لمصلحة الجهة الإدارية، مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه، ويهدفان إلى إنشاء المرافق العامة والبنية الأساسية لإشباع الحاجات العامة تحقيقاً للصالح العام، وكون محل العقد القيام بأعمال إنشائية على نحو معين، وفي مدة محددة، وإن الالتزام الأساسي والجوهري في عقد B.O.O.T هو إنشاء أحد مرافق الدولة على اختلاف طبيعتها⁽²⁾.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، الرجوع السابق، ص 35 وما بعدها.

(2) د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 122. ود. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

ونحن نرى أنه يوجد فارق بين عقد B.O.O.T وعقد الأشغال العامة، حيث إن المقاول في عقد الأشغال العامة يقوم بتنفيذ الأشغال لحساب الجهة الإدارية المتعاقدة، مقابل ثمن متفق عليه، تقوم الأخيرة بدفعه له مقابل ما يقوم به من أعمال.

وبعد الانتهاء من التنفيذ يتم تسليم المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة التي تقوم بالتشغيل، بينما يقوم المتعاقد الخاص في عقد B.O.O.T بإنشاء مشروعات البنية الأساسية على نفقته الخاصة وفقاً لآليات التمويل الذاتي، ثم يقوم باستغلال المرفق ليتمكن من استرداد ما تكبده من نفقات على شكل رسوم تجبى من المستفيدين من خدمات المرفق.

الفرع الثالث

التمييز بين عقد B.O.O.T وعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص

حظي مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص باهتمام كبير من قبل مختلف الدول، خصوصاً بعد الحرب العالمية الثانية، فكان لا بُدَّ من حشد إمكانيات المجتمع كافة وجمعها بما فيها خبرات وطاقات وموارد القطاعين العام والخاص لتشارك في إنشاء المشروعات وتشغيلها بجميع أنواعها، بما يُحقِّق التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وتعدُّ عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من العقود الحديثة نسبياً، ونظراً إلى حداثتها وصعوبة إيجاد تعريف دقيق يحيط بها إحاطةً كاملةً ودقيقةً بمفهومها الشامل، والذي يضمُّ عدداً كبيراً من العناصر التعاقدية المختلفة، فقد ظهرَ عددٌ من التعريفات بصدد عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، بعضه

مصدره المُشرِّع وبعضه المنظمات الدولية المهمة في هذا المجال، وقد لعب الفقه دوراً بارزاً من خلال وضع عدد من التعاريف بصدد عقود الشراكة.

وقد حرصت الدول التي تناولت عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بالتنظيم على تضمين التشريعات الخاصّة بهذا النوع من العقود تعريفاً محدداً له.

ففي سورية، عرّفت المادة 1/ من قانون التّشاركيّة رقم 5/ لسنة 2016م التّشاركيّة بأنّها: «علاقة تعاقديةّ لمدة زمنية محددة، ومُنقّق عليها بين جهة عامة وشريك من القطاع الخاص، يقوم بموجبها الشريك الخاص بالاستثمار في واحد أو أكثر من الأعمال الآتية: تصميم أو إنشاء أو بناء أو تنفيذ أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تطوير أو إدارة أو تشغيل مرفق عام، أو مشروع لدى الجهة العامّة، وذلك بهدف المساهمة في تقديم خدمة عامة أو أي خدمة تتوخى المصلحة العامّة، مباشرة إلى الجهة العامّة المتعاقدة أو نيابة عنها، إلى المستفيد النهائي».

وفي مصر عرّف المُشرِّع عقد المُشاركة في المادة 1/ من قانون تنظيم مُشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، والخدمات والمرافق العامّة رقم 67/ لسنة 2010م، بأنّه «عقد تبرمه الجهة الإداريّة مع شركة المشروع وتعهّد إليها بمقتضاه بالقيام بكلّ أو بعض الأعمال المنصوص عليها في المادة الثانية من هذا القانون، والمُتمثّلة في تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامّة وإتاحة خدماتها أو تمويل هذه المرافق مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه، أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يُصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد».

أمّا في فرنسا فقد عرّفت المادة الأولى من المرسوم رقم 2004/559 الصادر بتاريخ 17/ حزيران/ 2004م والمعدل بموجب القانون الصادر بتاريخ 28/ تموز/ 2008م والقانون رقم 2009/179 الصادر بتاريخ 17/ شباط/ 2009م عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص بأنّه: «عقد إداري يَعهَدُ بمقتضاهُ أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص القيام بمهمة شاملة تتعلق بتمويل الاستثمار المُتعلّق بالأشغال والتجهيزات الضرورية للمرفق العام، وإدارته واستغلاله، وصيانته طوال مدة العقد المحددة وفق طبيعة الاستثمار أو طرق التمويل، في مقابل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المُتعاقدَة بدفعها إلى شركة المشروع بشكلٍ مجزّأ طوال الفترة التعاقدية»⁽¹⁾.

وقد لعبت المنظمات الدولية المهمة بهذا المجال دوراً بارزاً في إيراد تعريفات لهذا النوع من العقود. فعلى سبيل المثال عرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ودلّلت عليه بمصطلح «اتفاق المشروع» بأنّه: «أي اتفاق مبرم بين سلطة عمومية وبين الكيان أو الكيانات التي تختار لتنفيذ المشروع وينصّ على شروط وأحكام تشييد البنية التحتية أو تجديدها، أو تشغيلها، أو صيانتها»⁽²⁾.

(1) راجع:

– Amblard (E), " Associer les entreprises à la gestion des services public locaux", op, cit, p.248.

– Jacquet (J. M), delebeque (pb), cornloup (s), Droit du commerce international, 1ère édition, Dalloz, 2007, p.441.

(2) راجع: الفقرة (ب) من البند الثاني (المصطلحات المستخدمة في الدليل) من مقدمة دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص المعد من قبل الأونسيترال لعام 2001 منشور على موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

<https://www.Uncitral.Org>.

وقد عرّفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية «اليونيدو» الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنّها: «أشكال من التعاون من خلالها يتولّى الشريكان العام والخاص معاً الملكية والمسؤولية، وغالباً ما تكون الشراكة في قطاعات البنية الأساسية والمرافق العامة»⁽¹⁾.

وعلى الرغم من اتفاق عقد B.O.O.T مع عقود الشراكة من ناحية الأطراف والعمليات والمهام المقامة في كلا العقدين، والتي تستهدف تمويل مشروعات البنية التحتية وإدارتها، وفي طول المدة التعاقدية كونها من عقود الإدارة والتمويل للمشروعات الضخمة، ومن ثمّ يرى جانب من الفقه أن عقد B.O.O.T نموذج من نماذج عقود الشركة⁽²⁾.

ويرى جانب من الفقه أن العقدان يختلفان وفق قانون الشراكة الفرنسي، إذ إن المقابل المالي المستحق للمتعاقد الخاص في عقود الشراكة يتحدد على شكل ثمن مجزأ تدفعه الإدارة بصفته دورية طوال مدة العقد، ولا يرتبط المقابل المالي بصورة جوهرية نتائج الاستغلال، حيث لا تنشأ أي علاقة بين المتعاقد وبين المنتفعين بخدمات المرفق محل العقد⁽³⁾.

(1) راجع:

- United nation international development organization (unido), guidelines for infrastructure development through build – operate– transfer– (B.O.T) project, 1996, www.unido.org.

(2) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 88 وما بعدها.

(3) د. رجب محمود طاجن، عقود الشراكة..، المرجع السابق، ص 92.

وتتص عقود الشراكة على تقاسم المخاطر والاستثمارات والأرباح التي تحدد قواعدها في نصوص العقد، أما في عقد B.O.O.T فإن المتعاقد مع الإدارة يقوم بإدارة المرفق العام واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المستفيدين من خدمات المرفق، ومن ثَمَّ تحمل المخاطر المالية ومخاطر التشغيل والإدارة الناتجة عنها⁽¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م وتعليماته التنفيذية نص في المادة 57/ على أن: "يتحمل الشريك الخاص كامل المسؤولية والمخاطرة المتعلقة بالتمويل المطلوب لتنفيذ التزاماته تنفيذاً صحيحاً على نحو ينسجم وأحكام عقد التشاركية..."، وكذلك نصت على أنه: "يجوز للجهة العامة المتعاقدة توقيع اتفاقات مع دائني شركة المشروع بهدف تنظيم بعض الأمور الخاصة وتسهيل الحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع أو تقديم الخدمات عموماً".

وكذلك نصت المادة 58/ على أنه:

"أ- للشريك الخاص الحق في تقاضي أو استلام أو جمع أي تعرفة أو أجور لقاء استثمار المشروع أو تشغيله وفقاً لما نص عليه عقد التشاركية والذي يتضمن الطرق والمعادلات التي يتم وفقاً لها تحديد التسعيرة أو تعديلها أو الأجور. ب- يحدد عقد التشاركية الشروط والأحكام النازمة لأي دفعات مالية أو ضمانات، أو مساعدات مالية أو أي دعم مالي تقدمه الجهة العامة المتعاقدة أو الدولة".

(1) د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها. ولمزيد من التفصيل راجع: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، المرجع السابق، ص 181 وما بعدها.

ونصت المادة /3/ من قانون التشاركية على أنه:

"أ- تسري أحكام هذا القانون على عقود التشاركية التي تعقدها الجهة العامة مع القطاع الخاص من أجل إحداث أو تطوير أو توسيع المشروع واستثماره من قبل القطاع الخاص بمفرده أو بالمشاركة مع جهة عامة أخرى أو خاصة، عن طريق شركة المشروع، وبحيث تكون عائدات القطاع الخاص بشكل أساسي من عائدات المشروع نتيجة استثماره بشكل مباشر أو من قبل شركة المشروع وفقاً لبنود عقود التشاركية.

ب- يستثنى من أحكام هذا القانون:

1- العقود التي يبرمها القطاع العام وفقاً لأحكام القانون /51/ لعام 2004 وتعديلاته.

2- عقود استكشاف واستثمار الثروات الطبيعية مثل النفط".

ونصت المادة /46/ على أن يتضمن عقد التشاركية القدر اللازم من الأحكام والشروط التي يرى كلا الطرفين ضرورة لها، على أن يتضمن كحد أدنى طبيعة الأعمال والخدمات الواجب على الشريك الخاص تقديمها، وشروط تأدية هذه الخدمات، ودرجة الحقوق الحصرية التي يحصل عليها الشريك بموجب عقد التشاركية، والتسهيلات التي تقدمها الجهة العامة إلى الشريك الخاص، والتمويل اللازم لتنفيذ المشروع والضمانات الممنوحة إلى الممولين، وملكية أصول المشروع، والبدلات التي يتقاضاها الشريك الخاص بحكم استثماره للمشروع، وحق الجهة العامة في تتبع الأعمال والخدمات التي يقدمها الشريك الخاص، وآلية التعامل مع الكلف الإضافية، والظروف الأخرى التي قد تنشأ عن أي أمر توجهه الجهة العامة

المتعاقد، والتقنية التي تجب حيازتها من الجهة العامة المتعاقدة، ومدة عقد التشاركية، وآليات حل النزاعات التي قد تحدث بين الجهة العامة المتعاقدة والشريك الخاص...إلخ.

مما تقدم يتضح استناداً إلى النصوص السابقة، أنَّ قانون التشاركية في سورية أحال إلى عقد التشاركية معظم التفاصيل المتعلقة بالتمويل والدعم الحكومي وتحمل المخاطر والتعرفة التي تحصل عليها شركة المشروع نتيجة استثمارها للمشروع، وملكية أصول المشروع والتزامات الطرفين المتعاقدين، والتوازن المالي للعقد، وأدوات الرقابة والإشراف والمتابعة المالية والإدارية والفنية لتشغيل المشروع واستثماره وصيانته وغير ذلك مما نصت عليه المادة /46/ المذكورة آنفاً.

أما قانون الشراكة المصري رقم /67/ لسنة 2010م فقد استثنى من نطاق تطبيقه قانون التزام المرافق العامة رقم /129/ لسنة 1947م، وقانون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية رقم /61/ لسنة 1958م وقانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998م، والقوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة.

وأحال القانون مسألة تحديد المقابل المالي الذي يحصل عليه المستثمر طبقاً للأسس والقواعد المتفق عليها في عقد التشاركية، وذلك استناداً إلى المادة /1/ من قانون الشراكة المصري، كذلك نصت المادة /34/ منه على أن: «عقد التشاركية يجب أن يتضمن أنواع التأمين ومبالغه على المشروع ومخاطر تشغيله وضمانات التنفيذ...»، أي أن قانون الشراكة المصري أحال إلى عقد التشاركية معظم التفاصيل المتعلقة بمختلف جوانب المشروع من التأمين والمخاطر والتمويل.

أما قانون الشراكة الفرنسي الصادر بالمرسوم 2004/559م وتعديلاته، فقد نص على أن عقد الشراكة يحدد التفاصيل المتعلقة بالتمويل والمخاطر، لكنه نصّ على أن المقابل المالي يكون على شكل مبالغ مالية تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفعها إلى شركة المشروع بشكل مجزأ طوال الفترة التعاقدية. ومن ثَمَّ فإن عقد التشاركية في سورية ومصر وفرنسا هو الذي يحدد معظم التفاصيل المتعلقة بمختلف مراحل المشروع وتمويله ومخاطره، وإن عقد B.O.O.T هو نموذج من نماذج عقد الشراكة.

الفرع الرابع

الاتجاه القائل بأنَّ عقد B.O.O.T صورة حديثة لعقد التزام مرفق عام

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أنَّ عقد B.O.O.T هو مُسمى جديد لتلك العقود المعروفة تحت اسم «عقود التزام المرافق العامة» / concession de service public. والالتزام عقدٌ من العقود الإدارية بطبيعته، ذو طبيعة خاصّة، كونه يُحوّلُ فرداً عادياً أو شركة خاصّة الحلول محل السلطة العامة في إدارة مرفق عام، واستغلاله، فطريقة عقد B.O.O.T في إنشاء المرافق العامة وإدارتها ليست جديدةً، فهي من العقود المعروفة في فرنسا منذ القرن الثامن عشر.

وقد عرّفت مصر هذا النوع من العقود في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عندما تمَّ إنشاء قناة السويس وإدارتها بهذه الطريقة، وما أعقبها في كثير من المرافق العامة في مصر في حينه، ومن ثَمَّ فإنَّ جميع المرافق العامة السابقة كانت

تُدار عن طريق عقد التزام المرفق العام، وهو ما يطلق عليه حالياً عقد B.O.O.T⁽¹⁾.

وقد عرّف الفقه⁽²⁾ عقود الالتزام بأنّه: «العقد الذي تُبرمه جهة الإدارة مع إحدى الشركات أو الأفراد لإدارة مرفق عام، واستغلاله، بشروط مُعيّنة تذكر في عقد الالتزام، وهو طريق من طرق إدارة المرافق العامّة، وجهة الإدارة تعدّ في حكم ربّ العمل، ويعدّ الملتزم في حكم المَقاول، لكن هذه المقولة تخضع للقانون الإداري».

وفي مجال التشريع، فقد عرّفه القانون المدني السوري في المادة /634/ بالقول: "عقد التزام المرفق العام هو عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المُختصة بتنظيم هذا المرفق، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة مُعيّنة من الزمن".⁽³⁾

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 81. وجيهان حسن السيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض النزاعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 40. ود. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية في المرفق العام وفق نظام B.O.T، الرجوع السابق، ص 182. ود. محمود محمد فهمي، عقود B.O.T وتكييفها القانوني، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، 2001م، ص 62. ود. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 6.

(2) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T، المرجع السابق، ص 26.

(3) وهي تقابل المادة /668/ من القانون المدني المصري.

وفي مجال القضاء، عرّف مجلس الدولة المصري عقد الالتزام بأنه «التزام المرافق العامة ليس إلاّ عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، والاستيلاء على الأرباح»⁽¹⁾.

ومن الملاحظ أنّ تعريفات عقد الالتزام المرفق العام الواردة في القانون المدني السوري، وكذلك المصري وتعريفات رجال الفقه والقضاء ركّزت على عنصر إدارة المرفق العام الاقتصادي واستغلاله من دون التطرق إلى عنصر البناء (الإنشاء) للمرفق العام، وذلك على عكس ما ذهب إليه الفقه الفرنسي الذي عدّ عنصر إعداد الإنشاءات الأوليّة للمرفق العام إضافةً إلى عنصري الإدارة والاستغلال هي العناصر المكوّنة لعقد التزام المرفق العام.

ومن ثمّ فإنّ عقد الالتزام لأبديّ أنّ تتوافر فيه عناصر مُعيّنة ليكون كذلك، وتتمثّل في الآتي:

1- اتصال العقد بمرفقٍ عامٍ اقتصاديٍّ: فيكون من المرافق الاقتصادية الصناعية أو التجارية مثل مرافق الكهرباء والماء والغاز، والمواصلات، أمّا المرافق الإدارية البحتة كالدفاع والأمن والقضاء فهي لا تدار بطريق الالتزام، وإنّما تُدار إدارةً مباشرةً من قبل الإدارة العامة.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1956/3/25م مشار إليه لدى د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص78.

2- عقدٌ تعهّدُ الإدارة مانحة الالتزام بموجبه إلى شخص طبيعي (فرد) أو معنوي خاصّ (شركة)، أو شخصٍ معنويٍّ عام (جهة عامة) بإعداد الإنشاءات الأوليّة للمرفق العام: وقد تكون هذه الإنشاءات عبارة عن بناء وتجهيز المرفق بالآلات والمُعَدَّات اللازمة أو الاقتصار على تجهيزه من دون بنائه، كإعداد وسائل النقل وتجهيزها لنقل الركاب داخل المدينة وإدارة هذه المرافق واستغلالها⁽¹⁾.

3- عقدٌ يهدفُ إلى إدارة هذه المرافق على مسؤوليّة صاحب الالتزام ونفَقَتُهُ ومسؤوليته.

4- عقدٌ مُحدّدٌ لمدة مُعيّنة، بحيث يتمكّن المُستثمر خلالها من استغلال المرفق بما تكبّده من نفقات وهامش أرباح معقول.

5- ينتجُ عن هذا العقد التزامات وحقوق مُتبادلة بالنسبة إلى طرفيه: حيثُ إنّ السلطة العامّة ملزمةٌ بتمكين صاحب الالتزام من تشغيل هذا المرفق، والمُلتزم ملزمٌ بتشغيل المرفق العام طوال مدّة الالتزام والحصول على المقابل المالي من المنتفعين⁽²⁾.

وتجدرُ الإشارةُ إلى أنّ متابعة التطور التاريخي لالتزام المرافق العامّة تبينُ أنّ هذا الالتزام قد بدأ أولاً التزاماً بأشغال عامة، وهي المنشآت الضرورية لتسيير

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019، ص73.

(2) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع نفسه، ص74.

المرفق، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تابعاً لها لا أصلاً، ذلك أنّ استغلال المرفق يستتبع ذلك إدارته، وكان يُعدُّ هو المقابل الذي يأخذه الملتزم نظير تنفيذ الأشغال العامة التي يتطلبها إنشاء المرفق، ثمّ بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميّز عن الالتزام بالأشغال العامة حتّى أصبح مُستقلاً عنه، وساعدَ على ذلك تطوُّر المرافق العامة المُتعلّقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية، بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام، بعد أن كان متبوعاً⁽¹⁾، والتطوُّر الحاصل منذ بداية العقد الأخير من القرن العشرين ومع اتجاه الدّولة إلى إعطاء الدور الأساسي إلى القطاع الخاص في الحياة الاقتصادية والاتجاه إلى نظام الاقتصاد الحرّ، أدّى إلى ظهور صور جديدة لعقد الالتزام، وأصبح القطاع الخاص يتولّى إنشاء المشروع أو المرفق ابتداءً واستغلاله، وإدارته مدة الالتزام، ثمّ يعيده مرة أخرى إلى الإدارة المُتعاقد⁽²⁾.

وبذلك يكونُ عقدُ B.O.O.T صورة حديثة من عقود التزام المرفق العام، والذي هو أهم العقود الإدارية، ومن ثمّ يخضع عقد B.O.O.T إلى النظرية العامة للعقود الإدارية.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقالة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأوّل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 1998م، ص289.

(2) د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص79.

وهذا ما جعل البنك الدولي يورد في تقرير له أنَّ عقود B.O.O.T مُماثلة لعقود الالتزام التقليدية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى الطبيعة الإدارية لعقود B.O.O.T وبالتحديد عقود التزام المرافق العامة هو الرأي السائد في النظم القانونية المقارنة⁽²⁾، وحتى إنشاء مشروع نفق بحر "المانش" الذي يربط بين إنكلترا وفرنسا، جاء تحت عنوان «اتفاق التزام مرافق عامة concession agreement» وقد اشتمل على الخصائص الرئيسية لعقد الالتزام.

وقد انتقد جانب آخر من الفقه هذا الاتجاه، ورأى أنَّ هناك اختلافات بين نظام الالتزام، ونظام B.O.O.T تتجلى في الآتي:

1- من حيث ملكية أصول المشروع وموجوداته: في عقود B.O.O.T

تقوم الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية بمنح المستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لإقامة أحد مرافق البنية الأساسية وتمويله على نفقته الخاصة، وتملك أصوله، أي تتول ملكية أصول المشروع إلى القطاع الخاص خلال مدة العقد، وفي نهاية مدة

(1) راجع:

- La banque mondiale, l' approche du B.O.T et son application aux projets des pays en voie de développement, rapport d' août, 1995, p.18.

(2) القانون الفرنسي وقوانين الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، ومنها بلجيكا وإيطاليا والنمسا وتركيا واليونان والسويد وكثير من الدول الإفريقية منها الكاميرون وساحل العاج والسنغال وتشاد وغيرها، تأخذ في الحساب عقد B.O.O.T التزام مرافق عامة، وحتى النظم القانونية الأنكلوسكسونية التي لا تعترف بوجود عقود إدارية، قد أصبح مألوفاً فيها أن تتعاقد الحكومة بنظم التزام المرافق العامة.

العقد تتحول هذه الملكية إلى الدولة، بينما في عقود التزام المرافق العامة تبقى ملكية أصول المشروع للدولة خلال المدة العقدية⁽¹⁾.

2 - من حيث أطراف العقد: إنّ أطراف عقد التزام المرافق العامة هما:

الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، أمّا الطرف الثاني فيكون عادةً شخصاً خاصاً، ومن الممكن أن يكون شخصاً عاماً في بعض الحالات⁽²⁾. أمّا في عقد B.O.O.T فإنّ الطرف الأول هو الدولة، أو أحد أشخاص القانون العام، أمّا الطرف الثاني فهو يتخذ شكل شركة مشروع بشكل دائم، ويتم تكوينها عن طريق اتحاد يتكوّن عادةً من شركات عدة، ولا يتصور أن يكون الطرفان من أشخاص القانون العام.

ويرى جانب من الفقه ونحن نؤيده - أنّه لا يوجد ما يمنع أن يكون طرفا العقد شخصين عامين، أو أن تمتلك الدولة أو أحد أشخاص القانون العام حصّة في رأس مال شركة المشروع⁽³⁾.

(1) د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص 115.

(2) من أبرز التطبيقات في فرنسا التزام توزيع الغاز والكهرباء، والذي عهد به إلى مؤسسة فرنسا للغاز والكهرباء، ويمكن أن يكون الطرف الثاني وحدة محلية. انظر: د. فيصل الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 67.

وراجع:

- P. h, Terneyre, La notion de convention de délégation, A. J. D. A, 1996, P.590.

(3) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 185. وتجدر الإشارة إلى إنّ قانون الشركات السوري رقم /29/ لعام 2011م أجاز في المادة 6/ منه للدولة أو إحدى الجهات العامة أن تسهم بنسبة في رأس مال الشركات، وتسمى بالشركات المشتركة.

3- من حيث دور الجهة العامة المتعاقدة: يرى جانب من الفقه أن دور

الجهة العامة المتعاقدة في عقد الالتزام يختلف عن دورها في عقد B.O.O.T، ففي عقد الالتزام يقتصر دور الدولة في معظمه على منح الالتزام ثم مراقبة الملتزم في أدائه للخدمة، وفي مستوى الخدمة للمنتفعين.

أما في عقد B.O.O.T فإن الأمر يستلزم تدخل الدولة تدخلاً إيجابياً في جميع مراحل المشروع بدءاً من التحضير له وإعداده مروراً بالتنفيذ والتشغيل وانتهاءً بتحويله وتسليم أصوله كافة إلى الجهة العامة المتعاقدة، فالإدارة المتعاقدة هي التي تحدد المشروع ومواصفاته المختلفة وتحدد مواصفات التكنولوجيا المستخدمة، وطاقاته الإنتاجية أو الخدمية⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن تدخل الدولة بصفتها سلطة عامة في تعديل عقد الالتزام يكون أمراً وارداً، من دون أن يكلفها ذلك نفقات باهظة، أما في عقد B.O.O.T فإن العبء المالي الضخم الذي تتحمله شركة المشروع يعلّ يد الدولة في التدخل لتعديل الالتزامات المتفق عليها؛ لأن ذلك قد يكلفها مبالغ تفوق ما تكبده المستثمر من نفقات⁽²⁾.

4- النواحي التمويلية والفنية والاقتصادية: يرى جانب من الفقه اختلاف

عقد B.O.O.T عن عقد التزام المرفق العام من حيث قيام شركة المشروع في عقد

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق، ص134

(2) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص82.

- ود. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، المرجع السابق، ص82.

B.O.O.T بتصميم المشروع وتحمل تكاليف البناء والتشييد بالكامل، وشراء المعدات والآلات التي يتطلبها المشروع، فتنحصر بذلك عبئاً مالياً ضخماً⁽¹⁾.

ومن ثَمَّ فإنَّ عقد B.O.O.T من عقود التمويل، وإنَّ تدخل الدولة بصفتها سلطة عامة في تعديل عقد الالتزام يكون أمراً وارداً من دون أن يكلفها ذلك نفقات باهظة. أمّا في عقود B.O.O.T فإنَّ المبالغ الضخمة التي تتحملها شركة المشروع، يحدُّ من تدخل الدولة في تعديل الالتزامات المتفق عليها؛ لأنَّ ذلك قد يكلفها مبالغ تفوق ما تكبده المستثمر من نفقات⁽²⁾. بالإضافة إلى مسألة تحمل المخاطر، حيث يتضمَّن الاتفاق توزيع المخاطر، وتحديد الطرف الذي يقع عليه عبء تحملها، وغالباً ما يتحملها الطرف الأكثر قدرة على السيطرة عليها بأقلِّ تكلفة⁽³⁾. بينما تقع كامل المخاطر المرتبطة بالإدارة على عاتق الملتزم في عقد الالتزام⁽⁴⁾، الأمر الذي يجعل بعض القواعد والأحكام السارية على عقد التزام المرافق العامة غير صالحة للتطبيق على عقد B.O.O.T.

(1) وصلت تكاليف إنشاء محطة لتوليد الكهرباء بالفحم في الصين إلى مبلغ /616/ مليون دولار وتم تمويلها برأس مال أجنبي. د. عبد القادر محمد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، المرجع السابق، ص 868.

(2) د. عصام أحمد البهجي، عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 76.

(3) د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 167.

(4) راجع:

- Haroun (A), Arbitrage et financement de projet B.O.T, Revue Mutations, N 44, février, 2003, p.23-24.

5 - المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد من تقديمه للخدمة أو المنتج

موضوع العقد:

يتعينُ على الملتزم في عقد الالتزام تقديم الخدمة مباشرة إلى الجمهور، ويحصل على مقابل هذه الخدمة من جمهور المنتفعين من خدمات المرفق، وذلك لتغطية نفقات التشغيل، وتكون عادةً رمزية، وقد يتخذ المقابل شكل إعانات تُقدّمها الدولة للملتزم.

أمّا في عقد B.O.O.T فليس من الضروري أن تقوم شركة المشروع بتحصيل مقابل الخدمة مباشرة من جمهور المنتفعين، وقد تكون مرتفعة إذا قورنت بتلك التي يتقاضاها الملتزم، فقد تتقاضى ثمن الخدمة من الإدارة المانحة للالتزام عن طريق نظام (take or pay)، وقد تلتزم الدولة بشراء الخدمة أو المنتج من شركة المشروع مباشرة لتقوم ببيعها إلى جمهور المنتفعين، وخصوصاً في المجالات الحيوية، مثل: شراء منتج الشركات التي تقوم بإنجاز محطات الكهرباء أو المياه⁽¹⁾. وهو أمرٌ لا وجود له في عقد التزام المرفق العام بمعناه التقليدي، حسبما يرى البعض، ويرى جانب من الفقه أن التجربة الفرنسية تُؤكّد عدم صحة ذلك، إذ يمكن للملتزم في عقد الالتزام أن يتقاضى ثمن الخدمة أو المنتج من السلطة المانحة للالتزام⁽²⁾.

(1) هذا ما قامت به الحكومة المصرية في اتفاقية شراء الطاقة المبرمة بين هيئة كهرباء مصر، وشركة "إنترجن سيدي كير" بنظام B.O.O.T، لشراء الكهرباء من الشركة على أن تقوم بعد ذلك ببيع هذه الكهرباء إلى جمهور المنتفعين. انظر: د. عصام أحمد البهجي، عقود B.O.T، المرجع السابق، ملحق 14، ص 332 وما بعدها.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 187 وما بعدها.

6- من حيثُ شروط العقد:

عقد الالتزام بمفهومه التقليدي كتصرف قانوني، يقومُ على أساسٍ مركَّبٍ من عناصر تنظيمية وأخرى تعاقدية، ومن ثَمَّ إذا كانت الشروط تتعلق بتنظيم المرفق وتسييره، فهي شروطٌ تنظيميةٌ، تملكُ الإدارةُ حقَّ تغييرها وتعديلها بما يُلائم حاجة المرفق العام وانتظام سيره.

أمَّا الشروط الأخرى مثل تلك التي تتعلق بالأفضليات والمميزات التي تعطيها الإدارة إلى الملتزم مقابل إدارته للمرفق فهي ذات طبيعة تعاقدية⁽¹⁾.

أما عقد B.O.O.T فإنَّه يصعبُ فيه التفريق بين الشروط التعاقدية والشروط التنظيمية، وإنَّ إعطاء الإدارة حق تعديل بعض الشروط - بإرادتها المنفردة - قد يُهدِّدُ التوازنَ المالي للعقد، وقد ينصُّ عقد B.O.O.T أحياناً بعدم جواز تعديل أي مادة في العقد، وذلك من دون تفرقة بين نصوص تعاقدية وأخرى تنظيمية⁽²⁾. ومثال ذلك إدراج شروطٍ في العقد تلزمُ الدولة المُضيفة بعدم إنهاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة، أو إصدار تشريعات جديدة أو لوائح تسري على العقد وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وإلحاق ضرر بالمتعاقدين الأجانب⁽³⁾. والتوسُّع في الشروط

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص152.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص188.

(3) مثال ذلك ما نصت عليه المادة 5-3/ من عقد كهرباء "سيدي كزير" تحت عنوان «حالات تقصير الهيئة». وجاء فيها: «تعتبر كل من الحالات التالية حالات تقصير من الهيئة، وإذا لم يتم معالجتها خلال المدة المسموح بها فإنها تنشئ للشركة الحق في إنهاء هذه الاتفاقية: أي تعديل في قوانين معمول بها في مصر، أو تعديل في تفسيرها، يؤدي إلى عدم مسؤولية أو عدم نفاذ أو

التعاقدية في عقد B.O.O.T هو بقصد تشجيع الاستثمار⁽¹⁾.

ولكن حتى عند ورود هكذا نصوص في العقد فإن ذلك لا يغل يد الإدارة من ممارسة امتيازاتها، التي منحها لها القانون، لأنها من النظام العام، وإلا فقد العقد صفته الإدارية.

وأخيراً يمكن القول أن عقد B.O.O.T هو عقد التزام مرفق عام، وأنه صورة حديثة عنه، فطريقة B.O.O.T في إنشاء المرافق العامة وإدارتها ليست جديدة، فقد عرفت فرنسا منذ القرن الثامن عشر وموجودة في مصر منذ منتصف القرن التاسع عشر عندما تم إنشاء قناة السويس، فهو يحتوي أغلب العناصر المعروفة التي يحتويها عقد التزام المرافق العامة، وهو عقد يُبرم بين جهة الإدارة وشركة المشروع، وموضوع العقد إدارة مرفق عام، حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المرفق وإدارته واستغلاله ثم تحويله إلى الإدارة المتعاقدة. ويتسم عقد B.O.O.T بأنه يبرم لفترة طويلة، حتى يتمكن المستثمر من تعويض ما تكبده من نفقات في إنشاء المرفق وإدارته وصيانته، وتقوم الإدارة بمنح المتعاقدين (شركة المشروع) بعض امتيازات السلطة العامة في سبيل تسيير المرفق العام، وهو ما يتفق مع عقد الالتزام المرفق العامة، كحق طلب نزع الملكية، ويقوم بأداء خدمة عامة إلى الجمهور مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين.

عدم صحة أو بطلان أو مسؤولية جوهريّة على عاتق الهيئة بموجب هذه الاتفاقية أو اتفاقية حق الانتفاع». انظر: د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت، المرجع السابق، ص 355 وما بعدها.

(1) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2006م، ص 156.

بالإضافة إلى ذلك فإن عقد B.O.O.T كما هو الحال في عقد التزام المرافق العامة، في جزء منه تعاقدية وفي جزئه الآخر تنظيمي، فالشروط التي تتعلق بتنظيم المرفق وتسييره تتمتع بالطبيعة التنظيمية، وهي قواعد عامة مجردة وتمتد آثارها إلى الغير، أما الشروط التعاقدية فهي تتعلق بالافضليات والمميزات التي تعطىها الإدارة إلى المتعاقد معها مقابل إدارته للمرفق العام.

وإنَّ إحداث المرفق العام هو أصلاً من اختصاص السلطة التشريعية أو التنفيذية، حيث إن القانون الأساسي للعاملين في الدولة السوري رقم 50/ لسنة 2004م وتعديلاته قد نصَّ في المادة 2/ منه أن: "يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الإداري بقانون ويتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي بمرسوم، ويتم إحداث البلديات ووحدات الإدارة المحلية وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة بهذا الشأن".

ومن ثَمَّ يكون المرفق العام منظماً تشريعياً، وذلك للحفاظ على المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة، وهي مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام، ومبدأ مساواة المواطنين أمام المرفق العام، وقابلية المرفق العام للتغيير والتعديل وفق المصلحة العامة والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

وبذا نجد أنه لا بُدَّ من بيان الشروط التي تضيفي على عقد B.O.O.T الصفة الإدارية، وهذا ما سنبحث عنه في المطلب الآتي:

المطلب الثاني

توفر جميع عناصر العقد الإداري في عقد B.O.O.T

يؤكد أنصار الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T على أنه عقد إداري، حيث تتحقق فيه العناصر التي تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، والتي استقر عليها الفقه والاجتهاد القضائي، فقد عرّف الفقه العقد الإداري بأنه: «العقد الذي يُبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً، أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص»⁽¹⁾.

وعرّف الاجتهاد القضائي العقود الإدارية بأنها: «العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تكون بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وبين شخص أو شركة، وأنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام، وأن يراعى فيها دائماً تغليب الصالح العام»، ومن ثمّ يجب توافر ثلاثة شروط في العقد الإداري وهي:

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

2- أن يتصل العقد بمرفق عام.

(1) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، المرجع السابق، ص 68.

- د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص 52.

- د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية- البوت، المرجع السابق، ص 124.

3- أن يتضمنَ العقدُ شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.

ومن استقرار أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري، نجد أنَّ هناك معيارين يجب توافرهما ليكونَ العقدُ إدارياً، هما المعيار العضوي والمعياري الموضوعي.

وتجدرُ الإشارةُ إلى أنَّه إذا نصَّ المُشرِّعُ على عد عقدٍ ما عقداً إدارياً أو نصَّ صراحةً على خضوعه إلى اختصاص القضاء الإداري، فلا اجتهد في مورد النصِّ، ويُعدُّ العقدُ إدارياً.

واتجهت نية المشرع السوري إلى اعتبار عقد التشاركية إدارياً وذلك بموجب المادة /78/ من قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016، حيث جعل القضاء الإداري هو المختص في حل النزاع بين طرفي عقد التشاركية⁽²⁾.

(1) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في فبراير عام 1977 في القضية رقم /6/ لسنة /7/ ق. "تنازع"، وحكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /117/ في الطعن /50/ لعام 1987، منشور في مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً للمحامي مصباح المهاني، مؤسسة النوري، دمشق، 2005، ص 11. القاعدة /6354/. وحكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم 3/353 لعام 2020.

(2) نصت المادة /78/ من القانون رقم /5/ لعام 2016 المنظم للتشاركية بين القطاع العام والخاص في سورية، على أنه: «في حال عدم الاتفاق على حلِّ الخلاف بطريق التحكيم يمكنُ للطرف صاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء الإداري السوري لحلِّ النزاع». لمزيد من التفصيل راجع: د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2011م، ص 386 وما بعدها.

مع العلم أن مجلس الدولة السوري اعتبر عقد B.O.T عقد إداري بموجب
الرأي /174/ لعام 2009.

الفرع الأول

المعيار العضوي

يُقصد بالمعيار العضوي أن يكون أحد أطراف العقد الإداري شخصاً معنوياً
عاماً؛ لأنَّه جزءٌ من وظيفة الإدارة⁽¹⁾. وذلك سواء تعلَّق الأمر بالدولة أو بأحد
الأشخاص المعنوية الإقليمية كالمحافظة، والمدن، والقرى، أو بأحد الأشخاص
المعنوية المرفقية، كالهيئات العامة والمؤسسات العامة⁽²⁾.

(1) راجع:

-George Vedel, Droit administratif, 1961, p.642.

-De Laubadere, (A), caudement (Y), Traité de droit administratif Tome1,
16ème, édition, Delta, 2002, p.681.

(2) د. موسى شحادة، القانون الإداري، الطبعة الثانية، جامعة القدس المفتوحة، أم السماق،
عمان 2003م، ص152. وتجدر الإشارة إلى أنَّ القضاء الإداري في فرنسا ومصر قد اعترف
بقيام أشخاص معنوية عامة كالنقابات المهنية المختلفة كنقابات المحامين والأطباء والمهندسين
وغيرها من المنظمات التي تقوم بنشاط خاص أو مهني، وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة،
وإن العقود التي تبرمها هي عقود إدارية، إذا استوفت باقي الشروط، أما في سورية فإن العقود
التي تكون النقابات المهنية طرفاً فيها، فإن القضاء الإداري كان لا يعدّ هذه الهيئات إدارات
عامة، ولا يمد اختصاصه إليها، خلافاً لما يفعله القضاء الإداري الفرنسي. د. محمد أديب
الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفقاً لنظام B.O.T، المرجع السابق، ص191. أما الآن
في سورية أصبحت عقود النقابات إدارية بموجب قانون مجلس الدولة الجديد رقم /32/ لعام
2019.

وقد حصل تطوُّرٌ في القضاء الإداري الفرنسي، حيثُ لم يُعُدْ يتشدد في شرط إبرام العقد من قبل شخص عام، بحيث يمكن إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص (أفراداً أو شركات) شريطة أن يعمل أحد المتعاقدين باسم الإدارة ولحسابها، مثال ذلك: إبرام الملتزم عقداً باسم الدولة ولمصلحتها كعقد الأشغال الذي يخدم العقد الأصلي وهو "عقد التزام المرافق العامة".⁽¹⁾

كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: «من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يُعَدَّ من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحمي الإدارة لا نشاط الأفراد، والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما في الحقيقة لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري، إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري»⁽²⁾.

وحيثُ إنَّ توفير التمويل (النقدي والعيني) أو رأس المال ركيزة أساسية لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية التحتية الممولة بنظام B.O.O.T، التي تكون الدولة أو

(1) مشار إليه لدى: د. محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص191.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 7 مارس 1964 في الطعن رقم /1558/ لسنة /7/ ق، ولمزيد من التفصيل انظر: د. موسى شحادة، القانون الإداري، المرجع السابق، ص153-154.

إحدى الجهات الإدارية التابعة لها الطرف الرئيس فيها، ويتحمل القطاع الخاص مخاطر التمويل بأنواعها المختلفة (العامة والخاصة)⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن الإدارة طرف في عقد B.O.O.T وهو إحدى مُسلّمات البحث في هذا العقد، ولا أحد يجادل في توافر هذا الشرط في عقد B.O.O.T.

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي

ينص هذا المعيار على اتصال عقد B.O.O.T بمرفق عام، واحتوائه على شروط غير مألوفة:

أولاً - اتصال عقد B.O.O.T بمرفق عام:

من المُسلّم به أنّ ارتباط العقد بالمرفق العام شرط لكون العقد إدارياً، ولذا من الضروري في هذا المجال معرفة درجة الارتباط في العقد والمرفق العام لكون العقد إدارياً، ومن خلال مسيرة القضاء الإداري الفرنسي يمكن حصر أشكال علاقة العقد بالمرفق العام في ثلاثة أشكال:

(1) حيث إنّ المخاطر العامة هي: المخاطر السياسية، والتعاقدية، والقانونية، والاقتصادية، والمالية، أمّا المخاطر الخاصة المرتبطة بالمشروع هي مرحلة التجهيز للمشروع، ومرحلة تنفيذ المشروع وإنشائه، ومرحلة تشغيل المشروع وصيانته. د. مي عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 224 وما بعدها.

- الأول: أن يَعهَدَ أحدُ أشخاص القانون العام للمُتعاقد معه بتنفيذ أحد المرافق العامة⁽¹⁾.

- الثاني: اشتراك المُتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام.

- الثالث: كون العقد يُشكِّلُ في حدِّ ذاته وسيلةً لتنفيذ المرفق العام⁽²⁾.

وقد تشدَّدَ مجلسُ الدولة بدايةً في معيار اتصال العقد بالمرفق العام، واشترط أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام اتصالاً وثيقاً، بيد أنَّ القضاء الإداري الفرنسي عاد ليوسع من صورة اتصال العقد بالمرفق العام، فبعد أن كان يُشترط درجة اتصال قوية بالمرفق العام تصلُّ إلى حدِّ المُشاركة في التنفيذ ذاته للمرفق، أصبح يأخذُ بفكرة الإسهام في التنفيذ⁽³⁾.

وفي مصر، فإنَّ القضاء الإداري قد أخذَ مفهوماً واسعاً لاتصال العقد الإداري بالمرفق العام، حيثُ تطلَّبَ مجلس الدولة أن يتصلَّ العقد الإداري بنشاط

(1) أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية "تيريه" عام 1903م، حيثُ قرر المجلس أنه كل ما يتعلق بتنظيم وبعمل المرافق العامة سواء تصرفت الإدارة عن طريق العقود أو عن طريق سلطتها يشكل عملية إدارية، ويختص بها القضاء الإداري. انظر: د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جلب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص302.

(2) أي إنَّ المرفق العام ينفذ بمجرد إبرام العقد، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه، كحكمه الصادر في عام 1956م حيثُ نصَّ على أن: «التزام الدولة بتحريج أرض يملكها أحد الأشخاص، يعد في منزلة عقد إداري، لأن عمليات التحريج هذه تشكل في حد ذاتها وسيلة لتنفيذ مرفق عام...».

انظر: د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص302.

(3) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T المرجع السابق، ص192-193.

المرفق العام، ويستوي في ذلك أن يكون المرفق إدارياً أو اقتصادياً أو مهنيّاً، وبغض النظر عن صور الاتصال بالمرفق العام، سواء من حيث تنظيمه أو من حيث إدارته، أو من حيث استغلاله أو الإسهام في إدارته وغيرها من الصور⁽¹⁾.

وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري في سورية، حيث وسّع صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام، وقد بيّنت المحكمة الإدارية العليا في سورية أنّ «المعيار المميّز لهذه العقود- الإدارية- ليس في صفة المتعاقد، بل في موضوع العقد نفسه، متى اتصل بمرفق عام اتصالاً مباشراً من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو إدارته، أو استغلاله...»⁽²⁾.

ودرجة اتصال العقود الإدارية بنشاط المرفق العام ليست واحدة في شتّى العقود، بل تتفاوت حسب نوع العقد، وبحسب ما إذا كان المتعاقد يسهم في إدارة المرفق العام بطريقة مباشرة أو غير مباشرة⁽³⁾.

وفي ضوء ذلك كله، فإنّ عقد B.O.O.T الذي تلتزم بمقتضاه شركة المشروع بتقديم التمويل اللازم لإقامة أحد المرافق العامّة، وتَمَلِّك أصوله وتشغيل

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005م، ص 81.

(2) قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /112/ في الطعن رقم /133/ لعام 1971م منشور في مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً للمحامي مصباح المهاني، مؤسسة النوري، دمشق، 2005م، القاعدة رقم /6350/، ص 10.

(3) تجدر الإشارة إلى إنّ صيغة العقد تلعب دوراً فعالاً في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود، وذلك من خلال إدراج بنود في العقد تحدد نية الإدارة في إبرام عقد إداري، أم أنها تريد إبرام عقد يُطبّق عليه قواعد القانون الخاص.

المرفق وصيانته يُمثِّلُ الصورة الأقوى لارتباط عقد B.O.O.T بالمرفق العام. وهو أمر لم يجادل أحدٌ فيه.

ثانياً - الشروط غير المألوفة في عقد B.O.O.T:

عرَّفَ مجلسُ الدَّولة الفرنسي هذه الشروط بأنَّها: «تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري»⁽¹⁾.
وقد اختلفَ الفقهُ الإداريُّ في تفسير ماهية هذه الشروط الاستثنائية، فمنهم من يرى أنَّ الشرط الاستثنائي هو الشرط الذي يُعدُّ باطلاً إذا أُدرجَ في أحد عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام.

ومنهم من قسَّم هذه الشروط إلى نوعين هما:

- الشروط التي تتسم بطابع السلطة العامة.

- الشروط غير المألوفة في القطر الخاص.

(1) كما أن محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 7 أبريل عام 2014 أعطت تعريفاً للشروط الاستثنائية، وفي حكمها المؤرخ في 2 نوفمبر عام 2020 أوضحت أن الشروط الاستثنائية يجب أن تهدف إلى تحقيق أغراض المصلحة العامة. ولمزيد من التفصيل انظر: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973م، ص 83 وما بعد.

ومنهم من يرى أنَّ الشروط الاستثنائية تتمثلُ في الشروط وثيقة الصلة بمبادئ القانون العام.⁽¹⁾ ولكن ذهب جانب مهم من الفقه إلى تصنيف الشروط الاستثنائية ضمن أنواع عدة هي:

1- الشروط التي تتعلَّق بالإدارة المتعاقدة.

2- الشروط التي تتعلَّق بالمتعاقد مع الإدارة.

وإنَّ عقدَ B.O.O.T يحتوي جميع تلك الشروط، وذلك وفق التفصيل الآتي:

1- الشروط التي تتعلَّق بالإدارة المتعاقدة:

وتتجلى فيما تتمتع به الإدارة من امتيازات في مواجهة المتعاقد، ومنها طريقة إبرام عقد B.O.O.T، فهناك طرقٌ للتعاقد نصَّ عليها القانون سلفاً، كنظام المناقصة التي تقضي أن يلتزم المتعاقد بالبقاء على إيجابه حتَّى يتمَّ إرساء المناقصة، أمَّا الإدارة فلا تلتزم إلاَّ بعد اعتماد المناقصة⁽²⁾.

(1) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها. وراجع في الفقه الفرنسي:

- Laubadère. A, delvolvé. P, moderne Traité des contrats administratifs, L. G. D. J, Paris, 1983, T1, p.213.

(2) نصت المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /89/ لسنة 1998م بأنَّه: «يتم 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».

وقد ألغي هذا القانون بموجب المادة /3/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم /182/ لعام 2018.

وهذا ما نصّت عليه المادة /7/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة التي تُبرمها الجهات العامة في مصر رقم /182/ لسنة 2018م من أنه: "يتمّ التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة...".

وهذا المبدأ يتناقض مع مبدأ المساواة بين المتعاقدين، وهو مبدأ أساسي في عقود القانون الخاص، ومن امتيازات الإدارة حق الرقابة والإشراف تجاه شركة المشروع خلال جميع مراحل العقد حتى ولو لم ينص عليه في العقد، وذلك للتأكد من أن التنفيذ يتمّ وفق الشروط، والمواصفات المحددة في العقد.

وهناك صور عدة للرقابة في عقد B.O.O.T هي الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية⁽¹⁾. ومن ثمّ فإنّ سلطة الرقابة والإشراف تثير امتيازات السلطة العامة وهو شرط استثنائي غير مألوف في عقود القانون الخاص، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطرار، ومن امتيازات الإدارة حقها في فرض الجزاءات على المتعاقدين معها بنفسها من دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء⁽²⁾.

(1) من أمثلة الرقابة المالية ما نصّ عليه العقد الجاري بتاريخ 2001/2/12م وفق نظام B.O.T في سورية بين المؤسسة العامة للاتصالات من جهة، وشركة "إنفستكوم كلوبال ليمتد" من جهة أخرى بشأن إنشاء شبكة اتصالات خلوية "G. S. M" حيث نصت المادة /3-15/ على أن: «يعين المتعهد مدقق حسابات توافق عليه الإدارة ويقدم تقارير ربع سنوية عن الإيرادات والوضع المالي للمتعهد، وتقديم تقرير مدقق الحسابات السنوي». كما أوجبت الفقرة /10/ من المادة /15/ المذكورة على المتعاقدين «مسك السجلات وقيود محاسبية بما يضمن حقوق الإدارة والمشاركين وإجراء المطابقات المحاسبية مع الإدارة...». انظر: د. محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 369.

(2) من هذه الجزاءات فرض غرامات التأخير وهو جزء إداري نصت عليه العقود المبرمة في مصر وفق نظام B.O.O.T و B.O.T منها عقد كهرباء سيدي كرير، وإنشاء مطار العلمين، وغيرها، وقد نصت جميعها على قواعد حساب غرامات التأخير في حالة تأخر شركة المشروع في

بالإضافة إلى ذلك يُمثَّل الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية أهمية كبيرة، وقد أكدَّ القضاء الإداريُّ هذا المبدأ في أحكامه المتعاقبة، فقد نصَّت المحكمةُ الإداريةُ العليا المصرية على أنَّه: «من المُسلَّات أن يقومَ المُتعاقدُ بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المُتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوزُ له أن يحلَّ غيره فيها أو يتعاقدُ بشأنها من الباطن»⁽¹⁾.

وتتصُّ أغلبُ العقود وفق نظام B.O.T وB.O.O.T عادةً على أنَّه لا يجوز لشركة المشروع أن تتنازلَ للآخر عن حقوقها أو التزاماتها في العقد أو تتعاقد من الباطن إلاَّ بموافقة خطيَّة من الإدارة. وإنَّ هذا الالتزام بالتنفيذ الشخصي من قبل شركة المشروع قرينةٌ واضحةٌ على الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T⁽²⁾.

ومن امتيازات الإدارة، سلطتها في تعديل عقد B.O.O.T بالإرادة المنفردة، وذلك بزيادة أو إنقاص التزامات المُتعاقد معها من دون الحصول على موافقته، وهو من واجبات الإدارة في تحقيق النفع العام، والحفاظ على سير المرفق العام بانتظام⁽³⁾. وسلطة التعديل تُعدُّ من الشروط الاستثنائية، لضمان حسن سير العمل وصولاً إلى تحقيق خدمة أفضل للمنتفعين من خدمات المرفق محل العقد⁽⁴⁾.

تنفيذ التزاماتها عن المواعيد المحددة في العقد. انظر: د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت، المرجع السابق، ص315 وما بعدها.

(1) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص132.

(2) محمد إبراهيم محفوض، الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2020، ص117 وما بعدها.

(3) نصت المادة /5/ من القانون رقم /29/ لسنة 1947م في مصر بأنه «لمنح الالتزام دائماً متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إنَّ كان له محل».

(4) د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003م، ص278.

كذلك نصّت بعض عقود B.O.O.T على حقّ الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة في بعض الحالات، وهو يرتكز على القواعد التي تحكم سير المرافق العامة، ويعد شرطاً استثنائياً يُؤكّد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T⁽¹⁾.

2- الشروط التي تتعلق بالمتعاقد مع الإدارة:

هي الشروط التي تُحوّل المُتعاقدَ بعض امتيازات السلطة العامة تجاه الآخر، وهي شروط يتضمّنُها عقد B.O.O.T، والمثال الأبرز على ذلك: حق اقتضاء رسوم من المستفيدين من خدمات المرفق محل العقد. ومنها أيضاً حقّ شركة المشروع في طلب نزع الملكية للنفع العام أو شغل عقارات الغير⁽²⁾.

هذه الشروط غير المألوفة تُؤكّد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T.

ومن الشروط الاستثنائية أيضاً منح المُتعاقد امتيازات في مواجهة الإدارة، وهي عبارة عن قيود على الإدارة نفسها.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص215.

(2) وهو ما نص عليه عقد منح التزام بإنشاء وتشغيل وإعادة مطار "العلمين" بنظام B.O.T في مصر، في المادة /3/ الفقرة ب/ والتي نصت على «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... وله الحق في طلب ضم أراضي أخرى مجاورة للموقع المذكور تكون لازمة للإنشاءات وعمليات الطيران...». انظر: د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت، المرجع السابق، ص321.

وهذه الشروط بعضها مصدره العقد، وبعضها الآخر مصدره القانون. ومن هذه الشروط التي مصدرها العقد، شرط الثبات التشريعي، الذي يهدف إلى تجميد دور الدولة- كسلطة تشريعية- وطرف في العقد، من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، وتعهدا بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد، وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد⁽¹⁾. من ذلك ما نصّ عليه عقد كهرباء سيدي كير في مصر المبرم بين هيئة كهرباء مصر، وشركة "إنترجن سيدي كير"، وفق نظام B.O.O.T. ومن الشروط الأخرى التي مصدرها القانون الإعفاءات الضريبية والجمركية للمشروعات المنفذة وفق نظام B.O.O.T، والهدف من ذلك تشجيع الاستثمار، وهو من أهم طرق الدعم الحكومي لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص⁽²⁾. وإنّ هذه الإعفاءات الضريبية والجمركية لا يتصور وجودها في عقود القانون الخاص وهذا ما يؤكد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T.

(1) وقد نصّ على شرط الثبات التشريعي لأول مرة في اتفاقية الامتياز المعقودة عام 1933م بين إيران وشركة النفط الأنجلو- إيرانية، حيث أوضحت أن التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو من شروطه. انظر: د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 334 وما بعدها.

(2) نصّ المرسوم التشريعي رقم 8/ لعام 2007م في سورية المتعلق بالاستثمار في المادة الثامنة منه على المشروعات التي تتمتع بالإعفاءات المقررة في قانون ضريبة الدخل النافذ وتعديلاته، والمزايا والضمانات كافة المنصوص عليها في هذا المرسوم، وهي: المشروعات الزراعية، مشروعات استصلاح الأراضي، مشروعات النقل، مشروعات الاتصالات، المشروعات الصناعية، مشروعات البيئة، مشروعات الخدمات والتقانة، مشروعات الكهرباء، والنفط والثروة المعدنية، المشروعات الأخرى التي يقرر المجلس الأعلى للاستثمار شمولها بأحكام هذا المرسوم، بناء على اقتراح مجلس الإدارة.

وتجدر الإشارة إلى أنه صدر قانون الاستثمار الجديد في سورية رقم 18/ لعام 2021.

ومن الشروط الاستثنائية الأخرى أيضاً حق المُتعاقد مع الإدارة بالمطالبة بالتوازن المالي للعقد عند اختلاله في ظروف مُعيَّنة⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أنّ هذه الشروط غير المألوفة تُعطي الإدارة حقّ التميز عن المُتعاقد معها وهي الفكرة التي تهيمن على العقد الإداري، كون الإدارة تتمتع بحقّ السيادة وتعلق العقد بتحقيق المصلحة العامة⁽²⁾.

وتجدرُ الإشارة إلى أنّ قيامَ الإدارة بالتعاقد مع فرد أو شركة لبناء وتمّلك وإدارة وتشغيل مرفق عام، خلال فترة التعاقد يُعدُّ أمراً استثنائياً، ويعطي عقد B.O.O.T الصفة الإدارية.

وإنّ تكيف العقود المُبرمة بين الدّولة والأطراف الخاصّة، على أنها عقود إداريّة، لا يقتصر استخدامها على الصعيد الفقهي، بل إنّ هذا التكيف أثّر أكثر من مرة أمام هيئات التحكيم⁽³⁾، ومن أمثلة ذلك: ما ذهب إليه المحكم «Cavin»

(1) نص على هذا الشرط في عقود إنشاء المطارات في مصر، فقد نصت المادة 10/ د/ من عقد إنشاء مطار العلمين في مصر على أنه: «إذا لحق بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل، على المالك أن يشارك 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».

(2) د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص169.

(3) د. محمد إفلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجاً، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص185.

في حكم التحكيم الذي أصدره في قضية شركة البترول الكندية «sapphire» ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول والمسماة «نيوك» وذلك عندما قُدِّر أنَّ العقد المُبرِّم بين الشركة الكندية والشركة الوطنية الإيرانية يختلف عن العقود التجارية المعتادة، أي العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، وذلك لأن هذا العقد يربط بين شركة وطنية تخضع إلى القانون العام من ناحية، وشركة تجارية أجنبية تخضع إلى القانون الخاص من ناحية أخرى، ورأى أن عقد الامتياز المبرم بين الطرفين لا ينشئ حقوقاً ذات طابع تعاقدية، وهو أقرب إلى عقود القانون العام⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أنَّ اتفاق مشروع من مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص يتكوّن من عمليات الإنشاء والتوريد والتحديث والتجهيز، إلى غير تلك من العمليات، ولوحظ أنَّ عملية تشغيل المرفق واستغلاله من أهم هذه العمليات، كون فترة التشغيل هي الفترة الأطول عمراً والأكثر أهمية من وجهة نظر طرفي الاتفاق، ومن ثمَّ يغلبُ عقدُ الالتزام في اتفاق المشروع على ما عداه من العقود؛ لأنَّ عملية إدارة المرفق واستغلاله من أهم العمليات القانونيّة التي ينطوي عليها اتفاق المشروع⁽²⁾.

وإنَّ عقودَ الالتزام هي دائماً عقود إدارية يتحقّق فيها جميعُ شروط العقد الإداري، ولذلك فإنَّ مجلس الدولة المصري لا يتعرّض لطبيعتها الإدارية عند

(1) بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص80.

(2) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص368.

مراجعة العقود، كونها أمراً مسلماً به، وينتقل مباشرة إلى مراجعة بنودها بما يتفق وهذه الطبيعة⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م نص في المادة 78/ منه على اختصاص القضاء الإداري لحل الخلافات بين الجهة العامة المتعاقدة والشريك الخاص.

أمّا قانون الشراكة المصري رقم 67/ لسنة 2010م، فقد أعطى عقود الشراكة الصفة الإدارية من خلال منح الإدارة المتعاقدة العديد من السلطات والصلاحيات، كتعديل شروط العقد للمصلحة العامة، وحق الإنهاء المبكر للعقد.

وفي فرنسا فقد عرفت المادة الأولى من المرسوم رقم 559/ لسنة 2004م المعدل بالقانون الصادر بتاريخ 28 تموز 2008م والقانون 179/ الصادر بتاريخ 2009/2/17م بأن عقد الشراكة عقد إداري.

ومن ثم فإن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في سورية ومصر وفرنسا هي عقود إدارية.

ونحن نرى أن عقد B.O.O.T هو عقد إداري، ويتأكد ذلك من خلال تبيان معايير العقد الإداري وهي:

1. أطراف العقد: يتعلق هذا المعيار بأطراف العقد، أي بصفاتهم وطبيعتهم حيث إن الإدارة العامة أو أحد أشخاص القانون العام هي طرف في عقد B.O.O.T.

(1) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع نفسه، ص 364 وما بعدها.

2. تعلق العقد بالمرفق العام: من الثابت أن عقد B.O.O.T درجة اتصاله بالمرفق العام تتجاوز الصورة التقليدية، لدرجة أن قيام شركة المشروع بإنشاء المرفق العام نفسه، ومن ثم إدارته وتشغيله واستغلاله طيلة مدة العقد وملكية أصوله، ثم تحويل المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، الأمر الذي يجعل ارتباط عقد B.O.O.T بالمرفق العام ارتباطاً يدخل في صميم تكوين العقد.
3. ظهور نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام: حيث إن عقد B.O.O.T يحتوي شروطاً غير مألوفة منها: امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد، كسلطة الإدارة بالرقابة والإشراف على شركة المشروع، وحق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، وأهمها غرامات التأخير وسحب التعهد، وحق الإدارة في تعديل العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة، والشروط التي تخول المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير، والشروط التي تشكل قيوداً على الإدارة نفسها تجاه المتعاقد، وبشكل عام جميع الشروط المستوحاة من مقتضيات الصالح العام التي تستهدفها الإدارة⁽¹⁾ كل ذلك يؤكد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T.

(1) المواد /40-41-42-43/ من المرسوم التشريعي رقم /450/ لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة لعقود الجهات العامة في الجمهورية العربية السورية الخاضعة إلى القانون /51/ لعام 2004 المتضمن نظام العقود الموحد للجهات العامة في سورية. وتجدر الإشارة إلى أن العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة "انترجين سيدي كرير" بنظام B.O.O.T قد تضمن قواعد حساب غرامات التأخير، في حال تأخر شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها عن المواعيد المحددة في العقد. د. عصام أحمد البهجي، عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 332 وما بعدها.

المبحث الثاني

عقد B.O.O.T يدخل في نطاق القانون الخاص

يذهبُ جانبٌ واسعٌ من الفقه إلى القول إنَّ عقدَ B.O.O.T هو من عقود القانون الخاص، ويخضعُ إلى قواعد القانون المدني والتجاري. ويدعم هذا الفريق رأيه بحجج مُختلفة نستعرضها في المطلبين الآتيين.

المطلب الأول

الآراء المستندة إلى افتقار عقد B.O.O.T شروط العقد الإداري

اتجه جانب من الفقه إلى القول إنَّ عقدَ B.O.O.T لا يحتوي على الشروط الاستثنائية التي تُميّز العقود الإدارية، وإنَّ أركانَ المرفق العام غير متوافرة في المشروع موضوع عقد B.O.O.T.

الفرع الأول

عدم احتواء عقد B.O.O.T على الشروط غير المألوفة

التي تُميّز العقود الإدارية

من المبادئ الأساسية التي استقرَّ عليها الفقه والقضاء في الدول ذات القضاء المزدوج مثل: سورية ومصر، أنَّه يتعين توافر ثلاثة شروط في العقد كي يكتسب صفة العقد الإداري، وهي:

- 1- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً.
 - 2- أن يتصل العقد بالمرفق العام.
 - 3- أن يتضمنَّ العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص⁽¹⁾.
- وبالنسبة إلى الشرط الأول، فلا يكفي لوصف العقد أنَّه إداري أن تكون الإدارة طرفاً في العقد. فالإدارة قد تنزل منزلة الأفراد في العقود التي تُبرمها، فتكون

(1) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم 117/ في الطعن 50/ لسنة 1987م، منشور في «مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً» للمحامي مصباح المهاياني، مؤسسة النوري، دمشق، عام 2005، ص 11. القاعدة 6354/.

العقود مدنية وفقاً لأساليب القانون الخاص، تحقيقاً لمصلحة معينة، كالرغبة في الإسراع للحصول على سلعة معينة⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالشرط الثاني، فإنَّ انقطاع صلة العقد بالمرفق العام ينفي عنه الوصف القانوني للعقد الإداري، حيثُ إنَّ الدَّولة تلجأ، وهي بصدد إدارة مشروعاتها الاقتصادية، إلى أسلوب المشروع التجاري أو الصناعي، دون أسلوب نشاط المرفق العام، كون الأسلوب التجاري أكثر مرونة في تحقيق الأغراض المنوطة به⁽²⁾، بالإضافة إلى ذلك فإنَّ عقد B.O.O.T قد ينصب على إشباع حاجة ليس لها علاقة بالجمهور، كالمشروعات التي تستثمر بها الدَّولة مواردها، وهي ما يطلق عليها فقه القانون الإداري- الدومين الخاص- وتهدف إلى تحقيق مصلحة مالية للشخص الاعتباري العام القائم على هذا الدومين، إلّا أنَّها غير مرتبطة بمرفق عام، كأن تقوم الجهة العامّة ببيع مال مملوك لها ملكاً خاصاً فتصرف به على نحو ما يتصرف الأفراد في أموالهم طبقاً للقانون المدني⁽³⁾.

(1) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص22.
(2) نص القانون /2/ لسنة 2005م السوري المتضمن قانون المؤسسات والشركات العامة في المادة /1/ بأن الشركة العامة تمارس نشاطاً زراعياً أو صناعياً أو تجارياً أو مالياً، ونصت المادة /2/ تعد الشركة تاجراً في علاقتها مع الغير، ونصت المادة /32/ على: "تمسك حسابات الشركة العامة أو المنشأة العامة وفق أسس المحاسبة التجارية والصناعية وتنظيم موازنها على هذا الأساس".

(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص94-95.

وبالنسبة إلى الشرط الثالث، فقد أجمع الفقه والقضاء في سورية ومصر على ضرورة احتواء العقد شروطاً استثنائيةً غير مألوفة في العقد الإداري⁽¹⁾.

وحيث إن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على تعريف الشروط غير المألوفة أنّها الشروط التي يكون موضوعها إعطاء الأطراف أو يضع عليهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يقبلها بحرية أيّ متعاقد في إطار القوانين المدنية والتجارية، ومن ثمّ يذهب جانب من الفقه إلى أنّ عقد B.O.O.T كقاعدة عامة لا يحتوي الشروط الاستثنائية بمفهوم القانون الإداري التي استقر عليها مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾.

ويشترط مجلس الدولة في سورية ومصر على وجوب توافر الشروط الثلاثة، المذكورة آنفاً، مجتمعة كي يكتسب العقد صفة العقد الإداري، أمّا مجلس الدولة الفرنسي فأخذ بالمعيار المنفرد، حيث يتعيّن أن تكون الدولة أحد طرفي العقد كشرط بدّهي، ويكتفي، بالإضافة إلى ذلك، بتوافر أحد الشرطين الآخرين المذكورين، ومن

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 88.

(2) عرف الفقه الفرنسي الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص بأنها الشروط التي لا توجد عادة في عقود القانون الخاص، لأن وجود مثل هذه الشروط سيكون باطلاً لتعارضه مع النظام العام، أو لأنه سيدرج في العقد من قبل السلطة الإدارية بما تتمتع به من امتيازات القانون العام، ولكون هذه الشروط غريبة عن أشخاص القانون الخاص وهم يبرمون العقود فيما بينهم.

راجع:

- Valine, M, Précis de droit administratif, Ed montchrestien, 1969, p.393 et p.394.

تَمَّ فَإِنَّهُ يُمْكُنُ أَنْ يَكُونَ الْعَقْدُ إِدَارِيًّا وَلَوْ خِلا مِنْ الشُّرُوطِ الْإِسْتِثْنَائِيَّةِ شَرْطُ أَنْ يَتَّصِلَ بِنَشَاطٍ مَرْفُوقٍ عَامٍ⁽¹⁾.

وَيَرَى جَانِبٌ مِنَ الْفَقْهِ أَنَّ عَدَمَ احْتَوَاءِ عَقْدِ B.O.O.T عَلَى الشُّرُوطِ غَيْرِ الْمَأْلُوفَةِ يَخْرُجُ ذَلِكَ الْعَقْدُ مِنْ دَائِرَةِ الْعُقُودِ الْإِدَارِيَّةِ⁽²⁾. وَمِنْ ثَمَّ يَرَى جَانِبٌ مِنَ الْفَقْهِ أَنَّ الشُّرُوطَ الْمَنْصُوصَ عَلَيْهَا بَيْنَ جِهَةِ الْإِدَارَةِ وَشَرَكَةِ الْمَشْرُوعِ فِي عَقْدِ B.O.O.T لَا تَتَضَمَّنُ شَرْطاً غَيْرَ مَأْلُوفَةٍ، بِالْمَعْنَى الْمَقْصُودِ فِي فِقْهِ الْقَانُونِ الْإِدَارِيِّ، وَأَنَّهُ لَا مَجَالَ لِتَطْبِيقِ الشُّرُوطِ الْإِسْتِثْنَائِيَّةِ غَيْرِ الْمَأْلُوفَةِ فِي الْعُقُودِ الَّتِي تُبْرَمُ مَعَ الْقَطَّاعِ الْخَاصِّ بِنِظَامِ B.O.O.T الْأَمْرُ الَّذِي يَنْفِي عَنْهُ الطَّبِيعَةُ الْعَامَّةُ كَعَقْدٍ إِدَارِيِّ⁽³⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص199.

(2) د. مي عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص50.

(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص100.

الفرع الثاني

عدم توافر أركان المرفق العام المقصود في فقه القانون الإداري في عقد

B.O.O.T

لم يضع المُشرِّعُ تعريفاً للمرفق العام، وذلك لأنَّ المرفقَ العامَّ قابلٌ للتطوُّر والتبُّدُّل، فالنشاط نفسه قد يُوصَفُ في مرحلةٍ معيَّنة بأنَّه مرفقٌ عامٌّ، وقد يوصف في مرحلة لاحقة بأنَّه ليس مرفقاً عاماً⁽¹⁾.

وعرفه جانب من الفقه بأنه: «مشروع يستهدف أداء خدمة عامة بانتظام واضطراد، تتولى السلطة العامة إدارته أو تعهد به إلى فرد أو شركة لإدارته تحت رقابتها»⁽²⁾.

ويقومُ المرفقُ العامُّ على عنصرين أساسيين: هما مشروعٌ منظمٌ يُدارُ من الدَّولة أو تحت رقابتها، واستهداف أداء الخدمة العامَّة أو تحقيق النفع العام بشكل مستمرٍّ ومُنْتَظَمٍ⁽³⁾.

وتتعدَّدُ طرقُ إدارة المرفق العام، وإنَّ تدخُلَ الدَّولة بالإشراف والتوجيه هو مبدأ عامٌّ تخضع له جميع المرافق العامَّة، ولكن هذا التدخُّل يكونُ في درجته القصوى حيثُ يُدارُ بإحدى طرق الإدارة المباشرة، وتكون أقلُّ درجاته عندما يُدارُ بطريق

(1) د. وليد حيد جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، المرجع السابق، ص 192.

(2) د. محمد أديب الحسيني، المرجع السابق، ص 34.

(3) د. محمود محمد فهمي، عقود B.O.T وتكييفها القانوني، المرجع السابق، ص 66.

الالتزام وبوساطة القطّاع الخاص⁽¹⁾. ومع ذلك تكون للإدارة الكلمة الأخيرة في إنشاء المشروع، وفي تحديد قواعد تنظيمه وتسييره.

ويرى جانب من الفقه أنّ عنصرَ خضوع المشروع إلى هيمنة السلطة العامة بالمعنى المذكور لا تتوافر في عقد B.O.O.T، إذ إنّ الكلمة الأخيرة في قواعد تنظيم المشروع وتسييره تكون بيد شركة المشروع، ومن ثمّ يترتّب على ذلك أنّ عقد B.O.O.T يخرج من دائرة العقود الإدارية والقانون العام، ويَدخلُ في دائرة القانون الخاص⁽²⁾.

ونحن نرى أن عقد B.O.O.T يحتوي على شروط غير مألوفة منها أن موضوع العقد هو تشييد مرافق عامة على قدر كبير من الأهمية واستغلالها فترة طويلة، وهذه المرافق ترمي إلى إشباع حاجات عامة أساسية كمحطات الطاقة الكهربائية والاتصالات وغير ذلك، وهذا يؤكد أن هذا العقد يحتوي شروطاً استثنائيةً.

وإن أركان المرفق العام متوفرة في عقد B.O.O.T طالما أن للسلطة العامة الكلمة الأخيرة في إنشاء المشروع وفي تحديد قواعد تنظيمه وتسييره، فإنشاء المرافق العامة لا يكون إلا بإرادة عامة⁽³⁾، والدولة تشرف على مبدأ دوام سير المرافق

(1) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص18.

(2) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية «البوت»، المرجع السابق، ص180.

(3) نصت المادة /2/ من القانون السوري رقم /50/ لعام 2004، المتضمن نظام العاملين الأساسي في الدولة على أنه: "يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الإداري بقانون ويتم إحداث

العامة بانتظام ومبدأ مساواة المواطنين أمام المرافق العامة، ويستند هذا المبدأ إلى أسس دستورية وقد نصَّ الدستور السوري النافذ على الآتي: "المواطنون متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات، وتكفل الدولة مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين...".

وطالما كان المرفق العام خدمةً للجميع ولذا من الطبيعي أن يتساوى أمامه الجميع، ومن ثَمَّ خضوعُ المرفق لهيمنة السلطة العامة، وحقُّ الدولة في الرقابة على المشروع بصورها المختلفة، ومن ثَمَّ تتوافر مبادئ المرفق العام المقصود في فقه القانون الإداري في عقد B.O.O.T.

الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي بمرسوم ويتم إحداث البلديات ووحدات الإدارة المحلية وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة بهذا الشأن".

وفي مصر يتم إحداث المرافق العامة وتنظيمها بموجب قرار من رئيس الجمهورية. وفي فرنسا يتم إنشاء المرافق العامة من قبل الإدارة ولا يتدخل البرلمان فيها إلا إذا ظهرت الحاجة إلى الموافقة على اعتمادات جديدة. د. يوسف شباط، ود. عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، المرجع السابق، ص34.

المطلب الثاني

من حيث تكوين العقد وتشجيع الاستثمار

يذهب أنصار الطبيعة الخاصة لعقد B.O.O.T إلى أنها تنبُع من ذاتية العقد نفسه، من خلال تكوينه وشروطه، كما إنها تنبُع من ظروف خارجة عن العقد المُتعلِّقة بتشجيع الاستثمار ومُتطلَّبات التجارة الدوليَّة.

الفرع الأوَّل

تكوينُ العقد وشروطه التعاقدية

يذهبُ جانبٌ من الفقه إلى أنَّ مُلكيَّةَ القطَّاع الخاص لأصول المشروع في عقد B.O.O.T تنفي عنه الصفة الإدارية، وكذلك فإنَّ نصوص العقد تنصُّ صراحةً، في بعض الأحيان، على أنَّه عقدٌ مدنيٌّ أو تجاريٌّ، وما يتضمَّنهُ العقدُ من شرط الثبات التشريعي وثبات العقد، تنفي عنه الصفة الإداريَّة.

أولاً - مُلكيَّةُ شركة المشروع في عقد B.O.O.T لأصول المشروع تنفي عن العقد الصفة الإدارية:

يذهبُ أصحابُ هذا الرأي إلى أنَّ تملُّك المُتعاقد مع الإدارة لأصول المشروع خلال الفترة المُتفق عليها في العقد، مع وعدٍ بنقلِ مُلكيَّةِ الأصول إلى الجهة العامَّة

المُتعاقد في نهاية العقد⁽¹⁾، فإنَّ القول بالطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T يتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق محل التعاقد⁽²⁾.

ثانياً - تضمين عقد B.O.O.T نص على أنه عقد مدني وتجاري:

هنالك بعض العقود التي أبرمت في سورية (في مجال قطاع السياحة وغيرها) وفق نظام B.O.T، وفي مصر وفق نظام B.O.O.T، نصت صراحةً على أنها ذات طبيعة مدنية وتجارية، حيث نصت المادة /18-4/ من العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة "إنترجن" لتوليد الكهرباء بنظام B.O.O.T على أن: «توافق-هيئة كهرباء مصر - موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التي تدخل ضمن برنامج الضمان، والتي هي طرف فيها تعتبر تصرفات خاصة تجارية»⁽³⁾.

يتضح من نص المادة السابقة أن اتفاق الأطراف عدَّ عقد B.O.O.T عقداً من عقود القانون الخاص، وأنزل عليه الصفة التجارية عملاً بالمادة /2/ من قانون التجارة المصري رقم /17/ لسنة 1999م.

(1) د. مي عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص14.

(2) د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص245.

(3) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص448.

واستناداً إلى مبدأ «لا اجتهاد في مورد النص» فإنَّ عقد B.O.O.T هو عقد خاضع إلى القانون الخاص⁽¹⁾. وإنَّ الدَّولة تتنازل عن الامتيازات التي تستمدّها من القانون العام، وتتعاقد مع الأفراد على قدم المساواة، والنصُّ على أنَّ المنازعات الناتجة عن العقد ينعقدُ إلى التحكيم والقضاء العادي، وهذا ما نصَّت عليها المادة 13/ من عقد إنشاء مطار "مرسي علم" وتشغيله واستغلاله، حيثُ جاء فيها أنَّه: «إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تفسير أحكام هذا العقد، وجب عليهما أولاً محاولة فضِّه عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصلا إلى تسوية الخلاف عن طريق التفاوض، جازَ 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».

كذلك نصَّت المادة 4-18/ من اتفاقية شراء القوى الكهربائية بنظام B.O.O.T المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة "إنترجن سيدي كرير" سنة 1998م⁽²⁾، فضلاً عن ذلك، فقد اتجهت العديد من الأحكام الصادرة عن محاكم التحكيم إلى عدِّ العقود التي تبرمها الدَّولة مع أشخاص أجنبية أنها من عقود القانون الخاص، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التحكيم في قضية «أرامكو Aramco» إلى

(1) هناك من الفقه من يرى أنَّ اتفاق الأطراف على تحديد صفة عقدهم هو اتفاق عديم الأثر بشأن تحديد هذه الصفة، وذلك لأن وصف العقد أو نوعه مسألة قانونية يحددها القاضي أو المحكم في ضوء القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع. انظر: د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص361.

(2) د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، المرجع السابق، ص101.

رفض عد الامتياز المبرم بين الحكومة السعودية وشركة «Aramco» عقداً إدارياً.⁽¹⁾

كذلك نصّت بعضُ العقود على أنّه: «لا يجوزُ تعديلُ بنودها إلاّ باتفاق الطرفين». واستناداً إلى كل هذه الأسباب التي جرى العمل عليها تدل على أنّ العقد مدني وليس إدارياً.

ثالثاً - احتواء عقد B.O.O.T على شرطي الثبات التشريعي والعقدي:

يعني مفهوم شرط تجميد العقد أنّه لا يحقّ للدولة المتعاقدة تعديل الالتزامات التعاقدية بإرادتها المنفردة، وذلك لحماية العقد من امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الدولة، أي حماية العقد من المخاطر الإدارية.⁽²⁾

وشرط الثبات التشريعي يهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، وتعهدها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، ومن ثمّ تلحق ضرراً بالمتعاقدين مع الإدارة.⁽³⁾

(1) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، المرجع السابق، ص464 وما بعدها.

(2) يقصد بالمخاطر الإدارية تلك الخاصة بالعمالة والتراخيص والأذونات اللازمة لتنفيذ المشروع، لمزيد من التفصيل انظر: د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، المرجع السابق، ص451.

(3) د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 43، السنة 1987م، ص68.

ومثال ذلك في مصر، فالقانون رقم 100/ لسنة 1996م بشأن قطاع الكهرباء، والقانون 259/ لسنة 1997م بشأن الطرق، والقانون رقم 3/ لسنة 1997م بشأن المطارات، كل هذه القوانين نصّت صراحةً على عدم تطبيق أحكام القانون 129/ لسنة 1947م، وهذا أيضاً نصت عليه المادة (3/5) من عقد كهرباء سيدي كيرير بنظام B.O.O.T في مصر⁽¹⁾.

وهذه الشروط تُعدّ دليلاً على عدم توافر خصائص العقد الإداري في عقد B.O.O.T.

رابعاً - عقد B.O.O.T ذو طبيعة خاصّة⁽²⁾:

يرى أصحاب هذا الرأي أنّ عقد B.O.O.T يتمّ عقده في أنظمة قانونية مختلفة، ولكلّ عقد ظروفه الخاصّة، وشروطه ونصوصه التي يتمّ الاتفاق عليها، فهي تختلف من مشروع إلى آخر، ومن بلد إلى آخر، بحيث يصعب وضع قاعدة

(1) د. محمد الروبي، عقد التشييد والاستغلال والتسليم، المرجع السابق، ص116.

(2) عدّ الفقه الغالب في القانون الدولي أنّ عقد B.O.O.T من طبيعة مختلطة، بالنظر إلى التطور الذي عرفه مفهوم العقد نفسه، الذي انتقل من مجرد اتفاق بين أطرافه إلى أداة من أدوات تحقيق الإستراتيجية الاقتصادية للمجتمع، وظهور شروط جديدة أصبحت تتضمنها تلك العقود، منها شروط إعادة الملاءمة والمراجعة للعلاقة العقدية المرتبطة بمسألة تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعقد. انظر: د. محمد إفلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجاً، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005-2006، ص187.

عامية مُجرّدة، تقضي أنّ عقدَ B.O.O.T إداريٍّ أو مدنيٍّ، ولا بُدَّ من تفحصِ كلّ عقدٍ على حدة، ووضعِهِ تحتَ النظام القانوني الذي يحكمه.⁽¹⁾

بناءً على هذا التكييف الواقعي، فقد يُعدُّ عقدُ B.O.O.T تارةً عقداً إدارياً وتارةً أخرى عقداً مدنياً.⁽²⁾

ويرى جانب من الفقه أنّ هذا العقد يخضع إلى أحكام القانون الإداري في نواحيه المتعلقة بتنظيم المرفق وإدارته وأسعاره المقررة وتملك أصوله، ويخضع في غير ذلك إلى قواعد القانون الخاص، وذلك في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج⁽³⁾.

وإن الدافع للتعاقد بنظام B.O.O.T في البلدان النامية هي بقصد تشجيع الاستثمار وارتباطه بخطط التنمية في الدولة المضيفة.

(1) راجع:

- Lyonnet du moutier (M), Financement sur Projet et partenariat. public. privé., édition EMS. OP. Cit, P.22.

(2) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008م، ص 50 وما بعدها.

(3) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 385-386.

- د. عبد الله محمد الكندري، النظام القانوني لعقود الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 42.

وقد عدّه الفقه الغالب في القانون الدولي أنه من طبيعة مختلطة، وذلك بالنظر إلى التطور الذي عرفه مفهوم العقد نفسه، الذي انتقل من مجرد اتفاق بين أطرافه، إلى أداة من أدوات تحقيق التنمية الاقتصادية للمجتمع وظهور شروط جديدة أصبح يتضمنها العقد، منها: شروط إعادة الملاءمة والمراجعة للعلاقة العقدية المرتبطة بمسألة تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعقد، ويسعى المتعاقد الأجنبي إلى الابتعاد عن مخاطر خضوعه إلى قواعد القانون العام، في حين أن موضوع العقد مع السلطة العامة يتطلب شروطاً عقدية تُحوّل المستثمر بعض الامتيازات الخاصة.⁽¹⁾

الفرع الثاني

الحجج المستندة إلى سياسة تشجيع الاستثمار

يرى جانب من الفقه أنّ عقد B.O.O.T هو من عقود التجارة الدولية، وفقاً لمعايير دولية العقد، سواء المعيار القانوني أو المعيار الاقتصادي⁽²⁾.

(1) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 101-102.

(2) وفقاً للمعيار القانوني فإن العقد يعد دولياً إذا اتصلت عناصره القانونية بنظام قانوني واحد في أكثر من دولة، من خلال الاعتداد بنقاط التركيز الموضوعية مثل محل إبرامه، أو مكان تنفيذه، أو موطن طرفيه، ويقسم المعيار القانوني إلى المعيار القانوني الموسع والذي يضيف الصفة الدولية على العقد بتطرق أي عنصر أجنبي إليه، أمّا المعيار القانوني المضيق فهو الذي يضيف الصفة الدولية على العقد إذا تطرق إليه عنصر أجنبي فعال مؤثر.

أما المعيار الاقتصادي يعد العقد دولياً إذا ارتبط بمصالح التجارة الدولية، بصرف النظر عن جنسية المتعاقدين، وغير ذلك من عناصر الصفة الأجنبية في العلاقة، وهناك المعيار المزدوج

ولذا فإنَّ خضوعَ عقد B.O.O.T إلى أحكام القانون المدني والتجاري يتفقُ مع سياسة تشجيع الاستثمار ومتطلبات التجارة الدولية، كون هذا العقد صورة حديثة من صور تمويل المشروعات، حيثُ تقوم الدولة بالتعاقد مع القطاع الخاص لإنشاء مشروعات البنية التحتية وتمويلها، والمستثمر غالباً ما يحمل جنسية دولة أخرى، ما يُوجب على الدولة أن تتعاقد على قدم المساواة مع المستثمر، وبخاصة المستثمر الأجنبي، ومن ثم يفرض على الدولة أن تنزل منزلة الأفراد العاديين استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وأنَّ العقدَ شريعة المتعاقدين، وأن تتمتع الجهة الإدارية بامتيازات غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، يناقض الفلسفة الاقتصادية لهذه المشروعات، وحاجة الدولة إلى الاستثمارات الأجنبية لإقامة مشروعاتها الاقتصادية، ويُفكرُ المستثمرين وبخاصة الأجانب من التعامل معها، كون هذه الامتيازات تُميز الإدارة في مواجهة المتعاقد معها.⁽¹⁾

ولذا فإنَّ مقتضيات العملية في التجارة الدولية تتطلب من الدولة اللجوء إلى العقود المدنية والتجارية، والابتعاد عن العقود الإدارية، كون سيادة الدولة محدودة

الذي يرى أنَّ دولية العقد تقتضي شمول العقد على عنصر أجنبي (معيار قانوني)، وأن ينتج عنه في الوقت ذاته دخول وخروج رؤوس الأموال عبر الحدود (معيار اقتصادي). انظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001م، ص72 وما بعدها.

(1) د. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المرجع السابق، ص101-102. وراجع أيضاً: د. أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008م، ص106.

ضمن نطاق إقليمها، ومن ثمَّ لا تتمتع بأيِّ سلطات استثنائية على المُتعاقدِ الأجنبي إلاَّ بقدرِ ما تسمحُ به الشروط العقدية.⁽¹⁾

ويرى جانبٌ منَ الفقه المصري أنَّ عقدَ B.O.O.T من عقود الاستثمار العادية، وأنَّ موضوع التعاقد فيها ينصب في أحدِ النشاطاتِ أو المجالات التي ورد النصُّ عليها في المادة الأولى من القانون 1997/8م، المُتضمِّنِ حوافز الاستثمار.⁽²⁾

ويُطبَّقُ على هذه المشروعات قانون الاستثمار وقواعد القانون المدني بوصفها من عقود القانون الخاص، والقولُ بغير ذلك يُفَرِّغ قانون الاستثمار من مضمونه، ومن ثمَّ يُشكِّلُ دعوةً مُناهضةً لسياسة الدولة العلنية بدعوة المستثمرين الوطنيين أو الأجانب إلى المشاركة في إقامة مشروعات البنية الأساسية وغيرها التي نصَّ عليها القانون رقم 1997/8م، في المادة الأولى الفقرة 6-7/3.⁽³⁾

(1) د. محمد أديب الحسني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص205.

(2) نصت المادة الأولى من القانون رقم 8 / 1997م على أن: «تسري أحكام هذا القانون على جميع الشركات والمنشآت أيًّا كان النظام القانوني الخاضعة له التي تنشأ بعد تاريخ العمل به، والمزاولة لنشاطها في أي من المجالات الآتية: 6- النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر. 7- البنية الأساسية من مياه شرب وكهرباء وطرق واتصالات...».

(3) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت في القانون المقارن، المرجع السابق، ص117-118.

وقد كرّس المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في "واشنطن"⁽¹⁾، سمو قواعد القانون الخاص على قواعد القانون العام، سيراً في الاتجاه الرامي إلى تشبيه الدولة المتعاقدة بالشخص الخاص، وجعل العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجانب من العقود الدولية العادية، بهدف تجريد الدولة من سلطاتها المختلفة، والمتمثلة أساساً في حقها في تعديل العقد للمنفعة العامة، كما أظهرت المعاملات الاقتصادية الدولية وجود معارضة شديدة، خصوصاً من قبل التكتلات الاقتصادية الكبرى ورجال الأعمال والفقهاء، إذ يرى أن القانون الدولي لا يُميّز العقود الإدارية عن غيرها من العقود، ولا يعرف ما يُسمى بنظرية العقد الإداري.

فنظرية العقد الإداري نظرية فرنسية خالصة، كرسها القانون الفرنسي وبعض الأنظمة القانونية، ولكنها نظرية غير معروفة في العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، كما تُعد مجهولة في نطاق القانون الدولي.

وإن تم افتراض انتقال العقود الإدارية إلى مجال عقود التجارة الدولية، فإن ذلك يقتضي وجود قضاء إداري دولي، وهو الأمر الذي لم يتحقق إلى الآن⁽²⁾.

(1) أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في "واشنطن" بموجب اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1954 بشأن تسوية المنازعات بين الدول وبين مواطني الدول الأخرى، وهو منظمة مستقلة ترتبط بعلاقة وثيقة مع البنك الدولي. انظر: د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 657.

(2) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 100. وتجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الدول نصت قوانينها على عدّ عقد B.O.O.T عقداً تجارياً مثل القانون التركي رقم 94/3996، ويعد القانون الأمريكي أن العقد شريعة المتعاقدين ويجهل فكرة العقد الإداري. انظر: د. مي محمد عزت شرباش، النظام القانوني للمتعاقدين بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 54.

الفرع الثالث

الرأي الذي نؤيده بشأن التكييف القانوني لعقد B.O.O.T

إنَّ عقدَ B.O.O.T هو عَقْدٌ إداريٌّ، وهو الصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة ويتأكد ذلك من خلال بيان معايير العقد الإداري واحتواء العقد أغلب العناصر المعروفة التي يحتويها عقد التزام المرفق العام.

أولاً- إن عقد B.O.O.T عقد إداري لاحتوائه معايير العقد الإداري وهي:

1. يبرم عقد B.O.O.T بين الجهة العامة والقطاع الخاص (شركة المشروع) وذلك لتشييد مشروع عام ويكون غالباً بنية أساسية.

2. احتواء عقد B.O.O.T على جميع الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القطاع الخاص وهي:

- الشروط التي تتضمن امتيازات للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد.
- الشروط التي تخول المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير.
- الشروط التي تشكل قيوداً على الإدارة نفسها تجاه المتعاقد وتمنحه امتيازات في مواجهة الإدارة.

3. ارتباط عقد B.O.O.T بالمرفق العام بشكل لا يقبل الانفصال: فإنَّ موضوع العقد إنشاء مرافق عامة على درجة عالية من الأهمية وتهدف إلى إشباع حاجات عامة أساسية كمحطات الكهرباء، والمطارات والموانئ والطرق والاتصالات والفنادق وغير ذلك من المرافق العامة.

- والنص في عقد B.O.O.T أنه عقد مدني أو تجاري، فمن المبادئ القانونية، أن العبرة في تكييف أي عقد هي لحقيقة ذلك العقد وليس للوصف الذي يطلقه عليه المتعاقدون، وهذا ما استقر عليه الإجتهااد القضائي لمحكمتي النقض في سورية ومصر، فقد أكدت محكمة النقض السورية أن: "تكييف المحكمة لعقد من خلال التعرف على نية المتعاقدين، دون الوقوف عند النص الحرفي للألفاظ، وإعطاء العقد الوصف القانوني الصحيح، هو من صميم اختصاص القضاء"⁽¹⁾.

وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية أيضاً بقولها: "المناطق في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها، ولا يعتد بما أطلقوه عليه من أوصاف أو عبارات، إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون منها"⁽²⁾.

أما النص على شرط الثبات التشريعي في عقد B.O.O.T، فيرى أغلب الفقهاء أن تعهد الدولة بعدم ممارسة سلطاتها في تعديل القوانين يُعد في حد ذاته شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاص.

(1) قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية رقم 23/ تاريخ 18/5/1976، منشور في موسوعة القضاء المدني للمحامي محمد أديب الحسيني، دمشق، 2004، الجزء الثالث، القاعدة 4433/، ص 2180.

(2) حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 22/6/1977، منشور "مجموعة النقض"، السنة الثامنة والعشرون، ص 1470. وحكمها في الطعن 18243/ لسنة 76/ قضائية - الدائرة المدنية، جلسة 2015/6/13.

والقول أنه لا توجد صيغة واحدة لعقد B.O.O.T وتتعدد صوره التعاقدية ينفي عنه الصفة الإدارية، مؤداه أن هذا الرأي يخلط بين الشكل والموضوع، حيث لا توجد علاقة بين مسألة صياغة عقد B.O.O.T وعدم وجود صيغة واحدة له وبين التكييف القانوني للعقد وتحديد طبيعته القانونية، فالمبادئ القانونية التي تحكم عقد B.O.O.T لا تتغير أياً كانت صيغة العقد وأياً كانت النصوص العقدية التي يتضمنها.

واستناداً إلى ما سبق بيانه إن عقد B.O.O.T عقد إداري لانطباق معايير العقد الإداري عليه.

ثانياً- إن عقد B.O.O.T يحتوي على أغلب العناصر المعروفة التي يحتويها عقد التزام المرافق العامة هي:

1. فهو عقد يبرم بين جهة الإدارة العامة وشركة المشروع.
2. وموضوع العقد إنشاء وإدارة المشروع ثم تحويله إلى الإدارة المتعاقدة.
3. يبرم العقد لمدة طويلة حتى يتمكن المستثمر من تعويض ما تكبده من نفقات على شكل رسوم من المستفيدين من خدمات المرفق.
4. تقوم الإدارة بمنح المستثمر بعض امتيازات السلطة العامة فيما يقتضيه قيام المرفق واستغلاله، كنزع الملكية الخاصة وضم أراضي مجاورة للمشروع.
5. يعد المستثمر في عقد B.O.O.T نائباً عن الدولة ولا يعد تخلياً من الدولة عن المرفق، بل تظل مسؤولية عن إدارته عن طريق هذا العقد، كلما اقتضت

المصلحة العامة هذا التدخل، وهذا المبدأ من النظام العام ولا يمكن للدولة أن تتنازل عنه.

وينشأ عقد B.O.O.T مراكز لائحية ومراكز تعاقدية للمستثمر (شركة المشروع)، تتولى الإدارة من خلاله التوجيه والرقابة مع الحفاظ على الحقوق المالية للمستثمر.

وإن الأصل التاريخي لعقد الالتزام يؤكد أن قيام الملتزم بإنشاء المرفق العام ابتداء وإشادة منشآته وتجهيزه وإظهاره إلى حيز الوجود هو من صميم عقد الالتزام. وإن تطور التعامل بين الملتزم والدولة بقيام الأخيرة بالالتزام بشراء الخدمة أو المنتج لتقوم بتوزيعها على الجمهور بما يضمن حداً أدنى من الأرباح، فهذه المسائل لا تغير في التكيف القانوني للعقد والتي تحددها طبيعة المشروع، وإذا كان توزيع الخدمة أو المنتج على سبيل الاحتكار على جهة حكومية أو شركات معينة⁽¹⁾.

(1) مثال ذلك في مصر مشروعات الكهرباء، فتوزيع الكهرباء على الجمهور محصور بالشركة القابضة لكهرباء مصر وشركات التوزيع التابعة لها، ومن ثمَّ يحظر على شركة المشروع توزيع الكهرباء، ويقتصر دورها على عملية إنتاج الكهرباء، في مثل هذه الحالة تقوم الجهة الإدارية بإبرام اتفاق لشراء هذه الكهرباء المنتجة من المحطة التي تقوم شركة المشروع ببنائها وتشغيلها، ومن ثمَّ يكون اتفاق الشراء هو المصدر الرئيس للدخل النقدي للمشروع.

د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص227. ولمزيد من التفصيل انظر: د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص129 وما بعدها.

وتملك شركة المشروع في عقد B.O.O.T أصول المشروع وموجوداته خلال مدة العقد، وهناك من الفقه من يرى أن شركة المشروع لا تمتلك مطلقاً مكونات المرفق العام، وإن كلمة Own هي لتشجيع المستثمرين وكلمة Transfer تعني الإعادة ولا تعبر عن نقل الملكية، ولا تعبر عن حقيقة العلاقة بين الجهة الإدارية وشركة المشروع، كما سبق بيانه مفصلاً⁽¹⁾.

لذلك فإن عقد B.O.O.T الذي تبرمه الدولة أو أحد أشخاص القانون العام هو الصورة الحديثة لعقد التزام المرفق العام.

ويتعين القول: إن تأكيد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.O.T أنه الصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة هو الرأي السائد في النظم القانونية المقارنة، كالقانون الفرنسي وقوانين الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ومنها سورية ومصر، وإن النظم القانونية الأنجلوساكسونية التي لا تعترف بوجود عقود إدارية مميزة عن العقود العادية قد لحق بها تطورات كبيرة بهذا الشأن، وأصبح مألوفاً فيها أن تتعاقد الحكومة بنظام التزام المرافق العامة.

ونشير في هذا الصدد إلى أن مشروع إنشاء نفق "المانش" الذي يربط بين إنكلترا وفرنسا جاء تحت عنوان: "اتفاق التزام مرافق عامة"، واشتمل على الخصائص الرئيسية لعقد الالتزام.

(1) د. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد البوت، المرجع السابق، ص31.

ومن ثَمَّ فإن تكييف عقد B.O.O.T، بصفته عقداً إدارياً والصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة، هو الرأي القانوني الذي يعبر عن حقيقة هذا العقد، وما ينسجم مع التكييف القانوني لهذا العقد في أكثر دول العالم.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م قد نص في المادة 78/ على اختصاص القضاء الإداري السوري في حلّ النزاعات الناشئة بين الجهة العامة المتعاقدة والشريك الخاص.

وقد أضفى المشرع المصري على عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص الصفة الإدارية من خلال منح الإدارة العديد من السلطات والصلاحيات كحق الرقابة، ومتابعة شركة المشروع، وتعديل شروط العقد، والإنهاء المبكر للعقد، المواد 5/ و 7/ و 34/ من القانون 67/ لسنة 2010م.

كذلك فعل المشرع الفرنسي، حيث عد عقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص عقداً إدارياً بموجب المادة الأولى من المرسوم رقم 2004/559

(1) مثال: بلجيكا وإيطاليا والنمسا واليونان وكثير من الدول الإفريقية منها الكاميرون والكونغو وساحل العاج ومالي والسنغال وتشاد. انظر: د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام، المرجع السابق، ص 228.

وتجدر الإشارة إلى أن عقود B.O.T و B.O.O.T كما يرى جانب الفقه أنهما مصطلحان جديدان في المجال الحقوقي، وهما في جوهرهما ترجمة للمفاهيم المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام. انظر: د. مهند نوح، الخصخصة، المفهوم القانوني والبدائل، مجلة الدراسات الاستراتيجية، المرجع السابق، ص 127.

وتعديلاته، ومن ثَمَّ فإن عقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص في فرنسا ومصر وسورية هي عقود إدارية بنص القانون.

وهكذا انتهينا من التأصيل القانوني لعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل B.O.O.T وقد بيّنا ماهية عقد B.O.O.T وأصل اصطلاح B.O.O.T، وتعريف فقهاء القانون وبعض المنظمات والهيئات الدولية له، وخصائص هذا العقد وتمييزه عن العقود المشابهة له، ثم بيّنا الأساس الدستوري والتشريعي لعقد B.O.O.T في كل من فرنسا ومصر وسورية، ثم الطبيعة القانونية له، ومختلف الآراء التي نادت بأن عقد B.O.O.T يدخل في نطاق القانون العام، وأنه الصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة، وتوفر جميع شروط العقد الإداري في عقد B.O.O.T، والآراء التي نادت بأن عقد B.O.O.T من عقود القانون الخاص والآراء المستندة إلى افتقار عقد B.O.O.T لشروط العقد الإداري، والآراء المستندة إلى تكوين العقد وشروطه التعاقدية وتشجيع الاستثمار ومتطلبات التجارة الدولية.

ثم بيّنا الرأي الذي نؤيده بشأن التكييف القانوني لعقد B.O.O.T بأنه عقد إداري وهو الصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة.

وسنقوم في الباب الثاني بمعالجة عقد B.O.O.T من الناحية التطبيقية، من حيث كيفية إبرام العقد، والإجراءات السابقة على إبرامه، واختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.O.T، وآثار تنفيذ عقد B.O.O.T ونهايته.

الباب الثاني

عقد B.O.O.T من الناحية التطبيقية

توصلنا في الباب الأول من البحث إلى نتيجة مؤداها بتكييف عقد B.O.O.T أنه عقد إداري.

ومن ثَمَّ فإن عقد B.O.O.T شأنه شأن أي عقد إداري آخر، يُبرم بين الجهة العامة وشركة المشروع، وإن الإدارة تعبر عن إرادتها بشكل مختلف من حيث الماهية القانونية عن التعبير عن إرادة الأفراد، فهي ذات طابع موضوعي، في حين أن التعبير عن إرادة الأفراد إنما يتسم بالطابع الشخصي.

ويُعد عقد B.O.O.T من العقود الضخمة بكل المقاييس، وهو من العقود المركبة التي تتطلب تدخل مجموعة متشابكة من العقود والاتفاقات، حيث يقتضي تنفيذ كل مرحلة منها الدخول في مجموعة من الأعمال والتصرفات القانونية المتميزة.

وعلى الرغم من اختلاف تنفيذ المشروعات بنظام B.O.O.T من مشروع إلى آخر، إلا أنها تكاد تتطابق من حيث المراحل المختلفة التي تشكل مسارها التعاقدية نتيجة انتشار هذا النظام على الصعيد العالمي، ما أدى إلى قيام المنظمات الدولية المهمة بعملية التنمية عامةً والمشروعات بنظام B.O.O.T خاصةً، والمتمثلة أساساً في منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO) بوضع سياسات ومراحل معينة لتنفيذ المشروع.

وكل ذلك يوجب إجراءات خاصة وتقنية معينة لإبرام عقد B.O.O.T.

كذلك فإن عقد B.O.O.T يرتب آثاراً عامة كأى عقد إداري آخر، كما يرتب آثاراً خاصة ناجمة عن خصوصية هذا العقد، وينتهي عقد B.O.O.T كما ينتهي أى عقد إداري آخر، والأصل أن ينتهي العقد نهاية طبيعية بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد، إلا أنه قد ينتهي بشكل غير طبيعي، وذلك من دون تنفيذ موضوع العقد.

لذا فإننا سنقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصلين:

- الفصل الأول: إبرام عقد B.O.O.T.
- الفصل الثاني: آثار تنفيذ عقد B.O.O.T ونهايته.

الفصل الأول

إبرام عقد B.O.O.T

يعدّ عقد B.O.O.T كأى عقد إداري آخر فهو يُبرم بإيجاب وقبول متطابقين بين طرفيه، غير أن إبرام هذا العقد يوجب إجراءات مسبقة، بما فيها الإعداد الفني والقانوني للمشروع والحصول على الأذونات اللازمة، كما أن خصائص هذا العقد تجعل بعض أساليب اختيار المتعاقد مع الإدارة هي الأكثر ملاءمة له.

ولذا فإننا سنوزع الدراسة في هذا الفصل على مبحثين:

- المبحث الأول: الإجراءات السابقة على إبرام العقد.
- المبحث الثاني: اختيار المتعاقد مع الإدارة.

المبحث الأول

الإجراءات السابقة على إبرام عقد B.O.O.T

إن المشروعات الاقتصادية التي تنفذ بنظام B.O.O.T هي مشروعات على درجة عالية من الأهمية والحيوية، كونها من أعمال البنية التحتية أو الخدمات التي لا غنى للجمهور عنها، ومن ثَمَّ فإن إبرام هذا العقد يمرُّ بإجراءات سابقة على التعاقد، حيث تقوم الإدارة بالإعداد الفني والقانوني للمشروع، من خلال تحديد المشروع المراد تنفيذه، ودراسة الجدوى اللازمة، بالإضافة إلى إعداد المستندات الأساسية للتعاقد. كما يجب على الإدارة الحصول على الأذونات اللازمة للتعاقد، ومنها الإذن التشريعي والإداري والمالي.

فارتأينا أن نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التحضير الفني والقانوني للمشروع.

المطلب الثاني: الإذن بالتعاقد.

المطلب الأول

التحضير الفني والقانوني للمشروع

إن الإعداد الفني والقانوني لعقد B.O.O.T يوجب على الإدارة تحديد ملامح المشروع موضوع العقد ودراسة الجدوى بأنواعها، وإعداد المستندات الأساسية للتعاقد. وسندرس ذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

تحديد المشروع المراد تنفيذه بنظام B.O.O.T وإعداد دراسات الجدوى

تتمثل الخطوة الأولى في إقامة أي مشروع تنموي، في تحديد مدى الحاجة إليه وبيان مواصفاته الفنية، ويتم تحديد المشروع، بناء على دراسات وأسس علمية واقتصادية وفنية، ليتم بعدها دراسة الخيارات التمويلية المتاحة لإقامة المشروع المحدد. وتقوم الجهة العامة بدراسات الجدوى لجميع وجوه المشروع الفنية والمالية والاقتصادية والتسويقية والاجتماعية وسواها.

أولاً- تحديد المشروع:

إن البداية المنطقية للمشروعات المنفذة وفق نظام B.O.O.T تتجلى بتحديد مدى ضرورة القيام بمشروع ما من مشروعات البنية الأساسية أو تحديد المرفق المراد تنفيذه.

ويشكل تحديد المشروع واختياره درجةً قصوى من الأهمية، إذ إنَّه ستبنى عليه جميع المراحل الآتية.

وفي سبيل ذلك، يقع على كاهل الجهة العامة تحديد احتياجاتها وأولوياتها خلال الفترة المقبلة بناءً على دراسات وأسس علمية واقتصادية وفنية، وطبقاً لبرامج التنمية لديها للوصول إلى الاستخدام الأمثل لمواردها الاقتصادية، ويتم بعدها دراسة الخيارات التمويلية المتاحة لإقامة المشروع المحدد، وتحديد الصيغة القانونية التعاقدية الملائمة له.⁽¹⁾

وبعبارة أخرى: يرى جانب من الفقه أن الاختيار الصحيح للمشروع يتم وفق ثلاثة أسس:

1. الحاجة الماسة إلى المشروع بناءً على أسس علمية.
 2. عدم قدرة الحكومة أو عدم رغبتها في تمويل هذا المشروع.
 3. قدرة المستثمر (شركة المشروع) على تنفيذ المشروع بالصورة المطلوبة والتي تحقق الأهداف المرجوة من المشروع.
- وتنتهي هذه الخطوة بإتخاذ الحكومة قرار تنفيذ المشروع وفقاً لنظام B.O.O.T، وعلى الجهة العامة أن تعيّن في هذه المرحلة هيئة حكومية أو خاصة كالمدير العام للمشروع ككل، بغية تفادي سوء الإدارة وغياب التنسيق والانتظام داخل المشروع والإشراف على المشروع بمراحله المختلفة⁽²⁾.

(1) راجع:

-LYonnet Du Movtier (M), Financement Sur Projet et, ppp, op.cit, p.32

(2) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقود الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق، ص 97/.

-نصت المادة 10/ من قانون التشاركية السوري رقم 5/ لعام 2016 على تشكيل لجنة خاصة لكل مشروع تشاركية لدى الجهة العامة المتعاقدة، وهي لجنة تنفيذية تسمى لجنة المشروع، وتكون مسؤولة عن جميع الأعمال المتعلقة بمشروع التشاركية حتى توقيع العقد.

وحيث إن الجهة العامة هي التي تقوم عادةً بتحديد المشروع المطلوب إقامته وتحديد أسلوب تمويله، فلا يوجد ما يمنع أن تقوم الشركات المعنية بمثل هذه المشروعات، بتحديد المشروع المزمع إقامته وتعرضه على الجهة العامة، وتبدي استعدادها لتمويله وفقاً لنظام B.O.O.T، ويكون المستثمر في هذه الحالة حريصاً على تحديد المشروع الذي يتوقع أنه سيحقق له نسبة عالية من الأرباح⁽¹⁾.

ونحن نرى أنه على مجلس التشاركية في سورية، وفي سبيل إعادة الإعمار، أن يقوم بتحديد مشروعات البنية التحتية وفق احتياجاته وأولوياته، مثل إنشاء محطة لتوليد الكهرباء والطرق والجسور وسواها، وإعداد قائمة بها وعرضها على القطاع الخاص ليقوم بدوره باختيار المشروع المناسب له، وذلك عن طريق التشاركية، والاستفادة من التكنولوجيا للإسراع في إعادة الإعمار، وبخاصة في المناطق الأكثر تضرراً من الحرب، بما يحقق التنمية الشاملة المستدامة في المجالات كافة⁽²⁾.

(1) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص/117.

- ونصت المادة /35/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 على أن: "الجهة العامة المتعاقدة الحق بمراجعة وقبول العروض التلقائية وفقاً للإجراءات التي تنظمها أحكام المادتين /37- 38/ من هذا القانون على ألا ترتبط هذه العروض بأي مشروع تم إعلان إجراءات التعاقدية أو الشروع فيها".

(2) نصت المادة /17/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 على أساليب التعاقد وهي: طلب العروض والإجراءات غير التنافسية والعروض التلقائية.

ثانياً - إعداد دراسات الجدوى:

بعد تحديد المشروع المراد تنفيذه وإدارته وفق نظام B.O.O.T يتعين على الجهة العامة المعنية القيام بدراسات لجدوى المشروع، نظراً لما توفره هذه الدراسات من معلومات تساعد الجهة العامة المانحة للالتزام في التأكد من مدى صلاحية المشروع من النواحي الفنية والاقتصادية والاجتماعية والبيئية والتسويقية، ثم إتخاذ القرار المناسب بشأنها⁽¹⁾.

وتُعرف دراسة الجدوى بأنها: «مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم المحاسبة والاقتصاد والإدارة وغيرها والتي تُستخدم في جمع البيانات والمعلومات، ودراستها وتحليلها بقصد تقييم المشروعات الاستثمارية، وذلك من الجوانب القانونية والتسويقية والفنية والمالية والاجتماعية والبيئية، سواء من وجهة نظر الجهة العامة المشرفة على المشروع الاستثماري أو من وجهة نظر المستثمر الخاص أو مصادر ومؤسسات التمويل»⁽²⁾.

وتتجلى أهمية دراسات الجدوى في تمكين الجهة العامة من ترتيب مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.O.T حسب أهميتها وفق خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، بالإضافة إلى أن المشروع قد يتطلب تخصيص جانبٍ من موارد

(1) تعد دراسة الجدوى من التدابير أو الإجراءات التمهيدية لتنفيذ المشروع، وتسميها بعض المراجع بالدراسات السابقة للتعاقد، وهذه الدراسات تتم في غالبية الحالات بوساطة الجهة العامة، وإذا لم يكن لدى الجهة العامة موظفون من ذوي الخبرة الفنية اللازمة لإجراء هذه الدراسات، فيمكنها الاستعانة بمكتب استشاري خارجي أو بيت خبرة ذو سمعة دولية، وهذا ما تم بشأن مشروع إنشاء محطتي "سيدي كرير" بنظام B.O.O.T في مصر.

د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، مرجع سابق، ص 202.

(2) د. محمد شوقي شادي، الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985م، ص 23.

الدولة، سواء المادية أو البشرية، ومن ثمَّ يجب أن يكون المشروع ضرورياً على المستوى الوطني ويحقق أكبر منفعة ممكنة، ويُسهم في حل مشكلات التكنولوجيا والتضخم والبطالة وغيرها من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية.

وتهدف دراسة الجدوى إلى معرفة المزايا المتوقعة للمشروع وتكاليفه الإجمالية والإيرادات المتوقعة خلال العمر الإنتاجي المتوقع من تشغيل مرفق البنية التحتية، وبيان المعوقات التي تواجه المشروع في مراحله المختلفة، وذلك لكي يحقق المشروع أهدافه⁽¹⁾. ويجب أن تقوم الجهة الحكومية بإعداد دراسات الجدوى بنفسها؛ لأن الدولة هي صاحبة المصلحة الأساسية في دراسات الجدوى لهذه المشروعات، وإن معرفة الجهة العامة المعنية للجدوى الاقتصادية والمالية للمشروع يساعدها عند التحضير والإعداد لعقد B.O.O.T والشروط التي يمكنها تحقيقها في العقد.

ومن جهة أخرى، إن الدعوة إلى مشروع عديم الجدوى الاقتصادية أو المالية يؤدي إلى إحجام الشركات ذات السمعة العالمية عن الدخول في المشروع، وهذا ما يؤدي إلى تعثر تمويله وإحجام البنوك ومؤسسات التمويل عن الإسهام في تمويل المشروع⁽²⁾.

(1) د. مي طوبار، دراسة الجدوى ونظام B.O.T، المرجع السابق، ص 107.

(2) د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 79.

تجدر الملاحظة أن المستثمرين الراغبين في تمويل المشروع غالباً ما يقومون بتقييم دراسات الجدوى لبيان مدى نجاح المشروع، وقدرته على توليد القدر المناسب من الأرباح، فضلاً عن ذلك، فإن الاتحاد المالي يقوم من جانبه بإعداد دراسات جدوى خاصة للمشروع للتأكد من أن الإيرادات المتولدة منه كافية لتغطية تكاليف تنفيذه والوفاء بالالتزامات المالية كافة والحصول على مصادر التمويل اللازمة؛ لأن المؤسسات المقرضة تتحقق من دراسات الجدوى للكشف عن تدفقات المشروع، يقصد إعلان قبولها أو رفضها تمويله.

ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 118.

وإن أحد الأسباب الرئيسة لفشل الكثير من المشروعات في الدول النامية يعود إلى إهمال دراسات جدوى المشروعات.

وهناك اختلاف بين تقييم الجهة العامة والتقييم الخاص في إطار دراسة جدوى المشروع، حيثُ تركز الجهة العامة على التقييم الاقتصادي والاجتماعي، في حين أن شركة المشروع تركز على التقييم المالي بقياس الربح الخاص للمشروع للتأكد من قدرته على تغطية الالتزامات المالية كافة⁽¹⁾.

وتشمل دراسات جدوى مشروعات البنية الأساسية المنفذة بنظام B.O.O.T على الجوانب الفنية والمالية والاقتصادية والتسويقية والاجتماعية والبيئية وغيرها.

1. دراسة الجدوى الاقتصادية:

تعرف الجدوى الاقتصادية للمشروع بأنها: «مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة والتي تستخدم في تجميع البيانات ودراساتها وتحليلها، بقصد الوصول إلى نتائج تُبين مدى صلاحية المشروع للاستثمار»⁽²⁾.

وتهدف الدراسة إلى وضع تصور عن المركز المالي والاقتصادي لتشغيل المشروع قبل التنفيذ، وإجراء مقارنة بين الإيرادات التي يمكن أن تتحقق في حال

(1) د. عبد القادر محمد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005، ص 658.

(2) د. أوس جمال مخيير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص 158.

إدارة الشخص العام للمرفق بنفسه وتلك التي يُمكن أن تتحقق من قبل شخص آخر، سواء كان شخصاً عاماً أو خاصاً⁽¹⁾.

ويتعين الأخذ في الحسبان أن العمر الافتراضي لمشروع B.O.O.T ليس انتهاء عمره الإنتاجي، كما هو الحال في المشروعات العادية، وإنما هو انتهاء عمره العقدي، والإدارة المتعاقدة هي التي تُحدد العمر الافتراضي للمشروع وليس المستثمر، الذي يبني حساباته على أساس مدة العقد المحددة من الإدارة المتعاقدة، والتي بعدها يؤول المشروع إلى الإدارة ذاتها⁽²⁾.

وتشمل دراسة الجدوى الاقتصادية التكاليف المباشرة وغير المباشرة كافة، بهدف تحديد صافي الربحية الاقتصادية الناجمة عن المشروع⁽³⁾، إذ يجب على المستثمر تحديد رأس المال المتوقع للمشروع والذي يشمل كل نفقة سيتم إنفاقها منذ بدء المشروع وإنشائه حتى البدء بالتشغيل، وتحديد مصادر تمويل المشروع سواء

(1) نصت المادة /1/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 الفقرة /24/ على تعريف مُقارن القطاع العام بأنه: «مؤشر يسهل عملية المقارنة بين الأساليب الممكنة لتقديم خدمات عامة معينة، ويُستخدم في مرحلة دراسة الجدوى الاقتصادية لمشروع التشاركية، ويأخذ في الحسبان أفضل الممارسات العالمية التي يعتمدها المجلس».

(2) د. أوس جمال مخير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص163.

(3) روليت عبود، نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، بحث علمي هندسي مقدم إلى كلية الهندسة المدنية، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء، جامعة دمشق، 2012، ص13.

المصادر الداخلية أي الأموال التي يمكن أن تقدمها شركة المشروع، أو المصادر الخارجية التي تقدمها البنوك والمؤسسات المالية الدولية.

ويُضاف إلى ما سبق المبالغ اللازمة لإدارة المشروع، وكل ما يتعلق بالضرائب عن الفترة التي لا يُعفى منها، ثم تقارن هذه التكاليف مع الإيرادات المحتملة للمشروع خلال عمره الافتراضي الذي تُحدده الإدارة⁽¹⁾.

ويجب عند القيام بهذه الدراسة عدم المبالغة في الإيرادات المتوقعة أو التهاون في شأن التكاليف المحتملة،⁽²⁾ كما يُفضل تحديد هذه الإيرادات والتكاليف

(1) تحرص الدولة على إعفاء مشروعات المرافق العامة من الضرائب المباشرة على الأرباح، حيث إن قوانين الاستثمار والقوانين المتعلقة بالتشاركية، غالباً ما تنص على إعفاء زمني وجغرافي لمشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة من الضرائب تشجيعاً للاستثمار وجذباً لرؤوس الأموال.

نصت المادة /81/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 على أنه: «يجوز بقانون بناء على اقتراح المجلس منح الشريك الخاص وشركة المشروع أو أحدهما الإعفاءات الضريبية كلاً أو بعضاً وفقاً لطبيعة المشروع وأهميته».

كذلك نصت المادة /20/ من قانون الاستثمار رقم /18/ لعام 2021 المتعلق بالاستثمار في سورية على مزايا وحوافز الاستثمار بالنسبة إلى مشروعات البنية الأساسية ومنها الإعفاء من الرسوم الجمركية بالنسبة للآلات والمعدات والتجهيزات المستخدمة في المشروع ووسائل النقل الخدمية شريطة استخدامها لأغراض المشروع.

(2) د. شكري رجب العشماوي، د. إسماعيل حسن إسماعيل، د. سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الاستثمارية ومشروعات B.O.T - أسس - نماذج - حالات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص278.

بأسعارها الحقيقية، واستخدام العملة المحلية في عملية التقويم، ويمكن استعمال عملة أخرى متى كانت معظم المعاملات تتم وفقاً لها.

2. دراسة الجدوى التسويقية:

إن مشروعات B.O.O.T تتمتع بمركز احتكاري، ومن ثمَّ لا يشكل التسويق أي مشكلة، حيث إن جميع المواطنين لا يمكنهم الاستغناء عن طلب السلعة أو الخدمة، مثال ذلك: مياه الشرب والكهرباء والغاز والطرق والمطارات والاتصالات وغيرها. وفي الغالب ينص عقد B.O.O.T على احتكار المستثمر للمشروع أو المنتج من دون غيره خلال فترة العقد، وقد يحدد العقد فترة محددة للاحتكار الكامل يمكن بعدها السماح لشركة أخرى بالعمل في المجال نفسه، من دون التأثير على المركز الاحتكاري التنافسي للمشروع الأول، وعندما يُسمح لمشروع آخر يظل السوق احتكاريًا، ولكنَّ احتكارُ قلةٍ وليس احتكاراً مطلقاً، ومن ثمَّ إن المخاطرة في التسويق تكاد تكون منعدمة خلال فترة العقد⁽¹⁾.

ويُلاحظ أنه في بعض الحالات تكون هناك مشروعات تعمل في نفس النشاط ولكنها تكمل بعضها البعض، كمشروعات نقل الركاب بأنواعها المختلفة، كالباصات بأحجامها المختلفة والقطارات وغيرها. وفي هذه الحالة يكون هناك سوق منافسة احتكارية ذات طابع نوعي بين مختلف الوسائل البديلة، ما يستدعي تحسين

(1) د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت وأخواتها، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز

البحوث، إصدارات البحوث الإدارية (4)، 2001، ص126.

جودة الخدمات المقدمة وتطويرها وتخفيض التعريفات للوصول إلى أكبر نسبة تشغيل وبالتالي أكبر حجم من الإيرادات المتوقعة⁽¹⁾.

ومن ثَمَّ إن سياسة التمييز الاحتكاري للأسعار هي التي تطبق غالباً، بحيث تكون هناك أسعار متعددة ومتفاوتة للسلعة أو الخدمة نفسها، ولكن الجودة تختلف حسب كل سعر، وإن هذه السياسة السعرية تؤدي إلى وصول المنتج أو الخدمة إلى جميع شرائح العملاء من ذوي الدخل المنخفض والمرتفع على السواء، ومن ثَمَّ وصول السلعة أو الخدمة إلى أكبر شريحة من العملاء، كما إن تطبيق هذه السياسة في تحديد التعريفات يؤدي إلى أن تسهم التعريفات المرتفعة القيمة في تغطية انخفاض الأرباح أو الخسائر التي يمكن أن تترتب على تحديد تعريفات منخفضة للسلع أو الخدمات، ويؤدي ذلك إلى تحقيق أهداف الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية من خلال مشروع B.O.O.T⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن تحديد أسعار المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع تكون من حق الدولة مانحة الالتزام، لذلك يتعين معرفة إمكانية زيادة التعريفات أو تخفيضها مستقبلاً، وأثر ذلك على الطلب والإيرادات المتوقعة خلال العمر الافتراضي للمشروع⁽³⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص251.

(2) د. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص166.

(3) نصت المادة /637/ من القانون المدني السوري على أنه: «يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها».

تعد دراسة الجدوى التسويقية وثيقة الصلة بجوانب أخرى من دراسات الجدوى، ومنها دراسة الجدوى الفنية، هناك الكثير من القرارات المتعلقة بدراسة الجدوى الفنية لا يمكن اتخاذها إلا بعد معرفة نتائج الدراسة التسويقية للمشروع⁽¹⁾.

3. دراسة الجدوى الفنية:

وتشمل هذه الدراسة اختيار موقع المشروع، حين تقوم الجهة الحكومية بتحديد النطاق الجغرافي للمشروع ويجب على المستثمر أن يتأكد من الصلاحية الفنية لموقع المشروع، سواء من الناحية الجيولوجية أو لجهة مدى كفاية المساحة المخصصة للأعمال والأنشطة التي سيقوم بها المرفق بعد الإنشاء، وتحديد حجم المشروع على ضوء الطلب المتوقع للخدمة أو المنتج، ويتم تحديد حجم المشروع بأحد أسلوبين: إما أن تقوم الجهة الحكومية بتحديد حجم المشروع ضمن دفتر الشروط الخاصة بالعقد، وإما أن تترك جهة الإدارة أمر تحديد حجم المشروع إلى المستثمرين أنفسهم، حيث يقوم هؤلاء بتوضيح مواصفات المشروع وطاقاته ضمن عروضهم المقدمة للإدارة حسب الرؤية الخاصة لكلٍ منهم، ثم تقوم الجهة الإدارية بتحديد حجم المشروع في ضوء ما جاء في العروض المقدمة لها من دراسات فنية حول حجم الطلب المتوقع على الخدمة وحول الحجم الاقتصادي للنشاط والإمكانات الخاصة بالمستثمر. وفي هذه الحالة يكون التحديد الدقيق لحجم المشروع عنصراً من عناصر الموازنة بين العروض⁽²⁾.

(1) د. حمدي عبد العظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات، الطبعة الثانية، القاهرة، 1999، ص65.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص244.

ويجب تحديد المواد الخام والآلات والتجهيزات والمستلزمات الأخرى الملائمة لأسلوب الإنتاج أو النشاط، وأن تتناسب مع حجم الإنتاج أو النشاط المطلوب تحقيقه، مع مراعاة احتمالات ظهور آلات وتجهيزات متقدمة تكنولوجياً في المستقبل.

ويقع على شركة المشروع تحديد اليد العاملة والمهارات اللازمة لمزاولة النشاط لتحقيق المستوى المطلوب من الجودة، ما يلقي عليها عبء تحديد التخصصات والمهارات الفنية والإدارية اللازمة سواء في مرحلة الإنشاء أو في مرحلة الإدارة والتشغيل وفق حاجة العمل ودرجة التكنولوجيا المستخدمة، وتقوم الجهة الإدارية بتحديد العمليات أو الأنشطة الخدمية المطلوب أدائها من شركة المشروع وفق دفتر الشروط والمواصفات، وقد تلجأ الجهة الإدارية إلى أن تترك الحرية للعارضين بتحديد العمليات أو الأنشطة المذكورة في عروضهم الفنية⁽¹⁾.

4. دراسة الجدوى البيئية:

إن الهدف من دراسة الجدوى البيئية في المشروعات بنظام B.O.O.T لتقادي المخاطر البيئية في البلد المضيف لهذا النوع من الاستثمارات، وقد شجعت المعاهدات الدولية البلدان على إتباع التعاليم الخاصة بالاهتمام بالبيئة⁽²⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، المرجع نفسه، ص 245-246.

(2) راجع:

-Jefferey Delmon, Boo/BOT, Project: a commercial and contractual guide 2000- sweet and Maxwell- Loncon, p.59.

-Wild Sapte, Project finance, The guide to financing B.O.T project, 1997, Euromoney publications, p.25.

ومن ثَمَّ يجب أن يكون بناء المشروع متضمناً التصميم الخاص بذلك المشروع وصيانته وتشغيله، وأن يتناسب ذلك وفق القوانين والأنظمة النافذة في البلد المضيف، وعادة ما يتم توزيع المخاطر البيئية بين الجهة العامة المتعاقدة وشركة المشروع⁽¹⁾.

وقد نصت المادة /1/ من قانون حماية البيئة السوري رقم /12/ لعام 2012 على تعريف البيئة بأنها: «المحيط الذي تعيش فيه الأحياء، من إنسان وحيوان ونبات، ويشمل الماء والهواء والأرض، وما تحويه من مواد، وما يؤثر على ذلك المحيط».

كذلك عرفت المادة /1/ التلوث بأنه: «كل تغيير كمي أو كيميائي أو نوعي، بفعل الملوثات في الصفات الفيزيائية أو الكيميائية أو الحيوية لعنصر أو أكثر من عناصر البيئة، ينتج عنه ضرر، تهدد صحة الإنسان وحياته، وصحة الكائنات الحية والنباتات وحياتها، وصحة وسلامة الموارد الطبيعية».

وكل ذلك تحسباً لإبرام أي عقد تكون له سلبيات على البيئة، والحد من الملوثات والضجيج والتخلص من النفايات التي تتولد عن المشروع وفق القوانين النافذة في البلد المضيف⁽²⁾.

(1) نصت المادة /71/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 على أنه: «يتم وضع دراسة لتقييم الأثر البيئي تتضمن التأثيرات المحتملة على البيئة من جراء إنشاء أو بناء أو تنفيذ أو إعادة تأهيل مشروع التشاركية أو تقديم الخدمات المرتبطة به، وذلك على نحو يتفق مع القوانين النافذة وبخاصة قانون حماية البيئة وتعليماته التنفيذية وأفضل الممارسات الدولية المطبقة في هذا المجال».

(2) د. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص164.

5. دراسة الجدوى الاجتماعية:

يجب معرفة أثر مشروعات B.O.O.T على الدخل القومي وعلى القيمة المضافة، وفي قيمة العملة الوطنية وفي ميزان المدفوعات، وتهدف الدراسة إلى التنبؤ بالتعريف المتوقعة للخدمة بحيث تكون في حدود دخل المستهلك العادي، والتحقق مما إذا كان المشروع يسهم في تكوين قاعدة صناعية، وخلق فرص عمل جديدة ومستمرة وخلق مراكز وتجمعات سكنية جديدة وحل مشكلة البطالة والتضخم وعدم توافر العمالة المتخصصة، والتأكد عموماً أن المشروع يسهم في حل المشكلات الاجتماعية والاقتصادية في البلد المضيف⁽¹⁾.

ونحن نرى أن دراسات الجدوى من أهم المراحل، فإذا ما أحسن إنجاز هذه المرحلة بالشكل الأمثل فلا شك في أن المهام الأخرى في المشروع سوف تُنفذ بيسر وسهولة من دون صعوبات، وعلى عكس ذلك، إذا كانت دراسات الجدوى سطحية وغير منطقية ولا تستند إلى أسس علمية وبيانات وإحصاءات دقيقة، فحتماً سوف تنعكس سلباً على أداء المشروع ونتائجه ولن تتحقق الأهداف المرجوة منه، وبخاصة لجهة جودة الخدمة والمنتج والتسعيرة ومواجهة المخاطر الداخلية والخارجية التي قد تواجه المشروع.

وتقوم الجهة العامة المعنية بالتعاقد مع مستشارين قانونيين وفنيين وماليين لمساعدتها على القيام بدراسات الجدوى المتعلقة بالمشروع والتحضير لمستندات

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع

العطاء⁽¹⁾. ويُعد إعداد الوثائق الخاصة لطرح المشروع للتعاقد، وأهمها دفاتر الشروط أحد الإجراءات التحضيرية للدخول في عملية الاختيار بقصد الإرساء على شركة المشروع المناسبة لإقامة مشروع بنية تحتية بنظام B.O.O.T حيث تتطلب طبيعته المركبة إعداد وثائق ومستندات على نحو مستفيض، تؤدي إلى تغطية الجوانب المتعلقة بالمشروع كافةً.

وسوف ندرس ذلك في الفرع الآتي:

الفرع الثاني

إعداد المستندات الأساسية للعقد

تعد مسألة التحضير للتعاقد على درجة قصوى من الأهمية، ومن هذا المنطلق، كثيراً ما تلجأ الإدارة إلى إبرام عقود تقديم المشورة في مختلف المجالات القانونية والفنية والمالية وسواها، وذلك لمساعدتها في الدراسات الجدوى الخاصة بالمشروع وتحضير المستندات ودفاتر الشروط التي تحدد بشكل مفصل الحقوق والالتزامات التعاقدية، وفقاً للمعايير الدولية المتعارف عليها.

أولاً - طلب المشورة:

يتعين على جهة الإدارة، كما سبق بيانه، القيام بدراسات الجدوى بأنواعها، وإعداد دفاتر الشروط، وفي هذه المرحلة لا تدخل الإدارة بأية علاقات مع شركة المشروع، ولكن تنشأ بين الجهة العامة من ناحية وأطراف آخرين من ناحية أخرى علاقات قانونية من نوع آخر، فقد تلجأ الإدارة في هذه المرحلة إلى المستشارين

(1) المادة /15/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

الفنيين والماليين والقانونيين لمساعدتها على القيام بدراسة الجدوى المتعلقة بالمشروع والتحضير لمستندات العطاء وفق المعايير الدولية، وتبرم الإدارة عقد تقديم المشورة في المجالات القانونية والفنية والمالية وسواها، ويجب أن يحدد العقد الالتزامات والأعمال التي يجب على الخبراء القيام بها في هذه المرحلة.

ويُعرَّف عقد تقديم المشورة بأنَّه العقد الذي يبرم بين طرفين، الاستشاري والعميل، بغية أن يحصل الأخير على استشارة من شأنها أن توجهه لاتخاذ قراره بالتصرف أو عدم التصرف، ومن ثَمَّ يكون الالتزام الأساسي في العقد هو تقديم المشورة.

وإن الاستشارات التي يقدمها الاستشاري للعملاء قد تأخذ شكل صورة فردية، وقد تكون من خلال مجموعة من المستشارين يقدمون الاستشارة من خلال مكتب.

1. تقديم المشورة من قبل استشاري فرد:

الاستشاري الفرد هو مهني متخصص في مجال فنيٍّ معين، يقدم أداءات ذات طبيعة ذهنية وعقلية للعميل المتعاقد معه على وجه الاستقلال لقاءً مقابل يدفعه العميل⁽¹⁾.

(1) د. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص52-71.

- ويراجع في ذلك أيضاً ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص145-146.

عرفت المادة /1/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 - الفقرة /18/ - مشاور المشروع بأنه: شخص طبيعي أو اعتباري يجري التعاقد معه بغرض تقديم المشورة إلى الجهة العامة المتعاقدة بشأن مشروع تشاركية معين.

-ونصت المادة /8/ بأنه يتألف مكتب التشاركية من فريق من الخبراء يرأسه رئيس فريق الخبراء ويتألف من مجموعة من الخبراء الاختصاصيين والأطر الإدارية الذين يتم اختيارهم أو تعيينهم أو التعاقد معهم بقرار من المجلس، ويقدم المكتب المشورة الفنية والإدارية والقانونية والمالية والاقتصادية وغيرها اللازمة للمجلس ولجميع الجهات العامة فيما يتعلق بالتشاركية.

ومن ثَمَّ إن الاستشاري يختلف عن المدير الذي يتولى إدارة المشروع، فالاستشاري يوجه العميل إلى ما يجب فعله لمواجهة مشكلة بعينها ولا يكون مسؤولاً عن المشروع ككل. بيد أن الاستشاري يتدخل بشكل أو بآخر في إدارة المشروع عن طريق الاستشارات التي يقدمها والتي تؤثر في إدارة المشروع، وهو ما يقرب بين عمل الاستشاري وعمل المدير. وإن الاستشاري يتميز عن الخبير، كون المشورة تعني تحليل المشكلة ودراستها وتقديم رأي بشأنها، أما الخبرة فهي تطبيق للمعطيات العلمية⁽¹⁾.

2. تقديم المشورة من قبل مكتب استشاري:

تعد صورة تقديم الاستشارات عن طريق المكاتب الاستشارية هي الصورة الغالبة في العمل⁽²⁾، فإذا طلب العميل دراسة جدوى لمشروع ينوي إقامته، أو دراسة تقييم مشروع قائم ينوي شراءه، يقوم هذا المكتب الاستشاري بإعداد مختلف المشورات المطلوبة، فيقوم الاستشاري القانوني بدراسة الوضع القانوني للمشروع وشكله القانوني ومدى تطابقه لأحكام القانون وملكيته وكل المسائل المتعلقة بالناحية القانونية، ويقوم الاستشاري الهندسي بتقييم أصول المشروع والعمر الافتراضي لأدوات الإنتاج ومدى سلامتها وحجم الإنتاج والتقنيات الفنية اللازمة

(1) د. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، المرجع السابق، ص 71. وراجع أيضاً ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 146.

(2) إن المكتب الاستشاري يأخذ إحدى الصيغتين الآتيتين: الأولى حالة المكتب الاستشاري يضم استشاريين في تخصص واحد، كأن يوجد مكتب لاستشارات الهندسة بأنواعها المختلفة، الثانية حال المكتب الذي يضم أكثر من استشاري في أكثر من تخصص، كأن يضم المكتب استشاريين قانونيين وماليين وغيرهم.

- د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 257.

لتطويره، ثم يأتي الاستشاري المحاسبي ليدرس حالة السوق وكيفية تسويق المنتج ومدى قدرة المشروع التنافسية في السوق، ومن ثمَّ إن المكتب الاستشاري ينتهي إلى تقديم دراسة متكاملة للعميل تتضمن خلاصة آراء الاستشاريين والرأي الذي ينتهي إليه المكتب⁽¹⁾.

وأعتقد أن أهمية المشروع وفق نظام B.O.O.T توجب اللجوء إلى المكاتب الاستشارية لتقديم الدراسات المطلوبة، وبخاصة في مرحلة إعادة الإعمار في سورية، وذلك بهدف الوصول إلى المستوى التقني والتكنولوجي المتقدم، خصوصاً إذا كانت الكوادر البشرية للإدارة العامة صاحبة العلاقة ليست على المستوى الكافي من الكفاءة والتأهيل؛ أي إنه يجب الإعداد الفني والإداري لللازمين لنجاح عمل المشروع عن طريق كوادر بشرية مؤهلة ومدرّبة لتسيير العمل بالشكل الأمثل.

ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ أنه ينبغي إيجاد نظام قانوني يحكم العقود الاستشارية التي تبرم بين الإدارة العامة والجهات الاستشارية في مرحلة التحضير للمشروع، وهذا ما نفتقده في سورية، وذلك لتحديد أشكال تقديم المشورة ومجالاتها، ويضع المعايير الدقيقة للمكاتب الاستشارية، ويوضح الحقوق المتبادلة بين الجهة الاستشارية والعميل. وهذا يوجب تحديد الطبيعة القانونية لعقد تقديم المشورة، سواء بإدراجه ضمن نطاق العقود المسماة في القانون المدني، كعقد الوكالة وعقد المقاول، أو بوضع تكييف خاص به، كالقول إنه عقد بيع خدمة وإن كان كلا الاتجاهين منتقداً، والرأي يذهب إلى تكييف عقد تقديم المشورة أنه عقد مقاوله من

(1) د. حسن البراوي، عقد تقديم المشورة، المرجع السابق، ص 80.

(2) د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، المرجع السابق، ص 73.

نوع خاص، وذلك بالنظر إلى طبيعة الأداء الذي يلتزم به الاستشاري وكونه أداءً ذا طبيعة ذهنية.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م نصّت المادة /8/ منه على إحداث مكتب للتشاركية لدى هيئة التخطيط والتعاون الدولي، ويرتبط برئيس الهيئة، ويتألف من مجموعة من الخبراء الاختصاصيين والأطر الإدارية الذين يتم اختيارهم أو تعيينهم أو التعاقد معهم بقرار من مجلس التشاركية، ويقوم المكتب بتقديم المشورة الفنية والإدارية والقانونية والمالية والاقتصادية وغيرها للمجلس ولجميع الجهات العامة فيما يتعلق بالتشاركية.

ونص القانون على مهمات المكتب بشكل مفصل، منها: رفع التوصيات حول المقترحات التشريعية والمؤسسية للتشاركية، وحول السياسات المتعلقة بها إلى المجلس، واقتراح تطوير الإجراءات والمعايير بالاعتماد على أفضل الممارسات العالمية، ونشر وتوزيع المعلومات حول برامج التشاركية ومشروعاتها وغير ذلك من المهام.

ومن ثَمَّ فقد حدد القانون مهمات الخبراء الاختصاصيين ومجال عملهم، وجعلهم مرتبطين برئيس هيئة التخطيط والتعاون الدولي.

لكن القانون لم يوضح الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الجهة العامة والاستشاريين الذين يتم التعاقد معهم، ولم يُحدد الطبيعة القانونية لعقد تقديم المشورة، وأطلق اسم "مشاور المشروع" على الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يجري التعاقد معه بغرض تقديم المشورة إلى الجهة العامة المتعاقدة بشأن مشروع تشاركية معين.

ثانياً- دفاتر الشروط:

يمثل إعداد دفاتر الشروط الخطوة التالية لمرحلة طلب المشورة، ويجب أن تتضمن هذه الدفاتر بيان الجوانب الفنية والقانونية والمالية للمشروع، ويجب أن تستوفي المعايير الدولية لمثل هذه المستندات، وأن تُحدد معايير الإسناد، وتبين مدى أهمية كلٍ منها بالنسبة إلى الإدارة، كما يجب أن تكون صياغة هذه الدفاتر دقيقة ومتوازنة بالقدر اللازم لجذب ثقة الشركات المالية المتخصصة⁽¹⁾.

سندرس وضع هذه الدفاتر في كل من فرنسا ومصر وسورية.

1- في فرنسا:

تقسم دفاتر الشروط في فرنسا قسمين:

- دفاتر الشروط العامة، وهي مجموعة من الوثائق يحال إليها من جانب الإدارة.

- ودفاتر الشروط الخاصة، وهي التي تحرر من جانب الإدارة نفسها.

(1) د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل، المرجع السابق، ص74.

- تجدر الإشارة إلى أن المبدأ المتفق عليه فقهاً وقضاءً في فرنسا ومصر وسورية يتجسد في عدم إلزام الإدارة باستخدام الصيغة المكتوبة عند إبرامها لعقودها إلا عندما يفرضها القانون صراحةً، وإن المشرع في فرنسا ومصر وسورية يشترط الصيغة المكتوبة في نطاق الأشغال والتوريدات والخدمات والدراسات، وفي فرنسا اشترط المشرع صراحة وجوب خضوع العقود المذكورة إلى الصيغة الكتابية، والتي تلعب فيها دفاتر الشروط دوراً أساسياً [المادة 39/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي]، وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عقود الالتزام تستوجب الكتابة من حيث المبدأ نظراً إلى طبيعتها وأهميتها.

- د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص126-127.

- Laubadère. A- Delvolvé. P- Moderne.F, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, T1, 1983, p. 565.

وتتسم دفاتر الشروط العامة بالديمومة والاستمرار، وتلعب هذه الدفاتر دوراً كبيراً في تحديد إطار التزامات أطراف العقود الإدارية في فرنسا؛ لأنها حصيلة الخبرات الطويلة للإدارة، وتقوم الإدارة باستمرار بمراجعة دفاتر الشروط العامة وتعديلها في ضوء ما يظهره الواقع من مشكلات وما يسير عليه الاجتهاد القضائي بغية الحيلولة من دون المشكلات التي يُمكن أن تثار مستقبلاً.

وتقسم دفاتر الشروط العامة قسمين:

- دفاتر الشروط العامة الإدارية، وهي التي تحتوي الأحكام ذات الطبيعة المالية والإدارية، والتي يمكن أن تطبق على العقود التي تكون من طبيعة واحدة.
- دفاتر الشروط العامة التقنية، وهي التي تحتوي على الأحكام ذات الطبيعة التقنية للعقود التي هي من طبيعة واحدة⁽¹⁾.

ودفاتر الشروط العامة، التي تُعد جزءاً من العقد المبرم بين الإدارة والمستثمر.

أما دفاتر الشروط الخاصة، فهي وثيقة تحتوي على الأحكام والشروط العقدية المتعلقة بكلِّ عقدٍ على حِدّة، بحيث يُكمل ما لم يحط به دفتر الشروط العامة.

وتقسم دفاتر الشروط الخاصة قسمين:

(1) راجع:

- Vedel et Delvolvé, P, Droit administratif, P.U.E, Paris, 1993, p. 407.
- Jéze. G, Les Principes Généraux de droit administratif, T4, Paris, 1939, p.152.
- Rivero et waline. J, Droit administratif, Paris, ed 14, p.108.
- Guibal. M, Mémento des marchés publics, le moniteur, Paris, 1998, p. 63.

- دفاتر الشروط الخاصة الإدارية، وهي التي تحتوي على الأحكام ذات الطبيعة الإدارية والمالية بكلّ عقدٍ على حدة.

- دفاتر الشروط الخاصة التقنية، وهي التي تحتوي على الأحكام المتعلقة بالنواحي التقنية لكلّ عقدٍ على حدة.

ويتم تحرير دفاتر الشروط التقنية الخاصة تحت إشراف الشخص المسؤول عن العقد، بما يحقق المساواة بين العارضين⁽¹⁾.

2- في مصر:

صدر في مصر قانون الشراكة رقم /67/ لسنة 2010م، ونصت المادة الأولى على أن تسري أحكام القانون على عقود المشاركة مع القطاع الخاص وعقود الاستشارات الخاصة المتعلقة بها، والتي تبرمها الجهات الإدارية لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وإتاحة خدماتها.

ولا تسري على هذه العقود أحكام القانون /129/ لسنة 1947م، والقرار بالقانون رقم /61/ لسنة 1958م، وقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم /89/ لسنة 1998م وغيرها من القوانين الخاصة بمنح التزامات المرافق العامة.

(1) راجع:

- Richer. L, les contrats administratifs, Dalloz, 1991, p. 50.
- Flamme. M. A, traité théorique et pratique des marches publics, BRUXelles, T1, 1969, p. 766.
- Bénait, P, Droit administrative général, Dalloz, Paris, 1968,p. 607.

وينص القانون على أنه يجب أن يتضمن عقد التشاركية التزام شركة المشروع بتمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وتطوير هذه المرافق، وتُحدّد مدة العقد بما لا يقل عن خمس سنوات، ولا يزيد على ثلاثين سنة من تاريخ اكتمال أعمال البناء والتجهيز، وألا تقل قيمة العقد الإجمالية عن مائة مليون جنيه⁽¹⁾.

ونصت المادة /24/ على أن «تُعد الجهة الإدارية بالتنسيق مع الوحدة المركزية للمشاركة كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالمشروع، ويجب أن تتضمن الكراسة على وجه الخصوص: المعلومات العامة المتعلقة بالمشروع، والتي تلزم لإعداد العطاءات وتقديمها، ومواصفات المشروع والشروط الفنية والمالية الواجب توافرها في العطاء، ومواصفات المنتج النهائي...».

وأوجب القانون رقم /182/ لسنة 2018م المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة⁽²⁾ على الجهة الإدارية قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك في جميع طرق التعاقد الواردة بهذا القانون أن تعد كراسة الشروط والمواصفات تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولأحته التنفيذية، ويجب أن تتضمن كراسة الشروط على وجه الخصوص طريقة التعاقد، والمواصفات الفنية لموضوع التعاقد، ومكان التنفيذ، وشروط الطرح العامة والخاصة، والتأمينات، وأسلوب التقييم، والجزاءات، والغرامات، ونسخة من

(1) المواد /2/ و/3/ من قانون الشراكة المصري رقم /67/ لعام 2010.

(2) نصت المادة الثالثة من القانون /182/ لسنة 2018 على أنه: «يلغى قانون تنظيم

المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم /89/ لسنة 1998».

مشروع العقد المزمع إبرامه متضمناً حقوق والتزامات طرفي التعاقد، وأي بيانات أخرى بحسب طبيعة العملية، ويجوز للجهة الإدارية إدخال تعديلات على كراسة الشروط والمواصفات إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، أو بناءً على جلسة الاستفسارات، على أن يتم اعتماد تلك التعديلات من السلطة المختصة⁽¹⁾.

وتتولى إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة مراجعة نماذج كراسات الشروط⁽²⁾.

علماً أن اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات العامة كانت تنص في المادة 7/ منها أنه: على الجهة الإدارية أن تعد قبل الإعلان أو الدعوة الاشتراك في المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، كراسة خاصة بمستندات الطرح تشمل الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف، أو الأعمال وملحقاتها، ويتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة، وأن تراعي المواصفات القياسية المصرية والمواصفات التي تصدرها أو تعتمدها الجهات الفنية المختصة⁽³⁾.

(1) المادة 19/ من القانون 182/ لسنة 2018.

(2) المادة 90/ من القانون 182/ لسنة 2018.

(3) المادة 3/ من اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصري رقم 89/ لعام

ويجب أن تترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة الطرح في الخارج مع ذكر أن النص العربي هو المَعْوَل عليه في حالة الخلاف في مضمونها⁽¹⁾.

يجب استفتاء مجلس الدولة في مصر بشأن كراسة الشروط قبل توزيعها على الراغبين في الاشتراك بإجراء التعاقد، لأن هذه الدراسة ستصبح جزءاً من العقد المزمع إبرامه.

3- في سورية:

تقسم دفاتر الشروط في سورية قسمين، هما: دفتر الشروط العامة ودفاتر الشروط الخاصة.

أما دفتر الشروط العامة فقد تضمنه المرسوم /450/ لسنة 2004م وتعديلاته، وقد نصت المادة /1/ منه على أن تطبق أحكامه على الجهات المشمولة بأحكام نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم /51/ لسنة 2004م.⁽²⁾

(1) المادة /7/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998.

(2) نصت المادة /7/ من القانون /51/ لسنة 2004 على وجوب استناد العقد على وثائق مكتوبة وهي دفاتر الشروط الخاصة ودفتر الشروط العامة، كما أن البلاغات الصادرة عن = رئاسة مجلس الوزراء تتشدد في مسألة وجوب كتابة العقد ودقة صياغته، كما تتشدد في ضرورة وضع العبارات والكلمات في أماكنها لتعطي مدلولها، وكيلا لا تُفسَّر تفسيراً يضر بمصلحة الدولة أو تكون سبباً لإثارة الخلافات في المستقبل.

- بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 75/ب و 15/1278 تاريخ 10/6/1978، والبلاغ رقم 104/ب، 15/5520 تاريخ 29/7/1984.

وقد تضمن دفتر الشروط المذكور في الباب الثاني منه أحكاماً عامة وشاملة بشأن تنفيذ عقود التوريد، كما تضمن الباب الثالث منه الأحكام العامة بشأن عقود الأشغال.

أما دفاتر الشروط الخاصة فهي تتضمن بشكل عام الشروط القانونية والمالية والفنية الخاصة لكل عقد ويصدق هذا الدفتر من أمر الصرف⁽¹⁾.

ويتضمن دفتر الشروط الخاصة المصورات والمواصفات الكاملة للاحتياجات المطلوبة وموعد إجراء المناقصة والتأمينات المؤقتة والنهائية وغرامة التأخير ومدة إنجاز الأعمال وغير ذلك.

ويجب ألا تتضمن هذه الدفاتر أحكاماً من شأنها أن ترجح متعهداً على آخر، ولا يجوز أن تتضمن عد إحدى اللغات الأجنبية لغة التعاقد الوحيدة⁽²⁾.

وتقسم دفاتر الشروط الخاصة في سورية إلى فئتين، هما: دفاتر الشروط الفنية الخاصة ودفاتر الشروط القانونية والمالية الخاصة، وتعد هذه الدفاتر من قبل لجنتين مشكلتين من أمر الصرف، إحداها فنية والأخرى قانونية- مالية، مع مراعاة أن تكون عناصر هذه اللجان من الكفاءات والخبرات الجيدة ممن عُرفوا بالاستقامة والدقة والمعرفة، ولأمر الصرف أن يقرر الاستعانة بالخبرات والكفاءات العاملة في الدولة أو القطاع الخاص، كما يحق له فيما يتعلق بالعقود المهمة

(1) أمر الصرف هو عاقد الثقة المحدد وفق الأنظمة النافذة في الجهات العامة ذات الطابع الإداري أو المدير العام للمؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشآت العامة، المادة 1/ من القانون 51/ لسنة 2004م.

(2) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 75/ب- 1278 تاريخ 1978/6/10.

والكبيرة أن يقرر تشكيل لجنتين لتدقيق دفاتر الشروط الخاصة الفنية والقانونية والمالية التي وضعت من قبل اللجنتين الأصليتين بغية التأكد من كفايتها، وعلى هاتين اللجنتين أن تتقدما بملاحظاتهما على دفاتر الشروط محل التدقيق، ويحق لهما التقدم باقتراح يتضمن التعديل في دفاتر الشروط، شريطة أن يكون هذا الاقتراح مبرراً، ولأمر الصرف المختص إقرار التعديل أو عدمه بعد أخذ رأي اللجنتين الأصليتين⁽¹⁾.

وقد صدر قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م ونصت المادة 5/ منه على أنه "يضع المجلس الأنواع أو النماذج المختلفة لعقود التشاركية، ويُصدِرُ دليلاً استرشادياً لكلٍ منها، وتضع الجهة العامة المتعاقدة في طلب العروض الهيكلية التعاقدية المفضلة لديها، وذلك بناءً على الدراسات الأولية التي أجرتها".

(1) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 75/ب - 15/1278، تاريخ 1978/6/10.

- وتجدر الإشارة إلى أنه توجد في سورية وثائق تعاقدية أخرى، إضافة إلى دفاتر الشروط، وأهم هذه الوثائق: لائحة بنود التوريدات أو الأشغال المطلوبة مع كمياتها المقدرة على أساس الوحدات المعتمدة والأسعار التي تقدرها الإدارة لكل بند على حدة، كما توجد أيضاً عقود توريد وأشغال نمطية صادرة عن رئاسة مجلس الوزراء، والتي تلتزم الإدارة بها عند صياغتها لعقودها، على الرغم من كونها مجرد تكرر للأحكام الواردة في دفتر الشروط العامة، ويلاحظ في الآونة الأخيرة تزايد أهمية الصبغ العقدية المعدة من قبل جهات دولية مختلفة خصوصاً عند إبرام عقود إدارية تتطوي على عنصر أجنبي، أو الممولة من قبل جهات مالية دولية، وأهمها الصيغة الموضوعية من جانب الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (F.I.D.I.C) والتي تتضمن مجموعة من الشروط العامة ذات الطابع القانوني- الفني في نطاق عقود الأشغال العامة.

- د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص134.

وقد نصت المادة /3/ منه على أنه «يُستثنى من تطبيق أحكام هذا القانون العقود الآتية:

1. العقود التي يُبرمها القطاع العام وفقاً لأحكام القانون رقم /51/ لسنة 2004 وتعديلاته.

2. عقود استكشاف واستثمار الثروات الطبيعية مثل النفط».

وبموجب المادة /1/ الفقرة /12/ إن عقد التشاركية هو الذي يحدد أحكام التشاركية وشروطها.

وإن القانون رقم /5/ لسنة 2016 تحدث عن الإجراءات التحضيرية في المادة /15/ منه، والتي تتم قبل الإعلان عن طلب العروض أو طلب التأهل الأولي، وتتضمن هذه الإجراءات، إعداد دراسات الجدوى للمشروع، ووضع وثيقة معلومات المشروع، ووثائق استدراج العروض، وتحضير الوثائق المالية والفنية والقانونية اللازمة لتنفيذ مشروع التشاركية.

وهكذا نجد أن دفاتر الشروط العامة في فرنسا تتسم بالديمومة والاستمرار، وتلعب دوراً كبيراً في تحديد إطار التزامات أطراف العقود الإدارية في فرنسا؛ لأنها حصيلة الخبرات الطويلة للإدارة، وتقوم الإدارة باستمرار بمراجعة دفاتر الشروط العامة وتعديلها في ضوء ما يظهره الواقع من مشكلات وما يسير عليه الاجتهاد القضائي، وتقسم دفاتر الشروط العامة في فرنسا قسمين هما: دفاتر الشروط العامة الإدارية والمالية، والتي تُطبق على العقود من طبيعة واحدة، وهناك دفاتر الشروط العامة التقنية تنطوي على أحكام ذات طبيعة تقنية للعقود من طبيعة واحدة.

أما دفاتر الشروط الخاصة في فرنسا، فهي تتطوي على الأحكام والشروط العقدية المتعلقة بكل عقد على حدة، وتقسم إلى دفاتر إدارية ومالية وتقنية.

أما في مصر، فإن قانون الشراكة رقم /67/ لسنة 2010م قد نص في المادة /24/ منه على أن تُعدّ الجهة الإدارية كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالمشروع، كذلك أوجب القانون /182/ لسنة 2018م على الجهة الإدارية أن تُعدّ كراسة الشروط والمواصفات التي تتضمن الإحالة للقواعد والأحكام والإجراءات كافةً والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية، وتتولى إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة مراجعة نماذج كراسات الشروط.

أما في سورية، فإن قانون التشاركية رقم /5/ لعام 2016، قد نص في المادة /15/ منه على الإجراءات التحضيرية، قبل الإعلان عن طلب العروض، أو طلب التأهل الأولي، ومنها تحضير الوثائق المالية والفنية والقانونية اللازمة لتنفيذ مشروع التشاركية.

واستثنى القانون المذكور في تطبيق أحكامه في المادة /3/ منه، العقود التي يبرمها القطاع العام وفقاً لأحكام القانون رقم /51/ لسنة 2004 وتعديلاته، وعقود استكشاف واستثمار الثروات الطبيعية مثل النفط.

وبعد أن بيّنا الإعداد الفني والقانوني للمشروع من تحديد المشروع المراد تنفيذه بنظام B.O.O.T ودراسة الجدوى بصورها المختلفة للمشروع، وإعداد المستندات الأساسية للعقد والتعاقد مع المستشارين الماليين والقانونيين والفنيين وإعداد دفاتر الشروط.

وإن إنشاء التزام مرفق عام يعني أن هناك حاجات جماعية بلغت حداً من الأهمية تقتضي تدخل الإدارة لإنشاء مرفق عام، ومن ثمَّ استخدام وسائل القانون العام، وهو ما ينطوي على قدر كبير من الخطورة إذا ما عهد لشخص من أشخاص القانون الخاص بمهمة إنشاء مرفق عام وإدارته، وهذا يقتضي أن يُحاط عقد B.O.O.T بقدر كبير من الضمانات، أهمها الإذن بالتعاقد وهذا ما سندرسه في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

الإذن بالتعاقد

يتسم إبرام العقود بين أشخاص القانون الخاص بالبساطة، حيث يُكتفى بتبادل التعبير عن إرادة الأطراف إيجاباً وقبولاً ليتم إبرام العقد، وذلك من حيث كون التعبير عن إرادة الأفراد في هذه الحالة عبارةً عن مسألة نفسية بحتة، أما إبرام العقود الإدارية فله ذاتية تختلف عن إبرام العقود بين الأفراد، كون الإدارة طرفاً في العقد، ومن ثَمَّ توجد قيود على الإدارة عند إبرامها لعقودها، وهي ضمانات نصّ عليه القانون.

- ويشكل الاعتماد المالي شرطاً لإبرام أي عقد إداري وذلك لتغطية النفقات الناجمة عن العقد.

- كما يوجب المشرع في بعض الحالات موافقة السلطة التشريعية لإبرام العقد ذي الدرجة العالية من الأهمية.

- كما يستلزم المشرع في بعض العقود المهمة حصول الإدارة المتعاقدة على إذنٍ بالتعاقد من مرجع أعلى نظراً إلى أهمية العملية التعاقدية.

وهذا ما سنبحث عنه في الفروع الآتية:

الفرع الأول

الاعتماد المالي

عندما تقدم الإدارة على التعاقد، فإنها يجب أن تراعي نواحي الذمة المالية الإدارية، والذي يتطلب وجود اعتماد مالي تمّ رصدّه في الميزانية نظامياً، وأن يكون كافٍ لتغطية النفقات الناجمة عن العقد الإداري، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يتضمن عدم إمكانية إلزام الإدارة بنفقات مالية إذا هي لم تستند إلى اعتماد محدد.

تخضع هذه النفقة إلى قواعد قانونية محددة لعقدّها وصرفها وتصفيّتها، ومخالفة هذه القواعد من شأنه أن يترتب آثاراً معينة⁽¹⁾.

وفي فرنسا يشكل كلّ من البرلمان (بالنسبة إلى عقود الدولة)، والمجالس المحلية (بالنسبة إلى عقود الجماعات المحلية) السلطة المختصة بترخيص الاعتمادات الضرورية لتغطية النفقات الناجمة عن العقود الإدارية⁽²⁾.

ووفقاً للقانون المالي الأساسي النافذ في سورية إن النفقة تُعقد على الاعتمادات المخصصة لها في الموازنة وفي حدودها، كما يجب ألا يترتب عقد

(1) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 340.

- وقد نصت المادة 11/ من القانون 182/ لسنة 2018 المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر على أنه يجب على الجهة الإدارية قبل البدء في اتخاذ إجراءات الطرح التحقق من توافر الاعتمادات المالية المخصصة لديها لتنفيذ موضوع التعاقد.

(2) -راجع:

-Schuitz. P, Eléments du droit du marché public, L.G.D.J, Paris, 1996, p. 125.

النفقة التزامات على السنوات المقبلة، ولا بد من تأشير المحاسب بتوفير الاعتماد⁽¹⁾.

ويجري الواقع العملي في سورية على أن طَلَبَ رصد الاعتماد المالي اللازم من قبل المحاسب إنما يعدّ من الخطوات الأولى للتعاقد، فلا تقدم الجهة العامة على السير في إجراءات التعاقد إلا إذا توفر الاعتماد اللازم أصولياً، ووفقاً لما هو وارد في موازنة الجهة العامة صاحبة العلاقة وخطتها، ويتمّ رصد الاعتمادات، إما من الموازنة الجارية أو الاستثمارية حسب محل العقد المراد إبرامه. وهنا يُثارُ التساؤل عن أثر مخالفة شرط الإذن المالي في العقود الإدارية.

إن القاعدة في فرنسا وسورية ومصر هي استقلال قواعد القانون المالي عن قواعد القانون الإداري، ويترتب على ذلك أن مخالفة جهة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان العقد الذي أبرمته الإدارة، بل يبقى العقد سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة المتعاقد، والعكس صحيح⁽²⁾.

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعد القانون الإداري، حيث قرر صراحة ومنذ زمن طويل، أن العقد المبرم الذي هو دون اعتماد أو الذي تم فيه تجاوز الاعتماد المقدر، يكون مشروعاً وصحيحاً ولا يمكن للإدارة أن تتخلص من دفع المبالغ المالية الناجمة عنه.

(1) الفقرة 3/ من المادة 8/ من القانون المالي الأساسي الصادر بالمرسوم التشريعي /54/ لعام 2006م والذي وضع في التنفيذ اعتباراً من 2008/1/1.

(2) - راجع:

-Camby. J. P, Droit administratif et droit financier, R.D.P, 1998, p. 954.

وقد ذهب مجلس الدولة المصري في الاتجاه ذاته، حيث قررت المحكمة الإدارية العليا أن: «العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه، فمثل هذه المخالفات – إن وجدت من جانب الإدارة – لا تمس صحة العقد ولا نفاذه...»⁽¹⁾.

ومن الناحية العملية، إن هذا الفصل بين قواعد القانون المالي وقواعد القانون الإداري لا يؤدي إلى ضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة؛ لأن الدين المتولد عن العقد لا يمكن الأمر بدفعه⁽²⁾. ويبقى أمام المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة الحق في سلوك طريق القضاء، لإلزام الإدارة بدفع المبالغ المتوجبة بموجب العقد⁽³⁾.

ويرى جانب من الفقه أنه لا يمكن تصور شرط الإذن المالي في عقد **B.O.O.T** ذلك أن هذه العقود قد قامت أصلاً لترفع عن الدولة عبء تمويل وإنشاء مرافق البنية الأساسية التي يتناولها العقد؛ أي أن القطاع الخاص متمثلاً في

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم 175 - 1ق تاريخ 1956/2/11 منشور في مجموعة الخمسة عشرة عاماً من العقود الإدارية، ص123.

(2) -راجع:

- Thomas. D, Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budgétaire et comptable, R.D.P, 1997, p. 1105.

(3) -راجع:

- C.E 28-11-1969, S.A paul Frré A.J.D.A, 1979, p. 120.

شركة المشروع والبنوك ومؤسسات التمويل يتولى مسؤولية التمويل اللازم للمشروع وأعبائه وتحمل مخاطره من دون تحميل ميزانية الدولة أي أعباء مالية⁽¹⁾.

وإن شرط الإذن المالي يشكل إجراءً سابقاً على التعاقد بنظام **B.O.O.T**، حيث إن الدولة تتحمل نفقات دراسة الجدوى بصورها المختلفة، وتعاقدتها مع مكاتب استشارية في المجالات القانونية والفنية والمالية وسواها، حيث نصت المادة 15/ في الفقرة 3/ من قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م على أن: "يساهم المكتب في تمويل تكاليف التعاقد مع المشاور بقرار من المجلس"، بالإضافة إلى ذلك تقوم الجهة العامة بتقديم الدعم إلى شركة المشروع، وقد يأخذ الدعم أو الإعانة أشكالاً نقدية أو عينية.

وقد نصت المادة 43/ من قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م على أنه «إذا كانت الشروط الاقتصادية أو التدفقات المالية لمشروع التشاركية، حين دراسته، لا تتيح للشريك الخاص استرداد تكاليف الاستثمار والتشغيل والتكاليف المالية، وتحقيق ربح معقول خلال مدة المشروع ومن عائدات المشروع حصراً، أو إذا كان الاستثمار من قبل القطاع الخاص غير ممكن عملياً دون وجود ضمانات صادرة عن الدولة، فيجوز للجهات العامة المتعاقدة بعد موافقة المجلس، النظر في أشكال تقديم الدعم أو الإعانة للشريك الخاص أو للمستفيدين النهائيين بصورة مباشرة أو غير مباشرة، وسد الفجوة المالية على النحو الذي يُمكن من تطوير المشروع، وتُدرج المبالغ اللازمة لذلك في خطط الإنفاق العام، ويأخذ الدعم

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام **B.O.T**، المرجع السابق،

أو الإعانة أشكالاً نقدية أو عينية...». وبموجب المادة /7/ من القانون المذكور، فإن مجلس التشاركية يوافق على الدعم الاقتصادي لأي مشروع.

وقد تشارك الجهات العامة في أسهم شركات المشروع في بعض الحالات، نص عليها قانون التشاركية السوري في المادة /44/ هي: 1- عندما ينصُ على شروط وحدود هذه المشاركة في الإعلان عن طلب العروض، وتُحدد بصورة واضحة في عقد التشاركية وفي النظام الأساسي لشركة المشروع. 2- عند اتفاق كلا الطرفين على ذلك إذا تمت المشاركة أثناء تنفيذ عقد التشاركية.

كذلك نص قانون الشراكة المصري رقم /67/ لعام 2010 في المادة /25/ منه على أن: «تشكل بقرار من السلطة المختصة بالجهة الإدارية، لجنة من عناصر فنية ومالية تتولى وضع التكاليف الأساسية للمشروع في حالة تنفيذه بواسطة الجهة الإدارية ويطلق عليها "القيمة التقديرية"».

ونصت المادة /38/ على أن: «للجهة الإدارية المتعاقدة إبرام اتفاقات مباشرة مع جهات التمويل وشركة المشروع، تنظم طريقة أداء الالتزامات المالية لجهة الإدارة لصالح شركة المشروع وجهات التمويل».

وكذلك نصت المادة /1/ من قانون الشراكة الفرنسي رقم 2004/559 وتعديلاته على التزام الإدارة المتعاقدة بدفع مبالغ مالية لشركة المشروع طوال الفترة التعاقدية.

وخلاصة القول إن عقد B.O.O.T كأى عقد إداري آخر، بحاجة إلى رصد الاعتماد المالي اللازم لتغطية الأعباء المالية الجديدة الناجمة عن التعاقد.

الفرع الثاني

الموافقة التشريعية

يوجب المشرع الدستوري الاستحصال على موافقة السلطة التشريعية لإبرام بعض العقود أو صدورها بقانون؛ لأنه يجد أنها على درجة عالية من الأهمية كونها تمنح امتيازات إلى شركات أو مؤسسات أجنبية، أو لتعلقها بالثروة الطبيعية للبلاد، وهذا ما هو عليه الحال عموماً مع بعض الفوارق في فرنسا ومصر وسورية.

أولاً - في فرنسا:

إن المبدأ العرفي الثابت هو أن عقد التزام المرفق العام يتطلب ترخيص المشرع بإبرامه، ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يجب التفريق بين وضعين في هذا المجال، إذ يجب الحصول على إذن البرلمان إذا كان عقد الالتزام يتطلب إنشاء مرفق عام من النوع الذي لا يمكن إنشاؤه إلا بقانون، أو إذا كان من شأن عقد الالتزام أن يؤدي إلى إيجاد احتكار لصالح الملتزم، باعتبار أن الاحتكار لا يمكن أن يعطى إلا بقانون، أما إذا كان محل الالتزام مرفقاً عاماً من النوع الذي يمكن أن ينشأ بمرسوم وفق أحكام المادة 37/ من دستور سنة 1958م فإن الحكومة تختص بإبرام العقد من دون حاجة إلى إذن من السلطة التشريعية⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن التدخل التشريعي للترخيص بإبرام بعض عقود الالتزام قد زال مع صدور قانون 1993/1/29 في فرنسا، الذي أعطى الإدارة

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق،

الحرية الكاملة في اختيار الملتزم وإبرام عقد الالتزام من دون اشتراط لصدور ترخيص من البرلمان بذلك⁽¹⁾.

ثانياً - في مصر:

نصت الدساتير المتعاقبة في مصر على ضرورة موافقة البرلمان لمنح التراخيص بإبرام عقد التزام مرفق عام⁽²⁾.

حيث نصت المادة /32/ من الدستور المصري النافذ الصادر سنة 2014م والمعدل سنة 2019م على أنه: «لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً».

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص276.

(2) نصت المادة /122/ من الدستور المصري لسنة 1971م على أن: «ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة...».

-ونظراً إلى عدم صدور القانون، فإن العمل يجري بأن يكون منح الالتزامات بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب، وذلك ما عدا الامتياز باستغلال موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية، فيكون بقرار من وزير الحربية متى كان أقصاها خمس سنوات.

-وذلك وفق أحكام القانون رقم /61/ لسنة 1958، ونظراً إلى قصور الإطار القانوني لعقود الالتزام أصدر المشرع المصري عدداً من القوانين منها القانون /100/ لسنة 1996 بشأن محطات الكهرباء ونصت على أن الالتزام يمنح بقرار من مجلس الوزراء.

ويرى جانب الفقه أن هناك فروقاً جوهرية بين موافقة البرلمان على العقد من جهة وصدور العقد بقانون من جهة أخرى، وأن هناك فروقات إجرائية تتمثل في تصديق رئيس الجمهورية على القانون والنشر، وإن موافقة مجلس الشعب ليس قانوناً بالمعنى المادي، فهو ليس قاعدة عامة مجردة، ومن ثمَّ فهو لا يشكل إلا حلقة في عملية إبرام العقد الإداري، إضافة إلى أن موافقة البرلمان قد لا تثير من المناقشات ما يثيره إصدار القانون⁽¹⁾.

ثالثاً - في سورية:

نص الدستور السوري الصادر سنة 1973م في المادة /71/ على أن مجلس الشعب يتولى الاختصاصات الآتية: «إقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة وهي معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة أو الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية».

ونصت المادة /75/ من الدستور السوري النافذ الصادر سنة 2012م على أنه: «تشرط موافقة مجلس الشعب بالنسبة لإقرار المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة وهي معاهدات الصلح والتحالف وجميع المعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة أو الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة نفقات غير واردة في موازنتها أو التي

(1) د. حمدي علي عمر، الرقابة القضائية على العقود التي يبرمها البرلمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 68.

تتعلق بعقد القروض أو التي تخالف أحكام القوانين النافذة ويتطلب نفاذها إصدار تشريع جديد».

ويستنتج مما تقدم أنه وفقاً للمادة /75/ من الدستور يمكن للدولة أن تبرم اتفاقيات تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية شريطة مصادقة مجلس الشعب على مثل هذه الاتفاقيات⁽¹⁾.

ويثير النص المذكور مسألة ما إذا كان يشمل الأفراد الأجانب أيضاً إلى جانب الشركات والمؤسسات الأجنبية، فالنص لم يتعرض لذكر كلمة الأفراد بعينها، وأعتقد أن النص المذكور يشمل الامتيازات التي تُمنح للأفراد الأجانب أيضاً، باعتبار أن المؤسسة الأجنبية التي جاء النص على ذكرها كثيراً ما تكون مؤلفة من فرد واحد، وهذا ما يميزها عن الشركة التي يجب قانوناً في سورية أن تتألف من أكثر من فرد واحد⁽²⁾.

ومن ثَمَّ إن هذا الكيان القانوني المسمى "مؤسسة" إذا كان مؤلفاً من فرد واحد، فإن التفريق في المعاملة بين المؤسسة الأجنبية من جهة وصاحبها الفرد الأجنبي من جهة أخرى في غير محله القانوني ومخالفاً للغاية التي أفصح عنها المشرع الدستوري في نص المادة /75/ آفة الذكر.

(1) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 31. ومحمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق، ص 117.

(2) نصت المادة /473/ من القانون المدني السوري على أن الشركة هي: «عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة».

ومن الجدير بالذكر أنه إذا كان إذن السلطة التشريعية ضرورياً، ومع حصول الإدارة على هذا الإذن، فإن الإدارة تحتفظ بحريتها في إتمام الرابطة العقدية أو عدم إتمامها حسب مقتضيات الصالح العام⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الإذن الإداري

إن إرادة الإدارة التي تسهم في إيجاد العقد الإداري إلى حيز الوجود القانوني إنما يُعبّر عنها عن طريق جملة من الموظفين العموميين الذين يعطيهم القانون الاختصاص بذلك، والاختصاص بالتعاقد باسم الشخص المعنوي العام، إنما يحدد عن طريق النصوص التشريعية.

ويُلزم المشرع جهة الإدارة في بعض الحالات بالاستحصال على إذن من مرجع إداري أعلى قبل إبرام عقد B.O.O.T، وقد يأخذ شكل تدخل استشاري من بعض الجهات الوصائية.

أولاً- إذن الجهة الإدارية المختصة:

إن عقود الأشخاص العامة اللامركزية في فرنسا تختص بإبرامها سلطتان إداريتان هما: سلطة التقرير L'Organe deliberant وسلطة التنفيذ l'organe d'exécution، وتتعدد سلطة التقرير في فرنسا ضمن الأشخاص العامة اللامركزية المحلية للمجالس الخاصة بها: المجلس البلدي بالنسبة إلى البلديات

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق،

والمجلس العام بالنسبة للمحافظات والمجلس الإقليمي بالنسبة للأقاليم، وتتعدّد سلطة التنفيذ في البلديات للعمدة، ولرئيس المجلس العام في المحافظة، ولرئيس المجلس الإقليمي في الأقاليم، ويلاحظ أن سلطة التقرير تتعدّد ضمن الأشخاص العامة اللامركزية المرفقية لمجلس الإدارة، أما سلطة التنفيذ فتتعدّد للمدير العام⁽¹⁾.

ويكون الاختصاص في إبرام عقد الشخص العام اللامركزي يتمثل في مداولة عنصر التقرير حول إبرام العقد مع شخص طبيعي أو اعتباري معين، ثم إصدار القرار اللازم، غير أن هذا القرار لا يؤدي إلى إبرام العقد بل يحتاج إلى تدخل سلطة التنفيذ، وتنفيذ قرار سلطة التقرير بإبرام هذا العقد بعد إصدار القرار بذلك⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مداولة هذه المجالس يشمل موضوع العقد وشروط إبرامه وجدواه الاقتصادية⁽³⁾.

(1) -راجع:

- Richer.L, Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995, p. 122.
- Forge. J. M, Droit administratif, P.U.F, paris, 2002, p. 77.
- Dupuis. G. Guédon, M. J, et charétion p, Droit administratif, A. Colin, paris, ed 8, 2002, p. 431.

(2) -راجع:

- Vedel et Delvolvé, op. cit, p. 499.

(3) -راجع:

- Guibal. M, Lucien. R, Terneyre. PH, et autres, Droit public des affaires, lamy, Paris, 1998, p. 775.

أما في مصر فإن الولاية العامة في إبرام عقود الوحدات الإدارية المحلية تتصرف إلى المحافظ⁽¹⁾.

ولذلك فقد أقر القانون رقم /89/ لسنة 1998م اختصاص المحافظ في إبرام عقود الوحدات الإدارية المحلية ومنحه جميع الاختصاصات المتعلقة باختيار أساليب إبرام العقد، وبإصدار قرار إبرام العقد أو عدم إبرامه⁽²⁾.

بيد أن هناك عقوداً كثيرة في مصر أوجببت القوانين الحصول على موافقة جهة إدارية قبل إبرامها، ويرجع ذلك إلى كل قانون على حدة، ومنها تدخل السلطة المركزية في عقود وحدات الإدارة المحلية، وفي علاقة الإدارة المركزية بالهيئات اللامركزية التي تخضع لوصايتها، ففي حالة اللامركزية الإقليمية أو الإدارة المحلية، حيث منح القانون رئيس مجلس الوزراء سلطة الموافقة على بعض التصرفات والعقود التي يجريها المجلس، كما اشترط في حالات أخرى موافقة مجلس الوزراء، نصت المادة /14/ من القانون رقم /43/ لسنة 1979م في فقرتها الثانية على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة بتملك الأجانب للعقارات، يجوز للمجلس - بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء - التصرف بالمجان أو التأجير بإيجار أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة

(1) نصت المادة /27/ من قانون الإدارة المحلية المصري على أن «يتولى المحافظ بالنسبة إلى جميع المرافق العامة التي تدخل في اختصاص وحدات الإدارة المحلية، جميع السلطات والاختصاصات التنفيذية المقررة للوزراء بمقتضى القوانين واللوائح...».

(2) المواد /24-28/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998م.

أجنبية في حدود خمسين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة لغرضٍ ذي نفع عام، ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك».

أما في حالة اللامركزية المصلحية والتي تتجلى في صورة الهيئات العامة فقد منح القانون رقم /61/ لسنة 1963م للوزير المختص سلطة التوجيه والإشراف والرقابة على الهيئات التابعة له⁽¹⁾.

أما في سورية فيتولى الوزير من حيث المبدأ تصديق عقود الدولة استناداً إلى المادة الأولى من القانون /13/ لعام 2018، إلا أن توقيع الوزير لا يؤدي إلى إبرام الرابطة التعاقدية بشكل نهائي مع الآخر إلا في حالتين هما:

1. إذا كان العقد من العقود المتعلقة بالإنفاق الاستثماري، وكانت قيمته لا تتعدى أربع مائة مليون ليرة سورية.

2. إذا كان العقد من العقود المتعلقة بالإنفاق الجاري وكانت قيمته لا تتعدى مائة وخمسون مليون ليرة سورية.

أما إذا زادت قيمة العقد عن هذه الحدود، فإن توقيع الوزير لا يؤدي إلى قيام الرابطة العقدية بشكل بات، بل يتوقف ذلك على تصديق اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء.

ويستطيع الوزير أن يفوض اختصاصه بإبرام العقود تماماً أو جزءاً إلى سلطة إدارية أدنى شريطة ألا تتجاوز قيمة العقد الذي تصدقه هذه السلطة في كل الأحوال

(1) المادة /5/ من القانون رقم /61/ لسنة 1963م.

خمسة وعشرين مليون ليرة سورية، سواءً أكانَ الاعتماد مُرصداً للعمليات الجارية أو الاستثمارية.

وتنص المادة /38/ من قانون الإدارة المحلية رقم /107/ لسنة 2011م على أن: «المكتب التنفيذي للمحافظة يتولى تمثيل المجلس وتنفيذ قراراته، كما يتولى المكتب التنفيذي التصديق على عقود الأجهزة المحلية...».

والمحافظ هو الذي يرأس المكتب التنفيذي ويتولى تنفيذ قراراته حسب المادة /29/ من القانون رقم /107/ لسنة 2011م كما أن رؤساء مجالس المدن والبلديات يمارسون الصلاحية الممنوحة للوزير بموجب الخطة الوطنية اللامركزية⁽¹⁾.

فالاختصاص في تقرير إبرام العقد ينحصر في المكتب التنفيذي بالنسبة إلى العقود التي تبرمها بقية وحدات الإدارة المحلية في سورية، ومع أن المجالس المحلية هي التي تعبر عن الإرادة الحقيقية للوحدات المحلية إلا أن اختصاص إبرام العقود ينفرد به المكاتب التنفيذية أو رؤسائها وفق المادة /38/ من القانون رقم /107/ لسنة 2011م، كما أنه من حق المجلس المحلي المختص في إلغاء أي قرار يتخذه مكتبه التنفيذي إذا رأى أنه يتعارض مع القوانين والأنظمة أو مع خطة المجلس وبرامجه⁽²⁾.

(1) نصت المادة /61/ من القانون رقم /107/ لسنة 2011م على الآتي: «إضافة إلى الاختصاصات الواردة في المادة /60/ يتولى مجلس المدينة أو البلدة أو البلدية اتخاذ جميع القرارات والتدابير اللازمة لممارسة اختصاصات الوزارة أو الإدارة أو المؤسسة المركزية التي تم نقل اختصاصاتها إلى الوحدة الإدارية بموجب الخطة الوطنية اللامركزية».

(2) المادة /117/ من القانون /107/ لسنة 2011م.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة /7/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م نصت على أنه: «لمجلس التشاركية اتخاذ: 1. كل القرارات لجهة إقرار المشاريع التي يمكن تشميلها بهذا القانون. 2. المصادقة على عقود الدراسات الأولية. 3. المصادقة على طلبات عروض عقود التشاركية. 4. المصادقة على عقود التشاركية».

ونصت المادة /40/ من القانون رقم /5/ لعام 2016 الفقرة (د) على أنه: «يجب على الجهات العامة كافة التي ترغب بطرح مشاريع للتشاركية بين القطاعين العام والخاص بموجب أحكام هذا القانون الحصول على الموافقة المسبقة للمجلس قبل طرحها للتعاقد /هـ/ يجوز للقطاع الخاص أن يقترح على المكتب مشروعاً ما للتشاركية على أن يعد الدراسة الأولية بهذا الخصوص، وبعد قبول الدراسة من قبل المكتب والجهة العامة المتعاقدة، يقترح المكتب على المجلس الموافقة على المشروع».

وتجدر الإشارة إلى أن الإذن اللازم للتعاقد من الجهة الإدارية هو إذن ضروري لقيام الرابطة التعاقدية، أي أن العقد الذي تبرمه الإدارة من دون الحصول على هذا الإذن هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بهذا العقد في مواجهتها، لكنه يستطيع في هذه الحالة الرجوع عليها على أساس الخطأ أو الإثراء بلا سبب إن كان محل لأي منهما⁽¹⁾.

وأعتقد أن العقد المبرم بين الإدارة وشركة المشروع من دون الحصول على إذن الجهة الإدارية المختصة هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً، وفي هذه الحالة يعاد

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 288 وما بعدها.

المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل سنداً للمادة /143/ من القانون المدني السوري.

ولا مجال هنا للتعويض على أساس الخطأ (العمل غير مشروع) أو على أساس الإثراء بلا سبب، لوجود عقد بين الطرفين وورود نص خاص في حالة العقد الباطل هو المادة /143/ من القانون المدني السوري.

وكون العقد هو مصدر للالتزام، أما الخطأ (العمل غير المشروع) والإثراء بلا سبب هي مصادر أخرى للالتزام وفق القانون المدني السوري الذي حدد مصادر الالتزام وهي: 1- العقد 2- الإرادة المنفردة 3- العمل غير المشروع 4- الإثراء بلا سبب 5- القانون.⁽¹⁾

ثانياً - التدخل الاستشاري:

لا يقتصر تدخل بعض الجهات الوصائية في إبرام العقد على شكل الإذن بالتعاقد، فقد يأخذ شكل التدخل الاستشاري، بمعنى وجوب أخذ رأي جهة إدارية مختلفة عن تلك التي تمنح الإذن بالتعاقد في حال توجبه، كما إنها مختلفة عن تلك الجهة المختصة أصلاً بإبرام العقد.

(1) نصت المادة /164/ من القانون المدني السوري على أن: «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

ونصت المادة /180/ من القانون المدني السوري على أن: «كل شخص ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد».

والرأي الاستشاري هو إجراء يستوجب الحصول على رأي جهة إدارية مختلفة عن الجهة المختصة باتخاذ القرار، وذلك بقصد تنوير هذه الأخيرة بالكيفية وبالأساليب التي تضمن لها حسن ممارستها لسلطتها.

والرأي الاستشاري على أنواع: قد يكون ملزماً من حيث اللجوء إليه، ولكنه غير ملزم في موضوعه، فيجب على الإدارة أن تطلب الرأي الاستشاري من الجهة التي حددها القانون من دون أن تلتزم بالضرورة بموضوعه، وقد يكون الرأي الاستشاري ملزماً للإدارة من حيث طلبه والأخذ بمضمونه أيضاً، أي أنه ملزم من الناحيتين العضوية والموضوعية⁽¹⁾.

وأخيراً فقد توجد بعض الحالات التي لا يفرض فيها القانون على الإدارة المختصة استشارة جهة أخرى ولكن هذا لا يمنع الجهة الإدارية المعنية بالعقد، أن تطلب رأياً استشارياً من هذه الجهة، ويسمى هذا النوع من الآراء الاستشارية بالاستشارات التلقائية.

وإذا كان التدخل الاستشاري ملزماً في مضمونه وموضوعه للسلطة الإدارية المستشيرة، فإن ذلك يُعدُّ مشاركة في الاختصاص؛ لأن ذلك يؤدي إلى مساهمة جوهرية في تكوين التصرف القانوني، أما إذا كان التدخل الاستشاري وجوبياً وغير ملزم للإدارة طالبة الاستشارة، فإن التدخل الاستشاري في هذه الحالة لا يُعدُّ مشاركة

(1) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 117.

في الاختصاص، كونه لا يسهم في تكوين التصرف القانوني⁽¹⁾.

وفي فرنسا تختلف أنواع التدخلات الاستشارية بحسب نوع العقد الإداري المراد إبرامه، حيث تلتزم السلطة المختصة بإبرام عقود الشراء العام بطلب الرأي الاستشاري من اللجنة المركزية لعقود الشراء العام، واللجان الخاصة التي تراقب مشروعات بعض أنواع العقود⁽²⁾.

واللجان الخاصة فهي تتولى مراقبة مشروعات عقود أشغال وتوريد وخدمات الدولة، ويمتد عملها إلى جميع وزارات الدولة، بحيث يغطي كلٌّ منها قطاعاً محدداً، فهناك لجنة عقود الهندسة المدنية ولجنة عقود البناء، ولجنة العقود المتعلقة بالطيران، ولجنة الاتصالات...إلخ.

ويكون الرأي الاستشاري لهذه اللجان ملزماً بالنسبة إلى العقود التي تتجاوز مبلغاً معيناً يحدد بقرار وزاري، والعقود التي يكون محلها أداءات ذات طبيعة خاصة.

(1) راجع:

- Auby. (J.M), Le régime juridique de l'avis dans La procédure administrative, A.J.D.A, 1956, p.p. 53- 56.
- Hostiou. (R), Procédures et forms de l'acte administratif, unilatéral en droit administratif, L.G.D.J Pairs, 1975, p. 28. ets.

(2) اللجنة المركزية لعقود الشراء العام هي منظمة إدارية تتبع وزير الاقتصاد ويمتد نشاطها إلى جميع الوزارات في الدولة ومهمتها تنسيق ورقابة الطلبات العامة والشراء العام.

-د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص291.

والى جانب هذه التدخلات الاستشارية المحضة، هناك التدخلات الاستشارية الملزمة من حيث موضوعها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة /3/ من قانون أملاك الدولة من أن الإيجارات الواقعة على الدومين الخاص لا يمكن أن تبرم إلا بعد أخذ رأي مرفق أملاك الدولة حول بدلات الإيجار، إذا كانت مدة الإيجار تزيد عن تسع سنوات أو عندما تبلغ الأجرة السنوية قيمة معينة.

أما في مصر فقد نصت التشريعات النافذة فيها، والتي تتعلق بعقود الإدارة على عدد من التدخلات الاستشارية الوجوبية في معرض إبرام عقود الإدارة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة /58/ من القانون رقم /47/ لسنة 1972م المتعلق بمجلس الدولة والتي جاء فيها: «لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة...».

وكذلك نصت المادة /90/ من القانون رقم /182/ لسنة 2018م المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة والتي جاء فيها: «تتولى إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة مراجعة مشروعات العقود التي تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها ونماذج كراسات الشروط وأنماط العقود النموذجية والأدلة الاسترشادية...»⁽¹⁾.

(1) نصت المادة الثالثة من القانون /182/ لسنة 2018 على أنه: «يلغى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم /89/ لسنة 1998، واستثناء من حكم الفقرة السابقة، تستمر العمليات التي تم طرحها أو التعاقد عليها بالفعل قبل تاريخ العمل بهذا القانون خاضعة لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المشار إليه، إلى حين إتمام تنفيذ التعاقد».

ويتعين الحصول على استشارة مجلس الدولة وفقاً للمادة /58/ آئفة الذكر قبل إبرام العقد، والغرض من ذلك أن تقف جهة الإدارة على حكم القانون قبل التعاقد.

وحيث إن إدارة الفتوى حين تعطي رأيها في مشروع العقد المراد إبرامه، إنما تمارس رقابة قانونية من حيث انسجام العقد وإجراءاته مع القوانين، دون أن تتطرق إلى مسائل الملاءمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء الأدلة المقدمة إليه⁽¹⁾.

أما في سورية، فمن صور التدخل الاستشاري ما نصت عليه المادة /70/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /32/ لسنة 2019م التي جاء فيها: "يجب على سائر الجهات العامة في الدولة أن تحيل إلى الإدارة المختصة لإبداء الرأي في أي التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد».

ونصت المادة /71/ من القانون المذكور أعلاه: «مع مراعاة أحكام القانون رقم /2/ لعام 2005 والمرسوم التشريعي رقم /84/ لعام 2005 لا يجوز لأي من

(1) فتوى الجمعية العمومية رقم /491/ تاريخ 1994/7/16، جلسة 1994/7/6، ملف 324/1/54 والفتوى رقم /373/ تاريخ 1985/3/31، جلسة 1985/3/20، ملف رقم 252/1/54، مشار إليهما لدى: د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام، المرجع السابق، ص 293 وما بعدها.

- تجدر الإشارة إلى أن قانون الشراكة المصري رقم /67/ لسنة 2010م نصّ في المادة /29/ على «أن اللجنة التي تتولى دراسة العطاءات المقدمة يجب أن تضم ممثلاً عن إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة»

الوزارات أو الجهات العامة أن تبرم أي عقد تتجاوز قيمته مائة وخمسين مليون ليرة سورية بغير استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة - وأن تبرم أو تقبل أو تجيز أي صلح أو تسوية بغير استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة وذلك في الحدود التي يقرها مجلس الوزراء»⁽¹⁾.

وصدر قرار رئاسة مجلس الوزراء رقم /73/م تاريخ 2020/11/8 الذي حدد الحد الأدنى لقيمة الصلح أو التسوية بمبلغ وقدره خمسون مليون ليرة سورية. وهذا يعني أن استفتاء مجلس الدولة يتم قبل إبرام العقد وليس بعده، وهو غير ملزم للإدارة من حيث موضوعه، وقد فرضه المشرع لأجل تنوير الإدارة المتعاقدة قبل قيامها بإبرام عقدها بالسويات القانونية الأفضل لإبرام هذا العقد.

بالإضافة إلى ذلك فإن اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء تتولى تصديق العقد إذا زادت قيمته عن مبلغ معين⁽²⁾، وفي حال رفض اللجنة الاقتصادية

(1) تجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري في المادة /44/ من القانون رقم /2/ لسنة 2005م الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة قد أعفى العقود التي تبرمها المؤسسات والشركات والمنشآت العامة من تصديق مجلس الدولة.

- استخدم المشرع عبارة (تصديق مجلس الدولة) بدلاً من (استفتاء مجلس الدولة) وهي عبارة تتعارض مع مرجعية النص المتضمن استفتاء مجلس الدولة وهي المادة /71/ من قانون مجلس الدولة النافذ رقم /32/ لسنة 2019م.

(2) نصت المادة الأولى من القانون رقم /13/ لعام 2018 على أن توقيع الوزير يعد كافياً لإبرام العقد بشكل نهائي في حالتين فقط وهما إذا كان العقد يتعلق بالإنفاق الاستثماري وكانت قيمته لا تتجاوز أربعمائة مليون ليرة سورية، وحالة إذا كان العقد يتعلق بالإنفاق الجاري وكانت قيمته لا تتعدى مائة وخمسون مليون ليرة سورية.

- أما إذا زادت قيمة العقد عن هذه الحدود، فإن الرابطة العقدية موقوفة على تصديق اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء.

تصديق العقد فإنه يبقى مشروع عقد، ليس من شأنه أن ينتج آثاره كعقد صالح للتنفيذ⁽¹⁾.

وقد نصت المادة /7/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م على مهمات مجلس التشاركية ومنها المصادقة على عقود الدراسات الأولية- المصادقة على طلبات عروض عقود التشاركية- المصادقة على عقود التشاركية، المصادقة على التعديلات المقترحة على عقود التشاركية نتيجة الظروف الطارئة⁽²⁾. ومن ثمَّ إن عقد التشاركية يكون نافذاً من تاريخ المصادقة عليه من المجلس⁽³⁾. وبالتالي فإن تدخل اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء يقتصر على عقود الشراء، أما عقود التشاركية مهما كان نوعها، فيجب إحالتها إلى مجلس التشاركية للمصادقة عليها⁽⁴⁾.

وهذا الأمر جيد كون مجلس التشاركية يضم خبراء متخصصين في مجال التشاركية ويضم مشاركة مؤقتة للوزير أو المحافظ المختص أو ممثل للجهة العامة

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /309/ في الطعن /144/ لسنة 1979، منشور في مبادئ القضاء الإداري، للمحامي مصباح المهاني، الجزء الثالث، المرجع السابق، ص37.

(2) يتألف مجلس التشاركية من: 1- رئيس مجلس الوزراء رئيساً. 2- نائب رئيس مجلس الوزراء لشؤون الخدمات. 3- نائب رئيس مجلس الوزراء للشؤون الاقتصادية. 4- وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية. 5- وزير المالية. 6- وزير شؤون رئاسة الجمهورية. 7- رئيس هيئة التخطيط والتعاون الدولي. 8- خبيرين مستقلين يتم تعيينهما من مجلس الوزراء. 9- رئيس فريق خبراء المكتب. 10- مشاركة مؤقتة للوزير أو المحافظ المختص ولممثل أو أكثر عن أي جهة عامة تتبع لها ولها مصلحة مباشرة في أحد مشاريع أو عقود التشاركية.

(3) المادة /32/ الفقرة /د/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

(4) من عقود التشاركية B.O.T وB.O.O.T.

التي لها مصلحة في مشروع التشاركية وذلك لبيان الرأي في المشروع وبيان أهميته للجهة العامة المتعاقدة.

وهكذا بيّنا في المبحث الأول الإجراءات السابقة على إبرام العقد، من الإعداد الفني والقانوني للمشروع وتحديد المشروع موضوع عقد B.O.O.T وإعداد مختلف دراسات الجدوى للمشروع، وإعداد المستندات الأساسية للعقد، ومنها عقد المشورة المبرم بين الجهة العامة والمستشارين القانونيين والماليين والفنيين وغيرهم، وإعداد دفاتر الشروط الخاصة بالمشروع في فرنسا ومصر وسورية، ووجوب حصول الجهة العامة على الإذن بالتعاقد، ويُشكل وجود الاعتماد المالي اللازم شرطاً لإبرام أي عقد إداري، كما يوجب المشرع في بعض الحالات إذنًا من السلطة التشريعية لإبرام العقد، كما يستلزم المشرع في بعض العقود المهمة ضرورة حصول الإدارة المتعاقدة على إذن أو تصريح بالتعاقد من جهة يحددها بحيث لا تستطيع الإدارة التعاقد بدون هذا الإذن، وقد يأخذ ذلك شكل التدخل الاستشاري لبعض الجهات العامة.

وتسعى الإدارة في معرض اختيار المتعاقد معها عموماً إلى تحقيق هدفين أساسيين: أحدهما هدف ماليّ، وهو تحقيق أكبر وفر مالي للخرينة العامة، وهذا يستلزم من الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، أما الهدف الآخر فهو هدف فنيّ باختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة، وتتعدد الوسائل التي تختار الإدارة بموجبها من تتعاقد معه، والطرق التي تُبرم الإدارة بموجبها عقودها الإدارية، ولكن بعض هذه الطرق والأساليب فقط هي التي تقبل التطبيق على عقد B.O.O.T، في حين أن بعضها الآخر غير قابل للتطبيق على هذا العقد.

وتُعد المناقصة أسلوباً تقليدياً في إبرام العقد الإداري، وهو أسلوب تحكمه مبادئ قانونية محددة في اختيار الإدارة للمتعاقد معها، ويتميز هذا الأسلوب باعتماد السعر معياراً وحيداً عند الإرساء، لذا سنجد أن أسلوب المناقصة بأنواعها غير قابل للتطبيق على عقد B.O.O.T لأن الإدارة في هذا العقد ليست بصدد الشراء أصلاً، وهذا ما سندرسه في المبحث الآتي:

المبحث الثاني

اختيار المتعاقد مع الإدارة

يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة من خلال أساليب وإجراءات رسمها المشرع لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري، وهذه الأساليب إما أن تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة في معرض إبرام العقد، أو أن تكون منطوية على بعض عناصر التقدير، والتي تعطي الإدارة حرية أوسع في اختيار المتعاقد معها. فهناك أساليب يجب على الإدارة - إذا توافرت شروط معينة - التصرف على نحو معين بمقتضى القانون، من دون أن يكون لها خيار في ذلك، فالقانون هو الذي يرسم للإدارة سلوكها في اختيار التعاقد، وهذا الأسلوب غير قابل للتطبيق على عقد B.O.O.T، وهناك أساليب الإبرام تعطي مجالاً للإدارة لاختيار المتعاقد الأفضل على أساس معايير عدة موضوعة مسبقاً، فهي أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T.

لذلك سنوزع الدراسة على مطلبين:

- المطلب الأول: أساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T.
- المطلب الثاني: أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T.

المطلب الأول

أساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T

يُعدُّ أسلوبُ المناقصة العامة الأسلوبَ التقليدي في إبرام العقد الإداري، وهو أسلوب تحكمه مبادئ قانونية محدَّدة في اختيار الإدارة للمتعاقد معها، ويتميز هذا الأسلوب باعتماد السعر معياراً وحيداً أو أساسياً عند الإرساء، وتتعدد أنواع المناقصات العامة بما يتناسب مع محل التعاقد والحاجات المطلوبة.

وإن أسلوب المناقصة بأنواعها غير قابل للتطبيق على عقد B.O.O.T باعتبار أن اختيار المتعاقد في هذا العقد لا يستند إلى تقديمه أفضل سعر؛ لأن الإدارة في هذا العقد ليست بصدد الشراء أصلاً.

الفرع الأول

المناقصة العامة

تجسد المناقصات العامة الأسلوب الأصيل للإدارة في التعاقد لما فيها من ضمان المبادئ الأساسية التي تقوم عليها المناقصة وهي: حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين والعلنية.

أولاً - المنافسة الحرة:

يقصد بها فتح باب التزام الشريفة أمام كل من يؤد الاشتراك في المناقصة، وأن يُعامل كل المتنافسين على قدم المساواة، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للاشتراك في المناقصة يجب أن تكون واحدة للجميع.

ونص تقنين عقود الشراء الفرنسي رقم /210/ لسنة 2001م والمعدل بتاريخ 2008/11/17 في المادة الأولى على ضرورة مراعاة المبادئ الآتية:

(حرية المنافسة، والمساواة في المعاملة بين المرشحين، وإجراءات الشفافية)⁽¹⁾.

ونصت المادة /6/ من القانون رقم /182/ لسنة 2018م المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر على أن تخضع طرق التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص.

وقد نصَّ الدستور السوري النافذ على وجوب المساواة بين الأفراد أمام القانون في الحقوق والواجبات ما يعني ضرورة التطابق والمماثلة بين مراكز المتنافسين عند

(1) تجدر الإشارة بأنه قد صدر قانون "المشتريات العامة" في فرنسا الذي دخل حيز التنفيذ في عام 2019.

- راجع:

- Villiers. M. Dictionnaire de droit constitutionnel. A, Colin, Paris, 1999, p.91.

- Bréchon. Moulénes, Droit des marchés publics T1, Moniteur, Paris, 1999, III, 100, I, p.2.

إبرام العقد الإداري. ولكن الإدارة تملك حقَّ استبعاد غير الأكفيا للتعاقد، ومن يقتضي الصالح العام إستبعادهم، ففي فرنسا يقرر الاستبعاد العام من المناقصات كجزاء عن الإخلال بالتزامات عقدية سابقة، ويخضع الاستبعاد في هذه الحالة إلى النظرية العامة للجزاءات التعاقدية⁽¹⁾.

كما يتم الاستبعاد بسبب النقص الواضح في الإمكانيات الفنية، فإذا وجدت الإدارة في فرنسا لدى بعض المتعهدين ضعفاً في الجودة والأداء التقني والتعامل المالي، يحق لها أن تدرجهم في قائمة المحرومين من مناقصاتها كونهم متعهدين غير مرغوب فيهم.

أما في مصر فهناك حالة وحيدة للاستبعاد العام وهي الاستبعاد كجزاء تعاقدية، وقد نصت المادة 50/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182/ لسنة 2018م وهي حالة ثبوت استعمال المتعاقد للغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالية أو فساد أو احتكار.

(1) راجع:

- Mignon. M, Declin d'une technique classic: L' adjudication, D. Chro, 1954, p. 149.

ويشطب اسم المتعاقد من سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة، وتُخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة⁽¹⁾.

أما في سورية فقد نصت المادة /58/ من القانون /51/ لسنة 2004 المتضمن نظام العقود للجهات العامة على حالة الاستبعاد العام من التعاقد مع الجهات العامة لكل متعهد يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، وتعبير (سوء النية) يشمل الغش والتلاعب والرشوة، أما عدم الكفاءة فهو كل فعل ينطوي على إخلالات واضحة في تنفيذ الأداءات محل العقد⁽²⁾.

ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات بقرار معلل من الوزير، أما الحرمان من التعاقد مع جميع الجهات العامة فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن مصلحة الإدارة لا تقف عند تقديم السعر الأقل، بل يجب أن تتوافر الكفاءة الفنية عند المتنافسين، ففي فرنسا أقر مجلس الدولة الفرنسي

(1) محمد إبراهيم محفوض، الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2020، ص 65.

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /418/ في الطعن رقم /396/ لسنة 1976 منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة في سنة 1976، ص 221.

(3) الفقرة /أ/ من المادة /58/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004.

منذ زمن طويل بمشروعية الشروط المتعلقة بضرورة توافر خبرات تقنية معينة لدى المتنافسين⁽¹⁾.

وتنص المادة /50/ من تقنين عقود الشراء العام النافذ في فرنسا على ضرورة أن تتضمن العروض جميع المعلومات والوثائق المتعلقة بخبرات المرشحين ووسائلهم التقنية في كل من يود الاشتراك في المناقصة. كذلك المادة /45/ من القانون نفسه قد أجازت للسلطة المتعاقدة أن تطلب من مقدمي العطاءات تقديم المعلومات أو الوثائق لتقييم تجربتهم المهنية والتقنية والمالية.

أما في مصر، فقد نصت المادة /21/ من القانون /182/ لسنة 2018م على أنه يجوز للجهة الإدارية إصدار طلب التأهيل المسبق للتحقق من توافر القدرات الفنية والإمكانات المالية والإدارية والبشرية وغيرها في طالبي التأهيل لتنفيذ أحد العقود بالكفاءة المطلوبة قبل دعوتهم لتقديم عطاءات حال الطرح.

كما أن المادة /49/ من اللائحة التنفيذية للقانون /182/ لسنة 2018م ألزمت كل عارض أن يقدم ضمن المظروف الذي يحتوي على العرض الفني البيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من توافر الكفاية الفنية المطلوبة من العارضين.

(1) راجع:

- Waline. M, Droit administratif, manuel élémentaire, Sirey, Paris, ed31, 1945, p. 392.

أما في سورية، فقد نصت الفقرة /أ/ من المادة /11/ من القانون /51/ لسنة 2004 على أنه يشترط فيمن يود الاشتراك في المناقصة أن يكون مسجلاً في السجل التجاري وفي إحدى الغرف التجارية أو الزراعية أو الصناعية أو السياحية حسب الحال.

وبطبيعة الحال فإن السجل التجاري يتضمن بياناً بنوع الأعمال التي يقوم بها المرشح والتي يتعين أن تكون منسجمة مع نوعية الأداءات موضوع المناقصة، كما يمكن في بعض التعهدات اشتراط التأهيل المسبق⁽¹⁾.

ثانياً - مبدأ العلانية:

تقوم عملية المنافسة في المناقصة على مبدأ العلنية، ويتم الإعلان عن المناقصة بهدف إيصال أمرها إلى علم كل من يجد لديه القدرة على تنفيذ موضوع التعاقد.

(1) انظر: رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم 37/ لعام 2007، مشار إليه لدى محمد ابراهيم محفوض، الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 69.

- وتجدر الإشارة أن المقاولين في سورية يصنفون ضمن فئات، وفقاً لنظام تصنيف المقاولين والذي حدّد الحد الأعلى لقيمة المشروع الذي يمكن أن يتقدم إليه المقاول حسب اختصاصه وفئة تصنيفه.

-انظر: نظام تصنيف المقاولين رقم /1296/ تاريخ 2007/12/27 المعدل بقرار وزير الأشغال العامة رقم /52/ تاريخ 2015/12/20.

ونظراً إلى أهمية العلنية، فقد نصت عليها التشريعات المقارنة، ومنها تقنين عقود الشراء العام الفرنسي لسنة 2001م في المادة /38/.

ويجب أن يتضمن الإعلان المعلومات الآتية على الأقل وهي:

(تحديد جهة الإدارة صاحبة العلاقة، ومحل العقد، وخصائصه الأساسية، والإجراء الذي سيتم إبرام العقد عن طريقه (مناقصة - طلب عروض وغير ذلك)، الوثائق التي تثبت الأهلية التقنية للمرشح، التاريخ المحدد لتلقي العروض، والمكان واليوم والساعة المحددة للبدء بإجراءات المناقصة، والمكان الذي يسلم فيه ملف وثائق العقد المراد إبرامه، ومدة ارتباط العارض بعرضه، وتاريخ إرسال الإعلان للنشر).

وفي مصر نصت الفقرة /20/ من القانون /182/ لسنة 2018م على أنه: يجب النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها في المادة /7/ من هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، على أن يتضمن النشر طريق التعاقد وشروطه والأسباب المبررة لاتباع هذا الطريق، وأسلوب التقييم الفني والمالي وغيرها من البيانات.

وفي سورية حددت الفقرة /ب/ من المادة /10/ من القانون /51/ لسنة 2004م البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعلان عن المناقصة وهي:

موضوع المناقصة، ومكان تقديم العروض وزمانه، وجلسة المناقصة- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة- والجهة التي يمكن شراء إضابة المناقصة منها- سعر الإضابة- ومدة إنجاز التعهد- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه.

ويتعين نشر الإعلان، ففي فرنسا يجب أن يتم النشر في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام أو أي نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية، إضافة إلى ضرورة نشر الإعلان على مستوى الاتحاد الأوروبي، ولا يجوز النشر على المستوى الوطني قبل إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات الرسمية للاتحاد الأوروبي⁽¹⁾.

تجدر الإشارة أن المناقصة، كطريقة لإبرام عقود الشراء العام، قد ألغيت من تقنين عقود الشراء العام في فرنسا، مع صدور المرسوم 2001-210 تاريخ 2001/3/7.

وفي مصر نصت المادة /20/ من القانون /182/ لسنة 2018م على أنه في حالة التعاقد عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة الداخلية أو المزايدة العلنية العامة أو المزايدة بالمظاريف المغلقة، فيجب الإعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية الواسعة الانتشار، ويكون الإعلان عن المناقصة العامة والممارسة العامة الخارجية مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية الواسعة الانتشار، وإحدى الصحف الدولية وبالإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات.

أما في سورية فقد نصت المادة /10/ من القانون /51/ لسنة 2004م على أن تنشر إعلانات المناقصة في نشرة الإعلانات الرسمية وفي صحيفة يومية، كما تلصق نسخ عن هذه الإعلانات في لوحة إعلانات الجهة العامة، بالإضافة إلى ذلك يمكن عند الاقتضاء الإعلان عن المناقصة في الإذاعة والتلفزيون وسائر

(1) المادة /380/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي رقم /210/ لعام 2001 والمعدل بتاريخ 2008/11/17.

وسائل الإعلام الأخرى، كما يجوز تبليغ الجهات التي تهمها المناقصة وتبليغ البعثات والهيئات التجارية العربية السورية المعتمدة في الخارج والبعثات الأجنبية المعتمدة في سورية صوراً عن الإعلان المتعلق بالمناقصات الخارجية.

ويجب ترجمة الإعلان إلى إحدى اللغتين الإنكليزية أو الفرنسية في كل الحالات التي يكون فيها الإعلان متعلقاً بمناقصة دولية⁽¹⁾.

الفرع الثاني

المناقصة المقيدة

تُدعى المناقصة المحصورة، وهي شكل خاص للمناقصة، تعتمد على الإرساء التلقائي على السعر الأقل، ولكن المنافسة تكون مقيدة بحيث لا يدخلها إلا المرشحون الذين قامت الإدارة بانتقائهم، نظراً إلى الضمانات المهنية والمالية التي قدموها، وذلك لأن محل العقد يكون ذا طبيعة تقنية خاصة⁽²⁾.

وتُعدُّ فرنسا أول من ظهرت لديها فكرة المناقصة المقيدة منذ سنة 1836م ثم قننت بالتشريعات اللاحقة، وكان المسوّغ الرئيس لنشوء فكرة المناقصة المقيدة متطلبات الطابع التقني المتزايد للمرافق العامة المختلفة الذي أدى إلى نشوء

(1) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سورية رقم 21/ب - 15/788 تاريخ 1969/2/25، مذكور عند آية محمد فايز البداوي، إجراءات الإبرام المقيدة عند إبرام العقد الإداري - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017، ص106.

(2) - راجع:

- Laubadère- Venezia et Gaudement, Manuel de droit, administratif.
L.G.D.J, Paris, 1995, p. 703.

احتياجات جديدة للمرافق العامة وأصبحت محلاً لعقود إدارية ذات ملامح تقنية جديدة ومختلفة كلياً عن العقود التي كانت تبرمها الإدارة عندما كانت حاجاتها بسيطة ومحددة، ومن ثَمَّ صار من مصلحة الإدارة أن تحدد المتنافسين المتمتعين بالأهلية التقنية الكافية لتنفيذ مثل هذه الأداءات بحرية كاملة، وألاً تترك مثل هذه الحاجات الحساسة لتتحكم فيها آليات العرض والطلب ذات النتائج غير المضمونة⁽¹⁾.

وبذلك وجدت الإدارة أن الضرورة تقتضي التوفيق بين سلطتها التقديرية في وزن القدرات التقنية للمتنافسين من جهة وضرورة الحصول على أفضل سعر ممكن لأداء هذه الحاجات ذات الطبيعة التقنية الخاصة من جهة أخرى⁽²⁾.

وفي فرنسا نصت المادة /91/ من تقنين عقود الشراء العام على أنه: «تكون المناقصة مقيدة عندما لا يُقبل فيها لإيداع العروض إلا المرشحون المقبولون من جانب الشخص المسؤول عن العقد قبل مجلس المناقصة».

وقد أخذ المشرع في مصر بمبدأ المناقصة المقيدة وأطلق عليها تسمية المناقصة المحدودة، إذ نصت المادة /57/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة رقم

(1) - راجع:

- Waline. M, L'évolution récent des rapports de l'état avec Ses cocontractants, R.D.P, 1952, p.6.

(2) آية محمد فايز البداوي، إجراءات الإبرام المقيدة عند إبرام العقد الإداري، المرجع السابق، ص114 وما بعدها.

182/ لسنة 2018م على أنه: «يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية:

العمليات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو من الخارج- العمليات التي اتخذت الجهة الإدارية إجراءات تأهيل مسبق في شأنها، وبحيث يتم دعوة مَنْ تَمَّ تأهيلهم للاشتراك فيها- التعاقدات المرتبطة باعتبارات الأمن القومي- توفير المستحضرات والأجهزة الطبية والأدوية وغيرها من المستلزمات المرتبطة بالمحافظة على الحياة والصحة- إذا كان الوقت أو التكلفة اللازمان للطرح بطريقة المناقصة العامة لا يتناسبان مع قيمة التعاقد- عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة التي تم طرحها مرة أو أكثر، وانتهت دراسة الجهة الإدارية إلى مناسبة تغيير الطرح».

وهنا توجه الدعوة إلى شركات محددة بالذات استناداً إلى قاعدة الاعتبار الشخصي.

وقد تبنى المشرع السوري المناقصة المقيدة في القانون /51/ لسنة 2004م وذلك في المادة /26/ منه تحت تسمية المناقصة المحصورة، حيث إنه يحق للوزير المختص عند الإعلان عن المناقصة اعتبارها محصورة بمن تتوافر فيهم شروط وكفاءة مادية وفنية معينة، لأسباب تتعلق بطبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه، وفي هذه الحالة تقوم لجنة المناقصة بعد تدقيق وثائق العارضين بتحديد أسماء المقبولين، وتتم إجراءات المناقصة بعد ذلك بالشكل الاعتيادي.

وتجدر الإشارة إلى أن اللائحة التنفيذية للقانون رقم /51/ لسنة 2004م نصت على أن الجهة التي تتولى هذا التأهيل هي لجنة يشكلها أمر الصرف لهذه الغاية، بينما المادة /26/ من القانون /51/ نصت على أن لجنة المناقصات تتولى مهمة تأهيل العارضين، وهذا ما يشكل تناقضاً واضحاً بين القانون ولائحته التنفيذية، حيث تم إسناد الاختصاص بالمسألة نفسها إلى جهتين إداريتين مختلفتين⁽¹⁾.

ويجب في المناقصة المحصورة العلانية بما يحقق مبدأ المنافسة الحرة، وقد أوجب القانون /51/ لسنة 2004م السوري عند الإعلان عن هذه المناقصة أن يتضمن الإعلان أن المناقصة محصورة وأن هناك شروطاً محددة يجب توافرها في المتقدمين.

أما المشرع المصري، فقد نصت المادة /20/ من القانون /182/ لسنة 2018م على أنه في المناقصة المحدودة يجب توجيه الدعوة لأكبر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح، والمشرع الفرنسي لم يلزم الإدارة بتسبب قرارها باللجوء إلى المناقصة المحصورة⁽²⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام، المرجع السابق، ص314.

(2) غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرض رقابته على وجود الأسباب التي ألجأت الإدارة إلى المناقصة المحصورة.

- راجع:

-Braconnier. S, Précis du droit des marchés publics, imprimerie, nationale, Le moniteur, Paris, 2007, p.252.

وتجدر الإشارة إلى أن المناقصة، كطريقة لإبرام عقود الشراء العام، قد ألغيت من تقنين عقود الشراء العام في فرنسا منذ سنة 2001م.⁽¹⁾

وقد ذهب جانب من الفقه العربي إلى عد المناقصة تقنية أساسية لإبرام عقد B.O.O.T، في حين ذهب رأيي -ونحن نؤيده- إلى أنه من الطبيعي ألا يتم إبرام عقد B.O.O.T بناءً على أسلوب المناقصة وذلك للأسباب الآتية:

- إنَّ المناقصة طريقة لشراء الإدارة حاجياتها بأقل سعر ممكن، في حين أن عقد B.O.O.T يتضمن قيام شركة المشروع بتشديد المرفق وتحمل تكاليفه كاملة ومخاطره المالية.

- تقوم المناقصة على أساس الاعتبار المالي، وهو إسناد التعاقد على أقل سعر، في حين أن انتقاء المتعاقد في عقد B.O.O.T يقوم على أساس الاعتبار الشخصي، وفق معايير تعكس قدرة المتعاقد على إشادة المشروع وتجهيزه بالتقنيات المطلوبة وتشغيله وإدارته، ومن ثَمَّ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد.

- وفي المناقصة ليس للعارض من سلطة تقديرية إلا في تحديد الأسعار التي يحددها في عرضه دون أن تكون له أي مبادرة في تحديد أي من جوانب

(1) وذلك مع صدور المرسوم 2001 - 210 تاريخ 2001/3/7.

- راجع:

-Long. V.G. Gondouin, G. Inseguet-Brisset. V, Dictionnaire de droit administratif, A. Colin, Paris, 2005, p. 204.

المشروع، وهذا لا ينسجم مع طبيعة عقد B.O.O.T الذي يقوم على فلسفة التعاون بين الإدارة والمتعاقد⁽¹⁾.

ولقد كشف الواقع العملي أن تلقائية المنافسة في نطاق المناقصة قد تقود إلى أسعار مبالغ في تخفيضها ما ينعكس في النهاية سلباً على جودة تنفيذ الأداء المطلوب، ورداءة المواد المستخدمة في التنفيذ⁽²⁾.

كل ذلك يجعل أسلوب المناقصة العامة بشتى أنواعها لا يصلح طريقة لإبرام عقد B.O.O.T ويجعل الأساليب المبنية على أساس حرية اختيار المتعاقد هي المناسبة لإبرام عقد B.O.O.T وهذا ما سنتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T

إن أساليب الإبرام التي تقوم على أساس السلطة التقديرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها، الذي يتضمن الإرساء على العرض الأفضل، هي الأساليب القابلة للتطبيق عند إبرام عقد B.O.O.T⁽³⁾.

(1) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص122 وما بعدها.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام، المرجع السابق، ص320.

(3) عرف الفقه السلطة التقديرية للإدارة بأنها تلك الحرية الممنوحة للإدارة في التدخل لإجراء تصرف ما واختيار وقت التدخل وتحديد ذلك التصرف.

- عمار محمود السالم، السلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017، ص14.

وسنتناول بالبحث في (الفرع الأول) أسلوب طلب العروض باعتباره تقنية إجرائية تمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة وتستند إلى معايير محددة مسبقاً، ثم سنتناول في (الفرع الثاني) تقنية التفاوض.

الفرع الأول

طلب العروض

هو أسلوب لإبرام العقد الإداري، يستند إلى المنافسة والعلانية ويعطي للإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية؛ لأن الإرساء فيها يتم بناءً على عدد من المعايير لا يخضع لحصر، على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط⁽¹⁾.

ويقوم طلب العروض على مبدأي المنافسة والعلانية، وذلك على غرار طريقة المناقصات العامة، حيث نصت المادتين /94/ و/296/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي على أنه يتعين على الإدارة أن تُعلن عن طلب العروض وفقاً للشروط الواردة في المادة /38/ من التقنين المذكور، وتطبق قواعد المنافسة المعتمدة في نطاق المناقصة، وقد أصبحت تقنية طلب العروض في فرنسا تقنية رئيسة لإبرام العقود الإدارية، وهي الأصل الوحيد من الناحية العملية في فرنسا⁽²⁾.

(1) د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص203.

- راجع:

- Laubadère- Venezia et Gaudement, Manuel de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1995, p. 246.

- Philippe. X, Droit administratif général, Paris, 1996, ed2, p. 168.

- Guibal. M. Mémento des marchés publics, Le moniteur, Paris, 1998, p.32.

(2) - راجع:

-Guibal. M, De la liberté des Personnes publiques de Choisir La technique de choix de leur cocontractants, J.C.P,E,N 27, 1987, p.10.

وقد سار المشرع السوري على غرار نظيره الفرنسي فأخذ بتقنية طلب العروض في حالات محددة، حيث نصت المادة /27/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004م على أنه: «يلجأ إلى طلب العروض عندما يتعذر على الجهة العامة تحديد مواصفات وشراء موحدة للاحتياجات المطلوب تأمينها وذلك للتمييز بين العروض واختيار أفضلها في ضوء الجودة والأسعار وسائر الشروط الأخرى».

وقد بينت المادة /28/ من القانون /51/ على أنه: «مع مراعاة الأحكام المبينة في المواد التالية تطبق على الشراء بطريقة طلب العروض الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة».

وينفذ طلب العروض عملياً في سورية عن طريق لجنة فنية تقوم بوضع المعايير التي ستقيم على أساسها العروض، وتوزيع الدرجات على هذه المعايير وهذا ما يطلق عليه "أسس التقييم" وذلك مع وضع درجة نجاح، بحيث لا يعد العرض فائزاً إلا إذا حقق درجة النجاح المطلوبة، ثم تقوم هذه اللجنة بإجراء الدراسة الفنية للعروض المقدمة⁽¹⁾.

وقد نصَّ قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م على أساليب التعاقد في المادة /17/ وهي: طلب العروض، الإجراءات غير التنافسية، العروض التلقائية. وبينت المادة /18/ مراحل طلب العروض، وهي ثلاث مراحل: التأهل الأولي والعرض والتعاقد ويكون ذلك بعد الانتهاء من المرحلة التحضيرية.

(1) تجدر الإشارة إلى أن الطريقة التي تتم فيها ممارسة تقنية طلب العروض في الواقع العملي في سورية قد حولت هذه الطريقة إلى ما يشبه المناقصة، حيث إن نقطة السعر تحتل دوراً رئيساً. - وتقوم لجنة المناقصات بالإسراء على العارض ذي السعر الاقتصادي الأقل، بناءً على العملية الحسابية التالية: [السعر الاقتصادي = السعر ÷ العلامة الفنية × 100].

- ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 130. لمزيد من التفصيل انظر: د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 322 وما بعدها.

وتعلن الجهة العامة المتعاقدة عن إجراءات التأهل الأولي وشروطه،⁽¹⁾ وينبغي على العارضين لكي يتأهلوا إلى مرحلة تقديم العروض، اجتياز المعايير التي تضعها الجهة العامة المتعاقدة⁽²⁾، والتي تضع الدرجات المحددة لكل معيار من معايير التأهل الأولي، ثم تعلن الجهة العامة المتعاقدة قرارها المتضمن نتائج التأهل الأولي، وتدعو العارضين الذين اجتازوا مرحلة التأهل الأولي إلى تقديم عروضهم⁽³⁾، وللجهة العامة أن تعقد اجتماعات وجلسات حوار مع كل عارض، بهدف الإجابة عن أسئلتهم، ثم تقوم الجهة العامة بعد مراجعة العروض الأولية بتعديل دفتر الشروط الأولي بما في ذلك مواصفات المشروع، ثم تدعو الجهة العامة المتعاقدة العارضين لتقديم عروضهم النهائية، وتقوم الجهة العامة بمشاركة المكتب بتقييم العروض ومقارنتها وفقاً لمعايير التقييم والتثقيل الممنوح لكلٍ من هذه المعايير⁽⁴⁾.

ثم تقوم بدعوة العارض الذي حقق أعلى الدرجات الممكنة إلى المفاوضات النهائية المتعلقة بصياغة العقد وتوقيعه والمباشرة في تنفيذه⁽⁵⁾.

وفي مصر صدر قانون الشراكة رقم /67/ سنة 2010م الذي أخذ بمبدأ التأهيل المسبق وإجراء حوار مع المستثمرين المؤهلين لمناقشة مواصفات المشروع

(1) المادة /19/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

(2) المادة /20/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

(3) المادة /22/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

(4) المادة /28/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

(5) المادة /31/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016.

وشروطه التمهيدية⁽¹⁾، وللسلطة المختصة أن تقرر تقديم العطاءات الفنية والمالية على مرحلتين: في الأولى تقديم عرض غير ملزم يليه حوار تنافسي، وفي المرحلة الثانية تقديم العطاءات النهائية التي يتم على أساسها التقييم النهائي⁽²⁾، وتشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة لتلقي العطاءات ودراستها فنياً ومالياً من عناصر فنية ومالية وقانونية مناسبة، ويمنح كلُّ عطاء درجةً للتقييم وفقاً لكراسة الشروط والمواصفات، ويتمُّ بناءً على هذه الدرجة، ترتيبُ العطاءات المقبولة فنياً، ويتمُّ إرساء المشروع على صاحب العطاء الأجدى اقتصادياً من بين العطاءات المقبولة فنياً وفق قواعد تقييم العطاءات من الناحية الفنية والمالية⁽³⁾.

ونصَّ قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر رقم 182/ لسنة 2018م في المادة الثانية منه على أنه لا تُلْخِص أحكام هذا القانون بقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون 67/ لسنة 2010م وغيره من قوانين التزامات المرافق العامة، ونصت المادة 7/ على أنه يتمُّ التعاقد بطريق المناقصة العامة ويجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقدات، إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

الممارسة العامة- الممارسة المحدودة- المناقصة المحدودة- المناقصة ذات المرحلتين- المناقصة المحلية- الاتفاق المباشر.

(1) المادتين 20-21/ من قانون الشراكة المصري رقم 67/ لعام 2010.

(2) المادة 22/ من قانون الشراكة المصري رقم 67/ لعام 2010.

(3) المادة 30/ من قانون الشراكة المصري رقم 67/ لعام 2010.

ومن ثَمَّ فإنَّ المشرع المصري لم ينصَّ على تقنية طلب العروض بهذه التسمية.

ويجري في فرنسا التمييز تبعاً لأحكام القانون بين طلب العروض العادية بنوعيتها المفتوح والمحصور وطلب العروض مع المسابقة، وهي أهم أشكال طلب العروض⁽¹⁾.

أما طلب العروض المفتوح فيسمح لكل متعهد معني بالأعمال موضوع طلب العروض بأن يدخل إلى المنافسة، وهذا هو الأصل في فرنسا⁽²⁾ وما أخذ به المشرع السوري.

وأما طلب العروض المحصور، فلا يدخل إلى المنافسة إلا المرشحون الذين اختارتهم الإدارة بسبب الضمانات المالية والفنية التي يتمتعون بها⁽³⁾.

وفي سورية فإنَّ طلب العروض يمكن أن يكون محصوراً فيمن تتوافر فيهم شروط أو كفاءة مادية ومعنوية معينة وفقاً لطبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه⁽⁴⁾.

وهناك نوع آخر من طلب العروض ذو طبيعة خاصة يُدعى طلب العروض مع المسابقة، ونصَّ عليه تقنين عقود الشراء العام الفرنسي، وينصب على إعداد

(1) د. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دمشق، 1993، ص109.

(2) المادتان 93/ و296/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

(3) المواد 38- 96- 299/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

(4) المادة 28/ من القانون رقم 51/ لعام 2004.

الدراسات والأبحاث لمشروعات أو أداءات يجب أن تُنفَّذ لاحقاً من قبل مقاولين أو موردين تختارهم الإدارة بمعرفتها⁽¹⁾.

وقد أخذ المشرع السوري بهذه التقنية تحت تسمية "المسابقة" حيث يجوز للمدير المختص أن يلجأ إلى هذه التقنية لوضع دراسات أو مخططات لمشروع معين أو لتنفيذ مشروع أعدت له مخططات أو دراسات سابقة أو للأميرين معاً⁽²⁾.

وهذه التقنية محصورة بعقود من نوع خاص يكون موضوعها إما دراسات أو مخططات أو تنفيذ مشروع أُعدَّت له مخططات سابقة، وأعتقد أنَّ المشرع السوري سارَ على غرار نظيره الفرنسي، فأخذ بتقنية طلب العروض، إلا أنه لم يعتبرها طريقة أساسية في إبرام العقود الإدارية شأنها شأن المناقصة، حيث لم يجزُ لجوء الإدارة إليها إلا في حالات محددة، فقد نصت المادة /27/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004م على الآتي:

«يلجأ إلى طلب العروض عندما يتعذر على الجهة العامة تحديد مواصفات وشراء موحدة للاحتياجات المطلوب تأمينها وذلك للتمييز بين العروض واختيار أفضلها في ضوء الجودة والأسعار وسائر الشروط الأخرى».

ونصت المادة /28/ من القانون /51/ الآنف الذكر أنه: «مع مراعاة الأحكام المبينة في المواد التالية تطبق على الشراء بطريقة طلب العروض الأحكام

(1) المادتين /98- 302/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

(2) المادة /33/ من القانون /51/ لعام 2004.

المطبقة على الشراء بالمناقصة». ومن ثمَّ يُطبق على تقنية طلب العروض الأحكام نفسها المتعلقة بالعلانية والمنافسة الحرة المقررة للمناقصة.

وأقترح أن تصبح تقنية طلب العروض في سورية تقنية رئيسة لإبرام العقود الإدارية، كونها طريقة تستند إلى المنافسة والعلانية وتعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة؛ لأن الإرساء فيها يتم بناءً على عدد غير محصور من المعايير، وذلك على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م قد جعل أسلوب طلب العروض تقنية رئيسة لإبرام عقود التشاركية، حين نصت المادة 17/ منه على أنه: «يتم إجراء عقود التشاركية بأحد الأساليب الآتية: طلب العروض - الإجراءات غير التنافسية - العروض التلقائية».

الفرع الثاني

تقنية التعاقد بالتفاوض

يعتبر العقد بالتفاوض أحد أساليب إبرام العقود الإدارية والتي تعطي الإدارة مساحة واسعة من السلطة التقديرية؛ لأن العقد يبرم في هذه الحالة على أساس المناقشة والتفاوض الحر بين الإدارة والمرشحين الذين يمكن أن ينفذوا العقد المراد إبرامه⁽¹⁾.

(1) راجع:

- Bréchon. Moulénes, Droit des marchés, T1, Moniteur, Paris, 1999, III, 100. I. p.1

- أطلق المرسوم الفرنسي الصادر في 1976/1/21 تسمية عقد الشراء العام المفاوض .Le marché négocié

وقد حدد المشرع الفرنسي الحالات التي يجب فيها على الإدارة مراعاة العلانية والمنافسة عند لجوئها إلى تقنية التفاوض، والحالات التي لم يلزمها فيها بمراعاة واجب العلانية والمنافسة، وأهم الحالات التي أجاز فيها المشرع الفرنسي للإدارة اللجوء إلى تقنية التفاوض مع إلزامها بالعلانية والمنافسة، إذا كانت الأشغال أو التوريدات أو الخدمات يجب أن تنفذ على أساس تجارب أو أبحاث أو اختبارات⁽¹⁾، وكذلك إذا فشلت مناقصة أو طلب عروض⁽²⁾.

أما الحالات التي يجوز فيه للإدارة إتباع تقنية التفاوض من دون إلزامها بمراعاة العلانية والمنافسة، فقد حددها المشرع الفرنسي في الفقرة الثانية من المادة 104/ من تقنين عقود الشراء العام، وهي تعود إلى وجود ظروف واقعية لا تسمح أصلاً بقيام مناخ تنافسي، ويتحقق ذلك عندما توجد أداءات معينة ذات ميزات خاصة لا يمكن أن تنفذ إلا من جانب متعهدين معينين بالذات.

وفي مصر يطلق على تقنية التفاوض تسمية "الممارسة" وهي تقوم على التفاوض بين الإدارة والمرشحين ليتم اختيار المتعاقد وإبرام العقد نتيجة هذه المفاوضات.

وقد نص على هذه التقنية قانون الشراكة المصري رقم 67/ لسنة 2010م، والذي أعطى الحق للإدارة لمناقشة المستثمرين المؤهلين حول الأمور المتعلقة بمواصفات المشروع⁽³⁾، وكذلك أعطى الجهة الإدارية أن تجري حواراً تنافسياً مع

(1) البند 1/ من الفقرة 1 من المادة 104/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي.

(2) البند 2/ من الفقرة 1 من المادة 104/ من التقنين المذكور.

(3) المادة 21/ من قانون الشراكة المصري رقم 67/ لعام 2010.

المستثمرين المؤهلين الذين تقدموا بعروضهم غير الملزمة⁽¹⁾، وأنه يجوز أن تجري الجهة الإدارية مفاوضات مع صاحب العطاء الفائز في شأن بعض التفاصيل الخاصة بالشروط الفنية والمالية⁽²⁾.

كما إن القانون رقم /182/ لسنة 2018م المتضمن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، قد نص في المادة /7/ على جواز إجراء التعاقد عن طريق الممارسة العامة والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر، وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقدات.

جعل قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998م من تقنية الممارسة تقنية رئيسة لإبرام العقود⁽³⁾، وابتكر المشرع المصري نوعاً آخر من الممارسة هي الممارسة المحدودة وهي ذات طابع استثنائي ولا تخضع إلى قواعد العلانية التي تخضع لها الممارسة العامة، وأكد المشرع المصري ضرورة استقطاب أكبر عدد من المنافسين المشتغلين بالأعمال موضوع المنافسة المحدودة⁽⁴⁾، ولم يجرِ المشرع المصري اللجوء إلى تقنية الممارسة المحدودة إلا في حالات حصرية⁽⁵⁾، كما نصَّ المشرع المصري على تقنية استثنائية تقوم على التفاوض،

(1) المادة /23/ من قانون الشراكة المصري رقم /67/ لعام 2010.

(2) المادة /31/ من القانون المذكور.

(3) المادة /1/ من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /89/ لسنة 1998.

(4) المادة /47/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998.

(5) المادة /5/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 والمادة /55/ من

القانون /182/ لعام 2018.

وهي طريقة الاتفاق المباشر في حالة توفر حالة الاستعجال⁽¹⁾ التي تجعل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها غير ممكن، ووجوب صدور ترخيص بذلك عن السلطات التي حددها القانون وصدور قرار مسبب من السلطة المختصة عند اللجوء إلى تقنية الاتفاق المباشر⁽²⁾.

وفي سورية أطلق المشرع السوري على تقنية التفاوض تسمية "العقد بالتراضي" حسبما نص عليه القانون رقم /51/ لسنة 2004م، وهي تسمية منتقدة؛ لأن جميع العقود التي تبرمها الإدارة هي في النتيجة عقود بالتراضي تقوم على أساس تبادل الإرادات الحرة الخالية من العيوب، والعقد بالتراضي تقنية استثنائية أصلاً، وفي حالات حصرية نصت عليها المادة /39/ من القانون /51/ لسنة 2004م.

وفي الحالات الأخرى التي يعود تقديرها إلى الوزير المختص نتيجة دراسة تبريرية توضح الحاجة التي تدعو لاتباع هذا الأسلوب⁽³⁾.
لكن القانون لم يفرض على الإدارة واجبات العلانية والمنافسة في أي حالة من الحالات التي أجاز فيها اللجوء إلى العقد بالتراضي.

(1) المادة /7/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 والمادة /93/ من القانون /182/ لعام 2018.

(2) المادة /50/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998.

(3) الفقرة /ج/ من المادة /39/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004.

وقد أوجد المشرع السوري أسلوباً آخر لتقنية التفاوض، وهو الشراء المباشر عن طريق لجنة الشراء المباشر التي تشكل بقرار من أمر الصرف⁽¹⁾. وهي طريقة استثنائية جداً، وقد حصر المشرع اللجوء إليها في حالات معينة⁽²⁾.

وقد نص قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م على تقنية التفاوض، حيث أجاز للجهة العامة المتعاقدة أن تعقد اجتماعات وجلسات حوار مع كل عارض من العارضين بهدف الإجابة عن أسئلة العارضين المتعلقة بدفتر الشروط الأولى والوثائق المرتبطة به⁽³⁾، بالإضافة إلى إجراء المفاوضات النهائية المتعلقة بصياغة العقد وتوقيعه والمباشرة بتنفيذه مع العارض الذي حقق أعلى الدرجات الممكنة بعد تقييم ومقارنة العروض⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنه صدر في فرنسا قانون "سابان" رقم 93-122/ بتاريخ 9/1/1993م المتعلق بمكافحة الفساد والشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، والذي تضمن لأول مرة قواعد إجرائية خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرفق العام، فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في عقود التفويض يتم في إطار إجرائي حدده القانون، وعدّ قانون "سابان" أن التقنية الوحيدة لإبرام عقود تفويض المرفق العام، هي التقنية التفاوضية التي تتم بعد علانية كاملة ومنافسة مسبقة، وحقق ذلك التوفيق المطلوب بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند اختيارها

(1) الفقرة /أ/ من المادة /4/ من القانون رقم 51/ لسنة 2004.

(2) المادة /3/ من القانون رقم 51/ لسنة 2004.

(3) الفقرة د-2/ من المادة /23/ من القانون 5/ لسنة 2016.

(4) المادة /31/ من القانون 5/ لسنة 2016.

لمتعاقدتها في عقود التفويض، بناءً على ما يقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى⁽¹⁾.

وقد ألزمت المادة /38/ من قانون "سابان" الإدارة بواجب العلانية، حيث يتعين نشر إعلان عن نية الإدارة في تفويض مرفق عام، ويتضمن المدة المحددة لتقديم عروض الترشيح بحيث لا تقل المدة عن شهر بدءاً من تاريخ الإعلان الأخير، وتحتوي عروض الترشيح الوثائق التي تبين الإمكانيات المالية والفنية والإدارية للمرشح، ويجب على الإدارة أن تبين أساليب تقديم عروض إدارة المرفق، وأن تُبين محل العقد وطبيعته والسمات العامة له، ويتعين نشر الإعلان في صحيفة

(1) د. أوس جمال مخيير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص146.

- Bréchon Moulènes, Droit des marches, T1 moniteur, Paris, 1999, p.2.
- Fatom. E, Délégation de service public, la mouveau cadre légal A.J.D.A, 1996, p. 577.
- Alibert. Th, L'intuitus personae dans la Concession de service public, R. adm, 1990, p. 509.
- Bonnard, R, Précis de droit administrative, L.G.D.J, Paris, 1943, p. 718.

-عقود التفويض هي جميع أنواع العقود التي تقوم على إسناد إدارة وتسيير مرفق عام واستغلاله إلى شخص خاص أو عام في مقابل أن يقوم هذا الأخير بتحصيل إتاوات من المنفعين من خدمات المرفق محل التفويض.

-Hertzog. R, Le Prix du service public, A.J.D.A., 1997, p. 63.

لنشر الإعلانات القانونية، وصحيفة لها صلة بالقطاع الاقتصادي موضوع المرفق المفوض.

وبعد انتهاء المدة المحددة لتقديم عروض الترشيح، تقوم السلطة المفوضة بفحص الضمانات المهنية والمالية للمرشحين وكفاءاتهم ثم تقوم بإعداد قائمة المرشحين في ضوء ذلك وبمعرفة المرشحين أنفسهم، ثم ترسل الإدارة إلى كل واحد من المرشحين المقبولين وثائق تبين فيها نوعية الأداءات المطلوبة وكميتها وشروط تحديد تعرفة الخدمة موضوع المرفق.

وبعد أن يقدم المرشحون المقبولون عروضهم التي تُبين رؤية كل منهم في كيفية إدارة المرفق، تدخل الإدارة في تفاوض مع أصحاب هذه العروض، ويتم انتقاء مَنْ يَعْهُدُ إليه تفويض المرفق وفقاً لنتائج المفاوضات الجارية معهم، وبذلك كله فإن المشرع الفرنسي قد أوجدَ بموجب هذا القانون نوعاً من المنافسة المحصورة عند إبرام عقد التفويض، كون المنافسة محصورة النطاق فيمن اختارتهم الإدارة بعد تحققها من مؤهلات المرشحين⁽¹⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص345.

وتحدد المدة في عقود التفويض وفق طبيعة الاستثمارات موضوع العقد بشكل لا تتجاوز فيه المدة المتوقعة لاستهلاك الإنشاءات المقدمة من المفوض لتشغيل المرفق واستثماره⁽¹⁾.

وقد حدد قانون "سابان" مدة عقود التفويض لبعض المرافق البيئية، مثل مرافق المياه الصالحة للشرب وتطهير المياه ومرافق النفايات، وذلك بما لا يتجاوز عشرين عاماً. واستثنى القانون بعض الحالات من التزام المنافسة والعلانية، وأن تلجأ الإدارة إلى الاتفاق المباشر مع أحد أشخاص القانون الخاص أو العام، حيث ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي في بعض الحالات، منها: عندما يقرر القانون احتكار خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع بعينه- عندما تقوم الإدارة بتفويض مؤسسة عامة لإدارة مرفق الامتياز، شريطة أن يكون هذا المرفق مما يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة وفق القواعد القانونية التي تحكمها- ألا تتجاوز المبالغ التي تقع على عاتق المفوض إليه في عقود الامتياز التي قيمتها 700/ ألف فرنك فرنسي خلال مدة العقد.

إذا كان مشروع عقد التفويض قد طرح في منافسة سابقة، ولم يُقدم أحد أي عرض فيها، أو قُدمت عروض ورأت الإدارة عدم مناسبتها⁽²⁾.

(1)- راجع:

-Maugué. Ch, Les variations de liberté contractuelle dans les contrats administratifs, A.J.D.A, 1998, p. 697.

(2) د. أوس جمال مخيير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

أما في مصر، فإن المشرع المصري لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود التفويض، ما يجعل للاعتبار الشخصي في المفوض إليه وزناً خاصاً لدى إبرام العقد، وقد تم تكريس هذه القاعدة في القانون /129/ لسنة 1947م المتعلق بالتزام المرافق العامة، والذي لم يُحدد أي إجراءات يجب اتباعها لاختيار المفوض إليه، إلا أن المشرع المصري قد اشترط في بعض القوانين على وجوب أن يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة في إطار من المنافسة والعلانية⁽¹⁾، وقد اتبع المشرع المصري في القوانين المستحدثة أسلوب المنافسة المحصورة في إبرام عقد B.O.O.T، فتقوم الإدارة بالإعلان عن العقد مبينةً ماهية المرفق موضوع العقد من جميع النواحي التقنية والاقتصادية والقانونية، ويقدم المشاركون عروضهم التي تتضمن وثائق عن خبراتهم السابقة، وتقوم الإدارة، بعد فحص العروض، بإعداد قائمة بأسماء المستثمرين القادرين على المنافسة على العقد، وتقوم بإخطارهم بذلك. غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن تبرم الجهة الإدارية عقد B.O.O.T عن طريق المناقصات العامة، إن رأت أن ذلك يحقق مصلحتها، إلا أنه لا يجوز للجهة الإدارية أن تبرم عقد B.O.O.T عن طريق أساليب لا تكفل تحقيق المنافسة والعلانية مثل الاتفاق المباشر.

ثم يقوم المتنافسون المقبولون بإعداد عروضهم⁽²⁾، بعد ذلك تقوم الإدارة بالمقارنة بين العروض استناداً إلى عدة معايير، كالمعيار المالي وخبرة الشركة

(1) ومن هذه القوانين: القانون رقم /100/ لعام 1996 المتعلق بتعديل بعض أحكام القانون رقم 12/ لعام 1976 المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر.

(2) تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها بتشكيل ما يعرف باتفاقية اتحاد الشراكة Consortium التي تتألف غالباً من المستثمر الرئيسي ومقاول التشييد والموردين ومشغلي المشروع، ولذلك لتقديم عرض واحد مشترك.

- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 831.

- ود. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 70.

ومدى الإسهام في نقل التكنولوجيا واستخدام العمالة الوطنية⁽¹⁾، ويمكن للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العرض الأفضل، ثم يتم الإرساء، وإخطار صاحب العرض الذي تم الإرساء عليه.

وفي سورية، حدد المشرع السوري في المادة /17/ من قانون التشاركية رقم /5/ لسنة 2016م، الإجراءات والأساليب الواجب اتباعها في كيفية اختيار المتعاقد عند إبرام عقد من عقود التشاركية بين القطاع العام والقطاع الخاص بما فيها التزام المرفق العام، ولكن المشرع راعى عند تحديده لأساليب الإبرام مبدأ الاعتبار الشخصي للإدارة في اختيارها للمتعاقد معها، وسمح للإدارة بإبرام العقود بموجب إجراءات غير تنافسية في حالات معينة حددتها المادة /33/ من القانون المذكور⁽²⁾.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 71.

(2) نصت المادة /33/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م بأنه: «يحق للجهة العامة المتعاقدة وبعد الحصول على موافقة المجلس اللجوء إلى إجراءات تعاقدية غير تنافسية لا تنطبق عليها أحكام المواد من /19/ إلى /32/ من هذا القانون في الحالات الآتية:

أ. في حال كانت طبيعة المشروع تقتضي ذلك أو كانت هناك حاجة ماسة لضمان استمرارية الخدمات بالشكل الذي تبدو معه الإجراءات التعاقدية الموصوفة في المواد /19/ إلى /32/ من هذا القانون إجراءات غير عملية، على أن تكون الظروف التي دفعت إلى هذه الحاجة الماسة غير منظورة أو متوقعة مسبقاً من الجهة العامة المتعاقدة، وغير ناجمة عن إهمال أو تقصير أو في حال لم تؤدي إجراءات العرض إلى التعاقد.

ب. عندما يتضمن المشروع نواحي متعلقة بالسلامة العامة.

ج. في حال تم الإعلان عن طلب استدراج عروض، ولم يرد إلى التأهل الأولي أكثر من عارض واحد.

د. في الحالات الأخرى التي يجد فيها المجلس أموراً تجيز الاستثناء من أحكام المواد /19/ إلى /32/ من هذا القانون».

وأعتقد أن المشرع السوري أخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي للإدارة في اختيارها للمتعاقد معها، والحرص الشديد على توافر عناصر الكفاية والقدرة المالية والخبرة الفنية وحسن السمعة ضمن إطار من المنافسة والعلنية، حين حددت المادة /18/ من القانون رقم /5/ لسنة 2016م مراحل طلب العروض وهي التأهل الأولي والعرض والتعاقد.

وإن غاية التأهل الأولي تهدف إلى تحديد العارضين المؤهلين لتقديم العروض وتعلن الجهة العامة المتعاقدة عن إجراءات التأهل الأولي وفق ما نصت عليه المادة /19/ من القانون رقم /5/ الأنف الذكر.

ونصت المادة /20/ على معايير التأهل الأولي والتي نصت على أنه: «أ- ينبغي على العارضين لكي يتأهلوا إلى مرحلة تقديم العروض، اجتياز المعايير التي تضعها الجهة العامة المتعاقدة وفقاً لما هو مذكور في وثائق التأهل الأولي، على أن تتضمن هذه المعايير حداً أدنى كما يأتي:

1. المؤهلات المهنية والفنية، والموارد البشرية، والمعدات والتجهيزات والمنشآت والمباني اللازمة لتنفيذ جميع الخدمات التي تتطلبها مراحل تنفيذ المشروع.

2. الشريك الاستراتيجي وتقنياته وخبراته في مشاريع مماثلة من الناحية التقنية.

3. الملاءة المالية للوفاء بالمتطلبات المالية للمشروع.

4. القدرات التمويلية لتنفيذ المشروع.

5. القدرات الإدارية والتنظيمية الملائمة والخبرة، بما في ذلك الخبرة في تنفيذ مشاريع بنية تحتية وخدمات مماثلة.

6. التقنية التي سوف تتم حيازتها من قبل الجهة العامة المتعاقدة.

7. تقديم بيان بالمشاريع التي سبق للعارض إنجازها».

ونصت الفقرة /ج/ من المادة /20/ على أنه: «يتأهل العارضون للمشاركة في مرحلة تقديم العروض عندما: 1- لا يكون العارض محكوماً بشهر الإفلاس أو بالتصفية أو الحراسة القضائية أو بإنهاء نشاطه التجاري، أو بأي إجراء قانوني يقضي إلى زوال الشخصية الاعتبارية عنه. - 2- لا يكون العارض قد سبق وتقدم بوثائق غير صحيحة».

ونصت المادة /22/ على أنه: «تضع الجهة العامة المتعاقدة الدرجات المحددة لكل معيار من معايير التأهل الأولي المشار إليها في الفقرة /أ/ من المادة /20/ من هذا القانون، وتتخذ الجهة العامة المتعاقدة قرارها حول أهلية العارضين الذين تقدموا بطلبات التأهل الأولي بالاعتماد على درجات المعايير التي وضعتها، وتعلن الجهة العامة المتعاقدة في مركزها الرئيس قرارها المتضمن نتائج التأهل الأولي، وتدعو الجهة العامة المتعاقدة العارضين الذين اجتازوا مرحلة التأهل الأولي لتقديم عروضهم».

كما أخذ المشرع السوري بتقنية طلب العروض التي يتم الإرساء فيها على عدد غير محصور من المعايير، بالإضافة إلى تقنية التعاقد بالتفاوض والتي تركز على التفاوض بين الإدارة مع كل عارض من العارضين، ثم تقوم الجهة العامة بعد تقييم ومقارنة العروض بدعوة العارض الذي حقق أعلى الدرجات إلى المفاوضات

النهائية المتعلقة بصياغة العقد وتوقيعه والمباشرة في تنفيذه. حيث نصت المادة 23/ فقرة أ/ من قانون التشاركية رقم 5/ لسنة 2016 على أنه: «يجري تقديم العروض من قبل العارضين المؤهلين حصراً»، ونصت الفقرة ب/ بأنه: «الجهة العامة المتعاقدة أن تعقد اجتماعات وجلسات حوار مع كل عارض بهدف الإجابة عن أسئلة العارضين المتعلقة بدفتر الشروط الأولي والوثائق المرتبطة به...».

ونصت المادة 28/ على أن: «تقوم الجهة العامة المتعاقدة بمشاركة المكتب بتقييم ومقارنة العروض وفقاً لمعايير التقييم والتثقيل الممنوح لكل من هذه المعايير...».

ونصت المادة 31/ على أنه: «أ- تقوم الجهة العامة المتعاقدة بمساعدة من مكتب التشاركية بعد تقييم ومقارنة العروض بدعوة العارض الذي حقق أعلى الدرجات الممكنة إلى المفاوضات النهائية المتعلقة بصياغة العقد وتوقيعه والمباشرة في تنفيذه».

وقد أخذ المشرع السوري بتقنية التفاوض غير التنافسية، وتقوم الإدارة بالاتفاق المباشر مع شركة المشروع حين ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي، وذلك في حالات محددة نصت عليها المادة 33/ المذكورة آنفاً.

ونصت المادة 34/ على أنه: «عندما يتم التفاوض حول إبرام عقد تشاركية غير تنافسي دون اللجوء إلى إجراءات التعاقد التنافسية، تقوم الجهة العامة المتعاقدة بما يلي:

أ. باستثناء العقود التي يتم التفاوض حولها بموجب أحكام الفقرة أ/ من المادة 33/ من هذا القانون تعلن الجهة العامة المتعاقدة بدعوة عامة عن نيتها

بإقامة وتنفيذ مشروع تشاركية بإجراءات غير تنافسية تحدد فيها ماهية المشروع وموعد تقديم الطلبات وتاريخ بدء المفاوضات بشأنه.

ب. بعد وصول الطلبات من الشركاء الاستراتيجيين أو ائتلاف من الشركاء يضم شريكاً استراتيجياً تبدأ الجهة العامة المتعاقدة المفاوضات مع كل واحد منهم بخصوص إبرام عقود التشاركية.

ج. تقوم الجهة العامة المتعاقدة باعداد معايير التقييم الذي سيتم وفقاً لها، تقييم النتائج التي توصلت إليها المفاوضات مع الشريك الخاص وإبرام عقد التشاركية مع أفضلها بعد موافقة المجلس».

ونصت المادة /73/ على أنه: «لا يجوز التنازل عن حقوق والتزامات الشريك الخاص بموجب أحكام وشروط العقد إلى أي طرف ثالث دون موافقة الجهة العامة المتعاقدة».

ومن ثَمَّ نجد أن المشرع السوري قد حدد أساليب اختيار المتعاقد وإجراءاته مع الإدارة في عقود التشاركية، والتي تتم بعد علانية كاملة ومنافسة مسبقة، ومن ثَمَّ حقق التوفيق بين مقتضيات الشفافية وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند اختيارها لمتعاقدها في عقود التشاركية بناءً على ما يقتضيه مبدأ الاعتبار الشخصي.

وبعد الانتهاء من دراسة إبرام عقد B.O.O.T والإجراءات السابقة على إبرام العقد، وكيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة، وبينا أساليب الإبرام غير قابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T وهي المناقصة، وأن الأساليب القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T هي طلب العروض وتقنية التعاقد بالتفاوض، سننتقل إلى الفصل الثاني

لدراسة الآثار التي تترتب على تنفيذ عقد B.O.O.T وبيان حقوق والتزامات كل من طرفي عقد B.O.O.T وهما: الإدارة وشركة المشروع، ثم سيتم البحث في الحالات التي ينتهي بها عقد B.O.O.T بالشكل الطبيعي أو غير الطبيعي.

الفصل الثاني

آثار تنفيذ عقد B.O.O.T ونهايته

يرتب عقد B.O.O.T آثاره عندما تقوم الدولة أو إحدى هيئاتها العامة بإبرامه، ونظراً إلى خصوصية هذا العقد الذي يستهدف تحقيق التنمية الاقتصادية، فإن تنفيذه يتطلب وسائل ضخمة واستعمال تكنولوجيا عالية وسط محيط قانوني ملائم، لذلك فإن تنفيذه لا يتأتى إلا من خلال تضافر الجهود بترتيب آثار قانونية على كلٍّ من السلطة المتعاقدة وشركة المشروع، التي تنعكس في الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتقهما.

وتتمتع الإدارة بسلطات تمكنها من ممارسة اختصاصها في الإشراف والرقابة على المرفق العام، وتوقيع جزاءات بحق المتعاقد الخاص المخالف لشروط العقد، وفي المقابل يتمتع المتعاقد الخاص بمجموعة من الحقوق تساعده على تحقيق الغايات التي ابتغاها من عملية التعاقد، كتقاضي المقابل المالي من المنفعين من خدمات المرفق، والحق في بعض الامتيازات، وبالمقابل يلتزم بتنفيذ مجموعة التزامات ضرورية لحسن سير المرفق العام، وإن الإدارة المتعاقدة، وإن كانت تملك منح المفوض إليه بعض امتيازات السلطة العامة، فإنها لا تملك أن تتنازل عن اختصاصها في تنظيم المرفق موضوع العقد؛ لأنه لا يجوز التخلي عن السلطة التنظيمية إلى شخص آخر.

وينتهي عقد B.O.O.T كما ينتهي أي عقد إداري آخر، والأصل أن ينتهي العقد نهايةً طبيعيةً بإنهاء مدة الالتزام، إلا أنه قد ينتهي بشكل غير طبيعي، وذلك دون تنفيذ الالتزام موضوعه.

لذلك سنوزع الدراسة إلى مبحثين:

- المبحث الأول: آثار تنفيذ عقد B.O.O.T.

- المبحث الثاني: نهاية عقد B.O.O.T.

المبحث الأول

آثار تنفيذ عقد B.O.O.T

يُعدُّ عقد B.O.O.T من العقود الملزمة للجانبين، وتنتج عنه حقوق والتزامات متقابلة في ذمة كلٍّ من طرفيه، فحقوق السلطة المتعاقدة والتزاماتها، تقابلها حقوق شركة المشروع والتزاماتها، وتنبثق الالتزامات الرئيسة في عقد B.O.O.T من القاعدة التي تقضي أنَّ العقدَ شريعة المتعاقدين، مع ضرورة تزويد جهة الإدارة- كونها سلطة عامة- ببعض السلطات لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد لتحقيق المصلحة العامة.

وحيث إن عقد B.O.O.T هو عقد إداري، فإنَّه من هذا المنطلق يرتب حقوقاً والتزاماتٍ متقابلةً في ذمة كلٍّ من طرفي المتعاقدين شأنه في ذلك شأن سائر العقود.

لكن عقد B.O.O.T في الوقت نفسه ليس كأَيِّ عقدٍ، فهناك التزاماتٌ خاصةٌ على عاتق كلٍّ من الإدارة وشركة المشروع، ولذلك سنقسم الدراسة إلى مطلبين:

- المطلب الأول: حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها.

- المطلب الثاني: حقوق شركة المشروع والتزاماتها.

المطلب الأول

حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها

تقضي النظرية التقليدية للعقود الإدارية بمجموعة من الحقوق والسلطات للإدارة المتعاقدة، فالإدارة في ظل النظرية التقليدية هذه تملك حقَّ الرقابة والإشراف على المتعاقد في أثناء تنفيذ التزاماته، كما تملك حقَّ تعديل التزامات المتعاقد بالنقص والزيادة، وحقَّ فرض الجزاءات الإدارية المختلفة على المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته.

وفي المقابل فإنه تترتب على الإدارة المتعاقدة مجموعة من الالتزامات تجاه شركة المشروع المتعاقدة، وهي التزامات عامة والتزامات خاصة بعقد B.O.O.T.

ومن ثَمَّ سنقسم الدراسة إلى فرعين:

- الفرع الأول: حقوق الإدارة المتعاقدة.
- الفرع الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة.

الفرع الأول

حقوق الإدارة المتعاقدة

إن اتصال العقد الإداري عموماً وعقد B.O.O.T بشكل خاص وارتباطه بالمرفق العام يترتب للإدارة المتعاقدة مجموعة من الحقوق في مواجهة المتعاقد، وهي حقوق أصيلة تتمتع بها الإدارة المتعاقدة دونما حاجة إلى النص عليها في العقد، كما إنه لا يجوز للإدارة التنازل عنها أو الاتفاق على خلافها، لارتباط هذه الحقوق بالصالح العام، وهذه الحقوق لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، لأن

مصالح الطرفين المتعاقدين في العقود المدنية متساوية، لذلك فهي تخضع إلى قاعدة «العقد شريعة المتعاقدين» وهو أمر لا يمكن تطبيقه بالطريقة نفسها على العقود الإدارية نظراً إلى ارتباطها بالمرفق العام، وما ينجم عن ذلك من وجوب حماية المصلحة العامة التي يتعين تقديمها على المصلحة الخاصة عند التعارض معها، وهذا هو موقف النظرية التقليدية للعقود الإدارية.

وفي الوقت نفسه، فإنه من المبادئ المسلّم بها أن العقود يجب تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود جميعاً سواء المدنية أو الإدارية.⁽¹⁾

وتتلخص هذه الحقوق بحق الرقابة على التنفيذ وحق تعديل العقد وحق توقيع الجزاءات الإدارية المختلفة على المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته.

أولاً - حق الرقابة والتوجيه:

تتمتع الإدارة بسلطة الرقابة في كل مراحل المشروع، والهدف من ذلك هو توجيه المشروع لتحقيق الأهداف التنموية والمصلحة العامة.

ويكتسب حق الرقابة في عقد B.O.O.T أهمية خاصة بالنظر إلى طول مدة التشغيل والاستغلال التي قد تصل إلى /99/ عاماً، وإن التزام شركة المشروع بتحويل المشروع إلى الإدارة العامة المتعاقدة بحالة جيدة، عند انتهاء مدة العقد، لا

(1) نصت المادة /149/ من القانون المدني السوري على أنه: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

يمكن أن يتحقق إلا إذا تم التسليم بحق الجهة الإدارية المتعاقدة في الرقابة والإشراف والتوجيه على المشروع⁽¹⁾.

وهنا تتجلى أهمية إعداد كوادِر إدارية على مستوى عالٍ من الدراية بالشؤون الفنية والإدارية والتقنية لمراقبة حسن تطبيق شركة المشروع لبنود العقد المبرم مع الإدارة.

ولا يقتصر حق الرقابة والإشراف على مجرد التحقق من أن شركة المشروع تبأشر في تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، وإنما يتعدى ذلك إلى تدخل الإدارة في أوضاع تنفيذ العقد.

وللرقابة صورتان:

- الصورة الأولى: الرقابة الضيقة (رقابة إشراف)، حيث إن الإدارة تراقب شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد، وتمارس الإدارة هذا الحق عن طريق إيفاد مهندسها لزيارة موقع العمل والتأكد من سيره وفقاً لشروط العقد⁽²⁾.

- الصورة الثانية: الرقابة الواسعة (حق التوجيه)، ويقصد بها تدخل الإدارة في التنفيذ، كأن تصدر تعليمات للمتعاقد لاتباع طريق معين في التنفيذ وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة، أو أن تطالبه بتغيير الطريقة المتبعة من قبله في ذلك أو الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين.

(1) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 169.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005، ص 344.

وسلطة الإدارة في الرقابة لها حدود يتعين الوقوف عندها، فهي ليست سلطة مطلقة، وإنما محدودة بقيود يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد معها⁽¹⁾.

وللرقابة في عقد B.O.O.T ثلاثة أنواع وهي الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية.

1. الرقابة الفنية: ويقصد بها قيام الإدارة بالتأكد من أن استغلال المرفق وتسييره يتم وفق الشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو دفتر الشروط الملحق به، وتمارس الإدارة ذلك من خلال تعيين مندوبين عنها يكون لهم الحق في الدخول إلى المرفق والاطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسومات ومتابعة الجوانب الفنية لعملية التنفيذ، وتشمل أيضاً رقابة أعمال الصيانة والتجديد كون شركة المشروع ملتزمة بإعادة المشروع للإدارة المتعاقدة وتسليمه بحالة جيدة وصالح للاستعمال.

وتتضمن دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الالتزام في فرنسا تنظيم سلطات الإدارة وحدودها وأهدافها في مجال الرقابة الفنية⁽²⁾.

(1) د. أوس جمال مخيير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص349.

- وقد تضمنت بعض القوانين واللوائح في نصوصها صراحة حق الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ عقود الالتزام، ومن ثَمَّ فإن هذه الرقابة تتعلق بالنظام العام، وهذا ما نصت عليه المادة 40/ من قانون "سابان" في فرنسا والمادة 7/ من القانون 129/ لسنة 1947م في مصر، والمادة 60/ من قانون التشاركية رقم 5/ لسنة 2016م في سورية.

(2) د. إبراهيم الشهاوي، عقد إمتياز المرفق العام B.O.T، المرجع السابق، ص245.

وفي مصر تضمنت العقود التي أبرمت بنظام B.O.O.T العديد من النصوص التي تؤكد حق الجهة الإدارية في مباشرة الرقابة الفنية.

فقد نصت المادة /4-9/ من العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة "انترجن سيدي كرير" وفق نظام B.O.O.T في مصر على أنه: «يكون للهيئة الحق في مراقبة سير إنشاء المجمع، واختباره، وتجهيزه، طبقاً للمادة التاسعة من هذه الاتفاقية وتشغيله، وذلك بشكل دوري ومتكرر، وبناءً على إخطار مسبق مناسب للشركة، وعلى الشركة تنفيذ كافة طلبات الهيئة، والمساعدة في الترتيب لأي زيارات مراقبة للمجمع».

2. الرقابة الإدارية: وتعني اشتراك الجهة الإدارية في إدارة المشروع موضوع عقد B.O.O.T ويتم ذلك بطريقتين: إما أن تُعين مندوباً يحضر اجتماعات مجالس الإدارة ويكون له حق التصويت أو حق الاعتراض، وإما أن تقوم بتعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة، ويتضمن عقد B.O.O.T عادة الطريقة التي تتم بموجبها الرقابة الإدارية.

3. الرقابة المالية: وتعني حق جهة الإدارة المتعاقدة في التفتيش على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق محل الالتزام، فالمتعاقدة مع الإدارة في نطاق عقد B.O.O.T، يلتزم بإمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقاً للقواعد الحسابية المتعارف عليها والمعمول بها.

وقد تكون الرقابة المالية رقابة سابقة، حيث تقوم الإدارة المتعاقدة بمراجعة الميزانية التي يقدمها الملتزم والعقود التي يبرمها مع الغير، وقد تكون هذه الرقابة

لاحقة، حيث تقوم الإدارة فيها بالاطلاع على الحسابات والمستندات⁽¹⁾، ويتضمن العقد المبرم بنظام B.O.O.T عادة حق الإدارة في إجراء الرقابة المالية⁽²⁾.

ثانياً - حق التعديل:

أقر الفقه والقضاء الإداريان في فرنسا ومصر وسورية على أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية هو مبدأ مُسلّم به ولو لم يُنصّ عليه في العقد، وإذا نصّ عليه، فإن ذلك يُعد كاشفاً لحق الإدارة في التعديل وليس منشئاً له، لأن هذا الشرط هو من الشروط غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية⁽³⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص368. ود. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995، ص172.

(2) إن حق الرقابة بجميع أنواعها في عقد B.O.O.T يتعين أن تستخدم في إطار نصوص العقد وشروطه ذلك أن حق الإدارة في الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده، أما خارج شروط العقد فإنه من غير الجائز أن تتحول الإدارة بحجته إلى سلطة وصائية على المشروع، فالملتزم هو الذي يتولى مستقلاً إدارة وتسيير المرفق العام موضوع عقد B.O.O.T.

-د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص230.

(3) -راجع:

-Vedel. M, Cours de droit administratif, Paris, 1953, p. 1130.

-Waline. M, Traité élémentaire de droit administratif, Sirey, Paris, 1950, p.560.

وقد حرص المشرع المصري على النص صراحة على حق التعديل الانفرادي للعقد الإداري في القوانين التي نظمت المناقصات⁽¹⁾، كما نص على ذلك القانون 129/ لسنة 1947⁽²⁾.

وذهب المشرع السوري على غرار نظيره المصري إلى النص صراحةً على حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد في مختلف القوانين التي نظمت العقود الإدارية في سورية⁽³⁾.

وإن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، ومنها عقد B.O.O.T بشكل خاص لا يستمد من نصوص العقد بل من النظام العام، ومناطه احتياجات المرفق العام وجمهور المنتفعين. ومن ثَمَّ فإن حق الإدارة في تعديل عقد B.O.O.T هو حقٌ أصيلٌ لها مقرر دونما حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة المتعاقد،

(1) ومن ذلك ما نصت عليه المادة /78/ من قانون المناقصات رقم /89/ لسنة 1998، بأنه: يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، من دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك.

(2) نصت المادة /5/ من القانون 129/ لسنة 1947 على أنه: «لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به».

(3) نصت المادة /62/ من القانون /51/ لسنة 2004 على أنه: «يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد وذلك دون الحاجة إلى عقد

جديد...»

وإن النص على هذا الحق لا يعد منشأً له بل كاشفاً له، ولا تعدو الغاية من النص عليه سوى تنظيم ذلك الحق وبيان أوضاعه وحالاته، ويقابل ذلك حق المتعاقد معها في الحصول على التعويض المناسب، وألا يتجاوز التعديل حدوداً معينة⁽¹⁾.

ثالثاً - حق توقيع الجزاءات الإدارية:

يجد هذا الحق مصدره في امتيازات السلطة العامة، التي تخول الإدارة مانحةً الالتزام توقيع جزاءات على المتعاقد معها لامتناعه أو إهماله في أداء التزاماته، ويهدف مبدأ فرض الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية بشكل عام إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته بشكل سليم، الأمر الذي من شأنه ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد، وهذه الجزاءات ذات نظام قانوني مختلف عن تلك الجزاءات الواردة في العقود المدنية؛ لأن الإدارة توقعها بنفسها من دون اللجوء إلى القضاء وإن لم ينص عليها صراحة في العقد، مع ضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، وخضوع هذه الجزاءات إلى الرقابة القضائية⁽²⁾.

وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة فرض الجزاءات العقدية منذ سنة 1929، وتتعدد صور الجزاءات الواقعة من قبل الإدارة على المتعاقد معها

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، المرجع السابق، ص308.

(2) د. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص17. ولمزيد من التفصيل انظر: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص334 وما بعد.

فهناك الجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة المؤقتة وجزاء إنهاء الرابطة العقدية⁽¹⁾.

1. الجزاءات المالية: وهي عبارة عن مبلغ نقدي يفرض بحق المتعاقد في حال التأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويسمى هذا المؤيد بالغرامة التأخيرية، وهو مبلغ منصوص عليه في العقد مسبقاً بنسبة مئوية عن كل يوم تأخير، ويتم فرضها من قبل الإدارة المتعاقدة وإن لم يصبها أي ضرر من دون اللجوء إلى القضاء، وهي تُحدد مقدماً في العقد وتلتزم بها الإدارة، فلا يمكنها زيادتها وتُحسب غرامات التأخير بالنسب والأوضاع المقررة قانوناً من القيمة الإجمالية للعقد.

ففي مصر كان قانون المناقصات رقم /89/ لسنة 1998م يُحدد هذه النسب في المادة /23/ بحيث لا يتجاوز مجموع الغرامة 3% من قيمة العقد بالنسبة لشراء المنقولات و 10% بالنسبة لمقاولات الأعمال والنقل.

أما قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم /182/ لعام 2018 فقد نصت المادة /48/ منه على أنه: «في حال عدم التنفيذ، بسبب راجع للمتعاقد، يُحصل مقابل للتأخير في بداية المهلة، دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر وفقاً للآتي:

1. في مقاولات الأعمال بما لا يتجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (10%) من قيمة العقد، إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية للعملية، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (15%) إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك.

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق،

2. في باقي العقود بما لا يجاوز مجموع مقابل التأخير نسبة (3%) من قيمة العقد، إذا لم تتجاوز مدة التأخير نسبة (10%) من المدة الكلية للعقد، ويزيد مقابل التأخير إلى نسبة (5%) إذا تجاوزت مدة التأخير ذلك». وفي حال عدم النص على غرامات التأخير في العقد، توقع على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته غرامة التأخير المنصوص عليها في القانون وذلك طبقاً للأسس والنسب المحددة⁽¹⁾.

وفي سورية، حدد قانون العقود الموحد رقم /51/ لسنة 2004م في المادة /50/ منه بالأقل ثل الغرامة اليومية عن واحد بالألف من القيمة الإجمالية ولا يزيد مجموع الغرامات للتعهد الواحد عن 20% من القيمة الإجمالية لهذا التعهد. ويُفرض الغرامة آلياً من دون حاجة إلى إنذار المتعاقد؛ لأن هذه الغرامة منصوص عليها في العقد، بالإضافة إلى عدم الجدوى من الإنذار، كون المتعاقد ملزماً بدفع هذه الغرامة بمجرد التأخير وسواء حصل ضرر للإدارة أو لم يحصل⁽²⁾.

(1) المادة /23/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998.

(2) وهذا ما قرره المادة /23/ من القانون المصري رقم /89/ لعام 1998.

- وهذا ما سار عليه المشرع السوري في المادة /57/ من قانون العقود الموحد رقم /51/ لسنة 2004.

- وفي فرنسا فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تُعذر متعاقدها بالغرامة قبل أن توقعها عليه، إلا أن هناك بعض الحالات لا يجب فيها إنذار المتعاقد أوردها مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة نفط الجنوب Propetrol تاريخ 1982/11/5، مشار إليه عند د. أوس جمال مخيبر، عقود تقويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص378.

-راجع:

-Laubadère. A, Delvolvé, P, Modrne, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1989, T1, p.115.

2. الجزاءات الضاغطة: هذه الجزاءات لا تنهي الرابطة العقدية، وتهدف إلى الحصول على تنفيذ العقد باتباع وسائل الإكراه بغية إرغام المتعاقد على تنفيذ الالتزامات العقدية، وتتصف هذه العقوبات بالوقتية، وتسمح للإدارة أن تحل بنفسها أو أن تضع غيرها محل المتعاقد الناكل للاستمرار في تنفيذ العقد على نفقته ومسؤوليته ريثما يتم تسوية الأمر الناشئ عن التقصير، كوضع المشروع تحت الحراسة في عقود التزام المرافق العامة.

ومن خلال ما سبق نستطيع التأكيد أن هذه العقوبة تتميز بنقطتين رئيسيتين:

أ. الصفة المؤقتة لهذه العقوبة، يعني أنها لا تضع نهاية للرابطة العقدية، بل يستمر العمل بالعقد من قبل الإدارة نفسها، أو من تختاره على حساب المتعاقد الأصلي ونفقته.

ب. إن طبيعة هذه العقوبات تمتاز بالقسوة، وهي تُفرض في حال ارتكاب الخطأ الجسيم من قبل المتعاقد، وأن تكون الإدارة قد أعذرت المتعاقد قبل توقيع الجزاء⁽¹⁾.

3. جزاء الإسقاط أو الفسخ: يعد حق الفسخ من الحقوق التقليدية التي تملكها جهة الإدارة في عقودها الإدارية عامة، وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى استخدام مصطلح "إسقاط الالتزام" بدلاً من فسخ العقد، وخص به عقد التزام المرافق

(1) علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017، ص 99.

العامة من دون سائر العقود الإدارية الأخرى، ولكنه في الوقت نفسه أحاط هذا الحق بعدد من القيود نظراً إلى خصوصية عقد الالتزام⁽¹⁾.

وتتضمن عقود الالتزام عادة شروطاً مفصلة تبين الحالات التي يحق للإدارة فيها فسخ العقد كجزاء، ولا شك أن في ذلك فائدة كبرى، كما إن ذلك لا يثير في هذه الحالة مشكلات قانونية؛ لأننا نكون أمام تنفيذ نص عقدي، ولكن من المسلم به في ضوء النظرية التقليدية أن حق الإدارة في توقيع جزاء فسخ العقد معترف به، ولو لم يتم النص عليه في العقد استناداً إلى سلطتها في تنظيم المرافق العامة المختلفة وتسييرها⁽²⁾.

ومن المفضل أن يكون في العقد نص ينظم هذه الحالة نظراً إلى أهمية محل عقد الالتزام والطبيعة المميزة له من طول المدة، وضخامة الكتلة النقدية من أجل إعداد المرفق، وتشغيله لأعداد كبيرة من العاملين.

وتتمتع الإدارة بالحق في توقيع الإسقاط وإن لم ينص عليه في العقد⁽³⁾، وهذا ما قرره المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها رقم /120/ في القضية رقم /133/ لسنة 1972م بقولها:

(1) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 257.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 522.

(3) يطلق اصطلاح الإسقاط في مجال عقود الالتزام والأشغال العامة وفي العقود طويلة المدة مثل مقاوله الأشغال العامة والعقود التي يكون موضوعها شغل المال العام لمدة طويلة، أما اصطلاح الفسخ فيطلق في مجال العقود الأخرى. د. أوس جمال مخيبر، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص 385.

«إن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل وتملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقد معها قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر».

ولكن الإدارة في فرنسا لا تستطيع أن توقع جزاء الإسقاط في حالة عدم وجود نص صريح في عقد الالتزام يعطيها الحق في ذلك، بل يجب عليها في هذه الحالة أن تطلب من القاضي توقيع هذا الجزاء على الملتزم المقصر⁽¹⁾.

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي حق جهة الإدارة في فسخ عقد الالتزام استناداً إلى فكرة الصالح العام وأنه من حق السلطة المانحة بموجب القواعد العامة المطبقة في مجال العقود الإدارية إنهاء عقد الالتزام قبل مواعده وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض⁽²⁾.

ونظراً إلى أن فسخ عقد الالتزام يتضمن خطورة بالغة بالنسبة إلى الملتزم الذي يتكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل إعداد المرفق وتجهيزه لتقديم الخدمات المنوطة به، فقد أحاط مجلس الدولة الفرنسي حق إسقاط هذا العقد بقيود شديدة تتلخص بأن يكون الخطأ المرتكب من الملتزم بالغاً جسيماً، أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم، أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء

(1) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص213.

-راجع:

-Blondeau, concession de service public, these Grenoble, 1992, p.228.

(2) د. محمد أديب الحسين، المرجع السابق، ص444.

الخدمات المطلوبة، أو عدم وفاء الملتزم بالتزاماته المالية تجاه الإدارة، ووجوب إعدار المتعاقد قبل فرض جزاء الفسخ، سواء ورد النص في العقد على حق الإسقاط أم لم يرد، وذلك ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة منه، أو يصرح المتعاقد بنفسه أنه غير قادر نهائياً على متابعة إدارة المرفق⁽¹⁾، وأن يصدر حكم من القاضي بالفسخ، فلا تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء بنفسها في عقود الالتزام من دون اللجوء إلى القضاء، وذلك ما لم يوجد نص عقدي يعفيها من ذلك⁽²⁾.

وأعتقد أنه بخصوص أحقية الإدارة بفسخ عقد B.O.O.T بإرادتها المنفردة، التفريق بين حالتين:

الأولى: حالة وجود نص في العقد، وهنا نكون أمام أعمال نص عقدي فيتعين تحقق شروطه.

أما الحالة الثانية: فهي غياب النص على ذلك في العقد، وهنا يجب أن يكون الخطأ جسيماً، وأن تقوم الإدارة المتعاقدة بإعدار المتعاقد قبل فرض جزاء الفسخ، وأن يصدر حكم من القاضي بالفسخ، وهذه الشروط تشكل ضماناً حقيقية للجهة الإدارية المتعاقدة في عقد B.O.O.T وتحيط جزاء إسقاط الالتزام بحماية مناسبة، وذلك حفاظاً على حقوق الجهة الإدارية وشركة المشروع معاً.

ومن حق الإدارة إسقاط الالتزام استناداً إلى فكرة الصالح العام مع مراعاة حق الملتزم في التعويض.

(1) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 258.

(2) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، المرجع السابق، ص 425.

الفرع الثاني

التزامات الإدارة المتعاقدة

يترتب على الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.O.T نوعان من الالتزامات:

أولهما: الالتزامات العامة الواجبة على الإدارة في جميع العقود الإدارية.

ثانيهما: الالتزامات الخاصة التي يربتها عقد B.O.O.T على الإدارة.

أولاً - الالتزامات العامة المترتبة على الإدارة المتعاقدة:

يرتب العقد الإداري التزامات على طرفيه شأنه شأن أي عقد آخر، ويجب على الإدارة المتعاقدة أن تقوم بالالتزامات العامة المترتبة عليها في جميع عقودها الإدارية، فيتعين على الإدارة احترام العقد بشكل عام، من احترام شروطه واحترام المدة العقدية، وكذلك تنفيذ التزاماتها المالية وإعادة التوازن المالي للعقد.

1. احترام العقد:

إن الإدارة لاتستطيع التحلل من العقد بعد إبرامه، ولا يمكنها استخدام سلطتها في تعديل العقد أو فسخه بشكل تقديري أو اعتباطي ومن دون مسوغ قانوني وإلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية.

ويكون التنفيذ السليم للعقد الإداري في مبدأ حسن النية عند الأطراف المتعاقدة، فيجب على الإدارة في عقود الالتزام ومنها عقد B.O.O.T تسهيل مهمة المتعاقد في عملية استثمار المرفق العام، ومن ثمَّ يجب على الإدارة عدم السماح للآخر بممارسة النشاطات المنافسة للملتزم.

وتقديم الإدارة للمتعاقد معها العون للحصول على الموافقات اللازمة، وتلتزم الجهة العامة بتمكين الملتزم من الوصول إلى موقع العمل، وتوصيل خدمات البنية التحتية حتى حدود موقع العمل ليتسنى له البدء بالعمل، بالإضافة إلى ذلك، يجب على الإدارة احترام المهل المحددة للتنفيذ في العقد الإداري، وتختلف درجة الالتزام بهذه المهل من عقد إلى آخر.⁽¹⁾

وفي حال غياب النص التعاقدي للمدة يؤكد القضاء الإداري الفرنسي على وجود مدة معقولة قائمة على مبدأ حسن النية للأطراف، بالإضافة إلى مضمون العقد بالأعمال المشابهة والتي يجب على الإدارة احترامها، وكل إهمال من قبلها يوجب المسؤولية.⁽²⁾

وتأسيساً على مبدأ حسن النية، فإن الإدارة لا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة أو يعرض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

2- تنفيذ الإدارة لالتزاماتها المالية:

يتجلى ذلك في عقد B.O.O.T في التعرفة، وهي مبلغ محدد يستوفى من المنتفعين بالخدمة التي يقدمها الملتزم بعد موافقة الإدارة.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 78 وما بعدها.

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1951/2/7، باريس، مجلة قرارات مجلس الدولة الفرنسي ص 76. مشار إليه لدى: د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 280.

والأتاوات ليست متساوية القيمة في جميع العقود، فهي تختلف من عقد لآخر تبعاً للأموال الموظفة والالتزامات المطلوب تنفيذها من شركة المشروع، ومن ثمّ كلما زادت هذه الأموال والالتزامات انعكست زيادة في قيمة الأتاوة الواجب تحصيلها من المنتفعين بخدمات المرفق.

وتتميز العقود التي يتم تقاضي المقابل المالي فيها على شكل أتاوة بالعلاقة المباشرة بين مقدم الخدمة والمنتفع من جهة، وبضرورة الاستفادة من الخدمة وقت دفع الإتاوة من جهة أخرى.⁽¹⁾

وإن معظم الفقهاء يعدون شرط التعريف شرطاً تنظيمياً؛ لأن التعريف تشكل عنصراً أساسياً من قواعد تنظيم المرفق العام، وتخضع لإرادة الإدارة، ومع ذلك يؤكد بعض الفقهاء أن التعريف تشكل شرطاً تعاقدياً.⁽²⁾

وأعتقد أن شرط التعريف شرطاً تنظيمياً، وإن جهة الإدارة بحسبانها سلطة عامة تنفرد بوضع شرط التعريف مما يمنحها قوة القانون، ومن ثمّ لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها زيادة أو نقصاناً، وكل اتفاق مخالف لها يُعد باطلاً، وقد أضفى القانون المدني السوري الصفة اللائحية على الشروط المتعلقة بالتعريف التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين من خدمات المرفق محل الالتزام، وأنه متى استوفت الأسعار الشرط الأساسي، وهو إقرار السلطة الإدارية لها، كان لها قوة القانون في جميع العقود التي يُبرمها مع عملاء المرفق الحاليين منهم واللاحقين، ولا يجوز

(1) عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة دمشق، 2013، ص 96 وما بعدها.

(2) د. أوس جمال مخبير، عقود تفويض المرفق العام، المرجع السابق، ص 254.

للمتعاقدين، الملتزم والمنتفع، أن يتفقا على سعر يُخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية، ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها (المادة /636/ من القانون المدني السوري).

وهذا موقف المشرع المصري أيضاً حين أضفى الطبيعة اللائحية على التعريفة بموجب القانون رقم /129/ لسنة 1947.

وقد نصت المادة /40/ من قانون سابان لسنة 1993م في فرنسا على وجوب أن يتضمن عقد تفويض المرافق العامة أحكاماً تُعنى بالرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين من خدمات المرفق.

وأعتقد أن اعتبار شرط التعريفة شرطاً تنظيمياً، يحقق فكرة التعادل بين المبلغ الذي يتم تحصيله والخدمة التي يتم تقديمها، ويتم تحديدها بموجب قواعد وضوابط معينة، وذلك لأن تعريف المرفق العام هي أحد عناصر تنظيمه وتسييره، وهذه العناصر من اختصاص السلطة المانحة ومن ثمَّ فإنَّ تحديد وتعديل التعريفة لا يُمكن أن يترك للحرية التقديرية للملتزم.

ولا يحق للملتزم منفرداً ولا بأي شكل من الأشكال تعديل التعريفة المنصوص عليها في العقد، إلا إذا نصَّ العقد على منحه هذا التعديل، ويمكن خلال تنفيذ العقد تعديل التعريفة بناءً على اتفاق الإدارة والمتعاقد على رفع التعريفة أو إنقاصها، إضافة إلى حق الإدارة في تعديل شرط التعريفة؛ لأنها هي المسؤول عن حسن سير المرفق العام.

وتجدر الإشارة إلى أن التعديلات التي تحصل بخصوص التعريفية تطبق فوراً على العقود مع المنتفعين على أساس احترام قاعدة مبدأ عدم الرجعية⁽¹⁾.

ويتجلى الالتزام المالي للإدارة في عقود الشراء العام بدفع الثمن أو السعر، ويتم تحديد السعر أو المقابل المالي في النصوص العقدية؛ لأن العقد يعد المصدر الأساسي لتحديد المقابل المالي، وتنص القاعدة العامة في استحقاق المقابل المالي، على أن يتم الدفع بعد أداء الخدمة، إلا أن هذه القاعدة لا تطبق في معرض تنفيذ عقود الأشغال العامة، كونها تحتاج إلى آجال زمنية طويلة ومبالغ مالية ضخمة، وبناء على ذلك تلجأ الإدارة إلى نظام الدفعات الجزئية لمساعدة متعاقداتها على إتمام العمل المكلف به، وهي تكون على شكل سلف أو دفعات مرحلية⁽²⁾.

أما السلف فإنها تُدفع للمتعاقد قبل البدء بتنفيذ التزاماته، بهدف توفير السيولة اللازمة له لشراء المواد والتجهيزات، وقد أجاز المشرع السوري للإدارة منح سلف ضمن شروط معينة⁽³⁾.

وكذلك سمح المشرع المصري بصرف السلف بعد موافقة السلطة المختصة، من دون أن يحدد المشرع مقداراً معيناً لهذه السلفة⁽⁴⁾.

أما المشرع الفرنسي فإنه فرق بين نوعين من السلف:

-
- (1) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 283 وما بعدها.
 - (2) د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 2000، ص 339.
 - (3) المادة /49/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم /51/ لعام 2004.
 - (4) المادة /69/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات المصري رقم /89/ لعام 1998.

- النوع الأول: إجباري يستحقه المتعاقد، وذلك متى زاد مبلغ العقد عن 50000/ يورو وزادت مدة التنفيذ عن شهرين.

- النوع الثاني: اختياري يُمنح بموافقة الجهة العامة، بغض النظر عن مبلغ العقد أو مدة التنفيذ⁽¹⁾.

أما الدفعات المرحلية يقصد بها المبالغ المدفوعة من أصل المقابل المالي كضمن لجزء الأعمال المنفذ من قبل المتعاقد، أي إن هذه المبالغ تُدفع للمتعاقد بشكل نهائي، ومن ثَمَّ لا بُدَّ من إجراء كشف على الأعمال المنفذة⁽²⁾.

وأخيراً التسوية النهائية وهي استحقاق المتعاقد لما تبقى من الثمن، كمقابل لتنفيذ ما تبقى من التزاماته العقدية.

وفيما يتعلق بعقد B.O.O.T فإنه يقع على الإدارة نفقات الإجراءات السابقة على التعاقد من إعداد دراسات الجدوى للمشروع المراد إنشاؤه وتأمين الأموال اللازمة لهذه الدراسات ودفع أجور الخبراء والمستشارين المحليين والأجانب، إضافة إلى دفع مصروفات إعداد ملف طلب العروض وتقديم الخدمات اللازمة لتمكين شركة المشروع من تنفيذ التزاماتها كإنشاء الطرق وتوصيل الكهرباء وغير تلك من أشكال المرافق المختلفة، وتسليمها موقع المشروع خالياً، ومنح شركة المشروع الحق في استخدام الأراضي وبعض الأصول القائمة والانتفاع بمواردها، وينص عقد

(1) المادة /87/ من تقنين عقود الشراء الفرنسي /975/ لعام 2006.

(2) المادة /35/ من المرسوم /450/ لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود

في سورية.

B.O.O.T على التزامات السلطة العامة وشركة المشروع فيما يتعلق بتكاليف اكتساب الأخيرة ملكية الأرض⁽¹⁾.

ويتعين على الإدارة خلال مرحلة إنشاء المشروع وطول مدة استغلاله أن تبقى على البنية الأساسية المصاحبة للمشروع في حالة جيدة، وفي بعض المشروعات تعمل الحكومة على ضمان توفير مواد البناء والمواد الخام اللازمة لإنشاء المشروع وتشغيله وصيانته وإمداد شركة المشروع بالوقود اللازم⁽²⁾.

كما إن الجهة الحكومية تضمن لشركة المشروع في بعض الحالات حداً أدنى من الأرباح عن طريق شراء حد معين من إنتاجها وفقاً لنظام Take or pay أو ما يسمى بنظام المشتري الأوحد، ويحدث ذلك بشكل خاص في مشروعات الطاقة الكهربائية، حيث تبرم الجهة الحكومية وشركة المشروع عقد شراء الطاقة.

وبموجب هذا الاتفاق تلتزم الإدارة المتعاقدة بدفع مبالغ ثابتة لفترة محددة مسبقاً إلى شركة المشروع لقاء قيمة محدودة من الطاقة الكهربائية المتولدة. وتحمل الإدارة المتعاقدة عادة مصروفات ونفقات نقل وتسليم المشروع إلى الجهة الإدارية عند انتهاء مدة العقد⁽³⁾.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 80 وما بعدها.

(2) -راجع:

-Abd el baki (s), Les project internationaux de contruction mené selon la Formale B. O.T, thèse, Paris, p.293.

(3) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 396.

3. التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للعقد:

يترتب على الإدارة الامتناع عن القيام بأي إجراءات بإرادتها المنفردة من شأنها التأثير على التوازن المالي للعقد، وأن تعمل على إعادة التوازن المالي للعقد إذا انقلبت اقتصادياته لأي سبب، وذلك بتعويض المتعاقد بما يعيد التوازن المالي لعقده في الحدود التي تقررها نظريات إعادة التوازن المالي⁽¹⁾.

وسنتناول مسألة التوازن المالي للعقد بتفصيل أكثر عند بحثنا في حقوق المتعاقد مع الإدارة.

ثانياً - التزامات الخاصة بعقد B.O.O.T:

إن جنسية المتعاقد الأجنبية قد تلعب دوراً في فرض شروط معينة تستهدف كف يد الدولة بمختلف سلطاتها عن المساس بالعقد.

لذلك فقد تنبه المستثمر الأجنبي إلى ضرورة إدراج شروط في العقد، تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء العقد أو تعديله بالإرادة المنفردة، أو إصدار تشريعات جديدة أو لوائح تسري على العقد، إضافة إلى شرط التحكيم وشرط خضوع العقد للقانون الخاص.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص388.

1. شرط الثبات التشريعي:⁽¹⁾

يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها في الأوضاع القانونية للعقد، ويرد هذا الشرط في بنود العقد، وينص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد هو قانون الدولة المتعاقدة بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد أي تعديلات لاحقة تطرأ عليها، ويهدف إلى تجميد دور الدولة، كسلطة تشريعية وطرف في العقد، من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، وتعهدا بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد، تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد وإلحاق الضرر بالمتعاقدين الأجانب⁽²⁾.

وتقسم شروط الثبات التشريعي استناداً إلى معايير شكلية أو معايير الغاية أو الوظيفة.

(1) ورد النص على شرط الثبات التشريعي لأول مرة في اتفاقية الامتياز المعقودة في سنة 1933م بين إيران وشركة النفط الأنجلو-إيرانية، إذ نصت على أن التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو من شروطه. د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006، ص165.

(2) د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجانب، المرجع السابق، ص324. ولمزيد من التفاصيل: د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 43/، ص68.

- فمن حيث مصدر الشرط هناك الشرط الاتفاقي⁽¹⁾، حيث يرد شرط الثبات التشريعي في العقد نفسه، وهناك الشرط التشريعي، حيث يرد شرط الثبات التشريعي في صورة نصوص تشريعية، تتعهد بموجبه الدولة بألا يطبق على العقد سوى القواعد السارية وقت إبرامه⁽²⁾.

- ومن ناحية مضمون هذه الشروط، فإنه يمكن تقسيمها إلى شروط عامة تهدف إلى عدم سريان التشريعات الجديدة كافةً على هذا العقد، وشروط خاصة تنص على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة، سواء كانت هذه التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو تشريعات مستقبلية.

- المعيار الوظيفي: استناداً إلى الغاية التي تؤديها شروط الثبات التشريعي يمكن تصنيفها إلى: شروط تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد، وقد تذهب هذه الشروط إلى إدماجه في العقد نفسه ليغدو في منزلة شرط فيه.

وشروط تهدف إلى عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون الواجب التطبيق على العقد، وتتخذ هذه الشروط عادة صورة تعهد صادر عن السلطة المتعاقدة مع

(1) ومن هذه الاتفاقيات عقد كهرباء سيدي كرير في مصر بنظام B.O.O.T حيث نص على شرط الثبات التشريعي في المادة 3/5.

(2) ومن أمثلة القوانين التي نصت على شرط الثبات التشريعي، قانون الاستثمار الجزائري لعام 2001 وقانون البترول الليبي رقم 25/ لعام 1955، وقانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم 68/ لعام 2003.

المستثمر الأجنبي بتحسينه ضد أي تغييرات تشريعية تطراً في المستقبل، والنص على عدم سريانها على العلاقات التعاقدية الناشئة بينهما⁽¹⁾.

ويقترن شرط الثبات التشريعي عادةً بشرط مكمل للحماية المطلوبة وهو شرط ثبات العقد أو ما يسمى عدم المساس بالعقد، وهو يعني تعهد الدولة المتعاقدة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام سلطتها الإدارية⁽²⁾.

فهذان الشرطان يعنيان أن الدولة لا تستطيع أن تعدل في الأوضاع القانونية للعقد بإرادتها المنفردة كونها سلطة تنفيذية، ولا بالطريق التشريعي على أساس أنها سلطة تشريعية.

وإن ما يدفع الشركات المتعاقدة إلى المطالبة بإدراج هذين الشرطين في العقد، هو الحفاظ على مكتسباتها الاستثمارية الناجمة عن العقد عبر الزمان⁽³⁾.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى عدّ شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد، ويحول دون إعمال أحكام القانون الجديد على العقد، ويتطلب هذا الرأي لتحقيقه أن تكون قواعد القانون الجديد متصلة بالنظام العام؛ أي أن تكون من القواعد الآمرة، أما القواعد المكملّة فهي لا تسري - كأصل عام - على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم، ومن المقرر أن

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 117 وما بعدها.

(2) د. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 335 وما بعدها.

(3) د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل، المرجع السابق، ص 131.

سلطان الإرادة ينحصر في جواز مخالفة القواعد القانونية المكملّة وحدها دون القواعد الآمرة⁽¹⁾.

ويذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القانون عند إدراجه والنص عليه في العقد نفسه، يغدو في منزلة شرط عقدي، يعبر عن إرادة الأطراف لا عن إرادة المشرع، ومن ثَمَّ التعديلات التي تطرأ على القانون لا تسري على العقد؛ لأن ذلك القانون قد فَقَدَ صَفَتَهُ تعبيراً عن إرادة المشرع نظراً إلى اندماج القانون في العقد، لكن هذا الرأي لا يمكنه أن يفسر عدم سريان أحكام القانون الجديد، إذا كان شرط الثبات التشريعي قد تم وضعه بتدخل من المشرع نفسه تشجيعاً للاستثمار⁽²⁾.

وأعتقد أن شرط الثبات التشريعي يعدّ استثناءً من الأصل العام، القائل بخضوع عقود المستثمر لقانون الدولة التي يجري فيها الاستثمار، وكذلك خضوعه إلى كل التعديلات التشريعية التي تطرأ على ذلك القانون خلال مدة نفاذ العقد، ولما كان هذا استثناء من الأصل العام، لذلك لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه، وشرط الثبات التشريعي يكتسب قوته القانونية من الأداة التي يصدر بموجبها عقد الاستثمار، فيتم التصديق على هذا العقد بمقتضى قانون تصدره السلطة التشريعية في الدولة المتعاقدة وهذا يعني أن الدولة تتعهد بموجب سلطتها العامة، بعدم تطبيق

(1) د. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 341.

(2) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 121 وما بعدها.

التعديلات المستقبلية التي تطرأ على قوانينها الوطنية على المستثمر، بقصد تحفيزه على الاستثمار.

ونؤيد ضمان حقوق المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة، سواء كان مستثمراً بنظام عقد B.O.O.T أو بموجب عقد آخر؛ لأن المستثمر سوف يقوم بنقل التكنولوجيا والأموال الضخمة، ولذلك لا بُدَّ أن يضمن استثماراته في الدولة التي يتعاقد معها. ولكننا نرى أنه ليس من الواجب أن يُمنح المستثمر ضمانات على حساب الصالح العام الاقتصادي للدولة، وخصوصاً أن الاستثمار وفق نظام B.O.O.T يكون لمدة طويلة، وإن الذي يملك حق إصدار القوانين وتحديد نطاق سريانها ليس أطراف العقد، وإنما المشرع، وإن خضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يُحمل على أنه احترام كامل لهذا القانون، وإن تعزيز شروط التعويض في عقد B.O.O.T والنص في اتفاقية المشروع على شروط بديلة لشروط الثبات التشريعي، كشروط إعادة التفاوض ومراجعة بنود العقد، عند حدوث تعديلات تشريعية وتغييرات غير متوقعة في الظروف، يمكن أن تشكل البدائل العملية لشروط الثبات المطلق للعقد.

وتجدر الإشارة إلى أن نصوص العقد النموذجي الذي أعدته جمعية القانون الدولي بشأن الاستثمارات سنتي 1970-1972م هجرت شروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد ولم تنص عليه⁽¹⁾.

(1) د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، المرجع السابق، ص460.

2. شرط التحكيم:

إن شركة المشروع تحرص على النص عند إبرام عقد B.O.O.T على أن يخضع للتحكيم، فضخامة هذا العقد وارتباط حزمة كبيرة من العقود الأخرى به وطول مدته تجعل من النظم القضائية التقليدية لحل المنازعات الناشئة عنه عوامل غير مشجعة على التعاقد، من وجهة نظر المستثمر والجهات المقرضة، إضافة إلى ضعف ثقة المستثمرين عامةً والأجانب خصوصاً، بحياد القضاء الوطني في مثل هذه المنازعات، ويحافظ التحكيم على سرية المعلومات التي تبرز في أثناء حل النزاع⁽¹⁾.

كل ذلك أدى إلى الاتجاه نحو التحكيم، حيث يختار المستثمر قاضيه والقانون الواجب التطبيق على النزاع، إضافة إلى ما يتسم به نظام التحكيم من البساطة والسرية والسرعة في الفصل.

والتحكيم في نطاق عقد B.O.O.T هو اتفاق طرفي العقد (الدولة وشركة المشروع) على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهما في معرض تنفيذ عقد B.O.O.T سواء كان ذلك عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة أو عن طريق أفراد عاديين، ويتم تحديد هيئة التحكيم بالاتفاق بين طرفي العقد، سواء كان ذلك لاحقاً لحصول النزاع أو عند بداية إبرام عقد B.O.O.T، ويتضح أن للتحكيم وجهين:

(1) د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود ال B.O.T، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008، ص54.

الوجه الأول: هو الطابع الاتفاقي للتحكيم.

والوجه الثاني: هو الطابع القضائي ويظهر ذلك من خلال الإلزام الذي يرد في قرار المحكم⁽¹⁾.

وفي فرنسا⁽²⁾ صدر القانون رقم /972/ تاريخ 19/8/1986 الذي رخص للدولة والمؤسسات العامة أن تضع في عقودها التي تبرمها مع شركات أجنبية للقيام بعمليات اقتصادية وطنية شرط التحكيم لينظم عند الضرورة المنازعات التي قد تحدث عند تنفيذ وتفسير هذه العقود⁽³⁾، كما صدر المرسوم في 17 يونيو لعام 2004 الذي أزال بعض الحظر أمام لجوء الأشخاص العامة للتحكيم، كما صدر قانون التحكيم الجديد في 13 يناير لعام 2011.

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق، ص171.

(2) كان الفقه والقضاء في فرنسا يعد شرط التحكيم في العقود الإدارية باطلاً بطلاً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويمتد البطلان إلى مشارطة التحكيم، ومن ثَمَّ فإن شرط التحكيم لا يحول دون التجاء الأطراف مباشرة إلى القضاء الإداري.

(3) -راجع:

-Haim. V, Le choix du juge dans Le contentieux administratif, A.J.D.A, 1992, p.316.

-Fouchard, L' arbitrage en droit administratif, 1990.

-Kaick. P, Tribunaux administratifs et cours administratifs, 1990, p. 197.

وفي تقرير مجلس الدولة الفرنسي لسنة 1993م أبدى تأييده للاتجاه الذي يعترف بمشروعية التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة وبخاصة منها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية⁽¹⁾.

وفي مصر صدر القانون رقم /9/ لسنة 1997 الذي عدل المادة /1/ من قانون التحكيم رقم /27/ لسنة 1994م ونص على أنه في منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة.

ونصت المادة /35/ من قانون الشراكة المصري رقم /67/ لسنة 2010م على أنه «يجوز بعد موافقة اللجنة العليا للاتفاق على تسوية المنازعات الناشئة عن عقد التشاركية بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية المنازعات غير القضائية، وذلك طبقاً لما يتفق عليه في عقد المشاركة».

وفي سورية نصت المادة /66/ من القانون /51/ لسنة 2004م المتضمن نظام العقود الموحد على جواز اللجوء إلى التحكيم في إطار منازعات العقود الإدارية، كما أباح اللجوء إلى التحكيم الدولي شريطة موافقة الوزير المختص، وقد صدر قانون التحكيم رقم /4/ لسنة 2008م الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية وقد نصت الفقرة /2/ من المادة /2/ منه على جواز التحكيم في منازعات

(1) -راجع:

-Patrik ios. A, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, Paris, 1997, p.28.

العقود الإدارية مع بقاءه خاضعاً لأحكام المادة /66/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004م.

ونصت المادة /78/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016م على أنه يحق لأطراف العقد اللجوء إلى التحكيم الداخلي والخارجي لحل الخلافات الناشئة عن عقد التشاركية، كما يجوز الاتفاق لاحقاً على التحكيم في حال خلو عقد التشاركية من شرط التحكيم.

وصدر قانون الاستثمار الجديد في سورية رقم /18/ لعام 2021 الذي أتاح فض النزاعات مع المستثمر عن طريق التحكيم.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون مجلس الدولة السوري رقم /32/ لسنة 2019م نص في المادة /71/ الفقرة /2/ على أنه مع مراعاة القانون /2/ لسنة 2005م والمرسوم التشريعي /84/ لسنة 2005م لا يجوز لأي من الوزارات أو الجهات العامة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي صلح أو تسوية بغير استفتاء الإدارة المختصة في مجلس الدولة وذلك في الحدود التي يقررها مجلس الوزراء.

وأعتقد أنه عند وضع شرط التحكيم في عقد B.O.O.T فإن الجهة العامة الرشيدة تقتضي إحاطة هذا الشرط بجميع الضوابط والضمانات اللازمة التي تكفل الحفاظ على حقوق الإدارة، فيجب التعرض بكل دقة وعناية إلى المسائل التفصيلية في شرط التحكيم، ومن ذلك شروط وضوابط اختيار المحكمين والقانون واجب التطبيق ومكان التحكيم وطرق الطعن في حكم المحكمين.

3. شرط خضوع العقد للقانون الخاص:

قد تشترط شركة المشروع على الدولة المضيفة أن يخضع العقد إلى القانون الخاص وهو في الغالب، القانون الذاتي للعقد، وإذا خلا عقد B.O.O.T من تحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه يصبح بلا قانون ومن ثم ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن العقد الذي يُبرم بين الدولة وأشخاص خاصة تابعة لدولة أخرى فالنظام القانوني الذي يحكمها هو من خلق إرادة الأطراف، وإن أساس ذلك هو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وإن الاتفاقات المبرمة على نحو صحيح تُعد في منزلة قانون للأطراف، وقبل أنصار هذا الرأي بفكرة جواز أن يشير العقد إلى قانون معين يُطبق عليه، وذلك على أساس أن هذا القانون ما هو إلا جزء من الشروط التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن شركة المشروع تسعى إلى تضمين عقد B.O.O.T شرطاً يقضي بخضوعه للقانون الخاص، بغية إعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وضمان استقرار العقد والتخلص من النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية. مثال ذلك ما نصت عليه المادة 4/18 من عقد توليد الطاقة الكهربائية المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة "انترجن سيدي كرير" بأن هذه الاتفاقية تعتبر تصرفات خاصة وتجارية.

ولا شك في أن إسباغ وصف (تصرفات خاصة وتجارية) يعبر عن رغبة المتعاقد الأجنبي في أن يكون العقد مدنياً يطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين السائدة في القانون المدني⁽²⁾.

(1) د. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 349 وما بعدها.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 557 وما بعدها.

ولما كانت الآجال الطويلة لعقود الاستثمار، ومنها عقد B.O.O.T هي السمة البارزة لها وضخامة الأعمال المطلوب القيام بها، والمتعلقة بمشروعات البنية التحتية، فمن الممكن أن تتعرض هذه العقود إلى تغير الظروف المحيطة بها، سواء الظروف السياسية أو الاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها، فيقوم المستثمر (شركة المشروع) بوضع شروط إعادة التفاوض، وهي تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغير الجوهرى للظروف التي تم التعاقد على أساسها، بالتفاوض مرة أخرى لخلق توازن تعاقدى جديد، ويهدف هذا الشرط إلى المحافظة على التوازن الاقتصادى للعقد، فهذا الشرط يحقق ميزتين هما: أنه يسمح للأطراف بالتفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة تغير الظروف، ويعطي العقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه⁽¹⁾.

وأعتقد أن شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية له دور فاعل في تحفيز المستثمر الأجنبي على الدخول في الاستثمارات في الدول المضيفة له، وخصوصاً في الدول النامية، التي تكون بحاجة ماسة إلى الأنماط العقدية الاستثمارية.

وبعد بيان حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة والتزاماتها في عقد B.O.O.T ننقل إلى بيان حقوق شركة المشروع والتزاماتها في المطلب الآتي:

(1) د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص 303 وما بعدها.

المطلب الثاني

حقوق شركة المشروع والتزاماتها

تتولى شركة المشروع في عقد B.O.O.T تمويل مشروع البنية التحتية وإنشائها وتقوم بإدارته وتشغيله طوال فترة العقد، كما تتولى قبل ذلك التفاوض مع الجهة الإدارية للوصول إلى عقد B.O.O.T ويرتب عقد B.O.O.T لشركة المشروع حقوقاً كما يترتب عليها التزامات.

ولذا سنخصص (الفرع الأول) لبحث حقوق شركة المشروع، ونخصص (الفرع الثاني) لبحث التزامات شركة المشروع.

الفرع الأول

حقوق شركة المشروع

تتمتع شركة المشروع عموماً بجميع الحقوق الناجمة عن مناخ الاستثمار السائد في الدولة، كما تستفيد من المزايا والضمانات والحوافز التي تقررها قوانين الاستثمار، ولكن أهم هذه الحقوق بالنسبة إلى شركة المشروع تتمثل في الحصول على المقابل المالي وهو الرسم، وكذلك حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد المبرم مع الإدارة.

أولاً - حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي للعقد:

يتخذ المقابل المالي في عقد B.O.O.T صورة الرسم الذي يدفعه جمهور المنتفعين وتقرضه شركة المشروع وفق ما هو متفق عليه مع الجهة الإدارية في

العقد، أما في العقود الإدارية الأخرى، فإن الجهة الإدارية هي التي تدفع للمتعاقد ثمن الخدمة أو العمل أو السلعة التي يقدمها إلى الإدارة⁽¹⁾.

ويرتبط المقابل المالي أساساً بتحمل شركة المشروع لمسؤولية بناء المرفق وتشبيده وتزويده بالمعدات والآلات كافة وصيانة المنشآت، وإدارة المرفق وتقديم الخدمة المطلوبة للجمهور، وهدف شركة المشروع من هذه الأعمال الضخمة هو استثمار رأس المال الموجود لديها⁽²⁾.

وعلى خلاف الثمن في العقود الإدارية، يُعد الرسم وفق النظرية التقليدية لعقد الالتزام من الشروط التنظيمية، لأن الرسم يشكل عنصراً أساسياً في قواعد تنظيم المرفق العام، ويمس جمهور المنتفعين بشكل مباشر، وأن الإدارة تستطيع تعديل الرسم حسبما تقتضيه مصلحة المرفق مع مراعاة مبدأ المساواة بين المنتفعين⁽³⁾.

وقد أضاف القانون السوري الصفة اللائحية على الشروط المتعلقة بالتعريف التي يتقاضاها الملتزم من خدمات المرفق محل الالتزام، فبيّن أنه متى استوفت الأسعار الشرط الأساسي وهو إقرار السلطة الإدارية لها، كان لها قوة القانون في جميع العقود التي يبرمها الملتزم مع عملاء المرفق، ولا يجوز للمتعاقدين، الملتزم

(1) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2003، ص190.

(2) ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص196.

(3) د. أوس جمال مخبير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص254.

والمنتفع، أن يتفقا على سعر يُخالف السعر الذي أقرته السلطة الإدارية⁽¹⁾. ومن ثَمَّ يمكن لجهة الإدارة أن تُعدل القوائم الخاصة بالأسعار بإرادتها المنفردة من دون حاجة إلى موافقة الملتزم، ولكن في المقابل يبقى للملتزم الحق في الحصول على التعويض المناسب إذا لحقه ضرر بسبب هذا التعديل.

وإن المشرع المصري في القانون رقم /129/ لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة قد أضفى الطبيعة اللائحية على التعريف في عقود امتياز المرافق العامة، إذ نصت المادة /5/ منه على حق مانح الالتزام متى اقتضت تلك المنفعة العامة، أن يُعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل.

وفي فرنسا نصت المادة /40/ من قانون "سابان" لسنة 1993 في إحدى فقراتها على وجوب أن يتضمن عقد تفويض المرافق العامة أحكاماً تُعنى بالرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين من الخدمات التي يؤديها المرفق العام، فضلاً عن تحديد معايير ومؤشرات تطورها.

(1) المادة /637/ من القانون المدني السوري.

- تجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016 نص في المادة /61/ على حق تقاضي الشريك الخاص الأجور والبدلات من الجمهور وفقاً للأحكام والشروط التي يتضمنها عقد التشاركية التي يجب أن تنص أيضاً على طرق احتساب الأجور أو البدلات وكيفية تعديلها.

ونجد أن المشرع الفرنسي أكدَّ وجوب تدخل الإدارة بتحديد الرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين من خدمات المرفق العام، بحيث ليس للمفوض إليه الحرية في تحديد تلك الرسوم، بحسبان أن الرسوم هي من المسائل المرتبطة ارتباطاً وثيقاً بتنظيم المرفق العام وتشغيله، تحقيقاً للمصلحة العامة، ولذلك تحتفظ الإدارة بحقها في تحديد الرسوم من دون أن يكون للمتعاقد معها الحق في فرضها أو تعديلها.

ويضاف إلى ما تقدم: أن الرسوم تعكس بشكل غير مباشر كلفة تشغيل المرفق العام، ويُمكن للسلطة الإدارية المانحة التفويض أن تتدخل بدفع بعض المساهمات للمتعاقد في الحالة التي لا تُغطي فيها الرسوم كلفة تشغيل المرفق العام، كذلك تدخل كلفة صيانة المنشآت والتجهيزات واستهلاك الأصول في احتساب الرسوم التي تقع على عاتق المنتفعين⁽¹⁾.

وقد لجأ المشرع المصري إلى عدم إخضاع الرسم في عقود "البوت" للقواعد المنصوص عليها في القانون رقم 129/ لسنة 1947، وبخاصة ما يتعلق منها بتقييد حق الملتزم بنسبة 10% من صافي أرباح المرفق، حيث قام المشرع المصري باستثناء المشروعات التي تم تنفيذها بنظام B.O.O.T من القيد المذكور بموجب القوانين التي أصدرها كالقانون رقم 100/ لسنة 1996م المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم 229/ لسنة 1996م بشأن الطرق العامة، وكذلك القانون رقم 3/ لسنة 1997م بشأن المطارات وأراضي النزول، إضافة إلى القانون

(1) د. أوس جمال مخيبر، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق، ص258.

رقم 67/ لسنة 2010م المتضمن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

ويرى جانب من الفقه أن الرسم في عقد B.O.O.T من الشروط التعاقدية لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك بسبب المخاطر التي تتعرض لها شركة المشروع وهي أكبر من المخاطر التي يتعرض لها الملتزم في عقود الالتزام. وإذا وجدت الجهة الحكومية أن سعر الخدمة مرتفعاً أو أرادت لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أن تخفض مقدار الرسم، فإنها تستطيع أن تتدخل عن طريق قيامها بشراء الخدمة بالسعر المحدد في العقد، ثم تقوم بتقديمها إلى جمهور المنتفعين بسعر أقل وبحيث تتحمل فرق السعر، وهذا ما حدث فعلاً في مصر في اتفاقية شراء الطاقة الكهربائية بمحطة سيدي كرير⁽¹⁾.

ولا نؤيد ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي، وأنَّ جَعَلَ شرط التعريف في عقد B.O.O.T شرطاً عقدياً لا تنظيمياً من شأنه أن يمس مبدأ المساواة أمام المرفق العام، كما إن شراء الجهة الحكومية للخدمة المنتجة بسعر مرتفع ثم بيعها بسعر منخفض لجمهور المنتفعين يخالف الغاية من التعاقد بنظام B.O.O.T، حيث لا يحقق العقد في هذه الحالة التمويل الذاتي للمشروع.

(1) د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، المرجع السابق، ص 257.

ثانياً - حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد:

يقصد بالحفاظ على التوازن المالي في العقد قيام جهة الإدارة بضمان التوازن بين حقوق الملتزم وواجباته الأمر الذي يسمح باقتسام المخاطر التي قد يتعرض لها المشروع بين السلطة المتعاقدة وشركة المشروع، ويجد هذا المبدأ أساسه ومجال إعماله في حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد من دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة.

وتُعد نظرية التوازن المالي للعقد الإداري نظريةً تقليديةً مُسلماً بها في العقود الإدارية عامة، وتشكل واحدةً من أهم مميزات العقد الإداري، وتكمن غايتها الحقيقية في تحقيق المصلحة العامة بناءً على فهم صحيح لطبيعة العلاقة التي تجمع الجهة الإدارية والمتعاقد في العقد الإداري، لأن الهدف الأساسي لهذا العقد هو ضمان سير وانتظام المرفق العام.

وكانت فكرة التوازن المالي قد ظهرت لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام في فرنسا.

ولا شك في أن المتعاقد قد قَبِلَ أن يلتزم تجاه الإدارة للحصول على حقوق معينة، وما دامت التزاماته قابلة للزيادة والنقص من جانب الإدارة بما لها من حق التعديل، فإن حقوقه أيضاً يتعين أن تكون مرنة هي الأخرى، وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وهي فكرة ملازمة لحق الإدارة في تعديل العقد ولا وجود لها في نطاق القانون الخاص.

وحيث إن عقد B.O.O.T طويل الأجل، لذلك فإنه من الطبيعي أن يتعرض هذا العقد لعوارض قد تؤدي إلى اختلال اقتصادياته، ما يوجب تعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تتخذ بُعْداً جديداً أكثر تطوراً في عقد B.O.O.T بحيث تستهدف التوازن بين التزامات الطرفين وضرورة تعادل هذه الالتزامات⁽²⁾.

ولذا سنتناول بالبحث في النظريات الثلاث التي استقر الفقه والقضاء على أنها حالات يستحق المتعاقد التعويض وإعادة التوازن المالي للعقد دونما خطأ من الإدارة، وذلك في ضوء عقد B.O.O.T وهي:

- الحالة الأولى: فعل الأمير.

- الحالة الثانية: الظروف الطارئة.

- الحالة الثالثة: الصعوبات المادية غير المتوقعة.

1- نظرية فعل الأمير:

تُعد هذه النظرية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، فقد كانت ولادتها نظريةً كاملةً في سنة 1910م بمناسبة قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث اعترف بشكل صريح بحق الإدارة بتعديل العقد الإداري بشكل منفرد، وذلك حين

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 584-596.

(2) د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، المرجع السابق، ص 217.

تجد أن ضرورات المرفق العام تقتضي ذلك، لكن في المقابل وافق على حق المتعاقد بالتعويض الكامل عن الأضرار كافة التي لحقت به والربح الذي فاته⁽¹⁾.

والمقصود بنظرية فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات 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 عن الجهة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة⁽²⁾.

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر وسورية على أن نظرية فعل الأمير يجب أن يشترط فيها عدة شروط هي:

أ. وجود عقد إداري: هذه النظرية لا تطبق إلا ضمن مجال العقود الإدارية، وذلك يعني أن الإدارة تقوم دائماً بتعديل العقد الإداري بصورة منفردة، ودون موافقة الطرف الآخر من أجل تلبية حاجات المرفق العامة المتجددة⁽³⁾، ومما لا شك فيه أن الرابطة التي تقوم بين جهة الإدارة وشركة المشروع في عقد B.O.O.T هي رابطة عقدية، وقد سبق أن بينّا أن عقد B.O.O.T هو عقد إداري.

ب. صدور الفعل عن الإدارة المتعاقدة: لقد حصر القضاء الإداري الفرنسي منذ سنة 1949م تطبيق هذه النظرية على حالة صدور الفعل عن الإدارة

(1) د. محمد الحسين، د. مهذب نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 310 وما بعدها.

(2) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1957/6/30، مشار إليه من قبل د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 598.

(3) د. محمد الحسين، د. مهذب نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 312.

المتعاقدة، أما الأفعال التي تصدر عن سلطات الدولة الأخرى فأدخلها في نطاق نظرية الظروف الطارئة.

أما القضاء الإداري في سورية فقد أخذ بفكرة وحدة الإدارات العامة، وعدّ الإدارة المتعاقدة تؤلف وحدة متكاملة مع جميع جهات الدولة الأخرى⁽¹⁾.

واعتقد أن موقف القضاء الإداري السوري بهذا الصدد أكثر عدلاً من موقف مجلس الدولة الفرنسي؛ لأنه يُطبق نظرية فعل الأمير بمفهومها الواسع.

ج. انتفاء الخطأ من قبل الإدارة المتعاقدة: حيث إن وقوع خطأ من الإدارة المتعاقدة يرتب مسؤوليتها العقدية.

د. أن يسبب الفعل ضرراً للمتعاقد: أي يجب أن يكون الضرر خاصاً ومباشراً ومؤكداً، ولا يشترط أن يكون الضرر جسيماً.

هـ. أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع: أي أن يكون الحادث غير متوقع عادة لحظة إبرام العقد.

وإذا تحققت شروط نظرية فعل الأمير، فإن المتعاقد يستحق التعويض الكامل عما لحق به من ضرر، وإذا كان فعل الأمير سبباً في تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد، فإن ذلك يؤدي إلى إعفائه جزئياً أو كلياً من غرامات التأخير، وإذا ترتب

(1) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 65/ في الطعن رقم 287/ لعام 1986، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام 1986، ص 305. المبدأ 62/. والقرار رقم 81/ في الطعن 188/ لعام 1982، منشور في مبادئ القضاء الإداري للمحامي مصباح مهياني، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، دمشق، 2005، ص 153. المبدأ 6815/.

على فعل الأمير زيادة أعباء المتعاقد لدرجة لا تحملها إمكانياته المالية أو الفنية فله أن يطالب بفسخ العقد.

ولكن مهما بلغت الصعوبات التي يواجهها المتعاقد، فإنه يتعين عليه الاستمرار في تنفيذ العقد ما دام باستطاعته ذلك⁽¹⁾، وقد أخذ القانون السوري رقم 51/ لسنة 2004م هذه الحالة في الحسبان في الفقرة (أ) من المادة 53/.

2. نظرية الظروف الطارئة:

تستطيع الإدارة العامة تعديل العقد الإداري في أي وقت تريد انفرادياً، سواء نصّ عليه العقد أم لم ينصّ، من أجل مطابقته للحاجة العامة المستجدة، لكن قد يحصل أن يعدل العقد عن طريق تدخل أحداث غير متوقعة لحظة إبرام العقد، وقد تكون خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، بحيث يجعل تنفيذ العقد صعباً وأشدّ إرهاقاً، وأكثر مما كان يتوقعه الأطراف، من دون أن يجعل العقد مستحيلاً، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة التي يتحملها أي متعاقد⁽²⁾.

(1) وقد تضمنت نصوص عقد B.O.O.T في مصر تطبيقات لنظرية فعل الأمير.

-ومن ذلك ما جاء في عقد مطار "العلمين" في مصر حيث نص على أنه «في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو 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 التفاصيل كافة المتعلقة بالتعديل الذي تم وأثاره على الملتزم والإجراءات المقترحة ومدّ فترة الالتزام بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين».

(2) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق،

ومنذ سنة 1916م ابتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية الظروف الطارئة إذا وقعت ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، وغير قابلة للتوقع لحظة إبرام العقد الإداري، بحيث إنها تقلب اقتصاديات العقد دون أن تجعله مستحيلاً، لكنها ترهق المتعاقد.

وقد كانت ولادة هذه النظرية بقرار من مجلس الدولة الفرنسي الشهير "غاز بوردو" وقد طبق المجلس نظرية الظروف الطارئة لأول مرة وأجازها على العقود الإدارية كافة في حال توافر شروطها، حتى في حال غياب النص التعاقدى وعدها من النظام العام، ومرجع هذه النظرية يعود إلى الحوادث غير العادية الطبيعية من زلازل وحروب وغيرها، وأضاف إليها حالة جديدة هي تدخل السلطات العامة باستثناء الإدارة المتعاقدة، وأخيراً أقر مجلس الدولة الفرنسي في سنة 1976م إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد انتهاء مدة العقد بشكل طبيعي، أي على فترة لاحقة لانقضاء الالتزام وذلك استناداً إلى مبدأ العدالة⁽¹⁾.

وأعتقد أن موقف مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد انتهاء العقد بشكل طبيعي وإعطاء الحق للشركة المتعاقدة بالمطالبة بالتعويض رغم إنتهاء العمل بالعقد، يحقق العدالة، خصوصاً في حالة الحروب وما شابه، فإنّ المتعاقد لم يكن يتوقعها، وإذا وقعت لم يكن في مقدوره أن يدفعها، ومن ثمّ فهي خارجة عن إرادة المتعاقد، وتجعل تنفيذ الالتزامات مرهقاً، حيث إنّ القانون المدني السوري لا يمنع من ذلك استناداً إلى المادة /148/ التي نصت على أن: «العقد

(1) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 293.

شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك».

وأعتقد أنّ من حق المتعاقد المطالبة بالتعويض عن الظرف الطارئ حتى بعد انتهاء العقد ولكن ضمن مدة معقولة وقبل سقوط حقه بالتقادم، فقد نصت المادة /372/ من القانون المدني السوري على أنه: «يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عليها نص خاص في القانون...».

وتجدر الإشارة أن هذه النظرية مقننة تشريعياً في مصر بالقانون رقم /129/ لسنة 1947م وطبق القضاء المصري هذه النظرية حتى لو كانت العلاقة العقدية قد انتهت، في حين أن القضاء السوري لم يأخذ حتى الآن بهذا التطور، إذ لا يوجد أي قرار لمجلس الدولة السوري يُجيز تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد نهاية العقد⁽¹⁾.

وقد صدر قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م ونص في المادة /75/ منه على التوازن المالي للعقد، ونصّ على نظرية الظروف الطارئة بشكل

(1) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 288 وما بعدها.

غير المباشر في البند رقم 5/ من الفقرة (أ) من المادة 75/ التي تضمنت عبارة: «أي أمر آخر يخل بالتوازن المالي والاقتصادي للعقد».

ويشترط في تطبيق هذه النظرية الآتي:

أ. وقوع الظرف الطارئ: أي إن يقع حادث أو ظرف طارئ وأن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة، وأن يطرأ خلال تنفيذ العقد، فيؤدي إلى اضطراب اقتصادياته، بأن يجعل التزامات المتعاقد أكثر مشقة، وإن الظرف الطارئ يشمل جميع الأسباب التي تؤدي إلى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد، سواء كان مصدر الظرف الطارئ اقتصادياً أو طبيعياً أو إدارياً⁽¹⁾.

وأن يكون الظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه وأن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد.

ب. انقلاب التوازن المالي للعقد: كي يستحق المتعاقد التعويض بسبب الظرف الطارئ يجب أن يؤدي هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد، وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة.

وإذا تحققت شروط هذه النظرية يستحق المتعاقد تعويضاً جزئياً، ذلك أن هذه النظرية تهدف إلى مشاركة الإدارة للمتعاقد في تحمل الخسارة الحاصلة عن هذه الظروف وتوزيعها بين طرفي العقد.

(1) د. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري، المرجع السابق، ص 495.

ولكن يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته شرطاً لتطبيق النظرية والحصول على التعويض، كيلا يضر المستفيدون من خدمات المرفق العام موضوع العقد⁽¹⁾.

3. نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تقوم هذه النظرية على أساس أن مصادفة المتعاقد مع الإدارة، أثناء تنفيذ العقد، صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية، لم يكن يتوقعها حين إبرام العقد، قد تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد⁽²⁾، وهذه النظرية من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري.

ويشترط لتطبيق هذه النظرية الآتي:

- أ. أن تكون الصعوبات مادية: أي ناشئة عن الظروف الطبيعية، وليس لها علاقة بفعل الإدارة ولا بالظروف الاقتصادية، كأن يجد المتعاقد نفسه أمام قناة مياه في أراضي المشروع الذي سينفذ فيه العقد ولم يتم الإشارة إليها في المخططات.
- ب. أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد.
- ج. انقلاب اقتصاديات العقد: الناتجة عن المبالغ التي أنفقت لمواجهة هذه الصعوبات⁽³⁾.

(1) د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 286.

(2) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص 202.

(3) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 340 وما بعدها.

وإذا تحققت شروط هذه النظرية، يترتب حق للمتعاقد في الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به والنفقات التي تحملها لمواجهة الصعوبات⁽¹⁾.

ولكن يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهو شرط أساسي للتعويض عن الأضرار، وإن الصعوبات المادية غير المتوقعة يمكن أن تؤدي إلى تسويق التأخير في التنفيذ الحاصل من قبل المتعاقد وإعفاءه من غرامات التأخير⁽²⁾.

وأعتقد ضرورة تطوير نظريات التوازن المالي في عقد B.O.O.T، فهو يتميز بطول المدة العقدية والتمويل الضخم، إضافة إلى العائلة العقدية التي تنفرع عنه، ومن ثَمَّ فإن النظرية التقليدية لا تتفق مع الفلسفة التي يقوم عليها عقد B.O.O.T ويجب تطويرها بإيجاد مفهوم خاص للتوازن المالي في عقد B.O.O.T يقوم على فكرة التعادل المالي، فالعلاقة بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع هي علاقة شراكة طويلة الأمد، هدفها تحقيق سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وتقديم الخدمة إلى جمهور المنفعين من خدمات المرفق محل العقد.

(1) ويتم ذلك في عقد B.O.O.T إما في شكل مبلغ مالي تقدمه الدولة إلى شركة المشروع، أو بالسماح لها برفع ثمن الخدمة المقدمة للجمهور.

(2) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 417 وما بعدها.

حاول المشرع السوري الحفاظ قدر الإمكان على مبدأ التوازن المالي في العقود الإدارية عامة، وهو ما تجلّى صراحةً في المادة /53/ من القانون /51/ لسنة 2004م.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م نصّ في المادة /75/ عن التوازن المالي للعقد والتي تضمنت أنه: «إذا لم يتوصل أطراف عقد التشاركية إلى صيغة مشتركة لتعديله، يجوز للشريك الخاص مطالبة المجلس بالتعويض المادي أو بزيادة عدد سنوات الاستثمار في حال: 1. تغيير القوانين النافذة التي تؤثر على التوازن المالي للعقد. 2. هبوط سعر صرف الليرة السورية مقابل العملات الأجنبية أكثر من 10% 3. حدوث تضخم اقتصادي لا يقابل ارتفاع عائدات القطاع الخاص 4. زيادة تكاليف الاستثمار 5. أي أمر آخر يخل بالتوازن المالي والاقتصادي للعقد».

ومن ثمّ فإن قانون التشاركية أخذ بمبدأ إعادة التفاوض لخلق توازن تعاقدية جديد، نظراً إلى تغيير الجوهر للظروف التي تم التعاقد على أساسها.

ثالثاً- الامتيازات التي تقدمها الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع:

تتحمل شركة المشروع في عقد B.O.O.T تكاليف باهظة في سبيل إنشاء المرفق وإدارته، مثل التكاليف التي تتكبدها شركات توليد الطاقة الكهربائية ونقلها لإنشاء محطة توليد الطاقة ولمد الأنابيب تحت الأرض لتوصيل التيار الكهربائي إلى آلاف المشتركين، ولذا تقرر الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع بعض الامتيازات.

1. توفير الحماية من المنافسة:

شرط عدم المنافسة يُمكن أن يرد في جميع العقود الإدارية، إلا أننا يُمكن أن نجده بصورة واضحة في عقد B.O.O.T، حيث تتجسد التزامات الإدارة المتعاقدة بالموافقة على عدم توقيع عقود مع شركات أخرى بشأن المجال ذاته التي من شأنها أن تحرم شركة المشروع من الاحتكار.

ويتقرر هذا الحق للمتعاقد مع الإدارة كونه معاوناً لها في تسيير وإدارة المرفق العام الذي يهدف إلى إشباع حاجات الجمهور، ومن ثَمَّ يشكل ذلك امتيازاً لشركة المشروع الذي يمنحها الحق في احتكار نشاط المرفق موضوع العقد⁽¹⁾.

وقد يكون الاحتكار قانونياً أن يصرح به المشرع، ولكن هذا التصريح لا يكفي وحده لتمتع شركة المشروع بميزة عدم المنافسة، وإنما لا بُدَّ من أن ينصَّ في عقد B.O.O.T على منح هذا الحق لشركة المشروع، ومن أمثلة الاحتكار القانوني، الاحتكار الممنوح لشركة "كهرباء وغاز فرنسا"، إذ منحها القانون حقاً حصرياً بالنسبة لمرفقي إنتاج وتوزيع ونقل الغاز والكهرباء⁽²⁾.

2. شرط الإعفاء من بعض الضرائب والرسوم:

تُعد الضريبة الوسيلة الضرورية لتحقيق أهداف الدولة ونموها، وقد أجاز المشرع الفرنسي للإدارة أن تعفي المتعاقد معها من بعض أنواع الضرائب بصفة

(1) د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص279.

(2) د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1991، ص374.

دائمة أو لفترة محدودة عن طريق النص في العقد على شرط الإعفاء، بما أن الإدارة تبتغي وراء ذلك تحقيق النفع العام.

وفي مصر، سار المشرع على نهج المشرع الفرنسي، فسمح للإدارة إدراج شرط الإعفاء الضريبي في بعض عقودها تحقيقاً للمصلحة العامة⁽¹⁾.

وفي سورية، أقر المشرع بحق الإدارة في منح المتعاقد معها في العقود الخارجية بعض الإعفاءات الضريبية⁽²⁾.

كما نص القانون رقم 5/ لسنة 2016م المتعلق بالتشاركية في المادة 81/ على منح شركة المشروع الإعفاءات الضريبية وفقاً لطبيعة المشروع وأهميته، وذلك بموجب قانون يصدر بناءً على اقتراح المجلس.

3. التسهيلات المالية:

نظراً إلى ضخامة المهمة التي توكل إلى شركة المشروع في عقد B.O.O.T، في إنشاء المرفق العام وإدارته، فإن الإدارة المتعاقدة قد تُقدم بعض التسهيلات المالية لشركة المشروع، ومن ذلك: تقديم القروض لها على أن تُسددها على دفعات، أو تقديم إعانات مالية غير قابلة للرد، وقد تتمثل المساعدات التي تقدمها الإدارة بضمانها القروض التي تحصل عليها شركة المشروع من البنوك، أو تضمن لها حداً أدنى من الأرباح⁽³⁾، وقد نص قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م في المادة 43/ على تقديم الجهات العامة الدعم إلى الشريك

(1) المادة الرابعة من القانون رقم 2/ لعام 1997 المتضمن قانون الإعفاء الضريبي المصري.

(2) المادة 72/ من قانون العقود الموحد رقم 51/ لعام 2004.

(3) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص71.

الخاص، ونص في المادة /61/ على منح الحوافز الممنوحة للاستثمار في سورية، ومنح القروض وتقديم أي دعم مالي أو ضمانات يوافق عليها المجلس.

4. تسهيلات لشركة المشروع لإستعمال المال العام:

تتمتع شركة المشروع بحق استغلال الأملاك العامة المخصصة أصلاً لنشاط المرفق، وذلك بهدف تسيير المرفق العام، ولأجل ذلك تُعدّ الأشغال الضرورية لغرض استغلال المرفق، أشغالات عامة تتمتع بموجبها شركة المشروع بالامتيازات كافة التي تترتب على قيام هذه الصفة⁽¹⁾.

بالإضافة إلى ذلك فإن إنجاز نشاط المرفق غالباً ما يتطلب تقرير حق شركة المشروع في استعمال الأملاك المخصصة لاستعمال الجمهور، كالأرصعة والشوارع، فنقل أسلاك الطاقة الكهربائية يتطلب حتماً المرور من خلال أملاك عامة مخصصة لاستعمال الجمهور.

ولا يقتصر امتيازات شركة المشروع على الأملاك العامة، وإنما تتجاوزها إلى الأملاك الخاصة للأفراد، حيث يجوز للمشرع أن يمنح شركة المشروع الحق في طلب نزع الملكية في سبيل إنجاز نشاط المرفق العام.

ومن التطبيقات في فرنسا القانون الصادر في /8/ أغسطس سنة 1935م بشأن مشروعات التزام الأشغال العامة، وقد خوّل المشرع هذه المشروعات أن تطلب تحريك إجراءات نزع الملكية، والذي يُعدّ امتيازاً للسلطة العامة، ومن الطبيعي

(1) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً لقانون المناقصات رقم /89/ لعام 1998، المرجع السابق، ص452.

أن منح شركة المشروع سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة لا يكون لحسابها بل لحساب الإدارة المتعاقدة، ومن ثمَّ تعود هذه العقارات التي كانت موضوعاً لنزع الملكية إلى الإدارة المتعاقدة عند انتهاء عقد B.O.O.T⁽¹⁾.

الفرع الثاني

التزامات شركة المشروع

تلتزم شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها بنفسها والالتزام بالمواصفات والمدة المتفق عليها في العقد، وهناك التزامات خاصة بعقد B.O.O.T في أعمال التشييد والتشغيل والصيانة ونقل التكنولوجيا، ومن ثمَّ تحويل الملكية إلى الجهة الإدارية وتسليم المشروع بحالة جيدة وصالحة للاستثمار.

أولاً - الالتزامات العامة:

تتجلى الالتزامات العامة لشركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها والالتزام بالمواصفات والمدة العقدية:

(1) -راجع:

-René chapus, droit administratif général, p.758.

-نص قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م في المادة 70/ منه - الفقرة ب/- على أنه «تقوم الجهة العامة المتعاقدة بتنفيذ الاستثمارات وإنشاء الحقوق العقارية الثابتة أو حقوق الامتياز بمساعدة شركة المشروع، وذلك وفق التوقيت والشروط المنصوص عليها في عقد التشاركية، وعلى النحو الذي يضع هذه الحقوق والعقارات تحت تصرف شركة المشروع، خالية من الأعباء والإشغالات، قبل المواعيد أو المدة الزمنية المنصوص عليها في عقد التشاركية». ونصت الفقرة ج/ على أنه: «يجب على الجهة العامة المتعاقدة في جميع حالات الاستثمار عدم تحميل الشريك الخاص أي تعويضات أو دفعات أو غير ذلك مما يُطالب به الأفراد أو الجماعات التي تتأثر بعملية الاستثمار».

1. التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها:

إن التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه في العقد الإداري هو التزام أصيل يشمل جميع العقود الإدارية، وبخاصة عقد B.O.O.T القائم على الاعتبار الشخصي لشركة المشروع، ونظراً إلى طريقة اختيار شركة المشروع القائم على اعتبارات شخصية وقدراتها المالية والفنية والتكنولوجية وخبراتها في الأعمال المماثلة، وإن الجهة الإدارية المتعاقدة تبرم العقد لتقوم هذه الشركة بنفسها بالتنفيذ⁽¹⁾.

ومن ثمّ لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد عن طريق حوالة الحق، والتعاقد من الباطن، فإنّ ذلك يصطدم بقاعدة الاعتبار الشخصي التي تم التعاقد واختيار المتعاقد على أساسها أصلاً، غير أن هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام، ومن حق الإدارة أن تتمتع بسلطة تقديرية في الموافقة أو رفض الموافقة على التنازل عن العقد بما يحقق مصلحة الإدارة نفسها⁽²⁾.

(1) محمد ابراهيم محفوض، الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 129 وما بعدها.

(2) لا تثير مسألة التنازل عن العقد في نطاق القانون المدني مشكلة، حيث يجوز التنازل عن العقد عن طريق حوالة الحق، ويأخذ ذلك إحدى صورتين: الأولى تنازل شركة المشروع وتسمى "المحيل" إلى شخص ثالث ويدعى "المحال له" عن رسم أو ثمن الخدمة التي يقدمها جمهور المنتفعين ويكفي لسريان ذلك بحق الجهة المتعاقدة إعلانها بالحوالة وفق المادة 305/ من القانون المدني السوري، وتلجأ شركة المشروع إلى ذلك لغايات التمويل وقد يكون ذلك على سبيل الرهن للحصول على التمويل اللازم من المصارف أو إحدى مؤسسات التمويل.

أما الصورة الثانية للتنازل عن العقد في نطاق القانون المدني فهي التنازل عن كامل العقد بجميع حقوقه والتزاماته، حيث تطبق قواعد حوالة الحق بشأن حقوق الشركة الأصلية، وقواعد حوالة الدين فيما يتعلق بنقل التزاماتها، ويتعين إقرار الجهة المتعاقدة كي يصبح التنازل سارياً بحقها وفق المادة 316/ من القانون المدني السوري.

ويشكل المتعاقد من الباطن شكلاً من أشكال التنازل عن جزء من العقد، وينص عقد B.O.O.T عادة على اشتراط موافقة الجهة العامة المتعاقدة على التعاقد من الباطن، فإن من المتعذر على متعاقد واحد تنفيذ العقد الإداري بكل أعماله وتشعباته في ظل التطورات التكنولوجية وتشعب العلاقات الاقتصادية⁽¹⁾.

وتقوم شركة المشروع بالاتفاق مع الغير لتنفيذ جزء من الالتزامات المترتبة عليها نتيجة العقد، وإذا لم ينصَّ العقد صراحة على تحريمه، فإن التعاقد من الباطن أمرٌ مُباحٌ وبخاصة في العقود الإدارية التي تتضمن عدداً كبيراً من العمليات والأعمال كعقد B.O.O.T.

ويظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، حتى بالنسبة للجزء المنفذ بوساطة المتعاقد من الباطن.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن المتعاقد من الباطن لا تربطه أي علاقة قانونية مع الإدارة ولا يحق لها أن تقاضيه مباشرة لسوء تنفيذه.

وتجدر الإشارة إلى أن إقدام شركة المشروع على مخالفة أحكام التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الجهة الإدارية يعدُّ خطأً عقدياً جسيماً، يعطي الإدارة الحق بتوقيع الجزاءات التي تراها مناسبة⁽²⁾.

(1) د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 29.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 423. ود. محمد

أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 425.

وقد نصت المادة /73/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م على أنه: «لا يجوز التنازل عن حقوق والتزامات الشريك الخاص بموجب أحكام وشروط العقد إلى طرف ثالث دون موافقة الجهة العامة المتعاقدة والمجلس...».

2. التزام شركة المشروع بالمواصفات وفي المدة المحددة المتفق عليها في

العقد:

يتمثل الالتزام الجوهري لشركة المشروع في تصميم المرفق وإنشائه على نفقتها الخاصة وفق المواصفات المتفق عليها، ويعد هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة، وقد جرى العمل الدولي على أن يقتصر دور جهة الإدارة في تحديد المواصفات العامة الوظيفية والغاية النهائية المرجوة من المشروع، كطاقته الإنتاجية والمواصفات الفنية والبيئية، على أن تترك التفاصيل كافةً لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع⁽¹⁾.

ويجب على شركة المشروع الالتزام بالمدة المتفق عليها في عقد B.O.O.T للتنفيذ، فعليها الالتزام بالمدة التي يجب خلالها إقامة المنشآت وتأمين الأجهزة اللازمة لاستغلال المرفق العام، والالتزام بالمدة المحددة لاستغلال المرفق، والمواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بالمرفق موضوع العقد.

(1) ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، المرجع السابق، ص177.

وترجع أهمية العنصر الزمني في عقد B.O.O.T لتحقيقها لنتيجة مهمة تعد من أهم الآثار القانونية المترتبة على العقد وهي انتقال ملكية المشروع بعد انتهاء مدة العقد إلى الدولة⁽¹⁾.

ثانياً - الالتزامات الخاصة بعقد B.O.O.T:

تتجلى الالتزامات الخاصة لشركة المشروع في عقد B.O.O.T في أعمال التشييد والتشغيل والصيانة ونقل التكنولوجيا وتحويل الملكية.

1. أعمال التشييد: تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق وتوفير كل ما يلزم لذلك من الإشراف والعمالة والمواد والتجهيزات وغير ذلك، وقد تلجأ إلى الأسلوب التقليدي أن تعهد إلى مقاول أو أكثر للقيام بمهام التشييد وأعمال الإنشاء وفقاً للمواصفات المتفق عليها في عقد B.O.O.T وهذا ما ينشأ عنه علاقات يحكمها عقد المقاوله التقليدي، كما قد تلجأ شركة المشروع إلى أسلوب ما يسمى "عقد تسليم المفتاح" بنماذجه المختلفة، فيتعين على شركة المشروع اختيار طريقة الإنشاء المناسبة لتلبية اشتراطات عقد B.O.O.T⁽²⁾.

(1) د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص223.

(2) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص83 وما بعدها.

ويشكل عقد تسليم المفتاح الطريقة الأنسب لتنفيذ عقد B.O.O.T، ويعد النموذج الصادر عن الفيديك⁽¹⁾ المعروف باسم "الكتاب الفضي" النموذج الأكثر شهرة باعتباره يعالج عقد التشييد في إطار مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ويتحمل المقاول المسؤولية الكاملة عن التصميم والتنفيذ للمشروع، ويتولى القيام بجميع أعمال التصميم والتشييد وتسليم المنشأة كاملة التجهيز وجاهزة للتشغيل إلى رب العمل (شركة المشروع)⁽²⁾.

2. التشغيل والصيانة: يقع على عاتق شركة المشروع بعد الانتهاء من إنشاء المشروع الالتزام بالتشغيل والصيانة، ويُمثل التشغيل أهمية كبرى لطرفي عقد B.O.O.T، فبالنسبة إلى السلطة المتعاقدة فإن الخدمة الناتجة عن العقد هو ما تتوخاه، وبالنسبة إلى شركة المشروع فيُعدُّ التشغيل جوهرَ العقد الذي يكفل لها استرداد ما أنفقته على بناء المشروع وتجهيزاته مع الأرباح، وسداد ديون الجهات المقرضة⁽³⁾، وقد تقوم شركة المشروع بأعباء التشغيل بنفسها، ولكنها غالباً ما تقوم بالتعاقد مع جهة متخصصة تتولى عمليات التشغيل والصيانة ضمن إطار عقد B.O.O.T، وتظهر أهمية الالتزام بالصيانة كون شركة المشروع ملتزمة في نهاية

(1) الفيديك: هو مختصر لمسمى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين باللغة الفرنسية، وقد تأسس سنة 1913م، واستهدف دعم المصالح المهنية المشتركة لكيانات الأعضاء وإتاحة المعلومات المفيدة لأعضاء الكيانات الوطنية المنضمة إليه.

(2) د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 13 وما بعدها.

(3) د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 520.

مدة عقد B.O.O.T بنقل ملكية المشروع إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة وصالح للاستمرار في ممارسة نشاطه.

ولذلك يحدد العقد عادة برامج وجداول الصيانة الدورية، ودور الإدارة المتعاقدة في التحقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جدية، ويتصل بالالتزام بالصيانة، التزام المشغل بتطوير آلات المشروع ورفع كفاءتها.

وتجدر الإشارة إلى أن علاقة المشغل مع المنتفعين من خدمات المشروع، هي علاقة يحكمها القانون الخاص سندا إلى المواد /634 إلى 639/ من القانون المدني السوري، كذلك فإن القضاء في مصر وفي فرنسا مستقر على أن علاقة المنتفعين بالمرافق العامة الاقتصادية هي علاقة عقدية تخضع إلى القانون الخاص⁽¹⁾.

3. نقل التكنولوجيا: يتضمن عقد B.O.O.T قواعد خاصة تلزم شركة المشروع باستخدام أحدث وسائل التكنولوجيا الحديثة في تشييد المرفق وتشغيله وتدريب العاملين الوطنيين على استخدامها، وبخاصة أن هذا العقد من عقود الاستثمار لنقل التكنولوجيا، ويقصد بالتكنولوجيا الوصول إلى أفضل التطبيقات العملية للنظريات والأبحاث العلمية⁽²⁾، وقد عرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية

(1) د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 111.

(2) إن اصطلاح التكنولوجيا يعني لغوياً علم الفنون أو الصناعة. د. وفاء مزيد فلحوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 167.

الصناعية "يونيدو" التكنولوجية بأنها مجمل المعرفة والخبرة والمهارات الضرورية لتخطيط مشروع بنية تحتية وهندستها وتنفيذها وتشغيلها بما في ذلك القضايا الإدارية والتسويق.

أما من الناحية القانونية فتُعدُّ التكنولوجيا مالاَ معنوياً له قيمة اقتصادية، يطلق عليه حق المعرفة، وتعد التكنولوجيا أمراً لازماً لتحقيق التنمية الاقتصادية، وتستهدف زيادة العائد الإنتاجي ومساهمتها في إحداث تغييرات جوهرية في أدوات الإنتاج وأنماطه، ومن ثَمَّ تشكل أحد العناصر الأساسية في عملية الاستثمار، ويتصل بالالتزام بنقل التكنولوجيا ضرورة تدريب الموظفين في الدولة فيما يتعلق بالمشروع محلَّ التعاقد وتزويدهم بالتقافة الفنية النظرية والعلمية اللازمة، ويجب على شركة المشروع أن تقدم تقارير دورية عن مدى تقدم العمالة الوطنية.

وأقترح من أجل تشجيع نقل التكنولوجيا أنَّ على الحكومة وضع آلية قانونية لحماية ومنح حقوق براءات الاختراع للابتكارات الفنية التقنية المقدمة خلال مراحل التشغيل.

وإن إتاحة الفرصة للشركات المحلية للاشتراك في عقد B.O.O.T بصفة موردين للبضائع والخدمات تشكل إحدى طرق نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة⁽¹⁾.

ويتعين عند انتهاء مدة عقد B.O.O.T وتسليم المشروع للجهة الإدارية أن يتم تسليم تكنولوجيا المشروع برمتها أيضاً، سواء التكنولوجيا المتمثلة في التجهيزات

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق، ص 580 وما بعدها.

والآلات أو في طريقة التشغيل والصيانة، وكذلك جميع المعلومات المتعلقة بأي طرق مبتكرة لتطبيق نظرية علمية أو اختراع⁽¹⁾.

وأعتقد أن مسألة نقل التكنولوجيا تطرح العديد من الإشكاليات التي يمكن أن تثار في أي مرحلة من مراحل العقد، فإن جميع هذه المسائل والاحتمالات يجب أن تُناقش في اتفاقية المشروع بنصوص تفصيلية تضع الحلول العملية والواضحة، وإن أهداف الإدارة وطلباتها يجب أن تُحدد بكل وضوح في وثائق طلب العروض.

4. تحويل الملكية: تضع صيغة عقد B.O.O.T التزاماً على عاتق شركة المشروع بنقل ملكية المشروع للسلطة المتعاقدة بحالة جيدة، والأصل أن المشروع ينقل إلى السلطة المتعاقدة من دون مقابل، على أن هذا لا يمنع أن ينص العقد على حصول شركة المشروع على تعويض رمزي.

وللطرفين أن يتفقا على تحديد مكتب خبرة لإعداد تقرير عن الحالة الفنية للمشروع، ويجب أن تكون جميع أصول المشروع خالية من أي رهون أو أعباء عند نقل ملكية المشروع⁽²⁾.

(1) د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 101.

(2) نصت المادة 6/ الفقرة 1/ من عقد محطة سيدي كيرير بنظام B.O.O.T في مصر على أنه «في تاريخ نقل الملكية، تنقل الشركة للهيئة جميع ما لها من حقوق، وحقوق ملكية وخاصة فيما يتعلق بالتركيبات والتجهيزات وقطع الغيار والأجهزة والمعدات والسيارات المستخدمة في أغراض إدارة وتشغيل وصيانة المشروع على أن تكون خالية من أي رهون أو أعباء ترتبها الشركة...». د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

ويرتبط بهذا الالتزام التزام شركة المشروع بتسليم السلطة المتعاقدة كافة المستندات والوثائق اللازمة لتشغيل المشروع، كما تلتزم الشركة بالتعاون والتوقيع على أي مستندات لازمة لإتمام عملية التسليم، ويجوز للجهة الإدارية المتعاقدة إن وجدت مصلحة في ذلك، أن تجدد مدة العقد، وعندئذ يتعين إبرام اتفاق جديد بين الطرفين بهذا الشأن يكون محله إدارة هذا المشروع القائم⁽¹⁾.

والقاعدة أن عقد B.O.O.T هو الذي يحدد مصير الأموال المادية والأدوات المستخدمة في استغلال المرفق العام عند انتهاء العقد، فإن شركة المشروع تستعمل في سبيل إعداد المرفق محل التعاقد أنواعاً مختلفة من الأموال منها العقارات كالمباني ومحطات القوى، والسكك الحديدية، والأنفاق والجسور والمطارات، ومنها المنقولات كالسيارات والمواد الخام اللازمة للاستغلال.

وتحتوي عقود التفويض في فرنسا ومصر نصوصاً نقضي بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجاناً أو عن طريق الشراء، وبقاء بعض الأموال ملكاً للمفوض إليه.

والأموال التي تؤول إلى الدولة هي الأموال اللازمة لاستغلال المرفق، التي لا يتصور وجوده دونها، سواء كانت عقارات أو منقولات، ومن ثم لا بد من تسليمها في نهاية المدة التعاقدية بحالة جيدة وصالحة للاستخدام للجهة العامة المتعاقدة.

والأموال التي تقول إلى الدولة مجاناً هي الأموال التي تُعد كاملة غير قابل للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق، وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص،

(1) د. جابر جاد نصار، عقود البوت، المرجع السابق، ص 152. ولمزيد من التفاصيل انظر:

د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 553.

وقد ينص العقد على إدراج بعض المنقولات كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أو السيارات.

وهناك الأموال التي تؤول إلى الدولة بمقابل وهي أموال تكون مملوكة منذ البداية لشركة المشروع وتكون عادة من المنقولات كالمواد الخام والمعدات، وقد تكون عقارات، وعادة ما ينص العقد على تحديد القواعد والأسس التي يقوم عليها تقدير ثمن هذه الأموال أو مقدار التعويض عنها.

وهناك الأموال التي تبقى ملكاً لشركة المشروع وتكون هذه الأموال منقولات مملوكة منذ البداية لشركة المشروع، أو تكتسبها في أثناء التنفيذ، ولا تُعد ضرورية لاستغلال المرفق، وتكون منفصلة عنه.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لسنة 2016م نصّ في المادة 53/ على إجراءات نقل الملكية التي يجب أن يتضمنها عقد التشاركية بشكل مفصل ومنها نقل التكنولوجيا وملكية الأصول وتدريب العاملين، وقسم أصول المشروع إلى فئات.

وبذلك نكون قد تناولنا أهم الالتزامات التي تقع على شركة المشروع في عقد B.O.O.T وننتقل إلى البحث في نهاية عقد B.O.O.T وذلك في المبحث الآتي.

(1) د. أوس جمال مخيير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق ص 417 وما بعدها.

المبحث الثاني

نهاية عقد B.O.O.T

ينتهي عقد B.O.O.T كما ينتهي أي عقد إداري آخر، والأصل أن ينتهي العقد نهاية طبيعية بانتهاء مدة العقد، إلا أنه قد ينتهي انتهاءً غير طبيعيٍّ، وذلك دون تنفيذ العقد.

ولذلك سنوزع الدراسة على مطلبين:

- المطلب الأول: النهاية الطبيعية لعقد B.O.O.T.
- المطلب الثاني: النهاية المبتسرة لعقد B.O.O.T.

المطلب الأول

النهاية الطبيعية لعقد B.O.O.T

يمثل عنصر الزمن في عقد B.O.O.T عنصراً جوهرياً لأن هذا العقد من عقود المدة، وأن نهايته الطبيعية تكون بانتهاء مدته، ولكن هذا لا يمنع من تجديده أو تمديد مدته.

الفرع الأول

انتهاء عقد B.O.O.T بانتهاء مدته

ينتهي عقد B.O.O.T بانتهاء مدته المتفق عليها، وتنفيذ الالتزامات الناجمة عنه وتحويل المشروع إلى الجهة العامة المتعاقدة.

وتعد هذه المدة من الشروط التعاقدية، ويحظى تحديد مدة عقد B.O.O.T بأهمية كبيرة، نظراً إلى ارتباط مدة العقد بتشغيل المرفق العام، وتحقيق الإيرادات التي من شأنها أن تغطي نفقات البناء والتشغيل، وتمكين شركة المشروع من تحقيق الأرباح التي تسعى إليها، كما إنه كلما كان حجم الاستثمارات المستخدمة في تشغيل المرفق كبيرة كانت مدة تنفيذ العقد أطول.

ولا يتصور أن يتم منح الالتزام في عقد B.O.O.T إلى مالا نهاية؛ لأن ذلك يعني تنازلاً عن المرفق العام وهو أمر غير جائز⁽¹⁾.

ففي فرنسا أكد قانون "سابان" ضرورة ذكر مدة عقد الالتزام بشكل واضح وصريح في نصوص العقد، كما إن تحديد مدة العقد يجب أن تتم وفقاً لعدد من

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرفق العامة، المرجع السابق،

المعايير التي يجب أخذها في الحسبان من قبل أطراف العقد، كأن تكون مدة العقد كافيةً لاسترداد ما أنفقه الملتزم من أموال على تجهيز المرفق وتشغيله، إضافةً إلى هامش معقول من الربح.

كذلك الحال في مصر، فبموجب قانون التزامات المرافق العامة رقم /129/ لسنة 1947م تم تحديد مدة عقد الالتزام بثلاثين سنة على الأكثر، ولكن بموجب قوانين لاحقة تم منح عقود التزام تتعلق بالكهرباء والطرق والموانئ والمطارات لمدة 99/ سنة.

أما في سورية فقد تضمن قانون التشاركية رقم /5/ لسنة 2016م في المادة /47/ منه أن عقد التشاركية يجب أن يحدد بشكل واضح وصريح المدة اللازمة لتنفيذ المشروع وتشغيله وانتهاء مدته، وبذلك نجد أن المُشَرِّع السوري لم يضع حداً أعلى أو أدنى لمدة عقود التشاركية، وإنما جعل مدة العقد خاضعة للاتفاق بين الجهة العامة وشركة المشروع، وبما يتناسب مع طبيعة المشروع، والمدة المتوقعة لتنفيذه واستثماره بالشكل المطلوب.

وقد تستمر شركة المشروع في بعض الحالات في تنفيذ العقد واستثمار المشروع لمدة تتجاوز المدة المحددة في عقد B.O.O.T، فإن كان التأخير بسبب شركة المشروع، تتحمل الشركة تبعة هذا التأخير، وإما أن يكون التأخير راجعاً إلى الجهة الإدارية المتعاقدة وفي هذه الحالة يتعين عليها أن تعوض الشركة المتعاقدة عن التأخير الحاصل⁽¹⁾.

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، المرجع السابق، ص390.

وبعد أن تقوم شركة المشروع بتحويل الملكية وتسليم المشروع إلى الجهة العامة المتعاقدة، وذلك عند نهاية المدة المتفق عليها في العقد، وبهذا التسليم ينتهي عقد B.O.O.T نهاية طبيعية.

ويبقى التزام شركة المشروع بضمان العيوب في المادة التي قدمتها بعد تسليم العمل⁽¹⁾. إضافة إلى مسؤولية شركة المشروع لجهة ضمان عيوب البناء والمنشآت الثابتة مدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل⁽²⁾.

(1) تنص المادة /614/ من القانون المدني السوري على أنه: «إذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها أو بعضها، كان مسؤولاً عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل».

(2) نصت المادة /617/ من القانون المدني السوري على أن: «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيده من مبان أو منشآت ثابتة أخرى، وذلك ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعيبة، ما لم يكن المتعاقدان في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات. 2- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. 3- وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل. 4- ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الثانويين». د. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد البوت، المرجع السابق، ص 408.

ونصت المادة /39/ الفقرة /ز/ من المرسوم /450/ لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد على أنه: «يظل المتعهد مسؤولاً خلال عشر سنوات عن كل عيب أساسي يظهر في المنشآت بحيث يؤثر في سلامتها ويكون ناتجاً عن غش الملتزم».

الفرع الثاني

تمديد عقد B.O.O.T

إن المدة تلعب دوراً في عقود B.O.O.T، والأصل أن تحدد المدة عبر دراسات الجدوى لدى الطرفين، ومع ذلك الاتجاه السائد هو ترك الأمر للطرفين في التمديد، إذا كانت مصلحتهما تتطلب ذلك، ما لم يوجد نص قانوني يحدد المدة.

إن تحديد مدة عقد الالتزام لا يمنع من تمديد هذه المدة، والتمديد على خلاف التجديد؛ لأن هذا الأخير يعني التعاقد مجدداً مع الملتزم موضوع العقد، وفقاً لشروط وبنود جديدة، فيجوز للجهة العامة المتعاقدة ولشركة المشروع الاتفاق على تمديد العقد لفترة واحدة أو أكثر، فقد ترى جهة الإدارة أنه من الأجدى متابعة تقديم الخدمة عن طريق شركة المشروع ذاتها إذا ما أظهرت جدية ومصادقية في تعاملها⁽¹⁾.

وبصورة عامة، إنَّ قوانين الدول لا تتساوى في قبولها لإمكانية تمديد فترة الالتزام الخاص بالمشروع، حيث يسمح به صراحة وفي ظروف محددة، وهناك قوانين أخرى تجيز للجهة العامة الموافقة على تمديد فترة الالتزام شريطة ألا يكون صاحب الالتزام قد أخلَّ بأي التزام من التزاماته الرئيسية، وتفرض بعض القوانين

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، المرجع السابق، ص 391. ولمزيد من التفصيل انظر: د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 539 وما بعدها.

حداً لفترة التمديد القصوى أو تنص على أنه لا يجوز أن يكون هناك أكثر من تمديد واحد من دون منافسة عامة⁽¹⁾.

وأعتقد أنه يجب أن يُنظم عقد التشاركية مسألة تجديد العقد، كأن ينص على شرط أولوية المتعاقد القديم عند التعاقد مجدداً، فيما إذا رغبت الإدارة المتعاقدة بإدارة المشروع مرة أخرى بالأسلوب نفسه، ومن ثَمَّ فإن شركة المشروع الأولى يمكن تفضيلها عند تساوي الشروط والعروض بينها وبين المتقدمين الجدد للتعاقد على إدارة المشروع وتشغيله، وفقاً لشروط وبنود جديدة.

وعند سكوت العقد عن التعرض لهذه المسألة، فإننا نرى تجديد العقد بما تعينه كلمة التجديد من إبرام عقد جديد وفق شروط العلانية والمنافسة، وهو ما يتناسب مع عقد B.O.O.T عند انتهاء مدته، وليس تمديد العقد السابق، حيث إن المشروع قائم، وقد تمَّ الانتهاء من إنشائه وانقضت مرحلة استثماره التي تمَّ تحديدها في ضوء دراسة الجدوى الاقتصادية، ويفترض أن شركة المشروع قد حققت نسبة الربح المعقولة، ومن ثَمَّ فإن منح مدة إضافية بالشروط ذاتها التي تنصب في التشغيل والصيانة فقط، من دون الإنشاء والتشييد، يشكل إجحافاً بحقوق الإدارة المتعاقدة.

تجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم 5/ لعام 2016، نص في المادة 47/ منه على أنه: «أ- يحدد عقد التشاركية بشكل واضح المدة اللازمة لتنفيذ المشروع وتشغيله، وانتهاء مدته، ب- يجوز لأطراف العقد تمديد مدة عقد

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرفق العام، المرجع السابق، ص162.

التشاركية لمدة إضافية، إذا اقتضت الضرورة ذلك، مثل تعويض الشريك الخاص عن التضخم أو لأسباب أخرى تظهر بعد إبرام عقد التشاركية، ج- يجوز للجهة العامة المتعاقدة بموافقة المجلس تمديد مدة عقد التشاركية بما يتناسب ومقابل الاستثمار في عدد من الحالات منها: تأخر إنجاز المشروع أو انقطاع تشغيله وتأدية خدماته، نتيجة لظروف خارجة عن سيطرة الطرفين، والظروف الاستثنائية الطارئة... ».

المطلب الثاني

النهاية المبسرة لعقد B.O.O.T

ليس من الضروري أن يبقى عقد B.O.O.T مستمراً حتى تنتهي المدة المتفق عليها؛ لأنه قد تظهر ظروف من شأنها إنهاء هذا العقد قبل نهاية هذه المدة.

فقد ينتهي العقد لاستحالة تنفيذه، وقد تنهي الإدارة العقد لدواعي المصلحة العامة، وقد ينتهي العقد قضائياً بناءً على طلب شركة المشروع. لذلك سنتناول بحث حالات إنهاء عقد B.O.O.T دون تنفيذ في الفروع الآتية:

- الفرع الأول: انتهاء العقد لاستحالة تنفيذه.
- الفرع الثاني: فسخ العقد من جهة الإدارة- استرداد الالتزام.
- الفرع الثالث: انتهاء العقد قضائياً بناءً على طلب شركة المشروع.

الفرع الأول

انتهاء العقد لاستحالة تنفيذه

يقضي المبدأ العام في إنقضاء الالتزام عموماً لاستحالة تنفيذه، فإذا أثبت الملتزم أن العمل المتعاقد عليه قد أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، ينقضي التزامه لاستحالة تنفيذه، وهذا ما نصت عليه المادة /371/ من القانون المدني السوري، كما ينقضي بذلك التزام الجهة العامة المتعاقدة المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه عملاً بأحكام المادة /160/ من القانون المدني السوري، ونصت المادة /51/ الفقرة /أ/ من قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 على أنه: «يحق لأي من الطرفين طلب إنهاء عقد التشاركية في حال بات تنفيذه لالتزاماته مستحيلاً بسبب القوة القاهرة». وهذا ما تنص عليه النصوص الدولية أيضاً، ومن ذلك ما نص عليه الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية، والذي نص على أنه: «لا يُعتبر الطرف مسؤولاً عن عدم تنفيذ أي من التزاماته بالقدر الذي يثبت فيه أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه أو يتوقع نتائجه لحظة إبرام العقد، وأنه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه، أو على الأقل أن يتجنب أو يتخطى نتائجه»⁽¹⁾.

ويشترط في الحدث الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد أن يكون خارجاً عن إرادة الطرفين المتعاقدين وأن يكون عائداً لسبب أجنبي خارج عن إرادتهما، وأن

(1) البند الأول من الشرط "الإعفاء من المسؤولية"، منشورات غرفة التجارة الدولية، منشور رقم

يكون غير متوقع عند التعاقد وأن يكون مستحيل الدفع أي يؤدي إلى استحالة التنفيذ.

وإن فكرة استحالة التنفيذ التي ترجع إلى القوة القاهرة في فرنسا ومصر وسورية بأن تكون استحالة دائمة ومطلقة، كما في حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تدمير محل المرفق نفسه⁽¹⁾. وقد يتناول العقد نفسه تنظيم الحالة عند وقوع القوة القاهرة⁽²⁾.

ويلاحظ أنَّ القضاء الإداري الفرنسي أكدَّ أن القوة القاهرة لا تؤدي إلى إنهاء العقد بشكل تلقائي، وإنما تعطي الحق للمتعاقدين والإدارة بطلب فسخ العقد من قبل القاضي الإداري⁽³⁾.

واعتقد أنَّ هذا التوجه نابع من ضرورة عدم توقف المرفق العام عن أداء خدماته للجمهور بشكل مفاجئ.

(1) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 765. ولمزيد من التفصيل انظر: د. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، المرجع السابق، ص 545 وما بعدها.

(2) كما جاء في عقد "مطار مرسي علم" في مصر، حيث نصت المادة الثانية عشرة منه على أنه: «للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وتعويض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الانتهاء..».

(3) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 338.

الفرع الثاني

فسخ عقد B.O.O.T من جهة الإدارة- استرداد الالتزام

يُعد الاسترداد إحدى الوسائل الممكنة لإنهاء عقد الالتزام، ويعرّف الاسترداد بأنه إجراء انفرادي يصدر أثناء تنفيذ الالتزام عن الإدارة مانحة الالتزام، ويقصد به إنهاء هذا الالتزام قبل انقضاء مدته العقدية مقابل دفع تعويض للملتزم، فالاسترداد هو فسخ لعقد الالتزام استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية من دون خطأ من المتعاقد لدواعي الصالح العام.

ويأخذ الاسترداد في الواقع العملي ثلاثة أشكال، فهو إما أن يكون منصوباً عليه في العقد ويدعى الاسترداد التعاقدي، وإما أن يكون غير منصوب عليه في العقد ويدعى الاسترداد غير التعاقدي، وهناك الاسترداد الذي يتم بتدخل من المشرع بنص تشريعي

أولاً: الاسترداد التعاقدي:

هذا النوع من الاسترداد هو الشائع عملياً، وينظمه العقد ويحدد شروطه، وهذا الشرط من الشروط التعاقدية التي لا يجوز للإدارة الخروج عنها، وقد وضع القضاء الفرنسي شروطاً لممارسة حق الاسترداد التعاقدي وهي:

1. أن يكون منصوباً عليه صراحةً في العقد، فإذا تضمن العقد النص على عدم جواز استرداد المرفق قبل مدة معينة من بداية العقد، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تسترد المرفق قبل نهاية المدة المحددة وإلا كان ذلك خطأً من جانبها ويستلزم تعويض المتعاقد، وإذا تأخرت الإدارة ولم تقم باستعمال سلطتها في الاسترداد بعد المدة المذكورة مباشرة، فلا يعني ذلك سقوط حقها في الاسترداد، وهي تملك هذا الحق في أي وقت بعد مضي المدة المحددة.

2. يجب إنذار المتعاقد قبل استخدام الإدارة لحقها في الاسترداد بوقت كافٍ، وبعد الاسترداد لا يحق للمتعاقد إدارة المرفق، وإلا كان الربح المحقق هو حق

للإدارة، ويتم تعويض المتعاقد مع الإدارة، وهذا التعويض يكون شاملاً ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽¹⁾.

وقد ذهب المشرع المصري في القانون /129/ لسنة 1947م الخاص بالالتزام المرافق العامة إلى أنه جعل من نظام الاسترداد قاعدة عامة في جميع عقود الالتزام في مصر، حيث نصت المادة الرابعة منه على أنه: «يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل انتهاء مدته». وبموجب هذا النص أصبح من الضروري أن تتضمن عقود الالتزام التي تعقد في ظل هذا القانون شرطاً يُنظم كيفية استرداد المرفق قبل مياعده.

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق كله، ولكن الإدارة تستطيع أن تقصر الاسترداد على جانب منه، إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بذلك.

ثانياً: الاسترداد غير التعاقدى:

وهو الاسترداد الذي تقررته جهة الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة إذا لم يتضمن العقد نصاً بشأن الاسترداد، تحقيقاً للصالح العام ومن دون خطأ أو تقصير من جانب الملتزم، ويُعد الاسترداد تطبيقاً لقاعدة حرية الجهة الإدارية في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بدافع تحقيق المصلحة العامة، ولكن بالمقابل يستحق الملتزم تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب⁽²⁾.

(1) محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في إدارة المرافق العامة، المرجع السابق، ص 163 وما بعدها.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 773.

وأعتقد بخصوص عقد B.O.O.T ونظراً إلى الاستثمارات المالية الضخمة التي تنفقها شركة المشروع، فإن الإدارة تملك هذا الحق إعمالاً للقواعد العامة مع وجوب قصرها على أضيق الحدود، وأن يتولى القضاء مراقبة قرار الإدارة القاضي بالاسترداد، وأن يعمل على إلغاء قرار الاسترداد كونه عملاً غير مشروع فيما إذا تبين عدم صحة دواعي الصالح العام التي تذرعت به الإدارة.

وإذا نص عقد التشاركية صراحةً على عدم جواز قيام الإدارة باسترداد المرفق، فهنا يجب احترام هذا النص العقدي، وذلك تشجيعاً للاستثمار، وبخاصة في مرحلة إعادة الإعمار التي يمر بها وطننا الحبيب، ونظراً إلى الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي يمر بها قطرنا العربي السوري.

ثالثاً: الاسترداد التشريعي:

قد يتدخل المشرع في مجال عقود الالتزام، فيصدر قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق العامة التي تُدار بهذه الطريقة.

ومن الطبيعي أن يتدخل المشرع في بعض الحالات لمقتضيات تتعلق بالمصلحة العامة، فيقرر استرداد أحد المرافق أو إلغاء الالتزام الممنوح بقانون، حيث إن السلطة التشريعية هي المرجع في منح الالتزام بقانون فهي المرجع الصالح لاسترداد هذا المرفق أو إلغاء الالتزام بقانون أيضاً⁽¹⁾.

(1) د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، المرجع السابق،

وهذا ما قام به المشرع الفرنسي منذ منتصف القرن التاسع عشر، حيث أصدر العديد من القوانين التي نظم بها استرداد بعض المرافق العامة، ومن هذه القوانين: قانون 17 نيسان سنة 1919م الخاص بالتعويض عن أضرار الحرب العالمية الأولى، وأعطى الحق للإدارة في استرداد بعض المرافق التي تدار عن طريق الالتزام، وكذلك قانون 31 تموز سنة 1947م الذي خول الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الالتزام المحلية في خلال سنة من صدوره بقصد تمكين تلك الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة⁽¹⁾.

كذلك لجأ المشرع المصري إلى هذا الأسلوب في استرداد بعض المرافق العامة التي تدار بطريقة الالتزام، ومن ذلك القانون رقم 285/ لسنة 1956م الذي أنهى التزام شركة قناة السويس البحرية وأعاد مرفق قناة السويس إلى الدولة، والقانون رقم 112/ لسنة 1961م لاسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدينة الإسكندرية، والقانون رقم 123/ لسنة 1961م لاسترداد مرفق ترام القاهرة⁽²⁾.

كذلك نص المشرع السوري في المادة 49/ من قانون التشاركية السوري رقم 5/ لعام 2016 على أنه: «يجوز للجهة العامة المتعاقدة وبعد الحصول على الموافقة المسبقة من المجلس، إنهاء عقد التشاركية في حال:

أ. بات من الواضح والثابت أن الشريك الخاص لم يعد قادراً على الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد التشاركية.

(1) خالد محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، المرجع السابق، ص226.

(2) د. ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، المرجع السابق، ص403.

ب. وجود أسباب قاهرة، تستوجب قيام الجهة العامة المتعاقدة بإنهاء العقد ودفع تعويضات للشريك الخاص، بموجب الأحكام النازمة لذلك في متن عقد التشاركية».

وأعتقد أنه في عقد B.O.O.T للمشرع يتدخل في إنهاء التزام شركة المشروع وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة وانطلاقاً من حق الإدارة الأصيل في تنظيم وتعديل المرفق العام وإنهاء الالتزام، في حالة غياب نص على شرط الثبات التشريعي في العقد.

الفرع الثالث

انتهاء العقد قضائياً بناءً على طلب شركة المشروع

قد تجد شركة المشروع أنه أصبح من غير المجدي لها الاستمرار في تنفيذ المشروع بسبب ما قامت به جهة الإدارة من إخلال بجزء كبير من التزاماتها مثل: التقصير في دفع مبالغ متفق عليها لشركة المشروع أو التقصير في إصدار رخص لازمة لتشغيل المرفق، كما يحق لشركة المشروع إنهاء الاتفاق إذا عجزت عن تقديم الخدمة بسبب تصرفات جهات إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة مثل: عدم اتخاذ إجراءات الدعم اللازم لدى السلطات المختصة لتنفيذ اتفاق المشروع⁽¹⁾.

ومن ثمَّ فمن حق شركة المشروع أن تلجأ إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم طالبةً الحكم بفسخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية مع الإدارة.

(1) د. مي محمد عزت شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، المرجع السابق،

ويجب على شركة المشروع أن تقوم بإخطار جهة الإدارة بعزمها على طلب فسخ العقد، وكذلك بإخطار البنوك والجهات الممولة، وتحصل شركة المشروع على تعويض من الجهة الإدارية في حالة فسخ العقد بناءً على طلب شركة المشروع، وتحل الجهة الإدارية المتعاقدة محل شركة المشروع وتحصل على حقوقها والتزاماتها الواردة في العقد⁽¹⁾.

وعندما ينتهي عقد B.O.O.T نهاية مبسرة، ينشأ لكلا الطرفين حقوق لدى الطرف الآخر ويجب تصفيتهما، فقد يستحق كلٌّ من الطرفين تعويضاً من الطرف الآخر عن الأخطاء العقدية المرتكبة أثناء تنفيذ عقد B.O.O.T، وقد يكون للملتزم الحق في التعويض عن بعض الأموال التي تؤول إلى الدولة مجاناً، وقد تستحق الجهة الإدارية تعويضاً من شركة المشروع عن عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها الواردة في العقد، وكل هذه العلاقات المالية بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع يجب تصفيتهما عندما ينتهي عقد B.O.O.T نهاية مبسرة، وينص العقد غالباً على شروط التصفية.

هذه الشروط ذات طبيعة تعاقدية⁽²⁾، ولا يحق للجهة العامة تعديلها بشكل منفرد، وهي مُلزمة بطرفي العقد، وإذا ظهر أيُّ خلاف بين المتعاقدين حول مسألة التصفية، يكون النظر فيها من اختصاص المحاكم الإدارية، ويقتصر دور قاضي

(1) د. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، المرجع السابق، ص411.

(2) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص812.

العقد على تفسير الشروط التعاقدية وفق النية المشتركة للمتعاقدين، وهناك مجموعة من الأمور يجب مراعاتها عند إجراء التصفية المالية هي:

1. أن الأموال المنصوص عليها في العقد التي لم يتم إنفاقها على استغلال المرفق، كالأموال الاحتياطية وأموال التشغيل المتبقية، فإن العقد هو الذي يُبين كيفية التصرف في هذه الأموال، وبحسب دفاتر الشروط في فرنسا، فإن الأموال الاحتياطية تؤول إلى الملتزم، وأموال التشغيل تؤول إلى الجهة الإدارية المتعاقدة.

2. على شركة المشروع إبراز قيود حساباتها فيما يتعلق بالنفقات التي تكبدتها في إنشاء المرفق وإدارته، وتسديد القروض التي أبرمتها الإدارة المتعاقدة لصالح شركة المشروع أثناء مدة عقد B.O.O.T⁽¹⁾.

ولابد من الإشارة إلى أن المقاصة مقبولة، حيث تستطيع الإدارة المتعاقدة إجراء المقاصة بين حقوقها لدى شركة المشروع وبين جميع الديون التي يمكن أن تكون مدينة بها في مواجهة شركة المشروع.

وفي جميع الأحوال يتولى أهل الخبرة في فترة التصفية، أعمالهم الفنية والمحاسبية والقانونية من أجل تقدير العناصر كافة ذات الصلة وتقييمها، وذلك بهدف تحديد حقوق كل من الطرفين المتعاقدين والتزاماتهما، تمهيداً للبت فيها اتفاقاً أو قضاءً.

(1) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة،

وقد اعترف القضاء الفرنسي والسوري لمانح الالتزام بالحق في إجراء المقاصة بين حقوقه لدى الملتزم وبين ما عليه من ديون للملتزم⁽¹⁾.

ومن الجدير بالذكر: أن القانون رقم /51/ لسنة 2004م المتضمن نظام العقود الموحد، والمرسوم /450/ لسنة 2004م المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد، وكذلك القانون المدني السوري، لم يتضمن أيّ منهم مواداً تتعلق بمصير الأموال والأدوات والعقود المتعلقة باستغلال المرفق.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون التشاركية السوري رقم /5/ لسنة 2016م نصّ في المادة /48/ منه على الآتي: «ينتهي عقد التشاركية في نهاية مدته المحددة عقدياً ما لم يتم إنهاؤه قبل ذلك».

ونصت المادة /49/ على الحالات التي يحق للجهة الإدارية إنهاء عقد التشاركية في حالتين هما:

1. إذا أصبح الشريك الخاص لم يعد قادراً على الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه بموجب عقد التشاركية.

2. وجود أسباب قاهرة توجب إنهاء العقد ودفع تعويض للشريك الخاص بموجب الأحكام النازمة لذلك في متن عقد التشاركية.

ونصت المادة /50/ على الحالات التي يجوز للشريك الخاص طلب إنهاء عقد التشاركية أو فسخه، ومنها ارتكاب الجهة العامة المتعاقدة أو أي جهة عامة

(1) د. أوس جمال مخبير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية، المرجع السابق،

أخرى ذات صلة بمضمون عقد التشاركية مخالفة تؤثر على تنفيذ العقد ولم تصحح المخالفة خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تبليغها ذلك.

ونصت المادة /51/ على حالة إنهاء العقد لاستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة وحالة إنهاء العقد بالتراضي بعد موافقة المجلس.

ونصت المادة /52/ على تعويضات إنهاء عقد التشاركية أنه: «يجب أن ينص عقد التشاركية على آلية محددة لاحتساب التعويضات الواجبة لكل طرف في حال إنائه أو فسخه قبل حلول أجله، بما في ذلك التعويضات عن قيمة الأعمال المنجزة في ظل عقد التشاركية، والنفقات أو الخسائر المباشرة التي تكبدها أي من الطرفين أو الأرباح المتوقعة لأي منهما».

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الباب الثاني، فقد درسنا فيه عقد B.O.O.T من الناحية التطبيقية، ومسار التعاقد بنظام B.O.O.T، بدءاً من الإجراءات السابقة على إبرام العقد والمتضمن الإعداد الفني والقانوني للمشروع والحصول على الإذن بالتعاقد، ثم كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة، وأساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T وهي المناقصة وأساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T وهي طلب العروض وتقنية التعاقد بالتفاوض.

ثم درسنا آثار تنفيذ عقد B.O.O.T، وبيان حقوق طرفي العقد والتزاماتهما وهما: الإدارة وشركة المشروع.

وقد درسنا حقوق الإدارة المتعاقدة، وهي حق الرقابة وحق التعديل وحق توقيع الجزاءات، والتزامات الإدارة المتعاقدة سواء الالتزامات العامة، وهي الالتزامات المالية وإعادة التوازن المالي للعقد واحترام العقد، والالتزامات الخاصة بعقد

B.O.O.T وهي شرط الثبات التشريعي وشرط التحكيم وشرط خضوع العقد إلى القانون الخاص، ثم بيّنا حقوق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي، والتوازن المالي للعقد، والامتيازات التي تقدمها الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع، ثم بيّنا التزامات شركة المشروع العامة من تنفيذ الالتزام بنفسها والالتزام بالمواصفات والمدة المتفق عليها في العقد والالتزامات الخاصة بعقد B.O.O.T من أعمال التشييد والتشغيل والصيانة وثقل التكنولوجيا وتحويل الملكية.

ثم درسنا نهاية عقد B.O.O.T سواء النهاية الطبيعية للعقد بانتهاء مدته، وتمديد العقد، والنهائية المبسرة للعقد، وذلك بانتهاء العقد لاستحالة تنفيذه، واسترداد الالتزام، وانتهاء العقد قضائياً بناءً على طلب شركة المشروع.

الخاتمة

عالجنا في هذا البحث إدارة المرفق العام وفق نظام (B.O.O.T)، فتناولنا عقد (B.O.O.T) تأصيلاً وتكييفاً وإبراماً وتنفيذاً وإنهاءً، ويمكن القول: إننا توصلنا إلى أن نظام (B.O.O.T) هو علاقة تعاقدية بين أطرافها، وإن عقد (B.O.O.T) هو عقد بين الدولة أو إحدى جهاتها العامة، وبين طرف خاص وطني أو أجنبي، وغالباً ما يكون شركة أو اتحاد شركات يطلق عليها اسم (شركة المشروع) بهدف إنشاء مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية على حساب شركة المشروع، وقيامها في مقابل ذلك بإدارة وتملك المشروع واستثماره طوال مدة العقد، ثم تحويل المرفق في نهاية مدة العقد إلى جهة الإدارة المتعاقدة وهو بحالة جيدة ومن دون مقابل.

كما أظهرت الدراسة أن المتغيرات التي شهدتها العالم في أواخر عقد الثمانينات من القرن العشرين، وما رافقها من تطور غير مسبوق في تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال ونشوء ظاهرة العولمة، أدى إلى تقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي عموماً، وتعاظم دور القطاع الخاص ومشاركته في المشروعات الكبرى ومشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة الاقتصادية.

وقد توصل البحث إلى ترجمة اصطلاح (B.O.O.T) بعبارة (عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل) عوضاً عن العبارة التي استعملها الفقه العربي في غالبية العظمى وهي (البناء والتملك والإدارة ونقل الملكية).

وإن الباحث يرى أن استعمال عبارة (نقل الملكية) تحمل معه خطورة حقيقية من إمكانية تفسيرها أن المرفق موضوع العقد يكون بملكية شركة المشروع خلال

مدة العقد، وأنها تقوم بنقل هذه الملكية إلى جهة الإدارة عند انتهائه، وهذا أمر غير جائز البتة حسبما توصلنا إليه من خلال البحث.

وإن عقد (B.O.O.T) عقد إداري بطبيعته.

وقد انتهينا إلى أن عقد (B.O.O.T) في دول النظام اللاتيني، ومنها سورية، هو عقد إداري بطبيعته ولا يؤثر في ذلك كون هذا العقد نشأ في دول النظام الأنكلو أمريكي، التي لا تعرف نظام العقد الإداري أصلاً، فهي لا تعرف ثنائية العقد العادي والعقد الإداري أو ازدواجية القضاء العادي والقضاء الإداري، وإن عقد (B.O.O.T) تتوفر فيه جميع أنواع الشروط غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية.

هذا بالإضافة إلى أن ارتباط عقد B.O.O.T بالمرفق العام هو ارتباط لا يقبل الانفصام، ويدخل في صميم تكوين هذا العقد، ويشكل الصورة الأقوى للارتباط بالمرفق العام.

وقد توصلت الدراسة إلى أن عقد B.O.O.T هو الصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة ذلك أنه إذا كانت إدارة المرفق هي الالتزام الجوهري الذي يقع على عاتق الملتزم في الصورة التقليدية لعقد الالتزام، فإن إشادة المنشآت اللازمة لتشديد المرفق وتجهيزه هي مسائل تدخل في صميم عقد الالتزام، وهذا ما يعبر عن حقيقة عقد B.O.O.T.

ومن الخطأ القول بتملك شركة المشروع للمرفق خلال مدة العقد في B.O.O.T، ذلك أن حق الملكية هو حق دائم لا يقبل تحديده بزمان مؤقت أصلاً، وإن عقد B.O.O.T يتحول إلى عقد B.O.T بمجرد تشغيل المشروع، ذلك أن

عناصر المشروع من منشآت وآلات وتجهيزات ومعدات والتي كانت في ملكية شركة المشروع خلال مرحلة إنشاء المشروع قد انصهرت في المرفق بعد تشغيله وفقدت ذاتيتها ولم تعد لشركة المشروع، التي كانت قد أوجدتها أصلاً، أية ملكية فيها.

وتوصلت الدراسة إلى خروج بعض الصور العقدية المشبهة بعقد B.O.O.T والتي لا تنتهي بإعادة المشروع للإدارة العامة المتعاقدة عن نظام B.O.O.T برمته، وهي شكل من أشكال الخصخصة مثل عقد B.O.O و R.O.O.

وإلى أهمية دراسات الجدوى التي تسبق إبرام عقد B.O.O.T، كونه يتوقف عليها نجاح مشروعات بنظام B.O.O.T.

وإن استفتاء الإدارة لمجلس الدولة في سورية هو رأي يقدمه المجلس قبل إبرام العقد وليس تصديقاً للعقد بعد إبرامه.

وإن المناقصة لا تصلح أسلوباً لإبرام عقد B.O.O.T، حيث توصلت الدراسة إلى أن تقنية المناقصة لا تصلح في إبرام عقد B.O.O.T، ذلك أن اختيار المتعاقد في هذا النمط لا يستند إلى أفضل سعر يُقدم، فالإدارة في هذا العقد ليست في صدد الشراء، بل إن اختيار شركة المشروع يجب أن يُبنى على أساس قدرتها على إنشاء المشروع وتجهيزه بالتقنيات المطلوبة وتشغيله وإدارته.

وإن جهة الإدارة المتعاقدة تملك حق الرقابة وحق التعديل في عقد B.O.O.T بما يتناسب وخصوصية هذا العقد، فحق الرقابة بالمعنى الضيق وبما يرادف مفهوم الإشراف يقصد به التحقق من أن الطرف المتعاقد الخاص يُنفذ العقد تنفيذاً صحيحاً وطبقاً لشروطه، أما التعديل فهو حق أصيل تملكه الإدارة في جميع

عقودها الإدارية، إلا أن تطبيقه في عقد B.O.O.T يجب أن يكون مناطه احتياجات المرفق العام وجمهور المنتفعين، وأن يقترن بالتعويض على شركة المشروع عن الأضرار التي تلحق بها من جراء ممارسة الإدارة لهذا الحق.

وتوصلت الدراسة إلى أهمية صياغة عقد B.O.O.T وضرورة الكتابة بلغة واضحة ودقيقة، ووضع النصوص التفصيلية التي تتضمن الحلول العملية والواضحة للمسائل المثارة، وتحديد الإدارة لأهدافها وطلباتها بوضوح في وثائق طلب العروض.

وقد صدر قانون التشاركية السوري رقم /5/ لعام 2016 الذي نظم مختلف الأنواع (النماذج) والمسائل والإجراءات المتعلقة بمشاركة القطاع الخاص بالاستثمار في واحد أو أكثر من الأعمال التالية: تصميم أو إنشاء أو بناء أو تنفيذ أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تطوير أو إدارة أو تشغيل مرفق عام أو مشروع لدى الجهة العامة، بهدف المساهمة في تقديم خدمة عامة مباشرة إلى الجهة العامة المتعاقدة أو نيابة عنها إلى المستفيد النهائي.

وتوصلت الدراسة إلى أن عقد B.O.O.T يخالف الدستور في سورية، ولا بد من تعديل دستوري لتطبيق نظام B.O.O.T في سورية.

وإن انتشار عقد B.O.O.T بشكل واسع في مختلف دول العالم، بما فيها الدول النامية ودعم الحكومات لها وإقبال القطاع الخاص عليها يؤكد مزاياه، كما أنه كشف في الوقت نفسه عن وجود عيوب فيه.

وتلجأ معظم الدول خلال مرحلة إعادة الإعمار إلى جذب الاستثمارات الأجنبية والوطنية عبر عقد B.O.O.T، كوسيلة لإعادة بناء مشروعات البنى التحتية الضخمة والمرافق العامة الاقتصادية والخدمية، ومن مزايا هذا النظام:

- دعم ثقة المواطنين بالمؤسسات الخدمية واقتصادهم الوطني، حيث يؤدي عقد B.O.O.T إلى تطوير كفاءة القطاع العام في المجالات كافة، من خلال الاستفادة من جميع الميزات الفنية والتقنية والإدارية الحديثة التي يتمتع بها القطاع الخاص في طور تنفيذ مشاريعه.

- خلق فرص عمل جديدة والقضاء على البطالة، كون عقد B.O.O.T يخلق فرص عملٍ لشرائح واسعة من السكان في مختلف القطاعات والمناطق، ومن ثمَّ إدماج المتضررين بالمجتمع.

- إعطاء القطاعات الاجتماعية الأولوية بالنسبة للإنفاق الحكومي، حيثُ تتجه أنظار المستثمرين إلى مشاريع المرافق العامة الاقتصادية (صناعية- تجارية- زراعية)، فإن هذه المرافق تحقق لهم الربح، ما يؤدي إلى التخفيف من الأعباء التي تتحملها ميزانية الدولة نتيجة دعمها للمنشآت الاقتصادية الخاسرة، وتكريس مواردها لدعم قطاعات التعليم والصحة.

- الحد من الهجرة الداخلية وهجرة الأدمغة والكفاءات الوطنية، حيث تلجأ الحكومة إلى الاستعانة في القطاع الخاص عبر عقد B.O.O.T لإقامة مشروعات في المناطق التي بحاجة إلى التنمية بهدف الحد من الهجرة الداخلية.

- تحسين مستوى معيشة المواطنين والتخفيف من التفاوت الطبقي، كون عقد B.O.O.T يساعد في تقديم الخدمات الأساسية للمواطنين بأسعار مناسبة للجميع، مثل خدمات الكهرباء والاتصالات والغاز والطرق... إلخ.
- يساعد عقد B.O.O.T حكومات الدول الخارجة من الأزمات على أن تحدد الأولوية في تنفيذ القطاعات الاقتصادية وإعادة بنائها وفقاً لمتطلبات المجتمع والتنمية والاقتصاد.
- استخدام الموارد المتوفرة بشكل أكثر كفاءة ورفع مستوى خدمات البنية التحتية والمرافق العامة.
- استخدام التكنولوجيا المتقدمة في تطوير خدمات المرافق العامة.
- تنمية الموارد البشرية وتدريب الأيدي العاملة الوطنية في جميع مراحل المشروع المنفذ، مما يؤدي إلى اكتساب هذه الأيدي المهارات والخبرات الفنية والتي تمكنها من الدخول في مجال سوق العمل الدولي.
- توفير العملة الأجنبية لتمويل المشروعات الضخمة وتجنب الاقتراض من الخارج.
- نقل المخاطر المالية التي تترتب على المشروع المراد القيام به من القطاع العام إلى القطاع الخاص، الذي يتحمل المخاطر كافة الناجمة عن المشروع، لقاء الرسوم التي سوف يتقاضاها من المستفيدين من خدمات المرفق خلال فترة العقد.

ومن مخاطر عقد B.O.O.T:

- المخاطر التشريعية والقانونية التي تتمثل بتبدل التشريعات ذات الصلة بالاستثمار في البلد المضيف.
- المخاطر السياسية المرتبطة بالأوضاع السياسية الداخلية والخارجية لدولة الاستثمار، ومدى قدرتها على مواجهة الأزمات.
- المخاطر الاقتصادية التي تتعرض لها مشروعات البنية التحتية في أثناء استثمارها من قبل القطاع الخاص، ومنها: المخاطر المرتبطة بعدم استقرار أسعار الصرف.
- المخاطر الثقافية والاجتماعية، لأنه قد يبدو في الكثير من الأحيان أن الرسوم التي تُفرض على المنتفعين من قبل الملتزم لقاء أداء الخدمة لهم غير مقبولة، وتؤدي إلى الشعور بالاضطرار إلى دفع مبالغ إضافية من دون أي فائدة، تُضاف إلى الضرائب الاعتيادية، وهذا معيار نفسي يختلف من بلد إلى آخر.
- المخاطر الناتجة عن الكوارث الطبيعية، مثل الفيضانات والزلازل والحرائق، إضافة إلى الأحوال الجوية، وهي من عناصر المخاطرة بالنسبة للمشروعات، لتأثيرها الكبير على سير العمل، وما تتسبب به من زيادة في زمن تنفيذ المشروع، ومن ثمَّ ارتفاع التكاليف غير المباشرة لتلك المشروعات.

التوصيات

بغية الإسهام في أن يحقق عقد B.O.O.T الغاية المتوخاة منه، وتلافي العيوب والمخاوف والانتقادات التي توجه إليه، فإن الباحث يختتم بحثه بالتوصيات الآتية:

1- الاستفادة من تجارب بعض الدول كفرنسا ومصر في تنظيم آليات المشاركة بين الدولة أو إحدى إداراتها من جهة والقطاع الخاص من جهة أخرى، في تطبيق قانون التشاركية رقم 5/ لعام 2016م وتطبيق عقد B.O.O.T، في حال تم تعديل دستوري وقانوني يسمح بهذا العقد في سورية، لأن المنظومة القانونية لهذين البلدين تُشكل المصدر التاريخي لمنظومتنا القانونية، وأن يراعي القانون رقم 5/ لعام 2016م ضبط عملية اللجوء إلى الشراكة مع القطاع الخاص في إطار محدد ومُبين لأوجه النشاط الذي يتلاءم مع هذا النمط من العقود، وتحديد مدة العقد وموعد بدء حسابها وأن تكون مدة عقد التشاركية معقولة ووضع ضوابط عند تجديد العقد، وإعطاء الحق بإبرام عقود التشاركية للسلطات المركزية والمحلية ووضع الضوابط اللازمة لذلك، والنص على وجوب تحويل الأموال اللازمة لإنشاء المشروع من الخارج، إذا كانت شركة المشروع جهة أجنبية، وأن يُحدد عقد التشاركية حقوق والتزامات الطرفين بكل دقة ووضوح في جميع مراحل العقد، وضمان وجود رقابة فاعلة وإشراف حقيقي للجهة الإدارية المتعاقدة في مرحلتي إنشاء المرفق وتشغيله.

2- توصي الدراسة عند تعريب عقد B.O.O.T استعمال عبارة "عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل" بدلاً من عبارة "عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية".

3- توصي الدراسة بوضع برامج متخصصة لتأهيل العاملين وتدريبهم لدى الدولة، وتنمية قدراتهم الفنية والتفاوضية والقانونية بخصوص قانون التشاركية رقم 5/ لعام 2016.

4- تؤكد الدراسة على أهمية إيجاد نظام قانوني متكامل للعمل الاستشاري بأنواعه: القانوني والهندسي والمحاسبي لأن هذا النظام أمر لازم لتشكيل البيئة الفنية الصحيحة لعقود التشاركية.

5- ونقترح التركيز على القطاعات الرئيسة للتنمية عند طرح مشروعات البنية التحتية للمشاركة مع القطاع الخاص، وبشكل خاص الزراعة والصناعة والنقل وإعادة إعمار ما دمرته الحرب، لما تتميز به هذه القطاعات من إمكانية كبيرة للتأثير في قطاعات التنمية الأخرى، واستيعاب اليد العاملة.

6- وتؤكد الدراسة ضرورة مراعاة الدقة عند إعداد دراسات الجدوى للمشروعات لتلافي أكبر قدر ممكن من المخاطر المحتملة، وأن تتوفر في هذه الدراسات كل مقوماتها البشرية والفنية والتقنية والعلمية، ومدى حاجة الدولة والمجتمع إلى مثل هذه المشروعات، خصوصاً في مرحلة إعادة الأعمار.

7- إمكانية الأخذ بشروط الثبات التشريعي في عقد B.O.O.T وعقود التشاركية كونه العامل الرئيس لجذب الاستثمارات وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة، لأنَّ المستثمر يشعر بالأمان، وبخاصة أن سورية بحاجة إلى جذب

الاستثمارات المحلية والأجنبية لإعادة إعمار ما دمرته الحرب، وبخاصة في مجال البنية التحتية، ولأن المستثمر سوف يقوم بنقل التكنولوجيا والأموال الضخمة، ولذلك لا بدّ من أن يضمن استثماراته في الدولة التي يتعاقد معها.

8- توصي الدراسة بالاهتمام بشكل خاص عند صياغة عقد التشاركية بمسألة نقل التكنولوجيا وأن تكون ملائمة للبيئة المحلية ومتطلبات إعادة الإعمار.

9- وتوصي الدراسة حين وضع النماذج المختلفة لعقود التشاركية وإصدار الدليل الاسترشادي لكل منها، أن تقوم الجهة الإدارية بمراجعتها باستمرار وتعديلها في ضوء التطورات الحاصلة وما يظهره الواقع من مشكلات.

10- تؤكد الدراسة على الاستفادة من أحكام مجلس الدولة السوري والمصري والفرنسي باعتباره المرجع المختص للنظر في منازعات العقود الإدارية، عند صياغة عقد التشاركية، وذلك للحيلولة دون المشكلات التي يمكن أن تُثار مستقبلاً.

وإن مجلس الدولة في سورية أمام مسؤولية تطوير اجتهاده ونظرياته في مجال العقود الإدارية، بغية مواكبة التطورات الاقتصادية المتسارعة، وبخاصة أن سورية تمر بمرحلة إعادة الإعمار، وذلك ليكون مستعداً لاستقبال منازعات عقود التشاركية بأنواعها المختلفة، والاستفادة من تجربة مجلس الدولة الفرنسي الذي استطاع مواكبة التطورات الاقتصادية والسياسية الحاصلة في المجتمع، خصوصاً ظهور صور حديثة للعقود الإدارية ومنها عقود التشاركية بأنواعها المختلفة.

فالقضاء الإداري الذي أسهم إلى حد كبير في إنشاء نظرية العقود الإدارية وتطويرها، لم يكن إحداثه أساساً بقصد محاباة الإدارة على حساب الطرف الخاص

المتعاقد، فتوازن حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة، والتوازن المالي للعقد هو الضمان الأساسي لنجاح عقود التشاركية بأنواعها المختلفة.

- وأخيراً:

أحمد الله على إنجاز هذه الدراسة، راجياً أن أكون قد وفقت في معالجة المشكلة التي نطرحها، وهذا العمل ليس سوى خطوة، وأرجو أن تكون في الاتجاه الصحيح.

قائمة المراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

1- الكتب العامة:

1. إبراهيم الهندي وعبسي حسن وسعيد نحيلي، المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، حلب، 2004.
2. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 2003.
3. أبو أحمد علاء محي الدين مصطفى، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
4. أبو بكر أحمد عثمان، عقود تفويض المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.
5. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973.
6. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 2003.
7. بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2006.
8. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

9. حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
10. حفيظة السيد حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
11. حمادة عبد الرزاق حمادة، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
12. حمدي عبد العظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات، الطبعة الثانية، القاهرة، 1999.
13. حمدي علي عمر، الرقابة القضائية على العقود التي يبرمها البرلمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
14. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
15. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، 2005.
16. صفوان عبد السلام عوض، الآثار التنموية للخصخصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
17. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عام 1998.
18. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، طبعة 1967.
19. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعية، الإسكندرية، 2006.

20. عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح، المدخل إلى القانون الإداري، طبعة 2003-2004.
21. عبد المجيد الفياض، نظرية الجزاءات في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.
22. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دمشق، 1993.
23. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2011.
24. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
25. محمد الحسين، مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، عام 2005.
26. محمد المتولي، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
27. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005.
28. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، 1995.
29. محمد شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1961.

30. محمد شوقي شادي، الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.
31. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
32. محمد عبد المجيد إسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
33. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2000.
34. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
35. محمد وليد منصور، التحكيم في العقود الإدارية، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق، طبعة 2007.
36. محمود حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة، 1981-1982.
37. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
38. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1991.
39. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.

40. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
41. موسى شحادة، القانون الإداري، الطبعة الثانية، جامعة القدس المفتوحة، أم السماق، عمان، 2003.
42. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
43. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
44. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009.
45. يوسف شباط، عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، 2010-2011.

2- الكتب الخاصة:

1. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، دراسة مقارنة، 2003.
2. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
3. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
4. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

5. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
6. حسن الهنداوي، مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
7. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية - البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2006.
8. رجب محمد طاجن، عقود الشراكة P.P.P، دراسة مقارنة لبعض جوانبها في القانون الإداري الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
9. رثيف خوري، عقود البي أو تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن، لبنان، 2002.
10. شكري رجب العشماوي، إسماعيل حسن إسماعيل، سمير محمد عبد العزيز، معايير السلامة الاستثمارية ومشروعات B.O.T أسس - نماذج - حالات، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007.
11. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، طبعة 2008.
12. عبد القادر محمد عبد القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2005.
13. عبد القادر محمد عبد القادر، دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع ال B.O.T، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، 2000-2001.
14. عبد الله محمد الكندري، النظام القانوني لعقود ال B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

15. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود الـ B.O.T، دار الفكر العربي، القاهرة، 2008.
16. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B.O.T، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، طبعة عام 2008.
17. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2002.
18. محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009.
19. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
20. محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، الـ B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
21. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
22. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، رئاسة الجمهورية العربية السورية، هيئة الموسوعة العربية، ط1، دمشق، 2007.
23. مي طوبار، دراسات الجدوى ونظام B.O.T، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006.
24. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

25. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، طبعة 2008.

3- الرسائل الجامعية:

أ- رسائل الدكتوراه:

1. إبراهيم يوسف هرموش، النظام القانوني لخصخصة الشركات العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2013.
2. أوس جمال مخير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019.
3. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
4. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، البوت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006.
5. زين الدين محسن زهيري، جدوى اعتماد نظام B.O.T في سورية، نموذج تطبيقي على قطاع السياحة، رسالة دكتوراه، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، اللاذقية، عام 2011.
6. فيصل عليان إلياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2010.
7. ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق المصرية، عام 2004.

8. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T، عقد الإنشاء والإدارة والتسليم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2009.
9. محمد إفلولي، النظام القانوني لعقود الدولة في مجال الاستثمار، التجربة الجزائرية نموذجاً، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005.
10. محمد الجلاي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية، جامعة عين شمس، القاهرة، 2000.
11. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، عام 2007.
12. منيرة محمد جميل عوض، التشاركية بين القطاع العام والخاص في إدارة المرافق العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، عام 2012.
13. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.
14. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010.
15. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2001.

16. وفاء مزيد فلهوط، المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، منشورة لدى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

ب- رسائل الماجستير:

1. إبراهيم محمد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (P.P.P) وآلية تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث الاستراتيجية، القاهرة، 2013.
2. آية محمد فايز البداوي، إجراءات الإبرام المقيدة عند إبرام العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017.
3. بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.
4. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2000م.
5. عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2013.
6. علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017.
7. عمار محمود السالم، السلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2017.

8. محمد إبراهيم محفوض، الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2020.
9. محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في تسيير المرافق العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2019.
10. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، 2004.
11. ياسمين إبراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود B.O.T، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، عام 2013.

4- المقالات والبحوث:

1. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد /43/.
2. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد /43/، 1987.
3. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T، بحث مقدم إلى مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مصر، 2001.
4. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، الجزء الأول، 2001.

5. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت وأخواتها، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث، إصدارات البحوث الإدارية /4/، عام 2001.
6. روليت عبود، نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية، بحث علمي مقدم إلى كلية الهندسة المدنية، قسم الإدارة الهندسية والإنشاء، جامعة دمشق، 2012.
7. عمر بن أبو بكر باخشب، النظام القانوني لعقود الامتياز، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، تصدرها كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الرابع والستون، مطبعة جامعة القاهرة، عام 1997.
8. محمد المتولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مصر، الجزء الأول، طبعة 2001.
9. محمد محمد بدران، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية في القانون المصري، مركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية بكلية الحقوق، جامعة القاهرة، أكتوبر، 2001.
10. محمود محمد فهمي، عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، 2001.
11. محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود الـ B.O.T البناء والتشغيل والتحويل، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية محكمة صادرة عن كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد الأول، 2003.

12. مهند نوح، الخصخصة: المفهوم القانوني والبدائل، بحث منشور في مجلة دراسات إستراتيجية، مجلة فصلية محكمة تصدر عن مركز الدراسات والبحوث الإستراتيجية، جامعة دمشق، العدد /21-22/، لعام 2007.

13. مهند نوح، دراسة حول القانون 2004/51، المتضمن نظام العقود الموحد، بحث مقدم إلى دورة التحكيم التي أقامتها غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية والإنشائية بدمشق في 11/30 - 2008/12/1.

14. موسى خليل متري، تمويل المشاريع - هيكلية الـ B.O.T، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد، /21/ العدد الثاني، 2005.

15. هاني صلاح سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مصر، الجزء الأول، طبعة 2001.

5- مجموعات الأحكام والقوانين:

1. محكمة النقض المصرية، مجموعة النقض السنة الثانية والعشرون والسنة الثامنة والعشرون.

2. مجلس الدولة المصري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً (من أكتوبر سنة 1955 إلى سبتمبر 1970).

3. مجلس الدولة السوري - المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لأعوام (1970-1972 - 1973-1976 - 1984-1986 - 1987-1988 - 1989-1990).
4. مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، للمحامي مصباح المهاني، مؤسسة النوري، دمشق، 2005.
5. موسوعة القضاء المدني، اجتهادات محكمة النقض السورية، للمحامي أديب الحسيني، الجزء الأول والجزء الثالث، دمشق، 2004.
6. الدستور السوري الصادر في 2012/2/27.
7. القانون السوري رقم 51/ لعام 2004 الخاص بنظام العقود المتضمن طرق تأمين احتياجات الجهات العامة وبيع أموالها.
8. القانون المدني السوري رقم 84/ لعام 1949.
9. قانون التشاركية السوري رقم 5/ لعام 2016.
10. قانون العقوبات الاقتصادية السوري رقم 3/ لعام 2013.
11. قانون مجلس الدولة السوري رقم 32/ لعام 2019.
12. قانون التحكيم السوري رقم 4/ لعام 2008.
13. قانون الاستثمار السوري رقم 18/ لعام 2021.
14. المرسوم رقم 450/ لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة السوري.

15. قانون مصارف الاستثمار السوري رقم /56/ لعام 2010.
16. القانون رقم /13/ لعام 2018 المتضمن صلاحيات الوزير في تصديق العقود والصلاحيات الموكلة إليه.
17. قانون التجارة السوري رقم /33/ لعام 2007.
18. قانون الشركات السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /29/ لعام 2011.
19. قانون الإدارة المحلية السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /107/ لعام 2011 وتعديلاته.
20. قانون السلطة القضائية رقم /98/ لعام 1961.
21. قانون المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة السوري رقم /2/ لعام 2005.
22. قانون الاتصالات السوري رقم /18/ لعام 2010.
23. قانون حماية البيئة السوري رقم /12/ لعام 2012.
24. الدستور المصري لعام 2014.
25. القانون المدني المصري رقم /131/ لعام 1948.
26. قانون التزام المرافق العامة المصري رقم /129/ لعام 1947.
27. القانون المصري رقم /61/ لعام 1958.
28. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم /89/ لعام 1998.

29. قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري رقم /67/ لعام 2010.
30. قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم /182/ لعام 2018.
31. قانون مجلس الدولة المصري رقم /47/ لعام 1972.
32. قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم /8/ لعام 1997.
33. قانون التحكيم المصري رقم /27/ لعام 1994 المعدل بالقانون /9/ لعام 1997.
34. القانون رقم /22/ لعام 1998 بشأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية.
35. القانون رقم /100/ لعام 1996 بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر.
36. القانون رقم /229/ لعام 1996 بشأن الطرق العامة.
37. القانون رقم /3/ لعام 1997 بشأن إنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول.
38. الدستور الفرنسي لعام 1958.
39. قانون عقود الشراء العام الفرنسي 2001 - 210 تاريخ 2001/3/7.
40. قانون سابان الفرنسي رقم /122- 93/ لعام 1993.
41. قانون مورسيف الفرنسي رقم /1168/ لعام 2001.

42. قانون المشتريات الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم /975/ لعام 2006.

43. قانون الكهرباء الفرنسي 2000/2/10.

44. قانون الشراكة الفرنسي الصادر بموجب المرسوم رقم /559/ لعام

2004 والمعدل بالقانون /735/ لعام 2008 والقانون /179/ لعام 2009.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

1. Abd el baki (s), Les project internationaux de contruction mené selon la Formale B. O.T, thèse, Paris, 2000.
2. Alibert. Th, L'intuitus personae dans la Concession de service public, R. adm, 1990.
3. AMMBIARD (E), " Associer les entreprises à la gestion des services public locaux",La gazette des communes, des départements,desrégions,Cahier détacher,N2,October2003.
4. Auby, J, B, et Maugué; la notion et le régime de la délégation de service public; J. C. P, 1996.
5. Auby. J.M, Le régime juridique de l'avis dans La procédure administrative, A.J.D.A, 1956.
6. Benoît, P, Droit administrative général, Dalloz, Paris, 1968.
7. Bieusses p. s, La spécificité de L' affermage, A, J, D, A, 1996.

8. Blondeau, Concession de service public, these Grenoble, 1992.
9. Boiteau, C, Les conventions de délégation de service public, le moniteur, 2007.
10. Boiteau, G. Les conventions de délégation de service public, le moniteur-;2007.
11. Bonnard, R, Précis de droit administrative, L.G.D.J, Paris, 1943.
12. Braconnier. S, Précis du droit des marchés publics, imprimerie, nationale, Le moniteur, Paris, 2007.
13. Bréchon Moulénes, Droit des marchés, T1 moniteur, paris, 1999.
14. Bréchon. Moulénes, Droit des marchés publics T1, Moniteur, Paris, 1999, III, 100.
15. Bréchon. Moulénes, droit des marchés, T1, Moniteur, Paris, 1999, III, 100.
16. Camby. J. P, Droit administratif et droit financier, R.D.P, 1998.
17. Chapus, R, Droit administratif général, T1, Delta, Paris, 1995.

18. De laubadere (A), Gaudement (Y), traité de Droit administratif, tome I 16ème édition, delta, 2002.
19. Dupuis G, Guédo, M, J et Charétien , P, Droit administratif, A, colin, Paris, ed8, 2002.
20. Dupuis. G. Guédon, M. J, et charétion p, Droit administratif, A. Colin, paris, ed 8, 2002.
21. Fatom. E, Délégation de service public, la mouveau cadre légal A.J.D.A, 1996.
22. Flamme. M. A, traité théorique et pratique des marches publics, BRUXelles, T1, 1969.
23. Forge, J. M, Droit administratif, P, U, F, 2002.
24. Forge. J. M, Droit administratif, P.U.F, Paris, 2002.
25. Fouchard, L' arbitrage en droit administratif, R. a. r, b, 1990.
26. George Vedel, Droit administratif, 1961.
27. Guibal. M, De la liberté des Personnes publiques de Choisir La technique de choix de leur cocontractants, J.C.P,E,N 27, 1987.
28. Guibal. M, Lucien. R, Terneyre. PH, et autres, droit public des affaires, lamy, Paris, 1998.

29. Guibal. M, Mémento des marchés publics, le moniteur, Paris, 1998.
30. Guibal. M. Mémento des marchés publics, Le moniteur, Paris, 1998.
31. Haim. V, Le choix du juge dans Le contentieux administratif, A.J.D.A, 1992.
32. Haroun (A), Arbitrage et financement de projet B.O.T, revue mutations, N 44, février, 2003.
33. Hertzog. R, le Prix du service public, A.J.D.A,. 1997.
34. Hostiou. R, Procédures et forms de l'acte administratif, unilatéral en droit administratif, L.G.D.J Pairs, 1975.
35. Jacquet (J. M), delebeque (pb), cornloup (s), droit du commerce international, 1ère édition, Dalloz, 2007.
36. Jacquet (Jean – Michel) Delebeque (Philippe), CORNELOUP (Sabine), droit de commerce international, 1ère édition, Dalloz, 2007.
37. Jéze. G, Les Principes Généraux de droit administratif, T4, paris, 1939.
38. Kaick. P, Tribunaux administratifs et cours administratifs, 1990.

39. Lachaume; J. F – Boiteau. C, es pauliat. H, Grands services publics, A, Cotine, Paris, 2000.
40. Laubadère– Venezia et Gaudement, Manuel de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1995.
41. Laubadère– Venezia et Gaudement, Manuel de droit, administratif. L.G.D.J, Paris, 1995.
42. Laubadère, A– Venezia, J, C et gaudmet, Y, traité de droit administratif, L, G, D J Paris, 1999.
43. Laubadère. A– Delvolvé. P– Moderne.F, Traite des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, T1, 1983.
44. Laubadère. A, Delvolvé, P, Modrne, traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1989.
45. Laubadère. A, delvolvé. P , Moderne traité des contrats administratifs, L. G. D. J, Paris, 1983.
46. Laubadere. A. Venezia, J. C, et gaudement, Y, Traité de droit administratif L.G.D.I.Paris,1999.
47. Long. V.G. Gondouin, G. Inseguet–Brisset. V, Dictionnaire de droit administratif, A. Colin, Paris, 2005.
48. Lyonnet du moutier (M), Financement sur Project et partenariat. Public. privé.,eddition EMS. Paris.2006.

49. Maugué, ch, Les délégation de service public et le juge administratif, A. J. D. A. 1996.
50. Maugué. Ch, Les variations de liberté contractuelle dans les contrats administratifs, A.J.D.A, 1998.
51. Mignon. M, Declin d'une technique classic: L' adjudication, D. Chro, 1954.
52. P. Esplugeas, conseil constitutionnel de service public, L. G. D. J, 1994.
53. P. h, Terneyre, La notion de convention de délégation, A. J. D. A, 1996.
54. Patrik ios. A, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, Paris, 1997.
55. Philippe. X, Droit administratif général, Paris, 1996, ed2.
56. René chapus, Droit administratif général, edition montchrestion, Paris, 1996.
57. René Chapus, Droit administratif Général, Paris, 2001.
58. Richer, L, Droit des contrats administratifs, L, G, B,J Paris, 2004.
59. Richer. L, Les contrats administratifs, Dalloz, 1991.
60. Richer.L, Droit des contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995.

61. Rivero et waline. J, Droit administratif, paris, ed 14, 1945.
62. Rivero. J. Droit, administratif, Dalloz, Paris, 1983.
63. Terneyre, , La notion de convention de délégation, A. J. D. A, 1996.
64. Thomas. D, Les relations entre le droit des marchés publics et le droit budjétaire et comptable, R.D.P, 1997.
65. Ubaud– Bergeron– m, Loi Murcef, la définition législatif des délégation de service public, J. C. p 2002, n 14.
66. Valine, M, Précis de droit administratif, Ed montchrestien, 1969.
67. Vandomme (Laurent), "to time, to budget, to specification: l'allocation des risques pre– opérationnels dans le cadre de financement des projets B.O.T, RDAI, N8, 1999.
68. Vedel et Delvolvé, p, Droit administratif, P.U.E, paris, 1993.
69. Vedel. M, Cours de droit administratif, Paris, 1953.
70. Villiers. M. Dictionnaire de droit constitutionnel. A, Colin, Paris, 1999.
71. Waline. M, Droit administratif, manuel élémentaire, Sirey, paris, ed 31, 1945.

72. Waline. M, L'évolution récent des rapports de l'état avec Ses cocontractants, R.D.P, 1952.
73. Waline. M, Traité élémentaire de droit administratif, Siry, Paris, 1950.

ثالثاً - باللغة الإنكليزية:

1. Charles walker and Adrien Smith, Privatized infrastructure, the B.O.T approach, London, 1996.
2. Delmon- Ibid- B.O.T Means build- operate- transfer. Aterm said to have been coined by turgat ozal. Prime minister of turkey in the 1980.
3. Frilet. M. ' Some universal Issues in B.O.T, project for public infrastructures international construction, law review, 1997.
4. Jefferey Delmon, Boo/BOT, project: A commercial and contractual guide 2000- sweet and Maxwell- Loncon.
5. Michael A Hyman, Rajiv S. shah, The new futter state outsoricing model: build - oprate- transfer preparing for this futher model, housing finance international, 2003.
6. Phuong tream doan: build- operate- Transfer tolls, university of combridge, 2009.

7. Sidney m. Levy. Build –Operate– Transfer– paring the way for tomorrow infrastructures, 1996, John Wiley and sons, inc.
8. Wild Sapte, Project finance, the guide to financing B.O.T project, 1997.

رابعاً - المواقع الإلكترونية:

- 1- <https://www.unido.org>.
- 2- <https://www.uncitral.org>.
- 3- <https://www.web.worldbank.org>.

فهرس المحتويات

المقدمة	1
مشكلة البحث:	4
أهمية البحث:	6
أهداف البحث:	8
منهج البحث:	9
خطة البحث:	10
الباب الأول - التأصيل القانوني لعقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل (B.O.O.T)	11
الفصل الأول - ماهية عقد البناء والتملك والتشغيل والتحويل B. O. O. T	13
المبحث الأول - مفهوم عقد الـ B.O.O.T وخصائصه	15
المطلب الأول - مفهوم العقد والتطورات التي لحقت به	16
الفرع الأول - أصل اصطلاح B.O.O.T	16
الفرع الثاني - التعريف بعقد B.O.O.T	28
ثانياً - تعريف فقهاء القانون:	30
ثالثاً - تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية:	32
المطلب الثاني - خصائص عقد B.O.O.T وتمييزه عن العقود المشابهة له	39

الفرع الأول - خصائص عقد B.O.O.T 39

أولاً - نظام B.O.O.T هو علاقة تعاقدية بين جهة عامة وجهة خاصة: 39

ثانياً - الغاية من العقد إنشاء مرفق عام: 45

ثالثاً - التمويل الخاص للمشروع: 50

رابعاً - ملكية جهة الإدارة المتعاقدة للمرفق موضوع عقد B.O.O.T: 54

الفرع الثاني - تمييز عقد B.O.O.T عن العقود المماثلة له 59

أولاً - عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T): 60

ثانياً - عقد التحديث والتملك والإدارة والتسليم (M.O.O.T): 66 modernize- own- operate- transfer

ثالثاً - عقد الإنشاء والتأجير والتحويل (B.L.T): -Transfer

Build.-lease 67

رابعاً - عقد البناء والتملك والاستغلال (B.O.O): build- own- operate 68

خامساً - عقد التجديد والتملك والاستغلال (R.O.O): 71 rehabilitation- own- operate.

سادساً - عقد التصميم والبناء والتمويل والإدارة (D.B.F.O): 72 Design- build- finance- operate.

- سابعاً- عقد البناء والاستئجار والإدارة والتسليم (B.R.O.T &)
74 build- lease or rent- operate- transfer : (B.L.O.T
- المبحث الثاني - الأساس القانوني لعقد B.O.O.T 77
- المطلب الأول - الإطار الدستوري لعقد B.O.O.T 78
- المطلب الثاني - الإطار التشريعي لعقد B.O.O.T 95
- الفصل الثاني - الطبيعة القانونية لعقد B.O.O.T 127**
- المبحث الأول - عقد B.O.O.T يدخل في نطاق القانون العام 131
- المطلب الأول - عقد B.O.O.T هو عقد التزام مرفق عام 132
- الفرع الأول - التمييز بين عقد امتياز مرفق عام وعقد التزام مرفق عام
وأثره في المقارنة مع عقد B.O.O.T 134
- الفرع الثاني - التمييز بين عقد B.O.O.T وعقد الأشغال العامة .. 139
- أولاً - محل العقد (عقار): 141
- ثانياً - أن يتم العمل لحساب شخصٍ معنويٍّ عامٍّ: 141
- ثالثاً - أن يكون الهدف من العقد تحقيق منفعة عامة: 142
- الفرع الثالث - التمييز بين عقد B.O.O.T وعقد الشراكة بين القطاعين العام والخاص 143
- الفرع الرابع - الاتجاه القائل بأنَّ عقدَ B.O.O.T صورة حديثة لعقد التزام مرفق عام 150

- المطلب الثاني - توفر جميع عناصر العقد الإداري في عقد B.O.O.T 163
- الفرع الأول - المعيارُ العضوي 165
- الفرع الثاني - المعيار الموضوعي 167
- أولاً - اتصال عقد B.O.O.T بمرفق عام: 167
- ثانياً - الشروط غير المألوفة في عقد B.O.O.T: 170
- المبحث الثاني - عقد B.O.O.T يدخل في نطاق القانون الخاص 181
- المطلب الأول - الآراء المستندة إلى افتقار عقد B.O.O.T شروط العقد الإداري 182
- الفرع الأول - عدم احتواء عقد B.O.O.T على الشروط غير المألوفة التي تُميّز العقود الإدارية 182
- الفرع الثاني - عدم توافر أركان المرفق العام المقصود في فقه القانون الإداري في عقد B.O.O.T 186
- المطلب الثاني - من حيث تكوين العقد وتشجيع الاستثمار 189
- الفرع الأول - تكوينُ العقد وشروطه التعاقدية 189
- أولاً - ملكيةُ شركة المشروع في عقد B.O.O.T لأصول المشروع تنفي عن العقد الصفة الإدارية: 189
- ثانياً - تضمين عقد B.O.O.T نصّ على أنّه عقدٌ مدنيٌّ وتجاريٌّ: 190

ثالثاً - احتواء عقد B.O.O.T على شرطي الثبات التشريعي والعقدي:.....	192
رابعاً - عقد B.O.O.T ذو طبيعة خاصّة:	193
الفرع الثاني - الحجج المستندة إلى سياسة تشجيع الاستثمار	195
الفرع الثالث - الرأي الذي نؤيده بشأن التكييف القانوني لعقد B.O.O.T	199
الباب الثاني - عقد B.O.O.T من الناحية التطبيقية	207
الفصل الأول - إبرام عقد B.O.O.T	209
المبحث الأول - الإجراءات السابقة على إبرام عقد B.O.O.T	211
المطلب الأول - التحضير الفني والقانوني للمشروع	212
الفرع الأول - تحديد المشروع المراد تنفيذه بنظام B.O.O.T وإعداد دراسات الجدوى	212
أولاً- تحديد المشروع:.....	212
ثانياً - إعداد دراسات الجدوى:.....	215
الفرع الثاني - إعداد المستندات الأساسية للعقد	226
أولاً - طلب المشورة:.....	226
ثانياً- دفاتر الشروط:.....	231
المطلب الثاني - الإذن بالتعاقد	242

243	الفرع الأول - الاعتماد المالي.....
248	الفرع الثاني - الموافقة التشريعية
248	أولاً - في فرنسا:.....
249	ثانياً - في مصر:.....
250	ثالثاً - في سورية:.....
252	الفرع الثالث - الإذن الإداري.....
252	أولاً- إذن الجهة الإدارية المختصة:.....
258	ثانياً - التدخل الاستشاري:
267	المبحث الثاني - اختيار المتعاقد مع الإدارة.....
	المطلب الأول - أساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T
268	
268	الفرع الأول - المناقصة العامة.....
269	أولاً - المنافسة الحرة:
273	ثانياً - مبدأ العلانية:
276	الفرع الثاني - المناقصة المقيدة.....
281	المطلب الثاني - أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقد B.O.O.T
282	الفرع الأول - طلب العروض.....
288	الفرع الثاني - تقنية التعاقد بالتفاوض.....

- 303 الفصل الثاني - آثار تنفيذ عقد B.O.O.T ونهايته
- 305 المبحث الأول - آثار تنفيذ عقد B.O.O.T
- 306 المطلب الأول - حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها
- 306 الفرع الأول - حقوق الإدارة المتعاقدة
- 307 أولاً - حق الرقابة والتوجيه:
- 311 ثانياً - حق التعديل:
- 313 ثالثاً - حق توقيع الجزاءات الإدارية:
- 320 الفرع الثاني - التزامات الإدارة المتعاقدة
- 320 أولاً - الالتزامات العامة المترتبة على الإدارة المتعاقدة:
- 327 ثانياً - التزامات الخاصة بعقد B.O.O.T:
- 339 المطلب الثاني - حقوق شركة المشروع والتزاماتها
- 339 الفرع الأول - حقوق شركة المشروع
- أولاً - حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي للعقد:
- 339
- 344 ثانياً - حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد:
- 354 ثالثاً - الامتيازات التي تقدمها الإدارة المتعاقدة لشركة المشروع:
- 358 الفرع الثاني - التزامات شركة المشروع
- 358 أولاً - الالتزامات العامة:

- ثانياً - الالتزامات الخاصة بعقد B.O.O.T: 362
- المبحث الثاني - نهاية عقد B.O.O.T 369
- المطلب الأول - النهاية الطبيعية لعقد B.O.O.T 370
- الفرع الأول - انتهاء عقد B.O.O.T بانتهاء مدته 370
- الفرع الثاني - تمديد عقد B.O.O.T 373
- المطلب الثاني - النهاية المبسرة لعقد B.O.O.T 376
- الفرع الأول - انتهاء العقد لاستحالة تنفيذه 377
- الفرع الثاني - فسخ عقد B.O.O.T من جهة الإدارة - استرداد الالتزام 379
- أولاً - الاسترداد التعاقدي: 379
- ثانياً - الاسترداد غير التعاقدي: 380
- ثالثاً - الاسترداد التشريعي: 381
- الفرع الثالث - انتهاء العقد قضائياً بناءً على طلب شركة المشروع. 383
- الخاتمة..... 389**
- التوصيات 396
- قائمة المراجع..... 401**
- أولاً- المراجع باللغة العربية: 401
- 1- الكتب العامة: 401

405	2- الكتب الخاصة:
408	3- الرسائل الجامعية:
408	أ- رسائل الدكتوراه:
410	ب- رسائل الماجستير:
411	4- المقالات والبحوث:
413	5- مجموعات الأحكام والقوانين:
417	ثانياً - باللغة الفرنسية:
424	ثالثاً - باللغة الإنكليزية:
425	رابعاً - المواقع الإلكترونية:
427	فهرس المحتويات: