جامعــة دمشــق
كليــة الحقــوق

الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T

- عقد الإنشاء والإدارة والتسليم -

رسالة مقدمة من

محمد أديب الحسيني

للحصول على درجة دكتوراه في الحقوق

بإشراف الأستاذ الدكتور محمد الحسين

1430 هـ - 2009م

الإهـــــداء

إلى أسرتي التي شاركتني الجهد والصبر والأمل .

وإلى سورية الحبيبة ووطني الأكبر ، سعياً لكي يكون كما نحب وكما يستحق .

أديب الحسيني

شـــكر وتقدير

جاء في الحديث الشريف أنه ((من لا يشكر الناس لا يشكر الله)) .

وتأسِّياً بهذا الأدب الرفيع فإنني أتقدم بعميق الشكر والتقدير لكل من قدم لي يد العون والمساعدة حتى خرج هذا العمل إلى حيز الوجود .

وأخص بالشكر **الأستاذ الدكتور محمد الحسين** ، الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث وبلغ به منتهاه ، ولم يضن عليه لحظة واحدة بعلمه ووقته وجهده رغم كثرة أعبائه وازدحام وقته ، وقد كان لملاحظاته وتوجيهاته الدور الأكبر في التغلب على كثير من الصعاب .

ولا أنسى الفضل والعون الصادق والكريم الذي لقيته من **الأستاذ الدكتور مهند نوح** الذي تفضل بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم ، ولما أبداه على هذا البحث من ملاحظات قيمة أسجل له فيها عرفاني وتقديري .

ويتعين عليّ في هذا المقام أن أسجل بالغ شكري وتقديري **للأستاذ الدكتور محمد العبادي** من الأردن الشقيق ، الذي تفضل بالاطلاع على هذا البحث وقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم على الرغم من ازدحام وقته وكثرة مشاغله ، تدفعه إلى ذلك أخلاق العلماء ورغبة صادقة في المساهمة بكل ما يخدم البحث العلمي في الوطن العربي .

كما أتوجه بخالص الشكر والعرفان بالجميل إلى **الأستاذ الدكتور محمد سعيد نحيلي** على تفضله بالاطلاع على هذه الرسالة وقبول الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم مدفوعاً لذلك بحبه الأصيل لكل ما يسهم في عملية البحث العلمي .

وعميق شكري وامتناني **للأستاذ الدكتور نجم الأحمد** الذي كانت آراؤه ومناقشاته تفتح دائماً آفاقاً واسعة من العلم والمعرفة ، وقد تفضل بالاطلاع على البحث وبقبول الاشتراك بلجنة المناقشة والحكم على الرغم من ازدحام وقته وكثرة أعبائه .

وقبل كل شيء ، وبعد كل شيء ، فاتحةٌ أقرؤها تقديراً وإكباراً وإجلالاً على روح **أستاذي الجليل الدكتور كمال غالي** الذي رعى مسيرتي للدكتوراه في مهدها الأول ولم يشأ القدر أن يرى ثمرة ما رعاه .

وأخيراً ، فلا أحسب أنني بكلمات الشكر قد وفيت لأحد جميلاً ، فأسأل الله تعالى أن يثيب كل من أسدى لي العون في إنجاز هذا العمل بعظيم الثواب .

أديب الحسيني

LISTE DES ABREVIATIPNS

- Art …… Article .
- Cass ….....Cour de cassation .
- C.E ……..Conseil d ' Etat .
- Chro ……Chronique .
- Concl ….....Conclusions .
- Ed ……Edition .
- L.G.D.J ……Librairie générale de droit et de jurisprudence .
- OP.Cit ……Opère citato (ouvrage précité) .
- P.U.F ……..presses universitaires de France .
- Rec …….....Recueil .
- Req …….....Requête .
- S …….....Suivant (et. S) .
- T …….....Tome .

المقدمــة

أولاً – طرح المشكلة :

جـاءت أواخـر عقـد الثمانينـات وأوائـل عقـد التسـعينات مـن القـرن العشرين حاملة معها متغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية عميقة عصفت بالنماذج التقليدية للتنظيم الاقتصادي وبالدور التقليدي للدولة .

فبعـد أن كـان تقـديم خـدمات البنيـة الأساسـية حكـراً علـى الدولـة والأجهزة التابعة لها , ظهرت في العقدين الأخيرين من القرن العشرين ثورة في المفاهيم بشأن دور الحكومات في تقديم خدمات البنية الأساسية وأساليب تقدم هذه الخدمات .

فقد وجدت دول عديدة نفسها عاجزة مالياً عن متابعة قيامها بإدارة المرافق العامة الاقتصادية بسبب الخسائر الضخمة للقطاع العام [1] .

كما أثبتت التجربة عدم نجاح إدارة الدولة وأشخاص القانون العام للمرافق العامة الاقتصادية في معظم دول العالم . فقد كشفت الإحصائيات عن أن معظم دول العالم المتقدمة منها والنامية تعاني من انخفاض العائد من الاستثمارات التي تدار بواسطة القطاع العام , إضافة إلى عدم قدرة هذا

---

(1) – وعلـى سـبيل المثـال , فقـد أظهـرت دراسـة قـام بهـا المجلـس القـومي للإنتـاج والشـؤون الاقتصادية في مصر أن /94/ شركة من شركات الإنتاج الصناعي البالغ عددها /116/ شـركة تعـاني مـن مشـاكل فـي السـيولة , وأن /56/ شـركة تعـاني مـن مشـاكل فـي هيكـل التمويل بسبب زيادة المديونية عن 50 % من إجمالي الأصول , وأن /48/ شركة حققت خسائر خـلال الفترة من 1981 – 1986 زادت من /330.4/ مليون جنيه إلـى /965.2/ مليون جنيه خلال هذه الفترة .

راجـع : محمـد محمـد عبـد اللطيـف , "الاتجاهـات المعاصـرة فـي إدارة المرافـق العامـة الاقتصادية" , دار النهضة العربية , القاهرة , 2000 , ص /6/ .

القطاع على الاستخدام الأمثل للموارد . فمنشآت القطاع العام اعتادت العمل في مناخ احتكاري كامل أو شبه احتكاري مما يفقدها الدافع لتحسين أدائها , ولا توجد في الغالب مساءلة عن النتائج , كما أن إعلان إفلاس مثل هذه المنشآت مسألة غير واردة في معظم الأحيان .

وقد كشفت التجارب عن وقوع العديد من منشآت القطاع العام في عجز مالي مزمن مما جعلها تشكل عبئاً ثقيلاً على موازنة الدولة .

الأمر الذي ساهم في مضاعفة حجم الاقتراض الأجنبي مما انعكس بدوره عجزاً في الموازنة العامة . وقد تأثر الاقتصاد الكلي للدولة سلباً بنتائج الإدارة الرديئة للمرافق العامة الاقتصادية من قبل أشخاص القانون العام حيث تقلص الناتج المحلي الإجمالي .

إزاء ذلك وجدت معظم الدول نفسها تتجه نحو مشاركة القطاع الخاص في تقديم وتنمية وتطوير الخدمات العامة الأساسية ذات الطابع الاقتصادي . ولم يقتصر هذا الاتجاه على الدول الصناعية وحسب بل امتد ليشمل البلدان النامية على اختلاف درجات تقدمها وتطورها وملاءتها المالية [2] .

---

(2) – فقد ازدادت مساهمة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية حول العالم منذ منتصف الثمانينات وذلك في قطاعات المياه والصرف الصحي والطاقة الكهربائية والنقل والاتصالات والغاز الطبيعي . وتعود جذور هذه التوجهات إلى سياسات الخصخصة التي انتهجتها الولايات المتحدة الأمريكية خلال السبعينات من القرن العشرين وكذلك تشيلي ونيوزلندة وبريطانيا خلال الثمانينات . وكان السبب وراء هذه السياسات لإعادة التنظيم والخصخصة هو تدني الكفاءة وانخفاض معدلات الأداء في القطاع العام وكذلك مشكلة عجز الموازنة إضافة إلى التطور التكنولوجي الذي فتح الباب أمام إمكانية المنافسة في هذه المجالات .

ومنذ عام 1984 حتى أيلول 1995 قامت /86/ دولة بخصخصة /547/ شركة للبنية الأساسية , وإسناد أكثر من /574/ مشروعاً للبنية الأساسية لتنفيذها من قبل القطاع

الخاص في /82/ دولة , وبلغت حصيلة الخصخصة 357 مليار دولار أمريكي , وتجاوز حجم الاستثمار من قبل القطاع الخاص في المشروعات الجديدة /308/ مليار دولار أمريكي , مما يعني استثمارات سنوية للقطاع الخاص في البنية الأساسية تساوي /60/ مليار دولار أمريكي وذلك في القطاعات المختلفة من محطات كهربائية ومحطات مياه شرب وصرف صحي واتصالات ونقل وغيرها .

ويعتبر مشروع نفق المانش The Channel Tunnel , وهو النفق الذي يمتد تحت قاع بحر المانش بين بريطانيا وفرنسة من أضخم مشروعات البنية الأساسية التي يمولها القطاع الخاص في العالم حتى الآن من الناحيتين التقنية والمالية .

ويبين الجدول التالي أكبر مشروعات البنية الأساسية التي نفذت وفق نظام B.O.T في العالم خلال الفترة المذكورة :

بلد المشروع	المشروع	التكليف (مليون $)
فرنسة / بريطانيا	نفق المانش	19000
تايوان	نظام النقل السريع في تابيه (الصين)	17000
اليابان	مطار كانساي الدولي	15000
ماليزيا	الطريق السريع من الشمال للجنوب	3400
المكسيك	محطة كهرباء بيتاكالكو الحرارية والتي تعمل بالفحم	3000
تايلاند	نظام النقل بالطرق والقطارات في بانكوك	2981

راجع في ذلك :

جمال الدين نصار , "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت" , مركز القاهرة الأقليمي للتحكيم التجاري الدولي , القاهرة , 2000 , ص /24/ .

وفي الدول النامية فقد زاد حجم الاستثمارات المالية في مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص في عام 1997 وحده عن مائة وثلاثة وعشرين مليار دولار أمريكي . ثم انخفض هذا الرقم بشدة في عام 1998 فبلغ فقط ستين مليار دولار أمريكي إثر انهيار سوق الأوراق المالية في دول شرق أسيا .

راجع : هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , دار النهضة العربية , القاهرة , 2001, ص /9/ .

كما دفعت أسباب دولية لاعتناق هذا الاتجاه الاقتصادي الجديد , فإدارة المرافق العامة الاقتصادية بواسطة القطاع الخاص أصبح مطلباً أساسياً للبنك الدولي .

وبدأ يسود الاتجاه في الدول الصناعية وفي كثير من دول شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وأوربة "الشرقية" نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص إلى جانب الحكومة وأجهزتها على نحو يتيح أساليب أكثر كفاءة وأقل تكلفة في تقديم خدمات البنية الأساسية , والربط فيما بين الأنشطة الاقتصادية المختلفة , وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى رفع مستوى المعيشة وتحقيق معدلات التنمية المطلوبة [3] .

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

---

(3) – طبقاً لتقرير البنك الدولي : الدراسات الخاصة بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا التابعة للبنك الدولي , تحقيق الارتباط : مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية في منطقة الشرق الأوسط وشمال افريقيا , الطبعة الأولى , 1997 , فإن نصيب الشرق الأوسط وشمال إفريقيا من تدفقات استثمارات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية لم يبلغ سوى واحد في المائة من إجمالي التدفقات الرأسمالية في مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية . ولم تشهد المنطقة حتى بداية عام 1997 سوى أقل من عشر مشروعات بنية أساسية تنطوي على استثمارات من القطاع الخاص من أصل أكثر من ستمائة مشروع من هذا القبيل في كافة مناطق العالم .

راجع في ذلك : هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , دار النهضة العربية , القاهرة , 2001 , ص /11/ .

في هذه الأجواء ظهر نظام العقود التي يرمز لها بعقود B.O.T , أو كما يسمى أحياناً أسلوب تمويل المشاريع Project Financing . أو كما يسمى أحياناً أخرى اتفاق المشروع Project agreement ، أو عقد التزام Concession مشروع بنية أساسية ذو تمويل خاص , حسبما اصطلحت على ذلك لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي – الأونسيترال – .

وقد ظهر نظام العقود B.O.T باعتباره الأسلوب الذي يتناسب مع ضخامة المشروعات المطلوب من الدولة إقامتها وغزارة الأموال اللازمة لتمويلها فيسمح للدول بإقامة تلك المشروعات بدون أن تتكبد ميزانياتها أعباء التمويل .

وقد انتشرت هذه العقود في فرنسة ومصر كما وجدت هذه العقود في سورية أيضاً.

وكانت المشكلة الرئيسية الأولى التي ثارت عند اعتماد هذا النظام العقدي في فرنسة ودول النظام اللاتيني ومنها مصر وسورية , أن عقود B.O.T جاءت من البيئة القانونية الأنكلو أمريكية , وهي بيئة بعيدة في مفاهيمها عن بيئة النظام القانوني اللاتيني . ففي حين أن البنية القانونية للعقود الإدارية قد تأصلت في الفكر القانوني اللاتيني وأصبحت جزءاً من معالمه, فإن البيئة القانونية الأنكلو أمريكية , التي وفدت عقود B.O.T منها , تقوم أساساً على مبدأ القدسية المطلقة للعقد . فهي لا تعرف ثنائية العقد الإداري والعقد العادي ولا مبدأ الازدواج القانوني والازدواج القضائي المعروف في دول النظام اللاتيني . لذلك كان لزاماً على الفكر القانوني اللاتيني , وهو ما واجه رجال القانون العرب أيضاً , تطوير ذلك الفكر للتكيف مع نظام عقود

B.O.T ووضع هذه الآلية العقدية في إطار فلكها القانوني الصحيح في المنظومة القانونية السائدة لديه .

وقد أثارت عقود B.O.T مجموعة من المشكلات والمسائل القانونية حول الطبيعة القانونية للعقد ومدى تطابقه مع عقد التزام المرافق العامة المعروف في دول النظام اللاتيني . كما أثيرت مسألة كيفية اختيار شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.T وماهية الإجراء الملائم لذلك وخطوات تنفيذه , ومدى إمكانية الاعتماد على الطرق التقليدية لإبرام عقود الدولة كالمناقصة , في التعاقد بنظام B.O.T وقد أثيرت تساؤلات مهمة عن مدلول شرط الثبات التشريعي وغيره من البنود العقدية في عقد B.O.T التي تقرر لشركة المشروع مزايا وإعفاءات قد تكون ماسة بسيادة الدولة وتؤدي إلى شل يد جهة الإدارة عن تحقيق مبادئ سير المرافق العامة .

لذلك فقد قمنا في هذا البحث بالتصدي لهذه المسائل وما ترتب عليها من تساؤلات ومشكلات قانونية حيث تعرض لها البحث بالدراسة والتحليل والإجابة .

ثانياً – أهمية البحث :

يشكل عقد B.O.T منعطفاً جوهرياً في كيفية إدارة المرافق العامة في الدولة . فهو عقد جديد في حلَّته انتشر في مختلف دول العالم بما في ذلك الدول العربية بما فيها سورية , انتشاراً سريعاً خلال العقدين الماضيين , ولم يواكب ذلك دراسات قانونية متعمقة تتناسب مع ضخامة هذا العقد وأهميته وعظم دوره , وتجلي غموض اصطلاح B.O.T نفسه وغموض ما تتضمنه عقود B.O.T من بنود وشروط تصب في صالح شركة المشروع

على حساب كل من الجهة الحكومية المتعاقدة وسيادة الدولة أحياناً وجمهور المنتفعين في جميع الأحوال .

وقد كشفت تجارب العديد من الدول أنها اندفعت إلى تلك العقود بدون خبرة كافية وبدون أن تضمِّن عقودها ما يحفظ مصالح مواطنيها , في مواجهة شركات دولية في أغلب الأحيان وإن اتخذت شكلاً محلياً , خبيرة في هذا النوع من العقود , ومتمرِّسة في التفاوض والتعاقد .

ولم يحظ هذا النوع من العقود بما يستحقه من الدراسة والبحث والتأصيل والتحليل لوضعه في موقعه من المنظومة القانونية المعتمدة .

كما أن المشكلات والمسائل التي كشفت عنها تجارب العديد من الدول بشان عقود B.O.T لم تحظ أيضاً بالدراسات المتعمقة وبالتحليل اللازم وإيجاد الحلول وطرح البدائل .

كل ذلك يجعل التصدي لهذا البحث ذا أهمية كبرى 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 , بما ينعكس بدوره في تحديد المبادئ والحلول التي تحكم المشكلات والمسائل الناجمة عنها . وجميعها مسائل تشكل أرضاً ما تزال في جزء كبير منها بكراً لم تتناولها أقلام الباحثين .

ثالثاً – أهداف البحث :

استهدفت هذه الدراسة تقديم معالجة لعقود B.O.T من الناحيتين التأصيلية والتطبيقية بما يجلي غموض اصطلاح B.O.T نفسه ويحدد مدلوله ومعناه وطبيعة العقد ويبين كيفية إبرام عقد B.O.T وإجراءاته وتقنية الإبرام الأنسب له . كما تتناول هذه الدراسة بالبحث الآثار التي تترتب على عقد B.O.T سواء منها الآثار العامة التي تترتب على العقود الإدارية

عامة لمعرفة ما ينطبق منها على عقد B.O.T , أو تلك الآثار الخاصة الناجمة عن خصوصية عقد B.O.T سواء منها الآثار الخاصة المتعلقة بالمشروع نفسه موضوع العقد ، من أعمال الإنشاء والتشغيل والعلاقات التي تنشئها مع المقاولين ومشغِّل المشروع وجمهور المنتفعين . أو تلك الآثار المتعلقة بسيادة الدولة كشرط الثبات التشريعي وشرط خضوع العقد للقانون الخاص، أو نقل التكنولوجيا بصفته أحد الآثار الخاصة المهمة التي تترتب على عقد B.O.T .

وسيتناول البحث ذلك كله من خلال دراسة تشريعية وقضائية وفقهية مقارنة تشمل كل من فرنسة ومصر وسورية .

رابعاً – منهج البحث :

اتبع البحث في تناوله لموضوع الدراسة المنهج المقارن , حيث سيتم طرح المسائل موضوع البحث ضمن إطار النظام القانوني السائد في ثلاث دول هي فرنسة ومصر وسورية .

ومعروف أن هذه الدول تشترك في السير على النظام القانوني اللاتيني مع اختلافات في بعض التفاصيل الناجمة عن الظروف البيئية والتجربة الخاصة لكل دولة من هذه الدول .

ولا تخفى الأسباب التي دفعت الباحث لاختيار هذه الدول محلاً للمقارنة . ففرنسة هي مهد القانون الإداري والمصدر الأم للقانون الإداري العربي , كما أن المشرع الفرنسي هو الذي ابتكر اصطلاح "عقود تفويض المرفق العام" التي تنضوي تحتها عقود B.O.T .

أما مصر , فهي تمثل المدرسة القانونية العربية الأولى والتي أخذت على عاتقها عبء وضع نظريات القانون الإداري عامة ونظرية العقود الإدارية بشكل خاص في إطار بيئة المجتمع العربي ومفاهيمه وأفكاره من خلال الدور

المرموق لمجلس الدولة المصري والدور التاريخي الذي مارسه الفقه بصدد تأصيل الأفكار واستخلاص الحلول ، إضافة إلى التوسع الكبير في اللجوء إلى عقود B.O.T لتنفيذ مشاريع البنية الأساسية في مصر مما أعطى فرصة كبيرة للوقوف على ما أفرزته هذه العقود من مسائل ومشكلات في البيئة العربية . وطبيعي أن تتم المقارنة مع النظام القانوني السوري لأن هدف الباحث من وراء بحثه برمته أن يقدم لوطنه سورية مساهمة في عملية التنمية وفي إطار هذا النوع المهم من العقود مقارنة مع النظامين القانونيين لفرنسة 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 عقود B.O.T وعدم الاكتفاء بسرد الآراء الفقهية والحلول القضائية وإنما التوسع في بحث الأساس القانوني لهذه الآراء والحلول .

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

وقد كان منهج الباحث في ذلك منهجاً تقويمياً من حيث إبراز مزايا وسلبيات الأنظمة القانونية محل المقارنة وتقديم رأي الباحث بشأنها .

خامساً – خطة البحث :

تم تقسيم هذا البحث إلى قسمين وتم توزيع الدراسة في كل منهما على بابين ، وذلك وفقاً لمنهج النظام اللاتيني في البحث .

وبالتالي تكون خطة الرسالة على الشكل الآتي :

- القسم الأول : الاتجاه إلى نظام عقود B.O.T لإدارة المرفق العام .

- **الباب الأول : قصور الطرق التقليدية في إدارة المرفق العام .**

- **الفصل الأول** – ماهية المرفق العام .

- **الفصل الثاني** – إشكالية إدارة المرفق العام .

- **الباب الثاني : التأصيل القانوني لعقد B.O.T .**

- **الفصل الأول** – ماهية عقد الإنشاء والإدارة والتسليم B.O.T

- **الفصل الثاني** – الطبيعة القانونية لعقد B.O.T .

- **القسم الثاني – عقد B.O.T من الناحية التطبيقية .**

- **الباب الأول : إبرام عقد B.O.T .**

- **الفصل الأول** – الإجراءات السابقة على التعاقد

- **الفصل الثاني** – تقنية الإبرام .

- **الباب الثاني : آثار عقد B.O.T .**

- **الفصل الأول** – الآثار العامة لعقد B.O.T باعتباره عقداً إدارياً .

- **الفصل الثاني** – الآثار الخاصة لعقد B.O.T .

القسم الأول

الاتجاه إلى نظام عقود B.O.T لإدارة المرفق العام

تمهيد وتقسيم :

كانت إدارة المرافق العامة وتقديم خدمات البنية الأساسية حكراً على الدولة والأجهزة التابعة لها ، واستمر ذلك حتى عهد قريب .

وإزاء ازدياد حاجة الحكومات لإقامة ما يلزم من مشروعات البنية الأساسية كمرافق الكهرباء والمواصلات والمياه والطرق والاتصالات وسواها ، وتخديم القطاع العريض من الشعب بذلك تحقيقاً لمتطلبات التنمية ،

فقد ظهر قصور الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، كما تبدّى عجز ميزانيات كثير من الدول عن تخصيص المال اللازم لهذه المشروعات الضخمة .

وقد اتجهت الدول إلى الاعتماد على القطاع الخاص في ذلك ، حيث برز نظام التعاقد B.O.T لإقامة هذه المشروعات الكبرى .

وقد أثار عقد B.O.T جدلاً قانونياً واسعاً حول تكييفه وتحديد طبيعته القانونية .

لذلك سنوزع الدراسة في هذا القسم على بابين :

- **الباب الأول** : قصور الطرق التقليدية في إدارة المرفق العام .
- **الباب الثاني** : التأصيل القانوني لعقد B.O.T .

الباب الأول
قصور الطرق التقليدية في إدارة المرفق العام

تمهيد وتقسيم :

بدأت فكرة المرفق العام Service Public تحتل مكاناً بارزاً في النظام الإداري الحديث منذ بدأت الدولة تستشعر ضرورة تدخلها لإنشاء وإدارة بعض المشروعات ذات الأهمية الخاصة للمنافع وللخدمات العامة للجمهور [4] .

فقد تجد الإدارة – أي السلطة التنفيذية في الدولة – أن مجرد قيامها بتنظيم النشاط الفردي لا يكفي ، وأن إشباع الحاجات العامة يتطلب مساهمة أكثر عمقاً فتتولى هي بنفسها القيام بذلك بواسطة المرافق العامة التي تنشؤها وتديرها , أو تشرف على إدارتها .

ولا شك في أن تنظيم وإدارة المرافق العامة بشكل يؤمن الحاجات المرجوة منها هي الوظيفة الأساسية للدولة , فبدونها لا توجد الدولة , ولعل هذا ما جعل الفقيه دوجي Duguit زعيم مدرسة المرفق العام يذهب إلى القول[5] أن الدولة ليست إلا مجموعة من المرافق العامة الخاضعة لرقابة الحكومة [6] .

---

(4) – طعيمة الجرف , "القانون الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1978 ، ص/513/ .

(5) – محمود حافظ , "نظرية المرفق العام " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1981 ، 1982 ، ص /11/ .

(6) – لذلك فإن الأستاذ دوجي وفي وقت مبكر من القرن العشرين ، رأى بشكل جازم أن إرادة الإدارة العامة يجب أن تحدد بهدف المرفق العام ، على أساس أن لكل عمل قانوني عنصر أساسي هو عنصر الهدف ، وإن الهدف الأساسي الذي يجب أن تسعى إليه الإدارة هو المرفق العام ، راجع مؤلفه الشهير تحولات القانون العام ، باريس ، دار نشر Armand.colin ، 1913 ، ص /156/ وما بعدها .

وسنتناول في هذا الباب ماهية المرفق العام في فصل أول ثم نبحث في إشكالية إدارة المرفق العام في فصل ثاني .

الفصل الأول
ماهية المرفق العام

تمهيد وتقسيم :

إن البحث في ماهية المرفق العام يقتضي التوقف عند معانيه المختلفة والتوصل إلى العلاقة التي تربط بينها . ولا بد من إبراز عناصر المرفق العام التي يتعين توافرها للقول بوجوده أصلاً . كذلك يشكل النظام القانوني للمرافق العامة مسألة مهمة لبيان الأحكام والقواعد القانونية التي يخضع لها المرفق العام .

وفي ضوء ذلك سنتكلم في هذا الفصل عن التعريف بالمرفق العام ((المبحث الأول)) ثم نبحث في النظام القانوني للمرفق العام ((المبحث الثاني)) .

المبحث الأول
التعريف بالمرفق العام

تمهيد وتقسيم – المدلولات المختلفة لاصطلاح ((المرفق العام)) :

أحجم المشرع عن وضع تعريف للمرفق العام . ولعل ذلك بسبب قابلية المرفق دائماً للتطور والتبدّل . فالنشاط نفسه قد لا يوصف في مرحلة معينة بأنه مرفق عام ، ولكنه في وقت لاحق ونظراً لتبدل الظروف قد يكتسب صفة المرفق العام [7] .

وقد اختلف الفقهاء إلى أكثر من اتجاه في تعريف المرفق العام وفي تحديد مدلوله والعناصر الأساسية التي يتكون منها , ذلك أن لاصطلاح ((مرفق عام)) (service public) معنيان مختلفان , فقد يستعمل للدلالة على نشاط (Active) من نوع معين تقوم به الإدارة لصالح الأفراد , أي الخدمة ذاتها التي تؤدى للجمهور , وهذا هو المعنى المادي أو الموضوعي للاصطلاح , وقد يقصد به المنظمة (Organization) أو الهيئة التي تقوم بالنشاط السابق , وهذا هو المعنى العضوي أو الشكلي لاصطلاح المرفق العام ، وقد يجمع بين المدلولين الشكلي والموضوعي فيشمل المنظمة والنشاط معاً [8] .

---

(7) – وليد حيدر جابر ، "التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2009 ، ص /192/ .

(8) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي , "مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة" ، دار الفكر العربي ، 1979 ، ص /22/ .

– محمد المتولي , "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص /3/ .

– محمود حافظ , "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /16/ .

أما في نطاق العقود الإدارية فإن اصطلاح ((المرفق العام)) قد استعمل للدلالة على معان كثيرة متباينة : فأحياناً يقال أن العقد أبرم بين شخص ومرفق عام , وينصرف التعبير هنا إلى المعنى العضوي أو الشكلي ويكون المرفق العام مرادفاً للمنظمة الإدارية ، وأحياناً يقال أن العقد أبرم مستهدفاً المرفق العام ويكون التعبير هنا منصرفاً إلى الهدف أو الغاية التي يستهدفها العقد وهي تحقيق مصلحة عامة وإشباع حاجة عامة .

وقد يقال أن العقد يكون طريقة من طرق تسيير المرفق العام , ويعني الاصطلاح في هذه الحالة نشاطاً ظاهراً لإشباع حاجات عامة ، ويستعمل للتعبير على المعنى الوظيفي .

ويقال أحياناً أن العقد يخضع لقواعد المرفق العام , ويقصد بالاصطلاح في هذه الحالة النظام القانوني الذي يخضع له العقد وهو نظام قانوني خارج على القانون الخاص [9] .

غير أن المدلول العضوي أو الشكلي والمدلول المادي أو الموضوعي هما فقط اللذان يعتد بهما الفقهاء في تعريفهم للمرفق العام [10] .

– محمد رفعت عبد الوهاب , "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، ص /268/.

– عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح , "المدخل إلى القانون الإداري" ، طبعة 2003 – 2004 ، ص /64/ .

– ثروت بدوي , "القانون الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص /172/.

(9) – راجع في نطاق اتصال العقد بالمرفق العام بالتفصيل :

- Richer. L,Droit des contracts administratife , Paris, L.G.D.J, 2004 . P102 .

(10) – أحمد عثمان عياد , "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1973 ، ص /10/ .

وراجع في الفقه الفرنسي :

ولا بد من توافر عناصر المرفق العام للقول بوجوده .

وسنتناول التعريف بالمرفق العام وفقاً للمدلولين العضوي والمادي في مطلب أول ، ثم نبحث في عناصر المرفق العام في مطلب ثانٍ .

المطلب الأول

التعريف بالمرفق العام

وفقاً للمدلولين العضوي والموضوعي

تمهيد :

ينطلق تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول العضوي من معيار شكلي حيث يقصد به المنظمة أو الهيئة التي تقوم بأنشطة المرفق . أما المدلول الموضوعي للمرفق العام فهو يركز على النشاط أو الخدمة ذاتها التي يقدمها المرفق .

أولاً – تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول العضوي :

(Definition Organique)

يذهب جانب من الفقه إلى تعريف المرفق العام وفقاً لهذا المدلول بأنه ((كل منظمة إدارية أو مصلحة عامة أو وزارة تقوم بنشاط يستهدف تحقيق منفعة عامة للمواطنين)) [11] ، وعلى هذا الأساس فإن المعيار العضوي أو

- Laubadère.A – Venezia .J.C et Gaudemet.Y, Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, T1, p868.
- Dupuis.G . Guédon.M.J et Charétien.P, Droit administratif, A.Colin. Paris, ed 8,2002, p493.
- Chapus.R, Droit administratif général, T1,Delta,Paris, 1995, p513.

(**11**) – محمد رفعت عبد الوهاب , "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /268/ .

الشكلي هو الذي يحدد مدلول المرفق العام , وإن المرفق العام يعني بذلك المنظمة أو الهيئة التي تكون جزءاً من التنظيم الإداري في الدولة وتمارس نشاطاً معيناً من أجل إشباع حاجة عامة ، وبناء على ذلك يكون العنصر الأساسي في تحديد ما هو مرفق عام هو كونه جهازاً من أجهزة الإدارة أو فرعاً من فروعها ، أما موضوع النشاط الذي يقوم به ذلك الجهاز فلا أهمية له في تحديد مدلول المرفق العام [12] .

وإن هذا المعيار العضوي أو الشكلي للمرفق العام بما يتمتع به من بساطة وسهولة في التطبيق يتفق مع طبيعة العصر الذي ساد فيه , فقد كان الفقه يستخدم اصطلاح ((المرفق العام)) في القرن التاسع عشر عن طريق نسبته للإدارة , وكانت مجالات النشاط الإداري منفصلة عن مجالات النشاط الخاص بصورة واضحة كما أنها مختلفة موضوعياً عن صور أنشطة الأفراد , وكانت الإدارة تمارس نشاطها في المجالات المحددة لها بأساليبها الخاصة

وجاء في تعريف آخر للمرفق العام وفقاً لهذا المدلول أنه "الهيئة أو المنظمة العامة التي تهدف إلى تحقيق منفعة عامة وتكون جزءاً من التنظيم الإداري في الدولة دون أي اعتبار إلى موضوع النشاط الذي تقوم به هذه الهيئة" [رمزي الشاعر وعبد العظيم عبد السلام ، "الوجيز في القانون الإداري , التنظيم – النشاط الإداري" ، طبعة 1993 ، ص /328/] .

ويعد الفقيه هوريو والفقيه فيدل أشد أنصار هذا المدلول من الفقهاء الفرنسيين حيث عرّف هوريو المرفق العام وفقاً لهذا المدلول بأنه "منظمة عامة تباشر من السلطات والاختصاصات ما يكفل لها القيام بخدمة تسديها للجمهور على نحو منتظم ومضطرد" .

راجع بهذا الشأن محمد متولي , "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /3/ .

وراجع في الفقه الفرنسي :

- Chapus.R, op.cit, p514.
- Gucliemi.G et Koubi.G. Droit du service public, Monchrestien, Paris, 2000, p63.

(12) – ثروت بدوي , "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /197/ .

وبالأجهزة المتابعة لها بشكل لا يمكن معه الخلط بين الأجهزة التي تمارس النشاط الإداري وتكون تابعة للإدارة والأجهزة التي تمارس الأنشطة والمشاريع الخاصة [13] .

ولم يكن من الممكن استمرار النظر إلى المرفق العام على هذا النحو , فالاختراعات الحديثة والتقدم الحاصل في العلوم والفنون وتدخل الدولة بمختلف الأنشطة أدى إلى اتساع مجالات النشاط العام , وإلى قيام الدولة بممارسة مختلف أنواع الأنشطة الاقتصادية في مجالات الصناعة والتجارة والتي كانت فيما مضى متروكة للأفراد .

كما ظهرت صور حديثة عن الأنشطة التي لا يمكن أن تترك في أيدي الأفراد كما لا يمكن أن تمارسها الدولة بنفس الأجهزة الإدارية التقليدية , مما أدى إلى ظهور ((التزامات المرفق العام)) التي لا يمكن أن تنضوي تحت المعنى العضوي للمرفق العام .

كل ذلك جعل التعريف العضوي أو الشكلي للمرفق العام القائم على اعتبار أن هذا المرفق جهاز من أجهزة الإدارة يبدو قاصراً في مدلوله .

ثانياً – تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول الموضوعي :

يقصد بالمرفق العام وفقاً للمدلول الموضوعي الخدمة أو طبيعة النشاط ذاته الذي يحقق النفع العام أو يلبي حاجة عامة بصرف النظر عن الوسائل والأساليب المستخدمة في ممارسة هذا النشاط وسواء كانت الهيئة أو المنظمة التي تؤدي تلك الخدمة أو تمارس ذلك النشاط منظمة عامة

(**13**) – ثروت بدوي , "القانون الإداري" ، المرجع نفسه ، ص /198/ .

- Rivero.J, Droit administratif, Dalloz, Paris, 1983, P446.

خاضعة للقانون العام أم جهة خاصة خاضعة للقانون الخاص , شريطة أن يتم ذلك النشاط تحت إشراف السلطة العامة [14] .

وقد عَرف الفقه المرفق العام وفقاً لهذا المدلول بأنه مشروع يعمل بانتظام وباضطراد تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين [15] .

كما عُرِّف بأنه كل نشاط تتولاه الإدارة وتتجه به إلى تحقيق نفع عام [16] .

وعرِّف أيضاً بأنه نشاط تمارسه جماعة عامة بهدف إشباع حاجة من الحاجات التي تحقق الصالح العام [17] .

---

(14) – محمود حافظ , "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /18/ .
- Gugliem . G, Koubi . G, op . cit, P68 .
- Rivero.J, op . cit , P447 et.s .

(15) – سليمان الطماوي , "مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة" ، المرجع السابق ، ص /25/ .

(16) – طعيمة الجرف , "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /513/ .

(17) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح , "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /64/ .
كما عرّف الدكتور محمود حافظ المرفق العام بأنه ((الخدمة أو النشاط ذاته الذي يحقق نفعاً عاماً أو يسد حاجة عامة بصرف النظر ما إذا كانت الهيئة التي تؤدي الخدمة أو تمارس النشاط هيئة عامة خاضعة للقانون العام أم هيئة خاضعة للقانون الخاص كفرد أو شركة ، على أن يتحقق دائماً وفي جميع الأحوال إشراف السلطة العامة وهيمنتها على النشاط المذكور)) ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /18/ .
وقد عرّف الفقيه "دوجي" المرفق العام بأنه ((كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه ويتولاه الحكام ، لأن الاضطلاع بأمر هذا النشاط لا غنى عنه لتحقيق التضامن الاجتماعي ولتطوره ، بحيث لا يمكن تحقيقه على أكمل وجه إلا عن طريق تدخل السلطة الحاكمة)) .

وعلى ذلك فإن العنصر الهام وفق هذا المدلول هو عنصر الحاجة العامة التي يراد إشباعها , فإذا وجدت الدولة أن ثمة حاجة عامة يحتاجها المجموع ولا يستطيع النشاط الفردي تحقيقها وتولت هي بنشاطها السعي إليها وتحقيقها فإن هذا النشاط يكون مرفقاً عاماً [18] .

ويعتمد هذا المعيار الموضوعي في تحديد المرفق العام على طبيعة النشاط أو موضوعه , فإذا كان النشاط في موضوعه أو في مضمونه يستهدف إشباع حاجات عامة أو يحقق مصلحة عامة فهو مرفق عام ، أما إذا لم يكن هدف النشاط تحقيق المصلحة العامة أو إشباع حاجة جماعية للجمهور فإنه لا يمكن اعتباره مرفقاً عاماً , ومن ثم فإن المعوَّل عليه في تعريف المرفق العام هو طبيعة النشاط والهدف الذي يستهدفه بصرف النظر

أما الفقيه "رولان" فيعرف المرفق العام بأنه ((مشروع ذو نفع عام خاضع للهيمنة أو الإدارة العليا للحكام ويهدف إلى إشباع حاجات عامة للجمهور بسبب عدم كفاية أو عدم وجود مشروعات خاصة تحقق هذه الأغراض ويخضع لحد أدنى من القواعد الخاصة – أي لنظام قانوني خاص واستثنائي)) .

ويعرّف الدكتور محمد فؤاد مهنا المرفق العام بقوله ((المرافق العامة مشروعات تنشؤها الدولة أو تشرف على إدارتها وتعمل بانتظام واستمرار – مستعينة بسلطان الإدارة – لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها ، لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة)) .

ويعرّف الدكتور توفيق شحاتة المرفق العام بأنه ((كل مشروع يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام وتعجز المشروعات الفردية عن تحقيقه على وجه مرضٍ فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت رقابتها)) .

أما الدكتور مصطفى أبو زيد فيعرّف المرافق العامة بأنها ((عبارة عن مشروعات تستهدف إشباع حاجة عامة ، أعني حاجة جماعية ذات نفع عام لمجموع المواطنين ، خاضعة للسلطات العامة ولذا فهي تحكم بنظام قانوني خاص مغاير للنظام العادي الذي يحكم المشروعات الخاصة)) . راجع : محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /18/ .

(**18**) – مصطفى أبو زيد فهمي , "الوسيط في القانون الإداري" ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2005 ، ص /55/ .

عن الأساليب المستخدمة في ممارسة النشاط ودون اعتبار لوصف أو تركيب الجهاز القائم عن ذلك النشاط [19] .

بيد أن هذا التعريف للمرفق العام قد خلط بين فكرة المرفق العام وفكرة المصلحة العامة وإن كون المصلحة العامة هدفاً لنشاط ما لا يكفي لاعتبار النشاط الذي استهدفها بأنه نشاط مرفق عام , وإن كثيراً من المشروعات التي يقوم بها الأفراد كصناعة الأدوية وزراعة الحبوب وصناعة الخبز لا تختلف في طبيعتها أو في موضوع النشاط الذي تتولاه عن المشروعات التي تقوم بها الإدارة وتوصف بأنها مرافق عامة ,

ومن هنا فإن تعريف المرفق العام بناء على المدلول الموضوعي قد أدى إلى جعل فكرة المرفق العام أكثر غموضاً بشكل يجعل تحديدها أمراً في غاية الصعوبة مع ما يحمله ذلك من إشكالية معرفة الجهة القضائية المختصة للنظر بالمنازعات الناشئة أو المتصلة بهذا النشاط وكذلك معرفة النظام القانوني الذي يخضع له هذا النشاط .

ثالثاً – تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول المزدوج :

إزاء قصور كل من المدلولين العضوي والموضوعي للمرفق العام في أن ينهض بمفرده للدلالة على معنى المرفق العام , فقد اتجه الفقه إلى الأخذ بالمعيار المزدوج الذي يعتمد على المدلولين العضوي والموضوعي في نفس الوقت , وقد عرَّف الفقه المرفق العام لهذا المدلول المزدوج بأنه كل نشاط أو مشروع تنشئه الدولة وتديره الإدارة ويستهدف تحقيق منفعة عامة مباشرة أو إشباع حاجة عامة لدى المواطنين [20] .

(**19**) – ثروت بدوي , "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /206/ .
-Chapus.R, Le service public et la puissance publique, R.D.P, 1968,235.

(**20**) – محمد رفعت عبد الوهاب , "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /269/ .

فالمرفق العام بهذا المدلول يتميز بمجموعة من العناصر بعضها موضوعي يتعلق بطبيعة النشاط والخدمة التي يؤديها المرفق وبعضها الآخر شكلي يتعلق بالجهة التي تمارس النشاط والأشكال التي يمارس بها ذلك النشاط , فالمرفق العام يخضع لنظام استثنائي لأنه موضوعي يحقق نشاطاً من طبيعة معينة ولأنه عضوي يرتبط بالجهاز الإداري بصورة معينة [21] .

وقد أمكن مع هذا المعيار المزدوج إدخال التزام المرافق العامة تحت مضمون المرفق العام باعتبار أن المرافق العامة التي يديرها الأفراد أو الشركات الخاصة عن طريق عقود الامتياز لا تدخل تحت المدلول العضوي للمرفق العام , ولكن الإدارة تملك حق الإشراف والتوجيه في سير المرفق العام , مما يجعل من الجائز لمثل هذه المرافق الذي تدار بطريق الالتزام أن تتمتع ببعض امتيازات السلطة العامة وتخضع للقواعد التي تسري على المرافق العامة [22] .

كما أمكن إخراج بعض صور أنشطة الإدارة كإدارة أموالها الخاصة غير المخصصة لإشباع حاجة عامة للجمهور من عداد المرافق العامة .

غير أن غموض هذا المعيار المزدوج جعله موضع انتقاد جدي , باعتبار أن الغموض يشمل كل من العنصرين الموضوعي والشكلي اللذين يجمعهما هذا المدلول , فمفهوم المصلحة العامة والحاجة العامة هو مفهوم متغير وغير ثابت البتة , فهو يختلف من وقت لآخر كما يختلف باختلاف النظام الاقتصادي والسياسي والإيديولوجية والفكر السائد في المجتمع , إضافة إلى أن ما يعد مصلحة عامة في نظر شريحة ما أو بعض الجمهور لا يكون

---

(21) – محمد متولي , "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /7/ .

(22) – ثروت بدوي , "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /201/ .

كذلك في نظر بعض آخر من الجمهور , فليس هناك ما يمكن وصفه بأنه يحقق المصلحة العامة لجميع أفراد الشعب في وقت واحد .

كذلك فإنه من ناحية العنصر الشكلي أو الموضوعي فإنه من الصعوبة بمكان التمييز بين إشراف وتوجيه الإدارة من جهة ومجرد قيام الإدارة بتنظيم النشاط من جهة أخرى , ويكاد يستحيل التمييز بين المشروعات الخاصة التي تخضع للتنظيم والرقابة الإدارية والمشروعات التي توضع تحت إشراف وتوجيه السلطة الإدارية [23] .

ومن الملاحظ أنه يحدث تطابق بين المفهومين الموضوعي و العضوي عندما يقوم شخص معنوي عام بإدارة المرفق ((في حالة الإدارة المباشرة)) ، ويحدث تباعد بين المعيارين الموضوعي والعضوي ، عندما يتولى شخص خاص إدارة المرفق، حيث يركز عندئذ على تعريف المرفق من الناحية الموضوعية [24] .

رابعاً – رأينا في تعريف المرفق العام في ضوء التطور الاقتصادي الحاصل :

لا شك في أن اصطلاح المرفق العام يحمل معنى شكلياً من جهة ومعنى موضوعياً من جهة أخرى , ولا شك في وجود علاقة وثيقة بين هذين المعنيين , كما سبق وبيّنا , ولكن ذلك لا يعني مطلقاً الجمع بين المدلولين الشكلي والموضوعي في تعريف المرفق العام وتحديد عناصره , بل إن جمع

---

(23) – ثروت بدوي , المرجع نفسه ، ص /202/ .

(24) – راجع :

- Lachaume.J.F – Boiteau.C et Pauliat.H, Grands services publics, A.Coline, Paris, 2000, P9.

هـذين المـدلولين فـي بوتقـة واحـدة يثيـر إشـكالات قانونيـة ويخلـق حالـة مـن الغموض التي تضيع معها معالم المرفق العام .

ويتعين التوقف عند التطور الاقتصادي الحاصل واتجاه الدولة إلى تحرير الاقتصاد وما أحدثه ذلك من تغييرات أساسية في العلاقات الاقتصادية وأشكال الملكية والاستعانة بالقطاع الخاص لإنشاء وإدارة العديد من المرافق العامة .

فقد وجدت دول عديدة نفسها عاجزة مالياً عن متابعة قيامها بإدارة المرافق العامة الاقتصادية لأسباب مختلفة .

كما أصبحت إدارة المرافق العامة الاقتصادية بواسطة القطاع الخاص مطلباً أساسياً للبنك الدولي [25] حيث يقوم أفراد وشركات خاصة بأعمال ومشروعات تهدف إلى النفع العام وقد تعجز بعض الدول الصغيرة عن القيام بها ,

وعلى الرغم من ذلك كله فإن المرافق العامة الأساسية التي تسيطر عليها الدولة مثل الدفاع والقضاء والشرطة لا يمكن إدارتها إلا عن طريق الإدارة المباشرة ولا يمكن للأفراد إدارة هذه المرافق أو الاشتراك بإدارتها [26] .

بناء على ذلك فإننا نرى أن المعيار السائد في تعريف المرفق العام في ضوء التطورات الاقتصادية الحاصلة والسياسة الاقتصادية السائدة هو المعيار الموضوعي الذي يعتمد على طبيعة النشاط والهدف الذي يحققه ذلك النشاط , فأساس التمييز بين المشروع الخاص والمرفق العام هو استهداف النفع العام والخدمة العامة .

---

(25) – محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" ، طبعة عام 2000 ، دار النهضة العربية ، ص /5/ .

(26) – محمد متولي , "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /9/ .

وفي ضوء ذلك يمكننا تعريف المرفق العام بأنه مشروع يستهدف أداء خدمة عامة بانتظام واضطراد تتولى السلطة العامة إدارته أو تعهد به إلى فرد أو شركة لإدارته تحت رقابتها [27] .

المطلب الثاني
عناصر المرفق العام

تمهيد :

وجدنا أن المرفق العام هو عبارة عن مشروع يستهدف أداء خدمة عامة بانتظام واضطراد ، وتتولى إدارته السلطة العامة أو القطاع الخاص تحت رقابة الجهة الإدارية . وعلى ذلك فإن للمرفق العام عنصرين أساسيين يتعين توافرهما للقول بوجوده . فالمرفق العام مشروع يدار من قبل الدولة أو تحت رقابتها وهو يستهدف دائماً تحقيق النفع العام .

أولاً – المرفق العام مشروع يدار من الدولة أو تحت رقابتها :

يعَّرف المشروع بأنه ((النشاط المنظم والمزوَّد باليد العاملة ووسائل القدرة على العمل)) [28] ,

---

(**27**) – أكد مجلس الدولة المصري في فتوى لقسم الرأي بتاريخ 16 مايو سنة 1955 أنه ولئن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديداً واضحاً وليس لها تعريف جامع مانع , إلا أن العنصر الأساسي فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشروع إلى أدائها وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يقوم بها ملتزم تحت إشراف السلطة الإدارية في نطاق القانون العام ((مجموعة فتاوى قسم الرأي بمجلس الدولة ، السنتان الثامنة والتاسعة ، ص /55/، طعيمة الجرف "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /514/)) .

ويعرَّف أيضاً بأنه جهاز من العمال والأدوات والإجراءات القانونية والفنية بغية تحقيق غرض معين [29] .

كما يعرَّف بأنه نشاط منظم تمارسه مجموعة بشرية مستعينة بوسائل مادية وفنية وقانونية لتحقيق غرض معين [30] .

وعلى ذلك فإن المشروع يحتوي على العناصر الآتية :

1- مجموعة بشرية تتولى التخطيط والتوجيه والإشراف والرقابة على تنفيذ النشاط , وهيئة تنفيذية مهمتها نقل قرارات وآراء وخطط الهيئة التوجيهية إلى حيز العمل والتنفيذ , وعمال يأتمرون بأوامر الهيئة التنفيذية ويقومون بالعمل والنشاط موضوع المشروع .

2- تمارس هذه المجموعة البشرية نشاطاً معيناً لتحقيق هدف معين , ويختلف هذا الهدف باختلاف المشروع , فهو في المشروعات العامة أداء خدمة عامة للجمهور وسد بعض حاجاته , وفي المشروعات الخاصة يكون الهدف هو الربح .

3- ويستعين المشروع في سبيل تحقيق أغراضه بمجموعة من الوسائل , فهناك الوسائل القانونية من اللجوء إلى أساليب القانون العام أو القانون الخاص ، وهناك الوسائل الفنية وهي الأساليب الفنية التي تتفق مع طبيعة المشروع ، والوسائل المادية وهي ما يلزم المشرع من أدوات وأموال عقارية ومنقولة والتي تعد عصب المشروع [31] .

(**28**) – زين العابدين بركات , "مبادئ القانون الإداري" ، مطبعة رياض ، دمشق ، 1978 ، ص /51/ .

(**29**) – طعيمة الجرف , "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /515/ .

(**30**) – محمود حافظ , "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /22/ .

(**31**) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /22/ .

ولكي يعد المشروع مرفقاً عاماً يجب أن يخضع للسلطة العامة وأن يكون تابعاً لها ، وإن هذا الخضوع والتبعية تتمثل في إدارة الدولة للمشروع سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بحيث يكون إنشاء المشروع وتنظيمه وإلغاؤه ومصيره بيد السلطة العامة ، ويكون ذلك بأن تتولى السلطة الإدارية بنفسها إدارة المشروع أو النشاط أي أن يقوم على إدارته شخص معنوي عام كإحدى الوزارات أو مؤسسة عامة أو الإدارة المحلية ، أو أن تعهد الدولة بإدارته إلى فرد أو شركة خاصة وذلك تحت إشرافها ورقابتها كما في عقد التزام مرفق عام [32] .

وقد تلجأ الدولة إلى المساهمة بأموالها مع أفراد في شركة تتولى إدارة وتسيير مرفق عام وهو ما يسمى بالإدارة المختلطة للمرفق العام [33] .

وسنبين في الفصل الثاني من هذا الباب أشكال ووسائل إدارة الدولة للمرافق العامة .

ثانياً – استهداف أداء الخدمة العامة أو تحقيق النفع العام بشكل مستمر ومنتظم .

يجب أن يكون المرفق العام مشروعاً ذا نفع عام ، كتوفير خدمات عامة أو سدّ حاجات عامة [34] . فالمرافق العامة تستهدف دائماً وفي جميع

---

(32) – راجع في ذلك : محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /272/ . محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، بحث منشور في كتاب "مشروعات البوت" الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، 2001 ، ص /66/ .

(33) – محمد المتولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /13/ .

(34) – محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، المرجع السابق ، ص /66/ .

الأحوال تحقيق النفع العام [35] ، وإن الموضوعات التي تشبعها المرافق العامة تكون متشعبة ومختلفة ، ولكن مع تعدد هذه الموضوعات التي يختص بها كل مرفق بذاته ، فإن هناك وحدة للغاية أو للهدف المبتغى، والمتمثل في إشباع المصلحة العامة [36] .

وهذا ما يعتبر ركناً أساسياً من أركان المرفق العام يميزه عن المشروعات الخاصة من جهة ، كما يميزه عن أوجه النشاط الأخرى التي تقوم بها الإدارة لتحقيق مصالحها الخاصة من بيع وشراء وإيجار وإشادة الأبنية دون أن يكون هدفها إشباع حاجة عامة للجمهور ، ومعنى ذلك أنه ليس بالضرورة أن يكون كل مشروع تنشئه الإدارة مرفقاً عاماً [37] ، فالغاية من إنشاء المرفق العام هو سد وإشباع حاجة عامة ضرورية ، وأداء خدمة عامة للجمهور .

ويتعين أن تكون من الحاجات الضرورية كحاجة الأفراد إلى الأمن الداخلي والدفاع عنهم ضد كل خطر خارجي وتحقيق العدالة والمحافظة على صحتهم وكفالة قدر من التعليم والثقافة وغير ذلك من الحاجات والخدمات العامة التي تختلف من مكان لآخر وتتغير وتتطور مع الزمن .

وإن عنصر النفع العام متلازم مع صفة استمرار العمل بانتظام واضطراد ، لأن تعرض هذا النشاط للتوقف أو عدم الانتظام يترتب عليه الاضطراب في المجتمع وانهياره [38] .

---

(35) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /23/ .

(36) – راجع :

- Lachaume.J.F – Boiteau.C et Pauliat.H, Op.cit, p18.

(37) – طعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /516/ .

(38) – محمد المتولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /15/ .

وقد يتمثل عنصر النفع العام في المرفق العام في منافع مادية محسوسة للجمهور مثل مرفق المواصلات العامة ومرافق توليد الكهرباء وتوريد المياه ولكن في كثير من الحالات لا تكون المنفعة العامة مادية بل معنوية وغير محسوسة مثل مرفق الأمن ومرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق التعليم [39] .

وقد ذهب بعض فقهاء القانون العام في فرنسا إلى أنه لا بد لقيام المرفق العام من خضوعه لنظام قانوني استثنائي يختلف عن النظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة وأن الخضوع لهذا النظام الاستثنائي هو شرط وجود المرفق العام ،

ويقصد بالنظام الاستثنائي النظام المعمول به في نطاق القانون العام المتمثل في وسائل القانون العام وامتيازات السلطة العامة والقرار الإداري [40] .

وقد اختلف الفقهاء بهذا الشأن ، باعتبار أن الأخذ بذلك يؤدي إلى أن يخرج من نطاق المرافق العامة المرافق العامة الاقتصادية التي تخضع لأحكام وقواعد القانون الخاص دون أن تفقد صفتها كمرافق عامة [41] .

كذلك فإن الخضوع لنظام قانوني استثنائي هو نتيجة لثبوت صفة المرفق العام على النشاط وليس شرطاً أو سبباً لثبوت الصفة ، وما لم يوجد

---

(39) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /271/ .

وفي الفقه الفرنسي ، راجع :

- Gucliemi.G et Koubi.G. op.cit, p71.

(40) – محمد فؤاد مهنا ، "المرافق العامة" مشار إليه في كتاب طعيمة الجرف "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /517/ .

(41) – محمد المتولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /15/ .

وطعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /517/ .

مرفق عام فلا يكون هناك محل لتطبيق النظام القانوني الخاص بالمرافق العامة ، وبالتالي فإن تعليق الاعتراف للمشروع بصفة المرفق العام على خضوعه للنظام القانوني الخاص بالمرافق العامة يبدو غير مقبول منطقياً لأن المفروض أن تثبت هذه الصفة للمشروع أولاً حتى يمكن إخضاعه لهذا النظام القانوني الخاص بالمرافق العامة [42] .

وإننا ننضم إلى هذا الرأي القائل بعدم جواز اعتبار خضوع المرفق العام للنظام القانوني الاستثنائي هو أحد عناصر المرفق العام باعتبار أن هذا العنصر لا يصلح لأن يكون مميزاً للمرافق العامة عن المشروعات الخاصة ، ويكون العنصران المميزان للمرفق العام هما أنه مشروع يستهدف أداء خدمة عامة أو تحقيق نفع عام بشكل منتظم ومستمر وأنه يدار من قبل الدولة أو تحت رقابتها .

---

(42) – إبراهيم عبد العزيز شيحا ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني" ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1983 ، ص /355/ .

المبحث الثاني
النظام القانوني للمرفق العام

تمهيد وتقسيم :

يقصد بالنظام القانوني للمرافق العامة مجموعة الأحكام أو القواعد والمبادئ القانونية التي تخضع لها المرافق العامة ، من حيث إنشائها وتنظيمها وإلغائها والمبادئ التي تحكم سيرها ، وطرق إدارتها .

وسنبحث في مطلب أول نوعي المرافق العامة الإدارية والاقتصادية ، ونخصص المطلب الثاني لبحث إنشاء المرافق العامة وتنظيمها وإلغائها ونبحث في مطلب ثالث المبادئ الأساسية في سير المرافق العامة .

المطلب الأول
المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية

تمهيد :

إن ما يهمنا عند الحديث عن أنواع المرافق العامة هو التمييز بين المرافق العامة الإدارية من جهة ، وهي المرافق التي تؤدي خدمات عامة غير ذات صفة اقتصادية ، والمرافق العامة الاقتصادية من جهة أخرى ، وهي المرافق العامة التي تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية مثل مرافق المياه والكهرباء والمواصلات [43] . ويتطلب التمييز بين هذين النوعين من المرافق العامة مناقشة المعايير التي وضعت لذلك .

(**43**) – محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، المرجع السابق ، ص /67/ .

أولاً – المرافق العامة الإدارية :

وهي أقدم أنواع المرافق العامة وأكثرها دلالة على المعنى التقليدي للمرفق العام والتي تعبر عن جوهر وظيفة الدولة كمرفق الشرطة ومرفق الدفاع ومرفق القضاء ومرفق التعليم ومرفق الصحة ، ومن البدهي أن هذه المرافق ذات أهمية حيوية في بناء الدولة وتمثل خدمات جوهرية للمواطنين لذلك فإن تلك المرافق العامة الإدارية تتولاها كل الدول عن طريق أجهزتها أياً كانت إيديولوجيتها وأياً كانت الفلسفة السياسية والاقتصادية التي تتبعها[44].

وبذلك تخضع هذه المرافق لأحكام القانون العام ويكون عمالها موظفين عموميين وأموالها تعتبر أموالاً عامة وإن الأساليب التي تستخدم في إدارتها عموماً هي أساليب القانون العام ، ما عدا بعض الحالات الاستثنائية التي تلجأ فيها الهيئة القائمة على إدارتها إلى وسائل القانون الخاص أو ما يسمى بأسلوب الإدارة الخاصة [45] .

ثانياً – المرافق العامة الاقتصادية :

وهي المرافق الصناعية والتجارية ، وهي تزاول نشاطاً ذي طبيعة تجارية ويمكن تعريفها بأنها مشروعات صناعية أو تجارية تقوم بنشاط مماثل للنشاط الذي يتولاه الأفراد والقطاع الخاص وتتوافر لها في نفس الوقت جميع الصفات المميزة للمرافق العامة وتخضع لأحكام القانون العام والقانون الخاص معاً كل في نطاق محدد [46] .

---

(44) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /283/ .

(45) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /131/ .

(46) – إبراهيم عبد العزيز شيحا ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني" ، المرجع السابق ، ص /356/ .

وفي الفقه الفرنسي ، راجع :

- Lachaume.J.F – Boiteau.C et Pauliat.H, Op.cit, p48.

وقد كانت الفكرة السائدة في القرن التاسع عشر انطلاقاً من مبدأ الحرية الاقتصادية أن الأنشطة التجارية والصناعية لا يمكن أن تشكل مرافق عامة وأنه يجب أن تترك لمبادرات الأفراد وللقطاع الخاص باعتباره الأقدر على تلبية مقتضيات الحياة التجارية والاقتصادية من القطاع العام [47] .

ومع بداية القرن العشرين وازدياد تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي ظهرت المرافق الاقتصادية ويعدُّ الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بعد الحرب العالمية الأولى والمعروف باسم حكم ايلوكا هو الذي فرق القضاء الإداري فيه للمرة الأولى بين أنشطة الإدارة التي تكون من طبيعة خاصة والأنشطة التي تكون بطبيعتها من اختصاص الدولة وبعد نحو عشر سنوات صدر حكم عن مجلس الدولة الفرنسي بخصوص محلات افتتحتها وحدات الإدارة المحلية أثناء الحرب لمعالجة بعض المشاكل التموينية حيث أشار مجلس الدولة إلى أنه ولئن كانت الأنشطة التجارية متروكة من حيث الأصل للمبادرات العامة فإنه يحق للإدارة القيام بها وفق ما تقتضيه المصلحة العامة ، ثم نضج مفهوم المرافق العامة الاقتصادية وقام المشرع الفرنسي بإنشاء المرافق العامة التجارية والصناعية الكبرى [48] ، كما امتد مفهوم هذه المرافق إلى مختلف دول العالم ومنها سورية التي عرفت مفهوم المرافق العامة الاقتصادية لأول مرة بموجب القرار بقانون رقم /257/ تاريخ 1959/11/15 [49] .

---

(47) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /75/ .

(48) – راجع :

- Lachume – Boiteau. et Pauliat, op.cit, P47 .

(49) – تطوَّرَ مفهوم المرافق العامة الاقتصادية في سورية ، فموجب المرسوم التشريعي رقم /18/ تاريخ 1974/2/15 المتضمن قانون المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت استبدل المشرع عبارة المؤسسات العامة والمؤسسات العامة ذات الطابع التجاري والصناعي

بالشركات العامة والمنشآت ووضع لكل منها قواعد وأسس وجعل إنشاء الهيئات العامة والشركات العامة والمنشآت من اختصاص السلطة التنفيذية وبمرسوم يصدر عنها .

وهناك تفرقة بين المؤسسات العامة والهيئات العامة في سورية ، فالهيئات العامة تمارس نشاطات خدمية فهي تقوم على مرفق عام إداري ، أما المؤسسات العامة فتمارس نشاطات ذات طبيعة اقتصادية فهي تقوم على مرفق عام اقتصادي ، وتحدث الهيئات العامة بقانون أما المؤسسات العامة فيتم إحداثها بمرسوم ((المادة /2/ من القانون رقم /50/ لعام 2004)) .

وقد صدر المرسوم التشريعي رقم /20/ تاريخ 1994/9/18 الذي ألغى المرسوم التشريعي السابق رقم /18/ لعام 1974 وتعديلاته وقام بتنظيم أوضاع المؤسسات العامة ، وقد نصت الفقرة /ب/ من المادة /2/ منه على اعتبار المؤسسات العامة تاجراً في علاقاتها مع الغير كما نصت المادة /5/ من المرسوم التشريعي رقم /20/ نفسه على أن يتم دمج المؤسسات العامة وإلغاؤها وتغيير جهة ارتباطها بصك مماثل لصك إحداثها .

ثم صدر القانون رقم /2/ تاريخ 2005/1/9 الذي ألغى المرسوم التشريعي رقم /20/ لعام 1994 وقام بوضع تعريف لكل من المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة وجاء في الفقرة /أ/ من المادة /2/ منه أنه يتم إحداث المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة بمرسوم ، كما نصت الفقرة /ب/ من المادة /2/ من القانون /2/ لعام 2005 على أن تعتبر كل من المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة تاجراً في علاقاتها مع الغير وتمارس جميع النشاطات المترتبة على ذلك . كما نصت المادة /5/ من القانون /2/ المذكور على أن يتم دمج المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة وإلغاؤها وتغيير جهة ارتباطها بصك مماثل لصك إحداثها .

كما نصت المادة /32/ من القانون /2/ لعام 2005 على أن تُمسك حسابات الشركة العامة أو المنشأة العامة وفق أسس المحاسبة التجارية والصناعية وتنظم موازناتها على هذا الأساس . ونصت المادة /35/ من القانون /2/ لعام 2005 آنف الذكر على أنه يجوز للمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة فصل الإدارة عن الملكية في بعض الأعمال والخدمات ويصدر قرار الموافقة عن مجلس الوزراء بناء على اقتراح معلل من الوزير المختص .

وقد اتجه القضاء الإداري إلى تحرير هذه المرافق من النظام القانوني الإداري ، مما أدى إلى إخراج معظم المنازعات المتعلقة بها من اختصاص القضاء الإداري [50] .

وقد أثار موضوع الاختصاص أهمية معرفة متى يكون المرفق العام اقتصادياً .

وقد اختلفت آراء الفقه والقضاء في فرنسة حول تحديد المعيار الذي يميز المرافق العامة الاقتصادية ،

فذهب رأي من الفقه إلى الأخذ بشكل المشروع ومظهره الخارجي فإن كان له شكل المشروعات الاقتصادية الخاصة كأن يدار بواسطة شركة فهو مرفق اقتصادي ، وإن كان يدار بواسطة سلطة عامة فهو مرفق إداري ، وذهب اتجاه آخر من الفقه إلى النظر إلى الطرق والأساليب التي تتبع في إدارة المرفق فإن كانت أساليب القانون الخاص فهو مرفق اقتصادي وإلا فهو مرفق إداري ، وذهب فريق ثالث إلى الأخذ بالغرض الذي يستهدفه المرفق فإن استهدف الربح فهو مرفق اقتصادي وإلا فهو مرفق إداري ، كما ذهب فريق رابع إلى النظر إلى موضوع نشاط المرفق فيعتبر المرفق اقتصادياً إذا كان موضوع نشاطه تجارياً طبقاً للتعريف المنصوص عنه في قانون التجارة [51] .

كما وضع القضاء الفرنسي في هذا المجال معياراً غامضاً يتمثل بالشبه بالمشروعات الخاصة . فإذا كان المرفق يدار ويستغل بنفس الوسائل وفي نفس الظروف التي تستغل فيها المشروعات الخاصة كان اقتصادياً ، وقد أخذ بذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في /22/ كانون الثاني

---

(50) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /70/ .

(51) – إبراهيم عبد العزيز شيحا ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني" ، المرجع السابق ، ص /357/ .

لعام 1932 في قضية Kuhn المتعلقة بإدارة مدينة استراسبورغ لحمامات عامة (52) .

ويلاحظ أن جميع هذه المعايير لا تقوم على تحليل طبيعة المشروع وإنما على الأخذ ببعض جوانبه أو عناصره الخارجية كالشكل أو الغرض من المشروع أو الأسلوب المتبع في استغلاله .

وإننا نؤيد الرأي الراجح في الفقه بأن المرفق العام يعتبر اقتصادياً إذا كان النشاط الذي يقوم به نشاطاً تجارياً بطبيعته .

المطلب الثاني

إنشاء المرافق العامة وتنظيمها وإلغاؤها

تمهيد :

تتولى السلطة التنفيذية مهمة إنشاء المرافق العامة . وقد يتولى المشرع ذلك فيكون إحداث بعض المرافق العامة بموجب قانون . وفي جميع الأحوال فإن إلغاء المرفق العام يتعين أن يتم بموجب عمل قانوني من نفس قوة العمل القانوني الذي أنشأ المرفق ابتداءً .

وبعد إحداث مرفق عام يتم وضع القواعد التي يسير عليها هذا المرفق . مع وجود قواعد رئيسية مشتركة تحكم سير المرافق العامة بجميع أنواعها .

أولاً – إنشاء المرافق العامة وإلغاؤها :

---

(52) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /70/ .

وراجع في الفقه الفرنسي :

- Gucliemi.G et Koubi.G. op.cit,p76.
- Lemasurier.J, Réflexion sur la distinction des services publics administratifs et des services publics industriel et comerciaux. A.J.D.A, 1969, p139.

يقصد بإنشاء مرفق عام قيام السلطة العامة بأداء خدمة عامة للجمهور عن طريق استحداث مشروع عام أو الهيمنة على مشروع خاص قائم يقدم هذه الخدمة فتتولى إدارته أو تشرف على هذه الإدارة [53] . فإحداث مرفق عام يحتاج دوماً لتدخل السلطة العامة ، سواء التشريعية أو التنفيذية[54]. فوجود المرفق العام هو رهن بإرادة السلطة العامة . أما أشخاص القانون الخاص فلا يمكنهم إنشاء المرافق العامة [55] .

وقد كانت النظرية السائدة قبل سنة 1958 في فرنسة أن إنشاء المرافق العامة يتضمن تقييداً لحقوق الأفراد وحرياتهم وبخاصة في حالة المرافق العامة التي تتمتع باحتكار حيث أن إنشائها يحرم الأفراد من ممارسة نفس النشاط كما يضطر المنتفعون من خدماتها إلى التعامل بها والإذعان لشروطها ، كذلك فإن إنشاء المرافق العامة يستلزم تخصيص اعتمادات في الميزانية ، وأن السلطة التشريعية هي السلطة المختصة بإقرار الميزانية والموافقة عليها ، لذلك يكون إنشاء المرفق العام بقانون .

وبموجب دستور سنة 1958 في فرنسة أصبح أمر إنشاء المرافق العامة متروكاً للحكومة ((السلطة التنفيذية)) باستثناء حالات حصرية وردت في المادة /34/ من الدستور يكون الاختصاص فيها للبرلمان ومنها حالة ما إذا مسَّ إنشاء المرفق العام الحريات العامة الأساسية للأفراد كإنشاء مشروع احتكاري يقيد حرية التجارة أو الصناعة ، وحالة ما إذا تعلق الأمر بإنشاء مرفق عام يتضمن إنشاء فئة جديدة من المؤسسات العامة ، وكذلك فإن تأميم المشروعات والتحويلات التي تتم بنقل ملكية مشروعات القطاع العام

---

(53) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /109/ .

(54) – إبراهيم الهندي وعبسي الحسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، جامعة حلب ، 2004، ص /141/ .

(55) – وليد حيدر جابر ، "التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /200/ .

إلى القطاع الخاص يكون من اختصاص البرلمان [56] .

أما في مصر فإن هذه المسألة مختلف عليها :

ففي ظل دستور سنة 1923 اختلف الفقهاء في تفسير المادة /44/ منه والتي تنص على أن ((الملك يرتب المصالح العامة ويولي ويعزل الموظفين على الوجه المبين في القوانين)) ، فذهبت أغلبية الفقه إلى تفسيره بأن ترتيب المصالح العامة أي المرافق العامة يتضمن إنشاءها وتنظيمها وإلغائها وبالتالي فإن السلطة المختصة بذلك هي السلطة التنفيذية ممثلة في شخص الملك فيكون إنشاء المرفق العام بمرسوم دون حاجة إلى قانون .

في حين ذهب بعض الفقه إلى اعتبار أن نص المادة /44/ المذكورة ينصرف إلى التنظيم والترتيب أما إنشاء مرافق عامة جديدة فلا يكون إلا بقانون [57] .

وقد جرى الأمر على أرض الواقع على إنشاء المرافق العامة بقوانين أو بمراسيم .

وعلى الرغم من ذلك الخلاف فقد وردت العبارة المختلف عليها في المادة /44/ من دستور 1923 نفسها في كل من دستور سنة1956 ودستور الجمهورية العربية المتحدة لسنة 1958 ودستور سنة 1964 [58] .

ثم جاء دستور سنة 1971 ليحسم المسألة حين نص في المادة /146/ منه على أن ((يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لإنشاء وتنظيم المرافق

---

(56) – راجع :

- Lachaume.J.F – Boiteau.C et Pauliat.H, Op.cit, p99.et.s.
- Laubadère.A – Venezia .J.C et Gaudemet.Y, op.cit, p871.

(57) – من هذا الرأي د.محمد فؤاد مهنا ، "القانون الإداري المصري والمقارن" ، الجزء الأول في المرافق العامة ، طبعة 1952 ، ص /117/ .

وكذلك د.محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /121/ .

(58) – سليمان الطماوي ، "مبادئ القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /29/ .

والمصالح العامة)) ، غير أنه لم يخول الدستور رئيس الجمهورية حق تفويض هذا الاختصاص كما فعل بخصوص اللوائح التنفيذية التي نصت عليها المادة /124/ من الدستور .

وقد استثنى دستور سنة 1971 في المادة /365/ منه حالة إنشاء المرفق العام عن طريق التأميم حيث جعل ذلك غير جائز إلا بقانون .

أما في سورية فقد نص القانون رقم /50/ تاريخ 2004/12/6 في المادة الثانية منه على أن تحدث الجهات العامة ذات الطابع الإداري بقانون ، ويتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي بمرسوم [59] . كما نص القانون رقم /2/ لسنة 2005 المتعلق بالمؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة في المادة /2/ منه على أن يتم إحداث المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشآت العامة بمرسوم [60] .

(**59**) – نصت المادة /2/ من القانون رقم /50/ لسنة 2004 على ما يلي :

أ- يتم إحداث الجهات العامة على الشكل التالي :

1- يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الإداري ، بقانون .

2- يتم إحداث الجهات العامة ذات الطابع الاقتصادي ، بمرسوم .

3- يتم إحداث البلديات ووحدات الإدارة المحلية ، وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة بهذا الشأن .

ب- تحدد مهام واختصاصات الجهة العامة ، في صك إحداثها .

(**60**) – نصت المادة /2/ من القانون رقم /2/ لسنة 2005 على ما يلي :

أ – يتم إحداث المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة بمرسوم .

ب – تعتبر كل من المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة تاجراً في علاقاتها مع الغير ، وتمارس جميع النشاطات المترتبة على ذلك .

ج- تعتبر المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة والموفقة أوضاعها مع أحكام المرسوم التشريعي رقم /18/ لعام 1974 والمحدثة وفق أحكام المرسومين التشريعيين رقم /18/ لعام 1974 ورقم /20/ لعام 1994 محدثة حكماً وفق أحكام هذا القانون (عدا مؤسسات وشركات الإنشاءات العامة المشمولة بأحكام القانون رقم /1/ لعام 1976) .

أما فيما يتعلق بإلغاء المرفق العام ، فقد تجد الدولة أن الحاجة العامة التي يهدف المرفق العام إلى تحقيقها قد تغيرت أو أن إشباعها يحسن أن يتم بطريقة أخرى غير المرفق العام الأمر الذي يطرح مسألة إلغاء المرفق العام ، ويتم إلغاء المرفق العام بواسطة عمل قانوني لا يقل قوة عن العمل القانوني الذي أنشأ المرفق [61] ، ويدخل ذلك ضمن اختصاص السلطة التي أحدثته [62] ، أو سلطة أعلى منها . فإذا أحدث المرفق العام بقانون فلا يجوز إلغاؤه إلا بقانون ، أما إذا أنشئ بقرار فيجوز إلغاؤه بقرار من نفس المرتبة أو بقرار من مرتبة أعلى أو بقانون [63] .

ثانياً – تنظيم المرافق العامة :

يقصد بتنظيم المرفق العام وضع القواعد التي يسير عليها بعد إنشائه .

وفي فرنسة كانت السلطة التنفيذية هي المختصة بالتنظيم الداخلي للمرافق العامة قبل دستور سنة 1958 ، وقد ظل هذا المبدأ سارياً في ظل دستور 1958 غير أن المادة /34/ منه أعطت الحق للبرلمان في أن يضع بعض القواعد التنظيمية للمرفق في نفس قانون إنشائه كما أعطته الحق في أن ينظم المرفق العام بقانون آخر بعد إنشائه [64] .

أما في مصر ، فإذا كان قد حدث خلاف حول وسيلة إنشاء المرافق العامة فيها فإنه كان من المسلم به أن وسيلة تنظيم المرافق العامة هي القرارات

(**61**) – مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /302/.

(**62**) – زين العابدين بركات ، "مبادئ القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /47/ .

(**63**) – إبراهيم الهندي وعبسي الحسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /63/ .

(**64**) – محمد المتولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /20/ .

الإدارية ، وهو أمرٌ لا يحتاج في تقريره وتبريره إلى نص دستوري مباشر لأنه يستند إلى طبيعة الوظيفة الإدارية ذاتها ، إذ أن جوهر الوظيفة الإدارية يتركز في مهمة إشباع الحاجات العامة عن طريق المرافق العامة ، ومن البديهي أن يكون لها سلطة تنظيم تلك المرافق بما يكفل تحقيق أغراضها [65] .

والواقع أن المصلحة العامة تقتضي أن تتولى السلطة التنفيذية بما لها من خبرات وإمكانات مهمة تنظيم المرافق العامة وتعديل قواعدها استجابة لما تتطلبه الظروف والمتغيرات .

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها ((وإنشاء المرافق العامة يقتضي أن يترك للسلطة التنفيذية تنظيم المرفق ، ووضع القواعد التي يسير عليها بعد إنشائه بحسب ما يتوفر لديها من الخبرة الفنية وحاجة العمل ، فهي التي تقرر ما إذا كانت إدارة المرفق الجديد تتولاها الدولة بنفسها أو بواسطة غيرها من الهيئات العامة أو الخاصة أو ما إذا كان أسلوب إدارة هذا المرفق العام هو الاستغلال المباشر عن طريق السلطة الإدارية أو أن يعهد به إلى الأفراد يديرونه في شكل التزام أو ما إذا كان هذا المرفق سيكون محتكراً أو تتنافس فيه المشروعات الخاصة ، وتحديد الشروط الواجب توافرها لدى الأفراد لإمكان انتفاعهم بهذا المرفق ، ومن ثم فإنه يجب تمكين السلطة التنفيذية من تعديل القواعد التي يسير عليها هذا المرفق بسهولة لتستجيب بسرعة لمقتضيات الظروف ولكي تتمكن من وزن مختلف السبل التي يصح لها أن تسلكها لتتخير منها أفضلها وأقومها فيما تقرره من اشتراطات ..)) [66] .

ويبرر اختصاص الإدارة في تنظيم المرفق العام أن التنظيم هو عمل يدخل في صميم وجوهر الوظيفة الإدارية من خلال أداء خدمات عامة وتقديم

---

(65) – محمود حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /124/ .

(66) – سليمان الطماوي ، "مبادئ القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /36و37/ .

حاجات عامة للجمهور بأسلوب المرافق العامة . بيد أن هذا لا يمنع السلطة التشريعية من التدخل لتنظيم المرافق العامة عن طريق القوانين [67] .

ثالثاً – القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة :

تختلف المرافق العامة وتتباين بحسب اختلاف موضوع نشاطها ، فالمرافق العامة الاقتصادية تختلف في نظامها وفي القواعد القانونية التي تعتمدها عن المرافق العامة الإدارية ، وعلى ذلك تتعدد الأنظمة القانونية للمرافق العامة وتختلف أنواعها كما تتشعب أساليب سيرها .

غير أنه وعلى الرغم من هذا التعدد والاختلاف في أنظمة المرافق العامة فإن هناك قواعد رئيسية مشتركة تحكم سير المرافق العامة جميعها باختلاف أنواعها وأنشطتها ،

هذه القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة بجميع أنواعها هي : مبدأ استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير في كل وقت ومبدأ المساواة أمام المرافق العامة ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

المبدأ الأول – مبدأ استمرار سير المرافق العامة بانتظام :

ينبع هذا المبدأ من طبيعة المرافق العامة ذاتها ، وهو مبدأ جوهري في القانون العام وفي النظام القانوني للمرافق العامة . فما دامت هذه المرافق تهدف إلى إشباع حاجات عامة أساسية للمواطنين وأداء خدمات عامة ضرورية فإن ذلك يقتضي استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .

(**67**) – مثال ذلك قانون تنظيم الجامعات رقم /6/ لسنة 2006 في سورية .

راجع : إبراهيم الهندي وعبسي الحسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة " ، المرجع السابق ، ص /63/ .

ذلك أن توقف سير المرفق العام أو عدم سيره سيراً منتظماً يؤدي إلى توقفه عن تقديم تلك الخدمات الجوهرية العامة أو قصوره في إشباع الحاجات الأساسية العامة للجمهور مما يؤدي إلى وقوع أضرار عامة وحصول كوارث واختلال نظام المجتمع نفسه ، فليس مقبولاً أن يتوقف مرفق المواصلات أو مرفق الماء أو مرفق الكهرباء عن تقديم خدماته إلى الجمهور ، ولنا أن نتصور مدى الأضرار التي تلحق بالمجتمع كله في حال توقف مرفق الأمن أو مرفق القضاء مثلاً عن أداء خدماته بانتظام [68] .

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذا المبدأ يشكل جوهر المرفق العام ، لذلك فإن القضاء الدستوري الفرنسي يعتبره من قبيل المبادئ الدستورية على أساس ارتباط استمرار سير المرافق العامة بديمومة وجود الدولة ذاتها [69] .

وعلى ذلك فقد طبق القضاء عموماً مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام دون أن تكون هناك ثمة حاجة إلى نص قانوني يقرره ، ولعلّ أهم التطبيقات القضائية لهذا المبدأ هي في مجال العقود الإدارية وفي مجال عمل الموظفين والعاملين بالمرافق العامة من حيث تحريم إضراب الموظفين العامين وتنظيم استقالاتهم وكذلك فيما يتعلق بأموال المرافق العامة من حيث اعتبارها في الغالب أموالاً عامة وإخضاعها لقواعد خاصة [70] .

---

(68) – ثروت بدوي ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /401/ .

وراجع : محمد عبد الحميد أبو زيد ، "دوام سير المرافق العامة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص /8/ .

(69) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /83/ .

(70) – راجع في هذه التطبيقات بالتفصيل : محمد عبد الحميد أبو زيد ، "دوام سير المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /16/ وما بعدها .

وفي الفقه الفرنسي ، راجع :

- Gucliemi.G et Koubi.G. op.cit,p76.

غير أن ما يهمنا هنا هو التطبيقات القضائية لمبدأ استمرار سير وانتظام المرفق العام في مجال العقود الإدارية .

فالعقد الإداري يتعلق بشكل مباشر بمرفق عام وهوا لعقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام وتظهر فيه نيَّة الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص أو بتخويل المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في تسيير المرفق العام [71] .

وعلى ذلك فإن مبدأ استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد اقتضى إجبار المتعاقدين مع الإدارة على تنفيذ التزاماتهم في مواعيدها المحددة على الرغم من أية صعوبات يجدونها أثناء التنفيذ لأن أي تقصير أو تأخير في

(**71**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، دار الفكر العربي ، 2005 ، ص /58/ . وراجع أيضاً : عمر حلمي ، معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993، ص /30/ .

وقد عرّف الاجتهاد الإداري في سورية العقد الإداري بأنه ((العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام ويتضمن في أحكامه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص)) ،

انظر حكم المحكمة الإدارية العليا رقم /117/ في الطعن رقم /50/ لسنة 1987 منشور في "مبادئ القضاء الإداري – اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً" . للمحامي مصباح المهايني ، مؤسسة النوري ، طبعة 2005 ، الجزء الثالث ، ص /11/ القاعدة /6354/ .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في سورية أنه ((لا يكفي لإسباغ صفة العقد الإداري على رابطة تعاقدية ما أن يكون أحد طرفي العقد إدارة أو مؤسسة عامة وأن تتضمن شروطاً غير مألوفة وإنما لا بد من أن يكون هدفها إدارة مرفق عام في الدولة فإذا تخلف أحد هذه العناصر انحسرت عن العقد صفته الإدارية وغدا بعيداً عن متناول القضاء الإداري" . راجع حكم المحكمة الإدارية العليا رقم /319/ في الطعن رقم /474/ لسنة 1974 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح المهايني، المرجع السابق ، ص /9/ القاعدة /6348/ .

تنفيذ العقد قد يمنع من استمرار سير المرفق العام بالشكل المطلوب ، لذلك فقد اعترف القضاء للإدارة بسلطات واسعة على المتعاقدين معها في فرض غرامات التأخير وتوقيع الجزاءات عند الإخلال بالتزاماتهم حرصاً منه على استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

كما أعمل القضاء مفاعيل هذا المبدأ في حالة الظروف الطارئة التي تداهم المتعاقد مع الإدارة [72] ، ففي حالة الظروف الاستثنائية الخارجة عن

---

(72) – ولدت نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية بحكم من الأحكام الهامة ذات المبادئ ((وهو حكم مجلس الدولة الفرنسي في 30 آذار 1916 في قضية Cie Generale Declarage De Bordeaux منشور في مجموعة لوبون ص /125/ ، وفي سيري 1916–3–17 مع تعليق العميد هوريو ومذكرة مفوض الدولة)) وكان الأمر يتعلق بعقد من عقود الالتزام "الامتياز" ، فقد منحت بلدية بوردو سنة 1904 للشركة العامة للإضاءة امتياز توريد الغاز والكهرباء للمدينة لمدة 30 سنة ، وكانت قائمة الشروط الملحقة بعقد الالتزام تحدد سعر الغاز والكهرباء الواجب البيع به للجمهور متخذة أسعار الفحم كأساس لذلك الثمن ، وقد توقعت قائمة الشروط أن يتغير سعر الغاز والكهرباء ارتفاعاً وانخفاضاً تبعاً لتغير أسعار الفحم – وهو المادة الأساسية للشركة صاحبة الالتزام – فحددت السعر في كل حالة ، ولكن أقصى ما كانت تتوقعه أن يرتفع ثمن طن الفحم من 23 فرنك إلى 28 فرنك ، وبالتالي فقد وضعت حداً أقصى لأسعار الغاز والكهرباء لا يمكن أبداً أن تتعداها ، وكانت تلك الأسعار على أساس /28 فرنك للطن الواحد من الفحم . وجاءت الحرب العالمية الأولى سنة 1914 وارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً جنونياً ، إلى حد فاق كثيراً أقصى ما كانت تتوقعه قائمة الشروط من ارتفاع ، فقد وصل سعر الطن عام 1916 إلى أكثر من 73 فرنكاً ، وبالتالي فقد تعذر على الشركة أن تورد الغاز والكهرباء بالأسعار المحددة في قائمة الشروط . وباتت مهددة بخسائر فادحة تمنعها من الاستمرار في القيام بأعباء المرفق العام ، فطلبت من البلدية أن تعدل العقد وتأذن لها برفع الأسعار بمقدار يتمشى مع ارتفاع أسعار الفحم ، ولكن البلدية رفضت على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن هذه الظروف الاستثنائية لا تجعل العقد مستحيل التنفيذ ، فالفحم ربما كان غالي الثمن إلا أنه متوفر في الأسواق ، وكانت الجولة الأخيرة في هذا النزاع أمام مجلس الدولة الذي أصدر حكمه في الموضوع وبه ولدت نظرية الظروف الطارئة ، وقال في قضائه أن المصلحة العامة تحتم على الشركة أن تستمر في القيام بالمرفق مستعينة

إرادة الطرفين وغير المتوقعة عند التعاقد والتي تداهم العقد الإداري فتقلب التوازن المالي فيه رأساً على عقب دون أن تجعل تنفيذه مستحيلاً والتي من شأنها أن تلحق بالمتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة ، فقد ذهب القضاء إلى إعطاء المتعاقد مع الإدارة تعويضاً يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد إعمالاً لمبدأ وجوب استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد .

وإن هذا التعويض الذي يتقاضاه المتعاقد في حالة الظروف الطارئة يجد أساسه القانوني في مبدأ استمرار سير المرافق العامة حتى لا تتراكم الخسائر على المتعاقد إلى أن يعجز كلياً عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته وتفادياً لتعطل أو توقف سير المرفق العام الذي يحتاج إلى خدمات المتعاقد مع الإدارة ، وبذلك أمكن ضمان استمرار المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ التزاماتهم المتصلة بالمرافق العامة على الرغم من قيام الظروف الطارئة وأمكن بالتالي ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد [73] .

المبدأ الثاني – مبدأ المساواة أمام المرافق العامة :

يعد مبدأ مساواة المواطنين أمام المرافق العامة تطبيقاً للمبدأ الدستوري العام الذي تقرره الدساتير المعاصرة بمساواة جميع المواطنين أمام القانون ، وهو مبدأ يسري على جميع المرافق العامة أياً كان نوع نشاطها سواء كان المرفق العام إدارياً أو أنه مرفق عام صناعي أو تجاري وأياً كانت طريقة أو وسائل إدارتها وسواء كان المرفق العام يدار بطريق الإدارة المباشرة من قبل الأجهزة

بكل وسائل الإنتاج وأن عليها أن تسهر على حسن سيره ، ولكنه أردف قائلاً أن هذا الالتزام لا يمكن القول بوقوعه على عاتق الشركة ، مع إلزامها بأن تبيع بنفس الأسعار الأصلية ، وإنما يجب على البلدية أن تقدر – على أسس جديدة – الشروط التي يمكن أن تسهر الشركة فيها على دوام سير المرفق العام . راجع هذا الحكم معلقاً عليه في مجموعة الأحكام الكبرى للقضاء الإداري الفرنسي ، إعداد لونغ وبريبان وديلفولفيه وجينفوا ، داللوز ، باريس ، 1999، الطبعة الثانية عشرة ، ص /184/ .

(**73**) – ثروت بدوي ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /402و403/ .

الإدارية المختصة أو بأسلوب المؤسسة العامة أو بطريق عقد الالتزام فالمرفق العام وُجد أساساً لتقديم خدمات عامة وحاجات عامة للجميع لذلك فإن طبيعة إنشاء المرفق العام تستدعي أن يتساوى الجميع أمامه دون تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ، فلا يمكن لمرفق التعليم مثلاً أن يحجب خدماته عن أحد إذا ما توفرت فيه الشروط القانونية فلا يمكن رفض قبول طالب من إحدى الكليات إذا ما استوفى شروط الانتساب ، وكذلك لا يمكن لمرفق الكهرباء أو الاتصالات أن يرفض اشتراك مواطن في خدمات تقديم الكهرباء أو الهاتف إذا ما استوفى الشروط القانونية .

غير أن المساواة لا تعني المساواة المطلقة ، فمن الطبيعي أن القانون الذي ينظم مرفقاً ما من المرافق العامة هو الذي يحدد شروط وقواعد الانتفاع بخدمات هذا المرفق ، ويكون الأفراد الذين هم في نفس المركز القانوني ولهم نفس الظروف والأوضاع متساوين أمام المرافق العامة ، وهذه هي المساواة النسبية أي المساواة بين الأفراد والأشخاص الذين توافرت فيهم شروط الانتفاع بخدمات المرفق العام التي يحددها القانون والأنظمة ولا يجوز بعد ذلك للإدارة القائمة على المرفق أياً كان نوع نشاطه أن ترفض طلب الانتفاع بنشاط المرفق إذا استوفى صاحبه الشروط القانونية كما لا يجوز للإدارة أن تضيف أي شرط إضافي على أساس الانتماء السياسي أو الديني أو سواه ، كما لا يجوز لها منح خدمات المرفق لمن لا تتوفر فيه الشروط القانونية وإلا فإنها تكون قد خالفت مبدأ المساواة [74] .

غير أنه لا يتنافى مع مبدأ المساواة تقرير امتيازات لفئات معينة من المواطنين ، أو تقرير أنظمة مختلفة أو استثنائية باختلاف فئات المنتفعين أو

---

(74) – راجع :

- Pellissier.G, Principe d'égalité en droit public, L.G.D.J, Paris, 1996, p25.
- Gucliemi.G et Koubi.G. op.cit,p383.

باختلاف فئات العاملين بالمرفق العام ، فالمساواة بالمعنى المقصود تتحقق متى تقررت الشروط الموضوعة في القانون أو الأنظمة في صيغة عامة ومجردة ومتى كانت الاستثناءات التي يقررها القانون استثناءات عامة وليست شخصية [75] .

وعلى ذلك يجوز تقرير امتيازات عامة لشرائح أو فئات معينة مثل المعوقين أو أبناء أساتذة الجامعات أو المتفوقين ، فإذا تقرر منح المعوقين تخفيضات في أجور النقل والمواصلات العامة أو منح مكافآت مالية للمتفوقين أو منح تسهيلات في الدخول للجامعة لأبناء أساتذة الجامعات فإن ذلك لا يتعارض مع مبدأ المساواة أمام المرافق العامة مادام ذلك قد تقرر في صيغة قواعد عامة ومجردة .

ولعل أحد أهم شروط الانتفاع بخدمات المرفق العام يتمثل في دفع مقابل لذلك الانتفاع مبلغاً من المال ، وهنا تثور مسألة مجانية المرافق العامة ، وإنه من المسلم به أنه لا يشترط لكي يكون المرفق مرفقاً عاماً أن يؤدي خدماته مجاناً للجميع بل يجوز أن يفرض رسماً يؤديه المنتفع دون أن يفقد المرفق صفته كمرفق عام ، ولكن يجب أن لا يكون الرسم مبالغاً فيه بحيث يخرج المرفق العام عن الغاية التي أحدث من أجلها وهي أداء الخدمة العامة وتحقيق المصلحة العامة والنفع العام [76] . ويمكن للمرفق العام أن يقرر إلى

---

(75) – ثروت بدوي ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /233/ .
وراجع أيضا : بكر القباني ، "القانون الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا تاريخ ، بلا رقم طبعة ، ص /368/ .

(76) – راجع في ذلك : مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /310/.
– سليمان الطماوي ، "الوجيز في القانون الإداري" ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991 ، ص /239/ .

جانب الرسوم العامة رسوماً خاصة بشرط أن تتخذ شكل قاعدة عامة تسري على كل من توافرت فيه شروطها [77] .

المبدأ الثالث – مبدأ قابلية المرفق العام دائماً للتعديل والتغيير :

سبق وبيّنا أن وجود المرفق العام ابتداءً هو بهدف إشباع حاجة عامة وتحقيق مصلحة عامة ،

ومن الثابت أن الحاجة العامة أو المصلحة العامة ليست فكرة جامدة أو ثابتة بل هي فكرة متغيرة ومتطورة من وقت لآخر ومن مكان لآخر وحسب الظروف الاقتصادية والسياسية وسواها ، ومن ثم فإن القواعد القانونية الناظمة لمرفق عام يجب أن تكون قابلة للتغيير والتعديل والتبديل في أي وقت طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة نفسها .

وعلى ذلك فإن مبدأ قابلية المرفق العام في كل وقت للتعديل والتغيير

– عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /91/ .

(77) – وهذه الشروط قد تتصل بمكان الخدمة ومدى بعدها عن مركز المدينة مثل تحديد رسوم موحدة للمنتفعين بخدمات مرفق الهاتف داخل المدينة ورسوم خاصة للمنتفعين خارج المدينة . وقد تتعلق هذه الشروط بنوع الخدمة مثل تقرير رسوم معينة للرسائل العادية ورسوم خاصة للرسائل المسجلة . وقد ترتبط هذه الشروط بالهدف من تقديم الخدمة مثل فرض رسوم عامة للاستخدام المنزلي للكهرباء ورسوم خاصة للاستخدام الصناعي للكهرباء . وقد ترتبط هذه الشروط بشخص المنتفع كحالته الاجتماعية أو مستواه الثقافي أو العلمي ، كإعفاء الطلبة الفقراء من الرسوم الدراسية أو إلزام طلبة التعليم الموازي بدفع رسوم خاصة للدراسة في كليات الجامعة بسبب حصولهم على درجات أدنى من الدرجات التي يتم على أساسها قبول الطلاب العاديين .

راجع : إبراهيم الهندي وعبسي الحسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /117/ .

ينبع من طبيعة المرفق العام ، وهو يسري على المرافق العامة بجميع أنواعها سواء منها المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية ومهما كانت الطريقة أو الأسلوب التي يدار بها المرفق العام .

وعلى كل حال فإن مبدأ تغير المرفق العام بتغير الظروف إنما ينصبّ على تنظيم المرافق العامة وتسييرها في آن معاً . وإن تقرير هذا المبدأ إنما يصب في خانة إشباع الحاجات العامة بالمستوى الأعلى دوماً [78].

ولعلّ أهم ما يترتب على هذا المبدأ أنه لا يحق للمنتفعين بخدمات المرفق العام ولا لموظفي المرفق العام وعماله التمسك بالقواعد والأنظمة السابقة على التعديل بحجة أنها الأصلح لهم [79] ، كما لا يحق لهم الادعاء بوجود حقوق مكتسبة لهم تحول دون إجراء التعديل أو التغيير في نظام المرفق أو في أساليب أداء الخدمة العامة ، فمركز موظفي وعمال المرفق العام هو مركز قانوني تنظيمي عام يجوز تغييره في كل وقت [80] ، وللجهة الإدارية دائماً

---

(78) – راجع :

- Lachaume.J.F – Boiteau.C et Pauliat.H, Op.cit, P319.et.s.

(79) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /319/ .

(80) – وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصري في أحد أحكامها بالقول ((ومن حيث أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تنظيمية تحكمها القوانين واللوائح الصادرة في هذا الشأن ، فمركز الموظف من هذه الناحية هو مركز قانوني عام يجوز تغييره في كل وقت ، ومرد ذلك إلى أن الموظفين هم عمال المرافق العامة وبهذه المثابة يجب أن يخضع نظامهم القانوني للتعديل والتغيير وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ، ويتفرع عن ذلك أن كل تنظيم جديد يستحدث يسري على الموظف الحكومي بأثر حال مباشر من تاريخ العمل به)) [حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم /82/ لسنة /1/ قضائية ، مجموعة المبادئ التي قررتها هذه المحكمة ، السنة الأولى ، العدد الثاني، ص /184/ ، أشار إليه محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /320/ . مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري"، المرجع السابق ، ص /351/] .

سلطة وضع الأنظمة التي تراها ملائمة لسير المرافق العامة التي تتولاها سيراً منتظماً ومنتجاً وكذلك لها تعديل هذه الأنظمة بما تراه محققاً للمصلحة العامة وليس لأحد من الناس الادعاء بحق مكتسب في استمرار نظام معين ، فالحق المكتسب لا ينشأ في ظل أي نظام أو قواعد تنظيمية إلا بعد تطبيقها على شخص ما تطبيقاً فردياً فيكتسب بذلك مركزاً قانونياً ذاتياً ، ويكون هذا المركز القانوني الذاتي الذي تحقق في ظل نظام قانوني معين هو الذي لا يجوز المساس به ، أما قبل ذلك ، فالأمر مجرد رخصة للشخص في اكتساب الحق أو المزايا التي يقرها ذلك النظام ولا يتم اكتساب ذلك الحق إلا بالمطالبة به في ظل ذلك النظام وإجابة الجهة المختصة الطلب [81] .

ولا تحول إدارة المرفق العام بطريقة عقد الالتزام دون سلطة الإدارة وحقها في تعديل أنظمة المرفق تحقيقاً للمصلحة العامة ولو أن إدارة هذا المرفق تكون عملياً في يد الملتزم .

وعلى ذلك فإن للإدارة الحق بإجراء التعديلات والتغييرات في أنظمة المرفق العام وإن أثرت على الملتزم أو على المنتفعين من المرفق والعاملين فيه ، فلا يجوز للمنتفعين الادعاء بحقوق مكتسبة في بقاء تنظيم المرفق العام دون تعديل أو المطالبة ببقاء أسعار الخدمات التي يقدمها المرفق كما كانت وقت

---

(81) – وبناء على ذلك فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية برفض الدعوى التي أقامها أحد المواطنين بطلب عدم الاعتداد بقرار تخفيض سن القبول في أحد المعاهد بحجة أن ابنته كان يمكن قبولها في المعهد وفقاً للنظام القديم قبل تخفيض سن القبول وقد قضت المحكمة بأنه لا يجوز الاستناد إلى نظام سابق عدل عنه ولا يجوز الادعاء بحق في الإبقاء عليه دون تعديل بل إن لجهة الإدارة تعديل تنظيم المرفق في كل وقت حسبما تقضي بذلك المصلحة العامة [محكمة القضاء الإداري ، القضية رقم /690/ لسنة 7 قضائية ، جلسة 10 كانون أول سنة 1956 ، مجموعة السنة العاشرة ، ص /138/ . أشار إليه ثروت بدوي في "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /427/] .

إبرام عقودهم [82] ، ويكون للملتزم الحق في التعويض عما أصابه من أضرار من جراء استخدام الإدارة سلطة التعديل ، وإن حق التعديل هذا ولئن كان ينص عليه دائماً في عقود الالتزام ، غير أنه حق ثابت للإدارة ولو لم ينص عليه صراحة بل لا يمكنها أن تنزل عنه [83] .

---

(82) – ثروت بدوي ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /430/ .

(83) – سليمان الطماوي ، "مبادئ القانون الإداري" – الكتاب الثاني – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة" ، المرجع السابق ، ص /185/ .

الفصل الثاني
إشكالية إدارة المرفق العام

تمهيد وتقسيم :

تتعدد وتتباين طرق وأساليب إدارة المرافق العامة ، فالإدارة العامة تملك سلطات وصلاحيات تقديرية واسعة بشأن كيفية إدارة وتسيير المرافق العامة واختيار الطريقة المناسبة والملائمة لكل مرفق منها ، وتضع الإدارة في ذلك نصب عينها اعتبارات متعددة كالاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وطبيعة كل مرفق ، وقد تجد الدولة أن المصلحة العامة تقتضي هيمنة الدولة على المرفق العام بشكل تام وإدارته من قبلها إدارة مباشرة كاملة كما في مرافق الدفاع والشرطة والقضاء .

ومن ناحية أخرى فقد تجد الدولة أن العبء المالي الناجم عن إدارة مرفق عام مرهق لميزانيتها وأنها بحاجة إلى خبرات الأفراد والشركات الخاصة ومبادراتهم وقدراتهم التمويلية فتلجأ إلى أسلوب عقد التزام المرافق العامة الذي تعهد بموجبه إلى شخص أو شركة خاصة بإدارة المرفق العام تحت رقابتها .

وما بين الإدارة المباشرة من الدولة للمرافق العامة والإدارة بأسلوب الالتزام توجد طرق أخرى تتفاوت فيها درجة رقابة الدولة وإشرافها.

غير أن التطور الذي حصل في أواخر عقد الثمانينات ومطلع عقد التسعينات من القرن الماضي والمتغيرات الكثيرة الحاصلة كشفت عن قصور وعجز الطرق التقليدية في إدارة الدولة للمرافق العامة .

وسنعرض في مبحث أول لأهم الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة . ونتناول في مبحث ثانٍ مسألة إدارة المرافق العامة وضرورات التطور .

المبحث الأول
الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة

تمهيد وتقسيم :

تتعدد الطرق التقليدية التي تتبعها الدولة في إدارة المرفق العام . فقد تتولى الدولة إدارة المرفق العام بشكل مباشر . وقد تلجأ إلى إدارة المرفق عن طريق المؤسسات العامة . ويعد عقد التزام المرافق العامة إحدى طرق إدارة المرافق العامة الاقتصادية . كما قد تلجأ الدولة إلى أسلوب مشروعات الاقتصاد المختلط في إدارة المرفق العام . وتختلف هذه الطرق فيما بينها في أسلوب الإدارة وفي درجة تدخل الدولة .

وسنبحث كل واحدة من هذه الطرق في مطلب مستقل .

المطلب الأول
الإدارة المباشرة

طريقة الإدارة المباشرة للمرفق العام ، وتسمى أيضاً الاستغلال المباشر أو الريجي ، هي أقدم طرق إدارة المرافق العامة وأكثرها تقليدية وهي في الوقت نفسه أقوى تعبير عن سلطة الدولة ووظيفتها في تحقيق حد ضروري لحياة المواطنين ، وبموجب هذه الطريقة تتولى الدولة بنفسها بواسطة إحدى وزاراتها أو وحداتها المحلية إدارة المرفق بأموالها وموظفيها وتتحمل مسؤوليته ومخاطره وأعباءه .

وتناسب هذه الطريقة تماماً المرافق ذات الصبغة العسكرية والمرافق العامة والإدارية أو الخدمية عموماً كمرافق الدفاع والأمن والقضاء ومرفق الصحة ومرفق التمثيل الدبلوماسي .

فلا يمكن تصور إنشاء مؤسسة عامة مستقلة عن الدولة لإدارة مرفق الدفاع أو مرفق الأمن مثلاً فلا بد أن تتولى إحدى وزارات الدولة القيام بهذه المرافق الإدارية الهامة (84) .

وتلجأ الدولة إلى طريقة الإدارة المباشرة في جميع المرافق العامة الإدارية إما لأن الدولة ترى أنه من الخطورة أن يسمح للأفراد والشركات الخاصة بالمشاركة في إدارة مثل هذه المرافق أو لأن هذه المرافق غير مربحة أصلاً فلا يقبل عليها الأفراد والقطاع الخاص (85) .

ولا تقتصر طريقة الإدارة المباشرة للمرفق على إدارة المرافق العامة الإدارية ، وإن كان ذلك هو الأصل ، وإنما تتبع بدرجة أو بأخرى في نطاق إدارة بعض المرافق العامة الاقتصادية .

وتخضع المرافق العامة التي تدار بطريقة الإدارة المباشرة – سواء كانت مرافق إدارية أم اقتصادية – لقواعد القانون الإداري ، فموظفوها موظفون عموميون من حيث تعيينهم ورواتبهم وترقياتهم وانتهاء خدمتهم ، وأموالها أموال عامة أيضاً (86) .

---

(84) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /323/ .

وراجع في الفقه الفرنسي :

- Laubadère.A – Venezia .J.C et Gaudemet.Y, op.cit, p818.

(85) – ويشير الدكتور سليمان الطماوي إلى أن هذا بعكس ما كان متبعاً في القديم إذ كانت تترك لبعض الأفراد إدارة مرافق إدارية بحتة كجباية الضرائب في مصر إذ كان يتولاها ملتزم نظير دفع مبلغ إجمالي للدولة ، [سليمان الطماوي ، "مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة" ، المرجع السابق ، ص /60/].

(86) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /95/ .

وقد انتقدت هذه الطريقة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، لأنها تحد من عمليات التجديد والابتكار لدى الموظفين وتجعل ترفيعاتهم وترقيتهم تخضع لمبدأ الأقدمية ولا تشجع على الابتكار والتجديد وتزيد من إتباع الروتين والتعقيدات المكتبية والإدارية المحاسبية [87] .

المطلب الثاني
المؤسسات العامة

تعدُّ المؤسسة العامة وسيلة من وسائل إدارة المرافق العامة عن طريق منظمة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي والإداري وتخضع في الوقت نفسه للرقابة المالية من جانب الدولة [88] ، ويكون موظفوها موظفين عموميين كما تعد أموالها أموالاً عامة وقراراتها قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري وتعتبر المؤسسة العامة في حقيقتها شخص من أشخاص القانون العام تتمتع بحقوق وامتيازات السلطة العامة [89] .

لذلك يرى البعض أن طريقة المؤسسة العامة تعدّ إحدى الطرق المباشرة في إدارة المرافق العامة [90] .

ولكن الاستقلال الذي تتمتع به المؤسسة العامة مقيد بقيدين : الأول

(**87**) – سليمان الطماوي ، "مبادئ القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /61/ .

(**88**) – راجع :

- Drago.R, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, Pedon, 1950, p82 et 38.

(**89**) – إبراهيم عبد العزيز شيحا ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني" ، المرجع السابق ، ص /379/ .

(**90**) – إبراهيم الهندي ، وعبسي الحسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /181/ .

يتمثل في قيد التخصص والثاني يتمثل في رقابة الإدارة المركزية [91] ، أما قيد التخصص فهو يعني أنه ليس للمؤسسة العامة أية صلاحية أو اختصاص أو أهلية للتصرف خارج إطار المرفق العام المحدد بالذات الذي تتولى إدارته [92] .

وأما قيد رقابة الإدارة المركزية La tutelle administrative على المؤسسة العامة فهو يهدف إلى ضمان التزامها بتحقيق الأهداف المحددة في صك إحداثها وعدم الخروج عنها [93] .

وتتميز المؤسسة العامة بأنها تقوم على مرفق عام فهي تدير مرفقاً عاماً رأت الدولة أن تقوم بإدارته بأسلوب المؤسسة العامة ، لذلك فإنه من حيث المبدأ تنطبق عليها المبادئ الأساسية الثلاثة آنفة الذكر التي تحكم سير المرافق العامة ، غير أنه إذا كان المرفق الذي تديره المؤسسة العامة ذي طبيعة إدارية فإن جميع قواعد القانون العام تنطبق على المؤسسة العامة في هذه الحالة ، فيختص بمنازعاتها مع الموظفين والأفراد المتعاملين معها القضاء الإداري ويكون موظفوها موظفين عموميين وإن كانوا يخضعون لأنظمة وقواعد المؤسسة العامة ، كما تكون قراراتها قرارات إدارية وأموالها أموال عامة وتعدُّ عقودها تعد عقوداً إدارية إذا اتصل العقد بمرفق عام وتضمن شروطاً استثنائية ، أما إذا كان المرفق العام الذي تتولاه المؤسسة العامة من طبيعة اقتصادية أي أنه مرفق عام صناعي أو تجاري وليس إدارياً أو خدمياً فإن نشاط المؤسسة العامة يخضع للقانون الخاص .

---

(91) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /97/ .

(92) – Laubadère – venezia et Gaudemet, op.cit . p317.

(93) – Laubadère - venezia et Gaudemet, op.cit, p321.

ويحقق أسلوب المؤسسة العامة في إدارة المرفق العام العديد من المزايا ، فأسلوب الإدارة المباشرة للمرفق العام عن طريق وزارات الدولة قد ثبت عدم ملاءمته للمرافق العامة الاقتصادية أي المرافق ذات الطابع التجاري والصناعي كمرافق توريد المياه والكهرباء والمواصلات باعتبار أن الأساليب الاقتصادية تقوم على دراسة السوق والتنافسية إضافة إلى سعيها لتحقيق بعض الربح ، مما يجعل أسلوب المؤسسة العامة في إدارة هذه المرافق هو الأنجع .

كذلك فإن بعض المرافق العامة الإدارية تحتاج إلى سرعة في الأداء وكفاءات فنية خاصة نظراً لطابعها الفني أو التكنولوجي كمرافق البريد والهاتف والاتصالات ومرفق المطارات أو الموانئ مما يجعل إدارتها بأسلوب المؤسسة العامة أكثر ملاءمة لها من أسلوب الإدارة المباشرة بما يحققه لها من تحرر من التعقيدات الإدارية وبطء الإجراءات التي تتصف به الإدارة المركزية [94] .

ولا شك في أن أسلوب المؤسسة العامة في إدارة بعض المرافق العامة يرفع عن كاهل الحكومة أعباء الإدارة المباشرة لهذه المرافق مع ضمان تحقيق المصلحة العامة التي تحددها الدولة ، مما يتيح للحكومة التفرغ لإدارة باقي المرافق العامة ووضع الخطط والسياسات العامة .

ولعل أهم ما يؤخذ على أسلوب المؤسسة العامة في إدارة المرافق العامة أمران :

الأول هو كثرة أنواع المؤسسات العامة في اختصاصات متقاربة ومتشابهة ، وهي ظاهرة عانت منها التجربة الحكومية في فرنسة ، مما يؤدي إلى تداخل في الاختصاصات وتعارض في أنشطة بعض هذه المؤسسات إضافة إلى التنافس فيما بينها على حساب المال العام ،

---

(94) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /331/ .

-Drago.R, op.cit, p40.

والأمر الثاني هو إساءة استخدام بعض المؤسسات العامة للاستقلال الممنوح لها .

غير أنه يمكن القول أن كلاً من هذين المأخذين على أسلوب المؤسسة العامة في إدارة المرفق العام يمكن تفاديه سواء عن طريق دمج بعض المؤسسات العامة التي تقوم في جوهر أعمالها على مرفق واحد في مؤسسة عامة واحدة أو إلغاء بعضها وكذلك بتفعيل التنسيق والتكامل بين المؤسسات المتشابهة في الحالة الأولى أو عن طريق تفعيل الرقابة من قبل مختلف الأجهزة المختصة في الدولة في الحالة الثانية [95] .

وقد اعتمد المشرع في فرنسة أسلوب المؤسسة العامة لدرجة أنه أسرف في استعماله واتسع نطاق فكرة المؤسسات العامة حيث أطلقها على مؤسسات تختلف عن المؤسسات العامة التقليدية مما جعل الغموض يكتنف فكرة المؤسسة العامة ذاتها [96] .

وفي مصر بدأت فكرة المؤسسة العامة واضحة حيث أصدر المشرع المصري القانون رقم /32/ لسنة 1957 الذي وضع المبادئ التي تحكم هذه المؤسسات ، ثم توالت القوانين التي أوجدت أنواعاً مختلفة من المؤسسات العامة كما أوجدت ما سمته الهيئات العامة وأصبح للمؤسسات العامة مجالاً يغاير المجال الذي تعمل به الهيئات العامة وكلاهما من أشخاص القانون العام [97] .

(**95**) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص/333/ .

(**96**) – راجع في شرح أزمة المؤسسات العامة ، ومنذ زمن طويل :
- Drago.R, op.cit, p151.

(**97**) – وهكذا صدر عام 1963 قانونان ، جعل أولهما – القانون رقم /60/ لسنة 1963 – للمؤسسات العامة ، وجعل ثانيهما – القانون رقم /61/ لسنة 1963 للهيئات العامة ، ومنذ ذلك الحين أصبح للمؤسسات العامة مجالاً يغاير ذلك الذي تعمل فيه الهيئات العامة ، والنوعان كلاهما من أشخاص القانون العام ، فقد عرف المشرع المؤسسة العامة بأنها : ((

شخص اعتباري يمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو زراعياً أو مالياً أو تعاونياً)) ، وقالت المذكرة الإيضاحية في ذلك إن المؤسسات العامة في الغالب مرافق عامة اقتصادية أو زراعية أو صناعية أو مالية ، مما كان يدخل أصلاً في النشاط الخاص ، ورأت الدولة أن تتولاها بنفسها عن طريق المؤسسات العامة)) .

أما الهيئة العامة فقد عرفها المشرع بأنها : ((شخص اعتباري ينشأ لإدارة مرفق ما يقوم على مصلحة أو خدمة عامة)) ، وعلى حد تعبير المذكرة الإيضاحية : ((فإن الهيئة العامة تقوم أصلاً بخدمة عامة ، ولا تقوم بنشاط مالي أو تجاري أو صناعي)) .

والنوعان معاً من أشخاص القانون العام .

فالمؤسسة العامة تقوم على مرفق عام اقتصادي ، ومن هنا فقد نصت المادة الثانية من قانونها على أن : ((تمارس المؤسسة العامة نشاطها إما بنفسها أو بواسطة ما تشرف عليه من شركات مساهمة أو جمعيات تعاونية)) . ذلك أن كل مجموعة من شركات القطاع العام التي تقدم نفس الإنتاج تنطوي تحت مؤسسة من المؤسسات العامة تعمل تحت إشرافها . وقد نص القانون على أن يكون لكل مؤسسة ميزانية مستقلة عن ميزانية الدولة تعد على نمط الميزانيات التجارية ، واعتبر أموال المؤسسة من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الصادر بإنشائها .

وأما الهيئة العامة فهي تقوم على مرفق عام إداري ، وليس هناك مجموعة من الشركات تعمل تحت إشرافها ، ولها ميزانيتها المستقلة ولكنها لا توضع – حتماً وفي جميع الأحيان – على نمط الميزانيات التجارية وإنما يترك ذلك للقرار الجمهوري الصادي بإنشاء الهيئة ، فهو الذي يحدد طريقة وضع الميزانية والقواعد التي تحكمها ، وأما أموالها فإن القانون قد اعتبرها – بصريح النص – أموالاً عامة ، وتجري عليها القواعد والأحكام المتعلقة بالأموال العامة .

وقد ظل قانون الهيئات رقم /61/ لسنة 1963 قائماً حتى الآن .

أما قانون المؤسسات العامة رقم /60/ لسنة 1963 فقد ألغاه القانون رقم /32/ لسنة 1966 ((الخاص بنظام المؤسسات العامة وشركات القطاع العام)) ، وألغي هذا القانون بدوره عام 1971 ، فقد صدر القانون رقم /60/ لسنة 1971 الذي نظم للمرة الثالثة المؤسسات العامة وشركات القطاع العام ، وفي عام 1975 صدر القانون رقم /117/ لسنة 1975 فقضى بإلغاء الكتاب الأول من القانون رقم /60/ لسنة 1971 ، أي أنه قضى بإلغاء المؤسسات العامة التي تعمل في مجال القطاع العام . وظلت شركات القطاع العام هكذا بغير مؤسسات عامة تشرف عليها حتى عام 1983 ، وحينئذ صدر القانون رقم /97/ لسنة 1983 بإعادة هذه المؤسسات العامة في صورة أخرى أسماها القانون ((

هيئات القطاع العام)) ونص في مادته الأولى على أن : ((تقوم هيئات القطاع العام في مجال نشاطها ومن خلال الشركات التي تشرف عليها بالمشاركة في تنمية الاقتصاد القومي والعمل على تحقيق أهداف خطة التنمية طبقاً للسياسة العامة للدولة وخططها)) ونص في مادته الثانية على أن تنشأ هيئة القطاع العام بقرار من رئيس الجمهورية وتكون لها الشخصية الاعتبارية وتعتبر من أشخاص القانون العام)) ، وأما ميزانيتها فإنها – كالمؤسسات العامة القديمة – يجب أن تعد على نمط الميزانيات التجارية ، وأما أموالها فإنها أيضاً تعد من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص على خلاف ذلك في القرار الصادر بإنشائها .

وصدرت بعد ذلك عشرات القرارات الجمهورية التي أنشأت عشرات من هيئات القطاع العام في شتى مجالات الإنتاج في مصر ، غير أن هيئات القطاع العام هذه قد انتهى أمرها تماماً بعد أن صدر قانون شركات قطاع الأعمال العام ، فقد نص في المادة الثانية من مواد الإصدار – التي سبقت مواد القانون ذاته – على أن : ((تحل الشركات القابضة محل هيئات القطاع العام الخاضعة لأحكام القانون رقم /97/ لسنة 1983 ، كما تحل الشركات التابعة محل الشركات التي تشرف عليها هذه الهيئات ، وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون ودون حاجة إلى إجراء آخر)) .

والشركات القابضة لا تعد بصريح نص القانون من أشخاص القانون العام .

وهناك أنواع عديدة من المؤسسات العامة في مصر ، فهناك مثلاً الغرف التجارية التي تنص المادة الأولى من قانونها رقم /189/ لسنة 1951 على اعتبارها من المؤسسات العامة .

وهناك الغرف الصناعية التي نظمها القرار الجمهورية رقم /453/ لسنة 1958 استناداً إلى القانون رقم /21/ لسنة 1958 الصادر بتنظيم الصناعة وتشجيعها ، ونص في مادته الأولى على أن ((تنشأ غرف صناعية للصناعات التي يصدر بتحديدها قرار من وزير الصناعة وتعتبر هذه الغرف من المؤسسات العامة)) ،

وهناك الجامعات المصرية ، وهي في كيانها وبنائها نوع من المؤسسات العامة .

وهناك قانون الهيئات العامة – القانون رقم /61/ لسنة 1963 – وما جاء به من تنظيم .

وهناك عشرات من الهيئات العامة التي أنشئت في شتى القطاعات كالهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، والهيئة العامة للمساحة الجيولوجية والهيئة المصرية العامة لكهربة الريف ، والهيئة الزراعية المصرية ، والهيئة المصرية العامة للإصلاح الزراعي ، والهيئة المصرية العامة للصرف ، والهيئة القومية لسكك حديد مصر ، والهيئة العامة للمواصلات

أما في سورية فتتم التفرقة بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة ، فالهيئات العامة هي مرافق عامة تتمتع باستقلال مالي وإداري وتقوم بممارسة نشاطات ذات طبيعة خدمية ، وعلى ذلك فإن المرفق في هذه الحالة يعدُّ مرفقاً عاماً إدارياً ، أما المؤسسات العامة فهي مرافق عامة ذات استقلال مالي وإداري أيضاً ولكنها تقوم بأنشطة ذات طبيعة اقتصادية ، أي أن المرفق يعتبر في هذه الحالة مرفقاً عاماً اقتصادياً [98] ، وتحدث الهيئات العامة بقانون أما المؤسسات العامة فتحدث بمرسوم [المادة /2/ من القانون رقم /50/ لسنة 2004] ، وقد جاء القانون رقم /2/ لسنة 2005 الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة لينص في الفقرة /ب/ من المادة /2/ منه على أن تعدَّ كلٌ من المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة تاجراً في علاقاتها مع الغير وتمارس جميع النشاطات المترتبة على ذلك ، كما نصت المادة /5/ من القانون المذكور على أن دمج المؤسسات العامة والشركات العامة والمنشآت العامة وإلغاؤها وتغيير جهة ارتباطها يتم بصك مماثل لصك إحداثها .

المطلب الثالث

السلكية واللاسلكية ، وهيئة الأرصاد الجوية ، وهيئة ميناء القاهرة الجوي ، والهيئة العامة لمرفق مياه القاهرة الكبرى ، والهيئة العامة لمرفق مياه الإسكندرية ، وعشرات الهيئات العامة الأخرى .

راجع مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /370/ وما بعدها .

(**98**) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /99/ .

عقد التزام المرافق العامة

عقد التزام المرافق العامة هو أحد طرق إدارة المرافق العامة الاقتصادية ، وبموجبه تعهد الإدارة ، وتسمى في هذه الحالة بالسلطة المانحة ، إلى شركة خاصة أو شخص ، يدعى الملتزم ، بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة ، سواء بإنشائه واستغلاله كإنشاء محطات لتوليد الكهرباء واستغلالها أو باستغلاله فقط .

وقد عرَّفت المادة /634/ من القانون المدني السوري عقد التزام المرافق العامة بأنه ((عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن)) [99] .

وعلى ذلك فإن المرفق العام الذي يدار بطريقة عقد الالتزام إنما يدار من قبل الملتزم وهو جهة خاصة فرداً أو شركة يديره بأمواله الخاصة وبآلات وتجهيزات مملوكة له وتحت مسؤوليته ويتحمل مخاطره ، وفي مقابل ذلك تمكِّنه الإدارة من تحصيل الرسوم من المنتفعين بالمرفق .

وبطبيعة الحال فإن عقد الالتزام يرد على المرافق العامة الاقتصادية أي التجارية والصناعية كمرافق النقل والكهرباء والمياه والصرف الصحي والاتصالات لأنها وحدها التي تحقق أرباحاً ويكون بالتالي للشركات الخاصة أن تتنافس من أجل تحمل أعباء إدارة مثل هذه المرافق ، ويرى البعض أنه لا يتصور أن يرد عقد الالتزام على مرفق عام إداري أو خدمي لأنه لا مصلحة مالية لشركة خاصة في إدارة مرفق عام يتصف في نشاطه بالمجانية أو شبه

(**99**) – النص مطابق للمادة /668/ من القانون المدني المصري .

المجانية كما هو طابع المرافق العامة الإدارية [100] ، غير أننا نرى أن هذا الكلام هو محل نظر .

هذا بالإضافة إلى أن المرافق العامة الإدارية هي مظهر لسيادة الدولة وهي بما تمثله من خدمات جوهرية أساسية للمواطنين تشكل أساس وظيفة الدولة وجوهر وجودها كمرافق الدفاع والشرطة والقضاء لذلك فإن جميع الدول بمختلف سياساتها تتولى هذه المرافق بما لها من سلطات عامة وبواسطة أجهزتها الإدارية وموظفيها .

ويعد عقد التزام المرفق العام عقداً إدارياً بطبيعته وهو الصورة الأقوى للعقد الإداري باعتبار أن موضوعه هو جوهر المرفق العام المتمثل بإدارة المرفق العام الاقتصادي ذاته وليس مجرد المساهمة في سير هذا المرفق .

ونظراً لطبيعة عقد الالتزام فهو يتضمن نوعين من الشروط ، هما : الشروط التنظيمية وتدعى الشروط اللائحية أيضاً من جهة والشروط التعاقدية من جهة أخرى ، فالشروط التي تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق تتمتع بالطبيعة التنظيمية فهي قواعد عامة مجردة وتمتد آثارها إلى الغير [101] ، أما الشروط الأخرى فهي ذات طبيعة تعاقدية وهي في جوهرها شروط مالية تضمن حقوق الملتزم المالية وتتعلق بالمزايا والحقوق التي تعطيها الإدارة للملتزم لقاء قيامه بإدارة المرفق .

ونظراً لعلاقة عقد الالتزام بالإدارة وعلاقة الملتزم بموجبه مع المنتفعين فإن عقد الالتزام ينشئ نوعين من الروابط القانونية : الأول بين السلطة مانحة

(**100**) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /335/ .

(**101**) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /100/ .

الالتـزام والملتـزم والنـوع الآخـر هـو الرابطـة القانونيـة بـين الملتـزم والمنتفعـين بالمرفق العام .

وتتمثل الرابطة القانونية بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم بعدة مسائل أهمها أن السلطة المانحة للالتزام بحكم مسؤوليتها عن حسن سير المرفق العام وضرورة مسايرته للحاجات المستحدثة والظروف المتغيرة فهي تملك حق الرقابة والإشراف على الملتزم في تنفيذ العقد وفي استعمال الامتيازات التي يمنحها له العقد ومراقبة أوضاع المرفق العام محل الالتزام ،

وتملك السلطة المانحة في معرض ذلك حق تعديل الشروط والنصوص اللائحية دون حاجة لموافقة الملتزم ، وهي تملك هذا الحق سواء ورد النص عليه صراحة في العقد أم لم يرد وإن كانت دفاتر الشروط الخاصة بالتزامات المرافق العامة غالباً ما تنظمه [102] .

وكذلك يحق للسلطة المانحة استرداد المرفق قبل نهاية مدة الالتزام إذا ما تبين لها أن طريقة الالتزام لم تعد تتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ المرفق من أجلها وذلك شريطة تعويض الملتزم عما يصيبه من أضرار وليس للملتزم أن يحتج تجاه الإدارة بقاعدة الحق المكتسب [103] .

وفي مقابل ذلك يكون للملتزم الحق باستيفاء الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وكذلك الحق بالحصول على المزايا والحقوق التي يقررها له العقد وهي جميعها تدخل في نطاق الشروط التعاقدية التي لا يمكن المساس بها من جانب الإدارة بإرادتها المنفردة [104] ، كما يملك الملتزم حق المطالبة

---

(102) – طعيمة الجرف ، "القانون لإداري" ، المرجع السابق ، ص /528/ .

(103) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /101/ .

(104) – مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /397/.

بالتوازن المالي للعقد إذا ما اختل ذلك التوازن ، بسبب تدخل الإدارة ، عما كان عليه وما كان قد ارتضاه الملتزم ابتداءً عند إبرام العقد .

المطلب الرابع

مشروعات الاقتصاد المختلط

تأخذ هذه المشروعات أحد شكلين هما مشاطرة الاستغلال وشركات الاقتصاد المختلط .

أولاً – مشاطرة الاستغلال :

وهي طريقة وسط بين طريقتي الإدارة المباشرة للمرفق العام من قبل الإدارة والتزام المرافق العامة آنفتي الذكر ،

وبموجب هذه الطريقة الوسط تحتفظ الدولة بملكيتها للمشروع وتتحمل جميع مخاطره ومسؤولياته المالية ولكنها تخلصه من الروتين فتعهد بإدارته إلى شركة خاصة أو فرد لقاء عوض يتقاضاه منها على شكل مبلغ محدد أو في صورة نسبة محددة من أرباح أو إيرادات المشروع [105] .

وبطبيعة الحال فإن طريقة مشاطرة الاستغلال ترد على المرافق الاقتصادية غالباً شأنها في ذلك شأن عقد التزام المرفق العام .

وتمتاز هذه الطريقة عن الإدارة المباشرة بأن السلطة العامة لا تتولى بنفسها وبموظفيها إدارة المرفق بل يقوم بذلك فرد أو شركة خاصة ، ولكنها تقترب من الإدارة المباشرة في أن السلطة العامة هي التي تقوم بتمويل المشروع

(**105**) – طعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /531/ .

فتقدم المال اللازم لإعداده وإدارته وبالتالي فهي التي تتحمل مخاطره المالية [106] .

ويتشابه عقد مشاطرة الاستغلال مع عقد التزام المرفق العام في أن شركة خاصة أو فرداً هو الذي يقوم بإدارة المرفق واستغلاله وأن العمال اللازمين لإدارة المشروع ليسوا موظفين عموميين على الرغم من مساهمتهم في إدارة واستغلال المرفق ، ويختلف العقدان في أن الملتزم في عقد الالتزام هو الذي يقوم بتمويل المشروع وإعداد المرفق وتشغيله ويتقاضى المقابل المالي من المنتفعين من خدمات المرفق ، أما في مشاطرة الاستغلال فالمستغل يقوم بمهمة الإدارة والاستغلال فقط دون التمويل ، ويحصل على المقابل المالي من الإدارة محسوباً على أساس النتائج المالية لاستغلال المرفق [107] .

وقد كان الدافع لاختيار هذا الأسلوب في إدارة المرافق العامة هو الجمع بين مزايا أسلوبي الإدارة المباشرة وعقد الالتزام ، فتتحمل الإدارة المخاطر المالية للمشروع ولكنها تراقبه بعمق أكثر من الالتزام ، إلا أن التطبيق العملي أثبت فشل هذا الأسلوب وعجزه عن تحقيق ما هدف إليه لأنه لا يعفي الإدارة من المسؤوليات المالية التي يقتضيها المرفق ثم هو لا يحرر المشروع من تدخل الإدارة الدائم في سيره وهو ما تم وضع هذا الأسلوب لمنعه أصلاً [108] .

ثانياً – شركات الاقتصاد المختلط :

وهي طريقة لإدارة المرافق العامة الاقتصادية ، وبمقتضى شركات الاقتصاد المختلط تنشأ شركة مساهمة على النمط المحدد للشركات المساهمة

(**106**) – سليمان الطماوي ، "مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة" ، المرجع السابق ، ص /118/ .

(**107**) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /102/ .

(**108**) – مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص/409/.

في القانون التجاري تشترك فيها الدولة أو إحدى الوحدات الإدارية عن طريق الاكتتاب في جزء من رأس المال لإدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي ويساهم فيها الأفراد في الجزء الآخر من رأس المال [109] .

وهكذا فإن رأسمال الشركة يكون مشتركاً بين الدولة والأفراد المساهمين فلا تتحمل الدولة وحدها المخاطر والأعباء المالية للمرفق وتستفيد الإدارة في الوقت نفسه من إمكانيات الأفراد ومبادراتهم في إدارة المرفق بشكل بعيد عن التعقيدات الإدارية مع بقاء رقابة الدولة على تلك الإدارة .

ذلك أن من مقتضى هذه الطريقة أن يكون لكل من الدولة والأشخاص المساهمين ممثلين في مجلس إدارة الشركة كلٌ حسب حصته في رأس المال ، كما أن العلاقات القانونية في المشروع الذي يدار بهذا الأسلوب يحكمها قواعد القانون الخاص .

وتقوم هذه الطريقة ، وتدعى أيضاً طريقة الاستغلال المشترك ، على فكرة أساسية تتمثل في التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة من جهة والصالح الخاص متمثلاً في تحقيق الربح الذي يستهدفه الأفراد المساهمون من جهة أخرى [110] .

وقد لاقى هذا الأسلوب في إدارة المرافق العامة الاقتصادية نجاحاً كبيراً في أوروبة حيث حلّت شركات الاقتصاد المختلط محل شركات كانت تدير المرافق العامة عن طريق عقد الالتزام ، كما أنشئت شركات جديدة من هذا النوع لاستغلال عدد كبير من المرافق العامة ، فقد أخذ بهذا النظام في ألمانيا في إنتاج وتوزيع الكهرباء والغاز والنقل ، كما أخذ به في بلجيكا في الشركة الأهلية للسكك الحديدية ، وفي فرنسا في مجالات مرافق النقل البري والبحري

---

(109) – طعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /532/ .

(110) – عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح ، "المدخل إلى القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /103/ .

والجوي [111] ، وقد تم الأخذ بهذا الأسلوب أيضاً في مصر حيث أنشئ بنك التسليف الزراعي عام 1930 بطريقة الاقتصاد المختلط وكذلك تم إنشاء البنك الصناعي عام 1947 [112] .

---

(111) _ طعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /533/ .

(112) – محمد رفعت عبد الوهاب ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /350/ .

المبحث الثاني

إدارة المرافق العامة الاقتصادية وضرورات التطور

تمهيد وتقسيم :

لم تعد الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة الاقتصادية قادرة على مواكبة التغييرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على العالم في أواخر القرن العشرين وفي ظل انتشار ظاهرة العولمة . فقد فرضت هذه التغييرات واقعاً جديداً وطرحت بشكل جدي مسألة دور الدولة فيه . وكان أن تم الاتجاه نحو القطاع الخاص لتقديم خدمات البنية الأساسية .

وسنتناول ذلك في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تغيّر الدور التقليدي للدولة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية .

المطلب الثاني : الاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة الاقتصادية وتقديم خدمات البنية الأساسية .

المطلب الأول

تغيُّر الدور التقليدي للدولة

في إدارة المرافق العامة الاقتصادية

شهد العالم في أواخر عقد الثمانينات وأوائل عقد التسعينات من القرن الماضي متغيرات سياسية واقتصادية واجتماعية عميقة عصفت بالنماذج التقليدية والصيغ المركزية للتنظيم الاقتصادي وبالدور التقليدي للدولة .

وقد فرضت تلك المتغيرات واقعاً جديداً جعل الكثير من النظريات والأسس المستقرة في إدارة المرفق العام تقف عاجزة أمام ذلك العالم المتغير ،

فمن انهيار الاتحاد السوفيتي وانتهاء الحرب الباردة إلى التطور غير المسبوق في تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال ونشوء ظاهرة العولمة وازدياد حالات الخلل في ميزانيات عدد كبير من دول العالم وتفاقم مشكلة الديون الخارجية ، وغير ذلك من متغيرات غير مسبوقة وما تبعتها من تداعيات ،

وقد أثبتت التجربة عدم نجاح إدارة الدولة وأشخاص القانون العام عموماً للمرافق العامة الاقتصادية في معظم دول العالم ، حيث تعاني أغلب دول العالم المتقدمة منها والنامية من انخفاض العائد من الاستثمارات التي تدار بواسطة القطاع العام ، فضلاً عن عدم قدرة هذا القطاع على الاستخدام الأمثل للموارد [113] ، فقد كشفت التجارب عن وقوع تلك المرافق في عجز مالي مزمن أدى إلى تحمل الدولة تلك الخسائر ، كما أن العديد من منشآت القطاع العام أصبحت تمثل عبئاً ثقيلاً على موازنة الدولة كما ساهمت في مضاعفة حجم الاقتراض الأجنبي وما ينطوي عليه من مخاطر التعثر في السداد مما انعكس عجزاً في الميزانية العامة [114] ، هذا بالإضافة إلى تدني مستوى أداء وكفاءة تلك المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري بفعل القيود المالية والإدارية التي تكبل نشاط الأشخاص العامَّة ، وعدم وجود معايير موضوعية لتقييم الأداء ، هذا في الوقت الذي تعمل فيه معظم هذه المنشآت في جو احتكاري أو ما يشابهه مما يجعل الإدارة تفتقد الأسباب والدوافع للتغيير والابتكار .

وقد تأثر الاقتصاد الكلي سلباً بنتائج الإدارة الرديئة للمرافق العامة الاقتصادية من قبل الأشخاص العامة ، باعتبار أن الخسائر الناتجة عن هذه

(**113**) – صفوت عبد السلام عوض الله ، "الآثار التنموية للخصخصة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص /19/ .

(**114**) – راجع في ذلك :

- Jeffrey Delmon, Project Finance, BOT Project and Risk, Netherlands, 2005, p.57.

الإدارة تقلص حجم الناتج المحلي الإجمالي فبدلاً من أن تحقق إدارة المرافق العامة قيماً مضافة جديدة تضاف إلى الناتج المحلي الإجمالي يتكبد الاقتصاد الكلي خسائر كبيرة لا تساهم في تنمية الاقتصاد ونموه إلا بتحقيق إدارة فعالة للمرافق العامة [115] .

وكان لنشوء ظاهرة العولمة أثر بارز على إدارة الدولة لمرافقها العامة بشكل أدى إلى تقلص دور الدولة في النشاط الاقتصادي عموماً مع تعاظم دور القطاع الخاص ، كل ذلك مما فرض سؤالاً واقعاً عن ماهية الدور الجديد للدولة .

وفي إطار الإجابة على هذا التساؤل أصدر البنك الدولي في عام 1997 تقريراً عن التنمية في العالم تحت عنوان ((دور الدولة في عالم متغير)) يناقش فيه الدور الجديد للدولة [116] ، وقد أوضح أن التوجه لا ينحصر في إنهاء الدور التقليدي للدولة ولكن يمتد ليشمل نوعية الحكم الذي يعني القيام بمهام دولة الحد الأدنى مثل الدفاع وتطبيق القانون وإدارة الاقتصاد الكلي وصيانة حقوق الملكية للقيام بالمهام الكبرى التي تتمثل في تعزيز الأسواق وتشجيع مبادرات الأفراد وإدخال أساليب إدارة الأعمال في المرافق العامة وتمكين فئات المجتمع من تحديد السياسات العامة ومساءلة السلطة بهدف إيجاد توازن بين الحكومة والقطاع الخاص والقطاع المدني[117] .

---

(115) – مروان محي الدين القطب ، "طرق خصخصة المرافق العامة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص /8/ .

(116) – راجع :

- Qugenblick .M & Custer , B .(the World Bank) : The Build , Operate, and Transfer ("BOT") Approach to Infrastructure Projects in Developing Countries . PP. 30 ff (1990).

(117) – محمد متولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /26/ .

ويرى البعض أن انتشار عقود B.O.T ، بما تتصف به من زيادة مساهمة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية وبالتالي تغير دور الدولة في هذا المجال ، يشكل أحد المظاهر الأساسية للعولمة [118] .

واستناداً لذلك فإن مفهوماً جديداً للدولة بدأ يطبق في عدد كبير من دول العالم ، ويمكن تلخيصه بأنه يقوم على أن هدف تدخل الدولة ينحصر في توجيه الاقتصاد بما يخدم المصلحة العامة وتنظيم المبادرة الفردية ومنع الاحتكار وتأمين التوازن الاجتماعي ، أما سائر الأمور الحياتية وبعض المرافق الاقتصادية فإنها يجب أن تؤمن من قبل القطاع الخاص نظراً لطبيعتها ولقدرة هذا القطاع على التحرك بمرونة أكبر وبفاعلية أكثر [119] .

المطلب الثاني

الاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة الاقتصادية وتقديم خدمات البنية الأساسية

بدأ ظهور وانتشار البنية الأساسية في شكلها المعاصر مع ظهور مخترعات الثورة الصناعية في بدايات القرن التاسع عشر ، حيث شهدت هذه الفترة انتشار السكك الحديدية كوسيلة للمواصلات والطاقة الكهربائية وتطور الاتصالات ، كما تمت في هذه الفترة الاستفادة من التكنولوجيا التي وفرتها الثورة الصناعية في إنشاء قطاعات البنية الأساسية الأخرى . وقد تباينت أدوار

(**118**) – جمال الدين نصار ، "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت" ، المرجع السابق ، ص /1/ .

(**119**) – انطوان الناشف ، "الخصخصة مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000 ، ص /50/ .

كل من القطاعين العام والخاص في إنشاء وتمويل وإدارة المرافق العامة الاقتصادية ومرافق البنية الأساسية . ففي النصف الأول من القرن التاسع عشر كانت الريادة في هذا المجال للقطاع الخاص بمؤسساته وأشخاصه وهو ما يطلق عليه اسم مرحلة الحرية الاقتصادية الكاملة . بعد ذلك ومنذ منتصف القرن التاسع عشر وحتى الحرب العالمية الثانية ازدهرت مشروعات البنية الأساسية وانتشرت السكك الحديدية وطرق المواصلات والمطارات ، وبدأ استخدام الطاقة الكهربائية وامتدت شبكات الكهرباء والاتصالات الهاتفية والمياه بشكل واسع . وأدركت مختلف حكومات العالم أهمية البنية الأساسية وارتباطها بالتطور الاقتصادي ، كما أدركت مخاطر تحول مزودي البنية الأساسية إلى محتكرين وتحكمهم بالأسعار وتحقيق أرباح كبيرة على حساب جمهور المنتفعين . لذلك سعت مختلف الدول في هذه المرحلة إلى وضع القوانين التي تهدف إلى حماية جمهور المنتفعين وتوجيه البنية الأساسية بما يخدم الاقتصاد القومي وليس فئات محدودة من المستثمرين .

ثم تغير الوضع بعد ذلك تحت تأثير الاتجاه الدولي النازع إلى تولي الدولة وهيئاتها ومؤسساتها العامة مهام تقديم الخدمات العامة وتوفير مرافق البنية الأساسية ، وبفلسفة الدولة المتدخلة أممت العديد من المرافق في مختلف الدول وقامت معظم حكومات العالم بتأسيس شركات ومؤسسات حكومية ، لتشكيل ما يسمى اليوم بالقطاع العام ، والذي ساهم في إنشاء وإدارة البنية الأساسية [120] .

(**120**) – راجع في ذلك : حسن الهنداوي ، "مشروعات B.O.O.T " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 ، ص /3/ . جمال الدين نصار ، "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت" ، المرجع السابق ، ص /4/ .

ومنذ نحو عقدين من الزمن بدأت العودة إلى مشاركة القطاع الخاص حيث أخذت معظم الدول تذهب إلى تحرير الاقتصاد والاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة الاقتصادية والمشاركة في تقديم خدمات البنية الأساسية [121] .

وقد تضافرت أسباب متعددة لدفع الدول لاعتناق هذا الاتجاه .

وكانت الأسباب التمويلية أحد أهم الأسباب وراء الاتجاه الجديد ، فقد وجدت دول عديدة نفسها عاجزة عن متابعة قيامها بإدارة المرافق العامة الاقتصادية بسبب الخسائر الضخمة في القطاع العام [122] .

كما نهضت أسباب دولية لاعتناق ذلك الاتجاه حيث أصبحت إدارة المرافق العامة الاقتصادية بواسطة القطاع الخاص مطلباً أساسياً للبنك الدولي [123] . وقد كان أساس ذلك يتمثل في إطار سياسة الخصخصة التي يطالب بها البنك الدول الراغبة في التعامل معه [124] .

---

(121) – جمال الدين نصار ، "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية .." ، المرجع السابق ، ص /5/.

(122) – أظهرت دراسة قام بها المجلس القومي للإنتاج والشؤون الاقتصادية في مصر أن /94/ شركة من شركات الإنتاج الصناعي البالغ عددها /116/ شركة تعاني من مشاكل في السيولة وأن /56/ شركة تعاني من مشاكل في هيكل التمويل بسبب زيادة المديونية عن 50% من إجمالي الأصول وأن /48/ شركة حققت خسائر خلال الفترة بين 1981–1986 زادت من /330.4/ مليون جنيه إلى /965.2/ مليون جنيه خلال هذه الفترة ، انظر محمد محمد عبد اللطيف ، "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" ، طبعة عام 2000 ، دار النهضة العربية ، ص /5/ .

(123) – راجع :

- B.DU MARAIS , Délégations de service public au service du developpment : Léxénence et approche dc la Banaue mondiale . RFDA . 1997 . Supplement au n 3, P . 105 .

(124) – محمد محمد عبد اللطيف ، "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" ، المرجع السابق ، ص /5/ .

هذا بالإضافة إلى رغبة الدول برفع الكفاءة الإنتاجية للمرافق العامة الاقتصادية باعتبار أن القطاع الخاص بما يمتاز به من قدرة وكفاءة ومرونة يعد أكفأ من الدولة في إدارة المشروعات الاقتصادية [125] .

وقد شمل هذا الاتجاه نحو القطاع الخاص الدول الصناعية والدول النامية على اختلاف درجات تطورها وملاءتها المالية ، فقد أخذ يسود هذا الاتجاه في البلدان الصناعية وفي كثير من بلدان شرق آسيا وأمريكا اللاتينية وأوروبة الشرقية [126] .

وعموماً فإن الاتجاه الحالي على مستوى العالم يتمثل في التحول إلى مشاركة القطاع الخاص في مجالات البنية الأساسية [127] .

وقد أخذت مشاركة القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية ومشروعات البنية الأساسية إشكالاً وصوراً متعددة ، وبرزت عقود B.O.T إحدى أهم الآليات التي تمكّن الدولة من إقامة المشروعات الكبرى ومشروعات البنية الأساسية وإدارة المرافق العامة الاقتصادية بمشاركة القطاع الخاص .

(**125**) – صفوت عبد السلام عوض الله ، "الآثار التنموية للخصخصة" ، المرجع السابق ، ص /20/ .

(**126**) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص /10/ .

(**127**) – حسن الهنداوي ، "مشروعات B.O.O.T " ، المرجع السابق ، ص /6/ .

الباب الثاني
التأصيل القانوني لعقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

إن البحث في عقد B.O.T من الناحية التأصيلية يقتضي أن نعرض بداية لماهية هذا العقد وفي سبيل ذلك نستعرض مفهومه وإطاره القانوني وتمييزه عن العقود المشابهة له ونخصص الفصل الأول لذلك ثم نتناول في الفصل الثاني من هذا الباب البحث في الطبيعة القانونية لعقد B.O.T , فنعرض لمختلف الآراء بهذا الشأن سواء منها تلك التي تعتبره عقداً من عقود القانون الخاص أو تلك التي تعتبره عقداً إدارياً وغيرها من الآراء ثم نبين رأينا في الموضوع .

الفصل الأول

ماهية عقد الإنشاء والإدارة والتسليم B.O.T

تمهيد وتقسيم :

نتناول في هذا الفصل مفهوم عقد B.O.T فنتحدث عن أصل اصطلاح B.O.T ونشأته والتعريف به وذلك في مبحث أول ثم نتناول في مبحث ثانٍ الإطار القانوني لعقد B.O.T .

المبحث الأول
مفهوم عقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

يتطلب البحث في مفهوم عقود B.O.T التوقف عند أصل اصطلاح B.O.T ((المطلب الأول)) ، ثم نتناول الترجمة العربية للاصطلاح ومدى انطباقها على واقع العقد والإشكاليات التي تثيرها ((المطلب الثاني)) ثم نتناول التعريف بعقد B.O.T ((المطلب الثالث)) فنستعرض مختلف التعريفات التي أعطيت للعقد بشتى مصادرها واختلاف رؤية كل منها للعقد، ثم نتوقف عند خصائص عقود B.O.T ((المطلب الرابع)) لبيان السمات الجوهرية لهذا النوع من العقود .

المطلب الأول
أصل اصطلاح B.O.T وتطور نشأته وانتشاره

إن اصطلاح B.O.T هو اختصار من الأحرف الأولى لكلمات ثلاث هي :

Build – Operate – Transfer

وهو ليس اصطلاحاً قانونياً وإنما هو اصطلاح أفرزه واقع عملي نجم عن تطور أساليب الاستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى وتنوع أنماط التنمية الاقتصادية [128] .

(**128**) – محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم – B.O.T" ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2004 ، ص /17/ .

وكـان أول مـن اسـتخدم هـذا المصـطلح هـو رئـيس الـوزراء التركـي تورغوت أوزال [129] ، في أوائل الثمانينات من القرن العشرين [130] .

وإذا كان العمل قد بدأ بهذا النظام تحت اسم B.O.T في منتصف الثمانينات من القرن العشرين تقريباً إلا أن لجوء مختلف دول العالم إلى تبني سياسة الاعتماد على القطاع الخاص في إقامة مشروعات البنية الأساسية قد ظهر منذ القديم .

فهناك من يرجع ظهور هذا النظام إلى عصر الدولة الرومانية حيث كانت مشروعات الطرق والجسور تموّل عن طريق القطاع الخاص ثم يتولى الممولون بعد ذلك تحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشروعات , وهناك من يرى بأن نظام B.O.T هو تطوير لنظم إسلامية ظهرت في صدر الدولة الإسلامية , وأنه صورة من صور الحكر التي استخدمها المسلمون كحكر الإجارتين والمرصد نظراً لاتفاق طبيعة الحكر بصوره المتعددة مع نظام B.O.T في الخصائص الأساسية كالتمويل الخارجي وكون الممول يقيم المشروع على أرض الجهة طالبة التمويل , وأن الدولة لا

(**129**) – ينسب اصطلاح B.O.T إلى رئيس الوزراء التركي الراحل تورغوت أوزال ذلك أنه كان أول من أطلق هذا التعبير حال اجتماعه برجال الأعمال المستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات البرلمانية , حيث شرح إستراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي وذلك بإسناد المشروعات الجديدة في مجال البنية الأساسية إلى القطاع الخاص على أساس نظام B.O.T فضلاً عن خصخصة شركات القطاع العام طبقاً للبرنامج الانتخابي الذي كان قد تقدم به ونجح على أساسه , وعليه فقد صار نظام B.O.T تعبيراً عن النهج الاقتصادي الجديد في تركيا . انظر : عبد الفتاح بيومي حجازي , "عقود البوت B.O.T في القانون المقارن" ، دار الكتب القانونية ، 2008 ، ص /10/ .

(**130**) – تعدّ تركيا من أوائل الدول التي وضعت قانوناً خاصاً لعقود B.O.T وهو القانون رقم /3996/ الذي صدر من قبل البرلمان التركي بتاريخ 8 حزيران 1994 ، وقد تم تعديل بعض مواده في 9 أيار 2008 .

تتنازل عن ملكية الأرض وتحقق الإعمار والإنماء في الوقت ذاته ويستفيد الممول من المشروع ((الأرض – البناء – الغراس)) [131] .

ويرى البعض أن فرنسة كانت رائدة في هذا المجال حيث ابتكرت نظام امتياز المرافق العامة Le Concession des Services Publics الذي هو في مفهومه وفي طبيعته القانونية ليس إلا تطبيقاً من تطبيقات عقود B.O.T [132] ، ففي عام 1782 منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة خاصة هي شركة ((بيرييه إخوان)) التي توسعت أعمالها بشكل سريع إلا أن الأحداث السياسية في حينه قد سيطرت على الاتفاقية فعملت مدينة باريس على إلغاء الامتياز بعد الثورة الفرنسية ثم أخذ نظام الامتيازات ينتشر بشكل ملحوظ بعد عام 1830 في فرنسة كما امتد ليشمل اسبانيا وإيطاليا وألمانيا [133] .

وهناك من يرى [134] أنه من أول وأشهر مشروعات B.O.T في العالم هو مشروع قناة السويس الذي تم بموجب عقد أبرم سنة 1854 بين الحكومة المصرية من جهة والشركة العالمية لقناة السويس البحرية التي

(**131**) – 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 ، ص /41/ .

(**132**) – 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 منشور في كتاب "مشروعات البوت B.O.T وأخواتها" ، الصادر عن مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 ، ص /82/ .

(**133**) – خالد بن محمد عبد الله العطية ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية"، رسالة للحصول على درجة ماجستير في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ص /4/ .

(**134**) – جمال عثمان جبريل ، المرجع السابق ، ص /82/ .

يرأسها الفرنسي "فرديناند ديليسبس" من جهة أخرى , وقد تم افتتاح القناة في 17 تشرين الثاني سنة 1869 , وكانت مدة الامتياز 99 سنة إلا أنه تم إنهاء امتياز شركة قناة السويس قبل انتهاء مدة الامتياز بنحو ثلاثة عشر سنة وذلك في عام 1956 وهو ما أطلق عليه تأميم قناة السويس[135] .

(**135**) – يرى البعض أن أول مشروع نفذ بنظام B.O.T في العالم هو مشروع قناة السويس عن طريق الشركة العالمية لقناة السويس برئاسة الفرنسي ديليسيبس الذي جمعته صداقة حميمة مع الوالي محمد سعيد ، وقد مرّ مشروع حفر القناة بمرحلتين ، المرحلة الأولى كانت في الثلاثين من تشرين الثاني سنة 1854 عن طريق عقد الامتياز الأول ، والمرحلة الثانية كانت في الخامس من كانون الثاني سنة 1956 .

وقد جاءت نصوص كلا العقدين مجحفة للجانب المصري ويتضح ذلك من مطالعة أهم بنود هذين العقدين .

- فقد أبرم العقد بتسرع شديد من الجانب المصري دون مراجعة من جانب أحد المستشارين القانونيين أو الماليين .
- كانت مدة الالتزام 99 عاماً قابلة للتجديد لمدة 500 عام بزيادة مقدارها 5% عن كل 100 عام .
- اشترط العقدان أن يكون ديليسيبس هو رئيس الشركة في السنوات العشر الأولى من بدء التشغيل .
- منحت الحكومة المصرية الأرض اللازمة للمشروع بالمجان ومعفاة من الضرائب فضلاً عن الإعفاءات الجمركية ومن الضرائب على جميع المواد والمعدات اللازمة للمشروع التي يتم استيرادها .
- تقسم أرباح المشروع بنسبة 15% للجانب المصري ، 10% لأصحاب الفكرة ، 75% لشركة قناة السويس .
- نص العقد على أن يكون 80% من العمال المستخدمين في أعمال الحفر اليدوي من المصريين بنظام السخرة وتحت مسؤولية الحكومة المصرية ،

هذا وقد تم فتح القناة للملاحة البحرية في السابع عشر من تشرين الثاني سنة 1869 بتكلفة بلغت 18.144 مليون جنيه استرليني بزيادة قدرها عشرة ملايين جنيه استرليني عما كان مقدراً لها ، وقد بلغ طول القناة حوالي /195/كم وقد حققت الحكومة البريطانية أرباحاً وصلت إلى حوالي عشرة أضعاف تكلفة المشروع بمضي العقد الأول من القرن العشرين .

وقد عرفت الولايات المتحدة الأمريكية نظام B.O.T منذ قيام الثورة الصناعية حيث كان يتم بناء الطرق وتشغيلها من قبل القطاع الخاص مقابل الرسوم التي يدفعها مستخدمو هذه الطرق , 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 .

وقد تأكد هذا الاتجاه في ظل حكم الرئيس الأمريكي بيل كلينتون من خلال إصداره للقرار رقم /12893/ في 28 كانون أول سنة 1994 لتشجيع الاستثمار بنظام B.O.T [136] .

وقد أعقب مشروع شق قناة السويس العديد من عقود امتياز المرافق العامة فقد منحت الحكومة المصرية للمهندس M.Cordier امتيازاً لتوريد المياه إلى مدينة الإسكندرية لمدة /25/ عاماً ، وفي عام 1865 منحت الحكومة المصرية السيد شار ليون البلجيكي امتياز الغاز في القاهرة ثم مدينة الإسكندرية . وفي عام 1875 منحت الحكومة المصرية لرجل الأعمال الفرنسي "مانورى" امتياز الغاز لمدينة بورسعيد ، وفي عام 1881 منحت الأمريكي مستر "بيل" امتياز أول خط تليفوني بين القاهرة والإسكندرية وفي عام 1887 تم منح امتياز لتجفيف بحيرة أبو قير وأصبحت الأرض ملكاً للملتزم مع إعفائه من الضرائب لعدة سنوات ، وكذلك في عام 1894 منحت الحكومة المصرية إحدى الشركات البلجيكية امتياز مرفق الترام بمدينة القاهرة لمدة تنتهي في كانون الأول 1946 وقد تم تجديد الامتياز إلى 1978/6/30 ، هذا وقد تم تأميم شركة قناة السويس كما تم تأميم معظم هذه المشروعات ما بين عامي 1956-1961 .

راجع في ذلك : دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت" ، المرجع السابق ، ص /44/ الهامش ، ومحمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 ، ص /63/ . وجابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /40/ .

وللتوسع بموضوع قناة السويس ، راجع : مصطفى الحفناوي ، "قناة السويس ومشكلاتها المعاصرة" ، القاهرة ، 1956 ، مكتبة النهضة المصرية .

(136) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /43/ .

وقد طبقت الدول النامية هذا النظام أيضاً ، ففي الفلبين تم وضع القانون رقم /7718/ لعام 1994 وهو ((قانون الاستثمار الأجنبي في الفلبين)) والذي عدل بعض أقسام القانون السابق رقم /6957/ لعام 1990 واسمه ((قانون يسمح بتمويل وبناء وتشغيل وصيانة مشاريع البنية التحتية عن طريق القطاع الخاص)) . وقد أنشأت الدولة في الفلبين في عام 1989 وفق نظام B.O.T محطة غاز توربينية لتوليد الطاقة .

كما ظهر نظام B.O.T في هونغ كونغ عندما أنشأت مؤسسة هويوبل للطاقة محطة للغاز وبدأت العمل في نفق هونغ كونغ عام 1986 بكلفة بلغت /442/ مليون دولار أمريكي .

كما استخدمت فيتنام الجنوبية نظام B.O.T عندما أنشأت نفقاً تحت الماء في نهر سايجون بمدينة "هوتش منه" [137] .

ولم تكن الدول العربية بمنأى عن نظام B.O.T , فقد جرى تطبيقه على نطاق واسع في مصر , وكان أول تعامل جاد مع تنفيذ المشروعات بنظام B.O.T هو ما قامت به وزارة الكهرباء المصرية في منتصف التسعينات من القرن الماضي حيث تضافرت عوامل عدة دفعت الحكومة المصرية إلى تنفيذ مشروعات الكهرباء بنظام B.O.T , ومن ذلك زيادة الطلب على الطاقة الكهربائية من مختلف قطاعات الدولة وبخاصة منها الصناعية والعمرانية والحاجة إلى إضافة محطات توليد جديدة قدرتها /9.3/ مليون كيلووات حتى عام 2010 بكلفة تقدر بحوالي /7.2/ مليار دولار أمريكي , إضافة إلى ارتفاع مديونية الدولة من الجهات الخارجية حيث بلغت ديون هيئة كهرباء مصر وشركاتها /14.2/ مليار جنيه مصري , إلى جانب إحجام بعض جهات الإقراض الأجنبية عن منح قروض للدولة لتمويل تنفيذ

---

(137) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع نفسه ، ص /43/ .

مشروعات الكهرباء وطلب هذه الجهات اشتراك القطاع الخاص في تنفيذ هذه المشروعات ، إضافة إلى توفر سيولة في العملات الأجنبية بالبنوك المصرية التي أبدت رغبتها في المساهمة في تمويل مشاريع الكهرباء المنفذة عن طريق القطاع الخاص [138] .

وكانت الحكومة المصرية وبغية خلق المناخ القانوني المناسب قد لجأت إلى التدخل وتعديل بعض القوانين وصدر القانون رقم /100/ لعام 1996 بتعديل القانون رقم /12/ لعام 1976 والذي أنشأت بموجبه هيئة كهرباء مصر ثم أصدر مجلس الوزراء القرار رقم /4/ لسنة 1998 بشأن محطة كهرباء سيدي كرير البخارية .

وبتاريخ 1998/7/22 تم توقيع أربع اتفاقيات مع الشركة المصرية "انترجن سيدي كرير لتوليد الكهرباء" وهي :

1- اتفاقية شراء القوى الكهربائية بين هيئة كهرباء مصر والشركة .
2- اتفاقية حق الانتفاع بين هيئة كهرباء مصر والشركة .
3- اتفاقية توريد الوقود بين شركة الغاز المصرية "جاسكو" والشركة.
4- اتفاقية الضمان بين البنك المركزي المصري والشركة . [139]

كما نهجت وزارات أخرى في مصر نفس النهج بتنفيذ مشروعاتها بنظام B.O.T , ومنها وزارة النقل , وكان قد صدر القانون رقم /269/ لعام 1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم /84/ لعام 1968 بشأن الطرق العامة والقانون رقم /3/ لعام 1997 بشأن امتياز المرافق العامة لإنشاء

(**138**) – معتز كامل مرسي , "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T " ، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدتها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية خلال الفترة من 29 إلى 31 كانون ثاني عام 2001 ، ص /164و165/ .

(**139**) – معتز كامل مرسي , "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /174/ .

واستغلال المطارات , كما صدر القانون رقم /22/ لعام 1998 بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم /1/ لعام 1996 بشأن الموانئ المتخصصة , وقد أصدر مجلس الوزراء القرار رقم /1/ لعام 1998 بمنح التزام وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسي علم بنظام B.O.T لشركة "ايماك مرسي علم" لتشغيل وإدارة المطارات , وهي شركة مساهمة مصرية , كما صدر القرار رقم /2/ لسنة 1998 بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام B.O.T لشركة "كاتو" للاستثمار وهي شركة مساهمة مصرية , وكذلك صدر قرار مجلس الوزراء المصري رقم /3/ لسنة 1998 بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام B.O.T لشركة "دلتا جلف" وهي شركة مساهمة مصرية [140] .

كما كان لقطاع النقل البحري في مصر تجارب مهمة في الاستثمار بنظام B.O.T ، وكذلك اتجهت كل من الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري والهيئة القومية للأنفاق في مصر [141] .

(**140**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /46/ .

(**141**) – بينت وزارة النقل المصرية إستراتيجيتها في تطوير قطاع النقل البحري حتى عام 2017 بأنها تستهدف تطويراً كبيراً للموانئ المصرية تشمل :

- الاستفادة من المساحات الموجودة بها باستخدام نظام اللوجستات لتعظيم إيرادات الموانئ.
- التوسع في استخدام الأنظمة الالكترونية في العمل داخل الموانئ وتقليل استخدام الأوراق لسرعة الانجاز في العمل وذلك باستخدام نظام EDI (شبكة الاتصالات الالكترونية) .
- إصدار دليل عمل لكل ميناء يشمل حركة التجارة منذ دخولها وعند خروجها من الميناء.
- تدعيم ميناء سفاجا الذي تم تطويره من خلال خط عبارات ليقابل الزيادة في حجم النقليات المتوقع وخاصة التعدين والركاب .
- تطوير ميناء العريش ليكون ميناء دولياً لخدمة مناطق التنمية بسيناء .
- تطوير ميناء الطور لخدمة مناطق التنمية في جنوب سيناء .
- تطوير ميناء القصير بحيث يخدم مناطق التعدين بالصحراء الشرقية .

- إنشاء ميناء أبو رماد لخدمة التجارة والركاب بجنوب الصعيد .
- تطوير ميناء نويبع حتى يستوعب الزيادة المتوقعة في حجم النقليات والركاب .
- تطوير ميناء مرسي مطروح لخدمة التجارة والركاب لخدمة الساحل الشمالي الغربي .
- استكمال مراحل تنفيذ ميناء دمياط الجديد لزيادة طاقته لمواجهة الاحتياجات المستقبلية المتوقعة والزيادة في حجم التجارة الدولية .
- مضاعفة نسبة التحوية في مصر والتي تصل نسبتها إلى نحو 20% على مستوى الجمهورية وذلك للوصول بها إلى المعدلات العالمية والتي بلغت في بعض الدول 80%.

وكذلك اتجهت الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري إلى الأخذ بنظام B.O.T , وكانت هذه الهيئة قد بينت أن إستراتيجية تطوير شبكة الطرق المستقبلية ترتكز على :

1- إنشاء شبكة من الطرق الحرة السريعة لجذب الكثافة السكانية خارج المساحات الضيقة بالدلتا ووادي النيل إلى مناطق جديدة غير مأهولة مطلوب تعميرها وخدمة مشروعات التنمية الزراعية والصناعية والسياحية بكافة أنحاء مصر وتحقيق سهولة الانتقال على الشبكة , وفتح آفاق جديدة غير نمطية للاستثمار .

2- استكمال خطة ازدواج الطرق التي تقع عليها كثافة مرورية مرتفعة لتحقيق الانسياب المروري على الشبكة .

3- رفع كفاءة وتقوية الشبكة المرصوفة الحالية .

4- استكمال خطة إنشاء الكباري العلوية على النيل لإحكام ربط شبكة الطرق شرق وغرب النيل , وتحقيق سرعة الانتقال بين ضفتي النيل .

5- إنشاء الكباري العلوية فوق خطوط السكة الحديد في مواقع التقاطعات لتوفير أعلى درجات الأمان .

6- إنشاء تحويلات خارج المدن والتكتلات السكنية المزدحمة .

7- تكثيف أعمال تأمين سلامة المرور والخدمات على شبكة الطرق .

ومن أهم الامتيازات التي تمنحها الوزارة لجذب المستثمرين في قطاع الطرق :

1- استغلال المساحات المخصصة في بداية الطريق ونهايته وعلى جانبيه (4 كيلو متر على كل جانب) لإقامة مشروعات تنموية .

2- تحصيل رسوم مناسبة لاستخدام الطريق خلال فترة زمنية محددة .

3- الترخيص بإقامة لافتات أو إعلانات على جانبي الطريق .

وكذلك لجأت الهيئة القومية للأنفاق في مصر إلى تنفيذ مشروعاتها بنظام B.O.T ، ولعل أهم تجربة لها بهذا الشأن هي مشروع نفق بور سعيد للسيارات أسفل قناة السويس .

كما سار لبنان على طريق اعتماد نظام B.O.T في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والمشروعات الكبرى , فبتاريخ 1994/8/3 تم توقيع عقد B.O.T بين الدولة اللبنانية وشركة :

FTMI (France Telecom International) الفرنسية ،

لتنفيذ وتشغيل مشروع الهاتف النقال (الخليوي) لمدة عشر سنوات .

كما قامت الدولة اللبنانية ممثلة بالمؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان بتاريخ 1996/2/7 بإبرام عقد B.O.T مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده كويتية الجنسية لتمويل إنشاء مواقف للسيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمدة خمسة عشر سنة ثم إعادته بحالة جيدة إلى الدولة اللبنانية [142] .

كذلك فقد عرفت دولة الكويت نظام B.O.T في العديد من المشروعات ولعلّ أبرزها عقد تطوير المطار الدولي في الكويت , وعقد بناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في منطقة الصليبية المبرم عام 2001 [143] .

وفي سورية فقد بدأ العمل يجري على اللجوء إلى التعاقد بنظام B.O.T لتنفيذ بعض المشروعات الكبرى على الرغم من غياب أي تنظيم

راجع في ذلك ["تجربة استخدام نظام B.O.T في مشروعات خطوط المترو" ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الدولي المنعقد بتاريخ 27-2001/1/28 بالقاهرة حول أسلوب تمويل المشروعات بنظام B.O.T] .

(142) – 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 ، ص/111/.

(143) – منصور فرج السعيد , "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية , طبقاً لنظام B.O.T ومدى ملاءمتها لدولة الكويت" ، بحث منشور في مجلة "المحامي" ، مجلة محكمة فصلية تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، العدد الأول ، 2008 ، ص /116/ .

قانوني يحكم هذه العقود كما سنبين لاحقاً , فبتاريخ 2001/2/12 جرى توقيع عقد بين المؤسسة العامة للاتصالات في سورية وشركة انفستكوم كلوبال ليمتد (Investcom Global LTD.) لإنشاء نظام هاتف خلوي GSM على مبدأ B.O.T .

كذلك فقد طرحت الشركة العامة لمرفأ طرطوس بتاريخ 2005/9/8 مشروع إنشاء رصيف في مرفأ طرطوس وفق نظام B.O.T, كما أعلنت الشركة المذكورة أيضاً بتاريخ 2006/1/25 عن طلب عروض أسعار لمشروع إنشاء واستثمار عدد من الأرصفة بمواصفات فنية في مرفأ طرطوس وفق نظام B.O.T . كذلك فقد قامت محافظة دمشق في كانون ثاني 2008 بإبرام عقد B.O.T 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 [144] . وغير ذلك من المشروعات والعقود [145] .

(**144**) – قامت شركة Architecture Studio العالمية بإعداد التصميم الأولي لهذا المشروع الذي سيشاد على العقار رقم /47/ من منطقة غربي الحجاز – البرامكة . وتصل التكاليف الإجمالية للمشروع إلى /15/ مليار ليرة سورية . وقد تم الاتفاق على إنجازه خلال ستة سنوات . علماً أن شركة سورية القابضة قد بدأت العمل في كانون الثاني من عام 2007 وهي تسعى إلى الاستثمار في قطاعات التطوير العقاري وتقديم خدمات البنية التحتية . نقلاً عن جريدة "بلدنا" التي تصدر بدمشق ، العدد /822/ تاريخ 2008/12/22 .

(**145**) – ومن 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 وفق نظام عقود B.O.T التي أعدتها شركة بارسونز العالمية . ويصل الطريق المذكور بين محافظة طرطوس والحدود العراقية كما يصل الطريق الآخر بين تركيا وجنوب الأراضي السورية إضافة إلى إحداث منطقة لوجستية في منطقة حسياء . وتبلغ القيمة التقديرية للمشروع حوالي /80/ مليار ليرة سورية . وستكون فترة الاستثمار /40/ سنة .

المطلب الثاني
ترجمة الفقه العربي لاصطلاح B.O.T
والإشكاليات التي تثيرها

تمهيد :

اتجه الفقه العربي في غالبيته العظمى إلى ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) وذلك في ترجمة حرفية للكلمات الإنكليزية الثلاث التي يتكون منها الاصطلاح .

بيد أن الترجمة المذكورة لا تعبِّر عن واقع عقد B.O.T وعن الدور الذي تقوم به شركة المشروع ، كما أنها تثير إشكاليات لغوية وقانونية مهمة.

أولاً – الترجمة العربية للاصطلاح :

سبق أن بيّنا أن اصطلاح B.O.T هو اختصار من الأحرف الأولى لكلمات ثلاثة هي Build وتعني يبني أو ينشئ ، و Operate وتعني يشغِّل أو يدير ، و Transfer وتعني ينقل أو يحول أو يتنازل .

وقد شاع هذا الاصطلاح الإنكليزي في العالم واستخدم في جميع الدول التي أخذت بهذا النظام وعلى الرغم من سهولة ترجمة اصطلاح B.O.T إلى اللغة الفرنسية إلا أن غالبية الفقه الفرنسي قد استعمل الاصطلاح الإنكليزي ولم يستبدل به مصطلحاً فرنسياً وذلك نزولاً عند شيوع الاصطلاح الإنكليزي [146] .

نقلاً عن جريدة "الثورة" السورية ، العدد /13677/ تاريخ 2008/7/31 .

(**146**) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /20/ .

وقد ذهب الفقه العربي في غالبيته العظمى إلى ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) [147] ، وهي ترجمة حرفية للكلمات الإنكليزية الثلاث آنفة الذكر .

(**147**) – يراجع بهذا الشأن :

- دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق .
- جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /35/ .
- هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /41/ .
- محمد وليد منصور ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق ، طبعة 2007 ، ص /529/ .
- محمد أحمد أمين خالد ، "النظام القانوني لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2004 .
- عمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، دار النهضة العربية ، طبعة 2002 ، ص /96/ .
- محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T " ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، 2004 ، ص /13/ .
- جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص /13/ .
- خالد بن محمد عبد الله العطية ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، كلية الحقوق ، ص /12/ .
- ياسر أحمد كامل الصيرفي ، "النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص" ، جامعة الكويت ، 2008 ، ص /17/ .
- منصور فرج السعدي ، "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية طبقاً لنظام B.O.T ومدى ملاءمتها لدولة الكويت" ، بحث قانوني منشور في مجلة "المحامي" الكويتية التي تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، العدد الأول ، لعام 2008 .
- محمد أبو العينين ، "انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T " ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء

كمـا ذهـب جانـب مـن الفقـه إلـى اعتمـاد عبـارة ((البنـاء والتشـغيل والتحويل)) [148] ،

والتشغيل ونقل الملكية – البوت – ومقومات نجاحها في مصر ، المنعقد في القاهرة 14-16 تشرين ثاني 1999 .

- محسن أحمد الخضيري ، "عمليات الـ B.O.T الأسس – القواعد – الاتجاهات" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 ، ص /80/ .
- صفوت حميدة ، "دور شركات التأمين في حماية المشروعات القائمة بأسلوب B.O.T"، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 ، ص /153/ .
- جمال نصار وحسين مصطفى ، "مشروعات البوت – إعداد مشاريع البناء والتملك والتشغيل والتحويل – البوت –" ، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية العلمية المنظمة ، بواسطة معهد التنمية الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة في 4-7 كانون الثاني 1997 .
- محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، المرجع السابق ، ص /61/ .
- رشدي صالح عبد الفتاح صالح ، "دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T " ، بحث منشور في كتاب "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T " ، الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، فرع الدقهلية ، الجزء الأول ، 2001 ، ص /123/ .
- جمال عثمان جبريل ، "الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل نقل الملكية B.O.O.T " ، المرجع السابق ، ص /79/ .
- إبراهيم ذكي ، "نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 ، ص /93/.

(148) – يراجع بهذا الشأن :

- مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، الطبعة الأولى ، دمشق 2007.
- محمد المتولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /56/ .

وتتميز هذه الترجمة عن الأخرى بنقطة أساسية وهي أنها تتلافى عبارة ((نقل الملكية)) التي نراها غير صحيحة البتة في هذا المجال ،

بيد أن لنا مآخذ أساسية لغوية وأخرى قانونية على الترجمة العربية التي اتجه إليها الغالب من الفقه كما سنبين فيما يلي .

ثانياً – المآخذ التي نراها على الترجمة العربية للاصطلاح :

- أمل نجاح البشبيشي ، "نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T . هل هناك حاجة لبديل ؟ " ، بحث منشور في مجلة "بحوث اقتصادية عربية" ، العدد /28/ لعام 2002 .
- محي الدين القيسي ، "التجربة اللبنانية في عقود الـ B.O.T – البناء والتشغيل والتحويل" ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، العدد الأول ، 2003 ، ص /107/ .
- أسامة مدلول خريص أبو هليبة المطيري ، "خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، جامعة الملك محمد الخامس ، المغرب ، الرباط ، الطبعة الأولى 2006 .
- محمد المتولي ، "التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية ، مصر بعنوان "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T " ، الجزء الأول ، طبعة 2001 .
- 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 "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T " ، الجزء الأول ، طبعة 2001 .
- 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 بعدها .
- مصطفى مظهر ، " تأمين مشروعات حقوق الامتياز" ، ورقة حوار حول علاقة التأمين بمشروعات حقوق الامتياز" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 ، ص /158/ .

لنا مأخذان على هذه الترجمة العربية :

ويتجلى المأخذ الأول في قصور المعنى اللغوي ، فكلمة ((البناء)) قاصرة في الدلالة على التعبير عن الدور الذي تقوم به شركة المشروع في هذه المرحلة من العقد ، فالأمر ليس قاصراً في هذه المرحلة على بناء المشروع بل إن شركة المشروع تقوم بأعمال أساسية تسبق عملية البناء فهناك دراسات الجدوى الاقتصادية بجميع أنواعها المالية والتسويقية والفنية وهناك دراسة المخاطر الخاصة بهذه المرحلة من العقد ودراسة بيئة المشروع وتخطيط الموقع وتجهيزه والقيام بالتصميمات الهندسية اللازمة لإنشاء المشروع ، ونرى أن كلمة ((الإنشاء)) أكثر وأدق دلالة من كلمة ((البناء)) وأكثر اتفاقاً مع دور شركة المشروع في هذه المرحلة .

كذلك فإن كلمة ((التشغيل)) تفتقد للدقة في التعبير والدلالة على دور شركة المشروع في هذه المرحلة من العقد . حيث لا يقتصر دور شركة المشروع على تشغيل المرفق بل إنها تقوم بتشغيله واستثماره والحصول على المقابل من المنتفعين بخدمات المرفق ، لذلك فقد وجدنا أن كلمة ((إدارة)) أدق في الدلالة على ما تقوم به شركة المشروع في هذه المرحلة .

أما عبارة ((نقل الملكية)) فإضافة إلى الإشكالية القانونية التي تحملها وهو ما سنبينه عند بيان المأخذ القانوني ، فهي قاصرة في الدلالة على التعبير عن هذه المرحلة الهامة والأخيرة من العقد ، فشركة المشروع لا تقوم بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة وإنما تقوم بتسليمها المشروع جاهزاً للعمل وهو ما لا يفي بالتعبير عنه عبارة نقل الملكية ونرى أن كلمة ((التسليم)) تنصب بشكل واضح على المعنى المقصود .

أما المأخذ الثاني لنا على الترجمة العربية فهو مأخذ قانوني ، فعبارة ((نقل الملكية)) تحمل معنى قانونياً لا وجود له في العلاقة القائمة بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع ، فملكية المشروع تبقى للجهة الإدارية المتعاقدة طيلة

مراحل عقد B.O.T ، ولا تنتقل إلى شركة المشروع في أية مرحلة من مراحل العقد ، ذلك أن شركة المشروع يكون لها حق الانتفاع بالمشروع أو المرفق بما يخولها حق تشغيله وإدارته لقاء الحصول على المقابل من المنتفعين من خدمات المرفق ، لذلك فإنه في ضوء ثبوت ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمشروع أو المرفق في جميع مراحل العقد وعدم انتقال هذه الملكية إلى شركة المشروع في أي وقت من الأوقات لا يمكن القول بقيام شركة المشروع بنقل ملكية المشروع أو المرفق في نهاية مدة العقد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة ولكنها تقوم فقط بتسليم المشروع ونقل حيازته إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد .

وهذا ما جعل أحد أساتذة القانون يذهب إلى ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة ((عقود التشييد والاستغلال والتسليم)) [149] .

وهي تسمية تتلافى بحق الإشكالية القانونية في الترجمة التي ذهب إليها أغلب الفقه العربي كما سبق وبيّنا ،

غير أننا تلافياً للمآخذ اللغوية والقانونية على الترجمة التي أخذ بها الغالب من الفقه العربي ، وتعبيراً عن حقيقة عقود B.O.T واقعاً وقانوناً فإننا نؤثر ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة ((عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)) .

بيد أننا توحيداً للإصطلاح وبغية الاختصار فسنستعمل اصطلاح B.O.T خلال هذه الدراسة .

المطلب الثالث

التعريف بعقود B.O.T

تمهيد :

---

(149) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق .

يعد نظام عقود B.O.T نظاماً حديث العهد ، وقد أدى انتشاره السريع في مختلف دول العالم المتقدمة منها والنامية وبشتى أنظمتها القانونية إلى عدم وجود تعريف واحد جامع مانع له ، فقد تعددت التعريفات وتنوعت بين ما قال به فقهاء القانون العام وما ذهب إليه فقه القانون الخاص وأهل الاقتصاد وما اتجهت إليه بعض الهيئات والمنظمات الدولية .

أولاً – تعريف فقهاء القانون العام :

تعددت التعريفات التي ذهب إليها فقه القانون العام بخصوص عقود B.O.T ، فهناك من يعرّف مشروعات B.O.T بأنها المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية وسواء كانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص ، وتسمى شركة المشروع ، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية [150] . ويؤخذ على هذا التعريف استعمال عبارة ((نقل الملكية)) التي تحمل معنى قانونياً لا وجود له في العلاقة القائمة بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع كما سبق وبيّنا .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف عقد B.O.T بأنه علاقة عقدية تبرم بين الإدارة وجهة من جهات القطاع الخاص تسمى راعي المشروع يكون محلها تشييد مشروع – بنية أساسية غالباً – وإدارته لفترة محددة ، وذلك على حساب راعي المشروع ونفقته ، ودون أن تتكبد الحكومة أية نفقات مقابل الحصول على عائدات هذا المشروع طوال مدة العقد وبما يمكّنه من استعادة التكاليف التي أنفقها من رأس ماله الخاص وسداد القروض وتوزيع الأرباح على

(**150**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /38/ .

المساهمين ، وعلى أن يقوم راعي المشروع ذاته في نهاية مدة العقد بتسليم المشروع للحكومة بحال جيدة وصالحة للتسيير بدون مقابل [151] .

ويتميز هذا التعريف بالحرص على توضيح أن يد راعي المشروع على المشروع هي يد عارضة تتولى تشييد المشروع وإدارته ثم تسليمه للحكومة صالحاً للتسيير في نهاية مدة العقد ، وهو ما يتفق مع الاتجاه الصحيح في تجنب عبارة ((نقل ملكية المشروع)) للإدارة المتعاقدة نظراً لعدم صحة هذه العبارة ولما تثيره من إشكالات قانونية ، كما سبق وبيّنا .

ويرى البعض أن مشروعات B.O.T هي تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة ، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة يرتبط فيها راعي المشروع Project Sponsor مع الحكومة بعقد امتياز Concession يخوله الحصول على عائد المشروع طوال فترة الامتياز على أن يقوم برد ذلك المشروع عند انتهاء تلك المدة في حالة جيدة بدون مقابل [152] .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف عقد B.O.T بأنه عقد تقوم بمقتضاه الدولة بمنح أحد الأشخاص غالباً ما يكون شخصاً معنوياً لضخامة المشروع – وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون شخصاً طبيعياً – أن يقوم بإنشاء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة على أن يتملك أو يستأجر هذا المرفق ويشغله بنفسه أو عن

(**151**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /19/ .

(**152**) – محمد محمد بدران ، "النظام القانوني لمشروعات البوت" ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ B.O.T المنعقد من قبل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة في 7–9 تشرين أول 1997 .

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 بالشروط والأوضاع المبينة في العقد والقرار الصادر بشأنه .[153]

ويؤخذ على هذا التعريف افتراض تملك شركة المشروع للمشروع أو المرفق خلال مدة العقد وهو ما نراه مجانباً للصواب كما سبق وبيّنا وذلك سواء في عقد B.O.T أو إحدى صوره المسماة عقد B.O.O.T كما سنبين لاحقاً .

ثانياً – تعريف فقه القانون الخاص وأهل الاقتصاد :

يعرّف البعض مشاريع B.O.T بأنها شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بموجبه دولة ما مستثمراً أو مجموعة من المستثمرين امتيازاً لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم تشغيله واستغلاله تجارياً لمدة زمنية معينة يصار عند نهايتها إلى رد المشروع إلى الدولة [154] .

وهناك من ذهب إلى تعريف نظام B.O.T بأنه أسلوب لتمويل مشاريع البنية التحتية يتولى فيه الطرف المتقدم للعطاء بإعداد تصميم المشروع وتوفير التمويل اللازم للبناء والتشييد والإدارة والتشغيل والصيانة مقابل ضمان من الحكومة بشراء السلعة أو الخدمة المنتجة من المشروع خلال فترة زمنية كافية لتغطية تكاليف القرض وتكاليف التشغيل وتوفير العائد لرؤوس الأموال

(**153**) – جمال عثمان جبريل ، "الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T " ، البحث مشار إليه سابقاً ، ص /83/ .

(**154**) محي الدين القيسي ، "التجربة اللبنانية في عقود الـ B.O.T – البناء والتشغيل والتحويل" ، المرجع السابق ، ص /109/ .

وراجع في ذلك : وليد حيدر جابر ، "التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /473/ .

المساهمة في المشروع وفي النهاية تحول ملكية المشروع إلى الحكومة وهو في حالة تشغيلية جيدة دون أية تكاليف وخالياً من أية التزامات [155] .

وهناك من يرى أن مفهوم عقد B.O.T في أبسط أشكاله يقوم على منح امتياز من الدولة أو إحدى هيئاتها إلى شركة أو أكثر لبناء مشروع ما واستثماره لفترة من الزمن تسمح باسترداد قيمة الاستثمار وتحقيق ربح معين وإعادة حق الاستثمار إلى الدولة عند انتهاء الامتياز [156] .

وذهب البعض إلى تعريف نظام B.O.T بأنه نظام تعهد الحكومة بموجبه إلى إحدى الشركات سواء كانت وطنية أو أجنبية من القطاع الخاص في الغالب أو العام امتيازاً أو ترخيصاً للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة أو تقدمه شركة المشروع وغالباً ما يكون من المشاريع الأساسية للدولة والمتعلق بمرفق عام وتقوم شركة المشروع بتنفيذه – تصميمه وبنائه وتملكه واستغلاله تجارياً – لفترة معينة ينص عليها في العقد وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف بنائه بالإضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومة وشركة المشروع ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة دونما تحمّل الحكومة لأية تكلفة [157] .

وهناك من ذهب إلى تعريف نظام B.O.T بأنه إحدى آليات تمويل مشروعات البنية الأساسية والتي بواسطتها تعهد الدولة أو أحد مشروعاتها أو

(**155**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديث في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /70/ .

(**156**) – موسى خليل متري ، "تمويل المشاريع – هيكلية الـ B.O.T " ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد /21/ ، العدد الثاني 2005 ، ص /127/ .

(**157**) – أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2004 ، ص/32/ .

هيئاتها العامة بواسطة عقد يسمى عقد الامتياز إلى اتحاد مشروعات يسمى كونسورتيوم Consortium ببناء واستغلال مشروع محدد يكون في الغالب ذا طابع عام بمساعدة مؤسسات تمويل نظامية أو تجارية وتضع الدولة المستضيفة للمشروع ومؤسسات التمويل تحت تصرف الشركة صاحبة الامتياز الأموال اللازمة للتمويل على أن يتم تسديد هذه الأموال فقط بواسطة التدفقات المالية للمشروع ، وفي مقابل قيام الشركة ببناء المشروع فإنها تستغل المشروع وتحصل من الجمهور مباشرة مقابل شراء أو استغلال منتجات أو خدمات المشروع وذلك طوال مدة الامتياز التي تتناسب عكسياً مع حجم عائدات المشروع المالية حتى تتمكن الشركة صاحبة الامتياز من استرداد أموالها المستثمرة والحصول على نسبة معقولة وعادلة من الأرباح ، وعند نهاية مدة الالتزام تلتزم الشركة بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة مانحة الالتزام [158] .

ومن وجهة نظر الاقتصاديين يرى البعض أن نظام B.O.T يعني أن تقوم الدولة بمنح مستثمر من القطاع الخاص الترخيص اللازم لإقامة أحد مرافق البنية الأساسية ليقوم بتمويله على نفقته الخاصة وتشغيل المرفق وصيانته وتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد أعباء تمويله وتحقيق هامش ربح معقول وأن يتحمل المستثمر كافة مخاطر المشروع التجارية طوال مدة الترخيص ، وفي نهاية مدة الترخيص يلتزم المستثمر بنقل أصول المشروع إلى الدولة أو إلى أي من أجهزتها المعنية وفقاً للشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وعلى ذلك يتولى القطاع الخاص في ظل هذا الأسلوب عبء تمويل

(**158**) – سامي عبد الباقي أبو صالح ، "البنيان التعاقدي لمشروعات الـ B.O.T " ، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية المنظمة بواسطة مركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة في 13–14 تشرين أول 2001 ، ص /2/ .

وتصميم وإقامة وتشغيل وصيانة المرفق مع تحمل كافة استثماراته ومخاطر تشغيله [159] .

كما يعرّف بعض الاقتصاديين نظام B.O.T بأنه نوع من الاستثمار يتولى فيه القطاع الخاص إقامة Build وتشغيل Operate مشروع بنية تحتية كان من المعتاد أن يتولى بناءه وإدارته القطاع العام أو الحكومة على أن يتم تحويله Transfer مرة أخرى للحكومة بعد فترة كافية يتم فيها استرداد رأس المال المستثمر وتحقيق معدل عائد معقول [160] .

ومن الواضح أن تعريفات فقهاء القانون الخاص والاقتصاديين تركّز على الجانب التمويلي لنظام B.O.T .

ثالثاً – تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية :

عرّفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية ((يونيدو)) UNIDO عقد B.O.T بأنه اتفاق تعاقدي تقوم 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 يسمح لها خلالها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من خدماتها وأية رسوم أخرى شرط ألا تتجاوز ما هو منصوص عليه في دفتر الشروط أو العقد المبرم ، وذلك لتمكين جهة القطاع الخاص من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب ، وفي نهاية العقد تقوم جهة القطاع الخاص بنقل

(**159**) – أمل نجاح البشبيش ، "نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T هل هناك حاجة لبديل ؟ ، بحث منشور في مجلة بحوث اقتصادية عربية ، العدد /28/ لعام 2002 ، ص /83/ .

(**160**) – عبد القادر محمد عبد القادر ، "دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع الـ B.O.T " ، الدار الجامعية ، الطبعة الثانية 2000–2001 ، ص /633/ .

ملكية المنشأة إلى الدولة أو إلى جهة خاصة جديدة مختارة من خلال طرح عطاء جديد [161] .

كما عرّفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد B.O.T بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين يشار إليهم بالاتحاد المالي للمشروع ، امتيازاً لإقامة مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً ويتولى الاتحاد المالي للمشروع أو شركة يقوم الاتحاد المالي بإنشائها بإقامة المشروع وتنفيذ الالتزام وفقاً للاتفاق المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز [162] .

وقد عرّفت لجنة الاونسيترال [163] عقد B.O.T بأنه شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة محددة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وتقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة [164] .

والخلاصة :

(**161**) – راجع :

- UNIDO BOT GUIDELINES : UNIDO Publication, Austria 1996. p288 .

(**162**) – راجع :

- United Nation Commission On International Trade Law : 29 Session , New York , 1996 . Possible Future Work Build – Operate –transfer projects . Note By The Secretariat . P3 .

(**163**) – راجع :

- UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, United Nations publication, sales No. E.01.V.4, United Nations, New York, 2001, pages 13, 14.

(**164**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقد الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /72/ .

نخلص مما سبق إلى أنه بالنظر إلى هذه التعريفات المختلفة لنظام عقود B.O.T وسواها من التعريفات نجد أنها لا تخلو في معظمها من المآخذ التي سبق أن أبديناها على الترجمة العربية لاصطلاح B.O.T إضافة إلى أن أغلب هذه التعريفات لم تقتصر على ذكر أركان وخصائص نظام عقود B.O.T بل توسعت فيما لا يكون عادة جزءاً من التعريف فتناولت بعض تفصيلات وجزئيات العقد أو ركزت على جانب واحد من جوانبه كالجانب التمويلي مثلاً .

ونعتقد أن أفضل التعريفات هو الذي يقتصر على ذكر أركان وخصائص نظام عقود B.O.T والتي تميزه عن غيره ،

ونعتقد أن أكثر التعريفات انطباقاً على ذلك هو التعريف الذي قال به الأستاذ الدكتور مهند نوح حين عرّفه بأنه ((علاقة عقدية تبرم بين الإدارة وجهة من جهات القطاع الخاص تسمى راعي المشروع يكون محلها تشييد مشروع – بنية أساسية غالباً – وإدارته لفترة محددة ، وذلك على حساب راعي المشروع ونفقته ، ودون أن تتكبد الحكومة أية 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 مدة العقد بتسليم المشروع للحكومة بحالة جيدة وصالحة للتسيير دون مقابل)) [165] .

ولا يسعنا إلا أن نعتنق هذا التعريف لأنه يشتمل على الأركان الحقيقية والعناصر الجوهرية لنظام عقود B.O.T كما أنه يتضمن العناصر المشتركة بين سائر التعريفات .

المطلب الرابع

(**165**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل" ، المرجع السابق ، ص /19/ .

خصائص عقود B.O.T

تمهيد :

بعد أن استعرضنا مجموعة التعريفات التي تناولت عقود B.O.T نستطيع القول أن ثمة خصائص جوهرية تتسم بها عقود B.O.T ، وهي :

- إن نظام B.O.T هو علاقة تعاقدية بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة وإحدى جهات القطاع الخاص من جهة أخرى .
- الغاية من نظام عقود B.O.T إنشاء مرفق عام وتقديم خدمة عامة للجمهور .
- التمويل الخاص للمشروع هو أحد أهم العناصر في نظام عقود B.O.T .
- للإدارة المتعاقدة الحق في الإشراف والرقابة طيلة مدة العقد .
- إن ملكية المرفق تبقى ثابتة للإدارة المتعاقدة وحدها خلال جميع مراحل العقد .

وفيما يلي تفصيل ذلك :

أولاً – إن نظام B.O.T هو علاقة تعاقدية بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة ، وإحدى جهات القطاع الخاص من جهة أخرى :

فنظام B.O.T هو نظام تعاقدي وهو في صورته الأساسية اتفاق إرادتين أو أكثر على إنشاء مشروع معين من مشاريع البنية الأساسية ، وتتولى الشركة المتعاقدة إدارته بتشغيله واستغلاله خلال المدة المتفق عليها بما يحقق

استرداد ما أنفق من رأس المال وتحقيق أرباح مناسبة ثم تقوم الشركة بتسليمه إلى الإدارة المتعاقدة المالكة له أصلاً [166] .

وإذا كان من الممكن قانوناً أن ينهج القطاع الخاص أسلوب B.O.T لتنفيذ مشروعاته وهو ما كشف عنه الواقع العملي مؤخراً [167] ، إلا أنه من الثابت أن عقود B.O.T قد وجدت ابتداء كحل لمسألة تمويل المشروعات العامة التي تكون الدولة الطرف الرئيسي فيها ، وإن المفهوم الثابت والمستقر على الصعيدين الداخلي والدولي أن لعقد B.O.T طرفان أساسيان هما الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة والقطاع الخاص أو شركة المشروع من جهة أخرى .

وتعد الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الطرف الأساسي في عقد B.O.T فهي المالكة الحقيقية للمشروع ، وهي التي تحدد أصلاً المشروعات التي يمكن تنفيذها بنظام B.O.T وهي التي تقوم بمنح الالتزام لإقامة المشروع .

وهناك من يرى أن نظام B.O.T ليس عقداً وإنما هو تنظيم أو مفهوم اقتصادي يتطلب إبرام العديد من الاتفاقات والعقود بين أطراف مختلفة ، ومن ذلك الامتياز الذي تبرمه الدولة مع الشركة , ثم هناك اتفاقات التمويل

(**166**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /42/ .

(**167**) – ومن ذلك ما ذهب إليه نادي الصيد المصري باتفاقه مع الشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشييد على بناء صالة للبولينغ والبلياردو بنظام B.O.T على أن تؤول إلى النادي بعد عشر سنوات وتدفع الشركة للنادي خلالها 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 الدكتور محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /12و13/ .
ويراجع في ذلك أيضاً جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /42/ .

والاتفاقات بين المساهمين والاتفاقات بين شركة المشروع وشركات المقاولات وشركات التشغيل والصيانة وغير ذلك [168] .

ويرى هذا الاتجاه أن عقد B.O.T هو مشروعٌ متكامل وليس عقداً وأنه في حقيقته مجموعة من العقود المركبة حيث يتضمن العقد في داخله حزمة من التعاقدات المختلفة والمتعددة الأطراف , فشركة المشروع وهي الطرف الرئيسي الثاني في عقد B.O.T والتي تلتزم بإنشاء المشروع وإدارته واستغلاله ثم تسليمه بحالة جيدة إلى الدولة في نهاية مدة العقد , هذه الشركة تقوم بالتزاماتها عبر شبكة من العقود التي تبرم في إطار عقد B.O.T الرئيسي وبين متعاقدين مختلفين , ويذهب هذا الاتجاه إلى أن عقد الامتياز يعد أهم عنصر في حزمة عقود B.O.T التي تهدف إلى إنشاء بنية تحتية في دولة ما ولكن لا يمكن اختصار مشروع B.O.T بأحد عقوده وإن كان أكثرها أهمية [169] ،

ومن جهتنا فإننا لا نشاطر أصحاب هذا الرأي ما ذهبوا إليه . ونرى فيه مخالفة للمبادئ القانونية الأساسية للعقد . فذلك النهج يؤدي إلى دمج مجموعة العقود التي يتطلبها تنفيذ عقد B.O.T أو التي تتفرع عنه بحجة وحدة هدفها النهائي ، أو ما يسمونه ((وحدة الهدف الاقتصادي)) [170] والذي لنا فيه قول . فقبل كل شيء ومن ناحية قانونية فإنه لا يوجد كيان

(**168**) – هاني صلاح سري الدين ، "الإطار القانوني للمشروعات التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر" ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة . ، العدد /69/ لسنة 1999 ، ص /173/ .

(**169**) – موسى خليل متري ، "تمويل المشاريع ، هيكلية الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /130/ .

(**170**) – موسى خليل متري ، المرجع نفسه ، ص /133/ .

قانوني اسمه ((مشروع)) . ولعل هذا ما جعل أصحاب الاتجاه المذكور ، بعد القول بأننا أمام ((مشروع B.O.T)) وليس ((عقد B.O.T)) ، يذهبون إلى القول بأن ذلك ((المشروع)) هو عبارة عن حزمة من العقود يجمعها هدفها النهائي . ومن هنا فإننا نتساءل أن كيف يمكن القول قانوناً أن عقداً ما يتألف من مجموعة من العقود بين أشخاص مختلفين ؟ فالعقد عموماً هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه [171] ،

وإن عقد B.O.T لا يخرج في صورته الأساسية عن ذلك ، فهو عقد يقوم على توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء مشروع محدد تتولى شركة المشروع إنشاءه وتشغيله وإدارته فترة من الزمن تسترد خلالها ما أنفقته من أموال وتحقق أرباحاً مقبولة ثم تسلمه بحالة جيدة إلى جهة الإدارة المالكة له أصلاً .

بيد أنه ولئن كان عقد B.O.T يتفرع عنه العديد من العقود وأن تنفيذه يتطلب مجموعة من الاتفاقات بما يجعلنا أمام عائلة عقدية ، فإن ذلك لا يفقد عقد B.O.T وكل عقد في هذه العائلة العقدية ذاتيته بصفته عقداً قائماً بذاته ، ذلك لأن جميع هذه العقود والاتفاقات تتم باتفاق أطرافها وبتوافق إراداتهم العقدية , وإن عقد B.O.T يقع في قلب هذه الاتفاقات والعقود المتفرعة عنه وهو العقد الأساسي فيها [172] .

(**171**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ص /137/ ، محمد وحيد الدين سوار ، "شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام" ، الجزء الأول ، دمشق ، 1977، ص /41/ .

(**172**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /43و44/ .

ومما لا شك فيه أن نجاح عقد B.O.T يعتمد على ترابط هذه العقود وانسجامها وعدم تعارضها فلكل عقد دور يؤديه ومتعاقد يقوم بهذا الدور حسبما نص عليه العقد , فهناك عقد الاستشاريين الذين يقدمون دراسات الجدوى وهناك عقد أو عقود شركات المقاولات التي تتولى التصميم وإنشاء الأعمال وهناك عقود مهندسي الإشراف على إنشاء الأعمال وعقود الموردين الذين يقومون بتوريد المعدات والوقود والكهرباء وسواها وهناك المقرضين وعقود التمويل مع البنوك والجهات المقرضة ,

وقد تتعارض مصالح هذه الأطراف إلا أنه يتعين أن تعمل هذه العقود الجانبية نحو تحقيق الهدف المناط بعقد B.O.T الذي هو مدار تلك العقود جميعها ذلك الهدف الذي يتمثل بإنشاء المرفق العام وإدارته إلى حين تسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة [173] .

من هنا فإننا نرى أن القول بوحدة الهدف الاقتصادي للجمع بين مجموعة العقود التي تؤلف العائلة العقدية لعقد B.O.T ، هو في حقيقته حديث عن الهدف المناط بعقد B.O.T تحديداً ، ذلك أن لكل عقد في هذه العائلة العقدية هدفه المباشر بين أطرافه . أما عقد B.O.T فهو مدار جميع هذه العقود والاتفاقات المطلوبة لتنفيذه وإنه يتعين أن تعمل جميع هذه العقود نحو تحقيق الهدف المناط به والمتمثل بإنشاء وإدارة المرفق العام طيلة مدة العقد .

كذلك فإن من السمات الرئيسية لعقد B.O.T أنه عقد طويل المدة , فهو يمر بمراحل متعددة وطويلة بدءاً من المرحلة التحضيرية والإعداد للمشروع وإعداد دراسات الجدوى , ثم مرحلة تكوين شركة المشروع وإبرام

(**173**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /40/ وما بعدها .

اتفاق الترخيص وعقود التمويل والمقاولة والضمان ثم مرحلة الإنشاء وتشييد المشروع ثم مرحلة إدارة المشروع واستغلاله وتقديم الخدمة موضوعه للجمهور وهي المرحلة التي تعوّل عليها شركة المشروع كي تسترد رأس المال وتحقق ربحاً مناسباً .

كل ذلك مما يجعل من عقد B.O.T عقداً طويل المدة بطبيعته , وإن كانت هذه المدة تختلف باختلاف أهمية المشروع والوقت اللازم لإنجازه والمدة اللازمة لتغطية التكاليف والحصول على الربح المنتظر [174].

ثانياً – الغاية من عقد B.O.T إنشاء مرفق عام وتقديم خدمة عامة للجمهور :

إن المدقق في عقود B.O.T يرى أن المجال الرئيسي الذي طبقت فيه هذه العقود هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية هامة وتقديم خدمات عامة تتسم بالأهمية يحتاجها الجمهور كمرافق الطرق والمواصلات والمطارات والموانئ والكهرباء والغاز ومياه الشرب والاتصالات وغير ذلك [175] .

وإن جميع هذه المرافق كانت حتى الأمس القريب تنشأ وتدار من قبل الدولة حصراً ، إلى أن بدأ اللجوء إلى القطاع الخاص في منتصف عقد

---

(174) – الياس ناصيف , "عقود الـ B.O.T " ، طبعة 2006 ، ص /105و106/ .

(175) – راجع في ذلك : محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /27/ . ومحمود محمد فهمي , "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، المرجع السابق . وإبراهيم ذكي , "نظرة عامة في عقود B.O.T – البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 ، ص /95/ . ومحسن أحمد الخضيري , "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 .

الثمانينات من القرن الماضي لإقامة مشروعات البنية الأساسية وإنشاء المرافق العامة وتقديم الخدمات العامة الهامة موضوعها للجمهور .

فعقود B.O.T قد نشأت وانتشرت بصفتها إحدى وسائل إدارة المرافق العامة وهي الوسيلة التي يأمل منها أن تحقق التوازن المنشود بين نقل مخاطر ومسؤوليات إنشاء وإدارة المشروع الاقتصادي الخدمي إلى القطاع الخاص من جهة وتوفير الخدمة للجمهور بالسعر المناسب [176] .

ثالثاً – التمويل الخاص للمشروع هو أحد أهم العناصر في نظام عقود B.O.T :

يشكل التمويل العنصر المهم في عقود B.O.T فهو السبب الرئيسي والدافع في لجوء الدولة إلى التعاقد بنظام B.O.T , حيث يقوم هذا النظام أصلاً على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات الكبرى ومشروعات البنية الأساسية , وبذلك فإن نظام B.O.T يحقق ميزة كبرى تتلخص في عدم تحمل ميزانية الدولة لأية تكاليف لتمويل المشروع ولسداد القروض [177] .

ويختلف نظام تمويل عقود B.O.T عن الطرق التقليدية في التمويل, ذلك أن هذه الأخيرة تستند في ضمان سداد أصل الدين وفوائده إلى كفالة

---

(176) – إبراهيم ذكي , "نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص /96/ .

(177) – محمد أبو العينين , "انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /3و4/ .

راجع :

- Scott L.Hoffman, The Law and Business of International Project Finance, Netherlands, 1998, p.123.

الدولة أو إلى كفالة مؤسسات خاصة , في حين أن الميزة الرئيسية لعملية تمويل أحد مشروعات B.O.T هي ارتكاز هذه العملية على المردود الناتج عن تشغيل واستثمار هذا المشروع من أجل استرداد الديون والحصول على الربح المأمول [178] .

وعلى ذلك فإن نظام تمويل عقود B.O.T يعتمد على التمويل بضمان السداد من عائد المشروع Project Finance حيث يتم استرداد ما تم إنفاقه على المشروع من الدخل الذي يحققه هذا المشروع وليس أمام الجهات المقرضة إلا الاعتماد على التدفقات النقدية Cash Flow والإيرادات الناشئة عن استغلال المشروع [179] .

وإن أهم الموجودات ، وهو الأصل الذي يبنى عليه التمويل بصورة رئيسية في عقود B.O.T ، هو عادة حق شركة المشروع التعاقدي في تدفق موارد اعتبرت كافية لتسديد التمويل , لذلك فإنه ينبغي أن يكون المقرضون مقتنعين بأن تدفق موارد المشروع سيكون كبيراً بشكل يضمن تسديد الدين في الوقت المناسب [180] .

لذلك فإن الأمر معقود في ضمان سداد القروض على حسن أداء المشروع من النواحي الفنية والاقتصادية باعتبار أنه في حالة عدم كفاية

(**178**) – الياس ناصيف , "عقد الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /89/ .

(**179**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت" ، المرجع السابق ، ص /77/ .

وراجع في ذلك : - Jeffrey Delmon, op.cit. p.102.

(**180**) – يونيدو – منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية , "المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع B.O.T – البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، ترجمة حسين صلاح الدين ، دار الرضا للنشر ، دمشق ، الطبعة الأولى ، 2002 ، ص /29/ .

التدفقات النقدية الناتجة عن تشغيل المشروع فإن المساهمين Sponsors لا يكون عليهم التزام قانوناً بسداد القرض وفوائده [181] .

رابعاً – للإدارة المتعاقدة حق ثابت في الرقابة والإشراف طيلة مدة العقد :

لا تنتهي مهمة الجهة الإدارية المتعاقدة البتة بالتوقيع على عقد B.O.T , فما دام عقد B.O.T يتعلق بمرفق عام وبالخدمة العامة التي يقدمها للجمهور , فإن حق الإدارة المتعاقدة ثابت في الرقابة Control والإشراف Surveillance على تنفيذ العقد ,

وعلى ذلك تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بمتابعة أعمال شركة المشروع والتأكد من جديتها والتزامها بالتنفيذ وفق شروط العقد ، كما تقوم الإدارة المتعاقدة بمتابعة عمليات الإنشاء والتأكد من جودة التنفيذ ومطابقة المواد المستخدمة للمواصفات القياسية وفق النسب المعيارية المنصوص عليها في الجودة وعدم وجود أي تلاعب أو قصور , والمتابعة الدورية ومراقبة حسن سير المشروع بعد إنشائه وحسن إدارته وحسن صيانته واحتفاظه بصلاحيته إلى أن يتم استلامه في نهاية مدة العقد [182] .

إن شركة المشروع في عقد B.O.T تنوب عن الدولة أو الجهة الإدارية في تقديم خدمات المرفق العام موضوع العقد للجمهور , لذلك فإن من واجب الإدارة المتعاقدة أن تمارس حقها في الرقابة والإشراف على تنفيذ

(**181**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية – B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص /42/ .

(**182**) – محسن الخضيري , "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /38/ .

العقد وأداء الشركات طوال مدة التعاقد صوناً للمصلحة العامة وحفاظاً على مصالح المواطنين [183] .

وقد يقصد بالرقابة الإدارية أيضاً اشتراك الجهة الإدارية في إدارة المنشأة محل التعاقد [184] .

خامساً – ملكية جهة الإدارة المتعاقدة وحدها للمرفق والمشروع موضوع العقد خلال جميع مراحل العقد :

من المؤكد أن ملكية المرفق العام والمشروع موضوع عقد B.O.T تبقى ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة خلال جميع مراحل العقد . ومن المعتاد في عقود B.O.T أنه عند تحديد أطراف العقد في مقدمة العقد وبعد أن يُذكر اسم الجهة الإدارية المتعاقدة تدوَّن عبارة ((ويعبَّر عنها فيما بعد بالمالك)) وذلك تصريحاً بملكية الجهة الإدارية للمشروع [185] .

(**183**) – محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /30/ .

(**184**) – مثال ذلك ما تضمنته عقود إنشاء مطارات العلمين ورأس سدر ومرسى علم في مصر من أن "تدير الشركة المطار بمجلس إدارة على النحو الوارد بالمواد رقم /21و22/ من النظام الأساسي للشركة ، وبناء عليه يتم تشكيل مجلس إدارة من (3) عضو كما هو وارد في المادة /21/ وتعيين عدد (–) عضو من الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ، وهو : أ) السيد الطيار / رئيس مجلس إدارة الهيئة . ب) السيد / رئيس الإدارة المركزية للشؤون المالية والإدارية . ج) السيد / رئيس الإدارة المركزية للأمانة الفنية لشؤون المطارات .." .

يراجع في ذلك محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /97/ .

(**185**) – ومن ذلك ما جاء في عقود إنشاء مطارات العلمين ورأس سدر ومرسي علم في مصر بنظام B.O.T والتي جاء في مقدمتها ما نصه ((حرر هذا العقد وتم التوقيع عليه بمقر مجلس الوزراء ... بين كل من : 1– حكومة جمهورية مصر العربية والممثلة بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني وعنوانها .. ويمثلها .. ويعبر عنها فيما بعد **بالمالك** . 2– شركة كاتو للاستثمار وعنوانها .. ويمثلها .. ويعبر عنها فيما بعد **بالملتزم**)) . وهذا ما أكدته المادة الأولى الخاصة بالتعريفات من العقد المذكور حيث

وعلى ذلك فالملكية في عقد B.O.T تكون ثابتة للدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبار أن المشروع يبنى لحسابها وإن كان تمويله يتم من القطاع الخاص ، وإن ما يتم نقله للدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة عند انتهاء مدة العقد هو حيازة المشروع وليس ملكيته [186] . لذلك فإننا نعتقد بخطأ القول بأن عقد B.O.T هو خصخصة مؤقتة [187] .

ومن هنا فقد كان لنا المأخذ القانوني على عبارة ((نقل الملكية)) في الترجمة العربية لاصطلاح B.O.T وما ذهب إليه أغلب الفقه العربي من ترجمة الاصطلاح بعبارة ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) , باعتبار أن عبارة ((نقل الملكية)) تحمل معنى قانونياً لا وجود له مطلقاً في العلاقة القائمة بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع [188] .

ويذهب معظم الفقه إلى أنه في بعض صور عقود B.O.T فإن شركة المشروع تتملك المشروع خلال مراحل العقد وقبل أن تقوم بتسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة كما في العقود المرموز لها بـ " B.O.O.T "

Build – Own – Operate – Transfer

والتي يجمع الفقه على ترجمتها بعبارة ((عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية)) , ويرى هذا الجانب من الفقه أنه في هذه الصورة العقدية فإن

جاء فيها أنه ((يقصد لأغراض هذا العقد بالمصطلحات والعبارات الآتية المعنى المبين قرين كل منها : .... 2- **المالك** الهيئة المصرية العامة للطيران المدني . 3- **الملتزم** : الشركة الممنوح لها الالتزام " .

يراجع في ذلك : محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم – B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /30/ .

(**186**) – ماهر محمد أحمد حامد , "النظام القانوني لعقود البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /31/ .

(**187**) – Scott L. Hoffman, op.cit, p.123.

(**188**) – راجع ص /110/ سابقاً .

المستثمر يتملك المشروع بكافة أصوله لفترة معينة , فملكية الأصول خلال مدة المشروع تكون خالصة للقطاع الخاص [189] .

ونحن نعتقد بعدم صحة هذا الاتجاه , ونرى أن شركة المشروع لا تتملك البتة المرفق أو المشروع بأية صيغة من الصيغ وذلك سواء في عقد B.O.T كما سبق وبيّنا [190] . أو في عقد B.O.O.T كما سنبين لاحقاً [191] .

(**189**) – هاني سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2001 ، ص /22/ . ومحمود محمد فهمي , "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ،المرجع السابق ، ومحسن أحمد الخضيري , "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، وهاني 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 بعنوان "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، الجزء الأول طبعة 2001 ، ص /23/ .

(**190**) – انظر ص /111و129/ آنفاً .

(**191**) – انظر ص /157/ .

المبحث الثاني
الإطار القانوني لعقود B.O.T

تمهيد وتقسيم :

إن الحديث عن الإطار القانوني لعقدٍ ما يعني تحديد القواعد القانونية والأنظمة التي تحكمه وتضبط جميع أحكامه من انعقاد العقد وتنفيذه وتفسير بنوده وكل ما يمكن أن يثيره من مسائل .

ويمثل الإطار القانوني للعقد العنصر الأساسي في نجاحه , وإن أي إطار قانوني غير كاف من شأنه أن يقَّوض قوة العقد وفعاليته .

وعندما يتعلق الأمر بعقود B.O.T , بما تعنيه من مشاركة القطاع الخاص في إنشاء مشاريع البنية الأساسية والمرافق العامة للدولة , فإنه يتعين بداية البحث عن الإطار الدستوري للعقد ثم الحديث عن التنظيم التشريعي لعقود B.O.T وهو ما سنبحثه من خلال المطلبين الآتيين :

المطلب الأول : الإطار الدستوري لعقود B.O.T .

المطلب الثاني : الأسس التشريعية لعقود B.O.T .

المطلب الأول
الإطار الدستوري لعقود B.O.T

تمهيد :

يقوم القطاع الخاص في عقود B.O.T بإنشاء وإدارة مرافق عامة ومشروعات البنية الأساسية ، وبذلك فهو يحل محل السلطات العامة في إدارة

مرفق عام واستغلاله . لذلك فإنه يتعين التوقف عند الأساس الدستوري لهذه العقود ، والتعرف على موقف الدستور منها ، وسنتناول ذلك في كل من سورية ومصر وفرنسة .

أولاً – الأساس الدستوري لعقود B.O.T في سورية :

تدق المسألة عند البحث في الأساس الدستوري لعقود B.O.T في الدستور الدائم للجمهورية العربية السورية الصادر عام 1973 ، ذلك أن هذه العقود قد نشأت أصلاً في ظل الأنظمة التي تتبع الاقتصاد الحر وهي تقوم على فلسفة تحرير الاقتصاد من الملكية العامة والتخطيط المركزي والتحول إلى اقتصاد السوق الحر ، وهو ما يبدو في الوهلة الأولى مخالفاً للدستور السوري الذي يقوم على الفكر الاشتراكي .

وينص الدستور السوري على أن الاقتصاد في الدولة اقتصاد اشتراكي مخطط ((المادة /13/)) ومفاد ذلك وجوب وجود مركزية تربط الاقتصاد السوري ، كما أكد الدستور على أن ملكية الشعب تشمل الثروات الطبيعية والمرافق العامة ((المادة /14/)) ،

لذلك فقد رأى البعض أن اللجوء إلى التعاقد بنظام B.O.T في سورية يتم دون أساس دستوري باعتبار أن الجزء الأخير من اصطلاح B.O.T ألا وهو نقل الملكية Transfer يعني امتلاك المرفق العام من قبل شركة المشروع أي القطاع الخاص أثناء فترة العقد وهو ما يخالف أحكام الفقرة /1/ من المادة /14/ من الدستور السوري [192] .

بيد أننا نرى عدم صحة هذا الاتجاه لأن التعاقد بنظام B.O.T لا يؤدي مطلقاً إلى نقل ملكية المرفق العام أو المشروع موضوع العقد إلى

(**192**) – إبراهيم الهندي وعبسي حسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /259/ .

القطـاع الخـاص كمـا سـبق وبيّنـا . فالجهـة الإداريـة المتعاقـدة تبقـى مالكـة للمرفق العام والمشروع موضوع العقد طيلة مدة العقد وفي جميع مراحله، وإن ما تنقله الإدارة المتعاقدة إلى شركة المشروع هو إدارة المرفق فقط لا ملكيته .

وإذا دققنا النظر في الدستور السوري نجد أنه ينص على الملكية الخاصة ويحترمها ويحميها ،

فوفقاً للمادة /14/ من الدستور السوري تقسم الملكية إلى ثلاثة أنواع :

1- **ملكيـة الشـعب** : وتشمل الثروات الطبيعية والمرافق العامة والمنشآت والمؤسسات المؤممة أو التي تقيمها الدولة وتتولى الدولة استثمارها والإشراف على إدارتها لصالح مجموع الشعب ، وواجب المواطنين حمايتها .
2- **ملكية جماعية** : وتشمل الممتلكات العائدة للمنظمات الشعبية والمهنية والوحدات الإنتاجية والجمعيات التعاونية والمؤسسات الاجتماعية الأخرى ويكفل القانون رعايتها ودعمها .
3- **ملكية فردية** : وتشمل الممتلكات الخاصة بالأفراد ويحدد القانون وظيفتها الاجتماعية في خدمة الاقتصاد القومي وفي إطار خطة التنمية ولا يجوز أن تتعارض في طرق استخدامها مع مصالح الشعب .

وقد أكد الدستور على أن الملكية الفردية لا تنزع إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقاً للقانون وأن المصادرة العامة في الأموال ممنوعة ولا تفرض المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي أو بقانون لقاء تعويض عادل ((المادة /15/ من الدستور)) وأن حق الإرث مضمون وفقاً للقانون ((المادة /17/ من الدستور)) ،

ويرى البعض أن نظام B.O.T هو شكل من أشكال توسيع الملكية الخاصة لذلك فهو جائز دستورياً [193] .

وقد أتت المادة /20/ من الدستور السوري لتنص على أنه يهدف استثمار المنشآت الاقتصادية الخاصة والمشتركة إلى تلبية الحاجات الاجتماعية وزيادة الدخل القومي وتحقيق رفاه الشعب .

ويلاحظ أن المادة /71/ من الدستور في فقرتها الخامسة قد حددت المعاهدات والاتفاقيات التي يتعين إقرارها من قبل مجلس الشعب قبل نفاذها ومنها تلك التي تمنح امتيازات للشركات والمؤسسات الأجنبية .

ويستنتج من ذلك أن المرافق العامة والإنشاءات العامة تقع ضمن نطاق ملكية الشعب وفقاً للمادة /14/ من الدستور السوري وأن الدولة هي التي تتولى استثمارها والإشراف على إدارتها ، وأنه وفقاً للمادة /71/ من الدستور يمكن للدولة أن تبرم اتفاقيات تمنح امتيازات للشركات والمؤسسات الأجنبية وذلك شريطة إقرارها من قبل مجلس الشعب ، وعليه فإن ما يقع ضمن ملكية الشعب وفقاً للمادة /14/ من الدستور يمكن أن يكون محلاً لاتفاقيات امتياز مع بقائه ((ملكية للشعب)) ودون أن يؤدي ذلك إلى تغيير صفته ، أي أن الملكيات المصنفة على أنها ((ملكية الشعب)) بموجب المادة /14/ من الدستور يمكن أن تدار لمصلحة مجموع الشعب أي لمصلحة جميع المنتفعين منها من قبل أشخاص قانونية أخرى غير الدولة ، كما يستنتج بمفهوم المخالفة من الفقرة الخامسة من المادة /71/ من الدستور أنه يمكن للدولة أن تمنح امتيازات للشركات والمؤسسات الوطنية دون أن تكون بحاجة إلى تصديق من مجلس الشعب [194] .

(**193**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /157/.

(**194**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /98و99/ .

وعلى ذلك فإن عقود B.O.T المبرمة بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة والأشخاص الأجنبية من جهة أخرى تحتاج إلى إقرار من قبل مجلس الشعب وفق أحكام الفقرة /5/ من المادة /71/ من الدستور باعتبار أن عقود B.O.T هي من الاتفاقيات التي تمنح امتيازات ، وبالتالي فإن إضبارة العقد بعد استكمال موجباتها من قبل السلطة التنفيذية يتعين رفعها إلى مجلس الشعب للمصادقة عليها ، ولا يعد العقد مبرماً إلا بعد صدور هذه المصادقة إذ أن ترخيص السلطة التشريعية في هذه الحالة يعد مشاركة في الاختصاص بإبرام العقد [195] .

وعليه فإن التعاقد وفق نظام B.O.T يجد أساسه الدستوري في نصوص الدستور السوري .

ثانياً – الأساس الدستوري لعقود B.O.T في مصر :

تنص المادة /123/ من الدستور المصري الصادر عام 1971 على أن ((ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة كما يعين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)) .

وقد أخذت هذه المادة كما هي من نص المادة /74/ من الدستور المصري الصادر عام 1964 .

وبذلك فإن الدستور المصري ينص بشكل واضح على جواز منح التزامات المرافق العامة ، وأن كل ما يستوجبه الدستور في ذلك هو إصدار قانون ينظم القواعد والإجراءات الخاصمة بمنح الالتزامات المتعلقة بالمرافق

(**195**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /325/ .

مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /99/ .

العامة ، ولم يفرق الدستور المصري بين حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكاراً أم لا حيث ترك الدستور هذه المسألة للمشرع كي ينظم مسألة الاحتكارات القانونية والفعلية الخاصة بالتزامات المرافق العامة ولم يصدر هذا القانون بعد [196] .

وعلى ذلك فإن المادة /123/ من الدستور المصري تشكل الأساس الدستوري لعقود B.O.T في مصر طالما أنها انصبت على مرفق عام أو على أحد موارد الثروة الطبيعية ، ويعد هذا هو الاتجاه العام في مصر الآن لإبرام عقود B.O.T [197] .

ثالثاً – موقف الدستور الفرنسي :

لم يتضمن الدستور الفرنسي النافذ وهو الصادر سنة 1958 أي نص بشأن عقود تفويض المرفق العام . وقد حددت المادة /34/ من الدستور المذكور المسائل التي تدخل ضمن ولاية البرلمان مما يوجب أن تنظم بقوانين، حيث نصت المادة المذكورة على أنه ((يحدد القانون القواعد المتعلقة بتأميم المشروعات ونقل ملكية المشروعات من القطاع العام إلى القطاع الخاص)) [198] .

وبذلك يكون الدستور الفرنسي قد حدد الآلية التشريعية لعمليات خصخصة المرافق العامة ونقل ملكيتها من القطاع العام إلى القطاع الخاص ،

---

(196) – هاني سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /208/ .

(197) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /162/.

(198) –

- Art: 34 ((..La loi fixe les regles concernant .. les nationalization d' enterprise et les transferts de propriété d' entreprises du secteur public au secteur privé ..)) .

غير أنه لا علاقة لهذه المادة بعقود تفويض المرفق العام في فرنسة باعتبار أن هذه العقود لا تؤدي البتة إلى نقل ملكية المرفق إلى القطاع الخاص .

المطلب الثاني

الأسس التشريعية لعقود B.O.T

تمهيد :

إن البحث في الأسس التشريعية لعقود B.O.T يستهدف ابتداء معرفة ما إذا كان هناك قانون خاص يحكم عقود B.O.T . وفيما إذا كان يوجد في التشريع القائم قواعد قانونية تحدد كيفية اختيار المتعاقد في عقود B.O.T وآلية إبرام العقد . وبشكل عام فإن ذلك يستهدف بيان الفلك القانوني الذي تبرم في ظله عقود B.O.T . والحقيقة أن الأسس التشريعية لعقود B.O.T تختلف بشكل ملحوظ في كل من سورية ومصر وفرنسة . كما سنبين ذلك فيما يلي :

أولاً – التشريعات الناظمة لعقود B.O.T في سورية :

لا يوجد قانون خاص يحكم عقود B.O.T في سورية . فالتشريع السوري لا يتضمن قواعد قانونية خاصة تنظم أحكام هذه العقود . غير أن هناك بعض النصوص القانونية المتفرقة في القوانين المختلفة التي تتعلق بشكل أو بآخر بعقود B.O.T وتتناول تنظيم بعض المسائل والعلاقات المتعلقة بها والناتجة عنها .

ويتعين التوقف عند القانون رقم /51/ لسنة 2004 المتضمن نظام العقود الموحد للجهات العامة لبيان مدى انطباقها على عقود B.O.T وهذا ما سنبحثه في الفقرات الثلاث التالية :

أ – النصوص الواردة في القانون المدني بشأن عقد التزام المرافق العامة :

يذهب رأي واسع من الفقه إلى أن عقود B.O.T هي في حقيقتها تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة ، ومن ثم فإن القواعد التي تحكم عقد التزام المرافق العامة تشكل الإطار القانوني العام لعقود B.O.T وهي تطبق على هذه العقود بالقدر الذي يتفق مع هذا التطور [199] .

وقد تناول القانون المدني السوري عقد التزام المرافق العامة في المواد /634–639/ فقد عرفت المادة /634/ منه عقد التزام المرافق العامة بأنه ((عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن)) [200].

وهذا التعريف منتقد لأنه يركز على الغرض أو الغاية من العقد وهي إدارة المرفق واستغلاله ويغفل أهم عناصر الالتزام وهو إنشاء المنشآت اللازمة لعمل المرفق والذي هو جوهر عقد B.O.T أيضاً [201] .

وقد تناولت المواد /635–639/ من القانون المدني تنظيم العلاقات بين الملتزم من جهة والمنتفعين من المرفق من جهة أخرى الذين تسميهم هذه النصوص بالعملاء .

ب – تشريعات حديثة تحكم بعض حالات عقود B.O.T :

(**199**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /76/ .

(**200**) – هذا النص مطابق لنص المادة /668/ من القانون المدني المصري .

(**201**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /102/ .

صـدر القـانون رقـم /2/ لعـام 2005 بشـأن المؤسسـات العامـة والشركات العامة والمنشآت العامة , وقد نصت المادة /35/ منه على ما يلي : ((يجوز للمؤسسات العامة والشركات والمنشآت العامة فصل الإدارة عن الملكيـة فـي بعض الأعمـال والخـدمات ويصـدر قـرار الموافقـة عـن مجلـس الوزراء بناء على اقتراح معلل من الوزير المختص)) .

وقد جاء هذا النص ليحكم بعض حالات عقود B.O.T العائدة إلى بعض المؤسسات العامة وفي مجالات الاتصالات والنقل خصوصاً [202] .

وإن مفهوم عبارة ((فصل الإدارة عن الملكية)) التي أتى بها النص المذكور هو في حقيقته أسلوب استحدثه النص المذكور لإدارة المرافق العامة بطريقة التفويض التعاقدي للمرفق العام الذي يضمن بقاء ملكية الدولة لهذه المرافق وعدم انتقالها للقطاع الخاص والاستفادة في الوقت ذاته من القطاع الخاص في كل ما يتعلق بالتمويل والإدارة وتحمل مخاطر المشروع .

ويؤخذ على هذا النص الذي استحدثه القانون /2/ لعام 2005 أنه أوجد خلطاً بين طرق مختلفة لإدارة المرافق العامة , ذلك أن المؤسسات العامة والشركات العامة المشار إليها في القانون آنف الذكر هي بحد ذاتها أسلوب من أساليب إدارة المرافق العامة حسبما هو معروف في علم القانون الإداري كما سبق وبيّنا [203] , وهي أسلوب مختلف عن المفهوم الذي أطلقه النص المذكور بعبارة ((فصل الإدارة عن الملكية)) والذي يعني إدارة المرفق العام بأسلوب التفويض التعاقدي للمرفق العام وهو أسلوب مستقل وقائم بذاته لإدارة المرافق العامة , وبالتالي فإن نص المادة /35/ آنف الذكر يكون قد جمع في وقت واحد بين أسلوبين مختلفين لإدارة مرفق واحد هما

(**202**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع نفسه ، ص /103/ .

(**203**) – راجع ص /69/ .

أسلوب المؤسسة العامة أو الشركة العامة وأسلوب التفويض التعاقدي ، ويكون المرفق نفسه مداراً بأسلوب المؤسسة العامة بما يمنحه من شخصية معنوية مستقلة للمرفق , وهو في الوقت نفسه مدارٌ بكامله أو في جزء منه بأسلوب التفويض التعاقدي عن طريق أحد أشخاص القانون الخاص وهو ما يجعل الوجود القانوني لبعض المؤسسات العامة والشركات العامة وجوداً قانونياً زائداً على الأقل جزئياً فيما لو تم نقل إدارة المرفق الذي تنهض به المؤسسة إلى القطاع الخاص بطريق التفويض التعاقدي بشكل كلي أو جزئي (204) .

ج – مدى إمكانية تطبيق كل من القانون /51/ لعام 2004 المتضمن نظام العقود الموحد للجهات العامة والمرسوم /450/ لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود على عقود B.O.T :

لا يوجد في التشريع السوري قواعد قانونية تحدد كيفية اختيار المتعاقد في عقود B.O.T ولا في عقود التزام المرافق العامة أو الأشغال العامة ، ويثور السؤال حول ما إذا كان القانون رقم /51/ لعام 2004 المتضمن نظام العقود الموحد للجهات العامة والمرسوم رقم /450/ لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة ينطبق على عقود B.O.T .

نصت المادة /1/ من مرسوم إصدار القانون رقم /51/ لعام 2004 على ما يلي : ((يقر نظام العقود المرافق المتضمن طرق تأمين احتياجات الجهات العامة وبيع أموالها)) ،

(**204**) – 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/ ، 2007 ، ص /130/ .

كما نصت المادة /2/ من القانون ذاته في الفقرة /أ/ منها على ما يلي : ((تعقد النفقات الناجمة عن تأمين احتياجات الجهة العامة بإحدى الطرق التالية ...)) .

لذلك فقد ذهب الرأي , ونحن نؤيده , بأن نظام العقود الموحد للجهات العامة آنف الذكر يقتصر حكمه على كل من العقود المتعلقة بتأمين احتياجات الجهات العامة أي عقود الشراء العام وعلى عقود بيع أموال هذه الجهات أيضاً أي عقود البيع العام دون غيرهما , أي أن القانون رقم /51/ لعام 2004 ينطبق على عقود البيع العام وعقود الشراء العام فقط دون عقود B.O.T وعقود التزام المرفق العام وما يماثلها [205] .

وكذلك فقد نصت المادة /2/ من المرسوم رقم /450/ لعام 2004 صراحة على اقتصار أحكامه على عقود التوريد والأشغال , فقد نصت المادة المذكورة على ما يلي : ((تطبق أحكام الباب الثاني من هذا الدفتر على عقود التوريد كما تطبق أحكام الباب الثالث منه على عقود الأشغال)) .

لذلك فإننا نستطيع التأكيد أن كلاً من القانون /51/ لعام 2004 والمرسوم /450/ لعام 2004 لا ينطبق على عقود B.O.T ولا على عقود التزام المرفق العام عملاً بصراحة النصوص الواردة في القانون والمرسوم آنفي الذكر , والتي حددت العقود التي تسري عليها , ولا شك عندنا في أن عقود B.O.T لا تندرج تحت طائفة أي من العقود المشار إليها في كل من القانون /51/ لعام 2004 والمرسوم /450/ لعام 2004.

وإن كنّا نرى أنه يمكن تطبيق هذه النصوص القانونية على عقود B.O.T في كل ما لا يتعارض مع طبيعة هذه العقود .

بيد أن القواعد التي تضمنها كل من القانون /51/ والمرسوم /450/ آنفي الذكر في معظم جوانبها لا تتلاءم مع الطبيعة القانونية والاقتصادية لمشروعات B.O.T , ذلك أن الأسس التي تصلح للتطبيق في عقود البيع

(**205**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /105/.

العام والشراء العام والتوريد والأشغال لا تصلح للتطبيق على عقود B.O.T وعقود التزام المرافق العامة ولا تلاءم الطبيعة الاقتصادية والتمويلية للمشروعات المنفذة بنظام عقود B.O.T .

لذلك فإنه يلاحظ أن العمل قد بدأ يجري في سورية على اللجوء إلى أسلوب التعاقد بنظام B.O.T , غير أن الجهات العامة التي لجأت إلى التعاقد بنظام B.O.T قد عانت من مصاعب قانونية مختلفة في تحديد القواعد القانونية المتوجبة عند إبرام هذا النوع من العقود وعند تنفيذها , وعلى ذلك فإن عقود B.O.T في سورية يتم إبرامها خارج نطاق أي فلك قانوني (206) .

لذلك وفي ضوء التطور الحاصل والاتجاه نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وإدارة العديد من المرافق العامة , فإننا نرى أنه يتعين على المشرع السوري أن يتدخل ليصدر قانوناً ينظم عقود B.O.T من حيث إبرامها , ومن حيث تنفيذها .

ثانياً – التشريعات الناظمة لعقود B.O.T في مصر :

أ – القانون رقم /129/ لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم /61/ لسنة 1958 :

يذهب الاتجاه الغالب فقهاً وقضاءً إلى تطبيق أحكام وقواعد عقد التزام المرافق العامة على عقود B.O.T ويعتبر أن عقد B.O.T ليس إلا شكلاً متطوراً لعقد الالتزام كما سبق وبيّنا .

وطبقاً لهذا الرأي فإن نظام عقود B.O.T في مصر يخضع بشكل أساسي لأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم /61/

(**206**) – مهند نوح , "الخصخصة : المفهوم القانوني والبدائل" ، المرجع السابق ، ص /129/.

لسنة 1958 في شأن التزام المرافق العامة [207] .

وتتلخص أهم أحكام هذا القانون بما يلي [208] :

1- لا يجوز أن تزيد مدة الالتزام عن ثلاثين عاماً .

2- يصدر منح الالتزام بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب .

3- تملك الجهة الإدارية الحق في رقابة المرفق العام من جميع النواحي الفنية والمالية والإدارية وذلك في كل وقت سواء وقت إنشائه أو أثناء سيره وتقديمه للخدمة العامة .

4- يملك مانح الالتزام ، إذا اقتضت المصلحة العامة ، أن يعدل قواعد استغلال المرفق وهياكل تنظيمه وتعديل قوائم الأسعار مع حق الطرف الآخر بالتعويض .

5- إن حصة الملتزم من الأرباح الصافية الناجمة عن استغلال المرفق لا يجوز أن تتجاوز في أية سنة نسبة 10% من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال . وتخصص الزيادة – إن وجدت – لتكوين احتياطي لتغطية السنوات التي يقل فيها الربح عن نسبة الـ 10% .

---

(207) – محمد متولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /71/ . وماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /138/ . ودويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /165/ .

(208) – أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص /84/ . ومحمد متولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /71/ .

6- تملك جهة الإدارة مانحة الالتزام حق استرداد المرفق العام قبل نهاية مدته .

ونتيجة للتطور الحاصل في عملية التنمية الاقتصادية على الساحة الدولية عامة وفي مصر خاصة فإن هذا القانون لا يتلاءم مع الفلسفة التمويلية والاقتصادية لعقود B.O.T سواء من حيث مدة الالتزام المحددة بثلاثين عاماً والتي تبدو غير كافية في بعض المشروعات كالطرق السريعة لتغطية التكاليف وتحقيق هامش من الربح ، وكذلك من حيث نسبة الربح ومن حيث وجوب وضع معايير للتدخل في المشروع من قبل الجهة مانحة الالتزام ولجهة تعديل الشروط اللائحية بالإرادة المنفردة للجهة مانحة الالتزام [209] .

كل ذلك مما دفع المشرع المصري إلى إصدار عدة قوانين خاصة في المجالات التي صدرت بها للاستثناء من أحكام القانون /129/ المذكور [210] .

(**209**) – أحمد رشاد محمود سلام ، المرجع السابق ، ص /87/ .

(**210**) – يرى البعض أن ما قام به المشرع المصري حين أصدر العديد من التشريعات التي سمح بموجبها للحكومة بإبرام عقود B.O.T في بعض المجالات الاقتصادية دون التقيد بأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 ، وإن كان يبدو في ظاهره متعلقاً ببعض الاستثناءات من أحكام القانون /129/ المذكور إلا أن الحقيقة غير ذلك . فهذه الاستثناءات تكاد تستوعب أهم مجالات عقود الالتزام كخدمات الكهرباء والمواصلات والموانئ والمطارات ، ومن ثم فإن هذه الاستثناءات من شأنها أن تفرغ القانون /129/ لسنة 1947 من مضمونه ، وبالتالي يصبح عقد الالتزام في القانون المصري من العقود المدنية . وإن قيام المشرع المصري بإخراج عقود B.O.T من عداد العقود الإدارية وجعله عقداً مدنياً يعد تحطيماً لنموذج العقد الإداري ويشير إلى أفول نظرية العقد الإداري . راجع : ياسر أحمد كامل الصيرفي ، "النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص" ، المرجع السابق ، ص /146/ .

ب – أهم القوانين الخاصة بمنح الالتزامات في قطاعات محددة وفق نظام B.O.T في مصر استثناء من القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 :

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

جاء هذا القانون ببعض الأحكام المغايرة للقانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 ، حيث أجازت المادة السابعة منه 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 تحددها اللائحة الداخلية ، وقد أجاز القانون المذكور منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون /61/ لسنة 1958 المذكورين آنفاً ، مع مراعاة بعض القواعد والإجراءات أهمها اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية وألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة وتحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد ، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة (211) .

---

(211) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " . المرجع السابق ، ص /139/ . ودويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /165/ . وجابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ص /92/ . وعمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /143/ . وهاني صلاح سري الدين

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

وقد أجاز هذا القانون في المادة /12/ مكرر منه على منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 آنفي الذكر .

وقد اشترط القانون /229/ لسنة 1996 مراعاة نفس القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون رقم /100/ لسنة 1996 آنف الذكر .

إضافة إلى الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التي تصدر بشأن استعمال الطرق العامة ، كما أعطى الملتزم بخصوص ما أنشأه من طرق بعض سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق وبخاصة الحق في استغلال مساحات واقعة 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 بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات [212] .

، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /228/ .

(**212**) – ماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص /140/ . وجابر جاد الله نصار ، ((عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام)) ، المرجع السابق ، ص /94/. وعمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /140/ .

3- القانون رقم /3/ لسنة 1997 بخصوص منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول :

أجازت المادة الأولى من هذا القانون منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين 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 دون التقيد بأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 ،

ويتعين في منح الالتزام مراعاة نفس القواعد والإجراءات التي نص عليها القانون رقم /100/ لسنة 1996 آنف الذكر بشأن هيئة كهرباء مصر [213] .

4- القانون رقم /22/ لسنة 1998 المعدل للقانون رقم /1/ لسنة 1996 بشأن إنشاء وإدارة وتشغيل الموانئ البحرية :

جاء هذا القانون مماثلاً في أحكامه للقوانين آنفة الذكر في شأن المرافق الاقتصادية الأخرى . فقد أجاز هذا القانون منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم لإنشاء موانئ عامة أو تخصصية أو أرصفة متخصصة في الموانئ القائمة وإداراتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل استخدامها وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 [214] .

(**213**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" , المرجع السابق ، ص /93/ . وماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص /141/ . وعمرو أحمد حسبو ، المرجع السابق ، ص /145/ .

(**214**) – عمرو أحمد حسبو ، المرجع السابق ، ص /143/ . وماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص /142/ .

ويلاحظ على هذه القوانين الخاصة بمنح الالتزامات أنها جاءت لتعالج موضوعات جزئية وتستثنيها من أحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 المعدل بالقانون رقم /61/ لسنة 1958 ، ولكنها بذلك افتقرت إلى المعالجة الشاملة لنظام B.O.T ، وصور مشاركة القطاع الخاص في المشروعات العامة ،

إضافة إلى ما يكتنفها من غموض بخصوص القواعد التي تطبق على اختيار المستثمر من القطاع الخاص نظراً لعدم وضع أسس تلاءم اختيار المستثمر بشكل يتلاءم مع الطبيعة الاقتصادية والتمويلية والفنية للمشروع [215] .

إضافة لذلك فقد أطالت هذه القوانين مدة الالتزام ليصل إلى تسع وتسعين سنة وهو موضع نقد شديد من الفقه والقضاء [216] .

(**215**) – ماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص /194/ .

(**216**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام " ، المرجع السابق ، ص /96 – 97/ . وهاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني التعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /228/ . وحمدي عبد العظيم ، "عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق"، بحث مشار إليه سابقاً ، المرجع السابق ، ص /118/ .

وقد ذهب قسم التشريع بمجلس الدولة المصري عند مراجعته لمشروع قرار رئيس الجمهورية بمشروع قانون بمنح التزام المرافق العامة لمياه الشرب والصرف الصحي وإنشاء جهاز تنظيم قطاع مياه الشرب والصرف وحماية المستهلك ، إذ قرر " .. وقد ارتأى القسم أن مدة الالتزام المنصوص عليها في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع يمكن أن تصل إلى /99/ عاماً وهي مدة طويلة جداً تقرب من القرن من الزمان تغل فيها سلطة الدولة – بإرادتها المنفردة – عن تعديل بنود الشروط الاتفاقية في عقد الالتزام (طبقاً لما جاء في البند (ب) من المادة الأولى من المشروع " وهو ما يعد تقييداً لأجيال قادمة من ملاحقة التطور السريع في المسائل الاقتصادية والاجتماعية خاصة في مجال حيوي مثل مجال

ويذهب اتجاه [217] ونحن نؤيده ، بضرورة إصدار قانون عام موحد يحكم عقود B.O.T وينظم مشاركة القطاع الخاص في هذه المشروعات الهامة ويعكس الفلسفة الاقتصادية لها والأهداف الإستراتيجية للدولة من وراء اعتماد هذا النظام التعاقدي .

ثالثاً – التنظيم التشريعي لعقود B.O.T في فرنسة :

ابتكر المشرع في فرنسة اصطلاح ((عقود تفويض المرفق العام Les conventions de délégation de service public)) ، حيث قام بجمع كل العقود التي تقوم على أساس إدارة المرفق العام مقابل رسوم تجبى من المنتفعين من خدمات المرفق ، ضمن بوتقة واحدة أطلق عليها تسمية ((عقود تفويض المرفق العام)) ، وأصبح هذا المصطلح يضم جميع أساليب إدارة المرفق العام على أساس تعاقدي [218] .

مياه الشرب والصرف الصحي ، ونقترح تحديد مدة معقولة لا تجاوز ثلاثين عاماً وذلك استهداء بما نص عليه في القانون /129/ لسنة 1947 بالتزامات المرافق العامة .
راجع في ذلك ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /144/ .

(**217**) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /241/ . وماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص /145/ . وأحمد رشاد محمود سلام ، المرجع السابق ، ص /88/ . وجابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /99/ .

(**218**) – ويلاحظ أن أصول هذا المصطلح تعود إلى سنة 1986 حيث صدر منشور دوري عن وزير الداخلية واستخدم مصطلح الإدارة المفوضة Gestion déléguée ثم تم الانتقال إلى مصطلح تفويض المرفق العام ، سنة 1992 ، مع صدور قانون الإدارة الإقليمية للجمهورية .
راجع :
- Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le Moniteur - 2007, p61

وبذلك ظهر عقد تفويض المرفق العام كنوع مستقل من العقود الإدارية ، على الرغم من أن حداثة مفهوم عقود تفويض المرفق العام قد جعلته مشوباً بالغموض بالمقارنة مع غيره من المفاهيم المستقرة للعقود الإدارية .

فقد ثار التساؤل عن الطبيعة العقدية للتصرفات القانونية التي أطلق عليها تسمية تفويض المرفق العام ، إلا أن المشرع الفرنسي قد وضع حداً لذلك ، حيث صدر قانون Murcef في 2001/12/11، وأقر بالطبيعة العقدية لتفويض المرافق العامة [219] .

ومع حداثة مفهوم عقود تفويض المرفق العام فقد قام الفقه الفرنسي باستشفاف الأركان التي يقوم عليها عقد تفويض المرفق العام وهي :

1- أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً، وفي الحقيقة لا توجد قائمة بالمرافق العامة القابلة للتفويض ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قرر في رأي شهير له ، أنه يجوز تفويض كل المرافق العامة الاقتصادية ، كما لا يوجد ما يمنع من تفويض المرافق العامة الإدارية ، ما عدا تلك التي بحكم طبيعتها أو بحكم إرادة المشرع لا تقبل ذلك [220] ، وبناء عليه ، فلا يجوز تفويض المرافق العامة التي تثير امتيازات السلطة العامة نفسها، كما في مرفق الشرطة [221] .

- Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2004, p485.

(**219**) - Boiteau.C, op.cit, p23.

- Ubaud – Bergeron, M, Loi Murcef : La définition législative des délégations de service public, J.C.P, 2002; N14, p 649.

(**220**) – راجع :

- CE, Avis, section de l'intérieur, 7- 10-1986, Les grands avis, 1ed, p247.

(**221**) – راجع :

- Maugué.CH, Les délégations de service public et le juge administratif, A.J.D.A, 1996, p597.

2- أن يكون محل التفويض استغلال المرفق وليس نقل ملكيته ، فالإدارة في هذا العقد تحتفظ دائماً بملكيتها للمرفق وبسيادتها عليه ، وبالتالي فإن عقد التفويض لا يؤدي البتة إلى خصخصة المرفق .

3- أن يكون المقابل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة هو حصيلة استغلال المرفق [222] .

في ضوء ذلك كله يمكن القول أن عقد B.O.T يتطابق مع مفهوم عقد تفويض المرفق العام بالمعنى الفرنسي .

(**222**) - راجع :

- Auby.J.B et Maugué, La notion et le régime de la délégation de Service public, J.C.p, 1996, 3941; p247.
- Boiteau.C, op.cit, p54.
- Richer.L, Droit des contrats administratifs, op.cit, p488.

المبحث الثالث

تمييز عقد B.O.T عن العقود التي تُشبَّه به

تمهيد وتقسيم :

تعد عقود B.O.T الصورة الأكثر انتشاراً في الدول المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة الاقتصادية . ولكن الواقع العملي أفرز عدة مشتقات أو صور أخرى لعقود B.O.T وصيغاً مختلفة , وإن بعض هذه الصور يتداخل مع عقود B.O.T لدرجة تجعل التمييز بينهما أمراً بالغ الصعوبة . كما أن بعض الصيغ العقدية الأخرى لا علاقة لها بنظام B.O.T .

وإن مقدار الحقوق والسلطات التي تملكها شركة المشروع على المرفق والمشروع موضوع العقد يشكل العامل الأساسي في التفريق بين تلك المشتقات والصور [223] .

ويذهب معظم الفقه إلى أن شركة المشروع في بعض هذه الصور العقدية تتملك المشروع أو أصوله خلال مدة التعاقد .

وفي سبيل تصنيف هذه الصور العقدية التي تُشبَّه بعقود B.O.T فإننا نقسم الدراسة هنا إلى مطلبين :

المطلب الأول : الصور العقدية التي تُشبَّه بعقود B.O.T والتي تقول بتملك شركة المشروع للمشروع أو لأصوله خلال مدة التعاقد .

المطلب الثاني : الصور العقدية الأخرى المشابهة لعقود B.O.T .

(**223**) – محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /37/ .

المطلب الأول

الصور العقدية التي تشبَّه بعقد B.O.T والتي تقول بتملك شركة المشروع للمشروع أو لأصوله خلال مدة التعاقد

تمهيد :

يذهب أغلب الفقه إلى أن شركة المشروع في بعض صور أو مشتقات عقود B.O.T تتمتع بحق ملكية المشروع أو المرفق ملكية مؤقتة وذلك خلال مدة العقد كما أنها تتملكه ملكية نهائية في بعض الصور الأخرى [224] ، ونتناول فيما يلي أهم هذه الصور :

(**224**) – محمد عبد المجيد إسماعيل ، "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2003 ، ص /53/ وما بعدها . جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، المرجع السابق ، ص /19/ وما بعدها. هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /25/ . أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص /47/ وما بعدها . عبد الفتاح بيومي حجازي ، "عقود البوت B.O.T في القانون المقارن" ، طبعة 2008 ، ص /24/ . ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /30/ وما بعدها. مروان محي الدين القطب ، "طرق خصخصة المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /312/ وما بعدها . حمدي عبد العظيم ، "عقود البناء والتشغيل والتحويل" ، بحث منشور في السلسلة التي تصدرها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 . محسن أحمد الخضيري ، "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، بحث منشور في السلسلة التي تصدرها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 . محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، بحث منشور في السلسلة التي تصدرها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 . 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

أولاً – عقد B.O.O.T عقد الإنشاء والتملك والإدارة والتسليم :

B.O.O.T هو اختصار لاصطلاح :

Build , Ownership , Operate , Transfer

وقد ذهب معظم الفقه إلى ترجمته بعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية, ومن جهتنا فإننا نأخذ على هذه الترجمة جميع المآخذ التي سبق أن بيّناها عند مناقشتنا للترجمة العربية لاصطلاح B.O.T [225] .

ويتجه الفقه [226] إلى أنه في إطار عقد B.O.O.T فإن شركة المشروع

منشور في السلسة التي تصدرها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 . هاني صلاح سري الدين ، "الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها" ، بحث مشار إليه سابقاً . محسن أحمد الخضيري ، "عمليات الـ B.O.T الأسس – القواعد – الاتجاهات"، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، طبعة 2001 .

(225) – راجع ص /110/ وما بعدها .

(226) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /46/ . ومروان محي الدين القطب , "طرق خصخصة المرافق العامة"، المرجع السابق ، ص /312/ . وهاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص " ، المرجع السابق ، ص /21/ . ومهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 ، ص /829/ . ومحمد وليد منصور , "التحكيم في العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /530/ . وعمرو أحمد حسبو , "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /115/ . وجيهان حسن سيد أحمد , "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، المرجع السابق ، ص /20/ . وأحمد سلامة بدر , "العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص /358/ . ومصطفى عبد المحسن الحبشي , "الوجيز في عقود البوت B.O.T " ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 ، ص /15/ . والياس ناصيف , "عقد الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /122/ . ومحمد فكري عطا الله عبد المهدي , "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة، 2004 ، ص /30/ .

تملك المشروع خلال مدة التعاقد [227] وأن الفارق الأساسي بين عقد B.O.T وعقد B.O.O.T يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله , ففي حين تكون هذه الملكية للجهة الإدارية المتعاقدة في عقد B.O.T فإن الملكية تكون لشركة المشروع في عقد B.O.O.T خلال مدة التعاقد ثم تنقلها إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بعد انتهاء مدة العقد [228] .

غير أننا لا نؤيد هذا الاتجاه ، ونراه اتجاهاً غير صحيح ، وإن وصف الملكية بأنها مؤقتة أو نهائية يتعارض أصلاً مع العناصر الأساسية لحق الملكية وكونها حق دائم لا يقبل أن يكون مؤقتاً ولا يجوز قانوناً وصفه بأنه مؤقت [229] .

ومن المبادئ القانونية أن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل فاسخ أو واقف ، فإذا اشترى شخص مالاً وحدد في عقد الشراء أجلاً فاسخاً تنتهي ملكيته للشيء المبيع بانقضائه وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل فإن ذلك

---

(227) – راجع :

- Charles Welker and Adriam Smith, Privatized infrastructure : the B.O.t approach, London, 1996, p.191.

(228) – يرى البعض أن ملكية أصول المشروع تكون خالصة للقطاع الخاص طوال مدة الترخيص في عقد B.O.O.T ، بالاضافة إلى مسؤولية القطاع الخاص الكاملة عن تشغيل المشروع وصيانته وتحمُّل عبء استثماراته ومخاطره التجارية . وإن عقود B.O.O.T تختلف عن الخصخصة في أن القطاع الخاص في ظل هذه العقود يلتزم بنقل ملكية الأصول إلى القطاع العام في نهاية مدة الترخيص ، في حين أن ملكية القطاع الخاص في ظل الخصخصة تكون نهائية ولا يقع على القطاع الخاص أي التزام بنقلها إلى الدولة . راجع : هاني صلاح سري الدين ، "الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها" ، بحث منشور في كتاب "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، فرع الدقهلية ، 2001 ، ص /23/ .

(229) – تنص المادة /768/ من القانون المدني السوري على أنه : ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)) .

لا يجوز لأن ملكية المشتري تكون في هذه الحالة ملكية مؤقتة بالأجل الفاسخ ، وكذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف فلا يجوز أن يشتري شخص من آخر شيئاً على أن لا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين لأنه إذا اقترنت ملكية المشتري بأجل واقف كانت ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهي بانقضاء الأجل الواقف ، ثم إن اقتران الملكية بأجل يتنافر تنافراً تماماً مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها [230] .

كذلك فإن ما يؤكد خطأ القول بتملك شركة المشروع للمرفق ملكية مؤقتة خلال مدة التعاقد في عقد B.O.O.T ، وفي بعض الصور الأخرى لعقد B.O.T حسبما يتجه أغلب الفقه ، هو أن هذا القول يتعارض مع القيود الواقعة على شركة المشروع حيث لا يجوز لشركة المشروع أن تتصرف في أصول المرفق أو المشروع ولا يجوز لها رهن المشروع أو المرفق أو إثقاله بتأمينات عينية أخرى دون قبول الجهة الإدارية المتعاقدة ، إضافة لذلك فإنه من غير الجائز لأية جهة الحجز على أصول ومكّونات المشروع مقابل أية حقوق أو ديون لها على شركة المشروع [231] .

ولا ينفع القول أن الملكية المقصودة في عقود B.O.T ليست هي الملكية بعناصرها المعروفة في القانون المدني والتي هي أوسع الحقوق العينية نطاقاً ، وهي الاستئثار بالشيء في استغلاله واستعماله والتصرف فيه، وإنما هي ملكية مرحلية مؤقتة تقتصر على ملكية شركة المشروع للمعدات والتجهيزات دون الأرض [232] .

(**230**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، المجلد الثامن ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، طبعة 1967 ، بند /331/ ، ص /539/ وما بعدها.

(**231**) – محمود الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /34/ .

(**232**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /31/ .

ذلك أن شركة المشروع مقيدة بإنشاء المشروع أصلاً وفق النماذج والتصاميم والمخططات المحددة في العقد وليست الشركة حرة في أن تبني كما تشاء ، كما أن الشركة مقيدة في استعمال المشروع أو المرفق بالغرض الذي أعد له وبالخدمات العامة التي يقدمها للجمهور ، فلا يجوز لها تبديل ذلك الغرض ولا تغيير كيفية أداء الخدمة عما هو محدد في العقد ، كذلك فإن شركة المشروع مقيدة بوجوب تقديم تلك الخدمة وعدم جواز التوقف عن أدائها أو إغلاق المشروع مثلاً .

ومن ناحية أخرى فإن شركة المشروع لا تملك مطلقاً السلطات التي يخولها حق الملكية للمالك ، نظراً لما تتمتع به الجهة الإدارية المتعاقدة – الجهة المالكة – من حقوق في الرقابة والإشراف على المرفق والتأكد من قيام شركة المشروع بالتزاماتها .

في ضوء ذلك يثور التساؤل عن الفرق والاختلاف بين عقد B.O.T وعقد B.O.O.T .

يذهب رأي إلى إن الفرق بينهما لفظي ليس أكثر ، ويرجح أن المقصود بإيراد لفظ الملكية ((Ownership)) في اصطلاح B.O.O.T هو تعبير مجازي بغرض تحفيز المستثمرين ، وأنه لا داعي للتمييز بين الاصطلاحين وأنهما يعبران عن نظام واحد [233] .

ومن جهتنا ، وإن كنا نؤيد أن شركة المشروع في صورة عقد B.O.O.T لا تتملك البتة المشروع أو المرفق كما هو عليه الحال في عقد B.O.T ، وأن ملكية المشروع أو المرفق تبقى ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة ، فإننا نرى أن ما ذهب إليه هذا الرأي من إلغاء لعقد B.O.O.T

(**233**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص/31و36/ .

كليَّة واعتباره مطابقاً منذ البدء لعقد B.O.T هو اتجاه غير دقيق وهو يتعارض مع القاعدة الفقهية القائلة بأن إعمال الكلام أولى من إهماله ، ويتعارض مع تطبيقاتها القانونية ، وإن إسقاط مفاعيل كلمة "الملكية" ((Ownership)) كليّة يشكل إضافة لذلك خروجاً عن العقد ، وعن القواعد القانونية التي تحكم تفسير بنوده وعباراته ، ولا نعتقد أن ذلك الإسقاط لكلمة "الملكية" ((Ownership)) يشكل التحليل القانوني الأقرب للصواب لهذه العبارة في اصطلاح B.O.O.T . وإن القول بأن لفظ ((الملكية)) في هذا الاصطلاح هو تعبير مجازي بغرض تحفيز المستثمرين ، هو قول يفتقد لأي أساس قانوني ويخالف المبادئ القانونية في العقود ، ونعتقد أنه من غير الجائز أن نورد في العلاقات العقدية الاستثمارية ألفاظاً تشجيعية ليس لها انعكاسات قانونية .

لذلك يتعين البحث عن مدلول كلمة " الملكية " الواردة في اصطلاح B.O.O.T وعن الموضع الذي تنصب عليه .

ولا بد من الانطلاق من مبدأ أن شركة المشروع لا تتملك البتة المشروع أو المرفق فهو على الدوام وفي جميع مراحل العقد بملكية الجهة الإدارية المتعاقدة كما سبق وبيّنا ، لذلك يتعين البحث عن مدلول كلمة "الملكية" ((Ownership)) خارج نطاق المشروع أو المرفق كمشروع عام أو مرفق عام ، وهنا تظهر لنا العناصر التي توجدها حقاً شركة المشروع من تجهيزات وإنشاءات ومعدات وأدوات وتكنولوجيا وما شابه ذلك ، هذه العناصر التي يمكن القول أنها ما لم تفقد استقلالها كتجهيزات وتكنولوجيا متفرقة وتصبح جزءاً من المشروع العام أو من مرفق عام يؤدي الخدمة العامة للجمهور فهي تكون في حقيقتها مجرد أموال بملكية شركة المشروع ويجوز لها الاقتراض من مؤسسات التمويل بضمان تلك التجهيزات والعناصر .

وفي ضوء ذلك يمكن تفسير مدلول كلمة "الملكية" ((Ownership)) في اصطلاح B.O.O.T .

ومن هنا فقد ذهب رأي [234] ، ونحن نؤيده ، بأنه يتعين التفرقة بهذا الصدد بين مرحلتين : مرحلة الاعتراف لشركة المشروع بتملك العناصر التي أوجدتها ، والمرحلة التي لا يعترف لها بتلك الملكية . ففي المرحلة الأولى تظل لهذه العناصر ((منشآت – تجهيزات – آلات – معدات ..)) استقلاليتها ولا تتمخض في مجموعها عن مرفق عام يؤدي خدمة عامة . أي أنه مادامت هذه العناصر لم تنصهر في هذا المرفق ولم تصبح جزءاً لا يتجزأ من أصول وأموال هذا المرفق ، وهي مرحلة إنشاء المشروع والإعداد لذلك ، فإنها تكون بملكية شركة المشروع ويجوز لها تبعاً لذلك بضمانها أن تقترض من البنوك وهيئات التمويل .

أما المرحلة الثانية فهي تلك التي يتم فيها إنشاء المرفق وتبدأ مرحلة استغلاله وإدارته وتقديم خدماته إلى جمهور المنتفعين وفي هذه المرحلة تفقد هذه العناصر ذاتيتها واستقلالها وتصبح جزءاً من المرفق العام نفسه ، فلا يصح القول في هذه المرحلة بتملك شركة المشروع لهذه العناصر لأنه لا يجوز لها أن تتصرف فيها تصرفاً ناقلاً للملكية لأن ذلك لا يكون إلا لمالك الرقبة وهي الجهة الإدارية المتعاقدة كما لا يجوز لها رهنها لأن في ذلك رهن للمرفق ولا إثقالها بتأمينات عينية أخرى [235] .

وكذلك فإنه لا يجوز للبنوك ولمؤسسات التمويل وسواها الحجز على تلك العناصر أو التنفيذ عليها لأن في ذلك حجز وتنفيذ على المرفق العام نفسه وهذا غير جائز قانوناً وفقهاً وقضاءً .

وعلى ذلك فإنه عند اكتمال المشروع أو المرفق فإن شركة المشروع لا يكون لها سوى حق انتفاع يخولها استعمال المرفق واستغلاله وإدارته والحصول

(**234**) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص/44/ وما بعدها .

(**235**) – محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص/46/ .

على المقابل من جمهور المنتفعين خلال مدة العقد ، وليس لها تملكه أو تملك أصوله وعناصره [236] .

وإننا نرى أن عقد B.O.O.T يتحول عند تشغيل المشروع إلى عقد B.O.T نظراً لانتهاء ملكية شركة المشروع لتلك العناصر التي أوجدتها من منشآت وتجهيزات وآلات وسواها بعد أن فقدت هذه الأشياء ذاتيتها واستقلالها وانصهرت في المرفق العام وأصبحت جزءاً لا يتجزأ من أصول وأموال المرفق العام .

ويتعين التوقف عند عقد B.O.O.T في سورية ، باعتبار أنه قد يفسر على أن ملكية المشروع تنتقل إلى المتعاقد خلال مدة العقد وهو ما ينطوي على خصخصة مؤقتة للمرفق العام محل التعاقد ، وهو ما يفتقد لأي أساس دستوري ، ويخالف النظام العام في سورية وكذلك في مصر وفي الدول التي تأخذ بالنظام القانوني اللاتيني ، لأن العقد في هذه الحالة لا ينطوي على نقل إدارة المرفق فقط وإنما على نقل ملكيته أيضاً للمتعاقد طوال مدة العقد وهو ما يؤدي في النهاية إلى التنازل عن تنظيمه [237] .

لذلك فإننا نستطيع التأكيد أن شركة المشروع ليس لها أي حق ملكية على المشروع في أية مرحلة من مراحله وأنها في نهاية العقد لا تقوم بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة لأن هذه الملكية لم تكن قد ثبتت لها أصلاً في أية مرحلة من مراحل العقد حتى تقوم بنقلها إلى الدولة ولكنها تقوم فقط بتسليم المشروع ونقل حيازته ونقل التكنولوجيا إلى الدولة عند انتهاء العقد [238] .

(**236**) – محمد الروبي ، المرجع نفسه ، ص/49/ .

(**237**) – مهند نوح ، "الخصخصة : المفهوم القانوني والبدائل" ، المرجع السابق ، ص /128/.

(**238**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /56/ .

ثانياً – عقود التحديث والتملك والإدارة والتسليم M.O.O.T

Modernize – Own – Operate - Transfer

وفي هذه الصورة من العقود يتجه الرأي السائد إلى أن شركة المشروع تقوم على نفقتها بتحديث مرفق عام أو أحد المشروعات العامة القائمة فعلاً وتطويره وتحديثه بأحدث وسائل التكنولوجيا والبرامج المتطورة ، ويسمح لها مقابل ذلك بتملك المشروع والاقتراض بضمانة من البنوك ومؤسسات التمويل واستغلاله طيلة مدة التعاقد والحصول على عوائد هذا الاستغلال ثم تتنازل عنه وتنقل ملكيته إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عند انتهاء مدة العقد دون مقابل (239) .

وتتميز هذه الصورة العقدية عن عقد B.O.T بأن شركة المشروع في عقد M.O.O.T لا تنشئ المشروع ابتداء ولكنها تتولى تطوير مشروع قائم فعلاً وتحديثه على النحو المذكور .

غير أننا نرى أن شركة المشروع أو المستثمر في هذه الصورة العقدية لا تتملك المشروع أو المرفق التي تولت تطويره وتحديثه ، وإنما تتملك العناصر التي أوجدتها من تكنولوجيا وتجهيزات مادامت تتمتع باستقلاليتها وذاتيتها كأموال مستقلة ويكون ذلك خلال فترة الإعداد والتجهيز أما بعد أن تصبح هذه

---

(239) – راجع في ذلك : حمدي عبد العظيم ، "عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص/14/ . وعبد الفتاح بيومي حجازي ، "عقود البوت B.O.T في القانون المقارن" ، المرجع السابق ، ص/63/ . وعمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، المرجع السابق، ص/106/ . ومحمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص/53/ . وجيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، المرجع السابق ، ص/22/ . ومحمد وليد منصور ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/532/ . وأحمد سلامة بدر ، "العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/360/ .

العناصر جزءاً من المشروع العام أو المرفق العام فلا يعد للشركة المتعاقدة أية ملكية للعناصر المذكورة ولا يبقى لها سوى الحق بإدارة واستغلال هذا المشروع وتقاضي عوائده ، وذلك على النحو الذي بيّناه سابقاً في صورة عقد B.O.O.T .

وغالباً ما يتم اللجوء إلى هذا النوع من العقود في المشروعات التي يحتاج تحديثها إلى التكنولوجيا والتجهيزات الحديثة المتطورة ، وهو ما يتطلب عادة قدرات مالية ضخمة قد تعجز عنها ميزانية الجهة الإدارية المتعاقدة فتلجأ إلى هذه الصورة من التعاقد التي تحقق لها ميزة عودة المشروع إليها مزوداً بالتكنولوجيا الحديثة في نهاية مدة العقد [240] .

إلا انه يقتضي على شركة المشروع تدريب العاملين في القطاع العام على التجهيزات والبرامج الحديثة التي أدخلتها على المشروع وذلك قبل مدة من تسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة كي يتسنى لها تشغيله بعد تسليمه إليها وبذلك يحقق هذا النوع من العقود الغاية في نقل التكنولوجيا الحديثة إلى القطاع العام [241] .

ثالثاً – عقد الإنشاء والتملك والاستغلال B.O.O :

Build – Own - Operate

تقوم الشركة الخاصة أو المستثمر بموجب هذا العقد بإنشاء مشروع معين أو مرفق عام وتتملكه وتقوم باستغلاله تجارياً طيلة مدة العقد . ولا يتم تحويل المشروع إلى ملكية الدولة عند انتهاء مدة العقد وإنما يجري تجديد العقد مقابل حصول جهة الإدارة على جزء من إيرادات المشروع أو تقوم الجهة الإدارية بالتعاقد مع مستثمر أو شركة خاصة أخرى لإدارة المشروع واستغلاله ،

---

(240) محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص/54/ .

(241) – مروان محي الدين القطب ، "طرق خصخصة المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص/314/ .

من خلال استدراج عروض أو مناقصة عامة يجري خلالها اختيار العارض الأفضل [242] .

ويلاحظ هنا أن للجهة الإدارية حق الإشراف على المرفق خلال مدة العقد ، وإن كان تشغيله الفعلي وإدارته متروكاً للشركة الخاصة أو المستثمر من القطاع الخاص [243] .

وفي جميع الأحوال فإن ملكية المشروع تبقى للمستثمر ولا تعود إلى الجهة الإدارية المتعاقدة [244] . لذلك فإن هذا العقد لا يمكن اعتباره صورة من صور عقود B.O.T ، وهو لا يعدو كونه ترخيصاً من جهة الإدارة بإنشاء مشروع معين أو أنه صورة من صور خصخصة المرافق العامة .

رابعاً – عقد التجديد والتملك والاستغلال R.O.O :

Rehabilitation – Own – Operate

في هذا النوع من العقود فإن الجهة الإدارية تتعاقد مع شركة خاصة أو مستثمر من أجل تجديد مشروع قائم يحتاج إلى التجديد وإعادة هيكلته وتزويده بكل ما يحتاجه من تجهيزات ومعدات وتكنولوجيا ووسائل الاتصالات والنقل وغير ذلك ، ومقابل ذلك فإن الشركة أو المستثمر يتملك المشروع ويتولى تشغيله واستغلاله والحصول على إيراداته ويدفع للجهة الإدارية المتعاقدة المبلغ

(**242**) – مروان محي الدين القطب ، "طرق خصخصة المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /313/ .

(**243**) – عمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /105/ .

(**244**) – راجع :

- Charles Walker and A.Smith, op.cit, p191.

المتفق عليه مقابل انتقال ملكية المشروع إلى المستثمر وغالباً ما يقسط هذا المبلغ على عدة سنوات وفق ما يحدده العقد [245] .

ومن الواضح أن ملكية المشروع بموجب هذا العقد تنتقل إلى الشركة الخاصة أو المستثمر بعد قيامه بالتزاماته ، ولا تعود هذه الملكية إلى الجهة الإدارية المتعاقدة . لذلك فإننا نرى أن هذا العقد لا علاقة له بنظام عقود B.O.T ، ولا يجوز الخلط بينهما ، وإن هذا العقد ليس سوى صورة من صور خصخصة المرافق العامة .

خامساً – عقد التصميم والإنشاء والتمويل والإدارة D.B.F.O :

Design – Build – finance – Operate

ووفقاً لهذه الصيغة من التعاقد تتفق الجهة الإدارية المتعاقدة مع شركة المشروع أو المستثمر على إنشاء المشروع أو المرفق العام وفقاً للتصميمات الهندسية والشروط الفنية المحددة من قبل جهة الإدارة ويكون على عاتق الشركة أو المستثمر عبء تأمين التمويل اللازم لإنشاء المشروع، ويمكنه الاقتراض بضمان أصول المشروع ومكوناته من البنوك ومؤسسات التمويل .

بعد ذلك تقوم شركة المشروع أو المستثمر بتشغيل وإدارة المشروع وفقاً للضوابط التي تضعها الإدارة المتعاقدة وتحت رقابتها وإشرافها ، وتحصل الجهة الإدارية على قيمة الأرض وعلى نسبة من الإيرادات مقابل منح الترخيص ، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عند انتهاء مدة الالتزام ، بل يصير المشروع ملكاً خالصاً للمستثمر [246] .

(**245**) – محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص/56/ . وعبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص/68/ . وأحمد سلامة بدر ، المرجع السابق ، ص/360/ .

(**246**) – محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص /55/ .

وهناك من يرى أنه عند انتهاء مدة هذا العقد فإن الإدارة المتعاقدة يحق لها تجديد الامتياز أو منح الامتياز لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر مالك المشروع [247] .

ومن الواضح أن المشروع أو المرفق العام موضوع هذه الصيغة العقدية يصبح بملكية شركة المشروع أو المستثمر ولا يعاد إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عند انتهاء مدة العقد ،

لذلك فإننا نرى أن هذا العقد لا علاقة له بنظام عقود B.O.T وهو شكل من أشكال خصخصة المرافق العامة .

المطلب الثاني

الصور المشابهة الأخرى لعقود B.O.T

ونستعرض فيما يلي أهم الصور العقدية التي تتشابه مع عقد B.O.T .

أولاً – عقد الإنشاء والتسليم والإدارة B.T.O :

Build – Transfer - Operate

تقوم شركة المشروع بموجب هذه الصورة العقدية بإنشاء المشروع أو المرفق العام وعند إنجازه تقوم بتسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في إدارة المشروع وتشغيله واستغلاله مدة محددة في العقد وعلى أن تتقاضى شركة المشروع الإيرادات من المنتفعين من خدمات المشروع أو المرفق .

(**247**) – عمرو أحمد حسبو ، المرجع السابق ، ص /106/ . وجيهان حسن سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص /21/ .

ونلاحظ في هذه الصورة العقدية وجود عقدين بين الشركة الخاصة والجهة الإدارية :

الأول يتضمن إنشاء المشروع أو المرفق العام ، والثاني يتضمن تشغيل وإدارة هذا المشروع ، ويكون لهذا الفصل بين مرحلة البناء ومرحلة التشغيل تأثير كبير على بنود العقد من حيث التمويل ومدة تنفيذ العقد [248] ، وإن أهم مجالات هذا النوع من العقود هو الفنادق [249] .

ثانياً – عقد الإنشاء والتأجير والتسليم B.L.T or B.R.T :

Build – Lease Or Rent – Transfer

تقوم شركة المشروع أو المستثمر في هذا النوع من العقود بإنشاء المشروع أو المرفق العام على نفقته مقابل تأجير ذلك المشروع للشركة أو للمستثمر بعد إنشائه [250] ، وذلك لمدة محددة تدفع خلالها الشركة أو المستثمر أجرة محددة للجهة الإدارية ، ويتقاضى المستثمر جميع الإيرادات الناجمة عن تشغيل واستثمار المرفق ، وعند انتهاء مدة العقد يتم تسليم المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة [251] ، ثم يصير المرفق في نهاية تلك المدة خالصاً للجهة الإدارية من أية أعباء بحيث تقوم باستغلاله دونما أي التزام تجاه شركة المشروع [252] .

(**248**) – مروان محي الدين القطب ، "طرق خصخصة المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص /313/ .

(**249**) – جيهان حسن سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص /21/ .

(**250**) – راجع :

- Charles Walker and A.Smith, op.cit,p 194.

(**251**) – مروان محي الدين القطب ، المرجع السابق ، ص /313/ . وعمرو أحمد حسبو ، المرجع السابق ، ص /105/ .

(**252**) – محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص /39/ .

ثالثاً – عقد الإنشاء والاستئجار والإدارة والتسليم

B.R.O.T or B.L.O.T

Build – Lease Or Rent – Operate – Transfer

تقوم شركة المشروع بموجب هذا العقد بإنشاء المشروع أو المرفق العام على نفقتها ولحساب الجهة الإدارية المتعاقدة ثم تقوم باستئجاره من تلك الجهة ، ومن ثم تقوم بإدارته وتشغيله وصيانته والحصول على مقابل انتفاع الجمهور به طيلة مدة العقد . وذلك تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها ، وفي نهاية المدة إما أن يتم تجديد مدة الإيجار للشركة بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة وإلا فإنه يتعين على الشركة أن تقوم بتسليم المشروع بحالة جيدة إلى الجهة الإدارية [253] ،

ويظهر واضحاً في هذه الصيغة العقدية حرص الجهة الإدارية على إبراز وتأكيد ملكيتها للمشروع ولجميع أصوله ومكوناته وذلك تجاه شركة المشروع وتجاه جمهور المنتفعين .

وإن الاتجاه الغالب في الفقه يطلق على هذه الصيغة العقدية اصطلاح البناء والاستئجار والتشغيل ونقل الملكية [254] .

ومن الواضح أنه لا مجال للقول بنقل الملكية في هذا العقد لأن الملكية ثابتة للجهة الإدارية وأن العلاقة مع شركة المشروع أو المستثمر هي علاقة ايجارية تنطلق من كون جهة الإدارة هي المالكة للمشروع أصلاً .

كذلك فإن كلمتي ((البناء)) و ((التشغيل)) قاصرتان عن إعطاء المدلول الواقعي الذي تقوم به شركة المشروع .

(**253**) – محمد وليد منصور ، المرجع السابق ، ص /531/ .

(**254**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /47/ . وعمرو أحمد حسبو ، المرجع السابق ، ص /105/ .

ونـرى أن يطلـق علـى هـذه الصـيغة العقديـة اصـطلاح عقـد الإنشـاء والاستئجار والإدارة والتسليم .

الفصل الثاني
الطبيعة القانونية لعقود B.O.T

تمهيد وتقسيم : أهمية بحث التكييف القانوني لعقود B.O.T .

ثار خلاف فقهي واسع بشأن التكييف القانوني لعقود B.O.T , فذهب جانب كبير من الفقه إلى أن عقد B.O.T هو عقد إداري سواء لأنه في حقيقته هو عقد "امتياز" أو "التزام" مرفق عام كما رأى أغلبية الفقه أو بسبب توافر جميع شروط العقد الإداري في نموذج عقد B.O.T كما ذهب أنصار هذا الاتجاه .

في حين ذهب جانب غير قليل من الفقه إلى جذب عقد B.O.T إلى حظيرة القانون الخاص واعتباره عقداً من عقود القانون الخاص يقوم على مبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين)) ويخضع لقواعد القانون المدني والتجاري وينعقد الاختصاص بشأنه للقضاء العادي .

ولا تخفى الأهمية الكبرى للتكييف القانوني لعقود B.O.T باعتبار أن ذلك التكييف هو الذي يحدد القواعد القانونية التي تخضع لها هذه العقود كما يحدد الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات الناشئة عنها ,

غير أن جانباً من الفقه يرى أنه لم تعد هناك من أهمية للبحث في التكييف القانوني لعقود B.O.T ولتحديد طبيعتها القانونية ويقول أحد أساتذة القانون ((أعتقد أن في تطبيق النصوص التعاقدية وتفسيرها وفق وحدة الهدف الاقتصادي , بعدِّها عملية مصرفية , وتطبيق مبادئ العدالة أفضل سبيل لازدهار هذه المشاريع وأفضل نظام قانوني يحقق الغاية المرجوة منه بالنسبة لجميع أطرافه , وذلك ريثما يتم تبني نظام قانوني خاص – في حال

إيجاده – . ومن ثم فإن تكييف مثل هذه العقود ((عقود B.O.T)) يصبح عملاً عديم الجدوى ولا بد عندئذ من تطبيق قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" على أن تشكل مجموعة العقود المؤلفة لعملية الـB.O.T القانون الوحيد لجميع الفرقاء فضلاً عن مبادئ العدالة)) [255] .

وفي هذا الإطار يرى البعض أنه لا أهمية لمسألة التكييف القانوني لعقود B.O.T وأن الأهمية في هذه العقود تكمن في صياغتها لذلك فإن الاهتمام يجب أن ينصب على صياغة هذه العقود صياغة جيدة بحيث يتم الوفاء بالتزامات شركة المشروع وبالتزامات الحكومة على قدم المساواة والإعلاء من شرط حسن النية في هذه التعاقدات [256] .

وهذا رأي منتقد في اعتقادنا ، فهو مذهب يخلط بين الشكل والموضوع ،

ونرى أنه لا علاقة البتة بين مسألة إحكام صياغة نصوص عقد B.O.T ومسألة التكييف القانوني لهذه العقود وتحديد طبيعتها القانونية , وأن المسألة الأولى لا تغني عن الأخرى ولا تقلّل من الأهمية القانونية البالغة للتكييف القانوني لعقود B.O.T .

ولعل ما يذهب إليه هذا الجانب من الفقه , من نفي أية أهمية للتكييف القانوني لعقود B.O.T وإعطاء الأهمية لصياغتها ولنصوصها , هو صدى لما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي يرى أنه لم يعد مقبولاً ولا

(**255**) – موسى خليل متري , "تمويل المشاريع – هيكلية الـ B.O.T" ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد /21/ ، العدد الثاني 2005 ، ص /134/ .

(**256**) – محمد محمد بدران , "الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية البوت في القانون المصري" ، مركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية بكلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، أكتوبر 2001 ، ص /12/ .

منطقياً أن نتكلم عن عقود الدولة في مطلع القرن الحادي والعشرين بنفس الطريقة التي كنا نتكلم بها عنها في الماضي خلال النصف الثاني من القرن العشرين حيث تركزت المناقشات في ذلك العصر على الطبيعة القانونية لعقود الدولة ، في حين أننا نلاحظ أن مسألة الطبيعة القانونية لعقود الدولة قد فقدت مكانتها ولم تعد مسألة محورية في الوقت الحاضر بوجود التحكيم الدولي , بل إن الاهتمام أضحى في الوقت الحالي منصباً على وجود المبادئ العامة واجبة التطبيق على منازعات هذه العقود ومضمون هذه المبادئ المنبثقة من قضايا التحكيم [257] .

ويذهب رأيٌ – ونحن نؤيده – إلى أن هذا الاتجاه برمته سواء في مصدره الفرنسي تحت شعار التطور ومتطلبات العصر أو في وجهه الآخر لجهة نفي أية أهمية للتكييف القانوني لعقود B.O.T وإعطاء الأهمية لصياغتها ولنصوص موادها هو رأي يهدف إلى تحاشي بحث هذه المسألة القانونية المحورية حول تكييف هذه العقود بغية إخراجها من بيئتها القانونية الطبيعية ومحاولة إخضاعها لمبادئ غريبة عنها وهو ما يحقق من حيث النتيجة مصالح الشركات الدولية المهيمنة على الاقتصاد والتجارة العالمية [258] .

ولا صحة فيما 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 – جامعة باريس /1/ , قد أكدت على ضرورة أن توضع عقود الدولة في بيئتها القانونية الطبيعية وهي القوانين الوطنية للدولة المضيفة ودحضت جميع المحاولات

(**257**) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /60/ .

(**258**) – محمد الروبي ، المرجع نفسه ، ص /61/ .

الهادفة إلى تدويل هذه العقود وإخراجها من إطار القوانين الوطنية للدولة المضيفة [259] .

كل ذلك مما يؤكد على أهمية التكييف القانوني لعقود B.O.T وتحديد طبيعتها القانونية .

لذلك فإننا نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث , نتكلم في المبحث الأول عن اتجاه الفقهاء إلى جذب عقد B.O.T إلى حظيرة القانون العام , ونستعرض في المبحث الثاني اتجاه الفقهاء إلى جذب عقد B.O.T إلى حظيرة القانون الخاص , ونخصص المبحث الثالث لبيان الرأي الذي نؤيده بشأن التكييف القانوني لعقود B.O.T .

(**259**) – محمد الروبي ، المرجع نفسه ، ص /61/ .

المبحث الأول
جذب عقود B.O.T إلى حظيرة القانون العام

تمهيد وتقسيم :

اتجه أغلبية الفقه إلى القول بأن عقود B.O.T هي عقود إدارية , وأن أغلب الفقهاء الذين أخذوا بهذا الاتجاه يرون أن عقد B.O.T هو في حقيقته عقد "امتياز" أو "التزام" مرفق عام ويورد هؤلاء الفقهاء مصطلح "التزام مرفق عام" Concession de service public ومصطلح "امتياز مرفق عام" Laffermage de service public على سبيل الترادف وللدلالة على معنى قانوني واحد واعتبارها مصطلحاً واحداً يحمل نفس المعنى [260] , في حين أن هناك اختلافاً قانونياً هاماً بين عقد امتياز مرفق عام وعقد التزام مرفق عام , الأمر الذي يستوجب التمييز بين هذين المصطلحين بداية

(**260**) – عمرو أحمد حسبو , "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /60/ , حيث يقول ((عقد امتياز أو التزام المرافق العامة Concession de service publics هو عقد إداري يتولى الملتزم – فرداً أو شركة – بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين , مع خضوعه للقواعد الأساسية الحاكمة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز)) .

وراجع في ذلك : ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /159/ ، سليمان الطماوي "الأسس العامة للعقود الإدارية" . المرجع السابق ، ص /106/ ، والياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T " ، المرجع السابق، ص /42/ ، 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 مشار إليه سابقاً ، ص /86/ . محمود محمد فهمي , "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، بحث مشار إليه سابقاً ، ص /69/ .

ومن ثم استعراض الآراء الفقهية التي ذهبت إلى تكييف عقد B.O.T بأنه عقد إداري .

المطلب الأول

التمييز بين عقد "امتياز مرفق عام" وعقد "التزام مرفق عام" وأثره على المقاربة مع عقد B.O.T

يختلف عقد امتياز مرفق عام عن عقد الالتزام , ففي العقد الأول تكلف الإدارة بموجبه شخصاً من القطاع الخاص أو العام يسمى صاحب الامتياز Fermier لاستغلال مرفق عام قائم وجاهز للتشغيل يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة وذلك مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه هذا الشخص إلى الإدارة , وإن الفرق بين ما يدفعه إلى الإدارة من جهة وما يحصل عليه هذا الشخص من استغلال المرفق عن طريق جبايته الرسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق يكون هو المقابل الذي يحصل عليه هذا الشخص المتعاقد مع الإدارة [261] .

أما في عقد التزام المرفق العام فإن الملتزم يقوم بإنشاء مرفق غير موجود أصلاً , وبالتالي فإن الفرق واضح بين الالتزام والامتياز فالملتزم في عقد الالتزام يقوم بإنشاء مرفق غير موجود أساساً في حين أنه يتسلم المرفق

(**261**) – راجع :

- Bieusses P.S, La specificité de l'affermage, A.J.D.A, 1996, p.608.et.s.
- Boiteau.C, op.cit, p67.
- Van long. Gondouin.G.Inserguet – Brisset.V, Dictionnaire de droit administratif, A.Colin, Paris, 4ed, 2005, p22.
- Lachaume.J..F - Boiteau.C Pauliat.H, op.cit, , p224.

جاهزاً للتشغيل في نطاق عقد الامتياز , كما أن الملتزم لا يدفع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة أي مبلغ في نطاق عقد الالتزام في حين تتقاضى جهة الإدارة مبلغاً مقطوعاً في نطاق عقد الامتياز [262] .

وبناء على ما تقدم ، فإنه لكي يوجد لدينا امتياز مرفق عام، لا بد من وجود مسبق للإعدادات اللازمة للمرفق محل الامتياز قبل إبرام عقد الامتياز ذاته، ولا بد أن يقوم صاحب الامتياز بدفع مقابل مادي مقطوع للإدارة مقابل حصوله على الامتياز [263] .

في ضوء ذلك فإنه لا مقاربة بين عقد B.O.T وعقد امتياز مرفق عام باعتبار أن أساس التعاقد بموجب نظام عقود B.O.T يقوم على أن شركة المشروع تتولى إنشاء المشروع أو المرفق العام ابتداءً وهي التي توجد عناصر المشروع ومكوناته وتظهره إلى حيز الوجود . لذلك فإن المقاربة يتعين أن تتم بين عقد B.O.T وعقد الالتزام وهو ما اتجه إليه جانب مهم من الفقه .

وهناك من يرى [264] أن هناك نقاط اختلاف أخرى بين عقد الامتياز وعقد B.O.T تتجلى بما يلي :

1- **اختلاف المناخ التشريعي** : فمن المعروف أن القانون الانكلوساكسوني هو الذي أوجد عقود B.O.T , وإن هذا القانون لا يعترف بوجود عقود إدارية مميزة عن العقود العادية , وبالتالي فإن المناخ التشريعي الذي أوجد عقود

(**262**) – راجع في الفقه الفرنسي:

- Forge.J.M Droit administratif, , P.U.F,2002 , p199.

(**263**) – راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1987/4/29، في قضية Commune d'ela المجموعة ، ص /152/ .

(**264**) – رئيف خوري , "عقود البي أو تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن" ، لبنان ، 2002 ، ص /38/ .

B.O.T لا يمكنه حتى التفكير بوصف هذه العقود بأنها عقود إدارية [265] .

2- **الاختلاف في حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها :** فعقد الامتياز قائم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد وإن استدراج العروض والطابع التنافسي هي استثناء في عقود الامتياز , في حين أن هذه الحرية لا تكون متوفرة للإدارة عند إجراء عقود B.O.T .

3- **عقد الامتياز له امتيازات السلطة العامة بينما يفقدها عقد B.O.T .** فصاحب الامتياز يتمتع بامتيازات السلطة العامة حيال الغير كإشغال الملكية الخاصة دون موافقة المالك واستعمال الأملاك العامة , وعدم الحجز على ممتلكاته , وغير ذلك من امتيازات القانون العام وذلك من أجل تمكين صاحب الامتياز من تنفيذ واستمرارية سير المرفق العام الموكل إليه . ويرى صاحب هذا الرأي أن عقود B.O.T تعتبر مهامها وغاياتها بعيدة عن إطار المرافق العامة وتسيير المرفق العام وأنها بالتالي خارج إطار الامتيازات [266] .

4- **اختلاف مفاهيم التوازن المالي والسلف والضمانات والتعرفة المطبقة في عقود الامتياز في جوهرها عما هي عليه في عقود B.O.T :**

ففي عقد الامتياز يمكن للإدارة في أي وقت ترتأيه مناسباً أن تلزم صاحب الامتياز بتنفيذ أعباء إضافية وبالتزامات جديدة لم تكن متوقعة عند التعاقد , ولكن هذه التعديلات لا يمكنها أن تتناول منافع صاحب الامتياز المالية ولا أن تؤدي إلى مرفق عام جديد وإلا حقَّ لصاحب الامتياز أن يطلب إلغاء العقد والتعويض إذا نتج اختلال في التوازن المالي للامتياز . أما في عقود B.O.T فإن الالتزامات محددة ومعروفة سلفاً عند استدراج العروض ،

(**265**) – رئيف خوري ، المرجع السابق ، ص /39/ .

(**266**) – رئيف خوري , المرجع نفسه ، ص /53/ .

حيث تتقدم الشركات العالمية في ضوء ذلك بعروضها بعد دراسات تفصيلية ودراسات الجدوى الاقتصادية ، المبنية على الالتزامات والأمور المحددة عند استدراج العروض ، ويرى هذا الاتجاه أنه في عقود B.O.T لا زيادة للالتزامات من قبل الإدارة ولا مطالبة بأي توازن مالي نتيجة لزيادة الأعباء من قبل المتعاقد ، وإن كافة الأمور محددة وواضحة سلفاً ، وإن لم يكن بالتفاصيل الصغيرة والدقيقة للأمور التقنية فعلى الأقل بالإطار العام والخطوط العريضة [267] .

غير أن جميع هذه النقاط الموجهة ضد تكييف عقد B.O.T على أساس أنه عقد "امتياز مرفق عام" ليست في محلها القانوني لما يلي [268] :

1- فالاتجاه المذكور يخلط كما سبق وبيّنا بين مفهومي "امتياز المرفق العام" و "التزام المرفق العام" .

2- أما بشأن المناخ التشريعي الذي نشأت فيه عقود B.O.T ، فإنه على فرض أن هذه العقود قد نشأت في البيئة الانكلوساكسونية فإن ذلك لا يمنع البتة من تكييف هذه العقود وفقاً لمفاهيم البيئة القانونية التي وفدت إليها ، بل إن المنطق القانوني يقتضي أن تنسجم المفاهيم القانونية مع المنظومة القانونية السائدة وإلا أصبحنا أمام منظومة قانونية متناقضة .

3- إن حرية الإدارة في اختيار متعاقدها في عقود "الامتياز" أمرٌ لا علاقة له بالتكييف القانوني لعقد B.O.T ، بل إن ذلك يؤكد أن أنصار هذا الاتجاه قد أساؤوا المنهج بمحاولة تكييف عقد B.O.T من خلال عناصر خارجة

(**267**) – غسان رباح ، "دراسة حول مفهوم عقد الـ B.O.T في إدارة المرفق العام وطرق حل المنازعات الناشئة عنه)) ، بحث مقدم إلى ندوة الجوانب القانونية لعقود الـ B.O.T والـ FIDIC ، المنعقدة في مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، قطر ، الدوحة 18-2005/12/19 .

(**268**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /44 و45/ .

عن ماهية العقد .

4- أما بشأن امتيازات السلطة العامة التي يتمتع بها المتعاقد في عقود "الامتياز" ولا تمنح للمتعاقد في عقود B.O.T حسبما رأى صاحب هذا الاتجاه ، فيرد عليها أن هذه الامتيازات تُمنح إذا اقتضت ضرورة تنفيذ العقد ذلك ، ولا شيء يمنع دون إعطائها للمتعاقد في عقود B.O.T .

وإن هذه النتيجة التي توصل إليها صاحب هذا الاتجاه كانت ناجمة عن استقراء عقدين فقط أبرما بنظام B.O.T في لبنان هما عقد الهاتف الخليوي مما لا يكفي مطلقاً للوصول إلى مثل هذه النتيجة إضافة للنقد الذي واجهته تجربة هذين العقدين .

المطلب الثاني

الاتجاه القائل بأن عقد B.O.T

هو عقد التزام مرفق عام أو أنه صورة حديثة عنه

يذهب الرأي الغالب في الفقه إلى أن عقود B.O.T هي مسمى جديد لتلك العقود المعروفة تحت اسم عقود التزام المرافق العامة Concession Service Public , فطريقة B.O.T في إنشاء وإدارة المرافق أو الخدمات العامة ليست جديدة , فقد عرفتها فرنسة منذ القرن الثامن عشر كما أنها موجودة ومتبعة في مصر منذ منتصف القرن التاسع عشر عندما تم إنشاء قناة السويس وإدارتها بهذه الطريقة وما أعقبها من كثير من المرافق العامة في مصر في حينه , ومن ثم فإن جميع المرافق العامة السابقة كانت تدار عن

طريق عقد التزام المرفق العام وهو ما يطلق عليه حالياً نظام B.O.T [269].

ويعرِّف المشرع السوري عقد التزام المرافق العامة بأنه ((عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال هذا المرفق فترة معينة من الزمن)) [270] .

وقد تواترت أحكام مجلس الدولة المصري على تعريف عقد الالتزام بالقول إن ((... التزام المرافق العامة ليس إلا 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)) [271] .

(**269**) – عمرو أحمد حسبو , "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /101/ .

ويراجع في ذلك :

جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /53/ ، محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /65/ ، جيهان حسن السيد أحمد , المرجع السابق ، ص /40/ ، محمود محمد فهمي , "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، المرجع السابق ، ص /62/، 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 /82/ .

(**270**) – المادة /634/ من القانون المدني السوري , وهو نفس التعريف الوارد في المادة /668/ من القانون المدني المصري .

(**271**) – حكم محكمة القضاء الإداري في مصر صادر بتاريخ 1956/3/25 مشار إليه من قبل الدكتور جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /78/ .

ولا يختلف هذا التعريف في جوهره عن تعريف عقد B.O.T , وعلى ذلك فعقود B.O.T لا تخرج عن كونها مسمى حديث لعقد التزام المرافق العامة باعتبار أن مفهوم هذا العقد ينطبق تماماً على عقود B.O.T،

ولما كان عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري بل لعله أهم العقود الإدارية ، الأمر الذي يدعو إلى حسم مسألة الطبيعة القانونية لعقد B.O.T باعتباره عقداً إدارياً يخضع للنظرية العامة للعقود الإدارية وما تحتويه من أحكام [272] .

ويذهب جانب هام من هذا الاتجاه إلى أنه إذا كانت الصورة التقليدية لعقد التزام المرفق العام هي عدّه أسلوباً لإدارة المرافق العامة وليس لإنشائها ابتداءً ، فإن ذلك لا يمنع من أن يقوم الملتزم بادئ الأمر بإنشاء المرفق ثم تشغيله مدة من الزمن ثم رده مرة أخرى إلى جهة الإدارة المتعاقدة [273] .

ويرى البعض أن التطور الحاصل منذ بداية العقد الأخير من القرن العشرين ومع اتجاه الدولة إلى إعطاء الدور الأساسي للقطاع الخاص في الحياة الاقتصادية والاتجاه إلى نظام الاقتصاد الحر ، قد أدى إلى ظهور صور جديدة لعقد الالتزام وأن الأمر لم يعد يقتصر على مجرد حلول فرد أو شركة محل جهة الإدارة في إدارة مرفق عام وإنما أصبح الشخص العادي أو الشركة يتولى إنشاء المشروع أو المرفق ابتداءً واستغلاله وإدارته مدة الالتزام ثم يعيده مرة أخرى إلى جهة الإدارة المتعاقدة [274] .

(**272**) – جمال عثمان جبريل ، "الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T " ، البحث المشار إليه سابقاً .

(**273**) – ياسر أحمد كامل الصيرفي ، "النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص" ، جامعة الكويت ، طبعة 2008 ، ص /59/ .

وكذلك : الياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /137/ ، محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، البحث المشار إليه سابقاً .

(**274**) – جابر جاد نصار ، "عقد البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /79/ .

وبذلك تكون عقود B.O.T هي صورة حديثة من عقود التزام المرفق العام [275] وهذا ما جعل البنك الدولي يورد في تقرير له أن عقود B.O.T مماثلة لعقود الالتزام التقليدية [276] .

وقد انتقد جانب واسع من الفقه هذا الاتجاه . فقد رأى البعض أن هناك اختلافات كبيرة وفروقاً جوهرية بين نظام الالتزام ونظام B.O.T تتجلى بما يلي :

أولاً – من حيث أطراف العقد :

إن طرفي عقد التزام المرافق العامة هما الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة كطرف أول ، أما الطرف الثاني فيكون عادة شخصاً خاصاً ومن الممكن أن يكون شخصاً عاماً في بعض الحالات كما هو الحال بالنسبة لمؤسستي الكهرباء والغاز في فرنسا G.D.F و E.D.F [277] .

أما عقد B.O.T فإن الطرف الأول فيه هو الدولة أو أحد أشخاص القانون العام عادة أما الطرف الثاني فهو دائماً ما يتخذ شكل شركة مشروع يتم تكوينها عن طريق اتحاد أو كونسريتوم يتكون عادة من عدة شركات نظراً لضخامة رأس المال ولا يتصور أن يكون الطرفان سلطة عامة حسب هذا الرأي [278] .

وإن كنا لا نرى مانعاً يحول دون أن يكون طرفا العقد شخصين عامين .

(**275**) – محمد متولي ، "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، المرجع السابق ، ص /74و75/ .

(**276**) – راجع :

approche du B.O.T et son application aux projets ǿLa banque mondial "1 - aout 1995. P18. ǿdes pays en voie de development" , rapport d

(**277**) – محمد محمد عبد اللطيف ، "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية"، المرجع السابق ، ص /21/ .

(**278**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/137/ .

ثانياً – من حيث دور الدولة :

ففي عقد الالتزام يقتصر دور الدولة في معظمه على منح الالتزام ثم مراقبة الملتزم في أدائه للخدمة وفي مستوى الخدمة وفي مساواته للمنتفعين ، أما في عقد B.O.T فإن الأمر يستلزم تدخل الدولة تدخلاً إيجابياً في شتى مراحل المشروع بدءاً من التحضير له وإعداده ومروراً بالتنفيذ والتشغيل وانتهاء بتحويله وتسليم كافة أصوله إلى الدولة ، فالدولة هي التي تحدد المشروع ومواصفاته المختلفة وتحدد مواصفات التكنولوجيا والتقنية المستخدمة ، وطاقاته الإنتاجية أو الخدمية [279] .

ثالثاً – من حيث ملكية أصول وموجودات المشروع :

يرى البعض أن أصول وموجودات المشروع في عقد B.O.T تكون بملكية المستثمر الخاص طيلة مدة العقد ، وهو الأمر الذي لا يتحقق في التزام المرافق العامة الذي يفترض ملكية أصول المشروع للدولة [280] .

بيد أننا لا نوافق هذا الرأي ونرى أن ملكية المشروع في عقد B.O.T بجميع عناصره ومكوناته تبقى خالصة للجهة الإدارية المتعاقدة ولا تنتقل البتة إلى شركة المشروع كما بيّنا في مواقع متعددة من هذا البحث .

(**279**) – جمال عثمان جبريل ، "الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T" ، المبحث المشار إليه سابقاً .
وانظر بنفس المعنى : دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /134/ وما بعدها .

(**280**) – أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص /57و58/ ، وهاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /245/ .

رابعاً – من النواحي الفنية والاقتصادية والتمويلية :

يختلف عقد B.O.T عن عقد الالتزام اختلافاً جذرياً من النواحي الفنية والاقتصادية والتمويلية ، الأمر الذي يجعل بعض القواعد والأحكام السارية على عقود التزام المرفق العام غير صالحة للتطبيق على عقود B.O.T كما يستوجب تطبيق بعض الأحكام والقواعد الأخرى بطريقة أكثر مرونة دون إخلال بحقوق الدولة في تنظيم مرافقها العامة وضمان سيرها بانتظام واضطراد [281] .

خامساً – من حيث الخدمة أو المنتَج موضوع العقد والمقابل الذي يحصله المتعاقد :

يتعين على الملتزم في عقد الالتزام تقديم الخدمة مباشرة للجمهور ويحصل على مقابل هذه الخدمة من جمهور المنتفعين من خدمات المرفق وقد يتخذ المقابل شكل إعانات تقدمها الدولة للملتزم [282] . أما في عقد B.O.T فليس ضرورياً أن تقوم شركة المشروع بتحصيل مقابل الخدمة مباشرة من جمهور المنتفعين ، فقد تتقاضى ثمن هذه الخدمة من السلطة المانحة للالتزام عن طريق نظام Take Or pay . فقد تلتزم الدولة بشراء الخدمة أو المنتَج ، أو حداً معيناً منه ، من شركة المشروع مباشرة لتقوم هي ببيعها لجمهور المنتفعين ، وهذا ما قامت به الحكومة المصرية في اتفاقية شراء الطاقة المبرمة بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير بشراء الكهرباء المنتجة من الشركة على أن تقوم بعد ذلك ببيع هذه الكهرباء إلى جمهور المنتفعين [283] .

وهو أمرٌ لا وجود له في عقد التزام المرفق العام بمعناه التقليدي في نظر أصحاب هذا الرأي .

---

(281) – جمال عثمان جبريل ، المرجع السابق .

(282) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/136/ .

(283) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع نفسه ، ص /136/ .

غير أننا لا نؤيد هذا الرأي ، وإن التجربة الفرنسية تؤكد عدم صحة ما ذهب إليه ، باعتبار أنه يمكن للملتزم في عقد الالتزام أن يتقاضى ثمن الخدمة أو المنتج من السلطة مانحة الالتزام .

سادساً – من حيث الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية في العقد :

إن عقد الالتزام بمفهومه التقليدي يتضمن شروطاً تعاقدية وأخرى تنظيمية وإن الشروط التعاقدية وهي التي تتعلق بالجوانب المالية للعقد هي وحدها التي يجري الاتفاق بشأنها بين الملتزم والإدارة وهي تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

أما الشروط التنظيمية فهي التي تتصل بإدارة المرفق العام وتنظيمه ، وإن هذه الشروط هي التي تملك الإدارة دائماً حق تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق وضرورة سيره بانتظام واضطراد [284] .

أما في عقد B.O.T فإن النصوص التعاقدية تختلط بالنصوص التنظيمية في العقد بشكل يصبح التفريق بينهما أمراً عسيراً كما أن إعطاء الإدارة حق تعديلها بإرادتها المنفردة قد يهدد الأساس الاقتصادي للعقد . ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التوسع في مفهوم النصوص والشروط التعاقدية ، كما قد يتضمن العقد نصاً بعدم جواز تعديل أية مادة في الاتفاق دون تفرقة بين نصوص لائحية وأخرى تعاقدية [285] .

وبشكل عام فهناك من يرى أن عقود B.O.T لا تتقبل بسهولة فكرة التمييز بين الشروط أو النصوص التنظيمية والشروط أو النصوص التعاقدية،

(**284**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص/80/ .

(**285**) – جمال عثمان جبريل ، المرجع السابق .

ولهذا – حسبما يرى البعض – فقد لجأ المشرع في مصر إلى إصدار قوانين لاستثناء مشروعات B.O.T [286] من المبدأ العام الوارد في أحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1985 ، فأصدر القانون /100/ لسنة 1996 بتعديل القانون رقم /12/ لسنة 1976 بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم /229/ لسنة 1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم /84/ لسنة 1968 بإنشاء الطرق العامة ، والقانون رقم /3/ لسنة 1997 بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات . وإن هذه الاستثناءات ، التي أوشكت أن تصبح القاعدة في منح الالتزام ، قد أعطت الدور الأكبر للشروط التعاقدية في عقد الالتزام على حساب الشروط التنظيمية . بيد أننا نرى أن ما لجأ إليه المشرع المصري بإصدار تلك القوانين لاستثناء بعض مشروعات B.O.T من المبدأ العام لم يكن البتة بسبب أن عقود B.O.T لا تتقبل فكرة التمييز بين الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية ، وإنما لأن الأصل الوارد في القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 كان يقيده من حيث المدة القصوى للالتزام والحد الأقصى لنسبة أرباح الملتزم ومن حيث تدخل السلطة التشريعية أيضاً .

المطلب الثالث

عقد B.O.T تتوافر فيه جميع شروط العقد الإداري

(**286**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص/82/ .

تمهيد :

يؤكد أنصار الطبيعة الإدارية لعقد B.O.T أن حقيقة كونه عقداً إدارياً ليست موضع شك ، فهو عقد تتحقق فيه تماماً الشروط الثلاثة التي تميز العقد الإداري والتي استقر عليها الفقه والاجتهاد القضائي وهي :

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

2- أن يتصل العقد بمرفق عام .

3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص [287] .

وإن شرط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد هو ما يطلق عليه ((المعيار العضوي)) للعقد الإداري ، أما الشرطين الثاني والثالث وهما اتصال العقد بالمرفق العام واحتوائه على شروط استثنائية فيطلق عليهما ((المعيار الموضوعي)) .

أولاً – المعيار العضوي ، الإدارة طرفاً في عقد B.O.T :

فمن المعلوم فقهاً وقضاءً في فرنسة ومصر وسورية أنه لكي يعتبر العقد إدارياً يجب أن يكون أحد أطرافه من أشخاص القانون العام ، وهذا المعيار يشكل ما يدعوه الفقه والقضاء بالمعيار العضوي للعقد الإداري [288] .

غير أن تساؤلاً يطرح نفسه هنا عن معنى الشخص المعنوي العام الذي لا بد أن يكون طرفاً في العقد الإداري ؟ وللإجابة على ذلك لا بد من التعرض لمفهوم الشخص المعنوي العام في كل من فرنسا ومصر وسورية .

(**287**) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص/68/ .

(**288**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /301/ .

فمن أشخاص القانون العام ما لا شك في صفته الإدارية ، سواء في فرنسة أو في مصر أو في سورية ، ومن ذلك الأشخاص العامة الإقليمية وهي الدولة والمحافظة والمدن والقرى ، والأشخاص المصلحية وهي الهيئات العامة والمؤسسات العامة . غير أن القضاء الإداري في كل من فرنسة ومصر قد اعترف بقيام أشخاص معنوية عامة أخرى كالنقابات المهنية المختلفة كنقابات المحامين والأطباء والمهندسين ، وغيرها من المنظمات التي تقوم بنشاط خاص أو مهني وتتمتع بقدر كبير من السلطات العامة وهو ما يترتب عليه أن تكون العقود التي تبرمها هذه الأشخاص إدارية إذا ما استوفت باقي الشروط [289] .

أما في سورية فإن العقود التي تكون الهيئات المهنية طرفاً فيها ، فإن التردد بشأنها مازال مخيماً على القضاء الإداري عندنا فهو لا يعتبر هذه الهيئات إدارات عامة ولا يمد اختصاصه إليها خلافاً لما يفعله القضاء الإداري الفرنسي [290] .

والحقيقة الثابتة هي أن عقود B.O.T قد نشأت وظهرت كأحد وسائل تمويل المشروعات العامة التي تكون الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها الطرف الرئيسي فيها ، وإن الغاية أو الدافع إلى التعاقد في هذه العقود هو إنشاء مرافق عامة اقتصادية تتسم بالأهمية وتقوم بإشباع حاجات عامة وأداء خدمات عامة كمرافق الكهرباء والسكك الحديدية والطرق والمطارات والموانئ والاتصالات وما شابه ذلك [291] . ففي ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وإدارة وتشغيل هذه المرافق ويتحمل مخاطر

(**289**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /62/ .

(**290**) – عبد الإله الخاني ، "القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص /29/ .

(**291**) – محمد الروبي ، "عقد الإنشاء والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /27/ .

التمويل بما يؤدي إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية [292] .

وعلى ذلك فإن كون الإدارة طرفاً في عقود B.O.T هو إحدى مسلمات البحث في هذه العقود وإن أحداً لا يجادل في توفر هذا الشرط من شروط العقد الإداري في عقود B.O.T بما في ذلك أصحاب الاتجاه القائل بإنكار الطبيعة الإدارية لهذه العقود .

ثانياً – المعيار الموضوعي ، اتصال عقد B.O.T بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية :

1- اتصال عقد B.O.T بمرفق عام :

من المسلم به أن ارتباط العقد بالمرفق العام شرط لتكوين صفة العقد الإداري ، بيد أن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا النطاق يتمثل في درجة الارتباط التي يجب أن توجد بين العقد والمرفق ليكون العقد إدارياً [293] .

ومن خلال مسيرة القضاء الإداري الفرنسي ، يمكن حصر أشكال علاقات العقد مع المرفق العام بثلاثة أشكال :

- الشكل الأول للعلاقة بين المرفق العام والعقد يتمثل بتسيير أو تنفيذ المرفق ذاته من قبل المتعاقد .
- ويتمثل الشكل الثاني لهذه العلاقة في اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام .
- أما الشكل الثالث فيتحقق عندما يكون العقد ذاته وسيلة لتنفيذ المرفق العام [294] .

---

(292) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /55/ .

(293) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /39/ .

وقد تشدد مجلس الدولة الفرنسي بداية في معيار اتصال العقد بالمرفق العام فاشترط أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام اتصالاً وثيقاً فلا تكفي مجرد المساهمة أو المعاونة في إدارة شؤون المرفق العام بل لا بد من أن يتخذ اتصال العقد بالمرفق العام صورة العهود للمتعاقد بمهمة تنفيذ أو تسيير المرفق العام ، أو في صورة اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام أو في صورة التنفيذ ذاته للمرفق العام [295] .

بيد أن معيار المرفق العام في فرنسة قد عاد من جديد ليوسع من صورة اتصال العقد بالمرفق العام مما يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيقه خاصة فيما يتعلق بالإدارة الاقتصادية فأصبح القضاء الإداري الفرنسي بعد أن كان يشترط درجة اتصال قوية بالمرفق العام تصل إلى حد المشاركة في التنفيذ ذاته للمرفق أصبح يأخذ بفكرة المساهمة في التنفيذ [296] .

أما القضاء الإداري في مصر فقد أخذ بمفهوم واسع جداً لاتصال العقد الإداري بالمرفق العام .

وقد أشارت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى تعدد أوضاع اتصال العقد الإداري بالمرفق العام بقولها ((إن المعيار المميز لهذه العقود – الإدارية – .. في موضوع العقد نفسه متى اتصل بمرفق عام من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه ..)) [297] .

وهذا ما ذهب إليه القضاء الإداري في سورية حيث وسع من صور اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ، فقد بيّنت المحكمة الإدارية العليا في

---

(294) – محمد الحسين ومهند نوح ، المرجع السابق ، ص /40/ .

(295) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت " ، المرجع السابق ، ص /121/ .

(296) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /122/ .

(297) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق ، ص /81/ .

سورية أن ((المعيار المميز 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 ..)) [298] .

في ضوء ذلك كله تكون عقود B.O.T ، بما تتضمنه من تنفيذ وتسيير المرفق العام ذاته من قبل شركة المشروع ، تمثل الشكل الأول والصورة الأقوى لارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام ، وهو أمرٌ لم يجادل فيه أحد حتى أولئك الذين ذهبوا إلى إنكار الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T.

2- الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في عقود B.O.T :

يؤكد أنصار الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T أن شرط احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص متوافر تماماً في عقود B.O.T ، لأنه حين تعهد جهة الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق عام ، ومن باب أولى إنشائه ، فإن ذلك يعد أمرً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية [299] ، ومن جهة أخرى فإن هذه العقود قد خولت الإدارة المتعاقدة

(**298**) – قرار المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /112/ في الطعن رقم /133/ لسنة 1971 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح المهايني ، المرجع السابق ، القاعدة /6350/ ، ص /10/ .

وقد توسع القضاء الإداري في سورية في مفهوم المرفق العام ذاته فجاء في قرار للمحكمة الإدارية العليا في سورية ((إن عقد بيع أرض تملكها مؤسسة الإسكان ملكية خاصة يعتبر عقداً إدارياً إذا تضمن شرطاً يلزم المشتري بإنشاء محطة للمحروقات عليها ، باعتبارها تؤلف نوعاً من المرافق العامة)) . حكم رقم /242/ في الطعن /225/ لسنة 1976 منشور في مجلة "المحامون" الصادرة عن نقابة المحامين في سورية ، لسنة 1976 ، ص /516/ .

(**299**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /52/ ، وانظر بنفس المعنى : دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /124/ .

حق تعديل العديد من النواحي التنظيمية في هذه العقود بإرادتها المنفردة ودون اشتراط موافقة شركة المشروع أو الجهة المتعاقدة وذلك وفقاً لمتطلبات المصلحة العامة مع تعويض المتعاقد – شركة المشروع – عن الأضرار التي يمكن أن يسببها هذا التعديل [300] .

كذلك فقد نصت هذه العقود على حق الإدارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة في حال إخلال المتعاقد ببعض شروطه ، وهذه جميعها شروط استثنائية بإجماع الفقه والقضاء ، الأمر الذي يجعل الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T أمراً لا شك فيه .

---

(300) – يراجع في ذلك : جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /205/ . دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /126/ . محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، المرجع السابق ، ص /71/ . إبراهيم ذكي ، "نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص /106/ .

المبحث الثاني
جذب عقد B.O.T إلى حظيرة القانون الخاص

تمهيد وتقسيم :

يذهب جانب واسع من الفقه إلى القول بأن عقود B.O.T هي من عقود القانون الخاص وتخضع لقواعد القانون المدني والتجاري وليس لقواعد القانون الإداري ، ويدعم هذا الفريق رأيه بحجج مختلفة نستعرضها في المطالب الثلاثة التالية .

المطلب الأول
الحجج المستندة إلى افتقار عقود B.O.T
لشروط العقد الإداري

تمهيد :

اتجه جانب من الفقه إلى القول بأن عقود B.O.T لا تحتوي على الشروط الاستثنائية التي تميز العقود الإدارية أصلاً . وأن أركان المرفق العام نفسه غير متوفرة في المشروع موضوع عقد B.O.T .

أولاً – عدم احتواء عقود B.O.T على الشروط الاستثنائية التي تميز العقود الإدارية :

من المبادئ الأساسية فقهاً وقضاء في الدول التي تعتنق مبدأ القضاء المزدوج مثل سورية ومصر وفرنسة أنه يتعين توفر ثلاثة شروط في العقد

كي يكتسب صفة العقد الإداري [301] ، وهي :

1- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد .

2- أن يتصل العقد بالمرفق العام .

3- أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص .

ويجمع الفقه والقضاء في سورية ومصر على ضرورة احتواء العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة لكي يكتسب الصفة الإدارية [302] .

ويذهب جانب من الفقه إلى أن عقود B.O.T – كقاعدة عامة – لا تحتوي على شروط استثنائية بمفهوم القانون الإداري ، باعتبار أن الشروط الاستثنائية والبنود غير المألوفة حسبما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي منذ منتصف القرن الماضي هي البنود التي يكون موضوعها إعطاء جهة الإدارة حقوقاً تخرج بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يقبلها بحريَّة أي متعاقد في إطار القوانين المدنية والتجارية [303] .

ويتفق مجلس الدولة في كل من مصر وسورية على وجوب توفر الشروط الثلاثة آنفة الذكر مجتمعة لكي يكتسب العقد صفة العقد الإداري ، أما

(**301**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/58/ .
انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /117/ في الطعن /50/ لسنة 1987، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح مهايني ، المرجع السابق ، ص /11/ ، القاعدة /6354/ .

(**302**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/88/ .
انظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في سورية رقم /172/ في الطعن رقم /38/ لسنة 1987 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح مهايني ، المرجع السابق ، ص /12/ ، القاعدة /6356/ .

(**303**) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /247/ .

مجلس الدولة الفرنسي فيأخذ بالمعيار المنفرد حيث يتعين أن تكون الدولة أحد طرفي العقد كشرط بدهي عند الحديث عن عقد إداري ويكتفي بالإضافة إلى ذلك بتوفر أحد الشرطين الآخرين المذكورين ، ومن ثم تعتبر عقود الإدارة متصفة بالطابع الإداري متى كان موضوعها اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام حتى ولو خلا العقد من الشروط الاستثنائية كما يعدُّ العقد إدارياً متى تضمن شروطاً استثنائية حتى ولو لم يتصل بمرفق عام [304] .

وهذا ما دفع البعض إلى القول بأن عقد B.O.T يمكن أن يكون عقداً إدارياً في فرنسة ولكنه لا يمكن أن يصير عقداً إدارياً في مصر وإنما هو عقد من عقود القانون الخاص [305] ، وإن الشروط الموضوعة بين جهة الإدارة وشركة المشروع في عقد B.O.T لا تتضمن شروطاً استثنائية بالمعنى المقصود في فقه القانون الإداري وإنما تندرج وتتوافق والقانون الخاص [306].

ونحن نرى عدم صحة هذا الرأي باعتبار أن الشروط غير المألوفة تطبق في نطاق العقد متى اتصل هذا العقد بالمرفق العام أصلاً .

ثانياً – عدم توفر أركان المرفق العام بالمعنى المقصود في القانون الإداري والعقود الإدارية في عقد B.O.T :

يقوم المرفق العام بالمعنى المقصود في القانون الإداري على ثلاثة أركان هي :

(**304**) – عمرو أحمد حسبو ، المرجع السابق . ص/59/ .

ويراجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /101 و 102/ .

(**305**) – سامي عبد الباقي أبو صالح ، "البنيان التعاقدي لمشروعات الـ B.O.T " ، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية المنظمة بواسطة مركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية في القاهرة 13–14 تشرين أول 2001 ، ص/14/ .

(**306**) – أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص/196/ .

1- أن يكون هناك نشاط منظم أي مشروع .

2- استهداف النفع العام .

3- خضوع المشروع لهيمنة السلطة العامة .

ويعدُّ الركن الثالث أهم أركان المرفق العام لأنه العنصر الذي يميزه عن المشروعات الخاصة ذلك أن الركنين الأولين يتوفران سواء في المرافق العامة أو في المشروعات الخاصة . وإن المقصود بركن خضوع المشروع لهيمنة السلطة العامة ليس مجرد خضوعه لرقابة وإشراف الإدارة فإن هذا الخضوع لا تختص به المرافق العامة وحدها بل يشمل مختلف أوجه النشاط الفردي والمشروعات الخاصة ، وإنما يقصد به سيطرة السلطة العامة على المشروع وتوليها لإدارته بطريق مباشر أو غير مباشر ، وإن هذا الركن يكون واضحاً كل الوضوح في حالة تولي السلطة العامة إدارة المشروع بطريقة مباشرة ، ولكنه يكون أقل وضوحاً في حالة إدارة المشروع بطريق غير مباشر كطريقة عقد الالتزام ، ومع ذلك تعتبر هيمنة الحكام متوفرة في هذه الحالة طالما أن للإدارة والسلطة العامة الكلمة الأخيرة أو النهائية في إنشاء المشروع وفي تحديد قواعد تنظيمه وسيره .(307)

ويرى جانب من الفقه أن أركان المرفق العام وبخاصة ركن خضوع المشروع لهيمنة السلطة العامة بالمعنى المذكور لا تتوفر في إطار عقود B.O.T .

ذلك أن الكلمة الأخيرة في قواعد تنظيم المشروعات المنفذة بعقود B.O.T وتسييرها – بحسب أنصار هذا الاتجاه – لا تخضع لهيمنة السلطة العامة فهذه الأمور تكون بيد شركة المشروع . ويترتب على ذلك أن الاتفاق أو

(**307**) – محمود محمد حافظ ، "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص/27و28/ .

المشروع يخرج من دائرة العقود الإدارية والقانون العام وامتيازاته ليدخل في دائرة القانون الخاص [308] .

المطلب الثاني

الحجج المستندة إلى تكوين عقد B.O.T وشروطه التعاقدية وصياغته وصوره العقدية

تمهيد :

يذهب أنصار الطبيعة الخاصة لعقود B.O.T إلى أن ملكية المشروع لأصول المشروع تنفي عن العقد الصفة الإدارية ، كذلك فإن نصوص العقد نفسه تنص صراحة في بعض الأحيان على أنه عقد مدني أو تجاري ، كما أن صياغة نصوص العقد وما قد تتضمنه من شرط الثبات التشريعي وثبات العقد ، ينفي عنه الصفة الإدارية .

أولاً – ملكية شركة المشروع في عقد B.O.T لأصول المشروع ومكوناته وسيطرتها عليه وإدارتها له تنفي الصفة الإدارية عن العقد :

يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن المتعاقد أو المستثمر يملك جميع أصول المشروع مع وعد بنقل الملكية إلى الدولة في نهاية مدة العقد ، وإن

---

(308) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص/246/ وما بعدها .
ويراجع في ذلك : أحمد رشاد ومحمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص/195/ وما بعدها .
دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية . البوت" ، المرجع السابق ، ص/180/ .

القول بالطبيعة الإدارية لعقود B.O.T تتعارض مع ملكية شركة المشروع للمرفق محل التعاقد [309] .

ثانياً – إن نصوص عقود B.O.T نفسها تنفي صراحة الصفة الإدارية للعقد في بعض الأحيان وتؤكد أنها عقود مدنية وتجارية :

ويستشهد أصحاب هذا الرأي بنصوص بعض العقود التي أبرمت في مصر وفق نظام B.O.T والتي نصت صراحة على أنها ذات طبيعة مدنية وتجارية ، ومن ذلك ما جاء في العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن لتوليد الكهرباء ، حيث نصت المادة 4/18 منه على أن ((توافق – هيئة كهرباء مصر – موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية .. تعتبر تصرفات خاصة وتجارية)) .

واستناداً إلى مبدأ أنه لا اجتهاد مع صراحة النص فإنه لا مجال لإقحام الطبيعة الإدارية على هذه العقود [310] .

ويؤكد أصحاب هذا الرأي أن الشروط والبنود التجارية التي يتضمنها عقد B.O.T طبقاً لما جرى عليه العرف والتعامل هي تطبيق لعلاقات القانون الخاص [311] .

(**309**) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص/245/ .

(**310**) – محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /80/ .

(**311**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق ، ص /248/ .

ثالثاً – إن ورود أي من شرطي الثبات التشريعي والثبات العقدي في عقود B.O.T ينفي الطبيعة الإدارية عنها ويؤكد خضوع هذه العقود لأحكام القانون الخاص :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن قبول الدولة في عقد B.O.T لشرطي الثبات التشريعي والثبات العقدي اللذين يعنيان عدم جواز تطبيق أي قانون جديد على العقد المبرم وعدم جواز أي تغيير في العقد بإرادة منفردة للإدارة يعد دليلاً كاملاً على عدم توفر خصائص العقد الإداري في عقد B.O.T [312] , وأن هذا العقد هو من قبيل عقود القانون الخاص باعتبار أن الدولة تتعاقد على قدم المساواة مع الطرف الآخر [313] .

رابعاً – إن التباين والاختلاف بين صيغ ونصوص عقود B.O.T وتعدّد صور هذه العقود يجعل من غير الممكن تكييفها مسبقاً كحزمة واحدة بأنها عقود إدارية :

يرى أصحاب هذا الرأي إلى أنه ليس هناك صيغة نموذجية واحدة لعقد B.O.T , فلكل عقد شروطه ونصوصه التي يتم الاتفاق عليها , فهي تختلف من مشروع لآخر ومن بلد لآخر ، فكل مشروع هو خلطةٌ فريدة [314]. كما أن عقود B.O.T تبرم وتنفذ من خلال صور أو هياكل تعاقدية متعددة وأن الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط به تختلف من عقد لآخر , لذلك فمن المستحيل وضع تكييف عام واحد

---

(312) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /180/ .

(313) – محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /116/ ، خالد بن محمد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص /65/ .

(314) – راجع :

- Charles Walker and A.Smith, op.cit,p31.

ينطبق على هذه العقود بمختلف صيغها ونصوصها وبشتى صورها وفي جميع الحالات , لذلك يتعين تكييف كل عقد على حده في ضوء شروطه [315] .

المطلب الثالث

الحجج المستندة إلى سياسة تشجيع الاستثمار ومتطلبات التجارة الدولية

يذهب بعض الفقه إلى أن تكييف عقود B.O.T بأنها من عقود القانون الخاص وأن خضوعها لأحكام القانون المدني والتجاري يتفق مع سياسة تشجيع الاستثمار والتنمية الاقتصادية ومتطلبات التجارة الدولية .

ويدعم أصحاب هذا الاتجاه رأيهم بأن اعتبار عقود B.O.T من قبيل العقود الإدارية يؤدي إلى تخوف الشركات ورجال الأعمال في استثمار أموالهم في الدول التي تعتنق هذا التكييف وذلك تجنباً للمخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن يتعرضوا لها [316] .

ويقول أنصار هذا الرأي أن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل للتعاقد شأنها في ذلك شأن الشخص الخاص حتى تتحقق مصالحها المادية .

وإن الاعتبارات العملية في التجارة الدولية تقتضي من الدولة اللجوء إلى العقود المدنية والتجارية والابتعاد عن أساليب القانون العام الذي يفسد تلك العلاقات العقدية .

---

(315) – خالد بن محمد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية"، المرجع السابق ، ص /72و73/ .

(316) – محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /79/ .

ويدعم أنصار هذا الاتجاه رأيهم بأن سيادة الدولة محدودة النطاق داخل إقليمها وبالتالي فإنها لا تتمتع بأية سلطات استثنائية على المتعاقد الأجنبي إلا بمقدار ما تسمح به الشروط العقدية [317] .

ويذهب جانب من الفقه المصري إلى أبعد من ذلك لدرجة القول بأن تطبيق أحكام العقد الإداري على عقود B.O.T يشكل دعوة مناهضة ومضادة لسياسة الدولة المعلنة بدعوة المستثمرين وطنيين وأجانب بإقامة هذه المشروعات الضخمة من أجل التنمية الاقتصادية [318] .

وإن التدقيق في هذا الاتجاه وبهذه الطريقة في الدراسات القانونية يؤكد أن ذلك لا يعدو أن يكون اتجاهاً تبريرياً لسياسات الحكومة في وقت معين . فإذا اتجهت الدولة نحو تشجيع الاستثمار يتم تسخير الفقه القانوني لتأييدها ، وعندما كانت قد اتجهت الدولة باتجاه معاكس تماماً من تضييق على الاستثمار بل وتأميم للمشروعات الخاص يتم تسخير الدراسات القانونية لتبرير سياساتها . وإن هذا بالتأكيد ليس هو دور الدراسات القانونية والفقه القانوني . باعتبار أن تلك الدراسات وذلك الفقه يتعين أن يكون موجهاً ومرشداً للمشّرع وللحكومات ، وذلك حتى تتجه سياسة الحكومة الوجهة الصحيحة وتؤتي ثمارها المرجوة في إطار الحفاظ على المصالح الأساسية للدولة ومواطنيها وعدم إغفال المصالح المشروعة للمستثمرين في ذات الوقت [319] .

وبذلك نكون قد استعرضنا مجموعة الحجج التي نادى بها أصحاب الاتجاه التعامل بتكييف عقود B.O.T على أنها من عقود القانون الخاص .

(**317**) – خالد عبد الله العطية , المرجع السابق ، ص /65و66/ .

(**318**) – عبد السند حسن يمامة , "نظام البوت B.O.T وفقاً لأحكام التشريع المصري" ، الطبعة الأولى ، 2000 ، ص /99و135/ .

مشار إليه من قبل الدكتور محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /80/ .

(**319**) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /135/ .

المبحث الثالث
الرأي الذي نؤيده بشأن
التكييف القانوني لعقود B.O.T

تمهيد وتقسيم :

نخصص هذا المبحث لبيان الرأي الذي نؤيده بشأن الطبيعة القانونية لعقود B.O.T وتدعيمه بمزيد من الأدلة والأسانيد ، ثم نبين تكييف عقود B.O.T وتحديد موقعها الخاص ضمن طبيعتها وبيئتها القانونية العامة .

وعلى ذلك فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول – تأكيد الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T .

المطلب الثاني – عقود B.O.T والتطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة .

المطلب الأول
تأكيد الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T

تمهيد :

لا شك في الطبيعة الإدارية لعقد B.O.T فهو يحتوي جميع أنواع الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص والتي استقر الفقه والقضاء على اعتبارها الشرط المميز للعقد الإداري أصلاً ، وكذلك فإن شرط ارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام يقع في صميم تكوين هذا العقد .

وإن ما ذهب إليه جانب من الفقه في نفي الصفة الإدارية عن عقد B.O.T استناداً إلى صراحة نصوصها العقدية بأنها عقود خاصة وتجارية في بعض الحالات ، وصياغتها وتعدد صورها التعاقدية وتضمينها في بعض الأحيان ما يسمى بشرط الثبات التشريعي ، هو أمرٌ يتنافى مع التكييف القانوني الصحيح للعقود ويؤكد الصفة الإدارية للعقد .

أولاً – احتواء عقود B.O.T على جميع أنواع الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص :

استقر الفقه الإداري على التعريف بالشروط الاستثنائية بأنها :

((نصوص موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحريّة بين المتعاقدين في نطاق القوانين المدنية والتجارية)) [320] .

كما ذهب الفقه الإداري إلى تصنيف الشروط الاستثنائية ضمن عدة أنواع هي :

1- الشروط التي تتضمن امتيازات للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد .
2- الشروط التي تخول المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير .
3- الشروط التي تشكل قيوداً على الإدارة نفسها تجاه المتعاقد وتمنحه امتيازات في مواجهة الإدارة .

(**320**) – راجع في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية stein الصادر في 1950/1/20 ، المنشور في المجموعة ، ص /505/ .

ويراجع في ذلك أيضاً سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /88/ .

وراجع في الفقه الفرنسي:

- Laubadére.A, Delvolvé.P, Moderne, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1983, T1, p213.

4- الشروط التي لا يمكن تفسيرها أو تنفيذها إلا في ضوء نظريات وأحكام القانون الإداري .

5- شرط اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام [321].

وإن المدقق في عقود B.O.T يجد أن جميع أنواع الشروط الاستثنائية متحققة فيها ، وذلك وفق التفصيل التالي :

1- الشروط التي تتضمن امتيازات للجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد :

أ - طريقة إبرام عقود B.O.T :

إن طريقة إبرام عقود B.O.T تشكل بحد ذاتها شروطاً استثنائية ، فجميع عقود B.O.T التي أبرمتها الحكومة المصرية تمت عن طريق مناقصات عامة عالمية [322] وإن نظام المناقصة يقتضي أن يلتزم المتعاقد بالبقاء على إيجابه حتى يتم إرساء المناقصة أما الإدارة فلا تلتزم إلا في وقت متأخر أي بعد اعتماد المناقصة وقد لا تلتزم إطلاقا [323] .

(**321**) - سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /91/ وما بعدها . أحمد عثمان عياد ، المرجع السابق ، ص/76/ وما بعدها ، مصطفى عبد المقصود سليم ، "معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة . 1995 ، ص /101/ وما بعدها . ثورية لعيوني ، معيار العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1987 ، ص /214/ وما بعدها.

(**322**) - محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص/94/ .

(**323**) - تنص المادة /25/ من القانون رقم /51/ لعام 2004 في سورية الخاص بنظام العقود للجهات العامة على أن ((يبقى المتعهد المرشح مرتبطاً بعرضه طيلة المدة المحددة لهذا الارتباط في دفاتر الشروط أو الإعلان أو العرض وإذا لم يبلغ أمر المباشرة خلال ذلك حق له خلال سبعة أيام تلي انتهاء المدة المذكورة أن يتخلى عن عرضه بكتاب خطي مسجل في ديوان الجهة العامة التي أجرت المناقصة وإلا يتجدد حكماً ارتباطه بعرضه مدة أخرى ... وهكذا في كل مرة . على أن لا تتجاوز مدة ارتباط المتعهد بعرضه ستة أشهر)) .

وإن هذا الوضع لا يمكن أن يفهم إلا في ضوء أحكام العقود الإدارية وهو يتناقض أصلاً مع المبدأ الأساسي في عقود القانون الخاص وهو مبدأ المساواة بين المتعاقدين [324] .

ب – سلطة الإدارة بالرقابة والإشراف تجاه شركة الشروع :

من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها عقود B.O.T أن الإدارة تملك سلطة الرقابة والإشراف في مواجهة شركة المشروع خلال جميع مراحل العقد . فللإدارة سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد والتأكد من أن ذلك التنفيذ قد تم وفق الشروط والمواصفات المحددة في العقد , إضافة إلى الرقابة المالية على شركة المشروع من حيث تفتيش حسابات المتعاقد , وتعيين مدقق حسابات وإلزامه بتقديم تقارير دورية عن الإيرادات والوضع المالي . ومن ذلك ما نص عليه العقد الجاري بتاريخ 2001/2/12 وفق نظام B.O.T في سورية بين المؤسسة العامة للاتصالات من جهة وشركة انفستكوم كلوبال ليمتد من جهة أخرى بشأن إنشاء شبكة اتصالات خلوية " G S M " حيث نصت المادة 3/15 منه 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 المتعاقد ((مسك سجلات وقيود محاسبية بما يضمن حقوق الإدارة والمشتركين وإجراء المطابقات المحاسبية مع الإدارة .. من خلال نظام محاسبي تشرف عليه الإدارة وكذلك تمكين الإدارة من الاطلاع وتدقيق القيود المالية للمشغل بما يضمن حقوقها المالية وبالطريقة التي تراها مناسبة)) .

ومن الثابت أن سلطة الرقابة والإشراف وفق ما ذكر تثير امتيازات السلطة العامة وهو ما يعد شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون

(**324**) – محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص /95/ .

الخاص وإن مرجع ذلك أن العقد ينصب أساساً على مرفق عام وهو ما يقتضي تخويل الإدارة الوسائل التي تضمن حسن تنفيذ العقد لضمان دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

ج – حق الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد :

يتميز نظام الجزاءات في العقود الإدارية بخاصية أساسية وجوهرية وهي أن الإدارة المتعاقدة تتمتع في هذا المجال بحرية التصرف التي لا مقابل لها في القانون الخاص ، ومن ثم فإنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء مقدماً [325] ،

ولعلّ أهم مظاهر هذه الجزاءات تتمثل في فرض غرامات التأخير وسحب التعهد .

– فرض غرامات التأخير :

إن عقود B.O.T أعطت الإدارة الحق في فرض غرامات التأخير كجزاء إداري يهدف إلى ضمان تنفيذ العقد في مواعيده وتطبيقاً لقاعدة ضرورة دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد .

فقد تضمن العقد المبرم في سورية بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم آنف الذكر في المادة /11/ منه أنه إذا تأخر المتعهد بتنفيذ المشروع عن المدد والمواعيد المحددة في العقد ودفاتر الشروط الخاصة بالمشروع .. فتفرض عليه غرامة تأخير يومية قدرها 0.1 % واحد بالألف من القيمة التقديرية لمعدات المرحلة المتأخرة من المشروع على أن لا يتجاوز مجموع هذه الغرامات نسبة 20% عشرون بالمائة من قيمة معدات المرحلة المتأخرة من المشروع ولو لم يلحق بالإدارة أي ضرر .

(**325**) – هارون عبد العزيز الجمل ، "الجزاءات في عقود الأشغال العامة" ، جامعة عين شمس، القاهرة ، 1979 ، ص /53/ .

كذلك فإن العقود المبرمة وفق نظام B.O.T في مصر لإنشاء مطارات العلمين ورأس سدر ومرسي علم وكذلك عقد كهرباء سيدي كرير قد تضمنت جميعها قواعد حساب غرامات التأخير في حالة تأخر شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها عن المواعيد المحددة في العقد [326] .

ومن المبادئ القانونية أن غرامات التأخير تعد جزاءً إدارياً وهو ما تتميز به العقود الإدارية وحدها [327] .

- حق الإدارة بسحب التعهد :

(**326**) – محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /101/ وما بعدها .

(**327**) – وقد بيّنت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها الفرق بين غرامات التأخير كجزاء إداري والتي تتميز بها العقود الإدارية ، والجزاءات المدنية المعروفة في عقود القانون الخاص كالغرامة التهديدية ، والشرط الجزائي ، فقضت بأن ((.. غرامات التأخير والتخلف عن التنفيذ التي ينص عليها في العقود الإدارية تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي في العقود المدنية ، إذ أن هذه الغرامات جزاء قصد بها ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته في المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام ، وهي بهذه المثابة لا تستهدف تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما تتوخى من تأمين سير المرافق العامة واطراد عملها ولذلك يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها في العقد من تلقاء نفسها دون حاجة للالتجاء إلى القضاء للحكم بها ، وذلك بمجرد وقوع المخالفة التي تقررت في ذمتها للمتعاقد المتخلف ، ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت الضرر للإدارة من جراء إخلال هذا المتعاقد بالتزاماته ، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينازع في استحقاقها للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر الحقيقي . ولا يعفى هذا المتعاقد من الغرامة إلا إذا ثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى فعل جهة الإدارة المتعاقدة معه ..)) ، الحكم 61 – 2 (1960/9/21) 1317/136/5، مذكور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مجلس الدولة المصري ، المكتب الفني ، القاهرة ، 1997 ، ص /490/ . وانظر أيضاً حكمها رقم 3683 – 36 (11/29/ 1994) ، مذكور في مجموعة الخمسين عاماً أيضاً ، المرجع السابق ، ص /492/ .

لا شك في أن النص في عقد B.O.T على حق الإدارة بحسب التعهد هو من الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها . ومن ذلك ما نصت عليه العقود المبرمة وفق نظام B.O.T سواء في عقد كهرباء سيدي كرير في مصر [328] أو في عقد إنشاء الهاتف الخلوي في سورية والمشار إليه آنفاً حيث نصت المادة /39/ من العقد الأخير على أحقية الإدارة بسحب التعهد .

د- اشتراط موافقة جهة الإدارة على أي تصرف من شركة المشروع بحقوقها في عقود B.O.T يؤدي إلى التنازل عنها أو إحالتها للغير :

من المبادئ الأساسية التي تحكم العقد الإداري التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ شخصياً , ذلك أنه نظراً إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها سواء من حيث قدراته المالية وكفاءته الفنية أو من حيث الخبرة وحسن السمعة أو الجنسية وغير ذلك , وبالتالي فإن الاعتبار الشخصي يوضع في المقام الأول سواء بشأن اختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد [329] .

وإن اختيار الملتزم في عقود B.O.T يتم لاعتبارات شخصية في الملتزم وبالتالي فلا يجوز للملتزم النزول عن التزامه لغيره وإلا كان باطلاً [330] .

(**328**) – محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /107/ .

(**329**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /418/ . ويراجع في ذلك : عبد العليم عبد المجيد مشرف ، "فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص /53/ وما بعدها .

(**330**) – إبراهيم ذكي , "نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية " ، بحث المشار إليه سابقاً .

ولا شك في أن تنازل المتعاقد عن العقد وإحلال غيره مكانه يشكل إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي [331] .

وتنص عقود B.O.T عادة على أنه لا يجوز لشركة المشروع أن تتنازل للغير عن حقوقها أو التزاماتها في العقد , وهذا ما نصت عليه جميع عقود B.O.T التي أبرمتها مصر والمشار إليها آنفاً [332] . وهو ما تضمنه أيضاً عقد إنشاء الهاتف الخلوي المبرم في سورية بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم المشار إليه آنفاً وذلك في المادة /13/ منه بعنوان التنازل عن العقد والعقود الثانية حيث نصت المادة المذكورة على أنه لا يحق للمتعهد أن يتنازل عن أي عمل أو جزء من الأعمال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها إلا بموافقة خطية من الإدارة .

إن هذا الالتزام بالتنفيذ الشخصي من قبل شركة المشروع ينهض قرينة واضحة على الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T .

(**331**) – قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه "لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره – في تنفيذ التزاماته – أو يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغائه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم .. "

حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 27/يناير 1957 .

وفي السياق نفسه قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه "من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن .."

حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1963/12/28 .

راجع في ذلك : جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام"، المرجع السابق ، ص /132/ وما بعدها .

(**332**) – محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق ، ص /110/ .

هـ – النص على حق الإدارة بتعديل العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة :

كذلك فإن النص في عقود B.O.T على حق الإدارة بتعديل العقد أو إنهائه بإرادتها المنفردة هو من الشروط التي تعطي امتيازات لجهة الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها [333] .

ومن ذلك ما نصت المادة /40/ منه على أنه ((إذا قام المتعهد / المشغل بمخالفة الشروط الفنية الواردة في دفتر المواصفات الفنية ودفتر الشروط الحقوقية والقانونية المتعاقد عليها يحق للإدارة – أو للجهة المخولة في الدولة – إنهاء العقد حسب الأصول بعد أن يعطى المشغل مدة /6/ أشهر لإزالة المخالفات ... " .

وما من شك في أن النص في عقود B.O.T على حق الإدارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة في الحالات المذكورة يرتكز على القواعد التي تحكم سير المرافق العامة , ويؤكد الطبيعة الإدارية لهذه العقود .

وإن مجرد النص في العقد على سلطة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة إذا أخلّ المتعاقد بأي شرط من شروطه ، يعد شرطاً استثنائياً كافٍ بذاته لاعتبار العقد عقداً إدارياً [334] .

2– الشروط التي تخول المتعاقد امتيازات في مواجهة الغير :

من الثابت أن عقود B.O.T تتضمن شروطاً تخول المتعاقد بعض امتيازات السلطة العامة تجاه الغير . والمثال الأبرز على ذلك حق اقتضاء رسوم من المنتفعين ، ومن ذلك ما تضمنه عقد إنشاء الهاتف الخلوي في سورية بموجب العقد المبرم بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم آنف الذكر فقد بيّنت المادة /17/ منه الإيرادات الإجمالية للمشغل ونصت على أن

(**333**) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص /92/ .

(**334**) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد عليها" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص /27/ .

تلك الإيرادات تتألف من أجور التخصيص بالهاتف الخلوي /20000/ل.س كحد أقصى .. وأجور الاشتراك الشهري بالهاتف الخلوي /600/ل.س إضافة إلى أجور المزايا الهاتفية للهاتف الخلوي /50/ل.س شهرياً لكل ميزة ، وأجرة الدقيقة الهوائية المحددة بـ /4/ل.س قابلة للتعديل باتفاق الطرفين ، كما نصت المادة /28/ من العقد المذكور على أن تحصيل هذه الإيرادات يبقى من مسؤولية المشغل وأن الإدارة غير مسؤولة عن الإيرادات الإجمالية للمشغل المتحققة وغير المحصلة .

كذلك فإنه من النصوص المألوفة في عقود B.O.T تلك التي تعطي شركة المشروع الحق في طلب نزع الملكية للنفع العام أو شغل عقارات الغير والتمتع بارتفاقات على أملاك الغير , وهو ما تضمنته عقود إنشاء المطارات في مصر المبرمة وفق نظام B.O.T والمشار إليها سابقاً , حيث جاء فيها ((يمنح 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 ..)) [335] .

ولا شك في أن تضمين عقود B.O.T هذه الشروط يؤكد الطبيعة الإدارية لهذه العقود .

3- الشروط التي تشكل قيوداً على الإدارة نفسها تجاه المتعاقد وتمنحه امتيازات في مواجهة الإدارة :

فالشروط الاستثنائية وغير المألوفة لا تتضمن حصراً منح امتيازات للمتعاقد مع الإدارة بل قد تتمثل في وضع قيود على الإدارة نفسها [336] .

(**335**) – محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /113/ .

(**336**) – مصطفى عبد المقصود سليم ، "معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة" ، المرجع السابق ، ص /104و105/ .

ولعل أهم شرط في هذا المجال هو الشرط المسمى شرط الثبات التشريعي والذي ينص صراحة أن القانون الذي يسري على العقد هو القانون النافذ وقت إبرام العقد , ومن ذلك ما نص عليه عقد كهرباء سيدي كرير في مصر [337] .

وقد حاول البعض اعتبار هذا الشرط دليلاً على أن الدولة تتعاقد على قدم المساواة مع المتعاقد الآخر في العقد , غير أن التدقيق في هذا الشرط يؤكد أنه شرط استثنائي لا يمكن تصور وجوده في عقود القانون الخاص وهو ما يؤكد الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T , وسوف نأتي على بحث هذا الشرط مفصلاً في موقعه من البحث .

وكذلك فإن من الشروط التي تمنح المتعاقد مع الإدارة امتيازات في مواجهة الإدارة نفسها تلك الامتيازات والإعفاءات الضريبية والجمركية للمشروعات المنفذة بنظام B.O.T تلك الامتيازات والإعفاءات التي لا يتصور وجودها في عقود القانون الخاص وهو ما يؤكد الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T .

وتجدر الإشارة إلى أن مثل هذه الامتيازات والإعفاءات الضريبية والجمركية لا تتم بموجب العقد نفسه وحسب وإنما يقررها القانون .

ولعل أحد أهم طرق الدعم الحكومي لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص هو منح شركة المشروع إعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ، أو تخفيض هذه الضرائب والرسوم أو تقرير ميزة بشأنها . بل إن التشريعات الوطنية غالباً ما تنص بشأن الاستثمار الأجنبي على أنظمة ضريبية خاصة Special Tax Regimes لتشجيع الاستثمار [338] .

---

(337) – محمد الروبي , المرجع السابق ، ص /115/ .

(338) – حسن الهنداوي ، "مشروعات B.O.O.T " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007، ص /118/ .

4- الشروط التي لا يمكن تنفيذها وتفسيرها إلا في ضوء نظريات وأحكام القانون الإداري :

ومن ذلك الشروط التي تضمن حق شركة المشروع في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله في ظروف معينة ,

ومن ذلك ما نص عليه عقد إنشاء مطار العلمين في مصر حيث جاء في المادة 10/د منه أنه ((إذا لحق ضرر 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)) .

ومن الواضح أن نظرية التوازن المالي للعقد تتخذ بعداً جديداً في عقود B.O.T بحيث تستهدف ضرورة تعادل التزامات الطرفين [339] .

كذلك فإن النص في عقد B.O.T على أن يكون اختصاص النظر بالمنازعات الناشئة عن هذا العقد عائداً إلى القضاء الإداري يشكل شرطاً استثنائياً يؤكد الطبيعة الإدارية للعقد ,

ومن ذلك ما نصت عليه عقود إنشاء المطارات في مصر وكذلك عقد إنشاء الهاتف الخلوي في سورية آنف الذكر في المادة /31/ منه .

ويؤكد الفقه الإداري والقضاء الإداري أن هذا الشرط هو بمثابة إفصاح عن نية المتعاقدين في إخضاع عقودهم للقانون العام ومن ثم فهو من قبيل الشروط غير المألوفة التي تضفي على العقد الصفة الإدارية [340] .

(**339**) - جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقود الالتزام " ، المرجع السابق ، ص /162/ .

(**340**) - أحمد عثمان عياد , "سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري " ، المرجع السابق ، ص /84و85/ .

5- اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام :

يقرر الفقه والقضاء الإداريان أن العقد يكون إدارياً إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى إشراك المتعاقد مباشرة في تسيير المرفق العام [341] .

فإذا كان موضوع العقد يؤدي إلى اشتراك المتعاقد مباشرة في تسيير المرفق العام فإنه يكون عقداً إدارياً حتى إذا لم يتضمن أية شروط استثنائية . وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الشهير في قضية الزوجين ((بارتان)) على اعتبار العقد إدارياً إذا كان يؤدي إلى اشتراك المتعاقد مباشرة في تسيير المرفق العام [342] .

ومما لا شك فيه أن عقود B.O.T لا تقوم على اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام وحسب وإنما تتجاوز ذلك إلى تنفيذ المرفق العام نفسه وإنشائه ابتداءً ومن ثم إدارته واستغلاله وتقديم الخدمة العامة موضوعه لجمهور المنتفعين . وإن الشكل الأول والصورة الأقوى للعلاقة بين المرفق العام والعقد هي تلك المتمثلة بتسيير أو تنفيذ المرفق ذاته من قبل المتعاقد [343] وإن ارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام يقع في صميم تكوين عقد B.O.T كما سنبين في الفقرة التالية .

الأمر الذي يجعل ذلك بحد ذاته شرطاً استثنائياً لا يتصور وجوده في عقود القانون الخاص .

كل ذلك مما يؤكد توفر جميع أنواع الشروط الاستثنائية في عقود B.O.T ويجعل طبيعتها الإدارية أمراً ثابتاً لا جدال فيه .

ثانياً - ارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام بشكل لا يقبل الانفصام:

استقر القضاء الإداري على أن مناط العقد الإداري أن يتصل بنشاط

(**341**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /96/ .

(**342**) – محمد عبد العال سناري ، "وسائل التعاقد الإداري .." ، المرجع السابق ، ص /31/ .

(**343**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /40/ .

المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة [344] .

ويرى جانب من الفقه أن مجرد وجود صلة بين العقد ونشاط المرفق يكفي لاعتبار العقد إدارياً , ويذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط أن تكون الصلة بين العقد ونشاط المرفق الذي يخدمه على درجة معينة من المتانة فيشترط لصيرورة العقد إدارياً أن يحقق حالاً ومباشرة غرضاً من أغراض المرفق العام [345] .

ومن الثابت أن عقود B.O.T لا تتصل بالمرافق العامة محل التعاقد وحسب بل إن ارتباطها يتجاوز الصورة التقليدية المتحققة بمجرد اتصال العقد بالمرفق ويتعدى ذلك لدرجة قيام شركة المشروع بإنشاء المرفق العام نفسه ابتداء ومن ثم إدارته وتشغيله واستغلاله طيلة مدة العقد ثم بعد ذلك تسليمه إلى الجهة الإدارية المتعاقدة وهو بحالة جيدة , وهو ما عبر عنه مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل بقيام المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته [346] .

وغالباً ما تكون موضوعات عقود B.O.T إنشاء مرافق عامة على درجة عالية من الأهمية وترمي لإشباع حاجات عامة أساسية كمحطات الكهرباء والمطارات والموانئ والطرق والاتصالات وغير ذلك من المرافق العامة .

---

(344) – قرار المحكمة الإدارية العليا في مصر صادر في 24 شباط 1968 , مشار إليه من قبل الدكتور سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /82/ .

(345) – سليمان الطماوي , المرجع السابق ، ص /82/ .

(346) – C.E, 25 – 10 – 1961, Geromini, p592.

- C.E, 12-2- 1964, Le page, R.p97.

- C.E, 6-3-1966, Ville – le Royan.R.p237.

وهو ما عبرت عنه محكمة التنازع أيضاً :

- T.C, 19- 5- 1958, Sté Myrtoon Steamsuip. R.p237.

الأمر الذي يجعل ارتباط عقود B.O.T بالمرفق العام هو ارتباط يدخل في صميم تكوين هذه العقود وهو يشكل أقوى صورة من صور ارتباط أي عقد إداري آخر بالمرفق العام .

أما ما يأخذه جانب من الفقه من عدم توافر أركان المرفق العام في عقد B.O.T بحجة فقدان ركن هيمنة السلطة العامة على المشروعات المنشأة بنظام B.O.T [347] فهو مأخذ لا يصمد أمام أي نقاش قانوني . فذلك الجانب من الفقه يرى أن الفارق بين التزامات المرافق العامة والتزامات المشروعات المنشأة بنظام B.O.T يكمن في كون المشروعات الأخيرة لا تخضع لهيمنة السلطة العامة فيها إذ أن الكلمة الأخيرة في قواعد تنظيمها وتسييرها تكون متروكة لتقدير شركة المشروع في ضوء الالتزامات المنصوص عليها بالعقد والقوانين المطبقة [348] .

ومن المتفق عليه أن خضوع المشروع لهيمنة السلطة العامة يعد أهم أركان المرفق العام , غير أنه مما لا شك فيه أن طرق إدارة المرافق العامة تتعدد وتختلف لاسيما من حيث درجة تدخل الدولة ، فمن الطرق ما تنطوي على هيمنة الدولة على المرفق هيمنة تامة كما في الإدارة المباشرة ، ومنها ما تقل فيه درجة رقابة الدولة بحيث يكون للأفراد ولأشخاص القانون الخاص مجال كبير في تمويل المرفق العام وإدارته كما هو الحال في عقد الالتزام [349] .

(**347**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /173/ .

(**348**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /246و247/ .

(**349**) – سليمان الطماوي , "مبادئ القانون الإداري – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة" ، المرجع السابق ، ص /59/ .

ويكـون ركـن خضـوع المشـروع لهيمنـة السـلطة العامـة واضـحاً كـل الوضوح في حالة تولي السلطة العامة إدارة المشروع بطريقة مباشرة ويكون أقل وضوحاً في حالة إدارة المشروع بطريق غير مباشر كعقد الالتزام , ومع ذلك تعدُّ هيمنة السلطة العامة متوافرة ومتحققة في هذه الحالة الأخيرة طالما أن للسلطة العامة أو للإدارة الكلمة الأخيرة أو النهائية في إنشاء المشروع وفي تحديد قواعد تنظيمه وسيره [350] .

ولا شك في أن شركة المشروع ليست مطلقة اليد في إنشاء المشروع وتحديد موضوعه وإدارته وتشغيله وتقديم الخدمات العامة موضوعه للمنتفعين , فالدولة هي التي تحدد المشروع وتحدد موضوعه وإن شركة المشروع ملتزمة بإنشاء المشروع وفقاً للمواصفات الفنية والهندسية والمخططات والتصاميم المحددة ولا يجوز لشركة المشروع الخروج عن ذلك أو تغيير جهة استثمار المشروع , أو تقديم خدماتها للجمهور بأسعار تزيد عما هو متفق عليه مع الإدارة أو بشكل أقل جودة , أي أنه يتوجب على شركة المشروع الالتزام بقواعد التنظيم والمواصفات المنصوص عليها بدفاتر الشروط وتملك الجهة الإدارية المتعاقدة دائماً حق الرقابة والإشراف على ذلك كله .

كل ذلك مما يجزم بأن إنشاء المشروع وتحديد موضوعه ومواصفاته المختلفة ومهامه وطاقاته الإنتاجية أو الخدمية ووضع القواعد التي تحكم تنظيمه وسيره ليس أمراً متروكاً لشركة المشروع البتة .

الأمر الذي يجعل ارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام , وتحقق جميع أركان وعناصر المرفق العام في هذا العقد يمثل الصورة الأقوى عما هي عليه في أي عقد إداري آخر .

(**350**) – محمود حافظ , "نظرية المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /28/ .

ثالثاً – تفنيد ودحض الحجج المستندة إلى نصوص عقد B.O.T وشروطه التعاقدية وصوره العقدية لنفي الصفة الإدارية عنه :

1- دحض الاستناد إلى نصوص عقود B.O.T للقول بأنها من عقود القانون الخاص بحجة أن هذه النصوص تنص صراحة في بعض الحالات على أنها ذات طبيعة مدنية أو تجارية ، أو تتضمن ما يسمى بشرط الثبات التشريعي .

أ – النص صراحة في عقد B.O.T على أنه عقد مدني أو تجاري :

لا بد من الإشارة بداية إلى أن النص صراحة في عقد B.O.T بأنه عقد خاص وتجاري هو أمرٌ نادر الحدوث ، وقد رصد الفقه المصري عقداً واحداً من عقود B.O.T التي أبرمتها الحكومة المصرية ورد فيه ذلك التصريح هو عقد كهرباء سيدي كرير [351] .

ومع ذلك فإنه من المبادئ القانونية أن العبرة في تكييف أي عقد هي لحقيقة ذلك العقد وليس للوصف الذي أطلقه الأطراف عليه أو للعبارات التي تضمنَّها هذا العقد , وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لمحكمة النقض في كل من سورية ومصر . فقد أكدت محكمة النقض السورية أن ((تكييف المحكمة لعقد بالتعرف من خلاله إلى نية المتعاقدين دون الوقوف عند النص الحرفي للألفاظ هو تسميته باسمه القانوني وهو من صميم اختصاص القضاء)) [352] ، كما أكدت محكمة النقض السورية أن ((للمحكمة بسط

(**351**) – محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/136/ .

(**352**) – قرار الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية رقم /23/ تاريخ 1976/5/18 ، وقرار محكمة النقض السورية الغرفة المدنية الأولى رقم /186/ أساس /327/ تاريخ 1998/4/16 ، منشور في "موسوعة القضاء المدني" للمحامي محمد أديب الحسيني ، دمشق ، 2004 ، الجزء الثالث ، القاعدة /4433/ ، ص /2180/ .

رقابتها وإعطاء الوصف القانوني الصحيح للعقد في ضوء ما تستنبطه من إرادة المتعاقدين)) [353] . وذلك تطبيقاً للمبدأ العام في ذلك والمتمثل في أن ((العبرة في تكييف العقود هي لحقيقتها ولا تأثير للوصف الذي يضفى عليها)) [354] . وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية التي أكدت أن ((المناط في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف ، أو ضمّنوها من عبارات ، إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون منها)) [355] .

كذلك فقد بينت محكمة النقض المصرية أن ((العبرة في تكييف العقود هي بحقيقة ما عناه العاقدون منها ... ومتى تبينت محكمة الموضوع إرادة العاقدين على حقيقتها ، فإن عليها أن تكيفها بعد ذلك التكييف الصحيح غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقدين)) [356] .

كل ذلك مما يؤكد أن ورود عبارة في عقد B.O.T بأنه عقد خاص وتجاري لا يمكن أن يغير من الطبيعة القانونية والتكييف القانوني لذلك العقد .

(**353**) – قرار محكمة النقض السورية ، الغرفة المدنية الثانية رقم /1469/ أساس /2161/ تاريخ 2000/10/22 ، منشور في "موسوعة القضاء المدني" للمحامي محمد أديب الحسيني ، المرجع السابق ، القاعدة /4431/ ، ص /2180/ .

(**354**) – قرار محكمة النقض السورية ، الغرفة المدنية الثانية ، قرار/793/ أساس /1369/ تاريخ 1997/6/29 ، منشور في "موسوعة القضاء المدني" للمحامي محمد أديب الحسيني ، المرجع السابق ، القاعدة /4428/ ، ص /2179/ .

(**355**) – حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1977/6/22 منشور "مجموعة النقض" السنة الثامنة والعشرون ، ص/1470/ .

(**356**) – حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1971/12/28 ، منشور "مجموعة النقض" السنة الثانية والعشرون ، ص/1115/ .

ب- النص على شرط الثبات التشريعي في بعض عقود B.O.T :

يشكل هذا النص أحد الأسباب التي يستند إليها جانب من الفقه لنفي الصفة الإدارية عن عقد B.O.T ، والزعم بأن الدولة تتعاقد على قدم المساواة مع الطرف الآخر في هذه الحالة ، وأن ذلك يشكل قرينة على أن هذا العقد هو من عقود القانون الخاص .

وقد جاء مثل هذا النص في عقد كهرباء سيدي كرير في مصر حيث نصت المادة 3/5 منه تحت عنوان حالات تقصير الهيئة على ما يلي: ((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 ... و : أي تعديل في قوانين معمول بها في مصر أو تعديل في تفسيرها يؤدي إلى : 1- عدم مشروعية أو عدم نفاذ أو عدم صحة أو بطلان أو مسؤولية جوهرية على عاتق الهيئة بموجب هذه الاتفاقية أو اتفاقية حق الانتفاع . 2- عدم مشروعية قيام الشركة أو المقرضين بسداد أو استلام أي مدفوعات ، أو تنفيذ أي التزام أو التمتع بأي حق جوهري منصوص عليه في هذه الاتفاقية ، أو في اتفاقية حق الانتفاع ، أو في ضمان البنك المركزي أو في اتفاقية توريد الوقود ، أو تنفيذ مثل هذا الحق، أو أي إقرار أو اتفاق مباشر من الهيئة للمقرضين ..)) .

وإن المدقق في شرط الثبات التشريعي هذا يجد أن هذا الشرط نفسه هو من قبيل الشروط الاستثنائية التي تؤكد إدارية العقد . وإن إيراد مثل هذا الشرط في العقد يعد دليلاً واضحاً على أن العقد يحتوي شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاص [357] . ذلك أن تعهد الدولة بعدم ممارسة

(**357**) - محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /116/ .

سلطاتها في تعديل القوانين يعد في حد ذاته شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاص وهو ما يؤكد إدارية عقود B.O.T لا خصخصتها .

2- أما القول بأن التباين والاختلاف بين صيغ ونصوص عقود B.O.T وعدم وجود صيغة واحدة نموذجية ، إضافة إلى تعدد صورها العقدية يجعل من غير الممكن وضع تكييف واحد لها وينفي عنها الصفة الإدارية ويؤدي إلى وجوب تكييف كل صيغة عقدية وكل صورة منها على حدة ، فهو قول يتضمن خطأً في المنهج القانوني . ذلك أن هذا الرأي يخلط بين الشكل والموضوع . فلا علاقة بين مسألة صياغة نصوص عقد B.O.T وعدم وجود صيغة نموذجية واحدة وتعدد صوره التعاقدية من جهة وبين التكييف القانوني لعقد B.O.T وتحديد طبيعته القانونية من جهة أخرى .

فالمبادئ القانونية التي تحكم عقد B.O.T لا تتغير أياً كانت صياغة العقد وأياً كانت النصوص العقدية التي يتضمنها والصورة العقدية التي يظهر بها . وهذه المبادئ هي التي تحكم مسألة تكييف العقود عموماً وعقود B.O.T بشكل خاص وليس الصياغة والنصوص العقدية في أي عقد من العقود .

المطلب الثاني

عقود B.O.T والتطور الحديث

لعقد التزام المرافق العامة

لا شك في أن عقد الالتزام بمفهومه الأساسي هو أسلوب لإدارة المرافق العامة الاقتصادية ((المادة /634/ من القانون المدني السوري والمادة /668/

من القانون المدني المصري)) حيث تذهب الدولة لأسباب متعددة إلى التخلي عن إدارة المرفق لتعهد به إلى الملتزم ، وهو أمرٌ ثابت ومستقر قانوناً وفقهاً وقضاء في سورية ومصر وفرنسة .

والالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ، ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين [358] .

وترجع أهمية هذا العقد إلى أنه يخول فرداً عادياً أو شركة خاصة الحلول محل السلطة العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله [359] .

وعلى ذلك فإن إدارة المرفق هي الالتزام الجوهري الذي يقع على عاتق الملتزم بموجب هذا العقد ، وتلك هي الصورة التقليدية لعقد الالتزام ، غير أن ذلك لا يعني البتة أن قيام الملتزم بإنشاء المرفق العام ابتداء وإشادة المنشآت اللازمة لتسييره هو أمرٌ غريب عن عقد الالتزام بل هو أمرٌ معروف ويدخل في صميم عقد الالتزام ،

((فعقد الالتزام يوجب على الملتزم أن يؤدي الخدمات التي يتكون منها المرفق إلى العملاء ، وفي بعض الحالات يوجب عقد الالتزام على الملتزم أيضاً أن يقوم بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق العام وإدارته واستغلاله فيترتب في ذمة الملتزم بموجب عقد الالتزام التزامان :

الأول : القيام بالإنشاءات اللازمة لتسيير المرفق العام ، فمرافق الماء والكهرباء والغاز تحتاج إلى تمديدات في جوف الأرض وإعداد الأجهزة ومرفق السكك الحديدية يحتاج إلى مد القضبان الحديدية وإنشاء المحطات ، كذلك فقد احتاجت الشركة التي منحت التزام قنال السويس إلى إنفاق

(**358**) – حكم محكمة القضاء الإداري في مصر في 25/ آذار 1956 ، مشار إليه من قبل الدكتور جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /78/ .

(**359**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/110/ .

مصروفات باهظة في حفر القنال وما تحتاج إليه حركة السفن من منشآت وغيرها . فهذه المنشآت يجعلها عقد الالتزام عادة على الملتزم وقلَّ أن تعمد السلطة الإدارية إلى إقامة المنشآت بنفسها ثم تمنح بعد ذلك التزام المرفق للملتزم . والغالب أن الذي يدفع السلطة الإدارية إلى الالتجاء إلى طريقة الالتزام هو ما يتكلفه المرفق من نفقات باهظة في المنشآت اللازمة لتسييره مما يجعلها تفضّل أن تدير المرفق بطريق الالتزام فيتحمل الملتزم هذه النفقات ويستردها في المدى الطويل عن طريق استغلال المرفق .

الثاني : القيام بإدارة المرفق ، وهذا هو الالتزام الجوهري الذي يترتب في ذمة الملتزم ومن أجله منح الالتزام)) [360] .

ويذهب الفقه إلى أن متابعة التطور التاريخي لالتزام المرافق العامة تبين أن هذا الالتزام قد بدأ أولاً التزاماً بأشغال عامة Concession de Travaux Publics هي هذه المنشآت الضرورية لتسيير المرفق ، ويكون الالتزام بإدارة المرفق تبعاً لها ، ذلك أن استغلال المرفق وإدارته كان يعتبر هو المقابل الذي يأخذه الملتزم في نظير تنفيذ الأشغال العامة التي يتطلبها إنشاء المرفق .

ثم بدأ الالتزام بإدارة المرفق يتميز عن الالتزام بالأشغال العامة حتى أصبح مستقلاً عنه وساعد على ذلك تطور المرافق العامة المتعلقة بالمواصلات البرية والبحرية والجوية . بل أصبح الالتزام بالأشغال العامة تابعاً للالتزام بإدارة المرفق العام بعد أن كان متبوعاً [361] .

إن هذا الأصل التاريخي لعقد الالتزام يؤكد أن قيام الملتزم بإنشاء المرفق العام ابتداء وإشادة منشآته وتجهيزه وإظهاره إلى حيز الوجود هي

(**360**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، طبعة 1964 ، دار إحياء التراث العربي بيروت – لبنان ، ص /288و289/ .

(**361**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، المرجع السابق ، ص /289/ .

التزامات لا تشكل أي مساس بوصف العقد عقد التزام مرفق عام بل إنها التزامات تدخل تاريخياً في صميم عقد الالتزام أصلاً .

ثم إن تطور التعامل بين الملتزم والدولة بقيام الأخيرة بالالتزام بشراء الخدمة أو المنتج من الملتزم أو شراء حد معين منها لتقوم بتوزيعها على الجمهور بما يضمن حداً أدنى من الأرباح لشركة المشروع ، هو أمرٌ لا يغير البتة في التكييف القانوني للعقد ، فهذه مسائل تحددها طبيعة المشروع وما إذا كان توزيع الخدمة أو المنتج مقصوراً على سبيل الاحتكار على جهة حكومية أو شركات معينة [362] .

وسواء ورد اتفاق شراء الخدمة أو المنتج في عقد B.O.T نفسه وكان جزءاً منه أو أنه جاء في اتفاق مستقل بين الإدارة المتعاقدة وشركة المشروع فهو أمرٌ لا يغير من وصف عقد B.O.T بأنه عقد التزام مرفق عام ، باعتبار أن الصورة التقليدية التي يتقاضى فيها الملتزم المقابل على شكل رسوم يقوم بتحصيلها من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق ليست هي الصورة الوحيدة لتقاضي المقابل في جميع الحالات . فقد يكون من الضروري في بعض المرافق العامة التي يقتضي استغلالها نفقات باهظة للصرف على إقامة المنشآت ثم على الصيانة والإدارة ، أن تقدم السلطة الإدارية للملتزم معونة

---

(362) – والمثال البارز على ذلك في مصر هو مشروعات الكهرباء ، فتوزيع الكهرباء على الجمهور حكرٌ على الشركة القابضة لكهرباء مصر وشركات التوزيع التابعة لها . ومن ثم فإن شركة المشروع يحظر عليها توزيع الكهرباء ويقتصر الترخيص لها على عملية إنتاج الكهرباء . في مثل هذه الحالة تقوم الجهة الإدارية أو أية شركة تابعة لها تحددها الجهة الإدارية بإبرام اتفاق لشراء هذه الكهرباء المنتجة من المحطة التي تقوم ببنائها وتشغيلها شركة المشروع وفي هذه الحالة يكون اتفاق الشراء هو المصدر الرئيسي للدخل النقدي للمشروع .

راجع في ذلك : هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /97/ .

مالية في صور مختلفة ، فقد تمنحه معونات دورية أو قروضاً تسدد على آجال طويلة من ريع المرفق ، أو تكفل له ربحاً معيناً أو تكفل لأسهم الشركة سعراً معيناً للفائدة لا تنزل عنه [363] .

ولعل فكرة تملك شركة المشروع في عقد B.O.T لأصول وموجودات المشروع خلال مدة العقد ، حسبما يعتقد به البعض ، ثم قيامها بنقل تلك الملكية للدولة عند انتهاء مدة العقد ، هي التي دفعت العديد من الفقهاء إلى القول باختلاف عقود B.O.T عن عقود الالتزام [364] .

في حين أن شركة المشروع لا تتملك مطلقاً عناصر ومكونات المشروع أو المرفق العام وأن عبارة ((نقل الملكية)) التي جرى الفقه على استعمالها عند ترجمة مصطلح B.O.T على أنه ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) هي مجرد ترجمة حرفية للكلمة الإنكليزية Transfer مع أن هذه الكلمة لا تنطوي إطلاقاً على دلالة نقل الملكية فهي تنص على الإعادة ، لذلك فإن عبارة ((نقل الملكية)) التي جرى على استعمالها معظم الفقه لا تعبر عن حقيقة العلاقة بين الجهة الإدارية وشركة المشروع بل إنها تحمل مدلولاً قانونياً خاطئاً في الموقع الذي تستعمل فيه كما سبق وبيّنا ذلك مفصلاً [365] .

لذلك فإننا نرى أن عقد B.O.T التي تبرمه الدولة أو أحد أشخاص القانوني العام هو الصورة الحديثة لعقد التزام المرفق العام .

ويتعين القول أن تأكيد الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T هو الرأي السائد في النظم القانونية المقارنة . فالقانون الفرنسي وقوانين الدول التي تأخذ بنظام

(**363**) – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص /284/ .

(**364**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /172/ .

(**365**) – راجع ص /110/ .

القضاء المزدوج ومنها على سبيل المثال بلجيكا وإيطاليا والنمسا وتركيا واليونان والسويد وكثير من الدول الإفريقية ومنها الكاميرون والكونغو وساحل العاج ومالي والنيجر والسنغال وتشاد جميعها تأخذ باعتبار عقود B.O.T عقوداً إدارية وبالتحديد عقود التزام مرافق عامة [366] .

ولا يقف الأمر عند هذه النظم القانونية بل إن النظم القانونية الانجلوساكسونية التي لا تعترف بوجود عقود إدارية مميزة عن العقود العادية قد لحقت بها تطورات كبيرة بهذا الشأن وأصبح مألوفاً فيها أن تتعاقد الحكومة بنظام التزام المرافق العامة .

ونشير بهذا الصدد إلى أن مشروع إنشاء نفق المانش الذي يربط بين انكلترا وفرنسا والذي تم تنفيذه بنظام B.O.T قد جاء تحت عنوان اتفاق التزام مرافق عامة Concession Agreement واشتمل على الخصائص الرئيسية لعقد الالتزام [367] .

وعلى ذلك فإن ما نذهب إليه من تكييف عقود B.O.T بأنها عقود إدارية وأنها الصورة الحديثة لعقود التزام المرافق العامة هو الرأي القانوني الذي يعبر عن حقيقة هذه العقود وهو ما ينسجم مع التكييف القانوني لهذه العقود في أكثر دول العالم [368] .

(**366**) – محمد الروبي ، المرجع السابق ، ص /169/ .

(**367**) – محمد الروبي ، المرجع نفسه ، ص /172/ .

(**368**) – وعلى كل حال ، فإن فقه القانون الإداري المعاصر في فرنسا، يصنف عقود تفويض المرافق العامة (ولاسيما الالتزام) على أنها عقود إدارية دائماً بسبب موضوعها ذاته ، حيث يقول الفقيه Forge :

(.. Tous ces contrats, aujourdui.. sont nécessairement administratifs en raison de leur objet..).

راجع مؤلفه في القانون الإداري ، المرجع السابق ، ص /70/ .

القسم الثاني
عقد B.O.T من الناحية التطبيقية

تمهيد وتقسيم :

توصلنا في القسم الأول من البحث إلى نتيجة ثابتة بتكييف عقد B.O.T بأنه عقد إداري بكل معنى الكلمة , وأن جميع أنواع الشروط الاستثنائية متوافرة في هذا العقد إضافة إلى أن ارتباطه بالمرفق العام يدخل في صميم تكوين هذا العقد مما يجعل علاقة عقد B.O.T بالمرفق العام تشكل الصورة الأقوى عما هي عليه في أي عقد إداري آخر .

وإن عقد B.O.T , شأنه شأن أي عقد إداري آخر , يبرم بين طرفيه وهي الجهة العامة وشركة المشروع , غير أن ضخامة هذا العقد , وارتباطه الحتمي بشبكة من العقود والاتفاقات وما ينشأ عنه من عائلة عقدية – إن صح التعبير – كل ذلك يستوجب إجراءات خاصة وتقنية معينة لإبرام العقد .

كذلك فإن عقد B.O.T يرتب آثاراً عامة كأي عقد إداري آخر ، كما تترتب على هذا العقد آثارٌ خاصة ناجمة عن خصوصية عقد B.O.T وهي تشكل مسائل بالغة الأهمية عند دراسة هذا العقد من الناحية التطبيقية .

لذلك فإننا سنقسم الدراسة في هذا القسم إلى بابين :

- **الباب الأول** : إبرام عقد B.O.T .
- **الباب الثاني** : آثار عقد B.O.T .

الباب الأول

إبرام عقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

صحيح أن عقد B.O.T كأي عقد آخر فهو يبرم بإيجاب وقبول متطابقين بين طرفيه ، غير أن إبرام هذا العقد يستوجب إجراءات مسبقة بما فيها الاستحصال على الأذونات اللازمة أولاً كما أن خصائص هذا النوع من العقود تجعل بعض تقنيات إبرام العقود الإدارية هي الأكثر ملاءمة له .

لذلك فإننا نوزع الدراسة في هذا الباب على فصلين :

- **الفصل الأول** : الإجراءات السابقة على طرح المشروع للتعاقد .
- **الفصل الثاني** : تقنية الإبرام .

الفصل الأول
الإجراءات السابقة على طرح المشروع
للتعاقد بنظام B.O.T

تمهيد وتقسيم :

من الثابت أن عقد B.O.T هو عقد ضخم بجميع المعايير . فالمشروعات التي تنفذ بنظام B.O.T هي مشروعات اقتصادية على درجة عالية من الأهمية والحيوية وغالباً ما تكون من أعمال البنية التحتية أو الخدمات التي لا غنى للجمهور عنها , لذلك فإن إبرام هذا العقد يمر بإجراءات سابقة على التعاقد .

حيث تقوم جهة الإدارة بالعديد من الإجراءات قبل أن تعلن عن طرح مشروعٍ ما للتعاقد بنظام B.O.T . فيتعين على جهة الإدارة بداية أن تقوم بإعداد وثائق العقد وأن تحدد المشروع المراد تنفيذه بأسلوب B.O.T ، وتقوم بدراسات الجدوى اللازمة .

كما يتعين على جهة الإدارة الاستحصال على الأذونات اللازمة للتعاقد ، ويعد الإذن المالي بما يعنيه من رصد الاعتمادات المالية من الإجراءات السابقة على التعاقد في العقود الإدارية عموماً , غير أنه إجراء غير وارد في عقود B.O.T كما سيتبين لاحقاً .

أما الإذن التشريعي والإذن الإداري فهما إجراءات متوجبان قبل إبرام عقد B.O.T .

وعلى ذلك فسوف نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : إعداد وثائق العقد .

المبحث الثاني : الإذن بالتعاقد .

المبحث الأول
إعداد وثائق العقد

تمهيد وتقسيم :

إن إعداد وثائق عقد B.O.T يوجب على جهة الإدارة تحديد ملامح المشروع موضوع العقد أولاً ومن ثم إعداد دراسات الجدوى بأنواعها وتجهيز المستندات الأساسية للعقد .

لذلك فإننا نقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : تحديد ملامح المشروع .

المطلب الثاني : المستندات الأساسية للعقد .

المطلب الأول
تحديد ملامح المشروع

تمهيد :

إن تحديد المشروع المراد تنفيذه بنظام B.O.T يتطلب إضافة إلى تحديد المشروع دراسة الطرق البديلة لتنفيذه والبدائل التمويلية المختلفة وإعداد دراسات الجدوى بأنواعها .

وسندرس ذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول
تحديد جهة الإدارة للمشروع
المراد تنفيذه بنظام B.O.T

أولاً – تحديد المشروع :

إن تحديد الجهة الحكومية واختيارها للمشروع أو المرفق المراد تنفيذه وإدارته عن طريق عقد B.O.T يشكل نقطة البداية والانطلاق لعملية تنفيذ المشروع برمتها [369] .

ويشكل ذلك التحديد والاختيار درجة قصوى من الأهمية باعتبار أنه سوف تبنى عليه جميع المراحل التالية إضافة إلى عقد B.O.T برمته وتلك الشبكة الكبيرة من العقود التي سوف تتبعه . لذلك فإن كل خطأ في ذلك التحديد سوف ينعكس حتماً على موضوع العقد ومن ثم على سويّات تنفيذه [370] .

(**369**) – في مصر مثلاً أنشأ قرار مجلس الوزراء المصري رقم /695/ لسنة 2001 لجنة وزارية ومجموعة عمل لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام B.O.T , وأكد هذا القرار على ضرورة أن تقوم كل وزارة بإعداد قائمة أو بيان بالمشروعات القومية والمحلية التي يمكن أن تقام بنظام B.O.T وذلك خلال السنوات العشر القادمة .

وفي فيتنام على سبيل المثال تقوم وزارة التخطيط والاستثمارات استناداً إلى أهداف التنمية الاجتماعية والاقتصادية بالتشاور مع الوزارات الأخرى والمؤسسات الحكومية .. بإعداد قائمة بالمشروعات التي يمكن أن تقام بنظام B.O.T ثم تقوم الوزارة بعرض هذه القائمة على الحكومة مع بيان لكل مشروع على حدة بحيث يشمل هذا البيان اسم المشروع وموقعه وتقديرات بالمبالغ اللازمة والمؤسسات التابعة للدولة التي لها حق توقيع عقود B.O.T وغير ذلك .

يراجع في ذلك : دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /244و245/ .

(**370**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /59/ .

وفي سبيل تحديد واختيار المشروع يتعين على الجهة الحكومية أن تقوم بتحديد احتياجاتها وأولوياتها كالحاجة إلى إنشاء محطة لتوليد الكهرباء بطاقة معينة في منطقة عمرانية جديدة بغرض إنشاء منطقة صناعية جديدة ومن ثم تشييد البنية التحتية اللازمة لهذه المنطقة [371] .

ولا شك أن الإدارة الاقتصادية الرشيدة تتطلب من الدولة مانحة الالتزام ترتيب المشروعات التي ترغب بتنفيذها بنظام B.O.T حسب أولويتها وطبقاً لبرامج التنمية لديها حتى يمكن الوصول إلى الاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية المتاحة لديها باعتبار أن نجاح خطط التنمية يتوقف على صحة القرارات الاستثمارية واختيار المشروعات المناسبة على أسس علمية [372] .

ويتعين على الجهة الحكومية تقدير الطلب على خدمات مشروعات البنية الأساسية ممثلة بالطرق والجسور والأنفاق والكهرباء والطاقة وسواها خلال فترة زمنية مقبلة ، ثم تحديد الأولويات بالنسبة للحاجة منها ومن ثم تقوم بتحديد المشروعات الأولى بالتنفيذ [373] .

ثانياً – دراسة الطرق البديلة لتنفيذ المشروع :

يتعين على جهة الإدارة أن تحدد مدى احتياجها للمشروع إذ لا بد أن يكون هناك احتياج جوهري لهذا المشروع وأن يؤدي غرضاً معيناً وأن تحدد أهداف هذا المشروع Project Objectives وأن تتأكد جهة الإدارة أن التعاقد

---

(371) – راجع :

- United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), UNIDO B.O.T Guidelines – Guidelines for infrastructure Development through Build – Operate – Transfer (B.O.T) projects (1996) p.21 .

(372) – مي طوبار , "دراسات الجدوى ونظام B.O.T " ، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية، القاهرة ، الطبعة الأولى 2006 ، ص /13/ .

(373) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ..." ، المرجع السابق ، ص /245/ .

بنظام B.O.T هو الطريقة الأفضل لتنفيذ المشروع بعد أن تدرس جميع الطرق البديلة لتنفيذ وإدارة هذا المشروع .

كما يتعين على الجهة الإدارية أن تعالج البدائل التمويلية المختلفة للمشروع وأن تدرس مزايا وعيوب كل منها , فإذا انتهت إلى أن أفضل هذه البدائل هي التعاقد بأسلوب عقد B.O.T فيقع عليها اختيار هذه الآلية [374] .

وتجدر الإشارة إلى أنه ولئن كانت القاعدة العامة أن تقوم الجهة الحكومية بتحديد المشروع المراد إشادته بأسلوب B.O.T , إلا أنه لا شيء يمنع من قيام الشركات المعنية بمثل هذه المشروعات بالمبادرة بتقديم اقتراح إلى الجهات الحكومية المعنية لإنشاء مثل هذه المشروعات وإبداء الرغبة بالقيام بتمويلها وفقاً لنظام B.O.T [375] .

الفرع الثاني
إعداد دراسات الجدوى

أولاً – أهمية إعداد دراسات الجدوى :

بعد تحديد المشروع المراد تنفيذه وإدارته وفق عقد B.O.T يتعين على الجهة الحكومية المعنية القيام بدراسات الجدوى للمشروع .

وتتمتع هذه المسألة بأهمية بالغة , فمشروعات البنية الأساسية المطبقة بنظام B.O.T تحتاج إلى إعداد دراسات الجدوى نظراً لما توفره من معلومات تساعد الجهة الحكومية المانحة للالتزام في التأكد من مدى صلاحية هذه

---

(374) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص"، المرجع السابق ، ص /78/ .

(375) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /245/ .

المشروعات من النواحي الفنية والمحاسبية والاقتصادية والاجتماعية واتخاذ القرار السليم بشأنها , فقد اتضح بصورة جلية أن أحد الأسباب الرئيسية لفشل الكثير من المشروعات في الدول النامية يعود إلى إهمال دراسات جدوى المشروعات [376] .

وتعرَّف دراسة الجدوى بأنها مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والإدارة وبحوث العمليات والمحاسبة والتي تستخدم في جمع البيانات ودراستها وتحليلها بهدف تقييم المشروعات الاستثمارية أو تحديد صلاحيتها من الجوانب القانونية والتسويقية والفنية والمالية والاجتماعية سواء من وجهة نظر المستثمر الخاص أو الأجهزة المشرفة على المشروعات الاستثمارية في الدولة أو مصادر ومؤسسات التمويل [377].

ويمكن القول أن دراسة الجدوى هي طريقة علمية لتقدير احتمالات النجاح والفشل لمشروع معين قبل التنفيذ الفعلي وذلك في ضوء قدرة المشروع على تحقيق الأهداف المتوخاة [378] , وهي تهدف إلى التعرف على جوانب المشروع المختلفة .

ولا شك في أن إعطاء الأهمية للدراسات المتكاملة لجدوى مشروعات البنية الأساسية المنفذة بنظام B.O.T لتحديد الجدوى التجارية والوطنية والمزايا التي يحققها المشروع وبيان المعوقات التي تواجهه في مراحله المختلفة , كل ذلك من شأنه أن يؤدي بالمشروع إلى تحقيق أهدافه .

(**376**) – مي طوبار , "دراسة الجدوى الاقتصادية ونظام B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /103/ .

(**377**) – محمد شوقي شادي , "الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية" ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985 ، ص /23/ .

(**378**) – حمدي عبد العظيم , "دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات" ، القاهرة ، الطبعة الثانية 1999 ، ص /12/ .

وبالتالي فإن المعلومات المحاسبية وغير المحاسبية تعدُّ الأساس في المراحل المختلفة لدراسات جدوى هذه المشروعات [379] , وتلعب دراسات الجدوى دوراً جوهرياً في عملية اتخاذ القرار الاستثماري للمشروعات المنفذة بنظام B.O.T .

ويوجب القانون في بعض الدول مثل ((تايلاند)) على الجهة الحكومية التي تقترح مشروعاً لتنفيذه من خلال القطاع الخاص بتقديم دراسة جدوى تفصيلية له على أن تلتزم فيها بالقواعد الصادرة عن مجلس التنمية الاقتصادية والاجتماعية في هذا الصدد ثم تقدم هذه الدراسة للمجلس الأخير لتقييمها وتقديم تقرير فيها للبرلمان [380] .

وفي مصر نص قرار رئيس مجلس الوزراء رقم /695/ لسنة 2001 والخاص بتشكيل لجنة وزارية لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام B.O.T على أن ((.. تقدم دراسة جدوى اقتصادية للمشروع قبل عرضه على اللجنة يحدد فيها المشروع وتوافر الأرض والمرافق التي تخدمه..)) [381] .

وتبرز أهمية دراسات الجدوى في مشروعات البنية الأساسية المنفذة بطريقة B.O.T على مستوى الدولة من عدة وجوه , أهمها :

أ – إن قرار الجهة الحكومية بتنفيذ مشروع ما بنظام B.O.T قد يتطلب تخصيص جانب من موارد الدولة لهذا المشروع سواء كانت هذه الموارد مادية أو بشرية لذلك يتعين أن يكون المشروع ضرورياً على مستوى الدولة وأن يكون من شأنه تحقيق أعلى منفعة ممكنة , الأمر الذي يؤدي

(**379**) – مي طوبار , "دراسة الجدوى الاقتصادية ونظام B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /102/ .

(**380**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /72/ .

(**381**) – ماهر محمد حامد أحمد , المرجع السابق ، ص /73/ .

إلى التخصيص الأمثل للموارد الاستثمارية , كما تحدد مدى قدرة المشروع موضوع البحث على الإسهام في حل المشكلات التكنولوجيا والتضخم والبطالة والعمالة وغيرها من المشكلات الاقتصادية والاجتماعية .

ب – تمكين الجهة الحكومية من ترتيب مشروعات البنية الأساسية المنفذة بنظام B.O.T حسب أهميتها ووضع درجات أولويات المشروعات في ضوء خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية [382] .

جـ – إن الدولة هي صاحبة المصلحة الأساسية في دراسات الجدوى لهذه المشروعات ذلك أن معرفة الجهة الحكومية المعنية للجدوى الاقتصادية والمالية للمشروع يساعد في تحديد موقعها التفاوضي عند التحضير والإعداد لعقد B.O.T والشروط التي يمكنها تحقيقها في العقد . ومن جهة أخرى فإن الدعوة إلى مشروع عديم الجدوى الاقتصادية أو المالية يعني إحجام الشركات ذات السمعة العالمية عن الدخول في المشروع وهو ما يؤدي بدوره إلى تعثر تمويله وإحجام البنوك ومؤسسات التمويل عن المساهمة في تمويل المشروع مما يعني في النتيجة فشل خطة الدولة بهذا الصدد .

لذلك فإنه لمن الخطأ ما تعتقده بعض الجهات الحكومية من أن دراسات الجدوى المالية المبدئية تقع على عاتق القطاع الخاص وليس على الجهات الحكومية المعنية [383] .

ثانياً – الوجوه المختلفة لدراسات الجدوى :

إن دراسات جدوى مشروعات البنية الأساسية المنفذة بنظام B.O.T

---

(382) – مي طوبار , "دراسة الجدوى ونظام B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /107/ .

(383) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /79/ .

تشمل جميع وجوه المشروع الفنية والمالية والاقتصادية والتسويقية والاجتماعية وسواها :

1- دراسة الجدوى الفنية للمشروع :

وتشمل هذه الدراسة مجموعة من الدراسات :

أ- **اختيار موقع المشروع** : حيث تقوم الجهة الحكومية بتحديد النطاق الجغرافي للمشروع ويتعين أن يكون ذلك في إطار الخطة التنموية الاجتماعية والاقتصادية للدولة , وبالتالي فإن المستثمر لا يتكبد عناء البحث عن موقع مناسب للمشروع , غير أنه يتعين عليه 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 [384] .

ب- **تحديد حجم المشروع** : وهذه مسألة أساسية في كل من دراسة الجدوى الفنية والجدوى التسويقية , حيث يتم تحديد الحجم المطلوب للخدمة أو المنتج في ضوء الطلب والحاجة المتوقعة وهو ما يحدد في ضوء العدد المتوقع للمستفيدين الذين يستهدفهم المشروع من جهة والمشروعات المماثلة أو التي هي قيد التنفيذ التي تقدم خدمات أو منتجات مماثلة من جهة أخرى .

ويتم تحديد حجم المشروع بأحد أسلوبين : فإما أن تقوم الجهة الحكومية بتحديد حجم المشروع ضمن دفتر الشروط الخاصة بالعقد , وإما أن تترك جهة الإدارة أمر تحديد حجم المشروع للمستثمرين أنفسهم حيث يقوم هؤلاء بتوضيح مواصفات المشروع وطاقاته ضمن عروضهم المقدمة

(**384**) – حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية , "مشروعات البوت" ، القاهرة 2001 ، ص /129/ .

للإدارة حسب الرؤية الخاصة لكل منهم ، ثم تقوم الجهة الإدارية بتحديد حجم المشروع في ضوء ما جاء في العروض المقدمة لها من دراسات فنية حول الحجم الاقتصادي للنشاط وحجم الطلب المتوقع على الخدمة والإمكانات الخاصة بالمستثمر , وفي هذه الحالة يكون التحديد الدقيق لحجم المشروع عنصراً من عناصر الموازنة بين العروض [385] .

جـ- تحديد المواد الخام والآلات والتجهيزات والمستلزمات الأخرى :

تعد هذه المسائل من الأساسيات الفنية اللازمة لأي مشروع , لذلك فلا تختلف دراسة الجدوى الفنية في هذه النقطة عما يحدث في دراسات الجدوى الفنية للمشروعات العادية . ويتعين أن ينصب الاهتمام في هذه الدراسة على أن تكون المعدات والخامات والأجهزة ملائمة لأسلوب الإنتاج أو النشاط وأن تتناسب في الوقت نفسه مع حجم الإنتاج أو النشاط المطلوب تحقيقه وفي حدود التكاليف الرأسمالية المناسبة لحجم النشاط مع مراعاة احتمالات ظهور آلات وتجهيزات متقدمة تكنولوجياً في المستقبل [386] .

د- تحديد اليد العاملة والمهارات اللازمة لمزاولة النشاط :

ويعد ذلك من مسؤوليات شركة المشروع في عقود B.O.T باعتبار أنها المكلفة بأداء النشاط بالمستوى المطلوب من الجودة مما يلقي عليها عبء تحديد التخصصات والمهارات الفنية والإدارية اللازمة سواء في مرحلة الإنشاء أو في مرحلة الإدارة والتشغيل وذلك وفق حاجة العمل

(**385**) - حمدي عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /131/ .

مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /65/ .

(**386**) - حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /133/ .

والهيكل التنظيمي للمشروع ودرجة التكنولوجيا المستخدمة [387] .

وغالباً ما تعهد شركة المشروع إلى شركة مقاولات متخصصة لإجراء الدراسة الفنية وتحديد العمالة الفنية والإدارية المرتبطة بمرحلة التشغيل خلال العمر الافتراضي للمشروع الذي هو مدة الالتزام في عقد B.O.T [388] .

هـ- تحديد العمليات الإنتاجية أو الخدمية :

تقوم جهة الإدارة المانحة للالتزام عند التعاقد بنظام B.O.T بتحديد العمليات أو الأنشطة الخدمية المطلوب أداؤها من شركة المشروع وفق ما ينص عليه دفتر الشروط والمواصفات , ويتعين على شركة المشروع في هذه الحالة أن تتأكد من قدرتها على تنفيذ العمليات الإنتاجية أو الخدمات المطلوبة .

وقد تلجأ الجهة الإدارية مانحة الالتزام إلى أن تترك الحرية للعارضين بتحديد العمليات أو الأنشطة المذكورة في عروضهم الفنية [389] .

2- دراسة الجدوى المالية للمشروع :

تهدف دراسة الجدوى المالية لمشروع B.O.T إلى وضع تصور عن المركز المالي والاقتصادي لتشغيل المشروع قبل التنفيذ [390] .

وإن دراسة الجدوى المالية للمشروع تستوجب دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والبنية الأساسية والاستثمارية اللازمة له [391] .

(**387**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /67/ .
حمدي عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /134/ .

(**388**) – حمدي عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /135/ .

(**389**) – حمدي عبد العظيم , المرجع نفسه ، ص /135/ .

(**390**) – مي طوبار , "دراسة الجدوى ونظام B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /137/ .

(**391**) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /157/ .

كما يتعين دراسة مدى ربحية هذه المشروعات باعتبار أن هذه المشروعات إذا لم تكن تحقق درجة ربحية مقبولة فإن ذلك سيؤدي إلى إحجام الشركات ذات السمعة العالمية عنها [392] .

ويتبع بشأن دراسة الجدوى المالية لمشروعات B.O.T نفس الأسس المتبعة في حالة المشروعات العادية , حيث يستخدم الأساس النقدي للحسابات الخاصة بمعايير تقييم الاستثمار المعتمدة على التدفقات النقدية الداخلة والتدفقات النقدية الخارجة والعمر الافتراضي للمشروع [393] .

ويتعين الأخذ بعين الاعتبار أن العمر الافتراضي لمشروع B.O.T ليس هو انتهاء عمره الإنتاجي وانتهاء المشروع من الوجود كما هو الحال في المشروعات العادية وإنما هو انتهاء عمره العقدي , وهذا يعني أن من يحدد العمر الافتراضي لمشروع B.O.T هو جهة الإدارة المتعاقدة وليس المستثمر .

بيد أن المستثمر يبني حساباته على أساس مدة العقد المحددة من قبل الإدارة المتعاقدة والتي بعدها يؤول المشروع إلى الإدارة ذاتها [394] .

وتشتمل دراسة الجدوى المالية لمشروع B.O.T على عدة جوانب رئيسية هي :

أ- **تحديد التكاليف الاستثمارية المتوقعة للمشروع** : حيث يتعين بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة تحديد رأس المال المتوقع للمشروع أو الإنفاق الاستثماري المتوقع له والذي يشمل كل نفقة سيتم إنفاقها منذ بدء التفكير في المشروع وخلال فترة إنشائه وحتى البدء بالتشغيل [395] .

وتنقسم التكاليف الاستثمارية إلى نوعين رئيسين هما :

(**392**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية – البوت – " ، المرجع السابق ، ص /246/ .

(**393**) – حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /136/ .

(**394**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /68/ .

(**395**) – مي طوبار , "دراسة الجدوى ونظام B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /138/ .

- **التكاليف الرأسمالية المقدرة للحصول على الأصول الثابتة** ، وتتمثل هذه التكاليف في تكلفة تمهيد الأرض وتقدير تكاليف المعدات والآلات العملية والمستوردة بما يشمل ثمنها ونفقات نقلها وشحنها والرسوم الجمركية والتأمين والتركيب .
- **النفقات المؤجلة ,** وهي التي يتم إنفاقها على المشروع في المراحل السابقة للتشغيل وتشمل مصروفات التأسيس وتكاليف تدريب العمالة وتكاليف التصميمات الهندسية والتكاليف المقدرة لإجراء دراسات الجدوى والمصروفات الإدارية المتوقعة الخاصة بفترة الإنشاء والتكاليف المقدرة لطرح المناقصات وإتمام العقد [396] .

وعلى ذلك فإن التكاليف الاستثمارية لمشروعات B.O.T لا تختلف عن أي مشروع عادي باستثناء عنصر الأرض حيث تقدمها الجهة الإدارية المانحة للالتزام والتي تبقى مالكة لها , فلا يتحمل المستثمر قيمتها وتنحصر أعباءه بهذا الصدد في تأهيلها وإعدادها وتجهيزها .

ب- **تحديد هيكل التمويل الاستثماري المناسب للمشروع :** ويقصد بذلك تحديد مصادر التمويل المختلفة المناسبة والتي يمكن الحصول منها على الأموال اللازمة لتغطية التكاليف الاستثمارية المطلوبة . وبهذا الصدد فإنه يتعين دراسة كل من مصادر التمويل الداخلية أي الأموال التي يمكن أن تقدمها شركة المشروع , وكذلك السندات والبنوك والمؤسسات المالية الدولية [397] .

جـ- **تقدير التدفقات النقدية الداخلة والتدفقات النقدية الخارجة للمشروع :** ويقصد بذلك تقدير المقبوضات والمدفوعات النقدية المتوقعة والمترتبة

(**396**) – مي طوبار , المرجع السابق ، ص /138/ .

(**397**) – مي طوبار , المرجع نفسه ، ص /142/ .

علـى تنفيـذ المشـروع , فالمقبوضـات النقديـة تمثـل تـدفقات نقديـة داخلـة للمشروع والمدفوعات النقدية تمثل تدفقات نقدية خارجة منه .

وتتمثل التدفقات النقدية الداخلة في الإيرادات المتوقع الحصول عليها من المشروع كقيمة المبيعات السنوية المتوقعة للسلع أو الخدمات التي يقدمها المشروع خلال عمره الافتراضي .

أمـا التدفقات النقديـة الخارجـة فتشمل جميـع المبـالغ التـي يـتم إنفاقها منذ نشـوء فكـرة المشـروع وحتـى إنشـائه والبـدء بتشـغيله , فهـي تشـتمل علـى التكـاليف الرأسمالية أي كل مـا يتدفق من المشروع خـلال مراحل دراسته وإنشائه وتجهيزه وتجاربه . كما تشتمل على تكاليف التشغيل الأولية [398] .

وجـدير بالملاحظـة أن التـدفقات النقديـة الخارجـة لا تحتـوي غالبـاً علـى ضـرائب فـي فترة الإعفاء , حيث تحرص الدولـة علـى إعفاء مشروعات المرافق العامة من الضرائب المباشرة على الأربـاح , وإن قوانين الاستثمار غالبـاً مـا تـنص علـى إعفاء زمنـي وجغرافـي لمشروعات البنيـة الأساسية والمرافق العامة من الضرائب تشجيعاً للاستثمار فـي هذه المجـالات وجذباً لرؤوس الأموال وتخفيفاً للأعباء عن الموازنة العامة للدولة [399] .

ولا بـد مـن الإشارة إلـى أن الجـدوى الماليـة لمشروع B.O.T تختلـف عن جدواه الاقتصـادية من وجهـة نظـر الدولـة , فالجـدوى الاقتصـادية للمشروع مـن وجهـة نظـر الدولـة تعنـي جـدوى المشـروع ككـل بالنسـبة للاقتصـاد

(**398**) – مي طوبار , المرجع نفسه ، ص /144/ .

(**399**) – حمـدي عبـد العظـيم , "ملامـح دراسـات الجـدوى الاقتصـادية لمشـروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /137/ .

القومي وتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية والاجتماعية للدولة المعنية [400] .

3- دراسة الجدوى التسويقية للمشروع :

تحتل دراسة الجدوى التسويقية للمشروع حيزاً مهماً في دراسات الجدوى , حيث يتطلب الأمر معرفة واقع السوق فيما يتعلق بالمنتج أو الخدمة التي سيقدمها المشروع وتحديد حجم الطلب الفعلي على هذه الخدمة أو المنتج .

وتختلف دراسة الجدوى الاقتصادية لمشروع B.O.T عنها في غيره من المشروعات العادية , ذلك لأن مشروع B.O.T غالباً ما يكون متمتعاً بمركز احتكاري أي أن التسويق لا يشكل أية مشكلة , فالمواطنون كافة والمشروعات لا يمكنهم الاستغناء عن طلب المنتج أو الخدمة التي يقدمها مشروع B.O.T مثل مياه الشرب والكهرباء والطرق والمطارات وغير ذلك .

وغالباً ما ينص عقد B.O.T على أن يحتكر المشروع الخدمة أو المنتج الذي يقدمه دون غيره فلا يكون هناك بديل آخر فيكون السوق احتكارياً كاملاً , وقد يحدد العقد فترة محددة للاحتكار الكامل يمكن بعدها السماح لشركة أخرى بالعمل في المجال نفسه ليصبح السوق سوق احتكار القلة بحيث يكون هناك عدد قليل من الشركات يقدمون نفس الخدمة أو المنتج [401] .

ويلاحظ أنه في بعض الحالات تكون هناك مشروعات مرافق تعمل في النشاط نفسه ولكنها تشكل بدائل لبعضها البعض , كما في مشروعات نقل الركاب بأنواعها المختلفة ((الباصات بأحجامها المختلفة – القطارات – الترامواي .. وغير ذلك)) , وفي هذه الحالة نكون أمام سوق احتكارية مع وجود

(**400**) – راجع :

- United Nation Industrial Development Organization (UNIDO)
- UNIDO BOT Guidelines .

(**401**) – حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /126/ .

منافسة ذات طابع نوعي بين مختلف الوسائل البديلة وهو ما يستدعي تحسين جودة الخدمات المقدمة للعملاء وتطويرها وتخفيض التعريفة للوصول إلى أكبر نسبة تشغيل وبالتالي أكبر حجم من الإيرادات المتوقعة [402] .

وفي سبيل ذلك كله فإن سياسة التمييز الاحتكاري للتعريفة أو الأسعار هي التي يتم اتباعها غالباً بحيث تكون هناك أسعار وتعريفات متعددة لذات المنتج أو الخدمة ولكن درجة الجودة هي التي تختلف حسب كل سعر .

وبذلك يساهم السعر أو التعريفة ذات القيمة المرتفعة في تغطية انخفاض الأرباح أو الخسائر التي قد تترتب على التعريفة أو السعر المنخفض.

وإن هذه السياسة السعرية تؤدي إلى وصول المنتج أو الخدمة إلى جميع شرائح العملاء بمختلف مستويات الدخل المرتفعة والمنخفضة بما يؤدي إلى وصول الخدمة أو المنتج إلى أكبر عدد ممكن من العملاء من جهة وتحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تهتم الحكومات بتحقيقها من خلال مشروعات B.O.T العاملة في أنشطة المرافق العامة من جهة أخرى [403] .

ويتعين الأخذ بالاعتبار عند دراسة الجدوى التسويقية لمشروع B.O.T أن سلطة تحديد أسعار المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع تكون من حق الدولة مانحة الالتزام لذلك يتعين معرفة مدى إمكانية زيادة التعريفة أو تخفيضها مستقبلاً وأثر ذلك على الطلب والإيرادات المتوقعة خلال العمر الافتراضي للمشروع [404] .

---

(402) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /62/ .

(403) – حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /127/ .

(404) – مي طوبار , "دراسة الجدوى ونظام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /128/ .

كذلك فإن جهة الإدارة المتعاقدة عند وضع دفاتر الشروط , والمتعاقد المحتمل عند تقديمه عرضه مطالبان بدراسة احتمالات دخول مشروعات جديدة خلال العمر الافتراضي لمشروع B.O.T مما يؤثر على المركز الاحتكاري الذي كان يتمتع به المشروع وهو ما ينعكس بدوره على الإيرادات المتوقعة من الطلب على المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع لعملائه في حالة خلو العقد من الشرط الاحتكاري [405] .

وتجدر الإشارة إلى أن دراسة الجدوى التسويقية تعد وثيقة الصلة بجوانب أخرى من دراسات الجدوى , ومنها دراسة الجدوى الفنية التي تهتم بمسائل تحديد موقع المشروع وحجم الإنتاج والإنشاءات الاستثمارية اللازمة لإقامة المشروع وغير ذلك , وإن كثيراً من القرارات المتعلقة بالدراسة الفنية لا يمكن اتخاذها إلا بعد معرفة نتائج الدراسة التسويقية للمشروع [406] .

4- دراسة الجدوى الاجتماعية لمشروع B.O.T :

إن دراسة الجدوى الاجتماعية لمشروعات B.O.T ويطلق عليها أيضاً تسمية دراسة الجدوى القومية ، تحتل درجة كبيرة من الأهمية باعتبار أن هذه المشروعات تقوم بأنشطة خدمات أو بمرافق عامة تتعلق بالمجتمع ككل أو بشرائح واسعة منه , وهي بطبيعتها ذات أبعاد اجتماعية وسياسية .

(**405**) – حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /129/ .

(**406**) – حمدي عبد العظيم , "دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات" ، المرجع السابق ، ص /65/ .

لذلك فإن الربحية الاجتماعية لهذه المشروعات تمثّل الأساس الذي تعتمد عليه الجهة الحكومية مانحة الالتزام في اعتماد عقود B.O.T في إنشاء المشروعات [407] .

ولا تختلف الجدوى الاجتماعية لمشروعات B.O.T في طريقة إجرائها عن الطريقة المتبعة في حالة المشروعات الاستثمارية العادية من حيث معرفة أثرها في الدخل القومي وعلى القيمة المضافة وفي قيمة العملة الوطنية وفي ميزات المدفوعات وفي البيئة المحيطة [408] .

وتسعى دراسة الجدوى الاجتماعية لمشروع B.O.T إلى التنبؤ بالتعريفة المتوقعة للخدمة بحيث تكون في حدود دخل المستهلك العادي مع مراعاة البعد الاجتماعي والسياسي حسب طبيعة الخدمة ومدى حساسيتها لجمهور المستهلكين [409] والتحقق مما إذا كان المشروع يساهم بجدية في تكوين قاعدة صناعية وخلق فرص عمل جديدة ومستمرة ، وبشكل عام فإن على الجهة الحكومية أن تتأكد من أن مشاركة القطاع الخاص ستحقق من المنافع الاجتماعية مثل خلق فرص العمل وخلق مراكز وتجمعات سكنية جديدة ما يفوق مضارها الاجتماعية [410] . وكذلك أن تتأكد من عدم وجود آثار سلبية لهذه المشروعات على البيئة المحلية أو على الصحة العامة للمواطنين

(**407**) – حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /138/ .

(**408**) – حمدي عبد العظيم , المرجع السابق ، ص /138/ .

(**409**) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T"" ، المرجع السابق ، ص /157/ .

(**410**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /78/ .

باعتبارها منشآت معنية بتقديم خدمات عامة ومرافق ضرورية [411] . كما يتعين على الجهات الحكومية بهذا الصدد أن تحدد مقدرة هذه المشروعات على المساهمة في حل المشاكل الاجتماعية والاقتصادية في الدولة مثل البطالة والتضخم وعجز ميزان المدفوعات وعدم توافر العمالة المتخصصة والتأكد عموماً من أن المشروع سيحقق الهدف الذي يقام من أجله [412] .

المطلب الثاني
المستندات الأساسية للعقد

تمهيد :

في مرحلة التحضير للتعاقد بعقد B.O.T , كثيراً ما تلجأ الإدارة إلى إبرام عقود تقديم المشورة في مختلف المجالات القانونية والفنية والمالية وسواها , كذلك فإن هذه المرحلة تتطلب من الإدارة إعداد وتجهيز دفاتر الشروط التي تحدد بشكل مفصل الحقوق والالتزامات التعاقدية .

وسوف ندرس ذلك في الفرعين التاليين :

(**411**) – تثار بعض الاتهامات لشبكات الهاتف الخلوي حول المخاطر الإشعاعية الناتجة عن تركيب الشبكات أو المحطات وحول الأشعة الصادرة عن الأجهزة المستخدمة , لذلك فإنه في حال ثبوت صحة ذلك يصبح من الضروري أخذ ذلك بعين الاعتبار عند تقييم الجدوى الاجتماعية لمشروعات B.O.T العاملة في مثل هذه الأنشطة أو الخدمات . راجع : حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T "، المرجع السابق ، ص /140/ .

(**412**) – مي طوبار , "دراسة الجدوى ونظام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /107/ .

الفرع الأول
الإطار الاستشاري

يتعين على جهة الإدارة , كما سبق وبينا ، القيام بدراسات الجدوى بأنواعها قبل طرح المشروع للتعاقد بنظام B.O.T .

كما يتعين على الإدارة إعداد دفاتر الشروط , وبطبيعة الحال فإن جهة الإدارة في هذه المرحلة لا تدخل بأية علاقات مع شركة المشروع ولكن قد تنشأ بين الجهة الحكومية من ناحية وأطراف آخرين من ناحية ثانية علاقات قانونية من نوع آخر , فقد تلجأ الإدارة في هذه المرحلة إلى المستشارين الفنيين والماليين والقانونيين لمساعدتها على القيام بالدراسة اللازمة لدراسات الجدوى المتعلقة بالمشروع وللتحضير لمستندات العطاء على نحو يتفق مع المعايير الدولية , ويجب أن تحدد عقود المشورة التي تبرمها جهة الإدارة الالتزامات والأعمال التي يجب على الخبراء القيام بها وتأديتها في هذه المرحلة [413] .

وبناء على ذلك فإن هذه المرحلة تشكل الإطار الطبيعي لإبرام نمط متطور وحديث من العقود , هو عقد تقديم المشورة في المجالات القانونية والفنية والمالية وسواها .

ويعرَّف عقد تقديم المشورة بأنه العقد الذي يبرم بين طرفين , الاستشاري والعميل , بغية أن يحصل الأخير على استشارة من شأنها أن توجهه لاتخاذ قراره بالتصرف أو عدم التصرف . ويمكن القول أنه حينما يكون

---

(413) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , المرجع السابق , ص /80/ .

الالتزام الأساسي ومحل الأداء الرئيسي في العقد هو تقديم المشورة فإن هذا العقد يكون عقد تقديم المشورة [414] .

وإن الاستشارات التي يقدمها الاستشاري للعملاء قد تأخذ شكل صورة فردية , وقد تكون من خلال مجموعة من المستشارين يقدمون الاستشارة من خلال مكتب .

وفي جميع الأحوال فإن أهمية وضخامة المشروع موضوع عقد B.O.T ينعكس على هذا النمط المستحدث من العقود وهو عقد تقديم المشورة .

أولاً – صور تقديم المشورة :

تقدم المشورة على إحدى صورتين فهي إما أن تتخذ شكلاً استشارياً فردياً وإما أن تقدم من قبل مكتب استشاري .

1- تقديم المشورة من قبل استشاري فرد [415] :

الاستشاري الفرد هو مهني متخصص في مجال فني معين , يقدم أداءات ذات طبيعة ذهنية وعقلية للعميل المتعاقد معه على وجه الاستقلال لقاء مقابل يدفعه العميل .

وعلى ذلك فإن الاستشاري يختلف عن المدير الذي يتولى إدارة المشروع , فالاستشاري لا يكون مدير أعمال فهو يوجه العميل إلى ما يجب فعله لمواجهة مشكلة بعينها ولا يكون مسؤولاً عن المشروع ككل .

بيد أن الاستشاري يتدخل في إدارة المشروع بشكل أو بآخر وأن الاستشارات التي يقدمها تؤثر في إدارة المشروع وهو ما يقرب بين عمل الاستشاري وعمل المدير .

---

(414) – حسن حسين البراوي , "عقد تقديم المشورة" , دار النهضة العربية , القاهرة , 1998, ص /52/ .

(415) – حسن حسين البراوي , "عقد تقديم المشورة" , المرجع السابق , ص /71/ .

كذلك فإن الاستشاري يتميز عن الخبير , باعتبار أن المشورة تعني تحليل المشكلة ودراستها وتقديم رأي بشأنها , أما الخبرة فهي تطبيق للمعطيات العلمية , ولعل الخط الفاصل بين الاستشاري والخبير ليس له وجود إلا من الناحية النظرية .

2- تقديم المشورة من قبل مكتب استشاري :

إن صورة تقديم الاستشارات عن طريق المكاتب الاستشارية هي الصورة الغالبة في العمل , ويأخذ المكتب الاستشاري إحدى الصيغتين التاليتين :

الأولى : وهي حالة المكتب الاستشاري الذي يضم أكثر من استشاري في تخصص واحد , كأن يوجد مكتب لاستشارات الهندسة المعمارية يضم أكثر من استشاري في تخصص العمارة , وكذلك الأمر بخصوص مكاتب الاستشارات المالية والاقتصادية والقانونية حيث يضم المكتب أكثر من استشاري واحد متخصص في ذات الفرع .

أما الصيغة الثانية للمكاتب الاستشارية فهي صورة المكتب الاستشاري الذي يضم أكثر من استشاري في أكثر من تخصص , كأن يكون هناك مكتب للاستشارات الهندسية يضم استشاريين في شتى فروع الهندسة المدنية والمعمارية والكهربائية وسواها ,

أو أن يكون هناك مكتب استشاري لتقديم دراسات الجدوى لمشروعات قائمة أو للمشروعات المزمع إقامتها ويضم أكثر من استشاري في أكثر من تخصص . 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 مطابقته لشروط القانون وأحكامه وملكيته وكل ما يتعلق بالمسائل القانونية , ويقوم

الاستشاري الهندسي بتقييم أصول المشروع والعمر الافتراضي لأدوات الإنتاج ومدى سلامتها وحجم الإنتاج والتقنيات الفنية اللازمة لتطويره , ثم يأتي الاستشاري المحاسبي ليدرس حالة السوق وكيفية تسويق المنتج ومدى قدرة المشروع التنافسية في السوق . وينتهي هذا المكتب الاستشاري إلى تقديم دراسة متكاملة للعميل تتضمن خلاصة آراء الاستشاريين والرأي الذي ينتهي إليه المكتب [416] .

ثانياً – الملاحظات التي ترد بخصوص تقديم المشورة في عقود B.O.T :

إن أهمية المشروع الذي ينفذ بنظام B.O.T تستوجب اللجوء إلى المكاتب الاستشارية لتقديم الدراسات الاستشارية المطلوبة , وبخاصة إذا ما أخذنا بعين الاعتبار المستوى التقني والتكنولوجيا المتقدمة التي تتميز بها مثل هذه المشروعات , ولاسيما إذا كانت الكوادر البشرية للإدارة العامة صاحبة العلاقة ليست على المستوى الكافي من الكفاءة والتأهيل .

وهذا ما يؤدي بدوره إلى ضرورة إيجاد نظام قانوني يحكم العقود الاستشارية التي تبرم بين الإدارة من ناحية والجهات الاستشارية من ناحية أخرى في مرحلة التحضير لطرح مشروع للتعاقد وفق نظام B.O.T , وهو ما نفتقده في سورية , ويتعين أن يأتي مثل هذا النظام محدِّداً لأشكال تقديم الخدمة الاستشارية ومجالاتها ويضع المعايير الدقيقة للمكاتب الاستشارية ويوضح الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الجهة الاستشارية والعميل [417] . وهذا ما يستوجب تحديد الطبيعة القانونية لعقد تقديم المشورة , سواء بإدراجه ضمن نطاق العقود التقليدية المعروفة في فقه القانون المدني كعقد المقاولة وعقد

---

(416) – حسن حسين البراوي , المرجع السابق , ص /80/ .

(417) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتمويل B.O.T " , المرجع السابق , ص /73/.

الوكالة أو بوضع تكييف خاص به كالقول بأنه عقد بيع خدمة . وإن كان كلا الاتجاهين منتقد وأن الرأي يذهب إلى تكييف عقد تقديم المشورة على أنه عقد مقاولة من نوع خاص , وذلك بالنظر إلى طبيعة الأداء الذي يلتزم به الاستشاري وكون أداءً ذا طبيعة ذهنية [418] .

الفرع الثاني

دفاتر الشروط

يمثل إعداد دفاتر الشروط الخطوة الثانية في مرحلة التحضير للتعاقد بنظام B.O.T . ويجب أن تتضمن هذه الدفاتر بيان الجوانب الفنية والقانونية والمالية للمشروع , ويجب أن تستوفى المعايير الدولية لمثل هذه المستندات وأن تحدد معايير الإسناد وتبين مدى أهمية كل منها بالنسبة للإدارة كما يجب أن تكون صياغة هذه الدفاتر دقيقة ومتوازنة بالقدر اللازم لجذب ثقة الشركات العالمية المتخصصة [419] , وتبرز أهمية هذه الدفاتر نظراً لأهمية وضخامة عقد B.O.T نفسه . وسندرس وضع هذه الدفاتر في كل من فرنسة ومصر وسورية .

أولاً – في فرنسة :

يتعين التمييز بين دفاتر الشروط العامة والتي هي مجموعة من الوثائق يحال إليها من جانب الإدارة , ودفاتر الشروط الخاصة وهي التي تحرر من

---

(418) – حسن البراوي , المرجع السابق , ص /127/ .

(419) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " , المرجع السابق , ص /74/.

جانب الإدارة نفسها , وإن دفاتر الشروط بنوعيها تحتوي الالتزامات الإدارية والتقنية لأطراف العقد [420] .

وتتسم دفاتر الشروط العامة بالديمومة والاستمرار , بحيث أن المتعهد الذي يدأب على التعاقد مع الإدارة لا يحتاج لدراستها في كل مرة يقدم فيها على عملية تعاقدية جديدة , وتلعب هذه الدفاتر دوراً كبيراً في تحديد إطار التزامات أطراف العقود الإدارية في فرنسة لأنها حصيلة الخبرات الطويلة للإدارة ,

حيث تقوم الإدارة باستمرار بمراجعة دفاتر الشروط العامة وتعديلها في ضوء ما يظهره الواقع من مشكلات وما يسير عليه الاجتهاد القضائي بغية الحيلولة دون المشكلات التي يمكن أن تثار مستقبلاً [421] .

وتقسم دفاتر الشروط العامة في فرنسة إلى قسمين , فهناك دفاتر الشروط العامة الإدارية وهي تحتوي على الأحكام ذات الطبيعة المالية والإدارية والتي يمكن أن تطبق على العقود والتي تكون من طبيعة واحدة [422] .

وهناك دفاتر الشروط العامة التقنية وهي التي تحتوي على الأحكام ذات الطبيعة التقنية للعقود التي هي من طبيعة واحدة [423] .

وقد ذهب الفقه الفرنسي في معالجة مسألة الطبيعة القانونية لدفاتر الشروط العامة إلى التفريق ما بين وضعها قبل إبرام العقد وبعده , فاعتبر أن

---

(420) – راجع :

- Guibal. M, Mémento des marchés publics, Le Moniteur , Paris, 1998, p214.
- Vedel et Delvolve, op:cit, p407
- Laubadére - Delvolvé et Moderne, Trité des contrats, TI; op.cit, p675.

(421) – راجع :

- Jéze. G, Pricipes Généraux de droit administratif, T4,Paris; p152.

(422) – راجع :

- Guibal. M, op.cit, p63.
- Rivero Jet Waline. J.Droit administratif, Paris, ed14, p108.
- Laubadére- Delvolvé et Moderne, Traité des contrats . TI, op.cit, p675.

(423) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" , المرجع السابق , ص /436/ .

الأحكام التي تتضمنها دفاتر الشروط العامة ليست سوى أنماط بسيطة لشروط تعاقدية طالما أن العقد لم يبرم بعد [424] , أما بعد إبرامه فإن أحكام دفتر الشروط العامة المحال إليه تقنياً كان أم إدارياً تكتسي الطبيعة القانونية وتصبح جزءاً لا يتجزأ من العقد [425] وكما لو أنها قد أعدت من قبل أطراف العقد أنفسهم [426] .

أما دفتر الشروط الخاصة فهو وثيقة تحتوي على الأحكام والشروط العقدية المتعلقة بكل عقد على حدة , بحيث يكمل ما لم يحط به دفتر الشروط العامة ,

وتقسم دفاتر الشروط الخاصة بدورها في فرنسة إلى قسمين , فهناك دفاتر الشروط الخاصة الإدارية وهي التي تحتوي على الأحكام والشروط العقدية ذات الطبيعة الإدارية والمالية المتعلقة بكل عقد على حدة وتكون لصيقة بكل حالة عقدية على حدة مما لا يمكن استيعابه ضمن دفتر الشروط العامة الإدارية [427] .

---

(424) – راجع :

- Richer. L, Les contrats administratifs, 1991, op:cit, p50.
- Laubadére - Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, TI, op.cit; p 681.

(425) – راجع :

- vedel et Delvolvé, op.cit, p 409.
- Flamme. M.A, Traté théorique et pratique des marches publics, Bruxelles TI, 1969, p766.
- Richer. L, Les contrats administratifs, 1991, op.cit, p50.

(426) – راجع :

- Bénoit.P,Droit administrative général, Dalloz, Paris, 1968, p607.

(427) – راجع :

- Guibal. M, Mémento, op.cit, p 65.
- Laubadére) Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, TI, op.cit, p 686.
- Flamme. M, Traité des marchés, TI, op.cit, p768.

وهناك دفاتر الشروط الخاصة التقنية وهي تحتوي على الأحكام المتعلقة بالنواحي التقنية لكل عقد على حدة , وهو بذلك يساهم في استكمال الهوية الخاصة للعملية التعاقدية [428] .

ويتم تحرير دفاتر الشروط التقنية الخاصة في فرنسة تحت إشراف الشخص المسؤول عن العقد [429] ويتوجب أن تراعي هذه الدفاتر مبدأ المساواة بين العارضين , فلا توضع شروط تقنية لمصلحة مرشح بعينه وبشكل يستبعد أقرانه [430] . فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن وجود مثل هذه الشروط يفسد العقد في حد ذاته لأنها تحمل تجاوزاً على مبدأ المنافسة الحرة [431] .

ثانياً – في مصر :

ألزمت اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات العامة في مصر رقم /89/ لسنة 1998 في المادة /7/ منها جهة الإدارة بأن تعد قبل الإعلان أو الدعوة للاشتراك في المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما كراسة خاصة بمستندات الطرح تشمل الشروط العامة والخاصة والشروط والمواصفات الفنية وقوائم الأصناف أو الأعمال وملحقاتها . ويتعين أن يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة يتم وضعها بمعرفة لجنة فنية ذات خبرة بالأصناف أو الأعمال المطلوبة , وتراعي المواصفات القياسية المصرية

---

(428) – راجع :

- Guibal. M, Mé,ento, op.cit, p108.
- Debbasch, institutions et droit administratif, P.U.F, Paris, 1992, ed3, p190.

(429) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" , المرجع السابق , ص /440/ .

(430) – مهند نوح ، المرجع السابق ، ص /440/.

(431) – راجع :

- C.E. 3-7-1968, Lavigue, A.J.D.A, 1969, op.cit, p257.

ومواصفات التوريدات الحكومية وغيرها من المواصفات التي تصدرها أو تعتمدها الجهات الفنية المختصة [432] .

ويجب أن تترجم كراسة الشروط والقوائم والمواصفات في حالة الطرح في الخارج مع ذكر أن النص العربي هو المعول عليه في حالة الخلاف أو الالتباس في مضمونها [433] , ويتوجب استفتاء مجلس الدولة في مصر بشأن كراسة الشروط هذه قبل توزيعها على الراغبين في الاشتراك بإجراء التعاقد , باعتبار أن هذه الكراسة ستصبح جزءاً من العقد المزمع إبرامه مما يحظر التعديل فيها بعد مراجعتها من المجلس , وإذا تم ذلك فيجب إعادة عرضها على المجلس مجدداً [434] .

ولا يوجد في مصر مقابل لدفاتر الشروط العامة الموجودة في فرنسة, ولئن كانت الأحكام العامة الواردة في اللائحة التنفيذية للقانون /89/ لسنة 1998 يمكن أن تشكل مقابلاً عما يسمى في فرنسة بدفتر الشروط العامة الإدارية , إلا أن ذلك لا يسد الفراغ المتمثل بالشروط التقنية العامة التي يجب أن توجد كنموذج يحتذى من جانب الإدارة المتعاقدة من جهة بنود العقد الفنية [435] .

ثالثاً – في سورية :

تقسم دفاتر الشروط في سورية إلى قسمين هما دفتر الشروط العامة ودفاتر الشروط الخاصة . أما دفتر الشروط العامة فقد تضمنه المرسوم رقم /450/ الصادر بتاريخ 2004/12/9 وقد نصت المادة /1/ من دفتر الشروط المذكور على أن تطبق أحكامه على الجهات المشمولة بأحكام نظام العقود

(**432**) – المادة /3/ من اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات رقم /89/ لسنة 1998.

(**433**) – المادة /7/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 .

(**434**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" , المرجع السابق , ص /443/ .

(**435**) – مهند نوح , المرجع السابق , ص /444/ .

الموحد الصادر بالقانون رقم /51/ لسنة 2004 . وقد تضمن دفتر الشروط المذكور في الباب الثاني منه أحكاماً عامة وشاملة بشأن تنفيذ عقود التوريد , كما تضمن في الباب الثالث منه الأحكام العامة والشاملة بشأن عقود الأشغال .

أما دفاتر الشروط الخاصة فهي ذات أهمية خاصة في سورية ، وهي تتضمن بشكل عام الشروط القانونية والمالية والفنية الخاصة بكل عقد والتي تراها الإدارة المعنية مناسبة لتنفيذ التعهد على أتم وجه في الوقت المحدد [436] . ويتضمن دفتر الشروط الخاصة المصورات والمواصفات الكاملة للاحتياطات المطلوبة وموعد إجراء المناقصة والتأمينات المؤقتة والنهائية وغرامة التأخير ومدة إنجاز الأعمال وغير ذلك ، ويصدق هذا الدفتر من آمر الصرف [437] . وهو عاقد النفقة المحدد وفق الأنظمة النافذة في الجهات العامة ذات الطابع الإداري ، أو المدير العام للمؤسسة العامة أو الشركة العامة أو المنشأة العامة [438] .

ويجب ألا تتضمن هذه الدفاتر أحكاماً من شأنها أن ترجح متعهداً على آخر أو تفرض على العارضين إجراءات مربكة قد تؤدي إلى صدهم عن الاشتراك في الإجراء الذي سيبرم العقد وفقاً له [439] ، ولا يجوز لهذه الدفاتر أن تتضمن اعتبار إحدى اللغات الأجنبية لغة التعاقد الوحيدة [440] . وبشكل عام

(**436**) – بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 22/ب – 381 – 1 تاريخ 1976/3/6 .

(**437**) – المادة 7/ب من القانون رقم /51/ لسنة 2004 ، الخاص بنظام العقود للجهات العامة.

(**438**) – المادة 1/آ–2 من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(**439**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /447/ .

(**440**) – بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 75/ب – 1278 تاريخ 1978/6/10 .

فإن دفاتر الشروط الخاصة في سورية يجب أن تكون متفقة مع القوانين والأنظمة ومنسجمة مع أهداف المشروع وجدواه الاقتصادية [441] .

وتقسم دفاتر الشروط الخاصة في سورية إلى فئتين فهناك دفاتر الشروط الفنية الخاصة ودفاتر الشروط القانونية والمالية الخاصة ، ويتم إعداد هذه الدفاتر ، كلٌ حسب اختصاصه ، من قبل لجنتين مشكلتين بقرار من آمر الصرف إحداهما فنية والأخرى قانونية ومالية . ويراعى في تشكيل هذه اللجان أن تكون عناصرها من أصحاب الكفاءات والخبرات الجيدة وممن عرفوا بالدقة والاستقامة والمعرفة .

ولآمر الصرف أن يستعين بالخبرات والكفاءات في الدولة أو القطاع الخاص إذا رأى موجباً لذلك ، كما يحق له فيما يتعلق بالعقود المهمة 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 باقتراحات مبررة بتعديل هذه الدفاتر ولآمر الصرف المختص إقرار التعديل أو عدمه بعد أخذ رأي اللجنتين الأصليتين [442] .

(**441**) – بلاغ مجلس الوزراء رقم 75/ب – 1278 تاريخ 1978/6/10 .

(**442**) – بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم 75/ب–15/1278 تاريخ 1978/6/10 .

المبحث الثاني
الإذن بالتعاقد

تمهيد وتقسيم :

إن إنشاء التزام مرفق عام يعني أن هناك حاجات جماعية بلغت حداً من الأهمية تقتضي تدخل الإدارة لإنشاء مرفق عام , وبالتالي استخدام وسائل القانون العام , وهو ما ينطوي على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد إذا ما عهد لشخص من أشخاص القانون الخاص بمهمة إدارة مرفق عام لتحقيق هذه الغاية , وهو ما يقتضي أن يحاط عقد الالتزام ونظامه الأساسي بقدر كبير من الضمانات [443] .

ويشكل وجود الاعتماد المالي اللازم ، أو ما يمكن أن نسميه بالإذن المالي ، شرطاً لإبرام أي عقد إداري ، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو مدى وجوب ذلك في عقد B.O.T ؟ وهو ما سنبحثه في المطلب الأول .

كما يوجب المشرع في بعض الحالات إذناً من السلطة التشريعية لإبرام العقد وهو ما سنخصص له المطلب الثاني .

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 الإدارية وهو ما سنبحثه في المطلب الثالث .

المطلب الأول

(**443**) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /142/.

الإذن المالـي

تمهيد :

يتطلـب إبـرام العقـد الإداري عـادة وجـود اعتمـاد مـالي تـمَّ رصـده فـي الميزانيـة ، ويتعـين أن يكـون هذا الاعتمـاد كـافٍ لتغطيـة النفقـات الناجمـة عـن العقد ، ويتعين علـى الإدارة مراعاة ذلك عند التعاقد ولكنها إذا خالفت ذلك فلا يتحمل المتعاقد معها ما ينجم عن تلك المخالفة ويبقى العقد سليماً ، بيد أن هذا الشرط برمتـه لا يتصـور وجـوده فـي عقـود B.O.T باعتبـار أن هذا العقد يقوم أساساً على أن يتحمل المستثمر أعباء التمويل .

وسنبحث هذه المسائل في فروع ثلاثة .

الفرع الأول
الإذن المالي بصفته إجراءً سابقاً
على التعاقد في العقود الإدارية

يفتـرض العقـد الإداري عمومـاً ترتيـب نفقـة علـى عـاتق جهـة الإدارة المتعاقدة وهو ما يستوجب وجود اعتماد تم رصده في الميزانية بشكل نظامي، وأن يكـون كـافٍ لتغطيـة النفقـات الناجمـة عـن العقد الإداري , وعلـى ذلـك فـلا تستطيع الإدارة أن تتعاقد وأن تلتزم بمبـالغ معينـة إلا إذا وجـد الاعتمـاد المـالي

اللازم لمواجهة الأعباء الجديدة [444] . وليس ذلك سوى تطبيق للمبدأ العام القائم على أساس أنه لا يمكن إجراء أي إنفاق إلا استناداً إلى اعتماد موازني

(**444**) – جاء في القانون المالي الأساسي في سورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /54/ تاريخ 2006/10/1 ما يلي :

المادة /20/ : يتم عقد النفقات العامة من قبل السلطة المختصة قانوناً وفي حدود القوانين والأنظمة والاعتمادات المخصصة في الموازنة العامة للدولة .

المادة /21/ : يتم اختيار المتعاقد مع الدولة وأصول الاتفاق معه وقواعد تصديق وتنفيذ العقد وإنهائه وفق القوانين والأنظمة النافذة .

المادة /22/ : لا يجوز عقد نفقة من شأنه أن يرتب التزاماً على السنوات المالية المقبلة باستثناء :

أ– تعيين العاملين والموظفين .

ب – عقود العمل والإيجار والصيانة والتوريدات الدورية ويجوز إبرامها لمدة تتجاوز السنة المالية ولا تزيد على ثلاث سنوات فإذا زادت على ثلاث سنوات ولم تتجاوز خمس السنوات وجب الحصول على موافقة وزارة المالية وإذا زادت مدة التعاقد على خمس سنوات وجب الحصول على الموافقة بمرسوم ، وفي كل الأحوال يجب ألا تزيد نفقة العقد في كل سنة مقبلة على الاعتماد المخصص في الموازنة لتلك السنة .

ج– المشروعات التي لا يمكن تجزئتها والتي لا بد أن يمتد تنفيذها إلى ما بعد السنة المالية الجارية فيجوز أن تبرم عقودها لمدة تتجاوز السنة المالية بشرط التقيد بالاعتمادات السنوية المخصصة في الموازنة لكل مشروع والحدود المقررة في الخطة الاقتصادية .

المادة /23/ : تتم تصفية وصرف النفقة من قبل السلطة المختصة قانوناً وفي حدود الاعتمادات المتوفرة في الموازنة بشرط أن تكون النفقة مستحقة الأداء وفقاً لأحكام القوانين والأنظمة النافذة ، ويجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير المالية فتح الاعتمادات اللازمة في الموازنة لمواجهة الكوارث أو النفقات العاجلة أو في حالات الضرورة القصوى المتعلقة بأمن الدولة ومصلحتها العليا وتدخل هذه النفقات في الحساب الإجمالي للموازنة .

المادة /25/ : يجوز للوزارات والإدارات والجهات العامة أن تفوض غيرها بعقد صرف النفقات على بعض الاعتمادات المرصدة في موازناتها ويتم التفويض والصرف وفقاً لتعليمات تصدر عن وزير المالية .

مخصص ومقرر أصولاً في قوانين الموازنة والجهات التي يحددها القانون [445] .

والاعتماد الموازني هو ترخيص عام يعطى من جانب السلطة صاحبة الاختصاص في سبيل انجاز تصرفات قانونية من شأنها أن ترتب التزامات بمبالغ من النقود على عاتق الذمة المالية للإدارة , وتأتي العقود الإدارية في مقدمة تلك التصرفات التي تشغل الذمة المالية لجهة الإدارة ويكون هذا الاعتماد الموازني عاماً وغير فردي فلا يتناول حالة تعاقدية بذاتها بل إنه يعطى على شكل كتلة [446] . لذلك فإن صرف النفقات استناداً إلى الاعتماد المالي خاضع بدوره إلى موافقات خاصة , محاسبية مثلاً ، لدى كل عملية من عمليات الصرف [447] .

وعلى ذلك فعندما تبرم الإدارة عقداً إدارياً فإن النفقة الناجمة عن هذا العقد يجب أن تجد لها مكاناً في موضوع الاعتماد , وهذا يعني أن البرلمان عن طريق الاعتماد المذكور في فصل من فصول الموازنة يعطي الترخيص للحكومة لتقوم بالتصرفات القانونية الضرورية لتنفيذ المرفق الذي خصص له الاعتماد , ولا يمكن أن يستخدم هذا الترخيص لموضوع آخر غير الموضوع

(**445**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /462/ .
عبد الهادي عباس , "العقود الإدارية" ، الجزء الأول ، دار المستقبل ، الطبعة الأولى ، 1992 ، ص /410/ .
عبد الإله الخاني , "القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية" ، بدون سنة طبع ، ص /88/ .
سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /319/ .
إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /133/ .

(**446**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /462/ .

(**447**) – عبد الإله الخاني , "القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص /88/ .

المحدد له [448] .

كذلك فإن الترخيص المعطى للحكومة من جانب البرلمان يعين الحد الأعلى للنفقة الذي لا يجوز للسلطة الإدارية أن تتجاوزه عند قيامها بإبرام عقودها الإدارية , كما يحدد المدة الزمنية التي يجب أن يستخدم خلالها هذا الاعتماد , وهي سنة واحدة في العادة , وإن الاعتمادات التي لا يتم استخدامها خلال هذه الفترة تلغى بقوة القانون [449] .

وعلى ذلك فإنه يتعين على الإدارة قبل إبرامها لعقد إداري أن تتأكد من وجود الاعتماد وكفاية قيمته وسريان مفعوله ضمن المدة المحددة لها .

الفرع الثاني
أثر مخالفة شرط الإذن المالي في العقود الإدارية

إن المبدأ الأساسي الذي يحكم هذه المسألة أن القانون المالي مستقل عن القانون الإداري . وعلى الرغم من أن القانون المالي , بما يتضمنه من القواعد التي تحكم الإدارة المالية للعقد , وثيق الصلة بالقانون الإداري إلا أنه من المسلم به وفقاً للنظرة الفرنسية التي تأخذ بها كل من سورية ومصر أيضاً أن مجال كل من القانونين المالي والإداري منفصل عن الآخر .

ويترتب على ذلك عدة نتائج :

النتيجة الأولى : أن مخالفة جهة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان العقد الذي أبرمته الإدارة . فإذا ما تعاقدت الإدارة رغم عدم وجود الاعتماد المالي أو عدم كفايته فإن ذلك لا يعتبر من الأسباب

(**448**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري " ، المرجع السابق ، ص /463/ .

(**449**) – مهند نوح , المرجع نفسه ، ص /464/ .

التـي تنـال مـن سـلامة العقد , ويبقـى العقد سليماً وملزماً لـلإدارة فـي مواجهـة المتعاقد .

وهذا ما أخذ به القضاء والفقه في فرنسة , ويعلل الفقيه جيز ذلك بأنه إذا أدت مخالفة القواعد المالية إلـى بطـلان العقد لأدى ذلك إلـى إحجام الغير عن التعاقد مع الإدارة خشية الدخول في إجراءات التعاقد واصطدامهم ببطلان العقد بسبب مخالفات مالية لا شأن لهم بها وقد يكون من المستحيل عليهم تتبعها ومعرفتها واكتشافها باعتبارها مخالفات تقترف من قبل الإدارة ذاتها وهي تتعلق بوثائقها وسجلاتها التي لا قدرة لهم على الاطلاع عليها [450] .

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا المبدأ منذ زمن طويل وقرر صراحة أن العقد الذي تبرمه الإدارة دون وجود اعتماد أو باعتماد غير كاف هو عقد مشروع وصحيح , ولا تملك الإدارة أن تتملص من دفع المبالغ المالية التي تنجم عنه [451] .

وقد ذهب مجلس الدولة المصري المذهب نفسه , فقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر 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 أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه , فمثل هذه المخالفات – إن وجدت من جانب الإدارة – لا تمس صحة العقد ولا نفاذه , وإنما تستوجب المسؤولية السياسية .. ويجب من ناحية حماية هذا الغير , ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة . فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً إذا كان قد

(**450**) – راجع :

- Jéze.G, Les principes Généraux .. op.cit, p16.

– (**451**)

- C.E, 22-11-1956, Sté Auxiliaredes résidus urbains, A.J.D.A, 1956, p446.
- C.E, 25 – 11- 1931m Dame Boudoin , Rec. P1029.

صدر اعتماد أو لم يصدر , وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح , وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض .. ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة)) [452] .

غير أنه من الناحية العملية فإن الدين المتولد عن عقد تبرمه الإدارة دون وجود اعتماد أو باعتماد غير كاف هو دين لا يمكن الأمر بصرفه وبالتالي لا يمكن دفعه للمتعاقد , وبذلك يكون الفصل ما بين قواعد المشروعية الإدارية وقواعد المشروعية المالية لا يؤدي إلى ضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة [453] .

وقد أوجد مجلس الدولة الفرنسي طريقين أمام المتعاقد في مثل الحالة المذكورة وهما الطريق القضائي حيث يستطيع أن يلجأ المتعاقد إلى قاضي العقد لإلزام الإدارة بدفع المبالغ المتوجبة بموجب العقد [454] . وطريق تنظيم تسوية بين طرفي العقد والتي تقضي برصد الاعتماد اللازم ووضع تأشيرة مراقب النفقات [455] .

النتيجة الثانية : إن عدم صحة إجراءات الموازنة العامة أو الاعتمادات المفتوحة لا ترتب تجاه المتعاقد مع الإدارة وقف سريان القرارات الإدارية الآيلة إلى عقد النفقات [456] .

النتيجة الثالثة : إن وجود الاعتماد المالي اللازم للمتعاقد لا يلزم الإدارة بالتعاقد , فإذا ما وجدت الإدارة أن المصلحة العامة تقتضي العدول عن

(**452**) – حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر رقم 175 – ا ق تاريخ 1956/2/11 ، منشور في مجموعة الخمسة عشر عاماً من العقود الإدارية , ص /123/ .

(**453**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /471/ .

(**454**) – C.E, 28 – 11- 1969, S.A, Paul Frré, A.J.D.A, 1970, p 120.

(**455**) – C.E, 4- 2-1949, Villaret,Rec, p52.

(**456**) – عبد الإله الخاني , "القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص /89/ .

التعاقد فهي تملك ذلك دائماً , باعتبار أن فتح الاعتماد ليس سوى إذن غير ملزم بالصرف [457] فلا تلزم الإدارة بإبرام العقود التي تم ترخيصها مالياً .

وتجدر الإشارة إلى أن الإذن المالي أو ما يمكن تسميته بالترخيص المالي لا يقوم مقام الترخيص بالتعاقد حين يتطلبه القانون , ذلك أن وجود الاعتماد الكافي والمهيأ للعملية التعاقدية لا يعفي من الحصول على الترخيص المطلوب [458] .

الفرع الثالث

عدم تصور شرط الإذن المالي

كشرط مسبق في عقود B.O.T

انتهينا في الفقرات السابقة إلى أن رصد الاعتماد المالي يشكل إجراء سابقاً على التعاقد في العقود الإدارية بشكل عام , فلا تستطيع الإدارة أن تتعاقد إلا إذا وجد الاعتماد المالي اللازم لتغطية الأعباء المالية الجديدة التي يوجدها العقد .

بيد أنه لا يمكن تصور هذا الشرط في عقود B.O.T . ذلك أن هذه العقود قد قامت أصلاً لترفع عن الدولة عبء تمويل وإنشاء مرافق البنية الأساسية التي يتناولها العقد . وإن مفهوم نظام B.O.T برمته قائم على أن يتولى القطاع الخاص متمثلاً في شركة المشروع والبنوك ومؤسسات التمويل وسواها مسؤولية وأعباء التمويل اللازم للمشروع وتحمّل مخاطره دون تحميل ميزانية الدولة أية أعباء مالية , سواء بشكل مباشر في شكل قروض أو بشكل

(**457**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية"، المرجع السابق ، ص /321/ .

(**458**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري"، المرجع السابق ، ص /473/ .

غير مباشر عن طريق تقديم خدمات أو امتيازات معينة لشركة المشروع مثل بناء الطرق المؤدية للمشروع [459] .

وعلى ذلك فإن عقد B.O.T الذي لا يؤدي إلى تحميل الإدارة أعباء مالية جديدة , بل يأتي ليرفع عن الإدارة عبء التمويل ذاته وليجنب الموازنة تلك النفقات , لا يتصور فيه القول أنه يتطلب رصد اعتماد مالي له قبل إبرامه لانتفاء الحاجة لذلك أصلاً .

المطلب الثاني
الإذن التشريعي

تمهيد :

يوجب المشرع الدستوري أو العرف الدستوري أحياناً الاستحصال على موافقة السلطة التشريعية لإبرام بعض العقود أو صدورها بقانون ، لأنه يجد أنها على درجة عالية من الأهمية لتعلقها بالثروة الطبيعية للبلاد أو لكونها تمنح امتيازات لشركات أو مؤسسات أجنبية ، وهذا ما هو عليه الحال عموماً مع بعض الفوارق في كل من فرنسة ومصر وسورية .

وسنبحث ذلك في الفروع الثلاثة التالية :

الفرع الأول
في فرنسة

(**459**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /52/ .

إن المبدأ العرفي الثابت في فرنسة أن عقد التزام المرافق العامة يتطلب ترخيص المشرع بإبرامه . ومن المسلم به في فرنسة أن موافقة الهيئات الحاكمة على إنشاء مرفق عام وإدارته بطريق الالتزام فضلاً عن تقرير القواعد والشروط والأوضاع المتعلقة بتنظيم المرفق وتسييره ابتداء هي بمنزلة إجراءات يتم صدورها في مراحل سابقة على اختيار الملتزم وإبرام العقد معه [460] .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يجب التفريق بين وضعين في هذا المجال : فيجب 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 1958 فإن الحكومة تختص بإبرام العقد دون حاجة لإذن من السلطة التشريعية [461] .

ويرى جانب من الفقه أن التدخل التشريعي للترخيص بإبرام بعض عقود الالتزام قد زال مع صدور قانون 1993/1/29 في فرنسة الذي أعطى الإدارة الحرية الكاملة في اختيار الملتزم وإبرام عقد الالتزام دون اشتراط لصدور ترخيص من البرلمان بذلك [462] .

الفرع الثاني

في مصر

---

(460) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/142/.

(461) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /327/ .

(462) – مهند نوح , المرجع نفسه ، ص /327/ .

نصت الدساتير المتعاقبة في مصر على ضرورة موافقة البرلمان لمنح الترخيص بإبرام عقد التزام مرفق عام , فقد جاء في المادة /137/ من دستور سنة 1923 أنه ((وكل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة , وكل احتكار لا يجوز إلا بقانون وإلى زمن محدود)) .

وقد ثار خلاف في الرأي في حينه حول المقصود بكلمة ((قانون)) وقد انتهى الرأي في تفسير تلك المادة إلى أن المقصود بذلك هو إصدار قانون خاص في كل حالة يتم فيها منح الالتزام [463] .

كما نصت المادة /98/ من دستور سنة 1956 على أن ((ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ..)) .

ونصت المادة /99/ من الدستور المذكور على أنه ((لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدد)) .

وبمقتضى هذين النصين فرَّق المشرع الدستوري بين حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكاراً , وحينئذ لا يمكن منحه إلا بقانون في كل عقد على حدة , والحالة التي لا يتضمن الامتياز احتكاراً وهي الحالة التي أحال فيها الدستور إلى قانون عام يصدر مبيناً كيفية منح الالتزامات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة ويكون منح الالتزام في هذه الحالة بقرار إداري يستند إلى قانون عام [464] .

بعد ذلك صدر دستور سنة 1958 المؤقت حيث نصت المادة /30/ منه على أنه : ((لا يجوز منح احتكار إلا بقانون , وإلى زمن محدود ..)). وفي ظل هذا الدستور المؤقت صدر القانون رقم /61/ لسنة 1958 والذي نص في مادته الأولى على أنه : ((يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد

(**463**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /111/ .

(**464**) – سليمان الطماوي , المرجع السابق ، ص /113/ .

الثروة الطبيعية والمرافق العامة وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاوة بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة , ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص)) .

ثم صدر دستور سنة 1964 وقد نصت المادة /74/ منه على أن ((ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ..)) .

وقد أعيد هذا النص أيضاً في المادة /122/ من دستور سنة 1971 . ويلاحظ أن هذه المادة في كل من دستور 1964 ودستور 1971 لم تميز بين الالتزام الذي ينطوي على احتكار وبين غيره من الالتزامات [465] .

ونظراً لعدم صدور القانون المشار إليه في المادتين المذكورتين من دستور 1964 ودستور 1971 , وكذلك لعدم صدور قانون يفسخ القانون رقم /61/ لعام 1958 المعدل بعد صدور دستور 1971 , فإن العمل يجري وفق أحكام القانون رقم /61/ لسنة 1958 فيكون 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 لمدة أقصاها خمس سنوات [466] .

بيد أن إجراء منح الالتزام وفق ما نص عليه القانون رقم /61/ لعام 1958 كان موضع انتقاد من قبل العميد الدكتور سليمان الطماوي بحجة أن ذلك لا يقدم كثيراً من الناحية العملية وأن اشتراط موافقة البرلمان تنتهي عملاً إلى ما يساوي إفراغ هذه الموافقة في صورة قانون ، لأن القانون لا يعني بعد موافقة البرلمان إلا بعض إجراءات تستقل بها الإدارة كتصديق رئيس الجمهورية

(**465**) – سليمان الطماوي , المرجع نفسه ، ص /115/ .

(**466**) – سعاد الشرقاوي , "العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية , القاهرة ، 1998 , ص/57/ .

والنشر . كما أن النظام القانوني للأعمال التي يجب أن يوافق عليها البرلمان لا تختلف كثيراً عن التشريعات باعتبار أنها من قبيل الأعمال البرلمانية التي لا تختص المحاكم بالنظر فيها [467] .

ويذهب رأي آخر مغاير إلى أن هناك فروقاً جوهرية بين موافقة البرلمان على العقد من جهة وصدور العقد بقانون من جهة أخرى , وأن الأمر ليس مجرد فروقات إجرائية تتمثل في تصديق رئيس الجمهورية على القانون والنشر ذلك أن إجراء موافقة مجلس الشعب ليس قانوناً بالمعنى المادي فهو ليس قاعدة عامة مجردة وبالتالي فهو لا يشكل إلا حلقة في عملية إبرام العقد الإداري ولا يحول دون أن يكون اختصاص النظر بالمنازعات المتعلقة بهذا العقد الإداري عائداً إلى القضاء الإداري إضافة إلى أن موافقة البرلمان قد لا تثير من المناقشات ما يثيره إصدار القانون [468] .

ونظراً لقصور الإطار القانوني المذكور لعقود الالتزام فقد لجأ المشرع المصري مؤخراً إلى إصدار العديد من القوانين بشأن منح عددٍ من الالتزامات ومنها القانون رقم /100/ لسنة 1996 بشأن منح التزام محطات الكهرباء ، والقانون رقم /229/ لسنة 1996 بشأن منح التزام الطرق العامة والقانون رقم /3/ بشأن منح التزام إنشاء المطارات , وهو ما جعل جانباً من الفقه يثير مسألة وجود تناقض تشريعي بين التزامات هامة تمنح بقرار من مجلس الوزراء بموجب القوانين المذكورة والتزامات أقل أهمية يتطلب منحها قراراً من رئيس الجمهورية بعد موافقة البرلمان . كما جعل جانباً آخر من الفقه ينظر إلى تلك القوانين المشار إليها على أنها تعالج هذه الموضوعات معالجة جزئية وتفتقر إلى

---

(467) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /330/ .

(468) – سعاد الشرقاوي , "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /232/ .

– د. حمدي علي عمر ، الرقابة القضائية على العقود التي يبرمها البرلمان ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ، ص /68/ وما بعدها .

المعالجة الشاملة لعقود الالتزام B.O.T وأن الأمر بات ضرورياً أن يصدر المشرع تشريعاً ينظم عقود الالتزام في صورة B.O.T [469] .

الفرع الثالث
في سورية

ورد في نص الفقرة الخامسة من المادة /71/ من الدستور السوري الدائم أن مجلس الشعب يتولى الاختصاصات التالية : ((.. 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)) .

ويرى البعض أن هذا النص على اقتضابه فهو يثير مسائل قانونية ودستورية مهمة ، ولعل أهمها في المجال موضوع البحث ما إذا كان المقصود به هو العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية أو المؤسسات الأجنبية أم العقود المبرمة مع الشركات بشكل مطلق وليس الأجنبية منها فقط باعتبار أن حرف ((أو)) الوارد في النص هو في علم أصول اللغة أداة للفصل بين حكم وحكم آخر . وأن كلمة ((الأجنبية)) التي تلت كلمة ((المؤسسات)) لا يمكن إلحاقها بكلمة ((الشركات)) وهي الكلمة الأسبق والمنفصلة بحرف ((أو)) عن عبارة ((المؤسسات الأجنبية)) . كما أنه يمكن أن تكون ((المؤسسات))

(**469**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /99/ .

مـن بنيـة غيـر بنيـة الشـركات لهـذا أفـردت بـالحكم [470] . ولكننـا نعتقـد أن المقصـود بـالنص المـذكور هـو الشـركات الأجنبيـة وإن السـياق الـذي وردت فيـه العبارة التي ضمَّت الشركات والمؤسسات تشعر باتحاد العلة والسبب .

ويثير النص المذكور مسألة ما إذا كان يشمل الأفراد الأجانب أيضاً إلـى جانـب الشـركات والمؤسسـات الأجنبيـة ، فـالنص لـم يتعـرض لـذكر كلمـة الأفـراد بعينهـا ، لـذلك يـرى الـبعض أنـه يخـرج عـن إذن مجلـس الشـعب مـنح الامتيازات للأفراد لأنه من المفروض أن امتياز الشركة أو المؤسسة أكبر وأهم من امتيازات الأفراد [471] .

بيد أننـا لا نؤيـد هذا الـرأي ونـرى أن النص المـذكور يشمل الامتيـازات التي تمنح للأفراد الأجانب أيضاً باعتبار أن المؤسسة الأجنبية التي أتى النص علـى ذكرها كثيراً ما تكون مؤلفة من فرد واحد ، وقد يكون هذا ما يميزها أصـلاً عن الشركة التـي يتوجب قانونـاً فـي سورية أن تتألف من أكثر من فرد واحد ، وعلـى ذلك فإن هذا الكيان القانوني المسمى ((مؤسسـة)) إذا كـان مؤلفـاً مـن شـخص أو فـرد واحـد ، وهـو مـا يحصـل فـي أغلـب الأحـوال ، فـإن التفريـق فـي المعاملـة بـين المؤسسـة الأجنبيـة مـن جهـة وصـاحبها الفـرد الأجنبـي مـن جهـة أخرى يكون تفريقاً مستهجناً وفـي غير محلـه ومخالفاً للغايـة التـي أفصـح عنها المشرع الدستوري في نص المادة /71/ آنفة الذكر .

وبذلك يكون الدستور السوري قد ميَّز في عقود الالتزام بين نوعين من الأطراف :

(**470**) – عبد الإله الخاني ، "القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية " ، المرجع السابق، ص /93/ .

(**471**) – عبد الإله الخاني ، المرجع نفسه ، ص /93/ .

فهناك العقود التي تبرمها الدولة مع الشركات والمؤسسات الأجنبية والتي جاءت على ذكرها المادة 5/71 من الدستور ، وهذه يتوجب فيها الحصول على موافقة مجلس الشعب كشرط لإجراء العقد .

وهناك عقود الالتزام التي تبرم مع شركات أو مؤسسات غير أجنبية، فهي عقود لا تستوجب موافقة مجلس الشعب عليها كشرط لإجرائها ، وهو ما تشير إليه بمفهوم المخالفة المادة المذكورة من الدستور .

ومن الجدير بالذكر أنه ولئن كان إذن السلطة التشريعية ضرورياً فإنه مع حصول الإدارة على هذا الإذن فإن الإدارة تحتفظ بحريتها في إتمام الرابطة العقدية أو عدم إتمامها حسب مقتضيات الصالح العام التي تراها [472] .

المطلب الثالث

الإذن الإداري

تمهيد :

قد يلزم المشرع جهة الإدارة في بعض الحالات بالاستحصال على إذن من مرجع إداري أعلى قبل إبرام عقد B.O.T . وقد يأخذ ذلك شكل تدخل استشاري من بعض الجهات الوصائية .

وسنبحث ذلك في الفرعين التاليين :

الفرع الأول

إذن الجهة الإدارية المختصة

(**472**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/326/ .

هناك حالات تكون فيها السلطة المختصة بإبرام العقد ملزمة بأخذ الإذن من مرجع أعلى نظراً لأهمية العملية التعاقدية [473] .

ويتولى الوزير المختص من حيث المبدأ إبرام عقود الدولة في سورية، وذلك بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي رقم /51/ تاريخ 2000/9/18 ، إلا أن هذا المبدأ لا يؤخذ على إطلاقه لأن توقيع الوزير يؤدي إلى إبرام العقد بشكل نهائي مع الغير في حالتين فقط ، **الأولى** : إذا كان العقد من العقود المتعلقة بالإنفاق الاستثماري وكانت قيمته لا تتعدى خمسين مليون ليرة سورية ، **والحالة الثانية** إذا كان العقد من العقود المتعلقة بالإنفاق الجاري وكانت قيمته لا تتعدى خمسة وعشرين مليون ليرة سورية ، أما إذا زادت قيمة العقد عن ذلك فإن توقيع الوزير لا يؤدي إلى قيام الرابطة العقدية مع الغير بشكل بات بل تكون هذه الرابطة موقوفة على تصديق اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء [474] .

أما العقود التي تبرمها الإدارات اللامركزية فإنها تخضع للموافقة المسبقة من الوزير المختص أو رئيس مجلس الوزراء على النحو الذي ورد في قانون الإدارة المحلية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /15/ تاريخ 1971/5/11 المعدل بالقانون رقم /12/ تاريخ 1971/6/20 .

وقد نصت المادة /24/ في الفقرة /أ/ منها من قانون الإدارة المحلية المذكور على أن المكتب التنفيذي للمحافظة يتولى تمثيل المجلس وتنفيذ قراراته ، كما نصت الفقرة /ط/ من المادة المذكورة على اختصاص المكتب التنفيذي بإقرار مخططات ودفاتر المشاريع وإجراءات المناقصة أو العقود بالتراضي

(**473**) – عبد الإله الخاني ، "القانون الإداري – المجلد 4 – العقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص /94/ .

(**474**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/120/ .

ضمن الحدود والأحوال التي تبين في اللائحة التنفيذية والقوانين النافذة . وقد نصت المادة /33/ من قانون الإدارة المحلية المذكور على أن المحافظ يرأس المكتب التنفيذي للمحافظة وهو بصفته هذه ينفذ قرارات المكتب التنفيذي للمحافظة ويتقيد بها ، وقد نصت المادة /25/ من اللائحة التنفيذية [475] على أن رؤساء المكاتب التنفيذية لمجالس المدن والبلدان يمارسون الصلاحيات الممنوحة للوزير المختص بموجب نظام عقود هيئات القطاع الإداري [476] باستثناء الصلاحيات الممنوحة لرئيس المكتب التنفيذي لمجلس المحافظة في هذا المجال . وتعطي المادة /28/ من اللائحة المذكورة ذات الاختصاص الذي قررته الفقرة /أ/ من المادة /25/ لرؤساء المكاتب التنفيذية في القرى أو الوحدات الريفية [477] .

ويتضح من هذه النصوص أن دور المكتب التنفيذي هو دور رئيسي وحاسم في مجال إبرام عقود وحدات الإدارة المحلية في سورية ، فبالنسبة لاختصاص المكتب التنفيذي لمجلس المحافظة يلاحظ أن عبارة إجراء المناقصات والعقود ((بالتراضي)) تحمل معنى واسعاً يشمل اختيار إجراء التعاقد والإشراف على عملية تنفيذ هذا الإجراء وسلطة تقرير إبرام أو عدم إبرام العقد [478] .

أما في مصر فإن الولاية العامة في إبرام عقود الوحدات الإدارية المحلية تنصرف إلى المحافظ ، فقد نصت المادة /27/ من قانون الإدارة

(**475**) – الصادرة بالمرسوم التشريعي رقم /2297/ لسنة 1971 .

(**476**) – الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة 1969 والملغى بالقانون رقم /51/ لسنة 2004 المتضمن نظام العقود الموحد .

(**477**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/376/ .

(**478**) – بلاغ وزارة الإدارة المحلية رقم 1961/6/6 تاريخ 1975/2/3 .

راجع : محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/124/ .

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 ، ويكون المحافظ في دائرة اختصاصه رئيساً لجميع الأجهزة والمرافق المحلية ..)) ، ولذلك فقد أقر القانون رقم /89/ لسنة 1998 اختصاص المحافظ في إبرام عقود الوحدات الإدارية المحلية ومنحه جميع الاختصاصات المتعلقة باختيار أسلوب إبرام العقد ((المادة /1/ من القانون رقم /89/ لسنة 1998)) ، وبإصدار قرار إبرام العقد أو عدم إبرامه ((المادتين /24و28/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998)) [479] .

بيد أن هناك عقوداً كثيرة في مصر أوجبت القوانين الحصول على موافقة جهة إدارية قبل إبرامها ، ويرجع في ذلك إلى كل قانون على حدة . وإن أبرز مظاهر هذه العقود يتجلى في تدخل السلطة المركزية في عقود وحدات الإدارة المحلية وفي علاقة الإدارة المركزية بالهيئات اللامركزية التي تخضع لوصايتها . وإن اللامركزية الإدارية لها صورتان هما اللامركزية الإقليمية أو الإدارة المحلية واللامركزية المصلحية .

ففي حالة اللامركزية الإقليمية أو الإدارة المحلية نظم المشرع صور الوصاية على الهيئات اللامركزية حيث منح رئيس مجلس الوزراء سلطة الموافقة على بعض التصرفات والعقود التي يجريها المجلس كما اشترط في حالات أخرى موافقة مجلس الوزراء . فقد نصت المادة /14/ (المعدلة) من القانون رقم /43/ لسنة 1979 (المعدل) 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 اسمي أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية في

(**479**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/374/ .

حدود خمسين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة لغرض ذي نفع عام ... ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك ..)) [480] .

كما نصت الفقرة الرابعة من المادة /42/ (المعدلة) من القانون المذكور على أنه ((لا يجوز التصرف بالمجان في مال من أموال المركز أو تأجيره بإيجار اسمي أو أقل من أجر المثل فيما يجاوز خمسين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة إلا بموافقة مجلس الوزراء)) [481] .

كذلك فقد نصت المادة /50/ (المعدلة) من القانون آنف الذكر على أنه لا يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمدينة أن يتصرف بالمجان أو التأجير بإيجار اسمي أو بأقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية لأغراض ذي نفع عام إلا بموافقة رئيس مجلس الوزراء إذا زادت قيمة التبرع عن عشرين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة ولم تجاوز خمسين ألف جنيه ، فإذا جاوز التبرع هذا الحد وجبت موافقة مجلس الوزراء. أما إذا كان ذلك في حدود عشرين ألف جنيه في السنة الواحدة فيتعين موافقة الوزير المختص بالإدارة المحلية [482] .

وأحياناً يتعين موافقة المحافظة كما ورد في المادة /50/ آنفة الذكر التي نصت في فقرتها الأولى على أنه ((يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمدينة – بعد موافقة المحافظة – التصرف بالمجان في مال من أموال المدينة الثابتة أو المنقولة أو تأجيره .. بقصد تحقيق غرض ذي نفع عام وذلك إذا كان التصرف لإحدى الوزارات أو المصالح الحكومية أو الهيئات العامة أو شركات القطاع العام أو الجمعيات والمؤسسات الخاصة ذات النفع العام)) [483] .

(**480**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/332/ .

(**481**) – سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص /333/ .

(**482**) – سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص/334/ .

(**483**) – سليمان الطماوي ، المرجع نفسه ، ص/334/ .

أما في حالة اللامركزية المصلحية والتي تتجلى في صورة الهيئات العامة فقد منح القانون رقم /61/ لسنة 1963 للوزير المختص سلطة التوجيه والإشراف والرقابة على الهيئات التابعة له ((المادة /5/ من القانون المذكور)) . كما أوجب تبليغ قرارات مجالس إدارة الهيئات العامة إلى الوزير المختص لاعتمادها وأوجب على الوزير أن يقدم إلى رئيس الجمهورية المسائل التي تستلزم صدور قرار منه فيها . وأما تفاصيل الرقابة على كل هيئة عامة على حدة فقد أحال المشرع بخصوصها إلى القرار الجمهوري الصادر بشأنها [484] .

أما في فرنسة فإن عقود الأشخاص العامة اللامركزية تختص بإبرامها سلطتان إداريتان هما سلطة التقرير L`organe deliberant وسلطة التنفيذ I`organe d`execution ، وتنعقد سلطة التقرير في فرنسة ضمن الأشخاص العامة اللامركزية المحلية للمجالس الخاصة بها : المجلس البلدي بالنسبة للبلديات والمجلس العام بالنسبة للمحافظات والمجلس الإقليمي بالنسبة للأقاليم ، وتنعقد سلطة التنفيذ للعمدة في البلديات ولرئيس المجلس العام في المحافظة ، ولرئيس المجلس الإقليمي في الأقاليم ، ويلاحظ أن سلطة التقرير تنعقد ضمن الأشخاص العامة اللامركزية المرفقية لمجلس الإدارة أما سلطة التنفيذ فتنعقد للمدير العام [485] .

ويكون الاختصاص في إبرام عقد الشخص العام اللامركزي يتمثل في مداولة عنصر التقرير حول إبرام العقد مع شخص اعتباري أو طبيعي 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 [486] .

(**484**) – سليمان الطماوي ، المرجع نفسه ، ص/335/ .

(**485**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/122/ .

(**486**) – راجع :

ولا بد من الإشارة إلى أن مداولة هذه المجالس لا تنصب على إبرام العقد وحسب وإنما تشمل موضوع العقد وشروط إبرامه وجدواه الاقتصادية [487] .

وتجدر الإشارة إلى أن الإذن اللازم للتعاقد من الجهة الإدارية هو إذن ضروري لقيام الرابطة التعاقدية ، بمعنى أن العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على هذا الإذن هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً [488] .

ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بهذا العقد في مواجهة الإدارة كما هو الشأن في حالة عدم وجود الاعتماد المالي ، باعتبار أن الرابطة التعاقدية لم توجد أصلاً في هذه الحالة ، وإن كان باستطاعة المتعاقد في مثل هذه الحالة الرجوع على الإدارة على أساس الخطأ أو الإثراء بلا سبب إن كان لها محل [489] .

الفرع الثاني

التدخل الاستشاري لبعض الجهات الإدارية

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 توجّبه كما أنها مختلفة عن تلك الجهة المختصة أصلاً بإبرام العقد .

- Vedel . G et Delvolvé.P, Droit administratif, P.U.F, Paris, 1993, p499.

(**487**) – راجع :

- Guibal.M , Lucien.R , Terneyre.PH, et autres, Droit public des affaires, Lamy, Paris, 1998, p775.

(**488**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/323/ .

(**489**) – سليمان الطماوي ، المرجع نفسه ، ص/325/ .

وسنبحث في ماهية التدخل الاستشاري أولاً ، ثم ونتناول التدخلات الاستشارية في كل من فرنسة ومصر وسورية .

أولاً – ماهية التدخل الاستشاري :

الرأي 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 [490] .

وقد يكون الرأي الاستشاري ملزماً للإدارة من حيث اللجوء إليه دون أن يكون ملزماً من حيث موضوعه فيتوجب على الإدارة أن تطلب الرأي الاستشاري من الجهة التي حددها القانون ولكنها لا تكون ملزمة قانوناً بالضرورة بموضوعه [491] ، ولكن الرأي الاستشاري قد يكون ملزماً للإدارة من حيث وجوب طلبه والأخذ بمضمونه أيضاً ، أي أنه ملزم من الناحيتين العضوية والموضوعية [492] .

وقد ثار خلاف فقهي شديد في فرنسه بشأن هذا النوع من الرأي الاستشاري فذهب جانب من الفقه إلى أن الرأي الاستشاري الوجوبي لا يعدو كونه ناحية إجرائية بحيث يبقى التصرف الصادر بناء على استشارة إلزامية

---

(490) – راجع :

- Auby.J.M; Le régime juridique de l'avis dans la procédure administrative, A.J.D.A, 1956, p53.

(491) – راجع :

- Auby.J.M, Ibid, P56.

(492) – راجع :

- Hostiou.R, Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1975, P28.

تصرفاً مسنداً إلى الجهة المختصة قانوناً بهذا التصرف [493] وهي التي تكون مسؤولة وحدها عن آثاره القانونية والواقعية [494] .

وقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الرأي الوجوبي ليس سوى تقسيم للاختصاص ، فالسلطة المختصة أصلاً باتخاذ القرار لا يمكنها اتخاذ هذا القرار إلا عن طريق سلوك درب المشورة لأن هذه السلطة لا تملك اتخاذ القرار منفردة ، وكذلك فإن الجهة الاستشارية لا يمكنها اتخاذ القرار منفردة لأنها تصدر رأياً لا قراراً له قوة تنفيذية ، مما يعني أن القرار يتخذ في هذه الحالة بالاشتراك بين الجهة الإدارية المختصة أصلاً والجهة الاستشارية [495] .

ويذهب رأي إلى أبعد من ذلك ليقول بأنه إذا جعل المشرع موضوع الاستشارة ملزماً للإدارة بحيث لا تملك مخالفته ، فإن هذا الإجراء لا يمكن اعتباره من قبيل الاستشارة بل يأخذ حكم الإذن بالتعاقد [496] .

ويمكن القول أنه إذا كان التدخل الوجوبي للجهة المستشارة ملزماً في مضمونه وموضوعه للجهة الإدارية المستشيرة فإن ذلك يعتبر مشاركة في الاختصاص بين هاتين الجهتين باعتبار أن ذلك يؤدي إلى مساهمة جوهرية من قبل الجهة المستشارة في تكوين التصرف القانوني ، أما إذا كان التدخل الاستشاري وجوبياً دون إلزام قانوني بمضمون المشورة فلا يعد التدخل الاستشاري هذا مشاركة في الاختصاص [497] ،

---

(493) – الديداموني مصطفى أحمد ، "الإجراءات والأشكال في القرار الإداري" ، رسالة دكتوراه ، الهيئة العامة المصرية للكتاب ، القاهرة ، 1992 ، ص/46/ .

(494) – راجع :

– Hostiou.R, op.cit, p29.

(495) – راجع :

– Houstiou.R,op.cit, p31.

(496) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /362/ .

(497) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/288/ .

ثانياً – التدخلات الاستشارية في نطاق العقود الإدارية في كل من فرنسة ومصر وسورية :

1- في فرنسة :

تختلف أنواع التدخلات الاستشارية في فرنسة بحسب نوع العقد الإداري المراد إبرامه . فهناك التدخلات الاستشارية المحضة في عقود الشراء العام ، حيث تلتزم السلطة المختصة بإبرام العقد بطلب الرأي الاستشاري من جهات محددة دون أن تكون ملزمة بمضمونه .

وتتمثل تلك الجهات باللجنة المركزية لعقود الشراء العام وباللجان الخاصة التي تراقب مشاريع بعض أنواع العقود . فاللجنة المركزية لعقود الشراء العام هي عبارة عن منظمة إدارية تتبع وزير الاقتصاد ويمتد نشاطها إلى جميع الوزارات في الدولة ، وتتركز مهمتها في تنسيق ورقابة الطلبات العامة والشراء العام [498] .

أما اللجان الخاصة الأخرى فهي تتولى مراقبة مشاريع عقود أشغال وتوريد وخدمات الدولة ويمتد عملها إلى جميع وزارات الدولة بحيث يغطي كل منها قطاعاً محدداً ، فهناك لجنة عقود الهندسة المدنية ولجنة عقود البناء ولجنة العقود المتعلقة بالطيران ولجنة عقود الإلكترونيات والاتصالات ولجنة عقود المواد الكهربائية والميكانيكية والتسليم ولجنة عقود المعلومات ولجنة عقود التموينات العامة ولجنة المواد الطبية ،

ويكون الرأي الاستشاري لهذه اللجان ملزماً بالنسبة للعقود التي تتجاوز مبلغاً معيناً يحدد بقرار وزاري وكذلك بالنسبة للعقود التي يكون محلها أداءات

---

(498) – راجع :

- Guibal.M; op.cit.p82.

ذات طبيعة خاصة ، ويقوم رئيس اللجنة المختصة بتبليغ الإدارة صاحبة العلاقة برأي اللجنة حول مشروع العقد خلال عشرة أيام من تاريخ صدور الرأي وذلك دون أن يلزم هذا الرأي الإدارة المعنية بالعقد ، ويتعين على هذه الإدارة أن تسبب قرارها كتابة إن هي خالفت مضمون استشارة اللجنة ، وعلى الوزير المختص في هذه الحالة أن يبلغ رئيس اللجنة هذا القرار [499] .

وإلى جانب هذه التدخلات الاستشارية المحضة في فرنسة هناك التدخلات الاستشارية الملزمة من حيث موضوعها ، ومن ذلك ما أوجبته المادة /ل.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 [500] .

2- في مصر :

نصت التشريعات النافذة في مصر 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 1972 المتعلق بمجلس الدولة والتي جاء فيها أنه ((.. 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 ألاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة ...)) ،

(**499**) – راجع المواد /26و15و221/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي ، وراجع : د.مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/290/ .

(**500**) – راجع :

- Laubadère.A – Delvolvé.P et Moderne.F, Op.cit, p493.

وكانت المادة /35/ من قانون المناقصات والمزايدات السابق رقم /9/ لسنة 1983 قد أكدت على وجوب استفتاء مجلس الدولة في جميع العقود التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه وقيدت هذا الحكم بحكم آخر هو عدم استفتاء مجلس الدولة إذا أبرم العقد بناء على شروط أخذ فيها رأي الجهة المذكورة أو سبق أن أبرم على أساسها عقد مماثل ما لم يحصل أي تغيير في هذه الشروط في كلا الحالتين ، ولكن قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم /89/ لسنة 1998 جاء خالياً من نص مماثل [501] .

ويتعين الحصول على استشارة مجلس الدولة وفقاً للمادة /58/ آنفة الذكر قبل إبرام العقد ، لذلك فقد ذهبت الجمعية العمومية إلى أنه إذا كان الزمن المحدد لتنفيذ العقد قد انصرم بأكمله قبل طلب مراجعة العقد فلا يكون ثمة جدوى عندئذ من مراجعة العقد بحسبان أن الغرض من هذه المراجعة هو أن تقف جهة الإدارة على حكم القانون قبل التعهد أو الالتزام [502] .

وقد استقرت فتاوى الجمعية العمومية على أن إدارة الفتوى حين تعطي رأيها في مشروع العقد المراد إبرامه إنما تمارس رقابة قانونية من حيث انسجام مشروع العقد وإجراءاته مع القوانين دون أن تتطرق إلى مسائل الملائمة والتقدير التي ينفرد القضاء برقابتها في ضوء الأدلة المقدمة إليه [503] .

3- في سورية :

يتمتع مجلس الدولة السوري بدور استشاري في إبرام عقود الإدارة نص عليه قانون مجلس الدولة ، كما أوجد المشرع لجنة لدى رئاسة مجلس الوزراء

(**501**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/292/ .

(**502**) – فتوى الجمعية العمومية رقم /491/ تاريخ 1994/7/16 ، جلسة 1994/7/6 ، ملف رقم 324/1/54 ، مشار إليه من قبل د.مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري"، المرجع السابق ، ص /294/ الهامش رقم /2/ .

(**503**) – الفتوى رقم /373/ تاريخ 1985/3/31 ، جلسة 1985/3/20 ، ملف رقم 252/1/54 السنتان /39-40/ ، ص/378/ ، المبدأ 95/أ .

تدعى ((اللجنة الاقتصادية)) وأناط بها مهمة تصديق عقود الإدارة عندما تزيد قيمة العقد عن حدود معينة نص عليها القانون .

وسنبحث ذلك مفصلاً في الفقرتين التاليتين :

أ- التدخل الاستشاري لمجلس الدولة السوري :

من صور التدخل الاستشاري في عقود الإدارة ما نصت عليه المادة /44/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /55/ لسنة 1959 والتي جاء فيها ((.. لا يجوز لأية وزارة 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 /45/ ألف ليرة سورية بغير استفتاء مجلس الدولة)) [504] .

ويعطي مجلس الدولة رأيه بهذا الصدد حول مدى انطباق إجراءات التعاقد على أحكام القانون ومدى وضوح نصوص العقد وانسجامها مع أحكام القانون [505] .

غير أن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري قد خلط بين مفهوم المشورة أو الاستفتاء حسبما نصت عليه المادة /44/ آنفة الذكر ومفهوم تصديق العقد ، الذي لم يرد عليه النص المذكور ، فذهب القسم الاستشاري إلى القول بأن ((تاريخ طلب تصديق العقد من مجلس الدولة هو التاريخ الذي يجب أن يعتبر العقد مصدقاً من المراجع المسؤولة ..)) [506] .

(**504**) – وبموجب قرار رئيس مجلس الوزراء في سورية رقم 34/م.و لسنة 2006 تم تعديل الحد الأدنى لقيمة العقود الخاضعة لاستفتاء مجلس الدولة ليصبح خمسة عشر مليون ليرة سورية ، بالرغم من أنه من غير الجائز تعديل أحكام القانون بقرار إداري بدون تفويض من المشرع .

(**505**) – رأي مجلس الدولة السوري /50/ لسنة 1975 ، مشار إليه من قبل صبحي سلوم ، موسوعة العقود ، الجزء الأول ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، 1991 ، ص/211/ .

(**506**) – رأي مجلس الدولة السوري رقم /327/ لسنة 1967مشار إليه من قبل صبحي سلوم، موسوعة العقود ، المرجع السابق ، ص/212/ .

وقد امتدت هذه النظرة إلى القسم القضائي في مجلس الدولة السوري، حيث ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن ((تصديق مجلس الدولة على العقد هو عنصر من عناصر التصديق ..)) [507] .

بيد أن هذا المذهب إضافة إلى ما يتضمنه من خلط بين مفهومين قانونيين مختلفين فإن القول بأن الرأي الذي يبديه مجلس الدولة في سورية هو "تصديق" يأتي بعد إتمام التصديقات الضرورية للعقد من جانب الإدارة المتعاقدة ، يشكل خروجاً عن نص المادة /44/ آنفة الذكر التي نصت على أنه ((.. لا يجوز لأية وزارة .. أن تبرم أو تقبل .. أي عقد ... بغير استفتاء مجلس الدولة)) ، وهذا يعني أن استفتاء مجلس الدولة يتم قبل إبرام العقد وليس بعده ، وذلك لأن تدخل مجلس الدولة هو تدخل استشاري محض وهو غير ملزم للإدارة من حيث موضوعه ، وقد فرضه المشرع لأجل تنوير الإدارة المتعاقدة قبل قيامها بإبرام عقدها بالسويات القانونية الأفضل لإبرام هذا العقد [508] .

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري في القانون رقم /2/ لعام 2005 الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة قد أعفى العقود التي تبرمها هذه الجهات من الإجراء المذكور لدى مجلس الدولة ، وإن كان المشرع حينما نص على ذلك الإعفاء قد استخدم عبارة ((تصديق مجلس الدولة)) بدلاً من ((استفتاء مجلس الدولة)) حيث نصت المادة /44/ من القانون رقم /2/ لعام 2005 على أن ((تعفى العقود والعمليات التي تجريها المؤسسة العامة والشركة العامة والمنشأة العامة من تصديق مجلس الدولة))، وهي عبارة نرى أنها تتعارض مع مرجعية النص القاضي باستفتاء مجلس الدولة وهو المادة /44/ من قانون مجلس الدولة رقم /55/ لسنة 1959 .

(**507**) – قرار محكمة القضاء الإداري في سورية رقم /73/ في القضية رقم /137/ لسنة 1972 ، مشار إليه من قبل صبحي سلوم ، المرجع السابق ، ص/214/ .

(**508**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /299/ .

ب- دور اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء في سورية :

وبصدد التدخلات الاستشارية في معرض إبرام العقود الإدارية في سورية يتعين التوقف عند اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء . ذلك أنه من حيث المبدأ يتولى الوزير المختص إبرام عقود الدولة في سورية حسبما نصت عليه المادة الأولى من المرسوم رقم /51/ لسنة 2000 ، غير أن توقيع الوزير يعد كافياً لإبرام العقد بشكل نهائي في حالتين فقط وهما إذا كان العقد يتعلق بالإنفاق الاستثماري وكانت قيمته لا تتجاوز خمسين مليون ليرة سورية ، وحالة إذا كان العقد من العقود المتعلقة بالإنفاق الجاري وكانت قيمته لا تتعدى خمسة وعشرين مليون ليرة سورية ،

أما إذا زادت قيمة العقد عن هذه الحدود فإن تدخل الوزير وإصداره قرار إبرام العقد عند التوقيع عليه لا يؤدي إلى قيام الرابطة العقدية مع الغير بشكل بات ، بل تكون هذه الرابطة موقوفة على تصديق اللجنة الاقتصادية لدى رئاسة مجلس الوزراء [509] .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى أن العقد الذي وقعته الجهة الطاعنة لم يستكمل إجراءات تصديقه لرفضه من اللجنة الاقتصادية في مجلس الوزراء بصفتها المرجع النهائي لتصديقه مما يوجب اعتباره في هذه الحالة قد بقي مشروع عقد ليس من شأنه أن ينتج آثاره كعقد صالح للتنفيذ [510] .

(**509**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/120/ .

(**510**) – قرار رقم /309/ في الطعن /144/ لسنة 1979 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح المهايني ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ، ص /37/ ، المبدأ 2/6437 .

وتجدر الإشارة إلى أن تدخل اللجنة الاقتصادية لدى مجلس الوزراء على النحو المذكور يقتصر على عقود الشراء الأمر الذي جعل إحالة عقود التفويض ومنها عقود B.O.T إلى اللجنة المذكورة يثير إشكالات قانونية إضافة إلى كونه يشكل خروجاً عن النص القانوني القاضي بذلك .

الفصل الثاني
تقنيـة الإبـرام

تمهيد وتقسيم :

تسـعى الإدارة فـي معـرض اختيـار المتعاقـد معهـا عمومـاً إلـى تحقيـق هدفين كبيرين : أحدهما هدف مالي وهو تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة , وهذا يستلزم من الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية , أما الهدف الآخر فهو هدف فني باختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة العامة [511] .

وتتعدد الوسائل التي تختار الإدارة بموجبها من تتعاقد معه والطرق التي تبرم الإدارة بموجبها عقودها الإدارية ، ولكن بعض هذه الطرق والأساليب فقط هو الذي يقبل التطبيق على عقود B.O.T في حين أن بعضها الآخر غير قابل للتطبيق على هذه العقود .

وسنبحث في هذه الوسائل للوصول إلى تقنية الإبرام الأنسب لعقود B.O.T .

لذلك سنوزع الدراسة هنا على مبحثين :

المبحث الأول : وسائل إبرام العقود الإدارية .

المبحث الثاني : تقنية التعاقد في عقود B.O.T .

---

(511) – يراجع في ذلك :

– سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /223/ .

– إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /94/.

– طعمية الجرف , "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /527/ .

– ماجد راغب الحلو , "القانون الإداري" ، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت، 1977 ، ص /147/ .

المبحث الأول
وسائل إبرام العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم :

تتنوع وسائل وأساليب إبرام العقود الإدارية من وسائل وأساليب مبنية على السلطة المقيدة للإدارة إلى تلك التي تعطي حرية أوسع للإدارة في اختيار المتعاقد معها ،

ويمكننا تصنيف أساليب الإبرام في فئتين : الأولى أساليب غير قابلة للتطبيق على عقود B.O.T ، أما الفئة الثانية فهي أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقود B.O.T .

لذلك سنوزع الدراسة هنا على مطلبين :

- **المطلب الأول** : أساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق على عقود B.O.T .
- **المطلب الثاني** : أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقود B.O.T .

المطلب الأول
أساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق
على عقود B.O.T

تمهيد :

يعدُّ أسلوب المناقصة العامة الأسلوب التقليدي في إبرام العقد الإداري، وهو أسلوب تحكمه مبادئ قانونية محددة في اختيار الإدارة للمتعاقد معها ، ويتميز هذا الأسلوب باعتماد السعر معياراً وحيداً أو أساسياً عند الإرساء

وتتعدد أنواع وصيغ المناقصات العامة بما يتناسب مع محل التعاقد والحاجات المطلوبة والدور الذي تحتله فيها المسائل التقنيّة ومدى ضرورة توفر المقدرة التقنية عند المتنافسين .

وسنجد أن أسلوب المناقصة بأنواعها غير قابل للتطبيق على عقود B.O.T باعتبار أن اختيار المتعاقد في هذه العقود لا يستند إلى تقديمه أفضل سعر للإدارة لأن الإدارة في هذه العقود ليست بصدد الشراء أصلاً .

الفرع الأول

المناقصات العامة

تحكم المناقصة العامة ثلاثة مبادئ تتمثل بالمنافسة المفتوحة والعلانية واعتماد السعر الأقل ، وهو ما سنبحثه في الفقرات التالية :

أولاً – المنافسة المفتوحة :

تقوم المناقصة العامة على مبادئ المنافسة المفتوحة والعلانية والإسناد التلقائي على أقل سعر وذلك مع ضمان درجة كافية من الخبرة والكفاءة الفنية , وتنهض بعبء عمليات المناقصة سلطة مختصة هي لجنة المناقصة على أن تبقى نتيجة الإرساء الذي توصلت إليه لجنة المناقصة موقوفة على اعتماد أو توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد [512] .

(**512**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /489/ .

وتعني المنافسة المفتوحة أن يتم التعامل مع جميع المتنافسين على قدم المساواة وأن تكون الشروط المطلوبة للاشتراك بالمناقصة واحدة للجميع [513] . ولكن الإدارة في معرض ذلك تملك حق استبعاد غير الأكفاء للتعاقد ومن يقتضي الصالح العام استبعادهم [514].

والاستبعاد العام من المناقصات هو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من كل المناقصات التابعة للإدارة بشكل نهائي أو لفترة محدودة [515] . وهو إجراء مقنن في كل من فرنسة ومصر وسورية .

ففي فرنسة يقرر الاستبعاد العام من المناقصات كجزاء عن الإخلال بالتزامات عقدية سابقة ويخضع الاستبعاد في هذه الحالة إلى النظرية العامة للجزاءات التعاقدية [516] .

(**513**) – حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية , في الطعن /288/ لسنة 4 ق تاريخ 1959/5/9 , السنة الرابعة , ص /1252/ , المبدأ /109/ ، مشار إليه من قبل د.مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /496/ .
وراجع في ذلك ، جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة – دراسة مقارنة في القانونية المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسترال" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص /13/ .

(**514**) – محمد فؤاد عبد الباسط , "العقد الإداري" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ، ص /120/ .

(**515**) – راجع :

- Laubadére – Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, TI, op.cit, p606 .
- Mignon M, Declin d'une technique: L'adjudication, D, Chro, 1954, p149 .

(**516**) – راجع :

- Laubadére – Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, TI, op.cit, p606.

كما يتم الاستبعاد بسبب النقص الواضح في الإمكانيات الفنية , فإذا وجدت الإدارة في فرنسة لدى بعض المتعهدين ضعفاً في الجودة والأداء التقني والتعامل المالي يحق لها أن تدرجهم في قائمة المحرومين من دخول مناقصاتها باعتبارهم متعهدين غير مرغوب فيهم [517] .

أما في مصر فهناك حالة واحدة للاستبعاد العام وهي الاستبعاد العام كجزاء عقدي , وقد نصت عليها المادة /24/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 وهي حالة : ما إذا ثبت أن المتعاقد قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد .

ويشطب اسم المتعاقد في هذه الحالة من سجل الموردين أو المقاولين, وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية , وذلك بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة [518] .

ويخضع قرار الشطب للرقابة القضائية من حيث وجود أسبابه الواقعية والقانونية ومن حيث الانحراف في السلطة [519] .

(**517**) – راجع :

- Laubadére – Delvolvé et Moderne, Traité des contrats, TI, Ibid , p605.

(**518**) – المادة /135/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 .

(**519**) – حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /724/ , لسنة 24 ق , جلسة 1982/1/16 .

وجدير بالذكر أن القضاء الإداري المصري قد أعطى الإدارة الحق الكامل في استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم , بسبب عدم كفايتهم وقدرتهم , ودون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما , وذلك كإجراء وقائي تمليه المصلحة العامة. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /654/ لسنة 6 ق جلسة 1962/12/22 السنة الثامنة ص /229/ .

وأما في سورية فقد نصت المادة /58/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 , وهو القانون الخاص بنظام العقود للجهات العامة , على حالة الاستبعاد العام من التعاقد مع الجهات العامة , حيث يتم الحرمان من التعاقد مع الجهة العامة لكل متعهد يثبت سوء نيته أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة , وإن تعبير ((سوء النية)) هو تعبير واسع يشمل الغش والتلاعب والرشوة , وكافة الانحرافات الأخرى التي لا يجوز أن تجتمع مع صفة المتعاقد مع الإدارة , أما عدم الكفاءة فهو كل فعل ينطوي على اخلالات واضحة في تنفيذ الأداءات محل العقد [520] .

ويصدر قرار الحرمان من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلل من الوزير فيما يتعلق بالإدارة التابعة له , ولا يكون هذا القرار إلا مؤقتاً ولمدة لا تتجاوز خمس سنوات , أما الحرمان من التعاقد مع الجهات العامة جميعها

وتقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بهذا الصدد ((إن المشرع اشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع إحدى الجهات الخاضعة لأحكام القانون رقم /9/ لسنة 1983 "الذي حلّ محله الآن القانون رقم /89/ لسنة 1998" .. أن يكون متمتعاً بحسن السمعة .. فلا يكفى في المتعاقد مع الإدارة توافر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن يتوافر إلى ذلك حسن السمعة ، وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة . وفي ضوء ذلك يكون من حق جهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التي تجريها العطاء الذي يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة ، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى احتمال التعاقد مع صاحب العطاء رغم عدم توفر حسن السمعة لديه ، الأمر الذي لا يتفق مع أحكام القانون)) [فتوى /163/ في 1988/2/8 جلسة 1987/12/9 "مجموعة الأربعين عاماً" ، ص /172/] .

(**520**) – انظر 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/ .

فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص [521]. ويخضع قرار الحرمان هذا لرقابة القضاء الإداري في سورية [522] .

ثانياً – مبدأ العلانية :

ويحكم المناقصات العامة إضافة إلى مبدأ المنافسة العامة مبدأ العلانية , ويتم الإعلان عن المناقصة بهدف إيصال أمرها إلى علم كل من يجد لديه القدرة والمتطلبات اللازمة لتنفيذ العملية موضوع التعاقد [523] .

(**521**) – الفقرة /أ/ المادة /58/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .
وقد نصت الفقرة /ب/ من المادة المذكورة على أنه يجوز لرئيس مجلس الوزراء إعادة النظر في القرارات المتخذة بموجب الفقرة /أ/ بعد مرور سنة واحدة على الأقل .

(**522**) – فقد قررت المحكمة الإدارية العليا السورية أنه ((تستقل الإدارات العامة بتقديرها لمن تريد التعاون معه من المتعهدين في خدمة هذه المرافق ومن تستبعدهم من فلكها .. ثم أنه لا معقب على تقديرها إلا من زاوية نظر الملاءمة بين التدبير الذي تتخذه والفعل الذي صدر عن المتعهد .. للكشف عما إذا كانت النسبة قائمة فعلاً بين الأمرين)) . الحكم رقم /143/ في الطعن رقم /103/ لسنة 1977 , منشور في "مبادئ القضاء الإداري" , للمحامي مصباح المهايني ، المرجع السابق ، القاعدة /7674/ ، ص/401/.
وفي حكم آخر حكمت المحكمة الإدارية العليا السورية بأن ((إقدام المدعي على قبض ثمن كميات من المواد المتعاقد عليها دون أن يقدمها فعلاً ، فتملك – الإدارة – إصدار القرار اللازم بمنع المتعاقد معها من التعامل مع إدارات الدولة ومؤسساتها العامة)) . الحكم رقم /418/ في الطعن /396/ لسنة 1976 , منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة لسنة 1976 ، ص /221/ ، المبدأ /99/ .
كما قررت المحكمة الإدارية العليا في سورية بأن ((امتناع متعهد عن توقيع مشروع عقد مخالف لعرضه ولجوء الإدارة إلى إصدار قرار بحرمانه من دخول مناقصاتها مخالف للقانون)) قرار رقم /87/ في الطعن /151/ لسنة 1970 , منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة لسنة 1970 ، ص /156/ .

(**523**) – محمد فؤاد عبد الباسط , "العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /118/ .

ويعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءً أساسياً وجوهرياً بالنسبة لنظام المناقصات العامة ، ومن مقتضاه توجيه الدعوة إلى كافة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة وبيان الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة [524] .

ويتضمن الإعلان جملة المعلومات التي يجب أن تذيعها الإدارة لتصل إلى علم المتعهدين , وهي تشكل الحد الأدنى اللازم لتكوين فكرة عامة وأولية عن الإدارة المتعاقدة ومحل التعاقد ومواعيد تسليم العروض [525] .

وينص المشرع عادة على الحد الأدنى من البيانات التي يتعين أن يتضمنها الإعلان ويبقى للإدارة الحرية في إضافة ما تشاء من معلومات أخرى .

ففي فرنسة اشترطت الفقرة الثانية من تقنين عقود الشراء العام أن يتضمن الإعلان عند الدعوة العامة للمنافسة المعلومات التالية على الأقل وهي : تحديد جهة الإدارة صاحبة العلاقة , ومحل العقد وخصائصه الأساسية , والإجراء الذي سيتم إبرام العقد عن طريقه ((مناقصة – طلب عروض .. أو غير ذلك)) , والوثائق التي تثبت الأهلية التقنية للمرشح , والتاريخ 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 .

(**524**) – جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة – دراسة مقارنة .." ، المرجع السابق ، ص /35/ .

(**525**) – راجع :

- Bréchon – Moulénes, Droit des Marchés, TI, Moniteur, Paris, 1999, III, 320, 1, p2.

أما في مصر فقد بينت المادة /12/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 المعلومات التي يجب أن يتضمنها الإعلان وهي : الجهة التي تقدم إليها العطاءات ، وآخر موعد لتقديم العطاءات والصنف أو العمل المطلوب ومبلغ التأمين المؤقت ونسبة التامين النهائي وثمن كراسة الشروط وملحقاتها .

وأما في سورية فقد حددت الفقرة /ب/ من المادة /10/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 البيانات المطلوبة بقولها : ((يجب أن يتضمن الإعلان عن المناقصة على الأقل البيانات الآتية :

1- موضوع المناقصة .

2- مكان وزمان تقديم العروض وجلسة المناقصة .

3- التأمينات المؤقتة والنهائية المطلوبة .

4- الجهة التي يمكن شراء اضبارة المناقصة منها .

5- سعر الاضبارة .

6- مدة إنجاز التعهد .

7- المدة التي سيبقى العارض مرتبطاً خلالها بعرضه)) .

ويتعين نشر الإعلان ، ففي فرنسة يجب أن يتم النشر في النشرة الرسمية لإعلانات عقود الشراء العام أو في أية نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات القانونية [526] ، ويتعين على الإدارات الفرنسية أن تعلن على المستوى الأوروبي أيضاً عقود الشراء العام التي يمكن أن تبرمها إذا بلغت قيمة العقد حداً معيناً ، وعندئذ يتوجب النشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوربي وهي جهة النشر الوحيدة المختصة في هذا المجال [527] ، وبموجب المادة

(**526**) - الفقرة الثالثة من المادة /38/ من تقنين عقود الشراء العام .

(**527**) - راجع :

- Bréchon – Moulénes, Droit des marchés, TI,op.cit,III,320,1,p12.

/380/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي لا يجوز النشر على المستوى الوطني قبل إرسال الإعلان إلى مكتب الإعلانات الرسمية للاتحاد الأوروبي .

أما في مصر فيتعين أن يتم الإعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب في صحيفة أو في صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار ويجب أن ينشر الإعلان مرتين ، وإذا كانت المناقصة خارجية فيجب أن يعلن عنها باللغتين العربية والإنكليزية في مصر وفي الخارج بأن يتم الاتصال بسفارات أو قنصليات الدول الأجنبية في مصر كي يتم إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد في تلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة [528] ، ولكن هذا لا يغني عن النشر مرتين في صحف واسعة الانتشار كما توجب المادة /12/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 بغية تحقيق الغاية المرجوة من المناقصة وإعمالاً لمبدأ المنافسة الحرة من جهة أخرى [529] .

أما في سورية فقد بينت الفقرة /أ/ من المادة /10/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 قواعد النشر فأوجدت ثلاث طرق إلزامية ووسيلتين اختياريتين . فيتعين نشر إعلانات المناقصة في نشرة الإعلانات الرسمية للدولة ، وهي تصدر عن المؤسسة العربية للإعلان ، إضافة إلى النشر في صحيفة يومية واحدة ، كما يتعين لصق نسخة عن الإعلانات في لوحة إعلانات الجهة العامة . وبالإضافة إلى ذلك يمكن عند الاقتضاء الإعلان عن المناقصة في الإذاعة والتلفزيون وسائر 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 .

ثالثاً – الكفاءة :

(**528**) – المادة /12/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 .

(**529**) – مهند نوح "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/594/ .

إن مصلحة الإدارة لا تقف عند تقديم السعر الأقل ، بل إن السعر الأقل إذا ما ترافق مع درجة من السوء لدى المتعاقد وضعف في كفاءته واستعداده التقني فإن ذلك من شأنه أن يضر بالإدارة ويسيء إلى المرفق العام بالمس بحسن سيره بانتظام واضطراد .

لذلك فقد استقرت الأنظمة القانونية المقارنة على أن مبدأ الدخول المفتوح إلى المناقصات العامة يجب أن يوازن مع ضرورة توافر درجة معينة من المقدرة الفنية عند المتنافسين (530) .

ففي فرنسة ، أقر مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل بمشروعية الشروط المتعلقة بضرورة توافر خبرات تقنية معينة لدى المتنافسين (531) .

وتنص المادة /50/ من تقنين عقود الشراء العام النافذ في فرنسة على ضرورة أن تتضمن العروض جميع المعلومات والوثائق المتعلقة بخبرات المرشحين ووسائلهم التقنية ، وهو ما يعني ضرورة توافر قرينة الجودة Presomption de qualite` في كل من يود الاشتراك في المناقصة من المرشحين (532) .

وفي مصر ، جاءت المادة /8/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 لتلزم كل مرشح بأن يقدم في المظروف الذي يحتوي على عرضه

---

(530) – راجع :

- Jéze.G, principes Généraux ..op.cit, p87.
- Flamme.M.A, Traité théorique et pratique des marches publics, Bruxelles TI, 1969,p327.
- Waline.M, Droit administratif, Manuel élementaire, Sirey, Paris, 1945.p392.

(531) – راجع :

- C.E, 10-3-1937, Robiou de Dupont et Martin, Rec,p294 .
- C.E, 24-6-1936, Maignan,Rec. p694.

(532) – راجع :

- Goossens.P, Le choix des enterprises: le critère de capacité, R.M.P, 1992,N 267,p23.

الفني البيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من توافر الكفاءة الفنية المطلوبة من المتنافسين ، ومن ذلك جميع البيانات اللازمة عن أسماء ووظائف وخبرات الكوادر التي سيسند إليها الإشراف على تنفيذ العملية ، وبيانات كاملة عن الشركات التي قد يسند إليها جزءاً من تنفيذ العقد ، وسابقة الخبرة والأعمال وبيانات القيد في السجلات الخاصة بموضوع العقد كالسجل التجاري أو الصناعي ، وبطاقة عضوية
الاتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء [533] .

أما في سورية فقد نصت الفقرة /أ/ من المادة /11/ من القانون رقم /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 قيد السجل التجاري يتضمن بياناً بنوع الأعمال التي يقوم بها المرشح والتي يتعين أن تكون منسجمة مع نوعية الأداءات موضوع المناقصة [534] .

الفرع الثاني
المناقصة المحصورة

(**533**) – راجع في ذلك : مهند نوح "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/584/ .

(**534**) – كتاب وزارة المالية في سورية إلى وزارة التعليم العالي رقم /30068/ تاريخ 1995/11/9 .

وتدعى المناقصة المقيدة ، وهي شكل خاص للمناقصة ، يعتمد على الإرساء التلقائي على السعر الأقل ، ولكن المنافسة فيها تكون مقيدة بحيث لا يدخلها إلا المرشحون الذين قامت الإدارة بانتقائهم نظراً للضمانات المهنية والمالية التي قدموها وذلك لأن محل العقد يكون ذا طبيعة تقنية خاصة [535].

وتعود فكرة المناقصة المحصورة إلى تطور نظرة الإدارة في فرنسة إلى كيفية أداء الحاجات المتطورة والمستجدة في عقودها ، ذلك أن الطابع التقني المتزايد لمختلف المرافق العامة أدى إلى ظهور حاجات معقدة أصبحت محلاً لعقود إدارية تحتل فيها المسائل التقنية دوراً جوهرياً ، وصار من مصلحة الإدارة أن تحدد المتنافسين الذين يتمتعون بالمقدرة التقنية اللازمة لتنفيذ مثل هذه العقود وأن لا تدع مثل هذه الحاجات الحساسة في هذه العقود لتتحكم فيها آليات العرض والطلب ذات النتائج غير المضمونة [536] .

وبذلك فقد 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 [537] ، وقد تم تقنين مبدأ المناقصة المحصورة في فرنسة على مراحل إلى أن استقر بشكل نهائي في تقنين عقود الشراء العام الحالي [538] .

(**535**) – راجع :

- Laubadére – Venizia et Gaudemet, , op.cit, p703.

(**536**) – راجع :

- Waline.M, L' évolution récent des rapports de l'etat avec ses cocontractants, R.D.P, 1952, p6.

(**537**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /533/ .

(**538**) – يعد الأمر الصادر بتاريخ 1836/12/4 والذي يحكم إجراءات إبرام عقود الشراء العام الخاصة بالدولة في فرنسة ، الأصل التشريعي التاريخي للتفرقة بين مفهوم المناقصة المفتوحة ومفهوم المناقصة المحصورة حيث قرر أنه ((إذا كان من شأن المنافسة غير المحدودة أن تسبب الضرر للإدارة ، فإنها يمكن أن تخضع لقيود تحصر المنافسة بين أشخاص معروفين بكفاءتهم ، وذلك بالاستناد إلى تدابير مسبقة متخذة من قبل الإدارة)) .

فقد نصت المادة /91/ من التقنين المذكور على أنه ((تكون المناقصة مقيدة عندما لا يقبل فيها لإيداع العروض إلا المرشحون المقبولون من جانب الشخص المسؤول عن العقد قبل مجلس المحافظة)) .

وقد أخذ المشرع في مصر بمبدأ المناقصة المحصورة تحت تسمية المناقصة المحدودة ، وقد نصت المادة الثالثة من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 على ما يلي : ((يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة)) .

وفي سورية ، فقد أخذ المشرع السوري بمبدأ المناقصة المحصورة حيث نصت المادة /26/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 على ما يلي ((يحق لآمر الصرف حين الإعلان عن المناقصة اعتبارها محصورة بمن تتوافر فيهم شروط وكفاءة مادية وفنية لأسباب تتعلق بطبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه ، وفي هذه الحالة تقوم لجنة المناقصة بعد التدقيق في وثائق العارضين بتحديد أسماء المقبولين ويكون قرارها بهذا الشأن قطعياً وتتم إجراءات المناقصة على النحو المبين في الأحكام السابقة)) [539] .

ثم ظهر مصطلح المناقصة المقيدة في فرنسة لأول مرة في سنة 1880 في منشور دوري يتعلق بأشغال الجسور والطرقات ، ثم صدر المرسوم 1882 الذي أجاز للإدارة تقييد المنافسة ولكن دون أن يوضح مبدأ المناقصة المقيدة ، وبتاريخ 1942/4/6 صدر المرسوم رقم /1082/ الذي وضح لأول مرة في فرنسة مبدأ المناقصة المقيدة ونظامها القانوني .

راجع في ذلك :

- Quancard.M,L'adjudication des marchés publics, Sirey, 1945, p108.

(**539**) – وهو نفس النص الوارد في المادة /28/ من المرسوم التشريعي السابق رقم /228/ لسنة 1969 المتضمن نظام عقود الهيئات العامة ذات الطابع الإداري ، باستثناء أن النص

وتجدر الإشارة هنا إلى التناقض الحاصل بين المادة /26/ المذكورة من جهة والتعليمات التنفيذية للقانون 2004/51 من جهة أخرى ، ففي حين أسندت المادة /26/ من القانون /51/ لسنة 2004 مهمة تأهيل العارضين إلى لجنة المناقصات ، ذهبت اللائحة التنفيذية للقانون المذكور إلى أن الجهة التي تتولى هذا التأهيل هي لجنة يشكلها آمر الصرف لهذه الغاية ، وهو ما يشكل تناقضاً واضحاً بين القانون ولائحته التنفيذية حيث تم إسناد الاختصاص بالمسألة نفسها إلى جهتين إداريتين مختلفتين [(540)] .

ولا بد من الإشارة إلى أنه يتوجب في المناقصة المحصورة العلانية حسب المبدأ العام في المناقصات العامة وبما يحقق مبدأ المنافسة الحرة ، وهو ما جعل المشرع السوري يوجب عند الإعلان عن هذه المناقصة أن يتضمن الإعلان أن المناقصة محصورة وأن هناك شروطاً محددة يجب توافرها في المتقدمين ،

أما المشرع المصري فقد أخذ بنظام المناقصة المحصورة بواسطة الدعوات الشخصية لأكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط المتعلق بموضوع المناقصة ويتم إعلانهم بأسلوب الإعلان الشخصي باعتبار أن الإدارة تعلم مقدماً أسماء الأشخاص الذين يحق لهم التقدم إلى المناقصة [(541)] ، ويشترط أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة . ((المادة /35/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998)) .

السابق كان يعطي الحق باعتبار المناقصة محصورة للوزير وليس لآمر الصرف، وقد ألغي المرسوم /228/ المذكور بالقانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(**540**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /155/ .

(**541**) – محمد فؤاد عبد الباسط ، "العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /201/ .

كذلك يتعين على الإدارة تسبيب قرارها اللجوء إلى أسلوب المناقصة المحصورة ، باعتبار أن هذا الأسلوب يمثل خروجاً على مبدأ المنافسة المفتوحة والمناقصة العامة ، وقد أكدت المادة /34/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /89/ لسنة 1998 على أن التعاقد بطريق المناقصة المحدودة يكون بناء على قرار مسبب من السلطة المختصة ، وقد أكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري أن المشرع في قانون المناقصات والمزايدات قد استلزم أن يجري التعاقد أصلاً عن طريق مناقصة عامة أو ممارسة عامة لما فيها من علانية تتيح حرية المنافسة وتكافؤ الفرص على نحو يحقق أفضل العروض سعراً وشروطاً . واستثناء من ذلك أباح التعاقد بطرق استثنائية منها المناقصة المحدودة وتكون في الحالات التي تتطلب بحسب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين معنيين سواء داخل مصر أو خارجها [542] ، وفي فتوى لإدارة فتوى النقل والمواصلات في مصر انتهت إلى عدم مشروعية لجوء محافظة الدقهلية إلى اتباع طريق المناقصة المحدودة عند طرح عمليات رصف الطرق بالمحافظة بصفة عامة [543]

أما المشرع الفرنسي فلم يلزم الإدارة بتسبيب قرارها باللجوء إلى المناقصة المحصورة ، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد فرض رقابته على وجود الأسباب التي ألجأت الإدارة إلى المناقصة المحصورة وعلى التكييف

(**542**) – راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ملف رقم 344/1/54 الصادرة بجلستها المنعقد بتاريخ 1998/1/21 ، مشار إليها من قبل د.محمد ماهر أبو العينين ، "قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية" ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص/306/ .

(**543**) – محمد ماهر أبو العينين ، "قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /308/ .

القانوني لهذه الأسباب وفيما إذا كانت تشكل أسباباً تقنية تبرر تقييد المنافسة (544) .

وقد أشار المشرع السوري في القانون رقم /51/ لسنة 2004 إلى أن اللجوء إلى المناقصة المحصورة يكون لأسباب تتعلق بطبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه ، غير أنه ، على غرار المشرع الفرنسي ، لم يلزم الإدارة بتسبيب قرارها (545) .

بقي أن نذكر قبل ختام هذه النبذة أن المناقصة كطريقة لإبرام عقود الشراء العام ، قد ألغيت من تقنين عقود الشراء العام في فرنسا منذ سنة 2001 (546) .

الفرع الثالث

عدم قابلية أسلوب المناقصة

للتطبيق على عقود B.O.T

من الواضح أن أسلوب المناقصة العامة ، سواء كانت مفتوحة غير محدودة أو محصورة ومقيدة ، يعتمد مبدأ السعر معياراً جوهرياً في التعاقد .

وقد ارتبط هذا الأسلوب تقليدياً بالطريقة التي تؤمّن بها الإدارة مشترياتها وتلبي حاجاتها بأقل كلفة ممكنة .

---

(544) – راجع :

- Braconnier.S, Précis du droit des marchés publics, Imprimerie Nationale, Le Moniteur, Paris, 2007, p252.

(545) – المادة /26/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(546) – 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, p204.

وإن الحظوة التي تمتع بها أسلوب المناقصة تجسدت عملياً من خلال عدم استبعاد المناقصة إلا لأسباب اضطرارية واستثنائية [547] .

وقد ذهب جانب كبير من الفقه العربي إلى اعتبار المناقصة تقنية أساسية لإبرام عقد B.O.T [548] ، في حين ذهب رأي – ونحن نؤيده – إلى أنه من الطبيعي ألا يتم إبرام عقد B.O.T بناء على أسلوب المناقصة لأن اختيار المتعاقد في هذا النمط من العقود لا يستند إلى أفضل سعر مقدم منه ، إذ إن الإدارة ليست في صدد الشراء ، بل إن الاختيار يجب أن يبنى على أساس قدرة المتعاقد المنتظر على حسن تشييده للإنشاءات المطلوبة وإدارتها

(**547**) – راجع :

- Laubadére – Delvolvé et Modern, Traité des contrats, T1, op.cit, p/658/ . –Jéze G, Principes généraux, T4, op.cit, p/68/ .

(**548**) – راجع في ذلك :

جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام" ، المرجع السابق ، ص/113/ . إبراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/127/ . دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت" ، المرجع السابق ، ص/257/ . ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/74/ . جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، المرجع السابق ، ص/47/ . خالد بن محمد عبد الله العطية ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص/78/ . أحمد سلامة بدر ، "العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2003 ، ص/375/ . عبد الفتاح بيومي حجازي ، "عقود البوت B.O.T في القانون المقارن" ، المرجع السابق ، ص/163/ . مصطفى عبد المحسن الحبشي ، "الوجيز في عقود البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/83/ . إبراهيم الهندي وعبسي الحسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، المرجع السابق ، ص/264/ . إلياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T " ، طرابلس ، لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2006 ، ص /188/ .

وتشغيلها [549] ، وإننا نؤيد هذا الرأي ، ولا نوافق ما ذهب إليه ذلك الجانب الأكبر من الفقه ، ونرى أن تقنية المناقصة لا تصلح في إبرام عقد B.O.T ، وهي غير قابلة للتطبيق على عقود B.O.T وذلك **للأسباب الآتية :**

1- من الثابت أن المناقصة طريقة لشراء الإدارة حاجياتها بأقل سعر ممكن وتأمين ما تحتاجه بأقل كلفة ممكنة .

في حين أن فلسفة عقد B.O.T تقوم على أن تعهد الإدارة إلى شركة خاصة بتشييد المرفق أو المشروع موضوعه وتتحمل تكاليفه كاملة ومخاطرة المالية وسواها لقاء السماح لها باستغلاله مدة من الزمن تقوم خلالها بتقديم الخدمات موضوع المرفق للجمهور وتتقاضى منهم التعريفة المحددة .

وعلى ذلك فليس هناك سعرٌ يقدمه المتعاقد في عقد B.O.T كما أن الإدارة ليست بصدد الشراء في هذا النوع من العقود [550] .

2- إن المناقصة طريقة تقوم على أساس الاعتبار المالي حيث يقتضي المنطق التقليدي للمناقصة إسناد التعاقد على أقل سعر ، فالسعر هو العنصر الحاسم في الإسناد في المناقصات [551] ، في حين أن انتقاء المتعاقد في عقود B.O.T يتعين أن يتم على أساس الاعتبار الشخصي ، أي أن الإدارة تختار المتعاقد لاعتبارات تتعلق بشخصه INTUTTU personae [552] .

(**549**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص/113/.

(**550**) – مهند نوح ، المرجع نفسه ، ص/113/ .

(**551**) – جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة – دراسة مقارنة .." ، المرجع السابق ، ص/113/ .

(**552**) – رئيف خوري ، "عقود البي أوتي وعقود الخصخصة في القانون المقارن" ، المرجع السابق ، ص /44/ .

فالاختيار هنا يجب أن يبنى على أساس معايير تعكس مدى قدرة المتعاقد على إشادة المشروع وتجهيزه بالتقنيات المطلوبة وتشغيله وإدارته ، فعقود B.O.T وعقود تفويض المرفق العام عموماً تقوم على فكرة أساسية هي حرية اختيار المتعاقد [553] وهو أمرٌ لا ينسجم مع فلسفة تقنية المناقصة وتلقائيتها العمياء [554] .

3- إن المنافسة على أساس السعر تصلح لتقديم الحاجات ذات المواصفات المحددة ، فهي تقوم أصلاً على منطق مطابقة جميع العروض لدفاتر الشروط بشكل تام وكذلك تطابق جميع العروض بدورها فيما بينها وعدم اختلافها إلا في القيمة السعرية فيكون السعر بذلك معياراً وحيداً للإرساء، ولا يبقى للعارض من سلطة تقديرية إلا في تحديد الأسعار التي يحددها في عرضه [555] ، وذلك يختزل دور العارض إلى تحديد السعر للأداءات المحددة دون أن تكون له أية مبادرة في تحديد أي من جوانب العقد [556] . وهذا لا ينسجم مع طبيعة عقد B.O.T الذي يقوم على فلسفة التعاون بين الإدارة والمتعاقد بشكل يقوم فيه المتعاقد بإدارة المرفق العام بعد إشادته، بكل ما يتطلبه ذلك من تحمل المخاطر المختلفة للمشروع وقدرة على

---

(553) – محمد محمد عبد اللطيف ، "تفويض المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص/115/ .

(554) – راجع :

- Flamme.M.A, Traté des marchés, T1, op.cit,p68.
- Walin.M,L'évolution récent des rapports.., op.cit,p6.et.s.
- Laubadére-Delvolvé et Moderne;Traité des contrats, T1,op.cit,p657.

(555) – جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة – دراسة مقارنة .." ، المرجع السابق ، ص/113/ .

(556) – راجع :

- Flamme.M.A, Traité des marchés, T1, op.cit,p183.

التعامل معها إلى جانب التعامل مع مقتضيات التكيف مع الحاجات المتغيرة للمرفق العام نفسه [557] .

4- لقد كشف الواقع العملي عن المساوئ التي ينطوي عليها أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية عموماً . ذلك أن تلقائية المنافسة في نطاق المناقصة قد تقود إلى أسعار مبالغ في تخفيضها مما ينعكس في النهاية سلباً على جودة تنفيذ الأداء المطلوب وجدواه الاقتصادية [558] ، وإن فوارق التخفيض سوف تعوض من خلال رداءة المواد المستخدمة في التنفيذ أو من خلال المحاولات التي يمكن أن يبذلها المتعاقد لدى الإدارة لاحقاً لتعيد النظر بالأسعار عند تنفيذ العقد [559] .

كل ذلك مما يجعل أسلوب المناقصة العامة بشتى أنواعها لا يصلح طريقة لإبرام عقد B.O.T ، ويجعل الطرق والأساليب المبنية على أساس حرية اختيار المتعاقد هي المناسبة لإبرام عقود B.O.T ، وهو ما سنتناوله بالبحث في المطلب التالي .

المطلب الثاني
أساليب الإبرام القابلة
للتطبيق على عقود B.O.T

(**557**) – راجع :

- Flamme.M.A, Traité des marchés, T1, op.cit,p187.

(**558**) – راجع :

- Rivero et Waline, op.cit, p141.

(**559**) – راجع :

- Waline.M, Droit administratif, op.cit, p394.

تمهيد :

إن أساليب الإبرام التي تقوم على حرية اختيار المتعاقد وتمنح الإدارة سلطة تقديرية في نطاق الإرساء على العرض الأفضل ، هي الأساليب القابلة للتطبيق عند إبرام عقود B.O.T .

وسنتناول بالبحث في فرع أول أسلوب طلب العروض باعتباره تقنية إجرائية تمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة ولكنها تستند إلى معايير محددة مسبقاً ، ثم نتناول بالبحث في فرع ثانٍ تقنية التفاوض .

الفرع الأول

طلب العروض L'appel d'offres

يتطلب البحث في طلب العروض بيان مفهومه أولاً ثم التعرض للإشكالية القانونية التي يثيرها هذا الاصطلاح . كما يتعين التوقف عند الأشكال المتعددة لطلب العروض .

أولاً – مفهوم طلب العروض :

يعرَّف طلب العروض بأنه طريقة لإبرام العقد الإداري تستند على المنافسة والعلانية وتعطي للإدارة سلطة تقديرية واسعة لأن الإرساء فيها يتم بناء على عدد غير محصور من المعايير وذلك على خلاف أسلوب المناقصة الذي يخضع إلى معيار السعر فقط [560] .

(**560**) – راجع :

- Chapus, R, Droit administratif, TI, op.cit, p1051.
- Laubadére – Venezia et Gaudement, Manuel de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1995, p246.

ويقوم طلب العروض على مبدأي المنافسة والعلانية ، وذلك على غرار طريقة المناقصات العامة ، فبموجب المادتين /94و296/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الحالي يتعين على الإدارة أن تعلن عن طلب العروض وفق الشروط الواردة في المادة /38/ من التقنين المذكور . وقد حددت المادة المذكورة البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها إعلان طلب العروض . وبموجب الفقرة الأولى من المادة /38/ المذكورة فإن إجراء طلب العروض يجب أن يقوم على أساس المنافسة حيث تطبق قواعد المنافسة المعتمدة في نطاق المناقصة .

وقد أصبحت تقنية طلب العروض في فرنسة تقنية رئيسية لإبرام العقود الإدارية ، وعلى أساس حرية الإدارة في اللجوء إليها أو إلى إجراء المناقصة على حد سواء ، وقد توسعت مجالات استخدام تقنية طلب العروض حتى تكاد تصبح هي الأصل الوحيد من الناحية العملية في فرنسة [561] .

وقد سار المشرع السوري على غرار نظيره الفرنسي فأخذ بتقنية طلب العروض إلا أنه لم يعتبرها طريقة أساسية في إبرام العقود شأنها شأن المناقصة ، حيث لم يجز لجوء الإدارة إليها إلا في حالات محددة ، فقد نصت المادة /27/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 على ما يلي : ((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)) .

- Philippe. X, Droit administratif général, Paris, 1996, ed2, p168.

(**561**) – راجع :

- Guibal. M, De la liberté des personnes publiques de choisir la technique de choix de leur cocontractants, J.C.P, E, N27, 1987, p10.
- Braconnier.S, op.cit, p251.

وقد بيّنت المادة /28/ من القانون /51/ آنف الذكر أنه ((مع مراعاة الأحكام المبينة في المواد التالية تطبق على الشراء بطريقة طلب العروض الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة)) . وعلى ذلك فإنه يطبق على تقنية طلب العروض نفس الأحكام المتعلقة بالعلانية وبالمنافسة الحرة المقررة للمناقصة .

وتجدر الإشارة إلى أن الطريقة التي تتم فيها ممارسة تقنية طلب العروض في الواقع العملي في سورية قد حولت هذه الطريقة العقدية إلى ما يشبه المناقصة أو ما يمكن تسميته بـ ((نصف مناقصة)) ، حيث أن نقطة السعر تحتل دوراً رئيسياً .

وينفذ طلب العروض عملياً في سورية عن طريق لجنة فنية تقوم بوضع المعايير التي ستقيِّم على أساسها العروض وتوزيع الدرجات على هذه المعايير وهو ما يطلق عليه في الواقع العملي ((أسس التقييم)) وذلك مع وضع درجة نجاح بحيث لا يعد العرض فائزاً إلا إذا حقق درجة النجاح المطلوبة [562] ، ثم تقوم هذه اللجنة بإجراء الدراسة الفنية للعروض المقدمة.

وينفذ طلب العروض في سورية وفقاً للخطوات التالية [563] :

أ – تنظيم العروض بحيث تحتوي على ثلاثة جوانب هي الوثائق مع التأمينات الأولية ، والعرض المالي والعرض الفني ، ويوضع كل منها في مغلف مستقل [564] .

(**562**) – صدر بلاغ عن وزارة المالية في سورية قضى بأن لا تكون درجة النجاح أقل من 70% ، وهو ما يقيد السلطة التقديرية الممنوحة للإدارة .

راجع : مهند نوح ، "دراسة حول القانون رقم 2004/51 المتضمن نظام العقود الموحد"، بحث مقدم إلى دورة التحكيم التي أقامتها غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية والإنشائية بدمشق في 2008/12/1-11/30 ، ص /8/ .

(**563**) – مهند نوح ، "دراسة حول القانون رقم 2004/51 .. " ، المرجع السابق ، ص /8/ .

ب – تقوم لجنة المناقصات بفض المغلف الأول وتقرير قبول العارضين شكلاً .

ج– تحيل لجنة المناقصات العروض مغلقة إلى اللجنة الفنية .

د – تقوم اللجنة الفنية بإجراء الدراسة الفنية وتطبيق أسس التقييم على كل عرض ووضع درجة إجمالية لكل واحد من العروض وتنظم محضراً بذلك تحيله إلى لجنة المناقصات .

هـ– تفض لجنة المناقصات المغلفات المحتوية على العروض المالية وتحيل نتائج الدراسة الفنية مع العروض المالية إلى اللجنة الفنية .

و– تقوم اللجنة الفنية بإجراء التفريغ المالي عن طريق استخراج السعر الاقتصادي لكل عرض بناء على العملية الحسابية التالية :

((السعر الاقتصادي = [السعر ÷ العلامة الفنية] × 100))

ثم تقوم لجنة المناقصات بالإرساء على العارض ذي السعر الاقتصادي الأقل [565] .

أما المشرع المصري فلم ينص على تقنية طلب العروض بهذه التسمية وإن كان الأسلوب الجديد الذي اعتمده قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 في إرساء المناقصة لا يجعل من هذا الإجراء في حقيقته إلا طلب عروض تحت تسمية المناقصة [566] ولما كانت التسميات لا تغير شيئاً من الجوهر فإنه يمكن الجزم بأن المشرع المصري قد تبنى تقنية طلب العروض في القانون رقم /89/ لسنة 1998 وفي لائحته التنفيذية [567].

(**564**) – المادة/30/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 المتضمن نظام العقود للجهات العامة في سورية .

(**565**) – المادة /31/ من القانون 2004/51 .

(**566**) – راجع المادة /16/ من القانون رقم /89/ لسنة 1998 ، والمادة /28/ من اللائحة التنفيذية له .

(**567**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/735/ .

ثانياً – إشكالية اصطلاح ((طلب العروض)) في الفقه العربي :

إن اصطلاح طلب العروض هو ترجمة لأصله الفرنسي L`appel d`offers غير أن مفهوم طلب العروض كان غامضاً على الدوام في الفقه العربي [568] فهناك من ترجم الاصطلاح الفرنسي المذكور بعبارة ((الدعوة إلى التعاقد)) [569] .

وقد رأى جانب من الفقه ، ونحن نؤيده ، أن هذه الترجمة محل نظر لأن كل إجراء لإبرام العقود أياً كان (مناقصة – طلب عروض – ممارسة) يقوم على العلانية ، وهذه العلانية ليست إلا دعوة للتعاقد [570] ، وإن إجراءات المناقصة العامة ما هي إلا دعوة إلى التعاقد تعلن عنها الإدارة [571].

والحقيقة أن الترجمة المذكورة تخلق إشكالية في فهم المصطلح وفي تحديد مدلوله ومعناه ، ونرى أن هناك مأخذين على هذه الترجمة ، **الأول** : أن اصطلاح ((الدعوة إلى التعاقد)) يدعو إلى اللبس مع مختلف تقنيات إبرام العقد الإداري باعتبار أن كل إجراء لإبرام العقود ليس إلا دعوة للتعاقد كما ذكر جانب من الفقه ، مما يجعل اصطلاح ((الدعوة إلى التعاقد)) ينطوي على خلط بين الاصطلاحات بهذا الصدد ،

(**568**) – مهند نوح ، المرجع السابق ، ص/720/ .

(**569**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /303/ . جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص/170/ .

(**570**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/720/ .

(**571**) – جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة – دراسة مقارنة .." ، المرجع السابق ، ص /11/ .

ولعل هذا ما جعل جانباً من الفقه يذهب إلى اعتبار تقنية طلب العروض صورة جديدة من صور المناقصة وأطلق عليها تسمية ((الممارسة عن طريق المناقصة العامة)) [572] .

أما المأخذ الثاني على اصطلاح ((الدعوة إلى التعاقد)) فيتمثل في أنه لا يعبر البتّة عن خصوصية تقنية ((طلب العروض)) كطريقة أساسية مستقلة في إبرام العقد ، ولا يتضمن المبادئ التي تقوم عليها، ولعل هذا ما جعل بعض الفقه يذهب إلى القول بأن الإدارة بلجوئها إلى هذا الأسلوب في التعاقد تتمتع بحرية شبة مطلقة في اختيار من تتعاقد معه , وأن القضاء الإداري الفرنسي لا يخضع هذه الحرية لرقابته إلا في نطاق ((الانحراف بالسلطة)) [573] .

وهو قول يغفل المبادئ التي تقوم عليها تقنية طلب العروض , باعتبار أن الإدارة في هذه الحالة وإن كانت تتمتع بسلطة تقديرية في انتقاء المتعاقدين ، إلا أنها سلطة تمارس بناء على معايير محددة مسبقاً ومعلن عنها ولا يمكن للإدارة أن تحيد عنها ، كما أن رقابة القضاء في هذا الشأن لا تقتصر على حالة الانحراف بالسلطة وإنما تمتد إلى مسائل عديدة أخرى [574].

وقد يلوح بادئ ذي بدء أن الإدارة تملك حداً من سلطة التقدير لانتقاء المتعاقد وشروط التعاقد ، ولكن النص القانوني الذي اعتمده المشرع السوري لم

(**572**) – عبد الحميد كمال حشيش ، "التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية" ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، ديسمبر 1962 ، ص/108/ .

(**573**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /304/ .

(**574**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /721و764/ .

يدع مجالاً للاسترسال في تقدير ذلك , فقد ألزم الإدارات بحد أدنى من التقيد [575] .

ثالثاً – أشكال طلب العروض :

يجري في فرنسة التمييز تبعاً لأحكام القانون بين طلب العروض العادية بنوعيها المفتوح والمحصور وطلب العروض مع المسابقة , وهي أهم أشكال طلب العروض [576] .

أما طلب العروض المفتوح فهو شكل من أشكال طلب العروض لا تكون فيه المنافسة مقيدة بقيد , مما يسمح لكل متعهد معني بالأعمال موضوع طلب العروض بأن يدخل إلى المنافسة [577] , ويستطيع كل واحد من العارضين تقديم عرضه [578] , وهذا هو الأصل في فرنسة وفق ما قررته المادتان /93و296/ من تقنين عقود الشراء العام الحالي . وهذا ما أخذ به المشرع السوري أيضاً حيث يكون طلب العروض مفتوحاً من حيث الأصل .

وأما طلب العروض المحصور , فشأنه شأن المناقصة المحصورة فلا يدخل إلى المنافسة إلا المرشحون الذين اختارتهم الإدارة بسبب الضمانات المالية والتقنية التي يتمتعون بها ، فوفقاً للمادتين /96و299/ من تقنيين عقود الشراء العام في فرنسة والشروط المنصوص عليها في المادة /38/ من التقنيين نفسه يتعين على كل من المتقدمين أن يقدم طلب اشتراكه مرفقاً بالوثائق التي

---

(575) – عبد الإله الخاني , "القانون الإداري – العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /209/ .

(576) – عبد الهادي عباس , "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /546/ .

(577) – راجع :

- Laubadére – Delvolve` et Modern, Traité des contrats, TI, op.cit, p634.

(578) – عبد الهادي عباس ، المرجع السابق ، ص /547/ .

تثبت قدراته الفنية والمالية ليتم فضها وفحصها من قبل لجنة المناقصة وطلب العروض بشكل سري .

أما في سورية وعملاً بالمادة /28/ من القانون رقم /51/ لعام 2004 التي نصت على أن يطبق على الشراء بطريقة طلب العروض ذات الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة , فإن طلب العروض يمكن أن يكون محصوراً فيمن تتوافر فيهم شروط أو كفاءة مادية ومعنوية معينة وذلك وفقاً لما تقتضيه طبيعة العمل أو نوعيته أو ظروفه . غير أن حق اعتبار طلب العروض محصوراً يقتصر على آمر الصرف حصراً وبعد إعلان خاص بهذا الشأن وتقوم لجنة المناقصة باختيار المرشحين المقبولين للدخول إلى المنافسة وتكون قراراتها قطعية في هذا الشأن [579] .

وهناك نوع آخر من طلب العروض ذو طبيعة خاصة ويدعى طلب العروض مع المسابقة , وقد نص عليه تقنين عقود الشراء العام الحالي في فرنسة في المادتين /98و302/ وهو ينصب على إعداد الدراسات والأبحاث لمشاريع أو أداءات يجب أن تنفذ لاحقاً من قبل مقاولين أو موردين تختارهم الإدارة بمعرفتها .

وقد أخذ المشرع السوري بهذه التقنية تحت تسمية ((المسابقة)) فأجازت المادة /33/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 للوزير المختص أن يلجأ إلى هذه التقنية لوضع دراسات أو مخططات لمشروع معين أو لتنفيذ مشروع أعدت له مخططات أو دراسات سابقة أو للأمرين معاً . وعلى ذلك فإن هذه التقنية محصورة بعقود من نوع خاص يكون موضوعها إما دراسات أو مخططات أو تنفيذ أعدت له مخططات سابقة [580] .

(**579**) – راجع المادة /26/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(**580**) – عبد الإله الخاني , المرجع السابق ، ص /211/ .

وتجدر الإشارة إلى أن طلب العروض مع المسابقة يتم طرحه على أساس برنامج Program تحدد فيه الأغراض المطلوبة والحد الأدنى للمبالغ المقررة لتنفيذ المشروع [581] .

الفرع الثاني
تقنية التعاقد بالتفاوض

أولاً – في فرنسة :

تبنّى المشرع الفرنسي مبدأ التقنية التفاوضية فأوجد ما أسماه العقد المفاوَض Le marché negocié , وهو تقنية لإبرام عقود الشراء العام , ترتكز على التفاوض الحر بين الشاري العام L'acheteur public من جهة والمرشحين الذين يمكنهم تنفيذ العقد المراد إبرامه من جهة أخرى [582] . وهي تقنية استثنائية لإبرام العقود [583] .

ولا يختلف العقد المبرم بناء على تفاوض عن عقد الشراء العام المبرم بناء على مناقصة أو على طلب عروض .

وإن المرسوم الصادر في 1976/1/21 في فرنسة هو الذي أطلق تسمية عقد الشراء العام المفاوَض Le marché negocié والتي استمرت في تقنيين عقود الشراء العام الحالي في فرنسة .

(**581**) – المادة 33/ب من القانون /51/ لسنة 2004 .

(**582**) – راجع :

- Guibal. M, Mémento des marches publics,Op.cit, p122.
- Guibal – Lucien – Terneyre, et autres, op. cit, p797.

(**583**) – راجع :

- Vedel et Delvolvé , op. cit, p406.

وقد حدد المشرع الفرنسي الحالات التي يتوجب فيها على الإدارة مراعاة العلانية والمنافسة عند لجوئها إلى تقنية التفاوض والحالات التي لم يلزمها فيها بمراعاة واجب العلانية والمنافسة .

ومن أهم الحالات التي أجاز فيها المشرع الفرنسي للإدارة اللجوء إلى تقنية التفاوض مع إلزامها بالعلانية والمنافسة حالة ما إذا كانت الأشغال أو التوريدات أو الخدمات يجب أن تنفذ على أساس تجارب أو أبحاث أو اختبارات [584] , وكذلك في حالة فشل مناقصة أو طلب عروض [585] , وفي هذه الحالة يتوجب على الإدارة أن تدعو كتابة نصف المتنافسين الذين اشتركوا في المنافسة الأولى , على الأقل , إلى المنافسة الثانية التي تتم وفق تقنية التفاوض [586] . كما يجوز للإدارة اللجوء إلى تقنية التفاوض في حالة السرعة المتولدة عن نكول المتعهد عن تنفيذ الأداءات المسندة إليه بموجب إجراء سابق [587] . وكذلك في حالة الاستعجال شريطة أن يكون هذا الاستعجال قهرياً وناجماً عن ظروف غير متوقعة [588] وأن لا تسمح هذه الظروف باحترام مدد العلانية في نطاق المناقصات وطلب العروض المنصوص عليها في تقنيين عقود الشراء العام , وعلى الرغم من أن تقدير حالة الاستعجال هذه تعتبر مسألة ملاءمة تستقل في تقديرها جهة الإدارة , فإن القضاء الإداري الفرنسي يبسط رقابته على تكييف الظروف التي أدت بالإدارة إلى اتخاذ القرار باللجوء إلى تقنية التفاوض وفيما إذا كانت هذه الظروف تتصف بالطبيعة القهرية التي تبرر إبرام العقد عن

(**584**) – البند /1/ من الفقرة I من المادة /104/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي الحالي.

(**585**) – البند /2/ من الفقرة I من المادة /104/ من التقنين المذكور .

(**586**) – بموجب التعديل الطارئ على المادة /104/ من التقنين بموجب المرسوم رقم /93و733/ تاريخ 1993/3/27 .

(**587**) – البند /3/ من الفقرة I من المادة /104/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي .

(**588**) – البند /4/ من الفقرة I من المادة /104/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي .

طريق التفاوض [589] , وبناء على ذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي الطبيعة القهرية للاستعجال الناجم عن التأخر في إعلان فشل طلب عروض أشغال الشبكة الهاتفية لأحد المشافي حتى تاريخ 1978/5/30 في حين أن الشبكة يجب أن توضع في الخدمة بتاريخ 1979/11/15 [590] , ولكن المجلس نفسه رفض الاعتراف لأشغال تدعيم محول كهربائي لإحدى البلديات بطبيعة الاستعجال القهري المسبب عن ظروف غير متوقعة [591] .

ويحق للإدارة في فرنسة أن تلجأ إلى تقنية التفاوض إذا كانت قيمة العقد تقع بين 230000 و 5900000 يورو [592] .

غير أن المشرع الذي حدد هذا السقف المالي منح الإدارة فرصة الهروب من هذا القيد عندما أجاز لها تجزئة الأداءات المطلوبة إلى أجزاء تتناسب مع النصاب المحدد قانوناً لسلوك طريق تقنية التفاوض [593] .

أما الحالات التي يجوز فيها للإدارة إتباع تقنية التفاوض 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 .

(**589**) – راجع :

- Laubadére – Delvolve` et Moderne, Traité des contrats, TI, op. cit, p661.

(**590**) – راجع :

- C.E, 11-10-1985, compagine général de construction téléphoniqe, Req, N38788.

(**591**) – -C.E, 23-2-1990, Commune de Morno – A – l`eau, Req, N 69588.

(**592**) – راجع :

- D'Esnon.G, La réforme du code des marchés publics, D, 2003, n°30, 2019.

(**593**) – راجع :

- Flamme. M.A, Traité des marchés, T1, op. cit, p577.

ويتحقق ذلك عندما توجد أداءات معينة ذات مميزات خاصة لا يمكن أن تنفذ إلا من جانب متعهدين معينين بالذات [594] . كما تتحقق العلاقة الخاصة بين الأداء المطلوب والمتعهد عندما يستلزم الأداء استخدام براءة اختراع Brevet d`invention أو إجازة Licence أو حقوق حصرية Les droits exclusifs وكانت هذه البراءة أو الإجازة أو الحقوق الحصرية في حوزة مقاول معين أو مورد معين [595] .

ثانياً – في مصر :

يطلق على تقنية التفاوض في مصر تسمية ((الممارسة)) ، والممارسة وفق ما نص عليه المشرع المصري هي في حقيقتها تقنية لإبرام العقد تقوم على التفاوض بين الإدارة والمرشحين ليتم اختيار المتعاقد وإبرام العقد نتيجة هذه المفاوضات [596] .

وإن قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 قد جعل من تقنية الممارسة تقنية رئيسية لإبرام العقود ، فقد نصت المادة الأولى منه على ما يلي : ((يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية , عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة ..)) .

ويعدّ ما ذهب إليه المشرع المصري بهذا الشأن خطوة جريئة وجوهرية ورائدة على مستوى القوانين المقارنة ، وهي تتلاءم مع السياسات المتبعة في مصر والتي ترمي إلى تشجيع القطاع الخاص وإرساء مناخ الاقتصاد الحر [597] , باعتبار أنها تضفي على عملية التعاقد مرونة أكبر تتلاءم مع

(**594**) – الفقرة الثانية من المادة /104/ من تقنين عقود الشراء العام الفرنسي .

(**595**) – البند /1/ من الفقرة II من المادة /104/ من تقنيين عقود الشراء العام الفرنسي .

(**596**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /788/ .

(**597**) – المذكرة الإيضاحية لمشروع إصدار قانون المناقصات والمزايدات .

مقتضيات السوق كما أنها تتلاءم مع مبادئ الإدارة العامة الحديثة التي تشجع العاملين في الإدارة على الإبداع والابتكار والمبادأة بعيداً عن قوالب الإجراءات الجامدة التي تنطوي عليها المناقصة ، وإن كانت هذه الخطوة التشريعية من جهة أخرى قد تكون وسيلة للتعسف وإساءة استعمال السلطة والمحاباة مما يتناقض مع مبادئ المساواة والمنافسة والشفافية التي تعتبر المبادئ الجوهرية للقانون /89/ لسنة 1998 نفسه [598] .

كما ابتكر المشرع المصري نوعاً آخر من الممارسة هو الممارسة المحدودة وهو ذو طابع استثنائي ، وتختلف عن الممارسة العامة في أن الممارسة المحدودة لا تخضع إلى قواعد العلانية التي تخضع لها الممارسة العامة ، وإن كان المشرع المصري ، وبغية إبعاد شبهة المحاباة والتعسف ، قد أكد على ضرورة استقطاب أكبر عدد من المنافسين المشتغلين بالأعمال موضوع المنافسة المحدودة [599] .

ولم يجز المشرع المصري اللجوء إلى تقنية الممارسة المحدودة إلا في حالات حصرية وهي عندما لا تصنع الأداءات محل العقد أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم ، وحالة ما إذا كانت طبيعة الأداءات التعاقدية أو الغرض من الحصول عليها يحتمان أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها ، وحالة ما إذا كانت الأداءات محل العقد ذات طبيعة فنية تتطلب أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذاتهم ، وحالة التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية [600] .

(**598**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/789/ .

(**599**) – المادة /47/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 .

(**600**) – المادة /5/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 .

كذلك فقد نص المشرع المصري على تقنية أخرى استثنائية تقوم على التفاوض أيضاً وهي طريقة الاتفاق المباشر ، ولكن المشرِّع علّق إمكانية لجوء الإدارة إلى هذه التقنية على عدة شروط تتمثل في توافر حالة الاستعجال التي تجعل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعهما غير ممكن [601] ، ووجوب صدور ترخيص بذلك عن السلطات التي حددها القانون . وفي جميع الأحوال فإن المشرع قد أوجب عند اللجوء إلى تقنية الاتفاق المباشر صدور قرار مسبب بذلك عن السلطة المختصة [602] ولم يجز المشرع التعاقد بطريق الاتفاق المباشر أكثر من مرة واحدة في السنة المالية الواحدة بالنسبة لذات العملية موضوع التعاقد إلا في الحالات التي لا يجاوز فيها مجموع قيمة ما يتم تكراره من تعاقدات عن ذات العملية الحد الأقصى
المقرر قانوناً [603] .

ثالثاً – في سورية :

أطلق المشرع السوري على تقنية التفاوض تسمية ((العقد بالتراضي)) حسبما نص عليه القانون /51/ لسنة 2004 . وهي تسمية منتقدة لأن جميع العقود التي تبرمها الإدارة أياً كانت تقنية الإبرام هي في النتيجة عقود بالتراضي تقوم على أساس تبادل الإرادات الحرة الخالية من العيوب [604] .

وباعتبار أن تقنية التفاوض – العقد بالتراضي – هي تقنية استثنائية أصلاً فقد حددت المادة /39/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 الحالات الحصرية التي تجيز للإدارة اللجوء إلى هذه التقنية .
وهذه الحالات هي :

(**601**) – المادة /7/ من القانون رقم /89/ لسنة 1998 .

(**602**) – المادة /50/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /89/ لسنة 1998 .

(**603**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /794/ .

(**604**) – مهند نوح ، المرجع نفسه ، ص /795/ .

1- عندما تكون احتياجات الجهة العامة المطلوبة محصور صنعها أو اقتناؤها أو الاتجار بها أو تقديمها أو استيرادها بشخص معين أو شركة معينة أو جهة معينة أو عندما تقضي الضرورة شراءها في أماكن إنتاجها .

2- عندما تكون هناك أسباب فنية أو مالية أو عسكرية هامة تستوجب قيام جهات معينة بتأمين احتياجات الجهة العامة .

3- عندما تكون احتياجات الجهة العامة المطلوبة تستهدف القيام بأبحاث أو تجارب مما يتطلب إتباع أسلوب معين في التنفيذ بعيداً عن الأسلوب المعتاد .

4- في شراء العقارات عندما لا يكون هناك نفع عام يجيز استملاكها وبعد الاستناد لتقديرات تضعها لجنة مختصة في مجال شراء العقارات يشكلها آمر الصرف لهذا الغرض .

5- في استئجار العقارات .

6- في حال فشل المناقصة أو طلب العروض لمرتين متتاليتين على أن يتم التعاقد بالتراضي بنفس الشروط والمواصفات المحددة في دفتر الشروط الخاصة والإعلان .

7- في عقود الشحن وفي عقود التأمين على البضائع المشحونة .

8- عندما يتم التعاقد مع الشركات العامة والمؤسسات العامة والمنشآت العامة وذلك مع مراعاة البند (ب) من المادة /3/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

9- في الحالات الطارئة التي تستوجب سرعة مبررة عندما لا يمكن تقديم المواد أو إنجاز الخدمات أو تنفيذ الأشغال بالطرق الأخرى بالسرعة المطلوبة .

10- عقود توريد المواد الخاضعة لبورصة عالمية .

11- عندما يكون تنفيذ الاحتياجات المطلوب استكمالاً لمشروع معين قيد التنفيذ بتعهد سابق إذا كانت هناك ضرورات فنية وواقعية تستدعي استمرار المتعهد في القيام بالاشغال الجديدة . ويتعين في هذه الحالة التثبت من وجود أسباب فنية أو مالية استدعت عدم لحظ الأشغال الجديدة في التعهد السابق ، ويتوجب أن يكون التعاقد الجديد في هذه الحالة بشكل ملحق للعقد السابق وينص دفتر الشروط على التدابير التي يجب اتخاذها لحصر الأعمال التي أنجزها المتعهد مدة التعهد السابق [605] .

وقد أعطى المشرع مسألة تقدير الأحوال المذكورة التي تجيز التعاقد بالتراضي إلى آمر الصرف [606] .

غير أن المشرع وإن كان قد حصر الحالات التي أجاز فيها للإدارة اللجوء إلى هذه التقنية التفاوضية ، إلا أنه أجاز التعاقد بالتراضي في الحالات الأخرى التي يعود تقديرها للوزير المختص نتيجة دراسة تبريرية توضح الحاجة التي تدعو لإتباع هذا الأسلوب مع وجوب أن تتضمن الأسس الواجب اعتمادها في تحديد السعر وسائر الشروط الأخرى [607] .

ويثور سؤال هام هنا بشأن مدى التزام الإدارة بمبادئ العلانية والمنافسة عند لجوئها إلى التقنية التفاوضية والعقد بالتراضي ؟

الواقع أن المشرع في القانون رقم /51/ لسنة 2004 قد سكت عن هذه المسألة كلياً ولم يفرض على الإدارة واجبات العلانية والمنافسة في أية حالة من الحالات التي أجاز لها فيها اللجوء إلى العقد بالتراضي .

(**605**) - الفقرة /د/ من المادة /39/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(**606**) - الفقرة /ب/ من المادة /39/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(**607**) - الفقرة /ج/ من المادة /39/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

والحقيقة أن هذه المسألة لا تثير إشكالية في حالات التعاقد مع الشركات العامة والمؤسسات العامة والمنشآت العامة المنصوص عليها في البند /8/ من الفقرة /أ/ من المادة /39/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 ، بحسبان أن الجهات المذكورة هي جهات عامة ، أما في بقية الحالات التي أجاز المشرع فيها للإدارة اللجوء إلى العقد بالتراضي فإننا نرى أن إعفاء الإدارة من واجبات العلانية والمنافسة لا يقع في مصلحة الإدارة ولا يصب في مصلحة المرفق العام الذي تم إبرام العقد لأجله .

وكان من الأفضل لو أن المشرع السوري قد أخذ بالحل الذي أخذ به المشرعان الفرنسي والمصري والمتمثل في تقرير مدد عامة تنطبق على جميع تقنيات التعاقد وجعل التزام المنافسة التزاماً أصيلاً يطبق في حالة اللجوء إلى تقنية التفاوض كما يطبق في حالات إبرام العقد بالاستناد إلى تقنيات الإبرام الأخرى [608] .

وإضافة إلى العقد بالتراضي فقد أوجد المشرع السوري أسلوباً آخر لتقنية التفاوض هو الشراء المباشر ، حيث تقوم الإدارة بموجبه بتأمين احتياجاتها عن طريق لجنة الشراء المباشر التي تشكل بقرار من آمر الصرف [609] ، ويتم صرف وتصفية المستحقات المالية الناجمة عن ذلك بالاستناد إلى الفاتورة الصادرة عن الجهة التي قدمت الاحتياجات أما في حالة تأمين الاحتياجات من إحدى الجهات العامة فتوقع الفاتورة من قبل لجنة الشراء المباشر المختصة إشعاراً بأن الاحتياجات مطابقة للمواصفات المطلوبة وأن الأسعار الواردة في الفاتورة معتدلة [610] .

(**608**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/802/ .

(**609**) – الفقرة /أ/ من المادة /4/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

(**610**) – الفقرة /أ/ من المادة /5/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

ولا شك في أن هذه التقنية التفاوضية استثنائية جداً وقد حصر المشرع حالات اللجوء إليها في ثلاثة حالات هي :

أ – إذا كانت الاحتياجات المطلوب تأمينها تستند إلى تعرفة رسمية .

ب – إذا كان تأمين الاحتياجات المطلوب سيتم من إحدى الجهات العامة المنتجة لها أو المحصور بها بيعها أو توزيعها أو تقديم خدماتها .

جـ– إذا كانت قيمة النفقة الواحدة لا تتجاوز مئة ألف ليرة سورية ولكل حالة على حده ، ويمكن عند الاقتضاء رفع هذا السقف إلى ثلاثمئة ألف ليرة سورية بموافقة الوزير كما يمكن تعديل هذه السقوف بقرار من مجلس الوزراء [611] .

---

(611) – المادة /3/ من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

المبحث الثاني
تقنية التعاقد في عقود B.O.T

تمهيد وتقسيم :

تحتل التجربة الفرنسية في تقنية إبرام عقود B.O.T أهمية فريدة من خلال المبادئ التي ابتكرها كل من المشرع ومجلس الدولة في فرنسة في مجال عقود تفويض المرفق العام .

أما في مصر فإنه على الرغم من الاتجاه المتسارع للدولة في تسعينات القرن الماضي في الأخذ بنظام B.O.T ، إلا أن المعالجة التشريعية التي انتهجها المشرع المصري أدت إلى خلق إشكالية قانونية في مصر بالنسبة للأحكام الناظمة لعقود التفويض في مختلف المرافق العامة .

وسنتناول بالبحث التجربة الفرنسية في مطلب أول ، ثم نبحث في إشكالية تقنية إبرام عقود B.O.T في مصر في مطلب ثانٍ ، وسنبحث في مطلب ثالث التقنية العقدية الأنسب لإبرام عقود B.O.T في سورية .

المطلب الأول
التجربة الفرنسية
في مجال عقود تفويض المرفق العام

ابتكر المشرع الفرنسي اصطلاح ((عقود تفويض المرفق العام)) وقد جمع فيها كل أنواع العقود والتصرفات التي تقوم على إسناد إدارة وتسيير مرفق عام واستغلاله إلى شخص خاص أو عام , في مقابل أن يقوم هذا الأخير

بتحصيل إتاوات Redevences من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض [612] . وإن الأهمية الخاصة لمحل هذا التصرف العقدي قد فرضت على الإدارة دائماً أن تنتقي شخصاً قادراً على القيام بعبء هذه الإدارة [613] .

وكان مجلس الدولة الفرنسي قد أبدع مبدأ الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة ، كما أكد على الدوام عدم التزام الإدارة عند قيامها بإبرام عقود التزام المرفق العام , بالخضوع إلى إجراءات الإبرام التي ينص عليها القانون بشأن عقود الشراء العام , وذلك بسبب ضرورة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد ولعدم وجود أي نص يلزم الإدارة بإتباع إجراء محدد في معرض إبرامها لعقود التزام المرفق العام [614] .

ويقوم الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام , على أمرين ، الأول : أن تخويل إدارة مرفق عام لشخص خاص يعد من قبيل تنظيم هذا المرفق , وأن الالتزام الأصيل الذي يقع على عاتق الإدارة والمتمثل في إشباع حاجات المصلحة العامة عن طريق تأمين أفضل إدارة للمرفق العام يبرر سلطة الإدارة وحريتها الكاملة في انتقاء شريكها في عقود التفويض [615] .

---

(612) – راجع :

- Hertzog.R, Le prix du service public, A.J.D.A, 1997, p63.
- Vedel et Delvolve`, op. cit , p 63.

(613) – راجع :

- Bonnard. R, précis de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1943, p718.

(614) – راجع :

- C.E, 3-5-1974, Sieur Flesch, Rec, p259.
- C.E, 28-3-1990, Commune de la Reole, C.G.D.f, A.J,D.A, 1990, p466, not pontier, J.M.

(615) – راجع :

- Alibert. Th, L'intuitus personae dans la concession de service public, R.adm, 1990, p509.

أما الأمر الثاني فيتمثل في مجموعة الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض إليه الذي يجب أن يسهر شخصياً على التنفيذ الجيد للمرفق محل التفويض [616] , إضافة إلى أنه لا يملك التوقف عن تنفيذ المرفق ولو نشأت أية خلافات مع الإدارة باعتبار أنه من المبادئ المستقرة لدى مجلس الدولة الفرنسي أن عدم وفاء الإدارة المفوضة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من احترام التزاماته [617] .

غير أن هذه السلطة التقديرية الواسعة والحرية الكاملة المعطاة للإدارة في فرنسة في اختيار متعاقدها في عقود التفويض بدأت مع بداية عقد التسعينات من القرن العشرين تواجه دعوات واتجاهات تنادي بضرورة توفيق المفهوم الكلاسيكي السائد في نطاق إبرام عقود الالتزام والقائم على الاعتبار الشخصي مع متطلبات الإدارة الحديثة [618] . وقد عزز ذلك ما جاء به المشرع الأوروبي من مفاهيم موحدة تحكم عقود الشراء العام في دول الاتحاد الأوروبي , تلك المفاهيم التي تقوم على مبدأ نزاهة المنافسة واتساعها [619] . كذلك فإن سياسة مكافحة الفساد ودعوات الشفافية في مجالات الاقتصاد والإدارة التي راحت تهب في فرنسة قبيل إطلالة عقد التسعينات من القرن العشرين قد جعلت المشرع الفرنسي يفكر بشكل جدي في وضع نظام إجراءات محددة لإبرام عقود تفويض المرفق العام باعتبارها العقود التي تشكل العنصر الأساسي في الحياة الاقتصادية والإدارية للبلاد [620] .

---

(616) - Alibert. Th, op.cit, p509.

(617) - C.E, 18-6-1982, S.A.R.L, Sud pacific navigation, Rec, p667.

(618) - Alibert. Th, ibid, p512.

(619) - راجع :

- Bréchon – Moulénes, Droit des marchés, T1, op. cit, III, 100,1,p2 .
- Guibal – Lucien – Terneyre , et autres, op.cit, p 787.

(620) - راجع :

- Fatom.E, Délégation de service public, La nouveau cadre légal,A.J.D.A, 1996, p577.et.s.

كـل ذلـك ممـا أدى إلـى صـدور القـانون رقـم 93- 122 بتـاريخ 1993/1/29 المعـروف باسـم قـانون Sapin [621] المتعلـق بمكافحـة الفسـاد وبطرح الشفافية في العلاقات الاقتصادية والإجراءات العامة , وقد تضمن هذا القانون لأول مرة في فرنسة إجراءات خاصة تحكم إبرام عقود تفويض المرافق العامة لا تملك الإدارة تجاوزها تحت طائلة بطلان تصرفاتها .

وإن التقنيـة الوحيـدة التـي اعتمـدها هـذا القـانون لإبـرام عقـود تفـويض المرافق العامة ، هي تقنية التفاوض بعد منافسة وعلانية تامتين .

فقد جاء في المادة /38/ من القانون المذكور ما يلي ((تخضع عقود تفويض المرفق العام للأشخاص المعنوية للقانون العام ، وبواسطة السلطة المفوضة ، لإجراءات العلانية بما يؤدي إلى تقديم عدة عروض منافسة ..)).

وقـد ألزمـت المـادة /38/مـن قـانون Sapin الإدارة بواجـب العلانيـة , حيث يتعين نشر إعلان عن نية الإدارة في تفويض مرفق عام محدد يتضمن المدة المحددة لتقديم عروض الترشيح بحيث لا تقل المدة عن شهر بدءاً من تاريخ الإعلان الأخير , وتحتوي عروض الترشيح المطلوبة على الوثائق التي تبـين الإمكانيـات الماليـة والفنيـة والإداريـة للمرشـح , ويجـب أن تبـين الإدارة أساليب تقديم عروض إدارة المرفق , وأن تبين محل العقد وطبيعته والسمات العامة لـه . ويتعين نشر هذا الإعلان في صحيفة لنشر الإعلانات القانونية وصحيفة لها صلة بالقطاع الاقتصادي موضوع المرفق المفوّض .

وبعـد انتهـاء المـدة المحـددة لتقـديم عـروض الترشـيح تقـوم السـلطة المفوضة بفحص الضمانات المهنية والمالية للمرشحين وكفاءاتهم في ضمان

(**621**) – ينسب هذا القانون إلى Michel Sapin الذي كان وزيراً للاقتصاد وقت صدور القانون , ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق مستشاراً في المحكمة الإدارية في باريس , ثم انتقل ليشغل منصب عمدة مقاطعة Argenton Sur Creuse . (نقلاً عن د.محمد محمد عبد اللطيف , "تفويض المرفق العام" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص /31/)) .

استمرار المرفق العام وتحقيق المساواة بين المستفيدين منه , وبعد ذلك تقوم بإعداد قائمة المرشحين في ضوء ذلك وبمعرفة المرشحين أنفسهم لأن ذلك يقتضي بحث مراكزهم المالية وكفاءاتهم الفنية (622) .

ثم ترسل الإدارة إلى كل واحد من المرشحين المقبولين وثائق تبين فيها نوعية الأداءات المطلوبة وكميتها وشروط تحديد تعرفة الخدمة موضوع المرفق إن وجد موجب لذلك .

وبعد أن يقدّم المرشحون المقبولون عروضهم التي تبين رؤية كل منهم في كيفية إدارة المرفق , تدخل الإدارة في تفاوض مع أصحاب هذه العروض , ويتم انتقاء من يعهد إليه تفويض المرفق وفقاً لنتائج المفاوضات الجارية معهم . وبذلك كله فإن المشرع الفرنسي قد أوجد بموجب هذا القانون نوعاً من المنافسة المحصورة عند إبرام عقد التفويض باعتبار أن المنافسة تكون محصورة النطاق في من اختارتهم الإدارة بعد تحققها من مؤهلات المرشحين (623) .

ولعل أهم ما ترتب على ذلك هو عدم جواز تنازل المفوَّض عن تفويض المرفق إلى الغير باعتبار أن ذلك يخالف مبدأي المنافسة الحرة والاعتبار الشخصي اللذين تم اختيار المفوَّض على أساسهما من بين المرشحين المتنافسين (624) .

بيد أن المشكلة التي فرضت نفسها عند إبرام العقود عن طريق تقنية التفاوض تمثلت في كيفية التوفيق بين المنافسة والتفاوض ، فقد تتأثر الحاجة

---

(622) – محمد محمد عبد اللطيف , "تفويض المرفق العام" ، المرجع السابق ، ص /121/ .

(623) – راجع :

- Boiteau.C, op.cit, p94 et.s.

(624) – راجع :

- Symchowicz. N, Contrats administratifs et mise en concurrence, A.J.D.A, 2000, p107.

المحددة من جانب الإدارة بمعطيات التفاوض مما يجعل الغير الخارج عن الإدارة هو الذي يتحكم في تحديد حاجياتها المتعلقة بإنشاء مرفق محدد وإدارته [625] .

لذلك فقد اتجه الفقه في فرنسه منذ بضع سنوات إلى ضرورة إيجاد منطق جديد لإبرام العقود يقوم على أساس التوفيق بين المنافسة والتفاوض ، وذلك استناداً إلى عدم وجود منافسة فعلية إلا إذا كانت هذه المنافسة قد أثيرت عن طريق التفاوض ، كما لا يوجد تفاوض حقيقي إلا ضمن منافسة مسبقة [626] وهو ما أدى إلى حل إشكالية التوفيق بين المنافسة والتفاوض عند إبرام عقود تفويض المرفق العام .

وقد وضع قانون Sapin نطاقاً للإجراءات التي يتعين على الإدارة إتباعها حيث فرض قيوداً على بعض شروط التعاقد لا يجوز الاتفاق على خلافها كما نص في الوقت نفسه على حالات وظروف يمكن إبرام عقد التفويض فيها بدون إجراءات المنافسة والعلانية .

ومن ذلك أن وضع المشرع في القانون المذكور حداً للآثار السلبية التي تترتب أحياناً على ما يدعى بحقوق الدخول Les Droits d`entrée التي يقدمها المتعاقد .

وتعرَّف حقوق الدخول بأنها مجموعة من المزايا يعلن المرشح عن استعداده لتقديمها للإدارة فيما لو تم إسناد تفويض المرفق العام إليه [627] . وقد

---

(625) – راجع :

- Brechon – Moulènes, Choix des procédures; choix dans les procédures, A.J.D.A,1998,p/735/ .

(626) – راجع :

- Lagurre.A,Aspectes Juridiques de la négociation dans la passation des , marchés publics, R.M.P,N235,1988,p/21/ .

(627) – راجع :

- Devés.C, les droits d'entrée, A.J.D.A, 1996, p631.
- Richer.L, op.cit, p530.

كانت هذه المسألة كثيراً ما تختلط في معرض إبرام عقود التفويض في فرنسة بالعمولات وسوء الاستعمال بما يترك كثيراً من الشك والريبة حولها , كما أثبتت التجارب أن حقوق الدخول هذه كان لها أثر سلبي على المرفق المفوض بحيث أن ما يقدمه المفوَّض من مزايا وأفضليات للإدارة المفوضة بيده اليمنى , يقوم بعكسه على قيمة الانتفاع من الخدمة التي يقدمها المرفق باليد اليسرى [628] .

لذلك وسعياً لتحقيق الشفافية فقد جاءت المادة /40/ من قانون Sapin لتمنع كل شرط يسمح للمفوَّض إليه بأن يتعهد بتنفيذ أية خدمات أو دفع أية مبالغ لا ترتبط بمحل عقد التفويض كما فرضت على المتعاقدين في حالة وجود حقوق دخول مرتبطة مع المرفق المفوض أن يتم ذكر هذه الحقوق في عقد التفويض ذاته مع بيان قيمتها وكيفية حسابها [629] .

كما نص قانون Sapin على مدة محددة لعقود التفويض لا يجوز الخروج عنها ويكون معيار تحديد المدة هو طبيعة الأداءات المطلوبة موضوع العقد من المفوض إليه , وتحدد المدة في عقود الالتزام وفق طبيعة الاستثمارات موضوع العقد بشكل لا تتجاوز فيه المدة المتوقعة لاستهلاك الإنشاءات المقدمة من المفوَّض لتشغيل المرفق واستثماره [630] .

وكان المجلس الدستوري في فرنسة قد قرر أنه ((يجوز للمشرع من أجل تحقيق أهداف الوضوح والمنافسة التي يحددها أن يحظر إبرام عقود تفويض مرفق عام لمدة غير محددة أو أن يقرر أن مدة العقود يجب أن تأخذ

---

(628) – راجع :

- Devés.C, ibid, p631.
- Richer.L, Op.cit, p530.

(629) – راجع :

- Devés. C, ibid, p635

(630) – راجع :

- Maugué.Ch, Les variations de liberté contractuelle dans les contrats administratifs,A.J.D.A,1998, p697.

فـي الاعتبـار طبيعـة وقيمـة الاسـتثمارات التـي يقـوم المفـوَّض إليـه بتنفيـذها)) [631] .

وفـي الوقـت نفسـه فقـد أبـاح قـانون 1993/1/29 لـلإدارة فـي حـالات استثنائية أن يلجأ إلى التفاوض المباشر مع أحد أشخاص القانون الخاص أو العام إذا رأت فيه توافر عناصر الاعتبار الشخصي وذلك دون مراعاة واجبي العلانية والمنافسة .

ومن ذلك عقود التفويض التي لا تتجاوز قيمة المبالغ فيها التي تقع على عاتق المفوض مبلغ مئة وستة آلاف يورو خلال مدة العقد [632] , وكذلك عندما يقرر القانون احتكاراً بشأن خدمة أو نشاط محدد لمصلحة مشروع معين بذاته , وكذلك أيضاً عندما يتم تفويض إدارة المرفق إلى مؤسسة عامة فيما إذا كان المرفق المفوض يقع ضمن نشاط هذه المؤسسة وفقاً للقواعد القانونية التي تحكمها [633] .

كما تعفى الإدارة أيضاً من واجبات العلانية والمنافسة في حالة ما إذا كـان المشروع موضـوع عقد التفويض قد تم طرحـه فـي منافسـة سابقة وتم تقديم عروض غير مناسبة حسب رأي الإدارة أو أنـه لم تقد أية عروض [634] .

المطلب الثاني

(**631**) – راجع :

- C.C.,20 janvier 1993, n.316 DC,J.O, 22 janv.1993,P.1118.

(**632**) – المـادة /41/ مـن قـانون 1993/1/29 . والمعدلـة بالقـانون رقـم 95 – 127 تـاريخ 1995/2/8.

وراجع :

- Richer.L, Droit des contrats, op.cit, p 517.

(**633**) – المادة /41/ من قانون 1993/1/29 .

(**634**) – المادة /45/ من قانون 1993/1/29 .

إشكالية تقنية إبرام عقود B.O.T في مصر

مع اتجاه الدولة إلى سياسة الاقتصاد الحر , وما تبع ذلك من مشاركة رأس المال الخاص في مشروعات البنية الأساسية , فقد عاد إلى الظهور مجدداً عقد الالتزام تلبية لحاجات هذه السياسات الجديدة وانسجاماً معها [635].

غير أن عودة المشرع المصري إلى عقود الالتزام لم تكن نتيجة سياسة تشريعية واضحة ومحددة كما حصل في الفترة نفسها في فرنسة [636].

فقد أصدر المشرع المصري في أواخر التسعينات من القرن العشرين عدداً من القوانين التي تسمح بالتفويض التعاقدي لإدارة مرافق عامة محددة عن طريق الالتزام [637] , وهو ما يعني بقاء بقية المرافق العامة خاضعة في منحها لأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 . وهو ما يعكس عدم تناسق السياسة التشريعية في مصر بخصوص الأحكام الناظمة لعقود تفويض المرفق العام [638] .

وتتلخص أحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 بما يلي :

- لا يجوز أن تزيد مدة الالتزام عن ثلاثين عاماً .

---

(635) – محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية"، المرجع السابق ، ص /33/ .

(636) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /827/ .

(637) – ومن ذلك القانون رقم /100/ لسنة 1996 بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر , والقانون رقم /3/ لسنة 1997 بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول , والقانون رقم /229/ لسنة 1996 بشأن الطرق العامة .

(638) – هاني صلاح سري الدين , "الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل B.O.O.T" ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد , 1999 ، ص /198/ .

- يصدر منح الالتزام بقانون .
- لجهة الإدارة الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار بإرادتها المنفردة .
- لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانع الالتزام وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال (639) .

وقد تجاوز المشرع المصري نفسه جميع هذه الأحكام بموجب قوانين خاصة استثنى بموجبها مرافق معينة من هذه الأحكام ، وهي مرافق الكهرباء حيث صدر القانون رقم /100/ لسنة 1996 بإنشاء هيئة كهرباء مصر ، والطرق العامة حيث صدر القانون رقم /229/ لسنة 1996 بتعديل بعض أحكام القانون رقم /84/ لسنة 1968 بإنشاء الطرق العامة ، والمطارات وأراضي النزول حيث صدر القانون رقم /3/ لسنة 1997 في شأنه ، والموانئ التخصصية حيث صدر القانون رقم /220/ لسنة 1996 بشأنها .

وعلى ذلك فقد أصبحت هذه المرافق تخضع في تقنية إبرام عقود B.O.T بشأنها للقوانين المذكورة ، أما المرافق العامة الاقتصادية الأخرى مثل البترول ومياه الشرب والصرف الصحي فلا تزال خاضعة لأحكام القانون رقم /129/ لسنة 1947 (640) .

وقد اتبع المشرع المصري في القوانين المستحدثة آنفة الذكر بخصوص المرافق التي تضمنتها ، أسلوب المنافسة المحصورة "المحدودة" في إبرام عقود

---

(639) - ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/138/ .

(640) - ماهر محمد حامد أحمد ، المرجع نفسه ، ص/139/ .

B.O.T , شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي في جميع عقود التفويض , حيث يتم اختيار الملتزم في إطار المنافسة والعلانية [641] ,

فتقوم الإدارة بالإعلان عن العقد مبينة ماهية المرفق موضوع العقد من جميع النواحي التقنية والاقتصادية والقانونية . ويقدم المشاركون عروضهم التي تتضمن وثائق عن خبراتهم السابقة في إنشاء وإدارة المرافق المماثلة , وتقوم الإدارة بعد فحص العروض بإعداد قائمة بأسماء المستثمرين القادرين على المنافسة على العقد , وتقوم بإخطارهم بذلك [642] .

غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن تبرم الجهة الإدارية عقود B.O.T عن طريق المناقصات العامة إن رأت أن ذلك يحقق مصلحتها , إلا أنه لا يجوز للجهة الإدارية أن تبرم عقود B.O.T عن طريق أساليب لا تكفل تحقيق المنافسة والعلانية مثل الاتفاق المباشر مثلاً [643] .

ثم يقوم المتنافسون المقبولون بإعداد عروضهم , وكقاعدة عامة فإن إعداد العروض يكون وفقاً للشروط والقيود والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة , ويجب على مقدم العرض أن يتقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها جهة الإدارة للتعاقد [644] .

وتتسم هذه العروض بالتشابك والتعقيد نظراً لأن المشروعات محل

(**641**) – انظر نص المادة /2/ من القانون رقم /100/ لسنة 1996 بشأن إنشاء هيئة كهرباء مصر .

(**642**) – محمد الجلالي , "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل" ، رسالة دكتوراه ، كلية الهندسة المدنية , جامعة عين شمس ، القاهرة ، 2000 ، ص /33/ .

(**643**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد التزام" ، المرجع السابق ، ص /112/ .

(**644**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T. والتطور الحديث لعقد التزام" ، المرجع السابق، ص /121/ .

عقود B.O.T تكون من قبيل مشروعات البنية التحتية أو الأساسية التي تحتاج إلى إمكانيات وقدرات ضخمة مالياً وتقنياً ,

لذلك تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها بما يعرف باتفاقية اتحاد الشراكة Consortium التي تتألف غالباً من المستثمر الرئيسي ومقاول التشييد والموردين ومشغلي المشروع , وذلك لتقديم عرض واحد مشترك [645] .

ويجب أن يتضمن العرض تحديد مصادر تمويل المشروع بتحديد خطة تمويلية تحدد مصادر التمويل والضمانات التي تكفل تنفيذها , وخطة التنفيذ والجدول الزمني لذلك [646] .

ثم تقوم الإدارة بالمقارنة بين العروض , وقد تطلب توضيحات من العارضين بشأن بعض المسائل في عروضهم , وتتم المقارنة بين العروض استناداً إلى عدة معايير كالمعيار المالي ومدى ملاءمة التصميم للمعايير المحلية وخبرة الشركة ومدى المساهمة في نقل التكنولوجيا واستخدام وتدريب العمالة المحلية [647] . ويمكن للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العرض الأفضل , للوصول إلى درجة التوقعات التي ترغب في تحقيقها من خلال المشروع [648] , ثم يتم الإرساء وإخطار صاحب العرض الذي تم الإرساء عليه .

بيد أن هذه الإجراءات قد نصت عليها القوانين التي استحدثها المشرع المصري بخصوص تفويض مرافق معينة بذاتها ، فهي تحكم إبرام عقود B.O.T المتعلقة بهذه المرافق دون غيرها من المرافق التي بقيت قانوناً خاضعة لأحكام القانون /129/ لسنة 1947 والقانون رقم /61/ لسنة 1958 مما يعني

(**645**) – مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /831/ .

(**646**) – جابر جاد نصار , المرجع السابق ، ص /121/ .

(**647**) – محمد الجلالي , "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظام عقود البناء والتشغيل والنقل , في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية" ، المرجع السابق ، ص /36/.

(**648**) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /833/ .

تفاوت واختلاف الأحكام الناظمة لعقود تفويض المرافق العامة في مصر تبعاً لعدم تناسق السياسة التشريعية بشأنها .

المطلب الثالث

التقنية العقدية الأنسب

لإبرام عقود B.O.T في سورية

وجدنا أن أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقود B.O.T هي طلب العروض والتعاقد بالتفاوض . ونرى أن التقنية الأنسب لإبرام هذه العقود في سورية هي تقنية طلب العروض ، وذلك للأسباب التالية :

1- إن طلب العروض هو إجراء شفاف يقوم على العلانية والمنافسة .

2- إن تقنية طلب العروض تعتمد على المعايير المسبقة ، وإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في انتقاء متعاقديها بموجب هذه التقنية ، إلا أن هذه السلطة تحكمها الضوابط اللازمة فهي تمارس بناء على معايير محددة مسبقاً ومعلن عنها ولا يمكن للإدارة أن تحيد عنها عند تقييمها للعروض. أما تقنية التفاوض والتعاقد بالتفاوض فهو إجراء المعايير اللاحقة وغالباً ما يفتقد للعلنية والمنافسة مما يجعله طريقة غير شفافة أصلاً وهو يتطلب إدارة على مستوى عالٍ من الشفافية والتطور والوعي ، وحتى مع وجود مثل هذه الإدارة فإن نسبة المخاطرة تبقى مرتفعة في هذه التقنية العقدية بسبب بعدها عن الشفافية .

3- إن طلب العروض هو إجراء سائد ومألوف في سورية ، وقد اعتمدته جميع قوانين العقود المتتابعة ، فقد نص عليه المرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة

1969 والمرسوم رقم /195/ لسنة 1974 وقانون العقود الموحد رقم /51/ لسنة 2004 .

الأمر الذي يجعل الاعتماد على تقنية طلب العروض في إبرام عقود B.O.T في سورية ، وبخاصة في ظل فراغ تشريعي يحكم عملية إبرام هذه العقود ، هو اعتماد لأسلوب مألوف للإدارة ومشتق من روح القانون وقد تم اختباره عملياً لفترات طويلة في سورية في شتى المرافق العامة .

ولكننا نسارع إلى القول بأن أسلوب طلب العروض الذي ننادي به لإبرام عقود B.O.T ليس هو أسلوب طلب العروض الذي يجري تطبيقه على أرض الواقع في سورية ، حيث تعتمد الإدارة مبدأ السعر الاقتصادي الأقل أساساً للإرساء ، كما سبق وبينا ، ويحدد السعر الاقتصادي على أساس المعادلة التالية :

السعر الاقتصادي = السعر ÷ العلامة الفنية × 100

وبذلك يصبح معيار السعر عنصراً أساسياً في الإرساء وهو ما يحوِّل تقنية طلب العروض عملياً إلى ما يشبه المناقصة ، وهو أمرٌ لا يتناسب البتة مع عقود B.O.T والفلسفة التي تقوم عليها .

وتجدر الإشارة إلى عدم وجود معيار السعر ضمن المعايير المسبقة في عقود B.O.T لانتفاء وجود أي سعر يقدمه المتعاقد في هذه العقود أصلاً، لذلك فإن تقنية طلب العروض التي ننادي بها يتعين تطبيقها ليس بآلية السعر الاقتصادي حسبما هو قائم حالياً وإنما بنظام النقاط ، حيث يتم وضع وتحديد المعايير المسبقة للتعاقد وتُعطى لكل معيار نسبة مئوية تحدد وزنه عند المقارنة بين العروض المختلفة ، بحيث تكون الإدارة عندئذ أمام أسلوب كمي بحت لبيان وزن كل من المعايير المعتمدة [649] ، ويكون العرض الذي يحقق الحد الأعلى من النقاط هو العرض الأكثر ملائمة للإدارة .

(**649**) – راجع في ذلك :

وفي هذه الآلية المطروحة لطلب العروض ، لا يكفي أن تقوم الإدارة بإعلان المعايير التي ستستند إليها في تقييم العروض المختلفة ، بل يتعين عليها ترتيبها بحسب مقدار الأهمية المحددة لكل معيار ، بحيث يتوجب أن يحتوي ملف طلب العروض على الأهمية التي ستوليها الإدارة لكل واحد من هذه المعايير .

ولا شك في أن بيان سلم ترتيب المعايير المعتمدة من جانب الإدارة يجعل المتنافسين على بيّنة بالإطار العام الذي ستتم من خلاله المنافسة [650]، مما يجعل عروضهم منسجمة مع تصوّرات الإدارة واعتباراتها ومنصبَّة على الحاجات الحقيقية للإدارة ، مما ينعكس إيجاباً على تصوّرات الإدارة نفسها للعرض الأكثر ملائمة ، وهو ما ينعكس بدوره إيجاباً على المرفق العام نفسه ويحول دون أية سلطة تقديرية عشوائية للإدارة .

- Guibal – Lucien – Terneyer, et autres,op.cit,p/793/

(650) – مهند نوح ، "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /756/ .

الباب الثاني
آثار عقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

انتهينا فيما سبق إلى أن عقد B.O.T هو عقد إداري ، وبهذه المثابة فهو يرتب حقوقاً والتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المتعاقدين شأنه في ذلك شأن سائر تلك العقود .

ولكن عقد B.O.T في الوقت نفسه ليس كأي عقد ، فهناك آثار خاصة تترتب عليه سواء ما يتعلق منها بالمشروع ذاته موضوع العقد أو تلك التي تتعلق بسيادة الدولة وغيرها من الآثار الخاصة بعقد B.O.T .

لذلك سنقسم الدراسة هنا إلى فصلين :

الفصل الأول : الآثار العامة لعقد B.O.T باعتباره عقداً إدارياً .

الفصل الثاني : الآثار الخاصة لعقد B.O.T .

الفصل الأول

الآثار العامة لعقد B.O.T باعتباره عقداً إدارياً

تمهيد وتقسيم :

يرتب عقد B.O.T ، باعتباره عقداً إدارياً ، حقوقاً والتزامات متقابلة في ذمة كل من طرفيه المتعاقدين شأنه شأن أي عقد إداري آخر .

وقد تناول الباحثون وفقهاء القانون الإداري هذه الحقوق والالتزامات بالدراسة والشرح باستفاضة وتفصيل . ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو مدى انطباق هذه الحقوق والالتزامات على عقود B.O.T .

لذلك سنتناول بحث هذه الحقوق والالتزامات من خلال آثار عقد B.O.T بالنسبة للإدارة المتعاقدة في مبحث أول ، ثم نتناول بالبحث آثار عقد B.O.T بالنسبة لشركة المشروع في مبحث ثان ونتناول بعد ذلك بحث نهاية عقد B.O.T في مبحث ثالث .

المبحث الأول
آثار عقد B.O.T بالنسبة للإدارة المتعاقدة

تمهيد وتقسيم :

تقضي النظرية التقليدية للعقود الإدارية بمجموعة من الحقوق والسلطات للإدارة المتعاقدة ، فالإدارة في ظل النظرية التقليدية هذه تملك حق الرقابة والإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذه التزاماته ، كما تملك حق تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو الزيادة وحق فرض الجزاءات الإدارية المختلفة على المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته .

وبالمقابل فإنه يترتب على الإدارة المتعاقدة مجموعة من الالتزامات تجاه شركة المشروع المتعاقدة .

وسنبحث في حقوق الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T (المطلب الأول)

ثم نبحث في التزامات الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T (المطلب الثاني)

المطلب الأول
حقوق الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T

تمهيد وتقسيم

إن اتصال العقد الإداري عموماً وعقد B.O.T بشكل خاص وارتباطه بالمرفق العام يرتب للإدارة المتعاقدة مجموعة من الحقوق في مواجهة المتعاقد ، وهي حقوق أصيلة تتمتع بها الإدارة المتعاقدة دونما حاجة إلى النص عليها في العقد ، كما أنه لا يجوز للإدارة التنازل عنها أو الاتفاق على خلافها ويقع ذلك

باطلاً في حال حدوثه لارتباط هذه الحقوق بالصالح العام [651] وتتلخص هذه الحقوق بحق الرقابة على التنفيذ وحق تعديل العقد وحق توقيع الجزاءات الإدارية المختلفة على المتعاقد في حال إخلاله بالتزاماته ،

وجميعها حقوق لا مثيل لها في عقود القانون الخاص ، باعتبار أن مصالح الطرفين المتعاقدين في العقود المدنية متساوية ، لذلك فهي تخضع لقاعدة ((العقد شريعة المتعاقدين)) وهو أمرٌ لا يمكن تطبيقه بنفس الطريقة على العقود الإدارية نظراً لارتباطها بالمرفق العام وما ينجم عن ذلك من وجوب حماية المصلحة العامة التي يتعين تقديمها على المصلحة الخاصة عند التعارض معها . وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية ((إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع المصالح العامة دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .. ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق بالتعويضات إذا كان لها وجه حق ، وذلك كله على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز للطرف الآخر أن يستقل بتعديل شروطها أو فسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر)) [652] ، وهذا هو موقف النظرية التقليدية للعقود الإدارية ،

غير أنه وفي الوقت نفسه فإنه من المبادئ المسلَّم بها أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقتضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق

(**651**) – راجع : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/432/ ، محمد فؤاد عبد الباسط ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /544/ . طعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /610/ ، محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص /182/ .

(**652**) – المحكمة الإدارية العليا المصرية ، طعن رقم /882/ لسنة 10 ق في 1968/3/2 ، منشور في مجموعة المحكمة في 15 سنة ، ج /2/ ، ص /1868/ .

مع ما يوجبه حسن النية ، وهذا الأصل مطبق في العقود جميعاً سواء المدنية أو الإدارية ولا يخلُّ بذلك أن العقود الإدارية تتقيد بطابع مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره [653] .

بيد أن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى إمكانية استخدام الإدارة المتعاقدة لهذه الحقوق في عقد B.O.T .

فقد ذهب كثير من الفقه إلى القول بأن استخدام الإدارة لتلك الحقوق والسلطات في الصور الجديدة للعقود الإدارية ، ومنها عقود B.O.T ، أمرٌ غير مسلَّم به لذلك يثور تساؤل مهم مفاده أنه هل يمكن فعلاً في هذه العقود أن تُغلَّ يد الإدارة عن استخدام هذه الحقوق والسلطات ، أم أن الأمر يقتضي وضع حدود لهذه السلطات وتعيين كيفية اللجوء إليها وحالاته باعتبار أن ذلك ضرورة لا بد منها بغية انتظام المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة [654] .

ويذهب رأي إلى القول بضرورة لجوء الإدارة المتعاقدة لهذه السلطات بالقدر الذي يتناسب مع طبيعة عقود B.O.T ، وإن ذلك أمراً لا مفرَّ منه ، وإن القول بغير ذلك يؤدي إلى أن تصبح هذه العقود كارثة على مستقبل المرفق العام وإهداراً للمصلحة العامة نظراً لطول مدة هذه العقود التي يمكن أن تصل إلى تسع وتسعين سنة مما قد يعرِّض سيادة الدولة واستقلالها للخطر [655] .

ويذهب رأي آخر إلى القول بتضييق حقوق الإدارة بالقدر الذي يتلائم مع طبيعة عقود B.O.T وذلك بالتفريق بين المشروعات التي تنصب عليها هذه العقود من جهة ، بحيث لا تعامل المشروعات التي تشكل مرافق عامة

---

(653) – فتوى الجمعية العمومية في مجلس الدولة المصري رقم /883/ بتاريخ 1995/12/2 ، جلسة 1995/11/15 ، ملف رقم 2614/2/32 ، منشور في "قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية" ، للدكتور محمد ماهر أو العينين ، الكتاب الثاني ، ص/31/ .

(654) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص/197/ .

(655) – جابر جاد نصار ، المرجع نفسه ، ص /197/ .

مثل المشروعات التي لا تشكل مثل هذه المرافق ، والتفريق بين هذه الحقوق من حيث الملائمة من جهة أخرى ، بحث تستبعد الحقوق التي لا تتلائم مع عقود B.O.T مثل حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد باعتبار أن هذه العقود تتضمن غالباً شرط التحكيم ، وينتهي هذا الرأي إلى ضرورة تضمين العقد الحقوق التي ترى الإدارة التمسك بها حتى يكون المتعاقد على بينة من هذه الحقوق منذ البداية ويحسب حسابها [656] .

ونرى أن النظرية التقليدية التي تحكم سلطات الإدارة في العقد الإداري لا تنسجم مع عقود B.O.T ، وإن تطبيق تلك النظرية على هذه العقود ، سيؤدي إلى انحسار العمل بهذه العقود ومثيلاتها من العقود التي تبرم بين الدولة والقطاع الخاص للمساهمة في مشروعات البنية الأساسية ، ولا شك في أن هذه العقود هي أمرٌ حيوي له ضرورته وأهميته ، وإن الاستفادة منها بالشكل اللازم يقتضي استخدامها في موضعها الصحيح أولاً وتحديد حقوق الإدارة بمواجهة المتعاقد بما يضمن انتظام سير المرفق العام والتعويض العادل على المتعاقد عن الضرر الذي يلحق به من جراء ما تلحق به تصرفات الإدارة تلك من أضرار .

وسنتناول بالبحث هذه الحقوق التي تخولها النظرية التقليدية للإدارة في مواجهة المتعاقد معها لنرى كيفية تطبيقها على عقود B.O.T .

وسنوزع البحث على ثلاثة فروع :

الفرع الأول : حق الرقابة .

الفرع الثاني : حق تعديل العقد .

الفرع الثالث : حق فرض الجزاءات الإدارية .

---

(656) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /289/ .

الفرع الأول
حق الرقابة

تمهيد :

تملك الإدارة المتعاقدة في العقود الإدارية كافة حق الرقابة والإشراف على المتعاقد معها ومتابعته في تنفيذ العقد ، غير أن ممارسة هذا الحق في نطاق عقود B.O.T لها خصوصية ناجمة عن طبيعة هذا العقد .

أولاً – ماهية حق الرقابة :

إن حق الإدارة في الرقابة والإشراف على تنفيذ عقودها الإدارية هو حق أصيل ولا يجوز لطرفي العقد الاتفاق على استبعاده وإذا وجد نصٌ بذلك كان باطلاً ويجوز للإدارة الالتفات عنه ومباشرة حقها في الرقابة والإشراف . وهناك معنيان لهذا الحق :

1- **المعنى الضيق لحق الرقابة :** ويقصد به التحقق من أن المتعاقد ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً وطبقاً لشروطه ، ووفقاً لهذا المعنى يكون حق الرقابة مرادفاً لمفهوم الإشراف ، وهو حق موجود ومعترف به حتى في عقود القانون الخاص .

وتمارس الإدارة هذا الحق عن طريق إيفاد مهندسيها لزيادة موقع العمل والتأكيد من سيره وفقاً للمواعيد المحددة ولفحص المواد المستعملة لتأكد من مدتها [657] ,

2- **المعنى الواسع للرقابة :** ويقصد به تدخل الإدارة في التنفيذ كأن تصدر تعليمات للمتعاقد لإتباع طريق معين في التنفيذ وفقاً لمتطلبات المصلحة

---

(657) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /344/ .

العامة أو أن تطالبه بتغيير الطريقة المتبعة من قبله في ذلك أو الإسراع من معدله أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين [658] .

ثانياً – خصوصية حق الرقابة في عقود B.O.T :

يكتسب حق الرقابة في عقود B.O.T خصوصية وأهمية بالغة لسببين :

1– طول مدة الالتزام في عقود B.O.T عموماً والتي تتجاوز عشرات السنين في المعتاد وقد تصل إلى تسع وتسعين عاماً كما هي الحال في مصر .

2– التزام المتعاقد مع الإدارة ، أي شركة المشروع ، بإعادة المرفق موضوع العقد وتسليمه للإدارة المتعاقدة وهو بحالة جيدة عند نهاية مدة الالتزام . ولا يمكن أن يتحقق ذلك إلا إذا سلمنا للجهة الإدارية بحقها في الرقابة والمتابعة في جميع مراحل تنفيذ العقد ، لذلك فإن بعض الدول كالبرازيل وكولومبيا تشترط في عقود B.O.T تعيين ممثل للحكومة في إدارة المرفق [659] .

ثالثاً – صور الرقابة في عقود B.O.T :

هناك ثلاثة صور للرقابة في عقود B.O.T وهي الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية :

1– **الرقابة الفنية** : ويقصد بها كل ما تقوم به الإدارة المتعاقدة للتأكد من أن تنفيذ المشروع واستغلال المرفق العام وتسييره يتم وفقاً للشروط الفنية المحددة بالعقد أو بأي من ملحقاته , وتمارس الإدارة ذلك من خلال تعيين مندوبين عنها يكون لهم الحق في الدخول إلى المرفق والإطلاع على

---

(658) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /198/ .

(659) – جابر جاد نصار ، المرجع نفسه ، ص /201/ .

الوثائق الفنية والخرائط والرسومات ومتابعة الجوانب الفنية لعملية التنفيذ [660] .

وتشمل الرقابة الفنية أيضاً رقابة أعمال الصيانة والتجديد , ذلك أن أصول وموجودات المشروعات موضوع عقد B.O.T وتجهيزاتها وقطع الغيار والأدوات ذات عمر افتراضي وهي تستهلك بفعل الزمن مما يتعين معه على الدوام صيانتها وتجديد ما استهلك منها وتحديثها , كما تشمل الرقابة أيضاً مراقبة عقود الصيانة ومدى كفايتها واقتراح كل ما يكفل تحقيق ذلك على الوجه الأكمل [661] .

ويدفع إلى ذلك كله أمران : الأول يتمثل في ضرورة متابعة مستوى أداء المشروع والخدمة التي يقدمها للجمهور , أما الأمر الثاني فيتمثل في التزام شركة المشروع بإعادة وتسليم المشروع للإدارة المتعاقدة وهو بحالة جيدة وصالحاً للاستعمال .

وتتضمن دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الالتزام في فرنسة تنظيم سلطات الإدارة وحدودها وأهدافها في مجال ممارسة الرقابة الفنية . ففي عقود التزام القوى الهيدروليكية يكون لموظف الإدارة الحق دائماً في الدخول إلى مناطق الاستغلال للاطلاع على الوثائق الفنية من رسومات وخرائط وإجراء الاختبارات اللازمة للتأكد من كفاءة الاستغلال [662] .

وفي مصر تضمنت العقود التي أبرمت وفق نظام B.O.T العديد من النصوص التي تؤكد حق الجهة الإدارية في مباشرة الرقابة الفنية , ومن

---

(660) – راجع في ذلك : إبراهيم محمد علي , "آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم /89/ لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية" , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الثانية , 2003 , ص /189/ , خالد بن محمد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" , المرجع السابق , ص /193/ .

(661) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /202/ .

(662) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" , المرجع السابق , ص /245/ .

ذلك ما جاء في عقد منح التزام مطار مرسي علم بنظام B.O.T حيث نصت المادة السابعة منه على ما يلي : ((أ- للمالك أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعة الوثائق المتضمنة للتصميمات والرسومات والبيانات والتقنيات وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ)) , ومن ذلك أيضاً ما جاء في عقد إنشاء مطار العلمين بنظام B.O.T حيث نصت المادة 3/ح/6 على أن تقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإجراء التفتيش الدوري على المطار والأجهزة والمعدات اللازمة لتشغيله وفقاً للبرنامج الذي تضعه الهيئة دون قيد أو شرط , وتتولى الهيئة إجراء شهادات الكفاءة اللازمة لاستمرار تشغيل المطار [663] .

وكذلك جاء العقد المبرم في سورية بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم كلوبال ليمتد المتعلق بإنشاء شبكة اتصالات خلوية , حيث نصت المادة /37/ منه على أنه : ((يحق لممثلي الإدارة في أي وقت من الأوقات الدخول لمواقع المشروع لمراقبة أي جزء منه , ويلتزم المشغل بتقديم كافة التسهيلات والمساعدات اللازمة لتحقيق ذلك)) .

2- **الرقابة الإدارية :** وتعني اشتراك الجهة الإدارية في إدارة المشروع موضوع عقد B.O.T ، ويتم ذلك بطريقتين :

الأولى هي تعيين مندوبين عن الإدارة المتعاقدة يكون لهم الحق في حضور اجتماعات اللجان ومجالس الإدارة والتصويت والاعتراض , أما

(**663**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .. " , المرجع السابق , ص /296/ .

الطريقة الثانية فهي تعيين مدير للمشروع أو بعض أعضاء مجلس الإدارة [664] .

وتتضمن عقود B.O.T عادة الطريقة التي تتم بموجبها الرقابة الإدارية , ففي بعض دول أمريكا اللاتينية كالبرازيل والبيرو وكولومبيا تتضمن عقود B.O.T شرطاً بتعيين ممثل الحكومة ضمن مجلس الإدارة في المرفق وليس له حق التصويت فيما يتعلق بالسياسات الجارية للشركة وإنما يختص بمراجعة ومناقشة أية توسعات مستقبلية [665] ,

كما جاء في المادة 3/ج من عقد مطار مرسي علم المبرم بنظام B.O.T في مصر بأنه " يدير مشروع المطار مجلس إدارة مؤلف على النحو الذي تم تحديده .. يمثل فيه المالك بعدد عضوين من تسعة أعضاء " .

كما جاء في اتفاقية شراء الطاقة لمحطة كهرباء سيدي كرير بنظام B.O.T في مصر ((المادة 6/4)) أنه ((يشكل الأطراف خلال ستة أشهر على الأكثر من الأقفال المالي لجنة الربط تضم ثلاثة أعضاء .. يكون كل – منهم – مهندساً ذا خبرة فنية كبيرة .. ويختار كل طرف من أطراف العقد عضواً ثم يختار العضوان بدورهما العضو الثالث للجنة الربط ...))

كما نصت الاتفاقية المذكورة ذاتها على أنه " ينشئ الطرفان قبل التاريخ المحدد للتشغيل التجاري باثني عشر شهراً على الأكثر , لجنة تشغيل تضم ستة أعضاء يعين كل طرف من الطرفين ثلاثة أعضاء يمثلون في لجنة التشغيل .. " [666] .

---

(664) – راجع في ذلك : أحمد عثمان عياد , "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /318/ , دويب حسين عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .. " , المرجع السابق , ص /297/ , إبراهيم محمد علي , "آثار العقود الإدارية.." , المرجع السابق , ص /20/ .

(665) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /201/ .

(666) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .. " , المرجع السابق , ص /254/ .

وكذلك فقد نصت المادة /22/ من العقد المبرم في سورية بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم كلوبال ليمتد على أنه : " بهدف التنسيق بين الإدارة والمشغل , فيما يتعلق بتنفيذ العقد وتشغيل واستثمار وصيانة المشروع حتى تحويل ملكيته مجاناً إلى الإدارة , تشكل لجنة تنسيق مؤلفة من /7/ أعضاء أربعة منهم من قبل الإدارة وثلاثة من قبل المتعهد أو المشغل برئاسة أحد ممثلي الإدارة وأميناً للسر من أحد ممثلي المشغل , ويتم تشكيل اللجنة بقرار من المدير العام للإدارة خلال شهر من تاريخ أمر المباشرة تحدد فيه مهام وصلاحيات اللجنة وبالتنسيق مع المشغل " .

3- الرقابة المالية :

وتعني حق جهة الإدارة المتعاقدة في التفتيش على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق محل الالتزام , فالمتعاقد مع الإدارة في نطاق عقود B.O.T يلتزم بإمساك دفاتر حسابات منتظمة وفقاً للقواعد الحسابية المتعارف عليها والمعمول بها [667] .

وقد تكون الرقابة المالية رقابة سابقة حيث تقوم الإدارة المتعاقدة بمراجعة الميزانية التي يقدمها الملتزم والعقود التي يبرمها مع الغير , كم قد تكون هذه الرقابة لاحقة تقوم الإدارة فيها بالاطلاع على الحسابات والمستندات وتهدف إلى تنبيه المتعاقد بشأن الأعمال التي قد تلحق ضرراً بالمصلحة المالية للدولة [668] .

---

(667) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" , المرجع السابق , ص /249/.

(668) – راجع : أحمد عثمان عياد , "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية" , دار النهضة العربية , القاهرة 1973 , ص /319/ , إبراهيم محمد علي , "آثار العقود الإدارية .." , المرجع السابق , ص /20/ .

وتتضمن العقود المبرمة بنظام B.O.T عادة حق الإدارة في إجراء الرقابة المالية , ففي عقد إنشاء الهاتف الخلوي في سورية المبرم بين المؤسسة العامة للاتصالات وشركة انفستكوم نصت المادة 10/15 على أنه من التزامات المتعهد ((مسك سجلات وقيود محاسبية بما يضمن حقوق الإدارة والمشتركين وإجراء المطابقات المحاسبية مع الإدارة وخاصة فيما يتعلق بأجور الدقائق الدولية والمحلية وفق نظام التعرفة النافذ , ومن خلال نظام محاسبي تشرف عليه الإدارة ، وكذلك تمكين الإدارة من الاطلاع وتدقيق القيود المالية للمشغل بما يضمن حقوقها المالية وبالطريقة التي تراها مناسبة)) .

كما جاء في المادة /4/ من عقد مطار العلمين في مصر أن يتعهد الملتزم بإنشاء وحدة حسابية للمالك بالمطار لمتابعة الأعمال المالية مع إمداده بكل البيانات والدفاتر اللازمة وتقديم كل التسهيلات الإدارية له مع قبول إجراء التفتيش المالي وإخطار المطار بملاحظاتها والعمل على تلافيها في مدة لا تزيد عن /30/ يوماً .

رابعاً – حدود حق الرقابة وأهدافها في عقد B.O.T :

إن حق الرقابة بجميع صوره في عقود B.O.T يتعين أن يستخدم في إطار نصوص العقد وشروطه فلا يتجاوزها إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة , ذلك أن حق الإدارة في الرقابة لا يمتد إلى تغيير شروط التعاقد وبنوده [669] .

أما خارج شروط العقد فمهما بلغت أهمية الحق في الرقابة فإنه من غير الجائز أن تتحول الإدارة بحجته إلى سلطة وصائية على المشروع فالملتزم

---

(669) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /201/ .

هو الذي يتولى مستقلاً إدارة وتسيير المرفق العام موضوع عقد B.O.T [670] , وإن تـدخّل الإدارة بهـذا الصـدد يـتم عـن طريـق الإشـراف للتأكـد مـن أداء المشـروع لمهامـه بانتظـام واضـطراد ودون أن يـؤدي تـدخل الإدارة إلـى إعاقـة الملتزم عن مباشرة نشاطه . ويتعين على الإدارة دائماً أن تراعي وهي بصدد ممارستها حق الرقابة المواءمة بين اعتبارين أساسيين هما : كفالة حرية شركة المشروع في إدارة المرفق محل العقد من جهة وضمان سير المشروع وأدائه لمهامه بانتظام واضطراد من جهة أخرى [671] .

الفرع الثاني
حق التعديل

إن من أهم ما يميز العقد الإداري عامة عن عقود القانون الخاص هو ما تتمتع به الإدارة المتعاقدة من حق تعديل ذلك العقد , في حين أن عقود القانون الخاص تحكمها قاعدة قانونية عتيدة تقضي بأن العقد هو شريعة المتعاقدين [672] .

ونظراً لأهمية هذا الحق فإن الإدارة تضمنه عادة في عقودها الإدارية باعتباره أحد الشروط غير المألوفة التي تميز العقد الإداري أصلاً عن نظيره من عقود القانون الخاص .

ولكن المشكلة تثور فيما إذا لم يتضمن العقد مثل ذلك الشرط , وفي جميع الأحوال يتعين تحديد شروط ممارسة الإدارة لحقها في التعديل ثم تتطرق إلى بحث تعديل عقود B.O.T من جانب الإدارة المتعاقدة .

---

(670) – محمد الحسين ومهند نوح , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /230/ .

(671) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" , المرجع السابق , ص/253/.

(672) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /202/ .

أولاً – حق الإدارة في التعديل دون النص عليه في العقد :

1– الوضع في فرنسة :

ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إنكار حق الإدارة في تعديل عقدها الإداري عند عدم النص على ذلك في العقد , فالقاعدة أن الإدارة لا تستقل بتعديل شروط العقد إلا إذا وجد نص على ذلك صراحة . وقد تزعم هذا الاتجاه الفقيه الفرنسي لوليه الذي استند في رأيه إلى مجموعة من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومنها الحكم المتعلق بمشفى وملجأ شوني الذي يتعلق بعقد مبرم بين الإدارة وأحد المهندسين ، وقد نشب خلاف بينهما فسارع المهندس إلى مجلس الدولة الفرنسي فقضى بأنه لا يجوز للإدارة إجراء التعديل الانفرادي للعقد [673] . وكذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بالشركة العامة الفرنسية للترام بشأن قيام الإدارة بمطالبة الشركة المتعاقدة بالقيام بعدد من الدورات أكبر مما هو منصوص عليه في العقد , حيث استنتج لوليه من هذا الحكم أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقر حق الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط العقد المتصلة بالمرفق العام بشكل انفرادي وإنما استند إلى نص في المرسوم الصادر في 6 أب 181 المتعلق بالسكك الحديدية والذي يخول المديرين سلطة تحديد جدول مواعيد القطارات [674] . ومن المؤيدين بشدة لهذا الاتجاه الأستاذ Benoit والذي نفى تماماً حق التعديل الانفرادي للعقد الإداري مهما كان من جانب الإدارة على أساس أن

---

(673) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .. " , المرجع السابق , ص /299/ .

(674) – راجع هذا الحكم المنشور في مجلة القانون العام الفرنسية ، سنة 1910، ص /270/، مع ملاحظات غاستون جيز ، وراجع هذا الحكم منشوراً في كتاب الأحكام الكبرى للقضاء الإداري الفرنسي ، لمؤلفيه لونغ وويل وبريبان وديلفولفيه وجينفوا ، داللوز ، باريس ، 1999 ، ص /134/ .

إعطاء الإدارة هذا الحق من شانه أن ينزع عن العقد الطبيعة العقدية لأن القاعدة التي تحكم العقود كلها مهما كانت طبيعتها أن العقد شريعة المتعاقدين[675] .

ولكن الرأي الراجح في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري هو حق أصيل وثابت سواء ورد النص عليه في العقد أو لم يرد , ويرى أصحاب هذا الرأي أن النص في العقد على حق التعديل يعد كاشفاً لحق الإدارة في ذلك وليس منشئاً له , باعتبار أن هذا الشرط هو من الشروط غير المألوفة التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية [676] . وكذلك الحال فإن الفقه المعاصر في فرنسة يسلم للإدارة بهذا الحق، بحسبانه من العناصر الرئيسية و الأصيلة لنظرية العقود الإدارية [677].

2- الوضع في مصر :

يجمع الفقه والقضاء في مصر على أن حق الإدارة في تعديل عقودها

---

(675) - راجع :

- Benoit.P,op.cit, P659.

(676) – راجع :

- Vedel. M, Cours de droit administratif, Paris, 1953, P 1130.
- Waline.M, Traité élémentaire de droit administratif, Siry, Paris, 1950, p560.

وكان الأستاذ لوبادير قد دافع بشدة عن سلطة التعديل الانفرادي منذ سنة 1954 ، وذلك في مقال شهير له ، والذي فند فيه حجج الأستاذ لوليه التي نفى فيها هذا الحق عن الإدارة .

راجع :

- Laubadère.A, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, R.D.P, 1954, P50.

(677) – راجع :

Richer.L. Les contrats administratifs, Dalloz, 1991, P61.

الإدارية هو مبدأ عام مسلَّم به ولو لم ينص عليه في العقد [678] . وقد استقرت أحكام مجلس الدولة المصري على تخويل الإدارة سلطة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ، ولأهمية ذلك الحق فقد جاءت أحكام القضاء الإداري مفصلة لأحكامه ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الذي جاء فيه ((إن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة ، على خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم ، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد . وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ، ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين ، وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ، تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق . وأن التعاقد معها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الإدارة ، وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره ، تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة وتحقيق تلك المصلحة ، ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به ، وضرورة الحرص على انتظام سيره .. ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر

---

(678) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص/439/ ، طعيمة الجرف ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /616/ .

عليه اعتباراً بأن هذا الحق يرتكز على سلطة الإدارة الضابطة لناحية العقد المتعلقة بالصالح العام . فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل ، فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل ، وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ، يضاف إلى هذا أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن مماربة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام)) [679] .

كما تناولت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الحق في العديد من أحكامها حيث أكدت أن للإدارة دائماً سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروطه وتعديله بما يتفق مع المصلحة العامة بغير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين [680] .

وكذلك فقد حرص المشرع المصري على النص صراحة على حق التعديل الانفرادي للعقد الإداري في القوانين التي نظمت المناقصات ومن ذلك ما نصت عليه المادة /78/ من قانون المناقصات رقم /89/ لسنة 1998 بقولها ((يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك

---

(679) – حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 16 كانون الأول ، القضية رقم /1609/ لسنة 10 قضائية ، السنة /11/ ص /90/ ، مشار إليه من قبل د.إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .. " ، المرجع السابق ، ص /36/ .

(680) – قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /2168/ جلسة 2001/12/5، منشور في مجلة "المحاماة" الصادرة من نقابة المحامين في مصر ، لعام 2002 ، العدد الثاني ، ص/526/ .

، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة)) .

كما نصت المادة الخامسة من القانون رقم /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- الوضع في سورية :

ذهب المشرع السوري على غرار نظيره المصري إلى النص صراحة على حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري في مختلف القوانين التي نظمت العقود الإدارية في سورية .

ففي المرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة 1969 السابق الذي كان يتضمن عقود هيئات القطاع الإداري ، نصت المادة /65/ منه على جواز زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد على ألا يتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقصان النسب التالية :

- 25% من القيمة الإجمالية لكل من عقود الأشغال والخدمات وتوريد المواد الغذائية ..
- 10% من القيمة الإجمالية لعقود سائر التوريدات الأخرى .

وعلى أن يُعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط ،

وكذلك جاء المرسوم التنظيمي السابق رقم /195/ لسنة 1974 الذي تضمن نظام عقود المؤسسات والشركات والمنشآت العامة ذات الطابع الاقتصادي ، حيث نصت المادة /54/ منه على جواز زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد

على ألا تتجاوز نسبة 25% من القيمة الإجمالية لكل من عقود الأشغال والخدمات وتوريدات المواد ،

وعندما صدر القانون رقم /51/ لسنة 2004 المتضمن النظام الموحد لعقود الجهات العامة نص في المادة /62/ منه على أنه ((أ- يجوز لآمر 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 ودون حاجة إلى عقد جديد . على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص 25% من القيمة الإجمالية للعقد .

ب- يعطي المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط)) .

وقد عدَّ مجلس الدولة السوري حق التعديل من الشروط الاستثنائية التي تميز العقد الإداري ، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى أن ((تنفيذ أوامر الإدارة بإدخال التعديلات التي ترتئيها في تنفيذ الأعمال .. إنما تعتبر شروطاً استثنائية درج القانون العام على تطبيقها في مجال التعاقد وتعطي الإدارة امتيازاً في التنفيذ يختلف عما هو متبع في نطاق العقود العادية)) [681]

غير أنه لا يجوز للإدارة أن تتجاوز بتعديلاتها النسب المئوية المنصوص عنها بالعقد ، لأن المتعاقد لا يوافق أن تكون حقوقه بدون حماية كما أن ذلك من شأنه أن يضرَّ بالإدارة نفسها التي قد لا تجد مستقبلاً من يتعاقد معها في حال ذلك [682] .

---

(681) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /117/ في الطعن رقم /50/ لسنة 1987، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة لسنة 1987 ، ص/155/ المبدأ /28/ .

(682) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/244/ .

وكذلك لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد عن طريق حق التعديل التزاماً خارجاً عن العقد ولا صلة له بموضوعه باعتبار أنه خارج نطاق العقد لا يرتبط المتعاقد مع الجهة الإدارية بأية رابطة [683].

وقد اعتبر القضاء الإداري في سورية أن تعديل العقد يستوجب التعويض على المتعاقد فذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه ((يستحق المتعهد فرق التكاليف الناجمة عن تبديل الأعمال العقدية طالما أن التعديل قد تم بطلب مهندس التنفيذ ولزيادة مناعة الأعمال المنفذة)) [684] ، كما قررت المحكمة المذكورة أيضاً أنه ((يقتضي تحديد التعويض المستحق للجهة المدعية لقاء تخفيض الإدارة لكميات النفط السائل المنقولة عن الكميات المتعاقد عليها)) [685] .

ثانياً – حق الإدارة في تعديل عقود B.O.T :

يمكن التمييز بين اتجاهين مختلفين بهذا الصدد ، نستعرضهما أولاً ثم نبين الرأي المختار .

1– الاتجاه القائل بأن حق التعديل لا محل له في عقد B.O.T .

ويرى هذا الاتجاه أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية لا يتلاءم مع عقود B.O.T وذلك للأسباب التالية :

---

(683) – محمد أديب الحسيني ، "نظرية عدم ثبات العقد الإداري" بحث مقدم لنيل لقب أستاذ في المحاماة ، بحث غير منشور ، دمشق ، 1986 ، ص /25/ .

(684) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /484/ في الطعن رقم /761/ لسنة 1984 ، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة لسنة 1984 ، ص/520/ المبدأ /144/ .

(685) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /486/ في الطعن رقم 1841 لسنة 2000 ، غير منشور.

أ- إن حق الإدارة في التعديل يعد من قبيل الشروط الاستثنائية وغالباً ما يرد النص عليه في العقد ، وهي لا تتناسب مع عقود B.O.T التي تبرم على الأغلب وفقاً لقاعدة ((العقد شريعة المتعاقدين)) .

ب- إن عقود B.O.T تنصب على مشروعات ضخمة كالطرق والجسور ومحطات الطاقة والصرف الصحي ، وإن مثل هذه المشروعات نظراً لأهميتها ولضخامة تكاليفها المالية فهي تُدرس بعناية ويُخطط لها بدقة عالية سواء من جانب الحكومة أو من جانب شركة المشروع ، وقد جرى العمل على أن يقتصر دون جهة الإدارة على تحديد المواصفات العامة والغاية النهائية للمشروع وكفاءته الإنتاجية والفنية وأن تترك تفاصيل تحقيق ذلك لشركة المشروع التي تتحمل وحدها دون الجهة الإدارية مخاطر المشروع المالية وسواها ، لذلك فإنه لا مجال للتعديل في هذه العقود إلا حيث ينص العقد على ذلك صراحة [686] .

2- الاتجاه القائل بجواز حق التعديل في عقود B.O.T :

ويرى هذا الاتجاه أن حق الإدارة في التعديل يمكن استخدامه في عقود B.O.T للاعتبارات ذاتها المقررة في العقود الإدارية عامة ، ولكن ذلك يجب أن يتقيّد بضرورة تعويض شركة المشروع عن الأضرار التي تلحق بها بسبب ذلك التعديل [687] .

وقد استند هذا الرأي إلى تجارب بعض الدول في عقود B.O.T كالتجربة الأرجنتينية [688] .

3- الرأي المختار بشأن حق التعديل في عقود B.O.T :

---

(686) - ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/292/ .

(687) - جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها"، المرجع السابق ، ص /101/ .

(688) - جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .." ، المرجع السابق ، ص /205/ .

إن الرأي القائل بأنه لا محل لحق التعديل في عقود B.O.T هو رأي لا يصمد أمام نقاش قانوني . فهو يعني نفي الطبيعة الإدارية لعقد B.O.T بحسبانه عقد التزام ، والتغاضي عن أنه عقد إداري بطبيعته ، وأن هناك جانباً تنظيمياً في عقد الالتزام تجب مراعاته وعدم غلّ يد الإدارة تجاهه . وإن القول بأن عقود B.O.T تبرم وفق قاعدة ((العقد شريعة المتعاقدين)) من شأنه أن يجعل هذه العقود عقوداً تجارية بحتة ويخضعها لمبادئ القانون الخاص ، وقد سبق وبينا عدم صحة هذا الاتجاه في تكييف عقد B.O.T .

وإن الحجب الكلي لحق التعديل عن الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T من شأنه أن يرفع يد الإدارة عن المرفق العام موضوع العقد ويجعلها عاجزة عن التعامل مع المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية والتكنولوجية التي تلحق بالمرفق وهو أمرٌ يتنافى مع المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المرفق العام ، ومنها استمرار المرافق العامة وقابليتها للتغيير إذا كان ذلك من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها لجمهور المنتفعين [689] باعتبار أن جهة الإدارة تبقى المسؤول الأول والأخير عن حسن تسيير المرفق العام .

وإننا نقر بسلامة الرأي الآخر القائل بحق الإدارة في تعديل عقود B.O.T شريطة ارتباطه بالتعويض على شركة المشروع عن الأضرار التي قد تلحق بها من جراء ذلك .

ولا بد من القول أن حق التعديل هذا مناطه احتياجات المرفق العام وجمهور المنتفعين وليس هو مجرد مظهر من مظاهر سلطة الدولة ، لذلك فإننا نرى بهذا الصدد أن تستخدم عبارة ((حق التعديل)) وليس عبارة ((سلطة التعديل)) .

وعلى ذلك فإن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية عامة وعقود B.O.T بشكل خاص لا يستمد من نصوص العقد بل من النظام العام للمرافق

---

(689) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /444/ .

العامة ، وبالتالي فإن حق الإدارة في تعديل عقد B.O.T هو حق أصيل لها مقرر دونما حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة المتعاقد ، وإن النص على هذا الحق لا يعد منشئاً له بل هو كاشف له ولا تعدو الغاية من النص عليه تنظيم ذلك الحق وبيان أوضاعه وحالاته [690] .

(690) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /308/ .

الفرع الثالث
حق توقيع الجزاءات الإدارية

تستطيع الإدارة في عقودها الإدارية العامة توقيع الجزاءات على المتعاقد فيما إذا أخل في تنفيذ التزاماته [691] ، ولا مقابل لهذه القاعدة في عقود القانون الخاص ، فالإدارة تستطيع أن توقع الجزاء بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء مقدماً [692] ، ودون حاجة إلى نص في العقد [693] .

فهل تملك الإدارة ممارسة هذا الحق في عقود B.O.T ؟ وهل هناك أي اختلاف بهذا الأمر بشأن هذا النوع من العقود ؟.

أولاً – ماهية الجزاءات الإدارية :

إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته العقدية فامتنع عن تنفيذ العقد أو قام بتنفيذ مخالف للشروط والمواصفات المتفق عليها أو لم يحترم المدة المحددة للتنفيذ أو تنازل عن العقد أو ارتكب غير ذلك من مخالفات عقدية فإن للإدارة المتعاقدة أن توقع عليه مجموعة من الجزاءات .

وتتعدد أنواع الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها فهناك الجزاءات المالية وهي عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته ، ويشمل ذلك التعويضات وهي المبالغ التي يحق للإدارة أن تحصل عليها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية لجبر الأضرار الناجمة عن ذلك ، كما تشمل الجزاءات المالية فرض غرامة التأخير وهي مبلغ من المال يحدد في العقد ويفرض على المتعاقد إذا لم يقم بتنفيذ التزاماته

---

(691) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .." ، المرجع السابق ، ص/62/ .

(692) – هارون الجمل ، "الجزاءات في عقود الأشغال العامة" ، المرجع السابق ، ص/53/.

(693) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص/211/ .

خلال المواعيد المتفق عليها لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ [694] .

وهناك الجزاءات الضاغطة وتستهدف إجبار المتعاقد المخالف على الوفاء بالتزاماته [695] وذلك عن طريق حلول الإدارة محل المتعاقد المقصّر أو بإحلال غيرها محلّه [696] .

وهناك جزاء الفسخ وذلك بإنهاء الرابطة العقدية ، وأخيراً هناك الجزاءات الجزائية في حالة ما إذا كانت التصرفات التي قام بها المتعاقد تشكل أفعالاً جرمية .

وتجمع هذه الجزاءات خصائص مشتركة تتلخص بما يلي :

1- حق الإدارة في توقيع الجزاء بإرادتها المنفردة ، فهي تملك توقيع الجزاء وتنفيذه بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء .

2- تستطيع الإدارة فرض جزاءات على التعاقد ولو لم يوجد نص على ذلك في العقد .

3- إذا نص العقد على جزاء محدد عند وقوع خطأ معين ، فإن ذلك يقيّد الإدارة فلا يجوز لها تطبيق جزاء آخر [697] .

4- تملك الإدارة فرض الجزاء ولو لم يكن هناك ضرر قد أصابها ، باعتبار أن غاية الجزاء ليس إيقاع العقوبة بالمتعاقد وإنما هو ضمانة حسن سير المرافق العامة وانتظام سيرها ، وبذلك يكون وقوع الضرر مفترضاً بمجرد تحقق سبب استحقاق الجزاء [698] .

---

(694) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .." ، المرجع السابق ، ص /74و78/ .

(695) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص/475/ . إبراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/255/ .

(696) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/99/ .

(697) – إبراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، ص /70/ .

(698) – راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي:

- C.E, 13- 5- 1987, Soc.Citra – France, R.D.P, 1988, P1427.

5- ضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء بحقه ، حيث يتعين على الإدارة أن تبين للمتعاقد جميع تفاصيل التزاماته التي قصر في الوفاء بها [699] .

6- خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء ، وهو ما يمثل ضمانة فعالة للمتعاقد ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون [700] .

ثانياً – حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في عقود B.O.T :

إن إخلال المتعاقد مع الإدارة بأي من التزاماته في العقد الإداري ، لا يشكل إخلالاً بالتزام عقدي فحسب وإنما يشكل مساساً بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد . وباعتبار أن الإدارة مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة فإن لها حقوقاً تجاه المتعاقد معها بعقد إداري ، ومن ذلك حق توقيع الجزاءات الإدارية عند إخلال هذا المتعاقد بالتزاماته ، وهو من الحقوق الأصيلة غير القابلة للتنازل أو السقوط . ومن هنا فإن الأساس القانوني لهذا الحق لا يكمن في النصوص والشروط التعاقدية وحسب وإنما في سلطة الإدارة الضابطة للمرافق العامة [701] .

بيد أن الجزاء الذي يتعين التوقف عنده بخصوص عقود B.O.T هو جزاء فسخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية وهو أشد وأخطر الجزاءات الإدارية .

ونظراً لكون فسخ عقد B.O.T من قبل الإدارة المتعاقدة يشكل إحدى حالات انتهاء هذا العقد ، لذلك سنتناول موضوع فسخ عقد B.O.T مفصلاً عن الحديث عن انتهاء عقد B.O.T .

---

(699) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /485/ .

(700) – إبراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /259/.

(701) – هارون عبد العزيز الجمل ، "الجزاءات في عقود الأشغال العامة" ، المرجع السابق ، ص /73/ . وراجع في الفقه الفرنسي :

- Chapus.R, Droit administrarif, Op.cit, p1060.

المطلب الثاني
التزامات الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

يترتب على الإدارة المتعاقدة في عقود B.O.T نوعان من الالتزامات : أولهما الالتزامات العامة المتوجبة على الإدارة في جميع العقود الإدارية , أما النوع الثاني فهو الالتزامات الخاصة التي يرتبها عقد B.O.T على الإدارة .

لذلك سوف نقسم الدراسة هنا إلى فرعين :

الفرع الأول : الالتزامات العامة المترتبة على الإدارة المتعاقدة .

النوع الثاني : الالتزامات التي يرتبها عقد B.O.T على الإدارة المتعاقدة .

الفرع الأول
الالتزامات العامة المترتبة على الإدارة المتعاقدة

يرتب العقد الإداري التزامات على طرفيه شأنه شأن أي عقد آخر , ويتعين على الإدارة المتعاقدة وهي أحد طرفي هذا العقد أن تقوم بالالتزامات العامة المترتبة عليها في جميع عقودها الإدارية .

فيتعين على الإدارة احترام العقد بكل ما يعني ذلك من احترام شروطه واحترام المدد العقدية وكذلك الالتزام بتنفيذ العقد بالشكل الكامل والسليم مع احترام مقتضيات حسن النية في التنفيذ إضافة إلى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد .

أولاً – التزام الإدارة باحترام العقد :

العقد الإداري هو عقد بمعنى الكلمة فلا تملك الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة التحلل من العقد بعد تمام إبرامه باعتبار أن مجرد التوقيع عليه من قبل الإدارة يعني افتتاح الرابطة التعاقدية [702] . ويتعين على الإدارة احترام جميع الشروط التي التزمت بها بمقتضى العقد [703] سواء كانت هذه الشروط صريحة أو ضمنية كما يمتد التزام الإدارة ليشمل أيضاً ما يعد من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام [704] .

فالعقد الإداري لا يخرج عن كونه عقداً بالمعنى القانوني الدقيق , وليس في خصائص العقد الإداري ما يمكن أن يؤدي إلى إهدار القوة الملزمة لأي من شروطه التعاقدية [705] .

وبالتالي لا يمكن للإدارة المتعاقدة من حيث المبدأ أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسؤولية العقدية [706] .

وتلتزم الإدارة باحترام المدد المقررة في العقد شأنها في ذلك شأن المتعاقد الأخر , فالتأخر في أداء الالتزامات هو أحد أشكال الإخلال بأدائها ،

---

(702) – محمد فؤاد مهنا , "مبادئ القانون الإداري وفقاً للاتجاهات الحديثة" , الاسكندرية , 1975 , ص /813/ .

(703) – إبراهيم محمد علي , "آثار العقود الإدارية .." , المرجع السابق , ص /146/ .

(704) – راجع : خالد عبد الله العيطة ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص/200/ . جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، المرجع السابق ، ص/96/ .

(705)– المحكمة الإدارية العليا السورية , دائرة فحص الطعون , قرار رقم 137 في الطعن رقم 379 لسنة 1970 , منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1970 , ص /187/ .

(706) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق ، ص /543/ .

[707] ولا يثير هذا الأمر أية صعوبة فيما إذا نص العقد صراحة على أن المدة ملزمة للإدارة , ولكن المسألة تثار إذا ورد شرط المدة عاماً أو في الحالة التي يجيء فيها العقد خالياً من تحديد مدة للتنفيذ [708] . وفي هذه الحالة يؤكد مجلس الدولة الفرنسي أن ثمة مدة معقولة للتنفيذ قائمة على مبدأ حسن النية للأطراف بالإضافة إلى مضمون العقد بالأعمال المشابهة والتي يتعين احترامها من قبل الإدارة بحيث أن كل إهمال من قبلها يستوجب المسؤولية [709] .

وإن التزام الإدارة باحترام المدة المقررة في العقد لا يشمل المدة الإجمالية للتنفيذ وحسب , بل يسري على جميع المدد المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة في العقد كالمدة المحددة لبدء التنفيذ وموعد تسليم موقع الأعمال خال من العوائق والمدة المحددة لمنح الدفعة المقدمة المتفق عليها في العقد ولتسديد الثمن بالنسبة لما ينفذ من الأعمال [710] .

ثانياً – التزام الإدارة بتنفيذ العقد :

يتعين على الإدارة المتعاقدة العمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة ، ويجب أن تنفذ الإدارة التزاماتها العقدية تنفيذاً سليماً وكاملاً

---

(707) – صالح بكر الطيار ، "النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T البناء – التشغيل – نقل الملكية" ، لبنان – مركز الدراسات العربي الأوربي ، دار بلال ، بدون سنة نشر ، ص /77/ .

(708) – سليمان الطماوي , " الأسس العامة للعقود الإدارية" المرجع السابق , ص /546/ .

(709)– حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1951/2/7 , باريس , مجلة قرارات مجلس الدولة الفرنسي ص /76/ . مع ملاحظة أن جميع الأمور المتعلقة بالمدة العقدية أصبحت منظمة بدفاتر الشروط في معظم الدول .
مشار إليه من قبل د. محمد الحسين ود. مهند نوح , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /280/ .

(710) – راجع : إبراهيم محمد علي , "آثار العقود الإدارية .. " , المرجع السابق , ص /151/.
سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /547/ .
محمد عبد العال السناري , "وسائل التعاقد الإداري" , المرجع السابق , ص /375/ .

. ويكمن المعيار الأساسي للتنفيذ السليم للعقد الإداري في مبدأ احترام مقتضيات حسن النية عند الأطراف المتعاقدة [711] .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك بقولها : ((من المبادئ المسلّمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل من أصول القانون يُظلُّها جميعاً يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية , وإن هذا الأصل وعلى ما جرى به إفتاء وقضاء مجلس الدولة لا مندوحة من التقيد به في العقود الإدارية شأن العقود المدنية بل إن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بوجه المصلحة العامة)) [712] . وتأسيساً على مبدأ حسن النية فإن الإدارة لا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة أو يعرّض المتعاقد معها لأعباء ومتاعب في تنفيذه لالتزاماته العقدية لأنه لا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها في أعباء المتعاقد معها بدلاً من أن تعاونه على التنفيذ [713] .

وتطبيقاً لذلك تلتزم الإدارة بمعاونة المتعاقد معها في الحصول على التراخيص اللازمة للأعمال محل التعاقد ولو كان المتعاقد مع الإدارة هو الملزم بالحصول على تلك التراخيص والموافقات [714] .

والأصل أن تنفذ الإدارة المتعاقدة العقد كله ، وإذا كان للإدارة الحق في تعديل الكميات المتعاقد عليها نقصاً أو زيادة فإن ذلك منوط بتوفر شروط

---

(711) – محمد الحسين ومهند نوح , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /279/ .

(712) – فتوى رقم 1007 في 1992/11/11 , جلسة 1992/11/1 , منشورة في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية في العقود الإدارية في أربعين عاماً , مجلس الدولة – المكتب الفني , ص /311/ , المبدأ /151/.

(713) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /547/ .

(714) – محمد عبد العال السناري , "وسائل التعاقد الإداري" , المرجع السابق , ص /382/ .

التعديل ، ولا يحق للإدارة دون سبب هام يتعلق بمقتضيات المصلحة العامة أن توقف تنفيذ العقد فتوقف العمل في المشروع المتفق على تنفيذه مثلاً [715].

غير أنه وفي حالة الضرورة العامة يحق للإدارة المتعاقدة تعديل أو إنهاء الرابطة العقدية ضمن الشروط القانونية وشريطة أن تقوم بالتعويض على المتعاقد عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك [716] .

ثالثاً – التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للعقد :

يقع على عاتق الإدارة المتعاقدة التزام بإعادة التوازن المالي للعقد إذا انقلبت اقتصادياته لأي سبب ، وقد تقررت نظرية التوازن المالي للعقد الإداري نظراً لارتباط تنفيذه بحاجات المرفق العام . ويترتب على ذلك وجوب امتناع الإدارة عن القيام بأية إجراءات بإرادتها المنفردة من شأنها التأثير على التوازن المالي للعقد وأن تعمل على تقرير عوارض التنفيذ الطارئة وتعيد التوازن المالي اللازم بتعويض المتعاقد بما يعيد التوازن المالي لعقده في الحدود التي تقررها نظريات إعادة التوازن المالي [717] . وسنتناول مسألة التوازن المالي للعقد بتفصيل أكثر عند بحثنا في حقوق المتعاقد مع الإدارة .

الفرع الثاني

الالتزامات التي يرتبها عقد B.O.T

على الإدارة المتعاقدة

---

(715) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/545/ .

(716) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /280/ .

(717) – محمد عبد العال السناري ، المرجع السابق ، ص/394/ .

إن اللجوء إلى تنفيذ المشروعات الأساسية ومشروعات البنية التحتية وفق نظام B.O.T يرتب التزامات عامة على الإدارة المتعاقدة وعلى الدولة عموماً بالدعم والتشجيع بما يساعد في إنجاح هذه المشروعات ، كما ترتّب عقود B.O.T أيضاً التزامات مالية تقع على عاتق الإدارة المتعاقدة . وسنبين ذلك مفصلاً فيما يلي :

أولاً – الالتزامات العامة التي يرتبها التعاقد بنظام B.O.T :

1- الالتزام بتوفير مناخ الاستثمار :

تعمل المشروعات المنفذة وفق نظام عقود B.O.T على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقام فيها ، ومن ثم زيادة قدرته على جذب الاستثمارات المحلية منها والأجنبية [718] ، ويعتبر الدعم الذي تقدمه الإدارة المتعاقدة والدولة عموماً عاملاً أساسياً لنجاح هذه المشروعات ، ذلك أن دور الحكومة لا يقتصر على إعطاء الإذن بتنفيذ المشروع ومنح التراخيص والموافقات اللازمة لإقامته ، فهي المالكة الحقيقية له أصلاً [719] ، لذلك يتعين على الحكومة أن تعمل على جذب وتشجيع الاستثمار وتوفير المناخ اللازم ، ويكون ذلك بأن تتبنى الحكومة نهجاً موضوعياً محدداً وسياسة عامة واضحة تجاه تشجيع

---

(718) – محسن الخضيري " مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /30/ .

(719) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /294/.

الاستثمار ، وأن تتخذ طريق الشفافية والإعلان للكافة بغية منح الفرصة لأكبر عدد من المستثمرين للمشاركة في المشروعات الاستثمارية [720] .

2- توفير البيئة القانونية المناسبة لمشروعات B.O.T :

إن نجاح مشروعات B.O.T يستوجب توفير البيئة القانونية المناسبة للاستثمار ، ويمكن أن يتبلور ذلك في شكل تشريعات تنظم الاستثمار وسائر المسائل التجارية عموماً ، ولا يشترط أن تكون منصبة نحو نظام عقود B.O.T وحسب ، باعتبار أن وجود هذه التشريعات ييسّر التفاوض بشأن الكثير من النقاط والمسائل عند إبرام عقد B.O.T ، حيث أنه سيتعين في حال عدم وجودها أن يشمل العقد مختلف المسائل والضمانات التي كان يتعين أن تكون مكفولة بالتشريعات مما يزيد في تعقيد عملية المفاوضات [721] .

ويعد الاستقرار القانوني عنصراً جوهرياً في إنجاح المشروعات المنفذة بنظام عقود B.O.T ، فهذه العقود تتطلب تمويلاً ضخماً ويتم استثمار مشروعاتها على مدار سنوات طويلة جداً ، لذلك فإن جذب المستثمرين المهتمين بنظام عقود B.O.T يتوقف إلى حد كبير على الكيفية التي تتعامل بها الحكومة تجاه القضايا القانونية المتعلقة بالمشروعات المنفذة وفق نظام B.O.T ومدى السماح للأجانب بتملك الأراضي ومدى احترام الملكية الخاصة ومدى السماح للمستثمرين الأجانب بتحويل أرباحهم إلى الخارج ، فالمشروعات المقامة بنظام B.O.T تتطلب مناخاً سياسياً وقانونياً واقتصادياً ملائماً وذلك يتطلب توافر نصوص قانونية وتشريعية قوية ومستقرة ، أما إذا كانت البيئة القانونية ضعيفة وغير مستقرة فإن ذلك من شأنه أن يعمل على تقويض العقود والاتفاقات التي تبرم في إطار نظام B.O.T وقد يؤدي إلى فشله في نهاية

---

(720) - أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، المرجع السابق ، ص /208/ .

(721) - ماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص /295/ .

المطاف [722] ، فلا مجال للحديث عن مشروعات B.O.T ما لم يكن دستور الدولة يسمح بملكية القطاع الخاص وتمويل مرافق البنية الأساسية وتشغيلها ، كما يلزم أن تكون التشريعات والقوانين الناظمة للملكية والشركات والعقود والرهن متسمة بقدر من المرونة ولا تعوق الآليات الاقتصادية لتمويل مشروعات البينة الأساسية وتتضمن من الحوافز المالية والضريبية ما يضمن للمستثمر تحقيق ربح مناسب ومن الضمانات ما يحمي رأسمال المستثمر وأرباحه من المخاطر غير التجارية [723] .

3- الالتزام بتوفير البيئة الإدارية الملائمة لمشروعات B.O.T :

يتعين على الجهات الإدارية التي تتولى التعامل مع قضايا الاستثمار أن تكون على قدر كبير من التنسيق والتخطيط بغية العمل على إزالة العراقيل من وجه مشروعات B.O.T . كما يتعين تبسيط الإجراءات الإدارية وتطبيق سياسة النافذة الواحدة أمام المستثمرين والتي من شأنها أن تولي جهة حكومية واحدة مسؤولية الاتصال مع المستثمر والحصول على كل ما يحتاجه من موافقات وأذونات من خلالها .

ونظراً لكون التعاقد بأسلوب B.O.T هو أسلوب حديث نسبياً في معظم الدول ومنها سورية فإنه يتعين على حكومات هذه الدول أن تقوم بتدريب موظفيها وكوادرها على التعامل مع هذا الأسلوب ولفهم طبيعة المشروع

---

(722) – راجع :

- UNIDO : Guidelines For infrastrueture development Through B.O.T projects . 1996 . p 45 .

(723) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /295/ .

وللإشراف على تنفيذ هذه المشروعات والعمل على إمكانية حل المشكلات مبكراً وقبل أن تتفاقم وتتحول إلى أزمات حقيقية كبيرة [724] .

ثانياً – الالتزامات المالية التي يرتبها عقد B.O.T على الإدارة المتعاقدة :

إن لجوء الجهة الإدارية إلى إقامة مشروع ما بنظام B.O.T يرتب عليها التزامات مالية محددة قبل إبرام العقد وكذلك خلال تنفيذ العقد وأيضاً عند نهاية العقد واستلام المشروع .

وسنبحث هذه المسائل الثلاثة فيما يلي :

1- الالتزامات المالية على الإدارة قبل إبرام العقد :

سبق وبيّنا أنه من الإجراءات السابقة على إبرام عقد B.O.T ما تقوم به الإدارة من إعداد دراسات الجدوى للمشروع المراد إنشاؤه بنظام B.O.T. ويتعين على الإدارة تأمين الأموال اللازمة للقيام بهذه الدراسات . وكثيراً ما تتطلب هذه الدراسات الاستعانة بالخبراء والمستشارين الأخصائيين المحليين والأجانب وذلك في مختلف الجوانب الفنية والمالية والقانونية المتعلقة بتلك المشروعات [725] ، ويتعين على الإدارة دفع أجور هؤلاء المستشارين والخبراء .

كذلك فإن إعداد ملف طلب العروض أو المناقصة عند طرح المشروع للتعاقد بنظام B.O.T يرتب على الإدارة دفع المصروفات والأموال اللازمة لذلك .

---

(724) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزامات .." ، المرجع السابق ، ص /325/ .

(725) – راجع :

- UNIDO B.O.T Guidelines , op . cit . p . 22

وقد تجد الإدارة نفسها ملزمة بتقديم العديد من الخدمات اللازمة لتمكين شركة المشروع من تنفيذ التزاماتها فتعمل الإدارة على تمويل التجهيزات اللازمة لتسهيل الوصول إلى موقع المشروع كإنشاء الطرق وتوصيل الكهرباء وغير ذلك من أشكال المرافق المختلفة [726] .

ومن ذلك ما تم عند إنشاء نفق باردوكوريناج pardocorenage في مدينة مارسيليا عندما قامت الإدارة المتعاقدة بإنشاء طريق مروري للسيارات [727] ، وكذلك ما قامت به الحكومتان الفرنسية والبريطانية من تنفيذ بعض أعمال البنية الأساسية والخاصة بالطرق والسكك الحديدية بموجب المادة /14/ من المشورة Consultation الموقعة بينهما [728] .

كما تقوم الإدارة المتعاقدة أحياناً بمنح شركة المشروع الحق في استخدام الأراضي وبعض الأصول القائمة والانتفاع بمواردها . ففي مصر نص القانون رقم /229/ لسنة 1996 على تعديل بعض أحكام القانون رقم /84/ لسنة 1968 بشأن الطرق العامة بحيث أصبح للجهة الإدارية الحق في منح شركة المشروع بعض الأراضي الواقعة على جانبي الطريق المنفذ بنظام عقود B.O.T واستغلال هذه المساحات من الأراضي بإقامة الفنادق والمطاعم والاستراحات ومراكز إسعاف ومحطات الخدمة وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطريق والمارة [729] .

---

(726) –

- ABD EL BAKI (S) . les projets internationaux de Contruction mené selon la formale B.O.T, thése Paris 1,2000, P.291 .

(727) –

- ABD EL BAKI (S) . les projets internationaux .. , Th.precitée, P. 291.

(728) –

- ABD EL BAKI (S) . les projets internationaux .. , Th.précitée, P.292.

(729) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /319/ .

وقد تقوم الحكومة بتأجير الأراضي لشركة المشروع لمدة طويلة وبأجور رمزية ، وقد ينص عقد B.O.T على أن تقوم شركة المشروع باسترجاع ما دفعته من قيمة الأرض وذلك عند انتهاء مدة العقد وإعادة المشروع إلى الدولة [730] .

2- الالتزامات المالية المترتبة على الإدارة خلال تنفيذ العقد :

يتعين على الإدارة خلال مرحلة إنشاء المشروع وطول مدة استغلاله أن تبقي على البنية الأساسية المصاحبة للمشروع في حالة جيدة ، فإذا أخلّت الإدارة بذلك ولحق ضرر بشركة المشروع من جرَّائه فإن الإدارة تكون ملتزمة بالتعويض عن تلك الأضرار [731] . كما تقوم الجهة الإدارية عادة بإنشاء مرافق البنية التحتية الأساسية المرافقة للمشروع كطرق الوصول وخطوط النقل الكهربائي والاتصالات وخطوط المياه وغيرها من الخدمات ، وفي بعض المشروعات تعمل الجهة الحكومية على ضمان توفير مواد البناء والمواد الخام اللازمة لإنشاء المشروع وتشغيله وصيانته وكذلك إمداد شركة المشروع بالوقود اللازم [732] .

وتجدر الإشارة في معرض الالتزامات المالية المترتبة على الإدارة إلى ما يسمى ((مكافأة على الإنجاز قبل الموعد)) التي تدفعها الإدارة المتعاقدة في بعض الأحيان لشركة المشروع تحفيزاً لها للانتهاء من إنشاء المشروع قبل حلول الموعد المحدد في العقد [733] .

---

(730) – راجع :

- UNIDO B.O.T. Guidelines , op.cit. p.61

(731) – راجع :

- ABD EL BAKI (S) . les projets internationaux .. , Th.precitée,P.293

(732) – خالد عبد الله عطية ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص/187/ .

(733) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/321/ .

وهناك المزايا الضريبية التي تمنحها الجهة الإدارية أو الحكومة لشركة المشروع كالإعفاء أو التخفيض من بعض أنواع الضرائب كضرائب الدخل والشركات والتملك وكذلك الإعفاء من الرسوم الجمركية على التجهيزات والمعدات اللازمة للمشروع [734] ، وكذلك منح حرية الاستيراد للكفلاء ومقاولي التشغيل والصيانة مع مراعاة الرسوم الجمركية على المواد والمعدات التي يتم استيرادها [735] ،

وتقوم الجهة الحكومية أحياناً بدفع مبلغ محدد لشركة المشروع إذا وصل إنتاج المشروع إلى مستوى أعلى مما هو متفق عليه [736] .

كما أن 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 [737] ، ويحدث ذلك بشكل خاص في مشروعات الطاقة الكهربائية حيث يوجد على الأغلب اتفاق أو عقد بين الجهة الحكومية وشركة المشروع يسمى 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 ، وذلك سواء قام المشتري باستخدام الكهرباء مثلاً أم لا [738] .

وقد قامت بذلك الجهات الحكومية المصرية حينما أبرمت عقد اتفاقية

---

(734) – أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." ، المرجع السابق ، ص /210/ .

(735) – خالد عبد الله العطية ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص /187/ .

(736) – خالد عبد الله العطية ، المرجع السابق ، ص /189/ .

(737) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .." ، المرجع السابق ، ص/322/ .

(738) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع نفسه ، ص/321/.

شراء القوى الكهربائية التي يتم إنتاجها بواسطة شركة انترجن سيدي كرير لتولد الكهرباء [739] .

3- الالتزامات المالية المترتبة على جهة الإدارة في نهاية مدة العقد :

تتحمل الإدارة المتعاقدة عادة مصروفات ونفقات نقل وتسليم المشروع إلى الجهة الإدارية عند انتهاء مدة العقد ، ومن ذلك ما قد تتطلبه عمليات النقل والتسليم من ضرائب ورسوم ، وكذلك مصروفات وأجور الخبراء والفنيين الذين يتم الاستعانة بهم في هذه المرحلة . وتقوم الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية مدة الالتزام بتعويض شركة المشروع ، وغالباً ما يتم الاتفاق على ذلك في العقد نفسه بغية تشجيع شركة المشروع على تسليم المشروع إلى الإدارة وهو بحالة تشغيلية جيدة [740] .

---

(739) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع نفسه ، ص /322/ .

(740) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع نفسه . ص/323/ .

المبحث الثاني
آثار عقد B.O.T بالنسبة لشركة المشروع

تمهيد وتقسيم :

تقف شركة المشروع طرفاً أساسياً في عقد B.O.T إلى جانب الطرف الآخر وهو الجهة الإدارية المتعاقدة . وشركة المشروع هو الاسم الذي يطلق على الكيان الذي يشكله الطرف المستثمر لتنفيذ المشروع [741] ، وهي الشركة التي تتولى تصميم وبناء وتشغيل وإدارة المشروع وتوفير التمويل اللازم له وإقامته بالشكل الذي تم الاتفاق عليه ، كما تتولى قبل ذلك التفاوض مع الجهة الإدارية للوصول إلى عقد B.O.T [742] .

ويرتب عقد B.O.T لشركة المشروع ، كما هو الحال بالنسبة للجهة الإدارية ، حقوقاً كما يرتب عليها التزامات .

لذلك سنخصص المطلب الأول لبحث حقوق شركة المشروع ، ونخصص المطلب الثاني لبحث التزامات شركة المشروع .

المطلب الأول
حقوق شركة المشروع

تمهيد وتقسيم :

تتمتع شركة المشروع عموماً بجميع الحقوق الناجمة عن مناخ الاستثمار السائد في الدولة ، كما تستفيد من المزايا والضمانات والحوافز

(**741**) – جمال الدين نصار ، "تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت" ، المرجع السابق ، ص /12/ .

(**742**) – محسن الخضيري ، "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /38/ .

التي تقررها قوانين الاستثمار . ولكن أهم هذه الحقوق بالنسبة لشركة المشروع تتمثل في الحصول على المقابل المالي ، وهو الرسم ، باعتباره الدافع الأساسي للتعاقد أصلاً وكذلك حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد المبرم مع الإدارة .

لذلك سنوزع الدراسة هنا إلى الفرعين التاليين :

الفرع الأول : حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي للعقد .

الفرع الثاني : حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد .

الفرع الأول
حق شركة المشروع في الحصول
على المقابل المالي للعقد

يعد المقابل المالي الدافع الأساسي لشركة المشروع للتعاقد مع الجهة الإدارية .

وسنخصص البحث هنا عن الرسم أولاً ثم نتكلم عن الحقوق الأخرى ذات الطابع المالي لشركة المشروع ثانياً .

أولاً – الرسم :

يتخذ المقابل المالي شكل الثمن في عقدي الأشغال العامة والتوريد والعقود الإدارية الأخرى ، أما في عقد B.O.T فيتمثل المقابل المالي في صورة الرسم الذي يدفعه جمهور المنتفعين ويفرضه الملتزم وفق ما هو متفق عليه مع الجهة الإدارية في العقد [743] .

---

(743) – راجع :

- De laubadére (A) et autres : Traité de droit administratif, op. cit. p. 830 .

وعلى ذلك فإن الفارق الرئيسي بين عقد B.O.T وبقية العقود الإدارية الأخرى أن الرسم في عقد B.O.T تقوم شركة المشروع بتحصيله من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق أما في العقود الإدارية الأخرى فإن الجهة الإدارية نفسها هي التي تدفع للمتعاقد ثمن الخدمة أو العمل أو السلعة التي يقدمها للإدارة [744] .

وعلى خلاف الثمن في بقية العقود الإدارية ، يعدُّ الرسم وفق النظرية التقليدية لعقد الالتزام من الشروط التنظيمية [745] ، باعتبار أن الرسم يشكل عنصراً أساسياً في قواعد تنظيم المرفق العام ويمس جمهور المنتفعين بشكل مباشر وأن الرسم يخضع لإرادة الإدارة التي يعود لها وحدها تقدير المصلحة العامة [746] ومن ثم فإن الإدارة تستطيع تعديل الرسم حسبما تقتضيه مصلحة المرفق مع مراعاة مبدأ المساواة بين المنتفعين [747] .

ويرى البعض أن الأمر في عقود B.O.T مختلف لسببين :

1- أن شركة المشروع هي التي تتولى إنشاء المرفق ابتداء ومن ثم تشغيله وصيانته وإدارته طوال مدة العقد بكل ما يتطلبه ذلك من تكاليف .

2- أن المخاطر التي تتعرض لها شركة المشروع في عقد B.O.T أكبر كماً ونوعاً من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها الملتزم في عقود الالتزام [748] .

---

(744) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /190/ .

(745) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.. " ، المرجع السابق ، ص /155/ .

وراجع في الفقه الفرنسي:

- Madiot.Y, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral; recherches sur la notion l'acte mixt en droit public français, L.G.D.J, Paris, 1971, p154.

(746) – راجع :

- Liboux.M.TH, Les prix et les services, A.J.D.A, 1996, p643.

(747) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /428/ .

(748) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام..." ، المرجع السابق ، ص /368/ .

لذلك يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن الرسم الذي تفرضه شركة المشروع على جمهور المنتفعين في عقود B.O.T يعد من الشروط التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والجهة الإدارية المتعاقدة [749] .

وبذلك يفسر أصحاب هذا الرأي سبب لجوء المشرع المصري إلى عدم إخضاع الرسم في عقود B.O.T للقواعد المنصوص عنها في القانون رقم /129/ لسنة 1947 . وبخاصة ما يتعلق منها بتقييد حق الملتزم بنسبة 10% من صافي أرباح المرفق . فقام المشرع باستثناء المشروعات التي تم تنفيذها بنظام عقود B.O.T من القيد المذكور بموجب القوانين التي أصدرتها لتنظيم التعاقد بطريقة B.O.T في مختلف المرافق كالقانون رقم /100/ لسنة 1996 المتعلق بإنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون رقم /229/ لسنة 1996 بشأن الطرق العامة وكذلك القانون رقم /3/ لسنة 1997 بشأن المطارات وأراضي النزول [750] .

وإذا وجدت الجهة الحكومية أن سعر الخدمة التي يقدمها المرفق المنفذ بنظام B.O.T لجمهور المنتفعين مرتفعاً لا يتناسب مع قدراتهم ، أو أن الجهة الحكومية أرادت لأية أسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية وسواها أن تخفض من مقدار الرسم المتوجب على جمهور المنتفعين فإنها تستطيع أن تتدخل عن طريق قيامها بشراء الخدمة بالسعر المحدد في العقد من شركة المشروع ثم تقوم هي بتقديمها إلى جمهور المنتفعين بسعر أقل بحيث تتحمل فرق السعر ، وهذا ما حدث فعلاً بمصر في اتفاقية شراء الطاقة

---

(749) – جابر جاد نصار ، "عقود البوتB.O.T ..." ، المرجع السابق ، ص /156/ .

(750) – راجع : ماهر محمد حامد أحمد ، "المرجع السابق ، ص/313/ ، دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/369/ ، جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص /157/ . جيهان حسن سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص /71/ .

الكهربائية بمحطة سيدي كرير [751] .

ولا نؤيد ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي ، ونرى أن جعل شرط التعريفة في عقود B.O.T شرطاً عقدياً لا تنظيمياً من شأنه أن يمس مبدأ المساواة أمام المرافق العامة . إضافة إلى أن ذلك يجعل التعريفة عرضة للتغيير بدون إرادة الطرف الحكومي ، كما لو تم عرض النزاع بشأنها أمام هيئة التحكيم . كذلك فإننا نرى أن شراء الطرف الحكومي للخدمة المنتجة بسعر مرتفع ثم بيعها بسعر منخفض لجمهور المنتفعين يخالف الغاية من التعاقد بنظام B.O.T . حيث لا يحقق عقد B.O.T في هذه الحالة التمويل الذاتي للمشروع . وإذا كان من الممكن أن تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى ذلك الأسلوب في بعض الحالات الاستثنائية التي تقدرها ، فإن الإدارة العقدية الرشيدة يتعين أن تستبعد مثل هذا الإجراء كأسلوب عادي للتعاقد وفق نظام B.O.T .

ثانياً – الحقوق الأخرى ذات الطابع أو الأثر المالي :

يعدُّ من حقوق شركة المشروع حقها في استلام الأراضي التي سيشاد عليها المشروع مع ضمان عدم التعرض لها من الغير ، والحصول على خدمات الكهرباء والمياه والهاتف وتوصيلها لموقع العمل وكذلك حق شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لإشادة البناء ، وحقها في

---

(751) – راجع في ذلك : معتز كامل مرسي ، "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T" ، بحث منشور في كتاب "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T" ، الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 ، ص/164/ . دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /368/ . ماهر محمد حامد أحمد ، المرجع السابق ، ص/312/ ، هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /257/ . جيهان حسن سيد أحمد ، المرجع السابق ، ص /71/ .

مساعدة الجهات الحكومية لها في عمليات دخول وإقامة العاملين والخبراء الأجانب . ولشركة المشروع الحق في التعامل مع الموردين والمقاولين المحليين ومع العمالة المحلية والتعاقد معهم بشأن إنشاء المشروع وكذلك لشركة المشروع الحق في شراء كل ما يلزم للمشروع من مواد وقطع غيار [752] .

الفرع الثاني
حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد

تمهيد :

تعد نظرية التوازن المالي للعقد الإداري نظرية تقليدية مسلماً بها في العقود الإدارية عامة ، وهي تشكل واحدة من أهم مميزات العقد الإداري وتكمن غايتها الحقيقية في تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة التي تجمع بين الجهة الإدارية والمتعاقد في العقد الإداري ، باعتبار أن 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 فرنسة ، فقد تولى المفوض ليون بلوم صياغتها في تقريره المقدم أمام مجلس الدولة الفرنسي في قضية ((Cie francise des tramways)) ، حيث أكد أنه ((من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه .. فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة . ففي كل عقد التزام يتضمن ، كما لو

---

(752) – أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص /212/ .

كان حساباً ، التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وبين ما يطلب منه .. وهذا هو ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري ، التساوي المالي لعقد الالتزام)) [753] ، ولا يزال الفقه يرد هذه العبارات لتوضيح فكرة التوازن المالي للعقد .

ولا شك في أن المتعاقد قد قبل أن يلتزم تجاه الإدارة لأنه وضع نصب عينيه حقوقاً معينة يعوّل عليها ، 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 أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته ، وهي فكرة ملازمة لحق الإدارة في تعديل العقد ولا وجود لها في نطاق القانون الخاص [754] .

فالتوازن المالي للعقد يعني أن تقوم الجهة الإدارية بضمان التوازن بين حقوق المتعاقد والتزاماته . ولا تطبق فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى الجهة الإدارية ، وإنما مجال إعمالها هو حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى الإدارة [755] ،

وقد استقر الفقه والقضاء على أن حالات استحقاق التعاقد للتعويض وإعادة التوازن المالي للعقد دونما خطأ من الإدارة هي ثلاثة :

الحالة الأولى : فعل الأمر .

الحالة الثانية : الظروف الطارئة .

---

(753) – راجع :

- Conclusions sous c . E 11 mars 1910 Cié Generale Francaise des Tramways , D . 1912 , III , P . 49 .
- Waline.M, op.cit, p5.

(754) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /584/ .

(755) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .." ، المرجع السابق ، ص /160/ .

الحالة الثالثة : الصعوبات المادية غير المتوقعة [756] .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا : هل يمكن تطبيق نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ، وفق ما ذكر ، على عقود B.O.T ؟ .

مما لا شك فيه أن عقود B.O.T من العقود طويلة الأجل , وأن تنفيذ العقد واستثمار المشروع موضوعه يتم عبر سنوات طويلة جداً وغالباً ما تكون لعشرات السنين , لذلك فإنه من الطبيعي أن تتعرض هذه العقود خلال ذلك لعوارض قد تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد مما لا مندوحة معه من تعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد [757] .

وتجدر الإشارة إلى أن نموذج عقد الفيديك في عقود الأشغال ينص على حق المقاول في التعويض من رب العمل على الرغم من عدم تقصيره وذلك في ثلاث حالات هي : الظروف الطارئة , وتغير التشريع وقيود النقد الأجنبي ، والصعوبات المادية غير المتوقعة .

كذلك فإن القانون رقم /2/ لسنة 1998 في مصر والخاص بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام B.O.T لشركة كاتو للاستثمار قد نص في المادة /9/ منه على أن يكون للملتزم الحق في طلب زيادة مدة الإنشاء في الحالات التالية بناء على قرار من المالك , والقوة القاهرة

---

(756) – راجع : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/596/ . محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص/441/ . إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .." ، المرجع السابق ، ص/209/ . محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/288/ . جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.. " ،المرجع السابق، ص /160/. أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .. "، المرجع السابق ، ص/216/ . دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام.."، المرجع السابق ، ص /371/ .

(757) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /161/ .

والظروف الاستثنائية التي قد تطرأ في الموقع وأي تأخير أو إعاقة من قبل المالك . ويرى البعض أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تتخذ بعداً جديداً أكثر تطوراً في عقود B.O.T بحيث تستهدف ليس فقط التوازن بين التزامات الطرفين وإنما ضرورة تعادل هذه الالتزامات [758] .

لذلك سنتناول بالبحث هذه النظريات الثلاث التي تعطي الحق للمتعاقد في إعادة التوازن المالي لعقده والتعويض له دونما خطأ من الإدارة , وذلك في ضوء عقود B.O.T .

أولاً – نظرية فعل الأمير :

تمهيد :

قد تتخذ السلطة العامة إجراءات يكون من شأنها زيادة الأعباء المالية على المتعاقد ، الأمر الذي يعطي المتعاقد المضرور حقاً بالتعويض تجاه الإدارة المتعاقدة على الرغم من انتفاء الخطأ من جانبها أصلاً ، وهو ما توجبه نظرية فعل الأمير .

وإن الإحاطة بنظرية فعل الأمير تستوجب التعريف بالنظرية أولاً ثم التوقف عند شروطها وآثار تطبيقها .

1– التعريف بالنظرية :

تعدُّ هذه النظرية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي , فقد كانت ولادتها

(**758**) – راجع : أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /217/ . جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T.." , المرجع السابق , ص /160/ .

القضائية بقراره الشهير Gaje DE Bordeau , وهي أول النظريات التي هدف بها القضاء الإداري إلى إقامة التوازن المالي بين حقوق المتعاقد والتزاماته في العقد الإداري [759] .

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية نظرية فعل الأمير بقولها ((إن المقصود 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 السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد , وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة)) [760] .

2- شروط نظرية فعل الأمير :

استقر الفقه والقضاء في فرنسة ومصر وسورية على أن نظرية فعل الأمير يجب أن يشترط فيها عدة شروط هي :

أ- وجود عقد إداري :

فإعمال هذه النظرية يستوجب وجود رابطة عقدية تربط بين الإدارة والمتعاقد , فلا محل لتطبيق نظرية فعل الأمير إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري , ولا مقابل لهذه النظرية في القانون الخاص [761] .

---

(759) – راجع :

- Saroit Badaoui : Le Fait du Prince dans Les Contrats Administratif en droit Francais et en Droit égyptien , paris , L.G.D, 1955 .
et : Vedel (G) , Delvolvé (P.) : Droit Administratif , op . cit . p. 420.

(760) – 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/ .

(761) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /600/ .

ومما لا شك فيه أن الرابطة التي تقوم بين جهة الإدارة وشركة المشروع في عقود B.O.T هي رابطة عقدية , وقد سبق وبينا أن عقد B.O.T هو عقد إداري بمعنى الكلمة , الأمر الذي يجعل توافر هذا الشرط في عقود B.O.T أمراً لا خلاف فيه .

ب – صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة :

استقر القضاء الإداري الفرنسي منذ عام 1949 على حصر تطبيق هذه النظرية على حالة صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة , أما الأفعال التي تصدر عن سلطات الدولة الأخرى فأدخلها في نطاق نظرية الظروف الطارئة (762) .

وهذا موقف منتقد حيث يرى البعض أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على أعمال السلطات غير المتعاقدة ما هو إلا تهرب واضح من الدولة حتى لا تقوم بالتعويض على المتعاقد .

أما القضاء الإداري في سورية فقد أخذ بفكرة وحدة الإدارات العامة. فقد أكدت المحكمة الإدارية العليا السورية أن ارتفاع أسعار المواد الأولية المحصور توزيعها وبيعها بمؤسسات القطاع العام يستحقها المتعهد في العقد الإداري كاملة تأسيساً على المبدأ المقرر بأن أجهزة الدولة ، كلٌ منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه ، تشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى (763) . فمن المبادئ الثابتة التي قرر القضاء الإداري في سورية تطبيقها في مجال العقود الإدارية هو أن يحتسب التعويض عن كامل فروق الأسعار بالنسبة إلى المواد التي

---

(762) – راجع :

- Chapus.R, Op.cit, p1065.

(763) – القرار رقم /65/ في الطعن رقم /287/ لسنة 1986 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة 1986 ، ص /305/ ، المبدأ /62/ .

ينحصر بيعها أو توزيعها بجهات القطاع العام بحسبان أن الإدارة المتعاقدة تؤلف وحدة متكاملة مع جميع جهات الدولة الأخرى [764] .

وعلى ذلك فإن مذهب القضاء الإداري السوري بهذا الصدد يجعله أكثر منطقية وعدلاً من موقف مجلس الدولة الفرنسي , لأنه يطبق نظرية فعل الأمير بمفهومها الواسع ويرى أن كل القرارات التي تصدر عن أية جهة إدارية وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد من شأنها أن تؤدي إلى تطبيق مبدأ التعويض على أساس نظرية فعل الأمير [765] .

وعموماً فإن فعل الأمير قد يصدر في صورة تعديل شروط العقد أو في صورة إجراء يؤثر في ظروف تنفيذ العقد الخارجية كأن يجعلها أكثر كلفة [766] .

ج- أن يسبب الفعل ضرراً للمتعاقد :

إن مناط التعويض وفق نظرية فعل الأمير هو أن يلحق بالمتعاقد ضرر محقق , فلا مجال للبحث في تعويض المتعاقد إذا لم يترتب على الإجراء الصادر عن الإدارة مثل هذا الضرر [767] .

ويتعين أن يكون الضرر خاصاً ومباشراً ومؤكداً ، كما يلتزم المتعاقد بتقديم الدليل على حصول هذا الضرر بسبب الفعل الصادر عن الإدارة [768] . ولا يشترط أن يكون الضرر جسيماً , فقد يكون مجرد إنقاص من الربح الذي عوَّل عليه المتعاقد , وإن كل ما يتطلبه مجلس

---

(764) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /81/ في الطعن /188/ لسنة 1982 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" للمحامي مصباح المهايني ، الجزء الثالث ، مؤسسة النوري ، دمشق ، 2005 ، ص /153/ ، المبدأ /6815/ .

(765) – محمد الحسين ومهند نوح , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /315/ .

(766) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص /169/ .

(767) – جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص /170/ .

(768) – محمد الحسين ومهند نوح , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /314/ .

الدولـة الفرنسـي بهـذا الشـأن هـو أن يحـدث بسـبب ذلـك اخـتلال فـي التوازن المالي للعقد [769] .

د- انتفاء الخطأ من قبل الإدارة المتعاقدة :

إن تطبيق فعل الأمير تفترض عدم وقوع خطأ من الإدارة باعتبار أنه عند وقوع خطأ من الإدارة المتعاقدة فإن ذلك يرتب مسؤوليتها العقدية [770] .

وإن القاعـدة العامـة أن التـزام الإدارة بمقتضـى العقـد لا يمكـن أن يقيـد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام [771] .

هـ - أن يكون الإجراء الصادر عن الإدارة غير متوقع :

فإذا كـان الإجراء الصـادر عن الإدارة متوقـع الحـدوث عند إبرام العقد فإنـه يتعين استبعاد نظريـة فعل الأمير [772] , وقد أوضـحت محكمـة القضـاء الإداري المصـرية هـذا الشـرط بقولهـا ((ومـن شـروط تطبيـق نظريـة عمـل الأمير أن يكـون الإجـراء أو التشـريع الجديـد غيـر متوقـع الصدور وقت التعاقد , فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكـون قـد أبـرم العقـد وهـو مقـدر لهـذه الظـروف , الأمـر الـذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير)) [773] .

(**769**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /602/ .

(**770**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .." ، المرجع السابق ، ص /171/ .

(**771**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /602/ .

(**772**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .. " , المرجع السابق , ص /376/ .

(**773**) – حكم محكمة القضاء الإداري رقم 983لـ 9 قا جلسة 1957/6/30 , منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري خمسة عشر عاماً 1946 -1961 , ص /1940/ .

وقد تضمنت نصوص عقود B.O.T تطبيقات لنظرية فعل الأمير ، ومن ذلك ما جاء في عقد مطار العلمين بنظام B.O.T في مصر حيث نصَّ في إحدى مواده 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 كافة التفاصيل المتعلقة بالتعديل الذي تم وآثاره 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)) ،

وكذلك ما نص عليه عقد B.O.T المتعلق بمطار مرسي علم في مصر من أنه ((في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد .. وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف أو مد فترة الامتياز بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين)) [774] .

3- آثار تطبيق نظرية فعل الأمير :

يشكل التعويض الكامل للمتعاقد عما لحق به من ضرر واحداً من أهم آثار تطبيق هذه النظرية ، ولكن هناك آثار أخرى تترتب عليها تتجلى في التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد وإعفائه من غرامات التأخير في بعض الحالات إضافة إلى حقه في طلب فسخ العقد .

(**774**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام.." ، المرجع السابق ، ص /376/ .

أ – التعويض الكامل :

يترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد بالتعويض الكامل وهو ما نصت عليه بعض عقود B.O.T آنفة الذكر في مصر حيث نصت على أنه ((.. وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف .. أو مد فترة الامتياز بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء ..)) [775] .

ب– الإعفاء من غرامات التأخير :

يعدّ التزام المتعاقد باحترام المدة المحددة في العقد عنصراً أساسياً يتعلق بحاجة المرفق العام موضوع العقد ، فإذا كان فعل الأمير سبباً في تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد فإن ذلك يؤدي إلى إعفائه جزئياً أو كلياً من غرامات التأخير ، ويعدّ هذا الإعفاء نوعاً من المقاصة عن الضرر الذي أصاب المتعاقد [776] .

ج – التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد :

فمهما بلغت الصعوبات التي يواجهها المتعاقد فإنه يتعين عليه الاستمرار في تنفيذ العقد ما دام باستطاعته ذلك [777] ، وإن واجب استمرارية المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري يشكل أحد أهم الأسس التي تقوم عليها العلاقة بين طرفي هذا العقد .

د– حق المتعاقد بطلب فسخ العقد :

فمن حق المتعاقد إذا ما ترتب على فعل الأمير زيادة أعبائه لدرجة لا تحتملها إمكانياته المالية أو الفنية أن يطالب بفسخ العقد [778] .

(**775**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /377/ .

(**776**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /328/ .

(**777**) – محمد الحسين ومهند نوح ، المرجع السابق ، ص/327/ .

(**778**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /627/ .

ثانياً – نظرية الظروف الطارئة :

1- مفهوم النظرية :

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى تحقيق التوازن المالي للعقد في مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة [779] ،

وتقوم هذه النظرية على حدوث ظروف لم يكن في وسع المتعاقد توقعها ، وإذا وقعت لم يكن في مقدوره أن يدفعها أو يتلافاها وبالتالي فهي خارجة عن إرادة المتعاقد وليست بفعله ومن شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقاً وليس مستحيلاً [780] .

وقد طوَّر مجلس الدولة هذه النظرية فوسَّع من نطاق تطبيقها ، فبعد أن كانت الحوادث غير العادية التي تشكل أساس هذه النظرية هي الزلازل والحروب وما شابه ذلك ، أضاف مجلس الدولة الفرنسي حالة جديدة هي تدخل السلطات العامة غير الإدارة المتعاقدة بما يؤدي إلى اضطراب اقتصادي في توازن العقد ، كما أقر مجلس الدولة الفرنسي في عام 1976 إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد انتهاء مدة العقد بشكل طبيعي أي أنه أعطى الحق للشركة المتعاقدة بالمطالبة بالتعويض رغم انتهاء العمل بالعقد ، وذلك استناداً لمبدأ العدالة [781] ،

وقد قنَّن المشرع المصري نظرية الظروف الطارئة بموجب القانون /129/ لسنة 1947 كما أن القضاء المصري لاحق التطور الذي طرأ على النظرية في عام 1976 فطبق النظرية حتى لو كانت العلاقة العقدية قد انتهت

---

(779) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص /174/ .

(780) – جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود الـ B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، المرجع السابق ، ص /79/ .

(781) – راجع:

- Chapus.R, Op.cit, p1069 et.s.
- De laubadére (A) et autres, op.cit, p840.

في حين أن القضاء السوري لم يأخذ حتى الآن بهذا التطور حيث لم يلحظ أي قرار لمجلس الدولة السوري يجيز تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد نهاية العقد [782] .

2- شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

تتطلب هذه النظرية توفر شرطين هما وقوع الظرف الطارئ وانقلاب اقتصاديات العقد .

أ – وقوع الظرف الطارئ :

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع حادث أو ظرف طارئ وأن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة [783] ، ويتعين أن يطرأ مثل هذا الحادث خلال تنفيذ العقد فيؤدي إلى اضطراب اقتصادياته بأن يجعل التزامات المتعاقد أكثر مشقة أو تنزل به خسائر فادحة [784] .

ويذهب الرأي التقليدي إلى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون اقتصادياً تمييزاً له عن كل من نظرية فعل الأمير التي تحمي الملتزم في مواجهة المخاطر الإدارية ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يلجأ إليها لمواجهة المخاطر الطبيعية [785] غير أن الفقه الحديث قد توسع في مفهوم الظرف الطارئ ليشمل جميع الأسباب التي تؤدي إلى اختلال العلاقة الاقتصادية في العقد [786] ، سواء أكان مصدر الظرف الطارئ اقتصادياً أو طبيعياً أو إدارياً [787] .

---

(782) – محمد الحسين ومهند نوح ، المرجع السابق ، ص /293/ .

(783) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /491/ .

(784) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .. " ، المرجع السابق ، ص /176/ .

(785) – إبراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /317/ .

(786) – جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص /176/ .

(787) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري .." ، المرجع السابق ، ص/495/.

وعلى ذلك فإن الظرف الطارئ قد يكون اقتصادياً كارتفاع الأسعار بشكل يجاوز الحدود القصوى المتوقعة ، وقد يعود الظرف الطارئ لأسباب طبيعية كأن يصادف الملتزم طبقات مائية ذات أهمية بالغة في أعمال الإنشاءات اللازمة لعقد الالتزام أو يكون بسبب فعل الإدارة لعدم استطاعة الجهة الإدارية رفع الرسوم المقررة في عقد الالتزام بسبب التنظيم الجريء للأسعار أو تغيير في التعريفة الجمركية للأسعار أو تعديل الضرائب [788] .

ويجب أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه وأن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقد [789] .

ب – انقلاب التوازن المالي للعقد :

لكي يستحق المتعاقد التعويض بسبب الظرف الطارئ يجب أن يؤدي هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد ، فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد أشبه بالكارثة وأن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً إرهاقاً شديداً للمتعاقد مع الإدارة [790] . فلا تطبق هذه النظرية في حالة الارتفاع الطفيف للأسعار والمواد الأولية والأجور ، وانخفاض الربح تبعاً لذلك أو فوات الكسب باعتبار أن ذلك كله هو من المخاطر الطبيعية لتنفيذ العقد [791] .

ويتوجب على المتعاقد رغم الصعوبات الاستمرار بتنفيذ العقد كشرط لتطبيق النظرية والحصول على التعويض ، فلا يمكن التحقق من انقلاب اقتصاديات العقد إلا بدراسة دقيقة لعناصر العقد جميعها وقت الحساب النهائي، وهذا يعني أنه يجب انجاز الأعمال للتحقق من أن المتعاقد قد تحمل أعباء كبيرة نتيجة الحادث الطارئ [792] .

(**788**) – إبراهيم الشهاوي ، المرجع السابق ، ص /317/ .

(**789**) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري" ، المرجع السابق ، ص /501/ .

(**790**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.. " ، المرجع السابق ، ص /181/ .

(**791**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /295/ .

(**792**) – شفيق حاتم ، "القانون الإداري" ، بيروت ، المؤسسة الأهلية ، 1985 ، ص /148/ .

3-آثار نظرية الظروف الطارئة :

تقوم نظرية الظروف الطارئة على مشاركة الإدارة للمتعاقد معها في حال حدوث ظرف طارئ جعل التزاماته مرهقة له وأدى إلى إلحاق خسارة فادحة به ، وإن هذه المساعدة التي تقدمها الإدارة تهدف إلى تأمين استمرارية تسيير المرفق العام . وعلى ذلك يتعين على المتعاقد الاستمرار بتنفيذ التزاماته العقدية رغم المعوقات .

أ – استمرار المتعاقد بتنفيذ العقد :

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة الاستثنائية لا يؤدي إلى توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بل يتعين عليه الاستمرار في تنفيذها فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد في ظل وجود الحوادث الطارئة يكون قد ارتكب خطأ عقدياً يمنعه من الاستفادة من تطبيق النظرية أو يقلل من نسبة التعويض ، وإن كل ما يستطيع المتعاقد أن يطالب به الجهة الإدارية هو أن تشاركه تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التي لحقت به [793] .

ب- حق المتعاقد في التعويض له عن الخسائر :

إن التعويض الذي يستحق للمتعاقد في نظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي ، ذلك أن هذه النظرية تهدف إلى مشاركة الإدارة للمتعاقد في تحمل الخسارة الحاصلة عن هذه الظروف وتوزيعها بين طرفي العقد بما يمكّن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية حتى لا يضار المستفيدون من جراء العقد الإداري [794] .

(**793**) – جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص /183/ .

وفي الفقه الفرنسي راجع :

- De laubadére (A) et autres, Traité de droit administratif, op.cit, p824.

(**794**) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/286/ .

ثالثاً – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

1- مفهوم النظرية :

تقوم هذه النظرية على أساس أنه إذا صادف المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية لم يكن في وسعه توقعها حين إبرام العقد ، وهي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد ، فإن من حقه الحصول على تعويض كامل من الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات [795] .

2- شروط تطبيق النظرية :

يتعين أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعاقد غير متوقعة واستثنائية .

أ – أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية :

إن الصعوبات التي تصادف المتعاقد خلال تنفيذ العقد تكون في أغلب الأحوال صعوبات مادية لا علاقة لها بفعل الإدارة ولا بالظروف الاقتصادية وإنما ناشئة عن الظروف الطبيعية [796] .

وقد تنتج هذه الصعوبات عن فعل الفرد بشكل مستقل عن أطراف العقد ، كأن يجد المتعاقد نفسه أمام قناة مياه في أراضي المشروع الذي سينفذ فيه العقد ولم يتم الإشارة إليها في المخططات [797] .

(**795**) – راجع في ذلك : دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" ، المرجع السابق ، ص/383/ . جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص/186/ . محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /340/ .

(**796**) – قرار مجلس الدولة الفرنسي 1985/6/17 ، مجلة القانون الإداري لعام 1986 ، ص/1729/ . مشار إليه من قبل د. محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /340/ .

(**797**) – محمد الحسين ومهند نوح ، المرجع السابق ، ص /341/ .

ب – أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد :

إن الصعوبات التي تنهض بها هذه النظرية يجب أن لا تكون متوقعة عند التعاقد ، بل يجب أن تكون مفاجئة للمتعاقد ، فإذا كان ثمة مجال لتوقعها أثناء التعاقد فلا محل لتطبيق النظرية [798] .

وتعتبر الصعوبات غير متوقعة ولو تم التنبيه في العقد على طبيعة التربة وأنها قد تكون مختلفة وبها صعوبات ، باعتبار أن مثل هذه التنبيهات تنصرف إلى الصعوبات التي تطرأ في الحدود المعقولة [799] .

ويتعين أن تكون الصعوبات مستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين ، فلا تكون الصعوبات من عمل الإدارة ، ولا يكون للمتعاقد دور في إحداثها [800] .

ج– انقلاب اقتصاديات العقد :

يجب أن يكون من شأن الصعوبات الحاصلة الإخلال باقتصاديات العقد بالنظر إلى المبالغ التي أنفقت لمواجهة هذه الصعوبات [801] .

3– آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

يترتب على توفر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ثلاثة نتائج هي التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته وحقه في الحصول على التعويض وإمكانية تبرير التأخير الحاصل .

أ– التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية :

فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ

(**798**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." المرجع السابق ، ص /189/ .

(**799**) – جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص /191/ .

(**800**) – إبراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /319/.

(**801**) – إبراهيم الشهاوي ، المرجع السابق ، ص /320/ .

الالتزامات ولكنها تجعل هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً [802] ، لذلك فهي وإن كانت تضع المتعاقد في وضع اقتصادي محرج للغاية إلا أنها لا تعفيه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته وهو شرط أساسي للتعويض عن الأضرار ، وعليه أن يستخدم جميع الوسائل اللازمة لتجاوز هذه الصعوبات دون حاجة لانتظار توجيه من الجهة الإدارية [803] .

ب- التعويض الكامل :

يترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حقٌ للمتعاقد في الحصول على تعويض كامل عن الأضرار التي لحقت به والنفقات التي تحملها لمواجهة الصعوبات [804] ، وتتماثل هذه النظرية مع نظرية فعل الأمير من حيث التعويض الكامل وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التي يقتصر التعويض فيها على تقديم مساعدة مالية جزئية من الإدارة للمتعاقد .

ج- تبرير مدة التأخير :

إن الصعوبات المادية غير المتوقعة يمكن أن تؤدي إلى تبرير التأخير في التنفيذ الحاصل من قبل المتعاقد وإعفائه من غرامات التأخير [805] .

4- ضرورة تطوير نظريات التوازن المالي في عقود B.O.T :

لا شك في أن عقد B.O.T يتميز عن غيره من العقود الإدارية بصفتين رئيسيتين هما التمويل الضخم والمدة الطويلة للعقد التي قد تمتد لعشرات السنين، هذا بالإضافة إلى تلك العائلة العقدية والعلاقات العديدة التي تتفرع عنه ، الأمر الذي يجعل النظر إلى فكرة انقلاب اقتصاديات هذا العقد والتوازن المالي بشأنه

(**802**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T .." ، المرجع السابق ، ص/193/ .

(**803**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /343/ .

(**804**) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /325/ .

(**805**) – محمد الحسين ومهند نوح ، المرجع السابق ، ص /343/ .

وفق النظرية التقليدية هي نظرة لا تتفق مع الفلسفة التي يقوم عليها نظام B.O.T التعاقدي .

وفي ضوء ذلك يتعين إيجاد مفهوم آخر لانقلاب اقتصاديات عقد B.O.T يختلف عن المفهوم التقليدي لانقلاب اقتصاديات العقد الإداري .

كذلك فإن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية وفق النظرية التقليدية يتعين تطويرها بإيجاد مفهوم خاص للتوازن المالي في عقد B.O.T يقوم فيما يقوم عليه على فكرة التعادل المالي ، وأن الجهة الإدارية ليست مجرد طرف متعاقد يحرص على مركز أقوى في العقد بل هي الجهة المالكة للمرفق أصلاً وهي المسؤولة أولاً وأخيراً عن حسن سيره وانتظامه ، وأن العلاقة القائمة بين طرفي عقد B.O.T هي أقرب إلى علاقة شراكة طويلة الأمد بين شريكين رئيسيين يجمعهما المرفق العام موضوع العقد .

المطلب الثاني

التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T

تمهيد وتقسيم :

تلتزم شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها بنفسها وأن تقوم بإنشاء المشروع وتشغيله وصيانته طوال مدة العقد ، ومن ثمَّ تسليمه إلى الجهة الإدارية وهو بحالة جيدة وصالحة للاستثمار ، وجميعها التزامات تثير العديد من المسائل القانونية .

وسوف نتناول هذه الالتزامات بالبحث من خلال أربعة فروع وفق ما يلي :

الفرع الأول : التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها .

الفرع الثاني : التزامات شركة المشروع بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة .

الفرع الثالث : التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع .

الفرع الرابع : التزام شركة المشروع بتسليم المشروع إلى الجهة الإدارية .

الفرع الأول

التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها

إن اختيار الجهة الإدارية لشركة المشروع من بين الشركات المتقدمة للتعاقد معها يتم اعتماداً على اعتبارات شخصية ، كملاءتها المالية وقدراتها الفنية والتكنولوجية وخبرتها في الأعمال المماثلة ، لذلك فإن الجهة الحكومية المتعاقدة تبرم العقد لتقوم هذه الشركة بنفسها بالتنفيذ [806] .

وإن التزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه في العقد الإداري هو التزام أصيل يشمل جميع العقود الإدارية ، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها ((أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن ..)) [807] .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا ما إذا كان يجوز لشركة المشروع أن تتعاقد مع شركة أخرى لتقوم بتنفيذ التزاماتها . وهو ما يثير مسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن .

(**806**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /319/ .

(**807**) – حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1963/12/28 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة س9 ، ص /324/ .

ولا تثير هذه المسألة مشكلة في نطاق القانون المدني حيث يجوز التنازل عن العقد عن طريق حوالة الحق ، ويأخذ ذلك إحدى صورتين : الأولى أن تتنازل 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 أحكام المادة /305/ من القانون المدني السوري ، وتلجأ شركة المشروع إلى ذلك عادة لغايات التمويل وقد يكون ذلك على سبيل الرهن للحصول على التمويل اللازم من المصارف أو من إحدى مؤسسات التمويل [808] وتملك الجهة العامة المتعاقدة التمسك تجاه المحال إليه بجميع الدفوع التي كانت تستطيع التمسك بها حيال شركة المشروع وقت نفاذ الحوالة في حقها ، إضافة إلى الدفوع المستمدة من أحكام حوالة الحق ((المادة /312/ مدني)) [809] .

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 ((المادة /316/ مدني)) ، ويختلف الأمر في نطاق العقود الإدارية .

ولا شك في أن التنازل عن العقد الإداري والتعاقد من الباطن أمرٌ يصطدم بقاعدة الاعتبار الشخصي الذي تم التعاقد وانتقاء الإدارة للمتعاقد معها على أساسه أصلاً ، ومن ذلك اختيار شركة المشروع في عقود B.O.T . ويتمثل الاعتبار الشخصي في عقود B.O.T خاصة باستهداف الإدارة

(**808**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/320/ .

(**809**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، المرجع السابق ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، ص /260/ .

الاطمئنان إلى قدرة الملتزم على إنشاء مرفق عام وإدارته واستثماره لمدة طويلة جداً من الزمن ، وهو ما من شأنه أن يضاعف من أهمية الاعتبار الشخصي في عقد B.O.T ويجعل منه عنصراً جوهرياً يقوم على اختيار الملتزم بما يضمن قدرته وكفاءته وإمكاناته ، ويؤكد التزامه القيام شخصياً بتنفيذ الالتزامات التي تنتج عن العقد [810] .

وطالما أن التنازل عن العقد الإداري من شأنه حلول متعاقد جديد بشكل كلي محل المتعاقد الأصلي ، فإن من شأن التنازل عن العقد أن يقضي تماماً على قاعدة الاعتبار الشخصي التي تقوم عليها العقود الإدارية [811] ، لذلك فإن الأصل العام في تنفيذ العقود الإدارية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه [812] . وقد سار القضاء الإداري على هذا النهج فقد بينت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه ((بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام فإنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها)) [813] .

(**810**) – الياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T" المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2006 ، ص /218/ .

وراجع في الفقه الفرنسي :

- Alibert.Th, L'intuitus personae dans la concession de service public, op.cit, P503.
- Vedel et delvolvé, op.cit, p404.et.s.

(**811**) – نجم الأحمد ، "التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية" ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2001 ، ص /45/ .

(**812**) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/418/ . محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري .." ، المرجع السابق ، ص /399/ . إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإداري.." ، المرجع السابق ، ص/334/.

(**813**) – حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 28 كانون الأول 1963 ، المجموعة س8، ص /324/ .

فهل يعني ذلك أن باب التنازل عن العقد موصد أمام شركة المشروع في عقد B.O.T ؟

لا بد من القول أنه إذا تضمن العقد نفسه نصوصاً تحكم هذه المسألة فإنه يتعين تطبيق ما جاء فيها ، ولكن ماذا لو خلا العقد من مثل هذه النصوص ؟

يذهب البعض بحق إلى أن شركة المشروع يجب أن تلتزم بتنفيذ الالتزام شخصياً ، باعتبار أن اختيار المتعاقد في عقد B.O.T يتم وفقاً لإجراءات خاصة ، فعلى سبيل المثال تنص المادة الأولى من القانون رقم /3/ لسنة 1997 في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول في مصر على أن ((.. يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية ..)) ، ولا شك في أن الإجراءات الكثيرة والمعقدة التي تنتهي إلى اختيار شركة المشروع في عقود B.O.T لا بد أن تأخذ في الاعتبار قدرة هذا المتعاقد بالذات على تنفيذ العقد مرفقاً للشروط التي تضمنها العقد [814] .

غير أن هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام ،وقد تجد الإدارة المتعاقدة نفسها أن تنازل شركة المشروع إلى شركة أخرى لتحل محلها ، قد يحقق مصلحة الإدارة نفسها ، فتقبل به [815] ، ومن الضروري أن تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الموافقة أو رفض الموافقة على التنازل عن العقد ما لم يوجد نص يحظر التنازل عن العقد أصلاً [816] .

وفي حالة التنازل عن العقد المسموح به يحل المتنازل إليه محل المتعاقد الأصلي في جميع حقوقه والتزاماته وتنشأ بينه وبين الإدارة علاقة

(**814**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.. " ، المرجع السابق ، ص/133/ .

(**815**) – الياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/222/ .

(**816**) – محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T" ، جامعة القاهرة رسالة ماجستير ، 2004 ، ص /121/ .

عقدية مباشرة ويصبح مسؤولاً وحده عن التنفيذ ، ويمكن أن ينص العقد على بقاء مسؤولية المتعاقد الأصلي معه [817] .

ونرى أنه لا يجوز لشركة المشروع أن تتنازل عن عقد B.O.T للغير . وفي الحالات الاستثنائية التي يعود تقديرها للإدارة ، فإن التنازل يتعين ألا يتم إلا بعد ترتيبات تفصيلية مسبقة مع الإدارة المتعاقدة مقترنة باتفاقات خطية واضحة بذلك ، وإن الإدارة العقدية الرشيدة يتعين أن تنص في اتفاقية المشروع على مبدأ عدم جواز التنازل عن العقد للغير . فالتساهل في هذه المسألة والسماح بالتنازل عن عقود B.O.T للغير من شأنه أن يجعل المرفق العام في نهاية المطاف سلعة تباع وتشترى .

ويشكل التعاقد من الباطن شكلاً من أشكال التنازل عن جزء من العقد ، حيث تتفق شركة المشروع مع الغير لتنفيذ جزء من الالتزامات المترتبة عليها نتيجة العقد . وما لم ينص العقد صراحة على تحريمه فإن التعاقد من الباطن أمرٌ مألوف ومباح في الكثير من العقود الإدارية وبخاصة تلك التي تتضمن عدداً كبيراً من العمليات والأعمال ، فإذا لم يسمح بمبدأ التعاقد من الباطن ستجد الإدارة نفسها مضطرة لإبرام طائفة كبيرة من العقود من أجل تنفيذ مشروع واحد [818] . فقد بات من المتعذر على متعاقد واحد تنفيذ العقد الإداري بكل أعماله وتشعباته في ظل التطورات التكنولوجية وتشعب العلاقة الاقتصادية [819] .

---

(817) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري.. " ، المرجع السابق ، ص /404/.

(818) – محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري .." ، المرجع السابق ، ص /408/.

(819) – نجم الأحمد ، "التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/29/ .

وتـنص عقـود B.O.T عـادة علـى اشـتراط موافقـة الجهـة الإداريـة المتعاقدة على التعاقد من الباطن ، وقد تكون هذه الموافقة صريحة أو ضمنية غير أن هذه الموافقة ليس من شأنها أن تجعل المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة وإنما تجعل هذا التعاقد مشروعاً [820] ، ويظل المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمـام الإدارة عـن تنفيـذ العقـد حتـى بالنسـبة للجـزء المنفـذ بواسـطة المتعاقـد مـن الباطن [821] .

وقد أكد مجلس الدولـة الفرنسـي أن المتعاقد مـن البـاطن لا تربطـه أيـة علاقـة قانونيـة مـع الإدارة ولا يحـق لهـا أن تقاضـيه مباشـرة بسـبب سـوء تنفيـذه [822] .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يعدُّ تعاقداً من الباطن الاتفاقات التـي تبرمهـا شـركة المشـروع مـع الغيـر بقصـد تسـهيل مهمتهـا فـي تنفيـذ التزاماتهـا العقديـة كالحصول على المعونة الفنية أو المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد [823] .

بقـي علينـا أن نبـين أن إقـدام المتعاقـد مـع الإدارة علـى مخالفـة أحكـام التنـازل عن العقد أو تعاقده من البـاطن بغير موافقة الجهـة الإدارة يعتبـر خطـأ عقدياً جسيماً يعطـي الإدارة الحـق بتوقيـع الجزاءات التـي تراهـا عليـه وقد يبـرر للإدارة فسخ العقد برمته [824] .

(**820**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.. " ، المرجع السابق ، ص /135/ .

(**821**) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .." ، المرجع السابق ، ص /360/ .

(**822**) – راجع :

- C.E. 18 Janvier 1946, Société "la Callendrite" , R.,p. 21 ; C.E. 28 Juillet 1951 . Société "la Callendrite" , R .,p. 465 ;

(**823**) – إبراهيم محمد علي ، المرجع السابق ، ص /360/ .

(**824**) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /423/ . إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .." ، المرجع السابق ، ص/367/ . جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص/136/.

الفرع الثاني
التزامات شركة المشروع بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة

يجب إنشاء المشروع وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد B.O.T [825] . فتلتزم شركة المشروع بإشادة المشروع وفق المواصفات المتفق عليها ويشمل ذلك جميع مراحل التنفيذ من مرحلة التصميم إلى مرحلة إعداد وتجهيز موقع العمل ثم مرحلة الإنشاء ، ويتعين أن تقوم شركة المشروع بذلك كله ضمن المدة المحددة في العقد .

أولاً – مرحلة التصميم :

تعد مرحلة التصميمات والرسومات الخاصة بالمشروع أساس التنفيذ في عقود B.O.T ، ويتعين أن يتفق عليها أطراف العقد سواء قدمتها شركة المشروع أو الجهة الإدارية المتعاقدة ، وغالباً ما تتميز هذه الرسومات والتصميمات بالسرية ويجب أن يتم التنفيذ وفقها [826] .

ويجب أن تحتفظ جهة الإدارة بعدد من النسخ عن هذه الرسومات والتصميمات كي تتمكن من متابعة عملية الرقابة على التنفيذ والتأكد من مدى الالتزام بالتنفيذ وفق المواصفات المذكورة [827] .

وكثيراً ما يحدث في عقود B.O.T أن يؤخذ بعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ، وهي صيغ معدّة مسبقاً بواسطة الاتحاد الدولي

---

(825) - Jeffrey Delmon, op.cit,p129.

(826) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص/140/ .

(827) – محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/138/ .

للمهندسين الاستشاريين [828] .

ثانياً – مرحلة إعداد موقع المشروع لبدء التنفيذ :

تعدُّ هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلي للمشروع ، ويجب على شركة المشروع أن تقوم بتهيئة موقع المشروع الذي يتعين على الدولة المضيفة أن تسلمه إليها وتضمن عدم تعرض الغير لها ، باعتبار أن من شأن هذا التعرض في حال حصوله أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ المشروع مما يؤدي إلى الإضرار بمصالح شركة المشروع [829] .

ودرءاً لأية خلافات بشأن التسليم فالأجدر أن يتم هذا التسليم بموجب محضر رسمي ، ويفضل أن يثبت الطرفان : جهة الإدارة وشركة المشروع حالة الأرض وقت التسليم فتتم معاينتها وقياس وتعيين حدودها وهو ما من شأنه أن يقلل الخلافات عند تسليم المشروع للجهة الإدارية في نهاية العقد [830] .

ثالثاً – مرحلة الإنشاء :

تقوم شركة المشروع بإنشاء المرفق ويتعين عليها أن توفر كل ما يلزم لذلك من الإشراف والعمالة والمواد والتجهيزات وغير ذلك ، وتكون مسؤولة عن أداء الأعمال كاملة ، كما تتحمل كامل المسؤولية عن كفاية وثبات وأمان جميع عمليات الموقع وطرق التشييد ، كما يتعين على شركة المشروع أن تراعي تماماً

(**828**) – محمد محمد بدران ، "عقد الإنشاءات في القانون المصري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص/92/ .

(**829**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص/142/ .

(**830**) – خالد عبد الله العيطة ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" ، المرجع السابق ، ص/111/ .

سلامة جميع الأشخاص الذين يحق لهم التواجد في الموقع وأن تؤمِّن باستمرار وعلى نفقتها الحراس وعلامات التحذير والمراقبة [831] .

ويتعين على شركة المشروع في مرحلة الإنشاء أن تكون ملتزمة بشكل تام ودقيق بالرسومات والتصميمات والمواصفات المعيارية والفنية والشروط المتفق عليها [832] .

وللإدارة أن تراقب عملية الإنشاء بتعيين مهندسين استشاريين لمتابعة التنفيذ ولها أن ترفض أي تغيير أو تعديل في الرسومات والتصاميم وقواعد التنفيذ المتفق عليها ، وكذلك أي تعديل في المواصفات قد يكون من شأنه التقليل من الاستفادة أو تعذر إعادة المشروع إلى جهة الإدارة في نهاية مدة

(**831**) – محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /142/ .

(**832**) – يلاحظ أن بعض الشركات الاستثمارية الدولية في عدد غير قليل من عقود B.O.T وبغية تحقيق أكبر قدر من الربح تقوم بتشييد المرفق بشكل مخالف للمواصفات المعيارية والفنية المتعارف عليها دولياً في تشييد المرافق المماثلة . ثم تستعين هذه الشركات بمؤسسة أو خبير يقدم لها شهادة صلاحية تفيد التزامها بالمواصفات وذلك خلافاً للحقيقة والواقع . ومثال ذلك ما حدث في مصر في تشييد محطتي كهرباء سيدي كرير وفقاً للعقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن لتوليد الكهرباء، حيث إن كمية الخرسانة المستخدمة في إنشاء هاتين المحطتين تساوي 50% فقط من نسبة كميات الخرسانة التي استخدمت في إنشاء محطتين مماثلتين أقامتهما الحكومة المصرية قبل ذلك . ولعل من المفارقات العجيبة في هذا الأمر أن استشاري إنشاء المحطات الأربع المذكورة هي شركة أمريكية واحدة ، ورغم ذلك قررت أن المحطتين الأخيرتين مطابقتين في إنشائهما للمواصفات المعيارية الدولية ، في حين أنها هي نفسها التي حددت كميات الخرسانة المستخدمة في إنشاء المحطتين اللتين أقامتهما الحكومة المصرية . وقد كانت هذه الكميات تساوي ضعف ما تم استخدامه في محطتي سيدي كرير .

راجع في ذلك : محمد الروبي ، "عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /317/ .

العقد [833] .

وتلجأ بعض الدول إلى جدولة تشييد المرفق وتجهيزه ووضع برنامج لذلك بحيث تلتزم شركة المشروع بالتنفيذ وفق خطة محددة , ومن ذلك التجربة الأرجنتينية فبمقتضى عقد B.O.T لإنشاء طريق الأتوبيسات السريع ألزمت الحكومة شركة المشروع بأن يتم التنفيذ على مرحلتين , وقد أدخلت الدولة ثلاثة تعديلات على العقد تضمنت إنشاءات إضافية مع السماح لشركة المشروع بزيادة قيمة الرسوم نتيجة ذلك [834] .

الفرع الثالث
التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع

بعد انتهاء شركة المشروع من تنفيذ المشروع يقع على عاتقها الالتزام بتشغيل المشروع , والقيام بأعمال الصيانة اللازمة وتدريب العاملين على التكنولوجيا التي يتضمنها المشروع .

أولاً – التزام شركة المشروع بالتشغيل :

تشكل مرحلة التشغيل المرحلة الجوهرية في المشروع لكل من جهة الإدارة وشركة المشروع , باعتبار أن هذه الفترة من العقد هي التي تحقق غاية الإدارة في تقديم الخدمة المطلوبة من المرفق , كما أنها تحقق غاية شركة المشروع في تحصيل ما أنفقته في إنشاء المشروع مع الأرباح [835] .

(**833**) – جابر جاد نصار ، "عقود البوت B.O.T.." ، المرجع السابق ، ص /143/ .

(**834**) – محمد أبو العينين , "تجارب بعض الدول النامية في مشروعات البوت" , بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص , شرم الشيخ , 29–30 أيلول 2001 , ص /2/ .

(**835**) – راجع : ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T .." , المرجع السابق , ص /326/ . جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /145/ .

وباعتبار أن عقد B.O.T ينصب على مرفق عام فإنه يتعين على شركة المشروع أن تلتزم بالقواعد الأساسية الناظمة لسير المرفق العام بما يتفق وطبيعة عقد B.O.T .

وقد استقر الفقه كما سبق وبينا على ثلاثة مبادئ تحكم سير المرافق العامة وهي مبدأ المساواة ومبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد , ومبدأ قابلية المرفق العام للتغيير والتعديل [836] .

وتلتزم شركة المشروع بتحقيق مبدأ المساواة في تقديم الخدمة لجمهور المنتفعين , فلا يجوز لها أن تمتنع عن أداء الخدمة لأي شخص ما دامت شروط تقديمها قد توفرت [837] .

كذلك تلتزم شركة المشروع بمبدأ كفالة دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد , وتحرص القوانين التي ترخص للإدارة إنشاء مرافق عامة عن طريق عقود B.O.T على النص على هذا المبدأ [838] .

أما لجهة مبدأ تعديل المرفق العام وتغييره وتطويره , فإن تطبيق هذا المبدأ على المشروع موضوع عقد B.O.T إنما يكون باتفاق الطرفين وبشكل يأخذ بالاعتبار مصالح شركة المشروع وبما يمكّنها من استرداد ما أنفقته وتحقيق الأرباح المعقولة , لذلك يجب أن يترتب على لجوء الإدارة إلى تعديل المرفق وتطويره ضرورة التعويض على شركة المشروع [839] .

ثانياً – التزام شركة المشروع بصيانة المشروع :

تلتزم شركة المشروع بالقيام بجميع أعمال الصيانة لجميع معدات المرفق وتجهيزاته وإنشاءاته ولو لم ينص على ذلك في العقد , وهي تلتزم

(**836**) – راجع ما سبق ص/54/ .

(**837**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /147/ .

(**838**) – جابر جاد نصار , المرجع السابق , ص /148/ .

(**839**) – جابر جاد نصار , المرجع نفسه , ص /150/ .

بالجدول الزمني للصيانة إن وجد , وفي حال عدم وجوده تلتزم الشركة بأعمال الصيانة الدورية وفق ما جرى عليه العرف . وتتبدى أهمية الالتزام بصيانة المشروع في أن شركة المشروع ملتزمة في نهاية مدة العقد بتسليم المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة وهو بحالة جيدة , ومن الواضح أن ذلك يرتبط ارتباطاً وثيقاً بإجراء الصيانة الدورية للمشروع حتى يظل بحالة جيدة [840] .

وللإدارة أن تراقب مدى اهتمام شركة المشروع بالصيانة وذلك بواسطة تعيين مراقبين فنيين يطلعون في كل الأوقات على مجرياتها .

ويتصل بالالتزام بالصيانة التزام شركة المشروع بتطوير المعدات وآلات المشروع للمحافظة على كفاءته وقدرته على الاستمرار ومواكبة الظروف المستجدة والمتغيرة , لا سيما في ضوء المدة الطويلة لعقد B.O.T, مما يقتضي تطوير الآلات والمعدات وتغييرها جذرياً عند اللزوم لتستطيع الاستمرار ومواجهة تطورات العلم والتكنولوجيا ، فثمة مشروعات تستلزم تطويراً دائماً للآلات والمعدات كمحطات الكهرباء أو المياه أو المطارات أو الطرق وخصوصاً ما يتصل بأعمال الكمبيوتر والمعلوماتية [841] .

ثالثاً – التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها :

يمثل عقد B.O.T مدخلاً أساسياً لنقل التكنولوجيا المتقدمة إلى الدولة المضيفة , ولكل من شركة المشروع والجهة الإدارية مصلحة حقيقية في ذلك .

فنقل التكنولوجيا الحديثة يسهل لشركة المشروع إدارة المشروع فيقلل من الاعتماد على اليد العاملة ويساعد على تقديم خدمة جيدة مما يحقق لشركة المشروع تحصيل قدر أكبر من الفوائد والأرباح , وكذلك فإن للدولة المضيفة

(**840**) – خالد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" , المرجع السابق , ص /122/ .

(**841**) – الياس ناصيف , "عقود الـ B.O.T " , المرجع السابق , ص /274/ .

مصلحة كبرى في الحصول على التكنولوجيا بما يساعدها في تنفيذ خططها التنموية عامة وتحقيق التنمية الاقتصادية بشكل خاص [842] .

ويعد نقل التكنولوجيا من أهم الالتزامات المترتبة على شركة المشروع في عقد B.O.T نظراً لطول مدة العقد ولضمانة الاستثمارات التي يتضمنها مما يستدعي الاستعانة بالتكنولوجيا المتقدمة وتطويرها باستمرار , لاسيما وأن الدولة المضيفة كثيراً ما تحدد التكنولوجيا المطلوبة التي تتناسب مع خطط التنمية لديها [843] .

ويتصل الالتزام بنقل التكنولوجيا ضرورة تدريب عمال جهة الإدارة على استخدام التكنولوجيا المستعملة في المشروع , حتى إذا ما انتقل إليها المشروع في نهاية مدة العقد تكون قادرة على تشغيله واستثماره [844] .

ويشكل نقل التكنولوجيا واحداً من أهم الآثار الخاصة التي تترتب على عقد B.O.T وهو ما سنتناوله مفصلا عند البحث في الآثار الخاصة لعقد B.O.T .

الفرع الرابع
التزام شركة المشروع بتسليم
المشروع إلى الجهة الإدارية

يعدُّ التزام شركة المشروع بتسليم المشروع إلى جهة الإدارة المتعاقدة التزاماً أساسياً في عقد B.O.T . حيث يتعين على شركة المشروع أن تقوم

(**842**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /151/ .

(**843**) – الياس ناصيف , المرجع السابق , ص /277/ .

(**844**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /152/ .

فـي نهايـة مـدة العقد بتسـليم المشـروع إلـى الجهـة الإداريـة وهـو بحالـة جيـدة وصالحاً للاستخدام ، ومؤدّى ذلك أن تقوم شركة المشروع بنقل كل ما لها من حقوق في المشروع وبتسليم كامل المشروع بما في ذلك الأجهزة والمعدات وقطع الغيار والسيارات المستخدمة في تشغيل المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة [845] .

والقاعدة هنا أن المشروع يجب أن يكون قد تم تصميمه وفقاً لدراسة الجدوى الاقتصادية له على أساس تمكين شركة المشروع من تعويض ديون المشروع وتحقيق الربح المتوقع خلال مدة العقد , وذلك حتى يتم إعادة المشروع إلى الجهة الإدارية دون أي تعويض أو مقابل تعويض رمزي حسبما نص عليه العقد المبرم [846] , لذلك يجب أن تكون جميع أصول المشروع خالية من أية رهون أو أعباء وقت إعادة المشروع [847] .

وتبعاً لالتزاماتها بتسليم المشروع تلتزم شركة المشروع بتسليم الجهة الإداريـة المتعاقدة جميع المستندات والوثائق اللازمة لتشغيل المشروع وكذلك جميع الرسوم والتصميمات والسجلات والمعلومات الخاصة بتشغيل المشروع, كما تلتزم شركة المشروع بالتعاون مع جهة الإدارة والتوقيع على أية مستندات لازمة لإتمام عملية النقل [848] .

ويتعين على شركة المشروع تسليم المشروع إلى جهة الإدارة وهو بحالة جيدة , ومن بين المسائل التي يتم الاتفاق عليها بهذا الصدد تحديد حالة

(**845**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية .." , المرجع السابق , ص /86/ .

(**846**) – خالد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" , المرجع السابق , ص /137/ .

(**847**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" , المرجع السابق , ص /329/ .

(**848**) – ماهر محمد حامد أحمد , المرجع السابق , ص /329/ .

المشروع عند تسليمه للجهة الإدارية المتعاقدة , وللطرفين أن يتفقان على تحديد مكتب خبرة لتقديم تقرير عن الحالة الفنية للمشروع [849] .

ويجب أن يكون عقد B.O.T قد نص على الجهة التي تتحمل تكاليف ونفقات عمليات التسليم وتتحمل الجهة الإدارية عادة رسوم النقل والتوقيع والتراخيص الجديدة ومصروفات الاستشاريين والخبراء القائمين بفحص المشروع [850] .

وقد تجد جهة الإدارة أن من مصلحتها استمرار شركة المشروع بتشغيله وإرادته , وعندئذ يتعين إبرام اتفاق جديد بين الطرفين بهذا الشأن يكون محله إدارة هذا المشروع القائم [851] .

وبذلك نكون قد تناولنا أهم الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع في عقد B.O.T .

(**849**) – محمد محمد بدران , "النظام القانوني لمشروعات البوت ", بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات B.O.T , المنعقد بفندق شيراتون هليو بوليس , القاهرة , في 7– 1997/10/9 , ص /11/ .

(**850**) – محمد فكري عطا الله عبد المهدي , "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T" , المرجع السابق , ص /177/ .

(**851**) – جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /152/ .

المبحث الثالث

نهاية عقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

ينتهي عقد B.O.T كما ينتهي أي عقد إداري أخر فهو إما أن ينتهي نهاية طبيعية بانتهاء مدة الالتزام وهذا هو الأصل , وإما أن ينتهي انتهاء غير طبيعي وذلك دون تنفيذ الالتزام موضوعه .

لذلك سنوزع الدراسة هنا إلى فرعين :

المطلب الأول : النهاية الطبيعية لعقد B.O.T .

المطلب الثاني : النهاية المبتسرة لعقد B.O.T .

المطلب الأول

النهاية الطبيعية لعقد B.O.T

تمهيد :

يمثل عنصر الزمن في عقد B.O.T عنصراً جوهرياً فيه باعتبار أن هذا العقد من عقود المدة , وأن نهايته الطبيعية تكون بانتهاء مدته , ولكن ذلك لا يمنع , كما يرى البعض , من تجديده أو تمديد مدَّته .

الفرع الأول

انتهاء عقد B.O.T بانتهاء مدته

يمتد عقد B.O.T إلى مدة زمنية طويلة , وقد تصل إلى تسع وتسعين سنة حسبما نصت عليه بعض القوانين الخاصة بتنظيم منح الالتزامات بنظام

B.O.T في مصر [852] , بيد أنه لا يتصور أن يتم منح الالتزام في عقود B.O.T إلى ما لا نهاية لأن ذلك يعني تنازلاً عن المرفق العام ونزولاً من الدولة عن سلطتها في تنظيم المرفق العام وهو أمر غير جائز [853] .

وينتهي عقد B.O.T بانتهاء مدته وتنفيذ الالتزامات الناجمة عنه وتسليم المشروع إلى جهة الإدارة , وينتهي بهذا التسليم عقد B.O.T نهايته الطبيعية بتنفيذ العقد , ويبقى بعد ذلك حسبما يرى البعض , التزام شركة المشروع بضمان العيوب في المادة التي قدمتها للمدة القصيرة بعد تسليم العمل [854] , إضافة إلى مسؤولية شركة المشروع لجهة ضمان عيوب البناء والمنشآت الثابتة مدة عشر سنوات من وقت تسليم العمل [855] .

(**852**) – ومن ذلك القوانين ذوات الأرقام 100 لسنة 1996 , و229 لسنة 1996 , و3 لسنة 1997 و22 لسنة 1998 المتعلقة بمنح التزام بعض المرافق العامة في مصر بنظام B.O.T .

(**853**) – مصطفى أبو زيد فهمي , "القضاء الإداري ومجلس الدولة " دار المطبوعات الجامعية, 1999 , ص /278/ .

(**854**) – 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)) .
ويرى الدكتور السنهوري أن المقاول في هذه الحالة يكون بائعاً للمادة ، فيضمن ما فيها من عيوب ضمان البائع للعيوب الخفية .ويكون المقاول ملزماً بالضمان إذا كان بالمادة عيب ينقص من قيمتها أو من نفعها بحسب الغاية المقصودة منها . وتسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم الشيء ما لم يلتزم المقاول بالضمان لمدة أطول حسبما نصت عليه المادة /420/ من القانون المدني السوري . راجع : السنهوري "الوسيط في شرح القانون المدني" ، المرجع السابق ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، ص/69و98/ .

(**855**) – تنص المادة /617/ من القانون المدني السوري على أن ((1– يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبانٍ أو أقاموه من 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

وقد تستمر شركة المشروع في بعض الحالات في تنفيذ العقد واستثمار المشروع لمدة تجاوز المدة المحددة في عقد B.O.T , وفي هذه الحالة نكون أمام أحد احتمالين : فإما أن يكون التأخير بسبب من شركة المشروع , وعندها تتحمل الشركة تبعية هذا التأخير , وإما أن يكون التأخير راجعاً إلى الجهة الإدارية المتعاقدة , وفي هذه الحالة يتعين عليها أن تعوض الشركة المتعاقدة عن التأخير الحاصل [856] .

الفرع الثاني

تمديد عقد B.O.T

يذهب الرأي إلى أنه لا يوجد ما يمنع من تجديد مدة عقد B.O.T عند انتهائها ، فيجوز للجهة الإدارية 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 ومصداقية في تعاملها [857] .

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))

راجع : ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " , المرجع السابق , ص /408/ .

(**856**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .. " , المرجع السابق , ص /390/ .

(**857**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/391/ .

ويذهب الفقه في مصر إلى أنه نظراً لأن المشرع قد رفع الحد الأقصى لمدة عقد B.O.T إلى تسع وتسعين عاماً فإنه يمكن تجديد أو تمديد العقد إذا كانت مدته تقل عن ذلك وبشرط ألا تزيد المدة الأصلية ومدة التجديد عن تسع وتسعين عاماً [858] ويجب أن يكون تجديد المدة صريحاً ولا محل للقول بالتجديد الضمني في عقود B.O.T [859] .

ونرى أنه عند البحث بتمديد عقد B.O.T يتعين التفريق بين حالتين :

الأولى : أن ينظم العقد نفسه هذه المسألة ، كأن ينص على شرط أولوية ((المتعاقد القديم)) عند التعاقد مجدّداً فيما إذا رغبت الجهة الإدارية مالكة المشروع إدارة المشروع مرة أخرى بنفس الأسلوب ، فإن شركة المشروع الأولى يمكن تفضيلها عند تساوي الشروط والعروض بينها وبين المتقدمين الجدد للتعاقد على إدارة وتشغيل المشروع . وهذا شرط مشروع ويتعين احترامه [860] .

أما الحالة الثانية : فهي حالة سكوت العقد عن التعرّض لهذه المسألة، وفي هذه الحالة نرى أن تمديد العقد يشكل إجحافاً بحقوق الإدارة المتعاقدة ، سواء كانت مدة العقد قد بلغت الحد الأقصى المقرر قانوناً للالتزام أم لم تبلغ . فتمديد العقد يعني امتداد العقد القديم بذات الشروط [861] . في حين أن التمديد في الحالة المفترضة يغفل أن المشروع هو مشروع قائم وقد تم الانتهاء من إنشائه وانقضت مرحلة استثماره التي تم تحديدها في ضوء دراسة الجدوى الاقتصادية ، ويفترض أن شركة المشروع قد حققت نسبة الربح المعقولة ،

(**858**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع نفسه ، ص/391/ .

(**859**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق , ص /411/ .

(**860**) – راجع : ماهر محمد حامد أحمد , المرجع السابق , ص /412/ . سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /761/ .

(**861**) – سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص /761/ .

وبالتالي فإن منح مدة إضافية بذات الشروط ، في حين أن هذه المدة المضافة تنصب على التشغيل والصيانة فقط دون الإنشاء والتشييد ، يشكل إجحافاً بحقوق جهة الإدارة المالكة للمشروع .

لذلك فإننا نؤيد الاتجاه القائل بأن تجديد العقد ، بما تعنيه كلمة التجديد من إبرام عقد جديد وفق شروط العلانية والمنافسة ، هو ما يتناسب مع عقد B.O.T عند انتهاء مدته ، وليس تمديد العقد السابق [862] .

المطلب الثاني

النهاية المبتسرة لعقد B.O.T

تمهيد :

قد ينتهي عقد B.O.T قبل انتهاء مدته ودون تنفيذ بسبب استحالة تنفيذه أو بسبب فسخه أو باتفاق الطرفين أو بالإرادة المنفردة أحياناً .

لذلك سنتناول بحث حالات انتهاء عقد B.O.T دون تنفيذ من خلال خمسة فروع كما يلي :

الفرع الأول : إنهاء عقد B.O.T لاستحالة تنفيذه .

الفرع الثاني : فسخ عقد B.O.T بإرادة جهة الإدارة .

الفرع الثالث : استرداد الالتزام موضوع عقد B.O.T .

الفرع الرابع : انتهاء عقد B.O.T دون تنفيذ بسبب من شركة المشروع .

(**862**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق , ص /412/ .

الفرع الخامس : انتهاء عقد B.O.T قضائياً بناء على طلب شركة المشروع .

الفرع الأول
انتهاء عقد B.O.T لاستحالة تنفيذه

يقضي المبدأ العام في انقضاء الالتزام عموماً لاستحالة تنفيذه بأن "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يدله فيه " . 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 المتعاقدة المقابل له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه عملاً بأحكام المادة /160/ من القانون المدني السوري التي نصت على أنه ((في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)) .

وهذا ما تنص عليه النصوص الدولية ، ومن ذلك ما نص عليه الشرط النموذجي للقوة القاهرة الذي أعدته غرفة التجارة الدولية والذي نص على أنه ((لا يعتبر 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 على موقفه في تنفيذ العقد لحظة إبرامه ، وأنه لم يكن من المعقول أن يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل أن يتجنب أو يتخطى نتائجه)) [863] .

(**863**) – البند الأول من الشرط "الإعفاء من المسؤولية" ، منشورات غرفة التجارة الدولية ، منشور رقم /421/ لسنة 1985 .

كما نص المبدأ الثامن من الشرط النموذجي المذكور على أنه ((إذا امتدت القوة القاهرة مدة أطول من المدة المنصوص عليها من المتعاقدين ، أو في حالة غياب مثل هذا النص ، امتدت أزيد من المدة المعقولة ، فلأي من الطرفين فسخ العقد بشرط إعلان الطرف الآخر)) [864] .

ويشترط في الحادث الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين بأن يكون عائداً لسبب أجنبي خارج عن إرادتهما وأن يكون غير متوقع عند التعاقد وأن يكون مستحيل الدفع أي أنه يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد [865] .

وإن فكرة استحالة التنفيذ التي ترجع إلى القوة القاهرة في كل من فرنسه ومصر وسورية يتعين أن تكون استحالة دائمة ومطلقة ، كما في حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تدمير محل المرفق نفسه [866] , وهي تختلف عن فكرة استحالة التنفيذ التي ترجع إلى الـ Frustration في النظام الذي يأخذ بالقانون العام Commen Law والذي أخذ منه البند /66/ من نموذج عقد الفيديك [867] .

وقد يتناول العقد نفسه تنظيم الحالة عند وقوع القوة القاهرة ، كما جاء في عقد مطار مرسي علم بنظام B.O.T في مصر حيث نصت المادة الثانية عشر منه على أنه ((للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وعليه

(**864**) – البند الثامن من الشرط "أثر أسباب الإعفاء من المسؤولية" ،
راجع في ذلك : ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T " ، المرجع السابق , ص /415/ .

(**865**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ..." ، المرجع السابق ، ص /397/ .

(**866**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /765/ .

(**867**) – محمد محمد بدران , "عقد الإنشاءات في القانون المصري" , دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 , ص /475/ .

أن يعوض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الانتهاء ، وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الانتهاء وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير)) .

وحتى تؤدي القوة القاهرة إلى إنهاء عقود B.O.T يجب أن تستمر حالة القوة القاهرة ، وعندها فإن جهة الإدارة تكون بالخيار بين التعويض على شركة المشروع عن الخسائر التي لحقتها بسبب القوة القاهرة أو إنهاء العقد مع إخطار شركة المشروع بذلك [868] .

الفرع الثاني
فسخ عقد B.O.T بإرادة جهة الإدارة

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 ، وخصَّ به عقد التزام المرافق العامة دون سائر العقود الإدارية الأخرى [869] ، ولكنه في الوقت نفسه أحاط هذا الحق بعدد من القيود نظراً لخصوصية عقد الالتزام .

فما مدى إمكانية اللجوء إلى الفسخ الانفرادي في عقود B.O.T ؟

هناك اتجاهان متعارضان بهذا الشأن ، فيذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا كانت الإدارة تملك بإرادتها المنفردة إنهاء عقودها الإدارية عامة فإنها لا تملك ذلك في عقود الالتزام حيث يتمتع الملتزم باستقرار لا يتمتع به المتعاقدون

(**868**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص /400/ .

(**869**) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود ألإدارية" ، المرجع السابق ، ص /257/ .

في العقود الأخرى نظراً لرؤوس الأموال الضخمة التي يوظفها الملتزم في إنشاء المرفق وإدارته واستغلاله [870] .

ولكن الإدارة تملك إسقاط الالتزام تنفيذاً لنص عقدي فإذا لم يوجد نص بذلك في العقد فلا تملك الإدارة ذلك بمحض إرادتها المنفردة وذلك مراعاة لاعتبارات عملية تتمثل في رؤوس الأموال الضخمة التي تم توظيفها في المرفق العام مما يستوجب أن تبقى سلطة الفسخ بين القاضي وحده ما لم يوجد نص في العقد يجيز للإدارة ذلك باعتبار أن إسقاط الالتزام يشكل جزاء مدمراً للمتعاقد قبل أن يكون قد استهلك أغلب رؤوس أموال الضخمة التي وظفها في المشروع موضوع العقد [871] .

أما الاتجاه الآخر المتمثل في جمهور الفقه في فرنسة ومصر وسورية وكذلك الاتجاه الغالب في أحكام القضاء الإداري في الدول المذكورة فقد ذهب إلى القول بإمكانية إسقاط الالتزام من قبل جهة الإدارة .

فقد ذهب معظم الفقه الفرنسي إلى القول بحق جهة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية عامة ومنها عقود الالتزام بشكل فردي قبل موعده ودون حاجة إلى موافقة المتعاقد [872] .

ويرى البعض أن جزاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق تحت الحراسة هما من القواعد الأساسية ذات الطبيعة التنظيمية للمرفق العام ، وبهذه المثابة تستطيع الإدارة المتعاقدة توقيع جزاء الإسقاط على الملتزم المقصر وإنه في

---

(870) – راجع :

- YOUSSEF (C) , le contrat de concession service public ou B.O.T en droits fransçais et égyptienm Etude comparée de l'evolution contemporaine, thèse , paris I , 2004 , p /627/ .

(871) – عبد المجيد فياض ، "نظرية الجزاءات في العقد الإداري" ، ص /257/ .

(872) – راجع :

- YOUSSEF (C) , le contrat de concession service public ou B.O.T Th. Précitée, p/627/ .

حالة عدم وجود نص صريح لهذا الجزاء في العقد يتعين على الإدارة الرجوع إلى قاضي العقد [873] .

وتتضمن عقود الالتزام عادة شروطاً مفصلة تبين الحالات التي يحق للإدارة فيها فسخ العقد كجزاء ولا شك أن في ذلك فائدة كبرى ، كما أن ذلك لا يثير في هذه الحالة مشكلات قانونية لأننا نكون أمام تنفيذ نص عقدي ، ولكن من المسلَّم به في ضوء النظرية التقليدية أن حق الإدارة في توقيع جزاء فسخ العقد معترف به ولو لم يتم النص عليه في العقد [874] .

وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي حق جهة الإدارة في فسخ عقد الالتزام استناداً إلى فكرة الصالح العام حيث قرر انه من حق السلطة المانحة بموجب القواعد العامة المطبقة في مجال العقود الإدارية إنهاء عقد الالتزام قبل موعده وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض ، كما أكدت محكمة التنازع الفرنسية القول بإمكانية السلطة المانحة في إنهاء العقد لأسباب تتعلق بالصالح العام [875] .

وفي الوقت نفسه فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي أن جزاء الإسقاط إجراء على درجة عالية من الجسامة ، بحيث يجب التردد قبل اللجوء إليه ، كما أنه يمثل في كثير من الحالات جزاءاً حاسماً جداً وقياساً جداً بالنسبة للملتزم ، ومزعجاً بالنسبة للسلطة العامة التي لا ترغب في أن ترى المرفق

(**873**) – إبراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /409/ .

(**874**) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق، ص /522/ . عبد الإله الخاني ، "القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً" ، المجلد 4– العقود الإدارية 1986 ، المرجع السابق ، ص /324و334/ . ماجد راغب الحلو ، "القانون الإداري" ، دار المطبوعات الجامعية ، 1996 ، ص /593/ .

(**875**) – راجع :

- YOUSSEF (C) , Th. Précitée p/628/

العام معطلاً أو أن هناك خللاً في إدارته [876] .

لذلك ونظراً لكون فسخ عقد الالتزام يتضمن خطورة بالغة بالنسبة إلى الملتزم الذي يتكلف عادة مبالغ طائلة في سبيل إعداد المرفق وتهيئته لتقديم الخدمات المنوطة به ، فقد أحاط مجلس الدولة الفرنسي حق إسقاط هذا العقد أو فسخه بقيود شديدة تتلخص بما يلي :

1- أن يكون الخطأ المرتكب من الملتزم بالغ الجسامة [877] . بحيث لا تنفع في مواجهته الجزاءات الأخرى التي تتمتع بها الإدارة [878] ، وقد أشارت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها ((.. وإذا كان سحب الالتزام .. يعتبر جزءاً شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة ، فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام وأداء الخدمات المطلوبة ..)) [879]

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى وصف الخطأ المبرر لجزاء الإسقاط بصفات مميزة كقوله أن ((الخطأ على درجة خاصة من الجسامة)) [880] وأن الملتزم ((.. قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية

(**876**) – راجع :

- Romieu . Conclusions sur C.E/31/ Mai 1907 Deplamque , Rec p/514/ .

(**877**) – راجع :

- Dreylas (J.D) contrats et marchés , A.J.D.A. 2003 , p/823/ .

(**878**) – سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص /523/ .

(**879**) – حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 3 آذار سنة 1957 ، السنة /11/ ص/239/. مشار إليه من قبل د. سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /523/ .

(**880**) – حكمه في 13 يونية سنة 1942 ، في قضية " Nouvelle Société fermiéré de Luxeuil" ، مشار إليه من قبل د. سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/524/ .

للمرفق المدار عن طريق الالتزام)) [881] .

لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما يرفض الحكم بإسقاط الالتزام رغم ثبوت خطأ الملتزم وتقصيره إذا وجد أن ذلك الخطأ لا يتناسب وقسوة الجزاء ، ولكن من الأخطاء التي تبرر الفسخ في نظر مجلس الدولة الفرنسي وقف استغلال المرفق أو توقف الاستغلال في فترات متلاحقة وعدم وفاء الملتزم بالتزاماته المالية تجاه الإدارة [882] .

2- وجوب إعذار المتعاقد قبل فرض جزاء الفسخ سواء ورد النص في العقد على حق الإسقاط أم لم يرد [883] ، وذلك ما لم ينص العقد على إعفاء الإدارة منه [884] ، أو يصرح المتعاقد بنفسه أنه غير قادر نهائياً على متابعة إدارة المرفق [885] .

3- يتعين أن يصدر حكم من القاضي بالفسخ ، فلا تملك الإدارة حق توقيع هذا الجزاء بنفسها في عقود الالتزام دون الالتجاء إلى القضاء . وذلك ما لم يوجد نص عقدي يعفيها من ذلك [886] ، وإلا فإنه يكون للقاضي أن يحكم بإلغاء قرار فسخ العقد الصادر من الإدارة بطريقة غير سليمة وبالتعويض عن الضرر الذي ترتب عليه [887] .

---

(881) – حكمه في 24 يونية سنة 1947 ، في قضية "Société des eaux d'Ypert " ، مشار إليه من قبل د. سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/524/ .

(882) – سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص /525/ .

(883) – راجع :

- LAUBADERE (A.de) , VENEZIA (J-C) ET GAUDEMET (Y) Traité de droit administraif . op.cit, p/158/

(884) – إبراهيم محمد علي ، "آثار العقود الإدارية .." ، المرجع السابق ، ص /129/ .

(885) – محمد الحسين ومهند نوح ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /258/ .

(886) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" ، المرجع السابق ، ص /425/ .

(887) – سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص/525/

وقد ذهب مجلس الدولة المصري إلى القول بحق جهة الإدارة في فسخ أو إسقاط عقد الالتزام بإرادتها المنفردة [888] حيث أكد أن ((الأصل أن الجهة الإدارية لها الحق في إنهاء عقودها الإدارية قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا ما تقتضيه المصلحة العامة وليس للطرف الآخر الحق التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية ..)) [889] .

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى القول انه ((وإن كان عقد الالتزام قد نص على سحب الالتزام وليس على إسقاطه إلا أن الإسقاط يتفقان في مدلولهما وفي الآثار المترتبة عليهما وأن القصد منهما هو توقيع جزاء رادع قانوناً ، ليس صحيحاً أن هذا الجزاء لا يجوز توثيقه إلا بحكم من المحكمة المختصة إذا أن مانح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بموجب العقد ، فله توضيع الغرامات .. أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه .. كما يثبت لمانح الالتزام دائماً .. إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً وإذا ارتكب الملتزم مخالفة جسيمة)) [890] . وفي حين يشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يتم إسقاط الالتزام عن طريق القضاء ، فإن القضاء الإداري المصري يسمح بإسقاط الالتزام من قبل الإدارة دون حاجة إلى صدور حكم بذلك [891] .

(**888**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/420/ .

(**889**) – المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم /3567/ ل/44/ ن /40/ ، جلسة 2001/5/15 ، الدائرة الثالثة ، مشار إليه من قبل د. دويب حسين صابر عبد العظيم، المرجع السابق ، ص /420/ .

(**890**) – حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، الطعن رقم /110/ لـ/13/ق ، جلسة 1977/12/20 ، منشور في "الموسوعة الإدارية الحديثة" ، ج /18/ ، ص/1107/.

(**891**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/421/ .

ونرى أنه بخصوص مدى أحقية الإدارة بفسخ عقد B.O.T بإرادتها المنفردة ، فإنه **يتعين التفريق بين حالتين :**

الأولى : حالة وجود نص في العقد يحكم هذه المسألة ، وهنا نكون أمام إعمال لنص عقدي فيتعين تحقُّق شروطه ، ويقوم قاضي العقد بمراقبة ذلك .

أما **الحالة الثانية** فهي حالة غياب النص على ذلك العقد ، وهنا نرى أنه يتعين تحقق جميع الشروط المذكورة آنفاً والتي حددها مجلس الدولة الفرنسي لإسقاط الالتزام ، باعتبار أن هذه الشروط تشكل ضمانة حقيقية للجهة المتعاقدة في عقد B.O.T وتحيط جزاء فسخ هذا العقد بحماية مناسبة .

ونرى أن حق اللجوء إلى فسخ عقد B.O.T في هذه الحالة وضمن الضوابط والشروط آنفة الذكر هو حق لا تملك الإدارة التنازل عنه في العقد باعتبار أن ذلك يتضمن تنازلاً ضمنياً عن حق التقاضي الذي لا يمكن إيقاع جزاء الفسخ إلا بعد اللجوء إليه ، ومن المبادئ الدستورية أنه لا يجوز التنازل مسبقاً عن حق التقاضي .

الفرع الثالث

استرداد الالتزام موضوع عقد B.O.T

يعد الاسترداد إحدى الوسائل الممكنة لإنهاء عقد الالتزام ، فما مدى إمكانية استرداد الإدارة للمرفق موضوع عقد B.O.T ؟

يعرَّف الاسترداد بأنه إجراء انفرادي يصدر أثناء تنفيذ الالتزام عن الإدارة مانحة الالتزام ويقصد به إنهاء هذا الالتزام قبل انقضاء مدته العادية

مقابل دفع تعويض للملتزم [892] . فالاسترداد ليس إلا مجرد فسخ لعقد الالتزام استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية دون خطأ من المتعاقد لدواعي الصالح العام [893] ، ويأخذ الاسترداد في الواقع العملي أحد أشكال ثلاثة ، فهو إما أن يكون منصوص عليه في العقد ويدعى الاسترداد التعاقدي , وإما أن يكون غير منصوص عليه في العقد ويدعى الاسترداد غير التعاقدي , وهناك أيضاً الاسترداد الذي يتم بتدخل المشرع بنص تشريعي .

أولاً – الاسترداد التعاقدي :

الأصل أن يتضمن الالتزام الحالات التي يمكن للإدارة المتعاقدة استرداده فيها [894] ، وقد ذهب المشرع المصري في القانون رقم /129/لسنة 1947 الخاص بالتزام 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 ينظم كيفية استرداد المرفق قبل ميعاده [895] .

ويشترط للممارسة هذا النوع من الاسترداد أن ينص عليه صراحة في العقد ، فإذا ورد النص على هذا الشرط في عقد معين وانقضت مدته وقامت

(**892**) – راجع :

- De Laubadere dt autres , Traité des contrats , op. cit , T.2, p 704 .

(**893**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/767/ .

(**894**) – خالد عبد الله العيطة ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل المكلية" ، المرجع السابق ، ص/212/ .

(**895**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/768/ .

الإدارة بالتعاقد مجدداً مع ذات الملتزم وخلا العقد الجديد من الشرط السابق فلا يمكن للإدارة أن تطبق النص الوارد في العقد السابق على العقد الجديد [896] .

كما يشترط لممارسة حق الاسترداد التعاقدي ألا يتم إلا بعد انقضاء المدة التي قد ينص عقد الالتزام على عدم جواز الاسترداد خلالها كما يجب على جهة الإدارة أن تقوم بإعذار الملتزم بعزمها على استرداد المرفق وذلك قبل فترة كافية من اتخاذها لهذا الإجراء [897] ،

والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق كله ، ولكن الإدارة تستطيع أن تقصر الاسترداد على جانب منه ، إذا تضمن العقد نصاً صريحاً بذلك ، وتلتزم الإدارة المتعاقدة في جميع الحالات بدفع تعويض للملتزم تقدره الخبرة ويحدد الاتفاق على الاسترداد كيفية دفع هذا التعويض وهو إما أن يكون بصورة تعويض إجمالي يجري دفعه مرة واحدة فيشمل ما أنفقه الملتزم من أجل إنشاء وتجهيز المرفق وما يستحقه من سندات وأسهم والتزامات والتعويض عن الربح الفائت , وإما أن يكون التعويض على أقساط سنوية وفق ما هو محدد في العقد أو في دفاتر الشروط [898] .

ولا بد من القول أن ورود نص ينظم حالة الاسترداد في عقد B.O.T يتعين احترامه وتنفيذه وفق الشروط المحددة فيه إعمالاً للشرط العقدي .

ثانياً – الاسترداد غير التعاقدي :

وهو الاسترداد الذي تقرره جهة الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة إذا

(**896**) – حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1925/12/9 ، مشار إليه من قبل الدكتور سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/768/ .

(**897**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" , المرجع السابق ، ص /431/ .

(**898**) – الياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T" ، المرجع السابق ، ص/394/

لم يتضمن العقد نصاً بشأن الاسترداد ، أو أنها تقرره خلال المدة التي لا يجوز أن تمارس الاسترداد الاتفاقي أثناءها في حال وجود نص ينظم كيفية الاسترداد [899] .

ويذهب البعض إلى عدم إمكانية ممارسة الإدارة لحق الاسترداد غير التعاقدي في عقد الالتزام نظراً للاستثمارات المالية الضخمة التي ينفقها الملتزم [900] .

في حين يذهب الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي [901] إلى إمكانية لجوء الإدارة إلى الاسترداد غير التعاقدي باعتباره ممارسة مشروعة من الإدارة .

ونرى بخصوص تطبيق الاسترداد غير التعاقدي في عقود B.O.T أنه يتعين التفريق بين حالتين : الأولى حالة سكوت العقد عن التعرض لهذه المسألة ، وهنا تملك الإدارة هذا الحق إعمالاً للقواعد العامة مع وجوب قصرها على أضيق الحدود وشريطه أن يتولى القضاء مراقبة قرار الإدارة القاضي بالاسترداد وإلغاءه باعتباره عملاً غير مشروع فيما إذا تبين عدم صحة دواعي الصالح العام التي تذرعت بها أو أنها استمرت بإدارة المرفق بنفس الطريقة والأسلوب الذي اعتمدته شركة المشروع ،

أما الحالة الثانية فهي الحالة التي ينص فيها عقد B.O.T صراحة على عدم جواز قيام الإدارة المتعاقدة باسترداد المرفق ، وهنا يتعين احترام هذا النص العقدي بشكل يجعل من غير الجائز قيام الإدارة بهذا الاسترداد .

(**899**) – سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/773/ .

(**900**) – دويب حسين صابر عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص/434/ .

(**901**) – راجع :

- VEDEL (G) , et DELVOLVE (p) , Droit administratif , op.cit, p/356/ .
- BENOIT (F-P) , Op.cit, p/661/ , note 3 .

ثالثاً – الاسترداد بتدخل المشرع بنص تشريعي :

قد يتدخل المشرع في مجال عقود الالتزام فيصدر قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق العامة التي تدار بهذه الطريقة وذلك في حالة عدم النص في العقد على عملية الاسترداد ، أو أنه يتدخل لينظم إجراءات الاسترداد وفقاً لشروط تختلف عن تلك التي تم الاتفاق عليها مسبقاً في عقد الالتزام .

ومن الطبيعي أن يتدخل المشرع في بعض الحالات لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة فيقرر استرداد أحد المرافق أو إلغاء الالتزام الممنوح بقانون أيضاً ، فطالما أن السلطة التشريعية هي المرجع في منح الالتزام بقانون فهي المرجع الصالح لاسترداد هذا المرفق أو إلغاء الالتزام بقانون أيضاً [902] .

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 13 تموز سنة 1908 الذي أنهى عقد التزام شركة سكك حديد الغرب ، وقانون 17 نيسان سنة 1919 الخاص بالتعويض عن أضرار الحرب العالمية الأولى والذي أعطى الحق للإدارة في استرداد بعض المرافق التي تدار عن طريق الالتزام . وكذلك قانون 31 تموز سنة 1947 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 أو الاقتصاد المختلط [903] .

(**902**) – الياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /396/ .

(**903**) – راجع في ذلك : سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص/775/ . خالد بن محمد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" , المرجع السابق , ص/226/ . إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" , المرجع السابق , ص/401/

وفي الفقه الفرنسي :

كذلك فقد لجأ المشرع المصري إلى هذا الأسلوب في استرداد بعض المرافق العامة التي تدار بطريقة الالتزام , ومن ذلك القانون رقم /285/ لسنة 1956 الذي أنهى التزام شركة قناة السويس البحرية وأعاد مرفق قناة السويس إلى الدولة [904] , والقانون رقم /145/ لسنة 1957 الذي قضى بأيلولة مرفق المياه الذي تقوم بإدارته شركة مياه القاهرة إلى البلدية وتصفية الشركة وأيلولة جميع موجوداتها للبلدية مقابل تعويض عادل لحملة أسهم الشركة , والقانون رقم /112/ لسنة 1961 لاسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدينة الإسكندرية ، والقانون رقم /123/ لسنة 1961 لاسترداد مرفق ترام القاهرة [905] .

ويذهب الرأي الآخر إلى أنه في مجال عقود B.O.T , وعلى الرغم من قيام هذه العقود على التزامات متبادلة بين الطرفين وحرص شركة المشروع على النص على تنظيم عملية إنهاء العقد بانتهاء مدته إلا في حالة القوة القاهرة

- De laubadere (A) , et autres ; op. cit , T2 , pp /737/ ets .
- YOUSSEF (C) , Th. Precitée p/647/ .

(**904**) – تمت تسمية هذا القانون بأنه خاص "بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية" وهو ما أثار اختلافاً في الفقه المصري بشأن ما إذا كان القانون المذكور تأميما بالمعنى الفني للكلمة أم أنه من قبيل إنهاء التزام شركة قناة السويس واسترداد مرفق القناة . ذلك أن التأميم بالمعنى الدقيق للكلمة ينصرف إلى نزع ملكية المشروعات الخاصة الحيوية من الأفراد والشركات لمصلحة الجماعة , أما شركة قناة السويس فإنها لم تملك قط قناة السويس – شأنها في ذلك شأن شركة المشروع في أي عقد B.O.T – وإنما كانت تتولى إدارة المرفق نيابة عن الدولة . لذلك فإن القانون المذكور ليس تأميماً وإنما هو تطبيق لحق الدولة مانحة الالتزام في الاسترداد القانوني للمرفق موضوع الالتزام .

راجع في ذلك :

سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" المرجع السابق , ص /776/ ., إبراهيم الشاوي "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" , المرجع السابق , ص /402/ . دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع السابق , ص /438/ . عزيزة الشريف , المرجع السابق , ص /96/ .

(**905**) – إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" , المرجع السابق , ص /403/.

أو بسبب تقصير أحد طرفي العقد , فإن المشرع يملك أن يتدخل إذا ما أراد إنهاء التزام شركة المشروع وذلك انطلاقاً من حق الإدارة الأصيل في تنظيم وتعديل المرفق وإنهاء الالتزام [906] .

ومع تأييدنا للرأي المتقدم فإن هذا الاسترداد بنص تشريعي في عقود B.O.T يثير مسألة شرط الثبات التشريعي الذي درجت بعض العقود على النص عليه في بنودها .

وهو ما سنتناوله بالدرس عند بحثنا في الآثار الخاصة لعقد B.O.T.

الفرع الرابع
انتهاء عقد B.O.T دون تنفيذ
بسبب من شركة المشروع

ينتهي عقد B.O.T نهاية مبكرة نتيجة عجز شركة المشروع عن القيام بالتزاماتها أو إخلالها بتلك الالتزامات في أية مرحلة من مراحل المشروع , كما قد تزول شخصية شركة المشروع بالإفلاس والتصفية أو بالانحلال , مما يؤدي إلى انتهاء العقد دون تنفيذ .

أولاً – عجز شركة المشروع عن تنفيذ التزاماتها :

قد تعجز شركة المشروع عن القيام بالتزاماتها في عقد B.O.T أو تخل إخلالاً جسيماً بالتزاماتها العقدية , ويشمل ذلك جميع مراحل المشروع .

(**906**) – راجع : دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" , المرجع السابق , ص /439/ . إبراهيم الشهاوي , "عقد امتياز المرفق العام B.O.T", المرجع السابق , ص /404/ .

ففي مرحلة ما قبل التشييد قد تتخلف شركة المشروع عن تقديم الرسومات والتصاميم والمخططات في الفترة المحددة , كما قد تتخلف عن الحصول على الرخص والموافقات اللازمة للتنفيذ , وأثناء مرحلة التشييد قد تعجز شركة المشروع عن القيام بأعمال التشييد أو عن تقديم الضمانات المطلوبة بالشروط المتفق عليها , وقد تخل بالتزاماتها فيه بمخالفة المواصفات والمخططات والخروج عن أنظمة البناء أو معايير الأداء [907] ,

وقد تتعرض شركة المشروع لجزاء الإنهاء أثناء مرحلة التشييد إذا كانت المخالفات المرتكبة للشروط والقياسات والمواصفات بصورة يستحيل معها تدارك عيوب التشييد , وقد تعجز شركة المشروع عن استكمال أعمال الإنشاء بنجاح نتيجة تراكم الخسائر والديون وعدم قدرتها على الوفاء بالتزاماتها المالية سواء لسوء التقدير عند دراسات الجدوى أو نتيجة لزيادة تكاليف هذه المرحلة عن التكلفة المقدرة وامتناع الجهات التمويلية عن التمويل لمواجهة هذه الزيادة الحاصلة في مرحلة الإنشاء مما قد يضطر شركة المشروع إلى إنهاء المشروع في هذه المرحلة لاستحالة استكمال أعمال التشييد [908] .

وأثناء مرحلة الإدارة والتشغيل قد ترتكب شركة المشروع إخلالاً جسيماً في تقديم الخدمات وفق المعايير الفنية والقانونية المتفق عليها وقد تقوم بوقف تقديم الخدمة موضوع العقد دون عذر وبدون موافقة مسبقة , وقد تقصّر شركة المشروع في صيانة المرفق ومعداته لدرجة خطيرة [909] , وكل ذلك مما يؤدي إلى إنهاء عقد B.O.T .

(**907**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /248/ .

(**908**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" , المرجع السابق , ص /401/ .

(**909**) – أحمد رشاد محمود سلام , المرجع السابق , ص /249/ .

وقد تنص بعض العقود على إنهاء العقد في حالة إدانة شركة المشروع بالتهرب الضريبي أو بأي من أعمال الاحتيال الأخرى أو إذا تورط وكلاؤه وموظفوه في رشوة موظفين عامين [910] .

ثانياً – زوال شخصية الجهة المتعاقدة :

تزول شخصية الجهة المتعاقدة شركة المشروع بانقضائها أو بإفلاسها وتصفيتها كما تزول شخصية المتعاقد مع الإدارة بوفاته إذا كان فرداً عادياً .

1– انقضاء شركة المشروع أو إفلاسها وتصفيتها :

انقضاء شركة المشروع يعني انحلال الرابطة القانونية التي تجمع الشركاء [911] .

وتنقضي الشركة بانقضاء مدتها أو انقضاء العمل الذي قامت من أجله أو هلاك مالها أو تأميمها أو حلها رضاء أو قضاء أو بتحقق أي سبب من أسباب الانتهاء المعروفة في القانون التجاري [912] .

وإن أهمية الاعتبار الشخصي الذي يقوم عليه عقد B.O.T , يؤتي أثره في انتهاء هذا العقد عندما تنتهي شركة المشروع لأي سبب من أسباب الانتهاء [913] .

(**910**) – محمد نور شحاته , "خصوصية التحكيم في عقود الـ B.O.T والـ B.O.O.T وعقود الفيديك FIDIC الخاصة بها " , ورقة عمل مقدمه إلى مؤتمر البوت , تشرين أول 2000 . مشار إليه من قبل الدكتور أحمد رشاد محمود سلام , المرجع السابق , ص /249/ .

(**911**) – محمد فريد العريني , "الشركات التجارية , المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال" , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , 2003 , ص /61/ .

(**912**) – ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوتB.O.T " , المرجع السابق , ص /435/ .

(**913**) – ماهر محمد حامد أحمد , المرجع السابق , ص /437/ .

كذلك فإن إفلاس أو إعسار شركة المشروع من الأسباب التي تخول الجهة الإدارية إنهاء العقد [914] .

وقد نصت المادة /85/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم /89/ لسنة 1998 على أن " العقد يفسخ ويصادر التأمين النهائي بعد أخذ رأي مجلس الدولة دون إخلال بحق الإدارة في طلب التعويض إذا أفلس المتعاقد أو أعسر " .

2- وفاة المتعاقد :

إن شخصية الجهة المتعاقدة في عقد B.O.T هي دائماً محل اعتبار وهي تشكل ضمانة أساسية لحسن تنفيذ العقد . وإذا كان المتعاقد فرداً فقد تؤدي وفاته إلى انفساخ العقد بقوة القانون [915] .

ويذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن وفاة المتعاقد في عقود الالتزام لا يستوجب الفسخ بقوة القانون بل ينتقل الالتزام باستمرار تنفيذ العقد إلى الورثة إلا في حال وجود نص مخالف بالعقد [916] .

وقد نصت المادة /76/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم /89/ لسنة 1998 على أنه " إذا توفي المتعهد أو المقاول جاز لجهة الإدارة فسخ العقد مع رد التأمين أو السماح للورثة في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه ، ويوافق عليه رئيس الإدارة المركزية المختص)) .

(**914**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /249/ .

(**915**) – محمد الحسين ومهند نوح , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /265/ .

(**916**) – راجع:

-Jéze. G, Les principes généraux de droit administratif, op.cit, p840.

أما في سورية فقد نصت المادة /59/ من القانون /51/ لسنة 2004 على أنه ((يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات التالية : أ – وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته محل اعتبار في التعاقد وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الإدارة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة لأي من المتعاقدين وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى)) .

3– التزامات جهة الإدارة في حالة انتهاء العقد بسبب من شركة المشروع :

يترتب على الجهة الإدارية المتعاقدة التزامان أساسيان في حالة انتهاء العقد بسبب من شركة المشروع ، هما :

أ– إخطار شركة المشروع والمقرضين بانتهاء عقد B.O.T :

يقوم أطراف عقد B.O.T باتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة شروعهم في إنهاء العقد قبل أوانه بهدف حماية تنفيذ العقد قدر الإمكان ، ففي حالة توافر حالة من حالات إنهاء العقد لا يجوز لجهة الإدارة القيام بذلك إلا بعد إخطار شركة المشروع بعزمها على هذا الإنهاء [917] .

وإن هذا الإخطار المبدئي لا يعني إنهاء العقد وإنما يعطي الطرف المعني مهلة لمحاولة إيجاد حل خلال مهلة زمنية محددة . وفي حالة فشل ذلك يكون للإدارة الحق في إنهاء العقد ولكن يجب عليها تقديم إخطار نهائي يترتب عليه إنهاء العقد فعلاً [918] .

ب – تعويض شركة المشروع :

تلتزم جهة الإدارة فضلاً عن إخطار شركة المشروع والمقرضين بما ذكر تعويض شركة المشروع في حالة قيامها بهذا الإنهاء قبل الموعد الطبيعي

(**917**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام" , المرجع السابق , ص /404/ .

(**918**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع نفسه , ص /405/ .

لانتهاء العقد ولو كان ذلك بسبب من شركة المشروع ، باعتبار أن هذه شركة قد اتفقت مبالغ طائلة في تشييد المشروع [919] .

الفرع الخامس
انتهاء عقد B.O.T قضائياً
بناء على طلب شركة المشروع

قد تجد شركة المشروع أنه أصبح من غير المجدي لها الاستمرار في تنفيذ المشروع بسبب ما قامت به جهة الإدارة ، ويمكن لشركة المشروع في هذه الحالة أن تلجأ إلى القضاء أو إلى هيئة التحكيم طالبة الحكم بفسخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية مع الإدارة ، ويشترط أن تستند شركة المشروع في ذلك إلى أسباب قوية تبرر طلب الفسخ كما في حالة ارتكاب الجهة الإدارية لخطأ جسيم [920] .

ويتوجب على شركة المشروع في هذه الحالة أن تقوم بإخطار جهة الإدارة بعزمها على طلب فسخ العقد وكذلك أن تقوم بإخطار البنوك والجهات الممولة ، وتحصل شركة المشروع على تعويض من الجهة الإدارية في حالة فسخ العقد وإنهائه بناء على طلب شركة المشروع ، وهو يشمل الدين المتبقي والذي لم يتم تسديده بعد فضلاً على حقوق المساهمين وبالإضافة إلى الضرائب المستحقة على شركة المشروع , وذلك باعتبار أن جهة الإدارة سوف تحل محل شركة المشروع وتحصل على حقوقها والتزاماتها الواردة في العقد .

(**919**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع نفسه , ص/406/ .

(**920**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع نفسه , ص /411/ .

تلك هي أسباب انتهاء عقد B.O.T نهاية مبتسرة غير طبيعية سابقة لانتهاء مدته المحددة فيه .

الفصل الثاني
الآثار الخاصة لعقد B.O.T

تمهيد وتقسيم :

يرتب عقد B.O.T مجموعة من الآثار الخاصة ، أولها ما يتعلق بالمشروع ذاته من حيث إنشائه وتشغيله وإدارته ، ثم هناك آثار خاصة تتعلق بسيادة الدولة من خلال تضمين العقد شروط الثبات التشريعي والثبات المطلق للعقد وشرط التحكيم وشرط خضوع العقد للقانون الخاص ، ثم هناك الآثار الخاصة بنقل التكنولوجيا وهي واحدة من أهم آثار عقود B.O.T .

لذلك سنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

- **المبحث الأول :** الآثار الخاصة المتعلقة بالمشروع ذاته .
- **المبحث الثاني :** آثار خاصة تتعلق بسيادة الدولة .
- **المبحث الثالث :** نقل التكنولوجيا .

المبحث الأول
الآثار الخاصة المتعلقة بالمشروع ذاته

تمهيد وتقسيم :

إن أولى الآثار الخاصة لعقد B.O.T المتعلقة بالمشروع ذاته تتجلى بأعمال الإنشاء , حيث يتعين على شركة المشروع بعد إبرام العقد القيام بأعمال إنشاء وتشييد المشروع وتوريد الآلات والتجهيزات والمعدات اللازمة.

ويأتي بعد ذلك القيام بأعمال التشغيل التي تتضمن تشغيل المشروع وصيانته حيث تقوم شركة المشروع باختيار المشغل , وغالباً ما يكون جهة متخصصة . ويعد اختيار المشغل أمراً بالغ الأهمية لأن عائدات المشروع برمتها تتوقف على مدى كفاءة التشغيل والصيانة . وإن تشغيل المشروع يعني تقديم الخدمة موضوع المرفق للمنتفعين وهو ما يؤدي إلى قيام علاقة قانونية بين مشغِّل المشروع والمنتفعين .

لذلك سنوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين :

- **المطلب الأول** : أعمال الإنشاء .
- **المطلب الثاني** : عقد التشغيل وآثاره القانونية .

المطلب الأول
أعمال الإنشاء

تمهيد وتقسيم :

عند قيامها بأعمال إنشاء وتشييد المشروع , قد تلجأ شركة المشروع إلى الأسلوب التقليدي بأن تعهد إلى مقاول أو أكثر للقيام بمهام التشييد وأعمال

الإنشاء وفقاً للمواصفات المتفق عليها في عقد B.O.T . وهو ما ينشأ عنه علاقات يحكمها عقد المقاولة التقليدي . كما قد تلجأ شركة المشروع في ذلك إلى أسلوب ما يسمى ((عقد تسليم المفتاح)) بنماذجه المختلفة , فيتعين على شركة المشروع اختيار طريقة الإنشاء المناسبة لتلبية اشتراطات عقد B.O.T . وسنتناول ذلك في الفرعين التاليين :

- **الفرع الأول :** الأسلوب التقليدي في أعمال الإنشاء .
- **الفرع الثاني :** عقد تسليم المفتاح .

الفرع الأول
الأسلوب التقليدي في أعمال الإنشاء

إن أهم أشكال الأسلوب التقليدي في أعمال الإنشاء أن تتولى شركة المشروع نفسها الإدارة الذاتية لتلك الأعمال , كما قد تلجأ إلى أسلوب عقود إدارة التشييد , ولكل من هذين الأسلوبين مزاياه وسلبياته .

أولاً – أهم أنواع الأسلوب التقليدي في إنشاء المشروعات :

1– الإدارة الذاتية In - House Management :

أ– أعمال الإنشاء في ظل طريقة الإدارة الذاتية :

تقوم شركة المشروع بنفسها في هذه الحالة بإعداد التصميمات والمخططات والرسومات اللازمة للمشروع وذلك بمعرفة الأجهزة الفنية التابعة لها أو بالتعاقد مع مهندس استشاري لإعدادها لحساب شركة المشروع. وتقوم شركة المشروع بالإشراف على أعمال الإنشاء في المشروع بواسطة أجهزتها الفنية أيضاً أو عبر تكليف المهندس الاستشاري بالقيام بها . ويطلق على هذا

النظام تعبير Segmented Design and Construction ، أي تصميم وتنفيذ مستقلين [921] .

ففي هذا النوع من إدارة أعمال الإنشاء تقوم شركة المشروع نفسها بأعمال المقاول الرئيسي من حيث الإشراف على البناء والتنسيق بين أعمال التنفيذ المختلفة والتعاقد مع متعهدي تلك الأعمال كلٌ على حدة [922] , وتحتاج شركة المشروع في هذه الحالة إلى التعاقد مع مهندس مصمم , كما تدخل في علاقة عقدية مع مقاول رئيسي لتنفيذ أعمال البناء . وبدوره يقوم المقاول الرئيسي بالتعاقد مع متعهدين منفذين من الباطن بالقدر اللازم لتنفيذ متطلبات المشروع [923] , كما يتعاقد المهندس المصمم مع مصممين متخصصين حسب حاجته لإتمام أعمال التصميم . إلا أنه لا توجد أية علاقة عقدية بين المهندس المصمم والمقاول , باعتبار أن التعاقد مع المقاول أصلاً يأتي بعد الانتهاء من أعمال التصميم . كما لا توجد أية علاقة بين شركة المشروع والمتعهدين من الباطن أو بين شركة المشروع والمصممين المتخصصين . أي أن العلاقة العقدية لشركة المشروع من حيث الالتزام بالمسؤوليات والالتزامات تكون فقط مع طرفين هما المهندس المصمم والمتعهد [924] .

ويكون للمهندس المصمم أثرٌ كبيرٌ في إدارة المشروع إلى حين تعاقد

(**921**) – جمال الدين نصار , "عقد التشييد في المشروعات بنظام البوت / البووت" ، بحث منشور في مجلة "التحكيم العربي" التي تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم , العدد الثالث , اكتوبر 2000 , ص /114/ .

(**922**) – خالد عبد الله الرشيد , "جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد" , مجلس النشر العلمي , جامعة الكويت , 2004 , ص /116/ .

(**923**) – Jeffrey Delmon, op.cit,p194. -

(**924**) – خالد عبد الله الرشيد , المرجع السابق , ص /117/ .

المالك مع متعهد للتنفيذ . ويسعى المهندس المصمم في هذه الحالة إلى تحميل أكبر قدر ممكن من مسؤولية مخاطر التنفيذ على المقاول , بحيث يجنِّب الجهة المالكة كما يجنِّب نفسه مسؤولية مخاطر التنفيذ [925] .

ب – تقييم طريقة الإدارة الذاتية لأعمال الإنشاء :

تحقِّق هذه الطريقة في إدارة وتنفيذ أعمال الإنشاء وفراً مالياً لشركة المشروع . فالإدارة الذاتية لأعمال الإنشاء تمكِّن شركة المشروع من الاستفادة من التنافس بين المقاولين والمهندسين المصمِّمين والاستحصال على أسعار معقولة ومخفضة .

كما تمكِّن هذه الطريقة شركة المشروع من مراجعة المشروع والسيطرة الكاملة عليه خلال مراحله المختلفة [926] . وتمتاز هذه الطريقة في تنفيذ الأعمال بسهولتها بسبب الخبرات المتراكمة في تطبيقها باعتبارها أكثر طرق الإنشاء استخداماً ورسوخاً , فهي تعدُّ من أقدم الطرق في أعمال الإنشاء وصناعة التشييد ويتم استخدامها في معظم مشروعات القطاع العام والمشروعات الحكومية في مختلف دول العالم [927] .

بيد أن سلبيات عديدة تكتنف هذا النوع من إدارة أعمال الإنشاء أهمها عدم استفادة المهندس المصمم من خبرة المقاول عند القيام بأعمال الدراسة والتصميم ، وكذلك الفترة الزمنية الطويلة التي تستغرقها عمليات التصميم وإبرام عقد التشييد مع المقاول [928] . كذلك فإن انفصال أعمال التصميم عن أعمال التنفيذ واستقلال كل منهما عن الأخرى يؤدي إلى احتمال التأخير في الإنجاز

(**925**) – خالد عبد الله الرشيد , المرجع نفسه , ص /117/ .

(**926**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /157/.

(**927**) – جمال الدين نصار , "عقد التشييد في المشروعات بنظام البوت .." , المرجع السابق, ص /114/ .

(**928**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /157/.

وزيادة التكلفة [929] ، كما يؤدي إلى انتفاء التعاون أو التنسيق بين مهندس التصميم والمقاول , ومحاولة كل منهما تحميل الآخر مسؤولية ما يظهر من سلبياتٍ في العمل أو سوءٍ في التنفيذ , الأمر الذي يؤدي إلى كثير من المطالبات والمنازعات . كما يسعى مهندس التصميم إلى تحميل أكبر قدر من مسؤولية مخاطر التنفيذ للمقاول بغية تجنيب شركة المشروع ونفسه تلك المخاطر وهو ما يدفع المقاول في مقابل تحمُّله هذه المخاطر إلى رفع قيمة السعر الذي يقدمه لإنجاز المشروع [930] .

2- عقود إدارة التشييد Construction management :

أ- مفهوم عقود إدارة التشييد :

تقوم شركة المشروع في هذه الحالة بالتعاقد مع مقاول مدير وهو شخص خبير في شؤون صناعة التشييد يسمى مدير التشييد Construction manager , كما تتعاقد مع مهندس استشاري لإعداد التصميمات والمواصفات الفنية , كذلك تتعاقد شركة المشروع مع مقاول أو أكثر لتنفيذ أعمال التشييد [931] .

ويقوم مدير التشييد بإنجاز الوظائف الإدارية لحساب شركة المشروع, فيتولى القيام بالتخطيط والتنسيق بين المقاولين والإشراف على تنفيذ الأعمال . ويتولى مدير التشييد في هذا الأسلوب دوراً كبيراً في التخطيط والتقدير والمراقبة وغيرها من الوظائف التي يقوم بها وهو ما يتوقف عليه نجاح المشروع [932] . كذلك فإن تنفيذ أعمال المقاولة في ظل

---

(929) - Jeffrey Delmon,op.cit,p194.

(930) - خالد عبد الله الرشيد , "جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد" , المرجع السابق , ص/117/ .

(931) - مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /158/.

(932) - جمال الدين نصار , "عقد التشييد في المشروعات بنظام البوت .." , المرجع السابق, ص /114/ .

هذه الطريقة قد يحتاج إلى التعاقد مع أكثر من مقاول نظراً لتعدد واختلاف طبيعة الأعمال المطلوبة . فيكون هناك مقاول لأعمال الهندسة الإنشائية ومقاول آخر لأعمال الهندسة الميكانيكية , ومقاول لأعمال الكهرباء ... وهكذا . وتقع مسؤولية التنسيق بين مختلف المقاولين على عاتق صاحب العمل ، وحتى في حالة وجود مدير التشييد – المقاول المدير – الذي يُعهد إليه بالإشراف العام على المشروع والتنسيق بين المقاولين ، وهو ما يقارب عقد تسليم المفتاح . إلا أن المقاول المدير لا يسأل عن أية عيوب تنشأ في العمل نتيجة خطأ مهندس التصميم أو أي من المقاولين أو الموردين ، فالمقاول المدير يباشر سلطاته كوكيل عن صاحب العمل [933] .

ب – تقييم طريقة عقود إدارة التشييد :

تتميز هذه الطريقة في أعمال التشييد والإنشاء بالتنسيق الدائم بين عمليتي التصميم والتشييد واستخدام كفاءات متميزة لإنجاز أعمال التشييد في جميع مراحل المشروع ، كما تمكّن هذه الطريقة من القيام بعمليات الإنشاء والتشييد المرحلي مما يؤدي إلى اختصار زمن التصميم والتشييد . كذلك فإن هذه الطريقة في عمليات التشييد والإنشاء تؤدي إلى اختصار التكلفة ورفع نسبة الوفر لدى شركة المشروع عبر خلق التنافس بين المقاولين ، كما تتيح تقييم التكاليف بشكل مستقل وكذلك الجداول والأداء التنفيذي والتعديلات [934].

ولعل أهم سلبيات هذه الطريقة في أعمال الإنشاء هو البدء بتنفيذ المشروع قبل تحديد كلفته الإجمالية ، إضافة إلى تحمُّل شركة المشروع نسبة كبيرة من المسؤولية في المشروع . فالمسؤولية النهائية تظلُّ ملقاة على عاتق صاحب العمل – شركة المشروع – ، وتنحصر مسؤولية المهندس الاستشاري

(**933**) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /302/ .

(**934**) – جمال الدين نصار ، المرجع السابق ، ص /114/ .

أو المقاول المدير في تنفيذ الأعمال وفي حدود قواعد الوكالة ولا يُسأل أي منهما إلا عن أخطائه المباشرة وفقاً للعقد المبرم بين كل منهما وشركة المشروع [935] . كذلك فإن اعتماد نجاح المشروع على نجاح ما يقوم به مدير المشروع من مهام ، إضافة إلى عدم التزام مدير المشروع بضمان جودة العمل أو التكلفة الإجمالية للمشروع يشكِّل نقاطاً سلبية في هذا الأسلوب من أعمال التشييد والإنشاء [936] .

ثانياً – عقد المقاولة التقليدي :

إن الأسلوب التقليدي في أعمال الإنشاء والتشييد سواء في نموذج الإدارة الذاتية أو في طريقة عقود إدارة التشييد ، يتطلب من شركة المشروع إبرام عقود مقاولة بشكلها التقليدي . وهو ما يرتب مسؤوليات محددة على عاتق المقاول ويخلق علاقات عقدية محددة يحكمها هذا العقد .

1– التعريف بعقد المقاولة :

عرفت المادة /612/ من القانون المدني السوري عقد المقاولة بقولها: ((المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء ثمن يتعهد به المتعاقد الآخر)) [937] .

والمقاولة عقد من عقود القانون الخاص . وهي تعتبر عقداً مدنياً بالنسبة لرب العمل إلا إذا كان تاجراً وأبرم العقد لحاجات تجارته فإنه يعتبر عملاً تجارياً بالتبعية . أما بالنسبة للمقاول فإن العقد يكون مدنياً أو تجارياً

---

(935) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /303/ .

(936) – جمال الدين نصار ، المرجع نفسه ، ص /114/ .

(937) – هذا النص مطابق لنص المادة /646/ من القانون المدني المصري ، كما عرف القانون المدني الفرنسي في المادة /1710/ منه عقد المقاولة بأنه ((ذلك العقد الذي يلتزم فيه أحد الأطراف على عمل شيء لحساب آخر ، مقابل أجر متفق عليه فيما بينهم)) .

بحسب العمل الذي يقوم به . فإذا كان هذا العمل مدنياً كان العقد مدنياً وإذا كان تجارياً فإن العقد يكون كذلك . وعلى ذلك تكون المقاولة عقداً تجارياً إذا كان محلها عملاً من أعمال الصناعة كما تعتبر تجارية إذا كان محلها إنشاء المباني [938] .

ولا يخضع المقاول لإرادة صاحب العمل وإشرافه بل يعمل مستقلاً وفق شروط العقد ويقوم بالعمل لمصلحته وعلى مسؤوليته الخاصة ولا يعتبر صاحب العمل – شركة المشروع – مسؤولاً عن عمل المقاول [939] . إلا أن صاحب العمل من حقه أن يراقب العمل والمقاول للتأكد من أن العمل يجري طبقاً للشروط والمواصفات المتفق عليه ولأصول الصناعة وعرف أهل الحرفة . ولصاحب العمل حق التدخل لمنع المقاول من المضي في عمله المعيب أو المخالف لشروط العقد [940] . ويكون المقاول ملزماً بإنجاز العمل والتزامه هذا هو التزام بتحقيق غاية ، وهو مسؤول عن خطئه وعن خطأ تابعيه ، وإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب إتباع العرف وخاصة في أصول الصنعة والفن [941] .

فالمقاول مسؤول عن خطئه مسؤولية عقدية ، ويتحقق خطأه ومسؤوليته إذا هو خالف الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرف عن

(**938**) – راجع في ذلك : عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، دار إحياء التراث العربي – بيروت – 1964 ، ص /44/ . ومحمد لبيب شنب ، "شرح أحكام عقد المقاولة" ، ص /53/ .

(**939**) – قرار محكمة النقض السورية رقم /91/ في الدعوى رقم أساس /19/ تاريخ 1970/3/14 ، منشور في "المحامون" لعام 1970 ، ص /285/ .

(**940**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط ... " ، الجزء السابع ، المرجع السابق ، ص /83/.

(**941**) – قرار محكمة النقض السورية رقم /1355/ أساس /1788/ تاريخ 1983/6/20 ، منشور في "التقنين المدني السوري" للمحامي شفيق طعمة ، دمشق ، 1985 ، الجزء السادس ، ص /5218/ القاعدة /2369/ .

تقاليد الصنعة وعرفها أو ثبت قصوره الفني . ويكون المقاول مسؤولاً عن مساعديه مسؤولية المتبوع عن التابع وهي مسؤولية عقدية لا تقصيرية . ويكون المقاول مسؤولاً أيضاً تجاه صاحب العمل عن المقاول من الباطن ولو أن هذا الأخير يعمل مستقلاً وغير خاضع لتوجيه المقاول وإشرافه [942] .

ويلتزم المقاول بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها ، أو في المدة المعقولة إذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة ، وهو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية . فإذا تأخر في الإنجاز ، يتعين عليه حتى تنتفي مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي ولا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد [943] .

2- عقود المقاولات المتعلقة بالتشييد والإنشاء والمرافق :

لا يوجد تنظيم قانوني شامل وخاص بعقود المقاولات المتعلقة بالبناء والتشييد والإنشاء والمرافق والمنشآت الصناعية وكافة أعمال الهندسة المدنية. وذلك سواء على المستويات المحلية أو على المستوى الدولي . فالقواعد القانونية التي تحكم هذه الأمور مازالت متناثرة بين القواعد العامة في العقود والالتزامات ، وقواعد خاصة بعقد المقاولة بمعناه الواسع الذي يتضمن جميع أنواع المقاولات ، وقواعد عرفية [944] .

فلا يوجد تحديد وتعيين لعقد المقاولة للأعمال الهندسية المدنية . فالقانون المدني الفرنسي لم يعرف عقد المقاولة لمشروع الإنشاء والتشييد وإنما عرفه باعتباره عقد إجارة أعمال . فالمادة /1710/ من القانون المدني

---

(942) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط ... " ، الجزء السابق ، المرجع السابق ، ص /75/ .

(943) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط ..." ، الجزء السابع ، المرجع السابق ، ص /76/.

(944) – مصطفى رشدي شيحة ، "بعض المظاهر المالية القانونية لعقد المقاولة الدولي" ، بحث منشور في كتاب "مقاولات الأعمال المدنية " الصادر عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة ، القاهرة ، 1995 ، ص /25/ .

الفرنسي عرَّفت عقد المقاولة بأنه ((ذلك العقد الذي يلتزم فيه أحد الأطراف على عمل شيء لحساب آخر ، مقابل أجر متفق عليه فيما بينهم)) .

وهو ذات الاتجاه الذي اتجه إليه المشرِّع في كل من مصر (المادة /646/ من القانون المدني) وسورية (المادة /612/ من القانون المدني) .

وإزاء هذا النقص من جانب التشريع اضطر القضاء الفرنسي إلى تحديد هذا العقد من واقع التجربة العملية . فقررت محكمة النقض الفرنسية عام 1968 بأنه اتفاق يكلِّف بواسطته شخص ما شخصاً آخر بتنفيذ عمل عن طريق إنجاز أعمال مادية دون أن يكون ممثلاً له [945] .

وقد استقر القضاء الفرنسي ، وسار معه الفقه في ذلك ، عند تحديده لعقد المقاولة للإنشاء والتشييد على عدة معايير ، من أهمها الاستقلال في أداء المهام ، أي عدم خضوع المقاول لإرادة رب العمل وإشرافه . وألا يكون صاحب العمل – شركة المشروع – مسؤولاً عن المقاول مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه ، واستقلالية العلاقات التعاقدية ، أي أن المقاول يعمل مستقلاً طبقاً لشروط العقد . وهذه الشروط هي التي تحدد الأعمال المطلوبة والمواصفات والأثمان والأجور ، والفترة التي يلتزم بإنهاء الأعمال خلالها ، وجميع الحقوق والالتزامات الأخرى الناشئة عن عمليات الإنشاء والتشييد [946] .

بيد أن استقلالية المقاول في عمله لا تعني إهماله لتعليمات أو توجيهات صاحب العمل أو المهندس الاستشاري ، أو عدم اتباعه المواصفات المتفق عليها . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية عام 1970 ، بأن غياب علاقة التبعية لا يعني استبعاد التوجيهات العامة وملاحظات صاحب العمل

(**945**) – مصطفى رشدي شيحة ، "بعض المظاهر المالية القانونية لعقد المقاولة الدولي" ، المرجع السابق ، ص /26/ .

(**946**) – مصطفى رشدي شيحة ، المرجع السابق ، ص /26/ .

التي تفرضها ضرورات تحقيق الهدف أو الغاية من العمل [947] .

ويلاحظ من تعريف القانون المدني في كل من مصر وسورية [948] لعقد المقاولة أنه تعريف متسع ويشمل عدة وظائف كمقاولات المباني والمنشآت الثابتة من جسور وطرق وسواها . ويرى البعض أن ذلك التعريف لا يشتمل على مقاولات بناء وتجهيز المنشآت الصناعية [949] . إلا أن العديد من المواد الواردة في إطار عقد المقاولة لا تنطبق إلا على مقاولات البناء والتشييد . فالمادة /617/ من القانون المدني السوي تكلمت عن مسؤولية كل من المهندس المعماري والمقاول بالضمان [950] ، والمادة /618/ من القانون نفسه نظَّمت مسؤولية المهندس المعماري عن التصميم [951] وقد أكدت المادة /619/ من

(**947**) – مصطفى رشدي شيحة ، المرجع نفسه ، ص /27/ .

(**948**) – عرفت المادة /646/ من القانون المدني المصري عقد المقاولة بأنه ((عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر)) ، وهو نفس التعريف الذي أتى به القانون المدني السوري في المادة /612/ منه .

(**949**) – مصطفى رشدي شيحة ، المرجع السابق ، ص /27/ .

(**950**) – نصت المادة /617/ من القانون المدني السوري على ما يلي : ((1– يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى وذلك لو 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 عشرة 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)) . وهذا النص مطابق للمادة /651/ من القانون المدني المصري .

(**951**) – نصت المادة /618/ من القانون المدني السوري على أنه : ((إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف الرقابة على التنفيذ لا يكون مسؤولاً إلا عن

القانون المدني السوي أن أحكام ضمان المقاول والمهندس تعد من النظام العام [952] .

نخلص من ذلك إلى القول بأن الشريعة اللاتينية والقوانين التي تأثرت بها ، كالقانون الفرنسي وكذلك القانون في كل من مصر وسورية ، قد وضعت أحكاماً عامة ومختصرة لعقد المقاولة بمعناه الواسع . إلا أن هذه النظم لم تضع الأحكام والقواعد المنظمة لعمليات الإنشاء والتشييد وإقامة المصانع والبنية الأساسية ، ولم تناقش عقود التصميم والهندسة أو عقود تسليم المفتاح ، وليس فيها تحديد شامل لمسؤولية صاحب العمل أو مسؤولية المهندس الاستشاري ومقاولي الباطن ومشاكل التمويل والضمانات المصرفية والمخاطر المختلفة . وحتى الاجتهادات الفقهية قصرت الإرادة المشتركة للعرض والطلب الخاصّين بعنصرين أساسيين فقط هما جوهر العقد : العمل الذي يجب أن يُمارس والثمن الذي يجب أن يدفع [953] .

أما في النظام الانجلوسكسوني أو ما يسمى بشريعة القانون العام والسوابق القضائية ، والذي تأثرت به الكثير من قواعد التجارة الدولية ، فليس هناك أي مفهوم خاص لعقد مقاولة البناء والتشييد والأعمال العامة ، حيث أن الأمر متروك هنا للقواعد العامة التي تحكم العلاقات العقدية [954] . بيد أن هناك بعض المصادر الحقيقية للقواعد الاتفاقية في هذه المجال ، وهي مشتقة من خلال الممارسة والتجربة الدولية ولعل أهما القواعد الإرشادية لعقود

العيوب التي أتت من التصميم)) . وهذا النص مطابق للمادة /652/ من القانون المدني المصري .

(**952**) – نصت المادة /619/ من القانون المدني السوري على أنه : ((يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه)) . وهذا النص مطابق للمادة /653/ من القانون المدني المصري .

(**953**) – مصطفى رشدي شيحة ، المرجع السابق ، ص /28/ .

(**954**) – مصطفى رشدي شيحة ، المرجع نفسه ، ص /29/ .

المقاولات الدولية للبناء والتشييد والتي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم الفيديك (FIDIC) [955] .

((Federation International Des Ingenieurs Conseils))

ويعد النموذج الأحدث الصادر عن الفيديك سنة 1999 والمعروف باسم ((الكتاب الفضي)) هو الأكثر شهرة كونه مخصص لمعالجة عقد التشييد في إطار مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص .

الفرع الثاني
عقد تسليم المفتاح

يعد عقد تسليم المفتاح Turn – Key Contract ، وهو ما يسمى أيضاً بعقد التصميم والإنشاء Design – Build ، نمطاً عقدياً جديداً من شأنه أن يجنِّب شركة المشروع مساوئ الأسلوب التقليدي في عقود الإنشاء . ويشكّل عقد تسليم المفتاح الطريقة الأنسب لتنفيذ عقد B.O.T . ويعد النموذج الصادر عن الفيديك والمعروف باسم ((الكتاب الفضي)) هو النموذج الأكثر شهرة باعتباره يعالج عقد التشييد في إطار مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص [956] .

---

(955) – الفيديك هو مختصر لمسمى الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين ، باللغة الفرنسية ، وقد تأسس الفيديك عام 1913 بواسطة ثلاث مؤسسات وطنية للمهندسين الاستشاريين في أوروبة . واستهدف تشكيله دعم المصالح المهنية المشتركة لكيانات الأعضاء وإتاحة المعلومات المفيدة لأعضاء الكيانات الوطنية المنضمة له .

(956) – إلى جانب نموذج الفيديك ، توجد عدة نماذج عقود تسليم المفتاح منها :

أولاً – التعريف بعقد تسليم المفتاح :

1– ماهية العقد :

يقصد بعقد تسليم المفتاح ذلك الاتفاق الذي يتولى بموجبه أحد الطرفين إقامة منشأة أو مصنع وتسليمه جاهزاً للتشغيل والإنتاج [957] . وعلى ذلك فعقد تسليم المفتاح لا يخرج عن كونه عقد مقاولة ، وهو يخضع لذات القواعد العامة

1– نموذج جمعية التطوير الهندسي باليابان ENAA . وقد أسست هذه الجمعية في آب 1978 وتم دعمها من قبل وزارة التجارة الدولية في غرفة الصناعة اليابانية . وقد أصدرت ENAA الطبعة الأولى من هذا العقد سنة 1986 . ثم أصدرت نموذجاً آخر في 1992 . وقد أعد هذا النموذج الثاني خصيصاً للمشروعات الصناعية . كما أصدرت ENAA في سنة 1996 نموذجاً خاصاً لعقود تسليم المفتاح بغرض تصميم وبناء محطات الكهرباء . وقد تبنى البنك الدولي World Bank نموذج ENAA لسنة 1992 بالنسبة لعقود تسليم المفتاح التي يتم تمويلها عن طريق البنك الدولي والجهات التابعة له .

2– نموذج معهد المهندسين المدنيين بانكلترا (ICE) : Institute of Civil Engineers ، ويقتصر استخدام هذا النموذج على انكلترا ولم يكتسب صفة دولية لخصوصيته المحلية حيث يعكس العرف والعادات التي جرى عليها التعامل في صناعة الإنشاءات داخل انكلترا .

3– نموذج المعهد الأمريكي للمهندسين المعماريين AIA . ويعد النموذج الأساسي المتعارف عليه في الولايات المتحدة الأمريكية ، وقد صدر هذا النموذج في سنة 1985 ، ولم يستخدم في العمل الدولي لخصوصيته واقتصاره على مواكبة احتياجات العمل في الولايات المتحدة الأمريكية .

4– نموذج المقاولين الدوليين الأوربيين (EIC) : تتكون هذه المؤسسة من عضوية خمسة عشر اتحاداً للصناعات الإنشائية في خمسة عشر دولة أوربية . وقد صدر هذا النموذج في سنة 1994 ولم يحقق انتشاراً في العمل الدولي .

راجع في ذلك : هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص " ، المرجع السابق ، ص /316/ .

(957) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي ، "النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا .." ، المرجع السابق ، ص /55/ .

التي يخضع لها عقد المقاولة من حيث تكوينه . فعقد تسليم المفتاح على الرغم من ضخامته سواء لجهة حجم الأعمال فيه أو لجهة قيمتها فهو عقد رضائي لا يلزم لانعقاده أية شروط شكلية [958] .

وغالباً ما يستعين المقاول في عقد تسليم المفتاح بمقاولين من الباطن ويعهد إليهم بتنفيذ العمليات التي تدخل في اختصاصهم في حالات إقامة المنشآت الضخمة التي تحتاج إلى العديد من المهارات والخبرات الفنية [959].

والأصل أن تنتهي التزامات المقاول في عقد تسليم المفتاح بإتمام عمليات الإنشاء وتوريد التجهيزات والآلات وتركيبها وتجربتها وإعداد المنشأة للتشغيل . أما التشغيل ذاته وإدارة المنشأة وتسويق الإنتاج فهي عمليات من شأن شركة المشروع تتولاها بواسطة كوادرها . ولكن قد يطلب من المقاول مزيداً من المعونة الفنية ، نظراً للحاجة إليها ، فيعهد إليه بخدمات إضافية تجاوز ما يشمله عقد تسليم المفتاح التقليدي ، وهي تشغيل المنشأة وتدريب العاملين ويطلق على العقد عندئذ اسم ((عقد تسليم إنتاج)) [960] أو عقد تسليم المفتاح الشامل أو الثقيل [961] .

---

(958) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /326/ .

(959) – راجع في ذلك : محسن شفيق ، "عقد تسليم مفتاح – نموذج من عقود التنمية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر ، ص /6/ . يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي ، "النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا .." ، المرجع السابق ، ص /56/ . عبد الرؤوف جابر ، "الوجيز في عقود التنمية التقنية" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، ص /138/ . الياس ناصيف ، "العقود الدولية عقد المفتاح في اليد"، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 ، ص /34/ . وفاء مزيد فلحوط ، "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا .." ، المرجع السابق ، ص /337/ .

(960) – محسن شفيق ، "عقد تسليم مفتاح .." ، المرجع السابق ، ص /6/ .

(961) – مثال ذلك العقد المبرم بين وزارة الري في سورية وشركة سابتا الإيرانية بتاريخ 2001/1/15 حيث تم الاتفاق على التزام المورد "شركة سابتا" بتقديم الأشغال والتوريدات

2- أشخاص العقد :

نقصد بأشخاص العقد ليس فقط أطرافه الموقعين عليه وإنما الأشخاص الآخرون أيضاً الذين ليسوا من أطرافه ، ومع ذلك فإن لهم شأناً ودوراً فيه . فطرفا عقد تسليم المفتاح هما شركة المشروع والمقاول ، وهما الموقعان على العقد أصلاً والذي تنصرف إليهما آثار العقد من حقوق والتزامات . بيد أن أشخاصاً غير أطراف العقد يلعبون دوراً في العقد .

أ- المقاول :

وهو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتعهد بتنفيذ المشروع [962] . ونظراً للأحجام الضخمة والمتطلبات الفنية المتنوعة والمخاطر الكبيرة لمشروعات البنية الأساسية المنفذة بنظام B.O.T ، فالغالب أن تتعاون عدة شركات مقاولة من دولة واحدة أو من دول مختلفة على القيام بتنفيذ المشروع [963] ، ويطلق على هذا التجمع اسم ((الكونسورتيوم)) Consortium أو المشروع المشترك Joint Venture [964] . وإن اصطلاح ((المشروع

والخبرة الفنية اللازمة لتقديم وتركيب تجهيزات محطة كهربائية ونقلها إلى موقع العمل ، مع التزامه بتدريب العناصر التي تسميها الإدارة في ورشات العمل في سورية وتقديم المساعدة الفنية عبر إيفاد خبرائه ليقوموا بعمليات الإشراف والتدريب . راجع : وفاء مزيد فلحوط ، "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا .." ، المرجع السابق ، ص /341/ .

(962) – محسن شفيق ، "عقد تسليم مفتاح .. " ، المرجع السابق ، ص /13/ .

(963) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /335/ .

(964) – يعد المشروع المشترك Joint Venture ظاهرة اقتصادية قانونية لها مصدر تاريخي وقد قام بنيانه على أساس فكرة التعاون بين المشروعات التي لها نشاط خارجي أو داخلي متكامل أحياناً ومتشابه أحياناً أخرى . وإن النشاط الخارجي أو الداخلي المشترك بين المشروعات له مخاطره فأصبح الـ Joint Venture فضلاً عن أنه وسيلة للتعاون المشترك بين المشروعات ، وسيلة فنية لتوزيع مخاطر الاستثمار الذي تشارك في تنفيذه ،

المشترك)) يعني وفقاً للأعراف الدولية التعاون في شكل شركة ، بينما يعني اصطلاح ((الكونسورتيوم)) التعاون على أساس العقد فقط [965] . ويسود اصطلاح ((الكونسورتيوم)) في دول نظام القانون المدني كفرنسا وإيطاليا واسبانيا وما سار على نهجها كمصر وسورية ، أما اصطلاح ((المشروع المشترك)) فهو يستخدم بشكل أكبر في دول النظام الانكلوأمريكي كانكلترا والولايات المتحدة الأمريكية واستراليا [966] .

ويكون أعضاء ((الكونسورتيوم)) أو المشروع المشترك مسؤولين بالتضامن تجاه رب العمل – شركة المشروع – ، بغض النظر عن التنظيم الداخلي لعلاقاتهم وتوزيع المسؤوليات فيما بينهم . كما تكون التزاماتهم غير قابلة للانقسام حيث أن شروط العقد تعامل أعضاء التجمع كمقاول واحد فيما يتعلق بحقوقهم والتزاماتهم ودون تفرقة . وهذا ما أخذ به نموذج الفيديك في

وللحدّ من المنافسة بينها في الأسواق الخارجية والداخلية . وتحقيقاً لكل هذه الأغراض قام نظام Joint Venture من الناحية القانونية كنظام قانوني جديد فهو بنيان قانوني له أهداف اقتصادية محددة . وهو يمثل نظاماً تعاقدياً خاصاً تقوم الالتزامات المتبادلة بين الشركاء فيه على أساس أنه تنظيم مالي وإداري خاص تتجمع فيه الأشخاص والأموال بطريقة خاصة لتحقيق غرض اقتصادي مشترك دون أن يكون له استقلال قانوني أو إداري أو مالي . ولما كان القانون لا يجعل من الـ Joint Venture شكلاً قانونياً خاصاً من أشكال التجمعات التي ينظمها فإنه لا يعتبر شركة ولا يكتسب الشخصية القانونية طبقاً لشروط اكتساب الشخصية القانونية كما حددها القانون وهي وجوب اتخاذ إجراءات الشهر أو النشر التي نص عليها . ومع ذلك فإن الفقه يرى في الـ Joint Venture شكلاً من أشكال الشركة التي نظمها القانون طالما توافرت فيه خاصية التجمع والتنظيم .

راجع : محمد شوقي شاهين ، "المشروع المشترك التعاقدي ، طبيعته وأحكامه في القانون المصري والمقارن" ، 2000 ، ص /79/ .

(**965**) – ماجد عمار ، "النظام القانوني لكنسورتيوم المقاولات" ، بحث منشور في كتاب "مقاولات الأعمال المدنية" ، الصادر عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة ، القاهرة ، 2005 ، ص /55/ .

(**966**) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /337/ .

شأن عقود تسليم المفتاح . فوفقاً للشروط العامة للفيديك – الكتاب الفضي – فإنه إذا اتخذ المقاول شكل كونسورتيوم أو مشروع مشترك يتكون من مجموعة من المقاولين دون أن يكون لهذا التجمع شكل شخصية معنوية مستقلة ، فإن مسؤولية أعضاء التجمع تكون مسؤولية تضامنية تجاه صاحب العمل – شركة المشروع – في تنفيذ العقد . ويحظَّر على المقاول – الكونسورتيوم أو المشروع المشترك – أن يحدث أي تغيير في كيانه القانوني أو تغيير أي من أعضائه دون الحصول على موافقة مسبقة من رب العمل [967] . ولا يجوز للمقاول التنازل عن العقد إلى الغير ليحلَّ هذا الغير محله فيما يرتبه العقد من حقوق والتزامات ، ما لم تكن هناك موافقة خطية من رب العمل . ومن العقود ما لا يجيز لرب العمل رفض الموافقة على التنازل إلا لمبررات مقبولة [968] .

ب – رب العمل :

وهو المنشأة صاحبة المشروع التي تعلن عن رغبتها في التعاقد مع مقاول لتنفيذه ، وهي في عقود B.O.T شركة المشروع .

ج – المقاول من الباطن :

(**967**) – نصت المادة 14/1 من الشروط العامة لعقد الفيديك ((شروط عقد التشييد لأعمال البناء والهندسة المصممة من رب العمل)) – الكتاب الفضي – ، على ما يلي :

- 1-14 Joint and Several Liability :

The Contractor constitutes (under applicable laws) a Joint venture, consortium or other unincorporated grouping of two or mor persons :

(a) these persons shall be deemed to be jointly and severally liable to the Employer for the performance of the Contract,

(b) these persons shall notify the Employer of their leader who shall have authority to bind the contractor and each of these persons, and

(c) the Contractor shell not alter its composition or legal status without the prior consent of the Employer.

(**968**) – محسن شفيق ، "عقد تسليم مفتاح" ، المرجع السابق ، ص /15/ .

إن ضخامة المشروع المنفذ بنظام B.O.T وتشعُّب المسائل الفنية والتخصُّصات يجعل من العسير على المقاول حتى في حالة الكونسورتيوم والمشروع المشترك ، أن ينفرد بتنفيذ المشروع دون الاستعانة بغيره من الشركات المتخصصة . فعلى الرغم من أن الكونسورتيوم أو المشروع المشترك يتكون من مجموعة من المقاولين إلا أن ذلك لا ينفي اللجوء إلى التعاقد مع مقاول من الباطن . وقد جرت عقود تسليم المفتاح إلى إجازة المقاولة من الباطن . وصار هذا الشرط تقليدياً لا يكاد يخلو منه عقد تسليم مفتاح [969] .

ولا يحق للمقاول التعاقد من الباطن على جميع الأعمال وإلا عُدَّ ذلك تنازلاً عن العقد ، وهذا غير جائز . وقد يتدخل رب العمل في اختيار المقاول من الباطن إلا أنه لا يتعاقد معه ، فالذي يبرم عقد المقاولة من الباطن هو المقاول الأصلي ، يبرمه باسمه ، وهو عقد مستقل عن عقد تسليم المفتاح. فلا تنشأ أية علاقة عقدية بين رب العمل والمقاول من الباطن . ومع ذلك فإن عقد تسليم المفتاح يجيز أحياناً لرب العمل دفع المبالغ المستحقة للمقاول من الباطن إذا امتنع المقاول الأصلي أو تراخى في ذلك دون مبرر . ويبقى المقاول الأصلي هو المسؤول تجاه رب العمل عن تنفيذ جميع الأعمال سواء منها ما قام بتنفيذه بنفسه أو ما عهد به إلى المقاول من الباطن [970] .

ويعمل المقاول من الباطن مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يُعدُّ تابعاً له . وتخضع العلاقة بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن لذات القواعد التي تحكم العلاقة بين رب العمل والمقاول .

فمسؤولية المقاول الرئيسي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية المتبوع عن التابع ، وإنما هي مسؤولية عقدية تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي

(**969**) – راجع في ذلك : هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /341/ . محسن شفيق ، "عقد تسليم مفتاح" ، المرجع السابق ، ص /17/ .

(**970**) – محسن شفيق ، "عقد تسليم المفتاح" ، المرجع السابق ، ص /18/ .

التي تقوم على افتراض أن كل الأعمال والأخطاء التي تصدر عن المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة لرب العمل صادرة عن المقاول الأصلي فيكون هذا مسؤولاً عنها قبله [971] .

د – ممثلو رب العمل والمقاول (الملاحظون) :

يعين كل طرف في العقد ممثلاً عنه ، ويطلق عليه أحياناً اسم ((ملاحظ)) ، وتكون مهمة هؤلاء الممثِّلين أو الملاحظين التواجد بشكل دائم في موقع العمل خلال ساعات العمل لمتابعة سيره والتشاور فيما بينهم بشأن كل ما يهم سير العمل . وممثّل أيٍّ من الطرفين هو حلقة الاتصال بين الطرف الذي عيّنه والطرف الآخر في العقد . فيبلغ من يمثِّله بما يجري في موقع العمل وينقل إليه وجهة نظر الطرف الآخر في المسائل التي تحتاج إلى اتفاق الطرفين . ويخوَّل الملاحظ أحياناً سلطة إجراء بعض التصرفات القانونية لحساب من يمثله كالتعاقد مع العاملين أو مع شركات النقل أو شراء مواد فيصير الملاحظ عندئذ وكيلاً عمَّن يمثله فيما يتعلق بتلك التصرفات [972] .

هـ – الخبير :

درج العمل في الماضي على أن يقوم المهندس الاستشاري ، إلى جانب تمثيله لمصالح رب العمل ، بدور شبه تحكيمي ، فيما يتعلق باعتماد الرسومات والمواصفات والموافقة على برامج العمل وحضور التجارب الفنية واعتماد نتائجها والنظر في المطالبات المالية . ولكن الاتجاه الحديث في عقود تسليم المفتاح هو إلغاء هذا الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري وقصر دوره على تمثيل مصالح رب العمل في مواجهة المقاول وممثِّليه . لذلك تم استحداث النص على تعيين خبير أو أكثر عند بداية العقد يتفق عليه الأطراف مسبقاً ويحدد العقد طريقة تعيينه وكيفية أداء أتعابه وتنظيم إجراءات عمله

(**971**) – عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط .." ، الجزء السابع ، المرجع السابق ، ص /223/.

(**972**) – محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص /23/ .

لتسوية أية مشكلة فنية أو نزاع مالي أو فني بين الأطراف . والأصل في قرارات الخبير أنها غير ملزمة ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك . ويجب أن يكون الخبير محايداً لأنه يلعب دوراً تحكيمياً بالنسبة للقرارات النهائية ودوراً شبه تحكيمي بالنسبة للقرارات غير الملزمة [973] .

ثانياً – التزامات طرفي العقد :

1– التزامات المقاول :

يلتزم المقاول في إطار عقد تسليم المفتاح بثلاثة التزامات رئيسية هي إنجاز الأعمال موضوع العقد وتسليمها وضمانها .

أ – إنجاز الأعمال موضوع العقد :

يستلزم إنجاز الأعمال في ظل عقد تسليم المفتاح عدداً من الأمور الأساسية ، أهمها إعداد التصميمات والرسومات اللازمة فهي تقع على عاتق المقاول وهو مسؤول عن دقَّتها وعن مطابقتها لبنود العقد [974] . وإن التزام المقاول بهذا الشأن هو التزام بتحقيق غاية وليس ببذل عناية [975]. والأصل أن يقوم المقاول بالتصميم بنفسه معتمداً على كوادره الهندسية التي يُشترط أن تتوافر فيها الضمانات المهنية اللازمة ، ولا يجوز التنازل عن أعمال التصميم إلى الغير كلاً أو جزءاً ، وإن كان يجوز التنازل الجزئي المؤدي إلى التعاقد مع مصمِّم من الباطن [976] .

ويلتزم المقاول بإقامة الأبنية والمنشآت اللازمة على نفقته . ويجوز لرب العمل إدخال تعديلات على خرائط البناء أثناء التنفيذ شريطة ألا تشكِّل

---

(973) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /344/ .

(974) – - Jeffrey Delmon, op.cit, p193.

(975) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /346/ .

(976) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص/162/.

تغييراً جوهرياً وشاملاً ، كما يجوز للمقاول إدخال تعديلات أو تغييرات على الرسومات الأصلية إذا تبين له أثناء التنفيذ وجود أخطاء أو عيوب فنيَّة فيها ، ويتحمل المقاول نفقات تصحيح الرسم أو تعديله إلا إذا كان العيب متأتِّياً من تعليمات صريحة أو من معلومات خاطئة صادرة عن رب العمل [977] . ويجب على المقاول أن يقدم إلى رب العمل أثناء التنفيذ أية مقترحات يكون من شأنها خفض تكلفة رب العمل في تنفيذ أو صيانة أو تشغيل الأعمال أو رفع كفاءة المرفق [978] .

ويلتزم المقاول بنقل التكنولوجيا اللازمة وتجهيز المنشأة بالمعدات والتجهيزات اللازمة لتشغيلها وفقاً لمواصفات العقد . ويمتدُّ التزام المقاول ليشمل كل ما يحتاجه المرفق من معدات وتجهيزات ليصير صالحاً للغرض الذي أعد من أجله ولإنتاج الخدمة المعنية .

وتنتقل ملكية كل من الآلات والتجهيزات إلى رب العمل بمجرد إبرام العقد وتحديد وتعيين هذه الآلة . ويجوز الاتفاق على موعد آخر لنقل الملكية. وتنص عقود تسليم المفتاح عادة على أن المعدات والآلات تنتقل ملكيتها إلى رب العمل عند توريدها إلى الموقع . وتبقى تبعة الهلاك على عاتق المقاول إلى أن يتم تسليم الآلة وتشغيلها وتسليم الأعمال إلى رب العمل [979] .

ويلتزم المقاول بتقديم التأمينات المطلوبة بموجب العقد والتأمين على الأموال والأعمال . فيتعين التأمين على الأشغال ومعدات المقاول ، وكذلك التأمين ضد الأضرار التي تلحق بالأشخاص والممتلكات وتأمين الحوادث وإصابات العمل ، وبشكل عام يجب أن يكون التأمين مغطياً ، وفي كل

---

(977) – عبد الرؤوف جابر ، "الوجيز في عقود التنمية التقنية" ، المرجع السابق ، ص /168/.

(978) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /348/ .

(979) – راجع في ذلك : هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /355/ . الياس ناصيف ، "العقود الدولية ، عقد المفتاح باليد" ، المرجع السابق ، ص /99/ .

الأوقات ، لصاحب العمل والمقاول ضد جميع الخسائر والأضرار في أثناء فترة العمل وفترة الصيانة وضمن جميع العمليات التي يقوم بها المقاول للوفاء بالتزاماته [980] .

ب – التزام المقاول بالتسليم :

ويقصد بالتسليم تسليم المشروع أو المنشأة كوحدة كاملة بعد إنجاز إنشائها وتجهيزها ، ويقابل هذا الالتزام التزام رب العمل بالاستلام . ويتم التسليم بعد إجراء تجربة لاختبار صلاحية المصنع أو المنشأة للتشغيل وإنتاج السلعة بالمواصفات المتفق عليها في العقد [981] .

ولا يعتبر التشغيل التجريبي استلاماً بموجب العقد . وإذا جاءت نتيجة تجربة التشغيل سلبية التزم المقاول بإصلاح العيوب ، أما إذا جاءت إيجابية التزم رب العمل بتسلُّم المشروع . ويترتب على التسليم آثار قانونية مهمة تتمثل في انتقال ملكية المشروع إلى رب العمل وبدء سريان فترة الضمان الاتفاقي واستحقاق المقاول رصيد الثمن [982] .

ج – الالتزام بضمان العيوب :

بعد استلام رب العمل المشروع تبدأ مرحلة الضمان ، حيث يظل المقاول ملتزماً بضمان إصلاح أية عيوب يكتشفها رب العمل .

2- التزامات شركة المشروع :

الالتزام الأساسي الذي ينشئه عقد تسليم المفتاح على رب العمل هو أداء الثمن . إضافة إلى التزامات أخرى تهدف إلى تمكين المقاول من إنجاز العمل .

أ – التزام شركة المشروع بتسديد الثمن :

(**980**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /168/.

(**981**) – الياس ناصيف ، "العقود الدولية ، عقد المفتاح في القيد" ، المرجع السابق ، ص/112/ . عبد الرؤوف جابر ، "الوجيز في عقود التنمية التقنية" ، المرجع السابق ، ص /185/ .

(**982**) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /362/ .

الثمن هو المقابل النقدي الذي يؤديه رب العمل لقاء الالتزامات التي يفرضها العقد على المقاول . ويجب أن يكون الثمن مقدَّراً في العقد أو أن يتضمن العقد الأسس التي يتم بموجبها تقدير الثمن .

وقد يتم تقدير الثمن في عقد تسليم المفتاح بشكل إجمالي . حيث يُعيَّن الثمن في العقد بمبلغ ثابت . وتتميز هذه الطريقة في تحديد الثمن بسهولة تحديد مدفوعات ثابتة خلال مراحل الإنجاز . فعندما يكون المبلغ الكلي ثابتاً يمكن تقسيمه بسهولة إلى دفعات حسب مراحل إنجاز الأعمال مما يسمح للجهات المقرضة معرفة وقت الدفع ، كما أنه يشجع المقاول على السرعة في إنجاز الأعمال بشكل فعال على نحو تقبله شركة المشروع [983]. وقد يتم تحديد الثمن بشكل يجيز للمقاول طلب إعادة النظر في التقدير في حالات معينة [984] . وتذهب بعض نماذج عقد تسليم المفتاح إلى إلزام رب العمل بأن يقدِّم للمقاول خلال /28/ يوماً من تلقِّيه طلباً من المقاول ، دليلاً معقولاً على اتخاذه الترتيبات المالية التي تمكّن رب العمل من سداد قيمة العقد [985].

ب – التزامات أخرى على شركة المشروع :

تلتزم شركة المشروع تجاه المقاول بكل ما من شأنه تمكين المقاول من إنجاز العمل ، كتسليمه موقع العمل خالياً من أي معوقات والحصول على التراخيص اللازمة للبناء والتعاقد مع الجهات المختصة لتوصيل خدمات المياه والكهرباء والهاتف إلى موقع العمل [986] .

المطلب الثاني

(**983**) – Jeffrey Delmon, op.cit, p197. -

(**984**) – عبد الرؤوف جابر ، "الوجيز في عقود التنمية التقنية" ، المرجع السابق ، ص /197/.

(**985**) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /367/ .

(**986**) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع نفسه ، ص /367/ .

عقد التشغيل والصيانة

تمهيد :

تعدُّ مرحلة التشغيل أهم مرحلة في عقود B.O.T , لأنها تعمل على تحقيق وتقديم الخدمة المتوخاة من المشروع إلى جمهور المنتفعين , واسترداد شركة المشروع والدائنين والجهات المقرضة لحقوقهم المالية . لذلك فإن قرار اختيار المشغل يعد من أهم قرارات شركة المشروع [987] . فشركة المشروع هي الجهة التي تقرر من يتولى إدارة المشروع وتنفيذه [988] .

وقد تقوم شركة المشروع بأعباء التشغيل بنفسها , ولكنها غالباً ما تقوم بالتعاقد مع جهة متخصصة تتولى عمليات تشغيل المشروع وإدارته وصيانته في إطار عقد B.O.T المبرم أصلاً .

وإن عقد التشغيل والصيانة هو الاتفاق الذي يحدد واجبات ومسؤوليات شركة المشروع والجهة التي تقوم بالتشغيل فيما يتعلق بالتشغيل اليومي للمنشأة , وهو يعالج جميع المسائل التي تتعلق بذلك وبخاصة مدى شمول خدمات الجهة التي تقوم بالتشغيل ومسؤوليات شركة المشروع والضمانات والكفالات والمسؤولية القانونية والتعويض والاطلاع على الدفاتر والقيود والتأمين وحالات التقصير ومعالجاتها وحل الخلافات [989] .

(**987**) – راجع في ذلك : خالد عبد الله العطية , "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" , المرجع السابق , ص /119/ , حسن الهنداوي , "مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق , ص /520/ .

(**988**) – داود خلف , "عقود تنفيذ وتشغيل ونقل الملكية" , المكتبة الوطنية , عمان , 2008 , ص /64/ .

(**989**) – المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع B.O.T ، يونيدو , المرجع السابق , ص /325/ .

وقد تكون الشركة التي يناط بها عملية التشغيل والإدارة هي إحدى الشركات المساهمة في شركة المشروع ذاتها , وهو ما يعطي المشغِّل حافزاً مالياً إضافياً ليقوم بالتشغيل بالصورة الأفضل [990] .

لذلك فإن تشغيل المرفق موضوع عقد B.O.T يؤدي إلى نشوء علاقتين قانونيتين مهمتين : الأولى بين شركة المشروع والمشغِّل , والثانية بين المشغل والمنتفعين من خدمات المرفق [991] .

وسنتناول ذلك بالبحث في الفرعين التاليين :

الفرع الأول
العلاقة بين شركة المشروع والمشغّل

تبرم شركة المشروع مع المشغِّل اتفاقية تشغيل المشروع وصيانته . ويتعين أن تكون هذه الاتفاقية في مجملها مطابقة لاشتراطات التشغيل الواردة في عقد B.O.T المبرم مع الجهة الحكومية [992] .

---

(990) – جيهان حسن سيد أحمد , "عقود B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" , المرجع السابق , ص /59/ .

(991) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /177/.

(992) – وعلى سبيل المثال فقد نصت اتفاقية مشروع محطة سيدي كرير لتوليد الكهرباء في مصر المبرمة وفق نظام B.O.T , على أن تعهد شركة المشروع إلى إحدى الشركات المتخصصة بعملية تشغيل وصيانة محطة الكهرباء بعد إقامتها وإنشائها ، وتنتقل مسؤولية التشغيل إلى شركة الصيانة والتشغيل فور استلام المشروع من المقاول وإتمام مرحلة التشغيل التجريبي وبدء التشغيل الفعلي . ووفقاً للاتفاقية تقدم شركة انترجن لهيئة كهرباء مصر مسودة مكتوبة لإجراءات التشغيل قبل التاريخ المجدوَل للتشغيل التجاري المحدد وقتئذ بثمانية أشهر على الأكثر , وتقدم الهيئة ملاحظاتها واضحة على المسودة خلال خمسة وأربعين يوماً من استلامها . وقد تعاقدت شركة انترجن مع شركة North

ويتضمن اتفاق التشغيل والصيانة بنوداً رئيسية تتفق في مبادئها وإن اختلفت في تفاصيلها من مشروع لآخر فهناك التزامات محددة في العلاقة التي تربط بين شركة المشروع والمشغِّل . بيد أنه لم تظهر بعد في العمل الدولي نماذج لعقود التشغيل والصيانة وذلك على خلاف عقود المقاولة [993].

أولاً – التزامات المشغِّل :

يقع على عاتق المشغِّل العديد من الالتزامات ، وهي التزامات مشتركة لا تختلف من مرفق لآخر ولا باختلاف الخدمة التي يقدمها الجمهور. وبشكل عام فإن المشغِّل يخضع للأحكام العامة لعقد المقاولة باعتبار أنه يتولى تقديم خدمات طوال مدة التشغيل لصالح شركة المشروع .

وإن أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المشغل هي التالية :

1- الالتزام بالتشغيل وفقاً لمعيار المشغِّل الحريص :

فالقاعدة العامة التي تحكم مسؤولية المشغِّل تقضي بتحديد مسؤوليته وفقاً لمعيار المشغِّل الحريص وطبقاً للمعايير الفنية ومعايير الجودة المتبعة في إدارة وتشغيل المرافق المماثلة ، وقد يستلزم الاتفاق أن يتم التشغيل ليس وفقاً

American Energy Services وشركة O&M المصرية للطاقة كمقاول من الباطن للتشغيل والصيانة بعد موافقة الهيئة على ذلك , وتقوم هيئة كهرباء مصر بمراقبة سير إنشاء المجمع واختباره وتجهيزه وتشغيله بشكل دوري ومتكرر وإدارته وإذا لم يكن المجمع جاهزاً للتشغيل في موعده المحدد في الاتفاقية تدفع الشركة للهيئة في نهاية كل شهر تعويض التشغيل التجاري . راجع : محمد متولي , "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" , المرجع السابق , ص /81/ .

(993) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , المرجع السابق , ص /381/ .

للمعايير المحلية وإنما وفقاً لمعايير دولية قد تزيد في درجتها عما تتطلبه معايير التشغيل في الدولة المضيفة [994] .

ويتعين أن يكون تنفيذ التشغيل ضمن المواصفات ومستوى جودة الخدمة المحدد أصلاً في عقد B.O.T المبرم بين شركة المشروع والجهة الحكومية ، وذلك حماية لحقوق المنتفعين [995] .

وتجدر الإشارة إلى أن القواعد التي يتبعها المشغِّل في معرض تشغيله وإدارته للمرفق ، إنما هي انعكاس لما يتضمنه عقد B.O.T المبرم بين شركة المشروع والجهة الحكومية . وهي قواعد تستقل الإدارة بوضعها وتحدَّد أصلاً في دفتر الشروط الخاص بطرح عطاء B.O.T [996] .

2- الالتزام بالصيانة والإصلاح :

يعني الالتزام بالصيانة إجراء الكشوف الدورية على جميع الأصول المستخدمة في المشروع ، وإعداد التقارير الدورية عن حالة المرفق وتجهيزاته وآلاته ، واتخاذ الإجراءات الفنية اللازمة للمحافظة على الآلات والتجهيزات ورفع كفاءتها لتحقيق النتائج المرجوة منها وفقاً لبرامج التشغيل [997] .

ويلتزم المشغّل بوضع البرامج والخطط لعمليات التشغيل والصيانة . ويترتب على ذلك أن يقوم المشغِّل بمراجعة التصاميم الأصلية ونتائج التنفيذ والغرض المستهدف من أداء الخدمة لتقديم برنامج متكامل . إضافة إلى تقديم برنامج متكامل لأعمال الصيانة اليومية والدورية ، وأدلة التشغيل والصيانة ووضع الإجراءات الفنية للحفاظ على جاهزية التجهيزات ، ووضع التقارير

---

(994) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /383/ .

(995) – محمد غاري الجلالي ، "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل .. " ، المرجع السابق ، ص /129/ .

(996) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص/179/.

(997) – هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، المرجع السابق ، ص /386/ .

الدورية لتقديم الخدمة باستمرار ، وتحديد قوائم بقطع الغيار التي يلزم توافرها تحسباً لحالات الطوارئ والأعطال [998] .

وتنص بعض العقود على أن يشمل الالتزام بالصيانة الالتزام بتطوير التجهيزات والآلات ونقل التكنولوجيا اللازمة لتطوير المرفق ورفع كفاءته بشكل يواكب التطور التكنولوجي الحاصل في الآلات والمعدات والتقنيات التي يعتمد عليها ، كما في مشروعات الطرق والجسور ، حيث أن الالتزام بالصيانة فيها يشمل التزام المشغّل بوضع بوابات الكترونية وبطاقات استخدام آلي بما يؤدي إلى رفع كفاءة المشروع وتخفيض العمالة . ويحدد العقد المقابل المالي لمثل هذه الخدمات ولقاء التكنولوجيا المستخدمة .

ويلتزم مشغِّل المشروع بإصلاح المعدات والآلات والتجهيزات واستبدال الأجهزة وقطع الغيار التي يصيبها العطل [999] .

ويرتبط التزام المشغِّل بالصيانة بالتزامين متتابعين هما : الالتزام بالاحتفاظ داخل المشروع بتقارير تفصيلية عن عمليات التشغيل والصيانة والتوريد والاستبدال والإصلاح ، والالتزام بتنظيم تقارير دورية إلى شركة المشروع عن حالات التشغيل وجميع الجوانب الفنية والمالية لتشغيل المشروع [1000] .

3- الالتزام بالتعاون مع الأطراف المعنية :

يتعين على المشغِّل واجب الالتزام بالسماح لشركة المشروع ولممثلي الجهة الإدارية المتعاقدة معها ولممثلي البنوك والجهات المقرضة بالدخول إلى موقع المشروع بشكل دوري ومنتظم وفق الإجراءات المتفق عليها لرقابة التشغيل والتحقُّق من أنه يتم وفقاً لبرامج التشغيل المتفق عليها . وتحرص شركة

(**998**) – داود خلف ، "عقود تنفيذ وتشغيل ونقل ملكية" ، المرجع السابق ، ص /65/ .

(**999**) – هاني صلاح سري الدين ، المرجع السابق ، ص /386/ .

(**1000**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق ، ص /179/.

المشروع عادة على أن تنص اتفاقيات التشغيل والإدارة والصيانة على أن التزامات المشغِّل تشمل جميع التزامات شركة المشروع المتعلقة بالتشغيل المنصوص عليها في اتفاقية المشروع موضوع عقد B.O.T , أو أن هذه الاتفاقية تعد جزءاً لا يتجزأ من عقد التشغيل والصيانة , وذلك بغية نقل جميع أعباء التشغيل والصيانة إلى عاتق مشغِّل المشروع والتقليل من مخاطر شركة المشروع [1001] .

4- الالتزام بنقل التكنولوجيا وتقديم المساعدة الفنية :

يحدِّد عقد التشغيل مشتملات المعرفة التي يلتزم المشغِّل بنقلها إلى شركة المشروع وينظِّم العقد حق شركة المشروع في استعمالها . فكثيراً ما يكون الباعث الرئيسي من اختيار المشغِّل لتشغيل وصيانة المرفق هو ما يحوزه من خبرة فنية وتكنولوجيا لازمة .

وغالباً ما يقترن التزام المشغِّل بنقل التكنولوجيا بالتزام آخر هو تقديم المساعدة الفنية , وذلك بتقديم العمالة الفنية اللازمة من خبراء ومساعدين فنيين لتشغيل المشروع وصيانته , إضافة إلى تمكين الكوادر الفنية والإدارية لشركة المشروع من استيعاب التكنولوجيا المستخدمة وتشغيلها [1002] . فتدريب المستخدمين لدى شركة المشروع ولدى الجهة الإدارية المتعاقدة يشكل جزءاً من التزام المشغِّل بنقل التكنولوجيا [1003] .

5- الالتزام بالتأمين :

يقع على عاتق المشغِّل بموجب عقد التشغيل الالتزام بالمحافظة على جميع أموال وأصول المرفق طوال مدة التشغيل , ويلزم العقد المشغِّل عادة

(**1001**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , المرجع السابق , ص /388/ .

(**1002**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /389و391/ .

(**1003**) – داود خلف , "عقود تنفيذ وتشغيل ونقل ملكية" , المرجع السابق , ص /65/ .

بالتـأمين علـى مسـؤوليته [1004] , وعلـى أيـة أصـول لـم تقـم شـركة المشـروع بالتأمين عليها . كما يشمل الالتزام بالتأمين تأمين الكادر الفني وبأعداد كافية لأعمال التشغيل والصيانة [1005] .

6- الالتزام بدفع التعويضات الاتفاقية :

غالباً ما ينص عقد التشغيل على الحد من مسؤولية المشغِّل ، كأن يحدد العقد تعويضاً اتفاقياً يلتزم المشغِّل بتسديده لشركة المشروع عند إخلاله بالتزاماته الرئيسية [1006] .

ويلتزم المشغل بذلك وهو يخضع في ذلك لأحكام التعويض الاتفاقي في القانون المدني السوري .

7- الالتزامات السلبية :

الالتزامات السلبية هي التزامات بالامتناع عن القيام بأعمال معينة . ويلتزم المشغِّل عموماً بالامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه الإضرار بمصلحة شركة المشروع أو بقدرة المرفق الإنتاجية [1007] .

ويمتنع على المشغِّل بشكل خاص في المرحلة السابقة على التشغيل التجاري إصدار أية تعليمات إلى المقاول نيابة عن شركة المشروع بتغيير الأعمال أو إحداث أي تعديل أو تغيير في جدول ومواعيد التنفيذ دون موافقة خطية مسبقة من شركة المشروع . كما يمتنع على المشغِّل الدخول في أية علاقة مباشرة مع الجهة الإدارية المتعاقدة إلا بموافقة كتابية مسبقة من شركة المشروع [1008] .

(**1004**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /390/ .

(**1005**) – داود خلف , المرجع السابق , ص /65/ .

(**1006**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /392/ .

(**1007**) – داود خلف , المرجع السابق , ص /65/ .

(**1008**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /392/ .

ثانياً – التزامات شركة المشروع تجاه المشغِّل :

يرتِّب عقد التشغيل والصيانة على شركة المشروع التزاماً أساسياً بأداء الثمن ، أي المقابل المالي لقاء الخدمات التي يقدمها المشغِّل , إضافة إلى التزامات أخرى يستلزمها هذا العقد .

1– التزام شركة المشروع بسداد الثمن مقابل خدمات التشغيل :

تلتزم شركة المشروع بأن تدفع للمشغل لقاء خدماته الثمن الذي يحدده العقد . ويتعين على شركة المشروع دفع المقابل المالي حسب أسس الدفع المتفق عليها في عقد التشغيل (1009) .

وهناك خيارات مختلفة لتحديد مقدار الثمن المعطى للمشغِّل وتشمل هذه الخيارات السعر الإجمالي الثابت أو القابل للتعديل , وسعر التكلفة مضافاً إليه الأتعاب مع نظام حوافز مالية في بعض الأحيان .

أ– السعر الإجمالي الثابت :

قد يحدد عقد التشغيل الثمن أو المقابل المالي المتوجب على شركة المشروع بمبلغ إجمالي ثابت لا يتأثر بتغير أسعار الخدمات أو المواد . ويشكل هذا الخيار أدنى بديل للمخاطرة لشركة المشروع , لذلك فهو مناسبٌ عادة فقط حيث يمكن التنبؤ بشمول وحجم الخدمة التي سيتم تقديمها وأنهما من غير المحتمل أن يتقلَّبا (1010) .

ب– السعر الإجمالي القابل للتعديل :

بموجب هذا الأسلوب , الذي يغلب اتباعه , يتم تحديد مبلغ للمشغِّل مقترناً بشرط يجيز له طلب إعادة النظر بالتقدير في حالات محددة حصراً في

(**1009**) – داود خلف , "عقد تنفيذ وتشغيل ونقل ملكية" , المرجع السابق , ص /65/ .

(**1010**) – يونيدو , "المرشد في تطوير البنية التحتية .." , المرجع السابق , ص /337/ .

العقد . وتشمل هذه الحالات عادة التغير في قوانين الضرائب والرسوم الجمركية أو زيادة التكاليف نتيجة طلبات محددة لشركة المشروع [1011] .

ج- عقد التكلفة مع إضافة الأتعاب :

يعدُّ هذا الأسلوب الأكثر شيوعاً في عقود B.O.T ، ويقوم المشغل بموجبه بالاتفاق على عمليات التشغيل , وتكون أتعابه على شكل نسبة مئوية. وإن النسبة المئوية الدقيقة اللازمة لتعويض المشغِّل تعويضاً كافياً تختلف من مشروع لآخر . ففي بعض الحالات كما هي الحال بالنسبة لمحطة للطاقة الكهربائية يتم تشغيلها بواسطة الفحم في بلد تمتلك به الحكومة أصلاً احتياطاً كبيراً من الفحم تتوفر للمحطة مجاناً , ربما تكون تكلفة عقد التشغيل والصيانة أقل بكثير مما لو تم شراء الفحم بأسعار السوق . وطبعاً يكون العمل اللازم لتشغيل المنشأة هو ذاته [1012] . وهو ما يستلزم نسبة مئوية مرتفعة لتعويض المشغِّل .

ويمكن ربط أتعاب المشغِّل في هذا الأسلوب بنظام حوافز مالية لقاء التنفيذ المتفوق . كأن يحقِّق المشروع قدراً أكبر من العائدات المالية المتوقعة له في سنة معينة . ويهدف نظام الحوافز إلى تحفيز المشغِّل على زيادة كفاءة التشغيل وجعله صاحب مصلحة مباشرة في تطوير المشروع ودعمه بالتكنولوجيا اللازمة [1013] .

وأياً كان الأسلوب المتبع في تحديد تعويض المشغِّل فيتعين أن يحقِّق للمشغل مقدار ربح مقبول يدفعه على بذل كل جهده في عملية التشغيل , وأن يحمي الجهة الحكومية في عقد B.O.T من الاضطرار لتسديد الأموال للمشغِّل مقابل عمليات التشغيل .

2- الالتزامات الأخرى على شركة المشروع :

(**1011**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /394/ .

(**1012**) – يونيدو , "المرشد في تطوير البنية التحتية.." , المرجع السابق , ص /337/ .

(**1013**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /395/ .

يقع على عاتق شركة المشروع مجموعة من الالتزامات تجاه المشغل, إضافة إلى التزامها الرئيسي بدفع الثمن . ويحدد عقد التشغيل عادة هذه الالتزامات . ومن ذلك التزام شركة المشروع بتمكين المشغّل من الدخول إلى موقع العمل بالشكل المعتاد الذي يمكِّنه من القيام بأعباء التشغيل وصيانة المرفق . والتزام شركة المشروع وممثليها عند دخولهم المشروع بالتعليمات السارية على الموقع وبخاصة تعليمات الأمان وقواعد التشغيل .

وقد ينص عقد التشغيل على التزام شركة المشروع بتوصيل الخدمات الأساسية من الماء والكهرباء والهاتف إلى موقع العمل وإقامة المكاتب والتسهيلات اللازمة في الموقع على نفقتها لكي يتمكَّن المشغِّل من القيام بأعماله [1014] . كما تلتزم شركة المشروع بالحصول على التراخيص والموافقات المنصوص عليها , وتقديم المساعدة للمشغل في الحصول على التأشيرات اللازمة للعاملين الأجانب [1015] .

الفرع الثاني
العلاقة بين مشغِّل المشروع والمنتفعين

سواء كان المشغِّل هو شركة المشروع نفسها أو جهة أخرى سواها , فإن علاقة مهمة ينشئها عقد B.O.T بين المشغِّل والمنتفعين من خدمات المشروع . وهي علاقة يحكمها من حيث المبدأ القانون الخاص . ويلتزم المشغِّل تجاه المنتفعين بالتزامات عديدة تشكل حقوقاً ثابتة لهم في مواجهة شركة المشروع .

(1014) – هاني صلاح سري الدين , المرجع نفسه , ص /396/ .

(1015) – داود خلف , "عقد تنفيذ وتشغيل ونقل ملكية.." , المرجع السابق , ص /65/ .

أولاً – ماهيَّة العلاقة بين المشغِّل والمنتفعين :

1– العلاقة بين المشغِّل والمنتفعين من خدمات المشروع :

نظم القانون المدني السوري العلاقة بين المشغل والمنتفعين من خدمات المشروع في المواد من /634 إلى 639/ . وقد تعرض القانون المدني لتنظيم هذه العلاقة على أساس كونها من علاقات القانون الخاص وتخضع للقانون المدني , وأهمل تناول العلاقة بين شركة المشروع – الملتزم – والجهة الحكومية المانحة على أساس أن المكان الطبيعي لهذا العقد هو القانون الإداري [1016] .

وكما هو عليه الأمر في سورية , فإن القضاء في مصر وفي فرنسة مستقر على أن علاقة المنتفعين بالمرافق العامة الاقتصادية هي علاقة عقدية تخضع للقانون الخاص [1017] .

فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ سنة 1961 [1018] , كما استقر قضاء النقض فيها [1019] على أن العقود التي تبرم بين المنتفع والمرفق الاقتصادي تخضع للقانون الخاص , حتى ولو تضمنت شروطاً استثنائية , وسواء قامت الإدارة بتسيير هذا المرفق بنفسها أم عن طريق متعاقد معها كما هي الحال في عقود B.O.T .

(**1016**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /182/.

(**1017**) – محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" , المرجع السابق , ص /111/ .

(**1018**) – راجع :

- C. E. 13 Oct. 1961, Campanon – Rey, AJDA, 1962, p98 , concl. HEUMINN; T. C. 17Dec. 1962. Dame Bertrand , Rec. p931, concle. CHARDEAU, QJDA, 1963, p88, chronique GENTOT et FORRE; C. E. 9Janv. 1981, Ministre de l Economie de Bouvet, Rec, p4.

(**1019**) – راجع :

- Cass.civ, 12 Juin 1974, Centre Termal de Lamabou – Les – Bains, Bull, p160.

وفي مصر أيضاً استقر القضاء على أن علاقة المرافق الاقتصادية بالمنتفعين تخضع للقانون الخاص . وبالتالي فإن عقد تركيب واستعمال الهاتف المبرم بين الأفراد وهيئة المواصلات السلكية واللاسلكية يعتبر من عقود القانون الخاص [1020] .

ويترتب على الطبيعة المدنية للعقود التي تبرم مع المنتفعين أنه يجوز لهؤلاء اللجوء إلى المحاكم المدنية مطالبين باقتضاء الخدمة . فمبدأ التزام مشغِّل المشروع بأداء الخدمة لكل من استوفى شروط الاستفادة منها منصوص عليه صراحة في المادة /636/ من القانون المدني السوري[1021]، وهو ما تطبّقه المحاكم ، حيث يجوز للمستفيد أن يقيم الدعوى أمام القضاء المدني مطالباً الملتزم بحقه وفقاً للقواعد المقررة في القانون المدني بأن يطالب بالتنفيذ العيني أو التعويض أو فسخ العقد المبرم بينه وبين شركة المشروع .

وعلى ذلك فإن جميع المنازعات التي تقوم بين المرافق الاقتصادية والمنتفعين تكون من اختصاص محاكم القضاء المدني , سواء تعلقت تلك المنازعات بشرعية العقد المبرم أو بتنفيذه أو بتفسيره أو بمسؤولية المرفق عند وقوع الضرر أو في حالة رفض التعاقد . وبناء على ذلك فإن العلاقة بين المشغِّل في عقد B.O.T والمنتفعين من خدمات المشروع هي علاقة عقدية أولاً , وخاضعة للقانون الخاص ثانياً , ويختص بالنظر بمنازعاتها القضاء العادي ثالثاً [1022] .

(**1020**) – محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" , المرجع السابق , ص /113/ .

(**1021**) – هذه المادة مطابقة للمادة /670/ من القانون المدني المصري ، راجع : عمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة .." ، المرجع السابق ، ص /224/ .

(**1022**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " , المرجع السابق , ص /182/.

بيد أن العلاقة بين المشغِّل في عقد B.O.T والمنتفعين لا تقوم فقط على أساس العقد الذي يربط بينهما والذي يخضع للقانون الخاص كما سبق وبيّنا , وإنما تقوم أيضاً بالاستناد إلى عقد الالتزام ذاته . ويكون للمستفيد حينئذ أن يلجأ إلى القاضي المدني للحصول على حكم في مواجهة الملتزم – شركة المشروع – بأحقيته في الحصول على الخدمة التي يقوم المرفق بأدائها[1023]. ذلك أن لكل فرد أُنشئ المرفق لمصلحة حقاً في المرفق [1024].

كذلك فإن العقد الخاص المبرم بين المنتفعين والملتزم والذي كثيراً ما يتلقى المنتفعون الخدمة عن طريقه , هو عقد وثيق الصلة بعقد B.O.T نفسه الذي يدار بواسطته المرفق , ويعني ذلك أن الشروط التي ترد في العقد الخاص بين المنتفعين والمشغِّل يجب أن تكون في نطاق البنود التي يحتويها عقد B.O.T . فلا يجوز لشركة المشروع أو المشغِّل والمنتفعين أن يتفقوا على خلاف تلك الشروط [1025] .

فشركة المشروع تلتزم بتشغيل المرفق وفقاً لقواعد تنظيم المرفق التي تحدد كيفية أداء الخدمة إلى المنتفعين . وإن قواعد تنظيم المرفق هي قواعد عامة ومجردة تحدّد كيفية سير المرفق ويتعين على شركة المشروع الالتزام بها سواء قامت بإدارة المشروع بنفسها أم عن طريق مشغل تتعاقد معه .

(**1023**) – راجع في ذلك :

سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /718/ .

عبد الرزاق السنهوري , "الوسيط .." , الجزء السابع , المجلد الأول , المرجع السابق , ص /297/ .

ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" , المرجع السابق , ص /398/ .

(**1024**) – عبد الرزاق السنهوري , "الوسيط .." , المرجع السابق , ص /297/ .

(**1025**) – سليمان الطماوي , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /121/.

الأمر الذي يؤدي إلى أن مركز المنتفع من خدمات المرفق محل عقد B.O.T هو مركز محددٌ ومعرَّف كلياً عن طريق القواعد التنظيمية التي تحكم أوضاع وأداء المرفق لخدماته [1026] .

ويذهب جانب من الفقه إلى أن علاقة المرفق مع جميع المنتفعين تنتج مراكز قانونية متطابقة بين جميع المنتفعين ، لذلك فإن التصرف القانوني بين مشغل المرفق والمنتفع لا يكون عقدياً ولا يقوم بالوظيفة العقدية أصلاً ، وإنما يقوم بوظيفة أخرى تتمثل في إسناد القواعد العامة المجردة المتعلقة بتنفيذ المرفق إلى حالة فردية تتعلق بمنتفع معين بالذات ،

وإن هذه الوظيفة الإسنادية يقوم بها تصرف آخر ليس عقدياً إنما هو شرطي Lacte conditionnel ، بمعنى أن وجود هذا التصرف هو شرط لتطبيق القواعد العامة المجردة المتعلقة بتنظيم المرفق على حالة محددة بذاتها. بيد أن الآلية التي يتم بموجبها هذا التصرف هي آلية الإيجاب والقبول بين مشغِّل المشروع والمنتفع ، إلا أن الإيجاب والقبول في هذه الحالة ليسا تعاقديين ، بمعنى أنهما لا ينتجان مراكز قانونية ذاتية خاصة بطرفيهما ، وإنما يقودان إلى إبرام تصرف يطبق القواعد العامة المجردة المتعلقة بتنظيم المرفق على حالات انتفاع محددة ، لذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا التصرف المبني على الإيجاب والقبول الذي يقوم بالوظيفة الإسنادية آنفة الذكر إنما هو تصرف اتفاقي شرطي يستند إلى مركز تنظيمي [1027] .

فالعقد ليس إلا مجرد وسيلة لإسناد هذا المركز التنظيمي الخاص [1028] .

(1026) – Laubadère – Delvolvé – Moderne, TI , op.cit, p81.

(1027) – راجع :

- Laubadèré – Delvolvé – Moderne, TI, op.cit, p81.
- Bonnard.R, Précis de droit administratif, Op.cit, p35.

(1028) – محمد محمد عبد اللطيف ، "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" ، المرجع السابق ، ص /114/ .

وعلى ذلك فإن هذا الرأي يتجه إلى تكييف العلاقة بين مشغِّل المشروع والمنتفع لا على أساس عقدي ، وإنما على أساس أنها اتفاق شرطي ينتج مركزاً تنظيمياً للمنتفع ، باعتبار أن مشغِّل المشروع ملتزمٌ بقواعد التشغيل التي حددتها الجهة الحكومية في عقد B.O.T نفسه المبرم مع شركة المشروع . إلا أن المركز التنظيمي الذي يحدثه الاتفاق الشرطي المبرم بين مشغِّل المشروع والمنتفع هو مركز تنظيمي يخضع لأحكام القانون الخاص باعتبار أن القانون العام لا يحتكر أصلاً المراكز التنظيمية [1029] .

ونرى أن العلاقة بين مشغِّل المشروع والمنتفع هي علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص ، وتختص محاكم القضاء المدني بالنظر بجميع المنازعات التي تنشأ عنها ، كما سبق وبيّنا . إلا أن خروج شركة المشروع أو الجهة الحكومية نفسها عن الشروط المتعلقة بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين لا يشكِّل مجرد إخلال بحق شخصي أو التزام عقدي ، بل ينطوي أيضاً على مخالفة للقواعد الناظمة لأداء المرفق للخدمة ، مما يعطي الحق للمنتفع في اللجوء إلى القضاء الإداري بطلب إلغاء قرارات الإدارة الصادرة بذلك وإجبار الإدارة على تمكينه من الاستفادة من عقد B.O.T وكذلك لإجبار شركة المشروع على احترام شروط عقد B.O.T عند إخلالها بتلك الشروط [1030] .

(**1029**) – راجع :

- Laubadèré – Delvolvé – Moderne, TI, op.cit, p96.

(**1030**) – راجع في ذلك :

إبراهيم محمد عبد الحليم ، "أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير" ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، رسالة دكتوراه ، 1994 ، ص /100/ . عمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة .." ، المرجع السابق ، ص /224/ . ابراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /355/ . سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود ألإدارية" ، المرجع السابق ، ص /121/ .

وعلى ذلك فإن مسؤولية شركة المشروع تجاه المنتفعين تخضع للقانون الخاص سواء في مجال المسؤولية العقدية أو التقصيرية . فيستطيع المنتفع أن يلجأ إلى قاضي العقد بطلب إجبار شركة المشروع على احترام العقد ، وإلغاء الشروط المخالفة للقوانين والأنظمة [1031] .

كما أن المسؤولية غير التعاقدية تخضع أيضاً للقانون الخاص ولو كان الضرر ناشئاً عن أشغال عامة Travaux publics [1032] . أو منشآت عامة ouvrages publics [1033] .

2- عقد شراء الخدمة المنتجة بين الجهة الحكومية نفسها وشركة المشروع :

في هذه الحالة تكون الجهة الحكومية المتعاقدة في عقد B.O.T نفسها هي احد المنتفعين بالمشروع . فقد تتعاقد هذه الجهة الحكومية مع شركة المشروع لشراء الخدمة المنتجة أو جزء منها ، ثم إعادة بيعها إلى المنتفعين.

وتفضِّل شركة المشروع عادة هذا الأسلوب في بيع الخدمة لأنه يحقِّق لها حداً أدنى من بيع الخدمات المنتجة مما يعني انخفاض درجة المخاطر في ضمان تصريف الخدمات المنتجة من المشروع .

ومن ذلك المشروع التركي لتوليد الكهرباء عن طريق المياه ، حيث اشترط المراقبون الماليون أن تقوم شركة المشروع بعقد اتفاقية بيع مع مرفق الطاقة التابع للدولة يتم بموجبها شراء الكهرباء من المشروع [1034] .

(**1031**) – راجع :

- G. VEDEL, p. DELEVOLVE, Op.cit, p745.

(**1032**) – راجع :

- C.E, 21 Janv. 1925, Chemins de fer algeriens, Rec, p64.

(**1033**) – راجع :

- C. E. 17 oct. 1966, Dama Canasse , Rec, p 584. JCP, 1966. ll. 14899. concl. Dutheillet de Lamothe.

(**1034**) – ماهر محمد حامد أحمد ، "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /393/ .

كذلك فقد تم التعاقد في مصر بين هيئة كهرباء مصر وبعض الشركات الخاصة على إنشاء محطات لتوليد الكهرباء ، وقد أبرمت الهيئة مع الشركات المنفذة اتفاقية لشراء القدرة الكهربائية من هذه الشركات [1035] .

ولعل السؤال الذي يطرح نفسه في مثل هذه العقود من بيع الخدمة أنه هل يعتبر هذا العقد عقداً مدنياً كما هي الحال في العلاقة بين مشغل المشروع والمنتفع مباشرة . أم أن الأمر يختلف هنا نظراً لوجود الجهة الحكومية نفسها طرفاً في هذا العقد ؟

ونرى أنه لا يمكن القول بأن عقد بيع الخدمة في هذه الحالة يعتبر دائماً عقداً مدنياً وأن محاكم القضاء المدني هي صاحبة الاختصاص بالنظر بالمسائل والمنازعات الناشئة عنه ، وإنما يتعين البحث عن مدى توافر شروط العقد الإداري في هذه الحالة . فإذا ما توافرت شروط العقد الإداري في عقد بيع الخدمة إلى الجهة الحكومية نفسها فإن العقد يكون إدارياً بكل ما يترتب على ذلك من نتائج ، وإلا فإن العقد المذكور يكون عقداً مدنياً ويخضع لأحكام القانون الخاص .

ثانياً – التزامات مشغِّل المشروع تجاه المنتفعين بخدمات المرفق:

يلتزم مشغِّل المشروع تجاه المنتفعين بثلاثة التزامات رئيسية . فيتعين عليه الالتزام بالتعرفة المحددة من قبل الجهة الحكومية المتعاقدة . كما يلتزم بالمساواة بين المنتفعين ، إضافة إلى التزامه بضمان استمرار سير المرفق بانتظام واضطراد .

(**1035**) – راجع في ذلك : معتز كامل مرسي ، "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T" ، بحث منشور في كتاب "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T" ، الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية – فرع الدقهلية ، الجزء الأول ، 2001 ، ص /174/ .

1- التـزام شـركة المشـروع بالتعريفـة المحـددة مـن قبـل الجهـة الحكوميـة المتعاقدة :

لمشغِّل المشروع الحق في أن يتقاضى رسوماً من المنتفعين بخدمات المرفق ، وتكون هذه الرسوم بمثابة ثمن الخدمة التي يقدمها لهم [1036] .

وإن الرأي الراجح في الفقه والقضاء في فرنسا ومصر وسورية أن هذه الرسوم هي من الشروط التنظيمية لعقد الالتزام المبرم بين الجهة الحكومية وشركة المشروع ، وتضعه الجهة الحكومية بإرادتها المنفردة ، ويتعين على شركة المشروع أن تتقيد به في معرض علاقتها مع مشغِّل المشروع ، كما يجب أن تتقيد به هذه الجهة الأخيرة أيضاً في معرض علاقتها مع المنتفعين [1037] .

وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة /637/ من القانون المدني السوري بقولها ((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)) [1038] .

وعلى ذلك فإن المشرِّع يبطل كل اتفاق بين مشغل المشروع والمنتفع يرمي إلى تقرير مركز ذاتي لأحد الأفراد ، فلا يجوز الاتفاق على خلاف تعريفة الأسعار التي قرَّرتها الجهة الحكومية المتعاقدة في عقد B.O.T .

كذلك فإذا حدث خطأ في تطبيق تعريفة الأسعار فإنه يكون قابلاً للتصحيح .

(**1036**) – مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /398/ .

(**1037**) – راجع في ذلك : مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /186/ ، مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /400/ . ابراهيم الشهاوي ، "عقد امتياز المرفق العام B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /356/ .

(**1038**) – هذا النص مطابق للمادة /671/ من القانون المدني المصري .

فإذا دفع المنتفع أكثر مما يجب أو استوفى مشغِّل المشروع أقل مما يستحق ، يكون للمنتفع في الحالة الأولى الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة ، كما يكون لمشغِّل المشروع في الحالة الأخرى الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة ، وقد أكدت المادة /638/ من القانون المدني السوري ذلك وأنه يكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك . وأن الحق في الحالتين يسقط بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة [1039] .

2- التزام مشغِّل المشروع بالمساواة بين المنتفعين :

يستند هذا الالتزام إلى طبيعة المرفق العام نفسه إضافة إلى أساسه الدستوري . فالمرفق الذي تقوم شركة المشروع بإنشائه وتشغيله هو مرفق عام ، والمرفق العام لم يوجد إلا لإشباع حاجة عامة جماعية ، فهو بحسب طبيعة وجوده في خدمة الجميع ولمصلحة الجميع ولهذا فمن الطبيعي أن يتساوى أمامه الجميع دون تمييز [1040] . ويجمع فقه القانون الإداري على أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة يمثل الفكرة القانونية الأساسية لسير المرافق العامة ، وهو مبدأ واجب التطبيق أياً كانت الطريقة التي تتبعها الجهة الحكومية في إدارة المرفق العام ، أي سواءٌ قامت الجهة الحكومية بإدارة المرفق العام بنفسها

(**1039**) – نصت المادة /638/ من القانون المدني السوري ، وهي مطابقة للمادة /672/ من القانون المدني المصري ، على ما يلي ((1- كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفة الأسعار على العقود الفردية يكون قابلاً للتصحيح . 2- فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة . وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق في الحالتين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة)) .

(**1040**) – مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /307/ .

أم عن طريق أحد أشخاص القانون الخاص عبر عقد B.O.T أو غيره من آليات تفويض المرفق العام [1041] .

وقد جعل مجلس الدولة الفرنسي من مبدأ المساواة بين المنتفعين واحداً من المبادئ العامة للقانون التي يجب على الإدارة أن تراعيها دائماً [1042] .

كما نصت عليه جميع الدساتير المصرية ، وقد أفرد له الدستور الحالي في مصر – دستور 1971 – نصاً خاصاً في المادة /40/ منه ، كما نص عليه الدستور الدائم في سورية ، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة /25/ منه على أن ((المواطنون متساوون أمام القانون في الحقوق والواجبات)) .

وإن القول بمبدأ المساواة بين المنتفعين لا يعني المساواة التامة والكاملة والمطلقة بين جميع المواطنين ، وإنما يعني المساواة بين الأفراد الذين تتحقق فيهم الشروط التي فرضها المرفق العام للاستفادة من خدماته ، وبالتالي فلا يعتبر إخلالاً بمبدأ المساواة أن يقفل المرفق العام أبوابه في وجه أشخاص لم تتحقق فيهم الشروط المطلوبة . على أن لا تحدَّد الشروط بحيث تستبعد أشخاصاً بذواتهم أو تميز بعض الأفراد [1043] .

وتتبلور فكرة المساواة أمام المرافق العامة على مستويين : الأول أن يكون النظام القانوني الذي يحكم كيفية توزيع الخدمة للمنتفعين منها واحداً بالنسبة إليهم جميعاً . أما المستوى الثاني فيتعلق بالمساواة بين المواطنين عند طلب الخدمة . إذ يعد المواطنون مرشحين للانتفاع من خدمات المرفق ، وفي هذه المرحلة لا يجوز تطبيق أي إجراء تمييزي فيما بينهم [1044] .

(**1041**) – راجع :

- Gugliemi.G – Koubi.G, Ibid. p383 .
- Rivero. J,Op.cit, p475.

(**1042**) – مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع السابق ، ص /308/ .

(**1043**) – مصطفى أبو زيد فهمي ، المرجع نفسه ، ص /309/ .

- Gugliemi. G – Koubi. G, Op.cit, p384. – (**1044**)

إلا أن ذلك يشترط تماثل المراكز القانونية للمواطنين ، أما إذا اختلفت هذه المراكز فلا توجد مخالفة لمبدأ المساواة أمام المرافق العامة[1045].

وقد نظم القانون المدني السوري مبدأ المساواة بين المنتفعين في إطار العلاقة بين الملتزم والمنتفعين من خدمات المرفق ، وهو الأمر الذي يقع على عاتق مشغِّل المرفق في عقود B.O.T ، فنصت المادة /636/ من القانون المذكور على ما يلي : ((1- إذا كان ملتزم المرافق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور . 2- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين . 3- وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة)) [1046] .

بيد أن تخصيص مبدأ المساواة في النص المذكور بحالة احتكار الملتزم للمرفق احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، قد دفع بعض أساتذة القانون إلى القول – بحق – أن ذلك يخالف أصلاً جوهرياً من أصول القانون العام وهو أن مبدأ المساواة أمام المرافق العامة هو مبدأ مطلق ولا يمكن حصره بحالة احتكار الملتزم للمرفق [1047] .

(**1045**) – راجع :

- Gugliemi.G – Koubi.G, Ibid. p384 .
- Rivero. J, et Waline. J, Op.cit, p312.

(**1046**) – النص مطابق للمادة /670/ من القانون المدني المصري .

(**1047**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /191/.

كذلك فإنه يستنتج من النص المذكور جواز الاختلاف بالمعاملة بين المنتفعين عند اختلاف مراكزهم القانونية ، ذلك أن النص ذاته قد أعطى للملتزم أو مشغِّل المشروع ميزة تحكُّمية ، فهو الذي يحدد الشروط التي تجعل بعض المنتفعين في مركز قانوني مختلف عن نظرائهم ، في حين يتعين أن تكون قواعد المرفق العام قواعد عامة ومجردة تقوم بوضعها السلطة الإدارية وهي الجهة الحكومية في عقد B.O.T . مما يجعل الفقرة الثانية من المادة /636/ من القانون المدني السوري آنفة الذكر مخالفة للأصول القانونية أيضاً . باعتبار أن تطبيق هذه الفقرة يعطي مشغِّل المشروع والملتزم سلطات ضمن هذا الإطار التنظيمي لسير المرفق محل عقد B.O.T وهو أمرٌ غير جائز ويحمل في طياته تدخلاً فردياً في صياغة القواعد التشريعية .

كذلك فإن الفقرة الثالثة من المادة /636/ آنفة الذكر تقرِّر حق المنتفعين بالتعويض إذا ارتكب الملتزم أو المشغل المتعاقد معه تمييزاً أدى إلى الإضرار بهم من خلال الإخلال بالتوازن الطبيعي للمنافسة المشروعة . وقد فسَّر الفقيه السنهوري بأن التمييز في هذه الحالة يوجب التعويض لأن الملتزم يمنح أحد المنتفعين ميزة في استعمال المرفق العام لا تتاح لغيره من المنافسين له في تجارته أو في صناعته ، وهو ما يؤدي إلى الإضرار بالمتنافسين [1048] . ويعني ذلك أن التعويض لا يمنح في حالة التمييز إلا إذا كان المنتفع تاجراً أو صناعياً ، وأدى التمييز إلى حالة عدم تكافؤ مع نظرائه من الصناعيين أو التجار ، كما في حالة مرفق الكهرباء ، إذا منح ملتزم المرفق ميزة في توريد التيار لأحد الصناعيين لا تمنح لغيره . وهو أمرٌ منتقد لأن حق المساواة في الانتفاع هو مبدأ عام دون تمييز مما يجعل اقتصار إمكانية التعويض في حالة الإخلال بالمساواة بين فئة محددة من المنتفعين كالصناعيين أو التجار ، من

(**1048**) – السنهوري ، "الوسيط .. " ، المجلد السابع ، المرجع السابق ، ص /316/ .

شأنه أن يجعل هذا النص منطوياً بدوره على تمييز بين المنتفعين ومن ثم على خرق لمبدأ المساواة ذاته [1049].

3- التزام مشغِّل المشروع بتسيير المرفق باستمرار وانتظام واضطراد :

وهو التزام جوهري ينبع من طبيعة المرفق العام محل عقد B.O.T ذاتها . وهو التزام بتحقيق غاية فلا يستطيع مشغل المرفق أن يدفع المسؤولية عنه , في حالة تعطل المرفق , بإثبات أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إدارة المرفق ولم يرتكب خطأ أو تقصيراً , لأن العطل والخلل الذي يزيد عن المألوف هو ذاته الخطأ [1050] .

كما لا يستطيع مشغل المرفق أو شركة المشروع إيقاف المرفق لوجود عجز مالي . إذ يتوجب استمرار سير المرفق مهما كان الثمن , حتى ولو تحمل مشغل المشروع عجزاً مالياً في سبيل تحقيق هذه الغاية . وإن إيقاف المرفق من قبل شركة المشروع أو مشغل المرفق هو الخطأ الأكبر
جسامة وهو أحد أسباب توقيع الجزاء الأشد وهو إسقاط الالتزام [1051] .

فمن غير الجائز أن تنقطع خدمات المرفق العام . ويذهب فقه القانون العام إلى أن مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد يقوم على أساس مبدأ دستوري هو مبدأ استمرار الدولة ذاتها [1052] .

ولا يكفي تسيير المرفق باستمرار بل يجب على مشغل المشروع تسييره بانتظام أيضاً . ففي مرفق المواصلات مثلاً يتعين أن تقوم المركبات في

(**1049**) – مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، المرجع السابق ، ص /192/.

(**1050**) – السنهوري , "الوسيط .." , المجلد السابع , المرجع السابق , ص /313/ .

(**1051**) – محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" , المرجع السابق , ص /122/ .

(**1052**) – راجع :

- Gugliemi.G – Koubi . G, , op.cit, p406.

مواعيـدها المحـددة وينـتظم سـيرها , فـلا يفاجـأ المنتفعـون بـأن أحـد خطـوط المواصلات قد تعطل .

كذلك فإنه يتعين على مشغل المشروع تأمين الانتفاع بخدمات المرفق وبشكل كاف Satisfaisainte . فاقتضاء الخدمة من المرفق بشكل غير كاف يعني في حقيقته تقطع سير المرفق وخرق مشغل المشروع لهذا الالتزام الأصيل (1053) .

ويستتبع هذا الالتزام من شركة المشروع التزاماً آخر بتوسيع نطاق تقديم الخدمات . ذلك أن الالتزام باستمرار سير المرفق وانتظامه لا يرتبط فقط بحالة الطلب على الخدمة وقت منح الالتزام , بل أنه يرتبط بتزايد الطلب الناجم عن النمو التدريجي للمجتمع الذي يقوم الملتزم بتوفير الخدمات له ، فيكون الملتزم , أو مشغل المشروع , بالتالي ملتزماً بأن يوسع من نطاق خدماته بحيث تستوعب الزيادة في الطلب على الخدمة ، ولكن ضمن حدود معقولية هذه الزيادة . فإذا كانت الزيادة غير عادية فلا يمتد إليها الالتزام بالتوسع . ولا شك في أن مسألة ما إذا كانت الزيادة الحاصلة معقولة أو أنها غير معقولة هي من مسائل الواقع التي يعود تقديرها إلى محكمة الموضوع عند قيام النزاع بشأنها (1054) .

وقد بينت المادة /639/ من القانون المدني السوري بشكل مفصل التزام شركة المشروع أو المشغل باستمرار سير المرفق بانتظام واضطراد حيث نصت على ما يلي : ((1- على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك , أن يتحملوا ما يلازم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة , كهذا الذي تقتضيه صيانة الأدوات التي يدار بها المرفق . 2- ولملتزمي هذه المرافق أن يدفعوا مسؤوليتهم عما يصيب المرفق

(1053) – راجع :

- Gugliemi.G– Koubi . G,ibid,418.

(1054) – حسن الهنداوي , "مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق , ص /523/ .

من عطل أو خلل يزيد على المألوف في مدته أو في جسامته , إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر الإضراب حادثاً مفاجئاً إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه , وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى)) [1055] .

ويتبين من هذا النص أن الملتزم مسؤول عن استمرار المرفق العام وانتظامه , لا بموجب العقد المبرم مع المنتفع فحسب , ولا بموجب عقد الالتزام (عقد B.O.T) فحسب , بل أيضاً بموجب نص القانون والمبادئ العامة المقررة في القانون الإداري . وتعتبر هذه المسؤولية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها [1056] .

كما يعني هذا النص أن الأصل هو الالتزام بالسير المنتظم للمرفق , ولكن إذا وقع عطل أو خلل في تأدية الخدمة , وكان مألوفاً ولمدة قصيرة , فإنه لا يعد عندئذ إخلالاً من المشغل بالتزاماته . فلا محل لمسؤوليته .

أما إذا كان الخلل في سير المرفق يزيد على المألوف ، فإن ذلك يعد إخلالاً من المشغل بواجباته ويكون مسؤولاً عن ذلك أمام السلطة الإدارية . وتجاه المنتفعين من خدمات المرفق [1057] . ويستطيع مشغل المشروع أن يدفع

(**1055**) – هذا النص مطابق للمادة /673/ من القانون المدني المصري .

(**1056**) – السنهوري , "الوسيط .." المجلد السابع , المرجع السابق ، ص /312/ .

(**1057**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " ، المرجع السابق , ص /188/ .

المسؤولية عنه بإثبات القوة القاهرة , أو الحادث المفاجئ , ويعدُّ إضراب عمال المرفق حادثاً مفاجئاً شريطة ألا يكون هو من تسبب فيه [1058] .

(**1058**) – السنهوري , "الوسيط .." , المرجع السابق , ص /314/ .

المبحث الثاني
آثار خاصة تتعلق بسيادة الدولة

تمهيد وتقسيم :

تتمثل الآثار الخاصة التي تتعلق بسيادة الدولة والتي تنجم عن عقود B.O.T ، بما تتضمنه بنود تلك العقود من شروط الثبات التشريعي والثبات المطلق للعقد ، إضافة إلى شرط التحكيم وشرط خضوع العقد للقانون الخاص. وجميعها شروط تستهدف كف يد الدولة بمختلف سلطاتها عن المساس بالعقد . وسنوزع الدراسة في هذا المبحث على ثلاثة مطالب :

- **المطلب الأول** : شرط الثبات التشريعي .
- **المطلب الثاني** : شرط التحكيم .
- **المطلب الثالث** : شرط خضوع العقد للقانون الخاص .

المطلب الأول
شرط الثبات التشريعي

تمهيد :

يسعى المستثمر في عقد B.O.T إلى العمل على ما من شأنه الحيلولة دون قيام الدولة , وهي الطرف الآخر في العقد , باستخدام سلطتها التشريعية وتعديل التشريعات السائدة وقت إبرام العقد بما يؤثر على حقوق المستثمر . ويهدف المستثمر من ذلك إلى التأكيد على عدم سريان أية

تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قوانينها على العقد المبرم معها [1059] وهذا هو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي [1060] .

وفي حين تتعدد أنواع شرط الثبات التشريعي , فقد ثار خلاف فقهي عنيف حول تكييف هذا الشرط ومدى صحته .

أولاً – مفهوم شرط الثبات التشريعي :

(**1059**) – راجع :

- Prosper Weil : "Les clauses de Stabilisation ou l'intangibilité insérés dans les accords de développement économique" , Mélanges Rousseau, Paris, Pedone, 1974, p.301-328.

(**1060**) – ورد النص على شروط الثبات التشريعي لأول مرة في اتفاقية الامتياز المعقودة في سنة 1933 بين إيران وشركة النفط الانجلو – إيرانية ، إذ نصت على أن التشريعات الحكومية لا يمكنها أن تغير من الامتياز أو من شروطه .

كما ورد النص عليها في العقد المبرم بين الحكومة الاندونيسية وشركة Freeport Indonesia Inc في 7 نيسان 1967 ، فقد نصت المادة /14/ منه على أن ((تلتزم وزارة التعدين نيابة عن الحكومة الاندونيسية بأنه لا يجوز للحكومة الاندونيسية أو أية جهة تابعة لها أن تتخذ طوال مدة العقد أي إجراء يتعارض وسير المشروع بما يتفق مع بنود الاتفاقية بما في ذلك أي إجراء من إجراءات الإدانة أو التأميم أو ما شابه ذلك)) .

كذلك فقد جاء في المادة /21/ من العقد المبرم بين حكومة ليبيريا وشركة الحديد والصلب الليبرية في حزيران 1975 أن : ((اتفاقية الامتياز هذه ستكون خاضعة لقوانين جمهورية ليبيريا ، ويتم تأويلها وتفسيرها بموجبها ، إنما باستثناء أي تشريع يصدر أو ينفذ في الجمهورية قبل تاريخ هذه الاتفاقية أو بعده ، ويكون غير متوافق أو مناقض لنصوصها)).

ومن أمثلة هذه الشروط أيضاً ما نصت عليه المادة 1/16 من العقد المبرم سنة 1977 بين جمهورية مالي وشركة Gnrale des Matires Nuclaires من أنه : ((تتعهد الحكومة بأن تضمن طوال مدة العقد ، أن تتمتع الشركة بثبات الظروف العامة والقانونية والاقتصادية والمالية التي ستعمل الشركة في ظلها ، وينصرف هذا الضمان إلى التشريعات واللوائح المطبقة عند توقيع العقد على الاستغلال التعديني في مالي بوجه عام واستغلال اليورانيوم بوجع خاص)) .

راجع في ذلك : بشار الأسعد , "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" , المرجع السابق , ص /165/ .

1- التعريف بشرط الثبات التشريعي :

يعرَّف شرط الثبات التشريعيClause de Stabilité Législative بأنه الشرط الذي يمنع الدولة من التغيير لمصلحتها في الأوضاع القانونية للعقد [1061] . 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 أية تعديلات لاحقة تطرأ عليها [1062].

ويهدف شرط الثبات التشريعي في ذلك إلى إخضاع العقد إلى قانون ثابت ومحدَّد ومعروف من الأطراف منذ لحظة إبرامه وحتى انقضائه [1063]. فهذا الشرط يعني وعدٌ من الدولة للمستثمر باستثناء العقد من أي تغيير قد يطرأ على القانون الواجب التطبيق على العقد وهو ما يعني إفلات العقد من الخضوع للآثار الناجمة عن التغييرات التشريعية التي قد تطرأ على القوانين النافذة وقت إبرام العقد [1064] .

وقد تضمنت بعض عقود B.O.T الشهيرة في مصر شرط الثبات التشريعي . ومن ذلك ما نصت عليه المادة 3/5 من عقد كهرباء سيدي كرير تحت عنوان حالات تقصير الهيئة وجاء فيها أنه ((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 : ... و- أي تعديل في قوانين معمول بها في مصر أو تعديل في تفسيرها يؤدي إلى : 1- عدم مشروعية ,

---

(1061) - محمد عبد المجيد إسماعيل , "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها" ، المرجع السابق, ص /106/ .

(1062) - محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم" , المرجع السابق , ص /115/ .

(1063) - حفيظة السيد الحداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" , المرجع السابق , ص /328/ .

(1064) - أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /446/ .

أو عدم نفاذ , أو عدم صحة , أو بطلان أو مسؤولية جوهرية على عاتق الهيئة بموجب هذه الاتفاقية أو اتفاقية حق الانتفاع . 2- عدم مشروعية قيام الشركة أو المقرضين بسداد أو استلام أي مدفوعات , أو تنفيذ أي التزام أو التمتع بأي حق جوهري منصوص عليه في هذه الاتفاقية , أو في اتفاقية حق الانتفاع , أو في ضمان البنك المركزي , أو في اتفاقية توريد الوقود , أو تنفيذ مثل هذا الحق , أو أي إقرار أو اتفاق مباشر من الهيئة للمقرضين ..)) [1065] .

كذلك فقد تضمن عقد قناطر إسنا في مصر في المادة /30/ منه شرط الثبات التشريعي وذلك بصدد قوانين الضرائب والتأمين الاجتماعي وتثبيت الأسعار الرسمية للإسمنت اللازم لتنفيذ الأعمال والحديد والأخشاب والزيوت والكهرباء اللازمة حماية للمتعاقد مع الدولة من تغيير الأسعار الذي قد يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد [1066] .

وإضافة إلى الممارسة التعاقدية فقد سمحت تشريعات العديد من الدول ، وبخاصة النامية منها , بإدراج شرط الثبات التشريعي في عقودها مع المستثمرين الأجانب , وذلك في إطار السياسة التي تتبعها هذه الدول والهادفة إلى جذب الاستثمارات الأجنبية , حيث يلعب شرط الثبات التشريعي دوراً مهماً في هذه السياسة , بوصفه عاملاً مهماً لجذب الاستثمار الأجنبي لما يمثِّله من مصدر اطمئنان للمستثمر الأجنبي [1067] .

1065( ) – محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم" ، المرجع السابق , ص /116/ .

1066( ) –

- J.F. Lalive, contrats enter Etat ou éntreprises étatiques et personnes privées, Académie de droit international, 1983, 11; p.58.

1067( ) – ومن أمثلة القوانين التي نصت على شرط الثبات التشريعي ما ورد في قانون الاستثمار الجزائري لسنة 2001 من تقدير لمبدأ الثبات , حيث أكد أنه لن تجري أية مراجعات أو إلغاءات على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا التشريع إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة

2- الصور المختلفة لشرط الثبات التشريعي :

تتعدد الصور التي يرد بها شرط الثبات التشريعي , ويمكن التفريق بينها استناداً إلى معايير شكلية أو إلى معيار الغاية أو الوظيفة .

أ- من حيث المعايير الشكلية :

فمن حيث مصدر الشرط يمكن التمييز هنا بين الشرط الاتفاقي , حيث يرد شرط الثبات التشريعي في العقد نفسه , وبين الشرط التشريعي , حيث يرد شرط الثبات التشريعي في صورة نصوص تشريعية [1068] .

, والحصول على التعويض العادل والمنصف إذا تمت مصادرة إدارية والتي لا يمكن أن تطبق إلا وفق الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به .

وكذلك ما ورد في قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم /68/ لسنة 2003 في المادة السادسة من أنه "للمستثمر الذي يتمتع مشروعه بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة قبل سريان مفعول هذا القانون , أن يختار بشأن مشروعه أياً مما يلي : أ – الاستمرار بالاستفادة من الإعفاءات والمزايا التي تم منحها لمشروعه حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح له بموجب تلك التشريعات وبالشروط الواردة فيها .

ب – الاستفادة من المزايا والإعفاءات المقررة للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون شريطة توفيق أوضاعه والتزامه بالشروط والمتطلبات التي يقتضيها هذا القانون أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه , وفي هذه الحالة تقتصر استفادة المشروع من المزايا والإعفاءات على المدة اللاحقة لتوفيق أوضاعه . وإن ترك المشرع الخيار للمستثمر بين الاحتفاظ بالمزايا التي كانت مقررة له بمقتضى التشريع السابق أو الاستفادة من المزايا التي قررها القانون الجديد يمثل تثبيتاً للأوضاع التي قررها القانون الذي تم التعاقد في ظله, مادام المستثمر لا يرغب في تغيير هذه الأوضاع .

راجع في ذلك : بشار الأسعد , "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" , المرجع السابق , ص /166/ .

1068( ) – حفيظة السيد الحداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" , المرجع السابق , ص /329/ .

ففي الشرط الاتفاقي يتم النص صراحة في العقد على سريان القانون المعمول به وقت إبرام العقد على العلاقة التعاقدية واستبعاد أي تعديل يطرأ عليه .

أما الشرط التشريعي فهو شرط تصدره الدولة المتعاقدة في صورة نصوص تشريعية تتعهد فيها بألا يطبق على العقد سوى القواعد السارية وقت إبرامه [1069] . ففي هذه الحالة يتدخل المشرع في الدولة المتعاقدة ويصدر قانوناً يتعهد فيه بألا تعدِّل السلطة التشريعية أو تلغي القانون الواجب التطبيق على العقد ، أي أن القانون نفسه هو الذي يسمح بإدراج شرط الثبات التشريعي في العقد [1070] .

وتسمى الشروط التي ترد في هذه الصورة أيضاً بشروط التجميد الزمني ذات الطابع التشريعي حيث تتعهد الدولة في تشريعها وعلى نحو صريح بعدم تعديل أو إلغاء قوانينها السارية لحظة إبرام العقد [1071] .

ومن حيث المضمون يمكن التمييز بين شروط عامة تقضي بعدم سريان جميع التشريعات الجديدة على العقد , وأخرى خاصة تنص على عدم سريان بعض التشريعات المعمول بها في الدولة , كالتشريعات الخاصة

(**1069**) – ومن ذلك قانون البترول الإيراني الصادر سنة 1957 حيث نص على أن أي تغيير مخالف للشروط أو الامتيازات والظروف المحددة أو المعترف بها في العقد بتاريخ إبرامه أو في أي مدة من تجديده لا تطبق على ذلك العقد لا في خلال مدته الأولى ولا خلال مدة تجديده .

كما نص قانون البترول الليبي الصادر سنة 1955 على عدم سريانه على الامتيازات التي منحت قبل صدوره , كما أن التعديلات التي لحقت بهذا القانون بعد ذلك كانت تنص على عدم مساسها بالامتيازات المعقودة قبل العمل بها .

راجع في ذلك : أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /447/ .

(**1070**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " , المرجع السابق , ص /132/.

(**1071**) – وفاء مزيد فلحوط , "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا .." , المرجع السابق, ص /761/ .

بالجمارك والضرائب , سواء كانت هذه التشريعات نافذة وقت إبرام العقد أو أنها تشريعات مستقبلية [1072] .

كذلك فإن شروط الثبات يمكن تقسيمها من حيث نطاقها الفعلي وهل تهدف إلى عدم سريان أي قانون جديد أم أن الحظر في عدم سريان القانون الجديد لا يعمل به إذا كان هذا القانون الجديد أصلح للمستثمر [1073] , أو أن الحظر يتوقف على رضا المستثمر عبر تقديمه طلباً صريحاً بذلك [1074] .

ومن حيث الأشخاص المستفيدين من شرط الثبات يمكن أن نميِّز بين شرط مطلق لا يحدد من هو المستفيد منه في المشروع , وبين شرط نسبي كأن يقتصر على الطرف المتعاقد الخاص دون الأفراد العاملين في المشروع الأجنبي المتعاقد مع الدولة [1075] .

ب – من حيث المعيار الوظيفي :

استناداً إلى الغاية أو الوظيفة التي تؤديها شروط الثبات التشريعي يمكن التمييز بين :

– **شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على ما هو عليه لحظة إبرام العقد** , وقد تذهب هذه الشروط إلى إدماجه في العقد نفسه ليغدو بمثابة شرط فيه [1076] .

1072( )– حفيظة السيد الحداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" , المرجع السابق, ص /330/ .

(1073) – حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /330/ .

1074( ) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /763/ .

1075( ) – حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /330/ .

1076( ) – مثال ذلك ما تضمنه عقد الامتياز المبرم بين قطر وشركة تكساس سنة 1964 حيث نصت المادة /14/ منه على التزام الأطراف بقوانين البترول والتعدين السارية وقت توقيع العقد , وهذا هو التجميد , تلك القوانين التي أدمجت نصوصها في العقد المبرم نفسه , وهذا هو الاندماج .

راجع : وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /763/ .

وتهدف هذه الشروط إلى منع الدولة من استخدام سلطاتها التشريعية لتعديل العقد والمساس به لصالحها , وتؤدي شروط الثبات التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد إلى قطع الصلة بين المبادئ القانونية التي تم تثبيتها والقانون الوطني الذي اشتقت منه وذلك بعد مرور فترة من الزمن وتغيير مضمون هذا القانون [1077] .

- **شروط الثبات المتضمنة عدم سريان التعديلات الجديدة للقانون على القانون الواجب التطبيق على العقد .**

وتصدر هذه الشروط في صورة تعهد صادر من الدولة المتعاقدة مع الطرف الأجنبي بتحصينه ضد أية تغييرات تشريعية أو تنظيمية تطرأ في المستقبل , والنص على عدم سريانها على العلاقات التعاقدية الناشئة بينهما[1078] .

3- شرط ثبات العقد :

(**1077**) – من أمثلة شروط الثبات التشريعي التي تهدف إلى تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد ما جاء في المادة /47/ من الاتفاق المبرم في 8 شباط 1962 بين حكومة غانا وشركة فولتا الومنيوم المحدودة والتي تنص على أن " الاتفاق المعنى وكذلك قائمة الوثائق الملحقة به قد تم إبرامها وترتب جميعها آثارها وفقا للقانون الغاني الساري في 22 يناير 1962 , إلا إذا نص صراحة على خلاف ذلك .

راجع : حفيظة السيد حداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" ، المرجع السابق , ص /331/ .

1078( ) – مثال ذلك نص المادة /15/ من الاتفاق المبرم بين الكاميرون وشركة الأبحاث والاستغلال الكاميرونية والتي تقضي "بعدم سريان أية تعديلات تطرأ على النصوص التالية , خلال مدة سريان الاتفاقية إلا بعد الموافقة المسبقة للشركة" .

راجع : حفيظة السيد حداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" , المرجع السابق , ص /335/ .

يقترن شرط الثبات التشريعي عادة بشرط مكمِّل للحماية المطلوبة وهو شرط ثبات العقد [1079] ، أو ما يسمى بشرط عدم المساس بالعقد . وهو يعني تعهد الدولة المتعاقدة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة باستخدام سلطتها الإدارية [1080] .

وعلى ذلك فإن شرط عدم المساس بالعقد يعطي للشركات المتعاقدة مع الإدارة حصانة ضد "المخاطر الإدارية" أي ضد ما تتمتع به الإدارة من سلطة إدارية , أما شرط الثبات التشريعي فهو يهدف إلى حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من "المخاطر التشريعية" أي ما ينجم عنها بوصفها سلطة تشريعية على وجه التحديد [1081] .

فهذان الشرطان يعنيان أن الدولة لا تستطيع أن تعدِّل في الأوضاع القانونية للعقد , لا بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة تنفيذية , ولا بالطريق التشريعي على أساس كونها سلطة تشريعية [1082] .

بيد أن المشكلة التي تصادف كلاً من هذين النوعين من شروط الثبات تظل واحدة وهي تتلخص في مدى التزام الدولة بعدم تغيير العقد المبرم مع الطرف الخاص سواء تعلق الأمر بعدم تغيير العقد من قبل الإدارة المتعاقدة بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر عن طريق تعديل القانون الذي يحكم العقد[1083] .

(**1079**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." ، المرجع السابق , ص /451/.

(**1080**) – حفيظة السيد حداد , المرجع السابق , ص /326/ .

1081( ) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /760/ .

1082( ) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /130/.

1083( ) – حفيظة السيد حداد , " العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية " , المرجع السابق , ص /327/ .

ويشكِّل شرط ثبات العقد – أو ما يسمى شرط عدم المساس بالعقد – خروجاً عن المبدأ الذي يحكم العقود الإدارية عموماً . فالثبات المطلق هو لعقود القانون الخاص أما في العقود الإدارية فإن هناك حدوداً للقوة الملزمة للعقد أو ما يسمى ((عدم ثبات العقد الإداري)) . فالإدارة المتعاقدة يمكنها إدخال تعديلات وتغييرات على القوة الملزمة لعقودها الإدارية , كي لا يصبح المرفق العام تحت رحمة الجهة المتعاقدة مع الإدارة . وإن عدم ثبات العقد الإداري يمنح الإدارة حقاً في ظروف وحدود معينة بأن تعدل بإرادتها المنفردة اشتراطات العقد [1084] .

بيد أن ما يدفع الشركات المتعاقدة إلى المطالبة بإدراج هذين الشرطين في العقد , هو الحفاظ على مكتسباتها الاستثمارية الناجمة عن العقد عبر الزمان , وذلك عن طريق تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة , وغلِّ يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي , ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة من ناحية , وتأكيد عدم سريان أية تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني من ناحية أخرى , فلا تسري على هذه العقود التشريعات الجديدة ولا تستطيع الدولة أن تتدخل في تعديل العقد انفرادياً , على الرغم من التغيير غير المتوقع في ظروف المرفق الذي يتصل به العقد [1085] .

ثانياً – التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي :

(**1084**) – علي الفحام , "سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري" , دار الفكر العربي , 1976, ص /57و59/ .

1085( ) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص/131/. بشار الأسعد , "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" , المرجع السابق , ص /164/ .

1- شرط الثبات التشريعي هو استثناء على مبدأ التطبيق المباشر والفوري للقانون الجديد :

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار شرط الثبات التشريعي استثناء على مبدأ السريان الفوري والمباشر للقانون الجديد . فالقانون الجديد يسري بأثر فوري على جميع العقود بما فيها تلك التي أبرمت قبل صدوره ولا يعدُّ في ذلك أية رجعية . لذلك فإن شرط الثبات التشريعي الذي يهدف إلى استمرار سريان القانون الذي أُبرم العقد في ظلِّه على الرغم من صدور قانون جديد , يعد استثناء على مبدأ السريان الفوري للقانون الجديد يحول دون إعمال أحكام القانون الجديد على العقد الذي تم تجميد القانون الحاكم له من حيث الزمان [1086] .

بيد أن هذا الرأي لا يخلو من انتقاد . فالقول به يتطلب أن تكون قواعد القانون الجديد قواعد آمرة أو متصلة بالنظام العام , أما إذا كانت قواعد القانون الجديد قواعد تكميلية غير آمرة فإنها لا تسري كأصل عام على العقود التي تم إبرامها في ظل القانون القديم وبالتالي فإن تجميد القانون المختار من قبل الأطراف , لا يعدُّ استثناء لمبدأ التطبيق الفوري أو المباشر للقانون الجديد بل هو في حقيقته إعمالٌ له . هذا بالإضافة إلى وجود اختلاف أصلاً حول مدى سريان القانون الجديد بأثر مباشر فوري على العقود التي أبرمت في ظل قانون قديم حتى لو كانت قواعده آمرة أو تتصل بالنظام العام [1087].

2- تحول شرط الثبات التشريعي إلى شرط عقدي عند إدماج القانون في العقد :

1086( ) – حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /336/ .

(**1087**) – حفيظة السيد الحداد , المرجع نفسه , ص /337/ .

يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن القانون عند إدماجه والنص عليه في العقد نفسه يغدو بمثابة شرط عقدي يعبِّر عن إرادة الأطراف لا عن إرادة المشرِّع [1088] . أي أن شرط الثبات التشريعي قد غيّر من طبيعة القانون المختار وأفقده صفته باعتباره قاعدة قانونية وجعل منه مجرد شرط عقدي .

ومن هنا فإن التعديلات التي تطرأ على القانون لا تسري على العقد لأن ذلك القانون قد فقد صفته كتعبير عن إرادة المشرِّع نظراً لاندماج القانون في العقد [1089] .

بيد أن هذا المذهب لا يمكنه أن يفسِّر عدم سريان أحكام القانون الجديد إذا كان شرط الثبات التشريعي قد تم وضعه بتدخل من المشرع نفسه وتم تنظيمه بقانون تشجيعاً للاستثمار . ففي هذه الحالة تبدو النظرية الأولى القائلة بأن شروط الثبات التشريعي تعد استثناء على مبدأ التطبيق المباشر للقانون الجديد أكثر ملاءمة .

ثالثاً – تقييم شرط الثبات التشريعي :

1- الخلاف بشأن مدى صحة شرط الثبات التشريعي :

أ – الاتجاه المؤيد لشرط الثبات التشريعي :

ثار جدال عنيف في الأوساط الفقهية والقضائية حول مدى صحة ومشروعية شرط الثبات التشريعي . فذهب أنصار هذا الشرط إلى الدفاع عنه محتجين بذاتية شرط الثبات واستقلاليته عن كل نظام قانوني ، فهو شرط صحيح بذاته دون حاجة إلى أي نظام قانوني يقرر هذه الصحة , ذلك أنه يحكم عقود الدولة , أي العقود الإدارية التي تنطوي على عنصر أجنبي, قانون

1088( ) – وفاء مزيد فلحوط , "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا" , المرجع السابق , ص /765/ .

1089( )– حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /340/ .

ليس في سلطة أحد تعديله , أي قانون مستقل بذاته ينشئه الاتفاق ذاته , فبما أن العقد شريعة المتعاقدين وتم الاتفاق نهائياً على هذه الشروط من قبل الطرفين , فلا مجال لخرقها من قبل الدولة بإرادتها المنفردة أو بالطريق التشريعي [1090] .

ويذهب هذا الرأي إلى أن شرط الثبات التشريعي يشكل قرينة على أن العقد الذي أبرمته الدولة هو من قبيل عقود القانون الخاص , لأن الدولة بموجبه تتنازل عن جميع سلطاتها وتتعاقد مع الطرف الأجنبي على قدم المساواة [1091] .

ومن الواضح أن هذا الرأي المدافع عن الصحة المطلقة لشرط الثبات التشريعي ينحاز إلى المبادئ المستقرة في القانون وبخاصة مبدأ سلطان الإرادة وقدسية العقود وعدم المساس بها . في حين أن هذه المبادئ في مجال عقود الدولة تتصارع وتصطدم مع فكرة سيادة الدولة وحقها في إصدار القوانين وفي سريان تشريعاتها المتمشية مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية على العقود المبرمة المتضمنة شرط الثبات [1092] .

ومن جهة أخرى فإن هذا الرأي يجعل من العقد الذي تبرمه الدولة مع طرف أجنبي منطقة لا تستطيع الدولة أن تقترب منها إلا وهي مجردة من كل المزايا التي يعترف لها بها القانون الدولي والقانون الوطني , فهو يجردها من صفتها كشخص من أشخاص القانون العام وما يترتب على تمتعها بتلك الصفة من نتائج . كذلك فإن الرأي المتقدم يقوم على افتراض أن
سيادة الدولة وأهليتها القانونية مسألتان لا يمكن التوفيق بينهما . أي أن قيام الدولة بإبرام العقد يتضمن وضع قيد على سيادتها . وهو قول لا يمكن الدفاع

1090( ) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /133/.

1091( ) – محمد الروبي , "عقد الإنشاء والإدارة والتسليم" , المرجع السابق , ص /116/ .

1092( ) – حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /347/ .

عنه . فالدولة تتمتع بالسيادة التي تمنحها الأهلية في إبرام التصرفات القانونية. وإن الدولة على الرغم من العقد المبرم مع طرف أجنبي وعلى الرغم من وجود شرط الثبات التشريعي يمكنها بسط نفوذ القانون الجديد على العقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة , إذ أنه مع تحقق هذه الأسباب يكون من حق الدولة المساس بمبدأ القوة الملزمة للعقود [1093] .

ب – الاتجاه المعارض لشرط الثبات التشريعي :

يذهب هذا الاتجاه إلى تغليب اعتبارات سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود . ذلك أن من يملك حق اختيار القانون ليس هم الأطراف وإنما مشرع الدولة التي صدر عنها القانون الواجب التطبيق . وبالتالي فإن للدولة الحق في سريان تشريعاتها على عقودها فيما لو اقتضت مصلحتها العامة ذلك , ولو تضمنت تلك العقود شرطاً يذهب إلى خلاف ذلك , وإن القول بغير ذلك يعني مساس المتعاقدين بسيادة الدولة التي تم اختيار قانونها لحكم العقد[1094].

بيد أن هذا الاتجاه المعارض لشرط الثبات تعرَّض لانتقاد شديد من جانب الفقه الغربي. فالقول بالسماح للدولة وهي أحد طرفي العقد أن تتنصل بحرية كاملة من التزاماتها يؤدي إلى أن تحل بدلاً من الرابطة العقدية رابطة خضوع وتبعية تضر بعملية التنمية وتؤدي إلى تعطيل ازدهار التجارة الدولية [1095] .

ولكن هذا الانتقاد محل نظر . فالاتجاه القائل بحق الدولة في تعديل العقد لا يجعل من هذا الحق حقاً مطلقاً للدولة , ولكنه حق تلجأ إليه الدولة إذا كانت الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المحيطة قد تغيرت وغالباً ما

1093( ) – حفيظة السيد الحداد , المرجع نفسه , ص /349/ .

1094( ) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /768/ .

1095( ) – حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /365/ .

تلجأ الدولة في هذه الحالة إلى المفاوضات لتعديل الشروط العقدية للاتفاق المبرم مع الشركة الأجنبية .

ج – الاتجاه التوفيقي بين فكرتي حرية التعاقد وسيادة الدولة :

يعود الفضل في محاولة التوفيق بين القواعد المتعارضة التي تحكم كل من فكرتي العقد والسيادة إلى الأستاذ Prosper Weil . حيث يرى أن الفصل في صحة شروط الثبات التشريعي أو عدم صحتها يتوقف على الفصل في مسألة أولية هي تحديد النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويتخذه إطاراً له . فهذا النظام القانوني إما أن يكون القانون الوطني للدولة المتعاقدة وإما أن يكون القانون الدولي [1096] .

ففي الاحتمال الأول فإن صحة شرط الثبات التشريعي تكون رهناً للمواقف المتغيرة للتشريعات الوطنية في صدد إقرارها . مع قيام المسؤولية الدولية للدولة فيما إذا قامت احتراماً لنصوص قانونها الوطني بالمساس بشرط الثبات الوارد في عقدها على أساس أن تصرفها السابق فعل غير مشروع دولياً إما بسبب سوء نيتها عند إبرام العقد بسبب علمها بموقف قانونها من تلك الشروط أو على الأقل نتيجة لفكرة ((الإهمال العمدي)) .

أما في الاحتمال الثاني أي حالة العقد المتمركز في القانون الدولي فلا مجال للشك بصحة شروط الثبات التشريعي كنتيجة لازمة لتدويل عقود الدولة .

وبعبارة أخرى فإن تدويل العقد من شأنه إقرار صحة شرط الثبات التشريعي [1097] .

بيد أن هذه النظرية ذاتها محل نقد لأنها تستند على إقامة تفرقة مصطنعة بين ما يسمى النظام القانوني الذي يتمركز فيه العقد ويتخذه أساساً

1096( ) – راجع في ذلك مقالة :

- Prosper Weil : "Les clauses de Stabilisation ou d`intangibilité , op.cit, p.315.

مشار إليها من قبل د.حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص /369/ .

1097( ) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /774/ .

لـه من جهـة , والقانون الواجب التطبيق علـى العقد من جهـة أخرى , دون أن يكون لهذه التفرقة أي معيار أو أية فائدة عملية . فالحالات التي تم تدويل العقد فيها بشكل كامل وخضوعه للقانون الدولي العام هي حالات نادرة , ومع ذلك فإن هذا الخضوع بحد ذاته لا يفيد تنازل الدولة عن مزاياها لصالح الطرف الأجنبي المتعاقد معها . هذا بالإضافة إلى أن فكرة النظام القانوني التي يتركز فيها العقد هي فكرة منتقدة لما تثيره من لبسٍ وخلط [1098] .

2- القيمة العملية لإدراج شرط الثبات التشريعي في عقد B.O.T :

أ – شرط الثبات التشريعي يعد شرطاً استثنائياً يؤكد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.T :

إن إيراد شرط الثبات التشريعي في العقد يعد دليلاً واضحاً على احتواء العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص , فحين تتعهد الدولة بعدم تعديل تشريعاتها أي بعدم ممارسة إحدى سلطاتها وهي سلطتها في تعديل قوانينها , فإن ذلك يعد في حد ذاته شرطاً استثنائياً , ويشكل اعترافاً من الشركة المتعاقدة بأن الدولة تملك سلطة تعديل تشريعاتها, وبالتالي يجوز لها أن تستعمل تلك السلطة عندما تريد كما يجوز لها أن تلتزم بعدم استعمالها كلياً أو جزئياً بصدد أحد عقودها [1099] .

بيد أن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى تحقيق شرط الثبات التشريعي على الصعيد العملي للأهداف التي ترجى من إدراجه في العقد ؟

ب – مدى نجاح شرط الثبات التشريعي على الصعيد العملي في تحقيق أهدافه :

1098( ) – حفيظة السيد الحداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" , المرجع السابق , ص /384/ .

1099( ) – محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم" , المرجع السابق , ص /117/.

من الثابت أن عقد B.O.T يتميز بطول مدة تنفيذه التي قد تصل إلى تسع وتسعين سنة في مصر مثلاً , الأمر الذي يستحيل معه افتراض عدم تغيير الدولة لتشريعاتها بما يتلاءم مع الحاجات المتغيرة والظروف المستجدة وتحقيق مصلحتها العامة . وإن وجود شرط الثبات التشريعي لن يمنع الدولة من تعديل قوانينها في ضوء ذلك [1100] . وإن تنازل الدولة في وقت معين عن سلطتها التشريعية هو في حقيقته تأكيد لتلك السلطة وهو لا يحول دون استعادة الدولة لسلطتها تلك وتعديل قوانينها . فإذا كان التعديل أو التغيير التشريعي منصباً على قواعد قانونية تكميلية غير ملزمة , فهو لا يخلق أية مشكلة في تنفيذ العقد ويكون النص على شرط الثبات التشريعي عدم الجدوى في هذه الحالة [1101] . أما في حالة إصدار القواعد الآمرة وقواعد النظام العام فإن الواقع يظهر أن شرط الثبات التشريعي الوارد في العقد لا يستطيع أن يمنع الدولة من تعديل قوانينها وتجاوز شرط الثبات لقانونها كلما اقتضت ذلك مصلحتها العامة [1102] . وعلى ذلك فإن الواقع يثبت فشل شرط الثبات التشريعي في تحقيق الغاية التي وضع من أجلها . إلا أن وجوده يشكل قرينة أو دليلاً على أن ضرراً ما قد أصاب الشركة الملتزمة [1103] , مما يجعل له دوراً في تقدير التعويض . ولعل خير دليل على أن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد لم تعد من الأهمية بمكان ما جاء بنصوص العقد النموذجي الذي أعدته جمعية القانون الدولي International Low

---

1100 ( ) – بشار الأسعد , "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" , المرجع السابق , ص /182/ .

1101( ) – حسن الهنداوي , "مشروعات B.O.O.T " , المرجع السابق , ص /482/ .

1102( ) – بشار الأسعد , المرجع السابق , ص /182/ .

1103( ) – حسن الهنداوي , " مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق , ص /483/ .

Association في شأن الاستثمارات عام 1970 – 1972 من هجر تلك الشروط وعدم النص عليها عن قصد [1104] .

3- رأينا الخاص في الثبات المطلق للعقد وطرح الحلول البديلة :

إن إعمال شرط الثبات التشريعي يعني تفوق إرادة المتعاقدين على إرادة المشرع واستبعاد سريان قواعد النظام العام التي يضعها على العلاقات العقدية وهذا ما يمس سيادة الدولة بشكل واضح [1105] .

وإن إمعان النظر في شرط الثبات التشريعي يكشف عن مخالفة هذا الشرط للعديد من الأصول الفنية في علم القانون . إذ أن الذي يملك حق إصدار القوانين وتحديد نطاق سريانها ليس هو أطراف العقد , إنما هو مشرّع الدولة . وإن خضوع العقد لقانون الدولة يجب أن يُحمل على أنه احترام كامل لهذا القانون . كذلك فإن من شأن هذا الشرط أن يؤدي إلى الخلط بين عمليتي تحديد القانون وإعماله . فإذا كان لأطراف عقد B.O.T في بعض الحالات دوراً مهماً في تحديد القانون الذي يحكم العقد فإن عملية إعمال القانون المختار تخرج عن سلطتهم , فهي من الاختصاص الأصيل لقاضي الدعوى , وهو اختصاص لا يستمده القاضي من إرادة الأطراف . فإرادة الأطراف تتوقف عند تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد دون أن يكون لهم التدخل في كيفية تطبيقه ومن ثم ليس لهم سلطة تقرير سريان أحكامه المستقبلية على عقدهم من عدمه [1106] .

1104( ) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /460/ .

1105( ) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T " , المرجع السابق , ص /134/ .

1106( ) – بشار الأسعد , المرجع السابق , ص /181/ .

كذلك فإن مبدأ عدم المساس بالعقد لا يُعمل به بشكل مطلق . فمن المعلوم أن جهة الإدارة في العقود الإدارية التي ينتمي عقد B.O.T إلى طائفتها , تملك في الحالات الضرورية سلطة تعديل العقد .

وإن القول بكف يد الدولة المتعاقدة في عقد B.O.T عن المساس بالعقد أياً كانت المصلحة العامة المراد حمايتها , يتضمن تغليباً للمصالح الخاصة على المصلحة العامة , ولا يوجد في أي نظام قانوني تغليب للمصالح الخاصة للأفراد على المصلحة العامة على نحو يؤدي إلى استحالة اتخاذ الدولة المتعاقدة أية إجراءات أو تصرفات تفرضها المصلحة العامة . وإن وجود شرط عدم المساس بالعقد لا يشلُّ إرادة الدولة ولا يحول دون اتخاذ الإجراءات ذات النفع العام وسريانها في مواجهة الشركة المتعاقدة [1107] .

في ضوء ذلك فإن شرط الثبات المطلق لعقد B.O.T من ثبات تشريعي وعدم المساس بالعقد لا تعدو كونها شروطاً عقدية تؤدي من حيث النتيجة وظيفة مالية وهي المساهمة في تحديد مقدار التعويض عن الضرر اللاحق بشركة المشروع والناجم عما قامت به الجهة الإدارية من تصرفات وإجراءات .

ومع فشل شروط الثبات المطلق للعقد في أداء وظيفتها الأصلية في تجميد دور الدولة , فقد نجحت كشرط عقدي في لفت الأنظار إلى الصراع القائم بين مصالح الأطراف المتعاقدة في عقد B.O.T , فهناك مصلحة الدولة المتعاقدة في تأكيد سيادتها على مواردها الاقتصادية وثرواتها واستغلالها بشكل يحقق مصلحتها العامة التي تبرِّر لها حق المساس بالتوازن الأصلي للعقد عن طريق تعديله أو إنهائه بإرادتها المنفردة أو تعديل القوانين التي تسري عليه على الرغم من وجود شروط الثبات . ومن جهة أخرى هناك مصلحة الشركة

1107( ) – حفيظة السيد الحداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية" , المرجع السابق , ص /392/ .

المتعاقدة في عقد B.O.T , والتي تستثمر أموالاً ضخمة , في ثبات العقد واستقراره وعدم المساس بتوازنه المالي والاقتصادي الذي بناء عليه تم التعاقد مع الدولة [1108] .

إن تعزيز شروط التعويض في عقد B.O.T والنص في اتفاقية المشروع على شروط بديلة لشروط الثبات كشروط ((إعادة التفاوض)) و((مراجعة بنود العقد)) [1109] عند حدوث تعديلات تشريعية وتغييرات غير متوقعة في الظروف وخارج نطاق سيطرة الملتزم , يمكن أن تشكِّل البدائل العملية لشروط الثبات المطلق للعقد .

(**1108**) – حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /390/ .

(**1109**) – تجدر ملاحظة أن الإسراف المفرط في عملية إعادة التفاوض نتيجة تغير الظروف الاقتصادية ، يكون له آثارٌ غير مرضية بالنسبة للجهة المانحة مما يخلق لها مصلحة جدية في أن تكون الأحكام التعاقدية والتشريعية التي تسمح بمراجعة اتفاق المشروع وإجراء بعض التعديلات لبنوده ، ينبغي أن تكون في حدود معقولة reasonable limits . ولذلك فمن المفيد أن ينص اتفاق المشروع على أن التغير في الظروف التي تبرر مراجعته ينبغي أن تكون خارج نطاق سيطرة الملتزم ، بحيث لا يمكن توقعها فيتخذ الوسائل الكفيلة لمواجهتها في الاتفاق عند إبرامه ، ولا يمكنه أيضاً السيطرة على عواقبها أو تجنبها . والحقيقة أن أمر إمكانية التوقع والتوقي للظروف الطارئة من قبل الملتزم هو مسألة واقع يحسم أمرها قاضي الموضوع إذا ما أثير حولها نزاع ، فعلى سبيل المثال يمكن اعتبار افتتاح طريق حر من قبل جهة إدارية ما غير الجهة الإدارية المانحة لالتزام قصري أو حصري لأحد الملتزمين ، ظرفاً طارئاً يبرر لهذا الأخير أن يراجع العقد بسببه وفي حدوده ، بينما زيادة أجور العمال أثناء فترة تنفيذ المشروع قد لا تعد ظرفاً طارئاً يبرر مراجعة الاتفاق ، وأحد الحلول الاتفاقية التي قيل بها أيضاً في هذا الشأن ضرورة تضمين اتفاق المشروع نصاً يربط مراجعة العقد – عندما تتحقق ظروف طارئة من شأنها إعاقة تنفيذه – أو يرهن هذه المراجعة بأن تترتب على الظروف الملجئة إليها خسائر تمثل حداً أدنى معين من إجمالي التكلفة الاستثمارية للمشروع أو من دخل الملتزم ، وإن نصاً كهذا يضمن لاتفاق المشروع قدراً من الاستقرار يحول دون إجراء مفاوضات تعديل معيقة بشأن تغيرات طفيفة ، حتى تتجمع هذه التغيرات لتؤلف قدراً ذو أهمية من حيث آثاره المالية .

راجع : حسن هنداوي , "مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق , ص/486/.

إن القاعدة التي يتعين أن تطمئن الشركات المتعاقدة في عقود B.O.T على استثماراتها هي أن كل إجراء بإرادة منفردة تتخذه الدولة المتعاقدة يكون من شأنه تعديل العقد أو إنهائه , ولو كان مبعثه المصلحة العامة , يجب أن يقابله تعويض مالي مناسب للشركة تقوم بتقديره الجهة القضائية المختصة [1110] .

أخيراً فإنه ومع فشل شروط الثبات المطلق للعقد في أداء وظيفتها الأصلية , وعلى الرغم من أن شرط الثبات التشريعي يكرّس الصفة الإدارية لعقد B.O.T فإننا ننصح بعدم قبول جهات الإدارة المتعاقدة إدراج مثل هذه الشروط في عقود B.O.T نظراً لطول مدة تنفيذها ولكون موضوعها هو إنشاء وإدارة مرافق عامة يتعين على الدولة ضمان سيرها بانتظام واضطراد ومواجهة جميع المتغيرات والتطورات وكل ما يمكن أن يحدث طوال فترة التعاقد [1111] .

المطلب الثاني
شرط التحكيم

تمهيد وتقسيم :

يسعى المستثمر , محلياً كان أو أجنبياً , إلى تضمين عقد B.O.T شرط التحكيم . 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 عامة والأجانب خاصة , بحياد القضاء

1110( )– حفيظة السيد الحداد , المرجع السابق , ص /396/ .

(**1111**) – محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /121/ .

الوطني في مثل هذه المنازعات لاعتقادهم بأن الدولة المضيفة تصبح خصماً وحكماً في آن واحد [1112] . يضاف إلى ذلك رغبة هذه الجهات المستثمرة بكف يد الدولة ما أمكن عن التدخل في تنفيذ العقد وما ينشأ عن ذلك .

كل ذلك أدى إلى الاتجاه نحو التحكيم . فنظام التحكيم به من الحرية ما يعطي المستثمر الثقة والاطمئنان بشأن مستقبل استثماراته حيث يختار قاضيه وله أيضاً اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع [1113] . إضافة إلى ما يتسم به نظام التحكيم من البساطة والسرية والسرعة في الفصل[1114].

ويدلُّ استقراء عقود B.O.T على اتجاه عام بتضمين العقد الشرط التحكيمي . وباعتبار أن عقد B.O.T يعد عقداً إدارياً , فإن اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عنه يعدُّ مسألة خلافية . فقد ساد مبدأ عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في كل من فرنسة ومصر مدة طويلة من الزمن , في حين أن مبدأ اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية عامة هو مبدأ أصيل في سورية قانوناً وفي قضاء مجلس الدولة .

وسنتناول ذلك في الفرعين التاليين :

- **الفرع الأول** : تطور مبدأ عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسة ومصر .
- **الفرع الثاني** : أصالة القضاء التحكيمي في منازعات العقود الإدارية في سورية .

(**1112**) – أحمد عبد الحميد عشوش , "النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية" , رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق , جامعة القاهرة , 1975 , ص /470/ .

(**1113**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /305/ .

(**1114**) – عبد العزيز عبد المنعم خليفة , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , 2008 , ص /373/ .

الفرع الأول
تطور مبدأ عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسة ومصر

تمهيد :

تعدُّ نظرية العقود الإدارية نظرية قضائية . فالعقد الإداري يخضع في بت منازعاته للقضاء الإداري . ويخضع العقد الإداري لنظام قانوني وقضائي يختلف عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية والتجارية . فالعقد الإداري يتمتع بخصائص تميزه عن نظيره المدني أو التجاري [1115] . وقد ساد الاتجاه في فرنسة ومصر إلى أن التحكيم يؤثر على خصائص العقد الإداري وعلى النظام القانوني والقضائي الذي يحكمه . وكان موقف المشرع ومجلس الدولة في كل من فرنسة ومصر صارماً في عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية . غير أن هذه القاعدة لم تستطع الصمود في وجه التطور الحاصل أمام القضاء بشأن إقرار العديد من المبادئ القانونية المتعلقة بالتحكيم , مما حدا بالمشرع الفرنسي ونظيره المصري إلى التدخل للحد من إطلاق هذه القاعدة .

أولاً – تطور موقف المشرع ومجلس الدولة في فرنسا نحو إقرار التحكيم في منازعات العقود الإدارية :

ساد في فرنسة ولفترة طويلة مبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية . ذلك أن الأشخاص المعنوية العامة في فرنسة لم تكن قادرة قانوناً على إبرام

(**1115**) – الياس ناصيف , "عقد الـ B.O.T " , المرجع السابق , ص /348/ .

اتفاق التحكيم . فإذا لم يوجد نص تشريعي يجيز للدولة والأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم فإنه لا يجوز لها أن تسلك هذا الطريق لتسوية المنازعات [1116] .

وقد أقام المشرع الفرنسي مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية على المادتين /835و1004/ من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي القديم . فقد أشارت هاتين المادتين إلى وجوب رفع الأمر إلى النيابة العامة في مسائل تخص النظام العام إذ أن ما يثور حولها من نزاعات لا يمكن أن تكون محلاً للتحكيم [1117] .

وقد استقر الفقه والقضاء في فرنسة على اعتبار شرط التحكيم في العقود الإدارية باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويمتد البطلان إلى مشارطة التحكيم , وبالتالي فإن شرط التحكيم لا يحول دون التجاء الأطراف مباشرة إلى القضاء الإداري [1118] .

بيد أن تطوراً حصل باتجاه اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية عندما أصدر المشرع الفرنسي قانون /1906/ حيث منح الدولة والأقاليم والقرى حق اللجوء للتحكيم بهدف تصفية التزاماتها المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات مع الإبقاء على قاعدة حظر التحكيم مفروضة على أشخاص

(**1116**) – محمد عبد المجيد إسماعيل , "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها" , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , 2003 , ص /390/ .

(**1117**) – راجع في الفقه الفرنسي :

- Fouchard, L'arbitrage en droit administratif, R.arb, 1990, p8.

وفي الفقه العربي :

جابر جاد نصار ، "العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، ص /223/ .

(**1118**) – محمد عبد المجيد إسماعيل , المرجع السابق , ص /392/ .

القانون العام فيما عدا ذلك . بعد ذلك صدر القانون /626/ تاريخ 1972/6/5 الذي ألغى نص المادتين /83و1004/ من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي , وأضاف مادة جديدة للتقنين المدني الفرنسي برقم /2060/ نصت على جواز اللجوء إلى التحكيم بشأن منازعات الجماعات العامة والمؤسسات العامة .

بعد ذلك صدر القانون رقم /596/ تاريخ 1975/7/9 الذي عدل المادة /2060/ المذكورة فأضاف فقرة إليها تقضي بجواز اللجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم لمختلف المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري . بيد أنه لم يصدر عملياً أي مرسوم بمنح المؤسسات المذكورة حق اللجوء إلى التحكيم رغم الحاجة إلى الأخذ بنظام التحكيم في العقود الإدارية [1119] .

وبتاريخ 1986/8/19 صدر القانون رقم /972/ الذي رخص للدولة والمؤسسات العامة بأن 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 [1120] .

وقد اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار القانون /972/ المذكور إثر فتوى أصدرها مجلس الدولة الفرنسي عام 1986 قضى فيها بعدم مشروعية

(**1119**) – أنور أحمد رسلان , "التحكيم في العقود الإدارية" , بحث منشور في كتاب لاتحاد المحامين العرب بعنوان "التحكيم بين التشريعات العربية والمواثيق الدولية" لمجموعة من الأساتذة ، ج1 , ص /115/ .

(**1120**) – راجع :

- Fouchard, op.cit, p&-.et.s.
- Haim.V, Le choix du juge dans le contentieux administratif, A.J.D.A, 1992,p316.
- Kalck.P, Tribunaux administratifs et cours administratifs, 1990, p197.

إدراج شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الفرنسية وشركة والت ديزني الأمريكية لإنشاء مدينة ديزني لاند في فرنسة [1121] .

وقد اتسم موقف مجلس الدولة الفرنسي على الدوام بالتحفظ الشديد بشأن لجوء الدولة للتحكيم وكان يقضي بعدم مشروعية التحكيم في أية منازعة تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها ما لم يوجد نص تشريعي يقرّر ذلك .

وفي تقريره السنوي لسنة 1993 أبدى مجلس الدولة الفرنسي تأييده للاتجاه الذي يعترف بمشروعية التحكيم في العقود التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة وبخاصة منها المؤسسات العامة الصناعية والتجارية [1122] .

ثانياً – في مصر :

ذهب مجلس الدولة المصري إلى رفض ولوج الجهات الإدارية سبيل التحكيم لحل منازعاتها إذا لم يجز المشرع ذلك صراحة . وقد علّلت محكمة القضاء الإداري المصرية ذلك بأن المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة تنص على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر , ومفاد

(**1121**) – راجع في ذلك : محمد وليد منصور , "التحكيم في العقود الإدارية" , المرجع السابق, ص /260/ .

محمد عبد المجيد إسماعيل , "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها" , المرجع السابق , ص /391/ .

(**1122**) – راجع :

- Patrikios.A, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, Paris, 1997, p28.
- L.G.D.J, Paris, 1997, p28

ذلك أن محاكم مجلس الدولة هي الجهة المختصة للنظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية [1123] .

بيد أن ما اتجه إليه قضاء مجلس الدولة المصري كان موضع نقد , فقد ذهب جانب من الفقه في مصر إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية نظراً لعدم وجود نص تشريعي يمنع ذلك , وقد رأى البعض أن نص المادة /501/ من قانون المرافعات المصري قد أجازت الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين وأن هذا النص وإن لم يواجه أساساً مسألة التحكيم في العقود الإدارية إلا أن العبارات التي ورد فيها تجعله من السعة بحيث تشمل في رحابها فكرة العقد الإداري [1124] .

وعند صدور قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم /27/ لسنة 1994 نص في المادة الأولى منه على أن تسري أحكامه على كل تحكيم بين الأطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع . غير أنه على الرغم من ذلك فإن جانباً من الفقه ذهب إلى عدم إمكانية تطبيق قانون التحكيم الجديد المذكور على العقود الإدارية باعتبار أنه كما تشير تسميته متعلقٌ بعلاقات القانون الخاص والمواد المدنية والتجارية , إضافة إلى اصطدامه بنص المادة /172/ من الدستور الدائم المصري التي تقضي بأن مجلس الدولة هو المختص بالفصل في المنازعات الإدارية وأن القانون يحدد الاختصاصات الأخرى لمجلس الدولة . فالمشرع الدستوري أناط بمجلس الدولة نظر كافة المنازعات الإدارية وفوَّض

(**1123**) – قرار محكمة القضاء الإداري في مصر رقم /5837/ تاريخ 1990/12/9 , مشار إليه من قبل د. محمد عبد المجيد إسماعيل , "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها" , المرجع السابق , ص /393/ .

(**1124**) – جابر جاد نصار , "العقود الإدارية" , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الثانية، ص /239/ .

القانون في تحديد اختصاصاته الأخرى , وذلك بحسبان أن القانون هو الأداة التي تطلبها المشرع لتنظيم اختصاص جهات القضاء في مصر (م/167/ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية) وتطبيقاً لذلك صدر قانون مجلس الدولة رقم /47/ لسنة 1972 الذي نص في المادة العاشرة منه على أن تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر [1125] .

وقد أكدت الفتوى الصادرة عن الجمعية العمومية للفتوى والتشريع تحت رقم /54/ تاريخ 1997/2/19 , هذا الاتجاه المانع للتحكيم في العقود الإدارية حتى في ظل قانون التحكيم المصري رقم /27/ لسنة 1994 [1126] .

إزاء ذلك تدخل المشرع المصري فأصدر القانون رقم /9/ لسنة 1997 الذي عدل المادة /1/ من قانون التحكيم رقم /27/ لسنة 1994 بأن نص على أنه في منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة .

وبذلك أصبحت المنازعات التي تثيرها العقود الإدارية في مصر خاضعة للتحكيم دون تخصيص لعقود معينة بعينها ودون أن يستبعد أي عقد إداري من نطاق التحكيم [1127] .

الفرع الثاني

(**1125**) – محمد عبد المجيد إسماعيل , "عقود الأشغال العامة والتحكيم فيها" , المرجع السابق, ص /405/ .

(**1126**) – محمد وليد منصور , "التحكيم في العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /312/ .

(**1127**) – جابر جاد نصار , "العقود الإدارية" , المرجع السابق , ص /246/ .

أصالة القضاء التحكيمي في منازعات العقود الإدارية في سورية

تمهيد :

على خلاف ما كان سائداً في كل من فرنسة ومصر من حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم , واعتبار المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية منازعات تتعلق بالنظام العام , كانت فكرة التحكيم في العقود الإدارية في سورية فكرة أصيلة على الدوام اعتمدها المشرع وكرَّسها مجلس الدولة السوري . بيد أنه تحكيم يخضع لقواعد وإجراءات تختلف عن تلك التي تحكم التحكيم في العقود المدنية والتجارية .

أولاً – أصالة مبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية قانوناً وفي قضاء مجلس الدولة في سورية :

1– التأصيل القانوني لفكرة التحكيم في منازعات العقود الإدارية في سورية :

كان المشرع السوري سباقاً في إعطاء الحق للإدارة باللجوء إلى التحكيم . فمنذ صدور قانون مجلس الدولة رقم /55/ لسنة 1959 اعترف المشرع بإمكانية لجوء الإدارة العامة للتحكيم لفض منازعاتها , فقد قررت المادة /44/ من قانون مجلس الدولة عدم جواز اللجوء إلى أي صلح أو تحكيم دون استفتاء مجلس الدولة , وبذلك يكون المشرع قد قرر ضمنياً إمكانية لجوء الإدارة العامة للتحكيم مع تعليقه على شرط الاستفتاء المذكور .

كذلك فإن قانون السلطة القضائية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /98/ لسنة 1961 قد تحدث في المادة /80/ منه عن وضع المحكمين إذا

كانوا من أعضاء القضاء العادي , وأشار فيها إلى إمكانية أن تكون جهات القطاع العام طرفاً في التحكيم [1128] .

وعندما صدر المرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة 1969 المتضمن نظام عقود هيئات القطاع الإداري نص صراحة في المادة /75/ منه على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية من قبل الإدارة وفق الإجراءات التي حددتها المادة المذكورة .

وكذلك الحال بالنسبة للمرسوم رقم 195/ت لسنة 1974 الذي كان يحكم شركات القطاع العام الاقتصادي فقد نصت المادة /58/ منه على جواز النص في العقد على اللجوء إلى التحكيم .

وحين صدر القانون رقم /51/ لسنة 2004 , المتضمن نظام العقود الموحد في الدولة فقد نص صراحة في المادة /66/ منه على جواز اللجوء إلى التحكيم في إطار منازعات العقود الإدارية ووفقاً للإجراءات التي نص عليها, كما أباح اللجوء إلى التحكيم الدولي شريطة موافقة الوزير المختص [1129] .

وقد صدر مؤخراً قانون التحكيم رقم /4/ لسنة 2008 الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية , وقد نصت الفقرة /2/ من المادة /2/ منه على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع بقائه خاضعاً لأحكام المادة /66/ آنفة الذكر من القانون رقم /51/ لسنة 2004 .

وإذا أخذنا بالاعتبار أن القانون /51/ المذكور , وحسب تصريح المشرع نفسه فيه ((المادة /1/ منه)) ، يتعلق بطرق تأمين احتياجات الجهات

(**1128**) – مهند نوح , "التحكيم في العقود الإدارية في الجمهورية العربية السورية في ضوء القانون والاجتهاد القضائي" , بحث مقدم إلى الدورة العاشرة لتأهيل المحكمين العرب التي نظمتها الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم بالتعاون مع جامعة دمشق , في الفترة من 26–31 تموز 2008 , ص /2/ .

(**1129**) – مهند نوح , "التحكيم في العقود الإدارية .." , المرجع السابق , ص /2/ .

العامة وبيع أموالها فقط وليس بجميع أنواع العقود الإدارية , فإن النص في قانون التحكيم رقم /4/ لسنة 2008 على جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية مع إبقائه خاضعاً لأحكام المادة /66/ من القانون /51/ لسنة 2004 , كأنما يعتبر أن النص الوارد في المادة /66/ المذكورة يطبق على جميع أنواع العقود الإدارية وليس على عقود الشراء والبيع العام فقط .

2- موقف مجلس الدولة السوري من شرط التحكيم في العقود الإدارية :

أوضح مجلس الدولة السوري أن التحكيم قضاء حقيقي يسعى إليه أطراف النزاع بمحض إرادتهم [1130] , وبذلك فإن القضاء الإداري في سورية قد أخذ بالاتجاه الراجح فقهاً وقضاءً بأن حكم التحكيم هو عمل قضائي بالمعنى الصحيح [1131] .

وقد استقر مجلس الدولة السوري على أن شرط التحكيم الذي يرد في العقد الإداري يعتبر ملزماً للطرفين ولا يستطيعان التحلل منه أو تعديله إلا بالاتفاق المتبادل بينهما , وإن إلزامية هذا الشرط من شأنها أن تحجب الاختصاص عن المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع [1132] .

وعلى ذلك فإنه يمتنع على جهة الإدارة بعد أن ارتضت التحكيم طريقاً

(**1130**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /115/ في الطعن رقم /75/ لسنة 1989 , منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1989 , ص/341/.

(**1131**) – راجع :

- Patrikios.A, op.cit,p3.

(**1132**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /64/ في الطعن رقم /290/ لسنة 1998 , منشور في "مبادئ القضاء الإداري" , للمحامي مصباح المهايني , الجزء الثالث , 2005 , ص /293/ , المبدأ /7291/ .

لفض نزاعها مع المتعهد أن تتكل عن تنفيذ هذا الشرط بعد إبرامها العقد معه [1133] .

وقد حرص مجلس الدولة السوري على حماية شرط التحكيم الوارد في العقد الإداري . فإجراء التحكيم في نزاع ما يتعلق بالعقد لا يحجب اللجوء ثانية للتحكيم لحل غيره من النزاعات المتعلقة بذلك العقد . فقيام نزاعات أخرى لم تكن معروضة على لجنة التحكيم السابقة ليس من شأنه أن يجعل باب التحكيم موصداً أمامها إذ تبقى الإدارة بعد أن ارتضت عند التعاقد قبول التحكيم طريقاً للتقاضي وحل الخلافات مع المتعهدين ملزمة بالسير في طريق التحكيم حتى تصفية جميع الخلافات [1134] .

وقد ذهب مجلس الدولة السوري إلى أبعد من ذلك فقرر أن شرط التحكيم الوارد في العقد الإداري يعتبر ملزماً للطرفين وإن للمحكمة حق إثارته من تلقاء نفسها , الأمر الذي يجعل من الحكم الذي انتهى إلى إعلان عدم اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر في النزاع محل الدعوى , بحسبان أن اختصاص النظر فيه معقود إلى التحكيم , قائم على أساس سليم من القانون [1135] . وإن ما ذهب إليه القضاء الإداري بذلك يتجاوز ما استقر عليه نظيره القضاء العادي . ذلك أن قضاء النقض في سورية قد استقر على أنه لا يجوز للمحكمة أن تثير شرط التحكيم من تلقاء نفسها لأن ذلك ليس من

(**1133**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /153/ في الطعن رقم /430/ لسنة 1973 , منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1973 , ص /214/.

(**1134**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /9/ في الطعن رقم /208/ لسنة 1972, منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1972 , ص /174/ .

(**1135**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 1/227 في الطعن رقم /212/ لسنة 2000 , منشور في "مبادئ القضاء الإداري" , للمحامي مصباح المهايني , المرجع السابق , ص/293/ , المبدأ /7292/ .

النظام العام [1136] .

وبذلك يكون مجلس الدولة السوري قد كرَّس شرط التحكيم في العقود الإدارية وأضفى عليه حماية تامة معتبراً أن التحكيم قضاء حقيقي يسعى إليه أطراف النزاع بمحض اختيارهم ولا يسوغ لأي طرف من أطراف العقد أن يتحلل من شرط عقدي ملزم بالتحكيم [1137] .

ثانياً – خصوصية إجراءات التحكيم في منازعات عقود B.O.T :

إن التحكيم في عقد B.O.T , شأنه شأن التحكيم في أي عقد إداري آخر , تحكمه إجراءات خاصة حددها قانون مجلس الدولة والقانون رقم /51/ لسنة 2004 , وقد كرَّس ذلك قانون التحكيم رقم /4/ لسنة 2008 كما سبق وبينا . وإن أهم ما تتمثل به خصوصية إجراءات التحكيم في هذه المنازعات هي تسمية لجنة التحكيم وشرط إجازة التحكيم .

1– تسمية لجنة التحكيم :

لا يجوز أن ينظر محكمٌ فرد ، أياً كان ، في منازعات العقود الإدارية ، فالمادة /66/ من القانون /51/ لسنة 2004 نصت على تشكيل لجنة تحكيم وحددت كيفية تسمية أعضاء هذه اللجنة ، وهو نص آمر ويتعلق بالنظام العام .

وعندما ينشب نزاع بين الإدارة والمتعاقد معها بشأن عقد إداري يتضمن شرط التحكيم ، فقد جرى مجلس الدولة السوري على أن يتقدم طالب التحكيم ،

(**1136**) – قرار محكمة النقض السورية , الغرفة المدنية الثالثة , رقم /1423/ أساس /2159/ تاريخ 2000/5/21 , منشور في "موسوعة القضاء المدني" , للمحامي محمد أديب الحسيني , الجزء الأول , دمشق , 2002 , ص /529/ , القاعدة /1492/ .

(**1137**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية , رقم /115/ في الطعن رقم /75/ لسنة 1989 , منشور في "مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1989" , ص /341/ المبدأ /83/ .

والذي هو غالباً المتعهد باستدعاء لرئيس مجلس الدولة مرفق بنسخة عن العقد المتضمن شرط التحكيم يطلب فيه مقدمه من رئيس المجلس إعلان الجهة الإدارية بالطلب وتكليفها لتسمية محكمها ، ويحدد الطالب في استدعاء طلبه النقاط التي يطلب البحث فيها وحلها عن طريق التحكيم ، فإذا استجابت الإدارة للطلب وسمت محكمها وكان طالب التحكيم قد سمى محكمه يسمي رئيس مجلس الدولة أحد المستشارين في المجلس محكماً مرجحاً يرأس لجنة التحكيم .[1138]

فقد حددت المادة /66/ من القانون /51/ لسنة 2004 تشكيل لجنة التحكيم وفقاً لنص آمر يعدُّ من متعلقات النظام العام ، حيث نصت بأن تشكل لجنة التحكيم برئاسة مستشار في مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة وعضوين تختار أحدهما الجهة العامة ويختار المتعهد العضو الآخر .

ويلاحظ أن المادة /66/ آنفة الذكر قد نسخت بحكمها ما كانت تنص عليه الفقرة /أ/ من المادة /75/ من المرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة 1969 ، من إمكانية أن تكون لجنة التحكيم مشكلة برئاسة قاض عادي يسميه وزير العدل ، وحصرت أمر رئاسة اللجنة المذكورة من قبل مستشار في مجلس الدولة يسميه رئيس المجلس ، لذلك فقد انعدمت إمكانية أن يكون رئيس لجنة التحكيم قاضٍ من القضاء العادي [1139] .

وحتى ولو تضمن العقد أن يُسمَّى رئيس هذه اللجنة من قبل رئيس محكمة النقض أو رئيس محكمة القضاء الإداري فقد استقر اجتهاد مجلس الدولة على إناطة أمر تسمية رئيس لجنة التحكيم في النزاعات المتولدة عن العقد الإداري برئيس مجلس الدولة دون غيره لارتباط هذه التسمية بالاختصاص

(**1138**) – عبد الهادي عباس ، "العقود الإدارية" ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى 1993 . دمشق ، ص /566/ .

(**1139**) – مهند نوح ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /5و6/ .

النوعي في رؤية العقود الإدارية وبأن النزاع التحكيمي هو فرع من الأصل مما يحجب هذه التسمية عن غيره [1140] . وقد أوضحت دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية العلة التي تكمن وراء تحديد رئيس لجنة التحكيم من قبل رئيس مجلس الدولة وذلك على أساس أنه يمثل السلطة العليا في القضاء الإداري [1141] .

بيد أنه لا شيء يمنع أن يكون محكم الإدارة أو المتعهد من القضاء العادي ، وعندئذ يتوجب مراعاة ما ورد في المادة /80/ من قانون السلطة القضائية بهذا الصدد ، فإذا كان القاضي العادي محكماً عن المتعهد فيجب أخذ موافقة مجلس القضاء الأعلى ، أما إذا كان محكماً عن الإدارة فيجب أن يحال الأمر إلى مجلس القضاء الأعلى لتحديد القاضي المحكم [1142] .

وبطبيعة الحال فإنه لا يشترط في محكم الإدارة أن يكون قاضياً كما لا يلتزم محكمها بالحصول على موافقة مجلس القضاء الأعلى إلا إذا اختير من بين السادة القضاة وفق ما تشير إليه المادة /80/ من قانون السلطة القضائية [1143] .

وقد تمتنع الإدارة عن الجواب على طلب تسمية محكم عنها أو تعلن عدم رغبتها في التحكيم لأي سبب كان ، وعندئذ فإن رئيس مجلس الدولة

(**1140**) – محمود الجيوش ، "أنواع التحكيم في الدول العربية" ، بحث منشور في مجلة "المحامون" التي تصدرها نقابة المحامين في سورية لعام 1998 ، العدد /3و4/ . ص /210/ .

(**1141**) – قرار دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /20/ في الطعن رقم /197/ لسنة 1972 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1972 ، ص /175/ .

(**1142**) – مهند نوح ، "التحكيم في العقود الإدارية" . المرجع السابق . ص /6/ .

(**1143**) – قرار دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /133/ في الطعن رقم /365/ لسنة 1983 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" للمحامي مصباح المهايني ، المرجع السابق ، ص /311/ ، المبدأ /7352/ .

يبلغ طالب التحكيم هذا الرفض . ويحق لطالب التحكيم أن يقدّم دعوى لمحكمة القضاء الإداري بإلزام الإدارة بالتحكيم وتسمية محكم عنها ، فإذا رفضت الإدارة تسمية محكم تعين المحكمة المذكورة جلسة قريبة دون حاجة لتحضير الدعوى من قبل مفوَّض الدولة ، وفي ضوء النصوص العقدية والدفوع المتبادلة تقضي المحكمة بالإلزام بالتحكيم وبتسمية محكم عن الإدارة الممتنعة أو تقضي برفض الطلب ، ويكون قرار المحكمة في هذا الشأن خاضعاً للطعن أما المحكمة الإدارية العليا [1144] ، وعلى ذلك فإذا لم يعين أحد أطراف النزاع محكمه فإن محكمة القضاء الإداري هي التي تعين ذلك المحكم في سياق دعوى الإلزام بالتحكيم [1145] .

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا سمت الإدارة محكمها على سبيل الاحتياط خوفاً من إعطاء الحكم بتسمية محكم لا ترغب به فلا يعتبر ذلك ارتضاء منها بالتحكيم طوعاً [1146] .

أما بالنسبة لأتعاب المحكمين ، فإن نص الفقرة /د/ من المادة/75/ من المرسوم التشريعي رقم /228/ لسنة 1969 كان واضحاً ، حيث كان يقضي بأن يتحمل الفريق الخاسر نفقات التحكيم بنسبة خسارته ، وفي الحقيقة فقد كان هذا النص جيداً لأنه واضح ويعتمد على المبدأ العام في توزيع أتعاب المحكمين المعتمد عليه [1147] . إلا أن المادة /66/ من القانون /51/ لسنة 2004 قد ألغت هذا النص ولم يعد قانون العقود يشير إلى كيفية توزيع أتعاب

(**1144**) – عبد الهادي عباس ، "العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /567/ .

(**1145**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /183/ في الطعن رقم /500/ لسنة 1973 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1973 ، ص /216/.

(**1146**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /290/ في الطعن /399/ لسنة 1976 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1976 ، ص /195/ ، المبدأ /85/ .

(**1147**) – مهند نوح ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /7/ .

المحكمين ، ولكن المحكمة الإدارية العليا السورية قد وضعت مبادئ عامة بهذا الشأن إذ قررت أن لجنة التحكيم كالمحكمة تماماً تترخص في تحديد الأتعاب والنفقات وتقرر تحميلها لأحد الطرفين أو كليهما بالنسبة التي ترتئيها على مقتضى ما تستظهره من دوافع الخلاف وموقف الخصوم منه [1148] .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في هذا الشأن إلى أن قرار تقدير أتعاب محكم الإدارة يعد كمنزلة التوصية التي تستطيع الإدارة عدم تنفيذه ، لأن قرار تقدير الأتعاب قرار ولائي وليس قراراً قضائياً ، وليس له تأثير معيب للحكم الفاصل في النزاع ، وللمحكم الذي تنكبت الإدارة عن النهج الذي اتبع في هذه التوصية ، فحرمته النصاب الوارد فيها كلاً أو جزءاً أن يسلك الطريق النظامي للحفاظ على ما يعتبره حقاً مجزياً له [1149] .

ولا شك في أن هذا الاجتهاد منتقد لأنه يقود المحكم إلى خصومة مع الإدارة في حال لم تنفذ نسبة الأتعاب التي نص عليه القرار التحكيمي ، كما أنه يجزِّئ ، بشكل غير مبرر ، الأتعاب المطلوبة من الطرفين المتحاكمين فلا ينظر إليها على أنها وحدة متكاملة ويجعل حصة محكم الإدارة من الأتعاب مرتبطة بالجزء المترتب على الإدارة تسديده من الأتعاب . ولعل الغريب في الاجتهاد المذكور هو اعتبار فقرة تحديد الأتعاب في الحكم التحكيمي من قبيل القرارات الولائية بالرغم من أنها جزء لا يتجزأ من منطوق الحكم الفاصل في النزاع [1150] .

2- شرط إجازة التحكيم :

(**1148**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /194/ في الطعن رقم /956/ لسنة 1988 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1988 ، ص /461/ المبدأ /91/ .

(**1149**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /15/ في الطعن رقم /183/ لسنة 1976 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1976 ، ص /188/، المبدأ /81/ .

(**1150**) – مهند نوح ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /7/ .

إن لإجازة التحكيم من قبل اللجنة المختصة في مجلس الدولة أهمية كبرى في إجراءات التحكيم لأنها إعمالٌ لنص آمر ، فقد نصت الفقرة /2/ من المادة /44/ من قانون مجلس الدولة صراحة على أنه : ((لا يجوز لأية وزارة 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)) .

وهذا يعني أن هناك شرطاً جوهرياً تجب مراعاته قبل اللجوء إلى التحكيم وهو ذلك المتعلق بالحصول على إجازة التحكيم من الإدارة المختصة لدى مجلس الدولة ، ولكن إجازة التحكيم شرط مطلوب في النزاعات التي تزيد قيمة العقد فيها عن خمس وأربعين ألف ليرة سورية ، وهذا يعني بالمفهوم المعاكس أن التحكيم في العقود التي تقل قيمتها عن الحد النقدي المذكور ليست بحاجة إلى إجازة من مجلس الدولة [1151] . غير أن ارتفاع القيم الاقتصادية في الوقت الحاضر يجعل جميع العقود الإدارية بحاجة إلى إجازة قبل التحكيم [1152] .

ويثير نص الفقرة /2/ من المادة /44/ آنف الذكر عدة تساؤلات :

فهل أن هذه الإجازة لازمة في عقود المؤسسات والشركات العامة التي اعتبرها القانون تاجراً في علاقاتها مع الغير وأعفى عقودها من تصديق مجلس الدولة ؟

وهل يغني استفتاء الجهة المختصة في مجلس الدولة عند إبرام العقد المتضمن شرط التحكيم عن الاستفتاء بشأن إجازة التحكيم ؟

(**1151**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /83/ في الطعن رقم /94/ لسنة 1979، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" للمحامي مصباح المهايني ، المرجع السابق ، ص /303/ ، المبدأ /7322/ .

(**1152**) – مهند نوح ، المرجع السابق ، ص /8/ .

ثـم هـل يتعـين الحصـول علـى إجـازة التحكـيم فـي التحكـيم الـداخلي والخارجي ؟

لقد حسم مجلس الدولـة السوري هذه المسائل ، حيث اعتبر أن إعفاء العقود والعمليات التـي تجريها المؤسسات والشركات العامة من تصديق مجلس الدولة لا يعفي تلك الجهات من الحصول على إجازة التحكيم المنصوص عليها في المادة /44/ من قانون مجلس الدولة [1153] . وأن قيام الإدارة باستفتاء الجهة المختصـة فـي مجلس الدولـة عند إبرام العقد لا يغنـي عن الاستفتاء فـي صـدد إجـازة التحكيم [1154] . كمـا اعتبـر مجلس الدولـة أن هذه الإجـازة واجبـة سواء كان التحكيم داخلياً أو خارجياً [1155] .

بيد أن ما ذهب إليه مجلس الدولة من وجوب الاستحصال على إجازة التحكيم بصدد العقود المعفاة من تصديق مجلس الدولة ، وكذلك بصدد العقود التـي تـم اسـتفتاء مجلـس الدولـة عنـد إبرامهـا ، كـان موضـع انتقـاد ، فقـد رأى البعض أن إعفاء بعض العقود من الاستفتاء يشمل بالضرورة جميع بنود العقد ومنها شرط التحكيم وأن مباشرة إجراءات التحكيم ليست إلا تنفيذاً لشرط التحكيم العقدي الملزم للأطراف ، وكذلك فـي حالـة استفتاء مجلس الدولـة علـى العقد برمتـه المتضـمن شرط التحكيم ، فإن هذا الاستفتاء يشمل بالضـرورة استفتاءه

(**1153**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /185/ في الطعن رقم /2043/ لسنة 1988 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1988 ، ص /450/، المبدأ /90/ .

(**1154**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /359/ في الطعن رقم /2158/ لسنة 1990 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1990 ، ص /734/، المبدأ /248/ .

(**1155**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /191/ في الطعن رقم /193/ لسنة 1987 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1987 ، ص /191/، المبدأ /38/ .

حول شرط التحكيم الوارد فيه ، ويكون وجوب الحصول على إجازة التحكيم ثانية عند مباشرة إجراءات التحكيم أمراً لم تنص عليه المادة /44/ من قانون مجلس الدولة [1156] .

والأصل أن واجب استفتاء مجلس الدولة بشأن اللجوء إلى التحكيم إنما هو ملقى على عاتق الإدارة المعنية حسبما بينت الفقرة الثانية من المادة /44/ من قانون مجلس الدولة ، إلا أنه لا شيء يمنع على المحكمة الناظرة في الدعوى المقامة بشأن إلزام الإدارة بالتحكيم من استطلاع رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة قبل البت في تلك الدعوى حسبما جرى عليه التعامل والتطبيق الفعلي منذ نفاذ قانون مجلس الدولة ذي الرقم /55/ لعام 1959 [1157] . كما يجري التطبيق العملي على أن يُقدَّم طلب إجازة التحكيم من قبل خصم الإدارة في التحكيم [1158] . ويتعين على لجنة التحكيم التقيد ببحث الموضوعات التي تضمنتها إجازة التحكيم ولا تملك أن تبحث موضوعاً لم تخولها اللجنة المختصة في مجلس الدولة في إجازة التحكيم صلاحية البت به ، وعلى هذا الأساس فإن الحكم التحكيمي الذي بحث في نقاط تجاوز الموضوعات التي تضمنتها إجازة التحكيم يكون جديراً

(**1156**) – انطوان قسيس ، "الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم" مطبعة الداودي . دمشق ، ص /78/ .

(**1157**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 1/361 في الطعن رقم /2474/ لسنة 1998 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح المهايني ، المرجع السابق ، ص /301/ المبدأ /7317/ .

(**1158**) – مهند نوح ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، المرجع السابق ، ص /9/ .

بالإلغاء [1159] . كما يكون قرار لجنة التحكيم بعدم البت في طلبات لم تشملها إجازة التحكيم إنما هو في محله القانوني [1160] . وإن قبول الإدارة عرض نزاع بصدد عقد إداري على هيئة محكمين دون استفتاء مجلس الدولة أولاً يعتبر من العيوب التي تمنع تنفيذ قرار المحكمين ، باعتبار أن جزاء التغاضي عن شرط إجازة التحكيم هو تقويض التحكيم من أساسه واجتثاثه من جذوره على نحو يفقده وجوده القانوني [1161] .

وعلى هذا الأساس فإن ساحة لجنة التحكيم الأفقية ضيقة جداً ، ذلك أن اللجنة لا تستطيع أن تنظر إلا في حدود النزاع الذي فوضت بحله والوارد في إجازة التحكيم دون غيره ، أما القضاء فينظر بالنزاع برمته مع ملحقاته وفروعه والطلبات العارضة له ، ولهذا قيل أنه في مجال القانون الإداري لا تسري في التحكيم ما يسمى بقاعدة : قاضي الأصل هو قاضي الفرع [1162].

وبذلك نجد أن شرط التحكيم في عقود B.O.T قد شاع وأنه يكاد يصبح أحد الشروط الثابتة فيها , وأن معظم الدول التي كانت تحظِّر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية قد عدلت قوانينها بما يؤدي إلى ضمان اللجوء إلى التحكيم لحل منازعات هذه العقود .

(**1159**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 1/475 في الطعن رقم /426/ لسنة 1998 ، منشور في "مبادئ القضاء الإداري" ، للمحامي مصباح المهايني ، المرجع السابق ، ص /301/ المبدأ /7318/ .

(**1160**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /151/ في الطعن رقم /224/ لسنة 1986 ، منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة لسنة 1986 ، ص /271/ المبدأ /55/ .

(**1161**) – قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 1/531 في الطعن رقم /73/ لسنة 2000 . منشور في "مبادئ القضاء الإداري" للمحامي مصباح المهايني . المرجع السابق . ص /302/ المبدأ 2/7321 .

(**1162**) – عبد الإله الخاني ، "القانون الإداري" ، المرجع السابق ، ص /378/ .

في حين أن عقود B.O.T هي من أكثر العقود الإدارية مدعاة للتمعن والتمحيص في بنودها وشروطها . ففي هذه العقود تتخلى الدولة عن إدارة مرافق عامة اقتصادية أساسية وتعهد بها إلى شركات مستثمرة خاصة محلية أو أجنبية لتقوم بإنشاء المرفق على نفقتها ومسؤوليتها وتشغيله وإدارته واستيفاء الرسم من المنتفعين . أضف إلى ذلك أن هذه العقود تُبرم لفترات طويلة جداً قد تصل إلى تسع وتسعين سنة كما حصل في مصر . وكثيراً ما تتضمن هذه العقود شروطاً توصف بأنها شروط سالبة للسيادة كشرط الثبات التشريعي ، الذي ينص صراحة على استبعاد أي قانون جديد أو معدِّل للقانون النافذ وقت إبرام العقد، وشرط خضوع العقد للقانون الخاص وشرط التحكيم .

الأمر الذي يدعو إلى التساؤل فيما إذا كان من الأفضل تجنُّب إدراج شرط التحكيم في عقد B.O.T كلما ازدادت فيه الشروط الأخرى السالبة للسيادة ، باعتبار أن إضافة شرط التحكيم إلى مجمل شروط أخرى سالبة للسيادة في العقد من شأنها أن تشكل عبئاً عقدياً سلبياً على الإدارة .

ولعل الإدارة العقدية الرشيدة تقتضي بأنه كلما كثرت الشروط السالبة للسيادة في عقد B.O.T فإن ذلك يقتضي أن تتضاءل إمكانية وضع شرط التحكيم في العقد .

فإذا كانت معظم سلطات الدولة في عقد B.O.T قد قُيِّدت ، وتم غلُّ يد الدولة فيه ، ألا يدفع ذلك إلى التساؤل عن إمكانية عدم إدراج شرط التحكيم في العقد لعدم ترتيب عبء عقدي سلبي إضافي على الإدارة؟

المطلب الثالث

شرط خضوع العقد للقانون الخاص

تمهيد :

نظراً لكون الدولة هي الطرف المقابل لشركة المشروع في عقد B.O.T , فإن شركة المشروع تسعى إلى تضمين هذا العقد شرطاً يقضي بخضوعه للقانون الخاص , بغية إعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وكفِّ يد الدولة المتعاقدة عن إحداث أي تغيير أو تعديل في العقد وضمان استقراره وثباته والتخلص من النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية .

ويزداد تمسك المتعاقد الأجنبي خاصة بإدراج هذا الشرط في العقد إذا كان غريباً عن المفاهيم القانونية السائدة في الدولة المتعاقدة , لاسيما إذا كانت هذه المفاهيم مشتقة من المناخ القانوني اللاتيني , كما هو الحال في فرنسا ومصر وسورية , وكان المتعاقد الأجنبي منتمياً إلى مدرسة القانون العام Common Law التي لا تميز بين العقود الإدارية والعقود العادية [1163] .

وفي الوقت الذي اختلف فيه الفقه حول أثر النص في العقد على شرط خضوعه للقانون الخاص ، فقد سنحت الفرصة للقضاء ليقول كلمته فيه.

الفرع الأول

أثر النص على شرط الخضوع للقانون الخاص على عقد B.O.T

(**1163**) – مهند نوح , "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" , المرجع السابق , ص /146/.

أولاً – الاتجاه المؤيد لهذا الشرط والقائل بأن وروده في العقد يجعله من عقود القانون الخاص :

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن عقود B.O.T تعدُّ عقوداً مدنية وليست إدارية نظراً للنص فيها على شرط خضوعها للقانون الخاص .

ويرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن اتفاقيات B.O.T ما هي إلا آليات تلجأ إليها الدولة لإنشاء وإدارة أحد المرافق وفقاً لأحكام القانون الخاص [1164] . فالنص صراحة في عقد B.O.T على شرط خضوعه للقانون الخاص يعني أن هذه العقود ذات طبيعة مدنية وتجارية , واستناداً إلى مبدأ أنه لا اجتهاد مع صراحة النص فإنه لا مجال لإقحام فكرة العقود الإدارية بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للعقد في هذه الحالة .

مثال ذلك ما نصت عليه المادة 4/18 من عقد توليد الطاقة الكهربائية المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير والتي نصت على أنه ((توافق الهيئة – 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 وتجارية . وتعزيزاً لما تقدم , توافق الهيئة موافقة غير قابلة للإلغاء وغير مشروطة على ما يلي :

(**1164**) – راجع في ذلك : دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام..", المرجع السابق , ص /179/ . ماهر محمد أحمد حامد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T .." , المرجع السابق , ص /177/ . جابر جاد نصار , "عقود البوت B.O.T.." , المرجع السابق , ص /50/ .

أ) أنها لا تطالب هي أو من ينوب عنها بأي حصانة من الإجراءات لنفسها أو لأي من أصولها (غير الأصول التي تتمتع بالحماية) وذلك إذا أقيمت أي إجراءات ضدها أو ضد أصولها ..

ب) أنها تتنازل عن أي حق في الحصانة قد يكون لها أو لأي من أصولها حالياً أو مستقبلاً في أي جهة اختصاص فيما يتعلق بأي من هذه الإجراءات ..

ج) أنها توافق بشكل عام فيما يتعلق بنفاذ أي حكم ضدها في أي من الإجراءات وفي أي جهة اختصاص على منح أي إعفاء أو إصدار أي إجراء فيما يتعلق بهذه الإجراءات ..)) .

واستناداً إلى مثل هذا النص يقرر المنادون بتكييف عقود B.O.T بأنها عقود مدنية وتجارية , أنه طالما أن هذه العقود تتضمن نصاً بخضوع العقد للقانون الخاص فلا مجال للحديث بعدئذ عن الطبيعة الإدارية لتلك العقود [1165] .

ولا شك في أن إسباغ وصف ((تصرفات خاصة وتجارية)) على عقد التزامات المرافق العامة أمرٌ يعبر عن رغبة المتعاقد الأجنبي في التخلص من القواعد التي تحكم العقود الإدارية وأن يكون العقد مدنياً تطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين السائدة في القانون المدني [1166] .

ثانياً – الاتجاه المعارض للشرط :

1165( ) – محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T .." , المرجع السابق , ص/80/ .

(**1166**) – محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" , المرجع السابق , ص /94/ .

يذهب جانب من الفقه , ونحن نؤيده , إلى أنه لا عبرة للنص في عقد B.O.T على شرط خضوع العقد للقانون الخاص . فالعبرة ليست بما يطلقه الأطراف على اتفاقاتهم أو ما تتضمنه من عبارات , وإنما العبرة بموضوع العقد وما قصدته الأطراف المتعاقدة وبما تتضمنه تلك الاتفاقيات من شروط وأركان تؤكد أن الاتفاق ينتمي إلى إحدى الطوائف العقدية التي خصَّها القانون بأحكام خاصة [1167] . وعلى ذلك فإن إقحام شرطٍ ما في العقد يخرج به عن طبيعته وعن النظام القانوني الذي يحكمه من شأنه أن يكون شرطاً عديم الأثر .

وإن تضمين عقد B.O.T شرطاً يقضي باعتبار التصرفات التي يقتضيها تنفيذه بمثابة تصرفات خاصة وتجارية مؤداه إخضاع العقد للقانون الخاص , وهو أمرٌ يشكل مخالفة واضحة لأحد المبادئ الأساسية في عقود التزام المرافق العامة , وهو مبدأ اعتبار هذا العقد عقداً إدارياً باستمرار نظراً لأن موضوعه إدارة مرفق عام [1168] .

الفرع الثاني
موقف القضاء من شرط خضوع
عقد B.O.T للقانون الخاص

أولاً – موقف القضاء العادي من تكييف العقود :

أكدت محكمة النقض السورية أن العبرة في تكييف العقود هي لحقيقتها

1167( ) – راجع في ذلك : محمد الروبي , المرجع السابق , ص /137/ . دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .." , المرجع السابق , ص /184/ .

(1168) – محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" , المرجع السابق , ص /94/ .

ولا تأثير للوصف الذي يضفيه الأطراف عليها [1169] , وإن تكييف العقد بالتعرف من خلاله على نية المتعاقدين دون الوقوف عند النص الحرفي للألفاظ هو تسميته باسمه القانوني وهو من صميم اختصاص القضاء [1170].

وهذا هو مذهب محكمة النقض المصرية التي أكدت أن المناط في تكييف العقود هو بما عناه العاقدون منها , ولا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف , أو ضمنوها من عبارات , إذا تبين أن هذه الأوصاف والعبارات تخالف حقيقة التعاقد وما قصده العاقدون منها [1171] . وقد بينت محكمة النقض المصرية أن العبرة في تكييف العقود هي بحقيقة ما عناه العاقدون منها , وإن تعرُّف هذا القصد هو من سلطة محكمة الموضوع , ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقدين على حقيقتها , فإن عليها أن تكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقدين [1172] .

ثانياً – موقف مجلس الدولة :

يبدو أن عقداً واحداً من عقود B.O.T التي أبرمت في مصر قد تضمن شرط الخضوع للقانون الخاص , وهو عقد كهرباء سيدي كرير المبرم

(**1169**) – نقض سوري , الغرفة المدنية الثانية , قرار /793/ أساس /1369/ تاريخ 1997/6/29 , منشور في "موسوعة القضاء المدني" للمحامي محمد أديب الحسيني , الجزء الثالث , دمشق 2004 , ص /2179/ ، القاعدة /4428/ .

(**1170**) – نقض سوري , الغرفة المدنية الأولى , قرار /123/ أساس /258/ تاريخ 1998/3/19 , منشور في "موسوعة القضاء المدني" , المرجع السابق , الجزء الثالث, ص /2179/ ، القاعدة /4430/ .

(**1171**) – حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1977/6/22 ، مجموعة النقض السنة الثامنة والعشرون ص /1470/ وما بعدها . مشار إليه من قبل محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T .." , المرجع السابق , ص /137/ .

(**1172**) – حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 1971/12/28 , منشور في مجموعة النقض السنة الثانية والعشرون , ص /1115/ , مشار إليه من قبل محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T .." , المرجع السابق , ص /138/ .

بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن سيدي كرير آنف الذكر [1173] .

وقد أكد مجلس الدولة المصري أن العبرة ليست بما يطلقه الأطراف على اتفاقاتهم وعقودهم وبما يضمنونها من شروط وإنما العبرة بموضوع تلك العقود والاتفاقات . وعندما عرض عقد كهرباء سيدي كرير المذكور على مجلس الدولة المصري لمراجعته أكد المجلس المعاني المذكورة حيث اعترضت اللجنة الثالثة بالمجلس على نص المادة 4/18 الذي ينص على أن العقد هو من قبيل ((التصرفات الخاصة والتجارية)) , وعلقت على ذلك بقولها أنه ((وحيث أن مكونات مشروعات الاتفاقات المشار إليها تعتبر في حقيقتها جزءاً من عقد امتياز المرافق العامة , طبقاً لصريح نص المادة /7/ من القانون رقم /12/ لسنة 1976 المعدلة بالقانون رقم /100/ لسنة 1996, والتي نصت على اعتبار تلك العقود عقود امتياز المرافق العامة , ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه في حدود الضوابط المنصوص عليها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة .

وحيث أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن عقود التزام المرافق العامة هي من العقود الإدارية ,

وحيث أن ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية من أن ما تضمنته تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية , إذ أن مناط اعتبار العقد عقداً تجارياً هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام به من أعمال بحسب الغرض الذي تسعى الشركة إلى تحقيقه ويترتب على ذلك آثار هامة مجالها القانون التجاري . أما العقد المعروض فهو من العقود الإدارية الخالصة طبقاً لصريح نص القانون .

(**1173**) – محمد الروبي , "عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T .." , المرجع السابق , ص /136/ .

وقد رأت هيئة اللجنة الثالثة حذف عبارة أن تلك التصرفات تغدو تصرفات خاصة وتجارية الواردة في البند 4/18 بحيث يكون التشغيل التجاري في باقي البنود هو تشغيل طبقاً للتعريفات الواردة في الصفحة رقم /118/ ولا يمتد ذلك إلى تغيير طبيعة العقد من عقد إداري إلى عقد تجاري)) [1174] .

إن ذلك يؤكد أن النص في عقد B.O.T على خضوع العقد للقانون الخاص لا يغير من طبيعة العقد , وليس من شأنه أن يخرج بالعقد عن النظام القانوني الذي يحكمه بوصفه عقداً إدارياً , فإن مجرد تضمين عقد B.O.T شرطاً بخضوع العقد لنظام B.O.T لا يجعل العقد خاضعاً للقانون الخاص . وعلى الرغم من ذلك فإننا نرى أن الإدارة العقدية الرشيدة تقضي برفض تضمين العقد مثل هذا الشرط نظراً لتعلق العقد بمرفق عام يتعين على الدولة أن تضمن سيره الدائم بانتظام واضطراد .

(**1174**) – رأي اللجنة الثالثة بمجلس الدولة بتاريخ 1997/12/24 , مشار إليه من قبل د.محمد الروبي , "عقد الإنشاء والاستغلال والتسليم B.O.T .." , المرجع السابق , ص /138/ . وتجدر الإشارة إلى أن هيئة كهرباء مصر لم تأخذ برأي مجلس الدولة ولم تحذف العبارة المقصودة , وبقيت العبارة كما هي في العقد المبرم بين الطرفين .

المبحث الثالث
نقل التكنولوجيا

تمهيد وتقسيم :

تعدُّ مسألة نقل التكنولوجيا Transfer of technology أحد أهم الآثار الخاصة لعقد B.O.T . فمشاركة القطاع الخاص للدول النامية يتيح لها الفرصة للحصول على التكنولوجيا المتطورة . ويعد عقد B.O.T واحداً من أهم عقود نقل التكنولوجيا في وقتنا الحاضر , وهو يمثل مدخلاً أساسياً لنقل التكنولوجيا المتقدمة إلى الدولة المضيفة صاحبة المشروع , ويشكل ذلك دافعاً رئيسياً إلى التعاقد بأسلوب نظام B.O.T .

ولا تقتصر عملية نقل التكنولوجيا على تزويد المشروع خلال جميع مراحله بالتكنولوجيا المتقدمة وحسب , وإنما تمتد لتأخذ أشكالاً أخرى وطرقاً متعددة من تدريب العاملين على التكنولوجيا المقدمة واستخدام السلع والخدمات المحلية في المشروع والبحث العلمي وتقديم البيانات والمعلومات .

لذلك سنوزع الدراسة في هذا المبحث على مطلبين , نعرض في الأول منهما إلى ماهية نقل التكنولوجيا وأهميتها , ونخصص الثاني لبحث كيفية نقل التكنولوجيا عن طريق عقد B.O.T .

المطلب الأول
ماهية نقل التكنولوجيا وأهميتها

تمهيد :

تتعدد التعريفات المعطاة لاصطلاح ((تكنولوجيا)) , كما تتعدد مدلولاته , وكذلك تتعدد مدلولات فكرة نقل التكنولوجيا . وتكتسب عملية نقل

التكنولوجيا أهمية فائقة بشكل عام وبخاصة لدى الدول النامية , وذلك بسبب أهمية الدور الذي يلعبه العلم والتكنولوجيا في التنمية الاقتصادية .

أولاً – مفهوم نقل التكنولوجيا :

1- مدلول التكنولوجيا :

يجدر التوقف بداية عند المدلول اللغوي لكلمة " تكنولوجيا " Technology , فأصل هذه الكلمة لاتيني [1175] , وتتكون من مقطعين هما Techne ويعني ((الفن أو الإتقان أو التصنيع)) وLoges ويعني ((العلم أو الدراسة)) , وبالتالي فإن اصطلاح التكنولوجيا يعني لغوياً ((علم الفنون أو الصناعة)) أو ((دراسة الفنون أو الصناعة)) [1176] .

ويقصد بالتكنولوجيا في أبسط تعريف المعرفة الفنية Know – How .

(**1175**) – راجع في ذلك : يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , "النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص" , 1989 , بدون دار نشر , ص /22/ , وفاء مزيد فلحوط , "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية" , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2008 , ص /166/ .

(**1176**) – تم تعريب كلمة Technology إلى كلمة "التقنية" بكسر التاء وسكون القاف وكسر النون. وهي كلمة مشتقة من الفعل تقن , وإتقان الأمر إحكامه , وأتقن الشيء أي أحكمه , وفي القرآن الكريم ((صنع الله الذي أتقن كل شيء)) . ويقال أن مجمع اللغة العربية في مصر قد انتهى إلى هذا التعريب للكلمة بسبب التشابه في اللفظ والمعنى بين الكلمتين العربية "تقنية " والأجنبية Technology , فالكلمة العربية بها أغلب حروف الكلمة الأجنبية . بل إن جرس الكلمة العربية يفيد أنها صنو الكلمة الأجنبية نطقاً ولفظاً ودلالة على المضمون . أما باللغة الفرنسية فكلمة " Technologie " تعني الدراسة الفعلية للفنون وخاصة الصناعية منها أو علم الفنون والمهن . كما أن كلمة "Technique" يقصد بها أسلوب أداء المهنة أو الصنعة .

راجع في ذلك : يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /22/ . وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /167/ .

كما يقصد بها الوصول إلى أفضل التطبيقات العملية للنظريات والأبحاث العلمية . فإذا كان البحث العلمي يؤدي إلى معرفة السمات والصفات التي تميز الأشياء ومعرفة مكوناتها , فإن التكنولوجيا تتخطى ذلك الجانب النظري وتمكِّن من الوصول بهذه الأبحاث العلمية إلى أفضل تطبيق لها [1177] .

وبذلك يختلف ((العلم)) عن ((التكنولوجيا)) . فالأول هو البحث عن حقيقة الأشياء واستظهار عناصرها وخصائصها ، ويؤدي إلى الاختراع. أما التكنولوجيا فهي التطبيق العملي لثمرات العلم وابتكار أفضل الطرق لاستعمالها . لذلك فإن هناك من يرى أن التكنولوجيا أهم للتنمية من العلم [1178] .

وقد تعددت نظريات الاقتصاديين بخصوص تحديد مدلول التكنولوجيا, وإن كانت تذهب في غالبيتها إلى اعتبار التكنولوجيا عنصراً أساسياً من عناصر الإنتاج , في حين يعتبرها البعض من عناصر العمل ويعتبرها آخرون من عناصر رأسمال المشروع .

ويذهب رأي ثالث إلى القول بأن التكنولوجيا تجمع بين عنصري العمل ورأس المال [1179] . فالتكنولوجيا بحسب ذلك عبارة عن الأساليب والوسائل المستخدمة في عمليات الإنتاج بما يؤدي إلى خفض نفقات الإنتاج أو استخدام أجدى في إنتاج سلع أو خدمات جديدة [1180] .

(**1177**) – سميحة القليوبي , "عقود نقل التكنولوجيا – التفاوض في العقود" , بحث مقدم إلى مركز البحوث البرلمانية , القاهرة , مجلس الشعب – الأمانة العامة , الفصل التشريعي السابع , دور الانعقاد العادي الثالث , 12 نيسان سنة 1998 , ص /2/ .

(**1178**) – محسن شفيق ، "نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية" ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1984 ، ص /4/ .

(**1179**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .. " , المرجع السابق , ص /234/ .

(**1180**) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /24/ .

وقد عرَّفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "يونيدو" التكنولوجيا بأنها مجمل المعرفة والخبرة والمهارات الضرورية لتخطيط وهندسة وتنفيذ وتشغيل مشروع بنية تحتية بما في ذلك القضايا الإدارية والتسويق [1181] .

أما من الناحية القانونية فتعرَّف التكنولوجيا بأنها مال منقول معنوي له قيمة اقتصادية. وبذلك تكون التكنولوجيا مرادفة لحق المعرفة Know – How [1182] .

2- مدلول نقل التكنولوجيا :

يختلف مدلول نقل التكنولوجيا من منظور لآخر . فمن حيث درجة السرية هناك تكنولوجيا عامة وأخرى خاصة . ومن حيث المستوى الذي يتم عليه نقل التكنولوجيا هناك نقل للتكنولوجيا على المستوى الدولي وعلى المستوى الوطني , ويقصد بنقل التكنولوجيا على المستوى الوطني انتقال التكنولوجيا من شخص إلى آخر داخل الدولة الواحدة , أما نقل التكنولوجيا على المستوى الدولي فيكون بنقلها من دولة إلى أخرى .

ولنقل التكنولوجيا من حيث الملاءمة مدلول آخر , فهناك تكنولوجيا ملائمة إلى الدولة المستقبلة وأخرى غير ملائمة . وسنتوقف عند أهم هذه المدلولات .

أ – التكنولوجيا العامة والتكنولوجيا الخاصة :

يقصد بالتكنولوجيا العامة التكنولوجيا المباحة للجميع , التي يتم تناقلها دون أية ضوابط أو قيود , وإذا أذاعها حائزها فلا يترتب عليه أية مسؤولية , لذلك فهي تخرج من دائرة التعامل فلا يترتب على نقل هذه التكنولوجيا

(1181) – يونيدو ، منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية , "المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T" ، ترجمة حسين صلاح الدين, دار الرضا للنشر , دمشق 2002 , ص /103/ .

(1182) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /28/ .

معاملات حقيقية . ومن أمثلة هذه التكنولوجيا تلك المشروحة في الكتب العلمية , والنشرات المرفقة ببعض السلع التجارية وتسلم للمشتري عند شرائه السلعة , وكذلك النشرات الفنية التي ترفق بالأجهزة الكهربائية وتوضح تركيب وعمل الجهاز [1183] .

أما التكنولوجيا الخاصة فهي تتميز بالسرية النسبية وتخضع لضوابط وقيود في انتقالها , ويحتفظ حائزها بسرها باعتبارها ذات قيمة , فإذا أذاعها بدون موافقة مورّدها ترتبت عليه المسؤولية العقدية أو التقصيرية حسب مقتضى الحال . فهذا النوع من التكنولوجيا هو الذي يكون محلاً للتعامل وللحماية المدنية أو الجزائية في بعض الأحيان [1184] .

وتحاط هذه التكنولوجيا الخاصة بالحماية سواء بنصوص قانونية مباشرة أو بموجب الاتفاقيات الدولية كما في براءات الاختراع أو بموجب اتفاق المتعاقدين الذي يستطيع أن يحمي جميع أنواع الحق في المعرفة Know-How [1185] .

ب – مدلول نقل التكنولوجيا من حيث درجة الملاءمة :

إن التكنولوجيا التي تصلح لبلد معين قد لا تكون مناسبة لبلد آخر لتباين ظروف كل من البلدين , ولاختلاف حجم رأس المال والعمل المطلوب لإنتاج سلعة ما . فكل تكنولوجيا يفرزها المجتمع تكون تلبية لاحتياجاته الخاصة [1186] . وقد مرت التكنولوجيا في الدول المتقدمة بمراحل متعددة وعبر

(**1183**) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /29/ .

(**1184**) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع نفسه , ص /30/ .

(**1185**) – راجع : وفاء مزيد فلحوط ، المرجع السابق ، ص /187/ ، يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي ، المرجع السابق ، ص /30/ .

(**1186**) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /188/ .

ظروف تاريخية معينة وتخللتها تجارب عديدة ومختلفة إلى أن وصلت إلى ما هي عليه في الوقت الحاضر .

الأمر الذي يوجب تحديد التكنولوجيا الملائمة للبلد الذي يرغب بنقل هذه التكنولوجيا إليه , ولذلك قيل بحق أن نقل التكنولوجيا يعني في جوهره تطويعها وملائمتها للمستورد لها [1187] .

ولا شك في أن الدول المتقدمة تحتكر التكنولوجيا في عالمنا الحالي , سواء بشكل مباشر أو عن طريق الشركات متعددة الجنسيات . ويتعين على الدول النامية أن تعمل على تضييق الهوة التكنولوجية Technological gap المتزايدة بينها وبين الدولة المتقدمة , ويتم ذلك عبر تحديد التكنولوجيا الملائمة . وهو أمر شائك وصعب . فتحديد التكنولوجيا الملائمة عملية معقدة ومركبة وتمر بالعديد من المراحل بدءاً من تحديد نوع التكنولوجيا اللازمة ومصدرها والقطاع الذي سيتم النقل إليه والصورة الذي ستنتقل التكنولوجيا من خلالها والتفاوض على ذلك كله . ثم تأتي مرحلة التنفيذ الفعلي لنقل التكنولوجيا , وتنتهي بمرحلة نشر المعرفة الفنية المطلوبة وتحقيق التقدم الفني والتنمية وهي الهدف المنشود من عملية نقل التكنولوجيا [1188] .

وإن الملاءمة في التكنولوجيا ينبغي أن تتحقق على عدة أصعدة , فهناك الملاءمة الفنية حيث تكون التكنولوجيا ملائمة حينما تقوم بعملها بأعلى دقة في التشغيل وأقل هدر للموارد , إضافة إلى سرعة العمل وجودة المنتج من سلع أو خدمات .

وهناك الملاءمة التقنية بحيث تتناسب هذه التقنية المطلوبة مع الظروف التقنية والتكنولوجيا للبلد بشكل يقدر على خلق الصلات بين مختلف

(1187) – سميحة القليوبي , "عقود نقل التكنولوجيا .." , المرجع السابق , ص /3/ .

(1188) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , "النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا .." , المرجع السابق , ص /33/ .

القطاعات فيه ولا يجعل التقنية المطلوبة في معزل عن بقية قطاعات البلد الوافدة إليه . ثم هناك الملاءمة للبيئة المحلية بحيث لا تلحق التكنولوجيا الوافدة أضراراً بهذه البيئة وتكون ملائمة لها . وتبدو أهمية هذه الناحية باعتبار أن الآثار التكنولوجية آثاراً تراكمية وطويلة الأمد ولا تقبل المعالجة السريعة . كما لو كانت التكنولوجيا المستقدمة تستنفد على نحو سريع الموارد الطبيعية غير القابلة للتجديد [1189] .

ويرى البعض [1190] أن أهم خصائص التكنولوجيا المتقدمة غير الملائمة للدول النامية هي كبر الحجم . فالتكنولوجيا كبيرة الحجم تتناسب مع الأسواق الكبيرة ويتطلبها الصراع التنافسي داخل هذه الأسواق الضخمة لتتمكن من المنافسة والبناء , أما حجم السوق في الدول النامية فهو يتسم بالصغر وبانخفاض القوة الشرائية مما يجعل مثل هذه التكنولوجيا كبيرة الحجم تسهم في تبديد رأس المال .

وكذلك فإن من خصائص التكنولوجيا غير الملائمة للدول النامية ارتفاع حجم رأس المال ليحل محل عنصر العمل نظراً للوفرة الحاصلة في رأس المال والندرة النسبية لعنصر العمل في الدول المتقدمة , في حين أن هذه الحالة معكوسة تماماً في الدول النامية فهناك وفرة في عنصر العمل وندرة في عنصر رأس المال – باستثناء الدول البترولية – لذلك فإن عملية الإنتاج فيها تعتمد أساساً على عنصر العمل .

ومن خصائص التكنولوجيا غير الملائمة أيضاً تلك التي تتطلب مهارات فنية وإدارية عالية وتلك التي لا تتناسب منتجاتها مع مستوى الدخل الفردي في الدول النامية .

(**1189**) – وفاء مزيد فلحوط , "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا .." , المرجع السابق , ص /189/ .

(**1190**) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /34/ .

كل ذلك مما يستوجب تلافي نقل التكنولوجيا غير الملائمة إلى الدول النامية ووجوب وضع سياسة تكنولوجية متكاملة تحدد الاحتياجات التكنولوجية وتنمّي القدرات الوطنية في التعامل التكنولوجي .

ثانياً – أهمية نقل التكنولوجيا :

نظراً للأهمية البالغة للتكنولوجيا فقد اتخذ منها بعض الاقتصاديين معياراً لتقسيم العالم إلى دول متقدمة وهي التي تتمتع بالتقدم التكنولوجي , ودول متخلفة تفتقر إليه وذلك بغض النظر عما تمتلكه من ثروات طبيعية [1191] .

وتظهر أهمية نقل التكنولوجيا من خلال العلاقة القوية للتكنولوجيا مع التنمية من جهة ومع الاستثمار من جهة أخرى .

1– علاقة نقل التكنولوجيا بالتنمية :

أكدت الجمعية العامة للأمم المتحدة أن ((عملية التبادل ونقل المعلومات التكنولوجية تمثل واحدة من أهم وسائل تعجيل التنمية في الدول النامية)) [1192] ,

كذلك فقد نص ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول لعام 1974 على أن ((لكل دولة الحق في امتلاك جزء من التقدم والابتكار العلمي والتكنولوجي لتعجيل التنمية الاقتصادية والاجتماعية فيها)) [1193] .

وتعدُّ التكنولوجيا أمراً لازماً لتحقيق التنمية الاقتصادية المطلوبة . فالمال والعلم والتكنولوجيا هي مقومات التنمية . والمال أقلها شأناً ، ولا يمثل الحصول عليه عقبة جدية في طريق التنمية ، لاسيما بعد أن كثرت الجهات

(**1191**) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /9/ .

(**1192**) – وفاء مزيد فلحوط , "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا .." , المرجع السابق , ص /193/ .

(**1193**) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /193/ .

المقرضة محلياً ودولياً . أما العلم والتكنولوجيا فهما الجوهرتان الغاليتان ، ومن يملكهما ملك التقدم والرخاء ، ومن يفتقدهما ظل في زمرة المتخلفين . فبعض الدول النامية تملك ثروات طبيعية تدرُّ عليها المال الوفير ولكنها مغرقة في التخلف لفقرها في ((العلم والتكنولوجيا)) [1194] . لذلك تحرص الدول النامية على استيراد التكنولوجيا من الدول المتقدمة صناعياً ونقل القدرات التكنولوجية إليها [1195] . ويرى بعض علماء الاقتصاد أن اعتبار التقدم التكنولوجي دخيلاً على النظرية التقليدية للاقتصاد هو مذهب بعيد عن الصواب . فقد أثبتت الدراسات أن تراكم رأس المال الذهني The accumulation intellectual capital له مقدار أعظم من تراكم رأس المال المادي The accumulation physical capital وهو ما يعلل ارتفاع إنتاجية العامل في الدول المتقدمة عنه في الدول النامية [1196] .

ولا شك في أن سياسة الانفتاح التكنولوجي مع الرقابة التكنولوجية من شأنها أن تستهدف الاستفادة من مزايا عملية استيراد التكنولوجيا وتلافي ما يتخللها من عيوب [1197] . وفي ضوء ذلك فإن نقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية من شأنه أن يسهم في التخفيف من الهوة القائمة في التقدم الاقتصادي والتقني بين الدول المتقدمة من جهة والدول النامية من جهة أخرى [1198] .

(**1194**) – محسن شفيق ، "نقل التكنولوجيا .." ، المرجع السابق ، ص /4/ .

(**1195**) – بشار محمد الأسعد , "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , الطبعة الأولى ، 2006 , ص /57/ .

(**1196**) –

- Schmooklar (J), Jnvention and Economic Growth, Havard University Press, 1966.p4.

(**1197**) – يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , المرجع السابق , ص /358/ .

(**1198**) – سميحة القليوبي , المرجع السابق , ص /4/ .

2- علاقة نقل التكنولوجيا بالاستثمار :

تعدُّ التكنولوجيا أحد الأصول المالية للمشروع , وهي عبارة عن معلومة ولكنها ذات طبيعة خاصة تميزها عن المال العادي المستخدم في أي مشروع [1199] .

وتستهدف التكنولوجيا زيادة العائد الإنتاجي والقدرة الإنتاجية , إضافة إلى مساهمتها في إحداث تغييرات جوهرية وهيكلية في أدوات وأنماط الإنتاج ذاته ، نتيجة ظهور تكنولوجيات جديدة كتكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الموارد [1200] . لذلك تعدُّ التكنولوجيا أحد عوامل الإنتاج ومن ثم أحد العناصر الأساسية في عملية الاستثمار .

وقد أصبحت التكنولوجيا في العديد من تشريعات الدول النامية شرطاً أساسياً لقبول الاستثمار فيها من عدمه [1201] .

ولعل هذا ما يفسر التحول في تعريف الاستثمار من عملية إنماء الذمَّة المالية للمشروع من خلال حركة رؤوس الأموال إلى تعريفه بأنه توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبي أو خبرته التكنولوجية إلى العمل خارج دولته الأصلية .

وعلى ذلك فقد أصبح الاستثمار المباشر يشتمل بشكل صريح على ((تدفقات مالية + تدفقات تكنولوجية)) , بل إن ما يميز الاستثمار المباشر هو وجود سيطرة إدارية وتقنية للمستثمر , وهذه السيطرة تتطلب وجود عنصر غير نقدي كالخبرة التقنية والتوجيه التكنولوجي [1202] .

(**1199**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /235/.

(**1200**) – سيد طه بدوي ، "النقل التجاري للتكنولوجيا إلى البلدان النامية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 ، ص /25/ .

(**1201**) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع السابق , ص /194/ .

(**1202**) – وفاء مزيد فلحوط , المرجع نفسه , ص /194/ .

كل ذلك مما يؤكد أهمية نقل التكنولوجيا في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية ، باعتبار أن التكنولوجيا هي المحرك الرئيسي لتحقيق التغيير المطلوب في الهيكلية الاقتصادية لهذه الدول .

المطلب الثاني

كيفية نقل التكنولوجيا عن طريق عقد B.O.T

تمهيد :

لا يقتصر توريد التكنولوجيا على مرحلة معينة من مراحل عقد B.O.T . فكما يتم نقل هذه التكنولوجيا وتوريدها في مرحلة الإنشاء يتم توريدها أيضاً في مرحلة التشغيل والإدارة وفقاً لما توجبه طبيعة المشروع وما يتطلبه من صيانة بغية إدارة وتشغيل المرفق بكفاءة . فعملية نقل التكنولوجيا هي عبارة عن تواصل مستمر واتصال دائم لشركة المشروع بالإدارة المتعاقدة . وتتعدد طرق نقل التكنولوجيا عن طريق B.O.T ، ولعل أهمها يتمثل في تأهيل وتدريب موظفي وعمال الجهة الإدارية على الآلات والتجهيزات والتكنولوجيا المستخدمة في المشروع قبل تسليمه إليها في نهاية مدة العقد [1203] .

أولاً – نقل التكنولوجيا خلال مختلف المراحل التي يمر بها عقد B.O.T :

1– آليات نقل التكنولوجيا إلى المشروع :

إن عملية نقل التكنولوجيا إلى المشروع المنفذ بنظام B.O.T تتسم بالتعقيد والتداخل في جميع مراحل تنفيذ المشروع ويتعين على أطراف العقد

(**1203**) – حسن الهنداوي , "مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق . ص /569/ .

تحري الدقة عند صياغة النصوص المنظمة لعملية نقل التكنولوجيا ومراعاة ما يفرضه القانون من قيود وضوابط بهذا الشأن في حال وجودها [1204] .

ومن حيث المبدأ فإن الدولة المضيفة هي التي تضع القواعد الخاصة بها لاختيار التكنولوجيا المطلوبة للمشروع آخذة بالاعتبار اختيار التكنولوجيا الملائمة لظروفها المحلية , ويبدأ هذا الاختيار من مرحلة دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع مروراً بالتصميمات الأولية والتفصيلية للمشروع ومواصفاته الجوهرية والخدمات التي يقدمها .

وإذا كانت الجهة الإدارية ترغب في الحصول على تكنولوجيا معينة معروفة لديها تقوم بتحديدها ابتداءً في طلب العروض أو المناقصة , فإن لم تكن على دراية تامة بجميع الحلول التكنولوجية تقوم بوضع شروط المشروع ومتطلباته في وثائق طلب العروض أو المناقصة علناً [1205] .

ولشركة المشروع مصلحة أكيدة في استخدام أفضل تكنولوجيا متاحة لأن في ذلك تحقيق قدر أكبر من الربح الاقتصادي والمالي لها [1206] . كما أن الاستخدام الأفضل للتكنولوجيا أمرٌ تصرّ عليه الجهات المقرضة لمشروع B.O.T عادة [1207] . وعموماً فإن الالتزام بنقل التكنولوجيا يحقق مصلحة لكل من طرفي العقد [1208] .

(**1204**) – حسن الهنداوي , المرجع السابق , ص /575/ .

(**1205**) – خالد بن محمد عبد الله العطية , " النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية" , المرجع السابق , ص /129/ .

(**1206**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , المرجع السابق , ص /187/ .

(**1207**) – يونيدو , المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع B.O.T .." , المرجع السابق , ص /108/ .

(**1208**) – راجع في ذلك : ماهر محمد حامد أحمد , "النظام القانوني لعقد البوت B.O.T" , المرجع السابق , ص /324/ . جابر جاد نصار , "عقد البوت B.O.T .." , المرجع السابق , ص /151/.

غير أنه قد لا يتم توفير التكنولوجيا المتقدمة للمشروع إلا إذا ضمنت الشركة التي تمتلكها السيطرة على هذه التكنولوجيا أو حمايتها , لذلك فإن التحدي الذي يواجه البلد المضيف هو أن يضمن هذا البلد أن اتفاقية المشروع والعقود الأخرى الملحقة بها تتطلب من شركة المشروع أن تنقل التكنولوجيا نقلاً كاملاً مع جميع تحسيناتها إلى الدولة المضيفة أثناء مدة الالتزام [1209] .

ونظراً لاستمرار المشروع المنفذ بنظام B.O.T لسنوات طويلة فإن ذلك يشكل ضمانة, من حيث المبدأ ، للدولة المضيفة على قيام شركة المشروع بتطوير التكنولوجيا المستخدمة وتحديثها طيلة مدة الاستثمار [1210]. غير أنه يجب أن يتضمن عقد B.O.T تفصيلاً بالتزامات شركة المشروع الخاصة بالتشغيل والصيانة ونقل التكنولوجيا واستخدام التكنولوجيا الحديثة في ذلك كله [1211] . وقد يكون مشغِّل المشروع مورِّداً لتكنولوجيا خاصة بمرحلة التشغيل والصيانة ويكون الباعث الرئيسي لاختياره لتشغيل وصيانة المرفق هو ما يحوزه من خبرة فنية وتكنولوجيا لازمة , ويعين عقد التشغيل مشتملات المعرفة التي يلتزم المشغل بنقلها إلى شركة المشروع وينظم العقد مدى حق شركة المشروع في استعمال هذه المعرفة . وتفرغ جميع المعلومات المتعلقة بهذه المعرفة في تقارير دورية وكتالوكات تشغيل وتودع هذه الوثائق في مجلدات ويتم نقلها لشركة المشروع أو للجهة الإدارية حسبما ينص عليه الاتفاق . وتلحق هذه المجلدات بالعقد وينص فيه على اعتبارها جزءاً من العقد [1212] .

(**1209**) – يونيدو , المرجع السابق , ص /105/ .

(**1210**) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , المرجع السابق , ص /187/ .

(**1211**) – يونيدو , المرجع السابق , ص /106/ .

(**1212**) – هاني صلاح سري الدين , المرجع السابق , ص /389/ .

ويتعين عند انتهاء مدة عقد B.O.T وتسليم المشروع للجهة الإدارية أن يتم تسليم تكنولوجيا المشروع برمتها أيضاً ، سواء منها التكنولوجيا المتمثلة في التجهيزات والآلات أو في طريقة التشغيل والصيانة وكذلك جميع المعلومات المتعلقة بأية طرق مبتكرة لتطبيق نظرية علمية أو اختراع [1213].

وقد وضعت اليونيدو شرطاً نموذجياً لنقل تكنولوجيا المشروع وهو التالي : ((تمنح شركة المشروع الحكومة ترخيصاً غير قابل للنقض ومعفى من الرسوم والضرائب وغير حصري بمقتضى جميع الامتيازات التي تملكها شركة المشروع أو تشرف عليها وتسيطر عليها حالياً أو فيما بعد وذلك إلى الحد اللازم لتشغيل المشروع وصيانته وإصلاحه ومناوبته)).

2- القيود التي ترد على استعمال التكنولوجيا المنقولة إلى جهة الإدارة :

قد تتضمن عقود B.O.T قيوداً صريحة أو ضمنية على استعمال جهة الإدارة للتكنولوجيا المنقولة إليها عند تسليم المشروع في نهاية العقد . لذلك يتعين على الجهة الإدارية التدقيق في كل شرط أو نص من شأنه أن يشكل قيداً عند انتهاء مدة العقد .

ونستعرض فيما يلي أهم هذه القيود :

أ – توريد المكونات وقطع الغيار والمساعدة في تشغيل وصيانة المرفق بعد تسليمه لجهة الإدارة :

إن صيانة المرفق وتجهيزه بقطع الغيار اللازمة في مرحلة التشغيل وخلال مدة العقد أمرٌ لا يثير الإشكاليات باعتبار أن هذه الأمور تقع على مسؤولية شركة المشروع أصلاً [1214] . كذلك فإنه يتوجب على شركة المشروع أن تزوّد الجهة الإدارية صاحبة المشروع بقطع الغيار بعد انتهاء

(**1213**) – خالد بن محمد عبد الله العطية , المرجع السابق , ص /132/ .

(**1214**) – حسن الهنداوي , "مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق , ص /580/ .

مدة العقد [1215] .

ولكن بعض الشركات قد تعمل على أن تظل الحكومة المضيفة في حاجة لها باستمرار عن طريق إمدادها بقطع الغيار اللازمة لتشغيل تلك التكنولوجيا [1216] . فقد تسعى بعض شركات المشروع لترتيب توريد التكنولوجيا بحيث تكون الجهة الإدارية بعد استلامها المشروع في نهاية مدة العقد معتمدة على شركة المشروع من أجل المكونات وقطع الغيار التبديلية اللازمة لتشغيل التكنولوجيا . ومن المعروف أن توريد المكونات وقطع الغيار تشكل مصدر الدخل الأهم للشركات المالكة للتكنولوجيا , وهو ما يؤدي إلى الإضرار بالجهة الإدارية صاحبة المشروع [1217] .

ويتوجب على جهة الإدارة التنبه لهذه المسألة عند إبرام العقد ووضع البدائل المطروحة عند التعاقد . كأن يتم النص على كيفية تنفيذ التزام شركة المشروع أو المشغل بتوريد قطع الغيار , وضمان العيوب فيها وإصلاحها [1218] .

كما يمكن النص في اتفاقية المشروع على أن تلتزم الحكومة بشراء المكونات وقطع الغيار من مورِّد تسميه شركة المشروع على أن يلتزم المورِّد بدوره بتوريدها بشروط ليست أقل أفضلية عن الشروط التي يعرضها لأي من زبائنه أو بشروط ليست أقل أفضلية عن الشروط التي يمكن للجهة الإدارية أن تؤمن بموجبها تلك المكونات وقطع الغيار بنفس الجودة من مورد آخر [1219] .

(1215) - Jeffrey Delmon, op.cit,p134.

(1216) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /241/ .

(1217) – خالد بن محمد بن عبد الله العطية , المرجع السابق , ص /132/ .

(1218) – هاني صلاح سري الدين , "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" , المرجع السابق , ص /390/ .

(1219) – يونيدو , المرجع السابق , ص /117/ .

كذلك فإنه يتعين التوقف عند مسألة المساعدة في تشغيل وصيانة المرفق بعد تسليمه للجهة الإدارية . فمع وفاء شركة المشروع بالتزامها بتدريب عمال وكوادر جهة الإدارة إلا أنه قد تطرأ أمور يصعب على عمال الإدارة مواجهتها أو البت فيها , وتكون المرجعية بشأنها إلى شركة المشروع باعتبارها صاحبة الإنشاء والصنعة ولها الخبرة الطويلة في تشغيل وإدارة هذا المرفق طيلة مدة العقد .

لذلك يتوجب مناقشة هذه المسألة في اتفاقية المشروع ابتداءً ووضع الحلول بما يضمن الحفاظ على تشغيل المرفق بمستوى الكفاءة المنصوص عليها في اتفاقية المشروع ، وذلك طيلة العمر الافتراضي للمشروع [1220] .

ب – شروط السرية :

قد تنص عقود B.O.T على أنه يجب على شركة المشروع والجهة الإدارية أن تتعاملا مع معلومات التكنولوجيا والرسومات والخرائط والمواد وجميع الأمور الأخرى المماثلة المرتبطة بمشروع B.O.T على أنها ذات سرية شديدة , ولا يجوز لأي من الفريقين كشف أية معلومات فنية لطرف آخر , وغالباً لا يثير مثل هذا الشرط مشكلات أثناء مدة العقد , ولكن قد تفرض اتفاقية المشروع شروطاً للسرية لفترة طويلة بعد انتهاء عقد B.O.T, وهنا تكمن المشكلة . فمثل هذا الشرط يشكل قيداً على الجهة الإدارية عند تعاقدها مع ملتزم جديد . وللموازنة بين مطلب حماية ملكية التكنولوجيا من جهة وحاجة المشروع المنفذ بنظام B.O.T للاستمرار بكفاءة وبشكل فعال بعد انتهاء مدة العقد يتعين على طرفي العقد تحديد نطاق الالتزام بالمحافظة على السرية من حيث المحل الذي يرد عليه وتحديد الجزء الذي يتصف بالسرية ومن حيث مدة هذا الالتزام ومن حيث الأشخاص الذين يمكن لهم الاطلاع على أسرار التكنولوجيا المسلمة مع المشروع [1221] .

(**1220**) – حسن الهنداوي , مشروعات B.O.O.T" , المرجع السابق , ص /579/ .

(**1221**) – خالد بن محمد بن عبد الله العطية , المرجع السابق , ص /134/ .

ج – شرط التعويض :

يتعين على الجهة الإدارية أن تنص في اتفاقية المشروع على تعهد من قبل شركة المشروع تلتزم بموجبه بأن استعمال التكنولوجيا المسلمه لجهة الإدارة لا يخالف أية حقوق ملكية صناعية ولا يترتب عليه أية إدعاءات أو مطالبات ضد جهة الإدارة من قبل أي طرف ثالث يدعي وجود أي انتهاك في ذلك [1222] .

فإذا استخدمت شركة المشروع تكنولوجيا محل حق للغير أو براءة اختراع وملكيات صناعية أو سواها مملوكة للغير ونتج عن ذلك إقرار مسؤولية الجهة الإدارية فإن شركة المشروع تلتزم بتعويض الجهة الإدارية عن هذه الأضرار [1223] .

ثانياً – طرق نقل التكنولوجيا من خلال المشروع المنفذ بنظام B.O.T :

1- نقل التكنولوجيا عن طريق استعمال البضائع الوطنية والخدمات المحلية :

إن إتاحة الفرصة للشركات المحلية للاشتراك في مشروعات B.O.T بصفة مورِّدين للبضائع والخدمات تشكِّل إحدى طرق نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة [1224] . ويلاحظ أن بعض قوانين الالتزام واتفاقيات مشروعات B.O.T تصرُّ على أن تعطي شركة المشروع بعض الإجراءات التفضيلية للبضائع والخدمات الوطنية بشرط توفرها بشروط منافسة [1225] .

(1222) – يونيدو , المرجع السابق , ص /118/ .

(1223) – خالد بن محمد بن عبد الله العطية , المرجع السابق , ص /135/ .

(1224) – يونيدو , المرجع السابق , ص /110/ .

(1225) – خالد بن محمد بن عبد الله العطية , المرجع السابق , ص /130/ .

ولا شك في أن تضمين عقد B.O.T شرطاً يقضي باستخدام البضائع الوطنية والخدمات المحلية من شأنه أن يعمل على بناء القدرات الوطنية وتعزيز قدرة الشركات المحلية على الدخول في منافسة الشركات الأجنبية .

2 – نقل التكنولوجيا من خلال تدريب عمال وموظفي الجهة الإدارية :

إن تسليم المشروع إلى الجهة الإدارية في نهاية مدة العقد ، يقتضي قيام شركة المشروع بتدريب عمال الجهة الإدارية على استخدام التكنولوجيا المستخدمة في المشروع لتكون جهة الإدارة قادرة على تشغيله بعد استلامه وانتهاء مدة العقد [1226] . لذلك فإن اتفاقية المشروع يجب أن تنظم هذه المسألة بشروط واضحة بحيث تضمن التزام شركة المشروع بتدريب عناصر وعمال الجهة الإدارية في كافة مراحل المشروع [1227] ومنذ تاريخ المباشرة بإنشاء المشروع وحتى تاريخ تسليمه إلى جهة الإدارة ، ويكون التدريب جدياً ويشمل الجانب النظري والجانب التطبيقي بما في ذلك أعمال الصيانة والإصلاح . كما يتعين أن يكون لجهة الإدارة الحق بترشيح العناصر الوطنية التي تراها وأن تطلب قيام عدد من عمالها بالعمل لدى شركة المشروع للحصول على التدريب الملائم في مكان العمل وفي جميع مجالاته , كما يتعين تدريب العناصر الإدارية التي تتولى مسؤوليات الرقابة والإشراف الإداري .

ويجوز أن تشترط الجهة الإدارية على شركة المشروع تقديم مخطط تنظيمي يبين احتياجات العناصر لتطوير وإنشاء وتشغيل وصيانة المشروع , وتحديد الحد الأدنى من المؤهلات الفنية وسواها للعناصر بتفصيل كاف [1228].

(**1226**) – جابر جاد نصار , "عقد البوت B.O.T .." , المرجع السابق , ص /152/ .

(**1227**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , "الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام .." , المرجع السابق , ص /359/ .

(**1228**) – يونيدو , المرجع السابق , ص /114/ .

وقد ينص في اتفاقية المشروع على إنشاء مركز تدريب خاص في الدولة المضيفة للمشروع يعمل على تدريب وإعداد فريق من المدرّبين المحليين , كما يمكن أن ينص في عقد B.O.T على التزام شركة المشروع بإعداد تقارير دورية حول سير أنشطة التدريب [1229] .

3- نقل التكنولوجيا من خلال أنشطة البحث العلمي المشترك :

يمكن للجهة الإدارية الحصول على التكنولوجيا من خلال مشروعات البحث العلمي المشتركة بين شركة المشروع والمراكز البحثية وبعض الشركات . ويتم ذلك بأن يتم النص في اتفاقية المشروع على وجوب تعاون شركة المشروع مع الشركات المحلية للحصول على التكنولوجيا , وقد تمنح جهة الإدارة بعض المزايا للشركات المتقدمة بعروضها للحصول على المشروع والتي تتعهد بشكل مباشر وصريح بالتعاون العلمي والبحثي واسع النطاق مع الشركات المحلية في حال رسو العرض عليها . كما قد يتم النص صراحة على قيام مشروعات مشتركة بين شركة المشروع والشركات الوطنية [1230] .

4- حماية واكتساب الابتكارات التكنولوجية طيلة مدة العقد :

إن المدة الطويلة للالتزام في عقد B.O.T تجعل من الممكن أن يتم تحسين التكنولوجيا وتطويرها والوصول إلى اختراعات وابتكارات تكنولوجية.

وقد تحصل هذه الابتكارات والاختراعات بصورة رئيسية عن برامج التكنولوجيا والمهارات المقدمة من قبل شركة المشروع , كما قد ينشأ ذلك بسبب من جهود المتعهدين والمتعاقدين المحليين . وقد تصرّ شركة المشروع على اعتبار جميع الحقوق في التحسينات والابتكارات والاختراعات عائدة لها [1231]

(**1229**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع السابق , ص /362/ .

(**1230**) – دويب حسين صابر عبد العظيم , المرجع نفسه , ص /364/ .

(**1231**) – يونيدو , المرجع السابق , ص /119/ .

. لذلك يتعين بحث هذه المسألة في اتفاقية المشروع [1232] . ووضع الحلول العملية بشأنها . وينبغي النص في اتفاقية المشروع على أن يلتزم كل فريق بإعلام الفريق الآخر بأي تحسين أو ابتكار أجراه بشأن المشروع طيلة مدة العقد [1233] .

وبذلك نخلص إلى أن مشاريع B.O.T تقدم فرصة حقيقية للدول المضيفة لتحسين قدراتها التكنولوجية ونقل التكنولوجيا المتقدمة لشركاتها ومؤسساتها . بيد أن مسألة نقل التكنولوجيا تطرح بدورها العديد من المسائل والإشكاليات التي يمكن أن تثار في أية مرحلة من مراحل العقد , لذلك فإن جميع هذه المسائل والطروحات والاحتمالات يجب أن تناقش في اتفاقية المشروع بنصوص تفصيلية تضع الحلول العملية والواضحة . وإن أهداف الجهة الإدارية وطلباتها يجب أن تحدد بكل وضوح في وثائق طلب العروض – أو المناقصة –. فالنصوص والعبارات العامة كثيراً ما تكون صعبة التنفيذ عملياً ، كما يسهل التنصُّل منها . ولا تشكل النوايا الحسنة بديلاً عن الالتزامات القانونية [1234] في أي بند من بنود العقد وفي أي مرحلة من مراحله .

(**1232**) – أحمد رشاد محمود سلام , "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T .." , المرجع السابق , ص /240/.

(**1233**) – يونيدو , المرجع السابق , ص /119/ .

(**1234**) – يونيدو , المرجع السابق , ص /120/ .

الخـاتمــة

استعرضـنا فـي هـذا البحـث إدارة المرفـق العـام وفـق نظـام B.O.T. فتناولنا عقد B.O.T تأصيلاً وتكييفاً وإبراماً وتنفيذاً وإنهاءً . ويمكن القول أننا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات , والتي نجمل أهمها فيما يلي :

أولاً – النتائـج :

1- تقييم نظام عقود B.O.T .

لا توجد لنظـام اقتصـادي مـا مزايا مطلقة أو عيـوب مطلقة . وإن تقييم نظامٍ ما يتوقف على عوامل عدة وبحسب الطرف المعني . لذلك فإنه من وجهة نظر الدول النامية ، ومنها سورية ، يتعين تقييم نظام عقود B.O.T في ضوء الإسـتراتيجية الاقتصـادية للدولـة وظـروف التمويـل والأهـداف السياسـية والاجتماعية للدولة , إضافة إلى القيم الاجتماعية والسياسية السائدة, وبحسب طبيعـة المرفق . لذلك فمن الخطأ تعميم القول بأنـه لمثل هذه المشاركة بين القطاعين العام والخاص فوائدها المطلقة أو عيوبها المطلقة .

وإن انتشار عقود B.O.T بشكل واسع في مختلف دول العالم بما فيها الدول النامية ودعم الحكومات لها وإقبال القطاع الخاص عليها يؤكد مزاياها كما أنه كشف في الوقت نفسه عن وجود عيوب فيها .

ولا شك في أن استخدام نظام عقود B.O.T لإنشاء مشروعات البنية الأساسية يحقق فوائد حقيقية وكبيرة للحكومة , إلا أنه في الوقت ذاته ليس كما صورته الشركات العالمية على أنه بمثابة العصا السحرية التي ستحل مشاكل التنمية الاقتصادية ومشروعات البنية الأساسية . لذلك فإنه يتعيَّن على الحكومة أن تتبنى سياسة واضحة بشأن تحديد نوعية المشروعات التي يمكن أن تنفذ وفق نظام B.O.T والمشروعات التي يتعين تنفيذها باستخدام أسلوب التمويل

العادي الذي تتولى فيه الحكومة تمويل المشروع من مواردها الخاصة أو من القروض التي تضمنها .

ويمكن إجمال أهم مزايا وفوائد استخدام نظام B.O.T للحكومة فيما يلي :

أ- معالجة قصور التمويل الحكومي وتخفيف العبء عن الموازنة العامة للدولة وخفض الإنفاق والاقتراض الحكومي . وذلك من خلال قيام شركة المشروع بإنشاء وإدارة المشروعات والمرافق محل التعاقد على نفقتها .

ب- تمكين الدولة من إقامة المشروعات الكبرى ومساعدتها في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية . فبدلاً من تأجيل إنشاء هذه المشروعات لحين توفر المال اللازم , فإن القطاع الخاص يتولى إنشاءها وإدارتها وهو ما يؤدي إلى خلق فرص عمل حقيقية لشرائح واسعة من المقاولين وشركات المقاولات الوطنية إضافة إلى ما يصاحب ذلك من إدخال الدول الأجنبية إلى السوق المحلية وهو ما من شأنه أن يساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدولة المضيفة .

ج- الاستفادة من نقل التكنولوجيا . فلشركة المشروع مصلحة محققة في استخدام أفضل تكنولوجيا متاحة وتطويرها طيلة مدة العقد ، وهو ما يؤدي إلى استفادة الدولة منها كما يساعدها في تحديث صناعاتها الوطنية وتدريب وتطوير كوادرها وتحديث مرافقها .

د- الاستفادة من أساليب القطاع الخاص في الإنشاء والإدارة ورفع كفاءة التشغيل ومستوى الخدمات المنتجة .

فمن المفترض أن تقوم شركة المشروع بذلك وفق أحدث الأنظمة ومستخدمة في ذلك الأساليب والوسائل العلمية والإدارية المتطورة . وهو ما يحقق مصلحة ملموسة لجمهور المنتفعين كما يشكل دافعاً لأن

تطور الدولة في نظم الإدارة التي تتبعها وخاصة بشأن إدارة المرافق العامة الاقتصادية .

هـ- المحافظة على ملكية الدولة للمرفق . فنظام عقود B.O.T يبقي المشروع بملكية الدولة . ويتعين على شركة المشروع أن تقوم بتسليمه لجهة الإدارة وهو بحالة جيدة عند انتهاء مدة العقد . وهو ما يضمن للدولة أن تحصل على مشروع جاهز ومتكامل في نهاية مدة العقد ويساهم في تطوير الإدارة الحكومية عند إدارتها للمرافق المستلمة , كما يضمن لها القيام بدور إيجابي فعال في تحقيق أهدافها الاقتصادية والاجتماعية .

أما أهم عيوب نظام B.O.T فيمكن إجمالها فيما يلي :

أ- نشوء شبكة من العلاقات التعاقدية وارتفاع تكاليف المشروع .

فنظام عقود B.O.T يستلزم العديد من العلاقات العقدية المتشابكة ويقتضي من الدولة تحضير مستندات التعاقد وتدريب ممثليها وتعيين المستشارين الفنيين والماليين والقانونيين والقيام بدراسات الجدوى والتفاوض مع الشركات لحين اختيار شركة المشروع وإجراء التعاقد وهو ما يستغرق عدة سنوات في بعض الأحيان , الأمر الذي يؤدي إلى إعاقة حركة التنمية كما تبتغيها الدولة وإضافة أعباء مالية وإدارية جديدة على الدولة . لذلك يُنصح بالاستعانة بالقطاع الخاص في ذلك بما يختصر الوقت والمال ويضمن حماية مصالح الدولة .

ب- تراجع سيطرة الحكومة على إنشاء المشروع وإدارته , وبالتالي عدم التأكد من مطابقة المشروع للمعايير المتفق عليها. وهو ما يفضي إلى أن يكون العمر الافتراضي للمشروع يقارب المدة المحددة في العقد حيث يتم تسليم المشروع إلى الدولة في حالة لا تصلح لاستمرار تشغيله .

ج- عدم دقة القول بأن المشروع المنفذ بنظام عقود B.O.T لا يكلف الموازنة العامة شيئاً . ففي الحالات التي تلتزم فيها الجهة الحكومية بشراء المنتج أو الخدمة من شركة المشروع ثم القيام بإعادة بيعها للجمهور بسعر أقل , قد تصل مجموع المبالغ التي تؤديها الدولة إلى شركة المشروع طيلة مدة التعاقد أضعاف تكلفة إنشاء المشروع نفسه. وكذلك فإن منح مزايا إضافية أو تقرير إعفاءات ضريبية للمشروعات الاستثمارية لمدد طويلة من شأنه أن يؤدي إلى حرمان الخزينة العامة من موارد مهمة . مما يستوجب أن يكون ذلك مدروساً بعناية فائقة .

د – إطالة أمد عقود B.O.T ووصولها إلى مدة /99/ سنة كما أجاز المشرع المصري ، وكما حصل في بعض العقود في مصر ، أمرٌ يتعارض مع المنطق الاستثماري للمرافق الاقتصادية ، ويحمل مجموعة من المخاطر المؤكدة ، كتغير الظروف وترتب نتائج لا يمكن توقعها وقت إبرام العقد مما قد يصعب التعامل معها مستقبلاً ، واختلال التوازن المالي للعقد وانقلاب اقتصادياته ، كما يؤدي إلى استهلاك المشروع خلال مدة العقد ، مما يجعل النص على تسليمه للدولة بحالة جيدة عند انتهاء مدة العقد أمراً عديم الجدوى بالشكل اللازم مما يفقد هذه العقود إحدى أهم ميزاتها .

2- تطور دور الدولة :

أظهرت الدراسة أن المتغيرات التي شهدها العالم في أواخر عقد الثمانينات وأوائل عقد التسعينات من القرن العشرين ، وما رافقها من تطور غير مسبوق في تكنولوجيا المعلومات ووسائل الاتصال ونشوء ظاهرة العولمة ، قد أحدث تطوراً جوهرياً في دور الدولة ، أثرَّ تأثيراً مباشراً على المرفق العام وخرج به من رحم الدولة التي أنشأته أصلاً لإشباع الحاجات العامة للمجتمع وكان حكراً عليها خلال بعض الحقب في القرن العشرين ، وأدى

إلى تقليص دور الدولة في النشاط الاقتصادي عموماً وقصره على توجيه الاقتصاد بما يخدم المصلحة العامة ، مع تعاظم دور القطاع الخاص ومشاركته في المشروعات الكبرى ومشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة الاقتصادية .

3- نظام B.O.T هو علاقة عقدية :

إن نظام B.O.T هو علاقة تعاقدية بين أطرافها . وإن عقد B.O.T في مفهوم هذا البحث هو عقد بين الدولة أو أي من الجهات الإدارية التابعة لها من جهة وبين طرف خاص وطني أو أجنبي من جهة أخرى ، وهو غالباً ما يكون شركة أو اتحاد شركات يطلق عليها اسم ((شركة المشروع)) بهدف إنشاء مرفق عام ذي طبيعة اقتصادية على حساب شركة المشروع وقيامها مقابل ذلك بإدارة المشروع واستثماره طوال مدة العقد ثم تسليم المرفق في نهاية مدة العقد إلى جهة الإدارة المتعاقدة وهو بحالة جيدة وبدون مقابل .

4- مفهوم العائلة العقدية التي تنشأ عن عقد B.O.T وأهدافها :

إن العائلة العقدية التي تضم العقود التي تُهيِّئ لعقد B.O.T وتلك التي تتفرع عنه والعقود التي يتطلبها تنفيذه ، وإن كانت تسهم جميعها في تحقيق الهدف الذي وجد من أجله عقد B.O.T إلا أنها لا تخرج البتة بعقد B.O.T أو بأي عقد من عائلته العقدية عن كونه عقداً يقوم بتوافق إرادات أطرافه . فجميع هذه العقود تتم باتفاق أطرافها وبتوافق إراداتهم العقدية ، وإن لكل منها هدفه الخاص الذي يسعى إليه أطرافه . وإن عقد B.O.T يقع في القلب من هذه الاتفاقات ويشكل العقد الأساسي فيها . ولا شك في أن نجاح عقد B.O.T يعتمد على ترابط هذه العقود وانسجامها .

5- ترجمة اصطلاح B.O.T بعبارة ((عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)):

آثر الباحث أن يطلق على اصطلاح B.O.T عبارة ((عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)) عوضاً عن العبارة التي استعملها الفقه العربي في غالبيته العظمى وهي ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) ، في ترجمة حرفية للكلمات الانكليزية الثلاث التي يتكون منها الاصطلاح . ذلك أن عبارة ((عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)) ، أكثر دلالة على المقصود بعقد B.O.T وأدق تعبيراً عن الدور الذي تقوم به شركة المشروع في كل مرحلة من مراحل العقد .

وفي جميع الأحوال فإن الباحث يرى أن استعمال عبارة ((نقل الملكية)) في الترجمة العربية السائدة يحمل معه خطورة حقيقية من جراء إمكانية تفسيرها بأنها تعني أن المرفق موضوع العقد يكون بملكية شركة المشروع طوال مدة العقد وأنها تقوم بنقل هذه الملكية لجهة الإدارة عند انتهائه . وهذا أمرٌ غير جائز البتة حسبما توصلنا إليه خلال هذا البحث . فشركة المشروع لا تتملك المرفق خلال أية مرحلة من مراحل العقد . وأن المرفق يبقى بملكية الجهة الإدارية المتعاقدة طوال مدة العقد . وإن ما تقوم به شركة المشروع في نهاية مدة العقد هو تسليم المرفق ونقل حيازته فقط للجهة الإدارية المتعاقدة .

6- عقد B.O.T عقد إداري بطبيعته وهو الصورة الحديثة لعقد التزام المرافق العامة :

انتهينا إلى أن عقد B.O.T في دول النظام اللاتيني ، ومنها سورية ، هو عقد إداري بطبيعته . ولا يؤثر في ذلك كون هذا العقد في الدول التي نشأ فيها أصلاً ، وهي دول النظام الانكلو أمريكي ، يعد عقداً مدنياً أو تجارياً . ذلك أن هذه الدول لا تعرف نظام العقد الإداري أصلاً ، فهي لا تعرف ثنائية العقد العادي والعقد الإداري أو ازدواجية القضاء العادي والقضاء الإداري .

وإن عقد B.O.T تتوفر فيه جميع أنواع الشروط الاستثنائية التي تميز العقود الإدارية .

هذا بالإضافة إلى أن ارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام هو ارتباط لا يقبل الانفصام وهو يدخل في صميم تكوين هذه العقود ويشكل الصورة الأقوى للارتباط بالمرفق العام عما هي عليه في أي عقد إداري آخر .

وقد توصلت الدراسة إلى أن عقد B.O.T هو الصورة الحديثة لعقد التزام المرفق العام . ذلك أنه إذا كانت إدارة المرفق هي الالتزام الجوهري الذي يقع على عاتق الملتزم في الصورة التقليدية لعقد الالتزام إلا أن إشادة المنشآت اللازمة لتشييد المرفق وتجهيزها هي مسائل تدخل في صميم عقد الالتزام وهذا ما يعبر عن حقيقة عقود B.O.T .

7- عدم وجود نظام قانوني يحكم عقود B.O.T في سورية :

كشفت الدراسة عن أنه لا يوجد نظام قانوني يحكم عقود B.O.T في سورية وأن كلاً من القانون رقم /51/ لسنة 2004 المتضمن نظام العقود الموحد للجهات العامة والمرسوم /450/ لسنة 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود لا ينطبق البتة على عقود B.O.T . وأن العمل يجري في سورية على اللجوء إلى أسلوب التعاقد بنظام B.O.T في ظل غياب أي تنظيم قانوني يحكم هذه العقود . وإن الأمر يستدعي تدخل المشرع السوري لإصدار قانون يحكم عقود B.O.T .

8- خطأ القول بتملك شركة المشروع للمرفق خلال مدة العقد في بعض الصور العقدية المشابهة لعقود B.O.T :

أثبت البحث خطأ القول بأنه في بعض الصور العقدية المشابهة لعقد B.O.T تتملك شركة المشروع المرفق خلال مدة العقد . ذلك أن حق الملكية هو حق دائم لا يقبل تحديده بزمن مؤقت أصلاً . وأن القول بملكية شركة المشروع للمرفق يتناقض مع حق الجهة الإدارية الثابت في الرقابة والإشراف وحقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك مع حفظ حق شركة المشروع بالتعويض .

كما توصل البحث إلى تحليل لمفهوم كلمة التملك Ownership في عقود B.O.O.T وانتهى في ذلك إلى القول بتحول عقد B.O.O.T إلى عقد B.O.T بمجرد تشغيل المشروع . ذلك أن عناصر المشروع من منشآت وآلات وتجهيزات ومعدات والتي كان يعترف بتملكها من قبل شركة المشروع خلال مرحلة إنشاء المشروع ، قد انصهرت في المرفق بعد تشغيله وفقدت ذاتيتها واستقلالها ولم تعد لشركة المشروع التي كانت قد أوجدتها أصلاً أية ملكية فيها . وأصبح حق شركة المشروع في المرفق بعد تشغيله هو حق انتفاع يخولها استعمال المرفق وإدارته واستغلاله والحصول على عائدات الاستغلال طوال مدة العقد .

9- خروج بعض الصور العقدية المشبهة بعقد B.O.T ، والتي لا تنتهي بإعادة المشروع للإدارة المتعاقدة ، عن نظام B.O.T برمته :

انتهى البحث إلى أن بعض الصور العقدية التي يتم تشبيهها بعقود B.O.T ، والتي تقتضي تملك شركة المشروع أو المستثمر للمرفق وعدم إعادته إلى الجهة الإدارية المتعاقدة ، هي صيغ عقدية لا علاقة لها بنظام عقود B.O.T وهي شكل من أشكال خصخصة المرافق العامة .

10- أهمية دراسات الجدوى :

كشف البحث عن أهمية دراسات الجدوى التي تسبق إبرام عقد B.O.T بجميع وجوهها الفنية والمالية والتسويقية والاجتماعية . وقد توصل البحث إلى أن دراسات الجدوى تعدُّ مفتاح البقاء لمشروعات البنية الأساسية المنفذة بنظام B.O.T أطول مدة ممكنة ، كما يتوقف عليها نجاح هذه المشروعات وخاصة لجهة جودة الخدمة والمنتج ولجهة التعريفة .

11- إن استفتاء الإدارة لمجلس الدولة في سورية هو رأي يقدمه المجلس قبل إبرام العقد وليس تصديقاً للعقد بعد إبرامه :

توصلت الدراسة إلى أن استفتاء إدارات الدولة لمجلس الدولة بموجب أحكام المادة /44/ من قانون مجلس الدولة رقم 1959/55 هو شكل من أشكال التدخل الاستشاري في العقد ، وهو رأي يقدمه مجلس الدولة للإدارة قبل إبرام العقد وليس تصديقاً للعقد يتم بعد إتمام التصديقات الضرورية للعقد من جاني الإدارة المتعاقدة .

12- المناقصة لا تصلح أسلوباً لإبرام عقد B.O.T :

توصلت الدراسة إلى أن تقنية المناقصة لا تصلح في إبرام عقود B.O.T . ذلك أن اختيار المتعاقد في هذا النمط من العقود لا يستند إلى أفضل سعر يقدم منه . إذ ليس هناك سعر يقدمه المتعاقد في عقد B.O.T . فالإدارة المتعاقدة في هذه العقود ليست في صدد الشراء . بل إن اختيار شركة المشروع يجب أن يبنى على أساس قدرتها على إنشاء المشروع وتجهيزه بالتقنيات المطلوبة وتشغيله وإدارته .

13- جهة الإدارة المتعاقدة تملك حق الرقابة وحق التعديل في عقد B.O.T بما يتناسب وخصوصية هذا العقد :

فحق الرقابة في عقود B.O.T يتعين أن يؤخذ بالمعنى الضيق وبما يرادف مفهوم الإشراف فيقصد به التحقق من أن الطرف المتعاقد الخاص ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً وطبقاً لشروطه . أما حق التعديل فهو حق أصيل تملكه الإدارة في جميع عقودها الإدارية إلا أن تطبيقه في مجال عقود B.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 .

14- أهمية صياغة عقد B.O.T :

أثبتت الدراسة الأهمية البالغة لمسألة صياغة عقود B.O.T . وضرورة الكتابة بلغة واضحة ودقيقة ومُحكمة ، ووضع النصوص التفصيلية التي تتضمن الحلول العملية والواضحة للمسائل المثارة وتحديد أهداف الجهة الإدارية وطلباتها بكل وضوح في وثائق طلب العروض .

ذلك أن العبارات العامة كثيراً ما تكون صعبة التنفيذ عملياً ويسهل التنصل منها ، وأن النوايا الحسنة لا تشكل بديلاً عن الالتزامات القانونية في أي بند من بنود العقد .

ثانياً – التوصيات :

بغية المساهمة في أن تحقق عقود B.O.T الغاية المتوخاة منها , وتلافي العيوب والمخاوف والانتقادات التي توجه إليها , فإن البحث يوصي بالتوصيات التالية :

1- إصدار قانون خاص يحكم عقود B.O.T وجميع صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم الخدمات الأساسية في سورية , وينظم آليات المشاركة بين الدولة أو إحدى إداراتها من جهة والقطاع الخاص من جهة أخرى . بحيث يتضمن القانون أسس هذه المشاركة ومبادئها وتقنيات المشاركة . وبما يحقق الشفافية والوضوح في النظام القانوني لعقود B.O.T .

ولا بد من الاستفادة في ذلك من تجارب بعض الدول كفرنسة التي تتسم تجربتها في هذا المجال بالنضج الشديد ، ومصر التي توسعت في الاعتماد على عقود B.O.T لدرجة كبيرة . وباعتبار أن المنظومة القانونية لهذين البلدين تشكل المصدر التاريخي لمنظومتنا القانونية .

وتوصي الدراسة بأن يراعي القانون الذي يحكم عقود B.O.T الأمور التالية :

أ- ضبط عملية اللجوء إلى نظام عقود B.O.T ليكون في إطار محدد ومبين لأوجه النشاط التي تتلاءم مع هذا النمط من العقود .

ب – وضع نظام قانوني خاص وموحد يتضمن قواعد إبرام وتنفيذ عقود B.O.T والعقود المشابهة له . فينص صراحة على اختيار شركة المشروع على أساس العلانية والمنافسة الحرة والشفافية . وتحديد ما يجب مراعاته عند تقييم العروض . والتأكد من سلامة الترتيبات التمويلية المقدمة من شركة المشروع .

جـ- تحديد مدة العقد وموعد بدء حسابها أي تحديد لحظة إبرام العقد . وبحيث تكون مدة معقولة لا هي بالطويلة التي تقيد الدولة وأجهزتها لأجيال عديدة , ولا هي بالقصيرة التي لا تسمح لشركة المشروع بتحقيق هامش ربح معقول بعد استرداد نفقاتها . وتوصي الدراسة بأن لا تتجاوز مدة الالتزام ثلاثين عاماً مع وضع ضوابط خاصة عند الخروج عن هذا الحد وكذلك عند تجديد العقد .

د- إعطاء الحق بإبرام عقود B.O.T للسلطات المركزية والمحلية ووضع الضوابط اللازمة لذلك .

هـ – النص على وجوب تحويل الأموال اللازمة لإنشاء المشروع من الخارج إذا كانت شركة المشروع جهة أجنبية .

و- تحديد الشروط الجوهرية التي يتوجب النص عليها في العقد , وتحديد حقوق والتزامات الطرفين بكل دقة ووضوح في جميع مراحل العقد , سواء في مرحلة الإنشاء أو في مرحلة الإدارة والاستغلال أو عند انتهاء العقد وتسليم المرفق للجهة الإدارية المتعاقدة .

ز- إنشاء جهاز رقابي يتولى مراقبة إجراءات التعاقد , وضمان وجود رقابة فاعلة وإشراف حقيقي للجهة الإدارية المتعاقدة في مرحلتي إنشاء وتشغيل المرفق .

2- توصي الدراسة باستعمال الاصطلاح الشائع لهذه العقود وهو عقود B.O.T . وعند تعريبه استعمال عبارة ((عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)) , وفي جميع الأحوال الامتناع عن استعمال عبارة ((نقل الملكية)) التي يستعملها معظم رجال القانون العرب عند ترجمتهم لعقد B.O.T بعبارة ((البناء والتشغيل ونقل الملكية)) نظراً لما تثيره عبارة ((نقل الملكية)) من إشكالات قانونية وكونها لا تعبر البتة عن الواقع وعن حقيقة التزام شركة المشروع عند انتهاء العقد وهو ((تسليم)) المرفق و((نقل حيازته)) للجهة الإدارية المتعاقدة وليس ((نقل ملكيته)) .

3- يوصي البحث بعدم اللجوء إلى صيغة عقد B.O.O.T في سورية . فعلى الرغم من أن الدراسة قد انتهت إلى تفسير كلمة "Ownership" الواردة في صيغة عقد B.O.O.T بأنها تقتصر على تملك شركة المشروع لعناصر المشروع التي أوجدتها من تجهيزات ومنشآت وسواها وذلك في مرحلة إنشاء المشروع فقط ، أما بعد تشغيل المشروع فإن هذه العناصر تفقد ذاتيتها وتنصهر بالمرفق وتصبح جزءاً منه ولا يعود لشركة المشروع أية ملكية فيها وأن عقد B.O.O.T في هذه المرحلة يتحول إلى عقد B.O.T , إلا أن الاتجاه الغالب في الفقه يذهب إلى تفسير صيغة عقد B.O.O.T بأن ملكية المشروع تنتقل إلى المستثمر خلال مدة العقد , وهو ما ينطوي على خصخصة للمرفق العام طيلة مدة العقد وهو ما يخالف النظام العام في سورية ومصر وفي الدول التي تأخذ بالنظام القانوني اللاتيني لأن العقد في هذه الحالة لا ينطوي على نقل إدارة المرفق لشركة المشروع وإنما على نقل ملكيته أيضاً وهو ما يفتقد للأساس الدستوري .

4- توصي الدراسة بضرورة التفريق بين نظام عقود B.O.T من جهة وبعض الصيغ العقدية التي تشبَّه به من جهة أخرى , تلك الصيغ التي تقول بتملك شركة المشروع للمرفق وعدم إعادته إلى جهة الإدارة المتعاقدة . ذلك أن هذه الصيغ العقدية ومثالها عقد B.O.O عقد الإنشاء والتملك والاستغلال وعقد R.O.O عقد التجديد والتملك والاستغلال لا تعدو كونها صوراً من صور خصخصة المرافق العامة .

لذلك فإن البحث يوصي بعدم اللجوء إلى مثل هذه الصيغ العقدية على أنها من عائلة نظام عقود B.O.T .

5- توصي الدراسة بوضع برامج متخصصة لتأهيل وتدريب العاملين لدى الدولة وتنمية قدراتهم الفنية والتفاوضية والقانونية بخصوص عقودB.O.T . وتدريب العاملين في الدولة على الصياغة العقدية لهذه العقود.

6- تؤكد الدراسة على أهمية إيجاد نظام قانوني متكامل للعمل الاستشاري بأنواعه : القانوني والهندسي والمحاسبي . باعتبار أن هذا النظام أمرٌ لازم لتشكيل البيئة الفنية الصحيحة لعقود B.O.T إبراماً وتنفيذاً . وإلى أن يتم ذلك توصي الدراسة بضرورة الاهتمام الحقيقي بالنواحي الاستشارية عند اللجوء إلى نظام عقود B.O.T . والسماح للجهات الإدارية بالتعاقد مع المكاتب الاستشارية الفنية والقانونية عند إبرام هذا النوع من العقود .

7- يوصي البحث بتجنب النص في عقد B.O.T على الشروط المقيدة لسيادة الدولة كشرط الثبات التشريعي والثبات المطلق للعقد وشرط خضوع العقد للقانون الخاص .

8- توصي الدراسة بالاهتمام بشكل خاص عند صياغة العقد بمسألة نقل التكنولوجيا ضمن عقد B.O.T . بشكل تكون ملائمة للبيئة المحلية . مع تحديد جميع المسائل المتعلقة بالتشغيل وقطع الغيار والصيانة إلى ما بعد مرحلة تسليم المشروع لجهة الإدارة وطيلة العمر الافتراضي للمشروع .

9- توصي الدراسة بإتباع أسلوب طلب العروض لإبرام عقد B.O.T في سورية باعتباره الأسلوب الذي يناسب إبرام هذه العقود ، إضافة إلى كونه إجراء شفافاً يقوم على العلانية والمنافسة وأنه الإجراء المألوف في سورية . على أن يتم تطبيق آلية طلب العروض بنظام النقاط حيث يتم وضع وتحديد المعايير المسبقة للتعاقد وتعطى لكل معيار نسبة مئوية تحدد وزنه عند المقارنة بين العروض المختلفة . فيتعين على الإدارة أن تعلن عن معايير الإرساء وأن تبين تسلسلها حسب أهميتها . بحيث يكون المتنافس على بيّنة تامة من العناصر التي سيبني عرضه على أساسها مما يؤكد مصداقية المنافسة ويزيد من فعاليتها .

10- يوصي البحث بأن يأخذ المشرع السوري في عقود B.O.T بفكرة العطاء الجماعي الذي يقدَّم من مجموعة من الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين , وذلك نظراً للأحجام الضخمة والمتطلبات الفنية المتنوعة والمخاطر الكبيرة للمشروعات المنفذة بنظام B.O.T .

وإن فكرة العطاء الجماعي تتفق كلية مع فكرة الكونسورتيوم Consortium السائدة في العقود الإدارية الدولية .

11- توصي الدراسة بضرورة الأخذ بمجموعة من المفاهيم القانونية السائدة على الصعيد الدولي واللازمة لوضع عقد B.O.T موضع التطبيق القانوني الصحيح . وأهمها عقود تسليم المفتاح Turn - Key Contract والكونسورتيوم Consortium .

12- توصي الدراسة بإعداد دفاتر شروط عامة إدارية وتقنية نموذجية لعقود B.O.T وأن تقوم الجهة الإدارية المختصة بمراجعتها باستمرار وتعديلها في ضوء التطورات الحاصلة وما يظهره الواقع من مشكلات .

13- توصي الدراسة بإنشاء لجنة مركزية في سورية لعقود B.O.T والعقود المشابهة ، بحيث يتم تشكيلها من عناصر قانونية وفنية وإدارية , ويكون من مهامها :

أ- دراسة المرافق العامة التي يمكن إدارتها عن طريق نظام عقود B.O.T وجدوى ذلك وإمكان تحققه , ودور رؤوس الأموال الأجنبية في ذلك .

ب- دعم الإدارات المختلفة وتقديم المشورات والآراء والخبرات والكوادر اللازمة لإدارة مرحلتي إبرام عقود B.O.T وتنفيذها , في حالة العقود الكبيرة والمهمة .

ج- تقييم تنفيذ عقود B.O.T , وتقديم المقترحات , وإجراء الإحصائيات.

د- الإشراف على وضع العقود النموذجية ودفاتر الشروط الفنية والإدارية وتعديلها وفق التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية .

14- وفي ختام التوصيات التي انتهى إليها البحث , لا بد من التوقف عند أحكام مجلس الدولة في منازعات العقود الإدارية في كل من مصر وسورية باعتباره المرجع المختص للنظر في منازعات عقود B.O.T . ونتساءل هل القضاء الإداري لدينا مهيّأٌ لاستقبال منازعات هذه العقود ؟.

إن المتتبّع لأحكام مجلس الدولة في منازعات العقود الإدارية في كل من مصر وسورية يستطيع القول أن هذه الأحكام في غالبيتها العظمى تتسم بالثبات وعدم التطور . فما تزال القواعد التي صدرت في منتصف القرن العشرين بهذا الشأن هي مصدر جلّ المبادئ التي تحكم العقود الإدارية في مصر وسورية . وهي في غالبها لا ترى في الطرف الخاص المتعاقد شخصاً متعاوناً مع الإدارة أو شريكاً في إدارة المرفق العام بل إنها غالباً ما تتشدد معه وتفترض فيه سوء النية .

وإذا كانت مساوئ هذا الجمود لم تظهر خلال فترات ازدياد تدخل الدولة في المجال الاقتصادي حيث قلت الأهمية العملية لنظرية العقود الإدارية,

إلا أن هذا الجمود أصبح يشكل خطراً حقيقياً على نظرية العقود الإدارية عامة وعلى النهوض الاقتصادي في ضوء التطورات الحاصلة والتحول من اقتصاد التخطيط إلى اقتصاد السوق , وازدياد اللجوء إلى العقود الإدارية وظهور صور حديثة لها كعقود B.O.T .

فالقضاء الإداري الذي ساهم 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 العقد الإداري . وهذا ما سعت إليه أصلاً نظرية التوازن المالي للعقد الإداري التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي .

ولعله ليس من قبيل المصادفة أن تكون فكرة التوازن المالي للعقد الإداري قد ظهرت لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام في فرنسة . فعقد التزام المرافق العامة , وعقود B.O.T التي تعد الصورة الحديثة له , يشكّل التوازن المالي المسألة الجوهرية فيها .

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد استطاع مواكبة التطورات الاقتصادية والسياسية الحاصلة في المجتمع , فإن تطور نظرية العقود الإدارية وظهور صور حديثة لها ومنها عقود B.O.T , يضع مجلس الدولة في كل من مصر وسورية أمام مسؤولية تطوير اجتهاده ونظرياته في مجال العقود الإدارية بغية تحقيق تلك المعادلة المهمة بين القانون والاقتصاد ومواكبة التطورات الاقتصادية المتسارعة ، ليكون مستعداً لاستقبال منازعات هذه العقود بما يسهم في إنجاح نظام عقود B.O.T لا أن يكون أحد معيقاتها .

وأخيراً ,

فإني أحمد الله تعالى على إنجاز هذه الدراسة , راجياً أن أكون قد وفقت في معالجة المشكلة التي تطرحها . وإني على يقين بأن هذا العمل المتواضع

ليس سوى خطوة , وأرجو أن تكون في الاتجاه الصحيح . فما من بحث يقول الكلمة الأخيرة في موضوعه . وإن جهد الباحث يقاس بسلامة الاتجاه ولو لم يقطع سوى خطوة واحدة فيه . غير أنني لم أدَّخر لأجل هذه الخطوة جهداً إلا بذلته ولم أعرف طريقاً للعلم فيها إلا سلكته مستهدياً بقوله تعالى : ((وأن ليس للإنسان إلا ما سعى * وإن سعيه سوف يُرى)) (*) .

(*) – سورة النجم – الآيتان /39و40/ .

قائمة المراجع
BIBLIOGRAPHIE

أولاً – باللغة العربية :

1- الكتب والمؤلفات العامة والخاصة والرسائل :

1- إبراهيم عبد العزيز شيحا ، "مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني" ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1983 .

2- إبراهيم محمد عبد الحليم ، "أثر العقود الإدارية بالنسبة للغير" ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، رسالة دكتوراه ، 1994 .

3- إبراهيم محمد علي , "آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم /89/ لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية" , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الثانية , 2003 .

4- إبراهيم الهندي وعبسي حسن وسعيد نحيلي ، "المرافق العامة" ، منشورات جامعة حلب ، حلب 2004 .

5- أحمد رشاد محمود سلام ، "عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 2004 .

6- أحمد سلامة بدر ، "العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 2003 .

7- أحمد عبد الحميد عشوش , "النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية" , رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق , جامعة القاهرة , 1975 .

8- أحمد عثمان عياد , "مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1973 .

9- أسامة مدلول خريص أبو هليبة المطيري ، "خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، جامعة الملك محمد الخامس ، المغرب ، الرباط ، الطبعة الأولى ، 2006 .

10- انطوان قسيس ، "الأخطاء في تفسير قواعد التحكيم" مطبعة الداودي ، دمشق .

11- انطوان الناشف ، "الخصخصة مفهوم جديد لفكرة الدولة ودورها في إدارة المرافق العامة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000.

12- الياس ناصيف ، "عقد الـ B.O.T" المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2006 .

13- الياس ناصيف ، "العقود الدولية عقد المفتاح في اليد" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2008 .

14- بشار محمد الأسعد , "عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة" , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ، لبنان , الطبعة الأولى ، 2006.

15- بكر القباني ، "القانون الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا تاريخ ، بلا رقم طبعة .

16- ثروت بدوي , "القانون الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

17- ثورية لعيوني ، معيار العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1987 .

18- جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1996 .

19- جابر جاد نصار ، "المناقصات العامة – دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسترال" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1998 .

20- جابر جاد نصار , "العقود الإدارية" , دار النهضة العربية , القاهرة , الطبعة الثانية .

21- جيهان حسن سيد أحمد ، "عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

22- حسن الهنداوي ، "مشروعات B.O.O.T " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2007 .

23- حسن حسين البراوي , "عقد تقديم المشورة" , دار النهضة العربية , القاهرة , 1998 .

24- حفيظة السيد حداد , "العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية", منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2003 .

25- حمدي عبد العظيم , "دراسات الجدوى الاقتصادية وتقييم المشروعات"، القاهرة ، الطبعة الثانية 1999 .

26- حمدي علي عمر ، الرقابة القضائية على العقود التي يبرمها البرلمان، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 .

27- خالد عبد الله الرشيد , "جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد" , مجلس النشر العلمي , جامعة الكويت , 2004 .

28- خالد بن محمد عبد الله العطية ، "النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية"، رسالة للحصول على درجة ماجستير في الحقوق مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة .

29- داود خلف , "عقود تنفيذ وتشغيل ونقل الملكية" , المكتبة الوطنية , عمان , 2008 .

30- 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 .

31- رئيف خوري , "عقود البي أو تي وعقود الخصخصة في القانون المقارن" ، لبنان ، 2002 .

32- رمزي الشاعر وعبد العظيم عبد السلام ، "الوجيز في القانون الإداري, التنظيم – النشاط الإداري" ، طبعة 1993 .

33- سعاد الشرقاوي , "العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية , القاهرة ، 1998 .

34- سليمان الطماوي ، "الأسس العامة للعقود الإدارية" ، دار الفكر العربي، 2005 .

35- سليمان الطماوي , "مبادئ القانون الإداري – الكتاب الثاني – نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة" ، دار الفكر العربي ، 1979 .

36- سليمان الطماوي ، "الوجيز في القانون الإداري" ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1991 .

37- سيد طه بدوي ، "النقل التجاري للتكنولوجيا إلى البلدان النامية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .

38- شفيق حاتم ، "القانون الإداري" ، بيروت ، المؤسسة الأهلية ، 1985 .

39- صالح بكر الطيار ، "النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T البناء – التشغيل – نقل الملكية" ، لبنان ، مركز الدراسات العربي الأوربي ، دار بلال ، بدون سنة نشر .

40- صفوت عبد السلام عوض الله ، "الآثار التنموية للخصخصة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 .

41- طعيمة الجرف , "القانون الإداري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1978 .

42- عبد الإله الخاني , "القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً – المجلد 4 – العقود الإدارية" ، بدون سنة طبع .

43- عبد الرؤوف جابر ، "الوجيز في عقود التنمية التقنية" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 .

44- عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، الجزء الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

45- عبد الرزاق السنهوري ، "الوسيط في شرح القانون المدني" ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1964 .

46- عبد السند حسن يمامة , "نظام البوت B.O.T وفقاً لأحكام التشريع المصري" ، الطبعة الأولى ، 2000 .

47- عبد العزيز عبد المنعم خليفة , "الأسس العامة للعقود الإدارية" , 2008 .

48- عبد العليم عبد المجيد مشرف ، "فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .

49- عبد الفتاح بيومي حجازي ، "عقود البوت B.O.T في القانون المقارن"، طبعة 2008 .

50- عبد القادر محمد عبد القادر ، "دراسة الجدوى الاقتصادية والتجارية والاجتماعية مع الـ B.O.T " ، الدار الجامعية ، الطبعة الثانية 2000-2001 .

51- عبد المجيد فياض ، "نظرية الجزاءات في العقد الإداري" .

52- عبد الله طلبة ومحمد الحسين ومهند نوح , "المدخل إلى القانون الإداري" ، طبعة 2003 – 2004 .

53- عبد الهادي عباس , "العقود الإدارية" ، الجزء الأول ، دار المستقبل ، الطبعة الأولى ، 1992 .

54- عبد الهادي عباس ، "العقود الإدارية" ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى 1993 ، دمشق .

55- علي الفحام , "سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري" , دار الفكر العربي , 1976 .

56- عمر حلمي ، معيار تمييز العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993 .

57- عمرو أحمد حسبو ، "التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T " ، دار النهضة العربية ، طبعة 2002 .

58- الديداموني مصطفى أحمد ، "الإجراءات والأشكال في القرار الإداري"، رسالة دكتوراه ، الهيئة العامة المصرية للكتاب ، القاهرة ، 1992 .

59- ماجد راغب الحلو , "القانون الإداري" ، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت ، 1977 .

60- ماجد راغب الحلو ، "القانون الإداري" ، دار المطبوعات الجامعية ، 1996 .

61- محسن شفيق ، "عقد تسليم مفتاح – نموذج من عقود التنمية" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

62- محسن شفيق ، "نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية" ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1984 .

63- محمد أحمد أمين خالد ، "النظام القانوني لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر" ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2004 .

64- محمد الجلالي , "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل" ، رسالة دكتوراه ، كلية الهندسة المدنية , جامعة عين شمس ، القاهرة . 2000 .

65- محمد رفعت عبد الوهاب , "مبادئ وأحكام القانون الإداري" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 .

66- محمد الروبي , "عقود التشييد والاستغلال والتسليم – B.O.T" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

67- محمد شوقي شادي , "الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية" ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985 .

68- محمد شوقي شاهين ، "المشروع المشترك التعاقدي ، طبيعته وأحكامه في القانون المصري والمقارن" ، 2000 .

69- محمد عبد الحميد أبو زيد ، "دوام سير المرافق العامة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

70- محمد عبد العال السناري ، "وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد عليها" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

71- محمد عبد المجيد إسماعيل ، "عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 2003 .

72- محمد فريد العريني , "الشركات التجارية , المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال" , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية , 2003 .

73- محمد فكري عطا الله عبد المهدي ، "التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T " ، رسالة ماجستير ، جامعة القاهرة ، 2004 .

74- محمد فؤاد عبد الباسط , "العقد الإداري" ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 .

75- محمد فؤاد مهنا ، "القانون الإداري المصري والمقارن" ، الجزء الأول في المرافق العامة ، طبعة 1952 .

76- محمد فؤاد مهنا , "مبادئ القانون الإداري وفقاً للاتجاهات الحديثة" , الإسكندرية , 1975 .

77- محمد لبيب شنب ، "شرح أحكام عقد المقاولة" ، دار النهضة العربية ، 1962.

78- محمد ماهر أبو العينين ، "قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية" ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

79- محمد المتولي , "الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 .

80- محمد محمد بدران ، "عقد الإنشاءات في القانون المصري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .

81- محمد محمد عبد اللطيف , "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية" ، طبعة عام 2000 ، دار النهضة العربية .

82- محمد محمد عبد اللطيف , "تفويض المرفق العام" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

83- محمد وحيد الدين سوار ، "شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزام" ، الجزء الأول ، دمشق ، 1977 .

84- محمد وليد منصور ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، منشورات فرع نقابة المحامين بدمشق ، طبعة 2007 .

85- محمود حافظ , "نظرية المرفق العام " ، دار النهضة العربية ، القاهرة، طبعة 1981 – 1982 .

86- مروان محي الدين القطب ، "طرق خصخصة المرافق العامة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

87- مصطفى أبو زيد فهمي ، "الوسيط في القانون الإداري" ، الاسكندرية ، 2005 .

88- مصطفى الحفناوي ، "قناة السويس ومشكلاتها المعاصرة" ، القاهرة ، 1956 ، مكتبة النهضة المصرية .

89- مصطفى رشدي شيحة ، "بعض المظاهر المالية القانونية لعقد المقاولة الدولي" ، بحث منشور في كتاب "مقاولات الأعمال المدنية " الصادر عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة ، القاهرة ، 1995.

90- مصطفى عبد المحسن الحبشي , "الوجيز في عقود البوت B.O.T " ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2008 .

91- مصطفى عبد المقصود سليم ، "معيار العقد الإداري وأثره على اختصاص مجلس الدولة" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 .

92- معتز كامل مرسي ، "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T" ، بحث منشور في كتاب "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T" ، الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001.

93- مهند نوح , "الإيجاب والقبول في العقد الإداري" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2005 .

94- مهند نوح ، "عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، الطبعة الأولى ، دمشق 2007.

95- مي طوبار , "دراسات الجدوى ونظام B.O.T " ، دار الفاروق للاستثمارات الثقافية ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، 2006 .

96- نجم الأحمد ، "التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية" ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، 2001 .

97- هارون عبد العزيز الجمل ، "الجزاءات في عقود الأشغال العامة" ، جامعة عين شمس ، القاهرة 1979 .

98- هاني صلاح سري الدين ، "التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .

99- وفاء مزيد فلحوط , "المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية" , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت , 2008 .

100- وليد حيدر جابر ، "التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 2009 .

101- ياسر أحمد كامل الصيرفي ، "النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص" ، جامعة الكويت ، طبعة 2008 .

102- يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي , "النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص" , 1989 , بدون دار نشر .

103- يونيدو – منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية , "المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع B.O.T – البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، ترجمة حسين صلاح الدين ، الطبعة الأولى ، 2002 .

2- المقالات والبحوث :

1- إبراهيم ذكي ، "نظرة عامة في عقود B.O.T البناء والتشغيل ونقل الملكية" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 .

2- أمل نجاح البشبيشي ، "نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T . هل هناك حاجة لبديل ؟ " ، بحث منشور في مجلة "بحوث اقتصادية عربية" ، العدد /28/ لعام 2002 .

3- "تجربة استخدام نظام B.O.T في مشروعات خطوط المترو" ، دراسة مقدمة إلى المؤتمر الدولي المنعقد بتاريخ 27-2001/1/28 بالقاهرة حول أسلوب تمويل المشروعات بنظام B.O.T .

4- 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 .

5- جمال نصار وحسين مصطفى ، "مشروعات البوت – إعداد مشاريع البناء والتملك والتشغيل والتحويل – البوت –" ، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية العلمية المنظمة ، بواسطة معهد التنمية الإدارية ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة في 4-7 كانون الثاني 1997 .

6- جمال الدين نصار , "عقد التشييد في المشروعات بنظام البوت / البووت"، بحث منشور في مجلة "التحكيم العربي" التي تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم , العدد الثالث , اكتوبر 2000 .

7- حمدي عبد العظيم ، " عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 .

8- حمدي عبد العظيم , "ملامح دراسات الجدوى الاقتصادية لمشروعات B.O.T" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية , "مشروعات البوت" ، القاهرة 2001 .

9- رشدي صالح عبد الفتاح صالح ، "دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام B.O.T" ، بحث منشور في كتاب "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T" ، الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، فرع الدقهلية، الجزء الأول ، 2001 .

10- سامي عبد الباقي أبو صالح ، "البنيان التعاقدي لمشروعات الـ B.O.T"، بحث مقدم إلى الدورة التدريبية المنظمة بواسطة مركز البحوث

والدراسات القانونية للتنمية الإدارية ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة في 13-14 تشرين أول 2001 .

11- سميحة القليوبي , "عقود نقل التكنولوجيا – التفاوض في العقود" , بحيث مقدم إلى مركز البحوث البرلمانية , القاهرة , مجلس الشعب ، الأمانة العامة , الفصل التشريعي السابع , دور الانعقاد العادي الثالث , 12 نيسان سنة 1998 .

12- صفوت حميدة ، "دور شركات التأمين في حماية المشروعات القائمة بأسلوب B.O.T"، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 .

13- عبد الحميد كمال حشيش ، "التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية" ، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ، السنة الرابعة ، العدد الثاني ، ديسمبر 1962 .

14- غسان رباح ، "دراسة حول مفهوم عقد الـ B.O.T في إدارة المرفق العام وطرق حل المنازعات الناشئة عنه" ، بحث مقدم إلى ندوة الجوانب القانونية لعقود الـ B.O.T والـ FIDIC ، المنعقدة في مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، قطر ، الدوحة 18-2005/12/19 .

15- ماجد عمار ، "النظام القانوني لكنسورتيوم المقاولات" ، بحث منشور في كتاب "مقاولات الأعمال المدنية" ، الصادر عن مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة ، القاهرة ، 2005 .

16- محسن أحمد الخضيري ، "عمليات الـ B.O.T الأسس – القواعد – الاتجاهات" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 .

17- محسن أحمد الخضيري , "مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001 .

18- محمد أبو العينين , "تجارب بعض الدول النامية في مشروعات البوت" , بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص , شرم الشيخ , 29-30 أيلول 2001 .

19- محمد أبو العينين ، "انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T " ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية ، البوت، ومقومات نجاحها في مصر ، المنعقد في القاهرة 14-16 تشرين ثاني 1999 .

20- محمد أديب الحسيني ، "نظرية عدم ثبات العقد الإداري" ، بحث مقدم لنيل لقب أستاذ في المحاماة ، بحث غير منشور ، دمشق ، 1986 .

21- محمد المتولي ، "التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية ، مصر بعنوان "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T " ، الجزء الأول ، طبعة 2001 .

22- محمد محمد بدران ، "النظام القانوني لمشروعات البوت" ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ B.O.T المنعقد من قبل مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة في 7-9 تشرين أول 1997 .

23- محمد نور شحاته , "خصوصية التحكيم في عقود الـ B.O.T والـ B.O.O.T وعقود الفيديك FIDIC الخاصة بها " , ورقة عمل مقدمه إلى مؤتمر البوت , تشرين أول 2000 .

24- محمود الجيوش ، "أنواع التحكيم في الدول العربية" ، بحث منشور في مجلة "المحامون" التي تصدرها نقابة المحامين في سورية لعام 1998 ، العدد /3و4/ .

25- محمود محمد فهمي ، "عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، 2001، ص /63/ .

26- 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 .

27- مصطفى مظهر ، " تأمين مشروعات حقوق الامتياز" ، ورقة حوار حول علاقة التأمين بمشروعات حقوق الامتياز" ، بحث منشور في الكتاب الصادر عن أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ، الجزء الأول ، 2001 .

28- معتز كامل مرسي , "تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة بنظام الـ B.O.T " ، بحث مقدم إلى الندوة التي عقدتها أكاديمية السادات للعلوم الإدارية بالدقهلية خلال الفترة من 29 إلى 31 كانون ثاني عام 2001 .

29- منصور فرج السعيد , "عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية , طبقاً لنظام B.O.T ومدى ملاءمتها لدولة الكويت" ، بحث منشور في مجلة "المحامي" ، مجلة محكمة فصلية تصدرها جمعية المحامين الكويتية ، العدد الأول لعام 2008 .

30- 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 .

31- مهند نوح ، "دراسة حول القانون رقم 2004/51 المتضمن نظام العقود الموحد" ، بحث مقدم إلى دورة التحكيم التي أقامتها غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية والإنشائية بدمشق في 2008/12/1-11/30 .

32- مهند نوح ، "التحكيم في العقود الإدارية" ، بحث مقدم إلى دورة التحكيم التي أقامتها بدمشق الغرفة العربية للتوفيق والتحكيم بالتعاون مع جامعة دمشق في الفترة من 26-31 تموز 2008 .

33- موسى خليل متري ، "تمويل المشاريع – هيكلية الـ B.O.T " ، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد /21/ العدد الثاني 2005 .

34- 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 "إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء – التشغيل – التحويل B.O.T " ، الجزء الأول ، طبعة 2001 .

35- هاني صلاح سري الدين ، "الإطار القانوني للمشروعات التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر" ، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد /69/ لسنة 1999 .

3- الدوريات ومجموعات الأحكام وموسوعاتها :

1- مجلة بحوث اقتصادية عربية .
2- مجلة التحكيم العربي (تصدر عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم) .
3- مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية .
4- مجلة الدراسات القانونية (تصدر عن كلية الحقوق – جامعة بيروت العربية) .
5- مجلة دراسات استراتيجية (تصدر عن مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية – جامعة دمشق) .
6- مجلة العلوم الإدارية (مصر) .
7- مجلة القانون والاقتصاد (جامعة القاهرة) .
8- مجلة المحاماة (تصدر عن نقابة المحامين في مصر) .
9- مجلة المحامون (تصدر عن نقابة المحامين في سورية) .
10- مجلة "المحامي" (تصدر عن جمعية المحامين الكويتية) .
11- محكمة النقض المصرية – مجموعة النقض السنة الثانية والعشرون والسنة الثامنة والعشرون .
12- مجلس الدولة المصري – المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، القاهرة 1997 .
13- مجلس الدولة المصري – المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في خمسة عشر عاماً ، (من اكتوبر سنة 1955 إلى سبتمبر 1970) .
14- مجلس الدولة المصري – المكتب الفني – مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في السنة الثامنة والتاسعة .

15- مجلس الدولة السوري – المكتب الفني – مجموعات المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لأعوام (1970 – 1972 – 1973 – 1976 – 1984 – 1986 – 1987 – 1988 – 1989 – 1990).

16- "مبادئ القضاء الإداري – اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً" ، للمحامي مصباح المهايني ، مؤسسة النوي ، دمشق ، 2005 .

17- موسوعة القضاء المدني – اجتهاد محكمة النقض السورية ، للمحامي محمد أديب الحسيني ، دمشق ، 2004 ، الجزء الأول والجزء الثالث .

18- التقنين المدني السوري ، للمحامي شفيق طعمة ، الجزء السادس ، دمشق ، 1985 .

19- موسوعة العقود ، إعداد صبحي سلوم ، دار الأنوار للطباعة ، دمشق ، 1991 .

ثانياً – باللغة الفرنسية :

I- OUVRACES GENERAUX et SPECIAUX, TRAITES, MANUELS :

1. Benoit.P, Droit administrative général, Dalloz, Paris, 1968
2. -Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le Moniteur – 2007.
3. Bonnard. R, précis de droit administrative, L.G.D.J, Paris, 1943
4. Braconnier.S, Précis du droit des marchés publics, Imprimerie Nationale, Le Moniteur, Paris, 2007
5. Bréchon – Moulénes, Droit des Marchés, TI, Moniteur, Paris, 1999, III, 320, 1
6. Chapus.R, Droit administratif général, T1,Delta,Paris, 1995.
7. Drago.R, Les crises de la notion d'établissement public, Paris, Pedon, 1950.
8. Duguit.L, Les transforlations du droit public, A. Coline, Paris, 1913.
9. Dupuis.G . Guédon.M.J et Charétien.P, Droit administratif, A.Colin. Paris, ed 8,2002.
10. Flamme.M.A, Traité théorique et pratique des marches publics, Bruxelles TI, 1969.
11. Forge.J.M Droit administratif, , P.U.F,2002
12. Gucliemi.G et Koubi.G. Droit du service public, Monchrestien, Paris, 2000
13. Guibal.M , Lucien.R , Terneyre.PH, et autres, Droit public des affaires, Lamy, Paris, 1998,
14. Guibal.M; Mémento des marchés publics, Le Moniteur,Paris, 1998.

15. Jéze.G, Les principes généraux de droit administratif, Paris,1939
16. Kalck.P, Tribunaux administratifs et cours administratifs, 1990.
17. La banque mondial "lapproche du B.O.T et son application aux projets des pays en voie de development" , rapport août 1995.
18. Lachaume.J.F – Boiteau.C et Pauliat.H, Grands services publics, A.Coline, Paris, 2000
19. Laubadére – Venezia et Gaudement, Manuel de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1995.
20. Laubadère.A – Venezia .J.C et Gaudemet.Y, Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1999, T1, p868.
21. Laubadére.A, Delvolvé.P, Moderne, Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 1983, T1..
22. Pellissier.G, Principe d'égalité en droit public, L.G.D.J, Paris, 1996
23. Philippe. X, Droit administratif général, Paris, 1996, ed2
24. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, 2004.
25. Richer.L. Les contrats administratifs, Dalloz, 1991
26. Rivero. L,Droit des contracts administratife , Paris, L.G.D.J, 2004
27. Ubaud – Bergeron, M, Loi Murcef : La définition législative des délégations de service public, J.C.P, 2002; N14.
28. Van long. Gondouin.G.Inserguet – Brisset.V, Dictionnaire de droit administratif, A.Colin, Paris, 4ed, 2005.
29. Vedel . G et Delvolvé.P, Droit administratif, P.U.F, Paris, 1993
30. Vedel. M, Cours de droit administratif, Paris, 1953.
31. Waline.M, Droit administratif, Manuel élementaire, Sirey, Paris, 1945

32. Waline.M, L'évolution récent des rapports de l'état avec ses cocontractants, R.D.P, 1952.
33. Waline.M, Traité élémentaire de droit administratif, Sirey, Paris, 1950

II- LES THESES :

1. ABD EL BAKI (S) . les projets internationaux de Contruction mené selon la formale B.O.T, thése Paris 1,2000
2. Hostiou.R, Procédures et formes de l'acte administratif unilatéral en droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1975
3. Patrikios.A, L'arbitrage en matière administrative, L.G.D.J, Paris, 1997.
4. Quancard.M,L'adjudication des marchés publics, Sirey, 1945
5. Badaoui(s): Le Fait Prince dans Les Contrats Administratif en droit Francais et en Droit égyptien , paris , L.G.D,J 1955 .
6. YOUSSEF (C) , le contrat de concession service public ou B.O.T en droits fransçais et égyptienm Etude comparée de l'evolution contemporaine, thèse , paris I , 2004 .

III- LES ARTICLES :

1. Alibert. Th, L'intuitus personae dans la concession de service public, R.adm, 1990, p509.

2. Auby.J.B et Maugué, La notion et le régime de la délégation de Service public, J.P.C, 1996, 3941, p247.
3. Auby.J.M; Le régime juridique de l'avis dans la procédure administrative, A.J.D.A, 1956, p53.
4. Bieusses P.S, La specificité de l'affermage, A.J.D.A, 1996, p.608.
5. Brechon – Moulènes, Choix des procédures; choix dans les procédures, A.J.D.A,1998,p/735/ .
6. D'Esnon.G, La réforme du code des marchés publics, D, 2003, n°30, 2019
7. Dreylas (J.D) contrats et marchés , A.J.D.A. 2003 , p/823/ .
8. E, Délégation de service public, La nouveau cadre légal,A.J.D.A, 1996, p577.et.s.
9. Fouchard, L'arbitrage en droit administratif, R.arb, 1990.
10. Guibal. M, De la liberté des personnes publiques de choisir la technique de choix de leur cocontractants, J.C.P, E, N27, 1987
11. Haim.V, Le choix du juge dans le contentieux administratif, A.J.D.A, 1992,p316.et.s.
12. Hertzog.R, Le prix du service public, A.J.D.A, 1997, p63
13. J.F. Lalive, contrats enter Etat ou éntreprises étatiques et personnes privées, Académie de droit international, 1983, 11; p.58.
14. La banque mondial "lóapproche du B.O.T et son application aux projets des pays en voie de development" , rapport dó aout 1995. P18.
15. Lagurre.A,Aspectes Juridiques de la négociation dans la passation des , marchés publics, R.M.P,N235,1988,p/21/ .

16. Laubadère.A, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs, R.D.P, 1954, P50.
17. Lemasurier.J, Réflexion sur la distinction des services publics administratifs et des services publics industriel et comerciaux. A.J.D.A, 1969, P139.
18. Maugué.CH, Les délégations de service public et le juge administratif, A.J.D.A, 1996, p597.
19. Maugué.Ch, Les variations de liberté contractuelle dans les contrats administratifs,A.J.D.A,1998, p697.
20. Prosper Weil : "Les clauses de Stabilisation ou l'intangibilité insérés dans les accords de développement économique" , Mélanges Rousseau, Paris, Pedone, 1974, p.301-328.
21. Symchowicz. N, Contrats administratifs et mise en concurrence, A.J.D.A, 2000, p107.
22. Waline.M, L' évolution récent des rapports de l'etat avec ses cocontractants, R.D.P, 1952.

IV – PERIODIOUES ET RECUEILS :

1. Actualité Juridique – Droit Administratif . (A.J.D.A)
2. Edition Général (J.C.P-G) .
3. Edition de l,entreprise (J.C.P-E) .
4. Recueil Dalloz " Dalloz - Sirey depuis 1965 " (D) .
5. Revue de l' Arbitrage (R. Arb) .
6. Revue de Droit Public et la Science Politique (R.D.P).
7. Revue Français de Droit Administratif (R.F.D.A) .
8. Sirey . (S) .
9. Revue Administrative . (R.adm) .
10. Recueil de conseil d' Etat français .

ثالثاً – باللغة الانكليزية :

1. Charles Walker and Adrian Smith, Privatized infrastructure: the B.O.T approach, London, 1996.
2. Jeffrey Delmon, Project Finance, BOT projects and Risk, Netherlands , 2005.
3. Nation Commission On International Trade Law : 29 Session , New York , 1996 . Possible Future Work Build – Operate –transfer projects . Note By The Secretariat . P3 .
4. Schmooklar (J), Invention and Economic Growth, Harvard University Press, 1966.
5. Scott L.Hoffman, The Law and Business of International project Finance, Netherlands, 1998.
6. UNIDO : Guidelines For infrastructure development Through B.O.T projects . 1996
7. UNIDO BOT GUIDELINES : UNIDO Publication, Austria 1996
8. United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), UNIDO B.O.T Guidelines – Guidelines for infrastructure Development through Build – Operate – Transfer (B.O.T) projects (1996).

الفهرس
TABLE DES MATIERES

الموضـــوع	رقم الصفحة
المختصرات	7
المقدمـة	9
القسـم الأول – الاتجـاه إلـى نظـام عقـود B.O.T لإدارة المرفـق العام	19
تمـهيد وتقسيم	19
الباب الأول – قصور الطرق التقليدية في إدارة المرفق العام ..	21
تمـهيد وتقسيم	21
الفصل الأول – ماهية المرفق العام	23
المبحث الأول – التعريف بالمرفق العام	25
تمـهيد وتقسيم : المدلولات المختلفة لاصطلاح ((المرفق العام))	25
المطلـب الأول – التعريـف بـالمرفق العـام وفقـاً للمـدلولين العضـوي والموضوعي	27
أولاً – تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول العضوي	27
ثانياً – تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول الموضوعي	29
ثالثاً – تعريف المرفق العام وفقاً للمدلول المزدوج	32
رابعـاً – رأينـا فـي تعريـف المرفـق العـام فـي ضـوء التطـور الاقتصادي الحاصل	34
المطلب الثاني – عناصر المرفق العام	36

الموضـــوع	رقم الصفحة
أولاً – المرفق العام مشروع يدار من الدولة أو تحت رقابتها	36
ثانياً – استهداف أداء الخدمة العامة أو تحقيق النفع العام بشكل مستمر ومنتظم	38
المبحث الثاني – النظام القانوني للمرفق العام	43
تمهيد وتقسيم	43
المطلب الأول – المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الاقتصادية	43
أولاً – المرافق العامة الإدارية	44
ثانياً – المرافق العامة الاقتصادية	44
المطلب الثاني – إنشاء المرافق العامة وتنظيمها وإلغاؤها	48
أولاً – إنشاء المرافق العامة وإلغاؤها	49
ثانياً – تنظيم المرافق العامة	52
ثالثاً – القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة...	54
المبدأ الأول – مبدأ استمرار سير المرافق العامة بانتظام	54
المبدأ الثاني – مبدأ المساواة أمام المرافق العامة	58
المبدأ الثالث – مبدأ قابلية المرفق العام دائماً للتعديل والتغيير	61
الفصل الثاني – إشكالية إدارة المرفق العام	65
تمهيد وتقسيم	65
المبحث الأول – الطرق التقليدية في إدارة المرافق العامة	67
المطلب الأول – الإدارة المباشرة	67

الموضـــوع	رقم الصفحة
المطلب الثاني – المؤسسات العامة	69
المطلب الثالث – عقد التزام المرافق العامة	76
المطلب الرابع – مشروعات الاقتصاد المختلط	79
أولاً – مشاطرة الاستغلال	79
ثانياً – شركات الاقتصاد المختلط	81
المبحـث الثـاني – إدارة المرافـق العامـة الاقتصـادية وضـرورات التطور	83
المطلب الأول – تغيُّر الدور التقليدي للدولة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية	83
المطلب الثاني– الاتجاه إلى القطاع الخاص لإدارة المرافق العامة الاقتصادية وتقديم خدمات البنية الأساسية	86
الباب الثاني – التأصيل القانوني لعقد B.O.T	91
تمهيد وتقسيم	91
الفصل الأول – ماهية عقد الإنشاء والإدارة والتسليم B.O.T	93
المبحث الأول – مفهوم عقد B.O.T	95
المطلب الأول – أصل اصطلاح B.O.T وتطور نشأته وانتشاره.	95
المطلـب الثـاني – ترجمـة الفقـه العربـي لاصـطلاح B.O.T والإشكاليات التي تثيرها	106
أولاً – الترجمة العربية للاصطلاح	106
ثانياً – المآخذ التي نراها على الترجمة العربية للاصطلاح	110
المطلب الثالث – التعريف بعقود B.O.T	112
أولاً – تعريف فقهاء القانون العام	112
ثانياً – تعريف فقه القانون الخاص وأهل الاقتصاد	114

الموضـــوع	رقم الصفحة
ثالثاً – تعريف بعض الهيئات والمنظمات الدولية	117
المطلب الرابع – خصائص عقود B.O.T	120
أولاً – إن نظام B.O.T هو علاقة تعاقدية بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة ، وإحدى جهات القطاع الخاص من جهة أخرى	120
ثانياً – الغاية من عقد B.O.T إنشاء مرفق عام وتقديم خدمة عامة للجمهور	125
ثالثاً – التمويل الخاص للمشروع هو أحد أهم العناصر في نظام عقود B.O.T	126
رابعاً – للإدارة المتعاقدة حق ثابت في الرقابة والإشراف طيلة مدة العقد	128
خامساً – ملكية جهة الإدارة المتعاقدة وحدها للمرفق والمشروع موضوع العقد خلال جميع مراحل العقد.	129
المبحث الثاني – الإطار القانوني لعقود B.O.T	133
المطلب الأول – الإطار الدستوري لعقود B.O.T	133
أولاً – الأساس الدستوري لعقود B.O.T في سورية ...	134
ثانياً – الأساس الدستوري لعقود B.O.T في مصر	137
ثالثاً – موقف الدستور الفرنسي	138
المطلب الثاني – الأسس التشريعية لعقود B.O.T	139
أولاً – التشريعات الناظمة لعقود B.O.T في سورية ...	139
ثانياً – التشريعات الناظمة لعقود B.O.T في مصر	144
ثالثاً – التنظيم التشريعي لعقود B.O.T في فرنسة	151
المبحث الثالث – تمييز عقد B.O.T عن العقود التي تُشبَّه به ...	155

الموضـــوع	رقم الصفحة
المطلب الأول – الصور العقدية التي تُشبَّه بعقود B.O.T والتي تقول بتملك شركة المشروع للمشروع أو لأصوله خلال مدة التعاقد	156
أولاً – عقد B.O.O.T عقد الإنشاء والتملك والإدارة والتسليم	157
ثانياً – عقود التحديث والتملك والإدارة والتسليم M.O.O.T	164
ثالثاً – عقد الإنشاء والتملك والاستغلال B.O.O	165
رابعاً – عقد التجديد والتملك والاستغلال R.O.O	166
خامساً – عقد التصميم والإنشاء والتمويل والإدارة D. B. F. O	167
المطلب الثاني – الصور المشابهة الأخرى لعقود B.O.T	168
أولاً – عقد الإنشاء والتسليم والإدارة B.T.O	168
ثانياً – عقد الإنشاء والتأجير والتسليم B.L.T or B.R.T	169
ثالثاً – عقد الإنشاء والاستئجار والإدارة والتسليم	170
الفصل الثاني – الطبيعة القانونية لعقود B.O.T	173
تمهيد وتقسيم : أهمية بحث التكييف القانوني لعقود B.O.T ...	173
المبحث الأول – جذب عقود B.O.T إلى حظيرة القانون العام ..	177
المطلب الأول – التمييز بين عقد "امتياز مرفق عام" وعقد "التزام مرفق عام" وأثره على المقاربة مع عقد B.O.T.	178
المطلب الثاني – الاتجاه القائل بأن عقد B.O.T هو عقد التزام مرفق عام أو أنه صورة حديثة عنه	182
أولاً – من حيث أطراف العقد	185

الموضـــوع	رقم الصفحة
ثانياً – من حيث دور الدولة	186
ثالثاً – من حيث ملكية أصول وموجودات المشروع	186
رابعاً – من النواحي الفنية والاقتصادية والتمويلية	187
خامساً – من حيث الخدمة أو المنتَج موضوع العقد والمقابل الذي يحصله المتعاقد	187
سادساً – من حيث الشروط التنظيمية والشروط التعاقدية في العقد	188
المطلـب الثالـث – عقد B.O.T تتوافر فيه جميع شروط العقد الإداري	190
أولاً – المعيـــار العضـــوي ، الإدارة طرفـــاً فـــي عقـــد B.O.T.....	190
ثانياً – المعيار الموضوعي ، اتصال عقد B.O.T بمرفق عام واحتوائه على شروط استثنائية	192
المبحث الثاني – جذب عقد B.O.T إلى حظيرة القانون الخاص.	197
المطلب الأول – الحجج المستندة إلى افتقار عقود B.O.T لشروط العقد الإداري	197
أولاً – عدم احتواء عقود B.O.T على الشروط الاستثنائية التي تميز العقود الإدارية	197
ثانياً – عدم توفر أركان المرفق العام بالمعنى المقصود في القانون الإداري والعقود الإدارية في عقد B.O.T	199
المطلـب الثـاني – الحجـج المستندة إلـى تكـوين عقـد B.O.T وشروطه التعاقدية وصياغته وصوره العقدية ..	201

الموضـــوع	رقم الصفحة
أولاً – ملكيـة شـركة المشـروع فـي عقـد B.O.T لأصـول المشروع ومكوناته وسيطرتها عليه وإدارتها لـه تنفي الصفة الإدارية عن العقد	201
ثانيـاً – إن نصـوص عقـود B.O.T نفسـها تنفـي صـراحة الصفة الإدارية للعقد في بعض الأحيان وتؤكد أنها عقود مدنية وتجارية	202
ثالثاً – إن ورود أي من شرطي الثبات التشريعي والثبات العقدي فـي عقـود B.O.T ينفـي الطبيعـة الإداريـة عنهـا ويؤكـد خضـوع هـذه العقـود لأحكـام القـانون الخاص	203
رابعـاً – إن التبـاين والاخـتلاف بـين صـيغ ونصـوص عقـود B.O.T وتعدد صـور هذه العقود يجعل مـن غيـر الممكـن تكييفهـا مسـبقاً كحزمـة واحـدة بأنهـا عقـود إدارية	203
المطلـب الثالـث – الحجـج المستندة إلـى سياسـة تشـجيع الاسـتثمار ومتطلبات التجارة الدولية	204
المبحـث الثالـث – الرأي الـذي نؤيـده بشـأن التكييـف القـانوني لعقـود B.O.T	207
المطلب الأول – تأكيد الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T	207
أولاً – احتـواء عقـود B.O.T علـى جميـع أنـواع الشـروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص	208
ثانياً – ارتباط عقد B.O.T بالمرفق العام بشكل لا يقبل الانفصام	219

الموضـــوع	رقم الصفحة
ثالثاً – تفنيد ودحض الحجج المستندة إلى نصوص عقد B.O.T وشروطه التعاقدية وصوره العقدية لنفي الصفة الإدارية عنه	223
المطلـب الثـاني – عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة	226
القسم الثاني – عقد B.O.T من الناحية التطبيقية	233
تمهيد وتقسيم	233
الباب الأول – إبرام عقد B.O.T	235
الفصـل الأول – الإجراءات السابقة على طرح المشروع للتعاقد بنظام B.O.T	237
المبحث الأول – إعداد وثائق العقد	239
المطلب الأول – تحديد ملامح المشروع	239
الفـرع الأول – تحديد جهة الإدارة للمشروع المراد تنفيذه بنظام B.O.T	240
أولاً – تحديد المشروع	240
ثانياً – دراسة الطرق البديلة لتنفيذ المشروع	241
الفرع الثاني – إعداد دراسات الجدوى	242
أولاً – أهمية إعداد دراسات الجدوى	242
ثانياً – الوجوه المختلفة لدراسات الجدوى	245
المطلب الثاني – المستندات الأساسية للعقد	256
الفرع الأول – الإطار الاستشاري	257
أولاً – صور تقديم المشورة	258

الموضـــوع **رقم الصفحة**

ثانياً – الملاحظات التي ترد بخصوص تقديم المشورة في عقود B.O.T 260
الفرع الثاني – دفاتر الشروط 261
أولاً – في فرنسة 261
ثانياً – في مصر 264
ثالثاً – في سورية 265
المبحث الثاني – الإذن بالتعاقد 269
المطلب الأول – الإذن المالي 270
الفرع الأول – الإذن المالي بصفته إجراءً سابقاً على التعاقد في العقود الإدارية 270
الفرع الثاني – أثر مخالفة شرط الإذن المالي في العقود الإدارية. 273
الفرع الثالث – عدم تصور شرط الإذن المالي كشرط مسبق في عقود B.O.T 276
المطلب الثاني – الإذن التشريعي 277
الفرع الأول – في فرنسة 278
الفرع الثاني – في مصر 279
الفرع الثالث – في سورية 282
المطلب الثالث – الإذن الإداري 284
الفرع الأول – إذن الجهة الإدارية المختصة 285
الفرع الثاني – التدخل الاستشاري لبعض الجهات الإدارية 291
أولاً – ماهية التدخل الاستشاري 291
ثانياً – التدخلات الاستشارية في نطاق العقود الإدارية في كل من فرنسة ومصر وسورية 293

الموضـــوع	رقم الصفحة
الفصل الثاني – تقنية الإبرام	301
تمهيد وتقسيم	301
المبحث الأول – وسائل إبرام العقود الإدارية	303
المطلب الأول – أساليب الإبرام غير القابلة للتطبيق على عقود B.O.T	303
الفرع الأول – المناقصات العامة	304
أولاً – المنافسة المفتوحة	304
ثانياً – مبدأ العلانية	308
ثالثاً – الكفاءة	311
الفرع الثاني – المناقصة المحصورة	313
الفرع الثالث – عدم قابلية أسلوب المناقصة للتطبيق على عقود B.O.T	318
المطلب الثاني – أساليب الإبرام القابلة للتطبيق على عقود B.O.T	322
الفرع الأول – طلب العروض	323
أولاً – مفهوم طلب العروض	323
ثانياً – إشكالية اصطلاح ((طلب العروض)) في الفقه العربي	326
ثالثاً – أشكال طلب العروض	328
الفرع الثاني – تقنية التعاقد بالتفاوض	330
أولاً – في فرنسة	330
ثانياً – في مصر	333
ثالثاً – في سورية	336

الموضـــوع	رقم الصفحة
المبحث الثاني – تقنية التعاقد في عقود B.O.T	341
المطلب الأول – التجربة الفرنسية في مجال عقود تفويض المرفق العام	341
المطلب الثاني – إشكالية تقنية إبرام عقود B.O.T في مصر .	349
المطلب الثالث – التقنية العقدية الأنسب لإبرام عقود B.O.T في سورية	353
الباب الثاني – آثار عقد B.O.T	357
الفصـــل الأول – الآثـار العامـة لعقـد B.O.T باعتبـاره عقـداً إدارياً.....	359
المبحث الأول – آثار عقد B.O.T بالنسبة للإدارة المتعاقدة ...	361
المطلب الأول – حقوق الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T	361
الفرع الأول – حق الرقابة	365
أولاً – ماهية حق الرقابة	365
ثانياً – خصوصية حق الرقابة في عقود B.O.T	366
ثالثاً – صور الرقابة في عقود B.O.T	366
رابعاً – حدود حق الرقابة وأهدافها في عقد B.O.T ..	371
الفرع الثاني – حق التعديل	372
أولاً – حق الإدارة في التعديل دون النص عليه في العقد	373
ثانياً – حق الإدارة في تعديل عقود B.O.T	379
الفرع الثالث – حق توقيع الجزاءات الإدارية	383
أولاً – ماهية الجزاءات الإدارية	383

الموضـــوع	رقم الصفحة
ثانياً – حق الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في عقود B.O.T	385
المطلب الثاني – التزامات الإدارة المتعاقدة في عقد B.O.T ..	386
الفرع الأول – الالتزامات العامة المترتبة على الإدارة المتعاقدة .	386
أولاً – التزام الإدارة باحترام العقد	387
ثانياً – التزام الإدارة بتنفيذ العقد	389
ثالثاً – التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للعقد	390
الفرع الثاني – الالتزامات التي يرتبها عقد B.O.T على الإدارة المتعاقدة	391
أولاً – الالتزامات العامة التي يرتبها التعاقد بنظام B.O.T	391
ثانياً – الالتزامات المالية التي يرتبها عقد B.O.T على الإدارة المتعاقدة	394
المبحث الثاني – آثار عقد B.O.T بالنسبة لشركة المشروع	399
المطلب الأول – حقوق شركة المشروع	399
الفرع الأول – حق شركة المشروع في الحصول على المقابل المالي للعقد	400
أولاً – الرسم	400
ثانياً – الحقوق الأخرى ذات الطابع أو الأثر المالي	403
الفرع الثاني – حق شركة المشروع في التوازن المالي للعقد ..	404
أولاً – نظرية فعل الأمير	407
ثانياً – نظرية الظروف الطارئة	414

الموضـــوع	رقم الصفحة
ثالثاً – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	418
المطلب الثاني – التزامات شركة المشروع في عقود B.O.T .	421
الفرع الأول – التزام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام بنفسها	422
الفـرع الثـاني – التزامـات شـركة المشـروع بتنفيـذ المشـروع وفقـاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة	428
أولاً – مرحلة التصميم	428
ثانياً – مرحلة إعداد موقع المشروع لبدء التنفيذ	429
ثالثاً – مرحلة الإنشاء	429
الفرع الثالث – التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع	431
أولاً – التزام شركة المشروع بالتشغيل	431
ثانياً – التزام شركة المشروع بصيانة المشروع	432
ثالثـاً – التـزام شـركة المشـروع بنقـل التكنولوجيـا وتـدريب العاملين عليها	433
الفـرع الرابـع – التـزام شـركة المشـروع بتسـليم المشـروع إلـى الجهـة الإدارية	434
المبحث الثالث – نهاية عقد B.O.T	437
المطلب الأول – النهاية الطبيعية لعقد B.O.T	437
الفرع الأول – انتهاء عقد B.O.T بانتهاء مدته	437
الفرع الثاني – تمديد عقد B.O.T	439
المطلب الثاني – النهاية المبتسرة لعقد B.O.T	441
الفرع الأول – انتهاء عقد B.O.T لاستحالة تنفيذه	442
الفرع الثاني – فسخ عقد B.O.T بإرادة جهة الإدارة	444
الفرع الثالث – استرداد الالتزام موضوع عقد B.O.T	450

الموضـــوع	رقم الصفحة
أولاً – الاسترداد التعاقدي	451
ثانياً – الاسترداد غير التعاقدي	452
ثالثاً – الاسترداد بتدخل المشرع بنص تشريعي	454
الفـرع الرابـع – انتهـاء عقد B.O.T دون تنفيذ بسبب من شركة المشروع	456
أولاً – عجز شركة المشروع عن تنفيذ التزاماتها	457
ثانياً – زوال شخصية الجهة المتعاقدة	458
الفـرع الخـامس – انتهـاء عقد B.O.T قضـائياً بنـاء علـى طلـب شركة المشروع	461
الفصل الثاني – الآثار الخاصة لعقد B.O.T	463
المبحث الأول – الآثار الخاصة المتعلقة بالمشروع ذاته	465
المطلب الأول – أعمال الإنشاء	465
الفرع الأول – الأسلوب التقليدي في أعمال الإنشاء	466
أولاً – أهم أنواع الأسلوب التقليدي في إنشاء المشروعات.	466
ثانياً – عقد المقاولة التقليدي	471
الفرع الثاني – عقد تسليم المفتاح	477
أولاً – التعريف بعقد تسليم المفتاح	478
ثانياً – التزامات طرفي العقد	485
المطلب الثاني – عقد التشغيل والصيانة	489
الفرع الأول – العلاقة بين شركة المشروع والمشغّل	490
أولاً – التزامات المشغِّل	491
ثانياً – التزامات شركة المشروع تجاه المشغِّل	496
الفرع الثاني – العلاقة بين مشغِّل المشروع والمنتفعين	498

الموضـــوع	رقم الصفحة
أولاً – ماهيّة العلاقة بين المشغِّل والمنتفعين	499
ثانياً – التزامات مشغِّل المشروع تجاه المنتفعين بخدمات المرفق	505
المبحث الثاني – آثار خاصة تتعلق بسيادة الدولة	515
المطلب الأول – شرط الثبات التشريعي	515
أولاً – مفهوم شرط الثبات التشريعي	517
ثانياً – التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي	525
ثالثاً – تقييم شرط الثبات التشريعي	526
المطلب الثاني – شرط التحكيم	535
الفرع الأول – تطور مبدأ عدم جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسة ومصر	537
أولاً – تطور موقف المشرع ومجلس الدولة في فرنسا نحو إقرار التحكيم في منازعات العقود الإدارية .	538
ثانياً – في مصر	540
الفرع الثاني – أصالة القضاء التحكيمي في منازعات العقود الإدارية في سورية	543
أولاً – أصالة مبدأ التحكيم في منازعات العقود الإدارية قانوناً وفي قضاء مجلس الدولة في سورية	543
ثانياً – خصوصية إجراءات التحكيم في منازعات عقود B.O.T	547
المطلب الثالث – شرط خضوع العقد للقانون الخاص	557
الفرع الأول – أثر النص على شرط الخضوع للقانون الخاص على عقد B.O.T	558

الموضـــوع **رقم الصفحة**

أولاً – الاتجاه المؤيد لهذا الشرط والقائل بأن وروده في العقد يجعله من عقود القانون الخاص 558
ثانياً – الاتجاه المعارض للشرط 560
الفـرع الثـاني – موقف القضـاء مـن شرط خضـوع عقد B.O.T للقانون الخاص 560
أولاً – موقف القضاء العادي من تكييف العقود 560
ثانياً – موقف مجلس الدولة 561
المبحث الثالث – نقل التكنولوجيا 565
المطلب الأول – ماهية نقل التكنولوجيا وأهميتها 565
أولاً – مفهوم نقل التكنولوجيا 566
ثانياً – أهمية نقل التكنولوجيا 572
المطلب الثاني – كيفية نقل التكنولوجيا عن طريق عقد B.O.T . 575
أولاً – نقل التكنولوجيا خلال مختلف المراحل التي يمر بها عقد B.O.T 575
ثانيـاً – طـرق نقـل التكنولوجيـا مـن خـلال المشـروع المنفـذ بنظام B.O.T 581
الخـاتمــة 585
أولاً – النتائج 585
ثانياً – التوصيات 594
قائمة المراجع 603
الفهرس 627