جـامعة دمشـق
كلية الحقوق
قسـم القانـون العـام



حقـوق الإنسان وحرياتـه الأسـاسـية
بين الدسـاتير الوطنيـة والمواثيـق الدوليـة
دراسة تحليلية مقارنة

دراسة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد

مـاجد يونـس عمران

إشراف

الأستاذ الدكتور فيصل كلثوم

٢٠٠٩.٢٠١٠م

الاهداء

إلى الإنســـــــــان العربيّ ..... " سيزيف" ..

في نضاله الأبديّ .....

كلمة شكر

كل الشّكر للأستاذ الدكتور "فيصل كلثوم " لما قدّمه من دعم ومساندة لإنجاز هذا البحث .

وأشكر جميع الأساتذة الأفاضل في كلية الحقوق ،على ما يقدمون من جهود في تنوير عقولنا وتوجيهها نحو المعرفة .

الفهرس

المقدمة	١-٩
اشكالية البحث.....	١٠-١١
مشكلات البحث.....	١٢-١٣
فرضية البحث.....	١٤
منهج البحث.....	١٥
الباب الأول: دراسة في المصطلحات والمفاهيم وتطورها التاريخي**.....	١٧-١٥١
•***الفصل الأول***: التطور التاريخي لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية***.....***	٢٣-٧٧
المبحث الأول: الحقوق والحريات في الحضارات القديمة***.....***	٢٧-٤٢
المبحث الثاني :الحقوق والحريات في العصور الوسطى	٤٣-٥٤
المبحث الثالث : الحقوق والحريات في العصر الحديث.....	٥٥-٧٧
•***الفصل الثاني*** :الإشكاليات المرتبطة بمفهوم حقوق الإنسان وحرياته الأساسية....	٧٩-١٥١
المبحث الأول :الإنسان ومفهوم المواطنة.....	٨١-١١٦
المبحث الثاني:مفهوم الحق ومفهوم الحرية.....	١١٧-١٣٢
المبحث الثالث : مفهوم الدولة والمجتمع وجدلية العلاقة	١٣٣-١٥١
الباب الثاني : دراسة لأهم حقوق الإنسان وحرياته**.....**	١٥٣-٢٧٩
•***الفصل الأول*** : الحقوق المدنية والسياسية (الجيل الأول).....	١٦٣-١٩٣
المبحث الأول : حق الحياة والسلامة الشخصية.....	١٦٧-١٧٥
المبحث الثاني : حرية الرأي والتعبير والمشاركة السياسية.	١٧٧-١٨٣
المبحث الثالث : الحرية الفكرية والدينية	١٨٥-١٩٣
•***الفصل الثاني*** : الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (الجيل الثاني).....	١٩٥-٢٢٩
المبحث الأول : حق العمل.....	١٩٩-٢٠٩
المبحث الثاني: حق التعليم.....	٢١١-٢٢٣
المبحث الثالث: الحق في الصحة.....	٢٢٥-٢٢٩
•***الفصل الثالث***: الحقوق التي كرستها المواثيق الدولية (الجيل الثالث).	٢٣١-٢٥٥
المبحث الأول: الحق في التنمية	٢٣٥-٢٤٣
المبحث الثاني: الحق في البيئة.....	٢٤٥-٢٤٩
المبحث الثالث: الحق في الاتصال والاختيار.....	٢٥١-٢٥٥
•***الفصل الرابع*** : حقوق فئات خاصة.....	٢٥٧-٢٧٩
أولاً : حقوق المرأة.....	٢٥٧-٢٦٤
ثانياً : حقوق الطفل.....	٢٦٥-٢٧١
ثالثاً : حقوق اللاجئين والمهاجرين.....	٢٧١-٢٧٤
رابعاً: حقوق ذوي الاحتياجات الخاصة.....	٢٧٥-٢٧٩

الباب الثالث : ضمانات حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ٢٨١-٤١١
على المستويين الوطني والدولي
•***الفصل الأول***: الضمانات الدستورية لحقوق الإنسان (دولة القانون) ٢٨٧-٣٢١
المبحث الأول: مبدأ المشروعية وفكرة الشرعية ٢٩١-٢٩٥
المبحث الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات ٢٦٧-٣٠٨
المبحث الثالث: مبدأ الرقابة على دستورية القوانين ٣٠٩-٣٢١
•***الفصل الثاني***: ضمانات حماية حقوق الإنسان وحرياته على المستويين الدولي والإقليمي ٣٢٣-٣٨١
المبحث الأول: الضمانات على المستوى الدولي ٣٢٥-٣٥٩
المبحث الثاني: الضمانات على المستوى الإقليمي ٣٦١-٣٧١
المبحث الثالث: المنظمات غير الحكومية وحقوق الإنسان ٣٧٣-٣٨١
•***الفصل الثالث***: حقوق الإنسان العربي وإشكالية التطبيق ٣٨٣
المبحث الأول: تحديات التخلف ٣٨٥-٣٩٣
المبحث الثاني: حقوق الإنسان بين الخصوصية والعالمية ٣٩٥-٤٠٣
المبحث الثالث: تسييس حقوق الإنسان ٤٠٥-٤١١
خاتمـــة : مستقبل حقوق الإنسان وأولويّة الفعل الوطني ٤١٣-٤١٥
قائمة المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

المصادر

١. القرآن الكريم
٢. الانجيل المقدس ،دار الكتاب المقدس في الشرق الأوسط . بيروت–٢٠٠٤
٣. نهج البلاغة
٤. صحيح البخاري
٥. أفلاطون في السفسطائيين والتربية، محاورة بروتاغوراس ، ترجمة د. عزت قرني، دار قباء للطباعة، القاهرة، ٢٠٠١
٦. اندريه لالاند ، موسوعة لالاند الفلسفية – المجلد الثاني –تعريب خليل أحمد خليل – منشورات عويدات بيروت ، باريس ، الطبعة الثانية ٢٠٠١
٧. فرانسواه شاتليه و آخرون ، معجم المؤلفات السياسية ، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع – بيروت٠ ط١–١٩٩٧
٨. فرانسوا بوشيه سولينيه ، القاموس العملي للقانون الإنساني ، ترجمة محمد مسعود ، دار العلم للملايين، بيروت ، ط١ . ٢٠٠٦
٩. دساتير الدول العربية – إعداد ، مركز بيروت للأبحاث والمعلومات.قسم الدراسات الانتخابية والقانونية – منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت – ٢٠٠٥

المراجع العربية

١. ابراهيم أبو خزام ، الوسيط في القانون الدستوري ، الكتاب الأول ، دار الكتاب الجديدة ، بيروت – ط٢-٢٠٠٢

٢. ابراهيم عبد العزيز شيحا . النظم السياسية والقانون الدستوري . دراسة تحليلية للنظام الدستوري اللبناني . دار الجامعة . بيروت . ط بلا تاريخ

٣. أحمد الرشيدي ، حقوق الإنسان دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، مكتبة الشروق الدولية ، القاهرة ،ط٢٠٠٣

٤. أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة – بيروت، ط١، عام ١٩٩٩

٥. أحمد شكري الصبيحي – مستقبل المجتمع المدني في الوطن العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط١-٢٠٠٠

٦. أحمد الموصللي، جدليات الشورى و الديمقراطية – الديمقراطية و حقوق الإنسان في الفكر الإسلامي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت –ط ١-٢٠٠٧

٧. ادمون رباط ، الوسيط في القانون الدستوري ، دار العلم للملايين ، بيروت ط١. ١٩٧١

٨. ادونيس ، الثابت والمتحول، بحث في الإبداع و الإتباع عند العرب ، الجزء الأول ، دار الساقي – بيروت ط٨ -٢٠٠٢

٩. – أمير موسى ، حقوق الإنسان ، مدخل إلى وعي حقوقي ، مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت –ط٢ – ٢٠٠٢

١٠. باسيل يوسف باسيل – سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان – مركز الإمارات للدراسات و البحوث الاستراتيجية –ط١-٢٠٠١

١١. باقر النجار ،صراع التعليم والمجتمع في العالم العربي ، دار الساقي ، بيروت ط -٢٠٠١

١٢. برهان غليون مجتمع النخبة ، معهد الإنماء العربي، بيروت ، ط١، ١٩٨٦

١٣. برهان غليون ، اغتيال العقل – محنة الثقافة العربية بين السلفية والاتباعية ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ،ط٣ ،٢٠٠٤

١٤. - برهان غليون – نقد السياسة ،الدولة و الدين – المؤسسة العربية للدراسات و النشر – بيروت –ط٢ -١٩٩٣

١٥. – جورج طرابيشي . هرطقات، عن الديمقراطية والعلمانية والحداثة والممانعة العربية . دار الساقي . بيروت . ط٢ . ٢٠٠٨

١٦. جورج طرابيشي ، هرطقات ٢، عن العلمانية كإشكالية إسلامية . إسلامية، دار الساقي . بيروت . ط١ . ٢٠٠٨
١٧. جورج طرابيشي ، نقد نقد العقل العربي – العقل المستقيل في الاسلام ،دار الساقي ، بيروت ،ط١،٢٠٠٤
١٨. حامد خليل ، مشكلات فلسفية ، منشورات جامعة دمشق ، ط٢-١٩٩٥/١٩٩٦
١٩. حسنين توفيق ابراهيم ، النظم السياسية العربية ، الاتجاهات الحديثة في دراستها ،مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ط١ . ٢٠٠٥
٢٠. حليم بركات، المجتمع العربي في القرن العشرين ، بحث في تغير الأحوال و العلاقات – مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت –ط١ – ٢٠٠٠
٢١. حورية توفيق محمد ، الفكر السياسي من أفلاطون إلى محمد عبده ، مكتبة الأنجلو المصرية، ط ٥، ٢٠٠٧
٢٢. خضر خضر ، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان ، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان ، ط- بدون-تاريخ بدون
٢٣. خلدون حسن النقيب ، الدولة التسلطية في المشرق العربي ، دراسة بنائية مقارنة، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط ٢، ١٩٩٦
٢٤. خلدون حسن النقيب ، آراء في فقه التخلف ، العرب و الغرب في عصر العولمة ، تحرير:عبد الرحيم حسين – دار الساقي- لبنان- ط١-٢٠٠٢
٢٥. خلدون حسن النقيب ، المجتمع و الدولة في الخليج و الجزيرة العربية ، من منظور مختلف ،مركز دراسات الوحدة العربية بيروت – ط٢ -١٩٨٩
٢٦. خلدون حسن النقيب، في البدء كان الصراع، دار الساقي، بيروت، ط١، ١٩٧٩
٢٧. رامز عمار، حقوق الإنسان والحريات العامة، مطبعة البريستول- ط٢، ٢٠٠٢
٢٨. سامي سالم الحاج ، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان ، دار الكتاب الجديد المتحدة ، بيروت ط٢ . ١٩٩٨
٢٩. سعد الدين ابراهيم ، المجتمع والدولة في الوطن العربي، ، مركز دراسات الوحدة العربية، ط١ بيروت ١٩٨٨
٣٠. سربست نبي ، كارل ماركس ومسألة الدين، دار كنعان- دمشق –ط١- ٢٠٠٢
٣١. سعدى محمد الخطيب ، حقوق الانسان وضماناتها الدستورية في اثنين وعشرين دولة عربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١،٢٠٠٧

٣٢. سعدى محمد الخطيب ، حقوق الانسان بين التشريع و التطبيق ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٩
٣٣. شفيق الجراح ، دراسة في تطور الحقوق الرومانية ومؤسساتها ، مطبعة رياض . دمشق – ١٩٨٠.١٩٨١
٣٤. شفيق الجراح ، دراسات في تاريخ الحقوق " المؤسسات الحقوقية في بابل " المكتبة الجديدة – دمشق ط٢ ، ٢٠٠٢
٣٥. عبد الله العروي – مفهوم الحرية– المركز الثقافي العربي– الدار البيضاء– ط٦–١٩٩٨
٣٦. عبد الله العروي، مفهوم الدولة، المركز الثقافي العربي، ط٦، ١٩٩٨
٣٧. عبد الله علي عبو سلطان . دور القانون الجنائي في حماية حقوق الإنسان . دار دجلة . الأردن، بغداد . ط١ . ٢٠٠٨
٣٨. عبد الإله بلقزيز ، الدولة في الفكر الإسلامي المعاصر ، مركز دراسات الوحدة العربية . بيروت . ط٢ ٢٠٠٤.
٣٩. عبد الغني بسيوني عبد الله – القانون الدستوري – المبادىء العامة – الدستور اللبناني – دار الجامعة – بيروت – ط– ١٩٨٧
٤٠. عزمي بشارة، في المسالة العربية– مقدمة لبيان ديمقراطي عربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠٠٧
٤١. عصمت سيف الدولة ، الإستبداد الديمقراطي ، دار الكلمة ، بيروت–ط١–١٩٨١
٤٢. علي حرب، الإنسان الأدنى،أمراض الدين وأعطال الحداثة،المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت،ط١ ،٢٠٠٥
٤٣. فؤاد اسحق الخوري ، الذهنية العربية – العنف سيد الأحكام ، دار الساقي ، بيروت ، ط١٩٩٣،١
٤٤. – فيصل كلثوم ، دراسات في القانون الدستوري والنظم السياسية ، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٤.٢٠٠٥
٤٥. كريم أبو حلاوة، العرب والمستقبل، الهيئة العامة السورية للكتاب، دمشق، ٢٠٠٩
٤٦. مجموعة من المؤلفين، الدستور في الوطن العربي عوامل الثبات وأسس التغيير، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت،ط١، ٢٠٠٦
٤٧. مجموعة من المؤلفين، الاستبداد في نظم الحكم العربية المعاصرة ، مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت –ط١ – ٢٠٠٥
٤٨. مجموعة من المؤلفين ، أزمة الديمقراطية في البلدان العربية، تحرير علي الكواري، دار الساقي ط ١،٢٠٠٢

٤٩. مجموعة من المؤلفين، السيادة والسلطة، الآفاق الوطنية والحدود العالمية ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت . ط١ . ٢٠٠٦
٥٠. – مجموعة من المؤلفين ، حقوق الإنسان في الفكر العربي ، دراسات في النصوص ، مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت – ط١ –٢٠٠٢
٥١. مجموعة من المؤلفين، المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي ، في مشروع المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي ، تحرير مصطفى حمارنة ،مركز ابن خلدون للدراسات الإنمائية– القاهرة – ط١٩٩٢

٥٢. – مجموعة من المؤلفين ، القانون الدولي الإنساني – دليل للتطبيق على الصعيد الوطني ، بعثة اللجنة الدولية للصليب الأحمر في القاهرة ، ط٣، ٢٠٠٦
٥٣. مجموعة مؤلفبن ،حقوق الإنسان الرؤى العالمية والإسلامية والعربية، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ط١، ٢٠٠٥

٥٤. مجموعة مؤلفين، حقوق الإنسان العربي، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت،ط١، ١٩٩٩
٥٥. محمد عابد الجابري ، العقل السياسي العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية – بيروت ط ١–١٩٨٨
٥٦. محمد عابد الجابري ، الديمقراطية وحقوق الإنسان ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت . ط٢ . ١٩٩٧

٥٧. . محمد عمارة، الاسلام وأصول الحكم لعلي عبد الرازق، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت – عمان، ط ٢٠٠٠،
٥٨. محمد سعيد مجذوب ، الحريات العامة و حقوق الإنسان ، جروس برس، لبنان– ط بدون تاريخ
٥٩. محمد جابر الانصاري ، التأزم السياسي عند العرب و سوسيولوجيا الإسلام ، مكونات الحالة المزمنة– دار الشروق – القاهرة ط٢–١٩٩٩
٦٠. محمد جابر الأنصاري تكوين العرب السياسي و مغزى الدولة القطرية ، مدخل إلى إعادة فهم الواقع العربي ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت – ط ١٩٩٤
٦١. محمد جابر الأنصاري ، لقاء التاريخ بالعصر ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، بيروت ، ط١ ، ٢٠٠٦
٦٢. محمد شريف بسيوني . المحكمة الجنائية الدولية . نشأتها ونظامها الأساسي مع دراسة لتاريخ لجان التحقيق الدولية والمحاكم الجنائية السابقة. مطابع روز اليوسف . مصر . ط . ٢٠٠١

٦٣. محيا زيتون، التعليم في الوطن العربي في ظل العولمة وثقافة السوق، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ط١، ٢٠٠٥
٦٤. مصطفى حمارنة ،مشروع المجتمع المدني والتحول الديمقراطي في الوطن العربي – القاهرة –مركز ابن خلدون للدراسات الإنمائية ط١٩٩٢
٦٥. مصطفى حجازي ، التخلف الاجتماعي، مدخل إلى سيكلوجية الإنسان المقهور، المركز الثقافي العربي، المغرب، ط٨، ٢٠٠١
٦٦. منذر شباني– سبينوزا واللاهوت ، وزارة الثقافة–الهيئة العامة السورية للكتاب –ط١ – ٢٠٠٩
٦٧. نزيه نصيف الأيوبي، العرب ومشكلة الدولة،ط١ دار الساقي، ١٩٩٢
٦٨. هاني سليمان الطعيمات ، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية ، دار الشروق للتوزيع و النشر،عمان– الأردن–ط١–٢٠٠١

المراجع المترجمة

١. آلان تورين، ماهي الديمقراطية؟ حكم الأكثرية أم ضمانات الأقلية ، ترجمة حسين قبيسي –دار الساقي – بيروت –ط٢ –٢٠٠١

٢. أميل برهييه ، تاريخ الفلسفة، الجزء الرابع ، ترجمة جورج طرابيشي، دار الطليعة للطباعة والنشر، بيروت، ط٢، ١٩٩٣

٣. أندرو فنسنت ، نظريات الدولة ، ترجمة : مالك أبو شهيوة و محمود خلف ، دار الجيل ، بيروت ، ط١، ١٩٩٧

٤. أوليفيه دوهاميل ، الديمقراطيات – أنظمتها – تاريخها ومتطلباتها ،ترجمة : علي باشا ، منشورات وزارة الثقافة ، الجمهورية العربية السورية ، ١٩٩٨

٥. ادولف هتلر كفاحي، ،دار الكتب الشعبية، بيروت، ط١ ،١٩٧٥

٦. البان ج ويدجيري، المذاهب الكبرى في التاريخ من كونفشيوس إلى تونبي، دار القلم، بيروت، ط١-١٩٧٢

٧. برتران بادي –بيار بيرنبوم ، سوسيولوجيا الدولة ، ترجمة : جوزيف عبد الله وآخرون ، مركز الانماء القومي ، لبنان ، ط١،بدون تاريخ

٨. بيير هنري سيمون، الفكر والتاريخ، تعريب د. عادل العوا، المطبعة الهاشمية، دمشق، ١٩٦٣

٩. جون لوك ، في الحكم المدني ،ترجمة ماجد فخري ، اللجنة الدولية لترجمة الروائع ، بيروت ١٩٥٩

١٠. جون كولر ، الفكر الشرقي القديم ، ترجمة : كامل يوسف حسين ، مراجعة وتقديم : امام عبد الفتاح إمام ، المؤسسة العربية للدراسات والنشر ، ط١ ،٢٠٠٢

١١. جورج سباين ، تطور الفكر السياسي ، ترجمة حسن جلال العروسي (الكتاب الرابع). دار المعارف . مصر ١٩٦٩

١٢. ديريك هينز ، تاريخ موجز للمواطنة ، ترجمة آصف خليل ومكرم خليل ، دار الساقي ، بيروت . ط١ . ٢٠٠٧

١٣. -سازونوف ، بصدد مؤلف ماركس وانجلس، بيان الحزب الشيوعي، دار التقدم، روسيا، ١٩٨٥

١٤. سير فلندرز بيتري، الحياة الاجتماعية في مصر القديمة، ترجمة حسن محمد جوهر وعبد المنعم عبد الحليم ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، ١٩٧٥.

١٥. مجموعة من المؤلفين، تدخل حلف شمال الأطلسي في كوسوفا – ترجمة الطاهر بوساحية ، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، الإمارات العربة المتحدة – ط١ – ٢٠٠١

١٦. نفتالي لويس، الحياة في مصر في العهد الروماني، ترجمة د. آمال الروبي، عين للدراسات والبحوث الإنسانية والاجتماعية، القاهرة، ١٩٩٧

١٧. نيكولاس بولانتزاس ، نظرية الدولة ، ترجمة : ميشيل كيلو ، دار الفارابي ، بيروت ، ٢٠٠٧

١٨. هشام شرابي ، النظام الأبوي وإشكالية تخلف المجتمع العربي ، ترجمة محمود شريع ، دار الغرب ، ط ٢٠٠٢ .

١٩. يورغن هابرماس ، الحداثة وخطابها السياسي ، ترجمة جورج تامر ، دار النهار للنشر ، بيروت . ط١ . ٢٠٠٢

الدوريات

١. الهوية والعنف وهم المصير الحتمي، أمارتيا صن، مجلة عالم المعرفة عدد ٣٥٢ يونيو ٢٠٠٨
٢. الطاغية :دراسة فلسفية لصور من الاستبداد السياسي، إمام عبد الفتاح إمام، – مجلة عالم المعرفة – المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الأداب – الكويت –العدد١٨٣آذار ١٩٩٤
٣. مجلة عالم الفكر ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت ، العدد ٤ . المجلد ٣١ / ٢٠٠٣
٤. ، مجلة عالم الفكر ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت ، العدد٤ ،المجلد٣١ . ٢٠٠٣.
٥. عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة و الفنون و الآداب ،الكويت العدد ٣٢٤–
٦. مجلة دراسات استراتيجية، جامعة دمشق– العدد ١٤–١٥العام ٢٠٠٥
٧. مجلة المستقبل العربي ،مركز دراسات الوحدة العربية . بيروت .العدد ٣٦٣ . ٢٠٠٩/٥
٨. مجلة المستقبل العربي ،مركز دراسات الوحدة العربية . بيروت .العدد ٣٦٣ . ٥/
٩. مجلة المستقبل العربي العدد ٣٣٤–لعام٢٠٠٧ مركز دراسات الوحدة العربية–بيروت
١٠. مجلة المستقبل العربي . مركز دراسات الوحدة العربية . بيروت . العدد ٣٦٧ . ٩ / ٢٠٠٩
١١. جريدة الحياة، العدد ١٥٦٦٢، ٢٠٠٦/٢/٢٠
١٢. جريدة الحياة . العدد ١٣٤١٩ . تاريخ ١٩٩٩/١٢/٤
١٣. جريدة الحياة عدد ٢٩ حزيران ٢٠٠١

مؤتمرات وندوات

١. مؤتمر كلية الحقوق الثاني – ٩.٨ آب ٢٠٠١ جامعة الزرقاء الأهلية–ط١–٢٠٠٢
٢. ندوة التنمية في ظل التهديد الأمني وعدم الاستقرار السياسي، د.مدين علي وآخرون، مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية، دمشق ٢٠٠٨
٣. الندوة العربية حول تفعيل العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تحرير ممدوح سالم، المنظمة العربية لحقوق الإنسان، القاهرة، ط ٢٠٠٣،
٤. مؤتمر المواطنة في لبنان بين الرجل والمرأة – المنعقد في الجامعة الأمريكية بيروت بين التاسع عشر والثاني والعشرين من آذار ١٩٩٧ . دار الجديد . بيروت ط١عام ٢٠٠٠
٥. في القانون الدولي الانساني – الواقع والطموح – أعمال الندوة العلمية التي نظمتها اللجنة الدولية للصليب الاحمر وكلية الحقوق في جامعة دمشق ، مطبعة الداودي ، دمشق ، ٢٠٠١

تقارير

١. تقرير التنمية الإنسانية العربية لعام ٢٠٠٢- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي – المكتب الإقليمي للدول العربية

٢. – تقرير التنمية الإنسانية العربية لعام ٢٠٠٤ – برنامج الأمم المتحدة الإنمائي – المكتب الإقليمي للدول العربية

٣. . تقرير المنظمة العربية لحقوق الإنسان، حقوق الإنسان في الوطن العربي ، عن حالة حقوق الإنسان في الوطن العربي، القاهرة ٢٠٠٨

٤. – تقرير التنمية الإنسانية العربية لعام ٢٠٠٩- برنامج الأمم المتحدة الإنمائي – المكتب الإقليمي للدول العربية

٥. تقرير التنمية البشرية لعام ٢٠٠٩

مواقع على الويب

١. www.ttyyuy/com

٢. http://www.arabhumanrights.org/dalil/index.htm

٣. http://www.unicef.org/arabic/protection/٢٤٢٦٧_٤٢٤٧٣.html

٤. http://www.unicef.org/arabic/sowc٠٦/٣٠٤٥٤_٣٤٠٠٦.html

٥. http://www.amnesty.org/ar/children

٦. http://www.amnesty.org/ar/refugees-and-migrants

٧. http://www.amnesty.org/ar/who-we-are/history

٨. http://www١.umn.edu/humanrts/arabic.html

٩. http://www.arabhumanrights.org/dalil/index.htm

١٠. http://www١.umn.edu/humanrts/arabic/comdoc.html

١١. http://www.caihand.org/tf.htm

١٢. http://www.icrc.org/web/ara/siteara٠.nsf/html/home!Open

مقدمة

إن موضوع هذه الأطروحة هو:" دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية دراسة مقارنة". والذي تناوله الفكر الوضعي ومحوره، وسمي بها، وفي سبيل ذلك كان منهجي في هذه الدراسة المنهج البحثي المقارن، وهذا ما يبرز من خلال ما يلي:

أولاً: التعريف بموضوع البحث:

تلعب العقود الإدارية دوراً فعالاً في جذب الاستثمارات الأجنبية، وتحتاج معظم دول العالم إلى الاستثمار، كونه يلعب دوراً أساسياً في عملية التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة للاستثمار. حيث إنه بموجب هذا النمط تستطيع الدولة استغلال مواردها الطبيعية على الوجه الأمثل، وكذلك تحقيق بنيتها الأساسية من مرافق الاتصالات، والطرق، والخدمات، والطاقة وغيرها.كما يساعد على نقل التكنولوجيا المتقدمة، ويسهم في الحد من مشكلتي الفقر والبطالة، خصوصاً في الدول النامية، ويساعد على انتقال رؤوس الأموال، ولا يخفى على أحد ما لهذا من دور فعّال في تحقيق استقرار للنقد الوطني في الدولة المضيفة، إضافة إلى تحقيق التنمية الاقتصادية.

إضافة إلى إنه لابد من معرفة كيفية تفويض المرافق العامة في الدولة، وكما نعلم أن واجبات الدولة ومسؤوليتها الإدارية تتفاوت بين دولة حارسة وأخرى متدخلة، ويختص المشرع بتحديد مجالات عمل الإدارة عن طريق إبرام العقود الإدارية وفقاً لما يحقق الصالح العام، ففي بداية القرن التاسع عشر قامت الدولة بنفسها بإنشاء مشروعات مرافق عامة، ثم بوساطة إحدى المؤسسات أو الهيئات العامة وذلك تحت مسمى المرفق العام، بهدف إشباع حاجات الجمهور من خدمات المرافق العامة. ولما أصبح هنالك تطور في القطاع الخاص، وقبل انهيار النظام الاشتراكي في نهاية القرن العشرين، وتحول الدول بخطوات

واسعة نحو العولمة، آخذة بالاقتصاد الحر، فإن ذلك أدى أيضاً إلى ضرورة إشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة أو إنشائها أو استغلالها. وإزاء عجز موازنات بعض الدول، لا سيما الدول النامية، عن إيجاد مخصصات في موازناتها، لإنشاء المرافق العامة وإدارتها واستغلالها، فقد ظهرت أنماط عقدية إدارية جديدة، تشمل عقود الـ BOT، وهي في مجملها مرحلة متطورة من عقود الالتزام. والمقصود بعقد الالتزام بنظام الـ BOT، هو: (أن تعهد الإدارة للملتزم على نفقته ومسؤوليته بمهمة إنشاء وإدارة واستغلال المرفق العام لمدة زمنية معينة مقابل رسوم يتقاضاها الملتزم من جمهور المنتفعين بخدمات مرفق الالتزام، مع الخضوع للقواعد الأساسية الناظمة لسير المرافق العامة، إضافة إلى الشروط التعاقدية المنصوص عليها في وثيقة الامتياز، شريطة أن يسلم المرفق العام في نهاية مدة الالتزام إلى جهة الإدارة بحالة جيدة). أما عقد الامتياز فهو: (إتفاق بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص آخر إستغلال مرفق عام نظير مقابل يحدد بين الطرفين).

وقد عرفت أنماط أخرى من عقود الـ BOT، كعقود الـ BOOT، أو عقود الـ BOO، وعقود الـ BLT وغيرها الكثير، وقد شجعت هذه الأنماط العقدية الدول النامية على حسن استغلال مواردها، من المعادن والبترول، وكذلك إنشاء مرافق الطاقة لديها، إضافة إلى قيام الدول الجاذبة للاستثمار بتهيئة المناخ الاستثماري الملائم، وقبولها بشروط ثبات تشريعي وثبات في العقود، تفرضها جنسية المتعاقد معها.

ثانياً: مشكلة البحث:

من خلال عنوان هذه الأطروحة نجد بأنها تُعنى بدور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية. وهذا يجعل العقود الإدارية متلازمة مع جذب الاستثمار، وهو الأمر الذي يثير العديد من الخلافات الفقهية والجدل في العديد من المسائل، كون هذه العقود في الغالب ليست عقوداً إدارية داخلية، بل هي عقوداً إدارية دولية إن جاز لنا التعبير عن ذلك. حيث تبرم في الغالب بين دولة ، وبين مستثمر من القطاع الخاص، وهو شركة مشروع تحمل جنسية دولة أخرى، وهذا يثير العديد من المشكلات على الصعيد العملي، وهو محاولة الدولة المضيفة للاستثمار في ممارسة سلطاتها وامتيازاتها العامة على مواردها الطبيعية، أو مرافقها العامة، في حين يسعى الطرف الآخر إلى تحقيق أهداف خاصة تتمثل في الربح غالباً، وهنالك مشكلة قانونية دقيقة تتعلق بكيفية تفويض المرافق العامة، وأنواع المرافق العامة القابلة للتفويض، كون التفويض هو الأساس في إبرام عقود الدولة لجذب الاستثمارات الأجنبية خصوصاً ما يتعلق بمرافق الخدمات المختلفة. إضافة إلى صعوبة إعطاء تكييف قانوني صحيح لعقود الـ BOT، فهي تجمع جميع عناصر العقد الإداري في طياتها، وغالباً ما يكون المتعاقد هو شخص أجنبي (طبيعي أو معنوي)، ويشترط إدراج بنود ثبات تشريعي، أو شروط عدم المساس بالعقد، أو شرط تحكيمي ، وهذه أمور غير مألوفة في نظرية العقود الإدارية ، إضافة لما تقدم فإن هذه الأطروحة تجيب على التساؤلات الآتية:

١- ما هي الأنماط العقدية الإدارية التي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات؟ وهذا يتطلب بيان ماهية هذه العقود، وبيان أنواعها، وطبيعتها القانونية، ومن هم أطراف هذه العقود؟ وما هي المعايير المتبعة لتمييزها عن غيرها من عقود الدولة؟ وما هي الصفة المراد إضفائها عليها؟ فهل تعد عقوداً إدارية؟ أم أنها تعتبر عقود دولة؟ وما هو دور الفقه والقضاء في تكييفها؟ وما هي الشروط اللازمة لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار؟

٢- ما هو القانون الواجب التطبيق على هذه العقود؟

وهذا يعني ضرورة تحديد النظام القانوني الذي يحكم هذه الأنماط العقدية، والصفة الواجب إضفائها عليها، وهل تخضع هذه العقود لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين؟ أم أنها تخضع لنظرية العقود الإدارية؟ وهل من الممكن إخضاعها لقانون الإرادة؟ وهل تخضع منازعاتها للقضاء الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، أم لقضاء تحكيم مختار؟ إضافة إلى معرفة أنماط من العقود الإدارية، والتي تحتاج الإدارة في إبرامها إلى صدور قانون من السلطة التشريعية، وذلك كما هو الحال في عقود امتياز المرافق العامة، حيث إن هذا النوع من العقود يمتاز بأهمية كبيرة، لدرجة أن المشرع الدستوري في معظم الأنظمة القانونية المقارنة نص عليه في الدستور، واشترط لإمكانية إبرام مثل هذا العقد، صدور قانون. إضافة إلى معرفة النظام القانوني الذي يحكم الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، وكيفية تهيئة المناخ الاستثماري في كلاً من مصر والأردن وسورية، حيث إنه في هذه الدول، هنالك تشريعات مخصصة للاستثمار وتحفيزه. كما أن هنالك أنظمة وقوانين تحكم سير العقود الإدارية فيها، وذلك تأثراً بالنظرية الفرنسية في مجال العقود الإدارية.

٣- كيفية تسوية منازعات هذه العقود؟

لما كانت العقود الإدارية تتمتع بطبيعة خاصة تميزها عن العقود المدنية، فإنها بالتأكيد تتمتع بصفات خاصة عندما يصبح أحد أطراف العقد شخصاً أجنبياً طبيعياً أو معنوياً، وخصوصاً في عقود المشروعات بنظام الـ BOT، حيث من الممكن أن تنشأ مشكلات تحتاج إلى حلول لها، خصوصاً وأن الدولة طرف في العقد بما تمثله من سيادة، وسلطة عامة ، إضافة إلى وجود الطرف الأجنبي الخاص في هذه العلاقة العقدية، وبالتالي هنالك مركزين قانونيين مختلفين، وهو الأمر الذي يتطلب وجود وسائل محايدة وفعّالة لتسوية المنازعات الناشئة في العقد، فهل يعد التحكيم وسيلة محايدة وفعالة؟ وهل تقبل الإدارة بمثل هذا

الشرط في العقد؟ وهل يمكن الخروج عن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، بتضمين العقد شروطاً معينة، كشروط الثبات التشريعي، وشروط ثبات العقد؟ وهل أشارت قوانين الاستثمار إلى وسيلة فعّالة لتسوية المنازعات بين أطراف عقود الاستثمار؟ وهل يمكن خضوع العقود الإدارية الاستثمارية، إن صح هذا التعبير لنظام قانوني خاص حاكم للعقد غير قانون البلد المضيف؟ وفي حال الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم، هل يكون التحكيم داخلياً، أم تحكيماً تجارياً دولياً؟ إضافة إلى أن الإدارة تتمتع بامتيازات القانون العام في معرض إبرامها للعقود الإدارية، وهو الأمر الذي قد يتناقض وقبول المستثمر بمثل هذه الامتيازات، مما يثير التساؤل عن إمكانية تنازل الدولة عن هذه السلطات، والنزول على قدم المساواة مع المتعاقد معها، وهو أمر محل خلاف في الفقه والقضاء.

٤- كيفية إبرام هذه العقود؟

إذا كان للعقود الإدارية دوراً فعّالاً في جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية على حد سواء، فإن إبرام هذه العقود طبقاً لنظرية العقود الإدارية، تختلف عنها عند إبرام العقود المدنية، ففي العقود المدنية يملك الأطراف كامل الحرية في التعاقد، أو عدم التعاقد، وأيضاً للدولة الحرية في التعاقد، أو عدمه، أما في مجال العقود الإدارية، فإن الإدارة مقيدة بإتباع طرق معينة في التعاقد، واختيار متعاقدها، ومحددة لها بموجب القوانين واللوائح الناظمة لنشاط المرافق العامة. حيث إن هنالك حالات يكون للإدارة مطلق الحرية في اختيار متعاقدها، وفي حالات أخرى تكون مقيدة، وذلك كما هو الحال في أسلوب المناقصات مثلاً، وغيرها من أساليب التعاقد الإداري.

إلا أنه مع تطور الاقتصاد الحر أصبحت هنالك نماذج عقدية إدارية جديدة، كعقود الـ BOT، ونظام الفديك، ومن هنا فإن نظرية العقود الإدارية بما تحمله من أساليب لاختيار المتعاقد، وإجباره على التنفيذ قد لا تتناسب مع هذا النمط

من العقود. ومن هنا بالذات فإن طريقة إبرام هذه العقود تختلف عن طرق إبرام العقود الإدارية طبقاً للنظرية التقليدية، حيث أنه في هذه الأنماط الحديثة نسبياً، توجد نماذج عقدية معدة بشكل مسبق تتضمن بنود العقد وكيفية التعاقد، والنظام القانوني المطبق على العقد، وكيفية تسوية المنازعات المستقبلية التي قد تنشأ خلال إبرام العقد، أو في أي مرحلة من مراحل تنفيذه. ومن هنا كان لابد للدول الجاذبة للاستثمارات الأجنبية من الخروج قليلاً على نظرية العقود الإدارية، لإتصاف هذا النمط الجديد من العقود بالطابع الدولي في الغالب، وهو الأمر الذي يقتضي مراعاة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عند إبرامه، وحتى في حال قامت الدولة باسترداد المرفق قبل نهاية مدة الامتياز وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، فإنها تكون مجبرة على دفع التعويض العادل للمستثمر، وفي الحالات العادية تلتزم الإدارة بالسماح للملتزم بتشغيل المرفق واستغلاله مدة زمنية كافية لاسترداد ما أنفقه من تشييد وإدارة واستغلال للمرفق العام، وهذا ما يجعل هذه العقود تقترب كثيراً من نظرية العقود المدنية في جانب منها، وفي جانبها الآخر تقترب من نظرية العقود الإدارية، فهي إذاً عقوداً إدارية ذات طبيعة خاصة.

٥- ما هو الشرط الموضوعي الواجب توافره لتهيئة المناخ الاستثماري؟

لتهيئة المناخ الاستثماري لابد من توافر شروط عدة تتمثل في الشرط الموضوعي، والهادف إلى تحقيق الأمن القانوني، من خلال إيجاد نوع من التشريعات الاستثمارية الاقتصادية الحديثة، والمحفزة على الاستثمار، بما تتضمنه من مزايا، وحوافز يتمتع بها المستثمر في البلد المضيف. إضافة إلى الدور الفعّال الذي يقوم به الاستقرار التشريعي، من حيث خضوع العقد للقانون المختار لحظة إبرامه، وعدم خضوعه للتعديلات التشريعية التي تجريها الدولة المضيفة على قوانينها، والتي من الممكن أن تضر بمصلحة المستثمر، وضرورة تعديل التشريعات الاستثمارية بما يتواكب مع المفاهيم القانونية

العالمية. كما أن لرأس المال دوراً فعالاً في تحقيق التنمية الاقتصادية، وهو ما يحتاج إلى سهولة تداوله وانتقاله، وهو ما يؤدي إلى استقرار النظم النقدية والمصرفية في البلد المضيف، وبالتالي تحقيق الاستقرار الاجتماعي لجمهور المستفيدين من الاستثمار.

وهنا نتساءل عن الدور الذي قامت به تشريعات الاستثمار في كلاً من الأردن، ومصر وسورية، لتشجيع الاستثمار فيها، وتهيئة المناخ المناسب له، من خلال إصدار التشريعات الاستثمارية الحديثة، فهل هنالك تجارب استثمارية ناجحة في هذه الدول تستحق التعميم على الأنظمة المقارنة الأخرى ؟ وما هي المجالات الاستثمارية المسموح للمستثمرين الخوض فيها ودخولها؟ وهل دخل الاستثمار إلى مجال المرافق العامة الحيوية وغير الحيوية فيها؟

٦- ما هو الشرط العضوي الواجب توافره لتهيئة المناخ الاستثماري؟

إن تهيئة المناخ الاستثماري، تحتاج لتوافر شرط عضوي، يتمثل في وجود المستثمر كطرف في العقد. ومن هنا نبحث ما هو المقصود بالاستثمار؟ والاستثمار كما نعلم يلعب دوراً فعّالاً في التنمية الاقتصادية في الدول المتقدمة والدول النامية. وعندما نتكلم عن استثمار أجنبي يتبادر إلى الأذهان، أن هنالك طرف يحمل جنسية دولة أجنبية يدخل في علاقة تعاقدية مع الدولة المضيفة للاستثمار. ومن هنا يثور التساؤل الآتي، هل تلعب جنسية المتعاقد الأجنبية دوراً في إمكان تغيير تكييف العقد؟ بحيث تقلبه من عقد إداري داخلي إلى عقد إداري ذو طابع دولي. وبالتالي يخرج عن إطار النظرية التقليدية الحاكمة للعقود الإدارية، ويخضع للقانون المختار من قبل أطراف العقد. أو يخضع للقواعد الحاكمة للقانون الدولي، خصوصاً ما يتعلق منها بعقود التجارة الدولية، وذلك من خلال فرض بعض الشروط في العقد كشرط التحكيم، وشرط ثبات العقد، وشرط خضوع العقد للقانون الخاص.

ثالثاً: أسباب اختيار البحث:

العديد من الأسباب كانت هي الدافع لاختيار هذا الموضوع، والبحث فيه طيلة مدة إنجازهذه الدراسة ، والتي قضيتها، في التحضير لهذا الموضوع، والإطلاع على حاجات الدول النامية، ولا سيما منطقة الشرق الأوسط، بضرورة الاستثمار فيها، ويمكن لنا إبراز الأسباب الرئيسة التالية:

١- الأهمية الكبيرة للدور الذي تلعبه العقود الإدارية في جذب الاستثمار، فمع النهضة الاقتصادية الحديثة لدول العالم الثالث، ووضع برامج للإصلاح الاقتصادي لهذه الدول، بهدف تشجيع الاستثمار، وكون هذه العقود تلعب دوراً فعّالاً في الاقتصاد الوطني للدول المضيفة للاستثمار، من حيث إنها وسيلة أساسية لبناء الهياكل الاقتصادية الثابتة في الدول النامية، ووسيلة أساسية أيضاً في تنظيم وبناء بنيتها الأساسية، واستغلال مرافقها العامة وإداراتها على أكمل وجه، بما يتفق وتحقيق الخطة الاقتصادية فيها، كما أن هذه العقود مفيدة للدولة المصدرة للاستثمار، من حيث إيجاد فرص جديدة لنمو رؤوس أموالها، وتوفير فرص عمل لمواطنيها ضمن نسب معينة، وكذلك فتح أسواق مستهلكة جديدة لمنتجاتها، خصوصاً في الدول النامية.

٢- اتجاه معظم الدول النامية إلى برامج الخصخصة والعولمة، فمثلاً نلاحظ أنه في النظام القانوني الأردني يتجه المشرع إلى خصخصة المرافق العامة، عن طريق إبرام عقود إدارية ذات طابع دولي، كما هو الحال في عقود الـ BOO، بينما نجد أن هنالك أنظمة تأخذ بنظام الخصخصة كما هو الحال في مصر، وذلك بخصوص مشاريع الـ BOT، مثل امتياز إنشاء وتشغيل مطار رأس سدر، ومطار مرسي علم، ومطار العلمين، وذلك بموجب قرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ٨/ ٢/ ١٩٩٨[١]. وكذلك الحال في سورية

---

[١] د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام BOT، دراسة مقارنة، ط١، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٤.

والتي اتجهت إلى الأخذ بهذا النظام، بطرح فرصة الاستثمار التجاري والخدمي في محطة القدم بدمشق[١]. بينما كان الاتجاه في القانون الأردني فيما يتعلق بجر مياه الديسي من جنوب الأردن إلى عمان، بموجب عقد BOT، في عام ٢٠٠٧، في حين أنه بالنسبة للمرافق العامة الأخرى، كمصنع الإسمنت، قامت الحكومة بخصخصته بشكل كامل. والخصخصة الكاملة للمرافق العامة غير ذات جدوى من وجهة نظرنا لما تلحقه من أضرار بالدولة المضيفة للاستثمار، كإحتكار تقديم الخدمة، وفرض التعرفة التي تتناسب ورغبة المستثمر وغيرها الكثير.

٣- البيئة الاستثمارية الجاذبة للاستثمارات الأجنبية، في دول الشرق الأوسط وخصوصاً الأردن وسورية، ومصر، حيث إن التشريعات الاستثمارية في هذه الدول لا زالت بحاجة إلى تحديث وسد للثغرات الموجودة فيها، وهو الأمر الذي يتأتى من دراستها من قبل الباحثين، واقتراح الحلول، والتعديلات المناسبة لها.

٤- تقييم التجارب الاستثمارية في الأنظمة المقارنة، والأخذ بأنجحها، وبما يتناسب وسوق العمل، وتحقيق التنمية الاقتصادية فيها.

٥- رأس المال العربي الفائض خصوصاً في الدول المنتجة للنفط، وهو الأمر الذي يفترض فيه توجيه رؤوس الأموال هذه إلى الاستثمار في الأقطار العربية الجاذبة للاستثمار، وخصوصاً هنالك حرية لتداول رأس المال بين أقطار الدول العربية والقائمة على أساس اتفاقية تحكمها وقعت في عام ١٩٨٠,

٦- تكريس تشريعي لفكرة تفويض المرافق العامة، وهذا الأمر يحتاج إلى المزيد من الدراسات والأبحاث، كونه هو الأساس في العملية الاستثمارية، سيما وأن معظم الاستثمارات الأجنبية تركز على الاستثمار في المرافق العامة للدول النامية.

---

[١] د. مصطفى العبد الله الكفري: فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في الجمهورية العربية السورية، المجلس الأعلى للاستثمار، مطبعة رئاسة مجلس الوزراء، ٢٠٠٦، ص٢٣.

٧-إرشاد المشرع في الدول الجاذبة للاستثمار لأهمية الاستثمار بنظام الـ BOT، ومدى خطورته فيما لو تم بنظام الـ BOO، أي الخصخصة، وهذا يحتاج إلى العديد من الأبحاث والدراسات التي تبرز حسنات كل نوع من هذه العقود ومساؤها حتى يتنبه لها المشرع. وهو الأمر الذي يعني ضرورة قيام الدولة المتعاقدة بدراسة جدية ودقيقة لهذه الأنماط العقدية.

إضافة إلى ما تقدم هنالك العديد من الأسباب الجوهرية لاختيار هذا الموضوع، والتي سوف نشير إليها بإذن الله تعالى في مواضعها المناسبة من هذه الدراسة.

رابعاً: منهج البحث:

لما كانت كل دراسة بحثية تحتاج إلى منهج علمي يحكمها ويقومها أياً كانت أهميتها، ونظراً لدقة مواضيع هذه الدراسة وأهميتها من الناحية النظرية والعملية، فقد اعتمدت على منهجين علميين يكمل أحدهما الآخر لإغناء موضوع البحث، والوقوف على جميع تفصيلاته، ولتعلق هذه الدراسة بعلم القانون، ولأجل تحقيق الغاية السابقة فقد اتبعت المنهجية التالية:

١- **المنهج القانوني التحليلي:** وهنا قد استعرضت جميع الآراء المتعلقة بموضوعات الرسالة وتحليلها، ومقارنتها، والترجيح لأحدها وموقفنا في تفضيله على غيره من خلال تقديم الحجج والبراهين ، والأسباب التي دفعتني لذلك، مع الإشارة إلى مواقف القوانين المقارنة من هذا الموضوع، حيث اعتمدت في المقارنة على أربعة قوانين ، وهي القانون الأردني بوصفه قانون بلد الباحث، والقانون السوري باعتباره قانون بلد منح الرسالة والدراسة. والقانونين الفرنسي والمصري بوصفهم قانونين رائدين في مجال القانون الإداري.

٢- **المنهج التطبيقي:**

يعالج موضوع الرسالة قضية عملية ومستمرة في حياتنا المعاصرة، ولا غنى لأي بلد عنها، لذلك عمدنا إلى إبراز التطبيقات العملية على أهمية هذا

الموضوع، ولإيضاح الأهداف المرجوة منه، ومدى نجاح تجارب الدول في تفعيل دور العقود الإدارية لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها، وهنالك تطبيقات قضائية، وأحكام تحكيم دولية تمثل الجانب التطبيقي لهذه الرسالة، وهو ما حرصنا على إبرازه، مع الإشارة إلى تجارب عملية في بعض الأنظمة المقارنة، حققت من خلالها النجاح لتحسين تنميتها الاقتصادية وتهيئة مناخها الاستثماري لجذب الاستثمارات الأجنبية إليها.

خامساً: تقسيم البحث:

بما أن هذه الرسالة تقتصر على دراسة دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، وما يتضمنه ذلك من عرض لكافة الأفكار المتعلقة بالأنماط العقدية الإدارية والتي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات، وكذلك معرفة الشروط اللازمة لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وظيفياً. لذلك فقد اتبعنا هنا التقسيم الثنائي في البحث العلمي، وذلك على النحو التالي:

الباب الأول: الأنماط العقدية الإدارية التي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات.

الفصل الأول: عقود تفويض المرفق العام.

الفصل الثاني: الأشكال الحديثة للعقود الجاذبة للاستثمار.

الباب الثاني: الشروط اللازمة لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وظيفياً (عوامل الجذب الاستثماري ضمن آليات العقود الإدارية)

الفصل الأول: الشرط الموضوعي: ضرورة توافر المناخ الاستثماري.

الفصل الثاني: الشرط العضوي (المستثمر كطرف في العقد).

الخاتمة: وعرضنا فيها لأهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة مع الإشارة إلى نماذج عقدية معينة، وبعض التوصيات، والمقترحات.

ولله الحمد والمنة فهو أهل لكل ثناء

الباب الأول

الأنماط العقدية الإدارية التي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات

هنالك أنماط عقدية إدارية تلعب دوراً مهماً في جذب الاستثمارات سواء كانت أجنبية، أو محلية، وهذه الأنماط تقسم إلى مجموعتين تشمل الأولى منها عقود تفويض المرفق العام بأنواعها المختلفة، والتي تتمثل في عقد التزام المرفق العام، وعقد امتياز المرفق العام ،وعقد التزام الأشغال العامة، وعقد مشاطرة الاستغلال، والثانية منها تشمل عقود البوت والتي تعني بناء Build، وتشغيل operate، وتسليم transfer، كما سيأتي الحديث عنه في الفصل الثاني، وهي أنماط عقدية حديثة النشأة نسبياً، وهي في أساسها إما عقود امتياز مرافق عامة ،أو أشغال عامة ولكن التطورات الحديثة وتزايد حاجات الأفراد كان الدافع الأساسي لظهور مثل هذه الأنماط العقدية، يضاف إلى ذلك عوامل تتعلق بتطور القطاع الخاص والخصخصة، وغيرها من المتغيرات التي دفعت بالدول إلى العمل على تحديث منظوماتها العقدية، وظهور أنواع جديدة من العقود الإدارية، والإدارية الدولية، الأمر الذي حدا في بعض أنواع عقود البوت لجعل المشغل، أو الملتزم يتحمل مسؤولية الإدارة والإنفاق، مقابل ريع يحصل عليه من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق. وبناء على ما تقدم سوف نتناول ما ذكر في فصلين، نخصص الفصل الأول، لدراسة عقود التفويض، أما الفصل الثاني فنخصصه لدراسة الأشكال الحديثة للعقود الجاذبة للاستثمارات، وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

عقود تفويض المرفق العام

عقود تفويض المرفق العام هي اصطلاحات حديثة النشأة نسبياً، لكن لها جذور تاريخية طورها المشرع الفرنسي، الأمر الذي صاغها بقالبها الحديث. وبالتالي ظهرت أنواع لعقود التفويض لكل منها أحكامه الخاصة به، مع أنها جميعها عقوداً إداريةً الأمر الذي يتطلب منا دراسة مفهوم تفويض المرفق العام، وأنواع عقود التفويض، والنظام القانوني لهذه العقود، ونتناول ما ذكر على النحو الآتي:

المبحث الأول

مفهوم تفويض المرفق العام

يتطلب هذا منا بيان مصطلح التفويض للمرفق العام، والطبيعة التعاقدية له واشتراط قابلية المرفق للتفويض، لأن نظام تفويض المرفق العام هو نظام حديث النشأة نسبياً، وهو جوهر معظم العقود الإدارية ، لذلك لابد من معرفة نظام التفويض كونه يشكل مدخلاً أساسياً لهذه الدراسة، ونتناول ما ذكر في المطالب التالية:

المطلب الأول

المقصود بتفويض المرفق العام

ارتبط التفويض في القانون الإداري باختصاصات السلطة الإدارية لزمن طويل، إلا أنه انتقل حديثاً إلى مجال إدارة المرافق العامة، فظهرت طائفة من العقود يعهد بموجبها لشخص مستقل عن الشخص العام، مسؤولية استغلال المرفق وإدارته، ولا بد لنا هنا من القول إن نظام التفويض قد عرف منذ القدم في الإدارة الرومانية، وفي الفكر السياسي في الإسلام، حيث ظهر في الأخير وزارة تفويض، يقوم وزيرها بممارسة بعض الأعمال نتيجة انشغال الخليفة بأعمال أخرى، وهي تتم بعقد من الخليفة[١].وهذا يدل على ان القانون الإداري تاريخياً قد عرف نظام التفويض . ومن هنا نبحث المقصود بتفويض المرفق العام على النحو الآتي:

---

[١] د. بشار عبد الهادي، التفويض في الاختصاص، ط١، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٢، هامش، ص٥٢، ٥١ ، ولمزيد من التفاصيل أنظر: الإمام الماوردي، الأحكام السلطانية، طبعة المكتبة المحمودية التجارية، لم يذكر عليها التاريخ، القاهرة، ص١٤.

الفرع الأول: تعريف تفويض المرفق العام:

يعتبر اصطلاح تفويض المرفق العام حديث النشأة نسبياً، إلا انه له جذور تاريخية تعود لبداية تطور القانون الإداري في القرن الماضي، حيث يتفق الفقه على أن أول ظهور لاصطلاح تفويض المرفق العام بالمعنى الدقيق كان في الواقع العملي للإدارة. وقد استخدم هذا المصطلح المنشور الوزاري الفرنسي، الصادر في ٧ أغسطس١٩٨٧، والخاص بتفويض إدارة المرافق العامة المحلية، والذي أشار إلى رأي صادر عن مجلس الدولة في ٧ أكتوبر١٩٨٦، بشأن تطبيق «الإدارة المفوضة»، وذلك لبيان فيما إذا كان من الجائز للسلطة المحلية أن تفوض إدارة مرفق عام إداري محلي إلى مشروع خاص. كما صدر رأي عن مجلس الدول الفرنسي في ٧ أبريل ١٩٨٧، يقضي بتطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي على جميع العقود التي يعهد فيها بإدارة مرفق عام إلى متعاقد[١]. أما الفقه الفرنسي فلم يستخدم الاصطلاح إلا نادراً وعلى سبيل الحصر، وذلك في مجال عقود الالتزام[٢].

وقد استخدم المشرع الفرنسي اصطلاح عقود تفويض المرفق العام لأول مرة، في قانون (٦) فبراير١٩٩٢ ،بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية، حيث يفرض بعض الشروط الإجرائية في إبرام عقود التفويض، ويقرر مبدأ ضرورة العلانية السابقة ويتعلق فقط بالعقود التي تبرمها الوحدات المحلية. ثم صدر قانون (٢٩) يناير١٩٩٣، بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، حيث وسع نطاق عقود التفويض للمرفق العام إلى العقود

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠، ص١٦.

[٢] المرجع ذاته، ص١٧، ولمزيد من التفاصيل، J.F. Aubx, Les services publics Locaux, PUF, gue Sais je? n.٢٠٢٣, ١٩٨٢, p٣٩. مذكور عند د. محمد عبد اللطيف، هامش ص١٧.

التي يبرمها كل شخص عام، بما ذلك الدولة والمؤسسات العامة القومية، ومنحها نظاماً قانونياً أكثر اكتمالاً من النظام الوارد في القانون السابق[١].

الفرع الثاني: موقفنا من تعريف تفويض المرفق العام:

ويمكن لنا تعريف تفويض المرفق العام بأنه: (نظام قانوني بموجبه يتم إدارة المرفق العام وتشغيله من قبل شخص آخر غير الشخص التابع له المرفق). ونحن نرى بأن القانون الإداري الفرنسي قد عرف نظام تفويض المرفق العام، وإن كان الفقه الإداري الفرنسي لم يشر إلى ذلك إلا في نطاق ضيق، كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد أشار إلى ذلك في أحكامه السابقة، إلا أننا نرى أن مفهوم تفويض المرفق العام يعود إلى بدايات القرن العشرين، وذلك عندما تبلورت فكرة التزام المرافق العامة، وتمكن الفقه الفرنسي من التمييز بين فكرة الالتزام، والامتياز، على أساس أنه في التزام المرافق العامة تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم، بينما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله، حيث تكون الإدارة قد قامت بالإنشاءات الأولية، ويعد الأستاذ فالين أول من استخدم معيار الإنشاءات الأولية للتفرقة بين الالتزام، والامتياز عام ١٩٤٨[٢].

ومن هنا نتفق مع المشرع الفرنسي بإطلاقه تسمية عقود تفويض المرفق العام على العقود المتعلقة بإدارة المرفق العام، والتي تشمل الامتياز والالتزام، وعقد مشاطرة الاستغلال، والتزام الأشغال العامة، علماً بأننا نرى بأنه لا يقتصر هنا دور الملتزم على الاستغلال والتشغيل، فقد يقوم بإنشاء المرفق العام، وبالتالي

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٨ ،ولمزيد من التفاصيل، د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص١٤٦.

[٢] Bieusses. P.S.La specificite de L' afferm age, A.J. D. ١٩٩٦, P ٦٠٨et ٥, وهذا المرجع مشار إليه لدى، مهند نوح، ص ١٤٦.

يستغله لمدة الامتياز، فالمعيار الفاصل في عقد تفويض المرفق العام عن الخصخصة هو ملكية المرفق العام، فإذا اقتصر دور الملتزم على الإنشاء، والتشييد، والاستغلال، ومن ثم إعادة التسليم في نهاية مدة الامتياز، أو الالتزام إلى الإدارة، فهنا نكون أمام عقد تفويض مرفق عام، أما إذا تم نقل الملكية للقطاع الخاص فهذه خصخصة، وبالتالي لا نحبذها في المرافق العامة الحيوية، كما سيأتي الحديث عن ذلك في الفصل الثاني من هذا الباب.

المطلب الثاني

الطبيعة التعاقدية لتفويض المرفق العام

تدار المرافق العامة تدار بأساليب عدة مثل،الاستغلال المباشر، حيث يقوم الشخص المسؤول عن إدارة المرفق بتشغيله وإدارته بنفسه،أو الإدارة غير المباشرة بحيث تتم من قبل شخص مستقل عن الشخص العام، وهنا نبحث في الأسلوب التعاقدي للإدارة غير المباشرة للمرافق العامة، والطبيعة الإدارية، والأصول القضائية لفكرة عقود تفويض المرفق العام، والتكريس التشريعي لها، وذلك كما يأتي:

الفرع الأول: الأسلوب التعاقدي للإدارة غير المباشرة للمرافق العامة:

في عقد الالتزام غالبا ما يتم الاتفاق بين الشخص العام والمشروع الخاص لإدارة المرفق العام، فهنا العلاقة عقدية وان كان عقد الالتزام ذا طبيعة مختلطة[١]، وتفويض المرفق العام عقد موضوعه إدارة المرفق، وهذا ما اخذ به قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، في فرنسا حيث قصر التفويض على العقود[٢].

---

[١] G. Vedel, P. Delvolve, op. cit, ٧٥٦ وهذا المرجع مذكور عند د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، هامش، ص٢٤.

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص٢٤، ولمزيد من التفاصيل:

والتفويض ،هو عقد، والعقد يخضع لشريعة المتعاقدين بين الإدارة والملتزم، ومن المستقر عليه في الفقه الإداري إن هذا العقد هو من طبيعة خاصة حيث يحتوي على نوعين من الشروط شروط لائحية أو تنظيمية، وهنا تتمتع الإدارة بسلطة تعديلها بالإرادة المنفردة ، وتلتزم الإدارة بالتعويض في حال اختلال التوازن المالي للعقد، وخصوصاً عندما تتعلق هذه الشروط بالنواحي التنظيمية للمرفق، وسعر الخدمة المقدمة للجمهور. أما الشروط التعاقدية فهي لا تعدل إلا بموافقة الطرفين، وبالتالي فإن هذه الشروط هي فقط التي تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. وهنا لابد من الإشارة إلى أركان هذا العقد والتي تشمل:

أولاً: أن يكون محل التفويض مرفقاً عاماً قابلاً للتفويض، فمثلاً لا يجوز أن يكون محل التفويض مرفقاً غير قابل للتفويض، أو يثير امتيازات السلطة العامة نفسها، كما هو الحال في مرفق البوليس[١]، أو القضاء مثلاً، أو المرافق المتعلقة بالأمن القومي للبلاد، أو بحالات الصفة المدنية والجنسية للمواطنين، فكل هذه المرافق تعتبر في معظم الدول المتقدمة، حكراً على الدولة، ولا تقبل التفويض إلا في حالات نادرة، لا يقاس عليها.

ثانياً: أن يقتصر التفويض على استغلال المرفق، وليس تمليكه للمفوض إليه، وبالتالي لا يقود التفويض إلى خصخصة، فالمتعاقد يستغل المرفق بدلاً من الإدارة لمدة محدودة، ويستخدم العاملين الضروريين لتسيير المرفق العام،

J.C. Douene Lcontrats de delegabion de serrice public, pricete, p. ٩٤٧;G. marcou, precife, p. ٦٩٤; J. B. Auby, C.Maugue, les contrats de delegabion de service, public. J. C. P., ١٩٩٤, Doct. ٣٧٤٣, p. ١١٦. هذا المرجع مذكور عند د. محمد عبد اللطيف، هامش، ص٢٤.

[١] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص١٤٧، ولمزيد من التفاصيل maugue. CH, Le delegation de service public et juge administrative, AJDA, ١٩٩٦, p.٥٩٨. ، وهذا المرجع مذكور لدى: د .مهند نوح، هامش ، ص ١٤٧ .

وبالتالي هذا لا يمنع الإدارة من أن تضع العاملين في سلك الإدارة المفوضة تحت تصرف المفوض[١]، ونحن نرى بأن التفويض هنا يقود إلى خصخصة، متى ما تم منح استغلال هذا المرفق للقطاع الخاص، كونه هو الذي يقوم بإدارته واستغلاله مدة الامتياز هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ربما يقوم الملتزم أو السلطة المفوضة بإنشاء وتشييد المرفق، فهنا يكون القطاع الخاص قد ساهم في إنشاء هذا المرفق، وتشغيله. وبالتالي فإن التفويض لا يقتصر على الاستغلال، بل يتعدى ذلك إلى مرحلة الإنشاء، كما هو الحال في المشروعات بنظام الـ B.O.T، أو عقد التزام الأشغال العامة، فمجرد مشاركة القطاع الخاص في الإدارة أو الإنشاء، فإنه يكون قد دخل عنصر القطاع الخاص بصفة مؤقتة، كون الأخير طيلة مدة الالتزام، يبقى المسؤول عن حسن خدمات المرفق، وعن دوام سيره بانتظام، كما أنه من الممكن للقطاع الخاص المفوض، أن يستخدم تكنولوجيا متقدمة في إدارة المرفق أو إنشائه، وهو الأمر الذي يعني أن الإدارة طيلة مدة الالتزام تبقى غير مسؤولة تجاه المرفق، ولا يحق لها إلا الرقابة والإشراف، والتأكد من تطبيق شروط العقد، وهذا يجعل من التفويض خصخصة، لأننا نتفق مع الرأي القائل بأن أساس الملكية للمرفق العام هو الذي يميز التفويض للمرفق العام عن الخصخصة.

ثالثاً: عنصر المقابل المالي الذي يحصل عليه المفوض، يلعب دوراً بارزاً في تمييز عقود التفويض وتحديد ماهيتها عن بقية العقود الإدارية الأخرى، حيث إن المقابل المالي الذي يحصل المتعاقد عليه يكون نتيجة لاستغلال المرفق[٢]،

---

[١] د. مهند نوح ، الايجاب والقبول في العقد الاداري، مرجع سابق ، ص ١٤٧ ، ولمزيد من التفاصيل فقد أشار في هامش ص ١٤٨ إلى Terneyre. PH, La notion de La delegation. AJDA, ١٩٩٦, p٥٩٤,

[١] د.مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص١٤٨ ، ولمزيد من التفاصيل فقد اشار في هامش ، ص ١٤٨ الى

إلا أننا نرى أن عنصر المقابل المالي ليس ركناً أساسياً في عقود التفويض، حيث إنه من الممكن أن تتعاقد الإدارة مع القطاع الخاص لإدارة المرفق العام، مقابل مبلغاً معيناً من المال يتفق عليه، حيث يقوم هذا القطاع الخاص بإدارة المرفق، وتشغيله، وتلقي الربح من المستخدمين ليدخل في حصيلة الإدارة، لأن المشغل هنا يأخذ مبلغاً مقطوعاً يحدد سلفاً في العقد كما هو الحال في عقد مشاطرة الاستغلال مثلاً، ومن هنا لا يمكن الجزم بأن المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم من بدل استغلال المرفق هو ركناً أساسياً لعقود تفويض المرفق العام، فالتطور السريع في الوقت الحاضر أوجد الحاجة إلى إبرام عقود التفويض للمرفق العام، بحيث لا يعد مقابل الاستغلال فيها عنصراً مهماً، فللإدارة أن تعهد للقطاع الخاص بالتشغيل مقابل مبلغ معين تعطيه له في نهاية كل سنة مثلاً، فآليات إبرام عقود تفويض المرفق العام قد تطورت، وهو الأمر الذي أدى إلى وجود أركان جديدة لكل عقد خصوصاً في نماذج عقود الـ B.O.T وأخواتها.

Auby. J. B, et maugue. Ch, La notion et le regime de la delegation de service public, J.C.P.١٩٩٦, p٢٤٩.

الفرع الثاني: الطبيعة الإدارية والأصول القضائية لفكرة عقود تفويض المرفق العام:

لما كانت عقود تفويض المرفق العام تتعلق بالإدارة، والاستغلال للمرفق، وبالتالي إشباع حاجات عامة، فانه لابد لنا من بيان طبيعتها الإدارية، وأصولها القضائية، والتكريس التشريعي لها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقود تفويض المرفق العام:

يسلم الفقه الفرنسي بأن عقود تفويض المرفق العام هي عقود إدارية[١]، وذلك وفقاً لمعايير العقود الإدارية، لان العقود التي يعهد بمقتضاها شخص عام إلى شخص آخر بإدارة مرفق عام تكون بالضرورة عقودا إدارية[٢]، وتطبيق هذه القاعدة على عقود التفويض يؤدي إلى عد هذه الأخيرة دائما عقوداً إدارية. وهو مبدأ مطبق في مصر، حيث يرى القضاء المصري بأن عقود التزام[٣]، أو إيجار[٤]، المرفق العام تعد عقوداً إدارية، وكذلك الحال في سوريا والأردن.

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام،مرجع سابق، ص٢٩، ولمزيد من التفاصيل: R. Chapuf, op. cit, N. ٦١٦; G. Vedel, p. delvolve, op. cit, P. ٧٦٥. مذكورة عند د. محمد عبد اللطيف، هامش، ص٢٩.

[٢] المرجع ذاته، ص٢٩.

[٣] محكمة القضاء الإداري، ٢٥مارس١٩٥٦، السنة العاشرة، ص٢٥٩.

[٤] المحكمة الإدارية العليا، ١٩مايو١٩٦٢، السنة السابعة، ص٨٩٠.

ثانياً: الأصول القضائية لفكرة تفويض المرفق العام:

يرى البعض أن حكم (Epoux Bertin) ١٩٥٦ أعطى أساساً قضائياً لعقود تفويض المرفق العام، وبالتالي فإن فكرة العقود التي يكون موضوعها تنفيذ مرفق عام ليست جديدة[١]، وإنما لها جذوراً تاريخية .

ثالثاً: التكريس التشريعي لطائفة عقود تفويض المرفق العام وأهميته:

تدخل المشرع الفرنسي في مجال تفويض المرفق العام فيما لا يقل عن سبعة قوانين حديثة صدرت خلال أربع سنوات، وأهمها القانون المعروف باسم قانون (Sapin)[٢].

---

(١) J. B. Auby, C. Maugue, precite, P. ١ مذكور عند د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام هامش، ص٢٩.

(٢) والقوانين هي: قانون ٦ فبراير ١٩٩٢ بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية، قانون ٢٩ يناير ١٩٩٣ بشأن الوقاية من الرشوة، ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، قانون ٩ فبراير ١٩٩٤ بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء، قانون ٨ أغسطس ١٩٩٤ بشأن بعض الأحكام الاقتصادية والمالية، قانون ٢ فبراير ١٩٩٥ بشأن حماية البيئة، قانون ٤ فبراير ١٩٩٥ بشأن تنظيم وتنمية الأراضي، قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام، وقانون الوقاية من الرشوة المعروف بقانون (Sapin) ينسب إلى (Michel sapin) وكان وزيراً للاقتصاد وقت صدور القانون، ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق كمستشار في المحكمة الإدارية بباريس، ويشغل الآن منصب عمدة مقاطعة (Argenton sur creuse) وقد أصدر المجلس الدستوري حكماً قرر فيه مطابقة قانون ٨ فبراير ١٩٩٥ للدستور، وكان القانون قد أحيل إلى المجلس من جانب رئيس الوزراء، والذي لم يثر أي وجه بعدم القانون لكنه أراد فقط أن يعطي المجلس القانون الصفة الدستورية، ويرى بعض الفقه أن هذا المسلك لم يكن جديداً، وقد قرر المجلس في حكم مختصر جداً دستورية هذا القانون دون تقديم حجج، انظر C.C., ٢ Fev, ١٩٩٥, n. ٦٣١D.C., D., N١٧, ٢٤, avril ١٩٩٧, p. ١٣٧, note A. Rioux، وقد اشار الى ذلك ، د . محمد عبد اللطيف ، المرجع ذاته ، ص ٣١ .

ولاحظ الفقه بأنه لا يوجد من بين هذه القوانين إلا قانون واحد يتناول فقط عقود تفويض المرفق العام، وبالتالي فالتدخل التشريعي اقتصر على مجموعة متفرقة من القواعد تنظم بعض جوانب عقود التفويض، ومرد ذلك أن المشرع يهدف في المقام الأول إلى تحقيق أكبر قدر من الوضوح في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة، والتي يشكل فيها تفويض المرفق العام عنصراً أساسياً[١]، فالمشرع منذ البداية لم يقصد إعادة بناء قانون العقود الإدارية، وفقاً للتحليل الفقهي للأفكار الخاصة بالموضوع[٢]، ومع صدق هذه الملاحظة فإنه لا يجوز التقليل من أهمية تدخل المشرع في مجال عقود تفويض المرفق العام، فالقانون يضع بعض القواعد التي تخضع لها كافة عقود تفويض المرفق العام، كما أنه وضع لأول مرة تسمية هذه الطائفة، وأدى تدخله إلى تكريس ظهور هذه الطائفة النوعية من العقود الإدارية والتي بقيت كامنة إلى الآن[٣] وهذا التكريس التشريعي يحتاج لتحديد نطاق لهذه الفكرة وهو ما نبحثه لاحقاً.

رابعاً: موقفنا من الطبيعة التعاقدية لتفويض المرفق العام:

نحن نتفق مع الرأي القائل بأن عقود تفويض المرفق العام تحتوي على نوعين من الشروط، شروط تعاقدية تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين بكل ما تعنيه هذه العبارة، وشروط تنظيمية تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية بالتعديل الانفرادي، وهذا هو موقف معظم الفقهاء سواء كان في فرنسا، أم في الوطن العربي وخصوصاً مصر. وعقود تفويض المرفق العام رغم كون القطاع

---

(١) E.F atom, Le haveau cader Leqal, AJDA ١٩٩٦, p.٥٧٧; G marcou. Precite, P. ٦٩٣; J.C., Douence Precite, p.٩٣٩.

(٢) N,Symchowieq, La nabion de deleqobion de service Public, AJDA, ١٩٩٨,p. ١٩٧.

(٣) J.C. Douence, precite. P. ٩٣٧ وقد أشار الى ذلك ، د . محمد عبد اللطيف ، في هامش ، ص٣١ ، ٣٢ .

الخاص يشارك في إدارتها واستغلالها، أو حتى إنشاؤها، كما هو الحال في عقود التزام الأشغال العامة مثلاً، فإنها تبقى تتمتع بالصفة الإدارية، وذلك لانطباق نظرية العقود الإدارية عليها، فالعقد يبرم بين الإدارة وهي شخص عام، أو من خلال تفويض من الأشخاص العامة، وبين متعاقد معها، قد يكون شخص عام أو خاص، إضافة إلى أن موضوع العقد، يتصل بنشاط مرفق عام، سواءً تعلق بإدارته، أو تشغيله، أو إنشاءه. كما أن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي وخصوصاً في الجانب العقدي المتعلق بالشروط التنظيمية، والتي لا تتنازل فيها الإدارة للمفوض، بل تبقى حكراً بيد الإدارة، ولكن الموضوع الأكثر أهمية هنا، هو مبدأ التكريس التشريعي لهذه الطائفة من العقود، والتي صدرت عدة تشريعات تنظمها في فرنسا، وكما هو الحال في مصر فيما يتعلق بقوانين منح الامتياز. والتي سوف يأتي بحثها لاحقاً. فنحن نرى ضرورة قيام المشرع في معظم الدول، بإصدار قوانين تتعلق بمنح امتيازات المرافق العامة، حيث إن معظم الدساتير، تنص على أن الامتياز يمنح بقانون ولفترة محددة، ونظراً لتنوع عقود تفويض المرفق العام، ودخول تقنيات تعاقدية حديثة ومتطورة، وقد تكون متشعبة أحياناً، لذلك أصبح من الضروري إصدار تشريعات حديثة تتعلق بهذا الموضوع الحديث نسبياً، والقديم تاريخياً.

المطلب الثالث

اشتراط قابلية المرفق للتفويض

لا نكون بصدد تفويض صحيح للمرفق إلا إذا كان المرفق قابلاً للتفويض، وهذا المبدأ يدعونا لدراسة المرافق التي لا يجوز أن تكون بحال محلاً للتفويض، وتلك التي يجوز تفويض إدارتها للغير ، ونبحث ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: أهمية اشتراط قابلية المرفق العام للتفويض:

يجب أن نحدد بدقة أهمية اشتراط قابلية المرفق للتفويض، إن هذا العنصر ليس معياراً لتمييز تفويض المرفق العام، فالعقد الذي يفوض مرفقاً عاماً غير قابل للتفويض يكون غير مشروع، ومع ذلك فإنه يظل عقد تفويض مرفق عام[١].

إن قابلية المرفق العام للتفويض هي شرط لصحة التفويض لكنها ليست معياراً له، وفي حالة ما إذا كان المرفق قابلاً للتفويض فإن الشخص العام المسؤول عنه يملك سلطة تقديرية لتحديد ما إذا كانت إدارة المرفق تتم بواسطة التفويض، أو الاستغلال المباشر[٢]، إذ لا توجد مرافق يجب أن يعهد بإدارتها إلى ملتزم خاص[٣]، وليس من السهل تطبيق هذا الشرط، في كثير من الأحيان، فالمسألة ليست هي معرفة ما إذا كان يجوز تفويض مرفق في مجموعة أم لا، وإنما المسألة هي معرفة ما هي الاختصاصات التي لا يمكن للشخص العام التخلي عنها، إذا ما عهد بإدارة جزء من نشاط المرفق إلى الغير، لأن القاعدة أن الشخص العام لا يجوز له أن يتخلى كلياً عن المرفق العام، ويجب أن يحتفظ بحق الرقابة عليه، ويتحمل المسؤولية النهائية، وهذا يقصد به عدم جواز التنازل عن كل الاختصاصات التي يملكها في مرفق ما[٤]، وبالمقابل لا يوجد مرفق عام يستبعد تماماً وجود أي قدر من التفويض، فالتفويض قد توغل في كل المرافق، وإن كانت نسبه متفاوتة[٥]. ونحن نرى بأن قابلية المرفق العام

---

(١) J.B. Auby, Bilan ET Limites de L' analyse jurdique de La gestion deleguee du service public, percite, P. ٥.

(٢) C.E., ١٠ Janvier ١٩٩٢, Association des usagers de L'eau de peyreleau, Rec P. ١٣.

(٣) L. Richer, article Precite, P. ١٠٦. المراجع السابقة مذكورة عند د.محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام هامش، ص٤٤

(٤) J.B. Auby, note sous C.E., ler avril ١٩٩٤, commune de menton RDP ١٩٩٤, p. ١٨٣٣ .٤٥ مذكور عند د.محمد عبد اللطيف، هامش، ص

(٥) د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص ٤٥.

للتفويض هي ركناً أساسياً لصحة العقد، وبالتالي يمكننا القول أننا أمام تفويض للمرفق العام، فإذا كان المرفق بحسب طبيعته لا يقبل التفويض، فإننا لا نكون أمام عقد تفويض، بل أمام عقد إداري غير مشروع، لأن قابلية المرفق العام للتفويض هي ركناً مهماً لصحة ومشروعية العقد محل التفويض، كما أننا نرى بأنه مادام المرفق العام قابل للتفويض، فإنه يجوز للإدارة التنازل عن اختصاصاتها في إدارة هذا المرفق، باستثناء حق الرقابة والتوجيه، فالأخيرة لا يمكن لها التنازل عنها، لأنها بذلك تضمن تحقيق المصلحة العامة من الخدمات التي يقدمها المرفق العام، ومع أن التفويض قد توغل في معظم المرافق، إلا أننا نرى بأن الشروط التنظيمية للمرفق لا يجوز التنازل عنها للمفوض إليه، أما باقي الشروط فمن الممكن تفويض المفوض فيها، ومن هنا فنحن لا نجد صعوبة في تطبيق مسألة التفويض على عكس الرأي السابق، والذي يرى بأن هنالك صعوبة، خصوصاً في مسألة جواز تفويض المرفق، بحيث يتم التساؤل عن ماهية الاختصاصات التي يجوز للشخص العام التخلي عنها للمفوض إليه، في حالة تفويض جزء من نشاط المرفق؟ كما أن معظم اللوائح والتعليمات والقوانين المتعلقة بالتفويض تؤكد على عدم جواز تفويض الشروط التنظيمية، وكذلك الحال في الفقه الفرنسي[١]، كذلك نص المادة (٤٠) من قانون ١٩٩٣/١/٢٩ الفرنسي، والذي اجبر المتعاقدين في عقود تفويض المرفق العام، أن يضمنوا عقودهم شروطاً تبين مدة العقد، شريطة عدم تجاوزها

---

[١] Debbaschich, ch, Institutions et droit administratiF, paris, ١٩٩٢, ed٣, p.٦٩. Richer. L, les contrats adminisratif, Dalloz, paris, ١٩٩٢, ed, p٤٦.

للمدة المحددة[١]، وكذلك الحال في الشروط المتعلقة بالثمن، في عقود الشراء العام[٢].

الفرع الثاني: التفويض للمرافق السيادية:

تضطلع المرافق السيادية بوظائف ترتبط بسيادة الدولة، والقاعدة العامة أن هذه المرافق ليست محلاً للتفويض، حتى ولو كان التفويض يرد على الإدارة، وذلك لتعلقها بجوهر السلطة العامة، ومن هنا فلا يجوز أن يكون مرفق الدفاع محلاً للتفويض، ومع ذلك فإن التفويض قد وصل إلى هذا المرفق، فإدارة الجمعيات العسكرية والتي يعهد بها إلى جهات متميزة، وإن لم تكن محددة بوضوح طبيعتها[٣]، ويستبعد القضاء اللجوء إلى أسلوب التعاقد بالنسبة لمرفق البوليس[٤]، وفي حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي، أكد أن اختصاصات البوليس لا يمكن تفويضها ولكنه في نفس الوقت لم يستبعد أن يعهد بإدارة مواقف السيارات على الطريق العام إلى إحدى الشركات، كما قرر المجلس في نفس الوقت عدم مشروعية الاتفاق من ناحيتين:

الأولى: أنه يضع العاملين المحليين المكلفين بإثبات مخالفة الانتظار على الطريق العام تحت أمر الشركة المفوض إليها، والتي تتولى تنظيم عملهم.

---

(١) Maugue, CH, op, cit, p٦٩٧. ، وقد أشار ، د. مهند نوح إلى المرجعين السابقين ، هامش ، ص٥٤.

(٢) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٥٤.

(٣) C.E., ٢٩ juillet ١٩٨١, ministre de ١, economie ET des finance C.١ cercle militaire de La caserne mortier, AJDA, ١٩٩٠, P. ٣٢٨, concl. Hagelsteen

(٤) C.E., ٨ Mars ١٩٨٥, association "Les amis de La terre" RFDA, ١٩٨٥, P. ٣٦٣, concl Jeanneney, AJDA, ١٩٨٥, P. ٣٨٢, note J. moreau: J. moreau, Del "interdication Faital', autovite de policeds utiliser une technique d' ordre contractual, AJDA, ١٩٦٥, P.٣. والمرجعين السابقين مذكورين عند د. محمد عبد اللطيف، هامش،ص٤٥.

الثانية: إن الاتفاق يقيد سلطة المدينة في تعديل عدد أماكن انتظار السيارات. فهنا رأى المجلس أن هذه الاتفاقية عهدت إلى الشركة بامتيازات البوليس الخاص بالانتظار على الطريق العام، والتي لا يجوز تفويضها قانوناً[١]، ومرفق الضرائب يعتبر تقليدياً من المرفق السيادية، وهو مجال لسلطة الدولة[٢]، ومع ذلك أكد المجلس الدستوري الفرنسي أن: (تحصيل الضريبة لا يكون إلا بواسطة مرافق أو هيئات توضع تحت حراسة الدولة، أو رقابتها)[٣]. وهذا الحكم يجيز أن يعهد إلى أشخاص خاصة تخضع لوصاية الدولة ورقابتها بتحصيل الضرائب، وقد يؤدي هذا القضاء عموماً إلى إمكانية اللجوء إلى عقد الالتزام في مجال المرافق السيادية[٤]. كما أن القانون الفرنسي أجاز أن يعهد إلى مشروع خاص بتحصيل الرسوم المحلية الخاصة بشغل أماكن المعارض والأسواق[٥].

وفي مصر فإن وجود شركات خاصة تقوم بتحصيل الضرائب نيابة عن الدولة من الممولين، وتوريدها إلى الحكومة لقاء عائد محدد، لم يتقرر بعد لكنه محل خلاف[٦]، ويرى بعض المسؤولين في مصلحة الضرائب أن خصخصة الضرائب، ويقصد بذلك تفويض إدارة مرفق الضرائب، أمر وارد ويمكن أن

---

(١) C.E., ler avril ١٩٩٤, commune de monton, Rec., P.١٧٥: RDP ١٩٩٤, P. ١٨٢٥ note J.B., Auby; ch. Maugue, Les delegations de service ET Le juge administrative, AJDA ١٩٩٦, P. ٥٩٨.

(٢) P.Esplugas, conseil constitutionel et service public, LGDJ, ١٩٩٤, P. ٥٢ ets

(٣) C.C., ٢٨ December ١٩٩٠, n ٢٨٥ DC, Rec, ٩٥. والمراجع السابقة مذكورة عند د.محمد عبد اللطيف، هامش، ص ٤٦.

(٤) P. Esplugas, op. cit, P. ٥٣.

(٥) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ٤٦.

(٦) د.محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ٤٦. ولمزيد من التفاصيل، جريدة الأهرام، ٨ مارس ١٩٩٧.

يحقق العدالة، ويوفر نفقات التحصيل على الدولة، كما أن الخصخصة هنا لا تعني العودة إلى نظام الملتزم القديم، حيث كان الملتزم يفرض الضرائب عشوائياً، بينما تتم وفقا لأسس وضوابط محددة في التشريعات، إضافة إلى أن خصخصة الضرائب تؤدي إلى رفع الكفاءة والفعالية لجهاز التحصيل، حيث سيكون لديه الحافز لتحصيل أكبر قدر من الإيرادات(١).

بينما الاتجاه المعارض لتفويض إدارة مرفق الضرائب، يستند إلى أن مرفق الضرائب من المرافق السيادية، فعملية التحصيل والقوة الجبرية، واستخدام الحجز الإداري عمليات لصيقة بالسلطة العامة، وهذا مما لا يجوز أن يعهد فيه إلى شركات خاصة، كما أن نظام الملتزم الذي عرف في مصر في القرن التاسع عشر كان له نتائج سيئة، تتمثل في ظلم المواطنين وإنقاص حصيلة الضرائب(٢).

مما تقدم نجد أن هنالك خلط بين الخصخصة وتفويض إدارة المرافق العامة، فإذا كانت خصخصة المرافق السيادية غير جائزة، إلا أنه يجوز اللجوء في حدود معينة إلى تفويض إدارتها، فيجوز أن يعهد بتفويض بعض أشخاص القانون الخاص في عملية تحصيل أنواع من الرسوم أو الضرائب، وذلك تحت رقابة ورعاية سلطة الدولة، دون أن يتضمن ذلك أي مساس بمبدأ السيادة(٣).

ونحن نرى بان المرافق السيادية يجب تقسيمها إلى قسمين، بحيث يكون قسم منها على درجة من الأهمية، وهذا النوع مما لا يجوز تفويضه بأي شكل من الأشكال، كون ذلك يشكل مساس بسيادة الدولة، كمرفق الجيش ومهمته حماية البلد من أي عدوان خارجي، ومرفق البوليس، كون ذلك يتعلق بالأمن القومي

---

(١) د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٤٧.

(٢) المرجع ذاته، ص ٤٧.

(٣) د. محمد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ٤٧.

للبلد، أما القسم الآخر من المرافق السيادية، والتي تعد في درجة أقل أهمية من سابقتها، فلا بأس بتفويضها، شريطة احتفاظ الإدارة بحق الرقابة والإشراف، كتفويض مرفق الضرائب مثلاً، للقطاع الخاص لمدة محدودة، يقوم خلالها بالتحصيل لصالح الخزينة، وهنالك تجارب لتفويض مرافق الأمن، مثلاً في الأردن سمح لشركات أمن وحماية خاصة، تقوم بحماية بعض المنشآت أو الشخصيات، وكذلك سمح لشركة أرامكس، بالقيام بمهمة التبليغ القضائي نيابة عن المحضر، رغم أن مرفق القضاء يعد مرفقاً سيادياً، ونحن نؤيد ذلك مادامت الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة والتوجيه كون القطاع الخاص لديه خبرة وتكنولوجيا متقدمة في إدارة مثل هذه المرافق. بينما نجد إن المشرع السوري قد بين في القانون المدني بأن الإلتزام يتم فقط بالنسبة للمرافق الاقتصادية.

المبحث الثاني

أنواع عقود التفويض

إن التمييز بين عقود تفويض المرفق العام والعقود الإدارية دقيق أحياناً، فالعقد يجب أن ينتمي إلى طائفة معينة من العقود، وبالتالي يكون له تصنيف واحد فقط، وذلك لمعرفة النظام القانوني الذي يخضع له[١]، وتطبيقاً لذلك أكد حكم " Prefet des Bouches- du- Rhone ".

بأن العقد لا يمكن أن يخضع في الوقت نفسه في إبرامه للقواعد الخاصة بالعقود العمومية، وقواعد عقود التفويض الواردة في قانون sapin ، حيث يقرر الأخير بأن الشرط الوارد في العقد، والذي ينص على أن يتقاضى المتعاقد مقابلاً من المدينة في صورة ثمن، يؤدي بالضرورة إلى إخضاعه للقواعد المنظمة للعقود الإدارية [٢].

والقاعدة العامة هي أن تكييف أطراف العقد للاتفاق على انه عقد تفويض مرفق عام، لا يلزم القاضي إذا كان هذا التكييف غير صحيح ، وبالتالي يمكن له أن يكيف العقد بأنه عقد مقاولة أشغال، ويرفض تكييف الخصوم بأنه عقد تفويض مرفق عام[٣]، إلا أن القاضي ملزم بالتكييف الذي فرضه القانون، بغض النظر عن طريقة دفع المقابل المالي للمتعاقد، فمثلاً إذا كان القائم بالأشغال يتقاضى مقابلاً وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها القانون، ويحدد طبيعة العقد (التزام غالباً) فالقاضي يعمل هذا التكييف، كاستغلال مرفق

---

(١) J. M.Auby, L.Maugue, J.C,P, ١٩٩٤ , Precite, N.٣٥, J.C,Douence, article precite, P.٩٥١.

(٢) " cette stipulation Obligeait a negarder Ledit contrat comme un marche soumis aux regles regissant les marches public"

(٣) Ph. Terneyre, La notion de convention de delegation, precite, P, ٥٨٩.

التلفزيون بالموجات الكهربائية طبقاً لقانون، ٢٩ يوليو ١٩٨٢[١]. فهنا بالرغم من عدم تقاضي الملتزم لأي مقابل من المستفيدين، إلا أن العقد هو التزام مرفق عام[٢]. ونعرض في هذا المبحث للعقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة مباشرة ، حيث تضم عقد التزام المرفق العام وعقد امتياز المرفق العام، والعقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة بشكل غير مباشر، وتضم عقد التزام الأشغال العامة، وعقد مشاطرة الاستغلال.

وقد كانت عقود تفويض المرفق العام محددة بأربعة فقط قبل العمل بقانون " Sapin"، حيث تتوافر معايير التفويض بشكل مطلق في اثنين منهما فقط، وبالتالي يجب عدهما النموذجيين الأساسيين لعقود تفويض المرفق العام، وهما التزام المرافق العامة، وإيجاره، أما النوعين الآخرين فلا يوجد إجماع بشأن عدهما من عقود التفويض، وهما مشاطرة الاستغلال، والإدارة، وقانون Sapin "" تضمن تكريساً لفكرة عقود تفويض المرفق العام، وهذا لا يعني حصر هذه الفكرة في هذه النماذج الأربعة ، وإنما يمكن أن تضم أي عقود أخرى تتوافر فيها معايير التفويض. ونبحث هذه الأنواع على النحو الآتي:

المطلب الأول

العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة مباشرة

إن المرافق العامة بما تحققه من إشباع للحاجات العامة تحتاج إلى إدارة، وهذه الإدارة قد تكون بطريقة مباشرة، أو بطريقة غير مباشرة، وذلك بالنظر لطبيعة المرفق العام لأن اتساع نشاط الدولة في مختلف الميادين، أدى إلى إيجاد أنواع من المرافق العامة تحتاج إلى أنواع من الإدارة ، وبذلك نبحث في الإدارة

---

[١] C.E. ١٦ avril ١٩٨٦, compagnie Luxembourgeoise de television, precite, .

[٢] د.محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق ص٧٨، ٧٩.

المباشرة للمرفق العام من خلال عقد التزام المرفق العام، وعقد امتياز المرفق العام. وذلك في فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: عقد التزام المرفق العام:

أولاً: مفهومه: هو اتفاق بموجبه يعهد شخص عام إلى شخص آخر استغلال مرفق عام، في نظير مقابل يتحدد وفقاً للنتائج المالية للاستغلال[١]،وقد عرفه القانون المدني السوري في المادة (٦٣٤) بأنه:"عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة إقتصادية، يكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها بإستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".كما عرفه الفقه المصري بأنه:" عقد إداري يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة– بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين"[٢]، ويؤخذ على هذا التعريف انه جعل الملتزم شخصاً خاصاً فرداً أو شركة ، في حين من الممكن لأحد أشخاص القانون العام أن يقوم بدور الملتزم في عقد الالتزام، كما قصر الالتزام على المرافق الاقتصادية، بينما يمكن أن يستوعب بعض المرافق الإدارية كالمستشفيات، كما انه يقصر المقابل المالي على الرسوم التي يحصل عليها الملتزم من المنتفعين، بينما يستفيد الملتزم من إيرادات أخرى. وكانت هذه هي الطريقة السائدة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، إلا أن اتساع نشاط الدولة في مختلف المجالات، ومنها إدارتها المباشرة للمرافق العامة، أدى إلى تقليل فرص الأخذ بهذه الطريقة، ويظل للإدارة حق الرقابة على طريقة إدارة المرفق، وتشغيله من

---

(١) A.de laubadere et autres, OP.Cit, n. ٢٣٧,

ولمزيد من التفاصيل د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق ص٧٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة ١٩٨٤ ص٩٧، د. عزيزه الشريف دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة، ١٩٨١، ص٧٣.

النواحي الفنية والمالية، كما لها حق تعديل نظام المرفق العام أو إنهاء العقد كون عقد الالتزام، هو عقداً إدارياً يعطي للإدارة امتيازات وحقوق مختلفة[١]. ويمكن لنا تعريف عقد الالتزام بأنه: (اتفاق بموجبه تعهد الإدارة إلى شخص آخر إدارة واستغلال مرفق عام ذي صفة اقتصادية أو إدارية مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، أو مبلغ محدد من المال يتم تحديدها بالاتفاق مع الإدارة).

ثانياً: ما يتميز به عقد الالتزام: وعقد الالتزام يتميز بموضوعة وبالمقابل المالي، فموضوعه هو استغلال مرفق عام، على مسؤولية الملتزم ولحسابه، غير أن الملتزم يتحمل على الأقل جزئياً، استثمارات مهمة في إنشاء المرفق، أما المقابل المالي ليس هو الوحيد، وإنما يستكمل بمقابل آخر من عدة مصادر[٢]. وفي الأردن يعد التزام مصفاة البترول، والتزام شركة كهرباء عمان، من أهم تطبيقات التزام المرافق العامة ، وسوف يأتي بحثها لاحقاً.

ومن أهم التطبيقات لعقود التزام المرافق العامه في مصر، التزام إنشاء وإدارة واستغلال المطارات، بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧، والتزام إنشاء وإدارة واستغلال الطرق الحرة والسريعة والرئيسة، بالقانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦، والتزام إنشاء وإدارة واستغلال محطات توليد الكهرباء، بالقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٩٦[٣].

---

[١] د. ماهر الجبوري، القانون الإداري، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٩، ص ١٣٩.

[٢] د.محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص٨٠.

[٣] د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، ط١، ٢٠٠٣، ص٣٩.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لعقد الالتزام:

إن البحث في عقد الالتزام يتطلب منا بيان تكييفه القانوني، وعقد الالتزام ينتمي إلى عائلة عقود إدارة المرافق العامة، حيث أطلق المشرع الفرنسي في أواخر القرن العشرين عليها تسمية موحدة، وهي عقود تفويض المرفق العام.

وكما نعلم أن عقد الالتزام هو تصرف قانوني، وهذا التصرف خضع لعدة آراء فقهية لتكييفه، وذلك على النحو الآتي:

١- النظرية الألمانية:

يرى أنصار هذه النظرية بأن الالتزام هو قرار إداري ذي طبيعة اتفاقية سواء تعلق الالتزام بمرافق عامة أو بغيرها، وان دور الملتزم يقتصر فقط على مجرد قبول الشروط الموجودة في وثيقة الالتزام[١].

وبالتالي فإن الالتزام بوصفه تصرف قانوني له طبيعة القرار الإداري، الصادر بتعيين موظف، ويأخذ حكمه في وجوب قبول صاحب الشأن بالقرار المتخذ من جهة الإدارة[٢].

---

[١] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول ، مرجع سابق، ص١٤٨، ولمزيد من التفاصيل د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص٩٢ وأيضاً د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، مطبعة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٦، ص٢٠١، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، ج٧، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ، ص٢٩٣.

[٢] د. ثروت بدوي ، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣ ، ص ١١٤ .

ويأخذ على هذه النظرية إغفالها لإرادة الملتزم، علماً بأن الأخيرة تلعب دوراً مهماً في تكوين الالتزام[١]، وهذه النظرية لم تلاقِ قبولاً في فرنسا، و مصر، ومع ذلك نجد أن المشرع في هذين البلدين قد تبنى أسلوب التفويض على أساس الترخيص بقرار فردي[٢]، وفي حال تعذر منح الالتزام ،أو وجدت ظروف طارئة، فإن بعض القوانين أخذت بنظام التراخيص المؤقتة في إدارة بعض مرافق النقل العام.

٢- نظرية الطبيعة التعاقدية الخاصة للالتزام:

سادت هذه النظرية في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، ومضمونها أن عملية الالتزام ليست إلا عملية تعاقدية بحتة توجب إنابة من السلطة العامة، وتكمن آثارها في تمكين الملتزم من وضع يده على المال العام، وجبايته للأتاوات من المنتفعين من خدمات المرفق. ولتبرير الطبيعة التعاقدية للشروط التنظيمية التي تحكم سير المرفق، فقد ذهب أنصار هذه النظرية إلى القول بأن اللائحة الموضوعة من قبل الإدارة لتنظيم المرفق ،قد استغرقت في دفتر الشروط الذي تتحول طبيعته إلى طبيعة تعاقدية بمجرد رضا الملتزم بمحتوى هذا الدفتر، وبالتالي متى اكتسب دفتر الشروط هذه الطبيعة عدّ مبرماً[٣].

كما أنهم اعتمدوا على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، لتبرير مسألة تنظيم المرفق لصالح المنتفعين المستقلين، بفرض أن الإدارة حين أبرمت عقد الالتزام قد اشترطت تقديم الخدمة لصالح المنتفعين ،وهنا يكون دور الملتزم بمنزلة دور الواعد[٤]، كما أنه لابد من الإشارة إلى أن هذه النظرية كانت سائدة في الوقت

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل، مرجع سابق، ص ٢٩٣.

[٢] د. مهند نوح، المرجع ذاته، ص ١٤٩، ولمزيد من التفاصيل د. عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢، القانون ص ٥٢٨ وما بعدها.

[٣] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٤٩.

[٤] المرجع ذاته، ص ١٤٩.

الذي كان فيه عقد الالتزام مختلطاً بعقد الأشغال العامة بفرض أن الالتزام ليس إلا وسيلة لتنفيذ الأشغال العامة، ولا يختلف عن هذا الأخير إلا في كيفية اقتضاء الثمن[١].

وقد انتقدت هذه النظرية من قبل فقهاء المدرسة الواقعية، وذلك على أساس أن عملية الالتزام تتطلب سن قواعد خاصة بتنظيم المرفق العام، وتسييره وهي تسمى بقانون المرفق، وبالتالي فإن الالتزام كتصرف قانوني ذو طبيعة تنظيمية ،وكان سندهم في ذلك هو أن مجلس الدولة الفرنسي قد بدأ منذ السنوات الأولى من القرن العشرين، بقبول دعوى تجاوز السلطة ضد الإدارة المانحة عند تنفيذ الالتزام، بالمخالفة لأحكام دفتر شروط الالتزام، كما في حالة إثارة مخالفة الإدارة لأحكام لائحية استناداً إلى تدابير فردية صادرة عنها[٢].

كما أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير وجدت في القانون الخاص، ولها أسس وقواعد محددة، وهي لا تصلح في حالة التزام المرفق العام، لتنظيم العلاقة بين الملتزم والمنتفعين، كما أنه يجب أن يكون المشترط لمصلحته محدداً ومعيناً بصورة فردية في العقد، وهذا الأمر غير موجود في عقد الالتزام إذ إن المنتفعين وهم المشترط لمصلحتهم غير محددين، وغير معينين في عقد الالتزام، بل إنهم غير قابلين للتعيين والتحديد، كما أنها تتجاهل اعتبارات المصلحة العامة للمرفق، فلا يجوز للإدارة العامة أن تعدل في شروط العقد بعد إبرامه، ولو اقتضت المصلحة العامة، ذلك لأن العقد هو شريعة المتعاقدين، كما أن المرافق العامة قابلة للتغيير، والتعديل في أي وقت وهذا الأمر تم تجاهله هنا[٣].

---

[١] د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٣.

[٢] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق ، ص ٥٠.

[٣] د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٣، ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص٥٣.

٣- نظرية الطبيعة المزدوجة للالتزام:

إزاء الانتقادات السابقة فقد حاول الفقه إيجاد نظرية تكون أكثر ملاءمة في تكييف عقد الالتزام، فتم اللجوء إلى هذه النظرية، وكان العميد هوريو (Hauriou)، أول من أشار إلى هذه الطبيعة المختلطة للالتزام[١]، كما أن هذه النظرية تجد أصولها في ملاحظات مفوض الحكومة (Blum)، على حكم (Compagine General Frncais de tramway)، وأساس هذه النظرية هو أن للالتزام مظهرين:

مظهر تنظيمي ويتجلى في العلاقة بين المرفق والمنتفعين منه، وآخر تعاقدي يبدو من خلال العلاقة بين الملتزم والإدارة[٢]، وبالتالي فإن كل الشروط التي يحتويها الالتزام تكون كلها تعاقدية في العلاقة بين الملتزم والإدارة، ونفسها تعد لائحية في مواجهة المنتفعين، وبذلك يصبح الالتزام ضمن كل شروطه عقداً في إطار العلاقة بين الإدارة المانحة والملتزم، وهو ضمن كل شروطه أيضاً يصبح قراراً تنظيمياً في مواجهة المنتفعين[٣].

وانتقدت هذه النظرية على أساس أن قيام العلاقة التعاقدية بين الملتزم والإدارة، تؤدي بالنتيجة إلى عدم إمكانية تعديل القواعد المتعلقة بتنظيم المرفق إلا باتفاق الطرفين. ولا يخفى ما لهذا الأمر من عواقب تتمثل في تجميد سير المرافق الممنوحة، هذا من ناحية[٤]، ومن ناحية أخرى فإن هذه النظرية تقترب من النظرية التعاقدية، على أساس أن الاختلاف بينهما هو فقط في تكييف سريان

---

[١] د. علي شطناوي، المرجع ذاته، ص ٢٠٣.

[٢] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٥٠، ولمزيد من التفاصيل د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، جامعة دمشق، ٢٠٠٥/٢٠٠٦، ص٨٧.

[٣] المرجع ذاته، ص ١٥١، ولمزيد من التفاصيل د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٣-٢٠٤.

[٤] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري،مرجع سابق، ص ١٥١.

آثار الالتزام في مواجهة الغير على أساس الطبيعة اللائحية للالتزام، بدلاً من عده اشتراطاً لمصلحة الغير، بينما تبقى العلاقة بين الملتزم والإدارة علاقة تعاقدية في كل تفاصيلها، وهذا الأمر لا ينسجم مع نظرية المجالات التعاقدية في القانون العام، والتي لا تقبل بأن يكون تنظيم المرفق محلاً لعقد[١]، إضافة إلى أنها تسبغ على الشروط المالية ذات الطابع التعاقدي الصرف، طبيعية تنظيمية في مواجهة الغير، كما أنها تعطي للتصرف القانوني الواحد طبيعة مختلطة تبعاً للأشخاص الذين يسري في مواجهتهم عقد الالتزام[٢].

٤- نظرية العمل المختلط:

ومؤدى هذه النظرية أن الالتزام كتصرف قانوني يقوم على أساس مركب من عناصر تنظيمية وأخرى تعاقدية[٣].

وبالتالي فالطبيعة المركبة تبرز وفقاً لأنواع الشروط، فإذا كانت الشروط تتعلق بتنظيم المرفق وتسييره فهي شروط تنظيمية، وذلك في العلاقة ما بين الملتزم والمنتفعين على حد سواء، أما الشروط الأخرى مثل تلك التي تتعلق بالأفضليات والمميزات التي تعطيها الإدارة للملتزم مقابل إدارته للمرفق فإنها ذات طبيعة تعاقدية[٤]، وكما نعلم أن هذه النظرية تحاول التوفيق بين مصلحة

---

[١] المرجع ذاته، ص ١٥١.

[٢] المرجع ذاته، ص ١٥١ ولمزيد من التفاصيل، د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٤.

[٣] المرجع ذاته، ص ١٥٢.

[٤] د.مهند نوح الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق، ص ١٥٢، ولمزيد من التفاصيل د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٣، ٢٠٤، د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، مرجع سابق، ص ١٠٤، د. ماجد الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص ٤٥٨، ٤٥٩، د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٣،٥٤. ولمزيد من التفاصيل ، د. محمد مرغني خيري، القانون الإداري المغربي، دار المغرب للتأليف والترجمة، الرباط، ١٩٧٨، ص١٩١.

الملتزم التي يجب أن تكون شروطها عقدية في علاقته مع الإدارة، وبين مصلحة المرفق التي ترتبط بالمصلحة العامة، والتي يجب أن تكون شروطها تنظيمية، علماً بأن هذه النظرية هي الأكثر قبولاً[١].

لكن يؤخذ على هذه النظرية على حد قول الأستاذ د. ثروت بدوي الذي يرى بأن القول بالطبيعة المركبة للالتزام، يؤدي إلى توقف إبرامه على رضا الملتزم، وذلك بالنسبة لكل الشروط التي تحتويها وثيقة الالتزام التعاقدية والتنظيمية، وهو الأمر الغير متصور حدوثه من وجهة النظر القانونية، وذلك لأن العمل التشريعي لا يمكن أن يتوقف على صحة إرادة الأفراد، لأنه من اختصاص السلطة العامة[٢]، إلا أن الأستاذ (Madiot) رد على ذلك بأن الأحكام المتعلقة بتسيير المرفق وتنظيمه، تحدد في دفتر الشروط النموذجي بصورة سابقة على إبرام العقد، وبشكل انفرادي، وبالتالي لا يكون لإرادة الملتزم أية علاقة[٣].

٥. التكييف المقترح أن الالتزام اتفاق منتج لآثار تنظيمية:

يذهب بعض أساتذة الفقه الفرنسي أمثال دي لوبادير، وديلفولفيه، ومودرن في مطولهم عن العقود الإدارية، إلى القول إن الالتزام هو اتفاق منتج لآثار تنظيمية، وسندهم في ذلك أن نظرية العمل المركب تفسر فقط الجوانب التعاقدية للالتزام، دون أن تفسر الجوانب التنظيمية. ومن الكتاب العرب من أيّد ذلك، حيث يرى الدكتور مهند نوح، بأن الالتزام هو اتفاق منتج لآثار تنظيمية،

---

[١] د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص ٢٠٤.

[٢] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق ، ص ١٥٢.

[٣] المرجع ذاته، ص ١٥٢.

ومحتوٍ على شروط تعاقدية وليست تنظيمية[١]، ونحن نؤيد هذا الاتجاه، وذلك على أساس أن الالتزام هو اتفاق يتم بإيجاب وقبول من قبل الملتزم والإدارة، ويتعلق بتسيير مرفق عام وتنظيمه وهذا لا يتحقق إلا باللوائح التنظيمية، وإن الشروط التنظيمية هي الغالبة وما الشروط العقدية إلا جزء من كل، وبالتالي لا يجوز تعميم الجزء على الكل، لأن القول إن الالتزام هو عقد يؤدي بنا إلى العودة إلى القاعدة العامة التي تحكم تنظيم العقود، ومفادها أن العقد شريعة المتعاقدين. وبالتالي لا يجوز للإدارة التعديل في العقد إلا بموافقة الملتزم، وهو الأمر الذي يعرف بجمود العقد، لأن طبيعة تنظيم وتسيير المرفق العام تتطلب أن يكون المرفق قابلاً للتغيير والتعديل لإشباع الحاجات العامة ،وسندنا في ذلك ما قررته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: «... من المسلم قضاء وفقهاً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين: شروط لائحية وشروط تعاقدية»[٢].

الفرع الثاني: عقد امتياز المرفق العام:

يعد امتياز المرفق العام هو احد أساليب إدارة المرفق العام، حيث إن الدولة في هذه الحالة تلجأ إلى إدارة المرفق العام عن طريق الملتزم . ويعد عقد امتياز المرفق العام من أهم العقود الإدارية، لأنه يدير شريحة واسعة من الخدمات، وهذا الأسلوب في الإدارة مطبق في معظم دول العالم ،ونبحثه على النحو الآتي:

---

[١] د.مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق ، ص ١٥٣.

[٢] قرار رقم (١١٠) لسنة ١٣ ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٠، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً، مجموعة أعدت بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة، ١٩٩٧، ص ٦٧٥.

أولاً: مفهوم الامتياز ونشأته:

تم تعريف عقد الامتياز من قبل الفقه، وتعددت التعريفات الفقهية. ولعل أبرزها التعريف الذي يقول بأن الامتياز هو:" عقد يعهد بمقتضاه بإدارة مرفق عام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص فرداً أو شركه خاصة لمده محدودة، على أن يدير هذا الشخص المرفق، ويتعهد حسن سيره في أداء الخدمات العامة التي أنشئ من اجلها بنفقات من طرفه، وعلى مسؤوليته مقابل الحصول على الرسوم التي تفرض على من ينتفعون بخدمات المرفق"[١]، إلا أننا نميل إلى التعريف المانع والجامع وهو التعريف الآتي: (عقد الامتياز، هو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة تنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي، إلى شخص آخر عام، أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بملء حريتها ، وتسمى الإدارة بهذه العملية بالسلطة المانحة، أما المتعاقد معها فيسمى الملتزم، وان الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق الملتزم تتمثل في أن يؤمن الأخير على نفقته، ومسؤوليته، سير المرفق طبقاً لدفاتر الشروط، وان يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق، مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية رسوم أو تعرفه من المنتفعين بالمرفق محل الالتزام لمدة محددة وهي مدة العقد، وبعد انقضائها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشاءاته بحالة جيدة إلى حوزة الإدارة)[١]. وقد لجأت الإدارة لهذا النمط في بداية القرن التاسع عشر، وهو العصر الذهبي للامتياز في فرنسا، وذلك لتسيير مرافق الغاز، والمياه والكهرباء، والسكك الحديدية، والطرق [٢].

---

[١] د. هاني الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٨٤، ولمزيد من التفاصيل د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨ص ٣٨٨، وأيضاً د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٠٢.

[١] د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص ١٤٥ .

[٢] د . هيام مروة ، القانون الإداري الخاص ، مرجع سابق ، ص ١٠٣ .

وكذلك حذت معظم الدول حذو الإدارة الفرنسية فيما يتعلق بعقود الامتياز، فمثلاً أخذ المشرع الدستوري الأردني بهذا المبدأ، بأن كل تشغيل واستغلال لمرفق عام لا يجوز منحه إلا بقانون، وهذا ما ينص عليه الدستور بقوله: (كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم، أو المعادن، أو المرافق العامة، يجب أن يصدق عليه بقانون....)[٣].

ومن هنا لابد من صدور قانون خاص بكل امتياز على حدة، وتطبيقاً لذلك صادق مجلس الأمة على عقد امتياز شركة كهرباء عمان، بموجب القانون رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠، كما وافق على عقد امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية، بالقانون رقم (١٩) لعام ١٩٨٥، وغيرها من عقود الامتياز[٤].

ويمكن لنا تعريف عقد الامتياز بأنه: «عقد إداري يقوم بموجبه صاحب الامتياز (سواء كان شخصاً خاصاً أو عاماً) بإدارة مرفق عام على مسؤوليته ونفقته، أو تشييده مقابل تقاضي رسوم معينة من المنتفعين وذلك خلال مدة محددة».

ومن هنا نجد أن طريقة الامتياز تختلف عن الإدارة المباشرة، والوكالة المباشرة كما تختلف عن أسلوب المؤسسة العمومية، كون أن الشخص العام هو الذي يتولى الإدارة، بينما في الامتياز فإن الشخص الخاص هو الذي يقوم بذلك [١].

ثانيا: انعقـاده:

إن عقد الامتياز يمر بعدة مراحل لانعقاده، وهي:

١- الجهة المختصة بمنح الامتياز:

---

[٣] الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ ، المادة (١١٧) .

[٤] د. هاني الطهراوي ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦ ، ولمزيد من التفاصيل د . نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، ط ١ ، الناشر الدار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٣٢٤ ، وأيضا د . أعاد القيسي ، الوجيز في القانون الإداري ، ط١ ، دار وائل للطباعة والنشر ، عمان ، ١٩٩٨ ، ص ١٨٤ .

[١] د. احمد بو عشيق : المرافق العامه الكبرى: ط٥، مطبعة دار النشر المغربيه: ٢٠٠٠: ص١٧٤.

فالامتياز كعقد يحتاج إلى ترخيص من السلطة المختصة لإبرامه، وهنا يجب التمييز بين المرافق العامة الوطنية وبين المرافق العامة المحلية، وذلك على النحو الآتي:

أ- المرافق العامة الوطنية:

وهنا يكون الاختصاص للسلطة التنفيذية لتختار الملتزم، وتتفاوض معه، ومن ثم تبرم العقد. وهذا ما أخذ به المشرع الدستوري الأردني في المادة (١١٧) من الدستور، والسبب في ذلك هو خطورة عقد الامتياز وأهميته من النواحي ألاقتصاديه والسياسية. وتكريساً للمبدأ الدستوري السابق فقد صادق البرلمان الأردني على جميع اتفاقيات الامتياز، لأن اتفاقية الامتياز لا تصبح قائمة من الناحية القانونية، إلا بعد مصادقة البرلمان وقبل ذلك تعد مجرد مشروع اتفاقية[١].

ب- المرافق العامة المحلية:

هنا ينعقد الاختصاص للمجلس البلدي بصوره مبدئية، وبالتالي لا ينعقد العقد إلا بموافقة مجلس الوزراء على مدة عقد الامتياز وشرائطه[٢].

فهنا نجد أن اختصاص المجلس البلدي ينحصر فقط في اختيار الملتزم والتفاوض معه، أما إبرام العقد فيكون موقوفاً على موافقة مجلس الوزراء على مدة عقد الامتياز وشرائطه. بينما في مصر نجد أن الدستور قد قضى بأنه: «ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال

---

[١] مثلاً تمت المصادقة على اتفاقية امتياز مصفاة البترول بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٥٨، المسمى بقانون تصديق الامتياز الممنوع لشركة مصفاة البترول الأردنية المساهمة المحدودة، وأيضاً صادق المجلس على عقد امتياز شركة كهرباء عمان بموجب القانون رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠.

[٢] قانون البلديات الأردني رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٥ المادة ٤٢.

مـوارد الثـروة الطبيعيــة والمرافـق العامــة»[١]، ولـم يميـز هـذا الدسـتور بـين الاحتكـارات وغيرهـا، وبالتـالي فـان العمـل يجـري وفـق أحكـام قـانون ١٩٥٨، المعدل الذي قضـى بـأن: «منح الالتزام يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة البرلمان باستثناء الامتياز باستغلال الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعـة لـوزارة الحربيـة فيكـون بقـرار مـن وزيـر الحربيـة متـى كـان لمـده أقصـاها خمس سنوات»[٢].

أمـا فـي سـورية فـإن المشـرع الدسـتوري قـد نـص علـى ضـرورة موافقـة مجلـس الشـعب، بالنسـبة لعقـود الالتـزام التـي تبرمهـا الدولـة مـع الشـركات أو المؤسسـات الأجنبية[٣]، ومفهوم المخالفة لهذه المادة يعني عدم اشتراط موافقة المجلس، إذا لـم يكـن الملتـزم شـركة أو مؤسسـة أجنبيـة. ونحـن نـرى أنـه لابـد مـن تعـديل ذلـك النص، بحيث يتم منح الامتياز للملتزم الوطني أو الأجنبي بقانون، خصوصاً وأن تشـجيع الاسـتثمار يقتضـي دخـول اسـتثمارات أجنبيـة أيضـاً، كمـا أن موافقـة مجلس الشعب ضرورية، بوصفه الجهة الرقابية على تصرفات الحكومة.إذاً مما تقدم نجـد بـأن جميـع التشـريعات السـابقة نصـت علـى أن الامتيـاز لا يمـنح إلا بقـانون، سـواءً كـان المرفـق وطنـي أم محلـي، ونحـن نتفـق مـع هـذه التشـريعات، حيث إن الأصل العام هو إنشاء أو إدارة المرفق من قبل الإدارة، والاستثناء هو

---

[١] دستور جمهورية مصر العربية رقم (١٢٣) لعام ١٩٧١ المادة ١٢٢، بينما كانت المادة (١٣٧) من دستور ١٩٢٣ تقضى بأن: «كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحه من مصالح الجمهور الهامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون». أما دستور عام ١٩٥٦ وكذلك دستور ١٩٥٨ فقد جعلا منح الالتزام بقانون إذا تضمن احتكار فقط كمـا أن دسـتور عـام ١٩٦٤ نـص فـي المـادة (٧٤) منـه علـى أن: «ينضـم القـانون القواعـد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة». ولمزيد من التفاصيل د . سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥٦، ٥٨.

[٢] قانون رقم (٦١) لعام ١٩٥٨ المعدل بشأن إلتزامات المرافق العامة في مصر، المادة الأولى.

[٣] الدستور السوري لعام ١٩٧٣، المادة (٧١).

منح ذلك للملتزم، فالقانون ينظم ذلك بشكل دقيق وهو يعبر عن إرادة ممثلي الشعب في البرلمان.

ثالثاً: مدة الامتياز:

إن عقد الامتياز هو تصرف قانوني، ويحتاج لتحديد مده له، لأن أساس عقد الامتياز هو قيام الملتزم بإدارة المرفق العام، وتسييره، وهذا يتطلب صرف نفقات من جانب الملتزم. وبالتالي لا بد أن يمنح الملتزم مده معينه تمكنه من استرداد ما أنفقه من مبالغ مع تحقيق هامش من الربح، وهذا المبدأ هو الذي اقتضى أن يكون عقد الامتياز محدد المدة ، وقد كانت عقود الامتياز تمنح لمدة طويلة قد تصل إلى (٩٩) سنة، كما هو الحال في امتياز قناة السويس. وفي مصر فقد صدر قانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، والذي قضى بأن: «مدة التزام المرافق العامة يجب ألا تزيد على ثلاثين عاماً». وهنا نجد بأن هذا القيد الزمني يسري على أنواع الالتزامات كافة سواءً كانت لإدارة مرفق عام أو لاستغلال موارد الثروة الطبيعية أم للاحتكارات ،وهنا خيراً فعل مشرعنا الأردني عندما وضع نص في بعض التشريعات يحدد مدة لعقد الامتياز، فمثلاً نجد أن قانون البلديات يقضي بأن: (لا تزيد مدة الامتياز على ثلاثين عاماً بالنسبة لعقود امتياز المرافق المحلية)[١].

ومما يؤخذ هنا على مشرعنا الأردني هو أنه حدد الحد الأقصى لعقود امتياز المرافق المحلية، أما عقود امتياز المرافق العامة الوطنية فقد ترك الأمر لتقدير السلطة، والتي تحددها بالاتفاق مع الملتزم ولكن تحت إشراف البرلمان ورقابته، فنجد أن مدة عقد امتياز مصفاة البترول خمسين عاماً، وكذلك الحال بالنسبة لاتفاقية كهرباء عمان على أن يبدأ العقد بالسريان من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ويجوز باتفاق الطرفين تجديد الامتياز بمدة أخرى قبل انتهاء مدة

---

[١] قانون البلديات الأردني رقم (٢٩) لسنة ١٩٥٥ المادة (٤٢) فقرة أ.

الامتياز[١]. وكذلك عمد المشرع الفرنسي إلى وجوب أن يكون عقد الامتياز محدد المدة، وذلك بموجب نص المادة (٤٠) من قانون ٢٩/ ١/١٩٩٣،بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الإقتصادية والإجراءات العامة . ونحن من جانبنا نؤيد أن يكون منح الامتياز لمدة زمنية معينة، إلا أننا نرى أنه من الضروري تقصير مدة الامتياز، بحيث تتناسب مدة العقد مع المدة اللازمة لكي يسترد الملتزم ما أنفقه من مصروفات لتشييد المرفق أو تشغيله، إضافة إلى هامش معين من الربح، ونظراً لأهمية المرافق المدارة بطريق الامتياز، وللإقبال الكبير من المستخدمين لها، فهي لا تحتاج إلى مدة طويلة لاستعادة ما أنفق، فمثلاً ليس من المعقول أن يمنح امتياز مصفاة البترول في الأردن لخمسين عاماً، فهذه المدة طويلة وبالتالي الملتزم يستعيد فيها أضعاف مضاعفة مما أنفق، مما يفوت على الإدارة فائدة عوائد هذا الامتياز.

رابعاً: مكونات عقد الامتياز:

يقترب الامتياز كتصرف قانوني من العقد، وبالتالي فإن لهذا العقد مكونات تشكل جوهرة وتحدد خصائصه، وهي تشمل:

١- اتفاقية الامتياز: وهي الاتفاقية التي يتم إبرامها بين طرفي الامتياز، الإدارة مانحة الامتياز والملتزم، وعادة ما تكون هذه الاتفاقية موجزة ومختصرة، تتضمن المبادئ والخطوط العريضة التي اتفق عليها طرفا عقد الامتياز[٢].

---

[١] قانون عقد امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية، رقم (١٩) لعام ١٩٥٨، المادة (٢) ،وأيضاً قانون عقد امتياز شركة كهرباء عمان ،رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠ ، المادة (٣) ، ولمزيد من التفاصيل د. هاني الطهراوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٨٦، وأيضاً د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٦، ٢٠٧.

[٢] د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

٢- دفتر الشروط: وهو عبارة عن وثيقة مهمة تحدد بدقة وبصورة مفصلة الشروط الفنية التي تنظم قواعد وشروط تسيير المرفق العام، ويحدد أيضاً الحقوق والالتزامات المتبادلة لطرفي عقد الامتياز.

٣- قانون التصديق أو موافقة، مجلس الوزراء: فكما نعلم أن معظم التشريعات اشترطت موافقة أو تصديق جهات أخرى غير الإدارة المتعاقدة، ليتم إبرام عقد الامتياز، بشكل نهائي كما في الأردن، حيث نجد أن تصديق مجلس النواب على اتفاقية الامتياز هو شرط لإبرام مثل هذا العقد، وذلك بالنسبة للمرافق العامة الوطنية، وأيضا لا بد من موافقة مجلس الوزراء بالنسبة للمرافق العامة المحلية، وكذلك الحال في مصر حيث إن منح الامتياز يتم بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة البرلمان، باستثناء الامتياز باستغلال الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية، فيكون بقرار من وزير الحربية متى كانت لمدة أقصاها خمس سنوات.

خامساً: شكل عقد الامتياز:

هل عقد الامتياز من العقود الشكلية التي يشترط فيها الكتابة، أم أنه عقد شفهي يمكن إبرامه حتى لو لم يكن هنالك وثائق مكتوبة؟

إن عقد الامتياز هو عقد شكلي يحتاج إلى توثيقه، لأن هنالك حقوق والتزامات تترتب على عاتق طرفيه، كما أن دفتر الشروط هو وثيقة مكتوبة. وبالتالي بالنظر لأهمية هذا العقد فالكتابة شرط جوهري فيه لدرجة أنه لا يمكن تصور وجود عقد امتياز غير مكتوب، لأنه عقد يحتاج إلى شكليات لإبرامه، منها موافقة السلطة صاحبة الصلاحية في الإبرام، كما مر معنا سابقاً كإصدار قانون لتصديقه، أو موافقة مجلس الشعب على إبرامه[١]، فعقود الامتياز سواءً كانت تتعلق بمرافق عامة وطنية، أو محلية يشترط فيها الكتابة.

---

[١] د. علي شطناوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

فمثلاً نجد في فرنسا على الرغم من عدم وجود نص يقضي بضرورة أن يكون عقد الامتياز مكتوباً، إلا أنه بالنظر لأهمية هذا العقد وطبيعته فإنه يحق للقاضي أن يعتبر العقد معيباً بسبب النقص بالكتابة، وهذا ما جسده مجلس الدولة الفرنسي في حكم الزوجان بارفان لسنة ١٩٥٦[١]، وكذلك الحال في مصر وسورية[٢].

سادساً: محل الامتياز:

يتمثل محل الامتياز في استغلال مرفق عام من قبل شخص خاص أو عام، لذلك فإن اتفاقية الامتياز تحدد بدقة محل الامتياز، مثلاً نجد أن اتفاقية امتياز شركة كهرباء عمان تقضي بأن: «تمنح الحكومة الشركة هذا الامتياز لتزويد منطقة الامتياز بحاجتها من الطاقة الكهربائية وفقاً للشروط المبينة في الاتفاقية»[٣].

سابعاً: منطقة الامتياز:

وهي الرقعة الجغرافية التي يمارس فيها الملتزم امتيازه، فأراضي المملكة الأردنية الهاشمية هي منطقة امتياز مصفاة البترول، وبالتالي فإن تحديد منطقة الامتياز له أهمية كبيرة، حيث لا يجوز للإدارة منح مثل هذا الامتياز لملتزم آخر، وإلا عدّ ذلك مخالفة لبنود العقد[٤].

---

[١] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤١٠.

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا الذي يشير إلى أن الإدارة تجنح إلى إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة حكمها في الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ١٢ ق- السنة الثالثة عشرة، ص ٩٥٣، ومذكور في مجموعة أحكام العقود في ١٥ عاماً ص ١٠٨، المبدأ ١٤، وأيضاً بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سوريا رقم ٧٥/ب -١٥/١٢٧٨ تاريخ ١٩٧٨/٦/١٠، صبحي سلوم، موسوعة العقود، ج١، ص ٢١٨.

[٣] اتفاقية امتياز شركة الكهرباء الأردنية رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠ المادة (٣).

[٤] د. علي شطناوي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

المطلب الثاني

العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة بشكل غير مباشر

توجد طائفة من العقود تستبعد من نطاق تفويض المرفق العام،طبقاً للرأي الراجح في الفقه الفرنسي، وهي التزام الأشغال العامة، ومقاولة الأشغال العامة،وتقسيم أراضي الحضر ،والإنشاءات الحضرية[١]،وعقد مشاطرة الاستغلال،وهذه الطائفة من العقود تتعلق بإدارة المرافق العامة بشكل غير مباشر ،وبالتالي نبحث ما ذكر في فرعين نخصص الفرع الأول، لعقد التزام الأشغال العامة،والعقود القريبة منه،وفي الفرع الثاني نبحث عقد مشاطرة الاستغلال، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: عقد التزام الأشغال العامة والعقود القريبة منه:

ونتناول هنا عقد التزام الأشغال العامة،وعقد مقاولة الأشغال،وعقود تقسيم الأراضي والإنشاءات الحضرية،كونها جميعها تتطلب أشغال عامه،وذلك على النحو الآتي:

أولاً: عقد التزام الأشغال العامة La concession des travaux public:(هو عقد يعهد بمقتضاه شخص عام إلى شخص آخر بتنفيذ أشغال عامة، واستغلال المنشآت الناتجة عنها لزمن معين، أو مدة محددة، نظير مقابل يحدد وفقاً لنتائج الاستغلال)[٢].

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ٨٦.

[٢] د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، هامش ، ص١٤٧ ،وقريب من هذا التعريف تعريف الفقيه الفرنسي أندريه دولو بادير ، ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، ١٩٩٥ ، ص ١٥٧ ، وأيضاً د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيه ، مرجع سابق ،ص ٥٢ .

ويتفق عقد التزام الأشغال العامة مع عقود تفويض المرفق العام في أن المقابل يتحدد وفقاً لنتائج الاستغلال، ويختلف من حيث موضوع العقد عنها، ففي عقد التزام الأشغال العامة، يقوم المتعاقد بانجاز الأشغال واستغلال المنشآت الناتجة عنها، دون أن يوجد مرفق عام، فمحل العقد هو الأشغال العامة، أما في التزام المرفق العام فالأمر يتعلق باستغلال مرفق عام[١].

ومن الطبيعي أن يختلط الأمران معاً، بحيث يوجد عقد التزام أشغال عامة وعقد التزام مرفق عام في آن واحد، كالتزام الطرق السريعة ، وانتظار السيارات، وفي أحيان أخرى قد يتحقق عدم اختلاطهما، وإن كان ذلك أمراً نادراً، فيوجد التزام أشغال عامة غير مقترن بالتزام مرفق عام، ويحدث ذلك خصوصاً في عقد التزام إقامة السدود[٢].وهنالك جانب من الفقه لا يعد عقد التزام الأشغال العامة من عقود تفويض المرفق العام، رغم ارتباط المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم بنتائج الاستغلال، لأن موضوعه هو القيام بالأشغال، واستغلال المنشآت، وليس استغلال مرفق عام[٣].بينما يرى جانب آخر من الفقه بأن العقود بنظام الـ B.O.T هي ترجمة للمفاهيم المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام[٤]. وسوف يأتي بحثها بشكل مفصل في الفصل الثاني من هذا الباب، ونحن نتفق مع هذا الجانب من الفقه، في عد عقود الـ B.O.T ومنها عقد التزام الأشغال العامة من عقود تفويض المرفق العام، لأن موضوع هذه العقود هو إما

---

(١) د. نواف كنعان، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٣٢٤-٣٢٥، ولمزيد من التفاصيل د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص ٨٦.

(٢) J.B.Auby, Article, precite, p. ٤. moriel. P.l. le tresor public et les delegations, A.J.D.A, ١٩٩٦, p ٦٨٤.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، ص ٨٧.

(٤) د. محي الدين العشماوي، مشروعات (البوت) والبنية الأساسية للاقتصاد المصري، الأهرام ٢٠٠٠/٦/١٣، ص١٠.ولمزيد من التفاصيل ، د. محمد الحسين ، و د. مهند نوح ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص١٠٧ .

إنشاء مرفق عام غير موجود بالاتفاق مع الإدارة، على أن يقوم الملتزم باستغلال المرفق مدة معينة، وإما أن يكون موضوعها إدارة مرفق عام بنظام الـBOT حيث تعهد الإدارة إلى الملتزم معها، بأن يستأجر منها المرفق على أن يقوم بتقاضي بدل خدمات من الجمهور لمدة معينة، ويقوم بإعطاء الإدارة بدلاً محدداً مقدماً، وغيرها من أشكال الاستغلال للمرفق هذا من ناحية، كما أننا من ناحية ثانية، نتفق مع الرأي القائل إن هذا النوع من العقود وهو عقد التزام أشغال عامة[١]، إضافة إلى أن هذا النوع من العقود لا يكون دائماً موضوعه إنشاء مرفق عام على عاتق المتعاقد، كما أنه ليس بالضرورة أن يتعلق موضوع العقد بمرافق البنية الأساسية، فقد يتعلق بمرافق عامة ذات صبغة اقتصادية، كما في محطات تكرير البترول، أو مدن الترفيه، وهذا النوع من العقود أصبح متشعباً بحيث لا يكاد يخلو نظام دولة منه وخصوصاً في معظم المرافق العامة، ومن هنا يمكن لنا أن نضيف لما سبق بأن العقود بنظام الـ B.O.T، هي عقود إدارية ذات طابع دولي، ولها أشكال مختلفة، فليس بالضرورة أن يقوم الملتزم بالبناء، بل من الممكن أن تقوم بذلك الدولة، وتقوم بتأجير استغلال هذا المرفق للقطاع الخاص، أو الدخول معه في شراكة من أجل بناء هذا المرفق، كما في حالة عجز الملتزم عن إتمام تشييد المرفق، فتضطر الدولة إلى المشاركة في ذلك عن طريق التمويل، كما أن هنالك أنواع من هذا العقد تمثل خصخصة بشكل كامل بنظام الـ B.O.O، وهو الأمر الذي يتعارض مع مبدأ عقد التزام الأشغال العامة، لذلك نقول إن هذا العقد، هو قريب من التزام الأشغال العامة إذا كان موضوعه بناء وتشغيل وتسليم، لأن هذا العقد في

---

[١] د. محمد غازي الجلالي، نحو نظام بناء متكامل لاستخدام نظام عقود البناء والتشغيل والنقل، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٣.ولمزيد من التفاصيل د. محمد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق ، ص٥٢.

الغالب يخضع للقاعدة العامة القائلة إن العقد شريعة المتعاقدين، ويحرص المستثمر على عدم خضوع مثل هذا العقد للنظام القانوني للدولة المضيفة، بحيث يتم اللجوء في العادة إلى التحكيم التجاري الدولي، وهذا أمر غير متصور في العقود الإدارية، فكثيراً ما تقبل الدول النامية بمثل هذه الشروط، وهو أمر غير متصور فيما لو كان العقد عقد التزام أشغال عامة.

ثانياً: عقد مقاولة أو مشروع الأشغال العامة marche d enterprise de trravaux publics:

(هو عقد يتعهد بمقتضاه المتعاقد مع الشخص العام القيام بأشغال، على أن يقوم أيضا بتشغيل واستغلال المنشآت، ويتقاضى مقابلاً بصورة كاملة من الإدارة، وليس من جانب المستفيدين)[١]. ويلاحظ بأن مجلس الدولة المصري استخدم أحياناً اصطلاح عقد مقاولة الأشغال العامة، بوصفه مرادفاً لاصطلاح عقد الأشغال العامة، ويرى المجلس أن ما يميز عقد مقاولة الأشغال العامة، هو قيام المتعاقد بإنشاء العمل المتفق عليه، دون أن يكون له حق استغلاله، وقيام الإدارة بدفع المبلغ النقدي[٢].

ثالثاً: عقود تقسيم الأراضي وعقود الإنشاءات الحضرية:

وتقسم هذه العقود إلى قسمين:

---

[١] Ph. Terheyre, une niuvelle techmigue de financement prire desouvrages publics colledtifs: lemarche d' entreprsw de travaux public, mélanges, J.M. Auby, ١٩٨٢, P. ٣١٧ ets ولمزيد من التفاصيل ، د. ماجد الحلو ، العقود الإدارية والتحكيم ، مرجع سابق ، ص٤٠.

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ٨٧. ولمزيد من التفاصيل د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية مرجع سابق، ص٦٩.وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية ، رقم ٢٨٤ ، لسنة ٨ قضائية ، السيد فتحي عباس الغباري ، ضد وزارة الشؤون البلدية والقروية ومصلحة المجاري ، س ١١ ، ص١٠٤ ،بتاريخ٢٣ديسمبر ١٩٥٦ .

١. عقود تقسيم الأراضي الحضريةcontrats d amenagement urbain:

وفي هذا النوع من العقود يقوم المتعاقد بتقسيم الأراضي، وإقامة الطرق وتجهيز بعض الأماكن، وإعارة بيع القطع لمن يشاء أن يقوم بالبناء، وبالتالي فإن موضوع هذه العقود لا يتضمن استغلال مرفق عام، كما لا توجد علاقة بين المستفيدين والمتعاقد[١]. ونشأ هذا النوع من العقود من أجل استيعاب أصحاب المساكن غير الصالحة، حيث كانت إحدى الشركات الخاصة تقوم بهدم وإنشاء وإدارة المساكن، وكانت الأموال يتم اقتراضها من المدينة وتقوم الشركة بدفعها، ثم تتقاضى مقابلاً مالياً من استغلال العقارات خلال مدة تتراوح من (٣٠-٥٠) سنة. ورأى مجلس الدولة الفرنسي أن هذه الاتفاقات تشكل التزامات أشغال عامة[٢]. وفي النظام الحالي لا يقوم المتعاقد ببناء المساكن ولا يوجد استغلال مرفق عام، وبالتالي لا يعد من عقود تفويض المرفق العام[٣]. ومع ذلك يرى البعض أن ما يعهد إلى المتعاقد هو مرفق عام وأنه يتمتع ببعض الامتيازات مثل نزع الملكية، وحق الشفعة مما يبرر اعتبار هذه العقود من طائفة عقود تفويض المرفق العام[٤]. وقد استبعد قانون (Bosson) في ٩ فبراير ١٩٩٤، عقود تقسيم الأراضي الحضرية من نطاق تطبيق قانون (Sapin)، وهذا يعني

---

(١) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام ، مرجع سابق، ص ٨٩.ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) C.E., ٣٠ octobre ١٩٣٦, sibille, Rec., P. ٩٣٦ ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي ، المرجع ذاته، ص ٨٦ .

(٣) E. Fatome et L. Richer nature et contenu du contrat at d' amenagement, Rev. dr. imm, ١٩٩٤, P. ١٦٩, La nature juridigue des contrats d' amenagement, JCP ١٩٩٤, precite, n. ٣٠. ولمزيد من التفاصيل د . سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سابق ، ١٣١.

(٤) J.B.Auby, C. maugue, JCP ١٩٩٤, Precite, n.٣٠.

أن المشرع لا يرى فيها توافر المعايير اللازمة للتفويض[١]. ونحن نتفق مع رأي مجلس الدولة الفرنسي في عدم عد هذا النوع من العقود من عقود تفويض المرفق العام، وذلك لأن مثل هذه العقود تفتقر إلى العناصر الأساسية لعقود التفويض، وهي استغلال المرفق العام، وجباية الرسم من المستخدمين، فهذا النوع من العقود يصلح أن يكون مشروعات خاصة ذات نفع عام، فموضوع العقد هو بيع وإعارة الأراضي لمن يرغب بالبناء، إضافة إلى عدم وجود رابطة عقدية بين المستفيدين والمتعاقد مع الإدارة، كما أن هذا النوع من العقود نشأ لمعالجة حالة خاصة، وهي حالة أصحاب المساكن غير الصالحة.

٢- عقود الإنشاءات الحضريةcontrats de mobilier urbain :

بمقتضاها تلتزم المشروعات بأن تقيم "مجاناً" على الدومين العام بعض الإنشاءات، مثل مضلات لحماية ركاب الحافلات العامة، واللوحات الإرشادية والإعلامية وكبائن التليفون، وبالمقابل يكون لها وحدها استغلال هذه الإنشاءات في أغراض إعلامية[٢].ولا شك أن المقابل المالي في هذه العقود مرتبط بنتائج الاستغلال فهل تعد من تطبيقات تفويض المرفق العام؟

هنالك رأي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي، في (١٤) أكتوبر ١٩٨٠، حيث يرى فيه بأن هذه العقود لا تشكل التزامات مرفق عام لأنها تفتقد العنصر الأساسي في هذه العقود، وهو أن يدفع المستفيدون مقابلا للملتزم مقابل تقديم الأداء لهم، وهذا العنصر هو الذي يميز التزام المرفق العام، وانتهى إلى اعتبار

---

[١] ومما له دلاله في هذا المعنى أن وزير التجهيز الفرنسي قد أشار في ٣ ديسمبر ١٩٩٢، أمام مجلس الشيوخ أن هذه الاتفاقات لا تدخل ضمن طائفة تفويض المرفق العام، لانتقاء استغلال مرفق عام وعدم وجود مستفيدين. ولمزيد من التفاصيل د. محمد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام، مرجع سابق ، ص٩٠.

[٢] Ade Laub adere autres, op, cit,p, ٢٩٥,nate ١٢. ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٠٧

هذه العقود من عقود الخدمات[١]، والصحيح أن هذه العقود لا تعتبر التزامات مرفق عام، وذلك ليس لانعدام المقابل الذي يدفعه المستفيدون، وإنما لأن موضوعها ليس إدارة المرفق العام، وإنما هي أقرب إلى كونها مجرد تطبيق للعقود التي تتضمن شغلاً للمال العام[٢]. ومهما كان الأمر بخصوص تحديد طبيعة بعض العقود، فإن تكييف العقد على انه من عقود تفويض المرفق العام، يثير التساؤل عن النظام القانوني الذي يخضع له عقد تفويض المرفق العام، وهو ما نبحثه لاحقاً في المبحث الثالث.

الفرع الثاني: عقد مشاطرة الاستغلالle regie interesse :

يعد عقد مشاطرة الاستغلال أحد العقود الإدارية، وبالتالي فإن له نظاماً قانونياً يحدد ماهيته، وأركانه وأهميته، و لدراسة هذا العقد الإداري لابد من بحث النظام القانوني له، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: مفهومه وعناصره وتمييزه عن عقد الالتزام:

١- مفهوم عقد مشاطرة الاستغلال:

تعددت التعريفات التي ساقها الفقهاء لتعريف عقد مشاطرة الاستغلال ، ولعل أبرزها التعريف الذي قال بأن عقد مشاطرة الاستغلال هو: «عقد تعهد بموجبه الإدارة لشخص عام أو خاص إدارة وتسيير مرفق عام معين، مقابل مكافأة مالية، تحدد غالباً عن طريق النتائج المالية للاستغلال»[٣].وتستهدف الإدارة

---

(١) C.E., section de L' Interieur, ١٤ October ١٩٨٠, E.D., ١٩٨٠ N. ٣٠٣, P.١٩٦, AJDA, ١٩٨٣, P. ١٩٥, note J.m. Auby.

(٢) A. de Laubadre et nature, op. cit, p. ٢٩٥-٢٩٦, note ١٢. ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ .

(٣) د. محمد الحسين، ود.مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٠٤-١٠٥.ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري مرجع سابق ، هامش ، ص ١٤٦ وأيضاً.Terneyre. Ph, la notion de convention de de legation , A.J.D .A,١٩٩٦,P.٥٨٨

من هذا الأسلوب تخليص المشروع من الروتين ، وعوائق التوظيف[٢].ويطلق البعض على مشاطرة الاستغلال اصطلاح الاستغلال غير المباشر[٣] .

وتمثل هذه الطريقة مركز وسط بين الإدارة المباشرة للمرفق وإدارته عن طريق الالتزام، فهي تمتاز عن الإدارة المباشرة بأن الإدارة لا تتولى بنفسها وبواسطة موظفيها إدارة المرفق العام، بل يقوم بذلك فرد أو شركة خاصة، كما أنها تقترب من طريقة الإدارة المباشرة، في أن الإدارة هي التي تتحمل مخاطر المشروع، فتقدم الأموال اللازمة لإعداده ولإدارته كله أو بعضه، إلا أنها تختلف عن الالتزام في كون الملتزم يقدم رأس المال اللازم لإعداد المشروع وإدارته، بينما في مشاطرة الاستغلال فالأصل أن المتعاقد لا يقدم رأس المال، وإذا شارك في ذلك فإنه يقدم جزءاً منه فقط، والمقابل الذي تتقاضاه الجهة المتعاقدة التي تتولى الإدارة لا تحصله لحسابها بل لحساب الإدارة، ويتمثل المقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد في صورة مكافأة تضعها الإدارة، وهذه المكافأة تتكون من عنصرين، عنصر ثابت ومضمون، وهو نسبة معينة من رأس المال الذي قدمه المتعاقد إذا شارك في رأس المال، وعنصر متغير، وهو مكافأة إضافية سنوية بنسبة النشاط الذي يبذله المتعاقد في الإدارة.

ولابد من الإشارة هنا إلى أنه إذا كانت المكافأة التي يتقاضاها المتعاقد مع الإدارة تحدد جزافاً بمبلغ مقطوع ،لا بنسبة مئوية من النتائج المالية لاستغلال المرفق، فإن التكييف القانوني للعقد ينقلب، ويتغير، ويطلق عليه عندئذ تسمية

---

[٢] د. سامي جمال الدين ، اصول القانون الإداري ، ج٢ ، الاسكندرية ،١٩٩٦ ، ص٦٠٩ .

[٣] د. عزت فوزي حنا ، المرفق العام الاقتصادي ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٢ ، ص٢١٣ .

وكالة مرفق عام[١]. ومما تقدم نجد بأن هذه الطريقة مفيدة لاستغلال المرفق العام، كون القطاع الخاص المتعاقد مع الإدارة في الغالب، يملك خبرة وتقنيات حديثة لحسن استغلال المرفق العام، وذلك بعيداً عن الترهل الإداري الموجود في القطاع العام، من حيث أن الملتزم هو الذي يتحمل مسؤولية الإدارة، وإدخال التقنيات الحديثة لاستغلال المرفق على الوجه الأمثل.

٢- عناصر عقد مشاطرة الاستغلال[٢]:

واهم عناصر الاستغلال تتمثل بما يلي:

أ- منح الملتزم استغلال مرفق عام، ويسمى الملتزم المستغل من حيث محل العقد ومن حيث طبيعة المهمة، فمحل العقد هو استغلال مرفق عام، ومن حيث طبيعة المهمة فهي تحمل مسئولية الاستغلال، وبالتالي فهو يقوم بتحصيل مقابل الخدمة مكافأة له على أداء العمل.

ب- وضع وسائل تحت تصرف الملتزم المستغل، فالأعمال اللازمة لاستغلال المرفق العام تسلم إليه من الإدارة ،أو الشخص العام الذي يكلفه باستغلال المرفق، ومن ثم فليس على الملتزم المستغل القيام بإنشاءات، أو تمويل الإنشاءات، فكل ما عليه هو صيانة الإنشاءات المسلمة إليه.

ج-قيام الملتزم بدفع رسوم للإدارة والتي تعتبر الثمن الذي تحصل عليه الإدارة من العقد. فالملتزم المستغل يقوم بتحصيل مقابل من المنتفعين من المرفق،

---

[١] د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، المرجع ذاته، ص١٠٦.ولمزيد من التفاصيل moriel.p.l,le tresor public et les delegations,A.J.D. A.١٩٩٦,p.٦٨٤.

[٢] د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٨٨-٨٩.

فمن واجبه أن يعطي الإدارة جزءاً من المكافأة التي يحصل عليها نتيجة الاستغلال، وذلك لان الإدارة تساهم في عملية الاستثمار بتقديم المنشآت، أو الأعمال محل الاستغلال.

٣- تمييز عقد مشاطرة الاستغلال عن عقد الالتزام:

فعقد مشاطرة الاستغلال هو عبارة عن :(عقد يعهد بموجبه شخص عام إلى شخص خاص بإدارة مرفق عام، نظير مقابل يتقاضاه الأخير من الجهة المتعاقدة وفقاً لحسن سير الاستغلال)[١]. وتتميز مشاطرة الاستغلال عن الالتزام في أن المدير المستغل ،يتقاضى مقابلاً مالياً يختلف بشكل جوهري عن الملتزم، حيث إن هؤلاء الآخرين يحصلون على المقابل المالي من الإرباح، بينما يرتبط المقابل المالي الذي يحصل عليه المدير ببعض نتائج الاستغلال، والتي لا تعد أرباحاً بحد ذاتها، على سبيل المثال : عدد الركاب، مقدار الأداء، الوفر الذي يتحقق في إدارة المرفق، فالمدير يحصل على حافز وفقاً لحسن سير الاستغلال، بينما الملتزم يجد المقابل المالي العادي في الربح[٢].

وفي مشاطرة الاستغلال لا يشترط أن تحتفظ الإدارة بسلطة على المرفق تفوق تلك التي تمارسها في عقود الالتزام، إذ توجد عقود مشاطرة استغلال تترك حرية اكبر للمدير من تلك التي تتقرر للملتزم أحياناً[٣]. وأسلوب مشاطرة الاستغلال

---

(١) M.Waline, La notion de regie interessee, RDP, ١٩٤٨,P. ٣٣٧P;C. de Aibes, Lesregimes com pares de La concession, de La regie interessee et de La regie directe dans Les tran sports en commune de La vegion parsienne, these paris, ١٩٢٣

(٢) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام ، مرجع سابق، ص٨٣

(٣) G.Vedel.p.Delvolve. Droit administratif.٢ Tomes,puf,١٩٩٢, P.٧٦١.

نادر التطبيق في مصر، ومن أهم تطبيقاته عقد إدارة الإذاعة المصرية، في الفترة الواقعة بين عام ، ١٩٣٢ و١٩٤٧[١].

المبحث الثالث

إبرام عقود تفويض المرفق العام

نشأت عقود تفويض المرفق العام من خلال تدخل المشرع في وضع ضوابط على عملية إبرام عقود تفويض المرفق، فالأول يتعلق بفرض قيود على إجراءات الإبرام، والثاني يتعلق بالقيود التي ترد على حرية المتعاقدين في تحديد شروط العقد، وهذه القيود تمثل اتجاهاً جديداً في هذه العقود، والتي كانت ترضخ بشكل كلي لمبدأ الاعتبار الشخصي[٢]. وبالتالي نبحث في هذا المجال

---

[١] د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة، القاهرة ١٩٧٩، ص١١٩، ١٢٠ .

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ٩٥، ولمزيد من التفاصيل د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١١٣. وأيضاً د. أعاد القيسي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٣٢٦ وما بعدها.

أطراف تفويض المرفق العام في المطلب الأول، وهم المفوض والمفوض إليه والمستفيدين من المرفق، وذلك لكونهم يتمتعون بمركز قانوني لا يمكن إغفاله، وفي المطلب الثاني نبحث في إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، وفي المطلب الثالث نبحث في القيود الخاصة بمضمون عقود تفويض المرفق العام، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

أطراف تفويض المرفق العام

لما كان تفويض المرفق العام يعتبر عقداً فإنه يحتاج لأطراف متعاقدة، وهم السلطة المفوضة والمفوض إليه والمستفيدين، وإن لم يكونوا أطرافاً في العقد بل من الغير بالنسبة للعقد، على أساس أن لهم مركزاً قانونياً هاماً في مجال التفويض، وبالتالي نبحث في السلطة المفوضة، والمفوض إليه كأطراف على النحو التالي:

الفرع الأول: السلطة المفوضة:

السلطة المفوضة، وهي الجهة الإدارية المختصة بمنح إدارة المرفق العام إلى شخص آخر خاص أو عام ، فالمرفق العام لا يمكن أن يفوض إلا إذا صدر قرار بإبرام عقد التفويض، والسلطة المختصة بإصداره هي تلك السلطة التي يدخل المرفق في اختصاصها، فهي السلطة المسؤولة عن إدارته، وبالتالي فإن السلطة المكلفة بتنظيم المرفق وليس فقط بإدارته، لا يجوز لها أن تقرر تفويضه إلا في الحالة التي تختلط فيها سلطة التنظيم مع سلطة الإدارة[١]، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اصدر رأياً مخالفاً لهذه القاعدة، تضمن أن اصطلاح تفويض المرفق العام الوارد في المواد (٣٨-٤٠)، من قانون (Sapin)، يتناول

---

[١] J.B. Auby, C. maugue, J.C.P., ١٩٩٤, precite, N ١٤

الحالات التي يكون فيها الشخص العام مكلفاً بمرفق عام، ويعهد بإدارة هذا المرفق إلى شخص يختاره، كما أنه يدخل في نطاق هذا القانون الحالات التي يتم فيها تفويض مرفق عام، بوساطة سلطة مستقلة عن تنظيم المرفق إلى شخص يعهد إليه بمهمة تنفيذه[١].

الفرع الثاني: المشروع المفوض إليه:

الغالب أن يكون المفوض إليه في عقود تفويض المرفق العام مشروعاً خاصاً، وينطبق ذلك على الجمعيات، وشركات الاقتصاد المختلط ، ومن الممكن أن يكون المفوض إليه شخصاً عاماً في أحوال استثنائية. ونتناول هنا بحث الجمعيات، وشركات القطاع العام والخاص، والأشخاص العامة كمفوض إليه، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الجمعيات كمفوض إليه:

الجمعيات الخاصة لا تسعى لاقتسام الربح، إلا أن هذا لا يعني إبعادها بشكل كلي عن دائرة النشاط الاقتصادي، حيث تخضع للقواعد الخاصة بمساعدة المشروعات (Association of Projects)[٢]. ويجوز لها أن تمارس نشاطاً اقتصادياً، وفي هذا الشأن قرر المجلس الدستوري الفرنسي: «إن المبدأ الدستوري بشأن حرية الجمعيات لا يمنع الجمعيات من أن تحصل الإيرادات الضرورية لتحقيق أهدافها، والتي ليست اقتسام الربح بين أعضائها بواسطة ممارسة أنشطة ربحية»[٣]. وهكذا دخلت الجمعيات عالم المشروعات، وهذا

---

[١] C.E., Assemble generale, ٩ mars ١٩٩٥, section des travaux publics, rapport precite, P. ٣٩٩: " La Loi inclut dans son chanp d' application les cas ou Le service public est delegue par une authorite chargee de I' organization du service aune personne qui recoit pour mission de L'executter".

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق ، ص١٠٩.

[٣] C.C., ٢٥ juillet ١٩٨٤, N. ١٧٦ DC, Rec., p. ٥٥.

يتفق مع القانون الأوروبي بشكل خاص، والذي يعتنق مفهوماً واسعاً للمشروع، إذ يعتبر أن كون الشخص المعنوي لا يستهدف غرضاً مالياً، لا يرفع عن النشاط الذي يمارسه الطبيعة الاقتصادية[١]. وهنالك العديد من الجمعيات في فرنسا تتولى إدارة مرافق عامة، وحينئذ تعتبر مشروعات خاصة لمرافق عامة ،حتى ولو قامت بإدارة مرفقاً عاماً ليس من طبيعة صناعية وتجارية، وهذه الجمعيات وإن كانت خاضعة لقانون الجمعيات الصادر في عام ١٩٠١، إلا أنها جمعيات أنشأها في الغالب شخصاً عاماً للقيام بمهمة محددة. وبالتالي يثور التساؤل عن ما مدى جدوى تفويض المرفق إليها ؟وما مدى احترام القواعد الخاصة بالعلانية، والمنافسة[٢]؟.

ثانياً: شركات القطاع العام والخاص كمفوض إليه:

التفويض يكون عادة لشخص من أشخاص القانون الخاص، أي شركة تجارية، ومع ذلك فهو يكثر بشكل ملحوظ لشركات الاقتصاد المختلط وتفويض المرفق العام في فرنسا لشركات الاقتصاد المختلط لا يخلو من الدهشة، لأن شركات الاقتصاد المختلط المحلية تشكل جزءاً من القطاع العام، على اعتبار أن الأشخاص العامة المحلية لها بالضرورة أغلبية رأس المال في الشركات[٣]. أما شركات الاقتصاد المختلط التابعة للدولة، فهي ليست بالضرورة مشروعات عامة ، لأن الدولة ليست بالضرورة صاحبة أغلبية فيها. ويطبق ذلك بشكل خاص في الكويت على بعض الشركات الخاصة، والتي تملك الدولة أغلبية رأسمالها، وتقوم بتفويضها باستغلال بعض المرافق، كشركة المشروعات

---

(١) L. Richer, precite, Remargues sur les enterprises de service public, A J D A, ١٩٩٧. p. ٢٠٤

(٢) D. Giltard, L'association de La Loi de ١٩٠١ et Le spic' Jcp, ١٩٨١, L, ٣٠٢٨

(١) C.E., avis, section de I' Interieur lonov, ١٩٩٣, rapp, n. ٤٥, p. ٤٩.

السياحية التي تعهد إليها الدولة باستغلال المرافق، والمنشآت السياحية والترفيهية، وتملك الدولة فيها (٩٩%) من رأس المال[١]. كما ينطبق ذلك في مصر على شركات قطاع الأعمال العام، لأن هذه الشركات تشكل جزءاً من القطاع العام، ومع ذلك يجوز وفقاً لقانون رقم (٥٥) لعام ١٩٧٥، بشأن نظام منح التزامات إدارة مرفق النقل العام للركاب بالسيارات، وقد منح هذا إلى شركات قطاع الأعمال العام، باعتبارها من الشركات المساهمة التي يمكنها أن تستفيد من أحكام القانون السابق[٢].

والسؤال الذي يبرز هنا هو ما الجدوى من تفويض المرفق العام لشركات الاقتصاد المختلط، طالما أن الشخص العام مساهم رئيس في هذه الشركات؟ أو كما يقول البعض إن انفصام الشخصية قد غزا تفويض الإدارة العامة [٣]. ويجوز التفويض لأشخاص طبيعيين أياً كانت جنسيتهم مواطنين أو أجانب ، وقد قررت ذلك بشكل صريح القوانين الصادرة في مصر والمتعلقة بالتزامات المطارات، والطرق، ومحطات الكهرباء،حيث وافق مجلس الوزراء في (٦) ديسمبر ١٩٩٧، على إسناد التزام إنشاء وإدارة واستغلال مطار مرسي علم إلى إحدى الشركات الكويتية[٤]. ونحن نرى أن الجدوى في تفويض المرفق العام في مثل هذه الحالة لشركات الاقتصاد المختلط، فيه تحقيق مصلحة الإدارة في حسن إدارة المرفق وحسن استغلاله على الوجه الأمثل، وتطبيق قواعد العقود

---

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١١٠.

[٢] الجمعية العمومية للفتوى والتشريع، ٣ أبريل ١٩٩٦، ٤١٤/٢/٤٧، غير منشور مذكرو عند د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١١١.

[٣] Ph. Limouzin – Lamothe, La partigue de La delegation de service public, A J D A, ١٩٩٦, P. ٥٧٥

[٤] د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١١١.ولمزيد من التفاصيل د. ابراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق ، ص ١٧٧ .

الخاصة عليه، وهذا ما حصل في الأردن في تفويض شركة الاتصالات إلى شركة فرنسية، مع بقاء الحكومة تملك نسبة من الأسهم في رأس مال الشركة.

ثالثاً: الأشخاص العامة كمفوض عام:

فالمؤسسات العامة على اختلاف أنواعها تقوم على إدارة مرافق عامة ، كون المؤسسة العامة شخص معنوي يدير مرفقاً عاماً[٢]. ومن هنا لا يوجد ما يمنع من أن يتم التفويض لأشخاص عامة كالمؤسسات العامة (Public institutions)، ومن أبرز التطبيقات في فرنسا التزام توزيع الغاز، والكهرباء، والذي عهد به إلى مؤسسة فرنسا للغاز والكهرباء، ويمكن أن يتم التفويض لوحدة محلية[٣]. وفي هذه الحالات لا يطبق من حيث المبدأ قانون (Sapin) وخصوصاً، المادة (٤١). والتفويض في مثل هذه الحالات غير مفهوم. فمن ناحية إذا كان الهدف من التفويض مساهمة القطاع الخاص في تحقيق المرونة في إدارة المرفق، فإن هذا الأمر يتحقق إذا كان التفويض إلى شخص عام أيا كان نظامه القانوني، ومن ناحية أخرى فإن التفويض إلى الأشخاص العامة، يشوه فكرة التفويض، حيث إنه يؤدي إلى نقل الاختصاص فيما بين الأشخاص العامة[١]. وفي مصر فإن منح التزامات البحث عن البترول واستغلاله تتم بقانون[٢]. ونحن نرى بأنه لوضوح فكرة التفويض يجب أن يتم التفويض إلى

---

[٢] د. بكر قباني ، القانون الإداري ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٣٦٠ ولمزيد من التفاصيل د. أنور رسلان ، وسيط القانون الإداري ، ج١ ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٣٦٦ وايضاً د.طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، ص ٤٣٦ .

[٢] Ph. Terheyre, La nation de conversation de delegation, precite, p. ٥٩٠.

[١] P. delvolve, Les contradiction de La delegation de service public, A J D A, ١٩٩٦, p. ٦٨٧

[٢] د. مصطفى أبو زيد فهمي ، الوسيط في القانون الإداري ، ج١ ، تنظيم الإدارة العامة ، الإسكندرية ، ١٩٩٥ ،فقرة ٤٦١ .

القطاع الخاص، لأن التفويض للقطاع العام ربما يعني حلول جهة عامة مكان جهة عامة أخرى في استغلال المرفق، وبالتالي لا تتحقق المرونة في الإدارة.

المطلب الثاني

إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام

عقود تفويض المرفق العام تقوم على فكرة أساسية هي حرية اختيار المتعاقد، وبالتالي فإن هذه العقود لم تكن خاضعة لأي قيود في إبرامها، ولذلك انحسرت الرقابة القضائية على القرارات السابقة على إبرام العقد، وتطبيقاً للقواعد العامة لم تكن لأحكام الإلغاء أي قيمة مباشرة على العقد نفسه. ولكن هذه الأوضاع التقليدية أصابها قدر من التطور، ومن هنا أصبح اختيار المتعاقد خاضعاً لبعض القيود الإجرائية ، مثل العلانية والمنافسة. كما اتسعت الرقابة القضائية على القرارات المنفصلة عن العقد. وقد تطور الأمر لدرجة أنه أصبح يمكن أن يؤدي إلغاء القرار المنفصل إلى فسخ العقد نفسه، ونبحث ما ذكر على النحو الآتي:

الفرع الأول: القيود الخاصة بالعلانية والمنافسة:

ونبحث فيه المضمون التقليدي لحرية اختيار المفوض إليه، والأساس الدستوري لإجراءات العلانية والمنافسة، والقيود الخاصة بذلك، وكذلك لا بد من بيان مبدأ المساواة، وإجراءات العلانية والمنافسة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المضمون التقليدي لحرية اختيار المفوض إليه:

وهذا يتضمن الآتي:

١- مفهوم الاعتبار الشخصي:

يعني الاعتبار الشخصي في العقد : (الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين ، أو بصفة من صفاته ، وهذا يطلق عليه الاعتداد المنفرد ، كما هو الحال في عقود المقاولة والهبة ، والتأمين ، أما الاعتداد بشخصية طرفي العقد وهو ما يطلق عليه الاعتداد المزدوج كما في عقود الوكالة ، وعقود شركات التأمين حيث يراعي كل طرف في العلاقة العقدية الاعتبار الشخصي للطرف الآخر وصفاته)[١]. ووفقاً للقواعد العامة في إبرام العقود الإدارية، فإن الإدارة مقيدة بطرق معينة لإبرام العقود. ويعد العقد باطلاً إذا ابرم بالمخالفة لهذه الطرق. وتطبيقاً لذلك أفتى مجلس الدولة المصري: (بأن العقد المبرم بين وزارة الداخلية وإحدى الشركات الخاصة لإنشاء أكاديمية مبارك للأمن، تم إبرامه بالمخالفة لأحكام القانون، نظراً لأنه تم إسناد أعمال العقد بالأمر المباشر إلى الشركة المتعاقد معها، بينما يتطلب القانون، طرح الأعمال محل العقد في مناقصة، أو ممارسة يتبارى فيها المقاولون لتقديم أفضل عروضهم سعراً وشروطاً)[١]. ووفقاً لقاعدة تقليدية، فإن السلطة مانحة الالتزام تتمتع بحرية اختيار الملتزم على النحو الذي تراه، دون أن تكون مقيدة بإجراءات التعاقد في العقود العمومية الأخرى.وأساس ذلك أن العلاقة بين المتعاقدين يجب أن تقوم على أساس الثقة المتبادلة.نظراً لأهمية موضوع هذه العقود، كونها مرتبطة

---

[١] د. محمد سعيد حسين أمين ، الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ٥٥ ، ولمزيد من التفاصيل د. سمير إسماعيل ، الاعتبار الشخصي في التعاقد ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٧٥ ، ص ٧ وما بعدها .

[١] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في ٢١ يناير ١٩٩٨، ٣٤٤/١/٥٤ غير منشورة مذكورة، عند د.محمد عبد اللطيف المرجع ذاته، ص١١٦.ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع د. عبد الفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري ، القاهرة ، ١٩٩٤.

بالمرفق العام الذي يحتل أهمية خاصة لاتصاله بالمصلحة العامة.واختيار المتعاقد يستند إلى فكرة الاعتبار الشخصي(Lintuitus personae) فالإدارة مجبرة على اختيار متعاقد ذي سمعة حسنه ومتمتعاً بإمكانية مالية وكفاءة فنية كبيرة، حتى يتمكن من القيام بمسؤوليته في إدارة المرفق، إلا أنها تستطيع أن تختار هذا الشخص دون غيره استناداً إلى فكرة الاعتبار الشخصي التي تستند على الثقة الكاملة في المفوض إليه، وهذه الثقة لا تتحقق ولا تستمر طوال مدة العقد إذا كانت حرية الاختيار مقيد في إطار جامد . وهذه القاعدة أكدها مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٩٣ ، وذلك في قضية يتعلق موضوعها في الطعن بقرار المجلس البلدي في (Saint – Denis dela Reunion)، والذي قرر فيه:«تجديد عقد إيجار مرفق توزيع مياه الشرب، دون مراعاة إجراءات العلانية والمنافسة، فقرر مجلس الدولة أن المجلس البلدي، كان يستطيع أن يختار المفوض إليه للمرفق بحرية دون أن يخضع لإجراءات العلانية والمنافسة»[١]. وفي مصر اتبع القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، بشأن التزام المرافق العامة هذه القاعدة الخاصة بحرية السلطة مانحة الالتزام في اختيار الملتزم، فلم يحدد أية إجراءات يجب إتباعها لاختيار الملتزم[٢]، ومن الناحية العملية[٣]، فإن الأشخاص العامة كانت تقوم بوضع المشروعات الخاصة في حالة منافسة من تلقاء نفسها، وكانت تدخل في مفاوضات طويلة، تستمر

---

(١) C.E., ٢٣ juillet ١٩٩٣, compagnie general des eaux, RFDA, ١٩٩٤, P. ٢٥٢, note ph. Terneyre. Le conseil municipal saint – denis de la reunion pouvait choisir Le delegaiter du service municipal de L' eau sans etre astreint, en L'elat de La Leislation atros en vigueur, aune miseen concurrence prealable". ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٦٠٧

(٢) د. جابر نصار ، عقود البوت ، والتطور الحديث لعقد الالتزام ، مرجع سابق ، ص٨٤ .

(٣) B. prades, Les relations entre Le delegataire et Le delegant ajda, ١٩٩٦, p. ٦٣٨

شهوراً أو سنوات، حتى يمكن استبعاد أي سوء فهم، بحيث تتولد الثقة المتبادلة الضرورية لتنفيذ العقد على نحو مقبول.

٢- الأساس القانوني للاعتبار الشخصي في إبرام عقود التفويض:

يكمن هذا الأساس في تكريس طابع المرفق العام عند إبرام عقود التفويض، فمنح شخص عام أو خاص إدارة مرفق عام، يعتبر من قبيل تنظيم المرفق، ومن هنا فإن السلطة التي تملكها الإدارة في اختيار المتعاقد معها في عقود التفويض، هي واسعة بحيث لها حرية كاملة في اختياره، وهذا يجد أساسه في التزام الإدارة بإشباع الحاجات العامة، من خلال تأمين أفضل إدارة للمرفق، كون القانون يفرض على السلطة الإدارية ضرورة التدخل لإنشاء المرفق، ويقيد سلطتها في حرية اختيار متعاقدها[٤]. وفي نهاية القرن العشرين حصل تطور تشريعي بمقتضاه أخذ عقد التفويض يتجه شيئاً فشيئاً نحو الالتزام بنطاق إجرائي[١].كما أن هنالك ارتباطاً وثيقاً بين مبدأ الاعتبار الشخصي وسلطة تنظيم المرفق محل التفويض، فالسلطة المفوضة تسعى إلى التعاقد مع أفضل شخص قادر على تحسين أداء المرفق، كما أن مبدأ الاعتبار الشخصي يفرض نفسه بحيث إن الإدارة لا تستطيع إلا التعاقد مع أفضل من لديه القدرة على حسن الأداء، كما أن الأساس القانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي، يكمن في جملة الالتزامات التي تقع على عاتق المفوض، إذ يتعين على المفوض إليه أن يشرف شخصياً على حسن التنفيذ الجيد للمرفق، ولا يجوز له التوقف عن التنفيذ حتى حين تنشأ بينه وبين الإدارة خلافات. وتطبيقاً لذلك صدر حكم لمجلس الدولة الفرنسي في ١٩٧٦/١/٧، حيث أكد فيه، بأن عدم وفاء الإدارة

---

[٤] د. مهند نوح، المرجع ذاته، ص٦٠٨. د. محمود أبو السعيد حبيب ، مبادئ القانون الإداري ، ٢٠٠٠ ص ١٤ ، ٢٨ .

[١] د. إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ٩٣ .

المفوضة بالتزاماتها،لا يعفي الملتزم من احترام التزاماته. ويمارس القضاء الإداري الفرنسي رقابة دنيا على معطيات الاختيار، بحيث تنحصر صلاحية القاضي الإداري من كون هذا الاختيار لا يتضمن مخالفة للقانون، أو في الوقائع أو تجاوزاً في السلطة. وهنالك من يرى بأن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي كونها وسيلة تمكّن جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري ، بما يخدم الصالح العام[٢].ونحن نتفق مع ما ذهب إليه هذا الرأي في إيجاد أساس قانوني لمبدأ الاعتبار الشخصي، لأن الأصل في العقود الإدارية، هو أن تبرم دون مراعاة للاعتبار الشخصي لمتعاقد بعينه، هذا من حيث المبدأ، لكننا نجد بأن عقود تفويض المرفق العام تشكل خروجاً على هذا المبدأ، بحيث يترك للإدارة حرية واسعة في اختيار المفوض إليه، وذلك لكون هذه العقود تتميز بخصوصية تجعلها تحتاج إلى مثل هذا المبدأ، لأن مبدأ حسن إدارة المرفق العام باضطراد وانتظام يبرر أساس هذه السلطة للإدارة، حتى ولو لم ينص عليها في القوانين، أو لوائح تنظيم المرفق العام، لأن كل مرفق يختلف تنظيمه وإدارته عن المرفق الآخر، وهو الأمر الذي يقتضي، اختلاف طرق إبرام عقود هذه المرافق، والقول بعكس ذلك يجعل المرفق في حالة جمود.ومما يدعم وجهة نظرنا أن قانون المناقصات والمزايدات المصري قد كرس فكرة الاعتبار الشخصي ، وذلك بمنع الجهات الإدارية من التعاقد مع أولئك الذين قيدت أسمائهم في سجل الممنوعين من التعامل، بسبب سوء سمعتهم لارتكابهم

---

[٢] د. محمد سعيد حسين أمين ، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٢ ، ص ٥٥.

جـرائم مبينـة فـي القـانون ، وهـذا مـا ذهبـت إليـه المحكمـة الإداريـة العليـا المصرية[١].

٣- المفهوم الجديد للاعتبار الشخصي في نطاق عقود التفويض:

هذه المرحلـة تـأتي مـا بعـد قـانون (Sapin)، ففـي بدايـة التسـعينيات مـن القـرن الماضي ظهرت العديد من الاتجاهات الفقهية، والتـي تنـادي بضـرورة توفيق المفهوم الكلاسيكي السائد بنطاق إبرام عقود التفويض، والقائم على الاعتبار الشخصي، مع متطلبات الإدارة الحديثة، وكـان لتدخل المشرع الأوروبـي فـي إبرام طائفة من عقود التفويض، أثر بـالغ فـي ظهور هذه الاتجاهات، بحيث وضع المشرع الأوروبي جملة موحدة من المفاهيم، التـي تحكم عقود الشراء العـام، ويمكـن أن تبرمهـا الإدارة فـي الـدول الأعضـاء فـي الاتحـاد الأوروبـي، والتي تستند على نقاء المنافسة واتساعها[٢]، كما توسع المشرع الأوروبـي فـي تعريف عقود الأشغال العامة لدرجة أنهـا شملت عقود التزام الأشـغال العامـة، وهذه الأخيرة تعد في فرنسا من عقود تفويض المرفق العام، ومن هنا كان هذا أول مظهـر لتطبيـق قواعـد العلانيـة، والمنافسـة فـي مجـال عقـود التفـويض، بـالمعنى الـذي تطبـق فيـه فـي عقـود الشـراء العـام، وتجـاوز ذلك مبدأ الاعتبـار الشخصـي الـذي كـان مسـيطراً فـي إبـرام عقـود التفـويض[١]. كمـا أن سياسـة مكافحـة الفسـاد التـي ظهـرت فـي فرنسـا منـذ أواخـر الثمانينيـات مـن القـرن

---

[١] قانون المناقصات والمزايدات المصري الجديد ، رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨ ، المادة(٢٦) ، وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٨ /١٩٦٣/١٢ ، مجموعة المبادئ القانونية ، ص ١٥٦ ، وحكمها الصادر في ١٩٦٩/١١/٢٨ ، منشور بنفس المجموعة ، ص ١٥٧ .

[٢] د. مهند نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص٦١٠.ولمزيد من التفاصيل ، د. إبراهيم الشهاوي ، عقد إمتياز المرفق العام ، ص ١٢٠ .

[١] Terheyre. PH, L' Influence du droit communbautaire sure le droit des contrats administratifs, A.J.D, ١٩٩٦, No. ٥, p. ٨٧.

الماضي، قد دفعت المشرع الفرنسي إلى وضع إجراءات محددة وشفافة، لإبرام عقود تفويض المرفق العام. ثم صدر قانون رقم ٩٣/ ١٢٢ تاريخ ٩/ ١/ ١٩٩٣، المتعلق بالكفاح ضد الفساد، والشفافية في الحياة الاقتصادية، والإجراءات العامة، وهو قانون (Sapin)، وهنا أصبح لأول مرة في فرنسا قواعد إجرائية تحكم إبرام عقود التفويض، بحيث أصبحت التقنية الوحيدة لإبرام عقود التفويض، هي التقنية التفاوضية، والتي تتم بعد علانية كاملة ومنافسة مسبقة. بينما في مصر تم إلزام سلطة التفويض بمراعاة العلانية والمنافسة لطوائف عقود الالتزام[٢]. مع العلم بأن القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، وقانون رقم (٦١) لعام ١٩٥٨، لم يضعا أحكاماً خاصة بعقود الامتياز، وبالتالي يوجد هنا تناقض، حيث أن هنالك طائفة من الالتزامات تخضع في إبرامها لقواعد محددة، ووجود التزامات أخرى لا تخضع لمثل ذلك وهي الأصل العام. وبالتالي نحن نتفق مع الرأي القائل بضرورة وجود تشريع في مصر ينظم عملية تفويض المرافق العامة بشكل كلي، كما هو الحال في فرنسا، لأن هذه الطائفة من العقود تتميز بصفات خاصة، وبالتالي تمثل مصلحة عامة لغالبية الجمهور وهو الأمر الذي يقتضي ضرورة تنظيمها تشريعياً بما يخدم مصلحة الإدارة والمستفيدين، وكذلك مصلحة المفوض إليه لضمان حسن سير هذه المرافق المفوضة.

ثانياً: الأساس الدستوري لإجراءات العلانية والمنافسة:

أكد قانون (Sapin) في فرنسا على مبدأ حرية اختيار المتعاقد من جانب السلطة المفوضة،ومع ذلك فقد وضع إجراءات خاصة بالعلانية، ووضع

---

[٢] د. إبراهيم الشهاوي ، عقد إمتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ .

المشروعات الخاصة في منافسة (م/ ٣٨)[١]. وفي مصر اتجه المشرع مؤخراً إلى إلزام سلطة التفويض، بمراعاة المنافسة والعلانية في بعض طوائف عقود الالتزام، ومن ذلك التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول[٢]. والتزام إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسة وإدارتها، واستغلالها وصيانتها[٣]. والتزام إنشاء وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء[٤]. إذاً ما هو الأساس الدستوري لغرض إجراءات العلانية والمنافسة؟ فالمشرع يتوخى بفرض هذه الإجراءات تحقيق الوضوح في الإجراءات العامة، فهل يعتبر ذلك هدفاً يحميه الدستور؟.

في فرنسا، قرر المجلس الدستوري إنه: «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 في الاعتبار طبيعة، وقيمة الاستثمارات التي يقوم بتنفيذها المفوض إليه»[٥].

والواضح أن المجلس الدستوري الفرنسي لم يقرر صراحة أن الأهداف التي يسعى القانون المعروض عليه لتحقيقها، وهي الوضوح والمنافسة لها في حد ذاتها قيمة دستورية على عكس ما قرره في أحكام سابقة[٦]. وان كانت هذه

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ١١٧، ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٦١٣.

[٢] قانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المادة (١).

[٣] قانون رقم (٢٢٩) لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨، بشأن الطرق العامة، المادة (٢).

[٤] قانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢) لعام ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر المادة (١١).

[٥] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ١١٨، ١١٩.

[٦] المرجع ذاته، ص١١٨، ١١٩.

النتيجة مستفادة ضمناً من الحكم. كما أن المادة (٧٢) من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨، تمنح الجماعات المحلية الحرية في الإدارة ، وبالتالي لها الحرية في تنظيم كل ما يتعلق بمرافقها دون قيود[٣]. ويرى بعض الفقه أن مبدأ الوضوح يجد مصدراً دستورياً في المادة (١٤) من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، والتي تنص على إنه: «لجميع المواطنين الحق، سواء بنفسهم أو بوساطة نوابهم، أن يتابعوا استخدام الضريبة العامة». كما أن المادة (١٥) من الإعلان ذاته تنص على أن:(المجتمع له الحق أن يطلب كشف حساب من كل موظف عام عن إدارته)[٤]. ونحن نرى بأنه لابد من تعديل المواد الدستورية في الدول التي عرفت نظام الالتزام، خصوصاً الأردن وسورية ومصر، بحيث تعدل المواد الدستورية الخاصة بمنح الالتزام، ليتم الإشارة إلى إجراءات المنافسة والعلانية في إبرام عقود التفويض.

ثالثاً: القيود الخاصة بالعلانية والمنافسة السابقة:

أن النصوص الحديثة في فرنسا أدخلت تعديلات على النظام القانوني لعقود تفويض المرفق العام، بحيث أخضعت المتعاقد لقواعد العلانية والمنافسة. والقانون الأوروبي كان له تأثير في هذا الاتجاه، فالتوجيه الخاص بعقود الأشغال والصادر في فرنسا بتاريخ (١٨) يوليو ١٩٨٩ ، فرض قواعد العلانية على امتيازات الأشغال، وقد حددها على أنها العقود المتعلقة بتنفيذ

---

[٣] د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص ٦١٢ .

[٤] D. pouyaud, concurrence, transparence et libre administration, a propos de la decision du conseil constitutionnel. N. ٩٢ . ٣١٦ DC du ٢٠ janvier ١٩٩٣, RFDA, ١٩٩٣, p. ٩٠٥.

إنشاءات أو بنية تحتية. والمقابل المالي فيها يكون حق استغلال المنشآت، أو أن هذا الحق مقترناً بثمن، ومع ذلك فهذه الفكرة وان كانت تتعلق بعقود امتياز الأشغال، إلا أنها تشمل بعض امتيازات المرافق العامة، وهي تلك التي تقترن بامتيازات الأشغال [١]. وعلى مستوى القانون الداخلي، فان قانون (sapin) اخضع إبرام عقود تفويض المرفق العام لقواعد العلانية، حيث نصت المادة (٣٨)منه على إنه: «تخضع عقود تفويض المرفق العام للأشخاص المعنوية للقانون العام، وبواسطة السلطة المفوضة، لإجراءات العلانية بما يؤدي إلى تقديم عدة عروض منافسة، وفقا للشروط الواردة في مرسوم مجلس الدولة»[٢]. وقواعد العلانية السابقة حددها مرسوم (٢٩) مارس ١٩٩٣، فهي النشر مرتين، مرة في دورية لها حق نشر الإعلانات القانونية، ومرة أخرى في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي ذات الصلة بحق التفويض. و لا يوجد أي إلزام بالنشر في الجريدة الرسمية للجماعات الأوروبية، لعدم وجود نص في القانون الأوروبي[٣]. والإلزام بإجراء النشر ليس مجرد إجراء شكلي بحت، وإنما يهدف إلى السماح بتقديم عدة طلبات ترشيح، ومن شأن ذلك أن يخلق مناخاً تنافسياً، ويفرض على الإدارة أن تلجأ إلى مقارنه فعلية بين العروض. ويجب أن يحدد الإعلان الموعد النهائي لتقديم العروض، على أن لا تقل هذه المدة عن شهر من تاريخ النشر. وهذه المدة لا تبدأ في السريان إلا

---

[١] J. B. Auby, C. maugue, JCP, ١٩٩٤, precite, ٦٥; C. Vincent, article precite, p.٦

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٢٠.

[٣] J.C. Douence, la devolution contractuelle du service puplic local, encyclopedie dolloz, collectivities locales,١٩٩٣, , precite, n. ٦١٥٠-١٠.

بدءاً من آخر نشر[١]. وبذلك أوجد قانون ٢٩ /١ /١٩٩٣ نوعاً مقيداً من المنافسة عند إبرام عقود التفويض ، وفي نفس الوقت تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تحديد المرشحين الذين سيدخلون إلى ساحة المنافسة والتفاوض [٢].ونحن نتفق بأن يكون هنالك إعلاناً عن عقود تفويض المرفق العام، وذلك لدخول أكبر عدد ممكن من الأشخاص المؤهلين، وبالتالي تشتد المنافسة كلما زاد عدد المرشحين، الأمر الذي ينعكس بالفائدة على الإدارة، حيث كل مرشح يحاول طرح أفضل سعر، وأجود خدمة، وهذا ما تسعى إليه الإدارة.

رابعاً: مبدأ المساواة وإجراءات العلانية والمنافسة:

كانت المادة (٤١) من قانون (sapin) في صياغتها الأولى تقرر إعفاء بعض المؤسسات والمشروعات من الخضوع لأحكام القانون، وتشمل المشروعات التي يقرر لها القانون احتكاراً، والمؤسسات العامة والشركات التي يكون الشخص العام مالكها بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، أو يملك أغلبية رأس المال فيها، شريطة أن يظهر النشاط المفوض صراحة في نظام المؤسسة، أو الشركة، وقد أحال بعض أعضاء البرلمان هذا النص إلى المجلس الدستوري كونه يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة من وجهة نظرهم، إلا أن المجلس لم يشاطرهم وجهة نظرهم إلا بشكل جزئي. وقرر المجلس أنه لا يتعارض مع مبدأ المساواة، أن يعامل المشرع المراكز المختلفة بطريقة مختلفة ، ولا أن يخرج على مبدأ المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، شريطة أن يتعلق بموضوع القانون اختلاف المعاملة في هذه الحالة، أو تلك و هذه الصياغة تعد من المسلمات ولا تتضمن جديداً. كما رفض المجلس النقد الموجه إلى هذا

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، عقد تفويض المرفق العام، مرجع سابق ، ص١٢٠، ١٢١، ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٦١٣، ٦١٤.

[٢] د. ابراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ .

الـنص فيمـا يتعلـق بإعفـاء المشـروعات التـي تمـارس احتكـاراً قانونيـاً، مثـل مشروعات توزيع الكهرباء والغاز ,EDF, GOF، وتختلف هذه المشروعات بحسب طبيعتها عن المشروعات القابلة للمنافسة، لأن تفويض المشروعات الأولى مفروض على الشخص العام، وبالتالي فإن العلانية التي تسمح بتقديم عروض المنافسة ليس لها سبب للوجود تجاه هذه المشروعات[١]. كما رفض المجلس النقد الموجه إلى هذا النص والمتعلق بالمؤسسات العامة، كونها تابعة للدولة مباشرة، أو للوحدات الإقليمية، وأنشئت لإدارة مرفق تابع للدولة، أو لهذه الوحدات. وبالتالي فإن مركزها يختلف جوهرياً عن المشروعات الخاصة، وهدف التفويض هو توفير شكل مرن للإدارة المباشرة[٢]، فالمؤسسات والهيئات العامة لها شخصية قانونية مستقلة وتعد من أشخاص القانون العام[٣]. والمركز المختلف لهذه المشروعات الاحتكارية أو المؤسسات، يبرر نظاماً أقل شدة من النظام المطبق على سائر المفوض إليهم للمرافق العامة، والمعاملة المختلفة لها علاقة بموضوع القانون، فالمركز المختلف يبرر معاملة مختلفة تتعلق بقواعد الوضوح والمنافسة، وبالتالي فلا

---

[١] المرجع ذاته، ص ١٢٣ ولمزيد من التفاصيل د.محمد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ١٢٣ .

[٢] د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١٢٣.

[٣] د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص ٤٣٩، ولمزيد من التفاصيل د . أنور رسلان، وسيط القانون الأداري ، مرجع سابق ، ص ٣٦٦ ، وأيضاً د . سامي جمال الدين ، أصول القانون الإداري ، ج٢ الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ٦٠٣ و د. محمود محمد حافظ ، نظرية المرفق العام ، القاهرة ، ١٩٨١ /١٩٨٢ ، ص ١٣٣ ، وأيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١١/١٢ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، د. نعيم عطية والأستاذ حسن الفكهاني ، ج٢٠ ، ١٩٨٧ ، ص ٤٣٩ ، وفي الفقه الفرنسي ريفيريو وليين وديليو بادير ، ولمزيد من التفاصيل ، د محمد عبد اللطيف ، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الإقتصادية ، مرجع سابق ، ص ،١٤٣ .

يتعارض مع الدستور استبعادهم من نطاق تطبيق هذه القواعد. إلا أن المجلس الدستوري يشاطر أعضاء مجلس البرلمان بالنسبة لإعفاء الشركات التي يكون رأسمالها مملوكاً بشكل مباشر، أو غير مباشر للسلطة المفوضة، بشرط أن يظهر النشاط المفوض صراحة في هذه الشركات. وسند المجلس في ذلك هو أن الإعفاء من القواعد الخاصة بالعلانية السابقة والإجراءات الخاصة ببحث العروض، والرقابة السابقة من السلطة المختصة بالتفويض، يتعلق بضمانات جوهرية في المنافسة والوضوح. وبالتالي هذا الإعفاء لا يجد أي مبرر لا فيما يتعلق بالخصائص المميزة لمركز هذه المشروعات، ولا فيما يتعلق بطبيعة نشاطها، ولا فيما يتعلق بالصعوبات المحتملة في تطبيق القانون، والخاصة بمخالفة الأهداف المتعلقة بالمصلحة العامة، والتي يقصد المشرع تحقيقها. وبعبارة أخرى فإن هذه المشروعات ليس لها أي خصوصية تبرر إعفاءها من تطبيق هذه القواعد، كون هذه الشركات تبقى رغم ملكية الأشخاص العامة لأغلبية رأس المال، من أشخاص القانون الخاص، وتظل مستعيرة من القانون الخاص للقواعد المتعلقة بتنظيمها وتسييرها[١].

الفرع الثاني: تحرير إرادة الإدارة المفوضة من إجراءات العلانية والمنافسة السابقة في بعض الحالات: (حالات التفاوض المباشر).

لقد استثنى المشرع الفرنسي حالات معينة من التزامات المنافسة والعلانية، المسبقين وذلك في المادة (٤١) من قانون ٩/ ١/ ١٩٩٣، وهذا يعطي للإدارة الحق في اللجوء إلى أسلوب التفاوض المباشر مع أحد أشخاص القانون

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٢٤.ولمزيد من التفاصيل د. محمد عبد اللطيف ، التطورات المعاصرة ، المرجع ذاته ، ص١٥٢

الخاص أو العام، والذي ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي فيه، دون التقيد بإجراءات المنافسة والعلانية، وهذه الحالات تشمل:

أولاً: عندما يقرر القانون احتكاراً بشأن خدمة، أو نشاط معين لمصلحة مشروع بعينه.

ثانياً: عندما تفوض إدارة المرفق إلى مؤسسة عامة، شريطة أن يكون المرفق المفوض مما يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة، ووفقاً للقواعد القانونية التي تحكمها[١]. ويرى جانب من الفقه بأنه يجب تطبيق قواعد العلانية والمنافسة المسبقين، إذا تم التفويض لأحد الأشخاص العامة خارج نطاق هذه الحالة[٢].

ثالثاً: عقود التفويض التي لا تتجاوز فيها قيمة المبالغ التي تقع على عاتق المفوض، سبع مائه ألف فرنك طيلة مدة العقد[٣].

رابعاً: إذا كان موضوع عقد التفويض قد طرح في منافسة سابقة، ولم يقدم أي عرض، أو قدمت عروض ورأت الإدارة أنها غير مناسبة[٤].

خامساً: من المستقر عليه في فرنسا وجود نوعين من التفويضات، تفويضات تمنح على أساس تعاقدي، وأخرى تمنح بقرار[٥]. وتطبيقاً لما تقدم أفتى مجلس الدولة الفرنسي بأن التزامات المنافسة والعلانية الواردة في قانون ٢٩/ ١/ ١٩٩٣، تطبق في نطاق التفويضات ذات الطبيعة التعاقدية، دون التفويضات

---

[١] د. مهند نوح: الايجاب والقبول، مرجع سابق ص ٦١٨، ٦١٩.

[٢] Maugue, les variations de liberte' contractuelle, op. cit, p. ٦٩٦ ٢٣

[٣] قانون ٢٩/ ١/ ١٩٩٣، المادة (٤١).

[٤] قانون ٢٩/ ١/ ١٩٩٣، المادة (٤٥).

[٥] Auby, J. B et maugue. Ch, La notion et regime de la delegation, op. cit, p. ٢٥٠.

الممنوحة بقرار[١]. وفي مصر يجوز منح تفويضات مرفق عام، بمقتضى ترخيص (قرار)، كالترخيص الممنوح للشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول، لإنشاء وتشغيل خدمات اتصالات جي. إس. إم، ٩٠٠[٢].

الفرع الثالث: موقفنا من التفاوض المباشر في حالات عقود التفويض:

نحن نتفق مع الرأي الفقهي القائل بضرورة تحديد حالات للتفاوض المباشر في عقود التفويض، وذلك قياساً على القاعدة العامة في أساليب إبرام العقود الإدارية، والتي من بينها الاتفاق المباشر، إلا أننا نرى ضرورة اختصار ذلك على الحالات الخاصة، والتي ترى فيها الإدارة، تحقيق للمصلحة العامة، ولحسن سير المرفق العام بانتظام، ولضمان جودة الخدمة المقدمة، كما أن هذا الأسلوب في التفويض يجب ألا يطبق إلا فيما يتعلق بنطاقات التفويض الممنوحة بقرار إداري فقط، وهي حالات محددة حصراً وقد أشار إليها في فرنسا، قانون ٩/١/ ١٩٩٣، في المادة (٤١) منه، أما التفويضات التعاقدية، فإننا نتفق مع الرأي القائل بضرورة تطبيق قواعد العلانية والمنافسة فيها، لأن في ذلك تحقيق لروح الشفافية، ومحاربة للفساد الإداري في إبرام العقود الإدارية، وهو ما تنشده الإدارة على الدوام، كما أنه يحقق مبدأ المنافسة المشروعة بين المرشحين، ويجعلهم على قدم المساواة، ويتنافسون، لتقديم أفضل العروض، وبالتالي ينعكس ذلك على حسن إدارة المرفق العام، وجودة خدماته،ومما يؤيد ذلك صدور القرار السابق عن مجلس الدولة الفرنسي،

---

[١] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول ، مرجع سابق، ص٦١٩.

[٢] د. محمد عبد اللطيف: التطورات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، مرجع سابق، ص١٣٣ .

والـذي ميـز بـين التفويضـات ذات الطبيعـة التعاقديـة والتفويضـات الممنوحـة بقرار.

الفرع الرابع: دور رقابة القاضي الإداري على القرارات المنفصلة في عقود تفويض المرفق العام:

مهما كانت النظرة إلى القيود الخاصة بإجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام، وما إذا كانت تؤدي إلى الإخلال بمبدأ حرية الاختيار استناداً لفكرة الاعتبار الشخصي أم لا، فإن التكريس التشريعي لفكرة عقود تفويض المرفق العام، والتدخل التشريعي في مجال الإجراءات القضائية أثمر عن نتائج هامة، بشأن رقابة القاضي الإداري على المنازعات السابقة على مرحلة التعاقد[١]. ونبحث هنا في رقابة الخطأ البين في التقدير، وسلطة القاضي في الأمر بوقف إبرام العقد، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: رقابة الخطأ البين في التقدير:

مؤدى هذه الفكرة أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي الإداري بالرقابة على تكييف الوقائع التي يستند إليها القرار الإداري، فإنه يخضع هذا التقدير لرقابته في حالة ما إذا كان هنالك خطأ ظاهر في التقدير، أي أن يوجد خطأ في تقدير الوقائع يتسم بالوضوح البالغ لدرجة لا يحتاج لمتخصص لتقريره وتأكيده[٢]. وهذه الرقابة تعد جزءاً من رقابة الحد الأدنى التي يمارسها القاضي الإداري، والتي تقتصر على التحقق من الوجود المادي للوقائع التي استند عليها القرار،

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام ، مرجع سابق، ص١٢٥.

[٢] Ch. Debbasch, J.C.R icci, contentieux atministratif, dalloz, ١٩٩٠ n, ٨٣٤. J.M. Auby et A.Drago, traite de contentieux atministatif, t, II,L.G.J, ١٩٨٤, n.١٢٨٣.

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي أخرج من رقابة الخطأ البين في التقدير بعض القرارات، كالقرار الخاص باللجوء إلى إدارة المرفق العام بطريقة ما دون طريقة أخرى[١]، وكذلك حالة تقرير إدارة المرفق عن طريق الالتزام، أو الإيجار، فاختيار الملتزم أو المستأجر يخرج عن هذه الرقابة[٢]. واستبعاد القرارات الخاصة باختيار الملتزم أو المستأجر، يرجع إلى المبدأ الذي مؤداه أن الاختيار يستند إلى الاعتبار الشخصي، ورغم ذلك فقد اقترح في عام ١٩٨٦، مفوض الحكومة على مجلس الدولة أن يمارس الرقابة على الخطأ البين في التقدير، حيث إن الإدارة تستطيع أن تختار المتعاقد بحرية، ولكن بالنظر لمصلحة المرفق يجب ألا يكشف الاختيار عن خطأ بيّن في التقدير، خصوصاً فيما يتعلق بالكفاءة الفنية للمتعاقد الذي يقوم بتنفيذ المرفق[٣]. ومن المعلوم أن القضاء يمارس رقابة الخطأ البين في التقدير في الحالات التي يتوافر فيها للإدارة حرية الاختيار بين بدائل مختلفة، كاختيار الأراضي التي ستنزع ملكيتها[٤]. لكن مجلس الدولة في حكمه الصادر في (١٧) ديسمبر ١٩٨٦، لم يأخذ برأي مفوض الحكومة، معتبراً أن حرية الاختيار لا تتعلق فقط بطريقة إبرام العقد ولكن باختيار المتعاقد أيضاً ويرجع ذلك إلى فكرة الاعتبار الشخصي، وعدم وجود إطار قانوني يحكم أو يوجه هذا الاختيار[٥]. وقد تضمن قانون (Sapin) إطاراً يوجه اختيار الإدارة لمتعاقدها، حيث نصت

---

(٢) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٢٥، ١٢٦.ولمزيد من التفاصيل د. ابراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص٤٢١ وما بعدها.

(٢) C.E., ١٧ December ١٩٨٦, societe Hit TV, syndicat de L' armagnec et desvins, du Gers Rec., P. ٦٧٦: RFDA, ١٩٨٧, P. ١٩, concl, m, fornacciari

(٣) د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١٢٦.

(٤) C.E., Section, ٢٣ mars ١٩٧٩, Valentinn, Rec., P. ١٣٣.

(٥) m, Azibert, m. de Boisdeffre, chorn, AJDA, ١٩٨٧, P. ٩٤.

المادة (٣٨) منه على أنه: «يقوم الشخص العام بإعداد قائمة بالمرشحين الذين يجوز لهم تقديم عطاء بعد بحث ضماناتهم المهنية، وكفاءتهم في ضمان استمرار سير المرفق العام والمساواة بين المستفيدين أمام المرفق العام»[١]. وبالتالي يمكن القول إن الاعتبار الشخصي وإن لم يختلف فيما يتعلق باختيار المفوض إليه، إلا أنه أصبح محاطاً بإطار من القواعد التي تهدف إلى أن تمارس الإدارة حرية الاختيار لتحقيق المصلحة العامة، وهي تتحدد بالتوفيق بقدر الإمكان بين كفاءة المفوض إليه، واحتياجات المرفق[٢]. ونتيجة وجود هذا الإطار تنعكس رقابة القاضي الإداري على قرار اختيار المفوض إليه، فيمارس القاضي الإداري عليه رقابة الخطأ البيّن في التقدير[٣]. وتطبيقاً لما تقدم صدر حكم عن المحكمة الإدارية في مدينة (nantes) في حكم حديث لها[٤]، بإلغاء قرار اللجنة الدائمة للمجلس العمومي في محافظة (La vendee)، والتي بمقتضاه قبلت العرض المقدم من أحد المشروعات الخاصة بالنقل المدرسي، رغم عدم توافر الضمانات المهنية والكفاءة الفنية المنصوص عليها في المادة (٣٨) من قانون (Sapin)، وان ذلك يشكل خطأً بيناً في التقدير واستندت المحكمة كما يتضح من تقرير مفوض الحكومة، إلى أن هذا المشروع لم يكن تحت تصرفه وقت القرار، أياً من الثمانية عشر سيارة المطلوبة لمواجهة متطلبات النقل المدرسي، إضافة إلى أن عرض هذا

---

(١) د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١٢٧.

(٢) د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ١٢٧، ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح، الايجاب والقبول، مرجع سابق، ص٦١٤.

(٣) G. marcou, La notion de delegation de service public après La Loi du ٢٩ janvier ١٩٩٣, FDA, ١٩٩٣, P. ٨٩٠

(٤) T.A., de nantes, ١١ avril ١٩٩٦, compagnie des transports de l' Atlantigue, RFDA, ١٩٩٦,P. ٧٣٢, concl, J.F.millet, P. ٧٢٢.

المشروع وإن كان الأقل سعراً لكنه لم يكن الأفضل فالعرض المنافس -وإن كان أعلى قليلاً- إلا أنه أفضل من حيث نوعية الأداء، والتي تكفل للتلاميذ سلامتهم، وهذا يدل على تطور رقابة قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بسط رقابته على سائر قرارات الجهات الإدارية [١]. ونحن نتفق مع حكم المحكمة الإدارية السابق، حيث أن الواقعة هنا شابها خطأ بين، وبالتالي فإن إلغاء قرار لجنة التعاقد هو صائب، لأن قرار اللجنة الدائمة للمجلس العمومي قد خالف قواعد (sapin) وخصوصاً المادة (٣٨) فيما يتعلق بالمساواة بين المرشحين، حيث إنه لم يساوي بين عرض المرشح الذي وقع عليه الاختيار رغم عدم توافر الكفاءات الفنية، والضمانات المهنية المنصوص عليها في المادة السابقة، ومن هنا يشكل التعاقد في مثل هذه الحالة مخالفة واضحة لنص قانوني.

ثانياً: سلطة القاضي في الأمر بوقف إبرام العقد:

عقود تفويض المرفق العام يمكن أن تكون محلاً لإجراءات قضائية متميزة، وهي الواردة في المادة (L-٢٢) من تقنين المحاكم الإدارية، والمحاكم الإدارية الاستئنافية الفرنسية، وهذه الإجراءات كانت قد تقررت حديثاً في العقود العمومية، حيث إن المشرع الفرنسي في قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، وسّع نطاق تطبيقها أيضاً على عقود تفويض المرفق العام، وهذا التوجه الجديد كان تنفيذاً لنصوص القانون الأوروبي[٢]. ووفقاً للمادة (L-٢٢) السابقة، يجوز

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٢٨.ولمزيد من التفاصيل عن موضوع الغلط البين في التقدير ، يراجع د. السيد إبراهيم رجب ، الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، ١٩٦٣، ص ١١وأيضاً د. محمد حسنين عبد العال ، فكرة السبب في القرار الإداري، ودعوى الإلغاء ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ٥ .

[٢] المرجع ذاته، ص ١٢٨، ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٦١٤.

للمشروعات التي تقدر بأنها استبعدت من المنافسة بدون وجه حق، أن ترفع الأمر إلى رئيس المحكمة الإدارية، أو من يفوضه، قبل إبرام العقد، وذلك في حالة الإخلال بالقيود الخاصة بالعلانية، أو بإجراء المنافسة، والتي يجب أن تخضع لها عقود تفويض المرفق العام والعقود العمومية. كما أنه يحق لكل شخص له مصلحة في إبرام العقد ويمكن أن يتعرض للضرر من هذا الإخلال، أن يلجأ إلى القضاء[١]. ولا جدال في أصالة هذه الإجراءات التي قررها المشرع، فرئيس المحكمة يفصل بوصفه قاضياً للأمور المستعجلة، إلا أنه في الحقيقة يفصل في الموضوع. وهذا يعني ضرورة عقد جلسة علنية ويصدر الحكم في أول وآخر درجة، ولا يجوز الطعن فيه إلا بالنقض. كما أنه يجوز لرئيس المحكمة أن يأمر مرتكب المخالفة أن يقوم بتنفيذ التزامه، ووقف إبرام العقد أو وقف تنفيذ كل قرار يتعلق به، كما له إلغاء هذه القرارات أو حذف الشروط التي يمكن أن تظهر في العقد وتخالف هذه الالتزامات[٢]. وقد لاحظ الفقه بأن هذه الإجراءات تتميز بالأصالة، لأنها تجمع سلطات متعددة، مثل الوقف، والإلغاء، والأمر، وبالتالي فهي إما مستقلة عن بعضها، أو غير مقررة مثل سلطة الأمر في المنازعات الإدارية الأخرى[٣]. وهذه الإجراءات طبقت في عدة مرات حيث قرر رئيس المحكمة الإدارية بمدينة باريس في (١٧) مارس ١٩٩٥، وقف إبرام عقود تفويض مرفق عام كانت مدينة (naterre) تبحث إبرامه بقصد استغلال عقود التزويد، حيث إن المرشح قد استبعد لعدم

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٢٩.

[٢] المرجع ذاته، ص١٢٩.

[٣] P. delvolve, les houveaux pouvoirs du juge administratife dans Le contentieux des contrats, melangs perrot, dalloz, ١٩٩٥, P. ٨٧, Ph. Terneyre, L'emergence d'un recourse contentieux de troisieme type, Actualite Le gislative Dalloz ١٩٩٢, P. ٨٢

كفاية ضماناته المهنية والمالية، بينما الوثائق التي أودعها الملف تشهد على العكس بان ضماناته كانت كافية. ونحن نرى بأن إعطاء سلطة للقاضي الإداري في وقف إبرام العقد يشكل رقابة كاملة، أي رقابة ملاءمة ورقابة مشروعية على القرار المتخذ من قبل الإدارة في اختيار مرشح واستبعاد آخر لأن قواعد المنافسة والعلانية تفرض على الإدارة تطبيق هذا المبدأ بكل شفافية ونزاهة، فإذا استبعدت الإدارة مرشح لعدم كفاءته المهنية مثلاً، فلا بد للمرشح المقبول من قبلها أن يكون لديه كفاءة مهنية، وإلا أصبحت تعمل بدون التقيد بالقانون السابق، والذي رسم لها إجراءات في عقود تفويض المرفق العام وحددها بدقة. وهو الأمر الذي يقضي بالضرورة وجود قاضي إداري يدقق في تصرفات الإدارة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية إعطاء المتضرر الحق بطلب إلغاء القرار إن كان له مبرر، وهو ما لاحظناه في كثير من الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية الفرنسية في عدة عقود.

المطلب الثالث

القيود الخاصة بمضمون عقود تفويض المرفق العام

يميل الاتجاه الحديث إلى تقييد سلطة أطراف عقد التفويض في تحديد مضمون بعض شرائط العقد، وبالتالي فان الشروط الخاصة بمدة العقد، والشروط المالية هي من أهم الشروط التي تناولها التنظيم على مستوى التشريع، أو الفقه، أو القضاء، إذاً فالمشرع في نطاق عقود التفويض، يتدخل في الحد من فعالية إرادة الأطراف، وذلك من خلال القيود التي يوردها على بعض شروط العقد، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، عند طرح العملية التعاقدية، وإجراء التفاوض بشأن العقد إضافة إلى أنه توجد جملة من الظروف، قد تجعل عقد التفويض غير خاضع لإجراءات العلانية، والمنافسة، المنصوص عليها في قانون (sapin) حيث تبرم في هذه الحالة استنادا إلى التفاوض المباشر، ونبحث ما ذكر في الفروع الآتية:

الفرع الأول: القيود الزمنية:

ونعرض هنا للفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود التفويض، والتنظيم التشريعي لمدة عقد تفويض المرفق العام في فرنسا، ومصر، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الفكرة التقليدية في تحديد مدة عقود التفويض:

يجب أن تبرم عقود تفويض المرفق العام لمدة طويلة وفقا للفكرة التقليدية، ومن أهمها عقد الالتزام[١]. وسند هذه الفكرة هو تمكين الملتزم من استهلاك

---

[١] c. Battinger, la concession de service public et de travaux publics, Berger – Levrault, ١٩٧٨, p. ٧٦ ولمزيد من التفاصيل د. محمد سعيد حسين أمين ، الأحكام العامة لإلتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها .

قيمة الإنشاءات التي قام بتنفيذها. وهذا المبرر لا جدال في صحته، إلا أن الواقع قد كشف عن مبالغة كبيرة أحيانا، حيث أبرمت بعض عقود الالتزام لمدد طويلة جداً تصل في بعض الأحيان إلى (٩٩) عاماً، كما في حالة امتياز قناة السويس. وقد اعتبر القضاء المصري عنصر المدة بمثابة معيار للتمييز بين عقد الالتزام وبين التراخيص، فكلاهما يتعلق باستغلال مرفق عام، فعقود الالتزام تمنح لمدة أطول، أما التراخيص فهي مؤقتة وتمنح لمدة قصيرة قد تكون سنه أو أقل[١]. وهذه الظاهرة كانت موجودة في وقت ما في فرنسا حيث حدد قانون (١٥) يونيو ١٩٠٦، مدة الالتزام بأربعين وخمسين سنة. وبالنسبة لعقود التزام الغاز، كانت العقود تبرم لمدة ستين أو خمس وسبعين سنة، ولم يكن ذلك أمراً نادراً ،أما في مجال السكك الحديدية فقد كانت المدة تصل إلى تسعة وتسعين عاماً[٢]. وبررت هذه المدد الطويلة بأن الالتزام يتضمن تنفيذ أشغال عقارية هامة تتطلب توظيف أموال كبيرة، ومن أجل ذلك كان الملتزم يلجأ إلى الاقتراض، ويسدد هذه القروض خلال مدد طويلة، ومن هنا فإن عقود الالتزام يجب أن تكون ذات مدد طويلة، ليتمكن الملتزم من سداد القروض، والحصول على العائد من إدارة المرفق أو من استغلال المنشآت العامة[٣]. وبالتالي فإنه في ظل غياب التنظيم التشريعي لمدد عقود تفويض المرفق العام، فإن لأطراف العقد حرية كاملة في تحديد المدة، وليس للقضاء الإداري أي

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا، ١٧ يناير، ١٩٧٠، السنة ١٥، العدد الأول، ص١٤٠.ولمزيد من التفاصيل د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٤ ، ص ١٠٦ وما بعدها .

[٢] C.BettinGer, op. cit, p. ٧٩. ولمزيد من التفاصيل د. ابراهيم الشهاوي ، عقد إمتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ٢٠٩ .

[٣] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٣٦.

رقابة على ذلك إلا إذا كان هذا التحديد منطوياً على خطأ ظاهر في التقدير، وهو أمر لم يثبت أمام القضاء بعد.

ثانياً: التنظيم التشريعي لمدة عقود تفويض المرفق العام:

إن الاتجاه الحديث يميل إلى تحديد حد أقصى لعقود التفويض، وهذا الاتجاه يستجيب للتطور في الحياة الاقتصادية، وقد تمثل ذلك في وجود مؤسسات مالية بين الملتزم والسلطة مانحة الالتزام، كما أن الدولة تقدم للملتزم مساعدات مالية مختلفة، الأمر الذي ابعد الملتزم عن وطأة الاستدانة لمدة طويلة، كما كان الأمر قديما، وبالتالي أصبح الاتجاه يميل نحو تقصير مدة عقد التفويض، إلا أن مظاهر التطور اختلفت في القانون المصري عنها في القانون الفرنسي، ونبحث ذلك على النحو الآتي.

١- القيود الخاصة بمدة عقود التفويض في القانون المصري:

تنبه المشرع المصري منذ فترة طويلة إلى التطور السريع في المسائل الاقتصادية، والاجتماعية، وإنه ليس من المقبول منح الالتزامات لمدة طويلة تقرب من قرن، وتطبيقاً لذلك فقد صدر القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، بشأن التزام المرافق العامة، وفي مادته الأولى نص على انه: (لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة). كما قرر المشرع في المذكرة الإيضاحية بأن تسري هذه المدة على الالتزامات السابقة، والباقي من مدد الالتزامات القديمة أيضاً، فلا تمتد لأكثر من ثلاثين عاماً، حيث رأى بأن هذه المدة تكفل للملتزم الانتفاع بالالتزام مدة كافية لاستهلاك ما قام به من نفقات الإنشاءات[١]. والملاحظ أن المشرع المصري الذي قرر هذا الموقف في

---

[١] د. جابر نصار ، عقود البوت ، مرجع سابق ، ص ٩٦ ،٩٧ ولمزيد من التفاصيل د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٣٧.وأيضاً د. محمد سعيد حسين أمين ،

منتصف هذا القرن، عاد في نهاية القرن ليقرر حكماً كان سائداً في القرن الماضي، حيث تضمنت القوانين الخاصة بإنشاء وإدارة واستغلال المطارات، والطرق ومحطات الكهرباء والتي سبق ذكرها، النص على أنه: «لا تزيد مدة الالتزام عن تسع وتسعين سنة». والتطبيقات الأولى لهذه القوانين تظهر أن عقود الالتزام التي أبرمت كانت لمدة أقل، وإن كانت بحد ذاتها تبدو طويلة، من ذلك أن عقد التزام مطار مرسي علم أبرم لمدة أربعين سنة بما فيها مدة الإنشاءات[١]. وأيضاً وفقاً لما نشر في الصحف، فإن التزام محطات الكهرباء تتراوح بين عشرين وخمس وعشرين سنة[٢].

٢- موقف المشرع الفرنسي من تحديد مدة عقود التفويض:

إن قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، لم يفرض فيه المشرع الفرنسي حداً أقصى لمدة عقود التفويض، بل أوجب أن يتم تحديد المدة في العقد في ضوء الأداء المطلوب من المفوض إليه، ووفقاً لطبيعة ومقدار الاستثمارات، المطلوب تنفيذها، على ألا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات إذا كانت على عاتق المفوض إليه. وبالتالي فالقانون الفرنسي ترك للشخص العام حرية واسعة في تقدير المدة، ولكنه قيدها بقيد مفاده ألا تزيد على المدة العادية للاستهلاك، وبموجب هذا القانون فإن المدة قابلة للامتداد، على أن يعرض

أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٢٥ وما بعدها .

[١] المادة (٣) فقرة ج بند (٢) من العقد، حيث كان النص الأول في العقد ينص على أن تكون مدة الاستغلال خمسون عاماً، أيضاً تقرير إدارة الفتوى بمجلس الدولة لوزارة النقل والمواصلات للعرض على اللجنة الثالثة لقسم الفتوى، رقم ٩٩٩/١٠٥٧ في ١٩٩٨/١/١٤ غير منشور ومذكور عند د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٣٨.

[٢] الأهرام، ٢٥ مارس ١٩٩٨، ص ٣٢، ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح الإيجاب والقبول، مرجع سابق، ص٦١٨، وأيضاً د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٨.

الأمر أولاً على المسؤول عن الخزانة العامة، بناء على طلب من السلطة المفوضة، وهنا يقوم الأخير بدراسة وفحص مبررات هذا التجاوز، وبعد ذلك يرسل ملاحظاته بهذا الشأن إلى سلطة التقرير المختصة لتطلع عليها، وتتخذ القرار المناسب بشأنها[١]، دون أن يفرض المشرع أسلوباً، أو طريقة بذاتها، كما أن إشارة المشرع إلى المدة العادية للاستهلاك يتفق مع القواعد المحاسبية، والتي تحيل إلى الأعراف المهنية دون أن يفرض القانون طريقة محددة بذاتها، والمدة العادية للاستهلاك تحدد بصفة عامة وفقاً للمدة المحتملة لبقاء الأموال، ولكن يمكن تصور استهلاك اقتصادي أيضاً[٢]. ونحن لا نتفق مع الموقف السابق للتشريع الفرنسي، كون الأصل في عقود التفويض أن تكون محددة لمدد معقولة نسبياً، وذلك نظراً للتطورات الهائلة في الحياة الاقتصادية، الأمر الذي يتطلب تحديد مدتها بأرقام ثابتة لا تحديدها بشكل عام، كما أن التحديد لمدة عقود التفويض لا يتعارض مع مبدأ حرية إدارة الوحدات المحلية، طالما أنه يترك تحت رقابة القاضي هامشاً من التقدير لهذه الوحدات، بالتفاوض في هذه العقود في كل حالة بالنظر لتعدد طرق حساب الاستهلاك، وتعدد وتعقد المنشآت التي تخضع للاستهلاك، وهذا ما يبرره رأي المجلس الدستوري، كما أن المجلس الدستوري يذهب إلى أن القانون حين أحال إلى مرسوم من مجلس الدولة، فإنه لم يقصد تخويل السلطة اللائحية أن تحدد بواسطة قواعد عامة المدة العادية للاستهلاك، وإن هذا النص مع إبداء هذا التحفظ ليس مخالفاً للدستور[٣].

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص ١٣٨، ولمزيد من التفاصيل ،د. مهند نوح ، المرجع ذاته، ص ٦١٧وما بعدها، وأيضاً قانون ١٩٩٣/١/٢٩، المادة (٤٠).

[٢] L. Richer, La Fin de la convention de delegation, AJDA, ١٩٩٦, p. ٦٤٩.

[٣] C.C., ٢٠ janvier ١٩٩٣, n., ٣١٦ D.C., precite.

إضافة إلى إنه في فرنسا، وإن كان القانون السابق لم يحدد حداً أقصى لعقود التفويض، فإن قانون (٢) فبراير ١٩٩٥، والمتعلق بحماية البيئة قد أصاب عندما تضمنت المادة (٧٠) منه، تحديد مدة لعقود التفويض الخاصة بمياه الشرب، والتطهير، والنفايات المنزلية، وغيرها من النفايات، بأن لا يجوز أن تزيد مدته على عشرين عاماً[١]. وتجنباً لعدم دستورية هذا النص فقد نظم القانون إجراءات من شأنها تجاوز هذه المدة، فإذا أراد الأطراف تجاوز هذه المدة فيجب عرض الموضوع مسبقاً على المسؤول عن الخزانة العامة، بناءً على طلب من السلطة المفوضة، وعندما أحال رئيس الوزراء هذا القانون على المجلس دون تحديد أوجه عدم دستوريته، رأى المجلس أنه ليس في القانون أوجه عدم دستورية ظاهرة يمكن أن يثيرها من تلقاء ذاته، ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا النص من تحديد لمدة عقود التفويض، لأنه ترك الأمر بيد السلطة المفوضة تقدره وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، إذا تطلب الصالح العام تجاوز المدة المحددة في المادة (٧٠) سالفة الذكر[٣].

ثالثاً: تمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام:

هل يجوز تمديد وتجديد عقود تفويض المرفق العام؟ للإجابة على هذا السؤال لابد من التمييز بين موقف المشرع الفرنسي، والمصري، حيث إن المشرع الفرنسي قد وضع حلولا واضحة تتعلق بهذا الأمر، على عكس موقف المشرع

---

[٢] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٦١٧ ، ٦١٨ . ولمزيد من التفاصيل يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي C.C., ٢٠ janvier ١٩٩٣, n., ٣١٦ D.C., precite.

[٣] د. محمد عبد اللطيف ، تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ١٣٩ ، ولمزيد من التفاصيل يراجع حكم C.C,٢FEV.١٩٩٥,N.٣٦١D.C,PRECITE.

المصري الذي يثير موقفه العديد من التساؤلات، ونبحث ذلك على النحو الآتي:

١- موقف المشرع الفرنسي:

لم يتناول قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، إلا الحالات التي يجوز فيها تمديد عقد تفويض المرفق العام، أما تجديده لمده جديدة ،فلا يكون إلا بإبرام عقد جديد وبإجراءات جديدة. وبالتالي لا يجوز أن يتضمن العقد شرطا يقضي بالتجديد الضمني عند انتهاء مدته[١]. والتمديد لا يجوز إلا في حالتين ويجب أن يصدر به قرار من سلطه التقرير وهما:

أ- الحالة الأولى: تنص عليها المادة (٢/٤٠) من قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، بحيث يجوز التمديد لمدة سنه لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، ولم يحددها المشرع تاركا أمر تقديرها للسلطة المفوضة، تحت رقابة القضاء. فمثلا يمكن أن تتعلق هذه الأسباب بصعوبات تواجه السلطة المفوضة في حالة استعادة المرفق العام وإدارته بالاستغلال المباشر، أو حتى في سبيل البحث عن مفوض إليه جديد ، وقد أصابت المادة السابقة بالنسبة لتحديد مدة السنة للتمديد، ولكن يؤخذ عليها أنها لم تحدد بدقه المقصود بالمصلحة العامة تاركه الأمر للاجتهاد الفقهي، والقضائي. وبالتالي كان يفضل أن يعاد صياغة المادة (٢/٤٠) سالفة الذكر، بحيث تحدد أسباب المصلحة العامة بدقه بدلا من تركها بشكل مطلق، لأن اصطلاح المصلحة العامة واسع، وبالتالي يمكن إدخال العديد من الحالات تحت مظلته.

ب- الحالة الثانية: تضمنتها المادة (٢/٤٠) المعدلة بقانون (٨) فبراير ١٩٩٥، بحيث يجوز التمديد إذا كان المفوض إليه مضطراً ، من أجل حسن تنفيذ

---

[١] J.C., Douence, La devolution, contractuelle du service public Local, precite, P. ٣١٥.

المرفق أو توسيع نطاقه الجغرافي، وبناء على طلب المفوض إليه، لتنفيذ استثمارات مادية ليست واردة في العقد الأصلي ومن شأنها تعديل الاقتصاد العام للعقد، ولا يمكن استهلاكها أثناء المدة الباقية للتفويض، إلا مقابل ارتفاع فاحش في الأسعار[١]. ويجب توافر عدة شروط لصحة التمديد، وهي:

- أن تكون الاستثمارات ضرورية، وأن تكون السلطة المفوضة قد طلبت تنفيذها.

- أن تكون الاستثمارات ضرورية لحسن تنفيذ المرفق، أو لتوسيع نطاقه الجغرافي، وأن تكون هذه الاستثمارات مادية، فبينما كان نص المادة (٤٠) من قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، يتناول فقط القيام بأشغال أضافية غير منصوص عليها في العقد الأصلي، فإن المشرع في قانون (٨) أغسطس ١٩٩٤، استبدل بهذا التعبير «الاستثمارات المادية وغير المادية»، وهذا هو الذي سمح بإدخال الآلات المتحركة «كالعربات، والقاطرات، والسيارات»، ومستلزمات نظم المعلومات، وبراءات الاختراع، وسرعان ما بدت هذه الصياغة واسعة مما حدا بالمشرع في قانون (٨) فبراير ١٩٩٥، إلى استخدام اصطلاح «الاستثمارات المادية».

- ألا تكون هذه الاستثمارات قد تم الاتفاق عليها في العقد الأصلي.

- أن تؤدي هذه الاستثمارات إلى تعديل الاقتصاد العام لعقد التفويض، ويكفي أن تؤدي إلى مجرد التعديل، وليس إلى قلب اقتصاديات العقد.

- أن تكون الاستثمارات غير قابلة للاستهلاك خلال المدة المتبقية من العقد،ويترتب عليها غلاء بزيادة الأسعار بشكل فاحش، وهذا الشرط صعباً، وبالتالي فهل يتم تقدير الارتفاع في السعر حسب الأسعار السابقة، أم في ضوء سعر يمكن عده السعر العادي؟ وفي حال عدم تحقق هذه الشروط مجتمعة،

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٤٠.

فإنه لا يجوز الاتفاق على التمديد، وبالتالي يجب أن ينتهي العقد عند انقضاء المدة المحددة في العقد[١]. ويلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد مدة التمديد في الحالة الثانية، إلا أن النص الأصلي كان يحدد هذه المدة بألا تزيد عن ثلث مدة العقد الأصلي، حيث رأى المجلس الدستوري أن مثل هذا التمديد يمثل قيداً شديداً من شأنه الإخلال بحرية إدارة الوحدات المحلية دون سبب مناسب، وعلى القاضي أن يراقب في كل حالة على حدة، التقدير الذي قامت به السلطة المفوضة[٢].

٢- موقف المشرع المصري:

المشرع المصري لم يحدد الحلول واجبة الإتباع بالنسبة لتمديد، وتجديد عقود الالتزام، أما بالنسبة لتجديد العقد مدة مماثلة، فإنه لا خلاف على أنه إذا تم إبرام العقد لمدة تتفق مع الحد الأقصى المنصوص عليه قانوناً، وهي ثلاثون عاماً وفقاً لقانون (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، وتسع وتسعين سنة في القوانين الأخرى، فلا يجوز التجديد الضمني بطبيعة الحال، لكن يجوز التعاقد مرة أخرى مع نفس الملتزم بموجب عقد جديد وإجراءات جديدة[٣]، والحل يدق بالنسبة لتمديد العقد، إذا كان العقد مبرم لمدة أقل من الحد الأقصى المنصوص عليه قانوناً فهنالك من يرى بأنه يجوز لأطراف العقد أن يمددوه لمدة أقل من مدة العقد الأصلية إذا طرأت أسباب تبرر ذلك، وتتعلق بالمصلحة العامة[٤].

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة ، ١٩٨٤، ص٧١٩ ، ولمزيد من التفاصيل د. محمد سعيد حسين أمين، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٣٠.

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٤٢.

[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، ١٩٨٤ ، ص٧١٩، ود. محمد سعيد حسين أمين، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، القاهرة، ١٩٩٥، ص٣٠.

[٤] د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١٤٢، ١٤٣.

أما إذ قصد من التمديد هو مد الالتزام لمدة مماثلة، يرى الفقه بأن ذلك جائز بشرط ألا يتجاوز الحد الأقصى المنصوص عليه في القانون[١]. وهذا الرأي وإن كان يستقيم مع القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، بشأن التزام المرافق العامة، لكنه غير قابل للتطبيق وفقاً للقوانين الصادرة حديثاً، بالنسبة لالتزامات المرافق العامة، والتي تفرض إتباع قواعد العلانية والمنافسة، وتجيز إبرام العقود لمدة طويلة جداً[٢]. أما عقود التفويض الأخرى فهي تخضع فيما يتعلق بالتجديد للقواعد الخاصة التي تحكمها، أو القواعد العامة في العقود الإدارية التي تجيز التجديد الصريح والضمني، وتطبيقاً لما تقدم قضت محكمة القضاء الإداري المصرية: «إن عقد استغلال المحاجر يمكن أن يجدد تجديداً صريحاً بناء على طلب المستغل قبل انقضاء العقد بمدة معينة، وأن يتبين للمحافظ عند انقضاء أجل العقد أن المستغل قام بجميع التزاماته الواردة بالعقد، و إذا لم يثبت قيام المدعي بطلب تجديد العقد، فإنه لا يجوز مطالبته بالقيمة الإيجارية على استغلال المحجر في الفترة اللاحقة على انقضاء العقد"[٣]. كذلك أجازت المحكمة الإدارية العليا المصرية التجديد الضمني في حالة بقاء مستأجر المحجر بعلم المصلحة ودون اعتراض منها بعد انتهاء مدة العقد»[٤]. ونحن نرى ضرورة تحديد مدة في عقود التفويض لأن عدم تحديد مدة لعقود

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٧١٩، ولمزيد من التفاصيل د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع ذاته ، ص٣٠.

[٢] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٤٣.

[٣] محكمة القضاء الإداري، دائرة العقود و التعويضات، ٢٥ يناير، ١٩٩٨، دعوى رقم ٧١٤٦ لسنة ٤٨ ق. غير منشور ومذكور عند د. محمد عبد اللطيف، المرجع ذاته، ص١٤٣.

[٤] المحكمة الإدارية العليا، ٢٦ فبراير ١٩٧٢، السنة ١٧، ص٦٣.ولمزيد من التفاصيل د. محمد سعيد حسين أمين ، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص٢٥ وأيضاً مؤلفه في العقود الإدارية ، دار الثقافة الجامعية ، ١٩٩٩ ، ص ١١٩ وأيضاً د. إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق ص ٣٧٦ .

التفويض يضر بالمصلحة العامة، لأنه ربما يكون المفوض إليه خلال مدة التفويض مستغلاً لحاجات الجمهور، وطبقاً للشروط العقدية والتي قد تكون الإدارة لم تحسن صياغتها، ومن هنا لا تستطيع الإدارة التدخل في ذلك.

الفرع الثاني: القيود المتعلقة بالشروط المالية في عقود التفويض:

إن عقود تفويض المرفق العام تتميز بتطبيق مبدأ حرية التعاقد بشكل كبير سواء في إبرامها أو تحديد شروطها، وهذا سبب حدوث تجاوزات كثيرة خصوصاً فيما يتعلق بالشروط المالية للعقد، ومن هنا أهتم المشرع مؤخراً بوضع إطار قانوني للشروط المالية، في إطار اهتمامه بمواجهة ظاهرة الرشوة، أكثر من اهتمامه بوضع نظام قانوني لعقود تفويض المرفق العام، وقد خضعت عدة مسائل للتنظيم التشريعي، كحقوق الدخول والعمولات، ومقابل التعاقد في فرنسا[١].

وحقوق الدخول هي عبارة عن مجموعة من المميزات والأفضليات، يعلن المرشح عن استمراره، لتقديمها للإدارة فيما لو تم إسناد تفويض المرفق العام إليه)[١]. وقد كان هذا المصطلح من المصطلحات الغامضة في فرنسا، ويشوبه التعسف وسوء الاستعمال، واختلاطه بالعمولات، مما شكك في طبيعته ودوره، حيث إن التجربة أثبتت انعكاس حقوق الدخول على المرفق المفوض بشكل سلبي، فهذه الأفضليات التي كانت تقبلها الجماعات المحلية، لأنها تساهم في إنعاش الاقتصاد المحلي، تؤثر سلباً على المنتفعين من خدمات المرفق المفوض، بحيث ما يقدمه المفوض من أفضليات ومميزات للإدارة المفوضة، يقوم بتحصيل مقابله من قيمة الانتفاع من الخدمة المقدمة من المرفق[٢].إلا أن

---

[١] د. محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، مرجع سابق، ص١٤٤.

[١] د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص٦١٦ .

[٢] د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص ٦١٦ .

الرغبة في تحقيق الوضوح ومقاومة الرشوة دفعت المشرع الفرنسي إلى التدخل لمنع مقابل التعاقد [٣].

إذاً مما تقدم وجدنا في هذا الفصل، أن تفويض المرافق العامة، هو أساس جذب الاستثمارات إلى البلد، ولأهمية موضوع التفويض، فلابد من تهيئة البيئة التشريعية الملاءمة له، وإن كانت فرنسا، هي الدولة الرائدة في ذلك،إلا أننا وجدنا هنالك نصوص تشريعية عالجت ذلك الموضوع، وإن كانت مبعثرة بين التشريعات الدستورية أو التشريعات المتعلقة بمنح الالتزامات، في كلاً من مصر،وسورية، والأردن، إلا أن هذه التشريعات لا زالت ناشئة، في مجال تفويض المرافق العامة، وتحتاج إلى المزيد من الدراسة والتنظيم والتكملة للحالات التي لم تعالجها،وبتهيئة البيئة التشريعية المناسبة لتفويض المرافق العامة، وخصوصاً مرافق البنية التحتية، يمكن أن يساهم ذلك في جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية، وذلك من خلال ظهور أنماط عقدية جديدة للعقود الإدارية كعقود الـ BOT، وأخواتها، وهو ما نبحثه في الفصل الثاني.

---

[٣] د. محمد عبد اللطيف تفويض المرفق العام ، مرجع سابق ، ص١٤٥ . ولمزيد من التفاصيل د. مهند نوح ، المرجع ذاته ص٦١٦ .

الفصل الثاني

الأشكال الحديثة للعقود الجاذبة للاستثمار

إن الاستثمارات الأجنبية والمحلية لا تتأتى من العدم، بل يكون ظهورها وازدهارها في دولة ما نتيجة حتمية لما تقدمه الدولة من تحديث في تشريعاتها ، فهنالك دول قوية اقتصادياً، وتعد في مصافِ الدول العظمى وبالمقابل هنالك دول نامية. ومن هنا بالذات نشأ ما يعرف بالعقود الإدارية الدولية، فالعقد يكون إدارياً داخلياً إذا كان جميع أطرافه من جنسية الدولة المتعاقدة، أما إذا كانت جنسية أحد أطرافه أجنبية فهو يعد عقداً إدارياً دولياً، وبالنظر لما يمثله الاستثمار في الوقت الحالي من رافد للاقتصاد الوطني، فقد أخذت الدول تتسابق للحصول على أكبر الاستثمارات وبالتالي ظهرت العقود الإدارية، والإدارية الدولية، ولها أنواع وتسميات كثيرة كعقود (البناء والتشغيل وتحويل الملكية) B.O.T، وعقود B.O.O.T، وعقود الـ B.O.O، وغيرها الكثير، وقد بدأ الاهتمام في هذه العقود في ظل المتغيرات الاقتصادية الجديدة التي بدأ يشهدها العالم، حيث أصبح دور الدولة يقتصر على الرقابة ووضع الضوابط من خلال إصدار النظم الإدارية والتشريعية لحماية مصالح المجتمع الاقتصادية، لتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ولما كانت مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة من المشروعات التي تحتاج إلى استثمارات كبيرة القيمة، وإزاء عجز الحكومات عن تمويلها كل ذلك حدا بالدولة إلى إعطاء القطاع الخاص فرصة الاستثمار في هذه المشروعات. ومن ثم سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نخصص الأول لماهية عقود الـ BOT وأخواتها، والثاني نخصصه للنظام القانوني لمشروعات الـ BOT وتمويلها، والثالث لكيفية إبرام عقود الـ BOT، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول

ماهية عقود البناء والإدارة والتحويل B.O.T وأخواتها وتمييزها عن غيرها

ونبحث هنا هذا النوع من العقود بشكل مفصل، وذلك من خلال بيان نشأتها، ومفهومها، وأنواعها، وتميزها عن غيرها من العقود، وذلك نظراً لأثرها البارز في جذب الاستثمار وتحسين خدمات المرافق العامة، وإشباع الكثير من الحاجات العامة للأفراد عن طريق إنشاء مرافق جديدة تعجز الدولة عن إنشائها، وذلك إما لتكاليفها الباهظة، أو لعدم وجود مخصصات في الموازنة العامة لها، إضافة إلى أن إشباع الحاجات العامة بهذه الطريقة يحقق وفراً مالياً للدولة، ويجنبها الخوض في كثير من المشاكل التي تنشأ عن تشييد هذه المرافق سواء كانت أموراً ماليةً، أو مشاكل ناشئة بين المنتفعين من المرفق والأشخاص المسؤولين عن إدارته، ونبحث ما ذكر في ثلاثة مطالب وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

نشأة عقود البوت وأخواتها وماهيتها وأنواعها

تعد عقود البوت من العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وخصوصاً ما يتعلق بالبنية الأساسية والمرافق العامة، حيث تساهم هذه العقود في التخفيف على موازنة الدولة المضيفة في الكثير من أعباء البنية التحتية، وإنشاء المرافق العامة الضرورية، وبالتالي نبحث هذه العقود في الفروع الآتية:

الفرع الأول: أصل الاصطلاح ونشأته:

هذا العقد كان له نشأة خاصة به فقد كانت هنالك دول قوية في المركز القانوني وهي الدول العظمى، وكانت هنالك دول ضعيفة في الجوانب الاقتصادية والقانونية ومنقوصة السيادة، وبالتالي فالأخيرة هي الدول النامية، وكانت هذه الأخيرة بحاجة إلى التنمية الأمر الذي جعلها تلجأ إلى الشركات الدولية العملاقة لاستغلال مواردها الطبيعية كالبترول مثلاً،ومن هنا نشأ ما يعرف بالعقود الإدارية الدولية، وبالتالي فان دراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية التابعة لدول أخرى تثير العديد من المشكلات القانونية، وهذه المشاكل والصعوبات، تنجم عن التفاوت وعدم المساواة في المراكز القانونية لأطراف هذه العقود، فهي عقود تبرم بين طرفين غير متكافئين[١]، الدولة من جهة، والشخص الأجنبي من جهة أخرى، حيث إن الدولة تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الشخص الأجنبي المتعاقد معها، والذي يعد من أشخاص القانون الخاص، فإذا كانت العقود المبرمة بين الدول وبين الأشخاص الوطنية في إطار القانون الداخلي تثير العديد من المشكلات، الأمر الذي يقتضى إقرار نظام قانوني ذاتي بها لينظمها[٢]، فإن هذه المشكلات تتضاعف، إذا كانت هذه العقود قد تمت بين الدولة وبين الشخص الأجنبي على صعيد

---

(١) Turpin; 'Public Contracts', Encylopaedia of Comparative Law, Vol ٧, chap. ٤, PP.٥٦ ets.

(٢) Warner Goldschmidt; 'Transalation Between States and Public Firms and Foreign Private Firms (Methological Study), Rec, des. Cours, La Haye, ١٩٧٢, T. ١٣٦ ets spec. P.٢١٧ .

فالأستاذ Goldschmidt يفرق بين:

If the parties meet on the same footing, we speak of ' symmetrical relation,' while we call' asymmetrical relations ' those in which one party might be able to impose its will on the other … relation between the state and private party are asymmetrical.

العلاقات الدولية، فالدولة إضافة إلى عدها شخصاً من أشخاص القانون العام الداخلي، فهي تعد أيضاً من أشخاص القانون الدولي العام، وبالتالي هنالك تفاوت في المراكز القانونية لطرفي هذه العقود[١]. ومن هنا نطلق مصطلح عقود الدولة على العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، بدلاً من إطلاق مصطلح التنمية الاقتصادية[٢]. لأن دراسة عقود الدولة تنجم عن التفاوت في المراكز القانونية لأطرافها، وبالتالي فإن هنالك تفاوت في المراكز الاقتصادية[٣]. ونظام الـ .B.O.T. يعتمد على التمويل الخاص، ويستخدم في المشروعات الكبرى[٤]، وقد كان أول من استخدم هذا المصطلح باللغة الإنجليزية هو رئيس الوزراء التركي "تورجت أوزال" في بداية الثمانينات[٥]. وكما هو معروف فإن الـ B.O.T ليس اصطلاحاً قانونياً وليس له تعريفاً قانونياً محدداً[٦]، ومع ذلك فإن هذا المصطلح قد لاقى رواجاً دولياً وأصبح له مدلولاً محدداً في العمل الدولي، ويستخدم هذا النظام في إنشاء مشروعات البنية الأساسية، والتي تحتاج لأموال كثيرة لانجازها، كمشروعات الطرق والكهرباء،

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص٩-١٠.

(٢) The Gener al principles of law recognized by civilized nations, B.Y.B.I.L. ١٩٥٧, p.١.ets.

(٣) أ.د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول، مرجع سابق، ص١١،١٢.

(٤) Jeffery Delmon- " Boo. Bot projects. Acommercial and contractual Guide" – P.٢- ٢٠٠٠- sweet and Maxwell – London.

(٥) Delmon – ibid- p.١. B.O.T. means build – operate- transfer. A term said to have been coined by turgat Ozal. Prime minister of turkey in the ١٩٨٠. ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة،(٦)عقد الـ BOT.٩٣ ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٢ ،

(٦) Frilet. M., " some universal Issues in BOT projects for public infrastructures" international construction Law Review,١٩٩٧ p. ٥٠٠.

والصرف الصحي، والمطارات[١]. وهنالك من يرى بأن نظام الـ BOT، قديم ترجع نشأته إلى منتصف القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين[١].فقد نشأت في فرنسا على شكل عقود إمتياز المياه(بيريه أخوان) [٢].

كما اهتمت لجان الأمم المتحدة بالتنمية الاقتصادية لمساعدة الدول على رفع مستوى معيشة شعوبها، وذلك من خلال إحاطة تلك التنمية بالأطر القانونية اللازمة لحماية، وضمان تشجيع الاستثمار، وحركة تداول وانتقال رؤوس الأموال بين دول العالم، حيث ظهرت صور وأنظمة قانونية جديدة مثل عقود الفديك (Fidic)*. وكذلك عقود الـ (B.O.T) إضافة إلى تطور نظام التحكيم. ومن هنا ظهرت الحاجة ملحة لقيام الإدارة بالتعاقد الدولي وذلك لما من شأنه تحقيق نهضة اقتصادية كبيرة، وفتح أبواب أمام المستثمرين وتأمينهم، ولكي تتم عملية انتقال رؤوس الأموال والخبرات الفنية، والإدارية عبر الحدود، بغية تحقيق أقصى استفادة للدولة، وتحقيق ربح مناسب للمستثمر[٣].

---

[١] Unido " BOT Guidelines for infrastructure Development through BOT projects" P.١. (١٩٩٦ – Vienna). The Build – operate – transfer (B.O.T) approach has in recent years played a growing role in the implementation of industrial and infrastructure projects such as oil and gas fields, power plants, Toll roods and water supply.

[١] خالد بن محمد عبدالله العطية ، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ١٩٩٢ ، ص ٤ .

[٢] د. محمود فهمي ، عقود الـ BOT ، وتكييفها القانوني ، ورقة عمل مقدمة في مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية ، BOT ، القاهرة ، في الفترة من ٢٧– ٢٨ يناير ، ٢٠٠١ ، ص ٣ .

* عقود الفديك: هي عقود نموذجية شائعة الاستخدام، يصدرها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين.

[٣] د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣.

ومن هنا ظهر نظام العقود الإدارية الدولية الـ (B.O.T)، وهو أسلوب حديث في استخدامه، ولكنه قديم في إتباعه، حيث يرى بعض الكتاب الاقتصاديين الأمريكيين بأن أول مشروع بهذا النظام في العالم كان قناة السويس، حيث كانت مدة الالتزام (٩٩) عاماً. وقد تم منحها في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤، للشركة العالمية لقناة السويس، لحفر وتشغيل القناة، وقد قامت الحكومة المصرية بتقديم الأرض والعديد من المزايا، والإعفاءات الضريبية والجمركية على المعدات، والآلات اللازمة للمشروع، حيث وصلت كلفة الحفر إلى (١٨) مليون جنيه أسترليني، بتكلفة تزيد بـ (١٠) مليون استرليني، عما هو مقدر وبتأخير قدره أربع سنوات، وقد بلغت أرباح انجلترا من المشروع عشرة أضعاف تكلفته، ونظام الـ B.O.T يستخدم في المشاريع الكبرى، والخاصة بتشييد مشروعات البنية الأساسية (Project infrastructure)[١].

ودول العالم الثالث هي أكثر الدول حاجة لمثل هذه العقود الدولية، مثال ذلك أن جمهورية مصر العربية قد اعتمدت على هذا النظام في العديد من المشروعات العامة، سواءً في مجال الكهرباء مثل محطة كهرباء "سيدي كرير" و"خليج السويس"، أو في مجال المطارات مثل "رأس سدر" و"العلمين" و"مرسى علم"[٢].

وهنالك تجارب للهند، والأرجنتين، وباكستان، والصين، والفلبين، وفيتنام الجنوبية، وبلغاريا في الأخذ بنظام الـ B.O.T[٣]. كما أن الأردن قد اتجهت إلى الأخذ بهذا النظام في مجال طرح عطاء إنشاء سكة حديد بين العاصمة عمان،

---

[١] Sidney.m.levy. "Build-Operate- Transfer Paving the Way for Tomorrow's infrastructure. ١٩٩٦, John wiley an d sons, Inc. P. ١٩٠

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، هامش ص٦.

[٣] د. محمد أبو العينين، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الدولي، عن عقود الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية والمنعقدة في الفترة من ٢٨-٢٩ أكتوبر، ٢٠٠٠، بمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، تحت عنوان تجارب بعض الدول النامية في مشروعات الـ B.O.T.

ومحافظة الزرقاء، وكذلك السماح للقطاع الخاص بالاستثمار والمنافسة في قطاعات البنية التحتية، والتي كانت حكراً على الدولة وأجهزتها في أوائل الثمانينات. إذاً إزاء كل ما تقدم نجد أن الدول المعاصرة أصبحت تتجه إلى نظام عقود البوت، لتحقيق التنمية المستدامة ولإنشاء المرافق العامة، وكان خير معين على ذلك هو إتباع النظام الأخير. حيث أصبح القطاع الخاص هو الممول، وهو الذي يملك رأس المال اللازم لإنشاء البنى التحتية وتشييدها، وهذا ما نجده في الدول الغنية قبل الدول النامية، حيث نلاحظ أن هنالك تجارب للولايات المتحدة، وإنجلترا، في هذا المجال، فمثلاً نجد أن مشروع نفق "بحر المانش" بين انجلترا، وفرنسا، قد تم تنفيذه بذلك النظام، كما أن المثل الأعظم لمشاركة رأس المال الخاص في بناية "ترافلجر" Trafalgar، أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد اتجهت إلى إنشاء العديد من مشاريع البنية الأساسية عن طريق نظام الـ B.O.T ، ومن أمثلة ذلك معبر Dulles، وغيره الكثير من الطرق السريعة، ومحطات الكهرباء، وشركات الاتصال وفي الآونة الأخيرة اتجهت الولايات المتحدة لنظام الـ B.O.T ، في مجال التعليم والبحوث والمؤسسات الاجتماعية[١]، فالدول النامية تستثمر حالياً (٢٠٠) بليون دولار سنوياً في مشروعات البنية الأساسية، وهو ما يشكل نسبة (٤%) من ناتجها القومي[٢].

الفرع الثاني: ماهية مشروعات البوت:

---

[١] Sidney M.Levy.Build, Operate, Transfer – Paving the Way for Tomorrows infrastructure P. ١.,١٩٩٦- John Wiley and sons, Inc.

ولمزيد من التفاصيل د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، هامش، ص٢٨، ٢٩.

[٢] د. محمد غازي الجلالي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظام عقود البناء والتشغيل والنقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠، ص٩.

مشروعات البوت هي مشروعات تنشأ عن توافق إرادتين، أي هي مشروعات تنشأ عن عقود، لأن الدول أصبحت تلجأ إلى هذا النوع من المشروعات عن طريق تعاقدها مع أشخاص، عامة أو خاصة، لإنشاء مرافق عامة، أو لإدارة مرافق عامة بهدف تحسين الخدمة، وتحقيق الجودة فيها، كما أن اصطلاح الـ B.O.T، هو اختصار لكلمات انجليزية ثلاث: البناء Build، والتشغيل Operate، ونقل الملكية Transfer.

إذن عقد البوت هو عقد التزام المرفق العام والذي هو: «عقد إداري يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة، أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له لأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له لاستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، واستيلائه على الأرباح»[١].

ومن جانبنا نعرف عقد البوت بأنه: **(عقد إداري تعهد بموجبه الدولة إلى أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، سواء كان أجنبياً أو محلياً، مهمة إنشاء وإدارة مرفقاً عاماً على نفقته ومسؤوليته مدة من الزمن، ثم يعيده بحالة جيدة إلى الدولة بعد تحقيقه هامش من الربح).**

أما لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الأنسترال)، فقد عرفت عقود البوت بأنها: «شكل من أشكال تمويل المشاريع بمقتضاه تمنح حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين، وهنا تقوم شركة المشروع ببنائه، وتشغيله، وإدارته لعدد من

---

[١] د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠، ص٤٣٦، وما بعدها، ولمزيد من التفاصيل د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٩٥٢، وما بعدها، وأيضاً د. عماد عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠.

السنوات، وتسترد تكاليف البناء، وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع، واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تحول ملكية المشروع للحكومة»[١].

ولابد من الإشارة هنا بأنه في نهاية مدة الامتياز لا يحق للمستثمر المطالبة بأية مبالغ أو تعويضات، أو أي مقابل لإعادة المشروع، وتسليمه بحالة جيدة للحكومة.

الفرع الثالث: أنواع العقود المبرمة طبقاً لنظام البوت:

تعددت الأنماط العقدية بنظام البوت تبعاً لتطور التقنيات التعاقدية، وظهور أنواع جديدة من شركات المشروع، والمرافق العامة، ومدى ملكية القطاع الخاص للمشروع، وهنا لابد لنا من بيان هذه الأنماط على النحو الآتي[٢]:

---

[١] د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ٣٨، ٣٩ ولمزيد من التفاصيل د. جمال الدين نصار ، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت، ٢٠٠٠، ص١٠، ود.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، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩، ص٣، محمد متولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T تحرير محمد متولي، الجزء الأول، ٢٠٠١، ص٥.

[٢] يراجع بشأن الأنواع المختلفة لهذه العقود والمصطلحات المستخدمة القرار الصادر عن كل من البنك الدولي (World Bank) والوكالة الأمريكية للتنمية الدولية USA Agency for international Development project Financing from domestic to international: Building infrastructure projects in emeging markets, ١٩٩٥, p٢٠.

وأيضاً تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الثالثة والثلاثون، نيويورك، ٧-١٢ يونيه ٢٠٠٠، النص العربي، ص٧ وما بعدها، وأيضاً د. رشدي صالح عبد الفتاح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T، البنك المركزي المصري، بحث مقدم إلى المعهد المصرفي، ٢٠٠٠، ص٣ وما بعدها.

أولاً: عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T):

وهذا هو النوع الرئيسي لها، وهي العقود التي تبرم بين الدولة والمستثمرين في مجالات البنية الأساسية (Infrastructure) ،والمرافق العامة وتعطى شركة المشروع امتياز لتمويل، وتشييد مرفق، أو نظام للبنية التحتية، وتشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة ثم تعود ملكية المرفق بحالة جيدة إلى السلطة العامة المتعاقدة[١]. إذاً فهي عقود تبرم بين الحكومة والمستثمر، أو مجموعة المستثمرين على إقامة المشروع، وتأسيسه، وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل، وتمثل فيها الحكومة[٢].فجهة الحكومة تبقى مالكة لأصول المشروع.

ثانياً: الإنشاء ثم تحويل الملكية ثم التشغيل (B.T.O):

ويقصد بهذا النوع: «قيام الحكومة بالتعاقد مع مستثمر خاص على بناء المشروع أو المرفق العام، ثم التخلي عن ملكيته للحكومة، والتي تبرم معه عقد آخر لإدارة، وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز، وذلك مقابل الحصول على

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٤٧، وأيضاً د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ BOT، مرجع سابق، ص ١٠٣، ود. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية، مقارنة عقد الـ B.O.T، مرجع سابق، ص٨١١. وأيضاً دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠١.

[٢] د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت، مرجع سابق، ص١٣، و د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص٤٧، ولمزيد من التفاصيل محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ BOT) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.O.T) مرجع سابق، ص٩.

إيرادات التشغيل، وبالتالي تصبح الحكومة مالكة ابتداءً وليس في نهاية فترة الامتياز، كما في عقد BOT»[١].

ثالثاً: عقود البناء – التملك – التشغيل – تحويل الملكية (B.O.O.T):

هنا تقوم الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لإقامة أحد مرافق البنية الأساسية، وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أصوله، وتشغيل المرفق، وصيانته، وتحصيل مقابل تقديم الخدمة لسداد أعباء تمويله وتحقيق فائض ربح معقول، على أن يتحمل المستثمر كافة مخاطر المشروع التجارية طوال مدة الترخيص، وفي نهاية المدة يلتزم المستثمر بتحويل ملكية أصول المشروع إلى الدولة، أو أي من وحداتها الإدارية، وفقاً للشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص[٢]، فهنا يقوم القطاع الخاص بتحمل عبء تمويل إقامة المرفق وصيانته وتشغيله، مع تحمل كافة استثماراته ومخاطر تشغيله وخلال مدة التشغيل تؤول ملكية أصول المشروع للقطاع الخاص، وفي نهاية مدة الترخيص تحول هذه الملكية إلى الدولة.

---

[١] د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت، مرجع سابق، ص١٤، ولمزيد من التفاصيل د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص١٠٥، د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص٤٨، د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٤٨. وأيضاً د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ B.O.T، مرجع سابق، ص١٢٣.

[٢] د. عمرو حسبو،التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامه، مرجع سابق ، ص١١٥، ١١٦.

رابعاً: عقود التصميم . البناء . التمويل . التشغيل (D.B.F.O):
(Design – Build – Finance – Operate):

في هذه العقود تتفق الحكومة مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية أو المرفق العام، وفقاً للشروط الفنية والتصميمات التي تحددها الحكومة للمستثمر بوساطة أجهزتها الاستشارية، ويتولى المستثمر الاتفاق على إقامة المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات، والمعدات، والأجهزة، ويتولى البحث عن تمويل من أحد البنوك العاملة في الدولة، أو من البنوك الخارجية، ويشغل المشروع طبقاً للضوابط الموضوعة له من قبل الحكومة، وهنا لا تحول ملكية المشروع إلى الحكومة بعد فترة الامتياز حيث إن الحكومة تحصل على مقابل منح الامتياز، ويحق للحكومة تجديد الامتياز أو منح امتياز لمستثمر آخر بشروط أفضل مع دفع التعويض المناسب للمستثمر الخاص المالك للمشروع[١].

خامساً: عقود البناء – التأجير – التحويل (B.L.T):
(Build – Rentor – Lease – Transfer):

هنا تتيح الحكومة للمستثمر الخاص الفرصة لبناء المشروع أو المرفق العام، وتأجير المشروع له خلال فترة زمنية معينة، بعدها تؤول ملكية المشروع إلى الحكومة، وخلال تلك الفترة يحصل المستثمر على إيرادات المشروع على أن يسدد القيمة الإيجارية المتفق عليها في التعاقد بين الطرفين طوال فترة

---

[١] د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت، مرجع سابق، ص١٤، و د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص١٠٥-١٠٦.

الامتياز[١]، وهنا تقوم شركة المشروع بتأجير المشروع طيلة مدة العقد إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها، او عن طريق آخرين[٣].

سادساً: عقود التحديث – التملك – التشغيل– التحويل (M.O.O.T):

(Modernize – Own – Operate – Transfer):

هنا يتعهد المستثمر الخاص بتحديث أحد المرافق العامة، وتطويره تكنولوجياً وفقاً للمستويات العالمية، ويصبح مالكاً للمشروع، ويتولى تشغيله خلال فترة الامتياز ،ثم يتنازل للحكومة عنه في نهاية الفترة دون مقابل، ويحصل المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع طوال فترة الامتياز[١].

سابعاً: عقود التجديد– التملك – التشغيل (R.O.O):

(Rehabilitate – Own – Operate):

في هذه العقود يتم التعاقد بين الحكومة والمستثمر الخاص على قيام المستثمر بالإنفاق على تجديد أحد المشروعات العامة المحتاجة للتجديد، والتدعيم سواء من حيث المباني، أو الآلات، أو المعدات، أو الأجهزة والأثاث، ووسائل النقل أو من

---

[١] د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ B.O.T، مرجع سابق، ص١٢٢. ولمزيد من التفاصيل د. حمدي عبد العظيم، المرجع ذاته، مرجع سابق، ص١٤، و د. عمرو حسبو، المرجع ذاته ، ص٤٧.

[٣] د. جابر نصار ، عقود البوت ، مرجع سابق ، ص ٤٧ .

[١] د. حمدي عبد العظيم، المرجع ذاته ، ص١٤–١٥، و لمزيد من التفاصيل د. عمرو حسبو، المرجع ذاته ، ص١٠٦.

حيث التكنولوجيا المتقدمة وغيرها، وهنا يصبح المستثمر مالكاً للمشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته، وذلك مقابل القيمة التي تحددها الحكومة مقابل تحويل الملكية من الدولة إلى المستثمر الخاص، وبالتالي تستخدم هذه العقود في إطار برامج الخصخصة للمشروعات العامة المتعثرة، والتي تعجز إيراداتها عن الإنفاق على التجديد، والإحلال. وفي جميع الأحوال تحرص الحكومة على وضع ضوابط لحماية المجتمع والاقتصاد القومي والمستهلكين والعاملين في المشروع، سواء بصفة مطلقة، أو لفترة محددة.

ثامناً: نظام البناء – الاستئجار – التشغيل – التحويل (BROT):

وهذا النظام يجمع بين خصائص عقد إيجار المرفق العام، ونظام البناء، والتشغيل، والتحويل (B.O.T)، ومؤدى نظام (B.R.O.T) هو قيام المستثمر ببناء المشروع لحساب السلطة العامة وعلى نفقته، على أن يقوم بعد ذلك باستئجار المرفق من السلطة المتعاقدة، وقيامه باستغلال المشروع لفترة معينة، ويحصل خلال مدة الإيجار على مقابل من تقديم الخدمة للجمهور، أو للجهة المتعاقدة في نهاية مدة الاتفاق، وهذا النظام شأنه في ذلك شأن عقود الإيجار، والبناء، والتشغيل، والتحويل (B.O.T) والتزام المرافق العامة، فملكية المرفق تكون خالصة للجهة الحكومية ويكون لها كذلك الإشراف عليه، أما إدارته وتشغيله الفعلي فتكون متروكة للقطاع الخاص[١].

تاسعاً: عقود البناء – التمويل – التحويل (B.F.T):

(Build – Finance – Transfer):

---

[١] د. عمرو حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرفق العام ، مرجع سابق ، ص١١٩.

هذا النوع من العقود يعتمد على مبادرة القطاع الخاص في تقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية، ثم تقوم الدولة بسداد تكلفة التمويل إلى القطاع الخاص على أقساط[١].

عاشراً: عقود التأجير – التدريب – التحويل (L.T.T):

(Lease – Training – Transfer):

في هذا النوع يقوم القطاع الخاص بتمويل إقامة المشروع، وتدريب العاملين التابعين للدولة، ثم تأجير المشروع للحكومة لتقوم بتشغيله خلال فترة زمنية معينة تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص بعد ذلك، وهذين النظامين الأخيرين يستخدمان في معظم العقود في دول المجموعة الأوروبية بدلاً من نظامي الـ (B.O.T) و الـ(B.O.O.T)، وذلك بعد وجود بعض السلبيات المرتبطة بهما عند التطبيق العملي[٢].

حادي عشر: الإيجار والتجديد والتشغيل وتحويل الملكية (L.R.O.T):

(Lease – Renwal – Operate- Transfer):

هنا تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية ثم تجدده، وتحدثه، وتشغله فترة العقد ثم تعيده مرة أخرى بصورته الحديثة دون مقابل للجهة الإدارية[٣].

---

[١] د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت، مرجع سابق، ص١٥.

[٢] المرجع ذاته، ص١٥، ١٦.

[٣] د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد التزام الـ B.O.T، مرجع سابق، ص١٢٣، ولمزيد من التفاصيل، د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص٤٧.

ثاني عشر: البناء – الاستئجار – التشغيل – تحويل الملكية (B.R.O.T) or (B.L.O.T):

(Build –Rent –Operate – Transfer) or (Build – Lease – Operate – Transfer):

وهي صيغ أخرى لمشاريع الـ B.O.T أو لمشاريع الـ B.T.O حيث يقوم صاحب الامتياز إضافة إلى الالتزامات وغيرها من الشروط المعتادة في مشاريع الـ B.O.T، باستئجار الموجودات المادية التي يشغلها المرفق لمدة الاتفاق[١].إذاً هنا تقوم شركة القطاع الخاص ببناء المشروع ، ليكون منذ البداية مملوكاً للدولة، ثم يتم إستئجاره، وتشغيله على أساس تجاري لفترة معينة، على أن يتم تحصيل عائد منه ثم تحول أصوله للجهة الإدارية المسؤولة[٤]. ففي الأشكال السابقة لمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية، فإنه في بعض الحالات يتم المزج بين شكلين، أو أكثر من هذه الصور، كما يمكن أن توجد أشكالاً أخرى من أشكال المشاركة تكون ذات طبيعة مختلطة[١].

ثالث عشر: خصخصة مشروعات البنية الأساسية (Privatization) أو البناء والتملك والتشغيل B.O.O[١].

نشأ هذا المصطلح وانتشر سريعاً في النصف الأول من التسعينات ، والخصخصة هي أعلى مراتب سلم مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات مشروعات البنية الأساسية ، عن طريق نقل السيطرة والهيمنة على المشروع المقام بالفعل إلى القطاع الخاص ، بصفه نهائية سواء كان بالبيع أو ببيع أسهم

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٤٨.

[٤] المرجع ذاته ، ص ٣٨ .

[١] د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص، مرجع سابق، ص١٦.

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص ٤٨.

وحصص القطاع العام في شركاته إلى القطاع الخاص، أو زيادة اكتتاب القطاع الخاص في رأس مال شركات القطاع العام، أو عن طريق طرح زيادة في رأس المال، بحيث تكون الغالبية العظمى في رأس المال للقطاع الخاص، فنجد الحكومات في معظم دول العالم قد قامت ببيع الموجودات المملوكة للدول لتكون مصدر رئيسي للدخل، ففي الفترة الممتدة من عام ١٩٨٨-١٩٩٢ ، قامت حكومة المملكة المتحدة بقيادة حركة خصخصة واسعة نتج عنها وفرة في الإنفاق ما يقارب (٤٤) بليون دولار ، وكذلك تتحقق الخصخصة عن طريق مشاركة رأس المال العام والخاص في المشاريع الكبرى، وهو اتجاه سائد على الصعيد العالمي في الوقت الحاضر .

المطلب الثاني

تمييز عقود البوت عما قد يشتبه بها من العقود

إن الخصيصة الأساسية لعقد التزام المرفق العام الـ (BOT)، هو أداء خدمة عامة للجمهور، وإشباع حاجة عامة، كما أنه يحتوي على نوعين من الشروط، شروط لائحية، وتملك الإدارة تعديلها، وشروط تعاقدية لا تملك الإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة، وبالتالي يمكننا التمييز بين عقد التزام المرفق العام الـ (BOT)، وغيره من العقود التي قد تختلط به في الفروع التالية:

الفرع الأول: تمييز عقد التزام المرفق العام الـ (B.O.T) عن حق الانتفاع:

حق الانتفاع: (هو حق عيني على شيء مملوك للغير سواء كان منقولاً، أو عقاراً يخول صاحبه مكنة الانتفاع بالشيء لمدة محددة، مع التزام المنتفع بحفظ الشيء ذاته لرده إلى مالكه الأصلي بعد نهاية مدة حق الانتفاع)[١].

ومن خلال هذا التعريف يمكن إبراز أوجه الاختلاف الآتية بين عقد التزام المرفق العام، وحق الانتفاع:

أولاً: حق الانتفاع يرد على شيء محدد بالذات، وليس على مرفق عام يؤدي خدمة للجمهور، كما في عقد التزام المرفق العام.

ثانياً: حق الانتفاع مملوك للغير . مالك الرقبة . وليس للمنتفع، بينما في التزام المرفق العام (البوت) نجد أن الملتزم ينشأ المرفق، ويتملكه، ويديره، ثم يحول ملكيته في نهاية مدة الالتزام إلى الدولة بحالة جيدة.

ثالثاً: حق الانتفاع مقرر لشخص محدد، ولا يجوز له أن يتيح للجمهور الانتفاع بالشيء محل الانتفاع، بينما المرفق العام يؤدي خدمة عامة، ويشبع حاجة عامة للجمهور[٢].

رابعاً: حق الانتفاع يكون بدون مقابل مادي، بينما في المرفق العام تؤدى الخدمة نظير مقابل مادي.

الفرع الثاني: تمييز عقد التزام المرفق العام الـ (BOT) عن عقد الأشغال العامة:

---

[١] لمزيد من التفاصيل القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني وخصوصاً الفصول الخاصة بحق الانتفاع. وأيضاً د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ B.O.T، مرجع سابق، ص١٢٥-١٢٨.

[٢] د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص١٢٥.

عقد الأشغال العامة هو: «اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد، أو الشركات، بقصد القيام ببناء، أو ترميم، أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وتحقيق منفعة عامة، نظير مقابل متفق عليه، وطبقاً لشروط العقد»[١].

فالثمن الذي يدفعه صاحب العمل – أحد أشخاص القانون العام – هو الذي يميز على وجه التحديد عقد الأشغال العامة عن كل العقود الإدارية ، وخصوصاً عقد التزام المرافق العامة، حيث إنه في التزام المرافق العامة يحصل الملتزم على مكافأته أو أتعابه، أو حقوقه عن طريق فرض رسم يؤديه المنتفعون بالمرفق العام للملتزم الذي أنشاء المرفق[٢].وبمجرد إنشاء المشروع وتسليمه للجهة الإدارية المتعاقدة تنتهي مهمة المقاول في عقد الأشغال العامة، وذلك دون أن يكون له حق في إدارة المشروع وتقديم خدمات للجمهور .بل يقع ذلك على عاتق الإدارة[٣]، مما تقدم نجد أن عقد الأشغال العامة يفتقر لعنصري المدة وتقديم خدمة عامة للجمهور، بحيث لا يقدم المقاول خدمة لجمهور المنتفعين خلال مدة معينه كعقد التزام المرفق العام، فمهمة المقاول، هي إنشاء المشروع، أو صيانته، أو ترميمه إذا كانت جهة الإدارة قد أنشأته وبذلك تنتهي مهمة المقاول بتنفيذه التزامات عقد المقاولة، ومن هنا يختلف عقد مقاولة الأشغال العامة عن عقد التزام المرافق العامة (البوت)،فالاصطلاح الأخير يقتصر على عقد التزام المرفق العام دون عقد الأشغال العامة لوجود فارقين جوهريين بينهما،وهما تقديم الخدمات للجمهور خلال مدة معينة، والحصول

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٢ وما بعدها. ولمزيد من التفاصيل د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٦ وما بعدها وأيضاً حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٦/٢/٢٣، في القضية رقم ٢٨٤ لسنة ٨ق، المجموعة، ص١١، ص١٠٤.

[٢] د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص١٢٦.

[٣] المرجع ذاته، ص١٢٧.

على مقابل عن طريق فرض رسم على المنتفعين[١].ويقترب عقد الأشغال العامة، أو يبتعد عن عقد التزام المرافق العامة بسبب وجود مرفق عام أو عدم وجوده،بحيث إذا كانت الأشغال العامة واردة على مرفق عام، كيف العقد على أنه عقد التزام مرافق عامة[٣] .ويتفق العقدان في أن كليهما يتم تنفيذه لمصلحة الحكومة ، أو الجهة الإدارية المعنية مقابل بدل معين يتم الاتفاق عليه[٤].

الفرع الثالث: موقفنا من الأخذ بعقود البوت وأخواتها:

ونحن من جانبنا نرى بأنه يتعين على الدول النامية، أو أية دولة راغبة في الأخذ بعقود الـ BOT، وأخواتها أن تقسم مرافقها العامة إلى قسمين:

أولاً: مرافق عامة حيوية:

وهنا نميز بين المرافق القائمة بالفعل والتي تحتاج إلى تحديث وتطوير ،وبين تلك،التي تحتاج إلى إنشاء، ففي النوع الأول والذي يحتاج إلى تحديث وتطوير فنحن نرى بأنه من الممكن الأخذ بنظام التحديث والتملك والتشغيل والتحويل (M.O.O.T)، كون هذه المرافق العامة حيوية ولا يجوز التنازل عنها، فبعد انتهاء مدة الامتياز هنا يعود المرفق لملكية القطاع العام، فهذه خصخصة. وفي حالة لم يوجد من يقبل بهذا النظام فمن الممكن الأخذ بنظام الإيجار والتجديد والتشغيل وتحويل الملكية (L.R.O.T). أما في النوع الثاني والذي يحتاج إلى بناء المرفق العام فنحن نؤيد الأخذ بنظام الـ B.O.T، وبنظام البناء والتمويل والتحويل (B.F.T)، حيث أن المستثمر يمول المشروع وتقوم الحكومة

---

[١] د. عمرو حسبو، المرجع ذاته، ص١٢٧. ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد التزام الـ B.O.T، مرجع سابق، ص١٢٨.

[٣] د. شاب توما منصور ، القانون الإداري ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ١٨٩ وما بعدها .

[٤] د. إلياس ناصيف ، المرجع ذاته ، ص ١٢٨ .

بسداد ذلك، على أقساط وفي حال لم يوجد مستثمر يقبل بهذا النظام يمكن الأخذ بنظام الـ B.O.T، حيث أن الملتزم يبني المرفق ويشغله مدة الالتزام ثم يعيده بحالة جيدة للإدارة، فمثلاً من المرافق العامة الحيوية، مرافق مصافي البترول، ومحطات توزيع المياه والغاز والكهرباء.

ثانياً: مرافق عامة غير حيوية:

وهنا نميز بين المرافق القائمة بالفعل، والتي تحتاج إلى تحديث وتطوير وتوسعات، والمرافق غير الموجودة، ففي حالة المرافق القائمة بالفعل، فنحن نؤيد الأخذ بنظام التجديد والتملك والتشغيل(R.O.O)، كون هذا المرفق غير حيوي، مثل دور السينما والمدن الإعلامية، فهنا لا يكون من جراء خصخصة هذه المرافق ضرر كبير بالمجتمع، أما في حالة المرافق غير الحيوية والغير موجودة أصلاً، فإننا نرى ضرورة الأخذ بنظام التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O)، حيث تتفق الحكومة مع المستثمر على إقامة مشروع البنية الأساسية الذي تحتاجه، من خلال وضع مخططات وتصميمات بواسطة أجهزتها الإدارية . فالأخذ بنظام الإنشاء ثم التحويل ثم الإدارة(B.O.T)، يؤدي إلى تشعب الإجراءات الحكومية، وهو الأمر الذي لا يستحب في جذب الاستثمار، كون المستثمر سيقوم ببناء المرفق ومن ثم يحول ملكيته للدولة، وتقوم الدولة مرة أخر بالتعاقد معه على أساس تشغيله، بينما في نظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية (B.O.O.T)، فهنا تملك المشروع شركة مؤقتة، وهي التي تنشئه وتشغله ثم تعيده للدولة، وهو غير مستحب الأخذ به في نظام المرافق العامة غير الحيوية والتي تحاول الدولة الهروب من تشغيلها وإنشائها، أما في نظام B.L.T، فهو يجعل الحكومة تدفع بدل استخدامها للمرفق العام طيلة مدة الإيجار، وهذا يشكل عجز على موازنة الدولة، فبدل أن يكون المشروع مدراً للدخل تقوم الدولة بدفع بدل إيجاره طيلة هذه المدة. ولابد من

الإشارة إلى أن عقود التأجير والتدريب والتحويل (L.T.T)، يمكن الأخذ بها في حالة واحدة فقط وهي حالة تدريب الأيدي العاملة الوطنية وخصوصاً في مجالات التكنولوجيا، لأنه وفق هذا النظام يقوم المستثمر بتمويل إقامة المشروع، وتدريب العاملين التابعين للدولة، ثم يؤجره للدولة لفترة معينة وبعدها تعود ملكيته للقطاع الخاص.

إذاً مما تقدم نجد أن عقود الـ B.O.T، إما أن تتضمن إنشاء مرفق عام، وإما أن تتضمن تشغيل مرفق وصيانته وتحديثه، ففي عقود الخدمات، وعقود الإدارة والتشغيل والصيانة، وعقود الإيجار، وعقد التزام المرفق العام، نجد أن المرافق العامة موجودة، ولكن الأمر يتعلق بالإدارة والصيانة والتحديث فقط، ومن هنا لابد من الإشارة إلى أننا في نهاية الدراسة سوف نقوم بإعداد نموذج عقدي، يتلاءم مع طبيعة كل مرفق من المرافق العامة.

المبحث الثاني

النظام القانوني لمشروعات البوت وتمويلها

تلجأ الحكومة لتمويل مشروعاتها العامة عن طريق اتفاقات البوت في عدة مجالات، كمشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية والتي كان يتعين عليها الاضطلاع بها، و إزاء عدم قدرة الحكومة على تمويل تلك المشروعات من إيراداتها العامة، فإنها تعهد بها إلى القطاع الخاص، مقابل تحقيق عائد معقول، كمشروعات الطرق والكباري والمطارات ومحطات القوى[١]، ونبحث النظام القانوني على النحو الآتي:

المطلب الأول

النظام القانوني لنظام الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية

وهذا يتطلب منا البحث في أطراف مشروعات الـ B.O.T، سواء كانوا أطرافاً أصليين أو أطرافاً تابعين ولكنهم مشاركون، وما يتطلبه ذلك من بيان للشكل القانوني لشركة المشروع، وحقوق والتزامات أطراف العقد، وبنود اتفاقية المشروع، ونبحث ما ذكر في الفروع الآتية:

الفرع الأول: شركة المشروع كطرف أصلي مشارك في المشروع بنظام الـ B.O.T:

بالنظر لتغير دور الدولة في الاقتصاد ولتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار، ولزيادة التضخم في الدول النامية والمتقدمة، وزيادة حجم المشروعات العامة وعجز موازنة الدولة عن صيانتها وتشغيلها، وعجز الدولة

---

[١] د. صالح الطيار، النظام القانوني لمشروعات، البوت، مرجع سابق، ص١٩. ولمزيد من التفاصيل، د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص٧-٨.

عن زيادة الضرائب، كل ذلك وغيره أدى إلى لجوء الدولة إلى نظام الـ B.O.T، وقبل إنشاء شركة المشروع فهنالك طرف أصلي وهو:

* **الحكومة المضيفة (Host Government)**[١]، حيث أن التعاقد بنظام الـ BOT خاص بأعمال من الضخامة بمكان لدرجة لا تستطيع شركة واحدة القيام به وتنفيذه، وبالتالي فقد يحتوي على عدد كبير من العقود، قد يبلغ عشرين عقداً وبه من الأطراف والتعاقدات الكثير، ومن الممكن تعارض مصالح الأطراف فيه، فنجد اتفاقات الحكومة مع شركة المشروع، واتفاق شركة المشروع مع كونسورتيوم* اتحاد شركات لتنفيذ ذلك المشروع، إضافة إلى اتفاقات التمويل، والتوريد، والصيانة، والتأمين، وبالتالي نبحث في شركة المشروع كطرف في العقد على النحو التالي:

أولاً: ماهية شركة المشروع:

هي ذلك الكيان الذي يشكله المستثمر الخاص لتنفيذ وتمويل وتشغيل المرفق خلال فترة الترخيص[٢]، ولا بد من أن تكون ذات قوة وخبرة ودراية تؤهلها الخوض في غمار مشروع ضخم، وذلك عن طريق دخولها في اتفاقات شراكة Consortium[٣]، ليكون لديها القدرة على مواجهة تكاليف وأعباء المشروع الأخرى، وكذلك لتوزيع المخاطر بين اتحاد تلك الشركات، ويضم الكونسورتيوم

---

(١) Unido, p.٨.

* الكونسورتيوم : (هو اتفاق يبرم بين اشخاص طبيعية أو معنوية محلية أو أجنبية ، يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين لمدة محددة ، بغية تحقيق الربح ، دون أن ينشأ عن ذلك شخصية قانونية مستقلة ، وجوهره هو تجمع إتفاقي ليس له شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء) . د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول ، مرجع سابق ، هامش ص ٦٢٣ .

(٢) unido ibid, p.١٠. The Private Project Company is the concessionaire of the BOT Project.

(٣) Unido ibid, P.١٠. A consortium (or consortia) of Private sector sponsors public. Private partnerships are also possible.

مقاولي تشييد وموردي المواد الخام والآلات، وكذلك متعهدي تشغيل وصيانة المشروع، ويضم أيضاً مستثمرين محليين ذوي خبرة طويلة في العمل المحلي وكيفية التعامل مع جهة الإدارة، وقد تشترط الحكومة وجود مستثمر محلي ضمن أعضاء الكونسورتيوم[١].

وقد يضم أيضاً مؤسسات تمويلية[٢]، ونظراً لكثرة عدد الأفراد في الكونسورتيوم وطيلة فترة المشروع من الممكن أن تحدث نزاعات[٣]، وقد يحدث تعارض بين المصالح لذلك تختص في شركة المشروع لجنة معينة من قبلها بحل تلك النوعية من المنازعات، وذلك لعدم عرقلة سير المشروع خلال مرحلته الأولى وهي الخاصة بكيفية تكوين اتحاد الشركات (الكونسورتيوم) للدخول في العطاء، وتكوين عرض مشترك وبعد ذلك تأتي مرحلة فوز الكونسورتيوم بالعطاء[٤]، فيبدأ أعضاء الكونسورتيوم بتكوين شركة غرضها بناء وتمويل وتشغيل المشروع المقرر إقامته[٥]، وينص على كافة المسائل الإدارية والمالية، والأحكام الجزائية،

---

(١) Jeffrey Delmon – BOO/ BOT Projects A commercial and The contractual Guide. P. ١٣. ٢٠٠٠. London, sweet and max Well. The Grantor may also reguire that the project company include local. Investors in order to improve transfer of technology and provide jobs and training to Local personnel.

(٢) Unido, ibid, P١١. The Project company may include other equity invertors such as an investment banking firm or merchant bank that acts as Financial advisor to the project.

(٣) Unido, ibid, P١١. There are pontential conflicts of interest between the sponsors as owner of the Project company and the sponsors as supplies of goods and services to the project company. However these conflicts can be mitigated by the board of the project company.

(٤) Delman, P.١٣. The sponsors will identify project and put together abidinan effort to be awarded the concession.

(٥) Delman, P.١٣. Once selected they will create aspecial purpose vechicle (SPV) which will contract with the grantor to design, construct operate, maintaine, and transfer the project.

والموضوعات التي تحكم شركة المشروع في اتفاق تلك الشركة، ويجب أن يشار إلى جميع الأمور الخاصة بغرض الشركة وطريقة إدارتها ورأس مالها، وكيفية نقل التكنولوجيا وعملية المنافسة، وتنظيمها داخل الكونسورتيوم، وذلك بالنظر لطول فترة العقد، فإنه من المتوقع حدوث تعارض بين المصالح، وبالتالي يحتج بذلك التنظيم على الغير لإدراجه في النظام الأساسي للشركة[١].

ثانياً: الشكل والنظام القانوني لشركة المشروع:

عقب رسو العطاء على الكونسورتيوم، يقوم أطرافه بتكوين شركة غرضها الأساسي تصميم وتمويل وبناء وتشغيل المشروع، وتشترط الدولة المضيفة عادةً ضرورة تكوين شركة وطنية تنشأ في ظل قوانين الدولة المضيفة[٢]، وتكوّن تلك الشركة فور إرساء العطاء على الكونسورتيوم وقبل التوقيع على العقد، وتتخذ شركة المشروع أحد الأشكال القانونية التي تمكنها من تحقيق أغراضها وغالباً ما تأخذ شكل شركة مساهمة[٣]، بالنظر لكون مسؤولية الشركاء في هذه الشركة

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، موجع سابق، ص٨٢.

[٢] د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص، مرجع سابق، ص١٢٥، ١٢٦، حيث يشير هنا إلى ضرورة الوضع بالحسبان النظام القانوني للدولة المضيفة، وكذلك الاعتبارات الضريبية في الدولة المضيفة، والدولة الأم للمساهمين في شركات الكونسرتيوم، كمشروع كهرباء سيدي كرير، حيث تم تكوين شركة المشروع بنظام التوصية بالأسهم، وهو غير شائع في مصر، ولكن الباعث على ذلك كان الاعتبارات الضريبية الخاصة بالولايات المتحدة الأمريكية، وهذا النظام يتيح إصدار سندات، وبالتالي إمكانية زيادة رأس المال عن طريق طرحها بالسوق المالي، وكذلك الحال في شركة كهرباء عمان، وسوف يأتي الحديث عن رسو العطاء في المبحث الثالث والخاص بإبرام عقد الـ B.O.T.

[٣] Unido, ibid, p.١١ The selected sponsors usually created a special purpose Limited Liability company known as the project company. The project company will be capitalized with a limited equity contribution from each sponsor.

محدودة بقدر مساهمتهم، وما تنتجه من إصدار أوراق مالية ومن ثم زيادة لمصدر التمويل[١]. أما بالنسبة للنظام القانوني فهو يتحدد من خلال:

١- الإطار التشريعي للعلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة وشركة المشروع:

يرى البعض بأنه لا يمكن الجزم بتطبيق نظرية التزام المرفق العام على المشاريع بنظام الـ BOT، وذلك لعدم ملائمة قواعد هذا النظام مع فلسفة هذه المشروعات وطريقة تمويلها، حيث يعتبر المرفق مشروعاً خاصاً ذا منفعة عامة، إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك[٢].

فتدخل السلطة وهيمنتها على المشروع تجعل منه مرفقاً عاماً، فلا بد من أن يكون المشروع بيد السلطة العامة من حيث إنشائه وإنهائه وكيفية تسييره، ولكن في نظام الـ BOT ، فإن دور السلطة العامة يقتصر على الإشراف والرقابة، وأن الاتفاق المبرم بين شركة المشروع وجهة الإدارة ينص على اعتبار الاتفاق عقداً تجارياً، والسلطة العامة المتعاقدة تتعاقد بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص، وشركة المشروع مالكة لأصول المرفق طوال فترة الامتياز، ومثال ذلك الاتفاق الذي أبرمته هيئة كهرباء مصر في مشروعات الـ BOT، والتي تقرر اعتبار نشاط معين مرفق عام من عدمه[٣]، والاتجاه الغالب في مصر فقهاً وقضاء يطبق أحكام قواعد التزام المرافق العامة على اتفاق شركة المشروع والإدارة[٤].

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٨٣.

[٢] المرجع ذاته، ص٨٣، ٨٤.

[٣] د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص، مرجع سابق، ص٢٠٧ وما بعدها.

[٤] د. أحمد سلام، المرجع ذاته، ص٨٤.ولمزيد من التفاصيل د. محمد عبد اللطيف ، التطورات المعاصرة للمرافق العامة الاقتصادية ، مرجع سابق ، ص ١١٧ ، ١١٨ ، وأيضاً تقرير إدارة الفتوى لوزارة المواصلات المصرية رقم ، ٩٩٩/٢/١/١٠٥٧ ، في ١٩٩٨/١/١٤ .

ولكن السؤال الذي يبرز هنا هو ما الإطار التشريعي الذي يحكم شركة المشروع؟

المستثمر سواء كان شخصاً طبيعيًا أو معنوياً في الغالب هو شخص من أشخاص القانون الخاص، ويأخذ عادة إما شكل شركة مساهمة، أو أي شكل قانوني آخر، ويفضل أن تكون شركة توصية بالأسهم، أو شركة مساهمة لأن هذين الشكلين فقط هما المسموح بهما في القانون المصري لإصدار أوراق مالية على شكل أسهم، أو سندات وقيدها في البورصة.

٢- موقفنا من الإطار التشريعي للعلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة وشركة المشروع:

نحن لا نتفق مع الاتجاه القائل بأنه لا يمكن الجزم بتطبيق نظرية التزام المرفق العام على المشاريع بنظام الـ B.O.T، وذلك لعدم ملائمة قواعد هذا النظام مع فلسفة المشروعات، وطريقة تمويلها، حيث نرى بأنه من الممكن تطبيق الجزء الأكبر من نظرية التزام المرفق العام على المشاريع بنظام الـB.O.T، وذلك لعدة أسباب:

أ. يعتبر المرفق الذي ينشئه القطاع الخاص (شركة المشروع) مرفقاً عاماً، وليس مرفقاً خاصاً ذا نفع عام، لأن ملكية المرفق في النهاية ستؤول للدولة.

ب. صحيح أن الإدارة تتعاقد في شركة المشروع لإنشاء المرفق، بموجب عقد تجاري يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولكن هذا من الناحية المالية للعقد فقط، حيث أن الإدارة يبقى لها حق الإشراف والرقابة الإدارية والمالية، وإعطاء التصاميم اللازمة لشركة المشروع في معظم العقود بنظام الـ B.O.T.

ج. عندما تتعاقد الإدارة بصفتها شخصاً من أشخاص القانون الخاص، فإن هذا لا يحرمها من بعض امتيازات السلطة العامة، والتي تبقى تتمتع بها طيلة مدة

التشييد والامتياز، والمتمثلة بالرقابة والإشراف، وهما أهم سلطتين في تسيير المرفق.

د. إن منح الالتزام يصدر في الغالب بقانون ولمدة محددة، وهذا ما يبين أنه مرفق عام، حتى ولو شيد من قبل القطاع الخاص، وذلك لحالة الضرورة المالية التي قد تعجز الإدارة عن تشييده وإنشائه.

هـ. إن من حق الإدارة استرداد المرفق قبل نهاية مدة الامتياز، وذلك للمصلحة العامة، وفي حالات خاصة محددة.

و. بالنسبة للتعرفة من استخدام خدمات المرفق فهي محددة، ولا يجوز للملتزم تجاوزها وهذا ما يجعل منه مرفقاً عاماً وليس خاصاً.

ل. مما يعزز رأينا أن كل قائمة عقود الـ B.O.T، ورد فيها، عبارة الملتزم وهذا يعني أنه مرفق عام وبالنهاية سيؤول لملكية الدولة ويقتصر دور شركة المشروع على إنشائه، واستغلاله مدة الامتياز فقط.

ومن هنا نرى بأنه رغم بعض الظروف الخاصة بنظام الـ B.O.T، إلا أن أكثر النظريات الإدارية ملائمة للتطبيق عليه هي، نظرية التزام المرفق العام وإن كان هنالك بعض الخروج على مبادئها فيما يتعلق بنظام الـ B.O.T، إلا أنه يبقى جزء من الأصل ولا يغلب عليه، إضافة إلى أن الإدارة هي التي تقوم في الغالب بصياغة عقد الـ B.O.T، وتبرمه مع الملتزم، ولا يخل بالأصل العام، مجموعة العقود التي تبرم لإنشاء المرفق بين الملتزم وغيره من المقاولين أو الموردين، أو المقرضين، لأن هؤلاء لا توقع الإدارة العقد معهم، وإنما توقعه مع الملتزم يضاف إلى ذلك أن شركة المشروع تجبر على إنشاء شركة وطنية في البلد المضيف، وتخضع الأخيرة لقوانين البلد المضيف.

٣- اتفاقية المشروع:

تعد اتفاقية المشروع أو اتفاقية حق الالتزام هي حجر الأساس في كل مشروعات الـ B.O.T، حيث تحدد الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق الشركة، ودور الحكومة المضيفة لتنمية وتشغيل المشروع، كما تعطي رعاة المشروع الحق في الالتزام في تمويل وإنشاء وتشغيل المشروع لفترة محددة، وتحدد مخاطر المشروع في البداية، وتوزعها بين الحكومة والرعاة الخصوصيين[١].

كما تقع في شكل مركز شبكة الترتيبات التعاقدية، والتي لو جمعت لحددت الشكل العام للمشروع، والتزامات أطرافه، وجميع التفاصيل التي من شأنها تنفيذ المشروع، بما في ذلك اتفاقيات التشغيل والصيانة، والتوريد لقطع الغيار، كما تحدد المخاطر والمسؤولية وتضع الحكومة بنود الاتفاقية وتطرحها على كل من تقدم للعطاء، وتوقع تلك الاتفاقية عقب رسو العطاء بين الحكومة ممثلة في إحدى هيئاتها، أو وزارة المالية على سبيل المثال، وبين شركة المشروع[٢].

ثالثاً: حقوق والتزامات أطراف العقد:

وتشمل الحقوق، والالتزامات التالية :

١ – أهم التزامات الحكومة[٣]:

---

(١) Unido, ibid, p١٢.

(٢) د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٩٥. ولمزيد من التفاصيل عن الهيكل التنظيمي، د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص٤٤.

(٣) Geoffery Haley, Negotiation international infrastructure projects " construction Agreements" p. ٢٥, ١٩٩٨, sweet Maxwell, London.
Authorize Project company to engage in project for period of concession.
- provide land, easements, air rights etc required for project.
- provide access road and utilities for project agreements not authorize competing projects which would destroy economic projection on which project is based.
- provide special tax regime to project, its foreign employees and contractors.

أ. منح حق الالتزام لشركة المشروع.

ب. تمكين شركة المشروع من الوصول للموقع.

ج. الموافقة على عدم توقيع اتفاقيات منافسة مع شركات أخرى من شأنها أن تحرم شركة المشروع من الاحتكار.

د. تحديد طرق دفع عائدات المشروع فيما إذا كانت تستند إلى اتفاقيات أخرى، أم أنها تخضع لآلية السوق.

هـ. تضمن الحكومة نظام خاص للضرائب من شأنه حماية المشروع وموظفيه ومقاوليه الأجانب.

٢- التزامات شركة المشروع[١]:

أ. تصميم وتطوير وتمويل وتشييد، وإتمام وتشغيل وصيانة المشروع وفق معايير محددة.

ب. حماية البيئة عبر استخدام معدات ومواد صديقة للبيئة.

ج. تقديم تقارير دورية للجهة المشرفة على تنفيذ المشروع لصالح الحكومة، والسماح لها بدخول موقع المشروع[٢].

٣- البنود الخاصة وضمانات الحكومة لاتفاقياتها الأخرى مع شركة المشروع[٣]:

- provide amount and a method of payment for project.
- provide for inflation adjustment, foreign exchange convertibility and exchange rate protection.

[١] Design, develop, finance, construct, complete, test, commission, operate and maintain project according to specific design and performance criteria.

[٢] Geoffery Haley- ibid, p.٢٦. Provide periodic report and permit access to project and inspection by supervising government agency.

[٣] Pay liquidated damages to the government fordelay or failure to complete project.

- provide insurance coverage for project particularly third party liability.

إن اتفاقية المشروع تتضمن بنوداً تعاقدية، وفي نفس الوقت ضماناً لأي اتفاق بين شركة المشروع والحكومة كما يلي:

أ. الغرامات والتعويضات على الطرفين في حالة الإخلال بشروط الاتفاقية.

ب. مسؤوليات الأطراف وشروط التأمين والاستيراد، وحقوق الملكية الفكرية.

ج. الشروط العامة الأخرى (القوة القاهرة، التغير في القوانين، الضرائب، إنهاء العقد، تسوية المنازعات)[١].

رابعاً: أهم بنود اتفاقية مشروع الـ BOT:

هنالك بنود كثيرة لاتفاقية المشروع بنظام الـ B.O.T، وبالتالي نشير هنا لأهمها باختصار، وهي تتضمن ما يلي:

١) التعاريف والأطراف:

يجب تحديد أطراف الاتفاقية بدقة فاصلة فقد يشترط قانون الدولة تحديد الطرف الحكومي عن طريق تحديد الجهة مانحة الالتزام، كما قد يشترط شكل أو إجراءات قانونية معينة، وكذلك تحديد قانون ولغة العقد[٢].

٢) شركة المشروع:

في هذا البند ينص على التزامات شركة المشروع ومنها:

أ. تنفيذ قوانين البلد المضيف وخصوصاً ما يتعلق بالبيئة، وضمان التزام مقاولي الباطن بها.

ب. تطبيق وتنفيذ معايير السلامة.

- negotiating international infrastructure projects " construction Agreements" sweet max well, ١٩٩٨.

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٩٧، ٩٨.

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق، ص٩٩. ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ B.O.T، مرجع سابق، ص٢٠٨-٢٠٩.

ج. استخدام الخامات المحلية والعمالة الوطنية، وتدريبهم وحماية حقوقهم، والعمل على نقل التكنولوجيا للمشروع بصورة جيدة.

د. المسؤولية عن مقاولي الباطن وكافة أشخاص شركة المشروع، وإبرام كافة عقود التأمين المتعلقة بالمشروع[١].

٣) الحكومة:

يجب تحديد التزامات الحكومة المضيفة تجاه المشروع، وما إذا كان المشروع سيكون حكراً خالصاً لشركة المشروع، وعليه فلا بد من التزامها إذا كان المشروع احتكارياً من وضع شرط يضمن عدم السماح بقيام مشاريع منافسة، وكذلك توضيح ما إذا كان حق القصر سيستمر طيلة مدة المشروع، أم لفترة زمنية معينة فقط، وبالتالي على الحكومة توفير ما يلي:

أ. الحوافز الضريبية وما يتعلق بالاستيراد، أو التصدير والحماية الكاملة لشركة المشروع.

ب. توصيل كافة المرافق لشركة المشروع.

ج. السماح لموظفي شركة المشروع بدخول الدولة، وتسهيل العقبات الجمركية.

د. تضمن الحكومة أية اتفاقيات من شأنها أن تكمل اتفاقية المشروع[٢].

٤) أداء وإنجاز المشروع:

يجب أن تتضمن اتفاقية المشروع البند الخاص بالنص على طريقة تنفيذ المشروع منذ البداية حتى اكتماله، وتوضيح مراحله، وطريقة القيام بها من

---

[١] المرجع ذاته، ص٩٩، ١٠٠. ولمزيد من التفاصيل، د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص١٣٥ وما بعدها.

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٠٠.

شركة المشروع. وشركة المشروع تزود هذا البند ببنود فرعية تتعلق بأداء وإنجاز المشروع [١].

٥) التصميم:

للجهة الحكومية الحق في مراجعة التصميم[٢]، والموافقة عليه وتعديله كما أن شركة المشروع هي المسئولة عن أية عيوب في التصميم، فهي تتحمل تعديل التصميم ليتواءم مع الكيفية المتفق عليها في الاتفاقية، وكذلك للحكومة التأكد من استعمال شركة المشروع للخامات التي تساعد المشروع على العمل بكفاءة، كما لا يعفي حق الحكومة، أو من يمثلها في مراجعة وقبول هذه الرسومات، شركة المشروع من مسؤوليتها الكاملة عن التصميمات التي تنجزها[٣].

٦) التشييد:

يجب أن تتضمن اتفاقية المشروع أن الشركة تتحمل كافة التكاليف لتشييد المشروع وإتمامه، وأن يتضمن الجدول الزمني الذي يحدد مراحل التشييد، وجودة الأعمال والمعايير الخاصة بأعمال التشييد. ولا بد من النص على حق الحكومة، أو من يمثلها في الوصول إلى الأعمال لمعاينتها، واختبارها في جميع الأوقات. وفي حالة المشروعات الضخمة من الممكن النص على إمكانية إعادة التفاوض، وحق الحكومة في تعديل التصميم في حالة حدوث أي ظروف غير متوقعة، إضافة إلى أنه لا بد وأن تتضمن اتفاقية المشروع النص على

---

[١] المرجع ذاته، ص١٠١. ولمزيد من التفاصيل د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص١٤٠ وما بعدها.

[٢] The grantor Will to define, design and construction obligations in the concession agreement. He Will also need to ensure that the progect meet guality and life cycle reguirements.

- Delmon, ibid p.٨١.

[٣] د. أحمد سلام، المرجع ذاته، ص١٠١،١٠٢. ولمزيد من التفاصيل د. جابر نصار، المرجع ذاته، ص١٤٠-١٤٢.

استمرار أعمال التشييد في حالة نشوب أي منازعة خلال الوقت الذي يتم فيه تسوية هذا النزاع[١]، وتلجأ بعض الدول إلى جدولة تشييد المرفق وتجهيزه، بحيث تلتزم شركة المشروع بالتنفيذ وفقاً لخطة محددة، ومثال ذلك التجربة الأرجنتينية[٢]. فبمقتضى نظام الـ B.O.T، لإنشاء طريق الأوتوبيسات السريع، ألزمت الحكومة الشركة بأن يتم التنفيذ على مرحلتين: المرحلة الأولى، تبدأ في نهاية آب لعام ١٩٩٦ ، وهذه المرحلة شملت إنشاء وتوسعة الطريق، وبناء بوابات على الطريق، وأدخلت الدولة ثلاثة تعديلات على العقد تضمنت مزيداً من الإنشاءات، مع السماح لشركة المشروع بزيادة الرسوم، وانتهت هذه التعديلات في أيار ١٩٩٨. أما المرحلة الثانية، فتبدأ مع بداية التحصيل وتنتهي مع نهاية عقد الالتزام في ,٢٠١٦

٧) الاختبارات والإتمام لأعمال التشييد:

لابد من تضمين اتفاقية المشروع الغرامات التي يمكن توقيعها على الشركة في حالة الانحراف عن النتائج المطلوبة، أو عدم تحقيق النتائج التصميمية المتفق عليها، بحيث يتم توضيح الغرامة، والنص عليها في العقد.

٨) التشغيل والصيانة: ويشمل:

أ. أسلوب وكيفية التشغيل.

ب. حق الحكومة في التدخل في المشروع في حالة تأخر شركة المشروع في إنهائه.

ج. حق الحكومة في مراقبة جودة الخدمة المقدمة للمواطنين.

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٠٢.

[٢] د. جابر نصار، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص١٤٤،١٤٣. وأيضاً د. محمد أبو العنين، تجارب بعض الدول النامية في مشروعات البوت، بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، شرم الشيخ، ٢٩-٣٠ سبتمبر ٢٠٠١، ص٢.

وهـذه المرحلـة هامـة لـذا تلجـأ شـركة المشـروع إلـى التعاقـد مـع الشـركات المتخصصة في الصيانة والتشغيل، لتجنب ضرر التأخير والغرامات[١].

٩) نقل التكنولوجيا:

إذاً جاء في قانون السلوك لنقل التكنولوجيا ، والذي قامت بإعداده هيئة الأمم المتحدة ، أن عبارة :" نقل التكنولوجيا ، تعني نقل معلومات فنية تستعمل في إنتاج السلع ، أو في تطبيق طريقة ، أو في تقديم خدمات"[٢].

ففي حال قيام شركة المشروع بالنص في الاتفاقية على قيامها بتدريب العمالة المحلية، فإنها تعتبر بذلك ناقلة للتكنولوجيا، حيث تستخدم تكنولوجيا متطورة لتقليل عدد الأيدي العاملة، وتدريب العدد الذي تحتاجه.

١٠) سعر الخدمة وكيفية تحديده :

يجب النص على مقابل الخدمة في اتفاقية المشروع، وتوضيح ما إذا كان المقابل ثابتاً لجميع المستفيدين، أم سيتغير السعر للجهات العامة عنه لذوي الدخل المحدود، وتختلف عائدات المشروع باختلاف كل مشروع، ومن الطبيعي حدوث تعارض بين مصلحة الحكومة المضيفة وشركة المشروع، فالحكومة تسعى إلى تخفيض سعر الخدمة لصالح المستهلك، وشركة المشروع ترغب في تحقيق هامش ربح عالي، وتعتبر تعريفة الخدمة نقطة هامة تهتم بها الحكومات المضيفة، ويتحدد على أساسها إسناد المشروع لمن يقدم الخدمة بأقل تعريفة.

١١) الدفـع :

لا بد من تحديد طرق دفع مقابل الخدمة، وكيفية المحاسبة والإجراءات الواجب اتخاذها في حالة التأخر في الدفع.

١٢) الضمانات والتأمين:

---

[١] المرجع ذاته، ص١٠٣.

[٢] د.إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٢٧٥ ، ٢٧٦ .

المشاريع بنظام الـ BOT غالباً ما تكون خاصة بالبنية الأساسية، أي أن المشروع المزمع إنشائه هو مرفق عام بتمويل خاص، لذلك لا بد لهذا المرفق من الاستمرارية في أداء الخدمة التي أنشأ من أجلها وبنفس الجودة، وهذه هي مصلحة الحكومة والتي نجدها تحصل على ضمانات وتأمينات خاصة من مقاولي التشييد لاستخدامها عند الحاجة، وهي تأخذ الصور التالية:

أ. التأمين (Insurance): على الحكومة أن تشترط على شركة المشروع إبرام عقود تأمين على العمل، وهو إما تأمين على البناء، أو على المعدات، أو لصالح الطرف الثالث.

ب. حق التدخل (Stepin Rights): وهنا يكون للحكومة استلام العمل من شركة المشروع بسبب إخلالها في تنفيذ التزاماتها العقدية، وقبل استخدام هذا الحق يجب إنذار شركة المشروع، بحثها على تنفيذ بنود العقد والالتزام بها.

ج. تأمينات الأداء والأدوات المشابهة: وهو المبلغ الذي يرفقه مقاول التشغيل الخاص لشركة المشروع، ويستخدم في حالة عجزه عن أداء التزامه[١].

١٣) تقسيم المخاطر (Risk Allocation):

نظراً لأن المشاريع بنظام الـ BOT تمتد لفترة طويلة، فهي قد تتعرض لمخاطر كثيرة وكبيرة يجب أن تتنبه إليها كل من الحكومة المضيفة، وشركة المشروع أثناء صياغة الاتفاقية. والمخاطر التي يتعرض لها المشروع بذلك النظام لا تختلف عن المخاطر التقليدية، من حيث التأخير في التسليم وتغيير سعر العملة الأجنبية، وأي مخاطر سياسية أخرى قد تحدث في الدولة المضيفة، فالمشروع بنظام الـ BOT هو استثمار أجنبي غالباً في بلد نامي، فهناك رأس المال المدفوع بالعملة الأجنبية، أما ما تحصل عليه شركة المشروع فهو بالعملة

---

[١] د. احمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق ، ص١٠٤، ١٠٥.ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، مرجع سابق ، ص ١٧١ .

الخاصة بالدولة المضيفة، كذلك ترغب شركة المشروع بتحويل العائد بالعملة الأجنبية إلى خارج البلاد، كذلك وهنا لا بد من التأكد من عدم قيام الحكومة بإعادة تقييم عملتها، مما يعرض شركة المشروع لخسائر[١].

١٤) مدة الامتياز:

يجب تحديد مدة لشركة المشروع لاستغلال المشروع بعد انتهائها تقوم بتحويل ملكيته إلى الحكومة المضيفة، وتتراوح مدة الامتياز بين (٣٠-٦٠) عاماً وأحياناً (٩٩) عاماً[٢]، بينما في مشاريع الـ B.O.O، تمتد عقود الامتياز دون نهاية ، ففي فرنسا لاحظنا سابقاً بأنه بموجب قانون ٢ فبراير ١٩٩٥ ، والمتعلق بحماية البيئة ، قد نصت المادة (٧٠) منه على تحديد مدة للعقود المتعلقة بالمياه والتطهير ، والنفايات المنزلية بحد أقصى ٢٠ سنة ، كما أن قانون "sapin" الصادر في ٢٩ يناير ١٩٩٣ ، لم يحدد مدة ، وإنما ترك الأمر لتقدير الإدارة في ضوء الأداء المطلوب ، شريطة ألا تزيد مدة العقد عن المدة المعتادة لاستهلاك الإنشاءات. أما في مصر فقد حددت المدة بألا تزيد على (٣٠) عاماً بموجب قانون رقم ١٢٩ لعام ١٩٤٧ ، أما قانون ١٩٥٨ ، فقد وضع مدة خمسة سنوات ، إلا أن المشرع المصري خرج في القوانين الحديثة المتعلقة بالمطارات والطرق ، عن هذه المدة ، بحيث أصبحت (٩٩) عاماً. أما في الأردن فنلاحظ أن اتفاقيات امتياز مصفاة البترول وشركة كهرباء عمان منحت لمدة (٥٠) عاماً ، بينما عقود امتياز المرافق المحلية منحت لمدة (٣٠)

---

[١] د. أحمد سلام،عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ ، ١٠٦ ، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، مرجع سابق ، ص ١٥٥ .

[٢] د. محمد سعيد حسين أمين، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص٥٢ وما بعدها، أيضاً لمزيد من التفاصيل د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩، ص١١٩.

عاماً ، بموجب المادة ٤٢ / أ من قانون البلديات الأردني رقم ٢٩ لعام ١٩٥٥ .وقد سار المشرع السوري على نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي .

والحكومة مخيرة إما بتجديد مدة الامتياز مقدماً في العطاءات، أو أن تترك المدة مفتوحة، ومن الممكن أن تكون مدة الامتياز مرتبطة بمدى ما تجنيه شركة المشروع من عائد ربح، وبتمام تغطية تكاليف المشروع، وإضافة نسبة ربح معينة متفق عليها مسبقاً بين شركة المشروع والحكومة المضيفة[١].

ونحن نؤيد أن تكون مدة الامتياز محددة لشركة المشروع، وبعد انتهائها يكون للحكومة الحق في زيادة المدة مرة أخرى لنفس الشركة، أو الدخول من جديد في مرحلة طرح المشروع مرة أخرى للشركات الكبرى من أجل اختيار أحدها للفوز بالمشروع وتنفيذه، وذلك يحقق المصلحة العامة.

١٥) إنهاء الامتياز مبكراً:

ويكون في إحدى الحالات التالية:

أ. فشل شركة المشروع في أداء التزاماتها التعاقدية.

ب. إفلاس شركة المشروع.

ج. للصالح العام للدولة.

د. باتفاق طرفي العقد.

ويشترط هنا للإنهاء الإخطار مسبقاً بمدة كافية تصل إلى (١٠) سنوات في بعض الاتفاقيات، وهذه مدة طويلة نسبياً، وبالتالي نفضل أن تكون المدة سنة واحدة مراعاة للمصلحة العامة والتي قد تكون ضرورية وعاجلة، ويؤخذ بالاعتبار التعويض الضروري في حالة الإنهاء، إذا كانت شركة المشروع لم

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٠٦، ١٠٧. ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ B.O.T، مرجع سابق، ص٣٨٢،٣٨١.

تكن قد جنت تكاليف المشروع، فمن الممكن النص على التعويض العادل لشركة المشروع[١].

١٦) تسليم المشروع إلى الجهة الحكومية وتصفية أمواله:

بعد انتهاء مدة الامتياز يتم تسليم المشروع إلى الجهة الحكومية، وبالتالي لابد من البدء في إجراءات التسليم من قبل الحكومة، وشركة المشروع قبل انتهاء مدة الامتياز بفترة معقولة، وأن يبدأ العمل خلال هذه الفترة بإجراءات التسليم وتحديد مسؤوليات العمل، كما يجب النص على أن تكون عملية الصيانة مستمرة وبشكل جيد، وان تخضع لمراقبة الحكومة بحيث يتم تسليم المشروع وحالته سليمة، وصالحة للاستمرار في الخدمة، ومن المعلوم أن المشروع بنظام الـ BOT ، يتضمن أموالاً منقولة كالآلات، والمعدات، والمواد الخام ، وأموالاً غير منقولة، كالعقارات بطبيعتها، والعقارات بالتخصيص ، وهذا يعني ضرورة قيام المتعهد بتحويل ملكيتها إلى الإدارة المانحة ، كما أنه لا بد من تحديد الأموال التي تدخل في المرفق العام ، لتحول ملكيتها، والأموال التي لا تدخل في المرفق العام وتظل ملكيتها للملتزم، وهذا لا بد من تحديده في صلب وثائق العقد [٢].

الفرع الثاني:- الأطراف التابعون:

وهؤلاء ينقسمون إلى الفئات التالية:

أولاً: المقاول الأصلي (Contractor):

---

[١] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٠٧.ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٣ ، وأيضاً د. إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق ، ص ٣٩٩ .

[٢]د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص ١٠٨.

المقاول[١]، هو الشخص الطبيعي، أو الاعتباري المخول من شركة المشروع لتنفيذ المشروع بوسائله الذاتية، بحيث يكون هو المسئول عن إعداد وتصميم وتشييد وتوريد، وتركيب ما يلزم المرفق من معدات، وغالباً ما يكون هو الناقل للتكنولوجيا خلال مرحلة التشغيل[٢]. وقد يكون المقاول ممثلاً لمجموعة شركات متخصصة كلاً منهم في نطاقه، وتكون مسؤوليتهم تضامنية أمام رب العمل، أما إزاء بعضهم البعض لا تكون مسؤوليتهم تضامنية بحيث يكون كل منهم مسئول عن الأعمال التي ينفذها ،ويسمى ذلك الاتحاد لانجاز أعمال المشروع بالكونسورتيوم الذي يعتبر من أهم مزاياه تقسيم وتوزيع المخاطر فيما بين الشركات داخلة[٣]. ويكون ذلك في الإطار القانوني المحدد في القانون الوطني المختار، ليكون واجب التطبيق على عقد الإنشاء، ويتقدم الكونسورتيوم بعرض لتنفيذ المشروع، فإذا رسى عليه العطاء قام بإبرام عقدٍ مع المنشأة المالكة يقوم فيه بدور المقاول المسئول تجاه العميل عن تنفيذ المشروع كاملاً، أما بالنسبة للمسؤولية وتقسيم الربح والخسارة فيكون مرجعه العقد[٤]، المبرم بينهم وليس للعميل شأن به. وقد تعهد شركة المشروع بتنفيذ المشروع إلى عدد من المقاولين إما بعقد واحد، أو بجملة من العقود بحيث يكون كل مقاول مسئول عن الجزء

---

(١) Delman, ibid, p.١٣.

- The project company will contract with the construction contractor in order to divest its obligation to the grantort design, build, test and commission the project.

(٢) لمزيد من التفاصيل عن التزامات المقاول نراجع:

John Murdoch – Will hughes, - construction contracts " Law and Management" p.١٤٧, ٢٠٠٢, Third Edition. (Spon Press Publisher).

(٣) د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٠٩.ولمزيد من التفاصيل ، د. مهند نوح ، الإيجاب والقبول، مرجع سابق، هامش ،ص ٦٢٣ .

(٤) د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية،القاهرة، دون سنة نشر، ص٣٤.

الخاص به في حال العقد المستقل، أما في حالة العقد الواحد لكافة المقاولين، فيجب التفرقة بين ما إذا نص في العقد على تضامن المقاولين، أم أن طبيعة العملية الإنشائية تبرر افتراض التضامن، كما إذا كانت العملية المزمع إقامتها لا تقبل التجزئة، ففي الحالة الأولى يسأل المقاولون جميعاً تجاه شركة المشروع بالتضامن، بحيث يجوز لها مطالبتهم مجتمعين، أو منفردين، أما في الحالة الثانية فتكون المسؤولية خاصة لكل واحد منهم عن الجزء المكلف بتنفيذه.إذاً فالتنفيذ هنا يتم بموجب عقد تسليم المفتاح Turnkey contract [٢].والذي يعرف بأنه :" ذلك العقد الذي بمقتضاه يلتزم الطرف المتعاقد مع الدولة بإقامة مصنع، أو ما شابه، وتسليمه جاهزاً للتشغيل والإنتاج إلى الدولة المتعاقدة"[٣].ومن هنا نجد أن عقد المقاولة يأخذ في هذه الحالة شكل عقد تسليم المفتاح ، بحيث تترتب المسئولية الكاملة للمقاول عن المشروع منذ بدايته وإعداد التصاميم اللازمة له ، وأية عيوب قد تشوب التصميم ، والتوريدات اللازمة لعملية التشييد والبناء ونقل التكنولوجيا إن كان له محل ، وعيوب التنفيذ وأخطاء مقاولي الباطن التي يسأل عنها المقاول الرئيسي ، والتأخير في التنفيذ ،وهو الأمر الذي يلقي بثقل المخاطر المرتبطة بتشييد المشروع على عاتق المقاول الأصلي [١].

ثانياً: الخبراء والاستشاريون (Experts – consultants):

---

[٢] Joseph.A.Hues, understanding and negotiation Turnkey contracts,p.١،١٩٩٧,sweet and Maxwell.

[٣] د. أحمد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩ .

[١] د. هاني سري الدين ، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص ٣٠٧ ولمزيد من التفاصيل د. محمد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، مرجع سابق ، ص ٥٩ .

وهؤلاء يقدمون دوراً بالغ الأهمية في كافة مراحل المشروع بنظام الـ BOT، وتقوم الشركات المتخصصة المسند إليها تنفيذ المشروع، بتعزيز خبراتها التقنية المتخصصة، وذلك باللجوء إلى الخبراء الذين من شانهم المساعدة في إسداء النصيحة الفعّالة، والتي تساعد المشروع على أداء دوره بالوجه الأكمل، لذلك تتعاقد مع خبراء ماليون ومستشارون قانونيون دوليون ومكاتب هندسية استشارية، وهؤلاء يساعدون شركة المشروع وسلطات البلد المضيف في إعداد الشروط والمواصفات التعاقدية، والتفاوض وتقييم التعاقدات والعطاءات، وفي الغالب فإن البنوك والمصارف هي المستشار المالي وهي تمارس نشاط مستقل عن النشاط التمويلي، كما يوجد منظمات دولية حكومية مثل منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية، واللجان الاقتصادية، والاجتماعية التابعة للأمم المتحدة والمؤسسات المالية الدولية كالبنك الدولي، والمصارف الائتمانية والإقليمية، وتملك تلك المؤسسات من الخبرات والكوادر والبرامج ما تستطيع به، إما توفير المساعدات الفنية والتقنية المطلوبة لسلطات البلد المضيف، أو مساعدتها في العثور على مستشارين أكفاء[١].

ثالثاً: الموردون Suppliers:

تلجأ شركة المشروع إلى موردين آخرين لتوريد بعض المعدات، والآلات التي قد لا تدخل في تشييد المشروع، ولكنها لازمة لتشغيله في مراحل لاحقة، ولا يختلف العقد الذي يبرم مع المورد عن العقود التقليدية في هذا المجال، ويوقع بين المورد وشركة المشروع، ومن الممكن أن يكون هذا العقد متضمناً في عقد التشييد نفسه[٢].

---

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١١٤.

[٢] المرجع ذاته، ص١١٥.

المطلب الثاني

تمويل المشروعات بنظام الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T:

نظرا لضخامة حجم المشروعات بنظام الـ BOT ولتعلقها بالبنية الأساسية، والتي تتطلب من الأموال الكثير لإتمامها فهي تمثل جزءاً هاماً[١]، ولذلك تبذل شركة المشروع جهوداً كبيرة للحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع، من الجهات الدولية والمحلية، وبالتالي تتعدد وجهات التمويل[٢]،ويقدم الممولون هذه القروض لشركة المشروع بضمان اتفاقية المشروع، والآلات، والمعدات العائدة لشركة المشروع، والعائد المحقق من خلال بيع الخدمة التي ينتجها المشروع للمستهلك[٣].

وبالنظر لضخامة حجم الاستثمار اللازم للمشروع الممول عن طريق القطاع الخاص، كثيراً ما يتم تحويل وتنظيم القروض على شكل قروض ائتمانية مجمعة (Syndicated)، يتولى بشأنها مصرف واحد أو أكثر[٤]، الدور الرئيسي في التفاوض على مستندات التحويل نيابة عن المؤسسات المالية الأخرى

---

(١) Unido, Ibid, p,٥

- Infrastructure finance ciage is different of course, from financing an air craft or ashopping centre.

(٢) Delmon ibid, p,٧ .

- The Lenders to the project may in clude commercial banks, export, credit agencies. Bond holders and multilateral and bilateral lending institutions.

(٣) unido, ibid, p,٥. – Diferent types of Infrastructure have different riskprofiles.

(٤) Delmon, Ibid, p.٢٦.

The lenders will require the revenue stream into the project company to be funneled through accounts, which provide the lenders with security over such funds and allow the lenders to control the cash flow waterfall.

المشاركة[١]، ويقوم المقرضون بتقديم القروض التجارية للمشروع، شريطة أن يكون لسدادها أسبقية على أي التزامات أخرى، ويكون لهم حق المراقبة الدقيقة على الاستثمارات[٢].

الفرع الأول: دور البنوك في تمويل المشروع بنظام الـ .B.O.T.:

إن المشروعات المؤسسة بنظام الـB.O.T ، تحتاج لمبالغ لتمويلها، وهذه الفكرة هي حجر الأساس في هذه المشروعات، لأن التمويل هو العمود الفقري لهذه المشروعات، والتي تحتاج مبالغ كبيرة لتشييدها، أو ترميمها، وإعادة تشغيلها، وهذا التمويل يتأتى في الغالب عن طريق الاقتراض من البنوك.وبالتالي هنالك دوراً بارزاً للبنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـB.O.T. كما إن نظام الـB.O.T، هو أحد الآليات التي لاقت قبولاً وتأييداً ومساندة من قبل البنك الدولي كإستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية، وخفض الأعباء عن الموازنة في الدول الآخذة بذلك النظام من ناحية أخرى ،إضافة إلى أنه يدعم القطاع الخاص. وقدر حجم المشروعات العالمية التي ما زالت قيد الدراسة وفق هذا النظام بنحو(٢٠٠) مليار دولار عام ١٩٩٧م، وفي مصر قدرت الدراسات حجم مشروعات الـB.O.T التي طرحتها الحكومة المصرية ما يزيد عن (٨٠) مليار جنية حتى الآن[٣].وتتفاوض البنوك الراغبة في تقديم القرض مع راعي المشروع، والحكومة المعنية والأطراف الأخرى ذوي الصلة بالمشروع ، كالموردين مثلاً ، وغالباً ما تمنح القروض لراعي المشروع على أساس حساب العائد من ذلك المشروع ، بحيث تتنازل البنوك عن حقها في الرجوع على

---

(١) د. أحمد سلام، المرجع ذاته، ص١٦.ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، مرجع سابق ، ص ١٠٩ .

(٢) المرجع ذاته، ص١١٧ ، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف ، المرجع ذاته ، ص ١٠٩ .

(٣) د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١١٨.

الأموال الخاصة لراعي المشروع ، وتنظر البنوك المقرضة إلى الوسائل التي تؤمن لها طرق الحصول على الأقساط في المستقبل[٢]. ونظراً لتطور الجهاز المصرفي عالمياً، والاتجاه نحو الصيرفة الشاملة التي تعتمد على اعتبارات التنمية للتخلص من القيود التي تحد من نشاط البنوك، ودخول البنوك إلى أنشطة مستحدثة كانت تقوم بها مؤسسات أخرى وكذلك اتساع آفاق وآجال التمويل، وعدم تقيد البنوك بوظائفها التقليدية، كان التوجه إلى فتح آفاق جديدة في التمويل المصرفي[٣]. ورغم المخاطر المرتفعه المرتبطة بمشروعات الـ B.O.T. ألا أنها لاقت إقبالاً من البنوك نظراً لارتفاع أرباح البنوك من هذه المشروعات، مقارنة مع غيرها من المشروعات التقليدية، وكان لتوجيهات المنظمات الدولية، وعلى رأسها البنك الدولي، ومؤسساته التمويلية الدولية IFC، ومنظمة اليونيدو UNIDO اثر قوي في اتجاه كثير من الدول إلى تبني هذه السياسة.

الفرع الثاني: رأس المال المشارك في تمويل المشروع بنظام الـ B.O.T.:

توجد عدة مصادر لتمويل المشروع، وهي تختلف باختلاف مراحل المشروع، وهذه المصادر هي المعول عليها في بناء المشروع، وإخراجه إلى حيز الوجود، وهي تتضمن:

أولاً: الاكتتاب بالأسهم (Equity Contributions)

النوع الأول من رؤوس الأموال اللازمة لمشاريع البنية الأساسية هو الاكتتاب بالأسهم، أو أسهم رأس المال، ويتم الحصول عليه عن طريق مؤسسي

---

[٢] د. صالح الطيار ، النظام القانوني لمشروعات البوت ، مرجع سابق ، ص ٤٤ .

[٣] د. أحمد سلام، المرجع ذاته، ص١١٨.

المشروع، أو غيرهم ممن يدخلون مساهمين بحصة في شركة المشروع، ورأس المال يمثل جزء من إجمالي تكلفة المشروع.وبالتالي يبقى على مؤسسي المشروع، وغيرهم من المستثمرين تقديم مزايا أولوية الدفع للمقرضين، وغيرهم من مقدمي رؤوس الأموال،وذلك بهدف الحصول على قروض تجارية أو الوصول إلى مصادر تمويل أخرى، لتلبية احتياجات المشروع من رأس المال. وهم بذلك يقبلون أن لا تدفع لهم حصص استثماراتهم إلا بعد سداد حصص أولئك الآخرين من مقدمي رؤوس الأموال[١]،ويتحمل مؤسسي المشروع أعلى درجة من المخاطر المالية، ويملكون في نفس الوقت أكبر حصة من أرباح المشروع إلى أن يتم سداد قيمة الاستثمار الأولي[٢].وهذا المصدر للتمويل يتم من خلال تعيين سعر محدد للسهم ، وقد يكون العرض العام للأسهم إسمياً،أي لفئات معينة،أو عادياً،وقد طبق هذا الأسلوب جزئياً في بريطانيا لخصخصة شركة الاتصالات[١].

وفي الأحوال العادية فإن كلاً من الحكومة والمقرضين يرحبون بالمساهمات الاستثمارية الضخمة في رأس المال من جانب مؤسس المشروع، لما في ذلك من مساعدة على تخفيف عبء خدمة الدين على التدفق النقدي لصاحب الامتياز، ويصلح كضمان لالتزامات تلك الشركات نحو المشروع[٢]، ويتم الاستثمار بالأسهم بالحد الأدنى في المشروعات بنظام الـ BOT[٣]، ويضم

---

[١] Unido, P. ١٨٢.

[٢] Unido, p. ١٨٢.

[١] د. أحمد جمال الدين موسى ، فنون الخصخصة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، المنصورة ، ١٩٩٢ ،العدد الثاني ، ص ٥١٤ .

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٢٧.

[٣] Delmon " Equity holds the lowest priority of the contributions".
Unido " Equity is the lowest ranking capital of all in terms of its claims on the assets of a project. P. ١٨٢.

الاستثمار بالأسهم، المستثمرون المحليون، والحكومة المضيفة، والمقرضين والمنظمات الثنائية والمتعددة الأطراف، وكذلك المستثمرون المؤسسون للمشروع[٤]، وخير مثال على المشاريع بنظام الاكتتاب بالأسهم نفق خليج سدني ومعبر جسر دارت فورد [٥]، وللأسهم أشكال عديدة فهي إما أسهم عادية، أو ممتازة ولكن المألوف في مشاريع نظام الـ BOT هو الأسهم العادية[٦].

فنجد في مشروع طريق الشمال والجنوب السريع في ماليزيا، قام صندوق التقاعد للموظفين بالاكتتاب لمقاولي من الباطن، والحكومة بما قيمته مليار رينجت ماليزي (٢٥٠ مليون دولار أمريكي) في أسهم ممتازة متراكمة الأرباح وقابلة للتحويل والتسديد، ولما كانت الأسهم الممتازة تثقل كاهل المشروع لذا يستحسن عدم اللجوء إليها خصوصاً في المراحل الأولى من المشروع (مرحلة الإنشاء)، حيث تحتاج هذه المرحلة إلى تقليل التزامات المشروع ويتم إصدار فئات من الأسهم ذات حقوق تصويت مختلفة، حيث أنه في بعض المشروعات تحتفظ الحكومة بسهم ذهبي يعطي لها حق الاعتراض إلى أن تطمئن الحكومة إلى المشروع وتتخلى عنه، ولما كانت اتفاقية الامتياز تنص على عودة المشروع إلى الحكومة دون أي تكاليف، أو أعباء بعد انتهاء مدة الامتياز، لذلك يجب أن ينص على تعويض حملة الأسهم، لأنهم أكبر متحملين لمخاطر المشروع في حالة انتهائه قبل الفترة المتفق عليها[١].

---

[٤] Delmon, p. ٢٩.

[٥] C. Walker and A.J. Smith, Privatized infrastructure (The BOT approach), p. ٨٦-٨٧, ١٩٩٥, Thomas teford.

[٦] خالد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٣١.

[١] د. أحمد صلاح، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

ثانيـــاً: التمويـــل بالـــدين أو التمويـــل بـــالقروض (Debt Contributions):

وهو عكس[١] التمويل أو الاكتتاب بالأسهم، وله الأولوية العليا بين طرق تمويل الاستثمارات، والقرض يستمد من عدة مصادر مثل[٢]، مؤسسات التمويل المحلية والمستثمرون والوكالات المصدرة للائتمان، والمنظمات الثنائية المتعددة وحاملي السندات وأحياناً الحكومة المضيفة[٣]، وتستخدم في ذلك عادة أموالاً مستمدة من ودائع قصيرة، أو متوسطة الأجل تحصل عليها المصارف عوائد بأسعار فائدة عائمة[٤]، وبالتالي فكثيراً ما تكون القروض المقدمة من المصارف التجارية خاضعة لأسعار فائدة عائمة، ولها عائد قصير لاستحقاقها ويكون في العادة أقصر من مدة المشروع[٥].

والمصارف تفضل جمع الأموال وإقراضها لأجل يتراوح بين المتوسط والطويل وبسعر فائدة ثابت، في حالة ما إذا كانت ظروف السوق المالية ممكنة من الناحية العملية والاقتصادية[٦]، وذلك يؤدي إلى تجنب تعريض تلك المصارف وأصحاب الامتياز على المدى الطويل لعملية تقلب أسعار الفائدة، ويقدم المقرضون ذلك النوع من القروض، شريطة أن يكون لسدادها أولوية على

---

(١) Delmon. Debt contributions have the highest priority. P. ٢٨. – Unido, Debt has the highest ranking of all capital, p. ١٨٣.

(٢) Delmon, p. ٢٨.

(٣) Wilde Sapte Example (Eurotunnel and Erodisney Financings), p. ٦٥.

(٤) Unido, p. ١٨٣.

(٥) Unido, p. ١٨٣.

(٦) Unido, p. ١٨٣.

الالتزامات الأخرى المترتبة على المقترض، وبالتالي فقد تم تسميتها بقروض غير تابعة، أو ممتازة[١].

ثالثاً: آليات تمويل مختلطة (Mezzanine Contributions):

إن التمويل عن طريق الدين التابع، له شخصية تجمع بين التمويل بالأسهم والتمويل بالقرض[٢]، ويقع ذلك النوع من التمويل في الاستخدام بين النوعين السابقين[٣]، وهذا النوع له الحد الأدنى من الأهمية مقارنة بالقرض التجاري، إلا أنه له أعلى أولوية من حيث المقارنة بالتمويل عن طريق الأسهم[٤]، ومن أمثلة الدين المنتصفي، القروض التابعة[٥]، والأسهم المميزة[٦]، وفي سبيل اجتذاب هذا النوع من رأس المال قد يمنح مقدمو القروض التابعة إمكانية المشاركة المباشرة في المكاسب الرأسمالية، وذلك بإصدار أسهم، أو سندات مفضلة، أو قابلة للتحويل، وأحياناً بإتاحة الخيار في اكتتاب الأسهم مع صاحب الامتياز بأسعار تفضيلية[٧].

رابعاً: نسبة الديون إلى أسهم رأس المال (Debt Equity Ratio)[٨]:

يفضل المقترضون أقل نسبة من القروض والأسهم لجني أعظم استفادة من استثمار المشاركين. ويلتزم المشاركون بحماية أصحاب القروض حماية إضافية

---

(١) Unido, p. ١٨٣.

(٢) Mezzanine capital is a more flexible – Unido, p. ١٨٣.

(٣) Wilde - sapte, p. ٦٧.

(٤) Delmon, p. ٢٩.

(٥) Subordinated Loans Wilde, sapte, p. ٦٧. delmon p. ٢٩.

(٦) Preference share.

(٧) Unido, p. ١٨٣.

(٨) C.Richard Tinsiey- Project and Credity Fartors, P.١٤-(D\E) ratio May be specified or Calculated.

عـن طـرق زيـادة رأس مـال المشـروع، وزيـادة الحمايـة علـى قيمـة أصـول المشروع[١]، والمشاركون يرغبون في زيادة نسبة أصحاب الأسهم إلى القروض عن طريق إقلال استثمارات القروض، وهم سيحتاجون في حالة العودة إلى الاكتتاب عن طريق الدين، بأن يكون في اقل مستوى مقارنة بتفعيل وتعظيم دور الاكتتاب والمشاركة بالإسهم[٢]، وتكون الموازنة الفعلية لنسبة رأس المال المدين مقارنة بالأسهم نتيجة تسوية بين شركة المشروع والمقرضين وتسند إلى مخاطر المشروع، وطبيعته وقيمته وطبيعة السوق ومدى تضامن رعاة المشروع والتكنولوجيا الصناعية المستخدمة[٣]، مثلاً في مشاريع الكهرباء معدل القرض إلى الأسهم من (٢٠:٨٠) إلى (٣٠:٧٠)، بينما في المشاريع الأخرى بأعلى مخاطرة في السوق لا تتعدى أن تتجاوز من (٦٠و٦٥%) : (٤٠و٣٥%)[٤].وقد تم تمويل مشروع سيدي كرير لتوليد الطاقة الكهربائية على أساس أن نسبة الدين إلى حقوق الملكية هي ٧٥% و٢٥% على الترتيب، والذي يعكس أن حوالي (٣١٥) مليون دولار ٧٥% من إجمالي تكلفة الاستثمارات التي تبلغ (٤٢٠) مليون دولار، تقدم من قبل وكالات التمويل

---

(١) د. احمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٣٢.

(٢) Delmon, ٢٩.

(٣) د. احمد سلام، المرجع ذاته، ص١٣٢.

(٤) Delmon, P.٢٩.

- Tinsley, P.١٤.

– وهنالك رأي أخر لTinsley انه في مشاريع الكهرباء تستطيع جذب مقدار ديون (٩٠%) وأحيانا أكثر من ١٠٠% بينما المخاطرة الكبرى للسوق في مشاريع الهواتف النقالة تكون بالقرب من (٥٠:٥٠) أو (٦٠:٤٠) ويرى انه من غير المعقول بأن تكون معدلات الدين ممن اقل من (٥٠:٥٠) في تمويل المشروع.

والبنوك المحلية والعالمية، وهذا المبلغ هو أحد أكبر المبالغ المقدمة لمشروع واحد[١].

خامساً: طرق أخرى للتمويل:

إضافة إلى ما تقدم هنالك وسائل أخرى للتمويل منها:

١- المستثمرون المؤسسون:

يمكن الحصول على ديون عن طريق صناديق الاستثمار، وشركات التأمين والبرامج الجماعية للاستثمار (الصناديق المشتركة)، أو صناديق المعاشات. وتلك المؤسسات تقدم على التمويل رغم مخاطره بهدف تحقيق أرباح مجزية لحرصها على تنوع مجالات الاستثمارات، مما يزيد ربحها وخبرتها . كذلك فأن مؤسسات التمويل هذه يكون لديها عادة مبالغ كبيرة متاحة للاستثمارات طويلة الأجل، الأمر الذي يجعل منها مصدراً هاماً من مصادر رؤوس الأموال الإضافية، والتي يمكن أن تشارك بمشاريع البنية الأساسية إضافة إلى القروض والأسهم[٢].

٢- التمويل عن طريق أسواق رؤوس الأموال[١]:

أول من قام بتطوير هذا النوع من التمويل هي شركات النفط والتعدين، وهو يعتمد على التدفقات النقدية للمشروع مع عدم وجود حق بالرجوع للمساهمين. وتجمع الأموال في سوق رأس المال بتوظيف الأسهم المفضلة وغيرها من الصكوك القابلة للتداول في سوق للأوراق المالية المعترف بها. وعرض

---

[١] أمل نجاح البشبيشي ، نظام البناء – التشغيل – التحويل ، مجلة بحوث إقتصادية عربية ، العدد ٢٨ ،السنة الحادية عشر ،صيف ٢٠٠٢ ، تصدرها الجمعية العربية للبحوث الاقتصادية ص ٩٠ .

[٢] د. احمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٣٣.

[١] C.Walker- A.J Smith, ibid, p.٩٠.

الصكوك القابلة للتداول في الأحوال العادية على الجمهور، يتطلب الحصول على موافقة الجهات المختصة (هيئات الرقابة التنظيمية)، وكذلك الامتثال للمقتضيات المعمول بها في الاختصاص القضائي المعني، كالمقتضيات التي تتعلق بالمعلومات التي ينبغي تقديمها في نشرة الإصدار، والحاجة إلى التسجيل السابق في بعض الاختصاصات القضائية، كما قد لا يكون للسندات، وغيرها من الصكوك القابلة للتداول ضمان آخر غير الضمان العام والثقة العامة التي يحظى بها المصدر. أو قد تكون مضمونة برهن، أو حق امتياز على ممتلكات معينة، وقد تكون إمكانية الوصول إلى أسواق رؤوس الأموال متاحة للمرافق العمومية القائمة بالفعل، وذات السجل التجاري بقدر أكبر مما يتاح للشركات المنشأة خصيصاً لبناء، وتشغيل بنية أساسية جديدة مفتقرة إلى درجة الائتمان المطلوبة، إلا انه هنالك بعض أسواق الأوراق المالية تشترط على الشركة المصدرة أن يكون لها سجل تجاري معين لفترة محددة، قبل السماح لها بإصدار صكوك قابلة للتداول.وقد يتم الاتفاق بين الحكومة المضيفة وراعي المشروع على أن تطرح الشركة المستقلة أسهمها في بورصة الأوراق المالية، ليتمكن المساهمون الوطنيون والأجانب من تملك بعض الأسهم والحصص ،كما أنه قد تدخل الحكومة نفسها كمساهم[١] .

٣- التمويل من جانب المؤسسات المالية الدولية:

تقدم تلك المؤسسات دوراً هاماً لمشاريع البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص باعتبارها مقدمة للقروض، أو الكفالات، أو الأسهم، وقد تم فعلاً تمويل بعض المشاريع من قبل البنك الدولي، أو مؤسسة التمويل الدولية، أو المصارف الإنمائية الإقليمية.كذلك قد تؤدي تلك المؤسسات دوراً في توفير اتحادات تقديم العروض (Syndications) بغية تقديم المعونة اللازمة

---

[١] د. صالح الطيار ، النظام القانوني لمشروعات البوت ، مرجع سابق ، ص ٤٥ .

للمشروع، حيث أن لبعض هذه المؤسسات برامج إقراض خاصة تصبح بمقتضاها " المقرض المسجل" الوحيد للمشروع، وهذا يعطيها الحق في التصرف نيابة عن نفسها وعن المصارف المشاركة، وتتحمل المسؤولية عن معالجة المدفوعات من جانب المشاركين، وما يعقب ذلك من تحصيل وتوزيع لمدفوعات القرض الواردة من المقرض، سواء كان ذلك عن طريق الاتفاق، أو عن طريق وضع المؤسسة كدائن مفضل له الأولوية. ومن الجائز أن تقدم بعض المؤسسات المالية الدولية رؤوس أموال سهمية، أو وسطية وذلك لاستثمار الأموال في صناديق أسواق رؤوس الأموال المتخصصة في الأوراق المالية التي يصدرها متعهد تشغيل البنية الأساسية (الملتزم)، كما يمكن لتلك المؤسسات أن تقدم ضمانات ضد طائفة متنوعة من المخاطر السياسية، مما قد يبين مهمة شركة المشروع في جمع الأموال من السوق المالية الدولية.

سادساً: موقفنا من تمويل المشروعات بنظام B.O.T:

إن تمويل المشروعات بنظام الـ B.O.T، هو تمويل مربح للجهة المقترضة أياً كان شكل التمويل، لأن هذه المشروعات غالباً ما تكون مشروعات بنية أساسية، وبالتالي تستخدمها معظم شرائح المجتمع مقابل تعريفة محددة، وهي تمثل تدفق نقدي، لسداد هذه القروض مع فوائدها، إلا أنه من الممكن أن تأخذ فترة السداد عدة سنوات، وهو ما يسمى بالتمويل أو الإقراض طويل الأجل، وحتى لو تم تأميم المرفق للمصلحة العامة، فهنالك تعويض عادل لشركة المشروع يغطي تكاليف المشروع ومنها القروض إضافة إلى هامش الربح، والمفاضلة بين أنواع التمويل السابقة تختلف من شركة مشروع إلى أخرى، كما أنها ترتبط باختلاف طبيعة المرفق العام المراد إنشاؤه، فهناك مرافق عامة يكون

إنشاؤها مفتوحاً، أمامه جميع أنواع التمويل السابقة، بينما هنالك مرافق، قد لا يوجد ممول أمامها نظراً لانطوائها على المغامرة، كالمرافق العامة غير الحيوية، أو التي من الصعب تحديد عدد مستخدمي المرفق، إضافة إلى أن شركة المشروع قد تلجأ إلى طريقة تمويل من الطرق السابقة رغم وجود فوائد باهظة على القرض، في حالة كانت هي الممول الوحيد، لأن البنوك في العادة تحتاج تأمينات تتمثل برهون معينة، وكما نعلم أن المرفق العام لا يجوز رهنه، ومن الممكن للبنوك رهن التعرفة المتحصلة من جراء استخدام المرفق ، أسوة برهن بدل إيجار المحل التجاري. ونحن نؤيد الأخذ بوسيلة التمويل التي تحقق أكبر فائدة لشركة المشروع من خلال القرض الأقل فائدة، وهذا ما يحتاج إلى استشاريين ماليين.

ولابد لنا من الإشارة هنا إلى أننا نرى أنه يجب على الدولة المضيفة، إذا عجزت شركة المشروع عن إيجاد تمويل لإتمام المرفق العام، وكان هذا المرفق حيوي للبلد المضيف، أن تساهم في تمويل شركة المشروع بنسبة مئوية معينة، وبالتالي تصبح تسمية العقد بناء وتمويل وتشغيل وتحويل الملكية أي Build – finance – operate – transter B.F.O.T، لأن الدولة في النهاية هي المالك للمشروع، كما أنها مضطرة لهذا المرفق العام، وبالتالي تدفع جزء من تكلفة المشروع على شكل قرض بفائدة لشركة المشروع، بدلاً من أن تضطر الدولة لإنشائه على نفقتها، وما يرافق ذلك من صعوبات مالية وتشغيلية وأمور صيانة، وغيرها.

ونحن نرى ضرورة موافقة الدولة على مصادر القروض التي تقوم شركة المشروع بالاقتراض منها، كون ذلك ربما يؤثر على مبدأ سيادة البلد، أو يعرضهما لأزمات اقتصادية كانت بمنأى عنها، كما لو اشترطت الجهات

المانحة ضرورة كفالة الدولة للمشروع، ومما تقدم نجد بأنه لابد من معرفة كيفية إبرام عقود الـ B.O.T، وهو ما ندرسه في المبحث التالي.

المبحث الثالث

إبرام عقد الـ B.O.T

لما كانت عقود الـ B.O.T، هي من العقود الإدارية، فيطبق عليها من الأحكام القانونية ما يطبق على العقود الإدارية، بما فيها تقديم العروض، إلا أننا نرى من وجهة نظرنا أنها تختلف عن العقود الإدارية فيما يتعلق بتخصيص اعتماد مالي، فهذه العقود لا تحتاج إلى تخصيص اعتماد مالي لها في موازنة الدولة بعكس العقود الإدارية الأخرى. فعقود الـ B.O.T، تشكل بحد ذاتها مصدر دخل للدولة، كما أن الدول قد وضعت قواعد إجرائية يتعين على الإدارة مراعاتها قبل إبرام العقد، وهي تختلف من دولة لأخرى طبقاً لإدارة الاقتصاد الوطني ومدى

تنظيم الرقابة والمتابعة على تقديم الخدمات العامة، فعقد الـ BOT يمر في مراحل متعددة لإبرامه، وهو ما نبحثه في مطلبين، وعلى النحو التالي :

المطلب الأول

الإجراءات الإدارية والفنية السابقة على التعاقد في إبرام العقد بنظام الـ B.O.T

تقوم معظم الدول بإعداد خطة للتنمية الاقتصادية، وتعهد بتنفيذها للقطاع الخاص المؤهل والمتخصص، خصوصاً فيما يتعلق بإنشاء مرافق البنية الأساسية، كالمياه، والصرف الصحي، وغيرها، وبعد اكتمال البنية الأساسية، قد تتوجه الدول إلى تطوير وتحديث مرافقها العامة، وتنويعها، وغالباً ما تكون موازنات الدول لا تسمح لمثل ذلك فتلجأ إلى إبرام عقود الـ B.O.T، لتنفيذ ذلك. وهذا الأمر يتطلب إجراءات سابقة على التعاقد، كإعداد دراسات الجدوى، وتحديد للمرفق المراد إنشائه أو تطويره، وبالتالي نبحث ما ذكر في الفروع التالية:

الفرع الأول: مرحلة تحديد المشروع ومواصفاته:

يمر المشروع بنظام الـ B.O.T بعدة مراحل لإبرامه، وهذا يتطلب معرفة طبيعته القانونية، والمخاطر التي يتعرض لها وكيفية توزيعها، وكيفية طرح العطاء لإنشاء المشروع، إضافة إلى أن موضوع نقل التكنولوجيا الذي يتضمنه المشروع بنظام الـ BOT، هو من المواضيع المهمة والتي تحتاج إلى نوع من الدراسة، فالمشروع بنظام الـ BOT، هو عقد ولكن هذا العقد يميل إلى الطابع الإداري ، كما أنه يغلب عليه الصفة الدولية في بعض الأحيان وذلك عندما يكون أحد أطرافه شخصاً أجنبياً، وهنا يعتبر عقداً إدارياً دولياً والعقد بنظام الـ

BOT يتمتع بضخامة لدرجة تسمح فيه أن تتداخل مجموعة متشابكة من العقود والاتفاقات الكثيرة، والتي تقتضي لتنفيذ كل مرحلة منها إبرام العديد من الأعمال والتصرفات القانونية بين أطرافها[١]. وإبرام عقود المشاريع بنظام الـ BOT، على الرغم من اختلافها إلا أنها تتطابق في المراحل المختلفة[٢]، التي يمر فيها المشروع بنظام الـ BOT ، وذلك نتيجة انتشار هذا النظام على الصعيد العالمي، الأمر الذي أدى إلى قيام المنظمات الدولية[٣]، المهتمة بعمليات التنمية بوضع مراحل وسياسات معينة لإبرام العقد.

وتتولى مرحلة تحديد المشروع وتحديد مواصفاته، الجهة الحكومية التي ستتعاقد والجهة الحكومية مانحة الترخيص والمستثمرون[٤]، ويتوجب على الجهة الحكومية أن تعرض لبيان مدى الحاجة للمشروع المزمع تنفيذه بذلك النظام وفائدته ومدى وإمكانية تنفيذه[٥]، وذلك عن طريق قيام الجهة المنوط بها التخطيط في الدولة المضيفة للمشروع، بدراسة فائدته وتطبيقه، ولما كان نظام الـ B.O.T هو نظام تمويلي يعتمد على التمويل الخاص، فإن سلطات التخطيط في الدولة المضيفة عندما تختار ذلك النظام، تفضل الأخذ به عن باقي نماذج التمويل الأخرى، التي قد تكون متاحة أمامها لتنفيذ المشروع المزمع إقامته، كما أنه على الدولة تحديد احتياجاتها وأولوياتها[٦]،وكما أن للحكومة الحق في تحديد أولوياتها واحتياجاتها، إلا أنه قد تكون فكرة تحديد المشروع مقدمة من المستثمر

---

(١) د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص، مرجع سابق، ص٧٥.

(٢) محمد الجلالي، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٣٢.

(٣) unido, p.٢١.

(٤) Unido, p. ٢٢.

(٥) خالد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٧٦، ولمزيد من التفاصيل د. صالح الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت، مرجع سابق، ص٣٨ وما بعدها.

(٦) Unido, p. ٢٣.

الخاص، الذي يقوم بدوره بعرض الفكرة على الحكومة للموافقة عليها[١]، وعلى جهة الإدارة النص على المواصفات الفنية للمشروع أولاً في أثناء إنشائه، وثانياً عند انتهاء مدة الامتياز الممنوحة، والحالة التي تلتزم بها شركة المشروع عند قيامها بتسليم المشروع إلى الجهة الإدارية[٢].

والدولة لا تدخل في تلك المرحلة في أي علاقات مع المستثمر، إلا أنه قد تنشأ بين الحكومة وأطراف آخرين علاقات قانونية من نوع مختلف[٣]، حيث تلجأ الدولة لمستشارين فنيين وماليين وقانونيين[٤]، للمساعدة في دراسة المشروع والتحضير لمستندات العطاء وفق المعايير الدولية المتعارف عليها[٥].

الفرع الثاني: عمل دراسات جدوى لمشروع البوت:

تعتبر المشروعات بنظام الـ B.O.T ،بمثابة عقود انتفاع ببناء وإدارة مشروعات مرافق عامة لفترة مؤقتة، يتحمل خلالها المنتفع كافة النفقات الجارية والاستثمارية مقابل حصوله على إيرادات التشغيل، وبالتالي فعائد المخاطرة يكون من نصيبه خلال هذه الفترة في ضوء الضوابط التي تضعها الدولة، لحماية المصالح العليا للمجتمع والمواطنين والمشروعات، أو الجهات التي تنتفع بالخدمات المقدمة من المشروع[٦]، ودراسة الجدوى للمشروعات بنظام الـ BOT ،تختلف عن دراسة الجدوى للمشروعات الأخرى، وهي تنحصر فيما يلي:

أولاً: الدراسة المبدئية لجدوى المشروع:

---

[١] خالد العطية، المرجع ذاته، ص٧٦، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص١٧٧.

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٤٩.

[٣] د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص، مرجع سابق، ص٨٠.

[٤] محمد الجلالي، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٣١.

[٥] د. أحمد سلام، المرجع ذاته، ص١٤٩.

[٦] د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت (BOT) وأخواتها، مرجع سابق، ص١١٧.

ينتفي عنصر المخاطرة المرتبط بالموانع الجوهرية، أو المخاطر المتوقعة الناتجة عن قوى قهرية، أو احتمالات الفشل شبه المؤكدة، وذلك لكون مجال هذه المشروعات هو المرافق العامة التي تعتمدها الدولة في الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، مثل مشروعات مياه الشرب النقية والصرف الصحي، والطرق السريعة، ومحطات الكهرباء، والغاز، والمطارات والاتصالات وغيرها، وفي الغالب تحدد السلطات الحكومية كافة التفاصيل المتعلقة بالإنشاء والموقع الجغرافي، وهو ما يعني عدم وجود المخاطر المرتبطة باختيار موقع المشروع، أو نزع الملكية للمصلحة العامة[١].

ثانياً: دراسة الجدوى القانونية لمشروعات البوت:

وتبرز ملامح دراسة الجدوى القانونية لمشروعات البوت ، من خلال اعتبار عقود البوت من العقود الإدارية ، وذلك إستناداً لعدة اعتبارات أهمها :

١. يكون الملتزم وحده دون الدولة مسئولا عن كافة الالتزامات الإدارية والمالية المتعلقة بنشاط المشروع، وبالتالي لا تحل الدولة محل الملتزم في سداد التزاماته للغير في حالة إنهاء عقد الالتزام أو فسخه[٢]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بقولها: «الأصل في التزام المرافق العامة أن الملتزم يدير المرفق لحسابه، وتحت مسؤوليته، وجميع الالتزامات التي تترتب في ذمته أثناء قيامه هو بإدارة المرفق تعتبر التزاماً عليه وحده، ولا شأن للجهة الإدارية مانحة الالتزام، أو إدارة الدولة للمرفق، ومن ثم فإن الدولة وعلى ما جرى به قضاء

---

[١] د. حمدي عبد العظيم ، مشروعات البوت ، مرجع سابق، ص١١٧، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص١٧٩.

[٢] المرجع ذاته، ص١٢٠.

هذه المحكمة لا تعتبر خلفاً خاصاً، أو عاماً للشركة التي أسقط عنها الالتزام، أو انتهى التزامها»[١].

٢. للسلطة الإدارية مانحة الالتزام الحق في تعديل النصوص التنظيمية الخاصة بإدارة المرفق موضوع الالتزام، وأهمها إعادة النظر في قوائم الأسعار شريطة تعويض شركة المشروع عن الأضرار التي لحقت بها من جراء هذا التعديل [٢].

٣. للسلطة الإدارية المانحة حق استرداد المرفق قبل انقضاء المدة إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، وتحدد شروط العقد تفاصيل ذلك[٣].

ثالثاً دراسة الجدوى البيئية وتتمثل بما يلي:

١- لا بد من دراسة الجدوى البيئية في المشروعات بنظام الـBOT ، وذلك لتفادي المخاطر البيئية في البلاد المضيفة لهذا النوع من الاستثمارات، وقد ساعد على ذلك انتشار الكثير من المعاهدات الدولية ، والتي تشجع البلدان على إتباع التعاليم الخاصة بالاهتمام بالبيئة[٣].

٢-أن يكون بناء المشروع متضمناً التصميم الخاص بذلك المشروع ، وصيانته وتشغيله ونوعية المنتج ، وأن يتواءم ذلك والقانون المطبق في البلد المضيف [٤].

---

[١] نقض مدني ١٩٧١/١/٦، مجموعة أحكام النقض من ٢٢ رقم ٧.

[٢] قانون رقم ١٢٩ لعام ١٩٤٧ ، بشأن التزام المرافق العامة في مصر ، المادة(٢). ولمزيد من التفاصيل د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص١٥٣.

[٣] د. جابر نصار، عقود البوت، B.O.T، مرجع سابق، ص٨٦.

[٣] JEFFREY DELMON , BOO/BOT, progects : A COMMERCIAL AND CONTRACTUAL I bid , p.٥٩ . wild sapte, progects finance , the guide to financing BOT , progects , I bid , p٢٥.

[٤] د. أحمد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .

٣-أن يتم الإشارة في هذا النوع من الدراسة إلى أن المخاطر البيئية ستوزع بين شركة المشروع والحكومة المضيفة [٥].

رابعاً: دراسة الجدوى التسويقية لمشروعات البوت (BOT):

تختلف دراسة الجدوى التسويقية لهذه المشاريع من حيث:

١- تتمتع هذه المشروعات بمركز احتكاري، وبالتالي لا يشكل التسويق أية مشكلة حيث أن كافة المواطنين لا يمكنهم الاستغناء عن طلب السلعة، أو الخدمة ومثال ذلك مياه الشرب والكهرباء، والغاز والطرق، والمطارات والاتصالات وغيرها، وفي الأغلب ينص عقد المشروع بين الحكومة والمستثمر، على احتكار الأخير بأداء النشاط دون غيره خلال فترة الامتياز ما لم تكن هنالك فترة قصيرة يمكن للحكومة بعدها السماح لشركة أخرى العمل في نفس المجال، دون التأثير سلبياً على المركز الاحتكاري التنافسي للمشروع الأول، وعندما يسمح لمشروع آخر يظل السوق احتكارياً، ولكنه احتكار قلة وليس احتكاراً مطلقاً، وبالتالي فإن المخاطرة في التسويق تكاد تكون منعدمة خلال فترة الامتياز [١].

٢. في بعض الحالات تكون هنالك مشروعات مرافق تعمل في نفس النشاط، ولكنها بداية تكمل بعضها البعض، كمشروعات امتياز نقل الركاب وامتياز السكك الحديدية، وفي هذه الحالات يكون هناك سوق منافسة احتكارية يوجد فيها منافسة بين الوسائل المختلفة البديلة، مما يستدعي تحسين وتطوير جودة الخدمات المقدمة وتخفيض التعريفة للوصول إلى اكبر نسبة إشغال، أو تشغيل، وبالتالي اكبر حجم من الإيرادات المتوقعة، ولتحقيق ما سبق فإن سياسة التمييز الاحتكاري للأسعار،هي التي تطبق غالباً بحيث تكون هناك أسعار

---

[٥] JEFFREY DELMON, I BID , P, ٥٩ .

[١] د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت (BOT) وأخواتها، مرجع سابق، ص١٢٦ .

متعددة ومتفاوتة لنفس السلعة أو الخدمة، إلا أن درجة الجودة تختلف عند كل سعر محدد. حيث أن هذه السياسة السعرية تؤدي عادة إلى وصول السلعة، أو الخدمة لكافة العملاء من مستويات الدخل المرتفعة والمنخفضة على السواء، وبالتالي وصول السلعة، أو الخدمة لأكبر شريحة ممكنة من العملاء. كما أن تطبيق هذه السياسة في تحديد التعريفة يؤدي إلى أن تساهم التعريفة، مرتفعة القيمة في تغطية انخفاض الأرباح، أو الخسائر التي يمكن أن تترتب على تحديد تعريفة منخفضة للسلع، أو الخدمات التي يقبل عليها الفقراء أو ذوي الدخل المحدود، وبهذا يتم تحقيق الأهداف الاقتصادية والاجتماعية التي تسعى الحكومات لتحديدها في مشروعات البوت العاملة في أنشطة المرافق العامة، وبعبارة أخرى معرفة المدى الآمن الذي يمكن أن تذهب إليه التعريفة ، التي يرغب المستثمر في الحصول عليها [١].

المطلب الثاني

إجراءات إبرام العقد بنظام الـ B.O.T

إن عقد الـB.O.T، باعتباره عقداً إدارياً، يتم إبرامه بين الدولة أو من يمثلها من الأشخاص العامة، وبين الشخص الطبيعي أو المعنوي، الموكل إليه تنفيذ الالتزام، فتقوم الإدارة بعدة خطوات لاختيار المتعاقد معها عن طريق المناقصة العامة، أو المناقصة المحصورة أو طلب تقديم العروض ،أو غيرها من طرق تعاقد الإدارة، إضافة إلى إجراء مفاوضات مع المتعاقد معها.وهنا سوف نقتصر على دراسة أسلوبين من أساليب تعاقد الإدارة وهما : المناقصة ، وطلب تقديم العروض لما لهذه المشاريع من أهمية تحتاج إلى الخبرة والمال اللازم، وهو

---

[١] د. حمدي عبد العظيم ، مشروعات البوت وأخواتها ، مرجع سابق ، ص١٢٧ زلمزيد من التفاصيل ، أمل نجاح البشبيشي ، مجلة بحوث اقتصادية عربية ، مرجع سابق ، ص ١٠٢ ، وأيضاً د. أحمد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص١٧٦ .

الأمر الذي تحتاط الإدارة إليه عند إعداد صيغة الاتفاقية للمشروع بنظام الـ B.O.T،وبالتالي نبحث ما ذكر في الفروع التالية:

الفرع الأول: مرحلة المفاوضات في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T:

يعد التفاوض ركيزة أساسية لمفهوم أو تصور القانون العام للعقد، وذلك في الإطار الذي تدور فيه مختلف المسائل محل التفاوض. وهنالك من عبر عن التفاوض بأنه ارتباط وفقاً للمفهوم والتصور الإنجليزي لأي عقد غير موجود[١].

THE IDEA OF BARGIN FUNDAMENTAL TO THE ENGLISH CONCEPTION OF CONTRACT APSENT.

ومرحلة التفاوض هي وسيلة متبعة، لتسهيل عملية التقاء إرادة أطراف العقد، والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين، والرغبة الجدية في الوصول إلى اتفاق[٢]. وعقد الـ B.O.T غالباً ما يدور في إطار دولي، وبالتالي فإن التفاوض بشأنه يدور في هذا الإطار أيضاً، وهو الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة التفاوض، حيث أن التفاوض مع بيوت الخبرة العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة، يشكل مسألة صعبة وشائكة، لأن صاحب المعرفة الفنية، غالباً ما يحاط عن طريق ضمانات كافية، تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلي بها في مرحلة التفاوض، كوسيلة الترغيب في التعاقد، واضعاً في الحسبان أن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد، أو بعدم إبرامه، ولذلك يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة بإحدى الوسائل الآتية: إما بطلب تعهد

---

(١) البرفسور فرايس (PH. De. Vries)، أستاذ القانون بجامعة كلومبيا، ولمزيد من التفاصيل: د. بلال عبد المطلب بدوي: مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص٦٤.

(٢) د. إبراهيم قادم: شروط وقيود عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢، ص٢٥١، ولمزيد من التفاصيل: د. محمد سعيد الحلفاوي: استراتيجيات وأساليب التفاوض، بحث مقدم في الندوة التي نظمتها أكاديمية البحث العلمي في القاهرة، من ١٩-٢٥ فبراير، ١٩٨٦.

كتابي سابق، أو تعهد مؤسس على الثقة، أو دفع مبلغ من المال[١]. وتقوم المفاوضات في عقود الـ BOT بدور مرموق، حيث ترتكز على التبني الكامل لفكرة الحرية التعاقدية، بما يعني أن كل أمر قابل للتفاوض. وهو الأمر الذي نتج عنه آليات قانونية مستجدة، وإغناء في الصيغ العقدية. وتتولى الإدارة المانحة المبادرة في بدء المفاوضات، والتي تحدد بدقة موضوع المشروع المراد إنجازه، وقد تختار إحدى الشركات المرشحة للدخول معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع، والتي قد تؤدي إلى إبرام العقد، وفقاً للشروط والنتائج التي يتمخض عنها التفاوض[٢]. ويقصد بالتفاوض تبادل الاقتراحات والمساومات، والمكاتبات، والتقارير والدراسات الفنية، والاستشارات القانونية المتبادلة بين الأطراف، ليكون كل منهم على بينة من أفضل الشروط القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات للطرفين[٣]. ويجب أن تدور المفاوضات في إطار من حسن النية، كمبدأ أساسي للعقود، ويقصد بحسن النية، هو أن يبذل كل فرد الجهد المعقول والعناية اللازمة، والتزام الصدق في تنفيذ الالتزامات، ليصبح كل طرف على بينة من أمره، في ظل مناخ يسوده التعاون، بحيث يصبح كل طرف على بينة مما يدور حوله فيبني مفاوضاته على الوجه الصحيح[٤].

---

(١) د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام الـ Bot، مرجع سابق، ص١٦٨، ١٦٩، ولمزيد من التفاصيل د. محمود الكيلاني: عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، ١٩٩٥، ص١٨٧ وما بعدها، أيضاً المرحوم المستشار عبد العزيز إسماعيل: الشروط المجحفة في اتفاقيات نقل التكنولوجيا، بحث مقدم إلى أكاديمية البحث العلمي، القاهرة، ١٩٨٦.

(٢) د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الـ BOT، مرجع سابق، ص٢٠١.

(٣) د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، ص١٦٩، ولمزيد من التفاصيل د. حسام الدين الأهوائي: المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة ٢-٣ يناير، ١٩٩٢.

(٤) د. بلال عبد المطلب بدوي: مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص٦٥ وما بعدها.

والإعداد الجيد في مرحلة المفاوضات، مع ما يسفر عنه من اتفاقات تمهيدية، من شأنه أن يحول دون نشوء المنازعات فيما بعد[١]. ويحدد مضمون الاتفاقات التمهيدية، شكل المستندات المعدة للتبادل بين الطرفين ومحتواها، وقد جرت العادة بوضعها تحت مسميات مختلفة، منها بروتوكول أو مذكرة التفاهم، أو خطاب التفاهم، أو خطاب النوايا[٢].والمفاوضات في العقود هي المنطلق الأساسي لإبرامها، وهي تبقى قائمة حتى لحظة اقتران الإيجاب بالقبول. غير أن عقد الـ BOT يتميز ببعض السمات والأوضاع الخاصة، والتي يتقيد بها فريق التفاوض من الفنيين والقانونيين، فيفرض عليهم إتباع الأحكام واللوائح في مرحلة التفاوض، تمهيداً للموافقة على إبرام العقد من الجهة مانحة الالتزام[٣]. وإبرام بعض العقود الإدارية يحتاج إلى تضافر جهود من أخصائيين، منهم القانونيين والمهندسين والأطباء والاقتصاديين، ورجال المال والأعمال، ولابد من أن يقدم هؤلاء جميعاً، وثائق مختلفة واتفاقات إقليمية ودولية، وبالتالي فإن بعض العقود الإدارية ولا سيما عقد الـ BOT تستلزم جهوداً شاقة، الأمر الذي يجعل عمليات التفاوض في عقود الـ BOT قد تحتاج لوقت طويل، قد يستغرق عدة شهور من العمل المتواصل والإعداد الجيد لإبرام العقد[٤].

وتبدأ مرحلة التفاوض بالجانب الفني وبخطة التشغيل والصيانة، وفي ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته في الاستجابة لها ثم تبدأ المفاوضات القانونية لتحديد شروط التعاقد وأحكامه، وإعداد الصياغة القانونية للجوانب الفنية، لإدراجها

---

[١] د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سابق، ص١٧٠.

[٢] د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد الـ BOT، مرجع سابق، ص٢٠٢.

[٣] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع ذاته، ص١٧.

[٤] د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص٢١٤.

ضمن بنود العقد، أو ملحقاته في شكل نصوص قانونية[١]. وبنتيجة المفاوضات القانونية تتم صياغة بنود العقد في ضوء المفاهيم والأحكام والنصوص القانونية، متضمنة مواعيد التنفيذ، ومدة العقد، وصيانة المعدات والأدوات، والضمانات المصرفية، ومصادر التمويل المالي للمشروع، وحدود الغرامات المالية للمشروع، والضمانات القانونية، وتحديد القضاء المختص للفصل في المنازعات، والقانون الواجب التطبيق[٢].

الفرع الثاني: إجراءات تقديم العطاء في عقود الـ .B.O.T، والمراحل التي يمر فيها:

لما كان عقد الـ .B.O.T يتمتع بخصوصية معينة فإن ذلك يتطلب عدة إجراءات في تقديم العطاء حسب أسلوب إبرام العقد سواء كان مناقصة، أو طلب تقديم العروض، أو غيره من أساليب التعاقد الإداري، ونبحث ما ذكر من خلال:

---

[١] د. عوض الله شيبة الحمد: النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢، ص٢٧٠ وما بعدها.

[٢] د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام BOT، مرجع سابق، ص١٧١.

أولا: إثبات الأهلية والقدرة للمرشح للتعاقد:

بعد الإطلاع على شروط المناقصة من خلال الإعلان يتوجب على من يريد الاشتراك في المناقصة تقديم عرضه، ولكن قبل تقديم العرض عليه إثبات أهليته وقدرته على تنفيذ المشروع، ويتم ذلك من خلال إحدى الطرق التالية:

١- تقديم الخبرة والمستندات التي تثبت ذلك:

فهنا يقدم المتعهد عرضه مرفقاً به المستندات التي تثبت خبرته السابقة، كاشتراكه في مشاريع مشابهة، أو مدة العمل في تلك المشاريع، وغيرها من المستندات والخبرات اللازمة للتنفيذ.

٢- تقديم المستندات المثبتة للخبرة قبل تقديم العرض:

قد تطلب الإدارة من المتعهدين قبل تقديم العرض، ضرورة تقديم المستندات المثبتة لخبرتهم، وتطلع عليها وتعلن أسماء المقبولين لتقديم عروضهم. وبالتالي تتجنب إضاعة الوقت، والنفقات وذلك باستبعاد من هم غير أهل لذلك[١].

ثانياً: محتويات العرض (إعداد العطاء):

فالشركات التي قُبلت عليها إعداد العطاء، وفقاً للشروط والمواصفات الفنية التي أعلنتها الإدارة، وعلى مقدم العطاء التقيد بالمواعيد والإجراءات التي حددتها الإدارة المتعاقدة. ويجب أن يتضمن العطاء تحديد مصادر التمويل للمشروع عن طريق خطة تمويلية، تحدد مصادر هذا التمويل والضمانات التي تكفل

---

[١] د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ BOT، مرجع سابق، ص١٩٣، ١٩٤. ولمزيد من التفاصيل د. محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص١١٨.

تنفيذها، كما يجب أن تتضمن الرسومات الخاصة بالمشروع، وخطة التنفيذ، ومراحله الزمنية[١].

ثالثاً: تقييم العروض ودراستها واختيار المتعاقد:

يقدم المتعهد الذي يريد الاشتراك في المناقصة عرضه، وفقاً للقواعد والشروط والمعايير التي أعلنت الإدارة عنها في كراسة الشروط. إلا أنه يثور التساؤل التالي وهو، هل يحق للمتعهد أن يبدي في عرضه تعديل لبعض الشروط، أو أن يضيف شروطاً أخرى، أو أن يبدي بعض التحفظات على القواعد والشروط المعلنة في كراسة الشروط؟ لقد أجاب على هذا السؤال الفقه والقضاء في فرنسا ومصر، حيث يرى جانب من الفقه المصري بأن الأصل هو أن من يوجه الإيجاب، إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها، والتي تستقل الإدارة بوضعها، وبالتالي ليس أمام من يريد التعاقد إلا القبول أو الرفض، فإذا رأى الخروج في عطائه عن هذه الشروط، فالأصل استبعاد عطائه، إلا إذا اقتصر الخروج على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشروط الجوهرية المعلنة، ومما يدعم ذلك هو صدور حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا المعنى[٢]. أما الفقه الفرنسي فقد عرف التحفظات بأنها، تلك الاشتراطات الخاصة التي يلحقها مقدم العطاء بعطائه، ويهدف من ورائها إلى التحفظ على أحد شروط المناقصة، أو حتى الخروج عليه[٣]. كما أن المادة (٥٥) من اللائحة التنفيذية للقانون الجديد رقم

---

[١] د. جابر نصار: عقود البوت Bot، مرجع سابق، ص١٢١، ١٢٢، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ Bot، مرجع سابق، ص١٩٥.

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ ٢/ ١٢/ ١٩٦٧، طعن رقم (٣٣٣)، س١٠، المجموعة رقم (١٣)، ص١٦٦، وقد أشار إلى ذلك د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، هامش، ص١٩٧.

[٣] De Laubadere (Andre): Traite de droit administratife, ١٥, ed., T.I, droit adminstratif general, L.G.D.I. Paris, ١٩٩, p. ٨١٣.

(٨٩) لعام ١٩٩٨ في مصر، أشارت إلى أنه، إذا رغب المتعاقد في وضع أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية، فيثبتها في كتاب مستقل، يتضمنه المظروف الفني[١]. والتحفظات قد تكون مالية أو غير مالية، وبالنسبة للتحفظات المالية، فهي تلك التحفظات التي تتعلق بطريقة الدفع في العقد المنوي إبرامه بين مقدم العرض، في حال قبول عرضه، والإدارة المانحة، كاشتراط طريقة محددة للدفع، أو اشتراط إجراء المحاسبة على أساس الزيادة التي قد تطرأ على المواد الخام، أو التحفظ لجهة وجوب أن يؤخذ بالاعتبار الأعباء الضريبية، والتي قد تستجد بعد قبول العرض، أو لتحديد طريقة معينة لدفعات مسبقة على الحساب، إلى غيرها من التحفظات المالية[٢]. أما التحفظات غير المالية، فغالباً ما تتعلق بظروف العمل، كاشتراط بدء سريان العقد مع تسليم الموقع، كما في عقود الإنشاءات والتشييد، أو التحفظ بزيادة مدة العملية بقدر مدة التأخير في صرف المستحقات، أو تحفظات فنية تتعلق بالمواصفات الفنية، أو شروط الصيانة، أو غير ذلك[٣]. وقد أقرت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع المصرية بوجود هذين النوعين من التحفظات بقولها: (تحفظ جميع المتناقصين بعطاءاتهم على أساس المحاسبة عن أي زيادة تحدث في أسعار مواد البناء، خلال تنفيذ العملية ـ رسو العملية على أرخص العطاءات . وخلو لجنة البت من أي تعليق أو رفض لهذا التحفظ... يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذي تقدم ويكون التعاقد قد تم فعلاً، على

وقد أشار إلى هذا المرجع كلاً من د. إلياس ناصيف في المرجع ذاته، هامش، ص١٩٧، ود. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق ، هامش، ص١٢٥.

[١] اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الجديد، والصادرة بقرار وزير المالية، رقم (١٣٦٧) لعام ١٩٩٨، والمنشورة بالوقائع المصرية، العدد (٢٠١)، تاريخ ٦/ ٩/ ١٩٩٨.

[٢] د. جابر نصار: عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص١٢٦.

[٣] د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ BOT، مرجع سابق، ص١٩٨.

أساس الشروط التي تقدم بها بما في ذلك التحفظ الذي قدمه...)[١]. أما بالنسبة للتحفظات غير المالية فقد قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقولها: ((... الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس، أو يتراخى في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المقابلة، هذا الأصل ويجوز للطرفين الخروج عليه عند التعاقد خاصة إذا ما قدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذها في الميعاد المحدد))[٢].

وبعد تقديم العروض والتحفظات تقوم اللجنة بدراستها، ثم تختار كل عرض على حدة، فليس هنالك ثمة قواعد موحدة، بل تستطيع هذه اللجنة أن تضع القواعد التي تستند إليها في اختيار المتعاقد في كل حالة على حدة، شريطة أن تحقق هذه القواعد مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المتقدمين[٣]. ويتم فحص العطاءات، أي دراسة العروض دراسة أولية لغرض استبعاد غير الصالح منها،

---

[١] فتوى رقم (٤٧)، بتاريخ ١٧/ يناير/ ١٩٨٤، ملف رقم ٧٨/ ٢/ ١٤، جلسة ١٦/ ١١/ ١٩٨٣، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، س٣٧، ٣٨-١٩٩٥، ص٣٧٣، ولمزيد من التفاصيل حول هذه الفتوى: د. إلياس ناصيف، المرجع ذاته، هامش، ص١٩٩.

[٢] فتوى رقم (٥٣٢)، تاريخ ٤/ ٧/ ١٩٩٣، ملف رقم ٥٤/ ١/ ٢٩٥، مجموعة المبادئ، ج٢، من أول مارس حتى آخر سبتمبر، ١٩٩٣، مكتوبة على الآلة الكاتبة، المكتب الفني لمجلس الدولة، ١٩٩٣، ولمزيد من التفاصيل حول هذه الفتوى، د. جابر نصار، المرجع ذاته، هامش، ص١٢٧.

[٣] د. جابر نصار: عقود البوت لBOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص١٢٧، ولمزيد من التفاصيل: د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـ Bot، مرجع سابق، ص١٩٩.

ومن ثم تتم دراستها دراسة فنية تحليلية لغرض اختيار الأفضل من العروض المتنافسة[١].

الفرع الثالث: إبرام عقد الـ BOT عن طريق طلب التأهيل وطلب تقديم العروض:

لما كان العقد بنظام الـ BOT، يعتبر من العقود الإدارية، كونها عقود التزام مرافق عامة، لذلك فالأصل أن يطبق في إبرام هذه العقود قواعد إبرام العقود الإدارية، أي قواعد المناقصات والمزايدات[٢]، إلا أننا نجد أن المشرع في معظم التشريعات المقارنة لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الالتزام، بالنظر إلى اتصال هذا الأسلوب بالمرافق العامة، مما يجعل للاعتبارات الشخصية للملتزم وزناً خاصاً عند إبرام العقد. ومع ذلك فإن الإدارة ليست حرة في إبرام عقد التزام المرفق العام، وتتراوح هذه القواعد ما بين وجوب إصدار قانون لمنح الالتزام، وما بين وجوب إتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات، رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨[٣]، إلا أننا نجد أن القوانين الصادرة في مصر لتعديل القانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، والقانون رقم (٦١) لعام ١٩٥٨، لم تنص صراحة على تطبيق قانون المناقصات والمزايدات على إبرام عقود البوت[٤]. ونحن نرى بأنه إذا لم ينص قانون منح الالتزام على كيفية اختيار المتعاقد، فإن قواعد قانون

---

[١] د. إبراهيم الشهاوي: عقد امتياز المرفق العام B.O.T، مرجع سابق، ص١٦٨.

[٢] د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١١١.

[٣] د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة ، مرجع سابق، ص ١٤٧.

[٤] قانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧، بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول المصري، المادة (١): حيث سمحت بمنح هذا الامتياز للمستثمرين المصريين وغيرهم، شريطة مراعاة قواعد المنافسة والعلانية في اختيار الملتزم، وقانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦ بشأن منح التزامات المرافق العامة. وقانون رقم (٣٣) لعام ١٩٩٨ .

المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، هي الواجبة التطبيق، وذلك لسد النقص في التشريع.

إذاً نجد أن كل ما يتطلبه القانون المصري في اختيار شركة المشروع في عقود البوت، هو أن تتم في إطار من المنافسة والعلانية[١]. ومن هنا نجد أن جهة الإدارة لا تلتزم بإبرام هذه العقود عن طريق المناقصات العامة، أو أي من أساليب التعاقد الأخرى، والتي نص عليها قانون المناقصات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، وهنا لابد من بحث ما يلي:

أولا: طلب التأهيل:

ومرحلة التأهيل: تمثل مرحلة ما قبل إسناد العطاء للشركة المرشحة لتنفيذ المشروع. فهنا لا يصح لجهة الإدارة إسناد العطاء بناء على حكم اختياري، أو نتيجة ضغوط خارجية، فالمنافسة الحرة والعلانية تعتبر عامل الجذب الأول للاستثمارات في مجال تنفيذ مشروعات البنية الأساسية، والتأهيل يضمن استبعاد الشركات غير الجادة، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بالمسؤوليات المترتبة على تمويل المشروع خلال مدة الالتزام[٢]. وفي مصر هنالك تجربة حديثة نسبياً، حيث جاءت قرارات مجلس الوزراء ذوات الأرقام ١ ، ٢ ، ٣ لعام ١٩٩٨ متضمنة:

١- منح التزام وإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسي علم بنظام الـ BOT لشركة آيماك مرسي علم، لتشغيل وإدارة المطارات (شركة مساهمة مصرية)، وفقا لأحكام القانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧، وعقد الالتزام المرفق

---

[١] قانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون، رقم (١٢) لعام ١٩٧٦، بإنشاء هيئة كهرباء مصر، المادة (٢).

[٢] د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق، ص ١٥٩.

لجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه، والتي تعتبر جزءً لا يتجزأ من العقد، (العقد الأول).

٢- قرار رقم (٢)، والقاضي بمنح التزام وإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـ BOT، لشركة كاتو للاستثمار (شركة مساهمة مصرية)، وفقا لأحكام القانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧، وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه، (العقد الثاني).

٣- قرار رقم (٣)، يمنح التزام إنشاء واستغلال وإعادة مطار رأس سدر، بنظام الـ BOT، لشركة دلتا جلف (شركة مساهمة مصرية)، وفقا لأحكام القانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧، وعقد الالتزام المرفق بجميع ملاحقه وأجزائه وخرائطه (العقد الثالث) [١].

وفي ضوء ذلك تم نشر إعلان طلب التأهيل للشركات المتخصصة في صحيفتي الأهرام والأخبار، بتاريخ ٢٧ – ٢٨ مايو ١٩٩٨، وقد قامت (٤٠) شركة عالمية ومحلية بسحب كراسة التقدم للتأهيل للمشروع، وفي المهلة المحددة تقدمت (١٩) شركة محلية وعالمية بمستندات التأهيل، علماً بأنه قد وضعت معايير لاختيار الشركات المؤهلة، وفقا للأسس التالية:

- حجم الأعمال ودورة رأس المال، بما لا يقل عن (١٠٠) مليون دولار لمدة (١٠) سنوات.

- الخبرة السابقة في أعمال ذات طبيعة ونوعية للمشروع المقترح.

- حجم الأعمال التي تقوم الشركة بتنفيذها حالياً والمسندة إليها مستقبلاً.

- الخبرة في مشاريع المياه أو غيرها، يزيد حجم الأعمال فيها عن (٥٠) مليون دولار.

---

[١] د. إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام، مرجع سابق ، ص ٨٦.

– حجم وفترة الطاقة البشرية، وسابقة الخبرة لطاقم العمل المقترح للمشروع.

– قدرة الشركة من ناحية عدد وسعة المعدات ونوعيتها.

– إرفاق صور الميزانية المالية للشركة عن مدة (٣) سنوات سابقة.

وقد وضعت درجات لتقييم البنود السابقة في التأهيل ليكون مجموعها (١٠٠) درجة، وحدد الحد الأدنى للقبول بـ (٧٥) درجة، وبعد دراسة المستندات المقدمة، تم تأهيل (١٥) شركة محلية وعالمية، لسحب مستندات العطاء. تطبيقا لنص المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨[١].

ثانيا: طلب تقديم العروض:

ويسمى هذا الأسلوب بالدعوة إلى التعاقد، أو طلب العروض ويستند على المنافسة والعلانية، حيث بموجبه تتمتع الإدارة بقدر كبير من الحرية في اختيار أفضل العروض المقدمة، دون التقيد بمنهج الآلية الذي يحكم المناقصات العامة، والذي يعتمد على معيار السعر فقط . ويهدف هذا الأسلوب إلى التعاقد مع المرشح الذي يقدم العرض الأفضل من الناحيتين المالية والفنية، مع حظر كل تفاوض مع المرشحين[٢]. وهذا يؤدي إلى الانفتاح على مجالات جديدة للتكنولوجيا والمنتجات، إضافة إلى ضبط الأسعار طبقا لمقتضيات المنافسة الحقيقية[٣]. فنجد أنه في سوريا يقوم طلب العروض على المنافسة والعلانية، حيث أكد القانون السوري على أنه يطبق على الشراء بطريق طلب العروض،

---

[١] قرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لعام ١٩٩٨، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمنشورة بالوقائع المصرية، العدد (٢٠١)، تاريخ ١٩٩٨/٩/٦، ولمزيد من التفاصيل، د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق، ص ١٥٩، ١٦٠.

[٢] د. محمد الحسين، ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٠٣.

[٣] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٥٣٧.

الأحكام المطبقة على الشراء بالمناقصة، ما عدا ما ورد فيه نص خاص بالشراء عن طريق طلب العروض[١]. والدعوة إلى التعاقد تأخذ ثلاثة طرق:

١- الأسلوب العادي للدعوة إلى التعاقد:

وهنا يقوم قدر من المنافسة بين من يرغبون في التعاقد، وتتضمن كراسة الشروط العامة نوعين من هذا الإجراء:

أ- الدعوة إلى التعاقد المفتوحة، وفيها يسمح لكل من يريد التعاقد بالتقدم بعطائه لجهة الإدارة خلال المدة المحددة.

ب- الدعوة إلى التعاقد المقيدة، والتي يقتصر التقدم إليها على من تتوافر فيهم شروط معينة، وهنا توجه الدعوة للتعاقد إلى شركات محددة بالذات استناداً إلى مبدأ الاعتبار الشخصي، المتمثل في وجود خبرات واسعة في إنشاء وإدارة الأعمال، والأنشطة ذات الصلة بمشروع التعاقد، وكذلك ما تملكه هذه الشركات من تفوق مالي وفني، والتطور التقني الحديث المستخدم من قبل هذه الشركات، على أن لا تقل نسبة مساهمة الشركة المنفذة للمشروع عن (٣٠%)[٢].

٢- الدعوة إلى التعاقد المصحوبة بمنافسة:

وهنا تقيم الإدارة المتعاقدة نوعاً من المنافسة بين من يريدون التعاقد، دون أن تلتزم بنتيجة هذا الترتيب، وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب إذا كانت هنالك اعتبارات فنية، أو مالية، أو جمالية استوجبت إعداد دراسات مسبقة قبل التعاقد[٣].

٣- الدعوة الجماعية للتعاقد:

---

[١] القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة لعام ٢٠٠٤، المادة (٢٨).

[٢] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط٥، ١٩٩١، مرجع سابق، ص ٣٢٠، ٣٢١، ولمزيد من التفاصيل، د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام ، مرجع سابق، ص١٦٠.

[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٢١.

وقد أقام هذا الأسلوب المشرع الفرنسي، ويتمثل في تجميع الطلبات على المستوى المحلي، حيث يتم السماح لمرافق الدولة، ووحداتها المحلية، والمؤسسات العامة، بأن تنسق مشترياتها من بعض المنتجات، أو طلباتها في مجال بعض الخدمات بهدف الحصول على أفضل الأسعار[١].

والإعداد الجيد لمستندات العطاء لها أهمية كبيرة، ففي منح التزامات المطارات في مصر تضمنت أوراق الدعوة وبنودها كافة المواصفات ومختلف عناصر التقييم، والإجراءات الواجبة الإتباع، وجداول التعريفة، كما تضمنت الدعوة منح الشركات فترة (٦) شهور لإعداد وتقديم العطاءات خلالها[٢]. وفي الدعوة إلى التعاقد يتم تسليم العطاءات، حيث يتضمن كل عطاء مظروفين، أحدهما للجانب الفني والآخر للجانب المالي، بينما نجد أنه في سورية لابد من احتواء العطاء على ثلاثة مغلفات، بحيث يحتوي المغلف الأول على طلب الاشتراك، والوثائق المشعرة بتوافر الشروط المنصوص عليها في نظام العقود للجهات العامة[٣]، أما المغلف الثاني فيحتوي على العرض الفني[٤]، والمغلف الثالث يحتوي على العرض المالي والتجاري[٥].

الفرع الرابع: إبرام عقد الـ BOT عن طريق المناقصة:

نظرا لضخامة المشاريع بنظام الـ BOT، فهي تبرم غالباً وفق مناقصات دولية، وذلك لما تتطلبه هذه المشاريع من تكنولوجيا متقدمة، كما هو الحال في إنشاء محطات الكهرباء والمطارات، والتي تتولى الاستثمارات بشأنها شركات دولية

---

[١] المرجع ذاته، ص ٣٢٢.

[٢] د. إبراهيم الشهاوي، المرجع ذاته، ص ١٦٠ ، ١٦١.

[٣] القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة، لعام ٢٠٠٤، المادة (٣٠/أ).

[٤] القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة، لعام ٢٠٠٤، المادة (٣٠/ب).

[٥] القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة، لعام ٢٠٠٤، المادة (٣٠/ ج).

متخصصة، إلا أن ذلك لا يمنع من أن تكون هذه المناقصات داخلية، كما أن الإدارة لها سلطة تقديرية في اتخاذ أسلوب المناقصات، أو أن تأخذ أسلوباً آخر في التعاقد[١].

ومستندات العطاء هي: (تلك المستندات الخاصة بالجوانب الفنية للمشروع، وكيفية مساندة ودعم الحكومة للمشروع، وسابقة الخبرة للشركات المستثمرة، وكذلك الاتفاقات بين الشركة والجهة الحكومية مانحة الترخيص وشركة المشروع) [٢].

ويجب أن تصاغ المستندات وفق المعايير الدولية، وأن تكون دقيقة ومحددة في صياغتها، وهذا يشجع على دخول أكبر عدد ممكن من الشركات المنافسة، وبالتالي لابد من عدم الإسراع في إصدار مستندات العطاء[٣]. وتلتزم الإدارة بتضمين كراسة الشروط، المواصفات التي تكفل لها الحصول على تكنولوجيا متقدمة، ومواصفات تسليم المشروع في نهاية مدة العقد إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة، إضافة إلى تضمين مستندات العطاء، مستندات الطرح والشروط والتسهيلات التي يتضمنها المشروع[٤].

وتعتبر وثائق المناقصة وشروطها والمواصفات الفنية التي تتضمن كراسة الشروط، أساس التعاقد بين الجهة الإدارية ومقدم العطاء، ولو لم ينص على ذلك في مضمون العقد الذي تم إبرامه بين جهة الإدارة والمتعاقد معها. وقد أيد

---

[١] د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ، مرجع سابق، ص ١٨٨، ١٨٩

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص ١٥٠، ولمزيد من التفاصيل، محمد غازي الجلالي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، مرجع سابق، ص٣٣.

[٣] د. هاني سري الدين، التمويل القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية، مرجع سابق، ص ٨١.

[٤] د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١١٣.

الفقه الفرنسي وعلى رأسهم الفقيه أندريه ديلوبادير أهمية كراسة الشروط، معتبراً أنه لا يصح النص بأن الإعلان عن المناقصة وطرح كراسة الشروط لا يمثل سوى دعوة للمتعاقد، ولا يتضمن إيجاباً من قبل الإدارة. فالإيجاب يتقدم به مقدم العطاء، وإن كانت معالم هذا الإيجاب وشروطه لا تتحدد إلا بناء على الشروط والأحكام التي قررتها الإدارة في كراسة الشروط[١]. وتطبيقا لما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري، إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط، أو يرفضها فإذا أراد الخروج في عطائه على هذه الشروط، فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء" [٢]. ولابد من الإشارة هنا إلى أنه في حالة التعارض بين ما ورد في كراسة الشروط، وبين ما هو منصوص عليه في الأحكام القانونية للمناقصات، فهنا يتم الرجوع إلى العقد بحيث أنه إذا كان قد ورد نص فيه على الإحالة إلى الأحكام القانونية للمناقصات، فتكون هذه الأحكام هي القاعدة القانونية التي تشكل أساس التعاقد، أما إذا خلا العقد من مثل هذه الإحالة، فهنا يتم تغليب الشروط الواردة في كراسة الشروط[٣]. وتطبيقا لذلك أفتت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع، بمجلس الدولة المصري، بأن لائحة المناقصات والمزايدات، لا تعتبر جزءاً من العقد، ما لم يتضمن العقد أحكامها أو الإحالة إليها، باعتبارها جزءاً مكملاً له. وأنه إذا تضمن العقد مخالفة صريحة لأحكام اللائحة، تكون العبرة بأحكام العقد

---

[١] د. إلياس ناصيف سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، ، مرجع سابق، ص١٩١، ولمزيد من التفاصيل، د. جابر نصار، عقود البوت ، مرجع سابق، ص١١٥، ١١٦.

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطمس رقم (٢٣٣) لسنة ١٠ ق جلسة ١٩٦٧/١٢/٢، ومشار إليه عند د. جابر نصار، المرجع ذاته، ص ١١٦.

[٣] د. جابر نصار، المرجع ذاته، ص ١١٦، ١١٧.

نفسه[١]. ولا بد من الإعلان عن المناقصة حيث يعتبر الإعلان عن المناقصة إجراءاً جوهرياً لا تتم المناقصات بدونه. وبمقتضاه توجه الدعوة إلى كل المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، للاطلاع على الشروط الموضوعية التي يتم بمقتضاها التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة[٢]. ولأهمية الإعلان عن المناقصة، فقد حرصت معظم التشريعات على النص عليها صراحة، حيث نجد أن المشرع الفرنسي، قد نص عليها في المادة (٨٤) من قانون العقود الإدارية، وتطلب ضرورة توافره سواء في عقود الدولة، أو بالنسبة للعقود التي تبرمها المحليات مادة (٢٨٠) عقود إدارية فرنسي[٣]. وفي مصر نصت المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، على أنه: "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة". إضافة إلى نص المادة (٣٨) من قانون ١٩٩٣/١/٢٩، بالنسبة لعقود التفويض في فرنسا، حيث أشارت المادة السابقة إلى ضرورة التزام الإدارة بالإعلان عن نية الإدارة في تفويض مرفق معين في وسائل النشر المحددة في القانون، وكذلك الحال في نص المادة (٤٠) من تقنين عقود الشراء العام، والتي تفرض أن تبرم عقود الشراء استناداً إلى دعوة عامة للمنافسة[٤]. وقد خلا القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ في سورية، من نص

---

[١] الطعن رقم (٩٤) لسنة ٩ ق جلسة ١٩٦٥/١٢/١١، المجموعة في ١٥ سنة، المبدأ، ١١٨، ص٢٠٦، وحكمها في الطعن رقم (٢٨٧) لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩، الموسوعة الإدارية، ج١٨، ص٦٩٣.

[٢] د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، ، مرجع سابق، ص١٩٣، ولمزيد من التفاصيل، د. جابر نصار، عقود البوت ، مرجع سابق، ص١١٧، وأيضا Quan Card (M):, Ladjudication des marches publics de travux et de Fournitures١٩٤٥, p. ٧٤ets.

[٣] د. جابر نصار، المرجع ذاته، ص ١١٩.

[٤] د. محمد الحسين، و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٥.

صريح بخصوص المنافسة الحرة والمساواة[١]. وقد أشار القانون السوري إلى ضرورة الإعلان عن المناقصة قبل إجرائها بخمسة عشر يوماً على الأقل[٢]. وفي الأردن يتم الإعلان عن المناقصة باللغة العربية مرة واحدة، أو أكثر في صحيفتين يوميتين محليتين، ويجوز أن يتم الإعلان باللغة الإنجليزية ، إضافة إلى اللغة العربية، وذلك عند دعوة المقاولين أو المستشارين الأجانب، ويتضمن الإعلان تفصيل دقيق للمناقصة[٣]، وفي سورية تنشر إعلانات المناقصة في نشرة الإعلانات الرسمية، وفي صحيفة يومية وفي لوحة إعلانات الجهة العامة، ويمكن الإعلان عند الضرورة في الإذاعة والتلفزيون[٤]. ويعلن عن المناقصة في مصر بنشرها مرتين في الوقائع المصرية، وذلك بنشرها مرتين في جريدة، أو جريدتين عربيتين يوميتين[٥].

حيث يبدأ تقييم العطاء من وقت فتح المظاريف وحتى اختيار أحد المتناقصين وإبلاغه بقبول عطائه، أو من وقت فتح المظاريف وحتى انتهاء فترة صلاحية العطاء أيهما أولاً. والاختيار لا يتم على أساس السعر فقط، وإنما تراعى النواحي الفنية وكيفية التمويل ومصادره، ونوعية التكنولوجيا المستخدمة، ومدى ما يقدمه المشروع من تدريب للعمالة الوطنية، وحجم الاستهلاك[٦]، وتقييم

---

[١] المرجع ذاته، ص ١٤٤.

[٢] القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، الخاص بنظام العقود للجهات العامة، مادة (٩/أ).

[٣] تعليمات عطاءات الأشغال الحكومية الصادرة بموجب نظام الأشغال الحكومية، رقم (٧١) لعام ١٩٨٧، المادة (٨/أ، ج/د)

[٤] القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، الخاص بنظام العقود للجهات العامة، مادة (١٠/أ) ولمزيد من التفاصيل، يراجع رأي مجلس الدولة السوري، رقم ٦٢/ج. ع، لعام ١٩٧٣، صبحي سلوم ، موسوعة العقود الإدارية، ج١، ص٩٦، ومشار إليه في مرجع د. محمد الحسين، و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٤٧ .

[٥] اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨،المادة (١٥).

[٦] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتمويل الملكية، مرجع سابق، ص١٥١.

مشاريع الـ BOT، من الناحية الفنية يتضمن تطابق العطاء مع المواصفات والرسومات، وطرق التشييد وبرامج التنفيذ وآلات التشييد ومعداته، إضافة إلى التقييم المالي، والمتعلق بالتكلفة الرأسمالية للمشروع، وسعر الفائدة والدفعات المقدمة، وبرامج الدفع. كما أن هنالك أيضا التقييم التعاقدي العام، وهو خاص بمطابقة العرض المقدم من الحكومة مع العرض المقدم من المتناقصين، ومدى صحة العطاء، والتحفظات والتأمين، ومدى اكتمال العطاء. وأخيراً هنالك التقييم الإداري، وهو ما توفره جهة الإدارة من الفنيين والإداريين ذوي الخبرة، وغيرها من الإجراءات المتعلقة بالشحن والنقل[١]. ويتم إعطاء درجات للعروض طبقاً لملائمتها المالية والفنية، ويتم اختيار أفضل عرض يجمع بين هاتين النقطتين.وإذا اختارت الحكومة أحد العروض وكان السعر أعلى مما تتوقعه، جاز لها التفاوض مع صاحب ذلك العرض[٢] .

الفرع الخامس: إبرام العقد ودخوله مرحلة التنفيذ :

يتم إبرام عقد الـ BOT بتوقيعه من الطرفين، ويوقعه عن الجهة الإدارية المانحة من هو مفوض بالتوقيع عنها قانوناً. وإذا كان العقد ممولاً من أحد المصارف، أو عن طريق دولة أخرى، منحت قرضاً لهذه الغاية، فقد تشترط موافقة المصرف المشار إليه، أو الدولة المذكورة، قبل البدء في تنفيذ العقد. وقد لا تعطى الموافقة إلا بعد إيداع وثائق القرض، وتوقيع سندات التسديد، وتقديم الضمانات المطلوبة، ويظل بالتالي العقد مجمداً حتى تصدر المصادقة. وفي العقود الإدارية، يقتضي

---

[٣]معتز كامل مرسي، الإطار القانوني والعملي للمشروعات بنظام الـ Bot ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر تنفيذ المشروعات بنظام الـ Bot، القاهرة، نوفمبر ٢٠٠٠، ولمزيد من التفاصيل د. هاني سري الدين، التمويل القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية، مرجع سابق، ص ٨٣.

[٣]محمد غازي الجلالي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل، مرجع سابق، ص٣٧.

أن يقدم المتعهد كفالة مصرفية لضمان تنفيذ التزاماته، فيكون تنفيذ العقد معلقاً على هذه الكفالة، وفي مثل هذه الحالات يتضمن العقد شرطاً يقضي باعتباره كأن لم يكن إذا لم يتم الإجراء اللازم لدخوله مرحلة التنفيذ خلال مدة محددة من تاريخ توقيعه. كما أن مرحلة توقيع اتفاقية المشروع وملحقاتها، تحتوي بالإضافة إلى الجهة الإدارية المانحة وشركة المشروع ، المساهمين ومؤسسات التمويل، والمقاول ، والمورد ، وشركات التأمين[١]. ونحن نرى أن الكفالة غير كافية، وذلك لأنها تحدد بنسبة مئوية قليلة نسبياً في العادة، فالأصل أن تزاد نسبتها إلى (٢٥%) مثلاً على الأقل من إجمالي تكلفة المشروع، وهذا يضمن للإدارة في حال الإخلال الحصول على ريع التكلفة الإجمالية مبدئياً بالنظر لأهمية العقود بنظام الـ BOT والمبالغ المالية الكبيرة التي تحتاجها . مما تقدم نجد بأنه بالرغم من وجود أكثر من أسلوب لإبرام العقود الإدارية، إلا أن العقد بنظام الـ BOT، هو يمثل مرحلة متقدمة من عقد الالتزام، وبالتالي اقتصرنا على دراسة أساليب شائعة في إبرام هذا العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من لجوء جهة الإدارة إلى أساليب التعاقد الأخرى، إذا كان ذلك يتفق وطبيعة وموضوع العقد المراد إبرامه، حيث أنه توجد حالات تكون الإدارة فيها مقيدة بإتباع أسلوب معين للإبرام، وفي حالات أخرى يكون لها مطلق الحرية في إتباع الأسلوب المناسب لاختيار متعاقدها وإبرام العقد معه، وبالنظر للطبيعة الخاصة للعقود بنظام الـ BOT، فإن الإدارة تأخذ بالأسلوب التعاقدي الذي تراه يتفق والمصلحة العامة، فالإدارة السليمة هي الإدارة التي تتمتع بأسلوب تعاقدي منظم ومنصوص عليه في اللوائح و القوانين، وبذلك نكون قد بحثنا في هذا الباب الأنماط العقدية الإدارية التي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات وذلك في فصلين، الفصل الأول خصص لعقود تفويض المرفق العام، وهي طائفة جديدة من العقود، كما أن

---

[١] UNIDO,P.٢٢٠

الفصل الثاني خصص لبحث موضوع عقود الـ BOT وأخواتها، وهذا النوع الأخير هو الذي يجذب الاستثمارات الأجنبية المحلية، من خلال مشاركة القطاع الخاص في مرافق البنية التحتية، وخدمات المرافق العامة الأخرى، ورأينا مدى أهمية تمويل خدمات البنية التحتية والمرافق العامة الحيوية عن طريق هذه الأنماط العقدية، والتي سوف نشير إلى أنواعها الجديدة من وجهة نظرنا، في مشروع العقد المقترح لكل نوع من أنواع المرافق العامة في نهاية هذه الدراسة بإذن الله تعالى.

الباب الثاني

الشروط اللازمة لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وظيفياً

تكون العقود الإدارية والإدارية الدولية جاذبة للاستثمار، ورافد للاقتصاد الوطني، وإيراداً للخزينة العامة إذا أحكمت صياغتها، وعدلت التشريعات المتعلقة بها على النحو الذي يجعلها ملائمة للاستثمار وجاذبة له، فهنالك من الدول من هيأت البيئة التشريعية لتشجيع الاستثمار، وهي الأساس في إبرام العقود،إضافة إلى دور منظمة الأمم المتحدة، والذي يتجلى في وكالاتها المتخصصة في تشجيع التنمية الاقتصادية خصوصاً في البلدان النامية، حيث تعاني هذه الأخيرة من تضخم في الاقتصاد الوطني ، ومن هنا فإن دراستنا تقتضي منا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نبحث في الفصل الأول، الشرط

الموضوعي، وهو ضرورة توافر المناخ الاستثماري وذلك من خلال معرفة الأمن القانوني والاستقرار التشريعي، ومواكبة التشريعات للمفاهيم القانونية العالمية، ومدى حرية عمل رأس المال وانتقاله، وكذلك تطبيق مقومات المناخ الاستثماري في الأردن، وسوريا، ومصر، أما الفصل الثاني، فنبحث فيه الشرط العضوي، أي المستثمر كطرف في العقد، وهذا يقتضي منا بيان مفهوم الاستثمار، ودور جنسية المتعاقد الأجنبية في إمكان تغيير تكييف العقد، وفرض بعض الشروط، ونتناول ما ذكر على النحو الآتي:

الفصل الأول

الشرط الموضوعي (ضرورة توافر المناخ الاستثماري)

لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وظيفياً، لابد من توافر شرطين: وهما الشرط العضوي، أي المستثمر كطرف في العقد، وهذا ما سنبحثه في الفصل الثاني، والشرط الموضوعي، أي توافر المناخ الاستثماري، والذي يتطلب دراسة الأمن القانوني، والاستقرار التشريعي، ومواكبة التشريعات للمفاهيم والقيم القانونية العالمية، وحرية عمل رأس المال، كونه هو الأساس للاستثمار وكيفية انتقاله، ومدى استقرار النظم النقدية والمصرفية، وإجراء دراسة نظرية لمقومات المناخ الاستثماري في الأردن وسوريا ومصر.

فالشرط الموضوعي ضروري لتوافر المناخ الاستثماري، ووجوده من عدمه يؤثر في وجود الاستثمار أو عدمه، لأن الاستثمار كنظام اقتصادي يحتاج لتوافر شروط ومقومات لكي يخرج إلى حيز الوجود، ويكون رافد للاقتصاد الوطني

للدولـة الموجـود فيهـا، وعامـل فاعـل مـن عوامـل التنميـة فـي بلـدان العـالم وخصوصاً دول العالم الثالث، والتي تكون إيرادات الموازنة العامة فيها أقل من نفقاتهـا، وتعـاني مـن تضـخم فـي اقتصـادها بسـبب عـدم تـوفر المـال الـلازم لاستخراج الثروات الطبيعية فيها، أو لحسن إدارة الموارد البشرية فيها، فالدول الأوروبيـة وكذلك الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، لديها تجارب مشجعة في مجال الاستثمار بالمقارنة مع الدول النامية، خصوصاً ما عرف بالآونة الأخيرة كالسوق الأوروبية المشتركة، وتوحيد عملتها، ومنظمة التجارة العالمية وانضمام معظـم دول الشـرق الأوسـط وشـمال إفريقيـا إليهـا، كونهـا تسـاعد علـى تحقيـق التنمية في البلدان المنظمة لهذه الاتفاقية، وبالتالي نبحث ما ذكر على النحو الآتي:

المبحث الأول

مقومات المناخ الاستثماري السليم

يعد الاستثمار عصب الحياة الاقتصادية في الوقت الحاضر، وذلك في معظم دول العالم المتقدمة والنامية، فلا يكاد يخلو تشريع دولة من التطرق إليه، مع العلم بأن مواقف الدول متباينة، فمنها من ركز عليه وهيّئ البيئة الملائمة له واعتبره دعامة من دعامات الاقتصاد الوطني، ومنها من أشار إليه ومنحه أهمية قليلة، وكما نعلم أن الاستثمار يحتاج إلى مقومات لكي ينشأ ويخرج إلى حيز الوجود ويؤدي دوره الاقتصادي في مجال التنمية، وهذه المقومات كثيرة تشمل النواحي الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والقانونية وغيرها، ومدى حرية عمل رأس المال واستقرار النظم النقدية والمصرفية، وبالتالي نبحث ما ذكر في ثلاثة مطالب كما يلي :

المطلب الأول

الأمن القانوني

لكي نكون أمام مناخ استثماري ملائم ومشجع لجذب الاستثمارات على اختلاف أنواعها، لابد من توفر مقومات للمناخ الاستثماري، كالبيئة التشريعية، والاجتماعية، والاقتصادية والسياسية، وجميع هذه المقومات ضرورية لكي يتحقق المناخ الاستثماري في أية دولة كانت، ولعل العنصر المهم هنا هو دراسة المناخ التشريعي، والذي يتمثل في الاستقرار التشريعي ومواكبة التشريعات للمفاهيم القانونية العالمية، وبالتالي نبحث ما ذكر في الفروع الآتية :

الفرع الأول: الاستقرار التشريعي:

ونشير بشكل موجز إلى هذا الموضوع كونه سيأتي الحديث عنه لاحقاً . فالطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة يسعى إلى تجنب خضوع العقد لقانون الدولة، وذلك لتفادي مخاطر هذا الخضوع، والمتمثلة بإمكانية تغيير قانون هذه الدولة، الأمر الذي قد يخل بالتوازن المالي للعقد، وإنهاء العقد من قبل الدولة بالإرادة المنفردة، لذلك كان الحل في تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة كقانون حاكم للعقد[١]، وتأكيداً لعدم سريان أية تعديلات تجريها الدولة

---

[١] Esa paasivita: "Internationalization and stabilization of contracts versus state sovereignty" B.Y.B.I.L., ١٩٩٠ p. ٣١٥ ets spec. ٣٢٣.

(Another techniguie to control the legal powers of state is to insert the so-called stabilization clauses into contacts.

مذكور عند د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص ٣٢٠.

على قانونها الوطني على العقد المبرم بين الدولة والطرف المتعاقد معها[١]، وهذا ما يعرف بشروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي، وهذه الشروط من الشروط المألوفة في عقود الدولة على وجه الخصوص Usuelles[٢]، ومن الممكن وجود مثل هذه الشروط في عقود التجارة الدولية الأخرى التي لا تكون الدولة طرفاً فيها، غير أن تواجد هذه الشروط في العقود الأخيرة يعد أمراً غير مألوفاً[٣].

فحق الأطراف في تجميد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الزمان، بالنسبة لعقود التجارة الدولية المعتادة يستمد من قواعد القانون الدولي الخاص، والتي تعطي للأطراف حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهم، ومن الأهداف التي تسعى هذه القواعد إلى تحقيقها[٤]، هي أنها وتماشياً مع مقتضيات التجارة الدولية تضمن للمتعاقدين مكنة اختيار تنظيم قانوني للعقد يحقق لهم الأمان القانوني، ويحمي توقعاتهم وهذا الاختيار يعد الأسلوب الأمثل للهروب من عدم الاستقرار الذي يعد العدو الأول للمعاملات التي تتم في إطار التجارة الدولية[٥]. ويترتب على تمتع الأطراف بالحرية في

---

(١) Prosper Weil: "Les clauses de stabilization ou L'intangibilite inseres dans Les accords de development economigue", mélanges Rousseau, paris, pedon, ١٩٧٤, p. ٣٠١-٣٢٨.

(٢) حكم غرفة التجارة الدولية بباريس أبرز أن هذه الشروط من الشروط المألوفة في الفرض الذي يكون فيه العقد خاضعاً لقانون الدولة المتعاقدة.

C.C.I. ١٤٣٤, ١٩٧٥, clunet ١٩٧٦, ٩٧٨.

(٣) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ٣٢١.

(٤) أنظر رسالة Patrick Courbe:

Les objectifs temporels des regles de droit international prive, press, univer, de france, Paris, ١٩٨١, p. ٣٩٩.

(٥) رسالة Patrick Courbe: ص ٤٠٠

اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، حرية الأطراف وقدرتهم على تجميد القانون المادي الذي اختاره الأطراف للتطبيق على العقد، وهذا يؤدي إلى إفلات العقد من الخضوع للآثار الناجمة عن التغييرات التشريعية، التي قد تطرأ على هذا القانون المختار للتطبيق على العقد[١]، إلا أن هذا لا يعني أن قاعدة الإسناد التي تعطي للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، تفرض الإسناد الآلي للقانون الأجنبي النافذ وقت إبرام العقد، فهذا التصور لا يتماشى مع الحقائق السائدة في القانون الوضعي بالإسناد الزمني الآلي للقانون المختار لحظة إبرام العقد، ولا يتمشى مع أهداف قاعدة القانون الدولي الخاصة الحاكمة للعقود[٢]، فالأخيرة تسمح للأطراف باختيار قانون العقد، ولكنها لا تفرض تجميداً للقانون المختار وتثبيته زمنياً على النحو الذي يكون عليه مضمونه وقت إبرام العقد، فهي تمنح حرية للأطراف المتعاقدة في أن يحددوا بأنفسهم اللحظة التي يكون من الملائم لهم الأخذ بنظر الاعتبار نصوص هذا القانون[٣]. وبالتالي يكون الباعث إلى تجميد القانون المختار الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية المعتادة، هو أن هذا القانون هو الذي تعرفه.

الفرع الثاني: مواكبة التشريعات للمفاهيم القانونية العالمية:

---

[١] موقف معاهدة روما الموقعة في ١٩ يونيو ١٩٨٠ والتي دخلت حيز النفاذ في أول إبريل ١٩٩١ من شروط الثبات مقالة Paul Lagarde:

"Le nonveau droit international prive des contracts apres lentree en vigueur de la convention de Rome du ١٩ juin ١٩٨٠, rev crit, ١٩٩١, p. ٢٨٧, spes, p. ٣٠٣.

والهوامش السابقة مذكورة عند د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، هامش ص ٣٢٢، ٣٢٣

[٢] د. حفيظة الحداد، المرجع ذاته، ص ٣٢٣.

[٣] المرجع ذاته، ص ٣٢٤.

يجب أن تكون تشريعات الدولة الجاذبة للاستثمار، متضمنة أحكاماً توفر الحماية المناسبة للاستثمارات التي تتم على أراضيها[١]. وذلك من خلال ما يلي:

أولاً: العوامل القانونية الداخلية:

للعوامل القانونية دوراً هاماً في جذب الاستثمار الأجنبي للبلد، متى وفرت هذه العوامل الحماية القانونية له[٢]، و هذا ما نجده في تشريعات الاستثمار في الدول المختلفة، والتي بموجبها تتوفر الحماية الكافيه للمستثمر لدفعه على استثمار أمواله، وخبراته الفنية، والعملية في الدول الأخرى، وبشكل لا يضر بالاقتصاد الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، وهو الأمر الذي يتم من خلال تنظيم قانوني متكامل يعالج جميع جوانب الاستثمار، وسوف نعالج ذلك في المبحث الثاني بشكل مفصل، ولعل أهم العوامل القانونية الداخلية تتمثل في:

١. إصدار تشريعات داخلية منظمة لهذه الاستثمارات:

وقد عمدت معظم الدول على إصدار تشريعات خاصة بالاستثمار، كما هو الحال في بعض القوانين العربية[٣]، بحيث تضع قواعد محددة لمعاملة

---

[١] د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

[٢] د. عبد الواحد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٢.

[٣] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لسنة، ١٩٩٧ في مصر، ونظام الاستثمار الأجنبي، لسنة ٢٠٠٠ في السعودية، المرسوم التشريعي رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سوريا، لعام ٢٠٠٧، قانون الاستثمار رقم (٢٢)، لسنة ١٩٩١ في اليمن، قانون تشجيع الاستثمار في الأردن، رقم (٦٧) لعام ٢٠٠٣، قانون تنظيم استثمار رأس المال الأجنبي، رقم (١٣)، لسنة ٢٠٠٠ في قطر، وقانون تشجيع الاستثمار لعام ١٩٩٩ في السودان، وقانون تشجيع استثمار رؤوس الأموال الأجنبية، رقم (٥)، لعام ١٩٩٧ في ليبيا، وقانون تشجيع الاستثمارات لعام ١٩٩٤ في تونس، قانون استثمار رأس المال الأجنبي لعام ١٩٩٤ في عُمان، وقانون ترقية الاستثمار في الجزائر لعام ١٩٩٣.

الاستثمارات، سواء من حيث استقطابها أو حمايتها أو تصفيتها، وتتضمن ضمانات مهمة، ومزايا مختلقة لتشجيع الاستثمار الأجنبي ، شريطة عدم الإضرار بمصالح الدولة المضيفة.فإذا كانت حاجة الدول تتطلب حقيقة اجتذاب رؤوس الأموال النقدية والعينية والفنية إلى إقليمها ، للمشاركة في تحقيق التنمية الاقتصادية ، فإنه يتوجب عليها معاملة الاستثمارات الوافدة على أسس واضحة ، وهذا يتم من خلال إعداد تنظيم قانوني متكامل للاستثمارات الأجنبية ، ينظم عملية انتقال رأس المال الوافد وتشغيله ومراحل الاستثمار ، وكذلك النص على ضمانات الاستثمار . حيث تتنوع ضمانات الاستثمار بين داخلية كفلها القانون الداخلي للمستثمر الأجنبي عبر وسائل موضوعية ، أو إجرائية نص عليها ، ودولية كفلتها المعاهدات الدولية عبر نصوص وإجراءات نصت عليها المنظمات الدولية ضمن الاتفاقيات التي ترعاها ، كمعاهدة إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، أو أنها ضمانات قانونية واقتصادية،نص عليها القانون الداخلي، أو ضمانات موضوعية كنصوص داخلية نصت على عدم التأميم إلا مقابل تعويض عادل ، أو اتخاذ إجراءات لتسوية المنازعات التي قد تنشأ عن طريق التحكيم[١].ويعرّف الضمان بأنه :"تقديم الوسائل الكفيلة بتحقيق أمان قانوني لمن تقدم له، كي يقدم على العمل وهو ضامن لنتائجه"[٢].وتعد فكرة الضمان تعبيراً عن وظيفة اقتصادية أكثر منها تعبيراً عن

---

[١] د. عبدالله عبد الكريم عبدالله ، ضمانات الاستثمار في الدول العربية ، دراسة قانونية مقارنة لأهم التشريعات العربية والمعاهدات العربية مع الإشارة إلى منظمة التجارة العالمية ودورها في هذا المجال ، ط١ ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٣ ، ٢٤ .

[٢] د. نبيل إبراهيم سعد ، محاضرات في الضمانات غير المسماة ، ألقيت على طلبة الدراسات العليا في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة بيروت العربية ، ٢٠٠٢ ، وقد أشار إلى ذلك د. عبدالله عبد الكريم ، المرجع ذاته ، ص ٢٣ .

نظام قانوني محدد[٣] . وفي مجال الاستثمار لا بد من حماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر غير التجارية، والتي قد تتعرض لها من خلال وسائل تؤمن لها الحماية من هذه المخاطر سواء كانت هذه الوسائل موضوعية، أم إجرائية[٤].

٢. معاملة رأس المال الوافد على أسس واضحة وثابتة:

وذلك من خلال إصدار تشريعات متكاملة للاستثمار الأجنبي، بحيث يتم تحديد المزايا التي يتمتع بها رأس المال الوافد، إضافةً إلى غيرها من المزايا الممنوحة للاستثمارات الأخرى على إقليم الدولة المضيفة للاستثمار، وهذا الاتجاه يسود في دول أوروبا الغربية خصوصاً بعد نهاية الحرب العالمية الثانية، فقد سعت تلك الدول إلى جذب رؤوس الأموال الأمريكية، للعمل على بناء ما دمرته الحرب، وذلك من خلال إصدار التشريعات التي تشجع الاستثمار، وتعطي لرأس المال الأجنبي بعضاً من الضمانات القانونية و المزايا الاقتصادية، الأمر الذي فسره البعض بأنه غزو أمريكي لأوروبا بالسلع والبضائع، لا بالرجال المسلحين[١]. وأيضاً يسود هذا الاتجاه في معظم الدول العربية، والتي أصدرت

---

[٣] د. نبيل سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص ، منشأة المعارف،الإسكندرية، ٢٠٠٠ ، ص١٤ .

[٤] د. هشام علي صادق ، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ١٥.

[١] د. سمير كرم، الشركات متعددة الجنسية، بحث عام، التقارير الاقتصادية (٥) معهد الإنماء العربي، بيروت، ١٩٧٦، ص١٧، ولمزيد من التفاصيل د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية ، ط ١ ، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، مرجع سابق، ص ٨٠.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق ، ص ٨١.

تشريعات لتشجيع الاستثمار الأجنبي فيها، كما هو الحال في سوريا، ومصر، والأردن.

٣. يجب تضمين تشريع الاستثمار كيفية ممارسة الدولة لحقها في الرقابة على الاستثمار الأجنبي فيها:

فالاستثمار الأجنبي يجب عدم إطلاق الحرية له بغير حدود، وإنما يجب أن يكون له حدود معينة[٢]. ونحن مع هذا التحديد، لأن الاستثمار كما له فوائد يجنيها الاقتصاد الوطني، فإن له بعض المساوئ، والتي قد تؤثر على أمن الدولة واستقرارها ، وسلامة ثرواتها الاقتصادية، وعدم إحلال منافسة غير متكافئة مع رأس المال الوطني، أو العمالة الوطنية.

٤. قيام الدول المصدرة لرأس المال، بإصدار قوانين لتشجيع مؤسساتها التجارية على الاستثمار بالخارج:

نظراً للآثار الإيجابية التي يحققها الاستثمار للدولة ولواقعها الاقتصادي والاجتماعي،فإن الدول المصدرة لرأس المال تقوم بإصدار قوانين تشجع بمقتضاها مؤسساتها التجارية على الاستثمار في الخارج، ومثال ذلك قانون الاقتصاد الأمريكي الصادر في عام ١٩٤٨ ، في الولايات المتحدة الأمريكية والذي يقرر ضمان الاستثمارات الأمريكية في الخارج، حيث كان يقتصر في البداية على الاستثمارات الأمريكية في أوروبا الغربية ، ثم أدخلت عليه تعديلات كثيرة وسعت من نطاقه الجغرافي، ثم عادت بعد ذلك لتضيق هذا النطاق مرة أخرى ليقتصر نطاق الضمان على الاستثمارات الأمريكية في الدول النامية ، بموجب قانون التعاون الصادر عام١٩٥٩[١].ونحن نؤيد أن يتم توسيع

---

[١] د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٧٥ ، ص ٣٠٥ – ٣١٨ ، وأيضاً د. إبراهيم شحادة ، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧١ ، ص ١٣ ، ١٤ .

نطاق ضمانات الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية والمتقدمة ، كون الاستثمار لا يقتصر على بلد دون آخر .

٥. تتضمن تشريعات الدول المصدرة للاستثمار، ضمانات مالية وتسهيلات ضريبية، تمنح للشركات الوطنية التي تقوم بالاستثمار في الخارج:

ويتم ذلك من خلال منحها القروض بشروط ميسرة، أو عدم خضوع أرباحها لضريبة مزدوجة، أو تأجيل الضرائب عليها، حيث يعد الأخير قرضاً من دون فائدة للشركة المعنية من خزانة الدولة المعنية، ومن الأنظمة التي تأخذ بذلك النظام الضريبي الأمريكي، حيث يجيز للشركات الأمريكية التي تمارس نشاطاً استثمارياً في الخارج بأن تستبقي دخلها المتحقق في الخارج من دون دفع الضريبة المستحقة عليه قانوناً، إلى أن يتم تحويل هذا الدخل إلى الولايات المتحدة[٢].مما تقدم نجد بأن القوانين الداخلية لتشجيع الاستثمار في الأنظمة القانونية المقارنة ، تلعب دوراً فعالاً في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى البلد المضيف ، حيث أن التشريع القانوني الداخلي يعتبر عامل مهم لجذب الاستثمار ورأس المال الوافد ، متى أحسنت صياغة التشريعات المتعلقة بها بما يتفق مع المفاهيم القانونية العالمية ، لأن التشريعات المتعلقة بالاستثمار تحتاج إلى المزيد من التعديلات والدراسات المتخصصة من قبل القانونيين، والاقتصاديين ليتم إصدارها بما يتلاءم مع المتغيرات الاقتصادية التي تفرضها حرية التجارة الدولية ، وبما يواكب التقدم التكنولوجي الهائل ، وقد عملت معظم التشريعات الاستثمارية الداخلية على مواكبة ذلك .مثل قانون الاستثمار الأردني المؤقت ، رقم ٦٨ لعام ٢٠٠٣ ، وكذلك المرسوم التشريعي رقم ٨، لعام ٢٠٠٧

---

[٢] د. محمد السيد سعيد، الشركات متعددة الجنسية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٦٤ – ٦٥، ولمزيد من التفاصيل، د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات و الضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص ٨١ – ٨٢.

، لتشجيع الاستثمار في سورية ، وكذلك الحال في قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري ، رقم ٨ لعام ١٩٩٧، فكل هذا يؤدي إلى تهيئة المناخ الاستثماري السليم ، إضافة إلى أهمية إصدار قوانين داخلية لتشجيع رؤوس الأموال على الدخول إلى البلد المضيف ، بما يتوافق مع المتغيرات الاقتصادية العالمية ، ويحدد أسس واضحة لكيفية استثماره في مجالات الاستثمار المتاحة . وحبذا لو قامت الدول المصدرة لرأس المال بإصدار منظومة قانونية لتشجيع مؤسساتها التجارية على الاستثمار في الخارج ، كما هو الحال في قانون الاقتصاد الأمريكي ، خصوصاً وأن هنالك فائض في رأس المال العربي في دول الخليج ، الأمر الذي نرى ضرورة تحويله إلى الدول العربية المجاورة بما يخدم الوحدة العربية الاقتصادية ، وذلك من خلال إصدار تشريعات في تلك الدول المصدرة لرأس المال ، لتنظيم انتقالها بالتعاون مع الدول المضيفة.

ثانياً: العوامل القانونية الدولية (الاتفاقيات الدولية):

يمكن تنمية وتطوير الاستثمار الأجنبي من خلال التشريع الدولي والمتمثل في الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف، حيث تلتزم الدولة المتعاقدة هنا بجملة من الالتزامات التي يتم النص عليها في الاتفاقية بخصوص معاملة الاستثمارات الأجنبية القادمة إليها من الدولة، أو الدول الأخرى المتعاقدة معها، والإخلال بتلك الالتزامات يرتب المسؤولية القانونية الدولية، كما تحدد هذه الاتفاقيات الجهة المختصة بفصل منازعات الاستثمار، سواء كانت هي القضاء الوطني في الدولة أو جهة قضائية دولية أو هيئة تحكيم تشكل بموافقة الطرفين، ومن الاتفاقيات الدولية في هذا الصدد، الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٧٠، واتفاقية المؤسسة العربية

لضمان الاستثمار، واتفاقية تسوية المنازعات الاستثمارية لعام ١٩٨٤[١]. وبالتالي نجد أن شروط الثبات التشريعي تعتبر من العوامل التي تؤكد ذاتية عقود الدولة، فمثلاً نجد أن شركات النفط تشترط عدم تطبيق القوانين الوطنية على اتفاقاتها في مجال استثمار النفط والتنقيب عنه، فالمصلحة العامة للدولة تقتضي لها الحق في تعديل شروط هذه الاتفاقيات بما في ذلك إنهائها بإرادتها المنفردة، لذلك عمدت الشركات العملاقة المتعاقدة على إدراج شروط في اتفاقية الامتياز، بموجبها تحظر على الدولة المضيفة إنهاء، أو تعديل الاتفاقية بإرادتها المنفردة، وهذه الشروط تسمى بشروط الضمان (Guarantee Clause)، ففي حين لم تكن اتفاقيات الامتياز تتضمن النص على حق الدولة المضيفة في إنهاء الاتفاقية، بل وكانت تحرم الدولة من ذلك، فإن الشركة كان يعترف لها بذلك[٢]، ومن قبيل شروط الضمان نجد أن امتياز شركة نفط الكويت تحظر على الدولة إلغاء، أو تعديل الاتفاقية بإجراء تشريعي، أو إداري إلا بإرادة الطرفين[٣]، كما أن امتياز شركة الزيت العربية المحدودة (اليابان) مع الكويت، تقضي بأنه:(لا يحق للحكومة إبطال الاتفاقية بتشريع، أو بإجراء إداري، أو أي عمل آخر، وكذلك إجراء أي تعديل إلا باتفاق الطرفين)[٤]. واتفاقيات

---

[١] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص ٨٢.

[٢] د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، ط١، جامعة الكويت، ١٩٨٢، ص ٦٩ – ٧٠.

[٣] اتفاقية امتياز شركة نفط الكويت المادة (١٧).

[٣] امتياز شركة الزيت العربية المحدودة (اليابان) مع الكويت المادة (٣٢)، ولمزيد من التفاصيل امتيازات شركات جيتي للزيت في السعودية المادة (٥١)، وشركة هيسبا نويل في الكويت المادة (٢٦) الكونسرتيوم المادة (٤١)، شركة الزيت العربية اليابانية في السعودية المادة (٥٢) وأرامكو المادة (١٦)، أوكسيراب في السعودية المادة (٦٧)، أمينويل في الكويت المادة (١٧)، شل في الكويت المادة (٣٧)، البترول الوطنية الإيرانية (نيوك) والشركة الإيطالية أجيب فيراريا في إيران المادة (٣٩)، امتياز شركة بترول أبو ظبي المحدودة البحرية عام ١٩٥٣ المادة (٢١) وشروط الضمان هذه لا يقتصر

الامتياز لا تخول الدولة المضيفة إنهاء الامتياز بإرادتها المنفردة إلا في حالة نقض الشركة لبعض شروط الاتفاقية[١]، فامتياز دراسي في إيران يقضي بأنه: (إذا لم يقم صاحب الامتياز بتأسيس شركة لتشغيل الامتياز خلال سنتين، فإن الامتياز يصبح مفسوخاً)، كما أن اتفاقية شركة نفط العراق تخول الحكومة الحق في تعديل، أو إنهاء الاتفاقية إذا لم يتم دفع المبالغ المستحقة للدولة خلال مدة معينة[٢]،وللدولة إلغاء الامتياز في حالة فشل الشركة في الشروع في التنقيب خلال المدة المتفق عليها فيه[٣]، وبموجب بعض العقود الحديثة فإنه يجوز ذلك أيضاً في حالة تقديم بيانات غير صحيحة إلى الحكومة، وكان لها اعتبار جوهري في إبرام الاتفاقية، أو في حالة تنازل الشركة بشكل مخالف للاتفاقية، أو عدم تنفيذها لقرار تحكيم نهائي، أو استخراجها لمعادن غير البترول[٤]، واتفاقات الامتياز تعترف للشركة بالحق في إلغاء هذه الاتفاقيات بإرادتها المنفردة والتنازل عنها إلى الدولة (Assignment) دونما شروط، أو بشروط ميسرة للشركة[٥]، وللشركة الحق في أن تتنازل للحكومة تنازلاً نهائياً عن

وجودها على اتفاقيات الامتياز القديمة بل ورد النص عليها كذلك في الاتفاقيات النفطية الحديثة وبمختلف أشكالها، اتفاقية امتياز الشارقة – مجموعة كويلي عام ١٩٧٥ المادة (٣٣)، واتفاقية بين عُمان ومجموعة ألف عام ١٩٧٦ المادة (٢٥)، اتفاقية بين أبو ظبي ومجموعة من الشركات في ١٣ أكتوبر ١٩٨٠ المادة (٣٤)، اتفاقية مقاولة بين مصر والمؤسسة المصرية العامة للبترول وتوتال في عام ١٩٨٠ المادة (١٨).

(١) Henry Cattan, op.cit., p. ١٠٨.

(٢) د. محمد علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية ، مرجع سابق، ص٧٠.

(٣) امتياز شركة بترول العراق المواد (٤، ٥) والمواد (٦، ٧) من امتياز ارامكو.

(٤) وهذا هو الوضع في عقود المقاولة المصرية والسورية وتكون سلطة الإلغاء بقرار من رئيس الجمهورية في مصر وبمرسوم في سوريا، وأيضاً المادة (٣٤) من عقد بين أبو ظبي ومجموعة من الشركات في ١٣/١٠/١٩٨٠.

(٥) د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مرجع سابق، ص ٧١.

جميع مالها من حقوق بموجب هذه الاتفاقية، على أن تعطي إخطاراً تحريرياً لعزمها على ذلك قبل ثلاثة أشهر، وأجل هذه الاتفاقية ينتهي بصورة قطعية في التاريخ المعين لهذا الإنهاء في الإخطار المذكور[١].

وفي جميع الأحوال تجيز الامتيازات النفطية للشركة صاحبة الامتياز، التنازل عن الامتياز إلى شركة تابعة لها، كما هو الأمر في المادة (٣٣) من امتياز شركة نفط العراق لعام ١٩٢٥، والمادة (٢٨) من امتياز شركة شل في الكويت لعام ١٩٦١، ولا يشترط في هذه الحالة الحصول على موافقة الدولة المضيفة، وبالنظر لنجاح الشركة صاحبة الامتياز في التوصل إلى اكتشافات تجارية في مناطق الامتياز، لم يحدث عملياً أن ألغت إحدى الشركات النفطية الامتياز الممنوح لها باختيارها، بل الذي يحدث عادة وخلافاً لنصوص اتفاقيات الامتياز، هو إلغاء هذه الاتفاقيات من جانب الدولة المضيفة المتعاقدة[٢].

وهكذا نجد بأن الأمن القانوني للاستثمارات الأجنبية يتحقق من خلال ، وجود استقرار تشريعي في البلدان المضيفة له من خلال صياغة التشريعات الداخلية بما يحقق ضمانات للاستثمارات الوافدة ، سواء من خلال تضمين شروط عدم المساس بالعقد، أو شروط ثبات العقد، كما يتحقق الأمن القانوني من خلال مواكبة التشريعات للمفاهيم القانونية العالمية ، لما يتطلبه ذلك من إصدار حزمة من التشريعات المنظمة للاستثمار ولحرية عمل رأس المال ، وتعديل للتشريعات الاقتصادية، والمالية، والضريبية في البلد المضيف.

---

[١] امتياز شركة نفط العرق لعام ١٩٢٥ المادة (٣٨) وأيضاً امتياز شركة نفط الموصل المادة (٧) وامتياز شركة البترول الانجلو فارسية المادة (٢٥) والمادة (٢٨) من امتياز ارامكو، والمادة (١١) من امتياز شركة نفط ابو ظبي، والمادة (١٩) من اميتاز شركة نفط البصرة، والمادة (١٠) من قانون البترول الليبي والمادة (٢١) من امتياز شركة شل في الكويت والمادة (١٤) من امتياز امينويل والمادة (١٢) من امتياز شركة نفط الكويت.

[٢] د. محمد علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، مرجع سابق، ص ٧٣.

المطلب الثاني

حرية عمل رأس المال

تعني عبارة رأس المال: (الأموال النقدية، والعينية، والحقوق التي لها قيمة في التعامل بما فيها الحقوق العينية، كحق الاختراع، والعلامات الفارقة)[١]. والدولة لها دوراً فعّالاً في التنمية الاقتصادية، وفي جذب رؤوس الأموال للاستثمار في مختلف مجالات الحياة، واستقطاب رؤوس الأموال يحتاج إلى نظام مرن يساعد على تقليل القيود على رأس المال، وييسر سهولة انتقاله نظراً للدور الاجتماعي الفعّال له، إضافة إلى ضرورة استقرار النظم النقدية والمصرفية،فكل ما ذكر يعتبر محفزاً لانتقال رؤوس الأموال، وبالتالي نبحث ما ذكر على النحو التالي:

الفرع الأول:دور الدولة في الاقتصاد والقيود على رأس المال:

تلعب معظم حكومات الدول دوراً فعّالاً في تنمية الاقتصاد الوطني في بلدانها، سواء كانت دول مصدرة للاستثمار أو جاذبة له، لأن التنمية الاقتصادية هي من مسؤوليات الدولة، وعليها تحقيقها بمختلف الوسائل، وبما في ذلك تقليل القيود على رأس المال الأجنبي المستثمر فيها، ونبحث ذلك في:

أولاً: دور الدولة في الاقتصاد:

الدولة كقطاع عام تمثل مصالح اقتصادية، وتنتج بضائع وخدمات، وهذا القطاع يملك المجتمع بأسره[٢]، كما يطلق مصطلح القطاع العام، على قطاعي

---

[١] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، المادة (٥)، وأيضاً نظام استثمار رأس المال الأجنبي في السعودية، رقم (١/١/٥٤)، تاريخ ١٣٧٦/١٠/١٥هـ، وهو منشور في مجلة أم القرى، عدد(١٦٦٨) تاريخ ١٣٧٦/١١/٢هـ، المادة (١)، وسوف يأتي بحث مفهوم رأس المال بشكل موسع عند الحديث عن تعريف الاستثمار كونه أحد عناصره وذلك في الفصل الثاني من هذا الباب.

[٢] د. عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة وأثرها على التنمية في الدول النامية، الناشر مكتبة مدبولي، ٢٠٠٤، ص١٣، ولمزيد من التفاصيل د. علي الدين هلال وآخرون، تحليل السياسات

الحكومة والأعمال العامة معاً[١]، فمثلاً لجأت الحكومة الفرنسية إلى التخطيط الاقتصادي بعد الحرب العالمية الثانية للنهوض بالاقتصاد الوطني المدمر، حيث صدر أول تخطيط بموجب مرسوم (Plan Monnet) الصادر بتاريخ ١٩٤٦/١/٣، وذلك لمدة ثلاث سنوات (١٩٤٧ – ١٩٥٠)، إلا أنه مدد حتى عام ١٩٥٣، ومنذ ذلك التاريخ لم تتخلى الدولة الفرنسية عن التخطيط الاقتصادي الخاص بدءاً من الخطة العاشرة (Plan: X ١٩٨٩ – ١٩٩٢)[٢]. كما أن معظم الدول النامية تميل إلى أسلوب التخطيط الاقتصادي وذلك لتنمية اقتصادها القومي، ونظراً لندرة رأس المال المحلي في هذه الدول لجأت إلى أسلوب استقدام الاستثمارات الأجنبية، سواء تعلقت بالبنية الأساسية في هذه الدولة، أو تعلقت بإدارة وإنشاء المرافق العامة الأخرى، وبالتالي تحقيق استقرار اقتصادي.

ثانياً: القيود على عمل رأس المال:

رأس المال هو عنصر مهم من عناصر الاستثمار، وهو رافد أساسي للاقتصاد في أية دولة، وهو الأمر الذي يتطلب تحريره من أية قيود، لأنه لا استثمار بدون رأس مال، ومن هنا يمكن إبراز أهم القيود على رأس المال بما يلي[٣]:

العامة، قضايا نظرية ومنهجية، مركز البحوث والدراسات السياسية، مكتبة النهضة، القاهرة ، ١٩٨٨، ص٥٣.

[١] د. عبده محمد فاضل الربيعي، المرجع ذاته، ص ١٤، ولمزيد من التفاصيل، معهد التخطيط القومي، تقييم البدائل الإجرائية لتوسيع قاعدة الملكية في قطاع الأعمال العام، سلسلة قضايا التخطيط والتنمية في مصر، رقم (٦٨)، القاهرة، يناير عام ١٩٩٦، ص٣.

[٢] د. هيام مروه، القانون الإداري الخاص، مرجع سابق، ص٣٧–٣٨.

[٣] د. هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢ – ١٣.

١. القيود الخاصة بحظر استثمار الأموال الأجنبية في قطاعات، أو مشروعات معينة، أو حظر ملكية المشروعات الأجنبية، لبعض الأموال المنقولة أو العقارية.

٢. القيود المتعلقة بحظر إعادة تصدير رأس المال الأجنبي إلى الخارج، أو أرباح المشروعات الأجنبية.

٣. الظروف المحيطة بالاستثمار في البلاد المختلفة بصفة عامة، حيث تتعدم البنية الأساسية فيها، وخصوصاً خدمات النقل، والمواصلات، والاتصالات، والخدمات المصرفية، إضافةً إلى الخدمات المرتبطة بإعاشة المستثمرين، والخبراء، والموظفين، والعمال الأجانب، كالمساكن والمستشفيات والمدارس وغيرها.

٤. أسباب تتعلق بالتأميم، أو نزع الملكية للمنفعة العامة، والتأميم يعني نقل ملكية مشروع معين إلى الأمة[١].

٥. المغالاة في فرض الضرائب على المستثمرين الأجانب، أو الازدواج الضريبي[٢].

٦. القيود القانونية على الصرف الأجنبي والتحويلات النقدية، ويقصد بها القيود التي تفرضها الدولة المضيفة للاستثمار على المدفوعات الدولية، كالقيود المفروضة على حرية دخول رأس المال وخروجه، أو قابلية تحويله، فكل تدخل

---

[١] د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص٦٥٠، ولمزيد من التفاصيل، د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص٣٣٩.

[٢] د. محمد حلمي مراد، مالية الدولة، مكتبة النهضة القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٢ – ٢٢٤، ولمزيد من التفاصيل

J. Vah Hoorn. ((The pole of taxation on the flow of foreign investment.)) Paper presented at: Conference on taxation treatment on Inter Arab investment, Amman, ٢٢ -٢٣ Oct., ١٩٨٤, P. ٧١.

من قبل الدولة المضيفة في حرية تحويل عملة دولة معينة إلى عملة دولة أخرى يعد رقابة على الصرف الأجنبي[١]. وبالتالي فقد عمدت حكومات الدول النامية على تفادي هذه القيود في تشريعاتها الاستثمارية بهدف جذب رؤوس الأموال الأجنبية إليها، وخصوصاً ما يتعلق بتحويل رأس المال إلى الخارج، كما هو الحال على سبيل المثال في الأردن وسوريا ومصر وغيرها، وإن تباينت التشريعات في ذلك[٢]. ومن هنا عمدت معظم الحكومات في الدول النامية على إصدار تشريعات متعددة لاستثمار المال العربي والأجنبي فيها[٣]. إضافة إلى توفير بعض الامتيازات لهذه الاستثمارات بمقتضى معاهدات دولية ثنائية وجماعية، تعقد بينها و بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال[٤]، والمثال البارز للاتفاقات الدولية والجماعية في المجال العربي بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال، والدول المستوردة في شأن معاملة الاستثمارات الأجنبية اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين البلدان العربية، والموقعة في دمشق، بتاريخ ١٩٧٠/٨/٢٩[٥]. ومما تقدم نجد بأن هنالك قيود كثيرة تفرضها معظم التشريعات على رؤوس الأموال الأجنبية فيها، ونحن لا نؤيد وضع مثل

---

[١] د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ١٣٨، ولمزيد من التفاصيل د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص ١٣٠.

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام ٢٠٠٣، المادة (١٨)، والمرسوم التشريعي، رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سوريا لعام ٢٠٠٧، المادة (٥/ج)، وقانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري، رقم (٨)، لعام ١٩٩٧، المادة (٢٣).

[٣] A.A. Fatouros, Government Guarantees to foreign investors, Columbia university press. New York, ١٩٦٢, P.١٢٠.

[٤] د. هشام علي صادق، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مرجع سابق، ص١٣.

[٥] وقد وقعت عليها وانضمت إليها كلاً من:((مصر، والسودان، وسوريا، والأردن، والعراق، واليمن، والكويت)).

هذه القيود، لما فيها من إعاقة للاستثمار، وبالتالي فالقيود يجب أن تفرض فقط لحماية الاقتصاد الوطني، وأن يترك لرأس المال حرية في سهولة انتقاله وتداوله.

الفرع الثاني: سهولة انتقال رأس المال وتداوله:

إن رأس المال هو عنصر مهم في الاستثمار، الأمر الذي يتطلب سهولة انتقاله وتداوله لأن هذا العنصر هو ركناً أساسياً ولا يستقيم بدونه الاستثمار، لذلك عمدت معظم التشريعات على تنظيم سهولة انتقاله وتداوله، وذلك يتم من خلال:

أولاً: حرية عمل رأس المال:

وحرية عمل رأس المال تبرز من خلال :

١. دور الاستقرار السياسي والاجتماعي في جذب رأس المال:

فكما نعلم إن الاستقرار القانوني والسياسي والاجتماعي، هو الذي يجعل فرص الاستثمار وانتقال رؤوس الأموال بين الدول كبيرة وميسرة، فكان للانفراج السياسي الذي عرفته دول الشرق و الغرب، إثر اتفاقية الحد من انتشار الأسلحة الذرية والنووية عام ١٩٥٧، أثر فعّال في زيادة الاستثمار التجاري واستقطاب رؤوس الأموال[١]، إضافة إلى أن الاستقرار السياسي في البلد الجاذب للاستثمار يكون محفزاً للاستثمار فيه[٢]، كما أن جمهور المستهلكين الذي يفضل المنتج الوطني على غيره قد يؤدي إلى استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية من خلال إنشاء وحدات إنتاجية في البلاد المستوردة لهذه الأموال،

---

[١] الاشتراكية والشركات متعددة الجنسية، ترجمة وإعداد، جورج الراسي، دار الثورة، بغداد،١٩٧٧، ص٧٥-٧٧، ولمزيد من التفاصيل، د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص٨٣.

[٢] د. أحمد شرف الدين، استثمار المال العربي، تأثير الفكرة الاقتصادية في قواعده القانونية، مجلة مصر المعاصرة،السنة ٧٤، العددان (٣٩٣،٣٩٤)، ١٩٨٣، ص ١٩٥.

ومثال على ذلك قيام شركة آكسون (Axon) الأمريكية بإنشاء وحدة إنتاج صناعية في ألمانيا، وكذلك قيام شركة وستنغهام الأمريكية بإنتاج قطع القطارات في فرنسا، كون الحكومة الفرنسية اشترطت في عقود السكك الحديدية أن يتم صنع تلك القطع محلياً[١]، ومما يجذب رأس المال الأجنبي تحويل أصل الاستثمار وعوائده، وأجور ورواتب الخبراء والعاملين.

٢. تحويل أصل الاستثمار:

تجيز بعض القوانين المقارنة للمستثمر الأجنبي، إعادة تصدير أمواله المستثمرة الناتجة عن تصفية المشروع، أو التصرف فيه بشروط ميسرة. فمثلاً نجد أن قانون الاستثمار الأردني أجاز للمستثمر غير الأردني إخراج رأس ماله الذي أدخله إلى المملكة للاستثمار فيها، وفق أحكام هذا القانون، أو وفق تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت سارية قبل نفاذه[٢]، كما له تصفية استثماره، أو بيع مشروعه، أو حصته، أو أسهمه دون تأخير، شريطة أن يكون قد أوفى بالالتزامات المترتبة لدى الغير على المشرع، أو للجهات المعنية بموجب التشريعات النافذة المفعول[٣]. وقد سهل المشرع الأردني على المستثمر كيفية إخراج المبالغ السابقة، وذلك بأن يكون إخراجها بعملة قابلة للتحويل[٤]. فهنا لم يضع المشرع الأردني قيداً أو شرطاً على تحويل رأس المال، وبالتالي هذا عامل جذب إيجابي للاستثمار الخارجي، بينما نجد أن تشريعات بعض الدول وضعت شروطاً معينةً على تحويل رأس المال، فمثلاً المرسوم التشريعي لتشجيع الاستثمار في سوريا، يسمح للمستثمرين، بإعادة تحويل حصيلة

---

[١] د. سمير كرم، الشركات متعددة الجنسية، بحث عام، معهد الإنماء العربي، بيروت، التقارير الاقتصادية، (٥)، ١٩٧٦، ص ١٤.

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام ٢٠٠٣، المادة (١٨/أ/١).

[٣] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام ٢٠٠٣، المادة (١٨/أ/٣).

[٤] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام ٢٠٠٣، المادة (١٨/ب).

التصرف من المشروع ، وبعملة قابلة للتحويل إلى الخارج بعد تسديد المستثمر للضرائب المترتبة على عملية التصرف، كما يجوز إعادة تحويل المال الخارجي إلى الخارج، بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ وروده، إذا حالت ظروف أو صعوبات دون استثماره، وكانت خارجة عن إرادة المستثمر حسب تقدير المجلس الأعلى للإستثمار، كما للمجلس في حالات خاصة الموافقة على تحويل المال الخارجي إلى الخارج دون التقيد بالمدة المذكورة[١]. وفي مصر نجد أن قانون الاستثمار أجاز إعادة المال المستثمر إلى الخارج، بناءً على طلب صاحب الشأن، وبموافقة مجلس إدارة الهيئة العامة للاستثمار، شريطة أن يتم ذلك على خمسة أقساط سنوية متساوية، واستثناءً من ذلك يتم تحويل المال المستثمر كله دفعة واحدة، إذا كان رصيد المال المستثمر بالنقد الأجنبي يسمح بهذا التحويل، شريطة موافقة مجلس إدارة الهيئة[٢].ومما تقدم نجد أن التشريعات العربية السابقة وضعت شروط على إعادة تحويل رأس المال إلى الخارج، باستثناء القانون الأردني الذي سهل الأمر كثيراً، مما يعتبر من وجهة نظرنا حافز وعامل جذب مشجع للاستثمار، وهو الأمر الذي نرى ضرورة الأخذ به، شريطة أن تعلق الدولة هذا الحق على شرط وفاء المستثمر بكل الالتزامات المترتبة عليه قانوناً ، بغية تحقيق قدر من الموازنة بين حقوق المستثمر وواجباته، وهذا ما نلاحظه في قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨)، لعام ٢٠٠٨،المادة (١٨) /أ/٣) ، ولعل الدول أخذت بالقيود السابقة تمشياً مع

---

[١] المرسوم التشريعي، رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سورية، لعام ٢٠٠٧، المادة (٥/أ،ج)، ويقصد بالمال الخارجي: ((المال الوارد أصولاً من الخارج من قبل مواطنين سوريين أو عرب أو أجانب))، المادة (١) من المرسوم التشريعي، رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سورية، لعام ٢٠٠٧.

[٢] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري الملغى، رقم (٢٣٠)، لعام ١٩٨٣، ولائحته التنفيذية، المادة (٢١).

الفقرة الثانية من المادة السابعة من الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية، لعام ١٩٨٠، والتي أجازت تحويل رأس المال بعد انتهاء فترة الاستثمار أو بخمسة سنوات من تاريخ تحويله، أيهما أقل.ومما يعزز موقفنا هو نص الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية المذكورة سابقاً ، والذي يعطي للمستثمر العربي حرية كاملة في تحويل رأس المال العربي ، بقصد الاستثمار في إقليم أية دولة طرف ، ثم إعادة تحويله إلى أية دولة طرف بعد الوفاء بالتزاماته المستحقة بدون أن يخضع في ذلك إلى أية قيود تمييزية ،مصرفية أو إدارية أو قانونية، وبدون ترتيب ضرائب ورسوم على عملية التحويل، ولا يسري ذلك على مقابل الخدمات المصرفية . ومن هنا فإن هذه الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية ، تعتبر بمثابة دليل تسترشد به التشريعات الداخلية في الدول العربية ، خصوصاً ما يتعلق بتحويل أصل الاستثمار إلى خارج البلد العربي المضيف .

٣. تحويل عوائد الاستثمار:

يسعى المستثمر الأجنبي إلى الحصول على عائد مجزي من المشروع الاستثماري وتحويله إلى الخارج، ومن هنا نجد معظم التشريعات المقارنة قد أجازت هذا الحق، إلا أن مواقفها متباينة بين وضع شروط ميسرة، ومنها من لم يضع شروط، ومثال الأخيرة نجد أن قانون الاستثمار الأردني قد أجاز للمستثمر غير الأردني تحويل ما تأتى له من استثماره من عوائد، وأرباح إلى خارج المملكة[١]، بعملة قابلة للتحويل[٢]. ونحن مع هذا الاتجاه كونه يوفر المناخ الملائم للاستثمار، بضمانة من القيود النقدية، التي قد تفرض على تحويل عوائد الاستثمار إلى خارج المملكة. كما وضع القانون المصري قيد

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، المادة (١٨/أ/٢).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، المادة (١٨/ب).

على تحويل صافي أرباح المال المستثمر، كلها أو بعضها، وذلك بحدود الرصيد الدائن بحساب العملة الأجنبية للمشروع[١]. أما القانون السوري، فقد وضع شروطاً ميسرةً لتحويل الأرباح والفوائد التي يحققها المال الخارجي إلى الخارج، وذلك سنوياً[٢]. ونحن نرى ضرورة وضع شروط ميسرة على تحويل عوائد الأرباح حتى يتم استقطاب رؤوس الأموال الأجنبية للاستثمار، وخصوصاً في الدول العربية الجاذبة للاستثمار لتحقيق تنمية اقتصادية فيها.وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية الموحدة لاستثمار الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨٠.فمثلاً نجد أنه في الأردن بموجب التسهيلات الممنوحة للمستثمر لتحويل عوائد استثماره إلى خارج المملكة نشطت الحركة الاستثمارية في جميع المجالات التنموية ، في حين وضعت شروطاً ميسرةً في القانون السوري . بينما وضعت بعض الدول شروطاً ربما تعتبر عائقاً أمام جذب الاستثمار، كما هو الحال في القانون المصري. فالمستثمر جل اهتمامه هو الحصول على المزايا، والتسهيلات في حال رغب في تصفية استثماراته في البلد المضيف . وهذا لا يتحقق إلا بالسماح له بتحويل عوائد استثماراته ، وأصولها فيما إذا رغب في تصفية الاستثمار[٢].كما أن عقود الالتزام والامتياز تسهم في تنمية الاقتصاد الوطني.

---

[١] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري الملغى ، رقم (٢٣٠)، لعام ١٩٨٣، ولائحته التنفيذية، المادة (٣/٢١).

[٢] المرسوم التشريعي، رقم (٨) لتشجيع الاستثمار في سورية، لعام ٢٠٠٧، المادة (٥/ب).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت ، رقم (٦٨)لعام ٢٠٠٣ ، المادة (١٨/أ /٢ ، ١٨/ب) وقانون تشجيع الاستثمار السوداني ، لعام ١٩٩٩ ، المادة (١/١٧/د) وقانون تشجيع الاستثمار اليمني ، رقم (٢٢) لعام ١٩٩١ ، المادة (١٧) وكذلك المادة (٣٤/أ /١٤) وقانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لعام ١٩٩٧ ، ولائحته التنفيذية ، المادة (٢٢) والمرسوم التشريعي رقم (٨) لتشجيع الاستثمار في سورية ، لعام ٢٠٠٧ ، المادة (٥/ب) .

ثانياً: المجالات الاستثمارية لرأس المال وتداوله:

الأصل أن يترك لرأس المال مطلق الحرية في الدخول إلى المشاريع الاستثمارية في الدول الجاذبة للاستثمارات، والاستثناء الوحيد هو الحفاظ على الاستقرار الاقتصادي في الدول النامية، والمضيفة للاستثمار. وبالنسبة لاستثمار رأس المال فإنه يتم من خلال:

١. الاتفاقات الخاصة بانتقال رؤوس الأموال وحمايتها:

وهي اتفاقات تبرم بين الدول المصدرة لرؤوس الأموال، والدول المستوردة لها[١]، وتعتبر معاهدات دولية متميزة عن عقد الاستثمار، فالاتفاقية هي إطار عام منظم للاستثمار، أما عقد الاستثمار فيبرم بين دولة مستوردة لرأس المال وشخص طبيعي، أو اعتباري، من رعايا دولة أخرى مصدرة لرأس المال، بغية إقامة الاستثمار على إقليم الدولة المستوردة لرأس المال[٢]. وبالتالي لا يعتبر عقد الاستثمار معاهدةً دوليةً[٣]. ونحن نؤيد هذا الاتجاه كون المعاهدة الدولية تتطلب أن يكون أطرافها، إما دول أو منظمات دولية، حسب الرأي الفقهي الراجح في القانون الدولي العام، إضافة إلى أن الأمر هنا يتعلق باستثمار، أي موضوع تجاري وإن كان عابر للقارات. فقد بلغ العدد الإجمالي للاتفاقات

---

(١) Patrick Juillard, ((Les conventions bilaterales d' invetissement conclues par la France)), Journal de droit international, no. ٢, (avril – Juin ١٩٧٩), P. ٢٧٥

وهذا المرجع مشار إليه في كتاب، د. علي كريمي، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية، مركز دراسات الوحدة العربية ، بيروت، ١٩٩٠ ، هامش، ص ١٦.

(٢) د. علي كريمي، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال، مرجع سابق، ص ١٦– ١٧.

(٣) P. Weil, ((problems relatifs aux contracts passes entre un etat un particulier)) Recueil des cours de L' academie de droit international, Vol. ١٢٨ (١٩٦٩), PP. ١٠١–٢٤٠.

وهذا المرجع مشار إليه في كتاب، د. علي كريمي، المرجع ذاته، هامش، ص ١٧.

الاستثمارية الثنائية حوالي (١٧٢٦) اتفاقية في نهاية عام ١٩٩٨، مقارنة بـ (١٥٥٦) اتفاقية عام ١٩٩٧، ونظراً للضمانات التي يحققها هذا النوع من الاتفاقات للاستثمار، فقد زاد عدد الدول التي لجأت إلى اعتماد هذا الشكل القانوني من أشكال الضمان الاتفاقي للاستثمار من (١٦٩) دولة عام ١٩٩٧، إلى (١٧٤) دولة عام ١٩٩٨[١]، كما عملت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية – وهي إحدى وكالات الأمم المتحدة – على إعداد مشروع اتفاقية بين الدول الأعضاء لحماية الاستثمارات الأجنبية، وأقر في عام ١٩٦٧[٢]. وفي الوطن العربي نجد كثيراً من الاتفاقيات الجماعية المنظمة لجوانب الاستثمار، كالاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨٠[٣]، واتفاقية تجنب الازدواج الضريبي ومنع التهرب من الضرائب المفروضة على الدخل، ورأس المال بين دول الوحدة الاقتصادية العربية لعام ١٩٩٧، و مشروع اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات، وانتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية لعام ١٩٩٩، واتفاقية عام ١٩٧٤، لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المستقطبة للاستثمارات العربية، وبين مواطني الدول العربية الأخرى[٤].

٢. تداول رأس المال:

تجيز معظم الاتفاقات الدولية انتقال رأس المال، فمثلاً نجد أن الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، سمحت بانتقال رؤوس

---

(٤) United Nations, conference on trade and development [UNCTAD]. World investment report ١٩٩٩: foreign direct investment and the challenge of development (New York: UNCTAD ١٩٩٩) P. ١١٧.

(٢) د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

(٣) د. عبد الفتاح مراد، الاتفاقيات العربية الكبرى، ١٩٩٨، ص ٩١.

(٤) د. دريد السامرائي، المرجع ذاته، ص ٠٢١.

الأموال العربية فيما بينها بحرية وتشجع وتسهل استثمارها، وذلك في إطار أحكام الدول الأطراف، ووفقاً لخطة وبرامج التنمية الاقتصادية فيها، وبما يعود بالنفع على الدولة المضيفة والمستثمر، وتتعهد بحماية المستثمر وصيانة استثماره وعوائده وحقوقه، وأن توفر له بقدر الإمكان الاستقرار القانوني[١]. ومن هنا نحن نؤيد تداول رأس المال بطريقة منظمة، تعود بالفائدة على الاقتصاد الوطني في الدولة المضيفة، بحيث لا يسمح بإخراج رأس المال إذا لم تكن هنالك أسباب منطقية، كعدم الاستقرار السياسي، أو الاقتصادي أو الاجتماعي، فالمستثمر قبل إدخاله لرأس المال إذا كان راغباً في الاستثمار يكون قد عمل جدوى لمشروعه، وبذلك يتحقق استقرار الاستثمارات الأجنبية في البلد المضيف.فالاستثمار باعتباره رافداً للاقتصاد الوطني في البلد المضيف فهو بحاجة إلى إصدار تنظيم عصري يتلاءم وحاجات المستثمر ورغباته ، وحاجات اقتصاد البلد المضيف بما يحفظ للأخير استقراره الاقتصادي، ويعطي للمستثمر الحرية في تداول رأس ماله في معظم المجالات للاستثمار في البلد المضيف ، إضافة إلى دراسة نية المستثمر من جراء تداول رأس ماله .

٣. مجالات عمل رأس المال:

إن مجالات عمل رأس المال المستثمر يختلف باختلاف حاجة الدول، فهنالك دول بحاجة لعمل بنية أساسية، فتحاول توجيه رأس المال الأجنبي إلى التركيز على مشروعات البنية الأساسية، بينما دول أخرى تفسح المجال لرأس المال لتحقيق تنمية اقتصادية، وأخرى تفتح الباب أمام رأس المال الأجنبي للاستثمار في مختلف المجالات الصناعية والتجارية، وحتى في مجال المرافق العامة الحيوية، فمثلاً نجد المشرع الأردني قصد بالمشروع الاستثماري، أي نشاط

---

[١] الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، لعام١٩٨٠، المادة (٣).

اقتصادي صناعي، أو زراعي، أو خدمي[١]، فهنا فتح المجال أمام استثمار رأس المال في مختلف المجالات، وهذا هو حال معظم التشريعات، كالقانون السوري[٢] وغيره. وباستعراض ما تقدم نجد بأنه لا بد من صياغة التشريعات الاستثمارية بطريقة منظمة، وتسمح بحرية لعمل رأس المال وتداوله في البلدان المضيفة للاستثمار، لأن ذلك يعتبر عامل مهم لجذب الاستثمار، وبالتالي تحقيق تنمية اقتصادية في البلدان المضيفة.

الفرع الثالث: الدور الاجتماعي لرأس المال:

يلعب رأس المال المستثمر دوراً اجتماعياً فعّالاً في البلد المضيف كلما كان هنالك استقراراً اجتماعياً، وهذا الأمر يحقق الرفاه الاجتماعي في المجتمع، والدور الاجتماعي لرأس المال يبرز من خلال:

أولاً: الاستقرار الاجتماعي:

إن الاستقرار الاجتماعي هو عامل جذب لاستثمار رؤوس الأموال، وهو مرادف لعدم الاستقرار الاجتماعي،، والذي ينجم عادةً عن الحرب[٣]، والاضطرابات الداخلية و الاجتماعية، والتي تؤثر سلباً على تدفق الاستثمار الأجنبي، وقد يترتب على ذلك إلحاق الضرر بالأموال المستثمرة وعوائدها، أما الاستقرار الاجتماعي فإنه يؤدي علاوة على جذب رؤوس الأموال إلى البلد المضيف ، تحقيق الرفاه الاجتماعي للمواطنين وذلك في مختلف المجالات.

ثانياً: الأهداف الاجتماعية:

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، المادة (٢).

[٢] المرسوم التشريعي، رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سوريا، لعام ٢٠٠٧، المادة (٨/أ).

[٣] د. علي صادق أبوهيف، القانون الدولي العام، ط٢، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٧٥، ص٧٧٧-٧٧٨.

سعت حكومات الدول النامية إلى تلبية الاحتياجات العامة للمواطنين، وهذه الأهداف انطلقت من الأوضاع الاجتماعية المتردية، صحياً وتعليمياً وثقافياً وضمان السكن الصحي، وتحقيق دخل للعاجزين عن العمل، وحماية البلد من العدوان الخارجي بإيجاد جيش قوي، وتحقيق الأمن وحماية المواطنين، وتشريع القوانين والأنظمة وغيرها[١]، فكل هذا يعتبر عامل مهم يجب على الدولة تحقيقه، وإزاء ضعف القطاع العام اقتصادياً في الدول النامية، أو المستضيفة لرأس المال كان لا بد لها من تشجيع انتقال رؤوس الأموال إليها، وذلك للاستثمار فيها وسد الحاجات العامة المتقدمة، سواء كانت حاجات تتعلق بالبنية الأساسية، أم حاجات عامة أخرى.

المطلب الثالث

استقرار النظم النقدية والمصرفية

مما يشجع على انسياب رؤوس الأموال الأجنبية إلى الدولة المستقطبة للاستثمار استقرار النظم النقدية والمصرفية في الأخيرة، لأن هذا عامل مهم من عوامل جذب الاستثمار، فعندما يكون هنالك استقرار في الأنظمة والتشريعات المتعلقة بالنظم النقدية والمصرفية، وذلك من حيث تحديد سعر الصرف للعملة الوطنية، ومدى الاحتياطي الذي تملكه من العملات الأجنبية وهو بدوره المحفز على انسياب رؤوس الأموال، لأن المستثمر إما أن يدخل رأس ماله بالعملة المحلية للبلد المضيف، أو بعملة بلاده، أو بعملة أخرى قابلة للتداول، وهذا ما نبحثه في القيود القانونية المفروضة على الصرف الأجنبي، والآثار القانونية المترتبة على ذلك، ونبحث ما ذكر في الفروع الآتية:

---

[١] د. عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة وأثرها على التنمية في الدول النامية ، مرجع سابق، ص ٣٦ – ٣٧.

الفـرع الأول: القيـود القانونيـة علـى الصـرف الأجنبـي والتحـويلات النقدية:

وقد سبق تعريف هذه القيود، لذلك فهذه القيود تتدرج من حيث شدتها من دولة إلى أخرى، فهنالك دول تأخذ بحرية التعامل على الصرف الأجنبي، وتخضع بعض مثل هذه المعاملات لرقابتها، وهنالك دول أخرى تفرض رقابة قانونية فعّالة على كل المعاملات المتعلقة بالصرف الأجنبي، كإلزامها كل من يحصل على عملات أجنبية من الخارج ببيعها للسلطات الرسمية مباشرةً، أو بواسطة أحد المصارف المرخص لها بذلك، مقابل عملة وطنية، أو تلزم كل من يرغب في الحصول على عملات أجنبية لتسوية أي نوع من المدفوعات مع الخارج، بأن يطلب الترخيص له بذلك من السلطات، وأن يشتري منها بحدود القدر المصرح له به في مقابل مقدار من العملة الوطنية[١]، وتنظيم الدولة لشؤونها النقدية يعد حقاً من حقوقها المستمدة من سيادتها الإقليمية، وهذا قد يمثل عائقا أمام الاستثمارات الأجنبية، لذلك نحن نؤيد تنظيم الصرف الأجنبي في الدولة بطريقة تحافظ على سعر صرف عملة الدولة، وبما يحقق مصلحة المستثمر، وذلك من خلال السماح للمستثمر بشراء ما يحتاجه من العملات الأجنبية، شريطة أن تكون في حدود استثماره وبما لا يزيد على رأس المال المستثمر. ومن هنا لا بد من بحث التأصيل القانوني للقيود المفروضة على الصرف الأجنبي، وآثارها، وذلك على النحو التالي:

---

[١] د. محمد لبيب شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١، ص٣٥١،٣٥٠.

أولاً: التأصيل القانوني للقيود المفروضة على الصرف الأجنبي:

للدولة الحق بتنظيم شؤونها النقدية بصفة عامة، ولا يحد من سلطانها في هذا الشأن سوى التزاماتها التعاقدية الدولية (SES Obligations internationales)[١]. وقواعد القانون الدولي العام مستقرة على تمتع الدولة بهذا الحق، كما أن أحكام القضاء الدولي قد تواترت على ذلك، ففي قضية القروض الصربية والبرازيلية (Serbian and Brazilian Loans)، قضت محكمة العدل الدولية بأنه: ((من المبادئ المعترف بها أن الدولة تملك الحق في تنظيم نقدها. فالنقد مثل الرسوم أو الضرائب أو قبول الأجانب، من الموضوعات التي يجب اعتبارها بصفة أساسية في الاختصاص الداخلي للدولة. إن الدولة التي تغير أو بصفة خاصة تخفض قيمة نقدها، أو تقيد قابليته للتحويل إلى الخارج، أو تتخذ إجراءات أخرى تؤثر في الدائنين الأجانب لا تكون طبقاً لقواعد القانون الدولي، قد ارتكبت خطأً دولياً تسأل عنه خارج حيز الالتزامات التعاقدية))[٢]. ويقر القضاء الوطني عموماً قواعد الرقابة على الصرف الأجنبي في الدول الأخرى، وتطبيقاً لما تقدم قضت المحكمة العليا في إنكلترا في إحدى القضايا (In Reclam by Helbert W.A.G.G. and co. L.T.D.)، بأنه: ((يجب الاعتراف بقواعد الرقابة على النقد الأجنبي عندما يكون قانون الدولة الأجنبية هو القانون

---

[١] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص١٣٠.

[٢] Annual Digest of international public law cases, Vol. (٥), ١٩٢٩ – ١٩٣٠, Case no. (٢٧٨). وقد أشار إلى ذلك د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، هامش، ص ١٣٨.

الصحيح للعقد، أو تكون المنقولات موجودة داخل اختصاصها الإقليمي بشرط أن يكون القانون قد شرع لحماية اقتصادها الوطني))[١].

ثانياً: أهداف فرض القيود على الصرف الأجنبي:

تهدف الدولة من ذلك إلى تحقيق عدة أهداف أهمها:

١- تحقيق التوازن في ميزان المدفوعات، وذلك بمنع خروج رأس المال من الدولة إلا بضوابط قانونية معينة، وتحقيق الاستخدام الأمثل للنقد الأجنبي المتاح[٢]. ونحن نؤيد ذلك لما يحققه من استقرار في النقد الوطني.

٢- دعم الصناعات الوطنية وحمايتها من المنافسة الأجنبية، فمن خلال القيود على الصرف تستطيع الدولة منع استيراد بعض السلع والخدمات الأجنبية، وذلك برفضها السماح بالصرف الأجنبي اللازم لهذا الاستيراد، وقد تمنح الدولة الصرف الأجنبي اللازم للاستيراد، ولكن بسعر من العملة الوطنية مرتفع عن سعره العادي، ويترتب على ذلك ارتفاع ثمن السلع والخدمات المستوردة، وبالتالي تضعف منافستها للسلع الوطنية المشابهة[٣]. ونحن نؤيد دعم الصناعة الوطنية وذلك من المنافسة غير المشروعة فقط، لأن القول بعكس ذلك لا يؤدي إلى جذب الاستثمارات الأجنبية، كما أن منع المستثمر من استيراد بعض السلع والخدمات، يعرقل سير الاستثمار فالقيد السابق على الصرف يجب أن يوضع

---

[١] High court of justice – chancery division, ٨ December ١٩٥٥, International law Rep, Vol. (٢٢), P. ٤٨١.

نقلاً عن عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانون للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مرجع سابق ، ص١٤٠.

[٢] د. فؤاد مرسي، دروس في العلاقات الاقتصادية الدولية، دار الطالب، الإسكندرية، ١٩٥٥، ص ١٧٥ ولمزيد من التفاصيل، د. حسين كامل وعبد العزيز عامر، الرقابة على النقد في مصر، دراسة تحليلية وتطبيقية لقواعد وأنظمة النقد ولائحة الرقابة وميزان المدفوعات، المكتبة التجارية، القاهرة، ١٩٥٧، ص ١٢.

[٣] د. محمد لبيس شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية مرجع سابق، ص ٣٥٧-٣٥٨.

في حالة توفر سلع وخدمات محلية، ليجبر المستثمر على شراؤها وفي حال رفضه، فإنه تمنح الدولة الصرف الأجنبي اللازم للاستيراد بسعر من العملة الوطنية مرتفع عن سعره العادي، وبذلك تتحقق الغاية المرجوة.

٣- قد تستخدم القيود على الصرف الأجنبي للتمييز بين السلع والخدمات المستوردة، بحسب أهميتها للاقتصاد الوطني إذ لن ترخص الدولة بالصرف اللازم لاستيراد السلع غير الضرورية، أو ترخص باستيرادها بسعر صرف مرتفع من العملة الوطنية، في حين تمنح سعر منخفض للصرف الأجنبي اللازم لاستيراد السلع الضرورية والأساسية للاقتصاد الوطني، ويستوي في ذلك أن تكون سلعاً استهلاكية أم إنتاجية[١]. ونحن مع هذا الهدف، لأنه يتماشى مع مصلحة الاقتصاد الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار.

٤- الحصول على بعض الموارد المالية، حيث تفرض الدولة ضرائب مختلفة على شراء الصرف الأجنبي، أو عندما تأخذ بنظام تعدد أسعار الصرف، وبمقتضاه يكون متوسط السعر الذي تشتري به هذا الصرف الأجنبي أقل من متوسط السعر الذي تبيع به هذا الصرف، وبالتالي يكون الفرق بين سعر البيع وسعر الشراء إيراداً للدولة[٢]. وهذا الهدف يحقق تنمية اقتصادية في النقد الوطني للدولة المضيفة، وعائداً مالياً مجزياً، ولكننا لا نؤيد تعدد فرض الضرائب على شراء الصرف الأجنبي، حتى لا نقع في الازدواج الضريبي، ولنجذب الاستثمار الأجنبي إلى البلد بشكل ميسر.

٥- يمكّن الدولة من فرض ضريبة مستترة على الشركات الأجنبية التي تزاول نشاطاً تجارياً على إقليمها، وذلك بفرض أسعار صرف على السلع الواردة أعلى

---

[١] المرجع ذاته، ص ٣٥٨.

[٢] د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مرجع سابق، ص ١٤١ – ١٤٢.

من الأسعار المفروضة على السلع الصادرة، ويكون الفرق بين السعرين ضريبة مباشرة على هذه الشركات[١]. وهذا الهدف وإن كان يحقق رافداً مالياً للموازنة العامة، إلا أنه يتعارض مع تشجيع الاستثمار الذي يتطلب التخفيف من الضرائب، والرسوم ومنح مزايا وإعفاءات، فالغاية المرجوة من الاستثمار تتمثل في التنمية الاقتصادية، وتشغيل الأيدي العاملة ونقل التكنولوجيا، فكل هذه المزايا تكون عوائدها على الدولة أكثر بكثير من سياسة فرض الضرائب.

٦- تهدف الرقابة على الصرف إلى التمييز بين الدول المختلفة، من حيث التعامل التجاري معها، كالاستيراد أو التصدير منها أو إليها، فتمنح الدولة الصرف الأجنبي للاستيراد من الدولة التي يراد تشجيع التعامل التجاري معها كالدول العربية مثلاً، في حين تقيد الصرف الأجنبي للاستيراد من الدول الغير مرغوب التعامل معها تجارياً[٢]. وهذا القيد وإن كان له بعد قومي عربي إلا أنه يتناقض مع مبادئ الاستثمار الحديث الذي يعتمد على حرية العمل والسرعة.

ومما تقدم نجد بأن فرض القيود على الصرف الأجنبي يجب أن يكون بموجب أسس منظمة، تحمي النقد الوطني للبلد المضيف وبنفس الوقت تعمل على تشجيع الاستثمار، واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية، كما أن لهذه القيود آثار لا بد من إستعراضها.

الفرع الثاني: الآثار القانونية للقيود النقدية وعدم الاستقرار الاقتصادي:

رغم الأهداف الإيجابية التي يحققها فرض قيود قانونية على الصرف الأجنبي، إلا أنها تمثل عائقاً أمام انسياب رؤوس الأموال الأجنبية، خصوصاً عندما

---

[١] المرجع ذاته، ص ١٤٢.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص ١٣٢.

تفرض الدولة قيوداً قانونية شديدة على حرية تحويل رأس المال المستثمر وعوائده، ومرتبات ومكافآت العمال والمستخدمين الأجانب إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل[١]، وهذا ما نلاحظه في الرسوم التي تجبى من شركه المشروع في عقود الامتياز والالتزام، ومن أهم الآثار القانونية للقيود النقدية، وعدم الاستقرار الاقتصادي تخفيض قيمة العملة الوطنية: (L'Diminution)،

أي أن تقوم الدولة بتخفيض قيمة الوحدة النقدية الوطنية[٢]، مقومة بالوحدات النقدية الأجنبية، أي إنقاص ما تمثله من عدد الوحدات النقدية الأجنبية. فهذا الأجراء يؤدي إلى تخفيض سعر صرف العملة الوطنية في مواجهة العملات الأخرى، وانخفاض القوة الشرائية لها في الخارج[٣]. وتلجأ الدولة إلى ذلك عادةً لعدة أسباب أهمها:

١- معالجة الاختلال في ميزان المدفوعات الوطني، وذلك بتشجيع الصادرات وتقييد الواردات، فتخفيض العملة يؤدي إلى زيادة الطلب على السلع الوطنية من قبل الأجانب نظراً لملائمة أثمانها. كما أن تخفيض العملة يؤدي إلى تقليص الاستيراد لارتفاع قيمة العملات الأجنبية[٤].

٢- علاج مشكلة البطالة في الاقتصاد الوطني، لما يترتب على التخفيض من توسع في الصناعات الوطنية لزيادة الصادرات، وتشغيل الأيدي العاملة.[٥]

---

[١] د. عصام الدين مصطفى بسيم ، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، مرجع سابق، ص ١٤٦ – ١٤٧.

[٢] د. محمد لبيبي شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، مرجع سابق، ص ٣٨٧.

[٣] د. محمد لبيب شقير ، العلاقات الاقتصادية الدولية ، مرجع سابق ، ص ٣٨٧، ولمزيد من التفاصيل، د. فؤاد مرسي، دروس في العلاقات الاقتصادية الدولية، دار الطالب، الإسكندرية، ١٩٥٥، ص ١٧٢.

[٤] د. زينب حسين عوض الله، محاضرات في العلاقات الاقتصادية الدولية، د. م، دار المعرفة الجامعية، ١٩٨٨، ص ١٨٤.

[٥] د. محمد لبيبي شقير، المرجع ذاته، ص ٣٨٨.

٣- زيادة موارد الخزانة العامة، بما يتضمنه من إعادة تقويم رصيد الذهب المتاح لديها، وفقاً لسعر الصرف الجديد[١]. وإجراء تخفيض العملة لا يقتصر على الدول النامية فقط، بل يشمل الدول المتقدمة اقتصادياً كذلك، ومن أمثلة ذلك قيام الحكومة الفرنسية بتخفيض الفرنك الفرنسي في أغسطس ١٩٦٩، وقيام بريطانيا بتخفيض قيمة الجنيه الإسترليني في كانون الثاني ١٩٦٧، وقيام الحكومة الأمريكية بتخفيض قيمة الدولار الأمريكي في شهر تشرين الأول ١٩٧١، وشباط ١٩٧٣[٢]. ومثل هذا الإجراء قد يحمل المستثمر الأجنبي بعض الخسائر الاقتصادية التي لم تكن في تقديره عند قيامه بممارسة النشاط الاقتصادي في الدولة المضيفة للاستثمار، فانخفاض قيمة العملة الوطنية، ينعكس أثره على أثمان السلع والخدمات المستوردة والمصدرة، كما يؤدي إلى ارتفاع أسعار السلع المستوردة، نتيجة لارتفاع سعر الصرف في مواجهة العملات الأخرى، وبالتالي زيادة ما يدفع من العملة الوطنية في مقابل أثمان تلك السلع، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض القدرة على الاستيراد بالنسبة للمستثمر الأجنبي والدولة، كما أن تخفيض قيمة العملة يؤدي إلى انخفاض أسعار السلع المصدرة من الدولة في السوق الدولية[٣]. وهذا أمر يحمل المستثمر خسائر، ونفقات مضافة فقد أدى تخفيض قيمة الجنيه الإسترليني في شهر كانون الثاني، عام ١٩٦٧، إلى خسارة شركة (هوفر) في كل من بريطانيا، وفنلندا، والدنمارك حولي (٦,٩) مليون دولار، كما بلغت خسارة الشركة الدولية للتليفون والتلغراف حوالي (٣,٢) مليون دولار[٤]. ولا سيما عندما

---

[١] د. زينب حسين عوض الله، المرجع ذاته، ص ١٨٥.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات، مرجع سابق، ص ١٣٤.

[٣] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص ١٣٥.

[٤] Louis Turner, Invisible Epires: multinational companies and the modern world (new York: Har court brale Jovanovich, ١٩٧١), PP. ٧٥ – ٧٦.

يتطلب استمرار وديمومة العمل في مشروع المستثمر الاقتصادي ، ضرورة استيراد بعض المواد الضرورية، أو الأجزاء الرئيسية، أو الأدوات اللازمة لإنتاج سلعة، أو تقديم خدماته[١]. ونحن لا نؤيد تخفيض العملة الوطنية في البلد المضيف للاستثمار، لأن ذلك يؤدي إلى عزوف المستثمرين عن متابعة استثماراتهم في البلد، وذلك بالنظر للنواحي السلبية التي تترتب عليه والتي سبق ذكرها. مما تقدم وجدنا في هذا المبحث أن رؤوس الأموال هي الأساس في الاستثمار، كما أن رؤوس الأموال لا بد لها من حرية في العمل والتداول، وذلك لجذب الاستثمارات إلى البلاد المضيفة له، ونحن مع وضع قيود ميسرة على حرية عمل رأس المال وتداوله وذلك لتشجيع الاستثمار، ولتحقيق التنمية الاقتصادية، وتحقيق العدالة الاجتماعية من خلال دور رأس المال في ذلك، كما أن النظم النقدية والمصرفية يجب أن تكون مستقرة في البلاد المضيفة للاستثمار حتى تتمكن الدول المضيفة من جذب الاستثمارات إليها،والمحافظة على سيادتها فلا بد من عمل موازنة بين جذب الاستثمار وتشجيعه، وبين المصلحة العامة.وختاماً لا بد من معرفة أهم مقومات المناخ الاستثماري في الأردن وسوريا ومصر.

---

[١] د. محمد عبده سعيد، الشركات متعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، أطروحة ودكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ١٨٣.

المبحث الثاني

تطبيق مقومات المناخ الاستثماري

في الأردن وسورية ومصر

حظي المناخ الاستثماري برعاية خاصة في معظم دول العالم، ولا سيما في الدول النامية حيث هيئة الدول الجاذبة للاستثمار البيئة الاستثمارية المناسبة، لتسهيل الاستثمار فيها، ولزيادة دخلها القومي وتحقيق الاستقرار السياسي والاقتصادي فيها، وإصدار تشريعات خاصة بالاستثمار، وهذا ما لاحظناه في التشريعات الأردنية، والتشريعات السورية، والمصرية، ومعظم التشريعات الغربية . وهنالك مقومات للمناخ الاستثماري السليم وحوافز وضمانات وهيئات مع التركيز على القانون الأردني، والسوري، والمصري كعينة للمقارنة. وبالتالي نبحث في مقومات المناخ الاستثماري في هذه الأنظمة ،على النحو التالي:

المطلب الأول

مقومات المناخ الاستثماري السليم

لقد تنبه المشرع في معظم الأنظمة المقارنة إلى الدور المهم للاستثمار في تحقيق الاستقرار الاقتصادي والنهوض به. وما يترتب على ذلك من النهوض بالبلد وتحقيق الرفاه الاجتماعي المنشود، وقد تم ذلك من خلال تهيئة المناخ الاستثماري المتمثل بوضع التشريعات القانونية المنظمة للاستثمار والمحفزة له، وذلك في مختلف المجالات، فالبيئة الاستثمارية هي: ((مجوعة العوامل القانونية، والأنظمة السياسية، والاقتصادية، والتي تعمل في مجملها على إيجاد فرص استثمارية مربحة، تشجع أصحاب رؤوس الأموال على الاستثمار وتجذب

الاستثمارات المحلية والأجنبية))[١] ، وبالتالي فإن الاستثمار له مقومات نبحثها في الفروع التالية :

الفرع الأول : الإطار أو البعد الاقتصادي:

ويتمثل في مدى توافر المشاريع الاستثمارية ذات الربحية، والجدوى الاقتصادية المعقولة ضمن إطار المخاطر المحتملة، وبالتالي فهنالك علاقة طردية بين مستويات المخاطر ومعدلات الربحية المتوقعة، كما تتمثل في مدى توفر وتطور البنية التحتية الأساسية في المجتمع. كتوفر الطرق، وسبل الاتصالات والخدمات الصحية، والتعليمية وغيرها، وبالتالي فهي تؤثر على حجم الاستثمارات المتوقعة وفي توزيعها بين القطاعات المختلفة، كما تشمل عوامل اقتصادية أخرى، كحجم السوق المحلية، وإمكانيات نموها مستقبلاً، وإمكانيات التسويق المتوفرة له محلياً وخارجياً، ومدى توفر القوى العاملة المؤهلة والمدربة والمناسبة، والقادرة على استيعاب التكنولوجيا الحديثة، وتوافر المواد الأولية ومدخلات الإنتاج الأخرى[٢]. كما يتمثل بالظروف والمعطيات الاقتصادية العامة بما في ذلك المتغيرات الكلية، والسياسات الاقتصادية والمعايير المؤسسية، ومدى الاستقرار الذي تتمتع به، أو الإختلالات التي تعانيها[٣].ومن هنا يمكن حصر العوامل الاقتصادية فيما يلي:

---

[١] صالح الخصاونة، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل السادس، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن، مرجع سابق، ص ٩٥.

[٢] صالح الخصاونة، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل السادس، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن، مرجع سابق، ص ٩٥، ولمزيد من التفاصيل، د. سعيد النجار، آفاق الاستثمار في الوطن العربي، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق الاستثمار في الوطن العربي، إتحاد المصارف العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٦٥.

[٣] د. عبد الله المالكي، تدابير تشجيع رؤوس الأموال العربية في المشاريع الصناعية والسياحية والعمرانية الأردنية، مجلة البحث العلمي عمان، ١٩٧٢، ص ١٢، ولمزيد من التفاصيل، صالح الخصاونة، المرجع ذاته، ص ٩٦، وأيضاً الاقتصاد الأردني المشكلات والآفاق تحرير مصطفى

أولاً: طبيعة النشاط الاقتصادي والتجاري:

تلعب طبيعة النشاط الاقتصادي والتجاري دوراً مهماً في تحفيز المستثمر على مزاولة نشاطه عبر الحدود الوطنية. حيث أن هنالك بعض أنماط النشاط السريعة التلف، التي تستلزم ضرورة قيام المنتج، ولغرض تلافي الإخفاق، بالبحث عن الأسواق الاستهلاكية الملائمة، ونقل وحداته الإنتاجية والتسويقية، أو رأسمال معين إليها ومباشرة الإنتاج فيها [١].

ثانياً: السعي إلى زيادة عوائد المشروع:

يسعى المستثمر إلى زيادة عوائد استثماره من المشروع الاقتصادي الذي أسسه، ويتم ذلك من خلال ديمومة إنتاج المشروع، ومن خلال البحث عن أسواق مستهلكة للإنتاج أو الخدمات، إضافة إلى ضرورة إنشاء المشاريع الإنتاجية في بلدان نامية، وأجور العمال فيها تمتاز بالرخص مقارنة بالدول المصدرة للاستثمارات[٢]. ومثال ذلك قيام بعض الشركات الأمريكية بنقل عملياتها الإنتاجية إلى الدول المجاورة، أو غير المجاورة للولايات المتحدة الأمريكية، التي تتميز بوفرة العمالة فيها وانخفاض مستوى أجورها، كالفلبين والمكسيك، وغيرها، وتعتمد هذا السياق أغلب الشركات الأوروبية، واليابانية محققة في آن

الحمارنة مركز الدراسات الإستراتيجية، عمان ، ١٩٩٤، الجلسة الرابعة، بقلم الدكتور أحمد قاسم الأحمد، ص ٤١٢.

(١) د. محمد عبده سعيد، الشركات متعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٩٨،٩٩.

(٢) د. دوريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص ٧٧.

واحد استثماراً مضموناً وعوائداً عالية[١]. ويؤخذ بهذا الاتجاه أيضاً بشأن عناصر الإنتاج الأخرى، كالمواد الأولية وكلفة الطاقة ووسائل النقل وغيرها[٢].

ثالثاً: الرغبة في النمو والتوسع:

إن تحقيق العوائد لا يعد العامل الكافي لاستقطاب الاستثمار الأجنبي. بل لا بد من اتجاه نية المستثمر إلى تطوير الاستغلال التجاري، والحصول على أكبر قدر ممكن من الأسواق[٣]. فعجز السوق الوطنية عن تحقيق أهداف المشروع التجاري الاستثماري في النمو والتوسع، يؤدي إلى التوجه نحو الاستثمار الخارجي والبحث عن منافذ عبر الحدود الوطنية[٤].

رابعاً: التخفيف من مخاطر الاعتماد على سوق اقتصادية واحدة:

من عوامل الاستثمار التجاري الأجنبي الأخرى، هو التخفيف من مخاطر الاعتماد على سوق اقتصادية واحدة. فرأس المال الأجنبي يحاول بقدر الإمكان توزيع استثماراته في دول، وأسواق مختلفة كي يحد من الآثار السلبية للازمات الاقتصادية، والتي قد تتعرض لها السوق الواحدة. ويظهر ذلك بوضوح في اتجاه أغلب شركات الاستثمار التجارية الكبرى، في إنشاء فروع لها في الدول النامية، أو غير النامية[٥].

خامساً: احتواء المعرفة الفنية والعلمية:

---

(٣) د. محمد عبده، سعيد ، الشركات متعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، مرجع سابق، ص ١٠٤.

(١) الاشتراكية والشركات متعددة الجنسية، ترجمة وإعداد جورج الراسي، دار الثورة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٩٤.

(٢) د. محمد عبده سعيد، المرجع ذاته ص ١٠٥-١٠٦.

(٣) د. محمد السيد سعيد ، الشركات عابرة القومية ومستقبل الظاهرة القومية، عالم المعرفة، ٠٧، الكويت، المجلس الوطني لثقافة والفنون والأدب، ١٩٨٦، ص ٢٨-٢٩.

(٤) المرجع ذاته، ص ٧٩-٨٠.

يساهم التقدم العلمي والتقني في استقطاب الاستثمار الأجنبي، إذ أنه من غير المتصور الحصول على التقنية، وإنتاجها دون مساهمة، أو مشاركة من يملك أسرار التقنية. وبهدف الوصول إلى ذلك تعمل الدول النامية إلى اعتماد صيغة التعاون العلمي، والذي يتجسد في عقود استثمار تنصب على البحث والتطوير، ثم الإنتاج مع مؤسسات وشركات الدول المتقدمة التي لا تتردد عموماً في نقل معطيات قدراتها العلمية، وبمقابل عوض إلى الدول النامية(١). فقد قامت بعض الشركات الأوروبية بإنشاء فروع لها في الولايات المتحدة الأمريكية، بالاشتراك مع استثمارات أمريكية، وذلك بغية متابعة التطورات العلمية والتكنولوجية واستخدامها في الإنتاج، وبذلك تتعاظم أبعاد الاستثمار الأجنبي(٢).

سادساً: قيود التجارة الدولية:

تضع الدول النامية وغيرها من الدول، بعض القيود على عمليات الاستيراد، والتصدير لحماية منتجاتها الوطنية من منافسة السلع الأجنبية، والحصول على موارد إضافية للخزانة العامة، كفرض الرسوم الجمركية على السلع المستوردة، أو وضع حد أقصى لكمية السلع الأجنبية المسموح باستيرادها، أو فرض سلسلة إجراءات إدارية بهدف التقليل من استيراد السلع الأجنبية(٣). وهذه الإجراءات تفسح المجال أمام رأس المال الأجنبي لتخطي هذه الحوافز، وذلك من خلال فتح فروع في تلك الدول التي تطبق مثل هذه الأساليب(٤).

سابعاً: السياسة الاقتصادية للدول المتقدمة:

---

(١) د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص ٧٨.

(٢) د. فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٠، ص١٢٠.

(٣) د. محمد السيد سعيد ، الشركات عابرة القومية ومستقبل الظاهرة القومية، مرجع سابق، ص ١١٨-١٢٢.

(٤) د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي،المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق ،ص ٧٩.

تقوم الدول ذات البنية الاقتصادية القوية، بتشجيع شركاتها على الاستثمار بالخارج، وذلك للفوائد العديدة التي يعود بها هذا الاستثمار على اقتصادها الوطني، كونه يفتح أسواقاً جديدةً أمامها، ويزيد حجم تجارتها الدولية، إضافةً إلى تأمين حصولها على المواد الأولية بأسعار معتدلة، وهو ما يؤدي بدوره إلى تحسين وضعها الاقتصادي، وزيادة دورها في الحياة التجارية العالمية(١).

الفرع الثاني: الإطار أو البعد السياسي:

ويتمثل بمدى تمتع المجتمع من استقرار في النظام السياسي والاجتماعي، ومدى قوة المعارضة الوطنية فيه وطبيعتها، وطبيعة التغيرات السياسية المحتملة مستقبلاً ، وطبيعة الظروف والمعطيات الإقليمية، والدولية المؤثرة على مجريات الأحداث السياسية، وهي تلعب دوراً هاماً في تشكيل المناخ الاستثماري في أي بلد، وهي من أكثر العوامل تأثيراً وحضوراً في اتخاذ قرارات الاستثمار الخاصة، والعامة في معظم الأحيان، فعلى سبيل المثال لا الحصر، فالمستثمر وهو بصدد اتخاذ قرارات الاستثمار الخاصة به، يأخذ بالحسبان جملة المخاطر غير الاقتصادية كاحتمال التأميم، ومصادرة الملكيات الخاصة، والتدخل الحكومي السافر في الأنشطة الاقتصادية، و حجم القطاع العام، ومدى ما تتمتع به مشروعات القطاع العام المنافسة لنظيرتها من القطاع الخاص من دعم ومحاباة وغيرها، كما يأخذ في الاعتبار كفاءة الجهاز الإداري الحكومي، والروتين والبيروقراطية التي يتسم بها أو العكس، حيث أن دراسات البنك الدولي أشارة إلى أن مثل هذه المشكلات، والقضايا السياسية هي أهم سبب في كون الاستثمارات الأجنبية المباشرة تعتبر من أقل العوامل ديناميكية في عملية تدفق رؤوس الأموال الخاصة إلى البلدان النامية، رغم الحوافز

---

(١) د. صلاح عبد الحسن، الاستثمارات الأجنبية المسوغات والمخاطر، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٨، ص١٢.

المبذولة منها لتشجيع تدفق تلك الأموال[١].وفي سورية نجد ان هنالك تجسيد للاستقرار السياسي الذي عرفته البلاد منذ عام ١٩٧٠، إضافة إلى منهج التطوير الذي اعتمده السيد الرئيس إثر تسلمه رئاسة الدولة في شهر تموز لعام ٢٠٠٠، والمتمثل في استمرار البناء على ما تحقق سابقاً، والعمل على تطويره أموراً تجد تجسيداً لها في تحسين المناخ الاستثماري مع تتابع القرارات التي تؤكد استمرار مسيرة الإصلاح الاقتصادي، من خلال توفير الدعم اللازم للقطاعين العام والخاص لتحسين أدائهما، وزيادة إسهام كل منهما في بناء الاقتصاد[١]. وقد كان للاستقرار السياسي الذي شهدته جمهورية مصر العربية دوراً بارزاً في تدفق العديد من الاستثمارات الأجنبية إليها. حيث أن المستثمر لن يخاطر بنقل رأسماله، أو خبرته إلى دولة ما إلا إذا اطمأن إلى استقرار الأوضاع السياسية فيها[٢].

الفرع الثالث: الإطار أو البعد القانوني:

ويتمثل بوجود إطار قانوني وتشريعي واضح، ينظم الأنشطة الاقتصادية، وبعيداً عن التعقيد، ويتسم بالشمولية والمرونة لتلبية الاحتياجات المتنامية للأفراد،

---

[٢] صالح الخصاونة، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل السادس، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن، مرجع سابق، ص ٩٦، ولمزيد من التفاصيل الاقتصاد الأردني المشكلات والآفاق، مرجع سابق، بقلم د. أحمد قاسم أحمد ص ٤١٣، وأيضاً هشام غرايبة، ونضال عزام، محدودات الطلب على الاستثمار الأجنبي في الاقتصاد الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد ١٣، العدد، ١، ١٩٧٧.

[١] د. مصطفى العبدالله الكفري ، مناخ ومحفزات الاستثمار في الجمهورية العربية السورية ، مرجع سابق ،ص ٦، ٧ .

[٢]د. إبراهيم حسن العيسوي، مدى واقعية الآمال المعقودة على تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة ومساهمتها في التنمية في مصر، ورقة قدمت إلى المؤتمر العلمي السنوي الأول للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ٢٥-٢٧ آذار، ١٩٧٦، ص ١٢٨-١٢٩

وينظم العلاقة بين العمل والعمال والحكومة[٣]. وقد سعى الأردن منذ البداية إلى بذل كل الجهود لتوفير مقومات المناخ الاستثماري، والمقومات السابقة تعتمد على معطيات خارجية دولية يصعب السيطرة عليها، خاصة في حالة الحرب واللاحرب التي اجتاحت منطقة الشرق الأوسط سابقاً ، إلا أن الأردن تغلب على كل هذه المعوقات، ووفر المقومات السابقة للاستثمار الأجنبي والمحلي على حد سواء[١].حيث صدر في الأردن قانون تشجيع الإستثمارالملغى ، رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، وقانون الاستثمار الأردني المؤقت ، رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ ،وقانون ترويج الاستثمار، رقم (٦٧) لعام ٢٠٠٣ .وقد مرت التشريعات المتعلقة بالاستثمار في مصر بعدة تعديلات بين مد وجزر منذ انتهاج الدولة لسياسة الانفتاح الاقتصادي، لخلق المناخ القانوني الملائم لجذب الاستثمارات أياً كانت وطنية أم أجنبية. حيث صدر القانون رقم ٢٣٠ لعام ١٩٨٩ ، بشأن استثمار رأس المال العربي والأجنبي، والذي جعل الهيئة العامة للاستثمار هي الجهة المختصة بالتعامل مع المستثمرين، ثم صدر القانون رقم ٨ لعام ١٩٩٧.وفي سورية عمل المشرع السوري على إصدار سلسلة من التشريعات لتنظيم الاستثمار، ومنها التشريعات المتعلقة بإقامة مصارف خاصة، إضافة إلى إصدار القانون رقم ١٠ لعام ١٩٩١، وتعديلاته بالمرسوم التشريعي، رقم ٧ لعام ٢٠٠٠ ثم تم تحديث تشريعات الاستثمار بموجب المرسوم التشريعي رقم ٨ لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار في سورية، والمرسوم رقم ٩ لعام ٢٠٠٧، لإستحداث هيئة الاستثمار السورية، إضافة إلى المرسوم

---

[٣] صالح الخصاونة، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل السادس، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن،مرجع سابق، ص ٩٧. ولمزيد من التفاصيل الاقتصاد الأردني المشكلات و الآفاق ، مرجع سابق، بقلم د . أحمد قاسم أحمد، ص ٤١٣.

[١] صالح الخصاونة، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل السادس، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن، مرجع سابق ، ص ٩٧.

التشريعي رقم ٥١ للحسم الضريبي الديناميكي لعام ٢٠٠٦. ومن هنا نلاحظ بأنه لابد من التنبه لهذه المقومات عند إبرام العقود الإدارية، حتى تكون هذه المقومات محفزاً لإبرام مزيداً من العقود الإدارية، وبذلك تتحقق البيئة الاستثمارية الملائمة.

المطلب الثاني

العوامل المحفزة لجذب الاستثمار تشريعياً

كما نعلم أن المشرع في كلاً من الأردن وسورية ومصر، قد قطع شوطاً كبيراً، في تهيئة المناخ الاستثماري الملائم أمام الاستثمارات العربية والأجنبية، بهدف جذبها، وتوسعة المتواجد منها. وهذا كان بفعل الاستقرار السياسي والأمني الذي يسود هذه البلاد، إضافة إلى الاستقرار الاقتصادي، وقد سبق توضيح ذلك، كما أن للتشريع الدور الفاعل، في جذب الاستثمارات، وبالتالي نبحث في العوامل التشريعية الجاذبة للاستثمار، حيث عمدت الحكومات إلى تعديل وتطوير قوانينها، وأنظمتها، لتنظيم الحياة الاقتصادية والعامة في البلاد، ولمنح الاستثمارات الرأسمالية، المزيد من التسهيلات والحوافز، على نحو يقلل من درجة المخاطر لديها، ويزيد من معدلات الربحية لها. وبالتالي تسليط الضوء على الحوافز، التي منحت للاستثمارات، وندرسها على النحو الآتي:

الفرع الأول: أبرز حوافز قوانين الاستثمار:

صدر في الأردن قانون الاستثمار المؤقت ، رقم (٦٨) ، لعام٢٠٠٣ [١]. وقد تم العمل بهذا القانون، بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٦، وهو تاريخ سريانه ونشره في الجريدة الرسمية. فقد منح هذا القانون المشاريع الاستثمارية، مزايا وإعفاءات من الرسوم الجمركية، والرسوم الأخرى على الموجودات الثابتة، باستثناء الرسوم

---

[١] لمزيد من التفاصيل عن هذا القانون يمكن الإطلاع على الموقع التالي ، على شبكة الإنترنت : www.jordaninvestment.com.

البلدية، وكذلك منح إعفاءات من الضرائب المفروضة على الموجودات الثابتة، باستثناء الضرائب البلدية[٢]. كما تخضع السلع والخدمات التي يتم استيرادها، أو شراؤها محلياً، للمشروع المعفى، لضريبة عامة على المبيعات بنسبة صفر[١]، وقد كان المشرع الأردني موفقاً في التنسيق للمشاريع الاستثمارية المعفاة، وذلك بأنه لم يترك الباب مفتوحاً على مصرعيه للإعفاء، فقد حدد بثلاث مناطق تنموية(أ/ب/جـ)، حسب درجة التطور الاقتصادي لكل منها، في كل قطاع من القطاعات المعفاة[٢]. والسؤال الذي يبرز هنا، هو ما الحكم في حالة ما إذا نقل المشروع الاستثماري خلال مدة الإعفاء الممنوحة له من منطقة تنموية إلى منطقة تنموية أخرى؟ لقد أجاب على ذلك، قانون الاستثمار الأردني، في الفقرة (ج) من المادة (٣)، بأنه يعامل المشروع لغايات الإعفاء خلال المدة المتبقية، معاملة مشاريع المنطقة التنموية المنقول إليها، بعد موافقة لجنة الحوافز الاستثمارية، المشكلة بموجب أحكام هذا القانون. كما أن قانون الاستثمار الأردني، قد عدد الضرائب التي تعفى المشاريع الصناعية المنشأة في المدن الصناعية منها، وهي ضريبة الدخل والخدمات الاجتماعية، وضرائب الأبنية والأراضي[٣]. وبالتالي نجد أن التعداد قد ورد على سبيل الحصر لا المثال، وبالتالي لا يجوز التوسع فيه.ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هنالك تساهل كبير جداً، في مجال الإعفاء للمشاريع الاستثمارية، وبالتالي نحن لا نؤيد ذلك، لأنه يفتح الباب أمام التهرب من الضرائب والرسوم، وبالتالي الإضرار بالمال العام وهدره، وهذا هو نص المادة الخامسة، من قانون تشجيع

---

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (٣/أ/١)، والمادة (٢).

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (٣/أ/٢).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (٣/ب).

[٣] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (٤).

الاستثمار، والتي أعطت صلاحية لمجلس الوزراء، بناء على تنسيب مشترك، من وزيري المالية والصناعة والتجارة، والمستندين إلى توصية لجنة حوافز الاستثمار، أن يقرر منح أي مشروع، سواء كان ضمن القطاعات المعفاة، أو لم يكن، أي مزايا، أو إعفاءات، من الرسوم والضرائب، وذلك للمدة التي يراها مناسبة. ولعل السبب في إصدار مثل هذا الإعفاء، هو حسب ما جاء في الفقرة (ب) من المادة الخامسة، مراعاة متطلبات التنمية الاقتصادية، والموقع الجغرافي للمشروع، ومدى إسهامه في البحث، والتطوير، وزيادة الصادرات، ونقل التكنولوجيا، وتشغيل الأيدي العاملة الأردنية، لذلك نرى ضرورة تعديل المادة الخامسة، لما تقدم من أسباب.بينما نجد في سوريا بأنه، تبقى المشاريع الموافق عليها بمقتضى أحكام تشريعات الاستثمار النافذة قبل سريان هذا المرسوم متمتعة بالاستفادة من جميع الإعفاءات والمزايا الممنوحة لها، حتى آخر مدة للإعفاءات بموجب أي من هذه التشريعات وبالشروط التي وردت فيها[١]. وهذا يدل على حرص المشرع على تشجيع الاستثمار والاستقرار التشريعي، وعدم الإخلال بالإعفاءات التي حصلت عليها المشروعات المشملة بأحكام قوانين سابقة، إضافةً إلى أنه في حال نقل ملكية المشاريع الموافق عليها إلى الغير بشكل كلي أو جزئي، فإن المالك الجديد يحل محل المالك السابق في الحقوق والالتزامات، والواجبات المترتبة عليه بمقتضى أحكام هذا المرسوم والأنظمة والتعليمات الصادرة بشأنه، كما تخضع الأرباح الرأسمالية الناجمة عن بيع الموجودات الثابتة إلى ضريبة الدخل طبقاً للقوانين والأنظمة النافذة[٢]. ونحن نؤيد تعديل هذه المادة بحيث لا تفرض ضريبة دخل على الأرباح الرأسمالية طالما لا زال المشروع خلال فترة الإعفاء، وذلك لتشجيع

---

[١] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (١٣).

[٢] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (١٤).

المستثمر الجديد على الخوض في هذا الاستثمار.كما منح قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري ، رقم (٨) لعام ١٩٩٧ ، إعفاءات ضريبية من ضريبة الأرباح التجارية والصناعية وضريبة أرباح شركات الأموال ، وأرباح الشركات والمنشآت، وأنصبة الشركاء فيها .

وبالنسبة للثبات والاستقرار التشريعي، فقد تطرق المشرع الأردني لذلك، وحفز المستثمر على الاستثمار وهو مطمئن لاستثماراته، وذلك عندما قرر بأنه: (للمستثمر الذي يتمتع مشروعه، بإعفاءات أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع الاستثمار وتعديلاتها التي كانت نافذة، قبل سريان هذا القانون له خيارين:

أ- أن يبقى متمتعاً، بالإعفاءات والمزايا الممنوحة لمشروعه، حتى نهاية مدة الإعفاء الممنوح له، بموجب تلك التشريعات، وطبقاً لشروطها.

ب- أو أن يستفيد من المزايا والإعفاءات المقررة، للمشاريع بمقتضى أحكام هذا القانون، شريطة توفيق أوضاعه، والتزامه بالشروط التي يتطلبها هذا القانون، أو الأنظمة الصادرة بمقتضاه، وهنا تقتصر استفادة المشروع من المزايا والإعفاءات، عن المدة اللاحقة لتوفيق أوضاعه[١].

كما أن المشرع الأردني، قد أجاز لأي شخص غير أردني، أن يستثمر في المملكة بالتملك، أو بالمشاركة، أو بالمساهمة، وفقاً لشروط وأسس تتحدد بمقتضى نظام يصدر لهذه الغاية، عل أن يحدد القطاعات الاستثمارية، أو فروعها، والنسب التي يحق للمستثمر غير الأردني المشاركة فيها، والمساهمة في حدودها، وكذلك الحد الأدنى لرأس المال الأجنبي، الذي يتوجب عليه توظيفه[٢].

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ المادة (٦/أ،ب).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (١٢/أ/١).

فـي حـين أن المشـرع السـوري خصـص، الفصـل الأول مـن هـذا المرسـوم[١]، لضـمانات الاسـتثمار، بحيـث يسـمح للمسـتثمر[٢]، بتملـك واسـتئجار الأراضـي والعقارات اللازمـة لإقامـة المشـاريع الاسـتثمارية، أو توسـيعها، حتـى لـو تجـاوزت المسـاحة سـقف الملكيـة المحـددة فـي القـوانين والأنظمـة النافـذة، علـى أن يـتم استخدامها لأغراض المشروع حصراً[٣]. وحسناً فعل هذا المرسوم وذلك لإجبار المستثمر على إنشاء المشاريع بدلاً من الاتجار بالعقار، بحيث أنه مجبر على استخدام الملكية الزائدة في حدود أغراض المشروع حصراً، كما أن هذا المرسوم حـافظ علـى الملكيـة العقاريـة فـي حالـة تـم إلغـاء المشـروع[٤]، أو تصـفيته بشـكل نهـائي، بحيـث أوجـب علـى المسـتثمر التخلـي للغيـر مـن المـواطنين العـرب السوريين، وفقاً للقوانين والأنظمة النافذة عن الملكية الزائدة عن السقف المحدد قانونـاً، كمـا يترتـب علـى المسـتثمر غيـر السـوري التخلـي عـن ملكيـة الأراضـي العائـدة للمشـروع والأبنيـة المشـادة عليهـا، وفـي حـال كـان التخلـي مـن مسـتثمر سوري، أو أجنبي ولصالح شخص غير سوري لإقامة مشروع استثماري،لا بد

---

[١] نشـر هـذا المرسـوم فـي الجريـدة الرسـمية ،ونصـت المـادة ١٧ منـه علـى سـريانه مـن تـاريخ ٢٠٠٧/١/١ ، وقد نصت المادة (١٦/ج) منه على إنهاء العمل بقانون رقم (١٠) لعام ١٩٩١ وتعديلاتـه، وقـد أوضـحت الفقـرة (ب) مـن المـادة السـابقة بأنـه لا يعمـل بـأي نـص تشـريعي آخـر يتعارض مع أحكامه ،كما أن المشاريع الموافق عليها تخضع إلى أحكام قانون الشركات أو قانون الشركات المشتركة بما لا يتعارض مع أحكام هذا المرسوم ،وهذا ما أوضحته الفقرة أ من المادة ١٦ .

[٢] المستثمر: ((هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يستثمر في سورية، وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي)) المادة (١/هـ).

[٣] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٢/أ).

[٤] المشروع: ((أي نشاط اقتصادي يقيمه المستثمر وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي)) المادة (١/و).

من الحصول على موافقة مسبقة من مجلس الإدارة[١]، ويمنح المستثمر فترة أقصاها سنتان لتنفيذ عملية التخلي المذكورة[٢]. ونحن نرى بأن فترة السنتان طويلة، فحبذا لو تم إنقاصها لمدة سنة على الأكثر ليتم استخدام الملكية الزائدة في مشاريع استثمارية جديدة، نظراً للإقبال الشديد على الاستثمار في هذا القطر العربي الشقيق، وحبذا لو تم الأخذ بهذه المادة في قانون الاستثمار الأردني رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، والذي خلا من نص مماثل لهذا النص وفتح الباب على مصرعيه، كما أن المشرع الأردني توسع في مجال جذب الاستثمار، لدرجة أنه، ساوى بين المستثمر الأردني، وغيره من المستثمرين في المعاملة، وذلك في غير الحالات التي يشملها النظام المشار إليه، في البند(١) من الفقرة (أ) في المادة (١٢). وحسناً فعل المشرع الأردني، عندما ترك الحرية للمستثمر في إدارة مشروعه بالطريقة التي يراها، وبالأشخاص الذين يختارهم، كما أوعز للجهات المعنية، تقديم التسهيلات اللازمة، لهذه الغاية[٣]. وكما نعلم أن التسهيلات تشمل تأشيرات الدخول، وعمل إقامات للأشخاص غير الأردنيين، كما تشمل إعطاء لوحات إدخال مؤقت لسيارات المستثمرين، وغيرها من المزايا. ونحن نؤيد ذلك، لكننا نرى بأنه إذا كان الاستثمار يتعلق بمرفقٍ عامٍ حيوي، فلا بد أن يترك للمستثمر حرية مشروطة في الإدارة، أي على الجهات العامة الأردنية المتعاقدة، أن تضع شروطاً في العقد، لتعالج أمور إدارة المرفق العام الحيوي، لانعكاسات ذلك على الوضع الاقتصادي، كما هو الحال في إدارة مرافق مصافي البترول مثلاً، أو شركة مصانع الاسمنت، إضافة إلى أن القانون الأردني قد عالج مسألة نزع ملكية المشروع المستثمر، أو إخضاعه

---

[١] مجلس الإدارة: ((مجلس إدارة هيئة الاستثمار السوري)) المادة (١/ج).

[٢] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٢/ب).

[٣] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (١٢/أ/٣).

لأي إجراءات تؤدي إلى ذلك، حيث حدد بأن ذلك لا يجوز، إلا إذا تم لمقتضيات المصلحة العامة، مقابل دفع التعويض العادل للمستثمر، وبالعملة القابلة للتحويل[١].

وهنالك ضمانة أخرى تتمثل بتمتع المشاريع والاستثمارات[٢]،المرخصة وفق أحكام هذا المرسوم بعدم المصادرة، أو نزع الملكية، أو الحد من التصرف في ملكية الاستثمارات وعائداتها، إلا إذا كان للمنفعة العامة على أن يتم دفع تعويض فوري وعادل للمستثمر يساوي القيمة الرائجة للمشروع قبل تاريخ نزع الملكية مباشرة، وبعملة قابلة للتحويل بالنسبة للمال الخارجي، مع الاحتفاظ بأحكام قانون جباية الأموال العامة رقم (٣٤١) لعام ١٩٥٦، كما لا يجوز الحجز على المشروع إلا بحكم قضائي[٣]، فهذه ضمانات استثمارية تشجع على الاستثمار وعلى وتوسيعه كون المستثمر مطمئن على استثماراته من نزع الملكية للمنفعة العامة مادام هنالك تعويض فوري وعادل، والتشريع السوري هنا كان موفقاً في هذا النص أكثر من التشريع الأردني، خصوصاً المادة (١٣) من قانون الاستثمار الأردني، والتي تكلمت عن التعويض العادل بشكل عام دون تفصيل للقيمة الرائجة للمشروع قبل نزع الملكية.بينما يقضي قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري، بعدم جواز مصادرة الشركات والمنشآت أو تأميمها[٤]، فقد حرص قانون الاستثمار المصري على ذلك، نظراً لأهمية هذا في جذب الاستثمارات واستقرارها في مصر، إلا أننا نجد أن هذا الأمر يتعارض مع نص المادة (٣٤) من الدستور المصري، رقم(١٢٣)، لعام (١٩٧١)، والتي قضت بأنه: (التأميم لا يكون إلا بقانون، ومقابل تعويض عادل). الأمر الذي

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام، ٢٠٠٣، المادة (١٣).

[٢] الاستثمار: ((هو إقامة المشاريع أو توسيعها أو تطويرها أو تحديثها)) المادة (١/د).

[٣] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٣).

[٤] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ،١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٨).

نرى فيه ضرورة تعديل المادة السابقة من الدستور، وذلك على أساس سمو الدساتير، والتدرج التشريعي يقتضي عدم جواز تعارض نص قانوني مع نص دستوري، وفي حال التعارض يغلب النص الدستوري، وهو الأمر الذي نرى معه أن المادة (٨) من القانون رقم(٨)، لعام ١٩٩٧، تتعارض مع المادة (٣٤) من الدستور. وإذا كان يقصد بالتأميم، نقل ملكية المشروع إلى الدولة بقانون، ومقابل تعويض عادل للمستثمر، فإن المصادرة تعني، نقل ملكية المشروع إلى الدولة دون مقابل، وهي تعني حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على مشروعه، وفيما يتعلق بنقل الملكية، فقد أجاز القانون للمستثمر نقل ملكية المشروع إلى أي مستثمر آخر، شريطة أن يعلم اللجنة مسبقاً قبل استكمال الإجراءات، مع بيان أسباب نقل الملكية، وهنا يبقى المشروع، متمتعاً بالإعفاءات والمزايا حتى نهاية المدة الممنوحة له، شريطة أن يواصل المستثمر الجديد، العمل في المشروع، ويحل محل سابقة في الحقوق والالتزامات، المترتبة على المشروع[١].

وقد كان موفقاً المشرع الأردني بوضع هذه المادة، لأنه في حالة رغب المستثمر عدم الاستمرار في المشروع، فإنه سوف يقوم بإيقافه، وبالتالي تتضرر الدولة، لأن المشروع يشغل أيدي عاملة، كما أنه يعتبر جزءاً من الدخل القومي للاقتصاد، وبالتالي فإجراء السماح ببيعه، لمستثمر آخر يؤدي إلى بقاء الحال كما هو عليه. إضافة إلى ما تقدم، نجد أن قانون الاستثمار الأردني ذهب إلى أبعد من ذلك، عندما أجاز للمستثمر بموافقة اللجنة، بيع الموجودات الثابتة المعفاة[٢]، أو التنازل عنها إلى مستثمر آخر مستفيد مسبقاً من أحكام هذا

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ المادة (١٥).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨)، لعام،٢٠٠٣، المادة (١٦/أ)، والموجودات الثابتة: تعني الآلات والأجهزة والمعدات المخصصة لاستخدامها حصراً في المشروع وأثاث ومفروشات ولوازم الفنادق والمستشفيات المادة(٢) من قانون الاستثمار.

القانون، شريطة استعمالها في مشروعه[١]، أو إلى أي شخص، أو مشروع آخر، غير مشمول بأحكام هذا القانون، شريطة تأدية الرسوم والضرائب المستحقة عليها[٢].

ونحن نرى ضرورة حذف البند (١) من الفقرة (أ)، من المادة (١٦) من قانون الاستثمار الأردني، وذلك لكون الموجودات الثابتة، قد أعفت من الرسوم والضرائب المشروع المستثمر، وبالتالي إذا رغب ببيعها لغيره عليه دفع الرسوم والضرائب المترتبة عليها، لأن الإعفاء منح لمرة واحدة لها، وبالتالي فنقل ملكيتها إلى مستثمر آخر مستفيد من أحكام هذا القانون، يؤدي إلى ازدواجية في الإعفاء من الرسوم والضرائب وبالتالي نقص الإيرادات العامة لخزانة الدولة. كما سمح القانون إعادة تصدير الموجودات الثابتة المعفاة، بموافقة اللجنة[٣]. وكل مخالفة لأحكام هذا القانون، فيما يتعلق بالموجودات الثابتة، يوجب على المستثمر، دفع الضرائب والرسوم والغرامات المترتبة على ذلك[٤]. وهذا يبين أن الإعفاء ممنوح بشروط مدروسة مسبقاً.وقد بين القانون السوري أنه في حال نقل ملكية المشروع فإن المالك الجديد يحل محل المالك القديم في جميع الحقوق والالتزامات ، وهذا ما أوضحته المادة (١٤) من مرسوم رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ ، في حين أن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري خلا من نص يحكم هذه المسألة.

كما عالج قانون الاستثمار الأردني، مسألة الدمج لمشروعين أو أكثر، حيث بين بأنه للجنة، وفقاً لما تراه مناسباً، منح المشروع الجديد الناتج عن الدمج،

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ المادة (١٦/أ/١).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ المادة (١٦/أ/٢).

[٣] قانون الاستثمار الأردني المؤقت ،رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٦/ب).

[٤] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٦/ج).

الإعفاءات المقررة بموجب هذا القانون، والأنظمة الصادرة بمقتضاه، لمدة لا تتجاوز أطول المدد المتبقية للإعفاء، لأي من المشاريع التي تم دمجها[١].وقد خلا المرسوم التشريعي رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ في سورية ، من نص يعالج مسألة الدمج للمشروعات الاستثمارية. في حين أن القانون المصري قد بين أنه في حال اندماج الشركات، أو تقسيمها، أو تغيير شكلها القانوني، فإن الأرباح الناتجة عن ذلك، تعفى من الضرائب والرسوم[٢]، وهذا حافز إضافي للشركات الاستثمارية، ولتشجيعها على الاستثمار في عملها. وتبقى تتمتع الشركات والمنشآت الدامجة والمندمجة، التي يتم تقسيمها، أو تغيير شكلها القانوني بالإعفاءات المقررة لها قبل الاندماج، أو التقسيم، أو تغيير الشكل، دون منحها أية إعفاءات ضريبية جديدة[٣]. ونحن نقترح تعديل هذه المادة وذلك بإضافة إعفاء في حال التقسيم فقط، لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى التحايل على قانون الضريبة، إلا أنه يؤدي إلى زيادة فرص العمل في الشركات المنقسمة، إضافة إلى زيادة في رأس مالها، وبالتالي زيادة في الناتج القومي.

ومن منطلق التزام المشرع الأردني، بعدم تعارض القوانين الداخلية مع المعاهدات المرتبطة بها، نجد ذلك يتجلى بصورة واضحة في قانون الاستثمار الأردني، ومدى سماحة للمستثمر بنقل رأس ماله إلى خارج المملكة[٤]. لأن الأردن عضو في اتفاقية انتقال رؤوس الأموال بين الدول العربية، وبالتالي هذا عنصر مهم وجاذب للاستثمار إلى الأردن،سواء كان الاستثمار عربياً أو أجنبياً، ولم يقف المشرع عند هذا الحد، بل أنه أجاز تحويل العوائد والأرباح

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٧).

[٢] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ،١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٢٤).

[٣] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ،١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٢٥).

[٤] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٨/أ/١).

المتأتية من استثماره إلى خارج المملكة[١]، كما سمح له بتصفية استثماره، أو بيع مشروعه، أو حصته، أو أسهمه، دون تأخير، شريطة أن يكون قد أوفى بما ترتب للغير من التزامات على المشروع، أو أي التزامات تترتب عليه بموجب التشريعات السارية المفعول[٢]. وللمحافظة على الاستقرار النقدي في المملكة، اشترط المشرع لتحويل المبالغ المذكورة، إلى خارج الأردن أن يكون ذلك بعملة قابلة للتحويل[٣]، وحسناً فعل المشرع الأردني. وتماشياً مع جذب الكفاءات الفنية والإدارية غير الأردنية، سمح المشرع الأردني لهم، بتحويل رواتبهم وتعويضاتهم، إلى خارج المملكة وفقاً للتشريعات النافذة[٤]. وقد بين المشرع السوري أن من حق المستثمر إعادة تحويل حصيلة التصرف بحصته من المشروع، وبعملة قابلة للتحويل للخارج، شريطة سداده للضرائب المترتبة على عملية التصرف[٥]، إضافة إلى حقه في تحويل الأرباح، والفوائد السنوية التي يحققها المال الخارجي[٦] المستثمر إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل بعد سداده الضرائب المترتبة على ذلك[٧]. وقد وضع المشرع السوري قيد على المستثمر يتمثل بعدم السماح له بإعادة تحويل المال الخارجي إلى الخارج، إلا بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ وروده، إذا حالت صعوبات، أو ظروف خارجة عن إرادة المستثمر دون إتمام استثماره، ويقدرها مجلس الإدارة، والذي له في حالات خاصة حق الموافقة على تحويل المال الخارجي إلى الخارج دون التقيد

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٨/أ/٢).

[٢] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٨/أ/٣).

[٣] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٨/ب).

[٤] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (١٩).

[٥] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٥/أ).

[٦] المال الخارجي: ((هو المال الوارد أصولاً من الخارج من قبل مواطنين سوريين أو عرب أو أجانب)) المادة (١/ح).

[٧] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٥/ب).

بالمدة المذكورة[١]. وهذا نص في مكانه، وذلك للمحافظة على الاستقرار النقدي في البلاد، ولمنع المضاربة بالعملة من ناحية أخرى، وخلا قانون الاستثمار الأردني من نص مماثل لذلك، رغم أهمية ذلك ، كما أنه لابد من تعديل الفقرة(د) من المادة (٥) من هذا المرسوم، والتي تسمح للخبراء، والعمال الفنيين من رعايا الدول العربية، والأجنبية العاملين في أحد المشاريع الموافق عليها بتحويل (٥٠%) من صافي أجورهم ومرتباتهم ومكافآتهم، و(١٠٠%)من تعويضات نهاية الخدمة إلى الخارج بعملة قابلة للتحويل، شريطة تسديد الضرائب المترتبة على هذه الأجور والمرتبات والمكافآت، فهذا يعتبر عائقاً في وجه الاستثمار الأجنبي، خصوصاً عندما تكون المشاريع بحاجة لهذه الخبرات في حال عدم توفرها محلياً، لذلك لا بد من السماح لهم بتحويل (١٠٠%) من صافي أجورهم ومرتباتهم، وهذا ما تنبه إليه المشرع الأردني، وأشار إليه في المادة (١٩) من قانون الاستثمار رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، ويتم التحويل عن طريق المصارف المرخصة أصولاً[٢]. وهذا عائق استثماري أيضاً خصوصاً فيما يتعلق بالشركات المصرفية العاملة من غير المصارف، بحيث لا يمكن لها الاستمرار في عملها فيما لو بقيت عملية التحويل للخارج تتم من خلال المصارف، فالأصل أن يتم تعديل الفقرة السابقة بحيث تضاف إليها عبارة، أو الشركات المصرفية المرخصة لها. كما أن قانون الاستثمار المصري الملغى رقم (٢٣٠) لعام ١٩٨٣ ، كان يسمح بتحويل أصل الاستثمار، وعوائده بشروط كما سبق توضيحها ، إضافة إلى أنه سمح بتحويل ما لا يزيد على (٥٠%) من أجور العمال بموجب المادة (٢٠) ، ولم نجد في قانون الاستثمار المصري لعام ١٩٩٧ ، نص يقضي بذلك وهو الأمر الذي لا بد من تداركه

---

[١] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٥/ج).

[٢] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٥/هـ).

بإصدار تشريع يعالج هذا الأمر، لأهميته في جذب الاستثمار. كما تنبه المشرع الأردني، إلى ضرورة مراعاة الاتفاقيات العربية والدولية، ذات العلاقة بالاستثمار وحمايته، وتسوية منازعاته، عند تطبيق أحكام هذا القانون[١]. وهذا ما نلاحظه في قانون الاستثمار، الذي جاء منسجماً مع الاتفاقيات العربية والدولية، في مجال الاستثمار. ونحن نعتقد أن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في نص المادة (٢٠) خصوصاً عبارة الاتفاقيات العربية والدولية، فالأصل أن يقول الاتفاقيات العربية والأجنبية، لأن كلمة الدولية تشمل الاتفاقيات العربية والدولية، أو أن يقول الاتفاقيات الدولية فقط.وفي سورية نجد أن المشرع قد راعى أحكام الاتفاقيات الدولية، والثنائية، ومتعددة الأطراف، والمتعلقة بالاستثمار وضماناته النافذة في سورية، والموقعة مع الدول الأخرى، أو مع المنظمات العربية والدولية[٢]. وهذه ضمانة للاستثمار من تحديد للاختصاص التشريعي، وتحديد لقانون موحد يطبق عليه، إضافةً إلى أن تسوية نزاعات الاستثمار بين المستثمر والجهات، والمؤسسات العامة السورية تتم عن طريق الحل الودي، وإذا لم يتفق الطرفان على حل ودي خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تقديم إشعار خطي للتسوية الودية، من قبل أحد طرفي الخلاف، فإنه من حق أي منهم اللجوء إلى التحكيم، أو القضاء السوري المختص، أو محكمة الاستثمار العربية المشكلة بموجب الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام ١٩٨٠، أو اتفاقية ضمان وحماية الاستثمار الموقعة بين سورية وبلد المستثمر، أو منظمة عربية دولية. على أن يتم النظر بكافة نزاعات الاستثمار من قبل المحكمة المختصة بصفة مستعجلة[١]،

---

[١] قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام، ٢٠٠٣ المادة (٢٠).

[٢] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٦/أ).

[١] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٧/أ).

فالمشرع السوري هنا كان موفقاً بوضع هذا النص لحماية الاستثمار، وتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، والجهة المختصة بحل النزاع بحيث ترك لأي طرف الحق في اللجوء إلى إحدى الطرق السابقة على وجه التخيير، شريطة البت في منازعات الاستثمار بصفة مستعجلة، بحيث اعتبرها من قضاء الأمور المستعجلة، والتي لا يفيد فيها التأخير، وهذا التعداد ورد على سبيل الحصر لا المثال، وحبذا لو تم الأخذ بهذا النص في التشريع الأردني. وفي مصر قرر المشرع عدم جواز فرض الحراسة على الشركات والمنشآت، أو الحجر على أموالها، أو الاستيلاء، أو التحفظ عليها أو تجميدها، أو مصادرتها، بقرار إداري[٢]. وهذا يضمن عدم تدخل السلطة التنفيذية في ذلك، وترك الأمر للقضاء ليتولى ذلك، وهذا ما يتضح من مفهوم المخالفة للمادة السابقة.ويمكن للمستثمر التأمين على مشروعه لدى أي من شركات التأمين المرخص لها بالعمل في سورية[٣]، وهذه ضمانة استثمارية مهمة كون الاستثمار يتطلب معدات، وآلات تقدر بالآلاف وملايين الدولارات، وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة التأمين عليها، ولا نجد مثيل لهذا النص في التشريع الأردني. و قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ قد ألغى قانون تشجيع الاستثمار، رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، وتعديلاته، باستثناء الأحكام الواردة فيه،والمتعلقة بالقطاعات والحوافز والإعفاءات، وكذلك الأحكام الواردة في قانون مؤسسة المدن الصناعية الأردنية، ريثما تصدر أنظمة تحل محلها، كما يستمر العمل بالأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضى قانون تشجيع الاستثمار، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ ، إلى أن تستبدل بغيرها[١]. مما تقدم نجد أن هذا القانون هو محفز

---

[٢] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٩).

[٣] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٦/ب).

[١] قانون الاستثمار الأردني مؤقت، رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، المادة (٢٧،أ،ب،ج).

للاستثمار في المملكة، وهو قانون عصري، ويتناسب والاستثمار الحديث، رغم بعض المآخذ، والتي أبرزناها في موضعها في تعليقنا على تعديل بعض المواد فيه، إضافة إلى أهمية المرسوم التشريعي،رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ ، لتشجيع الاستثمار في سورية، وكذلك قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري ،رغم بعض المآخذ على هذه التشريعات، والتي أشرنا إليها .

الفرع الثاني: القطاعات المعفاة وحوافزها :

وهذا يتضمن بحث أنواع القطاعات المعفاة، والحوافز، وهو ما نبحثه من خلال ما يلي :

أولاً: القطاعات المعفاة

وقد تضمن قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى،رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، النص على القطاعات المعفاة[٢] .

حيث تتمتع المشروعات التالية أو إحدى فروعها بالإعفاءات والتسهيلات وهي[٣]:

- الصناعة.
- قطاع الزراعة (بدون الإجحاف بأية امتيازات واردة في قوانين أخرى)
- الفنادق.
- المستشفيات.
- النقل البحري والسكك الحديدية.

---

[٢] نشر هذا القانون في العدد (٤٠٧٥) من الجريدة الرسمية ، الصادر بتاريخ ١٩٩٥/١٠/١٦ ، ونص على سريانه من تاريخ نشره ، وعدل بالقانون رقم (١٣) لعام ٢٠٠٠ ، والمنشور في العدد رقم (٤٤٢٣) من الجريدة الرسمية ، الصادرة بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٢ ، ولمزيد من التفاصيل على موقع الانترنت : www.jordaninvestment.com.

[٣] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، و تعديلاته المادة (٣/أ).

أي قطاع آخر أو فروعه، يقرر مجلس الوزراء إضافته بناء على تنسيب المجلس[١]. كما أن لمجلس الوزراء بناء على تنسيب وزير الصناعة والتجارة، وتوصية لجنة تشجيع الاستثمار[٢]، منح أي مشروع ينشأ ضمن القطاعات المنصوص عليها في هذا القانون، وللسنوات التي يراها مناسبة، حوافز، أو ضمانات، أو مزايا أخرى، وفقاً لطبيعة نشاطه و موقعه الجغرافي، و مدى مساهمته في تشغيل الأيدي العاملة الوطنية، وزيادة الصادرات واستغلال الموارد الطبيعية المحلية، ودفع عجلة التنمية الاقتصادية، وذلك في حالات خاصة ولاعتبارات يقررها مجلس الوزراء وتقتضيها المصلحة العامة[٣]. وفي سورية خصص لها المشرع الفصل الثاني من المرسوم التشريعي ، رقم (٨) لعام ٢٠٠٧ ، بحيث يتمتع المشروع في القطاعات التالية بالإعفاءات المقررة في قانون ضريبة الدخل النافذ وتعديلاته، وكافة المزايا، والضمانات المنصوص عليها في هذا المرسوم التشريعي:

---

[١] قرر مجلس الوزراء الأردني في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٨، إضافة القطاعات الفرعية التالية : ١-مدن التسلية، و الترويح السياحي.٢-مراكز المؤتمرات و المعارض. كما قرر في جلسته المنعقدة بتاريخ ٢٠٠٢/٥/٢٨، إضافة القطاع التالي: خدمات نقل وتوزيع و استخراج المياه و الغاز و المشتقات النفطية بخطوط الأنابيب.

[٢] لمزيد من التفاصيل عن هذه اللجنة، تراجع المادة (٢١) من قانون تشجيع الاستثمار الملغى، حيث بينت بأن اللجنة تؤلف من: ١ مدير عام مؤسسة تشجيع الاستثمار رئيساً. وعضوية مدير عام دائرة ضريبة الدخل، ومدير عام دائرة الجمارك، وممثل عن وزارة الصناعة والتجارة يعينه وزير الصناعة والتجارة وممثل عن القطاع الخاص يعينه رئيس المجلس، وفي حال غياب الرئيس يرأس اللجنة مدير عام دائرة الجمارك، وتجتمع اللجنة بدعوة من رئيسها، ويكون الاجتماع قانوني بحضور أربعة أعضاء بمن فيهم الرئيس، وتصدر قراراتها بأغلبية ثلاثة من أعضاءها، وللمدير العام دعوة شخص أو أكثر من الجهات ذات العلاقة بالقطاع المعني لحضور اجتماعات اللجنة وتقديم المشورة في الموضوع المعروض عليها، إلا أنه ليس له حق التصويت، ويعين المدير العام أحد موظفي المؤسسة كمقرر للجنة.

[٣] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام، ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٣/ب).

- المشاريع الزراعية ومشاريع استصلاح الأراضي.
- مشاريع النقل.
- مشاريع الاتصالات.
- المشاريع الصناعية.
- مشاريع البيئة.
- مشاريع الخدمات والتقانة.
- مشاريع الكهرباء والنفط والثروة المعدنية.
- المشاريع الأخرى التي يقرر المجلس الأعلى للاستثمار شمولها بأحكام هذا المرسوم بناءً على اقتراح مجلس الإدارة[١]. ويصدر مجلس الإدارة التعليمات اللازمة لتعريف، وتحديد القطاعات الواردة في البند (أ) أعلاه[٢]، وقد ورد التعداد هنا على سبيل الحصر لا المثال، وهو الأمر الذي لا يجوز التوسع فيه، باستثناء ما قرره بخصوص حق المجلس الأعلى بشمول مشاريع أخرى، وهذا النص قريب من نص المادة (١) من قانون ضمانات، وحوافز الاستثمار المصري رقم (٨) لعام ١٩٩٧.

حيث جعل المشرع المصري المجال مفتوحاً أمام المستثمرين، وذلك للاستثمار في المجالات التالية[٣]:

*استصلاح الأراضي البور والصحراوية وزراعتها.

*الإنتاج الحيواني والداجني والسمكي.

*الصناعة والتعدين والفنادق والموتيلات، والشقق الفندقية، والقرى السياحية، والنقل السياحي.

---

[١] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٨/أ)

[٢] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (٨/ب).

[٣] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، المادة (١).

*النقل المبرد للبضائع، والثلاجات الخاصة بحفظ الحاصلات الزراعية والمنتجات الصناعية، والمواد الغذائية، ومحطات الحاويات وصوامع الغلال.

*النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بشكل مباشر.

*النقل البحري.

*الخدمات البترولية المساندة لعمليات الحفر والاستكشاف، ونقل وتوصيل الغاز.

*الإسكان الذي تؤجر وحداته بالكامل خالية لأغراض السكن غير الإداري.

*البنية الأساسية، كمياه الشرب والصرف الصحي، والكهرباء، والطرق والاتصالات.

*المستشفيات، والمراكز الطبية التي تقدم(١٠%) من طاقتها بالمجان.

*التأجير التمويلي.

*ضمان الاكتتاب في الأوراق المالية ورأس المال المخاطر.

*إنتاج برامج وأنظمة الحاسوب.

*المشروعات الممولة من المشروع الاقتصادي للتنمية.

*لمجلس الوزراء إضافة مجالات أخرى تحتاجها البلاد.من هنا نجد بأن المجالات الاستثمارية واسعة ومتنوعة في مصر، وقد نص عليها على سبيل الحصر.

ثانياً: الحوافز:

وهي كثيرة للمشروعات الاستثمارية، فقد تم إعفاء الموجودات الثابتة للمشروع، من الرسوم والضرائب، شريطة إدخالها إلى المملكة خلال (٣) سنوات، من تاريخ صدور قرار اللجنة بالموافقة على قوائم الموجودات الثابتة للمشروع، وللجنة تمديد المدة، إذا تبين لها أن طبيعة المشروع وحجمه يتطلبان ذلك[١].

---

[١] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٦/أ).

ونحن نرى بأن مدة الثلاث سنوات طويلة نسبياً، فالأصل أن يعاد صياغة الفقرة (أ) من المادة السادسة من هذا القانون، بحيث تكون المدة سنتان على الأكثر، وذلك لإجبار المستثمر على الإسراع في تأسيس المشروع الاستثماري، وتحقيق زيادة في الدخل القومي، ومنح اللجنة إمكانية التمديد لنصف عام في حال كان حجم المشروع وطبيعته يتطلب ذلك. وقد تم إعفاء قطع الغيار المستوردة للمشروع من الرسوم والضرائب، على ألا تزيد قيمة هذه الضرائب على ١٥% من قيمة الموجودات الثابتة، التي تلزمها هذه القطع، على أن يتم إدخالها إلى المملكة، أو استعمالها في المشروع، خلال (١٠) سنوات من تاريخ بدء الإنتاج أو العمل، وذلك بقرار من اللجنة، بالموافقة على قوائم قطع الغيار وكمياتها[١]. كما نقترح رفع نسبة الـ (١٥%) السابقة إلى نسبة لا تتجاوز (٢٥%)[٢]، مع تقليل المدة لتصبح (٥) سنوات بدلاً من عشرة سنوات، وذلك ليتم بعد هذه المدة جني فوائد ضريبية من جراء هذا الاستثمار، ويكون هنالك عائد للموازنة العامة من هذا الاستثمار. إضافة إلى إعفاء الموجودات الثابتة اللازمة لتوسيع المشروع، أو تطويره، أو تحديثه، من الرسوم والضرائب، شريطة أن يؤدي إلى زيادة في الطاقة الإنتاجية للمشروع، لا تقل عن (٢٥%)، وقد أعفي من الرسوم والضرائب، الزيادة التي تطرأ على قيمة الموجودات الثابتة المستوردة لحساب المشروع، إذا كانت الزيادة ناتجة عن ارتفاع أسعار تلك الموجودات في بلد المنشأ، أو عن ارتفاع أجور شحنها ،أو تغيير في سعر التحويل[٣]. وقد منح المشرع الأردني المشروعات المشمولة بالإعفاء بموجب المادة الثالثة سابقة الذكر، مدة عشر سنوات، وذلك اعتباراً من تاريخ بدء العمل لمشاريع الخدمات،

---

[١] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٦/ب).

[٢] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٦/ج).

[٣] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٦/د).

أو الإنتاج الفعلي للمشاريع الصناعية، بقرار من اللجنة وبالنسب المبينة من كل من ضريبتي الدخل والخدمات الاجتماعية، وذلك حسب المنطقة التنموية التي يقع فيها، على النحو التالي:(٢٥%) إذا كان المشروع في المنطقة التنموية من الفئة (أ)، و(٥٠%) إذا كان المشروع في المنطقة التنموية من الفئة (ب)، و(٧٥%) إذا كان المشروع في المنطقة التنموية من الفئة (جـ)[١]. كما أن اللجنة تمنح للمشروع إعفاءاً إضافياً، إذا جرى توسيع المشروع، أو تطويره أو تحديثه، وأدى إلى زيادة طاقته الإنتاجية، بواقع سنة واحدة لكل زيادة في الإنتاج، لا تقل عن (٢٥%)، على أن لا تزيد مدة الإعفاء الإضافية بموجب هذه الفقرة على أربع سنوات[٢]. وهذا التساهل بالإعفاء من وجهة نظرنا في محله، وذلك لجذب الاستثمار ولتحقيق الاستقرار للمشروعات الاستثمارية، بتشجيعها وتحفيزها. أما مشاريع الفنادق والمستشفيات، فقد منحها هذا القانون، إعفاءات إضافية من الرسوم والضرائب، لمشترياتها من الأثاث والمفروشات واللوازم، لغايات التحديث، والتجديد مرة كل سبع سنوات على الأقل، شريطة إدخالها واستعمالها في المشروع، خلال (٤) سنوات من تاريخ صدور قرار اللجنة بالموافقة[٣]. وفي حال نقل المشروع خلال مدة الإعفاء، من منطقة تنموية إلى منطقة تنموية أخرى، فيعامل المشروع لغايات الإعفاء خلال باقي المدة معاملة، مشاريع منطقة التنمية المنقول إليها[٤]. كما يتمتع بالإعفاءات والمزايا الواردة في هذا القانون، أي مشروع قائم، ويستوي في ذلك أن تكون جرت الموافقة على اعتباره مشروعاً اقتصادياً، أو اقتصادياً مصدقاً بمقتضى أحكام قانون تشجيع الاستثمار، رقم (١١) لعام ١٩٨٧، والتعديلات التي طرأت

---

[١] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٧/أ).

(٢) قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٧/ب).

(٣) قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٨).

(٤) قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته المادة (٩).

عليه، أو القوانين السابقة له، وأي مشروع لم يستفد من أي من هذه القوانين، شريطة أن يلبي المشروع متطلبات النظام الذي يصدر لهذه الغاية، ويصوب أوضاعه وفقاً لأحكامه[١]. وفي سورية تحدد المناطق الاستثمارية، والحد الأدنى لقيمة الموجودات في كل منطقة استثمارية تنموية بقرار مجلس الوزراء[٢]. وهذا شيء مهم وذلك لتوسيع الاستثمار في جميع المحافظات السورية، إضافة إلى حق المجلس الأعلى بناءً على اقتراح معلل من مجلس الإدارة، أن يمنح أي مشروعات أخرى تسهيلات، أو ضمانات، أو مزايا الاستثمار المنصوص عليها في هذا المرسوم، أو أي مزايا، أو ضمانات إضافية[٣]. وهذا عامل جذب استثماري مهم، كما أن للمجلس الأعلى في حالة المشروعات ذات الأهمية الخاصة للاقتصاد الوطني، أن يعتمد أسس حسم أخرى غير الواردة في قانون ضريبة الدخل وتعديلاته[٤]. فهنا أولى المشرع للمشاريع ذات الأهمية للاقتصاد الوطني إعفاءات ضريبية، وهو محق في ذلك لكون العائد على الاقتصاد أكبر من العائد من فرض الضريبة. وقد صدر في سوريا العديد من قوانين تشجيع الاستثمار بغية تشجيع الاستثمارات العربية والأجنبية للدخول إلى السوق السورية، ونذكر هنا أهم هذه القوانين، وهي:

١- المرسوم التشريعي رقم (١٠) لعام ١٩٨٦ في سورية:

يهدف هذا المرسوم إلى تدعيم التنمية الزراعية وتطوير آلية عملها، فأحدث شركات القطاع الزراعي المشترك، والتي أنيط بهما مهمة استصلاح الأراضي الزراعية، والإسهام بتنمية وتسمين الثروة الحيوانية، وتضمن هذا المرسوم العديد من المزايا التي تحث المستثمرين السوريين، والعرب الذين يملكون مدخرات

---

(١) قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥، وتعديلاته المادة (١٠).

(٢) المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (١٠).

(٣) المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (١١/أ).

(٤) المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (١١/ب).

مالية لاستثمارها في المجال الزراعي[١]، ونلاحظ هنا البعد القومي للمشرع السوري حيث قصر المزايا على المستثمرين السوريين والعرب، مع إننا نرى ضرورة شمول رعايا الدول الأجنبية الصديقة بهذه المزايا حتى يتم جذب استثمارات كبيرة إلى سورية. وبموجب هذا المرسوم سمح بإنشاء مشروعات زراعية مشتركة بمساهمة الحكومة (القطاع العام) برأسمال المشروع، بنسبة لا تقل عن (٢٥%) من رأس المال. وعادة تقتصر مساهمة الدولة على تقديم الأراضي الصالحة للزراعة، وتقوم أسعارها بسعر منخفض لتشجيع المستثمرين على الدخول في النشاط الزراعي، وتكون إدارة هذه المشاريع بيد المستثمرين المشاركين[٢]. وحبذا لو فعل المشرع الأردني بمثل هذا التوجه، حيث توجد العديد من الأراضي الصحراوية ذات المياه الجوفية الوفيرة، والتربة الخصبة في المناطق الشرقية، والشمالية الشرقية والجنوبية، كحوض الديسي والسرحان.

ومن أهم المزايا التي يتيحها هذا المرسوم التشريعي ما يلي[٣]:

أ. استيراد الآلات والتجهيزات، وسيارات العمل، وكل ما يلزم لبناء المشروع وتشغيله، وإعفائها من الرسوم والضرائب.

ب. تعفى هذه المشروعات من الضرائب على الأرباح لمدة سبع سنوات ابتداءً من السنة الأولى التي يحقق فيها المشروع أرباحاً.

ج. الإعفاء من القيود المفروضة على التعامل بالقطع الأجنبي، والسماح لها بفتح حسابات بالقطع الأجنبي.

---

[١] د. مصطفى العبد الله الكفري، مناخ ومحفزات الاستثمار في الجمهورية العربية السورية، مرجع سابق، ص١٤.

[٢] د. مصطفى العبد الله الكفري، مناخ ومحفزات الاستثمار في الجمهورية العربية السورية، مرجع سابق، ص١٤، ١٥.

[٣] المرجع ذاته، ص١٥، ١٦.

د. السماح لها باستصلاح الأراضي، وزراعتها، والمتاجرة بمحاصيلها داخلياً وخارجياً، إضافةً إلى تصنيع الآلات، والأدوات الزراعية، والمتاجرة بها محلياً ودولياً. وهذا توجه حكيم ومحفز لجذب الاستثمار في المجال الزراعي، كما يعتبر تجربة رائدة تستحق التعميم في معظم البلدان الراعية في جذب الاستثمارات الزراعية إليها.

٢- القرار رقم (١٨٦) لعام ١٩٨٥[١]:

تخضع المشروعات السياحية للقانون رقم (١٠) لعام ١٩٩١، وذلك فيما يتعلق بمشروعات النقل السياحي وتأجير السيارات، بينما تخضع الفنادق الدولية، والمشروعات الترفيهية (مطاعم، وصالات، وقرى سياحية، ومدن وملاهي، وغيرها) إلى القرار رقم (١٨٦) لعام ١٩٨٥)، وبموجبه تتمتع المشروعات السابقة بالمزايا التالية:

أ. إعفاء كل مستورداتها اللازمة للإنشاء والفرش والتشغيل، والمواد الغذائية والمشروبات بنسبة (٥٠%) من كافة الرسوم والضرائب.

ب. إعفائها من كل الضرائب على الأرباح لمدة سبع سنوات، وبعدها تستفيد من الإعفاء من كل الضرائب على الأرباح المتحققة عليها بموجب أحكام القانون الضريبي العام.

ج. حق استبدال الأثاث، والمفروشات ببدائل مستوردة مع تمتعها بالإعفاء من الرسوم الجمركية، عند استهلاك موجوداتها حسب النسب القانونية المقررة في سورية.

د. إعفائها من التقيد بالتعريفات التي تفرضها وزارة السياحة على المشروعات غير الخاضعة لأحكام القرار رقم (١٨٦) لعام ١٩٨٥.

---

(١) د. مصطفى العبد الله الكفري، فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في الجمهورية العربية السورية، مرجع سابق، ١٦،١٧.

ما يجب ملاحظته هنا هو أن القرار السابق قد ميز بين الفنادق الدولية والمحلية، بحيث أن المزايا، والإعفاءات يستفيد منها الفنادق الدولية فقط، وهذا يعتبر نقصاً تشريعياً يجب تلافيه من وجهة نظرنا، وذلك لتحفيز المستثمر في الفنادق المحلية على توسيع استثماراته، وبالتالي نرى بأنه لابد من إعادة شمول الفنادق المحلية بالإعفاءات، كون الاستثمار رافداً للاقتصاد الوطني سواء كان محلياً أم دولياً. أما بالنسبة لحوافز الاستثمار في مصر فقد أفرد لها المشرع المصري الباب الثالث من القانون، رقم(٨) لعام ١٩٩٧، حيث منح قانون الاستثمار إعفاءات ضريبية من ضريبة الأرباح التجارية والصناعية، وضريبة أرباح شركات الأموال، وأرباح الشركات والمنشآت، وأنصبة الشركاء فيها، وذلك لمدة (٥) سنوات، تبدأ من أول سنة مالية تالية لبداية الإنتاج، أو مزاولة النشاط[١].

والمشرع موفق هنا في هذا الإعفاء، إلا أنه جعل الإعفاء لمدة (١٠) سنوات للشركات والمنشآت، المقامة داخل المناطق الصناعية الجديدة، والمجتمعات العمرانية الجديدة، والمناطق النائية التي تحدد بقرار من رئيس مجلس الوزراء، والمشاريع الممولة عن طريق الصندوق الاجتماعي للتنمية[٢]، وبالتالي نحن نرى ضرورة تعديل هذه المادة خصوصاً ما يتعلق بمدة العشر سنوات، بحيث يتم وضع نسب معينة للمناطق التنموية،ويتم الإعفاء بنسبة (٢٥%) في المنطقة التنموية (أ) مثلاً، و(٥٠%) في المنطقة (ب)، و (٧٥%) في المنطقة (جـ)، وهذا ما ذهب إليه المشرع الأردني في القانون، رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، لتشجيع الاستثمار المادة (٧/أ)، وكذلك القانون السوري في المادة (٣) من

---

[١] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (١٦).

[٢] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (١٦) ولمزيد من التفاصيل أ.د. حسام الدين كامل الأهواني، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل الثالث، مرجع سابق صـ٦٣.

المرسوم التشريعي، رقم(٥١) لعام ٢٠٠٦، للحسم الضريبي الديناميكي، والغريب في الأمر أن المشرع المصري، منح الإعفاءات السابقة لمدة عشرين سنة، للمنشآت خارج الوادي القديم[١]،وهذه مدة طويلة نسبياً، وبالتالي نقترح إنقاصها إلى (١٠) سنوات، للمحافظة على الإيرادات الضريبية للموازنة العامة للدولة. كما تعفى من ضريبة الدمغة ومن رسوم التوثيق والشهر، عقود تأسيس الشركات والمنشآت، وعقود القرض، والرهن المرتبطة بها، وذلك لمدة (٣) سنوات من تاريخ القيد، كما تعفى عقود تسجيل الأراضي اللازمة لإقامة الشركات، والمنشآت من الضريبة والرسوم السابقة[٢]. إضافة إلى إعفاء من الضريبة على أرباح لشركات الأموال، بمبلغ يعادل نسبة من رأس المال المدفوع، تحدد بسعر البنك المركزي المصري للإقراض والخصم، عن سنة المحاسبة، شريطة أن تكون الشركة من شركات المساهمة، وأسهمها مقيدة في إحدى بورصات الأوراق المالية[٣]، فهنا لابد من بيان النسبة للإعفاء بدلاً من وضع نص عام. وتعفى من الضريبة على إيرادات رؤوس الأموال المنقولة، عوائد السندات وصكوك التمويل، وغيرها من الأوراق المالية، التي تصدرها شركات المساهمة، شريطة طرحها في اكتتاب عام، وأن تكون مقيدة في إحدى بورصات الأوراق المالية[١]. وهذه ميزة محفزة للشركات المساهمة على الاستثمار، وتستحق التعميم في التشريعات الاستثمارية. إلا أننا نرى ضرورة تعديل المادة (٢٣) من هذا القانون، والتي تسمح بتحصيل ضريبة جمركية مقدارها (٥%) من القيمة، على ما تستورده الشركات من آلات، ومعدات، وأجهزة لازمة لإنشائها، فهذا عائق أمام الاستثمار، وبالتالي لابد من منح إعفاء

---

[١] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام، ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (١٧).

[٢] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ،١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٢٠).

[٣] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ،١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٢٢).

[١] قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ،١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، المادة (٢٤).

جمركي لهذه الأشياء، وقد أخذ بهذا المبدأ قانون الاستثمار الأردني، رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، في المادة (٦/أ)، وكذلك المادة (٩) من المرسوم التشريعي، رقم (٨) لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار في سورية.

وقد توسع المشرع الأردني كثيراً في دعم الاستثمار لدرجة أنه أجاز الرهن العيني للآلات والمعدات، من الموجودات الثابتة للمشروع، بقصد الحصول على تسهيلات ائتمانية، بضمان تلك الآلات والمعدات، على أن تنظم مؤسسة تشجيع الاستثمار سجلاً صناعياً، تسجل فيه هذه الآلات والمعدات لدى كل مشروع، وفقاً للتعليمات التي يصدرها مجلس الإدارة لهذه الغاية، وتنشر هذه التعليمات في الجريدة الرسمية الأردنية[٢].ولا نجد مثيل لهذا النص في القانون السوري والمصري .وقد تضمن القانون السوري نصاً يقضي بضرورة المحافظة على سرية تفاصيل البيانات، والمعلومات الخاصة، والتي يقدمها المستثمرون بشأن مشاريعهم، بحيث لا يجوز نشرها أو تداولها[٣]، وقد كان المشرع موفقاً في ذلك، وهذا نص نتمنى الأخذ به في تشريعات الاستثمار في الدول النامية لا سيما الأردن ومصر.

المطلب الثالث

التطبيقات العملية للاستثمارات

تعددت الاستثمارات في كلاً من الأردن وسورية ومصر، وبالتالي فهذا يمثل جانب عملي تطبيقي لتشجيع الاستثمار، ولنجاح تلك الدول في اجتذابه، إلا أننا سنركز هنا على تطبيق عملي واحد في كل دولة، وذلك لكثرة الاستثمارات في هذه الدول، وهو ما نبحثه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الاستثمار في سوق عمان المالي:

---

[٢] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم(١٦) لعام ١٩٩٥، وتعديلاته المادة (٣٤).

[٣] المرسوم التشريعي رقم (٨)، لعام ٢٠٠٧، لتشجيع الاستثمار، المادة (١٥).

يعتبر الاستثمار في سوق عمان المالي من أهم الاستثمارات في الأردن، وذلك لكون سوق عمان المالي يعطي الانعكاس الحقيقي لقوة الشركات الاستثمارية في الأردن، ومدى قدرتها على الاستمرار وتحريك عجلة الاقتصاد، ونبحث ذلك من خلال:

أولاً: نشأة سوق عمان المالي:

أنشئ سوق عمان المالي، بموجب القانون المؤقت، رقم (٣١) لعام ١٩٧٦، كمؤسسة عامة، تتمتع بالشخصية الاعتبارية، والاستقلال المالي والإداري، بهدف تنمية المدخرات الوطنية عن طريق الاستثمار في الأوراق المالية، وتوجيه المدخرات لخدمة الاقتصاد الوطني، ولتنظيم ومراقبة إصدار الأوراق المالية، والتعامل بها بطريقة تكفل سلامة، وسهولة وسرعة هذا التعامل[١]. وقد عدل هذا القانون عدة مرات، كما حددت التشريعات المرتبطة بسوق الأوراق المالية، بما في ذلك سوق عمان المالي وقانون الشركات الأردني، الدور المنوط بالسوق القيام به، والمتمثل بالقيام بمهام هيئة الرقابة على سوق الأوراق المالية، وكذلك القيام بدور البورصة التقليدية للأوراق المالية. وقد شهدت السنوات الأخيرة، اهتماماً متزايداً من قبل المستثمرين الأجانب، في الدخول والاستثمار في سوق عمان المالي، باعتباره يمثل فرصة استثمارية جيدة ، وعامل جذب هام لرؤوس الأموال الأجنبية، ومما زاد في اهتمام هؤلاء المستثمرين في السوق المالية الأردنية، اهتمام الدولة بهذه السوق، عن طريق إصدار قانون جديد في منتصف عام ١٩٩٧، للأوراق المالية في الأردن، بهدف إعادة هيكلة وتنظيم

---

(١) د. تيسير عبد الجابر، سوق الأوراق المالية الأردنية والتطورات التي شهدها، المؤتمر السابع لرجال الأعمال والمستثمرين العرب، تشرين أول ١٨-١٩٩٧/٢٠، بيروت، ولمزيد من التفاصيل، مجلة البنوك في الأردن، العدد الثامن، المجلد الثامن عشر ،تشرين الأول- تشرين الثاني، ١٩٩٩، صـ٤٩ إعداد فؤاد محمد محيسن، رئيس دائرة مراقبة ومتابعة الائتمان، البنك العربي الإسلامي الدولي.

سوق عمان المالي، واستكمال البنية التحتية لسوق الأوراق المالية، لمواكبة الأسواق المالية الدولية[١]. كما أن الاستثمار الأجنبي في السوق المالي، يعتبر بديلاً ممتازاً، عن الاستثمار المباشر. وهنا تقتصر هذه الدراسة المختصرة، على استثمارات غير الأردنيين في رؤوس أموال الشركات المساهمة العامة، والمدرجة في سوق عمان المالي، خلال الفترة من (٩٤-٩٨)، وقد ركزت هذه الدراسة على تحليل العلاقة، بين أسعار الأسهم، وحصة المستثمر غير الأردني من القيمة السوقية (market capitalization)، وكذلك دراسة العلاقة بين صافي الأرصدة الأجنبية لدى الجهاز المصرفي، وحصة المستثمرين غير الأردنيين في السوق المالية، وأثر التشريعات الجديدة على حصة الاستثمار الأجنبي[٢].

ثانياً: عوامل جذب المستثمر الأجنبي للسوق المالي:

يمكن وصف سوق عمان المالي بأنها سوق ناشئة[١]، وقبل اندلاع الأزمة المالية في جنوب شرق آسيا، كانت الأسواق المالية الناشئة، مركز جذب للمستثمر الأجنبي نتيجة للتطور الذي حققته هذه الأسواق[٢]، وترجع أسباب سرعة نمو الأسواق المالية الناشئة، وتطورها، واهتمام المستثمرين بها، إلى

---

[١] سوق عمان المالي، التقرير السنوي العشرين، ١٩٩٧.

[٢] مجلة البنوك في الأردن، العدد الثامن، المجلد الثامن عشر، تشرين الأول- تشرين الثاني ١٩٩٩ ص٤٩.

[١] النشرة التحليلية- البنك العربي، أيلول ١٩٩٨، العدد الثالث/ السنة الخامسة عشر.

[٢] مجلة البنوك في الأردن، العدد الثامن، المجلد الثامن عشر، تشرين الأول-تشرين الثاني، ١٩٩٩، ص٥١، ولمزيد من التفاصيل، هشام غرايبة ورتاب خوري، الأسواق المالية في الدول النامية، تطورها وأهميتها.

انخفاض أسعار الفائدة في الدول المتقدمة، وارتفاع نسبة العائد على الاستثمار في الأسواق الناشئة، والذي يعد عاملاً مغرياً لموازنة مخاطر الاستثمار الموجودة في هذه الأسواق . فعامل الجذب للمستثمر الأجنبي في مثل هذه الأسواق، هو رغبة المستثمر الأجنبي، بالتوجه نحو تنويع المحافظ الاستثمارية، منطلقاً من مبدأ تنويع الاستثمارات، وهو مبدأ أساسي في سياسة الاستثمار. فالمستثمر هنا يبحث عن الأسواق التي لا ترتبط بالأسواق العالمية المتقدمة – أي لا تتأثر صعوداً و هبوطاً بها – كما يبحث عن الشركات والقطاعات الاقتصادية، التي تضمن آفاق واسعة للنمو المستقبلي، إضافة إلى البحث عن أسواق سهلة التعامل، من حيث الدخول إليها والانسحاب منها، وكذلك الأسواق التي توفر له المعلومات الدقيقة والسريعة في كل وقت، وهو الأمر الذي يمكنه من الوقوف على الوضع الصحيح لاستثماراته[٣].

ثالثاً: الإجراءات الحكومية لجذب الاستثمار في سوق عمان المالي:

لقد أولت الحكومة الأردنية سوق عمان المالي أهمية قصوى، وذلك بهدف جذب الاستثمار الأجنبي إليه، حيث أصدرت الحكومة خلال عام ١٩٩٧، حزمة من التشريعات الاقتصادية، لتوفير بيئة استثمارية قادرة على جذب الاستثمارات الأجنبية والمحلية، ولتشجيع الانفتاح على الاقتصاد العالمي، فقد صدر القانون الجديد، لهيئة الأوراق المالية، وكذلك صدرت عدة قرارات. أهمها قرار البنك المركزي الأردني بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٩[١]، والذي ألغى جميع القيود على حركة الأموال الأجنبية في الأردن، وكذلك الإرادة الملكية السامية الصادرة

---

[٣] مجلة البنوك في الأردن، العدد الثامن، المجلد الثامن عشر، تشرين الأول–تشرين الثاني ١٩٩٩، ص٥١.

[١] مذكرة البنك المركزي الأردني، للبنوك والمؤسسات المالية، بتاريخ ١٩٩٧/٦/٢٩.

في أيلول ١٩٩٧[٢]، بالموافقة على قرار مجلس الوزراء، بالسماح للمستثمرين الأجانب، بالتملك الكامل للمشاريع في مختلف القطاعات الاقتصادية، باستثناء قطاعات التعدين، وتجارة التجزئة، والإنشاءات والمقاولات، بحيث لا تتجاوز حصة المستثمر غير الأردني (٥٠%) في هذه القطاعات[٣].

رابعاً: الاستثمار الأجنبي في سوق عمان المالي والاستقرار السياسي في الأردن:

ويتمثل هذا الاستثمار بتطوير الاستثمار الأجنبي في سوق عمان المالي، حيث ارتفعت مساهمة المستثمرين غير الأردنيين، في رؤوس أموال الشركات المساهمة العامة، في سوق عمان المالي من (٣١%) عام ١٩٩٤، إلى (٤٣,٩٣%) عام ١٩٩٨، إن الاستقرار السياسي والاجتماعي في الأردن، كان هو السبب الرئيسي، في زيادة حصة المستثمرين غير الأردنيين في رؤوس أموال الشركات المساهمة العامة، حيث أن هذا البلد كان يدرك ويعي، بأن الحماية والشعور بالاستقرار، اللذين يتمتع بهما المستثمر الأجنبي، هما ركنان أساسيان يجب أخذهما بعين الاعتبار عند اتخاذ قرار الاستثمار في الأردن، وأنه بدونهما ستواجه بقية الجهود والحوافز الاقتصادية فشلاً حتمياً. وهذا يتفق مع ما ورد في إحدى الدراسات، التي قام بها (Lee Nehrt) من البنك الدولي عام ١٩٨٨، بعنوان:

((The political climate for private investment))، والتي شملت (٤٠٠) شركة، من (٢١) دولة متقدمة، لدراسة وتبيان العوامل التي تؤخذ بعين الاعتبار، قبل الاستثمار في الأسواق الناشئة، وقد ورد في الدراسة المذكورة أن

---

[٢] التقرير السنوي العشرين، سوق عمان المالي، ١٩٩٧.

[٣] مجلة البنوك في الأردن، العدد الثامن، المجلد الثامن عشر، تشرين الأول-تشرين الثاني ١٩٩٩، ص٥٢.

(٦١%) من المستثمرين الأجانب، يعتبرون أن المخاطرة الناتجة من أسباب سياسية، تلعب دوراً هاماً في قرارات الاستثمار في البلدان النامية[١].

ومما تقدم نجد بأنه، قد زادت مساهمة غير الأردنيين في رؤوس أموال الشركات المساهمة العامة، في سوق عمان المالي. إذا نوصي بضرورة تهيئة المناخ الاستثماري الملائم والجاذب للاستثمار المحلي، والخارجي على حد سواء، وذلك من خلال تعديل التشريعات المتعلقة بالاستثمار، وزيادة الاستقرار الاجتماعي، والسياسي في البلد، من خلال تحقيق الرفاه الاجتماعي، ومما تقدم نجد أن التجربة الأردنية في سوق عمان المالي، هي محفزة للاستثمار، ونتمنى تعميمها على معظم الأسواق المالية في الدول النامية، كما أن الأردن هيئت المناخ الاستثماري الملائم مبدئياً للاستثمارات العربية، والأجنبية مما جعله واحةً خصبة للاستثمار.

الفرع الثاني:الاستثمارات الكورية في مصر في مجال البناء والتشييد:

لقد حظي الاستثمار في مصر بعناية فائقة، ولا أدل على ذلك من تخصيص المشرع المصري، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار ولائحته التنفيذية،[١] لمعالجة ما يتعلق بالاستثمار وتشجيعه، والتجربة المصرية رائدة في مجال الاستثمار، وخصوصا الاستثمارات الأجنبية، في مختلف المجالات، وهنا نبحث

---

[١] مجلة البنوك في الأردن، العدد الثامن، المجلد الثامن عشر، تشرين الأول-تشرين الثاني ١٩٩٩، ص٥٥.

(١) قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، وقد نصت المادة السادسة من قرار رئيس الجمهورية، على سريان هذا القانون من اليوم التالي لتاريخ صدوره في الجريدة الرسمية اعتباراً من تاريخ ١٩٩٧/٥/١١، ولمزيد من التفاصيل يراجع المحامي عادل أمين، قانون وضمانات وحوافز الاستثمار، القانون رقم(٨) لعام ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، مطبعة الانتصار، ١٩٩٧، صـ١٣٤.

التجربة الكورية في مجال البناء والتشييد في مصر، وإزاء الوضع التشريعي الاستثماري، الذي عمد المشرع المصري على تحسينه وتطويره لمواكبة التشريعات الاستثمارية، وإضافة إلى الاستقرار الاقتصادي والسياسي والاجتماعي المصري، فإن كل ذلك كان محفزاً للاستثمارات الأجنبية في مصر، ومنها الاستثمارات الكورية، والتي رأت في مصر سوق مستهلك، إضافة إلى اتخاذ مصر، مقراً للانطلاق إلى الأسواق العربية المجاورة وقربها من أوروبا، وبالتالي فالاستثمارات الكورية متعددة في مصر منها ما يتعلق بالإلكترونيات، ومنها ما يتعلق بصناعة السيارات، وغيرها الكثير، لذا سوف نأخذ هنا إحدى هذه التجارب، وهي التجربة الكورية في مجال البناء والتشييد، حيث يتميز الجانب الكوري في مجال البناء والتشييد، بخبرة في المنطقة العربية، ولما تشهده مصر من تزايد لحركة التشييد، والبناء لمشروعاتها القومية الإنشائية الكبرى، كمشروع إسكان الشباب، ومشروع المستقبل، والمدن الصناعية الجديدة[١].كما سعت كوريا لإقامة العديد من المشروعات في مصر، والتي تركز أغلبها في فترة الثمانينات، وفي فترة بناء قواعد البنية الأساسية وتطويرها في مصر، حيث نشير إلى شركة كورية في مصر تعمل في مجال البناء والتشييد.وهي شركة Daelim industrial company ،وهي من الشركات ذات النشاط المستقر في مصر منذ سنين، حيث قامت ببناء عدد كبير من محطات الكهرباء، أكبرها في منطقة الكريمات بصعيد مصر، وتم إنشاء الشركة في مصر عام ١٩٨٠، ولها سمعة طيبة وعلاقات مالية ممتازة مع عملائها في سوق التشييد المحلي، نظراً لأعمال التشييد التي حققتها في مجال البترول،

---

(١) أ. عبير ياسين، الاستثمارات الكورية في مصر، الفصل الثالث: الاستثمارات الكورية في مجال البناء والتشييد، مركز الدراسات الآسيوية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠، صـ٦٥.

والغاز، ومشروعات الطاقة، وتملك خبرة كبيرة، باعتبار أن شركة (Dealim) قد تأسست في ١٩٣٩/١٠/١٠، كشركة عاملة في مجال التشييد، أي بخبرة تصل إلى ستين عاماً في دولتها، و(٣٩) عام في النشاط الدولي، وهي متحدة مع شركة بتروكيماويات، منذ عام ١٩٨٧، لتجميع وحدات البناء، والبتروكيماويات ،وتعمل هذه الشركة في مصر في مجال بناء محطات الطاقة والفنادق، بإنشائها محطة كهرباء العريش، ومحطة دمياط، وأسيوط، ومحطات شبرا الخيمة ١،٢،٣،٤، ومحطة لتجميع الغاز في رأس بكر، كما قامت بتنفيذ الأعمال المدنية لمحطة كهرباء الكريمات، ومشروع مصفاة نفط خلال عامي ١٩٩٧و١٩٩٨، وأنشأت محطات الكهرباء لحساب هيئة كهرباء مصر بقيمة إنشاءات وصلت (٢١,٦٠٠) مليون دولار لمحطة العريش، و(٩,٢٦٦) مليون دولار لمحطة أسيوط، و(٢٧,٦٥٠) مليون دولار لمحطة دمياط، و(٦٢,٠) مليون دولار لمحطة الكريمات في الفترة من عام ١٩٩٤-١٩٩٧، و(٣١,٠) مليون دولار في محطة شبرا الخيمة[١]. ونفذت مشاريع أخرى لصالح الهيئة المصرية العامة للبترول، كمحطة تجميع الغاز في رأس بكر بقيمة إنشاءات وصلت إلى (١٦) مليون دولار، ومحطة غاز في رأس شقير بقيمة إنشائية وصلت إلى (٩٠) مليون جنيه[٢]. وهذا يوضح حجم الاستثمارات الهائلة لهذه الشركة بما ينعكس بالنفع العام على تنمية الاقتصاد المصري.

مما تقدم نجد بأن القانون المصري، لم يشر إلى تعريف رأس المال، إضافة إلى خلوه من الإشارة إلى كيفية تسوية منازعات الاستثمار، كما انه لم يبين فيما إذا كان من الجائز التأمين والاقتراض للمشرعات الاستثمارية، علما بأنه لم يشر إلى نظام النافذة الواحدة كما فعل المشرع السوري، ومع ذلك فقد وجدنا أن

---

[١] أ . عبير ياسين، الاستثمارات الكورية في مصر ، مرجع سابق ، صـ٧٠.

[٢] المرجع ذاته، صـ٧٠.

المناخ الاستثماري مناسب في مصر، رغم بعض المآخذ على قانون وضمانات وحوافز الاستثمار ولائحته التنفيذية، وهنالك بيئة استثمارية مناسبة في مصر لتشجيع الاستثمار.

الفرع الثالث : فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في سورية:

ونقتصر هنا على الاستثمار الزراعي ، إضافة إلى أهمية دراسة الجدوى للمشاريع الاستثمارية ، لأن فرص الاستثمار كثيرة في سورية، لذلك نقتصر على بحث ما ذكر على النحو الآتي:

أولاً: فرص الاستثمار في القطاع الزراعي[١]:

تعتبر سورية من البلدان الزراعية نظراً لمناخها الذي يساعد على توفر الأراضي الخصبة، وتنوع منتجاتها والتي من أهمها (القطن، والقمح، والخضار، والفواكه، والزيتون، والمنتجات الحيوانية)، وقد ساعد على ذلك وفرة المساحات الواسعة الصالحة للزراعة، والمصادر المتنوعة للمياه وتنوع الأقاليم، وإمكانية الزراعة في جميع الفصول، وتتنوع فرص الاستثمار لتشمل هنا ما يلي:

- إنشاء مزارع للأبقار، ومعامل لصناعة مشتقات الحليب في مختلف المحافظات.
- مشاريع لتربية الأسماك في المياه الإقليمية، أو في البحيرات والسدود الداخلية.
- مشاريع لإنتاج مستلزمات الري الحديث، وأدوات الري المتطورة.
- مشاريع إنتاج الأعلاف النباتية المتكاملة.
- مشاريع حفظ وتبريد، وتعبئة وتغليف الخضار والفواكه.
- مشاريع لإنتاج الزهور، ونباتات الزينة في بيوت الزراعة المحمية.

---

(١) د. مصطفى العبد الله الكفري، فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في الجمهورية العربية السورية، المجلس الأعلى للاستثمار، مكتب الاستثمار، مطبعة رئاسة مجلس الوزراء، ص٥،٦.

– مشاريع تربية الأبقار وتسمين العجول، وإنتاج وتعبئة اللحوم.

وقد نجحت التجربة الاستثمارية الزراعية، حيث استطاع قانون الاستثمار رقم (١٠) لعام١٩٩١، وتعديلاته دعم هذا القطاع من خلال الاستفادة من حفر الآبار وإمكانية تملك المشروع، بالنسبة للمستثمر الأجنبي، وقد بلغ عدد المشاريع الزراعية المشملة خلال الفترة من (١٩٩١ – ٢٠٠٥)، (١٠٨) مشروعاً، منها (٢٨) مشروعاً في عام ٢٠٠٥، محققة نسبة قدرها (٢٥،٩%) من إجمالي المشاريع الزراعية المشملة منذ صدور قانون الاستثمار، توزعت إلى (١٧) مشروعاً لتربية وتسمين المواشي والحيوانات، و(٣٧) مشروعاً للإنتاج الزراعي والري والخدمات الزراعية، يتوقع أن تحدث ما مجموعه (٧٦٤١) فرصة عمل خلال الفترة من (١٩٩١ – ٢٠٠٥) منها (٢٥٥٨) فرصة متوقعة عام ٢٠٠٥، وبتكاليف استثمارية تقدر بـ(٢٦٩٠٧) مليون ليرة سورية، منها (١٣٤٢٥) مليون ليرة سورية في عام ٢٠٠٥، أي نسبة (٤٩،٩%)[١]:

(١) د. مصطفى العبد الله الكفري، تقرير تتبع للمشاريع المشملة وفق أحكام القانون رقم (١٠)، لعام ١٩٩١، وتعديلاته لعام ٢٠٠٥، المجلس الأعلى للاستثمار، مكتب الاستثمار، مطبعة رئاسة مجلس الوزراء، ٢٠٠٦، ص١٦،١٧.

ثانياً: التجربة السورية في مجال الاستثمار من خلال عمل دراسات مبدئية لبعض المشاريع المتاحة:

وضعت الحكومة السورية دراسات مبدئية لبعض المشاريع لإتاحة الفرصة أمام المستثمرين العرب، والأجانب بغية تشجيعهم على الاستثمار فيها، وإعفائهم من نفقات إجراء الدراسات لبيان تكلفة المشاريع، ونورد أهمها على النحو الآتي:

١- مشروع استثماري تجاري وخدمي في محطة القدم بدمشق[٢]:

والدراسة المبدئية تشير إلى التركيز على العقار في هذا المشروع، والذي يتضمن:

أ. غاية المشروع:

إشادة أبنية تجارية وخدمية متطورة، وإحياء المحطة الأثرية وتحسينها، وتأمين فرص استثمارية، وتوفير فرص عمل بما يخفف الضغط عن مركز المدينة.

ب. موقع المشروع: على جزء من أرض محطة القدم الجارية بملكية المؤسسة العامة للخط الحديدي الحجازي، ومساحته (٤٠٠٠٠)م٢.

ج. طريقة الاستثمار المطروحة باستدراج عروض وفق نظام الـ B.O.T، وتؤول جميع المنشآت، والتجهيزات لملكية المؤسسة بعد انتهاء مدة الاستثمار، والتي تبلغ ٢٥ سنة، ومدة إنجاز المشروع لا تزيد عن (٣٦) شهراً.

---

(٢) د. مصطفى العبد الله الكفري، فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في الجمهورية العربية السورية، مرجع سابق، ص٢٣.

٢- مشروع مرفأ المواد المسببة للتلوث (المواد غير النظيفة)[١]:

وعناصر هذا المشروع تتضمن:

أ. موقعه: قرية الخربة على بعد (٤) كم من الحدود اللبنانية وبالقرب من نهر الكبير الجنوبي، حيث طريق طرطوس لبنان، ويحد المنطقة المختارة من جهة الشرق.

ب. هدفه: إبعاد المواد غير النظيفة (كالفوسفات – الكلينكر – الفحم – فلزات الحديد ...إلخ) عن المناطق المأهولة بالسكان، والمزروعات، وجذب حركة السلع والبضائع المحلية، والترانزيت للمرور عبره.

ج. مساحته:حوالي (٥٠) هكتار على طول (١٢٠٠) متر، وتقدر مساحة التخزين بحوالي (١٠) آلاف م^{٢}.

د. طريقة الاستثمار: باستخدام نظام الـ B.O.T.مما تقدم نجد بأن التجربة الاستثمارية السورية رائدة جداً، حيث أولت الحكومة كل الاهتمام بعمل الدراسات الأولية للمجالات الاستثمارية السابقة، مما يعتبر عامل محفز للاستثمار في سوريا،فحبذا لو أخذ بهذا في الأردن، إضافةً إلى أن الدستور السوري يكفل الملكية الفردية ويحميها، كما أن هنالك مؤسسات وطنية وإقليمية في سورية، كالمؤسسة السورية للضمان، والمؤسسة العربية لضمان الاستثمار (IAIGC)، تضمن الاستثمارات ضد كافة المخاطر، حيث أن المؤسسة السورية للضمان، وهي شركة حكومية تغطي كافة المخاطر والتزاماتها مكفولة من قبل الحكومة السورية، ومما تقدم نجد أن سورية واحة خصبة للاستثمار في مختلف القطاعات، واتخاذ الحكومة السورية العديد من الخطوات للاندماج في الاقتصاد العالمي، ومنها إصدار المرسوم التشريعي رقم (٨) لتشجيع الاستثمار لعام

---

(١) د. مصطفى العبد الله الكفري، فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في الجمهورية العربية السورية، مرجع سابق، ص٢٤.

٢٠٠٧، وتقديم طلب للانضمام إلى منظمة التجارة العالمية، وإحداث وتجهيز ثلاث مدن صناعية في ريف دمشق، وحمص، وحلب، والترخيص بإحداث المصارف الخاصة، وإلغاء المحاكم الاقتصادية، وتوقيع اتفاقية شراكة أوروبية، إذاً مما تقدم وجدنا في هذا الفصل أن جذب الاستثمارات يحتاج إلى تهيئة المناخ الاستثماري السليم، بجميع مقوماته التشريعية، والاقتصادية، والسياسية والاجتماعية، وتسهيل انتقال رؤوس الأموال، وعندما قصرنا المقارنة على القانون الأردني ونظيره المصري والسوري، وجدنا أن كلاً من هذه القوانين يتضمن حوافز ومزايا وضمانات للاستثمار، إلا أن هنالك درجات متفاوته بين هذه التشريعات، والتي أشرنا لها في مواضعها، ومع ذلك فإن هذا لا ينفي عدم تقارب هذه التشريعات، وتشابهها في الغالب الأعم من المزايا والحوافز.

الفصل الثاني

الشرط العضوي (المستثمر كطرف في العقد)

تسعى معظم دول العالم إلى التقدم وتحقيق النمو الاقتصادي، وهذا يتطلب مجموعة من العوامل الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والقانونية[١]. وفي مقدمة هذه العوامل يأتي بصفة عامة رأس المال، والخبرة الفنية والعلمية، وهذه قد لا تتوافر في معظم الدول الأمر الذي يجبر على دخول واستقطاب الاستثمار الأجنبي، وكما نعلم أن العالم يقسم إلى دول متقدمة تملك راس المال، والخبرة الفنية والعلمية، والآخر نامٍ يحتاج إلى هذين العنصرين. وبالتالي تنشأ علاقة بين هذين القسمين فالدول المتقدمة بحاجة لأسواق تستثمر الفائض من رؤوس أموالها فيها، إضافة إلى حاجة الدول النامية لعناصر الاستثمار، كما تبدو الحاجة ملحة لبحث دور جنسية المتعاقد الأجنبية، وإمكان تغيير تكييف العقد من خلال بيان المعيار العضوي والمعيار الموضوعي، وهل العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي يخضع للتكييف القانوني للقانون الإداري، أم للقانون الدولي؟ إضافة إلى أن جنسية المتعاقد الأجنبية لها دور في فرض بعض الشروط، كشرط التحكيم، وشرط ثبات العقد، وشرط خضوع العقد للقانون الخاص، ونبحث ما ذكر في ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول

---

[١] محمد لبيب شقير، مفهوم التنمية العربية ومتطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر (الكويت: صندوق النقد العربي، ١٩٨١)، ص٧، ولمزيد من التفاصيل د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق ،ص٣٩.

مفهوم الاستثمار ودوره في التنمية

إن دراسة الاستثمار تتطلب منا بيان مفهوم المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي، ليتسنى لنا بيان دور الاستثمار الأجنبي في التنمية، كونه العنصر المهم لدى معظم الدول النامية، والراغبة في تحقيق تنمية شاملة ومستدامة، وبالتالي تحقيق استقرار اقتصادي، وما يتبعه من رفاه اجتماعي، وإشباع للحاجات العامة، ونبحث ما ذكر على النحو الآتي:

المطلب الأول

المستثمر

المستثمر هو عنصر هام في العملية الاستثمارية، وله دوراً فعالاً ولا وجود للاستثمار بدونه، وقد يكون هذا المستثمر وطنياً أو أجنبياً. وبالتالي فإن معظم التشريعات المقارنة قامت بتعريفه، وهو ما نبحثه هنا.

الفرع الأول: المستثمر الوطني:

تعددت التعريفات القانونية التي وضعت لبيان مفهوم المستثمر، فمنها من يرى بأن المستثمر هو: «الشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يستثمر في المملكة وفق أحكام هذا القانون»[١]. يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يميز بين المستثمر الوطني والأجنبي، وإنما جاء النص بشكل عام.

بينما في تشريعات أخرى ترى بأن المستثمر هو: «الشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يستثمر في سورية وفقاً لأحكام هذا المرسوم التشريعي»[٢]. كذلك هنا لم يميز المشرع السوري بين المستثمر الوطني والمستثمر الأجنبي،

الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي:

---

[١] قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى، رقم، (١٦) لعام ١٩٩٥ وتعديلاته، المادة (٢) وكذلك قانون الاستثمار الأردني المؤقت، رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣ المادة (٢).

[٢] المرسوم التشريعي، رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سوريا ، لعام ٢٠٠٧، المادة (١/ هـ).

لكي نعرف المستثمر الأجنبي لا بد لنا من بيان مفهوم الاستثمار الأجنبي، وعوامل تطوره، وذلك على النحو التالي:

أولاً: المفهوم القانوني للاستثمار الأجنبي:

١- عرفت اللجنة المشكلة من قبل اتحاد القانون الدولي الاستثمار الأجنبي بأنه: «تحركات رؤوس الأموال من البلد المستثمر نحو البلد المستفيد بغير تنظيم مباشر»[١].

٢- تعريف الاستثمار الأجنبي في التشريعات الوطنية: فقد عرف المشرع الأردني الاستثمار الأجنبي من خلال تعريف رأس المال حيث قرر بأنه: «تعني عبارة رأس المال الأجنبي المستثمر لأغراض هذا القانون ما يستثمره غير الأردني من أموال نقدية، أو عينية، أو حقوق لها قيمة مالية في المملكة بما في ذلك ما يلي:

أ- النقد المحول إلى الأردن عن طريق البنوك، والشركات المالية المرخصة للمستثمر لغايات هذا القانون.

ب- الموجودات العينية المستوردة مدفوعة التكاليف من خارج المملكة.

جـ- الأرباح، والعوائد، والاحتياطيات الناجمة عن استثمار رأسمال أجنبي في المشروع إذا تم زيادة رأسمال هذا المشروع، أو إذا استثمرت في مشروع منصوص عليه في هذا القانون.

د- الحقوق المعنوية كالتراخيص، وبراءات الاختراع، والعلامات، والأسماء التجارية المسجلة في المملكة»[٢].

---

[١] د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٥٠.

[٢] قانون تشجيع الاستثمار الأردني، رقم (١٦) لعام ١٩٩٥ المادة (٥).

وفي سوريا نجد أن المشرع يأخذ بالطريقة التفصيلية في إيراد الأموال المستثمرة، كما فعل نظيره الأردني، حيث بين بأن: «استثمار المال الخارجي، أو الأجنبي يشمل ما يلي:

أ- النقد الأجنبي المحول من الخارج من قبل مواطنين سوريين، أو عرب، أو أجانب عن طريق أحد المصارف في الجمهورية العربية السورية، أو بإحدى الطرق التي يوافق عليها مكتب الاستثمار.

ب- الآلات والآليات والتجهيزات والمعدات، وسيارات العمل، والباصات والميكروباصات، والمواد اللازمة لإقامة المشاريع الاستثمارية وفقاً لأحكام هذا القانون، أو توسيعها، أو تجديدها، أو تطويرها، وكذلك المواد اللازمة لتشغيلها والمستوردة من الخارج.

جـ- الأرباح والعوائد، والاحتياطيات الناجمة عن استثمار الأموال الخارجية في المشاريع الاستثمارية إذا زيد بها رأسمال هذه المشاريع، أو إذا استثمرت في مشاريع أخرى موافق عليها وفق أحكام هذا القانون.

د- الحقوق المعنوية التي تستخدم في المشروعات، وذلك كبراءات الاختراع، والعلامات التجارية المسجلة في دولة من دول الاتحاد الدولي للملكية الصناعية، أو وفقاً لقواعد التسجيل الدولية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية المعقودة في هذا الشأن»[1]. أما مرسوم رقم (٨) فقد عرف المال الخارجي في الفقرة (ج) من مادته الأولى بأنه: «المال الوارد أصولاً من الخارج من قبل مواطنين سوريين، أو عرب، أو أجانب».بتحليل مواقف التشريعات السابقة نجد بأن إيراد رأس المال الأجنبي قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، كما فعل المشرع السوري والأردني، لأن إيراد الأموال المستثمرة بطريقة تفصيلية يعيبه

---

[1] القانون الملغى رقم (١٠) لعام ١٩٩١ لتشجيع الاستثمار في سوريا والتعديلات الطارئة عليه بموجب المرسوم التشريعي رقم (٧) تاريخ ٢٠٠٠/٥/١٣ وتعليماته التنفيذية المادة (٢٣).

التطور الاقتصادي والتقدم العلمي، من خلال إدخاله طوائف أخرى من الأموال غير تلك الواردة في التشريع في إقامة الاستثمار، أو تشغيله، إضافة إلى أن المشرع يبقى عاجزاً عن الإحاطة بصور، وأنواع الأموال المستثمرة كافة مهما كانت درجة فطنته، ومن خلال العرض الموجز لموقف التشريع المقارن يمكن إبراز الملاحظات التالية:

* معظم تشريعات الاستثمار الوطنية لا تعطي تأصيلاً قانونياً لعملية الاستثمار، حيث أن معظمها تتفق بدرجة، أو بأخرى على اعتبار ما يأتي مالاً مستثمراً، يسري عليه قانون الاستثمار:

– الأموال النقدية، وتشمل النقد الأجنبي المحول من الخارج لتنفيذ أحد المشروعات الاستثمارية، أو للاكتتاب في الأوراق المالية (كالأسهم والسندات).

– الأموال العينية، كالمعدات والآلات، والمواد الأولية المستوردة وغيرها، واللازمة لإقامة الاستثمار والتوسع فيه.

– العوائد القابلة للتحويل إلى الخارج، وذلك في حالة ما إذا أعيد استثمارها في الدولة المستقطبة لرأس المال.

– الحقوق المعنوية، وتشمل براءات الاختراع، والعلامات التجارية المعترف بها دولياً، والمملوكة لشخص أجنبي، أو عربي متى كانت لازمة للاستثمار المراد إنشاؤه.

* الاتجاه السابق للتشريعات يخلط بين مصطلح (المال المستثمر)، و(الاستثمار) الأمر الذي يجب فيه عدم الخلط خصوصاً في نطاق قوانين الاستثمار، وذلك لتحديد الضمانات القانونية، والمزايا الاقتصادية التي يتمتع بها المشروع الاستثماري. فقد ينص القانون على منح المشروع الاستثماري العربي بعض المزايا، والضمانات بهدف تشجيعه، حتى ولو تضمنت مشاركة أموال

أجنبية في رأسماله. طالما أنه يخضع لسيطرة عربية على إدارته وتوجيهه، فهنا يكون الاستثمار عربياً رغم مشاركة رأس المال الأجنبي[١].

* الاستثمار له أنواع والاتجاه السابق يجمع بين أنواع الاستثمار بطريقة لا تسمح بالتفرقة بينهما، وخصوصاً في حالة المعاملة التفضيلية لبعض أنواع الاستثمار.

* إن هذا التعداد لطوائف المال المستثمر والذي لا يشمل كل عناصر المال، لا يحقق أية فائدة ملموسة، علاوة على أنه يخلق عقبات في طريق الاستثمار الذي قد تقتضي عملية تنفيذه تدخل أموالاً أخرى غير تلك الواردة في القانون[٢].

* التعداد الحصري للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكام التشريع، لا ينسجم مع المرونة المطلوب توافرها في المال المستثمر لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، وبالتالي كان من الأجدر بالتشريعات أن تنص على أن المال المستثمر يشمل مختلف الأصول (المادية والمعنوية) المحولة من الخارج لأغراض الاستثمار التي يحددها، وبالتالي تتلافى الغموض.

٣- تعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية: إن المشرع الدولي يسير على نفس النهج الذي سارت عليه التشريعات الاستثمارية، ويعرف الاستثمار من خلال الاستعانة بمفهوم (المال المستثمر)، حيث أورد بيان تفصيلي بالأموال المستثمرة الخاضعة لأحكام الاتفاقية الدولية، ومثال ذلك اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار التي أعدها البنك الدولي، إذ تقرر بأن الاستثمار الدولي يشمل حقوق الملكية والقروض المتوسطة، أو الطويلة الأجل

---

[١] د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٥٢، ٥٣.

[٢] المرجع ذاته، ص٥٣.

التي يقدمها، أو يضمنها المشاركون في ملكية المشروع المعني، إضافة إلى صور الاستثمار المباشر المختلفة[١]. بينما تنص اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار على أن مصطلح الاستثمار[٢]، يشمل الاستثمارات المباشرة، كالمشروعات، وفروعها ووكالاتها وملكية الحصص والعقارات، كما يشمل الاستثمارات غير المباشرة، كالاكتتاب في الأسهم والسندات والقروض التي يزيد أجلها على ثلاثة سنوات، ويؤخذ على هذا التعريف أنه ركز على عناصر الاستثمار بشكل أكثر من تعرضه لمفهومه، إلا أنه بالمقابل نجد هنالك بعض الاتفاقيات الدولية التي تعتمد تعريفاً للاستثمار الأجنبي، يقوم على أساس وضع معيار عام للأموال المستثمرة الخاضعة لأحكامها القانونية، كالتعريف القائل بأنه: «كل أنواع الأصول المرتبطة بالأنشطة الاقتصادية، والتي تحاز بغرض إقامة علاقات اقتصادية دائمة بين مستثمر ومنشأة»[٣].ونحن مع هذا التعريف للاتفاقية الأخيرة، على أساس أنها لم تحدد الأموال المستثمرة على سبيل الحصر، الأمر الذي يفتح المجال لإضافة طائفة من الأموال الخاضعة لأحكامها متى انطبق عليها المعيار العام للمال المستثمر الوارد في التشريع، وبذلك يجعل نوع من المرونة لمواكبة التقدم الاقتصادي والمعرفي .وباستعراض المفاهيم المتقدمة نجدها تنطوي على الخلط بين مصطلحي المال المستثمر، والاستثمار، ولا تعطي تعريفاً محدداً لكل منهما، وبالتالي نجد أن الاتجاه الأفضل لتعريف الاستثمار الأجنبي في الاتفاقيات الدولية، هو الاتجاه الذي اتبعته الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة

---

[١] اتفاقية، إنشاء الوكالة الدولية، لضمان الاستثمار، المادة (١٢/أ).

[٢] اتفاقية، المؤسسة العربية، لضمان الاستثمار الموقعة، في، ١٩٧١/٥/٢٧، المادة (١/١٥).

[٣] اتفاق الاستثمار الثنائي، المعقود بين الدنمارك وليتوانيا، والمنشور في تقرير لجنة الاستثمار والتكنولوجيا والقضايا المالية، التابعة للأمم المتحدة في، ٢٤-٢٦ آذار ١٩٩٩، ص١٢، المادة (١/١).

١٩٨٠. حيث عرفت رأس المال العربي بأنه: «**المال الذي يملكه المواطن العربي، ويشمل كل ما يمكن تقويمه بالنقد من حقوق مادية ومعنوية**»[١]، كما أنها عرفت الاستثمار العربي بأنه: «**استخدام رأس المال العربي في إحدى مجالات التنمية الاقتصادية بهدف تحقيق عائد في إقليم دولة طرف غير دولة جنسية المستثمر**»[٢].

٤- **التعريف المقترح للاستثمار الأجنبي:** إن إعطاء تعريف شامل للاستثمار الأجنبي يتطلب بيان جميع عناصر الاستثمار، والمتمثلة بالعناصر التالية:

العنصر الأول: مصدر رأس المال:

أي يجب أن يكون رأس المال النقدي، أو العيني ذا أصل غير وطني، وارداً بالطرق القانونية سواء كان وافداً من دولة عربية أو أجنبية، ويؤدي إلى زيادة الطاقة الإنتاجية للدولة، ومنسجماً مع خطط التنمية الاقتصادية، والاجتماعية فيها[٣].

العنصر الثاني: أن يكون رأس المال المستثمر مملوكاً لشخص طبيعي عربي، أو أجنبي، أو لشخص معنوي (قانوني) تكون ملكية أغلبية رأسماله لأشخاص يتمتعون بجنسية عربية أو أجنبية، وهذا عنصر هام في تحديد هوية

---

[١] الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، لعام ١٩٨٠ المادة (٥/١).

[٢] الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، لعام ١٩٨٠ المادة (٦/١).

[٣] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٥٦، وهذا ما تنص عليه معظم التشريعات الاستثمارية المقارنة، كالمادة (٤) من قانون تشجيع الاستثمار رقم (١٠) لعام ١٩٩١الملغى في سوريا، وذلك بنصها: «يراعي في الموافقة على المشاريع أن تكون منسجمة مع أهداف الخطة الإنمائية للدولة» ويقضي قانون الاستثمار رقم (٢٢) لعام ١٩٩١ في اليمن في المادة (١) بأنه: «يهدف هذا القانون إلى تشجيع وتنظيم استثمار رؤوس الأموال اليمنية والعربية والأجنبية الخاضعة لأحكام هذا القانون في إطار السياسة العامة للدولة، وأهداف وأولويات الخطة الوطنية للتنمية الاقتصادية والاجتماعية».

الاستثمار[١]، وما إذا كان استثماراً وطنياً، أو أجنبياً أو عربياً، حيث أن تحديد جنسية المستثمر ومدى سيطرته على إدارة المشروع وتوجيهه، يقضي بالضرورة إلى تحديد هوية الاستثمار. وبالتالي فالاستثمار يكون ذا هوية أجنبية (غير وطني) إذا قام به شخص طبيعي (عربي أو أجنبي)، أو شخص معنوي يملك العرب، أو الأجانب غالبية رأسماله ويسيطرون على إدارته، بينما هنالك بعضاً من قوانين الاستثمار الأجنبية، كقانون الاستثمار الفرنسي لا تنظر إلى جنسية المستثمر (المالك) لتحديد هذا العنصر، وإنما تنظر إلى محل إقامته، فيتم تحديد ما إذا كان الاستثمار أجنبياً بالنظر إلى محل إقامة المستثمر إذا كان شخصاً طبيعياً، أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصاً قانونياً (معنوياً)، وبالتالي إذا كان واقعاً خارج حدود الدولة التي يجري الاستثمار فيها، أو خارج المنطقة النقدية، كأن يقع خارج نطاق السوق الأوروبية المشتركة اعتبر الاستثمار لشخص غير مقيم، حتى ولو كان هذا الشخص يتمتع بجنسية الدولة التي يتم فيها الاستثمار[٢].

---

[١] ولابد من التمييز بين جنسية الاستثمار أو جنسية الشركة التي تقوم بالاستثمار، وبين هوية الاستثمار التي تعني التبعية الفعلية لهذا الاستثمار. فقد تثبت جنسية الدولة للشركة التي تقوم بالاستثمار فيها، ومع ذلك لا تكون من الناحية الواقعية تلك الشركة تابعة لها إذا كانت خاضعة للسيطرة الفعلية للأجانب، إضافة إلى أن المال المستثمر لا يصح أن يكتسب من الناحية القانونية جنسية دولة معينة ما لم يدخل في إطار شخص قانوني (كالشركة)، وبالتالي إذا أردنا وصف هذا المال بأنه وطني أو عربي أو أجنبي فإن ذلك يتم من خلال ما يسمى بـ (التبعية الفعلية للاستثمار)، أحمد السعيد شرف الدين، المرشد إلى إعداد تشريع الاستثمار، د.م، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٨١، ص٧٢، ٧٣.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص٥٧.

العنصر الثالث: الحق في إعادة تصدير رأس المال وتحويل عوائده إلى الخارج:

فيثبت للمستثمر الحق السابق عند تصفية الاستثمار، أو التصرف فيه[١]، طالما أن رأس المال المستثمر هو وافد من خارج الدولة. فعند نهاية النشاط التجاري الذي استثمر من أجله لابد من إعطاء الحق بأخذ رأس المال، لأنه طيلة مدة الاستثمار تكون البلد قد استفادت من عوائد الاستثمار، كتشغيل الأيدي العاملة ودعم النقد الوطني. ومن خلال بيان العناصر السابقة للاستثمار الأجنبي يمكن لنا تعريفه بأنه: «**رأسمال نقدي أو عيني، مادي أو معنوي . كالمعرفة الفنية والتكنولوجيا الصناعية . وافد من الخارج يعود لأفراد أو مؤسسات عربية أو أجنبية، يساهم في النشاط التجاري، أو الاقتصادي في بلد معين، بهدف الحصول على عوائد مجزية، ويكون لصاحبه الحق في إعادة تصديره إلى الخارج عند نهاية مدته، ويتم تنظيمه من خلال تشريع، أو عقد، أو اتفاقية تحدد حقوق وواجبات كل من طرفي الاستثمار**».

الفرع الثالث: الشكل القانوني للاستثمار التجاري الأجنبي:

ويقصد بذلك الصيغة التي يتم بموجبها الاستثمار، وقد ميز الفقه القانوني وكذلك الفكر الاقتصادي بين صيغ متعددة للاستثمار وهي:

أولاً: الاستثمار التجاري الأجنبي من حيث المدة:

ويقسم إلى استثمارات قصيرة الأجل تعقد لمدة سنة فأقل، وأخرى طويلة الأجل تزيد مدتها على سنة[٢]. والاستثمار قصير الأجل هو ذلك النوع من الاستثمار

---

[١] د. أحمد السعيد شرف الدين، المرشد إلى إعداد دليل الاستثمار، مرجع سابق، ص٣٠.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٦٠، ولمزيد من التفاصيل، د.محمد شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١، ص١٩٨، وأيضاً د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في التنمية

الذي تنظم فيه الحقوق والالتزامات لأطرافه لمدة سنة، أو هو استثمار يتم إبرامه على أن يكون تحت الطلب، وغالباً ما يتعلق بانتقال سلع وخدمات بين أطرافه، أما الاستثمار طويل الأجل فإنه يتجسد بالقروض التي تزيد مدتها على سنة وتنصب على أصول ثابتة، كإقامة فروع لمشروعات أجنبية داخل الدولة المقترضة[١]. ويختلف الاستثمار القصير عن الاستثمار طويل الأجل من حيث:

١- من حيث الدور الاقتصادي، حيث تستخدم الاستثمارات الطويلة الأجل لإنشاء، أو تمويل مشروعات إنتاجية في الدولة التي تنتقل إليها، مما يؤدي إلى تنمية الاقتصاد الوطني لتلك الدولة، وعل العكس من ذلك الاستثمارات قصيرة الأجل. فقد يكون الغرض من إرسال رأس المال الأجنبي لمدة قصيرة تفادي بعض المخاطر التي تحيط به في موطنه الأصلي، كخطر الضرائب الباهظة أو المصادرة، وقد اتخذت حركة رؤوس الأموال غير الوطنية هذا الشكل في فترة ما بين الحربين العالميتين، وعرفت بحركات رؤوس الأموال (المروعة)، أو حركات النقد الساخنة[٢]. وبالتالي لا تكون الاستثمارات طويلة الأجل أولى بالرعاية من الاستثمارات قصيرة الأجل.

٢- من حيث درجة السيولة النقدية، فالاستثمارات القصيرة الأجل يمكن تحويلها إلى مقابل نقدي بفترة قصيرة نسبياً، وعلى العكس من ذلك الاستثمارات الطويلة

الاقتصادية المختلفة مع دارسة خاصة بإقليم مصر، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٠، ص٨٠.

[١] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٦٠.

[٢] د.محمد شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١، ص١٩٩ ولمزيد من التفاصيل د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٦٠، ٦١.

الأجل، والتي لا يمكن التصرف فيها وتحويلها إلى قيمة نقدية إلا بعد فترة طويلة[١].

ثانياً: الاستثمار التجاري الأجنبي من حيث طبيعته:

جرى العرف الدولي على تقسيم الاستثمار الأجنبي من حيث طبيعته إلى استثمار مباشر واستثمار غير مباشر. بينما قوانين الاستثمار المقارنة لا تضع حداً فاصلاً بين الاستثمار المباشر والاستثمار غير المباشر، حيث تضع نصاً واحداً لكلا الصورتين، فتذكر المال المستثمر، كالنقد الأجنبي، والذي يمكن أن يكون محلاً لكل من الصورتين السابقتين[٢]. ونرى بأنه يقع عبء على عاتق المشرع الوطني في تحديد كل نوع من أنواع الاستثمار، وذلك لما له من أهمية في تحقيق التنمية الاقتصادية.

المطلب الثاني

دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية

الاستثمار الأجنبي يضطلع بدوراً فعّالاً في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية، والدول المتقدمة في آن واحد. وهذا يتطلب بحث مفهوم التنمية الاقتصادية، ومن ثم تحديد دوره ونبحث ما ذكر على النحو الآتي:

---

[١] د.محمد شقير، المرجع ذاته، ص١٩٩، ٢٠٠.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٦١، وهذا الاتجاه يلاحظ في قانون الاستثمار رقم (٢٢) لسنة ١٩٩١ في اليمن والذي يقضي في المادة (٢/ فقرة ١٧) بأن المال المستثمر يشمل: «النقد الأجنبي الحر بقصد الاستثمار في إنشاء المشروعات أو التوسع فيها، أو تطويرها وكذلك السندات المالية القابلة للتحويل إلى عملة أخرى والمحولة إلى الجمهورية اليمنية من شخص أو أشخاص عرب أو أجانب لتنظف في المشروع».

الفرع الأول: مفهوم التنمية الاقتصادية:

التنمية الاقتصادية، تعني زيادة الطاقة الإنتاجية الأمر الذي يترتب عليه زيادة الدخل القومي ومتوسط الدخل الفردي، وذلك من خلال الارتقاء بالإنتاج وعناصره[١]. والتنمية تتطلب تحطيم التخلف الاقتصادي، وفي الفكر الاقتصادي هنالك نظريتين:

أولاً: النظرية التقليدية:

ترى هذه النظرية أن ظاهرة التخلف هي ظاهرة اقتصادية بحتة، وبالتالي فالقضاء عليها يتم من خلال التركيز على العوامل الاقتصادية فقط على افتراض ثبات واستقرار العوامل الأخرى، سياسية كانت، أو اجتماعية أو قانونية[٢]. وهي منتقدة لعدة اعتبارات أهمها تركيزها على العامل الاقتصادي وإغفال العوامل الأخرى في التنمية، كالجوانب السياسية والاجتماعية والقانونية، وإذا كانت تصلح في ظل ظروف القرن الثامن عشر، وهو عصر الثورة الصناعية فإنها لا تصلح في الوقت الحاضر.بيد أن مثل هذا التصور لا يتسم بالواقعية ولا سيما في الدول النامية، بحيث لا يمكن ثبات واستقرار العوامل غير الاقتصادية مهما كانت الظروف[٣]. ونحن نرى بأن العوامل الاقتصادية غير

---

[١] د. محمد شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، مرجع سابق، ص١١٤، ولمزيد من التفاصيل د. ناجي البصامي، إدارة التنمية في العراق ومصر، دراسة نظرية وأهم القضايا التطبيقية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٥، ص١٨.

[٢] حسن عبد الله بدر، دور الاستثمار في التنمية الاقتصادية في العراق ١٩٥٣-١٩٦٩، رسالة ماجستير، كلية الإدارة والاقتصاد جامعة بغداد ١٩٧٤، ص٩، ولمزيد من التفاصيلً فؤاد مرسي محاولة لتحديد المفهوم المادي للتنمية الاقتصادية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الثاني للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ٢٤-٢٦ آذار ١٩٧٧، ص٣٨ وما بعدها.

[٣] د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في التنمية الاقتصادية المختلفة، مرجع سابق، ص٢٢، ٢٤، ولمزيد من التفاصيل، إبراهيم حلمي عبد الرحمن، أنماط السلوك

كافية لوحدها لتحقيق النمو، بل لابد لتداخل عوامل أخرى سياسية وقانونية واجتماعية معها، وذلك لكون التخلف لا يمثل حالة اقتصادية فحسب، بل هو مزيج متشابك من الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فكل إشكالية موجودة في كل جانب من هذه الجوانب تتفاعل وترتبط مع الإشكاليات الموجودة في الجوانب الأخرى وتتفاعل معها، ومما يدعم هذا التصور أن بعض الفقه يذهب إلى وصف النظرية التقليدية، بأنها نظرية ذات اتجاه جزئي، وذلك بسبب نظرتها الضيقة لظاهرة التخلف والنمو، وإهمالها لباقي العوامل غير الاقتصادية[١]. كما أن هذه النظرية تعتمد على وجود فجوة بين الدول المتقدمة، والدول المتخلفة اقتصادياً، وذلك لتفسير التخلف، وهي تتمثل في اختلاف العوامل والمتغيرات الاقتصادية في كل منهما، كمعدل نمو الدخل القومي، ومعدل تزايد السكان، وحجم الاستثمارات، وحجم الادخار، وأنواع التكنولوجيا المتقدمة وغيرها، وهو الأمر الذي يعني ارتفاع حجم هذه المعدلات في الدول المتقدمة عنها في الدول المتخلفة[٢]. ونحن من جانبنا نرى بأن هذه النظرية لا تقدم تفسير منطقي لمشكلة التخلف، بل تعدد مظاهر تلك المشكلة، إضافة إلى أنها اعتبرت أن تجربة الدول الغربية المتقدمة، هي تجربة نموذجية وطبقاً لها تتحدد المؤشرات الدالة على التقدم أو التخلف، وهذه الفكرة لا يمكن التسليم بها، لأن الظروف التاريخية والاقتصادية، والاجتماعية التي مرت بها عملية التنمية في الدول الصناعية منذ نهاية القرن الثامن عشر، من الصعب تكرارها في الوقت الحاضر، لاختلاف المعطيات، ومن هنا نرى بأنه من الصعب النجاح في تطبيق هذه

الاجتماعي وعلاقتها باستراتيجيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الثاني للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ٢٤-٢٦ آذار، ١٩٧٧، ص١٤-١٦.

[١] د. محمد لبيب شقير، مفهوم التنمية العربية ومتطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر، الكويت، صندوق النقد العربي، ١٩٨١، ص٨، ٩.

[٢] المرجع ذاته، ص٤.

النظرية بمفهومها الغربي على الدول المتخلفة أو النامية، وإزاء هذا النقد لهذه النظرية لابد لنا من بحث النظرية الحديثة .

ثانياً: النظرية الحديثة:

من وجهة نظر هذه النظرية فإن التنمية الاقتصادية تخرج عن الحدود المادية للتحليل الاقتصادي، وبالتالي لا بد من بحث جميع العوامل ذات الأثر في بحث النمو الاقتصادي[١]. فالنظرية التقليدية تركز على العامل الاقتصادي، والمتمثل في ندرة رأس المال إلا أن هذا لا يكفي، لذلك حاولت النظرية الحديثة الأخذ بعين الاعتبار العوامل القانونية والسياسية، والاجتماعية في نظر الاعتبار لإحداث التنمية الاقتصادية، ولما تقدم نحن نؤيد النظرية الفكرية الحديثة.لأن هذه النظرية تفترض أن اتجاه النظرية التقليدية ضيق بالرغم من أنها تساهم إلى حد كبير في فهم عملية التنمية، كونها ركزت على العوامل الاقتصادية ذات الأهمية البالغة في النمو الاقتصادي، وكما رأينا بأن هذه العوامل غير كافية لتفسير الظاهرة الاجتماعية المعقدة، إضافة إلى أن أنصار النظرية الحديثة يحاولون إبراز أهمية العوامل غير الاقتصادية، ومدى انعكاس آثارها على النمو الاقتصادي، ومعرفة علاقة تلك العوامل مع العوامل الاقتصادية ومع بعضها، وذلك للوصول إلى أي منها أكثر نفعاً للنمو، وأياً منها أكثر إعاقة له.مما تقدم نجد بأن كلاً من النظريتين (التقليدية والحديثة)، تؤكد على أهمية العوامل الاقتصادية لتحقيق التنمية، وأهم تلك العوامل الاقتصادية هو رأس المال، بحيث أن الندرة فيه تكاد تكون هي أهم العوامل، إلا أنه ليس العامل الوحيد لتحقيق التنمية الاقتصادية، فلابد من إعادة تأهيل اجتماعية وقانونية، وهو الأمر الذي يحتاج إلى زيادة الوعي لدى الأفراد، وإيمانهم بأهمية تحقيق تقدم

---

[١] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٨٥-٨٦.

اقتصادي، وتجاوبهم مع قبول الاستثمارات الأجنبية، وهذا يتطلب أيضاً صياغة التشريعات المحفزة للمستثمرين لجذب رؤوس الأموال، وكذلك تحقيق استقرار اقتصادي، ليكون المستثمر على اطمئنان لاستثماراته، فكلما تحقق الوعي الاجتماعي عن طريق زيادة نسبة المتعلمين في المجتمع، كلما أدى ذلك إلى تحقيق تنمية اقتصادية. ومن هنا فإننا نؤيد الاتجاه الذي أخذت به النظرية الحديثة لما تقدم من أسباب، ولكونها تعطي تفسير حقيقي لعملية التخلف، ولعملية تحقيق التنمية الاقتصادية، فكل عامل من العوامل السياسية، والاقتصادية والاجتماعية والقانونية، له أثر في تحقيق التخلف، كما أنه له أثر في تحقيق التقدم والرقي الاقتصادي، والابتعاد عن التخلف بجميع مظاهره، فالتخلف ليس اقتصادياً فقط، وإنما من الممكن أن يكون قانونياً أو سياسياً أو اجتماعياً، وهو ما يبرر التحليل المنطقي للنظرية الحديثة، وهو الأمر الذي يجعلها أكثر واقعية ووضوحاً في تفسير ظاهرة التخلف.

الفرع الثاني: أهمية الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية:

رأس المال هو عامل جوهري في التنمية الاقتصادية إضافة إلى العوامل الأخرى، وهذا العامل له مصدرين وهما:

أولاً: الوسائل الوطنية في تمويل التنمية (المصدر الوطني): لا بد أن تتكفل المصادر الوطنية في الدولة بتوفير الجزء الأكبر من رؤوس الأموال اللازمة لتمويل التنمية الاقتصادية[١]. ومن هذه المصادر المدخرات الخاصة الاختيارية، كأن يستثمر الفرد أمواله في مشروعه الخاص، أو بالإيداع في بنوك الادخار وشركات التأمين، أو ابتياع الأوراق المالية التي تصدرها الدولة

---

[١] د. محمد زكي شافعي، دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٥٣، العدد ٣١٠، ١٩٦٢، ص٧، ولمزيد من التفاصيل د. محمد شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، مرجع سابق، ص١١٥.

أو مؤسساتها العامة من قبل الأفراد، أو الاكتتاب في الأوراق المالية للمشروعات الخاصة[١]. وخير مثال على الاقتصاديات التي كانت فقيرة ونمت من خلال الاعتماد على المدخرات الخاصة، اليابان، حيث أن الجزء الأكبر من موارد الاستثمار في القرن التاسع عشر، لم يأت من الخارج (رأس المال الأجنبي) بل من مدخرات المشروعات والمدخرات الشخصية[٢]. وكذلك في انجلترا في عهد الثورة الصناعية، حيث كانت الدخول موزعة بين الأفراد بطريقة ممعنة في عدم المساواة، وبالتالي كان يتم ادخار قدر كبير من الدخل القومي، وبالمقابل كان أصحاب الدخول المرتفعة يستثمرون مدخراتهم في إنشاء المصانع والمشروعات الإنتاجية المختلفة. وللدولة أن توفر المدخرات الوطنية اللازمة للنمو الاقتصادي من خلال الادخار الجبري، وتشجيع الأفراد على الاستثمار من خلال استخدام أسعار ضريبية مختلفة، أو إعفاءات منها على هذا المجال أو ذاك، كالضرائب على المبيعات، وعلى الدخل وعلى السلع الاستهلاكية المستوردة، والضرائب على الأرباح والضرائب على الأملاك، وبذلك يتم توفير رأس المال[٣]. كما يلمس دور الرقابة الممارسة من الدولة في تمويل التنمية الاقتصادية على بعض نواحي النشاط الاقتصادي، من خلال تنظيم الاستهلاك بفرض قيود قانونية مباشرة على إنتاج السلع الاستهلاكية،

---

[١] د. عمرو محي الدين، التخلف والتنمية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٥، ص٤٥١.

[٢] وهبي غبريال، الاستثمارات الأجنبية ودور الشركات متعددة الجنسية ومشكلة صيانة الاستقلال الاقتصادي، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الأول للاقتصاديين المصريين، القاهرة ٢٥-٢٧ آذار ١٩٧٦، ص٥٦ ولمزيد من التفاصيل

S. Okita and T. Miki. Treatment of Foreign capital; A case study for Japan (n. p.; n. pb. ١٩٧٧, p. ٥)

وهذا المرجع مذكور عند د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، هامش ص٨٧.

[٣] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٨٨.

وتخصيص، أو حجز الموارد النادرة للاستثمارات المهمة، أو توجيه العمل لمشروعات التنمية المرغوب فيها، وكذلك الرقابة في تحديد الواردات لسلع معينة، وتستطيع الدولة، أو إحدى هيئاتها العامة أن تحتكر الاتجار في سلعة معينة ذات أهمية خاصة في الاقتصاد الوطني، كالقطن في مصر مثلاً[١].

ثانياً: الوسائل غير الوطنية في تمويل التنمية:

قد تكون المدخرات الوطنية غير كافية لتحقيق التنمية الاقتصادية، فإلى جانب ذلك توجد وسائل غير وطنية تساهم في تمويل التنمية لمدد طويلة الأجل، وبالتالي يترتب على رأس المال الأجنبي عدة نتائج أهمها:-

١- يوفر الاحتياطي اللازم من العملات الأجنبية اللازمة لعملية التنمية الاقتصادية[٢]. وذلك من خلال تنشيط التبادل التجاري، وزيادة حجم صادراتها[٣].

٢- هو أداة رئيسية لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدولة الجاذبة للاستثمار، وذلك بصياغة قواعد قانونية منظمة له[٤]. كما يسمح لتلك الدولة إنشاء مشروعات تتواءم مع عوامل التطور التقني والاقتصادي، والتي لا يمكن للشركات الوطنية، والمستويات الفنية المحلية أن تقوم بها.

٣- رفع مستوى العمالة الوطنية، وزيادة خبرتها الفنية والتقنية ودخولها[٥].

---

[١] د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في تنمية الاقتصاديات المختلفة، مع دراسة خاصة بإقليم مصر، مرجع سابق، ص٤٨-٥٧.

[٢] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، مرجع سابق، ص٨٩.

[٣] فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٠، ص١٢٦، ١٢٧.

[٤] فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، المرجع ذاته، ص١٢٧.

[٥] د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات، مرجع سابق، ص٨٩، ٩٠.

وإزاء الفوائد التي يحققها الاستثمار الأجنبي فقد عمدت معظم الدول إلى تعديل تشريعاتها بما يتلائم مع الاستثمار[١]، وذلك بشروط معينة من خلال وضع قيود تحدد المجالات التي تتطلبها خطة التنمية الاقتصادية، والاجتماعية مع إخضاعها لرقابة قانونية، وقد سار في هذا الاتجاه عدد من القوانين المقارنة، كقانون الاستثمار الفرنسي الذي يفرض كثيراً من القيود على الاستثمار الأجنبي في فرنسا[٢]. وفي سوريا يشترط القانون للموافقة على الاستثمار،أن يكون منسجماً مع أهداف الخطة الإنمائية للدولة، واستخدام الموارد المحلية المتاحة في الاقتصاد الوطني بقدر الإمكان، وأن يساهم في إنماء الناتج القومي وزيادة فرص العمل، وأن يؤدي إلى زيادة التصدير وترشيد الاستيراد، واستخدام الآلات والتقنيات الحديثة الملائمة[٣].ويخضع هذا الاستثمار لرقابة قانونية من قبل المجلس الأعلى للاستثمار[٤]. ونحن مع هذا الاتجاه لما ينطوي عليه من مزايا، كإتاحة الفرصة أمام الدولة للاستفادة من الاستثمارات الأجنبية، وما يصاحب ذلك من خبرات فنية، وإدارية لازمة لعملية النمو الاقتصادي، مع سيطرة الدولة على اقتصادها الوطني. وهنا لا بد أن تخضع الاستثمارات الأجنبية لرقابة قانونية ، واشتراط أن يكون المشروع المستثمر ليس مملوكاً ملكية مطلقة

---

(١) فقد أشار تقرير حديث للأمم المتحدة إلى أن عدد الدولة التي أدخلت تعديلات على قوانين الاستثمار الأجنبي فيها قد بلغ عام ١٩٩١ (٣٥) دولة، بينما في عام ١٩٩٦ بلغ عدد تلك الدول (٦٥) دولة، وفي عام ٢٠٠١ بلغ عددها (٧١) دولة،
United nations conference on trade and development (UNCTAD) World Investment report ٢٠٠٣: FDI policies for Development: national and international perspectives, pp.١١-١٣.

(٢) د. دريد السامرائي، المرجع ذاته، ص٩٠.

(٣) قانون تشجيع الاستثمار السوري رقم (١٠) لعام ١٩٩١، المادة (٤) الفقرات (أ، ب، ج، د، هـ).

(٤) قانون تشجيع الاستثمار السوري رقم (١٠) لعام ١٩٩١ ، المواد (٥، ٦).

للمستثمر الأجنبي، وإنما توجب عليه مشاركة رأس مال محلي ، وفقاً لخطة التنمية الاقتصادية.

المبحث الثاني

دور جنسية المتعاقد الأجنبية في إمكان تغيير تكييف العقد

تبرم العقود الإدارية في الغالب بين الإدارة ومتعاقدها، والذي غالباً ما يحمل جنسية دولة الإدارة، والاستثناء هو وجود متعاقد يحمل جنسية دولة أجنبية ، فهذا الفرض أصبح شائع الانتشار خصوصاً مع توسع الاستثمار وحاجة الدولة الملحة إليه، حيث هنالك حاجة لتشييد مرافق عامة، قد يعجز المتعاقد المحلي عن القيام بها، مما تجد الإدارة نفسها مضطرة إلى التعاقد مع شركة أجنبية، أو شخص طبيعي لديه القدرة، والكفاءة الفنية، والمالية على القيام بمتطلبات الإدارة، خصوصاً في مرافق البنية التحتية، وهذا الأمر خلق ما يعرف بإمكانية تغيير تكييف العقد الإداري، بسبب وجود طرف أجنبي فيه، وهذا ما يلاحظ بشكل خاص في عقود الـ B.O.T، ومن هنا نرى بأن جنسية المتعاقد الأجنبية لها دوراً فعّالاً في إمكان تغيير تكييف العقد الإداري من عقد إداري محلي إلى عقد إداري دولي، وكما نعلم أن هنالك معيارين لتكييف العقد الإداري وهما: المعيار الموضوعي، والمعيار العضوي. وبالتالي فالعقد المبرم مع المستثمر الأجنبي، هل يخضع للنظام القانوني للقانون الإداري، أم للقانون الدولي؟ لأن خضوع العقد للقانون الإداري يعني أن هذا العقد هو عقداً إدارياً محلياً، أما إذا خضع العقد للقانون الدولي فإنه يعتبر عقداً إدارياً دولياً ويخضع للقواعد القانونية الناظمة لهذا النوع من العقود، وبالتالي نبحث ما ذكر على النحو الآتي:

المطلب الأول

المعايير المستقرة لتكييف العقد الإداري

يجمع الفقه الإداري على أن العقد الإداري يخضع في تكييفه لمعيارين، الأول عضوي والثاني موضوعي، ويؤيد ذلك الاجتهاد القضائي الإداري، فإذا نص المشرع على اعتبار عقداً ما عقداً إدارياً، أو نص صراحة على خضوعه لاختصاص القضاء الإداري فلا اجتهاد في مورد النص. وبالتالي فقد اقترح القضاء الفرنسي التقليدي . خصوصاً مجلس الدولة[١]، ومحكمة تنازع الاختصاص[٢]، ومحكمة النقض . معياران للتعرف على العقد الإداري: معيار الهدف أو (الغرض) للمرفق العام، ومعيار الشروط (البنود) غير المألوفة، وكل معيار يعتبر كافياً بحد ذاته لتمييز العقد الإداري، وقد تطورت هذه المعايير وانقسمت إلى قسمين: فمعيار المرفق العام أصبح يظهر في صورتين: في المهمة الموكولة إلى المتعاقد مع الإدارة، وفي موضوع العقد، ومعيار الشروط غير المألوفة أصبح يظهر في الشروط غير المألوفة التي يتضمنها العقد، وكذلك في النصوص القانونية، أو التنظيمية التي تحكم، أو تنظم العقد[٣]. ومن استقراء أحكام القضاء الإداري الفرنسي، والمصري،والأردني، والسوري، نجد بأن هنالك معيارين يجب توافرهما ليكون العقد إدارياً، وهذان المعياران، يشترطان أن

---

(١) C.E. ٢٠ avril ١٩٥٦, epoux Berlin, D., ١٩٥٦ J.٤٣٣ note de, Laubadere, A. D.P. ١٩٥٦, P. ٨٦٩ concl. Long, note waline; ١١ mai ١٩٥٦, soc. Dec Transports Gondrand freres, =١٩٥٦, p. ٤٣٣, R.D.P., ١٩٥٤, P. ١٠١ note Waline.

مذكور عند د. موسى شحادة، القانون الإداري، مرجع سابق، هامش ص١٥١.

(٢) T.C.F., ١٣ janr. ١٩٥٨, prefel du puy-de-Dome, D., ١٩٥٨, J.٤١٣, note Blaevoet

مذكور عند د. موسى شحادة، المرجع ذاته، هامش ص١٥١.

(٣) د. موسى شحادة، المرجع ذاته، ص١٥١.

تكـون الإدارة طرفـاً فـي العقـد، وأن يتعلـق العقـد بتنظـيم وتسـيير مرفـق عـام، وتضمين العقد شروطاً غير مألوفة، وبالتالي نبحث في المعيارين السابقين على النحو التالي:

الفرع الأول: المعيار العضوي:

ويقصد به: أن يكون أحد أطراف العقد الإداري شخصاً معنوياً عاماً لأنه جزء من وظيفة الإدارة[١]، سواء تعلق الأمر بالدولة، أو بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية، كالمحافظة، أو اللواء، أو القضاء، أو الناحية، أم بأحد الأشخاص المعنوية المرفقية، كالهيئات العامة، والنقابات والمؤسسات العامة[٢]. وبالتالي لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أفراداً كانوا أم شركات، كالعقد المبرم بين الصندوق الإقليمي للضمان الاجتماعي في مدينة ليل، والاتحاد الإقليمي لنقابات أطباء الأسنان في شمال فرنسا [٣]. وقد حصل تطور في القضاء الإداري الفرنسي حيث لم يعد يتشدد في شرط إبرام العقد من قبل شخص عام، بحيث يمكن إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص (أفراداً كانوا أم شركات) شريطة أن يعمل أحد المتعاقدين باسم، ولحساب الإدارة[٤].

---

(١) Georges Vedel: Droit administrative. ١٩٦١, p. ٦٤٢.

مذكور عند د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، هامش ص٣٠، ولمزيد من التفاصيل د. موسى شحادة، القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٥٢.

(٢) د. موسى شحادة، المرجع ذاته، ص١٥٢.

(٣) المرجع ذاته، ص١٥٣.

(٤) C.E., ٣٠janv. ١٩٣١, soc. Brossette, Rec., Leb, p. ١٢٣; ١٨. dec. ١٩٣٦, prade, D., ١٩٣٨, ٣p.٧٠ note p.l.j., مذكور عند د. موسى شحادة، المرجع ذاته، هامش، ص١٥٣.

وتطبيقاً لما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: «من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد، أو الهيئة الخاصة إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة، ومصلحتها فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري»[١].

وفي الأردن تعتبر عقود النقابات عقوداً إدارية، وأموالها تخضع لرقابة ديوان المحاسبة، وبالنظر للتدخل المتزايد للدولة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية، فقد خلقت أشخاصاً معنوية عامة، وبالتالي فإن العقود التي تبرمها تلك الأشخاص أو الهيئات المعنوية، تعتبر من قبيل العقود الإدارية رغم ممارستها في أغلب الأحيان للأعمال التجارية أو الصناعية[٢].

وقد لا تظهر الإدارة في العقد ومع ذلك يعتبر العقد إدارياً، ومثال ذلك تعاقد أحد أشخاص القانون الخاص لحساب الإدارات أو البلديات، كما في العقود المنظمة لتوزيع السلع، والحاجات الأساسية التي تقوم بها جهات خاصة نيابة عن الدولة في وقت الأزمات[٣]، فهي جهات خاصة تقوم بإشباع حاجات عامة نيابة عن الدولة لدوام سير المرافق العامة، وكذلك في عقود التزام المرافق العامة فالملتزم يفترض فيه أنه متعاون دائماً مع الإدارة، فالقوانين الخاصة بالمرافق العامة تطبق على العقد مباشرة ولا تؤثر عليه تلقائياً، فتنسحب بآثارها

---

[١] د. موسى شحادة ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٥٣، ١٥٤.

[٢] المرجع ذاته، ص٣٢.

[٣] المرجع ذاته، ص٣٣، ٣٤.

التنظيمية إلى المنتفعين[١]. بينما نجد أن الفقه والقضاء الإداري المصري ركز على شرط كون الإدارة طرفاً في العقد، [٢].

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي:

لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية، وأن يتصل بالمرفق العام، بل لابد أن تستعمل الإدارة أساليب القانون العام[٣]، وهذا يتطلب منا بحث ما يلي:

أولاً: احتواء العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص:

تلعب الشروط غير المألوفة دوراً حاسماً في تكييف العقد الإداري، من حيث أنه إذا كان أحد أطراف العقد الإدارة، وكان اتصال العقد بالمرفق العام اتصالاً قوياً، فهذا عقد إداري حتى ولو لم يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة، أما إذا كانت الإدارة طرفاً في العقد وكان اتصال العقد بالمرفق العام ضعيفاً، أو لم يكن متصل بالمرفق العام، فهنا يعول على الشروط غير المألوفة في تكييف العقد[٤].

والشروط غير المألوفة هي تلك التي تمنح للإدارة امتيازات لا وجود لها في القانون الخاص، كحق الإدارة في إصدار قرارات إدارية نافذة على العقد، وحقها في فرض شروط بالإرادة المنفردة على متعاقدها، وحقها في فرض جزاءات فردية في حالة تخلف المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته، وحقها بالتعديل بالإرادة المنفردة أثناء التنفيذ، وحقها في فسخ العقد أو سحبه[٥].

---

[١] د.محمود الجبوري ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٣٤.

[٢] د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، طبقاً لنظام الـ B.O.T مرجع سابق، ص٢٣، ولمزيد من التفاصيل د. محمد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٤٠٤.

[٣] د. محمد أبو زيد، المرجع ذاته، ص٤٠٦ ولمزيد من التفاصيل د. محمود الجبوري، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٧.

[٤] د. محمد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص٣٠١.

[٥] عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، ص٤٨، ٤٩.

وقد ظهرت فكرة الشروط غير المألوفة في فرنسا في حكم (تيرييه) الشهير الصادر في ٦ فبراير ١٩٠٣، وذلك عندما أبرز المفوض روميو في تقريره عدم كفاية فكرة المرفق العام لتقرير اختصاص القضاء الإداري، وذلك بسبب حرية الإدارة في الاختيار بين أسلوبي القانون العام، والقانون الخاص[١].أما في مصر فقد اشترط القضاء الإداري في العديد من أحكامه ضرورة توافر عنصر الشروط غير المألوفة، وبدرجة متساوية مع عنصر المرفق العام لكي يعتبر العقد إدارياً[٢]. والشروط غير المألوفة قد تتقرر لمصلحة الإدارة، وهي الحالة الأكثر أهمية، وقد تتقرر لمصلحة المتعاقد أيضاً، وذلك بالنظر لتعلق موضوع العقد بنشاط المرفق العام[٣]. ولا يشترط لاعتبار العقد إدارياً احتوائه على مجموعة من الشروط الغير مألوفة، وإنما يكفي وجود شرطاً واحداً منها لاعتبار العقد إدارياً[٤].

وتطبيقاً لما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: «يكفي احتواء العقد على شرط استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه»[٥].

وقد عرّف الفقه الفرنسي الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص بقوله: «إن الشرط غير المألوف هو الشرط الذي لا نجده عادةً في عقود القانون الخاص، لأن وجود مثل هذا الشرط سيكون باطلاً لتعارضه مع النظام العام، أو لأنه سيدرج في العقد من قبل السلطة الإدارية بما تتمتع به من امتيازات القانون العام ولكون هذه الشروط غريبة عن أشخاص القانون الخاص وهم يبرمون العقود فيما

---

(١) د. عمرو أحمد حسبو ، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة ، مرجع سابق، ص٥٠.

(٢) المرجع ذاته، ص٣٠٣.

(٣) المرجع ذاته، ص٣٠٤، ٣٠٥.

(٤) المرجع ذاته، ص٣٠٥.

(٥) المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة السابعة، طعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ق بتاريخ ١٩٦٢/٣/٣١، بند ٥٤، ص٥٢٨.

بينهم»[١]، أما التعريف القضائي للشرط غير المألوف فقد تمثل في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي، في ١٩٥٠/١٠/٢٠ بقوله: «الشرط أو البند الذي يخول موضوعه للأطراف المعنية حقوقاً، أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم، وذلك ضمن إطار القوانين المدنية أو التجارية»[٢].

ثانياً: اتصال العقد بمرفق عام:

وفي فرنسا يعتبر العقد المبرم بين الإدارة وأحد أشخاص القانون الخاص إدارياً، إذا تضمن موضوعه إدارة، أو تنفيذ مرفق عام وليس مرفقاً اقتصادياً (صناعياً، أو تجارياً أو زراعياً)، حتى ولو لم يتضمن شروطاً غير مألوفة[٣]. والاتصال يتحقق بعدة صور على النحو التالي:

١- **أن يعهد أحد أشخاص القانون العام للمتعاقد معه تنفيذ أحد المرافق العامة،** وقد أكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية تيرييه (Terrier) عام ١٩٠٣، وملخص هذه القضية أن: «المجلس العام لمحافظة ساوون ولوار (Saon – et Loire) وعد بتقديم مكافأة لكل من يأتي برأس أحد الأفاعي الخطيرة المنتشرة في المحافظة، حيث رصد المجلس مبالغ مالية لذلك في ميزانية المحافظة، حيث تقدم عدد من المواطنين ومن بينهم السيد تيرييه للحصول على مكافاءاتهم لاصطيادهم عدد من الأفاعي، لكنهم لم يحصلوا

---

[١] WALINE. M., précis de droit administratife, Ed. Montchrestien, ١٩٦٩ pp. ٣٩٣ et ٣٩٤

وهذا التعريف للفقيه فالين وهو مذكور عند د. موسى شحادة، القانون الإداري، مرجع سابق، هامش، ص١٥٥.

[٢] C.E., ٢٠ Oct, ١٩٥٠, stein, Rec. Leb. P. ٥٠٥.

مذكور عن د. موسى شحادة، المرجع ذاته، هامش، ص١٥٥.

[٣] د. موسى شحادة، القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٥٨.

على مكافاءاتهم لنفاذ المبالغ المالية المخصصة لذلك، فتقدم السيد تيرييه لمجلس الدولة بدعوى ضد المجلس العام لمحافظة ساوون ولوار مطالباً بمكافأته، وقرر المجلس اختصاصه بنظر هذه الدعوى على أساس أن الوعد بالمكافأة يعتبر إيجاباً من قبل المجلس العام، وقيام المدعي باصطياد عدد من الأفاعي قبولاً، وبالتالي يكون قد أبرم بينهما عقداً إدارياً، ويتعلق بتنفيذ مرفق عام وقرر المجلس بأنه: «كل ما يتعلق بتنظيم وبعمل المرافق العامة سواء تصرفت الإدارة عن طريق العقود، أو عن طريق سلطتها، يشكل عملية إدارية ويختص بها القضاء الإداري»[١].

٢- كون العقد في حد ذاته يشكل وسيلة لتنفيذ مرفق عام، أي أن المرفق العام ينفذ بمجرد إبرام العقد[٢].وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه، كحكمه الصادر في عام ١٩٥٦، حيث قضى: «بأن التزام الدولة بتحريج أرض يملكها أحد الأشخاص يعتبر بمثابة عقد إداري، لأن عمليات التحريج هذه تشكل في حد ذاتها وسيلة لتنفيذ مرفق عام....»[٣].

٣- كون العقد يلزم أحد المتعاقدين بالمساهمة المباشرة في تنفيذ مرفق عام، فهنا يتعلق الأمر بالتنفيذ المباشر للمرفق العام، وليس مجرد المساهمة في تقديم الوسائل اللازمة لتنفيذ المرفق، وقد أكد مجلس الدولة هذا المبدأ حيث قضى: «بأن العقد المبرم بين مجلس بلدية مدينة جونكيير والسيدة مزيران المتضمن قيام الأخيرة منذ سنة ١٩٤٢، إلى سنة ١٩٤٦، بتنظيف المدرسة التابعة للقرية

---

[١] C.E., Fev, ١٩٠٣, D. ١٩٠٤, ٣p. ٦٥ concl, Romieu, G.A.J., A. p.٧٨.
هذا مذكور عند د. موسى شحادة، القانون الإداري ، مرجع سابق، هامش، ص١٥٩.

[٢] المرجع ذاته، ص١٦٠.

[٣] C. E., Sect. ٢٠ avril ١٩٥٦, min. Agricole clconsots Grimouard, G.A.J.A., p. ٥٣٦.
مذكور عن د. موسى شحادة، المرجع ذاته، هامش، ص١٦١.

وتشغيل وإطفاء أجهزة التدفئة، يعتبر عقداً من عقود القانون الخاص، بينما قيام السيدة مزيران منذ سنة ١٩٤٦، إلى سنة ١٩٥٢، بحراسة ومراقبة أطفال المدرسة انسجاماً مع المصلحة العامة يعتبر بمثابة العقد الإداري، لأن السيدة المذكورة تساهم مباشرة في تنفيذ مرفق عام، وهو مراقبة أطفال المدرسة سواء في أوقات الدوام الرسمي، أو في أثناء العطل المدرسية...»[١]. ففي هذا النطاق قرر مجلس الدولة أن مجرد المساهمة البسيطة في تقديم الوسائل اللازمة لتنفيذ المرفق العام، أو مجرد إشباع بعض حاجات المرفق، (كتزويده ببعض المواد أو النقل)، لا تكفي لاعتبار العقد إدارياً، ولكن لابد أن يتضمن بالإضافة لذلك بعض الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص[٢].وفي مصر فقد يتطلب مجلس الدولة أن يتصل العقد الإداري بنشاط المرفق العام، وتطبيقاً لما تقدم قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه:«تستمد الإدارة امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود، ولكن من طبيعة المرفق العام، واتصال العقود به، ووجوب الحرص على استمرار، وانتظام سيرها بما يحقق المصلحة العامة....»[٣].إذا يجب أن يتصل العقد الذي تكون الإدارة طرفاً فيه بنشاط مرفق عام لكي يعتبر إدارياً، ويستوي في ذلك أن يكون المرفق إدارياً أو اقتصادياً أو مهنياً، وبغض النظر عن صور الاتصال بالمرفق العام سواء من حيث تنظيمه أو إدارته، أو استغلاله، أو المساهمة في إدارته وغيرها من صور الاتصال بالحياة العملية[٤].ودرجة اتصال العقود الإدارية بنشاط المرفق العام

---

[١] المرجع ذاته، ص١٦١، ١٦٢.

[٢] C. E., ٢٦ Fer ١٩٥٨, cie des mines de Faleme- Gambie, Rec, Leb. P. ١٢٨. مذكور عن د. موسى شحادة، القانون الإداري، مرجع سابق، هامش، ص١٦٢.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا، الصادر بتاريخ ١٩٨١/١٢/١٩ مذكور عند د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٧٢.

[٤] د. محمد أبو زيد، المرجع في القانون الإداري، مرجع سابق، ص٤٠٤.

ليست واحدة في شتى العقود بل تتفاوت حسب نوع العقد، وبحسب ما إذا كان[١]، المتعاقد يساهم في إدارة المرفق العام بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة.ولابد لنا من الإشارة هنا إلى أن صيغة العقد لها دوراً فعّالاً في تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود، فالصيغة لها دوراً فعّالاً في ذلك التمييز، من خلال إدراج بنود في العقد تحدد نية الإدارة في إبرام عقد إداري، أم أنها تريد إبرام عقد يطبق عليه قواعد القانون الخاص. وقد لا حظنا أن كل عنصر من عناصر التمييز للعقود الإدارية، له تطبيق قضائي يدعمه ويؤكد على أهميته، وأن الاتجاه الغالب يميل إلى تغليب الشروط غير المألوفة لاعتبار العقد إدارياً. وهذا ما يؤيده موقف بعض الفقه الفرنسي[٢]، والمصري[٣]، بحيث يكتفي بإضفاء الصفة الإدارية على العقد المبرم بين الإدارة ومتعاقدها، دون الاعتداد بالشروط الأخرى.

---

[١] د. ثروت بدوي، القانون الإداري، سنة ١٩٨٠، ص١٢٥، وما بعدها، ولمزيد من التفاصيل د. محمد أنس قاسم، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، سنة ١٩٨٥، ص٢٧٥، ٢٧٦، وأيضاً د. عبد المجيد سليمان، مبادئ القانون الإداري المصري، سنة ١٩٨٣، ص٥١٥ ود. محمد أبو زيد، المرجع ذاته، ص٤٠٥.

[٢] Chapus ®, Responsabilite publigue et responsabilite privee. These, paris, ١٩٥٧, p. ١٢٤. vedel (G). Droit administratif, paris, P.U.F., Fe ed., ١٩٨٠, P. ٣٢٧ et s.

وقد أشار إلى ذلك د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، مرجع سابق، هامش ص٥٦.

[٣] د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، القاهرة، ١٩٦٣، ص٧٧ وما بعدها، ود. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص٩٣، ٩٤.

المطلب الثاني

العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي بين القانون الإداري والقانون الدولي

إنه ليس من اليسير معرفة الطبيعة القانونية لمثل هذا العقد، وذلك لاحتوائه على عنصر أجنبي، وعلى روابط قانونية متعددة، الأمر الذي يقتضي منا معرفة النظام القانوني الذي يخضع له، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي في القانون الدولي:

تعد العقود التي تبرمها الدولة، أو أحد أجهزتها مع طرف أجنبي، لاستغلال ثروة طبيعية، أو إقامة مشروع صناعي تعديني، أو تنقيبي، وإدارته لمدة زمنية طويلة، كما في نظام الـ B.O.T، وهي عرفت قديماً بعقود الالتزام، وحديثاً عقود التنمية الدولية[١] من العقود المهمة، ومن هنا يمكن لنا استخلاص عناصر هذا العقد بما يلي:

– وجود الدولة أو أحد أجهزتها مع طرف أجنبي في العقد.

– موضوع العقد تحقيق مصلحة عامة، سواء كان استغلال ثروة طبيعية محلية أو تنقيب عنها، أو إقامة مشروع صناعي.

– المدة الزمنية الطويلة للعقد.

– كما لا يدخل ضمن عقود التنمية الاقتصادية ما يبرم من عقود بين أشخاص القانون الخاص، حتى ولو كان لاتفاقهم صفة دولية، علماً أن المشروع الخاص الوطني يمكن أن يتعاقد نيابة عن الدولة إذا كان ذلك باسمها ولحسابها، وهنا

---

[١] د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠، ص١٨ وما بعدها.

يأخذ حكم جهاز الدولة، أو مشروعها العام الذي يقوم بخدمة مرفق عام، أو أحد وظائف الدولة[١]، ونبحث هنا:

أولاً: معايير العقد الدولي:

هنالك ثلاثة معايير للعقد الدولي وهي:

١- المعيار القانوني:

يجب أن يكون العقد دولياً مطلقاً، أي ينتمي بعناصره لأكثر من نظام قانوني واحد، ليتم إعمال قاعدة التنازع، وبالتالي فإن اختلاف محل الإقامة، يحقق المعيار القانوني، لكون الرابطة قد اتصلت بأكثر من نظام قانوني، كما أن اتفاقية لاهاي لعام، ١٩٥٥، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، قد تبنت هذا المعيار في مادتها الثانية[٢]. ويرى أنصار هذا المعيار، أن العقد يعتبر دولياً، لمجرد تطرق الصفة الأجنبية إلى أي عنصر من عناصر العلاقة القانونية[٣]. وبالتالي يخضع العقد للقانون الدولي الخاص[٤].وقد انتقد هذا المعيار القديم، كونه معياراً آلياً جامداً، يضفي على

---

(١) د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، دراسة انتقاديه، مكتبة النصر بالحرم الجامعي، جامعة القاهرة، ١٩٩١، ص٢٣، ولمزيد من التفاصيل د. أحمد سلام عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٨٩، ص١٩٠.

(٢) د٠ أحمد سلام، المرجع ذاته ، ص٣٧٢.

(٣) د٠ بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٧٨ ولمزيد من التفاصيل حول معايير دولية العقود:

Delaume (G.A): What Is an international contract ? An American and Gattic Dilemma.I.C.L.Q,VOL٢٨, part٢, ١٩٧٩.P.٢٥٨ etc.

وهذا المرجع مشار له، عند د. بشار الأسعد،المرجع ذاته، ص٧٨.

وأيضاً د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٤٦.

(٤) د. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، ج٢، تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدوليين، ط٩، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٦، ص٤٤٠، وأيضاً د. أحمد عبد الكريم

العقد الصفة الدولية لمجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية، بصرف النظر عن أهمية ذلك العنصر، أو طبيعة الرابطة[١]. ثم ظهر معيار قانوني أكثر حداثة، ومؤداه أنه لابد من التفريق بين العناصر القانونية للعقد، والتي تطرقت إليها الصفة الأجنبية، وذلك بين العناصر غير الفاعلة، أو المحايدة وبين العناصر الفاعلة أو المؤثرة، وبالتالي فتوافر العناصر الأولى، لا يعتبر كافياً لإضفاء الصبغة الدولية على العقد، وإنما لإضفاء هذه الأخيرة على الرابطة العقدية، لابد أن تكون الصفة الأجنبية، قد تطرقت إلى عنصر قانوني فاعلاً، أو مؤثراً[٢]. فمثلاً، لا يعقل أن يعد العقد دولياً، لمجرد تحريره على ورق مصنع في دولة أجنبية[٣].

٢- المعيار الاقتصادي:

وقد ظهر في أواخر العشرينيات من القرن الماضي، في مجال القانون النقدي، والمدفوعات المالية[٤]. وله عدة صور وهي:

أ- الصورة الأولى: (معيار المد والجزر):

لكي يعتبر العقد دولياً يجب أن ينطوي على حركة مد وجزر (أي ذهاب وإياب) للقيم الاقتصادية عبر حدود أكثر من دولة[٥]. وقد بلور هذه الفكرة القضاء الفرنسي بمناسبة قضية عرضت على محكمة النقض الفرنسية في ١٧ مايو،

سلامة، قانون العقد الدولي (مفاوضات العقود الدولية . القانون الواجب التطبيق وأزمته) دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص١٨٤.

[١] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٧٩ و٨٠.

[٢] د. بشار الأسعد، المرجع ذاته، ص٨٠.

[٣] د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص٧٥.

[٤] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص١٨٣.

[٥] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٨١.

١٩٢٧[١]، وذلك بمناسبة نزاع قد ثار حول مشروعية الاتفاق على الوفاء بالأجرة في الجنيه الإسترليني بمناسبة عقد إيجار في الجزائر، حيث أن المؤجر إنجليزي، والمستأجر فرنسي، وكان مكان الوفاء بالأجرة مدينة لندن، أو في مدينة الجزائر، إلا أن المحكمة لم تكتف باختلاف جنسية الأطراف، أو اختلاف مكان الوفاء عن مكان التنفيذ، لاعتبار العقد دولياً، فقضت بعدم مشروعية ذلك الشرط، كون المنازعة ليست دولية، فاستئجار عقار لم يؤد إلى دخول بضائع أو نقود إلى فرنسا، فهي عملية محلية بشكل تام[٢]. وقد أخذ القضاء المختلط المصري بهذا المعيار[٣]. وقد انتقد هذا المعيار لعدم قدرته على استيعاب جميع العلاقات الاقتصادية الدولية، كعقود الخدمات الدولية، إضافة إلى أنه لا يأخذ بالحسبان تنوع طرق الوفاء، فليس كل ذهاب للبضاعة يقابله إياب يتمثل في مبلغ من المال، بل ممكن أن يتم الوفاء بطرق أخرى[٤].

ب- الصورة الثانية: (معيار التجارة الدولية):

فهنا يعتبر دولياً كل عقد يتصل بعملية اقتصادية تتضمن حركة للأموال والخدمات، أو بمدفوعات عبر الحدود ولو كانت باتجاه واحد. وظهرت هذه الصورة بخصوص بحث مسألة صلاحية شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية[٥]. فقد طرحت قضية أمام محكمة النقض الفرنسية، في ١٩ فبراير ١٩٣٠[٦]، وذلك بمناسبة عقد بيع قد أبرم في فرنسا، بين فرنسيين بشأن بيع

---

(١) Cass, ١٧/١٥/١٩٢٧ .D. ١٩٢٨ ,P.٢٥.note capitant

وهذا الحكم مذكور عند د٠ بشار الأسعد، المرجع ذاته، هامش، ص٨١.

(٢) د٠ بشار الأسعد، المرجع ذاته، ص٨١.

(٣) المرجع ذاته، ص٨٢.

(٤) المرجع ذاته ، ص٨٢.

(٥) د. بشار الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق، ص٨٢.

(٦) Cass,١٩/٢/١٩٣٠ , Rev .Crit١٩٣٠,p.٥١٤.

وهذا الحكم مشار إليه في مرجع د. بشار الأسعد، ص٨٢، ص٨٣ .

مئة طن قمح، بموجب عقد بيع (F. A. C)، وفقاً لشروط جمعية لندن لتجارة الحبوب، والتي تحتوي على شرط تحكيم. وقد تم عرض النزاع أمام القضاء الفرنسي، فرغم إبرام العقد في فرنسا، وبين فرنسيين، وكان مكان تنفيذه في فرنسا، إلا أن محكمة النقض قد نقضت ما انتهت إليه محكمة الاستئناف، في أن العقد يخضع للقانون الفرنسي، ولا يمكنه أن يتخلص من القاعدة الآمرة في القانون الفرنسي، والقاضية ببطلان شرط التحكيم الذي يحتويه العقد. فقررت محكمة النقض، أن بطلان شرط التحكيم المقرر في المادة (١٠٠٦) من قانون المرافعات الفرنسي، لا يتعلق بالنظام العام في فرنسا، وبالتالي إذا كان هذا البطلان يسري في نطاق العقود الداخلية، إلا أنه لا يسري في نطاق العقود الدولية، والتي اكتسبت هذه الصفة لمجرد أنها أخذت بالاعتبار مصالح، ومقتضيات التجارة الدولية. وقد تبنى المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد، ما استقر عليه القضاء، من تبني معيار مصالح التجارة الدولية كمعيار لدولية التحكيم[١]. كما يعتبر دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، وكما هو الحال في المادة (٣) من قانون أصول المحاكمات اللبناني[٢].

٣- المعيار المختلط[٣]:

وهذا المعيار يجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي، أي لا يكفي لتقرير دولية العقد، التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني)، بل لا بد من تعلق الأمر، بمصالح التجارة الدولية (المعيار

---

[١] د. بشار الأسعد، المرجع ذاته، ص٨٣، ووفقاً للمادة ١٤٩٢ من قانون المرافعات الفرنسي بموجب تعديله بالمرسوم الصادر في ١٢ مايو ١٩٨١ فإنه: «يكون دولياً التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية» ولمزيد من التفاصيل حول نصه باللغة الانجليزية على شبكة الانترنت:
http: //www.jus.uio.no/IM/France-arbitration.code.of.civil.procedure.١٩٨١/doc.

[٢] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص٨٣.

[٣] د. بشار الاسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق ، ص٨٣.

الاقتصادي). وقد استندت إلى هذا المعيار محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر، في ٤ يوليو ١٩٧٢،لتقرير دولية العقد المبرم بين شخص فرنسي الجنسية، وشركة هولندية، أصبح بمقتضاه، وكيلاً للشركة الهولندية، مما يجيز له تسويق منتجاتها في فرنسا، وهذا يكشف عن اتصال الرابطة العقدية بكل من النظام القانوني الهولندي، والنظام الفرنسي، إلا أن المحكمة لم تكتف بتوافر هذا المعيار القانوني لتقرير دولية العقد، بل أشارت في معرض تأكيدها لدولية العقد، إلى ما يهدف إليه العقد من انتقال للأموال عبر الحدود ويمس مصالح التجارة الدولية. وقد أخذ المشرع المصري بهذا المعيار لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم .نخلص مما تقدم، إلى أن موضوع دولية العقد، مر بمراحل فبعد أن ظهر المعيار القانوني القديم، الذي يكتفي بوجود طرف أجنبي في الرابطة العقدية، ظهر معيار قانوني حديث، يتطلب أن يكون العنصر الأجنبي موضوع الرابطة العقدية مؤثراً فيها، ثم ظهر المعيار الاقتصادي، الذي يعتمد على التبادل للقيم الاقتصادية، ثم تطور إلى معيار يراعي مقتضيات التجارة الدولية، الأمر الذي اعتبر العقد دولياً، ولو كان هنالك انتقال للقيم من جانب واحد، ثم ظهر المعيار المختلط، الذي يأخذ بالمعيارين السابقين القانوني والاقتصادي، لإضفاء الصفة الدولية على العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي.

ثانياً: تعريف العقد الدولي:

هنالك عدة محاولات فقهية لتعريف العقد الدولي، وكذلك قام القضاء بوضع بعض التعاريف، ونبحثها من خلال :

١- قضاءً:

فقد عرّفته محكمة النقض الفرنسية، بقولها: (العقد الدولي، هو ذلك العقد الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية، أي الذي ينطوي على رابطة، تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة)[١]. بتحليل هذا التعريف، نستنتج أن المحكمة قد أخذت بالمعيار الاقتصادي بصورته المتعلقة بالتجارة الدولية، وذلك لتعريف العقد الدولي، ونحن مع ذلك نظراً لكثرة العلاقات والعقود الدولية بين الدول، أو بين الأشخاص الخاصة والدول، فهنا لكي يعتبر العقد دولياً، لابد من تحقق ما يلي:

أ- أن يكون هنالك انتقال للأموال، والخدمات عبر الحدود.

ب- وجود المعيار الاقتصادي، هو الأساس لوجود المعيار القانوني.

جـ- المعيار القانوني، ينبني على وجود رابطة متصلة، بأكثر من نظام قانوني.

د- إن اعتبار العقد دولياً، هو الأساس لإعمال قاعدة التنازع، التي تقتضي بخضوع العقد لقانون إرادة المتعاقدين.

٢- فقهاً:

هنالك محاولات لبعض الفقهاء لتعريف العقد الدولي، نذكر منها:

أ- رأي العلامة الألماني سافيني (Savigny): وهو من نادى بتحليل العقود الدولية، وتركيزها في المكان الذي تنتج فيه أهم ومعظم آثارها، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق، هو قانون هذا المكان، على اعتبار القبول الضمني لأطراف العقد، وهو عادةً قانون محل التنفيذ[٢]. فهذا التعريف، ركز على عنصر من عناصر الرابطة العقدية، وأغفل باقي العناصر، وبالتالي فهو غير كامل.

ب- رأي العميد (Batiffol):

حيث يعتبر أن العقد دولياً إذا انعقد أو نفذ، أو كانت جنسية أطرافه، أو إقامتهم أو من حيث تركيز موضوعه، يتصل بصلات، أو روابط مع أكثر من نظام

---

[١] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٣٧٢.

[٢] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٣٧٣.

قانوني[١]. ونحن مع هذا الاتجاه كونه أعم وأشمل من سابقه في تعريفه للعقد الدولي، حيث ركز على عناصر تكوين العقد.

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي:

كان الفقه القديم يخضع العقود الدولية لقانون محدد مسبقاً، وهو إما قانون بلد الإبرام، أو قانون دولة التنفيذ، أما حديثاً فقد بدأ الفقه يسند العقود الدولية، للقانون الذي تختاره إرادة المتعاقدين[٢]. وهذا ما نلاحظه في بعض القوانين، والمعاهدات[٣]. فقد قضت المادة (١/٤٢) من اتفاقية واشنطن، والتي بمقتضاها، تم إنشاء المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار بما يلي: (تفصل محكمة التحكيم في النزاع المعروض عليها، وفقاً للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف، وفي حالة عدم الاتفاق بين الأطراف، فإن المحكمة تقوم بإعمال قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع، بما في ذلك قواعد تنازع القوانين التي يتضمنها هذا القانون. وكذلك مبادئ القانون الدولي العام المعمول

---

[١] Heneri Batiffol "Encyclopedie Juridigue – Dalloz Repertoire de Droit International" Tome ١, P. ٥٦٤, ١٩٧٨.

هذا المرجع مشار إليه في كتاب الدكتور أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء الإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، هامش، ص٣٧٤.

[٢] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٣٧٤.

[٣] م١٩ مدني مصري، م٢٠ مدني سوري، م٢٥ مدني عراقي، م١٩ مدني ليبي، م١٨ مدني جزائري، كذلك الأمر في قوانين تركيا، واليابان، والهند، كندا، الصين، تايوان، بيرو، سويسرا، وكذلك المادة (٣) من اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، والتي أصبحت بمثابة القانون الدولي الخاص للعقود، في نطاق دول الاتحاد الاقتصادي الأوربي، منذ دخولها حيز التنفيذ في ١٩٩١/٤/١، وكذلك اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥ المادة (٢) بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، واتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨، المادة (٥) بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة وعقود الوسطاء، وكذلك اتفاقيات التحكيم كالمادة (٨) من اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١ والخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، ولمزيد من التفاصيل، د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته، هامش، ص٣٧٤، ٣٧٥.

بهـا فـي هذا الشـأن[١]. ولا بـد مـن الإشـارة إلـى أن النظـام المتبـع فـي الـنظم القانونية الأنجلو أمريكية (Common Law Countries)، هو القائل بأنه في حـال عـدم الاختيـار الصـحيح مـن الأطـراف للقـانون الواجـب التطبيـق تخضـع العلاقـة التعاقديـة للقـانون الأكثـر صـلة بهـا، أيـاً كـان هـذا القـانون. أمـا النظـام الفرنسـي (Civil Law Countries) فيسـتلزم لتطبيـق أي قـانون أجنبـي، عـدم تعارضــه مــع النظــام العــام (Order Public). أمــا فــي حالــة عقــود التنميــة الاقتصادية، كما في عقود الـ B.O.T فيتم الاختيار بين القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، أو القانون الوطني لدولة المستثمر الأجنبي، أو قانون دولة مقر التحكيم، أو القانون الـدولي العـام. بمـا فيـه مـن المبـادئ العامـة للقـانون، والقانون عبر الدولي[٢].

الفـرع الثـاني: العقـد المبـرم مـع المسـتثمر الأجنبـي فـي القـانون الإداري:

ندرس هنا، الاتجاه القائل باعتبار العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي، بأنـه عقد إداري، وذلك من خلال:

أولاً: الاتجاه القائل باعتبار عقود الدولة عقوداً إدارية:

---

[١] د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته، ص٣٧٦، ولمزيد من التفاصيل د. صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية وفقاً للمادة (١/٤٢) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٧ .

[٢] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٣٧٨.

ذهب جانب من الفقه الفرنسي[١]، إلى إصباغ الصفة الإدارية على العقود المبرمة بين الدولة والطرف الأجنبي، وبالتالي يطبق عليها أحكام العقود الإدارية، كونها لا تعدو أن تكون عقوداً إدارية، وكان أحد أطرافها أجنبياً. ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه، لأن القول بذلك، يؤدي إلى إمكانية تعديل العقد، أو إنهائه بالإرادة المنفردة للإدارة، وهذا الأمر لا يقبله المستثمر الأجنبي، الذي يسعى دوماً للربح، كما أنه يفضل خضوع العقد للقانون الخاص، والذي يجعل المتعاقدين على قدم المساواة في تعديله، أو إنهائه بالإرادة المشتركة للطرفين، ومع ذلك فقد ظهر اتجاه أكثر حداثة، يرى بأن النظام الحالي بشأن التأميم، يقترب من نظام العقد الإداري الفرنسي، حيث يرى بأن الدولة لها حق إنهاء، أو تعديل عقد التنمية الاقتصادية بالإرادة المنفردة. ويذهب الأستاذ (Bernard Audit) وهو من أنصار هذا الرأي، إلى القول بأن النظام الذي يقترحه لا يقتصر إعماله على الدول النامية، بل لكل دولة حق تعديل العقد، وإنهائه ولكن يقيد هذا الحق بفكرة المصلحة العامة، والحفاظ على المصالح الاقتصادية للطرف الأجنبي المتعاقد معها[٢]. ونحن مع هذا الاتجاه رغم عدم توضيحه للمقصود بمصطلح المصلحة العامة، ما دام هنالك محافظة على حقوق المستثمر الأجنبي.

ثانياً: الإقرار بالطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار:

---

(١) Prosper weil: "Problems relatifs aux contrats entre et un particulier" Rec dec course, La Haye ١٩٦٩, p. ٩٥ et s spec. p. ٢٠٢ ets,

ولمزيد من التفاصيل د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص٤٦٢، وقد أشارت إلى المرجع المذكور.

(٢) د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص٤٦٣.

يرى البعض اعتبار عقود الاستثمار، التي تبرمها الدولة بأنها تعد من العقود الإدارية، من حيث تدخل السلطة العامة باعتبارها طرفاً فيها، ويلتزم الشخص الخاص بتسيير المرفق العام، واحتوائها على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. وعقود الاستثمار بمقتضاها، يتم انتقال رأس المال الأجنبي إلى الدولة المضيفة على نحو مباشر، وتستهدف تسيير مرفق عام[١]. ويستند أنصار هذا الرأي إلى عدة حجج منها:

١- رغم أن عقود الاستثمار، أو عقود النشاط الاقتصادي، تهدف في ظاهرها إلى تحقيق الربح للمستثمر الأجنبي، إلا أنها تهدف إلى تسيير مرفق عام من وجهة نظر الدولة المضيفة.

٢- تكون الحكومة، أو أحد أجهزتها، طرفاً في العقد.

٣- تتضمن عقود الاستثمار، مظاهر عديدة ومتنوعة من الشروط الاستثنائية، الغير معروفة في القانون الخاص.

٤- الشروط الاستثنائية والمزايا، هي تلك المزايا العينية، التي تحاول بها الدولة جذب الاستثمارات، كمنح إعفاء من الضرائب، للمستثمر الوطني، أو الأجنبي، وكذلك الرسوم، أو منح أرض للمستثمر لبناء مشروعه وغيرها[٢].

إلا أن هنالك من عارض الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار . أي انتفاء الطبيعة الإدارية لعقود الاستثمار لانتفاء الشروط الاستثنائية . حيث رفض جانب من الفقه، اعتبار عقود الاستثمار بأنها عقوداً إدارية، بقولهم بأنه قد لا تكون الدولة طرفاً في كثير من عقود الاستثمار، أو قد تكون طرفاً في العقد، ومع ذلك لا

---

[١] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٩١.

[٢] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٩١.

يعد عقداً إدارياً، طالما تصرفت الدولة بوصفها شخصاً عادياً[١]. كما يعتبرون بأن الشروط الاستثنائية، الموجودة في قانون الاستثمار، هي مقررة لمصلحة الطرف الأجنبي في مواجهة الدولة، وليس العكس في حين أن الأصل أن تكون الشروط الاستثنائية. مقررة لمصلحة الإدارة وليس للمتعاقد معها[٢]. إضافةً إلى انه إذا كانت الدولة تستطيع إن تستخدم[٣]، أساليب القانون العام على رعاياها وداخل نطاق إقليمها إلا أن ذلك محدود بنطاقها الإقليمي، حيث لا تستطيع ممارسة ذلك على من تتعاقد معه من الأجانب، على اعتبار إن سيادة الدولة محدودة النطاق داخل إقليمها.

أما خارجه فتقف على قدم المساواة مع المتعاقد الأجنبي معها، وهذا يشمل كل العقود التي تبرمها الدولة مع الشخص الأجنبي، وليس فقط في عقود الاستثمار[٤].

ويفضل أنصار هذا الرأي اللجوء إلى العقود المدنية[٥] كونها الأكثر انسجاماً مع متطلبات التجارة الدولية وتشجيع الاستثمارات الدولية، نظراً لأنه في العديد من الدول غير معروف العقد الإداري . كعقد مستقل على العقد المدني . الأمر الذي أدى إلى عزوف المستثمرين عن الاستثمار في الدول المضيفة، خوفاً من تطبيق نظرية العقد الإداري[٦].

---

[١] د. يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، بدون نشر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٩، ص٣٠٨ وما بعدها.

[٢] د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته، ص١٩٢.

[٣] د. يوسف عبد الهادي الأكيابي، المرجع ذاته، ص٣٠٨ وما بعدها.

[٤] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٩٢.

[٥] د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية،القاهرة، ١٩٩٨، ص١٠٧.

[٦] د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته، ص١٩٢، ١٩٣.

ثالثاً: هل العقد بنظام الـ B.O.T يمكن اعتباره عقداً إداريا ذا طابع دولي؟

العقد الإداري ذا الطابع الدولي هو العقد الذي يبرمه شخص قانوني، بقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره، مستخدماً وسائل القانون العام، بما تتضمنه من شروط استثنائية، وغير مألوفة في القانون الخاص. ويخضع لنظام قانوني واحد، رغم اتصال عناصره بأكثر من دولة، حيث يخضع لقانون الدولة التي يتبعها الشخص المعنوي العام المتعاقد، وما يتضمنه من تحديد، ما هو المقصود بهذا العقد[١]. ولتمييز العقد الإداري ذا الطابع الدولي عن العقد الإداري الوطني، يتم الاستناد إلى المعيار الاقتصادي، القائم على تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية، وما يترتب عليه من انتقال للأموال، والخدمات عبر الحدود[٢]. ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه القائل إن العقد بنظام الـ B.O.T، تنطبق عليه شروط كون العقد إدارياً ذا طابع دولي لاتصاله بطرف أجنبي، وهو كونسورتيوم الشركات (شركة المشروع)، فالإدارة تتعاقد مع شخص، أو شركة أجنبية للقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته، بأداء خدمة عامة للجمهور، طبقا للشروط الموضوعة في عقد الالتزام، مقابل استغلال الأخير للمشروع لمدة زمنية محدودة، واستيلائه على الأرباح[٣].

رابعاً: الطبيعة الخاصة للعقد بنظام الـ B.O.T :

هنالك من يرفض اعتبار عقود الاستثمار التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي، ومن بينها العقود بنظام الـ B.O.T عقوداً إدارية، ويعتبرونها من عقود القانون الخاص، وسندهم في ذلك:

---

[١] د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية،القاهرة، ٢٠٠٠، ص٨٧.

[٢] د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص١٠.

[٣] د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية وتحول الملكية، مرجع سابق، ص٩٧، ٩٨.

١- يجب توافر عدد كبير من المرونة في العقد، لكي تسمح بالموائمة بين مصالح كل من الدولة والمستثمر، وهذا غير موجود في العقد الإداري.

٢- قبول الدولة لكل من شرطي الثبات التشريعي، وثبات العقد، هو إنكار صحيح لأحد خصائص العقد الإداري، وهي الخاصة بعدم المساواة بين الإطراف، إضافة إلى خاصية التعديل بالإرادة المنفردة لتحقيق الصالح العام.

٣- معظم تشريعات الاستثمار، ونقل التكنولوجيا، تسعى إلى إبعاد عقود الدولة عن فكرة العقد الإداري[١].

٤- إن متطلبات التجارة الدولية، تفرض على الدولة النزول للتعاقد شأنها شأن الشخص الخاص، من أجل جذب الاستثمار، والقول بعكس ذلك ينعكس على تحقيق التنمية الاقتصادية. فاستخدام الدولة في التعاقد مع المستثمر الأجنبي لوسائل القانون العام، يفسد تلك العلاقة، ويساعد على طرد الاستثمارات منها.

٥- كما أن أنصار هذا المبدأ، يقرون بمبدأ مساواة الدولة، حيال وقوفها موقف المتعاقد مع المستثمر الأجنبي، ولا يكون لها إي سلطات استثنائية، إلا بالقدر الذي تسمح به الشروط التعاقدية[٢].

خامساً: رأينا في تكييف العقد بنظام الـ B.O.T:

لما كانت صور تنفيذ العقد بنظام الـ B.O.T وهياكل التنفيذ متعددة، فإن الشروط والعناصر تختلف من عقد لآخر، فالعقد بنظام الـ B.O.T يفترض:

١- للمستثمر الأحقية في بناء المشروع، واستغلاله طيلة مدة الامتياز، ثم تحويل الملكية للدولة عند انتهاء الامتياز.

---

[١] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٩٤، ١٩٥.

[٢] د. أحمد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق، ص١٩٥.

٢- للمستثمر الهيمنة والسيطرة على المشروع، مع احتفاظ الدولة بحق الرقابة، لضمان حسن تأدية الخدمة، وانتظام واطراد المشروع، فليس لها أي دور في عملية الإدارة والتسيير، إلا بما نص عليه العقد.

٣- كما أن الشروط الموضوعة في العقد، لا تتضمن أي شروط استثنائية بالمعنى الوارد في الفقه الإداري، بل تتوافق والقانون الخاص.

٤- ومما يدعم وجهة نظرنا، أن البعض يرى بأن تخلف أي شرط من تلك الشروط، يعني الخروج عن نظام الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية[١].

إن التكييف الصحيح للعقد، يتطلب فحص كل عقد على حده، وتدقيق شروطه، وعناصره، وظروفه، وملابساته، بحيث يكون التكييف منسجماً مع جوهر العقد، وخصوصيته. وبالتالي نحن لا نؤيد وضع تكييف عام واحد، ينطبق على كل العقود، لان كل عقد له طبيعة، وشروط تختلف عن غيره، وبالتالي يختلف التكييف من عقد لآخر. ومن هنا فالعقود المبرمة، بين الدولة والمستثمر الأجنبي ليست ذات طبيعة واحدة، ولا تخضع لنظام قانوني واحد، فهي تكون في بعض الحالات، عقوداً إدارية[٢]. وفي حالات أخرى، تعد من عقود القانون الخاص، فالعبرة في ذلك بتحليل كل عقد على حده، لمعرفة أركانه وإضفاء النظام القانون الذي يحكمه[٣]. فتحقيق الصالح العام للدولة يتأتى من خلال

---

[١] د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص دراسة تحليلية لنظام البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية ، ط١، دار النهضة العربية،القاهرة ، ٢٠٠١، ص٢٤٣.

[٢] د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ص٧٢٣، حيث يرى بأن عقود امتياز المرافق العامة هي عقوداً مركبة، وبالتالي فهي عقود إدارية جزئية.

[٣] د. يوسف عبد الهادي الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص٣١٢ ولمزيد من التفاصيل د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة

جذب الاستثمارات إليها سواء كانت محلية أو أجنبية، ولا عبرة للأخذ بأسلوب القانون العام، أو الأخذ بفنون القانون الخاص عند التعاقد مع المستثمر .والعقد بنظام الـ B.O.T ، لا يعتبر صورة من صور الأشغال العامة، أو المرافق العامة، وبناء على ذلك نؤيد الاتجاه القائل بأن العقد بنظام الـ B.O.T ، هو عقد مركب من عقود القانون الخاص، نتيجة اتفاق ترخيص بين جهة الإدارة، والملتزم يعكس رأي جهة الإدارة في إلغاء طبيعة المرفق العام للمشروع المراد تنفيذه، وإدارته في إطار المصلحة العامة، مع بقاء ملكية المشروع خاصة طيلة مدة الاتفاق، وبالتالي يجوز رهن أصول المشروع والتنفيذ عليها طيلة مدة الاتفاق، شريطة التزام المستثمر بإعادة تحويل أصول المشروع إلى الجهة الإدارية خالية من جميع الالتزامات[١].

فالعقد في المشروعات بنظام الـ BOT، رغم أنه يبرم في الغالب عن طريق أحد أساليب تعاقد الإدارة، إلا أنه يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا تتمتع الإدارة في هذا العقد سوى بسلطة الرقابة والإشراف، وفي حالات نادرة استرداد المرفق قبل نهاية المدة لمقتضيات الصالح العام، ومقابل تعويض عادل للملتزم، فهذه تمثل حالات نادرة، وهو ما يؤيد أن هذا العقد هو عقد مركب من عقود القانون الخاص، لأنه يخضع في الغالب لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولبعض الأحكام الناظمة لعقود القانون الخاص، كالاتفاق على فض النزاع عن طريق التحكيم فكثيراً ما تتنبه شركة المشروع بصفتها مستثمر إلى ضرورة خضوع النزاع الحاصل في العقد إلى لجنة تحكيم، وهذا أمر غير متصور

مقارنه لنظم المناقصات والمزايدات، وتطبيقه للقانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، مع دراسة العقود بنظام الـ B.O.T، ط٣، ، دار النهضة العربية،القاهرة ،٢٠٠٣، ص٨٢، ٨٣.

[١] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص١٩٨.

حصوله فيما لو كان العقد بنظام الـ BOT، عقداً إدارياً بمعنى الكلمة ، لذلك يوجد في هذا النمط من العقود بعض خصائص العقود الإدارية، لكنها غير كافية لإضفاء الصفة الإدارية عليه، ومما يؤيد ذلك أن الأحكام التي تخضع لها العقود الإدارية تختلف عن الأحكام الناظمة للعقود المدنية، وأهمها أن العقد شريعة المتعاقدين، فالإدارة في ظل نظام الـ BOT، لا تستطيع تعديل شروط العقد التعاقدية طيلة مدة الالتزام، بينما لو كان العقد إدارياً من الممكن لها القيام بذلك بالإرادة المنفردة، في حين أنه في ظل نظام عقود الـ BOT يتم التقيد بحرفية بنود العقد.

ولابد من الإشارة هنا إلى أنه نظراً لندرة خضوع دولة لقانون دولة أخرى، إلا إن هنالك قوانين دول فيها من الجاذبية، ما تدفع به بعض الدول للخضوع إليه طواعية، وذلك لإتصافه بالطابع الحيادي، كما هو الحال في القانون السويسري، الذي ينص على تطبيقه في أحد العقود المبرمة بين دولة أفريقية، وأحد المشروعات الألمانية[١]. وتلعب جنسية المتعاقد الأجنبية، دوراً مهماً في فرض بعض الشروط، عند إبرام العقد لأن المستثمر الأجنبي يهمه تحقيق الربح من خلال وجود عقد يطبق نظام قانوني يتيح له ذلك، وهذا ما ندرسه في المبحث التالي.

---

[١] د. أحمد رشاد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٣٧٨ .

المبحث الثالث

دور جنسية المتعاقد الأجنبي في فرض بعض الشروط

إن وجود طرف أجنبي في العقد، ينبني عليه عدة آثار قانونية، تحكم العلاقة العقدية الموجودة بين طرفي العقد، لأن كون طرفي العقد من جنسية واحدة لا يثر صعوبات قانونية، من حيث المبدأ، لكن الصعوبات تظهر عندما تختلف جنسية أحد طرفي العقد، الأمر الذي يحدو بالمستثمر الأجنبي لفرض بعض الشروط عند إبرام العقد، كشرط التحكيم، وشرط ثبات العقد، وشرط خضوع العقد للقانون الخاص ، وهو ما نبحثه تالياً، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

شرط التحكيم

التحكيم معروف منذ القدم، لذلك فالمستثمر الأجنبي، يرغب في الغالب، أن يخضع العقد المبرم بينه وبين الدولة المضيفة إلى التحكيم، وذلك من خلال إدراج نص في العقد يقضي بإحالة النزاع بين الطرفين إلى التحكيم.وسنحاول دراسة موقف التشريعات من التحكيم في منازعات الاستثمار، وعقود الـ B.O.T.، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التحكيم في نطاق منازعات الاستثمار:

أجازت معظم التشريعات الاستثمارية في الأنظمة المقارنة اللجوء إلى التحكيم في منازعات الاستثمار، وكذلك الحال هو موقف الاتفاقيات الدولية، ويبرز ذلك من خلال:

أولاً: موقف التشريعات من التحكيم في نطاق منازعات الاستثمار:

لقد أجاز قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني، تنفيذ حكم المحكمين، كما أشار قانون الاستثمار إلى ذلك[١].إضافة إلى أن قانون ضمانات وحوافز الاستثمار المصري، رقم (٨) لسنة ١٩٩٧، كرس ذلك[٢]. كما أن القانون السوري قد أشار إلى ذلك بشكل واضح حيث نص على أنه: (تسوى نزاعات الاستثمار بين المستثمر والجهات والمؤسسات العامة السورية، وفق ما يلي: عن طريق الحل الودي...، يحق لأي منهما اللجوء إلى إحدى الطرق التالية:- اللجوء إلى التحكيم)[٣]. كما أن المشروع الفرنسي قد قام بإصدار قانون (١٩) أغسطس ١٩٨٦، والمشهور بقانون يور ديزني لاند، وبموجبه أصبح يجوز للدولة ومقاطعاتها، ومؤسساتها العامة، أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع الشركات الأجنبية، وذلك خلافاً للحظر الوارد عليها في المادة (٢٠٦٠)، من القانون المدني الفرنسي، وذلك بموجب المادة (٩) من القانون الجديد، والدافع لذلك كان إصرار الشركة الأمريكية، على تضمين العقد المبرم بينها وبين مقاطعة val de marne والمؤسسة العامة للمدينة الجديدة marne la valle، شرط التحكيم، بعدما رفض مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط، كونه يخالف النظام العام في فرنسا[٤].فنلاحظ أن التشريعات السابقة، قد نصت على جواز اشتراط اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار، إلا أنها اختلفت من حيث

---

[١] قانون تنفيذ الأحكام الأجنبية الأردني ، رقم (٨)، لعام ١٩٥٢، المادة (٢)، قانون تشجيع الاستثمار الأردني الملغى رقم (١٦) لعام ١٩٩٥، المادة (٣٣).

[٢] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٣٥٥.

[٣] المرسوم التشريعي، رقم (٨)، لتشجيع الاستثمار في سورية، لعام ٢٠٠٧، المادة (٧/ أ) الصادر في ١٣/ ٢٠٠٧/٥، مؤسسة النوري، ٢٠٠٠، ص١٥، المادة (٢٦/ب).

[٤] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق ، ص٣٧٩، ولمزيد من التفاصيل د. حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤، ص٣٧٦، ٣٧٧.

تحديد القانون الذي يتبع في التحكيم، فالبعض أصر على القانون الوطني للدولة المضيفة، كما في مصر والبعض الآخر لم يشترط ذلك.

ثانياً: موقف الاتفاقيات الدولية من التحكيم في مجال منازعات الاستثمار:

معظم الاتفاقيات المبرمة بين الدول بعضها البعض، أو بينها وبين المستثمرين الأجانب، قد تضمنت نصوصاً في العقد، تجيز اللجوء إلى التحكيم، فمثلاً نجد أن العقد المبرم بتاريخ ١٩٩٤/١١/١٨، بين الحكومة اللبنانية، وبعض الشركات الفرنسية الخاصة، من أجل تنفيذ ما يسمى الأوتوستراد العربي، يشير إلى خضوع الخلافات الناشئة عنه إلى التحكيم وفقاً لدفتر الشروط وملاحقة، مع تطبيق أحكام نظام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (يونسترال)، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية، وعلى أن يطبق القانون اللبناني في أساس الموضوع[١].

ولابد من الإشارة هنا إلى أن منظمة التجارة العالمية تعتد بدور التحكيم في تسوية منازعات التجارة الدولية بين أعضائها من خلال آليات جهاز تسوية المنازعات، وفقاً لما صاغه المفاوضون في جولة أروجواي بخصوص التفاهم بشأن القواعد، والإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات، من قواعد تجعل من التحكيم وسيلة فاعلة لحل المنازعات التجارية، وتسمح بضمانات للأطراف

---

[١] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٣٦٠، ولمزيد من التفاصيل، د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية، وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعماً للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، ط١، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم (١)، ٢٠٠٣، ص١٠٤، ١٠٥.

المتنازعة في نزاهة، وعدالة الأحكام المترتبة عليها حسبما يستفاد من بنود التفاهم[١].

الفرع الثاني: التحكيم وعقود الـ BOT:

قد تخضع عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية في فض منازعاتها للتحكيم. فشركة المشروع تحرص على النص عند إبرام هذه العقود على أن تخضع للتحكيم، وكذلك الحال بالنسبة لرب العمل والمقاول من الباطن، فهو أسلوب لفض المنازعات بين الأطراف، وملزم لهم لأنه من اختيارهم[٢]. وارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية، وجذب الاستثمارات الأجنبية، وبسبب التأثر بالاعتبارات السياسية والمتغيرات الاقتصادية اتسع نطاق الأخذ بنظام التحكيم، وتعدى العقود التجارية إلى عقود التنمية الاقتصادية سواء كانت عقوداً مدنية، أم عقوداً إدارية[٣]. كما أن التحكيم في العقود الإدارية قد تباينت بشأنه التشريعات المقارنة، وهو ما نبحثه من خلال:

أولاً: العوامل التي ساعدت على سرعة انتشار التحكيم في عقود الـ BOT:

هنالك عدة عوامل كان لها أثر في سرعة انتشار هذا النظام في عقود الـ BOT، وذلك باعتباره وسيلة لفض المنازعات بين أطرافه، ولعل أهم هذه العوامل يتمثل بما يلي[٤]:

١- يتميز التحكيم ببساطة إجراءاته، وسرعتها في مواجهة البطء الشديد لإجراءات التقاضي أمام المحاكم، إذ يحاط القضاء دائماً بإجراءات معقدة

---

[١] د. محمد عبيد محمد، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار منظمة التجارة العالمية، مركز زايد العالمي للتنسيق والمتابعة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣، ص٢٧.

[٢] د. جابر نصار: عقود البوت الـ BOT، مرجع سابق، ص٢٠٦.

[٣] د. إلياس ناصيف: سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص٣٤٥.

[٤] د. جابر نصار، عقود البوت الـ BOT، مرجع سابق ص٢٠٦، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، المرجع ذاته، ص٣٤٥.

وطويلة ومتعددة الدرجات، وذلك بسبب الشكليات التي تفرضها القوانين للمحافظة على حقوق المتقاضين، وتحقيق العدالة لهم، بينما في التحكيم يحدد الأطراف إجراءات التحكيم وميعاد صدور القرار التحكيمي، ويختارون المحكمين[١].

٢- الحفاظ على سرية إجراءاته إذا رغب الأطراف بذلك، فالسرية في مجال عقود التجارة الدولية تعتبر أمراً مهماً، كون الأمر يتعلق بأسرار مهنية واقتصادية، وقد يترتب على علانيتها الإضرار بمراكز أطراف العلاقة، كما أن هذه السرية تحد من تضخيم النزاع، وقد تؤدي إلى التسوية الودية، ومن ثم استمرار العلاقة العقدية بين الأطراف. بينما في التقاضي أمام المحاكم، فيسود الإجراءات مبدأ العلانية[٢].

٣- يعطي لأطراف العلاقة قدراً كبيراً من الحرية في تحديد المحكمين الذين سينظرون في النزاع، ولا يشترط فيهم أن يكونوا قضاة، وهو أمر يؤدي إلى اختيارهم أشخاص ذوي خبرة في موضوع النزاع، بينما يعين القاضي سلفاً من قبل الدولة، ويفصل في النزاعات الموكولة إليه بشكل عام دون الفصل في نزاع معين، وقد لا يكون القاضي المختص من أصحاب الخبرة في موضوع النزاع[٣].

٤- يؤدي إلى الإفلات من القضاء الوطني، باعتباره وسيلة من الوسائل التي تمكن وحدات النظام الرأسمالي، ومنها الشركات العابرة للقارات، من الإفلات من القضاء الوطني. ومن الناحية العملية توجد اعتبارات كثيرة تؤثر في اختيار

---

[١] د. إلياس ناصيف، المرجع ذاته، ص٣٤٥، ٣٤٦، ولمزيد من التفاصيل د. جابر نصار، المرجع ذاته، ص٢٠٧.

[٢] ماجد الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص١٩٠، ولمزيد من التفاصيل د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، مرجع سابق، ص٣٤٦.

[٣] د. جابر نصار: عقود البوت الـ BOT، مرجع سابق، ص٢٠٧.

المحكمين، وفي تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، وذلك لوجود الدول الرأسمالية والشركات القوية، كأطراف في علاقات التحكيم، وربما يؤدي ذلك إلى فرض إرادة الطرف القوي على الطرف الضعيف، ولو تم الأمر في نهاية المطاف في صورة عقد رضائي. وهو الأمر الذي دفع البعض إلى التخوف من خطورة هذا الوضع، والذي بموجبه أصبح الطرف الأجنبي هو الخصم والحكم، وهذا ما يهدد المصالح الاقتصادية للعالم العربي في نطاق التحكيم، والذي لا يبرء من بعض النزعات العنصرية، والشبهات العامة[١]. ونحن نرى بأن أثر ذلك لا يقتصر على دول الوطن العربي، وإنما يشمل معظم الدول النامية، لأنها تعتبر كذلك أطراف ضعيفة.

ثانياً: موقف التشريعات المقارنة من التحكيم في عقود الـ BOT:

كما نعلم أن التحكيم أصبح من الممكن اللجوء إليه في العقود الإدارية، إلا أننا نتساءل عن إمكانية تطبيق التحكيم في عقود الـ BOT، فهل يمكن لهذه العقود أن تخضع للتحكيم أم لا؟ للإجابة على هذا السؤال لابد لنا من بحث مواقف التشريعات المقارنة منه، وذلك بالقياس على بعض أنماط من العقود القريبة منه، لأن مواقف الدول من هذا الموضوع متباينة فهنالك من أشار إليه بشكل صريح، كما هو الحال في عقود الـ BOT في لبنان، وهنالك من لم يشر إليه، تاركاً الأمر للاجتهاد الفقهي والقضائي، ليقوم باستنباط ذلك.

وبالنسبة لموقف الفقه والقضاء الإداري الفرنسي من مسألة التحكيم في العقود الإدارية، حيث أنه يميل إلى حظر ذلك إلا في أربع حالات وهي: ١- الحالة الأولى، تمثل بعض منازعات الصفقات العامة، حيث أن تقنين الصفقات العامة الصادر في عام ١٩٠٦، سمح في المادتين (٢٤٧، ٣٦١) منه بالتحكيم في

---

[١] د. أحمد السيد صاوي: التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢، ص٩.

مجال الصفقات العامة، وذلك بصفة محدودة، وبمسائل تتعلق بالمنازعات المتصلة بتصفية النفقات في مجال عقدي الأشغال العامة، والتوريد فقط. وقد طبقت هذه النصوص بواسطة الوحدات المحلية، لأنها لم تكن تسري على المؤسسات العامة. وتوجد بعض القوانين الأخرى التي سمحت بالتحكيم الإداري بصفة استثنائية، كالقانون الصادر في ١٠ أكتوبر لعام ١٩١٩، بشأن الطاقة الهيدروليكية[١].

٢- الحالة الثانية: وتمثل المؤسسات العامة الصناعية والتجارية، فقد فتح قانون ٩ يوليو لعام ١٩٧٥، طريق التحكيم أمام المؤسسات العامة الصناعية والتجارية، إلا أنه لم يتم السماح إلا لبعض هذه المؤسسات باللجوء إلى التحكيم. وحتى في هذه الأخيرة، فإنه سمح لها بالرجوع في حالات قليلة، وفي منازعات عقود تخضع لأحكام القانون الخاص، رغم أن بعض منازعاتها تتصل بعقود إدارية[٢].

٣- الحالة الثالثة، وهي حالة العقود المبرمة مع هيئات أجنبية، حيث أن قانون ١٠ يوليو لعام ١٩٨٢، أجاز التحكيم في العقود المبرمة في مجال البحث والتنقيب فقط[٣].

٤- الحال الرابعة، وهي تتعلق بالتحكيم طبقاً لاتفاقية واشنطن، حيث صدقت فرنسا على اتفاقية جنيف، للتحكيم التجاري الدولي، المبرمة في ٢١ أبريل لعام ١٩٦١، والتي تجيز المادة الثانية منها التحكيم بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة، ولكن عدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية على الاتفاقية، منع من وضع شروط التحكيم في العقود المبرمة مع المشروعات الأمريكية، وأشخاص

---

[١] د. ماجد الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص١٧٨، ولمزيد من التفاصيل د. أنور رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، الكويت، ١٩٩٢، ص٤.

[٢] د. ماجد الحلو، المرجع ذاته، ص١٧٨، ١٧٩.

[٣] المرجع ذاته، ص١٧٩.

القانون العام الفرنسية. وقد أصبح هذا الأمر ممكناً في ظل اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥، رغم أنها لم تنص صراحة على إمكانية التحكيم، بالنسبة لأشخاص القانون العام، إلا أنها أجازت ذلك ضمناً[١]. ومن هنا يمكن لنا استخلاص أن الرأي الراجح في فرنسا هو جواز التحكيم، كون عقود الـ BOT، تعتبر من العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، وقريبة من عقود التجارة الدولية، ومما يدعم رأينا أن هنالك اتجاه في فرنسا يطالب بتوسيع إطار التحكيم، ففي تقرير لمجلس الدولة الفرنسي بعنوان «تسوية المنازعات بطريقة أخرى»، صدر عام ١٩٩٣، حيث ورد فيه عدة اقتراحات لتوسيع إطار التحكيم في المنازعات الإدارية، كتعميم التحكيم في مجال العقود الإدارية المسماة، والرجوع إلى التحكيم في العقود التي سمح فيها قانون ٦ فبراير لعام ١٩٩٢، للوحدات المحلية أن تبرمها مع الهيئات الأجنبية، والاعتراف للحكومة بسلطة التصريح بمرسوم، لأي مؤسسة عامة بالرجوع إلى التحكيم[٢]. وكما نعلم أن عقود الـ BOT، مما يركز فيها الطرف المتعاقد مع الإدارة على الخضوع للتحكيم في الغالب من منازعاتها، وأيدنا في ذلك نص الفقرة التي أضيفت إلى المادة (٢٠٦٠) من التقنين المدني الفرنسي، بموجب قانون ٩ يوليو ١٩٧٥، حيث قضى بأنه: «ومع ذلك فإنه يجوز أن يصرح لمختلف المؤسسات ذات الطابع الصناعي، والتجاري اللجوء إلى التحكيم بموجب مرسوم في هذا الشأن»[٣].بينما في مصر فقد صدر قانون التحكيم الجديد رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، وقد نصت المادة (٣) من مواد الإصدار على أن: «تلغى المواد من (٥٠١-٥١٣) من القانون، رقم (١٣) لعام ١٩٦٨،

---

(١) Laurent Richer, Droit des conlrats administratifs, ١٩٩٥, p. ٢٥٦ et suiv.

(٢) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، ط١، دار المستقبل، دمشق، ١٩٩٣، ص٥٥٥.

(١) د. إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، من السنة ٤١، ١٩٩٧، ص٦.

بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، كما يلغى أي حكم مخالف لأحكام هذا القانون»[١].كما أن هذا القانون قد نص على أنه: «مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية يسري هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف القانون العام أو القانون الخاص، أياً كانت طبيعة العلاقات القانونية التي يدور حولها النزاع، إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، أو كان تحكيماً تجارياً دولياً يجري في الخارج، واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون»[٢].وأضفى القانون المصري الصبغة التجارية على كل اتفاق تحكيم في ظل هذا القانون حيث قضى بأنه: «يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدية كانت، أو غير عقدية، ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع، أو الخدمات، والوكالات التجارية، وعقود التشييد والخبرة الهندسية، أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية، والسياحية، وغيرها ونقل التكنولوجيا، وعقود التنمية، وعمليات البنوك، والتأمين، والنقل وعمليات تنقيب، واستخراج الثروات الطبيعية، وتوريد الطاقة، ومد أنابيب، الغاز أو النفط وشق الطرق، والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة، وإقامة المفاعلات النووية»[٣].

وقد أقر المشرع السوري للإدارة الحق في اللجوء إلى التحكيم منذ عام ١٩٦٩، حيث نصت المادة(٧٥)من المرسوم التشريعي رقم(٢٢٨) لعام١٩٦٩، على انه(أ- يحق للإدارة الموافقة على اللجوء إلى التحكيم وفقًا للأصول المتبعه في

---

[١] د. عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، ١٩٩٦، ص١٤.

[٢] قانون التحكيم الجديد المصري، رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المادة (١).

[٣] قانون التحكيم الجديد المصري رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية المادة (٢)، ولمزيد من التفاصيل د. عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، مرجع سابق، ص٣٨.

القضاء الإداري، ب-.... ج- ويمكن في العقود الخارجية أن ينص على تحديد جهة تحكيمية خاصة...، د- يتحمل الفريق الخاسر نفقات التحكيم بنسبة خسارته....).

وتطبيقاً لما تقدم أكدت المحكمة الإدارية العليا السورية على القوه المطلقة لشرط التحكيم في العقود الإدارية، حيث قررت(..أن قول الإدارة أنها لم توافق على التحكيم، وأنها كانت تصر على ضرورة البت في الخلاف من قبل المحكمة، مردود عليه بأنه لا يقبل منها التنكر لشرط التحكيم(وهو رابطة عقدية) بإرادتها المنفردة طالما لم تتوافق هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر في العقد..)[1]كما أشار المشرع السوري إلى التحكيم في القانون رقم (٤) لعام ٢٠٠٨.

المطلب الثاني

شروط ثبات العقد

إن جنسية المتعاقد الأجنبية، قد تلعب دوراً في فرض شروط ثبات العقد، لأنه كما نعلم أن العقود التي أبرمتها الدولة مع الأشخاص الأجنبية، لاسيما قبل الحرب العالمية الثانية، خصوصاً في إطار البحث عن النفط، واستغلال الثروات الطبيعية، والمعدنية لم تكن قد أشارت صراحة إلى تطبيق قانون الدولة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم(١٤٣) في الطعن رقم(٤٣٢) لعام ١٩٧٣، مذكورعند صحيح سلوم، موسوعة العقود، الجزء الاول، دار الانوار للطباعة، دمشق، ١٩٩١،ص٥٣

المتعاقدة[١]. لأن الشركات العملاقة، كانت تفرض على الدول النامية، الشروط التي تناسبها، لاختلاف المراكز القانونية، فالشركات ذات مراكز اقتصادية عالية، والدول النامية بحاجة لإعادة تنميتها. لذلك فقد تنبه المستثمر الأجنبي إلى ضرورة إدراج شروطاً في العقد، تلزم الدولة المضيفة بعدم إنهاء العقد أو تعديله بالإرادة المفردة[٢]، أو إصدار تشريعات جديدة، أو لوائح تسري على هذا العقد، الأمر الذي يؤدي إلى تغيير مضمون العقد بإرادتها المنفردة، ونبحث هذه الشروط في فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: شروط الثبات التشريعي:

وهذا الشرط لا ينص عليه عادةً إلا إذا كان قانون الدولة المتعاقدة هو الواجب التطبيق[٣]. ومما يدعم ذلك، أن المادة (٤٢) من اتفاقية واشنطن، والتي أنشئت المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار، نصت على إعمال أحكام قانون الدولة المتعاقدة، في حالة عدم اختيار أطراف العقد، لقانون يحكمه. كما أشار إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة، توصية مجمع القانون الدولي، في دورة أثينا لعام ١٩٧٩. إضافةً إلى وجود الدولة طرفاً في العقد، ورغبتها في إخضاع هذه النوعية من العقود لقانونها، بوصفها عقوداً إدارية[٤]. ونبحث في شرط الثبات التشريعي من خلال:

---

[١] د. احمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقات البترولية في البلاد العربي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥، ص٦٠٧، ولمزيد من التفاصيل، د. احمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق، ص٤٤٣.

[٢] د. حفيظة الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ، ص٤١٣.

[٣] Delaume: ((des stipulations de droit applicables dans les accords de prêt et developpement economique et leur role)), R.B.Dr. r.inter, ١٩٦٨, p.٣٣٦.

مذكور عند د. حفيظة الحداد، المرجع ذاته، هامش، ص٤١٤.

[٤] د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته، ص٤٤٤.

أولاً: الدافع إلى شرط الثبات ومفهومه:

نظراً لفشل المشروع الأجنبي في كثير من الحالات في إقناع الدولة المتعاقدة معه في اختيار نظام قانوني للعقد غير قانونها الوطني، لذلك عمد المشرع الأجنبي على تحجيم دور القانون الوطني للدولة المتعاقدة، كقانون حاكم للعقد من خلال غل يد الدولة من المساس بالتوازن العقدي[١]، ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة، وتأكيد عدم سريان التعديلات التي تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بينها، وبين المتعاقد معها[٢]. وهذا هو المقصود بشروط عدم المساس بالعقد والثبات التشريعي، أي إفلات العقد من الخضوع للآثار الناجمة عن التغييرات التشريعية التي قد تمس قانون العقد[٣].وفيما يتعلق بشروط الثبات التشريعي، والتجميد الزمني للقانون بالنسبة لعقود الدولة، فهي شروط تهدف إلى تجميد دور الدولة، كسلطة تشريعية وطرف في العقد، من تغيير القواعد القانونية النافذة وقت إبرامه، وتعهدها بعدم إصدار تشريعات جديدة تسري على العقد، وتؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، وإلحاق الضرر بالمتعاقد الأجنبي[٤]، وهذا ما عبر عنه المحكم المنفرد، (Pierre cavin) في قضية (sapphire) ضد إيران، في ١٥

---

[١] د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ، ص٣٢٠، ولمزيد من التفاصيل أشارة الدكتورة إلى:

Esa paasivita: ((internationalization and stabilization of contracts versus state sovereignty)), B.Y.B.I.L, ١٩٩٠, P.٣١٥ etc spec.٣٢٣.

[٢] د. حفيظة الحداد، المرجع ذاته، ص٣٢٠، ٣٢١.

[٤] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص ٤٤٦، ولمزيد من التفاصيل، د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، ٢٠٠٠، ص٨٣.

[١] د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق ، ص٣٢٤، ولمزيد من التفاصيل، د. احمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية، للقانون الدولي، العدد ٤٣، ص٦٨.

مارس، ١٩٦٣م، فقد أوضح بأنه بمقتضى الاتفاق المبرم بين إيران والشركة الأجنبية، فإن الأخيرة، قدمت مساعدات مالية، وفنية، واستثمارات لإيران، تتضمن مسؤوليات ومخاطر، وبالتالي لابد من حمايتها من الخضوع لأي تشريعات جديدة، تؤثر في حقوق الأطراف والتزاماتهم، الأمر الذي يعني منحها ضمان قانوني، وهو أمر من الصعب تحققه، فيما لو طبق القانون الإيراني على العقد، إذ انه يكون من حق سلطة الدولة الإيرانية تعديله وتغييره[١]. وشروط عدم المساس بالعقد تهدف إلى الحيلولة بين الدولة وبين ممارستها لسلطاتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة[٢].

إضافة إلى أن المستثمر عندما يتعاقد مع الدولة فإنه يسعى في الغالب إلى الإفلات من تطبيق قانون الدولة المضيفة على موضوع العقد، وذلك إما باختيار، فض المنازعات عن طريق التحكيم وتطبيق قانون تحكيمي معين، أو من خلال إخضاع العقد لنظام قانوني لدولة معينة يرى فيه تحقيق لمصالحه، أو من خلال الاتفاق على خضوع العقد لقانون الدولة المضيفة مع تضمين العقد شروطاً تتعلق بثبات العقد وعدم المساس به، وسريان القانون الذي كان نافذاً وقت إبرام العقد على منازعات العقد، حتى ولو قامت الدولة بعد إبرام العقد بتعديل في تشريعاتها بما فيها القانون الذي يطبق على العقد. ومن هنا نرى بأن كلاً من هذه الشروط يخدم مصلحة المستثمر فقط، وتهدف إلى احترام مبدأ الحقوق المكتسبة، وهو المبدأ الذي يعني بأن الدولة المضيفة للاستثمار لها مطلق الحرية في أن تغير في أوضاع الأجانب في أراضيها بالنسبة للمستقبل، شريطة عدم المساس بحقوق اكتسبها الأجانب بموجب القانون

---

[٢] د. بشار الأسد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص١٦٨.

[٣] المرجع ذاته ، ص٣٢٦.

القديم[١]، والعقد موضوع البحث بين الدولة، والمستثمر يعتبر بأنه رتب حقوق مكتسبة لطرفي العقد في ظل القانون القديم. ومن هنا نجد بأن شرط الثبات التشريعي وشرط عدم المساس بالعقد لا يجوز فصلهما، لأنه إذا تم فصلهما فهذا يعني الإخلال بالضمانات المقررة للمستثمر الأجنبي، والذي تعاقد على أساسها.

ثانياً: تطبيقات شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار وقوانين الاستثمار والقضاء:

وهذه الشروط تجد مصدرها في الممارسات التعاقدية المستمرة من جانب الدولة، وسماح العديد من التشريعات الوطنية بهذه الشروط، وكذلك في أحكام التحكيم والقضاء.

وقد نص على شرط الثبات التشريعي لأول مرة في اتفاقية الامتياز المعقودة عام ١٩٣٣، بين إيران وشركة النفط الأنجلو-إيرانية، حيث أوضحت بأن التشريعات الحكومية، لا يمكنها أن تغير من الامتياز، أو من شروطه[٢].

وهنالك العديد من العقود بهذا الشأن، وعلى الصعيد التشريعي، فقد سمحت العديد من تشريعات الدول ولاسيما النامية، بإدراج شروط الثبات التشريعي في عقودها مع المستثمرين الأجانب، بهدف جذب الاستثمارات، كونها تمثل مصدر أمان للمستثمرين[٣]. فمثلاً نجد أن قانون البترول الليبي أشار إلى عدم سريانه

---

[١] د. خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العد الثالث، ١٩٩٩، ص٨٩.

[٢] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص١٦٥، كما أشار إلى:

Red Ferm (A): the Arbitration between the government of Kuwait and Aminoil , B.I.L., ١٩٨٤, P.٨٦

[١] paasivirata (E): Internationalization and stabilization of contracts verses state sovereignty, B.Y.B.I, vol, ٦٠, ١٩٨٩, P.٣٣٠ – ٣٣١,

على الامتيازات التي منحت قبل صدوره، كما أن التعديلات التي لحقت به بعد ذلك قضت بعدم مساسها بالامتيازات المعقودة قبل العمل بها[١].

كما أن قانون الاستثمار الأردني بين أنه: «للمستثمر الذي يتمتع مشروعة بإعفاءات، أو مزايا بمقتضى تشريعات تشجيع 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[٢].

ومن ذلك نجد تأكيد التشريع الأردني كغيره من التشريعات على مبدأ شروط ثبات العقد. وهذه التشريعات مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، فهنالك العديد من التشريعات المتعلقة بشروط الثبات التشريعي، كقانون البترول الإيراني، لعام ١٩٥٧[٣]، وقانون الاستثمار الجزائري لعام ٢٠٠١[٤]، وغيرها الكثير[١].

وقد أشار إلى هذا المرجع، د.بشار الأسعد، هامش، ص١٦٦.

[١] قانون البترول الليبي، رقم (٢٥) لعام ١٩٥٥، المادة (٢٤).

[٣] قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، المادة (٦)، المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٤٦٠٦ ، تاريخ ١٦ / ٦ / ٢٠٠٣، ص ٣٢٣٨، وأيضاً منشور على الانترنت http://www.arablaw.org /Arab%٢٠law%٢٠net%٢٠٢j.htm

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٣٠٩، ولمزيد من التفاصيل، د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٤٤٧.

[٤] قانون الاستثمار الجزائري لعام ٢٠٠١، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ٤٧، ٢٢ أغسطس ٢٠٠١، وهو منشور أيضاً على شبكة الانترنت:

وفي نفس الاتجاه ذهب مجمع القانون الدولي في دورته المنعقدة في مدينة أثينا في عام ١٩٧٩، والمخصصة لمناقشة القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الدول، والأشخاص الخاصة الأجنبية، حيث نصت المادة (٣) من التوصية، بأنه: «يجوز للإطراف الاتفاق على أن أحكاماً في القانون الداخلي، التي يرجعون إليها في العقد، هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد»[٢].

وإذا كان هذا موقف التشريعات، والعقود من شروط الثبات التشريعي، فما هو موقف التحكيم؟

إن أحكام التحكيم الصادرة بمناسبة منازعات عقود الاستثمار، قد سارت على نهج التشريعات السابقة، من حيث تثبيت القانون الواجب التطبيق لحظة إبرام العقد، وأحكام التحكيم في هذا الشأن كثيرة، منها تحكيم (Sapphire) وقد سبقت الإشارة إليه، وتحكيم قضية (Liamco)، بشأن النزاع بين الشركة المذكورة والحكومة الليبية، والصادر في ١٢ أبريل، ١٩٧٧،حيث ذهب إلى أنه:

«لغرض تعزيز الطبيعة التعاقدية في امتياز ليامكو، وغيره من الامتيازات المشابهة، بالنظر لكون أحد المتعاقدين هو الدولة، فقد وجد أنه من الضروري لضمان حماية معنية للحقوق التعاقدية لأصحاب الامتياز، حيث من المعتاد أن يكون المستثمرون الأجانب الذين قبلوا المخاطرة باستثمار مبالغ طائلة من المال، وأعداد كبيرة من العمال لتشغيل امتيازاتهم حريصين على الحصول على

---

http://www.arifonet.org.ma/data/dalil٪٢٠investment/countries/٠٥algeria/law ar.htm

[١] د. حفيظة الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، هامش، ص٣٢٩.

[٢] نص القرار منشور في: Rev.Crit,١٩٨٠, p٤٢٧ ولمزيد من التفاصيل د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، ص١٦٨.

ضمان كافٍ من أجل احترام مبدأ قدسية العقد، ولغرض ضمان مثل هذه الحماية، جرى إدخال نص بعينه بهذا المعنى في البند (١٦) من اتفاقية الشركة المذكورة، وهذا البند مخول به قانوناً، ومصاغ وفق البند النموذجي ذاته الوارد في الجدول (١١) الملحق بقانوني النفط، لعامي، ١٩٥٥، ١٩٦٥.

وأن البند (١٦) المذكور يدخل في نطاق ما اصطلح عليه بشرط الثبات، وعدم جواز خرق العقود، وهو شرط ملزم قانونا بموجب قواعد القانون الدولي»[١].

كما أن التطبيقات القضائية بخصوص صحة شروط الثبات التشريعي كثيرة ونذكر منها على سبيل المثال، قرار محكمة النقض الفرنسية الذي يؤيد تثبيت النظام القانوني العقد. وذلك بمناسبة عقد قرض أبرمته شركة الخدمات التعاقدية للبريد البحري الفرنسية، مع بعض المستثمرين الكنديين، واشترط فيه الوفاء على أساس قيمة الذهب في ظل القانون الكندي، الذي كان يقرر جواز مثل هذا الشرط، وقت انعقاد العقد، ولما قام المقرضون بمطالبة الشركة بالوفاء أمام القضاء الفرنسي، احتجت الشركة بأنها غير ملزمة بالوفاء إلا بقيمة الدين، استناداً إلى بطلان شرط الوفاء بالذهب، عملاً بالتعديل التشريعي الذي طرأ على القانون الكندي بعد إبرام العقد، إلا أن محكمة النقض، رفضت ادعاء الشركة وأوضحت بأنه: «وحيث أنه نتج من تحقيقات محكمة الموضوع، أن المتعاقدين قد رجعوا إلى قيمة الذهب للدولار الكندي، وفقاً للقانون الكندي الصادر وقت إبرام العقد، لذا فإنه يبدو واضحاً بأن أطراف العقد، قد قصدوا

---

[١] تحكيم liam co منشور في I.L.M,vo٢٠،١٩٨١,P.٥٨ ولمزيد من التفاصيل د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص١٦٨، ١٦٩ وأيضاً د.أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٣١١ وما بعدها.

مقدماً إخراج اتفاقهم من كل الإجراءات التشريعية، التي يكون من شأنها إنقاص قيمة الدين بتعديل وزن وصفة الدولار إلى الذهب»[١].

مما تقدم نستنتج بأن شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار، مقررة إما بالاتفاق المبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي، أو من خلال التشريعات المقارنة، أو من خلال أحكام المحاكم، أو أحكام قضاء التحكيم، ونحن نرى بأن إقرار مثل هذه الشروط هو العامل الرئيسي لجذب الاستثمارات، وتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة، كون المستثمر يشعر بالأمان، وإن كان لها مخاطر، فيما إذا كان الاستثمار طويل الأجل وينصب على الموارد المعدنية، فقد ترتفع أسعار المعادن، ولا تستطيع الدولة تعديل العقد، أو المطالبة بالفرق.

---

[١] د.دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق ص٢٤٢، ٢٤٣، ولمزيد من التفاصيل د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل الملكية، هامش، ص٤٤٩، وأيضا د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٣١١.

ثالثاً: التكييف القانوني لشرط الثبات التشريعي:

انقسم الفقه حول هذا الموضوع في إتجاهين:

١- الاتجاه الأول: يرى بأن شروط الثبات التشريعي ما هي إلا شروط تحويلية لطبيعة القانون، حيث أن القانون يندمج في العقد، ويصبح شرطا تعاقديا كباقي الشروط. وبالتالي يفقد صفته كتعبير عن إرادة المشرع، ويؤدي ذلك إلى عدم سريان التشريعات اللاحقة بعد إبرام العقد عليه[١]، وهذا الرأي محل نقد، فهو لا يستقيم قانونا، لان القانون الذي يحكم عقد الاستثمار لا يندمج فيه، ولا يصبح شرطاً تعاقدياً من شروطه، كما أن القاضي وهو يطبق هذا القانون فإنه يطبقه باعتباره قانوناً، وليس بصفته شرطاً تعاقدياً[٢].

٢- الاتجاه الثاني: يرى بان شروط الثبات التشريعي، هي شروط توفيقية لقوة سريان القانون، ذلك أن اتفاق الطرفين المتعاقدين على سريان القواعد القانونية النافذة وقت إبرام العقد فقط دون تلك الطارئة بعد ذلك، لا يؤدي إلى تغيير طبيعة القانون التي تندرج تلك القواعد تحت مظلته، بل يؤدي إلى إيقاف سريان القواعد القانونية الجديدة، التي تصدر بعد إبرام العقد.

وبالتالي فإن شرط الثبات التشريعي يرتب أثراً توفيقياً، لقوة سريان قانون العقد بشأن التعديلات اللاحقة الطارئة عليه.

ونحن من جانبنا نرى بان شرط الثبات التشريعي يعتبر استثناء من الأصل العام، القائل بخضوع عقود المستثمر المتعاقد، لقانون الدولة التي يجري فيها الاستثمار، وكذلك خضوعه لكل التعديلات التشريعية، التي تطرأ على ذلك

---

[١] د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعية في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٣، السنة ١٩٨٧، ص٧٨، ٧٩، ولمزيد من التفاصيل د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية ، مرجع سابق، ص٢٤٥.

[٢] د . دريد السامرائي، المرجع ذاته، ص٢٤٥.

القانون خلال مدة نفاذ العقد، ولما كان هذا استثناء من الأصل العام لذلك لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه.إضافةً إلى أن محاولة البحث عن تكييف قانوني لهذا الشرط في نطاق القواعد العامة في القانون التجاري، وفي قواعد تنازع القوانين تعد محاولة غير مجدية. لأننا في هذا الموضع بصدد استثناء ولا يمكن أن ينطوي تحت القواعد العامة. وشرط الثبات التشريعي يكتسب قوته القانونية من الأداة التي يصدر بموجبها عقد الاستثمار. فيتم التصديق على هذا العقد في الغالب بمقتضى قانون تصدره السلطة التشريعية في الدولة المتعاقدة، وهذا يعني أن الدولة تتعهد بموجب سلطتها العامة، بعدم تطبيق التعديلات المستقبلية، والتي تطرأ على قوانينها الوطنية على المستثمر، بقصد تحفيزه على الاستثمار.

الفرع الثاني: شرط التجميد أو ثبات العقد :

وهذا الشرط هو مكمل للحماية المطلوبة للمستثمر الأجنبي، ويقترن بشرط التثبيت التشريعي للعقد، ويسمى أيضاً بشرط الاستقرار، ونبحث شرط تجميد العقد، أو ثباته بما يلي :

أولاً : مفهوم شرط تجميد العقد أو ثباته :

بموجب هذا الشرط، لا يكون للدولة المتعاقدة، الحق في تعديل الالتزامات التعاقدية بإرادتها المنفردة[١]. وشرط تجميد أو ثبات العقد، يلتحم مع شرط التثبيت التشريعي، لمواجهة نفوذ وسلطان الدولة[٢].

---

[١] د . حفيظة الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مجع سابق ، ص ٣٢٠ .

[٢] Prosper weil : les clause de stabilization ou d'intengibilite inserees dans les accord de development Ecomomique . mélanges ch. Rousseau , paris , p. ٣٠١

وقد أشار د . احمد رشاد سلام ، عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية،مرجع سابق ، إلى هذا المرجع ، هامش ، ص ٤٥١.

وهذا الشرط بمجرد النص عليه في العقد يتم بمقتضاه حماية العقد من امتيازات السلطة العامة التي تتخذها الدولة بالإرادة المنفردة، أي حماية العقد ضد المخاطر الإدارية[١].

وقد يتضمن العقد المبرم بين الدولة، والمستثمر الأجنبي كلا النوعين من الشروط[٢].

.ثانيا : النتائج المترتبة على شروط التجميد:

يترتب على تثبيت العقد أو تجميده، نفس النتائج المترتبة على شروط الثبات التشريعي، ولعل أهمها :

١ – إن القانون يفقد طبيعته في النطاق الدولي، وبالتالي يكون اختصاصه اختياريا في حالة رغبة أطراف العقد الدولي .

٢–يصبح العقد طليقا من سلطان القانون على الأقل من فترة حدوث تعديل في القانون المفروض أن يكون واجب التطبيق عليه[٣].

ثالثا : ما يترتب على الأخذ بشروط الثبات التشريعي وتجميد العقد :

رغم أن هدف تلك الشروط، هو تحقيق الاستقرار للروابط التعاقدية العابرة للحدود، إلا أنهما يخالفان عدة أصول فنية، وقانونية نشير إليها بإيجاز، وهي:

١– مخالفة شروط التثبيت التشريعي وتجميد العقد للأصول الفنية، لحل تنازع القوانين في الزمان :

فالمشرع للقانون هو الذي يملك تحديد سريانه، وليس أطراف العقد، بينما شروط التثبيت التشريعي وتجميد العقد، تمنح للأطراف سلطة تحديد سريان التعديلات التشريعية الطارئة على قانون الإرادة، على عقدهم من عدمه، كما يمنح لهم

---

[٣] ويقصد بالمخاطر الادارية ، تلك الخاصة بالعمالة والتراخيص والاذونات اللازمة لتنفيذ المشروع ، ولمزيد من التفاصيل د . احمد رشاد سلام ، المرجع ذاته ، هامش ، ص ٤٥١

[٢] د . احمد رشاد سلام ، المرجع ذاته ، ص ٤٥٢.

[٢] د. احمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٤٥٢ ، ٤٥٣.

حق استبعاد تطبيق أحكامه الجديدة، التي لم تكن موجودة وقت إبرام العقد، والقول بعكس ذلك يعني تعدي على سيادة الدولة[١].

كما إن الشروط السابقة، تتنافى والتطبيق الصحيح لقانون العقد، الذي يتطلب تطبيق القواعد الانتقالية لقانون العقد، وبالتالي فالحل الصحيح يكمن في الرجوع إلى قواعد القانون الانتقالي ذاته، لتحديد نطاق سريان النصوص الجديدة، وليس بتقرير تلك المكنة للمتعاقدين[٢].

إضافة إلى أن التطبيق الصحيح للقانون، يتطلب احترام كافة النطاقات التي يقررها له مشرّعه، لان خضوع العقد لقانون الدولة، يجب إن يحترم بغض النظر عن كون إرادة الإطراف هي أساس ذلك الخضوع، أم لكونه احترام كامل لذلك القانون بما فيه قانونه الانتقالي[٣] . كما يصبح العقد الدولي بعد الإسناد كالعقد الداخلي، لان شروط الثبات التشريعي، أو تجميد العقد تجعل العلاقة محل النزاع، بعد تحديد القانون الواجب التطبيق عليها غير مختلفة عن العلاقات الداخلية، وذلك مبدئياً في نطاق المنهج التقليدي في القانون الدولي الخاص[٤]

وبالتالي يصبح العقد الدولي بعد إسناده، وتحديد القانون الواجب تطبيقه عليه، كأحد العقود الداخلية، وتسري عليه إحكام تلك القوانين، وهي وضعت أصلا للعقود الداخلية[٥]. ويشير الفقه إلى انه رغم أن العقود تخرج بوجه عام من نطاق سريان الأثر الفوري للقانون الجديد، وتظل خاضعة للقانون الساري وقت

---

[٣] المرجع ذاته ، ص ٤٥٣ .

[٢] د. أحمد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق ، ص ٤٥٣.

[٣] د . احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ٣٢٦ .

[٤] د. احمد رشاد سلام ، المرجع ذاته ، ص ٤٥٣.

[٥] المرجع ذاته ، ص ٤٥٤.

إبرامها، إلا أن هذا الاستثناء لا يوجد إذا تعلق الأمر بقواعد جديدة تتصل بالنظام العام والتي تسري فوراً[١]. وهنا لابد من الإشارة إلى:

أ- لا يجوز استبعاد سوى القواعد المكملة وبنص صريح :

فمن منطلق معاملة العقود الدولية، معاملة العقود الداخلية من حيث سريان النصوص أو التعديلات الجديدة، ولكون المقرر في القانون الداخلي هو السماح باستبعاد الأحكام ذات الطبيعة المكملة فقط، فلا بد أن يكون ذلك في العقود الدولية، شريطة أن تكون إرادة الاستبعاد صريحة وواضحة .

ب – الدفع بالنظام العام لاستبعاد التعديلات الجديدة :

لا يجوز بأي حال استبعاد تطبيق التعديلات الجديدة التي طرأت على قانون العقد إلا عن طريق الدفع بالنظام العام، وهنا يتم إعمال الأثر السلبي فقط للدفع بالنظام العام، بحيث يستبعد النص الجديد، ويظل النص القديم القائم وقت إبرام العقد ساريا[٢].

٢ – مخالفة شروط التثبيت التشريعي، وتجميد العقد للأصول الفنية لحل تنازع القوانين الدولية:

وهنا نشير إلى أن الدكتور احمد عبد الكريم سلامة، في كتابه العقد الدولي، قد بين أن الأفراد يخلطون بين عمليتين فنيتين مستقلتين، وان كانتا متتابعتين[٣]:

أ – عملية تحديد القانون الواجب التطبيق :

وهي تتعلق بإعمال قاعدة الإسناد، وللإطراف في العقد الدولي طبقا لمبدأ قانون الإرادة دورا هاما، من حيث تحديدهم للقانون الحاكم لعقدهم[٤] .

ب – عملية إعمال القانون واجب التطبيق :

---

[١] المرجع ذاته ، ص ٤٥٤.

[٢] د. أحمد سلام ، عقد الإنشاء وتحويل الملكية ،مرجع سابق، ص ٤٥٤،٤٥٥.

[٣] د . احمد عبد الكريم سلامة ، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ٣٣١

[٤] المرجع ذاته ، ص ٣٣٢.

وهنا لا دور لإرادة الإطراف فيها، وذلك لانتهاء كل دور لقاعدة الإسناد[١]. كما أشار إلى أن التفرقة بين الحق المقرر للإطراف يؤدي أيضا"، إلى الخلط بيين مسألتين فنيتين مختلفتين، وهما :

المسالة الأولى : تجزئة القانون .

المسالة الثانية : تجزئة العقد .

وقد بين أن الفقه وان كان قد أجاز تجزئة العقد على مضض إلا أن تجزئة القانون مرفوضة، كونها لا تتفق مع أمرين هما :

* فكرة الإسناد الإجمالي: وهي تعني أن قاعدة الإسناد وهي التي تقرر اختصاص قانون الإرادة في العقود الدولية، حينما تحيل إلى قانون معين، فهي تحيل إليه في جملته، وبالتالي يطبق القاضي القانون بكامله لا أن يطبق البعض دون البعض الآخر[٢].

* فكرة العقد بلا قانون: انه في حالة قبول تجزئة القانون، وتقرير الاختصاص لقواعد قانونية معينة، فإن ذلك لا يمكن التسليم به، لاسيما بشأن شروط الثبات وتجميد العقد، لأنه من المعلوم إلغاء النصوص الجديدة للنصوص القديمة وقت إبرام العقد، وبالتالي يصبح إبرام العقد بلا قانون من حيث إننا نطبق نصوصاً ميته، وهذا يرفضه التطبيق القانوني السليم[٣].

رابعاً: موقفنا من شرطي الثبات التشريعي وثبات العقد أو تجميده:

بداية نحن نؤيد ضمان حقوق المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة سواء أكان فرداً أم شركة، وسواء كان مستثمراً بنظام عقد الـ B.O.T ، أو بموجب أي عقد

---

[١] المرجع ذاته ، ٣٣٣ .

[٢] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٤٥٦.

[٣] د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٣٣٥، ولمزيد من التفاصيل، د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته، ص٤٥٦، ٤٥٧.

آخر. لأن المستثمر، سوف يقوم بنقل تكنولوجيا، وأموال، وقيم منقولة عبر الحدود، لذلك لابد أن يضمن استثماراته في الدولة التي يتعاقد معها.

ولكننا نرى بأنه ليس من الواجب أن يمنح المستثمر ضمانات على حساب الصالح العام الاقتصادي للدولة، ولا سيما عندما يضمن عقده شروط ثبات تشريعي، أو ثبات العقد وخصوصا عندما يكون الاستثمار لمدة طويلة، كالاستثمار بنظام الـ B.O.T ،أو عندما يكون منصباً على ثروات معدنية، كالبترول مثلاً، واستخراج المعادن.

فإذا كان الاستثمار منصبا على ذلك، فيفضل ألا تقبل الدولة على تضمين العقد شرط ثبات تشريعي أو تجميد العقد، وإنما تضع في العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي، شرطاً يقضي بالتعويض العادل عن أي تعديل قانوني تجريه الدولة، ويكون من شأنه الإضرار بالمستثمر معها، كتعويضه عن زيادة الضرائب أو الجمارك.

فالدولة لها الحق في سن التشريعات، وبالتالي فإن شرط التثبيت يكون قد تحول إلى مجرد وظيفة مالية منحصرة في التعويض، ومن هنا يمكن الاستعاضة عنه، كما أن أحكام التحكيم تؤيد ذلك فعلى سبيل المثال لا الحصر، تحكيم (Aminoil) بين الكويت والشركة الأمريكية الصادر في عام ١٩٧٧، حيث أممت الحكومة الكويتية الشركة،وأنهت الامتياز بالإرادة المنفردة. وقد أكدت محكمة التحكيم مشروعية قرار الحكومة الكويتية في القانون الدولي العام، طالما كان للصالح العام، لأن شروط ثبات العقد، أو شروط الثبات التشريعي، لا تحدان أو تقيدان حق الدولة في التأميم[١]. وبالتالي فإن القانون الدولي لا يعترف بقوة هذه الشروط، عندما تكون

---

[١] للإطلاع على تحكيم Aminoil يراجع د . بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص١٧٥، ولمزيد من التفاصيل د. حفيظة الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص٣٨٥ وما بعدها.

المصلحة العامة للدولة تتطلب تجاوزها، شريطة حصول المضرور على التعويض اللازم. وبالتالي فهذه الشروط تعاقدية، وفعاليتها تتوقف على القانون الواجب التطبيق على العقد ذاته. فالأخير هو الذي يقرر صحتها، أو يرى عدم صحتها، فيقوم بتجاوزها عن طريق تعديل يطرأ عليه، شريطة تعويض المستثمر، وان يكون التعديل للمصلحة العامة، كما في عقود التنمية الاقتصادية، فمثلا في عقود التنمية الاقتصادية، لا يجوز للدولة أن تلجأ إلى اقتصار القانون على الرغبة في تحقيق وتعديل مركز تعاقدي قانوني خاص، نشأ عن عقد هي طرفا فيه، كون عقود التنمية الاقتصادية تكلف الدولة والمستثمر أموالاً كثيرة، وعقود التنمية الاقتصادية هي عقود تهدف لتحقيق مبادئ اجتماعية واقتصادية عابرة للحدود، وهذا رأي له مؤيديه[١]. كما إن نصوص العقد النموذجي، أو النمطي الذي أعدته جمعية القانون القانون الدولي، بشأن الاستثمارات عام ١٩٧٠ – ١٩٧٢، هجرت شروط التثبيت التشريعي وشروط ثبات العقد ولم تنص عليها[٢].

إذاً نحن مع هجر شروط التثبيت التشريعي وشروط ثبات العقد، لكن مع التأكيد على حق المستثمر في التعويض، إذا طرأ تعديل على قانون العقد، وألحق به ضرراً، خصوصاً في العقود الاستثمارية طويلة الأجل، والتي تمس روافد اقتصادية قيمة، أما عقود الاستثمار قصيرة الأجل والتي تتعلق بمرافق عامة ليست ذا أهمية، فمن الممكن قبول شروط الثبات التشريعي وشروط ثبات العقد فيها.

---

[١] د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٦ ، ص ٦٥٣ ، ولمزيد من التفاصيل د . عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن ، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص ، مكتبة النصر بالحرم الجامعي، جامعة القاهرة ، ١٩٩١، ص٧٣.

[٢] د. احمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥ .

المطلب الثالث

شرط خضوع العقد للقانون الخاص:

قد يشترط المستثمر الأجنبي على الدولة المضيفة، إضافة لما سبق من شروط تتعلق بالتحكيم، وشروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، أن يخضع العقد للقانون الخاص، وهو في الغالب، القانون الذاتي للعقد أو قانون الدولة المضيفة، والمستثمر عادة ما يقبل بذلك لكونه مطمأن لعدم تغيير قانون الدولة، لوجود شرط الثبات التشريعي، وحتى ولو تغير فإنه لا يمس العقد، ونبحث ذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: خضوع عقود الدولة للقانون الذاتي للعقد:

كما نعلم أنه إذا خلا العقد من تحديده للقانون الواجب التطبيق فأنه يصبح بلا قانون، وبالتالي فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار الاتفاقات التي تبرمها الدولة مع أشخاص خاصة تابعة لدولة أخرى، طائفة ثالثة من الاتفاقات. وبالتالي فالنظام القانوني الذي يحكمها هو من خلق إرادة الأطراف[١]. وأن أساس ذلك هو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأن الاتفاقات المبرمة على نحو صحيح تعتبر بمثابة قانون للأطراف[٢]. وقبل أنصار هذا الرأي بفكرة جواز أن

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص ٧٤٣ ، ولمزيد من التفاصيل د. بشار الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص ٢٢٧ ، وأيضاً:-

A. vedross : (protection of private property under Quasi – international agreements) . in varia juris gentium . liber Amicorum offert a J.P.A francois , leyde . A.W sijthoff , ١٩٥٩ , P. ٣٥٥ – ٣٦٢. وقد اشارت الى هذا المرجع د. حفيظة الحداد المرجع ذاتة هامش،ص٧٣٤

[٢] د. حفيظة السيد الحداد، المرجع ذاته، ص٧٤٤.

يشير العقد إلى قانون معين يطبق عليه، وذلك على أساس أن هذا القانون، ما هو إلا جزءاً من الشروط التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف[١].

وقد ذهب الأستاذ (Vedross) إلى القول بأنه إذا كان المجتمع يمكنه أن يخلق القانون، فإنه يقابل ذلك بالتطبيق لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين يمكنه أن يؤسس مجتمعاً جديداً يحكمه قانون العقد. وقد رفض هذا الفقيه الفكرة التي كانت سائدة، ومؤداها بأن كل عقد لابد وأن يستند إلى نظام قانوني سابق على وجوده، بحيث يرى بأن الفكرة السابقة إذا كانت صحتها لا مجال للمنازعة فيها في الغالبية العظمى من الفروض، إلا أنها لا يمكنها أن تؤدي أي دور، خصوصاً في الحالات الاستثنائية التي تؤدي إلى خلق نظام قانوني جديد لحكمها. وذلك لأنه قبل كل نظام قانوني وضعي يوجد مبدأ قانوني يشكل أساساً لهذا القانون الوضعي[٢]. ومن هنا يرى بأن القانون الذاتي للعقد، هو نظام من خلق الأطراف ذاتها، ومستقل عن أي نظام قانوني آخر، إلا أنه بالنظر لعدم قدرة قانون العقد على مواجهة كافة المشاكل القانونية الناجمة عنه فإنه ليس هنالك ما يمنع في مثل هذه الحالة من إشارة القانون الذاتي للعقد إلى النظام القانوني للدولة المتعاقدة، أو إلى القانون الدولي لسد هذه الثغرات. ويترتب على ذلك استحالة تطبيق قواعد القانون الوطني للدولة المضيفة إذا لم يشر إليه قانون العقد، فالأخير وحده هو الذي يحدد الحقوق والواجبات المتبادلة لأطراف العقد. وأن نظرية القانون الذاتي للعقد غير مجهولة في قضاء التحكيم الدولي، فقد أشار إليها بشكل محدود تحكيم أرامكو السابق الإشارة إليه[٣].

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص٧٤٥، وما بعدها، ولمزيد من التفاصيل د. بشار الأسعد، عقود الاستثمارات في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٢٢٨ وما بعدها.

[٢] د. حفيظة الحداد، المرجع ذاته، ص٧٤٤.

[٣] د. حفيظة حداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، ص٧٤٤، ٧٤٥.

الفرع الثاني: خضوع العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي لقانون الدولة المضيفة:

معظم الاتفاقات التعاقدية المتعلقة بالاستثمار،أو بعقود التنمية الاقتصادية تتجه إلى تطبيق القانون الوطني للدولة المضيفة . فمثلا نجد أن القانون المصري قد جعل أحكامه تسري على كل عقد لنقل التكنولوجيا إلى مصر، سواء كان داخلياً أم دولياً وبغض النظر عن جنسية أطراف الاتفاق أو محل إقامتهم. كما أن المحاكم المصرية هي المختصة بفصل منازعات عقود نقل التكنولوجيا، ويجوز تسوية النزاع ودياً، أو عن طريق تحكيم يجري في مصر، ووفقاً لأحكام القانون المصري[١].

أما المحكمة الدائمة للعدل الدولية، فقد بينت في قضيتي القروض الصربية والبرازيلية، إن كل عقداً لا يكون بين الدول باعتبارها من أشخاص القانون الدولي العام، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما ويختص القانون الدولي الخاص بتحديد ذلك القانون[٢]، وبررت المحكمة حكمها السابق، بقرينة وجود الدولة طرفا في العقد، وبهذا الاتجاه سار تحكيم أرامكو الذي أشار إلى أن القانون الساري في السعودية هو الواجب التطبيق على الشروط الموضوعية لعقد الامتياز، كون الدولة ذات سيادة[٣]. وهنالك من يرى من الفقه المصري

---

[٢] قانون التجارة المصري الجديد ، رقم (١٧) لعام ١٩٩٩ الصادر في ١٧ مايو ١٩٩٩ المادة (١/٧٢) ، والمادة (١/٨٧) ، ولمزيد من التفاصيل د.أحمد رشاد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٤٦١ .

[٣] أحمد رشاد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٤٦١.

[٣] المرجع ذاته ، ص ٤٦٢.

انه لكي تخضع العقود التي تبرمها الدولة مع الأشخاص الأجنبية لقانونها الداخلي، يجب أن يكون قصد إبرام العقد تحقيق إحدى وظائف الدولة[١].

فالأصل هو تطبيق القانون الذي اختارته إرادة الأطراف وفي حال تم إغفال ذلك، تقوم قرينة على إعمال تطبيق قانون الدولة المتعاقدة طالما كان هدف العقد تحقيق وظيفة من وظائفها.فالبعض استند في تطبيق قانون الدولة المضيفة على العقد إلى فكرة التكييف واعتبارات السيادة، والبعض الآخر يرى بأن عقود الـ B.O.T، هي من عقود التنمية الاقتصادية، وبالتالي فهي عقوداً إدارية وتخضع لقانون الدولة المضيفة، بينما اتجه آخرون إلى ربط العقد إعمالا لنظرية التركيز، أما محكمة العدل الدولية، فاعتمدت على الصفة التي تعاملت بها الدولة[٢].

فالمحكمة الدائمة للعدل الدولية، اشترطت لتطبيق قانون الدولة المضيفة، قيام الأخيرة بالتعاقد باعتبارها شخصاً من أشخاص القانون الداخلي، لا الدولي[٣]. وقد سار القضاء الداخلي في فرنسا على نفس نهج المحكمة الدائمة للعدل الدولية إلا أنه توصل إلى نتائج مخالفة، وبالتالي لابد من بحث ما يلي:

أولا : موقف القضاء الفرنسي:

طبق القضاء الفرنسي القانون الفرنسي، بدلا من القانون الأجنبي رغم تركز كافة عناصر العقد في الأخير، وبالتالي يكون قد خالف اتجاه المحكمة الدائمة للعدل الدولية وكان ذلك في ثلاثة قضايا، وهي:

---

[١] د. فؤاد رياض، مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة ، العدد ٣٢٣ ، السنة السابعة والخمسين ، يناير ١٩٦٦ ، ص ١٨٥

[٢] د.أحمد رشاد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق ، ص ٤٦٣

[٣] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص ٤١٩.

١ – أبرمت سفارة الحكومة الفرنسية، عام ١٩٥٥، عقداً مع محامي إسرائيلي، للدفاع عن وقف، أمام المحاكم الإسرائيلية.

٢– حكم محكمة استئناف باريس في المنازعة الناشئة بين البحرية التجارية الفرنسية، وشركة (Myrtoon steamship) بصدد عقد النقل البحري المبرم، بين الطرفين في لندن بالجنيه الإسترليني.

٣– النزاع القائم بين الحكومة الفرنسية ومواطن تركي، بشأن دعوى المسؤولية المقامة أمام المحاكم الفرنسية، من المواطن التركي المالك لعقار في تركيا، وتم تأجيره للدولة الفرنسية وهدمه نتيجة حريق[١]. وقد تذرع القضاء الفرنسي بأن الدولة في تعاقدها تبرم عقوداً في إطار القانون الخاص، وبالتالي لا تتمتع الدولة كطرف بأي معاملة خاصة، أو ميزة على نحو يخلق قرينة لصالحها، وبالتالي تطبيق قانونها[٢].

ثانياً: تكييف العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي بأنه عقد إداري كسبب لتطبيق قانون الدولة المضيفة:

أصبحت الدولة في الوقت الحاضر تتدخل في حياة الأفراد لحماية المصلحة الجماعية[٣]. وبالتالي إزاء النشاطات الكثيرة التي تمارسها لتحقيق المصلحة العامة، فهي كثيراً ما تستخدم أساليب القانون الخاص. بينما يرى الأستاذ (Bernard audit) بأن الدولة لها حق إنهاء، وتعديل عقود التنمية الاقتصادية المنفذة على أراضيها بإرادتها المنفردة، وهذا من وجهة نظرنا، رأي متشدد، وقد

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ص٤٢٢ وما بعدها .

[٢] د.أحمد رشاد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٤٦٦

[٣] د. حفيظة السيد الحداد ، المرجع ذاته ، ص ٤٦٨ وما بعدها ، ولمزيد من التفاصيل د.أحمد رشاد سلام ، المرجع ذاته ، ص ٤٦٧ وما بعدها .

لا يؤدي إلى جذب الاستثمارات عن طريق عقود التنمية الاقتصادية، لتخوف المستثمر من سلطة الدولة.

ثالثاً: موقف قضاء التحكيم بصدد عقود الامتياز في مدى اعتبارها عقودا إدارية من عدمه[١]:

أحكام التحكيم كثيرة ونذكر أهمها تحكيم (Texaco):

بحث تحكيم (Texaco) مدى اعتبار عقود الدولة من العقود الإدارية، وبالتالي للدولة حق تعديلها بالإرادة المنفردة من أجل الصالح العام، رغم عدم تمسك الحكومة الليبية، بتكييف العقد المبرم بينها، وبين الشركتين الأجنبيتين، في المذكرة المقدمة منها إلى رئيس محكمة العدل الدولية، فقام المحكم (Dupuy) بطرح التساؤل التالي : هل قيام الحكومة الليبية، باتخاذ إجراءات التأميم، يعد تنصلا من تنفيذ التزاماتها التعاقدية الناشئة عن العقد المبرم أم لا ؟

للإجابة على ذلك يتعين على المحكم البحث عن الأسباب المتنوعة، التي كان يمكن للحكومة التمسك بها لتبرير مسلكها، والتي إذا تحققت تعتبر أسبابا معفية للحكومة من المسؤولية العقدية لإنهاء العقد، وفي مقدمتها اعتبار العقد المبرم عقدا إداريا، وتبني هذا التكييف يجعل للحكومة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، دون أدنى مسؤولية تعاقدية، وحول مدى اعتبار عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية، والشركتين الأجنبيتين عقدا إداريا أم لا ؟

ذهب الأستاذ (Dupuy) إلا أن الفصل في هذه المسألة لا يمكن تحاشيه، سيما أن القانون الليبي يعرف فكرة العقود الإدارية، وتكييف العقد بأنه عقد إداري بالنسبة للأنظمة القانونية من العقود، التي تعد عقوداً غير متكافئة بطبيعتها، فيمكن الشخص العام الطرف في العقد، من تعديله بالإرادة المنفردة،

---

[١] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص ٤٦٨ وما بعدها.

وفي أحيان أخرى له فسخه للصالح العام، وبالتالي انتهى الأستاذ (Dupuy) إلى رفض تكييف عقد الامتياز المبرم بين الحكومة الليبية، والشركتين الأجنبيتين، على انه عقد أداري، وذلك استنادا إلى ما يلي :

١- إن عقد الامتياز محل النزاع، لا تتحقق فيه الشروط التي يتطلبها القانون الليبي للقول بوجود عقد إداري، وبالتالي فالحكومة الليبية قد تعاقدت على قدم المساواة مع الشركة المعنية، ورداً على شرط الثبات التشريعي الوارد في المادة (١٦) من العقد، بأنه يعد شرطاً غير مألوف، فكان الرد بأن شرط الثبات الوارد في العقد ذو طبيعة سلبية، فالدولة تتعهد بعدم ممارسة سلطاتها إلا عقب موافقة الطرف المتعاقد معها، وبالتالي فهذا الشرط يوضح أن الدولة، قد رغبت بالمساواة مع الطرف المتعاقد معها .والعقود التي تبرمها الدولة لا تخرج عن الاحتمالات التالية :

أ- أما أن يتضمن العقد ، شرطا يخول الدولة سلطات لا تتحقق لطرف متعاقد عادي .

ب- ألا يتضمن العقد شروطا استثنائية، وسكوت الأطراف يؤدي إلى افتراض أن الدولة قد احتفظت بسلطاتها العامة، فعدم تعبيرها عن استعمالها لا يعني تنازلها .

ج- إما أن تعبر الدولة صراحة عن تعهدها، بعدم استعمال سلطاتها الاستثنائية في مواجهة الطرف المتعاقد، كما في الحالة محل النزاع .

وإذا كان لا يوجد أدنى شك، حول تمتع العقد بصفة العقد الإداري في الفرضين (أ، ب)، فأنه لا يمكن تكييف العقد في الفرض الثالث، على أنه عقدا إداريا، وإلا انتهى الأمر إلى اعتبار جميع العقود التي تبرمها الدولة، عقودا إدارية في كافة الأحوال .

وهذه نتيجة غير مقبولة في كلا القانونيين المصري والليبي، لأنهما يتطلبان شروطا محددة في العقد لإضفاء الصفة الإدارية على العقود المبرمة بواسطة الدولة أو سلطاتها الإدارية . وهذه الصفة لا تستخلص فقط من أن يكون الطرف المتعاقد شخصاً من أشخاص القانون العام، فوجود أحد أشخاص القانون العام، يثير دائماً مشكلة، هل تصرف هذا الشخص بصفته هذه، أم أنه تصرف كشخص عادي ؟ ففي حالة سكوت العقد عن إظهار الصفة التي تعامل بها الشخص، فانه يفترض انه تعامل كشخص من أشخاص القانون العام. أما إذا عبر المتعاقد الذي يتمتع بصفته شخصاً من أشخاص القانون العام صراحة عن عدم استخدامه للمزايا التي يتمتع بها، دون موافقة المتعاقد الآخر، فهنا يكون من الصعب قبول فكرة أنه تعاقد مع هذا الأخير، على نحو غير متكافئ، فشروط الثبات، تعد من وجهة نظر المحكمة، نفياً قاطعاً لأحد الشروط الجوهرية لإضفاء الطابع الإداري على العقد، والتي تركز على طبيعتها غير المتكافئة.

٢- على افتراض أن العقد إدارياً، فان النتائج المترتبة على التكييف، والتي تمكن الشخص العام المتعاقد، من تعديل وإنهاء العقد بإرادته المنفردة، لا يمكن إعمالها على واقعة الحال، لان ذلك يعد خروجاً على المبادئ المشتركة بين القانون الليبي، والقانون الدولي .

وبالتالي، نجد أن قضاء التحكيم الدولي، رفض اعتبار العقود التي تبرمها الدولة على أنها عقوداً إدارية، وعليه خضوعها للقانون الوطني للدولة المتعاقدة، وكذلك عدم القدرة على التعديل، أو الإنهاء بالإرادة المنفردة للصالح العام.

رابعاً: رأينا الشخصي:

نحن نرى بأن العقد بنظام الـ BOT،هو من العقود الإدارية التي هي من نوع خاص، لتعلقه بمرفق عام، ولتوافر كافة شروط العقد الإداري فيه، وأن الدولة عندما تتعاقد في عقود التنمية الاقتصادية، فهي تتعاقد كشخص من أشخاص القانون الخاص، ولكن عليها أن تحتاط في مثل هذه العقود إلى إدراج شروطاً تتعلق بالمصلحة العامة وتدرج ضمن العقد، تحت مسميات تجعل المستثمر الأجنبي، يكون على اطمئنان في تعاقده، وتحفظ مصالح الدولة من جهة أخرى، ومما يؤيد ذلك أن مزايا قانون الاستثمار المصري، رقم (٤٣) لعام ١٩٧٤، وقانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، تعد من الشروط غير المألوفة، فهذه المزايا رغم أنها مقررة بقانون الدولة، إلا أنه يستفيد منها المستثمر، وان كانت هذه المزايا مقررة لمصلحة المستثمر الأجنبي فهي لتحفيزه على الاستثمار.

ولكي يكون العقد إدارياً فإن مثل تلك المزايا يجب أن تكون مقررة لمصلحة الإدارة، كحقها في فسخ العقد، أو إنهائه بإرادتها المنفردة دونما حاجة للجوء إلى القضاء، أو إخطار المتعاقد معها. كما أن الاعتداد بفكرة السيادة غير كافية لوحدها لإضفاء الصفة الإدارية على العقود التي تبرمها الدولة، لأن فقه القانون الدولي مستقر على أن سيادة الدولة تكون ضمن محيط حدودها، وخارج محيط حدودها تخضع لقاعدة المساواة مع بقية الدول في المجتمع الدولي، وكذلك تساوي الدولة مع الشخص المتعاقد معها.

خامساً: خضوع العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي لقانون الدولة المضيفة استناداً لنظرية التركيز:

قد يتم اختيار قانون الدولة المضيفة للاستثمار، في حال غياب الإرادة الصريحة، أو الضمنية للقانون الواجب التطبيق ، وذلك من منطلق ارتباط ذلك القانون بالعقد ارتباطاً وثيقاً، من حيث محل الإبرام ومكان التنفيذ، والمصالح التي يمسها، وبالتالي يقبل المستثمر بتطبيق قانون البلد المضيف للاستثمار[١].

كما أن القضاء يتخذ من مكان إبرام العقد قرينة لاستخدامها، في تركيز العقد في قانون دولة الإبرام، إلا أن القضاء يلجأ إلى تفضيل قانون دولة تنفيذ العقد على قانون دولة إبرامه، في حال اختلاف مكان الإبرام عن مكان التنفيذ[٢].

وهنالك من نادى من الفقه، بضرورة إيجاد معيار ونظام مرن، نظراً لتنوع العقود التي تبرمها الدولة، وهذا الاتجاه نادت به الدكتورة حفيظة الحداد، كما أشارت إلى أن قانون الدولة المتعاقدة، هو الذي يتم تحديده في معظم الحالات، خصوصاً في عقود الاستثمار، وعقود إقامة المجمعات الصناعية، وعقود الامتياز واستغلال الموارد الطبيعية، لأن التنفيذ يتم في إقليم هذه الدولة [٣].

كما أن اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، أقرت بإلحاق العقد بقانون الدولة التي ترتبط بها أوثق صلة، وذلك في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق. وبالتالي الأمر متروك للقاضي المعروض عليه النزاع، في ضوء كل العناصر المحيطة بالعقد، لاستنباط أي القوانين المتنافسة على حكمه، وأوثق صلة به[٤].

---

[١] د.أحمد رشاد سلام ، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ، مرجع سابق ، ص ٤٧٣.

[٢] د. حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، مرجع سابق ، ص٥٠٧، ٥٠٨.

[٣] المرجع ذاته، ص ٤٧٣.

(١) Richard plender , (the European contracts convention . the rome convention on the choice of law for contracts) P. ١٩٩ , ١٩٩١ . sweet and maxweel

وقد انتقد مبدأ التركيز، من منطلق أنه يتسم بالغموض الشديد، كونه يتطلب ضرورة تقييم كل العناصر التي تسمح بتركيز العقد، وتحديد مركز الثقل فيه. كما أن معيار الرابطة الوثيقة يعد غير محدداً، وأن هذا المبدأ لا يختلف عن نظرية التركيز الموضوعي، والتي يعتنقها القضاء الفرنسي، وقال بها العميد الفرنسي ((Batiffol)) [١] . وهنا يثور التساؤل التالي، كيف يمكن معرفة العنصر، الذي يشكل مركز الثقل في العقد؟

يرى العلامة الألماني، وينجلر ((Wilhelm Wengler))، أن القاضي هو الذي يحدد العنصر الذي يشكل مركز الثقل في العقد طبقاً لظروف كل حالة، وبالتالي فان مفهوم الصلة التي اعتنقته اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، يعني ترك الأمر للقاضي، لاستنباط القانون الواجب التطبيق، كون القاضي سوف يخضع لرقابة محكمة النقض في الدولة المعروض النزاع أمام محاكمها [٢]. وإزاء النقد الموجه إلى هذه النظرية ظهرت نظرية أخرى، تسمى بنظرية الأداء المميز.

الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز وخضوع العقد لها ودورها في جذب الاستثمارات:

ونبحث في مفهوم هذه النظرية، وكذلك في تطبيقاتها، وعلى النحو التالي:

أولاً: مفهوم هذه النظرية وفلسفتها:

وقد أشار الدكتور احمد رشاد سلام، إلى هذا المرجع في هامش ،ص ٤٧٤ .

[٢] د. أحمد رشاد سلام، المرجع ذاته ، ص٤٧٤ ، ولمزيد من التفاصيل ، د. سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية ، دار الكتاب الحديث ، ١٩٩٩ ، ص ١٨٤ .

[٣] د. سلامة فارس عرب ، المرجع ذاته ، ص ٢٨٦ .

تقوم هذه النظرية، على فكرة ارتباط العقد بصلة وثيقة بقانون دولة محل إقامة المدين بالأداء المميز، كما تعني بأن الأداء الذي بمقتضاه، يكون دفع المقابل النقدي واجباً، أو الأداء الذي يسمح بتمييز كل عقد عن الآخر [١]. وقد عرفت فكرة الأداء المميز في الفقه والقضاء السويسري، حيث تم وضعها في المادة (١١٧) ، من القانون الدولي الخاص السويسري ، الصادر بتاريخ ١٨ / ١٢ / ١٩٨٧[٢].

وفكرة الأداء المميز لا تثير أية مشكلة في العقود الملزمة لجانب واحد حيث يكون هو أداء الطرف الملتزم، كأداء الواهب في عقود الهبة . أما المشكلة تبرز في العقود الملزمة لجانبين، لان الأداء المميز، هو الأداء الذي بمقتضاه يكون الدفع واجبا، ويميز العقد عن غيره من العقود[٣]. وقد تم إسناد القانون الواجب التطبيق على طائفة العقود التالية :

١ – عقد الخدمة، يخضع لقانون دولة مكان أداء الخدمة.

٢– عقود توريد آلات جاهزة، تخضع لقانون دولة مكان تركيب هذه الآلات.

٣– عقود نقل التكنولوجيا، تخضع لقانون دولة منشأة المشتري للتكنولوجيا .

٤– عقود مقاولة الأعمال التي تتم جزافيا، تخضع لقانون دولة مكان تنفيذ هذه الأعمال[٤].

---

[١] د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الإدارية ، ص ٢٨٦ ، ولمزيد من التفاصيل ، د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق ، ص ٤٧٥ .

[٢] د. احمد رشاد سلام ، المرجع ذاته، ص٤٧٥.

[٣] المرجع ذاتة، ص ٤٧٦.

[٤] د. سلامة فارس عرب ، المرجع ذاته ، ص٢٩٠.

ونحن نؤيد الاتجاه القائل بإسناد عقود الـ B.O.T لقانون الدولة المضيفة للمشروع، كون هذه العقود تتضمن طائفة العقود الأربعة السابقة، من نقل للتكنولوجيا، وتوريد الآت جاهزة وغيرها[١].

لكن ما الحكم، في حالة ما إذا كان المدين بالأداء المميز، شخصاً معنوياً؟

هنا يتم استبدال محل الإقامة، بفكرة مركز الإدارة الرئيسي للشخص المعنوي، وفي حالة تعدد فروع الشخص المعنوي، فقد أجابت على ذلك المادة (٤/ ٢) من اتفاقية روما لسنة، ١٩٨٠، حيث أشارت إلى تطبيق قانون دولة مركز إدارة الفرع الذي يرتبط به الأداء المميز في العقد ارتباطاً وثيقاً، وذلك بالعودة إلى ضابط الأساس وإلحاق العقد بقانون الدولة، التي تربطه بها أوثق صلة، وهذه مهمة القاضي في البحث عن العنصر الذي يمثل مركز الثقل في العقد، والذي عن طريقه سيتسنى له تركيز العقد في نطاق القانون الأوثق صلة به، والقاضي يحدد القانون الواجب التطبيق، وفقا لظروف كل حالة خاصة.

أما إذا تبين وجود صلات أوثق للعقد مع قانون دولة أخرى، فهنا يتم إلحاق العقد بقانون الدولة التي يرتبط معها بأوثق صلة، وذلك عن طريق العودة إلى ضابط الإسناد[٢].

---

[١] د. أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، مرجع سابق، ص٤٧٦.

[٢] المرجع ذاته ، ص٤٧٦، ٤٧٧.

ثانيا: دور تطبيق نظرية الأداء المميز في جذب الاستثمارات:

إن نظرية الأداء المميز تلعب دوراً بارزاً في جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك باعتبارها محفز وعامل جذب مهم للاستثمارات، وخصوصا في مجالات العقود الإدارية الدولية، أو ما يطلق عليها عقود الاستثمار حيث تقوم فلسفة هذه النظرية على إسناد العقد للقانون الأوثق صلة به، كما سبق بحث ذلك.

ومن هنا فان هذه النظرية لها تطبيقات في مجال عقود الاستثمار، ولا سيما:

١- في مجال عقود الأشغال الدولية:

تزايدت في الوقت الحاضر أهمية عقود الأشغال الدولية، نظراً لاتجاه معظم الدول ولاسيما النامية إلى محاولة تحديث بنيتها الأساسية ومرافقها العامة، فمثلا تمثل صناعة التشييد الهندسي نسبة بالغة الأهمية من حجم الاستثمار السنوي بوجه عام في معظم تلك الدول، حيث تتراوح بين نسبة (٤٠%) إلى (٥٠%) منه، وبالتالي تتحمل هذه الصناعة وحدها بالقدر الأكبر من الوفاء بخطط التنمية في تلك الدول[١].

وكما نعلم أن عقد الأشغال الدولية يحتوي على أطراف عدة تكون مختلفة الجنسية في الغالب، فهنالك المقاول الأجنبي والمقاول من الباطن ، أو قد يوزع العمل بين عدة مقاولين أساسيين، وهنالك رب العمل . وهذا العقد يتعلق عادة بمشاريع من الضخامة قد تستغرق عدة سنوات لتنفيذها ، وتكلف مئات الملايين من الدولارات ، وتتشابك العلاقات الناشئة عنه نظرا لطبيعته الخاصة، إذ يتعلق مثلا بإنشاء نفق ضخم، أو إنشاء سدود، أو محطات توليد الكهرباء، أو إنشاء مشافي تعليمية ضخمة[٢]، ويتم إبرام هذه العقود عادة بين مقاول، أو عدة

---

[١] د. محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي العدد الخامس، سبتمبر ٢٠٠٢ ، ص١٢٦ .

[٢] د. محمود سمير الشرقاوي ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، سبتمبر ٢٠٠٢ ، ص١٣٧ .

مقاولين ينتمون إلى دول متقدمة صناعيا، أو اقتصاديا وبين الدولة التي يقام فيها المشروع، وهي غالباً من الدول النامية، والتي تكون بحاجة إلى مثل هذه المشروعات[١]. والأداء المميز في العقد يتجسد في مكان تنفيذ الأشغال، مما يجعل قانون الدولة الطرف هو الواجب التطبيق على العقد. كما أن الشخص العام الطرف في العقد يخضع في الغالب لبعض اللوائح، والتنظيمات التي تصدرها الدولة لأشخاصها العامة، وتمثل التشريعات التي تصدرها الدولة وتصرفاتها قوة قاهرة لبعض العقود ، ولا شك أن تأثير هذه التصرفات ومدى الزاميتها لأشخاص القانون العام في الدولة، وتعاقداتها من الأهمية بمكان[٢]. وهو الأمر الذي يؤدي إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة على هذه العقود. وتطبيقاً لذلك استقر القسم الافتائي بمجلس الدولة المصري، على أن الطبيعة المختلطة لعقد الأشغال الدولية – كعقد إداري دولي – لا يترتب عليها الإفلات من تطبيق قانون الدولة المتعاقدة على هذا العقد، وهو ما يتفق مع الإطار الموضوعي لفكرة العقد الإداري[٣].

كذلك انتهت إحدى هيئات التحكيم المشكلة في إطار نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، في حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٥، بشأن النزاع الذي ثار بين الحكومة الجزائرية وشركة أمريكية، والمتعلق بإنشاء خط سكك حديدية، وفي غياب شرط القانون الواجب التطبيق، إلى تطبيق القانون الجزائري على

---

[١] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة ، مرجع سابق، ص٢٧٢ .

[٢] د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية ، مرجع سابق ، ص٣٦١ .

[٣] فتوى الجمعية العمومية في ١٩٩٣/٣/١ نقلا عن د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، مرجع سابق ، ص٩٣ .

العقد، حيث أن العقد يتركز في القانون الجزائري ، فقد ابرم في الجزائر وتم تنفيذه فيها[١].

٢- في مجال عقود البترول:

للبترول أهمية كبيرة سواء بالنسبة للدول المنتجة له أو الدول المستهلكة له، حيث يعتبر المصدر الرئيسي للدخل القومي في الدول المنتجة، ويمثل المورد الرئيسي للتنمية فيها، وبالنسبة للدول المستهلكة فهو عماد وسائل الإنتاج والتوزيع، وهو محرك السياسة والسلم والحرب. ويتطلب استغلال البترول الدخول في عقود متعددة بين الدول المنتجة، أو إحدى هيئاتها، أو شركاتها من ناحية، وبين طرف يقوم بالتنقيب والإنتاج والتسويق من ناحية أخرى، وغالبا ما يكون الأخير شركة متخصصة عالميا. ولا بد من تحقيق توازن بين مصالح الشركات الأجنبية المستثمرة والتي تسعى لتحقيق الربح، وبين مصالح الدول المضيفة في استغلال ثرواتها الطبيعية على أفضل وجه لتحقيق التنمية المنشودة، وهو أمر ليس يسير، وبالتالي فان تنازع القوانين واقع في ميدان هذه العقود[٢]. وطبقا للقاعدة العامة في تنازع القوانين تخضع هذه العقود لقانون الإرادة الصريحة أو الضمنية. وعند انعدام تلك الإرادة يطبق القانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد، حيث أن مصادر النفط والتي تمثل العنصر الأساسي في هذه العقود، تقع في أراضي الدولة المضيفة وتخضع لحقوقها العينية[٣]، فضلا عن أن مكان الأداء يقع في

---

[١] محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج، بدون دار نشر، ١٩٨٦، ص٢٠٥ .

[٢] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٢٦٦.

[٣] أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، القانون والسيادة وامتيازات النفط (مقارنة بالشريعة الإسلامية)، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات الدكتوراه، (٢٩)، ط٢، بيروت، ١٩٩٧ ، ص١٢٤.

أراضي الدولة المضيفة، حيث أن عملية الاستغلال تتم على أراضيها، وهو الأمر الذي يجعل من أراضي الدولة المضيفة المكان الذي تترتب فيه آثار العقد، وتتبدى فيه المنافع الاقتصادية لأطرافه، ويطبق على عقود البترول قانون الدولة المضيفة للاستثمار، حيث يوجد بها مركز الأداء المميز في العقد، ويؤيد هذا الحل العديد من الفقهاء[١].

كما قننته العديد من القوانين الوطنية، والتي تضمنت نصوصا تقضي بخضوع المنازعات الناشئة عن عقود البترول لقانونها المحلي، فقد نص قانون البترول في جمهورية منغوليا الشعبية لسنة ١٩٩١، في المادة (١/١٣) على أنه: "ما لم ينص في عقود البترول على خلاف ذلك، فان أي نزاع بشأن عمليات البترول سوف تتم تسويته من قبل محاكم جمهورية منغوليا الشعبية، ووفقا لقوانينها"[٢] وفي قضية Wintershall[٣] بين الحكومة القطرية وشركة Wintershall، حيث أن الشركة الأخيرة، ومعها مجموعة شركات أخرى أبرمت عام ١٩٨١، مع حكومة قطر عقد تنقيب وإنتاج مشترك بدلا من عقد امتياز سابق. حيث نص العقد الجديد على منح مجموعة Wintershall حق التنقيب والحفر، وإنتاج البترول في منطقة محدودة من المياه الإقليمية لمدة ثلاثين عاما، على أن تتخلى الشركة عن (٥٠%) من هذه المنطقة بعد خمس سنوات، وعن (٢٠%) أخرى منها بعد ثمان سنوات . كما نص في العقد على أنه إذا لم تعثر الشركة في منطقة العقد خلال ثمان سنوات على البترول الخام بكميات تجارية، أو

---

[١] د. اكثم أمين الخولي، التحكيم في منازعات الطاقة ، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، يناير ٢٠٠٠، ص٤٩، ولمزيد من التفاصيل د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، المرجع ذاته، ص٣٤٢ .

[٢] نص القانون منشور على شبكة الانترنت : http://www.pam.mn/main٢ j.htm

[٣] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الاقتصادية الخاصة مرجع سابق ص٢٦٨، ٢٦٩.

على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول، وقابل للاستغلال على نحو اقتصادي فانه يجوز للحكومة القطرية إلغاء العقد، أما إذا تم اكتشاف غاز طبيعي مصاحب للبترول، فانه يجوز للشركة استغلاله، إما وحدها إن شاءت، وإما بالاشتراك مع الحكومة القطرية طبقاً لترتيبات تعاقدية جديدة يتفق عليها.

ولم تعثر الشركة في منطقة العقد على بترول خام بكميات تجارية، وإن كانت قد منعت من الحفر – طبقاً لنص في العقد يجيز ذلك – في جزء من منطقة عقدها تعتبر منطقة نزاع بين قطر، والبحرين ادعت الشركة أن احتمالات العثور على البترول الخام بها كانت كبيرة، وعلى العكس من ذلك فقد عثرت الشركة على غاز طبيعي غير مصاحب للبترول بكميات كبيرة صالحة للاستغلال التجاري في رأيها. وبدأت المفاوضات بين الشركة والحكومة، لاستغلال هذا الغاز المكتشف في منطقة العقد وحدها، أو مع هذا الغاز الطبيعي المكتشف في المنطقة المجاورة التي تستغلها الهيئة العامة القطرية للبترول، وتم البحث بين الطرفين حول ثلاثة مشاريع مختلفة لاستغلال الغاز، إلا أن المفاوضات لم تنجح. فلجأت مجموعة Wintetshall إلى التحكيم مطالبة بتعويض قدره (٢٥٠) مليون دولار، على أساس أن الحكومة القطرية هي المسؤولة عن فشل المفاوضات بين الطرفين لاستغلال الغاز الطبيعي، فضلاً عن مسؤوليتها عن منع مجموعة الشركات من التنقيب في منطقة النزاع المجاورة للبحرين رغم ارتفاع احتمالات العثور على البترول في تلك المنطقة.

ولما كان العقد قد خلا من تحديد القانون الواجب التطبيق، فانه يتعين على هيئة التحكيم أن تقوم بتحديد هذا القانون، وقد انتهت هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون الدولة المضيفة، وهي قطر كونها هي مكان انعقاد العقد وتنفيذه، مما يجعلها محل الأداء المميز في العقد.

٣- في مجال عقود التعاون الصناعي:

تعتبر التنمية الصناعية أداة أساسية من أدوات التنمية الاقتصادية لارتباطها بجميع قطعات التنمية المختلفة، إضافة إلى كونها تعمل على تنمية الموارد القومية لتلبية الحاجات العامة للجمهور. والاستثمار في القطاع الصناعي له مكانة بارزة في الوقت الحاضر، حيث أصبحت عقود التعاون الصناعي على اختلاف صورها الأداة الهامة لتبادل أسرار، ونقل التكنولوجيا بين جميع دول العالم. وغالباً ما يكون أطراف عقود التعاون الصناعي هما الدولة المضيفة للاستثمار، والطرف الآخر شخص طبيعي أو اعتباري أجنبي، ومن هنا يظهر تنازع القوانين. والأصل في عقود التعاون الصناعي هو خضوعها لقانون الإرادة الصريحة، أو الضمنية[١]. وإذا تخلفت هذه الإرادة فالعقد يخضع لقانون البلد المضيف، باعتباره قانون المكان الذي يتجسد فيه الأداء المميز في العقد، ويرتب آثاره الاقتصادية ومنافعه بالنسبة لأطرافه، فالدولة الجاذبة للاستثمار عادة ما تكون من الدول النامية، والتي تتمتع بمركز ضعيف وتكون بحاجة للحماية، بحيث تعمل تشريعاتها إلى حمايتها اقتصاديا، ولا تسمح باستيراد التكنولوجيا، وحقوق المعرفة الفنية إلا في الحدود التي تساهم فيها خطة التنمية، بما يحمي ميزان المدفوعات الوطني من الشروط الباهظة والمقيدة لحرية مستورد التكنولوجيا، والتي يفرضها الطرف الآخر[٢]، ويؤيد العديد من الفقهاء هذا الحل[٣]. وقد نصت على هذا الحل العديد من التشريعات الوطنية، فمثلا نجد أن المادة (٣٦) من قانون الاستثمار السوري رقم (١٠) لعام ١٩٩١، نصت على خضوع المشاريع الموافق عليها ومنها المشاريع الصناعية، وفقا

---

[١] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٢٧٠ .

[٢] المرجع ذاته، ص٢٧٠ .

[٣] د. محمد أحمد علي المخلافي، اثر العولمة على نقل التكنولوجيا، سلسلة دراسات وأبحاث مركز الدراسات والبحوث اليمني، الجزء (٢)، ط١ ، ٢٠٠١، ص٨٠ ، وأيضاً د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع ذاته ، ص٢١١.

للمادة الثالثة من هذا القانون، لأحكام قانون التجارة رقم (١٤٩) لعام ١٩٤٩، وتعديلاته فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون. كما أخذ بهذا الحل بالنسبة لعقد نقل التكنولوجيا المشرع المصري في المادة (٨٧) من قانون التجارة رقم (١٧) لعام ١٩٩٩، حيث تنص على أنه: "في جميع الأحوال يكون الفصل في موضوع النزاع بموجب أحكام القانون المصري"[١] وتطبيقا لما تقدم فقد أخذت بهذا الحل محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٢ نوفمبر ١٩٨٠، بخصوص النزاع بين إحدى شركات المقاولات الفرنسية، وحكومة تايلاند، والمتعلق بإنشاء مصنع لتجميع قطع غيار السيارات في تايلاند، وقد انتهت المحكمة إلى تطبيق القانون التايلندي بوصفه قانون مكان الأداء المميز في العقد ، حيث أنها محل تنفيذ المنشآت الصناعية، فالعقد ابرم وتم تنفيذه فيها[٢].

الفرع الرابع: دور شروط إعادة التفاوض في العقود الاستثمارية على جذب الاستثمارات:

لما كانت الآجال الطويلة لعقود الاستثمار هي السمة البارزة لها، فان ذلك ناتج عن ضخامة الأعمال المطلوب القيام بها. فعقود استخراج النفط، وعقود إنشاء المصانع وتجهيزها، وعقود إنشاء الجسور والمطارات، وغيرها من العقود المتعلقة بالبنية التحتية، تحتاج إلى وقت طويل لتنفيذها، ووفاء كل طرف بالتزاماته، ومن هنا فمن الممكن تعرض هذه العقود لتغيير الظروف المحيطة بها سواء، ما كان منها يرجع إلى تغيير الظروف السياسية، أو الاقتصادية التي تم التعاقد على أساسها، ومن هنا نبحث :

أولاً: المقصود بشروط إعادة التفاوض:

---

[١] نص القانون منشور في الجريدة الرسمية ، العدد ١٩ مكرر ، مايو سنة ١٩٩٩ .

[٢] د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٢٧١.

فالمقصود بشروط إعادة التفاوض، هي تلك الشروط التي بمقتضاها يلتزم الأطراف في حالة التغيير الجوهري للظروف التي تم التعاقد على أساسها، بالتفاوض مرة أخرى لخلق توازن تعاقدي جديد، ومن ثم إعادة تكييف، أو أقلمة اتفاقهم المبدئي الذي ربما فقد مبرراته[١]. وتطبيقا لما تقدم فقد تضمن مشروع مدونة السلوك الخاص بالشركات عبر الدولية، الذي أعدته لجنة الشركات عبر الدولية في إطار الأمم المتحدة النص على ضرورة، مراجعة العقود والتفاوض بشأنها، حيث ورد النص على أن: "العقود والاتفاقات المبرمة بين الدول والشركات عبر الدولية يتعين التفاوض بشأنها، وتطبيقها في ظل اعتبارات حسن النية. كما أن هذه العقود والاتفاقات، ولاسيما التي يتعين تنفيذها في إطار فني طويل الأجل، ويجب أن تتضمن شروطاً لإعادة مراجعة بنودها، أو لإعادة التفاوض بشأنها. وفي حال تخلف هذه الشروط السابقة، وإذا تغيرت الظروف التي تم إبرام هذه العقود في ظلها تغيراً جوهرياً فانه يتعين على الشركات عبر الدولية، أن تتصرف في ضوء اعتبارات حسن النية، ويجب عليها التعاون مع الحكومات المعنية من اجل مراجعة هذه الاتفاقات، أو إعادة المفاوضة بشأنها"[٢]. كما أن المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية، والتي اقرها معهد روما لتوحيد القانون الخاص عام ١٩٩٤، قد نصت على التفاوض في حالة تغير الظروف في الفقرة الثالثة من المادة (٢٦) حيث جاء فيها بأنه: "في حالة شرط الصعوبة (تغير الظروف) يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب

---

(١) د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق ، ص٣٠٣، ولمزيد من التفاصيل د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مرجع سابق، ص٦٧، وأيضاً د. شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية (مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٣٧.

(١)UNCTC – Report of the secretarint on the outstanding issues in the draft code of conduct on transnational corporations, ٢٩ may ١٩٨٤, I.L.M., Vol ٢٣, ١٩٨٤p . ٦٠٧ etc .

المفاوضات، ويجب أن يقدم الطلب دون تأخير، وأن يكون مسببا"[١]. كما نصت المادة (١٩) من العقد المبرم بين جمهورية مصر العربية، والهيئة المصرية العامة للبترول، وشركة ربسول اكسبلورسيون ايجبتد اس. ايه.، وشركة موبيل السباوريشن ايجيبت انك.، على أنه: "في حالة حدوث أي تعديل تشريعي، أو لائحي يؤدي إلى انتقاص، أو زيادة حقوق أحد الأطراف فانه يسمح بتسعين يوماً للتفاوض، فيجوز للأطراف بعدها إحالة الموضوع للتحكيم إذا لم تنجح المفاوضات"[٢]. ومما تقدم فإننا نجد بأن شروط إعادة التفاوض الواردة في عقود الاستثمار من شأنها أن تحافظ على التوازن العقدي طوال فترة العقد، مما يساعد على استمرار العقد وعدم محاولة أحد الأطراف الخروج منه، إلا أن مثل هذه الشروط قد ينجم عنها إشكاليات.

---

[١] انظر مبادئ اليونيدوا المتعلقة بعقود التجارة الدولية منشورة بالانجليزية على شبكة الانترنت: http://www.jus.uio.no/Im/unidroit.mternational.commercialcontracts.prin ciples.١٩٩٤.comnented .

[٢] د. طارق فؤاد رياض، التحكيم في عقود البترول، بحث مقدم إلى الدورة المتعمقة لإعداد المحكم التي ينظمها مركز التحكيم حقوق عين شمس في الفترة من ٢٤ مارس إلى ١ ابريل ٢٠٠٤ ، ص١٨٤.

ثانيا: الإشكاليات المتعلقة بعملية إعادة التفاوض:

يهدف شرط إعادة التفاوض في عقود الاستثمار إلى المحافظة على التوازن الاقتصادي للعقد، بحيث يسمح بمراجعة العقد عندما يؤدي تغير الظروف إلى تعديل أساسي في توازن الاداءات العقدية، فهذا الشرط يحقق ميزتين هما: أولاهما: أنه يسمح للأطراف بالاقتراب بشكل مرن، ومن ثم التفاوض لإيجاد حل مناسب لمعالجة تغير الظروف. وثانيهما: انه يعطي للعقد فرصة للاستمرار والبقاء عن طريق تعديل أحكامه[١]. ويفرض شرط إعادة التفاوض عند حدوث تغير جوهري في الظروف التي تم التعاقد على أساسها يتمثل في جلوس الأطراف إلى مائدة التفاوض[٢]. إلا أن هذا الشرط لا يطبق بشكل إلي، وهو الأمر الذي من شأنه ظهور بعض المشاكل[٣].

١- لا بد من تحديد التزامات الأطراف تحديداً دقيقاً .

٢- يمكن من خلال التحكم في النص أن يكون الشرط مفتوحاً.

٣- والمشكلة الأكثر أهمية تتعلق بوضع الطرف المتضرر في حالة فشل الأطراف في التوصل إلى اتفاق على مراجعة شروط العقد خلال المدة الزمنية المحددة في العقد. ومن هنا نجد أن شرط إعادة التفاوض في العقود الإدارية، والإدارية الدولية له دور فاعل في تحفيز المستثمر الأجنبي على الدخول في الاستثمارات المختلفة في الدول المضيفة له، وخصوصاً في الدول النامية، والتي غالباً ما تكون بحاجة ماسة لهذه الأنماط العقدية الاستثمارية.

---

[١] د. بشار الأسعد ، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص٣٠٦ .

[٢] د. شريف محمد غنام، اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص٧٢.

(٤)Bernartdini (p): The Renegotiation of the Investment contracts, ICSID Rev – F.I.L.J., VOL ١٣, No٢, ١٩٩٨, p ٤١٩

ومما تقدم نستنتج بأن عقود التنمية الاقتصادية بصفة عامة، وعقود الـ B.O.T بصفة خاصة، تخضع للقانون الوطني للدولة المضيفة، والمستثمر عادة قبل الدخول في استثماراته في البلد المضيف يقوم بدراسة البيئة القانونية في ذلك البلد، ويتفادى القواعد القانونية في البلد التي قد تضر باستثماراته، وذلك من خلال النص عليها في العقد. كما أن الأصل في العقود هو أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي القانون الذي يختاره أطراف العقد، هو الواجب التطبيق، وغالبا ما يتم اختيار قانون البلد المضيف، وفي حال سكت الاتفاق، فأننا نرجح الرأي القائل بالأخذ بالقانون الوطني للدولة المضيفة، أو اللجوء إلى التحكيم الدولي، وذلك للحكم بالتعويض إذا كان له مقتضى.

لأن المستثمر ربما يقبل بتطبيق قانون البلد المضيف على العقد شريطة وضع ضمانات تتعلق بالثبات التشريعي، وثبات العقد، ولكي يستفيد من المزايا والحوافز، والضمانات الموجودة في قوانين البلد المضيفة للاستثمار. وفي أحيان أخرى يفضل المستثمر خضوع منازعات العقد المستقبلية لهيئات تحكيم، إما دولية، أو محلية. ومن النادر أن نلاحظ النص في مثل هذه العقود على تطبيق قانون أجنبي على العقد، وذلك خوفاً من التشكيك في سيادة الدولة المضيفة، وهو أمر لا ترغب فيه عادةً الدولة المضيفة، لذلك يتم اللجوء إلى قانونها الوطني، أو إلى التحكيم، ورغم تعلق عقود الـ BOT بمرافق عامة، إلا أن الدولة تقبل بالتحكيم في حال إصرار المستثمر على ذلك، باعتباره طرف قوي، وهي بحاجة لهذا الاستثمار بهذا المرفق، فتكون مجبرة على القبول بشرط التحكيم. كما أن تشريعات الاستثمار في الدول النامية لاسيما في الوطن العربي، تنص على حرية المستثمر في اللجوء إلى التحكيم إذا رغب في عدم الخضوع للقانون الوطني في الدولة المضيفة للاستثمار، وهذه تعتبر ميزة، وعامل جذب للاستثمارات الأجنبية، وهو ما يحقق تنمية اقتصادية.

وخلاصة القول في هذا الفصل، هو أننا رأينا موقف الدول من عقود الاستثمار، ولا سيما عقود الـ BOT، ومدى تجاوب الدول مع طلبات المستثمر بإدراج بعض الشروط في العقد، كشروط الثبات التشريعي، وشروط تجميد العقد. وبالنسبة لمعايير تمييز العقود الإدارية، فقد كانت مواقف الدول متباينة من هذه المعايير، وكذلك الحال في تعريف رأس المال المستثمر، إلا أن جميع الأنظمة المقارنة، والتي سبق ذكرها في هذا الفصل تركز على أهمية جذب الاستثمارات، وتهيئة البيئة المناخية المناسبة للاستثمار، من خلال القبول بشروط التحكيم من قبل هيئات التحكيم الدولية، نزولاً عند رغبة المتعاقد مع الدولة في العقود الدولية، لما لهذه العقود من أهمية، ودور فعّال في تحقيق تنمية اقتصادية في البلد المضيف، ونقل تكنولوجيا إليه، وتشغيل الأيدي العاملة، وتقليص العجز في الموازنة العامة، وتشييد مرافق البنية الأساسية، والتي تشجع على جذب الاستثمارات، وحث الدول المضيفة على تطوير تشريعاتها لمواكبة المتغيرات العالمية، والابتعاد عن الجمود التشريعي، وتحقيق الانفتاح الاقتصادي، وتحقيق استقرار اجتماعي. وكل هذه الأمور لا تتأتى من العدم، بل لابد من تهيئة البيئة التشريعية، والاقتصادية، والسياسية، والاجتماعية، من حيث تعديل التشريعات الاستثمارية والاقتصادية، وتحقيق الأمن، والاستقرار السياسي، وتهيئة الجمهور لأهمية استقبال هذه الاستثمارات، وكيفية تعامله معها، وذلك من خلال زيادة الوعي عن طريق التعليم والتثقيف، وعقد الندوات المتخصصة.

الملاحق

سبق وأن أوضحنا موقفنا من العقود بنظام الـ BOT، وهنا نضع نموذجين عقديين مقترحين، نرى أن كلاً منهما يتناسب مع طبيعة مرافق عامة معينة في الدولة، وهي تشمل:

أولاً: النموذج العقدي المقترح بخصوص عقود امتياز الطاقة الكهربائية، ويفضل الأخذ هنا بنظام الإنشاء والتملك والتشغيل ثم تحويل الملكية الـ BOOT، وذلك نظراً، للمبالغ المالية الكبيرة التي يحتاجها هذا النمط من العقود. وبالتالي لابد من إجراء تسهيلات لجذب المستثمرين إلى هذا القطاع العام، حيث نضع الأردن كمثال في هذا النموذج، وبالتالي فإن هذا العقد يتكون على النحو التالي:

المملكة الأردنية الهاشمية

وزارة الطاقة والثروة المعدنية

مفوضية هيئة منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة

مشروع محطة توليد القوى الكهربائية

بنظام الإنشاء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية

BOOT

في منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة

اتفاقية حق الانتفاع

٢٠/ ١٠/ ٢٠١٠

هيئة مفوضي منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة

وشركة الطاقة الكهربائية العالمية مثلاً

اتفاقية خاصة بمجمع توليد القوى الكهربائية في خليج العقبة

الأردني، أبرمت بتاريخ ١/ ٥/ ٢٠١٠ في العقبة

مقدمة:

تم إبرام وتحرير اتفاقية حق الانتفاع هذه . والتي تشكل مع كافة ملاحقها المرفقة كجزء من الاتفاقية . في مقر هيئة مفوضي منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة بتاريخ ٢/ ٨/ ٢٠١٠ بين الأطراف التالية:

١- الطرف الأول: هيئة مفوضي منطقة العقبة الاقتصادية الخاصة، وهي هيئة تابعة لحكومة المملكة الأردنية الهاشمية، تأسست عام ١٩٩٦، ومقرها الرئيسي في مدينة العقبة، ويمثلها رئيس مجلس المفوضية.

٢- الطرف الثاني: شركة الطاقة الكهربائية العالمية، وهي شركة إنجليزية، مقرها الرئيسي مدينة لندن مثلاً، ويمثلها المفوض فيها.

- قامت هيئة مفوضية منطقة العقبة الاقتصادية بتخصيص قطعة أرض تبلغ مساحتها حوالي (٥٠٠) ألف م٢، من أرض الساحل الشرقي لخليج العقبة، وتبعد ٢٠كم تقريباً عن مركز مدينة العقبة، ويتضمن الملحق (أ) من هذه الاتفاقية، خريطة لقطعة الأرض المذكورة، وفي نفس لحظات إبرام هذه الاتفاقية فإن هيئة المفوضية قد وقعت اتفاقية أخرى لشراء القوى الكهربائية بمقتضاها:

أ- تقوم شركة المشروع بإنشاء وتشغيل المجمع بالمواصفات الواردة في اتفاقية الشراء على أساس الـ BOOT.

ب- تبيع شركة المشروع القوى الكهربائية لهيئة المفوضية.

وقد تم الاتفاق بموجب هذه الاتفاقية على ما يلي:

مادة (١) غرض الاتفاقية، الشروط المسبقة، الصلة بغيرها من الاتفاقيات، التفسير، التعريفات

١/١- غرض الاتفاقية: هو تحديد الشروط التي بمقتضاها توفر شركة المشروع لهيئة المفوضية الموقع، وتسمح لها باستخدامه.

٢/١- الشروط المسبقة، حيث لا تصبح حقوق شركة المشروع نافذة إلا إذا أصبحت اتفاقية شراء القوى الكهربائية نافذة ومنتجة لآثارها.

٣/١- تفسير الاتفاقيتين معاً، ويقصد بذلك تفسير الاتفاقيتين معاً وفي حال التعارض تكون المرجعية لاتفاقية حق الانتفاع.

٤/١- الإدراج بالإحالة، تعتبر جميع بنود اتفاقية شراء القوى الكهربائية مدرجة في هذه الاتفاقية بموجب الإحالة.

٥/١- تعريفات، يكون للمصطلحات، والعبارات الواردة بين الأقواس ذات المعاني المحددة لها في اتفاقية شراء القوى الكهربائية، ما لم يرد لها تعريف مختلف في هذه الاتفاقية.

مادة (٢) تأجير المنفعة، والمدة، والتجديد

١/٢- تأجير المنفعة والاستخدام، طبقاً للقواعد الناظمة لذلك في القانون المدني الأردني، ومدة هذه الاتفاقية هي المعول عليها.

٢/٢- حقوق الارتفاق، بحيث تمنح لشركة المشروع طوال مدة هذه الاتفاقية، وتشمل سحب المياه لعملية التبريد، وعودتها عبر المسار المحدد.

٣/٢- المدة، والبدء، والإنهاء، مدة بدء هذه الاتفاقية اعتباراً من التاريخ المدون بصدرها،ويستمر سريان هذه الاتفاقية طيلة مدة اتفاقية شراء القوى الكهربائية، أو الإنهاء المبكر طبقاً لنصوص هذه الاتفاقية.

٤/٢- الالتزام بالموافقات والقوانين، بحيث يجب على شركة المشروع التقيد بذلك.

٥/٢- الالتزام بالحصول على الموافقات، طيلة مدة سريان الاتفاقية، وذلك على حساب، ونفقة شركة المشروع.

٦/٢- حق الشركة في التظلم على حسابها الخاص، من خلال الطعن أو إعادة النظر في صحة، أو مشروعية أي قانون أردني، أو موافقة ما، شريطة إخطار هيئة مفوضي منطقة العقبة مسبقاً، ويؤدي إلى الإضرار بها.

٧/٢- العناية اللازمة من جانب شركة المشروع، أثناء التشغيل، واتخاذ الاحتياطات اللازمة ضد التلف.

٨/٢- توفير الأمن في الموقع، من خلال اتخاذ التدابير اللازمة من قبل شركة المشروع لحماية الأشخاص، أو الممتلكات، وذلك على نفقتها.

٩/٢- حالة العين في تاريخ النفاذ، حيث تقر شركة المشروع بأن هيئة مفوضي منطقة العقبة لم تصدر أي قرارات بخصوص الموقع، وحقوق الارتفاق سوى ما ورد صراحة في هاتين الاتفاقيتين، وتقبل الشركة الموقع بكل ما عليه من حقوق ارتفاق، وأعباء وقيود مسجلة.

١٠/٢- جهود إضافية من جانب هيئة المفوضية، من خلال قيامها بإجراءات تسليم الموقع لشركة المشروع خلال مدة شهر على الأكثر.

١١/٢- أمور تتعلق بتحديد المواعيد، كتحديد مواعيد بدء التسليم، وتحديد مواعيد بدء الإنشاء والتنفيذ.

١٢/٢- التعويض، بحيث يتم دفع مبلغ من المال لتعويض الطرف الآخر في حال إخلال كل طرف بأي من التزاماته العقدية، وخصوصاً ما يتعلق بالمدد.

مادة (٣)رسوم الانتفاع والضرائب

١/٣- رسوم الانتفاع السنوية، وهي مبالغ من المال تدفعها شركة المشروع لهيئة المفوضية في بداية كل عام، طيلة مدة الاتفاقية، تحدد بمبلغ مقطوع، كأن يكون (٥) مليون دينار أردني.

٢/٣- رسوم الانتفاع الإضافية، بحيث تدفع شركة المشروع كافة الضرائب والرسوم المستحقة، وغيرها من المصاريف التي وافقت على دفعها بموجب هذه الاتفاقية.

٣/٣ - وفي حال صدور قانون يفرض ضريبة على الموقع، أو بدل استخدامه، تقوم هيئة المفوضية بدفع ذلك المبلغ، وذلك لتشجيع المستثمر على الدخول في مثل هذه المشاريع الضخمة.

مادة (٤) الصيانة الدورية والإصلاحات والتعديلات والتغييرات الطارئة

١/٤- تلتزم شركة المشروع بالمحافظة على الموقع وحقوق الارتفاق، وجميع التحسينات التي يتم إدخالها عليها، في حالة سليمة ومنظمة ودورية، وذلك على حسابها.

٢/٤- لشركة المشروع إجراء إضافات وتعديلات على المجمع، كما هو مبين في الاتفاقيات السابقة من حين لآخر، طيلة مدة الاتفاقية، شريطة إعطاء صورة من الرسومات والمخططات للهيئة، وليس للهيئة الامتناع عن ذلك دون مبرر، ما دام أن هذه التعديلات على حساب الشركة.

مادة (٥)المخاطر البيئية والنفايات وحق الملكية المستقبلية

١/٥- المخاطر البيئية، وهذا يعني التزام شركة المشروع بعدم تلويث البيئة وإلحاق الضرر بالإنسان، ويتم إجراء فحص دوري للتربة في الموقع، وتطبق أحكام قانون البيئة الأردني على ذلك، وهذا الفحص يتم من قبل طرفي الاتفاقية.

٢/٥- تبقى هيئة المفوضية هي المالك الحقيقي، للمياه والتربة والصخور، والرمال، والمعادن وغيرها من الثروات الطبيعية، والتي يتم اكتشافها من قبل شركة المشروع أثناء الحفر والتنفيذ، وينعدم أي حق للشركة في المطالبة بأي

منها، كون ذلك خارج عن إطار الاتفاقية، إلا أنه للهيئة تأجير ذلك بموجب عقود لشركة المشروع إذا رغبت في ذلك.

مادة (٦)الأضرار أو التلفيات (الاستهلاكات)

١/٦- بالنسبة للأضرار أو التلفيات الكبيرة، فإذا أصابت هذه الأضرار التحسينات التي أجرتها شركة المشروع كان لها إعادة صيانتها على حسابها، أو إبقاء الوضع على حاله.

٢/٦- الأضرار أو التلفيات الطفيفة، فهنا على شركة المشروع إصلاح هذه الأضرار التي أصابت التحسينات التي أدخلتها وذلك قبل مدة انتهاء الاتفاقية بفترة زمنية مناسبة.

مادة (٧) التنازلات، والتأجير من الباطن، وتحويل الملكية من جانب هيئة المفوضية

١/٧- قيود على التنازل، بحيث لا يجوز التصرف في هذه الاتفاقية، أو في مصالح الشركة أو هيئة المفوضية، سواء كان ذلك بالبيع أو التنازل عنها، أو تحويل الملكية إلا بموافقة هيئة المفوضية.

٢/٧- تبقى شركة المشروع مالكة لأصوله طيلة مدة الاتفاقية، بغض النظر عن تحويل ملكية المشروع من قبل هيئة المفوضية إلى جهة عامة، أو خاصة أخرى.

مادة (٨) تقصير شركة المشروع، والإنهاء والرهون

١/٨- إذا قصرت شركة المشروع في تنفيذ أي التزام ملقى على عاتقها، فإنه يحق لهيئة المفوضية إخطارها بضرورة الوفاء بالتزاماتها، وإلا أنها سوف تنهي الاتفاقية، وتؤل إليها التحسينات مع المشروع.

٢/٨-لا يجوز لشركة المشروع إجراء رهون على أصول المشروع وموقعه، أو حقوق الارتفاق إلا بموافقة هيئة المفوضية، بما في ذلك القروض.

مادة (٩) حق هيئة المفوضية بدخول موقع المشروع والاخطارات

١/٩- يجب السماح لممثلي الهيئة الدخول إلى موقع المشروع، خلال ساعات العمل المناسبة بقصد التفتيش والمراقبة لتنفيذ الشركة لالتزاماتها.

٢/٩- يجب تحديد العناوين التي ترسل لها الإخطارات، سواء كانت بالنسبة للهيئة، أم لشركة المشروع، أم للمقرضين.

٣/٩- ويجب إتباع وسيلة لتسليم الإخطارات، ونفضل أن يتم ذلك عن طريق القضاء ومن خلال شركة، كشركة أرامكس للتبليغات القضائية.

٤/٩- تحديد الجهة التي تتحمل نفقات تبليغ الإخطارات.

مادة (١٠) تسليم الموقع إلى شركة المشروع خالياً من الادعاءات

وهذا التزام يقع على عاتق هيئة المفوضية بتسليم موقع العمل لشركة المشروع، لتبدأ بالتنفيذ.

مادة (١١) تسوية المنازعات، وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع

وهنا يتم الاتفاق على خضوع المنازعات الناشئة لهيئة تحكيم داخلية، أو دولية تحدد مسبقاً، أو يتم الاتفاق على خضوع المنازعات لاختصاص المحاكم الأردنية، ويفضل تطبيق القانون الأردني على المنازعات.

مادة (١٢) تسجيل هذه الاتفاقية لدى الجهات الرسمية المختصة

لابد من تسجيل هذه الاتفاقية لدى الكاتب العدل، شريطة أن يتحمل رسوم التسجيل شركة المشروع، مقابل التزام هيئة المفوضية بإحضار الوثائق اللازمة لذلك.

مادة (١٣)عدم التنفيذ بسبب القوة القاهرة والعلاقة بين الأطراف

١/١٣- إذا استحال تنفيذ التزامات أحد أطراف الاتفاقية بسبب قوة قاهرة، فإن ذلك يعفيه من تنفيذ التزاماته، وبالتالي لابد من الاتفاق الرضائي بين الطرفين على كيفية تفادي هذا الظرف.

٢/١٣- لا يجوز لأطراف هذه الاتفاقية، أو الغير اعتبار أي نص في هذه الاتفاقية، على أنه ينشئ علاقة بين أصيل ووكيل، أو علاقة مشاركة، فيما بين هيئة المفوضية وشركة المشروع، كما لا ترتب أي نصوص في هذه الاتفاقية، أو أي أعمال يقوم بها الأطراف، أي مسؤولية على عاتق هيئة المفوضية، سواء بالنسبة للديون، أو التزامات الشركة أمام أية جهة أخرى.

مادة (١٤) أحكام عامة

١/١٤- يجب أن تتم كتابة جميع الإضافات، والتعديلات، والتغييرات التي تجري على هذه الاتفاقية، وأن يوقع عليها ممثلو الأطراف لكي تكون ملزمة.

٢/١٤- تحل هذه الاتفاقية محل جميع المفاوضات، والاتفاقات الشفهية السابقة على إبرامها.

٣/١٤- لا يجوز لكل طرف التنازل عن التزاماته، إلا بموافقة الطرف الآخر.

٤/١٤- يلتزم كلاً من الطرفين بالمحافظة على سرية المستندات، والمعلومات الفنية والتجارية، والتأكد من التزام المقاولين من الباطن بهذه السرية.

٥/١٤- تؤول هذه الاتفاقية لصالح الخلفاء المتنازل إليهم، والمصرح للأطراف بالتنازل إليهم.

٦/١٤- لا تخول هذه الاتفاقية الغير، باتخاذ أي حق للتقاضي، أو باتخاذ إجراءات، باستثناء الحقوق المعينة المخولة للمقرضين بموجب هذا الاتفاق.

٧/١٤- توافق هيئة المفوضية على عدم الاحتجاج بشروط السيادة في أثناء تنفيذ هذه الاتفاقية، وتعتبر هذه الاتفاقية شريعة المتعاقدين.

٨/١٤- تكون اللغة الرسمية لهذه الاتفاقية هي اللغة العربية، ويجوز عمل نسخة منها باللغة الإنجليزية، وعند التفسير تكون النسخة العربية هي المعول عليها، حتى أثناء التقاضي، أو التحكيم.

١٤/٩- تكون شركة المشروع هي المسئولة أمام هيئة المفوضية عن تنفيذ هذا العقد.

١٤/١٠- إذا شاب نص من نصوص هذه الاتفاقية البطلان، أو عدم المشروعية، أو كان غير قابلاً للتنفيذ، يتفق الأطراف على التفاوض بحسن نية، لإجراء التعديلات، أو التغييرات، أو الإضافات.

١٤/١١- تنتهي الاتفاقية بانتهاء مدتها، إلا إذا كان هنالك التزامات لم تنفذ من قبل شركة المشروع، فهنا يمتد نفاذ الاتفاقية إلى أن يتم إنجاز هذه الالتزامات.

١٤/١٢- يجوز لهيئة المفوضية تجديد مدة الاتفاقية، للمدة التي تراها مناسبة، ويعتبر التجديد هنا بمثابة اتفاق جديد، ويحتاج إلى تحرير اتفاقية جديدة.

١٤/١٣- تحرر هذه الاتفاقية على ثلاثة نسخ أصلية، نسخة تودع لدى كاتب العدل، ونسخة لدى هيئة المفوضية، ونسخة لدى شركة المشروع، ويجوز بموافقة الطرفين، استصدار نسخ طبق الأصل عن النسخ الأصلية.

١٤/١٤- يلتزم رئيس مجلس إدارة هيئة مفوضي منطقة العقبة بالتوقيع نيابة عن الهيئة، ويلتزم ممثل شركة المشروع بالتوقيع نيابة عن الشركة على الاتفاقية، والتي يفضل أن يتم التوقيع عليها لدى كاتب العدل، كجهة رسمية.

١٤/١٥- تعتبر ملاحق العقد والبروتوكولات الملحقة جزءً لا يتجزأ من العقد، وهذه الملاحق تشمل خرائط الموقع، وبيان حقوق الارتفاق، وبروتوكولات فحص التربة، ورسومات وتصاميم المشروع، وتقرأ مع مشروع الاتفاقية.

١٤/١٦- كل حالة جديدة تظهر، ولم ينص عليها في الاتفاقية، يلتزم الطرفان بالتفاوض بحسن نية لإيجاد حل لها، وإذا تعذر ذلك يتم اللجوء إلى قضاء التحكيم.

١٤/١٧- تلتزم شركة المشروع بتحويل ملكية المشروع مع أصوله بحالة جيدة لهيئة المفوضية مع التزامها بفترة ضمان للتشغيل، وذلك على حساب شركة المشروع.

مادة (١٥) تحديد سعر شراء القوى الكهربائية

يجب تحديد سعر شراء القوى الكهربائية بسعر ثابت، ولا يجوز لشركة المشروع رفع هذا السعر، في حالة تغيير الظروف، وارتفاع أسعار المحروقات عالمياً، إلا بموافقة هيئة المفوضية وبالنسب التي تحددها.

ومن الممكن الأخذ بهذه الاتفاقية في سورية، وخصوصاً في مناطق الساحل لحاجات هذه المحطات لمياه البحر، وكذلك الحال في لبنان، وبذلك يتم تغطية الحاجة من التيار الكهربائي. ومن خلال ما تقدم نجد بأنه يفضل في مجال الطاقة الأخذ بنظام الـ BOOT، وكذلك الحال في مجال مصافي النفط، وأيضاً في مجال البحث والتنقيب عن النفط والغاز، واستخراج الصخر الزيتي، كما هو الحال في جنوب الأردن كمصدر للوقود. مع التنبيه على ضرورة قيام الحكومات بإجراء الدراسات الفنية اللازمة لتضمينها ضمن العقد، إضافة إلى الدراسات التقنية الحديثة، وهذا النوع من المرافق يعتبر من المرافق العامة الحيوية. وبالتالي لا يجوز للدولة الاستغناء عنها بخصخصتها عن طريق نظام الـ B.O.O. إضافة إلى هذه المرافق العامة الحيوية، توجد مرافق عامة حيوية أخرى يمكن للدولة الأخذ بها عن طريق نظام الـ BOT.

ثانياً: وبالنسبة للأخذ بنظام الـ BOT، فإننا نفضل ذلك في مجال مرافق المياه والصرف الصحي، وكذلك قطاع النقل الداخلي والخارجي، وفي إنشاء الطرق السريعة والكباري، والمطارات والسكك الحديدية وغيرها، وهنالك محاولة في الأردن لتشغيل خط قطار سريع بين العاصمة عمان ومحافظة الزرقاء عن طريق العقد بنظام الـ BOT، وهنا يتضمن العقد نفس الصيغة السابقة

بخصوص عقود الـ BOOT، مع ضرورة التنبيه إلى بعض المواد الخاصة بهذا العقد من حيث شكل العقد، وإضافة مواد معينة، ونأخذ هنا خط السكة الحديدية بين عمان والزرقاء مثلاً، وذلك على النحو التالي:

المملكة الأردنية الهاشمية

وزارة النقل

هيئة تنظيم قطاع النقل العام

مشروع محطة قطار سريع بين العاصمة عمان ومحافظة الزرقاء بنظام الـ B.O.T

اتفاقية حق الانتفاع

٢٠/ ١٠/ ٢٠١٠

هيئة تنظيم قطاع النقل العام

وشركة المقاولون العرب للاستثمارات

اتفاقية خاصة بمحطة قطار سريع لنقل الركاب والبضائع

بين العاصمة عمان ومحافظة الزرقاء أبرمت بتاريخ ١/ ٥/ ٢٠١٠

في عمان

مقدمة:

تم إبرام اتفاقية حق الانتفاع هذه في مقر هيئة تنظيم قطاع النقل العام في عمان، بين الهيئة وشركة المقاولون العرب للاستثمارات. وهيئة تنظيم قطاع النقل العام، هي مؤسسة عامة أردنية، أما شركة المقاولون العرب للاستثمارات، فهي شركة عالمية مقرها الرئيسي مدينة نيويورك. ويمثلها المدير العام وهو المخول بالتوقيع، أما رئيس مجلس إدارة هيئة تنظيم قطاع النقل العام، فهو المفوض بالتوقيع واتفق الطرفان، على أن تقوم هيئة تنظيم قطاع النقل العام بإعطاء قطعة أرض داخل العاصمة عمان، وأخرى داخل محافظة الزرقاء،

كمكانين للتشغيل، وإعطاء ترخيص لهذه الشركة بإنشاء خط حديدي، وتشغيل قطارات سريعة عليه بين العاصمة، والمحافظة المذكورة، لنقل الركاب والبضائع، على أن تلتزم شركة المشروع ببنود هذه الاتفاقية، وهنا يستعان بمعظم النصوص السابقة في عقد الـ BOOT، إلا أنه لابد من تخصيص مواد لما يلي:

مادة (١)تحديد سعر الخدمة والتعامل مع القوة القاهرة

١/١- يجب أن يتفق الطرفان على تحديد سعر خدمة النقل، وبأنه لا يجوز للشركة المشغلة زيادة السعر في حالات معينة، إلا بموافقة هيئة تنظيم قطاع النقل العام.

٢/١- وهنا يجب تضمين العقد مجموعة من الاشتراطات، والتي تنص على إعادة الأطراف إلى التفاوض، كأن يشترط بأن العقد سيعاد التفاوض فيه على فترات زمنية معينة. ومنح قوة تعديل العقد في مثل هذا الظرف إلى طرف ثالث، والذي يمكنه تعويض الملتزم في حالة الظروف السيئة غير المتوقعة، أو يخفض قيمة التعريفة عند حدوث ظروف أفضل من المتوقعة، وهذا الطرف يسمى عادة المنظم المستقل، والذي يكون غالباً جهة عامة، كوزارة النقل العام، أو أن يتم تغطية هذه المخاطر من خلال عقود تأمين مع شركات التأمين العالمية.

مادة (٢) نقل التكنولوجيا وتشغيل العمالة الوطنية

١/٢- يجب النص في الاتفاقية على ضرورة مساهمة الشركات الوطنية في أعمال التشييد والتشغيل والصيانة، مقابل حوافز تمنح لشركة المشروع، كتخفيض نسبة الضرائب المستحقة عليها وغير ذلك، إضافة إلى التزام شركة المشروع بتدريب العمالة الوطنية من مهندسين وفنيين وعمال، على أعمال التشغيل والصيانة بشكل عملي ودوري للمشروع. والاشتراط على شركة المشروع

بإقامة مراكز بحثية لتطوير القطاع العاملة فيه، والاستعانة بالباحثين المحليين إذا أمكن ذلك، وإعطاء تصريح للإدارة المتعاقدة باستخدام براءات الاختراع الحالية، والضرورية لتشغيل المشروع، وأن تتعهد شركة المشروع بأن استخدام التكنولوجيا في هذا المشروع، لا يخالف حقوق الملكية الصناعية والفكرية والتجارية، وأن الدولة لا يمكن الادعاء عليها من قبل طرف ثالث مقابل استخدام مثل هذه التكنولوجيا، وأن يتم حل النزاعات المتعلقة بنقل التكنولوجيا طبقاً للقانون الأردني.

٢/٢- فهنا يجب إحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية، عند إتقان طبيعة الأعمال المطلوب القيام بها، بحيث تلتزم شركة المشروع بتدريب العمال والفنيين المحليين، وأن تكون نسبتهم لا تقل عن (٧٠%) من عدد المستخدمين في المشروع.

مادة (٣) تحديد طرق إجراءات تسوية منازعات هذا العقد وحق الإدارة المانحة في الرقابة والإشراف.

١/٣- يجب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، وتحديد الجهة المختصة بذلك، كأن يخضع للقضاء الأردني، أو إلى التحكيم الدولي.

٢/٣- لابد للإدارة من الإشراف والرقابة على تنفيذ هذا المشروع في جميع مراحله، بحيث تكون الرقابة شاملة للنواحي المالية والفنية والإدارية، وذلك من خلال تعيين مندوبين للإدارة في الفروع التي ينشئها الملتزم، وليس للأخير منعها من هذا الحق.

مادة (٤)الهيكل الإداري ومدة العقد وإنهائه

١/٤- يجب النص على نظام النافذة الواحدة (One window system) في إدارة مشروعات الـ B.O.T، بحيث يتم التسهيل على شركة المشروع من خلال مراجعة مكتب حكومي واحد للحصول على كافة التراخيص، والموافقات

والتصاريح اللازمة للتشييد، و تشغيل المشروع، بحيث يتحمل هذا المكتب سرعة إنجاز تلك الإجراءات، مقابل التزام شركة المشروع بالمصاريف اللازمة لذلك.

٢/٤- يجب تحديد مدة زمنية للعقد كأن تكون (٢٠) سنة، وللحكومة إذا اقتضت المصلحة العامة، إنهاء العقد في أي وقت مقابل التعويض العادل للملتزم.

مادة (٩) التزام شركة المشروع بحسن أداء الخدمة

يجب أن تلتزم شركة المشروع بحسن أداء الخدمة المقدمة للجمهور، وتسيير العدد اللازم من القطارات، مع ضرورة التأمين ضد الحوادث التي قد تلحق بالمستخدمين لهذه القطارات.

أما المرافق العامة غير الحيوية، كالحدائق العامة، ودور السينما، ومدن الترفيه، فمن الممكن الأخذ بنظام التجديد والتملك والتشغيل الـ R.O.O، إذا كانت هذه المرافق موجودة، أما في حالة عدم وجودها فمن الممكن الأخذ بنظام التصميم والبناء والتمويل والتشغيل والتملك الـ D.B.F.O.O.

الخاتمة

حاولت في هذه الرسالة أن أتعرض لمجمل القضايا التفصيلية ذات العلاقة بالعقود الإدارية الجاذبة للاستثمارات الأجنبية، وقد نتج عن هذه الرسالة نتائج ومقترحات، أشرنا إليها في مواضعها من هذه الرسالة، ونشير هنا لأهمها وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

هنالك العديد من النتائج التي ظهرت لنا من خلال دراسة هذا الموضوع، ولعل أهمها يتمثل بما يلي:

١- إن الأنماط العقدية الإدارية والتي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات، لها أهمية كبيرة في هذا الموضوع، وهي تقسم إلى طائفتين من العقود:

أ- الطائفة الأولى وهي عقود تفويض المرفق العام، وهي عبارة عن مجموعة من العقود الإدارية تتعلق بمرافق عامة، ويكون للإدارة أن تقوم بإبرام عقود مع ملتزمين لحسن إدارة واستغلال مرافق عامة معينة، قابلة للتفويض بحسب طبيعتها، وتشمل هذه الطائفة من العقود، عقود امتياز المرفق العام، وعقود التزام المرافق العامة، وعقود التزام الأشغال العامة، وعقود مشاطرة الاستغلال. وقد كان أول ظهور لمصطلح تفويض المرافق العامة، في بداية القرن التاسع عشر، وقد طور هذا المفهوم، القضاء الإداري الفرنسي يشاركه في ذلك الفقه والتشريع. حيث استخدم هذا المصطلح المنشور الوزاري الصادر في (٧) أغسطس لعام ١٩٨٧. ثم استخدم المشرع الفرنسي هذا المصطلح في قانون (٦) فبراير لعام ١٩٩٢، بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية الفرنسية، ثم توالت التشريعات بعد ذلك بالصدور، ومن هنا وجدنا أن فرنسا هي الدولة الرائدة في هذا الموضوع، أما دول القانون المقارن، كمصر، وسورية، والأردن فهي تحاول السير على نفس النهج الفرنسي. وقد كانت الحاجة ملحة لمثل هذا النوع من

العقود، خصوصاً، وأن حاجات الجمهور في ازدياد، كما أن القطاع الخاص لديه تجارب رائدة في هذا الموضوع، بحيث يمكنه أن يحسن استغلال المرفق العام، ويديره بطريقة حديثة، تحقق ضمان ديمومة واستمرارية المرفق في تأديته للخدمات لجمهور المنتفعين. وعقود تفويض المرفق العام لها طبيعة تعاقدية، حيث تبرم بين الإدارة وبين شخص عام، أو خاص وطني، أو أجنبي ، حيث أصبحت عقود التفويض مجالاً خصباً لجذب الاستثمارات الأجنبية إلى البلد المضيف، إضافة الى أن التفويض أصبح يغزو معظم المرافق العامة في الدولة. وعقود التفويض تقسم إلى عدة أقسام، إلا أننا في هذه الدراسة قسمناها إلى نوعين:

– النوع الأول، وهي العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة مباشرة، كعقد التزام المرفق العام، وعقد امتياز المرفق العام.

– والنوع الثاني، وهي العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة بشكل غير مباشر، كعقد التزام الأشغال العامة. وعقد مشاطرة الاستغلال . وقد نصت دساتير معظم الدول على أن الامتياز لا يمنح إلا بقانون، كما هو الحال في الدستور الفرنسي والمصري والسوري وكذلك الأردني ، وذلك نظراً لأهمية هذا الموضوع، ونحن نرى بأن التفويض للمرافق العامة القابلة للتفويض، هو الأساس في جذب الاستثمارات الأجنبية إلى البلد المضيف للاستثمارات، وهو الأمر الذي يتطلب تهيئة البيئة التشريعية لهذا النوع من العقود.

ب– الأشكال الحديثة للعقود الجاذبة للاستثمار، وتشمل عقود الـ B.O.T، وأخواتها:

وهذه العقود هي صورة متقدمة من التزامات المرافق العامة، بحيث تقوم شركة المشروع أو الملتزم، بعمل البناء والتشييد للمرفق العام، ثم يقوم بتشغيله، وبعدها يحول ملكيته للإدارة بحالة جيدة. وهذا هو النوع الرئيسي لهذه العقود إلا أنه

هنالك أنواع كثيرة لها كعقود الـ B.O.O، وهذه كما رأينا تعني خصخصة للمرفق، وهو الأمر الذي نرى بأنه غير جائز في المرافق العامة الحيوية، حيث يقوم الملتزم بالبناء والتشييد للمرفق، ومن ثم تشغيله وتملكة مقابل إعطاء الإدارة مبلغ نقدي يتفق عليه بين الطرفين، كما أن هنالك عقود الـ B.O.O.T، حيث يقوم الملتزم بإنشاء وتشييد المرفق، ثم تشغيله وتملكه مدة زمنية معينة، بعدها يقوم بتحويل ملكيته للإدارة بحالة جيدة، وهنالك أنواع كثيرة لعقود الـ BOT، كعقود الـ BLT، وعقود الـ L.T.T، وعقود B.F.T، وغيرها الكثير. وهذه عقود إدارية ذات طبيعة خاصة وجاذبة للاستثمار.

فنظامها القانوني يشبه النظام القانوني للعقود الإدارية، حيث تقوم الإدارة بإبرام هذا النوع من العقود مع شخص خاص غالباً ما يكون يحمل جنسية أجنبية، يتم الاتفاق في العقد على بنود محددة ومعدة مسبقاً تلزم كلا الطرفين، الأمر الذي يمكن القول معه بأن الإدارة هنا، لا تملك امتيازات القانون العام عند إبرام بعض أنواع هذه العقود، حيث يتم إخضاع المنازعات في الغالب إلى التحكيم الدولي، بما يجعلها تقترب من العقود الدولية، وعقود التجارة الدولية، كما أنها تقترب في بعض الأحيان من قاعدة إبرام العقود المدنية، والتي تقضي بخضوع العقد لإرادة الطرفين ولما تم الاتفاق عليه بينهم. وغالباً ما يتم إبرام عقود الـ B.O.T، عن طريق المناقصة العامة أو المحدودة، كونها تمثل الأساس في إبرام معظم العقود الإدارية.

ولابد من الإشارة هنا إلى أن التعاقد بنظام الـ B.O.T، هو من النظم التي أخذت بها الدول بكثرة خصوصاً في الآونة الأخيرة، حيث نجد ذلك في مختلف المرافق العامة، من محطات كهرباء، أو محطات تكرير الوقود، أو الموانئ، أو الطرق والمطارات، أو مشاريع المياه والصرف الصحي، وغيرها الكثير. وفي هذا النوع من العقود تتعارض مصالح أطرافه، حيث المستثمر يطمح للحصول

على أكبر قدر من الربح، وفرض شروطه، كونه هو المالك لرأس المال والتكنولوجيا، والتي بدونها يتوقف سير عجلة التنمية الاقتصادية في البلاد النامية. في حين أن الدولة تسعى جاهدةً للحصول على أكبر قدر من المزايا والامتيازات، مقابل أقل قدر من التنازلات.وقد وجدنا بأن العقد بنظام الـ B.O.T من العقود الممتدة والتي غالباً ما تستغرق فترة زمنية طويلة نسبياً، ليقوم المستثمر فيها بجني ما قد تم إنفاقه.

وعقود الـ B.O.T، يمكن تمويلها محلياً أو دولياً، وذلك شريطة موافقة الدولة المضيفة لهذا النوع من الاستثمار، لأن القول بعكس ذلك يشكل مساساً بسيادة الدولة من خلال الاقتراض من دول قد لا تتمتع بعلاقات دبلوماسية جيدة معها.

وعقود الـ B.O.T، رغم أنها تبرم غالباً عن طريق المناقصة، فإن ذلك لا يضفي وحده الصفة الإدارية عليها، لأنها عقوداً إدارية من نوع خاص، حيث كل عقد من عقود الـ B.O.T، يتضمن حزمة متشابكة من العقود والاتفاقات الداخلية، سواء كانت بين المقاولين من الباطن، أو بينهم وبين الملتزم، أو بين الملتزم والموردين الخ.

كما أن النماذج العقدية لعقود الـ B.O.T، غالباً ما تكون معدة سلفاً على شكل اتفاقية نموذجية، أو عقد نموذجي، وما على الأطراف إلا تعبئة البيانات المطلوبة، وفي حالات نادرة، يتم إضافة بعض البنود باتفاق الطرفين. كما وجدنا أن تعاقد الإدارة في مجال إبرام عقود الـ B.O.T، عن طريق المناقصات يحتاج، إلى ضرورة إجراء دراسات سابقة على عملية التعاقد، وهذه الدراسات من الأهمية بمكان، كونها تحدد حاجة الدولة للمرافق العامة المراد إنشاؤها، ومدى الجدوى الاقتصادية والاجتماعية منها، وخلصنا إلى أن العقد بنظام الـ B.O.T، هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة، تجعله يقترب من العقد الدولي.

٢- الدور الفعّال للشروط اللازمة لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وظيفياً، أو المتمثلة بعوامل الجذب الاستثماري ضمن آليات العقود الإدارية: وتقسم هذه الشروط إلى قسمين:

أ- القسم الأول، الشرط الموضوعي، والمتمثل بضرورة توافر المناخ الاستثماري: حيث أن عملية الجذب للاستثمارات الأجنبية تحتاج إلى تهيئة المناخ الاستثماري السليم، وهذا المناخ يتم من خلال تحقيق الاستقرار السياسي، والاقتصادي، والاجتماعي في البلد المضيف، بحيث وجدنا أن معظم الدول تحاول تغيير تشريعاتها الاستثمارية، وتشريعاتها الاقتصادية، بما يحفز على جذب الاستثمارات إليها، وذلك من خلال مواكبة هذه التشريعات للمفاهيم القانونية على مستوى العالم، ومن خلال إعطاء حرية كبيرة لرأس المال في الحركة والتداول والتنقل من مكان لآخر، إضافة إلى أن الدول تلعب دوراً فعّالاً في تنمية الاقتصاد الوطني، وفي فرض القيود على عمل رأس المال، بما يؤثر على سهولة انتقاله و تداوله، وقد لاحظنا في اتفاقية انتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية لعام ١٩٨٠، والتي نصت على ضرورة تسهيل تداول رأس المال العربي، وتنقله بين الأقطار العربية، بحيث فرضت على الدول العربية هذا المبدأ، وهو ما دعى ببعض الدول العربية، إلى تقليل القيود المفروضة على رأس المال العربي وحتى الأجنبي، لدرجة أن لا يكون هنالك تعارض وتناقض بين التشريعات العربية الداخلية للدول الأعضاء في الاتفاقية، وبين نصوص الاتفاقية ذاتها، وهو الأمر الذي دعى بعض الدول العربية، خصوصاً الأردن وسورية ومصر، إلى إصدار تشريعات استثمارية حديثة، وإصدار حزمة من التشريعات الاقتصادية والمالية، بغية تسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية والأجنبية إليها، وكما يلعب الاستقرار السياسي والاقتصادي دوراً فعّالاً في جذب الاستثمارات الأجنبية، فإن الدور الاجتماعي أيضاً لا يقل أهمية عن ذلك،

حيث أن زيادة الوعي لدى المجتمع في البلد المضيف للاستثمار، يحقق استقراراً اجتماعياً.

كما لاحظنا أن استقرار النظم النقدية يلعب دوراً فعّالاً في جذب الاستثمارات الأجنبية، وتهيئة المناخ الاستثماري الملائم، حيث أن تقليل القيود على النظم النقدية والمصرفية في البلد المضيف، يشجع على جذب الاستثمارات الأجنبية، وهو ما يعالج أيضاً مشكلة التضخم في الأسعار، والتي تعاني منها معظم اقتصاديات دول العالم المتقدمة والنامية.

وفي المجال التطبيقي لمقومات المناخ الاستثماري في الدول النامية، وخصوصاً الأردن وسورية ومصر، لاحظنا أن حكومات هذه الدول قطعت شوطاً بالغ الأهمية في تحديث تشريعاتها الاستثمارية والاقتصادية، وحتى الاجتماعية والبيئية، بغية تحفيز المستثمرين على الدخول إلى أسواقها.بحيث أصبح الاستثمار في هذه البلدان يدخل في معظم القطاعات الزراعية، والصناعية، والتجارية، إضافة إلى الحوافز والضمانات المقررة للمستثمر بموجب تشريعات الاستثمار.

ب- القسم الثاني، الشرط الموضوعي، ويتضمن المستثمر كطرف في العقد:

إن وجود المستثمر كطرف في العقد الإداري هو شيء طبيعي وجوهري، وذلك لاكتمال أطراف العقد. فالاستثمار له مفهوم كبير ومؤثر في تحقيق التنمية المستدامة على مختلف الأصعدة، ولا يقتصر على الصعيد الاقتصادي، بل يتعدى ذلك إلى النواحي الاجتماعية، والسياسية، والقانونية، وغيرها من النواحي التي تشكل مجموعة عناصر المجتمع. والمستثمر كما لاحظنا سابقاً قد يكون إما شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، وقد يكون المستثمر وطنياً يحمل جنسية البلد المضيف للاستثمار، وهنا لا تثور مشكلة، ومن الممكن أن يكون المستثمر يحمل جنسية دولة أجنبية غير جنسية الدولة المضيفة للاستثمار، وذلك سواء

كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً أيضاً، وهنا تثور عدة أمور ومسائل قانونية تتعلق بتعريف المستثمر، وقصده من الاستثمار، ومدى قبوله بتطبيق قانون البلد المضيف على استثماراته، وغيرها من المسائل المتعلقة بذلك.

ولاحظنا أن الاستثمار الأجنبي له دوراً فعّالاً في تحقيق التنمية في البلد المضيف ودفع عجلة الاقتصاد الوطني، وزيادة دخل الدولة المضيفة منه، إضافة إلى تشغيل الأيدي العاملة الوطنية، ونقل التكنولوجيا المتقدمة، وزيادة حصيلة المصارف المحلية في البلد المضيف من القطع الأجنبي، وهو ما يؤثر على استقرار سعر صرف عملتها الوطنية. ومن هنا لا تكاد دولة من دول العالم سواء المتقدمة أو النامية، أن تستغني عن هذا الاستثمار.

إضافة إلى ما تقدم وجدنا أن جنسية المتعاقد الأجنبية تلعب دوراً مهماً أيضاً في إمكان تغيير تكييف العقد، حيث أن العقود التي تبرمها الإدارة في الدولة الجاذبة للاستثمار تختلف بعض الشيء عن العقود الإدارية، وخصوصاً ما يتعلق بامتيازات السلطة العامة، والتي يكون للإدارة حق ممارستها طبقاً لنظرية العقود الإدارية، بينما هذا أمر غير مقبول من جانب المستثمر في العقود التي تنطوي على استثمارات كبيرة، كعقود الـ BOT، وأخواتها.

فوجدنا أن العقد الإداري طبقاً لنظرية العقود الإدارية، كما ابتدعها وطورها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وكذلك التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه كالقانون المصري والسوري والأردني، حيث أنه لكي يعتبر العقد إدارياً لابد من توافر عنصرين عنصر عضوي، وعنصر موضوعي، بحيث أنه يجب أن تكون الإدارة، أو أحد الأشخاص العامة طرفاً في العقد، وأن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ففي فرنسا يكتفى بتحقق أحد الشروط لاعتبار العقد إدارياً، بينما في مصر لاحظنا لابد من توافر العناصر الثلاثة في العقد لإضفاء الصبغة الإدارية عليه، وكل

العناصر السابق ذكرها، وجدت لها تطبيقات قضائية في فرنسا ودول القانون المقارن. فالعقد الإداري يختلف عن العقد المدني كما لاحظنا، إضافة إلى أن العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي أثار مشكلة النظام القانوني الذي يحكمه، فهل يعتبر عقداً إدارياً، ويخضع للنظرية الحاكمة للعقود الإدارية؟ أم أنه يعتبر عقداً دولياً تبرمه الدولة مع الشخص الأجنبي، وبالتالي يخضع للقواعد الحاكمة لهذا النوع من العقود في القانون الدولي؟ حيث وجدت أن العقد الإداري الجاذب للاستثمار، هو عقداً إدارياً ذو طبيعة خاصة، خصوصاً عندما يكون طرفه شخصاً خاصاً أجنبياً، وبالتالي هو مزيج من عقود القانون الإداري، وعقود الدولة الخاضعة للقانون الدولي، وهذا ما كان ينطبق على عقود الـ BOT، حيث أنها تجمع صفات العقد الإداري الداخلي من حيث توفر عناصره المتعلقة بوجود الإدارة طرفاً فيه، وتعلقه بمرفق عام، إلا أنه يفتقر أحياناً لامتيازات القانون العام، والتي تتضمن شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، حيث أن العقد هنا يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فيتم الاتفاق على خضوع منازعات هذا العقد لقواعد التحكيم الدولي غالباً، وهو أمر غير مقبول مبدئياً في نطاق نظرية العقود الإدارية، وحتى الشروط غير المألوفة المتعلقة بحق الإدارة في الرقابة والإشراف فهي تستغرق في الشروط التعاقدية، مما يضفي عليها قاعدة أن العقد أصبح يخضع للقواعد المتفق عليها بين أطرافه، ولاحظنا النظريات التي ساقها الفقه وقضاء التحكيم الدولي، والتشريعات المقارنة، بخصوص خضوع هذا العقد، لقانون البلد المضيف، أو لقانون الإسناد، أو لقانون البلد الأكثر ارتباطاً بموضوع العقد وغيرها.

وأيضاً أن لجنسية المتعاقد الأجنبية دوراً في فرض بعض الشروط على العقد المبرم مع الدولة، ويتعلق بالاستثمار. حيث أنه في هذا النوع من العقود، وخصوصاً العقود المتعلقة بالاستثمار في المرافق العامة، كعقود الـ BOT، فإن

المستثمر الأجنبي غالباً ما يضع شروطاً لحماية العقد المبرم مع الدولة، كأن يدرج في العقد شرط التحكيم بحيث أن جميع منازعات العقد، والتي قد تنشأ بينه وبين الدولة تخضع للتحكيم وخصوصاً التحكيم الدولي، في محاولة منه للهروب من الخضوع للقانون الوطني للدولة المضيفة للاستثمار، وقد يدرج المستثمر في العقد شرط ثبات العقد بحيث لا يجوز للدولة إجراء أي تعديل على العقد، كما أنه لا يجوز لها إصدار تشريعات حديثة تتناول العقد المبرم سابقاً بالتعديل، وهو ما يسمى بشرط الثبات التشريعي، ووجدنا أن هذا الشرط يعتبر قيد على مبدأ سيادة الدولة القانونية، خصوصاً فيما يتعلق بسريان قوانينها على الوقائع، والأشخاص التي تكون موجودة على إقليمها. إضافة إلى أنه قد يشترط المستثمر الأجنبي في العقد المبرم بينه وبين الدولة، على ضرورة خضوع العقد للقانون الخاص، بمعنى أن العقد يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي يخرج من إطار نظرية العقود الإدارية ليدخل في إطار نظرية عقود القانون الخاص، وهنا يتم الاتفاق غالباً بين الطرفين على خضوع العقد لقواعد القانون الخاص الداخلي في الدولة المضيفة للاستثمار، ونادراً ما يتم الاتفاق على خضوع العقد للقانون الخاص لدولة المستثمر، أو لقانون أية دولة أخرى.

ومن هنا نرى بأن العقود الإدارية لها دوراً بالغ الأهمية في جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك إذا أحسن إبرامها وتم تهيئة المناخ الاستثماري السليم لها، من تطوير للتشريعات، وتحقيق للاستقرار السياسي والتشريعي والاجتماعي، وتهيئة المجتمع لقبول هذه الاستثمارات والتفاعل معها.

ثانياً: التوصيات والاقتراحات:

تتضمن هذه الرسالة العديد من الاقتراحات والتوصيات، والتي نتمنى على المشرع الكريم في التشريعات المقارنة أن يأخذ بها، أو يتم الاسترشاد بها قبل وضع التشريعات الاستثمارية، أو حتى عند إصدار لوائح إبرام العقود الإدارية،

لما لهذه التوصيات من أهمية بالغة، في حسن تطوير وإدارة المرافق العامة وإنشاءها وتشييدها هذا من ناحية، وللأهمية البالغة لموضوع الاستثمارات الأجنبية وكيفية جذبها إلى الدول المضيفة، عن طريق إبرام العقود الإدارية الداخلية، والإدارية الدولية من ناحية أخرى، وهذه الاقتراحات والتوصيات كثيرة ونشير إلى أهمها:

١- إن موضوع تفويض المرافق العامة، هو من صنع وابتداع التشريع والقضاء الإداري الفرنسي، وهو حديث النشأة نسبياً في الدول النامية، لا سيما في الأردن، وسورية، ومصر، وبالتالي نقترح على المشرع في هذه الدول أن يفرد نصوص قانونية خاصة تعالج هذا الموضوع، وتبين القواعد القانونية الناظمة له، من خلال وضع نصوص قانونية في اللوائح العامة الناظمة لعمل طبيعة معينة من المرافق، أو إصدار لوائح خاصة بكل مرفق على حدا، أو من خلال إصدار تشريع عام ومنظم يحكم جميع المسائل، وذلك لكون موضوع التفويض للمرافق العامة، يشكل لبنة أساسية في تكوين المناخ الاستثماري السليم في البلد المضيف.

٢- يجب على التشريعات المقارنة والتي لا تعرف نظام التفويض خصوصاً في الدول النامية، أن تضمن دساتيرها نصوصاً قانونية تحدد فيها بأن الامتياز لا يمنح إلا بقانون، كما فعل المشرع الأردني، ونظيره السوري والذي أشترط ذلك فقط بالنسبة للشركات الأجنبية، ، إضافة إلى تركيز الدولة على دراسة شروط كل عقد من عقود التفويض دراسة مستفيضة، والاستعانة بالخبراء قبل التعاقد.

٣- ضرورة تقليل مدة عقود الامتياز والالتزام، ومشاطرة الاستغلال وغيرها من عقود التفويض، بحيث تكون لمدة زمنية معقولة، يسترد خلالها الملتزم ما تم إنفاقه للإنشاء والتشييد و الإدارة، إضافة إلى هامش معين من الربح، كأن تكون

مثلاً مدة الامتياز لعشرة سنوات، فلا يعقل أن يكون الامتياز لمدة ثلاثين سنة أو أكثر.

٤- يجب أن تتنبه الدولة لمشكلة الاحتكار عندما تتعاقد لإبرام أحد عقود تفويض المرافق العامة، وكيف يتم معالجة ذلك فيما لو تضمن العقد هذا الشرط، علماً أننا لا نحبذه، لما له من مخاطر، فالأصل ألا تقبل به الدولة، وإذا كانت مضطرة لقبوله، أن تقيده بضوابط معينة، كتقليل مدته مثلاً، وعدم المغالاة فيه.

٥- تضمين بنود العقد شروطاً تجيز للإدارة ممارسة سلطاتها العامة، خصوصاً في الرقابة والإشراف، وحقها في الاسترداد للمصلحة العامة قبل نهاية المدة مقابل التعويض العادل للملتزم، وحقها في فرض العقوبات المقررة في لوائح تنظيم المرفق حتى ولو لم يتضمنها العقد، كون المصلحة العامة تغلب على المصلحة الخاصة.

٦- ضرورة إضافة عبارة، أن يتم التفويض على أساس من إجراءات العلانية والمنافسة، خصوصاً في المواد الدستورية التي أشارت إلى نظام التفويض، كما حو الحال في سورية، والأردن، ومصر.

٧- توسيع صلاحيات القاضي الإداري فيما يتعلق بإبرام عقود التفويض، بحيث يكون له صلاحيات قضائية كاملة، تشمل سلطة إلغاء القرار المتضمن إبرام العقد، وتعويض المتضرر إن كان لذلك مقتضى.

٨- يثير العقد بنظام الـ .B.O.T، العديد من المشاكل، نظراً للحزمة المتشابكة من العقود التي تكونه لذلك يتعين على الدول أن تأخذ الحذر عند إبرام مثل هذه الطائفة من العقود وذلك باتخاذ ما يلي:

أ- أن يتضمن الترخيص آلية معلنة لتقدير الأسعار وتعديلها بشكل دوري لحماية مصالح المستهلك، وتحفيز المستثمر ورفع جودة السلع والخدمات.

ب- ضرورة احتفاظ الدولة في مشاريع .B.O.O، بسهم ذهبي (Golden share)، بحيث يمكن للدولة أن تحتفظ لمدة زمنية معينة بهذا السهم، في ملكية الشركات ذات الطبيعة الاحتكارية، أو ذات التأثير الفعال في الاقتصاد الوطني، وذلك في حالة الخصخصة، كما هو الحال في التجربة البريطانية واللبنانية. وهذا السهم الذهبي يعطي للدولة ميزات استثنائية في التصويت المتعلق بتوزيع الأسهم، أو بالتغيرات الجوهرية في أساليب إدارة النشاط الاقتصادي، ويتم استحداث مثل هذا السهم في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي، ولا يجوز تعديل أحكام هذا النظام لهذه الجهة إلا بعد موافقة الدولة. فهنا يكون للدولة حق الاعتراض على تعديل القانون الأساسي الذي صدر بموجبه تكوين الشركة، وللحكومة الاحتفاظ به سنوات طويلة ولها الاستغناء عنه بعد ذلك، أو الاحتفاظ به طيلة المشروع.

٩- لابد من إنشاء هيئة خاصة تقوم بالمهام التالية:

أ- تقييم مشروعات الـ BOT، وتحليل منافعها وتكاليفها.

ب- إعداد اتفاقيات نموذجية لهذه النوعية من المشروعات.

جـ- وضع قواعد آمرة تحكم تسعيرة منتجات، أو خدمات هذه المشروعات.

د- تحديد جهة ذات اختصاص في الرقابة، والإشراف على المشروعات بنظام الـ .B.O.T، للتأكد من تنفيذ جميع الالتزامات على أكمل وجه.

هـ- الإطلاع على تجارب دول العالم في هذا الموضوع، والأخذ بالأسلوب الأمثل بما يخدم مصلحة البلد.

١٠- نقترح إنشاء قانون يحكم عقود الـ .B.O.T وأخواتها من خلال وضع أسس واضحة لإمكانية اللجوء إلى هذا النوع من العقود، حتى لا يؤدي الأمر في النهاية إلى سيطرة المستثمر الأجنبي على الاقتصاد الوطني في البلد المضيف.

١١- محاولة تقصير مدة هذه العقود بفترات زمنية قصيرة، وضرورة اشتراط تحويل الأموال اللازمة للمشروع من الخارج عندما يكون المستثمر أجنبياً، وذلك للحفاظ على استقرار النقد الوطني، وزيادة الدخل القومي.

١٢- ضرورة الاشتراط على المستثمر الأجنبي تقديم ضمانات كافية، تلزمه على الاستمرار في تقديم الخدمة حتى نهاية مدة الامتياز.

١٣- يفضل أن تشترط الحكومة على شركة المشروع، استثمار جزء من عائد المشروع في الدولة المضيفة، مقابل منحه إعفاءات ضريبية وحوافز إضافية.

١٤- على الدول النامية تشكيل هيئة لهذا النوع من العقود من مختلف التخصصات المالية، والقانونية، والفنية، والتقنية، مع التركيز على أساتذة الجامعات في مجال القانون الإداري والمالي، وتطلع هذه الهيئة على التطورات الحاصلة على الصعيد الفقهي، والقانوني الدولي، وعلى الآليات الفنية لهذه المشروعات، وذلك من خلال الاستشارة، والاستعانة بالهيئات التالية:

أ- معهد القانون الدولي في واشنطن، ولجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) في فيينا.

ب- البنك الدولي في واشنطن، والجهاز الاستشاري لتقديم التسهيلات الخاصة بمشروعات البنية الأساسية المنفذة بمشاركة القطاعين العام والخاص (PPIAF) في جنيف.

هـ- غرفة التحكيم الدولية في باريس، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

جـ- منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) في فيينا.

د- الإطلاع على نماذج نظام الفيديك.

١٥- ضرورة التركيز على أن يكون التمويل لهذه المشروعات بنسبة كبيرة منه لا تقل عن (٧٥%) من مصادر مالية خارج البلد المضيف، بحيث تقوم شركة

المشروع بالاقتراض، مع موافقة الدولة المضيفة على جهة التمويل، شريطة عدم التزام الدولة المضيفة بأية التزامات، أو ضمانات في مواجهة الممول.

١٦- نوصي بضرورة تهيئة المناخ الاستثماري الملائم والجاذب للاستثمار المحلي والأجنبي على حد سواء، وذلك من خلال تعديل التشريعات المتعلقة بالاستثمار وزيادة الاستقرار الاجتماعي، والسياسي في البلد المضيف من خلال تحقيق الرفاه الاجتماعي، وزيادة التركيز على الحقوق السياسية للمواطنين، وزيادة الوعي لدى المواطنين لأهمية الاستثمارات الأجنبية من خلال زيادة فرص التعليم.

١٧- يجب الاستفادة من التجربة الكورية في كلاً من الأردن وسورية، من خلال تأسيس شركات وطنية تتعاون مع شركات عالمية لإقامة مشاريع بنية أساسية فيها، وكذلك الاستفادة من خبرات الشركات العالمية في هذا المجال، وكذلك الحال في إقامة مراكز التدريب، والتأهيل المهني للعمالة في هذه الدول.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا وهادينا ومعلمنا النبي الأمي الأمين محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

{ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون} سورة الأحقاف الآية ١٩

صدق الله العظيم

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

ا- الكتب والمؤلفات العامة والخاصة:

١. **القرآن الكريم:**

٢. الإمام الماوردي، الأحكام السلطانية، طبعة المكتبة المحمودية التجارية، القاهرة.

٣. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الدولي الخاص (تنازع القوانين)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٤. د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٣.

٥. د. إبراهيم شحادة، الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١.

٦. د. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم (٢٧) لعام ١٩٩٤، وأنظمة التحكيم الدولية، ٢٠٠٢.

٧. د. أحمد بوعشيق، المرافق العامة الكبرى، الطبعة الخامسة، مطبعة دار النشر المغربية، ٢٠٠٠.

٨. د. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

٩. د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

١٠. د. أحمد شرف الدين، المرشد إلى إعداد تشريع الاستثمار، د. م، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، ١٩٨١.

١١. د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠/ ٢٠٠١.

١٢. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.

١٣. د. أعاد حمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٨.

١٤. د. إلياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، (٦) عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦.

١٥. د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقاته للقانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨، الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة عقود الـ B.O.T، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٦. د. بشار عبد الهادي ، التفويض في الاختصاص، الطبعة الأولى، دار الفرقان، عمان، ١٩٨٢.

١٧. د. توفيق شحادة، مبادئ القانون الإداري، ١٩٥٤.

١٨. د. ثروت بدوي، القانون الإداري، ١٩٨٠.

١٩. د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الأول، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣.

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

٢١. د. جابر نصار، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٢٢. د. جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت، ٢٠٠٠.

٢٣. د. جورج الراسي، الاشتراكية والشركات متعددة الجنسية، دار الثورة، بغداد، ١٩٧٧.

٢٤. د. حسام الدين كامل الأهواني، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، الفصل الرابع، المعاملة القانونية للاستثمارات في القانون المصري، باحثون قانونيون، أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني، جامعة بير زيت، ١٤ و١٥/ ٦/ ١٩٩٦.

٢٥. د. حسين كامل وعبد العزيز عامر، الرقابة على النقد في مصر، دراسة تحليلية وتطبيقية لقواعد وأنظمة النقد ولائحة الرقابة وميزان المدفوعات، المكتبة التجارية، القاهرة، ١٩٥٧.

٢٦. د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٤.

٢٧. د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.

٢٨. د. حمدي عبد العظيم، مشروعات البوت وأخواتها، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث، إصدارات البحوث الإدارية (٤)، ٢٠٠١.

٢٩. د. دريد السامرائي، الاستثمار الأجنبي، المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٦.

٣٠. د. رفعت المحجوب، المالية العامة، النفقات العامة والإيرادات العامة، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٥.

٣١. د. رياض الشيخ، المالية العامة، دراسة الاقتصاد العام، المبادئ النظرية والسياسات، مطابع الدجوه، القاهرة، ١٩٨٩.

٣٢. د. زينب حسين عوض الله، محاضرات في العلاقات الاقتصادية الدولية، د. م، دار المعرفة الجامعية، ١٩٨٨.

٣٣. د. سامية راشد، دور التحكيم في تدويل العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٤. د. ستيف هـ. هانكي، تحويل الملكية العامة إلى القطاع الخاص والتنمية الاقتصادية، الطبعة الأولى، ترجمة مصطفى غنيم، دار الشروق، القاهرة، ١٩٩٠.

٣٥. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٣٦. د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨-١٩٩٩.

٣٧. د. سلامة فارس عرب، وسائل معالجة اختلال توازن العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، دار الكتاب الحديث، ١٩٩٩.

٣٨. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.

٣٩. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٨٤.

٤٠. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.

٤١. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

٤٢. د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.

٤٣. د. سمير كرم، الشركات متعددة الجنسية، بحث عام، التقارير الاقتصادية (٥) معهد الإنماء العربي، بيروت، ١٩٧٦.

٤٤. د. صالح الخصاونة، الاستثمار والعقود التجارية الدولية، باحثون قانونيون، أوراق مقدمة في مؤتمر قانوني، جامعة بيرزيت ١٤ و١٥/ ٦/ ١٩٩٦، مركز الحقوق جامعة بير زيت، الفصل السادس، قانون تشجيع الاستثمار والمناخ الاستثماري في الأردن.

٤٥. د. صالح بكر الطيار، النظام القانوني لمشروعات البوت، مركز الدراسات العربي/ الأوروبي، الطبعة الأولى، مطبعة دار بلال، بيروت، ٢٠٠٠.

٤٦. د. صلاح الدين جمال الدين، عقود الدولة لنقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٤٧. د. صلاح الدين جمال الدين، نظرات في القانون الواجب التطبيق على عقود التنمية الاقتصادية، وفقاً للمادة (١/٤٢) من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.

٤٨. د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٠.

٤٩. د. عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٢.

٥٠. د. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن، عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص، دراسة انتقادية، مكتبة النصر بالحرم الجامعي، جامعة القاهرة، ١٩٩١.

٥١. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، الجزء السابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بلا تاريخ.

٥٢. د. عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، ١٩٩٠.

٥٣. د. عبد الغني عبد الله، التفويض في السلطة الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٦.

٥٤. د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، ١٩٩٤.

٥٥. د. عبد الفتاح مراد، الاتفاقيات العربية الكبرى، ١٩٩٨.

٥٦. د. عبد الفتاح مراد، الترجمة الإنجليزية لقانون الاستثمار، ولائحته التنفيذية، وعقوده والنصوص العربية المقابلة لها، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

٥٧. د. عبد الفتاح مراد، شرح تشريعات التحكيم، ١٩٩٦.

٥٨. د. عبد المجيد سليمان، مبادئ القانون الإداري المصري، ١٩٨٣.

٥٩. د. عبد الواحد الفار، طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.

٦٠. د. عبده محمد فاضل الربيعي، الخصخصة، وأثرها على التنمية في الدول النامية، مكتبة مدبولي، ٢٠٠٤.

٦١. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، القاهرة، ١٩٨١.

٦٢. د. عصام القصبي، خصوصية التحكيم في منازعات الاستثمار، ١٩٩٣.

٦٣. د. عصمت الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٦٤. د. علي الدين هلال وآخرون، تحليل السياسات العامة، قضايا نظرية ومنهجية، مركز البحوث والدراسات السياسية، مكتبة النهضة، القاهرة، ١٩٨٨.

٦٥. د. علي خطار شطناوي، مبادئ القانون الإداري الأردني، الكتاب الثاني، مطبعة الجامعة الأردنية، ١٩٩٦.

٦٦. د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥.

٦٧. د. علي كريمي، النظام القانوني لانتقال رؤوس الأموال بين الأقطار العربية، الطبعة الأولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ١٩٩٠.

٦٨. د. عماد عوابدي، القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٠.

٦٩. د. عمر بركات، التفويض في القانون الإداري، دون نشر، القاهر، ١٩٨٩.

٧٠. د. عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

٧١. د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٧٢. د. عمرو محي الدين، التخلف والتنمية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٥.

٧٣. د. فؤاد مرسي، دروس في العلاقات الاقتصادية الدولية، دار الطالب، الإسكندرية، ١٩٥٥.

٧٤. د. فاضل حمه صالح الزهاوي، المشروعات المشتركة وفقاً لقوانين الاستثمار، بيت الحكمة، بغداد، ١٩٩٠.

٧٥. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٧٦. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤.

٧٧. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.

٧٨. د. محسن أحمد الخضيري، الخصخصة منهج اقتصادي متكامل لإدارة عمليات التحول إلى القطاع الخاص على مستوى الاقتصاد القومي والوحدة الاقتصادية، مكتبة الأنجلو المصرية، بدون تاريخ.

٧٩. د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية دون نشر.

٨٠. د. محمد أبو زيد، أثر التفويض في الاصطلاح الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٧.

٨١. د. محمد الحسين والدكتور مهند نوح، العقود الإدارية، مطبعة جامعة دمشق، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.

٨٢. د. محمد السيد سعيد، الشركات متعددة الجنسية وآثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٧٨.

٨٣. د. محمد أنيس قاسم، الوسيط في القانون العام، أسس وأصول القانون الإداري، ١٩٨٥.

٨٤. د. محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفق نظام الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة.

٨٥. د. محمد حلمي مراد، مالية الدولة، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢.

٨٦. د. محمد سعيد حسين أمين، أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.

٨٧. د. محمد سعيد حسين أمين، العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٩.

٨٨. د. محمد سعيد حسين أمين، دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها، القاهرة، ١٩٩٢.

٨٩. د. محمد شقير، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦١.

٩٠. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، القاهرة، ١٩٩٦.

٩١. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٣.

٩٢. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، بدون دار نشر، ٢٠٠٠.

٩٣. د. محمد عبيد محمد، تسوية منازعات التجارة الدولية في إطار منظمة التجارة العالمية، مركز زايد العالمي للتنسيق والمتابعة، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠٠٣.

٩٤. د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية، الإسكندرية، ١٩٨٩.

٩٥. د. محمد لبيب شقير، مفهوم التنمية العربية ومتطلباتها في ضوء الفكر التنموي المعاصر، الكويت، صندوق النقد العربي، ١٩٨١.

٩٦. د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٩٧. د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٩٨. د. محمد محمد عبد اللطيف، تفويض المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهر، ٢٠٠٠.

٩٩. د. محمد مرغني خيري، القانون الإداري المغربي، دار المغرب للتأليف والترجمة، الرباط، ١٩٧٨.

١٠٠. د. محمد يوسف علوان، النظام القانوني لاستغلال النفط في الأقطار العربية، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، ١٩٨٢.

١٠١. د. محمود الكيلاني، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، دار الفكر العربي، ١٩٩٥.

١٠٢. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.

١٠٣. د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

١٠٤. د. محمود خلف الجبوري، مجموعة محاضرات لطلبة الدراسات العليا، جامعة ناصر، لعام ١٩٩٥/ ١٩٩٦.

١٠٥. د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعماً للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، الطبعة الأولى، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، (١)، ٢٠٠٣.

١٠٦. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، الدار الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٨.

١٠٧. د. مصطفى الحمارنة، الاقتصاد الأردني، المشكلات والآفاق، مركز الدراسات الإستراتيجية، عمان، ١٩٩٤، الجلسة الرابعة بقلم الدكتور أحمد قاسم الأحمد.

١٠٨. د. موسى شحادة، القانون الإداري، الطبعة الثانية، جامعة القدس المفتوحة، أم السماق، عمان، ٢٠٠٣.

١٠٩. د. ناجي البصامي، إدارة التنمية في العراق ومصر، دراسة نظرية وأهم القضايا التطبيقية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٧٥.

١١٠. د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، الناشر، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.

١١١. د. هاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات الأبنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دراسة تحليلية لنظام البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية .B.O.O.T وغيره من صور، مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

١١٢. د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨.

١١٣. د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥.

١١٤. د. هشام علي صادق، النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

١١٥. د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣.

١١٦. عبير ياسين، الاستثمارات الكورية في مصر، تحرير أ. مدحت أيوب، الفصل الثالث، الاستثمارات الكورية في مجال البناء والتشييد، مركز الدراسات الآسيوية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.

١١٧. المحامي عادل أمين، قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، القانون رقم (٨) لعام ١٩٩٧، ولائحته التنفيذية، مطبعة الانتصار، ١٩٩٧.

١١٨. المحامي، عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار المستقبل، دمشق، ١٩٩٣.

٢- الرسائل:

١. د. إبراهيم قادم، شروط وقيود عقود نقل التكنولوجيا، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢.

٢. د. أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٥.

٣. د. بشار الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.

٤. د. بلال عبد المطلب بدوي، مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

٥. د. جلال عبد الرزاق المهدي، السياسة المالية والتضخم في البلاد الآخذة في النمو، أطروحة دكتوراه، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، القاهرة، ١٩٧٩.

٦. د. خليل حسن خليل، دور رؤوس الأموال الأجنبية في التنمية الاقتصادية المختلفة مع دراسة خاصة بإقليم مصر، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٦٠.

٧. د. عصام الدين مصطفى بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥.

٨. د. عوض الله شيبة الحمد، النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ١٩٩٢.

٩. د. محمد عبده سعيد، الشركات متعددة الجنسية ومستقبلها في الدول النامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامع عين شمس، ١٩٨٦.

١٠. د. محمد غازي الجلالي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظام عقود البناء والتشغيل والنقل في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠.

١١. د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠.

١٢. د. يوسف الأكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٩.

١٣. د. أحمد عبد الرزاق السعيدان، القانون والسيادة، وامتيازات النفط مقارنة بالشريعة الإسلامية، مركز دراسات الوحدة العربية، سلسلة أطروحات دكتوراه، (٢٩)، الطبعة الثانية، بيروت، ١٩٩٧.

١٤. د. حسن عبد الله بدر، دور الاستثمار في التنمية الاقتصادية في العراق، ١٩٥٣-١٩٦٩، رسالة ماجستير، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة بغداد، ١٩٧٤.

١٥. د. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩,

٣- الأبحاث:

١. د. إبراهيم أحمد إبراهيم، آليات فض المنازعات والتحكيم في عقود الـ BOT، بحث مقدم إلى مركز التحكيم، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، نوفمبر، ٢٠٠٠.

٢. د. إبراهيم حلمي عبد الرحمن، أنماط السلوك الاجتماعي وعلاقتها باستراتيجيات التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ورقة مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الثاني للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ٢٤-٢٦ آذار، ١٩٧٧.

٣. د. أحمد الجداوي، التمييز بين الإقليمية المطلقة والنسبية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير ويوليو ١٩٨٢، السنة الرابعة والعشرون.

٤. د. أحمد زكريا صيام، مناخ الاستثمار في الأردن بين الواقع والطموح، مجلة المستقبل الاقتصادي، العدد السادس (شباط/ آذار) ٢٠٠٤.

٥. د. أحمد شرف الدين، استثمار المال العربي، تأثير الفكرة الاقتصادية في القواعد القانونية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٧٤، العددان ٣٩٣، ٣٩٤، ١٩٨٣.

٦. د. أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية، للقانون الدولي، العدد ٤٣، السنة ١٩٨٧.

٧. د. أنور رسلان، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، مجلة الأمن والقانون، ١٩٩٢.

٨. د. أنور رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، العددان الثالث والرابع من السنة الثامنة والأربعون، ١٩٨٠.

٩. د. تيسير عبد الجابر، سوق الأوراق المالية الأردنية والتطورات التي شهدها، المؤتمر السابع لرجال الأعمال والمستثمرين العرب، تشرين أول ١٨-٢٠/ ١٩٩٧.

١٠. د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، ٢-٣ يناير، ١٩٩٢.

١١. د. خالد محمد الجمعة، إنهاء الدولة المضيفة للاستثمار اتفاقية الاستثمار مع المستثمر الأجنبي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثالث، ١٩٩٩.

١٢. د. رشدي صالح عبد الفتاح صالح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T، البنك المركزي المصري، المعهد المصرفي، ٢٠٠٠.

١٣. د. سعيد النجار، آفاق الاستثمار في الوطن العربي، بحث مقدم، إلى مؤتمر آفاق الاستثمار في الوطن العربي، اتحاد المصارف العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

١٤. د. عبد الله المالكي، تدابير تشجيع رؤوس الأموال العربية في المشاريع الصناعية والسياحية والعمرانية الأردنية، مجلة البحث العلمي، عمان، ١٩٧٢ ، ١٩٧٤ .

١٥. د. فؤاد العطار، وسائل تعاقد الإدارة، بحث منشور في مجلة مجلس الدولة المصري، السنة الخامسة، العدد الأول، ١٩٩٤.

١٦. د. فؤاد رياض، مركز المشروعات العامة في القانون الدولي الخاص، مجلة مصر المعاصرة، العدد (٣٢٣)، السنة السابعة والخمسين، يناير ١٩٦٦.

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

١٨. د. محمد زكي شافعي، دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية، مجلة مصر المعاصرة، السنة ٥٣، العدد ٣١٠، لعام ١٩٦٢.

١٩. د. محمد سعيد الحلفاوي، استراتيجيات وأساليب التفاوض، بحث مقدم في الندوة التي نظمتها أكاديمية البحث العلمي في القاهرة، من ١٩-٢٥ فبراير، ١٩٨٦.

٢٠. د. محمد متولي، التنظيم التشريعي لعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T بحث منشور في كتاب إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، تحرير محمد متولي، الجزء الأول، ٢٠٠١.

٢١. د. محمود أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام الـ B.O.T، بحث مقدم إلى المؤتمر

الدولي عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ٢٨-٢٩ أكتوبر، عام ٢٠٠٠، بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

٢٢. د. محمود فهمي، عقود الـ B.O.T وتكوينها القانوني، مؤتمر البناء والتشغيل ونقل الملكية . B.O.T . القاهرة، ٢٧-٢٨ يناير، ٢٠٠١.

٢٣. د. محي الدين العشماوي، مشروعات (البوت) والبنية الأساسية للاقتصاد المصري، صحيفة الأهداف، ٢٠٠٠/٦/١٣.

٢٤. د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، بحث مقدم إلى المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، في المؤتمر الدولي عن عقود البناء والتشغيل وتحويل الملكية BOT وحسم المنازعات الناشئة عنها، القاهرة، ٢٨-٢٩ أكتوبر، ٢٠٠٠.

٢٥. د.إبراهيم علي حسن، تأملات في اختصاص التحكيم بمنازعات عقود الدولة، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الثاني، من السنة ٤١، ١٩٩٧.

٢٦. عبد الحق بن ميمونة، تقرير عن ملتقى التنظيم القانوني للاستثمار في الجزائر، والذي عقد في جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، بتاريخ ٢٩ و٣٠ أبريل، ٢٠٠٢، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، السنة السابعة والعشرون، يونيو، ٢٠٠٣.

٢٧. فؤاد مرسي، محاولة لتحديد المفهوم المادي للتنمية الاقتصادية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الثاني للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ٢٤-٢٦ آذار ١٩٧٧.

٢٨. مجلة البنوك في الأردن، المجلد الثامن عشر، تشرين الأول . تشرين الثاني، ١٩٩٩، إعداد فؤاد محمد محيسن، رئيس دائرة مراقبة ومتابعة الائتمان، البنك العربي الإسلامي الدولي.

٢٩. مجلة نقابة المحامين الأردنيين العدد (١١)، السنة الثانية، ١٩٥٤وأعوام ١٩٦٩ ، ١٩٧٣ .

٣٠. المحامي محمد خلاد، الاجتهاد القضائي، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، من بداية عام ١٩٨٦، حتى نهاية عام ١٩٩١، الجزء الأول، وكالة التوزيع الأردنية.

٣١. المستشار عبد العزيز إسماعيل، الشروط المجحفة في اتفاقيات نقل التكنولوجيا، بحث مقدم إلى أكاديمية البحث العلمي، القاهرة، ١٩٨٦.

٣٢. معتز كامل مرسي، تقرير بشأن تجربة الكهرباء في المشروعات المنفذة، بنظام الـ BOT، في مصر، وقد قدم هذا التقرير إلى الندوة العلمية الأولى في إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام الـ B.O.T، في الفترة من ٢٩-٣١ يناير ٢٠٠١، في مركز التنمية المحلية، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية.

٣٣. موريس اندريه فلام، عقد الأشغال العامة، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، سنة ١٩٧٥.

٣٤. هشام غرايبة ونضال عزام، محدودات الطلب على الاستثمار الأجنبي في الاقتصاد الأردني، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد ١٣، العدد، ١، ١٩٩٧.

٣٥. وهبي غبريال، الاستثمارات الأجنبية ودور الشركات متعددة الجنسية ومشكلة صيانة الاستقلال الاقتصادي، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي السنوي الأول للاقتصاديين المصريين، القاهرة، ٢٥-٢٧ آذار، ١٩٧٦.

٤- المجلات والدوريات ومجموعة الأحكام وموسوعاتها:

١. جريدة الأهرام، (٨) ماس، ١٩٩٧.

٢. جريدة الأهرام، ٢٥ مارس، ١٩٩٨، ص٣٢.

٣. د. مصطفى العبد الله الكفري، تقرير تتبع تنفيذ المشاريع المشملة وفق أحكام القانون رقم (١٠) لعام ١٩٩١، وتعديلاته، لعام ٢٠٠٥، المجلس الأعلى للاستثمار، مطبعة رئاسة مجلس الوزراء، ٢٠٠٦.

٤. د. مصطفى العبد الله الكفري، فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في الجمهورية العربية السورية، المجلس الأعلى للاستثمار، مكتب الاستثمار، مطبعة رئاسة مجلس الوزراء، ٢٠٠٦.

٥. د. مصطفى العبد الله الكفري، مناخ ومحفزات الاستثمار في الجمهورية العربية السورية، المجلس الأعلى للاستثمار، مكتب الاستثمار، مطبعة رئاسة مجلس الوزراء، ٢٠٠٦.

٦. سوق عمان المالي، التقرير السنوي العشرين، ١٩٩٧.

٧. مذكرة البنك المركزي الأردني، للبنوك والمؤسسات المالية بتاريخ ٢٩/ ٦/ ١٩٩٧.

٨. النشرة الإحصائية الشهرية لسوق عمان المالي، كانون الأول، ١٩٩٨.

٩. النشرة الإحصائية الشهرية لسوق عمان المالي، كانون الثاني، ١٩٩٩.

١٠. النشرة الإحصائية الشهرية للبنك المركزي الأردني، كانون الثاني، ١٩٩٨.

١١. النشرة التحليلية . البنك العربي، أيلول ١٩٩٨، العدد الثالث، السنة الخامسة عشر.

١٢. هشام غرايبة ورتاب خوري، الأسواق المالية في الدول النامية، تطورها وأهميتها، مجلة أبحاث اليرموك، المجلد العاشر، العدد الثالث، ١٩٩٤,

٥- المنظمات الدولية والتقارير الدولية الصادرة عن المنظمات الدولية:

- تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة الثالثة والثلاثون، نيويورك، ١٢ يونيو، ٧ يونيه، ٢٠٠٠، النص العربي، ص٧ وما بعدها.

- دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الأمم المتحدة، نيويورك، ٢٠٠١.
- Disputes settlement, international commercial arbitration ٥, ٧ recognitiion and enforcement of arbitral awards: the New York convention, UNCTAD, UN, ٢٠٠٣.
- Edward Corbett: The elements of B.O.T. Apaper presented at the IBA ٢٥th Biennial conference Berlin ٢٠-٢٥, October, ١٩٩٦, mainly in UK.
- Privatization is aword Frequently used during the first half of the ١٩٩٠.
- Uncitral: Legal Guide on Drawing up international contracts for the construction of industrial works, ١٩٨٨, united nations publications.
- Unido: Guidelines for infrastructure development through B.O.T. project. ١٩٩٦, Vienna.
- Unido: Guidelines for the development negotiation and contrating of B.O.T. projects.
- United nations conference on trade and development (UNCTAD) World investment report ٢٠٠٣: FDI policies for development: national and international perspectives.
- United nations, conference on trade and development [UNCTAD], world investment report: ١٩٩٩: foreign direct investment and the challenge of development (New York: UNCTAD ١٩٩٩).
- USA Agency for international Development project Financing from domestic to interntional: Building infrastructure projects in emerging markets, ١٩٩٥, p. ٢.
- World bank.

٦- الاتافقات الدولية:

- اتفاقية استثمار رؤوس الأموال العربية وانتقالها بين البلدان العربية، والموقعة في دمشق، بتاريخ ٢٩/ ٨/ ١٩٧٠.
- اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الموقعة بتاريخ ٢٧/ ٥/ ١٩٧١.
- الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، لعام ١٩٨٠.
- اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.
- اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١.
- اتفاقية روما لعام ١٩٨٠، والتي أصبحت نافذة في أوروبا من ١/ ٤/ ١٩٩١.
- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٥٥، بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية.
- اتفاقية لاهاي لعام ١٩٧٨، بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود الوكالة وكذلك عقود الوسطاء.

٧- القوانين والأنظمة والتعليمات:

أ- القوانين والأنظمة الفرنسية:

- قانون (٦) فبراير ١٩٩٢، بشأن الإدارة الإقليمية للجمهورية.
- قانون (٢٩) يناير ١٩٩٣، بشأن الوقاية من الرشوة ووضوح الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة.
- قانون (٩) فبراير ١٩٩٤، بشأن بعض الأحكام في مجال التنظيم العمراني والبناء.
- قانون (٨) أغسطس ١٩٩٤، بشأن بعض الأحكام الاقتصادية والمالية.

- قانون (٢) فبراير ١٩٩٥، بشأن حماية البيئة.
- قانون (٤) فبراير ١٩٩٥، بشأن تنظيم وتنمية الأراضي.
- ٧- قانون (٨) فبراير ١٩٩٥، بشأن العقود العمومية وتفويض المرفق العام.
- المرسوم الفرنسي الصادر في ٢٧ كانون ثاني/ يناير، ١٩٦٧.
- قانون المرافقات الفرنسي المعدل بالمرسوم الصادر في ١٢ مايو ١٩٨١، ومنشور على شبكة الإنترنت.
- http://www.jus.uio.no/IM/France-arbitration.code.of.civil.procedure.١٩٨١/doc.
- الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨.
- قانون رقم (٧٠٤) لعام ١٩٨٥ بشأن تنظيم تفويض المسؤولية عن المنشآت.
- المنشور الوزاري الصادر في (٧) أغسطس ١٩٨٧، والخاص بتفويض إدارة المرافق العامة المحلية.
- قانون (١٢) يونيو ١٩٨٧ بشأن تفويض إدارة السجون إلى أشخاص القانون العام أو الخاص.
- الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦.
- قانون يوليو رقم (٢٩) لعام ١٩٨٢، بشأن استغلال مرفق التلفون بالموجات الكهربائية.

ب- القوانين والأنظمة الأردنية:

- دستور المملكة الأردنية الهاشمية لعام ١٩٥٢.
- قانون المصادقة على اتفاقية امتياز مصفاة البترول الأردنية، رقم (١٩) لعام ١٩٥٨.

- قانون المصادقة على اتفاقية امتياز شركة كهرباء عمان، رقم (٥٠) لعام ١٩٥٠.
- قانون البلديات، رقم (٢٩) لعام ١٩٥٥.
- قانون تشجيع الاستثمار الأردني، رقم (١٦)، لعام ١٩٩٥، والمعدل بالقانون رقم (١٣) لعام ٢٠٠٠، وموجود على الإنترنت:
- www.jordaninvestment.com
- info@jib.com.jo, www.jordaninvestment.com
- قانون الاستثمار الأردني المؤقت رقم (٦٨) لعام ٢٠٠٣، منشور في الجريدة الرسمية رقم (٤٦٠٦) تاريخ ١٦/ ٦/ ٢٠٠٣، وعلى الإنترنت:
- http://www.arablaw.org/Arab%٢٠law%٢٠net%٢٠٢j.htm.

ج- القوانين والأنظمة السورية:

- الدستور السوري، لعام ١٩٧٣.
- قانون رقم، (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة وتعليماته التنفيذية، بالمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤.
- المرسوم التشريعي رقم (٨) لتشجيع الاستثمار لعام ٢٠٠٧.
- القرار رقم (١٨٦)، لعام ١٩٨٥.
- المرسوم التشريعي رقم (٥١) للحسم الضريبي الديناميكي، لعام ٢٠٠٦.
- قانون رقم (١٠) لعام ١٩٩١، لتشجيع الاستثمار والتعديلات الطارئة عليه بموجب المرسوم التشريعي، رقم (٧) تاريخ ١٣/ ٥/ ٢٠٠٠ وتعليماته التنفيذية.
- المرسوم التشريعي، رقم (١٩٥) الصادر بتاريخ ٢٥/ ٧/ ١٩٧٤.

د- القوانين والأنظمة المصرية:

- قانون رقم (٦) لعام ١٩٥٨، بشأن إحداث المرافق العامة.

- قانون رقم (١٢٩) لعام ١٩٤٧، والمعدل بقانون رقم (١٨٥) لعام ١٩٥٨، وهو قانون التزامات المرافق العامة.
- قانون رقم (٣) لعام ١٩٩٧، بشأن منح التزام المرافق العامة، لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول.
- قانون رقم (٢٢٩)، لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون، رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨، بشأن الطرق العامة.
- قانون رقم (١٠٠) لعام ١٩٩٦، بتعديل بعض أحكام القانون، رقم (٢١٥) لعام ١٩٦٧، بإنشاء هيئة كهرباء مصر.
- عقد التزام مطار مرسي علم.
- قانون التأجير التمويلي، رقم (٩٥) لعام ١٩٩٥.
- قانون رقم (٣) لعام ١٩٩٦، بشأن الطرق العامة، وهو خاص بتعديل بعض أحكام القانون، رقم (٨٤) لعام ١٩٦٨، بشأن الطرق العامة.
- اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.
- قانون المناقصات والمزايدات، رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨.
- لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزير المالية، رقم (١٣٦٧) لعام ١٩٩٨.
- قانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧.
- اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار، رقم (٨) لعام ١٩٩٧، والصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء، رقم (٢١٠٨)، تاريخ ٩/ ٨/ ١٩٩٧.
- قانون التحكيم المصري، رقم (٩) لعام ١٩٩٧.

ثانياً- باللغة الفرنسية:

١- الكتب باللغة الفرنسية:

- A.S.. mescheriak off, Droit des service publics, puf, ١٩٩٧.

- Andre de laubadee: tratie theorigue et partique des contrats administrative tome primier. ١٩٥٩.
- Auby (J. B.), Bilan et limite de L'analyse juridigue de la gestion deleguee du service public, RFDA, Supp. N. ٣, ١٩٩٧, p. ٣.
- AUBY (J. B.), mAuGUE (C.), Les contrats de delegation de service public, JCP, ١٩٩٤, Doct., h. ٣٧٤٣.
- BETTINGER (C.), La concession de service public et de travaux publics, Berger-Levrault, ١٩٧٨.
- Bieusses. P. S.. La specificite de L'afferm age, A.J.D. ١٩٩٦.
- C. de Aibes, lesregimes compares de la concession, de la regie directe dans les transports en commune de la vegion parsienne, these paris, ١٩٢٣.
- Ch. Debbasch, J. C.R. icci, contentieux administratif, dalloz, ١٩٩٠ n, ٨٣٤, J.m. Auby et A. Drago, traite de contentieux administratif, t, II, L. G. J, ١٩٨٤, n ١٢٨٣.
- CHAPUS (R.), Droit administratif general T. ١. Montchrestien, ١٩٩٦.
- CHAUVAUX (D.), GIRARDOT (T.X.), Chronigue generale de juirisprudence administrative fransaise, AJDA, ١٩٩٦.
- De Laubadera Andre: Traite de droit adminisratif, ١٥, ed, T. I, droit administrative general, L. G. D. I. Paris, ١٩٩٩.

- De Laubadere (Andre): Trait de droit administratif, ٢٥'ed, T. I. droit administratife general, L. G. D. I. Paris, ١٩٩٩.
- Debbaschich, Institutions et droit administratif, Paris, ١٩٩٢, ed٣ Richer. L, Les contrats administratifs, Dalloz, paris, ١٩٩١.
- Delaume: "des stipulations de droit applicables dan les accords depret et development economigue et leur role", A. B. D.r. inter, ١٩٦٨.
- DEVES (C.), Les droits d'entrée, AJDA, ١٩٩٦.
- DOUENCE (J.C.), La devolution contractuell du service public local, Encyclopedie dalloz, collectivites locales, ١٩٩٣, N. ٦١٥٠-٥.
- E. Fatome et L. Richer nature et contenu du contrat at d'amenagement, Rev. dr. imm., ١٩٩٤, La nature juridigue des contrats d'amenagement, JCP ١٩٩٤, prectie, No. ٣٠.
- E.F atom, Le haveau cader legal, AJDA ١٩٩٦.
- G. mar cou, la notion de delegation de service public après la loi du ٢٩ Janvier, ١٩٩٣, RFDA, ١٩٩٤.
- G. Vedel etp. Delvolve: droit administratif paris, P.U.F. ١٩٨٤.
- George vedel: Droit administrative. ٢ Edition, ١٩٦١, Francis-Pual Benoit, Le droit administrative Francais, ١٩٨٦.
- Heneri Batiffol "Encyclopedie Juridique-Dalloz Reportaire de droit international Tome ١, ١٩٦٨.

- J. B. Auby, note sous C.E., avril ١٩٩٤, Commune de mention RDP ١٩٩٤.
- J. Bou inot, comment assurer L'egal acces al'information juridigue, technnigueet economique avant le contrat, en cours de contrat et lors deson renouvellement RFDA, Supp all N°٣, ١٩٩٧.
- J. C. Douene Les contrats de delegation de service public R.F.D.A, ١٩٩٣.
- J. F. Auby, Les services publics locaux PUF, gue sais je?, N. ٢٠٢٣, ١٩٨٢.
- J.B. Auby, Bilan et limites de L'analyse jurdigue de La gestion deleguee du servie public.
- J.B. Auby, C. maugue, Les contrats de delegation de service, public. J. C. P., ١٩٩٤.
- Jean clande venezia: La povoir discretiona src, ١٩٥٩.
- Jeze: la theorie general des contrats de ladministration, paris, ١٩٣١.
- Laubadere (Andre. De), moderne (F.) et delvolve (P.), Trait des contrats administratifs, Tome I, L.G.D. J., ed ١٩٨٣, Tome ٢٢, ed. ١٩٨٤.
- Laurent Richer, Droit des contrats adminstratifs, ١٩٩٥.
- m. waline, la notion de regie interesse, RDP, ١٩٤٨.
- M. Waline: Precis de droit administratife, paris, ١٩٦٨.
- mARcou (G.), La notion de delegation de service public après la loi du ٢٩ Janvier ١٩٩٣, RFDA, N٤, N٥.
- mARcou (G.), La notion de delegation de service public après la loi du ٢٩ Janvier ١٩٩٣, RFDA, ١٩٩٣, N. ٤. ٥.

- MAUGUE (C.), Les delegations de service public et Le juge administratif, AJDA, ١٩٩٦.
- Maugue. CH, Le delegation de service public et Juge administratif, A.J.D., ١٩٩٦.
- Moriel. P. Les tresor public et les delegation, A. J. D. A, ١٩٩٦.
- N, Symchowieg, Lanation de delegation de service public, AJDA, ١٩٩٨.
- P. Esplugas, conceil constitutionel de service public, LGDJ, ١٩٩٤.
- P. Subrade Bieussues, La specificite de patfermage, AJDAI, ١٩٩٦, ٦٠٨ comp. Ch. Bettinger, La concessionde service public et de travaux publics, Berger lerrault, ١٩٧٨.
- P. Weil, "Problems relatifs aux contracts passes entre un etat un particulier" Recueil des cours. De L'academie de droit international, vol. ١٢٨ (١٩٦٩).
- Patrick Courbe, Les objectifs temporels des regles de droit international prive, press, univer, defrance, paris, ١٩٨١.
- Patrick juillard (les conventions bilaterales d'invetissement conclues par la france), Journal de droit international, no. ٢, (avril-Juin ١٩٧٩).
- Ph. Terheyre, une niuvelle techmigue de financement prire desouvrage publics colledtifs: lemarche d'entreprsw de travaux public, mélanges, J. M. Auby, ١٩٨٢.
- Ph. Terneyre, La notion de convention de delegation, A. J.D.A, ١٩٩٦.

- Ph. Terneyre, La notion de convention de delegation, AJDA, ١٩٩٦.
- Philippe Kahn: "Contrats d'Etat et nationalizations. Les apports de la sentence arbitrale du ٢٤ mars, ١٩٨٢. cluent ١٩٨٢.
- Phillipe lee, public procurement, current EC legal developments, butter worths, ١٩٩٢.
- PouyAUD (D.), concurrence, transparence et libre administratation, apropos de la decision du conseil constitutionnel n. ٩٢, ٣١٦ DC du ٢٠ janvier ١٩٩٣, RFDA, ١٩٩٣.
- Prosper weil: "Les clauses de stabilization ou l'intangibilite inseres dans les accords de development economigue", mélanges Rousseau, paris, pedon, ١٩٧٤.
- Prosper weil: "Problems relatifs aux contrats entre et un particulier" Rec dec cours, La Hay, ١٩٦٩.
- RICHER (L.), La Fin de la convention de delegation, AJDA, ١٩٩٦.
- RICHER (L.), Remargues sur les enterprises prives de service public, AJDA, ١٩٩٧.
- River aj., droit, administratire, d., ١٩٦٥.
- S. Duroy, Le contrat ditlfermage; identiticationet povrojrs du juge du juged du contrat, reflexions autouy de L, arret du conseild, Etat, ٣november. ١٩٩٥, ste lyonnaise des EauxDunez, RFDA, ١٩٩٧.
- SUBRA DE BIEUSSE (P.), La specificete de L'affermage, AJDA, ١٩٩٦.

- TERNEYRE (pb.), Le droit applicable aux conventions de delegation de service public, guelgues precisions du conseil d'Etat, note sous C.E., ٣ Juillet ١٩٩٣, compagnie generale des eaux, RFDA, ١٩٩٤.
- TERNEyRE (ph.), La nation de convention de delegation, AJDA, ١٩٩٦.
- Terneyre, (PH) la nation de la delegation, A.J.D.A, ١٩٩٦.
- VEDEL (G), Lanation de clause exorbitante, mélanges: mestre, ١٩٥٦.
- VEDEL (G.), DeLVOLVE (p.), Droit administratif, ٢ tomes, puf, ١٩٩٢.
- WALINE. M., Precis de droit administratif, Ed. Montchrestien ١٩٦٦.
- Warner Goldschmidt, Translation between states and public firms and foreign privatle firms (methological study, Rec, des. Cours, la Haye, ١٩٧٢, T. ١٣٦ ets.
- Yves Derains: "Les nomes d'application immediate dans la jurisprudence arbitrale internationale" mélanges Gold man, ١٩٨٢.

٢- المقالات باللغة الفرنسية:

- Paul lagarde "Le nonveau droit international prive des contracts après lentree en vigueur de la convention de Rome du ١٩ Juin ١٩٨٠, rev, ١٩٩١.

ثالثاً: باللغة الإنكليزية:

١- الكتب باللغة الإنجليزية:

- Fatouros, Government Guarantees to foreign investors Columbia university press. New York, ١٩٦٢.
- Corbelt Edward – The Elements of BOT. Al paper presented at the IBA ٢٥th Biennial conference Berlin ٢٠-٢٥, October, ١٩٩٦, mainly in U. K.
- Delaume (G. A): What is an international contract? An American and Gattic Dilemma. I. C. L. Q, Vol ٢٨, part ٢, ١٩٧٩.
- Delmon-Ibid, B.O.T. means build-operate-transfer. Aterm said to have been coined by turgat ozal. Prime minister of turkey in the ١٩٨٠.
- Esa Pasivita. "Internationalization and stabilization of contrats versus state sovereignty". B. Y. B. I. L., ١٩٩٠.
- Esa passivity a: "Internationalization and stabilization of contracts versus state sovereignty", B. Y. B. I. L, VoL ٦٠, ١٩٩٠.
- Frank walter paish, studies in an inflationary Economy: The united kingdom, ١٩٤٨-١٩٦١, (London: macmllan, ١٩٦٦).
- Frilet. M., some universal issues in BOT projects for public infrastructures, international construction law Review ١٩٩٧.
- Geoffery Haley: Negotitation international infrastructures projects: construction agreements ١٩٩٨, sweet and max well, London.
- Guislain (P.), the privateization challenge A. strategic, legal and institutional analysis of international experience, ١٩٩٧.

- Henry Hazlitt, What you should know about inflation, funk and wagnall's, paper book, F ٥٠, ٢nd ed. (new York: Funk and wagnall's, ١٩٦٨).
- Indey M. Levy. Build, Operate, transfer-paring the way for tomorrow infrastructures ١٩٩٦, John Wiley and sons, Inc.
- J. Michael Robinson, The Build, own and transfer model for international projects in emerging markets inter national quarterly volum. ٨ January, ١٩٨٦.
- Jeffery Delmon-Boo. Bot projects. Acommercial and contractual Guide ٢٠٠٠ – sweet and Maxwell – Loncon.
- Jery.s. Build-operate-transfer paring the way for tomorrow's infrastructure, ١٩٩٦.
- John scriven, Nigle Pritchard and jeff delmon: a contractual Guide to major construction projects, ١٩٩٩, sweet max well.
- Louis Turner, Invisible Epires: Multinational companies and the modern world (New York: Har court brale Joronovich, ١٩٧١).
- Peter (W): Arbitration and renegotiation of international investment agreements, kluwer law international, the hague/ poston/ London, ١٩٩٥.
- PeterK. Nevitt and Frank Fabozzi: Project Financing ١٩٩٥, ٦th ed. Euromoney publications.
- R. J. Ball, Inflation an the theory of money, Menerva, series: ١٢ (London: Allen and unwih ١٩٦٤).
- Red Ferm (A): The Arbitration between the government of Kuwait and Aminoil, B. I. L., ١٩٨٤.

- Richard Plender, (The European contracts convention the rome convention on the choice of law for contracts) ١٩٩١. Sweet and Maxweel.
- Smithies (The control of inflation) Review of economics and statistics (١٩٥٩).
- Sokita and T. Miki. Treatment of Foreign capital; A case study for Japan (n. p.; pb. ١٩٧٧).
- Stephen Furst, Vivian Ramsey: Keating on building contracts. ٢٠٠١, seventh edition. Sweet and Max well.
- Sue Arrowsmith, The Law of public utilities and procurement, sweet and max well, London, ١٩٩٦.
- The general principles of law recognized by civilized nations, B. Y. B. I. L. ١٩٥٧.
- Turpin, public contracts, Encyclopeadia of comparative law, vol ٧, chap ٤.
- vedross: (Protection of private property under Quasi-International agreements). In varia juris gentium. Liber Amicorum offert a J. P. A Francois, Leyde. A. W. sijthoff, ١٩٥٩.
- Wild sapte: project Finance. The guide to financing B.O.T. projects. ١٩٩٧, Euromoney publications.

٢- المقالات باللغة بالإنكليزية:

- Vah Hoorh. "The pole at taxation on the flow of foreing investment" paper presented at: conference on taxation treatment on inter Arab investment, Amman, ٢٢-٢٣ October, ١٩٨٤.

الفهرس

التقسيم	الموضوع	الصفحة
المقدمة		١
	الباب الأول	
الأنماط العقدية الإدارية التي تلعب دوراً في جذب الاستثمارات		١٣
الفصل الأول:	عقود تفويض المرفق العام	١٤
المبحث الأول:	مفهوم تفويض المرفق العام	١٥
المطلب الأول:	المقصود بتفويض المرفق العام	١٥
الفرع الأول:	تعريف تفويض المرفق العام	١٦
الفرع الثاني:	موقفنا من تعريف تفويض المرفق العام	١٧
المطلب الثاني:	الطبيعة التعاقدية لتفويض المرفق العام	١٨
الفرع الأول:	الأسلوب التعاقدي للإدارة غير المباشرة للمرافق العامة	١٨
الفرع الثاني:	الطبيعة الإدارية والأصول القضائية لفكرة عقود تفويض المرفق العام	٢٢
المطلب الثالث:	إشتراط قابلية المرفق للتفويض	٢٥
الفرع الأول:	أهمية إشتراط قابلية المرفق العام للتفويض	٢٦
الفرع الثاني:	التفويض والمرافق السيادية	٢٨
المبحث الثاني:	أنواع عقود التفويض	٣٣
المطلب الأول:	العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة مباشرة	٣٤
الفرع الأول:	عقد التزام المرفق العام	٣٥
الفرع الثاني:	عقد امتياز المرفق العام	٤٤
المطلب الثاني:	العقود المتعلقة بإدارة المرافق العامة بشكل غير مباشر	٥٢

الفرع الأول:عقد التزام الأشغال العامة والعقود القريبة منه ٥٣
الفرع الثاني:عقد مشاطرة الاستغلال ٥٩
المبحث الثالث: إبرام عقود تفويض المرفق العام ٦٣
المطلب الأول:أطراف تفويض المرفق العام ٦٣
الفرع الأول:السلطة المفوضة ٦٤
الفرع الثاني:المشروع المفوض إليه ٦٤
المطلب الثاني: إجراءات إبرام عقود تفويض المرفق العام ٦٨
الفرع الأول :القيود الخاصة بالعلانية والمنافسة ٦٩
الفرع الثاني: تحرير إرادة الإدارة المفوضة من إجراءات العلانية والمنافسة السابقة في بعض الحالات (حالات التفاوض المباشر) ٨١
الفرع الثالث: موقفنا من التفاوض المباشر في حالات عقود التفويض ٨٢
الفرع الرابع: دور رقابة القاضي الاداري على القرارات المنفصلة في عقود تفويض المرفق العام ٨٣
المطلب الثالث:القيود الخاصة بمضمون عقود تفويض المرفق العام ٨٩
الفرع الأول:القيود الزمنية ٨٩
الفرع الثاني: القيود المتعلقة بالشروط المالية في عقود تفويض ٩٩
الفصل الثاني:الأشكال الحديثة للعقود الجاذبة للاستثمار ١٠٣
المبحث الأول:ماهية عقود البناء والإدارة والتحويل BOT وأخواتها وتمييزها عن غيرها ١٠٤
المطلب الأول: نشأة عقود البوت وأخواتها وماهيتها وأنواعها ١٠٤
الفرع الأول: أصل الاصطلاح ونشأته ١٠٥
الفرع الثاني:ماهية مشروعات البوت ١٠٩
الفرع الثالث:أنواع العقود المبرمة طبقاً لنظام البوت ١١١
المطلب الثاني:تمييز عقود البوت عما قد يشتبه بها من العقود ١١٩

الفرع الأول:تمييز عقد التزام المرفق العام الـBOT عن حق الانتفاع ١٢٠
الفرع الثاني:تمييز عقد التزام المرفق العام الـBOT عن عقد الأشغال ١٢٠
الفرع الثالث:موقفنا من الأخذ بعقود البوت وأخواتها ١٢٢
المبحث الثاني: النظام القانوني لمشروعات البوت وتمويلها ١٢٥
المطلب الأول:النظام القانوني لنظام الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ١٢٥
الفرع الأول:شركة المشروع كطرف أصلي مشارك في المشروع ١٢٥
الفرع الثاني: الأطراف التابعون ١٤٣
المطلب الثاني: تمويل المشروعات بنظام الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية ال BOT ١٤٦
الفرع الأول:دور البنوك في تمويل المشروعات بنظام الـ BOT ١٤٧
الفرع الثاني:رأس المال المشارك في تمويل المشروع بنظام الـ BOT ١٤٩
المبحث الثالث:إبرام عقد الـBOT ١٥٩
المطلب الأول:الإجراءات الإدارية والفنية السابقة على التعاقد في إبرام العقد بنظام الـBOT ١٥٩
الفرع الأول:مرحلة تحديد المشروع ومواصفاته ١٦٠
الفرع الثاني:عمل دراسات جدوى لمشروع البوت ١٦٢
المطلب الثاني:إجراءات إبرام العقد بنظام الـBOT ١٦٦
الفرع الأول:مرحلة المفاوضات في عقد الامتياز بنظام الـBOT ١٦٧
الفرع الثاني:إجراءات تقديم العطاء في عقود الـBOT ، والمراحل التي يمر فيها ١٧٠
الفرع الثالث:إبرام عقد الـBOT عن طريق طلب التأهيل وطلب تقديم العروض ١٧٥
الفرع الرابع: إبرام عقد الـBOT عن طريق المناقصة ١٨١
الفرع الخامس: إبرام العقد ودخوله مرحلة التنفيذ ١٨٦

الباب الثاني

الشروط اللازمة لتفعيل دور العقود الإدارية الجاذبة للاستثمار وظيفياً ١٨٩
الفصل الأول:الشرط الموضوعي (ضرورة توافر المناخ الاستثماري) ١٩٠
المبحث الأول:مقومات المناخ الاستثماري السليم ١٩١
المطلب الأول:الأمن القانوني ١٩١
الفرع الأول : الاستقرار التشريعي ١٩٢
الفرع الثاني:مواكبة التشريعات للمفاهيم القانونية العالمية ١٩٤
المطلب الثاني:حرية عمل رأس المال ٢٠٣
الفرع الأول: دور الدولة في الاقتصاد والقيود على رأس المال ٢٠٤
الفرع الثاني:سهولة انتقال رأس المال وتداوله ٢٠٧
الفرع الثالث:الدور الاجتماعي لرأس المال ٢١٦
المطلب الثالث:استقرار النظم النقدية والمصرفية ٢١٧
الفرع الأول:القيود القانونية على الصرف الأجنبي والتحويلات النقدية ٢١٨
الفرع الثاني:الآثار القانونية للقيود النقدية وعدم الاستقرار الاقتصادي ٢٢٣
المبحث الثاني: تطبيق مقومات المناخ الاستثماري في الأردن وسورية ومصر ٢٢٧
المطلب الأول:مقومات المناخ الاستثماري السليم ٢٢٧
الفرع الأول:الإطار أو البعد الاقتصادي ٢٢٨
الفرع الثاني:الإطار أو البعد السياسي ٢٣٢
الفرع الثالث:الإطار أو البعد القانوني ٢٣٣
المطلب الثاني:العوامل المحفزة لجذب الاستثمار تشريعياً ٢٣٥
الفرع الأول:أبرز حوافز قوانين الاستثمار ٢٣٥
الفرع الثاني:القطاعات المعفاة وحوافزها ٢٤٩
المطلب الثالث:التطبيقات العملية للاستثمارات ٢٦١

الفرع الأول:الاستثمار في سوق عمان المالي ٢٦١
الفرع الثاني:الاستثمارات الكورية في مصر في مجال البناء والتشييد ٢٦٦
الفرع الثالث:فرص الاستثمار المتاحة للمستثمرين في سورية ٢٦٩
الفصل الثاني:الشرط العضوي (المستثمر كطرف في العقد) ٢٧٥
المبحث الأول:مفهوم الاستثمار ودوره في التنمية ٢٧٦
المطلب الأول:المستثمر ٢٧٦
الفرع الأول:المستثمر الوطني ٢٧٦
الفرع الثاني: المستثمر الأجنبي ٢٧٧
الفرع الثالث:الشكل القانوني للاستثمار التجاري الأجنبي ٢٨٤
المطلب الثاني:دور الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية ٢٨٦
الفرع الأول:مفهوم التنمية الاقتصادية ٢٨٧
الفرع الثاني:أهمية الاستثمار الأجنبي في التنمية الاقتصادية ٢٩٠
المبحث الثاني: دور جنسية المتعاقد الأجنبية في إمكان تغيير تكييف العقد ٢٩٥
المطلب الأول: المعايير المستقرة لتكييف العقد الإداري ٢٩٦
الفرع الأول:المعيار العضوي ٢٩٧
الفرع الثاني: المعيار الموضوعي ٢٩٩
المطلب الثاني:العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي بين القانون الإداري والقانون الدولي ٣٠٥
الفرع الأول:العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي في القانون الدولي ٣٠٥
الفرع الثاني: العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي في القانون الإداري ٣١٣
المبحث الثالث:دور جنسية المتعاقد الأجنبي في فرض بعض الشروط ٣٢٣
المطلب الأول:شرط التحكيم ٣٢٣
الفرع الأول:التحكيم في نطاق منازعات الاستثمار ٣٢٣

الفرع الثاني: التحكيم وعقود الـBOT ٣٢٦
المطلب الثاني: شروط ثبات العقد ٣٣٣
الفرع الأول:شروط الثبات التشريعي ٣٣٣
الفرع الثاني:شرط التجميد أو ثبات العقد ٣٤٢
المطلب الثالث:شرط خضوع العقد للقانون الخاص ٣٤٩
الفرع الأول:خضوع عقود الدولة للقانون الذاتي للعقد ٣٤٩
الفرع الثاني: خضوع العقد المبرم مع المستثمر الأجنبي لقانون الدولة المضيفة ٣٥١
الفرع الثالث: نظرية الأداء المميز وخضوع العقد لها ودورها في جذب الاستثمارات ٣٥٩
الفرع الرابع: دور شروط إعادة التفاوض في العقود الاستثمارية على جذب الاستثمارات ٣٦٨
الملاحق ٣٧٥
الخاتمة ٣٨٩
قائمة المصادر والمراجع ٤٠٥