

الطبعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
”دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة“
فى ضوء نصوص القانون وأحكام القضاء الإدارى المصرى

د. عبدالمقصود توفيق أحمد محمد

مدرس القانون العام

بالمعهد العالى للعلوم الادارية بأوسيم الجيزة

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ”دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة“

فى ضوء نصوص القانون وأحكام القضاء الإدارى المصرى

د. عبدالمقصود توفيق أحمد محمد

ملخص البحث باللغة العربية:

نعلم ان الادوات التى تعتمد عليها الادارة فى تعاملها مع الجمهور هى العقد والقرار الادارى ولعل الاخير هو الوسيلة التى تعتمد عليها جهة الادارة فى تسيير عملها والقيام بمهامها فى الحفاظ حسن سير المرافق بانتظام واضطراد لذلك تلجأ الجهات المختلفة الى التعاقد مع بعضها البعض او مع الافراد او المؤسسات او الشركات او الهيئات المختلفة العامة او الخاصة من اجل ادارة تسيير المرافق العامة او لتحقيق الاغراض التى تستهدفها لذا فان العقود الادارية تبرم من اجل توريد كل ما تحتاجه من سلع وخدمات لادارة المرافق او المشروعات التى تقوم بها. وكذلك الاشغال العامة التى تلزمها وقد تتعاقد الادارة مع فرد او شركة او مؤسسة من اجل ادارة مرفق عام او تنظيم خدمة للجمهور وقد تتعاقد لاجل ذلك سواء بالبيع او الشراء او الايجار او الاستئجار او عقد وابرام القروض ومن هنا نشأت تسميات عديدة للعقود مثل عقود الامتياز او عقود الاشغال العامة وعقود التوريد والنقل وغيرها من العقود.

- وتتميز العقود الادارية بابرامها عن طريق أشخاص معنوية عامة وهى تشمل الاشخاص الاقليمية (الدولة وكذلك المؤسسات العامة الاقتصادية والمؤسسات العامة المهنية) وتعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الحديثة فى مجال التعاقدات الحكومية حيث بدأ الاهتمام بتلك العقود وفى اطار التغير الذى شهده العالم من تغيرات اقتصادية حاسمه ولتحقيق هذا الغرض اتجهت الدول الى اعطاء القطاع الخاص العديد من المزايا للقيام بالدور الرئيسى فى عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

- وتحظى عقود البوت فى الاونة الاخيرة بمكانة هامة نظرا لاهميتها لجهة الادارة والمستثمر على حد سواء اذ من خلال هذه العقود تقوم الدولة بانشاء العديد من المشروعات التى قد لا تستطيع ميزانية الدولة القيام بها بما يسمح للقطاع الخاص القيام

بهذه المشروعات مقابل الربح ويتم ذلك من خلال عقود البوت الذى تحتفظ فيه الدولة بحقوقها فى مواجهة المتعاقد معها حيث نجد ان الملكية تتحول الى الدولة عقب انتهاء مدة العقد كما ان شركة المشروع من خلال هذه الفترة بتحقيق الارباح المرجوة منها وتكون الدولة وفقا للقواعد القانونية حقق العديد من الايجابيات تتمثل فى استغلال واستثمار بعض المرافق والاراضى او الموانى واعادة استغلالها وتشغيلها.

الكلمات الافتتاحية:

- (البناء - التشغيل - نقل الملكية) B.O.T عقود
- الجهة الادارية مانحة الامتياز
- شركة المشروع والمستثمر
- حقوق والتزامات طرفى عقود البوت

Abstract:

We know that the tools that the administration relies on in its dealings with the public are the contract and the administrative decision, and perhaps the latter is the means that the administration relies on in managing its work and carrying out its tasks in maintaining the smooth running of facilities regularly and steadily. Therefore, different entities resort to contracting with each other or with individuals, institutions, companies or various public or private bodies in order to manage and operate public facilities or to achieve the purposes they target. Therefore, administrative contracts are concluded in order to supply all the goods and services it needs to manage the facilities or projects it undertakes. As well as the public works that it requires, and the administration may contract with an individual, company or institution in order to manage a public facility or organize a service for the public, and it may contract for this purpose, whether by selling, buying, renting, leasing, or concluding loans. From here, many names for contracts arose, such as concession contracts, public works contracts, supply and transportation contracts, and other contracts.

- Administrative contracts are characterized by being concluded by public legal persons, and they include regional persons (the

state, as well as public economic institutions and public professional institutions). Construction, operation and transfer of ownership contracts are considered modern contracts in the field of government contracting, as interest in these contracts began, and within the framework of the change that the world has witnessed from decisive economic changes, and to achieve this purpose, countries have moved to give the private sector many advantages to play the main role in the process of economic and social development.

- BOT contracts have recently enjoyed an important position due to their importance to the administration and the investor alike, as through these contracts the state establishes many projects that the state budget may not be able to carry out, allowing the private sector to carry out these projects for profit, and this is done through BOT contracts that retain The state has its rights in the face of the contracting party, as we find that the ownership is transferred to the state after the end of the contract period, and the project company during this period achieves the desired profits from it, and the state, according to the legal rules, has achieved many positives represented in the exploitation and investment of some facilities, lands or ports and their re-exploitation and operation.

Key Words:

Build Operate Transfer Contracts- (Build- Operate- Transfer of Ownership), The administrative authority granting the concession, The project company and the investor, Rights, obligations of the two parties to the BOT contracts, State Council judicial oversight of BOT contracts.

مقدمة

- نعلم ان الادوات التى تعتمد عليها الادارة فى تعاملها هى العقد والقرار الادارى ولعل الاخير هو الوسيلة التى تعتمد عليها جهة الادارة فى تسيير عملها والقيام بمهامها فى الحفاظ حسن سير المرافق بانتظام واضطراد لذلك تلجأ الجهات المختلفة الى التعاقد مع بعضها البعض او مع الافراد او المؤسسات او الشركات او الهيئات المختلفة العامة او الخاصة من اجل ادارة تسيير المرافق العامة او لتحقيق الاغراض التى تستهدفها لذا فان العقود الادارية تبرم من اجل توريد كل ما تحتاجه من سلع وخدمات لادارة المرافق

او المشروعات التى تقوم بها. وكذلك الاشغال العامة التى تلزمها وقد تتعاقد الادارة مع فرد او شركة او مؤسسة من اجل ادارة مرفق عام او تنظيم خدمة للجمهور وقد تتعاقد لاجل ذلك سواء بالبيع او الشراء او الايجار او الاستئجار او عقد واپرام القروض ومن هنا نشأت تسميات عديدة للعقود مثل عقود الامتياز او عقود الاشغال العامة وعقود التوريد والنقل وغيرها من العقود

- وتتميز العقود الادارية بابرامها عن طريق أشخاص معنوية عامة وهى تشمل الاشخاص الاقليمية (الدولة وكذلك المؤسسات العامة الاقتصادية والمؤسسات العامة المهنية) وتعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الحديثة فى مجال التعاقدات الحكومية حيث بدأ الاهتمام بتلك العقود وفى اطار التغير الذى شهده العالم من تغيرات اقتصادية حاسمه ولتحقيق هذا الغرض اتجهت الدول الى اعطاء القطاع الخاص العديد من المزايا للقيام بالدور الرئيسى فى عملية التنمية الاقتصادية والاجتم - وتحظى عقود البوت فى الاونة الاخيرة بمكانة هامة نظرا لاهميتها لجهة الادارة والمستثمر على حد سواء اذ من خلال هذه العقود تقوم الدولة بانشاء العديد من المشروعات التى قد لا تستطيع ميزانية الدولة القيام بها بما يسمح للقطاع الخاص القيام بهذه المشروعات مقابل الربح ويتم ذلك من خلال عقود البوت الذى تحتفظ فيه الدولة بحقوقها فى مواجهة المتعاقد معها حيث نجد ان الملكية تتحول الى الدولة عقب انتهاء مدة العقد كما ان شركة المشروع من خلال هذه الفترة بتحقيق الارباح المرجوة منها وتكون الدولة وفقا للقواعد القانونية حقق العديد من الايجابيات تتمثل فى استغلال واستثمار بعض المرافق والاراضى او الموانى واعادة استغلالها وتشغيلها.

أهداف الدراسة

من هذه الدراسة نستطيع ان نستخلص مجموعة من الاهداف لعل من اهمها:-

١- الالام بماهية عقود البوت وخصائصها ووجه الشبه والاختلاف بينها وبين العقود المشابهة لها.

٢- التعرف على الطبيعة القانونية لعقود البوت وعما اذا كانت عقود ادارية ام لا.

٣- التعرض للجوانب التطبيقية من احكام مجلس الدولة المصرى والفرنسى بشأن عقود البوت.

أهمية الدراسة:

ويوجد العديد من الدراسات التي تناولت موضوع عقود البوت من العديد من الزوايا سواء اكنا بصدد الحديث عن طبيعتها القانونية ام عن انواعها ام عن سلطات وحقوق جهة الادارة تجاه المتعاقد معها فى هذه العقود بل وكذلك الحديث عن موقف الفقه والمشرع والقضاء من هذه العقود وكذلك للوقوف على القواعد الخاصة التى تحكم هذه العقود وللوقوف على اهمية مشاركة القطاع الخاص فى اعمال البناء والتشييد والاستثمار ومحاولة الوقوف على مدى مشاركة مشروعات البوت فى تمويل خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية فى مصر وتوصلنا من خلال هذه الدراسة للاهمية البالغة والدور الحيوى الذى تلعبه عقود البوت فى مجالات التنمية الاقتصادية ولا سيما فى انشاء المرافق العامة التى تعجز ميزانية الدولة عن القيام بها رغم اهميتها للتنمية وللمواطنين وتوصلنا كذلك لاهمية هذه العقود فى مجال مشروعات الامتياز لما يمثلها كم مشاركة فعلية للقطاع الخاص فى عملية التنمية واهمية القواعد القانونية التى تحدد حقوق والتزامات طرفى العقد.

مشكلة الدراسة:

تقوم هذه الدراسة بالبحث والتحليل فى بعض الموضوعات الخاصة بعقود البوت والتى يوجد فيها جدل فقهي مع الاستعانة بالجانب التشريعى والتطبيقات القضائية فى شأنها لذلك فاننا سنتعرض للموضوعات التالية:-

- ١- الطبيعة القانونية لعقود البوت مع عرض لاهم الاراء الفقهية والنصوص القانونية والتطبيقات القضائية التى تناولت هذا النوع بالغ الاهمية من العقود
- ٢- اهم المعوقات التى تعوق العمل بهذا النوع من العقود (السلبيات)
- ٣- سلطات وحقوق والتزامات طرفى عقود البوت

منهج الدراسة

تعتمد الدراسة فى بحثنا هذا على المنهج الوصفى التحليلى التطبيقى لعقود البوت فى مصر بالمقارنة بفرنسا وذلك لبيان طبيعتها ووجه الشبه والاختلاف بينها وبين غيرها من عقود الامتياز الاخرى وكذلك بيان حقوق والتزامات طرفى العقد مسترشدين فى ذلك بالواقع المصرى والفرنسى فقها وتشريعا وقضاء.

الكلمات الافتتاحية

- (البناء - التشغيل - نقل الملكية) B.O.T عقود
- الجهة الادارية مانحة الامتياز
- شركة المشروع
- المستثمر
- حقوق والتزامات طرفى عقود البوت

خطة الدراسة

سوف نقسم بحثنا هذا الى مبحث تمهيدى واربعة مباحث تتناول الموضوعات التالية:-

المبحث التمهيدي/ وتتناول فيه ماهية عقود البوت (البناء - التشغيل - نقل الملكية)

مطلب أول/ نشأة وتطور عقود البوت

مطلب ثانى/ اطراف عقود البوت

مطلب ثالث/ تعريف عقود البوت وخصائصه واهدافه

مطلب رابع/ انماط عقود البوت وواجه الاختلاف بينها وبين غيرها من العقود

مطلب خامس/ ايجابيات وسلبيات عقود البوت والمعوقات التى تعوقها فى مصر

المبحث الاول/ الطبيعة القانونية لعقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) فى

مصر وفرنسا

مطلب أول/ تكييف عقود البوت كعقود ادارية

مطلب ثانى/ تكييف عقود البوت كعقود ادارية ذات طبيعة مركبة

مطلب ثالث/ تكييف عقود البوت كعقود ذات طبيعة خاصة

المبحث الثانى/ التنظيم القانونى لعقود البوت فى مصر وفرنسا

المطلب الاول/ التنظيم القانونى لعقود البوت فى مصر

المطلب الثانى/ التنظيم القانونى لعقود البوت فى فرنسا

المبحث الثالث/ موقف مجلس الدولة فى مصر وفرنسا من عقود البوت

المطلب الاول/ موقف مجلس الدولة المصرى م عقود البوت

المطلب الثاني/ موق مجلس الدولة الفرنسى من عقود البوت
المبحث الرابع/ حقوق والتزامات طرفى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)
المطلب الاول/ حقوق وسلطات والتزامات جهة الادارة المتعاقدة فى عقود البوت
المطلب الثانى/ حقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت
المطلب الثالث/ حالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها
الخاتمة
اولا:- النتائج
ثانيا:- التوصيات

مبحث تمهيدى

ماهية عقود البوت (البناء- التشغيل- نقل الملكية)

مقدمة

مما لا شك فيه ان حاجة المواطنين الى خدمات المرافق العامة تزداد يوما بعد يوم الامر الذى يجعل الدول صاحبة الاقتصاد المتنامى تقف عاجزة امام تلبية تلك الاحتياجات كنتيجة طبيعية لنقص الامكانيات المادية والتقنية الامر الذى ادى الى زيوع وانتشار عقود البناء بالتشغيل ونقل الملكية.

ولقد اكتسبت هذه العقود اهمية كبيرة وذلك لكونها تكفل للدولة تقديم الخدمات العامة وفقا لخططها الاقتصادية والتنموية دون التقييد بقدرتها المالية وموازنتها العامة خاصة فى ظل عجز ميزانيات الدول ولا سيما الدول النامية منها عن تحمل التكلفة الباهظة لتلك المشروعات والتى تقوم بها عقود البوت حيث يتولى القطاع الخاص مسؤولية توفير التمويل اللازم لتنفيذ تلك المشروعات والتى يحتاج تنفيذها لتمويل ضخم مما يساعد تلك الدول على فتح افاق جديدة لتوجيه مواردها الى مشروعات لا تحظى باهتمام القطاع الخاص لكونها مشروعات تنسم بالطابع الخدمى.

وفى عقود البوت يتحمل القطاع الخاص وحده مخاطر تمويل المشاريع وتنفيذها فى الاطار الزمنى المتفق عليه بحيث يقتصر دور الادارة (الدولة) على تحديد مستويات الجودة المطلوبة والرقابة والاشراف اذ ان عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يبرم بين

الدولة والقطاع الخاص وهو شركة المشروع كشخص من اشخاص القانون الخاص يتم بموجبة تفويض اقامة مرافق عامة او منشآت عامة وتشغيلها خلال المدة الزمنية المحددة المتفق عليها فى العقد والذي يتم من خلاله تمويل انشاء المشروع عن طريق الامكانيات المادية الخاصة بشركة المشروع ايا كان مصدر هذا التمويل فقد يكون من خلال عقود القروض التى تبرمها الشركة مع مصادر التمويل فى الداخل او الخارج فى حين ان مصادر التمويل فى مرحلة التشغيل فانها تعتمد بشكل رئيسى على الايرادات التشغيلية للمشروع والتى يفترض ان تغطى النفقات التشغيلية وتحقيق الارباح^(١).

لقد شهدت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية انتشارا واسعا فى العديد من بلدان العالم واصبحت تطبيقاته بديلا عن التمويل عن طريق الموازنة العامة او من خلال الاقتراض الخارجى والمعونات او التمويل المجمع بواسطة البنوك وذلك لدوره الحيوى فى انشاء مشروعات البنية التحتية والتنمية حيث تتطلب الحياة العصرية ايجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول لا سيما الدول النامية لذا فان هذا العقد يعد نافذة للدخول الى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية

وسوف نتناول فى هذا المبحث الحديث عن الموضوعات التالية مع تخصيص

مطلب لكل منها

مطلب أول/ نشأة وتطور عقود البوت

مطلب ثانى/ اطراف عقود البوت

مطلب ثالث/ تعريف عقود البوت وخصائصه واهدافه

مطلب رابع/ انماط عقود البوت وواجه الاختلاف بينها وبين غيرها من العقود

مطلب خامس/ ايجابيات وسلبيات عقود البوت والمعوقات التى تعوقها فى مصر

المطلب الأول

نشأة وتطور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

- ان التعاقد بنظام عقود البوت هو صورة من عقود قديمة عرفت منذ اكثر من قرن من الزمان اى فى منتصف القرن التاسع عشر حيث نجد ان فرنسا كانت سباقة فى هذا

^(١) مروان محى الدين القطب- طرق خصخصة المرافق العامة- بيروت- الحلب الحقوقية ٢٠٠٩

المجال عندما ابتكرت عقود امتياز المرافق العامة التي تعد تطبيقاً من تطبيقات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية^(٢) حيث منحت فرنسا امتيازاً الى (بيريه اخوان) عام ١٨٧٢ لتوزيع المياه في باريس^(٣) في حين يعتقد بعض الكتاب في الولايات المتحدة ان مشروع قناة السويس في مصر أول مشروع يقام بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في العالم^(٤) حيث منحت مصر سنة ١٨٥٤ السيد فرديناند دوليسبس وبموجب فرمان الصادر في ١٨٥٤ / ٩ / ٣٠ حق امتياز حفر قناة السويس لمدة تسعة وتسعون عاماً وهو أول مشروع قريب من نظام عقود البوت قبل ان يقر المشرع المصري هذا النظام بنص تشريعي^(٥) وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية وشيوع النظم الاشتراكية وتعاضل دور الدولة التي احكمت سيطرتها على مشروعات البنية الاساسية وتحملها عبء تمويل المشاريع بالكامل تضاعفت أهمية هذه العقود بعد ان عملت الدولة على تنمية القطاع العام. ومع مطلع منتصف عقد الثمانينيات من القرن الماضي بدأ نظام التعاقد عن طريق عقود البوت ينتشر في العديد من الدول النامية والمتقدمة على حد سواء وذلك مع انتشار رياح الخصخصة والسعي نحو اعطاء القطاع الخاص دوراً اكبر في عملية التنمية. الا ان لجوء الدول الى اقامة مشاريع البنية الاساسية بالاعتماد على تمويل القطاع الخاص معروف منذ القدم بل ربما يعود الى عصور الدولة الرومانية حيث كانت مشاريع الطرق والجسور في تلك الحقبة تمويل من القطاع الخاص ثم يقوم الممولون بتحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشاريع^(٦).

(٢) جابر جاد نصار- عقود البوت- والتطور الحديث لعقد الالتزام- دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد

لالتزام- القاهرة- دار النهضة العربية ص ٣٥

(٣) جمال عثمان جبريل- الطبيعة القانونية لعقد البوت بحث منشور ضمن بحوث اكااديمية السادات

للعلوم الادارية- القاهرة ٢٠٠١ الاصدار رقم ٤ ص ٨٢

(٤) احمد رشاد سلامة- عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية البوت- اطروحة دكتوراة نوقشت واجيزت في

كلية الحقوق جامعة القاهرة عام ٢٠٠٣ ص ٣

(٥) الياس ناصف- سلسلة ابحاث قانونية مقارنة عقد البوت- بيروت ٢٠٠٦- المؤسسة الحديثة للكتاب

ص ٩٣

(٦) ماهر محمد حامد احمد- النظام القانوني لعقد البوت رسالة للحصول على درجة الدكتوراة- كلية الحقوق

جامعة الزقازيق فرع بنها ٢٠٠٤

- وقد نشأ هذا النظام ايضا فى الولايات المتحدة الامريكية مع الثورة الصناعية عندما تم التحول من النشاط التجارى الى النشاط الصناعى وانتقل منها الى العديد من الدول الاوروبية وبالاخص انجلترا التى لعب فيها رجال الاعمال دورا هاما فى انتشار مشاريع البنية الاساسية التى دعمت الازدهار الاقتصادى آنذاك^(٧).

وعليه فانه يمكننا تقسيم مراحل نشأة وتطور عقود البوت الى اربع مراحل:-

المرحلة الاولى

تمتد هذه المرحلة من بداية القرن التاسع عشر إلى منتصفه، فظهور الثورة الصناعية ادى إلى التحول في النمط التنموي لكثير من الدول العظمى، فقد تم التحول من التجارة إلى الصناعة والتي زادت الحاجة إلى رؤوس أموال كبيرة وضخمة لتشييد المشروعات الصناعية، كانت المبادرات الفردية وتطور المشروعات الصغيرة الممولة من قبل الافراد هي الاساس في بناء المشروعات الكبيرة مثل مشروعات تزويد المدن بالفحم والغاز و البريد، وهكذا كان للقطاع الخاص دورا هاما في تمويل مشروعات البنية التحتية للدولة وذلك في مقابل تحقيق ربح معقول

المرحلة الثانية

تمتد من منتصف القرن التاسع عشر وحتى الحرب العالمية الثانية، خال هذه المرحلة انتشرت المطارات وطرق المواصلات والكهرباء وغيرها ازدهرت مشروعات البنية التحتية بشكل كبير وغيرها من الخدمات التي أدركت الحكومات أهميتها ولهذا فقد عهدت إلى المستثمرين بإقامة هذه المشروعات والاشراف عليها، فقد تم التوجه إلى منح حق الامتياز كما حدث في فرنسا سنة ١٧٨٢ حيث قامت بلدية باريس بمنح حق امتياز لشركة "بيريه الفرنسية" من أجل توريد المياه الصالحة للشرب لمدينة باريس وأصبح أسلوب "حق منح الامتياز" بالانتشار في الكثير من دول العالم كألمانيا والمملكة المتحدة وايطاليا وغيرها، مقابل ذلك قامت هذه الدول بوضع القوانين الاساسية التي تهدف إلى حماية جمهور المستهلكين ولخدمة الاقتصاد الوطنى للدولة، وقد فتحت هذه التجربة المجال أمام الفرنسيين بأنفسهم للمشاركة والعمل وفق هذا النظام ومن أمثلتها مشروع قناة السويس، حيث قام المشروع على إمتياز منحتة الحكومة المصرية سنة ١٨٥٤ من

^(٧) تقرير التنمية فى العالم من اعداد البنك الدولى عام ٢٠٠٠ ص ١٤٣

طرف "الخديوى سعيد" وكانت مدة الإمتياز ٩٩ سنة، تسلم المشروع المقاول الفرنسي "دليسبس" الذي قام بإنشاء القناة وتشغيلها عبر شركة "قناة السويس البحرية".

المرحلة الثالثة

تمتد هذه المرحلة من نهاية الحرب العالمية الثانية حتى منتصف السبعينيات، حيث إنتشر الفكر القائل بتدخل الدولة في كل صور النشاط الإقتصادي، تولت الحكومات مسؤولية إقامة بنيتها التحتية و التي تدمرت أثناء الحرب العالمية الثانية مما أدى الى قيام الدول والدول النامية خاصة المستعمرة منها بتأميم مشروعاتها وهذا نتج عنه إحتكار القطاع العام لكثير من مشروعات البنية التحتية، وساعد على ذلك وجود موارد إقتصادية للدولة والتي تحصل عليها من فرض الرسوم الجمركية والضرائب المفروضة على افراد المجتمع هذا أدى إلى إهمال العمل بأسلوب منح حق الامتياز

المرحلة الرابعة

منذ بداية الثمانينيات من القرن الماضي حدث وأن تم العودة إلى تطبيق أسلوب منح حق الامتياز لكن بصورة أكثر توسعا، حيث حصل تطور مهم على صعيد تطبيق هذا النظام تمثل في:-

١- حيث ادركت حكومة "تاتشر" أن سياسة تدخل الدولة في الانشطة الاقتصادية التي تنتهجها الدول والقيام بكافة مشروعات البنية التحتية غير قادرة على الوفاء بكل مطالب بناء الدولة الحديثة، وأن إقتصاد السوق وتحرير التجارة الدولية يتجه صوب إستغلال طاقات القطاع الخاص في القيام بأعباء مشروعات البنية التحتية مع تحقيق قدر مناسب ومعقول من الربح، ومثال ذلك توقيع إتفاقية لتنفيذ نفق المانش- نفق القنال- الذي يربط بين بريطانيا وفرنسا أسفل بحر المانش وذلك بين حكومة فرنسا وحكومة بريطانيا من جهة ومن جهة أخرى شركة "يورو تانال" حيث بلغت نفقات بناء المشروع ٢٠ مليار دولار وتقوم شركة "يورو تانال باستغلال المشروع لمدة ٥٥ سنة وكانت مساهمة شركة المشروع بنسبة ١٩% من تكلفة الانشاء.

٢- في أوائل الثمانينات، إجتماع رئيس الوزراء التركي الراحل "توجورت أوزال" بعد نجاحه في الانتخابات البرلمانية برجال الاعمال والمستثمرين، وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص حيث شرح إستراتيجيته الجديدة في التنمية والاصلاح الاقتصادي وذلك من خلال إسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية إلى

القطاع الخاص على أساس نظام أطلق عليه نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية وكان "توجورت أوزال" أول من أطلق هذه التسمية والفضل يعود له في ذلك فضلا عن خصخصة شركات القطاع العام وعليه فقد صار نظام البوت تعبيراً عن النهج الاقتصادى فى تركيا منذ ذلك الوقت شاع التعامل بنظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الكثير من دول العالم، ولم يخص الدول النامية أو الدول المتقدمة^(٨).

بل ان المشرع الدستوري المصرى وحرصاً منه على دعم هذا النوع من العقود وفى احدث نسخه من دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ٢٠١٤ والمعدل عام ٢٠١٩ قد اورد بالباب الاول- الفصل الثانى منه نصاً بالمادة ٣٢ على ان (موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها).

كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمى المتعلق بها. وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية.

ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً.

ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون.

ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)

المطلب الثانى

اركان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

سوف نتناول فى هذا المطلب عنصرين الا وهما:-

- اركان وعناصر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

- المراحل التي يمر بها نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية

^(٨) وليد مصطفى الطراونة-التزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت- رسالة ماجستير جامعة الشرق

الاوسط ٢٠١٤ ص ٢٠

أولاً

أطراف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

(جهة الإدارة- شركة المشروع- المرفق العام (المشروع)

أولاً: جهة الإدارة (الحكومة المضيفة)

- هي الجهة الادارية التي ابرمت العقد مع المستثمر وعادة ما تكون هذه الجهة هي المعنية بتنظيم المرفق العام وتقديم الخدمة للجمهور وبالتالي فان هذه الجهة هي من اشخاص القانون العام وتتمتع بالشخصية المعنوية العامة كالهئيات والمحافظات
- وتجدر الاشارة الى ضرورة الرجوع للقانون الخاص بالشخص المعنوى العام للوقوف على ما اذا كان قانون هذه الجهة يسمح لها بابرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وانها صاحبة الاختصاص فى ابرام مثل هذه العقود وهى مسألة فى غاية الاهمية بالنسبة للمستثمر لضمان صحة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذى تم ابرامه مع الادارة اذ حال ثبوت ان الجهة التى ابرمت العقد غير مختصة بابرام هذا النوع من العقود فان من شأن ذلك ان يؤدى الى بطلان العقد بطلانا مطلقا لان هذه الجهة غير مختصة بابرام هذا العقد مما يرتب بطلانه
- يوجد عدد من الادوار التي يجب أن تلعبها الحكومة او الجهة الادارية المتعاقدة عند قيامها بإنشاء مشروع بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، لعل أهمها مايلي:-
- إعداد الاطار القانوني الذي يعمل المشروع في نطاقه، ويتضمن تشريعات متعلقة بالاعفاء الضريبي، قوانين العمل، تحويلات الارباح، الجمارك، حماية المستثمر الاجنبي
- إعداد دراسة جدوى مبدئية توضح الجوانب المختلفة للمشروع، وطرح المشروع في مناقصة عامة
- ابرام إتفاقية إمتياز مع شركة المشروع مع توضيح كافة الحقوق والالتزامات لكل طرف
- تعيين ممثل عن جهة الادارة (الحكومة) يراقب تنفيذ بنود العقد^(٩).

(٩) تسابت عبدالرحمن- صلاح محمد- مولاي هوارى- نظام البوت ودورة فى ادارة وتسيير المرفق العام-

تجارب عربية- المجلة الجزائرية للمالية العامة العدد ٠٨ ديسمبر ٢٠١٨

ثانياً:- شركة المشروع

- شركة المشروع هى الطرف الثانى فى عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وهو شخص من اشخاص القانون الخاص سواء اكان شخصا طبيعيا ام شخصا معنوياً وسواء اكان شركة واحدة ام اتحاد بين مجموعة من الشركات والتي تتحد لكون المشروع يحتاج الى تمويل ضخ لا تقدر عليه شركة واحدة وسواء اكان هذا الشخص وطنياً ام اجنبياً رغم انه فى معظم الحالات تكون الشراكة فى هذه العقود اجنبية لا سيما فى الدول النامية فقد تتكون شركة المشروع من مجموعة شركات ذات قدرة مالية عالية تشكل فيما بينها اتحاد مالى يطلق عليه (الكونسورتيوم) اذ من الممكن ان يتكون هذا الاتحاد من شركة هندسية وشركة لتوريد الاجهزة الثقيلة وشركة اخرى فى مجال التشغيل والادارة ويكون ذلك لعدة اسباب لعل اهمها الحاجة الى ضخ مبالغ مالية كبيرة للقيام بالمشروع او الحاجة لتخصصات مختلفة نظرا لكون هذا النوع من العقود يتضمن عدة مراحل تبدأ بالتصميم ثم البناء ثم التشغيل وما يتطلبه من مهارات وخبرات ادارية وصولاً الى الصيانة والتدريب

- ويعتمد نجاح عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فى تحقيق هدفه على ترابط هذه العقود وعدم تعارضها اذ ان لكل عقد من هذه العقود دوراً يؤديه ومتعاقد يؤدي هذا الدور بحسب ما ينص عليه العقد الرئيسى والتعاقدات اللاحقه به ومن ذلك الاستشارى والمهندس الذى يتولى الاشراف وكورد المعدات والوقود وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك^(١٠).

ثالثاً:- (المرفق العام) المشروع

تتحدد ماهية المرفق العام من خلال بيان فكرة المرفق العام اذ ان نشاط الادارة لا يقتصر على الصورة السلبية المتمثلة فى تقييد نشاط الافراد بهدف حماية النظام العام بل ان هناك صورة ايجابية للنشاط الادارى من خلال اقدام الادارة على اشباع الحاجات العامة للافراد والقيام بمشروعات تقدم خدمات عامة وحيوية وتعرف هذه الصورة الايجابية من النشاط الادارى بالمرفق العام..... والذى يعتبر من وجهة نظر استاذنا الدكتور/ سليمان الطماوى انه المشروع الذى يعمل بانتظام واضطراد تحت اشراف رجال

^(١٠) جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام - مرجع سابق الاشارة اليه ص ٤٣

الحكومة بقصد اداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانونى معين^(١١) او هو مشروع تنشأه الدولة او تشرف على ادارته ويعمل بانتظام واستمرار ويعتمد اساليب القانون العام ويقدم الخدمات العامة.

اذن فان المرفق العام هو محل العقد الذى تبرمه الادارة مع المستثمر ويكون الهدف منه تقديم الخدمات العامة للجمهور تلك الخدمات التى لا تتسم بالاهداف الربحية وان كان تحقيق الربح امر غير مستبعد اذا ما تم ادارة هذا المرفق بواسطة القطاع الخاص الا ان الاصل العام ان يتم ادارة المرافق العامة والاشراف عليها من قبل الادارة سواء اكانت مرافق عامة قومية اقليمية تسد حاجات عامة لجميع المواطنين كمرافق العدالة والامن والدفاع فى حين ان المرافق الاقليمية كالمرفق العامة الادارية والاقتصادية كمرافق الصحة والكهرباء والغاز والمياه والنقل وغيرها من المرافق التى تقوم الادارة بادارتها

- وتتعدد طرق ادارة المرافق العامة ويكون اختيار طريقة او اخرى هو من امتيازات السلطة التقديرية لجهة الادارة تستخدمها بحسب طبيعة النشاط الذى يمارسه المرفق وظروف تسييره واستغلاله وتتنوع هذه الطرق بين ثلاث طرق؛ - (طريقة الادارة المباشرة - طريقة المؤسسة العامة - طريقة او اسلوب الامتياز)

الطريقة الاولى / طريقة الادارة المباشرة

وفى هذه الطريقة تتولى الادارة بنفسها مهمة ادارة المرفق وتسييره وتنظيمه من خلال موظفيها واموالها لذا فان هذه الاموال هى اموال عامة وموازنتها ضمن الموازنة العامة للدولة وموظفيها موظفين عموميين والقرارات التى تصدر عنها قرارات ادارية والجهة القضائية المختصة بنظر منازعاتها هى القضاء الادارى وهذه الطريقة تلجأ اليها الدولة اما بسبب ان هذا النوع من المرافق لا يحقق الارباح التى يبتغيها القطاع الخاص او لكون هذا النوع من المرافق له من الاهمية ما لا تستطيع الدولة ترك ادارته الى القطاع الخاص مثل الصحة والتعليم والامن والقضاء وغيرها وكذلك لان ادارة هذا النوع من المرافق يتطلب فى ادارته استخدام اساليب القانون العام الامر الذى ستوجب ترك ادارتها للحكومة دون غيرها ولقد واجه هذا النوع من انواع ادارة المرافق العامة نقدا شديدا

(١١) سليمان محمد الطماوى - مبادئ القانون الادارى - القاهرة - دار الفكر العربى ٢٠٠٧ ص ٣٦٨

بسبب كونها مقيدة بانظمة وقوانين تحد من نشاطها بل وتقيد فرصتها فى منافسة القطاع الخاص فضلا عن ان موظفى هذه المرافق يميلون لاستعمال الروتين الحكومى والابتعاد عن الابتكار والتجديد بل واحيانا يؤدي هذا النوع من ادارة المرافق العامة الى الحاق المرفق بخسائر فادحة لم تكن لتحدث لو ترك امر ادارته للقطاع الخاص

الطريقة الثانية/ طريقة المؤسسة العامة

وهنا يتم منح المرفق العام شخصية معنوية مستقلة تجعله يتحرر من كل العيوب واوجه النقد التى سبق وان ذكرناها بطريقة الادارة المباشرة حيث يتحقق للمرفق الاستقلال المالى والادارى ومما لا شك فيه ان الادارة تلجأ الى هذا الاسلوب كلما ان تكون ادارة المرفق يتطلب وجود نوع من الاستقلال عن السلطة المركزية لا سيما فى المشروعات ذات الطابع الاقتصادى فضلا عما يحققه هذا النوع من التخفيف من العبء الذى يقع على عاتق الادارات الحكومية المركزية او اللامركزية وان استقلال المؤسسات العامة غالبا ما يتم بقانون بل ان بعض الدساتير تنص على ذلك كالدستور الفرنسى^(١٢).

كما نصت المادة ٣٢ من دستور مصر الصادر عام ٢٠١٤ على ان (موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها)

الطريقة الثالثة/ طريقة او اسلوب الامتياز

- وبمقتضى هذا الاسلوب تعهد الدولة الى احد الافراد او الشركات بادارة المرفق العام ولكن تحت اشرافها وهو فى الغالب الاعم يكون مرفقا اقتصاديا ويتم منح هذا الالتزام لمدة معينة وذلك بان يوفر الملتزم الاموال والموظفين والالات اللازمة للمشروع ويتحمل مسؤولية ادارة المرفق نظير حصول الملتزم على رسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق وبالتالي فلا بد وان يكون هذا الالتزام نتيجة عقد ادارى يسمى عقد الامتياز يبرم هذا العقد بين الادارة مانحة الامتياز وشخص طبيعى او معنوى يسمى حامل الامتياز ويكون موضوع العقد هو تشغيل او استغلال مرفق عام بهدف تقديم خدمات

^(١٢) ماجد راغب الحلو- القانون الادارى- الاسكندرية- دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩ ص ٤٤٢

عامة للجمهور^(١٣) وعلى عكس المرافق التي تدار بنظام الادارة المباشرة فان المرافق التي تدار بهذا الاسلوب يكون الربح والرسوم هو الهدف الرئيسي لدى المتعاقد مع الادارة.

ونظرا لخطورة منح عقود الامتياز لانشاء وادارة المرافق العامة بطريق الامتياز فان معظم الدساتير تنص على هذا النوع من العقود وليس ادل على ذلك من ان دستور مصر الصادر عام ٢٠١٤ قد نص في المادة ٣٢ منه على:-

(موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها.

كما تلتزم الدولة بالعمل علي الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها. وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية.

ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً.

ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون.

ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)

ثانيا

المراحل التي يمر بها نظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

- تمر عقود البوت منذ بداية المشروع حتى نهايته بمجموعة من المراحل نستطيع ان نجعلها في خمس مراحل على النحو التالي:-

المرحلة الاولى/ مرحلة التخطيط والاعداد ويتم من خلالها مايلي:-

- تحديد المشروع المزمع إنجازه ثم دراسة الجدوى الاقتصادية له-
- تحديد مواصفات المشروع وطاقاته الانتاجية وكذلك موقعه

^(١٣) ماجد راغب الحلو- القانون الاداري- الاسكندرية- دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩ ص ٤٤٢

- إختيار مصادر المواد الخام وتحديد أسواق تصريف السلع المنتجة
- إعداد الوثائق المتعلقة بالمشروع ودفاتر الشروط ودعوة الشركات المتنافسة للتحضير لتقديم العروض
- ترسية منح المشروع على احد المستثمرين (الشركة) الذى يقدم افضل العروض وقيام الحكومة بتوقيع العقد معه

المرحلة الثانية/ المرحلة التمهيدية للتنفيذ وخلالها تقوم الشركة التي

أخذت المشروع على عاتقها بما يلي:-

- البحث عن موارد لتنفيذ المشروع من خلال توقيع إتفاقيات الحصول على قروض من البنوك المحلية أو الدولية
- ابرام مجموعة من العقود مع المقاولين لانشاء المشروع والموردين لنقل التكنولوجيا، التأمين، التشغيل والصيانة)

المرحلة الثالثة/ مرحلة التنفيذ الفعلى للمشروع ويتم فيها:-

- وفاء المقاولين والموردين بتنفيذ إلتزاماتهم واقامة وحدات المشروع وتركيب معداته
- إعداد المشروع للاستغلال التجاري من خلال إجراء الاختبارات الاولى للتحقق من دقة التنفيذ ومراعاة المواصفات المطلوبة
- تقوم الشركة بإستلام المشروع فعليا عن القائمين على تنفيذه
- من حق الحكومة عن طريق ممثليها في لجان إستلام المشروع متابعة تنفيذ المشروع بصورة فعلية ومنتظمة

المرحلة الرابعة/ مرحلة التشغيل والصيانة

ويتم من خلالها تشغيل المشروع كليا والقيام بأعمال الصيانة الضرورية،حيث يتم تنفيذ نقل التكنولوجيا وتدريب العمال على وسائل التقنية الحديثة

المرحلة الخامسة/ مرحلة نقل ملكية المشروع إلى الدولة مانحة الامتياز

- هذه المرحلة آخر مراحل المشروع، والتي ينتهي فيها امتياز شركة المشروع، وفيه
- تتأكد الجهة مانحة الامتياز (الدولة أو الحكومة) من أن المشروع بكافة أصوله في حالة جيدة من التشغيل
- تقوم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع بكل أصوله إلى الحكومة، سواء مقابل تعويض أو دون مقابل

- يصبح بعد ذلك المشروع جزءا من القطاع العام تديره الدولة بمعرفتها ولحسابها، وقد تفضل الدولة تركه لشركة المشروع للاستمرار في تشغيله وصيانته سواء بتمديد الامتياز أو منح امتياز جديد لها أو لغيرها من المستثمرين

المطلب الثالث

تعريف عقود البوت وخصائصه وأهدافه

أولا

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

- ان مصطلح البناء والتشغيل ونقل الملكية والمشارالية باللغة الانجليزية بالمصطلحات التالية
- أ- وتعني البناء Build
- ب- وتعني التشغيل Operate
- ت- وتعني نقل الملكية او (التحويل) Transfer
- هو مصطلح نجم عن تطور أساليب الاستثمار والتمويل للمشروعات المختلفة، وان أول من استخدم هذا المصطلح، هو رئيس الوزراء التركي تورغوت أوزال، في أوائل الثمانينات من القرن العشرين، وهو يتبنى وجهة نظر الاعتماد على القطاع الخاص من أجل تمويل المشروعات الأساسية في الدولة، وهذا النظام يحقق هدفين في ذات الوقت وهما ان يتم تنفيذ المشروعات المطلوبة بجودة عالية وفي الوقت المطلوب، ويتم الاعتماد على التمويل الخاص والأجنبي أيضا بسرعة مؤخرا في الدول النامية وغير النامية،

ونظرا لحدثة العهد بالتعاقد بهذا الأسلوب فقد ادى ذلك الى عدم وجود تعريف واحد لهذا النظام، فالبعض يرى أن هذا النظام يعني أن تعهد الحكومة بالمشروعات للشركات الوطنية أو الأجنبية، سواء قطاع خاص أو عام، وتسمى هنا شركة المشروع، وذلك من أجل تشغيل مشروع وإدارته من قبل الشركة لفترة محددة، ثم بعد ذلك يتم نقل ملكيته إلى الدولة، ومنهم من يرى أن هذا النظام يعني أن تقوم إحدى الشركات الخاصة بتولي مشروع من الحكومة وتقوم بتنفيذه وإدارته، بموجب عقد امتياز يحق للشركة الحصول على العائد المادي طوال فترة العقد وعند انتهاء هذه المدة تقوم برد المشروع للحكومة

بدون مقابل مادي^(١٤) كما عرفها البعض بانها (نظام من أنظمة تمويل مشروعات البنية الأساسية حيث تعهد الدولة الى شخص من اشخاص القانون الخاص يطلق عليه شركة المشروع بموجب اتفاق بينهما (يسمى اتفاق الترخيص) تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادى ويرخص لشركة الشروع بتملك اصول هذا المشروع وتشغيله سواء عن طريقها او ان تكلف الغير بادارة وتشغيل المرفق ويكون عائد تشغيل المرفق خالصا لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح^(١٥)).

كما عرفتھا منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) بانه (اتفاق تعاقدى تتولى بموجبه هيئة خاصة انشاء احدى المرافق العامة الاساسية فى الدولة بما فى ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام باعمال التشغيل والصيانة وتتولى الهيئة الخاصة ادارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها خلالها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من خدمات المرفق واى رسوم اخرى شرط الا تتجاوز ما هو منصوص عليه فى دفتر الشروط او العقد المبرم وذلك لتمكين هذه الهيئة من استرجاع الاموال التى استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالاضافة الى عائد مناسب على الاستثمار وفى نهاية العقد تقوم الهيئة الخاصة باعادة المشروع الى الدولة او الى هيئة خاصة^(١٦)). وفى ذات السياق اوردت لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى تعريفا لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على انه (شكل من اشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين يشار اليهم بالاتحاد المالى للمشروع امتيازاً لتطوير وتشغيل وادارة مشروع معين واستغلاله تجارياً وتتولى الشركة او الاتحاد المالى للمشروع خلال مدة العقد اقامة المشروع وتشغيل الامتياز الممنوح بالاستناد الى الاتفاق المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز)^(١٧).

^(١٤) جيهلن حسن سيد احمد- عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ٢٠١٣ ص ١٣

^(١٥) حماده عبدالرازق حماده- عقود البوت- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية ٢٠١٣ ص ١٣

^(١٦) مروان محى الدين القطب- طرق خصخصة المرافق العامة- مرجع سابق الاشارة اليه ص ٢٩٥

^(١٧) لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى- الدورة التاسعة والعشرون- نيويورك من ٢٨ مايو الى

١٤ يونيو ١٩٩٦ بعنوان الاعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ص ٣

وقد ورد بالدليل التشريعي بخصوص مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص الذي اعدته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) ما يلي: يوصف مشروع البنية التحتية بأنه مشروع البوت عندما تختار السلطة المتعاقدة صاحبة امتياز التمويل وتشديد مرفق او نظام للبنية التحتية وتعطى هذا الكيان حق تشغيل المرفق على اساس تجارى لفترة معينة تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها الى السلطة المتعاقدة^(١٨).

من خلال العرض السابق نخلص الى انه يمكن تعريف عقود البوت بأنها تلك (العقود التي تبرمها الجهة الادارية (الدولة او الحكومة) مع القطاع الخاص الوطنى او الاجنبى بغية انشاء وتشغيل وصيانة وإدارة مرفق عام خلال المدة المتفق عليها نظير رسم يحصل عليه المتعاقد يغطى التكلفة ويحقق له هامش ربح على ان يقوم المتعاقد بنقل ملكية المرفق عقب انتهاء المدة المتفق عليها بحاله جيدة وصالح للاستغلال من قبل الدولة)

ثانيا

خصائص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

يتميز هذا العقد الحديث بخصائص عديدة من أهمها:-

- ١- إقامة المشاريع الكبيرة من دون تكلفة على الدول. يلجأ إلى هذا النوع من العقود غالباً الحكومات والدول لإقامة مشاريعها الكبيرة ذات التكلفة العالية التي تعجز ميزانيتها عن تمويلها، أمثال الخطوط السريعة الطويلة، والسكك الحديدية، وشبكات المياه، والصرف الصحي للمدن، والكهرباء، والموانئ، وشبكات الاتصال، وتطوير الإسكان، والمستشفيات، والمدارس، والمطارات، وأماكن السياحة، والمدن الجديدة، ومحطات توليد الكهرباء، والسدود، والمصانع، وغيرها من المشاريع المدنية وهذا النوع من العقود يعفي الدولة من التكاليف العالية الباهظة.
- ٢- مشاركة الشركات الوطنية في خطط التنمية: يعطي الفرصة للشركات الوطنية للمشاركة في تنمية البلاد، وتقدم لهم الدولة فرصة ثمينة لاستثمار أموالهم مسخرة في خدمة الوطن والمواطن.

(18) WWW.uncitral.org 21-11-2004

٣- استقطاب المهارات الفنية والكفاءات الإدارية الأجنبية: ويستوجب هذا إحضار المهارات الفنية الأجنبية لإقامة المشروع. والاستعانة بالكفاءات الإدارية لإدارة المشروع لدى الانتهاء منه؛ حيث يمنح الاتفاق على إقامة المشروع العاقد المنفذ لأن يكون صاحب الحق في إدارة المشروع لدى تمامه لمدة يتم الاتفاق عليها، وسيكون المسؤول عن جميع التكاليف التي يتطلبها المشروع.

٤- تقدير دخل المشروع مسبقاً.

٥- تسليم المشروع سليماً في نهاية العقد، على العاقد المنفذ للعقد بعد تمام مدة استثمار المشروع حسب العقد إعادته كاملاً، سليماً بجميع مرافقه للطرف الثاني، سواء كان هذا حكومة، أو أشخاصاً لهم شخصياتهم القانونية الاعتبارية، أو ذاتيتهم المستقلة حسب شروط العقد.

يتضح لنا مما سبق أن عقد البوت أصبح ضرورة لتحقيق الصالح العام وازدهار المجتمع وهذه المسؤولية تقع على عاتق الجهاز الإداري للدولة ولذا يجب أن تسعى الدولة إلى تحرير المشروعات اللازمة والضرورية لتحقيق معيشة أفضل والدولة في سبيل تحقيق ذلك قامت بإنشاء بعض المشروعات التي تتعلق بالمرافق العام إلى شركات وأشخاص مختلفة (محلية أو أجنبية) من أشخاص القانون الخاص أو العام بغية تحقيق مسؤوليتها تجاه الأفراد بتقديم الخدمات عن طريق المرافق العامة التي يتم انشائها واستغلالها وتشغيلها وصيانتها عن طريق عقود البوت

ثالثاً

أهداف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

يهدف عقد (البوت) إلى أمور مالية واجتماعية عديدة أهمها:

(١) إقامة البنية التحتية مما يحتاج إلى تمويل مالي كبير لمشاريع ضخمة تعجز عنها ميزانيات الدول.

(٢) جذب القطاع الخاص للمشاركة في خطط التنمية، وتنفيذ مشاريع البنية التحتية؛ إذ يتم بموجب هذا العقد تقديم القطاع الخاص رأسمال المشروع على أن يتعهد القطاع الحكومي العام بشراء الحد الأدنى من ناتج المشروع، بما يضمن لمنفذ المشروع تغطية تكاليفه أثناء التشغيل، والحصول على الربح المقدر.

٣) يعد عقد (البوت) الطريقة المثلى لإسهام المال الخاص للمشاركة في بناء المرافق العامة.

٤) تخفيض مخاطر السوق والإقراض؛ ذلك لأن الدولة هي العميل الوحي

المطلب الرابع

انماط عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزها عن غيرها من العقود

- تتخذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية العديد من الصور والأشكال التي يحكم كل منها نظام تعاقدى مختلف عن الآخر كما ان عقود البوت قد تختلف فى عدة اوجه او تتشابه فى اوجه اخرى مع هذه العقود لذا فاننا سوف نتناول اولاً موضوع صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ثم بعد ذلك نتناول تمييز هذه العقود عن غيرها من العقود الاخرى

اولاً

صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

بالإضافة الى الصورة الرئيسية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية فقد افرز لنا الواقع العملى وجود صور اخرى مختلفة سواء فى بعض او كل العناصر التي يتكون منها العقد ونشير فى دراستنا التالية الى اهم هذه العقود:-

١- BOOT - عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية

Build- Ownership- Operate- Transfer (B.O.O.T)

هذا النوع من العقود يعنى بناء المشروع قتملك الملتزم لهذا المشروع طول فترة التعاقد وتشغيله لحسابه الخاص خلال مدة العقد ومن ثم نقل ملكية المشروع الى الدولة او الادارة المتعاقدة عند نهاية العقد

٢- BOOT عقد البناء والتملك والتشغيل

يقصد بهذا المصطلح البناء والملكية والتشغيل

(Build-Ownership-Operate)

وتبرم هذه العقود بين الحكومة والمستثمر او مجموعة من المستثمرين من اجل اقامة المشروع على ان تمتلكه شركة امتياز تقوم بالاشراف على عملية تشغيله وتكون الحكومة ممثلة فى هذه الشركة وهذا النوع لا ينتهى بتحويله الى الملكية العامة بل يتم تجديد الامتياز عند انتهاء الفترة المحددة او لانتهاى العمر المفترض للمشروع او ان تقوم الدولة

بتعويض الملاك عن حصص الملكية وبعد ذلك من حق الحكومة ان تقوم بالتعاقد مع آخرين بهدف ادارة المشروع وفى جميع الاحوال فان الحكومة تحصل على نصيب من الايرادات التى يحققها المشروع لقاء منح الامتيازات وتقديم الدعم للمشروع امام مختلف الجهات كما يكون للجهة الادارية الحق فى الاشراف على المرفق طوال مدة التعاقد وان كان التشغيل الفعلى والادارى للمستثمر^(١٩) وهذا النوع من العقود يعنى قيام القطاع الخاص منذ ابدية والى النهاية بتولى المشروع وتملكه لذلك فانه ليس مرحبا به من جانب الحكومات وهذه العقود تكون فى مجالات محددة مثل تقديم خدمات لمناطق يكون العائد فيها تمييز كاف من اجل الاستفادة من مزايا عقود البوت كأ إنشاء الصوامع لتخزين الحبوب او انشاء الطرق المؤدية للمناجم

٣- عقود التصميم- البناء- التمويل- التشغيل

(DESIGN- BUILD- FINANCE- OPERATE) D.B.F.O

تقوم الحكومة فى هذا النوع من من العقود بالاتفاق مع المستثمر لاقامة مشاريع البنية الاساسية او المرافق العامة بحسب الشروط الفنية والتصميمات التى تقوم الحكومة بتحديدتها للمستثمر من خلال اجهزتها الاستشارية ويتولى المستثمر اقامة وتأسيس المشروع وتزويده بالالات والمعدات ويبحث عن مصادر التمويل من البنوك العامة فى الدولة او احد البنوك فى الخارج ويعمل على تشغيل المشروع وفقا للمعايير التى تحددها الحكومة ولا تنتقل ملكية المرفق او المشروع الى الحكومة بعد مدة الامتياز لان الحكومة تحصل على مقابل الارض وكذلك على نسبة ما من الايرادات لقاء منح الامتياز^(٢٠). ويكون من حق الحكومة ان تقوم بتجديد الامتياز وكذلك يحق لها ان تقوم بمنح الامتياز الى مستثمر اخر بشروط افضل على ان تقوم بدفع تعويض مناسب للمستثمر السابق مالك المشروع.

٤- عقود البناء والتحويل والتشغيل

(Build- Transfer- Operate) B. T. O

^(١٩) حمدي عبدالعظيم- مشروعات البوت واخواتها- الجوانب القانونية والاقتصادية- القاهرة- دار

النهضة العربية ٢٠٠١ ص ١٣

^(٢٠) وليد مصطفى- التزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت- رسالة ماجستير- جامعة المشرق

٢٠١٤ ص ٤٠

يقوم هذا النوع من العقود على قيام الحكومة بالتعاقد مع مستثمر لبناء المرفق العام او المشروع ومن ثم يقوم المستثمر بعد ذلك بالتخلي عن ملكيته للمشروع وتقوم الحكومة بعد ذلك بأبرام عقد اخر معه لإدارة المشروع وتشغيله خلال مدة الامتياز مقابل حصول على إيرادات التشغيل وبذلك تكون الحكومة هي التي تملك المشروع بداية وليس عند انتهاء مدة الامتياز كما هو الحال في عقود البوت

٥- عقود البناء- التأجير- التحويل

(B.L.T) Build- Lease- Transfer

في ظل هذه العقود تعطى الدولة او الحكومة الفرصة للمستثمر الفرصة لكي يقوم ببناء المرفق العام او المشروع ومن ثم تقوم بتأجيره للمشروع او المرفق خلال مدة زمنية محددة ومن بعدها تعود ملكية هذا المشروع الى الدولة او الحكومة على ان يحصل هذا المستثمر على عائدات وإيرادات المشروع خلال هذه الفترة الزمنية ودفع بدل الايجار الذي تم الاتفاق عليه طوال مدة الامتياز ويعتبر مشروع حفر قناة السويس من ابرز الامثلة على هذا النظام على الرغم من قيام الحكومة المصرية بتأميم شركة قناة السويس عام ١٩٥٦

٦- عقود التحديث- التملك- التشغيل- التحويل

Modernize- Own- Operate- Transfer (M.O.O.T)

لعل هذا النوع يختلف اختلافا جذريا عن غيره من العقود الاخرى اذ انها تتعلق بمشروع موجود بالفعل الا انه لا يعمل بالكفاءة المرجوة نظرا لمرور فترات زمنية طويلة منذ انشائه دون تحديث او تطوير لذا فانه يحتاج لعملية تحديث عن طريق تزويد بالتكنولوجيا المتقدمة وانظمة حديثة في التشغيل ومن اجل تحقيق هذا الهدف تقوم الحكومة بعرض المشروع على المستثمر لتحديثه وتملكه له خلال مدة زمنية محددة ومن ثم تشغيله لحين قيام الدولة باستلامه عند انتهاء مدة الامتياز وفي مقابل ذلك يحصل المستثمر على إيرادات المشروع وعائداته خلال مدة الامتياز وبطبيعة الحال فان المشروعات الاقتصادية مثل مشروعات الكهرباء والغاز والطرق

٧- عقود التأهيل- التملك- التشغيل

R.O.T (Rehabilitate- Own- Transfer)

وفقا لهذا النوع من العقود فان الامر يتطلب ان تقوم الحكومة بالتعاقد مع المستثمر من أجل القيام بتجديد احد المرافق التى تكون بحاجة الى التجديد سواء من حيث البنية التحتية او الاجهزة والمعدات او من حيث التكنولوجيا الحديثة وبموجب هذا النظام التعاقدى فان المستثمر يكون متملكا للمشروع ويتولى عملية التشغيل ويحصل على عائداته وبالقائمة التى حددتها الدولة لقاء نقل ملكية المرفق العام او المشروع الى المستثمر وهذه العقود تستخدم فى عمليات خصخصة المشاريع العامة المتعثرة وبطبيعة الحال فانه يتوجب على الدولة وذع الاسس والضوابط التى توفر الحماية للاقتصاد القومى وجمهور المنتفعين وجميع العاملين فى المشاريع سواء بصورة دائمة او مؤقتة

٨- عقود البناء والتمويل والتحويل

B.F.T (Build- Finance- Transfer)

هذه العقود تقوم على اساس قيام القطاع الخاص بعملية التمويل لاقامة مشاريع البنية الاساسية فيقوم المستثمر باستئجار احد المشاريع من الحكومة لفترة زمنية محددة يقوم خلالها بعملية تطوير المشروع وتجديده وتشغيله وكذلك الحصول على ايراداته وبعد ذلك يسلم الى الدولة عقب انتهاء فترة الايجار

٩- عقود التأجير- التدريب- التحويل

L.T.T (Lease- Training- Transfer)

يتولى المستثمر فى هذه العقود عملية تمويل اقامة المشروع ويقوم كذلك بعملية التدريب اللازم لجميع العاملين فى المشروع والتابعين للحكومة ومن ثم تأجير هذا المشروع للدولة لى تقوم بعملية تشغيله خلال مدة الاجارة وعند انتهائها تعود الملكية للقطاع الخاص او المستثمر^(٢١).

ثانيا

تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود

من الجائز ان نجد تشابها او اختلافا بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مع غيرها من العقود سواء من حيث طبيعتها او موضوعها لذا فقد رأينا ان من واجبنا بيان تلك الالوجه بين عقود البوت وعقود الاشغال العامة وحق الانتفاع وعقد الخصخصة

^(٢١) حمدى عبدالعظيم- عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق- بحث مقدم الى اكااديمية السادات للعلوم الادارية ٢٠٠١- سلسلة اصدارات البحوث الادارية- الاصدار الرابع

١- تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقد الاشغال العامة

احيانا نجد الادارة تقوم وبهدف تحقيق نفع عام بالتعاقد مع احد اشخاص القانون الخاص من اجل القيام باعمال البناء او الصيانة او الترميم لعقارات تابعة لها وذلك لقاء مقابل يتم الاتفاق عليه من خلال عقد يعرف بعقد الاشغال العامة وعقد الاشغال العامة هو اتفاق يتم بين الادارة واحد الافراد او الشركات بقصد القيام ببناء او ترميم او صيانة عقارات لحساب شخص معنوى عام وبقصد تحقيق نفع عام فى نظير الحصول على المقابل المتفق عليه ووفقا لشروط العقد اذن يكمن وجه الشبه بين عقد الاشغال وعقود البوت فى ان كل منهما يبرم مع شخص معنوى عام ومن اجل مرفق عام ولقاء مقابل يستحقه المتعاقد الا ان العقدين يختلفان من حيث:-

- فى عقد الاشغال يقوم المقاول بتسليم العقار بعد انشائه او ترميمه او صيانته للدولة كى تديره هى عكس عقود البوت الذى يملكه المتعاقد طوال مدة العقد - المقابل فى عقود الاشغال يحصل عليه المتعاقد من الدولة اما المقابل فى عقود البوت فيحصل عليه المتعاقد من جمهور المتعاقدين

٢- تمييز عقود البوت عن حق الانتفاع

الانتفاع هو حق عيى يرد على العقار والمنقول وهو يخول صاحبه ويمكنه من الانتفاع بالعين لمدة معينة مع التزام المنتفع بالحفاظ على العين لردها الى مالكها فى نهاية مدة الانتفاع^(٢٢).

- ومن هنا نجد ان حق الانتفاع وعقود البوت تتشابه فى كونهما يتم التعاقد فيهما مع جهة الادارة وكل منهما عقد محدد المدة وكل منهما يتم فيه رد المرفق للدولة او لجهة الادارة عقب انتهاء المدة المحددة

- الا انهما يختلفان من حيث ان حق الانتفاع يرد على عين محددة بذاتها وليس على مرفق عام يقدم للجمهور كما ان محل حق الانتفاع ليست مملوكة للمنتفع بل مملوكة للغير بخلاف عقد البوت الذى يملك المتعاقد المشروع طوال فترة العقد كما ان

^(٢٢) كمال طلبه المتولى سلامة- النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت- دراسة

مقارنة- رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ٢٠٠٨- مرجع سابق الاشارة اليه ص٥٢

حق الانتفاع لا يتيح للمنفع ان يسمح للجمهور من الانتفاع بالعين محل العقد بينما ان عقد البوت فى اساسه مقام لاداء خدمات للجمهور

٣- تمييز عقد البوت عن عقد الخصخصة

خلال السنوات الماضية ظهرت فى الافق بعض التحولات الاقتصادية ليس فى مصر فحسب بل فى بلدان كثيرة لا سيما الدول النامية وجميعها يدور حول دور الحكومات فى المجالات الاقتصادية وظهر اعتقاد بان تحقيق النماء الاقتصادى لن يكون الا باعطاء دور اكبر للقطاع الخاص فى هذا الشاط كما سادت هناك قناعة بان ادارة المرافق العامة الاقتصادية ستكون اكثر فاعلية وكفاءة وانتاجية فيما لو تولى ادارتها وتشغيلها القطاع الخاص ولا يتحقق ذلك الا بتطبيق ما يعرف بنظام الخصخصة بل اننا قد وجدنا ان بعضا من هذه المرافق الاقتصادية قد بات عاجزا عن المنافسة وان خسائره اصبحت اكثر من ايراداته بل انه اصبح كذلك عبئا على الموازنة العامة للدولة

وعقد الخصخصة هو عقد ادارى تبرمه الجهة الادارية مع شخص من القطاع الخاص وهو يتم بموجبه بيع مشروع تملكه الدولة الى احد اشخاص القانون الخاص وسواء حدث نقل الملكية كليا ام جزئيا فاذا ما تم نقل الملكية نقلا جزئيا فان الدولة تظل شريكا فى هذا المشروع واذا ما انتقلت ملكية المشروع كاملة للدولة فبذلك تكون علاقة الدولة بهذا المرفق قد انتهت

ومن الواضح ان نقطة الخلاف الرئيسية بين عقود البوت وعقد الخصخصة انه فى ذلك الاخير فان الادارة تتنازل نهائيا بطريق البيع للمشروع فى عقود البوت مهما كانت مدة العقد فانه فى نهاية المدة يعود الى الدولة

المطلب خامس

ايجابيات وسلبيات عقود البوت والمعوقات التى تعوقها فى مصر

اى نظام قانونى له مجموعة من المزايا التى يتمتع بها وكذلك ينطوى على مجموعة من العيوب التى تنتقص من فاعليته فلا يوجد نظام قانونى متكامل وان كانت عملية تقييم عقود البوت لابد وان تتم فى اطار اهداف الدولة السياسية وظروفها الاقتصادية

أولاً

أهم مزايا نظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

١- التخفيف من العبء الملقى على ميزانية الدولة والذي يفوق امكانياتها اذ من خلال هذه العقود يقوم المستثمر او شركة المشروع بتحمل تكلفة انشاء وتشغيل المشروع وتمويله وإدارته مما يساعد الدولة على الاهتمام بالمشاريع الاخرى التى تكون اكثر اهمية وتناسب الامكانيات المادية لجهة الادارة^(٢٣).

٢- كلما كان المستثمر او ما تسمى بشركة المشروع اجنبيا كلما تعاظمت اهمية وفائدة هذا النوع من العقود اذ ان ذلك يعنى ادخال استثمارات اجنبية جديدة وتمويل خارجى وما يستتبع ذلك من تحسن ميزان المدفوعات وخفض العجز فى الموازنة العامة وتعزيز حصيلة الدولة من العملة الاجنبية^(٢٤).

٣- تهدف هذه العقود الى انشاء مشروعات جديدة ومرافق جديدة الامر الذى يؤدى الى وجود العديد من فرص العمل وخفض نسبة البطالة علاوة على الدور الذى تقوم هذه المشروعات فى توفير لجمهور المنتفعين كأثناء الطرق ومحطات الكهرباء او الانفاق وغير ذلك من الخدمات

٤- هذا النوع من العقود من شأنه ان يؤدى الى زيادة فرص التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا ذلك ان هذه العقود تلعب دورا بارزا فى عملية نقل التكنولوجيا الى الدول النامية وهذا الامر يعود ايضا بالنفع على شركة المشروع من حيث سمعتها التجارية والاقتصادية باعتبارها مستخدمة وناقلة للتكنولوجيا الحديثة وبالتالي زيادة فرصها فى الحصول على المزيد من المشروعات بل وتزايد خبراتها وتحقيق نجاحات فى الدول النامية التى تحتاج الى مزيد من الخبرة والتكنولوجيا فى تنفيذ مشروعاتها

٥- اتاحة الفرصة كى تستفيد الجهة الادارية من خبرات القطاع الخاص فى اقامة وتشغيل وادارة وصيانة المرافق الحيوية والحصول على الخدمات للجمهور بكل

^(٢٣) كمال طلبه المتولى سلامة- النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت- دراسة

مقارنة- رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ٢٠٠٨- مرجع سابق الاشارة اليه ص ٥٢

^(٢٤) جابر جاد نصار- عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام- دراسة مقارنة للنظرية التقليدية لعقد

الالتزام- مرجع سابق الاشارة اليه ص ٥٦

- فاعلية وكفاءة وبالتالي زيادة ثقة المواطن فى مستوى الخدمات المقدمة اليه وبالتالي تحسين الصورة الذهنية للحكومة لدى المواطن
- ٦- الحفاظ على ملكية الدولة لان المشروعات التى تقام بطريق عقود البوت تعود ملكيتها عقب انتهاء مدة العقد الى الدولة
- ٧- تجنب الاقتراض من الخارج فعندما تقوم الحكومة بالتعاقد مع شركة ما لاقامة المرافق العامة او المشاريع فانها تعفى نفسها من طلب القروض الخارجية وما ينتج عن هذه القروض من فوائد تتقل كاهل الحكومة اذ ان شركة المشروع هى التى يقع على عاتقها تحمل التكلفة المالية لاقامة هذه المشاريع والمرافق^(٢٥)

ثانيا

أهم عيوب نظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

- على الرغم من جملة المزايا التى سبق وان اوردناها بشأن عقود البوت الا ان هناك بعض العيوب التى تشوب العمل بهذا النظام من انظمة التعاقد نجملها فيما يلى:-
- ١- هذا النوع من العقود ينطوى على علاقات تعاقدية متشابكة اذ من الممكن ان يقوم المستثمر او شركة المشروع بعقد شراكات مع اطراف اخرى من اجل التدريب والاعداد والتحضير الامر الذى يستلزم انفاق اموال كبيرة بالنسبة للاجهزة الحكومية^(٢٦).
- ٢- فى بعض الاحيان يلجأ المستثمر سواء اكان مستثمر محلى ام اجنبى الى السوق المحلى من اجل الحصول على التمويل اللازم لاقامة المشروع بدلا من تحويل هذه الاموال من الخارج ثم يقوم باستخدام هذا التمويل الذى حصل عليه من السوق المحلى سواء لاستيراد الاجهزة من الخارج مما يرفع الطلب على العملات الاجنبية

^(٢٥) د. محمد انس جعفر - د. اشرف محمد انس جعفر - العقود الادارية - دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات بالتعليق على القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والخاص بالتعاقدات العامة فى مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود البوت وعقود الشراكة مع القطاع الخاص - دار النهضة العربية بنى سويف ٢٠٢١

^(٢٦) كمال خليفة المتولى سلامة - النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت - دراسة مقارنة - مرجع سابق الاشارة اليه ص ٥٥

بل ومن الممكن ان يحدث ضغط على على السيولة المتاحة فى السوق المحلى الامر الذى ينعكس سلبا على العكلة الوطنية مما تؤدى الى انخفاض قيمتها

٣- ارتباط عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بالاحتكار وهو من الشروط التى تضعها شركة المشروع لكى تضمن سيطرتها على السوق وعدم منافستها فى الخدمة التى تقدمها لكى تتمكن من استرداد ما انفقته من اموال ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من اضرار واذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار فان الدولة التى يقام فيها المشروع تكون ملزمة بشراء الخدمة المقدمة من المشروع كما يحدث فى محطات الكهرباء

٤- قد يصعب فى كثير من الاحيان تحقيق المميزات التى يهدف هذا النوع من العقود الى تحقيقها نتيجة لزيادة اعباء الاستيراد من الخارج وقيام المستثمر بتحويل ونقل الارباح الناتجة عن المشروع الى الخارج وما يترتب على ذلك من التأثير على مقدار السيولة فى السوق المحلى^(٢٧) بل يضاف الى ذلك قيام الدولة بشراء الانتاج وارتفاع تكلفة المشروعات اذ من الممكن ان تكون الدولة قد التزمت بشراء انتاج شركة المشروع مدة طويلة وقد يحدث ان تتغير الاسعار نحو الارتفاع فان الدولة تكون ملزمة بالدفع وفقا للأسعار الجديدة مما يمثل عبئا ثقيلا عليها

٥- قيام شركة المشروع بتحويل جميع ارباحها الى الخارج دون ان تستثمر اى من هذه الارباح داخل البلاد مما يفقد هذه المشروعات اهم ميزة من مزاياها وهى ضخ الاموال والعملات الاجنبية بالسوق المحلى

٦- طول مدة العقد وهو امر فى غاية الخطورة لما ينتج عنه من تقييد لاجيال متعاقبة يتوجب عليها الالتزام بنتائج العقد. كما ان مدة العقد الطويلة تؤجل استفادة الدولة من المشروع لحين انتهاء مدة العقد مما يلحق الضرر بالمصلحة الاقتصادية للدولة فضلا عما قد ينتج من اضرار سياسية بسبب طول مدة العقد

(٢٧) جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة مقارنة للنظرية التقليدية لعقد الالتزام - مرجع سابق الاشارة اليه ص ٥٨

- ٧- ضعف سيطرة الدولة على هذا النوع من المشروعات نظرا لطول مدتها مما يحول دون التأكد من مطابقة المشروع للمواصفات المتفق عليها وهو ما يؤثر سلبا على حسن سير المرفق والخدمات المرجو منه تقديمها
- ٨- قيام بعض المستثمرين بالجوء الى استخدام معدات واجهزة قديمة او تكنولوجيا متأخرة نسبيا مما قد لا يوفر الجوانب الفنية اللازمة لخلق كوادر جديدة قادرة على استيعاب التطورات الفنية ونقلها
- ٩- غالبا ما يقوم المستثمر فى هذا النوع من العقود عند قرب نهاية المدة المتفق عليها باهمال صيانة المشروع وعدم تطويرة الامر الذى يؤدى الى ان تقوم الدولة باستلام المشروع بحالة سيئة الامر الذى يتطلب كثير من الاموال لاعادة تشغيله وصيانته وتطويره.
- ١٠- غالبا ما يتم النص فى مثل هذا العقود على عدم اختصاص القضاء المصرى عامة والقضاء الادارى خاصة بنظر المنازعات التى من الممكن ان تنشأ بين الدولة وشركة المشروع والنص على اتفاق التحكيم وهو الامر الذى يخالف نص م ١ من قانون مجلس الدولة وتؤدى الى استبعاد تلك العقود من رقابة القضاء تلك هى اهم عيوب نظام التعاقد فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ورغم هذه العيوب الا ان هذا النوع من التعاقد اصبح واقع ملموس بل وواقع هام جدا فى برنامج الاصلاح الاقتصادى لاي دولة نامية او متقدمة ولكنها ضعيفه من حيث التقدم التكنولوجى

ثالثا

أهم المعوقات التى تعوق نظام عقود B.O.T

- لقد استعانت مصر فى تنفيذ العديد من مشروعاتها عن طريق التعاقد بنظام عقود البوت مثل:-
- ١- انشاء محطة كهرباء سيدى كرير.....تنفيذ شركة امريكية باستثمارات قدرها ٤٢٠٠ مليون دولار
- ٢- انشاء محطة كهرباء السويس..... تنفيذ هيئة كهرباء فرنسا باستثمارات قدرها ٤٢٥ مليون دولار

٣- انشاء محطة كهرباء سفاجا..... تنفيذ هيئة كهرباء فرنسا باستثمارات قدرها ٤٢٥ مليون دولار

٤- محطة كهرباء شرق بور سعيد..... تنفيذ هيئة كهرباء فرنسا باستثمارات قدرها ٤٢٥ مليون دولار

٥- مطار مرسى علم.... تنفيذ شركة سماك الكويتية باستثمارات قدرها ٣٥ مليون دولار

٦- مطار العلمين..... تنفيذ شركة كليون المصرية باستثمارات قدرها ٢٥٦ مليون دولار

٧- مطار دهب.....تنفيذ..... تنفيذ شركة ناسكو السعودية للاستثمارات.....

٨- مطار رأس سدر..... تنفيذ شركة الدلتا الخليج باستثمارات قدرها ٢٥٦ مليون دولار

٩- مطار الواحات..... تنفيذ شركة باستثمارات قدرها ٨٨ مليون

١٠- مشاريع مترو الانفاق بمراحله المختلفة

١١- مشروع معالجة مياه الشرب بمدينة العاشر من رمضان والسويس

الى غير ذلك من المشروعات التى تم تنفيذها بنظام عقود البوت الا ان الواقع العملى قد اظهر لنا مجموعة من المشكلات التى واجهت تطبيق نظام البوت ومن اهمها:

- اتجاه المستثمرين الى الاقتراض من البنوك المحلية والذي يزيد الامر سوءا ان الاقتراض يكون من العملة الاجنبية لتمويل المشاريع المراد تنفيذها بنظام البوت واستخدامها فى استيراد الاجهزة والمعدات من الخارج الامر الذى ادى الى انكماش الارصدة الاجنبية وبالتالي ارتفاع اسعار هذه العملات فى السوق المحلية ومن ينجم عن ذلك من تأثيرات اقتصادية مالية.

- كذلك تحويل المستثمرين الاجانب ارباحهم من هذه المشاريع خارج البلاد دون اية قيود

- منح الامتياز لمدة طويلة مع عدم وجود دراسات لتسعير الخدمات مما ادى الى اختلاف فى اسعار نفس الخدمات المقدمة من عقد لآخر^(٢٨).

(٢٨) محمد محمود عبدالله يوسف- المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات البوت- جامعة القاهرة

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى مصر وفرنسا

مطلب أول/ تكييف عقود البوت كعقود ادارية

مطلب ثانى/ تكييف عقود البوت كعقود ادارية ذات طبيعة مركبة

مطلب ثالث/ تكييف عقود البوت كعقود ذات طبيعة خاصة

مقدمة

لم يستقر الفقه او القضاء فى بداية الامر على تحديد الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية اذ انه قد ذهب رأى فى بداية الامر الى اعتبار هذه العقود من عقود القانون المدنى لكن سرعان ما تبين خطأ هذا الرأى لان الاخذ به على اطلاقه يحول دون تدخل الادارة فى تعديل العقد او تعديل شروطه لهذا فقد اصاغ العميد دوجى نظرية جديدة مقتضاها ان الالتزام هو عمل قانونى مركب يحتوى على نوعيم من النصوص

. نصوص تشمل الالعباء المالية المتبادلة بين الملتزم ومانح الالتزام مثل مدة الالتزام- كيفية استرداد- تنمية الاشغال العامة وهى نصوص تعاقدية . نصوص لا يقتصر اثرها على الملتزم ومانح الالتزام انما تمتد الى جمهور المنتفعين مثل تجديد الرسوم التى تحصل من المنتفعين- شروط الانتفاع بالخدمة التى يقدمها المرفق وهى نصوص تنظيمية او لائحية

وبعد ذلك تم العدول عن هذا الامر فى مصر وفرنسا وكان ذلك اولاً فى احكام المحاكم المختلفة الذى عرف التزام المرفق العام بانه (عقد الغرض منه ادارة مرفق عام ذى صفة اقتصادية ويكون هذا العقد من جهة الادارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد او شركة يعهد اليها باستغلال المرفق فترة زمنية محددة)

مما سبق يتضح لنا ان هناك اختلافا ما زال قائما حول الطبيعة القانونية لعقود البوت اذ ان منهم من ذهب الى ان هذه العقود عقود ادارية ومنهم م ذهب الى كونها عقود ذات طبيعة خاصة ومنهم من ذهب الى انها عقود ذات طبيعة مركبة

وعلى ذلك فاننا سنتناول الطبيعة القانونية لعقود البوت فى ثلاث مطالب على النحو

التالى:-

مطلب أول/ تكييف عقود البوت كعقود ادارية
مطلب ثانى/ تكييف عقود البوت كعقود ادارية ذات طبيعة مركبة
مطلب ثالث/ تكييف عقود البوت كعقود ذات طبيعة خاصة

المطلب الأول

تكييف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عقود ادارية

- ذهب انصار هذا الاتجاه الى ان القانون الادارى العام الى ان مشروع البوت ليس الا امتدادا لفكرة الامتياز التى كانت تلجأ اليها الحكومات والانظمة فى ميدان تنفيذ الاشغال العامة وإدارة المرافق العامة ذات الطابع الصناعى والتجارى واستثمارها هى عبارة عن صيغة مخففة من عقود الامتياز التقليدية حيث انه فى بادىء الامر

- مشاريع الـ B.O.T

كانت إدارة المرافق العامة والاحتكارات تتم من قبل الدولة وهيئاتها العامة بصورة مباشرة ثم اصبحت اداراتها بالتدريج تتم بواسطة المؤسسات العامة ذات الطابع التجارى على حساب المستثمر الا انه فى الوقت الحاضر اصبح يشكل امتياز البوت تمويل وإدارة المرافق العامة مثل اعمال البنية التحتية من قبل المستثمرين فى مقابل الانتفاع بها... فى ضوء ذلك يتضح لنا ما يلى:-

١- يجب ان يكون احد طرفى العقد شخص من اشخاص القانون العام (الدولة او الجهة الادارية)

٢- يجب ان يكون موضوع العقد تسيير وإدارة مرفق عام

٣- يجب ان يحتوى العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة فى عقود القانون الخاص فعقد البوت هو عقد ادارى ذات طبيعة خاصة لان المرفق العام دائما قابل للتغيير والتعديل وبالتالي نجد ان الادارة المتعاقدة فى عقد ادارى لها حق زيادة او خفض التزامات المتعاقد معها (بالارادة المنفردة) اذن فهى علاقة بين طرفين غير متساويين

- وبناء على ذلك فان عقود البوت التى تبرمها الاشخاص القانونية العامة والتى تتعلق بمشروعات تقوم على تقديم خدمة عامة مثل مشروعات النقل والطرق والاتصالات وتوليد الطاقة والصحة وغيرها من المرافق العامة وتتوافر فيها شروط استثنائية تعتبر من العقود الادارية

- لذا فاننا نجد ان عقود البوت اذا كان موضوعها انشاء او تطوير مرفق عام فانه يكون من الصعب ان يخضع للقواعد العامة لنظرية العقد فى القانون الخاص باعتبار ان ذلك يكرس نوعا من المادة غير المنطقية بين المصلحة العامة والمصلحة الفردية ويخلق نوعا من التوازن بين المصلحتين قد تؤدى فى النهاية الى امكانية توقف المرفق العام عن اداء الخدمة تطبيقا لنظرية العقد وفى الغالب فان المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية كبرى وتتمتع بحماية سياسية قد لا تسمح بتطبيق النظرية العامة للعقود الادارية وما تحتوية من سلطات الدولة فى مواجهة المتعاقد معها

- اذن فان التخوف من اعتبار عقود البوت من العقود الادارية تخوف غير مبرر حيث ان المستثمر غايته المشروعة هى تحقيق الربح والعقد الادارى يحكمه مبدأ الحفاظ على التوازن المالى للعقد وهو المبدأ الذى يمنع الادارة من ان تتدخل للاضرار بالمتعاقد معها ماليا بل على العكس انه يحمل الادارة التزاما بتعويض المتعاقد معها دون خطأ (نظرية الظروف الطارئة) ومن رأينا وجدنا تطبيق ذلك فى تسيير بعض المرافق العامة للدولة وتعطيل العمل بها من قبل الادارة اثناء ظروف كورونا وتدخل الدولة فى مجال العقود الادارية لمساعدة المتعاقد معها حيث ان الغرض هو ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد^(٢٩).

- لعل الامر الهام الذى حدا بمجلس الدولة الفرنسى الى خلق فكرة العقد الادارى هى طبيعة المرفق العام وقواعده ولكن ليس معنى ذلك انها فكرة جامدة غير قابلة للتطور بل على النقيض نجدها فكرة ذات نتاج فكرى متطور

مما سبق نستطيع القول ان عقود البوت المرتبطة بالمرافق العامة هى عقود ادارية بالمعنى الفنى لتلك العقود اما مراعاة الاعتبارات الاقتصادية والسياسية فلا يجب باى حال من الاحوال الى القول بان عقود البوت من قبيل عقود القانون الخاص والا ترتب على ذلك اضطراب فى سير الحياة اليومية.

- صفوة القول لدى انصار هذا الاتجاه ان قتلك العقود هى عقود ادارية كلما كان العقد احد اطرافه شخص معنوى عام وموضوعه مرفق عام وان يتضمن العقد شروطا

^(٢٩) حمدي عبدالعظيم- مشروعات البوت الجوانب القانونية والاقتصادية- القاهرة ٢٠٠١ ص ٩٣

استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص وهنا يعتبر العقد اداليا كلما توافرت هذه العناصر مجتمعة.

- بينما نجد ان الفقه الفرنسى لا يشترط توافر هذه العناصر مجتمعة انما من الممكن ان يوجد عنصرين فقط من هذه العناصر اذ من الضرورى ان يكون احد اطراف العقد شخص من اشخاص القانون العام بالاضافة الى وجود اى عنصر من العنصرين الاخرين وهما اتصال العقد بمرفق عام او ان يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص وباجتماع العنصرين تتحقق صفة العقد الادارى لهذا النوع من العقود

- صفوة القول ان عقود البوت متى تعلق موضوعها بانشاء واستثمار المرفق العام ومن انطوى على عناصره الثلاث من وجود الادارة طرفا فى العقد (شخص من اشخاص القانون العام) ومتى تعلق الامر بمرفق عام ومتى تم تضمين العقد لشروط استثنائية وغير مألوفة فى عقود القانون الخاص فان العقد يصبح عقد اداليا واى منازعة تنشأ بصدده تكون من اختصاص قضاء مجلس الدولة

بل ان هذا النوع من العقود ما هو الا صورة من صور عقود التزام المرفق العام وذلك لوجود عنصر جوهرى مشترك بينهما وهو ان موضوع هذه العقود هو ادارة واستغلال المرافق العامة وبالتالي تخضع هذه العقود لذات الاحكام والقواعد التى تخضع لها عقود التزام المرافق العامة^(٣٠).

المطلب الثانى

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عقود ادارية مركبة

- ذهب انصار هذا الاتجاه الى ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود ادارية ذات طبيعة مركبة تحمل فى طياتها وسائل القانون العام وكذلك وسائل القانون الخاص اذ يرى الفقيه (ديجى) ان الالتزام عقد مركب يحتوى على نوعين من العقود:-
النوع الاول/ هى شروط تعاقدية تحكمها قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين وتتناول الاعباء المالية بين طرفى العقد وكذلك الشروط اللائحية التى لا يقتصر اثرها على

(٣٠) محمد عبداللطيف- تعويض المرفق العام- دار النهضة العربية- القاهرة عام ٢٠٠٠

الطرفين ولكن من الممكن ان تمتد الى المنتفعين مثل تحديد الرسوم التى يقوم المستثمر بتحصيلها وشروط الانتفاع بالخدمة التى يقدمها المرفق

- وقضت المحكمة الادارية العليا بان (شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم الى نوعين من الشروط شروط لائحية وشروط تعاقدية والشروط اللائحية هى التى يملك مانح الالتزام تعديلها بالارادة المنفردة فى اى وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة دون ان يتوقف ذلك على قبول الملتزم واذا كان استعمال مانح الالتزام حقه فى تعديل قواعد التعريفه او خطوط السير لصالح المنتفعين الا ان اثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بالمصالح الخاصة بحيث يتحمل الملتزم وحده الاضرار حيث انه اذا ترتب على هذا التعديل اضرار بالملتزم فعلى مانح الالتزام تعويضه ولقد نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة على انه (لمانح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء اركان تنظيم المرافق العامة موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قواعد الاسعار الخاصة به وذلك بمراعاة حق الملتزم فى التعويض ان كان له محل)^(٣١).

المطلب الثالث

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عقود مدنية ام عقود ذات طبيعة خاصة

اولاً:- عقود الباء والتشغيل ونقل الملكية عقود مدنية

- اتجه انصار هذا الاتجاه الى ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى من عقود القانون الخاص وتخضع لقواعد القانون المدنى والقانون التجارى ويختص القضاء العادى بنظر المنازعات التى تنشأ عنها ما لم يشترط فى العقد على التحكيم وهى تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين

- كما ان متطلبات التجارة الدولية قد على الدول ان تتعاقد مع القطاع الخاص على اساس من الحقوق والواجبات المتوازنة بين الطرفين

^(٣١) مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى الفترة من ١٩٦٥ الى ١٩٨٠ - ثروت بدوى - النظرية العامة للعقود الادارية ١٩٧١ - دار النهضة العربية القاهرة

ثانياً:- عقود الباء والتشغيل ونقل الملكية عقود ذات طبيعة خاصة

اى انه لا يمكن صيغ تكييف واحد لهذه العقود بل من الافضل تحديد طبيعة كل عقد حسب شروطه فاذا توافر فى احد العقود عناصر العقد الادارى كان هذا العقد اداريا واذا انتفت هذه الشروط كلها او بعضها كان العقد مدنيا.... الامر الذى يتضح به انه ليس كل عقود البوت ادارية وليس جميعها مدنية ولكن يجب ان نقف عند كل عقد من حيث مدى توافر عناصر العقد الادارى فيه من عدمه للحكم عليه بكونه عقد ادارى ام مدنى

ومن جانبنا نرى ان عقود البوت هى عقود ادارية لكنها تتمتع بطبيعة خاصة نظرا لكون فى الغالب الاعم ان يكون الطرف الاخر فيها طرف اجنبى وان العقد ينطوى على مشاركة التحكيم والتي تنص على انه حال وجود اى نزاع بين طرفى العقد فانه يتم اللجوء للتحكيم وفقا للضوابط والشروط الواردة بالعقد ولكن هذا الامر لا ينفي عن العقد صفته الادارية بل ولا يخرج به من نطاق الرقابة القضائية لقضاء مجلس الدولة على هذا النوع الخطير من العقود والذى فضلا عن ابعاده الاقتصادية فان له ابعاد سياسية لها اهمية كبيرة ويجب ان تأخذ فى الاعتبار عند تحديد طبيعة هذه العقود.

المبحث الثانى

التنظيم القانونى لعقود البوت فى مصر وفرنسا.

المطلب الاول/ التنظيم القانونى لعقود البوت فى مصر

المطلب الثانى/ التنظيم القانونى لعقود البوت فى فرنسا

المبحث الثانى

التنظيم القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى مصر وفرنسا

مقدمة

عقود الباء والتشغيل ونقل الملكية هى عقود تستخدم لاقامة المشروعات الاستثمارية او اقامة مشروعات البنية الاساسية ويعتمد على التمويل من القطاع الخاص وبمقتضاه تمنح الدولة احد اشخاص القانون الخاص (شركة المشروع) امتياز لاقامة مشروع ما أو

تطويره فتقوم (شركة المشروع) بدراسته وتصميمه وتنفيذه واستغلاله لعدة سنوات تكفل لها تغطية نفقات انشاء او تطوير المشروع وتحقيق ربح معين على ان) أصبح ضرورة حتمية وأسلوب حديث B.O.T (تلتزم الشركة فى نهاية مدة الامتياز بنقل ملكية المشروع الى لكثير من الدول النامية والتي تحتاج الى تأسيس بنية اساسية ذات كفاءة عالية دون ان تتحمل بما تحتاجه هذه المشروعات من ميزانيات ونفقات عالية حيث ان هذه الدولة تكون فى حاجه ماسه للطرق والموانى البحرية والجوية ومحطات الكهرباء تكون كافيه لاستيعاب النمو السكانى وكذلك شبكة اتصالات متطورة لتسهيل حركة نقل المعلومات سواء داخل الدولة او خارجها وكذلك الوقود كالنفط والغاز وغيرها وبدون هذه المرافق لا تستطيع الدولة ان تنمو وتزدهر مقارنة بالدول الاخرى بل ان الدولة المصرية عند تبنيها لهذا النوع من العقود اصدرت مجموعة من القوانين الداخلية لتنظيم هذا النوع من العقود. وسوف نتناول التنظيم القانونى لعقود البوت فى كل من مصر وفرنس ونخصص لكل منها مطلب مستقل

المطلب الاول/ التنظيم القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى مصر

المطلب الثانى/ التنظيم القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى فرنسا

المطلب الاول

التنظيم القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى مصر

- عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هى مسمى حديث لعقود التزام المرافق العامة وبالتالي نجد ان القواعد التى تنظم عقود التزام المرافق العامة هى ذات القواعد التى تطبق على عقود البوت

- وعموما يتضح لنا ان المقصود بعقود البوت هى تلك المشروعات التى تعهد بها الحكومة الى احدى الشركات وطنية كانت ام اجنبية وسوا اكانت شركة من شركات القطاع العام ام القطاع الخاص (شركة المشروع) لانشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته الى الدولة او الجهة الادارية

- وتتمثل اهمية عقود البوت فى انها تقدم حلا لمشكلة تمويل مشروعات البنية الاساسية دون ان تضطر الدولة الى اللجوء الى الاقتراض وفرض مزيد من الاعباء على مواطنية او تحميل الموازنة العامة مزيدا من الاعباء فضلا عن ان هذا النظام يمكن الحكومة او الجهة الادارية من تقديم خدمة اساسية للمواطنين بانشاء المرافق العامة ومن

اهم المجالات التي تعمل فيها عقود البوت (مشروعات البنية الأساسية مثل المطارات والطرق والموانئ ومحطات الكهرباء والصرف الصحي وكذلك المجمعات السكنية) حيث يعهد للقطاع الخاص بإنشاء هذه المشروعات وإدارتها ثم أعادتها بعد انتهاء مدة العقد الى الدولة^(٣٢).

- وهذا النظام نظام قديم تعود نشأته في فرنسا على شكل عقود امتياز المياه (ببريه اخوان) وفي مصر كان مشروع قناة السويس اول مشروع بوت في مصر. لذلك فان عقود البوت هي تطور حديث لعقود التزام المرافق العامة وينظم عقد التزام المرافق العامة القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون ٦١ لسنة ١٩٥٨ ونظرا لقصور هذا التنظيم القانوني لعقود الالتزام عن استيعاب التطورات المدنية لعقود البوت لجأ المشرع الى تعديلات لذلك صدر أربعة قوانين في مصر بشأن السماح للقطاع الخاص باستغلال مرافق عامة حيوية وهذه القوانين هي:-

١- القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بخصوص تعديل بعض احكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن هيئة كهرباء مصر وقد نص على انه يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين او الاجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء دون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن التزامات المرافق العامة والاقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة

٢- القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض احكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٦ بشأن الطرق العامة وتنص على انه (يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والاجانب استثمارا طبيعيا او معنويا وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

٣- القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات ونص على انه (مع عدم الاخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الاقليم وبالأنظمة الخاصة بامن المطارات يجوز

^(٣٢) جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة مقارنة للنظرية التقليدية لعقد الالتزام - مرجع سابق الاشارة اليه ص ٤٧

منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم اشخاصا طبيعيين او اعتباريين فى الداخل او الخارج لانشاء وتشغيل وادارة وصيانة المطارات او اجزاء منها دون التقيد بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ او القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

٤- القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ باضافة مادة جديدة الى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصصية ونص هذا القانون على انه (مع عدم الاخلال بأمن الموانى والسفن يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم اشخاصا طبيعيين او اعتباريين فى الداخل والخارج لانشاء موانى عامة وتخصصية او ارصعة متخصصة فى الموانى القائمة وادارتها وصيانتها واستغلالها وتحصيل مقابل استخدامها ودون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨

- من الواضح ان هذه التشريعات تجيز منح التزامات المرافق العامة فى مجالات فى غاية الاهمية مثل الطرق والمطارات والموانى ومحطات القوى الكهربائية بل اننا بالبحث فى دساتير مصر المتعاقبة نجد انها قد اوردت نصوصا خاصة بكيفية استغلال مرافق الدولة سواء عن طريق القطاع العام ام القطاع الخاص

بل ان دستور مصر الحالى والصادر ٢٠١٤ نص فى المادة ٣٢ على انه (موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب تلتزم الدولة بالحفاظ عليها وحسن استغلالها وعدم استنزافها ومراعاة حقوق الاجيال القادمة فيها)

(كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الامثل لمصادر الطاقة المتجددة وتحفز الاستثمار فيها)

(ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات او منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاما بناء على قانون)

(ويحدد القانون احكام التصرف فى املاك الدولة الخاصة والقواعد والاجراءات المنظمة لذلك)

ومن الواضح ان دستور ٢٠١٤ قد حدد مدة منح الالتزامات واداة المنح على النحو التالى:-

- يجب الا تتجاوز هذه المدة ٣٠ عاما اذا كان موضوع الالتزام استغلال موارد طبيعية او التزام مرافق عامة ويكون منح الالتزام بقانون

• يجب الا تتجاوز هذه المدة ١٥ عاما اذا كان موضوع الالتزام استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات ويكون منح الالتزام فى هذه الحالة بناء على قانون بل انه قد ترك للقوانين التى تمنح الالتزامات ان تضع القواعد والاجراءات الخاصة بمنح الالتزامات ويجب ان يكون منح الالتزام بموجب قرار جمهورى بعد موافقة مجلس النواب

ومن جانبنا نهيب بالمشرع المصرى الا يترك لكل جهة ان تضع من النصوص ما تراه مناسباً لمصلحة العامة فى كل عقد من عقود منح الالتزام لكننى ارى ان يكون هناك قانون عام يشتمل على جميع النصوص العامة المتعلقة بمنح الالتزام اذ من غير المنطقى اننا كلما تحدثنا عن هذا النوع من العقود ذكرنا القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ اذ ان الواقع العملى قد افرز لنا ان هناك مشاكل خطيرة قد تنتج عن تنفيذ هذا النوع من العقود مثل ما حدث من طرح الحكومة المصرية لعملية انشاء وتشغيل وادارة مطار رأس بنظام عقود البوت وتقديم شركة (ما ليكورن ليمتد الانجليزية) عام ٢٠٠٠ وكانت قد تقدمت هذه الشركة بطلب تأسيس شركة مساهمة مصرية للقيام بهذا الغرض الا انه فى مرحلة لاحقه تم رفض المشروع لاعتبارات امنية وتوقفت جميع الاجراءات فطلبت الشركة تكليف مكتب قانونى لرفع للاحتكام للتحكيم لدى مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى والذى قضى بتعويض الشركة بمبلغ ٢٠ مليون دولار الا ان محكمة النقض المصرية قضت بعدم صحة تلك الاحكام وتدخلت محاكم فرنسية وبالفعل تم حجز على اموال مصرية فى فرنسا ودفعت الحكومة المصرية (وزارة الطيران) ان (شركة ما ليكورن) قدمت معلومات مغلوطة للحكومة المصرية عن مركزها المالى فى العرض الذى حصلت به على المشروع فاصدرت محكمة فرنسية عام ٢٠٠٨ حكما ببطلان الحكم السابق والقضاء بتعويض للحكومة المصرية قدرة ١٠٠ الف يورو ضد شركة ما ليكورن لاساءاتها استخدام حق التقاضى بل وايدت محكمة استئناف باريس هذا الحكم فضلا عن محكمة النقض الفرنسية^(٣٣).

المستفاد من الحالة السابقة ان الحكومة المصرية ممثلة فى وزارة الطيران قد اساءت اختيار شركة المشروع الامر الذى ادى الى الدخول فى منازعات قضائية منذ عام ٢٠٠٠ حتى عام ٢٠٠٨ اذ من المفروض التأكد من ان شركة المشروع لها من الخبرات

^(٣٣) جريدة المال ٢٠١٨ almal news. Com

والامكانيات ما يؤهلها للقيام بأنشاء وإدارة وتشغيل المرفق العام وبما يضمن عدم اضااعة الوقت والجهد والمال فى منازعات قانونية تسيء الى المنظومة الاقتصادية ونظرا لاهمية عقود الامتياز والتي تتسم بالتشابك لارتباطها بإدارة المرافق العامة فان الادارة تتمتع بحرية فى اختيار المتعاقد معها

الاشكائيات الدستورية التى نتجت عن العديلات الدستورية الاخيرة بشأن التعاقد فى

عقود الالتزام

باستعراضنا لنصوص الدستور المصرى الصادر عام ٢٠١٤ نجده قد نص على ان مدة عقود الالتزام يجب الا تتجاوز ٣٠ عاما وذلك حفاظا على الثروات القومية وحفاظا على حقوق الاجيال القادمة والامر هنا يتعارض مع عقود الالتزام المبرمه قبل العمل بالدستور الحالى اذ اننا نجد ان القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لانشاء وإدارة واستغلال المطارات وارضى النزول والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن منح التزام المرافق العامة لانشاء الطرق العامة والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن منح التزام المرافق العامة بانشاء هيئة كهرباء مصر فجميع تلك القوانين كانت تنص على منح الالتزام لمدد تزيد بكثير عن المدد القانونية الواردة بالدستور وهنا تبدو الاشكالية اذ انه وفقا للدساتير السابقة على دستور ٢٠١٤ فان هذه العقود لا يشوبها اى شبهة عدم دستورية بينما نجدها غير دستورية لمخالفتها م ٣٢ من الدستور الحالى بل وتتعارض مع مبدأ دستورى وهو مبدأ المشروعية

المطلب الثانى

التنظيم القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى فرنسا

- نظرا لما تتمتع به هذه العقود من اهمية بالغة فقد حظيت باهتمام التشريعات الحديثة ومن اهم هذه التشريعات التشريع الفرنسى ونستطيع ان نلخص اهتمام المشرع الفرنسى بهذا النوع من العقود فيما يلى:-

١- صاغ المشرع الفرنسى قاعدة مفادها ان الجهة الادارية حرة فى اختيار المتعاقد معها الا ان هذه الحرية ليست مطلقة انما تخضع لاجراءات العلانية والمنافسة وهذا ما اكده القانون والقضاء الفرنسى

٢- تلتزم شركة المشروع بان تقوم بتشغل وصيانة وإدارة المشروع وان تقوم باعادة تسليمه للدولة بحالة جيدة وصالح للتشغيل مرة اخرى

٣- شركة المشروع تتكون من اتحاد مجموعة من الشركات المتخصصة في مجال التصميم والتوريد يطلق على اتحادها معا (الكولسريتوم) التي تبرم الاتفاق مع الحكومة وتقوم ببناء وإدارة واستغلال المشروع وتحقيق الأرباح الملائمة لاسترداد تكاليف البناء والتشغيل وبعد انقضاء المدة المتفق عليها في العقد يتم تسليمه الى الدولة مانحة الامتياز وقد نص قانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٣ على ضرورة الالتزام باجراءات العلانية للتمتع بتقديم عروض منافسة لذا تلتزم السلطة المفوضة بالنشر مرتين المرة الاولى في دورية لها حق نشر الاعلانات القانونية والمرة الاخرى النشر في دورية متخصصة في القطاع الاقتصادي وهذا الاجراء من المشرع الفرنسي من شأنه فتح المجال امام الشركات المتخصصة في تنفيذ هذه النوعية من المشروعات والالتزام باجراء النشر من جانب السلطة المفوضة يتعين عليها القيام به والا تكون مخالفة للقانون. كما ان المادة ٣٨ من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٣ اكدت على اهمية اتباع اجراءات المنافسة عند اختيار المفوض له فعلى السلطة العامة ان تقوم باعداد قائمة بالمرشحين المقبول عروضهم بعد فحص ضماناتهم الفعلية والمالية وكفاءاتهم وقدراتهم في تأمين استمرار المرفق العام وتحقيق المساواة بين المنتفعين امام المرفق العام فعلى السلطة العامة بعد تلقيها العروض من المنتفعين تقوم بفحصها من الناحية الفنية والمادية اذ انه على كل متقدم ان يرفق بطلبه خبراته السابقة وقدراته المالية وتقوم السلطة باعداد قائمة ترتب فيها المتقدمين حسب كفاءتهم الفنية وقدراتهم المالية لتحقيق تكافؤ الفرص بذلك الترتيب الوارد في القائمة بحيث اذا أخفقت المفاوضات مع الطرف الاول تستطيع الدخول مع من يليه من المتقدمين^(٣٤).

٤- لم يرد اى نص في القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٣ يحدد مدة العقد وانما تحدد المدة في العقد بواسطة السلطة المفوضة. وتحدد المدة وفقا لطبيعة وقدر الاستثمارات المنفذة وألا تتجاوز المدة في هذه الحالة المدة المعتادة لاستهلاك الانشاءات المقدمة في التنفيذ والمادة ٤ من القانون ٢٩ لسنة ١٩٩٣ وبخصوص تحديد مدة العقد نجد ان العقود المتعلقة بمياة الشرب والتطهير والنفايات لا يجوز ان تتجاوز مدة الالتزام

^(٣٤) وائل محمد السيد اسماعيل- المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت- دار الجامعة الجديدة-

عشرين عاما اى ان الحد الاقصى لهذه الحالات هو عشرين عاما ومع ذلك يمكن زيادة هذه المدة بعد الفحص من قبل الجهة مانحة الالتزام مما سبق يتضح لنا ان المشرع الفرنسى لا يهدف الى جعل مدة عقود البوت طويلة وأنما المدة المعقولة والتي تتناسب مع ظروف كل مشروع.

المبحث الثالث

موقف مجلس الدولة فى مصر وفرنسا من عقود البوت

المطلب الاول/ موقف مجلس الدولة المصرى من عقود البوت

المطلب الثانى/ موقف مجلس الدولة الفرنسى من عقود البوت

المبحث الثالث

موقف مجلس الدولة فى مصر وفرنسا من عقود البوت

مما لا شك فيه ان قضاء مجلس الدولة المصرى والفرنسى كما سبق وان لعب دورا هاما فى تحديد طبيعة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فانه قام بدور هام ايضا فى تحديد مدى خضوع هذا النوع من العقود للعقود لرقابته.. وفيما يلى نعرض فى مطلبين موقف مجلس الدولة المصرى والفرنسى من عقود البوت

المطلب الاول/ موقف مجلس الدولة المصرى من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

المطلب الثانى/ موقف مجلس الدولة الفرنسى من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

المطلب الاول

موقف مجلس الدولة المصرى من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

سوف نتناول هذا الموضوع من حيث تسوية المنازعات الناشئة عن هذه العقود بموجب التحكيم ثم نعرض لموقف كل من قضاء مجلس الدولة من هذه العقود

اولا:- التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل

الملكية (البوت)

وبالحديث عن المنازعات، فإن التحكيم كآلية لتسوية منازعات عقود B.O.T قد أثار جدلاً مشابهاً، حيث يُعد التحكيم وسيلة مفضلة لحسم الخلافات في المشاريع الدولية، لما يتميز به من سرعة ومرونة مقارنة بالقضاء التقليدي. ورغم ذلك، يثير التحكيم في العقود الإدارية تساؤلات حول مدى تأثيره على سيادة الدولة، خاصة إذا كان القانون المطبق أو المحكمين من جنسيات أجنبية.

فمن المؤكد أن الدولة وأشخاصها المعنوية لا تتصرف في مجال اتفاقيات التحكيم بحرية الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين من أشخاص القانون الخاص، ولكن حريتها في إبرام اتفاقيات التحكيم مقيدة ومحدودة في ضوء الإطار والسلطات التي حددها لها القانون. إلا أن التشريعات المنظمة لعقود B.O.T وتسوية المنازعات الناشئة عنها غائبة، ولذا قد لعبت الاتفاقيات الدولية دوراً هاماً في منح أشخاص القانون العام الحق في اللجوء للتحكيم، حيث وقعت مصر وفرنسا على العديد من الاتفاقيات في هذا الصدد، كاتفاقيات نيويورك ١٩٥٥، جينيف (١٩٧١) واشنطن ١٩٦٥، والتي مفادها أن أسلوب التحكيم في فض منازعات الاستثمار الدولية معترف به، ولكن ذلك لا يزال يحتاج لنصوص تشريعية طبقاً للنظام الداخلي لكل دولة تجيز التحكيم في المنازعات الخاصة بعقودها الإدارية.

وقد أصدرت الدول بالفعل عدة قوانين تجيز التحكيم في العقود الإدارية، كالقانون الفرنسي رقم ١٩ لسنة ١٩٨٦، بجواز التحكيم في عقود الإدارة الدولية، بموجب المادة التاسعة منه، والتي اشترطت أن يكون التعاقد مع شركة أجنبية وأن يكون موضوع التعاقد عمليات تتعلق بالمصلحة العامة.

كما أصدرت مصر قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والذي نص في مادته الأولى على سريان أحكامه على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، أيًا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، سواء جرى التحكيم بمصر أو خارجها بتحكيم اتفق أطرافه على إخضاعه لهذا القانون.

ثم عدلت هذا القانون بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أثر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، والتي قررت عدم خضوع العقود الإدارية لقواعد التحكيم، فتدخلت السلطة التشريعية بهذا التعديل، لتخضع العقود الإدارية للتحكيم، بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة وما يميز هذا القانون شموله جميع منازعات العقود الإدارية بمرحلة الإبرام، أو مرحلة التنفيذ، وما ترتبه من آثار

ويرى بعض الفقه أن القانون بذلك أصبح يضع العقود الإدارية الدولية ومنازعاتها بين يدي محكمين أجانب، يطبقون قانوناً أجنبياً، بما يعد أمراً خطراً لتعلق العقود باستغلال الثروات الطبيعية التي تنصرف أثارها لأجيال مقبلة، أو تمس الأمن القومي؛ ولذلك يوصون بعدم الإسراف في اللجوء للتحكيم.

والآراء الفقهية بشأن التحكيم في عقود البوت كانت متباينة حيث رأى بعض الفقه ان التحكيم يُضعف سيادة الدولة لأنه يطبق قوانين أجنبية يستبعد بها القضاء الوطني، بينما اعتبر آخرون أن التحكيم يوفر ضمانات مكافئة للقضاء الرسمي، خاصة مع تطور منظومات التحكيم الدولية التي تحكمها مبادئ العدالة والنزاهة.

وجدير بالذكر في هذا الموضع أن القضاء المصري بدوره شهد تحولاً في موقفه، إذ كان يرفض التحكيم في العقود الإدارية قبل تعديل قانون التحكيم في ١٩٩٧، ثم أقر به ضمن شروط و ضمانات محددة

ثانياً:- موقف مجلس الدولة من منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)

- استقر القضاء الإداري على أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من اشخاص القانون العام بقصد ادارة مرفق عام وتسييره وتظهر فيه نية الادارة فى الاخذ بالاساليب القانون العام واحكامه وذلك بان يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة فى القانون الخاص

مما سبق يتضح لنا انه اذا تضمن العقد هذه الشروط مجتمعة كان العقد اداريا يختص بنظره القضاء الإداري وهو ما اكدته محكمة القضاء الإداري فى احكام عديدة ان مناط العقد الإداري ان تكون الادارة احد أطرافه وان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة اغراضه مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الافراد الخاصة وان يأخذ العقد بأسلوب القانون العام وما ينطوى عليه من شروط استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص والاعلان عن المناقصة اجراء جوهري يتوُتب على الاخلال به بطلان المناقصة واعادة الاعلان عنها من جديد وقد أكدت ذلك فى حكم شهير لها (حيث ان اعلان الادارة عن المناقصة وغيرها عن طريق التقدم بعطاءات ليس الا دعوة للتعاقد وان التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات هو الايجاب الذى ينبغى ان يلتقى عنده القبول (قبول الادارة) وللادارة حق الرقابة والاشراف على تنفيذ عقود البوت وطذلك سلطتها فى توجيه التعاقد واصدار الاوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ كحق مقرر للادارة لا يستند الى بل يستند الى السلطة العامة للادارة^(٣٥) نصوص عقد B.O.T

^(٣٥) سليمانى سعيد- دور القاضى الإداري فى معالجة منازعات عقود الادارة- كلية الحقوق- العراق

وقضت المحكمة الادارية العليا بان (العقد يعد عقدا اداريا اذا كان أحد طرفيه شخصا معنويا ومتصلا بمرفق عام ومتضمنا شروطا استثنائية غير مألوفة فى نظام القانون الخاص فاذا تضمن العقد هذه الشروط عد عقدا اداريا ومن ثم يختص بنظره القاضى الادارى^(٣٦).

بل ان التعديلات الدستورية وما ورد بدستور ٢٠١٤ من نصوص تتعلق بالتعاقد بنظام الالتزام وذلك بالنص من المادة ٢٨ حتى المادة ٣٢ على تنظيم التعاقد والتصرف فى املاك الدولة العامة حيث نص الدستور على ان يكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية او التزام المرافق العامة بقانون ولمدة لا تتجاوز ٣٠ عاما او ١٥ عاما اذا كان الاستغلال للمحاجر او المناجم او الملاحات ويكون ذلك بناء على قانون.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا ان موقف القضاء فى مصر أصبح أكثر تطورا بشأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ونأمل فى المزيد من التشريعات التى تنظم هذه العقود لا سيما من حيث القواعد القانونية التى تحكم العلاقة بين الدولة والقطاع الخاص او اى مستثمر اجنبى مما يساهم فى زيادة تنمية البنية الاساسية والاستفادة من الاستثمارات الاجنبية وكذلك الاستفادة من مشاركة القطاع الخاص فى هذه المشروعات^(٣٧).

المطلب الثانى

موقف مجلس الدولة الفرنسى من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

فى فرنسا لا يوجد تشريع عام ينظم عقود البوت، والمبادئ الأساسية التى تحكم نظامه القانوني من وضع القضاء. ولقد تحول التزام المرفق العام وتغير كثيرا بتأثير التحولات الاقتصادية والاجتماعية وقد تمثل التحول فى أمور عديدة من أهمها تغيير الملزم، الذى كان قبل الحرب العالمية الثانية شخصا خاصا أو شركة خاصة، فى حين انه قد يكون مؤسسة عامة وفى بعض الاحيان شركة ذات اقتصاد مختلط. وهذا التحول

^(٣٦) المحكمة الادارية العليا- الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٦٢/٣/٣٠ السنة ٧ مج الاحكام ص ٥٢٧ الطعن رقم ٣٧٠٣ لسنة ٣٣ ق الصادر بجلصة ١٩٩٣/٢/٩- الطعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤

^(٣٧) د. سعاد حسنى- التنظيم التشريعى لعقود البوت فى القانون المصرى- المجلة القانونية لكلية الحقوق جامعة عين شمس مرجع سابق الاشارة اليه ص ١٩٨٩

لم ينشأ فجأة ولكن بالتدرج في حركة على مراحل جزئية بوساطة المشرع نفسه، وعملت الممارسة على تطويره تباعا كما يأتي:

أ- بقى المشرع الفرنسي في قانون ٨ أغسطس ١٩٤٦ على كل التزام قديم كان ممنوحا لكل مشروعات الغاز والكهرباء المؤممة حيث انتقلت فيها الإدارة لمؤسستين عامتين مؤممتين هما المؤسسة العامة للكهرباء (E.D.F) والمؤسسة العامة للغاز (G.D.F) اللتان أصبحتا هكذا ملتزمتين تجاه الهيئات المحلية. وكان هناك أيضا مجموعات من هيئات عامة إقليمية ملتزمة بإنشاء واستغلال الطرق السريعة.

ب- إلا ان الأفضلية كانت لشركات الاقتصاد المختلط التي استفادت من منح وتسهيلات السلطات العامة في التطور الحديث للالتزام. فقد كان على الدولة ان تفتح الطريق ابتداء من سنة ١٩٣٤ بان تمنح الشركة القومية للرون Rohne الامتياز العام لاستغلال المياه وللاستفادة من هذا النهر ثم إنشاء S.N.C.F في سنة ١٩٣٧ التي دعت لان محل خمس شركات خاصة للسكك الحديدية في الحقوق والالتزامات التي كانت تسيطر على هذه الامتيازات السابقة واخيرا بإعطاء Air France سنة ١٩٤٨ شكل شركة الاقتصاد المختلط. ونكتفي بهذا القدر من الحديث عن نشاط شركات الاقتصاد المختلط لأننا سنعاود الحديث بشأنه فيما بعد. وفي مصر لم يكن يوجد قانون ينظم طريقة منح الامتياز إلى ان صدر دستور ١٩٢٣ وتقرر إعمالا لمادته رقم ١٣٧ وجوب منح الالتزام بموجب قانون والى زمن محدد وهذا نوع من الرقابة البرلمانية على الحكومة في منح الالتزام لا سيما إذ تغلغل فيها العنصر الأجنبي فانه يمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة وسيادتها وقد كان هذا هو الدافع الأساسي وراء صياغة هذه المادة كما نصت المادة رقم ٨٦٨ من القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ان "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرافق فترة معينة من الزمن". وجاء هذا النص استجابة لما استقر عليه رأي الفقه واتجاه القضاء الفرنسي من ان الامتياز وليد فكرة المرفق العام وانه عقد "مركب" يحتوي على نوعين من النصوص التعاقدية واللائحية.

المبحث الرابع

حقوق والتزامات طرفى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)

المطلب الاول/ حقوق والتزامات جهة الادارة المتعاقدة فى عقود البوت

المطلب الثانى/ حقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت

المطلب الثالث/ حالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها

المبحث الرابع

حقوق والتزامات طرفى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)

تقديم

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كسائر العقود الادارية تنطوى على مجموعة من الحقوق والتزامات لكل طرف من اطراف العقد مع الاخذ فى الاعتبار ان تلك العقود لكونها عقود ادارية فانها تنطوى على شروطا استثنائية وغير مألوفة فى عقود القانون الخاص وفيما يلى سوف نتناول بالحديث فى ثلاث مطالب عن حقوق والتزامات طرفى عقود البوت وحالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتبة عليها

المطلب الاول

حقوق والتزامات جهة الادارة فى عقود البوت

- ان الجهة الادارية التى تقوم بأبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عادة ما تكون هى الجهة المعنية اصلا بتنظيم المرفق العام لذا يغلب عليها ان تكون شخصا معنويا عاما اقليميا كالمحافظات والمدن والمراكز ونجد ان جهة الادارة هى الحكومة وهى الجهة مانحة الامتياز وهى المالكة الحقيقية للمشروع وان كانت تقوم بالتنازل عنه مؤقتا للمتعاقدين من اجل اقامة مشروع ينتفع به جمهور المنتفعين لفترة من الزمن ثم يعود فى نهايتها الى الحكومة

أولاً:- حقوق جهة الإدارة

١- حرية اختيار المتعاقد معها: اذ تتمتع الجهة الادارية بحرية اختيار المتعاقد معها والذي سيتولى تنفيذ المشروع وتشغيله وادارته وفى ذات السياق فانه يتمتع على الملزم ان يتنازل عن العقد للغير وان يجرى اتفاقا معه من الباطن يؤدي هذه النتيجة دون موافقة الجهة الادارية مانحة الالتزام

٢- **حق توقيع جزاءات على الملتزم:** اذا ما اخل الملتزم بالعقد أو بالتعديلات التى أدخلتها جهة الادارة على العقد او على نصوصه اللاتحوية فمن حق جهة الادارة توقيع الجزاءات بالارادة المنفردة ودون حاجة الى استصدار حكما بذلك من القضاء مثل توقيع الغرامات بانواعها المختلفة والمنصوص عليها فى العقد أو سحب الالتزام بما يؤدى الى نهايته قبل نهاية مدته وهذا يعد من اخطر الجزاءات لانه يفترض ان يكون الملتزم قد ارتكب خطأ جسيماً كما يتميز هذا الجزاء بوجوب انذار الملتزم قبل توقيعِهِ وهنا فلا مجال للتعويض لكون الانهاء جاء كجزاء مشروع.

٣- **حق جهة الادارة فى انهاء العقد لدواعى المصلحة العامة:** هو اجراء تقوم به جهة الادارة مانحة الالتزام بالارادة المنفردة وذلك استجابة لدواعى المصلحة العامة حيث تقوم الادارة فى هذه الحالة باسترداد المرفق من الملتزم قبل انتهاء المدة المتفق عليها مع تعويضه عما يلحق به من اضرار ومتى استردت الجهة مانحة الالتزام المرفق فانها تحل محل الملتزم فى كل ما يتعلق بالمرفق من التزامات تقتضيها ادارة المرفق بانتظام واضطراد

والجدير بالذكر انه اذا ما كان هناك شرط متعلق بتجديد مدة الالتزام ويندرج ضمن الشروط التعاقدية التى لا يجوز للادارة تعديلها بارادتها المنفردة فان ذلك لا يعنى التأثير فى امكانية الانهاء المبسر للعقد بالارادة المنفردة بل يعنى انه لا تستطيع الادارة ان تنهى العقد اذا كان الملتزم يفى بكل التزاماته على النحو المطلوب والادارة تمارس ذلك تحت رقابة القضاء وتتمتع الادارة بامتياز فى عقودها الادارية يتمثل فى قدرتها على انهاء العقد الادارى بارادتها المنفردة قبل اتمام المدة المتفق عليها ودون ان يصدر اى خطأ من جانب المتعاقد وهو حق ينافى جميع ضوابط ومعايير عقود القانون الخاص لكن الامر فى العقود الادارية يتطلب وجود مثل هذه الصلاحيات غير المألوفة فى علاقات القانون الخاص لكون تلك العقود لا تتغى الا الصالح العام لذا كان لجهة الادارة ان تنهى العقد بالارادة المنفردة ودون خطأ من جانب المتعاقد كلما قدرت الادارة ان الصالح العام يقتضى ذلك

٤- **حق الجهة الادارية فى استرداد المشروع:** يجب ان يقوم الملتزم بتسليم المشروع لجهة الادارة المتعاقدة عقب انتهاء المدة المتفق عليها صالح للتشغيل وبحالة جيدة

٥- حق الإدارة فى الرقابة والتعديل:

- حق الجهة الادارية فى الرقابة:

يعتبر حق الرقابة على انشاء وإدارة المرافق العامة من الحقوق الاساسية التى تتمتع بها جهة الادارة فى العقود الادارية وحق الرقابة يعنى التحقق من المتعاقد ينفذ العقد تنفيذا صحيحا متفقا مع شروط العقد حيث تنص المادة ٧ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البنية الاساسية والخدمات موضوع الالتزام وسيره من الناحية الفنية والمالية وللادارة ان تعهد لاي جهة تراها مناسبة لممارسة هذه الرقابة او تشكيل لجنة تختص بذلك.

كما ان الامر يتعلق بمرفق عام فلا بد ان يخضع لاشراف الادارة بهدف التأكد من سير المرفق للجمهور بانتظام فى حدود الغرض الذى قام من اجله ويثبت هذا الحق للجهة الادارية حتى ولم يرد به نص صريح فى عقد الالتزام فى تراقب مى دقة تنفيذ العقد وكذلك تراقب عدم تجاوز المتعاقد للرسوم المتفق عليها نظير الخدمة المقدمة للجمهور بل ويجب على الملتزم ان يمكن الادارة من القيام بهذا الدور وعليه تقديم كافة المعلومات والبيانات. ولهذه الرقابة اهمية خاصة لانها تتعلق بمشروعات ذات مدد طويلة.

كما ان حق الدولة فى الرقابة لا يمتد الى تغيير شروط التعاقد وبنوده مثل ما قامت به الجهة الادارية فى عقد البوت الخاص بانشاء مطار العلمين من الزام شركة المشروع بانشاء وحدة حسابية للدولة بالمطار لمتابعة الاعمال المالية مع امدادها بكافة البيانات اللازمة

مما سبق يتضح لنا ان الرقابة الفعلية التى تقوم الجهة الادارية فى عقود البوت تؤدى الى منع شركة المشروع من اساءة التصرف وبما يؤدى الى الحفاظ على مصالح الدولة لذا فاننا نشدد على ضرورة تمسك الدولة بالنص على هذا الحق فى جميع عقود البوت التى تبرمها الدولة بل ولو لم يرد نص فان هذا الحق يطبق فعليا دون حاجه الى نص

- حق الجهة الادارية فى التعديل:

اى انه يحق للجهة الادارية ان تغير الالتزامات الملقاة على عاتق شرطة المشروع بما يؤدى الى الزام شركة المشروع بالتزامات لم تكن واردة بنصوص العقد حيث تنص

المادة ٩ من القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ أنه (لمانح الالتزام متى اقتضت المنفعة العامة ان يعدل من تلقاء نفسه اركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله مع مراعاة حق الملتزم فى التعويض ان كان له محل) كذلك فى عقود البوت تملك الادارة حق التعديل بالارادة المنفردة اذا كان هناك ضرورة ومصلحة عامة فى ذلك اى اذا كان لجهة الادارة حق التعديل فالشركة المتعاقدة لها حق التعويض ومن جانبنا ان لجهة الادارة ان تجرى اى تعديل للالتزامات بالعقد شريطة الا يؤدى الى ارهاق الطرف المتعاقد والا كان للمتعاقد الحق فى اقتضاء التعويض نظير هذا الارهاق

ولكننا نؤكد على انه ليس من حق جهة الادارة القيام باى تعديلات من شأنها

- ١- حدوث تغير تام فى العقد وفى الالتزامات الملقة على عاتق المتعاقد
- ٢- ان تكون التعديلات من شأنها ان تجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته امرا مستحيلا

ثانيا:- التزامات جهة الادارة تجاه المتعاقد معها فى عقود البوت

- ١- سن التشريعات لتنشيط الاستثمار الاجنبى
 - ٢- تنفيذ الدولة لعقود البوت اخذا بمبدأ حسن النية
 - ٣- احترام شروط العقد
 - ٤- تعويض المتعاقد عند قيام الجهة الادارية باى تعديلات من شأنها ان تؤدى الى ارهاق المتعاقد ماليا
 - ٥- تمكين شركة المشروع من تنفيذ المشروع بتسليمها موقع المشروع خاليا من ثمة اشغالات. وهو ما حدث مع الهيئة العامة للنقل النهري والشركة المصرية لخدمات النقل والتجارة (ايجبتراس) لبناء وتشغيل ميناء أثر النبی النهري وتحويله الى نظام خاص للنقل النهري حيث اقام العديد من المواطنين دعاوى أمام محكمة القضاء الادارى لمنع تسليم المشروع للشركة المتعاقدة مع الدولة وهو ما رفضته المحكمة وترتب على ذلك قيام الدولة بتسليم ارض المشروع خالية من الشواغل والموانع وعند انتهاء المدة المتفق عليها بالعقد تقوم شركة المشروع بنقل ملكية الارض للدولة.
 - ٦- التزام جهة الادارة بتبسيط الاجراءات الادارية والقانونية لتشجيع الاستثمار وتطويره
- نذكر منها:-**

- تقديم المشورة وتوفير المعلومات للمستثمرين
- تسليم موقع المشروع خالى

- تسهيل اجراءات التسجيل والموافقات والتصاريح والتراخيص اللازمة لانشاء وإدارة المشروع
- تلتزم الجهة الادارية بتنفيذ العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه مع الملتزم
- تمكين شركة المشروع من استغلاله وتحصيل الرسوم المتفق عليها من جمهور المنتفعين
- احترام الملكية الخاصة عملا بنصوص الدستور

المطلب الثانى

حقوق والتزامات شركة المشروع فى عقود البوت

الفرع الاول

حقوق شركة المشروع

- تتمتع شركة المشروع بالعديد من الحقوق منها ما يتعلق بحصولها على المقابل المالى نظير اداء الخدمة ومنها ما هو متعلق بمنع الضرر الذى يلحق بها (الظروف الطارئة) وحققها فى اقتضاء التعويضات ان كان لها مقتضى ومسوغ قانونى كما انها تتمتع بمزايا وضمانات الاستثمار وتستمد شركة المشروع هذه الحقوق من القانون والعقد

اولا:- الحصول على المقابل المالى للمشروع

- المقصود بالمقابل المالى هنا الرسوم التى يحصل عليها المتعاقد نظير الخدمة التى يؤديها للجمهور عن طريق المرفق العام ويتم تحديد رسوم الخدمة على اساس تعريفية الاسعار التى ينص عليها فى عقد الامتياز حيث يقوم الملتزم (شركة المشروع) ببناء المرفق وتزويده بكافة المعدات والالات وصيانة المبنى وادارته وتقديم الخدمة المطلوبة للجمهور والغاية من ذلك هو استثمار رأس المال بما يؤدى الى تحقق النفع لشركة المشروع وتحقيق فائض من الارباح وتحصل شركة المشروع على هذا المقابل المالى من خلال الرسوم التى تقوم شركة المشروع بتحصيلها من جمهور المنفعين وهذا المقابل المادى الذى انفقته شركة المشروع يدخل فى نطاق الشروط التعاقدية ولا تستطيع الدولة بمفردها تعديلها دون موافقة المتعاقد معها لذا فانه يجب على الدولة الا تقوم بهذا الاجراء بالارادة المنفردة والا كانت هناك مؤلبية تقع عليها جراء هذا التعديل ولشركة المشروع ان تطالب بالغاء هذا التعديل بل والحصول على تعويض عن هذا الاجراء
- والواضح ان شركة المشروع لا تحدد الرسوم التى تقوم بنحصيلها نظير الخدمة التى تؤديها من تلقاء نفسها بل ان ذلك يكون ضمن الشروط التعاقدية والاتفاق بين

شركة المشروع والدولة حيث ان شركة المشروع تقوم بانفاق اموال طائله فى انشاء المشروع واستغلاله وادارته ومن غير المعقول ان تنفرد الادارة بتعديل قيمة الرسم واذا ما رأت الجهة الادارية المتعاقدة ان سعر الخدمة ورسمها مغالى فيه قامت بشراء الخدمة من شركة المشروع وتقديمها للجمهور بالسعر الذى تراه مناسباً

بل ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لها طبيعة خاصة من حيث انه لا يجوز ان تطبق عليها القاعدة التى تنص على عدم جواز ان تزيد حصة الارباح عن مقدار ١٠% لذا كان من الضرورى وضع قواعد تجذب الاستثمار والمستثمرين مثل قاعدة عدم التقييد بحاجز ١٠% وان يكون لها الحق فى الحصول على المقابل المالى الذى يعد بالنسبة لشركة المشروع حقا كما انه يأخذ صورة الالتزام من جانب الجهة الادارية المتعاقدة بل هو من اهم واول الالتزامات التى تقع على عاتقها تجاه المتعاقد معها ويكون ذلك فى صورة الرسوم التى تحصل عليها شركة المشروع من المنتفعين بخدمات هذا المشروع مقابل الخدمة المقدمة اليهم ويجب ان تغطى هذه الرسوم النفقات التى انفقها الملتزم لانشاء وتشغيل وادارة وصيانة المشروع فضلا عن تحقيق قدر معقول من الارباح.

ونصت المادة ١٢ من القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ الخاص بالترخيص بأنشاء الطرق العامة وادارتها واستغلالها وصيانتها نصت على انه (يجوز منح التزام المرافق العامة للمستثمرين المحليين والاجانب اشخاص طبيعىة واعتبارية وذلك لانشاء طرق سريعة او حرة او رئيسية وادارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقييد بأحكام القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فى شأن التزامات المرافق العامة) وهو الامر الذى يخول مزايا متعددة للملتزم لعل اهمها حقه فى الحصول على المقابل المالى (الرسم) دون التقييد باحكام القانون سالف الذكر اى دون التقييد بحق الجهة الادارية فى تعديل قوائم الاسعار بالارادة المنفردة كما انه يترتب عليه عدم التقييد بالنص الخاص بعدم زيادة الارباح عن ٣٠% من رأس المال بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال وعليه فانه لا يجوز للجهة الادارية مانحة الالتزام (مجلس الوزراء) ان يعدل هذا الرسم دون موافقة شركة المشروع^(٣٨).

(٣٨) د. سعاد حسنى- التنظيم التشريعى لعقود البوت فى القانون المصرى- المجلة القانونية لكلية الحقوق جامعة عين شمس مرجع سابق الاشارة اليه ص ١٩٨٩

كما ان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ الخاص بأنشاء وتشغيل وإدارة محطات الكهرباء (هيئة كهرباء مصر) قد نص فى المادة السابعة منه على انه (يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وتوليد الكهرباء دون التقييد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بشأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة) وبالتالي يحق منح الترخيص لشركات خاصة أو اجنبية فى مجال انشاء محطات الكهرباء وتشغيلها وصيانتها وهى مشاريع تحتاج الى اموال طائلة وتكنولوجيا عالية متطورة ومعدات خاصة ما يستلزم معه تشجيع الشركات الاستثمارية بتحريرها من قيود الحد الاقصى للربح بمقدار ١٠% المحددة بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وكذلك قيد سلطة الادارة فى التعديل بالارادة المنفردة ونظرا للخدمات التى سوف تنتجها شركة (انترجن سيدى كرير) لتوليد الكهرباء سوف تكون ذات سعر على وغير مناسب مع محدودى الدخل و تملك الادارة تعديله وفقا للقانون قامت هيئة كهرباء مصر بابرار عقد لشراء القوى الكهربائية من شركة كهرباء انترجن سيدى كرير واعادة بيع المنتجات للجمهور بسعر اقل وذلك لدعم الشركة من جهة وعدم ركود بضاعتها من جهة اخرى ولدعم محدودى الدخل بتوفير السلعة لهم بسعر مناسب من ناحية اخرى^(٣٩).

كذلك القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ الخاص بأنشاء الموانى العامة او التخصصية او الارصفة المتخصصة فى الموانى القائمة وادارتها واستغلالها فى الموانى القائمة وادارتها واستغلالها وتحصيل مقابل استخامها وكذلك القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وارضى البترول حيث قرر فى المادة الرابعة من القانون ٢٢ لسنة ١٩٩٨ (مع عدم الاخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على المياه الاقليمية والانظمة الخاصة بشأن الموانى والسفن يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم اشخاص طبيعيين او اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء موانى عامة أو أرصفة متخصصة وادارتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل ذلك دون التقييد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والقانون رقم ٦١

(٣٩) د. حسن هندأوى - مشروعات البوت دار النهضة العربية - القاهرة ٢٠٠٧ ص ٢٣٨

لسنة ١٩٩٨ كذلك القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى البترول وذلك دون التقييد بأحكام رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ وعليه فقد تم إنشاء عدد من المطارات فى مصر مثل مطار العلمين ورأس سدر ومرسى علم حيث تم الاتفاق فى العقود المبرمة والدفاتر الملحقة على كيفية تحصيل المقابل المالى الذى تحصل عليه شركة المشروع نظير إنشاء وتشغيل وإدارة المطارات بما لا يتعارض مع قانون رسوم الطيران المدنى رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ لضمان عدم المنافسة هذا ويجب ان نعلم ان هذه القوانين الاربعة تقتصر فقط على ما ورد بها من مشروعات ولا تمتد لغيرها من المشروعات الاخرى الا اذا صدر قانون ينظم هذه المشروعات

لذا فاننا قد نادينا وما زلنا ننادى بضرورة صدور تشريع موعّد ينظم القواعد العامة لجميع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

ثانياً:- حق شركة المشروع فى الحفاظ على التوازن المالى للعقد

منذ عام ١٩١٠ ابتكر مجلس الدولة الفرنسى ما يسمى بفكرة التوازن المالى للعقد الإدارى وتقوم هذه الفكرة على ان الجهة الادارية المتعاقدة مسؤولة عن عدم وجود خلل فى التوازن بين طرفى العقد او ارهاق مالى من شأنه ان يجعل تنفيذ المتعاقد للعقد ولا التزاماته مرهقا ماليا

وبما ان من اهم سمات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هو كونها عقود طويلة الاجل تتطوى على مدد قد تصل الى ثلاثون عاما وبالتالي فقد يحدث او غالبا ما يحدث خلل فى التوازن المالى لتلك العقود اثناء التنفيذ وفى الغالب فان هذا الخلل دائما ما يكون نتيجة مخاطر ادارية او ظروف سياسية او اقتصادية بحيث تؤدى الى زيادة الاعباء المالية للمتعاقد مع الادارة الى حد يهدد بتوقفه عن الوفاء بالتزاماته مما يؤدى الى اختلال سير المرفق العام محل العقد وبالتالي يكون لازما على جهة الادارة تعويض المتعاقد وجبر الضرر الواقع عليه او ما يسمى باعادة التوازن المالى للعقد

لذا فانه قد تم توفير مجموعة من الضمانات لجميع المستثمرين فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية نوجزها فيما يلى:-

١- ما نصت المادة الثامنة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ من انه (لا يجوز تأميم شركة المشروع او مصادراتها)

- ٢- لا يجوز فرض الحراسة بالطريق الإداري على شركة المشروع أو الحجز على أموالها أو التحفظ عليها أو تجميدها لكن يجوز فرض الحراسة بمقتضى حكم قضائي)
- ٣- وفقا لاحكام القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧ لا يجوز لاية جهة ادارية التدخل فى تسعير منتجات الشركة او تحديد ارباحها
- ٤- لا يجوز لاية جهة ادارية الغاء او ايقاف الترخيص بالانتفاع بالعقارات التى رخص الانتفاع بها للشركة الا فى حالة مخالفة شروط الترخيص
- ٥- لشركة المشروع الحق فى تملك اراضى البناء والعقارات المبنية اللازمة لمباشرة نشاطها والتوسع فيه ايا كانت جنسية الشركاء وهو ما نص عليه القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧
- ٦- تعفى ارباح شركة المشروع من الضريبة على إيرادات النشاط التجارى والصناعى او الضريبة على الارباح وذلك لمدة خمس سنوات تبدأ من أول سنة مالية تالية لبداية الانتاج او مزاولة النشاط وتزيد مدة الاعفاء الى عشر سنوات اذا اقيم المرفق داخل المناطق الصناعية الجديدة او المناطق النائية وتزيد مدة الاعفاء الى عشرين عام اذا كان المرفق خارج الوادى القديم
- ٧- تعفى من ضريبة الدمغة ومن رسوم التوثيق والشهر العقارى عقود تأسيس الشركات وعقود القرض والرهن المرتبط بأعمالها وذلك لمدة ثلاث سنوات من تاريخ القيد بالسجل التجارى أما ما يبرم بعد مدة الثلاث سنوات فانه يخضع للضريبة والرسوم
- ٨- تتمتع شركة المشروع بالاعفاءات الجمركية والخاصة بتحصيل ضريبة جمركية بفئة موحدة مقدارها ٥% من القيمة على جميع ما تستورده الشركة من الات ومعدات واجهزة لازمة للمشروع وفقا للقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧

الفرع الثانى

التزامات شركة المشروع

يترتب على ابرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ما بين الادارة المتعاقدة وشركة المشروع مجموعة من الالتزامات التى تقع على عاتق الشركة المتعاقدة سواء اكانت هذه الالتزامات خاصة بالمشروع محل التعاقد او الالتزامات التى تكون من التعاقد تجاه الادارة المتعاقدة

وعلى ذلك فإننا سوف نتناول التزامات شركة المشروع من حيث:-

أولاً:- الالتزامات المتعلقة بالمشروع

ثانياً:- التزامات المتعاقد تجاه الجهة الادارية المتعاقدة

أولاً

الالتزامات المتعلقة بالمشروع

- تتعدد الالتزامات التى تقع على عاتق شركة المشروع والمستثمر والخاصة بالمشروع ذاته سواء من حيث انشائه وفقاً للمواصفات المتفق عليها وخلال الجدول الزمنى المتفق عليه وتزويد المشروع بالالات والمعدات اللازمة للتشغيل وتوفير مصادر للتمويل دون الاعتماد على السوق المحلى والتزامها كذلك بتنفيذ المشروع وصيانته بنفسه وتسليم المشروع عقب انتهاء المدة المتفق عليها بحالة جيدة

١- الالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها خلال الجدول الزمنى المحدد

تلتزم شركة المشروع بإنشاء المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها بل وتلتزم بتوفير مصادر التمويل اللازمة له أيضاً حسب الشروط المتفق عليها مع الجهة الادارية المتعاقدة وخلال الجدول الزمنى المحدد وهذه الالتزامات هى الالتزامات الأكثر أهمية لشركة المشروع وعليه فإنها تكون ملتزمة ب:-

أ- الالتزام بإنشاء المشروع حسب المواصفات والشروط المتفق عليها مع الجهة الادارية المتعاقدة

ب- الالتزام بالمدة الزمنية المحددة للمشروع

ت- التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع بنفسها

أ- الالتزام بإنشاء المشروع حسب المواصفات والشروط

المتفق عليها مع الجهة الادارية المتعاقدة

- يرتب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على شركة المشروع واجب القيام بإنشاء المشروع محل العقد حسبما تم الاتفاق عليه من الشروط مع الادارة وهو التزام بتحقيق نتيجة لذا فان عملية التصميم والانشاء يجب ان تتم على نحو يمكن المشروع من تحقيق اهدافه والاغراض التى اقيم من اجلها والا تحملت شركة المشروع المسؤولية حال عدم تحقق هذه النتيجة ولا يكفى ان تقوم الشركة باثبات انها قد بذلت العناية اللازمة^(٤٠).

(٤٠) د. سعاد حسنى - التنظيم التشريعى لعقود البوت - مرجع سابق الاشارة اليه ص ١٩٨٥

- ونتيجة الالتزام بإنشاء المشروع طبقا للشروط المتفق عليها فإن هذا الالتزام يتضمن عدة عمليات تقوم بها شركة المشروع من أجل إنشاء المشروع أو المرفق العام لعل من أهم هذه العمليات^(٤١).

الدراسات الأولية/ ومنها اعداد التصميمات والرسوم لابنية المرفق وتحديد احتياجاته من الاجهزة والمعدات اللازمة للتشغيل وتحديد اعداد العاملين
تشديد الابنية والمنشآت/ يجب ان تجرى عملية تشييد المرفق والبناء وفقا للمواصفات المتفق عليها

ووفقا للرسومات والتصميمات الواردة بالعقد والمتفق عليها مسبقا ويجب على المستثمر وشركة المشروع ان تقوم بأعداد كل ما يلزم لعملية البناء على نفقتها وتوفير اليد العاملة للبناء والتشييد والفنيين للإشراف وهى عملية تشمل إصدار التعليمات والتوجيهات ومتابعة تنفيذ هذه التوجيهات^(٤٢).

والعقد المبرم ما بين شركة المشروع والدولة عادة ما يعطى الحق للدولة فى ان تقوم بأجراء بعض التعديلات فى التصميمات الخاصة بالبناء والتشييد كإلغاء أو إضافة أجزاء جديدة الى البناء لكن هذا الحق ليس مطلقا بل ان العقد يحرص على وضع حد معين لمثل هذه التعديلات بحيث لا تصل الى درجة التغيير الكلى و الجوهرى فى هذه التصميمات كأن ينص العقد على ان لا تتجاوز نسبة التعديل ١٥% وفى بعض الاحيان ١٠%. وفى المقابل فإن العقد يمنح شركة المشروع الحق فى اجراء التغييرات على التصميمات والرسومات الاصلية اذا ظهر لها خلال عملية البناء وجود عيوب فنية والسبب فى ذلك ان التزام شركة المشروع قائم على اساس اقامة مشروع صالح للغرض المبين فى العقد مما يستوجب اضاء شئ من المرونة فى عملية بناء المشروع وفقا للرسومات المعتمدة

^(٤١) هانى سرى الدين- التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع

الخاص- ٢٠٠١

^(٤٢) وليد مطفى الطراونة- التزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت- رسالة ماجستير- جامعة الشرق

الوسط ٢٠١٤ ص ٦٤

تزويد المشروع بالمعدات والاجهزة اللازمة للتشغيل/

يجب على شركة المشروع عقب التعاقد وانشاء المشروع وفقا للشروط والضوابط المتفق عليها ان تقوم بتزويد المشروع بالالات والمعدات والاجهزة اللازمة للتشغيل اذ ان المشاريع التى يتم انشاءها وفقا لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية غالبا ما تحتاج الى العديد من الاجهزة والمعدات وهو يجب ان تلتزم به شركة المشروع او المستثمر كل ذلك وفقا لما هو منصوص عليه بالعقد المبرم بين الطرفين ويتم اضافة هذه الاجهزة والمعدات ببيان ملحق بالعقد على انه رغم عدم وجود حصر لتلك الاجهزة الا انه يجب ان تكون هذه الاجهزة والمعدات تكفى لتشغيل المرفق وان تكون بحالة جيدة منذ بداية المشروع الى حين ان تقوم الجهة الادارية المتعاقدة باستلام المشروع وان تتعهد شركة المشروع او المستثمر هذه الاجهزة والمعدات بالصيانة الدورية لضمان حسن ادائها لدورها بالمشروع

ب- الالتزام بالمدة الزمنية المحددة للمشروع

- تلتزم شركة المشروع بالانتهاء من انشاء المشروع والبدء فى تشغيله وفقا للجدول الزمنى والمدد المتفق عليها بالعقد لا سيما وان المشروع تم التعاقد عليه لتقديم خدمات عامة لجمهور المنتفعين الامر الذى يجعل جهة الادارة تضمن عقودها نصوصا تحدد هذه المدة والتى يجب على شركة المشروع الالتزام بها بل انه لو فرض جدلا انه لم يتم النص على ذلك بالعقد فان شركة المشروع تلتزم بالتقييد بالمدة المعقولة والتى اذا ما تجاوزتها يعد ذلك اخلافا من شركة المشروع وعندئذ تلتزم بدفع غرامات التأخير المتفق عليها

وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية وبالتالي فان ادعاء شركة المشروع بانها قد بذلت عناية الشخص المعتاد لانجاز المشروع فى الوقت المحدد لا يعفيها من المسؤولية عن اى تأخير يحدث منها بل يجب عليها كى تنفى المسؤولية ان تثبت وجود قوة قاهرة او حادث مفاجئ او فعل الغير كما ان وجود القوة القاهرة او الحادث الفجائى او فعل الغير لا يجب ان يكون مصحوبا باى خطأ من جانب شركة المشروع^(٤٣).

^(٤٣) عبدالرازق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى- الجزء السابع- العقود الواردة على عمل-

مؤسسة روزاليوسف- القاهرة ١٩٨٩ ص ٩٦

ج- التزام شركة المشروع بتنفيذ المشروع بنفسها

- عند وجود رغبة لدى جهة الادارة فى التعاقد مع شركة او مستثمر معين فانه تأخذ فى الاعتبار ما لدى الشركة او المستثمر من خبرات وسابقة اعمال تمكنه من تنفيذ المشروع وتشغيلة وادارت وصاينته على اكمل وجه اذ ان الامر يتعلق بمرفق عام حيوى ويكون اختيار جهة الادارة للمتعاقد معها بناء على خبراته الفنية وقدراته المالية والتكنولوجية لذا صار لازما على الشركة التى تم التوصل لاتفاق وتعاقد معها ان تتولى ذلك بنفسها

- ودائما ما نجد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تنص على ان تقوم الشركة المتعاقد معها بالتنفيذ كما انه يرد بالعقد ايضا حظر بمنع التنازل عن كل او بعض المشروع الا بعد اخذ موافقة الجهة الادارية المتعاقدة لذلك فان هذا الاجراء من جانب المتعاقد يصعب تنفيذه على ارض الواقع بل ويحظر ذلك صراحة بالتنازل عن كل او بعض المشروع او خلسة بالتعاقد من الباطن مع الغير

التعاقد من الباطن

- قد تقوم شركة المشروع بالاتفاق مع الغير من اجل القيام بتنفيذ جزء من التزاماتها التعاقدية وهو امر يكون فى العقود التى تنطوى على مجموعة من الاعمال المختلفة والمتعددة فاذا ما حصلت الشركة المتعاقدة على موافقة الجهة الادارية المتعاقدة وهذه الموافقة قد تكون صريحة او ضمنية وان الهدف من هذه الموافقة هو اضافة الشرعية على هذا الاجراء الذى يعد فى الاصل اجراء غير مشروع

- ولكن لا يجب ان يفهم من موافقة الجهة الادارية على قيام المتعاقد معها (المستثمر او شركة المشروع) بالتعاقد من الباطن انه قد اصبحت هناك اى علاقة تربط الجهة الادارية بالمتعاقد من الباطن بل تظل العلاقة قاصرة على طرفى العقد الجهة الادارية والمتعاقد معها ولا يجوز الاحتجاج بهذا التنازل او التعاقد من الباطن فى مواجهة الادارة

- الا اننا نستطيع ان نؤكد على انه فى حالة وجود تنازل او تعاقد من الباطن بين المستثمر والغير ولم يصدر عن الجهة الادارية موافقة على التعاقد من الباطن فان هذا التعاقد يصبح خطأ جسيما يستوجب فسخ العقد بل انزال الجزاءات المقررة فى حق المتعاقد معها لمخالفته بنود العقد

- وفى جميع الاحوال يظل المتعاقد او المستثمر او شركة المشروع هو المسؤول امام الجهة الادارية عن تنفيذ بنود العقد ولا يجوز ان يتم تفسير موافقة الجهة الادارية على قيام المتعاقد معها بالتنازل جزئيا عن العقد ان هناك ثمة علاقة بين الجهة الادارية والمتعاقد من الباطن اذ يظل فى جميع الاحوال المتعاقد الاصلى هو المسؤول عن تنفيذ جميع بنود العقد منذ بداية التعاقد حتى نهايته

التنازل عن العقد

- الالتزام الواقع على المتعاقد مع الجهة الادارية بتنفيذ العقد هو التزام شخصى يترتب عليه عدم جواز التنازل عن العقد بل وعدم انتقال العقد الى ورثة المتعاقد نفسه بعد وفاته الا فى نظام الحسابات الخاصة بالديون التى تنشأ عن العقد

- والتنازل عن العقد هو تصرف قانونى يبرمه المتعاقد مع الغير ويؤدى الى احلال الغير محله فى اداء الالتزامات واكتساب الحقوق التى تنشأ عن العقد المبرم بينه وبين الادارة^(٤٤).

- ويعد التنازل عن العقد اهدارا لقاعدة الاعتبار الشخصى وبالتالي فانه لا يحق للمتعاقد مع الادارة ان يتنازل عن العقد او ان يحل الغير محله لتنفيذ التزاماته التى تترتب بحقه جراء العقد كلها او بعضها والسبب فى ذلك ان اقدام الادارة على اختيار المتعاقد معها قائم على اعتبارات شخصية تتعلق بقدرته المالية ومن هنا فان تنازله عن العقد لحساب غيره يؤدى الى الاخلال بهذه الاعتبارات^(٤٥).

- اما بشأن اختيار شركة المشروع التى تتولى اقامة المشروع او المرفق العام فان ذلك يتم ذلك يتم فى اطار المنافسة والعلانية وهى عملية تدخل فى اعتبارات الكفاءة والقدرة المالية والفنية فضلا عن ذلك النوع من العقود (البناء والتشغيل ونقل الملكية) نظرا لكونها من العقود التى قد يمتد مداها الزمنى الى ثلاثون عاما وهو الامر الذى يزيد من اهمية الاعتبار الشخصى فى تنفيذ تلك العقود وما يترتب على ذلك من وجوب قيام شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها وبالتالي عدم جواز التنازل عن العقد أو التصرف فيه

^(٤٤) جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد

الالتزام - مرجع سابق الاشارة اليه ٢٠١٠ ص ١٣٤

^(٤٥) محمد سعيد حسين امين - المبادئ العامة فى العقود الادارية - دار الثقافة الجامعية ١٩٩١ ص ٥٦

بأى شكل يؤدي الى احلال شركة اخرى محلها لكن فلى الحالات التى ترى فيها جهة الادارة ان التنازل عن العقد من قبل شركة المشروع يؤدي الى تحقيق مصلحة الادارة وجمهور المنفعين فان التنازل فى هذه الحالة يعتبر جائزا متى اقترن ذلك بموافقة جهة الادارة وقبولها الصريح ذلك لكون هذه القواعد تتصل بالنظام العام^(٤٦).

٢ - الالتزام بتشغيل المشروع وصيانته

بعد ان تقوم شركة المشروع بانشاء المشروع يقع عليها التزام بتشغيل المشروع والتعهد بالقيام باعمال الصيانة الدورية له وعليها ايضا تدريب العاملين بالمشروع تدريباً يجعلهم قادرين على تشغيل المشروع بكفاءة واقتدار

أ/ التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع

ب/ التزام شركة المشروع بصيانة المشروع

ج/ التزام شركة المشروع بتدريب العاملين

أ/ التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع

- يعتبر الالتزام بتشغيل المشروع هو من اهم الالتزامات التى تقع على عاتق شركة المشروع اذ يعد التشغيل أمراً جوهرياً بالنسبة للشركة التى تم التعاقد معها من اجل اقامة المشروع او المرفق العام اذ من خلال عملية التشغيل تستطيع الشركة استرداد ما انفقته من اموال فى بناء المشروع وتزويده بالمعدات والاجهزة اللازمة وكذلك تحقيق قدراً من الربح بل ولا تقل اهمية عملية التشغيل بالنسبة للدولة اذ ان الخدمة التى يؤديها المشروع هى هدف الجهة الادارية من التعاقد كما ان الكيفية التى يتم بها التشغيل لها اهمية بالغة وتلعب دوراً هاماً وتؤثر بشكل كبير على تنفيذ الشركة لالتزاماتها

- ويحق للجهة الادارية المتعاقدة وللدائنين التأكد من ان عملية تشغيل المشروع وصيانته تسير وفقاً لما تم الاتفاق عليه وبحسب المعايير المدرجة بالعقد والتى غالباً ما يتوضع فى جداول تتضمن المواصفات والمعايير المطلوبة فى عملية التشغيل ويجب على شركة المشروع ان تتقيد بالمواصفات الفنية للتشغيل الامثل والالتزام بجميع القوانين والانظمة بل لاويجب عليها مراعاة قواعد السلامة والامان اثناء عملية التشغيل

^(٤٦) جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام - دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد

الالتزام - مرجع سابق الاشارة اليه ٢٠١٠ ص ١٣٥

- هناك العديد من القواعد التى ترتبط بعملية تشغيل المشروع وإدارته فإذا تعلق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بمرفق عام يؤدى خدمة للجمهور فإن هناك قواعد أساسية تتصل بسير المرفق العام يتوجب على شركة المشروع ان تراعى الالتزام بهذه القواعد^(٤٧). ولقد استق الرأى سواء فى فؤنسا او الدول الاخذة عنها على ضرورة اخضاع المرافق العامة لمجموعة من القواعد الاساسية والتى تمليها الاعتبارات العملية والعدالة الاجتماعية قبل كل شىء بل ان هذه القواعد تعرف بقانون المرفق العام وهى:-

القاعدة الاولى/ قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد

القاعدة الثانية/ قاعدة المساواة امام المرفق العام

القاعدة الثالثة/ قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير

وسوف نتناول هذه المبادئ الثلاث بشىء من التفصيل على النحو التالى:-

القاعدة الاولى/ قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد

- من المعلوم ان المرافق العامة تهدف الى سد وأشباع حاجات عامة دائمة ومستمرة وبالتالى فانه يجب ان يستمر المرفق فى اداء هذه الخدمات اذ توقفه عن اداء هذه الخدمات يتعارض مع طبيعة ودور المرافق العامة وسواء اكان هذا التوقف مؤقتا او دائما

- اذ انهم فى الغالب الاعم فان المواطنين لا يقومون باتخاذ التدابير والاحتياطات فى تدبير وتأمين حاجاتهم اليومية بغير طريق المرافق العامة بل يطمئنون الى ان كثيرا من شؤونهم وامورهم تدبر من خلال المرافق العامة فلا يتخذون احتياطات منها على سبيل المثال لا الحصر تأمين مياه الشرب أو الكهرباء معتمدين فى ذلك على مرفقى المياه والكهرباء كما ان اغلب الافراد يعتمدون فى تنقلهم داخل المدن على مرفق النقل بانواعه المختلفة من هنا فان اضرار كبيرة قد تلحق الدولة والافراد حال تعطل هذه المرافق العامة ولو لفترة قصيرة^(٤٨).

^(٤٧) وليد مطفى الطراونة- التزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت- رسالة ماجستير- جامعة الشرق

الاوسط ٢٠١٤ مرجع سابق الاشارة اليه ص٧١

^(٤٨) سليمان محمد الطماوى- مبادئ القانون الادارى- مرجع سابق الاشارة اليه ص ٥٠٠

- وبناء على ما تقدم فان فقهاء القانون العام يجمعون على ان قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد تعد من اهم القواعد التى تحكم المرافق العامة وعلى الرغم من هذا الاجماع الفقهى فانه لم يرد نص تشريعى ينص على هذه القاعدة الهامة والخطيرة بل ان الفقه والقضاء يكاد يكون هناك اجماع بينهم على ضرورة واهمية هذه القاعدة

القاعدة الثانية/ قاعدة المساواة امام المرفق العام

- مبدأ المساواة من المبادئ التى تحكم سير المرافق العامة والذى اكدت عليه جميع الشرائع السماوية كما نص الدستور المصرى الصادر عام ٢٠١٤ على هذا المبدأ حيث نصت المادة ٩ منه على (تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، دون تمييز)^(٤٩) كما نصت المادة ١١ منه على المساواة بين المواطنين وبين الرجل والمرأة

- بل ان الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر عن الامم المتحدة عام ١٩٤٨ نص بالمادة الاولى منه على انه (يولد جميع الناس احرارا متساوين فى الكرامة والحقوق وقد وهبوا عقلا وضميرا وعليهم ان يعامل بعضهم بعضا بروح الاخاء)

- ولكن المساواة امام المرافق العامة ليس المقصود بها المساواة المطلقة وهى تلك المساواة التى يستطيع من خلالها جميع الناس من حقهم الانتفاع بالمرافق العامة دون قيد او شرط بل ان المساواة مساواة مشروطه بل هى مساواة بين جميع الاشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط التى يتطلبها المرفق للاستفادة من خدماته والتى يكون تحديدها بموجب القوانين والانظمة المنظمة لعمل المرفق مثل سداد رسوم للانتفاع بالخدمة لذا فان تطبيق هذا المبدأ بين المنتفعين ستوجب ان يكون هؤلاء المنتفعين فى ذات المراكز او نفس الظروف

- وهذا المبدأ مرتبط ارتباطا لا يقبل التجزئة بمبدأ حيادية المرافق العامة وان يكون الهدف الرئيسى من تشغيلها هو تحقيق المصلحة العامة دون النظر لاي اسباب اخرى من شأنها ان تؤدى الى الاخلال بهذا المبدأ

- والاصل ان تكون هذه المساواة بين المنتفعين فى المزايا والاعباء والتكاليف فاذا ما توافرت فى المنتفعين شروط الانتفاع بالخدمة وجب على القائمين على المرفق العام ادائها اليهم

^(٤٩) المادة ٩ و المادة ١١ من دستور مصر الحالى الصادر عام ٢٠١٤ والمعدل عام ٢٠١٩

القاعدة الثالثة/ قاعدة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير

- هذه القاعدة تلغى دورا رئيسا وهاما فى عملية تطوير المرفق العام والارتقاء بمستوى الخدمة التى يقدمها اذ انه ليس من المصلحة العامة ان يظل المرفق العام دون تعديل او تطوير بما يواكب التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة لا سيما اذا كان هذا التطور من شأنه ان يؤدى الى تحسين الخدمات التى تقدم للجمهور .

- وبالبناء على ما تقدم فانه يصبح من حق الجهة الادارية المتعاقدة ان تتدخل فى تنظيمية وتشغيلية وعلاقته بالمنتفعين بل لها ان تتخذ كل ما من شأنه ان يسهم فى الارتقاء بمستوى الخدمات التى يقدمها المرفق ولا يوجد حق مكتسب سواء للمتعاقد او العاملين او جمهور المنتفعين بشأن الابقاء على الاساليب والطرق القديمة التى يقدمها المرفق لان كل هذا من مقتضيات الصالح العام

ب/ التزام شركة المشروع بصيانة المشروع

- مما لا شك فيه ان التزام شركة المشروع بالتعهد بصيانة المشروع هو التزام اصيل والهدف منه هو الحفاظ على المرفق وتسليمه للجهة الادارية المتعاقدة بحالة جيدة وقادرا على مواصلة ادائه للخدمات التى يقدمها لجمهور المنتفعين بصورة منتظمة وهو الامر الذى يحتم على شركة المشروع ان تقوم طوال مدة العقد بالقيام بجميع اعمال الصيانة اللازمة للمرفق حتى يظل المرفق بحالة جيدة بل ان العقد المبرم بين الجهة الادارية وشركة المشروع بل ان هذا الالتزام قائم فى حق شركة المشروع حتى ولم يرد به نص صريح او ضمنى بالعقد اذ انه من الالتزامات التى تقتضيها الاعراف الخاصة بالتعاقدات الحكومية لا سيما فى تلك العقود التى تتطوى على مدد طويلة من الممكن ان يؤدى عدم الالتزام بهذا الالتزام الى الاضرار الجسيم بالمشروع وبمدى قدرته على تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين

ج/ التزام شركة المشروع بتدريب العاملين

- من اهم ما يؤدى الى نجاح اى مشروع هو ان تقوم شركة المشروع بتدريب العاملين بالمشروع وتزويدهم بجميع المهارات العلمية والعملية والفنية اللازمة للقيام بالعمل على اكمل وجه وهذا الامر يتطلب ان تكون هناك خطة للتدريب تشمل على البرامج والتوقيات والمتدربين والمدربين وطبيعة وانواع البرامج زتحليل لاثار التدريب على الموظف والعمل

- بل يقع هذا الالتزام على شركة المشروع بضرورة تدريب العاملين الذين سيقومون بعملية التشغيل والتابعين للجهة الادارية المتعاقدة عقب قيام المتعاقد بتسليم المشروع للدولة كل ذلك حتى يتمكن العاملين من تشغيل المشروع وادارته وصيانته بذات الكفاءة التي كان عليها من قبل اذ ان مناط الامر ان هذا الالتزام مرتبط بالتزام اخر الا وهو ضمان استمرار تقديم الخدمات للجمهور وبنفس الجودة وحسن الاداء الذي كانت عليه اثناء تشغيل المرفق وادارته بمعرفة الملتزم او شركة المشروع

المطلب الثالث

حالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها

الفرع الاول

حالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها

١- الامتناع عن التنفيذ

٢- التأخير في التنفيذ وفقا لمدد المتفق عليها

٣- تنفيذ العقد بالمخالفة لما تم الاتفاق عليه

أولا

الامتناع عن التنفيذ

مما لا شك فيه ان امتناع شركة المشروع عن تنفيذ التزاماتها وفقا لما تم الاتفاق عليه بالعقد المبرم بينها وبين جهة الادارة يعد مخالفة صريحة لما تم الاتفاق عليه ويحق للجهة الادارية المتعاقدة اتخاذ الاجراءات الكفيلة بحفظ حقها بل وتوقيع الجزاءات المنصوص عليها سواء اكانت جاءت ماديوة بتوقيع الغرامات او جزاءات عينية ويعد من قبيل الامتناع عن التنفيذ كأن تقوم الشركة بالامتناع عن تحضير واعداد الوثائق والمستندات والتقنية اللازمة للبدء في البناء او الصيانة وفقا للجدول الزمني المحدد في العقد وبلاستناد لما تم التوافق عليه من معايير ويعد من قبيل الاخلال بالالتزامات التعاقدية امتناع الشركة المتعاقدة مع الادارة عن تزويد الدولة بالمستندات المطلوبة من اجل تمكين الادارة من اجراء الرقابة والاشراف على تنفيذ المشروع في كافة مراحله

ثانيا

تنفيذ العقد بصورة مخالفة لما تم الاتفاق عليه مع الجهة الادارية

- توجب العقود بشكل عام على اطرافها تنفيذ بنود وشروط العقد وفقا لما تم الاتفاق عليه بالعقد واى مخالفة أو اخلال بهذه البنود او الشروط يجعل تنفيذ الالتزام معيبا وتشكل اخلالا بالالتزامات الناشئة عن العقد كأن يتم بناء المرفق على وجه يخالف ما تم الاتفاق عليه من مواصفات محددة بالعقد او ان تقوم شركة المشروع بتحديد أسعار تتجاوز السقف المسموح به بالعقد.

- ولكن السؤال الذى يطرح نفسه هو ما الجزاء الذى يترتب على التنفيذ المعيب؟
تمتلك الجهة الادارية مجموعة من السلطات حيال هذا التنفيذ المعيب من قبل المتعاقد لعل من اهمها هو حقها فى الرقابة على سيرالعمل للوقوف عما اذا كان يتم وفقا للاتفاق المبرم بين الطرفين وهل يتم التنفيذ وفقا للشروط والمواصفات المتفق لاعليها ام لا. فاذا ما تبين ان الشركة قد اخلت بهذه الشروط والمواصفات فانه يحق عندئذ للجهة الادارية ان تتدخل لاييقاف شركة المشروع عن المضى قدما فى تلك الاعمال المعيبة والتي تتنافى مع ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين. وهنا يجب ان نميز بين فرضين
الفرض الاول/ ان يكون امر تتدرك العيب اصبح مستحيلا ولا يمكن اصلاح طريقة تنفيذ الالتزام الا بهدم المشروع وهنا يحق للجهة الادارية ان تطلب فسخ العقد لمخالفة شركة المشروع للشروط المتفق عليها

الفرض الثانى/ ان يكون اصلاح العيب فى طريقة التنفيذ ممكنا. وهنا يجب على الجهة الادارية البدء

بتوجيه انذار للشركة لاصلاح طريقتهما فى التنفيذ ولا يحق للادارة ان تطلب فسخ العقد اذا كان فى الامكان اصلاح هذا العيب ولم يشترط القانون شكل معين للانذار ولكن العبرة هو بضرورة حصول الانذار واتصال علم الشركة به حتى يتسنى لها اصلاح هذا العيب خلال مدة معقولة تحددها الجهة الادارية بالانذار فاذا ما قامت الشركة باصلاح العيب خلال هذه المدة فلا يحق للجهة الادارية هنا توقيع ثمة جزاء عليها اما اذا تراخت الشركة ولم تقم باصلاح العيب او قامت باقامة دعوى بان ادعت بان ما تقوم به من عمل هو عمل صحيح وانه غير معيب او انها اقرت بالعيب ولكنها لم تقم باصلاحها خلال الاجل المحدد فان للادارة ان ترفع الامر الى القضاء دون انتظار

انجاز العمل على نحو معيب ومخالف لما تم الاتفاق عليه بالعقد وتطلب الجهة الادارية التنفيذ العيني او فسخ العقد.

الفرع الثانى

الجزاء المترتب على اخلال شركة المشروع بالتزاماتها

تحدد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الجزاءات التى تملك الادارة توقيعها على المتعاقد حال اخلاله بالتزامات التعاقدية التى تم الاتفاق عليها بالعقد والهدف من هذه الجزاءات هو حمل شركة المشروع لعدم الاخلال بالتزاماتها ويمكن ايجاز هذه الجزاءات فى (التنفيذ العيني- غرامة التأخير- المطالبة بالتعويض- فسخ العقد- المسؤولية العقدية)

اولاً

التنفيذ العيني

- اذا ما اخلت شركة المشروع بالتزاماتها ولا سيما التزامها بانجاز المشروع وفقاً لما تم الاتفاق عليه من شروط وفى اطار المدة المحددة وكذلك التزامها بنقل ملكية المشروع الى الدولة بعد انقضاء فترة الاستغلال هنا يمكن اجبارها على التنفيذ العيني حال ان يكون التنفيذ العيني ممكناً.

- فاذا ما قامت الشركة القائمة على التنفيذ بمخالفة الشروط المتفق عليها فى مرحلة انجاز العمل او انه قد حدث تقيراً فى الكفاءة الفنية بسبب سوء اختيار المواد المستخدمة فى العمل هنا يجوز للادارة ان تطالب بالتنفيذ العيني ان كان ممكناً او ان تطلب فسخ العقد مع التعويض فى الحالتين ان كان للتعويض مقتضى لكن قبل اتخاذ هذه الاجراءات يجب ان يتم وفقاً للقواعد العامة انذار الشركة المتعاقدة. وكذلك الحال ان لم يكن العمل المطلوب انجازة قد روعيت فيه اعتبارات متعلقة بمدى قدرة الشركة على اقامة الابنية او وضع تصاميم للطرق والجسور الى غير ذلك من الاعمال حينئذ يجوز للجهة الادارية المتعاقدة ان تطلب من القضاء الترخيص بتنفيذ الالتزام عن طريق شركة اخرى وعلى حساب الشركة الاولى كل ذلك ان كان التنفيذ العيني ممكناً

- الا انه حال ان يكون فى التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين ن تقصر حق الدائن على اقتضاء التعويض فقط ان كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً

ثانيا

غرامة التأخير

- تملك الجهة الادارية المتعاقدة توقيع وفرض غرامات التأخير حال تأخير شركة المشروع فى تنفيذ التزاماتها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بحيث يترتب على كل يوم تأخير غرامات محددة الى ان تتولى شركة المشروع (المتعاقدة مع الجهة الادارية) بتنفيذ الالتزام المطلوب وفقا لما تم الاتفاق عليه ويكون تحديد قيمة واسباب توقيع تلك الغرامات بالعقد المبرم بين الجهة الادارية وشركة المشروع وكذلك تحديد الحد الاقصى للمدة القصوى للتأخير فاذا ما تجاوز المتعاقد الحد المسموح به من مدة التأخير فانه يحق للجهة الادارية انتهاء العقد والمطالبة بالتعويض اذ ان هذه العقود تقوم على مراحل متعددة يرتبطها بعضها ببعض الآخر ومن شأن التأخير فى التنفيذ ان يعرقل سير مراحل العقد وتعطيلها عما هو محدد لها من جدول زمنى وبالتالي فان فرض هذه الغرامات لا يعد تعنتا من الادارة تجاه المتعاقد معها او اساءة لاستعمال السلطة المخولة لها بغية تحقيق الصالح العام ولكن الهدف من النص على هذه الغرامات وتوقيعها عن اللزوم هو حمل شركة المشروع المتعاقدة على تنفيذ التزاماتها وفقا للشروط والمواصفات المتفق عليها ووفقا للمدد المحددة بالعقد

- وفى اغلب الاحيان ينص العقد المبرم بين الجهة الادارية وشركة المشروع على مقدار الغرامة اليومية التى يتم توقيعها بل يتم النص كذلك على انه فى حالة تجاوز تلك المدد يحق للجهة الادارية انتهاء التعاقد ما لم التأخير عائدا الى فعل الامير او لسبب اجنبى او لقوة قاهرة.

- وتستطيع الجهة الادارية ان توقع غرامة التأخير على الشركة دون حاجة الى اللجوء الى القضاء ويعتبر ذلك من امتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها الادارة فى مواجهة المتعاقد معها الامر الذى يؤكد لنا الطبيعة الادارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. فالغرامات هى مبالغ اجمالية تقدرها الادارة مقدما وتتص على توقيعها متى اخل المتعاقد بالتزام معين لا سيما فيما يتعلق بالتأخير فى التنفيذ وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد ادارى.

ثالثا

المطالبة بالتعويض

- يجوز لاي من المتعاقدين الذى اصابه ضرر من المتعاقد الاخر بان اخل بالتزاماته التعاقدية هنا يحق للمضرور ان يطالب بالتعويض عن هذا الضرر وكثيرا ما نجد العقود الادارية تحدد مقدار هذه التعويضات كأن يشمل التعويض الخسارة التى لحقت بالمتعاقد وكذلك ما فاته من كسب.

- وتعتبر التعويضات الجزاء الاصيل للاخلال بالتزامات التعاقدية ما لم ينص على جزاءات مالية فى مواجهة الاخلال بالتزامات ولكن يجدر التنويه الى ما يلى:-

- ان التعويض لا يحكم به القاضى الا اذا ثبت الضرر كما هو الحال فى القانون الخاص والتعويض يكون تقديرية بالزيادة والنقصان وفقا لجسامة او عدم جسامة الضرر مع الاخذ فى الاعتبار ما يمكن ان نسميه بالاختفاء المشتركة لطرفى العقد
- اما بشأن طريقة تقدير التعويض فقد سمح مجلس الدولة الفرنسى على سبيل المثال لا الحصر للادارة بأن تحدده مقدما ولمتعاقدا معها ان ينازع امام القضاء فى هذا التقدير كما يجوز للجهة الادارية ان تتخلى عن استعمال هذا الحق تاركت للقضاء سلطة تقديرية. كما يسمح التشريع الفرنسى للادارة فى الكثير من الاحيان باللجوء الى تحصيل قيمة التعويضات بموجب أوامر بالدفع تصدرها بارادتها المنفردة.

رابعا

فسخ العقد

- العقود الادارية يستمر تنفيذها الى ان يقوم المتعاقد معها بانجاز جميع الاعمال المطلوب تنفيذها وانجازها فيجب على المتعاقد الاستمرار فى تنفيذها الى ان تنتهى مدته الا انه فى بعض الاحيان قد تستجد بعد ابرام العقد وخلال فترة تنفيذ ظروف تؤدى الى فسخ العقد قبل انتهاء مدته المحددة وهذا الفسخ قد يكون قضائيا او اتفاقيا

- ولكن اجراء فسخ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ليس كاجراء الفسخ الذى يتم لباقي العقود اذ ان هذه العقود تحتاج الى الكثير من الاموال والتجهيزات وان ما ينتج عن فسخ هذه العقود من اضرار لطرفى العقد يفوق بكثير ما يرجى منه من منافع لا سيما اذا جاء الفسخ فى مراحل متاخره وبعد مضى مدة من التعاقد يكون تنفيذ العقد فيها قد قطع شوطا طويلا

- والفسخ هنا فى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كما سبق وان ذكرنا ليس بالامر البسيط اذ لا يعد مثلاً جزءاً عادياً جراء التخلّف عن الوفاء بالالتزام بل هو إجراء مدمر يجب عدم اللجوء اليه الا بسبب مخالفة جوهريّة وبعد اتخاذ مجموعة من الاجراءات التى نص عليها العقد والتي من اهمها اعطاء الفرصة للشركة كى تحاول جاهدة الى اصلاح الخلل وفى وقت وجيز وذلك لتجنب الاثار السلبية لاجراء الفسخ
- الا اننا نقف هنا عند الحديث عن ضرورة تحديد معيار واضح ومحدد للمخالفة الجوهريّة التى تستوجب الفسخ ولكننا هنا سنكتفى بان المخالفة والخطأ الجوهريّ الذى من الممكن ان يؤدى الى فسخ العقد يتم الرجوع فيه للقواعد العامة للعقود الادارية
- والفسخ هنا يجب ان يتم حصر اثاره فى اضيق نطاق ممكن وذلك من حيث:-
- رفض العقد لفكرة الاثر الرجعى للفسخ لما يترتب على هذه الفكرة من اثار غير مقبولة
- ان الفسخ المترتب على عدم تنفيذ جزء من العقد لا يؤدى الى انتهاء العقد فى باقى الاجزاء اذ يقتصر اثره على هذا الجزء فقط وبقاء باقى اجزاء العقد الاخرى قائمة.

خامساً

المسؤولية العقدية

اركان المسؤولية العقدية

١ - الخطأ

- يترتب على امتناع المدين عن تنفيذ التزاماته بموجب العقد قيام المسؤولية العقدية بحقه وللدائن الحق فى ان يطلب التعويض وهذا الحق لا يثبت الا اذا توافر ركن الخطأ والخطأ العقدى يتمثل فى عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المنصوص عليها بالعقد سواء اكان هذا الخطأ عمدى ام غير عمدى باهماله وتقصيره
- ولا تقتصر مسؤولية المدين العقدية عن تخلفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية فحسب بل يكون المدين مسؤولاً مسؤولية عقدية عن اخطاء الاشخاص الذين يستخدمهم فى العمل

٢ - الضرر

- الضرر الذى يستوجب التعويض هو الضرر المادى والذى يجب ان يكون:-

(ان يكون الضرر قد وقع بالفعل عند المطالبة بالتعويض - محقق الوقوع - الا يكون محتملا - لا تعويض عن الكسب الذي فات - ان يكون الضرر مباشرا)

٣- رابطة السببية بين الضرر والخطأ

- لابد لقيام المسؤولية العقدية من وجود رابطة السببية بين الخطأ والضرر وهذه الرابطة هي علاقة السببية اي نسبة الضرر الى الخطأ فلا يوجد تعويض الا اذا كان الخطأ هو السبب الرئيسى فى حدوث الضرر وبالتالي فان المسؤولية العقدية تقتضى وجود علاقة السببية.

- واثبات علاقة السببية تقع على عاتق المضرور وهنا يجب ان ننوه الى ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتبنى فى تقدير قيمة التعويض واحيانا يتم انص على وضع حد اقصى لقيمة التعويض من باب التخفيف من المسؤولية العقدية فى مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الاعفاء من المسؤولية العقدية

- تقتضى العقود بطبيعتها ان يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية المترتبة على العقد باعتبار ان ذلك واجب قانونى يتطلب ان يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه عينيا حسبما تم الاتفاق عليه وبما يحقق الهدف المرجو من العقد وان مسؤولية المتعاقد فى حال الامتناع عن التنفيذ او عدم التنفيذ او التنفيذ على نحو مخالف لما تم الاتفاق عليه من شروط ومواصفات او التأخير فى التنفيذ ولا يعفى المتعاقد من المسؤولية الا اذا اثبت ان عدم تنفيذه لالتزامه او اخلاله بالتزامه بموجب العقد لسبب اجنبى خارج عن سيطرته مثل الحادث المفاجيء والقوة القاهرة وغير ذلك من الاسباب

- كما ان هناك اسباب اخرى لا تصل الى درجة استحالة تنفيذ العقد لكنها تجعل من هذا التنفيذ امر مرهق للمدين مثل حالة الظروف الطارئة.... وفيما يلى نعرض لهذه الحالات على النحو التالى:-

١- القوة القاهرة او الحادث الفجائى

هى حادث خارج عن ارادة طرفى العقد وغير متوقع وقت ابرام العقد يجعل من تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية امرا مستحيلا ويجب ان يكون هذا الحادث غير متوقع وليس بالامكان دفعه وان يكون مستقلا عن ارادة المتعاقدين... وهنا يجب ان تتوافر فى القوة القاهرة او الحادث الفجائى الشروط التالية:-

- ان تكون القوة القاهرة او الحادث الفجائى غير متوقع الحدوث بالنسبة لطرفى العقد
 - الا يكون فى الامكان دفعها- مستقلا عن ارادة المتعاقدين
- اذن متى توافرت هذه الشروط فان المتعاقد لا يلزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية بل لا يجوز للمتعاقد معه توقيع اى جزاءات عليه نتيجة ذلك كما يحق للمتعاقد مع الادارة فى هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد الا انه حا زوال القوة القاهرة عادت التزامات المتعاقد بالتنفيذ ولذلك فان بعض عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية اصبحت تؤرد نصوصا خاصة بالقوة القاهرة والحادث الفجائى يستقل كل عقد بتفصيلها

٢- خطأ الجهة الادارية المتعاقدة

قد يكون عدم التنفيذ او التأخير فى التنفيذ راجعا الى تخلف الجهة الادارية المتعاقدة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية (عدم تسليم موقع المشروع او تسليمه دون اخلاءه من الاشغالات) فى مثل هذه الحالات تنفى مسؤولية شركة المشروع اما فى حالة ان يكون الاخلال بالتزامات مشتركا ما بين الجهة الادارية والنتعاقد معها هنا يجب ان يكون فعل الادارة له وصف الخطأ لى يؤثر فى مسؤولية الشركة

٣- خطأ الغير

المقصود بالغير هنا اى شخص غير المتعاقدين اى طرف خارجى ولا يعد من الغير الاشخاص الذين يسأل عنهم احد طرفى العقد سواء مسؤولية عقدية ام تقصيرية وكذلك لا يعد خطأ من الغير الخطأ الذى يصدر من شخص ارتبطت مصالحته بمصلحة المتعاقد فاذا كان خطأ الغير هو السبب الوحيد الذى ادى الى حدوث الضرر هنا يجوز للمتعاقد ان يدفع بالسبب الاجنبى

٤- الظروف الطارئة

هى الحوادث غير المتوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مع الادارة اى انها تؤدى الى قلب اقتصاديات العقد وخسارة قد تكون غير محتملة للمتعاقد فى مثل هذه الحالات تجيز هذه النظرية لمتعاقد مع الادارة الحق فى ان يطالب بالتعويض المناسب عما لحقه من خسارة.

فهذه النظرية الهدف منها هو مواجهة ما قد ينتج عن وجود ظروف طارئة من شأنها اختلال التوازن المالى للعقد الادارى ولعل من اهم ما تواجه هذه النظرية هى مواجهة العقود طويلة الاجل مثل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

وهذه النظرية من ابتكارات مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر ١٩١٦ في قضية الغاز الطبيعي المعروفة باسم قضية (غاز بوردو) حيث اقام الملتزم بتوريد الغاز الى مدينة بوردو دعوى امام مجلس الدولة الفرنسي بسبب الارتفاع الكبير في اسعار الفحم نتيجة اندلاع الحرب العالمية الاولى حيث قضى مجلس الدولة بانه اذا طرأت ظروف بعد ابرام العقد لم تكن متوقعة وكان من شأنها ان تزيد الاعباء المالية على المتعاقد الى الحد الذى يؤدى الى اختلال التوازن المالى للعقد اختلال جسيما يكون عندئذ من حق المتعاقد ان يطالب الجهة الادارية بالتعويض عما لحقه من خسائر نتجت عن الظروف الطارئة والتي تتجاوز الحد المعقول

هذا وقد وضع القانون شروطا للظروف الطارئة اذ اوجب القانون ان تكون الحوادث الاستثنائية عامة ولا يمكن توقعها وان يكون من شأنها جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا اذ ان ذلك هو الرق الرئيسى بينها وبين القوة القاهرة اذ ان هذا الاخير يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا مرهقا وبالتالي فان الظرف الطارىء لا يؤدى الى انقضاء الالتزام بل يرد الى الحد المعقول وتوزع الخسارة بين طرفى العقد فاذا ما توافرت الشروط سالفة الذكر يجوز للمحكمة وفقا للظروف وبعد الموازنة ان ترد الالتزام المرهق الى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك او يحول دون الملتزم واللجوء الى هذا الحق.

الخاتمة

ملخص لاهم الافكار

نعلم ان الادوات التى تعتمد عليها الادارة فى تعاملها مع الجمهور هى العقد والقرار الادارى ولعل الاخير هو الوسيلة التى تعتمد عليها جهة الادارة فى تسيير عملها والقيام بمهامها فى الحفاظ حسن سير المرافق بانتظام واضطراد لذلك تلجأ الجهات المختلفة الى التعاقد مع بعضها البعض او مع الافراد او المؤسسات او الشركات او الهيئات المختلفة العامة او الخاصة من اجل ادارة تسيير المرافق العامة او لتحقيق الاغراض التى تستهدفها لذا فان العقود الادارية تبرم من اجل توريد كل ما تحتاجه من سلع وخدمات لادارة المرافق او المشروعات التى تقوم بها. وكذلك الاشغال العامة التى تلزمها وقد تتعاقد الادارة مع فرد او شركة او مؤسسة من اجل ادارة مرفق عام او تنظيم خدمة

للجمهور وقد تتعاقد لاجل ذلك سواء بالبيع أو الشراء أو الايجار أو الاستئجار أو عقد وإبرام القروض ومن هنا نشأت تسميات عديدة للعقود مثل عقود الامتياز أو عقود الاشغال العامة وعقود التوريد والنقل وغيرها من العقود

- وتتميز العقود الادارية بابرامها عن طريق أشخاص معنوية عامة وهى تشمل الاشخاص الاقليمية (الدولة وكذلك المؤسسات العامة الاقتصادية والمؤسسات العامة المهنية) وتعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من العقود الحديثة فى مجال التعاقدات الحكومية حيث بدأ الاهتمام بتلك العقود وفى اطار التغير الذى شهده العالم من تغيرات اقتصادية حاسمه ولتحقيق هذا الغرض اتجهت الدول الى اعطاء القطاع الخاص العديد من المزايا للقيام بالدور الرئيسى فى عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية.

- وتحظى عقود البوت فى الاونة الاخيرة بمكانة هامة نظرا لاهميتها لجهة الادارة والمستثمر على حد سواء اذ من خلال هذه العقود تقوم الدولة بانشاء العديد من المشروعات التى قد لا تستطيع ميزانية الدولة القيام بها بما يسمح للقطاع الخاص القيام بهذه المشروعات مقابل الربح ويتم ذلك من خلال عقود البوت الذى تحتفظ فيه الدولة بحقوقها فى مواجهة المتعاقد معها حيث نجد ان الملكية تتحول الى الدولة عقب انتهاء مدة العقد كما ان شركة المشروع من خلال هذه الفترة بتحقيق الارباح المرجوة منها وتكون الدولة وفقا للقواعد القانونية حقق العديد من الايجابيات تتمثل فى استغلال واستثمار بعض المرافق والاراضى او الموانى واعادة استغلالها وتشغيلها.

ويوجد العديد من الدراسات التى تناولت موضوع عقود البوت من العديد من الزوايا سواء اكنا بصدد الحديث عن طبيعتها القانونية ام عن انواعها ام عن سلطات وحقوق جهة الادارة تجاه المتعاقد معها فى هذه العقود بل وكذلك الحديث عن موقف الفقه والمشرع والقضاء من هذه العقود وكذلك للوقوف على القواعد الخاصة التى تحكم هذه العقود وللوقوف على اهمية مشاركة القطاع الخاص فى اعمال البناء والتشييد والاستثمار ومحاولة الوقوف على مدى مشاركة مشروعات البوت فى تمويل خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية فى مصر وتوصلنا من خلال هذه الدراسة للاهمية البالغة والدور الحيوى الذى تلعبه عقود البوت فى مجالات التنمية الاقتصادية ولا سيما فى

انشاء المرافق العامة التى تعجز ميزانية الدولة عن القيام بها رغم اهميتها للتنمية وللمواطنين وتوصلنا كذلك لاهمية هذه العقود فى مجال مشروعات الامتياز لما يمثله كم مشاركة فعلية للقطاع الخاص فى عملية التنمية واهمية القواعد القانونية التى تحدد حقوق والتزامات طرفى العقد

هذا وقد قمنا بتقسيم بحثنا هذا الى مبحث تمهيدى واربعة مباحث تتناول الموضوعات التالية:-

المبحث التمهيدي/ ونتناول فيه ماهية عقود البوت (البناء - التشغيل - نقل الملكية)

المبحث الاول/ الطبيعة القانونية لعقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) فى مصر وفرنسا

المبحث الثانى/ التنظيم القانونى لعقود البوت فى مصر وفرنسا

المبحث الثالث/ موقف مجلس الدولة فى مصر وفرنسا من عقود البوت

المبحث الرابع/ حقوق والتزامات طرفى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)

النتائج

١- مما لا شك فيه ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تكتسب اهمية كبيرة فى العالم اليوم كأحد اهم انواع التعاقدات التى تجربها الجهات الادارية لما لها من فوائد جمه تعود على الاقتصاد القومى وايضا تعود بالنفع على جمهور المنتفعين

٢- الدول العربية من اكثر دول العالم لجوء لهذا النوع من التعاقدات من اجل اقامة المشروعات الكبيرة اذ ان معظم هذه الدول يعانى اما من ضعف الميزانيات التى تتطلبها انشاء مثل هذه المشروعات او لحاجة بعض الدول الى التكنولوجيا الحديثة او ان هناك من هذه الدول الذى يعانى من الامرين

٣- لقد انتهينا الى بالطابع الادارى لهذه العقود وبالتالى يجب ان تخضع هذه العقود لرقابة قضاء مجلس الدولة سواء اكانت رقابو مشروعية ام رقابة ملاءمة

٤- نظرا لما يلعبه هذا النوع من العقود فى التنمية الاقتصادية ونظرا لما يقوم به ايضا من تقديم خدمات للأفراد لم يكن فى استطاعت الجهة الادارية بامكانياتها المحدودة تقديمها للأفراد

٥- تتبدى أهمية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة في كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقامة فيه. وبذلك يكون أكثر قدرة على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية وعقود البوت تهدف تحقيق أمرين يتمثل الأول في تطوير وتوسيع وتحسين أداء المرافق العامة القائمة. أما الثاني فيهدف إلى إنشاء مرافق جديدة بتمويل من القطاع الخاص. وهو في هذا المجال وذاك يؤدي إلى تحسين ظروف عمل الاقتصاد في دولة ما. وسوف نعرض أهم هذه المميزات

أولاً: تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة:

ففي ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل بها مما يؤدي إلى أن تتفرغ الدولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية. وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً مما يعني إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي الأمر الذي يؤدي إلى تحسين ميزان المدفوعات وخفض العجز في الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من النقد الأجنبي.

ثانياً: إقامة مشروعات ومرافق جديدة:

فهذه العقود تؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة. مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل، وضخ أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة، فضلاً عن كونها تؤدي إلى خلق قاعدة صناعية وخدمية جديدة مثل إنشاء الطرق أو محطات الكهرباء أو المياه أو الأنفاق أو غير ذلك من المشروعات التي تتم عبر هذه العقود

ثالثاً: توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية:

ذلك أن هذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية، فالقطاع الخاص الذي يضطلع بإنشاء وتشغيل المرفق له مصلحة محققة في استخدام هذه التكنولوجيا سواء في الإنشاء أم التشغيل، وتحديثها بصفة مستمرة.

فضلاً عن ذلك فإنه ينقل مخاطر تمويل إنشاء هذه المرافق أو تحسين ظروف العمل بها إلى القطاع الخاص مما يخفف العبء عن موازنة الدولة المحدودة الموارد، كما أنها تغني عن لجوء الدولة إلى الاقتراض الخارجي وما يترتب عليه من اختلالات في الموازنة العامة وأعباء خدمة هذه الديون.

رابعاً: استفادة الحكومات من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة:

فالإدارة الخاصة دائماً أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية. مما يحسن من أداء هذه الخدمات، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين.

على أن هذه المميزات - في كثير من الأحيان - قد لا تتحقق. فقد كشفت كثير من التجارب العملية أن الأخذ بنظام البوت قد مثل عبء اقتصادياً على الدولة المضيفة في كثير من التجارب لأسباب كثيرة ومنها

١- لجوء المستثمر سواء أكان أجنبياً أم محلياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم للمشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم بعد ذلك يستخدم هذا التمويل الداخلي لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج. مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية والضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية وزيادة الطلب على العملات الأجنبية. وهو الأمر الذي حدث عند تنفيذ عقد B.O.T بإنشاء محطتي كهرباء سيدى كرير. حيث حصلت شركة المشروع من بعض البنوك الوطنية على قرض قدره ٤٠٠ مليون دولار بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج

٢- إن المميزات الاقتصادية التي يهدف إلى تحقيقها عقد البوت B.O.T قد يصعب تحقيقها نظراً لزيادة أعباء الاستيراد من الخارج وتحويل المستثمر الأجنبي للأرباح الناتجة عن المشروع إلى الخارج دون أي قيود تلزمه باستثمار جزء من هذه الأموال في الدولة المضيفة، مما يؤدي إلى اختلال ميزان المدفوعات والتأثير على مقدار السيولة في السوق المحلية.

٣- الإفراط في منح الملتزم المزايا المرتبطة بالعقد، ومن ذلك التزام الدولة بشراء الخدمة وضمان الحكومة السداد حد أدنى لمقابل هذه الخدمة. فضلاً عن ضمان البنك المركزي لتأدية الدين وهو ما حدث في عقد محطتي سيدى كرير. وهو أمر لا يتفق ووظائف البنك المركزي. وغالباً ما يكون هذا السعر مرتفعاً جداً حتى تستطيع شركة المشروع استرداد ما أنفقته وما تبغيه من ربح. ويكون هذا السعر بالعملية الأجنبية التي تقوم شركة المشروع بتحويله إلى الخارج عن طريق حسابات لها في البنوك الأجنبية وهي حسابات تخرج عن رقابة البنوك المركزية في الدول المضيفة.

وفى عقود التزامات الطرق السريعة التي طرحتها الحكومة المصرية بنظام الـ B.O.T احتوت العروض على تملك الملتزم مساحات شاسعة من الأراضي التي تقع على جوانب هذه الطرق. وهو أمر قد يتجاوز قيمة هذه العقود لا سيما إذا أبرمت لمدد طويلة من الزمن.

٤- ارتباط عقود البوت بالاحتكار فشركة المشروع تشترط ذلك حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها ؛ حتى تستطيع أن تسترد ما أنفقته من أموال. ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار، فإن الدولة المضيفة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحدث في محطات الكهرباء أو ضمن حدا أدنى من التشغيل كما يحدث في المطارات أو الطرق.

٥- ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج. وعلى سبيل المثال ؛ فإنه في قطاع الكهرباء تم التعاقد على إنشاء وتشغيل محطات كهرباء كما يلي:

- مشروع محطة توليد سيدى كرير بقدرة ٦٥٠ ميجاوات، تم التعاقد عليه في ١٩٩٨ / ٧ / ٢٢ وبسعر شراء ٢,٥٤ سنت/كيلو وات ساعة.- مشروع محطة توليد خليج السويس بقدرة ٦٥٠ ميجاوات، تم التعاقد عليه في ١٩٩٩ / ١٠ / ٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة.

- مشروع محطة توليد شرق بور سعيد بقدرة ٦٥٠ ميجاوات، تم التعاقد عليه في ١٩٩٩ / ١٠ / ٣ وبسعر شراء ٢,٣٧ سنت/كيلو وات ساعة

ومن الملاحظ ارتفاع أسعار أول محطة والتي تم التعاقد عليها قبل المحطتين الأخيرتين بسنة على الأقل. على الرغم من أن المنطق يقضي بأن الأسعار ترتفع ولا تنخفض- وإذا علمنا أن كل سنت في سعر الكيلو وات ساعة يكلف الدولة سنويا أربعين مليون دولار. ففي مثل هذه الحالة تصبح لهذه الأسعار والفروق فيها دلالتها الخطيرة.

التوصيات

١- ضرورة القيام بأعداد كوادر إدارية مدربة على أعلى مستوى فى مجال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية سواء من حيث النواحي الفنية لأعداد هذه العقود او من حيث النواحي الشكلية لهذه العقود او من حيث الوقوف على طبيعة حقوق والتزامات

طرفى العقد بل والوقوف على الاساليب القانونية لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية

٢- نوصى المشرع بضرورة اعداد مشروع قانون ينظم هذا النوع من التعاقدات لا سيما مع الانتشار الواسع لاستعانة الدولة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فى كثيرا من المجالات سواء البنية التحتية او المشروعات القومية

٣- انشاء هيئة عامة للرقابة والمتابعة والتفتيش على جميع التعاقدات التى تبرمها الدولة بنظام البوت تكون مهمتها متابعة جميع مراحل المشاريع التى تتم وفقا لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية منذ الشروع فيها حتى تسليم المشروع للدولة اذ ان قيام الدولة بتقديم الخدمات عن طريق شركة المشروع المتعاقدة لا ينفى مسؤولية الدولة تجاه الافراد عن حسن اداء هذه الخدمات (هيئة متخصصة لتنظيم عقود البوت)

٤- نظرا لما لعقود البوت من اهمية بالغة على الاقتصاد القومى ولما تمثله من اهمية بالغة لمواردها فانه يضحى من الضرورى ان يتم صياغة هذه العقود عن طريق ادارات الفتوى المختصة بمجلس الدولة وان كان يحدث عملا اعمال المراجعة لتلك العقود عن طريق مجلس الدولة الا انتا نطالب بان تكون الصياغة نفسها من اختصاص ادارة الفتوى فضلا عن الزامية هذا الاجراء والا اصبح العقد وقد افتقد شرطا هاما من شروط صحته

٥- إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لمدة طويلة، قد تصل إلى ثلاثون سنة حسب التعديلات التشريعية وهو أمر شديد الخطورة، إذ أن عقدا يعقد لهذه المدة الطويلة من الزمن يقيد أجيالا، ثم إنه قد يترتب أوضاعا سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها فيما بعد، ومثال ذلك ما حدث لمصر من جراء التزام قناة السويس الذي أبرم لمدة ٩٩ عام وكان السبب الرئيسى في احتلال مصر سنة ١٨٨٢ والعدوان الثلاثي عليها سنة ١٩٥٦ وبعد فإننا وإن كنا نرى جدية هذه المخاوف، فإنها لا تعنى إغلاق الباب أمام هذه العقود، وإنما يجب أن تتضافر جهود الفقه والمشرع في إصدار قانون يؤمن اللجوء إلى مثل هذه العقود ويعظم إيجابياتها ويحد من السلبيات التي تنتج عنها ؛ لمصلحة الوطن ولتحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة. وليكن معلوما تماما أنه إذا كانت حاجة الدول النامية إلى رؤوس الأموال

لتحقيق التنمية أمراً ضرورياً. فإن حاجة هذه الأموال للعمل داخل أسواق هذه الدول أيضاً أمر ضروري لها ويحقق مصلحتها.

٦- إذا كان المستثمر أو شركة المشروع يقوم بتحويل جميع أرباحه إلى الخارج ولا يلتزم باستثمار أي جزء من هذه الأرباح في الدولة المضيفة كما هو حادث في كل عقود البوت التي أبرمتها الحكومة المصرية وهي حسابات تفتح خارج حدود الدولة التي ينفذ فيها المشروع والتي يطلق عليها OFF Shore ويتم فيها تحويل الأرباح إلى الخارج مباشرة حتى تكون هذه الحسابات بمنأى عن أية إجراءات اقتصادية أو سياسية تتخذ من قبل سلطات الدولة المضيفة. مع التزام صارم من السلطات الوطنية في الدولة المضيفة بتحويل هذه الأموال حسب العملة الأجنبية أياً كانت قيمتها وفي أي وقت تشاء شركة المشروع. لذا وجب ان تكون هناك اليات معينة لوضع الضمانات الكافية لتلافى مثل هذا الوجه من النقد

٧- نظراً لما يتكبده المستثمر من أموال طائلة في انشاء المشروع وتزويده بالمعدات اللازمة للتشغيل فلا بد من وضع الضمانات اللازمة للوفاء بحقوق المستثمر اذ ان الواقع العملى قد افرز لنا العديد من الحالات التى قامت فيها الجهة الادارية المتعاقدة باجراءات ادت الى خسائر فادحة للمستثمر منها الغاء المشروع او تعديل شروطه الى غير ذلك من الحالات التى من شأنها ان تصيب المستثمر بخسائر فادحة يصعب تعويضها (مخاطر التمويل) لذا وجب ان تكون هناك مجموعة من الضمانات والتسهيلات الادارية والاجرائية التى من شأنها تشجيع المستثمرين.

٨- مما لا شك فيه ان هذا النوع من العقود من شأنه ان يحدث شراكات بين مستثمرين من دول مختلفة الامر الذى يكون له اثر كبير على التنمية الاقتصادية

٩- ضرورة تحديث وتطوير مجال التحكيم باعتبار ان معظم التعاقدات الخاصة بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية غالباً ما تضمن شرط ومشارطة التحكيم كأحد اساليب حل المنازعات

١٠- ضرورة قيام الدولة بجعل هذا النوع من العقود اكثر فاعلية واكثر انتشاراً لما له من اثر على زيادة المشروعات القومية لا سيما ما يتعلق منها بالبنية التحتية دون ان يسبب ذلك اى ارهاق لميزانية الدولة والعمل على جذب الاستثمارات سواء المحلية او الاجنبية

١١- زيادة لجوء الدولة الى اقامة مشروعاتها القومية بنظام البوت يقلل من مشاكل لجوء الدولة الى الاقتراض ابلخارجى من اجل سد احتياجات المواطنين من خدمات هذه المرافق وما عسى ان يترتب على ذلك من اضرار قد تصيب الاجيال الحالية والقادمة

١٢- ضرورة البحث عن وجود دور حيوى للبنوك المحلية فى مجال تمويل هذه المشروعات لا عن طريق الاقتراض ولكن كنوع من انواع الشراكة بين البنك والمستثمر والجهة مانحة الامتياز وهذا ما يحقق ضمانة هامة من ضمانات حماية تلك المشروعات من اخلال المستثمرين بالتزاماتهم التعاقدية

١٣- يجب الا نغفل جميعا انه لولا ما تعاني منه معظم الدول العربية من عجز فى الموازنات وحاجة المواطنين لهذه المرافق الحيوية التى هى فى الاساس من مهام الدولة ما لجأت الدول لهذا النوع من العقود فضلا عما يحققه انشاء تلك المشروعات من مساهمه فعاله فى حل مشكلة البطالة بل وما تلعبه مشروعات البنية التحتية من اثر عظيم على جميع الاصعدة لا سيما على صعيد السياحة والمنشآت السياحية

١٤- دعم هذا النوع من التعاقدات ليس فقط بسبب ضعف الموازنات الخاصة بالدولة عن مواجهة النفقات الباهظة لانشاء تلك المشروعات الخاصة بالبنية التحتية وغيرها فحسب اذ اننا نجد ان معظم دول الخليج تعمل بهذا النوع من العقود فى سبيل انشاء مرافقها القومية اذن هناك سبب اكثر تاثيرا من التكلفة الباهظة لتلك المشروعات الا وهو الاستفادة من التكنولوجيا الحديثة وتدريب العالمين التى تقوم بها شركة المشروع ومن شأنه احداث طفرة هائلة فى مجال الاستفادة من الالات والمعدات والوسائل الحديثة فى مجالات مختلفة من مجالات المشروعات القومية

قائمة المراجع

المراجع العربية

- د. احمد رشاد سلامة- عقد الانشاء والادارة وتحويل الملكية البوت- اطروحة دكتوراة نؤقشت واجيزت فى كلية الحقوق جامعة القاهرة عام
- د. الياس ناصف- سلسلة ابحاث قانونية مقارنة عقد البوت- بيروت ٢٠٠٦- المؤسسة الحديثة للكتاب
- د. تسابت عبدالرحمن- صلاح محمد- مولاى هوارى- نظام البوت ودورة فى ادارة وتسيير المرفق العام- تجارب عربية- المجلة الجزائرية للمالية العامة العدد ٠٨ ديسمبر ٢٠١٨
- د. ثروت بدوى- النظرية العامة للعقود الادارية ١٩٧١- دار النهضة العربية القاهرة
- د. جابر جاد نصار- عقود البوت- والتطور الحديث لعقد الالتزام- دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد لاللتزام- القاهرة- دار النهضة العربية
- د. جمال عثمان جبريل- الطبيعة القانونية لعقد البوت بحث منشور ضمن بحوث اكااديمية السادات للعلوم الادارية- القاهرة ٢٠٠١ الاصدار رقم ٤
- د. جيهلن حسن سيد احمد- عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها ٢٠١٣
- د. حسن هنداوى- مشروعات البوت دار النهضة العربية- القاهرة ٢٠٠٧
- د. حماده عبدالرازق حماده- عقود البوت- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية ٢٠١٣
- د. حمدى عبدالعظيم- مشروعات البوت الجوانب القانونية والاقتصادية- القاهرة ٢٠٠١
- د. سعاد حسنى- التنظيم التشريعى لعقود البوت فى القانون المصرى- المجلة القانونية لكلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٢٢
- د. الجليل/ سليمان محمد الطماوى- مبادئ القانون الادارى- القاهرة- دار الفكر العربى ٢٠٠٧
- د. سليمانى سعيد- دور القاضى الادارى فى معالجة منازعات عقود الادارة- كلية الحقوق- العراق ٢٠١٧
- عبدالرازق السنهورى- الوسيط فى شرح القانون المدنى- الجزء السابع- العقود الواردة على عمل- مؤسسة روزاليوسف- القاهرة ١٩٨٩
- كمال طلبه المتولى سلامة- النظام القانونى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه- حقوق عين شمس ٢٠٠٨
- ماجد راغب الحلو- القانون الادارى- الاسكندرية- دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٩

- ماهر محمد حامد احمد- النظام القانوني لعقد البوت رسالة للحصول على درجة الدكتوراة- كلية الحقوق جامعة الزقازيق فرع بنها ٢٠٠٤
 - مروان محي الدين القطب- طرق خصخصة المرافق العامة- بيروت- الحلب الحقوقية ٢٠٠٩
 - أ.د. محمد انس جعفر- د. اشرف محمد انس جعفر- العقود الادارية- دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات بالتعليق على القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والخاص بالتعاقدات العامة في مصر ولأئحته التنفيذية مع دراسة لعقود البوت وعقود الشراكة مع القطاع الخاص- دار النهضة العربية بنى سويف ٢٠٢١
 - محمد سعيد حسين امين- المبادئ العامة فى العقود الادارية- دار الثقافة الجامعية ١٩٩١
 - محمد عبداللطيف- تعويض المرفق العام- دار النهضة العربية- القاهرة عام ٢٠٠
 - محمد محمود عبدالله يوسف- المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات البوت- جامعة القاهرة
 - وائل محمد السيد اسماعيل- المشكلات القانونية التى تثيرها عقود البوت- دار الجامعة الجديدة- الاسكندرية- ٢٠١١
 - وليد مطفى الطراونة- التزامات المتعاقد مع الادارة فى عقود البوت- رسالة ماجستير- جامعة الشرق الاوسط ٢٠١٤
 - هانى سرى الدين- التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص- ٢٠٠١
- الدوريات والقوانين**
- مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الادارية العليا فى الفترة من ١٩٦٥ الى ١٩٨٠
 - دستور مصر الحالى الصادر عام ٢٠١٤ والمعدل عام ٢٠١٩
 - القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والخاص بالتعاقدات العامة فى مصر
 - تقرير التنمية فى العالم من اعداد البنك الدولى عام ٢٠٠٠
 - لجنة الامم المتحدة للقانون التجارى الدولى- الدورة التاسعة والعشرون- نيويورك من ٢٨ مايو الى ١٤ يونيو ١٩٩٦ بعنوان الاعمال المقبلة الممكنة مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية