الامتياز بنظام B.O.T وأهميته الاقتصادية

د. ابراهيم الشهاوى *

عقد امتياز المرفق العام هو أشهر العقود الإدارية المسماة ، وأنجح وسيلة من وسائل الرأسمالية فى إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة وفق آلية نظام الـ B.O.T. بعد أن تحول العديد من الدول بخطوات واسعة آخذة بالمنافسة الحرة إثر انهيار النظام الاشتراكى .

ومنذ نشأ عقد الامتياز "وليد فكرة المرفق العام " وتحكمه القواعد والمبادئ والأصول العامة المستمدة من الأحكام القضائية الصادرة فى شأن المرافق العامة ، ويظل هذا العقد موصولا فى الخضوع لتلك الأحكام لعدم وجود تشريع إدارى شامل ينظم هذا النوع من العقود .

ونعرض فى هذا البحث الموجز مفهوم عقد امتياز المرفق العام وتطوره ، وتطور أحكام العقد فى مراحل إبرامه وفى آثاره وانقضائه ، وأهم النتائج والمقترحات فى مجال تطبيق نظام الـ B.O.T. فيما يلى:-

البند الأول: مفهوم عقد امتياز المرفق العام وتطوره فى كل من فرنسا ومصر.

البند الثانى: أحكام عقد امتياز المرفق العام و الامتياز بنظام الـ B.O.T. فى مجال الإبرام والآثار والانقضاء.

البند الثالث: أهمية عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. وآثاره الاقتصادية والمالية ، مشفوعة بـ: تقدير وسيلة الامتياز فى مصر ، وأهم المقترحات الجديرة بالنظر فى مجال التطبيق العملى لمشروعات

* د. إبراهيم الشهاوى - المحامى بالنقض والادارية العليا.

الامتياز بنظام الـ B.O.T.

البند الأول : مفهوم عقد الامتياز وتطوره فى كل من فرنسا ومصر:

فى مستهل القرن التاسع عشر ، قامت الدولة بنفسها أو عن طريق الهيئات أو المؤسسات العامة بإنشاء مشروعات مرافق عامة ، بهدف تأمين حاجة الجماهير من الخدمات تحت مظلة فكرة المرفق العام وكثيرا ما عهد الحكام بمهمة إدارة تلك المشروعات إلى أشخاص من القطاع الخاص تحت إشراف ورقابة الحكومة لتقديم الخدمات لجماهير المنتفعين بها مقابل رسم محدد ، بموجب عقد يبرم بين الإدارة والملتزم وفق نظام يضع الطرفان قواعده وأحكامه واصطلح على تسمية ذلك التزام (أو امتياز) المرفق العام . ثم تطورت أداة منح الامتياز عبر مراحل زمنية ثلاث:

المرحلة الأولى: كان الرأى السائد فيها أن "الالتزام وليد أمر انفرادى تصدره السلطة مانحة الامتياز ، بما لها من ولاية آمرة " حيث كانت الدولة تختلط بشخصية الملك إذ تمتد إليها حصانته ، وكان الالتزام فى هذه المرحلة يتم بمنحة من السلطان وحده. (١)

وفى عام ١٨٩٢ تولى مجلس الدولة الفرنسى مهام اختصاصه فكان له دور أبعد مدى وأجل أثرا بما أصدره من أحكام وقرارات ، أكسبت عقد الامتياز صفة العقد الإدارى بعد أن كان عقدا مدنيا ، وتبنى المشرع الفرنسى بنصوص واضحة ما أرساه مجلس الدولة فى أحكامه وقراراته من مبادئ وقواعد ونظريات ، وبهذه المثابة يوصف القانون الإدارى بأنه قانون قضائى.

المرحلة الثانية :حدث تطور جذرى فى النظام الأساسى للدولة بصدور دستور ١٩٢٣ فى مصر، وبمقتضاه انتقلت الدولة نقلة نوعية فأصبحت دولة مؤسسات قوامها سيادة القانون ، واختص البرلمان وحده بسلطة منح الامتياز بحيث يصدر المنح بموجب قانون وإلى زمن محدد .

ثم بزغت حياة قانونية جديدة ازدانت بإنشاء مجلس الدولة المصرى عام ١٩٤٦ ، توجها المشرع بصدور القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ، والقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدنى الذى قضى بأن التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذى صبغة اقتصادية ، وهذا العقد تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص لاستغلال المرفق مدة معينة من الزمن.

وتولى مجلس الدولة المصرى دوره البارز بخطى ثابتة وتطور محمود ، فأرسى العديد من المبادئ العامة التى أقام عليها قضاءه وفتاواه ، مقتديا بمنهج نظيره الفرنسى، كما نهض علماء الفقه

والقضاء بترتيب الأحكام والتعليق عليها بالرأى ، وردها مع التشريعات الإدارية إلى أصول وقواعد عامة ، فصار المشتغلون فى مجال القانون الإدارى يقفون على مواده ومصادره ، بفضل التعاون بين المشرع والفقه والقضاء فى مجال الاجتهاد والتقنين[٢].

ولقد تزامنت هذه المرحلة مع صدور قوانين التأميم فى الخمسينيات والستينيات من القرن العشرين ، والتى امتد أثرها إلى استرداد مرافق الامتياز وإدارتها بالطريق المباشر،،، وما لبث أن انحصر تطبيق الامتياز فى نطاق ضيق ، وتكاد تنحصر تطبيقاته فى مصر عبر سنوات التحول الاشتراكى فقط فى استغلال بعض موارد الثروة وأهمها المنتجات البترولية .

المرحلة الثالثة: تزامنت هذه المرحلة مع انهيار النظام الاشتراكى وتحول العديد من الدول بخطوات واسعة آخذة بالاقتصاد الحر، وكان الامتياز بنظام الـ B.O.T. قد ظهر فى بداية الثمانينيات من القرن العشرين فى تركيا، وتعاظم دوره وفق آليته الجديدة حتى بات أنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية فى إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة ، ومصطلح B.O.T. يعنى Build البناء Operate التشغيل Transfer نقل الملكية ، ومفاد ذلك أن تبرم الدولة العقد مع الملتزم (فردا كان أو شركة) وبمقتضاه تقدم الدولة الأرض اللازمة لمشروع الامتياز ويقوم الملتزم بعمليات الإنشاء والتشغيل على نفقته ومسئوليته مقابل الحصول على رسوم من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز طوال مدة معينة ينتقل بعدها المرفق بكل مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى الدولة وفى حالة صالحة للتشغيل.

وحينذاك تفاقمت أزمة الديون ، وعجزت مصر عن تدبير الأموال اللازمة لتمويل حاجتها الماسة لتجديد مرافق البنية الأساسية القائمة ، وأيضا لسد احتياجاتها الضرورية والمتزايدة فى مجال إنشاء مشروعات البنية الأساسية الجديدة ، ثم انتهى بها المطاف إلى اختيار الامتياز بنظام الـB.O.T باعتباره الوسيلة المناسبة فى هذا المضمار، ومن أجل ذلك صدر تنظيم منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والعرب الأجانب بالقوانين أرقام ١٠٠ ، ٢٢٠ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧، ٢٢ لسنة ١٩٩٨.

واستنادا إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة، أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨بمنح امتياز إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة ثلاثة مطارات بنظام الـ B.O.T. لثلاث شركات مصرية تأسست لهذا الغرض ويخص القرار الأول شركة

إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية" فكان هذا أول عقد امتياز يمنح بعد التأميم.

وبموجب القانون رقم ٣ المشار إليه أصبح مجلس الوزراء صاحب الاختصاص قانونا بمنح الامتياز بنظام الـ .B.O.Tوتحديد شروطه وأحكامه .

وعليه فإن تقديم اقتراح من الوزير المختص بالمشروع المراد إنشاؤه بنظام الـ .B.O.Tمشروط بإجراء دراسات جدوى اقتصادية متأنية ، وشاملة لمختلف الجوانب الفنية والمالية والاجتماعية والقانونية للمشروع ، سواء فى مرحلة التخطيط لإنشاء المشروع ابتداء ، أو فى مراحل إجراءات طلب التأهيل ، وتقديم العطاءات ، وفحص وتقييم العروض المقدمة فى شأنه ، لاختيار صاحب العطاء الأفضل والتفاوض معه ، تمهيدا لعرض اقتراح الوزير المختص على اللجنة الوزارية ، ومن ثم العرض على مجلس الوزراء لاستصدار قرار المنح [٣]

وإنه بمتابعة مراحل المفاوضات بين وزارة الإسكان والشركة المصرية الكندية صاحبة العطاء الأفضل ، والمرشحة لتنفيذ مشروع مد المنطقة الصناعية بشمال غرب السويس بالمياه وفق نظام الـ .B.O.O.T والبالغ تكلفته التقديرية ما يزيد عن المليار جنيه ، تبين أن اقتراح وزير الإسكان قد أعيد من مجلس الوزراء لإجراء تفاوض ثان مع هذه الشركة ، لتحديد الشروط القديمة مع التعديلات التى تمت أثناء التفاوض ، والاختلاف بينهما والآثار المترتبة عليها ، إلا أن الطرفين لم يصلا إلى اتفاق حول حجم الطاقة المنتجة وتوزيعها بأسعار مناسبة لذوى الدخل المحدود ، وهكذا يطول زمن الإجراءات على هذا النحو وينتهى الأمر ، إما إلى صدور قرار منح الامتياز لصاحب العطاء الأفضل أو عدم صدوره .

ويقينا أن اجتياز الإجراءات على نحو ما سبق بما صاحبها من وضوح وشفافية ، هو السبيل الآمن والتنفيذ الصحيح لشرط لازم فى القانون ، كما يعد دليلا على سلامة قرار منح الامتياز أو رفضه ، فالإجراءات ليست هدفا فى حد ذاتها بقدر ما هى وسيلة غايتها الوصول إلى اتفاق يحمل بين طياته مقومات الرضائية وعوامل القبول بين كل من الإدارة والملتزم، ويبدو ذلك واضحا٣٢٨ من خلال حرصهما معا على تأمين عملية إنشاء وتشغيل مرفق الامتياز ، حتى يؤدى خدماته للمنتفعين به فى انتظام واطراد سنين عدد٣٢٨ تحت مظلة فكرة النفع العام .

ولا وجه لمسايره اتجاه يرمى إلى تجنب الأحكام الإجرائية فى مجال اختيار المتعاقد فى عقد

الامتياز ، ويكفى ردا عليه أن نعود إلى ذكرى أليمة ، حين كان منح الامتياز معهودا به إلى إرادة الحاكم وحده ، بما مقتضاه ضرورة اختيار المتعاقد فى عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من خلال أحكام إجرائية مستمدة من قواعد عامة مجردة تتسم بالانضباط والشفافية، حتى تكون سندا وحماية فى مواجهة رياح المنافسة الحرة عبر دوائر أسواق المال المفتوحة محليا وعالميا .

والحقيقة أن عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.مثله كمثل الوليد ترعاه الدولة ويكفله أبواه يسقيانه لبنا سائغا وشرابا طهورا فى ظل مناخ آمن فيشب الوليد يافعا نافعا أهله وذويه حتى انتهاء أجله وتظل ذكراه محمودة على كل لسان(٤).

البند الثانى: أحكام عقد امتياز المرفق العام و الامتياز بنظام الـ B.O.T. فى مجال الإبرام والآثار والانقضاء.

إن الملتزم فى إدارته لمرفق الامتياز يعتبر معاونا للدولة ونائبا عنها فى أمر من أخص خصائصها ومسئولياتها فهى تتدخل فى شئون المرفق العام وتفرض على الملتزم عبئا جديدا، أو تعدل من شروط الالتزام واستغلاله وفق مقتضيات المصلحة العامة ، ويتفق رأى الفقه والقضاء على أن عقد امتياز المرفق العام عمل قانونى من طبيعة مركبة ، يحتوى على نوعين من الشروط فبعض شروطه لائحية ، والبعض الآخر تعاقدية ، وتتولد عن الشروط التعاقدية التزامات تبادلية فيما بين الإدارة والملتزم تحكمها قاعدة " أن العقد شريعة المتعاقدين" ، أما الشروط اللائحية فهى النصوص القانونية الصادرة بشأن تنظيم أعمال المرفق العام وسيره ، وهذه الشروط تحكم التزامات الملتزم كما تحكم حقوق والتزامات "الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم ليسوا طرفا فيه.

والحقيقة أن الطبيعة القانونية لعقد الامتياز تستمد كيانها من أصل عام ذى محاور رئيسية ثلاثة تدور معا فى فلك واحد نحو هدف واحد هو تحقيق النفع العام.

المحور الأول : أن التزام أحد طرفى العقد يمثل حقا للطرف الآخر فى نفس الوقت ، وأن التزامات كل من الطرفين وحقوقهما ، هما وجهان لعملة واحدة - الوجه الأول-يخص الإدارة وهى الطرف الأصيل فى العقد ، - والوجه الثانى - يخص الملتزم بوصفه معاونا ونائبا عن هذا الأصيل، والوجهان على هذا النحو يلتقيان فى المسار ، ويقفان جنبا إلى جنب يدا واحدة تسعى ، غايتها فى المقام الأول سير المرفق العام بانتظام واطراد لخدمة المنتفعين به تحت مظلة فكرة النفع العام.

المحور الثانى: ينطوى أيضا على وجهين -الوجه الأول- أن التزام المتعاقد فى عقد الامتياز هو التزام بنتيجة ، وليس مجرد بذل عناية ، مما يخول الإدارة سلطة واسعة فى مجال الإشراف والرقابة والتوجيه وفى تعديل العقد وإنهائه وفى توقيع الجزاء الذى يصل أحياناً إلى حد توقيع عقوبات جنائية ويتمثل الوجه الثانى فى الأخذ بفكرة الرضائية أو القوة الملزمة للعقد ، ذلك مما يفرض على الطرفين تنفيذ التزاماتهما وفق أحكام القانون وما اشتملت عليه بنود العقد من قواعد وأحكام ، وفق مقتضيات حسن النية فى المعاملات كما تخضع الإدارة كذلك للجزاء حال تخلفها عن تنفيذ التزاماتها وإن كان الجزاء فى حقيقة الأمر يحمل معنى التعويض.

ويجب على الطرفين أن يتخذا سبيلهما فى تنفيذ التزاماتهما وفق قواعد وأحكام ومعايير مناطها "**التزام المستوى الحدى**" الذى يتم من خلاله إحكام الموازنة بين تنفيذ التزامات المتعاقد بأفضل وجه ، وبين المحافظة على حقوقه المالية من منظور إدراك الإدارة ماليا أن الربح هو الباعث الدافع للملتزم من وراء تعاقده ، فيسعى المتعهدون فى التعامل مع الجهات الإدارية ، دون خشية المساس بحقوقهم المشروعة إبان تعاقدهم معها ، وتحافظ الإدارة بذلك على أنجع وسيلة من الوسائل المتاحة لديها فى مجال تسيير المرافق العامة وتقديم خدماتها للمنتفعين على أفضل نحو ممكن تحت مظلة فكرة النفع العام.

ولا يعتبر الملتزم صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه يبتغى تحقيق ربح حلال والحصول على الجزاء الأوفى ، والأجر العادل لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل،،، وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة ، إلا منذ اللحظة التى ينحرف فيها عن الجادة ، ويتنكب سبل الأمانة ، أو يحاول الحصول على ربح حرام أيا كانت وسائله فى ذلك ، ومن حق الإدارة أن تفسد عليه سعيه ، فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه المال الحرام .

وفى المقابل لا يجوز أن يتعرض الملتزم لمخاطر ينشأ عنها زيادة أعبائه المالية على نحو يختل معها التوازن المالى لعقده ويصاب بخسارة محققة ، فمن حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم، ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها تأسيسا على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية فى المعاملات أن يترك الملتزم فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها ، وتقتضى اعتبارات العدالة والنفع العام أن تتوازن العلاقة بين الإدارة والملتزم ، وهما يقودان سفينة فى بحر لجى يتعاونان ويتساندان معا وصولا إلى بر الأمان .

المحور الثالث: أن مبدأ المساواة فى عقد الامتياز يتحقق عبر مراحل إبرامه وتنفيذه وانقضائه ، من خلال تعادل الأداءات المتبادلة بين طرفى العلاقة العقدية فى الحقوق والالتزامات فى كفتين متساويتين فى الميزان ، وكذلك " الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم كثر، ومن شأن تنفيذ ذلك على سواء بينهم أن يصير تأمين سير مرفق الامتياز فى أمان طوال مدته تحت مظلة فكرة النفع العام(٥).

ونزولا على مقتضى النفع العام يجوز تعديل بعض المبادئ والأحكام أو العدول عنها استجابة لمتغيرات التحول نحو الاقتصاد الحر ، وإعمالا لقاعدة عامة (أو أصل عام) مفادها أن الثبات أمر يتنافى مع قواعد القانون الإدارى خاصة أحكام عقد الامتياز ذى الطبيعة التراكمية ، ولذا تتعرض أحكامه للتغيير أو التطوير فى كل حين وفق ضرورات : التحول فى النظام السياسى أو الاقتصادى أو الاجتماعى ، أو معطيات التقدم العلمى والتكنولوجى .

والتعديل بهذه المثابة ما هو إلا قواعد عامة مجردة غايتها تحقيق النفع العام من خلال وضع الأداءات المتبادلة لطرفى عقد الامتياز متعادلة فى كفتين متساويتين فى الميزان وكذلك الغير أولئك الذين تمتد إليهم آثاره وهم ليسوا طرفا فيه ، آخذين فى الحسبان بأن حق التعديل مرهون بظروف وشروط ولأهداف محددة ، فهو وسيلة تتمكن بها الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة ، وتطوير المرفق العام لمواكبتها ويتم توقيع جزاءات على الإدارة إذا خرقت أو خالفت العقد، وتنعقد مسئولية الإدارة التعاقدية فى دفع التعويض المناسب عن الأضرار التى لحقت بالملتزم من جراء ذلك.(٦)

ولقد ظهر واضحا أثر التغيير والتطوير نحو الاقتصاد الحر ، فأخذت الدولة بعقد الامتياز وفق نظام الـ B.O.T. لما تميزت به آليته الجديدة من تنوع فى مجالات نشاطه وتعدد صوره ، وإتاحة العديد من الأساليب والتقنيات المبتكرة فى مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة، بإنشاء مختلف المشروعات وتشغيلها ، وتأهيلها ، وتحديثها، وتجديدها، وتصميمها ، وكذلك إدارتها بعد أن كان منح الامتياز فيما مضى مقصورا فقط فى مجال "**إدارة**" تلك المشروعات.(٧)

ثم كان مقتضى الأخذ بمنهج التنمية المستدامه فى النشاط الاقتصادى وجوب مراعاة الأبعاد الاقتصادية والصناعية والبيئية من خلال تنفيذ ما تتضمنه النصوص والأحكام لمختلف الشروط والضمانات والمتطلبات ، الكفيلة بحماية البيئة والثروات الطبيعية من التلوث،،، ويصير تحقيق ذلك باستخدام الأدوات والمعدات والوسائل الفنية المبتكرة فى مشروعات الامتياز بنظام الـB.O.T عند

إنشائها وتشغيلها ، على أن يكون صدور قرار منح الامتياز من مجلس الوزراء مقترنا بتوافر الشروط والضمانات اللازمة لهذا الغرض ،،، ويتعين على البنوك الاهتمام بتوافر الوسائل الكفيلة بحماية شئون البيئة لدى منح الائتمان لمشروعات الامتياز بنظام الـ .B.O.Tأو المساهمة فى رأس مالها.

وناصية الأمر أن فكرة النفع العام هى الغاية والقاعدة العامة (أو الأصل العام) التى يبنى عليها ، ويستمد منها المبادئ العامة التى تحكم عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ .B.O.T، ومن مقتضيات إعمال هذه القاعدة العامة أن يتم التحقق من تنفيذ تلك المبادئ العامة فى مراحل إبرام عقد الامتياز وفى آثاره وانتهاء مدته ، وفيما يلى بيان ذلك:

(١) مرحلة إبرام عقد الامتياز

- الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصى فى اختيار المتعاقد:

يتناول هذا العنصر كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها فى عقد الامتياز وكذلك العوامل والاعتبارات التى تفرض على الإدارة الاعتداد بالاعتبار الشخصى وذلك بأن يكون المتعاقد من بين أولئك الذين تتوافر فيهم عناصر الكفاية الفنية والقدرة المالية وحسن السمعة بدرجة عالية للاطمئنان يقينا على حسن إدارة مرفق الامتياز ويتأتى للإدارة ذلك من خلال تأكدها فى قدرة المتعاقد معها على حمل مسئولية النهوض بالمرفق العام بتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به بانتظام واطراد سنين عددا.

- كيفية اختيار المتعاقد فى عقدى امتياز المرفق العام وامتياز الـ : .B.O.T

لم يرد فى قوانين المناقصات والمزايدات نص يتعلق بكيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها فى عقد الامتياز ، و طالما أن الهدف هو اختيار أفضل العروض، وكان إعمال النص كقاعدة عامة خير من إهماله ، فإن القانون النافذ وهو بمثابة الشريعة العامة فى العقود الإدارية ، يكون أولى بالتطبيق فى عقد الامتياز ، إذ الأمر فيه موصول بالنفع العام ومداه .

والأمر يكون كذلك بالنسبة لعقد امتياز الـ B.O .T إذ يعد قانون المناقصات والمزايدات هو الشريعة العامة الواجبة التطبيق فيما لم يرد فى شأنه نص خاص ، طالما أن الهدف هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض وأكفأ المتقدمين لإنشاء المرفق وإدارته وصيانته فنيا وماليا ، ويتحقق ذلك

كله من خلال تطبيق مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ، وفق ما تبتغيه أحكام المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات.(٨)

وتنص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ : " بأن يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج ، على أن تتوافر فى شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة ".

فهذا المدلول التحديدى لذوى الكفايات الفنية والمالية وبيوت الخبرة العالمية،ولمن تتوفر فيهم حسن السمعة نراه ينسحب- بطريق التلازم المنطقى - بجواز اختيار المتعاقد فى عقد امتياز الـB.O.T بوسيلة المناقصة المحدودة،ذلك أن موضوع هذا النوع من العقود ،إنما يندرج فى الحالات التى تتطلب طبيعتها مباشرة أعمال مشروعات ذات طبيعة وأهمية خاصة.

ويتفق هذا التفسير مع نظر جانب من الفقه يرى أن عقود امتياز الـ B.O.T. تبرم عن طريق أسلوب المناقصة المحدودة ، وتبين الإدارة فى طلبات العروض ماهية المرفق محل التعاقد ، وأبعاده التقنية والاقتصادية والقانونية ، وتخضع هذه العروض لفحص الإدارة والتى عليها إعداد القائمة المختصرة بأسماء المستثمرين القادرين فعلا على المنافسة ، وغالبا ما تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها من أجل تقديم عطاء مشترك فيما يعرف باتحاد الشراكة "كونسرتيوم".

- تحقيق مبادئ العلانية والشفافية والعدالة والمساواة فى مرحلة الإبرام :

مبدأ العلانية: تبين لنا فى مجال التطبيق العملى بشأن اختيار المتعاقد فى عقد امتياز الـ B.O.T.أن الإدارة قامت بنشر إعلانات الدعوة بطلب التأهيل وطلب العروض فى الصحف اليومية واسعة الانتشار فى الداخل والخارج ، فضلا عن توجيه خطابات موصى عليها بدعوة شركات متخصصة ، وكان سبيلها فى ذلك إتاحة الفرصة الكاملة والمتساوية بدعوة كافة المتخصصين وبيوت الخبرة للدخول فى منافسة حرة من أجل الوصول إلى أفضل العروض بما يتفق والصالح العام .

مبدأ الشفافية: بات التقدم المتسارع نحو تحسين مناخ الاستثمار فى مصر هدفا منشودا من أجل جذب البيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار أموالهم وخبراتهم الواسعة فى مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية - وتلازم بالتزامن مع هذه الغاية - اتخاذ مبدأ

"الشفافية" أسلوبا ومنهجا فى التعامل مع الجهات الرسمية ، بعد أن كان التعامل خلف الأبواب المغلقة منفذا لضياع المال العام وإهداره بغير حساب ، فزادت تكلفة المشروعات العامة إبان تلك الفترة بنسبة ٢٠ ٪ عما هو متاح فى الأسواق المفتوحة تلك التى تسود فيها الأعمال بغير ستار وفق آليات المنافسة الحرة.

ومن أجل ذلك ألزم المشرع الفرنسى جهات الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام عقد الامتياز للتأكد من مشروعية الظروف التى تم الإبرام خلالها ، بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها ، من خلال السير فى دوائر مغلقة بدلا من سماء مكشوفة ، ولهذا انسحب المشرع رويدا رويدا من نفق السرية إلى شمس الوضوح ، فرتب حقا عاما لكل معنى بمشكلة ما أن يطلب الاطلاع على جميع البيانات المتعلقة بها.

مرحلة المفاوضات: وتقوم المفاوضات فى مرحلة الإبرام بدور مرموق فى مجال عقود امتياز الـ .B.O.T، حيث ترتكز على التبنّى الكامل لفكرة الحرية التعاقدية ، بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض ولقد نتج عن الأخذ بهذه المتغيرات ظهور آليات قانونيه مستجدة وإثراء فى الصيغ العقدية.

هذا ويجرى التفاوض من خلال تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التى يتبادلها أطراف التفاوض ، ليكون كل منهم على بصيرة و بينه من أمره ، فيصدر قراره على الوجه الصحيح.

والحقيقة أن للإفصاح والشفافية من جانب الإدارة أثرا فعالا فى زيادة المشروعات الاستثمارية الجديدة ، لأن الإحاطة بالمميزات والعقبات التى تواجه المستثمر ، تحقق لديه يقينا احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها ، وهذا المسلك إنما يعبر عن التزام الإدارة بتنفيذ مقتضيات " مبدأ حسن النية فى مرحلة مفاوضات إبرام عقد الامتياز بنظام الـB.O.T بما من شأنه بث روح الثقة والأمان لدى الملتزم ، وهو معاون للإدارة فى النهوض بمسئولية تأدية خدمات مرفق الامتياز لجمهور المنتفعين به بانتظام واطراد فى الحال والمآل.

المساواة بين الإدارة والمتعاقد : إن العلاقة بين السلطة الإدارية والأفراد فى فرنسا أصبحت قائمة على أساس من التفاوض والحوار ثم الاتفاق ، وبالتالى تحول مفهوم القرار الإدارى من ملامح الأمر والإخضاع ، ليكتسى ثوبا إتفاقيا قابلا للتفاوض بغرض المشاركة فى تحديد مضمونه ، و التزام

الدولة بعدم التدخل فى العلاقات التجارية ، وظهور المجتمع الاتفاقى غير المدار .

وقد جسد هذا التحول تطورا حاسما فى تطبيق مبدأ المشروعية باستخدام تقنيات تحمل عوامل تشجيع الأفراد وجذبهم نحو اتخاذ المواقف الاقتصادية والاجتماعية المرادة منهم بحرية تامة ، عن طريق إبرام "اتفاقيات حث" مع هذه الفئة لإقامة المشاريع الصناعية ،يمنحون بموجبها مميزات وأفضليات مالية معينة ، كما نفذت الإدارة سياستها التسعيرية بناء على اتفاقات بعد أن فشلت سياسة الفرض بالقرارات السيادية فى الفترة ما قبل سنة ١٩٨٦.

فض المنازعات : وقد اتخذ مبدأ العدالة والمساواة بين الإدارة والملتزم سبيله بالاتفاق والتراضى من خلال اختيار وسيلة التحكيم وجهة التقاضى فى المنازعات الناشئة بينهما فكان اختيار أغلبية شركات الامتياز بنظام .B.O.T لطريق التقاضى أمام محكمة القضاء الإدارى صورة معبرة لما يتمتع به قضاء مجلس الدولة المصرى من ثقة فى التعامل لدى الأطراف المتنازعة ، بحسبان أن سرعة الفصل فى الدعاوى سمة مميزة لأى نظام قضائى الحق محوره والعدل غايته . فكلما أمكن حسم المنازعات دون إبطاء استقر إحساس الفرد بالأمن و الأمان ، وانعكس أثر ذلك بصفة مباشرة فى مجال التنمية والاستثمار لاسيما الاستثمار القادم من الخارج .

وأخذا بفكرة العدالة والتوازن الدقيق فى المصالح أيقنت الإدارة فى ظل الاقتصاد الحر أن للمتعاقد الحق الكامل فى سلسلة من التعويضات حين يتحمل تكاليف على عاتقة أكثر شدة مما توقعه عند إبرام العقد من منطلق أن الملتزم لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما أقدم على التعاقد بادئ الأمر وبذلك اتخذت الإدارة فى مرحلة الإبرام منهجا جديدا مؤداه وضع مصالح طرفى عقد الامتياز فى كفتين متساويتين عن طريق إيجاد تقنية تعاقدية تكفل تنفيذ ضرورات المصلحة العامة فى حدها الأقصى"متوازنة" مع متطلبات المصلحة الخاصة للملتزم بطرح مفهوم المساواة على أساس تأمين مصلحة كل من الطرفين معا سواء بسواء.

مبدأ المساواة بين المتنافسين: يستهدف هذا المبدأ إفساح مجال المنافسة للكافة فى مجال التعاقد مع الإدارة "كقاعدة عامة" ، ويحد من هذا المبدأ قيدان أولهما: ما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمنافسة، وثانيهما: ما تتخذه الإدارة من إجراءات وهى بصدد تنظيم أعمال المنافسة باستبعاد بعض الأشخاص لسوء سمعتهم ، أو لعدم قدرتهم الفنية أو المالية فى عقد الامتياز ، ويترتب على هذا الإجراء توفير الكثير من الجهد والوقت فى لجان الفحص والبت .

(٢) مرحلة آثار عقد الامتياز

إن الملتزم فى عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. يتحمل وحده أعباء وتكاليف إنشاء مرفق الامتياز وإدارته واستغلاله، وبصفة عامة يقع على الملتزم مسئولية بذل أقصى جهد ومواصلة الحرص الشديد فى سبيل أداء التزاماته العقدية التى لا تقف عند حد نصوص عقد الامتياز مهما كان مستوى محدداتها بلوغا فى الدقة فالنفع العام يمثل الهدف الذى تسعى الإدارة إلى تحقيقه بأفضل وجه ، وهو القاعدة العامة التى تبنى عليها أحكام تنفيذ عقد امتياز المرفق العام .

ومن مقتضيات إعمال قاعدة النفع العام الالتزام بمدد التنفيذ وعدم جواز التوقف عنه وكذلك منح الإدارة سلطة واسعة فى الرقابة على أعمال التنفيذ والصيانة ، وهى سلطه ثابتة ولو لم ينص عليه فى العقد وتظل موجودة طالما وجد المرفق العام ، وأيضا حق الملتزم فى الحصول على المقابل المالى والحق فى تعديل شروط العقد ، وحق الملتزم والإدارة فى إحلال التوازن المالى لعقد الامتياز، كذلك تحديد حقوق والتزامات "الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وأيضا التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه ، وعدم جواز تنازله عن العقد ،أو التعاقد من الباطن ، واستمرار التنفيذ رغم وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصى فى التنفيذ : وفى مجال التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه يرتكز عنصر الاعتبار الشخصى على فكرة قوامها ضرورة توافر صفات جوهرية فى الملتزم ، تجعله قادرا على الاستمرار فى تنفيذ العقد طوال مدته ، فالاعتبار الشخصى وسيلة غايتها النفع العام ، ولا يعنى جهة الإدارة أن يتم التنفيذ المادى للعقد من جانب الملتزم بقدر ما يعنيها مسئوليته الشخصية عن هذا التنفيذ ، ومن ثم يجوز للملتزم بموافقة الإدارة التنازل عن العقد ، أو التعاقد من الباطن مع غيره ، شريطة أن يظل هو المسئول الأول عن تنفيذ عقد الامتياز بأكمله ، مع الحصول على موافقة الإدارة مقدما على التنازل ، وكذلك التعاقد من الباطن.

احترام مدد التنفيذ : يعد احترام مدد التنفيذ فى عقد الامتياز بمثابة ترجمة فعلية لتنفيذ قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وتحرص التشريعات ودفاتر الشروط الملحقة بعقود الامتياز على إيراد نصوص خاصة بمدد التنفيذ وتحديد الجزاءات التى توقع على الملتزم حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته فى المواعيد المحددة .

التوقف عن التنفيذ :لا يجوز للملتزم - كقاعدة عامة- التوقف عن التنفيذ بحجة أن الإدارة

تخلفت هى الأخرى عن تنفيذ التزاماتها إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل فيجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ فى هذه الحالة، وبالتالى لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامه تأخير ما دامت قد تراخت فى تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها.

والحقيقة أن عدم جواز التوقف عن التنفيذ رهن باستطاعة الملتزم الاستمرار فيه ، فلا يصح أن يبلغ تراخى جهة الإدارة حدا يعجزه عن الوفاء بتنفيذ التزامه ، بمعنى ألا يصل تقصيرها إلى حالة ينشأ عنها استحالة التنفيذ.

رقابة الإدارة على أعمال التنفيذ: تتنوع صور الرقابة على عملية التنفيذ فى عقود الامتياز فتشمل : الرقابة الفنية ، والرقابة المالية ، ورقابة الصيانة والتجديد ، فضلا عن الرقابة الإدارية بالنسبة لعقد الامتياز بنظام الـ .B.O.T

وتنصب سلطة رقابة الإدارة وإشرافها فى تنفيذ عقد امتياز المرفق العام بالتزام المستوى الحدى الذى يمكن التوفيق فيه بين اعتبارين أساسيين أولهما: يكمن فى الرضائيه بوصفها جوهر فكره العقد وثانيهما: يتمثل فى الخصائص الذاتية لعقد الامتياز والدور الذى تلعبه فكرة المرفق العام فى تزويد الإدارة بسلطات واسعة فى مواجهة الملتزم، لضمان السير المنتظم والمستمر لمرفق الامتياز الذى من أجله أبرم العقد. فالإدارة تمارس رقابتها بالمعنى الضيق فى عقد الامتياز للتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد ، دون أن تتضمن توجيها أو تدخلا فى إدارة المرفق يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، فالمادة"٣٠" من دفتر الشروط العامة لعقود امتياز الاناره فى فرنسا تنص على أنه " ليس لموظفى الرقابة التدخل بأى حال فى إدارة الاستغلال" وتتضمن اتفاقيات الامتياز فى قطاع البترول بأن "يراعى ممثل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق (حقوق الرقابة) عدم إعاقة عمليات المقاول، وهى العمليات الخاصة بالاستغلال ، كما تراعى الإدارة دائما المواءمة بين اعتبارين جوهرين هما : كفالة حرية الملتزم فى إدارة المرفق محل عقد الامتياز ، وأيضا ضمان سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد من خلال إعمال سلطتها فى الرقابة التى تقف - فى حقيقة الأمر- عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال .

رقابة الإدارة على أعمال الصيانة : يشكل هذا النوع من الرقابة عنصرا أساسيا فى التحقق من سلامة المنشآت والمعدات والأدوات فى عقد الامتياز اعتبارا بأن كل شئ له عمر افتراضى ، وكذلك

القوى البشرية هى الأخرى فى حاجة ماسة إلى التدريب وتجديد المهارات فى ظل التطور التكنولوجى الحديث حتى يؤدى مرفق الامتياز خدماته للمنتفعين به طوال مدته على أكمل وجه ، وعلى أن يظل المرفق بعد أيلولته بمنشآته ومبانيه وأجهزته ومعداته فى حالة صالحة للتشغيل .

وفى عقود امتياز الـ .B.O.T تزداد حدود الرقابة وتختلف أهدافها ، نظرا لوجود ممثلين للهيئة المصرية العامة للطيران المدنى فى مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز، فالرقابة هنا لا تقف عند حد الإشراف على عملية الاستغلال بل تمتد بالمشاركة فى الإدارة والتشغيل وفى صنع القرار من وجهين:

أ- أنه بالرغم من حيازة الشركة صاحبة الامتياز على أغلبية الأعضاء فى مجلس الإدارة ، إلا أن اعتراض الهيئة المالكة يكون له تأثير فعال من خلال الاشتراك فى المناقشات إبان عرض مشروع القرار قبيل مولده فى مجلس الإدارة ، ولا ريب أن الشركة تكون حريصة على إمعان النظر والتبصر نحو تلبية ما تراه الهيئة لازما.

ب- يتضح من الأحكام الواردة بعقود امتياز الـ .B.O.T أن هناك اختصاصات تنهض بها الهيئة وحدها فى مجال الإدارة والتشغيل، بما ينطوى عليه ذلك من تدخل الهيئة فى العديد من الأعمال الإدارية والفنية.

والحقيقة أن تدخل الهيئة يستهدف تحقيق اعتبارين أساسيين : أولهما اتباع سياسة موحدة فى إدارة وتشغيل المطارات ، بما يتفق وضرورة بسط سيادة الدولة على هذا المرفق الحيوى فى كافة الأرجاء ، وهذا دليل ناصع بأن شركات الامتياز لم تعد تشكل سيطرة للمستثمر الأجنبى على مقاليد الأمور فى البلاد ، وثانيهما أن نشاط مرفق النقل الجوى يخضع لنظام المركزية فى الإدارة، ومن أخص واجبات الهيئة المالكة أن تثمر جهودها استمرار نجاح مرفق الطيران فى مختلف الأرجاء.

حق الملتزم فى المقابل المالى فى عقد الامتياز: تتمثل الحقوق المالية للملتزم فى عنصرين جوهريين هما المقابل المالى الذى يحصل عليه الملتزم ، وحقه فى الحفاظ على التوازن المالى لعقده ، ومن ثم إعادته إلى حالته الطبيعية كلما حدث خلل فيه نتيجة الظروف المختلفة التى قد تصادف العقد أثناء تنفيذه.

ومن الثابت فى بنود عقد امتياز الـ-.B.O.T أن المقابل المالى الذى يحصل عليه الملتزم من

المنتفعين وليد اتفاق بين الجهة المانحة والملتزم -فلا يستقل أحدهما بتعديله دون رضاء الآخر - ومن العدالة احترام مقتضيات الطابع التعاقدى فى هذا النطاق لكونه يمثل أهم حقوق الملتزم .

وجدير بالذكر أن تقرير زيادة مقابل الخدمات فى مجال الطيران أمر ميسور ، إلا أن الدولة لم تترك تحديد وتعديل هذا المقابل لإرادة الملتزم وحده فى عقود امتياز الـ B.O.T. ، بهدف الحفاظ على أبعاد وتوازن عدة عوامل فى مجال التنمية الاقتصادية بوجه عام، والنشاط السياحى بوجه خاص، أهم وأجدى من مجرد الحصول على نسبة أعلى من عائد الاستثمار فى هذا المجال.

حق الإدارة فى تعديل عقد الامتياز: تتمتع الإدارة بسلطة تعديل وتغيير شروط العقد وإضافة شروط جديده بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها دون الحصول على موافقته ، وفق ما يتراءى لها أنه أكثر إتفاقا مع الصالح العام ودون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وطالما أن التزامات المتعاقد على هذا النحو من المرونة فالعدالة تقتضى إضفاء ذات الصفة على حقوق المتعاقد فى مواجهة الإدارة ، ذلك لأن تعديل أركان العقد قد يرتب زيادة فى الأعباء المالية بنحو يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، و بالتالى ينبغى على الإدارة تغطية تلك الأعباء الجديدة على الوجه الذى يعيد للعقد توازنه ورده إلى حالته الطبيعية كى يستمر مرفق الامتياز يؤدى خدماته للمنتفعين به.

فلا يتصور أن يقبل الملتزم معاونة الإدارة فى تسيير مرفق عام دون مقابل ، بل ليظفر بفائدة وربح معلوم ، ولن يكون هناك وجه للشكوى فى حالة إجراء تعديل للعقد ، إذا نال الملتزم حقه فى التعويض على نحو يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح حلال ، أما إذا تحول الأمر على غير هذا المقتضى، فلن يقبل أحد من الناس المجازفة ويبرم مع الإدارة عقدا يخضع لمحض سلطتها العامة.

التوازن المالى لعقد الامتياز: حين يختل التوازن المالى للعقد ويلحق ضررا بالإدارة أو بالمنتفعين ، فإن إحلال التوازن يصير حقا لها والتزاما يتحمله المتعاقد إذا كان الإخلال راجعا إلى خطأ منه ، أما إذا نجم الإخلال بفعل الإدارة سواء بخطأ أو دون خطأ منها ، فإن إحلال التوازن يصير حقا للملتزم والتزاما على عاتق الإدارة ، ذلك أن فكرة التوازن المالى تستهدف تحقيق مبادئ العدالة بما ترتبه من عدم جواز إثراء أحد طرفى العقد على حساب الآخر.

ويتحقق التوازن الدقيق فى المصالح من خلال إيجاد علاقة تعاون بين الإدارة و الملتزم بغية إنجاز عمل محدد ، والاعتراف بحقه فى سلسلة من التعويضات إذا تحمل على عاتقه تكاليف أكثر

شدة ، من منطلق أنه لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما أقدم على إبرام العقد منذ البداية ، ولهذا يستحق الملتزم تعويضا عادلا لجبر الأضرار التى تلحق مركزه التعاقدى ، حين تنقلب ظروف العقد على أثر ممارسة الإدارة سلطة التعديل ، اعتبار بأن ضرورات المرفق العام لا تعنى التضحية بمصلحة المتعاقد وتركه يتحمل وحده عبء جميع الأضرار، فالعدالة تفرض قيام تلازم بين مصالح طرفى العقد وتعادل كفتى الميزان بينهما ، وعلى الإدارة المبادرة فى الوقت المناسب إلى معاونة الملتزم ، بهدف التغلب على العقبات التى تصادفه أثناء التنفيذ حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته العقدية على نحو صحيح.

والحقيقة أن التوازن المالى بمفهوم العدالة يشكل إحدى الملامح الأكثر أصالة للنظام القانونى للعقد الإدارى إذ يجعل العلاقة العقدية بين الطرفين أقل اختلافا وتنازعا من العلاقة التعاقدية فى العقد المدنى والتى لا تظهر فيها روح التعاون بمقدار ما تظهر نوايا كل طرف منهما وهو أشد حرصا على تأمين مصلحته دون سواه ، بيد أن الأمر على خلاف ذلك فى عقد الامتياز حيث تنشأ فيه بالضرورة ومنذ البداية علاقات سوية مشربه بروح التعاون الجيد بين الإدارة والملتزم فى نحو يتلاءم مع حسن سير المرفق العام الذى يتصل العقد به سنين عددا.

وفى نطاق تحقيق التوازن المالى فى تنفيذ عقد الامتياز استقر الفقه والقضاء على الأخذ بنظريات ثلاث وهى : فعل الأمير ، والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وهذه النظريات تتضمن القواعد المتعلقة بأساس التعويض المستحق للملتزم ووسائله وحدوده وأوضاعه ومداه فى مختلف الأحوال ، فهو تعويض جزئى طبقا لنظرية الظروف الطارئة وتعويض كامل فى نطاق نظريتى فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

امتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير : تمتد آثار عقد الامتياز إلى "الغير" وهم أولئك الذين يمنحهم القانون نصيبا من الحقوق ، ويفرض عليهم قدرا من الالتزامات ، والتى تمثل تكاليف وأعباء مفروضة على الغير لصالح الملتزم ، وفى حقيقة الأمر أنها سلطات ومزايا ممنوحة للملتزم ، فالسلطات تخوله حق الاستيلاء المؤقت أو الحصول على مواد من الأراضى المجاورة ، أو نزع الملكية ، وكذلك الحصول على مقابل مالى من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ، وتمثل المزايا استثناء الملتزم من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة وتبرز فى حالات : شرط عدم منافسة الغير وإعفاء الملتزم من بعض الضرائب طوال مدة العقد أو لمدة محددة منه ومنحه مزايا وحوافز استثناء من بعض القوانين ،

ومنع الحجز على ممتلكات مرفق الامتياز.

وتتمثل حقوق الغير فى مطالبة الإدارة بأن تبرم العقود الإدارية وفقا للقانون ، وكذلك مقاضاة الإدارة بطلب إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها إذا ما جاءت مخالفة للقانون ، كما لو استبعدت الإدارة عطاء أحد المنافسين بدون وجه ، أو قامت بإرساء مناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسفا ، فضلا عن حق الغير فى الحصول على تأمين ضد الأخطار التى تصيبه من جراء تنفيذ العقد.

كما يستطيع المنتفع أن يلجأ إلى القاضى المدنى للحصول على حكم بأحقيته فى الحصول على الخدمة ، وإلى القضاء الإدارى للحصول على حكم بإلغاء القرارات الإدارية التى تخول الملتزم مخالفة شروط العقد ، وأيضا حالة رفض الإدارة التدخل (القرار السلبى) لإجبار الملتزم قضاء على تنفيذ شروط العقد.

(٣) مرحلة نهاية عقد الامتياز :

يشكل الزمن عنصرا جوهريا فى عقد الامتياز حيث ينتهى العقد بانتهاء مدته وقد ينتهى نهاية مبتسرة قبل حلول أجله ، إعمالا لحق الإدارة فى اختيار الأسلوب الذى تراه مناسبا لإدارة وتشغيل مرفق الامتياز.

ويشترط القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة تنظيم أوضاع الاسترداد فى وثيقة الامتياز بما يكفل للملتزم الحصول على حقوقه المالية وفق قواعد التعويض المنصوص عليها فى العقد ، بينما تخلو القوانين الصادرة فى شأن منح امتياز المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. من الإشارة إلى ذلك .

ولا يعنى عدم تنظيم أوضاع الاسترداد فى وثيقة الامتياز حرمان الإدارة استرداد الالتزام خارج الإطار التعاقدى ، بل إنها تملك استرداد مرفق الامتياز فى جميع الأحوال قبل نهاية مدته ، وخلال المدة المحظور فيها مباشرته ، وفى المقابل يستحق الملتزم تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب .

هذا ويجوز للإدارة توقيع جزاء الإسقاط عند ارتكاب الملتزم خطأ جسيما فى تسيير مرفق الامتياز ، حتى ولو لم يرد النص عليه فى عقد الامتياز أو فى كراسة الشروط الملحقة به ، ويتم

توقيع جزاء الإسقاط فى فرنسا بمعرفة القضاء طالما لم تحتفظ الإدارة لنفسها بهذا الحق فى نصوص العقد أو فى كراسة الشروط ، ويتشدد مجلس الدولة فى فرنسا ومصر فى طبيعة الأخطاء التى تبرر توقيع هذا الجزاء ، و فى جميع الأحوال يتعين إعذار الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه فى الوقت المناسب.

ومع التسليم بأن القضاء هو المختص بتوقيع عقوبة الإسقاط فى عقد الامتياز ، فهذه الولاية إنما تسرى فى عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. وفق آليته الجديدة من باب أولى.

ويبسط القضاء الإدارى رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بإنهاء عقود الامتياز والامتياز بنظام الـ B.O.T. كما أصبح تسبيب القرار الإدارى أمرا لازما لسلامته ، وأنه من خلال تطبيق نظرية الغلط البين فى التقدير قدم مجلس الدولة حلولا قضائية للمشاكل العملية فى مجال تحقيق الموازنة بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد ، مما يصدق إعماله فى تحقيق التوازن المالى والاقتصادى فى عقد الامتياز.

وتحوى عقود الامتياز فى فرنسا ومصر نصوصا تقضى بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجانا ، والبعض الآخر عن طريق الشراء ، وما لم ينص عليه فى العقد يبقى ملكا للملتزم - فالمبدأ المسلم به أن أحكام التصفية ذات طبيعة تعاقدية ملزمة ، وبالتالى تقتصر مهمة القاضى على تطبيق النصوص المتفق عليها فى العقد ، بينما تنص بنود عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. على أيلولة أموال ومنشآت الامتياز إلى الدولة مجانا فى نهاية مدته.

البند الثالث: أهمية عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. وآثاره الاقتصادية والمالية ،مشفوعة بـ : تقدير وسيلة الامتياز فى مصر ،،،وأهم المقترحات الجديرة بالنظر فى مجال التطبيق العملى لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

١- أهمية عقد الامتياز بنظام الـ : B.O.T.

ذكر البعض أن الجذور التاريخية لنظام B.O.T. ترجع إلى الامتياز الذى انتشر فى القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين وذهب البعض الآخر إلى أن نظام B.O.T. يختلف جوهريا عن الامتياز القديم الذى كان يطلق يد الملتزم فى التصرف فى مرفق الامتياز مما حدا بالبعض تسميته "استغلالا" لأن الحكومة لم تكن تمارس أية سلطة عليه.

والراجح أن أول من أطلق اصطلاح B.O.T. هو الرئيس الراحل تورجوت أوزال تعبيراً عن المنهج الاقتصادى الجديد فى تركيا ، وطبقا للبرنامج الانتخابى الذى نجح على أساسه فى أوائل الثمانينيات من القرن العشرين.

ومع ظهور أزمة الديون والأزمة الاقتصادية فى الثمانينيات . تقلصت قدرة مصر شأن بعض دول أخرى على تدبير الأموال اللازمة لإنشاء مشروعات بنية أساسية جديدة ، أو حتى الإبقاء على الخدمات الأساسية القائمة فى حالة جيدة ، وفى هذه الأثناء ظهرت آلية جديدة لتمويل هذه المشروعات أطلق عليها فى الأدبيات الاقتصادية مصطلح : B.O.T. وهى آلية معقدة ومتشعبة البيانات والتفصيلات وتستند إلى فكرة واضحة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع فى مشروعات البنية الأساسية وتحسينها عن طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية والتزامات الدولة وأعبائها من الديون الداخلية والخارجية .

وقد شهد الاقتصاد المصرى إبان ذلك تحولا متناميا نحو الاقتصاد الحر بهدف النهوض بسد احتياجات المواطن ، وتنمية النشاط التصديرى للمنتجات والخدمات ، إذ لن يتأتى دخول ميدان المنافسة ، إلا من خلال تصميم أفضل أو سعر أقل أو كليهما معا ، ولهذا اختارت مصر الامتياز بنظام الـ B.O.T. والذى أصبح وفق آليته الجديدة أنجع وسائل الرأسمالية فى إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة.

استراتيجية امتياز الـ B.O.T.: يعتبر تمويل المشروعات هو حجر الزاوية فى استراتيجية B.O.T.، وهذا يعنى أن المستثمرين والمقرضين يركزون أساسا على أصول المشروع وما يدره من عائد للسداد ، أكثر من تركيزهم على مصادر الضمان الأخرى مثل الضمانات الحكومية أو أصول الجهة المشاركة فى المشروع ، وتقوم "استراتيجية" B.O.T. على اتفاقيات ذات طبيعة خاصة لتمويل وبناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ، وفق الأسس الآتية :-

- أن التمويل يتم بعيدا عن ميزانية الدولة وعن القروض السيادية بما من شأنه تفادى فرض ضرائب جديدة أو رفع معدلات الضرائب القائمة ، إما لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية (انكماش مثلا) .

- تفادى ارتفاع أسعار الفائدة لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار، وتفادى مشكلات ميزان المدفوعات وعدم اللجوء لاحتياطى العملات الصعبة ، وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة

العملة.

- تنفيذ المشروعات بشكل أكثر كفاءة وأقل تكلفة من خلال متابعة التطورات التكنولوجية المتقدمة ، والاستعانة بالفنيين والمشرفين والمهندسين المتخصصين والمؤهلين .. إلخ .

- الحصول على أحدث التكنولوجيات الجديدة المتقدمة ، وإدخالها فى القطاع المعنى ، ثم انتشارها إلى القطاعات الأخرى بحكم عدوى المنافسة .

- غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص يستطيع المشاركة الإيجابية فى عمليات التنمية بديلا عن القطاع العام والذى كان يقيم المشروعات بأعلى من تكلفتها الحقيقية وبتكنولوجيا متخلفة ولا يخفى ما ينطوى عليه ذلك من إهدار للمال العام.

ولا شك أن البنية الأساسية والخدمات العامة منخفضة التكاليف أصبحت شرطا لا غنى عنه لقيام تنمية اقتصادية ناجحة ، وإنتاج سلعى قادر على المنافسة فى الأسواق العالمية فى ظل اقتصاد دولى جديد يتجه نحو "العولمه " وينبغى على الدول النامية مواجهة التحديات الاقتصادية على الصعيد العالمى بل والمحلى، من خلال المشاركة فى شبكة الإنتاج العالمية لتوفير خدمات البنية الأساسية (من طرق - ومواصلات - وسكك حديدية - ومحطات كهرباء - ومياه - وصرف صحى - وخدمات صحية - وخدمات تعليمية - وجراجات... الخ) .

اختلاف عقد امتياز الـ B.O.T. عن العقود المشابهة له: إن عقد الخصخصة هو "عقد بيع إدارى" تبرمه الإدارة "كطرف أول" مع آخر من القطاع الخاص "كطرف ثان" ، الذى بمقتضاه يتصرف الطرف الأول فى بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثانى جزئيا أو كليا، ومن آثار هذا العقد اعتبار " لطرف الثانى" مساهما فى رأس المال ، وشريكا فى الإدارة بنسبة ما يملكه ، أما فى حالة نقل الملكية كليا إلى "الطرف الثانى" فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع بصفة نهائية.

وليس الحال كذلك فى عقد امتياز الـ B.O.T. إذ ينصب العقد على إنشاء وتشغيل وتسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم ، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة والرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكيته إليها فى نهاية فترة الامتياز، وبهذه المثابة يختلف عقد الامتياز عن عقود الأشغال العامة والانتفاع والتأجير التمويلى والعقد المجمع .

اتفاق عقد امتياز الـ B.O.T. مع الشريعة الإسلامية : الأصل فى إنشاء العقود فى الشريعة

الإسلامية هو مبدأ التراضى شريطة أن يتحقق توازن دقيق بين الصالح الفردى ممثلا فى حرية الشخص فى إنشاء العقد ، وبين الصالح العام المتمثل فى جعل آثاره الرئيسية من عمل الشارع وحده ابتغاء حفظ العدل بين الخلق وصون المعاملات عن دواعى الفساد ومنع الغرر فى المعاملات وحماية المتعاقدين من وجود أية شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة فى مجال الرابطة العقدية.

وبإنزال مبادئ الشريعة الإسلامية على عقود الامتياز المرفقة بقرارات مجلس الوزراء أرقام ١، ٢، ٣ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بمنح امتياز إنشاء ثلاث مطارات بنظام الـ B.O.T. تبين أن العقود الثلاثة تتفق مع مبادئ الشريعة وأحكامها.

٢- الآثار المالية والاقتصادية لعقد الامتياز بنظام الـB.O.T

لقيت آلية الامتياز بنظام الـ B.O.T. تأييدا ومساندة من قبل البنك الدولى كإستراتيجية لزيادة الكفاءة ، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة من ناحية ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى ، نظرا لما تتمتع به من مزايا أهمها:

- توفير أساليب تمويلية مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية الضرورية ذات التكاليف المرتفعة نتيجة للتطور التكنولوجى.

- قدرة الدولة على توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإستراتيجية.

- مساهمة الامتياز فى نقل مخاطر تنفيذ المشروعات من الدولة إلى القطاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الأجهزة المعنية.

- تمكين القوى البشرية من اكتساب الخبرات الفنية العالية من خلال الاستثمارات والتكنولوجيا المتطورة فى مشروعات الـ B.O.T.

- زيادة فرص التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى الدخل .

- تنشيط سوق المال عن طريق التوسع فى إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات وهى سبل جديدة للاستثمار .

ويترتب على الأخذ بهذه الآلية آثار إيجابية لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. على البورصة والميزانية العامة للدولة ، ومصادر التمويل من القطاع المصرفى ، وقطاع التأمين، وتشغيل

العاملين المصريين.

٢-١ أثر مشروعات الـ B.O.T. على البورصة والميزانية العامة للدولة : الثابت أن الملتزم يتحمل وحده تكلفة إنشاء المشروع ومصاريف إدارته وصيانته طوال مدة عقد الامتياز . فيلزم أن يدبر الملتزم الموارد المالية الكافية للقيام بالتزاماته العقدية والمدخل لذلك هو بورصة الأوراق المالية سواء فى سوق الإصدار أو سوق التداول وذلك نتيجة إصدار أسهم الشركات الجديدة سواء كانت مغلقة أو ذات اكتتاب عام ، وإذا كان الملتزم شركة قائمة فعلا ، فإنها تستطيع تدبير تمويل ذاتى عن طريق زيادة رأس مالها، وحينئذ ينشط سوق الإصدار نتيجة إصدار أسهم الزيادة - بما من شأنه إيجاد بضاعة جديدة فى السوق قابلة للتداول فى البورصة كما ينشط سوق الإصدار وسوق التداول إذا ما لجأت الشركة إلى إصدار سندات أو صكوك تمويل ذات عائد مجز سواء أكان ثابتا أو متغيرا.

وعلى ذلك فإن استخدام أموال القطاع الخاص فى إقامة المشروعات بنظام الـ T.O. B يقلل من حاجة الدولة إلى الاقتراض من الأسواق العالمية ويجنبها الضغوط السياسية كما ينقل عبء المخاطرة إلى القطاع الخاص الذى يتحمل وحده تكاليف إنشاء وإدارة المشروعات وصيانتها، دون تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء .

٢-٢ أثر عقود الـ B.O.T. على مصادر التمويل من القطاع المصرفى :إن تمويل القطاع المصرفى لنظام الـ B.O.T. من شأنه أن يؤثر بالسلب على مصادر التمويل المحلى، ما لم تخضع شركات الـ B.O.T. لمعايير الجدارة الائتمانية المتبعة طبقا لنسبتى الاحتياطى والسيولة الواجب توافرهما لدى البنوك، وإلى القواعد والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الإئتمان ، و الحدود القصوى لمنح القروض بالنسبة للعميل الواحد على مستوى جميع البنوك - فحينئذ لا خوف على مصادر التمويل المتاحة من جانب الجهاز المصرفى .

وينبغى النص فى عقود امتياز الـ B.O.T. بأن يتم تدبير نسبه معينة من تكلفة التنفيذ عن طريق التمويل الذاتى لشركة الامتياز ، مع توفير الضمانات الكافية لتغطية القروض المصرفية وفوائدها عند تخلف الشركة أو تعثرها فى السداد وبذلك ينتفى أى تأثير سلبى لعقود امتياز الـ B.O.T. على مصادر التمويل المحلية .

وقد كان لتوجهات البنك الدولى ومؤسسة التمويل الدولية I.F.C ومنظمه اليونيدو UNIDO أثر فعال فى تمويل مشروعات الـ B.O.T. عن طريق البنوك بضرورة توافر شروط الإئتمان

وفق الأسس والمعايير والقواعد الآتية :

- عدم زيادة حجم التمويل لأى مشروع على نسبة ٣٠٪ من القاعدة الرأسمالية للبنك فى صورة استثمارات طويلة الأجل.

- حاجة التمويل فى مشروعات الـ B.O.T. إلى استعلامات وافيه وضمانات خارجية الأمر الذى لا يتوافر للبنوك صغيرة الحجم فضلا عن ارتفاع التكلفة الاستثمارية مما يجعل هذه البنوك عاجزة عن تقديم التمويل المطلوب.

- ضرورة توفير عملات أجنبية لاستيراد مكونات وتحويل فوائض مالية لتمويل هذه المشروعات أو إقراضها.

وجود عدة خطوات تتبعها البنوك لتمويل المشروعات بنظام الـ B.O.T. بمراعاة القواعد التى تحكم الاستثمار أو الإقراض ، ويختلف الأمر فى حالة المساهمة فى شركه المشروع ، أو منح ائتمان مصرفى لمشروع قائم ،فبالنسبة للمساهمة فى إنشاء شركة وفق هذا النظام . فإن البنك يقوم بتحديد نسبة مساهمته فى رأسمالها ، وفق السياسة والضوابط الموضوعة حسب نوع النشاط وحجمه والعائد المتوقع منه و المدة ، على أن يتولى البنك أعمال وكيل المؤسسين وتلقى الاكتتابات حتى يتم إنشاء شركة امتياز الـ B.O.T. مع استمرار البنك فى الإشراف والمتابعة.

وفى حالة منح الإئتمان فإنه يجب على البنك التأكد من نشاط العميل وجدواه وسمعته ، وعدم منح الائتمان إلا فى حدود الملاءة المالية ، وما دفعه العميل من رأس مال فى مشروعه ، ولا عبرة بالأموال المقترضة من بنوك أخرى ، مع التأكد من استخدام الأموال المقترضة فى مجال النشاط الممنوح على أساسه االائتمان ، وليس فى أية أغراض أخرى.

وحقيقة الأمر أنه يجب التعامل مع مشروعات الامتياز بفكر جيد وضوابط وفق اعتبارات العائد المتوقع ، والضمانات الحكومية المقدمة لها ، والوسائل القانونية التى تكفل للبنك مواجهة حالات عدم السداد ، من خلال دراسة القدرة على استرداد حقه عن طريق حوالة الحق من حصيلة: الرسوم وبوالص التأمين .

وبناء عليه إذا ما أحسن اختيار الشركات التى تسند إليها مشروعات الـ B.O.T. وفق ضمانات وشروط واضحة ، فلا شك فى المردود الإيجابى على البورصة والميزانية العامة والقطاع

المصرفى بصفة خاصة والاقتصاد القومى بصفة عامة .

٢-٣ التأمين ضد المخاطر فى مشروعات الـ B.O.T. : يتخذ المستثمر قرار اختيار أية دولة لاستثمار أمواله بتوافر مناخ ملائم فيها ، يمكنه من الحصول على عائد مجز يفوق القدر الذى يتحقق فى الفرص البديلة.

وإنه بالرغم من أهمية المظلة القانونية ضد المخاطر المكفولة بموجب عقود امتياز الـ B.O.T.، إلا أن توفير ضمان تأمين خاص (إضافى) لدى شركات ومؤسسات التأمين يمثل العامل المناسب والسبيل الآمن لصالح المستثمر لتوجيه أمواله فى الدولة التى تتحقق فيها هذه الميزة.

وقد كفل المشّرع المصرى هذا الغطاء التأمينى بموجب قانون الإشراف والرقابة على التأمين رقم ١٠ لسنة ١٩٨١، ومن هنا برز الإقدام نحو تطوير أساليب التأمين على الأموال والممتلكات المستثمرة فى مشروعات الـ B.O.T. وصرف المقابل المادى لدى حدوث أى من المخاطر المتفق عليها فى وثيقة التأمين ، وقد تم لهذا الغرض إنشاء مؤسسات إقليمية لضمان الاستثمار هى : المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات .

ومما لاشك فيه أن توفير ضمان إضافى ضد الأخطار ، ينعكس أثره الإيجابى فى تنشيط سوق المال بصفة عامة والاستثمار فى مجال التأمين بصفة خاصة ، ويتيح الفرصة لتشغيل الأيدى العاملة واكتساب الخبرات ، كما يؤمن البلاد لمواجهة مثل ما أظهرته التجربة فى الأزمة المالية الآسيوية من مخاطر بما يحقق كفالة حقوق المستثمرين فى ظل التغيرات الطارئة وغير المتوقعة .

٢-٤ أثر عقود امتياز الـ B.O.T. فى تشغيل العاملين المصريين : يجرى تأسيس الشركات العاملة بنظام الـ B.O.T. وفق قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م الذى يقضى بمنح شركات امتياز الـ B.O.T. مزايا وحوافز وضمانات ، وباستثنائها من الالتزام بأحكام بعض القوانين القائمة ومن بينها قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، إلا أنه فيما يتعلق بعدد وأجور العاملين المشتغلين بهذا النوع من الشركات - مهما كانت نسبة مشاركة الأجانب فى أسهمها - فإنها تلتزم بتنفيذ أحكام قانون الشركات التى تقضى بـ : ألا يقل عدد المصريين المشتغلين بهذه الشركات عن ٩٠٪ من مجموع العاملين بها، وألا يقل ما يتقاضونه من أجور عن ٨٠ ٪ من مجموع أجور العاملين بها - وألا يقل عدد العاملين الفنيين و الإداريين المصريين عن ٧٥ ٪ من

مجموع العاملين، وألا يقل مجموع ما يتقاضونه من أجور و مرتبات عن ٧٠٪ من مجموع الأجور والمرتبات للفئات المذكورة من العاملين بها.

و قد استهدف المشّرع بذلك تأمين تشغيل الأيدى العاملة المصرية فى شركات امتياز الـ B.O.T. للتخفيف من حدة البطالة ، وإتاحة الفرصة أمام العاملين المصريين لاكتساب خبرات متقدمة ، وخلق كوادر فى مختلف مجالات أنشطة تلك الشركات ، للنهوض بأعباء ومسئوليات العمل بها عند انتهاء مدة الامتياز وانتقال ملكيتها إلى الدولة مستقبلا .

دور الدولة فى ظل العولمة : جدير بالذكر أن دور الدولة فى ظل العولمة لا يغيب وإنما يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال فى ظل إطار تنموى لعقد امتياز الـ B.O.T. وما يرتبط بالنشاط الاقتصادى فى الدولة من قواعد مسانده لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته .

وفى هذا المضمار بات ولا مناص من تحديد إطار قانونى متكامل لعقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. يجعل من هذه الآلية خيارا استراتيجيا بوضع قواعد قانونية شاملة تستهدف تحقيق توازن فى العلاقة بين طرفى عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.، آخذين فى الاعتبار أن الاستقرار القانونى والأمن التشريعى لا يعنى الجمود وعدم تعديل القوانين فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطور ومتغيرات العصر و تحولاته ، يعد مظهرا من مظاهر عدم الاستقرار ، بما يخلفه ذلك من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد .

من أجل ذلك يصير أمر صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق ضرورة حتمية ، فالنشاط الاقتصادى بطبيعته ممتد فى الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه. وكذلك عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. ذو أجل ممتد لعدة عقود زمنية ، وحاجته إلى الاستقرار القانونى والأمن التشريعى ماسة فى الحال والمآل.

٣- تقدير وسيلة الامتياز فى مصر :

٣-١ الامتياز فى مرحلة النظام الاشتراكى :تعرض الالتزام للنقد الشديد على سند من القول بأن الملتزم شخص يسعى إلى الربح عن طريق رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة حتى يكون له الغنم وحده ولا تستطيع الإدارة ممارسة رقابتها على الوجه الأكمل فى مواجهة تدخل أجنبى ينال من

سيادة الدولة ، فالالتزام وسيلة من وسائل الرأسمالية فى إدارة المرافق العامة ، لا تتفق ومفهوم النظام الاشتراكى.

٣-٢ الامتياز فى مرحلة الخصخصة :" إن أعظم ثروات مصر غير مستغلة ، بينما الصحراء شاسعة وفيها متسع لمشروعات جديدة عن طريق القطاع الخاص وبالتالى ينبغى إيجاد إطار قانونى يسمح لهذا القطاع استغلال أراضى مساحتها ٩٥٠٠٠٠ كيلو متر مربع ، وفقا لوسيلة ورد النص عليها فى الدساتير المتعاقبة أغفلناها زمنا طويلا - وهى " عقد التزام المرافق العامة " فعقد الالتزام سيضع حلا ، ولا خطر من أن يكون الملتزم أجنبيا ، طالما أن للعقد مددا محدده وتكون الدولة قد حصلت على عائد ثابت طوال فترة الالتزام ، ثم يعود المرفق بعدها بكامل أرضه و منشآته للدولة صالحا للتشغيل والاستغلال .

٣-٣ الامتياز فى مرحلة العولمة امتياز الـ: B.O.T. أعلن الدكتور رئيس مجلس الوزراء فى المؤتمر العالمى لمشروعات الـ B.O.T. المنعقد فى القاهرة عام ٢٠٠١ بأنه لا توجد قيود على حركة رؤوس الأموال أملا فى زيادة المشروعات بنظام الـ B.O.T. لزيادة القيمة المضافة للاقتصاد القومى شريطة تحديد أسعار الخدمات بحيث تتمشى مع مستوى محدودى الدخل ، وقد أجمع المشاركون على تعاظم استخدام أسلوب الـ B.O.T. لما يحققه هذا النظام من مزايا لكل من الدولة المضيفة والشركة صاحبة الامتياز:

٣-٣-١ بالنسبة للدولة المضيفة:

- نقل أعباء تمويل تنفيذ المشروعات للقطاع الخاص .
- توفير فرص عمل جديدة وجلب التكنولوجيا الحديثة و الخبرة الفنية.
- تنشيط سوق المال عن طريق طرح الأسهم والسندات.

٣-٣-٢ بالنسبة للشركة صاحبة الامتياز :

- تحقيق العديد من العوائد المالية والفنية و الاستثمارية.
- سداد قروض تمويل المشروع وفوائدها من إيرادات تشغيله.
- توزيع المخاطر نتيجة و جود ترتيبات تعاقدية متعددة وليس عقدا واحدا.

ومن أهم توصيات المؤتمر:

(أ) توفير دراسات الجدوى الاقتصادية اللازمة للتحقق من وجود مزايا تكنولوجية واقتصادية ومالية واجتماعية وفرص عمل جديدة.

(ب) تضمين شروط الطرح بما يكفل تعظيم نسبة المكون المحلى فى المشروع.

(جـ) مراعاة التوازن المالى فى المشروعات ذات العائد غير المجزى .

(د) أهمية تحديد التزام الدولة المضيفة لفروق أسعار المدخلات المحلية وصرف العملات وذلك بإنشاء صندوق موازنة يمول أساسا من العوائد التى تزيد عن معدل عائد اقتصادى مناسب.

(هـ) وجوب تحديد آلية لموازنة فروق الأسعار الاجتماعية عن الأسعار الاقتصادية التى شملها التعاقد، وقد تكون سياسة التمييز السعرى وفقا لشرائح وأنماط الاستهلاك إحدى آليات التوازن.

٤- أهم المقترحات الجديرة بالنظر فى مجال التطبيق العملى لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

أولا: إنشاء هيئة أو أمانة فنية أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية وفنية وإدارية ومالية من ذوى الخبرة فى مجال دراسة وتقييم المشروعات للنهوض بالاختصاصات الآتية:-

أ- دراسة مشروعات المرافق العامة المراد إنشاؤها بنظام الـ B.O.T.

ب- إعداد أسس ومعايير دراسات الجدوى فى مراحل التأهيل والطرح وتقييم العروض.

جـ- توفير قاعدة معلومات متكاملة للمشروعات المنفذة والمشروعات المقترحة ، وإعداد دليل إرشادى بالمعلومات والخطوات المعاونة فى إجراءات إبرام عقد الامتياز وفى تنفيذه وانقضائه .

د- حضور ممثل عن الهيئة أو الجهاز فى اجتماعات الجمعيات العمومية لمساهمى شركات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

هـ- التعاون مع الجهات المختصة لوضع نماذج العقود ودفاتر الشروط وتعديلها بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية.

و- إبداء الرأى الفنى والمالى والقانونى فى مجال عقود الامتياز.

ز- المعاونة فى إعداد وتشكيل فريق متكامل يتمتع بكفاءة وقدرة عالية فى التفاوض وفى مجال إفراغ وصياغة شروط وأحكام عقد الامتياز فنيا وقانونيا حتى يكون العقد متسقا ومتوافقا مع

كافة الوثائق المرتبطة به مع أهمية إسهام مؤسسات التمويل الدولية لتدريب الكوادر العاملة فى هذه المجالات.

ثانيا: توفير تأمين إضافى لدى شركات ومؤسسات التأمين ، إلى جانب مظلة التأمين ضد المخاطر المكفولة لمشروعات الـ - B.O.T. .

ثالثا: وضع إطار تنموى يحدد مجالات الاستثمار وأبعاده الاقتصادية والاجتماعية فى ظل سياسة تعظيم دور القطاع الخاص ، وتقنين التشريعات التى تكفل جذب المستثمرين وحماية أموالهم فى مشروعات الـ B.O.T. وما يرتبط بالنشاط الاقتصادى من قواعد وأحكام مسانده لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته والتأكيد على أن دور الدولة فى ظل العولمة لا يغيب ، بل تزداد الحاجة إليه لتحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته ، وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال من أجل بث روح الثقة والحماية لأموال المستثمرين اعتبارا بأن آليات النشاط الاقتصادى الحر هى فى حقيقة أمرها منظومة متكاملة تعمل تحت مظلة فكرة النفع العام.

رابعا: أهمية الاستقرار القانونى والأمن التشريعى فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطورات ومتغيرات العصر وتحولاته يعد مظهرا من مظاهر عدم الاستقرار بما يخلفه من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد ، الأمر الذى يتعين معه صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق . فالنشاط الاقتصادى بطبيعته ممتد فى الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل والرهان عليه و كذلك عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. ذو أجل ممتد لعقود زمنية وحاجته إلى الاستقرار القانونى والأمن التشريعى ماسة فى الحال والمآل.

خامسا: إحاطة المستثمر بالمميزات والعقبات التى تواجه مشروعه من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات والشركات وتحويلات الأرباح وتسعير المنتجات والاستيراد والتصدير والضرائب والتأمين ضد المخاطر والقوانين الحاكمة للمرافق العامة.

سادسا: اتخاذ الوسائل المتاحة لدى الدول العربية لمواجهة التغيرات والتحولات القانونية والاقتصادية المصاحبة لظاهرة العولمة بتطوير أدوات ومقومات الوحدة الاقتصادية العربية ، وتسريع إقامة السوق العربية المشتركة ومحكمة العدل العربية وتطوير قوانين الملكية الفكرية والذهنية ، وتوحيد التشريعات المتصلة بذلك.

سابعا: دعم دور جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على توازن حقوق والتزامات المنتفعين بخدمات مرافق الامتياز ، ومنحها الأدوات والمقومات اللازمة لمواجهة حالات رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة أو حدوث تغيير فى طريقة وميعاد سداد مقابل الخدمة للملتزم ....إلخ.

ثامنا: الثابت أن عقد امتياز المرفق العام قد تطورت أحكامه وقواعده فى ظل امتياز الـ B.O.T. بآليته الجديدة فالرابطة العقدية بين الإدارة والملتزم أصبحت تكتسى ثوبا اتفاقيا منذ البداية ، والطرفان يسعيان معا جنبا إلى جنب يدا واحدة، يبتغيان فى المقام الأول كفالة انتظام سير مرفق الامتياز سنين عددا ، من خلال وضع الأداءات المتبادلة بينهما فى كفتين متساويتين فى الميزان، وبما يكفل حصول الملتزم على حقوقه كاملة فى أمان وسلام.

والحقيقة أن المستثمر يرنو إلى معرفة المتغيرات والمستجدات ليتحقق لديه يقينا مدى الحفاظ على أمواله ، ولذلك ينبغى على الأجهزة المختصة بالترويج للاستثمار أن تعمل بكافة السبل لنشر تلك المتغيرات عبر قنوات الإعلام ومن خلال وسائل الاتصال بالبنوك وأسواق المال والجامعات والمؤسسات والهيئات المعنية محليا وخارجيا ، وذلك لجذب أصحاب رؤوس الأموال والبيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار خبراتهم وأموالهم فى مجال مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية فى ربوع مصر ، والتى أصبحت الأعمال تجرى فيها بغير ستار فى ظل نظام الحرية الاقتصادية وآليات المنافسة الحرة.

وطالما أن النفع العام هو الغاية والقاعدة العامة التى يبنى عليها ويستمد منها أحكام عقد امتياز المرفق العام كما أصبح كل أمر قابلا للتفاوض والحوار ثم الاتفاق ، من أجل ذلك يتعين فى مجال الامتياز بنظام الـ B.O.T. وضع أسس وضوابط تشريعية تكفل وضع حقوق والتزامات كل من الإدارة والملتزم متعادلة فى كفتين متساويتين فلا تميل إحداهما على الأخرى فى الميزان ، على أن يؤخذ هذا الأمر فى الحسبان، فيما يخص حقوق والتزامات المنتفعين و"الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم كثر[٩].

" ولكل درجات مما عملوا وليوفيهم أعمالهم وهم لا يظلمون"[١٠]

الهوامش :

(١) فى هذه المرحلة كان الالتزام يتم بمنحة من السلطان فإرادته ماضية لا قيد عليها ، ويعد

امتياز قناة السويس الممنوح من الحاكم عام ١٨٥٤ بداية لتدخل أجنبى سافر فى شئون البلاد وسيادتها، نتيجة تصرف حاكم مستبد وسلبية شعب مستكين والحقوق لا تعطى إلا لمن يطلبها ويدافع عنها ، بل ويناضل من أجلها.

(٢) تطور الفكر القانونى فى مجال الاجتهاد والتفسير إلى أبعد مدى ،وتجسد ذلك على سبيل المثال فى العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا بإعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلا لتقرير قواعد عمليه يقتضيها عدل الله ورحمته . مَردّه أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية . إذ هى غير منغلقة على نفسها، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شئونها، وطالما أن الاجتهاد والتفسير حق لأهل الاجتهاد. فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولى الأمر ينظر فى كل مسألة مستعينا بمن يفقهون دينهم، ويجوز له أن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة ، ذلك بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله – مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة . هى تلك التى تكون مناسبة لمقاصد الشريعة متلاقية معها ، و فى هذا السياق تشمل كلمة "القضاء" " القضاء الواقف" الذى ينير للقضاء الجالس حقيقة الواقع وصحيح كلمة القانون العليا ، وهم أولئك الرواد الكبار والأسوة الحسنة من رجال الفقه والقضاء الذين عظموا بأدائهم وأثروا بفكرهم محراب العدالة بما خلفوه من تراث يشهد لهم ، ونحن بعون الله وعلى آثارهم نسير ، واعترافا بفضلهم ندعو الله العلى القدير أن يجزيهم عنا أحسن الجزاء .

(٣) وبطبيعة الحال يتولى تلك المهام مجتمعة أو متفرقة مجموعات متكاملة من ذوى التخصص والكفاءة والخبرة فى فحص وتقييم المشروعات كل حسب نوعه وطبيعة نشاطه وذلك وفق أسس وضوابط ومقاييس ومعايير محددة سواء محلية أو عالمية، ويعتمد نجاح المشروعات بنظام الـ B.O.T. على مرحلة التأهيل وإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية بدقة تامة ، وذلك لضمان استبعاد الشركات غير الجادة ، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسئوليات تمويل إنشاء المشروعات وتشغيلها ، وصيانتها على أكمل وجه طوال مدة الامتياز ، فالإسناد لا يصح بناءً على حكم اختيارى أو ضغوط خارجية.

(٤) قال تعالى فى سورة الرعد (آية ١٧) " فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الأرض كذلك يضرب الله الأمثال"

(٥) يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن التوازن والتعادل فى الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين

غايته حفظ العدل بين الخلق وصون المعاملات عن دواعى الفساد ومنع الغرر فيها وحماية للمتعاقدين من وجود أية شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة فى مجال الرابطة العقدية.

(٦) قال تعالى فى سورة الرحمن " والسماء رفعها ووضع الميزان ألا تطغوا فى الميزان وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان"

(٧) انظر فى تنوع مجالات النشاط وتعدد صور عقود امتياز المرفق العام وتطورها ص ٣٤، ٤٩ فى الباب التمهيدى من مؤلفنا عقد إمتياز المرفق العام .B.O.Tدراسة مقارنة وإذا كان هناك ثمة تداعيات بسبب أعمال الإرهاب امتد أثرها السلبى على مسيرة التقدم فى مجال إنشاء مشروعات الامتياز بنظام الـ .B.O.T، وكذلك على حصيلة إيرادات باكورة مشروعاته العاملة فى مجال السياحة والطيران فى مصر ، فلا يعدو هذا أن يكون مجرد أمر عارض ، ويظل نظام امتياز الـ .B.O.T ضرورة ملحة فى مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية ورفع مستوى الحياة الاجتماعية فى مصر.

(٨) هذه المبادئ الأربعة تكون ركن المشروعية فى العقود الإدارية بصفة عامة ، ومن بينها عقد التزام المرافق العامة ، وبالتالى فإن الإخلال بها هو المدخل لرقابة المشروعية التى يبسطها مجلس الدولة على العقود الإدارية بحيث إذا اختل أحدها كان تصرف الإدارة فى ذلك غير مشروع ، وبات لكل ذى مصلحة حالة ومباشرة أن يطعن بإلغاء تصرفها .

(٩) وجدير بالذكر أنه يمكن استخدام صيغة عقد الامتياز بنظام الـ .B.O.T بين طرفين من القطاع الخاص لإنشاء وتشغيل مشروعات مدنيه يضع الطرفان قواعده وأحكامه كما فى حالة بناء جراج متعدد الطوابق تحت الأرض بنادى هليوبولس الرياضى لخدمة أعضائه ، وهذه العقود تخضع لأحكام القانون المدنى وتسرى فى شأنها القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين مادة ٤٧ مدنى.

(١٠) سورة الأحقاف - الآية رقم (١٩)