

الإشكاليات الدستورية في قوانين منح الالتزام بنظام البوت

إعداد

دكتور / كريم سيد محمد السيد أبو العزم

مدرس القانون العام – كلية القانون

الجامعة البريطانية في مصر

(الإطار العام للبحث)

مقدمة

تسعى العديد من الدول - لاسيما الدول النامية - إلى تحقيق التنمية الاقتصادية وتلبية احتياجات المجتمع على كافة المستويات بصفة عامة، وعلى مستوى الخدمات - بصفة خاصة - تقوم الدول بتشديد المرافق العامة وإدارتها لإشباع حاجات المواطنين لهذه الخدمات - مثل الطرق والكباري والمياه والصرف الصحي والكهرباء وغيرها - ولكن تشييد هذه المرافق يحتاج إلى تمويل ضخم، الأمر الذي قد يفوق ميزانية الدولة وتعجز عن القيام بتشبيد العديد من المرافق في آن واحد.

إزاء احتياج تشييد المرافق العامة إلى تمويل كبير يفوق في بعض الأحيان ميزانية الدولة وقدرتها المالية وهو ما جعلها تتجه نحو الاستعانة بالقطاع الخاص لتنفيذ هذه المشروعات مقابل السماح له باستغلالها لفترة من الزمن حتى يستطيع تعويض ما تكبده من أموال نظير تشييد المشروعات وهو ما عُرف باسم الشراكة مع القطاع الخاص.

ان الشراكة مع القطاع الخاص من الموضوعات الحديثة نسبياً ولكن بالرجوع إلى الجذور التاريخية لإبرام عقود شراكة يتحمل فيها القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشبيد المشروع ثم يقوم باستغلاله فترة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة مرة أخرى، يظهر أن أولى الحالات في مصر كان مشروع إنشاء قناة السويس، ونظراً لحاجة الدولة المصرية إنشاء العديد من المشروعات في عدد من المجالات تتجاوز تكلفة إنشائها الموازنة العامة للدولة، وأمام عجزها عن تشييد هذه المشروعات والمرافق العامة فقد لجأت الدولة المصرية إلى إصدار عدد من القوانين ترخص للجهات العامة في الدولة إبرام عقود التزام المرافق العامة بنظام البوت.

وقد ثار العديد من الخلافات الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقود التزامات المرافق العامة بنظام البوت، حيثُ أن هناك جانب من الفقه يتجه إلى القول بأنه عقد إداري، كما يذهب اتجاه آخر على أنه عقد استثمار، بينما يذهب اتجاه ثالث إلى اعتبار هذا العقد من العقود الدولية، وتتعدد الاتجاهات والخلافات الفقهية في هذا المجال، والتي تم حسمها على النحو الذي سوف يرد بيانه لأنه من الأهمية بمكان تحديد الطبيعة القانونية لالتزامات المرافق العامة بنظام البوت.

كما بدأت الدولة المصرية في إصدار العديد من القوانين المنظمة لعقود التزامات المرافق العامة بنظام البوت بداية من عام ١٩٩٦م وحتى الآن، وبالرغم من ذلك فإنه لا يوجد قانون موحد يحكم إبرام مثل هذا النوع من العقود، حيثُ أن كل قانون كان يرد على تنظيم مجالاً واحداً، وفي هذا الإطار فإنه يجب على السلطة التشريعية وهي بصدد إصدار القوانين التي تنظم إبرام العقود عقود التزام المرافق العامة بنظام البوت أن تُراعي العديد من الضوابط الدستورية الموجودة بالدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤م وذلك طبقاً للمبدأ المعروف بـ "مبدأ المشروعية" أي أن تتفق تصرفات جميع السلطات في الدولة مع أحكام الدستور والقانون.

وقد نظم الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤م إبرام عقود الالتزام بوضعه بعض الضوابط المتعلقة بمدة الالتزام وبأداة منح الالتزام، وهو ما يجب أن يتم مراعاته عند إصدار أية تشريعات تتعلق بعقود التزام المرافق العامة، وذلك نظراً لما قد يترتب على مخالفة ذلك آثار يتعذر تداركها إذا ما تم الحكم بعدم دستورية القوانين التي قد تكون مخالفة في هذا المجال.

وبالرجوع إلى قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت والتي صدر منها ثلاثة قوانين قبل إصدار الدستور الحالي وقانون آخر بعد إصداره، يظهر عدم

اتفاق في نصوص بعض مواد هذه القوانين مع الدستور الحالي وهو الأمر الذي يُثير العديد من الإشكاليات الدستورية.

ان الإشكاليات الدستورية المثارة بشأن بعض المواد الواردة بقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت، قد يؤدي في النهاية إلى الحكم بعدم دستورية هذه المواد، الأمر الذي قد ينعكس على العقود التي تم إبرامها استناداً لهذه القوانين لاسيما أن هناك بعض العقود التي صدرت بعد إصدار دستور عام ٢٠١٤م، وهو ما قد يرتب العديد من المشكلات بالنسبة لهذه العقود، وكل هذه الإشكاليات هو ما قام هذا البحث بتقديمها ومعالجتها.

أولاً: المشكلة البحثية

تسعى الدولة المصرية منذ وقت ليس بالقريب إلى سد احتياجات المواطنين من خدمات البنية الأساسية والتحتية وذلك في العديد من المجالات مثل الكهرباء والطاقة والطرق والكباري والسكك الحديدية والمطارات، وفي إطار هذا السعي ورغبتها في قيام القطاع الخاص بتشديد هذه المرافق - حتى لا تُثقل الموازنة العامة للدولة بأعباء هذه المرافق - فقد اعتمدت الدولة المصرية عدد من القوانين التي تُنظم إبرام عقود التزامات المرافق العامة بنظام البوت، وعلى الرغم من عدم وجود ثمة إشكاليات دستورية في هذه القوانين وقت إصدارها إلا أنه مع إصدار دستور عام ٢٠١٤م وتنظيمه لعقود التزامات المرافق العامة، فقد ظهر العديد من الإشكاليات والتي تتمثل في وجود تعارض بين بعض نصوص هذه القوانين ونصوص دستور عام ٢٠١٤م، وفي ضوء ذلك يمكن التعبير عن المشكلة البحثية من خلال التساؤل البحثي الآتي:

إلى أي مدى يشوب بعض نصوص قوانين منح التزامات المرافق العامة - المواد الخاصة بمدة عقد الالتزام بنظام البوت وكذلك السلطة المختصة بمنح هذا الالتزام - عوار دستوري؟

ثانياً: أهداف البحث

سعى هذا البحث إلى تحقيق العديد من الأهداف، وهي:

- (١) الوقوف على الطبيعة القانونية لعقود البوت.
- (٢) دراسة الإطار القانوني والدستوري لقوانين منح التزامات المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث.
- (٣) تحليل أوجه عدم الدستورية في قوانين منح الالتزام بنظام البوت.
- (٤) التوصل إلى آليات رفع الدعوى الدستورية في ظل أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة.
- (٥) التعرف على الآثار المترتبة على الحكم بعدم دستورية قوانين الالتزام بالنسبة للعقود المبرمة والجاري تنفيذها في ضوء العديد من الفرضيات.

ثالثاً: التساؤلات البحثية

سعى هذا البحث إلى الإجابة على العديد من التساؤلات فيما يخص الإشكاليات الدستورية التي تُثيرها قوانين منح الالتزام بنظام البوت، وهي:

- (١) ما الطبيعة القانونية لعقود الالتزام بنظام البوت؟
- (٢) ما الإطار القانوني والدستوري لعقود التزامات المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث؟
- (٣) ما أوجه عدم الدستورية في قوانين منح الالتزام بنظام البوت؟

٤) كيف يمكن رفع الدعوى الدستورية في ضوء أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة؟

٥) ما آثار الحكم بعدم الدستورية على العقود التي تم إبرامها وفقاً للقوانين المشوبة بعيب عدم الدستورية؟

رابعاً: منهج البحث

تم الاعتماد في هذا البحث على المنهج الوصفي التحليلي كمنهج أساسي وذلك في رصد وتحليل مفهوم عقود البوت وكذلك في تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت من خلال عرض الاتجاهات الفقهية في هذا الشأن وأيضاً عرض لاتجاهات القضاء الإداري سواء في مصر أو فرنسا وموقفهما فيما يخص عقد البوت من كونه عقد إداري أم غير ذلك، كما تم الاعتماد على منهج تحليل المضمون وذلك في تحليل النصوص القانونية والدستورية الحكامة لعقد الالتزام بمفهومه التقليدي وكذلك بمفهومه الحديث والمتمثل في عقد البوت، كما تم استخدام هذا المنهج في عرض الإشكاليات الدستورية من خلال تحليل مضمون التعارض بين نصوص القوانين ونصوص الدستور.

خامساً: تقسيم البحث

في إطار ما سبق، سوف يتم بيان طبيعة عقود الالتزام بنظام البوت وإطارها القانون والدستوري وسيتم توضيح شبهات عدم الدستورية من ناحية تحديد النصوص القانونية التي تصطدم بنصوص الدستور وبالتالي تخالف مبدأ المشروعية الدستورية، ثم سنتناول كيف يمكن أن تتصل الدعوى الدستورية بالمحكمة المختصة (المحكمة الدستورية العليا)، ثم أخيراً آثار الحكم بعدم الدستورية على العقود التي تم إبرامها في ضوء أحكام قوانين الالتزام بنظام البوت، وذلك من خلال النقاط الآتية:

- المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقود الالتزام بنظام البوت.
- المبحث الثاني: الإطار التشريعي (القانوني - الدستوري) لعقود التزام المرافق العامة.
- المبحث الثالث: شبهات عدم الدستورية بقوانين منح الالتزام وإشكاليات اتصال بالمحكمة الدستورية العليا وأثار الحكم بعدم الدستورية.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقود الالتزام بنظام البوت

تمهيد

يقصد بالطبيعة القانونية لعقد ما أن يتم إرجاعه إلى نظام قانوني محدد، وذلك من أجل تحديد طبيعة الالتزامات والحقوق التي تتولد عنه، بالإضافة إلى القانون الحاكم لهذا العقد، ثم النظام القضائي الذي تخضع له أية منازعة قد تنشأ عن تنفيذ هذا العقد.

وفي سبيل سعي العديد من دول العالم إلى تحقيق التنمية الاقتصادية، تقوم بالتعاقد مع العديد من الأفراد والشركات - أشخاص القانون الخاص - وتخضع هذه التعاقدات لأنظمة قانونية مختلفة^(١)، فمنها ما يخضع لأحكام القانون الإداري، ومنها ما يخضع لأحكام القانون التجاري أو المدني الخ، وبالنظر إلى هذه الاختلافات في هذه العقود واختلاف أنظمتها القانونية التي تخضع لها، فقد اختلف الفقه وكذلك القضاء في تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي تُبرمها الدولة بنظام البوت (B.O.T)^(٢) أو (B.O.O.T)^(٣)، فقد ذهب جانب من الفقه إلى اعتبارها

(١) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١م، ص ١٤.

(٢) البناء (Build) والتشغيل (Operate) والتحويل (Transfer).

(٣) البناء (Build) والتملك (Own) والتشغيل (Operate) ونقل الملكية (Transfer).

أحد العقود الإدارية، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنها تعتبر من عقود الاستثمار، بينما ذهب رأي ثالث إلى اعتبارها من عقود القانون الخاص^(١).

وللتمييز بين عقود الدولة - التي تُبرمها كأحد أشخاص القانون العام - الإدارية، وعقود الدولة - التي تُبرمها كأحد أشخاص القانون الخاص - المدنية أهمية كبرى، حيثُ يترتب على هذا التمييز تحديد الجهة القضائية التي تختص بنظر المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد، حيثُ ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري بمجلس الدولة إذا كان العقد إدارياً، أما إذا كان العقد غير ذلك فيخرج عن نطاق اختصاص مجلس الدولة وينعقد الاختصاص حينئذ للقضاء العادي، ليس هذا فحسب وإنما للتمييز بين هذه العقود أهمية أخرى كبرى لا تقل عن مثيلتها السابقة والتي تتمثل في القانون الواجب التطبيق، فهل يتم تطبيق القانون العام أم الخاص؟ فهذا يعتمد على تحديد نوعية العقد.

وإذا كان لنا أن نتساءل عن عقود الالتزام بنظام البوت، فإنه لا بد من الإشارة إلى أن عقود التزام المرافق العامة هي من العقود الإدارية المسماة^(٢)، وذلك طبقاً لما جاء بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م^(٣)، وبناءً على ذلك هل يمكن اعتبار

(١) د. صافي أحمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص (P.P.P)، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ٨٤.

(٢) يوجد نوعين من العقود الإدارية: العقود المسماة وهي ثلاثة أنواع (عقود التزام المرافق العامة، عقود الأشغال / المقاولات العامة، عقود التوريد) أما العقود غير المسماة فهي العقود التي يتوافر بشأنها عناصر أو خصائص العقد الإداري (أن يكون أحد طرفيه شخص من أشخاص القانون العام، أن يتصل العقد بمرفق عام، أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص).

(٣) نص المادة (١١/١٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (٤٠)، ٥ أكتوبر سنة ١٩٧٢م.

عقود الالتزام بنظام البوت عقوداً إدارية أيضاً على اعتبار أنها امتداد لعقد الالتزام،
أي الصورة الحديثة لعقد الالتزام؟

للإجابة على هذا التساؤل وللوقوف بالطبع على الطبيعة القانونية لعقود
الالتزام بنظام البوت، لابد أولاً أن يتم الوقوف على تعريف محدد لعقد البوت، ثم
توضيح الجدل الفقهي حول التكييف القانوني لطبيعة عقود الالتزام بنظام البوت وما
إذا كانت تعتبر من العقود الإدارية طبقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء من معايير
لتمييز العقد الإداري أم لا تعتبر كذلك، وذلك من خلال النقاط التالية:

(١) تعريف عقد البوت.

(٢) الجدل الفقهي حول التكييف القانوني لطبيعة عقود الالتزام بنظام البوت.

أولاً: تعريف عقد البوت

لم يكن اصطلاح البوت إصلاحاً قانونياً بل هذا افراز لواقع عملي ناتج عن تطور أساليب الاستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى وتنوع أشكال التنمية الاقتصادية في مختلف دول العالم^(١). ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن بدايات أنظمة البناء تعود إلى القرن السادس عشر من خلال عقود الامتياز التي عرفتھا تلك الحقبة^(٢).

ويرجع الفقه^(٣) جذور عقود البوت إلى ما يُعرف بعقد الامتياز^(٤). ويقول البعض أن أول ظهور لمصطلح عقود البناء والتشييد كان على لسان توركوتأوزال

(1) Frédéric Monera, Les Financements Innovants de Services et de Projets Publics, In: Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, 1, P.339.

Philippe Marlière, La Social-Démocratie Domestiquée. La Voie Blairiste, Bruxelles: Les Éditions Aden, 2008, PP. 71-72.

Philippe Flamme, Maurice-André. Flamme et Claude Dardenne, Les Marchés Publics Européens et Belges- L'irrésistible Européanisation du Droit de la Commande Publique, Bruxelles: Larcier, 2005, P. 211.

(٢) د. هاني سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٠، ١٩٩٩م، ص ٩.

(٣) د. إلياس ناصيف، العقود الدولية وعقد البوت B.O.T في القانون المقارن، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١١م، ص ٩٢.

(٤) يعني حق الامتياز (منح حق الانتفاع أو الاجارة أو التملك أو الهبة أو الاحتكار أو الحق الخاص لشركة أجنبية من قبل الدولة ضمن منطقة معينة من أراضيها لمدة معينة). وقد استعمل المصطلح لمقابل للاصطلاح الأجنبي Concession وما يتميز به هذا العقد أن الدولة هي أحد

رئيس الوزراء التركي عام ١٩٨٠م^(١) بعدما كان قد عقد اجتماعاً برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص شارحاً لهم استراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي وفقاً لبرنامج الانتخابي الذي طرحه حيثُ فاز في الانتخابات، والذي تمحور حول إسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية إلى القطاع الخاص بموجب نظام البوت، إضافة إلى تطبيق برنامج الخصخصة ليكون توجهاً اقتصادياً جديداً في تركيا^(٢).

ويرى العديد من الباحثين أن أول ظهور لعقد البوت كان في فرنسا عندما عهدت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة الأخوة بيريه (Périer Brothers) وهي شركة خاصة توسعت أعمالها وذلك عام ١٧٨٢م إلا أن تطور الأحداث السياسية في فرنسا بعد قيام الثورة الفرنسية دفع المدينة على إلغاء الامتياز^(٣).

أطرافه وتضمنه لشرط العنصرين من أجل حماية المستفيد من الامتياز. وبدون هذين العنصرين يفنقد عقد الامتياز ذاتيته المستقلة ويتحول إلى عقد عادي، أنظر في هذا: د. درع حماد عبده، عقد الامتياز دراسة في القانون الخاص، بيروت: ريم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ص ٢٧-٣١.

(١) د. أحمد سامي مرهون المعموري، الامتياز القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف الدولي: دراسة قانونية تحليلية، جامعة الكوفة، كلية القانون، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠٠٥م، المجلد ١، العدد ٥، ص ١٧٣.

(٢) د. إلياس ناصيف، مرجع سبق ذكره، ص ص ٩٢ - ٩٣.

(3) Emmanuelle Auriol and Pierre M. Picard, A Theory of BOT Concession Contracts, Journal of Economic Behavior & Organization, 2013, Volume 89, Issue 1, P. 188.

وقد أخذ هذا النظام بالانتشار في فرنسا عام ١٩٢٠م وامتد ليشمل إسبانيا وإيطاليا وألمانيا. حيث أن أول مشروع في العالم لعقد البوت هو مشروع قناة السويس في مصر بموجب عقد أبرم في عام ١٨٥٤م والتي افتتحت عام ١٨٦٩م وكانت مدة العقد ٩٩ عاماً إلا أن الامتياز أنهى عام ١٩٥٦م أي قبل ثلاثة عشر عاماً عندما أمتت الشركة العالمية لقناة السويس. كما يُشار دائماً إلى أن التطور اللافت في نظام البوت في العهد الحديث كان الاتفاق المبرم بين الحكومتين البريطانية والفرنسية من جهة وشركة يوروتانال (Eurotunnel) لتنفيذ نفق المانش (The Channel Tunnel) عام ١٩٨٨م^(١).

يُعد عقد البوت "نوعاً من الاستثمار الذي يتولى فيه القطاع الخاص إقامة وتشغيل مشروع بنية تحتية، كان من المعتاد أن يقوم ببنائه وإدارته القطاع العام أو الحكومة، على أن يتم تحويله مرة أخرى إلى الحكومة بعد فترة كافية يتم فيها استرداد رأس المال المستثمر وتحقيق عائد معقول"^(٢).

وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأونسيترال) البوت بأنه "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة زمنية محددة أحد الاتحادات المالية تسمى بشركة المشروع". ويأتي هذا الامتياز لتنفيذ مشروع معين على أن تقوم الشركة المذكورة بالبناء والتشغيل والإدارة لعدد من السنوات وتسترد

(١) خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩.

د. صلاح كريم جواد الخفاجي، عقود البوت (B.O.T) والجوانب الخاضعة للقانون الخاص فيها، جامعة الكوفة، كلية القانون، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٧م، المجلد ١٠، العدد ٣٠، ص ٣٥-٣٦.

(٢) د. عبد القادر محمد عبد القادر، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات الـ B.O.T، الإسكندرية: منشورات الدار الجامعية، ٢٠٠١/٢٠٠٢م، ص ٦٣٢.

تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً على أن تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية مدة الامتياز^(١).

كما عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية اليونيدو (Unido) بأنه "اتفاق تعاقدى يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية

(١) د. جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ١٠.

د. محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T، المؤتمر الدولي بعنوان مشروعات البناء والتشغيل ونقل ملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر، القاهرة: مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩م، ص ٣.

د. محمد متولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مجلة البحوث الإدارية، العدد الأول، يناير ٢٠٠١م، ص ١٩.

د. يوسف محمود، د. عدنان العريبي، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، دمشق، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، ٢٠٠٨م، المجلد ٣٠، العدد ٣، ص ١٨٠.

المدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة^(١).

كما البعض على أنه "مشروع تعهد بمقتضاه الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية كانت أو أجنبية، وسواء أكانت من شركات القطاع العام أو الخاص وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية"^(٢).

وترتكز معظم التعريفات الفقهية والمنظمات الدولية في هذا المجال على ثلاثة عناصر أساسية، أهمها^(٣):

- يصلح نظام البوت للاستخدام في المشروعات العامة والخاصة.
- تختص شركة المشروع بعملية الانشاء والتشغيل والإدارة والصيانة حصراً طوال المدة المقررة.

(١) د. عدنان خزل عباس الجبوري، مشروعية عقود (البناء والتشغيل والتحويل) B.O.T دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بغداد، الجامعة العراقية، كلية الآداب، مجلة مداد الآداب، ٢٠١١م، العدد الأول، ص ٤١٢.

(٢) د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، ص ٣٨.

(٣) د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الامارات: الشارقة، الفترة من ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م، ص ٤.

▪ يمكن أن تكون شركة المشروع شركة خاصة واحدة أو تتكون من عدة شركات خاصة محلية أو دولية، حيثُ يعد وجود الشركات الدولية أحد نماذج إدارة الأعمال الدولية.

ويتكون مصطلح البوت من ثلاث كلمات هي⁽¹⁾:

▪ (Build) وتعني البناء أو الإنشاء ويرمز لها بحرف B الذي تقوم به شركة المشروع.

▪ (Operate) وتعني التشغيل أو الإدارة ويُرمز لها بحرف O حيثُ تقوم شركة المشروع بنفسها بذلك أو تعهد إلى إحدى الشركات المتخصصة بالقيام به من خلال اتفاقية تُسمى Operating Contract.

▪ (Transfer) وتعني الإعادة أو التسليم ويُرمز لها بحرف T.

ويرى بعض الفقهاء إلى أن هذه المفردات غير دقيقة، ويفضل استخدام مفردة (تمكين) على أساس أن المالك لا يفقد ملكية العين وكذلك (إقامة) بدلاً من بناء

(1)Alberto De Marco, Giulio Mangano and Timur Narbaev, The influence of risk on the equity share of build-operate-transfer projects, Built Environment Project and Asset Management, 2017, Volume 7, Issue 1, p. 46.

د. عبد الستار أبو غدة، عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الامارات: الشارقة، الفترة من ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م، ص ٣.

أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، ٢٠٠٨م، المجلد ١٠، العدد ٣٨، ص ٣٥٤-٣٥٦.

لأنه أعم وأوفى في إغفال استخدام مصطلح إعادة للسبب المتعلق بمفردة الملكية^(١).

ونتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه^(٢) من المطالبة بإطلاق مصطلح عقود التشييد والاستغلال والتسليم، لكون كلمة التشييد أشمل من كلمة (بناء) كما أن كلمة الاستغلال أكثر دقة من التشغيل إذ قد ينحرف الفهم إلى احتمال التشغيل لمصلحة الجهة المانحة بآلية خاصة بينما المستغل تأتي أكثر تحديداً وبيانياً للدور الذي يضطلع به المستثمر لاستعادة أموال المشروع مع هامش الربح. وبخصوص مفردة التسليم فإنها تفسر ما تقوم به شركة المشروع بعد انتهاء مدة الاستغلال عندما تنفذ التزامها بتسليم المشروع لأنها لم تكن مالكة له أصلاً، ويُعد هذا العقد من عقود الدولة إذا ما أبرمتها أو إحدى مؤسساتها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي يلتزم بمقتضاه بنقل قيم اقتصادية إلى الدولة ذاتها تقوم باستغلالها على أرضها في صيغة مشروعات تتعدد نماذجها وفقاً للخطط التنموية فيها وفي ذات الوقت يحقق المتعاقد الأجنبي ربحاً غالباً ما يستمر طويلاً^(٣).

وعلى أية حال فإن عقد البوت ما دام أحد أطرافه أجنبياً وحيث أنه يقوم على إنشاء مشاريع استثمارية تقوم بها شركات دولية سيصاحب ذلك نقل الأموال والتكنولوجيا عبر الحدود، وأياً كان موقف الفقه والقضاء في الدولة التي يُجرى فيها

(١) د. أحمد محمد بخيت، (أعداد) تطبيق عقد البناء والتشغيل والاعادة B.O.T في تعميم الأوقاف والمرافق العامة، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الامارات: الشارقة، الفترة من ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م، ص ص ١٦-١٨.

(٢) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م، ص ٢٥.

(٣) د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، بيروت: منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٨٥.

تنفيذ العقد على أراضيها فإنه يُعد من عقود التجارة الدولية من الناحية الفعلية على الأقل^(١).

وبالتالي فإن عقد البوت يعتبر أحد أنظمة تمويل مشروعات البنية الأساسية يلتزم فيه أحد أشخاص القانون الخاص - فرداً كان أو شركة - بمقتضى اتفاق مع الدولة بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي ويُرخص لهذا الشخص بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً له على نحو يمكنه من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش ربح طوال مدة الترخيص ويلتزم هذا الشخص بنقل ملكية أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الترخيص بالأوضاع والشروط الواردة في الاتفاق^(٢).

(١) سميرة حصايم، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، ٢٠١١م، ص ٣٦.

(2) Nayan C Parikh and Rajesh Samson, BOT Road Infrastructure Projects: Process, Problems, and Suggestions, The Journal for Decision Makers, 1999, Volume 24, Issue 1, P. 5.

Chuan Chen and Hemanta Doloi, BOT application in China: Driving and impeding factors, International Journal of Project Management, 2008, Volume 26, Issue 4, PP. 388-390.

Felix Villalba-Romero and Champika Liyanage, Implications of the use of different payment models: The context of PPP Road Projects in the UK, International Journal of Managing Projects in Business, 2016, Volume 9, Issue 1, PP. 11-12.

ثانياً: الجدل الفقهي حول التكيف القانوني لطبيعة عقود الالتزام بنظام البوت

لقد أثارت المواضيع القانونية ذات الصلة بعقود البوت جدلاً فقهيًا حتى لا تكاد تمر مفردة قانونية إلا والاختلاف بخصوصها أمر وارد وذلك لاختلاف الرؤى والخلفيات الفلسفية التي يستند إليها الفقهاء، وهذا الجدل قد يرد بخصوص جذور المفردة التاريخية أو مفهومها أو تكييفها القانوني أو نطاقها وما تلعبه من دور في إطار العلاقات القانونية.

وإذا كانت العقود المبرمة بين الدولة كشخص وطرف آخر تُثير الكثير من المشاكل فإن الأمر يُثير مشاكل أكبر إذا كان الطرف الثاني أجنبياً، إذ قد يحصل تنازع في القوانين يتطلب تعيين القانون الواجب التطبيق، وكما هو معروف فإن ما يُثار من إشكالات بخصوص التنازل أمر بات يشغل الفقه والقضاء بخصوصه في ظل غياب قواعد ثابتة تحكمه حتى دفع البعض لوضع التنازع بدلاً من تسمية القانون الدولي الخاص^(١).

ومن المعروف أن طرفي عقود البوت الرئيسيين هما الإدارة كجهة حكومية والقطاع الخاص الذي غالباً ما يكون شخصاً أجنبياً يظهران في علاقة عصبها الأساس اقتصادي يتداخل مع جوانب سياسية قد تمس السيادة والأمن الوطني، وكذلك اجتماعية لأن مضمونها يتعلق بإنشاء بنى تحتية توفر خدمات أساسية للدولة والمجتمع، وما تتميز به عقود البوت أنها تشتمل عقوداً متعددة، وكل عقد فيها

(١) د. حسن محمد الهداوي، د. غالب علي الراوي، القانون الدولي الخاص: الجزء الأول: الجنسية - الموطن - مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، بغداد: وزارة التعليم العالي، ص ١٠.

د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، بغداد: منشورات مكتبة السنهوري، طبعة بيروت، ٢٠١٥م، ص ٦.

يتضمن عقوداً أخرى وذلك بسبب ضخامة المشاريع محل هذه العقود والجوانب المتعددة فيها والتي غالباً ما يُنفذها أطراف آخرون بموجب عقود ثانوية^(١).

إن الجانب الأكبر من الجدل الفقهي طال مسألة تحديد عقود البوت وفيما إذا كان توصيفه عقداً إدارياً أو عقد يخضع لقواعد القانون الخاص أو ذو طبيعة خاصة، وقد لعب القضاء الإداري في مصر وفرنسا دوراً كبيراً في إرساء القواعد الخاصة للقانون الإداري بما في ذلك الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية، ولا غرابة في ذلك إذا علمنا أن القضاء الإداري خرج من الإدارة ذاتها وكبر في محيطها^(٢).

وفي ظل التوصيفات حصل جدل فقهي أيضاً الأمر الذي يتطلب دراسة هذه الجوانب لنلم بالمواضيع الخاصة بهذا العقد محل هذا البحث، ومن أجل ذلك سوف يتم تناول هذه الجوانب من خلال العرض للجدل الفقهي الذي أثير حول تكييف عقود البوت وذلك على النحو التالي:

الرأي الأول: عقد البوت عقد إداري

يرى جانب من الفقه أن العقود التي تُبرمها الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها مع أشخاص أخرى منها أشخاص القانون الخاص يكون الهدف منها تحقيق الربح والمرفق العام محلها عقوداً إدارية تحكمها قواعد القانون العام النافذة في

(١) د. عدنان خزعل، مرجع سبق ذكره، ص ص ٣٨-٣٩.

(٢) دومينيك يويو وبرسيرويل، القانون الإداري، ترجمة: د. سليم حداد، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ١١.

الدولة التي فيها المشروع محل العقد، ويأتي هذا التوصيف لتوفير معايير العقد الإداري فيه^(١).

ويعتبر هذا هو الرأي الغالب في الفقه، ويمثل ذلك موقفاً له أنصاره، الأمر الذي يحتاج أن يتم تناوله من خلال بيان هذا الرأي، ثم بيان معايير تمييز أو تحديد العقد الإداري، وأخيراً العرض للجدل المثار بخصوص إدارية عقد البوت، وذلك من خلال ثلاثة نقاط هي:

الموقف المؤيد لاعتبار عقد البوت عقداً إدارياً

من المعروف قانوناً أن الإدارة كشخص معنوي يمكن أن تُبرم نوعين من العقود، فقد تُبرم عقوداً عادية تخضع إلى قواعد القانون المدني وتكون فيها الإدارة شخصاً عادياً كما هو الحال في إيجار مال خاص لها أو بيعها محاصيل زراعية من أموالها الخاصة. كما يمكن للإدارة أن تُبرم عقوداً إدارية تخضع لقواعد القانون الإداري كاتفاقها مع أحد الأشخاص يلزم بموجبه بإنشاء مرفق عام أو إدارته^(٢).

والقاعدة الجوهرية التي تقول بأحقية الإدارة في استخدام طرق الإدارة العامة أو طرق الإدارة الخاصة دفع الفقه التقليدي إلى القول بأن للإدارة الحق في اللجوء إلى العقود الإدارية بدلاً من العقود الخاصة رغبةً منها في تضمين هذه العقود بنوداً لم يألفها القانون الخاص. الأمر الذي جعل الإدارة بسبب هذا التكييف الإلزامي وبسبب

(١) د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري: الجزء الثاني، بيروت:

مكتبة زين الحقوقية والإدارية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٣٨٦.

(٢) د. إلياس ناصيف، مرجع سبق ذكره، ص ١١.

ما توفر لها من حرية لاختيار عقودها تخضع في ذات الوقت لمعايير واضحة نسبياً، وهذه الخصوصية التي ميزت العقد الإداري عن العقد المدني^(١).

من ذلك يتضح أن الإدارة تستطيع إبرام نوعين من العقود (عقود مدنية، عقود إدارية)^(٢)، فالعقد المدني يخضع لقواعد القانون الخاص فيما يخضع العقد الإداري لقواعد القانون الإداري، وعليه فإن عقود الإدارة لا تخضع لنظام قانوني موحد^(٣).

وهناك من يذهب إلى اعتبار عقد البوت عقد امتياز لتضمنه نفس عناصر هذا العقد، فقد استقر الفقه والقضاء على أن العقد الإداري هو العقد الذي يُبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة مع طرف آخر لإدارة وتسيير المرافق العامة^(٤) تحقيقاً لمصلحة عامة من خلال اتباع أساليب القانون العام واحتوائه على نوع أو آخر من الشروط التي لم يألّفها القانون الخاص^(٥)، لقد أصبح للمرفق العام نظريته التي تحتل مكانة مهمة في القانون الإداري، فالمرفق العام هو محور العقد الإداري وكذلك فالنزاع الذي ينشأ بين الإدارة والأفراد بخصوص هذا العقد يتعلق بتنظيم أو

(١) د. فوزي فرحات، القانون الإداري العام - الكتاب الأول: التنظيم الإداري والنشاط الإداري، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م، ص ٤٥٢.

(٢) د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب، د. مهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١١م، ص ٤٧٥.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ص ٥١٥.

(٤) د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري: ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ص ٢٦٠-٢٦٣.

(٥) د. نواف كنعان، القانون الإداري: الكتاب الثاني، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م، ص ٣١٣.

سير أحد المرافق العامة. ويكون القضاء الإداري هو المختص بنظر هذا النزاع، فالمرفق العام أصبح معياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري أيضاً^(١). ويرى هذا الرأي أن معايير تمييز العقد الإداري تكمن في ثلاثة معايير^(٢) على النحو التالي:

(١) د. هاني علي الطهراوي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، مرجع سبق ذكره، ص ٥١٨.

١. أن تكون الإدارة طرفاً في العقد كشخص من أشخاص القانون العام

إذا كان بمقدور الإدارة أن تُبرم عقداً مدنياً باعتبارها شخصاً عادياً، فإنها في ذات الوقت تستطيع أن تُبرم عقوداً إدارية إذا ما كانت طرفاً متمتعاً بالسلطة العامة وهي بذلك تعبر عن رغبتها في أن تكون كذلك، إذ تتمتع الإدارة بحرية القيام بالتصرفات في معظم جوانب العمل الإداري وليس في جانب واحد، وهذه السلطة التقديرية منحها المشرع للإدارة، فمثلما قيد القانون الإدارة عند ممارسة نشاطاً معيناً - لاسيما في حالة توافر أوضاع بعينها - فإنه ومقابل ذلك منحها سلطة تقديرية وهو أمر مطلوب لحسن سير عملها عند إدارتها للمرافق العامة أو تسييرها، وهو ما يؤكد فقه القانون العام في مختلف دول العالم ومنها مصر وفرنسا^(١).

ومن الطبيعي أن يكون العقد إدارياً إذا ما دخلت الإدارة بصفة شخص عام، حتى أن إطلاق وصف العقد الإداري قد استند إلى الإدارة ووجودها كطرف بما تحمله من مضامين السلطة وامتيازاتها^(٢). ولا يصح القول بأن العقد يعتبر إدارياً إذا تدخل الشخص المعنوي العام بعقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ليحل بديلاً عنه لأن ذلك العقد لا تتوفر فيه شروط العقد الإداري من حيث استلزام أن يكون العقد منصباً على إدارة مرفق عام واحتوائه مسبقاً شروطاً استثنائية^(٣).

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري: دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣م، ص ٦٣٦.

(٢) د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب، د. مهدي ياسين، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨١.

(٣) د. إلياس ناصيف، مرجع سبق ذكره، ص ١٥.

وهذا أمر بديهي باعتبار العقد الإداري هو أساساً من عقود الإدارة التي لا تكون كذلك إلا إذا كان أحد طرفيها شخصاً من أشخاص القانون العام، ولذا لا يمكن أن يوصف العقد الذي لا يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام - كقاعدة - أنه عقد إداري^(١).

بناءً عليه فإن العقد الذي يُبرم بين شخصين خاصين لا يُعد عقداً إدارياً حتى لو كان أحد هذين الشرطين هيئة أو مؤسسة ذات نفع عام^(٢).

٢. أن يتصل العقد بمرفق عام

إذا كنا قد ذكرنا أن من عناصر العقد الإداري، أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام على التفصيل السابق، إلا أن هذا العنصر في ذاته لا يكفي لأن يكون عقداً إدارياً، إذ قد يلجأ هذا الشخص المعنوي العام إلى إبرام عقد مدني يستخدم فيه أساليب القانون الخاص، ولذا كان من الضروري والحتمي أن يكون العقد الذي يبرمه الشخص المعنوي العام متصلاً بمرفق عام، باعتبار أن المرفق العام مشروع تنشئة الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واطراد، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا

(١) د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري - فقهاً وإفتاءً وقضاءً - في ضوء قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م ولائحته التنفيذية وفقاً لآخر التعديلات حتى سنة ٢٠٠٨م، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م، ص ٢٢.

(٢) د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة والعشرون، العددان الثالث والرابع، ١٩٥٧م، ص ٨.

بقصد الربح، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة^(١).

فالمرفق العام يعتبر الأساس الذي بُني عليه العديد من نظريات القانون الإداري سواء في فرنسا^(٢) أو في مصر وفي مقدمتها نظرية العقد الإداري. وأياً ما كان الأمر في شأن فكرة المرفق العام ومدى صلاحيتها كأساس للقانون الإداري، فإن القدر المتيقن الذي لا يختلف عليه أحد هو الأثر الواضح لتلك الفكرة في القواعد في القواعد التي تحكم إبرام العقد الإداري أو تلك التي تحكم آثاره. فالأصلية والذاتية التي تتمتع بها نظرية العقود الإدارية وبالذات في مواجهة عقود الأفراد ترجع في المقام الأول إلى فكرة المرفق العام.

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة: دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م، ص ٧١.

د. عمر حلمي فهمي، معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٨٢-٨٣.

د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري: الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٤/١٩٥٥م، ص ٣٨٤-٣٨٥.

د. محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول: مقدمة القانون الإداري، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٦٨/١٩٦٩م، ص ٥٩.

André de Laubadère, Jean-Claude Venezia et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif. Tome 1, Droit administratif général, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 1999, P. 34.

(2) Philippe Foillard, Droit Administratif, Paradigme, 10^e édition, 2005-2006, P. 242.

فسمات المرفق العام على هذا النحو هي التي تُبرر في الواقع أن يكون العقد الإداري مشتملاً على قواعد غير مألوفة في القانون الخاص ومشتملاً على شروط استثنائية وامتيازات خاصة لصالح الإدارة العامة، بمعنى أن احتياجات المرفق العام الذي تستهدف العقود الإدارية تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، هي التي تُميز هذه العقود بما تشتمل عليه من شروط استثنائية وقواعد غير مألوفة عن العقود الخاصة^(١).

وهكذا يُعد اتصال العقد بنشاط مرفق عام أو تسييره شرطاً أساسياً لاعتبار هذا العقد من العقود الإدارية؛ مع ملاحظة أن مدى الاتصال مسألة موضوعية تترك لتقدير قاضي الموضوع في كل حالة على حدة، فإذا انقطعت هذه الصلة، فإن القضاء الإداري سواء في فرنسا أم في مصر يعتبر العقد من عقود القانون الخاص، ومثال ذلك العقود التي تُبرمها جهة الإدارة لإدارة أموالها الخاصة، فهذه العقود تُعد من قبيل العقود الخاصة، وهذا هو ما قضت به محكمة القضاء الإداري وأكدته المحكمة الإدارية العليا حيث تقول: "أن عقد اشتراك الهاتف (التليفون) ليس له صلة بتسيير المرفق العام أو تنظيمه - أثر ذلك - هذا العقد يخضع للأصل العام المقرر في شأن العقود المدنية وتتنفي عنه مقومات العقد الإداري - مؤدى ذلك - اختصاص محاكم القضاء العادي بكل ما يصدر عن الجهة الإدارية بصدد تنفيذ هذا العقد"^(٢).

٣. أن يتم اتباع أساليب القانون العام في إبرام العقد وتنفيذه

هذا هو العنصر الثالث والحاسم لتمييز العقود الإدارية، ذلك أن عنصر اتصال العقد بمرفق عام والسابق الإشارة إليه، لم يعد كما كان في الماضي كافياً

(١) د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٠٤٧ لسنة ٤٤ ق. ع، جلسة ٣٠/١/٢٠٠١م.

لإسباغ الطبيعة الإدارية على العقود التي تتضمن مثل هذا العنصر، لأن فكرة المرفق العام والتي كانت مقصورة آنذاك على المرافق الإدارية، كانت هي أساس ومحور كافة قواعد ونظريات القانون الإداري، ومن ثم فقد كان يكفي - لكي يوصف العقد بأنه عقد إداري - أن يتصل بواحد من هذه المرافق، إذ يُصبح القانون الإداري - والحال كذلك - هو الواجب التطبيق^(١).

أما الآن وبعد أن تطورت فكرة المرافق العامة، ولم تعد فقط مجرد مرافق عامة إدارية، حيثُ ظهرت المرافق الصناعية والتجارية والمرافق المهنية والنقابية، لهذا فقد ظهر العنصر الذي نحن بصددده وهو ضرورة أن تكشف الجهة الإدارية عن نيتها في اتباع أساليب القانون العام، وذلك بأن تضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهو ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري في العديد من أحكامها وأكدت المحكمة الإدارية العليا في جميع أحكامها حيثُ تقول: "الإدارة حينما تُبرم عقداً من العقود لا يُعد بذاته عقداً إدارياً، حيثُ إن العقود التي تُبرمها كشخص من أشخاص القانون العام مع الأفراد بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يُعد إدارياً تأخذ فيه بوسائل القانون العام ومتضمناً شوطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"^(٢).

كما أدلت المحكمة الدستورية العليا بدلوها في هذا الشأن، حيثُ قضت بأنه: "يتعين لاعتبار العقد إدارياً.... أن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو

(١) د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٤٨ ق. ع، جلسة ٢٤/٣/٢٠٠٧م.

انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص^(١).

وإذا كانت فكرة الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص، قد أصبحت هي الفيصل أو حجر الزاوية لتمييز العقود الإدارية، إلا أن إجماعاً حول تحديد ماهية هذه الشروط لم يحدث لا فقهاً ولا قضاءً، وقد يرجع السبب في ذلك إلى منهج القضاء الإداري نحو دراسة كل حالة على حدة، ووضع حلول جزئية ومقتضبة لكل منها، دون محاولة تأصيل الفكرة في ذاتها ووضع تعريف محدد لها.

ومن جانبه فقد أدلى الفقه بدلوه في هذا الشأن، حيث يرى البعض أن الشرط غير المألوف هو الشرط الذي لا تجده عادةً في عقود القانون الخاص، سواء لأنه يعتبر إذا أدرج فيها باطلاً لمخالفته النظام العام، أو لأن السلطة الإدارية التي نصت عليه في العقد إعمالاً لمقتضيات الصالح العام التي تُعتبر غريبة على أشخاص القانون الخاص عندما يتعاقدون فيما بينهم^(٢).

كما يرى البعض أن الشروط غير المألوفة هي التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن الاتفاق عليها بحرية بين المتعاقدين في القانون الخاص. كما رأى البعض الآخر أن الشروط غير المألوفة هي الشروط الوثيقة الصلة بمبادئ القانون العام^(٣).

وإزاء الصعوبات التي تواجه تحديد ماهية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص، فقد اكتفى الفقه الإداري في مصر وفرنسا إلى رد الشروط

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ١٠ ق. دستورية، جلسة ١٩٨٠/١/١٩ م.

(٢) د. رمضان محمد بطيخ، مرجع سبق ذكره، ص ٣١.

(٣) د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٣ م، ص ٧٧.

الاستثنائية أو غير المألوفة في القانون الخاص إلى أفكار رئيسية أو تقسيمات عامة والتي تم استخلاصها من أحكام القضاء.

وهذه الصورة تتمثل الشروط المتصلة بامتيازات السلطة العامة مثل ما تتمتع به الإدارة من امتياز التنفيذ المباشر في مواجهة المتعاقد معها وذلك في سبيل إجباره على تنفيذ ما تعهد به من التزامات بموجب العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة. ومن ذلك أيضاً، ما يحتويه العقد من نصوص تتيح للإدارة سلطة تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة وذلك لقاء تعويضه تعويضاً عادلاً. وكذلك النصوص التي تخضع المتعاقد مع الإدارة لسلطة الإشراف والتوجيه والمراقبة التي تُمارسها عليه جهة الإدارة للاطمئنان إلى حسن أداء الالتزامات التي يتضمنها العقد. وأخيراً النصوص التي تتيح للإدارة سلطة فسخ العقد بالإرادة المنفردة في أحوال معينة وذلك دون سابق إعدار للمتعاقد معها^(١).

كذلك الشروط التي تتضمن منح المتعاقد مع الإدارة سلطات في مواجهة الغير، ومن أشهر الأمثلة في هذا الخصوص تكليف وضع الملتزم في عقد الامتياز في مواجهة المنتفعين بخدمة المرفق العام الذي يُدار بطريق الامتياز. حيثُ يصور الفقه الملتزم كأنه يتلقى تفويضاً من السلطة مانحة الالتزام في تحصيل الرسوم من المنتفعين والتي تتمثل بالنسبة له المقابل المادي لقاء ما يؤديه من خدمات لهم. وفي سبيل أداء تلك الخدمات يُمارس الملتزم سلطات البوليس ونزع الملكية والانتفاع بحقوق الارتفاق وذلك على النحو المرسوم في عقود الامتياز. وكذلك الأمر فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة، حيثُ تتضمن شروطاً تُبيح للمتعاقد مع الإدارة شغل بعض الأماكن بصفة مؤقتة^(٢).

(١) المرجع السابق، ص ٦٩.

(٢) المرجع السابق، ص ص ٦٩-٧٠.

الجدل القانوني المثار بخصوص إدارية عقود البوت

لم يحدد المشرع في مختلف الأنظمة القانونية بما فيها مصر العقود الإدارية على سبيل الحصر، كما لم يقصد تحديدها بحكم القانون تاركاً الأمر يخضع للمعيار الذي يستقر عليه القضاء، ويعود الفضل بوضع أحكام للعقود الإدارية إلى مجلس الدولة الفرنسي، وقد اقتصر المشرع على مسائل استثنائية وضع قواعدها بعد أن تبناها القضاء الإداري^(١).

ويرى الفقه الغالب بأن عقود البوت هي عقود إدارية ويستند هذا الفقه إلى فكرة السيادة التي هي أبرز ما تمتاز بها الدولة والتي تتمتع بها وفقاً لقواعد القانون العام، فالدولة تتعامل مع بقية دول العالم على قدم المساواة وبالتالي فلا يمكن والحال هذا أن تخضع لقانون غير قانونها، كما أن إنشاء وتنظيم المرافق العامة يقعان ضمن دائرة الوظيفة السيادية للدولة حتى أن تكليف الغير - أشخاصاً طبيعيين أو معنويين - بتشغيلها أو استثمارها يأتي بموجب قرار من الدولة أصلاً، وعليه فليس من المقبول أن تخضع الدولة لقانون دولة أخرى وهي تؤدي وظائفها السيادية^(٢).

كما أن إبرام الدولة لعقد من عقود البوت مع طرف أجنبي إنما لتمثلها مع العقود الإدارية من حيث تمتعها بامتيازات السلطة العامة وسعيها لتحقيق نفع عام^(٣). وهذا التكييف لا يقتصر على الفقه بل يشمل هيئات التحكيم كما حصل في تحكيم (Aminoil) التي قال فيها القضاء الفرنسي أن عقود الامتياز وان احترمت فيها

(١) د. ماجد راغب الحلو، مرجع سبق ذكره، ص ص ٥١٥-٥١٨.

(٢) د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري: الجزء الثاني، بيروت:

مكتبة زين الحقوقية والإدارية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م، ص ٣٨٦.

(٣) سميرة حصايم، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥.

الدولة التوازن العقدي إلا أنها تتمتع بالمقابل بامتيازات خاصة، وتنازلها عن بعض صلاحيتها بمقتضى شروط الحماية لا يعني أنها تخلت عن اختصاصاتها المتعلقة بالسلطة العامة. كما لا يخل التوسع النسبي في الشروط التعاقدية بقصد تشجيع الاستثمار من اعتبارها عقوداً إدارية^(١).

كما اعتبرت صفقات الأشغال العامة عقوداً إدارية يراها البعض بحكم القانون^(٢) تخضع لاختصاص القضاء الإداري، ويرى الفقه المؤيد لما تتمتع به الإدارة من امتيازات خاصة أنه في الوقت الذي تستطيع اللجوء إلى إبرام عقد إداري أو مدني لتحقيق هدف تسعى إليه إلا أن الطريق الذي تسلكه وهي تتمتع بسلطة اتخاذ القرارات بمشيتها متضمنة هذا العقد شروط استثنائية لا يألفها القانون الخاص فهي عقود إدارية^(٣) أياً كان الطرف المقابل للإدارة أجنبياً أو وطنياً^(٤).

لقد دافع جانب من الفقه عن المبادئ التي استخلصها القضاء الفرنسي واستقر عليها بخصوص العقود الإدارية، ففي الوقت الذي حدد فيه القانون وجود بعض العقود واصفاً إياها بالإدارية فإن القضاء الإداري استلزم وجود شرطين أحدهما أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام بالإضافة إلى اتصال العقد بمرفق عام أو تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة، أي اشتراط المعيار

(١) المرجع السابق، ص ص ٥٥-٥٦.

(٢) د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص ٢٥٣.

(٣) د. فوزت فرحات، مرجع سبق ذكره، ص ص ٤٥١-٤٥٢.

(٤) سميرة حصايم، مرجع سبق ذكره، ص ٥٥.

العضوي مضافاً إليه شرط واحد آخر هو إما اتصال العقد بمرفق عام أو تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة^(١).

فالإدارة تتميز لوحدها بميزة السيادة لتعلق أهدافها بتحقيق المصلحة العامة، وكذلك فإن لهذه الجهة (الإدارة) سلطة تعديل العقد دون أن تتحمل بالمسؤولية التي يمكن أن تتلقاها فيما لو كانت تخضع لأحكام القانون الخاص من حيث إلزامية العقد ومساواة قانونية لا اقتصادية بين أطرافه وعدم تحصن أي طرف من المتابعة بدعوى المسؤولية^(٢). وعليه وفقاً لهذا التوجه فإن تطبيق قواعد القانون الإداري على نزاع يتعلق بتنظيم أو أداء سير أحد المرافق العامة وخضوع النزاع للقضاء الإداري هو ما يجب أن يكون؛ حتى أضحي المرفق العام معياراً لتحديد اختصاص هذا القضاء^(٣).

وبخصوص موقف القضاء فإنه يسبغ الطبيعة الإدارية على عقد البوت على أي وصف آخر^(٤)، ففي مصر فقد أوضح القضاء في الكثير من قراراته بأن يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات ذات الصلة بالعقود الإدارية بمفهومها الفني ولذلك فإن تعداد بعض النصوص القانونية لعقود بعينها كالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م^(٥) حيث نص على اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر منازعات عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر باعتبارها

(١) د. وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود الـ B.O.T وما يُماثلها - دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٤٢-٤٤.

(٢) سميرة حصايم، مرجع سبق ذكره، ص ٥٦.

(٣) هاني علي الطهراوي، مرجع سبق ذكره، ص ٢٦٠.

(٤) د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سبق ذكره، ص ٣٩٥.

(٥) نص المادة (١١/١٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (٤٠)، ٥ أكتوبر سنة ١٩٧٢م.

من العقود الإدارية المسماة، فإن اختصاص القضاء الإداري لا يكون مقصوراً عليها إنما يشمل كافة العقود الإدارية بطبيعتها وخصائصها^(١).

يذكر أن المحكمة الإدارية العليا اعتبرت العقد الإداري هو الذي تكون الإدارة أحد أطرافه، وأن يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة، وأن يأخذ العقد بأسلوب القانون العام، وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط أو كانت مقررمة بمقتضى القوانين واللوائح^(٢).

وهذا ما أخذ به القضاء ليس في مصر فقط إنما في فرنسا أيضاً^(٣)، حيث أن هناك من الفقه من يرى بأن عقد التزام المرافق العامة هو إطار عام لعقود البوت^(٤)، فإن هذه العقود أي عقود التزام المرافق العامة وفقاً للنظرة الحديثة التي قال بها العميد ديجي وكذلك جيز وفالين هي عقود إدارية وليست مدنية، كما أنه لا يُعد تصرفاً قانونياً من جانب واحد، فعلى الرغم من توافق إرادتين هما إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم إلا أن العقد لا يخضع في جميع تفاصيله لقواعد القانون المدني، إنما لقواعد القانون الإداري. حيث يرى الفقيه الدكتور / عبد الرزاق

(١) عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود الـ B.O.T، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ٣٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٤٨ ق. ع، جلسة ٢٤/٣/٢٠٠٧م.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٩١م، ص ٧١٩.

(٤) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت BOT، المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨م، ص ٥٢-٦٧.

السنهوري^(١) أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري لما تمتلكه الإدارة من سلطة تعديل جوانبه التنظيمية بمحض إرادتها، ومن الأمور التي باتت ثابتة أن مصدر القواعد التي تحكم العقود الإدارية هي إما التشريع أو أحكام القضاء التي يعتبر مجلس الدولة الفرنسي في الغالب مصدراً لها في فرنسا، وقد تبعه في ذلك مجلس الدولة المصري^(٢).

ويؤكد الكثير من الفقه أن عقود البوت هي عقود إدارية^(٣) حيث أن المشرع في العديد من تشريعاته اعتبرها عقود التزام المرافق العامة ومنها القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م^(٤)، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م^(٥)، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م^(٦)، القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م^(٧)، كما أكد قسم الفتوى بمجلس الدولة ذلك عند مراجعته لعقد كهرباء سيدي كرير، حيث ذهب إلى أن هذا العقد من عقود

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء السابع، ص ٢٩٣-٢٩٤.

(٢) دومينيك بويو وبيرويل، مرجع سبق ذكره، ص ١٠-٢٩.

(٣) د. الياس ناصيف، مرجع سبق ذكره، ص ١١-١٢.

(٤) القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، الجريدة الرسمية، العدد (١٣) مكرر (ج)، ٢ إبريل سنة ٢٠١٨م.

(٥) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

(٦) القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) مكرر، ١٤ يولييه ١٩٩٦م.

(٧) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر، الجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر، ٣٠ يونية سنة ١٩٩٦م.

امتياز المرافق العامة، وحيثُ أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن عقود الامتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري بمجلس الدولة. وسوف يتم تناول الإطار القانوني لعقود البوت بالتفصيل في المبحث التالي.

حجج أنصار الرأي القائل بأن عقود البوت عقوداً إدارية

يستخلص أنصار الرأي القائل من الفقه أن عقود البوت هي عقود إدارية العديد من الحجج والتي يقدمها كحقائق ثابتة، وأبرز هذه الحجج هي:

▪ إن اعتبار كل عقد تكون الدولة أو من يمثلها طرفاً فيه عقداً دولياً يجعل كل عقودها تخضع للقانون الخاص إذا تضمنت انتقالاً لرؤوس أموال أو تكنولوجيا أو خدمات عبر الحدود، وفي ذلك نفس لنظرية المرافق العامة وما تقوم عليها من مبادئ بما فيها تلك التي تتصف بقيمة دستورية^(١).

▪ لم تكن عقود البوت حديثة النشأة، فهي تمثل صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة وامتداد لها^(٢)، وأن تكييف العقد يحدد وفقاً لموضوعه وطبيعته وشروطه لا وصف أطرافه^(٣).

▪ أن التوسع النسبي في الشروط التعاقدية لعقود البوت لا ينفي عنها صفة الإدارية ما دامت الشروط اللازمة لاكتساب هذه الصفة متوافرة فيه^(٤)، كما أن

(١) د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سبق ذكره، ص ص ٣٨٩-٤٠٠.

(٢) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود الـ B.O.T في القانون المقارن، المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨م، ص ٨٢.

د. مصطفى عبد المحسن حبشي، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٧-٢٨.

(٣) د. أبو بكر أحمد عثمان، مرجع سبق ذكره، ص ٣٦٤.

شموله على أساليب القانون العام والقانون الخاص أمر طبيعي كما هو الحال في بقية العقود^(٢).

▪ أن كون العقد إداري لا يُهدر المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية، فالعقد يبقى خاضعاً لمبدأ التوازن المالي والاقتصادي ومن ثم لفكرة التعويض العادل لمصلحة المتعاقد (شركة المشروع) إذا ما كان الضرر قد حصل نتيجة لتصرف الإدارة وفقاً لما تتمتع به من سلطة عامة، كما أن بنوده لا تتضمن تفضيلاً لشريحة اجتماعية على أخرى^(٣).

▪ لا يمكن إبعاد فكرة السيادة والمبادئ القانونية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة تحت أي ستار ولو كان ستار التجارة الدولية.

▪ إن ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة لا تخل بالعلاقة مع الطرف الأجنبي وما تتطلبه من مساواة مفترضة، لأن الإدارة بممارساتها هذه تبقى خاضعة لرقابة القضاء وأن أي تعديل على العقد تجريه بإرادتها المنفردة وكذلك ما تتخذه من إجراءات تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة يقابلها التعويض العادل للطرف الأجنبي عند تضرره منها. ويرى الفقه أن اللجوء إلى وسائل قانونية لا يمثل تعسفاً في استعمال الحق ولا إكراهاً، وعليه فإن استعمال الإدارة لامتيازاتها - لا سيما الشروط غير المألوفة - لا يقع ضمن دائرة التعسف ولا إكراهاً للمتعاقد الآخر (المستثمر) لأنها - أي الإدارة - لجأت إلى وسائل قانونية وإن كانت شروطاً غير

(١) د. مصطفى عبد المحسن حبشي، مرجع سبق ذكره، ص ص ٢٩-٤٠.

(٢) سميرة حصايم، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠.

(٣) د. عبد الله طالب محمد الكندري، مرجع سبق ذكره، ص ٤١.

مألوفة^(١)، كما أن مفهوم المرفق العام يغلب على فكرة التجارة الدولية في نطاق إدارة واستثمار المرفق ذاته، فالطابع الإداري هو الذي يسبغ على عقد إدارة واستثمار المرفق العام دون أن يكتسب صفة التجارة الدولية.

▪ إن الإبقاء على الحصانة القضائية للدولة وهيئاتها يُعد أحد مبررات الإبقاء على الطابع الإداري لعقد البوت لتعلق الأمر بالوظائف السيادية للدولة، أياً كانت طبيعة هذه الوظائف تجارية كانت أم صناعية، وإن من نتائج ذلك خضوع العقد للنصوص القانونية النافذة في الدولة التي تكون طرفاً في العقد.

في الواقع أن هذا الرأي هو الأقرب للصواب والحقيقة معاً، بدايةً فإن عقد البوت تتوافر فيه جميع معايير تمييز العقد الإداري الثلاثة وذلك إذا ما تم اعتباره من العقود غير المسماة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإننا نرى أن عقد البوت هو عقد إداري ليس فقط لتوافر معايير العقد الإداري فيه بل لأنه من العقود المسماة، فهو طبقاً للقوانين التي صدرت بتنظيم بعض المجالات - (القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م^(٢)، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م^(٣)، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م^(٤)،

(١) د. أحمد محمد ديب، القواسم المشتركة لعيوب الرضا: دراسة مقارنة، بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٦م، ص ص ٩٥-١٠٠.

(٢) القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، الجريدة الرسمية، العدد (١٣) مكرر (ج)، ٢ إبريل سنة ٢٠١٨م.

(٣) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

(٤) القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) مكرر، ١٤ يولييه ١٩٩٦م.

القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م^(١) - فهو عقد التزام، أي أنه عقد إداري بنص القانون، والقاعدة السائدة أنه لا اجتهاد في وجود النص.

الرأي الثاني: عقد البوت من العقود الخاضعة للقانون الدولي العام

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقود البوت من عقود الأشغال العامة الدولية، وطبقاً لهذا الرأي فإن هذا النوع من العقود تعتبر عقود استثمار دولية ينبغي أن تخضع لقواعد القانون الدولي العام بدلاً من إخضاعها للقانون الوطني للدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد، وبالعكس ذلك فإن ضرراً سيلحق بالطرف المتعاقد الذي هو الأضعف في العلاقة العقدية لأن الإدارة تستطيع تعديل عقودها أو إنهائها بإرادتها المنفردة - ممارسة منها لسلطتها العامة التي تتمتع بها - وهذا ينطبق بطبيعة الحال على عقود البوت باعتبارها من عقود الاستثمار أياً كانت القواعد القانونية التي تخضع لها. ويرى أنصار هذا الاتجاه أن دفع الخطر عن المتعاقد لا يتحقق من خلال وضع شروط معينة في العقد كشروط الثبات التشريعي وإنما عن طريق إخضاع هذه العقود للقانون الدولي الذي سيضمن للمتعاقد حقوقه ويوفر له الحماية المؤكدة.

ويُبرر جانب من الفقه اللجوء إلى القانون الدولي باعتباره القانون الأنسب للعقد حيثُ يوائم بين مصالح الأطراف وما يتطلبه النظام الاقتصادي الفاعل والمتطور، ويرى هذا الفقه بأن ذلك يتحقق إما بالاعتراف للشركة الأجنبية بالشخصية الدولية أو اعتبار العقود الاقتصادية عقوداً دولية، وهناك من يرد ذلك إلى اتصال هذه العقود بطبيعتها بالقانون الدولي العام. وعلى ضوء ذلك فإن أي إخلال من الدولة بالتزاماتها العقدية يجعلها مسؤولة مسؤولية دولية لمخالفتها مبدأ

(١) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر، الجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر، ٣٠ يونية سنة ١٩٩٦م.

الاحترام المطلق للعقد ولمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فمجرد توقيع الدولة للعقد تكون قد تنازلت عن حقها في التمسك بما تتمتع به من مزايا سيادية بشكل نهائي، لا سيما إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية بين المتعاقد والدولة تتحول التزامات الدولة إلى التزامات دولية حقيقية وفقاً لقواعد القانون الدولي، وذلك يعلب دوراً كبيراً في تدويل عقود الدولة.

ويأتي هذا التخريج بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود سواء كان هذا القانون محدداً بموجب إرادتي طرفي العقد أو أن تحدده قواعد الاسناد، فهذا النظام الأساسي (القانون الدولي العام) هو الذي يعطي للاتفاق الثنائي بين أطراف العقد - الدولة والمتعاقد - صفته وخاصة العمل القانوني المنشئ للحقوق والالتزامات، كما يُعطيهم إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق، وإذا ما كان العقد يخلو من ذلك - أي من اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق - فإن القانون الدولي وقواعده الموضوعية بالذات هي الواجبة التطبيق^(١).

يُذكر بأن هناك في الفقه من يرى بعدم تصور وجود شركات دولية حقيقية تخضع لقواعد دولية وليس وطنية، فهي مؤسسات عامة دولية أخذت شكل الشركات التجارية لكل منها نظامها الخاص يرتبط بعضها بقانون وطني والآخر لا يُشير له إلا عرضياً، فيما يُشير المتبقي إلى مبادئ مشتركة في القوانين الوطنية^(٢).

(١) سميرة حصابم، مرجع سبق ذكره، ص ص ١٦٢-١٦٣.

(٢) ميشال جرمان، ج. ريبير، ر. رولوبو، المطول في القانون التجاري: الجزء الأول - المجلد الثاني، ترجمة: منصور القاضي، سليم حداد، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ص ٤-١٠.

ومن الصعب التسليم بهذا الرأي، نظراً لأن هذا الرأي يستند إلى أن مجرد توقيع الدولة للعقد تكون قد تنازلت عن حقها في التمسك بما تتمتع به من مزايا سيادية بشكل نهائي، وهذا مخالف لكل النصوص الدستورية في كل دول العالم، وهو أن أي تنازل من الدولة على مزاياها السيادية باطلة وان سلمنا بجواز ذلك فلا بد أولاً أن تُعرض على البرلمان ولا تترك الحرية الكاملة لجهة الإدارة.

الرأي الثالث: عقد البوت من عقود الأشغال العامة الدولية

يرى بعض الفقه أن بالإمكان اعتبار عقود البوت عقود أشغال عامة لأن محلها القيام بأعمال إنشائية بطريقة ما وخلال مدة محددة كما تحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية^(١)، ويُعرف عقد الأشغال بأنه "عقد مفاولة بين شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء لحساب هذا الشخص المعنوي العام مقابل ثمن يحدده العقد"^(٢)، ويرى البعض وفق هذا التوصيف بأنه امتياز الأشغال العامة ابتداءً لتتحول إلى امتياز الشغل والمرفق العام بعد أن يُثبت أن تنفيذ الأشغال العامة جاء في إطار إدارة واستثمار المرفق العام^(٣).

ومع ذلك فهناك من يذهب إلى القول بوجود اختلاف بين عقد البوت وعقد الأشغال العامة من حيث أن مهمة المقاول في العقد الأخير تنتهي بإنشاء المشروع وتسليمه إلى الجهة الإدارية دون أن يكون ملزماً بتقديم خدمات إلى المنتفعين وليس له علاقة بإدارة المشروع على عكس ما هو حاصل في عقد البوت^(٤).

وبناءً على ما سبق فإنه يتضح أنه من الصعب أن يتم تكيف عقد البوت على أنه أحد عقود الأشغال العامة ذات الصبغة الدولية، وذلك لأنه كما سبق البيان أن المقاول في عقد الأشغال تنتهي مهمته والتزاماته العقدية بإنشاء المرفق أو المشروع وتسليمه إلى الجهة الإدارية دون أن يكون ملزماً بتقديم خدمات إلى

(١) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٥.

(٢) د. صلاح كريم جواد الخفاجي، مرجع سبق ذكره، ص ٦٨.

(٣) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة: دراسة مقارنة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م، ص ٤٩٦.

(٤) د. أحمد محمد بخيت، مرجع سبق ذكره، ص ٢٨.

المنتفعين وليس له علاقة بإدارة المرفق أو المشروع على عكس ما هو حاصل في عقد البوت.

الرأي الرابع: عقد البوت تنظيم اقتصادي

يُنكر بعض الفقه أن تكون عقود البوت عقوداً أو اتفاقيات بين ملتزم وإدارة، إنما هو تنظيم اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام عدد من الاتفاقات^(١)، وبذلك فإن عقد البوت هو آلية اقتصادية تستخدمها الدولة حالياً لتكف من خلالها القطاع الخاص بعبء تصميم وتشبيد المرافق العامة الأساسية وتمويلها من قبل هذا القطاع^(٢).

ورغم تعارض مصالح الأطراف إلا أن الإدارة تقدم على هذا التنظيم من أجل ضمان حسن سير المرفق العام، وقد انتقد هذا الاتجاه لإنكاره الصفة التعاقدية رغم وجودها في العقد الأصلي - وكذلك في العقود الفرعية المنظمة تنفيذاً لهذا العقد - ولهذا لم تلق قبولاً. إن اعتبار عقود البوت تنظيماً يعني خضوعها إلى نصوص لائحية تتعلق بتنظيم المرفق العام، وتتميز بأنها تتضمن مظاهر السلطة العامة وتستطيع الإدارة تعديل هذه النصوص بإرادتها المنفردة ولا تحتاج إلى إرادة المتعاقد عند التعديل وإن تحمل أضراراً، إذ على الجهة المانحة تعويضه عنها جبراً للضرر. أما النصوص التعاقدية فهي اتفاقات بين الجهة المانحة أي الإدارة والملتزم وتحكمها قواعد القانون المدني، ولذلك لا يجوز تعديلها إلا باتفاق الطرفين^(٣).

إن هذا الرأي توسع بشكل كبير في تفسيره لعقد البوت، ونرى من وجهة نظرنا أنه مبالغة شديدة نظراً لأننا نقصر تحديد الطبيعة القانونية في نطاق العقود

(١) د. إلياس ناصيف، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٦.

(٢) محمود مصطفى الزعاري، سياسة التخصيص: دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م، ص ١٧٩.

(٣) د. وائل محمد السيد، مرجع سبق ذكره، ص ٣٤.

وليس الأنظمة الاقتصادية، فحتى لو سلمنا بوجاهة هذا الرأي يظل السؤال المطروح هو ما الطبيعة القانونية لعقد البوت؟ وهو ما لم يتم أنصار هذا الرأي بالإجابة عليه.

الرأي الخامس: عقد البوت من عقود الاستثمار

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عقد البوت من ضمن عقود الاستثمار، حيث يقصد بعقد الاستثمار أنه "توجيه جانب من أموال المشروع الأجنبي أو خبرته التكنولوجية إلى العمل في مناطق جغرافية خارج حدود دولته الأصلية، ويستهدف في المقام الأول تسيير مرفق عام"^(١).

ومحل عقد الاستثمار على سبيل المثال في مصر يكون مزاوله نشاط في أحد المجالات التي نص عليها قانون الاستثمار، فقد نص على أنه: "... المشروع الاستثماري: مزاوله أحد الأنشطة الاستثمارية في قطاعات الصناعة والزراعة والتجارة والتعليم والصحة والنقل والسياحة والإسكان والتشييد والبناء والرياضة والكهرباء والطاقة والثروات الطبيعية والمياه والاتصالات والتكنولوجيا...."^(٢).

كما نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م^(٣) على أنه "تُعد الأنشطة الاستثمارية التالي بيانها من الأنشطة الخاضعة لأحكام قانون الاستثمار،

(١) د. محسن شفيق، المشروعات ذات القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٨م، ص ٢٣٨.

(٢) نص المادة رقم (١)، القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م بإصدار قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد (٢١) مكرر (ج)، ٣٠ مايو سنة ٢٠١٧م.

(٣) نص المادة رقم (١)، قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م، الجريدة الرسمية، العدد (٤٣) مكرر (أ)، ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧م.

وذلك دون الاخلال بالضوابط المنصوص عليها في القوانين واللوائح المنظمة لهذه الأنشطة:

ثامناً: ٤- البنية الأساسية من مياه شرب وصرف صحي وكهرباء وطرق واتصالات والجراجات متعددة الطوابق وعدادات تنظيم انتظار السيارات وخطوط مترو الأنفاق وخطوط المترو السطحية وأنفاق السيارات ومحطات طلبات الري، والتي تشمل:

(أ) إقامة أو تشغيل وإدارة وصيانة محطات الصرف الصحي أو الصرف الصناعي والتقنية وتوصيلاتها.

(ب) إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها.

(ج) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل وصيانة خطوط مترو الأنفاق أو أجزاء منها.

(د) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل وصيانة خطوط المترو السطحية داخل المدن أو بين المدن.

(هـ) تصميم أو إنشاء أو إدارة وتشغيل أنفاق السيارات.

(و) إقامة أو إدارة وتشغيل الجراجات متعددة الطوابق بنظام الانشاء والتشغيل وإعادة التسليم (B.O.T) سواء كانت تحت سطح الأرض أو فوقها وعدادات تنظيم السيارات بنظام (B.O.T).

(ز) إعداد الدراسات والبحوث الفنية والاقتصادية ودراسات الجدوى للمشروعات الاستثمارية في مجال البنية الأساسية.

(ح) تصميم أو إنشاء أو إدارة أو تشغيل أو استغلال أو صيانة خطوط السكك الحديدية وخطوط المترو بالداخل والخارج.

(ط) تشغيل وصيانة واستغلال وحدات النقل المتحرك بالداخل والخارج.

(ي) إقامة أو إدارة وتشغيل وصيانة محطات طلبات الري وشبكات توزيعها وخطوط نقلها للأراضي المخصصة للاستصلاح والاستزراع.....

عاشراً: قطاع الكهرباء والطاقة: ويشمل ذلك تصميم أو إنشاء أو انتاج أو إدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء والطاقة على اختلاف مصادرها وشبكات توزيعها وبيعها.

ثاني عشر: قطاع المياه، ويشمل إقامة أو إدارة وتشغيل وصيانة محطات تحلية المياه وتكريرها وشبكات توزيعها وخطوط نقلها ومعالجتها وتدويرها، وفقاً للمعايير الفنية والعلمية المقررة في هذا الشأن..".

ولكن التساؤل الذي يطرح نفسه: في حالة ما إذا كان عقد البوت يرد على البنية الأساسية أو التحتية دون مجالات المياه والصرف والكهرباء والطرق والاتصالات، بأن يرد على مشاريع إنشاء المطارات أو المحطات النووية أو غيرها. فما هي الطبيعة القانونية لهذا العقد؟

بناءً عليه لا يصلح هذا التكييف لأنه لم يجب كل عقود البوت، وبالتالي فسوف يتم استبعاد كون عقود البوت من عقود الاستثمار.

الرأي السادس: عقد البوت من عقود القانون الخاص

ذهب رأي في الفقه إلى أن عقود البوت أقرب إلى عقود القانون الخاص منها إلى عقود القانون العام، ففي نطاق العقود الاقتصادية التي تُبرمها الدولة مع

طرف من القطاع الخاص بغرض إنشاء المشروعات الهامة ومن بينها عقود البوت، فقد اتجه هذا الرأي إلى تكييفها بأنها من قبيل عقود القانون الخاص، ومن ثم تخضع لقواعد القانون المدني أو القانون التجاري (إذا استخدم طرفا العقد في تعاقدتهما أساليب ذلك القانون)، وربما ذهب هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك في حالة احتواء العقود على عنصر أجنبي، الأمر الذي يُدخلها في نطاق عقود التجارة الدولية، ولما كان هذا الرأي له حججه وأسبابه التي يستند إليها، فكان علينا ضرورة عرض أسانيد هذا الاتجاه^(١).

يذهب أنصار هذا الرأي^(٢) أن العقود التي تبرمها الدولة مع أطراف القطاع الخاص مثل عقد البوت، يمكن ضمها إلى عقود القانون الخاص، ما لم توضح إرادة أطرافها على أنهم ارتضوا التعاقد تحت مظلة القانون العام، عندئذٍ تخضع تلك العقود لقواعد القانون المدني أو القانون التجاري، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي، ويؤسس هذا الرأي مذهبه على الأسانيد والحجج التالية:

▪ جميع هذه العقود تقوم على أساس مبدأ "أن العقد شريعة المتعاقدين" ويسودها مبدأ "سلطان الإرادة"، ولهذا تعد عقوداً من عقود القانون الخاص، وهذه العقود من الناحية العملية، تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين، ودون أن يكون للجهة الحكومية المتعاقدة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، فليس

(١) د. صافي أحمد قاسم، مرجع سبق ذكره، ص ١٣٨.

(٢) د. محمد بهجت فايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٢٨.

فيها شروط استثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، فالتعامل يتم على قدم المساواة^(١).

■ الصفة الاقتصادية لعقد البوت، إن نظام البوت صورة حديثة من صور تمويل المشروعات حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله، لذلك يتعين على الدولة أن تتعاقد مع القطاع الخاص بشأن هذا الانشاء والتمويل، طبقاً لآليات اقتصاد السوق التي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة، وعدم استخدام أساليب وامتيازات السلطة العامة، الأمر الذي تأبها طبيعة العقود الإدارية، وهو الأمر الذي يجعل من بعض القواعد والأحكام السارية على تلك العقود لا تصلح للتطبيق على نظام البوت^(٢).

■ ان متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد بذات الأساليب التي تعاقد بها الأفراد، وترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف أجنبي لإنشاء المشروعات الاقتصادية هي عقود تتعاقد فيها الدولة بأسلوب القانون الخاص، ولا تستطيع الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها أن تضمنها شروط استثنائية، ذلك أنه إذا كانت الدولة تستطيع أن تضمن عقودها في الداخل أساليب وامتيازات السلطة العامة التي تقوم على تمييز جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي تحتوي على طرف أجنبي لأن سيادة الدولة محددة داخل إقليمها الجغرافي، ومن ثم عليها أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان أجنبياً، والقول بغير ذلك يعني إجحام الشركات

(١) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة: دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م، ص ٤٤٨.

(٢) د. جابر جاد نصار، مرجع سبق ذكره، ص ٥٠.

د. هاني سري الدين، مرجع سبق ذكره، ص ١٨٢.

دولية النشاط والاتحادات المالية عن إبرام تلك العقود برغم حاجة الدولة إلى الاستثمارات الأجنبية^(١).

▪ إن قبول الدولة لكل من شرطي الثبات التشريعي والثبات العقدي والذي يعينان عدم جواز تطبيق أي تشريع أو قانون جديد على العقد المبرم أو حتى تغيير في العقد بإرادة منفردة للإدارة - يُعد ذلك بطبيعة الحال دليل على عدم توافر خصائص العقد الإداري في عقود البوت^(٢).

▪ من الناحية العملية قد يجري العمل على أن يوضح أطراف التعاقد في العقود ذات الطابع الاقتصادي أن عقدهم عقد مدنياً وليس عقد إدارياً، أو تضمينه ما يشر إلى ذلك، مثل النص على عدم اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التي تترتب على هذه العقود وانعقاد الاختصاص للتحكيم أو للقضاء العادي، أو النص على أنه لا يجوز تعديل أي من بنود الاتفاق دون تفرقة بين هذه البنود إلا باتفاق الطرفين^(٣).

(١) د. أحمد سيد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP)، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٦م، ص ٤٣.

د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م، ص ٣٨٤.

أحمد السعيد الزقرد، عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، المؤتمر السنوي السادس، ٢٦-٢٧ مارس ٢٠٠٢م، ص ١٠-١١.

(٢) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٨م، ص ٦٠٦.

(٣) نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام (BOT) دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٧م، ص ٧٥.

▪ فقد ترى الدولة المتعاقدة - على أثر التطورات الاقتصادية والاجتماعية وظروف التجارة الدولية - أن التذرع بوسائل القانون الخاص في التعاقد هو أكثر تحقيقاً للمصلحة الوطنية عندئذٍ تضع نفسها على قدم المساواة مع الأفراد، وعندئذٍ يخضع نشاطها للقانون الخاص، وتختص المحاكم القضائية العادية دون القضاء الإداري بنظر المنازعات التي يُثيرها هذا النشاط، بل إن استبعاد أساليب القانون العام قد لا يكون نتيجة حتمية للطبيعة الخاصة للنشاط، بل مجرد أسلوب تلجأ إليه الإدارة - مختارة - كأسلوب عملي ناجح لمباشرة نشاطها الخاص، ولو كانت لهذا النشاط صفة المرفق العام، لأن تذرعها بوسائل القانون العام في هذا الميدان قد ينفر الغير من التعامل معها، أو يجعله يقتضي ثمن للتعامل باهظاً، وهو ما لا يسمح بنجاح المشروعات على الإطلاق^(١).

وقد ذهب هذا الرأي إلى أنه لا صحة للقول بأن خضوع العقد للقواعد العامة في نظرية العقد في القانون الخاص من شأنه أن يُكرس نوعاً من المساواة غير المنطقية بين المصلحتين قد يؤدي إلى إمكانية توقف المرفق عن أداء الخدمات، فهذا التخوف لا مبرر له، للأسباب الآتية^(٢):

▪ لأن الدولة إذ تلجأ إلى أسلوب القانون الخاص، فلأنها تعتقد أن هذا الأسلوب هو الأكثر توفيقاً وتحقيقاً للمصلحة العامة، وهي تقرر ذلك بعد إجراء دراسات الجدوى اللازمة ودراسة مرافقها واحتياجاتها في ظل ظروف السوق، وهي لا تتعاقد مع المتعاقد الآخر لتنفيذ المشروع إلا بعد أن تتأكد من ملاءمته وقدرته الاقتصادية ومعرفته التكنولوجية، وتختاره في ظل منافسة عادلة تتمتع بالعلانية والشفافية.

(١) د. صافي أحمد قاسم، مرجع سبق ذكره، ص ١٤١.

(٢) المرجع السابق، ص ١٤٢-١٤٣.

■ إن أي شخص من القطاع الخاص يتعاقد لتنفيذ المشروع له مصلحة مؤكدة يستمر المشروع في تقديم خدماته حتى يتقاضى المقابل المالي لتلك الخدمات كي يستعيد أمواله ويسدد ديونه، ويحقق أرباحاً مناسبة، كما أن الجهات المقرضة تقتض المشروع بضمان العائدات المتحققة منها ولها مصلحة أكيدة في استمرار تدفق هذه العائدات لذلك فهي ستراقب أداء المشروع لخدماته ولن تسمح له بالتوقف.

■ أن القانون يتضمن الكثير من الوسائل الحمائية في حالة تقاعس المتعاقد مع الإدارة والتسبب في توقف المشروع عن أداء خدماته، ومن هذه الوسائل إعادة الحال إلى ما كان عليه، والفسخ والتعويض، وهي وسائل شديدة وقاسية إذ يترتب عليها ضياع الملايين على المتعاقد لذلك فإنه سيحرص على توقي هذه الوسائل بأن يحرص على أن يستمر المشروع في تقديم خدماته.

■ أن عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص والتي من ضمنها عقود البوت تتميز بالصفة العالمية، وكانت بداية نشأتها في إنجلترا التي تأخذ بنظام الأنجلو أمريكي، الذي لا يعرف التفرقة بين القضاء العادي والقضاء الإداري، ويعرف نظام القضاء الموحد الذي تقف فيه الإدارة موقف متساوٍ مع الأفراد بما يضي الطبيعة الخاصة على هذه العقود.

حقيقة الطبيعة القانونية لعقود البوت

ان الاجتهادات الفقهية والقضائية تجد مجالاً خصباً لها في حالات عدم حسم المشرع لمسألة ما، أما إذا كان هناك حالة حسم من المشرع بشأن مسألة ما، فلا مجال للحديث عن أي اجتهادات فقهية في هذا الشأن، وفي مجال حديثنا عن الطبيعة القانونية لعقود البوت، فإنها بنص القانون عقوداً إدارية، فقد نص المشرع المصري في قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م على اختصاص القضاء

الإداري بنظر المنازعات التي تنشأ عن عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد وأي عقد إداري آخر^(١).

فالاتجاهات الفقهية يمكن أن تُثار إذا كان عقد البوت من العقود التي ينطبق عليها "أي عقد إداري آخر"، لكن والحال أنها عقود التزام فإنها بالتالي تكون عقوداً إدارية، فبالرجوع إلى القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م^(٢)، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م^(٣)، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م^(٤)، القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م^(٥)، يبين أنها نصت على أنها عقود التزام، كما أكد على ذلك قسم الفتوى بمجلس الدولة ذلك عند مراجعته لعقد كهرباء سيدي كرير بناءً على القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م والمعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م، حيث ذهب إلى أن هذا العقد من عقود امتياز المرافق العامة، وحيث أنه من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن عقود الامتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري بمجلس الدولة.

(١) نص المادة رقم (١١/١٠) من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (٤٠)، ٥ أكتوبر سنة ١٩٧٢م.

(٢) القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، الجريدة الرسمية، العدد (١٣) مكرر (ج)، ٢ إبريل سنة ٢٠١٨م.

(٣) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

(٤) القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) مكرر، ١٤ يولية ١٩٩٦م.

(٥) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر، الجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر، ٣٠ يونية سنة ١٩٩٦م.

المبحث الثاني

الإطار التشريعي (القانوني - الدستوري)

لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث

تمهيد

يعتبر عقد التزام المرافق العامة من أهم العقود الإدارية إن لم يكن أهمها على الإطلاق، فعن طريقه تعهد الدولة لأحد الأشخاص سواء أكان فرداً أم شركة بإدارة مرفق عام، لذا يُعد عقد الالتزام أسلوباً لإدارة المرافق العامة. وتزداد أهمية عقود الالتزام نظراً لاتجاه الدولة للاقتصاد الحر، وفي هذا الإطار برز دور جديد لعقد الالتزام كوسيلة لتحقيق هذا الاتجاه فضلاً عن ظهور صور جديدة لعقد الالتزام تعهد فيه الدولة للقطاع الخاص مهمة إنشاء وتشغيل المرفق لمدة من الزمن ثم إعادته إلى الدولة مرة أخرى، وهي ما تعرف بعقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O.T^(١).

وقد نظم المشرع الدستوري مسألة منح التزامات المرافق العامة في دستور عام ١٩٢٣م وكذلك في الدساتير المتعاقبة عليه حتى دستور عام ٢٠١٤م والذي أضاف حدود لمدة عقد الالتزام وهو ما أثار إشكاليات عدم الدستورية بالنسبة لقوانين منح الالتزام بنظام البوت، ولذلك فإنه من المهم أن يتم العرض هذا الإطار الدستوري.

ولكن قبل التعرض للإطار الدستوري لعقد الالتزام يجب العرض لقوانين منح الالتزام بمفهومها التقليدي والحديث حتى نستطيع البحث في الإشكاليات الدستورية

(١) د. جابر جاد نصار، مرجع سبق ذكره، ص ٧٧.

وشبهات عدم الدستورية في المبحث التالي. وبناءً على ذلك سوف يتم تناول هذا المبحث من خلال النقطتين التاليتين:

- الإطار القانوني لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث.
- الإطار الدستوري لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث.

أولاً: الإطار القانوني لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث

نظراً لأن التنظيم القانوني لعقود الالتزام بمفهومها التقليدي والحديث قد جاءت بتنظيمات وأطر قانونية متفرقة فسوف يتم أولاً التعرض للإطار القانوني لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والمتمثل في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م^(١) والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م^(٢)، ثم سيتم التعرض للقوانين المتفرقة التي تنظم المفهوم الحديث لعقود التزام المرافق العامة (البوت)، وسوف يتم الاقتصار في هذا المجال على تناول الأطر القانونية التي تتناول السلطة المختصة بمنح الالتزام وكذلك مدد عقد الالتزام، والاقتصار على هاتين النقطتين ترجع لما سوف يأتي أن هاتين النقطتين هما ما يُثار العديد من الإشكاليات الدستورية بشأنهما، وذلك على النحو التالي:

- الإطار القانوني لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي.
- الإطار القانوني لعقود الالتزام بنظام البوت.

(١) القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة، الوقائع المصرية، العدد (٦٩) السنة (١١٨)، ٢٤ يوليه سنة ١٩٤٧م.

(٢) قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١٥)، ١٩ يونية سنة ١٩٥٨م.

١) الإطار القانوني لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي

نظراً للأهمية الكبيرة لعقد التزام المرافق العامة، فقد حرص المشرع المصري منذ فترة كبيرة على تنظيم أهم جوانب هذا العقد من خلال القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م^(١) والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م^(٢)، ووفقاً لأحكام هذين القانونين سوف يتم توضيح السلطة المانحة لعقد الالتزام التقليدي ومدة الالتزام على النحو التالي:

(١) القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة، الوقائع المصرية، العدد (٦٩) السنة (١١٨)، ٢٤ يولييه سنة ١٩٤٧م.

(٢) قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١٥)، ١٩ يونية سنة ١٩٥٨م.

أ. السلطة المختصة المانحة الالتزام

لقد بينت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م^(١) في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز السلطة المختصة بمنح الالتزام كما يلي:

يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس الأمة^(٢).

بالنسبة لموارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية فيكون منح الامتياز الخاص باستثمارها بقرار من وزير الدفاع إذا لم تتجاوز مدته خمس سنوات^(٣).

وعلى ذلك فإن مجال إعمال هذا الاستثناء محكوم بشرتين: الأول أن تكون الموارد محل العقد تابعة لوزارة الحربية، والثاني ألا تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات، فإذا

(١) قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١٥)، ١٩ يونية سنة ١٩٥٨م.

(٢) مجلس الأمة (سابقاً)، مجلس النواب حالياً.

(٣) مضافة بموجب قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١١٨)، ٢٤ مايو سنة ١٩٦٠م.

تخلف أحد الشرطين فإن منح الامتياز في هذه الحالة يجب أن يكون بقرار من رئيس الجمهورية وبعد موافقة مجلس النواب.

ب. مدة الالتزام

تتميز مدة عقد الالتزام بأنها طويلة نسبياً، فقد حددها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بثلاثين عاماً. ومرد ذلك إلى أن هذا الزمن الطويل الذي يستغرقه عقد الالتزام يكفل للملتزم أن يسترد ما أنفقه من أموال على إنشاء أو تحسين المرفق.

وهذا التحديد الذي أتى به القانون أنهى عرفاً كان يجرى بمقتضاه منح الالتزامات مدة كبيرة كانت تصل إلى ٩٩ عاماً، وهو الأمر الذي عاد مع تطبيقات عقود الالتزام بنظام البوت ولا شك أنها لا تتفق مع الفكر القانوني الحديث الذي يأبى أن يظل عقد بالغ ما بلغت أهميته ممتداً عبر الزمن لمدة قرن من الزمن تقريباً يُقيد أجيالاً من بعدها أجيالاً، وتبلغ الخطورة مداها إن تعلق مثل هذا العقد بالموارد الطبيعية أو الحيوية لشعب من الشعوب^(١). وسوف يتم التعرض لمدة عقد الالتزام بنظام البوت في النقطة التالية الخاصة بالإطار القانوني لعقود البوت.

(٢) الإطار القانوني لعقود الالتزام بنظام البوت

مع اتجاه الدولة إلى زيادة إشراك القطاع الخاص في إدارة المرافق العامة، ازدادت معه كذلك مكانة عقود البوت وأخذت مكاناً عالياً بين الوسائل التي اعتمدت الدولة عليها في تحقيق أهدافها وإنشاء مشروعات البنية الأساسية. على أنه أصبح واضحاً أن الإطار القانوني لعقد التزام المرافق العامة كما نظمته القانون رقم ١٢٩

(١) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري - الجزء الأول، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠م، ص ٧٧.

لسنة ١٩٤٧م والمعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م لا يتماشى مع هذه التطورات؛ ذلك أن الإطار التقليدي لعقد الالتزام وفقاً لهذين القانونية لا يتفق في كثير من أحكامه^(١)، خاصة ما يتعلق منها بسلطة منح الالتزام والتي تستوجب في الوضع التقليدي موافقة مجلس النواب أولاً ثم استصدار قرار من رئيس الجمهورية بمنح الالتزام، وكذلك الأحكام المتعلقة بمدة عقد البوت فهي كذلك لا تتفق مع أحكام قانون التزامات المرافق العامة والذي يضع حداً أقصى مقدراً بثلاثون عاماً، وفي غالب الأحوال تكون مدة عقود البوت أطول من ذلك.

ولذلك كان لا بد للمشرع أن يتدخل بتغيير هذا القانون بأخر أكثر حداثة وتطوراً، يأخذ في اعتباره الاختلافات الأساسية بين عقد الالتزام بمفهومه وآلياته التقليدية وبين عقود البوت وصوره المختلفة والتي تعتبر الصورة الحديثة والمتطورة لعقود الالتزام.

وعلى الرغم من أن الحكومة في الفترة الأخيرة اتجهت نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص في إنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية في كثير من القطاعات، فإن التنظيم التشريعي لم يُبأرح مكانه، واحجمت الدولة عن إصدار تشريع عام يُنظم هذا التطور^(٢)، ونظراً لقصور الإطار القانوني التقليدي لعقود الالتزام، استعاضت الحكومة عن تغيير هذا الإطار بمعالجة جزئية على الوجه التالي:

أ. القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م الصادر بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر

(١) د. جابر جاد نصار، مرجع سبق ذكره، ص ٩٠.

(٢) المرجع السابق، ص ٩١.

لقد نص هذا القانون على أنه "الهيئة أن تجري جميع التصرفات والأعمال التي من شأنها تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، ولها أن تتعاقد مباشرة مع الأشخاص والشركات والمصارف والهيئات المحلية والأجنبية، وذلك طبقاً للقواعد التي تحددها اللائحة الداخلية.

ويجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد كهرباء دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

أ- أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

ب- ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

ج- تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد.

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه - في حدود القواعد والإجراءات السابقة - قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة^(١).

ب. القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة

(١) نص المادة الأولى، القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر، الجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر، ٣٠ يونية سنة ١٩٩٦م.

لقد نص هذا القانون على أنه "استثناء من أحكام المواد ١ و ٣ و ٩ مكرراً من هذا القانون، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب، أشخاصاً طبيعيين أو معنويين، وذلك لإنشاء طرق حرة وسريعة ورئيسية وإداراتها واستغلالها وصيانتها وتحصيل مقابل المرور عليها دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

(أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

(ج) تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد.

(د) يكون للملتزم، في خصوص ما أنشأه من طرق، سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق في المواد ٥، ٦، ٨، ١٠، ١١، ١٢، ١٥ (فقرة أولى) من هذا القانون، بما في ذلك الحق من استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق وفي بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات وورش الصيانة السريعة للسيارات وغير ذلك من المنشآت والأنشطة الزراعية والصناعية والسياحية التي تخدم الطريق والمارة، ويتعين على الملتزم المحافظة على الطريق وعلى المشروعات المشار إليها وجعلها صالحة للاستخدام طوال فترة الالتزام، على أن تؤول جميع المنشآت إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة.

وتكون الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري هي المختصة، دون غيرها، باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في المواد ٤، ٩، ١٨ (فقرة ثانية) من هذا القانون.

(هـ) الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التي تصدر في شأن استعمال الطرق العامة

ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه، وفي حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح وزير النقل والمواصلات^(١).

ج. القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول

لقد نص هذا القانون على أنه "مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوي داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن المطارات والطائرات، يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم، أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين في الداخل والخارج، لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول، أو أجزاء منها، أو لتشغيل وصيانة واستغلال ما هو قائمة من المطارات وأراضي النزول، وذلك دون النقيض بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران المدني الصادر بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨١م وقانون رسوم الطيران المدني الصادر بالقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣م، وذلك بمراعاة القواعد والإجراءات الآتية:

(١) نص المادة الثانية، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) مكرر، ١٤ يولييه ١٩٩٦م.

(أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

(ج) أن تحدد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد.

(د) " (١).

كما نص القانون أيضاً على أنه "يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة، في حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء" (٢).

د. القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر

لقد نص هذا القانون على أنه "كما يجوز للهيئة منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين أشخاصاً طبيعيين كانوا أو اعتباريين، لإنشاء أو إدارة أو تشغيل أو صيانة مرافق السكك الحديدية، وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح

(١) نص المادة الأولى، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

(٢) نص المادة الخامسة، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، وذلك طبقاً للقواعد والإجراءات الآتية:

أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية.

ألا تزيد مدة الالتزام على تسع وتسعين سنة.

أن يتم تحديد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واضطراد.

ويصدر بمنح الالتزام، وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها، وحصّة الحكومة، وأسس تسعير مقابل الخدمة في حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من رئيس مجلس الوزراء بعد موافقة مجلس الوزراء، بناءً على اقتراح وزير النقل....." (١).

بعد العرض للجوانب للأطر القانونية الخاصة ببعض جوانب عقود البوت، يجب أن يتم توضيح السلطة المختصة بمنح التزام عقود البوت وأيضاً مدد الالتزام بهذه العقود، وذلك في نقطتين على النحو التالي:

السلطة المختصة المانحة الالتزام

ان القوانين الأربع السابق الإشارة إليهم حددت السلطة المختصة بمنح التزامات المرافق العامة بنظام البوت وحدد إجراءات ذلك كما يلي:

(١) نص المادة الأولى، القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، الجريدة الرسمية، العدد (١٣) مكرر (ج)، ٢ إبريل سنة ٢٠١٨م.

أن يصدر قرار بمنح الالتزام بموجب قرار يصدر من مجلس الوزراء وذلك باستثناء القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م والذي جعل المختص بإصدار قرار منح الالتزام هو رئيس مجلس الوزراء.

يكون إصدار قرار منح الالتزام من جانب مجلس الوزراء بعد العرض على المجلس من جانب الوزير المختص وذلك أيضاً باستثناء القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م والذي استوجب العرض من جانب الوزير المختص ثم موافقة مجلس الوزراء.

وعلى ذلك فإن السلطة المختصة بمنح الالتزام في عقد الالتزام بمفهومه الحديث (البوت) تختلف عن السلطة المختصة في عقد الالتزام بمفهومه التقليدي، حيث أنها في النوع الأول مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الوزراء، أما في النوع الثاني فتتمثل في رئيس الجمهورية.

كذلك تختلف إجراءات منح الالتزام في عقد الالتزام بمفهومه الحديث (البوت) عن إجراءات منح الالتزام في عقد الالتزام بمفهومه التقليدي، حيث أنها في النوع الأول تكون بعد عرض الوزير المختص أما في النوع الثاني فهي بعد موافقة مجلس النواب.

مدة الالتزام

سبق وأن تم الإشارة إلى أن مع نظام الالتزام الحديث (البوت) عادت مدد عقود الالتزام لتصبح طويلة الأمد لتصل إلى ٩٩ عاماً وهو الأمر الذي تحقق بالفعل في الأربعة قوانين السابق الإشارة إليهم وعرضهم حيث نصت جميعاً على أن مدة الالتزام بنظام البوت هي ٩٩ عاماً، وهي بذلك تختلف عن عقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والتي لا تتجاوز مدتها ٣٠ عاماً.

وبعد العرض للإطار القانوني لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث، سوف يتم في النقطة التالية العرض للأطر الدستورية لعقود الالتزام وذلك بداية من دستور عام ١٩٢٣م وحتى دستور جمهورية مصر العربية الحالي الصادر عام ٢٠١٤م.

ثانياً: الإطار الدستوري لعقود التزام المرافق العامة بمفهومها التقليدي والحديث

لأهمية بعض العقود الإدارية يستلزم المشرع لإبرامها حصول الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد على إذن بذلك من جهة يُحددها، فثمة عقود إدارية لا يجوز لجهة الإدارة أن تُبرمها إلا بعد موافقة البرلمان وثمة عقود أخرى تتطلب موافقة جهة إدارية أخرى^(١).

ويأتي عقد الالتزام في مقدمة هذه العقود نظراً لأهميته وخطورته، ولذلك حرص المشرع الدستوري دائماً على النص في الدساتير المصرية المتعاقبة على كيفية منح الالتزام، ولم يترك ذلك للمشرع العادي^(٢)، وذلك على النحو التالي:

(١) دستوري عامي ١٩٢٣م، ١٩٣٠م

لم ينص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بشأن التزامات المرافق العامة في مصر على كيفية منح الالتزام (الامتياز) وهل يتم ذلك بمجرد اتفاق بين الإدارة والمُلتزم أم لا بد من موافقة البرلمان في صورة قانون، فقد نص دستور عام ١٩٢٣م على أنه: "وكل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون

(١) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٥٢.

(٢) د. سعاد الشوقوي، العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٥م، ص ١٣٠.

والى زمن محدود"^(١)، وهذه الصياغة هي ذات الصياغة الواردة بدستور عام ١٩٣٠م^(٢).

وقد اختلف الرأي بصدد عبارة "قانون" التي وردت بالنص، وهل يقصد منها صدور قانون خاص في كل حالة على يُراد فيها منح امتياز كما هو المدلول اللفظي لهذه العبارة أم يُكتفى أحياناً بقرارات إدارية (قرار مجلس وزراء أو مجلس مديرية أو مجلس بلدية...) ولا سيما أن المقابل الفرنسي لعبارة "بقانون" هو (Qu'en Vertu De La Loi) وترجمتها الدقيقة هي "بمقتضى القانون" وهي تُبيح للبرلمان أن يُخول الحكومة منح التزامات مرافق عامة، وأخيراً استقر الرأي في ظل دستور عام ١٩٢٣م وبعد سقوطه على ضرورة إصدار قانون خاص بكل التزام على حدة^(٣).

وهو الأمر الذي انحاز إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٢٤ يونية عام ١٩٥٦م حيثُ تقول "... وانتهى البرلمان بمجلسيه إلى إقرار الرأي القائل بوجوب إصدار قانون خاص في كل حالة يُراد فيها منح التزام بمرفق عام"^(٤).

وعلى الرغم من سقوط دستور عام ١٩٢٣م بعد قيام ثورة ٢٣ يوليو عام ١٩٥٢م، فإن العمل استمر على تطبيق القواعد التي نص عليها الدستور الملغي،

(١) نص المادة ١٣٧، الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣م بوضع نظام دستوري للدولة المصرية، الوقائع المصرية، العدد (٤٢) غير اعتيادي، ٣٠ إبريل سنة ١٩٢٣م.

(٢) نص المادة ١٢٦، الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠م بوضع نظام دستوري للدولة المصرية، الوقائع المصرية، العدد (٩٨) غير اعتيادي، ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠م.

(٣) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سبق ذكره، ص ١٠١.

د. سعاد الشرفاوي، مرجع سبق ذكره، ص ١٣١.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٤ يونية عام ١٩٥٦م، السنة العاشرة، ص ٣٦٥.

وعندما عُرض الأمر على الجمعية العمومية لقسم الرأي بمجلس الدولة، ذهبت إلى أنه ".... ولو أن الإعلان الدستوري الصادر عام ١٩٥٣م قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستعمال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة فإنه باستقراء أحكام الدساتير المقارنة..... يبين أن هناك عرفاً دستورياً مستقراً يقضي بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية في خصوص منح التزامات المرافق العامة أو استغلال موارد الثروة الطبيعية. غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة، بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية العامة"^(١).

(٢) دستور عام ١٩٥٦م

ميز دستور ١٦ يناير عام ١٩٥٦م بين الالتزامات التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية والمرافق العامة وبين الالتزامات التي تتضمن احتكاراً، فقد نظم هذين الموضوعين وذلك على النحو التالي:

حيث نص دستور عام ١٩٥٦م على أنه "يُنظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة"^(٢). كما نص أيضاً على أنه "لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود"^(٣).

وفي مقام التعليق على هذين النصين، نجد أن المشرع الدستوري قد فرق بين حالتين:

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسم الرأي بمجلس الدولة رقم ٩٤٤ في ٢٨/١١/١٩٥٤م

(٢) نص المادة ٩٨، دستور جمهورية مصر العربية، الوقائع المصرية، العدد (م) مكرر غير اعتيادي، ١٦ يناير سنة ١٩٥٦م.

(٣) نص المادة ٩٩، دستور جمهورية مصر العربية، الوقائع المصرية، العدد (م) مكرر غير اعتيادي، ١٦ يناير سنة ١٩٥٦م.

الحالة الأولى: حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكاراً، وحينئذ لا يمكن منحه إلا بقانون في كل حالة على حده كما كان الشأن في ظل دستور ١٩٢٣م سواء في ذلك أكان الأمر يتصل باحتكار قانوني أو فعلي.

الحالة الثانية: ألا يتضمن الامتياز احتكاراً، وهنا قد أحال الدستور إلى قانون عام يصدر مبيناً كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة، ويكون منح الامتياز في هذه الحالة بقرار إداري (قرار جمهوري) استناداً إلى القانون السابق.

ويتميز هذا الاتجاه بلا شك بتبسيط الإجراءات والابتعاد عن البطء الذي يقتضيه استصدار قانون بخصوص كل امتياز على حده.

٣) دستور عام ١٩٥٨م (المؤقت)

نص هذا الدستور على أنه "لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود"^(١)، ولم تكن هذه الصياغة إلا مجرد ترديد للمادة ٩٩ من دستور ١٩٥٦م. وفي ظل الدستور المؤقت - الذي لم يكن إلا امتداد لدستور ١٩٥٦م - صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م ونص على أنه "يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الاتاوة

(١) نص المادة ٣٠، الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد (الأول)،

١٣ مارس سنة ١٩٥٨م.

(العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة، ويكون تعديل ماعدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص^(١).

هذا وقد أضاف المشرع فقرة ثالثة إلى القانون المشار إليه بمقتضى القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠م نصها كما يلي "على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية، يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات"^(٢).

ولما كان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م (معدلاً) يعتبر مكملاً للمادة ٣٠ من الدستور المؤقت لعام ١٩٥٨م، فإن بمقتضاهما معاً يتعين منح الاحتكارات بقانون، ومنح الامتيازات التي لا تتضمن احتكاراً بقرارات جمهورية بشرط موافقة مجلس الأمة مقدماً.

٤) دستوري عامي ١٩٦٤م، ١٩٧١م

بالرجوع إلى دستور عام ١٩٦٤م نجد أنه ينص على أنه "ينظم القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية

(١) نص المادة الأولى، قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١٥)، ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨م.

(٢) مضافة بموجب قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١١٨)، ٢٤ مايو سنة ١٩٦٠م.

والمرافق العامة، كما يُبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة، والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك^(١).

وقد وردت هذه المادة بذات ألفاظها في دستور ١٩٧١م، وواضح أنها لم تُميز بين الاحتكارات وغيرها^(٢).

٥) دستور عام ٢٠١٢م

بالرجوع إلى دستور عام ٢٠١٢م نجد أنه ينص على أنه "..... ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة، أو منح امتياز باستغلالها، أو التزام مرفق عام إلا بناءً على قانون"^(٣).

ويتضح من هذا غياب الكثير من الضوابط التي كان من المفترض أن يتم مراعاتها في هذا المجال من تحديد مدة معينة لعقد الامتياز أو الالتزام وعدم ترك تحديد ذلك للقرار أو القانون الصادر بذلك، فقود الامتياز بصفة خاصة كلما كانت متمتعة بضمانات دستورية محددة وواضحة كلما كانت ملكية الدولة وثرواتها الطبيعية محمية مما لا يدع مجالاً للشك.

٦) دستور عام ٢٠١٤م

(١) نص المادة ٧٤، دستور الجمهورية العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد (٦٩) تابع (أ)، ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤م.

(٢) نص المادة ١٢٣، دستور جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦) مكرر (أ)، ١٢ سبتمبر سنة ١٩٧١م.

(٣) نص المادة ١٨، دستور جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، العدد (٥١) مكرر (ب)، ٢٥ ديسمبر سنة ٢٠١٢م.

بالرجوع إلى دستور عام ٢٠١٤م نجد أنه ينص على أنه "..... يكون 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 بناءً على قانون"^(١).

وبالتالي فإذا كان محل عقد الالتزام منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بإصدار القانون اللازم لذلك، أما إذا تعلق الأمر استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً فإنه لا يستلزم في هذه الحالة استصدار قانون بذلك بل يكفي أن يتم منح الالتزام بناءً على القانون.

وفي مجال التعليق على هذا النص وتحديد السلطة المختصة بمنح الالتزام وكذلك مدة الالتزام، فإن المشرع الدستوري قد وضع إطاراً محدداً لذلك، والمتمثل فيما يلي:

بالنسبة لمدة عقد الالتزام

(١) يجب ألا تتجاوز مدة الالتزام ٣٠ عاماً إذا كان موضوع الالتزام استغلال موارد طبيعية لمدة لا تتجاوز ثلاثون عاماً أو التزام مرافق عامة.

(٢) يجب ألا تتجاوز مدة الالتزام ١٥ عاماً إذا كان موضوع الالتزام استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات.

(١) نص المادة ٣٢، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

بالنسبة لأداة منح الالتزام

(١) يجب أن يصدر الالتزام في صورة قانون في حالة ما إذا كان موضوع الالتزام استغلال موارد طبيعية لمدة لا تتجاوز ثلاثون عاماً أو التزام مرافق عامة.

(٢) يجب أن يصدر الالتزام بناءً على قانون في حالة ما إذا كان موضوع الالتزام استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات أو التزام مرافق عامة لمدة لا تتجاوز ١٥ عاماً.

ويتضح من النص السابق أن الحد الأقصى لأي عقد التزام سواء بمفهومه التقليدي أو بمفهومه الحديث (البوت) يجب ألا يتجاوز ٣٠ عاماً، أما والحال كذلك أن هناك بعض القوانين التي تنظم منح التزام المرافق العامة بنظام البوت تنص على أن مدة التزام المرافق العامة يجب ألا تتجاوز ٩٩ عاماً، فإن هذا الأمر يُثار بشأنه مسألة دستورية في غاية الأهمية والخطورة معاً. حيثُ أن هناك بعض القوانين قد صدرت قبل إصدار دستور عام ٢٠١٤م وهذا هو ما سوف يتم تناوله في المبحث التالي.

المبحث الثالث

شبهات عدم الدستورية بقوانين منح الالتزام وإشكاليات اتصال بالمحكمة الدستورية العليا وآثار الحكم بعدم الدستورية

تمهيد

إن النص في دستور جمهورية مصر العربية الصادر عام ٢٠١٤م على ضوابط وقواعد منح التزامات المرافق العامة وكذلك منح حق استغلال الموارد الطبيعية على النحو الوارد بالمادة ٣٢ تُعد سابقة دستورية في تاريخ الحياة الدستورية المصرية بصفة عامة وبالنسبة لمسألة تنظيم منح التزامات المرافق العامة بصفة خاصة، وهو اتجاه محمود من جانب المشرع الدستوري من أجل الحفاظ على المال العام، وكما سبق الإشارة فإن عقود الالتزام تُعد أشد العقود الإدارية خطورة والتي يجب أن تتم وفقاً لإجراءات وضوابط معينة حيث أنها تتضمن على ترك إدارة واستغلال المرفق العام فترة طويلة وهو ما يُعد تقييداً لحقوق أجيال قادمة.

وقد قامت الدولة المصرية بدايةً من عام ١٩٩٦م بإصدار العديد من القوانين والتي تم تناولها في المبحث السابق لتنظيم عقد التزام المرافق العامة بثوبه الجديد (البوت) وقد قامت بوضع قواعد جديدة تنظم منح الالتزام وكذلك حددت مدد للالتزام تختلف عن المدد المحددة بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة، وقامت بالنص في جميع هذه القوانين على عدم خضوعها لأحكام القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م سالف الذكر.

إن إصدار قانون خاص بتحديد مدد جديدة لعقد الالتزام بالنسبة لبعض المرافق العامة وكذلك تحديد إجراءات مختلفة عن الإجراءات العادية لا يتعارض

تماماً مع وجود قانون يعتبر الشريعة العامة فيما يتعلق بمنح الالتزامات المرافق العامة، وذلك لأنه قد تم النص صراحةً في كل هذه القوانين على أن ذلك يُعد استثناءً من أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م، كذلك لم تتعارض هذه القوانين ولم تصطدم بأي نص دستوري، وتم إبرام العديد من العقود بناءً على هذه القوانين، وذلك إلى أن صدر دستور عام ٢٠١٤م وقد وضع حداً أقصى لمدة عقد الالتزام وتمثلت في ٣٠ عاماً، ليس هذا فحسب وإنما استلزمت أن يصدر هذا الالتزام في شكل قانون.

وهنا تُثار الإشكالية والتي سوف يتم توضيحها بالتفصيل في هذا المبحث. وإذا كان هناك إشكالية دستورية بخصوص موضوع عقد الالتزام إلا أن هناك إشكالية أخرى تثار وهي أنه في حال عدم استجابة السلطة التشريعية والمتمثلة في مجلس النواب إلى ضرورة حل هذه الإشكالية بإجراء تعديل على قوانين منح الالتزام بنظام البوت سالف الذكر، فإنه قد يكون الحل الأمثل هو إقامة دعوى دستورية أمام المحكمة الدستورية العليا، إلا أنه وفقاً لنظام عمل المحكمة لا بد أن يكون هناك نزاع موضوعي ابتداءً أمام إحدى المحاكم، فنظام المحكمة الدستورية العليا لا يعرف طريق رفع دعوى دستورية مباشرة أمامها.

والنزاع الموضوعي قد يكون من الصعب بمكان أن يصل إلى ساحات مجلس الدولة وذلك نظراً لوجود القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة والذي يقصر حق الطعن فقط على أطراف التعاقد دون غيرهم، ولكن إذا اعتبرت محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة أن هذا القانون أيضاً قد يشوبه أحد أوجه عدم الدستورية فقد تقوم بنظر الدعوى وإحالتها جميعاً إلى المحكمة الدستورية العليا.

وهنا قد تُثار إشكالية أخرى - في حال الحكم بعدم دستورية نصوص هذه المواد - والتي تتمثل في الآثار المترتبة نتيجة الحكم بعدم الدستورية على العقود

التي تم إبرامها وفقاً للقوانين التي حُكم بعدم دستورتيتها وذلك فيما يخص مدة العقد وإجراءات منح الالتزام. وبناء على ذلك سوف يتم تناول هذا المبحث في إطار ثلاثة نقاط رئيسية وذلك على النحو التالي:

- شبهات عدم الدستورية بقوانين منح الالتزام.
- إشكاليات اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا في ضوء أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م ومضمون شرط المصلحة.
- آثار الحكم بعدم الدستورية على العقود التي تم إبرامها وفقاً لأحكام قوانين منح الالتزام.

أولاً: شبهات عدم الدستورية بقوانين منح الالتزام

يجب على جميع السلطات العامة في الدولة أن تلتزم في جميع تصرفاتها اتفاقها مع أحكام القانون، وهذا هو ما يُعرف بمبدأ المشروعية أو الشرعية، وحتى يتحقق هذا المبدأ يجب ألا يكون عمل أي من السلطات العامة - السلطة التنفيذية والقضائية والتشريعية - مخالفاً لأحكام الدستور أو القانون، فمبدأ المشروعية إحدى الضمانات الأساسية للأفراد، وشرطاً لازماً لقيام الدولة القانونية، أي القائمة على احترام سيادة القانون^(١).

(١) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦م، ص ١٦.

د. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض - مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ١٩٨٦م، ص ١٥.

وتعتبر القواعد الدستورية القواعد القانونية العليا، أو الأعلى في الدولة، بحيثُ تلتزم كافة السلطات العامة في الدولة بها، وكذلك المواطنون، وينزلون على مقتضى أحكامها، وينبغي ألا تتضمن تصرفاتهم وأعمالهم ما يتعارض مع هذه الأحكام. وتطبيقاً لهذه المبادئ فإن القوانين العادية الصادرة عن السلطة التشريعية، وكذلك اللوائح التي تصدر عن السلطة التنفيذية، يُطعن فيها بعدم الدستورية إذا تضمنت ما يُخالف أحكام الدستور^(١).

د. عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثامنة، العدد ٣-٤، ١٩٥٩م، ص ٣-٥. ولمزيد من التفاصيل حول الشرعية والمشروعية يُراجع في ذلك:

Carl Schmitt, *Légalité et Légitime: Présentation et notes* par Augustin Simard, Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2015.

Augustin Simard, *Légalité et légitimité (d') après Max Weber, Aspects Sociologiques*, Volume 12, No 1, Avril 2005.

Bjarne Melkevik, *Habermas, Légalité et Légitime*, Québec: Presses de l'Université Laval, 2012.

Jean-Marie Pontier, *Juridiction Administrative: Diffusion de sa Production*, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

(١) د. رمضان محمد بطيخ، قضاء الإلغاء - ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية: دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م، ص ١٩.

حيثُ أن الدستور يتسم بسمو قواعده التي تجعل مكانته أعلى منزلة من القوانين العادية، وبالتالي فإن هذه القوانين يجب أن تُصدر وفقاً لأحكامه بحيث لا يجوز لها أن تخرج عليها سواء بالمخالفة أو التعديل^(١).

وقد نص الدستور المصري الحالي الصادر عام ٢٠١٤م على أنه جمهورية مصر العربية دولة ذات سيادة، موحدة لا تقبل التجزئة، ولا ينزل عن شيء منها، نظامها جمهوري ديمقراطي، يقوم على أساس المواطنة وسيادة القانون^(٢). كما نص أيضاً على أنه "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة"^(٣).

ويعتبر هذا النص تعبيراً صريحاً على ضرورة قيام جميع السلطات باحترام القانون، والمقصود باحترام القانون هنا هو القانون بمعناه الواسع والذي يشمل أحكام الدستور أيضاً. وحتى يمكن تحديد شبهات عدم الدستورية في قوانين منح الالتزام بنظام البوت، سوف يتم عرض النقاط التالية:

- أوجه عدم دستورية القوانين.
- تطبيقات أوجه عدم الدستورية بالنسبة لقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت.

(١) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين واللوائح: بحث في كيفية تحريك الدعوى الدستورية، وأوجه عدم الدستورية وحجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، ١٩٩٦م، المجلد ٤، العدد ١، ص ٣٨.

(٢) نص المادة ١، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

(٣) نص المادة ٩٤، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

١) أوجه عدم دستورية القوانين

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بتعدد أوجه عدم دستورية القوانين، بحيث أنه يتعين لاعتبار القانون متفقاً مع مبدأ المشروعية أن يتوافر فيه أربعة أركان أساسية، وهي الاختصاص، والشكل، والمحل، والغاية، أما ركن السبب فقد دمجه الفقه مع ركن الغاية، ويتصف التشريع بعدم الدستورية في حالة إصابة ركن أو أكثر من أركانه بالبطلان^(١).

حيثُ يتمثل عيب الاختصاص في صدور القانون من سلطة لم يخولها الدستور اختصاص إصداره أو سنه وهو ما يعرف بعدم الاختصاص العضوي، أو في حالة خروج القانون على نطاق الموضوع الذي حدده الدستور أو عدم التزامه بالحدود التي رسمها رغم إصداره من السلطة أو العضو الذي عهد إليه الدستور بهذا الاختصاص وهذا هو عدم الاختصاص الموضوعي، أما عدم الاختصاص الدستوري الزمني فيوجد عندما يصدر التشريع في وقت لم يكن للسلطة المختصة بإصداره حق مباشرة هذا الاختصاص، أما إذا مارست إحدى السلطات الاختصاص التشريعي الذي أوكله إليها الدستور خارج النطاق المكاني المحدد دستورياً لممارسته فإن التشريع الذي يصدر في هذه الحالة يكون باطلاً لإصابته بعيب الاختصاص المكاني^(٢).

أما بالنسبة لعيب الشكل فيقصد به مخالفة الإجراءات والشروط التي تطلبها الدستور والمتعلقة بالتشريع في المراحل الثلاثة التي يمر بها الاقتراح، والقرار، والإصدار. وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى في أحد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، يناير ١٩٥٢م، السنة الثالثة، ص ٣ وما بعدها.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨ - ٥٥.

أحكامها قائلة ".... المطاعن الشكلية تقوم في مبنائها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها، حال انعقاد السلطة التشريعية"^(١).

ويتضمن عيب المحل ثلاث حالات تتمثل في انعدام صفتي العمومية والتجريد في نصوص التشريع من ناحية، والمخالقة المباشرة للدستور من التشريعات التي تصدر بسلطة مقيدة من ناحية ثانية، وأخيراً مخالفة الدستور من التشريعات الصادر بسلطة تقديرية^(٢).

وفيما يتعلق بعيب الانحراف بسلطة التشريع فهو عيب خفي ومستتر، ويتسم بالخصوصية من جانب المحكمة الدستورية العليا بالصعوبة والخطورة في نفس الوقت، ولكن يمكن أن يحدث هذا الانحراف في بعض الحالات مثل: إصدار تشريع عام لتطبيقه على حالة فردية، أو فمخالفة التشريع للهدف أو الأهداف التي خصصها الدستور ليصدر من أجلها^(٣).

٢) تطبيقات أوجه عدم الدستورية بالنسبة لقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت

انه فيما يتعلق بمشروعية قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت، فقد نص الدستور على أنه "..... يكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تجاوز ثلاثين عاماً، ويكون منح حق

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق. دستورية، جلسة ١٨/٤/١٩٩٣م.

(٢) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سبق ذكره، ص ٦٠.

(٣) المرجع السابق، ص ٧٨-٨٠.

استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناءً على قانون^(١).

وبالتالي يتضح أمرين في غاية الأهمية، وهي تحديد المشرع الدستوري لكل من مدة الالتزام وكذلك أداة منح الالتزام وذلك على النحو التالي:

بالنسبة لمدة عقد الالتزام

(١) يجب ألا تتجاوز مدة الالتزام ٣٠ عاماً إذا كان موضوع الالتزام استغلال موارد طبيعية لمدة لا تتجاوز ثلاثون عاماً أو التزام مرافق عامة.

(٢) يجب ألا تتجاوز مدة الالتزام ١٥ عاماً إذا كان موضوع الالتزام استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات.

بالنسبة لأداة منح الالتزام

(١) يجب أن يصدر الالتزام في صورة قانون في حالة ما إذا كان موضوع الالتزام استغلال موارد طبيعية لمدة لا تتجاوز ثلاثون عاماً أو التزام مرافق عامة.

(٢) يجب أن يصدر الالتزام بناءً على قانون في حالة ما إذا كان موضوع الالتزام استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات أو التزام مرافق عامة لمدة لا تتجاوز ١٥ عاماً.

ويتضح من النص السابق أن الحد الأقصى لأي عقد التزام سواء بمفهومه التقليدي أو بمفهومه الحديث (البوت) يجب ألا يجاوز ٣٠ عاماً، أما والحال كذلك أن هناك بعض القوانين التي تنظم منح التزام المرافق العامة بنظام البوت - القانون

(١) نص المادة ٣٢، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م^(١)، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م^(٢)، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م^(٣)، القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م^(٤) - مخالفة لأحكام الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤م فيما يخص مدة الالتزام وأداة منح الالتزام، بالنسبة لمدة الالتزام فإن القوانين المشار إليها جميعاً جعلت مدة الالتزام طويلة الأمد لتصل إلى ٩٩ عاماً، أما بالنسبة لأداة منح الالتزام فقد جعلته بموجب قرار يصدر من مجلس الوزراء وذلك باستثناء القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م والذي جعل المختص بإصدار قرار منح الالتزام هو رئيس مجلس الوزراء.

وهنا يتضح جلياً مخالفة هذه القوانين لمبدأ المشروعية أو الشرعية الدستورية السابق الإشارة إليه، وإن كان القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م قد صدروا في ظل دستور عام ١٩٧١م - أي قبل إصدار دستور عام ٢٠١٤م - وهو ما لم يكن يُشكل أية مخالفة دستورية حينذاك بل أنه على العكس من ذلك كان يتفق وأحكام الدستور، إلا أن صدور دستور عام ٢٠١٤م متضمناً نصاً دستورياً يتعارض مع بعض

(١) القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، الجريدة الرسمية، العدد (١٣) مكرر (ج)، ٢ إبريل سنة ٢٠١٨م.

(٢) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

(٣) القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) مكرر، ١٤ يوليه ١٩٩٦م.

(٤) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر، الجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر، ٣٠ يونيه سنة ١٩٩٦م.

النصوص في هذه القوانين على النحو سالف الذكر، فإنه كان من المفترض أن يتم تعديل هذه القوانين اتساقاً مع النص الدستوري الجديد.

حيثُ أن المشرع الدستوري بتعبيره صراحةً في إحدى نصوصه الدستورية عن تحديد مدة عقد الالتزام بثلاثون عاماً وأن يكون ذلك بقانون، فإنه من الواضح أن ذلك يُعبر عن رغبة المشرع الدستوري ولأول مرة في تاريخ الدساتير المصرية حماية ثروات البلاد والحفاظ على حق الأجيال بجعله تحديد مدة عقد الالتزام في حدود ثلاثون عاماً، فاستمرار العمل بأحكام هذه القوانين بعد إصدار دستور عام ٢٠١٤م دون تعديلها قد يؤدي ببطان وعدم مشروعية الأعمال التي تمت في ظله، وذلك على النحو الذي سيرد بيانه.

أما بخصوص القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م فإنه لا يوجد مبرر على الإطلاق يجعل السلطة التشريعية - التي من المفترض أنهم على دراية كاملة بأحكام ونصوص الدستور وهناك من الأعضاء من كانوا بالجمعية التأسيسية المشكلة لوضع الدستور - أن يُصدروا قانوناً به مخالفة صريحة لأحكام الدستور وبالطبع مخالفة مبدأ المشروعية أو الشرعية الدستورية السابق الإشارة إليه، مما يُعرض جميع العقود التي تُبرم استناداً لهذا القانون إلى البطلان وعدم المشروعية.

وتعتبر هذه القوانين الأربعة متصفة بعيب المحل وذلك بسبب مخالفتها المباشرة لنص دستوري صريح. وإذا كان هذا هو الواقع بشأن تعارض بعض النصوص التي تنظم بعض عقود التزام المرافق العامة بنظام البوت، إلا أن هناك بعض الصعوبات التي قد تحول دون إلغاء هذه القوانين، فإذا لم تُسارع السلطة التشريعية بتعديل هذه القوانين لتتفق مع أحكام ونصوص الدستور لتحقيق مبدأ المشروعية، فإنه لا يوجد طريق آخر لإلغاء هذه المواد سوى الحكم بعدم دستورتيتها من جانب المحكمة الدستورية العليا التي تمارس سلطة الرقابة على دستورية

القوانين، ولكن هناك بعض الصعوبات التي قد تحول دون ذلك، وهو ما سوف نبينه في النقطة التالية.

ثانياً: إشكاليات اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا في ضوء أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م ومضمون شرط المصلحة

تتولى المحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية^(١)، وقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا على اختصاصها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح^(٢). وبالتالي فإن جهة الاختصاص طبقاً للنصين الدستوري والقانوني هي المحكمة الدستورية العليا.

ولقد جاء اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين واللوائح عاماً شاملاً دون تخصيص أو تحديد، بحيث يتضمن جميع التشريعات "سواء أكانت تشريعات عادية صادرة من السلطة التشريعية، أم تشريعات لائحية فرعية صادرة من السلطة التنفيذية"^(٣).

وحتى تقوم المحكمة الدستورية العليا بالحكم بعدم دستورية نصوص القوانين التي تنظم نظام التزام المرافق العامة بنظام البوت على النحو سالف الذكر لا بد أن تكون هناك دعوى دستورية يتم تحريكها حتى وتقوم بنظرها طبقاً لاختصاصها، وقد نظم المشرع كيفية تحريك الدعوى الدستورية، ووفقاً لهذا التنظيم فإنه يتطلب أولاً أن

(١) نص المادة ٣٢، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

(٢) نص المادة ٢٥، القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦)، ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩م.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا.

تكون هناك دعوى موضوعية مقامة أمام إحدى المحاكم، مما يعني ضرورة الطعن على العقود المبرمة بناءً على قوانين منح التزام المرافق العامة بنظام البوت السابق الإشارة إليها، إلا أن قصر القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م حق الطعن على طرفي التعاقد دون غيرهم، قد يكون حائلاً دون الطعن على دستورية القوانين المشار إليها.

فقد حدد المشرع بموجب القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م من لهم حق الطعن على عقود الدولة في طرفي التعاقد واعتبر المشرع أن طرفي التعاقد فقط هم من لهم مصلحة فقط، وهو ما يُعد تحديداً جديداً مغايراً لمضمون شرط المصلحة المتعارف عليه في نطاق القانون والقضاء الإداري وكذلك العقود الإدارية، ليس هذا فحسب، ولكن هناك بعض الإشكاليات التي تثار فيما يتعلق بمدى دستورية هذا القانون في الأساس، وسوف يتم توضيح إشكاليات اتصال الدعوى بالمحكمة الدستورية العليا في ضوء أحكام القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م ومضمون شرط المصلحة من خلال النقاط التالية:

- اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا.
- التنظيم القانوني لإجراءات الطعن على عقود الدولة.
- الإشكاليات الدستورية فيما يتعلق بمضمون شرط المصلحة في الطعن على عقود الدولة.
- الإشكاليات الدستورية المتعلقة بركن الشكل في القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م.

١) اتصال الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا

لقد حدد القانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩م كيفية اضطلاع المحكمة الدستورية العليا بمهمتها في الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، حيثُ حدد القانون ثلاثة

طرق لتحريك الدعوى الدستورية، وهذه الطرق هي إما الدفع الفرعي من الخصوم أثناء نظر الدعوى الأصلية، وإما الإحالة من محكمة الموضوع أثناء نظرها الدعوى الأصلية، وأخيراً تصدي المحكمة الدستورية العليا، وذلك على النحو التالي:

(أ) الدفع الفرعي من الخصوم أثناء نظر الدعوى الأصلية

لقد نص القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م على أن تتولى المحكمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

(أ)

(ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم تُرفع في الميعاد أعتبر الدفع كأن لم يكن^(١).

لم يفتح المشرع باب الطعن بعدم دستورية القوانين واللوائح بطريق مباشر أمام الأفراد، وإنما جعله عن طريق غير مباشر بواسطة الدفع الفرعي أمام المحاكم، وهو ذات الطريق الذي كان متبعاً من قانون المحكمة العليا السابقة.

ووفقاً للفقرة (ب) من المادة السابقة من قانون المحكمة الدستورية العليا، فإن هذا الطريق يمر بثلاث مراحل أو ثلاث خطوات:

(١) نص المادة (٢٩/ب)، القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦)، ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩م.

▪ الخطوة الأولى في قيام أحد الخصوم في دعوى قضائية مطروحة أمام إحدى المحاكم القضائية أو هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي بالدفع بعدم دستورية نص تشريعي في قانون أو لائحة. ومن الواضح أن الأمر يتعلق بدفع فرعي يتم التقدم به إلى إحدى المحاكم أثناء نظر موضوع خصومة قضائية من جانب أحد الخصوم، وليس دعوى مبتدأه بعدم الدستورية.

▪ الخطوة الثانية في فحص المحكمة لجدية الدفع الذي تقدم به بسلطة تقديرية كاملة، فإذا اتضح لها عدم جديته رفضته. أما إذا استبان للمحكمة أنه دفع جدي فإنها تؤجل نظر الدعوى الموضوعية المطروحة أمامها، وتقوم بتحديد أجل للخصم الذي أثار الدفع لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا لا يتجاوز ثلاثة أشهر.

▪ الخطوة الثالثة والأخيرة، فإنها تتم برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا من جانب الخصم الذي أثار الدفع أمام محكمة الموضوع.

وفيما يخص هذا الدفع الفرعي من الخصوم المنصوص عليه في الفقرة (ب) من المادة ٢٩ سالفه الذكر من قانون المحكمة الدستورية العليا فقد أصدرت المحكمة الدستورية العليا العديد من الأحكام بشأنه، حيث قضت بأنه "أن المشرع رسم طريقاً لرفع الدعوى الدستورية، فدل بذلك على أنه اعتبر هذين الأمرين من مقومات الدعوى الدستورية، فلا تُرفع إلا بعد إبداء دفع بعدم الدستورية ثم تقدر المحكمة جديته"^(١).

ب) الإحالة من محكمة الموضوع

أعطى المشرع محكمة الموضوع سلطة إحالة أي نص تشريعي ترى أنه غير دستوري إلى المحكمة الدستورية العليا لتقول كلمتها النهائية فيه. فقد نص

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٦ لسنة ٤ ق. دستورية، جلسة ٣/٣/١٩٨٤م.

قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع، أوقفت الدعوى، وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية"^(١).

وبذلك يجوز لأي محكمة من المحاكم القضائية أيا ما كانت درجتها، وسواء كانت من محاكم القضاء العادي أو الإداري أو العسكري، ولأي هيئة ذات اختصاص قضائي، أن تُحيل أي نص في قانون أو لائحة يكون لازماً للفصل في النزاع، إلى المحكمة الدستورية العليا لتفصل في دستوريته، إذا ما تراءى لها عدم دستورية هذا النص، ويتعين على محكمة الموضوع في هذه الحالة أن توقف نظر الدعوى المطروحة أمامها، وأن تأمر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بدون رسوم^(٢).

ولقد رسم المشرع هذا الطريق لتحريك الدعوى الدستورية لعلة معينة تتمثل في تثبيت التزام الأحكام القضائية بالقواعد الدستورية الصحيحة^(٣). فأجاز المشرع لمحكمة الموضوع أن تقوم بهذه الإحالة لأنها أدرى من الخصوم بوجود شبهة عدم الدستورية في النص اللازم تطبيقه للفصل في النزاع من ناحية. ولأن قاضي الموضوع - من ناحية أخرى - يقع على عاتقه التزام قانوني بتطبيق القاعدة القانونية الأعلى وترجيحها على الأدنى، كما أنه ليس لقاضي الموضوع هنا أن

(١) نص المادة (٢٩/أ)، القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦)، ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩م.

(٢) د. عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري، المؤتمر العلمي الأول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مارس ١٩٩٨م، ص ١٠٦٩.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا.

يلجأ إلى الامتناع عن تطبيق النص القانوني الذي يُقدر مخالفته^(١)، لذلك فإن إعطائه سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا حتى لا يطبق نصاً تشريعياً يعتقد أنه غير دستوري أو أن يمتنع عن تطبيق النص التشريعي.

ج) التصدي من المحكمة الدستورية العليا

أعطى المشرع المحكمة الدستورية العليا سلطة التصدي لحالات عدم الدستورية، حيث نص على أنه "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يُعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية"^(٢). كما نص كذلك على أنه "تفصل المحكمة من تلقاء نفسها في جميع المسائل الفرعية"^(٣).

كان من المنطقي أن يُعطي المشرع المحكمة الدستورية العليا رخصة التصدي لأي نص قانوني أو لائحي يُعرض لها أثناء ممارستها لاختصاصاتها، على أن يكون متصلاً بالمنازعة المطروحة أمامها اختصاراً للإجراءات التي يجب مراعاتها عند اتباع أحد الطريقتين السابقين، هذا من ناحية^(٤).

(١) عادل عمر شريف، قضاء الدستورية: القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٨٨م، ص ص ٤٠٨-٤١١.

(٢) نص المادة (٢٧)، القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦)، ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩م.

(٣) نص المادة (٤٧)، القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦)، ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩م.

(٤) د. عبد العزيز محمد سلمان، مرجع سبق ذكره، ص ص ١٠٧٢-١٠٧٥.

وتُعتبر رخصة التصدي الممنوحة للمحكمة الدستورية العليا من الأمور المنطقية - من ناحية أخرى - حيثُ أنه من غير المتصور أن يتم منح المحاكم القضائية والهيئات ذات الاختصاص القضائي سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، دون أن تُعطي الأخيرة الحق في التصدي، وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة والمقصورة عليها هذه الولاية فيما يتعلق بدستورية القوانين واللوائح^(١).

وبالتالي فإنه حتى يمكن أن تقوم المحكمة الدستورية العليا بنظر مدى دستورية القوانين الأربعة السابق الإشارة إليهم لابد أن تتصل الدعوى الدستورية بالمحكمة الدستورية العليا من خلال إحدى الطرق الثلاث السابق الإشارة إليهم، وحتى يتم ذلك فلا بد أن يكون هناك دعوى موضوعية أمام إحدى المحاكم العادية بخصوص إحدى العقود المبرمة طبقاً لأحكام هذه القوانين، ولكن هناك بعض الصعوبات التي من الممكن أن تقف حائلاً دون إقامة دعوى موضوعية بشأن العقود المبرمة طبقاً للقوانين الخاصة بمنح التزام المرافق العامة بنظام البيوت، ويمكن مناقشة هذه الصعوبات في النقطتين التاليتين عند مناقشة قانون تنظيم الطعن على عقود الدولة ومضمون شرط المصلحة في دعاوى منازعات عقود الدولة.

(١) عادل عمر شريف، مرجع سبق ذكره، ص ٤١٢.

٢) التنظيم القانوني لإجراءات الطعن على عقود الدولة

ان الطعن على أي عقد من العقود الإدارية التي تُبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام يستلزم توافر شرطي الصفة والمصلحة في الدعوى، وهذا هو ما استقر عليه قضاء محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا أيضاً، كما أن شرطي الصفة والمصلحة من الشروط التي استلزمها قانون المرافعات المدنية والتجارية لقبول الدعوى، ولقد قامت محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بتفسير شرطي الصفة والمصلحة في الدعاوى الإدارية، بحيث تدمج الصفة مع المصلحة في الدعاوى الإدارية وهو ما يعبر عنه بالمصلحة المانحة للصفة في التقاضي وتقوم كذلك بتحديد مفهوم المصلحة المشتركة في دعوى الإلغاء عنه في الدعاوى القضائية الأخرى، بحيث لا تنقيد المصلحة حرفياً فني دعوى الإلغاء بحق أو مركز قانوني ذاتي أو شخصي لرافع دعوى الإلغاء^(١).

وظل هذا الاتجاه هو السائد في قضاء مجلس الدولة المصري إلى أن صدر القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، وبناءً على ذلك سوف يتم توضيح المقصود بشرطي الصفة والمصلحة في قضاء مجلس الدولة وكذلك وفقاً لأحكام القانون سالف الذكر من خلال النقطتين التاليتين:

أ) اتجاهات قضاء مجلس الدولة فيما يتعلق بشرطي الصفة والمصلحة في منازعات عقود الدولة

لقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكم شهير لها بأنه ".... كما أن من المستقر عليه اندماج الصفة في المصلحة في الدعاوى الإدارية وهو ما يعبر

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعون أرقام ٥٥٤٦، ٦٠١٣، ٧٩٧٥ لسنة ٥٥ ق. ع، جلسة ٢٧/ ٢/ ٢٠١٠م.

عنه بالمصلحة المانحة للصفة في التقاضي. ولما كانت هذه الأحكام في شأن المصلحة في الدعاوى الإدارية قد أوجبتها الطبيعة القانونية لهذه الدعاوى، كما فرضه هدفها الأسمى الذي استندت من أجله هذه الوسيلة القضائية لتكون ضماناً لمبدأ المشروعية الذي يرتكز عليه بناء الدول المتحضرة، والذي يؤسس عليه البنية التحتية التي يؤسس عليها بناء الحقوق والحريات المكفولة دستورياً ودولياً الأمر الذي لا يجوز معه تطبيق نص المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية معدلة بالقانون رقم (٨١) لسنة ١٩٩٦ في النزاع المائل وعلى النحو الذي طلبته الجهة الإدارية المدعى عليها والشركة المتدخلة انضمامياً إلى جانبها في مذكرات دفاعهما سنداً لدفعهما بانتفاء مصلحة وصفة المدعيين لما يمثله في ذلك من تعارض مع طبيعة المنازعات الإدارية مما يفقد النص المشار إليه شرط انطباقه وهو ما أكتته المحكمة الإدارية العليا . دائرة توحيد المبادئ في حكمها الصادر في الطعن رقم ١٥٢٢ لسنة ٢٧ ق. ع جلسة ٩ / ٤ / ٢٠٠٧. وحيث لما كان ما تقدم، وكان المدعيان من مواطني جمهورية مصر العربية وهم من المخاطبين بأحكام الدستور ويحق لهما الدفاع عما يبدو لهما أنه حق من حقوقهما المتعلقة ببيع جزء من أراضي الدولة، ومن ثم قد يكون توافر في شأنهما شرط المصلحة وتحققت لهما الصفة في إقامة هذه الدعوى، وبالتالي يغدو الدفع بعدم قبول الدعوى لانتهاء شرطي المصلحة والصفة غير قائم على أساس سليم من القانون مما يتعين القضاء بعدم قبوله^(١).

والمستفاد من حكم محكمة القضاء الإداري هنا أنها اعتبرت أنه يكفي أن يكون رافع الدعوى من مواطني جمهورية مصر العربية حتى يتحقق بشأنه شرطي المصلحة والصفة في مثل هذا النوع من المنازعات، وقد أكدت المحكمة الإدارية

(١) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ١٢٦٢٢ لسنة ٦٣ ق، جلسة ٢٢ / ٦ / ٢٠١٠ م.

العليا اتجاه محكمة القضاء الإداري في العديد من أحكامها متأثرة بذلك بأحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن.

حيثُ قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "... حيثُ إنه تطبيقاً لما تقدم وكان المتدخلون جميعاً - سواء من قضي بقبول تدخله أو رُفض في الحكم المطعون فيه - هم من مواطني جمهورية مصر العربية، وهم من المخاطبين بالمادة (٢٥) من الدستور التي تكفل لكل مواطن نصيباً في الناتج القومي، وقد أوضحوا في صحف طلبات التدخل وجوه مصالحهم المتعلقة بتنمية واستغلال وتعظيم عوائد الغاز الطبيعي المصري باعتباره من الثروات الطبيعية للبلاد وأحد روافد الناتج القومي، وذلك في ضوء ما تضمنه القرار المطعون فيه، الأمر الذي تتوافر معه للمتدخلين جميعاً صفة ومصصلحة في التدخل، وذلك بمراعاة أن التصدي لمشروعية القرار ومدى مساسه بهذه المصلحة سلباً أو إيجاباً هو في حقيقته فصل في موضوع الطلبات في الدعوى يتجاوز حدود البحث الشكلي لطلبات التدخل"^(١).

ويتضح من قضاء المحكمة الإدارية العليا أنها قبلت المتدخلون بالدعوى جميعاً على أساس أن المال العام موضوع الدعوى يعتبر مالا لهم، ويحق لكل منهم نصيب فيه ما داموا يحملون الجنسية المصرية ومخاطبين بأحكام الدستور المصري. واستمر قضاء مجلس الدولة المصري على هذا النحو إلى أن نظم المشرع المصري في عام ٢٠١٤م مسألة الصفة والمصلحة في المنازعات الخاصة بعقود الدولة وذلك على النحو الذي سيتم بيانه في النقطة التالية.

ب) التنظيم القانوني لشرطي الصفة والمصلحة في منازعات عقود الدولة

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقمي ٥٥٤٦، ٦٠١٣، لسنة ٥٥ ق. ع، جلسة ٢٧/٢/٢٠١٠م.

لقد نص قانون تنظيم إجراءات الطعن على عقود الدولة على أنه "مع عدم الاخلال بحق التقاضي لأصحاب الحقوق الشخصية أو العينية على الأموال محل التعاقد، يكون الطعن ببطلان العقود التي يكون أحد أطرافها الدولة أو أحد أجهزتها من وزارات، ومصالح، وأجهزة لها موازنات خاصة، ووحدات الإدارة المحلية، والهيئات والمؤسسات العامة، والشركات التي تمتلكها الدولة أو تساهم فيها، أو الطعن بإلغاء القرارات أو الإجراءات التي أبرمت هذه العقود استناداً لها، وكذلك قرارات تخصيص العقارات من أطراف التعاقد دون غيرهم، وذلك ما لم يكن قد صدر حكم بات بإدانة طرفي التعاقد أو أحدهما في جريمة من جرائم المال العام المنصوص عليها في البابين الثالث والرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات وكان العقد قد تم إبرامه بناءً على تلك الجريمة"^(١).

ووفقاً لنص المادة السابقة من قانون تنظيم إجراءات الطعن على عقود الدولة، فإن حق التقاضي والطعن على عقود الدولة لا يكون إلا في الحالات الآتية:

- أن يكون لأحد الأشخاص أي حق شخصي أو عيني على الأموال التي يجرى التعاقد بشأنها، ووفقاً للنص سالف الذكر فإن يحق له الطعن على هذه العقود لاقتضاء حقوقه.
- أن يتم الطعن على هذه العقود من جانب أطراف التعاقد، وبالتالي فلا يكون هناك مجالاً - وفقاً للنص السابق - للطعن على عقود الدولة من جانب الغير مثلما كان متبعاً فيما سبق.

(١) نص المادة الأولى، قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (١٦) مكرر (ح)، ٢٢ ابريل سنة ٢٠١٤م.

وإذا كان القانون سالف الذكر قد حدد مضمون شرطي الصفة والمصلحة في منازعات عقود الدولة وذلك من خلال تحديده لمن لهم الحق في الطعن على سبيل الحصر، إلا أن هذا التحديد قد يُثار بشأنه بعض الإشكاليات الدستورية وذلك وفقاً لم سيتم بيانه في النقطة التالية.

٣) الإشكاليات الدستورية فيما يتعلق بمضمون شرط المصلحة في الطعن على عقود الدولة

ان إصدار المشرع لقانون يُحدد بموجبه مضمون شرطي الصفة والمصلحة في منازعات عقود الدولة لا يُثير أية إشكالية في حد ذاته، وإنما ما يُثير الإشكالية الدستورية هو صدور هذا القانون على نحو مخالف لما استقر عليه القضاء من أن الصفة والمصلحة في منازعات عقود الدولة تكون لكل من هو مواطن بجمهورية مصر العربية ومخاطباً بأحكام الدستور.

حيث أنه قد جري العرف على أن القانون الإداري يتم سنه من خلال الاستفادة بما هو مستقر عليه قضاءً، لاسيما أن أحكام القضاء تُعتبر أحد مصادر القانون الإداري، فقد كان من الأفضل للمشرع عدم اتخاذ مساراً مغايراً لما هو مستقر عليه قضاءً.

لكن الإشكالية الدستورية لا تشمل هذه النقطة حيث أن المشرع لا يوجد عليه أي إلزام بالامتناع عن مخالفة الاتجاهات والمبادئ المستقر عليها في القضاء، وله أن يسن قواعد ومبادئ مغايرة لها طالما تتفق وأحكام الدستور المصري. إنما الإشكالية تنثور بشكل واضح فيما تتعارض معه أحكام نص المادة الأولى من القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م مع بعض النصوص الدستورية والتي سبق وأن تم تضمينها بأحكام المحكمة الإدارية العليا عند تفسيرها لشرطي الصفة والمصلحة في منازعات العقود الإدارية، وذلك على النحو التالي:

حيث نص الدستور على أن "موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها....."^(١). وفي ضوء تفسير هذا النص أن موارد الدولة هي ملك للشعب المصري فإنه يحق لأي فرد من أفراد الشعب أن يطعن على عقود الدولة وأن تقييد القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م لهذا الحق إنما يعد تحصيلاً للأعمال والقرارات الإدارية التي تم النص على عدم جواز تحصيلها في الدستور المصري، حيث نص على أنه "التقاضي حق مصون ومكفول للكافة. وتلتزم الدولة بتقريب جهات التقاضي، وتعمل على سرعة الفصل في القضايا، ويحظر تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ولا يحاكم شخص إلا أمام قاضيه الطبيعي، والمحاكم الاستثنائية محظورة"^(٢).

ويُستفاد من ذلك أن قصر الطعن على أطراف التعاقد فيما بينهم، من الممكن أن يتم اعتباره تحصيل هذه العقود من الطعن، لاسيما إذا كان هناك بعض شبهات الفساد حول موضوع التعاقد، فمن غير المتصور أن تقوم الدولة أو الطرف الآخر في العقد بالطعن على إحدى العقود إذا كان من المتوقع أن تقوم المحكمة بالقضاء ببطلانه لاسيما فيما يترتب عليه من آثار لهذا البطلان بالنسبة لكلا الطرفين، حيث أن هناك آثار يتعذر تحملها من جانب الطرفين مثلما حدث في أحكام بطلان عقد مدينتي وكذلك بطلان تصدير الغاز لإسرائيل وغيرها من العقود التي تضمنت اعتداءً على حقوق الدولة وتنازلات قدمتها الجهات الإدارية لأطراف التعاقد بما يمكن اعتباره إساءة استخدام للمال العام.

(١) نص المادة ٣٢، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

(٢) نص المادة ٩٧، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

٤) الإشكاليات الدستورية المتعلقة بركن الشكل في القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م

سبق البيان أنه ذهب جانب من الفقه إلى القول بتعدد أوجه عدم دستورية القوانين، بحيث أنه يتعين لاعتبار القانون متفقاً مع مبدأ المشروعية أن يتوافر فيه أربعة أركان أساسية، وهي الاختصاص، والشكل، والمحل، والغاية، أما ركن السبب فقد دمج الفقه مع ركن الغاية، ويتصف التشريع بعدم الدستورية في حالة إصابة ركن أو أكثر من أركانه بالبطلان^(١).

كما سبق الإشارة إلى أنه بالنسبة لعبوب الشكل فيقصد به مخالفة الإجراءات والشروط التي تطلبها الدستور والمتعلقة بالتشريع في المراحل الثلاثة التي يمر بها الاقتراح، والقرار، والاصدار. وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا هذا المعنى في أحد أحكامها قائلة ".... المطاعن الشكلية تقوم في مبناها على مخالفة نص تشريعي للأوضاع الإجرائية التي تطلبها الدستور سواء في ذلك ما كان منها متصلاً باقتراح النصوص التشريعية أو إقرارها أو إصدارها، حال انعقاد السلطة التشريعية"^(٢).

وقد اتسم القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بأحد أوجه عيوب عدم الدستورية والتي تمثلت في فقدانه لركن الشكل، حيث نص في أحد مواده على أنه "مع عدم الإخلال بالأحكام القضائية الباتة، تقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعاوى أو الطعون المتعلقة بالمنازعات المنصوص عليها في المادة الأولى من

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، يناير ١٩٥٢م، السنة الثالثة، ص ٣ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ١٣ لسنة ١١ ق. دستورية، جلسة ١٨/٤/١٩٩٣م.

هذا القانون والمقامة أمامها بغير الطريق الذي حددته هذه المادة بما في ذلك الدعاوى والطعون المقامة قبل تاريخ العمل بهذا القانون^(١).

وهو ما يعتبر مخالفة صريحة لنص المادة ٢/٢٢٥ من الدستور المصري الصادر عام ٢٠١٤م، حيث نصت على أنه "ولا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية، النص في القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب"^(٢).

وبالتدقيق في قراءة النص السابق يتضح أن المشرع الدستوري قد سمح بسريان القوانين بأثر رجعي وكنه وضع شرطين وهما:

الشرط الأول: أن يصدر القانون في غير المواد الجنائية والضريبية.

الشرط الثاني: أن يصدر القانون بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب.

هذا فقد تم إصدار القرار بقانون في غيبة مجلس النواب، ولم يتضمن موافقة الأغلبية الخاصة بثلثي أعضاء مجلس النواب، هذا من جانب. ومن جانب آخر فإنه لا يمكن التحجج بأنه عند انتخاب مجلس النواب قام المجلس بإقرار هذا القانون، حيث أن إقرار مجلس النواب على هذا النحو لا يمكن أن يصحح البطلان

(١) نص المادة الثانية، قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (١٦) مكرر (ح)، ٢٢ أبريل سنة ٢٠١٤م.

(٢) نص المادة ٢٢٥، دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

الدستوري القائم لا سيما خلال الفترة من إصدار القانون وحتى انتخاب مجلس النواب^(١).

كما أن سلطة رئيس الجمهورية في إصدار القوانين في غيبة مجلس النواب تعتبر رخصة ممنوحة له من المشرع الدستوري لإصدار القوانين الضرورية والتي لا تحتل التأخير لحين انتخاب مجلس النواب، وفي هذا المجال لا يتضح ما هي الحالة الضرورية الملحة لإصدار مثل هذا القانون.

ثالثاً: آثار الحكم بعدم الدستورية على العقود التي تم إبرامها وفقاً لأحكام قوانين منح الالتزام

وإذا كان الحال كذلك وصدر حكماً من جانب المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية بعض نصوص مواد قوانين منح التزام المرافق العامة بنظام البوت فإن ذلك من شأنه أن يرتب العديد من الآثار، وأهم هذه الآثار هي وقف قوة نفاذ القانون أو النص المقضي بعدم دستوريته أو بمعنى أوضح "بطلانه"، فحكم المحكمة في هذا الشأن لا يُنشئ هذا البطلان وإنما يقرر شيئاً قائماً بالفعل بحكم الدستور القائم. فالتشريع الباطل لمخالفته للدستور باطل منذ وجوده لأنه ولد مخالفاً للدستور^(٢). فالتشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الإطلاق، فهو

(١) د. علياء زكريا، أثر طعن الغير على القرار الإداري القابل للانفصال - دراسة مقارنة مع التعليق على قضية Tropic وقضية Bonhomme الفرنسية وقضايا عمر أفندي - مدينتي - شركة طنطا للكتان - بيع الغاز الطبيعي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٩م، ص ١٥٤. كما يراجع أيضاً: د. محمد علاء زعزع، الآثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير أطرافها: دراسة تحليلية مقارنة معلقاً عليها بأحدث أحكام مجلس الدولة المصري والفرنسي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٩م، ص ٣٦٦-٣٦٧.

(٢) د. عبد العزيز محمد سلمان، مرجع سبق ذكره، ص ٩٩٩.

لا ينشئ حقوقاً ولا يرتب واجبات لا يمنح حماية ولا ينشئ وظيفة، وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر أصلاً^(١).

ولكنه بالنسبة لهذه الآثار يجب التمييز بين فروض أربعة^(٢):

الفرض الأول: أن يصدر النص القانوني مخالفاً لأحكام الدستور الذي صدر في ظله وفي نفس الوقت ظل مخالفاً لأحكام الدستور القائم وقت الفصل في الدعوى

القاعدة المستقرة في هذه الحالة أنه يجب أن يصدر التشريع متفقاً مع الدستور الذي يكون قائماً وقت إجراء الرقابة. ومن هنا فإن الرجعية في هذه الحالة تترد إلى تاريخ صدور التشريع ذاته.

الفرض الثاني: أن يصدر النص القانوني مخالفاً لأحكام الدستور الذي صدر في ظله، ثم يصدر دستور جديد أو يعدل الدستور القائم بما يصحح معه القانون متلائماً مع أحكام الدستور وقت الطعن

وفي هذه الحالة تترد الرجعية إلى وقت صدور التشريع لمخالفته الدستور الذي صدر في ظله. ولا وجه للقول في هذه الحالة بأن السلطة التشريعية تمتلك أن تُفيد إصدار ذات التشريع من جديد، أو نية المشرع الدستوري قد ظهرت من العيوب التي كانت تشوبه. فهذا القول ليس صحيحاً، فالتشريع قد ولد معيباً منذ صدوره لمخالفته التشريع الذي كان موجوداً في ذلك الوقت ولو كان الطعن قد وجه إليه في

(١) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٥٨م، ص ص ٢٢٢-٢٢٣.

د. رمزي الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٣م، ص ٦١٤.

(٢) د. عبد العزيز محمد سلمان، مرجع سبق ذكره، ص ١٠٠٦-١٠٠٧.

ظل هذا الدستور لحكم بعدم دستوريته، ولا يتصور أن يزيل الدستور المخالفة الدستورية التي شابت ذلك التشريع عن الفترة السابقة على صدوره.

الفرض الثالث: أن يصدر النص القانوني صحيحاً وفقاً للدستور الذي صدر في ظله ثم يأتي دستور جديد يحمل من المبادئ ما يجعل القانون المذكور مشوباً بعدم الدستورية.

هنا يكون المرجع في تحديد تاريخ الرجعية إلى تاريخ الدستور الجديد الذي حمل المبادئ التي جعلت عدم الدستورية تطراً على النص القانوني^(١).

الفرض الرابع: في حالة صدور التشريع مخالفاً للدستور الذي صدر في ظله ثم يصدر دستور جديد وينص في صلبه على أن التشريعات الصادرة قبل صدوره صحيحة

في مثل هذه الحالة فإن صراحة النص الدستوري تُزيل العيب الدستوري الذي شاب القانون ويصبح في مأمن من الطعن عليه.

وفي مجال البحث حول الإشكاليات الدستورية لقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت يتبين أن هناك ثلاثة قوانين مخالفة لأحكام الدستور الحالي قد صدرت قبل إصداره أي قبل عام ٢٠١٤م وهي القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م، القانون رقم ٧ لسنة ١٩٩٧م وبالتالي فإن هذه القوانين تمثل الفرضية الثالثة السابق الإشارة إليها وبالتالي في حال الحكم بعدم دستورية نصوص المواد التي بها عوار دستوري بهذه القوانين تكون اعتباراً من تاريخ الدستور الجديد الصادر عام ٢٠١٤م.

(١) د. رمزي الشاعر، مرجع سبق ذكره، ص ٦١٦.

أما بخصوص القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م فإذا ما حُكم بعدم دستوريته فإنه يُمثل الفرضية الأولى المشار إليها سابقاً وبالتالي حال الحكم بعدم دستورية نصوص المواد التي بها عوار دستوري بهذه القوانين تكون اعتباراً من تاريخ صدور التشريع ذاته.

وهنا يثور تساؤل آخر في غاية الأهمية حول آثار الحكم بعدم الدستورية على العقود المبرمة وفقاً لأحكام القوانين التي تم الحكم بعد دستوريته، لاسيما بخصوص ما يتعلق بمدة هذه العقود، حيثُ أن هناك من العقود المبرمة لمدة تصل إلى ٩٩ عاماً.

فقد تم إبرام عقد التزام بإنشاء وإدارة وصيانة القطاعات الثلاثة لمحور روض الفرج من طريق الإسكندرية الصحراوي إلى الطريق الدائري ومنه إلى شبرا (القطاعان الأول والثاني) ومن شبرا حتى الطريق الدائري الإقليمي (القطاع الثالث) بين وزارة النقل ممثلة في الهيئة العامة للطرق والكباري والنقل البري، وبين وزارة الدفاع (جهاز مشروعات الخدمة الوطنية) ممثلة في الشركة الوطنية لإنشاء وتنمية إدارة الطرق، وذلك في ٢٠١٤/٢/٩م استناداً إلى القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م، وصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء بمنح الالتزام في ٢٠١٤/٢/٢٤م وقد بلغت مدة الالتزام بهذا العقد تسعة وتسعين عاماً ميلادياً^(١). ويلاحظ أن هذا العقد قد تم إبرامه بعد صدور دستور عام ٢٠١٤م.

كما صدر قرار مجلس الوزراء بمنح التزام إدارة وتشغيل بعض المحطات للشركة الوطنية لإنشاء وتنمية الطرق التابعة لجهاز مشروعات الخدمة الوطنية بوزارة الدفاع وذلك بتاريخ ٢٠١٨/٢/٧م، وقد بلغت مدة الالتزام بهذا العقد خمسين

(١) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٣٥ لسنة ٢٠١٤م، الجريدة الرسمية، العدد (٨) مكرر (أ)، ٢٤ فبراير سنة ٢٠١٤م.

عاماً^(١). ويلاحظ أن هذا العقد قد تم إبرامه بعد صدور دستور عام ٢٠١٤م مثل العقد السابق.

ويمكن القول إن الحكم بعدم دستورية النصوص التي يعترتها شبهات عدم الدستورية من الممكن أن يؤدي إلى أحد الأثرين على هذين العقدين، وذلك على النحو التالي:

▪ الأثر الأول: بطلان العقدين وذلك لأنه قد تم إبرامهما بعد إصدار دستور عام ٢٠١٤م الذي حدد إجراءات معينة لمنح الالتزام، والذي حدد أيضاً مدة قصوى قُدرت بثلاثون عاماً.

▪ الأثر الثاني: أن تصبح مدة الالتزام بكلا العقدين ثلاثين عاماً فقط من تاريخ إبرامهما.

ويمكن القول إن الأقرب أن يتم تطبيق الأثر الأول وهو بطلان العقدين بطلاناً مطلقاً وذلك لأنه بالرجوع إلى ديباجة قرارات منح الالتزام لكل منهما يظهر جلياً اضطلاعهما بأحكام الدستور الجديد حيث تم تضمينه في هذه الديباجة، وبالتالي فإن علم جهة الإدارة بأحكام الدستور الجديد وأن القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م يعتريه بعض العوار الدستوري وبالرغم من ذلك تقوم بإبرام تعاقد استناداً له فإنما ينبئ عن سوء نية من جانب جهة الإدارة.

(١) قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٨، الجريدة الرسمية، العدد (٥) مكرر (ب)، ٧ فبراير سنة ٢٠١٨م.

الخاتمة

الآن وقد تم الانتهاء من بحث الإشكاليات الدستورية بقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت، يظهر جلياً أن عقود الالتزام بنظام البوت هي عقوداً إدارية بنص القانون. حيث تم الاتفاق على أن هذا النوع من العقود هي عقود التزام ولكن في ثوب حديث، وعقود الالتزام هي من العقود الإدارية المسماة - أي التي تم النص عليها في القانون على أنها عقود إدارية - حيث نص قانون مجلس الدولة على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام، كما أن قوانين تنظيم عقود البوت قد نصت أيضاً على أنها عقود التزام.

ويترتب على اعتبار عقود التزامات المرافق العامة بنظام البوت أنها عقوداً إدارية، خضوع المنازعات التي تُثار بشأن هذه العقود إلى اختصاص القضاء الإداري بمجلس الدولة، وهذه النتيجة على وجه التحديد هي السبب في التعرض إلى الطبيعة القانونية في هذا البحث والسعي وراء تحديدها، لأنه سوف يترتب عليه التعرض إلى القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم إجراءات الطعن على عقود الدولة الذي يحكم وينظم إجراءات الطعن على عقود التزامات المرافق العامة بنظام البوت.

وفي نطاق الإشكاليات الدستورية التي تم تناولها، فقد تضمن دستور عام ٢٠١٤م بعض الضوابط المتعلقة بتنظيم مدة منح التزامات المرافق العامة وأداة منح الالتزام في سابقة دستورية لم تكن موجودة في أي من الدساتير المصرية السابقة بداية من دستور عام ١٩٢٣م والدساتير المتعاقبة عليها.

وقد صدر دستور عام ٢٠١٤م بعد إصدار ثلاثة من قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت، وهو ما أثار التساؤل حول مدى إمكانية النظر في دستورية هذه القوانين نظراً لصدورها في شكل مشروع ودستوري قبل دستور عام

٢٠١٤م وفي ظل دستور عام ١٩٧١م، ولكن إصدار دستور عام ٢٠١٤م على النحو الذي يتعارض مع بعض القوانين فإنه يُستفاد من ذلك رغبة المشرع الدستوري في أن يتم تنظيم هذا الموضوع في نطاقه الدستوري الجديد وأنه يجب أن يتم تعديل هذه القوانين بما يتلاءم مع الدستور الجديد.

كما أن إقامة الدعوى الدستورية يتطلب إقامة دعوى موضوعية تتنازع في إحدى العقود المرتبطة بها، حيثُ أن نظام الرقابة الدستورية في مصر لا يعرف إقامة دعاوى مبتدأه أمام المحكمة الدستورية العليا، فلا بد حتى يتم رفع دعوى دستوري أن تكون هناك منازعة مثارة أمام إحدى المحاكم أولاً، وفي سبيل بحث هذا الطريق تبين أن القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م قد يُعد حائلاً من إقامة دعوى موضوعية من غير أطراف التعاقد، وهو ما يُعد مخالفاً لما استقرت عليه محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا من مبادئ وأحكام، ليس هذا فحسب وإنما يصطدم كذلك ببعض من نصوص الدستور وهو ما يتطلب إقامة دعوى دستورية بشأنها أيضاً حتى يتم بحث الإشكاليات الدستورية المتعلقة بقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت.

وقد تم التوصل إلى عدد من النتائج الهامة في هذا البحث يمكن عرض أهمها في النقاط التالية:

- أن عقد التزام المرافق العامة بنظام البوت هو عقد إداري وفقاً لما استقر عليه الفقه وكذلك وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون مجلس الدولة، حيثُ أن هذا العقد يُعتبر عقد التزام ولكن في صورة متطورة منه، وقد تم النص على هذا النوع من العقود في قانون مجلس الدولة المشار إليه، كما أن قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت قد نصت على أنه عقد التزام، بالإضافة إلى أن العقود المبرمة وفقاً لأحكام هذه القوانين والتي تم عرضها في هذا البحث فهي معنونه بأنها عقد التزام.

▪ محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة هي المختصة بنظر المنازعات التي تنشأ عن عقود التزامات المرافق العامة بنظام البوت، وبالتالي فإن إقامة أي دعوى تخص هذه العقود يجب أن يكون في إطار القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم إجراءات الطعن على عقود الدولة.

▪ هناك تعارض بشكل صارخ بين بعض النصوص بقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت وبين نص المادة ٣٢ من الدستور المصري وذلك فيما يتعلق بمدة الالتزام، وأداة منح الالتزام، وكذلك إجراءات منح الالتزام.

▪ تم إبرام تعاقدتين استناداً إلى أحكام قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت وتجاوز مدة كل عقد للمدة المنصوص عليها في الدستور، أي أنها تتفق مع أحكام القانون وتتعارض مع أحكام الدستور.

▪ في حالة الحكم بعدم دستورية بعض النصوص بقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت، فإنه يترتب على ذلك بطلان العقود التي تم إبرامها استناداً لهذا النصوص لاسيما أن هذه العقود قد صدرت بعد إصدار الدستور المصري عام ٢٠١٤م، كما تضمنت ديباجة القرارات الخاصة بمنح الالتزام أنه تم الاطلاع على دستور عام ٢٠١٤م.

▪ ان مضمون شرطي الصفة والمصلحة في دعاوى منازعات العقود الإدارية يختلف عن مضمونها المنصوص عليه في قانون المرافعات وأي دعوى أخرى، حيث أنه من المستقر عليه أن الشعب دائماً هو المالك للمال العام وبالتالي فإن من حقه أن يمارس دوره في الحفاظ على هذا المال، مما يحق مع إقامة الدعاوى التي يرى أنه من الممكن أن يتم الحفاظ على هذه الأموال من خلالها، وقد استقر في وجدان الجماعة وضميرها أن الشعب دائماً يحق له مراقبة أعمال جميع السلطات

وبالتالي فإن له صفة ومصلحة في الدعوى باعتباره عضواً في الجماعة التي تُمثّلها الدولة وسلطاتها.

▪ ان اصدار القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم إجراءات الطعن على عقود الدولة، والتي يُقصر فيها حق الطعن على أطراف التعاقد دون غيرهم، من شأنه أن يشوبه عدم الدستورية ويتعارض مع ما هو مستقر عليه في ضمير الجماعة من مبادئ مما يجعله عرضة للحكم بعدم دستورية في حال إقامة دعوى أمام المحكمة الدستورية العليا في هذا الخصوص.

▪ إن إقامة دعوى دستورية بشأن الإشكاليات التي تُثيرها بعض النصوص بقوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت يتطلب إقامة دعوى موضوعية أمام محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة والذي بدوره يتطلب الدفع بعدم دستورية القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م الذي يقصر حق الطعن على أطراف التعاقد دون غيرهم.

هذا هو ما تم استخلاصه من نتائج البحث، أما عن التوصيات التي يمكن أن تكون محل تنفيذ في ضوء ما تم عرضه في هذا البحث، فتكمن فيما يلي:

▪ نُهيب بالمشروع المصري أن يتدخل وأن يُصوب هذا الوضع غير الدستوري، والذي من شأنه أن يجعل العقود المبرمة بين الدولة وبين القطاع الخاص - استناداً إلى أحكام قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت - عرضة للبطلان في حال ما تم الحكم بعدم دستورية هذه القوانين.

▪ كما نُهيب بالمشروع المصري أن يكون التدخل بتصويب هذا الوضع غير الدستوري بشكل سريع، حيثُ أن من شأن اضطراب هذا المجال - فيما يتعلق بشبهات عدم دستورية قوانين منح التزامات المرافق العامة بنظام البوت - إبعاد المستثمر الأجنبي وعدم المخاطرة باستثمار أمواله في مشاريع وإبرام عقود مع

الدولة من المحتمل أن يتم الحكم ببطلانها، حيثُ أن أحد أهم العوامل الجاذبة للاستثمار هي وجود نظام قانوني ودستوري مستقر وهو ما يُعرف باسم الثبات التشريعي.

■ عدم قيام الجهات الإدارية في الدولة بإبرام عقود التزام بنظام البوت دون اتباع أحكام الدستور، حيثُ أن من شأن ذلك أن يُزيد من المشكلات التي قد تترتب حال الحكم بعدم دستورية هذه القوانين. حيثُ يجب على الجهات الإدارية وهي بصدد القيام بعملها أن تحترم مبدأ المشروعية والتسلسل الهرمي في النظام القانوني بمفهومه الواسع، أي احترام الدستور أولاً قبل القوانين والتأكد من عدم معارضة القوانين لأحكام الدستور وفي حال وقوع ذلك المبادرة من جانبهم إلى تقديم مشروع بتعديل أحكام هذه القوانين إلى مجلس النواب لإعمال شئونه.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

أ) الكتب

- (١) د. أحمد سيد محمود، التحكيم في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP)، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٦م.
- (٢) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- (٣) د. أحمد محمد ديب، القواسم المشتركة لعيوب الرضا: دراسة مقارنة، بيروت: منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٦م.
- (٤) د. إلياس ناصيف، العقود الدولية وعقد البوت B.O.T في القانون المقارن، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ٢٠١١م.
- (٥) د. بشار محمد الأسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، بيروت: منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.
- (٦) د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري: الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، الطبعة الأولى، ١٩٥٤/١٩٥٥م.
- (٧) د. جابر جاد نصار، الوجيز في العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.

- (٨) د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م.
- (٩) د. جمال الدين نصار، تنفيذ مشروعات البنية الأساسية باستخدام نظام البوت، القاهرة، ٢٠٠٠م.
- (١٠) د. حسن محمد الهداوي، د. غالب علي الراوي، القانون الدولي الخاص: الجزء الأول: الجنسية - الموطن - مركز الأجانب وأحكامه في القانون العراقي، بغداد: وزارة التعليم العالي.
- (١١) د. درع حماد عبده، عقد الامتياز دراسة في القانون الخاص، بيروت: ريم للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- (١٢) دومينيك يويو وبرسيرويل، القانون الإداري، ترجمة: د. سليم حداد، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.
- (١٣) د. رمزي طه الشاعر، النظرية العامة للقانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٣م.
- (١٤) د. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض - مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص ١٩٨٦م.
- (١٥) د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري - فقهاً وإفتاءً وقضاءً - في ضوء قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م ولأئحته التنفيذية وفقاً لآخر التعديلات حتى سنة ٢٠٠٨م، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨م.

١٦) د. رمضان محمد بطيخ، قضاء الإلغاء - ضمانات للمساواة وحماية للمشروعات: دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.

١٧) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٥م.

١٨) د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة: دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١م.

١٩) د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري: دراسة مقارنة، القاهرة: دار الفكر العربي، ١٩٩١م.

٢٠) د. صافي أحمد قاسم، الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص (P.P.P)، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٦م.

٢١) د. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعات وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٦م.

٢٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء السابع.

٢٣) د. عبد الرسول عبد الرضا، القانون الدولي الخاص، بغداد: منشورات مكتبة السنهوري، طبعة بيروت، ٢٠١٥م.

٢٤) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري: دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، الإسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٣م.

- ٢٥) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود ال B.O.T في القانون المقارن، المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨م.
- ٢٦) د. عبد القادر محمد عبد القادر، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات ال B.O.T، الإسكندرية: منشورات الدار الجامعية، ٢٠٠١/٢٠٠٢م.
- ٢٧) عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود ال B.O.T، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
- ٢٨) د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري: الجزء الثاني، بيروت: مكتبة زين الحقوقية والإدارية، الطبعة الأولى، ٢٠١١م.
- ٢٩) د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب، د. مهدي ياسين، مبادئ وأحكام القانون الإداري، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١١م.
- ٣٠) د. علياء زكريا، أثر طعن الغير على القرار الإداري القابل للانفصال - دراسة مقارنة مع التعليق على قضية Tropic وقضية Bonhomme الفرنسية وقضايا عمر أفندي - مدينتي - شركة طنطا للكتان - بيع الغاز الطبيعي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٩م.
- ٣١) د. عمر حلمي فهمي، معيار تمييز العقد الإداري، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣م.
- ٣٢) د. فوزي فرحات، القانون الإداري العام - الكتاب الأول: التنظيم الإداري والنشاط الإداري، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
- ٣٣) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

- ٣٤) د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T - دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
- ٣٥) د. محمد بهجت فايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- ٣٦) د. محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، القاهرة، ٢٠٠٣م.
- ٣٧) د. محمد علاء زعزع، الآثار الخاصة بالعقود الإدارية بالنسبة لغير أطرافها: دراسة تحليلية مقارنة معلقاً عليها بأحدث أحكام مجلس الدولة المصري والفرنسي، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٩م.
- ٣٨) د. محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري - الجزء الأول: مقدمة القانون الإداري، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٦٨/١٩٦٩م.
- ٣٩) محمود مصطفى الزعازير، سياسة التخاصية: دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤م.
- ٤٠) د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري - الجزء الأول، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠م.
- ٤١) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوت BOT، المحلة الكبرى: دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨م.
- ٤٢) ميشال جرمان، ج. ريبير، ر. روبلو، المطول في القانون التجاري: الجزء الأول - المجلد الثاني، ترجمة: منصور القاضي، سليم حداد، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، الطبعة الأولى، ٢٠٠٨م.

(٤٣) د. نواف كنعان، القانون الإداري: الكتاب الثاني، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠١٠م.

(٤٤) د. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري: ماهية القانون الإداري - التنظيم الإداري - النشاط الإداري، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

(٤٥) د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي، ٢٠٠١م.

(٤٦) د. هيام مروة، القانون الإداري الخاص، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م.

(٤٧) د. وائل محمد السيد، المشكلات القانونية التي تُثيرها عقود الـ B.O.T وما يُماثلها - دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

(٤٨) د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة: دراسة مقارنة، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩م.

ب) الدوريات العلمية

(١) أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٠، العدد ٣٨، ٢٠٠٨م.

(٢) د. أحمد سامي مرهون المعموري، الامتياز القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف الدولي: دراسة قانونية تحليلية، جامعة الكوفة، كلية القانون، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١، العدد ٥، ٢٠٠٥م.

٣) د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة والعشرون، العددان الثالث والرابع، ١٩٥٧م.

٤) د. صلاح كريم جواد الخفاجي، عقود البوت (B.O.T) والجوانب الخاضعة للقانون الخاص فيها، جامعة الكوفة، كلية القانون، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٠، العدد ٣٠، ٢٠١٧م.

٥) د. عبد الحميد متولي، مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، السنة الثامنة، العدد ٣-٤، ١٩٥٩م.

٦) د. عبد الرزاق السنهوري، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية، مجلة مجلس الدولة، السنة الثالثة، يناير ١٩٥٢م.

٧) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، اختصاص المحكمة الدستورية العليا برقابة دستورية القوانين واللوائح: بحث في كيفية تحريك الدعوى الدستورية، وأوجه عدم الدستورية وحجية وآثار أحكام المحكمة الدستورية العليا، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، المجلد ٤، العدد ١، ١٩٩٦م.

٨) د. عدنان خزل عباس الجبوري، مشروعية عقود (البناء والتشغيل والتحويل) B.O.T دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، بغداد، الجامعة العراقية، كلية الآداب، مجلة مداد الآداب، العدد الأول، ٢٠١١م.

٩) د. محسن شفيق، المشروعات ذات القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد، ١٩٧٨م.

١٠) د. محمد متولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مجلة البحوث الإدارية، العدد الأول، يناير ٢٠٠١م.

١١) د. هاني سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مجلة القانون والاقتصاد، العدد ٦٠، ١٩٩٩م.

١٢) د. يوسف محمود، د. عدنان العرييد، رامي كاسر لايقة، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، دمشق، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٣٠، العدد ٣، ٢٠٠٨م.

ج) الرسائل والأطروحات العلمية

١) د. أحمد كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية والاقليم المصري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٥٨م.

٢) خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٩م.

٣) سراج أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٩٨م.

٤) سميرة حصايم، عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق، ٢٠١١م.

٥) عادل عمر شريف، قضاء الدستورية: القضاء الدستوري في مصر، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ١٩٨٨م.

٦) نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد منح التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام (BOT) دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٧م.

د) المؤتمرات والندوات

١) أحمد السعيد الزقرد، عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، المؤتمر السنوي السادس، ٢٦-٢٧ مارس ٢٠٠٢م.

٢) د. أحمد محمد بخيت، (أعداد) تطبيق عقد البناء والتشغيل والاعادة B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الامارات: الشارقة، الفترة من ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م.

٣) د. عبد الستار أبو غدة، عقد البناء والتشغيل والاعادة B.O.T وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الامارات: الشارقة، الفترة من ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م.

٤) د. عبد العزيز محمد سلمان، نظم الرقابة على دستورية القوانين: دراسة مقارنة بين مختلف النظم القانونية والقانون المصري، المؤتمر العلمي الأول: دور المحكمة الدستورية العليا في النظام القانوني المصري، جامعة حلوان، كلية الحقوق، مارس ١٩٩٨م.

٥) د. محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية عن طريق نظام البوت B.O.T، المؤتمر الدولي بعنوان مشروعات

البناء والتشغيل ونقل ملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر، القاهرة: مركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي، ١٤-١٦ نوفمبر ١٩٩٩م.

٦) د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، الامارات: الشارقة، الفترة من ٢٦-٣٠ ابريل ٢٠٠٩م.

هـ) الدساتير والقوانين والقرارات

١) الأمر الملكي رقم ٤٢ لسنة ١٩٢٣م بوضع نظام دستوري للدولة المصرية، الوقائع المصرية، العدد (٤٢) غير اعتيادي، ٣٠ إبريل سنة ١٩٢٣م.

٢) الأمر الملكي رقم ٧٠ لسنة ١٩٣٠م بوضع نظام دستوري للدولة المصرية، الوقائع المصرية، العدد (٩٨) غير اعتيادي، ٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠م.

٣) دستور جمهورية مصر العربية، الوقائع المصرية، العدد (م) مكرر غير اعتيادي، ١٦ يناير سنة ١٩٥٦م.

٤) الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد (الأول)، ١٣ مارس سنة ١٩٥٨م.

٥) دستور الجمهورية العربية المتحدة، الجريدة الرسمية، العدد (٦٩) تابع (أ)، ٢٤ مارس سنة ١٩٦٤م.

٦) دستور جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦) مكرر (أ)، ١٢ سبتمبر سنة ١٩٧١م.

٧) دستور جمهورية مصر العربية، الجريدة الرسمية، العدد (٥١) مكرر (ب)، ٢٥ ديسمبر سنة ٢٠١٢م.

٨) دستور جمهورية مصر العربية المعدل، الجريدة الرسمية، العدد (٣) مكرر (أ)، ١٨ يناير سنة ٢٠١٤م.

٩) القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة، الوقائع المصرية، العدد (٦٩) السنة (١١٨)، ٢٤ يوليه سنة ١٩٤٧م.

١٠) قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١٥)، ١٩ يونيه سنة ١٩٥٨م.

١١) قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م في شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز، الجريدة الرسمية، العدد (١١٨)، ٢٤ مايو سنة ١٩٦٠م.

١٢) قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م بشأن مجلس الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (٤٠)، ٥ أكتوبر سنة ١٩٧٢م.

١٣) القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩م بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا، الجريدة الرسمية، العدد (٣٦)، ٦ سبتمبر سنة ١٩٧٩م.

١٤) القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦م بإنشاء هيئة كهرباء مصر، الجريدة الرسمية، العدد (٢٥) مكرر، ٣٠ يونيه سنة ١٩٩٦م.

١٥) القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨م بشأن الطرق العامة، الجريدة الرسمية، العدد (٢٧) مكرر، ١٤ يوليه ١٩٩٦م.

١٦) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، الجريدة الرسمية، العدد (٦) مكرر، ٨ فبراير سنة ١٩٩٧م.

١٧) قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٤م بتنظيم بعض إجراءات الطعن على عقود الدولة، الجريدة الرسمية، العدد (١٦) مكرر (ح)، ٢٢ إبريل سنة ٢٠١٤م.

١٨) القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م بإصدار قانون الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد (٢١) مكرر (ج)، ٣٠ مايو سنة ٢٠١٧م.

١٩) القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨م بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٨٠م بإنشاء الهيئة القومية لسكك حديد مصر، الجريدة الرسمية، العدد (١٣) مكرر (ج)، ٢ إبريل سنة ٢٠١٨م.

٢٠) قرار مجلس الوزراء رقم ٤ لسنة ٢٠١٨م، الجريدة الرسمية، العدد (٥) مكرر (ب)، ٧ فبراير سنة ٢٠١٨م.

٢١) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٣٥ لسنة ٢٠١٤م، الجريدة الرسمية، العدد (٨) مكرر (أ)، ٢٤ فبراير سنة ٢٠١٤م.

٢٢) قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٣١٠ لسنة ٢٠١٧م بشأن إصدار اللائحة التنفيذية لقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠١٧م، الجريدة الرسمية، العدد (٤٣) مكرر (أ)، ٢٨ أكتوبر سنة ٢٠١٧م.

A- Books

- 1) De Laubadère André, Venezia Jean-Claude et Gaudemet Yves, Traité de droit administratif. Tome 1, Droit administratif général, Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence (L.G.D.J.), 1999.
- 2) Flamme Philippe, Flamme Maurice-André. et Dardenne Claude, Les Marchés Publics Européens et Belges- L'irrésistible Européanisation du Droit de la Commande Publique, Bruxelles: Larcier, 2005.
- 3) Foillard Philippe, Droit Administratif, Paradigme, 10^e édition, 2005-2006.
- 4) Marlière Philippe, La Social-Démocratie Domestiquée. La Voie Blairiste, Bruxelles: Les Éditions Aden, 2008.
- 5) Melkevik Bjarne, Habermas, Légalité et Légitime, Québec: Presses de l'Université Laval, 2012.
- 6) Monera Frédéric, Les Financements Innovants de Services et de Projets Publics, In: Revue de la Recherche

Juridique, Droit Prospectif, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005-1.

7) Pontier Jean-Marie, Juridiction Administrative: Diffusion de sa Production, Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2011.

8) Schmitt Carl, Légalité et Légitime: Présentation et notes par Augustin Simard, Montreal: Les Presses de l'Université de Montréal, 2015.

B- Periodicals

1) Auriol Emmanuelle and Picard Pierre M., A Theory of BOT Concession Contracts, Journal of Economic Behavior & Organization, Volume 89, Issue 1, 2013.

2) Chen Chuan and Doloï Hemanta, BOT application in China: Driving and impeding factors, International Journal of Project Management, Volume 26, Issue 4, 2008.

3) De Marco Alberto, Mangano Giulio and Narbaev Timur, The influence of risk on the equity share of build-operate-transfer projects, Built Environment Project and Asset Management, Volume 7, Issue 1, 2017.

- 4) Parikh Nayan C. and Samson Rajesh, BOT Road Infrastructure Projects: Process, Problems, and Suggestions, The Journal for Decision Makers, Volume 24, Issue 1, 1999.
- 5) Simard Augustin, Légalité et légitimité (d') après Max Weber, Aspects Sociologiques, Volume 12, No 1, avril 2005.
- 6) Villalba-Romero Felix and Liyanage Champika, Implications of the use of different payment models: The context of PPP Road Projects in the UK, International Journal of Managing Projects in Business, Volume 9, Issue 1, 2016.