

جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

**التنظيم القانونى لعقد منح التزام المرافق العامة فى
ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام الـ (B.O.T)
"دراسة تأصيلية - تطبيقية - مقارنة"**

رسالة مقدمه من :

نجاتى عبد الغنى إبراهيم غازى

المحامى بالنقض والإدارية العليا

لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

ولجنة المناقشة والحكم :

- الأستاذ الدكتور/ محمد شكرى سرور
(أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة القاهرة) "رئيسا ومشرفا"
- الأستاذ الدكتور/ فتحى فكرى محمد
(أستاذ القانون العام - كلية الحقوق - جامعة القاهرة) "عضوا"
- الأستاذ الدكتور/ سمير كامل
(أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة بنى سويف) "عضوا"

- ٢٠٠٧ -

جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

التنظيم القانونى لعقد منح التزام المرافق العامة فى ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام الـ (B.O.T)

"دراسة تأصيلية - تطبيقية - مقارنة"

رسالة مقدمه من

نجاتى عبد الغنى إبراهيم غازى

المحامى بالنقض والإدارية العليا

لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور / محمد شكرى سرور

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة القاهرة

ووكيل الكلية الأسبق

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالُوا يَا ذَا الْقُرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ
فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ (٩٤) قَالَ مَا
مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا (٩٥)
آتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ حَتَّى إِذَا سَاوَى بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انْفُخُوا حَتَّى
إِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ آتُونِي أُفْرِغَ عَلَيْهِ قِطْرًا (٩٦) فَمَا اسْطَاعُوا أَنْ
يَظْهَرُوهُ وَمَا اسْتَطَاعُوا لَهُ نَقْبًا (٩٧) قَالَ هَذَا رَحْمَةٌ مِّنْ رَبِّي فَإِذَا جَاءَ
وَعْدُ رَبِّي جَعَلَهُ دَكَّاءَ وَكَانَ وَعْدُ رَبِّي حَقًّا ﴿

"صدق الله العظيم"

(سورة الكهف - من الآية ٩٤ : ٩٨)

إهداء

أهدى هذا العمل المتواضع إلى كل من

** والدائ رحمة الله رحمة واسعة .

"وقل ربى أرحمهما كما ربيانى صغيرا....."

والى أشقائى متعم الله بالصحة والعافية

** والى زوجتى الفاضلة التى وقفت بجانبى تشد من أزرى وتتحمل معى الصعاب والمشاق فهى رفيقة الحياة والكفاح.

** والى زهراوات حياتى "أسماء، وأمال، وإسراء، وسلمى، وانتصار"
داعيا الله أن ينبتهن نباتا حسنا وأن يسلكن طريق العلم حتى درجاته
العلا .

** والى أساتذتى بدءا من المرحلة الابتدائية وانتهاءا بمرحلة الدكتوراه
إجلالا ووفاء .

** والى كل المخلصين والعاملين بشرف لرفعة هذا البلد الآمن المطمئن
بلدنا العزيز علينا مصر .

** لكل هؤلاء وغيرهم أهدى هذا العمل المتواضع.

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين على نعمته على فى كل حين وأن..
الحمد لله على ما ألهمنى من صبر وما منحنى من قوة على
إنجاز هذا البحث، وإنى لأتضرع إليه عز وجل - أن يجعله فى ميزان
الحسنات، وأن يجعله نافعا لمن يقرأه أو يطالعه.
ويطيب لى بعد أن فرغت من إعداد هذا البحث أن أتوجه بالشكر
والتقدير **لأستاذى الجليل الدكتور/ محمد شكرى سرور** أستاذ القانون
المدنى بكلية الحقوق - جامعة القاهرة، الذى كان له أبلغ الأثر فى إنجاز
هذا البحث وإخراجه على هذه الصورة التى أرجو من الله تعالى أن تتال
إعجاب القارئ بإدراكها إفادته، فلم ينقطع مدده العلمى لهذا البحث منذ أن
نبئت فكرته وحتى طويت مسودته، وأن الباحث فى مجال الدكتوراه ليتطلع
إلى أستاذه بعين الشغف راجيا منه أو متمنيا فيه دماثة فى الخلق ولين
فى الصحبة وصبر على النقاش ومداومة على التوجيه. ولعمري: فقد
وجدت كل ذلك وزيادة فى أستاذى الفاضل وكان عهدى به عدم الضن
على بمعلومة أو مرجع أو فكرة تثرى البحث أو تنميه فالشكر له والدعاء
إلى الله عز وجل أن يشبه عما كان منه بموفور العطاء وأن يديمه نفعا
لطلابه.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير للعالم الجليل **الأستاذ
الدكتور/ فتحى فكرى محمد**. الذى شرفنى بقبول الاشتراك فى هذه
المناقشة والحكم على هذه الرسالة فقد نهلت كثيرا من علمه الغزير من
خلال أبحاثه وكتبه القيمة التى تثرى المكتبة القانونية العربية فجزاه الله

كل الخير وأتوجه أيضا بالشكر والتقدير للعالم الجليل الأستاذ الدكتور/
سمير كامل مقدرا له إخلاصه في النصح والإرشاد وشرف القصد وقبوله
الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها وأخيرا فإنى أسجد لله حامدا
وشاكرا وجود هذه الكوكبة من العلماء وأساتذة القانون الفضلاء للمناقشة
والحكم على هذه الرسالة.

ولا يفوتنى أن أشكر كل من أمدنى بعونه في سبيل إتمام هذا
البحث - وهم كثر - من أصدقاء وزملاء وعاملين في مجال العلم
والمعرفة وأدعو الله أن يوفقهم دوما لما فيه الخير والرشاد.

الباحث

مستخلص الرسالة

تتناول البحث فى هذه الرسالة موضوع "التتظيم القانونى لعقد منح التزام المرافق العامة فى ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام الـ (B.O.T)". وذلك بتوضيح الطبيعة القانونية لعقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ (B.O.T) وخلصت إلى أن عقد الـ B.O.T. وخاصة فى مصر. عقد من عقود القانون المدنى – تحكم إنشاؤه ومنازعاته قواعد وأحكام القانون المدنى باعتبار أن هذا العقد شكل متطور من أشكال عقد المقاوله كما خلصت الرسالة إلى بعض النتائج والتوصيات وناشدت المشرع بإضافة وتعديل بعض المواد التى تعالج موضوع الرسالة. كما تناول البحث أحكام عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T. من ناحية كيفية إبرام العقد وكذا الآثار المترتبة على عقد الـ B.O.T. من حقوق والتزامات كل طرف من أطراف العقد، وبيان ماهية بعض الالتزامات الواقعة على عاتقى أطراف العقد، كما تناول البحث وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T، وما هى أسباب انقضاء عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. وذلك كله فى إطار النصوص الحالية والقرارات الوزارية الصادرة بإبرام بعض عقود التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T.

الأستاذ الدكتور المشرف

المقدمة

إن الحمد لله نحمده، ونستعينه، ونستغفره، ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد إلا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.. وبعد...

فالمشرع قد نظم نوعا خاصا من المقاولات هو التزام المرافق العامة، فنظم العلاقة التي تقوم بين ملتزم المرفق العام وعميله وأوجب على ملتزم المرفق أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، وجعل لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه، وجعل على عملاء المرافق العامة أن يتحملوا ما يلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرافق^(١). وذلك من خلال نصوص المواد من ٦٦٨ حتى ٦٧٣ من القانون المدنى المصرى.

وقد حدث مع ظهور الأزمة الاقتصادية وأزمة الديون خلال الثمانينيات من القرن العشرين، أن عجزت مصر - شأن غيرها من الدول - عن تدبير الأموال اللازمة لتمويل احتياجاتها المتزايدة لإنشاء المشروعات الاقتصادية والتنمية، كشق الطرق، ومد خطوط السكك الحديدية، والتليفون، والتلكس، وإنشاء المطارات، ومحطات توليد الكهرباء، واستصلاح الأراضي البور، وشق القنوات وإقامة السدود، فضلا عن تجديد وتحديث أعمال البنية الأساسية القائمة؛ إذ أن هذه المشروعات تحتاج إلى استثمارات مرتفعة القيمة. ويصعب على الحكومات تمويلها بالكامل من خلال اعتمادات الموازنة العامة للدولة^(٢)، وانتهت بها المطاف إلى اختيار عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T إلى بعض المستثمرين وشركات القطاع الخاص، وأعطيت الحكومات القطاع الخاص العديد من المزايا والحوافز أو التيسيرات المشجعة لها على القيام بالدور الرئيس فى عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية. فهل عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T هو عقد منح التزام المرافق العامة بمفهومه التقليدى؟

إن عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T بصفة أولية يختلف عن عقد منح التزام المرافق العامة التقليدى، إذ أن عقد الـ B.O.T لا يخضع لهيمنة السلطة العامة أو الإدارة

(١) أ. د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء السابع - المجلد الأول - ص ٤٤.

(٢) أ. د/ حمدى عبد العظيم - مشروعات البوت (B.O.T وأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية - أكاديمية السادات للعلوم الإدارية - ط ٢٠٠١، ص ١١.

العليا وأن خضع لرقابتها، كما أن إنشاء المشروع العام وبنائه يقع على عاتق الملتزم (المستثمر) على خلاف منح التزام المرافق العامة فإنه يرد على مرفق قائم.

ولهذه التفرقة آثار بالغة الأهمية في شأن عملية التمويل والتشغيل وكذلك على التكيف القانوني للاتفاق المبرم مع الدولة، ففي حين أن عقد منح التزام المرافق العامة يعد من العقود الإدارية، نجد أن عقد إسناد المشروعات العامة بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) من عقود القانون الخاص، ولا يتضمن أية شروط تعاقدية استثنائية.

وبالرغم من وضوح تلك التفرقة - إلا أنني - وجدت على مدى السنوات العشر الأخيرة، أن عقد الـ B.O.T لا يهتم به ولا يكتب فيه إلا أساتذة ، وباحثي ، ودارسي القانون العام، واعتبروه عقداً من العقود الادارية ، على حين أن ذلك يخالف الواقع العملي والنصوص القانونية التي صدرت مؤخراً، الأمر الذي جعلني أدقق وأمعن النظر في تلك الدراسات وهذه البحوث لكي أقف على حقيقة وطبيعة هذا العقد المسمى بنظام الـ B.O.T ، وقلت في نفسي إن هؤلاء الباحثين قد بحثوا، وأنفقوا من مالهم وجهدهم، لكي يقيموا بنيان هذا العقد الوليد ، وتكتمل أركانه، فهم أصحاب فضل وجهد مشكور إذ أن هذا العقد تربي وترعرع في بيئة طائفة العقود الادارية وهنا تمثل لي قصة سيدنا موسى - عليه السلام - وكان من بنى اسرائيل وتربي في قصر فرعون حتى اشتد عوده . وقد حان الوقت بأن نقوم بما قامت به أخت موسى - إن بصرت به عن جنب - وأصبح حقا علينا أن نرد هذا العقد إلى بيئته الطبيعية - طائفة عقود القانون الخاص (٣).

إذ أن العقد بصفة عامة توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فإنه يبدو أنه كلما اتفقت إرادتان على أحداث أثر قانوني، كان اتفاقهما عقداً بقطع النظر عن طبيعة العلاقة موضوع التعاقد أو طبيعة الشخص الذي صدرت منه كل من الإرادتين، بحيث تعتبر العلاقات الرضائية التي تقوم بين دولة معينة وأى فرد أو شخص معنوى خاص من رعاياها أو من غيرهم أيا كان نوع هذه العلاقة أو موضوعها عقداً، وفكرة العقد نشأت في القانون المدني، وفي علاقة الأفراد بعضهم ببعض. وقد تناولت التقنيات المدنية في مختلف البلاد ضبطها وتنظيم أحكامها، وأختص فقهاء القانون المدني ببيان ماهية العقد وتفصيل شروط انعقاده وصحته وما يترتب عليه من آثار، فجرى المشرعون والفقهاء على النظر دائماً إلى العقد من زوايا علاقات القانون الخاص. وترتب على ذلك أن أصبحت فكرة العقد وأحكامه كلها مصطبغة بصبغة القانون الخاص ومتأثرة بما يناسب

(٣) وصدق الله العظيم إذ يقول: "قرردنه إلى أمه كى نقر عينها ولا تحزن ولتعلم أن وعد الله حق ولكن أكثرهم لا يعلمون" سورة القصص ، الآية ، رقم ١٣.

العلاقات الداخلية في دائرة هذا القانون^(٤). ويتكفل المشرع ببيان أحكام العقود التي يغلب اقتصار الأفراد عليها في معاملاتهم، حتى إنه يندر عملاً أن نجد عقداً لا ينطوي تحت صورة من صور هذه العقود، أو على الأقل، لا يعتبر مزيجاً من عقود متعددة منها. فإذا عرض عقد من نوع خاص، فلا خوف من أن تكتفه الفوضى، إذ في الأحكام العامة للقانون ولما يضعه طرفاه من شروط، وفي حدود النظام العام للدولة، ما يكفل تنظيمه، وإذا اطرده ظهور عقد من نوع خاص وبرزت أهميته، تولى المشرع تنظيم أحكامه وأدخله بين طائفة العقود المسماة^(٥). وحيث أن عقد الـ B.O.T وإن كان قديماً في النشأة^(٦) إلا أنه لم يبدأ في الانتشار إلا حديثاً في مصر، ومن ثم بدأت تطفو على السطح بعض المشاكل القانونية المتعلقة بتطبيق وتنفيذ هذه العقود، وذلك لغياب النص القانوني الحاسم لتلك العقود والمنظم لها، ومن أهم المشاكل التي يثيرها عقد الـ B.O.T، مشكلة تحديد الطبيعة القانونية، ومشكلة النظام القانوني الذي يخضع له هذا العقد، وغير ذلك من المشاكل التي سنعرض لها في حينه.

لكل هذه الاعتبارات كان اختياري لدراسة عقد الـ B.O.T وذلك بتوجيه حكيم وإرشاد سديد من أستاذنا الدكتور/ محمد شكرى سرور حيث قد عرضت على سيادته عدة موضوعات فكان اختيار سيادته لهذا الموضوع لما له من أهمية علمية وعملية كما أشار سيادته، وستكون هذه الدراسة - إن شاء الله - في إطار المبادئ العامة التي تحكم العقود في مصر وكذا القرارات الوزارية التي أصدرها مجلس الوزراء بالموافقة للعقود التي أبرمت بهذا النظام، ونعرج على بعض المقارنات بيننا في مصر وبعض الدول الأخرى ونضع كل ذلك على ميزان الشريعة الإسلامية في إطار من المقارنة الموضوعية.

(٤) أ.د/ سليمان مرقس - الوافى في شرح القانون المدنى - ٢ - فى الالتزامات - المجلد الأول - نظرية العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الرابعة - ١٩٨٧ - ص ٥٩.

(٥) أ.د/ عبد الفتاح عبد الباقي - محاضرات فى العقود - دار الكتاب العربى - ص ٤.

(٦) حيث ترجع نشأته إلى منتصف القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين فقد نشأ في فرنسا على شكل عقود وامتياز المياه " بيرية اخوان " وفي مصر كان مشروع قناة السويس وبلغت مدته تسع وتسعون سنة وهو أول مشروع بنظام الـ B.O.T في مصر وقد قال البعض أن أول امتياز عرفته مصر هو الامتياز الممنوح في عام ١٨٥١ للمهندس الإنجليزي جورج ستيفون لإدارة أول خط حديدى فى أفريقيا يربط بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة.

وفيما يتعلق بالصعوبات التي واجهتني أثناء إعداد هذا البحث المتواضع فإنني أقول:
"أنه رغم الغموض الذي يكتنف هذا العقد وعدم الفهم الذي يحيط به ، سواء من ناحية مفهومه، أو طبيعته القانونية ، أو نظامه القانوني ، وما يترتب على ذلك من مشاكل قانونية ، فإنه لم يحظ - بعد - بالاهتمام المطلوب من قبل الفقه القانوني العربي إذ أنني لم أعثر إلا على رسالة ماجستير واحدة تعرضت للموضوع بطريقة مباشرة وكذا بعض البحوث التي أعدت في دورات تدريبية أو مؤتمرات علمية وبعض الكتب البسيطة الموجزة التي تعرضت لهذا العقد باعتباره عقدا من العقود الادارية .

وعليه فإن دراستي لهذا الموضوع - من خلال هذا البحث - ستكون في بابين وخاتمة،
وذلك على النحو الآتي:

الباب الأول: في الطبيعة القانونية لعقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T

الباب الثاني : أحكام عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T .

الخاتمة :

الباب الأول

الطبعة القانونية لعقد إسناد المشروعات العامة

بنظام الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

يعرف المرفق العام بأنه "كل مشروع يستهدف الوفاء بحاجات ذات نفع عام، وتعجز المشروعات الفردية عن تحقيقه على وجه مرضى، فتتولاه الإدارة العامة وتديره إما بنفسها مباشرة، أو تعهد به إلى أفراد يديرونه تحت رقابتها"^(٧).

كما يعرف المرفق العام بأنه "مشروع تديره جهة الإدارة أو تنظمه وتشرف على إدارته ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام"^(٨) بالرغم من أن فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا وليس لها تعريف جامع مانع وهذا ما أكدته فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة فقد جاء بها "أنه وإن كانت فكرة المرفق العام غير محددة تحديدا واضحا وليس لها تعريف جامع مانع إلا أن العنصر الأساسى فيها هو ضرورة وجود خدمة عامة يهدف المشروع إلى أدائها وتقوم بها الحكومة مباشرة أو يقوم بها ملتزم تحت إشراف السلطة الإدارية المختصة فى نطاق القانون العام، والمرجع فى توفر صفة المرفق العام فى المشروع أو عدم توافرها فيه إلى الظروف المحيطة به، والقواعد التى تضعها السلطة العامة لتنفيذه والقيام به والإشراف عليه، مع الاستهداف بقصد الدولة القوامه أصلا على المرافق العامة"^(٩).

(٧) أ. د. توفيق شحاته - مبادئ القانون الإدارى - دار النشر والجامعات المصرية - الطبعة الأولى - ١٩٥٤م، ١٩٥٥م - ص ٣٨٥.

(٨) أ. د. عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق - ص ٣٣٩.

(٩) (الفتوى رقم ١٧٨ بتاريخ ١٦/٥/١٩٥٤ - الجمعية العمومية للقسم الاستشارى للفتوى والتشريع بمجلس الدولة .

والمرافق العامة ليست جميعها نوعا واحدا، بل تتنوع من زوايا مختلفة أهمها من حيث طبيعة نشاطها إلى: ١- المرافق الإدارية البحتة مثل مرفق الدفاع، ومرفق الأمن، ومرفق العدالة، ومرفق الصحة، ومرفق التعليم. ٢- المرافق الاقتصادية وهي المرافق التي تسد حاجات عامة ذات صفة اقتصادية فهي مرافق صناعية وتجارية مثل مرفق الكهرباء، ومرفق المياه، ومرفق الغاز، ومرفق السكك الحديدية، ومرفق الطيران، ومرفق الملاحة وغيرها.

وكان تدخل الدولة في مجال نشاط خدمة الأفراد - أو المسمى بالمرافق العامة - ضئيلا أول الأمر، ثم أخذ التدخل ينمو ويزداد عن طريق أنظمة المرافق العامة وفق أساليب الاستغلال المباشر، والاستغلال المختلط، حتى شمل تدخل الدولة معظم المجالات التي كانت متروكة لنشاط القطاع الخاص، وتطور الحال إلى مختلف مشروعات المرافق العامة الاقتصادية (الصناعية والتجارية) إلى أن تم تحرير هذه المرافق من وسائل وقيود القانون العام، حتى تصمد أمام منافسة المشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات من نفس النوع وذلك بنقل إدارة المنشآت العامة إلى القطاع الخاص مع بقاء حق الملكية في يد الدولة لا سيما فيما يتعلق بالمرافق الاقتصادية ومشروعات الخدمات العامة عن طريق عقد أطلق عليه عقد التزام المرافق العامة إذ نصت المادة ٦٦٨ من القانون المدني الصادر بالقانون ١٣١ لسنة ١٩٤٨ على أن "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن" وقد يصل الأمر إلى أبعد من ذلك بأن تسند جهة الإدارة وتعهد لملتزم مهمة إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق محل الالتزام مع الخضوع للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الأحكام الواردة في عقد الالتزام على أن تنقل ملكية المرفق بكافة مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى جهة الإدارة بعد انتهاء مدة الالتزام المحددة بالعقد وهذا ما عبر عنه بآلية عقد التزام المرافق العامة بنظام B.O.T^(١٠) فما هو تعريف هذا العقد؟ وما أنواعه؟ وما يميزه عن غيره من العقود التي قد تتشابه معه؟ وهذا ما

(١٠) إنني أرى أن لفظ المنح لفظ قديم يرجع إلى دستور ١٩٣١ وذلك تأثرا بما كان عليه العمل بأن ما يسند إلى الأفراد هو منحة من الحاكم لذا أفضل لفظ إسناد وليس لفظ منح كما أن لفظ المرافق العامة له طبيعة خاصة فالأفضل أن يطلق على المرافق العامة لفظ المشروعات العامة. خدماته مجانية ولا يستهدف ربح في حين أن المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T هدفها الأساسي هو تحصيل أكبر قدر من الربح.

نجيب عليه في الفصل الأول ثم نبين طبيعة العقد وتكييفه في فصل ثان. وهكذا تبدو خطة الباب في فصلين :

الفصل الأول : تعريف عقد الـ B.O.T .

الفصل الثاني : طبيعة عقد الـ B.O.T وتكييفه القانوني .

الفصل الأول

تعريف عقد الـ B.O.T

تمهيد وتقسيم:

إن عقد التزام المرافق العامة كان . ولوقت قريب . يدرس في مؤلفات القانون العام وخاصة القانون الإداري، إلا أنه وفي ظل التطورات الاقتصادية والمتغيرات وتحول الاقتصاد إلى اقتصاد السوق وخصخصة بعض المرافق العامة، فقد أصبح عقد التزام المرافق العامة أقرب إلى عقود القانون الخاص، ولذا يجب لإيضاح هذا العقد أن نعرف عقد التزام المرافق العامة في صورته التقليدية، ثم نعرف عقد التزام المرافق العامة في صورته الحديثة والمعروف بنظام الـ B.O.T ونوضح أشكال هذا العقد والصور المختلفة له، ونعقد مقارنة بين هذا العقد وغيره من العقود التي قد يظن أنها تتشابه معه لتوضيح وجه الشبه، ووجه الخلاف وكل ذلك من خلال ثلاثة مباحث تكون على النحو التالي :

المبحث الأول : تعريف عقد التزام المرافق العامة بالمفهوم التقليدي.

المبحث الثاني : تعريف عقد التزام المرافق العامة بالمفهوم الحديث الـ B.O.T.

المبحث الثالث : أشكال وصور عقد الـ B.O.T والتفرقة بينه وبين التزام المرافق العامة بالمفهوم التقليدي وغيره من العقود لبيان الفارق .

المبحث الأول

عقد التزام المرافق العامة

التزام المرافق العامة، يُعرف بأنه: عقد إداري بمقتضاه يتعهد أحد الأفراد أو إحدى الشركات بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح التي تكون في صورة رسوم من المنتفعين بالمرافق العامة^(١١).

هذا . وقد عرفه قسم الرأي بمجلس الدولة المصري بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسؤوليته بإدارة مرفق عام متحملاً مخاطره وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، ويمنح في سبيل ذلك مؤقتاً بعض السلطة العامة؛ وذلك مقابل جعل يؤوله إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق"^(١٢).

ويرى البعض^(١٣) بأنه اتفاق السلطة الإدارية مع أحد أشخاص القانون الخاص الطبيعيين أو الاعتباريين لإدارة واستغلال أحد المرافق العامة لمدة محددة. ويقوم الشخص المتعاقد والذي يسمى بالملتزم بإدارة المرفق بواسطة عماله وأمواله متحملاً كل المسؤولية في مقابل تحصيله الرسوم المقررة من الأشخاص المنتفعين بخدمات المرفق، وتقتصر هذه الطريقة من الناحية العملية على المرافق ذات الصفة الاقتصادية.

وقد عرفته المادة ٦٦٨ من القانون المدني بما يلي "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن".

(١١) أ.د. توفيق شحاته، مبادئ القانون الإداري ص ٤١٣.

(٢) (فتوى قسم الرأي رقم ٣٦٩ في ١٦/١٢/١٩٤٩ مجموعة الأستاذ/ سمير أبو شادي. مجموعة

المبادئ القانونية التي قررتها الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في خمسة

عشر عاماً من ١٩٤٦. ١٩٦٠ للأستاذ/ أحمد سمير أبو شادي. ص ٩٧).

(١٣) أ.د. محمد أنس قاسم جعفر. الوسيط في القانون العام . أسس وأصول القانون الإداري، ص

٢٢٧.

هذا وقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٢٥ مارس سنة ١٩٥٦ بقولها ".... إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقدًا إداريًا يتعهد أحد الأفراد أو إحدى الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقًا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح، فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضًا عن ذلك في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين^(١٤)."

ولكون أحد أطراف هذا العقد شخصًا معنويًا عامًا يتعلق بتسيير وإدارة أحد المرافق العامة فلا بد أن تضمنه من الشروط الاستثنائية ما هو غير مألوف في علاقات التعاقد بين الأفراد بعضهم وبعض، ويتضمن هذا العقد نوعين من النصوص :

أ . **نصوص لائحية:** وتتعلق بكيفية تنظيم المرفق العام وإدارته وعلاقته بالمنتفعين والرسوم التي يجب اقتضاؤها منهم إلى غير ذلك من المسائل التنظيمية.

ب . **نصوص تعاقدية:** وتشمل كل الأمور المالية بين الإدارة والمتعاقد كمدة العقد والإعانات المالية التي تمنحها الإدارة للمتعاقد لتمكينه من الإدارة السليمة . ويترتب على هذه المغايرة في نصوص عقد الالتزام نتيجة قانونية مفادها أن الإدارة يجوز لها بإدارتها المنفردة تعديل النصوص اللائحية دون النصوص التعاقدية، وهذا ما نصت عليه المادة الخامسة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المتعلق بالتزامات المرافق العامة^(١٥).

ومن هذا التعريف يمكن إيجاز عناصر هذا العقد فيما يلي :

أولاً : الالتزام عقد إداري وهو عقد ذو طبيعة خاصة.

ثانيًا : موضوع هذا العقد إدارة مرفق عام أي أداء خدمة عامة للجمهور بطريقة مطردة ومنتظمة مراعيًا المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة.

(١) أ. د/ عزيزة الشريف - دراسات في نظرية العقد الإداري . ص ٧٦.

(١٥) إذ تنص المادة ٥ من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن "لما منح الالتزام دائمًا متى اقتضت تلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

ثالثاً : إن المرافق العامة التي تستعمل الدولة بشأنها أسلوب الالتزام معظمها من المرافق ذات الطابع الاقتصادي "المرافق الاقتصادية"

رابعاً : الالتزام يمنح لمدة محدودة هي في العادة مدة تسمح بتعويض الملتزم عما يكون أنفقته في إنشاء المشروع وإدارته. وقد نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة في مصر على أنه لا يجوز منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد على ثلاثين سنة^(١٦).

خامساً : يتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية. على أن حرص الدولة على سير المشروع سيراً منتظماً مطرداً يحملها على المساعدة للملتزم عند الاقتضاء، وفي أحوال معينة تعيد إلى المشروع التوازن المالي إذا ما حصل خلل لهذا التوازن لأن المشروع على الرغم من استغلاله عن طريق الأفراد يحتفظ مع ذلك وقبل كل شيء بصفة المرفق العام.

سادساً : يتقاضى الملتزم عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين وهذه الرسوم تحدد طبقاً لقائمة الشروط وتحتفظ الإدارة لنفسها بالحق في التدخل لتعديل الرسوم بالزيادة أو النقصان طبقاً لما تقضي به المصلحة العامة.

المبحث الثاني

ماهية عقد التزام المرافق العامة نظام الـ B.O.T

مقدمة :

تلجأ بعض الدول المعاصرة إلى أساليب لإدارة المرافق العامة عن طريق مشاركة القطاع الخاص بإسناد إنشاء هذه المرافق وإدارتها وتشغيلها وتحصيل ما تدره من دخل ورسوم لمدة معينة ثم إعادة المرفق بكامل أدواته وبحالة جيدة إلى جهة الإدارة وذلك عن طريق ما يسمى بنظام الـ B.O.T وهذا الأسلوب يعتمد على تمويله الخاص، وهو ليس نظاماً جديداً فهو معروف منذ قديم الزمان، فإذا رجعنا قليلاً إلى الماضي نجد أن مفهوم مشروعات البنية الأساسية الممولة تمويلياً خاصاً ليس مفهوماً جديداً، ففكرة استخدام الطرق والكباري ظهرت منذ مئات السنين وربما يعود

(١٦) نص المادة رقم (١) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

ذلك إلى عصر الرومان. وقد كان الفرنسيون رواداً في مفهوم الـ B.O.T فقد أعطوا امتيازاً إلى "بيريه" أخوان في عام ١٧٨٢ لتوزيع المياه في باريس وازداد منح الامتيازات بعد عام ١٨٣٠ في فرنسا ثم امتدت بعد ذلك إلى كل من إيطاليا وأسبانيا وألمانيا^(١٧)، ولعل أشهر مشروع نفذ بنظام الـ B.O.T في مصر هو مشروع شق قناة السويس وإدارتها؛ ذلك أنه قد أنشئت شركة مساهمة عالمية باسم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية وزعت أسهمها ما بين مصر وفرنسا وإنجلترا ودول ومؤسسات أجنبية أخرى وذلك لشق قناة السويس.

ثم تم إدارة القناة بواسطة هذه الشركة لمدة الامتياز وهي تسع وتسعون سنة وتحت إشراف الحكومة المصرية وطبقاً للرسم التي يتفق عليها وفي مقابل إتاوة سنوية تدفعها الشركة للحكومة، وعلى أن تعود ملكية المشروع إلى الحكومة المصرية في حالة صالحة لاستمرار التشغيل وخدمة الملاحة العالمية في نهاية مدة الامتياز، وذلك طبقاً لثلاثة فرامانات صدر أولها في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ بشأن الامتياز الخاص بإدارة مرفق المرور بقناة السويس، وثانيها في ٥ يناير ١٨٥٦ بتأسيس شركة مساهمة مصرية لإدارة المرفق المذكور، وثالثها في ١٩ مارس ١٨٦٦ بالتصديق على العقد المبرم بين الخديوي إسماعيل وفرديناند ديليسبس^(١٨)، ثم أعقب ذلك الكثير من عقود امتياز المرافق العامة، كشركة لبيون للغاز وشركة سكك حديد الدلتا الضيقة وشركة مصر الجديدة، وواحات عين شمس، وشركة المقطم والمنتزه، وشركة ماركوني للراديو والتليفونات، وشركة الترام والأتوبيس، وشركة كافوري للنقل في الدلتا، وشركة ترام الإسكندرية، وشركة أبو رجيلة للنقل العام في القاهرة في أوائل الثورة. وهذا ما تناوله التمصير ثم التأمين عامي ١٩٥٦ ثم ١٩٦١ كما هو معروف.

ثم بدأت الحكومة المصرية في الوقت الحديث بانتهاج سياسة تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T لما لهذا النظام من مزايا، وذلك في مجالات مختلفة مثل: توليد الطاقة والنقل. حيث أبرم اتفاق الالتزام بين هيئة كهرباء مصر وإحدى الشركات العالمية الخاصة لبناء محطة كهرباء سيدي كبر في ١٩٩٨/٧/٢٢ ثم أبرم اتفاق لاحق في شهر أكتوبر ١٩٩٩ لإقامة محطة في خليج السويس. وقد أبرمت اتفاقات أخرى مثل اتفاق الالتزام بين الهيئة المصرية العامة للطيران وإحدى الشركات المصرية لإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين في

(١٧) أ.د. / محمد بهجت عبد الله قايد- إقامة المشروعات الاستثمارية - ص ٤.

(١٨) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد : إقامة المشروعات الاستثمارية، ص ٤.

المستشار/ محمود محمد فهمي . بحث مقدم للندوة التي عقدت بتاريخ ٢١/٤/٢٠٠١ بمقر الجمعية المصرية للإدارة لمالية، ص ٣٠، وموضوعها : B.O.T .

١٦/٨/١٩٩٨ واتفاق آخر في ٨/٢/١٩٩٨ لإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم واتفاق ثالث في ١٦/٨/١٩٩٨ لإنشاء وتشغيل واستغلال مطار رأس سدر، والاتفاق المبرم بين الملتمزم (Concessionaire) كالشركة المصرية للاتصالات السلكية واللاسلكية وشركة كليك للتليفون المحمول أو شركة موبينيل للتليفون المحمول أو شركات الكهرباء أو الغاز^(١٩)، وغيرها من المشروعات وجارى الآن في كل من قطاعي المياه والطرق والكباري والموانئ التحضير الجدي لإبرام اتفاقات في هذه المجالات. وقد سبق ذلك كله استصدار قوانين خاصة تسمح بتوفير البنية التشريعية الأساسية اللازمة لنجاح مثل هذه المشروعات^(٢٠).

وبالرغم من المزايا التي قال بها البعض بعد وضع ضوابط وشروط لإنجاح هذه المشروعات، إلا أن البعض يحذر من ذلك ويبيدي مخاوف من الإفراط في هذا النظام.

وبعد هذه المقدمة وجب علينا أن نستعرض تعريف نظام الـ B.O.T ثم نبين عناصره ثم نتناول شروط نجاح المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T ونوضح المزايا والعيوب لهذا النظام. وذلك من خلال ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T وعناصره.

المطلب الثاني : أهمية هذا النظام وشروط نجاح المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T.

المطلب الثالث : المزايا والعيوب لهذا النظام .

المطلب الأول

تعريف عقد التزام المرافق العامة

بنظام الـ B.O.T وعناصره

كثُر في الآونة الأخيرة استعمال لفظ أو مصطلح الـ B.O.T و B.O.O.T فنقرأ في الصحف من حين لآخر أن إحدى الوزارات سوف تنفذ مشروعاً معيناً أو مرفقاً معين بطريقة الـ

^(١٩) (المستشار / محمد عزمى البكرى : العقود المدنية الصغيرة ، المجلد الثالث ، عقد المقاوله،

ص ٤٢٠

^(٢٠) أ. د / هانى صلاح سرى الدين - بحث فى الإطار القانونى لمشروعات البنية الأساسية مقدم فى الدورة التدريبية لمركز البحوث والدراسات الإدارية . كلية الحقوق . جامعة القاهرة، فى الفترة من ١٣/٣/٢٠٠٠ إلى ١٥/٣/٢٠٠٠.

B.O.T أو أن أحد الوزراء أو إحدى الهيئات العامة قد وقع مع إحدى الشركات عقد الـ B.O.T فما هو تعريف مصطلح الـ B.O.T ؟ هذا المصطلح له تعريف لغوي وتعريف اصطلاحى أو قانوني .

أولاً : التعريف اللغوي لنظام الـ B.O.T :

إن مصطلح الـ B.O.T هو مقطع مكون من ثلاثة حروف لاتينية B, O, T وهذه الحروف الثلاثة هي اختصار لكلمات باللغة الإنجليزية وهي أوائل حروف الكلمات المختصرة .
فحرف B هو اختصار لكلمة Build وهي تعني باللغة العربية يبني أو يعمر ويقصد بها هنا إقامة أو إنشاء مشروعات البنية الأساسية.

والحرف الثاني : O هو اختصار لكلمة Operate وهي تعني باللغة العربية يشغل أو يدير ويقصد بها هنا تشغيل وإدارة المرفق العام موضوع العقد.

والحرف الثالث : T هو اختصار لكلمة Transfer وهي تعني باللغة العربية ينقل أو يحول ويقصد بها نقل إدارة وملكية وحيازة المرفق للجهة الإدارية مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد المتفق عليها.

وقد يأتي المصطلح مكوناً من أربعة حروف B.O.O.T فهذا المصطلح يختلف عن المصطلح السابق B.O.T وهذا المصطلح يعني بناء . تملك . تشغيل . تحويل Build/ Own/ Operate/ Transfer . ولكل من المصطلحين النظام القانوني الخاص به. الأمر الذي يجدر بنا ألا نخلط بينهما ولا نعتبرهما مصطلحاً واحداً، ومحور هذا البحث نظام الـ B.O.T.

ثانياً : المعنى الاصطلاحي "القانوني" لنظام الـ B.O.T :

نظام الـ B.O.T نظام تعاقدى لإقامة المشروعات الاستثمارية ومشروعات البنية الأساسية يعتمد على التمويل من القطاع الخاص بمقتضاه تمنح الدولة المضيفة لفترة زمنية محددة أحد الاتحادات المالية الخاصة ويطلق عليها "شركة المشروع" امتيازاً لإقامة مشروع معين داخلها أو تطويره سواء كان هذا المشروع من اقتراح الدولة المضيفة نفسها أو من اقتراح شركة المشروع، على أن تقوم شركة المشروع بدراسة المشروع وتصميمه وتنفيذه وتشغيله وإدارته واستغلاله لعدة سنوات تكون كافية لتغطية نفقات إنشاء المشروع بالإضافة إلى تحقيق أرباح مناسبة من تشغيل المشروع، على أن تلتزم شركة المشروع في نهاية مدة الامتياز بنقل ملكية المشروع بكافة أصوله

إلى الدولة المضيفة دون أية تكلفة بحالة صالحة للاستعمال والتشغيل بنفس الكفاءة التي كان يدار بها^(٢١).

ويعرفه البعض^(٢٢) بأنه تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أو استثمار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصاً له طوال مدة الترخيص، ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه.

ويرى البعض^(٢٣) أن عقود الـ B.O.T عبارة عن امتياز تمنحه جهة الإدارة إلى شركة من شركات القطاع الخاص لبناء وتشغيل مرفق يكون في الغالب بناؤه وتشغيله من قبل الحكومة وعادة يكون المشروع من مشروعات البنية الأساسية مثل "إنشاء مطار أو محطة كهربائية أو إنشاء طريق أو عمل ميناء" وقد يكون منح الامتياز إلى شركة خاصة أو شركة قطاع عام وتتولى شركة المشروع بعد حصولها على الترخيص من الدولة أو الجهة المختصة تشييد هذا المشروع من مالها الخاص ثم تتولى إدارة المشروع بعد إتمام البناء والتشييد لمدة يتم الاتفاق عليها بين الشركة الخاصة والجهة مانحة الامتياز وطوال مدة التشغيل المتفق عليها تحصل الشركة الخاصة (المستثمر) على جميع التكاليف التي تكبدتها بجانب أرباحها المتفق عليها وذلك من خلال الرسوم والعوائد التي تحصل عليها من الجمهور الذي يستخدم هذا المشروع وعند انتهاء مدة الامتياز يتم نقل ملكية المشروع من الشركة الخاصة إلى الجهة مانحة الامتياز دون مقابل.

ومن هذه التعاريف الفقهية لرجال الفقه القانوني يمكن إيجاز عناصر عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T فيما يلي :

أولاً: التشييد والبناء للمشروع أو المرفق Build وذلك يتم بالتمويل من رأس مال المستثمر من القطاع الخاص وبمقاولي الأعمال الذين يعهد إليهم بإنشاء المشروع أو المرفق

(٢١) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق . ص ١٢ .

(٢٢) أ.د. هاني صلاح سري الدين . البحث السابق، ص ٥ .

(٢٣) أ/ خالد بن محمد عبد الله العطية - النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٩٩ - ص ١٢ .

وباللجوء إلى مؤسسات التمويل العالمية للحصول على القروض اللازمة لتكامل رأس المال في تمويل المشروع.

ثانياً: التشغيل Operate وذلك يتم بواسطة شركة التشغيل للمشروع وهي أيضاً من القطاع الخاص والتي يعهد إليها المستثمر بتشغيل المشروع طوال فترة العقد.

ثالثاً: التسليم Transfer وهو التزام قائم على المستثمر بتسليم المشروع أو المرفق في حالة نهاية فترة العقد إلى الحكومة أو الجهة المختصة بدون مقابل وفي حالة جيدة.

رابعاً: ضرورة حصول المستثمر (الملتزم) على عائد استثماري للمشروع يكفي لتعويضه عما أنفقه في إنشاء المشروع أو المرفق مع تحقيق ربح مناسب له.

خامساً: أن عقد B.O.T من العقود التي يطلق عليها عقود المعاوضات فكل طرف في العقد منافع ومزايا يستفيد منها من جراء التعاقد، فالحكومة أو الجهة المانحة للالتزام تحصل بتعاقدتها على المنافع والمزايا الآتية:

١ . بناء المشروعات والمرافق الأساسية التي تحتاجها لتحقيق التنمية الاقتصادية في المجالات المختلفة كالكهرباء والطرق والكباري والموانئ والمطارات والسكك الحديدية والأنفاق وغيرها من المجالات الأخرى.

٢ . عدم اللجوء إلى الصرف من موازنة الدولة ومواردها السيادية أو احتياطاتها النقدية من أجل بناء هذه المشروعات^(٢٤).

٣ . الحصول على التقنية العالمية الحديثة اللازمة لتشييد تلك المشروعات والمرافق التي لا تتوافر محلياً بل ينقلها المستثمر الأجنبي المالك لتلك التقنية الحديثة والذي لديه سابق الخبرة العالمية في تشييد وبناء مثل هذه المشروعات والمرافق.

(٢٤) أ.د. محي الدين عشاوي . مقال بعنوان مشروعات الـ "بوت" والبنية الأساسية للاقتصاد

المصري . جريدة الأهرام المصرية ١٣ يونيو لسنة ٢٠٠٠ ص ١٠.

أ.د. سينوت حليم، دوس في جريدة الأهرام المصرية ٢٣/٢/٢٠٠١، ص ١٠.

"وأنه طبقاً لأحدث الإحصائيات فإن الدول النامية تتفق سنوياً قرابة ثلثمائة مليار دولار على استثمارات البنية الأساسية تتكفل حكومتها بأكثر من ثلثي هذه التكاليف مما ينجم عنه عجز في الموازنة وتراكم الديون الخارجية وما يتبعها من فوائد سنوية ومن ثم تنخفض الميزانية المخصصة لمرافق الصحة والتعليم وتحقيق دولة الرفاهية".

٤ . إن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية تعتبر صورة من صور الاستثمار المباشر ، وبالتالي تؤدي إلى خلق فرص عمل جديدة؛ حيث أن عمليات البناء . والتي قد تستغرق عدة سنوات . تؤدي إلى خلق فرص حقيقية لشركات المقاولات الوطنية.

٥ . إن إنشاء مرافق جديدة في مناطق نائية جديدة يؤدي إلى توسيع الرقعة السكانية، وخلق قاعدة صناعية، إذ أن توفير الطرق والمطارات ومحطات الكهرباء والمياه يشجع العمران السكاني والصناعي والسياحي ^(٢٥).

أما المستثمر (الملتزم) فيحصل من خلال تعاقدته على ما يلي :

- أ . ضخ استثماراته في تشييد هذه المشروعات واستغلال المرفق لفترة العقد المتفق عليها.
- ب . الحصول على الأرباح في شكل عوائد تشغيل المشروع أو المرفق والحصول على الرسوم من المستفيدين من هذا المرفق نظير تأدية خدمة المرفق العام أو المشروع موضوع العقد.
- ج . كما أن للقطاع الخاص في هذه المشروعات مصلحة مباشرة في نقل واستخدام التكنولوجيا الحديثة لكي يحقق الفاعلية والربحية والسرعة اللازمة لإنشاء المرفق وتشغيله طوال فترة العقد. ولاشك أن مشاركة القطاع الخاص ستؤدي إلى رفع كفاءة مستوى الخدمات المقدمة عن طريق هذه المرافق.

د . اللجوء إلى القطاع الخاص في بناء مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة سوف يساهم في تنشيط الأوراق المالية عن طريق التوسع في إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات، مما يعني في جميع الأحوال تنشيط حركة سوق المال، وجذب الاستثمارات ورؤوس الأموال إلى السوق المحلية ^(٢٦).

المطلب الثاني

أهمية التعاقد بنظام الـ B.O.T وشروط نجاح المشروعات

المقامة طبقاً لهذا النظام

^(٢٥) أ.د. عمرو أحمد حسبو . التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة، ص ٧.

^(٢٦) أ.د. عمرو أحمد حسبو . المرجع السابق ، ص ٨.

لجأت الدول النامية في الآونة الأخيرة لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T كوسيلة فعالة لتمويل وإقامة وإنشاء مشروعات البنية الأساسية وذلك كبديل عن النظام التقليدي الذي كانت تلجأ إليه حكومات هذه الدول في تمويل مشروعاتها من قبل وهو نظام القروض الحكومية الخارجية أو موارد الخزانة العامة. وذلك تجنباً للمضار التي نشأت عن عجز هذه الحكومات عن سداد هذه القروض وفوائدها المتزايدة، الأمر الذي عرض استقلالها إلى الخطر هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى ترتب على اللجوء إلى موارد الخزانة العامة والاعتماد عليها تحقيق عجز مستمر ودائم في موازنات هذه الدول، الأمر الذي صاحبه كثير من المشاكل الاقتصادية الداخلية والخارجية على السواء ^(٢٧) ونظراً لأهمية مشاريع "B.O.T" الاستراتيجية بالنسبة للدول النامية فلقد تزايدت طلبات الدول الأعضاء في منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (يونيبدو) لتقديم معلومات ومشورة وتوجيه حول تطوير وتوضيح هذه المشاريع، وليست تلك المزايا قاصرة على الدول النامية بل أن أسلوب "B.O.T" يحقق مزايا للدول الصناعية المتقدمة إذ يحقق لها ربحاً مادياً ونقلاً لعملية التكنولوجيا إلى خارج أراضيها، الأمر الذي جعل جميع الدول (النامية والصناعية) تتسابق على استخدام أسلوب البوت "B.O.T" ^(٢٨) مما يتضح معه الأهمية البالغة والحاجة الضرورية لهذا النظام فما هي أهمية التعاقد بنظام "B.O.T" وشروط نجاح المشروعات المقامة بهذا النظام؟

الفرع الأول

أهمية التعاقد بنظام "B.O.T"

أن التعاقد بأسلوب "B.O.T" له أهميته إذ يحقق مزايا ومنافع متبادلة بين طرفي التعاقد تتمثل فيما يلي :

أولاً : المزايا التي يحققها التعاقد بأسلوب "B.O.T" للدول المانحة المضيفة نذكر منها :

- ١ . استخدام رأس المال الخاص ومبادراته وخبرته لترشيد تكاليف إنشاء المشروع وجدواه وتحسين الكفاءة التشغيلية.

(٢٧) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق ، ص ١٣ ، ١٤ .

(٢٨) أ/ خالد بن محمد العطية . المرجع السابق، ص ٨ .

٢ . توزيع مخاطر وأعباء المشروعات على القطاع الخاص على نحو يخفف الأعباء الواقعة على عاتق الحكومة، فمثلا القطاع الخاص عندما يقوم بإنشاء هذه المشروعات سوف يكون مسئولاً عن تشغيلها وصيانتها وإنتاجها طوال مدة العقد، بينما يقتصر ما تحصل عليه الحكومة في حالة تمويلها لهذه المشروعات على ضمان المنشآت العادية والمعدات عن مدة الضمان فقط ^(٢٩).

٣ . يترتب على الاستثمار بطريق "B.O.T" نقل التكنولوجيا الحديثة إلى حيث الحاجة لها في الدول النامية بأقل تكلفة، كذلك تدريب الأيدي العاملة الوطنية وتنمية أسواق رأس المال المحلية والإقليمية في هذه الدول.

٤ . إتباع هذا المنهج في الاستثمار يساهم في نمو التنمية الاقتصادية للدولة من خلال إمكانية استخدام الحكومة لنتائج وأداء مشاريع "B.O.T" لمقارنتها بمثلاتها في القطاع العام لكي يتم تطوير عمل الأخيرة.

٥ . يتيح نظام "B.O.T" للدولة المضيفة الاستمرار في تطوير وتنمية مشروعات البنية الأساسية من مطارات وطرق ومحطات كهرباء ومياه دون تحميل ميزانية الدولة أعباء جديدة، ودون التجاء الدولة إلى الاقتراض بالعملة الأجنبية وبتكلفة عالية من مؤسسات التمويل الأجنبية^(٣٠).

ويتيح للدولة تعبئة أوجه مواردها إلى قطاعات خدمية هامة مثل التعليم والصحة، كما أنه على عكس الخصخصة بمفهومها الواسع فإن أصول المشروع . في ظل هذا النظام . تعود مرة أخرى إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام. وقد قيل في تحقيق صحفي بجريدة الأهرام أن نظام الطرق الاستثمارية . الحل الجذري لتحقيق الأمان على الطرق المصرية ^(٣١).

ثانياً : المزايا التي يحققها أسلوب "B.O.T" للمستثمر (الملتزم) نذكر منها :

١ . الأرباح الناشئة عن بناء المشروع وتشغيله طوال مدة عقد الالتزام.

^(٢٩) أ.د. محمد بهجت قايد . المرجع السابق . ص ١٥ .

^(٣٠) أ.د. هاني صلاح سري الدين . البحث السابق، هامش ص ٦ .

^(٣١) ملحق جريدة الأهرام المصرية ١٥ أكتوبر ١٩٩٩، ص ٤ ، النظام الجديد للطرق الاستثمارية والخاصة في مصر :

٢ . إتاحة فرصة الاقتراض أمام شركة المشروع بضمان أصول المشروع وعائداته دون تقديم ضمانات شخصية أو عينية أخرى إلا في بعض الحالات الاستثنائية أو عند بدء المشروع وهذه الميزة إن كانت ميزة للمستثمر إلا أنها من مثالب التعاقد بنظام الـ B.O.T بالنسبة للدول المضيفة.

وأخيرًا نرى أنه ما من أحد يجهل أهمية عقود "B.O.T" بالنسبة للتطور والتنمية ومقدار ما تسهم فيه من التقدم، ومن الخطأ عدم الاعتراف لهذه العقود بقوتها الحاسمة في موضوع التنمية، فهذه العقود تزدهر من خلال التنمية الاقتصادية لكونها تلبي الاحتياجات الأساسية المتزايدة للإنسان.

الفرع الثاني

الشروط اللازمة لإنجاح المشروعات المقامة بنظام الـ "B.O.T"

إذا كان نظام "B.O.T" يحقق كثيرًا من المزايا للدول النامية، إلا أن تطبيق هذا النظام لا يخلو من صعوبات ولذا يجب وضع ضوابط وشروط لإنجاح المشروعات المقامة بنظام الـ "B.O.T" نذكر منها :

أولاً : لابد من توافر المناخ السياسي والاقتصادي الملائم الذي يتحقق فيه الاستقرار السياسي والمعطيات الاقتصادية الواضحة.

ثانيًا : يجب أن يكون للمرفق طبيعة اقتصادية سواء صناعية أو تجارية سواء كانت محلية كالكهرباء والغاز والمياه والجراجات أو قومية كالسكك الحديدية والمطارات والموانئ، فالمهم أن يكون المشروع من شأنه ضخ عائد مالي مناسب من تشغيله. فتمويل مشروعات البنية الأساسية من حيث الأساليب المالية والاقتصادية تفترض أن للمشروع عائداً من تشغيله، وأن هذا العائد هو الاعتبار الرئيسي الذي يعتد به كضمان لسداد قيمة القروض وفوائدها^(٣٢).

ثالثًا : ضرورة أن تكون مدة الالتزام كافية للسماح بتشغيل المشروع لفترة معقولة يمكن من خلالها تحقيق العائد المالي اللازم لسداد التكاليف وتحقيق الأرباح اللازمة.

رابعًا : لابد من توافر التشريعات اللازمة لإقامة هذه المشروعات ومراقبتها فلا نجاح لهذه المشروعات إلا في ظل بيئة قانونية وتنظيمية محددة واضحة المعالم تحدد ما للمشروع من

(٣٢) أ.د. هاني صلاح سري الدين . البحث السابق ، ص ٢٣.

حقوق وما عليه من التزامات تجاه الدولة المضيفة. فاتباع نظام الـ "B.O.T" يزدهر في الدول التي تتسم أوضاعها السياسية بالاستقرار، الأمر الذي يهيئ المناخ الملائم لقيام القطاع الخاص بالاستثمارات طويلة الأجل. أيضاً لابد من أن تكون الأوضاع القانونية في الدولة المضيفة تتسم بالمرونة بحيث تسمح بإصدار الموافقات والأذون والتراخيص المطلوبة لإقامة هذه المشروعات في الوقت المناسب مع تجنب التعقيدات الإدارية وتوخي العدالة والشفافية والموضوعية في اتخاذ القرارات (٣٣).

إذ من الضروري أن تتواءم النظم القانونية والقضائية مع التطور الاقتصادي الذي طرأ على الساحة الاقتصادية في المرحلة المعاصرة. إذ أن النظم القانونية التقليدية المعمول بها لم تعد كافية وحدها لمواكبة تلك التنمية الاقتصادية الحديثة في مفهومها الجديد وأساليبها الحديثة، فتلك التنمية تحتاج إلى تطور قانوني يساير مفاهيم التنمية الاقتصادية الحديثة (٣٤).

وبعد فتلك شروط عامة فإذا ما أردنا أن نطبق تلك الشروط المطلوبة لإنجاح مشروعات "B.O.T" في مصر فيرى البعض (٣٥) بأنه يجب ما يلي :

١ . عدم السماح لمشروعات الـ "B.O.T" بتحويل مصر إلى سوق مستهلك بدلاً من أن تكون سوقاً منتجة من خلال الاعتماد على التصنيع الخارجي الكامل لمتطلبات المشروع وأن يشترط أن يصحب التنفيذ نقل التكنولوجيا والتدريب على استخدامها.

٢ . تحديد مصادر التمويل وعما إذا كان سيسمح بالاقتراض الداخلي أم يجب النص صراحة على تمويلها من الخارج (٣٦)، أو الاقتراض بنسبة ما تم من أعمال المشروع.

٣ . يجب النص في عقد الـ "B.O.T" على وضع ضمانات علمية وفنية لعمر المرفق حتى يعود بحالة جيدة إلى الدولة بعد انتهاء فترة الالتزام، وينص على أن يتعهد المستثمر بتقديم كل قطع الغيار المطلوبة، خلال الفترة التالية لانتهاء المشروع (ولتكن لفترة خمس سنوات).

(٣٣) أ.د. محمد بهجت قايد . المرجع السابق، ص ١٧.

(٣٤) أ.د. عمرو أحمد حسبو . المرجع السابق، ص ٩.

(٣٥) أ.د. محمد بهجت قايد . المرجع السابق ، ص ١٧.

(٣٦) أ/ جلال دويدار محمد . الأخبار في ٣١/١/٢٠٠٠، ص ، وكذلك أ.د. سينوت حليم دوس . الأهرام ٢٣/٢/٢٠٠١، ص ١٠.

٤ . يجب النص قبل استيراد أي أجزاء للمشروع على إثبات أنه لا يوجد له بديل محلي^(٣٧).

٥ . تحديد استخدام العمالة المصرية في مستويات ومراحل المشروع كاملة بما في ذلك الإنشاء والتشغيل والصيانة بدءًا من الإدارة العليا حتى العمالة البسيطة مع إلزام صاحب الامتياز ببرامج تدريبية تنتهي بإصدار شهادات تؤهله للقيام بمهام الإصلاح والصيانة.

٦ . تقييم شامل للمشروع والتأكد من الحاجة إليه وأنه جزء من التنمية المتواصلة بجميع جوانبها إنتاجيًا وبشريًا وبيئيًا.

٧ . لا تخضع المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المتعاقدة للقضاء الإداري بصفة قاطعة. ويجب أن تخضع لنظام التحكيم فإذا لم ينص في قانون إنشائها على هذا النظام وجب أن تخضع للقضاء العادي.

هذه بعض الشروط التي يجب أن تتضمنها عقود مشروعات الـ "B.O.T" في جمهورية مصر العربية لكي يكتب لها النجاح المرجو من إقامة هذه المشروعات الاستثمارية لإقامة البنية الأساسية وسيتضح من خلال البحث وصفحات الرسالة التالية بعض الشروط الأخرى التي يجب أن تتضمنها عقود الاستثمار بنظام "B.O.T".

المطلب الثالث

المزايا والعيوب لنظام التعاقد بـ "B.O.T"

أن التعاقد بنظام "B.O.T" يحقق مزايا عديدة سواء للدول المضيفة أو للمستثمر صاحب حق الامتياز، إلا أن هذا التعاقد بذلك النظام ليس كله خيرًا كما قال رئيس مجلس الوزراء المصري. "أن التوسع غير المدروس في مشروعات "بي . أو . تي" خطر وهو قيام الشركات الخاصة ببناء طريق أو مطار أو ميناء على نفقتها ثم تقوم بتشغيل هذا المرفق نظير عائد محدود من خلال عقد امتياز لعدة سنوات وبعدها يتحول المرفق إلى ملكية الدولة، وقال لكن الخطير في هذا النظام أنه إذا جرى التوسع فيه بشكل غير مدروس يمكن أن يتحول إلى نزيف للعملات

(٣٧) قال رئيس وزراء مصر د/ عاطف عبيد . جريدة الجمهورية بتاريخ ١٠/٧/١٩٩٩ ص ٣
"الخطير في هذا النظام "B.O.T" أنه إذا جرى التوسع فيه بشكل غير مدروس = يمكن أن يتحول إلى نزيف للعملات الصعبة من خلال تحويل أرباح هذه المؤسسات والمرافق إلى الخارج.

الصعبة من خلال تحويل أرباح هذه المؤسسات والمرافق إلى الخارج ^(٣٨) ، فما هي المزايا والعيوب لنظام التعاقد بـ "B.O.T" ؟ :

أولاً : مزايا التعاقد بنظام "B.O.T" :

- ١ . يتميز هذا النظام بأنه يخفف العبء الملقى على عاتق الدولة المضيفة في إنشاء البنية الأساسية للمرافق الاقتصادية، ويؤدي إلى تفرغ الدولة لإدارة المرافق الأخرى مما يكون له أكبر الأثر على تحسين وأداء الخدمات للجمهور .
- ٢ . تؤدي هذه الطريقة إلى تحرير المرفق العام من طرق الإدارة الحكومية واللوائح والنظم الحكومية، مما يؤدي إلى الفاعلية والتنافس بين موظفيها والتجديد اللازم لتطوير المرفق لتحقيق أكبر قدر من الربح.
- ٣ . يؤدي التعاقد بهذا النظام إلى زيادة أصول وممتلكات الدول المضيفة إذ أنه في نهاية المدة يعود المرفق بكامل وحداته الإنتاجية إلى الدول دون أي أعباء.

ثانياً : عيوب التعاقد بنظام "B.O.T" :

- ١ . أن الملتزم فرداً كان أو شركة يستهدف تحقيق أكبر قدر ممكن من الربح مما يضطره إلى الالتجاء إلى الطرق غير المشروعة لرفع الأسعار أو إنقاص الخدمات التي يؤديها من حيث الكم أو الكيف مع بقاء الرسوم المتفق عليها
 - ٢ . نفوذ بعض شركات الاستثمار وتدخل بعض الحكومات في التعاقد بنظام "B.O.T" مما يؤدي إلى التأثير على الجهة الإدارية والحكومات المضيفة وخاصة في البلدان النامية، مما يجعل هذه الدول الأخيرة لا تقوم بدورها الطبيعي في مجال الرقابة.
- وهذا الخطر هو الذي دفع الحكومة المصرية أن تتوقف عن الاستمرار في بناء مشروعات توليد الكهرباء بنظام "B.O.T" في محطتي كهرباء شرق بور سعيد وشمال غرب خليج السويس لأن التعاقدات التي تمت بشأن بناء وتشغيل المحطتين تمت مع هيئة كهرباء فرنسا (E.D.F) قد مكنت هيئة كهرباء فرنسا وهي جهة أجنبية حكومية من السيطرة على مشروعات

^(٣٨) جريدة الجمهورية في عددها الصادر ١٠/٧/١٩٩٩، ص ٣ وهو الحديث الذي أدلى به أ.د. عاطف عبيد . رئيس مجلس الوزراء لوكالة أنباء الشرق الأوسط.

استراتيجية في مصر لا ينبغي لدولة أجنبية أو إحدى الهيئات الممثلة لها أن تمتلكها أو تديرها بما يخالف متطلبات الأمن القومي وبما يخالف قوانين الخصخصة والاستثمار في مصر^(٣٩).

٣. أن الملتزم (المستثمر) قد يستخدم ويستثمر رأس المال الأجنبي في هذه المرافق (المشروعات) العامة وهنا يتعذر على الإدارة أن تقوم بالرقابة على الوجه الصحيح، وقد ينتهي استخدام رؤوس الأموال الأجنبية إذا زاد عن حد معين إلى التدخل الأجنبي في شئون الدولة مما يؤثر على سيادة واستقلال الدولة السياسي والاقتصادي.

ويرى البعض^(٤٠) أنه لا يؤيد مطلقاً اتباع هذا النظام وخاصة في الدول النامية، لأن الجهاز الإداري بها غير قادر على ممارسة الرقابة الفعالة على هذه المرافق وإذا كانت الضرورة تقتضي اتباع هذا النظام فيجب أن يقتصر على بعض المرافق كتوريد المياه والكهرباء لبعض المدن والقرى وأن يقتصر الملتزم على استخدام رؤوس الأموال الوطنية، كما أنه يجب ألا ننظر إلى أسلوب الـ B.O.T كوسيلة سهلة للتمويل وكحل ناجح لكل مشاكل التنمية، لأنه قد يؤدي الإسراف في اتباع هذا الأسلوب وفي إقامة كثير من مشروعات التنمية وفقاً له إلى نتائج وخيمة على البلاد اقتصادياً وسياسياً في حالة فشل هذه المشروعات في تحقيق المطلوب. وينبغي عدم الاكتفاء بأسلوب "B.O.T" في التنمية وإنما المزج بين أسلوب الـ "B.O.T" والتمويل الحكومي والتمويل عن طريق القروض الميسرة أو ذات الفوائد القليلة عند توافرها، ويناشدون بعدم الاستسهال باللجوء لنظام "B.O.T" دائماً حتى لا نندم بعد ذلك إذا ثبت عدم نجاح هذه الوسيلة في تنمية اقتصاديات البلاد وحينئذ لا ينفع البكاء على اللبن المسكوب.

(٣٩) د. ممدوح حمزة . الأهرام المصرية . العدد الصادر في ١٦/١٢/٢٠٠٢، ص ١٢.

(٤٠) أ.د. محمد أنس جعفر . الوسيط في القانون العام ص ٢٣١ وما بعدها.

أ.د. محمد بهجت قايد . المرجع السابق ، ص ١١٣ ، ١١٤.

المبحث الثالث

أشكال التعاقد بنظام "B.O.T" والتفرقة بينه وبين بعض الأنظمة

تمهيد وتقسيم :

إن التعاقد بنظام "B.O.T" ليس على صورة واحدة، بل هذا النظام له عدة أشكال وصور مختلفة بعض الشيء فقد يتفرع عن هذا النظام صور أخرى، ولكل صورة أو شكل من أشكال التعاقد وضعه القانوني وتعريفه المستقل والذي لا يختلط مع غيره. وهذا النظام في مجمله يفتقر عن بعض الأنظمة المعاصرة والتي كما يرى البعض بأنه تطوير لها وصورة مشتقة منها. لذا وجب علينا تحقيقاً لبيان ذلك أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

الأول : نتناول فيه : أشكال التعاقد بنظام الـ "B.O.T" والفرق بينها.

الثاني : نستعرض فيه وجه الشبه والاختلاف بين نظام "B.O.T" مع بعض الأنظمة.

المطلب الأول

أشكال التعاقد بنظام "B.O.T"

ان عقود الـ "B.O.T" تتضمن أشكالاً متعددة عددها البعض^(١) بثلاثة عشر شكلاً ولكل شكل العقد الذي يلائمه وأكثر هذه الأشكال شيوعاً ما يأتي:

أولاً : عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ويعرف بنظام "B.O.T"

وهذا العقد يعتبر أساس جميع عقود "البوت" الأخرى حيث يتفرع عنه مع اختلاف بسيط ترى الدولة المضيئة أن ذلك في صالحها كما قد ترى الشركات المنفذة أن ذلك يخدم أغراضها. وفي هذا العقد يقوم الملتزم بتشبيد المشروع وتشغيله ونقل حيازته بعد انتهاء المدة المنفق عليها للمالك "الدولة مانحة الالتزام".

ثانياً : عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية ويعرف بنظام "B.O.O.T"

وهذا العقد يقوم بمقتضاه الملتزم "المستثمر" ببناء وتشبيد المشروع أو المرفق العام مع حقه في تملكه منذ بدء تشبيده حتى إكماله ثم يقوم الملتزم بتشغيل المشروع أو المرفق طوال فترة

(١) أ.د. سينوت حليم دوس . مقال بجريدة : الأهرام المصرية ٢٠٠٠/٧/٨، ص ١٠.

الالتزام يحصل خلالها على كافة تكاليف بناء المشروع وكذلك الأرباح المتفق عليها وذلك عن طريق ما يفرضه من رسوم على مستخدمي هذا المرفق أو المشروع على أن يلتزم المستثمر عند انتهاء فترة الالتزام بنقل ملكية المشروع في حالة جيدة إلى الدولة مانحة الالتزام دون مقابل أو مقابل تكاليف بسيطة^(٤٢).

ثالثاً: عقد البناء والتشغيل والتأجير ونقل ملكية المرفق ويعرف بنظام B,O,L,T.

في هذا العقد يقوم المستثمر ببناء وإنشاء المرفق أو المشروع ثم يقوم بتشغيله ويحق له تأجير المشروع لشركات أخرى أكثر تخصصاً أو لأفراد ويحصل القيمة الإيجارية وفاء لتكلفة المشروع.

رابعاً : عقد البناء والتشغيل والتملك ويعرف بنظام B,O,O.

وهذا العقد يقوم بمقتضاه الملتزم ببناء المشروع وإنشائه ثم يقوم بتشغيله ثم امتلاكه ويكون من حق الملتزم (المستثمر) استغلال المشروع استغلالاً كاملاً لصالحه طوال مدة الالتزام فليس هناك التزام عليه بنقل ملكية المرفق أو المشروع بل من حقه أن يتصرف في المشروع إلى أي شخص آخر غير مانح الالتزام وهذا الشكل في العمل قليل^(٤٣).

خامساً : عقد التطوير والتشغيل ونقل الملكية ويعرف بنظام M,O,T

وهذا العقد يرد على مشروع أو مرفق يكون قد أصابه القدم ويكون بحاجة إلى التحديث فيتم اتفاق جديد بقصد التحديث للمرفق ثم يقوم الملتزم بالتشغيل للحصول على التكاليف التي تكبدها في تحديث وتطوير المرفق أو المشروع وذلك خلال مدة معينة وبعدها يتم نقل الملكية أو الحيازة حسب الأحوال في مدونات العقد.

سادساً : عقد البناء والإيجار ونقل الملكية.. ويعرف بنظام B,L,T

وفي هذا العقد يقوم المستثمر أو الملتزم ببناء المشروع أو المرفق ثم يقوم بتأجيره من الباطن طوال مدة الالتزام الممنوحة له والمتفق عليها بينه وبين الدولة مانحة الالتزام وعن طريق هذا الإيجار يغطي المستثمر تكاليف بناء المشروع والأرباح التي يتطلع عليها ثم يقوم الملتزم في نهاية المدة المتفق عليها بنقل ملكية المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام.

سابعاً : عقد البناء والتشغيل وتجديد الامتياز ويعرف بنظام B,O,R

(٤٢) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق، ص ١١.

(٤٣) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق، ص ١١.

وهذا العقد يعتبر امتداداً لعقد سابق بشروط جديدة وفيه يقوم الملتزم بالبناء والتشغيل وقبل انتهاء مدة الالتزام يجدد له العقد، وهنا لا تظهر فيه فترة نقل الملكية وهذا العقد كما يوصفه البعض^(٤٤) من العقود ذات الخطورة على الصالح الوطني.

المطلب الثاني

التفرقة بين عقد "B.O.T" والعقود المشابهة

تمهيد وتقسيم :

بعد أن انتهيت من تعريف عقد "B.O.T" سواءً لغوياً أو اصطلاحياً فإنه يجدر بنا أن نوضح معيار التفرقة بينه وبين غيره من العقود التي قد تختلط به ونخص بالدراسة التمييز بين عقد "B.O.T" وعقد التزام المرافق العامة بالمفهوم التقليدي، وعقد المقاول، وعقد التأجير التمويلي، وعقد الأشغال العامة، وحق الانتفاع، ونظام الإقطاع في الإسلام. ونفرد لكل مقارنة فرع مستقل وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد التزام المرافق العامة بالمفهوم التقليدي.

الفرع الثاني : التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد المقاول.

الفرع الثالث : التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد التأجير التمويلي.

الفرع الرابع : التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد الأشغال العامة.

الفرع الخامس: التفرقة بين عقد "B.O.T" وحق الانتفاع.

الفرع السادس : التفرقة بين عقد "B.O.T" ونظام الإقطاع في الإسلام^(٤٥).

(٤٤) أ.د. سينوت حليم دوس . المقال السابق.

(٤٥) نبادر إلى القول . حتى لا تختلط المفاهيم لدى البعض . بأن الإقطاع في الإسلام جزء من نظام اقتصادي له أصوله وقواعده وأسس وأهدافه تختلف عن كلمة الإقطاع ذات المفهوم البغيض الذي يدل على الاستبداد والسيطرة. وهذه المبادرة بالقول منا لأن بعض الناس .

الفرع الأول

التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد التزام المرافق العامة^(٤٦)

إن نظام البناء والتشغيل والتحويل المعروف بنظام الـ "B.O.T" في عالمنا المعاصر مختلف في جوهره كثيراً عن نظام التزام المرافق العامة بمفهومه التقليدي، وهو الأمر الذي يجعل التطبيق الحرفي للنصوص والأحكام القانونية لنظام التزام المرفق العام أمراً غير مرغوب فيه في كثير من الأحيان^(٤٧) ويتعارض مع الفلسفة الاقتصادية لهذا النظام الجديد والدوافع إلى تطبيقه. ولذا فإن عقد "B.O.T" يختلف عن عقد التزام المرافق العامة فيما يلي :

أولاً : إن نظام "البناء والتشغيل والتحويل" "B.O.T" يستلزم تدخل الدولة تدخلاً إيجابياً في شتى مراحل المشروع بدءاً من التحضير له وإعداده ومروراً بالتنفيذ والتشغيل وانتهاءً بتحويله وتسليم كافة أصوله إلى الدولة. فالدولة . في ظل هذه الآلية الاقتصادية . هي التي تحدد المشروع ومواصفاته الفنية ومكانه، وطاقاته الإنتاجية أو الخدمة في ضوء احتياجاتها المالية والاقتصادية والاجتماعية، كما يتم اختيار شركة المشروع بحسب الأصل في إطار من المنافسة والعلانية، كما أن التقنية والتكنولوجيا المستخدمة أثناء تشغيل وإدارة المرفق يتم اختيارها طبقاً للمواصفات التي تحددها الدولة، وعلى العكس من ذلك كان التزام المرافق العامة إذ تقوم طريقة الالتزام بالمفهوم التقليدي على أساس اتفاق بين السلطة الإدارية مع أحد أشخاص القانون الخاص الطبيعيين أو الاعتباريين لإدارة واستغلال أحد المرافق العامة لمدة محددة، فالدولة تترك المرفق لمدة محددة يتولاه شخص أو شركة وهذا الأخير له مطلق الحرية في إدارة المرفق وبالطريقة التي تروق له. وعلى ذلك فلا محل لما يثيره البعض من تخوف من أن في ذلك النظام "B.O.T" رجعة إلى القرن الماضي، وتكريساً للامتيازات الأجنبية، فهذا قول أجوف يتجرد من أية موضوعية^(٤٨).

ثانياً : ان القواعد والأحكام السارية والقوانين التي تسري على التزام المرافق العامة غير صالحة للتطبيق على نظام "البناء والتشغيل والتحويل" "B.O.T" كما يقتضي تفسير بعض

الذين في قلوبهم مرض . قد استغل هذا التشابه في الألفاظ بين الكلمتين ونسب إلى الإسلام ما ليس فيه.

(46) Jean Rivero et Jean Waline , Droit . administratif , p.451 ect.

(٤٧) أ.د. هاني صلاح سري الدين . البحث السابق، ص ١٥.

(٤٨) أ.د. هاني صلاح سري الدين . البحث السابق، ص ١٦.

النصوص والأحكام الأخرى بطريقة أكثر مرونة دون إخلال أو جور على حق الدولة الأصل في تنظيم مرافقها العامة وضمان سيرها بانتظام واطراد وهو الأمر الذي استدعى تعديل القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة بمقتضى قوانين خاصة في قطاعات معينة مثل قطاع الكهرباء (القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦) وقطاع المطارات (القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧) وقطاع الطرق والكباري (القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦) فقد جاءت هذه القوانين لتخفف من غلواء بعض أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فأجازت جميعها منح التزامات المرافق العامة لمدة تزيد عن الثلاثين عاماً وقد تصل إلى تسع وتسعين عاماً، كما أجازت تجديد منح الترخيص لذات المستثمر وتطوير ومد خدمات المرفق في حالة انتهاء المدة الأصلية للترخيص. كما حذفت جميع القوانين المشار إليها أية قيود على أرباح شركة المشروع وذلك على خلاف نص المادة ٣ من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والتي تنص على أنه "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال".

كما أن هذه القوانين المشار إليها على خلاف القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وتعديلاته . إذ اكتفت بموافقة مجلس الوزراء على منح الترخيص دون حاجة لاستصدار قانون يمنح الالتزام وذلك تحقيقاً لقدرة أكبر من المرونة ودون إخلال بحق الهيئة التشريعية في الرقابة، كما أن أطراف التعاقد بنظام الـ B.O.T قد يكونان شخصان من القطاع الخاص وهذا غير متصور في عقد منح التزام المرافق العامة بصورته التقليدية. وهذا ما أكدته الواقع إذ تم التعاقد مع إحدى الشركات مع نادى هليوبولس الرياضى لبنا بجراج متعدد الطوابق تحت الأرض لخدمة أعضائه، وكذا جراج مركز شباب الجزيرة متعدد الطوابق الذى تم التوقيع عليه بمجلس الوزراء فى ١٧/٢/١٩٩٩ حيث بلغت الاستثمارات نحو ٢١٠ مليون جنيه ويسع الجراج نحو ١٨٠٠ سيارة علاوة على ٢٤ أتوبيس^(٤٩) وكذا إنشاء جراج بالتحريير خلف مسجد عمر مكرم والمتحف المصرى وجراج بالدراسة وآخر بالترجمان وجراج بميدان مصطفى محمود وجراج بميدان سفنكس وجراج سانت كاترين وجراج سموحة بالإسكندرية. وهذه العقود وغيرها تخضع لأحكام القانون المدنى وتسرى فى شأنها القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدنى).

(٤٩) انظر حديث أجرى مع محافظ القاهرة ونائب المحافظ ووكيل وزارة الإسكان والمرافق بالقاهرة ومدير قطاع الاستثمار بالقاهرة، جريدة الأهرام، عدد الجمعة ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٢، الصفحة ٢٩.

ثالثاً : ان عقد التزام المرافق العامة بمفهومه التقليدي يفترض قيام الملتزم بتقديم خدمة مباشرة إلى الجمهور وحصوله على مقابل هذه الخدمة من جمهور المنتفعين أو المستخدمين للمرفق. وهذا ليس بالضرورة في الواقع العملي لنظام "B.O.T" إذ أن التطبيقات الحديثة قد جرت على قيام الدولة بالالتزام بشراء الخدمة أو المنتج مباشرة من شركة المشروع فمثلاً تقوم الشركة ببناء محطة كهرباء أو مياه وتلتزم الدولة بشراء حد أدنى من هذا المنتج سواء استخدمته بالفعل أم لا . على أن تقوم هي بعد ذلك بتوزيع هذه الطاقة أو المياه المنتجة على جمهور المستخدمين فلا تنشأ أية علاقة مباشرة بين شركة المشروع وجمهور المستخدمين^(٥٠).

رابعاً : أن نظام "B.O.T" في بعض أشكاله يعتمد على تملك شركة المشروع لأصول المرفق ملكية تامة وخالصة والهيمنة على إدارته. ويمكن رهن أصول المشروع في هذه الأحوال بغرض تمويله وهو الأمر الذي يتعارض مع مفهوم وجوه عقود التزام المرفق العام والتي تفترض أن المرفق خاضع لهيمنة سلطة الإدارة وأن أصوله غير قابلة للحجز أو التنفيذ عليها^(٥١).

خامساً : نظام "B.O.T" يتفق مع التوجه الاقتصادي والسياسي للدولة نحو الاقتصاد الحر وتوسيع قاعدة الملكية الخاصة حتى ولو اتصلت هذه الملكية بتسيير مرفق يؤدي خدمات ويسد حاجات ذات نفع عام. وذلك بعكس التزام المرافق العامة إذ يتفق مع التوجه الاقتصادي والسياسي للدولة نحو الاقتصاد المقيد وإن أسندت إدارة بعض المرافق إلى القطاع الخاص ومن ثم يجب عدم الخلط بين المرفق العام الذي يدار بطريق الالتزام أو الاستغلال المختلط وبين المشروع الخاص الموجه أو الخاضع لرقابة الإدارة^(٥٢). إذ المرفق العام لا يكون العضو فيه هو الحصول على ربح بل يحقق الخدمات العامة مجاناً وذلك بصفة أساسية واستثناء قد تعلق الجهة الإدارية القائمة على أمر المرفق حق الجمهور في الاستفادة بخدمات المرفق على دفع رسوم زهيدا فالأصل في الخدمات التي يؤديها المرفق العام المجانية على عكس المشروع الخاص فالهدف منه الربحية وتحقق أعلى عائد من الربح بضوابط معينة فالأصل هو تحقيق الربح. ومن ثم أرى أن لفظ المشروعات أقرب إلى الواقعية منه إلى لفظ المرافق العامة في عقود الـ B.O.T وإن تعلق الأمر لتحقيق خدمات عامة وهذا ما يؤيده أستاذنا الدكتور/ سليمان الطماوى إذ يقول "وقد ظهرت فكرة "أساليب القانون الخاص في إدارة المرافق العامة"..... والمشروعات العامة التي تديرها

(٥٠) مثال ذلك محطة سيدي كزير لتوليد الكهرباء.

(٥١) أ.د. هاني صلاح سري الدين . البحث السابق، ص ٢١.

(٥٢) Bonnard – Droit administrative – 1935, P. 547 – 578.

الأشخاص العامة في الدولة وتكون شبيهة بمشروعات الأفراد إذ أن النظام القانوني الذي يحكم المرفق العام مغاير للنظام القانوني الذي يحكم المشروعات الخاصة " (٥٣).

الفرع الثاني

التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد المقاولة

عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدني عقد المقاولة "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وقد عرفت المادة ٦٦٨ من القانون المدني عقد التزام المرافق العامة بأن "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن. ومن التعريف السابق لعقد المقاولة يتبين أن أركان عقد المقاولة هي :

أولاً : أطراف العقد وهم الطرف الأول رب العمل أو المالك أو مانح الالتزام والطرف الثاني المقاول أو الملتزم.

ثانياً : محل العقد ونطاقه أو موضوع العقد وهو الالتزامات التي تقع على المقاول أو الملتزم ومدة تنفيذها وعقد المقاولة في القانون المدني هو عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين (المقاول) أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "رب العمل أو المالك" م ٦٤٦ مدني ومحل عقد المقاولة أو نطاقه هو الذي يهمننا ونحن بصدد الحديث عن عقد الـ "B.O.T" باعتباره شكلاً متطوراً ومتسعاً من أشكال عقود المقاولة.

فأشكال عقد المقاولة أضيقها نطاقاً يتمثل في تنفيذ الأعمال فقط من المقاول مع التزام رب العمل بتوريد المواد اللازمة ويسمى في عُرف السوق عقد مصنعيات (٥٤).

ويجب ألا يتم الخلط بين عقد البيع والمقاولة فالتفرقة بينهما واضحة. ففي عقد البيع يجب أن يذكر الثمن وإلا عد باطلاً أما في المقاولة فيمكن تحديد الثمن لاحقاً على إبرام العقد عند

(٥٣) أ.د. / سليمان محمد الطماوى - القضاء الإدارى - الكتاب الثانى - دار الفكر العربى - ص ٨١.

(٥٤) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق . ص ٣٠.

التسليم النهائي ونقل الملكية في البيع عند الإبرام حين أن نقل الملكية في المقاولة عند التسليم. كما أن المقاولة تختلف عن عقد الإيجار وعقد الوكالة^(٥٥).

ثم يتسع عقد المقاولة فيشمل قيام المقاول بتوريد المواد بالإضافة إلى تنفيذ الأعمال دون القيام بأعمال التصميم التي يعهد بها رب العمل إلى متعاقد آخر هو المهندس الاستشاري.

وهذان الشكلان السابقان قد ذكرتهما المادة ٦٤٧ من القانون المدني فنصت " (١) يجوز أن يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على أن يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله. (٢) كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً".

والشكل الثالث يتسع ليشمل التصميم مع التنفيذ فنكون بصدد عقد تصميم وتنفيذ، والشكل الرابع يتسع فيه نطاق عقد المقاولة ليشمل التصميم والتنفيذ والتمويل وهو ما يعرف بعقد تسليم المفتاح Turn Key^(٥٦) حيث يتولى المقاول تمويل أعمال حتى نهايتها وتسليم المشروع كاملاً إلى رب العمل الذي يدفع له الثمن كاملاً عند الاستلام أو بالتقسيط حسب الاتفاق.

والشكل الخامس يتسع فيه نطاق العقد ليشمل مدة التشغيل فترة متفقاً عليها بالإضافة إلى قيام المقاول بالتصميم والتنفيذ والتمويل كالأشكال السابقة يقوم بالتشغيل فترة من الزمن يعقبها تسليم المشروع إلى رب العمل وتقاضي الثمن بالطريقة المتفق عليها.

ولهذا الشكل فرضان : الفرض الأول . أن يحصل رب العمل على أرباح التشغيل لنفسه ويتعين عليه حينئذ أن يدفع للمقاول تكاليف المشروع من ماله الخاص. الفرض الثاني - أن يسمح رب العمل للمقاول بالاحتفاظ بكل أرباح التشغيل أو الاستغلال أو نسبة منها خلال قيام المقاول بالاستغلال وذلك وفاء لثمن تنفيذ وتصميم وتمويل المشروع، وفي هذا الفرض الثاني نكون بصدد عقد بنظام الـ "B.O.T" البناء والتشغيل ونقل حيازة المشروع.

ولا يقال هنا نقل ملكية المشروع^(٥٧) لأن المشروع منذ نشأته ملك لرب العمل ولخدمة أغراضه هو ويد المقاول كانت على المشروع عارضة، فهو أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية مجرد حائز وليس مالك وعند التسليم إلى رب العمل عليه نقل الحيازة المادية والقانونية ولا ينقل ملكية لأن الملكية منذ البداية ثابتة لرب العمل.

(55) ALAIN BENABENT – LES CONTRATS SPECIAUX CIVILS ET COMMERCIAUX- PAGE. 310.

(٥٦) أ.د. / محسن شفيق - عقد تسليم مفتاح - دار النهضة العربية .

(٥٧) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق، ص ٣١.

ومن ثم فإن عقد "B.O.T" يعد من عقود المقاولات بالمعنى الواسع، أما عقد "B.O.O.T" يتعد بعض الشيء عن عقد الـ "B.O.T" باعتباره يدخل في مفهوم عقد المقاولات واسعة النطاق ودليل ذلك أن حرف "O" الثاني من "Own" بمعنى يمتلك أي أن الملكية تكون للطرف الثاني أثناء فترة إقامة المشروع وعليه لا يمكن أن يكون الملتزم مقاولاً لدى الطرف الأول ومن ثم لا نكون بصدد عقد مقاولات متسع النطاق. فالطرف الأول ليس المالك ومن ثم فإن الطرف الثاني لا يعمل لحسابه أو لمصلحته لقاء أجر أو ثمن يحصل عليه من المالك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة^(٥٨).

الفرع الثالث

التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد التأجير التمويلي

ينظم القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٥ التأجير التمويلي، وفي عقد التأجير التمويلي يقوم شخص بإقامة مشروع بنفسه أو عن طريق من يعهد إليهم بذلك ثم يقوم بتأجيره إلى شخص آخر لمدة محددة وبإيجار محدد مع وعد بالبيع للمستأجر عند نهاية مدة الإيجار بثمن متفق عليه^(٥٩) ويقول البعض^(٦٠) بأن عقد التأجير التمويلي وسيلة من وسائل التمويل العيني بمقتضاه تاجر إحدى شركات التأجير التمويلي المنشأة والمسجلة لهذا الغرض. إلى المستأجر معدة أو آلة أو عقاراً لازماً له في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه وذلك لمدة معينة، وفي مقابل أجر معينة يؤديها المستأجر للمؤجر التمويلي طوال مدة الإيجار حسبما هي محددة في عقد الإيجار، على أن المستأجر في نهاية مدة الإيجار إما أن يختار شراء المعدة أو الآلة أو العقار بالقيمة المحددة سلفاً والمتفق عليها في عقد الإيجار والتي يراعى في تحديدها مجموع قيمة الأجرة التي أداها المستأجر طوال مدة الإيجار، وإما أن يعيد المعدة أو الآلة أو العقار إلى الشركة المؤجرة لإعادة تأجيره للغير مرة أخرى.

ومن هنا يتضح الفارق بين عقد التأجير التمويلي وعقد الـ "B.O.T" فيما يلي :

- ١ . المستأجر التمويلي لا يتعاقد مع إحدى جهات الإدارة لأداء خدمة عامة للجمهور خلال مدة معينة.

(58) PHILIPPE Delebecque – Lecontrat D'Entreprise – Page 14 – 18 .

(٥٩) أ.د. محمد بهجت عبد الله قايد . المرجع السابق، ص ٣٢.

(٦٠) المستشار / محمود محمد فهمي . البحث السابق، ص ٧.

- ٢ . يبرم عقد الإيجار التمويلي كنوع من أنواع التمويل لمشروع يقيمه المستأجر لمصلحته الشخصية.
- ٣ . عقد التأجير التمويلي أداة من أدوات تنفيذ الاستثمارات ويختلف عن عقد المقاوله.
- ٤ . الملتزم في نظام "B.O.T" يتولى كل مهام إقامة المشروع واستغلاله لفترة محددة يكون هو خلالها نفس المالك وفي نهاية المدة ينقل ملكية المشروع وحيازته معاً للطرف مانح الالتزام "جهة الإدارة" وهذا على عكس عقد التأجير التمويلي .
- ٥ . دور مانح الالتزام في عقد "B.O.T" دور محدود بعكس الحال في عقد التأجير التمويلي الذى يتحمل فيه المؤجر مسؤولية بناء المشروع وتكاليفه.
- وبذلك يختلف عقد التأجير التمويلي اختلافاً جذرياً عن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T .

الفرع الرابع

التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، ويقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة بالعقد .

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ حيث قالت "... ومن حيث أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد (١١) .

وعلى ذلك يخضع عقد الأشغال العامة للقواعد الآتية :

- ١ . ان حرية التعاقد مع الإدارة بصدد عقد الأشغال العامة ليست حرية كاملة بل هي حرية قاصرة على قبول التعاقد للشروط السابق وضعها من جانب الإدارة ولهذا يعتبر عقد

(١١) المستشار/ محمد عزمى البكرى : المرجع السابق ، ص ٤٢١ .

الأشغال العامة عقد إذعان^(٦٢) من جانب المفاوض لهذه الشروط، وهو أمر يتفق مع طبيعة العقد الإداري^(٦٣) حيث لا تتساوى الإدارة العامة مع الإدارة الخاصة تبعاً لتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^(٦٤).

٢ . عقد الأشغال العامة ينصب على عقار أو عقار بالتخصيص وعلى ذلك يعد من الأشغال العامة كافة أعمال البناء والترميم والصيانة إذا وردت على عقار كبناء دور المصالح العامة، أما إذا كان موضوع العقد منقولاً مملوكاً للإدارة فإن الأعمال التي ترد عليه لا تعتبر من قبيل الأشغال العامة.

٣ . يجب أن يتصل العمل في عقد الأشغال العامة بمرفق عام ويحقق مصلحة عامة ولهذا يجب أن يتم التعاقد لحساب شخص معنوي عام أما إذا كان التعاقد لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص فليس ثمة عقد أشغال عامة في هذا الصدد.

٤ . يخضع عقد الأشغال العامة لكافة القواعد الضابطة والمميزة للعقد الإداري وتبرز سلطة الإدارة في تعديل العقود وفرض رقابتها على التنفيذ إلى حد كبير بصدد هذا العقد ويعترف للإدارة بهذه السلطة حتى دون حاجة إلى النص عليها صراحة بحيث إذا وجدت مثل هذه الشروط فهي شروط كاشفة، ومنظمة، وليست منشئة.

٥ . المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد ثمن يحدد في العقد ويتقاضاه من الإدارة المتعاقدة أو التي يتم العمل لحسابها.

وعلى ذلك فالفارق واضح وبين بين عقد الأشغال العامة وعقد "B.O.T"، ففي عقد الـ "B.O.T" للملتزم دور إيجابي فهو يقيم وينشأ مرفقاً عاماً ويديره ويقدم خدماته للجمهور في مدة معينة وله حرية التعاقد وفرض ما يراه من الشروط وقت التفاوض مع الجهة الإدارية، كما أن المقابل الذي يتقاضاه عبارة عن رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق ومن ثم يجب عدم الخلط بين عقد مقاوله الأشغال العامة وعقد التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T" لوجود فارق جوهري بين العقدين وهو تقديم خدمات للجمهور خلال مدة معينة وفقاً لما سبق بيانه .

(٦٢) لمزيد من التفاصيل يراجع أ.د. /عبد المنعم فرج الصده- عقود الإذعان في القانون المصري - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول - سنة ١٩٤٦ .

(٦٣) HENRI MAZEAUD , LEON MAZEAUD ET JEAN MAZEAUD :
LECONS DE DROIT CIVIL, PREMIER VOLUME:
"OBLIGATIONS THEORIE GENERALE, PAGE: 67 .

(٦٤) أ.د. عزيزة الشريف . المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها.

الفرع الخامس

التفرقة بين حق الانتفاع وعقد الـ "B.O.T"

في ضوء المواد من (٩٨٥) إلى (٩٩٥) من القانون المدني يمكن تعريف حق الانتفاع بأنه: حق عيني على شيء مملوك للغير سواء أكان منقولاً أو عقاراً يخول صاحب الحق مكنة الانتفاع بالشيء لمدة محددة، مع التزام المنتفع بالاحتفاظ بذات الشيء لرده إلى مالكة الأصلي عند نهاية مدة حق الانتفاع.

وعلى ذلك فالشيء محل حق الانتفاع لا ينشئه المنتفع بل هو أصلاً مملوك للغير ويخول المنتفع أن ينتفع بالشيء لنفسه أو يستغله بواسطة شخص آخر وليس آحاد الناس من الجمهور، فلا يجوز للمنتفع أن يتيح للجمهور استعمال الشيء محل حق الانتفاع.

وعلى ذلك فحق الانتفاع يختلف اختلافاً جذرياً عن عقد التزام المرافق العامة "B.O.T" من النواحي الآتية :

١ . حق الانتفاع يرد على شيء محدد بالذات أما عقد التزام المرافق العامة يرد على مرفق عام يؤدي خدمة عامة للجمهور .

٢ . حق الانتفاع غير مملوك للمنتفع، وإنما مملوك للغير مالك الرقبة بينما في عقد التزام المرفق العام (الـ "B.O.T") الملتزم ينشئ المرفق ويديره ثم ينقل ملكيته في نهاية مدة الالتزام إلى الدولة في حالة صالحة لاستمرار تشغيله.

٣ . في حق الانتفاع لا يجوز للمنتفع أن يتيح للجمهور الانتفاع بالشيء محل الانتفاع، وذلك على خلاف محل عقد التزام المرافق العامة الذي بطبيعته مرفق عام يؤدي خدمات أو يشبع حاجات عامة للجمهور في مقابل مادي يدفع مقابل الخدمة أو سد الحاجة.

الفرع السادس

نظام الإقطاع في الإسلام ونظام الـ "B.O.T" في القانون الوضعي

إن كانت التنمية الاقتصادية هي موضوع الساعة اليوم، والاهتمام بدراساتها حديث للغاية. فإن الإسلام قد اهتم بها منذ أربعة عشر قرناً من الزمان. فقد قال الله عز وجل "...إني

جاءل في الأرض خليفة" ^(٦٥) ويقول سبحانه وتعالى ".... هو أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها..." ^(٦٦) أي كلفكم بعمارته. ولقد بلغ حرص الإسلام على التنمية الاقتصادية وتعمير الكون ودنيا الناس أن قال الرسول صلى الله عليه وسلم "إذا قامت الساعة وفي يد أحدكم فسيلة . أي شتلة نخل . فاستطاع ألا يقوم حتى يغرسها فليغرسها فله بذلك أجر" ^(٦٧).

وشغلت التنمية الاقتصادية المقام الأول من فكر المسلمين الأوائل (السلف الصالح) تحت لفظ "عمارة الأرض" وهو اصطلاح يشمل مضمون التنمية الاقتصادية الشاملة. فيقول الإمام علي بن أبي طالب . رضي الله تعالى عنه . في كتابه إلى واليه بمصر "وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج، لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، ومن طلب الخراج من غير عمارة أضر بالبلاد".

ويقول عمر بن الخطاب . رضي الله تعالى عنه . "إن الله قد استخلفنا على عباده لسد جوعتهم ونستر عورتهم ونوفر لهم حرفتهم".

وللتنمية الاقتصادية في الإسلام وسائل منها الإقطاع من ولي الأمر. فما هو الإقطاع وأدلة مشروعيته والهدف منه؟ وما أنواع الإقطاع وحكم كل نوع؟ وذلك كله بقصد إيضاح هذا النظام لبيان وجوه الشبه والاختلاف.

أولاً : تعريف الإقطاع وأدلة مشروعيته والهدف منه :

يُعرف الإقطاع في اللغة : هو جعل الشيء عقاراً كان أو منقولاً قطيعة، أي محبوساً على مصلحة شخص معين أو أشخاص معينين. ويقال : قطع الشيء قطعاً : أي فصله عن بعضه وأبانه، وقطع فلاناً أرضاً : ملكه إياها، واستقطعه : سألته قطعة من الأرض، واسم ذلك الشيء الذي يقطع قطيعة ^(٦٨).

أما الإقطاع في الشرع فإنه يُعرف : بأنه هو أن يقطع الحاكم من الأرض العامة التي ليست ملكاً لأحد قطعة ينتفع بها في زرع أو غرس أو بناء، استغلالاً أو تملكاً ^(٦٩).

^(٦٥) سورة البقرة . الآية . (٣٠).

^(٦٦) سورة هود . الآية . (٦١).

^(٦٧) أخرجه البخاري وأحمد .

^(٦٨) المعجم الوجيز . باب القاف مع الطاء ، ص ٥٠٨.

^(٦٩) أبو بكر جابر الجزائري . منهاج المسلم . ص ٢٩١.

وأدلة مشروعية الإقطاع الأحاديث الكثيرة والمتعددة. فالسنة النبوية فعلاً كان أو تقريراً أو قولاً تعتبر المصدر الثاني للتشريع في الفقه الإسلامي، ومن هذه الأحاديث ما يلي :

١ . ما روي عن أسماء بنت أبي بكر . رضي الله عنهما . في حديث ذكرته قالت "كنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعها رسول الله صلى الله عليه وسلم على رأسى وهو من على ثلثي فرسخ " (٧٠).

٢ . ما روي عن ابن عمر . رضي الله عنهما . قال : أقطع النبي . صلى الله عليه وسلم . الزبير حضر (٧١) فرسه، وأجرى الفرس حتى قام، ثم رمى بسوطه، فقال " أقطعوه حيث بلغ السوط " (٧٢).

٣ . وعن وائل بن حجر "أن النبي صلى الله عليه وسلم قطعه أرضاً بحضرموت وبعث معاوية ليقطعها إياه " (٧٣).

٤ . عن عدي بن حاتم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع فرات بن حيان العجلي أرضاً باليمامة (٧٤).

٥ . وقد سأل تميم الداري رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطعه عيون البلد الذي كان منه بالشام قبل فتحه ففعل " (٧٥).

٦ . وفي سنن أبي داود عن أسماء بنت أبي بكر . رضي الله عنهما . أن النبي . صلى الله عليه وسلم . " أقطع الزبير أرضاً من أموال بني النضير ، وفي رواية أخرى أن رسول الله . صلى الله عليه وسلم . أقطع الزبير نخلاً " (٧٦).

(٧٠) متفق عليه . نيل الأوطار للشوكاني ، ج ٦ ، ص ٥٦ .

(٧١) مقدار عدوه .

(٧٢) رواه أحمد وأبو داود ، نيل الأوطار للشوكاني ، ج ٦ ، ص ٥٦ .

(٧٣) رواه الترمذي وصححه . نيل الأوطار ، ج ٦ ، ص ٥٧ .

(٧٤) الأموال - للعالم الفقيه أبي عبيد القاسم بن سلام - ص ١١٧ .

(٧٥) الأحكام السلطانية . لأبي الحسن الماوردي . ص ٢٤١ .

(٧٦) نيل الأوتار للشوكاني - ج ٦ - ص ٥٧ .

من هذه الأحاديث النبوية، والآثار المروية عن صحابة رسول الله . صلى الله عليه وسلم . تبين لنا أن إقطاع الأرض وغيرها كالدر والثمار والأشجار جائز ومشروع وأنه لا يكون إلا بإذن حاكم المسلمين دون غيره من الناس .

وأما الهدف من الإقطاع في الإسلام فيتمثل فيما يلي :

١ . الإقطاع وسيلة هامة وفعالة يستخدمها الإمام لكسب رضا بعض الذين أضرموا شرًا للإسلام والمسلمين، وتجنبًا لما قد يسببونه من الضرر والأذى وذلك وفقًا لمبدأ تأليف القلوب الذي ذكره الله عز وجل في كتابه العزيز، والتأليف باب واسع في الشريعة الإسلامية، وهو أحد مصارف الزكاة وهذا ما أوضحته الآية رقم (٦٠) من سورة التوبة. قال تعالى : "إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل".

٢ . إيجاد مورد رزق ثابت لبعض الذين عانوا، وواجهوا المشكلات والصعاب في حياتهم المعيشية، كالمهاجرين الأوائل الذين تركوا أموالهم، وديارهم وهاجروا إلى يثرب حرصًا على دينهم الجديد.

٣ . كان الفقر الاقتصادي دافعًا قويًا للأعراب على النهب، وشن الغارات فعالج النبي . صلى الله عليه وسلم . هذا الأمر بالقضاء على أسبابه، ووجه أنظار الناس إلى أهمية الزرع وعمارة الأرض، وأقطع لهم القطائع. وبهذا الأسلوب الرائع، فإن الرسول . صلى الله عليه وسلم . أرشدهم إلى الطريق الصحيح، وصرفهم عن العادات والطبائع الجاهلية التي شبوا عليها، وهذا يعد من أكبر وأعظم الأعمال التي قام بها الرسول . صلى الله عليه وسلم . (٧٧).

٤ . إيجاد مورد ثابت لبيت المال، لأن إعمار الأرض وزراعتها، لاشك أنه يعطي مردودات لبيت مال المسلمين، كما أن تعمير الأرض ومنح الإقطاعات يزيد من رفاهية الأفراد ويوجد مجال عمل لكثير من الأفراد.

ثانيًا : أنواع الإقطاع :

إن المجتمع الإسلامي عرف نظام الإقطاع منذ أن بدأت الدولة الإسلامية في النهوض، ويقسم الفقه الإسلامي الإقطاع إلى ثلاثة أنواع هي : إقطاع التملك، وإقطاع الاستغلال، وإقطاع الإرفاق.

(٧٧) استصلاح الأرض الصحراوية والبور وتملكها في الفقه الإسلامي أ.د. حسني محمود عبد الدايم، رسالة دكتوراه، ص ٢١٧.

١ . إقطاع التملك :

ويقصد به إعطاء ولي الأمر لمن يراه أهلاً للإعطاء أو إئذنه له في أن يعمر قطعة من الأرض فيملكها بإعمارها إياها وهذا الإقطاع إما أن يكون إقطاعاً لأرض موات أو إقطاعاً لأرض عامرة أو إقطاعاً لأرض معادن وذلك على النحو المبين تفصيلاً في كتب الفقه الإسلامي^(٧٨).

٢ . إقطاع استغلال :

وهذا النوع يقتصر فيه حق المقطع إليه على استغلال الأرض المقطعة سواء بشكل دائم أو مؤقت، ولكن تظل ملكيتها للدولة، ولها حق التصرف فيها. وينقسم إلى إقطاع عشر، وخراج^(٧٩).

٣ . إقطاع الإرفاق :

هذا النوع من الإقطاع يتعلق بأرض المرافق، وهي تلك الأراضي التي خصصت لتكون مقاعد للأسواق التي يجلس الناس فيها للبيع والشراء وكذلك الطريق الواسع وقد ذكر هذا النوع الإمام الشوكاني^(٨٠) تحت باب الجلوس في الطرقات المتسعة للبيع وغيره كما أورده الإمام أبي الحسن الماوردي^(٨١) وهذا الفرع من الإقطاع لا يترتب عليه ملكية رقبة الأرض المقطعة ولا ملكية منفعتها وإنما يترتب عليه أحقية المقطع إليه بالانتفاع بها فقط.

وبعد . استعراض . هذا النظام الاقتصادي الإسلامي فإنه يجدر بنا أن نفخر ونقول بعزة وإباء أن المسلمين الأوائل حينما طبقوا النظام الآلهي في الاقتصاد، سادوا العالم وقتها وقهروا أكبر قوتين في ذلك الوقت وهما : الفرس . والروم . ووصل المجتمع إلى حالة من الوفرة الاقتصادية المشروعة. ويرجع السبب في ذلك إلى السياسة الرشيدة التي اتبعها رسول الله . صلى الله عليه وسلم . حيث قام بتوزيع الأرض الموات وإقطاعها للقادرين على إحيائها واستثمارها، وهو تشريع عظيم تابعه فيه الخلفاء الراشدون^(٨٢).

^(٧٨) يراجع . الأحكام السلطانية . الماوردي . ص ٢٣٩ وما بعدها.

^(٧٩) أ.د. حسني محمود عبد الدايم . المرجع السابق، ص ٢٢٣.

^(٨٠) نيل الأوطار، ص ٥٩.

^(٨١) الأحكام السلطانية، ص ٢٤٨.

^(٨٢) أ.د. حسني محمود عبد الدايم . المرجع السابق، ص ٢٣٨.

ومن هنا نقرر بأن تراثنا الحضاري قد عاد إلينا من الغرب في صورة مذاهب معاصرة وأنظمة حديثة، فهذه بضاعتنا ردت إلينا فلماذا لا نبحث في كنوز العلم والمعرفة الإسلامية لنستبطن كل ما نصلح به ديننا ودنيانا ؟ ولماذا أكتفينا بتحنيط التراث وإطلاق البخور من حوله دون أن نقوم بمناقشته ونشره والاستفادة منه .. والدعاية له .. وتقديمه بلغة العصر .

الفصل الثاني

طبيعة عقد الـ "B.O.T" وتكييفه القانوني

تمهيد وتقسيم :

إن الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود تعتبر بمثابة المفتاح الذي به نستطيع أن نعرف خصائص وأركان ذلك العقد. ولكي نحدد الطبيعة القانونية لعقد الـ "B.O.T" يجب أولاً. أن نحدد عما إذا كان عقد الـ "B.O.T" عقداً إدارياً أم عقداً مدنياً؟ ثم ثانياً : توضيح التكييف القانوني لعقد الـ "B.O.T" ؟ وذلك في بحثين : الأول . هل عقد الـ "B.O.T" عقد إداري أم عقد مدني؟ الثاني . التكييف القانوني لعقد "B.O.T".

المبحث الأول

نوعية عقد الـ "B.O.T"

هذا المبحث يحدد ما إذا كان عقد الـ "B.O.T" عقداً إدارياً أم عقداً مدنياً؟ وأثر ذلك على العقد. ويكون ذلك في مطلبين :

الأول . هل عقد الـ "B.O.T" عقد إداري أم مدني ؟

الثاني . آثار نوع عقد الـ "B.O.T" ونتائج ذلك ؟

المطلب الأول

هل عقد الـ "B.O.T" عقد اداري أم عقد مدني ؟

لإيضاح الإجابة عن سؤال هذا المطلب يجب أن نوضح شروط العقد الإداري بصفة عامة ، وذلك لأن القانون لم يعرف العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها فقد قضت محكمة النقض في كثير من أحكامها بأن " لم يعرف القانون العقود الإدارية ولم يبين خصائصها التي تميزها والتي يهتدى بها في القول بتوافر الشروط اللازمة لها ولحصانتها من تعرض المحاكم لها بالتعطيل أو بالتأويل ، إلا أن أعطاء العقود التي تبرمها جهات الإدارة وضعها القانوني

الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية يتم على هدى ما يجرى تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة من إبرامها" ^(٨٣).

والمستفاد من ذلك أنه يجب لمعرفة ما إذا كان عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T من العقود الإدارية أم لا ؟ فإنه يجب الرجوع إلى شروط العقد الإداري لدى الفقه القانوني إذ أن القانون لم يحدد على وجه الدقة واليقين - العقود الإدارية وخصائصها ومن ثم فقد قال فقهاء القانون العام ^(٨٤) أنه لكي يميز العقد بأنه إداري يجب توافر ثلاثة شروط ...

الشرط الأول . أن تكون الإدارة طرفاً في العقد :

فالعقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال من الأحوال أن يعتبر عقداً إدارياً ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة و يضاف إلى ذلك أن الإدارة في إبرامها للعقد الإداري تعمل بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها الأفراد، أما إذا انتقت هذه الصفة وهذه الميزة فإن الفقه يجمع على أن وجود الإدارة طرفاً في العقد شرط لازم ولكنه غير كاف لإضفاء الصفة الإدارية على العقد. فمجرد تدخل الإدارة في عقد مبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يحوله إلى عقد إداري حتى ولو استهدفت الإدارة من تدخلها تحقيق مصلحة عامة. وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي أن تدخل الإدارة في نزاع بين أصحاب الأعمال وبين العمال بقصد الصلح لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً ولمجرد كون الإدارة طرفاً فيه حتى ولو وقعت على عقد الصلح ^(٨٥)، كما أن تدخل الإدارة للوساطة بين بعض المقاولين وبين الأفراد ودعوتها للمقاولين للتقدم بعطاءاتهم لإقامة مباني الأفراد الذين تهدمت مساكنهم لا يجعل من العقود التي أبرمها هؤلاء الأفراد مع المقاولين عقوداً إدارية. فتدخل الإدارة كان بقصد الحصول على أفضل الشروط لمصلحة الأفراد المنكوبين ^(٨٦). وقد قضت محكمة القضاء الإداري . في مصر . بأن وجود الإدارة طرفاً في العقد لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً ^(٨٧).

^(٨٣) (الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٤/١٩ ، ورقم ٤٤٢٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ .

^(٨٤) أ.د. عزيزة الشريف . المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها.

^(٨٥) C. E21 Novembre 1947. Ste Bou la mger R. p. 436.

^(٨٦) C. E 29 juin 1951 Ste des travaux du sud R. p. 386.

^(٨٧) (حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٥٦٧ في ٢٣/١٠/١٩٦٠ السنة ١٥ ق ، المجموعة ص ٢٣.

الشرط الثاني : أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام :

فكرة المرفق العام تعتبر هي أساس معظم قواعد القانون الإداري فمما لا شك فيه أن مقتضيات سير المرافق العامة هي التي تبرر تلك القواعد المتميزة في القانون الإداري والتي تخرج عن المألوف في قواعد القانون الخاص.

ومفهوم المرفق العام في مجال العقود الإدارية يمكن أن يستعمل بأحد المعنيين : معنى عضوي يفيد المنظمة، فقد يقال أن العقد أبرم بين أحد الأفراد ومرفق عام ويفيد في هذا الصدد الإدارة أو الجهاز الإداري الذي هو طرف في العقد، وحينئذ نكون غير بعيدين عن الشرط الأول في المعيار المميز للعقد الإداري وهو اشتراط أن تكون الإدارة طرفاً في العقد.

ويلاحظ أن العقود المبرمة بين شخص عام وشخص خاص ليست بالفعل عقود إدارية، إلا إذا كانت تظهر على أنها من أعمال الإدارة العامة وهذا يكون بسبب شروطها وموضوعها أو نظامها^(٨٨).

ومعنى موضوعي يفيد النشاط الذي يصدر عن الشخص الإداري وبذلك يشمل المرفق العام كل نشاط ذي نفع عام تباشر الإدارة أو تتولى تنظيمه والإشراف عليه لعدم إمكان ممارسته على الوجه الأكمل بواسطة النشاط الخاص. وعلى ذلك ففكرة المرفق العام في هذا المجال يجب أن تفهم بمعناها الموضوعي وهو النشاط الذي يهدف إلى أداء خدمة عامة تقوم بها الحكومة مباشرة أو يقوم بها ملتزم تحت إشراف السلطات الإدارية المختصة في نطاق القانون العام. ويساهم في تحديد صفة المرفق العام القواعد التي تضعها السلطة العامة لتنفيذه والقيام به والإشراف عليه.

وعلى ذلك ففكرة المرفق واتصال العقد به تعتبر شرطاً أساسياً ولزماً لتمييز العقد الإداري.

إن فكرة اتصال العقد بمرفق عام، وإن كانت شرطاً لازماً وضرورياً حتى يصبح العقد الذي تبرمه الإدارة إدارياً، إلا أنه شرط غير كاف؛ ذلك أن معيار المرفق العام وأن قام قرينة في هذه الحالة إلا أنها قرينة ليست قاطعة فقد حكمت محكمة القضاء الإداري المصري بذلك، وتأيد

(⁸⁸) rene chapus – droit Administratif general ed – 9- P.488 . TOME-1-

ذلك بحكم المحكمة الإدارية العليا^(٨٩) إذ ورد به "ومن حيث المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص. وأنه من المسلم به في فقه القانون الإداري أن اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام هو الشرط الفاصل في تمييز العقود الإدارية، ذلك أن اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بالمرفق العام إذا كان شرطاً لازماً لكي يصبح العقد إدارياً، فإنه لا يمكن بذاته لكي يضافي على العقد تلك الصفة، وبهذه المثابة فإن العقد يتسم بطابع العقود الإدارية وإذا لم يتضمن العقد شروطاً استثنائية فإنه لا مناص من خضوعه لأحكام القانون الخاص، إذ ينتقي عنه عندئذ وصف العقد الإداري"^(٩٠).

الشرط الثالث : أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة :

ذهب جانب كبير من الفقه إلى أن المعيار الأول لتمييز العقد الإداري هو الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص. ويقصد بهذه الشروط تلك الشروط التي من شأنها أن تعطي المتعاقدين حقوقاً أو تلقي عليهم التزامات تختلف بطبيعتها عن الشروط التي يمكن أن يتضمنها عقد مدني أو تجاري يقوم على أساس الإرادة الحرة.

وهذا الشرط يكاد يكون مستقراً عليه في القضاء الإداري الفرنسي والمصري، وفي ذلك قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ١٦/١٢/١٩٥٦ "إن علاقة العقد بالمرفق إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فأنها ليست مع ذلك كافية لمنحة تلك الصفة، اعتباراً بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص فنتبع بشأنه ما يتبع الأفراد في تصرفاتهم الخاصة، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور، مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد.

^(٨٩) (حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٤/١/١٩٩٥ رقم ٣١٢٨ لسنة ٢٠٠٤ ق ، مشار إليه لدى أ.د.

عمرو أحمد حسبو . المرجع السابق، ص ٤٧ .

^(٩٠) ET EN CE MEME SENS. JEAN- MARIEU BY ET PIERRE BON. DROIT ADMINSTRATIF DES BIENS . PAGE 133 .

وقد قضت محكمة النقض أن "العقد الإداري. ماهيته . وجوب أن تكون الدولة أو أحد الأشخاص العامة طرفاً فيه وانطوائه على شروط استثنائية غير مألوفة واتصاله بمرفق عام، يتحقق به معنى المشاركة في تسييره (الطعن رقم ٢١٧٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٣/٤/٢٨).

وقد قضت محكمة النقض بأنه "يتعين أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية التي تخضع للقانون الخاص" (الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١٢) وأرست أيضاً محكمة النقض مبدأ قانوني في بعض أحكامها بأنه من "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن إعطاء العقود التي تبرمها جهة الإدارة وصفها القانوني الصحيح باعتبارها عقوداً إدارية أو مدنية إنما يتم على هدى ما يجري تحصيله منها ويكون مطابقاً للحكمة من إبرامها وأن العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر إدارية إلا إذا تعلق بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص " (الطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٥/٢٩) ^(٩١)

ومرجع الاهتمام بضرورة توافر الشروط غير المألوفة في العقد إلى أنه الوسيلة التي تظهر فيه الإدارة في اختيار أسلوب القانون العام في إدارة المرفق العام وبالتالي تعبر عن اتجاهها في الظهور بمظهر السلطة العامة في العقد لا بمظهر الأفراد العاديين ومن ثم نيتها في خضوع هذا العقد لقواعد القانون الإداري لا قواعد القانون المدني.

وقد قضت محكمة النقض بأن "عقد التوريد ليس عقداً إدارياً على إطلاقه بتخصيص القانون، إسباغ هذه الصفة عليه. شرطه . إبرامه مع إحدى الجهات الإدارية بشأن توريد مادة لازمة لتسيير مرفق عام واحتوائه على شروط غير مألوفة في القانون الخاص، خلوه من هذه الشروط. أثره. عدم اعتباره من العقود الإدارية التي يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الناشئة عنها " ^(٩٢) .

^(٩١) هذه الأحكام وغيرها مشار إليها لدى أ/ إبراهيم سيد أحمد - مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية - ط ٢٠٠٠ .

^(٩٢) (الطعن رقم ٤٤٢٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١١/١٥ : مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض .

والمعنى أن تحديد العقد ليس قولاً مطلقاً وتحديداً جامداً ووصف بعض العقود بأنها إدارية وبعضها مدنية هو بتوافر الشروط اللازمة لإسباغ صفة الإدارية لبعض العقود - وأن اشتهرت بأنها إدارية واجمع عليها الفقه - فإن انتفت هذه الشروط اعتبرت مدنية يختص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها، ومن ثم فعقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T إذا انتفت شروط إداريته اعتبر عقداً مدنياً تسرى عليه أحكام القانون المدني .

وقد بلغ الاهتمام بضرورة توافر الشروط غير المألوفة في العقد ببعض الفقه إلى القول بأن هذا الشرط يمثل المعيار الوحيد الأساسي لتمييز العقود الإدارية وأنه كاف بذاته لتحقيق هذا الغرض.

والغالب من أحكام القضاء سواء المصري أو الفرنسي كما هو الراجح في الفقه أن يتوافر الشرطان معاً وكثير من الأحكام لا تميز بينهما في الأهمية فقد جاء حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ مارس ١٩٦٤ لسنة ٨ قضائية رقم ١٥٩٥ وقال "ان العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد الطرفين شخصاً معنوياً عاماً ويتكفل بنشاط مرفق عام ويتضمن شروطاً غير مألوفة". وكذا الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في ٢٠ ديسمبر ١٩٦٤ لسنة ٨ قضائية رقم ٥٦٤ قوله "المعيار المميز للعقد الإداري متى اتصل بالمرفق العام على أي صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة".

ويحاول الفقه^(٩٣) تأصيل الشروط الاستثنائية بالقول بأنها شروط لو وجدت في عقد مدني لاعتبرت باطلة أو أنها شروط مستحيلة، أو لا يفكر فيها المتعاقدان في إطار القانون المدني. أو أنها شروط غير معتادة في العقود المدنية، وقد استقر الرأي على أن تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة يعتبر الوسيلة المثلى للكشف عن نية الإدارة في اختيار وسائل القانون العام، وبالتالي رغبتها في الظهور بمظهر السلطة العامة وإخضاع العقد لقواعد القانون الإداري^(٩٤) .

ويشير الأستاذ الدكتور ثروت بدوي "إلى صعوبة وضع نظرية متماسكة للشروط الاستثنائية خاصة إذا ما لاحظنا في طبيعة الشروط الاستثنائية التي أعتبرها القضاء الإداري كذلك فمنها ما يكون مستحيلاً في عقود القانون الخاص ومنها ما يعد باطلاً لو تضمنه عقد مدني ومنها ما يكون مجرد شرط غير مألوف في هذه العقود، والأمر في النهاية يتوقف على ظروف

(٩٣) Vedel G la Notion de Clause exorbitante melanges mestre 1956. P.534 ets.

(٩٤) أ.د. عمرو أحمد حسبو . المرجع السابق ، ص ٥٠.

وملابسات الحالة المعروضة. فالشرط غير المألوف يعد شرطاً استثنائياً مؤدياً إلى إضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يتضمنه إذا وجد مع شروط أخرى غير مألوفة، أو إذا كان موضوع العقد لا يتلاءم مع قواعد القانون الخاص. وعلى العكس فإن الشرط غير المألوف يكون شرطاً عادياً إذا تضمنه عقد مرتبط بأملاك الدولة الخاصة أو بمرفق اقتصادي مثلاً. حيث الأصل هو اتباع أسلوب القانون الخاص ولذلك فإن الشرط غير المألوف يفسر لذلك الأصل ويعد شرطاً عادياً^(٩٥).

ويمكن الاستدلال على الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة بقرائن معينة كما يمكننا أن نشير إلى أبرز صور الشروط الاستثنائية كما عرفها القضاء الإداري:

أولاً: الشروط التي تعبر عن مظهر السلطة العامة في العقد وتعد باطلة إذا تضمنها عقد من عقود القانون الخاص.

وهذه الشروط كانت الأصل في تأسيس فكرة الشروط الاستثنائية فقد لوحظ فيها أنها تعبر عن وجود الدولة طرفاً في العقد فتحفظ لنفسها بامتيازات تجاه المتعاقدين معها أو تمكن المتعاقدين منها من استخدام مظاهر السلطة العامة تجاه الغير وهو أمر لا يتصور في عقود القانون الخاص ولا يملك الأفراد ممارسته أو تضمينه لعقودهم، وهذه الشروط يعتمد عليها القضاء الإداري باستمرار لتمييز العقد الإداري ويطبق عليها مبادئ القانون العام.

ثانياً : شروط لا تتضمن مظاهر السلطة العامة ولكن تعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

هذه الشروط لا تعتبر باطلة إذا تضمنها عقد من عقود القانون الخاص ولكن واقع الأمر أنها غير مألوفة لأنها تشكل إخلالاً بقاعدة المساواة بين المتعاقدين وتجعل مركز المتعاقدين غير متكافئ مما يجعل من غير المتصور أن يقبلها المتعاقدين بحرية واختيار.

فسلطة الإدارة في الإشراف على عملية التنفيذ هي أمر ممكن في عقود القانون الخاص ولكنه يعد أمراً غير مألوف إذا تعدى الأمر مجرد الإشراف إلى التوجيه والتسلط على التنفيذ بإصدار أوامر يلتزم المتعاقد باتباعها في عملية التنفيذ.

(٣) أ.د. ثروت بدوي . العقود الإدارية. ص ٩١، مشار إليه لدى الدكتورة/ عزيزة الشريف . المرجع السابق، ص ٦٨.

وكذلك سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بالزيادة في التزامات المتعاقد أو نقصاً منها أو التعديل في التنفيذ. مثل هذه الشروط لا تعد باطلة إذا تضمنها عقد من عقود القانون الخاص ولكنها غير مألوفة وغير متصور قبولها في عقد يقوم على حرية الإرادة والمساواة بين المتعاقدين.

ثالثاً : يلاحظ أن الإحالة إلى دفاتر الشروط التي تتضمن القواعد الخاصة بعقود الإدارة لم يعتبرها القضاء الإداري في حد ذاتها شرطاً استثنائياً دالاً على طبيعة العقد الإداري إلا إذا كانت الشروط التي يتضمنها هذا الدفتر هي بذاتها استثنائية إذ تعتبر بهذه الإحالة جزءاً من العقد الإداري ودليلاً على اتجاه نية المتعاقدين في اختيار أسلوب القانون العام في تعاقدتها ولهذا فإن هذه الإحالة لا تعد شرطاً غير مألوف وإنما هي شرط كاشف عن طبيعة العقد ونية المتعاقدين.

وهو الأمر أيضاً بالنسبة لإتباع المتعاقدين لإجراءات وأشكال التعاقد الإدارية كإجراءات المناقصات أو المزايدات فهذه الإجراءات يمكن اتباعها في العقود المدنية تماماً كالعقود الإدارية ومن ثم فهي لا تدل بذاتها على صفة العقد الإدارية^(٩٦).

رابعاً : الشروط الخاصة بتحديد الاختصاص القضائي :

هذه الشروط غير ذات أثر في حد ذاتها، إذ ليس بقدرة المتعاقدين تحديد جهة الاختصاص القضائي المدني أو الإداري بخلاف ما تقرره القواعد القانونية في هذا الصدد لأن هذه القواعد من النظام العام، ولذلك إذا كان من سلطة الإدارة أن تتبع أسلوب القانون العام أو الخاص في تسيير المرفق العام فليس في قدرة الإدارة والأفراد تحديد الاختصاص القضائي بما لا يتفق وطبيعة العقد. ولهذا فالنتيجة الحقيقية لمثل هذا الشرط كما هو الشأن بالنسبة لشرط الإحالة إلى دفاتر الشروط هو أنه كاشف عن نية المتعاقدين في تطبيق قواعد القانون المدني أو الإداري على العلاقة التعاقدية بينهما دون أن يؤدي . بذاته . إلى تحديد هذه القواعد. وهذا ما أشار إليه حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١١ مايو ١٩٩٠ إذ أن مكتب المساعدات الاجتماعية أجر من مكتب الإسكان العام مكاناً لإيواء ومساعدة المسنين بإيجار معتدل. فهل يسري القانون الخاص وبالتالي يختص القضاء العادي أم ينظر إلى الخلاف على أنه بين شخصين عاميين وبالتالي يختص القضاء الإداري؟ مفوض الدولة دانييل لايتبول تبنى رأي افتراض الصفة الإدارية للعقد المبرم من شخصين عاميين ولم ينظر إلى وجود شرط استثنائي من عدمه.

وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن " يتعين لاعتبار العقد عقداً إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة ، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد

(٩٦) أ.د. عزيزة الشريف . المرجع السابق، ص ٧١.

تسييره أو تنظيمه وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص . ولما كان العقد مثار النزاع قد أبرم بين الهيئة المدعية - والهيئة العامة للمواصلات السلكية واللاسلكية - والمدعى عليه بقصد الاستفادة من خدمات المرفق الاقتصادي الذي تديره الهيئة دون أن تكون له أدنى صلة بتنظيم المرفق أو تسييره فإنه يخضع للأصل المقرر في شأن العقود التي تنظم العلاقة بين المرافق الاقتصادية وبين المنتفعين بخدماتها باعتبارها من روابط القانون الخاص لانتماء مقومات العقود الإدارية فيها، وبالتالي يكون العقد موضوع الدعوى عقدا مدنيا تختص جهة القضاء العادي بالفصل فيما يثور بشأنه من نزاع " (٩٧) .

والمعنى المستفاد من هذا الحكم الذي حسم النزاع بين جهات الاختصاص القضائي أن الأصل في العقود أنها مدنية يختص القضاء العادي بنظر ما يثور بشأنها من نزاع والاستثناء اختصاص القضاء الإداري (مجلس الدولة) وذلك مرتبط بشروط أهمها انتهاج أسلوب القانون العام بما تضمنه من شروط استثنائية فإذا لم توجد هذه الشروط الاستثنائية خضع العقد لاختصاص القضاء العادي دون نزاع أو تنازع بين جهات الاختصاص القضائي ، وهذا ما أكدته الأحكام العديدة الصادرة من محكمة النقض المصرية بأن علاقة المنتفع بالسلطة المرخصة له بالانتفاع بالمال مملوك للدولة والمسندة إلى ترخيص إداري . خضوعها لقواعد القانون العام دون القانون الخاص منطوية. انتهاء الحكم المطعون فيه سائغا إلى اعتبار عقد النزاع المنصب على تأجير أرض صحراوية - مملوكة ملكية خاصة بالدولة - عقدا مدنيا لعدم تضمنه شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية. لا خطأ (٩٨) .

ولكن هذا الرأي يخالف أحكام مجلس الدولة والمحكمة الإدارية في حكمها الصادر بجلسة ٢٦ أبريل ١٩٨٤ إذ يتطلب الحكم لكي يختص القضاء الإداري بمجلس الدولة أن يتضمن العقد شرطا استثنائيا ولا عبرة بالأشخاص المتعاقدة (٩٩) .

(٩٧) طعن رقم ٧ لسنة (١) قضائية " تنازع " جلسة ١٩ يناير سنة ١٩٨٠ مشار إليه لدى المستشار - محمد عزمي البكري ، المرجع السابق ، ص ٤٨٨ .

(٩٨) الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٢/٥/١٩٩٣ ، والطعن رقم ٥٥٤ لسنة ٦٠ ق جلسة ٢٩/٥/١٩٩٤ ، والطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٧/٣/١٩٩٤ .

(٢) P. FRANCOIS COLLY

في تعليقه على حكم مجلس الدولة الصادر في ١١ مايو ١٩٩٠ . مجلة المستحدث للقانون الإداري . العدد ٢ سبتمبر ١٩٩٠ .

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفه شخصا معنويا عاما، ومتصلا نشاطه بمرفق عام، ومتضمنا شروطا غير مألوفة فى نطاق القانون الخاص وأن الإدارة حينما تبرم عقدا من العقود لا يعد بذاته عقدا إداريا حيث أن العقود التى تبرمها كشخص من أشخاص القانون العام بمناسبة ممارستها لنشاطها فى إدارة المرافق العامة وتسييرها ليست سواء، فمنها ما يعد إداريا تأخذ فيها الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وقد تنزل منزلة الأفراد فى تعاقدهم فتبرم عقودا مدنية تستعين فيها بوسائل القانون الخاص. وبناء على ذلك إذا فقد العقد شرطا من الشروط التى يتحقق مناط العقد الإدارى صار العقد من عقود القانون الخاص، ذلك كأن الإدارة صفتها كشخص معنوى عام، أو لا يكون العقد متصلا بمرفق عام من حيث نشاطه تنظيميا أو تسييرا - أو أتى العقد على غرار عقود الأفراد بأن كان خاليا من الأخذ فيه بأسلوب القانون العام بحيث لا يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة فى عقود القانون الخاص" (١٠٠) .

ويعتبر تكييف العقد بأنه عقد مدنى أو عقد إدارى يعتبر مسألة قانونية يخضع فيها قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض.

وبعد استعراض شروط العقد الإدارى ، فهل عقد الـ "B.O.T" عقد إدارى أم مدنى؟ ومن خلال قراءة مؤلفات كتب الفقه نجد أن فقهاء القانون قد اختلفوا في تحديد طبيعة عقد الالتزام بنظام الـ "B.O.T" إلى ثلاثة آراء :

الرأى الأول : يرى أن عقود الـ "B.O.T" عقود إدارية (١٠١):

فقد ذهب هذا الرأى إلى أن عقود الـ B. O . T هى عقود إدارية وماهى إلا نظام الامتياز القديم تحت مسمى جديد . وما دام عقد الامتياز يعد عقدا إداريا بطبيعته فأن عقود الـ B.O.T. تعد كذلك فالإدارة طرف فى العقد ويتعلق بإنشاء مرفق عام ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص لأن السلطة تتدخل دائماً بتعديل العقد دون حاجة إلى موافقة المتعاقد .

ويترتب على الأخذ بهذا الرأى نتائج تتمثل فيما يلى : -

(١٠٠) الطعان رقما ٢٣٢٦، ٣٤٩٣ لسنة ٤٢ ق.ع. جلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ .

(١٠١) د. عمرو أحمد حسبو، المرجع السابق، ص ٨٩، المستشار / محمود فهمى - البحث السابق - ص ٩.

- ١- خضوع العقد لمراجعة مجلس الدولة إذا زادت قيمته على خمسة آلاف جنيهاً مصرياً.
- ٢- ضرورة اتباع الإدارة للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات العامة .
- ٣- إذا لم يكن بالعقد نص خاص بالتحكيم ، يخضع العقد حال المنازعة لقضاء مجلس الدولة .

الرأي الثاني : يرى أن عقود الـ " B.O.T " عقود مدنية :

وهذا الرأي يرى أن عقود الـ B. O. T ليست عقوداً إدارية في مصر ، إنما هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقواعد القانون المدني والقانون التجارى^(١٠٢) ، وينعقد الاختصاص فى شأنه للقضاء العادى ما لم يكن بالعقد نص يجيز التحكيم ويستند هذا الرأى إلى أن جميع عقود الـ B . O . T فى مصر تقوم على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ويسودها مبدأ سلطان الإرادة ، ولهذا تعد عقوداً من عقود القانون الخاص^(١٠٣) وهذه العقود من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازنة بين الطرفين دون أن يكون للإدارة سلطات تميزها عن الطرف الآخر . فليس بها شروط استثنائية غير مألوفة فى تعامل الأفراد بعضهم مع بعض ، ومن ثم يفقد العقد عنصراً هاماً من عناصر تمييز العقد الإدارى . كما أن فكرة العولمة والخصخصة التى سادت أغلب دول العالم فى الآونة الأخيرة تفرض على الدولة أن تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها . لأنها إن تميزت بسلطات استثنائية فلن تجد متعاقداً معها لديه القدرة التكنولوجية ومن الناحية العملية فقد جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد فى عقود الـ B.O.T. أن عقدهم عقد مدنى وليس عقداً إدارياً مما يترتب عليه عدم اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التى تترتب على هذه العقود بل ينعقد الاختصاص إما إلى التحكيم أو إلى القضاء العادى ، ويضيف هذا الرأى ، أن عقد الـ B.O.T عقد من عقود القانون الخاص فيما عدا طريقة تنفيذ

(١٠٢) أ.د. محمد بهجت قايد، المرجع السابق، ص ٢٨، أ.د. / سامى عب الباقى صالح - رسالة دكتوراه .

Les projets Internationaux . De Construction Menes Selon La Formul (B.O.T) Droit Egyptien droit Francis , 2000, Paris.

(١٠٣) وقد تقابلت مع أستاذ القانون العام . الأستاذ الدكتور / محمد محمد بدران فى الدورة التدريبية التى عقدت بكلية الحقوق - جامعة القاهرة - مركز البحوث والدراسات القانونية للتنمية الإدارية ١٣ مارس ٢٠٠٠ - ١٥ مارس لسنة ٢٠٠٠ وسألته عن طبيعة العقود التى أبرمت فى مصر بنظام الـ B. O . T فى الوقت الحاضر فقرر سيادته بأن طبيعتها مدنية وليست إدارية.

الخدمة العامة أو وجود شرط خاص ، فالدولة تتصرف كشخص خاص، فإذا كان الامتياز مخولاً بقرار من مجلس الوزراء فهذا لا يغير من طبيعة أن العقد عقد قانون خاص (١٠٤) .

الرأي الثالث : يرى أن عقود الـ "B.O.T" ذات طبيعة خاصة (١٠٥)

وهذا الرأي يرى أن كلا الرأيين السابقين غير سليم لأن عقود الـ B.O.T. يتم عقدها من خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة بحيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الصدد وينتهي هذا الرأي إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي ليست ذات طبيعة واحدة . ولا تخضع لنظام قانوني واحد فتارة تكون عقوداً إدارية وتارة أخرى تعد من عقود القانون الخاص . فالعبرة بتحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه وردة إلى النظام القانوني الذي يحكمه وناشد هذا الرأي المشرع بوجود قواعد قانونية جديدة تحكم الأمور التالية:

- ١- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع .
 - ٢- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج .
 - ٣- إجراءات تسوية المنازعات ودياً .
 - ٤- كيفية إعادة المشروع للدولة .
 - ٥- الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها من الأفراد .
- الجدير بالذكر أن عقود الـ "B.O.T" التي تمت حديثاً في مصر (١٠٦) قد أخذت تتحرر من القيود الاستثنائية والصلاحيات غير العادية التي تتصف بها عقود الإدارة العادية وكما

(104) SAMAY ABD EL BAKH:

Les projets Internationaux . De Construction Menes Selon La Formul (B.O.T) Droit Egyptien droit Francais, 2000, Paris, P. 242 .

(١٠٥) أ/ خالد بن محمد عبد الله العطية - الرسالة السابقة - ص ٧٢، ٧٣، أ . د/ أنس جعفر - العقود الإدارية - ص ٨٣.

(١٠٦) عقد إنشاء واستغلال مطار مرسى علم مثلاً فقد طرحت الهيئة المصرية العامة للطيران المدني تنفيذ مطار مرسى علم في مناقصة عامة وتم إسنادها إلى أحد المستثمرين الكويتيين (شركة إيماك مرسى علم) وتم التعاقد على تنفيذ إنشاء المطار خلال ثلاث مراحل في الفترة من عام ١٩٩٩ وحتى عام ٢٠٢٦ ومدة الامتياز ٤٠ عاماً وقد تم نزول أول طائرة على

يراهما الفقه والقضاء في كل من مصر وفرنسا، فعقود الـ "B.O.T" المصرية تبعد في صياغتها عن تأثير الفقه والقضاء الفرنسيين على العقود الإدارية ^(١٠٧) ولذا فإن إقامة المشروعات وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T" التي تتم وفقاً لها الاستثمارات المصرية تتم وفقاً لصيغة عقدية أقرب لعقود القانون الخاص وما يسوده من مبدأ سلطان الإرادة أكثر من عقود القانون العام وما يسودها من تمتع الإدارة بسلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، وهذا ما أوصت به توجيهات منظمة اليونيدو (UNIDO) التي انتهت إلى التوصية باستخدام العقد كأداة لتنظيم نظام الـ B.O.T. لأنه أكثر مرونة من الترخيص الإداري ^(١٠٨).

ويقول البعض ^(١٠٩) "وأن ما تتضمنه هذه العقود من شروط متوازنة وأهمها إخضاعها للتحكيم وإقضاؤها عن قضاء مجلس الدولة الذي يبسط سلطانه على العقود الإدارية فهو أكبر دليل على ذلك". كما يقرر البعض ^(١١٠) أن العقود التي تبرم بنظام الـ "B.O.T" ليست من عقود القانون الإداري لأنها لا تتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص. وذلك أن السلطات الممنوحة للشركات المنفذة من الدول المضيفة هي سلطات لا حدود لها خلال فترة التشغيل والتي قد تصل إلى تسعة وتسعون عاماً، كما أنه ليس في ذلك اعتداء على سيادة الدولة".

ونحن . من جانبنا . نؤيد الرأي الثاني ونرى أن عقود الـ "B.O.T" التي تمت حديثاً في مصر أخذت تتحرر من القيود الاستثنائية والصلاحيات غير العادية ومن ثم فهي عقود مدنية .

المطلب الثاني

النتائج المترتبة على مدنية عقد "B.O.T"

يترتب على مدنية عقد "B.O.T" نتائج وآثار منها :

أرض المطار في أكتوبر لعام ٢٠٠٠ كتجربة للممر الرئيسي وتم افتتاح المطار للتشغيل بطاقته الأولية في عام ٢٠٠١.

^(١٠٧) أ.د. محمد بهجت قايد . المرجع السابق، ص ٢٥.

⁽¹⁰⁸⁾ UNIDO . (B.O.T.) GUIDELINES . 1996 . P. 224.

^(١٠٩) أ.د. محمد بهجت قايد . المرجع السابق، ص ٢٩.

^(١١٠) أ.د. سينوت حليم دوس . مقال بجريدة الأهرام المصرية ٢٠٠٠/٧/٨، ص ١٠ .

أولاً : أن عقد الـ "B.O.T" يخضع في تنظيمه وبيان أركانه وشروط صحته لقواعد القانون المدني.

ثانياً : أن أثر الالتزامات وتحديدها التي تنشأ عن الرابطة العقدية تخضع للقانون المدني.

ثالثاً : أن عقد الـ "B.O.T" يخضع في منازعاته للقضاء العادي ويحكمه القانون المدني^(١١١).

رابعاً : أن طرفي عقد "B.O.T" في مراكز قانونية متساوية ليس لأحدهما على الآخر أفضلية أو مركز أقوى من الطرف الآخر فهما على قدم المساواة سواء بسواء.

خامساً : عدم سريان قوانين التأمين على عقد الـ "B.O.T" .

سادساً : ان الإدارة أو الدولة المتعاقدة في عقد الـ "B.O.T" لا تتعاقد بصفتها سلطة عامة بل كأحد الناس فالدولة لا تحتفظ لنفسها بامتيازات تجاه المتعاقد معها أو تمكن المتعاقد معها من استخدام مظاهر السلطة العامة تجاه الغير .

سابعاً : لا يجوز للإدارة بإرادتها المنفردة تحميل المتعاقد معها بالتزامات يتطلبها سير المرفق أو استقلالها بوضع شروط العقد وإلزام المتعاقد بتنفيذها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء.

ثامناً : لا يجوز للدولة المتعاقدة أن توقع الجزاءات على الملتزم كتوقيع الغرامة عند الإخلال بأي شرط من شروط العقد أو بسلطتها في فسخ العقد دون اللجوء للقضاء.

تاسعاً : لا يخضع عقد الـ "B.O.T" لأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

عاشراً : لا تملك الإدارة أو الجهة المتعاقدة سلطة استرداد المرفق أو إسقاط الالتزام دون انتهاء مدته إلا بعد الرجوع للقضاء.

حادي عشر : دستور العلاقة بين الملتزم وجهة الإدارة أن العقد شريعة المتعاقدين طبقاً لنص المادة ١٤٧ من القانون المدني .

ثاني عشر : تتبع في عقود الـ B.O.T في إنشائها وتفسير وتحديد التزاماتها القانون الخاص وليس القانون العام ذلك لأن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص لا نجد لها أثراً في هذا النوع من العقود.

(¹¹¹)Geores Dupuis – Marie Jose Guedon et Patuice Chetien – Droit administratif p.386.

ثالث عشر : أن الإدارة في عقد "B.O.T " تلعب الاتفاقات فيها الدور الأول والأخير فلا تستطيع الإدارة أن تلغي مشروعاً كما لا تستطيع أن تسحب المشروع من صاحب عقد الـ B.O. T لتقدمه لشخص آخر نتيجة بطله أو تملكه في التنفيذ^(١١٢).

(١١٢) أ.د. سنيوت حليم دوس . مقال في جريدة الأهرام ٢٣/٢/٢٠٠١، ص ١٠.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لعقد "B.O.T"

تمهيد وتقسيم :

اختلف الفقه والقضاء في التكييف القانوني لعقد الالتزام "B.O.T" وذلك لأن مسألة التكييف لها أهمية بالغة بالنسبة لأية علاقة قانونية. فالتكييف مسألة أولية لازمة لتحديد النظام القانوني الذي تخضع له هذه العلاقة، ونشأ عن هذا الخلاف وجود ثلاثة آراء كل رأي له حجته ومؤيدوه ومناصروه ولذا وجب أن نستعرض هذه الآراء الثلاثة في ثلاثة مطالب، ومطلب رابع نبين فيه الطبيعة القانونية لعقد الـ "B.O.T" في مصر.

المطلب الأول

الالتزام تصرف من جانب واحد

وهذا الرأي هو ما نادى به الفقه الألماني والإيطالي. وقال هذا الرأي: أن الامتيازات سواء تعلقت بمرافق عامة (أي امتيازات المرافق العامة) أو غيرها، ذات طبيعة منفردة أي أنها أعمال صادرة من طرف الإدارة وحدها، وأن حقوق الملتزم لا تستمد من عقد يربطه بالجهة الإدارية وإنما من ذلك العمل القانوني الصادر من الإدارة وحدها، وأن دور الملتزم مقصور على قبول الالتزامات التي تتضمنها وثيقة الامتياز، فالامتياز عمل قانوني له نفس طبيعة القرار الإداري الصادر بتعيين موظف، وكما أن القبول ركن أساسي في قيام الرابطة الوظيفية كذلك يشترط قبول الملتزم لوثيقة الالتزام^(١١٣).

وينتهي هذا الرأي إلى أن الجهة الإدارية مانحة الامتياز أو الالتزام تملك سحب أو تعديل شروط الالتزام في أي وقت بإرادتها المنفردة دون توقف على إرادة الملتزم، وهذا من وجهة نظر ما نادى بهذا الرأي ميزة للدولة المانحة للحفاظ على المرافق العامة وما تمثله من اقتصاد قومي للدولة المانحة.

(١١٣) أ.د. ثروت بدوي، ص ١٥ مشار إليه لدى أ/ خالد بن محمد عبد الله العطييه . المرجع

السابق، ص ٥٨

ولكن معارضي هذا الرأي ينكرون عليه ذلك ويقولون بأن هذا الرأي معيب لكونه يغفل دور الملتزم للحد الذي يهدد مركزه ويدفعه للامتناع عن التعاقد مع الإدارة.

المطلب الثاني

عقد الالتزام عقد مدني

وهذا الرأي نادى به الفقه الأنجلوسكسوني ويذهب إلى أن عقد الالتزام عقد مدني تسوده قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن الإدارة والملتزم على قدم المساواة لا فرق بينهما ويحكمهما العقد المبرم بينهما. فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين (م ١٤٧ مدني) وهذا الرأي لا يغفل دور الملتزم ويدفعه للتعاقد مع جهة الإدارة ويملى شروطه التي يرغب فيها ويريد أن يتعاقد على أساسها وهذه ميزة في نظر أصحاب هذا الرأي.

ولكن المعارضين لهذه الوجهة قالوا : بأن هذا الرأي يعيبه :

١ . إغفال حق الإدارة في التدخل وتعديل شروط الامتياز وهذا يتنافى مع طبيعة النشاط الذي يقوم المرفق على تحقيقه وهو الخدمة العامة.

٢ . إغفاله أن عقد الالتزام يقدم للملتزم مزايا لا يتمتع بها غيره من أطراف العقود المدنية كشغل الدومين العام واحتكار تقديم خدمة عامة.

٣ . هذا الرأي يجعل عقد الالتزام جامداً لا يتطور .

والشروط التي لا يجوز نقضها ولا تعديلها هي الشروط الواردة في عقد الالتزام وفي دفتر الشروط الملحق به. ولما كانت هذه الشروط تقرر عادة كيفية تنظيم المرفق وطرق تسييره وإدارته واستغلاله والأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق والضمانات التي تكفل مصالح هؤلاء العملاء، فإن أكثر هذه الشروط كما نرى تتعلق بحقوق الغير سواء أكانوا هم العملاء أو كانوا الموظفين الذين يستخدمهم الملتزم في إدارة المرفق واستغلاله.

لذلك حاول أصحاب هذا الرأي أن يعللوا كيف يتأثر هؤلاء الغير بعقد لم يكونوا طرفاً فيه ويكسبون منه حقوقاً على الوجه المتقدم وقد فسروا ذلك بأنه اشتراط لمصلحة الغير، فتكون السلطة الإدارية هي المشترط والملتزم هو المتعهد والعملاء والموظفون هم المنتفعون. وقد كسبوا من عقد الالتزام هذا حقاً مباشراً يستطيعون أن يتمسكوا به قبل الملتزم، وبقبول التعاقد معه على أساس عقد الالتزام يكونون قد قبلوا هذا الحق فأصبح غير قابل للنقض طبقاً للقواعد المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير .

فقد قضت محكمة النقض بأن " للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير . أثره . اكتساب الغير المنتفع حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط للأخير التمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد" (١١٤) .

والمعنى أن عقد الـ B.O.T يولد التزامات مباشرة للمنتفعين والعملاء قبل الملتزم بالرغم من إبرامه بين السلطة الإدارية والملتزم وذلك طبقا للقواعد المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير قانونا وقضاء . ويحل محل الدولة أو الجهة الإدارية فيما اشترطته الأخيرة من التزامات على الملتزم (المستثمر) وذلك طبقا لنص المادة ١/٧٢٥ من القانون المدني .

المطلب الثالث

عقد الالتزام عقد مركب

وهذا الرأي هو ما نادى به الفقه الفرنسي (١١٥) والفقه المصري. وهذا الرأي وسط بين الرأيين السابقين ومفاده أن : عقد الالتزام عقد مركب ذو طبيعة خاصة يشمل نوعين من القواعد:

أ . النوع الأول : نصوص تنظيم العلاقات المالية بين الملتزم والسلطة المانحة للالتزام. مثال ذلك : مدة الالتزام، وأسباب الانتهاء، وطريقة التنفيذ، وتاريخ الانتهاء، والشروط والجزاءات. وهذه النصوص تعاقدية لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا بموافقة الطرفين ويتحمل الطرف المخالف تعويض الطرف الآخر.

ب . النوع الثاني : نصوص تتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام كالنصوص الخاصة بمواعيد تقديم الخدمة وشروط الانتفاع بها والرسوم وغير ذلك وهذه النصوص لاثنية يكون للإدارة تعديلها أو إلغاؤها دون التوقف على إرادة الملتزم.

وهذا الرأي قد ساد بصدد تحديد طبيعة الالتزام والنظر إليه باعتباره عقداً إدارياً بطبيعته، وأنه عقد من طبيعة خاصة أو من نوع خاص إذ أنه يتميز بخصائص معينة تظهر في تفويض الملتزم بمباشرة بعض امتيازات السلطة العامة مثل سلطته في فرض أعباء على الأفراد تقتضيها

(١١٤) الطعن رقم ٢٧٨ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/١١/١٥ .

(٢) ANDRE TRASBOT : L'ACTE D'ADMINISTRATION EN DROIT,PRIVE FRANCAIS . PAGE 121

إقامة منشآت المشروع وسلطته في تحصيل رسوم من المنتفعين وسلطته في شغل الدومين العام وممارسة بعض مظاهر سلطات "البوليس"^(١١٦) ولهذا فإن عقد الالتزام لا يمكن النظر إليه باعتباره عقدًا مدنيًا خالصًا، كما كان سائدًا في القرن الماضي وإنما هو عقد من نوع خاص لا نظير له في العقود المدنية وأحكامه لا تخضع للقواعد المدنية وإنما لأحكامه الخاصة وما تتضمنه قائمة الشروط وما تنص عليه القوانين الخاصة به^(١١٧).

وقد قضت محكمة الإسكندرية المختلطة بأن العقد ما بين الإدارة والملتزم ليس عقدًا مدنيًا، بل هو عقد من نوع خاص^(١١٨).

المطلب الرابع

الطبيعة القانونية لعقد "B.O.T" في مصر

لقد مر تكيف عقد امتياز المرافق العامة بمراحل فقد أعتبر القضاء في البداية عقد الالتزام عقدًا مدنيًا، وكان هذا هو اتجاه المحاكم المختلطة، إلا أن القضاء عدل فيما بعد عن هذا الرأي وأخذ بالتكيف الحديث للطبيعة القانونية المركبة لعقد التزام المرافق العامة وخاصة منذ حكم محكمة الإسكندرية المختلطة في ١٩٢٨/١٢/٢٩ فقد قضت محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٤٨٥ ورقم ١٣٦٧ لسنة ٧ قضائية إلى أن الدولة "....." وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة فأنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاونًا لها ونائبًا في أمر هو من أخص خصائصها وهذا النوع من الإنابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعتبر تنازلًا أو تخليًا من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل.

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزًا لائحيًا يتضمن تخويل الملتزم حقوقًا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله. وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها، أما المركز التعاقدي فيعتبر

(١١٦) أ.د. عزيزة الشريف . المرجع السابق، ص ٧٧.

(١١٧) أ.د. توفيق شحاته : التزام المرافق العامة.

(١١٨) الإسكندرية المختلطة ١٧ نوفمبر ١٩٤٤ مشار إليه في الوسيط . السنهوري . ج ٧ . ص ٣٧١.

تابعاً له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام.. وأنه ولو أن الشروط اللائحية تنقرر باتفاق يبرم بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، إلا أن هذا الاتفاق ليس عقداً ولا يترتب عليه التزامات دائنية ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزاً قانونياً أو لائحياً فأن حق الدولة في تعديل المركز بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل" (١١٩).

ويعتبر تعريف القانون المدني المصري لعقد الالتزام تأكيداً لطبيعته المزدوجة اللائحية والتعاقدية.

أما القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بتنظيم امتياز المرافق العامة فقد ميز بين النصوص اللائحية والنصوص التعاقدية في عقد الالتزام ورتب على هذا التمييز نتائج قانونية، إلا أن الوضع في مصر قد تغير بتغير السياسة الاقتصادية منذ صدور قانون قطاع الأعمال رقم ١٢٣ لسنة ١٩٩١ بشأن تحويل غالبية المشروعات العامة من تبعية القطاع العام إلى نشاط القطاع الخاص وأخذت الدولة بنظام الخصخصة للمشروعات العامة.

ومن ضمن أساليب الخصخصة لجوء الدولة لإنشاء وإدارة المرافق العامة بنظام "B.O.T" وتعديل بعض القوانين لتتفق مع السياسة التي انتهجتها الدولة لتحقيق ذلك فبدأت بإصدار القوانين المعدلة للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فصدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة محطات توليد الكهرباء ثم صدر القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتنظيم منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب لإنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية ثم صدر القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول ثم صدر القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن الموائئ التخصيصية وقد تضمنت هذه القوانين أحكاماً وشروطاً وقواعد لمنح التزامات المرافق العامة المنصوص عليها وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه. كما أننا قلنا (١٢٠) أن الإحالة إلى دفتر الشروط ليست شروط استثنائية إلا إذا تضمنت هذه الشروط في حد ذاتها شرطاً استثنائياً دالاً على الطبيعة الإدارية للعقد.

ومن ثم فعقد الـ "B.O.T" في الوقت الحالي عقد مدني يخضع لأحكام وقواعد القانون المدني ويؤكد ذلك العقود التي أبرمت في الآونة الأخيرة، كما أن اختصاص التحكيم للمنازعات

(١١٩) أ.د. عزيزة الشريف . المرجع السابق . ص ٧٩.

(١٢٠) ص ٣١ سابقاً.

الخاصة بهذه العقود لأكبر دليل على مدنية تلك العقود وينفس القدر بعدها على إداريتها. ويؤكد هذا النظر كثيرون من الباحثين والفقهاء ^(١٢١).

ويرى البعض ^(١٢٢) ضرورة البعد عن محاولة وضع تكييف واحد عام ينطبق على هذه العقود أيا كانت الشروط والعناصر والظروف والملايسات المحيطة بكل عقد على حده، لأن هذه المحاولة محكوم عليها بالفشل ولكن الأفضل هو تكييف كل عقد على حده في ضوء شروطه وعناصره والظروف والملايسات المحيطة به، وبناء عليه قد يختلف تكييف العقد من حالة لأخرى أو بالأحرى من عملية لأخرى.

نخلص من ذلك كله . من وجهة نظرنا . أن عقد الـ "B.O.T" وخاصة في مصر . عقد من عقود القانون المدني . تحكم انشاؤه ومنازعاته وقواعد وأحكام القانون المدني باعتبار أن هذا العقد شكل متطور من أشكال عقد المقاولة، ونقترح أن تضاف مادة برقم ٦٦٨ مكرر في القانون المدني المصري توضح تعريف عقد إنشاء واستغلال وإعادة المرفق العام والمعروف بنظام الـ "B.O.T".

(١٢١) أ.د. سينوت حليم دوس ، وكذا أ.د. محمد بهجت عبد الله فايد . المرجع السابق، ص ٢٩.

(١٢٢) أ. خالد بن محمد عبد الله العطيه . المرجع السابق، ص ٧٣.

الباب الثاني

في أحكام عقد إسناد المشروعات العامة

بنظام الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

لاشك أن عقد منح التزام المرافق العامة . بمفهومه المعاصر . كعقد مقاوله يخضع كباقي عقود المقاولات الأخرى للمبادئ العامة المنصوص عليها في التقنيات المدنية وذلك فيما يتعلق بإبرامه وتنفيذه وانحلاله، على أننا نبادر إلى القول بأن خضوع هذا العقد لتلك المبادئ، لا يعني أن هناك تماثلاً تاماً بين عقد منح التزام المرافق العامة . بمفهومه المعاصر . وبقية عقود المقاولات الأخرى. فلا يمكن لأحد أن ينكر أن العلاقات بين الملتزم والجهة مانحة الالتزام وعملاء المرفق تخضع لمعطيات تختلف في جزء كبير منها عن تلك التي يخضع لها باقي المقاولين. فالظروف الخاصة التي تحيط بالملتزم سواء عند إبرامه العقد أو تنفيذه للعمل المطلوب منه والتزامه بالصيانة والتشغيل للمرفق والالتزام بإعادة المرفق بكامل وحداته ومكوناته خير شاهد على خصوصية هذا العقد، وهذه الخصوصية تظهر . بصفة عامة . في جميع مراحل العقد أي في مرحلة إبرامه وتنفيذه وانحلاله. ولذا فإن الإلمام الكامل بأحكام عقد منح التزام المرافق العامة . بمفهومه المعاصر بنظام الـ B.O.T. وبالخصوصيات التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى، يستوجب تقسيم هذا الباب إلى سبعة فصول نبين في الفصل الأول منها الكيفية التي يتم بها إبرام العقد، وفي الفصل الثاني نوضح الآثار المترتبة على هذا العقد، وفي الفصل الثالث نستعرض ماهية الالتزام بإنشاء للمرفق العام موضوع العقد، وفي الفصل الرابع نستعرض بيان ماهية الإدارة والتشغيل، وفي الفصل الخامس نبين مدى مسؤولية الملتزم تجاه العملاء ومسئوليته عن المقاولين من الباطن، وفي الفصل السادس: نبين فيه وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T. ، وفي الفصل السابع : نذكر أسباب انقضاء عقد التزام المرافق العامة.

وبناء على ما تقدم فإن بحثنا لهذا الباب سوف يسير . بتوفيق من الله . وفق الخطة

التالية:

فصل أول : كيفية إبرام عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. .

فصل ثان : آثار عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T .

فصل ثالث : ماهية الالتزام بإنشاء

فصل رابع : ماهية الالتزام بالإدارة والتشغيل.

فصل خامس : مدى مسؤولية الملتزم تجاه العملاء ومسؤوليته عن المقاولين من الباطن.

فصل سادس : وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T.

فصل سابع : أسباب انقضاء عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T.

الفصل الأول

إبرام عقد التزام المرافق العامة

بنظام الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

بادئ ذي بدء يجب تحديد المشروع وإعداد الجهة مانحة الامتياز لطرح العطاء وإعداد الكفيل للعطاء واختيار المتعاقدين الأصليين، فسلطة التخطيط في الدولة المضيفة للمشروع عند إبرامها لعقد منح التزام المرافق العامة بأسلوب الـ "B.O.T" يكون أمامها نماذج أخرى للتمويل ولكنها تؤثر أسلوب "B.O.T" لمزاياه بالنسبة للدولة. فالحكومة أو أحد أشخاص القانون العام تقوم بتحديد مشروعات البنية الأساسية التي يحسن تمويلها من القطاع الخاص من بين المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات أو من قصورها، والغالب أن تضع الحكومة قائمة بتلك المشروعات التي تقدر من خلالها الحكومة حاجة المواطنين إليها تسهياً على المستثمرين واتساقاً مع السياسة العامة للدولة^(١٢٣). وبعد تحديد فكرة المشروع يتم اتخاذ القرار من الجهة المختصة بتنفيذه على طريقة الـ "B.O.T" ويتم اتخاذ باقي الخطوات الأخرى كإعداد الحكومة لطرح العطاء. وتقوم الإدارة وهي في سبيل استيفائها لاحتياجاتها وحاجات مراقفها بإنشاء رابطة تعاقدية مع غيرها سواء أكانت شركات وطنية أو أجنبية أو أفراد عاديين أجانب أو وطنيين. ومما لاشك فيه أن العقود التي تبرمها الإدارة إما أن تكون عقوداً إدارية تمارس فيها مظاهر السلطة العامة، أو تكون عقوداً خاصة تتساوى فيها مع الأفراد من حيث الهدف والغرض الذي يسعى إليه الأفراد وهو تحقيق الأرباح وتوفير الخدمة بأسعار معقولة، وهذه العقود الأخيرة قد أخضعها المشرع للقانون المدني ومن ثم تخضع . وقت التنازع . للقضاء العادي وعقد التزام المرافق العامة كغيره من العقود لا ينعقد صحيحاً إلا بتوافر الأركان العامة في العقود وهي الرضا بين طرفين ذوي أهلية لإبرامه، والمحل، والسبب، ويسبق ذلك أن الجهة مانحة الالتزام عندما تشرع في التعاقد مع أشخاص القانون الخاص يجب عليها أن تقوم بدعوة الراغبين في التعاقد بما يضمن التنافس بين الراغبين في التعاقد مع الجهة الإدارية.

(١٢٣) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية . المرجع السابق . ص ٧٦ .

وعليه فإن بحثنا لهذا الفصل ينقسم إلى مبحثين :

المبحث الأول : نتناول فيه طرق إبرام عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T .

المبحث الثاني : نتناول فيه شروط انعقاد وصحة العقد.

المبحث الأول

طرق إبرام عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T.

إن إبرام عقد من عقود المقاولات بصفة عامة يغلب أن يبرم وفقاً لأكثر من طريقة واحدة ويمكن التمييز بين ثلاث طرق مختلفة :

الطريقة الأولى : التعاقد بطريق الممارسة (المساومة):

الممارسة هي الطريق العادي لإبرام العقود بوجه عام. وتتمثل هذه الطريقة في أن يختار رب العمل مقاولاً يثق في كفايته ويعهد إليه مباشرة مهمة تنفيذ العمل المطلوب. في هذه الحالة يغلب أن يكون رب العمل هو الذي بدأ بالإيجاب الذي يكون المقاول في حل أن يرفضه أو يقبله. وقد يسبق القبول من جانب المقاول مفاوضات يتفاوض فيها المقاول مع رب العمل على شروط العمل والأوصاف اللازم توافرها فيه ومن خلال هذه المفاوضات يطلب رب العمل تحديد الأجر وعمل المقاييس اللازمة للعمل المطلوب. وحتى هذه المرحلة لا يلتزم رب العمل بأي أجر للمقاول ومع ذلك تتعدد المسؤولية غير العقدية لرب العمل إذا كان قد طلب عمل مقاييس معينة دون أن تتجه نيته إلى تنفيذ الأعمال الواردة في المقاييس المطلوبة^(١٢٤).

هذا بالنسبة للمقاول أما المهندس المعماري فالوضع يختلف فله أن يطالب بأجر مستقل عن التصميم أو الرسم الذي وضعه بتكليف خاص من رب العمل لأن التصميم في ذاته عمل فني ذو قيمة ويتكلف جهداً ووقتاً. بل أن اتفاق رب العمل مع المهندس على وضع التصميم هو ذاته عقد مقاول يرد على التصميم ويمهد لعقد المقاول الأصلي^(١٢٥).

وقد نصت المادة ٦٦٠ الفقرة الثانية من القانون المدني على أن "يستحق المهندس المعماري أجراً مستقلاً عن وضع التصميم وعمل المقاييس وآخر عن إدارة الأعمال. فإن لم يحدد العقد هذه الأجر، وجب تقديرها وفقاً للعرف الجاري".

(١٢٤) أ.د. محمد ناجي ياقوت . العقود المسماة . ص ٤٢٧ .

(١٢٥) أ.د. عبد الرزاق السنهوري . الوسيط . الجزء السابع . ص ٥١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن " الممارسة . ماهيتها . المطالبة بفسخ العلاقة المترتبة عليها حق لأى من الطرفين طبقاً للمادة ١٥٧ مدنى قضاء الحكم المطعون فيه بفسخ العلاقة بين الشركة الطاعنة والمطعون ضدها لإخلال الطاعنة بالتزاماتها فيها . صحيح " (١٢٦) .

والمستفاد من هذا الحكم أن : الممارسة أداة من أدوات التعاقد ومن ثم فالممارسة أسلوب من أساليب التعاقد لعقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T .

الطريقة الثانية : التعاقد بطريق المسابقة :

تتمثل هذه الطريقة في أن رب العمل يقيم مسابقة عامة يدعو فيها المتخصصين إلى الاشتراك في تلك المسابقة بوضع أفضل تصميم أو رسم لازم للعمل المطلوب، وذلك عن طريق الإعلان في الصحف أو غير ذلك من وسائل الإعلان لكل من يريد الدخول في المسابقة ويعين العمل المطلوب تعييناً كافياً ويعين رب العمل عادة لجنة من المحكمين يوكل إليهم فحص التصميمات المقدمة في المسابقة لاختيار أفضلها. ويحدد جائزة للفائز من المتسابقين وقد تكون الجائزة هي التعاقد مع صاحب أفضل تصميم على تنفيذ الشروط التي تكون قد ذكرت في دفتر الشروط (إن وجد) وقد يتحفظ رب العمل فيذكر في إعلان المسابقة أنه غير ملزم بإبرام عقد المقابلة مع الفائز من المتسابقين "وهذا ما يحدث عملاً غالباً" ولكنه في هذه الحالة يعين جائزة للفائز في المسابقة لمكافأته على جهوده في وضع التصميم.

والمفروض أن رب العمل إذا لم يتحفظ ويذكر أنه غير ملزم بالتعاقد مع الفائز يكون ملزماً بالتعاقد معه ويعتبر إعلان المسابقة دعوة إلى التعاقد ولا يعتبر إيجاباً، والإيجاب هو تقدم المتسابق إلى المسابقة وهو إيجاب معلق على شرط فوزه فيها (١٢٧) فإذا ما فاز كان هذا إيجاباً باتاً ووجب أن يتصل به قبول رب العمل، ورب العمل ملزم بالقبول إلا إذا قامت أسباب مشروعة تمنعه من التعاقد، فعند ذلك يعرض الفائز تعويضاً عادلاً عن جهده ووقته، هذا إذا لم يكن قد نال جائزة طبقاً لشروط المسابقة. والأصل في هذا التعويض أن يكون نقدياً، ولكن يجوز للقاضي أن يذهب إلى أبعد من ذلك فيعتبر أن العقد قد تم على سبيل التعويض إذا كان في الظروف ما

(١٢٦) الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠/١١/٢٠٠٠ .

(١٢٧) أ.د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٣.

يوجب ذلك، كأن كان في عدم تنفيذ العمل إضرار بسمعة الفائز الأدبية أو الفنية أو العلمية (١٢٨)

الطريقة الثالثة : طلب تقديم عطاءات :

وهذه الطريقة يلجأ إليها من يريد إنجاز عمل عظيم القيمة بواسطة الغير . ويتم تقديم العطاءات إما في مناقصة علنية أو في خطابات مغلقة والغرض من ذلك هو الوصول إلى أقل أجر لإنجاز العمل المطلوب وفقاً للمواصفات والضمانات المشترطة عند الإعلان عن العمل. وقد يحتفظ المعلن لنفسه صراحة بالحق في رفض أي عطاء ولو كان هو الأقل قيمة، دون أن يكون ملزماً بتبرير رفضه، وفي هذه الحالة لا يلتزم بأن يتعاقد مع مقدم العطاء الأقل قيمة وأن يعهد إليه تنفيذ العمل، أما إذا لم يحتفظ بهذا الحق، فإن الرأي الغالب في الفقه والقضاء يذهب إلى أنه يلتزم بأن يعهد بالعمل إلى مقدم العطاء الأقل (١٢٩) رغم أن عمل المناقصة لا يعتبر إيجاباً بالتعاقد من جانب رب العمل، فهو ليس إلا دعوة إلى التعاقد عن طريق التقدم بعطاء، والتقدم بالعطاء لا يعتبر إيجاباً، أما القبول فلا يتم إلا بقبول العطاء الأقل قيمة ويلتزم الداعي إلى المناقصة بهذا القبول لأنه هو الذي دعا الموجب إلى التقدم بعطائه، فلا يجوز له أن يرفض التعاقد معه إلا إذا استند في ذلك إلى أسباب مشروعة (١٣٠) فإن رفض بلا سبب كان ملتزماً بتعويض مقدم العطاء الأقل قيمة عما أنفق من المصروفات وما كان يستطيع كسبه لو أنه قام بتنفيذ العمل (١٣١، ١٣٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن " طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات للتقدم ليس إيجاباً وإنما مجرد دعوى إلى التفاوض . الإيجاب هو الاستجابة لهذه الدعوى والتقدم في مناقصة بعطاء بالشروط المبينة فيها واعتباره

(١٢٨) أ.د. محمد لبيب شنب . شرح أحكام عقد المقاولة . ص ٧٥.

(١٢٩) أ.د. محمد لبيب شنب . المرجع السابق . ص ٧٦.

(١٣٠) أ.د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٣.

(١٣١) حكم محكمة باريس في ١٥/١/١٩٠٤، ١٩٠٩/٢/٥ مشار إليه في شرح أحكام عقد المقاولة أ.د. محمد لبيب شنب.

(132) EN CE SENS. ARTHUR HILSENRAD : DES OBLIC ATIONS OUI PEUNENT NAITRE AU COURS DE LAPREPARATION D'UNCONTRAT. PAGE 30-31.

إيجابا يتم التعاقد بقبول الجهة صاحبة المناقصة له . اختلافه عنه زيادة أو نقصا أو تعديلا اعتبار قبول الجهة له رفضا يتضمن إيجابا جديدا " (١٣٣) .

والمعنى أن تقديم عطاء متضمنا شرطا بتحديد مدة العقد بسنة واحدة لا تقبل الزيادة إلا باتفاق جديد ، قبول الشركة المطعون ضدها هذا الإيجاب بإصدار أمر توريد متضمنا تعديلا لمدة العقد بتقرير حقها في وقف التوريد دون أن يكون للطاعن حق الرجوع عليها . اعتبار هذا القبول رفضا يتضمن إيجابا جديدا . انتهاء الحكم المطعون فيه إلى قيام التعاقد بين الطرفين قضائه بمسئولية الطاعن عن عدم تنفيذه رغم رفض الأخير للإيجاب الجديد . مخالفة للثابت بالأوراق ومخالفة للقانون . ومن ثم يتعين في عقود الـ B.O.T أن يتضمن العطاء ذات الشروط الواردة بكراسة الشروط دون زيادة أو نقص أو تعديل.

وبعد . فهذه هي الطرق الثلاثة التي يغلب أن يتم التعاقد بها في عقود المقاولات بصفة عامة، ولكن إذا كان الفرد العادي حرا في اختيار من يتعاقد معه على البيع أو الشراء أو الإيجار.... الخ فإن الإدارة لا تتمتع بمثل هذه الحرية في اختيار من تتعاقد معه، نظرا لأنها لا تتعامل في مالها الخاص، ولا تعمل لمصلحتها الخاصة مثل الفرد العادي، وإنما تتعامل في المال العام وتعمل للمصلحة العامة؛ لذلك حدد لها القانون طرق معينة لاختيار المتعاقد معها، ووضع لكل طريقة أحكامها وإجراءاتها الخاصة بها. ويمكن رد أهم هذه الطرق إلى ثلاث طرق رئيسية: المناقصة أو المزايدة والممارسة والاتفاق المباشر .

الطريقة الأولى: المناقصة والمزايدة L'adjudication

تعتبر طريقة المناقصة والمزايدة القاعدة العامة والأساس لتعاقدات الإدارة، فهي الطريقة التي تتفق مع طبيعة هذه التعاقدات، وتعلقها بالمال العام وبالصالح العام وذلك لما تنطوي عليه من ضمانات تكفل حماية المال العام وتضمن تحقيق الصالح العام. ومع ذلك فقد يؤخذ على هذه الطريقة (١٣٤) التعقيد والبطء وطول الإجراءات مما قد يحمل في طياته إضرارا بالمال والصالح

(١٣٣) الطعن رقم ١٦٩٦ ، ١٨٦٥ لسنة ٧٠ ق جلسة ٢٣/٢/٢٠٠١ .

(١٣٤) أ. د/ جورجى شفيق سارى: المبادئ العامة للقانون الإدارى: ص ٩٠٥ الطبعة الرابعة ٢٠٠٤ - دار النهضة العربية - القاهرة.

العام، كما إنها وإن كانت تهتم بالجانبين الفنى والمالى للتعاقد، إلا أنها لا تضمن أن يكون صاحب هذا العرض هو الأكفأ فى التنفيذ لذلك فإن التطور - فى فرنسا خاصة - أدى إلى توسيع استخدام الطرق الأخرى لتقرب من طريقة المناقصة. ومثال ذلك مرسوم ١٢ مارس ١٩٥٦ .

والمناقصة والمزايدة وجهان لعملة واحدة، كل منهما تواجهه الأخرى، فالمناقصة تسعى إلى اختيار أقل عرض من الناحية المالية، والمزايدة تستهدف اختيار أكثر عرض والمناقصة تستخدم فى حالة ما إذا أرادت الإدارة شراء أو استئجار أو الحصول على شئ معين أو القيام بأعمال معينة لحسابها كالأشغال العامة أو دراسات أو استشارات والمزايدة تستخدم على النقيض إذا أرادت بيع أو تأجير شئ من أملاكها، أو تقديم خدمات أو استشارات أو القيام بدراسات لحساب آخر أو ما شابه وأحكام المناقصة والمزايدة واحدة. واصطلاح Adjuidication يستعمل للدلالة عليهما معا ومعناه الإرساء (١٣٥) .

وباستقراء أحكام قانون المناقصات والمزايدات نستطيع أن نستخلص الطرق التى حددها للإدارة لاختيار المتعاقد معها أى للتعاقد إلى جانب الأحكام العامة التى تتعلق بتعاقدات الإدارة. وهذه الطرق صنفان. الصنف الأول يمثل القاعدة العامة ويشمل (المناقصة العامة والممارسة العامة)، والصنف الثانى يمثل الطرق الاستثنائية ويشمل (المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والممارسة المحدودة والاتفاق المباشر) وسنتكلم بإيجاز عن هذه الطرق سواء التى تمثل القاعدة العامة أو التى تمثل الاستثناءات من خلال التعريف والمبادئ التى تحكمها وسنتعرض بشئ من التفصيل إلى مدى صلاحية هذه الطرق لإبرام عقد الـ B.O.T .

الطرق التى تمثل القاعدة العامة

القاعدة العامة بالنسبة للطرق المتبعة لإبرام العقد الإدارى فى حالة رغبة الإدارة فى الشراء أو الاستئجار أو ما شابه، هى طريقة المناقصة العامة أو الممارسة العامة، فما هو تعريف كل منهما؟ وما المبادئ التى تحكمها؟

١ - مفهوم المناقصة العامة : L'adjudication Publique

المناقصة العامة هى أحد أساليب الإدارة فى إبرام العقد الإدارى، وتتم عن طريق الإعلان العام عن رغبة الإدارة فى التعاقد بشأن شئ ما، شراء أو استئجار أو إقامة أو تشييداً أو

(١٣٥) أ. د/ سليمان الطماوى: الوجيز فى القانون الإدارى، دار الفكر العربى - القاهرة ط١٩٨٨، ص١٠٧ .

تنفيذًا أو صيانة أو توريدًا أو نقلًا أو دراسة أو اقتراضًا أو شغلًا أو استغلالًا أو ما شابه ذلك من العمليات الأخرى التي يترتب عليها التزامات مادية على الإدارة فيتقدم كل من يريد التعاقد مع الإدارة بعطاءه بخصوص هذا الشيء، وذلك في مظاريف مغلقة متضمنة العرض الفني والعرض المالي. وتحفظ هذه العطاءات بسريتها حتى جلسة فض المظاريف والبت في العطاءات المقدمة .

٢ - مفهوم الممارسة العامة : Le GreaGre Public

الممارسة العامة هي أيضا أحد أساليب الإدارة في إبرام العقد الإداري، وتتم عن طريق الإعلان العام عن رغبة الإدارة في التعاقد بشأن شئ ما. فيتقدم كل من يريد بعرضه. وبعد فرز العروض لاستبعاد غير المتوفرة فيها المواصفات الفنية والإبقاء على العروض المقبولة فنيا منها - بعد توحيد أسس المقارنة فنيا وماليا - يتم عقد جلسة علنية يقوم فيها رئيس لجنة الممارسة بالتفاوض مع مقدمي العروض المقبولة لمحاولة النزول بالعرض المالي لأقل سعر ممكن (١٣٦) .

وقد نص قانون المناقصات والمزايدات على عدة مبادئ تحكم المناقصة العامة والممارسة العامة. وتتمثل هذه المبادئ في أربعة هي: العلانية، وتكافؤ الفرص والمساواة، وحرية المنافسة، والسرية.

وقد ميز قانون المناقصات والمزايدات بين نوعين من المناقصات العامة والممارسات العامة. وهذان النوعان هما: المناقصة العامة والممارسة العامة الداخلية وهذا النوع يطرح في مصر، ويقتصر على المناقصين والممارسين في داخل مصر فقط، فلا يسمح للأجانب أن يدخلوا أو يشتركوا فيها. ولكن يلاحظ أن الأجانب الممنوعون من الدخول في مثل هذا النوع من المناقصات والممارسات هم الأجانب الذين ليس لهم نشاط في مصر، والمناقصة العامة والممارسة العامة الخارجية (١٣٧) .

(١٣٦) أ. د/ جورجى شفيق سارى: المرجع السابق، ص ٩١٣ .

(١٣٧) ويعترض الأستاذ الدكتور/ جورجى شفيق سارى على لفظ خارجية الواردة في نص المادة الثانية قائلا: أن هذا اللفظ تعوزه الدقة لأنه قد يفهم منه قصر المناقصة على الخارج دون مصر، وهو ما لم يقصده المشرع، ويرى أنه يفضل لفظ "مفتوحة" لتشمل مصر وخارجها. ص ٩٢٣ .

وهذا النوع يطرح فى داخل مصر وخارجها ويستطيع كل من يريد أن يدخل فيها أن يقدم عطاءه، سواء كان يمارس نشاطه داخل مصر أو خارجها. وغالبا ما يتم اللجوء إلى هذا النوع من المناقصات والممارسات العامة فى حالات الأعمال أو التوريدات أو المشروعات الضخمة، والتي تحتاج إلى إمكانيات مالية كبيرة أو قدرات فنية عالية أو خبرات مرتفعة أو تخصصات دقيقة وترغب الإدارة فى تلقى عطاءات أو عروض كثيرة، تستطيع المفاضلة بينها لاختيار أفضلها فنيا وماليا لتحقيق أكبر فائدة للمصلحة العامة.

وبعد هذا العرض - الموجز - للطرق التى تمثل القاعدة العامة، وتبين أنها تنحصر فى المناقصة العامة والممارسة العامة وكل منهما قد تكون داخلية أو خارجية فهل تصلح هذه الطرق لإبرام عقود الـ B.O.T ؟

يرى البعض عدم صلاحية هذه الطرق للتطبيق على مشروعات الـ B.O.T وينادى باستبعاد تطبيقها عند ترسية هذه المشروعات واستند هذا الرأى لأسباب منها:

١ - إن طرق ترسية المناقصات والمزايدات تهدف إلى جذب أكبر عدد من مقدمى العروض فى حين أن إجراءات ترسية مشروعات التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T لا تهدف إلى جذب أكبر عدد من مقدمى العروض إنما تهدف إلى أن تجذب فقط الشركات التى تتمتع بقدرات مالية وتكنولوجية كبيرة وتمتلك خبرة فى مجال تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T ويرى هذا الرأى أن يعطى للإدارة فرصة الاستماع ودراسة العروض المقدمة بدلا من تضيق الوقت فى دراسة عروض أقل خبرة وأضعف من ناحية الإمكانيات.

٢ - القواعد القانونية لترسية المشروعات التقليدية تقتصر على التركيز على السعر والمقابل الأقل، فى حين أن القواعد القانونية لتنفيذ مشروعات الـ B.O.T تهتم بالمسائل القانونية والمسائل المالية، فتهتم ببيان معايير التمويل والقدرة المالية والقدرة الفنية ومتطلبات نقل التكنولوجيا وهذه الأمور لا تغطيها القواعد القانونية المنظمة لترسية المشروعات التقليدية .

٣ - أن القواعد القانونية المنظمة للمناقصات فى القوانين الوطنية فهى وأن كانت تركز مبادئ المنافسة والعلانية والشفافية والمساواة بين كل المتقدمين، إلا أنها لا تقسح المجال أمام الإدارة طارحة المناقصة من التفاوض مع الشركات مقدمة العروض. وهذا أمر غير محمود حيث أن تكريس مبدأ التفاوض فى مجال مشروعات الـ B.O.T يعد أمرا ضروريا لإتاحة الفرصة للأطراف لمناقشة المشاكل الفنية والمالية التى ينطوى عليها تنفيذ كل المشروعات

المنفذة وفقا لهذه الآلية ويرى رأى آخر بأنه لا يمكن الاستبعاد الكلى للقواعد القانونية المنظمة للمناقصات والمزايدات وذلك لسببين:

السبب الأول : من الناحية القانونية

وذلك نظرا لأن ثمة قواعد فى القوانين المنظمة للمناقصات والمزايدات فى التشريعات الوطنية تعد قواعد أمره لا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها. ومن ثم فإن مثل هذا الاستبعاد يمكن أن يؤدى إلى بطلان ليس فقط إجراءات الترسية وإنما العقد نفسه.

السبب الثانى: من الناحية الواقعية

لأن الاستبعاد سوف يشكل عقبة أمام مشاركة مؤسسات التمويل الدولية فى عملية التمويل. فالبنك الدولى غالبا ما يعلن مشاركته فى تمويل مشروعات البنية الأساسية على شرط مراعاة قواعد المناقصات غير المقيدة عند ترسية المشروعات التى يشارك فى تمويلها. وعدم مشاركة البنك الدولى فى التمويل يلحق خسائر بمشروعات التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T وذلك لأن تدخل البنك الدولى أو إحدى مؤسساته فى عملية التمويل تحمى المتعاقدين مع الإدارة من أية إجراءات تعسفية يمكن أن تقدم عليها هذه الأخيرة (مصادرة أو تأميمالخ) كما أن تدخله يعد حافزا أو عامل طمأنينه للبنوك التجارية التى تشكل قروضها أيضا تيارا تمويليا فيه لا يمكن الاستغناء عنه عند تنفيذ مشروعات التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T .

ويرى البعض ^(١٣٨) أن الحل يتمثل فى إصدار تشريع خاص لتنظيم عمليات ترسية مشروعات البنية الأساسية المنفذة طبقا لنظام الـ B.O.T ويتضمن هذا القانون إقرار مبدأ التفاوض كما يعطى للإدارة حرية أكبر عند اختيار المتعاقد معها وذلك من خلال تبني بعض أنظمة الترسية المعروفة (المناقصة المقيدة أو غير المقيدة أو الترسية المباشرة) دون أن يفرض على الإدارة اختيار هذا الطريق أو ذاك وإنما يترك لها حرية تبني الأسلوب المناسب مع كل مشروع على حدة. مع مراعاة الأخذ فى الاعتبار القواعد الأساسية عند الترسية وهى حرية المنافسة والشفافية والمساواة بين المتنافسين.

(١٣٨) أ.د/ سامى عبد الباقي أبو صالح: ورقة عمل قدمت لدورة المناقصات والمزايدات التى عقدت بمركز التنمية الإدارية - كلية الحقوق - جامعة القاهرة فى الفترة من ٢٠٠٥/٤/٩ حتى ٢٠٠٥/٤/١٣ .

ومن بين التشريعات التى أعطت للإدارة هذه الحرية، المشرع التركى والمشرع الفيتنامى، وفيهما للإدارة الحق فى اختيار نظام المناقصة المفتوحة غير المقيدة أو المناقصة المقيدة بين عدد معين من الشركات أو المقاولين أو نظام التفاوض المباشر وذلك بما يتوافق مع طبيعة المشروع المراد تنفيذه وهذا أيضا ما يتبناه المشرع الفرنسى من خلال المادة ٨٣ من القانون المنظم لترسية المشروعات العامة (١٣٩).

هذا على عكس المشرع المصرى الذى لا يسمح بإتباع نظام الترسية أو التفاوض المباشر إلا فى حالات محددة حصرا بواسطة المادة ٧ من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ (١٤٠).

وبعد أن انتهينا من عرض الطرق العامة لإبرام العقود الإدارية ننتقل إلى عرض الطرق الاستثنائية لإبرام العقود التى تكون الإدارة طرفا فيها وهى تتمثل فيما يلى:

١ - المناقصة المحدودة :

وهى المناقصة التى تقتصر على عدد محدود ممن يمكن للإدارة التعاقد معهم سواء داخل مصر أو خارجها. وأجاز القانون اللجوء إلى هذه الطريقة فى الحالات التى تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فى المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء فى مصر أو فى الخارج (١٤١).

أمثلة هذه الحالات: إنشاء مترو أنفاق أو مطار جوى دولى أو ميناء بحرى ضخمة أو محطة أقمار صناعية أو قاعدة عسكرية كبيرة أو سد عالى أو خزان كبير أو أى مشروعات ضخمة أخرى مما يحتاج تنفيذها إلى إمكانات مادية كبيرة وخبرات فنية عالية وتخصصات دقيقة .

٢ - المناقصة المحلية :

وهى تلك المناقصة التى يقتصر فيها الاشتراك على المقاولين والموردين المحليين المقعدين فى قائمة تعدها جهة الإدارة سلفا أى الذين يقع نشاطهم فى نطاق المحافظة التى يتم

(١٣٩) وهذه المادة تنص على :

"Les Marches Peuvent etre passes soit par adjudication soit sur appel d'offres, soit sous forme de marches negociées"

(١٤٠) إذ تنص هذه المادة على :

(١٤١) إذ تنص المادة رقم ٣ من قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

بدائرتها تنفيذ التعاقد ويلاحظ هنا أن معيار المحلية يتعلق بالنشاط وليس بشرط أن يكون المورد أو المقاول من أبناء المحافظة أو مقيم فيها^(١٤٢) .

٣ - الممارسة المحدودة :

وهي الممارسة التي يجوز للإدارة أن تسلك طريقاً استثنائياً في اختيار المتعاقد معها دون إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة الطويلة والكثيرة وهي أربع حالات على سبيل الحصر :

(أ) حالات الاحتكار . (ب) حالة شراء الأشياء من أماكن إنتاجها مباشرة.

(ج) حالة الأعمال الفنية : وهي الأعمال التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم

(د) الحالات التي تتطلب السرية: ويكون ذلك في التعاقدات التي تقتضى اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية.

٤ - الأمر المباشر :

ويسمى أيضاً الاتفاق المباشر أو الشراء المباشر . وفيه تلجأ الإدارة مباشرة إلى من ترغب في التعاقد معه، وتختاره بحريتها الكاملة ودون أية إجراءات مسبقة، فلا إعلان ولا منافسة وحتى لا يساء استخدام هذه الطريقة من قبل الإدارة، فقد حدد القانون (المادة ٧) حالة وحيدة فقط يجوز للإدارة اللجوء فيها إلى هذه الطريقة، كما وضع ضوابطاً وشروطاً وحدوداً وقيوداً على سلوك طريق الاتفاق المباشر . وبالرغم من خطورة ومحاذير اللجوء إلى هذا الطريق الاستثنائي فإن واضعى دليل الأمم المتحدة لتمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، وكذا الدليل المعد من قبل منظمة "اليونيدو" في مجال المشروعات المنفذة طبقاً لنظام الـ B.O.T^(١٤٣)

(١٤٢) أ.د/ جورجى شفيق سارى - المرجع السابق - ص ٩٦٥ .

(١٤٣) ونظراً للأهمية المتزايدة لنظام الـ B.O.T فى مجال إنشاء وتطوير البنية الأساسية للبلدان النامية فقد حرصت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية U.N.I.D.O على تقديم دليل إرشادى لطريقة إنشاء مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T والتفاوض بشأنها وتنفيذها وبيان الخطوط الرئيسية لقيام مشروعات البنية الأساسية.

يحفزون الدول لتبنى مثل هذا الطريق ^(١٤٤) وتشجيع الأخذ به وذلك للمزايا الآتية:

- ١ - تشجيع القطاع الخاص على تقديم الحلول والمقترحات لأفضل السبل والطرق لتنفيذ مشروعات ذات طابع عام.
- ٢ - تجنب الحكومات التكاليف المرتفعة لإعداد المناقصات الدولية والتي تتطلب خبراء في مجالات الاقتصاد والقانون والمحاسبة والهندسة .
- ٣ - تخفيف العبء المالى عن كاهل الدولة وذلك بنقل مهمة تمويل مثل هذه المشروعات إلى القطاع الخاص، أن تشجيع القطاع الخاص لتقديم عروض تلقائية يسمح للدولة بتوجيه قدراتها المالية لتمويل مشروعات أخرى لا يقبل على تمويلها عادة هذا القطاع مثل المشروعات فى مجال الأمن والدفاع ويرى البعض ^(١٤٥) أن هذا الطريق يشتمل على عيوب منها :
- ١ - حرمان الحكومة من الإطلاع على كثير من المقترحات التى كان يمكن تقديمها من شركات أخرى لو أنها طرحت المشروع فى مناقصة مفتوحة.
- ٢ - عدم ضمان جدية العروض التلقائية من ناحية مقدميها ولا توجد لدى جهة الإدارة وسائل تمكنها من التأكد من هذه الجدية المطلوبة .
- ٣ - هذا النظام يمكن أن يهدر مبدأ حرية المنافسة والمساواة ولا يضمن حدًا أدنى من الشفافية عند إبرام العقود الدولية.
- ٤ - إهدار حقوق مقدم العرض التلقائى إذا ما رفض العرض واستخدمت جهة الإدارة مقترحاته بدون وجه حق .

^(١٤٤) طريق الأمر المباشر أو الاتفاق المباشر قد تقوم به جهة الإدارة الراغبة فى التعاقد بالاتصال بمجموعة من الشركات المتخصصة وتبدأ معها التفاوض دون اللجوء إلى إجراءات المناقصة وقد لا تكون المبادرة من الدولة أو جهة الإدارة وإنما تأتى المبادرة من مجموعة الشركات المتخصصة فى مجال تنفيذ مشروعات البنية الأساسية والتي تطرح على جهة الإدارة مجموعة من الاقتراحات لتنفيذ مشروع ما وهذه الطريقة تسمى طريقة العروض التلقائية .

^(١٤٥) أ.د/ سامى عبد الباقي أبو صالح - دورة المناقصات والمزايدات أبريل ٢٠٠٥ - كلية الحقوق - القاهرة.

ولتفادى هذه العيوب فإن دليل "اليونيدو" يوصى بالتوصيات التالية :

أ - ضرورة التزام جهة الإدارة (الدولة أو الحكومة) المقدم إليها العروض بإرجاع المستندات والمقترحات التى يشتمل عليها العرض التلقائى فى حالة رفض جهة الإدارة. وأية استخدامات لهذه الاقتراحات من قبل جهة الإدارة يجب أن تعلق على شرط موافقة مقدم العرض، وإلا انطوى مسلك جهة الإدارة على خطأ يستوجب المسؤولية إذ ترتب عليه ضرر يلحق مقدم العرض .

ب - تقرير حوافز ومزايا للشركات مقدمة العروض التلقائية ومنها مثلا تحمل جهة الإدارة لجزء من مصاريف إعداد العروض إذا ما تم رفضها أو تقرير مكافآت عينية إذا ما تم قبولها.

وبعد. فهل يصلح طريق الأمر المباشر (الاتفاق المباشر) فى مجال إسناد مشروعات الـ

B.O.T ؟

أن المادة (٧) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات المصرى وما يعادلها فى القانون الفرنسى لا تجيز تطبيق طريق الاتفاق المباشر إلا فى حالات الاستعجال وبناء على تصريح من السلطة المختصة. هذه السلطة قد تكون متمثلة فى رئيس الجهة الإدارية الراغبة فى التعاقد وذلك إذا لم تتعد قيمة المشروع المقترح مائة ألف جنيه مصرى، وقد تتمثل فى الوزير المختص إذا لم تتعدى هذه القيمة ثلاثمائة ألف جنيه مصرى لا غير وفى حالات الضرورة القصوى يمكن لرئيس الوزراء أن يسمح بالرجوع إلى طريق الاتفاق المباشر دون مراعاة للسقف المادى لقيمة المشروع المقترح. وبالتالي فإنه يصعب الأخذ بهذه الطريقة (طريقة الاتفاق المباشر) فى مشروعات الـ B.O.T وذلك لأن قيمة هذه المشروعات غالبا ما تتخطى القيمة المعروضة بواسطة القانون ولا يخفى ما يمكن أن ينطوى عليه هذا الأمر من خطورة لأنه فى كثير من المشروعات غالبا ما تفرض الهيئات الممولة ضرورة إسناد الأعمال إلى شركات تنتمى إلى جنسيتها. وهذا الطريق الاستثنائى - فى نفس الوقت - لا يمكن الاستغناء عنه بالكلية فى حالة المشروعات التى يتطلب تنفيذها نوعية معينة ومحددة من الشركات التى تمتلك خبرات وقدرات تكنولوجية خاصة، وبالتالي فلا بد أن يكون هناك حل فى ظل وجود المانع القانونى وهو إصدار قانون جديد يعطى الإدارة حرية اختيار الطريق المناسب لطبيعة المشروع دون استلزام أو إتباع

طريق معين، بل وصل الأمر لدى البعض^(١٤٦) أن يقترح بأن يكون طريق الاتفاق المباشر طريقاً عادياً وليس طريقاً استثنائياً لا يتم اللجوء إليه إلا في حالات محددة .

وإذا رجعنا إلى القوانين المقارنة نجد أن القرار رقم ١٤ لسنة ١٩٧٨ الصادر بالنظام القانوني لعقود الدولة في دولة الإمارات العربية المتحدة قد نص في المادة الثالثة منه على أن "يكون شراء الأصناف وإجراء مقاولات الأعمال والتشييد عن طريق المناقصة العامة ومع ذلك فيجوز الاستثناء من الشراء عن طريق المناقصات المحدودة أو بدون مناقصة بالممارسة أو بالأمر المباشر، كما أن المشرع السعودي في الأمر السامي رقم ٩٧٥١ الصادر في ١٤٠٣/٤/٢٦ هجرية قد قرر في فقرته الأولى وجوب إتاحة الفرصة لأكبر عدد من المقاولين المعتمدين للتنافس على مشاريع الحكومة وأعمالها وعدم قصر التعاقد على عدد محدود من الشركات والمؤسسات، بل لا بد من طرح جميع المشاريع في مناقصة عامة يعلن عنها في الصحف، ويعطي المتقدمون لها الوقت الكافي^(١٤٧) .

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإنه يأخذ بمبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقدين دون أن يلتزم باتباع أسلوب المناقصة العامة وقد قصر المشرع الفرنسي أسلوب المناقصة العامة على العقود البسيطة التي يكون الاختيار فيها وفقاً للأسعار المقدمة، في حين أن اللجوء لأسلوب الممارسة يكون في العقود التي تحتاج إلى مهارة فنية في تنفيذها .

وبناء على ما تقدم، يكاد يكون الأصل في تشريعات معظم الدول أنها تأخذ بالمناقصة العامة في العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها والاستثناء فيها طرق التعاقد الأخرى. ومن ثم فإن عقود التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T" تخضع في الأصل العام للتعاقد بأسلوب المناقصة العامة ولكن هذا لا يمنع من التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة.

وتطبيقاً لذلك فأنا نجد أن التعاقد الذي تم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامة والمقاولات الصناعية كان بناء على طرح عملية إنشاء مطار مرسى علم وفقاً لنظام "B.O.T" بين المستثمرين وفقاً للشروط الواردة في كراسة شروط العملية وقد تقدمت شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة والمقاولات

(١٤٦) أ.د/ سامي عبد الباقي أبو صالح - ورقة العمل السابقة أبريل ٢٠٠٠ ص ١٣ .

(١٤٧) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية - الرسالة السابقة - ص ٧٩ .

العامه والمنشآت الصناعية (ذ.م.م) بعرض عن العملية تم اختياره بواسطة الهيئة المصرية العامة للطيران المدني للتفاوض والتعاقد على العملية^(١٤٨).

وكذلك فقد تم التعاقد بين شركة الشرق الأوسط للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميد تاب) والهيئة العامة لميناء الإسكندرية بشأن منح التزام إنشاء وإدارة واستغلال وإعادة رصيف متخصص في تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة بنظام الـ "B.O.T" بعرض من قبل شركة الشرق الأوسط للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميد تاب) لإنشاء رصيف متخصص بنظام الـ "B.O.T" طبقاً لأحكام القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بتعديل القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن المواني المتخصصة.

وقد ورد بالمادة الرابعة مكرر (أ) أن يتم اختيار الملتزم في إطار من المنافسة والعلانية^(١٤٩).

وإن كانت المناقصة هي الأصل في اختيار الإدارة للمتعاقدین معها ومرجع ذلك أسباب مالية تستوجب ترسية العطاء على أقل المتنافسين عطاءً الأمر الذي يترتب عليه تحقيق مصلحة الخزنة العامة، إلا أن ذلك في نظر البعض^(١٥٠) يتعارض تماماً مع المصلحة الإدارية للمرافق العامة التي لا تستوجب دائماً النظر إلى الاعتبارات المالية ذلك أن الإدارة من صالحها ألا يكون السعر سبباً في تنفيذ العملية على نحو يتعارض مع الأسس الفنية السليمة.

المبحث الثاني

شروط انعقاد وصحة عقد التزام المرافق العامة

تمهيد وتقسيم :

بخصوص شروط انعقاد عقد التزام المرافق العامة فأنها لا تختلف عن باقي العقود . بصفة عامة . فيستلزم دائماً لانعقاده، الأركان العامة للعقد من تراضي، محل، سبب. وبخصوص

^(١٤٨) الوقائع المصرية . العدد ٢٦٤ في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ .

^(١٤٩) الجريدة الرسمية . العدد ١٧ مكرر في ٢٨ أبريل ١٩٩٨ .

الوقائع المصرية . العدد ١٧٣ في ٥ أغسطس ١٩٩٩ .

^(١٥٠) المستشار : عبد الفتاح صبري أبو الليل . رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة طنطا . كلية الحقوق

بعنوان "أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق" سنة ١٩٩٣ . ص ٣٦٢ .

المحل والسبب، فإننا نعتقد أنه لا يوجد شيء جدير بالتنويه يخالف القواعد العامة. أما بالنسبة للتراضي فإننا نعتقد أن الأمر ليس كذلك إذ أن الأصل أن يتم التراضي بين الملتزم والجهة المانحة وفقاً للقواعد العامة في العقود. بتلاقي إرادتيهما دونما حاجة إلى إجراءات أو أوضاع معينة، إلا أن خضوع عقد التزام المرافق العامة لبعض الإجراءات ومراعاة أوضاع معينة، يوجب علينا أن نتعرض لمضمون الشكالية في عقد التزام المرافق العامة وهل هذه الإجراءات والأوضاع المعنية جعلت منه عقداً شكلياً أم لا؟

وبالنسبة إلى عيوب الرضا فإننا نعتقد أيضاً أنه لا يوجد شيئاً جدير بالتنويه يخالف القواعد العامة، لذا فإننا سوف نكتفي بدراسة الأهلية اللازمة لإبرام عقد التزام المرافق العامة. ويجدر بنا أن نحدد طابع عقد التزام المرافق العامة. وهل هو عقد مدني أم عقد تجاري؟ ومن ثم فقد وضح لنا . خطة البحث في هذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو التالي :

المطلب الأول : الشكالية وعقد التزام المرافق العامة.

المطلب الثاني : أهلية إبرام عقد التزام المرافق العامة.

المطلب الثالث : الطابع المدني أو التجاري لعقد التزام المرافق العامة.

المطلب الأول

الشكالية وعقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T

تقسم العقود . بصفة عامة . من حيث الصورة التي يتم بها التعبير عن الإرادة والتراضي عليها، إلى عقود رضائية وعقود غير رضائية. والعقد الرضائي : هو العقد الذي يتم بمجرد تلاقي إرادات أطرافه بعد أن يعبروا عن هذه الإرادات على أية صورة يرغبون، أي أنه العقد الذي لا يلزم للتعبير عن الإرادة فيه شكل خاص يفرضه القانون، كما لا يلزم فيه اقتران التعبير عن الإرادة بأي عمل أو إجراء آخر كشرط لقيامه، والأصل أن كل العقود رضائية، ما لم ينص القانون بغير ذلك^(١٥١). إذ أن موضوع العقد هو إنشاء علاقة قانونية بين اثنين أو أكثر من الأشخاص وهذان الشخصان بقدرتهما إنشاء حقوق والتزامات وهما يعملان هذا بتلاقي إرادتين حرتين وإلا فلن تكون

(١٥١) أ.د. جميل الشرقاوي . مصادر الالتزام . ص ٦٣ .

إرادتان وإنما خضوع. فنظام العقود مرتبط بفكرة الحرية؛ فالحرية التعاقدية تتكون إذن من واقع أن تكوين العقود يترك تماماً إلى طرفيه (١٥٢).

والعقد غير الرضائي، والذي يسمى أيضاً العقد الشكلي، هو ذلك العقد الذي لا يكفي لإبرامه مجرد إبداء الرضا به بين طرفيه، وتلاقي إرادتيهما، بل يلزم فيه أن يتم التعبير عن الإرادات في شكل معين، ولذا يسمى بالعقد الشكلي، وأن يقترن التراضي عليه بإجراء أو عمل معين لينعقد به العقد، ويلاحظ أن استلزام شكل معين في الرضاء بالعقد يترتب على إصدار الرضاء دون اتباعه، بطلان التصرف وعدم انعقاد العقد، هذا الاستلزام لا يكون إلا بحكم القانون أي بقاعدة يفرضها القانون، ولا يكفي لذلك اتفاق أطراف العقد على استلزام هذا الشكل وأن كان من الجائز أن يعلق أطراف العقد بالاتفاق بينهم التزامهم النهائي به على إتمامه في صورة معينة (١٥٣).

وهذه الشكلية ذات مرجع تاريخي إذ كانت هناك بعض الشكليات المستمرة من البيئة في المجتمعات البدائية حيث كان العقد يصاحبه شكليات كثيرة منها الأختام واليمين والاحتفالات (١٥٤).

والأصل العام في عقود الإدارة إخضاعها لقاعدة الحرية، فالإدارة تستطيع التحلل من الشكل الكتابي للعقود التي تبرمها ولكن هذه الشكلية تفرضها الطبيعة الذاتية في عقود التزام المرافق العامة إذ من العسير تصور عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم وكيفية تصفية الالتزام وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في حالة عدم وجود عقد كتابي للقبول بانعدام عقد الالتزام، ويترتب الشكل الكتابي نتائج بالغة الخطورة منها أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ولا يمكن إنكار ما به إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهذه القاعدة معمول بها في مصر (١٥٥).

(2) En Ce sens/ Christine Brechon- moulenes. Liberte contractuelle des personnes. Publiques.p.643.

(¹⁵³)En Ce sens/ THESE: Fathi Abd El Rahim Abd Alla : LE FOR MALISME DANS LE CONTRAT EN DROIT CIVIL COMPARE P.455 , 456 .

(¹⁵⁴) Friedrich Kessler and Grant Gilmore Contracts – Cases and Materials –551.

(^{١٥٥}) د. إبراهيم الشهاوى، عقد امتياز المرفق العام B.O.T، ط ٢٠٠٣، ص ٤٧٥ .

وتعد دفاتر الشروط النموذجية أحكاماً عامة تطبق على عقد الالتزام بالإحالة إليها صراحة ضمن محرر العقد ذاته، ويخضع التكييف القانوني لدفتر الشروط لما يخضع له التكييف القانوني لعقد الالتزام ككل، من حيث أنه عمل مركب يحتوى على شروط تنظيمية وتعاقدية فى آن واحد.

وفى شرط الكتابة أفتت الجمعية العمومية بوجوب تحرير العقد باللغة العربية استناداً إلى القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٨ الذى أوجب تحرير المكاتبات والعطاءات وغيرها من المحررات والوثائق باللغة العربية، ولا يحول ذلك دون وجود ترجمة أجنبية للعقد إلى جانب اللغة العربية^(١٥٦) وهناك من الشروط ما هى ملزمة للإدارة ومنها الشروط المتعلقة بظروف العمل وكذلك الواردة بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية باعتباره جزء مكمل للعقد .

وإذا استعرضنا . بصفة خاصة . عقد التزام المرافق العامة، نجد ان إبرام العقد قد يتطلب بعض الإجراءات والأوضاع المعينة، فقد انتهينا إلى أن عقد التزام المرافق العامة يتم في الغالب عن طريق المناقصة العامة^(١٥٧) وقد نصت المادة الثانية من القانون رقم ١٩٩٨/٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات على أن "تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاها إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار".

وقد ورد بالقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة في المادة ١٢ مكرر "..... هـ . الالتزام بأحكام قانون المرور والقرارات التي تصدر في شأن استعمال الطرق العامة. ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه، فى حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير النقل والمواصلات"^(١٥٨).

وقد ورد بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر في المادة "٧" "..... ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه

(^{١٥٦}) د. إبراهيم الشهاوى، المرجع السابق، ص ١٣٦، فتوى الجمعية العمومية رقم ٤٥٧ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٣ .

(^{١٥٧}) يراجع سابقاً ص ٨٢.

(^{١٥٨}) الجريدة الرسمية العدد ٢٧ مكرر في ١٤ يولييه سنة ١٩٩٦.

في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة^(١٥٩).

وقد ورد بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول في المادة الخامسة "يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها . وحصة الحكومة، في حدود القواعد والإجراءات السابقة، قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء^(١٦٠).

وقد ورد بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ في شأن المواني المتخصصة وهي المادة الرابعة مكرر وجاء بها "..... ويصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامها أو تعديلها . في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص"^(١٦١).

إذن لا يكفي لانعقاد عقد التزام المرافق العامة إبداء الرضا به من طرفيه (الملتزم . الوزير المفوض) وتلاقي إرادتيهما. بل يلزم فيه أن يصدر بمنح التزام المرافق العامة قرار من مجلس الوزراء. فالتراضي بين الطرفين يقترن بإجراء لينعقد به العقد وهو قرار من مجلس الوزراء. وتطبيقاً لذلك فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام وإنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ "B.O.T" لشركة "إيماك مرسى علم" لتشغيل وإدارة المطارات (شركة مساهمة مصرية)^(١٦٢) وذلك بتاريخ ١٩٩٨/٧/١ ونشر بالوقائع المصرية بالعدد ٢٦٤ (تابع) في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ بالرغم من أن التراضي بين الطرفين والمساومة بينهما والتعاقد تم في ١٩٩٧/٨/٢ إلا أن العقد لم يسر ولم ينفذ إلا بتاريخ صدور قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ إذ ورد بالعقد في البند رقم ١٨ تحت عبارة بدء سريان الاتفاق "يعتبر هذا الاتفاق سارياً اعتباراً من تاريخ توقيعه من الطرفين والتصديق عليه من السلطات المختصة".

^(١٥٩) الجريدة الرسمية العدد ٢٥ مكرر (ب) في ٣٠ يونيو سنة ١٩٩٦.

^(١٦٠) الجريدة الرسمية العدد ٦ مكرر في ٨ فبراير سنة ١٩٩٧.

^(١٦١) الجريدة الرسمية العدد ١٧ (مكرر) في ٢٥ أبريل سنة ١٩٩٨.

^(١٦٢) يعتبر هذا العقد أول عقد في العالم بالنسبة لإدارة وتشغيل المطارات بنظام الـ "B.O.T" وأول عقد في مصر الحديثة. صرح بذلك دكتور مهندس/ عبد الرحمن بصيلة . مستشار شركة إيماك في لقاء بيني وبينه بمقر الشركة بمدينة نصر . القاهرة.

وبالتالي فإن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T" عقد من العقود الشكلية وإذا لم يتم في الشكل الذي حدده القانون يعتبر عقداً باطلاً ويكون التصرف لا حجية له بين طرفيه ما دام القانون قد اشترط شكلاً معيناً لإبرام التصرف لكي يصبح نافذاً^(١٦٣). ويرى بعض الفقه الفرنسي أن العقد قائم وتم تكوينه وأنه لا يتطلب شكل معين ملزم^(١٦٤).

وقد قضت محكمة النقض بأن " المناطق فى إنعقاد عقود الإيجار التى تيرمها المجالس المحلية للمدن والمراكز عن الأموال المملوكة للدولة وعلى ما يبين من نصوص المواد ١٣ ، ٤١ ، ٤٩ من القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ بشأن الحكم المحلى المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ الذى يحكم واقعة النزاع والمادة الأولى من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٧٢ لسنة ١٩٨٢ فى شأن نقل بعض الاختصاصات إلى الحكم المحلى هو بتمام التصديق عليها من المحافظ المختص واعتمادها وفقاً للقانون " (١٦٥) .

والمعنى أن عقود الإيجار التى تيرمها المجالس المحلية للمدن والمراكز عن الأموال المملوكة للدولة مناط إنعقادها التصديق عليها من المحافظ المختص واعتمادها وفقاً للقانون ومن ثم فلا غرابة أن يتطلب القانون أن يصدر قرار من مجلس الوزراء بالتصديق على عقود التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T .

****** وجدير بالذكر . عقب استعراضنا للشكلية في عقد التزام المرافق العامة . أنه يتعين إصدار قانون جديد لتنظيم منح التزام المرافق العامة، وذلك لأن الاستثناء الوارد في القوانين الأربعة^(١٦٦) من القانون العام الحاكم للالتزام للمرافق العامة وهو القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والذي مازال سارياً حتى الآن. أصبح هو الأصل، والأصل أصبح استثناء، لأن القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فضلاً عن تقادم العهد عليه فإنه أصبح غير ملائم مع ما استحدثت من أفكار قانونية وسياسية واجتماعية واقتصادية، ولاسيما فيما يتعلق بتقلص دور الدولة والتدخل الحكومي والإداري في الاضطلاع بإنشاء وإدارة المرافق العامة، وازدياد مشاركة القطاع الخاص في إقامة مشروعات البنية الأساسية. على أن يكون القانون الجديد متكاملأً واضعاً في الاعتبار جميع الظروف

(163) JEAN CARBONNIER : Droit civil 4/ les obligations , page : 135 .

(164) ALAIN BENABENT-LES CONTRATS SPECIAUX CIVILS ET CONTRATS SPECIAUX CIVILSET COMMERCIAUX – P. 327.

(١٦٥) (الطعن رقم ٢٤٤٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١١/٢/١٩٩٣ .

(١٦٦) (وهي (أ) ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطرق العامة (ب) ١٠٠ لسنة ١٩٩٦. بشأن الكهرباء، (ج) ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن الموانئ (د) ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن المطارات.

والمستجدات الحالية في التشريع والقضاء والفقه في القانون المصري والمقارن والاسترشاد بتجارب الدول المختلفة في هذا الصدد، وذلك بقصد تجميع الأحكام الضابطة للالتزام المرافق العامة أو عقود الـ "B.O.T" في وثيقة واحدة حديثة بدلاً من تشتتها الحالي في عدة قوانين^(١٦٧).

وتظهر الحاجة الماسة لإصدار هذا القانون إذا كان عقد الالتزام الجديد سيتضمن بعض المزايا والحوافز والإعفاءات التي تمنح للملتزم بالاستثناء من بعض القوانين القائمة ومثال ذلك: قوانين الضرائب المباشرة وغير المباشرة، وضريبة المبيعات، وقوانين الجمارك والاستيراد والتصدير والمناطق الحرة، وذلك بقصد تمكين الملتزم من استغلال المرفق وأداء الخدمة على الوجه الأكمل وبما يحقق مصلحة المنتفعين بخدمات المرفق والمصلحة العامة على السواء. وصدر هذا القانون على هذا النحو. يتفق مع أحكام المادة ١٢٣ من الدستور الحالي ١٩٧١ والتي تنص على أنه "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبين أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك".

المطلب الثاني

أهلية إبرام عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T"

لا يعد عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T" صحيحاً قانوناً، إلا إذا كان كل من المتعاقدين (الملتزم . الوزير المفوض) أهلاً للتعاقد وفقاً للقانون ولوائح التفويض.

فالوزير الذي يجري التفاوض مع الملتزم لابد أن يصدر له تفويض من مجلس الوزراء بإجراء هذا التفاوض توصلاً للتعاقد فإذا لم يصدر له هذا التفويض اللازم لممارسة نشاطه وصلاحيته التفويض حتى إتمام العقد يعتبر العقد باطلاً. فالوزير باعتباره ممثلاً للجهة المانحة للالتزام يعد من أشخاص القانون العام فيلزم إلى جانب توافر الشروط العامة التي نص عليها القانون، أن يكون هناك اعتراف خاص به أي مختص بمنح التزام وقد شبه بعض الفقهاء قواعد الاختصاص في القانون العام بقواعد الأهلية في القانون الخاص. ولكن يقوم بين الاثنين فارق جوهري مرجعه إلى أن الغاية من تحديد قواعد الاختصاص هي المصلحة العامة في حين أن قواعد الأهلية يراعى في تحديدها أصلاً مصلحة الفرد^(١٦٨).

(١٦٧) أ.د. عمرو أحمد حسبو . المرجع السابق، ص ١٤٦.

(١٦٨) أ.د. سليمان محمد الطماوي . القضاء الإداري . ص ٦٩٥.

فالأهلية بالنسبة إلى المتعاقد يقابلها الاختصاص^(١٦٩) بالنسبة لجهة الإدارة وقد يختلف الاختصاص بحسب نوع العقد أو قيمته أو الأسلوب الذي يتم به (مناقصة أو ممارسة أو أمر مباشر) فإذا أبرم العقد عن جهة الإدارة شخص لا اختصاص له بذلك كان باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يلزم المتعاقد أو الإدارة بشيء. غير أنه يكون للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من بطلان العقد ليس على أساس خطأ تعاقدى ارتكبه الإدارة (لأن الفرض أن العقد لم ينعقد) ولكن على أساس خطأ ارتكبه الموظف الذي تجاوز حدود صلاحياته أو استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب، إذ لا يجوز أن يفترض في المتعاقد (الملتزم) العلم بمن يختص قانوناً بإبرام العقد^(١٧٠) ويستلزم المشرع بالنسبة إلى بعض العقود - لأهميتها - ضرورة الحصول على إذن بالتعاقد، ولا تستطيع الإدارة التعاقد كلية بدونه فالتعاقد بدون الحصول على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. والمسلم به في الفقه الإداري الفرنسي أن الإذن السابق هو قاعدة متعلقة بالنظام العام وتتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً، ولا وجه المقارنة بالقواعد المقررة لحماية ناقصي الأهلية في القانون الخاص.

وبهذا المبدأ أفتى مجلس الدولة المصري - قسم الرأي - بقوله: "فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون منعدمة إطلاقاً أو أن أفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء التعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع منها طغياناً على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان هذا العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لا وجود له في نظر القانون وإنما هي واقعة مادية بحتة وبالتالي يسقط هذا العقد مع

(١٦٩) القاعدة أن تحديد الاختصاص هو من عمل المشرع، وعلى الموظف أن يلتزم حدود الاختصاص كما رسمها المشرع صراحة أو ضمناً ويمكن تعريف الاختصاص كما عرفه الأستاذ الدكتور/ سليمان محمد الطماوي. عيب الاختصاص في دعوى الإلغاء بأنه "عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين لأن المشرع جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر.. وهذا التعريف هو الذي اعتمدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ حيث تقول "... أن عيب الاختصاص في دعوى = الإلغاء هو عدم القدرة على مباشرة عمل قانوني معين جعله المشرع من سلطة هيئة أو فرد آخر....".

(١٧٠) أ.د. عبد الفتاح حسن. مبادئ القانون الإداري ص ٢٣٩.

ما يترتب على ذلك من آثار" (١٧١). وأيد ذلك الفقه الإنجليزى بأن قال بأن التصرف لا يعتبر عقدا حقيقيا فهو باطل (١٧٢).

وأما الأهلية المطلوبة للملتزم فإن العمل المسند إليه يقتضي استغلال المال فهو يشيد المرفق ويستغله لصالحه ويلتزم بإعادته بعد نهاية المدة المتفق عليها لجهة الإدارة. فالأهلية اللازمة لإبرام عقد التزام المرافق العامة هي أهلية الالتزام أي أهلية الرشيد الذي بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة ميلادية متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه. فالملتزم يقصد من إبرام عقد التزام المرافق العامة استغلال المال بقصد المضاربة والملتزم في عقد التزام المرافق العامة في ذلك كغيره من المتعاقدين، ولكن نظراً لخطورة التعاقد في عقد الالتزام فإنه يشترط بالإضافة إلى ما سبق شروط خاصة، وهي أن يكون من الذين لهم ثقة في مجال المقاولات وإلا يكون من الممنوعين من ذلك وأن تتوفر لديه القدرة المالية على إنشاء المرفق وإدارته وصيانته، وهذه الشروط يتم التأكد منها من خلال ما تم للملتزم من أعمال ووضعه المالي في البنوك المصرية والأجنبية وبقدم وقت التعاقد ما يفيد ذلك ويلاحظ أن أهلية التعاقد لا تحتاج إثبات من المدعى ولكن تنكر من المدعى عليه (١٧٣).

المطلب الثالث

مدى تجارية عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T"

تمهيد وتقسيم :

إن عقد التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T" كغيره من العقود يبرم بين طرفين "مانح الالتزام، الملتزم"، وقد يكون الطرفان تاجرين فيعتبر العمل الذي تم تجارياً طبقاً لما نص عليه القانون التجاري من أنه يعتبر عملاً تجارياً "..... جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسة...".

واستناداً إلى هذا النص ومع التوسع في فهمه أسبغ القضاء الصفة التجارية على العقود التي يجرى بها عمل التجار في استغلالهم لمهنتهم أي حين تكون لازمة أو مكملية لنشاط التاجر

(١٧١) الفتوى رقم ٣٦٠ في ١٧/٧/١٩٥٤ مجموعة الأستاذ/ سمير أبو شادي ص ٥٦ .
(172) P. S. ATIYAH, D. C. L., F. B. A – THE LAW OF CONTRACT – 235 – 236.
(173) P. S. ATIYAH, D.C.L., F.B.A – THE LAW OF CONTRACT – 236.

في مباشرة مهنته ولو لم تكن داخلة ضمن تعداد الأعمال الذي أورده القانون، ومن هنا يطلق عليها تسمية الأعمال التجارية بالتبعية أو الأعمال التجارية النسبية أو الشخصية دلالة على أنها لا تأخذ الوصف التجاري إلا حين تصدر من تاجر في مباشرته لمهنته هذه وبغيرها تكون مدنية.

والأعمال التجارية سواء كانت أصلية أم تبعية قد تكون تجارية لكل من طرفي التعامل كأن يجري بين تاجرين، وهذه لا تثير أي مشكلة غير أنه يحدث كثيراً أن يكون العمل تجارياً بالنسبة لطرف وغير تجاري للطرف الآخر وإذا كان سائغاً القول بأن تحكمه القواعد التجارية بالنسبة للطرف الأول فمن غير المقبول تطبيقها على الطرف الآخر، وهذه ما تسمى الأعمال (التجارية) المختلطة ^(١٧٤)، فهل عقد التزام المرافق العامة من الأعمال التجارية الأصلية أم التبعية؟ وهل تنطبق القواعد التجارية على طرفيه أم لا؟ وما أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني؟

وللإجابة على هذه التساؤلات نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع :

الفرع الأول : أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني.

الفرع الثاني : هل عقد التزام المرافق العامة يعد عملاً تجارياً أصلياً أم تبعيةً ؟

الفرع الثالث : مدى انطباق القواعد التجارية على طرفي عقد التزام المرافق العامة؟

(١٧٤) أ.د. ثروت حبيب . دروس في القانون التجاري . ص ٩٨ .

الفرع الأول

أهمية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني

إن التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني لها أهميتها من نواحي متعددة^(١٧٥):

أولاً : من ناحية الاختصاص القضائي :

يقوم في بعض الدول قضاء تجاري يوكل إليه النظر في المنازعات التجارية أو المنازعات التي تقوم بين التجار بقصد الفصل فيها بإجراءات سريعة عما تسير عليه المحاكم العادية بالإضافة إلى أن العمل التجاري يجوز لطرفيه أن يشترطاً إذا ما نشب بينهما نزاع أن يفصل فيه عن طريق التحكيم التجاري وذلك بقصد الفصل السريع في المنازعات التجارية. وأما ما عدا ذلك من الأعمال فالاختصاص ينعقد للقضاء العادي، وإذا طرح أمام القضاء التجاري منازعة مدنية يقضي فيها القضاء بعدم الاختصاص باعتبار أن القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات.

ثانياً : إمكانية شمول الحكم الصادر في المنازعة بالنفاذ المعجل :

يقصد بالنفاذ المعجل إمكان تنفيذ الحكم رغم قابليته للطعن فيه بطريق المعارضة أو الاستئناف أو رغم حصول الطعن فيه بإحدى هاتين الوسيلتين. والأصل في المسائل المدنية أن الأحكام لا يجوز تنفيذها جبراً ما دام الطعن فيها بالاستئناف جائز (مادة ٢٨٧ مرافعات) واستثناء يسمح القانون بالنفاذ المعجل في حالات خاصة وردت على سبيل الحصر. أما بالنسبة للأحكام التي تصدر في المسائل التجارية (أي التي تتعلق بالنشاط التجاري) فالنفاذ المعجل فيها واجب بقوة القانون.

ثالثاً : مدى ضرورة الإعذار :

تقضي القواعد العامة في القانون المدني أن مجرد حلول أجل الدين وتأخر المدين عن الوفاء به لا يفيد بذاته اعتباره مقصراً قانوناً، بل قد يحمل هذا على محمل التسامح من قبل الدائن. فإذا كشف الدائن عن تضرره من هذا التأخير وأراد مساءلة المدين وجب عليه أن "يعذره"

(175) Jean – Jacques Barbieri – Contrats Civils Contrats Commerciaux – Page 284 – 286.

فيسجل عليه تأخير، وأنه يعتزم اتخاذ الإجراءات القانونية ضده بطلب التنفيذ الجبري، في حالة عدم المبادرة إلى التنفيذ الاختياري. والأصل أن أعدار المدين في المسائل المدنية، يكون بإنذاره على يد محضر. أما في المسائل التجارية فقد جرى العرف على أن الأعدار يمكن أن يتم بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو ببرقية دون حاجة إلى ورقة من أوراق المحضرين سيرا مع ما تتطلبه التجارة من السرعة في العمل، واستناداً إلى مفهوم الثقة في ائتمان التاجر وحرصه على الوفاء بديونه في وقتها.

رابعاً : من ناحية الفوائد :

فوائد الديون نوعان : فوائد اتفاقية يتفق عليها الطرفان عند نشوء الالتزام وهذه لا يجوز أن يزيد سعرها عن ٧% في جميع المعاملات مدنية كانت أم تجارية. أما النوع الآخر فهي الفوائد القانونية، وهي التي تستحق دون اتفاق في حالة التأخير من قبل المدين في تسديد دين بمبلغ من النقود حل أجله، وسعرها هو ٤% (أربعة بالمائة) في المواد المدنية، و ٥% (خمسة بالمائة) في المواد التجارية (المادة ٢٢٦ مدني). وذلك لأهمية الأجل في المواد التجارية، ففي ميدان التجارة تجد النقود استثماراً سريعاً مربحاً، وهي أيضاً في نفس الوقت معرضة أكثر لاحتمالات عدم السداد.

من ناحية أخرى، نجد أن الأصل في الفوائد القانونية لا تسري إلا من وقت رفع الدعوى (م ٢٢٦ مدني)، غير أن العرف التجاري قد يقضي أحياناً بسرمان الفوائد من وقت حلول الأجل أو من وقت الأعدار الذي قد يتم هذا بخطاب. بل أن القانون التجاري يقضي بأن الفوائد القانونية عن قيمة الورقة التجارية تسري من تاريخ تحرير بروتستو عدم الدفع وأيضاً فالقانون المدني لا يجيز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ولا يسمح بأن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال (م ٢٣٢ مدني) غير أن هذا الحظر يقتصر على المسائل المدنية، أما في المسائل التجارية فيجرى العرف في الحساب الجاري على جواز الأمرين معاً تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، أو جواز مجاوزة الفوائد لرأس المال. ولهذا تحفظ النص المدني (م ٢٣٢ مدني) فقال "... وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية".

خامساً : من ناحية التقادم المسقط :

الأصل أن الديون المدنية لا تسقط إلا بمضي خمسة عشر عاماً على استحقاقها، وقد لاحظ المشرع التجاري أن هذا الأجل طويل جداً إذ يندر أن يتأخر دائن تاجر في المطالبة طول هذه المدة، كما أن الأخذ به يرهق المدين التاجر لأنه يلزمه بالاحتفاظ بأدلة الوفاء مدة طويلة،

ولهذا قرر تقصير التقادم بالنسبة لبعض الديون التجارية فاكتفى بمدد تتراوح بين خمس سنوات وسنة بحيث تسقط الدعاوى بانقضاء هذه المدد (١٧٦).

سادساً : من ناحية الإثبات :

بمقتضى القواعد المدنية لإثبات العقود والتصرفات يتعين الإثبات بالكتابة متى جاوزت قيمته خمسمائة جنيهاً أو كان غير محدد القيمة (م ٦٠ من قانون الإثبات)، وأيضاً لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي إلا بكتابة أخرى، حتى ولو لم تزد القيمة على خمسمائة جنيهاً مصرحاً (م/ ٦١ من قانون الإثبات) وكذلك فقانون الإثبات يتطلب أن يكون للورقة العرفية تاريخاً ثابتاً حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير.

أما في المسائل التجارية الأمر على نقيض هذا. فالأصل أن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة الأدلة، فهذا ما يفيد صراحة نص المادة ٦٠ من قانون الإثبات، ومن ثم تقبل البيئة والقرائن لإثبات العقود التجارية ولو جاوزت قيمتها خمسمائة جنيهاً، وتقبل أيضاً البيئة والقرائن لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما جاء بتصريف تجاري مكتوب، ويجوز أيضاً في المسائل التجارية الاحتجاج بالورقة العرفية على الغير، ولو لم يكن لها تاريخ ثابت (١٧٧).

سابعاً : من ناحية التضامن :

الأصل في المسائل المدنية أنه إذا تعدد المدينون في دين واحد، كان كل منهم مسئولاً عن حصته في الدين، إلا إذا وجد حكم يفيد تضامن المدينين في هذا الدين، فإنه يصبح في استطاعة الدائن أن يطالب أي من المدينين بكل الدين والقانون المدني لا يأخذ بالتضامن إلا إذا كان مشروطاً في سند الدين أو ورد به نص في القانون (المادة ٢٧٩ مدني) " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص في القانون" أما في القانون التجاري. فالتضامن مفترض أصلاً، وإذا أريد نفيه وجب النص عليه صراحة في العقد. وهذا ولاشك يهيئ للدائن انتماءً أقوى (١٧٨).

ثامناً : من ناحية المهلة القضائية للمدين :

(١٧٦) أ.د. علي جمال الدين عوض ، الوجيز في القانون التجاري ، ص ١٣

(١٧٧) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق . ص ٩٣ .

(١٧٨) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق، ص ٩٥ .

يسمح القانون المدني للقاضي أن يترفق بالمدين الذي تخلف عن تنفيذ التزامه في موعده، وبمنحه بذلك أجلاً جديداً معقولاً، متى أنس منه حسن النية، والقدرة على الوفاء، بل يستطيع القاضي أن يكرر منح هذا الأجل القضائي وذلك طبقاً لنص المادة ٣٤٦ فقرة ٢ إذ نصت "على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذ لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم".

غير أن القانون التجاري لا يبيح للقاضي أن يمنح مهلة للمدين لدفع قيمة الكمبيالة، والرأي مستقر على أن هذا المنع يمتد إلى سائر الأوراق التجارية الأخرى، كالسند الاذني والشيك متى اكتسب أي منهما الصفة التجارية ^(١٧٩).

تاسعاً : من ناحية نظام الإفلاس :

إذا تخلف شخص عن الوفاء بدين في ذمته، كان الدائن بعد الحصول على حكم نهائي أن يبادر بالتنفيذ على أمواله وفقاً لقواعد التنفيذ الجبري التي نظمها قانون المرافعات. وقواعد التنفيذ هذه تنطبق على كل مدين أياً ما كانت صفته تاجراً أو غير تاجر، وسواء كان دينه مدنياً أو تجارياً، غير أنه إلى جوار هذه القاعدة. يعرف القانون التجاري نظاماً آخر للتنفيذ على أموال التجار الذين تخلفوا عن سداد ديونهم التجارية وله آثاره العميقة في حياتهم، هو نظام الإفلاس. فالإفلاس نظام خاص بالتجارة وضع لدعم الائتمان التجاري، فلا ينطبق إلا على التجار وحدهم ويقصد به تصفية أموال التاجر تصفية جماعية، وتوزيع الناتج على الدائنين كل بنسبة دينه (قسمة غرماء)، والتاجر لا يتعرض للإفلاس إلا إذا توقف عن سداد دين تجاري، أما وقوفه عن دفع دين مدني فلا يبيح إشهار إفلاسه، إذ لا صلة للدين المدني بالنشاط التجاري ^(١٨٠).

عاشراً : من ناحية اكتساب صفة التاجر :

يترتب على اشتغال الفرد بالأعمال التجارية، أي تكرار القيام بها بحسبانها حرفته المعتادة أن يكتسب صفة قانونية هي صفة التاجر. فتوافر هذه الصفة للفرد منوط بطبيعة الأعمال

^(١٧٩) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق، ص ٩٥.

^(١٨٠) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق، ص ٩٦.

التي يمارسها. كما أن إسباغ الصفة التجارية على الشركة في قانوننا المصري، منوط بالغرض الأساسي من تكوينها حسبما يتضح من وثائق إنشائها، فمتى كان موضوعها مباشرة أعمال تجارية (نشاط تجاري) كانت شركة تجارية ^(١٨١).

وبعد. فهذه بعض نواحي التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، ومن ثم يتضح وبجلاء أهمية تحديد نوع العمل لكي تنطبق عليه القواعد والأصول المنظمة له. وهذا ما سوف نوضحه. إن شاء الله. في الفرع الثاني. بشأن تحديد عقد منح التزام المرافق العامة. بنظام "B.O.T"

الفرع الثاني

هل عقد التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T"

يعد عملاً تجارياً أصلياً أم تبعياً ؟

تنص المادة رقم ٤ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بشأن التجارة ^(١٨٢) على ما يلي :
".... يعد عملاً تجارياً :

أ . شراء المنقولات أيًا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهيئتها في صورة أخرى، وكذلك بيع أو تأجير هذه المنقولات.

ب . استئجار المنقولات بقصد تأجيرها وكذلك تأجير هذه المنقولات .

ج . تأسيس الشركات التجارية.

والمادة رقم ٥ من ذات القانون تنص على: " تعد الأعمال الآتية تجارية إذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف:

أ . توريد البضائع والخدمات.

ب . الصناعة.

ج . النقل البري والنقل في المياه الداخلية.

(١٨١) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق، ص ٩٧.

(١٨٢) نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية في ١٧/٥/١٩٩٩ العدد ١٩ مكرر ويعمل به اعتباراً من أول أكتوبر سنة ١٩٩٩ وذلك طبقاً للمادة الثالثة منه .

- د . الوكالة التجارية والسمسرة أياً كانت طبيعة العمليات التي يمارسها السمسار .
- هـ . التأمين على اختلاف أنواعه .
- و . عمليات البنوك والصرافة .
- ز . استيداع البضائع ووسائل النقل والمحاصيل وغيرها .
- ح . أعمال الدور والمكاتب التي تعمل في مجالات النشر والطباعة والتصوير والكتابة على الآلات الكاتبة وغيرها والترجمة والإذاعة والتليفزيون والصحافة ونقل الأخبار والبريد والاتصالات والإعلان .
- ط . الاستغلال التجاري لبرامج الحاسب الآلي والبث الفضائي عبر الأقمار الصناعية .
- ى . العمليات الاستخراجية لمواد الثروات الطبيعية كالمناجم والمحاجر ومناجم النفط والغاز وغيرها .
- ك . مشروعات تربية الدواجن والمواشي وغيرها بقصد بيعها .
- ل . مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة .
- م . تشييد العقارات أو شراؤها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة إلى شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة .
- ن . أعمال مكاتب السياحة ومكاتب التصدير والاستيراد والإفراج الجمركي ومكاتب الاستخدام ومحال البيع بالمزاد العلني .
- س . أعمال الفنادق والمطاعم والمقاهي والتمثيل والسينما والسيرك وغير ذلك من الملاهي العامة .
- ع . توزيع المياه أو الغاز أو الكهرباء وغيرها من مصادر الطاقة .

وتنص المادة رقم ٨ من ذات القانون على ما يلي :

" ١ . الأعمال التي يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد أعمالاً تجارية .

٢ . كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك .

وحيث أننا قد أنهينا إلى أن تعريف عقد التزام المرافق العامة بأنه نظام تعاقدى لإقامة المشروعات الاستثمارية ومشروعات البنية الأساسية مثل (إنشاء مطار أو محطة كهربائية أو إنشاء طريق أو عمل ميناء) يعتمد على التمويل من القطاع الخاص ثم يملك أو يستأجر الملتزم

المرفق العام ويقوم بتشغيله وإدارته لعدة سنوات تكون كافية لتغطية نفقات إنشاء المشروع، بالإضافة إلى تحقيق أرباح مناسبة من تشغيل المشروع على أن يلتزم الملتزم في نهاية المدة بإعادة المشروع (المرفق) إلى الجهة المانحة دون أي تكلفة بحالة صالحة للاستعمال والتشغيل بنفس الكفاءة التي كان يدار بها.

ومن ثم فالعقد يتضمن مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة (بند "ل" من المادة "٥") ومن ثم فالعقد يعتبر من الأعمال التجارية الأصلية. فالوصف يكون بأن عقد التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T". عقد تجاري وإن لم يذكر بالاسم أو يذكر تحت الحصر الوارد بالمواد السابقة وذلك تطبيقاً لنص المادة ٧ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. "يكون عملاً تجارياً كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد السابقة لنشابه في الصفات والغايات".

الفرع الثالث

مدى انطباق القواعد التجارية على طرفي عقد التزام المرافق العامة

يترتب على اشتغال الفرد بالأعمال التجارية، أي تكرار القيام بها بحسبانها حرفته المعتادة أن يكتسب صفة قانونية هي صفة التاجر. فتوافر هذه الصفة للفرد منوط بطبيعة الأعمال التي يمارسها، كما أن إسباغ الصفة التجارية على الشركة، في قانوننا المصري، منوط بالغرض الأساسي من تكوينها حسبما يتضح من وثائق إنشائها، فمتى كان موضوعها مباشرة أعمال تجارية (نشاط تجاري) كانت شركة تجارية^(١٨٣).

ويأخذ العمل التجاري عادة صورة تصرف قانوني ينعقد بين شخصين، فإذا تقررت للعمل صفته التجارية بالنسبة لكل من الطرفين، فلا صعوبة في الأمر. فالعمل هنا تجاري بحت يخضع بداهة للقانون التجاري ويقابل هذا أنه حين يعتبر العمل مدنياً لكل من طرفيه فإنه يظل خاضعاً لقواعد القانون المدني.

وبجانب هاتين الصورتين، توجد صورة أخرى، وفيها يعتبر العمل تجارياً بالنسبة لأحد طرفيه ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر. فهل تطبق القواعد التجارية والقانون التجاري على طرفي العمل أم لا ؟

^(١٨٣) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق . ص ٩٧.

كان القانون التجاري القديم الصادر بالأمر العالي في ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٣ لم يورد نصوصاً تتعلق بالعمل المختلط (أحد طرفي العمل تاجر والآخر مدني) فاتجه الفقه والقضاء في مصر وفرنسا إلى الأخذ بالأصول العامة وجوهر هذه الأصول هو تطبيق القواعد المدنية أساساً على من يعتبر العمل مدنياً بالنسبة له، والبعد به عن نطاق القواعد التجارية، وتطبيق هذه القواعد الأخيرة على من كان العمل تجارياً بالنسبة له.

وبصدور القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بشأن قانون التجارة^(١٨٤) ورد النص صراحة في المادة رقم ٣ منه "إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه، فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده، وتسري على التزامات الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك".

وقد نصت المادة رقم "٢٠" من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على "لا تثبت صفة التاجر للدولة وغيرها من أشخاص القانون العام. ومع ذلك تسري أحكام هذا القانون على الأعمال التجارية التي تزاولها إلا ما يستثنى بنص خاص".

وبتطبيق هذه النصوص وتلك القواعد على عقد منح التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T". نجد أن أحد طرفي العقد اكتسب صفة قانونية وهي صفة التاجر وهذا هو الملتزم (المستثمر) كشركة مساهمة أو غيرها. فإنه يتمتع بوصف التاجر، ويعتبر شخصاً من أشخاص القانون الخاص ويمارس عملاً من طبيعة تجارية. أما الدولة المضيفة ومانحة الالتزام فبنص القانون لم تثبت لها صفة التاجر، كما أنها لم تباشر أعمال تجارية ومن ثم يعتبر عقد التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T" من العقود المختلطة، فالملتزم تاجر والدولة ليست كذلك بما تمثله من أشخاص عامة وهيئات ومؤسسات. وبالتالي فإن القانون التجاري يطبق على الملتزم ولا يسري على الدولة أو بمعنى أوسع مانح الالتزام ويظل الأخير خاضعاً للقواعد المدنية ويترتب على ذلك نتائج هامة منها :

أولاً : الاختصاص القضائي :

إن تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأن على المدعي أن يسعى إلى المدعى عليه في محكمته. ومن ثم فحين يكون العمل مدنياً بالنسبة للمدعى عليه تعين رفع الدعوى أمام المحكمة المدنية. ويقابل هذا أنه حين يكون العمل تجارياً بالنسبة للمدعى عليه، فالقول هو أن على

^(١٨٤) المعمول به اعتباراً من ١٠/١٠/١٩٩٩ .

المدعي أن يرفع دعواه أمام المحكمة التجارية، غير أن القضاء أجاز في هذه الحالة للطرف المدني أن يرفع دعواه أمام المحكمة المدنية أيضاً أي أنه يكون له هنا الخيار بين رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو أمام المحكمة المدنية^(١٨٥). وأساس هذا النظر أن القضاء التجاري قضاء استثناء قد يصعب على الطرف المدني اللجوء إليه، ومن ثم وجب أن يترك له الخيار بين اللجوء إليه أو اللجوء إلى القضاء المدني صاحب الولاية العامة^(١٨٦).

ثانياً : الإثبات :

إن قواعد الإثبات تختلف في المسائل التجارية عنها في المسائل المدنية، لهذا كان المقرر تطبيق قواعد الإثبات المقررة في المسائل التجارية على الطرف الذي يعتبر العمل تجارياً بالنسبة له وتطبيق قواعد الإثبات المدنية على الطرف الذي يعتبر العمل مدنياً بالنسبة له^(١٨٧).
وغني عن البيان^(١٨٨) أن الطرف الذي يعتبر العمل مدنياً بالنسبة له، حين يرفع دعواه ضد التاجر عادة، ويسلك في سبيل إثبات ما يدعيه طرق الإثبات التجارية، يكون للتاجر أيضاً في هذا المجال أن ينفي ادعاءات المدعي وبكافة طرق الإثبات.

ثالثاً : عدم خضوع المرفق المدار بنظام الـ "B.O.T" لقواعد الإفلاس :

فالقضاء في فرنسا يستبعد فكرة تطبيق التصفية القضائية للمشروعات العامة التي لها وصف الشركات الخاصة لأن المشرع لم يخضع هذه الشركات لقواعد القانون التجاري إلا بشرط اتفاقها مع موضوع المرفق العام. فقد رفضت محكمة النقض في فرنسا حديثاً تطبيق قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥ بشأن التصفية القضائية على شركة الخطوط الفرنسية Air France^(١٨٩).

ويمكن القول أن عدم تطبيق قواعد التصفية القانونية أو الإفلاس على الشركات الخاصة التي تقوم بإدارة مرفق عام (شركة مملوكة للدولة أو شركة اقتصاد مختلط) يعتبر مبدأ قانونياً

^(١٨٥) (القاهرة التجارية الجزئية، ٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨، مشار إليه لدى أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق، ص ١٧٤).

^(١٨٦) أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق، ص ١٧٤.

^(١٨٧) نقض مدني مصري ، ٨ ديسمبر سنة ١٩٦٠، المجموعة س ١١، ص ٦٣٥، رقم ٧٣.

^(١٨٨) (يراجع أ.د. ثروت حبيب . المرجع السابق ص ١٧٥).

^(١٨٩) (مشار إليه لدى أ.د. محمد محمد عبد اللطيف ، الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، ص ١٠٥. ١٩٩١. Cass. Soci 17 Avril).

عاماً، يتقرر حتى بدون نص خاص، ومن الطبيعي أنه يجوز للمشرع أن يقرر هذا المبدأ، ولا يرتكب مخالفة لأي نص أو مبدأ له قيمة دستورية. واستناداً إلى ذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم مخالفة المادة ٧٦ من القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام للدستور فيما تضمنته من عدم جواز شهر إفلاس شركات القطاع العام^(١٩٠).

ويوجد رأي يخالف . ما سبق . ويرى أنه إذا كان المرفق يدار بواسطة شخص خاص فإن كل القواعد الموضوعية في القانون الخاص والقانون التجاري تطبق بما في ذلك تلك التي تنظم طرق التنفيذ والإفلاس عند الاقتضاء^(١٩١).

ومن وجهة . نظري . أرى أن هذا الرأي الأخير أولى بالقبول . لدي . ومن ثم فأنه لا يوجد ما يمنع بطبيعة الحال من تطبيق قواعد الإفلاس على المشروع الخاص الذي يدير مرفقاً عاماً كما هو الأمر بالنسبة للملتزم ما لم ينص على خلاف ذلك.

^(١٩٠) القضية رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ ق دستورية . أول يوليو ١٩٧٢ . هامش أ.د. محمد محمد عبد اللطيف . المرجع السابق، ص ١٠٦ .

^(١٩١) G. VEDEL, P. DEL. VOLVE , Droit administratif T. 2. P. U. F 1992 , P.755 .

الفصل الثاني

آثار عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T"

تمهيد وتقسيم :

إن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T" يترتب التزامات متعددة سواء بالنسبة للجهة الإدارية (مانحة الالتزام) أو بالنسبة للملتزم أو بالنسبة لعميل المرفق. فآثار العقد هي ما يتولد عنه من حقوق والتزامات بالنسبة لأطرافه، والحقوق التي تترتب عنه لطرف من أطرافه هي في نفس الوقت التزامات على الطرف الآخر. والالتزامات والحقوق . محل بحث هذا الفصل . هي تلك الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ "B.O.T" (الجهة الإدارية . الملتزم) والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الملتزم وعميل المرفق ومن ثم يكون البحث في هذا الفصل على النحو التالي :

مبحث أول: نتناول فيه التزامات الجهة الإدارية .

مبحث ثان: نعرض فيه لالتزامات الملتزم .

مبحث ثالث: نبين فيه حقوق العملاء تجاه ملتزم المرفق العام بنظام الـ B.O.T.

المبحث الأول

التزامات الجهة الإدارية في عقد التزام المرافق

العامة بنظام الـ "B.O.T"

باعتبار أن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. من عقود المعاوضات فإنه يرتب كغيره من العقود حقوق والتزامات متبادلة بين أطرافه. فيقع على الجهة الإدارية عدة التزامات تعطي للملتزم الحق في مطالبتها بالوفاء بها بطريقة تتفق مع مبدأ حُسن النية في تنفيذ الالتزامات وعدم الوفاء بها يعرض الجهة الإدارية لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها في بنود العقد. وأهم هذه الالتزامات التي تقع على الجهة الإدارية تتمثل فيما يلي :

١ . مبدأ حُسن النية في تنفيذ الالتزامات.

٢ . احترام شروط العقد.

٣ . احترام مدة تنفيذ العقد وعدم التراخي فيه.

وسنعرض لكل التزام في مطلب مستقل.

المطلب الأول

الالتزام بتنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حُسن النية

تنص المادة ١٤٨ من القانون المدني على أنه "١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسن النية.

٢ . ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" فمبدأ حُسن النية من المبادئ الراسخة والثابتة ويعد من الأصول العامة في القانون المدني، وهذا الأصل العام معمول به في غالبية التشريعات فقد أورد المشرع في القانون المدني الفرنسي م ١٩٦٥/١١٣٤ "الاتفاقات المبرمة قانوناً ملزمة لمن أبرموها ولا يمكن إبطالها إلا بموافقة متبادلة أو لأسباب يرخّص بها القانون ويجب تنفيذها بنية حسنة" وكذا المشرع الأمريكي في القانون ويجب تنفيذها بنية حسنة" وكذا المشرع الأمريكي في القانون التجاري الموحد ينص على المبدأ العام لحسن النية

١٩/٢٠١/١ "البنية الحسنة معناها الأمانة فى الواقع وفى السلوك والصفقة المعينة" (١٩٢)، وبالنسبة لمجال تطبيقه فى الروابط العقدية، فيجب أن يتم تنفيذ شروط العقد من أطرافه وفقاً لمقتضيات هذا المبدأ، ويجب على المتعاقد أن ينفذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. فمبدأ حسن النية مبدأ عام يسود جميع العقود بأنواعها وهو ما يقيد الملتزم فى طريقة تنفيذ التزاماته، كما يقيد الجهة الإدارية فى طريقة المطالبة بحقها، فالجهة الإدارية عليها أن تراعي حسن النية فى المطالبة، فلا تتمسك بحرفية بنود وشروط العقد، فقد يلتزم الملتزم بتركيب أدوات من "ماركة" معينة ويتعذر عليه الحصول عليها إلا بمجهود ونفقات كبيرة فليس للجهة الإدارية أن ترفض التنفيذ بأدوات أخرى من ماركة أخرى إذا كانت لا تقل عنها فى الجودة (١٩٣).

إذ أن التسليم بأن العقد شريعة المتعاقدين ووجوب تنفيذ جميع آثاره قد يحمل العاقد أحياناً على التمسك بالعقد ومحاولة المغالاة فى الإفادة منه على حساب العاقد الآخر بأن يختار من طرق تنفيذه الطرق الأكثر إجحافاً بذلك العاقد الآخر. ولذا يجب تنفيذ العقد بحسن نية أى مراعاة الإخلاص والأمانة وتعرض العقد والاعتدال فى تنفيذ العقد حتى لا ينقلب هذا التنفيذ وبالا على العاقد الآخر (١٩٤).

وهذا الالتزام عام سواء فى العقود المدنية أو فى العقود الإدارية فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " من المقرر قضاء أن تنفيذ العقود ومن بينها العقود الإدارية يتعين أن يكون طبقاً لما اشتملت عليه نصوص العقد وهى التى تحدد حقوق والتزامات طرفيه وأن يكون التنفيذ طبقاً لما اشتمل عليه العقد بطريقة تتفق مع حسن النية" (١٩٥).

والمعنى أن هذا الالتزام لا خلاف عليه فى تنفيذ العقود حتى عند الفريق الذى أراد أن يصرف عقد الـ B.O.T. عن مدنيته إلى اعتباره عقداً إدارياً .

(192) Friedrich Kessier and Grant Gilmore - Contracts – CASES And MATERIALS 914 -915 .

(١٩٣) أ.د. عبد الودود يحيى . مصادر الالتزام . ص ١٧٥ .

(١٩٤) أ.د. سليمان مرقس - الوافى فى شرح القانون المدنى - سابق الإشارة إليه - ص ٥٠٨ - ٥٠٩ .

(١٩٥) (الطعن رقم ١٣٣٣ لسنة ٤٥ ق قضائية إدارية عليا جلسة ٢٧/١١/٢٠٠١ .

وإعمالاً لهذه الحقيقة تقرر المحكمة الإدارية العليا أن: "من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأن العقود المدنية ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة" (١٩٦).

المطلب الثاني

الالتزام باحترام شروط العقد

ومرجع ذلك الالتزام نص المادة ١/١٤٧ من القانون المدني إذ تنص على أن : "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون" ومقتضى هذا النص أن القاضي يطبق شروط العقد كما لو كان يطبق القانون، فالعقد يقوم مقام القانون في تنظيم علاقة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه إلا باتفاق الطرفين، وهذا هو التقابل، كما لا يجوز تعديل شروطه إلا باتفاقهما، فلا يجوز لأحدهما كما لا يجوز للقاضي أن يعدل في شروط العقد إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر، كحق القاضي في تعديل الشرط الجزائي، وإعطاء المدين نظرة الميسرة. وقد قضت محكمة النقض بأنه "ليس في أحكام القانون المدني ما يسوغ للقاضي نقض الالتزامات التي يرتبها العقد؛ بل أن هذا منافٍ للأصل العام القائل بأن العقد شريعة المتعاقدين" (١٩٧).

ولكن كثيراً ما يحدث في العقود طويلة الأجل أو متراضية التنفيذ كعقود التوريد وعقود التزام المرافق العامة أن تتغير الظروف التي أبرم فيها العقد إثر حادث لم يكن منظرها وقت إبرامه، فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد لا مستحيلاً استحالة تامة فينقضى بها الالتزام كالاستحالة التي تنشأ عن القوة القاهرة مثلاً، وإنما يصير مرهقاً للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة، فالعدالة تقضى بمراعاة ما تغير من الظروف وتعديل التزامات المدين بما يتناسب مع هذا التغير وهذا ما يقول به نظرية الظروف الطارئة طبقاً للمادة ٢/١٤٧ من القانون المدني. ولتطبيق هذه النظرية يجب توافر شروط وردت في كتب شراح القانون المدني بشئ من التفصيل، ولكن لا يمكن أن تتوافر شروط تطبيق نظرية الظروف

(١٩٦) هذا الحكم صدر بتاريخ ١١ أبريل ١٩٧٠ .

(١٩٧) الطعن رقم ٩٣٩ سنة ١٤٥٠ ق . جلسة ١٩٧٩/٥/٧ .

الطارئة بل يجب أن يتمسك بها المدين بـ أن يطلب تطبيقها، وإذا لم يتمسك بها أمام محكمة الموضوع، فلا يجوز له إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض^(١٩٨) ومن الملاحظ في ختام نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ مدنى أنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها "يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" فالمشرع يعتبر حكم هذه النظرية حكما أمرا ويعلل الشراح ذلك بأن هذا الحكم اقتضته العدالة، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالف العدالة.

ويرى الفقه الإنجليزى فى مثل هذه الظروف الطارئة ومعالجتها تخفيفا عن المدين أن يعوض المدين بالفرق بين سعر العقد وسعر السوق وقت التنفيذ، فالسوق هو الحاكم بالنسبة للعقد^(١٩٩).

لذا يجب على الجهة الإدارية عند تنفيذ عقد الالتزام بنظام الـ "B.O.T" احترام كافة شروط العقد طالما وقعت عليه سواء كانت هذه الشروط صريحة أو ضمنية، ولا يقتصر التزام جهة الإدارة على احترام العقد والالتزامات الصريحة المنصوص عليها وإنما يشمل أيضاً ما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. وهذا ما نصت عليه المادة ٢/١٤٨ من القانون المدنى إذ نصت على أنه "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام" فالقاضي يضيف إلى التزامات المتعاقدين التي وردت بالعقد ما تقضي به القواعد المكملة تشريعية كانت أو عرفية، فإن لم يوجد، فما تقضي به العدالة.

ومن أكثر الشروط التي تعرض لها مجلس الدولة الفرنسى فى هذا الصدد ، شرط عدم المنافسة إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة عن هذا الشرط ، كما فى حالة تغير الوسيلة الفنية فى اشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء فى الاضاءة بدلا من الغاز، أو الأتوبيس محل الترام ، أو المترو محل الترام. وبعبارة أخرى أنه من أبرز التزامات الجهة الادارية التى تعد من مستلزمات عقد منح تراخيص استغلال المرافق العامة التزامها بضمان عدم منافسة الملترم فى نفس نوع النشاط المرخص به^(٢٠٠). ولكن إذا لم يلتزم الملترم المتعاقد فى

(١٩٨) أ. د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٥٣٥ .

(199) Donald Harris and Denis Taïon- Contract Law Today – P. 244 – 245.

(٢٠٠) أ.د. عادل عبد الرحمن خليل ، المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ،

عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T بتنفيذ التزاماته وفقاً لشروط وبنود العقد فإن للجهة الإدارية الحق - بشروط - منح الالتزام فى نفس الغرض والنشاط إلى ملتزم آخر دون مسئولية على الجهة الادارية.

المطلب الثالث

الالتزام باحترام مدة تنفيذ العقد وعدم التراخى فيه

فيجب على طرفى العقد (الجهة الادارية - الملتزم) تنفيذ التزاماتهما بمجرد الانتهاء من التصديقات اللازمة من السلطات المختصة للعقد والانتهاء من باقى الاجراءات المتممة للعقد . ولذا يجب على الجهة الادارية تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها من العقد بعد اتمام العقد وسريانه ، فيجب عليها تسليم موقع المشروع للملتزم إذا كانت ملتزمة بذلك وتقاعسها فى تنفيذ التزاماتها يعرضها للمسئولية باعتبارها قد ارتكبت خطأ عقدياً وتلزم بتعويض الملتزم عما أصابه من أضرار نتجت عن ذلك . وعلى الجهة الادارية تنفيذ ما التزمت به خلال المدة المحددة فى عقدااللتزام ، فالوفاء بالالتزام ليس معفياً للمسئولية إلا إذا تم فى المدة المحددة فى العقد فقد يترتب على الوفاء بالالتزام بعد المدة المحددة أضرار تلحق بالملتزم يستحق عنها الاخير تعويضاً أيضاً بالرغم من الوفاء بالالتزام ولكنه كان وفاءً بعد الميعاد والتزام الجهة الادارية مع المتعاقد بالتنفيذ فى المدة المحددة هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ومن ثم فقد استقر الفقه على وجوب تنفيذ الالتزام فى مدة معقولة ، فاذاتأخرت الإدارة عن تنفيذ التزاماتها لمدة تتجاوز الحد المعقول تلتزم الجهة الادارية بتعويض الملتزم الطرف المتعاقد معها^(٢٠١).

ومن صور تراخى الإدارة فى التنفيذ التأخير فى تسليم الموقع للبدء فى أعمال الإنشاءات، وكذلك التراخى فى إجراء الاختبارات اللازمة للتربة فى موقع العمل والإفادة بالنتيجة.

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بالفسخ من ذلك حكمها الصادر فى ٣ يونيو ١٩٦٧ الذى جاء فيه "متى كان من الثابت أنه حيل بين المتعاقد والبدء فى تنفيذ العمليات بسبب تعرض رجال الإصلاح الزراعى له الأمر الذى ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزامها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكينه من البدء فى التنفيذ، وإذ لوحظ أن المدة التى حددت لتنفيذ العملية هى شهران فقط فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم موقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله مما يحق معه القول

(٢٠١) أ. خالد العطية - المرجع السابق - ص ٢٠٢.

بأنها قد أخلت إخلالا جسيما بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكنه من العمل، وأنها تأخرت عن تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة جاوزت القدر المعقول مما يقوم سببا لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك" (٢٠٢) .

المبحث الثانى

التزامات الملتزم فى عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T.

يرتب عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T. حقوقاً للملتزم تتمثل فى ١- الانفراد باستغلال المرفق العام عن طريق الامتياز أو الاحتكار القانونى. ٢- تمكين الملتزم من القيام بالأعمال اللازمة لإدارة المرفق واستغلاله. ٣- تقاضى رسوم من المنتفعين أى اقتضاء المقابل المتفق عليه من المنتفعين بالمرفق^(٢٠٣). كما أنه يترتب التزامات على عاتق الملتزم ومن أبرز هذه الالتزامات: التنفيذ الشخصى للعقد ، الالتزام بالمواعيد المحددة لتنفيذ المشروع ، الالتزام بنقل ملكية المشروع للجهة الادارية عند انتهاء مدة العقد .

وعليه سنفرد - إن شاء الله - لكل التزام من هذه الالتزامات الثلاثة مطلباً مستقلاً نتناوله فيه ببعض التفصيل .

المطلب الأول

الالتزام بالتنفيذ الشخصى للعقد

إن الجهة الادارية تسعى من خلال إبرام عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T. إلى تنفيذ مشروعات عامة تحقق مصالح عامة ، ومن أجل بلوغ هذا الهدف فإنها تتطلب توافر شروط وصفات جوهرية ترتبط بشخص المتعاقد معها لضمان تنفيذ المشروع على الوجه الذى يحقق الصالح العام ؛ لذا تختار الإدارة المتعاقد معها بناء على صفات ومؤهلات شخصية باعتبار الجهة الادارية وقت تعاقدتها نائبة عن الجمهور وأمانة على الصالح العام فيجب أن يتوافر فى شخص المتعاقد معها كفايته المالية وقدرته الفنية أو جنسيته وحسن سمعته. وفكرة الاعتبار الشخصى أمر مألوف فى عقود القانون الخاص المدنية والتجارية التى ترتبط بشخصية المتعاقد أو

(٢٠٢) (حكم المحكمة الإدارية العليا فى جلسة ١٩٦٧/٦/٣ فى الطعن رقم ٨٦٢ لسنة ٩ ق.ع مجموعة مبادئه فى خمسة عشر عاما ج٢، ص ١٩١٤ .

(٢٠٣) (أ.د/ قدرى عبد الفتاح الشهاوى : عقد المقاوله فى التشريع المصرى والمقارن ، ص ٣٥٤ .

بصفة من صفاته لتكون محل اعتبار الطرف الآخر ، كعقود الهبة ، والوديعة ، والتأمين ، والوكالة ، وشركات الاشخاص كشركات التضامن . وقد اشترط الفقه الاسلامى لاقطاع الأرض فى الاسلام أكثر من ذلك وهو القدرة على العمل فيجب على الدولة إلا تقطع الفرد من الأرض مايزيد على طاقته ، ويعجز عن استثماره وقد نص فقهاء الشافعية والحنابلة على ذلك ، لأن الغرض من الاقطاع هو الاحياء للمنفعة العامة لامجرد التملك فاذا لم يكن المقطع اليه قادرا على استغلال ماأقطع له من الأرض ، لم يكن الاقطاع مشروعاً ، ووجب استرداد مازاد على قدر كفايته ، وهذا ماحدث لبلال بن الحارث المازنى ، فقد روى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن الحارث بن بلال بن الحارث عن أبيه بلال بن الحارث المازنى : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أقطع العقيق أجمع^(٢٠٤) فلما ولى عمر قال : يا بلال أنك استقطعت رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضاً طويلة عريضة^(٢٠٥) فقطعها لك ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يمنع شيئاً يسأله ، وأنت لاتطبق ما فى يدك ، فقال : أجل ، فقال : فانظر ما قويت عليه منها فامسكه ، ومالم تطق ، ومالم تقو عليه ، فادفعه الينا نقسمه بين المسلمين ، فقال : لا أفعل والله شيئاً أقطعينه رسول الله صلى الله عليه وسلم - فقال عمر : والله لتفعلن فأخذ منه ما عجز عن عمارته فقسمه بين المسلمين^(٢٠٦).

ومن ثم يمكن اعتبار عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T من العقود المؤسسية على الاعتبار الشخصى . ويترتب على هذه الخاصية (الاعتبار الشخصى) النتيجة الاساسية وهى التزام الملتزم مع الجهة الادارية بتنفيذ الالتزامات المتولدة عن التعاقد تنفيذاً شخصياً ولا يجوز للملتزم التنازل كلياً أو جزئياً عن العقد إلا بعد موافقة الجهة الادارية والا ترتب البطلان لتصرف الملتزم وقد قضت محكمة النقض أن " التزامات التعاقد مع الإدارة شخصية . وجوب تنفيذها شخصياً وبفسه مسئوليته وحده والادارة لها دائماً حق الرجوع عليه فى حالة وقوع تقصير فى التزامه أيا كان شخص المقصر وليس له التحلل من المسئولية متذرعاً بأن الفعل الموجب للمسئولية وقع من مندوبه دون علمه أو رضاه^(٢٠٧) .

المطلب الثانى

^(٢٠٤) الأموال لأبى عبيد - ص ١١٧ .

^(٢٠٥) يقول أبو يوسف فى الخراج ، ص ٦٧ ، أنها كانت مابين البحر والصخر .

^(٢٠٦) مشار إليه لدى أ.د. حسنى محمود عبد الدايم ، المرجع السابق ، ص ٢٢٨

^(٢٠٧) نقض مدنى - الطعن رقم ٤٠١ لسنة ٢٩ ق جلسة ٢٠ / ٤ / ١٩٦٤ .

الالتزام بالمواعيد المحددة لتنفيذ المشروع

وتعتبر مدد ومواعيد التنفيذ من أهم التزامات الملتزم فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T. ، لأن عدم مراعاة تلك المدد يؤدي إلى الاخلال بقاعدة حسن سير المرافق العامة والاضرار بالصالح العام ومن ثم فإن أى اخلال بالمواعيد المحددة فى العقد يعرض الملتزم للمسئولية وتوقيع الجزاء عليه من قبل الجهة الادارية ، ولاتنتفى مسئوليتة إلا إذا أثبت وجود سبب أجنبى لايد له فيه ، كالقوة القاهرة أو فعل الجهة الادارية ذاتها ، أو الحادث الفجائى غير المتوقع^(٢٠٨).

ويختلف مفهوم مدة التنفيذ فى عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T. باختلاف موضوع العقد، ومايتعلق به من اقامة منشآت أو تقديم خدمة معينة . فعلى سبيل المثال . إذا كان موضوع العقد اقامة منشآت أو اجراء ترميمات فإن مدة التنفيذ تعنى الفترة التى يلتزم خلالها الملتزم مع الجهة الادارية بإنجاز تلك الأعمال وفقا للعقد وملحقاته .

وعادة مايضمن العقد أو كراسات الشروط الملحقة به مدة التنفيذ حيث يتم تحديد مدة عامة لتنفيذ كافة الأعمال ثم تتولى الجهة الادارية المتعاقد معها تحديد ايقاع تنفيذ هذه الأعمال ضمن المدة العامة . وقد ينص العقد على مدد جزئية لتنفيذ أجزاء معينة من الأعمال إلى جانب المدة العامة للتنفيذ ، وان كان هذا الاسلوب الاخير هو الافضل لضبط سير التنفيذ وعدم التسويف فى انجاز الأعمال المحددة فى العقد .

وتحديد مدة التنفيذ يتم فى الاصل باتفاق الطرفين المتعاقدين (الجهة الادارية- الملتزم) بحيث لاتستطيع الجهة الادارية أن تفرض من جانب واحد مدة غير متفق عليها. فالمدة يتم تحديدها باتفاق الطرفين وبارادتهما المشتركة ولايستقل أحدهما دون الآخر بفرضها وتحديدها .

وإذا لم يتضمن العقد مدة معينة للتنفيذ يكون للجهة الادارية أن تحدد مدة معقولة للتنفيذ تحت رقابة قاضى العقد وذلك حسب ظروف المتعاقد مع الجهة الادارية ، ووفقا للعرف الجارى ونية الأطراف الحقيقية^(٢٠٩).

(٢٠٨) يرى أستاذنا الدكتور/ محمد شكرى سرور" أن فقه القانون الخاص قد هجر الفصل بين الحادث الفجائى والقوة القاهرة ليستقر على النظر إليهما بحسبانهما تعبيرين متكاملين ليشكلا السبب الأجنبى الذى يترتب عليه إعفاء المدين " مسئولية مهندسى ومقاولى البناء - ص ٣٣٠ .

(٢٠٩) أ. خالد بن محمد العطيه - المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

وهذا ما استقر عليه القضاء في مصر وفرنسا إذ قالت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري في فتاها الصادرة بتاريخ ١١/١١/١٩٩٢ أن " المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذ الالتزام ، فليس معنى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى عن كل قيد زمني ، وإنما يتعين أن يتم في مدة معقولة وفقا للمجرى العادى للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذى يرمون اليه " .

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسى أن وضع تقويم للتنفيذ مصدق من السلطة المختصة بعد ابرام العقد يعتبر بمثابة تحديد لمدة التنفيذ يدخل فى العقد المشترك للطرفين^(٢١٠) . ويجب أن يراعى فى حساب مدة التنفيذ مدد ايقاف وتأجيل الأعمال التى تطلبها الجهة الادارية أو ترجع إلى أفعال أجنبية عن المتعاقدين .

المطلب الثالث

الالتزام بتسليم ونقل ملكية المشروع

تمهيد وتقسيم :

إن الملتزم فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T ملتزم قبل الجهة الادارية بعد انتهاء مدة العقد بتسليم ونقل ملكية المشروع (المرفق العام) اليها ، حتى يتحرر من التزاماته العقدية ، ويتم التسليم ونقل الملكية وفقا لبنود العقد والشروط الواردة بكراسات الشروط وماتم الاتفاق عليه بينهما ويقتضى البحث فى هذا الالتزام أن نعرض لماهية نقل الملكية فى نهاية مدة الالتزام ، وشروط النقل ، وتكاليف نقل الملكية ، وكذا الضمانات الملقاه على عاتق الملتزم لضمان الوفاء بهذا الالتزام ، وذلك فى ثلاثة فروع على النحو التالى :

الفرع الاول : ماهية نقل الملكية .

الفرع الثانى : شروط النقل وتكاليفه .

الفرع الثالث : ضمانات الوفاء بالالتزام بالتسليم .

الفرع الأول

ماهية نقل الملكية فى نهاية المدة المحددة فى عقد الالتزام

(٢١٠) أ.خالد بن محمد العطيه ، المرجع السابق ، ص ١٤٧ .

بنظام الـ B.O.T

نقل الملكية للمرفق العام الذى أنشئ بنظام الـ B.O.T وتسليمه للجهة الادارية فى نهاية عقد الالتزام . يعنى : تحويل جميع أصول المشروع الثابتة والمنقولة وغيرها باسم الجهة الادارية التى تعاقدت مع الملتزم . ويلاحظ أن نقل ملكية المشروع باسم الجهة الادارية يعد من أهم خصائص عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T.^(٢١١) وفى العادة يتم نقل ملكية المشروع للجهة الادارية بدون مقابل وقد يتم النقل بمقابل يتم الاتفاق عليه فى العقد، وإذا كان العمل قد جرى على أن يتم النقل إلى الجهة الادارية إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم النقل إلى شركة ما أو هيئة أو أى جهة بناء على رغبة الجهة الادارية ولكن يتم ذلك بعقد جديد بين الجهة الادارية والملتزم الجديد بشروط قد تغاير الشروط الأولى أو تماثلها حسب ما يتم الاتفاق عليه . ويتم هذا النقل فى نهاية المدة المحددة فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T وهذه المدة تختلف من تشريع إلى آخر ومن عقد إلى آخر . فمثلا قد ورد بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن منح التزام المرافق العامة بأنه لايجوز أن تزيد مدة العقد على ثلاثين عاما فى حين أجازت التشريعات اللاحقة كالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ ، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ وغيرها بأن المدة قد تصل إلى تسع وتسعين عاما وقد ورد فى بعض العقود أن المدة أربعون عاما تدخل فيها فترة الانشاء وذلك كما ورد بعقد منح التزام مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T.^(٢١٢) وقد تكون المدة ثلاثين عاما كما ورد بعقد منح التزام انشاء محطة تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة^(٢١٣).

الفرع الثانى

شروط النقل وتكاليف

هذه الشروط مرجعها عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T. فيجب أن يتضمن العقد هذه الشروط التى تتمثل فيما يلى :

- ١- شروط النقل وتوقيته أو ربما تحديده إن رغب الطرفان فى إعادة التعاقد من جديد بعد انتهاء المدة السابقة .

(٢١١) أ.خالد بن محمد العطيه - المرجع السابق ، ص ٢٢٩.

(٢١٢) الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ فى ١٩/١١/١٩٩٨ المادة ٣ فقرة ج ، بند (٢).

(٢١٣) الوقائع المصرية ، العدد ١٧٣ فى ٥/٨/١٩٩٩.

- ٢- نطاق نقل الملكية ويتم ذلك ببيان مجال النقل مثل نقل التحسينات والمباني ، والمكاتب والمعدات ، والأشياء الثابتة والتجهيزات وقطع الغيار اللازمة لإدارة المرفق .
- ٣- وضع جدول للصيانة الدورية والمراقبة الفعلية قبل تاريخ النقل مع تحديد معايير دقيقة من ناحية الجودة والنوعية التي يلتزم بها من سيقوم بالنقل والتسليم (الملتمزم) وتحديد معايير الصيانة والأداء المتوقع حتى إذا ماتم النقل يتم ذلك بكامل طاقة المشروع (المرفق العام) وبحالة جيدة كما كانت في يد الملتمزم .
- ٤- توريد قطع الغيار عقب النقل لمدة تحددها الجهة الادارية .
- ٥- نقل التكنولوجيا وتدريب العمالة الوطنية اللازمة لتشغيل المشروع بعد إتمام النقل .
- ٦- تحديد تكاليف النقل ومن يتحملها وهذه التكاليف عادة تشمل رسوم التسجيل والتوثيق ومستحقات الموظفين وتكاليف المتدربين من موظفي وعمال الجهة الادارية ومصرفات فحص الخبراء لكل محتويات المرفق الذى سيتم نقله وتسليمه .
- ٧- الغاء العقود والتنازلات الصادرة من الملتمزم قبل الغير وأنها لا تسرى فى مواجهة الجهة الادارية حتى لا يتم النقل للمرفق وهو مثقل بحقوق والتزامات للغير .
- ٨- ازالة الأشياء المملوكة للملتمزم والتي لا تشملها شروط النقل والتسليم.
- ٩- اجراءات النقل وكيفيته وطريقته .
- ١٠- ويجب أن يتضمن العقد أنه يجوز للجهة الادارية الرجوع على الملتمزم إذا وجدت نقصاً أو خلاً خلال السنة التالية للتسليم أو يجوز للطرفين أن ينصا تعاقديا على مد أجل المسؤولية أى مدة أطول^(٢١٤).

الفرع الثالث

ضمانات الوفاء بالالتزام بالتسليم

لكى يقوم الملتمزم بالوفاء بالالتزام بالتسليم لابد وأن يرد فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T ما يكفل للجهة الادارية إجبار الملتمزم على القيام بهذا الالتزام الهام من التزاماته الواردة فى العقد؛ إذ أن هدف الجهة الادارية عقب انتهاء مدة الالتزام أن ينقل اليها المرفق بكل أصوله بحالة جيدة

(¹) En.ce. sens, victor Haim les effets delar eception dans les marches publics L'actualite juridique - droit administratif 20 mai 1998.

صالحة للاستعمال والاستخدام فلا يكفى أن تتسلم مشروعاً أو مرفقاً معطلاً لأن ذلك يلحق الضرر بالجهة الادارية ويحول دون تحقيق الهدف المنشود من وراء عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T بصفة عامة .

ولذا يفضل أن تحصل الجهة الادارية المتعاقدة على ضمان بأن تكون جميع أصول المشروع بحالة جيدة لفترة زمنية معينة وأن تقوم شركة المشروع بالصيانة خلال فترة الضمان، وبالتالي تضمن الجهة الادارية عدم اهمال الملتزم فى صيانة المرفق قرب موعد نقل الملكية والتسليم وقد أحسنت الجهة الادارية فى بعض العقود^(٢١٥) والتي أبرمت بنظام الـ B.O.T مؤخرًا حينما أوردت بالعقد أن المستثمر يلتزم بتسليم المطار بكافة الانشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل و بما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دولياً بالكفاءة وقد ورد أيضاً ما يفيد ضمان تنفيذ ما ذكر آنفاً بالنص عليه بأن يلتزم المستثمر قبل عامين من نهاية مدة الالتزام أن يقدم للمالك خطاب ضمان بقيمة تعادل ٥% (خمسة فى المائة) من اجمالى قيمة الأعمال^(٢١٦) يكون سارى المفعول حتى مرور مدة تسعين يوماً من تاريخ تسليم المطار وبالصيغة والشروط التى تم تحديدها^(٢١٧).

(٢١٥) عقد منح التزام مطار مرسى علم .

(٢١٦) قدرت وقت التعاقد بمبلغ أربعة ملايين جنيه مصرى ويبدو لى أن هذا المبلغ قليلاً جداً على المشروعات العملاقة التى تقام بنظام الـ B.O.T .

(٢١٧) يراجع قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ بشأن مطار مرسى علم المنشور بالوقائع المصرية بالعدد ٢٦٤ فى ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ المواد ٣، ٤ من العقد .

المبحث الثالث

حقوق العملاء تجاه ملتزم المرفق العام بنظام الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

إن الهدف والمسعى من وراء إبرام عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. بين الجهة المانحة للالتزام والملتزم، هو أداء الخدمات إلى العملاء وجمهور المنتفعين، وقد تكون هذه الخدمات مباشرة أو غير مباشرة فالخدمات المباشرة تؤدي من الملتزم للعميل مباشرة نتيجة تعاقد بينهما أى أن العملاء محدّدون بمن يتعاقدون مع الملتزم .

أما الخدمات الغير مباشرة فهي تلك الخدمات التي تؤدي وتكون غير محدّدة بأشخاص معينة كالأمن الخارجى والداخلى ومرفق الصحة والتعليم .

ويجب أن تؤدي للعملاء الخدمات سواء مباشرة كانت أو غير مباشرة من الملتزم بأسعار معقولة ، كما أن على الملتزم أن يكفل للعملاء استمرار المرفق فى أدائه للخدمات وانتظامه ومسايرته للتطور وكذا عليه أن يكفل المساواة فى أداء الخدمات بين العملاء دون تمييز أو نقص فى أداء الخدمة لبعض المتعاملين مع المرفق.

ومن ثم فقد بان - لنا - أن للعملاء حقوقاً تجاه ملتزم المرفق العام بنظام الـ B.O.T. تتمثل فيما يلى :

١- أداء الخدمات بأسعار معقولة .

٢- كفالة استمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور .

٣- كفالة المساواة فى أداء الخدمات .

وهذا الإجمال يحتاج منا لبعض التفصيل وذلك من خلال عرض موجز لتلك الحقوق فى أربعة مطالب على النحو الأتى :

المطلب الأول : أسعار الخدمات التى يؤديها الملتزم للعملاء.

المطلب الثانى : استمرار المرفق العام فى أدائه للخدمات وانتظامه ومسايرته للتطور .

المطلب الثالث : كفالة المساواة بين العملاء .

المطلب الرابع: الأساس القانونى لامتداد آثار عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T للعملاء (الغير).

المطلب الأول

أسعار الخدمات التى يؤديها الملتزم للعملاء

إن الملتزم فى عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T قد أنشأ المرفق العام من ماله الخاص نظير أن يستغل المرفق ويديره لحسابه الخاص مدة زمنية محددة فى العقد ويحصل من جمهور المنتفعين على مقابل الخدمة المؤداة لهم وذلك إما فى صورة رسم أو أجر . فهل أسعار مايؤديه الملتزم من خدمات للجمهور طليق من كل قيد؟ هذا مانحاول الاجابة عليه فى هذا المبحث وذلك من خلال عرض الفقه القانونى فى القانون المدنى المصرى والقانون الفرنسى وفقه الشريعة الاسلامية وذلك من خلال ثلاثة فروع على النحو التالى :

الفرع الأول

أسعار خدمات المرفق العام بنظام الـ B.O.T طبقا

للفقه القانونى المصرى

تنص المادة ٦٧١ من القانون المدنى - المصرى - على ماياأتى:

"١- يكون لتعريفات الأسعار التى قررتها السلطة العامة قوة القانون بالنسبة إلى العقود التى يبرمها الملتزم مع عملائه ، فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ماخالفها .

٢- ويجوز اعادة النظر فى هذه القوائم وتعديلها ، فاذا عدلت الاسعار المعمول بها وصدق على التعديل ، سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعى من الوقت الذى عينه قرار التصديق لسريانها ، ومايكون جاريا وقت التعديل من اشتراكات فبالمرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص فى الأجور وذلك فيما بقى من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة ."

وتنص المادة ٦٧٢ من ذات القانون على مايلى :

"١- كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح.

٢- فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل ، كان له الحق في استرداد مادفعه زيادة على الاسعار المقررة ، وإذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال ما نقص من الأسعار المقررة ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك . ويسقط الحق في الحالتين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجور التي لا تتفق مع الأسعار المقررة^(٢١٨).

ومن هاتين المادتين تتضح بعض المبادئ الأساسية بشأن سعر الخدمة التي يحصلها الملتزم من المنتفعين بالمرفق العام المدار بنظام B.O.T ومن هذه المبادئ أن المادة ٦٧١ من القانون المدني - المصري - أنطت بالسلطة العامة تحديد تعريفات^(٢١٩) الأسعار التي يتقاضاها الملتزم من عملاء المرفق ، وجعلت قرار السلطة العامة في ذلك له قوة القانون . ومن ثم فمرجع تحديد أسعار الخدمات بين الملتزم والعميل ليس العقد المبرم بينهما وليس عقد الالتزام المبرم بين الملتزم والجهة المانحة الالتزام وإنما هو السلطة الادارية وحدها ويستوى في ذلك أن تكون السلطة الادارية وضعت هذه الأسعار مبتدئة أو اقترحها الملتزم فصاقت عليها أو ناقشتها مع الملتزم وانتهت إلى إقرارها ففي جميع هذه الأحوال تعتبر السلطة الادارية هي مصدر القوة الالزامية لهذه الأسعار^(٢٢٠).

^(٢١٨) هاتان المادتان ٦٧١ ، ٦٧٢ من القانون المدني المصري تقابل النصوص في بعض التقنيات المدنية العربية مثل التقنين المدني السوري في المادتين ٦٣٧ ، ٦٣٨ والتقنين المدني الليبي في المادتين ٦٧٠ ، ٦٧١ وكذا التقنين المدني العراقي في المادتين ٨٩٥ ، ٨٩٦ وهذه التقنيات مطابقة لنصوص التقنين المدني المصري ماعدا ما ورد بالتقنين العراقي بشأن مدة التقادم ، فهي في التقنين المدني العراقي ستة أشهر بدلا من سنة في القانون المدني المصري .

^(٢١٩) التعريفات : جمع تعريف والتعريف : هي ثمن خاص يطبق على فئة من المنتفعين مقابل خدمات محددة مثلا تعريف ساعة الانتظار - مكوس بالنسبة لفئة من المركبات في عمل معين أو لقسم من الطريق . والتعريف تختلف عن الرسم أو الثمن . فالرسم Redevance هو ثمن خدمة عامة يحصل عليها المنتفع أو العميل من المرفق العام. أما الثمن Prix وهو المقابل لخدمات مقدمة وهذا مصطلح عام يستخدم كذلك في صفقات المرفق العام وفي تفويض المرفق العام . وكذا التعريف تختلف عن المساعدة المالية (الدعم) والضريبة.

marie- Therese ,sur LeLiboux L Actualite juridique - droit administratif 20septembre.1996.

^(٢٢٠) أ.د. عبدالرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء السابع - المجلد الأول ، ص ٣٨٤ .

وقد ورد بعقد منح التزام مطار مرسى علم بنظام B.O.T أن الملتزم يتولى تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والاشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات ووفقا للآلية التى تم تحديدها والاتفاق عليه بالملحق (٢٣) وبهذا الملحق ورد أن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والاشغال جميع المكونات الواردة فى القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدنى ومقابل استغلال حقوق النقل الجوى وأشغال مبانى وارضى الموانى الجوية والمطارات . كما يتضمن المقابل كذلك مايقترحه المستثمر من مكونات وذلك مع الالتزام بالقوانين المصرية كما يحق للمستثمر اضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك ، وعليه أن يعلن عنها إلى جميع من يهمهم الأمر قبل نفاذها بفترة لاتقل عن شهر (٢٢١).

ويترتب على هذا أن الاسعار لاتكون لها قوة الزامية ولاتقيد العميل إذا لم تقررها السلطة العامة (بقانون يصدر أو قانون قائم) أو موافقة المالك بالتصديق عليها وأى تعديل من قبل الملتزم لايكون ملزما لعملاء المرفق حتى فى حالة اضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها فذلك لايسرى على العملاء إلا بموافقة الجهة الادارية المانحة (المالك) والاعلان عن ذلك بمدة كافية للعلم بما لا يقل عن شهر كما ورد فى ملحق عقد التزام مطار مرسى علم بنظام B.O.T ولايجوز للمتعاقدین (الملتزم - العميل) أن يتفقا على سعر يخالف السعر الذى أقرته السلطة الادارية لا بالزيادة ولا بالنقص ، ولايستثنى من ذلك إلا حالة واحدة وهى التى نصت عليها الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ من القانون المدنى (٢٢٢).

ويترتب على ذلك أن أى اتفاق على ما يخالف ماتم إقراره من السلطة المختصة يعتبر اتفاقا باطلا ولايعتد به ووجب التقيد بالأسعار المقررة بمعرفة السلطة العامة ولكن ماهو الحل إذا حدث غلط أو انحراف من قبل أحد طرفى عقد أداء الخدمة فى تطبيق تعريفه الأسعار بالنسبة لخدمات المرفق العام ؟

هذا السؤال أجابت عنه المادة ٦٧٢ من القانون المدنى بقولها :

(٢٢١) الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ فى ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ .

(٢٢٢) (١) " (٢) ولا تحول المساواه دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوى على تخفيض الاجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

" ١- كل انحراف أو غلط يقع عند تطبيق تعريف الاسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح.

٢- فاذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق في استرداد مادفعه زيادة على الأسعار المقررة . واذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام ، كان له الحق في استكمال مانقص من الاسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ويسقط الحق في الحالتين بانقضاء سنة من وقت قبض الأجر التي لا تتفق مع الأسعار المقررة " .

فالمادة أوضحت أنه إذا حدث غلط أو انحراف في تعريف الاسعار لاداء الخدمات وكان هذا الغلط أو الانحراف ضد مصلحة عميل المرفق العام أدى إلى أن يقوم العميل بدفع أزيد من السعر المقرر كان للعميل أن يسترد الزيادة حتى لو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك^(٢٢٣) أما إذا وقع الغلط أو الانحراف ضد مصلحة الملتزم بأن حصل من العميل على سعر أقل من السعر المقرر ، كان للملتزم أن يستكمل من العميل مانقص من السعر المقرر ولو كان هناك اتفاق على خلاف ذلك .

وهذه الحقوق سواء كانت للعميل من الملتزم أو للملتزم من العميل تسقط (فلا يجوز المطالبة بها) بانقضاء سنة من وقت قبض الأجر فالتقادم هنا تقادم حولى .

والمقصود بالغلط الوارد في هذه المادة هو توهم غير الواقع أو التصور الذى لايطابق الحقيقة " وذلك بصفة عامة أما التعريف الذى يوضح أن الغلط كعيب من عيوب الإرادة فهو كما قال البعض^(٢٢٤) بأنه وهم يقع فيه شخص فيكون الدافع إلى أن يقبل هذا الشخص على إبرام تصرف قانونى .

ونص القانون المدنى على الغلط كعيب من عيوب الإرادة فى المواد من ١٢٠-١٢٤ من التقنين المدنى المصرى .

ويقسم الفقه الغلط إلى أنواع ثلاثة :

النوع الأول : الغلط المانع أو المعدم :

(٢٢٣) أ.د. عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق ، ص ٣٨٨.

(٢٢٤) أ.د. جميل الشرقاوى ، مصادر الالتزام ، ص ١٢٦.

وهو الغلط الذى يمنع من إنعقاد العقد ومثاله :الغلط الذى يقع فى ماهية العقد . كما إذا سلم شخص آخر شيئاً على أنه عارية فتسلمه الآخر على أنه هبة أو كان الغلط فى ذاتية محل العقد كما لو ظن المشتري أنه يشتري سيارة معينة وكان البائع يبيعه سيارة أخرى .

النوع الثانى : الغلط العائب للرضاء:

وهو الذى يقع فى مادة الشئ . كمن كان يشتري إناء يظنه من الفضة وهو من معدن أبيض رخيص ، أو يقع فى شخص من يتعامل معه إذا كان هذا الشخص محل اعتبار ، كمن يتفق على مقابلة مع من يظنه مهندساً مؤهلاً وهو فى الحقيقة على غير ذلك .وهذا النوع من الغلط لايعدم الإرادة ولكنه يجعلها معيبة .

النوع الثالث : وهو الغلط الذى لايؤثر على الارادة :

فهذا النوع لايفسد الرضاء ولايؤثر على الارادة وهو ذلك الغلط الذى ينصب على الباعث إلى إبرام التصرف . كمن يستأجر داراً فى مدينة لايعتقده بأنه نقل إليها وهو لم ينقل ، أو فى قيمة ماينصب عليه تصرفه كأن اعتقد أنه يساوى مائة وهو يساوى مائتين أو العكس أو فى صفة غير جوهريّة فى المحل لكون الشئ المبيع من صناعة مدينة معينة أو فى صفة شخص من يتعامل معه إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار ، كما لو كان الشخص بائعاً أو مشترياً بالنقد فشخصه لا أهمية له.

وبعد ... فإن تعريف الغلط كما ورد فى القانون المدنى كعيب من عيوب الارادة وكما شرحه الفقهاء يتضح معه أن المقصود بالغلط الوارد فى المادة ٦٧٢ الفقرة الأولى من القانون المدنى هو ذلك الغلط الذى لايعيب إرادة ويستوى مع الغلط المشاراليه فى المادة ١٢٣ من القانون المدنى ، والتي تنص على أنه " لايؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب ولا غلطات القلم ولكن يجب تصحيح الغلط " .

ولذا - نرى - أنه يجب اضافة عبارة "الذلا يعيب الارادة " لتكون المادة فى صيغتها كالتالى " ... أو غلط لايعيب الارادة " .

ويقصد بالانحراف الوارد بالمادة آنفة الذكر أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية لتحقيق غرض غير معترف له به فهو عيب من عيوب القرار الادارى ويطلق عليه المشرع فى قانون مجلس الدولة تسمية " إساءة استعمال السلطة" فالقرار الادارى المشوب بعيب الانحراف هو قرار سليم فى عناصره الاخرى التى لاتتعلق بالبواعث والأهداف فهو قد صدر من شخص

مختص واستوفى الاجراءات الشكلية ومطابق للقانون من حيث محله ومن هنا كانت خطورة عيب الانحراف^(٢٢٥)، لأن رجل الإدارة فى حماية من مظهر المشروعية يحاول أن يحقق جميع الأغراض غير المشروعة وإن رقابة القضاء فى مجال الانحراف هى رقابة مشروعية "legalite".

فالقرار الادارى المشوب بعيب الانحراف هو قرار ادارى غير مشروع لأن رجل الإدارة قد تنكر للغاية " Le but " التى هى ركن أساسى فى كل قرار ادارى يكون قد خرج على القانون ، حتى لو احترم القانون من حيث المظهر أو كما قال مجلس الدولة المصرى فى حكم له " ... وبهذه المثابة تكون إساءة استعمال السلطة ضربا من تعمد مخالفة القانون مع التظاهر باحترامه وأهدافه " وعلى هذا الأساس انتهى الرأى بمحكمة النقض المصرية - بعد تردد - إلى القول بحق المحاكم القضائية فى رقابة عيب الانحراف^(٢٢٦).

نخلص من ذلك إلى أن الانحراف عيب فى القرار الادارى لا يكون من العميل انما يكون من الملتزم أو صاحب السلطة . فالغلط قد يكون من العميل أو الملتزم وإن كان أقرب للعميل منه إلى الملتزم، أما الانحراف لا يكون إلا من الملتزم.

وبعد توضيح معنى الغلط والانحراف فى أسعار الخدمات المؤداة بمعرفة الملتزم للعملاء إذا وقع من العميل غلط أو الملتزم انحراف بأن دفع الأول أزيد من المقرر لسعر الخدمة أو انتفع بالخدمة بسعر أقل فإن الأمر فى الحالتين يستوجب استرداد مادفع أزيد من الاسعار المقررة من قبل العميل أو استكمال ما نقص من الأسعار المقررة من قبل الملتزم وهنا نكون بصدد رد غير المستحق لأن كلا منهما قد أثرى بلا سبب بقدر ما افترقت ذمة الآخر .

ويعرف دفع غير المستحق :- بأنه هو قيام شخص بالوفاء بدين غير مستحق عليه . فيترتب على هذا الوفاء نشوء التزام فى ذمة المدفوع له أن يرد إلى الموفى مأخذه دون حق لأن احتفاظه به يعتبر إثراء على حساب الغير^(٢٢٧) وقد نظم المشرع أحكام دفع غير المستحق فى المواد من ١٨١ : ١٨٧ من القانون المدنى .

(٢٢٥) أ.د. سليمان محمد الطماوى ، القضاء الادارى ، الكتاب الأول ، قضاء الإلغاء ، ص ٨٦١ وما بعدها.

(٢٢٦) أ.د. سليمان الطماوى ، المرجع السابق ، ص ٨٧١ ، ٨٧٢.

(٢٢٧) أ.د. عبد الودود يحيى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ص ٣٢٥.

وقد عرف البعض^(٢٢٨) الالتزام برد غير المستحق : بأنه هو الالتزام الذى ينشأ على عاتق من يتلقى وفاء لا يستحقه وفقا لأحكام القانون بأن يرد ماتلقاه الممن وفى به .
ولقيام الالتزام برد مادفع بغير المستحق يجب أن يتوافر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : الوفاء بدين غير مستحق :

فيشترط لدفع غير المستحق أن يكون هناك وفاء له صفة التصرف القانونى يستوى أن يكون وفاء مباشرا أم وفاء بمقابل أم يكون عملا قانونيا آخر له صفة الوفاء كالتجديد والمقاصة فيكون هذا الدين الذى تم الوفاء به غير مستحق ويكون كذلك فى أربع حالات :

الأولى : إذا كان الدين منعما من الأصل .

الثانية : أن يكون الدين مؤجل الاستحقاق .

الثالثة : إذا كان الدين استحق ولكنه انقضى قبل الوفاء به .

الرابعة : إذا كان الوفاء بمبلغ أزيد من المستحق .

ويمكن الحاق الحالة الرابعة بالحالة الأولى بخصوص الزيادة أى ماتم الوفاء به زائدا فالدين بالنسبة للزيادة منعدم .

الشرط الثانى : اعتقاد الموفى أنه ملزم بالدين :

فيجب لى نكون بصدد التزام برد مادفع بغير المستحق أن يكون الموفى قد قام بالوفاء عن غلط لى يسترد ماوفاه أى يكون غير عالم بأنه ملزم بالوفاء ، والغلط هنا مفترض^(٢٢٩) إذ ليس من المعقول أن يقوم شخص بالوفاء لدين إلا إذا كان معتقدا أن الدين مستحق وواجب الأداء أو مقرر عليه .

^(٢٢٨) أ.د. جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٥٩٥ .

^(٢٢٩) أ.د. عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٣٢٩ .

الشرط الثالث: عدم مجرد الموفى له -حسن النية- من سند الدين أو تأميناته أو عدم تركه دعواه تسقط بالتقادم :

وهذه هي الشروط الثلاثة تعرضنا لها بايجاز فاذا ماتوافرت أعملنا وأنزلنا الاحكام العامة بشأن رد ما دفع بغير المستحق سواءا للملتزم أو العميل بشأن مادفع بأزيد من الأسعار المقررة أو أداء الخدمة بسعر أقل من المقرر بمعرفة السلطة العامة ولكن يبقى حكم يخالف ما نصت عليه المادة ٦٧٢ من القانون المدنى إذ نصت المادة الأخيرة على أن مدة التقادم هي سنة من وقت الدفع فى حين أن المادة ١٨٧ من القانون المدنى والتي تعتبر الحكم العام تنص على " تسقط دعوى استرداد مادفع بغير حق بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه من دفع غير المستحق بحقه فى الاسترداد .." الخ ماورد بنص المادة.

ونحن من جانبنا - نرى - أنه تمشيا مع الأحكام العامة وتحقيقا للصالح العام أن مدة السنة الواردة بالمادة ٦٧٢ مدنى للتقادم هي مدة قصيرة ويجب أن تزداد هذه المدة فى تلك المادة لتصبح ثلاث سنوات من وقت العلم وليس من وقت الدفع كما هو منصوص ولتصاغ المادة بالصياغة التالية :

"١- كل انحراف أو غلط لا يعيب الارادة يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح .

٢- فاذا وقع الانحراف أو الغلط الذى لايعيب الارادة ضد مصلحة العميل كان له الحق فى استرداد مادفعه زيادة على الأسعار المقررة . واذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرافق العام ، كان له الحق فى استكمال مانقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك .

ويسقط الحق فى الحالتين بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه أنه دفع ما لايتفق مع الاسعار المقررة "

الفرع الثانى

أسعار خدمات المرفق العام بنظام B.O.T

طبقا للفقہ الفرنسي

الفقه الفرنسى يقرر بأن المرفق العام دائما يدفع له حتى لو كان مجانيا فان المستفيدين ان لم يدفعوا ثمن الخدمة بصفة مباشرة فانهم يدفعون الثمن بطريقة غير مباشرة على سبيل المثال : الضرائب التى يدفعونها تؤول إلى المرافق العامة المجانية فدائما للمرفق العام ثمن والذى يهمنه فى هذا المقام هو سعر الخدمات التى تؤدى بمعرفة المرفق العام ذات الدخول المدفوعة . فالمنتفعون يدفعون كامل ثمن الخدمة لأن ذلك هو الأقرب إلى نظام B.O.T وهذا الثمن أما أن يكون فى صورة تعريف أو رسم أو ثمن .

والتعريف .. هى ثمن خاص يطبق على فئة من المنتفعين مقابل خدمات محددة . مثال : تعريف ساعة الانتظار لفئة من المركبات فى نوع معين من الطرق .

أما الرسم Redevance هو ثمن خدمة عامة يحصل عليها المنتفع (أو العميل) من المرفق العام .

أما الثمن " Le prix " هو المقابل لخدمات مقدمة وهذا مصطلح عام يستخدم كذلك فى صفقات المرفق العام وفى تفويض المرفق العام .

والمبدأ العام فى فرنسا هو أن الاحترام الواجب للأسعار التى يؤديها عملاء المرفق العام مهما كان تدخل الملتزم فى تحديدها أو مناقشتها انما يرجع إلى إقرار السلطة العامة لها^(٢٣٠).

وتعريفات الخدمات المؤداة بمعرفة الملتزم للعملاء تحديدها - طبقا للفقه الفرنسى - يمر بتحديد آلى مع قواعد التطوير وحسب الحال اعادة فحص الظروف المالية ، والتحديد الآلى لأسعار الخدمات فى التزام المرافق العامة بنظام B.O.T انما يرجع استجابة لمبدأين كبيرين هما الأول : عدم وجود حرية تحديد التعريف بالنسبة للملتزم (القائم على إدارة المرفق) الثانى : التعادل بين سعر الخدمة وتكاليفها .

فتحديد التعريف لا يمكن أن يترك لتقدير الملتزم بإدارة المرفق العام فالملتزم ليس بحرفى ذلك بل هو مقيد برأى الجهة المانحة للالتزام ويستثنى من ذلك . تعريف عبور نفق المانش^(٢٣١) لأنه خاضع لمعاهدة دولية ، وليس معنى ذلك أن الملتزم مقيد فى تحديد التعريف بالنسبة للخدمات المؤداة بمعرفة المرفق المنشأ بنظام الـ B.O.T بل أن هناك هامش استقلال على الأقل وهو

^(٢٣٠) جيز (Jeze) - النظرية العامة للعقود الادارية ، ص ٥٥٦ .

^(٢٣١) مارى - تريزيسير - لوليبو

Marie , Theres sur - Le liboux L'Actuatite juridique droit administratif 20
Septembr 1996 page 643.

الاقتراح بتحديد سعر الخدمة فهذا متروك له وفى الغالب يأخذ به مع بعض القيود عليه والاشتراطات وإذا كان الملتزم ليس بحر الا أن هناك مبدأ آخر يجب مراعاته هو التعادل بين تكاليف المرفق العام من انشاءات ، ومصروفات للإدارة والتشغيل، وغير ذلك من التكاليف، وبين سعر الخدمة (التعريف) بحيث تكون التعريف شاملة هذه التكاليف دون ارهاق للملتزم طالما أنها المقابل المباشر للخدمات المقدمة .

والتعادل يترك وفقا لتعريفه هامشا للتقدير ليس بالنسبة لمكونات ثمن الخدمة ولكن لكميتها أو مبلغها الفعلى وكيفية تنفيذها تبعا لهذا مختلفة وفى الوضع الحالى للتشريع المبدأ هو: الحرية فى تحديد التعريف منذ مرسوم (رقم ١٢٤٣/٨٦) فى أول ديسمبر لسنة ١٩٨٦ الخاص بحرية الاسعار والمنافسة ومع ذلك فى بعض المجالات تخضع التعريف لتنظيم إدارى "المادة (١) فقرة ٢ من المرسوم" .

وبعض المرافق العامة المحلية لها تعريف يحددها ويعدلها نظم مشددة كثيرا أو قليلا. فمثلا سعر الوجبة فى المطاعم المدرسية الأولية يجب تحديدها حسب القواعد التى وردت بالقرار رقم ٦٥٤/٨٧ فى ١١ أغسطس ١٩٨٧ والقرارات التالية التى أتخذها وزير الاقتصاد والمالية (مجلس الدولة فى ٦ فبراير ١٩٩٥).

وأيا كانت طريقة تحديد التعريف فهذه الطريقة توضع فى عقد الالتزام وفى الغالب تكون العناصر المكونة لسعر الخدمة واردة فى ملحق بالعقد . وعناصر السعر تكون ثلاثة.

أ- الاعباء المالية أو الاستهلاكات للاستثمارات (تكلفة الانشاء مضافا اليها المصروفات المالية الاضافية التى تكون ثابتة) .

ب- أعباء الاستغلال والصيانة التى تشمل مصاريف الافراد والمؤن والسوائل وتكاليف الصيانة الجارية كذلك الاستهلاكات وأحتياجات التجديد بالنسبة للصيانة الكبيرة .

ج- المبالغ التى تدفع للجهة مانحة الالتزام نتيجة الاستغلال .

هذه العناصر الثلاثة أو الهيكل العام لثمن الخدمات العامة واردة فى بعض النصوص التشريعية . مثلا المادة ٦ من القانون رقم ١١٥٣/٨٢ الصادر فى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٨٢ وكذلك المادة ٣/١٥٣ من قانون الطرق ..

وحيث أن عقد الالتزام هو عقد فى الغالب يعقد لمدة ليست بالقصيرة فيجب أن تتطور تعريف المرفق العام لمتابعة التكاليف الفعلية على طول مدة العقد .

وقد فرق الفقه الفرنسى طبقا للمرسوم رقم ١٤٨٣/٤٥ فى ٣٠ يونيه الذى الغى بالمرسوم ١ ديسمبر ١٩٨٦ بشأن حرية السعر والمنافسة بين الاسعار والمنتجات داخل الاحتكار أو خارج الاحتكار . فالمنتجات التى داخل الاحتكار أو الخدمات أسعارها تحدد بعد التشاور مع مجلس المنافسة ولايحدد بمعرفة مؤدى الخدمة أو المنتج وحده والا عد ذلك مخالفا للمرسوم المشار اليه فقد أقامت جمعية المحامين أمام محكمة باريس طعن بطلب الغاء القرار الصادر فى ٩ سبتمبر لعام ١٩٨٨ بشأن تعديل القرار الصادر فى ٥ يناير ١٩٦٧ المحدد للتعريف العامة لاعمال المحضرين وقد أسست جمعية المحامين طعنها على أن القرار قد اتخذ دون استشارة مجلس المنافسة وهو ما يعد مخالفا للمرسوم الصادر فى ١ ديسمبر ١٩٨٦ ولكن مجلس الدولة الفرنسى انتهى إلى الحكم برفض الطعن تأسيسا على أن مايتعلق به الطعن هو نشاط خارج احتكار محضرى العدل^(٢٣٢).

الفرع الثالث

أسعار الخدمات المؤداة فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T

فى ظل الشريعة الاسلامية

قال الله تعالى فى محكم التنزيل " ما فرطنا فى الكتاب من شئ"^(٢٣٣)

ومصادر الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامى متعددة أهمها كتاب الله عز وجل ، وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم، وإجماع الأمة من عصر الصحابة إلى وقتنا هذا ، ثم القياس والمصالح المرسلة وغيرها فهل تعرض الفقه الاسلامى لاسعار الخدمات بصفة عامة ومن ثم إنطباقها على عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T بصفة خاصة.

نقول إن الشريعة الاسلامية لم تترك صغيرة أو كبيرة فى شئون الدين والدنيا إلا وتعرضت لها وعلى فقهاء الأمة الاجتهاد و استنباط حكمها من المصادر آفة الذكر وقد اجتهد فقهاء الأمة الاسلامية فى حكم التسعير ليجيبوا لنا عن حكم التسعير وهل هو مباح أم غير ذلك وهذا ما نتعرض له فى هذا المطلب ونقول بادئ ذى بدء أن السنة النبوية المطهرة قد عالجت

^(٢٣٢) يراجع ميشيل بازكس ، تنظيم الأسعار ، مقال نشر بمجلة المستجدات القانونية للقانون الادارى فى ٢٠/٤/١٩٩٦ .

Michel Bazex, Reglementation des Prix.

^(٢٣٣) سورة الانعام ، الآية ٣٨ .

موضوع التسعير ووضعت له الضوابط الشرعية . فالكمال للشرعية الإسلامية دليل واضح لكل ذى لب وبصيرة لأن الخالق أعلم بالمخلوقين . فالتشريع من الله جاء كاملا وصدق الله العظيم إذ يقول فى كتابه العزيز " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً " (٢٣٤). ومن كمال الدين أنه لم يترك لنا أمراً من أمور الدين أو الدنيا إلا فصله سواء فى كتابه الحكيم أو سنة نبيه الرسول الأمين صلى الله عليه وسلم .

فعن أنس رضى الله تعالى عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالوا - يارسول الله لو سعرت لنا ؟ فقال " إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعر وأنى لأرجو أن ألقى الله عز وجل ولا يظلمنى أحد بمظلمة ظلمتها إياه فى دم ولا مال " رواه الخمسة إلا النسائى وصححه الترمذى (٢٣٥).

وعليه فقد انقسم الفقهاء إلى رأيين :

الرأى الأول: يرى حرمة التسعير :

وقد استدلل أصحاب هذا الرأى (٢٣٦) بالحديث وماورد فى معناه وأن التسعير مظلمة لأن الناس مسلطون على أموالهم والتسعير حجر عليهم والامام مأمور برعاية مصالح المسلمين، وليس نظره مصلحة المشتري برخص الثمن أولى من نظره فى مصلحة البائع بتوفير الثمن وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين (البائعين والمشتريين) من الاجتهاد لانفسهم والزام صاحب السلطة أن يبيع بما لايرضى به مناف لقوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض... " (٢٣٧). وإلى هذا ذهب جمهور العلماء

(٢٣٤) سورة المائدة ، الآية (٣).

(٢٣٥) وقوله (لو سعرت) التسعير هو أن يأمر السلطان أو نوابه أو كل من ولى امور المسلمين أمرا أهل السوق أن لايبيعوا أمتعتهم إلا بسعر كذا ، فيمنعوا من الزيادة عليه أو النقصان لمصلحة ، وقوله المسعر فيه دليل على أن المسعر من أسماء الله تعالى وإنها لا تنحصر فى التسعة والتسعين أسما المعروفة .

(٢٣٦) الامام العلامة الشوكانى وهو من فقهاء الزيدية فى كتابه نيل الاوطار ، الجزء السادس ، ص ٣١٢ ، ٣١٣ .

(٢٣٧) البقرة ، الآية ٢٣٣ .

الرأى الثانى: يرى جواز التسعير:

فقد روى الامام مالك أنه يجوز للامام التسعير ورد على أصحاب الرأى الأول بأن الحديث على خلاف ذلك. وفى وجه للشافعية جواز التسعير فى حالة الغلاء وهو مردود. وظاهر الاحاديث أيضا عدم الفرق بين ما كان قوتا للآدمى ولغيره من الحيوانات وبين ماكان من غير ذلك من الآدامات وسائر الامتعة ، وقد جوز جماعة من متأخرى أئمة الزيدية جواز التسعير فيما عدا قوت الآدمى والبهيمة . وقالوا ان التسعير فى غير القوتين لعله اتفاق والتخصيص يحتاج إلى دليل والمناسب المعفى لا ينتهز لتخصيص صريح الأدلة . بل لايجوز العمل به على فرض عدم وجود دليل كما تقرر فى الأصول^(٢٣٨)،^(٢٣٩).

وقال ابن القيم الجوزية^(٢٤٠) أما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ومنه ما هو عدل جائز ، فاذا تضمن ظلم الناس واكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل اكراههم على مايجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل فهو جائز بل واجب .

ويقول رحمه الله : فأما القسم الأول . فمثل ما روى عن أنس قال غلا السعر على عهد النبى صلى الله عليه وسلم . فقالوا يا رسول الله لو سعرت لنا فقال " أن الله هو القابض الرازق الباسط المسعر وأنى لأرجو أن ألقى الله ولايطالبنى أحد بمظلمة ظلمتها اياه فى دم ولا مال".

فاذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم بينهم وقد أرتفع السعر أما لقلة الشئ أو لكثرة الخلق فهذا إلى الله، فالإلزام للناس أن يبيعوا بقيمة بعينها إكراه بغير حق.

وأما الثانى : فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس اليها إلا بالزيادة على القيمة المعروضة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولايعنى التسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل والتسعير هنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به .

ويقول الامام ابن حزم وهو من فقهاء الظاهرية^(٢٤١):

^(٢٣٨) الامام الشوكانى ، المرجع السابق ص ٣١٣.

^(٢٣٩) سبل السلام - الكحلانى - الجزء الثالث ، ص ٢٥.

^(٢٤٠) كتاب الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، ص ٢٢٣ .

^(٢٤١) كتاب المحلى - الجزء التاسع ، ص ٦٤-٦٥.

وقد روينا عن طريق عبدالرزاق عن المعتمر بن سليمان التيمي عن ليث بن أبي سليم أخبرني ابو الحكم أن علي بن أبي طالب أحرق طعاما احتكر بمائة الف وعن طريق ابن أبي شيبة أن حميد بن عبدالرحمن الروماني عن الحسن بن حي عبدالحكم بن عتيبة عن عبدالرحمن بن قيس قال : " قال حبيشى أحرق لي علي بن أبي طالب بيادر بالسواد كنت أحتكرتها لو تركها لربحت فيها مثل عطاء الكوفة".

إذا الفقه الاسلامي قد ورد به رأيين :

الأول : يرى تحريم التسعير ويتبنى هذا الرأي بعض الزيدية كما ورد في نيل الأوطار للعلامة الشوكاني.. وأدلة هذا الرأي تتلخص في دليلين :

١- أن التسعير مظلمة كما ورد في الحديث المروى عن أنس والمشار اليه وأن الرسول صلى الله عليه وسلم أعرض عن التسعير لأنه ظلم أو يؤدي إلى الظلم وإذا لم يكن كذلك لفعله رسول الله صلى الله عليه وسلم .

٢- أن المالك مسلط على ماله والتسعير حرج عليه وهذا خلاف الأصل وولى الأمر مسئول عن عامة الناس بائعهم ومشتريهم ولا تفضيل لاحدهما على الآخر إلا لتتافى ذلك مع قول الله عز وجل " ياأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"(٢٤٢).

والثاني : يرى جواز التسعير في بعض الظروف التي تدعو إلى ذلك :

فهناك من الظروف والملابسات التي تظهر لولى الأمر أنه لا يصلح الناس إلا التسعير . بمعنى أن التسعير ليس حراما مطلقا وانما يجوز في بعض الأحوال الغير عادية وهذا الرأي مروى عن الامامين مالك والشافعي كما أنه منقول عن بعض فقهاء المذهبين الحنفى والحنبلى وحتى الشوكاني نفسه عن بعض متأخري الزيدية(٢٤٣).

ويقول أستاذنا الدكتور / يوسف قاسم " وقد يقال أن بين الرأيين شيئا من التعارض والذي يبدو لي أنه ليس هناك تعارض بينهما على الاطلاق ذلك أن الرأي الأول يقول بحرمة التسعير وتعليقنا على ذلك أن هذا هو الأصل ، وهذه هي القاعدة العامة هو مايقول به الرأي الثاني إلا أن أصحاب هذا الرأي الأخير اضافوا حالة أخرى وهي - حالة استثنائية - مؤداها أنه عندما تشتد

(٢٤٢) سورة النساء ، الآية ٢٩ .

(٢٤٣) أ.د. يوسف قاسم ، التعامل التجارى فى ميزان الشريعة ، ص ٨٨ .

حاجة الناس ويشد من ناحية أخرى تحكم التجار وتعتهم ، فإن الحالة الاستثنائية تجيز لولى الأمر أن يتدخل ، بل لو ثبت لديه أنه لا يصلح الناس إلا تدخله لوجب عليه^(٢٤٤).

ونخلص من هذا المبحث بعد أن استعرضنا النصوص القانونية فى القانون المصرى وجانب من الفقه الفرنسى وماورد بالفقه الاسلامى إلى أن الدولة المانحة يجب ألا تحدد سعرا للخدمة المؤداة بمعرفة الملتزم إلا إذا جدد ظروف استثنائية حتمت ذلك وفرضت علالدولة المانحة أن تتدخل حماية لرعاياها ولجمهور العملاء وقت تعنت وتعسف الملتزم.

ومن العقود الحديثة التى أبرمت على أرض مصر بنظام الانشاء والتشغيل والتسليم الـ "B.O.T" عقد التزام مطار مرسى علم^(٢٤٥) وقد ورد بهذا العقد _ أن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والإشغال تكون بناء على اقتراح من المستثمر فى بداية كل سنة ميلادية - ويحق للمستثمر (الملتزم) اضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك وعلى الملتزم أن يعلن إلى جميع من يهمهم الامر قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر ومعنى هذا البند الوارد فى العقد ، أن ثمن الخدمة محل تفاوض بين الملتزم والجهة الادارية ، فالملتزم هو الذى يحدد سعر الخدمات للمرفق ويعرضها على الجهة الادارية للموافقة عليها .

ومن جانبنا - يجب أن نفرق بين أمرين :

الامر الاول: إذا كانت الخدمة المؤداة من الملتزم للمرفق العام خدمة احتكارية على ذات الشركة الممنوح لها الالتزام ومقصورة عليها فقط فهنا يجب على الجهة المانحة تحديد السعر لحماية جمهور العملاء مع المرفق **الامر الثانى:** إذا كانت الخدمة ليست مقتصرة ومحكورة لها الشركة الملتزمة فهنا يترك الأمر لسعر السوق بناء على العرض والطلب مع وضع حد أقصى لا يتجاوزه الملتزم .

المطلب الثانى

الالتزام باستمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور

النص القانونى:

تنص المادة ٦٧٣ من القانون المدنى المصرى على :

(٢٤٤) أ.د. يوسف قاسم ، المرجع السابق ، ص ٩٠-٩١.

(٢٤٥) منشور بالوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ فى ١٩ نوفمبر ١٩٩٨.

" ١- على عملاء المرافق المتعلقة بتوزيع المياه والغاز والكهرباء والقوى المحركة وماشابه ذلك أن يتحملوا مايلزم أدوات المرافق عادة من عطل أو خلل لمدة قصيرة، كهذا الذى تقتضيه صيانة الأدوات التى يدار بها المرفق .

٢- ولملتزمى هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أوخلل يزيد على المألوف فى مدته أو فى جسامته إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق ، أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقدرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه . ويعتبر الاضراب حادثا مفاجئا إذا استطاع الملتزم اقامة الدليل على أن وقوع الإضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة اضرابهم بأية وسيلة أخرى " .

وواضح من هذا النص وما سبقه من أعمال تحضيرية ومشروع القانون أن الالتزام الجوهري الذى يقع على عاتق الملتزم هو إدارة المرفق، إدارة حسنة تؤدى الغرض المقصود من المرفق وهو خدمة العملاء وجمهور المنتفعين بالمرفق العام فادارة المرفق واستغلاله حق للملتزم ، وفى نفس الوقت التزام عليه تجاه الجهة المانحة بمقتضى عقد الالتزام، وتجاه العملاء بمقتضى شروط عقد أداء الخدمة المحرر بين الملتزم والعميل. وإدارة المرفق تقتضى الاستمرار فى أداء الخدمات بصورة منتظمة دون خلل أو توقف. كما أن على الملتزم فى ادارته للمرفق مسايرة التطور ومواكبة العصر بادخال التكنولوجيا المطلوبة لادارة المرفق توفيراً للوقت والجهد والمال ولايكون إدخال التطور عبئا على عملاء المرفق من الناحية المالية^(٢٤٦).

ولايضاح هذا الالتزام بادارة المرفق والاستمرار فى أداء الخدمات بانتظام ومسايرة التطور ، فإن ذلك يحتاج إلى بحث مسئولية الملتزم عن الخلل الذى يصيب المرفق أثناء عقد الالتزام ، وذلك من خلال بيان نوع المسئولية ، وهل يجوز الاتفاق على تخفيضها أو الاعفاء منها؟ ومتى تترتب المسئولية على عاتق الملتزم ومتى يعفى منها؟

وذلك فى فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول

نوع المسئولية

(²⁴⁶) Jean Rivero et jean . waline – Droit ad mnistratif page 455-456.

أن الملتزم مسئول عن استمرار المرفق العام وانتظامه وهذه المسؤولية قد فرضت على الملتزم من أوجه كثيرة :

الوجه الأول: من العميل وهو جمهور المنتفعين بالخدمة التي يؤديها لهم المرفق العام وسند هذه المسؤولية هو العقد المبرم بين الملتزم والعميل ومن ثم فالمسؤولية عقدية يحكمها وينظمها العقد .

الوجه الثاني : من الجهة المانحة للالتزام وهي الجهة الادارية التي كانت في الأصل مسئولة عن أداء خدمات المرفق العام لجمهور المنتفعين فأبرمت عقد منح الالتزام مع المستثمر "الملتزم " ليقوم بأداء الخدمة للجمهور وذلك بمقتضى عقد منح الالتزام بنظام الـ B.O.T ومن ثم فالمسؤولية أيضا بين الملتزم والجهة الادارية مسؤولية عقدية يحكمها وينظمها عقد الالتزام بما تضمنه من شروط وبنود .

ويقول البعض^(٢٤٧) أن الملتزم مسئول عن استمرار المرفق العام وانتظامه بموجب نص القانون والمبادئ المقررة فيه ومن ثم تعتبر المسؤولية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على تخفيضها ، أو الاعفاء منها أى أن المسؤولية قانونية (أو تقصيرية) تجد مصدرها في نص القانون^(٢٤٨) وهذا الرأي أستاذ في تأسيسه للمسؤولية للمشروع التمهيدى لنص المادة ٦٧٣ من القانون المدنى فقد كانت تشتمل على فقرة بهذا المعنى " ويكون باطلا كل شرط يعفى أو يحد من المسؤولية المنصوص عليها في المادة ٩١٢ " .

والمادة ٩١٢ من المشروع التمهيدى التي يشير اليها النص هي التي كانت توجب على الملتزم الاستمرار في أداء خدمات المرفق للعملاء ونحن - من جانبنا - نرى أن المسؤولية سواء بين الملتزم والجهة الادارية أو بين الملتزم والعملاء مسؤولية عقدية وأن أحاط المشرع العلاقة بين الملتزم والجهة الادارية من خلال العقد المبرم بينها ببعض القيود والشكليات حماية للمصالح العامة والمرافق العامة التي تعتبر من صميم الاقتصاد في البلاد . وهذا لا ينافي العلاقة بينهما من أنها علاقة عقدية يحكمها وينظمها العقد وهذا مايشجع المستثمرون على الاقبال على التعاقد بنظام الـ B.O.T لوضوح ماعليهم من التزامات وماله من حقوق في وثيقة عقد الالتزام المبرم بين عاقيه (الملتزم والجهة الادارية) وهذا ماأشار اليه أستاذنا الدكتور/ محمد شكرى سرور بخصوص الضمان العشرى في تحديده للطبيعة القانونية للضمان العشرى فقد قال " أن الضمان

(٢٤٧)أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء السابع ، ص ٣٩٤ .

(٢٤٨)أ.د. محمد شكرى سرور ، مسؤولية مهندسى ومقاولى البناء ، ص ٢٧٢ .

العشرى هو أحد التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للمسئولية العقدية أخضعه المشرع لتنظيم خاص، ليتلاءم وخصوصيات المشكلات العملية التي تطرحها مقاولات البناء وليقيم به نوعاً من التوازن العادل والمعقول بين طرفى هذا النوع من العقود. وليكفل به قدر من السلامة لروح وممتلكات صاحب البناء. لكن تنظيمه هذا التشريعى الخاص لا يغير من طبيعته^(٢٤٩).

الفرع الثانى

تحقق المسئولية والاعفاء منها

هذا المطلب يجيب عن تساؤل متى تتحقق مسئولية الملتزم أثناء إدارته للمرفق؟ وماهى أسباب اعفائه من هذه المسئولية ؟

إذا وقع عطل أو خلل فى أداء المرفق لخدماته فيجب أن نفرق بين أمرين :

الأمر الأول : إذا كان هذا الخلل أو العطل مألوفاً ولمدة قصيرة ، كما لو نشأ عن الصيانة الدورية المألوفة للادوات التى يدار بها المرفق ، لا يعتبر هذا الخلل أو العطل بتلك الصورة إخلالاً يستوجب المسئولية ، ولكن يجب ألا يتنزع الملتزم بين الحين والآخر أن الخلل أو العطل نشأ عن الصيانة للادوات التى يدار بها المرفق فلا يحمل قول الملتزم دائماً على صحته وعدم مسئوليته، إذ أن مجريات الأمور العادية يكون فيها العطل أو الخلل بسيط ولعدد ساعات محددة لا تزيد عن ثلاث ساعات فى الشهر ولمرة واحدة فاذا ماتجاوز ذلك فإن هذا العطل أو الخلل لا يعتبر مألوفاً بل يكون هناك خطأ من جانب الملتزم باستعماله أو استخدامه لآلات قديمة أو غير صالحة للاستعمال بصفة منتظمة .

الأمر الثانى : إذا كان العطل أو الخلل يزيد على المألوف فى مدته وجسامته فإن هذا يعتبر إخلالاً من الملتزم بواجباته ويكون مسئولاً أمام الجهة الادارية مانحة الالتزام وأمام العميل "جمهور المنتفعين بخدمة المرفق" فالمرجع فى تحديد وتحقق المسئولية هو مجريات العرف والعادات بكون الخلل أو العطل من الأمور المألوفة أو غير المألوفة فإن كانت الأولى فلا مسئولية وإن كانت الثانية تحققت المسئولية إن توافرت عناصرها الأخرى .

ولكن إذا ماتحققت فى جانب الملتزم المسئولية لتوافر شروطها وأركانها .. فهل يجوز له أن يدفع هذه المسئولية عنه ؟

(٢٤٩) أ.د. محمد شكرى سرور - المرجع لسابق ، ص ٢٨٣.

طبقا لنص المادة ٢/٦٧٣ مدنى يجوز لملتزمى المرافق العامة أن يدفعوا مسئوليتهم عما يصيب المرفق ... إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق ، أو إلى حادث مفاجئ وقع فى هذه الإدارة دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقدرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجة ويعتبر الاضراب حادثا مفاجئا إذا استطاع الملتزم اقامة الدليل على أن وقوع الاضراب كان دون خطأ منه ، وأنه لم يكن فى وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة اضرابهم بأية وسيلة أخرى فقد تحدث النص على أسباب دفع المسئولية وحصرها فى القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ . وطبقا للقواعد العامة يعفى الملتزم من المسئولية ، كأي مدين متعاقد، إذا استطاع أن يقيم الدليل على أن الخلل أو العطل للمرفق يرجع إلى سبب أجنبي لايد للملتزم فيه ، كالقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو خطأ من جانب الإدارة المانحة للالتزام أو من جانب الغير كالعمال مثلا فى حالة إضرابهم الواردة بالنص . وهذه الأسباب المعفية من المسئولية يجب أن نذكرها بشئ من التفصيل وذلك على النحو التالى :

السبب الأول

القوة القاهرة (أو الحادث المفاجئ)

من المعروف أن فقه القانون الخاص قد هجر - من مدة طويلة - فصلا قديما بين تعبيرى^(٢٥٠) : الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ، حيث كان ينظر إلى الأول على أنه الحدث الذى لايمكن توقعه وهذا ماعبرت عنه المادة بقولها دون أن يكون فى وسع أية إدارة يقظة غير مقدرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجة ... " وإلى الثانى " القوة القاهرة " على أنه الحدث الذى لايمكن دفعه وهذا ماعبرت عنه المادة بقولها " أن يرجع إلى قوة القاهرة خارجة عن إدارة المرفق..... " وأصبح الفقه يعتبر الحادث المفاجئ والقوة القاهرة تعبيرين متكاملين يغنى عنهما تعبير السبب الأجنبى . فالسبب الأجنبى المعفى من المسئولية " يجب أن يتوافر فيه الشرطان

(٢٥٠) أ.د. محمد شكرى سرور - المرجع السابق ، ص ٣٣٠.

معاً، بمعنى أنه يلزم من ناحية ، أن يكون أمراً غير ممكن التوقع، كما يلزم من جهة أخرى أن يكون مستحيل الدفع^(٢٥١)، (٢٥٢).

وقد أورد نص المادة إضراب عمال المرفق مثالا للحادث المفاجئ ولكي يعتبر الإضراب حادثاً فجائياً أو بالمعنى الواسع سبباً أجنبياً يعفى الملتزم من المسؤولية يجب أن تتوفر ثلاثة شروط :

الشرط الأول : ألا يسبق الإضراب مفاوضات بين العمال والملتزم :

فاذا سبقت الإضراب مفاوضات بين العمال والملتزم على تحقيق بعض المطالب لهم فإن الملتزم الحريص على إدارة المرفق واستمرار أداء الخدمات يتوقع أو كان له أن يتوقع بأن العمال في لحظة ما - بعيدة أو قريبة - سيتوقفون ويضربون عن العمل كوسيلة إجبار على الملتزم لتحقيق مطالبهم التي سبق التفاوض في شأنها معه فإن لم يتخذ من الوسائل والتدابير ما يكفل سير العمل وانتظامه يعتبر مقصراً مرتكباً لخطأ تتحقق به المسؤولية ولايجوز له التذرع بإضراب العمال كسبب أجنبي معفى من المسؤولية .

الشرط الثاني : ألا يكون هناك خطأ من الملتزم :

فقد يرتكب الملتزم مع عمال المرفق أخطاء من شأنها أن تؤدي إلى إهدار حقوق العمال، كعدم توفير وسائل الراحة أو عدم توفير الرعاية الصحية لهم أو عدم اعطائهم حقوقهم المالية ورواتبهم أو عدم توفير وسائل السلامة المهنية... الخ من الأخطاء التي قد يرتكبها بعض ملتزمي المرافق العامة في حق عمال المرفق . فإن كان هناك خطأ من جانب الملتزم أدى إلى توقف العمل بالمرفق وعدم انتظامه نتيجة إضراب عمال المرفق فلا يعتبر ذلك سبباً أجنبياً معفياً من المسؤولية .

الشرط الثالث : عدم القدرة على استبدال آخرين بالعمال المضربين:

وهذا الشرط نصت عليه المادة بوضوح وقالت "... وأنه لم يكن في وسعه أن يستبدل بالعمال المضربين غيرهم أو أن يتلافى نتيجة إضرابهم بأية وسيلة أخرى".

(٢٥١) أ.د. محمد شكرى سرور - المرجع السابق ، ص ٣٣٠.

(٢٥٢) وقضت محكمة النقض بأن شرطاً توافر القوة القاهرة استحالة التوقع والدفع، المادة ٣٧٣ مدنى(نقض مدنى - الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٤/٤/١٩٩٧).

فقد يكون نظام العمل بالمرفق على فترتين "صباحية، ومساءية" ووقع الاضراب من عمال فترة من الفترتين ، فكان بإمكان الملتزم إحضار عمال الفترة الأخرى للقيام بالعمل وانتظامه وتعويضهم عن ذلك ماليا ، أو كأن يكون الاضراب فى فرع أو قسم من فروع المرفق فكان بإمكان الملتزم تسيير الفرع أو القسم بعمال فرع آخر تابع للمرفق العام دون توقف العمل أو انتظامه . فإن لم يفعل ذلك وقصر وتوقف العمل بالمرفق لم يشفع له ذلك ولم يعف من المسؤولية الملقاه على عاتقه ويكون مسئولا أمام جمهور المتعاملين وأمام الجهة الادارية مانحة الالتزام. وعلى الملتزم أن يثبت أنه لم يكن فى وسعه استبدال آخرين بالعمال المضربين أو بأى وسيلة أخرى والا عد مخطئا ومسئولا عن عدم انتظام العمل وسيره بالمرفق العام فاذا أثبت الملتزم توافر الشروط الثلاثة السابقة أعفى من المسؤولية المفترضة فى حقه . فعبد الإثبات يقع عليه والأمر متروك لقاضى الموضوع لتقدير مدى توافر هذه الشروط من عدمها فإذا عجز الملتزم عن إثبات ذلك تحمل المسؤولية ولم يستطع دفعها .

المطلب الثالث

المساواة بين العملاء

النص القانونى :

تنص المادة ٦٧٠ من القانون المدنى على مايتأتى :

"١- إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور .

"٢- ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوى على تخفيض الاجور أو الاعفاء منها ، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام . ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين .

"٣- وكل تمييز يمنح على خلاف ماتقضى به الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء مايترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعى فالمنافسة المشروعة " .

إن هذا النص بفقراته الثلاث يضع مبدأ قانونى يوجب على الملتزم المساواة بين العملاء. ولأن الأصل فى القانون المدنى ، أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأن المبدأ الأصيل فى

التعاقد هو مبدأ سلطان الإرادة . وان الأفراد لهم حرية التعاقد . ومن ثم فقد بدأ المشرع نص هذه المادة بقوله " إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له احتكارا قانونيا أو فعليا وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخدمات العامة أو في تقاضى الأجور " وذكر المشرع ذلك إما لأن ذلك هو الغالب فيغلب أن يكون ملتزم المرفق العام محتكرا للمرفق^(٢٥٣). وإما لأن الأفراد لا يستطيعون أن يتعاقدوا مع غيره للحصول على خدمات المرفق وينجم عن عدم المساواة ضرر المنفعين بالمرفق فوجب حمايتهم من تحكم الملتزم وإيثاره لبعضهم على بعض ، وهذا فى نظرنا هو الراجح .

وعقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T اما أن يكون مصحوبا بالاحتكار أو أن يكون بدونه . فاذا كان الأول وهو مصاحبة العقد بالاحتكار إما أن يكون هذا الاحتكار قانونيا أو تعاقديا أو فعليا^(٢٥٤).

الإحتكار القانونى : Monopole- Legal au de droit

هو الذى يكون بقانون . ومثاله الاحتكار المصحوب باحتكار قانون اصدار البنك الأهلى أوراق البنكنوت بمقتضى المرسوم ٢٥ من يونيه ١٨٩٨ " للبنك الأهلى المصرى الامتياز بإصدار أوراق مالية تدفع لحاملها عند تقديمها ... ولايمنح هذا الامتياز لبنك آخر طول بقاء الشركة".

الاحتكار التعاقدى :

هو الذى يكون بنص فى عقد الالتزام تتعهد بمقتضاه جهة الإدارة بعدم منح التزام مماثل فى نفس الجهة وبذلك يمكن الملتزم من استغلال العملية من غير منافسة وأنه وإن لم يكن لهذا النوع من الاحتكار قوة الاحتكار القانونى ، فإنه يضمن عدم منح التزام مماثل من السلطة المانحة، ولكن هذا لا يمنع الافراد من الحصول على الخدمة التى يؤديها الملتزم من طريق آخر فمثلا إذا تعاقدت جهة الإدارة مع شركة كهرباء لتوليد التيار الكهربائى فى داخل البلاد فإن الجهة الادارية لاتستطيع منح هذا الالتزام لشركة أخرى طبقا لشروط وبنود عقد الالتزام ولكن هذا لا يمنع الأفراد من توليد التيار الكهربائى فى مصانع خاصة بهم فينشئونها لاستهلاكهم الشخصى ، خلاف مالمو كان الاحتكار قانونيا^(٢٥٥).

(٢٥٣) أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، الجزء السابع ، ص ٣٩٩.

(٢٥٤) أ.د. محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى ، الجزء الرابع ، ص ٥٨٠.

(٢٥٥) أ.د. محمد كامل مرسى - المرجع السابق ، ص ٥٨١.

الإحتكار الفعلى :

وهو الذى لا يستند إلى نص قانونى ولا إلى نص فى عقد الالتزام ، بل هو وليد مقتضيات الظروف وطبيعة العمل الذى يتولاه الملتزم كاللتزام شركة المترو " مترو الانفاق " أو شركة المياه أو شركة الكهرباء ، فإنها تحتكر فى الواقع العملية التى تديرها على أن الاحتكار الفعلى لا يمنع جهة الإدارة من منح امتياز أو التزام مماثل لشركة أخرى تنافسها . ولكن عملا لم تجر العادة بذلك وخصوصا أن العمليات التى تقوم بها تقتضى شغل الأملاك العامة ، بوضع قضبان حديدية أو مد مواسير كما أن سير العمل يقتضى أن تتولاه شركة واحدة^(٢٥٦).

ومن ثم - فإننا - نلاحظ على نص المادة ٦٧٠ من القانون المدنى ، عدم الدقة فى اللفظ لذكره بعض أنواع الاحتكار دون ذكر البعض الآخر وهو الاحتكار التعاقدى . ومن ثم - نرى - أن الصياغة الدقيقة من وجهة نظرنا تقتضى حذف عبارة " ... احتكارا قانونيا أو فعليا ... " لتكون كالتالى :

" ١- إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور ".

وحيث أن نص المادة قد تضمن أصل واستثناء ولايضاح ذلك يجب أن نعرض لكل من الأصل والاستثناء بشئ من التفصيل وذلك علما لنحو التالى :

الأصل العام لمبدأ المساواة

على الملتزم أن يؤدى خدمات المرفق العام دون تمييز بين العملاء والأفراد الذين يتعاملون مع المرفق ، ولا يؤثر أحد العملاء على الآخرين ، بأن يؤدى له قدرا أكبر من الخدمات مما يؤديه لسائر المنتفعين والعملاء . أو أن يتقاضى منه أجرا أقل من السعر المقرر . ومبدأ المساواة بين العملاء هو مبدأ مقرر وثابت منذ أمد طويل فى البلاد الصناعية بوجه خاص^(٢٥٧) . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة " بأنه لا يجوز لشركة المياه أن تفرض على عميل لها

^(٢٥٦) أ.د. وحيد فكرى رأفت ، القانون الإدارى ، مشار إليه لدى أ.د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق، ص ٥٨٠.

^(٢٥٧) أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٠٠.

طريقة الاشتراك بالعداد أو طريقة الاشتراك بمبلغ جزافي، والا كان في ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين العملاء، والعميل هو الذي يختار بين الطريقتين^(٢٥٨).

وقد طبق هذا المبدأ أولاً في شركات السكك الحديدية . فقد كانت هذه الشركات في الولايات المتحدة تفرق في المعاملة بين عملائها ، مما أدى إلى اصدار قانون ٤ فبراير سنة ١٨٨٧ الذي أنشأ مجلساً كان من أول واجباته القضاء على هذه المفارقات ، وفي سنة ١٩٠٦م منح هذا المجلس سلطات واسعة فيما يتعلق بتحديد الأسعار ومنع أى تمييز فالمعاملة ، على أن يباشر سلطته هذه تحت رقابة القضاء .

وعلى هذا النمط أنشئت في ولايات الاتحاد الأمريكي مجالس تتولى الاشراف على المرافق العامة وتحديد الأسعار ، تحت اشراف السلطة القضائية كذلك أنشأ قانون ٢١ يوليو سنة ١٨٧٣ في انجلترا مجلساً للسكك الحديدية يتولى تنظيم قوائم الأسعار مع العناية بمنع الميزات غير المشروعة التي تمنحها الشركات لبعض العملاء . كما أنه في فرنسا يعتبر القضاء الفرنسي هذا المبدأ من المبادئ الأساسية ، فلا يجيز لملتزم المرفق العام أن يستغل احتكاره ليميز بعض العملاء على الآخرين ويخل بذلك بالمنافسة الحرة . وكثيراً ما قررت عقود الالتزام ذلك صراحة في فرنسا وحكم القضاء بالتعويض في حالة الاخلال بالمبدأ^(٢٥٩).

ولم تعدد الأحكام المختلفة كثيراً بالصعوبة القائمة من حيث تقدير الضرر الواقع من هذه الحالة على العميل ، بل أن بعضها قرر وجوب حل هذا الإشكال على حساب الشركة لأنها تسببت في الضرر^(٢٦٠). بمعنى أن الخطأ مفترض والمسؤولية متحققة فعبد نفى ذلك يقع على الشركة . على أن هذا المبدأ لم يقتصر على مرفق السكك الحديدية ، بل أمتد إلى كل التزامات المرافق العامة ، وأصبح مقرراً أن من واجب الملتزم ، كما من واجب السلطة التي منحت الالتزام أيضاً أن تتحقق المساواة التامة بين العملاء^(٢٦١).

(٢٥٨) استئناف مختلط ٢٦ يونيو ، ١٩٤١م ، ٥٣ ، ص ٢٣٢ أشار إليه أ.د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٠٠ ، ٤٠١ .

(١) JOSSERAND. Le Contort Transferont Ed Etoin 1926 .

(٢٦٠) استئناف باريس ١٣ - أبريل - ١٨٧٠ أشار إليه أ.د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، ص ٥٨٤ .

(٢٦١) أ.د. محمد كامل مرسى ، المرجع السابق ، ص ٥٨٤ .

الاستثناء الوارد على مبدأ المساواة :

قد ورد بنص المادة ٦٧٠ من القانون المدني - سالف الذكر - استثناء على الأصل العام وهو المساواة بين عملاء المرفق العام، يتمثل في أن يمنح الملتزم طائفة من الأشخاص معاملة خاصة ، تتطوى على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها . ولكن لابد أن يكون ذلك بشروط تتمثل فيما يلي :

- (١) ألا تمنح هذه الميزات (تخفيض الاجور - أو الاعفاء منها) لأشخاص بعينهم أو بذواتهم .
- (٢) يجب أن تتوفر في الاشخاص شروط معينة غير محصورة في عدد بعينه على أن ينتفع بهذه الميزات الممنوحة كل من يطلب ذلك متى توافرت فيه هذه الشروط .

مثال ذلك : أن يمنح الملتزم بإدارة مرفق النقل والمواصلات تخفيضا في الأجور لرجال القوات المسلحة أو المعوقين أو طلبة المعاهد العلمية أو تلاميذ المدارس، أو أن يمنح الملتزم اعفاء من دفع الأجر للموظفين والعاملين الذين يديرون المرفق وبعض أقاربهم حتى الدرجة الثانية كما تفعل هيئة النقل العام مع موظفيها .

وواضح أن هذا الاستثناء الوارد على مبدأ المساواة " استثناء ظاهري " فتخفيض الأجر أو الاعفاء منه لا يمنح لشخص أو لأشخاص بالذات مما يخل بالمساواة بين العملاء، وإنما يمنح لمجموعة من الأشخاص لاتتبعين بذواتها بل بشروط معينة تتوفر فيها، وهذا ليس من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين عميل بالذات و عميل آخر ^(٢٦٢) وكأن الملتزم يتقاضى نوعين من الأجر، أجراً مخفضاً لمجموعة من الأشخاص لهم ظروف وأحوال خاصة لا يميز فيهم بين شخص وآخر، وأجراً عادياً من بقية المتعاملين مع المرفق لا يميز أيضا فيهم بين عميل وآخر، وهذا كله دون أن يجاوز الحد الأقصى للأسعار التي قررتها السلطة المانحة للالتزام.

وفي قضية ، تعهدت شركة غاز بأن تورد الغاز لمصالح الحكومة بسعر أقصى يجوز تخفيضه ، وهذا أقل من السعر الأقصى الذي تعهدت أن تورد به الغاز للجمهور ، وقد خفضت الشركة السعر الذي تورد به الغاز للجمهور حتى أصبح أقل من السعر الذي تورد به لمصالح الحكومة ، فقضى بأنه لايجوز للحكومة أن تطلب تخفيضا مماثلا أو أى تخفيض للسعر الذي تدفعه للشركة ^(٢٦٣). وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة ٦٧٠ من القانون المدني " ولاتحول

^(٢٦٢) أ.د. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٤٠٢.

^(٢٦٣) استئناف مختلط ٣ يونيو سنة ١٨٩٦ ص ٣١٣ ، م ٨ أشار إليه أ.د. عبد الرزاق السنهوري

- المرجع السابق ، ص ٤٠٢ ، ٤٠٣.

المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تتطوى على تخفيض الأجر أو الاعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ، ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام"

نخلص من ذلك ، أنه يجب على الملتزم أن يؤدي خدمات المرفق العام الذى عهد إليه إنشائه وإدارته بنظام ال B.O.T بأسعار مناسبة وباقتراح منه توافق عليه الجهة الادارية المانحة للالتزام مع اعطاء بعض الحرية للملتزم لتحديد الأسعار وتعريفه أداء الخدمات كما يلتزم المستثمر (الملتزم) فى عقد الالتزام بنظام ال B.O.T بأداء الخدمات باستمرار وانتظام دون توقف متبعا الأساليب والوسائل الحديثة والتكنولوجيا المتطورة فى أدائها . كما يلتزم أيضا بالمساواة بين العملاء فى الأجر والخدمات دون تمييز أو تفرقة .

المطلب الرابع

الأساس القانونى لامتداد آثار عقد التزام المرافق العامة بنظام

الـ B.O.T للمعملاء (الغير)

قد لاحظنا أن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T قد أكسب الغير (المعملاء) حقوقاً قبل الملتزم بالرغم من أنهم لم يكونوا طرفاً فى عقد الالتزام وبالتالى فإن ذلك يعتبر استثناء من قاعدة نسبية آثار العقد والمنصوص عليها للمادة ١٤٥ من القانون المدنى والتى تنص على "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام" فما هو الأساس القانونى لهذا الامتداد فى عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T؟ يوجد رأيان لتبرير هذا الامتداد: الأول يرجع هذا الأساس إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، والثانى يرجع هذا الأساس للطبيعة الذاتية للعقد .

الرأى الأول

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة فى القانون المدنى والمنصوص عليها فى المواد من ١٥٤ حتى ١٥٦ يشترط لتطبيقها توافر ثلاثة شروط :

- ١ - أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع .
- ٢ - أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع .

٣ - أن يكون للمشتراط مصلحة من وراء الاشتراط شخصية مادية كانت أو أدبية^(٢٦٤)،^(٢٦٥).

وقد لجأت المحاكم القضائية إلى هذه النظرية لتبرير بعض آثار عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T وفق الشروط التي ترد في عقود التزام المرافق العامة لصالح المنتفعين، وأيضا لمصلحة العمال من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات^(٢٦٦).

وقيل بأنه ليس ثمة مانع من تطبيق النظرية في نطاق العقود الإدارية متى توافرت شروطها، ذلك أن أحكامها لا تتعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة، فقد قال أ.د/ عبد الرزاق السنهوري في وسيطه "بأنه إذا حصلت شركة على احتكار تلتزم به فإن مانح الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطا لمصلحة المنتفعين من الجمهور فيشترط مثلا حدا معيناً من الأجور لا يجوز المحتكر أن يجاوزه، في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ويستطيع بمقتضاه أن يقاضى المحتكر وبطالبه بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته^(٢٦٧)".

وتعتبر عقود الالتزام المرافق العامة التي تبرم مع شركات المياه والنور والغاز والنقل ونحو ذلك من أهم التطبيقات العملية لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير^(٢٦٨).

ولكن غالبية فقهاء القانون العام يرفضون هذا التبرير كأساس لامتداد العقود الإدارية ويوجهون إليه الانتقادات الآتية^(٢٦٩).

١ - يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معيناً أو قابلاً للتعيين والذي من العسير بل والمستحيل تحقيقه في عقود الالتزام.

ولكن يرد على هذا النقد: بأنه ليس من اللازم أن يكون المستفيد موجوداً وقت إبرام الاشتراط لمصلحته، كما لا يلزم أن يكون هذا المنتفع معيناً وقت الاشتراط، مادام يوجد أو يعين

^(٢٦٤) أ.د/ عبد الودود يحيى - المرجع السابق - ص ١٦٢ .

^(٢٦٥) Jean - Marc Roux- LE Role CREATEUR DE LASTI PULATION POUR AUTRUI - P. 50-51.

^(٢٦٦) د. إبراهيم الشهاوى - المرجع السابق - ص ٣٦٥ .

^(٢٦٧) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ص ٥٧٢ .

^(٢٦٨) أ.د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - ص ٣٨٤ .

^(٢٦٩) أ.د/ سليمان الطماوى. الوجيز في قضاء الإلغاء ط١٩٨٤ دار الفكر العربى.

عند نفاذ الاشتراط وقد نصت على ذلك المادة ١٥٦ من القانون المدنى "يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة .

والغياب التام للتسمية لا يفسد صحة الاشتراط مادام أن الغير سيسى لاحقا من قبل المشترط، وعلى أبعد تقدير فى الآونة الى ينبغى فيها أن ينتج الاشتراط مفاعيله أى آثاره (٢٧٠).

٢ - تؤدى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير إلى منح الغير حقا مباشرا بمقتضى العقد فى مقاضاه المتعهد. لكن عقود الالتزام تخول المنتفع حقوقا أكثر من ذلك إذ تسمح له بمقاضاة الإدارة ذاتها وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير ويرد على هذا النقد: بأن صورة هذا الاشتراط فرضية خاصة تقصر الإدارة على نفسها حق مطالبة صاحب الامتياز "الملتزم" بتنفيذ واجباته نحو الجمهور وفى غير هذا الفرض لا يتصور أن يحرم المنتفع من المطالبة بما ينشأ له من حق بمقتضى الاشتراط، فالقدرة على المطالبة متضمنة فى معنى الحق، والحرمان منها يهدد وجود الحق نفسه، ولذا يجب تفسير حرمان المنتفع من المطالبة بحقوقه فى مثل هذه الحالة، بأن المشترط، وهو جهة الإدارة ينصب نفسه نائبا مفروضا عن المنتفع، فى تنفيذ الاشتراط مع حرمان المنتفع نفسه من ممارسة حقه "أصلا" وفقا لقواعد القانون الإدارى ولا يتصور أن يباح للمشرط أن يفرض على المنتفع نيابته عنه، إذا كان الاشتراط معاوضة، وفقا لأحكام القانون المدنى (٢٧١) .

٣ - أنه متى قبل المستفيد بالشروط المقررة بمقتضى العقد فإن حقه يستقر بصورة نهائية، وليس الأمر كذلك فى مجال عقود الامتياز (الالتزام). فالإدارة لها كامل الحق فى أن تتدخل بتعديل الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالزيادة أو النقص، وهذا التعديل يسرى على جميع المنتفعين على السواء الحاليين منهم، وأولئك الذين يطالبون بالانتفاع بالخدمة بعد التعديل .

ويرد على ذلك:- أن حق المنتفع قد نشأ أصلا من العقد الذى أبرمه المشترط لصالح المنتفع، ومن ثم فقد يرد ما يشترطه المشترط فى العقد ومن ثم فإن حق المنتفع يدور وجودا وعدما مع هذه الشروط، وقد يكون من بينها حق المشترط فى تعديل الرسوم التى يتقاضاها المتعهد

(٢٧٠) جاك غستان- المطول فى القانون المدنى - مفاعيل العقد أو آثاره ترجمة منصور القاضى - الطبعة الأولى ٢٠٠٠ - ص ٧٧٤ بند ٦٢٢.

(٢٧١) أ.د./ جميل الشراوى - النظرية العامة للالتزام - هامش ص ٣٨٧، ٣٨٨ .

بالزيادة أو النقص وهذا الحق للمشتراط مطالبة المتعهد لمصلحة المنتفع، حق ثابت له، إلا إذا تبين من الاشتراط أن هذا الحق ليس له، وأنه مقصور على المنتفع وتنص على هذا الحكم، الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤ مدنى التى تقضى بأنه "يجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك".

٤ - أنه إذا ما صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فى بعض الحالات لتفسير الآثار المعتره للعقود الإدارية فى مواجهة الغير، فإنها لا تصلح قطعاً لتبرير الأعباء التى تفرضها تلك العقود على الغير. ويرد على هذا النقد بأن لدى قائله خلطاً بين نظريتين. الاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير فالنظرية الأخيرة - هى التى تبرر الأعباء التى تفرضها بعض عقود الالتزام.

الرأى الثانى

الطبيعة الذاتية لعقد الالتزام بنظام الـ B.O.T

يرى الفقيه "بيكينو" أنه من غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التى تقضى بقصر آثار العقود على أطرافها، وأنه من غير المجدى محاولة إكراه نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية وتحويل أحكامها حتى تصلح سنداً قانونياً لتبرير الآثار التى تولدها العقود الإدارية فى مواجهة الغير.

ويبرر هذا الرأى فكرة امتداد آثار عقد الالتزام إلى الغير إلى طبيعة العقود الإدارية. وقد ذكر الفقيه "بيكينو" حالات تعتبر تطبيقاً لقاعدة امتداد آثار العقد إلى الغير وهى فى حقيقتها ليست كذلك فى نظر البعض منهم (دى لوبادير) فبعض المزايا التى يستمدّها المتعاقد من العقد كشرط عدم المنافسة أو الإعفاء من الضرائب فيوافق الفقيه "دى لوبادير" على أن الآثار التى ترتبها هذه الشروط فى مواجهة الغير تعتبر آثاراً غير مباشرة ولا ترقى إلى مرتبة الاستثناءات من قاعدة نسبية آثار العقود.

ويرجع الفقيه "دى لوبادير" فى حالة عقد الامتياز استفادة الغير من الشروط الواردة فيه إلى الطبيعة اللائحية لهذه الشروط ويرى أن شروط عقد الامتياز وحده والمتصلة بتسيير المرفق دون غيرها هى التى يمكن أن توصف بالطبيعة اللائحية (٢٧٢).

(٢٧٢) د. إبراهيم الشهاوى - المرجع السابق - ص ٣٦٨.

ويرى الأستاذ الدكتور العميد/ سليمان الطماوى "أنه لا محل لتمييز عقود الامتياز وأنه يجب التسليم بالطبيعة اللائحية لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافق العامة المدرجة فى العقود الإدارية الأخرى....." كما يؤيد ذلك البعض^(٢٧٣) بقوله والحقيقة أن أساس حقوق المنتفعين والغير يرتد إلى الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز لوثيق ارتباطه ودوام اتصاله بتسيير مرفق عام، ولهذا فإن معظم نصوص هذا العقد لائحية يمتد أثرها إلى المنتفعين والغير بصورة مباشرة؛ ويجب على الملتزم تحقيق المساواة بينهم فى ضوء ما يفرضه القانون من أحكام".

وانى - أرى - بخصوص عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T فى ظل قوانين الخصخصة عقوداً مدنية - ولا يناع فى ذلك أحد - بأن نظرية الاشتراط فى مصلحة الغير هى المبرر الوحيد لامتداد آثار عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T إلى المنتفعين والذين هم ليسوا بطرف من أطراف العقد .

(^{٢٧٣}) د. إبراهيم الشهاوى - المرجع السابق - ص ٣٦٩ .

الفصل الثالث

ماهية الالتزام بالإنشاء

تمهيد وتقسيم :

ان عقد التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T" يقوم على عدة عناصر رئيسية أهمها :
التشييد للمرفق العام Build ويتم ذلك بتمويل من رأس مال مستثمر من القطاع الخاص ومقاولي الأعمال الذين يعهد إليهم بإنشاء المرفق. فما المقصود بهذا الالتزام (الإنشاء)؟ وما طبيعة هذا الالتزام؟ وكيفية رقابة وإشراف الجهة الإدارية على تنفيذ هذا الالتزام؟ الإجابة على ذلك من خلال ثلاثة مباحث على النحو التالي :

المبحث الأول : المقصود بالالتزام البناء والتشييد للمرفق العام؟

المبحث الثاني : طبيعة الالتزام بالبناء والتشييد في عقد "B.O.T".

المبحث الثالث : كيفية الرقابة والإشراف على تنفيذ الالتزام بالإنشاء.

المبحث الأول

المقصود بالالتزام البناء والتشييد للمرفق العام

المقصود بالالتزام البناء والتشييد "Build" هو التزام يقع على عاتق الملتزم الذي رسا عليه العطاء من قبل الدولة المضيفة لإقامة وبناء مرفق عام كإنشاء مطار أو طريق أو كوبري أو ميناء أو غير ذلك من المرافق الاقتصادية. وهذا الالتزام هو جوهر عقد منح التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T" فالدولة غير عاجزة عن إدارة المرافق العامة أو المشروعات الحيوية، بل تسند إقامة المرفق إلى المستثمر من القطاع الخاص بقصد تخفيف العبء عنها ولمشاركة القطاع الخاص في إقامة البنية الأساسية والمرفق الذي طرح في عملية تعاقد بنظام "B.O.T" له مواصفات معينة لإقامته وذلك واضح من كراسات الشروط المعدة لهذا الغرض. ويعتبر الالتزام بالإنشاء هو المرحلة الأولى لعقد منح التزام المرافق العامة بنظام "B.O.T" وتعتبر الجهة الإدارية في تلك المرحلة بمثابة رب العمل والملتزم بمثابة مقاول لإنشاء المرفق بالمواصفات والشروط التي حددها رب العمل في كراسة الشروط والتي تم التعاقد عليها وقبلها الملتزم ويربط الطرفين (الجهة

الإدارية والملتزم) علاقة عقدية أقرب إلى عقد المقاولة منها إلى أي عقد آخر، إذ أن عقد المقاولة كما نصت على ذلك المادة ٦٤٦ من القانون المدني "المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

ويعرف عقد المقاولة^(٢٧٤) بأنه عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر في مقابل أجر، دون أن يخضع لإشرافه أو إدارته وإذا ما أخذنا تطبيقاً على بعض العقود التي أبرمت مؤخراً لبيان موضوع العقد وماهية الإنشاء المكلف به الملتزم. نجد أنه قد ورد بعقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ "B.O.T"^(٢٧٥) في المادة الثالثة (موضوع العقد) فقرة أ، ب أنه :

١ . على المستثمر أن يقوم بإعداد دراسة وافية ومتخصصة عن مخرات السيول والufوالق بمنطقة المشروع وكذلك دراسة الآثار الاقتصادية والبيئية لإنشاء مطار بمنطقة المشروع (ملحق رقم ٧).

٢ . يلتزم المستثمر بإعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه وفي التوقيتات الواردة (بالملاحق رقم ١٨)، والتصميم الأولى لكل من عناصر المشروع على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه (بالملاحق رقم ١١)، والتصميم النهائي على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه (بالملاحق ١٢).

٣ . يتعهد الملتزم بأن يكون إعداد الدراسات والتخطيط والتصميمات وفقاً للمعايير القياسية الدولية على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملاحق رقم (١٥).

٤ . يتحمل المستثمر كافة تكاليف الدراسات والتصميم والإنشاءات والتجهيزات لكافة عناصر المشروع الخاصة بالإدارة والتشغيل والخدمات.

(ب) إنشاء المطار :

١ . يمنح المالك الملتزم الحق في حدود قوانين جمهورية مصر العربية في اشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات وعمليات الطيران ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام وبما يتفق وأحكام عقد الالتزام.

(٢٧٤) أ.د. محمد لبيب شنب . المرجع السابق . ص ١١ .

(٢٧٥) الوقائع المصرية . العدد ٢٦٤ في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ .

٢ . يتعهد الملتزم بإنشاء مطار مرسى علم الدولي بالموقع المحدد بالملحق رقم (٤) وبالمكونات الرئيسية المحددة بالملحق (٥) والتخطيط العام المحدد بالملحق (٦) ووفقاً لبرنامج التنفيذ المحدد بالملحق (١٩).

٣ . يتعهد الملتزم أن تكون الإنشاءات والتجهيزات وفقاً للمعايير القياسية الدولية على نحو ما هو وارد بالملحق (١٦) (تحدد المعايير، والهيئة التي أصدرتها، والتاريخ الذي صدرت فيه).

٤ . يحق للملتزم إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض مثل إقامة مباني خاصة بالأسواق الحرة أو أي مباني إدارية وتجارية وترفيهية يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال، على أن يكون ذلك بعد موافقة المالك والجهات المعنية الأخرى، وبما لا يتعارض مع التخطيط العام للمطار حالياً وتطويره مستقبلاً أو التخطيط العام للمنطقة ومع مراعاة القواعد المقررة قانوناً.

نخلص من ذلك إلى أن الالتزام بالإنشاء والتجهيز لموضوع عقد الـ "B.O.T" يقع على عاتق المستثمر (الملتزم) وفيه يقدم المالك (الجهة الإدارية) الأرض التي سيقام عليها المشروع (المرفق العام) ثم يتعهد الملتزم بإقامة الإنشاءات بعد وضع التصميمات الأولية والنهائية وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين طرفي العقد (الجهة الإدارية، الملتزم) وأن الذي يخل بأي بند من بنود وشروط التعاقد يتعرض للمساءلة والمسئولية القانونية. فما هو طبيعة الالتزام بالإنشاء ؟ هذا ما سنوضحه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني

طبيعة الالتزام بالإنشاء في عقد منح الالتزام بنظام الـ "B.O.T"

في هذا المبحث نتعرض لطبيعة الالتزام الملقى على عاتق الملتزم بالإنشاء وهل هو التزام ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة ؟

قلنا . آنفاً . بأن الالتزام الواقع على الملتزم في عقد الـ "B.O.T" أقرب إلى عقد المقاوله ويتطبيق بعض النصوص المنظمة لعقد المقاوله في القانون المدني وخاصة المادة ٦٥١ من القانون المدني. فأن المسؤولية مفترضة أى لا يكون على المالك (الجهة الإدارية) إقامة الدليل على خطأ المقاول (الملتزم) أي أن الالتزام هو بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية.

ومؤدى ذلك أن الملتمزم لا يتحمل من التزامه بالإشياء في مواجهة المالك (الجهة الإدارية) إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي المؤدى إلى ذلك أو بعبارة أخرى المؤدى إلى عدم تحقيق النتيجة التي التزم بها (٢٧٦).

ولكن إذا ما تم البناء والتشييد مطابقاً لما تم الاتفاق عليه وفي المواعيد المحددة وبالمواصفات المتفق عليها. فما طبيعة العقد أهو عقد مقاوله أم عقد بيع ؟ فالفرض هنا أن الجهة الإدارية (المالك) قدمت الأرض التي سيقام عليها المشروع أو المرفق العام، والملتمزم (المستثمر) قدم العمل والمواد فقط بمعنى أنه يتعهد بأن يقيم بناء بمواد من عنده على أرض مملوكة للدولة المضيفة فإن طبيعة العقد في هذا الفرض قد تتردد بين البيع والمقاوله. وقد أسماه البعض (٢٧٧) بعقد الاستصناع (٢٧٨). وقد أثارت مسألة تكييف عقد الاستصناع خلافاً كبيراً في الفقه والقضاء، ويمكن أن نجل الآراء التي قيلت في هذا الصدد فيما يلي (٢٧٩) :

الرأي الأول: عقد الاستصناع عقد مختلط Contrat mixte:

فهو مزيج أو خليط من المقاوله والبيع، إذ لا يمكن أن يعتبر عقداً بسيطاً: مقاوله فقط أو بيعاً فقط، لأن أحكام كل من هذين العقدين منفردة لا تكفي لمواجهة المسائل التي يثيرها عقد الاستصناع. فإنه في الواقع مكون من عقدين مختلفين جمعتهم عملية اقتصادية واحدة. فالعقد الذي يقدم فيه العامل المادة هو في نفس الوقت مقاوله وبيع (٢٨٠) ولكن هذا الرأي وأن بدا أنه يسد النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحد العقدين فقط، فهو يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام المقاوله مع أحكام البيع. كما هو الأمر فيما يختص بطبيعة

(٢٧٦) أ.د. محمد شكري سرور . المرجع السابق . ص ٢٨٥ .

(٢٧٧) أ.د. محمد شكري سرور ، وكذلك أ.د. / محمد لبيب شنب . المرجع السابق، ص ١٦ .

(٢٧٨) عرف الفقهاء المسلمون "عقد الاستصناع بأنه:- هو التعاقد على صنع شيء معين كما قال أ.د. محمد مصطفى شلبي . (المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي) أو هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة ومطلوب صنعها وقد استمر هذا العقد في الفقه الإسلامي، زمنًا غير يسير مترددًا بين البيع والإجارة لأن فيه بيعاً لأصل الشيء وفيه إجارة على صنعه وإعداداته حتى أستخدم الفقهاء على تسميته "عقد الاستصناع".

. يراجع في ذلك الأستاذ/ محمد عبد الرحيم عنبر . عقد المقاوله . ص ٨ وما بعدها .

(٢٧٩) أ.د. محمد لبيب شنب . المرجع السابق، ص ١٦ . ٢٣ .

(٢٨٠) أ.د. محمد كامل مرسي . شرح القانون المدني الجزء الرابع - ص ٤٧٩ .

العوّض وتحديدّه وإنهاء العقد بالإدارة المنفردة إذ تتعين عندئذ المفاضلة بين العقدين وهو ما يؤدي إلى التحكم في أغلب الأحيان.

الرأي الثاني : الاستصناع عقد مقاوله ابتداءً وعقد بيع انتهاءً:

فهو مقاوله ما دام الشيء لم يتم صنعه بعد، فإذا ما انتهى هذا الصنع تحول العقد إلى بيع للشيء المصنوع وينقل ملكيته إلى المشتري.

ويعيب هذا الرأي أن تكييف العقد إنما يتم وقت انعقاده بغض النظر عما يترتب عليه بعد ذلك ولا يجوز أن يتغير وصف العقد وقت تكوينه عن وضعه إذا ما نفذ، فضلاً عن أن المَقاول يضمن عمله مدة طويلة بعد صنع الشيء، مما يدل على أن المقاوله تظل ولا تنقضي بمجرد إتمام هذا الصنع.

الرأي الثالث : عقد الاستصناع. عقد بيع لشيء مستقبل :

ويستند هذا الرأي إلى أن غرض وهدف المتعاقدين عند إبرام العقد ليس هو العمل المكلف به الصانع، بل الشيء المصنوع، ويبدو أن هذا هو الراجح في القانون الروماني. كما أن شراح القانون البحري يرجحون هذا الرأي لعقد بناء السفينة. ولكن هذا الرأي يعيبه أنه لا ينظر سوى إلى أثر واحد من الآثار المترتبة على العقد وهو نقل ملكية الشيء المصنوع ويهمل التزام المَقاول بصنع هذا الشيء. في حين أن هذا الأخير، ليس مجرد التزام تابع وثانوي إذا ما قيس بنقل الملكية؛ بل أنه جوهر عقد الاستصناع. فقيام المَقاول بالعمل وهو صنع الشيء ركن من أركان عقد الاستصناع، والدليل على ذلك أنه إذا أتى الصانع بشيء قد صنعه من قبل العقد فرضى به المستصنع فإن ملكية هذا الشيء وإن انتقلت إليه فذلك لا يكون بمقتضى عقد الاستصناع بل بمقتضى عقد آخر انعقد بتراضيهما على هذا الشيء، وفضلاً عما تقدم فإن اعتبار الاستصناع بيعاً بسيطاً، لا يحل المشاكل التي يثيرها والمتعلقة بتنفيذ العمل المطلوب^(٢٨١).

ويضاف إلى ذلك أن البيع لشيء مستقبل غير جائز في رأي الحنابلة لأنه بيع ما ليس عند الإنسان، إلا أن جمهور الفقهاء يرى أن عقد الاستصناع وإن كان يرد على معدوم والقياس

(٢٨١) أ.د. محمد ليبب شنب . المرجع السابق . ص ١٨ .

منعه إلا أنه يستمد مشروعيته في رأيهم من إجماع الأمة على جوازه دون منكر في كل ما جرى تعامل الناس باستصناعه ^(٢٨٢).

الرأي الرابع: الاستصناع قد يكون بيعاً وقد يكون مقاوله بحسب الأحوال:

وهذا هو الرأي الراجح في الفقه والقضاء في الوقت الحاضر، ومقتضاه أن نقارن بين قيمة عمل المقاول وقيمة المواد المستخدمة في الصنع، فإذا كانت قيمة المواد أكبر من قيمة العمل، كنا بصدد بيع لشيء مستقبل وانطبقت أحكام البيع بوجه عام، مع مراعاة أن المبيع شيء غير موجود وقت إبرام العقد، أما إذا كانت قيمة العمل أكبر من قيمة المواد المستخدمة في الصنع، فإن العقد يكون مقاوله، ويخضع لأحكامها مع مراعاة أن المقاول هو الذي قدم المواد المستخدمة في صنع الشيء.

ويطبق أنصار هذا الرأي الحكم المتقدم على حالة تشييد بناء بمواد يقدمها المقاول، ولكن على أرض مملوكة لرب العمل. فيقولون ^(٢٨٣) أن العقد في هذه الحالة يعتبر مقاوله لما للعمل المقدم من جانب المقاول قيمة أكبر من قيمة المواد، فلا شيء يمنع تكييف العقد في هذا الفرض بأنه عقد مقاوله وهو ما يؤكد في مصر نص المادة ٦٥١ مدني التي اعتبر المشرع فيها مقاولات البناء من قبيل المقاوله، وكذلك الحال في الفقرة ٣ من المادة ١٧٧٩ مدني فرنسي المعدلة بقانون ٣ يناير ١٩٦٧.

ولكن انتقد البعض ^(٢٨٤) هذا الرأي بدعوى أن الأساس الذي يرتكز عليه غير محدد، إذ ليس من السهل أن نحدد العنصر الأساسي في العقد هل هو العمل أم المواد المستخدمة في صنع الشيء وإذن فلا مفر من التحكم مع ما يؤدي إليه ذلك إلى نتائج غير منطقية.

الرأي الخامس : الاستصناع عقد مقاوله :

^(٢٨٢) أ/ محمد عبد الرحيم عنبر . المرجع السابق، ص ٩ . - البدائع للكاساني، ج ٥، ص ٢، ٢٠٩ .

^(٢٨٣) أ.د. محمد شكري سرور . المرجع السابق . ص ٢٤ . ٢٥، بند ٩ .

^(٢٨٤) يراجع أ.د. محمد لبيب شنب . المرجع السابق . ص ١٩ . ٢٠، بند ١٤ .

إذا التزم شخص بصنع شيء من مواد يقدمها من عنده، فإن العقد يعتبر مقالة وليس بيعاً لشيء مستقبل؛ فموضوع التزام المتعهد هو القيام بعمل معين، صنع الشيء المطلوب منه، وبدون إنجاز هذا العمل لا يعتبر المتعهد أنه قد وفى بالتزامه، وإذا كان يترتب على صنع الشيء أن يمتلكه رب العمل، فذلك لا يعني أن العقد ورد منذ الأصل على الملكية وأنه بالتالي عقد بيع، فتملك رب العمل للشيء الذي صنعه المقاول ليس إلا نتيجة ضرورية لازمة لكون المقاول يقوم بالصنع لحساب رب العمل، والعقود الواردة على الملكية لا تقتصر على البيع، فهناك الشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، وكذلك المقالة إذا اتخذت صورة الاستصناع بأن كان محلها صنع شيء من مواد يقدمها المقاول.

والرأي الذي نميل إليه هو الرأي الأخير وذلك لاتفاق ذلك مع نص المادة ٦٤٦ من القانون المدني التي عرفت المقالة "بأنها عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

وهذا يتفق مع أنصار الرأي الرابع بخصوص مقاولات المباني والإنشاءات لما للعمل من قيمة أكبر من قيمة المواد التي يقدمها المقاول (٢٨٥).

وهذا الرأي هو الأقرب إلى التصور الذي توصلنا إليه سابقاً بشأن تكييف عقد الـ "B.O.T" وانتهينا فيه إلى أنه صورة من صور عقد المقالة (٢٨٦).

ونخلص من ذلك إلى أن عقد الاستصناع يعتبر عقد مقالة أي عقداً من العقود الواردة على العمل، ولكنه أيضاً عقد منشئ للملكية، إذ يترتب على تنفيذه أن يصبح رب العمل أو المالك أو الدولة المضيفة مالكا للمرفق أو الشيء المصنوع لحسابه.

المبحث الثالث

الرقابة والإشراف على تنفيذ الالتزام بالإنشاء

تمهيد وتقسيم :

(285) Alain Benabent – Droit Civil – Page 315.

(286) يراجع سابقاً، ص

إن الالتزام بالإنشاء للمشروع (أو المرفق العام) يتضمن تنفيذ هذا الالتزام في المواعيد المتفق عليها ، والتأخير في ذلك يترتب مسؤولية على الملتزم. كما أنه يتضمن التنفيذ طبقاً للمواصفات المتفق عليها وألا يكون بالتنفيذ عيب يمس سلامة المرفق. فكيف للمالك وهو جهة الإدارة مانحة الالتزام أن تقوم بدور الرقابة اللاحقة للتنفيذ وكذا الإشراف المصاحب للتنفيذ؟

وللإجابة عن هذا السؤال يقتضي أن نعرض لهذا المبحث في مطلبين :

المطلب الأول : كيفية الإشراف من قبل الدولة على إنشاء المرفق العام.

المطلب الثاني: كيفية الرقابة من قبل الدولة على سلامة المباني والإنشاءات للمرفق العام.

المطلب الأول

الإشراف على تنفيذ الالتزام بالإنشاء

إن دستور العلاقة بين الدولة المضيفة (مانحة الالتزام) وبين الملتزم (المستثمر) هو العقد المبرم بينهما، ومن خلال هذا العقد يتم الاتفاق على إعداد الدراسات والتصميمات للمشروع وأن تكون الإنشاءات والتجهيزات للمرفق العام وفقاً للمعايير القياسية الدولية على نحو ما تم في الاتفاق المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامة والمقاولات الصناعية (شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات)^(٢٨٧).

وذلك وفقاً لبرنامج زمني محدد بين الطرفين ولضمان التنفيذ وفقاً لما تم الاتفاق عليه قد يشترط على الملتزم أن يقدم ما يكفل حسن نواياه وتنفيذه الدقيق لما تم الاتفاق عليه وذلك إما عن طريق تقديم كفيل أو إيداع مبالغ تكفي العملية إذا ما نفذت بمعرفة المالك وقت أن يتقاعس الملتزم عن التنفيذ أو يشوب التنفيذ عيب لم يتم تداركه بمعرفة المستثمر (الملتزم) وقد تم الاتفاق في بعض العقود على أنه يجب على الملتزم أن يودع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع على هذا العقد وكضمان لتنفيذ التزاماته المنصوص عليها. خطاب ضمان بقيمة تعادل أربعة ملايين جنيه

^(٢٨٧) الوقائع المصرية . العدد ٣٦٤ في ١٩/١١/١٩٩٨.

مصري يكون ساري المفعول حتى اكتمال أعمال الإنشاء وبدء تشغيل المطار المادة (٤) من عقد منح الالتزام^(٢٨٨).

ويكون للدولة مانحة الالتزام الحق في وضع استشاريين لها لضمان عملية البناء وفقاً للشروط المتفق عليها وفي حالة الإخلال بهذه الشروط يتعرض الملتزم للجزاءات التي حددت في عقد الاتفاق المبرم بين الجهة المانحة وبينه " فالعقد شريعة المتعاقدين " وإذا ظهرت فكرة جديدة أثناء البناء تتطلب تغيير التصميم يجب أخذ موافقة الجهة المانحة قبل المضي قدماً في تنفيذها. وفي حالة الخلاف بين الجهة المانحة والملتزم على أية أعمال يجب الاستمرار في التنفيذ من قبل الملتزم لحين حل هذا النزاع وبعد إتمام البناء يتم استصدار شهادة الإنجاز والإتمام وإن كانت الشهادة لا تعفي الملتزم من المسؤولية عن التأخير في الأعمال^(٢٨٩).

وإن كان نجاح التنفيذ يهم الجهة المانحة وتسعى إليه دوماً وتحت الملتزم عليه فإن أثر نجاح التنفيذ له آثاره الهامة للملتزم إذ بنجاح الإنجاز وإقامة البناء والانتهاه من التشييد في المواعيد يمكنه البدء في سحب الأموال لتنفيذ باقي المشروع وبالتالي تدفق الأموال والموارد المالية على الملتزم، ومن ثم فإن السلامة المالية الشاملة للمشروع تكون معلقة إلى حد كبير على تحقيق النجاح لمرحلة التشييد. وحدث تأخير في عمليات التشييد وتجاوز التكاليف هما الداعيان الرئيسيان لقلق جميع الأطراف المعنية، إذ بالتأخير تضار الجهة المانحة وخاصة الدولة المضيفة إذ يترك ذلك أثر سلبي في مصداقيتها السياسية التي تنتهجها إزاء مشاريع البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص. وعادة ما تطالب سلطات الدولة المضيفة الملتزم بتحمل كامل المسؤولية عن إنجاز أشغال التشييد في الوقت المناسب والمحدد بالاتفاق المبرم بينهما والملتزم بدوره يسعى للحفاظ على حقه ويضمن العقد أنه غير مسئول في حالة نشوب قوة قاهرة أو طلب الجهة المانحة للالتزام بتغييرات في التصميم الأصلي أو المواصفات الأصلية للمشروع (المرفق) أو أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك أو أي ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع أو في البلد المضيف تؤثر على أعمال التشييد (نشوب حرب . تغيير في القوانين . تغيير نظام) وهكذا ولكن ما هو الجزاء الذي يترتب على الملتزم في حالة التأخير في إنجاز أعمال التشييد في الوقت المحدد من قبل الجهة المانحة؟ يترتب على تقصير الملتزم في إنجاز وإتمام العمل المتفق عليه تعرضه لجزاء ما في الغالب يتم الاتفاق عليه في عقد الاتفاق المبرم بينهما دون وجود سبب من أسباب

^(٢٨٨) عقد منح الالتزام المبرم بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " الوقائع المصرية" العدد ٢٦٤ في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨.

^(٢٨٩) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية . المرجع السابق . ص ١١٤.

الإعفاء. ويجب النص في عقد الاتفاق على الجزاءات التي يمكن توقيعها على الملتزم حالة التأخير في إنجاز الأعمال ولا تخرج هذه الجزاءات عن قيام الملتزم بدفع تعويضات مقطوعة أو تحمله للغرامات التأخيرية عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز.

المطلب الثاني

الرقابة على سلامة المباني والمنشآت

إذا كان الإشراف وقت التنفيذ للإنشاء فإن الرقابة تكون بعد تمام الإنشاء والبدء في التشغيل. فالرقابة على سلامة المباني والمنشآت تكون لاحقة وتكون من الدولة المضيفة عن طريق من تنوبه لذلك أو من تنبيه عنها وذلك بطريق التفتيش الدوري والمستمر على سلامة البناء والمنشآت للمرفق موضوع العقد. فإذا اكتشف المفتشون . قياساً على المستويات الدولية لتأمين سلامة المباني والمنشآت للمرفق . عيوباً خطيرة في المرفق أو في أي من مكوناته وتجهيزاته أثناء إجراء التفتيشات والاختبارات . فإذا كانت هذه العيوب قابلة للإصلاح تعين على الملتزم والحالة هذه أن يصلح هذه العيوب، وأن يثبت خلو المرفق من عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك أو من ينوب عنه في مدة معقولة تحدد بمعرفة الطرفين (الدولة . الملتزم) فإذا لم يقم الملتزم بإصلاح العيوب وثبت أن العيوب غير قابلة للإصلاح. فعلى الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة من المباني والمنشآت وإعادة إنشائها من جديد طبقاً للمواصفات القياسية ووفقاً لما هو محدد بالعقد وملاحقه (٢٩٠).

وهناك عمليتان ضروريتان لبدء التشغيل بعد إتمام البناء وتركيب المعدات والآلات، العملية الأولى . عملية اختبار لمكونات المرفق ومعداته، وهذه العملية تتم بمعرفة الطرفين ويتم إصدار شهادة تفيد إتمام الاختبار وقبول الطرفين للحالة التي عليها المرفق وإن كانت هذه الشهادة لا تعفي من ضمان العيوب الخفية (٢٩١) وإذا ما كشفت اختبارات التنفيذ وجود عيوب صغيرة فلا يكون مقبولا أن يطلب من الملتزم القيام بتصحيحها عن طريق الإصلاح أو إعادة التوريد بل يمكن

(²⁹⁰) EN CE SENS. GUILLEMOT -SAINT- VINEBULT: MANUEL JURIDIQUE DE L'ARCHITECTE TRAVAUX PRIVES , TRAVAUX PUBLICS .

(^{٢٩١}) أ/ خالد بن محمد عبد الله العطية . المرجع السابق . ص ١١٥ .

أن ينص في العقد المبرم بين الطرفين أن التصحيح يتم عن طريق تخفيضات في رسوم الاستخدام أو عن طريق المطالبة بالتعويض.

والعملية الثانية . هي عملية تدريب العاملين والموظفين بالمرفق تدريباً جيداً ويقصد بالعمال والموظفين التابعين للملتزم الذين سوف يقومون بتأدية الخدمة لجمهور المنتفعين أو بالإنتاج حسب نوع وطبيعة المرفق. وعادة ما يتم تدريب عمال محليين في المرفق ويتم ذلك مع بداية تشغيل المرفق وفقاً لبرامج وخطط التدريب المتفق عليها.

وحق الرقابة بشقيه الإشراف والتوجيه هو حق أصيل لاستعمال المرفق العام وإدارته. فالأصل أن تدار المرافق العامة بواسطة السلطة العامة والدولة لا تستطيع أن تتخلى عن المرفق العام بمجرد منح التزامه، فالملتزم لا يخرج عن كونه نائباً عن الدولة في إدارة المرفق العام وهو الأمر الذي يكون فيه للأصل (الدولة . الجهة المانحة) أن تتدخل لتفرض على الملتزم وقت اللزوم ما تراه من أمور يتطلبها حسن سير المرفق موضوع الالتزام ولا يستطيع الملتزم الاعتراض على ذلك أو أن يحتج بما نص عليه في عقد الالتزام. فلا يمكن للعقد أن يحد من حق تنظيمي مستقل عنه ثابت للدولة بوصفها سلطة عامة.

ونصت المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن "لإدارة حق مراقبة إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية ولها في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنها في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق" وتمارس الرقابة من قبل الإدارة عن طرق مختلفة كزيارة أماكن تنفيذ العقد، تعيين مندوب من الإدارة للتأكد من سلامة المواد المستخدمة، كما لها طلب معلومات من المتعاقد.

وتقضي المادة "٨٠" من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ "بأن يقوم مهندس جهة الإدارة بعملية القياس والوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول أو مهندس أو مندوبه ويتم التوقيع بصحة المقاييس والأوزان من الاثنين فإذا تخلف المقاول أو مندوبه بعد إخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس جهة الإدارة".

ويجب أن ينص في العقد على حق الرقابة والتوجيه والإشراف حتى تنقيد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في نصوص التعاقد ولا يجوز لأيهما مخالفته كما لا يصح في القانون

القضاء على غير مقتضاه^(٢٩٢). ولكن لا يجب اعتبار الحق في الرقابة هذا نوعاً من التبعية. فالرقابة هنا ليست على العمل ذاته بل على نتائجه.

(٢٩٢) في هذا المعنى : المحكمة الإدارية العليا ١٣/١١/١٩٧١ ، الموسوعة الإدارية القاعدة ٥٨٩ ص ٩٣٠ ، مشار إليه لدى أ.د. فتحي فكري . محاضرات في العقود الإدارية ، ١٩٩٤ .

الفصل الرابع

الالتزام بالإدارة والتشغيل

تمهيد وتقسيم :

بعد الانتهاء من مرحلة التشييد والبناء للمرفق وتوفر الموارد المالية اللازمة، تبدأ مرحلة جديدة، وهي مرحلة الإدارة والتشغيل والتي تستمر طوال فترة الالتزام المحددة بالعقد المبرم بنظام الـ "B.O.T" بين الملتزم والجهة الإدارية، والالتزام بالإدارة والتشغيل ليس فقط حقاً للملتزم بل هو واجب والتزام عليه. وقد يتم التشغيل بمعرفة الملتزم أو عن طريق آخر (شركة أو فرد) من خلال عقد من عقود الإدارة يتم بين الملتزم والمشغل ويقتضي التشغيل أن يلتزم الملتزم بصيانة المرفق أو المشروع بكامل مرافقته وأدواته ومعداته وذلك بصفة دورية ووفقاً للمعايير التي يتم الاتفاق عليها، ولتمام التشغيل يجب تدريب العمال المحليين واستخدامهم في المرفق موضوع العقد، وكذا الالتزام بنقل الخبرات والتكنولوجيا، إذ أن الإدارة والتشغيل والصيانة والتدريب ونقل التكنولوجيا كالالتزام على عاتق الملتزم يعد جزءاً هاماً من عملية عقد الالتزام بنظام الـ "B.O.T" ولإيضاح هذا الالتزام لابد لنا من مناقشة بعض الأمور منها، كيفية تشغيل المرفق وذلك في مبحث أول، واستخدام وتدريب العمال المحليين وذلك في مبحث ثان، والالتزام بالصيانة الدورية والإشراف عليها وذلك في مبحث ثالث، والالتزام بنقل الخبرات والتكنولوجيا الحديثة وذلك في مبحث رابع.

المبحث الأول

تشغيل المرفق

تعد مرحلة التشغيل أهم مرحلة في عقد الالتزام بنظام الـ "B.O.T"؛ لأنها تعمل على تحقيق الخدمة المحددة من إقامة المشروع أو المرفق، وقد يقوم بالتشغيل الملتزم وهو الذي رسا عليه العطاء فرداً كان أو شركة وقد يعهد الملتزم لآخر (فرداً أو شركة) بتلك المرحلة وهي مرحلة التشغيل ويسمى المتعاقد مع الملتزم بعقد من عقود الإدارة والمشغل للمرفق. وحيث أن الدولة المضيفة تتوقع من مشاركة القطاع الخاص تحقيق مكاسب تتعلق بمستويات خدمة رفيعة قد لا

توفرها أحياناً احتكارات الدولة ذاتية التنظيم. فتشغيل المرفق وتحقيقه لأهداف الدولة المضيفة لا يكون إلا بالاختيار الصحيح لمن يقوم بالتشغيل^(٢٩٣) فإذا لم يتوافر للملتزم القدرة على التشغيل فلا يكون إلا الاختيار الصحيح لمن لديهم الخبرات اللازمة للتشغيل، وعقد التشغيل يجب أن يوافق عليه جميع أطراف عقد الالتزام بنظام "B.O.T" وذلك لمصلحة كل طرف، فالدولة ترغب في الاطمئنان على أن التشغيل سيتم كما هو متفق عليه سابقاً في العقد، وأن المشغل سيلتزم بالقوانين وخصوصاً القوانين البيئية الخاصة بالأمن والسلامة أثناء التشغيل. وإذا كان المشروع متعلقاً بإنتاج ما، والدولة تريد شراءه فلها أن تتأكد من أن التشغيل سيوفر لها الحد الأدنى المطلوب من الإنتاج في عقد التشغيل.

ويدير المشروع مجلس إدارة يتم الاتفاق عليه بين الدولة والملتزم، وذلك ما ورد بنص المادة (٣) فقرة (ج) بند ١. يدير المشروع مجلس إدارة على النحو الذي تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٢٠) يمثل فيه المالك بعدد عضوين من تسعة أعضاء^(٢٩٤).

والمرفق موضوع العقد تتحدد من خلاله نوعية الخدمات أو الإنتاج للمرفق وحيث أن مشروعات الـ "B.O.T" تتعلق في الغالب بالبنية الأساسية للدولة المضيفة لذا يكون للدولة المضيفة حق تقييد نطاق الخدمات وخصائصها التي تقدمها شركة المشروع حسب الصالح العام للدولة المضيفة^(٢٩٥).

كما أنها تسعى دائماً لتحديد سعر الخدمة أو المنتج المقدم من شركة المشروع للمنتفعين وذلك بالاتفاق مع الملتزم، ويتم ذلك عن طريق العقد وإما عن طريق قوانين الدولة المضيفة للمشروع.

ولكي يتم التشغيل على الوجه الأمثل فلا بد من توفير المواد اللازمة للتشغيل والطلب على المنتج أو الخدمة وكذا توصيل المنتج أو الخدمة.

ومثال ذلك^(٢٩٦) في حالة كون المشروع محطة طاقة كهربائية تعمل بالفحم فإن المشغل يكون بحاجة دائمة إلى توريد مستمر لفحم الطاقة وإلى وجود سوق لهذه الطاقة وإلى شبكة من

(٢٩٣) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية . مرجع سابق . ص ١١٩ .

(٢٩٤) من عقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم . الوقائع المصرية . العدد ٢٦٤، في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨ .

(٢٩٥) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية . رسالته السابقة . ص ١٢٠ .

(٢٩٦) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية . المرجع السابق، ص ١٢٢ .

خطوط النقل والتوزيع، وإذا لم يتوافر للمشغل أحد هذه العناصر الثلاثة (المواد اللازمة للتشغيل، أو سوق تسويق المنتج، أو الخدمة وخطوط النقل) فلن يتمكن المشروع من أداء أهدافه المنشودة.

إلا أنه يلاحظ أن المشغل دائماً يضع في اعتباره التأخير في توريد المواد اللازمة للتشغيل (الفحم في المثال السابق) لذا يجب احتفاظه بكمية كبيرة لتفادي مخاطر التأخير، إلا أنه لن يستطيع السيطرة على خطوط النقل أو شركات الشحن والمناجم التي توفر الفحم. ويجب على المشغل متابعة أية تطورات تحدث بشأن إنتاج المواد اللازمة للتشغيل أو أية تغييرات تحدث على خطوط النقل لتخفيف المخاطر التي قد تحدث للمشروع ^(٢٩٧) أما بالنسبة لعنصر الطلب على المنتج أو الخدمة، فدائماً يكون مضموناً من قبل الدولة المضيفة للمشروع كشرائها للطاقة.

المبحث الثاني

استخدام وتدريب العمال المحليين

إن من مزايا عقد الالتزام بنظام الـ "B.O.T" نقل التكنولوجيا عن طريق استخدام العمال المحليين وتدريبهم على استعمال الأدوات والآلات الحديثة، وترجع أهمية ذلك إلى ما بعد انتهاء مدة عقد الالتزام حتى تتمكن الدولة المضيفة للمشروع من تشغيله بنفس القدرة والكفاءة خلال فترة الالتزام.

ولكي تتحقق الفائدة كاملة للدولة المضيفة، فيجب تحديد الحد الأدنى للاستعانة بالإبداع المحلي هندسياً وتكنولوجياً والتأكد من استخدام القدرة الوطنية كاملة جنباً إلى جنب مع الخبرة الأجنبية.

كما يجب تحديد استخدام العمالة المحلية في مستويات ومراحل المشروع كاملة بما في ذلك الإنشاء والتشغيل والصيانة بدءاً من الإدارة العليا حتى العمالة البسيطة مع إلزام الملتزم ببرامج تدريبية تنتهي بإصدار شهادات تؤهله للقيام بمهام الإصلاح والصيانة.

ولكي تكون العقود التي تتم في مصر بنظام الـ "B.O.T" نموذجية وتحقق الهدف الذي تسعى من أجله الحكومة المصرية، يجب أن ينص في العقد على أن المشروع لا يستعمل سوى العمالة المصرية دون الجنسيات الأخرى التي تغرق الأسواق بعمالة رخيصة ^(٢٩٨) وبالإطلاع على بعض العقود التي أبرمت مؤخراً لم أجد ما يشير إلى ذلك من قريب أو بعيد إلى تشغيل العمالة

^(٢٩٧) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية . المرجع السابق، ص ٢٦٣.

^(٢٩٨) أ.د. سينوت حليم دوس . جريدة الأهرام المصرية ٢٣ / ٢ / ٢٠٠١ .

المصرية^(٢٩٩) إلا أنه بالإطلاع على عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام "B.O.T"^(٣٠٠) وجد أن المادة الثالثة فقرة (ج) بند "١٠" بأن الملتزم يتعهد بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع وذلك وفقاً للإجراءات الواردة بالملحق (٢٧).

ويجب على الملتزم أن يدير المرفق أو المشروع بإحدى الوسائل التي وصلت إليها التكنولوجيا. فالتكنولوجيا وما تتضمنه من عناصر ذات أهمية بالغة لإسهامها في نشر المعرفة الفنية تحقق مكاسب اقتصادية للدولة التي ينتمي إليها المرفق أو المشروع وما من أحد يجهل أهمية التكنولوجيا بالنسبة للتطور والتنمية ومقدار ما تسهم فيه في التقدم الفني، وأنه من الخطأ عدم الاعتراف لها بالقوة الحاسمة في موضوع التنمية^(٣٠١) ويجب على الدولة المضيفة أن تختار التكنولوجيا الأكثر ملاءمة للظروف المحلية. فالتكنولوجيا المطبقة في مشروع ما من مشاريع البنية الأساسية يجب أن تكون متوافقة مع المدخلات الوطنية المتوافرة، وكذلك مع المتطلبات الحالية والمتوقعة للدولة^(٣٠٢) وأحياناً لا تكون التكنولوجيا المتطورة والأكثر تقدماً في صالح المصالح الوطنية للدولة، لذا قد تكون التكنولوجيا الأقل تطوراً والمعتمدة على عنصر المخرجات الأهلية الأصلية والمهارات أفضل خدمة للاهتمامات والمصالح الوطنية للدولة المضيفة.

وقد يتم نقل التكنولوجيا عن طريق التدريب واستخدام العمالة المحلية أو عن طريق استخدام البضائع الوطنية والخدمات. فإعطاء الشركات المحلية الفرصة للمشاركة في مشاريع "B.O.T" كموردين للبضائع والخدمات هو إحدى طرق نقل التكنولوجيا للدولة المضيفة للمشروع ويعمل ذلك على تقوية وتعزيز قدرة الشركات المحلية حتى تتمكن من منافسة الشركات الأجنبية وتعد بذلك عوناً في بناء القدرة المحلية والوطنية للدولة المضيفة.

أما نقل التكنولوجيا عن طريق التدريب واستخدام العمالة المحلية، فيجب على الدولة المضيفة للمشروع اتخاذ الدقة في استخدام شرط تدريب واستخدام العمالة المحلية وأخذ الجد والنص عليه منذ إنشاء المشروع حتى نقل ملكيته لها بعد انتهاء فترة الالتزام.

(٢٩٩) عقد رصيف الدخيلة . الوقائع المصرية - العدد ١٧٣ في ١٩٩٩/٨/٥ .

(٣٠٠) الوقائع المصرية، العدد ٢٦٤ في ١٩٩٨/١١/١٩ .

(٣٠١) دكتور/ محمود الكيلاني، جزاء الإخلال في تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا - رسالة دكتوراه . كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٨ .

(٣٠٢) أ. خالد بن محمد العطية . المرجع السابق . ص ١٢٩ .

وتدريب العمال على نوعين نظري وعملي، ويكون التدريب النظري في صورة دروس تُلقى على العاملين في أحد مراكز التدريب أو في الشركة الأم لشركة المشروع، وهذا يتطلب إرسال العاملين في بعثات خاصة وكذلك الأمر بالنسبة لإيفادهم في ندوات دراسية ويجب على الملتزم وضع برامج التدريب وتنظيمها حتى يستفيد منها العمال^(٣٠٣). ويبدأ التدريب العملي حسب البرامج المعدة له بإشراف ذوي الخبرة الذين يتولون الشرح للمتدربين والإجابة على أسئلتهم وتقديم التقارير عنهم، ويجب في التدريب تشغيل العمال للآلات وعدم الاقتصار على المشاهدة السلبية حتى يأتي التدريب بالثمار المرجوة منه وهي تشغيل العمال الوطنيين للمشروع بعد انتهاء فترة الالتزام.

ويجب على الملتزم بأن يثبت للدولة المضيفة بأن نقل التكنولوجيا قد تم بشكل فعال من قبل الموظفين والمواطنين الذين سيتحملون مسؤولية التشغيل والصيانة والتطوير.

وتضع الخطوط الإرشادية لليونيدو شرطاً نموذجياً لنقل تكنولوجيا المشروع هو "تمنح شركة المشروع للحكومة ترخيصاً غير قابل للنقض، وبدون رسوم أو ضرائب وغير حصري. يوجب جميع البراءات المملوكة أو التي تتم إدارتها والسيطرة عليها حالياً أو فيما بعد من قبل شركة المشروع وضمن الحيز الضروري اللازم لتشغيل المشروع وصيانته وإصلاحه ومناوبته"^(٣٠٤).

المبحث الثالث

الالتزام بالصيانة الدورية والإشراف عليها

تقديم :

في أثناء مرحلة الإدارة والتشغيل يلتزم الملتزم بالصيانة الدورية لآلات ومعدات المشروع، لأنه في أي تنظيم إنتاجي يتآكل مع الزمن وما لم يتم ترميم ما تآكل خلال العملية الإنتاجية على مر الزمن، فإن هذا التنظيم الإنتاجي لن يلبث أن يتدهور ويفقد صلاحيته. ومن هنا كانت ضرورة الصيانة والرعاية المستمرة لآلات ومعدات المشروع والنص على ذلك في عقد الـ "B.O.T" حماية لقدرة المشروع الإنتاجية وأن إهمال الصيانة للمشروعات القائمة لمصلحة الاستثمارات الجديدة

(٣٠٣) د.أ/ محسن شفيق . عقد تسليم مفتاح ١٩٩٤، ص ٥٣.

(٣٠٤) مشار إليه لدى أ/ خالد بن محمد العطية . المرجع السابق . ص ١٣٢.

يعني التضحية بالجزء الأكبر من الثروة القومية لحساب نسبة يسيرة من الاستثمارات الجديدة فهو إهدار للكثير من أجل القليل، ولا ترجع أهمية الصيانة إلى أنها تضمن استمرار كفاءة الإنتاج ومنع تدهورها خلال الزمن بل أنها تلعب كذلك دوراً أساسياً في المحافظة على أهمية الثروة القومية (٣٠٥).

ولبحث موضوع الالتزام بالصيانة في عقد الـ "B.O.T" يجب التعرض لتعريف الصيانة والالتزام بها طبقاً للقواعد العامة سواء الواردة في حق الانتفاع أو الواردة في عقد الإيجار وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : الصيانة للعين المؤجرة بين القانون والشرعية:

ان موضوع صيانة الأعيان والحفاظ عليها والعمل على بقائها بحالة سليمة يتمكن معها الأفراد (سواء منتفعون أو مستأجرون) من الانتفاع ،وقد اعتبر الفقه عدم قيام الملاك بصيانة الأعيان المؤجرة نوعاً من إساءة استعمال الحق وفي الوقت ذاته إثراء بلا سبب (٣٠٦) وتهدف الصيانة إلى صلاحية المباني من الناحية الفنية والصحية وسلامتها من الناحية الهندسية وأدائها للخدمات المطلوبة تحقيقاً للغاية وهي تمكين الشخص من الانتفاع بالعين طوال المدة المحددة لذلك وحتى تظل العين بالحالة التي كانت عليها وقت التشغيل.

إن الحفاظ على المباني والمنشآت والآلات والمعدات وصيانتها يترتب عليه بقاؤها بحالة سليمة فترة من الزمن وفي هذا محافظة على الثروة العقارية من الضياع، فضلاً عن أن ما تدره العقارات ومشروعات "B.O.T" باعتبارها مرافق عامة من إيرادات يمثل جزءاً هاماً من الدخل. القومي وفي الشريعة الإسلامية ترتبط القواعد الشرعية ارتباطاً وثيقاً بقواعد الدين والأخلاق التي تهدف إلى منع عدم التعادل الذي يكون من شأنه أن يسبب أحد المتعاقدين ربحاً ينظر إليه على أنه غير مشروع فإذا كانت العين المؤجرة في حاجة إلى الإصلاح والترميم حتى تظل على حالة ينتفع بها على النحو الذي كانت عليه وقت التعاقد وقام المؤجر بها فان عقد الإيجار يبقى لازماً، فإن لم يقم المؤجر بها كان على المستأجر أن يطالبه بالقيام بها فان امتنع فإنه لايجبر على اصلاح ملكه فله أن يقوم بأعمال الترميم والصيانة الضرورية لتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة ، وله ألا يقوم بها ولا الزام عليه في هذا الشأن وللمستأجر الخيار بين الإبقاء على

(٣٠٥) أ.د. حازم الببلاوي . مقال بجريدة الأهرام، الأحد الموافق ١٨/٣/٢٠٠١، ص ١٠.

(٣٠٦) أ.د. عبد الرازق حسن فرج . صيانة العين المؤجرة . ص ٧.

العقد أو المطالبة بفسخه^(٣٠٧) ، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٦٤٥ من مرشد الحبران فقالت: "لا يجبر صاحب الدار المؤجرة على عمارتها وترميم ما ختل من بنائها واصلاح ميازيبها وان كان ذلك عليه لا على المستأجر، لكن إذا لم يفعل المؤجر كان للمستأجر أن يخرج منها ، إلا إذا كان استأجرها وهي كذلك وقد رآها فليس له الخروج منها " .

فالشريعة الاسلامية ، وان كانت تسلم بأن الالتزام بصيانة العين المؤجرة يقع على المؤجر فى أثناء انتفاع المستأجر بها الا أن هذا الالتزام لايجوز تنفيذه جبرا ولكن عدم الوفاء به من ناحية أخرى يخول المستأجر حق الفسخ^(٣٠٨).

أى ان المؤجر لايجبر على القيام بأعمال الصيانة ولكن يجوز للمستأجر أن يطلب الفسخ لفوات المنفعة. هذا ماذهب اليه الحنفية ويوافقهم فى رأى الشافعية وفى رأى عند المالكية .
وإذا كان هذا هو رأى الجمهور من الفقهاء فان هناك رأيا آخر يجيز إجبار المؤجر على القيام بأعمال الترميم والصيانة إذا كانت الاضرار بسيرة ولا تتكلف الترميمات نفقات باهظة أما إذا كانت الترميمات جسيمة فلا يلزم المؤجر بالقيام بها اتفاقا^(٣٠٩).

أما فى القانون المدنى المصرى ، فقد أوجب القانون على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة حتى تظل بحالتها التى سلمت عليها صالحة للانتفاع بالعين المؤجرة وهذا على عكس ماورد فى القانون المدنى القديم فان المؤجر لايلزم بذلك إلا إذا اشترط المستأجر عليه ذلك فى عقد الايجار .

وقد جاء القانون المدنى الجديد صريحا فى ذلك حيث نصت المادة ٥٦٧ منه :

١- على المؤجر أن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى على الحالة التى سلمت بها وأن يقوم فى أثناء الإجارة بجميع الترميمات الضرورية دون الترميمات التأجيلية ... الخ ماورد بنص المادة.

ثانيا : الصيانة الواردة بحق الانتفاع والحفاظ على الشئ المنتفع به :

(٣٠٧) فقه الحنفية ، رد المختار لابن عابدين ، ج ٥ ، ص ٥١ وما بعدها والفتاوى الهندية- باب الفسخ الإجارة ص ٤٤٣ وفى فقه الشافعية المذهب للشيرازى ج ١ ، ص ٤٠٥ ونهاية المحتاج ج ٤ ، ص ٢١٦ وفى فقه الحنابلة المغنى ، ج ٥ ، ص ٤١٩ .

(٣٠٨) المادة ٥٢٩ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣٠٩) يراجع فى ذلك وغيره أ.د. / عبد الرازق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

تكلّمنا آنفا -وبإيجاز- عن الملتزم بالصيانة في عقد الإيجار أما في حق الانتفاع فإن الصيانة تقع على المنتفع فيلتزم بصيانة الشئ المنتفع به والقيام بنفقات الصيانة وبالتكاليف المعتادة . وهذا مانصت عليه المادة ٩٨٩ من القانون المدني بقولها "

(١)المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكل مايفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة ، وكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة(٢)أما التكاليف غير المعتادة والاصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ عن خطأ المنتفع فإنها تكون على المالك ، ويلتزم المنتفع بأن يؤدي للمالك فوائد ما أنفقه في ذلك . فإن كان المنتفع هو الذي قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع . ويتضح من نص هذه المادة أن المنتفع ملتزم بصيانة الشئ المنتفع به وكل النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة وكل التكاليف المعتادة أما التكاليف غير المعتادة كتكاليف الاصلاحات الجسيمة ، فهي على مالك الرقبة على أنه يتحمل المنتفع فوائد هذه التكاليف طول مدة الانتفاع أما إذا كان المنتفع هو الذي قام بالانفاق كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع .

ولايضاح هذا الالتزام يجب أن نتعرض للنقطتين التاليتين :

أ - ماهي التكاليف المعتادة والتكاليف غير المعتادة ؟

ب- ما الفرق بين حق الإنتفاع وحق الإيجار ؟

النقطة الأولى

التكاليف المعتادة والتكاليف الغير معتادة

أ - التكاليف المعتادة :

إن المنتفع ملتزم بصيانة الشئ المنتفع به فجميع تكاليف الصيانة يتحملها المنتفع بأكملها وكذلك تكاليف إدارة الشئ المنتفع به إذ أن هذه التكاليف ضرورية لحصول المنتفع على الثمار ويعتبر أيضا من التكاليف المعتادة فيتحملها المنتفع وحده الضرائب والرسوم المقررة على الشئ المنتفع به من أموال على الأراضي الزراعية وعوائد على المباني ورسوم بلدية وضريبة دفاع

وضريبة حفر وأى أنواع أخرى من الضرائب ويجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة بأن الأخير يتحملها وإذا دفعها المنتفع له أن يستردها من مالك الرقبة ^(٣١٠).

ب- التكاليف الغير معتادة:

وهذه التكاليف يتحملها بنص القانون مالك الرقبة وهى تكاليف الاصلاحات الجسيمة التى لم تنشأ عن خطأ المنتفع ، أما إذا نشأت عن خطأ المنتفع فهو الذى يتحملها وحده ، فإذا احتاجت الدار المنتفع بها مثلاً إلى اصلاحات جسيمة لم تنشأ من خطأ المنتفع، لا يلتزم بها أحد لا المنتفع ولا مالك الرقبة للقيام بهذه الاصلاحات ^(٣١١) ، ولكن يجوز لمالك الرقبة للمحافظة على ملكه أن يقوم بها . وفى هذه الحالة تكون التكاليف عليه وعلى المنتفع أن يدفع فوائدها بالسعر القانونى لمالك الرقبة طول مدة الانتفاع ويصح عند امتناع مالك الرقبة عن القيام بها أن يقوم بها المنتفع للمحافظة على حق انتفاعه وفى هذه الحالة يدفع تكاليف هذه الاصلاحات على أن يستردها من مالك الرقبة عند نهاية حق الانتفاع.

ويعتبر من التكاليف غير المعتادة مصروفات دعوى تعيين الحدود فهذه يلتزم بها مالك الرقبة ويتحمل المنتفع الفوائد طوال مدة الانتفاع وإذا قدم المنتفع هذه المصروفات فله الحق فى استردادها من المالك عندنهاية حق الانتفاع .

النقطة الثانية

الفرق بين حق الإنتفاع وحق الإيجار

فحق الإنتفاع كما هو واضح من النصوص القانونية :

١- حق عيني (Reel) متفرع عن حق الملكية وعلى ذلك يمكن الاحتجاج به على الكافة ^(٣١٢) ومن ثم يتميز المنتفع عن المستأجر الذى له بمقتضى عقد الإيجار حق شخصى فى الإنتفاع بالعين المؤجرة يلتزم به المؤجر فالمالك ليس ملزماً قبل المنتفع بتمكينه من الإنتفاع ، ولذلك لا يلزم بالقيام بأى إصلاح فى الشئ محل الإنتفاع على عكس الحال فى الإيجار .

^(٣١٠) أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط - الجزء التاسع - ص ١٦٨٧ .

^(٣١١) أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ١٦٨٨ .

^(٣١٢) أ.د . محمد كامل مرسى ، الحقوق العينية الأصلية ، ص ٤٩٣ .

٢- حق الإنتفاع يرد على شئ مملوك للغير ولذلك لا يجوز للمالك ملكية تامة أن يرهن حق الإنتفاع مستقلا عن ملكية الرقبة .

٣- حق الإنتفاع حق مؤقت فينتهى حق الإنتفاع بإنقضاء الأجل المعين فإذا لم يعين له أجل عد مقررًا لحياة المنتفع ، وهو ينتهى على أى حال بموت المنتفع حتى قبل الأجل المعين ولا ينتقل إلى ورثته ، وذلك على خلاف الإيجار ، فالأصل فى الإيجار أنه لا ينتهى بوفاة المستأجر وإن كان يترتب عليها ثبوت الحق لورثته وللمؤجر فى طلب إنهاء العقد فى حالات معينة (٣١٣).

ومن ثم وطبقا للقواعد العامة فإن إلزام الملتزم بالصيانة فى عقد B.O.T. هو أقرب إلى المنتفع منه إلى المستأجر بشأن الالتزام بالصيانة و الحفظ.

والالتزام بالصيانة لايعنى بالضرورة الالتزام باصلاح واستبدال المعدات بل هو أوسع وأشمل من ذلك ، فالالتزام بالصيانة يعنى الكشف الدورى على جميع الأصول المستخدمة فى المشروع ، كما يعنى اتخاذ كافة الاجراءات الفنية من أجل المحافظة على المعدات والآلات ورفع كفاءتها لتحقيق التقارير الدورية عن حالة المرفق ومعداته الآن (٣١٤).

وتنص بعض العقود على أن يمتد الالتزام بالصيانة ليشمل الالتزام بتطوير المعدات والآلات ونقل التكنولوجيا اللازمة لتطوير المرفق ورفع كفاءته كما يتحمل المستثمر كافة المصروفات المادية واستبدال التالف من الأصول الثابتة خلال مدة الاستغلال بما يضمن استمرارية التشغيل بكفاءة (٣١٥).

ويرتبط بالالتزام بالصيانة والاصلاح التزامان تابعان هما الالتزام بالاحتفاظ بتقارير مفصلة عن عملية التشغيل والاحلال وعمليات التوريد والاستبدال والاصلاح كما يلتزم المستثمر باصدار تقارير دورية عن حالات التشغيل تقدم للجهة الادارية وجميع الجوانب الفنية والمالية لتشغيل المشروع .

(٣١٣) أ.د. إسماعيل غانم ، مذكرات فى الحقوق العينية أصلية ، ص٣.

(٣١٤) أ.د. هانى صلاح سرى الدين ، التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية ص٣٨٦.

(٣١٥) عقد منح التزام انشاء وتشغيل مطار مرسى علم .

الفصل الخامس

مدى مسؤولية الملتزم تجاه عملاء المرفق

والمقاولين من الباطن

تمهيد وتقسيم :

أن عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T تتعدد علاقاته بتعدد أطرافه فتوجد علاقة مباشرة بين الملتزم والجهة الإدارية كما توجد علاقة مباشرة أو غير مباشرة بين الملتزم، وعملاء المرفق، وقد تنشأ علاقة بين الملتزم والذين يسند لهم الملتزم بعض الأعمال الكثيرة أو الدقيقة وهذه العلاقات لها طبيعتها الخاصة في عقد منح التزام المرافق العامة كما أنها ترتب مسؤولية في حالة إخلال أى من طرفى العقد بالتزاماته .

ولكى نتضح تلك العلاقات المتعددة والمتشابكة فأننا سنعرض لها بهذا الفصل فى ثلاثة مباحث على النحو التالى :

المبحث الأول : طبيعة العلاقة بين العملاء وملتزم المرفق العام بنظام الـ B.O.T .

المبحث الثانى : مسؤولية الملتزم للمرافق العامة بنظام الـ B.O.T تجاه العملاء.

المبحث الثالث : مدى مسؤولية الملتزم عن المقاولين من الباطن .

المبحث الأول

طبيعة العلاقة بين العملاء وملتزم المرفق العام بنظام الـ B.O.T

تمهيد وتقسيم:

قد يكون المرفق العام قائماً ويؤدي خدماته للعملاء (الجمهور) وترغب الجهة الإدارية في تطوير المرفق وإنشاء وحدات إضافية لتوسعة نشاط المرفق العام فتبهرم الجهة الإدارية مع مستثمر عقداً بقصد إنشاء تلك الوحدات الإضافية وتطوير أداء خدمات المرفق نظير ما يحصله المستثمر من عملاء المرفق من رسوم أو أجر فما موقف العملاء في تلك الفترة التي يكون الملتزم (المستثمر) بعيداً عن علاقته بالعملاء؟ أى دون أن يتعاقد العميل مع الملتزم.

وقد لا يكون المرفق العام قائماً ، وهذا هو الغالب في منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T وترغب الجهة الإدارية في إنشائه وتشغيله وإدارته كي يؤدي خدمات للجمهور (العملاء) وهنا تتعاقد الجهة الإدارية مع مستثمر - ملتزم - بقصد إنشاء المرفق العام وإدارته بنظام الـ B.O.T. فهل للعملاء - الجمهور - الذين يستفيدون من خدمات المرفق حقوق قبل التشغيل؟ وماهى حقوقهم بعد التشغيل ؟ ولذا وجب لايضاح ذلك أن نعرض لهذه الحالات في مطلبين :

المطلب الأول : في حالة وجود مرفق قائم ويؤدي عمله .

المطلب الثانى : في حالة إنشاء مرفق جديد لم يسبق أدائه خدمات للجمهور .

المطلب الأول

وجود مرفق عام قائم يؤدي خدمات للجمهور

فإذا وجد المرفق العام فإن للأفراد الذين يتعاملون مع المرفق العام حقوقاً تجاه المرفق والتزامات عليهم للقائمين على المرفق .

ولكن ماهو مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم؟

قد ينشأ للعميل حق قبل التعاقد مع الملتزم ، وهذا الحق يتمثل في أن لكل فرد أنشئ المرفق العام لمصلحته حقاً في المرفق Le droit au service بمعنى حقاً في الخدمة . فإذا

منحت الجهة الادارية التزامًا لأحد الأفراد أو الشركات وأخل الملتزم بشروط وينود عقد الالتزام كأن لم ينشئ الخطوط التي فرضت عليه في عقد الالتزام (في حالة التزام خطوط السكك الحديدية أو خطوط لمetro الانفاق). أو ألغى الملتزم بعض الخطوط أو أمتنع عن أداء الخدمة فهنا يجب أن نفرق بين صورتين .

الأولى : علاقة العميل بالملتزم قبل التعاقد .

الثانية : علاقة العميل بالملتزم بعد التعاقد معه .

الصورة الأولى

مركز العميل قبل التعاقد مع الملتزم

في هذه الصورة إذا أصاب العميل ضرر من إخلال الملتزم بشروط الالتزام كأن لم يجد مثلاً سبل المواصلات الممهدة أمامه بسبب عدم إنشاء الخط أو بسبب إلغائه أو الامتناع عن التعاقد معه بغير حق . فان العلاقة بين العميل والملتزم منعدمة ، فيجب على العميل أن يلجأ إلى مانح الالتزام وهو سلطة إدارية يطلب إليه أن يجعل الملتزم يكف عن هذا الاخلال^(٣١٦).

فإن امتنع مانح الالتزام عن إجابهته إلى طلبه فله أن يقاضيه أمام القضاء المختص. ولكن طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني طبقاً لنص المادة ١٦٣ من القانون المدني التي تنص على أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " وبالتالي فإن الشخص الذي أصابه ضرر من جراء هذا الاخلال يجوز له أن يقيم دعوى بالتعويض على الملتزم ولكن على أساس من المسؤولية التقصيرية وليست العقدية ، إذ لا علاقة بين العملاء والملتزم في تلك الصورة .

الصورة الثانية

مركز العميل بعد التعاقد مع الملتزم

في هذه الصورة قد أبرم العميل المنتفع أو المستفيد بخدمات المرفق العام اتفاقاً (عقداً) بينه وبين الملتزم. وبالتالي يصبح الملتزم مدينًا بأداء خدمات المرفق للعميل وللاخير أن يطالب

(٣١٦) أ.د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - الجزء السابع ، ص ٣٧٦.

الملتزم مباشرة بأداء هذه الخدمات ، وأصبح للعميل حق في الانتفاع بخدمات المرفق بموجب التعاقد بينه وبين الملتزم .

وهذا الاتفاق بين الملتزم والعميل قد اختلف في تكييفه القانوني . هل هو التزام من جانب واحد أى بالإرادة المنفردة من قبل الملتزم^(٣١٧) أم هو عقد استوفى كافة أركانه من تراض (إيجاب وقبول) ومحل وسبب^(٣١٨).

ونحن نميل إلى الأخذ بالرأى الثانى وهو أن العلاقة بين العميل والملتزم فى هذه الصورة هى علاقة عقدية وليست إرادة منفردة فالإتفاق المبرم بين العميل والملتزم عقد تبادل فيه طرفاه التعبير عن إرادتين وليست إرادة واحدة فالملتزم يعرض خدمات المرفق ويعتبر ذلك إيجاباً ويقبل العميل خدمات المرفق بالشروط المقررة التى وضعها الموجب (الملتزم) على محل معلوم لسبب ممكن ومن ثم فالعقد على تلك الصورة عقد مدنى يخضع للقواعد العامة فى تكوينه وآثاره - وإن فسر هذا العقد بأنه من عقود الإذعان - وهذا ماأثار اللبس لدى البعض^(٣١٩) وقال بأن هذا العقد يتميز عن العقد المدنى المؤلف بأنه يخضع لنظام مقرر وسماه أى العقد بالعقد التنظيمى .

والذى يؤكد الرأى الذى نميل اليه هو أن التقنين المدنى المصرى قد أخذ به فى المادة ٦٦٩ من القانون المدنى والذى ينص على أن : "ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذى يبرمه مع عميله بأن يؤدى لهذا العميل على الوجه المؤلف الخدمات المقابلة للأجر الذى يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها فى عقد الالتزام وملحقاته ، والشروط التى تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ماينظم هذا العمل من القوانين "

وبالتالى يتضح أن العلاقة بين الملتزم والعميل - بعد التعاقد - تخضع لعقد أداء الخدمات الذى يبرم بين العميل والملتزم ، ويقع على كل طرف من أطراف العقد حقوق والتزامات قبل الطرف الآخر ، وكل ذلك فى اطار النظام المقرر لعقد الالتزام المبرم بين الجهة الادارية والملتزم.

المطلب الثانى

^(٣١٧) والى هذا الرأى يميل أكثر فقهاء القانون الادارى بفرنسا (ديجيه ، جيز ، هوريد ، بونار) أشار إلى ذلك أ.د. توفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣-٢٥٣.

^(٣١٨) والى هذا الرأى يميل أكثر فقهاء القانون المدنى بفرنسا (فالين ، ديموج).

^(٣١٩) الفقيه ديموج أشار إليه أ.د. عبد الرزاق أحمد السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٣٧٧.

انشاء مرفق جديد لم يسبق أداؤه خدمات للجمهور

فى هذا المبحث الوضع يختلف عن المبحث السابق ، إذ هنا لم ينشأ بعد المرفق فهل للأفراد الحق فى المطالبة بإنشاء هذه المرافق؟.

للإجابة عن ذلك . نقول : بأن العلاقات القانونية بين الأفراد وبين المرافق العامة لاتوجد إلا بإنشاء هذه المرافق العامة . أما قبل ذلك فلا توجد روابط قانونية ، ولا حقوق للأفراد . وإذا كان من واجب الدول فى العصر الحديث الوفاء بالحاجات العامة لرعاياها - الجمهور - بإنشاء المرافق العامة ، إلا أن هذا الواجب لايعتبر التزاما قانونيا يقابله حق الأفراد فى مطالبتها أمام القضاء بإنشاء تلك المرافق فإنشاء المرافق العامة أو عدم انشائها واختيار الظروف الملائمة لإنشائها كل ذلك متروك للمشرع يمارس بشأنه سلطة تقديرية^(٣٢٠).

أما إذا تقرر إنشاء المرفق العام وأسند ذلك إلى مستثمر (ملتزم) بنظام الـ B.O.T وتأخر فى التنفيذ واتخاذ الإجراءات اللازمة لتنظيمه فهل يجوز للأفراد إجبار الملتزم على التنفيذ؟.

هنا ليس للأفراد مبدئيا أى حق قانونى تسنده دعوى قضائية للمطالبة بالتنفيذ وسرعة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنظيم عمل المرفق قبل الملتزم. بل للأفراد إذا تبين من النص المنشئ للمرفق العام أن المشرع يدعو الجهة الادارية (الحكومة) إلى تنظيم المرفق العام دون إبطاء ، فسلطة الإدارة تكون مقيدة ويجوز للأفراد إذا أهملت الإدارة فى حث الملتزم على سرعة التنفيذ واتخاذ اللازم من اجراءات أن يطعنوا فى قرار الجهة الادارية بعدم التنظيم أو بالامتناع عن التنظيم ، على أساس إسائها استعمال السلطة، كما يجوز للأفراد أيضا المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناشئة من عدم انشاء المرفق العام^(٣٢١).

المبحث الثانى

مسئولية الملتزم للمرافق العامة بنظام الـ B.O.T. تجاه العملاء

^(٣٢٠) أ.د. توفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ٤٣٦ .

(2) C.E. 6- juillet 1934, Societe van outryue et cic deux arrêts, S., 1934/3, 116.

مشار إليه لدى أ.د. توفيق شحاته ، المرجع السابق ، ص ٤٣٧ .

تمهيد وتقسيم :

إن العلاقة بين الملتزم والمنافع بالمرفق العام علاقة عقدية، وهذه العلاقة قد تكون مباشرة نتيجة تعاقد بين المنافع والملتزم أو غير مباشرة عن طريق عقد الالتزام الذى تضمن اشتراط أداء الخدمات لصالح جمهور المنفعين بخدمات المرفق العام . ومن ثم ، فلا خلاف من أن العلاقة بين الملتزم وعملاء المرفق علاقة عقدية يحكمها أحكام القانون الخاص وبخاصة القانون المدنى ونتيجة هذه العلاقة ينشأ للمنتفعين حقوق بمثابة التزامات على عاتق الملتزم فى عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T فإذا أخل الملتزم بأحد هذه الالتزامات ترتب عليه الجزاء ، إذ إن القوة الملزمة للعقد تقتضى قيام كل طرف فيه بتنفيذ مايقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع مايجب عليه حسن النية ^(٣٢٢) فإن قعد أو تقاعس عن تنفيذ هذه الالتزامات كان من الممكن إجباره على ذلك بالوسائل التى جعلها القانون فى يد المتعاقد الآخر لحمل المدين على الوفاء ، ووفقا للقواعد التى ينظم بها القانون التنفيذ الجبرى للالتزامات بصفة عامة مع إلزامه بتعويض أية أضرار ترتبت على التأخير فى التنفيذ . وثم فخطوة البحث لهذا الفصل تتضمن مطلبين .

الأول: نعرض فيه لشروط المسؤولية العقدية .

الثانى : نبين فيه جزاء الاخلال بالالتزامات .

المطلب الأول

شروط المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية :

هى الجزاء الذى يترتب على عدم تنفيذ المتعاقد لما التزم به ، فهى تقتضى قيام عقد صحيح واجب التنفيذ ، ولم يقم المدين بتنفيذه لأن التنفيذ العينى أصبح غير ممكن، وعلى هذا تنص المادة " ٢١٥ " من القانون المدنى " إذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبى لايد له فيه ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه " .

(٣٢٢) حيث تنص المادة ١/١٤٨ من القانون المدنى على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايجب عليه حسن النية " .

فإذا كان التنفيذ العيني ممكنا وطلبه الدائن أجبر المدين على التنفيذ ولا تقوم المسؤولية العقدية ، وأما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن أو كان ممكنا ولكن الدائن طلب التعويض ولم يعرض المدين التنفيذ العيني^(٣٢٣) فإن القاضى يحكم علالمدين بالتعويض إذا توافرت شروط المسؤولية العقدية من خطأ ، وضرر ، علاقة سببية بين الخطأ وماوقع من ضرر .

فشروط المسؤولية العقدية ثلاثة : خطأ ، ضرر ، وعلاقة سببية ولتوضيح هذه الشروط نفرد لكل شرط فرعاً مستقلاً وذلك علانلنحو التالى :

الفرع الأول

الخطأ العقدى^(٣٢٤)

يتوافر الخطأ العقدى الذى تقوم على أساسه المسؤولية العقدية ، إذا لم يقم الملتزم بتنفيذ التزامه الناشئ عن عقد الالتزام تنفيذاً عينياً ، سواء أكان عدم التنفيذ بالامتناع أصلاً عن القيام بما يوجبه العقد ، أو كان تنفيذاً غير مطابق لما تم الاتفاق عليه أو غير محقق للهدف من العقد وسواء ، أكان عدم التنفيذ قد حدث عمداً أو ترتب على اإهمال دون أن يكون مقصوداً ، وبلا حاجة إلى أن يقوم المنتفع (العميل) باثبات العمد أو الإهمال ، فمجرد عدم تنفيذ التزام ناشئ عن العقد يعتبر خطأ تترتب عليه مسؤولية من يقع على عاتقه الالتزام الذى لم ينفذ إذا كان التزاماً بنتيجة^(٣٢٥). ولكن إذا اثبت الملتزم فى عقد الالتزام بأن عدم التنفيذ ناشئ عن سبب أجنبى لايد للملتزم فيه كأن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ المتعامل نفسه أو خطأ شخص من الغير أو قوة قاهرة أو بالجملة أسباب خارجة عن إرادته ولم تكن له يد فيها ولا قوة له بالتغلب عليها أو دفعها فإنه يكون عندئذ أسباب خارجة عن إرادته ولم تكن له يد فيها ولا قوة له بالتغلب عليها أو دفعها فإنه يكون عندئذ

^(٣٢٣) لأن التنفيذ العيني هو الأصل ، وقد قضت محكمة النقض بأن ، " الأصل هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولايصار إلى عوضه أى التنفيذ بطريق التعويض إلا إذا استحال التنفيذ العيني فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين تنفيذ التزامه عيناً - متى كان ذلك ممكناً - فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض لأن التعويض ليس التزاماً تخييرياً أو التزاماً بدلياً بجانب التنفيذ العيني " .

(الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠) .

^(٣٢٤) وذلك للتمييز بينه وبين الخطأ المرتب للمسؤولية التقصيرية ..

^(٣٢٥) أ.د. جميل الشرقاوى ، مصادر الالتزام، ص ٤١٣ .

غير مسئول لتوافر السبب الأجنبي المنصوص عليه بالمادة ٢١٥ من القانون المدني وقد قضت محكمة النقض بأنه " يكفى لقيام الخطأ فى المسؤولية العقدية، ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد ، ولا ترفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبي أو بخطأ المتعاقد الآخر" (٣٢٦).

ويختلف عدم التنفيذ تبعاً لما إذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة أو " التزام ببذل عناية فإذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة معينة أو غاية ، كالالتزام بإقامة مرفق فان التنفيذ لا يتم إلا بتحقيق الغاية أو النتيجة فإذا لم تتحقق النتيجة بقى الالتزام دون تنفيذ ، وتوافر ركن الخطأ العقدى (٣٢٧).

وإذا كنا بصدد التزام ببذل عناية أملاً فى تحقيق النتيجة فان المدين يكون قد نفذ التزامه إذا بذل العناية اللازمة حتى ولو لم تتحقق النتيجة المرجوة ، والأصل أن العناية المطلوبة هى عناية الشخص المعتاد . وقد عرضت لهذا النوع من الالتزامات المادة ١/٢١١ من القانون المدني التى نصت "فى الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ، ولو لم يتحقق الغرض المقصود . هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك " .

وفى عقد الالتزام فان التزام الملتزم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية ويسميه البعض بالتزام بنتائج وليس بالتزام وسائل (٣٢٨) . ومن ثم فإن عدم التنفيذ يتحقق إذا لم تتحقق النتيجة المطلوبة فى الالتزام وهى تأدية الخدمات المكلف بها الملتزم ، والتى يؤديها المرفق العام لجمهور المنتفعين، ويترتب على ذلك أن المتعامل مع المرفق العام المدار بنظام التشييد والتشغيل والتحويل B.O.T يثبت خطأ الملتزم بمجرد إثبات عدم تحقق النتيجة المشترطة ولا يعفى الملتزم من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذى حال بينه وبين التنفيذ (٣٢٩) .

الفرع الثانى

(٣٢٦) نقض مدنى جلسة ١٩٧٠/١٢/٢٤ مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢١ ق ، ص ١١٤٨ .

(٣٢٧) أ.د. عبدالودود يحيى - مصادر الالتزام ، ص ١٨٢ .

(٣٢٨) Boris Starck – Droit Civil Obligations, P.521.

(٣٢٩) EN CE SENS. Patrice Jourdain – Les Principes de La responsabilit e Civile – Dajloz – P. 34 – 35.

الضرر

إن الضرر الذى يصيب الدائن من جراء خطأ المدين ، يمثل الشرط الثانى من شروط المسؤولية العقدية، فلا يكفى مجرد توافر خطأ فى جانب المتعاقد الذى لا يقوم بتنفيذ التزامه ، لتنشأ على عاتقه مسؤولية التعويض ، بل يجب أن يترتب على عدم التنفيذ ضرر للدائن بالالتزام الذى لم يتم تنفيذه فالتعويض يقتضى وقوع الضرر ، ويتم تحديده بقدر الضرر لايزيد عنه ولاينقص ، إلا فى الأحوال التى يسمح فيها القانون باختلاف مقدار التعويض عن مقدار الضرر ، فعديم التمييز الذى لا يوجد مسئول عنه ، يمكن الزامه بتعويض عادل قد يقل عن الضرر (المادة ١٦٤/٢ مدنى)، والممتنع عن تنفيذ التزامه ، الذى يهدد بالغرامة فلا يستجيب ، يمكن الحكم عليه بتعويض يجاوز قدر الضرر، وفقاً لمدى تعنته فى عدم التنفيذ (المادة ٢١٤ مدنى) ، كما يمكن أن يجاوز التعويض قيمة الضرر فى مجال الشرط الجزائى (المادة ٢٢٣ مدنى) والتى تنص على "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق. ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ " ومن ثم فالقانون قد أجاز الشرط الجزائى وهو الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض ، وهو تقدير جزافى ، أى لايراعى فيه مقدار الضرر ، وإنما يقصد به على الخصوص حمل الملتزم على تنفيذ التزامه وتحذيره من الإخلال، مما يفسر أنه يقدر عادة بأكثر من الضرر المتوقع ، بقصد إخافة الملتزم من الإخلال بالتزامه^(٣٢٠). والضرر قد يكون مادياً أو أدبياً ، والضرر المادى هو الذى يصيب الدائن فى ماله . كإخلال شركة كهرباء بالتعاقد مع تاجر يحتاج فى تجارته إلى حفظ السلع فى ثلاجات تدار بالكهرباء، فعدم التوصيل أو انقطاع التيار الكهربائى لمدد كبيرة يؤدى إلى اتلاف السلع وفسادها فيلحق التاجر ضرر من جراء إخلال شركة الكهرباء المتعاقد معها التاجر ولكى يعوض هذا التاجر يجب أن يكون الضرر قد وقع أو محقق الوقوع فى المستقبل . فعلى سبيل المثال صاحب مصنع مدار بالكهرباء بإخلال شركة الكهرباء وعدم توصيل التيار الكهربائى أو قطعه مدد طويلة يفوته لاشك ربح ومكسب ويلحق به خسائر ، لأن الآلات حتما ستتوقف ويلحق به ضرر ويتفاقم على مدى الأيام . وقد يؤدى الإخلال فى المثال السابق إلى إفلاس صاحب المصنع والحجز عليه لدائنيه ، ولكن هذا الضرر هو ضرر محتمل لايعوض عنه إلا إذا تحقق . فإذا لم يترتب على خطأ الملتزم ضرر للدائن (المتعامل من الجمهور) ، فلا تعويض . كما إذا تأخر مقاول فى تسليم مبنى كان سيؤجر كمدرسة ، طالما تم التسليم قبل الموعد المحدد لبدء سريان الإيجار^(٣٢١). وقد

(٣٢٠) أ.د. جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٠.

(٣٢١) أ.د. عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٨٤.

قضت محكمة النقض بأنه " إذا لم يثبت وقوع ضرر ، فلا مجال للبحث في نوع المسؤولية تقصيرية كانت أو عقدية"^(٣٣٢).

والضرر الأدبي .. وهو الذى لا يصيب الدائن فى ماله وإنما يصيبه فى سمعته أو شرفه واعتباره . فالتعويض يستحق أيضا للدائن ولا فرق فى ذلك بين الضرر المادى والأدبى . وهذا ماقررتة المادة ١/٢٢٢ من القانون المدنى إذ نصت " يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضا"

ويشترط لاستحقاق التعويض فالمسؤولية العقدية أن يكون الضرر مباشرا ومتوقعا . والضرر المباشر هو الذى يكون نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالتزامه ، أو للتأخر فيه . وهو يعتبر كذلك إذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول (المادة ١/٢٢٢) .

ويجب بالاضافة إلى أن الضرر مباشر أن يكون متوقعا أى يتوقع حدوثه من تقصير أو إخلال المتعاقد وفقا للمألوف عند التعاقد^(٣٣٣).

وهذه الشروط للضرر لا يجب توافرها إلا فى حالة التقصير الذى يعد أهمالا غير مقصود، أما فى حالة العمد فى الالتزام بالالتزام العقدى ، فإن تقدير الضرر الواجب التعويض عنه لا يقف عند الضرر المتوقع بل يجاوز ذلك إلى أى ضرر ولو كان غير متوقع مادام مباشرا^(٣٣٤) وذلك عملا بنص المادة ٢٢١ من القانون المدنى " إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذى لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد " فيفهم الاسترشاد بمفهوم المخالفة أى إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما يسأل المدين عن الضرر الغير متوقع مادام مباشرا .

والضرر المتوقع يقاس بمعيار موضوعى لابعيار شخصى^(٣٣٥) بمعنى أنه هو ذلك الضرر الذى يتوقعه الشخص المعتاد فى مثل الظروف الخارجية التى وجد فيها المدين ، لا الضرر الذى يتوقعه هذا المدين بالذات ، فإذا تعاقد شخص مع ناقل على نقل أمتعته ، وكانت هذه الأمتعة تحوى أشياء ثمينة كمجوهرات ، فإن الناقل لا يكون ملتزما إلا بتعويض القيمة المألوفة للأمتعة ، أما المجوهرات فلا يلتزم بتعويض قيمتها ، لأنه لا يمكن توقع وجودها مع الأمتعة وقت

^(٣٣٢) نقض مدنى جلسة ١٩٦٢/٦/٣٠ مجموعة المكتب الفنى ، السنة ١٣ ، ص ٧١٦.

^(٣٣٣) أ.د. عبدود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٨٥.

^(٣٣٤) أ.د. جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٤١٦.

^(٣٣٥) أ.د. عبدود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٨٦.

التعاقد ، ولكن إذا لجأ الناقل في هذا المثال إلى الغش ، أو ارتكب خطأ جسيماً ، فإنه يسأل عن تعويض كل الضرر ، متوقعاً كان أو غير متوقع . وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان يبين من أسباب الحكم المطعون فيه أن إخلال مورث الطاعنين بالتزامه بتسليم كميات من الأرز عمداً وكان هذا الإخلال العمدي على الصورة التي أوردها الحكم من شأنه أن يوجب الزامه بالتضمينات ما كان متوقعاً أو غير متوقع"^(٣٣٦). والعلة في قصر التعويض في المسؤولية العقدية على الضرر المباشر المتوقع - في حالة عدم ارتكاب خطأ جسيم أو غش - هي أن المتعاقدين هما اللذان أنشأ الالتزام وحددا نطاقه ، ولذلك يقتصر التعويض على ما كان يدخل في حسابهما وقت التعاقد ، وهو الضرر المتوقع ، أما الضرر غير المتوقع فلم يكن يدخل في حسابهما ، ومن ثم فلا تعويض عنه^(٣٣٧).

الفرع الثالث

علاقة السببية بين الخطأ والضرر

لقيام المسؤولية العقدية يجب توافر شرط ثالث بالإضافة إلى الشرطين السابقين وهما الخطأ والضرر وهو علاقة السببية بين الخطأ والضرر أي أن يكون الخطأ هو سبب الضرر ، فقد يتحقق الخطأ والضرر ولا تقوم المسؤولية ، لأن خطأ المدين لم يكن هو سبب الضرر الذي أصاب الدائن فمثلاً في عقد النقل قد يحدث الخطأ بأن يسير سائق السيارة بسرعة تتجاوز الحد الأقصى للسرعة المقررة ، ويتحقق الضرر بتلف البضاعة المنقولة ، ويتبين أن سبب التلف لم يكن سرعة السيارة الناقلة ، وإنما لأن البضاعة قابلة للكسر ولم يحزمها صاحبها بالطريقة الصحيحة فكانت ستتلف حتماً حتى ولو لم يتجاوز السائق وقت قيادته السيارة الناقلة السرعة المقررة والفرض أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر قائمة ومفترضة فلا يكلف الدائن إثباتها فإذا ادعى المدين عدم وجود علاقة السببية، فعليه إثبات ذلك^(٣٣٨).

وبعد - وقبل الفراغ من هذا المبحث - فإننا نتناول مسألتين خاصتين بالمسؤولية العقدية

المسألة الأولى : هل يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدماً على قيمة التعويض؟

^(٣٣٦)) نقض مدني جلسة ١٩٥٨/١٢/٤ مجموعة المكتب الفني ، السنة ٩ ق ، ص ٧٠٣ .

^(٣٣٧)) أ.د. عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٨٦ .

^(٣٣٨)) أ.د. عبدالودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٨٧ .

المسألة الثانية : هل يجوز للمتعاقدين الاتفاق على التخفيف أو التشديد للمسئولية العقدية؟

وذلك على النحو التالي :

المسألة الأولى

الاتفاق مقدما على قيمة التعويض

قد يتفق طرفا معاملة من المعاملات ، كمقاوله على بناء منزل أو صنع أثاث على تقدير ما يستحق على أحدهما من تعويض نتيجة لاخلاله بالتزامه التعاقدى . فيتفقان مثلا على أن مقاول بناء المنزل يلتزم بدفع مبلغ مائة جنيها تعويضا عن كل يوم تأخير بعد الاجل المحدد للفراغ من البناء وتسليم المنزل . هذا الاتفاق على تقدير التعويض مقدما يسمى الشرط الجزائى^(٣٣٩) وهو تقدير جزافى للتعويض ، أى تقدير لا يراعى فيه مقدار الضرر ، وإنما يقصد به على الخصوص حمل الملتزم على تنفيذ التزامه وتحذيره من الإخلال به ، مما يفسر أنه يقدر عادة بأكثر من الضرر المتوقع، بقصد اخافة الملتزم من الإخلال بالتزامه . فهذا الاتفاق ذو طابع تهديدى وقد نص القانون المدنى فى المادة ٢٢٣ منه على صحة هذا الشرط " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو اتفاق لاحق ، ويراعى فى هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ " ولكن لابد أن يكون استحقاق التعويض المتفق عليه مرتبطا بتوافر شروط المسئولية العقدية (خطأ ، ضرر ، علاقة سببية بين الخطأ والضرر) أما إذا انقضى ولو شرط من شروط المسئولية العقدية ، فلا مسئولية وبالتالي فلا تعويض . وهذا ما أكدته المادة ١/٢٢٤ من القانون المدنى " لا يكون التعويض الاتفاقى مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر".

وواضح من صياغة المادة أن عبء اثبات انتفاء الضرر على عاتق المدين ولم تجعل على عاتق الدائن - المطالب بالتعويض - عبء اثبات حدوث هذا الضرر . على أنه إذا ثار النزاع بين أطراف الاتفاق على الشرط الجزائى وما حدده من قيمة التعويض المستحق عند الإخلال بالتزام ، ورفع الدائن دعواه إلى القضاء للمطالبة بالحصول على حقه فى التعويض المتفق عليه ، فإن القاضى لا يلتزم بالضرورة بأن يحكم بالقيمة المتفق عليها بالشرط الاتفاقى المقدر مقدما ،

^(٣٣٩) أ.د. جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٠ .

فقد يحكم بقيمة أكثر من قيمة التعويض المتفق عليه^(٣٤٠). إذا تبين للقاضي أن الضرر الذي حدث للدائن يجاوز قيمة التعويض المتفق عليه، أو أن يكون المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً أو أن، يكون المدين امتنع عمداً عن التنفيذ بقصد انزال الضرر بالدائن متعللاً بأعذار غير حقيقية^(٣٤١). وقد يحكم القاضي بقيمة أقل من قيمة التعويض المتفق عليه ، إذا تبين للقاضي أن تقدير قيمة التعويض وفقاً للتقدير المتفق عليه كان مبالغاً فيه بدرجة كبيرة بالنسبة إلى الضرر الحادث للدائن، أو إذا كان الالتزام (الذى اتفق على الشرط من أجل سرعة تنفيذه) قد نفذ فى جزء كبير منه ، والذى يكلف بإثبات أن قيمة التعويض مبالغ فيها أو أن الالتزام قد نفذ فى جزء منه هو المدين الذى يقع عليه الإثبات طبقاً لنص المادة ٢/٢٢٤ من القانون المدنى " ويجوز للقاضي أن يخفض هذا التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأسمى قد نفذ فى جزء منه".

ومن ثم يستطيع القاضي أن يزيد أو ينقص التعويض المتفق عليه مقدماً ليجعله متناسباً مع الضرر المترتب على الإخلال بالالتزام .

وعقد الالتزام بنظام ال B.O.T يرتب عند الإخلال به مسؤولية تعاقدية تخضع للأحكام العامة التى سبق أن ذكرناها فى هذه المسألة .

المسألة الثانية

الاتفاق على تعديل المسؤولية العقدية

الأصل أن الذى أدخل بالالتزام الناشئ عن التعاقد يلزم بالتعويض وتتولد فى ذمته المسؤولية العقدية كما هو واضح فى الصفحات السابقة إلا أن المادة ٢١٧ من القانون المدنى ، نصت على :

" ١- يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة .

٢- وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم فى تنفيذ التزامه " .

(٣٤٠) بشرط أن يطلب الدائن الحكم له بالقيمة الأكثر لأنه لايجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصوم.

(٣٤١) أ.د. جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٢ .

ومن هذا النص يتضح أن المشرع أجاز للمتعاقدين أن يشددا فى المسؤولية العقدية أو يخففا منها أو حتى الاعفاء من المسؤولية العقدية بتحفظ وذلك على النحو التالى:

أولا : الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية:

إن المادة ٢١٧ من القانون المدنى - سالفه الذكر - نصت فى فقرتها الثانية على أنه يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى . والثابت أن من يملك الأكثر يملك الأقل ، ومن يملك الاعفاء يملك التخفيف لأشك - فإذا اتفق الطرفان المتعاقدان على أن التأخير فى التنفيذ لا يترتب مسؤولية وتراضيا على ذلك فالاتفاق صحيح ، وفى هذا تخفيف ، وقبول عيوب المبنى بنسبة ٥% فهذا أيضا من قبل التخفيف المتفق عليه وهو جائز طبقا للمادة ٢/٢١٧ مدنى متى توافرت شروط الرضا والأهلية اللازمين لهذا الاتفاق .

ثانيا : الاتفاق على التشديد فى مجال المسؤولية العقدية :

إن المسؤولية العقدية تنعقد إذا توافرت شروطها مالم يثبت المدين أن الخطأ يرجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه كالقوة القاهرة ، والحادث المفاجئ ، إلا أن الفقرة الأولى من المادة ٢١٧ من القانون المدنى ، نصت على أنه يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ، فالأصل أن المدين لا يتحمل تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة أو أى سبب أجنبى آخر ، ولكن إذا اتفق الطرفان على أن المدين (الذى أخل بالالتزام) يتحمل تبعة السبب الأجنبى أيضا أى أنه ملتزم بتحقيق نتيجة فعلية أن يقدم للدائن النتيجة ، والا فهو مسئول ومن ثم يجوز للطرفين داخل دائرة التعاقد التشديد من المسؤولية وذلك كله طبقا لنص المادة سالفه الذكر م ٢١٧ مدنى .

ثالثا : الاعفاء من المسؤولية :

يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الذى يخل بالالتزام يعفى من المسؤولية وهذا الاتفاق اعمالا لمبدأ سلطان الارادة ولكن هذا الاتفاق على الاعفاء مشروط بأن لا يكون ذلك فى حال العمد أو الخطأ الجسيم ، أى أن شرط الاعفاء من المسؤولية يعنى عدم قيام حق الدائن فى الرجوع على المتعاقد بطلب التعويض ، إذا لم يتم تنفيذ التزامه ، بشرط ألا يكون عدم التنفيذ عمدا من جانبه أو بسبب خطئه الجسيم . ولكن مع ذلك يصح اشتراط الاعفاء من المسؤولية العقدية ولو كان عدم التنفيذ ناشئا عن العمد أو الخطأ الجسيم إذا كان ذلك العمد أو الخطأ الجسيم من

غير المتعاقد نفسه كأن يكون من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ العقد وذلك بغير تحريض من المتعاقد ، وإلا كان هذا التحريض "عمداً" من جانب المتعاقد^(٣٤٢).

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتزامات الملتزم

تمهيد وتقسيم :

إن حقوق العملاء تجاه الملتزم تمثل التزامات على عاتق الملتزم لصالح جمهور المتعاملين مع المرفق العام . وأى إخلال بحقوق العملاء يوجب جزاء يوقع على الملتزم . والجزاء الذى يجوز للعميل أن يوقعه على الملتزم طبقاً للقواعد العامة المقررة فى القانون المدنى ، يتمثل فى :

- ١- طلب التنفيذ العينى .
- ٢- أو طلب التعويض عن الضرر .
- ٣- أو طلب الفسخ مع التعويض ان كان له وجه .

ولايضاح هذه الجزاءات بخصوص عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T نعرض لنبذة مختصرة عن كل جزاء على حده طبقاً للقواعد العامة مع التطبيق على عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T وهذا يقتضى منا أن نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع نخصص كل فرع لجزاء من الجزاءات الثلاثة وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

التنفيذ العينى

تنص المادة ١٩٩ من القانون المدنى على أن :

- ١- "ينفذ الالتزام جبراً على المدين .
- ٢- ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر فى تنفيذه "

^(٣٤٢) أ.د. جميل الشرقاوى ، المرجع السابق ، ص ٤٢٣ .

فالأصل أن التنفيذ يكون بعين مألترم به المدين وبالشروط التى نشأ بها التزامه ، أى أن يكون تنفيذا عينيا وذلك بمقتضى نص المادة ١/٢٠٣ مدنى :

"١- يجبر المدين بعد اعداره طبقا للمادتين ٢١٩ ، ٢٢٠ مدنى على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ."

ومن هذه المادة تتضح شروط الحكم بالتنفيذ العيني وتتمثل هذه الشروط فيما يلى :

الشرط الأول : أن يكون التنفيذ العيني ممكنا أى غير مستحيل :

فحتى يحكم للدائن بالتنفيذ العيني على المدين يجب أن يكون التنفيذ مازال ممكنا، فإذا استحال التنفيذ العيني بفعل المدين لم يكن أمام الدائن إلا الطريق الاحتياطى وهو التعويض عن عدم التنفيذ ، على أنه لا يحكم علالمدين بالتعويض متى ثبت أن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبى لايد له فيه (المادة ٢١٥ مدنى) ، إذ فى هذه الحالة ينقضى التزامه (المادة ٣٧٣ مدنى) (٣٤٣).

الشرط الثانى : أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين :

مادام التنفيذ العيني ممكنا كان للدائن أن يطالب به ، وليس للمدين أن يتمتع عن ذلك مقتصرًا على التقدم بالتعويض بل يجبر على التنفيذ العيني وبالعكس إذا عرض المدين التنفيذ العيني ، فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه إذ القاعدة أنه لايجوز العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض إلا بتراضى الطرفين إذا بقى التنفيذ ممكنا أو بحكم القانون إذا أصبح التنفيذ العيني مستحيلا بخطأ المدين .

الشرط الثالث : ألا يكون فى التنفيذ العيني ارهاق للمدين :

قد يكون التنفيذ العيني ممكنا ومع ذلك يجوز للمدين أن يعدل بارادته عنه وحده ويقتصر على دفع التعويض ولكن بشرطين :

الأول: أن يكون فى التنفيذ العيني ارهاق شديد للمدين بحيث يترتب على اجباره عليه خسارة جسيمة لانتناسب مع مايحقق بالدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا .

الثانى: ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم .

(٣٤٣) أ.د. فتحى عبد الرحيم عبد الله ، دروس فى أحكام الالتزام ، ص ٢٨.

والتوازن هنا مطلوب بين المصالح المتعارضة ، مصالح المدين ، ومصالح الدائن والا
وجب الرجوع إلى الأصل وهو وجوب التنفيذ العيني دون التعويض وذلك حتى ينال الدائن حقه
كاملا ، وأمر تقدير توافر هذين الشرطين متروك لتقدير قاضى الموضوع دون رقابة عليه من
محكمة النقض وذلك إعمالا لنص المادة ٢/٢٠٣ من القانون المدنى.

الشرط الرابع : أن يعذر الدائن المدين بالتنفيذ :

والاعذار إجراء يقصد به وضع المدين موضع المقصر قانونا واعذار المدين واجب فى
التنفيذ العيني إذا كان المقصود أن يكون التنفيذ قهريا وذلك طبقا لنص المادة ١/٢٠٣ من القانون
المدنى .

وبعد - فهذه هى الشروط الواجب توافرها لالزام المدين بتنفيذ التزامه عينا وذلك كقاعدة
عامة فى كافة العقود.

فهل ينطبق ذلك على عقد الالتزام بنظام ال B.O.T؟

يرى البعض^(٣٤٤) أن التنفيذ العيني جزاء يهمل فى غالبية العقود الدولية ، لأن هذا غير
جائز فى بعض التشريعات كالتشريع الانجليزى ، وباعتبار أن عقد الالتزام بنظام ال B.O.T قد
يكون فى أحيان كثيرة دوليا ومن ثم فى نظر هذا الجانب من الفقه يهمل جزاء التنفيذ العيني كأحد
الجزاءات لعقد الالتزام بنظام ال B.O.T .

فى حين يرى البعض^(٣٤٥) أنه يجوز لعميل المرفق العام أن يرفع دعوى أمام القضاء
المدنى يطالب فيها الملتزم بحقه وفقا للقواعد العامة المقررة فى القانون المدنى ومن ثم يكون
المطالبة بالتنفيذ العيني فإذا كان عميلا لمرفق من مرافق النور أو المياه أو الغاز التى تدار
بطريقة الالتزام بنظام ال B.O.T وانقطعت عنه خدمة المرفق جاز له أن يطالب الملتزم بأن يعيد
له توريد النور أو الغاز أو المياه أو الاتصالات التليفونية باستمرار وفى انتظام وفقا لما يقضى به
نظام المرفق ، وإذا أخل الملتزم بواجب المساواة جاز للعميل مطالبة الملتزم بالكف عن هذا
الإخلال ، ويجوز الالتجاء للوصول إلى تنفيذ العيني إلى طريقة التهديد المالى . كما يجوز
للعامل أن يطلب إنقاص الأجر إلى الحد المسموح به قانونا واسترداد ما دفعه زائدا على ذلك مع

(٣٤٤) أ.د. محسن شفيق ، عقد تسليم مفتاح ، هامش ص ٨٠.

(٣٤٥) (المستشار / أنور طلبه : الوسيط فى القانون المدنى ، الجزء الثانى ، العقود المسماة ،
ص ٨٤٨ .

الفوائد بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية بها وذلك طبقا لنص المادة ٦٧٢ / ٢ من القانون المدني (٣٤٦) .

إلا أننا نرى - من وجهة نظرنا - أن جزء التنفيذ العيني يعتبر أصل الجزاءات في عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T والذي يؤكد وجهنا نظرنا - تلك - أنه بالاطلاع على بعض العقود (٣٤٧) التي تم إبرامها في الوقت الحاضر نجد في المادة (٨) منه ما يفيد إلزام الملتزم باصلاح العيوب القابلة للإصلاح وكذا نجد في المادة (٩) منه . ما يلزم الملتزم بدفع غرامة تأخير عن كل شهر أو جزء من الشهر وكذا بالمادة (١٠) منه ما يفيد أنه يتعين على الملتزم أن يقدم للمالك برنامجا زمنيا معدلا يأخذ في الاعتبار الظروف السائدة وعلى الملتزم في الوقت نفسه أن يبلغ المالك الخطوات المقترحة لزيادة معدلات التنفيذ بغرض انجاز العمل خلال فترة الانجاز المحددة.

والغرامة التأخيرية الواردة بالمادة ٩ من العقد المشار اليه ما هي إلا الغرامة التهديدية إذ أن الأخيرة وسيلة إكراه تمارس على مال المدين دون جسمه قررها المشرع كبديل لنظام الإكراه البدني ، فإذا لم يقيم المدين بتنفيذ التزامه وكان التنفيذ العيني يقتضي تدخلا شخصيا من المدين كالملتزم في عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T الذي يلتزم بتقديم خدماته إلى من تعاقد معه لتوريد كهرباء أو مياه وتيسير خطوط مواصلات أو غيرها يكون للعميل ان يطلب من المحكمة الحكم بالزامه بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك وذلك إعمالا لنص المادة ٢١٣ من القانون المدني التي تنص على أنه:

- ١- إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن ، وغير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية ان امتنع عن ذلك .
- ٢- وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة ."

الفرع الثاني

التعويض

(٣٤٦) أ.د/ عبد الرزاق السنهوري : المرجع السابق ، ص ٤٠٤ ، ٤٠٥ .

(٣٤٧) عقد مطار مرسى علم - الوقائع المصرية - العدد ٢٦٤ في ١٩/١١/١٩٩٨ .

الاصل فى تنفيذ الالتزام أن يكون عينيا والتنفيذ بمقابل ليس سوى بديل يقنع به الدائن ليعوضه عن الضرر الذى لحقه من جراء فوات التنفيذ العيني أو التأخر فيه، ويكون غالبا مبلغا من النقود.

ولتقدير قيمة التعويض ثلاث طرق :

الطريق الأول : تقدير التعويض بمعرفة القاضى ويسمى حينئذ بالتعويض القضائى.

الطريق الثانى : أن يكون التعويض مقدرا وفقا للقانون ويسمى حينئذ بالتعويض القانونى.

الطريق الثالث: قد يتفق الطرفان على تقدير قيمة التعويض مقدما ويسمى حينئذ بالتعويض الاتفاقى وهو ما يعرف بالشرط الجزائى .

فالتعويض - بصفة عامة - ثلاثة : تعويض قضائى ، وتعويض قانونى، وتعويض اتفاقى .

الطريق الأول

التعويض القضائي

هو ذلك التعويض الذى يحكم به القاضى ويقدره بمطلق سلطته التقديرية مراعىا فى تقديره للتعويض جسامه الضرر لا جسامه الخطأ . فالتعويض يكون عن الضرر المباشر بغض النظر عن درجة الخطأ جسيما كان أم يسيرا . وفى هذا يختلف التعويض المدنى عن العقوبة الجنائية . فالتعويض المدنى شئ موضوعى لايراعى فيه إلا الضرر أما العقوبة الجنائية فشئ ذاتى تراعى فيه جسامه الخطأ. ويفرق بين العمد والاهمال ، إلا أن القضاء لم يأخذ بالمبدأ المتقدم ، إذ أن القاضى يميل إلى التشدد على المسئول حيث يكون الخطأ جسيما ومتعمدا والى التخفيف عنه حيث يكون الخطأ يسيرا . ومعنى ذلك أن القضاء يدخل فكرة العقوبة الخاصة إلى جانب فكرة اصلاح الضرر فى تقديره للتعويض^(٣٤٨) والعبرة فى تقدير الضرر هى بوقت صدور الحكم ، فقد يتغير الضرر من يوم تحققه فيزيد أو ينقص منذ وقوعه إلى النطق بالحكم ، وقد لا يتغير الضرر ذاته بل تتغير قيمته بتغير الاسعار فرغم أن الحق فى التعويض ينشأ من تاريخ وقوع الضرر وليس من تاريخ الحكم إلا أن القضاء جرى على تحديد مبلغ التعويض على أساس قيمة الضرر وقت النطق بالحكم وذلك لتلافى آثار انخفاض قيمة العملة وتقويت فرصة افادة المدين من انخفاض قيمة العملة باطالة أمد النزاع . ويعتبر الحكم بالتعويض ذا أثر كاشف وليس منشئا^(٣٤٩) ولا يصح الاعتقاد بأن أمر ما إذا كان الحكم بالتعويض يعتبر كاشفا ومنشئا للحق فيه هو مجرد خلاف لفظى وانما على العكس يترتب على الاخذ بهذا الرأى أو ذاك نتائج هامة تظهر - بصفة خاصة - من حيث مدى إمكان التصرف فى الحق فى التعويض من جانب المضرور ، ومن حيث مدى إمكان الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين (المسئول) ومن حيث الوقت الذى يبدأ فيه سريان تقادم دعوى المسؤولية^(٣٥٠).

الطريق الثانى

التعويض القانونى

(٣٤٨) أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ، مصادر الالتزام ، ط ١٩٥٢ ، ص ٩٧٤ .

(٣٤٩) أ.د. فتحى عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٦٩ .

(٣٥٠) أ.د. محمد شكرى سرور - موجز أحكام الالتزام ، ص ٥١ ، بند ٥٣ .

يكون التعويض قانونيا إذا عمد المشرع إلى التدخل وتكفل بتحديد مقداره فى نصوص تشريعية ، وأهم حالة تدخل فيها المشرع على هذا النحو حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود ، فان التعويض الذى يربته القانون على التأخر فى الوفاء بهذا الالتزام يتحدد فى صورة فوائد تأخيرية تقدر على أساس نسب مئوية من رأس المال تحتسب سنويا وفقا لسعر يتكفل القانون بتحديد السبب فى ذلك كراهية تقليدية للربا فى مصر وأكثر تشريعات العالم^(٣٥١) وهذه هى فوائد التأخير القانونية وقد يتولى المتعاقدان تحديد الفوائد باتفاق على شرط جزائى عن التأخير وهذه هى فوائد التأخير الاتفاقية . وقد حددت المادتان ٢٢٦ ، ٢٢٧ من القانون المدنى شروط كل نوع من الفوائد سواء الاتفاقية أو القانونية. فالفوائد الاتفاقية والتى تدفع على سبيل التعويض عن التأخير فى الوفاء بدفع مبلغ من النقود لها شروط استحقاق تتمثل فى :

- ١- تأخير المدين عن الوفاء.
 - ٢- المطالبة القضائية فالمشرع تشدد فى تحديد بدء سريان الفوائد التأخيرية فجعلها من تاريخ المطالبة القضائية لا من وقت الاعذار .
 - ٣- أن يكون كل الالتزام معلوم المقدار وقت المطالبة .
- فالفائدة التأخيرية بحكم القانون لا تسرى إلا إذا كان المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار من وقت المطالبة القضائية ، ولولا هذا الشرط الوارد بالمادة ٢٢٦ من القانون المدنى لاستحقت فوائد التأخير القانونية عن المبلغ الذى يحكم به القاضى لا من وقت المطالبة القضائية فحسب - بل من وقت تحقق الضرر^(٣٥٢).

ومن القيود الواردة على الفوائد القانونية قيدان :

القيد الأول : أنه لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد .

القيد الثانى : لا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال ، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية.

(٣٥١) أ.د. فتحى عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٨١ ونقول ان الكراهية ليست تقليدية فحسب، بل الكراهية شرعية مصدرها الكتاب والسنة لأن الله عز وجل حرم الربا وأكل الربا كبيرة من الكبائر . وقد نهى عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى لا ينطق عن الهوى ان هو إلا وحي يوحى علمه شديد القوى .

(٣٥٢) أ.د. فتحى عبد الرحيم عبد الله - المرجع السابق ، ص ٨٦.

ولم يعرف الفقه الاسلامى التعويض القانونى عن التأخير فى الوفاء بالتزام محله مبلغ من النقود أو نظام مشابه لان ذلك يتنافى مع العقيدة الاسلامية الصحيحة فهو ربا محرم بنص كتاب الله تعالى وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم وإجماع الفقه الاسلامى^(٣٥٣).

الطريق الثالث

التعويض الانفاقى

قد يعمد الدائن والمدين إلى الاتفاق مقدما على مقدار التعويض الذى يلتزم أحدهما بدفعه للأخر إذا لم يتم بتنفيذ التزامه أو تأخر فى هذا التنفيذ وهذا ما يطلق عليه التعويض الانفاقى أو الشرط الجزائى . فالشرط الجزائى هو ذاك التعويض الذى تم الاتفاق عليه مقدما بين الدائن والمدين الذى يلتزم أحدهما بدفعه للأخر إذا لم يتم بتنفيذ التزامه أو تأخر فى هذا التنفيذ . وقد لا يدرج الشرط الجزائى فى العقد الأسمى - وإن كان هذا هو الغالب - بل يتضمنه اتفاق لاحق بين الدائن والمدين ويعتبر هذا الاتفاق اللاحق متمما ومكملا للعقد الأسمى وهذا مانصت عليه المادة ٢٢٣ من القانون المدنى " ويجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها فى العقد أو فى اتفاق لاحق ... " والأمثلة على وجود الشرط الجزائى كثيرة . ففى عقود المقاولات ينص عادة على الزام المقاول بدفع مبلغ معين عن كل فترة يتأخر فيها عن تنفيذ العمل الذى التزم بالقيام به . وكثيرا ماتتضمن شروط النقل بالسكة الحديد وشركات النقل شرطا جزائيا عن عدم التنفيذ، فتحدد مبلغا معيناً يدفعه الناقل للمتعاقد معه فى حالة فقد طرد أو تلفه ، واشترط حلول جميع أقساط الدين إذا تأخر المدين عن دفع قسط منها يعد أيضا شرطا جزائيا . وإن كان نوعا مختلفا - إذ هو هنا ليس مقدارا معيناً من النقود قدر به التعويض وإنما هو تعجيل أقساط مؤجلة^(٣٥٤).

ويتطبيق ماسبق ذكره من القواعد العامة على عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T فإن العميل يجوز له أن يطالب الملتزم بالتعويض عن كل ضرر أصابه من جراء الإخلال بالالتزامات التى تمثل حقوقا للعميل (كأداء الخدمة بالسعر المعقول - انتظام أداء الخدمات واستمرارها وتطويرها - المساواة بين العملاء) فيطلب تعويضا عن الضرر الذى أصابه مثلا من تعطيل خط من

(٣٥٣) د. د. وجدى عبد الواحد - التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام نقدى رسالة دكتوراه - ص ٣٨.

(٣٥٤) أ.د. فتحى عبد الرحيم عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٣.

خطوط مترو الانفاق كان ينقله من مسكنه إلى عمله أو العكس ويجوز للعميل أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء الإخلال بالمساواة بينه وبين عملاء المرفق الآخرين . وقد ورد النص على هذا التعويض الأخير فى المادة ٦٧٠ من القانون المدنى بالفقرة الثالثة إذ تنص " وكل تمييز يمنح على خلاف ماتقضى به الفقرة السابقة ، يوجب على الملتزم أن يعوض الضرر الذى قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من اخلال بالتوازن الطبيعى فى المنافسة المشروعة".

الفرع الثالث

الفسخ

يعرف الفسخ كمصلح قانونى: بأنه حل العقد بسبب عدم تنفيذ كلى أو جزئى للعقد^(٣٥٥).
فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، ليتحلل من التزامه ، فهل هذا الجزاء يطبق فى عقد التزام المرافق العامة بنظام ال B.O.T ؟

يجوز للعميل أن يطلب فسخ العقد المبرم بينه وبين الملتزم وفقا للقواعد العامة المقررة فى فسخ العقود فهل تنطبق تلك القواعد على عقد الالتزام بنظام ال B.O.T ؟

باعتبار أن عقد الالتزام بنظام ال B.O.T من العقود الملزمة للجانبين فانه يسرى عليه جزاء الفسخ وتطبق بشأنه القواعد العامة الواردة بالقانون المدنى ولكن يندر^(٣٥٦). أن يلجأ العميل إلى طلب الفسخ لأن الخدمات التى يقدمها له الملتزم خدمات ضرورية وفى الغالب يكون الملتزم محتكرا لها إما احتكارا قانونيا أو فعليا ، ومن ثم فالغالب أن يطلب العميل تنفيذ العقد تنفيذا عينيا مع التعويض عن الضرر ، وذلك لأنه عندما يجرى الفسخ على عقد التزام المرافق العامة بنظام ال B.O.T فانه يحدث ضرر لطرفيه المخطئ منهما والمصيب ، يفوق مايرجى منه من نفع . فالفسخ لا يحقق أى مصلحة جدية لأى من الطرفين . فالملتزم الذى بذل مجهودا ومالا وبلغت المنشآت مبلغها فانه يحرص على بقاء العملاء لكى يسترد مأنفقه فى التجهيزات وإقامة منشآت المرفق ولذا يعالج الفسخ فى عقد الالتزام بنظام ال B.O.T بفلسفة تختلف من بعض الوجوه عن

(٣٥٥) أ.د. مصطفى عبد السيد الجارحى ، بحث بمجلة القانون والاقتصاد والبحوث القانونية والاقتصادية ، العدد السادس والخمسون سنة ١٩٨٦م.
(٣٥٦) أ.د. عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٤٠٥.

نظر الشارع إليه^(٣٥٧) فالفسخ في هذا العقد ليس جزاء عاديا للتخلف عن تنفيذ الالتزام كما يعامله القانون، وانما هو جزاء استثنائي مدمر ينبغي عدم الالتجاء اليه إلا بسبب مخالفة جوهريّة وبعد استنفاد جملة وسائل يهيئها العقد للمدين المتخلف عن التنفيذ لاصلاح المخالفة وبقاء الفسخ واذا تخرج الأمر وصار الفسخ لامناص منه ، فمن الخير الحد من آثاره بقدر المستطاع.

والفسخ الاتفاقي هو الاسلوب الذي يختاره العميل في عقد أداء الخدمات في نظام B.O.T. فينص على الفسخ دون حاجة إلى الحصول على حكم " وهي الصورة الثالثة من صور الفسخ الاتفاقي^(٣٥٨). أما الفسخ القانوني الانفساخ = فإنني - ومن وجهة نظري - لا اعتبره جزاء بقدر ماهو استحالة للتنفيذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام ولا يطالب الملتزم بتعويض مادام لم يرتكب ثمة خطأ أدى إلى تلك الاستحالة أو ذاك الانفساخ .

وقد قضت محكمة النقض أن " تقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفى التقصير عنه من أمور الواقع تستقل محكمة الموضوع بتقديرها بما لها من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة المقدمة إليها " ^(٣٥٩).

كما قضت أيضا بأن " فسخ العقد أثره انحلاله بأثر رجعي من نشوئه وإعادة كل شيء إلى ما كان عليه من قبل - جواز الحكم بالتعويض إذا استحال ذلك " ^(٣٦٠) .

والمعنى أن أسباب الفسخ وكفايتها من عدمه وتحديد الجانب المقصر في العقد أو نفى التقصير عنه من أمور الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض إذ أن المحكمة الأخيرة محكمة قانون وليست محكمة الموضوع وأنه يترتب على الفسخ لعقد الـ B.O.T. انحلاله وإعادة الحال إلى مكان عليه قبل التعاقد وذلك بصفة أصلية ، أما إذا استحالت إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد يجوز الحكم على المقصر في التزامه بالتعويض وذلك كما أوضحنا آنفا .

ويعتبر الفقه الإنجليزي^(٣٦١) أن الإخلال بالعقد الذي يستوجب جزاء الفسخ يتمثل في عجز طرف عن الأداء، أو أداؤه متأخرا، أو أداؤه معيبا، بما يؤدي بالطرف الآخر إلى حق إنهاء العقد مع التعويض.

^(٣٥٧) أ.د. محسن شفيق ، المرجع السابق ، ص ٨٩.

^(٣٥٨) يراجع سابقا ، ص ٥٧.

^(٣٥٩) الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٠/٧/١ .

^(٣٦٠) ذات الطعن السابق .

المبحث الثالث

مدى مسؤولية الملتزم عن المقاولين من الباطن

تمهيد وتقسيم :

فيما سبق تكلمنا وعرضنا لبعض الالتزامات التي يلتزم بها الملتزم وقلنا بأن الجهة الادارية مانحة الالتزام تسعى من خلال إبرام عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T إلى تنفيذ مشروعات عامة تمثل البنية الأساسية للمصلحة العامة والاقتصاد القومى ومن أجل بلوغ هذا الهدف وضعت الجهة الادارية شروطاً تتطلب توافر صفات جوهرية ترتبط بشخص المتعاقد معها ، لضمان تنفيذ المشروع على الوجه الذى يحقق الصالح العام ، لذا تختار الجهة الادارية المتعاقد معها بناء على صفات ومؤهلات شخصية عند إبرام عقد الالتزام الأمر الذى يترتب على الملتزم التزام بتنفيذ التزاماته موضوع العقد شخصياً وبنفسه ، ولكن قد يتنازل الملتزم عن بعض التزاماته لآخرين وقد يتنازل كلياً عن العقد فما مدى المسؤولية الواقعة على عاتق الملتزم ؟.

ولذا سنعرض فى مطلب أول : للتنازل الجزئى عن العقد .

وفى مطلب ثان : للتنازل الكلى عن العقد .

المطلب الأول

التنازل الجزئى عن العقد (التعاقد من الباطن)

قد يتنازل الملتزم عن بعض التزاماته إلى الغير وهذا مايسمى (التعاقد من الباطن) وهذا التعاقد من الباطن قد يتم بموافقة الجهة المانحة للالتزام وقد يتم بدون موافقة الجهة المانحة .

الفرع الأول

التعاقد من الباطن بموافقة الجهة المانحة للالتزام

التعاقد من الباطن لجميع العقود ومن بينها عقد التزام المرافق العامة بنظام B.O.T هو أن يتنازل المتعاقد الأصلى عن تنفيذ بعض الالتزامات المنصوص عليها فى العقد للغير

(³⁶¹) Sally Wheeler and Joshaw – Contract Law – Cases, Materials and Commentary, P.761.

والمفترض هنا أن العقد الأصلي يقبل التجزئة لحلول الغير محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ لبعض الالتزامات . وحيث أن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T يتعلق بمشاريع البنية الأساسية وهي عادة مشروعات تنفذها يقبل التجزئة لتنوع أشكالها والخدمات المطلوبة فيها ، فيستلزم أن يشترك في تنفيذها أكثر من مقاول تحت إشراف المتعاقد الأصلي مع الجهة مانحة الالتزام ، والمتعاقد الأصلي هو الذى يقوم بالتمويل والإشراف والرقابة على تمام المشروع بقصد حصوله على عوائد المشروع ، وأنه وإن كان التعاقد من الباطن أمرا مسلما به للمتعاقد الأصلي . فهذا لايعنى فى أغلب الأحيان أن يكون حرا فى اختيار المتعاقد من الباطن ، والتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل عن العقد من ناحيتين:

الأولى : التعاقد من الباطن هو تنازل جزئى عن تنفيذ جزء من الأعمال موضوع العقد تحت مسئولية المتعاقد الأصلي ، بينما التنازل عن العقد يكون تنازلا كليا عن موضوع العقد كاملا .

الثانية : لا يؤدى التعاقد من الباطن إلى حلول الغير محل المتعاقد الأصلي حلولا كاملا فى تنفيذ العقد ، وهذا لايتعارض مع مبدأ التنفيذ الشخصى لعقد منح الالتزام طالما بقى الملتزم (المتعاقد الأصلي) ضامنا ومسئولا بشكل شخصى عن تنفيذ كامل العقد ، أما بالنسبة للتنازل عن العقد فيؤدى إلى حلول الغير محل الملتزم فى تنفيذ مجمل العقد ، وهذا يتعارض مع مبدأ شخصية التنفيذ.

وتتطلب كراسة الشروط المحررة من الجهة المانحة والتي تم على أساسها التعاقد بينها وبين الملتزم موافقة الجهة الادارية على التعاقد من الباطن وذلك لأسباب منها: (٣٦٢)

(١) مراعاة المصلحة العامة ، فمشروعات البنية الأساسية والتي تتم بنظام الـ B.O.T تتطلب دراية فنية وخبرة عالية قد لا تتوفر لدى المتعاقدين من الباطن الذين تعاقد معهم المتعاقد الأصلي، كما أن بعض المشروعات تتطلب السرية والأمن كالعقود التى تتعلق بالمرافق الحيوية للدولة كمرافق وزارة الدفاع أو الداخلية. فلا يتصور قيام مقاولين من الباطن بتنفيذ تلك المشروعات دون موافقة الإدارة .

(٢) تنمية الاقتصاد القومى وافساح المجال أمام الشركات الوطنية لتساهم فى تنفيذ مشروعات البنية الأساسية للدولة فى حالة أن يكون المتعاقد الأصلي أجنبيا ، مما يعود ذلك بالنفع

(٣٦٢) أشار إلى هذه الأسباب أ.خالد محمد عبد الله العطية ، المرجع السابق ، ص ١٠٤ .

المادى على تلك الشركات التى تستطيع مجارة الشركات الكبرى العملاقة فى الفوز بالمناقصات .

(٣) التقدم العلمى والفنى والتخصص الدقيق فى كافة مجالات الحياة قد يتطلب تنفيذ أحد المشروعات العامة مثل انشاء مطار أو غيرها تعاون العديد من الشركات المتخصصة لانجازه على الوجه الاكمل والامثل، ولانجاز هذه المشروعات لا يكون أمام الإدارة إلا أحد طريقين : إما أن تبرم عدة عقود مع عدة أشخاص لتنفيذ عقد واحد وهذا يكلفها الكثير من الوقت والمال وتتعدد المسؤولية ويصعب تحديدها . واما أن تلجأ إلى التعاقد من الباطن وأمام صعوبات الطريق الأول فان الإدارة تقر مبدأ التعاقد من الباطن .

الفرع الثانى

التعاقد من الباطن بدون موافقة الجهة الإدارية

المبدأ المستقر عليه فى مصر أو فرنسا: أنه لا يجوز فى القضاء أو التشريع أو الفقه التنازل عن العقد الإدارى سواء أكان التنازل كلياً أو جزئياً إلا بموافقة الإدارة . وإذا تم ذلك دون موافقة الجهة الإدارية فلا يحتج به فى مواجهتها ، كما أن هذا التنازل لا ينشئ أى رابطة مباشرة بين المتنازل إليه والإدارة ويظل المتعاقد الأصلى مسئولاً مسئولية شخصية وكاملة أمام الإدارة عن تنفيذ العقد وعن الخطأ الذى يقع من المتنازل إليه وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الادارية العليا بأن " المتعاقد الأصلى مسئول مسئولية شخصية عن تنفيذ التزاماته وليس من حقه أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة - كما هو الحاصل فى هذه المنازعة - وبذلك لاتوجد أية علاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن ويبقى المتعاقد الأصلى مسئولاً عن هذا الخطأ المنسوب للمتعاقد من الباطن" (٣٦٣).

ويعتبر البعض (٣٦٤) أن تعاقد المتعاقد الأصلى مع المتعاقد من الباطن بدون موافقة الجهة الادارية خطأ عقدي يمنح الجهة الادارية توقيع الجزاء المناسب له سواء أكان هذا الجزاء منصوباً عليه فى العقد أم لا . ويكون للجهة الادارية هنا فسخ العقد كجزاء وهذا ماأكدته محكمة

(٣٦٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٣/١٢/٢٨ مجموعة المكتب الفنى س ٩ ، = رقم ٢٩ ، ص ٣٢٤ .

(٣٦٤) أ.د. سليمان الطماوى - العقود الإدارية ، ص ٤٤٣ ، أ.د. سعيد أمين ، تنفيذ العقود الإدارية ، ص ٧٨ .

القضاء الإدارى المصرى حيث قضت " أن إقدام المدعى على التعاقد مع الجهة الادارية ثم تخليه فعلا عن التزاماته وحقوقه للسيد/ المحروم من دخول مناقصات الوزارة يعد من قبل الغش والتلاعب فى نطاق العقد الإدارى على الإطلاق .. مما يفسخ به العقد تلقائيا بغير انذار" (٣٦٥).

وبعد - فاذا تم التعاقد من الباطن سواء تم ذلك بموافقة الإدارة أو بدون موافقتها فما أثر ذلك على العلاقة بين الجهة المانحة للالتزام والمتعاقد الأصلي ؟

إذا توافرت شروط التعاقد من الباطن وتم ذلك ، فلا يؤثر ذلك على العلاقة العقدية الأصلية بين المتعاقد الأصلي والجهة المانحة للالتزام ، فتظل الرابطة العقدية بين المتعاقد الأصلي وجهة الإدارة مانحة الالتزام والمستمدة من العقد الأصلي قائمة دون مساس ويطلق على هذا الأثر القانونى المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي . فالمتعاقد الأصلي بالرغم من وجود التعاقد من الباطن بموافقة الجهة الادارية يظل المسئول أمام الجهة الإدارية عن تنفيذ كافة الالتزامات الناشئة عن العقد بما فى ذلك الالتزامات عن الجزء الذى يتولى المتعاقد من الباطن تنفيذه ، سواء أكانت هذه الالتزامات منصوص عليها فى العقد الأصلي أو القوانين التى تنظم علاقات العمل وتسرى على العمال المستخدمين فى المشروع وتمتد مسؤولية المتعاقد الأصلي إلى حالات الخطأ فى التنفيذ أو عدم القيام به أو التأخير فيه والذى يكون مصدره المتعاقد من الباطن . وفى هذه الحالات تفرض غرامات التأخير أو الجزاءات العقدية الأخرى على المتعاقد الأصلي وليس على المتعاقد من الباطن لانتفاء أية رابطة عقدية بين الجهة الادارية والمتعاقد من الباطن كما أن المتعاقد الأصلي يكون له وحده الحق فى المطالبة بالحقوق المالية المتولدة عن العقد الأصلي وذلك حتى بالنسبة للأعمال التى يتم تنفيذها بواسطة المتعاقد من الباطن .

المطلب الثانى

التنازل الكلى عن العقد والآثار المترتبة عليه

التنازل الكلى عبارة عن قيام المتعاقد مع الإدارة بالتعاقد مع شخص آخر ليحل محله فى تنفيذ جميع الالتزامات واكتساب كافة حقوقه المترتبة من التعاقد مع الإدارة (٣٦٦) .

(٣٦٥) حكم محكمة القضاء الإدارى بمصر فى ٣٠/٦/١٩٦٠ .

(٣٦٦) أ.د./ جيهان حسن سيد أحمد - عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها

وحيث أن عقد منح التزام المرافق العامة يمنح للملتزم على ضوء مؤهلات وكفاءات معينة لسمعته وامكانية الاعتماد عليه وقدرته المالية والفنية وما إلى ذلك من مؤهلات شخصية قد لا تتوفر في غيره . ففكرة الاعتبار الشخصي في مثل هذه العقود أساسية وضرورية لتحقيق الصالح العام .

ومن المستقر عليه فقها وقضاء ضرورة حصول المتعاقد الأصلي على موافقة جهة الإدارة بشأن التنازل ، وإذا تم التنازل دون موافقة الإدارة يقع باطلاً، ولهذا نعرض لهذا المبحث في فرعين :

الأول : التنازل بموافقة الجهة الإدارية .

الثاني : التنازل بدون موافقة الجهة الإدارية .

الفرع الأول

التنازل الكلى عن عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T بموافقة الجهة الإدارية

إذ لم يستطيع المتعاقد مع الجهة الادارية تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الجهة المانحة للالتزام لأى سبب من الأسباب كان كعدم قدرته الفنية أو المالية مثلاً ، فالمصلحة العامة تقتضى البحث عن بديل له ضماناً لحسن سير المرفق العام . بناء على ذلك إذا طلب المتعاقد الأصلي من الإدارة حلول شخص آخر محله فى حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد ، وتوافرت فى المتنازل اليه شروط المقدرة الفنية والمالية وحسن السمعة والجنسية وغير ذلك من الشروط التى تتطلبها الجهة المانحة للالتزام ، فلا يوجد ما يمنع الإدارة من اصدار الموافقة، بل الصالح العام يحتم عليها الموافقة .

ويترتب على الموافقة بالتنازل الكلى للعقد أن يحل المتنازل اليه محل المتعاقد الأول فى جميع حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد، وبالتالي تنشأ بين الجهة الإدارية وبين المتنازل اليه علاقة تعاقدية مباشرة ، ويكون المتنازل اليه هو المسئول أمام الجهة الإدارية عن تنفيذ العقد مالم ينص على غير ذلك . وبالتالي يتحرر المتعاقد الأصلي مع الجهة الادارية من التزاماته وان كانت بعض التشريعات تنص على بقاء الملتزم الأصلي ضامناً للمتعاقد الجديد^(٣٦٧) ولكن هذا النص

(٣٦٧) أ/ خالد بن محمد العطية - المرجع السابق - ص ١٤٣ .

فيه تجاوز وتحميل المتعاقد الأصلي بأكثر مما يطبق فلو كان يستطيع الوفاء بالالتزامات ماتنازل عن العقد ، فمثل هذا النص فيه إجحاف بحقوق الملتزم الأصلي.

الفرع الثانى

التنازل الكلى عن عقد منح التزام المرافق العامة بنظام B.O.T

دون موافقة الجهة الإدارية

للجهة الإدارية أن ترفض طلب المتعاقد معها بالتنازل الكلى عن تنفيذ العقد لما لديها من مبررات وما تستند إليه من أسباب معقولة . كأن يكون المتنازل إليه ليس لديه المقدرة المالية أو الفنية أو ليس لديه الجنسية أو السمعة التى على أساسها تعاقدت الجهة الإدارية مع المتعاقد معها ولكن ماهى الآثار المترتبة إذا تنازل المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد لغيره دون موافقة جهة الإدارة ورفضها ذلك ؟

يعتبر هذا التنازل غير نافذ فى مواجهة الجهة الإدارية ، ومن ثم يترتب على ذلك النتائج التالية :

أ - عدم الاحتجاج بهذا التنازل فى مواجهة الجهة الادارية المتعاقدة وللأخيرة منع المتنازل اليه من المشاركة فى تنفيذ العقد .

ب - لا يملك المتنازل إليه التمسك فى مواجهة الجهة الإدارية بأى حق من الحقوق مستندا فى ذلك إلى العقد المبرم بينه وبين المتعاقد الأصلي ولكن إذا قام المتنازل إليه بتنفيذ العقد الأصلي تنفيذا سليما حسب بنود العقد والتزامات المتعاقد الأصلي فله الرجوع على الجهة الادارية والمطالبة بالتعويض مستندا فى ذلك إلى مبدأ الإثراء بلا سبب طبقا لنص المادة ١٧٩ من القانون المدنى " كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء فيما بعد " .

ج - قيام المتعاقد الأصلي بالتنازل دون موافقة الجهة الادارية يعد خطأ عقديا جسيما يعطى الحق لجهة الإدارة المطالبة بفسخ العقد على مسئولية المتعاقد معها سواء نص على هذا الجزاء أم لا ؟

د - بقاء المتعاقد الأصلي مسئولاً عن تنفيذ العقد الأصلي في مواجهة الجهة الادارية المتعاقد معها ويكون مسئولاً أمامها مسئولية كاملة عن تنفيذ كافة بنود العقد بصرف النظر عن وجود العلاقة العقدية بينه وبين المتنازل اليه .

وتطبيقاً لكل ماسبق ذكره في هذا الفصل فان عقد منح التزام انشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T.^(٣٦٨) ، ورد فيه بالمادة رقم (٥) (لايجوز للملتزم التنازل عن أى من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتباراً من تاريخ هذه الموافقة ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم التنازل إلا إذا استوفى الملتزم شروطاً معينة وعلى الملتزم أن يفى بتلك الشروط عند اجراء التنازل، أما عن التنازل الجزئى (التعاقد من الباطن) فقد ورد بذات العقد بالمادة (٦) (أ) - للملتزم - بعد الحصول على موافقة المالك كتابة - التعاقد مع من يختاره من مقاولى الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الانشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لانشاء وتشغيل المطار على نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك ، وعليه أن يزود المالك بقائمة بهولاء المتعاقدين وبياناتهم (الاسم، العنوان، وصف الأعمال المتعاقد معه عليها).

ب - ليس من شأن تعاقد الملتزم مع أى من المقاولين التأثير على أداء أى التزام من التزاماته بموجب هذا العقد أو أن ينتقص من مسئوليته عن التقصير فى أداء ذلك الالتزام أو أن يلغى تلك المسئولية .

ج - يوافق الملتزم بتعويض المالك عن أى ضرر يلحقه مقاولو الباطن المتعاقدون مع الملتزم بأمالك المالك أو تنجم عن أى مسئولية قد يتحملها المالك تجاه الغير نتيجة قيام مقاولى الباطن المتعاقدين مع الملتزم أو اغفالهم القيام بعمل من الأعمال).

(^{٣٦٨}) نشر بالوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ ، فى ١٩/١١/١٩٩٨ .

الفصل السادس

وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T

تمهيد وتقسيم:

قد بينا - فيما سبق - بعض حقوق والتزامات كل طرف من أطراف عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T ، وكذا أسباب انقضاء عقد الالتزام ، وعما إذا كان يجوز التنازل عن عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T من عدمه ؟ ، ولكن قد يحدث نزاع ينشأ بين طرفي عقد منح الالتزام سواء بشأن الحقوق أو الالتزامات التي تكون لكل طرف من طرفي العقد ، أو بشأن أسباب انقضاء العقد وما يترتب على ذلك من تسليم للمرفق (المشروع) ، أو بشأن التنازل عن الالتزامات أو الحقوق المتولدة عن العقد ، وبصفة عامة كل ما ينشأ خلال مدة العقد منذ إبرامه حتى انقضائه ، فكيف تتم تسوية هذا النزاع ؟ وهل يتم تسويته عن طريق القضاء برفع أحدهما الدعوى أمام المحكمة المختصة، أو عن طريق الوسائل الودية التي تتمثل في هيئات التوفيق أو الوساطة أو عن طريق هيئات التحكيم الوطنية أو الدولية ، أو غير ذلك من الوسائل الودية وذلك حسب ما هو منصوص عليه في العقد ؟ وما هو القانون الواجب التطبيق ؟ لأنه إذا ما تم اللجوء إلى القضاء بشأن هذه العقود التي غالبا ما تصبغ عليها الصبغة الدولية فيجب اللجوء إلى المحكمة المختصة التي قد لا تكون من المحاكم الوطنية لأطراف العقد، وعندئذ تقوم المحكمة بتكييف العلاقة التعاقدية للأطراف تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النزاع .

ولذا وجب - علينا- أن نعرض للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في مبحث أول ، ثم نتناول الوسائل الودية لفض المنازعات في مبحث ثان، ثم نعرض للتحكيم كوسيلة هامة لفض المنازعات في عقود الـ B.O.T في مبحث ثالث .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الـ B.O.T

تمهيد :

أيا كانت العناية التي يبذلها المتعاقدان في إحكام صياغة نصوص و بنود عقد الـ B.O.T فإن هذه النصوص أو تلك البنود لا تغطي كل ما يمكن أن يثيره العقد من منازعات ، فإذا نشب نزاع بين طرفي العقد لا تحتويه نصوص العقد فلا مناص -عندئذ - من تطبيق أحكام القانون الوطني الذي تعينه قواعد القانون الدولي الخاص ، وهنا لا يترك المتعاقدان عادة المجال لتطبيق هذا القانون فيعينان في العقد القانون الذي يطبق على عقدهما، وهما يختاران هذ القانون وفقا لمصلحتهما المشتركة وبمطلق حريتهما ، دون أن يحد من هذه الحرية إلا قواعد النظام العام والآداب العامة ، والغالب أن يختار المتعاقدان قانونا تربطه بالعقد صلة ما ، كقانون جنسية أحدهما ، أو قانون محل إبرام العقد ، أو قانون محل تنفيذه ، أو قانون المحكمة التي أُنْتُقَا على التقاضى أمامها أو قانون مكان التحكيم^(٣٦٩) والملاحظ أنه منذ عام ١٩٧٥ لا يوجد عقد من عقود التجارة الدولية إلا ويتضمن القانون الواجب التطبيق ، إذ يقول البرفسور . Georges . Von Heeke أستاذ القانون في جامعة Lenven وعضو محكمة النقض البلجيكية أن العقود الدولية في الفترة ما بين ١٩٥٦-١٩٦٠ لم تكن تتضمن بنودا لتحديد القانون الواجب التطبيق ، وتغير الحال بصورة جلية منذ عام ١٩٧٥ حيث أصبحت العقود الدولية لا تخلو من بند يحدد هذا القانون^(٣٧٠) .

ونظرا لأهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود الدولة ومن بينها عقود الـ B.O.T. التي تكون الدولة غالبا طرفا فيها، فإن مجمع القانون الدولي قد أصدر في دورته المنعقدة في أثينا عام ١٩٧٩ والمخصصة لدراسة العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الخاصة الأجنبية التابعة لدول أخرى توصية في هذا الشأن وذلك في المادة الثانية التي نصت على ما يأتي: "١ - تخضع العقود المبرمة بين الدول وشخص خاص أجنبي إلى القواعد القانونية المختارة من الأطراف المتعاقدة، وتسرى عليها القواعد التي يتصل بها العقد على نحو أوثق، في حالة تخلف مثل هذا الاختيار، ٢ - ويكون للأطراف الحق في اختيار قانون حاكم للعقد، أما قانون أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ العامة للقانون، وإما المبادئ المطبقة على العلاقات الاقتصادية الدولية، وأما القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر القانونية"^(٣٧١) .

^(٣٦٩) أ. د/ محسن شفيق - عقد تسليم مفتاح - ص ١٢٥ .

^(٣٧٠) أ. د/ خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٤١ .

^(٣٧١) انظر: النص الكامل للتوصية منشور في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص، ١٩٨٠، ص٤٢٧ .

ويلاحظ من التوصية الصادرة عن مجمع القانون الدولي قد كرست مبدأ سلطان الإرادة وحرية الأطراف فى اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد على اعتبار أن هذا المبدأ من المبادئ المسلم بها فى القانون الدولي الخاص بشكل عام فى إطار الالتزامات التعاقدية.

فهل الأطراف فى عقود الـ B. O. T. لهم حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم ؟ وعلى أى أساس يتم اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق هذا ما نجيب عليه - إن شاء الله- فى مطلبين على النحو التالى :

المطلب الأول

دور طرفى عقد الـ B.O.T. فى تعيين القانون الواجب التطبيق

أن طرفى عقد الـ B. O. T. لهما حرية اختيار القانون الذى يحكم موضوع النزاع الذى ينشأ أثناء تنفيذ وبناء المشروع (المرفق العام) أو أثناء أستغلاله وإدارته أو فى مرحلته الأخيرة الخاصة بالتسليم وإنهاء العقد .

فالغالبية العظمى من التشريعات فى العالم تمنح أطراف العقود الدولية ومنها عقود الـ B.O.T حق تعيين القانون الواجب التطبيق ، وكذلك تنص الاتفاقيات الدولية على هذا الحق . فالاتفاقية الاوربية الخاصة بالتحكيم التجارى الدولي عام ١٩٦١ تنص على حق الأطراف فى تعيين القانون الواجب التطبيق ، وكذلك اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول ومواطنى الدول الأخرى نصت على المادة ١/٤٢ منها على أنه " تفصل المحكمة فى النزاع طبقا للقواعد القانونية التى يقرها طرفا النزاع ، وإذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف فى النزاع بما فى ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين ، ومبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع " .

كما نصت المادة ١/٣٣ من قواعد قانون التجارة الدولية (الانسترا) على أنه " تطبق محكمة التحكيم القانون الذى يختاره الطرفان على موضوع النزاع ، فإذا لم يحدد هذا القانون ، تطبق المحكمة القانون الذى تشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق " . كما جاء بالاثحة محكمة

التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية في المادة ٣/١٣ " للأطراف حرية اختيار القانون الذى يتعين على المحكمة تطبيقه فى موضوع النزاع " (٣٧٢) .

وذلك كله أخذاً بمبدأ سلطان الإرادة، فأطراف العقود لهم الحرية فى اختيار وتحديد القانون الذى يحكم عقدهم، وقد أخذ المشرع المصرى بذلك إذ نص فى المادة ١/١٩ من القانون المدنى على أنه "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذى يراد تطبيقه".

فاذا حدد الأطراف القانون الواجب التطبيق يطبق القاضى أو المحكم القانون المعين بمعرفة طرفى النزاع الوارد فى العقد المبرم بينهما. وقد ورد فى المادة رقم (٢) من عقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T (أ) يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية . وكذا ورد فى البند الثانى عشر من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحرى بترولى متخصص بميناء دمياط بنظام الـ B.O.T (٣٧٣) ١ - القانون المصرى هو القانون الواجب التطبيق على هذا الترخيص .

ولكن إذا لم يحدد هذا القانون تطبق المحكمة أو المحكم القانون الذى تشير إليه قواعد الإسناد الواجبة التطبيق . فمثلاً نجد أن عقد منح التزام إنشاء وإدارة واستغلال وإعادة رصيف متخصص فى تداول المنتجات البترولية بميناء الدخلية بنظام الـ B.O.T لم يشير ولم ينص على القانون الواجب التطبيق وأن كان يفهم من نص البند رقم -١٣- بأنه القانون المصرى إذ ورد بأن تختص محاكم الاسكندرية بالفصل فى أى نزاع ينشأ عن هذا الترخيص (٣٧٤) وإعمال قاعدة الإسناد من أجل تحديد القانون المختص ليس أمراً هيناً يتم ببساطة . فهناك عدة مسائل يتعين على القاضى بحثها حتى يتوصل إلى ذلك من هذه المسائل :

١ - مسألة التكييف القانونى :

(٣٧٢) مشار إلى ذلك وغيره لدى أ . خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٤٢ .

(٣٧٣) نشر بالجريدة الرسمية - العدد ٣٧ فى سبتمبر سنة ٢٠٠٢ .

(٣٧٤) نشر بالوقائع المصرية - العدد ١٧٣ (تابع) فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٩ .

والتي تتلخص في أنها عملية فنية تستهدف تحديد الطبيعة أو الوصف القانوني للمسألة التي تثيرها وقائع المنازعة ذات الطابع الدولي ، وذلك بنية إدراجها في طائفة معينة من طوائف الروابط القانونية التي وضع لها المشرع قاعدة إسناد^(٣٧٥) . والملاحظ أن حل مشكلة التكييف أصبح صعبا عن ذي قبل ، وذلك لتقدم ونمو حركة التجارة الدولية وتزايد الاستثمارات الخاصة الأجنبية في الدول المختلفة ، فنمو حركة التجارة وزيادة الاستثمار أدى إلى ظهور العديد من العقود والمعاملات ذات الطبيعة المركبة التي يصعب تصنيفها أو توزيعها بين طوائف النظم القانونية التقليدية . فهناك مثلا المعاملات المتعلقة بتقديم الاستشارات الفنية ، والمشروعات التي يتعهد فيها شخص أجنبي ببناء مصنع وتجهيزه ، أو تسليمه على الإنتاج ، وكذلك اتفاقات نقل التكنولوجيا والمساعدة الفنية في مجال التنمية الاقتصادية . وخير مثال وأصدق دليل على ذلك هو عقود الـ B.O.T بما فيها من مداخلات و روابط متعددة .

ولفقهاء القانون الدولي الخاص ثلاثة نظريات توضح القانون الذي يجرى التكييف للمسألة المعروضة على أساسه .

النظرية الأولى :- تطبيق قانون القاضى ، النظرية الثانية :- تطبيق القانون الذى يحكم موضوع النزاع ، النظرية الثالثة :- تطبيق القانون المقارن .

وقد أخذ المشرع المصرى بالنظرية الأولى والتي تخضع التكييف لقانون القاضى إذ من الطبيعى أن يجرى القاضى التكييفات اللازمة حسب المبادئ والأحكام السائدة فى قانونه ، وهذا أمر بديهي . فعملية التكييف ذات طبيعة واحدة سواء تعلق الأمر بمنازعات وطنية بحتة ، أم بمنازعات منطوية على عنصر دولى وأجنبى . والذى أوضح معالم هذه النظرية هو الفقيه الفرنسى "بارتان" وأستند أنصار هذه النظرية إلى عدة أسانيد منها: الاسانيد العملية إذ درجت المحاكم الفرنسية على اخضاع التكييف للقانون الفرنسى ، باعتباره قانون القاضى، وحده دون غيره .

ومنها أسانيد: سياسية تقوم على فكرة السيادة إذ يرى الأستاذ " بارتان " أن تتنازع القوانين ما هو فى الحقيقة إلا تنازعا بين سيادات الدول المختلفة التى على صلة بالعلاقات محل النزاع ، فالأمر يتعلق هنا بتحديد نطاق سلطان ومجال انطباق تشريعات تلك الدول أى تحديد مدى السيادات التشريعية لها والفقه الفرنسى يؤيد نظرية "بارتان" فى التكييف ولكنه يستبعد فكرة السيادة

(٣٧٥) أ. د/ أحمد عبد الكريم سلامة - محاضرات فى التنازع الدولى للقوانين - ص ٣١ .

كأساس للنظرية^(٣٧٦). ومن الاسانيد سند قانوني: يقوم على أن وظيفة التكيف كعملية فنية لا تهدف إلى فض التنازع بين سيادات أو رسم النطاق المكانى لتطبيق القوانين فى الدول المختلفة ، وإنما وظيفتها اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة ذات الطابع الدولى . ويوجد سند رابع منطقى ومقتضاه أن البيئة أو الجو القانونى الذى يعمل فيه القاضى الذى يواجه حل مشكلة تنازع القوانين يقوده إلى تطبيق قانونه على عملية التكيف من أجل ذلك - وغيره - نصت المادة " ١٠ " من القانون المدنى المصرى على " القانون المصرى هو المرجع فى تكيف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها " وما أخذ به المشرع المصرى قد ساد فى بعض الانظمة المقارنة كالقانون الفرنسى ، والقانون الإيטالى، والقانون الإنجليزى، والقانون الأمريكى. وذلك لما لهذا الاتجاه من أسانيد ومبررات قوية ومنطقية^(٣٧٧) وإخضاع التكيف للقانون المصرى ، باعتباره قانون القاضى، قد أكدته القضاء المصرى الحديث، حتى قبل صدور القانون المدنى الحالى ونصه على اختصاص قانون القاضى فى مسائل التكيف . ولا يقصد بالقانون المصرى مجموعة المبادئ السائدة. فى فرع بذاته فى فروع ذلك القانون ، بل مجموعة المبادئ والأحكام السائدة فى مجموع القانون المصرى . أيا كان مصدرها ودون التقيد بما ورد بالنصوص التشريعية.

٢ - مسألة تحديد ضابط الإسناد :

قاعدة الإسناد هى قاعدة قانونية لها طبيعة فنية تهدف إلى تنظيم العلاقات الخاصة الدولية ببيان القانون الملئ والمناسب لحكم تلك العلاقات . ويعرفها البعض^(٣٧٨) بأنها القاعدة القانونية التى ترشد القاضى إلى القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى . فقواعد الإسناد لا تفصل فى موضوع النزاع مباشرة ، وإنما تتكفل ببيان القانون الذى يطبق على موضوع النزاع بين قانونين أو أكثر يتنازعان حكمه . فقواعد الإسناد قواعد غير مباشرة لأنها تقوم بالإشارة إلى القانون الذى تتكفل قواعده باعطاء الحل النهائى للنزاع . ووظيفة قاعدة الإسناد تحديد قانون الدولة الواجب التطبيق على العلاقة القانونية موضوع النزاع و لا تقوم بتحديد قانون دولة معينة بالذات لحكم هذه العلاقة ، كما أن قاعدة الإسناد قاعدة مزدوجة بمعنى أنها تبين متى يطبق القانون الوطنى ومتى يطبق القانون الاجنبى . مثال ذلك القاعدة الواردة فى

(٣٧٦) أ. د/ ماهر ابراهيم السداوى - مبادئ القانون الدولى الخاص - ص ٦٠ .

(٣٧٧) أ. د/ أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص ٣٧ .

(٣٧٨) أ. د/ ماهر ابراهيم السداوى - المرجع السابق - ص ٤٠ .

المادة (١١) من القانون المدنى المصرى والتى تقضى بان " الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التى ينتمون إليها بجنسيتهم " فهذه القاعدة تؤدى إلى تطبيق القانون المصرى على الحالة والأهلية متى كان الشخص وطنيا وتؤدى إلى تطبيق القانون الأجنبى متى كان الشخص أجنبيا. وميزة القاعدة المزدوجة تتجسم فى كونها لا تترك فراغا فى مشكلة التنازع والاشارة إلى القانون الواجب التطبيق لا يتم فى فراغ أو بعيد عن الحالة القانونية المعروضة بل تتم عن طريق ضابط الإسناد كالجنسية ، أو الموطن ، أو محل الابرام ، أو إرادة الاطراف، أو موقع المال. فهو الوسيلة التى يتم عن طريقها الكشف عن القانون الواجب التطبيق، وذلك عن طريق موضوع الإسناد أى العلاقة محل النزاع والقانون الواجب التطبيق عليها ، بل يمكن القول بأن ضابط الإسناد هو " الهوية " التى يتحدد بمقتضاها القانون المختص (٣٧٩) .

وأى رابطة قانونية تتكون من ثلاثة عناصر أساسية : عنصر الأطراف ، وعنصرالمحل أو الموضوع ، وعنصر السبب . وكل عنصر من هذه العناصر الثلاثة يحتل مكانا ووزنا يختلف باختلاف نوع الرابطة أو العلاقة القانونية محل النزاع فهناك بعض التصرفات والعلاقات القانونية التى يصعب تركيزها فى حيز مكانى معين يؤهل لاختيار القانون الواجب التطبيق عليها ، كالعقود وسائر التصرفات الإرادية وهنا أدرك المشرع أن عنصر السبب ، أى الواقعة المنشئة للالتزام هى مركز الثقل فى هذا النوع من الروابط القانونية ، فيتخذ ضابطا للإسناد أنطلقا من هذا العنصر. فإرادة المتعاقدين هى جوهر عنصر السبب فى العقود الدولية ومنها عقد الـ B.O.T وبالتالي يكون قانون الإرادة هو الواجب التطبيق وهذا الاتجاه هو الذى سار عليه المشرع المصرى فى المواد من ١٩-٢١ من القانون المدنى .

إذ نصت المادة ١٩ على " ١- يسرى على الالتزامات التعاقدية ، قانون الدولة التى يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتخذوا موطنا ، فإن أختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد ، هذا مالم يتفق المتعاقدان أو تبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ٢- على أن قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار " .

المادة ٢٠- " العقود ما بين الاحياء تخضع فى شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه ، ويجوز أيضا أن تخضع للقانون الذى يسرى على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطنى المشترك " .

(٣٧٩) أ.د. / أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص ٤٠ .

المادة ٢١- " ١- يسرى على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام . ٢- على أنه فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن الفعل الضار لا تسرى أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التى تحدث فى الخارج وتكون مشروعة فى مصر وإن كانت تعد غير مشروعة فى البلد الذى وقعت فيه".

٣-مسألة تطبيق قواعد الإسناد الأجنبية أو مشكلة الإحالة :

فاذا أفضى أعمال قاعدة الإسناد إلى ثبوت الاختصاص لقانون القاضى فإنه لا يعرض حينئذ أى إشكال فى تحديد نطاق هذا القانون؛ لأنه بانتهاء مهمة قاعدة الإسناد لا يبقى أمام القاضى سوى أن يفصل فى النزاع طبقاً للقواعد الموضوعية فى قانونه . أما إذا ثبت الاختصاص لقانون أجنبى ، فان التساؤل يثور حول معرفة المقصود بهذا القانون ، فالمعلوم أن قانون أية دولة يشتمل على طائفتين من القواعد: قواعد اسناد أو قواعد تتنازع وقواعد موضوعية، فإذا قيل أن المقصود بالقانون الاجنبى المختص هو قواعد الموضوعية فحسب، لا يبقى أمام القاضى إلا أن يفصل فى النزاع بتطبيق تلك القواعد الموضوعية . فإذا قيل أنه يقصد بالقانون الاجنبى المختص كافة قواعده بما فيها قواعد الإسناد ، فإنه ليس للقاضى إذ ذاك أن يطبق القواعد الموضوعية فى هذا القانون إلا إذا كان ذلك القانون يعترف بالاختصاص لنفسه بمقتضى قواعده الخاصة بالتنازع . فاذا كان ذلك القانون يشير بتطبيق قانون دولة ثالثة وجب الرجوع إلى قانون تلك الدولة (٣٨٠) و باستعراض موقف المشرع المصرى من مشكلة الإحالة ، نجد أنه نص صراحة فى المادة ٢٧ من القانون المدنى على مايلى " إذا تقرر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق ، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية ، دون تلك التى تتعلق بالقانون الدولى الخاص " .

ومن هذا النص يتضح رفض المشرع المصرى لفكرة الإحالة . ويلاحظ أن هذا الرفض قد جاء عاما ومطلقا (٣٨١) ، بحيث يتعين على القاضى إذا عرضت عليه قضية تتنازع فيها القوانين ، أن يعمل قاعدة الإسناد المصرية ويحدد القانون الواجب التطبيق وفقا لها ، ثم يطبق مباشرة القواعد الموضوعية فى هذا القانون دون قواعد الإسناد فيه . وليس هذا وصفا خاصا بالقانون المصرى ، فقد رفضت كثير من التشريعات الحديثة الأخذ بالإحالة، نذكر منها القانون

(٣٨٠) أ.د / ماهر ابراهيم السداوى - المرجع السابق - ص ٧١ .

(٣٨١) أ.د / أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص ٥٢ .

المدنى الايطالى الصادر فى ١٩٤٢ فى المادة ٣٠ منه ، والقانون المدنى اليونانى لعام ١٩٤٦ فى المادة ٣٢ منه (٣٨٢) .

وقد علل المشرع المصرى هذا الرفض بسببين (٣٨٣) :-

١- أنه لايجوز أن يتجاهل القاضى قاعدة الإسناد الوطنية ويأتمر بما تشير به قاعدة الإسناد الأجنبية ، والإحالة تتضمن هذا التجاهل وتؤدى إلى الامتنال لأمر المشرع الأجنبى.

٢- أن المشرع عندما يشير بتطبيق قانون أجنبى معين لا يقرر الاختصاص لهذا القانون على سبيل المجاملة بحيث يترك لهذا القانون الفرصة فى قبول هذا الاختصاص أو رفضه ، وانما يشير المشرع بتطبيق القانون الاجنبى لأنه يراه أكثر ملاءمة من غيره . ويجب أن يستجيب القاضى الوطنى لأمر مشرعه دون أن يعبأ بما تشير به قاعدة الإسناد الأجنبية ونخلص مما سبق أن نقرر بأن وجود علاقات ذات عنصر أجنبى أصبحت فى الوقت الحاضر من علامات التطور وبالتالي لابد لهذه العلاقات من نظام قانونى يجابه تلك العلاقات ويتم ذلك عن طريق أشتماله على نوعين من القواعد القانونية . القواعد الموضوعية التى تحكم وتنظم العلاقات الوطنية الخالية من العنصر الأجنبى ، وقواعد الإسناد التى تحكم وتنظم العلاقات الخاصة التى تنمو عبر الحدود ، ولايكاد يوجد نظام قانونى يخلو من هذين النوعين من القواعد وهذا ما فعله المشرع المصرى فى القانون المدنى فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ .

المطلب الثانى

أسس وضوابط اختيار طرفى عقد الـ B.O.T للقانون الواجب التطبيق

تتعدد أسس وضوابط اختيار الطرفين فى عقد الـ B.O.T للقانون الواجب التطبيق على النزاع الذى قد يثار بينهما ، ومن هذه الضوابط مايلى :

أولاً: اختيار الطرفين للقانون الوطنى لأحدهما :-

أن مبدأ سلطان الإرادة الذى يحكم عقود التجارة الدولية ومنها عقود الـ B.O.T يعطى الحق لطرفى العقد حرية اختيار القانون التى يتمشى مع اتفاقاتهم إذ الغالب أن يكون الطرف المتعاقد مع الجهة المانحة يخضع لقانون أجنبى ومن ثم يكون هناك قانونان . قانون الجهة

(٣٨٢) أشار إلى ذلك أ.د / أحمد عبد الكريم سلامة - المرجع السابق - ص ٥٢ .

(٣٨٣) أ.د / ماهر إبراهيم السداوى - المرجع السابق - ص ٨٢ .

المانحة وقانون الطرف المتعاقد (الملتزم) ومن ثم فالحرية الممنوحة تعطى الحق فى اختيار الطرفين لقانون دولة أحدهما ليكون هو الواجب التطبيق . وقد يتفق الطرفان على (٣٨٤) :

- ١- اختيار القانون الوطنى لأحد طرفى العقد أو قانون دولة أخرى محايدة .
- ٢- اختيار مزيج من القواعد القانونية فى دولتى المتعاقدين
- ٣- اختيار مزيج من القواعد القانونية لقانون وطنى ومبادئ حسن النية .
- ٤- اختيار القانون الدولى .
- ٥- اختيار المبادئ القانونية المماثلة لنظم القوانين المحلية لكل من الطرفين المتعاقدين .
- ٦- اختيار المبادئ العامة للقانون .
- ٧- اختيار مزيج من قواعد قانون وطنى وآخر دولى .
- ٨- ترك حرية الاختيار للمحكمين يحدون بأنفسهم القانون الواجب التطبيق .

ثانياً : اختيار قانون محل تنفيذ العقد أو محل إبرامه أو قانون محايد

—:

لما كانت عقود التجارة الدولية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة لذا يكون لطرفى العقد اختيار قانون محل تنفيذ العقد أو محل إبرامه وهذا ما نص عليه المشرع المصرى فى المادة (١٩) من القانون المدنى وقد أختارت مجموعة دول السوق الاوربية المشتركة فى المشروع التمهيدى للاتفاقية الخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق أن يكون قانون الدولة التى سينفذ فيها العقد واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية وغير التعاقدية . الاصل أن للمتعاقدین مطلق الحرية فى اختيار القانون الواجب التطبيق ومع ذلك فمن الخير اختيار قانون له صلة بالنزاع كقانون جنسية أحدهما أو قانون الدولة التى أبرم فيها العقد أو التى يتم فيها التنفيذ وهذا ما ورد فى عقد منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة تسليم رصيف بحرى بترولى متخصص بميناء دمياط بنظام الـ B.O.T (٣٨٥) إذ ورد فى البند الثانى عشر الخاص " القانون الواجب التطبيق والتحكيم " ١- القانون المصرى هو الواجب التطبيق على هذا الترخيص باعتبار أن جمهورية مصر العربية هى الدولة التى أبرم فيها العقد والتى سيتم فيها التنفيذ أو التى يجرى فيها التحكيم ٢- كل نزاع أو خلاف أو

(٣٨٤) أ.خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٤٣ .

(٣٨٥) نشر بالجريدة الرسمية - العدد ٣٧ فى ١٢ سبتمبر سنة ٢٠٠٢ .

مطالبة تنشأ عن هذا الترخيص أو يتعلق به أو بمخالفة أحكامه أو فسخه أو بطلانه يسوى بطريقة التحكيم وفقا لقواعد مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجارى الدولى ويكون مكان التحكيم بالقاهرة .

لأن الفقه الحديث متجه إلى وضع هذا القيد على حرية الاختيار منعا لتعسف أحد المتعاقدين بالآخر بإجباره على قبول قانون غريب عليه ولا يمت للنزاع بأية صلة .

ثالثاً : سكوت طرفى العقد عن تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع :-

إذا كان لطرفى العقد حرية تحديد القانون الواجب التطبيق إلا أنهما أحياناً قد يسكتان عن تحديد هذا القانون تاركين لهيئة التحكيم تحديده ، وهذا على خلاف ما إذا رفع النزاع أمام القاضى . فإنه يلجأ عند تعيين القانون الواجب التطبيق إلى قواعد الإسناد فى قانون لأنه مقيد باتباع هذا الإجراء وفقاً لقانون دولته التى يصدر باسمها حكمه ، وهو ما يختلف عن هيئة التحكيم فى هذا المجال لأن الأخيرة ليس لها قانون ولا تصدر أحكامها باسم دولة معينة وبالتالي لاتخضع لسيادة أية دولة حتى ولو كانت هذه الدولة طرفاً فى النزاع ^(٣٨٦) وتقضى هيئة التحكيم فى موضوع النزاع وفقاً لأحكام القانون الذى يختاره أطراف النزاع ليكون القانون الواجب التطبيق على العقد الذى نشأ عنه النزاع ، فإذا لم يتفقوا على اختيار قانون معين ، وجب أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذى ترى أنه الواجب التطبيق على موضوع النزاع ^(٣٨٧) .

فالحكم يتمتع بقدر من الحرية أو السلطة التقديرية فى تحديد القانون الواجب التطبيق الذى يستتبط المؤشرات الدالة عليه من الإرادة الضمنية لأطراف العقد، لذلك نرى لزماً علينا أن نعرض لمفهوم الاختيار الضمنى، فإن الإرادة قد تكون واضحة ومحددة، وقد تكون هذه الإرادة ضمنية وكلا الإرادتين يجب إعمالهما واحترامهما إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة لأن الإرادة الضمنية إرادة حقيقية تنبئ عن رغبة غير مكتوبة فى إخضاع العقد لقانون معين، أى اختيار ضمنى لقانون العقد، تم تكوينها وإبرازها فى ظروف وملابسات وإرشادات تدل على قانون الإرادة ولكن حرية المحكم فى البحث عن الإرادة الضمنية لاعتراض العقد ليست مطلقة بل تمارس مع التحفظ الشديد وأن يكون استخلاصها قد تم بطريقة مؤكدة، حتى لا تتسرب اتفاقية روما لعام ١٩٨٠ على

^(٣٨٦) أ.د. / أبو زيد رضوان - الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ط / ١٩٨١ ص ١٥١ .

^(٣٨٧) أ.د. / محسن شفيق - عقد تسليم مفتاح - ص ١٣٣ .

أن "يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحا أو مستخلصا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو ظروف الحال " (٣٨٨).

المبحث الثاني

الوسائل الودية لفض المنازعات الناشئة عن عقود الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

تتعدد الوسائل والطرق الودية لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي عقد الـ B.O.T. سواء أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه أو أنقضائه وبصفة عامة في كل المراحل، كما قد يثور خلاف حول حقوق والتزامات كل طرف من طرفي العقد أو قد يتم التنفيذ ولكن مغاير لمواصفات المشروع القياسية المتفق عليها . وهذه الوسائل لا ترجع إلى قانون محدد إنما تعتمد أولا وأخيرا على إرادة طرفي النزاع ، وهذه الوسائل تتمثل في التفاوض، والتوفيق ، والوساطة ، والخبرة الفنية، والمحاكمات المصغرة ، ومجالس مراجعة المطالبات لحل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة للفديك ، أيضا قد تلجأ الحكومة المضيفة للاتفاق على تسوية المنازعات عن طريق التحكيم ، وهو يعد طريقا لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرفين القائم بينهما النزاع ، فالتحكيم يعد بديلا لنظام التقاضي أمام المحاكم. وهذا ما ذهبت اليه بعض العقود التي أبرمت مؤخرا في مصر بنظام الـ B.O.T. إذ ورد بعقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطارمرسى علم بنظام الـ B.O.T. في المادة (١٣) بشأن تسوية المنازعات : "إذا نشأ أى خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما ، فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه ، فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية على أن يتم التحكيم في لندن " .

ونظرا لما يشكله التحكيم من أهمية بالغة بخصوص عقد الـ B.O.T. فقد أفردنا له بحثا مستقلا، أما في هذا المبحث سنتناول الوسائل الأخرى في مطلبين. الأول: نتناول فيه التفاوض،

(388) "A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice must be expressed or demonstrated with reasonable certainty in the terms of the contract or the circumstance of the case".

والتوفيق، والوساطة، والخبرة الفنية، والمحاکمات المصغرة ، ومجالس مراجعة المطالبات ، وفى
الثانى : نتناول فيه مجالس حل المنازعات وفقاً للقواعد الجديدة للفيديك .

المطلب الأول

الوسائل السلمية لفض منازعات عقد الـ B.O.T.

قلنا - آنفا - أن هذه الوسائل متعددة نذكر منها مايلي :-

أولاً: وسيلة التفاوض:

وتتمثل هذه الوسيلة فى أنه إذا نشب نزاع أو خلاف بين طرفى عقد الـ B.O.T فإن الطرفين يتفاوضان فيما بينهما دون تدخل من أحد على حل وحسم منشأ من خلاف وهذه الوسيلة تعتبر من أفضل الوسائل إذ يسعى الطرفان عند حدوث أى خلاف إلى محاولة حله عن طريق التفاوض ومحاولة ذلك أكثر من مرة على مختلف المستويات ، ويجب ألا يلجأ الطرفان إلى الوسائل الأخرى لحل منازعاتهم إلا إذا فشلت محاولات التفاوض بينهما ، ويكون هدف الأفراد من التفاوض إعادة العلاقات فيما بينهما إلى سيرتها الأولى بما كانت عليه من التفاهم والعلاقات الودية وعودة دولاى العمل إلى ماكان عليه دون نزاع أو خلاف مع الأخذ فى الاعتبار ماتضمنه العقد من احكام فى هذا الخصوص إذ وجدنا فيما سبق أنه قد نص فى عقد مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T المادة ١٣ منه ".....وجب عليهما محاولة فضة عن طريق التفاوض بينهما" فهنا قد تضمن العقد النص صراحة على وجوب فض المنازعات عن طريق التفاوض .

ثانياً : وسيلة التوفيق :

وتتمثل هذه الوسيلة فى أن يتفق الطرفان المتنازعان فى عقد الـ B.O.T على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية ويعتبر التوفيق الطريق الثانى الذى يلجأ إليه طرفا عقد الـ B.O.T للوصول إلى حل توفيقى لحل المشاكل التى تنشأ بينهما عن طريق اختيار موفق أو أكثر Conciliator محايد يتولى وضع الحلول الوسط والبدائل المختلفة للمنازعات والخلافات التى تنشأ بين الأطراف . وهذه الوسيلة هى ماعينتها المادة ١٣ من عقد التزام مطار مرسى علم سالفه الذكر بقولها " فاذا لم يصل إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جازلهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه" . ويجب ألا يتم الخلط بين وسيلة التوفيق التى يلجأ إليها الطرفان المتنازعان فى عقد الـ B.O.T وبين لجان التوفيق المنصوص عليها بالقانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٠ إذا اللجوء إلى لجان التوفيق

ليس اختياريًا بل أصبح طريقًا حتميًا بشروط لمن أراد أن يلجأ إلى القضاء لأنه إذا ما سلك طريق القضاء قبل عرض الأمر على لجان التوفيق قضى بعدم قبول دعواه أما وسيلة التوفيق فهي وسيلة اختيارية باتفاق طرفي النزاع والأمر جوازي لهما.

وقد لوحظ أن هذا الطريق "التوفيق" لجأت اليه العديد من الدول في تلك المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T. ومن هذه الدول الصين وبخاصة هونج كونج ، وبعض الدول مثل بنجلاديش ، وبريطانيا ، وبعض دول أمريكا الجنوبية. وحقيقة الأمر أن التوفيق في مرحلته الأولى اتفاق وفي مرحلته الثانية إجراء ولكنه لا ينتهي بحكم ملزم لأطراف عقد الـ B.O.T.^(٣٨٩). ويطبق مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قواعد التوفيق التي أصدرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال).

ثالثاً: وسيلة الوساطة MEDIATION

تعد الوساطة إحدى الوسائل السلمية لتسوية وحسم المنازعات الناشئة عن عقود الـ B.O.T. فالوسيط له سلطة أوسع من سلطة الموفق ، فالوسيط يقابل الأطراف في أغلب الاحوال كل على حده لتضييق هوة الخلاف بين الطرفين، ولكنه لا ينتهي إلى قضاء ملزم^(٣٩٠) وتمتاز الوساطة بأنها الطريق الذي يحفظ العلاقات الودية بين الأطراف ويلجأ إليه الأطراف تطوعاً دون اللجوء إلى التحكيم الذي يتسم -أحياناً- بطول إجراءاته وصعوبة اختيار المحكمين وغالباً يتم اللجوء إلى القضاء لتنفيذ حكم المحكمين . وتتم الوساطة عن طريق اختيار طرف محايد مؤهل لمساعدة الأطراف في تسوية المنازعات والوصول إلى حل يرضى جميع الأطراف . وحقيقة الأمر أن الوسيط لا يملك إصدار قرارات ملزمة للأطراف ، ويعتبر دوره غير رسمي ويعتبر هذا الطريق من أكثر طرق تسوية المنازعات في عقود الـ B.O.T. وأسرعها تنفيذاً حيث يحاول الوسيط تحديد أوجه النزاع وفتح باب المناقشات ومحاولة الوصول إلى حل وسط يرضى كافة الأطراف^(٣٩١) ويعتبر التوفيق والوساطة في بلاد القانون المشترك Common law وسيلة واحدة .

(٣٨٩) أ.د. / جيهان حسن سيد أحمد - عقد الـ B.O.T. وكيفية فض المنازعات - ص ١١٥ .

(٣٩٠) أ.د. / محمد أبو العينين - ورقة عمل - بحث - مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عن مشروعات البنية الأساسية المحولة عن طريق القطاع الخاص في الفترة من ٢٨ - ٢٩ نوفمبر ٢٠٠١ بشرم الشيخ .

(٣٩١) أ.د. / جيهان حسن سيد أحمد - المرجع السابق - ص ١١٦ .

رابعاً : وسيلة الخبرة الفنية :

قد لا تفلح الوسائل السابقة بين طرفى عقد الـ B.O.T. لفض مابينهما من نزاع نظرا لأن النزاع الذى نشب بينهما فنى يحتاج إلى أهل الخبرة والتخصص فيما يتنازع بشأنه طرفا عقد الـ B.O.T. وهنا يلجأ الطرفان إلى خبير فى الأمور المتنازع عليها بينهما ، وهذا الخبير لا يقوم بالفصل فى النزاع ولكن دوره يقف عند حد إبداء الرأى فى مسألة فنية محل خلاف بين طرفى العقد ، ويمكن أن يجمع الخبير بين هذا الوصف وبين وصفه ودوره كمحكم فى موضوع النزاع ، وهذا يتم باختيار الطرفين حيث يحدث أحيانا نزاع فى مواصفات المشروع وخصائصه عندئذ يستطيع المحكم الخبير حسم النزاع فى الحال ومن ثم لا تترتب أى خسائر على تأخير الفصل فى النزاع ويمكن أن يلجأ الطرفان إلى الخبير الفنى بعد بداية إجراءات التحكيم من هيئة التحكيم ورأيه استشارى فى جميع الاحوال سواء أمام هيئة التحكيم أو أمام هيئة المحكمة المختصة إذ أن المحكمة لها الرأى الأعلى فى موضوع النزاع أو الدعوى .

خامساً : وسيلة المحاكمات المصغرة MINI.TRIALS

تهدف هذه الوسيلة إلى حل النزاع بأقل قدر من التعقيدات والمشاكل والتكلفة وتتلخص هذه الوسيلة فى أن النزاع الذى ينشأ بين طرفى عقد الـ B.O.T. يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحدا منهما من كبار موظفيه فى مستويات الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع ويتولى العضوان اختيار الرئيس ، وإن لم يتفقا على شخصه تعينه جهة محايدة مثل غرف التجارة أو مراكز التحكيم (٣٩٢) .

ويطلب من الهيئة المشكلة على النحو السابق إعداد مشروع للتسوية وتقديمه للطرفين المتنازعين ، فإذا لم يتمكن العضوان من التوصل إلى مشروع مقبول منهما جميعا يتقدم الرئيس بمشروع من إعداده هو باعتباره طرفا محايدا، ويلتزم الطرفان المتنازعان بعدم السير فى إجراء قضائى أو طلب التحكيم أثناء مدة المحاكمة المصغرة ، وفى نفس الوقت لا إلزام على الطرفين المتنازعين بقبول مشروع التسوية الذى تم إعداده، كما لايجوز لأى من الطرفين استخدام أى معلومات أو دليل يتصل لعلمه أثناء المحاكمة المصغرة ضد خصمه إذا لم تكلل إجراءات المحاكمة بالنجاح ، فالرئيس والاعضاء أمناء على أسرار الطرفين المتنازعين .

(٣٩٢) أ.د. / محمد أبو العينين - ورقة العمل المقدمة إلى المؤتمر السادس بشرم الشيخ - مشار إليه سابقا.

سادساً : وسيلة مجالس مراجعة المطالبات :

هذه الوسيلة أو ذاك النظام الودى يستخدم -غالبا- فى تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الانشاءات - كما هو الحال فى عقود ال-B.O.T وهذا النظام يتلخص فى أن ينشأ مجلس ثلاثى الاعضاء فى بداية المشروع ، يعين المقاول عضوا ويعين المالك عضوا آخر ، فمثلا فى عقد ال-B.O.T يعين الملتزم عضوا وتعين الجهة الادارية (المانحة) عضوا آخر ، ويختار العضوان العضو الثالث رئيسا للمجلس ، ويسلم لكل عضو من الاعضاء الثلاثة صورة كاملة من عقد المقاول (الملتزم) ، وجداول تنفيذ الأعمال ، ومحاضر الاجتماعات التى يعقدها الطرفان ، وتقارير سير العمل . ويتولى هذا المجلس الثلاثى الاعضاء مراجعة مطالبة يقدمها المقاول أو أمر تعديل يصدره المالك أولا بأول ويصدر المجلس توصية غير ملزمة للطرفين بشأن تلك المطالبة أو ذلك الأمر الصادر من المالك ويتميز هذا النظام بأنه يسمح بنظر أى خلاف أو نزاع فى مهده ومرحلته الأولى قبل أن يتفاقم ، ويسمح للطرفين المتنازعين بالعمل سريعا على حله على ضوء توصيات هذا المجلس الذى يعتبر منعقدا بصورة دائمة .

المطلب الثانى

مجالس حل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة للفيديك

تمهيد :

بادئ ذى بدء فان المقصود بالقواعد الجديدة للفيديك هى تلك القواعد والمبادئ التى أقرها الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين وتضمنها الكتاب الأصفر الجديد طبعة ١٩٩٩ الذى حل محل الكتاب البرتقالى. وهذا الاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين (فيديك) قد أنشأ مجلس لحل المنازعات التى تنشأ بين المقاولين وأصحاب الأعمال . وهذا المجلس على غرار مجلس مراجعة المطالبات -السابق الاشارة إليه -ألا أن مجلس حل المنازعات المنشأ بمعرفة الفيديك يمتاز فى أنه يصدر قرارات ملزمة للطرفين المتنازعين وذلك على خلاف قرارات مجالس مراجعة المطالبات فهى غير ملزمة لطرفى النزاع . فما هو مجلس حل المنازعات ؟ وما الشروط الواجب توافرها فى هذا المجلس ؟ وما كيفية إصدار القرارات وتنفيذها ؟ وهل يجوز إنهاء المجلس وما الأثر المترتب على الإنهاء ؟

هذا ما نجيب عليه -إن شاء الله -فى هذا المطلب وذلك على النحو التالى :

أولاً: مجلس حل المنازعات :

هذا المجلس هو مانصت عليه المادة ٣١٢٠ من الكتاب الأصفر . إذ تتم الموافقة على أعضاء مجلس حل المنازعات من الأطراف مسبقاً وتحديد أسمائهم بالعقد ، حيث يلتزم الأطراف خلال ثمانية وعشرين يوماً من تاريخ البدء مجتمعين التأكد من تعيين مجلس حل المنازعات ، ويتكون هذا المجلس من أشخاص مؤهلين ، ويكون عدد الاعضاء واحداً أو ثلاثة ، وفي حالة كون مجلس حل المنازعات ثلاثة أعضاء فكل طرف من الطرفين المتعاقدين يقوم بترشيح عضو واحد ليوافق عليه الطرف الآخر، ويتفق الطرفان بعد ذلك على تعيين عضو ثالث ويكون رئيساً للمجلس ، ويجب الاتفاق بين رب العمل والمقاول على شروط تعيين الاعضاء وعلى المكافآت بما فى ذلك مكافأة كل عضو وأى شخص يطلب منه المجلس مشورة أو رأياً فنياً ، وفى حالة عدم الاتفاق فان مكافأة كل عضو يجب أن تشمل تعويضاً عن النفقات المعقولة وأجراً يومياً طبقاً للأجر اليومي الذى يتحدد من وقت لآخر للمحكمين طبقاً للقواعد الإدارية والمالية الصادرة من مركز تسوية منازعات الاستثمار ، ومبلغاً ثابتاً كل شهر ميلادى ، ويلتزم رب العمل والمقاول بتسديد نصف أتعاب مجلس حل المنازعات ، وفى حالة إخلال أى من الطرفين بهذا الالتزام ، يحق للطرف الآخر أن يقوم بالسداد بدلاً منه على أن يستردها من الطرف الذى أخفق فى مطالبه .

ثانياً : الشروط الواجب توافرها فى أعضاء مجلس حل المنازعات :

يشترط فى كل عضو من أعضاء مجلس حل المنازعات شروطاً نذكر منها :-

١- أن يكون وأن يستمر طوال تعيينه مستقلاً عن طرفى عقد الـ B.O.T. فلا يكون تابعاً أو مروضاً سواء للجهة الادارية المانحة ولا الملتزم (المستثمر) والا فقد حياؤه وأصبح غير صالح لعضوية مجلس حل المنازعات .

٢- يشترط فى الاعضاء جميعهم أن يتصرفوا طبقاً لما هو مدون فى العقد دون تجاوز أو تفريط ، فيجب عليهم أن يتصرفوا بحياد تام متمسكين ببند العقد .

٣- يتعهد الأطراف كل قبل الآخر وتجاه المجلس بألا يكون أعضاء مجلس حل المنازعات مسئولين تحت أية ظروف عن أى إخلال بالالتزام أو بالعقد ناتج عن تعيينهم، وعلى الأطراف حماية الأعضاء من أية مطالبات من هذا القبيل.

ثالثاً: قرارات مجلس حل المنازعات :

يصدر المجلس قراراته بشأن المنازعات المعروضة عليه ويعلنها للأطراف ، ووفقا لقواعد معينه يجوز الاعتراض على هذه القرارات وعندئذ يحاول الطرفان حل المنازعات بالوسائل والطرق الودية الأخرى كالتوفيق ، والتفاوض ، والوساطة ، والمحاکمات المصغرة ، وذلك قبل اللجوء إلى التحكيم.

رابعاً : هل يجوز إنهاء عمل مجلس حل المنازعات ؟

يجوز إنهاء تعيين مجلس حل المنازعات بالاتفاق المشترك بين رب العمل والمقاول، وينتهي تعيين مجلس حل المنازعات فى أى وقت تتفق عليه الأطراف ، وفى حالة اتفاق الأطراف ، يجوز لهم تعيين شخص مؤهل مناسب ليحل محل أى من أو كل أعضاء مجلس حل المنازعات ، وهذا التعيين يتم فى حالة ما إذا أصبح عضو من أعضاء المجلس غير قادر على العمل نتيجة العجز أو التنحي أو إنهاء التعيين أو رفض عضو العمل ، أو أنه أنتقل إلى رحاب ربه فشغل مكانه أى أصبح مكانه شاغراً و خالياً، عندئذ على الشخص أو الهيئة التى سميت بملحق العطاء بعد الاستشارة الواجبة مع الأطراف ان تسمى هذا العضو (الجديد) لمجلس حل المنازعات وتكون هذه التسمية نهائية وشاملة (٣٩٣) .

المبحث الثالث

التحكيم ودوره فى فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T

تمهيد وتقسيم :

إن التحكيم وسيلة من وسائل فض المنازعات التى تنشور بين المتعاملين فى التجارة الدولية ، بموجب اتفاق بينهم يقضى بذلك ، فهو نظام قضائى خاص^(٣٩٤) يلجأ اليه المتنازعون لما فيه من مزايا لاتوجد فى الوسائل الودية الأخرى ولا توجد فى القضاء ، وإن كان الأفراد يستطيعون باتفاقهم الخاص فض المنازعات التى تقوم بينهم صلحا ، فأنهم يستطيعون الاستغناء

(٣٩٣) د.أ / محمد أبو العينين - ورقة العمل السابقة - ص ٥ .

(٣٩٤) د. أسامة الشناوى - المحاكم الخاصة فى مصر - رسالة دكتوراه - ص ٤٠٣ .

عن قضاء الدولة بالتحكيم عن طريق عرض النزاع على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم ليقوموا بالفصل في هذا النزاع ويسمون المحكمين arbitres . وقد درجت عقود الـ B.O.T التي أبرمت مؤخرًا في مصر على إضافة شرط أو بند فض المنازعات عن طريق التحكيم الأمر الذي معه نرى أهمية بحث وسيلة التحكيم بشئ من التفصيل وذلك على النحو التالي :

تعريف التحكيم فاللغة وفي الشريعة الإسلامية والفقه المقارن وأحكام القضاء في مطلب أول، ودواعي الالتجاء إلى التحكيم. ومزاياه وعيوبه في مطلب ثان، والفرقة بين التحكيم والنظم المشابهة الأخرى وأنواع التحكيم في مطلب ثالث وإمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقد الـ B.O.T في مطلب رابع . ومن ثم تتضح خطة البحث كالتالي :

المطلب الأول : تعريف التحكيم .

المطلب الثاني : مزايا وعيوب التحكيم.

المطلب الثالث : أنواع التحكيم والفرقة بينه وبين النظم المشابهة الأخرى .

المطلب الرابع : إمكانية اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقد الـ B.O.T

المطلب الأول

تعريف التحكيم

يعرف التحكيم في اللغة : بأنه طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه . ويقصد بالتحكيم في الاصطلاح القانوني : بأنه اتفاق بين أطراف علاقة قانونية معينة ، عقدية كانت أو غير عقدية ، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل ، أو التي يحتمل أن تثور ، عن طريق أشخاص المحكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم بيانًا لكيفية اختيار المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقًا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز ^(٣٩٥) ومن هذا التعريف يتبين أن عناصر التحكيم ثلاثة :-

١- خصومة بين طرفين .

٢- محكم يزود بسلطة الفصل في الخصومة بقرار ملزم .

(٣٩٥) أ.د. / محمود مختار أحمد بري - التحكيم التجارى الدولى - ص ٥ .

٣- اتفاق بين الخصوم على التحكيم ، وهو اتفاق شامل لمبدأ التحكيم و جميع عملياته فى التحكيم الاختيارى المحض ، ومقصود على بعض جوانب التحكيم فى التحكيم الإجبارى^(٣٩٦).

وقد عرفت محكمة النقض التحكيم " بأنه طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وما تكفله من ضمانات ، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم " ^(٣٩٧) .

وقد قضت محكمة النقض بأن " النص فى المواد ١٥ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية ١/٥٠١ ، ٥٠٢ /٣ من قانون المرافعات يدل على أنه وإن كانت ولاية الفصل فى المنازعات معقودة فى الأصل للمحاكم ، إلا أن المشرع أجاز للخصوم - خروجاً على هذا الأصل - أن يتفقوا على إحالة ما بينهم من نزاع إلى محكمين يختارونهم ليفصلوا فيه بحكم له طبيعة أحكام المحاكم وإذا كان المحكمون يستمدون ولايتهم فى الفصل فى النزاع من اتفاق الخصوم على اختيارهم للفصل فيه فإن ما يصدر خارج المحاكم بغير هذا الاتفاق لا يكون حكماً له المقومات الأساسية للأحكام بما يتيح لأى من الخصوم دفع الاحتجاج عليه بمجرد إنكاره والتمسك بعدم وجوده دون حاجة إلى الإدعاء بتزويره أو اللجوء إلى الدعوى المبتدأه لاهداره" ^(٣٩٨) .

والمستفاد من هذا الحكم أن التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات مقيد بما يتفق عليه الخصوم وأن ما يصدره المحكمون من قرارات لها حجية الأحكام ومقوماته .

والتحكيم من الناحية التاريخية نشأ قبل القضاء فهو قديم قدم المجتمعات حيث كان سائداً فى المجتمعات القبلية بأعتباره الاداة الفردية للتسوية الودية للمنازعات عن طريق الغير ، وكان معروفاً فى المجتمعات الفرعونية واليونانية والرومانية ^(٣٩٩) .

^(٣٩٦) أ.د / محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - ص ١٦ .

^(٣٩٧) (نقض مدنى الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٣٦ ق مج المكتب الفنى س ٢٣ جلسة ١٦/٢/١٩٧١ - ص ١٧٩ رقم ٣١ ، والطعن رقم ٥٢١ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٥/٢/١٩٧٨ مج المكتب الفنى س ٢٩ ، ص ٤٧٢ رقم ٩٣ .

^(٣٩٨) (الطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ٦/٢/١٩٨٦ ، منشور بمجلة الدفاع الإسلامى النشرة الثانية ، يوليو ١٩٨٧ ، ص ٢٧ ، ٢٨ .

^(٣٩٩) (د/ على عوض حسن - التحكيم الاختيارى والاجبارى - ص ١٢ .

وقد ثبت التحكيم فى الشريعة الاسلامية من خلال الكتاب والسنة والإجماع . فقال الله عز وجل فى محكم التنزيل " وإن خفتم شقاق بينهما فأبعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما " (٤٠٠) .

وقد أقر رسول الله صلى الله عليه وسلم التحكيم عندما حكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة حينما أبدت يهود بنى قريظة رغبتهم فى تحكيمه فأقر الرسول صلى الله عليه وسلم ذلك . كذلك فإن الصحابة رضوان الله عليهم أخذوا بالتحكيم بل إنهم ذهبوا إلى أن حق المحكمين مطلق فى الإصلاح والتفريق بين الزوجين بناء على الآية السابقة ، وأن على القاضى أن يقضى بما يراه الحكمان ومن هؤلاء الصحابة على بن أبى طالب ، وعبد الله بن عباس رضى الله عنهما ، ولم يعرف لهما مخالف ، وهو متفق مع المأثور من أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم . ولم يتفق فقهاء القانون المقارن على تعريف موحد للتحكيم .. فقيل بأنه " عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح النزاع على محكم ، أى شخص أو أشخاص يختارونهم أو تعينهم المحكمة فى بعض الاحوال، وذلك للفصل فيه دون المحكمة المختصة ، وقد يبرم تبعا لعقد آخر ويذكر فى صلبه ويسمى شرط التحكيم ، أو عند نشوء النزاع ويسمى مشارطة التحكيم. وقيل بأنه وسيلة يلجأ إليها المتنازعون لفض ما بينهم من خلاف بمعرفة أفراد عاديين بدلا من عرضهم على محاكم القانون العام " .

وهناك رأى بأن " التحكيم هو (قضاء القطاع الخاص) إن صح هذا التعبير، وهو بالتأكيد أهم صور القضاء الذاتى. والخصيصة الأساسية للتحكيم أن الخصوم هم الذين يختارون أشخاص القضاة ، أو يضعون القواعد التى بمقتضاها يتم اختيارهم " التحكيم نظام للقضاء الخاص يقضى فى خصومه معينة من اختصاص القضاء العادى ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها" (٤٠١) .

المطلب الثانى

مزايا وعيوب التحكيم

تمهيد :

(٤٠٠) سورة النساء - الآية - رقم "٣٥" .

(٤٠١) هذه التعريفات وغيرها مشار إليها لدى د/ أسامة الشناوى - الرسالة السابقة - ص ٤٠٥ - ٤٠٦ .

يقول اللورد دونالدسون: أن المحكمين والقضاة شركاء في توزيع العدالة فالقاضي يمارس عمله القضائي في النطاق العام ، أما المحكم فيباشر عمله في المجال الخاص . وأن أى نظام قضائي فى أى بلد من بلاد العالم يفضل التسوية للانزعة من أجل تحقيق العدالة السريعة والرخيصة فى نفس الوقت وهو ما يحققه نظام التحكيم الذى تتجه إليه سياسة معظم الدول . ومما لا شك فيه أن التحكيم بشتى صوره وأنواعه له مميزات جوهرية تجعل منه نظاما ضروريا للسياسة الاقتصادية فى مصر خصوصا بعد أن توجهت هذه السياسة إلى الانفتاح الذى يهدف إلى جلب رؤوس الاموال الأجنبية والاستثمارات التى تساعد على التنمية ، إلا أنه مع ذلك توجد بعض العيوب ، ولكنها عيوب من الممكن التغلب عليها بشئ من التنظيم ووضع الضوابط القانونية التى تحقق للقضاء الوطنى كيانه واستقلاله وفى نفس الوقت يحقق للتحكيم أهدافه^(٤٠٢) . الأمر الذى يوجب علينا أن نبين مزايا التحكيم فى فرع أول ، وعيوب التحكيم فى فرع ثان . وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول

مزايا التحكيم

هناك اعتبارات عملية عديدة تدعو الأفراد إلى اللجوء إلى التحكيم وتعد من مزاياه تتمثل فيما يلى :-

١ - التحكيم طريق سريع لفض المنازعات :

إذ به يتجنب الأفراد طرح منازعاتهم على القضاء ، لما تتسم به اجراءات التقاضى من بطء وتعقيد ، علاوة على احتمال أستطالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضى وأمكانية الطعن فى الاحكام وتقديم اشكالات التنفيذ التى قد تحكمها اعتبارات اللدد فى الخصومة ، والمماطلة التى تحقق القول بأن العدالة البطيئة نوع من الظلم أما التحكيم فيتسم بسرعة إنهاء الاجراءات وبالتالي سرعة حسم المنازعات .

(٤٠٢) د / على عوض حسن- المرجع السابق - ص ٢٧ .

وهذه السرعة لنظام التحكيم جعلته مفضلا لدى التجار ورجال الأعمال فاتفق الأطراف على التحكيم يكشف عن رغبة فى حسم ماقد يثور بينهم من خلافات وينزع إلى حد كبير صفة الخصومة ويقضى على وسائل المطل واللدد ، إذ يفوض الأطراف أمرهم إلى المحكمين الذين أختاروهم بأنفسهم ، وهم بهذا التفويض أرتضوا وقبلوا سلفا الازعان لما يصدره المحكمون من قرارات . وحكم التحكيم لاتحكمه أعتبارات الخصومة ورغبة كل طرف من الأطراف فى الانتصار لنفسه كما هو شأن الخصوم أمام القاضى ، حيث وسائل المطل وأستغلال المهارات القانونية من فتح الثغرات أو تهئية وسائل الطعن ومواصلة طرقها تباعا مع استغلال الاجراءات والمواعيد ووسائل الاعلان والتلاعب التى قد تؤدى فى النهاية إلى ضياع الحق من صاحبه وكسب الظالم لقضيته والتحكيم يغلق كل هذه الابواب (٤٠٣) .

٢ - حرية اختيار المحكمين :

فلا توجد فى التحكيم أية قيود على الأطراف فى اختيار ممثليهم ، فى حين أنه فى بعض القضايا قد يتطلب الأمر توكيل محام أو أكثر سواء لإعداد القضية أو للمرافعة فيها، الأمر الذى يضاعف الجهد والنفقات ، وذلك لتقيد الأطراف بان يكون اختيار ممثليهم أمام القضاء من طوائف المحامين المقيدين أمام المحكمة التى تنتظر القضية ، فلا يجوز أسناد أمر الدفاع فى مثل هذه القضايا لغير هؤلاء ، بينما فى التحكيم يجوز أن يكون المحكم من أى مهنة أو من عامة الناس ، فهو بالضرورة ليس محاميا (٤٠٤) . فالأطراف يمكنهم اختيار محكم له خبرة فى مجال النشاط الذى يتعلق به النزاع ، فقد يكون مهندسا ، أو طبيبا ، أو من رجال الأعمال . مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك طبيعة النزاع والامساك بمقطع النزاع دون أن يكون مضطرا للاستعانة بالخبراء (٤٠٥) .

٣ - السرية :

ويمتاز التحكيم بأنه يحقق رغبة الأفراد فى تفادى العلانية التى تتسم بها أحكام القضاء ، ومن ثم يحافظون على أسرارهم ، فالأصل فى إجراءات التقاضى أمام المحاكم أنها علنية سواء فى حضور الجلسات أو فى النطق بالأحكام . لكن نظام التحكيم بحكم سرية إجراءاته

(٤٠٣) أ.د / محمود مختار أحمد البريرى - المرجع السابق - ص ٩ .

(٤٠٤) د. على عوض حسن - المرجع السابق - ص ٣١ .

(٤٠٥) أ.د / محمود مختار أحمد البريرى - المرجع السابق - ص ١٠ .

وخصوصيتها يحقق مصلحة الخصوم فى الحفاظ على هذه السرية ، خصوصا وأنه يتناول موضوعات اقتصادية ومعلومات قد يحرص الأفراد على كتمانها .

٤ - مواكبة الاتجاهات الدولية الحديثة :

فالتحكيم يعتبر الوسيلة المثلى لفض المنازعات الدولية الخاصة مع نمو المعاملات التجارية الدولية وزيادة عدد الشركات والمشروعات الدولية لانه بتقديمه لمحكمة خاصة محايدة لا تنتمى بوجه خاص إلى جنسية معينة يبعث على الثقة فيها وفى أحكامها . والتحكيم يتفق مع القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى الذى أعدته عام ١٩٨٥ لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة (الانسترا). وقد لوحظ أن معظم قوانين الاستثمار خاصة فى الدول النامية تنص صراحة على تبنى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات مع المستثمرين لبث الطمأنينة وتشجيعهم على أستثمار أموالهم أو تقديم خدماتهم، الأمر الذى لا يتحقق إذا أحس المستثمر إمكان مواجهة القضاء القوانين الوطنية وأقتران ذلك بهواجس التحيز وميل القضاة لحماية مصالحهم الوطنية أو ادعاء تدنى مستوى القضاة أو أنحرافهم فى بعض دول العالم الثالث^(٤٠٦). وتدل التجربة على أن قبول أحكام التحكيم وتنفيذها من جانب الخصوم أيسر من قبولهم وتنفيذهم لأحكام المحاكم الوطنية نظرا لما تتمتع به أحكام المحكمين من ثقة^(٤٠٧) .

الفرع الثانى

عيوب التحكيم

بالرغم مما ذكر من مزايا للتحكيم فإنه لا يخلو من عيوب تحد من أهميته ومن هذه العيوب مايلى :-

١ - التأثير السلبي للتحكيم على أقتصاديات الدول النامية :

يرى- البعض - أن اللجوء إلى التحكيم له آثار سلبية على الاقتصاد الوطنى للدول النامية وذلك فى ظل العلاقات الدولية غير المتوازنة بين هذه الدول والدول المتقدمة، وغالبا مايكون اللجوء إلى التحكيم فى غير صالح الدول النامية، حيث يفرض عليها الكثير من التضحيات والأعباء والتنازلات لصالح الدول القوية التى تملك وسائل القوة الاقتصادية فى شكل نقل واستخدام التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية مع تحمل الدول الأخيرة للتكلفة الباهظة لمثل

(٤٠٦) أ.د. / محمود مختار أحمد البريرى - المرجع السابق - ص ١١ .

(٤٠٧) د / أسامة الشناوى -الرسالة السابقة - ص ٤٠٨ .

هذه العمليات ، وهى تكلفة تذهب إلى الدول القوية فيزداد إقتصادها قوة ، بينما ينوء إقتصاد الدول النامية من تحمل هذه التكاليف، وتاريخ التحكيم فى هذا المجال يؤيد ذلك . مثال ذلك : قرار المحكم الانجليزى الصادر فى ١٩٥١/٨/٢٨ فى نزاع التحكيم بين أبو ظبى وشركة التنمية البترولية المحدودة والذى صدر لصالح الشركة الاجنبية، وكذلك قرار التحكيم الصادر فى ١٩٧٧/٢/٩ فى النزاع بين حكومة ليبيا وشركتين للبترول والذى صدر لصالح الشركتين. فمثل هذه القرارات تعبر بشكل ملحوظ عن أن قرارات المحكمين ماهى فى الواقع إلا تكريس لمفاهيم قوانين الدول المتقدمة واعمال لقانون الأقوى (٤٠٨) .

٢ - إطالة أمد النزاع فى بعض الأحيان :

بالرغم من أن السرعة هى إحدى مميزات التحكيم ، فان التحكيم عملا قد يؤدي إلى إطالة أمد النزاع ، فغالبا مايلجأ المتحاكمون بعد التحكيم إلى المحاكم العادية منازعين فى صحة التحكيم أو طاعنين فى عمل المحكمين لتجاوز حدود ولايتهم وبذلك يطول أمد النزاع مما يؤدي كذلك إلى زيادة النفقات ومن ثم يكون من الأفضل أن يلجأ الأفراد إلى القضاء مباشرة بدلا من اللجوء إليه بعد سلوك سبيل التحكيم .

٣ - كثرة النفقات والمصاريف :

بالرغم من أن من مزايا التحكيم أنه قليل النفقات. فإننا نجد أنه فى بعض المنازعات الصعبة والمعقدة قد ينكبد الخصوم مصاريف ونفقات طائلة تتمثل فى أتعاب المحكمين والمحامين والخبراء والمستشارين القانونيين، وهذه النفقات وتلك المصاريف قد تتجاوز بكثير مصاريف التقاضى أمام القضاء العادى وتفوقها. مما يجعل التحكيم مرتفع التكاليف والنفقات بدرجة كبيرة جدا إذا ما قورن باللجوء للقضاء الرسمى . وفى نظر البعض فإن القول أن من مزايا التحكيم توفير المال هو قول بعيد عن الواقع والحقيقة (٤٠٩) .

٤ - عدم وجود رقابة كافية على أعمال المحكمين :

وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التى يصعب اكتشافها وترتيب الجزاء المناسب عليها . وهذا هو الذى جعل رجال القضاء ينظرون إلى التحكيم نظرة ملؤها الشك والحذر

(٤٠٨) أ.د. / أبو زيد رضوان . الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى - ص ١٩٤ .

(٤٠٩) د. أسامة الشناوى -المحاكم الخاصة فى مصر -الرسالة السابقة -ص ٤١٠ .

ويعتبرونه منافسا للمحاكم العادية ولذلك نجد بعض القوانين كالقانون الانجليزي والقانون السودانى ، تعطى للقضاء سلطة إشراف واسعة المدى على اجراءات وأحكام التحكيم ، وتوجد فى القانون المصرى للقضاء سلطة أشرف على التحكيم ولكن ليس بالقدر المتاح للقضاء الانجليزي والسودانى (٤١٠) .

٥ - عدم وجود الضمانات الكافية فى المحكمين :

ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف من كثير من الضمانات التى أحاط بها القانون العمل القضائى من ذلك مثلا التكوين العلمى والقانونى فالمحكّمون يكونون غالبا من رجال الأعمال والمتخصصين فى موضوعات معينة وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة فى غالب الأحيان مما لا يساعدهم على تحقيق العدالة المطلوبة مما يؤدى إلى ضياع بعض حقوق المتقاضين ، كما أن اللجوء إلى التحكيم لا يجيز لمن صدر قرار التحكيم فى غير صالحه رفع دعوى جديدة أمام القضاء ، بل وفى كثير من نظم التحكيم لايجيز له الاعتراض على قرار التحكيم إلا فقط عن طريق دعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر فيحرمه بذلك من ميزة وضمانة هامة بل وحق أصيل وهو اللجوء إلى القضاء والطعن فى الاحكام .

المطلب الثالث

أنواع التحكيم والفرقة بينه وبين النظم المشابهة الأخرى

للتحكيم أنواع مختلفة تتمثل فيمايلى :

١ - التحكيم الاختيارى والتحكيم الإجبارى :

أ- التحكيم الاختيارى :

هو ما يتم بإرادة أطراف النزاع سواء قبل نشوئه أو بعد وقوعه وهذا هو المعنى المراد من التحكيم الذى عبرت عنه المادة الرابعة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ " ينصرف لفظ - التحكيم - فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بارادتهما الحرة سواء كانت الجهة التى تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزا دائما للتحكيم " .

(٤١٠) أ.د / محمد عبد الخالق عمر - النظام القضائى المدنى - ص ٩٨ .

والتحكيم الاختيارى يفترض -بداية- وجود إرادة حرة خالية من العيوب فهو لايجوز إلا بين أطراف يتمتعون بأهلية التصرف (أهلية الأداء) أى بالغين لسن الرشد عاقلين . وهو أى - التحكيم-غير جائز إلا فيما يجوز فيه الصلح .

ب- التحكيم الإجبارى :

هو الذى ينص المشرع على الالتزام بالالتجاء اليه كطريق لحل النزاع . فهذا النوع من التحكيم هو بمثابة قضاء استثنائى قدر المشرع أنه الأجدر والأقدر على حل بعض أنواع من المنازعات ذات الطبيعة الخاصة ذلك كمنازعات العمل والعمال وكذا منازعات الضرائب والجمارك ومن أمثلة التحكيم الإجبارى ماورد بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٨٣ باصدار قانون هيئات القطاع العام وشركاته مواد (٦٥) ومابعدھا . إذ أوجب القانون أن تحال المنازعات التى بين شركات القطاع العام بعضها مع بعض أو بينها وبين الجهات الحكومية إلى التحكيم إجباريا .

٢- التحكيم اللائحى والتحكيم التعاقدى :

(أ) التحكيم اللائحى أو المؤسسى :

هو الذى تفصل فيه هيئات أو لجان منظمة سلفا وفقا لإجراءات وضوابط محددة نص عليها القانون .

(ب) التحكيم التعاقدى أو الحر :

هو الذى يتعلق بنزاع معين ويختار فيه الأطراف - وغالبا مايكونون من القطاع الخاص الحر أو الاستثمارى - المحكم أو المحكمين وفقا لمشارطات التحكيم .

التحكيم التعاقدى يتداخل مع التحكيم الاختيارى وكلاهما يمنع المحكمة المختصة من نظر النزاع وينشئ دفع بعدم قبول الدعوى أمام القضاء العادى أما التحكيم اللائحى يتداخل مع التحكيم الإجبارى وكلاهما ينزع الاختصاص بنظر النزاع من الجهة القضائية المختصة ، وتختص به الهيئة التى يحددها القانون وينشئ دفعا بعدم الاختصاص النوعى^(٤١١).

٣- التحكيم الدولى والتحكيم الوطنى :

(٤١١) أ.د. / أحمد أبو الوفا - التعليق على قانون المرافعات - ص ٩٤١ مشار إليه لدى د / على عوض حسن - المرجع السابق - ص ٢١ .

(أ) التحكيم الدولى :

يكون التحكيم دوليا إذا كان موضوعه نزاعا متعلقا بالتجارة الدولية وذلك فى الاحوال الآتية :

- ١- إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم .
- ٢- إذا أُنقِط طرفا التحكيم على الالتجاء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .
- ٣- إذا كان موضوع النزاع الذى يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

(ب) التحكيم الوطنى :

هو التحكيم الذى يكون داخل دولة واحدة بين أطراف هذه الدولة ومقر التحكيم داخلها . وأحيانا يسود اضطراب شديد يؤدى إلى اللبس فى استخدام الأوصاف التى تلحق بالتحكيم فهو يوصف بأنه وطنى أو محلى كما يوصف بأنه أجنبى وهذا الاخير قد يراه البعض مرادفا للتحكيم الدولى . فما هو معيار التفرقة؟

هذا المعيار مختلف فيه . فثم قائل بمعيار "مكان التحكيم" وقائل بمعيار القانون الواجب التطبيق ، وقائل بفحص طبيعة النزاع ^(٤١٢) .

ولكن المتفق عليه أنه إذا تعلق النزاع بعلاقة وطنية بحتة من حيث الأطراف وموضوع العلاقة ، ومكان التحكيم ، فإننا نكون بصدد تحكيم داخلى (وطنى) لا يثير أى مشكلة من حيث تكييفه أو تحديد القانون الذى يسرى عليه . أما معيار التفرقة بين التحكيم الأجنبى والتحكيم الداخلى فيرى البعض ^(٤١٣) تبنى معيار مكان التحكيم دون الاهتمام بجنسية الأطراف أو طبيعة النزاع . ويكون معيار الدولية مرتبطا بطبيعة النزاع . فالتحكيم يكون دوليا إذا اتفق عليه بشأن علاقة تنتمى لطائفة علاقات التجارة الدولية لتحكمها المبادئ العامة السائدة فى مجال التجارة

(٤١٢) أ.د. / محمود مختار أحمد بريرى - المرجع السابق - ص ١٩ .

(٤١٣) أ.د. / محمود مختار أحمد بريرى - المرجع السابق - ص ٢٠ .

الدولية ،وهي مبادئ يمكن استخلاصها من الأعراف التجارية والاتفاقات الدولية والعقود النموذجية والشروط العامة ولوائح المنظمات الدائمة^(٤١٤).

وقد تجتمع للتحكيم صفتا الأجنبية والدولية وذلك إذا كان التحكيم فى الخارج ويتعلق بمنازعة دولية ، ولكن ليس كل تحكيم أجنبى دولى ، كما أن التحكيم قد يكون دوليا رغم جريانه فى الداخل وحتى مع خضوعه للقانون الوطنى. هذه بعض أنواع التحكيم ذكرناها لأهميتها . والتحكيم بأنواعه المختلفة قد يتشابه مع بعض النظم الأخرى فما وجه الشبه وما وجه الاختلاف ؟.

(١) التفرقة بين التحكيم والتوفيق :

الاتفاق على الالتجاء الاختيارى للتحكيم يعنى قبول الأطراف لقرار المحكم الذى يفصل فى النزاع ، فالتحكيم اختيار نهائى لطريق كبديل عن الالتجاء للقضاء ، وفى التحكيم يجهل الأطراف القرار الذى يتخذه المحكم لتسوية النزاع فهم لا يشاركون معه فى إعدادة وكل مالهم هو عرض نزاعهم وشرح دعواهم بحيث إذا ما صدر قرار المحكم أصبح ملزما لهم بصرف النظر عن قبولهم أو رفضهم أياه^(٤١٥) .

أما التوفيق . فيقوم على أن الموفق يقرب وجهات النظر بين المتنازعين، بحيث يجعلهم يشتركون معه فى إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع ، أو على الأقل يحيطهم علما بالقرار الذى سوف يتخذه فى هذا الشأن ، فإذا لم يقبل الأطراف اقتراح الموفق ، أو انسحبوا أو انسحب أحدهم أثناء سير عملية التوفيق ، فإن أى قرار يصدر منه لا يكتسب أية قوة إلزامية . ومن هنا يظهر الفارق الجوهرى بين التحكيم والتوفيق الذى يتمثل فيما يلى : -

(أ) التوفيق يتضمن على سبيل الحتم تنازلات من الطرفين لكى يمكن التوصل إلى حل وسط ، بينما التحكيم يصدر فيه المحكم حكما قد يلبى فيه كل طلبات أحد الأطراف ويرفض كل طلبات الطرف الآخر ، فهو لا يبحث عن حل وسط توفيقى .

(٤١٤) أ.د / محسن شفيق -التحكيم التجارى الدولى - المرجع السابق - ص ٢٧ .

(٤١٥) د/ أحمد صالح على مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - رسالة دكتوراه - ص ٩ .

(ب) الموفق لا يملك إلا إنهاء الإجراءات وتعود للأطراف حريتهم فى الالتجاء للقضاء وهو ما لا يتسنى لهم إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم انتهى بإصدار حكم تحكيم فصل فى موضوع النزاع (٤١٦).

وبالرغم من هذه الفوارق إلا أن كلا الطريقتين يحققان أهدافا مشتركة منها تحقيق عدالة ناجزة للأفراد وإيصال الحقوق إلى أصحابها فى أسرع وقت والحد من إجراءات التقاضى الكيدية ، وتخفيف العبء عن كاهل القضاء والتخفيف على أصحاب الحقوق من الناحية المادية (٤١٧) .

(٢) التفرقة بين التحكيم والوساطة :

تعتبر الوساطة هى الأساس الذى يقوم عليه نظام فض المنازعات بالطرق الودية فى مجال التجارة الدولية ، وهى الوسيلة الأكثر شيوعا فى عقود الإنشاءات الهندسية. إذ نصت المادة ٦٧ من الشروط العامة للاتحاد الدولى للمهندسين الاستشاريين المعروف "بفيديك " على اللجوء إلى الوساطة قبل إتخاذ طريق التحكيم . والوساطة تتخذ مجالا أوسع من التوفيق فهى أكثر عمومية وأكثر مرونة فالوسيط قد يتدخل إذا فشلت مهمة التوفيق ، فهو يتمتع بمقومات تجعله قادرا على إيجاد الحلول المناسبة لحسم النزاع ، وهو يظل فى تشاور دائم مع الأطراف المتنازعة سواء فى اجتماعات منفصلة أو مشتركة حتى يتم التوصل إلى حل ودى مقبول ، فإذا لم يجد جدوى وساطته كان له أن ينهى عملية الوساطة، وهو الأمر الذى يميز التحكيم فى هذا الخصوص باعتبار أن المحكم يجب أن يحسم النزاع بقرار ملزم للأطراف .

(٣) الخبرة والتحكيم :

فالمحكم يقوم بوظيفة القضاء ، ويحسم النزاع بين الخصوم ، ورأيه ملزم لهم ويفرض عليهم ، كما أنه يصدر حكما - وإن كان غير قابل للتنفيذ إلا بعد تنزيله بالصيغة التنفيذية . فى حين أن الخبير يبدي رأى غير الملزم لا للقاضى و لا للخصم فيما يطرح عليه من مسائل .

(٤) التحكيم والصلح :

يختلف التحكيم عن الصلح فى أن التحكيم أشد خطرا من الصلح لأن فيه يقوم المحكم بمهمة القضاء ويتعذر معرفة ماقد يمكن أن يحكم به المحكم بينما الصلح عقد يقوم بين أطراف

(٤١٦) أ.د. / محمود مختار أحمد بريرى - المرجع السابق - ص ١٧ .

(٤١٧) د. / على عوض حسن - المرجع السابق - ص ١٧ .

الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلونهم بمقتضاه يقومون بحسم خلافاتهم عن طريق تنازل كل عن بعض ما يمتسك به قبل الآخر ، وقدر هذا التنازل وحدوده معلوم مقدما للخصوم . وعقد الصلح غير قابل للتنفيذ في ذاته إلا إذا أفرغ في صورة عقد رسمي . أو تم أمام القضاء بينما حكم التحكيم يقبل التنفيذ بمجرد الحصول على الأمر بتنفيذه . كما يقبل حكم المحكم الطعن حسب القواعد العامة بينما الصلح ملزم لأطرافه وغير قابل للطعن بطرق الطعن المقررة للأحكام وأن كان قابلا للفسخ والبطالان طبقا لقواعد القانون المدني^(٤١٨) ومن هنا يتمثل الفارق فيما يلي :-

(أ) الصلح ينهض بعينه أطراف النزاع ، فهو ثمرة تفاوض مباشر بينهم ، بينما يقف دورهم في التحكيم عند تحويل المحكم سلطة حسم النزاع بحكم قد يقضى لطرف بكامل طلباته .

(ب) ينتهى التحكيم بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية دون أن تمتد سلطة قاضى التنفيذ للنظر في الموضوع ، أما الصلح فلا يقبل إلا بعد تصديق القضاء الذى يجعله صالحا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية^(٤١٩).

المطلب الرابع

مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات فى عقود الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

إن أهم عقود الـ B.O.T. هو عقد الامتياز ، حيث العلاقة التعاقدية بين مانح الالتزام (الدولة - إحدى الهيئات العامة) والملتزم الذى سينفذ المشروع بأن ينشئ مرفقا عاما تعميريا، وهذه العلاقة التعاقدية يرعاها دوليا عقد الفيديك (FIDIC) وتطبق عليها أحكام القانون الخاص وليس القانون العام . وقد أجاز الفقه والقضاء ثم لحقهما المشرع - فى خطوات قلبت كثيرا من القواعد القانونية - إحالة عقود الـ B.O.T إلى التحكيم^(٤٢٠). ومن ثم أصبح أسلوب التحكيم شائعا

^(٤١٨) د. أسامة الشناوى - الرسالة السابقة - ص ٤١٢ .

^(٤١٩) أ.د. / محمود مختار أحمد البربرى - المرجع السابق - ص ١٨ .

^(٤٢٠) (إذ نص المشرع المصرى فى المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على أن : " بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض فى ذلك " نشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ فى ١٥/٥/١٩٩٧ .

لتسوية منازعات الأطراف فى العقود الداخلية والخارجية (العقود الدولية) سواء أكانت المنازعة بين الدول بعضها أو بين جهة الإدارة والأفراد ، أو بين الأفراد بعضهم مع بعض . ويرجع شيوع اللجوء إلى وسيلة التحكيم فى تسوية المنازعات لمزاياه المتعددة فى إطار التجارة الدولية . وقد ثار خلاف فقهي وجدل واسع حول مدى إمكانية إدراج شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T التى تكون الدولة طرفاً أساسياً فيها ، وخصوصاً فى العقود التى يكون الطرف الثانى فيها أجنبياً وهو الغالب فى عقود الدولة فى البلاد النامية ^(٤٢١) . الأمر الذى يوجب علينا أن نعرض للمبررات التى ذكرها المؤيدون لوجود شرط التحكيم و ذلك فى فرع أول . والمبررات التى ذكرها المعارضون لوجود شرط التحكيم فى فرع ثان .

الفرع الأول

المؤيدون لوجود شرط التحكيم فى عقود الـ B. O. T.

إن المؤيدين لوجود شرط إحالة النزاع فى عقود الـ B.O.T. إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بين طرفى عقد الـ B.O.T لهم مبررات وحجج وأسانيد نذكر منها :

أولاً : تجنب المنازعات قبل وقوعها :

إن شرط التحكيم يقوم بدور وقائى وليس علاجياً فقط ، فهو يجنب المنازعات قبل وقوعها حيث لا يقتصر دوره على فض المنازعات بعد نشوئها بل هو وسيلة فعالة يمكن استخدامها لتفادى قيام المنازعات أثناء إبرام العقود الدولية طويلة المدى التى تتعلق بالتصنيع أو نقل التكنولوجيا أو المشروعات المشتركة .

ثانياً : توفير الجهد والوقت والمال :

تأتى فى مقدمة مبررات الالتجاء للتحكيم وإبراز مزاياه هو رغبة أطراف العلاقة القانونية تفادى طرح منازعاتهم على القضاء لما تنسم به إجراءات التقاضى من بطء وتعقيد ، علاوة على احتمال استئالة أمد النزاع بسبب تعدد درجات التقاضى وإمكانية الطعن فى الأحكام وتقديم إشكالات فى التنفيذ التى تحكمها اعتبارات اللدد فى الخصومة والمماطلة التى تحقق القول بأن العدالة البطيئة نوع من الظلم ^(٤٢٢) . فعيوب القضاء لاتوجد فى الغالب فى حالة اللجوء إلى

(٤٢١) أ. خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٣٥ .

(٤٢٢) أ.د. / محمود مختار أحمد البريرى - المرجع السابق - ص ٨ .

التحكيم فبالنسبة لمصروفات التحكيم تعتبر قليلة بالمقارنة لمصروفات وتكاليف اللجوء للقضاء ، ومما يقلل من هذه النفقات والمصروفات أن التحكيم -فى الاغلب - على درجة واحدة على خلاف اللجوء إلى القضاء الذى تتعدد درجاته وطرق الطعن فى أحكامه وكل درجة وكل طعن يحتاج إلى نفقات ومصروفات ورسوم وأتعاب (٤٢٣) .

وحتى فى حالة المنازعات التى يكون فيها عنصر أجنبى وتحتاج للانتقال من دولة إلى أخرى أو تحتاج إلى الذهاب إلى مراكز التحكيم المتخصصة كغرفة التجارة الدولية بباريس ، وبالتالي تحمل نفقات الانتقال كبيرة غالبا ، فإن قيمة الصفقات أو العقود وحجم وأهمية النزاع المعروض على التحكيم تكون كبيرة نسبيا ، مما يجعل نفقات اللجوء إلى التحكيم أفضل نسبيا بالنظر إلى نفقات اللجوء إلى القضاء الرسمى (٤٢٤) .

ثالثاً : المحافظة على العلاقات الطيبة بين أطراف النزاع :

إن مؤيدى شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T يقولون بأن الطريقة التى يلجأ إليها الخصوم لحل منازعاتهم تعبر عن حقيقة المشاعر التى يحملها كل منهم تجاه الآخر ، كما أن نوع وطبيعة هذه الطريقة له تأثير ملحوظ على نفسية كل خصم . ومن هذه الزاوية نستطيع أن نقرر أن اللجوء إلى التحكيم يختلف تماما عن اللجوء إلى القضاء . فالأول -أى اللجوء إلى التحكيم - هو تعبير عن المشاعر الطيبة التى يكنها كل طرف تجاه الآخر وحرص كل منهما على الاحتفاظ بالعلاقات الحسنة بينهما فى حين أن الثانى - اللجوء إلى القضاء - هو فى الغالب تعبير عن مشاعر الخصومة واللدن والكراهية التى يحملها كل خصم تجاه الآخر ، ومحاولة كل منهما تحقيق النصر على الآخر وهزيمته بالنيل منه ومن حقوقه أيا كان تأثير ذلك على مشاعره أو على العلاقات بينهما . وفى اللجوء للتحكيم يتفق الأطراف مقدما على اختيار هذا الطريق وعلى تحديد المحكم أو المحكمين بينهم ويقبلون قرار التحكيم ويرتضون به . ولذلك قال البعض أن الأطراف يلجأون إلى القضاء وهم ينظرون إلى الخلف بينما يلجأون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام (٤٢٥) .

(٢)Roland , L. Boyer , Intitution . judiciaire , Hormes , Lyon, 1979 P.13 ets

(٤٢٤) أ.د. / جورجى شفيق سارى - التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية - ص ٧١٠ .

(٤٢٥) أ.د. / كمال ابراهيم - التحكيم التجارى الدولى - حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولى - ص ٦٨ مشار اليه لدى أ.د. / جورجى شفيق سارى - المرجع السابق - ص ٧٢ .

رابعاً : توفير الثقة والطمأنينة والخبرة والتخصص :

يوفر التحكيم الثقة ويحقق الطمأنينة لدى أطراف النزاع ، ولذا فمؤيدو شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T ينادون به لما للتحكيم من طبيعة خاصة ونوعية القائمين عليه، وكيفية قيامهم به .

فالمحكّمون يختارون من قبل أطراف النزاع أنفسهم وهم عادة يختارون من يثقون فى حكمهم ، والمحكمون تتوافر فيهم الخبرة والتخصص والعلم ، ليس من الناحية القانونية فحسب وإنما أيضا - وهو الأهم هنا - من الناحية الفنية حسب طبيعة ونوعية موضوع النزاع . فيقوم بالتحكيم غالبا متخصصون وخبراء ومستشارون فى الاقتصاد أو فى التجارة الدولية أو فى الاستثمار أو فى الصناعة أو فى البترول أو فى العلاقات الدولية أو فى الزراعة أو فى الإلكترونيات أو غيرها من مجالات التخصص والخبرة المختلفة . كما يحقق التحكيم الطمأنينة فى مواجهة التعديلات التشريعية المفاجئة ، فالشركات الكبيرة التى تعمل فى مجال المشروعات العملاقة كالبحث عن البترول ، أو الاستثمار فى المشروعات التجارية الضخمة تحتاج إلى تأمين أموالها ، والمجهودات الضخمة التى تبذلها فى قيامها بنشاطها ، أو استثماراتها ضد التقلبات والتغيرات غير المتوقعة فى التشريعات خاصة فى الدول النامية . والتحكيم يحقق لها مثل هذه الطمأنينة وهذا التأمين ، وتحقق بعض حالات التحكيم كذلك الطمأنينة فى مواجهة احتمال احتجاج بعض الدول الأطراف فى منازعة ما بمبدأ السيادة ، بل ومن الطعن ضد القرار الصادر فيه بأى طريق من طرق الطعن .

والتحكيم يحقق الطمأنينة من ناحية أخرى وهو أنه قد يكون الطريق الوحيد المفتوح أمام أحد الأطراف إذا كان اللجوء إلى القضاء غير ممكن بالنسبة له ، لفوات ميعاد رفع الدعوى مثلا .

وتوافر صفة الخبرة والتخصص فى المحكمين يحقق إلى جانب الثقة والطمأنينة السرعة فى الفصل فى النزاع وحسمه فى أقل وقت ممكن ، فهاتان الصفتان تساعدان القائمين على التحكيم فى فهم موضوع النزاع فى وقت قصير ، وعدم إضاعة الوقت فى فهم الجوانب الفنية فيه وعدم استغراق وقت طويل فى بحث ودراسة الموضوع من هذه الجوانب (٤٢٦) .

خامساً : البساطة والسهولة والمرونة والسرعة :

(٤٢٦) أ.د. / جورجى شفيق سارى - المرجع السابق - ص ٧٨ .

يمتاز التحكيم ببساطة وسهولة اللجوء إليه إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء . فإجراءات اللجوء إلى التحكيم لا تنطوي على التعقيد الذى ينطوى عليه اللجوء إلى القضاء، كما أن التحكيم يتسم بقدر كبير من المرونة La souplesse فى نظر المنازعات التى تطرح عليه ويؤدى إلى القيام بعمل مواعيد وتوفيقات Des accommodements من خلال القوانين والعادات السائدة خاصة فى مجال التجارة^(٤٢٧) . وتبدو المرونة أيضا فى مواعيد عقد جلسات التحكيم ، فتتم غالبا فى الأوقات التى تناسب ظروف الاطراف.

ومن مزايا التحكيم كذلك السرعة فى نظر المنازعات ، نظرا لتقيد المحكمين بمدة معينة يلتزمون بإصدار حكمهم أو قرارهم وحسمهم النزاع المطروح خلالها ، وذلك على خلاف القضاء الرسمى الذى لا يلتزم غالبا بمدد معينة لإصدار أحكامه وغالبا ما يرتبط ذلك بعدد المنازعات أو الدعاوى والقضايا المعروضة عليه . وهذه الميزة تشجع أطراف أى نزاع للجوء إلى التحكيم بل وتمثل فى بعض الحالات ضرورة لاغنى عنها فى مجالات التجارة الدولية التى لا تتحمل بطء وتعقيدات اجراءات التقاضى أمام المحاكم الداخلية لدولة معينة . فعامل السرعة يعتبر من العوامل الهامة فى تنفيذ المعاملات الدولية التى تتأثر بتقلبات أسعار مواد الصرف^(٤٢٨) .

سادساً : المحافظة على أسرار أطراف النزاع :

يحقق التحكيم لأطراف النزاع سرية عزيزة عليهم بالنسبة للتجار ، وإن كانت العلانية ضمانات من الضمانات القانونية لضمان حياد ونزاهة وموضوعية القضاء ، وتسهيل رقابة الرأى العام على حسن أداء مرفق العدالة لدوره واطمئنانه على اضطلاعهم بمهمته المقدسة على أكمل وجه ، ولكنها تقلب وبالا على التجار إذا كان من شأنها أذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على ابقائها سرا مكتوما ، وكم من تاجر يفضل خسارة دعواه على كشف أسرار تجارته تمثل فى نظره قيمة أعلى من قيمة الحق الذى يناضل من أجله فى الدعوى . فإذا أخذنا مثلا اتفاقا سريا بين مصنع للأسلحة ودولة تخوض حربا ، فإذا نشب خلاف بينها بمناسبة إحدى الصفقات ، فهل من مصلحتهما عرض النزاع على قضاء الدولة ، حيث يقتضى الأمر الجهر بمضمون الاتفاق على علانية تشمل المرافعات والمذكرات والحكم، أليس من الخير لهما إحالة النزاع إلى التحكيم ليفحصه المحكم ويفصل فيه فى غلاف من السرية يناسب طبيعته^{(٤٢٩)؟!}.

(٢) Rene Chapus , droit Administratif General Tome 1 , 11 Edition - Montchrestien . P. 340 No 525.

(٤٢٨) أ.د. / أحمد شرف الدين - دراسات فى التحكيم فى منازعات العقود الدولية - ص ٢٣ .

(٤٢٩) أ. / خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٥٤ .

الفرع الثانى

المعارضون لوجود شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T

يرى البعض أن وجود شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T له آثاره السيئة وعيوبه ومثالبه التى يترتب عليها نتائج سلبية للتحكيم فى هذا النوع من العقود . وهذا الرأى يستند فى ذلك إلى حجج وأسانيد نذكر بعضها فيما يلى :

أولاً : إن التحكيم فى عقود الـ B. O. T يتعارض مع سيادة الدولة المانحة (٤٣٠) :

إن السيادة من الخصائص الجوهرية للدولة المستقلة ، ومن ثم لايجوز التصرف فيها جزئياً أو كلياً لأحد أشخاص القانون الخاص مهما كان السبب. وأن الأخذ بأسلوب التحكيم لايجوز استناداً إلى مبادئ القانون العام التى تخول الدولة السلطة الاستثنائية فى التصرف الملائم للمصلحة العامة كما أن غالبية بنود التحكيم تتضمن ترك تحديد مكان التحكيم لاتفاق الطرفين والسيادة القضائية تتطلب جعل مكان التحكيم على أرض أقليم الدولة التى يتم فيها تنفيذ العقد . وترجع أهمية هذه النقطة فى تحديد أصول التحكيم بالاضافة إلى القانون المطبق على موضوع الخلاف المعروض على المحكمين ، وهذه الأمور مجتمعة من أختصاص السيادة القضائية للدولة فيجب عدم تركها لتشريع وسلطة جهة أجنبية . كما أن معاملة الدولة فى اجراءات التحكيم معاملة الأفراد أو الشركات الخاصة يعد نوعاً من المساواة غير المشروعة لأن فى ذلك نزولاً عن سيادتها ونزولاً عن الامتيازات التى كفلتها لها قواعد القانون الدولى كسلطة عامة وكذلك التشريعات الوطنية خصوصاً فى الدول التى تأخذ بنظرية القانون الإدارى والعقد الإدارى مثل فرنسا ، ومصر ، وليبيا .

ثانياً : إن من عيوب التحكيم السرية المفروضة على إجراءاته وقراراته:

إن السرية التى اعتبرها البعض ميزة للتحكيم هى فى نظر المعارضين عيباً يؤدى بهم إلى معارضة وجود شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T. إذ السرية التى أصبحت من معالم التحكيم التجارى الدولى هى التى تفسر قلة الاحصائيات المتعلقة به وندرة ماينشر من قرارات المحكمين الأمر الذى يعوق الدراسات النظرية بشأن التحكيم ، كبحث مدى أنتشاره وطبيعة

(٤٣٠) أ.د. / جابر جاد نصار - التحكيم فى العقود الادارية - دراسة مقارنة - ص ٥٩.

المنازعات التى يلائمها ، وهيئات التحكيم التى يفضل الالتجاء اليها، والاماكن التى يؤثرون اجراءه فيها ، كما أن الإحجام عن نشر قرارات المحكمين يحول دون تكوين قضاء تحكيم يسهم فى تطور قانون التجارة الدولية (٤٣١) .

ثالثاً : ارتفاع نفقات التحكيم :

يرى المعارضون للتحكيم فى عقود الـ B.O.T بأن التحكيم باهظ التكاليف خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع به عناصر أو أطراف تنتمى لدول متعددة وتتمثل هذه التكاليف فى المقابل الذى يحصل عليه المحكمون ، وأتعاب المحامين والمستشارين والممثلين القانونيين والخبراء والمتخصصين وغيرهم ، إلى جانب نفقات الانتقال بالطائرات من دول إلى أخرى ونفقات الإقامة وغيرها من المصروفات الأخرى (٤٣٢) . كل هذا يجعل التحكيم مرتفع التكاليف والنفقات بدرجة كبيرة جداً إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الرسمى ويقول المعارضون بأن الذين يقولون أن من مزايا التحكيم توفير المال هو قول بعيد عن الواقع والحقيقة (٤٣٣) .

رابعاً: عدم حيده واستقلال المحكم لعدم توافر الضمانات القضائية فى التحكيم:

ذهب المعارضون إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف المتنازعة كثير من الضمانات التى أحاط بها القانون العمل القضائى . من ذلك مثلاً التكوين العلمى والقانونى . فالمحكمون يكونون غالباً من رجال الأعمال ومتخصصين فى موضوعات معينة وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة فى غالب الاحيان ، مما لايساعدهم على تحقيق العدالة المطلوبة، كما أن اللجوء إلى التحكيم لايجيز لمن صدر قرار التحكيم ضده رفع دعوى أمام القضاء ، بل وفى كثير من نظم التحكيم لاتجيز له الاعتراض على قرار التحكيم إلا فقط عن طريق دعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر ، فيحرمه بذلك من ميزة وضمانة هامة بل وحق أساسى وهو اللجوء إلى القضاء والطعن فى الاحكام يضاف إلى ذلك أن أختلاف التشريعات من بلد إلى آخر ، واختلاف الايدلوجيات قد يؤثر فى قناعة وتفكير المحكم الذى غالباً ما يكون أسيراً

(٤٣١) أ.د./ محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولى - ص ٢٩ ، ٣٠ .

(٤٣٢) أ.د. / جورجى شفيق سارى - المرجع السابق - ص ٨٢ .

(٤٣٣) أ.د. / أسامة الشناوى - الرسالة السابقة - ص ٤١٠ .

-Poullie , Le pouvoir , judiciaire . et les tribunaux . Paris 1985. P. 143.

لثقافة دولته واتجاهها السياسى والاجتماعى مما يؤثر بالتالى فى نتائج حكمه دون النظر إلى سياسة وظروف الدولة الطرف فى النزاع . وقد دفع هذا الوضع أحد الفقهاء^(٤٣٤) إلى القول: بأنه إلى المستوى العملى توجد اعتبارات كثيرة تؤثر فى اختيار المحكمين . فالغالبية منهم من جنسيات دول غربية وشركاتهم قوية فاذا ما حكم المحكمون فى نزاع بين هذه الدول أو تلك الشركات والدول النامية فالضحية دائما تكون نصيب الدول النامية فى معظم الحالات فاذا حللنا القضايا التى فصل فيها المحكم نجد أنه يندر أن ينتهى الحال من الناحية الواقعية بحكم عادل بالنسبة لدولة نامية فهذه الأخيرة هى الخاطئة وهى التى يوجد بها البيروقراطية والفساد والفوضى !!!

خامساً: عدم حسم التحكيم للنزاع فى بعض الحالات وعدم الفصل فى بعض المسائل :

يرى البعض من المعارضين للتحكيم فى عقود الـ B.O.T. أن هناك حالات لا يتمكن فيها التحكيم من حسم النزاع ووضع نهاية له، وهذا ما يؤدى إلى اضطراب الأطراف إلى سلوك الطريق العادى وهو اللجوء إلى القضاء وعرض نزاعهم عليه ، مما يزيد من عبء القضاء المثقل أصلاً بكم المنازعات المعروضة عليه والمطلوب منه الفصل فيها . وكل هذا يزيد من النفقات ويؤدى إلى ضياع للوقت والجهد . كما أن هيئات التحكيم لا تملك سلطة الأمر فى بعض المسائل التى يتمتع بها بالقضاء أمام محاكم الدولة . فينص صراحة فى بعض الأنظمة على منع المحكمين من الحكم على من يتخلف من الشهود أو يمتنع عن إجابة طلب هيئة المحكمين بالجزاء المقرر فى هذا الشأن وكذلك منعهم من الحكم بتكليف الغير من إبراز مستند فى حوزته يكون منتجاً فى الدعوى^(٤٣٥) كذلك لا يملك المحكم إخراج من يخل بنظام الجلسة - إذا كانت الجلسة علنية وحجسه إذا امتنع عن تنفيذ الأمر^(٤٣٦) .

بعد أن استعرضنا لحجج وأسانيد كل فريق من الفريقين المؤيد والمعارض نرى ان حجج وأسانيد الفريق المؤيد لوجود شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T أولى بالاتباع وذلك لما يحققه من مزايا . ولكن يجب أن ننظر بعين الاعتبار أن التحكيم ليس هو الحل السرى لكل منازعات الـ B.O.T وإنما قد يعتبر أفضل الوسائل المتاحة حالياً لحل تلك المنازعات، بشرط أن تتوافر له كل

(٤٣٤) أ.د / أحمد القشيري - التحكيم فى عقود الدولة ذات العنصر الاجنبى ص ٢٥٦ .

(٤٣٥) أ/ خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٥٧ .

(٤٣٦) أ.د / محمود هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - ص ٢٤٦ .

الشروط والعناصر والامكانيات اللازمة لضمان فاعليته في هذا المجال ، فاذا لم يتوافر كل ذلك فيكون من الأفضل عدم اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات في عقود الـ B.O.T^(٤٣٧) ويمكن الرد على المعارضين بما يلي:

١- أن القول بأن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة فهذه النظرية بمفهومها الجامد قد أصبحت نظرية قديمة وبالتالي فإن ما كان يعتبر قديما ضد سيادة الدولة قد لايعتبر كذلك في الوقت الحالي نتيجة للتطور الذي دخل على دور الدولة في العصر الحالي ومن ثم فإن التحكيم لايمثل أفتتائا على الدولة أو مساسا بسيادتها^(٤٣٨) .

ويرى البعض أن الالتجاء إلى القضاء والتحكيم يستويان في أن ولوج أى منها لاينال من سيادة الدولة . بعبارة أخرى إذا كانت مقاضاة الدولة أمام محاكمها مقبولة ومسلما بها ولا يمس سيادتها مادام متصلا بها عن تعاقد كانت طرفا فيه ، فإن التحكيم في هذا الصدد هو الآخر مقبول لأنه يقوم مقام التقاضى ويحل محله ، ولأنه بالاتفاق على التحكيم لايتخلى السلطة القضائية عن سلطتها كقاعدة عامة بل تظل المحكمة هي المختصة فيما يتعلق برقابة حكم المحكم والتحقق من عدم مخالفة الأصول المقررة لحرية الدفاع ، ثم لايصير قرار المحكمين واجب التنفيذ إلا بصور الأمر بتنفيذه من المحكمة المختصة .

٢- إن القول بأن اجراءات التحكيم باهظة التكاليف . هذا القول مردود عليه بأن ارتفاع تكاليف التحكيم لاتكون في كل الاحوال وإنما في حالات معينة - وهى غالبا النزاعات الدولية - وفى هذه الحالات تكون قيمة الصفقات أو العقود فيها كبيرة جدا ، فلا تمثل تكاليف التحكيم إلا نسبة قليلة منها. كما أن الفوائد الأخرى الكثيرة للتحكيم قد تعوض هذه العيب في هذه الحالات، وأهم هذه الفوائد والمزايا السرعة ، والخبرة ، والتخصص ، والنقطة وغيرها . فهذه تحقق فوائد وعوائد كثيرة لأطراف النزاع تعوضهم عن أى تكاليف تكون قد صرفت في التحكيم^(٤٣٩).

٣- ويرد على القول بأن عدم تسبيب قرارات التحكيم وعدم نشرها يعتبر عيبا للتحكيم، بأنه منذ وضع القانون النموذجي للتحكيم التجارى عن طريق لجنة القانون التجارى الدولي التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٧٦ وإقرار الجمعية العامة وتوصيتها للدول للاسترشاد به عام ١٩٨٥ فإن

(٤٣٧) أ / خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٦١ .

(٤٣٨) أ.د. / محسن شفيق - التحكيم التجارى الدولي - ص ٢٧-٢٨ .

(٤٣٩) أ.د. / جورجى شفيق سارى - المرجع السابق - ص ٨٣ .

الاتجاه ينمو نحو تلافى هذا العيب بضرورة تسبيب القرارات وخاصة من الناحية الفنية والقانونية ونشر الأحكام والقرارات الصادرة دون الكشف عن هوية أطراف النزاع .

٤- أما مقولة عدم حييدة واستقلال المحكم فإنه يرد على ذلك بأن إذا كان من الجائز أن يكون من بين المحكمين من هو قليل العلم بالقانون مريض النفس ، قليل الدين والورع ، فان مثل هذا المحكم لا يبرر تقويض نظام التحكيم برمته فضلا عن أنه استثناء يحد من خطورته وجود هيئات وطنية أو دولية - للتحكيم تعاون الخصوم على اختيار المحكم الصالح^(٤٤٠) وإن كان من الإنصاف أنه يكون للتحكيم عيوب فذلك لا يقلل من أهميته وضرورته ووضع الحلول لتقليص هذه العيوب وتقليله وذلك لسن التشريعات الوطنية التى تركز النصوص الكفيلة لتحقيق التوازن وضمان حسن كفاءة عملية التحكيم الذى يتم داخل البلاد . أما إذا كان التحكيم فى علاقات دولية يتم بين الدولة ومستثمرين أجانب فمن الممكن الاتفاق على تطبيق القانون الوطنى وأن الأمر فى نهايته يتوقف على كفاءة التفاوض وصياغة الاتفاق فضلا عن خضوع هذه العقود للاتفاقيات الدولية التى انضمت إليها جمهورية مصر العربية كاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية واتفاقية واشنطن^(٤٤١). ولقد أصبح اليوم وجود شرط التحكيم فى عقود الـ B.O.T المبرمة فى جمهورية مصر العربية خارج دائرة الخلاف الفقهى إذ بصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ والذى جاء بمادته الأولى " تضاف إلى المادة (١) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ فقرة ثانية نصها كالتالى " وبالنسبة إلى منازعات العقود الادارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية ولا يجوز التقويض فى ذلك " .

ويترتب على ذلك نتيجة مؤداها أن الإدارة تتجرد من سلطاتها التى تكون لها بمقتضى العقد الادارى ويفقد العقد شرطا مهما من الشروط التى تميز العقد الإدارى، ومن ثم يؤدى بالعقد أن تتحول طبيعته إلى عقد مدنى . وذلك مالم تشترط الإدارة صراحة فى العقد لجوءها إلى الشروط الاستثنائية أيا كان النظام القانونى الذى يخضع له العقد. وهو أمر غير متاح فى أغلب الأحيان وذلك لحرص المتعاقدين الأجانب أن ينأى بنفسه وبالعقد عن النظام القانونى والقضائى الوطنى ، وعلى ذلك فإن خضوع العقد الإدارى للتحكيم على هذه الصورة يؤدى إلى هدم أهم عناصر نظرية العقد الإدارى كما شيدها مجلس الدولة سواء فى مصر أو فى فرنسا . وهذا ما يفسر لنا تشدد القضاء الإدارى وعدم تسامحه تجاه ادراج شرط التحكيم فى العقود الادارية إلا إذا

(٤٤٠) أ / خالد بن محمد عبد الله العطية - المرجع السابق - ص ٢٦٠ .

(٤٤١) أ.د/ محمود مختار البريرى - المرجع السابق - ص ١٥ .

نص المشرع على ذلك صراحة^(٤٤٢) أما وأن المشرع قد نص^(٤٤٣) فلا مجال للخلاف فقها أو قضاء.

الفصل السابع

أسباب انقضاء عقد منح التزام المرافق العامة

تمهيد وتقسيم :

ينتهي عقد منح التزام المرافق العامة كأي عقد محدد المدة بانتهاء المدة المتفق عليها ، فشروط العقد يجب احترامها من طرفيه ، ومن بينها المدة المحددة لعقد منح التزام المرافق العامة^(٤٤٤).

وكذلك ينتهي العقد بهلاك المرفق وهنا ينقضى العقد بقوة القانون وقد ينتهي العقد بسبب الفسخ أو البطلان ، والأسباب السابقة لاختلاف عليها بأنها أسباب عامة لانقضاء أى عقد ومن بينها عقد التزام المرافق العامة ولكن قد يطرأ على عقد التزام المرافق العامة أسباب منها التأميم وكذلك وضع المرفق تحت الحراسة فهل هذه الأسباب الطارئة تؤدي إلى انقضاء عقد التزام المرافق العامة؟.

ولإيضاح ذلك يجب أن نعرض لكل هذه الأسباب فى خمسة مباحث نتناول فى كل مبحث سبباً من أسباب الانقضاء المتفق عليها والمختلف فيها وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول : انقضاء العقد بانتهاء مدته المحددة .

المبحث الثانى : انقضاء العقد بهلاك المرفق موضوع العقد .

المبحث الثالث : انقضاء العقد للفسخ أو البطلان .

(٤٤٢) أ.د / جابر جاد نصار - المرجع السابق - التحكيم فى العقود الادارية ص ١١٩ .

(٤٤٣) القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ نشر بالجريدة الرسمية العدد ٢٠ بتاريخ ١٥/٥/١٩٩٧ .

(٤٤٤) Jean . Rivero et Jean .Waline. Droit. Administratif. page 459.

المبحث الرابع : انقضاء العقد بالتأمين .

المبحث الخامس: انقضاء العقد بالوضع تحت الحراسة .

المبحث الأول

انقضاء العقد بانتهاء مدته المحددة

ينتهى عقد التزام المرافق العامة بانتهاء المدة المتفق عليها ، فشروط العقد يجب احترامها من طرفيه ومن بينها المدة المحددة لعقد التزام المرافق العامة ، فلا يكون لأحد طرفيه فسخه بإرادته المنفردة قبل انقضاء المدة وإلا كان مسئولاً في مواجهة الطرف الآخر .

وأقصى مدة في العقد الخاص بمنح التزام المرافق العامة أصبح تسعة وتسعين عاماً^(٤٤٥) والعقد ينتهى فى حالة حلول الأجل دون حاجة إلى التنبيه بالإخلاء وفقاً للقواعد العامة ويلزم الملتزم بترك المرفق عند حلول الأجل وتسليم المرفق لمانح الالتزام أو الدولة المضيفة .

وقد ورد فى بعض عقود التزام المرافق العامة^(٤٤٦) أن مدة الإدارة والتشغيل بما فيها مدة الانشاء هى لفترة أربعين عاماً .

ولايجوز مد فترة الاستغلال بعد انتهائها إلا من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه فى حينه والعقد فى هذه الحالة ليس امتداداً للعقد السابق بل عقد جديد بشروط جديدة وبمدة محددة جديدة .

وقد قضت محكمة النقض فى حكمين لها بأن " انقضاء العلاقة الإجارية بفسخ العقد أو انتهاء مدته اتفاق طرفيها على تجديدها اعتباراً إيجاراً جديداً " ^(٤٤٧).

والمستفاد من ذلك أنه إذا ما انتهت مدة عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. ورغب الطرفان تجديد العقد يعتبر ذلك عقداً جديداً بذات الشروط السابقة أو بإضافة شروط لاحقة ولا يعتبر امتداداً للعقد السابق .

المبحث الثانى

^(٤٤٥) القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول، والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ بشأن منح التزام المرافق العامة هيئة كهرباء مصر .

^(٤٤٦) عقد منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨ .

^(٤٤٧) الطعن رقم ٣٩٧ ، ٤١٠ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٣/١١/٢٠٠٠ .

انقضاء العقد بهلاك المرفق موضوع العقد

ينقضى عقد التزام المرافق العامة - بقوة القانون - بهلاك المرفق كلية ، سواء كان الهلاك ماديا كما إذا هلك المرفق بسبب حريق أو حرب أو صاعقة أو كان الهلاك قانونيا كصدور قرار ادارى بغلق المرفق أو الاستيلاء عليه أو نزع ملكيته للمنفعة العامة أوحالة يترتب عليها حرمان الانتفاع بالمرفق بسبب قوة قاهرة.

وانقضاء عقد التزام المرافق العامة فى حالة الهلاك الكلى - من تلقاء نفسه - يعد تطبيقا للقواعد العامة فى إنهاء الايجار (المادة ٥٦٩/١) ولا يكون للملتزم الحق فى المطالبة بالتعويض إذا كان الهلاك يرجع إلى سبب لايد للدولة المضيضة فيه وهذا متحقق إذا كان الهلاك ماديا أما الهلاك القانونى فقد يتحقق فيه الحق للملتزم بالتعويض أما إذا كان الهلاك جزئيا أو أصبح المرفق فى حالة لا يصلح معها للانتفاع الذى أنشأ من أجله أو نقص هذا الانتفاع نقصا كبيرا ولم يكن للدولة المضيضة يد فى ذلك - كما إذا دمر جزء من المرفق بسبب حرب أو صاعقة فانه يجوز للملتزم فى هذه الحالة أن يطلب من الدولة المضيضة تبعا للظروف أن تزيد من مدة عقد الالتزام أو التعويض الجابر لما لحق الملتزم من أضرار وخسائر.

وقد ورد فى بنود عقد التزام انشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام B.O.T. فى المادة (١٢) أن " للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وعليه أن يعرض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء وكذلك عن جميع المطالبات التى قد توجه للملتزم من أى أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير"^(٤٤٨).

وقد ورد أيضا فى ذات العقد بالمادة (١١) فقرة (ذ) "إذا لحق ضرر بالمطار أو بأى جزء منه بسبب القوة القاهرة سواء فى مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل - يكون المالك مسئولا عن دفع جميع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال، بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلى الحالة التى كان عليها قبل وقوع الضرر" .

المبحث الثالث

انقضاء العقد بسبب الفسخ أو البطلان

(٤٤٨) الوقائع المصرية ، العدد ٢٦٤ فى ١٩/١١/١٩٩٨ .

ينتهى عقد التزام المرافق العامة إذا ما فسخ سواء كان الفسخ باتفاق الطرفين أو بطريق القضاء لأى سبب من أسباب الفسخ وينقضى العقد إلا لم يقم أحد طرفى التعاقد بتنفيذ التزامه.

ولعل أبرز حالات الانقضاء بسبب عدم تنفيذ التزامات أحد طرفيه هى عدم قيام المالك بتسليم الملتزم الأرض التى سيقام عليها المشروع وكذلك عدم إتمام الاجراءات والتراخيص المحددة فى العقد كذلك حالة عدم قيام الملتزم باستغلال المرفق الاستغلال الكافى مما يتسبب فى تعطيل المرفق وعدم قيامه بأداء الخدمات المنوطة به لجمهور العملاء.

كذلك ينقضى العقد إذا حكم ببطلانه قضاء بناء على طلب أحد طرفيه وذلك إذا تخلف أحد الشروط القانونية التى تلزم لنشوء التصرف . فالبطلان لا يترتب إلا على نتيجة لمخالفة أوامر القانون المنظمة لإنشاء التصرف القانونى فبسبب البطلان يجب أن يكون متحققا فى تخلف شرط من شروط انشاء التصرف وكل سبب يحدث لاحقا لإبرام التصرف، فيؤدى إلى عدم ترتب آثاره عليه ، لا يمكن أن يكون سببا للبطلان مهما اشتبهت آثاره بآثار البطلان (٤٤٩).

ولذلك فالبطلان يختلف اختلافا واضحا عن الفسخ ، رغم أن كلا منهما يؤدى إلى عدم نفاذ التصرف القانونى . فالفسخ يترتب على عدم تنفيذ أحد الطرفين فى عقد ملزم للجانبين، لالتزاماته الناشئة عن التصرف القانونى وسببه لذلك ، أمر لاحق لانشاء التصرف وإبرام العقد ، وهو عدم التنفيذ أو استحالته ومن ناحية أخرى فالفسخ جزاء ينصب على العقد ، ومعناه حل ارتباطه ليتمكن الطرف الذى لم يتلق مقابلا لما التزم به بسبب امتناع الطرف الآخر عن تنفيذ التزاماته ، من التحلل من التزامه هو الآخر ، أما البطلان فسببه لابد أن يكون مخالفة للقانون تؤدى إلى عيب التصرف عند إبرامه أى سببا مقارنا لانشاء التصرف القانونى ، والبطلان وصف ينصب على التصرف القانونى أى على الإرادة نفسها وليس جزاء ينصب على الارتباط بين الارادات كالفسخ (٤٥٠).

المبحث الرابع

انقضاء العقد بالتأميم

أن أهم ما يميز عقد الالتزام أنه ينظم علاقة قانونية بين السلطة مانحة الالتزام وبين الملتزم التى تقوم أساسا على استغلال أموال مملوكة ملكية خاصة للملتزم ، فالملتزم لا يقدم عملا

(٤٤٩) أ.د. جميل الشرقاوى ، مصادر الالتزام، ص ٢٤٣.

(٤٥٠) أ.د. جمل الشرقاوى - المرجع السابق ، ص ٢٤٤.

فقط وإنما يقدم أمواله أيضا دون أن يترتب على عقد الالتزام أن يحول هذا المال إلى ملكية عامة ، ودون أن يؤثر تخصيصها لخدمة المرفق العام إلى إعطائها وصف المال العام ، ولذلك فإن هذه الأموال تسترد إطلاقها وتعود للملتزم حرّيته في استغلالها والتصرف فيها بانتهاء الالتزام وإن تضمن العقد شرط إعادة هذه الأدوات التي تسير المرفق إلى الدولة المانحة فذلك بمقتضى ماورد من شروط في العقد ونخلص من ذلك إلى أن أموال الملتزم الداخلة في المشروع إن كانت تؤدي خدمة عامة باستغلال الملتزم للمرفق العام إلا أنها تخضع في نظامها القانوني وارتباطها بالملتزم لقواعد الملكية الخاصة .

كما أن الملتزم سواء كان فردا أو شركة هو شخص مستقل عن الإدارة ومدى علاقته بها ينظمها عقد الالتزام ، إذ أن الملتزم ما هو إلا تاجر يسعى وراء الربح ويوظف أمواله في استغلال المرفق سعيا وراء هذه الغاية ومن ثم فإن عقد الالتزام لا يخلق منه موظفا عاما كما لا يجعل أمواله أموالا عامة (٤٥١).

وقد تلجأ الدولة المضيفة لأسباب إنسانية أو دوافع قانونية أو اعتبارات سياسية أن تصدر قانونا يقضى بتأميم المشروع المدار عن طريق عقد التزام المرافق العامة وهذا الأمر من قبل الدول المانحة يختلف عن إنهاء الالتزام بالطريق الإداري وذلك من الوجوه الآتية :

(١) أن إنهاء الالتزام بالطريق الإداري هو إنهاء لرابطة تعاقدية بقرار إداري أما التأميم فيكون بقانون .

(٢) يخضع إنهاء الالتزام بالطريق الإداري أيا كان سببه للرقابة القضائية إلغاء أو تعويضا أما التأميم يعتبر إجراء تشريعيا تتخذه الدولة باعتبارها سلطة عامة ولا يخضع للرقابة القضائية إلا في الحدود المتعلقة بالرقابة على دستورية القانون (٤٥٢).

(٣) أن إنهاء الالتزام بالطريق الإداري يعقبه في الغالب الأعم منح المشروع لملتزم جديد اما في التأميم فالأمر ليس كذلك إذ يترتب عليه دائما استبعاد الإدارة الخاصة كلية.

(٤) تقدير التعويض في التأميم يحدد بمقتضى تشريع وقد ينقص أو يزيد قليلا على عكس إنهاء الالتزام بالطريق الإداري .

(٤٥١) أ.د. عزيزة الشریف ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .

(٤٥٢) أ.د. عزيزة الشریف ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ .

وقد اعتبر الفقه والقضاء الدوليان أن الالتزام دائما حق من حقوق الملكية التى يمكن أن يرد عليه التأمين كما تقرر حق الملتزم فى المطالبة بالتعويض العادل عن الأضرار التى تصيبه من وراء ذلك. أما عن حق الدولة فى إنهاء عقود الالتزام وتأمين المشروع القائم عليه فقد اعتبر بقدر من أمور السيادة ولم يشك أحد فى مشروعيتها وخصوصا وأن قضية التملك وحرية ممارسة النشاط داخل الدولة أمر تقديرى يخضع لمطلق سيادتها ويظهر حق سيادة الدولة بوضوح فى مواجهة الأجانب . فتعاقد الدولة ومنحها امتيازاً لأجنبى باستغلال مرفق عام وطنى لايغنى تنازلها عن حقها فى السيادة على هذا المرفق أو على مصادر الثروة القومية فيها ولايعنى تقييد حريتها فى اختيار النظام الاقتصادى والاجتماعى الذى ترتضيه^(٤٥٣)..

ونظرا لأهمية التأمين بالنسبة للدول النامية والتى يتميز بها عقد الالتزام ومايلحقه من حقوق للملتزم اعترف المجتمع الدولى بحق الدولة فى تأمين الامتياز الممنوح لأجنبى بشرط الاعتراف بحق الأجنبى فى التعويض العادل وقد تأكد ذلك بوثيقة دولية من الأمم المتحدة بصور قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١٩٥٢/١٢/٢١ الذى يؤكد سيادة الدولة على مصادر ثروتها الطبيعية^(٤٥٤) .

ومن أهم قوانين التأمين التى صدرت فى مصر والتى مست مشروعات تدار بطريق الالتزام هو القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ بشأن تأمين الشركة العالمية لقناة السويس البحرية وكان لهذا التأمين مبررات متعددة منها الانسانية، والقانونية والسياسية^(٤٥٥).

وحيث أن الشركات التى تنشأ لأقامة أى من مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T يمكن تكوينها فى ظل قانون الاستثمار وتخضع للمزايا المقررة فيه ومن أهم هذه المزايا مانصت عليه المادة الثامنة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات الاستثمار "لا يجوز تأمين الشركات والمنشآت أو مصادرتها " وقد جاء هذا الحظر مطلقا دون أية استثناءات عليه ويثير البعض^(٤٥٦). التساؤل عن مدى تعارض هذه المادة الثامنة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ مع المادتين ٣٥، ٣٦ من الدستور المصرى واللذان تتصان على أنه لايجوز التأمين إلا لاعتبارات

(٤٥٣) أ.د. عزيزة الشريف، المرجع السابق ، ص ١٠١ ، ١٠٢ .

(٤٥٤) EN CE SENS ARTICLE . FREDERIC ZENTI DROIT DE DISPOSER (R.T.C) J UILLET – SEPTEMBRE 1990 , PAGE 519-521 .

(٤٥٥) تراجع هذه المبررات لدى أ.د. عزيزة الشريف -المرجع السابق- ص ١٠٥ .

(٤٥٦) أ.د. هانى صلاح سرى الدين - كتاب الأهرام الاقتصادى رقم ١٧٧ ص ٨٦ .

الصالح العام ومقابل تعويض (مادة ٣٥ من الدستور) وهو ما يفيد جواز التأمين طبقا للدستور مع مراعاة الضوابط المشار اليها فيه .. ويرى الاستاذ الدكتور/ هانى صلاح سرى الدين أن التعارض ظاهرى إذ أن الدستور فى المادة ٣٥ منه قد حدد الضوابط التى يجوز معها التأمين وهى ثلاثة ضوابط :

أ - اعتبارات الصالح العام .

ب - اصدار قانون .

ج - أن يكون التأمين مقابل تعويض .

ويرى أن ذلك لا يقيد من حق المشرع فى التشديد على حماية الملكية الخاصة وحظر التأمين بمقتضى نص فى القانون وبالتالى فلا تعارض .وينطبق ذات التفسير على المادة ٣٦ من الدستور و بناء عليه تعد المادة ٨ من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ نافذة وصحيحة و تتفق مع جوهر الدستور ولا تخالفه .

المبحث الخامس

الحراسة وانقضاء عقد التزام المرافق العامة

هل الوضع تحت الحراسة سبب من أسباب انقضاء عقد التزام المرافق العامة ؟ بادئ ذي بدء تعرف الحراسة طبقا لنص المادة ٧٢٩ من القانون المدنى، بأنها وضع مال يقوم فى شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ويهدده خطر عاجل، فى يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه .

والحراسة أركان ثلاثة :

- ١- المال الموضوع تحت الحراسة .
- ٢- الاتفاق على الحراسة أو الحكم الصادر بها .
- ٣- الحارس الذى يعينه الطرفان أو يعينه القاضى .

والحراسة نوعان : حراسة اتفاقية ، حراسة قضائية .

وقد يظهر وقت تشغيل المرفق العام المدار بنظام B.O.T وإدارته أن يتوقف التشغيل بخطأ (جسيم أو يسير) من الملتزم أو حتى دون خطأ منه ، فتقوم الجهة الادارية مانحة الالتزام بإخطار الملتزم بضرورة استئناف تشغيل المرفق فى أسرع وقت، فإذا لم يستجب الملتزم فى الوقت المطلوب المناسب فإن للجهة الادارية أن تتخذ إجراء سريعا ضمانا لاستمرار أداء خدمات المرفق ، هذا الإجراء هو أن تحل الجهة الادارية محل الملتزم فى إدارته مستخدمة منشآته وآلاته وأدواته وموظفيه ، وهى تقوم بتشغيل المرفق لحساب الملتزم وليس لحسابها فاذا كان التوقف بسبب خطأ جسيم من الملتزم كان هذا الإجراء على مسئوليته ويتحمل مخاطره أى ما يسفر عنه من عجز مالى. أما إذا كان دون خطأ منه أو بسبب خطأ يسير فتتحمل الدولة هذه المخاطر فالحراسة على المرفق إجراء تفرضه الدولة المضيفة بإرادتها المنفردة أو بحكم قضائى وهى إجراء مؤقت لاينهى الالتزام الذى يعود إلى الملتزم متى رفعت الحراسة . والحراسة لايفترض حتما خطأ من جانب الملتزم فقد تفرض الحراسة دون خطأ من الملتزم إذا ماطرأت ظروف تهدد المرفق بالتوقف دون أن يتمكن الملتزم من مواجهتها فتدخل الإدارة لتمكين المرفق من الاستمرار كإضراب مثلا وهذه الحراسة لا تعتبر إجراء جزائيا ضد الملتزم^(٤٥٧).

(٤٥٧) أ.د. عزيزه الشريف ، المرجع السابق ، ص ١٧١ .

فالحراسة لاتؤدى إلى انقضاء الالتزام بل يستمر العقد وتكون الإدارة تحت مسؤولية الملتزم الذى يتحمل جميع تكاليف هذا الإجراء وتتولى الإدارة تحصيل الرسوم التى يتقاضاها الملتزم من الجمهور ويعتبر الحارس أو الإدارة نائبا عن الملتزم فى ادارته مما يعنى نفاذ كافة التصرفات القانونية وأعمال الإدارة فى ذمته طبقا للقواعد العامة فى النيابة ، ومن ثم يجب على الحارس أو الجهة الإدارية العناية بالمنشآت الخاصة بالمرفق وإدارته وصيانتها أثناء فترة الحراسة ويكون مسئولا عن كل مايلحقها من تلف بسبب تقصيره أو إهماله. كما لا يترتب على الحراسة نقل ملكية هذه المنشآت بل تظل ملكا الملتزم .

وان كان للجهة الإدارية اتخاذ إجراء فرض الحراسة إلا أن هذا الإجراء ليس بمنأى عن رقابة القضاء ولذا يستطيع الملتزم أن ينازع فى هذا الإجراء وتعتبر هذه المنازعة من اختصاص قاضى العقد باعتبار أن قرار الحراسة يتعلق بتنفيذ عقد الالتزام^(٤٥٨).

ورقابة القضاء على الإدارة عند وضعها المرفق تحت الحراسة تشمل الإلغاء فضلا عن التعويض . فالقاضى يمكنه أن يلغى قرار فرض الحراسة لعدم مشروعيتها أو لعدم ملاءمته لجسامة الخطأ أو إذا لم يكن هناك مايبيرره قانونا . فالجهة الإدارية تخضع خضوعا كاملا لرقابة القضاء ولهذا القضاء الولاية فى إلغاء الحراسة وفى وقف تنفيذها ولو عن طريق فرض الحراسة القضائية^(٤٥٩).

نخلص من ذلك إلى أن الحراسة ليست بذاتها سبباً من أسباب انقضاء عقد التزام المرافق العامة بل هى إجراء مؤقت ولهذا يتعين على الجهة الإدارية أن تحدد فترة الحراسة فى قرار فرضها أو أن يحدد فى حكم المحكمة ، على أن تعود إدارة المرفق العام - الموضوع تحت الحراسة - إلى الملتزم بعد انتهاء هذه الفترة وزوال أسباب فرض الحراسة ، وللملتزم أن يطلب إنهاء وضع المرفق تحت الحراسة إذا استعاد قدرته على الاستمرار فى استغلال المرفق أو زالت أسباب فرض الحراسة .

وقد تأكد ذلك بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن حوافز وضمانات الاستثمار فى المادة ٩ بالقول "أنه لايجوز بالطريق الإدارى فرض الحراسة على الشركات والمنشآت أو الحجز على أموالها أو الاستيلاء أو التحفظ عليها أو تجميدها أو مصادرتها " .

(٤٥٨) أ.د. جيز ، المبادئ العامة للقانون الإدارى ، الجزء ٣ ، ص ٩٠٢ . مشار إليه لدى أ.د. عزيزة الشريف ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

(٤٥٩) أ.د. عبد الرزاق السنهورى - الوسيط ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، ص ١٣٧ .

وهذا النص يعد تأكيدا لما نص عليه الدستور المصرى فى المادة ٣٤ منه على أن: " الملكية الخاصة مصونة ، ولايجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقا للقانون " .

وقد أكدت محكمتنا الدستورية العليا على هذا المبدأ فى حكمها الصادر فى الدعوى رقم ٢٦ لسنة ١٢ ق دستورية بجلسة ١٩٩٦/١٠/٥ بقولها " فرض قيود على الأموال عن طريق حراستها ، لا يكون إلا من خلال الخصومة القضائية فصلا فى جوانبها وإلا كان تحميل المال بها فى غيبتها عملا مخالفا لنص المادة (٣٤) من الدستور " .

الخاتمة

نستطيع فى خاتمة هذا البحث الذى كرسناه لتحديد مفهوم وطبيعة النظام القانونى لعقد الالتزام بنظام الـ B. O. T. أن نقرر:

أن السنوات الأخيرة الماضية قد شهدت دخول القطاع الخاص فى مشروعات لم يكن له حق الدخول فيها من قبل ، وبدأ فى تقديم خدمات كانت حتى وقت قريب حكرا على القطاع العام الذى تسيطر عليه الجهات الإدارية الحكومية المتمثلة فى الهيئات والمؤسسات العامة .وقد تباينت مشاركة القطاع الخاص بدرجات متفاوتة على مستوى دول العالم فى تقديم خدمات البنية الأساسية، الأمر الذى أدى إلى ظهور تشريعات جديدة تنظم عمليات المشاركة.

هذه ويعتبر نظام الـ B. O. T. (البناء - التشغيل - التحويل) للمرافق العامة أهم صور المشاركة . ولذا كان لزاما على أن ألقى بعض الضوء على التنظيم القانونى لعقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. فى رحاب قوانين الخصخصة التى سادت غالبية بلدان العالم النامية منه والمتقدمة على السواء . فكان هذا البحث المتواضع الذى قسمته إلى أبواب وفصول ومباحث ومطالب وفروع على نحو ما ورد فى صفحات هذا البحث. وفى الباب الأول بينت الطبيعة القانونية لعقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T. وذلك من خلال فصلين فى أولهما تعرضت لتعريف العقد وأشكال وصور عقد الـ B.O.T. وأوضحته التفرقة بين هذا العقد وغيره من العقود التى قد تتشابه معه فى بعض الجوانب منعا للغموض واللبس، وفى ثانيهما تعرضت لماهية العقد وتكييفه القانونى وخلصت إلى أن عقد الـ B.O.T. بصفة عامة وبخاصة فى جمهورية مصر العربية هو عقد من عقود القانون المدنى ، يحكم إنشاؤه ومنازعاته وقواعد وأحكام القانون المدنى باعتبار أن هذا العقد شكل متطور من أشكال عقد المقاوله، ومن خلال الباب الثانى تعرضت لأحكام عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T. وذلك من خلال سبعة فصول . أولهما: فى كيفية إبرام العقد ، وثانيهما: تعرضت فيه لأثار العقد وأوضحت الالتزامات المتبادلة بين الجهة المانحة والملتزم ، وثالثهما: فى ماهية الالتزام بإنشاء، ورابعهما: فى ماهية الالتزام بالإدارة والتشغيل، وخامسهما: تعرضت فيه إلى مدى مسئولية الملتزم تجاه العملاء ومسئوليته عن المقاولين من الباطن وفى سادسهما: تعرضت لوسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T. وفى الفصل السابع: تعرضت لأسباب انقضاء عقد منح التزام المرافق العامة وانتهيت إلى أن أسباب الانقضاء كثيرة ولكن أهمها انقضاء العقد بانتهاء مدته المحددة فيه

وانقضاء العقد بهلاك المرفق العام موضوع العقد . ومن خلال بحثى لموضوع عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. تبين لى :

١- أن عقود البناء والتشغيل والتحويل المعروفة بالـ B.O.T. تتميز بطبيعتها الخاصة التى أسهم فيها التركيب بين عمليات ثلاثة هى البناء والتشغيل والتحويل ، وقد أصبحت هذه العقود محلا لإطار تعاقدى مميز فى مدته الطويلة وأطرافه المتعددة .

٢- عدم جدوى أسلوب القهر والأمر والعقاب الصادر بالإرادة المنفردة للإدارة ، فقد أصبح أسلوبا غير مجد بالنسبة للدولة التى ترغب فى أداء مهامها على أكمل وجه نحو مواطنيها بشأن إسداؤها للخدمات المطلوبة منها، وأن الأسلوب الأمثل لتقدم الدولة فى عالمنا المعاصر هو أسلوب التعاقد القائم على حقوق والتزامات لطرفى التعاقد .

٣- يجب استحداث نظم قانونية جديدة لوضع بنیان قانونى أو نظام قانونى يتلائم مع نشأة نظام الـ B.O.T. واستمراره وتطويره وأنى أقترح تعديل بعض القوانين لنتناسب مع مفهوم الـ B.O.T. وتحقق المرجو منه ،ومن هذه القوانين . قانون الضرائب وكذا قوانين الاستثمار وقانون المناقصات والمزايدات . وتعديل بعض مواد القانون المدنى بشأن التزامات المرافق العامة ونخص منها :

- المادة ٦٦٨ لتصبح صياغتها كالتالى " التزام المرافق العامة بنظام البناء والتشغيل والتحويل . هو عقد الغرض منه إنشاء مرفق عام ذو صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم المرفق ويسمى " مالك " وبين فرد أو شركة ويسمى " ملتزم " يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن على أن يتعهد الملتزم فى نهاية مدة العقد بتحويل أصول المرفق العام وكافة ما يلزم لتشغيله للمالك بحالة صالحة للاستعمال والتشغيل".

-المادة ٦٧٠ (١) لتصبح صياغتها كالتالى " إذا كان ملتزم المرفق محتكرا له وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء فى الخدمات العامة أو فى تقاضى الأجور " .

- المادة ٦٧٢ (١) لتصبح صياغتها كالتالى " كل انحراف أو غلط لا يعيب الإرادة يقع عند تطبيق تعريفه الأسعار على العقود الفردية يكون قابلا للتصحيح" (٢) فإذا وقع الانحراف أو الغلط ضد مصلحة العميل كان له الحق فى استرداد ما دفعه زيادة على الأسعار المقررة و إذا وقع ضد مصلحة الملتزم بالمرفق العام، كان له الحق فى استكمال ما نقص من الأسعار المقررة . ويكون باطلا كل اتفاق يخالف ذلك ويسقط الحق فى الحاليتين بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه بأنه دفع مالا يتفق مع الأسعار المقررة "

٤- يجب إصدار قانون جامع لتشريعات التزامات المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. إذ أصبحت القوانين الاستثنائية مثل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ م، القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧، القانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ هي الأصل وأن الاستثناء القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ إذ أصبح الأخير عاجزاً عن مواكبة المتغيرات الاقتصادية وأساليب التمويل والتشغيل في الوقت الحاضر .

٥- أن الشريعة الإسلامية عرفت قبل الأنظمة الوضعية الملكية الخاصة . فقد أباح الإسلام للفرد أن يمتلك الأرض وأن يمتلك رأس المال النقدي والعيني وأن يمتلك العقارات والمنقولات . ولم يغفل الملكية العامة بل عرف الإسلام نوعي الملكية جنبا إلى جنب . وأن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T. له نظام مماثل - وإن اختلف في أهدافه وطريقته - في الفقه الإسلامي وهو نظام الإقطاع بمفهومه الاقتصادي الإسلامي ، كما أن عقد التزام المرافق العامة لنظام الـ B.O.T. يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية^(٤٦٠).

٦- إن مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T. ليس نظاماً جديداً بل هو معروف منذ زمن بعيد ويرجع إلى عصر الرومان، وقد كان الفرنسيون رواداً في مفهوم الـ B.O.T. ولعل أول مشروع نفذ في مصر بنظام الـ B.O.T. هو مشروع شق قناة السويس وإدارتها في ١٩ مارس ١٨٦٦ تاريخ التصديق على العقد المبرم بين فرديناند دي ليسبس والخبوي إسماعيل .

٧- إن تطبيق القانون الخاص في إدارة المرافق العامة الاقتصادية هو الأكثر ملاءمة . فالقانون العام ليس مناسباً وهذا يصدق بشكل خاص إذا كان القائم على إدارة المرفق شخصاً خاصاً ، إذ أن سلطان القانون الخاص يزداد تدريجياً ويرجع ذلك إلى أن تحرير الاقتصاد أصبح ظاهرة عالمية ليس فقط في البلدان النامية ، وكذا تحول المشروعات العامة التي تتخذ شكل مؤسسات وهيئات عامة إلى شركات مساهمة^(٤٦١)،^(٤٦٢).

٨- إعادة النظر في إطالة أمد عقود الـ B.O.T. والتي قد تصل إلى تسع وتسعين عاماً، وهي مدة طويلة جداً. فالعقد الذي يستمر قرابة القرن من الزمان لابد أن يرتب أوضاعاً سياسية

^(٤٦٠) دكتور إبراهيم الشهاوى : عقد امتياز المرفق العام بنظام الـ B.O.T. .

^(٢) A. D ELAUBADERE P. DELVOLVE , Droit public economique , preecite Cit.N.504.

^(٣) G. VEDEL, P.DELVOLVE, Droit administratif .T.2 .P.U.F 1992. P.755.

واقتصادية واجتماعية يصعب التعامل معها . ولنا فى عقد التزام قناة السويس العظة و العبرة (٤٦٣).

٩- لا يجوز تأمين المشروعات أو المرافق العامة المقامة بنظام الـB.O.T أو وضعها تحت الحراسة .

١٠- ضرورة تمويل المشروعات التى تقام بنظام الـB.O.T بالعملات الأجنبية محولا من الخارج ، وأن يتضمن تنفيذ هذه المشروعات المشاركة المحلية فى الإنشاء والتصنيع، وأن يرتبط الأمر بضرورة استخدام تكنولوجيا ملائمة للبيئة المحلية وأن يقوم الملتزم أثناء تشغيل المرفق موضوع العقد باستثمار جزء من أرباحه داخل الدولة المقام على أرضها المشروع .

وبعد، هل استوعبت هذه الرسالة ، كل ما يمكن أن يقال عن عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B. O .T فى ظل قوانين الخصخصة ؟ ، لا نزع ذلك، وهل أحاطت بجميع النقاط سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية العملية ؟ هذا ما لا ندعيه ، ولكن ما هى إلا لبنة فى البناء وخطوة على الطريق ، ونافذة ألقى بصيصاً من الضوء على ما يجرى حولنا فى عالم الاقتصاد الحر ، وما ساد العالم من خصخصة للمرافق العامة ، ومشاركة القطاع الخاص فى مشروعات البيئة الأساسية للدول ، ومحاولة متواضعة لسد ثغرة فى الفقه العربى ، الذى ننشد له جميعا الكمال وقد أفرغت فى جمعها طاقتى وجهدى، وبذلت فيها فكرى وقصدى، ولم يكن فى ظنى أن أتعرض لذلك ، لعلمى بالعجز عن الخوض فى تلك المباحث، فما كان فيها من صواب فمن الله عز وجل وما كان فيها من خطأ فمنى ومن الشيطان، وأسأله سبحانه وتعالى العفو عني لما تكففته من أبواب الباحثين والعلماء وتطفلت به على موائد الفقهاء ، ولكنى تمثلت بقول بعض الفضلاء:

أسير خلف ركاب النجب ذا عرج .: مؤملا كشف ما لاقيت من عوج

فان لحقت بهم من بعد ما سبقوا .: فكم لرب الورى من ذاك من فرج

وأن بقيت بظهر الأرض منقطعا .: فما على عرج فى ذلك من حرج

(٤٦٣) أ . د جابر جاد نصار - عقود البوت والتطور الحديث - ص ٢٢٢.

وأدعو الله عز وجل أن يجعل عملي هذا خالصا لوجهه الكريم ، وأن يكون نافعا للناس
في كل زمان ومكان، والله الهادي إلى الصراط المستقيم " وما توفيقى إلا بالله عليه توكلت وإليه
أنيب " ربنا آتتنا من لدنك رحمة وهيئ لنا من أمرنا رشدا " وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

ملحق رقم (١)

عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار

مرسى علم بنظام (B.O.T)

وزارة النقل والمواصلات

الهيئة المصرية العامة للطيران المدني

عقد

التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة
مطار

مرسى علم بنظام (B.O.T) (٤٦٤)

(٤٦٤) الوقائع المصرية - العدد ٢٦٤ في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨

قرار مجلس الوزراء:
رقم ١ لسنة ١٩٩٨
بمنح التزام انشاء وتشغيل واستغلال وإعادة
مطار مرسى علم بنظام الـ (B.O.T) (٤٦٥)

لشركة ايماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مساهمة مصرية "

مجلس الوزراء:

بعد الاطلاع على الدستور :

وعلى القانون المدنى :

وعلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة
واستغلال المطارات وأراضى النزول ،

وبناء على ما عرضه وزير النقل والمواصلات ،

قرر:

(المادة الأولى)

منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ (B.O.T) لشركة
ايماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مساهمة مصرية " وفقا لأحكام القانون رقم ٣
لسنة ١٩٩٧ المشار اليه وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التى تعتبر جزءا
لايتجزأ من هذا العقد.

(المادة الثانية)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، وعلى الجهات المختصة تنفيذه .

صدر برئاسة مجلس الوزراء فى ٧ ربيع الأول سنة ١٤١٩ هـ

(الموافق أول يوليو سنة ١٩٩٨ م)

مجلس الوزراء

عقد

(٤٦٥) الوقائع المصرية - العدد ٢٦٤ فى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨ .

منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة

مطار مرسى علم

بنظام (B.O.T)

حرر هذا العقد وتم التوقيع عليه بمقر مجلس الوزراء بالقاهرة يوم الأحد الموافق ١٩٩٨/٢/٨ بين كل من :

١- حكومة جمهورية مصر العربية والممثلة بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني .
وعنوانها : جمهورية مصر العربية / القاهرة ، ويمثلها الطيار / عبدالفتاح محمد كاتو - رئيس مجلس الإدارة .

(ويعبر عنها فيما بعد بالمالك) (طرف أول)

٢- شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات - شركة مساهمة مصرية طبقا لاحكام القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ . وعنوانها : ٧١ أ شارع محمد حسين هيكل - مدينة نصر - القاهرة ، ويمثلها السيد / لؤى جاسم الخرافى .

(ويعبر عنها فيما بعد بالملتزم) (طرف ثانى)

تمهيد:

نظرا للدور المتعاظم لحركة النقل الجوى فى دفع حركة التنمية على المستوى القومى ..
فقد تبنت حكومة جمهورية مصر العربية خطة إنشاء مطارات جديدة وتطوير المطارات القائمة باعتبار المطارات من أهم عناصر عملية النقل الجوى .

ولما كانت جمهورية مصر العربية تبنى خطتها التنموية واضحة فى اعتبارها زيادة مساهمة القطاع الخاص فى تلك الخطة . فقد قررت أن توفر الأراضى اللازمة لإنشاء المطارات المطلوبة مع إتاحة الفرصة للقطاع الخاص ليقوم - مع عدم الإخلال بالسيادة الكاملة والمطلقة للدولة على الفضاء الجوى داخل الإقليم وبالأنظمة الخاصة بأمن الطائرات والمطارات - بإنشاء وإدارة وتشغيل المطارات لفترة امتياز يتم بعدها تسليم المطار بجميع منشآته ووحداته صالحة للاستخدام وبدون مقابل إلى الدولة ممثلة فى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني .

وعلى ذلك فقد صدر القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ م فى شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول الذى أجاز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين فى الداخل والخارج لإنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول أو أجزاء منها أو لتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال ما هو قائم من المطارات وأراضى النزول وذلك دون التقييد بأحكام القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧م بالتزامات المرافق العامة والقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ م فى شأن منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وتعديل شروط الامتياز ، ومع الالتزام بأحكام قانون الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٨١ م وقانون رسوم الطيران المدنى الصادر بالقانون رقم (١١٩) لسنة ١٩٨٣ م وتعديلاته بالقانون رقم (٢٠٩) لسنة ١٩٩١ م وكذا القانون رقم (١٠٧) لسنة ١٩٩٣ م وبمراعاة القواعد والإجراءات المشار إليها بالقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧م.

وفى إطار ماتقدم قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بطرح عملية إنشاء مطار مرسى علم وفقا لنظام (B.O.T) " إنشاء وإدارة وتشغيل المطار لفترة التزام محددة يتم بعدها إعادة المطار إلى الدولة " بين الملتزمين وفقا للشروط الواردة فى كراسة شروط العملية (ملحق ١) وتقدمت شركة محمد عبدالمحسن الخرافى وأولاده للتجارة العامة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية ذ.م.م بعرض عن العملية ضمن عروض أخرى (ملحق ٢) ، وبعد الدراسة الكاملة لهذه العروض ثم اختيار هذه الشركة بواسطة الهيئة المصرية العامة للطيران المدنى للتفاوض والتعاقد على العملية ووفقا لما تضمنته كراسة الشروط الخاصة بالمشروع .

وقد تم التوقيع على اتفاق إطار التعاقد على منح التزام انشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام (B.O.T) بين الهيئة وشركة محمد عبدالمحسن الخرافى وأولاده للتجارة العامة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) فى ١١٩٩٧/٨/٢ م ملحق رقم () ويتضمن هذا الاتفاق وملاحقه تنظيم العلاقة بين الطرفين من جميع جوانبها .

ووفقا لما ورد بالبند رقم (٥/أ) من موضوع هذا الاتفاق - قامت شركة محمد عبدالمحسن الخرافى وأولاده للتجارة العامة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) بتاريخ ١٩٩٧/٨/٢٧ م بتأسيس شركة ايماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات شركة مساهمة مصرية طبقا لاحكام القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧ م لتكون الطرف الثانى فى هذا العقد وملاحقه ، وصدر بذلك قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم (٣٨١) لسنة

١٩٩٧ م بالترخيص بتأسيس شركة ايماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ، وذلك بهدف انشاء وإقامة وإدارة المشروع مدة بقائها طوال فترة الإنشاء والامتياز ، مضافا إليها خمس سنوات لضمان تسليم المطار واعادته إلى الدولة بعد نهاية الفترة .

وبعد موافقة مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٩ م والواردة بكتاب السيد/ وزير شئون مجلس الوزراء والمتابعة رقم (٥٤) بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١١ م إلى السيد المهندس / وزير النقل والمواصلات (المرفق) على منح الالتزام باقامة مشروع انشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم طبقا للقانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ م للشركة المشار إليها .

ومن المعلوم أن شركة محمد عبدالمحسن الخرافي والتي رست عليها عملية انشاء مطار مرسى علم اشتركت في تأسيس شركة ايماك (الطرف الثاني في هذا العقد)، وذلك بغرض انشاء . واقامة وإدارة وتشغيل هذا المطار بكافة تجهيزاته ومرافقه وتحت مظلتها.

وتأسيسا على كل ماتقدم ذكره . وبناء عليه فقد تم تحرير هذا العقد بشأن منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وتسليم مطار مرسى علم للطرف الثاني ، وذلك وفقا لحكم البندين رقمي (١٦ ، ١٧) من اتفاق إطار التعاقد الموقع بين الهيئة وشركة محمد عبدالمحسن الخرافي في ١٩٩٧/٨/٢ م على النحو الآتي :

١ - يعتبر التمهيد السابق وإطار الاتفاق الموقع بين المالك وشركة محمد عبدالمحسن الخرافي المؤرخ في ١٩٩٧/٨/٢ م وجميع ملاحقه جزءا لا يتجزأ من هذا العقد ويتمتع بنفس القوة الإلزامية لطرفيه ولا يكون أى تعديل لأحكام هذا العقد أو شروطه ساريا مالم يثبت ذلك كتابة ويوقعه كل من الطرفين .

٢ - تم تحرير هذا العقد باللغة العربية ويتم تحرير مستندات الدراسات الفنية باللغة الانجليزية .

٣ - الملاحق المشار إليها في هذا العقد تنصرف إلى ملاحق الاتفاق المذكور أعلاه المؤرخ في ١٩٩٧/٨/٢ م وتحمل ذات الأرقام الخاصة بها في هذا الاتفاق .

المادة (١) التعاريف :

أ - تحمل المصطلحات المستخدمة المعانى المسندة إليها على النحو الوارد بالملحق (٣) مالم يقتض السياق خلاف ذلك .

ب - تضم ملاحق العقد التعاريف والمصطلحات المستخدمة في كل منها حسب الحاجة .

المادة (٢) القانون الواجب التطبيق :

أ - يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية

ب- فى حالة حدوث تعديلات فى القوانين واللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد يتسبب عنها زيادة فى تكاليف انشاء المطار أو المدة المحدد لانشائه . فعلى الملتزم إخطار المالك بذلك خلال عشرة أيام على أن يتضمن الاخطار كافة التفاصيل المتعلقة بالتعديل الذى تم وآثاره على الملتزم والاجراءات المقترحة ، وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة فى التكاليف أو مد فترة الالتزام بما يساوى المدة التى تسببت القوانين واللوائح فى زيادتها فى مدة الانشاء وفقا لما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين .

ج - يقوم المالك بالحصول على جميع الموافقات والترخيص المطلوبة لابرام هذا العقد والتقيد بأحكامه بما فى ذلك شرط تسوية المنازعات وفقا للمادة (١٣) من هذا العقد .

المادة (٣) موضوع العقد :

أ - إعداد الدراسات والتصميم :

١- إعداد دراسة وافية ومتخصصة عن مخزات السيول والufالق بمنطقة المشروع . وكذلك دراسة عن الآثار الاقتصادية والبيئية لانشاء المطار بمنطقة المشروع (ملحق ٧) .

٢- إعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه وفى التوقيتات الواردة بالملحق (١٨) ، والتصميم الأولى لكل من عناصر المشروع على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١١) ، والتصميم النهائى على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٢) .

٣- يتعهد الملتزم بأن يكون إعداد الدراسات والتخطيط والتصميمات وفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق رقم (١٥) (تحدد المعايير ، والهيئة التى أصدرتها ، والتاريخ الذى صدرت فيه) .

٤- يتحمل الملتزم كافة تكاليف الدراسات والتصميم والانشاءات والتجهيزات لكافة عناصر المشروع الخاصة بالادارة والتشغيل والخدمات .

ب - إنشاء المطار :

١- يمنح المالك الملتزم الحق في حدود قوانين جمهورية مصر العربية في إشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات وعمليات الطيران ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام وبما يتفق وأحكام عقد الالتزام .

٢- يتعهد الملتزم بإنشاء مطار مرسى علم الدولي بالموقع المحدد بالملحق (٤) وبالمكونات الرئيسية المحددة بالملحق (٥) والتخطيط العام المحدد بالملحق (٦) ووفقا لبرنامج التنفيذ المحدد بالملحق (١٩).

٣- يتعهد الملتزم أن تكون الإنشاءات والتجهيزات وفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ماهو وارد بالملحق (١٦) (تحدد المعايير ، والهيئة التي أصدرتها ، والتاريخ الذي صدرت فيه) .

٤- يحق للملتزم إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض مثل إقامة مباني خاصة بالأسواق الحرة أو أى مباني إدارية وتجارية وترفيهية يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال ، على أن يكون ذلك بعد موافقة المالك والجهات المعنية الأخرى ، وبما لا يتعارض مع التخطيط العام للمطار حاليا وتطويره مستقبلا أو التخطيط العام للمنطقة ومع مراعاة القواعد المقررة قانونا .

ج - إدارة وتشغيل المطار :

١- يدير المشروع مجلس إدارة على النحو الذى تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٢٠) يمثل فيه المالك بعدد عضوين من تسعة أعضاء .

٢- يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار لفترة ٤٠ سنة تدخل منها فترة الإنشاء ووفقا للقواعد والشروط التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢١) .

٣- يتعهد الملتزم أن تكون نظم إدارة وتشغيل المطار وفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٧) وتحدد المعايير والهيئة التي أصدرتها ، التاريخ الذي صدرت فيه "

٤- يتعهد الملتزم باستيفاء المتطلبات الأمنية ومتطلبات عمل الأجهزة الحكومية العاملة بالمطار على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٢٦)* .

٥- يتحمل الملتزم كافة المصروفات الجارية واستبدال التالف من الأصول الثابتة خلال فترة الاستغلال بما يضمن استمرارية التشغيل بكفاءة .

٦- يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والإشغال والإستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات ووفقا للآلية التى تم تحديدها والاتفاق عليه بالملحق (٢٣).

٧- يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية بالمطار مسؤولية المالك وعليه تخصيص العدد الكافى من العاملين ذوى التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقا للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقا للأسلوب والشروط التى تم تحديدها بالملحق (٢٢) . ويكون المالك مسئولا عن تنظيم حركة الطائرات فى نطاق المطار وأثناء إقلاعها وهبوطها وتحركها على أرض المطار، وذلك توحيدا للمسئولية عن سلامة تلك الحركة ، ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو بالغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة.

٨- يتعهد الملتزم بأن يدفع للمالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية على نحو ماتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق رقم (٢٤).

٩- يقوم المالك باصدار الاعلان المقرر لتشغيل المطار لاستقبال وهبوط الطائرات متى ارسل له الملتزم طلبا بذلك وفى خلال مدة ٢٨ يوما من تاريخ الطلب ، وذلك فى حالة اجتياز المشروع لجميع الاختبارات اللازمة لذلك .. وفى حالة رفض المالك إصدارالاعلان المقرر فعليه إبلاغ الملتزم بأسباب ذلك الرفض فى المدة المحددة حتى يمكنه تلافى هذه الأسباب وبعدها يقوم الملتزم باعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغية اصدار اعلان التشغيل خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ اعادة الطلب .

١٠- يتعهد الملتزم بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة فى الطيران المدنى من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدنى بالمشروع ، وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق(٢٧).

١١- يختص الطرف الأول بإصدار تصاريح وتراخيص الطائرات (هبوط وإقلاع) لكافة عمليات النقل الجوى .

١٢- يكون للطرف الأول الحق فى التفتيش على كافة الأعمال والخدمات والأنشطة التى تؤثر على أعمال الطيران المدنى ، وعلى الملتزم استصدار ترخيص تشغيل المطار أو أرض النزول وتجديد الترخيص دوريا من الطرف الأول وفقا لما تحدده القواعد المنظمة لذلك .

١٣- يتعهد الملتزم أن يدفع للمالك نسبة من عائد جميع استثماراته بالمطار، وذلك على نحو ماهو محدد بالملحق (٢٥).

١٤- يتولى الملتزم تحديد علاقات العمل وإجراءات التنسيق مع السلطات السيادية والأمن القومي وسلطات أمن الموانئ والجوازات والجمارك والحجر الصحي وشرطة السياحة وشرطة الإنقاذ والإطفاء والأرصاد الجوية ، مع الأخذ في الاعتبار الإجراءات المعمول بها بين المالك وهذه الجهات في المطارات التابعة له، وترفق المستندات الخاصة بهذه الإجراءات كملاحق لعقد الالتزام مالم تكن لها صفة السرية ، ويقوم المالك بمعاونة الملتزم في هذا الشأن إذا طلب منه ذلك .

١٥- يكون للملتزم في الحالات التي تتوقف فيها عمليات الطيران بالمطار لفترة أكثر من شهرين لأسباب قهرية خارجة عن إرادته أن يطلب من المالك إغلاق المطار بالنسبة لعمليات الطيران ، وفي حالة قيام المالك بذلك يتوقف الملتزم عن دفع تكاليف تشغيل برج المراقبة الجوية والخدمات الملاحية للمالك ، ويتم مد فترة الالتزام المتفق عليها بين الطرفين بمقدار نفس المدة التي أغلق فيها المطار .

د - تسليم المطار للمالك بعد نهاية فترة منح الالتزام :

١- يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الانشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل وبما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دولياً وذلك وفقاً للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق (٣١).

٢- يجوز مد فترة الاستغلال بعد انتهائها من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه .

٣- يتعهد الملتزم بتأمين مسؤوليته عما قد ينجم عن تنفيذ هذا العقد من هلاك أو أضرار أو إصابات قد تلحق بالمالك أو الغير من جراء مايقوم به موظفوه أو المتعاقدون معه أو ما يغفلون القيام به ، كما يلتزم كذلك بتأمين مسؤولياته المتعلقة بالتعويضات التي يلتزم بها بمقتضى هذا العقد .

المادة (٤) ضمان التنفيذ :

أ - يجب على الملتزم أن يودع خلال ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع على هذا العقد وكضمان لتنفيذ التزاماته المنصوص عليها بالبنود (٣/أ، ب، ج) من هذا العقد خطاب ضمان بقيمة

تعاادل أربعة ملايين جنيه مصرى يكون سارى المفعول حتى اكتمال أعمال الإنشاء وبدء تشغيل المطار فى ٢٠٠٢/٧/١ م وبالصيغة والشروط التى تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢٨).

ب - يجب عل الملتزم قبل عامين من نهاية مدة الالتزام ، أن يقدم للمالك خطاب ضمان بقيمة تعادل أربعة ملايين جنيه مصرى يكون سارى المفعول حتى مرور مدة تسعون يوما من تاريخ تسليم المطار وبالصيغة والشروط التى تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢٩) .

المادة (٥) تحويل الحقوق والالتزامات :

لايجوز للملتزم التنازل عن أى من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة وبموافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل واعتبارا من تاريخ هذه الموافقة ، ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم التنازل إلا إذا استوفى الملتزم شروطا معينة وعلى الملتزم أن يفى بتلك الشروط عند إجراء التنازل.

المادة (٦) مقاولو الباطن :

أ- للملتزم - بعد الحصول على موافقة المالك كتابة التعاقد مع من يختاره من مقاولى الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار على نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك ، وعليه أن يزود المالك بقائمة بهؤلاء المتعاقدين وبياناتهم (الاسم، العنوان ، وصف الأعمال المتعاقد معه عليها).

ب - ليس من شأن تعاقد الملتزم مع أى من المقاولين التأثير على أداء أى التزام من التزاماته بموجب هذا العقد أو أن ينتقص من مسؤوليته عن التقصير فى أداء ذلك الالتزام أو أن يلغى تلك المسؤولية .

ج - يوافق الملتزم بتعويض المالك عن أى ضرر يلحقه مقاولو الباطن المتعاقدون مع الملتزم باملاك المالك أو تنجم عن أى مسئولية قد يتحملها المالك تجاه الغير نتيجة قيام مقاولو الباطن المتعاقدين مع الملتزم أو إغفالهم القيام بعمل من الأعمال.

المادة (٧) مراجعة الوثائق والمستندات :

أ - للمالك أن يقوم بتعيين استشارى ينوب عنه فى مراجعة الوثائق المتضمنة التصميمات والرسومات والبيانات التقنية وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ ، وعلى المالك أن يخطر

الملتزم بذلك ،وعلى الملتزم أن يوفر للاستشارى الذى يعينه المالك المعلومات والوثائق وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقدر نفسه الذى يتيح العقد للمالك .

ب- يتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التى يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشارى) للمراجعة وفقا للمعايير الدولية على نحو ماهو موصوف بالملحق (١٤) ، وفى حالة كونها مخالفة أو غير كافية أو غير دقيقة أو غير متوافقة يتم إعادتها لتعديلها ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة عن ذلك بما فيها تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشارى.

ج - يتحمل الملتزم التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات والتغييرات التى تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية أو عدم التوافق فى المواصفات والرسومات وفق ذلك إذا تسببت هذه التعديلات والتغييرات فى حدوث تأخير يعتبر الملتزم مسئولا عن ذلك التأخير .

د - تنتقل للمالك ملكية الوثائق المتضمنة الرسومات والمواصفات والبيانات التقنية لاستخدامها فى صيانة وإصلاح المطار بعد انتهاء فترة الالتزام.

المادة (٨) التنفيذ المشوب بعيوب :

إذا اكتشف المالك - قياسا على المستويات الدولية لتأمين سلامة الطيران والركاب - عيوباً خطيرة فى المطار أو فى أى من مكوناته أو تجهيزاته أثناء اجراء التفتيشات والاختبارات التى يقوم بها المالك أو من ينوب عنه بموجب هذا العقد ، وكانت هذه العيوب قابلة للإصلاح. تعين على الملتزم والحالة هذه أن يصلح هذه العيوب وأن يثبت خلو المطار من عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك أو من ينوب عنه فى غضون .. تلى التفتيشات والاختبارات غير الناجحة التى سبق إجراؤها ، وإذا فشل فى ذلك أو كررت التفتيشات والاختبارات وثبت أن العيوب غير قابلة للإصلاح فعلى الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة من الإنشاء وإعادة إنشائها من جديد طبقا للمواصفات القياسية ووفقا لما هو محدد بالعقد وملاحقه.

المادة (٩) التأخير فى التنفيذ :

أ- إذا لم ينجز الملتزم التزاماته فى التواريخ المحددة لانجازها وفقا لجدول التنفيذ التى تم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق (١٨ ، ١٩) المرفقة بهذا العقد يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامة تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضى بعد التاريخ المحدد للانجاز ويتم حساب الغرامة وفقا لما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٣٠).

- ب - مع عدم الإخلال بأى حق فى اقتضاء المبلغ المشار اليه فى الفقرة (أ) من هذا البند يتعين على الملتزم الاستمرار فى إنجاز التزاماته .
- ج - لايجوز أن يتجاوز مبلغ غرامة التأخير المستحق الدفع بمقتضى الفقرة (أ) من هذا البند حد أقصى قدره ٥% من قيمة الأعمال التى لم يتم انجازها فى مواعيدها المحددة .
- د - لاينطبق الحد الأقصى المحدد فى الفقرة (ج) من هذا البند على حالات الإخلال بالتنفيذ بقصد إحداث خسائر أو على حالات الإخلال بالتنفيذ الناشئ عن عمد رغم العلم بأن ذلك يرجح أن تترتب عليه خسائر .

المادة (١٠) وقف الإنشاء:

- أ- للملتزم الحق فى طلب تمديد مدة الإنشاء فى الحالات الآتية :
- ١- بناء على قرار من المالك .
 - ٢- القوة القاهرة .
 - ٣- ظروف استثنائية يكتشفها الملتزم قد تطرأ فى الموقع .
 - ٤- أى تأخير أو إعاقة من قبل المالك .
- ب - على الملتزم أن يخطر المالك خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المتسبب فى التأخير بعزمه على التقدم بطلب لتمديد مدة التنفيذ ، وكذلك عليه أن يحتفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أى طلب يقدمه فى هذا الصدد وأن يحتفظ بأى سجلات أخرى قد يطلبها المالك .
- ج - على الملتزم أن يقدم تفاصيل كاملة تدعم طلب التمديد خلال مدة ٢٨ يوما من وقوع التأخير تحسب ابتداء من اليوم الأول من التأخير .
- د - على المالك دراسة الطلب المقدم من الملتزم لتمديد مدة التنفيذ وإخطاره بقراره فى هذا الصدد ، وذلك فى مدة أقصاها ١٤ يوما من تاريخ تقديم المستندات .
- هـ - يحق للملتزم تمديد مدة تنفيذ أعمال البناء بما يعادل مدة التأخير التى قد تتسبب الجهات والسلطات الحكومية فيها وبالمعدلات المتفق عليها حسب البرامج الزمنية المقدمة منه .
- و - إذا حدث فى أى وقت تأخير من قبل الملتزم فى تنفيذ أعمال البناء موضوع هذا الاتفاق مقارنة بالبرنامج الزمنى المحدد فإنه يتعين على الملتزم أن يقدم للمالك برنامجا زمنيا

معدلاً يأخذ في الاعتبار الظروف السائدة ، وعلى الملتزم في الوقت نفسه أن يبلغ المالك الخطوات المقترحة لزيادة معدلات التنفيذ بغرض انجاز العمل خلال فترة الانجاز المحددة .

ز - يحق للمالك في أى وقت كان - لسبب من أسباب القوة القاهرة - أولاًى سبب آخر يعتبره المالك مهما أن يطلب من الملتزم إيقاف أعمال البناء في المشروع أو في جزء منه ، وإذا تم إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى الملتزم ، فلا يحق له أى طلب تمديد في مدة انجاز المشروع لكن إذا حدث إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى المالك .. يحق عندها للملتزم تمديد مدة المشروع لفترة مماثلة لمدة الايقاف .

المادة (١١) التعويض عن الأضرار :

أ- يتفق الطرفان على الالتزام بأحكام القانون الواجب التطبيق في تحديد شروط ومدى إمكان حصول طرف على تعويض من الطرف الذى يخل بتنفيذ التزاماته على الاتفاق .

ب - مع مراعاة أحكام العقد الأخرى - لايجوز اقتضاء تعويض إلا عن نوع وبمقدار الخسارة الذى توقعه الطرف المخل بالتنفيذ أو الذى كان يمكن توقعه عند التعاقد أو عند الإخلال بالتنفيذ ونتيجة له .

ج- على الطرف الذى يتكبد خسارة نتيجة لاخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمة لتخفيف تلك الخسائر .. فإذا لم يتخذ هذه التدابير ، سقط الالتزام بدفع تعويض عن أى خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة ، وإذا اتخذ هذه التدابير حق له - مع مراعاة الحدود المقررة للتعويض بالقانون الواجب التطبيق - أن يحصل على تعويض كامل عن جميع خسائره بما فى ذلك التكاليف المعقولة التى يكون قد تكبدها لدى اتخاذ تلك التدابير ، حتى لو لم تنجح هذه التدابير فى تخفيف الخسارة.

د - إذا لحق ضرر بالمطار أو بأى جزء منه بسبب القوة القاهرة - سواء فى مرحلة الانشاء أو خلال فترة التشغيل - يكون المالك مسئولاً عن دفع جميع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال ، بحسب مقتضى الحال لاعادة المطار إلى الحالة التى كان عليها قبل وقوع الضرر .

هـ - على الملتزم أن يخطر المالك فور بدء حدوث القوة القاهرة أو توقعها بكافة التفاصيل المتاحة عن الحادث وآثاره عليه بالقدر الذى يكون ذلك ممكناً اتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتدارك ومعالجة آثار القوة القاهرة والتخفيف منها. والا سقط حق الملتزم فى

المطالبة بالتعويض عن أى خسائر كان يمكن تداركها أو التخفيف منها باتخاذ تلك الاحتياطات والتدابير .

المادة (١٢) الإنهاء بسبب القوة القاهرة :

للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وعليه أن يعرض الملتزم عن ماله من خسارة من جراء ذلك الإنهاء، وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أى أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير .

المادة (١٣) تسوية المنازعات :

إذا نشأ أى خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولاً محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما ، فإذا لم يوصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه ، فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد وفقاً لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية على أن يتم التحكيم فى لندن .

المادة (١٤) قرار منح الالتزام :

يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - قرار من مجلس وزراء حكومة جمهورية مصر العربية ، ولا يجوز للملتزم أن يتنازل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء.

المادة (١٥) بدء سريان العقد :

يعتبر هذا العقد سارياً اعتباراً من تاريخ توقيعه من الطرفين .

المادة (١٦) :

يعين المالك ممثلاً عنه لمتابعة تنفيذ المشروع وينفذ أياً من واجبات المالك كما هي محددة فى هذا العقد .

المادة (١٧) :

يمنح المالك للملتزم خلال مدة ثلاثون يوما من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التى ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التى ينص عليها هذا العقد ، ولينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة .. وفى حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير فى تسليم الموقع .

المادة (١٨) :

يقوم المالك باتخاذ كافة الاجراءات اللازمة للتنسيق مع القوات المسلحة وأية جهات حكومية أخرى لضمان قيام الملتزم بمباشرة مسئولياته فى إنشاء المطار وإدارته و إستغلاله بحيث لا يضر من أى تدخل من هذه الجهات أو عدم قيامها بواجباتها .

المادة (١٩) : الإشعارات على العقد :

أ- تحرر الاشعارات على هذا العقد كتابة وباللغة العربية عدا مايتضمن دراسات أو بيانات فنية فيقدم باللغة الانجليزية ، وتستخدم لنقل الاشعارات وسائل التلكس والفاكس والبرق أو غير ذلك من وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية التى توفر سجلا لهذه الاشعارات .

ب- ترسل الاشعارات على العنوانين التاليين :

١- طرف أول (المالك) :

عنوان : طريق المطار .

تليفون : ٢٤٤٧١٤٣

فاكس : ٢٤٧٠٣٥١

٢- طرف ثان (الملتزم) :

عنوان : ٧١ شارع محمد حسين هيكل - المنطقة السادسة - مدينة نصر

تليفون : ٢٧٥٤١٢٣-٢٧٥٤١٥٥ .

فاكس ٢٧٥٣٩٣٠ - ٢٧٥٣٨٦٧

ج - على الطرف الذى ينوى تغيير عنوانه كما هو مبين عاليه إخطار الطرف الآخر
بمدة لاتقل عن أسبوعين قبل تاريخ التغيير .

د - يعتبر تسليم الاشعار تاما عندما يسلم الاشعار إلى ممثل الطرف المقصود إشعاره
شخصيا أو يتم إرساله على عنوانه حسب ماهو مبين وبأى من الوسائل المبينة عاليه ، ويعتبر
الاشعار ساريا فور مضى المدة المعقولة لوصوله وفقا للوسيلة المستخدمة للإشعار .

المادة (٢٠) :

حرر هذا العقد من ثلاث نسخ سلمت إحداها للطرف الثانى ويحتفظ الطرف الأول بباقى
النسخ للعمل بمقتضاها .

المادة (٢١) مكونات الاتفاق :

يتكون هذا العقد من (٢١) مادة وتعتبر الملاحق المرفقة وعددها ٣١ ملحقا جزءا
لايتجزأ منه .

التوقيع :

طيار / عبدالفتاح محمد كاطو

عن المالك

التوقيع :

السيد / لوى جاسم الخرافى

عن الملتزم

ملحق رقم (٢)

**عقد منح التزام إنشاء وإدارة وإستغلال
وإعادة رصيف متخصص فى تداول
المنتجات البترولية بميناء الدخيلة**

قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٩

بمنح التزام إنشاء وإدارة واستغلال

وإعادة رصيف متخصص فى تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة^(٤٦٦)

مجلس الوزراء :

بعد الاطلاع على الدستور :

وعلى القانون المدنى :

وعلى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصيصية المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ .

وبناء على ما عرضه وزير النقل والمواصلات :

قرر

(المادة الأولى)

منح التزام إنشاء وإدارة واستغلال وإعادة رصيف متخصص فى تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة بنظام ال (B.O.T) لشركة الشرق الأوسط للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميدتاب) " شركة مساهمة مصرية " وفقا لأحكام القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ المعدل بالقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ المشار إليهما وعقد الالتزام المرفق بجميع بنوده وملاحقه وخريطته والتي تعتبر جزءا لايتجزأ من هذا العقد.

(المادة الثانية)

ينشر هذا القرار فى الوقائع المصرية ، وعلى الجهات المختصة تنفيذه .

(^{٤٦٦}) الوقائع المصرية - العدد ١٧٣ فى ٥ أغسطس سنة ١٩٩٩ .

صدر برئاسة مجلس الوزراء بجلسته ٢٥ صفر سنة ١٤٢٠ هـ.

الموافق ١٠ يونيه سنة ١٩٩٩م) مجلس الوزراء

ترخيص

إيماء لموافقة مجلس الوزراء المنعقد بجلسته المنعقدة بتاريخ ١٠/٦/١٩٩٩ على قيام شركة الشرق الأوسط للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميدتاب) بتنفيذ مشروع إنشاء محطة لتداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة بنظام (B.O.T) وذلك طبقا للقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ فى شأن الموانى التخصصية .

المرخص :

الهيئة العامة لميناء الاسكندرية ويمثلها قانونا السيد اللواء بحرى/ حسن حسنى أمين رئيس مجلس اداراتها ومقرها ١٠٦ طريق الحرية - الاسكندرية (طرف أول)

المرخص اليه :

شركة الشرق الأوسط لصهاريج وخطوط الأنابيب (ميدتاب) " شركة مساهمة مصرية" تحت نظام المناطق الحرة بالاسكندرية وفقا لأحكام قانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ والذي حل محل القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار والمناطق الحرة ويمثلها قانونا السيد المهندس/ سامح فهمى - رئيس مجلس ادارتها ومقرها ٢٢ شارع البادية - مصر الجديدة - القاهرة .

(طرف ثان)

الغرض من الترخيص :

انشاء رصيف متخصص فى ميناء الدخيلة وإدارته واستغلاله وصيانته وتداول المنتجات البترولية على الرصيف بهدف التصدير .

مدة الترخيص :

ثلاثون عاما قابلة للتجديد لمدة مماثلة أخرى .

المرخص

المرخص له

رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة

لميناء الاسكندرية

لواء بحرى / حسن حسنى أمين

رئيس مجلس إدارة شركة الشرق الأوسط

للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميدتاب)

مهندس / سامح فهمى

تمهيد

١ - تقدمت شركة الشرق الأوسط للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميدتاب) بعرض لإنشاء رصيف متخصص فى ميناء الدخيلة وإدارته واستغلاله فى تداول البترول والمنتجات البترولية والفحم البترولى والكبريت بنظام (B.O.T) طبقا لأحكام القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بتعديل القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ فى شأن الموانى التخصيصية مرفق رقم (١) بيان عن الرصيف والمنشآت المزمع إقامتها والتكلفة التقديرية للمشروع ، مرفق رقم (٢) صحيفة الاستثمار بها ترخيص التأسيس للشركة .

٢ - بتاريخ ١٩٩٨/١٢/٩ تم الاتفاق بين ممثلى الطرفين فى ضوء ماورد بمحضر الاتفاق التمهيدى الحاصل فى ١٩٩٨/١١/١١ بين ممثلى الطرفين على ماياتى:

أولاً: أن تكون مدة الترخيص ثلاثون عاما تجدد لمدة مماثلة أخرى مع مراعاة اعادة النظر فى نسبة الزيادة المقررة فى مدة الالتزام الأولى وأن يجدد الترخيص بما لا يخل باستمرار تشغيل المشروع وإدارته واستغلاله من خلال شركة ميدتاب (الطرف الثانى) بشكل كامل .

ثانياً: تبدأ مدة الثلاثون عاما بعد أربعة وعشرين شهرا من تاريخ تسليم الموقع للطرف الثانى أو من تاريخ بداية التشغيل أيهما أسبق .

ثالثاً: تتولى الهيئة العامة لميناء الاسكندرية (الطرف الأول) اتخاذ كافة الاجراءات المنصوص عليها فى القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بتعديل القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٦ بشأن الموانى التخصيصية نحو استصدار قرار بمنح التزام المرفق العام للشركة (الطرف الثانى) وذلك بالعرض على السلطة المختصة .

٣ - يعتبر التمهيد السابق جزءا لا يتجزأ من هذا الترخيص .

بنود الترخيص

بند ١ - يلتزم الطرف الثاني بأن يؤدي للطرف الأول مبلغا مقداره ٢,٣٣٠,٠٠٠ جنيه (مليونان وثلاثمائة وثلاثون ألف جنيه) سنويا لمدة تنفيذ المشروع (سنتان) مقابل انتفاع بمساحة مقدارها ٨٠,٠٠٠ متر مربع (ثمانون ألف متر مربع) والتي سيقام عليها المشروع على أن تسدد مستحقات السنة الأولى فور التوقيع على محضر تسليم المساحة المذكورة إلى الطرف الثاني خالية من الاشغالات والموانع ، وتتم المحاسبة عما يزيد على تلك المساحة وفقا للفتات الواردة بالقرار رقم ٧٩ لسنة ١٩٩١ ، والقرارات المعدلة له كما تسدد مستحقات السنة الثانية في بداية الشهر الأول منها .

بند ٢ - يلتزم الطرف الثاني بأن يؤدي للطرف الأول مبلغ مقداره ٦,٠٠٠,٠٠٠ جنيه (ستة ملايين جنيه) سنويا تشمل مقابل الانتفاع بالمساحة المرخص بها والمشار اليها بالبند (١) وكذلك مقابل تداول المنتجات البترولية عدا الفحم البترولي والكبريت فتطبق في شأنه فئة التداول الواردة في البند (٣) من بنود هذا الترخيص ، وذلك اعتبارا من انقضاء أربعة وعشرين شهرا محسوبة من تاريخ تسليم الموقع للطرف الثاني أو من تاريخ بدء التشغيل أيهما أسبق ، ويحد أدنى للتداول مقداره ١,٢٥٠,٠٠٠ طن سنويا ومايزيد على الحد الأدنى يحسب بفئة مقدارها ٢٧٠ قرشا (مائتان وسبعون قرشا) للطن الواحد .

بند ٣ - يلتزم الطرف الثاني بأن يؤدي للطرف الأول مبلغا مقداره جنيه ونصف الجنيه للطن الواحد مقابل تداول الفحم البترولي والكبريت .

بند ٤ - تحسب زيادة مقدارها ٥% (خمسة في المائة) كل خمس سنوات من المبلغ المحدد بالبند الثاني بعد انقضاء عشر سنوات فترة سماح تحسب من تاريخ بدء التشغيل للرصيف وحتى نهاية مدة الالتزام الأولى .

بند ٥ - مدة الترخيص ثلاثون عاما تبدأ بعد أربعة وعشرين شهرا محسوبة من تاريخ تسليم الموقع للطرف الثاني أو من تاريخ بدء التشغيل للرصيف أيهما أسبق . وتجدد لمدة أخرى مماثلة بعد اعادة النظر في النسبة المئوية المنصوص عليها بالبند (٤) ومقدارها (٥%) وبما لا يخل باستمرار تشغيل المشروع وإدارته واستغلاله من خلال الشركة بشكل كامل.

بند ٦ - لا يخل هذا الترخيص بحق الهيئة العامة لميناء الاسكندرية (الطرف الأول) فى الاشراف والمتابعة الفنية والمالية على وجه يكفل حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد خلال فترة الانشاء والتشغيل .

بند ٧ - يلتزم الطرف الثانى بصيانة الرصيف وجعله صالحا للاستخدام طوال مدة الترخيص .

بند ٨ - يلتزم الطرف الثانى (الشركة) بالحصول على جميع التراخيص والموافقات اللازمة للمشروع من الجهات المعنية الأخرى .

بند ٩ - يلتزم الطرف الثانى بأحكام القوانين والقرارات المتعلقة بالموانى وتنظيم الأنشطة التى تعمل بها ، واتخاذ كافة التدابير وتنفيذ كافة الاشتراطات الخاصة بالدفاع المدنى والحريق وكافة الاجراءات الضرورية لتأمين سلامة المشروع من مخاطر الحريق طبقا لأحدث الأساليب والأنظمة المعمول بها فى مثل هذه المشروعات ، على أن يعتمد النظام الذى تضعه الشركة فى هذا الشأن من جهة متخصصة وعلى الأخص إدارة الدفاع المدنى والحريق وبمراعاة اشتراطات الأمن الصناعى وكذا اشتراطات البيئة واعتمادها من جهاز شئون البيئة وذلك كله قبل البدء فى تشغيل المشروع .

بند ١٠ - تلتزم الشركة (الطرف الثانى) بأن تقدم للهيئة كافة الوثائق والمستندات والرسومات والتصميمات وغيرها مما يكون له ارتباط بالمشروع لاعتمادها ، وذلك قبل البدء فى تنفيذ المشروع .

بند ١١ - لا يجوز للطرف الثانى التنازل عن هذا الترخيص على أى وجه من الوجوه إلا وفقا لأحكام القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ .

بند ١٢ - تؤول ملكية أصول المشروع إلى الهيئة العامة لميناء الاسكندرية (الطرف الأول) دون مقابل وبحالة جيدة فى نهاية مدة الثلاثين عاما الأولى . وهى الرصيف والمنشآت البنائية التحتية والفوقية فيما عدا خطوط الأنابيب وملحقاتها الممتدة إلى معامل تكرير البترول بالمنطقة الحرة بالعامرية حيث تبقى فى ملكية الشركة وذلك إعمالا لأحكام القانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ .

بند ١٣ - تختص محاكم الإسكندرية بالفصل فى أى نزاع ينشأ عن هذا الترخيص.

بند ١٤ - حرر هذا الترخيص من أربع نسخ تسلم كل طرف نسخة منها.

المرخص

رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة

لميناء الاسكندرية

لواء بحرى / حسن حسنى أمين

المرخص إليه

رئيس مجلس إدارة شركة الشرق الأوسط

للصهاريج وخطوط الأنابيب (ميدتاب)

المهندس/ سامح فهمى

مرفق رقم (١)

بيان عن الرصيف والمنشآت المزمع إقامتها

أولاً: الرصيف البحري :

١ - معلومات عامة :

أ- الطول	٣٠٠ متر
ب - العرض	٤٠ متراً
ج - العمق	متدرج حتى ١٨ متراً
د- الارتفاع عن سطح المياه	٢,٥ متر
هـ- سعة التحميل	٢ سفينة ، واحدة على كل جانب تصل حمولتها حتى ٦٠ ألف طن

٢ - المنشآت على الرصيف :

- أ - خطوط ضخ المنتج إلى السفن .
- ب - عدد ٤ أذرع تحميل المنتج إلى السفن .
- ج - عدد ٢ ذراع تفريغ مياه الصابورة .
- د - عدد ٣ ونش عملاق لتحميل الفحم البترولي .
- هـ - سيور نقل الفحم البترولي من ساحة التشوين إلى الرصيف .
- و - محطة مكافحة الحريق (فوم ، مياه) .

ثانياً : منطقة التسهيلات البرية :

اجمالي المنطقة بمساحة ٨٠٠٠٠ متر مربع .

١ - معلومات عامة :

أ - الطول	٤٠٠ متر
-----------	---------

ب - العرض ٢٠٠ متر

٢ - المنشآت الموجودة بالمنطقة :

أ - عدد ٣ مستودع لتنقية مياه الصابورة بسعة ٤٠٠٠ متر مكعب للواحد.

ب- عدد ٢ مستودع تخزين للمنتجات بسعة ١٠٠٠ متر مكعب للواحد .

ج - عدد ١ مستودع لتخزين نواتج التنقية .

د- مبنى ادارى .

هـ - مبنى وحدة التحكم الآلى بنظام SCADA

و - ورشة اصلاح خط أول .

ز - ساحة تشوين الفحم البترولى ووسائل الترطيب.

ح - خطوط ضخ المنتج البترولى من معمل التكرير وحتى الرصيف.

تقرير بخصوص التكلفة التقديرية لتسهيلات رصيف " ميدتاب "

بميناء الدخيلة

بالإشارة إلى الموضوع عاليه فيما يلى بيان تفصيلى للقيمة التقديرية لانشاء مشروع

الميناء :

وصف المشروع :

-انشاء رصيف بترولى بطولى ٣٠٠متر وعرض حوالى من ٢٥ مترا إلى ٤٠مترا شاملا أعمال التعميق والأعمال المدنية والكهروميكانيكية للتركيبات البحرية.

-تسهيلات برية عبارة عن طلمبات ووحدة معالجة مياه الصابورة ومستودعات تخزين الخام والاعمال الكهربائية ونظم مكافحة الحريق والتحكم الآلى وأعمال تركيبات الخطوط والتشييد والبناء للتسهيلات .

- تسهيلات تحميل الفحم .

مفردات القيمة التقديرية للمشروع :

أعمال خدمات هندسية	٢٥٠٠٠٠٠٠ دولار
--------------------	----------------

أعمال بحرية	٢٢١٥٠٠٠٠ دولار
أعمال تسهيلات برية	١٤٨٥٠٠٠٠ دولار
تسهيلات تحميل الفحم	٧٥٠٠٠٠٠ دولار
الإجمالي	٤٧٠٠٠٠٠٠ دولار

القيمة التقديرية السابقة مبنية على :

- ١- تقليل عرض رصيف الميناء ليتراوح من ٢٥ مترا إلى ٤٠ مترا .
- ٢- فى حالة الحاجة لعمل الرصيف على حوامل معدنية سوف تزيد التكلفة بحوالى ٧ ملايين دولار .

قائمة المراجع

أولا : قائمة المراجع باللغة العربية :

مراجع الشريعة الإسلامية

- ١- القرآن الكريم .
- ٢- أبو بكر جابر الجزائري : منهاج المسلم ، الطبعة الثالثة ١٩٩٧- دار السلام - القاهرة .

- ٣- د. شوقي أحمد دنيا : الأسلام والتنمية الاقتصادية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى ١٩٧٩ ، دار الفكر العربى .
- ٤- على بن أحمد بن سعيد بن حزم . المكنى بأبى محمد : المحلى - الجزء التاسع .
- ٥- على بن محمد بن حبيب البصرى البغدادى الماوردى - المكنى بأبى الحسن : الأحكام السلطانية والولايات الدينية - دار الكتب العلمية بيروت - لبنان (بدون تاريخ) .
- ٦- قاسم بن سلام . المكنى بأبى عبيد : -الأموال- مؤسسة ناصر للثقافة (بدون تاريخ) .
- ٧- محمد بن على أبى محمد الشوكانى : نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، الجزء الخامس و السادس ، طبعة المنيرية (بدون تاريخ) .
- ٨- مالك بن نبي : المسلم فى عالم الاقتصاد ، طبعة ١٩٧٤ دار الشروق ، بيروت ، لبنان .
- ٩- محمد بن قيم الجوزية : الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية مطبعة الآداب والمؤيد بمصر سنة ١٣١٧ هجرية .
- ١٠- محمد إسماعيل الكحلانى : سبل السلام ، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام . الجزء الثالث ، دار الفكر .
- ١١- د. يوسف قاسم : التعامل التجارى فى ميزان الشريعة . الطبعة الثانية ١٤١٣ هـ - ١٩٩٣ م دار النهضة العربية .

مراجع فقه القانون الوضعى

أ- الكتب العامة :

- ١- د. إسماعيل غانم : مذكرات فى الحقوق العينية الإصلية - الجزء الثانى طبعة ١٩٥٨ ، مكتبة عبد الله وهبة .
- ٢- د. أحمد بديع بليح : الاقتصاد الدولى ، طبعة ١٩٨٢ ، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة .
- ٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة : محاضرات فى التنازع الدولى للقوانين ، طبعة ١٩٨٤ .
- ٤- د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، طبعة ١٩٨١ - دار الفكر العربى - القاهرة .

- ٥- د. أحمد شرف الدين : دراسات فى التحكيم فى منازعات العقود الدولية .
- ٦- مستشار/ أنور طلبه : الوسيط فى القانون المدنى ، الجزء الثانى ، العقود المسماة .
- ٧- د. توفيق شحاتة : مبادئ القانون الإداري - الطبعة الاولى ١٩٥٤ - ١٩٥٥ دار النشر للجامعات المصرية .
- ٨- د. ثروت حبيب : دروس فى القانون التجارى - طبعة ١٩٨١ مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعى.
- ٩- د. جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام ، طبعة ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية
- ١٠ - جاك غستان: المطول فى القانون المدنى - مفاعيل العقد أو أثره - ترجمة منصور القاضى - ط ٢٠٠٠ - المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع - بيروت.
- ١١ - د. حازم الببلاوى - دور الدولة فى الاقتصاد - طبعة ١٩٩٩ دار الشروق.
- ١٢- د. سليمان محمد الطماوى : القضاء الأدارى - الكتاب الأول - قضاء الالغاء - الطبعة السادسة ١٩٨٦- دار الفكر العربى .
- ١٣ - أ. د/ سليمان مرقس: الوافى فى شرح القانون المدنى - ٢ - فى الالتزامات - المجلد الأول - نظرية العقد - الطبعة الرابعة - ١٩٨٧.
- ١٤- د. على جمال الدين عوض : الوجيز فى القانون التجارى طبعة ١٩٨٢ دار النهضة العربية.
- ١٥- د. عبد الفتاح حسن : مبادئ القانون الإدارى ، طبعة ١٩٧٩ مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة .
- ١٦- د. عبد الرزاق أحمد السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى - الطبعة الثانية ١٩٨٩ ، الجزء السابع - المجلد الأول ، الجزء التاسع ، طبعة ١٩٩٣ - المجلد الثانى ، مصادر الالتزام طبعة ١٩٥٢ ، دار النهضة العربية.

- ١٧- د. عبد الودود يحيى : الموجز فى النظرية العامة للالتزامات القسم الأول - مصادر الالتزام - طبعة ١٩٩٠ دار النهضة العربية .
- ١٨ - أ. د. / عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام - شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البانى وأولاده بمصر .
- ١٩ - أ. د. / عبد الفتاح عبد الباقي: محاضرات فى العقود - دار الكتاب العربى .
- ٢٠- د. عمر حلمى فهمى ، د. عادل عبد الرحمن خليل : العقود الإدارية الأحكام العامة والأختصاص القضائى - طبعة ١٩٩٨ - دار الثقافة الجامعية.
- ٢١- د. عزيزة الشريف : دراسات فى نظرية العقد الإدارى - دار النهضة العربية (بدون تاريخ).
- ٢٢- د. عبد الحميد الشواربى : فسخ العقد فى ضوء القضاء والفقه - الطبعة الثالثة ١٩٩٧، منشأة المعارف - الإسكندرية .
- ٢٣- د. على عوض حسن - التحكيم الاختيارى والاجبارى فى المنازعات المدنية والتجارية طبعة ٢٠٠١ دار الفكر الجامعى - الاسكندرية .
- ٢٤- د. فتحى عبد الرحيم عبد الله : دروس فى أحكام الالتزام الجزء الثانى - طبعة ١٩٧٧ - مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة.
- ٢٥- د. قدرى عبد الفتاح الشهاوى : عقد المقاولة بالتشريع المصرى والمقارن ، طبعة ٢٠٠١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.
- ٢٦- د. محمد أنس جعفر: الوسيط فى القانون العام - أسس وأصول القانون الإدارى طبعة ١٩٨٤-١٩٨٥ مطبعة أخوان مورافلى .
- ٢٧- أ. محمد عبد الرحيم عنبر : عقد المقاولة . دراسة مقارنة بين تشريعات الدول العربية . طبعة ١٩٧٧.
- ٢٨- د. محمد لبيب شنب : شرح أحكام عقد المقاولة . طبعة ١٩٦٢ ، دار النهضة العربية .
- ٢٩- د. محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى - العقود المسماة - الجزء الرابع - الطبعة الأولى ١٩٥٣ والنشر للجامعات المصرية .
- الحقوق العينية الأصلية - الجزء الثانى - الطبعة الثانية ١٩٥١ المطبعة العالمية.

- ٣٠- د. محمد شكرى سرور : موجز الأحكام العامة للالتزام (فى القانون المدنى المصرى) ، طبعة ٢٠٠٠ دار النهضة العربية .
- مسئولية مهندسى ومقاولى البناء والمنشآت الثابتة الأخرى دراسة مقارنة - طبعة ١٩٨٥ ، دار الفكر العربى .
- ٣١- د. محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولى - دراسة فى قانون التجارة الدولية - دار النهضة العربية
- ٣٢- د. محمد ناجى ياقوت : العقود المسماة (البيع - الإيجار - المقاولة) طبعة ١٩٨٢ ، دار وهدان للطباعة والنشر .
- ٣٣- د. ماهر ابراهيم السداوى : مبادئ القانون الدولى الخاص - ط ١٩٨٠ .
- ٣٤- د. محمود مختار أحمد بربرى : التحكيم التجارى الدولى - الطبعة الثانية ١٩٩٩ - دار النهضة العربية .
- ٣٥- د. محمود هاشم - النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية الجزء الأول - اتفاق التحكيم - ط ١٩٩٠ - دار الفكر العربى .
- ٣٦- مستشار/ محمد عزمى البكرى : العقود المدنية الصغيرة ، المجلد الثالث ، عقد المقاولة ، طبعة ٢٠٠٣ ، دار محمود للنشر والتوزيع .

ب- الكتب المتخصصة :

- ١- إبراهيم سيد احمد : مبادئ محكمة النقض فى القرارات والعقود والمنازعات الادارية، طبعة ٢٠٠٠ ، منشأة المعارف - الاسكندرية .
- ٢- إبراهيم الشهاوى : عقد امتياز المرفق العام B.O.T .
- ٣ - أ.د/ أحمد شرف الدين: فكرة القانون الاقتصادى - دراسة فى التحولات الاقتصادية للقانون.
- ٤- د. إيهاب الدسوقي : التخصيص والأصلاح الاقتصادى فى الدول النامية مع دراسة التجربة المصرية ، طبعة ١٩٩٥ ، دار النهضة العربية .

- ٥- د. جابر جاد نصار : عقود البوت B.O. T والتطور الحديث لعقد الالتزام، الطبعة الاولى ٢٠٠٢ ، دار النهضة العربية .
- ٦- د. جورجى شفيق سارى - التحكيم ومدى جواز اللجوء اليه فض المنازعات فى مجال العقود الادارية . طبعة ١٩٩٩- دار النهضة العربية .
- ٧- د.جيهان حسن سيد أحمد : عقود البوت B.O.T. وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها - طبعة ٢٠٠٢- دار النهضة العربية .
- ٨- د. حمدى عبد العظيم : مشروعات البوت (B.O.T.وأخواتها) الجوانب القانونية والاقتصادية - أكاديمية السادات للعلوم الادارية طبعة ٢٠٠١ ،
- ٩- د. سعيد النجار : التخصيصية والتصحيحات الهيكلية فى البلاد العربية صندوق النقد العربى .
- ١٠- د. عبد الرازق حسن فرج : الالتزام بصيانة العين المؤجرة فى القانون المدنى وفى القوانين الخاصة بالايجات -دراسة مقارنة- طبعة ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩ م - مطبعة المدنى .
- ١١- د. عمرو أحمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام ال-B.O.T- دراسة مقارنة - طبعة ٢٠٠١ دار النهضة العربية .
- ١٢- د. محسن شفيق : عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) دار النهضة العربية (بدون تاريخ) .
- ١٣- د. محمد أنس جعفر : العقود الإدارية - دراسة مقارنة- مع دراسة لعقود ال-B.O.T طبعة ٢٠٠٢ دار النهضة العربية .
- ١٤- د.محمد محمد عبد اللطيف : الاتجاهات المعاصرة فى إدارة المرافق العامة الاقتصادية . طبعة ٢٠٠٠ دار النهضة العربية .
- ١٥- د.محمد بهجت عبد الله قايد : إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (نظام ال-B.O.T) طبعة ٢٠٠٠ ، دار النهضة العربية.
- ١٦- د. محمد المتولى : إدارة مشروعات البنية الأساسية بإستخدام البناء - التشغيل - التحويل (B.O.T.) الجزء الأول طبعة ٢٠٠١ أكاديمية السادات للعلوم الإدارية .
- ١٧- أ. محمد محسن النجار : الضمانات القانونية للعاملين فى ضوء الخصخصة طبعة ٢٠٠٠ ، مكتبة الأشعاع للطباعة والنشر والتوزيع ، الإسكندرية.

- ١٨- د. هانى صلاح سرى الدين : التنظيم القانونى والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص الطبعة الأولى ٢٠٠١ ، دار النهضة العربية .
- ١٩- التنظيم القانونى والتعاقدى لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) الأهرام الأقتصادى العدد ١٧٧ أول سبتمبر ٢٠٠٢ .

ج- الرسائل :

- ١- د. ابراهيم محمد عبد الحليم : اثر العقود الإدارية بالنسبة للغير. رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس ١٩٩٤ .
- ٢- د. أحمد صالح على مخلوف : اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - سبتمبر ٢٠٠٠ .
- ٣- د. أسامة الشناوى : المحاكم الخاصة فى مصر - دراسة عملية ونظرية - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة .
- ٤- د. حسن محمد عبد المنعم الخيمى : آثار عقد التزام المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة , ٢٠٠١
- ٥- د. حسنى محمود عبد الدايم عبد الصمد : استصلاح الأرض الصحراوية والبور وتملكها فى الفقة الإسلامى والقانونى المدنى (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة الزقازيق سنة ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م .
- ٦- أ. خالد بن محمد عبد الله العطية : النظام القانونى لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية - رسالة ماجستير - كلية الحقوق - جامعة القاهرة , ١٩٩٩
- ٧- د. عبد الفتاح صبرى أبو الليل : أساليب التعاقد الإدارى بين النظرية والتطبيق - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة طنطا ١٩٩٣ .
- ٨- د. عبد المنعم فرج الصده : عقود الإذعان فى القانون المصرى دراسة فقهية وقضائية ومقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة فؤاد الأول ١٩٤٦ .
- ٩- أ.د. عمرو طه بدوى محمد على: الالتزام بالضمان فى عقود البناء والتشييد - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٤م .

- ١٠- د. محمود الكيلانى : جزء الإخلال فى تنفيذ العقود الدولية لنقل التكنولوجيا ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ١٩٨٨ .
- ١١- د. محمد حسنين عبد العاطى حسنين - المسئولية المدنية الناشئة عن إيذاء السيارات - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ٢٠٠٦ م.
- ١٢- د. وجدى عبد الواحد على : التعويض عن التأخير فى الوفاء بالتزام نقدى، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م.

د- الدوريات :

- ١- الجريدة الرسمية .
- ٢- الوقائع المصرية .
- ٣- النشرة الاقتصادية - إدارة البحوث - البنك الأهلى المصرى .
- ٤- جريدة الأهرام المصرية .
- ٥- مجلة المحاماة المصرية .
- ٦- مجلة الدفاع الإسلامى : نشرة غير دورية للجنة الشريعة الإسلامية لنقابة المحامين المصرية .
- ٧- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية : المكتب الفنى لمحكمة النقض .
- ٨- مجلة القانون والاقتصاد . كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
- ٩- مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة المنصورة .
- ١٠- مجلة الحقوق الكويتية .
- ١١- المجلة الانتقادية للقانون الدولى الخاص .

هـ- المقالات :

- ١- أ. إبراهيم نافع : مقال بعنوان عوامل نجاح الاستثمار - ومقال كيف نجقق العدالة الاجتماعية، جريدة الأهرام المصرية ، فى ١٧ نوفمبر ١٩٩٩ .

- ٢- أ.د. أحمد جمال الدين موسى : بحث بعنوان "قضية الخصخصة دراسة تحليلية"، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، العدد الثالث عشر ، إبريل ١٩٩٣ .
- بحث بعنوان " فنون تطبيق الخصخصة " ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة ، العدد الثاني عشر ، أكتوبر ١٩٩٢ .
- ٣- أ.د. توفيق شحاته: المرافق العامة الاقتصادية ، بحث منشور بمجلة الحقوق ، كلية الحقوق ، جامعة فاروق الأول ، السنة الثالثة ، العدد الثالث .
- ٤- أ.د. سامى عبد الباقي أبو صالح : تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T. بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص الذى انعقد فى شرم الشيخ يومى ٢٩ ، ٣٠ سبتمبر ٢٠٠١ .
- ٥- د. سينوت حليم دوس : الشروط المطلوبة لإنجاح مشروعات الـ B.O.T. ، مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية ، ٢٣ فبراير ٢٠٠١ .
- أشكال عقود الـ B.O.T ، مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية ، بتاريخ ٨ يولية ٢٠٠٠ ،
- ٦- د. محمد إبراهيم : تمويل مشروعات البنية الأساسية ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولى حول مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص الذى انعقد بـ شرم الشيخ يومى ٢٩ ، ٣٠ سبتمبر ٢٠٠١ .
- ٧- مستشار/ محمود محمد فهمى : بحث فى عقود الـ B.O.T. مقدم إلى الجمعية المصرية للإدارة المالية .
- ٨- د. محى الدين القيسى : القطاع الخاص لتمويل مشروعات البنية الأساسية ، بحث مقدم إلى مؤتمر مشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص الذى انعقد فى شرم الشيخ ٢٩ ، ٣٠ سبتمبر ٢٠٠١ .
- ٩- د. محى الدين ع شماوى: مشروعات البوت والبنية الأساسية للاقتصاد المصرى، مقال منشور بجريدة الأهرام المصرية ، فى ١٣ يونيه ٢٠٠٠ .
- ١٠- د. مختار خطاب : حوار عن الخصخصة ودور القطاع الخاص، منشور فى جريدة الأهرام المصرية بتاريخ ٨ أكتوبر ٢٠٠١ .

١١- د. مهدي إسماعيل الجزاف : بحث بعنوان الجوانب القانونية للخصخصة ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الرابع ، ديسمبر ، ١٩٩٥ .

١٢- د. هاني صلاح سرى الدين : القطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية في مصر ، بحث مقدم للدورة التدريبية التي انعقدت بكلية الحقوق جامعة القاهرة في الفترة من ١٣/٣ / ٢٠٠٠ حتى ١٥/٣/٢٠٠٠ .

و-المعاجم :

١- المعجم الوجيز : مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم ، ١٤١٤هـ/١٩٩٣م .

٢- معجم مختار الصحاح: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، طبعة ١٩٧١ ، مكتبة المؤيد بالطائف ، المملكة العربية السعودية .

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية:

DEUXIEME EN FRANCAIS

A- DES OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX :

- 1-ANDRE TRASBOT: L'ACTE D'ADMONOSTRATION EN DROIT PRIVE FRANCAIS EDITION 1921 .
- 2- ARTHUR HILSENRAD : DES OBLICTIONS OUI PEUVENT NAITRE OU COURS DELA PREPARATION D'UN CONTRAT PARIS 1932 .
- 3- BONNARD – DROIT administratif – 1935.
- 4-DE LAUBADERE: COURS DE DROIT DES SERVICES PUBLICS 1956-1957 .
- 5- DE LAUBADERE . Et DE LVOLVE ,:
DROIT PUBLIC . ECONOMIQUE ÉDITION 1998 . DALLOZ
- 6-GEORGES DUPUIS , MARIE . JOSE GUEDON ET PATRICE CHRETIEN :
DROIT ADMINISTRATIF . 6 EDITION - ARMAND . COLIN .
- 7- GUILLEMOT – SAINT – VINEBAULT : MANUEL JURIDIQUE DE L'ARCHITEC TRAVAUX PRIVES , TRAVAUX PUBLICS .
- 8- HENRI. LEON MAZEAUD ET JEAN MAZEAUDET :
LECONS DE DROIT CIVIL PREMIER VOLUME OBLIGATIONS THEORIE GENERALE .
- 9- JEAN CARBONNIER :
DROITCIVIL 4/ LES OBLIGATIONS 1969 .
- 10- JEAN . RIVERO ET JEAN . WALINE:
DROIT ADMINISTRATIF . 17 ÉDITION .1998 – DALLOZ
- 11- JEAN – MARIE AUBY ET PIERRE BON: DROIT ADMINISTRATIF DES BIENS 2 EDITION 1993 . DALLOZ .
- 12- PIERRE . DELVOLVÉ :
DROIT . PUBLIC DE L'ECONOMIE . ÉDITION 1998 DALLOZ.

13-RENE CHAPUS :

DROIT ADMINISTRATIF . GÉNÉRAL .

TOME -1- ÉDITION 9- 1995.

14- VEDEL ET DELVOLVE, :

DROIT ADMINISTRATIF . T , 2 . ÉDITION 1992

15- VEDEL :

LA NOTION DE CLAUSE EXORBITANTE . MESRSE ÉDITION 1956.

16- FRANCAISE ACTUELLE DE LA RESPONSABILITE CIVILE – D. S. 1968.

17 – JEAN MARC ROUX- LE ROLE CREATEUR DE LA STIPULATION POUR AUTRUI – 2001 .

18 – PATRICE JOURDAIN – LES PRINCIPES DE LA RESPONSABILITE CIVILE – 5 EDITION – 2000 – DALLOZ.

19- BORIS STARCK – DROIT CIVIL OBLIGATIONS – 1972.

20- JEAN – JACQUES BARBIERI – CONTRATS CIVILS CONTRATS COMMERCIAUX – 1995.

21- ALAIN BENABENT – DROIT CIVIL – 5 EDITION – 2001.

22- PHILIPPE DELEBECQUE – LE CONTRAT D'ENTREPRISE – 1993 – DALLOZ.

23- DONALD HARRIS AND DENIS TALLON – CONTRACT LAW TODAY. (E)

24- SALLY WHEELER AND JO SHAW – CONTRACT LAW CASES, MATERIALS AND COMMENTARY. (E)

25- FRIEDRICH KESSLER AND GRANT GILMORE – CONTRACTS CASES AND MATERIALS - SECOND EDITION.

26- P. S. ATLYAH – THE LAW OF CONTRACT – THIRD EDITION .

B- DES THESES

1- FATHI ABD EL RAHIM ABDALLA :

LE FORMALISME DANS LE CONTRAT EN DROIT CIVIL
COMPARE UNIVERSITE DE PARIS 1-7-1997 .

2-SAMAY ABD EL BAKHA :

LES PROJETS INTERNATIONAUX . DE CONSTRUCTION
MENES SELON LA FORMUL (B.O.T) DROIT
EGYPTIEN DROIT FRANCIS , 2000, PARIS.

C- DES REVUES :

- 1- L'ACTUALITE JURIDIQUE . DROIT ADMINISTRATIF .
- 2- REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL .
- 3- REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT COMMERCIALE .
- 4- REVUE DU DROIT PUBLIC .

D-DES ARTICLES :

- 1- Christine . Brechon :-
Liberté .Contractuelle . des . personnes publiques [A . J . D . A .20 .
septembre 1996] .
- 2- Denis Broussolle:-
Les privatisations . Locales . [A . J . D . A . 20 mai 1993].
- 3- Francois Colly :-
Conseil d'etat . [A . J . D . A . 11mai 1990]
- 4- FREDERIC ZENATIL DROIT DE DISPOSER (R.T.C.) JUILLET –
SEPTEMBER 1990 .
- 5- Michel . Bazex :
Réglementation . des. prix [A . J . D . A 20 avril 1996] .
- 6- Victor Haim :
Les effets de la réception . dans les marchés publics [A . J . D . A . 20
mai 1998].

E- DES ABREVIATIONS :

- A. J. D. A. = L'ACTUALITE JURIDIQUE DROIT ADMINISTRATIF .
- R.T. C. = REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT CIVIL .
- R.T. COM = REVUE TRIMESTRIELLE DE DROIT COMMERCIALE .

محتويات الرسالة

الموضوع

الصفحة

٩-٥	المقدمة
	الباب الأول
٨٤-١٠	الطبيعة القانونية لعقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ B.O.T
١٣-١١	تمهيد وتقسيم
	الفصل الأول
٥٧-١٤	تعريف عقد الـ B.O.T
١٤	تمهيد وتقسيم
١٨-١٤	المبحث الأول : عقد التزام المرافق العامة
٣٦-١٨	المبحث الثاني: ماهية عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T
٢٦-١٨	المطلب الأول: تعريف عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T وعناصره
٣٢-٢٦	المطلب الثاني : أهمية التعاقد بنظام الـ B.O.T وشروط نجاح المشروعات المقامة طبقا لهذا النظام .
٢٩-٢٧	الفرع الأول : أهمية التعاقد بنظام B . O . T
٣٢-٢٩	الفرع الثاني : الشروط اللازمة لإنجاح المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T
٣٥-٣٢	المطلب الثالث : المزايا والعيوب لنظام التعاقد بـ " B . O . T "
٥٧-٣٦	

٣٦	المبحث الثالث: أشكال التعاقد بنظام " B . O . T " والتفرقة بينه وبين بعض الأنظمة
٣٨-٣٦	تمهيد وتقسيم
٥٧-٣٩	المطلب الأول : أشكال التعاقد بنظام B . O . T
٣٩	المطلب الثانى : التفرقة بين عقد B . O . T والعقود المشابهة
٤٤-٤٠	تمهيد وتقسيم
٤٧-٤٤	الفرع الأول : التفرقة بين عقد " B . O . T " وعقد التزام المرافق العامة .
٤٨-٤٧	الفرع الثانى:التفرقة بين عقد " B . O . T " وعقد المقاوله.
٥٠-٤٨	الفرع الثالث:التفرقة بين عقد "B.O.T" وعقد التأجير التمويلي
	الفرع الرابع : التفرقة بين عقد " B.O.T " وعقد الأشكال العامة.
٥١-٥٠	الفرع الخامس : التفرقة بين حق الانتفاع وعقد الـ "B.O.T"
٥٧-٥١	الفرع السادس : نظام الإقطاع فى الإسلام ونظام الـ "B.O.T" فى القانون الوضعى .
	الفصل الثانى
	طبيعة عقد الـ " B . O . T " وتكييفه القانونى
٨٤-٥٨	تمهيد وتقسيم
٥٨	المبحث الأول :نوعية عقد الـ " B . O . T "
٧٦-٥٨	المطلب الأول : هل عقد الـ B.O.T عقد إدارى أم عقد مدنى؟
٧٤-٥٨	المطلب الثانى : النتائج المترتبة على مدنية عقد " B . O . T " .
٧٦-٧٤	المبحث الثانى : التكييف القانونى لعقد " B . O . T "
٨٤-٧٧	

٧٧	تمهيد وتقسيم
٧٨-٧٧	المطلب الأول : الالتزام تصرف من جانب واحد .
٧٩-٧٨	المطلب الثانى : عقد الالتزام عقد مدنى .
٨١-٨٠	المطلب الثالث : عقد الالتزام عقد مركب .
٨٤-٨١	المطلب الرابع : الطبيعة القانونية لعقد " B . O . T " فى مصر .
	الباب الثانى
٣١٥-٨٥	فى أحكام عقد إسناد المشروعات العامة بنظام الـ " B.O.T "
٨٧-٨٦	تمهيد وتقسيم
	الفصل الأول
١٣٠-٨٨	إبرام عقد التزام المرافق العامة
٨٩-٨٨	تمهيد وتقسيم
١٠٦-٨٩	المبحث الأول : طرق إبرام عقد التزام المرافق العامة
١٣٠-١٠٦	المبحث الثانى : شروط انعقاد وصحة عقد التزام المرافق العامة
١٠٦	تمهيد وتقسيم
١١٣-١٠٧	المطلب الأول : الشكلية وعقد التزام المرافق العامة
١١٦-١١٤	المطلب الثانى: أهلية إبرام عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T
١٣٠-١١٦	المطلب الثالث : مدى تجارية عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T
١١٧-١١٦	تمهيد وتقسيم
١٢٣-١١٨	الفرع الأول : أهمية التفرقة بين العمل التجارى والعمل المدنى
١٢٦-١٢٣	الفرع الثانى : هل عقد التزام المرافق العامة بنظام B. O . T

	عملا تجاريا أصليا أم تبعيا ؟
١٣٠-١٢٦	الفرع الثالث : مدى انطباق القواعد التجارية على طرفى عقد التزام المرافق العامة .
	الفصل الثانى
١٨٦-١٣١	آثار عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ " B. O . T "
١٣١	تمهيد وتقسيم
	المبحث الأول : التزامات الجهة الإدارية فى عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ " B. O . T " .
١٣٨-١٣٢	المطلب الأول : الالتزام بتنفيذ العقد وفقا لمبدأ حسن النية .
١٣٤-١٣٢	المطلب الثانى : الالتزام باحترام شروط العقد .
١٣٧-١٣٤	المطلب الثالث:الالتزام باحترام مدة تنفيذ العقد وعدم التراخى فيه
١٣٨-١٣٧	المبحث الثانى : التزامات الملتزم فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T
١٤٦-١٣٨	المطلب الأول : الالتزام بالتنفيذ الشخصى للعقد .
١٤٠-١٣٩	المطلب الثانى : الالتزام بالمواعيد المحددة لتنفيذ المشروع .
١٤٢-١٤٠	المطلب الثالث : الالتزام بتسليم ونقل ملكية المشروع .
١٤٦-١٤٢	تمهيد وتقسيم
١٤٣-١٤٢	الفرع الأول : ماهية نقل الملكية فى نهاية المدة المحددة فى عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T .
١٤٤-١٤٣	الفرع الثانى : شروط النقل وتكاليفه .
١٤٥-١٤٤	الفرع الثالث : ضمانات الوفاء بالالتزام بالتسليم .
١٤٦-١٤٥	المبحث الثالث:حقوق العملاء تجاه ملتزم المرفق العام بنظام الـ B.O.T
١٨٦-١٤٦	تمهيد وتقسيم
١٤٨-١٤٧	

١٥٧-١٤٨	المطلب الأول : أسعار الخدمات التي يؤديها الملتزم للعملاء .
١٥٧-١٤٨	الفرع الأول : أسعار خدمات المرفق العام بنظام الـ B.O.T طبقا للفقہ القانونى المصرى .
١٦١-١٥٨	الفرع الثانى : أسعار خدمات المرفق العام بنظام B. O . T طبقا للفقہ الفرنسى .
١٦٧-١٦١	الفرع الثالث : أسعار الخدمات المؤداة فى عقد الالتزام بنظام الـ B. O . T فى ظل الشريعة الإسلامية .
١٧٤-١٦٧	المطلب الثانى : الالتزام باستمرار المرفق العام وانتظامه ومسايرته للتطور .
١٧٠-١٦٨	الفرع الأول : نوع المسئولية .
١٧٤-١٧٠	الفرع الثانى : تحقق المسئولية والإعفاء منها .
١٨٠-١٧٤	المطلب الثالث : المساواة بين العملاء .
١٨٦-١٨١	المطلب الرابع: الأساس القانونى لامتداد آثار عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T للعملاء (الغير) .
	الفصل الثالث
٢٠٠-١٨٧	ماهية الالتزام بالإنشاء
١٨٧	تمهيد وتقسيم
١٩٠-١٨٧	المبحث الأول: المقصود بالالتزام البناء والتشييد للمرفق العام .
١٩٥-١٩٠	المبحث الثانى: طبيعة الالتزام بالإنشاء فى عقد منح الالتزام بنظام الـ B.O.T
٢٠٠-١٩٥	المبحث الثالث : الرقابة والإشراف على تنفيذ الالتزام بالإنشاء .
١٩٥	تمهيد وتقسيم
١٩٨-١٩٦	المطلب الأول : الإشراف على تنفيذ الالتزام بالإنشاء .

٢٠٠-١٩٨	المطلب الثاني : الرقابة على سلامة المباني والمنشآت .
	الفصل الرابع
	الالتزام بالإدارة والتشغيل
٢١٣-٢٠١	
٢٠١	تمهيد وتقسيم
٢٠٤-٢٠٢	المبحث الأول : تشغيل المرفق .
٢٠٧-٢٠٤	المبحث الثاني : استخدام وتدريب العمال المحليين .
٢١٣-٢٠٧	المبحث الثالث : الالتزام بالصيانة الدورية والإشراف عليها .
	الفصل الخامس
	مدى مسؤولية الملتزم تجاه العملاء ومسئوليته
	عن المقاولين من الباطن
٢٥٢-٢١٤	
٢١٤	تقديم وتقسيم
٢١٩-٢١٥	المبحث الأول : طبيعة العلاقة بين العملاء وملتزم المرفق العام بنظام B.O.T الـ
٢١٨-٢١٥	المطلب الأول : وجود مرفق عام قائم يؤدي خدمات للجمهور .
٢١٩-٢١٨	المطلب الثاني:إنشاء مرفق جديد لم يسبق أداؤه خدمات للجمهور
	المبحث الثاني : مسؤولية الملتزم للمرافق العامة بنظام الـ B.O.T تجاه العملاء .
٢٤٣-٢١٩	
٢٢٠-٢١٩	تمهيد وتقسيم
٢٣١-٢٢٠	المطلب الأول : شروط المسؤولية العقدية .
٢٢٣-٢٢١	الفرع الأول : الخطأ العقدي .
٢٢٦-٢٢٣	الفرع الثاني : الضرر .
٢٣١-٢٢٦	الفرع الثالث : علاقة السببية بين الخطأ والضرر .
٢٤٣-٢٣١	

٢٣٢-٢٣١	المطلب الثانى : جزاء الإخلال بالتزامات الملتزم
٢٣٦-٢٣٢	تمهيد وتقسيم
٢٤١-٢٣٦	الفرع الأول : التنفيذ العينى .
٢٤٣-٢٤١	الفرع الثانى : التعويض
٢٥٢-٢٤٣	الفرع الثالث : الفسخ
٢٤٤-٢٤٣	المبحث الثالث : مدى مسئولية الملتزم عن المقاولين من الباطن .
٢٤٨-٢٤٤	تمهيد وتقسيم
٢٤٦-٢٤٤	المطلب الأول : التنازل الجزئى عن العقد (التعاقد من الباطن) .
٢٤٨-٢٤٦	الفرع الأول: التعاقد من الباطن بموافقة الجهة المانحة للالتزام
٢٥٢-٢٤٨	الفرع الثانى: التعاقد من الباطن بدون موافقة الجهة الإدارية.
٢٤٩	المطلب الثانى : التنازل الكلى عن العقد والآثار المترتبة عليه .
٢٥٢-٢٥٠	الفرع الأول : التنازل الكلى عن عقد الالتزام بنظام الـ B.O.T بموافقة الجهة الإدارية .
	الفرع الثانى : التنازل الكلى عن عقد منح التزام المرافق العامة بنظام الـ B. O. T دون موافقة الجهة الإدارية .
	الفصل السادس
٣٠٤-٢٥٣	وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B. O . T
٢٥٤-٢٥٣	تمهيد وتقسيم
٢٦٧-٢٥٤	المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود الـ B.O.T
٢٥٥-٢٥٤	تمهيد
٢٦٤-٢٥٦	المطلب الأول : دور طرفى عقد الـ B. O . T فى تعيين القانون الواجب التطبيق .

٢٦٧-٢٦٤	المطلب الثانى : أسس وضوابط اختيار طرفى عقد الـ B.O.T للقانون الواجب التطبيق .
٢٧٥-٢٦٧	المبحث الثانى:الوسائل الودية لفض المنازعات الناشئة عن عقود الـB.O.T
٢٦٨-٢٦٧	تمهيد وتقسيم
٢٧٣-٢٦٨	المطلب الأول:الوسائل السلمية لفض منازعات عقد الـ B.O.T .
٢٧٥-٢٧٣	المطلب الثانى:مجالس حل المنازعات وفقا للقواعد الجديدة للفيدر
٣٠٤-٢٧٦	المبحث الثالث : التحكيم ودوره فى فض المنازعات الناشئة عن عقد الـ B.O.T .
٢٨٠-٢٧٧	المطلب الأول : تعريف التحكيم .
٢٨٦-٢٨٠	المطلب الثانى : مزايا وعيوب التحكيم .
٢٨٣-٢٨١	الفرع الأول : مزايا التحكيم .
٢٨٦-٢٨٣	الفرع الثانى : عيوب التحكيم .
٢٩٢-٢٨٦	المطلب الثالث : أنواع التحكيم والتفرقة بينه وبين النظم المشابهة الأخرى .
٣٠٤-٢٩٢	المطلب الرابع : مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات فى عقود الـ B.O.T .
٢٩٣-٢٩٢	تمهيد وتقسيم
٢٩٨-٢٩٣	الفرع الأول:المؤيدون لوجود شرط التحكيم فى عقود الـB.O.T
٣٠٤-٢٩٨	الفرع الثانى:المعارضون لوجود شرط التحكيم فى عقود الـB.O.T
	الفصل السابع
٣١٥-٣٠٥	أسباب انقضاء عقد منح التزام المرافق العامة
٣٠٥	

٣٠٧-٣٠٦	تمهيد وتقسيم
٣٠٨-٣٠٧	المبحث الأول : انقضاء العقد بانتهاء مدته المحددة .
٣٠٩-٣٠٨	المبحث الثاني : انقضاء العقد بهلاك المرفق موضوع العقد .
٣١٢-٣٠٩	المبحث الثالث : انقضاء العقد بسبب الفسخ أو البطلان .
٣١٥-٣١٣	المبحث الرابع : انقضاء العقد بالتأمين .
٣٢٢-٣١٧	المبحث الخامس : الحراسة وانقضاء عقد التزام المرافق العامة .
٣٥٥-٣٢٤	الخاتمة :
٣٤٤-٣٢٤	ملاحق الرسالة :
٣٥٥-٣٤٥	ملحق رقم (١): عقد التزام منح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B. O . T .
٣٧٠-٣٥٦	ملحق رقم (٢): عقد منح التزام إنشاء وإدارة واستغلال وإعادة رصيف متخصص فى تداول المنتجات البترولية بميناء الدخيلة .
٣٧٨-٣٧١	قائمة المراجع .
٣٧٩	محتويات الرسالة.
	مستخلص الرسالة.