



جامعة أبوظبي
ABU DHABI UNIVERSITY

كلية القانون
برنامج ماجستير القانون العام

**إشكاليات تعاقد الدولة والاستثمار بنظام عقود الـ B.O.T
(دراسة تحليلية - دولة الإمارات العربية المتحدة)**

**Problems of state contracting and investment in the bot
contract system. Analytical study in the United Arab
Emirates**

رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام

من الطالب

خالد عبيد راشد المزروعى

1081377

إشراف

الأستاذة الدكتورة/ أماني عمر حلمي

العام الجامعي

2022 -2021



□ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا
□ بِالْعُقُودِ
صدق الله العظيم

(سورة المائدة: من الآية 1)



قرار إجازة أطروحة الماجستير

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2021/9/30، وتم اجازتها من قبل أعضاء لجنة الحكم والمناقشة والمشار اليهم بالقرار ،
وقد قررت اللجنة اعتبار الطالب خالد عبيد راشد المزروعى ، الرقم الجامعي 1081377 ، ناجح ومنحه
درجة الماجستير في القانون العام .
أعضاء لجنة الحكم والمناقشة :

1. الأستاذة الدكتورة/ نجوى أبو هيبه (رئيسا) الرقم الوظيفي 1073402، التوقيع : نجوى أبو هيبه

2. الأستاذة الدكتورة / أماني عمر حلمي (مشرفا وعضوا) الرقم الوظيفي 1059290 ، التوقيع : أماني عمر
حلمي

إهداء

إلى

وطني الغالي الإمارات العربية المتحدة حباً وعرفاناً

إلى

عزنا وفخرنا وسندنا شيوخ الإمارات العربية المتحدة

وهي دائماً سطور الشكر والثناء تكون مني غاية الصعوبة عند صياغتها، ربما لأنها

تشعرنا دوماً بقصورها وعدم إيفائها حق من نهديه هذه الأسطر

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار ... والدي الغالي

إلى ملاكي وملهمتي ومرشدتي ... والدتي الغالية

فضلكم لا ينسى حفظكم الله

إلى رفيقة دربي زوجتي

إلى أولادي فلذات كبدي

إلى إخوتي وزملائي في العمل

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله سبحانه وتعالى جل وعلا، والصلاة والسلام على نبيه المصطفى، وبعد:

أتوجه بالشكر والحمد والامتنان لله عز وجل أولاً وأخيراً،

ومن ثم أتوجه بشكري وتقديري وخالص احترامي إلى أستاذتي الدكتورة أماني عمر حلمي، أستاذة القانون العام التي شرفتني بقبولها الإشراف على هذه الرسالة، فمنحتها جل عنايتها ورعايتها واهتمامها، جزاها الله كل الخير، وموفور الصحة والعافية.

كما أتقدم إلى كلية القانون في جامعة أبوظبي المتمثلة بعميد الكلية ورؤساء أقسامها، ولأعضاء الهيئة التدريسية بجزيل الشكر والامتنان على جهودهم التي بذلوها أثناء فترة دراستي وتحضيري لهذا البحث.

والشكر موصول للسادة رئيس وأعضاء لجنة المناقشة على تقبلهم مناقشتها، ولملاحظاتهم السديدة مما كان لها الأثر البالغ في إثرائها.

الباحث

إقرار

أقر أنا الطالب الموقع أدناه خالد عبيد راشد المزروعى، المقيد ببرنامج الماجستير في القانون العام، أن هذا البحث المقدم مني للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، هو من نتاج عملي وجهدي العلمي الخالص، وأنه لم يسبق لي التقدم به لأي جهة علمية أو إدارية أو غيرها داخل الدولة أو خارجها للحصول على أي درجة علمية أخرى أو لأي سبب من الأسباب، وأن مضمون هذه الرسالة يعكس آراء الباحث الخاصة، وهي ليست بالضرورة الآراء التي تتبناها الجهة المانحة للدرجة العلمية.

كما أقر بقبول قيام الجامعة في حال إجازة الرسالة من قبل لجنة المناقشة والحكم بطباعة الرسالة ونشرها بالكيفية التي تراها محققة لأغراضها وأهدافها، دون أن يكون لي حق العدول عن هذا الإقرار بعد إجازة الرسالة.

الطالب: خالد عبيد راشد المزروعى

التوقيع:

الملخص

تتناول هذه الدراسة بالشرح والتحليل النظام القانوني لعقد البوت، مستهدفةً بيان أحكام عقد ال B.O.T وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد، ومحاولة إسناد الافتراض النظري بالأدلة التشريعية والقضائية التي تثبت تحقق الفرضية المحددة، معتمدة على المنهج الوصفي والتحليلي لمعالجة المواضيع مدار البحث من جوانبها القانونية والموضوعية كافة.

ولقد شكل دليل UNCITRAL التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص المعيار الأساس القانوني للدراسة، بغية تحديد الجوانب والإشكاليات القانونية المتعلقة بعقد ال B.O.T حيث تكمن أهمية الدراسة في أن عقد البوت يتضمن أحكاماً مختلفة عن العقود الإدارية الأخرى، نظراً للطبيعة الخاصة للحقوق والتزامات المتقابلة على عاتق أطرافه.

فعقد البوت لم يكن محل التنظيم التشريعي في التشريعات الإماراتية، وبالتالي عدم وجود تنظيم قانوني وأحكام تفصيلية لهذا النوع من العقود، وعليه وجب الرجوع في هذه الدراسة إلى الأحكام العامة للعقود وفقاً للقرارات التي صدرت من مجلس الوزراء الاتحادي الإماراتي، والأحكام القضائية الصادرة عن مختلف محاكم الدولة المحلية والاتحادية. وعقود البوت لا تخضع لمبدأ نسبية آثار العقد، لذلك فإن آثار العقد تمتد إلى غير أطرافه، والمقصود هنا بالغير المنتفعون، والسبب في ذلك يعود إلى الطبيعة الخاصة لعقد البوت. فهي عقود إدارية تتمتع بطبيعة قانونية خاصة، فنطاق الحقوق والتزامات تتميز بتقييد سلطة الإدارة وحقوقها مقابل الشركة المنفذة للمشروع، فضلاً عن الامتداد الزمني الطويل لفترة الاستغلال والتشغيل، مما ينعكس بإثارة على طبيعة العقد والحقوق والتزامات المتفرعة عنه.

وقسمت هذه الدراسة إلى مبحث تمهيدي وفصلين واختتمت بمجموعة من النتائج والتوصيات.

Abstract

This study deals with the explanation and analysis of the legal system of the BOT contract, aiming to "state the provisions of the BOT contract and the rights and obligations of the administration and the contractor, and try to "attribute the theoretical assumption with legislative and judicial evidence that proves the fulfillment of the specific hypothesis, and depends" on the descriptive and analytical approach to address the topics covered in the research From all its legal and substantive aspects.

The UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects constituted the legal basis for the study in order to determine the legal aspects and problems related to the B.O.T contract.

The importance of the study lies in that the bot contract includes provisions that are different from other administrative contracts due to the special nature of the corresponding rights and obligations of its parties.

The B.O.T contract was not the subject of legislative regulation in the UAE legislation, and therefore there is no legal regulation and detailed provisions for this type of contract. Therefore, in this study, reference should be made to the general provisions of contracts in accordance with the decisions issued by the UAE Federal Cabinet and the judicial rulings issued by the various local state courts and bot contracts are not subject to the principle of relativity of the effects of the contract. Therefore, the effects of the contract extend to other than its parties, and what is meant here by non-beneficiaries, and the reason for this is due to the special nature of the bot contract. They are administrative contracts that have a special legal nature. The scope of rights and obligations is characterized by the restriction of the authority and rights of the administration against the company executing the project, as well as the long time extension of the period of exploitation and operation, which is reflected dramatically on the nature of the contract and the rights and obligations arising from it. This study was divided into three chapters and concluded with a set of results and recommendations.

المقدمة

تلجأ الإدارة في ممارستها لنشاطها إلى القيام بأعمال إدارية قانونية تصدر عنها بشكل عمدي باعتبارها سلطة عامة، سواء أكانت هذه الأعمال بإرادتها المنفردة، أو بالاشتراك مع إرادة أخرى.

وتسمى الأعمال القانونية للسلطة الإدارية الصادرة بإرادتها المنفردة بالقرارات الإدارية، بينما يطلق على أعمال الإدارة القانونية التي تصدر عن طريق اشتراك إرادتها مع إرادة أخرى بالعقود الإدارية. وتوجد أنواع مختلفة للعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الأشخاص والشركات لإدارة واستغلال المرافق العامة خدمة للمصلحة العامة.

والعقود الإدارية إما أن تكون من العقود التي لها أسماء معينة، وهي العقود الإدارية المسماة، وإما لا تكون لها أسماء، وهي العقود الإدارية غير المسماة. والعقود الإدارية المسماة هي العقود التي يكون لكل منها اسمه المعروف، ونظامه القانوني الذي يحكمه، ومن أمثلة هذه العقود (عقود امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وعقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام، وعقد القرض العام، وعقد النقل، وعقد التوظيف وعقد ال B.O.T).

وعقد B.O.T موضوع الدراسة يعني البناء والتشغيل، وفيه يتم الاتفاق بين الدولة والمستثمر على أن يقوم صاحب الامتياز بالبناء والتملك والتشغيل لحسابه طوال المدة المتفق عليها، وتسليم المشروع في نهاية المدة. ومضمونه ما هي إلاحقوق والتزامات متقابلة للطرفين المتعاقدين، وهما الجهة الإدارية والشركة المتعاقد معها، ويلاحظ أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تستند إلى شروط العقد المتفق عليها فقط، وإنما أيضاً للقواعد القانونية المتعلقة بالمرافق العامة والعقود الإدارية. ويقصد بمشروعات البوت تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية كانت أم أجنبية، سواء كانت شركة من شركات القطاع العام أو القطاع الخاص تسمى شركة المشروع، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن، ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.

وعرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية يونيرو بأن ال-B.O.T هو "اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الأساسية التي كانت من قبل حكراً على القطاع العام، ذلك أن تمويل المشروعات هو زاوية الأساس لعقود B.O.T وعقد B.O.T يرمز إلى الكلمات Build -operate -transfer أي بناء- تشغيل وتحويله للدولة.

وقد أخذت إمارة عجمان بنظام عقد B.O.T في إقامة مطار لصالح شركة خاصة لأول مرة في دولة الإمارات العربية المتحدة، ثم تبعتها حكومة الفجيرة بعقد إعادة بناء وتأهيل ميناء الفجيرة.

وتتبدى المميزات الأساسية لنظام عقود البناء والتشغيل ثم إعادة الملكية B.O.T في أنه يقدم حلاً لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية، دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء إلى الاقتراض، أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها، أو تحميل الموازنة العامة مزيداً من الأعباء، ويمكن هذا النظام الحكومة أو الجهة الإدارية من تقديم خدمة أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة.

وفي عقد الـ B.O.T لا تمتلك الشركة المشروع، كما أنه من الناحية العملية، فإن عقود الـ BOOT تكون مدتها أطول نسبياً من عقود الـ B.O.T، إلا أن النظام الأول يلجأ إليه في المشروعات التي يكون العائد منها ضعيفاً، الأمر الذي يستلزم منح الشركة المتعاقدة فترة زمنية طويلة لتعويضها عما تكبدته من خسائر، وهذه العقود تستخدم في مجال العينة الأساسية.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، وبالرغم من عدم وجود قانون موحد يحكم العقود الإدارية، إلا أنها تخضع في نظامها القانوني لقرار وزير المالية رقم (20) لسنة 2000 بشأن نظام عقود الإدارة وتعديلاته بموجب قرار وزير المالية رقم (90) لسنة 2008، وأيضاً هناك بعض اللوائح المتعلقة بعقود الإدارة التي تنظم القواعد التي تتعلق بها، وهي نصوص متناثرة هنا وهناك بين ثنايا التعليمات التنظيمية الخاصة بالوزارات في دولة الإمارات العربية المتحدة، البعض منها خاص بالوزارات، والبعض الآخر بمناسبة تنفيذ أحكام قانون يتعلق بخطط التنمية بدولة الإمارات العربية المتحدة، والبعض الآخر ورد على شكل تعليمات، إلا أن المشرع الإماراتي لم ينظم الأحكام العامة لعقد B.O.T في صورة قواعد موضوعية خاصة.

وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت يرتب الحقوق والالتزامات المتقابلة على عاتق أطرافه، ألا وهي أطراف العقد الرئيسي؛ أي جهة الإدارة وشركة المشروع، وفي نفس الوقت فإن العقد يعطي حقوقاً لأطرافه، وبحسب الأصل وإعمالاً لمبدأ نسبية آثار العقد، فإن آثار العقد تقتصر على أطرافه وخلفائهما دون الغير، أما بالنسبة لعقد البوت، فالوضع قد يختلف بعض الشيء، حيث تمتد آثار العقد إلى غير أطرافه، والمقصود هنا بالغير المنتفعين، وسبب ذلك يعود إلى الطبيعة الذاتية لعقد البوت. ونطاق الحقوق والالتزامات في عقد B.O.T تختلف عن هذه الحقوق والالتزامات في العقود الإدارية، حيث تتميز عقود الـ B.O.T عن العقود الإدارية الأخرى بطابع

خاص، بسبب ارتباطها بطول مدة تنفيذ العقد والتشغيل والاستغلال التي تصل إلى عدة سنين من قبل الشركة، مما ينعكس بآثاره على طبيعة العقد والحقوق والالتزامات المتفرعة عنه.

وتأسيساً على ما تقدم، تسعى هذه الدراسة بالشرح والتحليل إلى بيان النطاق الموضوعي لعقد الـ B.O.T من حيث بيان ماهيته وتمييزه عن العقود الإدارية المشابهة، وطبيعته الخاصة وتطبيقاته في دولة الإمارات العربية المتحدة، وحقوق والتزامات أطرافه، والأحكام النازمة له.

أولاً: مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في أن المشرع الإماراتي لم يحدد أحكاماً تفصيلية خاصة لعقد الـ B.O.T ولم يشملها بالتخصيص في أحكام موضوعية، وعليه تسري عليه الأحكام القانونية الخاصة بالعقود الإدارية وفقاً لقرار وزير المالية رقم (20) لسنة 2000 بشأن نظام عقود الإدارة وتعديلاته بموجب قرار وزير المالية رقم (90) لسنة 2008. وتكمن مشكلة الدراسة أيضاً في أن عقود الـ B.O.T ذات طبيعة خاصة، فنطاق الحقوق والالتزامات تتميز بتقييد سلطة الإدارة وحقوقها مقابل الشركة المنفذة للمشروع، فضلاً عن الامتداد فترة الاستغلال والتشغيل، مما ينعكس بآثاره على طبيعة العقد والحقوق والالتزامات المتفرعة عنه.

وتكمن مشكلة الدراسة أيضاً في أن عقود الـ B.O.T ذات أهمية كبرى في القانون الإداري، فهي وجهان لعملة واحدة، كونها عقوداً إدارية وعقوداً تحتوي على أحكام قانونية متميزة عن أحكام العقود الإدارية الأخرى، وقد دارت حولها بعض النظريات والاجتهادات الفقهية، نظراً لارتباطها بالمرافق العامة المختلفة، وتضمنها أحكاماً وشروطاً قانونية خاصة. وعلى الرغم من ظهور نظريات وأحكام واجتهادات من قبل الفقهاء والمختصين في شأن نظريات عقود الـ B.O.T الإدارية إلا أنها ما زالت تثير الجدل الفقهي والقانوني حول معرفة النظام القانوني الذي يحكمها، وحتى بعض المحاكم، أو بالأخص الدول ذات القضاء المزدوج، يتنازع القضاء الإداري والقضاء العادي حول كيفية تسوية النزاع ما بين الطرفين المتعاقدين، وبسط الأحكام الصادرة منهما على تلك التسوية، وتستخدم أدواتها القانونية والقضائية لكي تحسم تلك المسائل، وتضبط المسائل القانونية المتعلقة بها، وخاصة المحاكم العادية غير المختصة بالمنازعات الإدارية تجد نفسها مجبرة للخروج عن القواعد المألوفة في العقود الإدارية الأخرى. وعقود الـ B.O.T الإدارية تخضع حالياً لنظام قانوني متميز، سواء أكان هذا النظام في بعض جوانبه من تشريع أم مستنداً للأحكام القضائية.

وتتمثل مشكلة الدراسة أيضًا في أن عقد البوت يعد بطبيعته من العقود طويلة الأجل، فهو يمر بمراحل زمنية تنفيذية متعددة، مما قد يطرأ خلالها مخاطر تواجهها الدولة في فترة تنفيذ العقد، كتغير الظروف السياسية والاقتصادية، ونشوء كوارث طبيعية، مما يولد آثارًا قانونية على حقوق والتزامات الأطراف وتوازن العقد.

ثانيًا: تساؤلات الدراسة

تتمثل تساؤلات الدراسة في مجموعة من التساؤلات بغرض التعرض لها بالشرح والتحليل، ومحاولة الإجابة عليها:

1. ماهية عقد الـ B.O.T وفقًا لأحكام التشريع والفقه والاجتهاد القضائي الإماراتي.
2. ما هي المعايير التي تميز عقد الـ B.O.T عن العقود الإدارية المشابهة وفقًا لأراء الفقه وأحكام المحاكم في دولة الإمارات العربية المتحدة على اختلاف درجاتها.
3. ما هي السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد في عقد الـ B.O.T.
4. ما هي حقوق والتزامات أطراف عقد الـ B.O.T.
5. ماهي الجزاءات المفروضة على المتعاقد عن إخلاله بتنفيذ التزاماته وفقًا لتشريع دولة الإمارات العربية المتحدة، وتحديدًا لقرار وزير المالية رقم (20) لسنة 2000 بشأن نظام عقود الإدارة وتعديلاته بموجب قرار وزير المالية رقم (90) لسنة 2008.

ثالثًا: أهمية الدراسة

تتناول هذه الدراسة النظام القانوني الذي يحكم نشاط الإدارة والشركة المتعاقدة في موضوع عقد البوت وفقًا للنظام القانوني في كيفية ممارسة الجهة الإدارية والشركة المنفذة لنشاطها، وبين ماهية الطرق والوسائل التي تستعين بها الإدارة والشركة للقيام بمهمتها، والأساليب التي تلجأ إليها بممارسة هذا النشاط، والحدود التي ترسم لها، وما يترتب على تجاوزها من آثار، وما ينشأ من مسؤولية لعملية إبرام العقد من خلال تطبيق نظام عقد البوت، والموضوع محل البحث حتمًا يثير الاهتمام لرجال القانون والفنيين (كالمهندسين) والإداريين إلى جانب رجال الأعمال والتجار والباحثين والأكاديميين في خصوص العقود الإدارية وفقًا للنظام القانوني الإداري الإماراتي، وبصفة خاصة المشكلات التي تنجم بين الجهة الإدارية، وبين الشركة المتعاقدة مع تلك الجهة.

وتكمن أهمية الدراسة في كثرة المشكلات التي تثيرها العقود الإدارية بشكل عام، وعقد البوت بصفة خاصة، وتضمنه أحكامًا مختلفة عن العقود الإدارية الأخرى.

وتأسيساً على ما تقدم، تتمثل أهمية الدراسة فيما يلي:

1. ازدياد حالات استخدام عقد البوت في الكثير من الدول، كونه يساهم في التنمية الاقتصادية. وفي دولة الإمارات العربية المتحدة، حيث تم اللجوء إلى تطبيقه في إمارة دبي في مشاريع الطرق، الأمر الذي يؤكد ضرورة إصدار تشريع خاص لتنظيم مثل هذا النوع من العقود.
2. نظرًا لأن عقد البوت في التشريع الإماراتي لا ينطوي على أحكام تفصيلية تحدده تحديدًا موضوعيًا في صورة أحكام أو قواعد قانونية موضوعية.
3. يتمتع عقد البوت بذاتية خاصة من حيث المركز القانوني للإدارة كطرف في العقد، واختلافه في بعض الجوانب عن العقود الإدارية الأخرى، وفي نفس الوقت عدم وجود المعايير الفاصلة بين عقد البوت وبين العقود الإدارية الأخرى.
4. تنامي المطالبات بوضع تنظيم قانوني خاص يناسب طبيعة هذا العقد، ويعالج الاتفاقات الأخرى المتفرعة عنه، ويضع القواعد لبعض المشكلات التي يثيرها في الواقع.

رابعاً: أهداف الدراسة

تتمثل أهداف الدراسة في مجموعة من الاعتبارات التالية :

1. التعرف على عقد الـ B.O.T وخصائصه.
2. تسليط الضوء على موقف الفقه والقضاء من عقد الـ B.O.T.
3. تمييز عقود البوت عن العقود الإدارية الأخرى
4. بيان حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T.

خامساً: منهج الدراسة

تستخدم هذه الدراسة كلا من المنهج الوصفي والتحليلي لمعالجة المواضيع محل الدراسة، والمتصلة بعقد الـ B.O.T على وجه العموم، و حيث تعتمد على المنهج الوصفي في تعريف عقد الـ B.O.T وبيان خصائصه ومعايير تمييزه عن العقود المشابهة.

وتعتمد الدراسة على هذا المنهج التحليلي في استخراج النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة من قرار وزير المالية رقم (20) لسنة 2000 بشأن نظام عقود الإدارة وتعديلاته بموجب قرار وزير المالية رقم (90) لسنة 2008، وتستخدم الدراسة أيضًا المنهج التحليلي في تحليل الطبيعة القانونية الخاصة لعقد الـ B.O.T وحقوق والتزامات الإدارة مقابل المتعاقد، وبيان حقوق والتزامات المتعاقد أمام الإدارة، وتحليل سلطات الإدارة في تعديل العقد وسلطة الرقابة والتوجيه. هذا المسعى يستلزم الاستعانة أيضًا ببعض النصوص القانونية ذات الصلة من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 ذات الصلة بموضوع الدراسة وتحليلها في ضوء بعدها الموضوعي.

سادسًا: الدراسات السابقة

1. دراسة جمال فتحي عبد الرحمن بعنوان "الآثار القانونية المترتبة على التزامات الشركة والإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية"، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية القانون- جامعة دمشق، 2014.

جاءت هذه الدراسة في ثلاثة فصول، وركزت على بيان الآثار القانونية المترتبة على التزامات الإدارة في مواجهة شركة المشروع، والتزامات الإدارة في مقابل شركة المشروع في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. وعنيت الدراسة ببيان الأسس القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، على اعتبار أن هذه العقود تثير العديد من المشكلات القانونية، بسبب استناد كل من طرفي العلاقة التعاقدية لنظام قانوني مختلف عن الآخر. إلا أن هذه الدراسة لم تتناول أطراف العقد بصورة تفصيلية، ولم تتطرق إلى موقف المشرع الإماراتي من عقد B.O.T، ولم تتطرق أيضًا إلى عيوب ومزايا هذا العقد.

2. دراسة سعيد محمد الأحبابي، "الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2016.

جاءت هذه الدراسة في ثلاثة أبواب، منصبة على بيان الطبيعة القانونية لعقد بوصفه عقدًا إداريًا يتمتع بأركان العقد الإداري أم المدني، واستعرض الباحث الجدل الفقهي والقانوني حول النظام القانوني الذي يحكمها. وبين الباحث طبيعة التزامات شركة المشروع في العقد من حيث الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد، والالتزام بنقل ملكية المشروع، والالتزام بإنشاء وتنفيذ المشروع في المدة المحددة والمتفق عليها بالعقد، والالتزام بتنفيذ العقد وتشغيله طبقًا للمواصفات والمعايير

الفنية التي تحددها الجهة المانحة. ولم تتطرق هذه الدراسة إلى الشروط الشكلية والموضوعية لعقد الـ B.O.T.

وفي بعد آخر لم تتناول الدراسة موقف المشرع الإماراتي، ولم تركز على التزامات الأطراف المتعاقدة في عقد الـ B.O.T.

3. دراسة عبد الفتاح بيومي حجازي، "عقود البوت في القانون المقارن"، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2008.

اعتمدت هذه الدراسة على استعراض عقود الـ B.O.T في جمهورية مصر العربية مقارنة ببعض القوانين وخصوصًا الفرنسية. وخلصت إلى أن عقود البوت ما هي في حقيقتها إلا صورة من صور عقود التزام المرافق العامة، وذلك لوجود عنصر جوهري مشترك بينهما وهو "أن موضوع هذه العقود إدارة واستغلال المرافق العامة". وترتب على ذلك أنه يفترض أن تخضع عقود البوت لذات الأحكام التي تخضع لها عقود التزام المرافق العامة.

إلا أن هذه الدراسة لم تتطرق إلى القواعد التي تحكم عقد البوت، ولم تتناول الشروط الشكلية والموضوعية لصحة عقد الـ B.O.T.

سابعًا: خطة الدراسة

تم تقسيم خطة الدراسة على النحو الآتي:

المقدمة.

المبحث التمهيدي: ماهية عقد الـ B.O.T وخصائصه.

المطلب الأول: التعريف بعقد الـ B.O.T.

المطلب الثاني: خصائص عقود الـ B.O.T.

الفصل الأول: أحكام عقد الـ B.O.T وطبيعته القانونية

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T .

المطلب الأول: عقد الـ B.O.T بوصفه عقدًا إداريًا.

المطلب الثاني: تمييز عقد الـ B.O.T عن العقود الإدارية الأخرى.

المبحث الثاني: أطراف عقد الـ B.O.T .

المطلب الأول: شركة المشروع.

المطلب الثاني: جهة الإدارة.

المطلب الثالث: المنفذون للمشروع.

الفصل الثاني: حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T

المبحث الأول: حقوق الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T.

المطلب الأول: حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد.

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة.

المبحث الثاني: التزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T.

المطلب الأول: التزامات الإدارة مقابل المتعاقد.

المطلب الثاني: التزامات المتعاقد مقابل الإدارة.

الخاتمة.

المبحث التمهيدي

ماهية عقد الـ B.O.T وخصائصه

تمهيد وتقسيم:

إن عقد الـ B.O.T ليس اصطلاحاً قانونياً، وإنما هو اصطلاح أفرزه الواقع العملي، وتطور أساليب الاستثمار، ونظم تمويل المشروعات الكبرى، وتنوع أنماط التنمية الاقتصادية، وكان من الطبيعي، نتيجة لذلك، أن يغلب على تعريف فقهاء القانون لهذا الاصطلاح الطابع الوصفي، الذي يسعى إلى إبراز الخصائص والسمات الجوهرية التي يتسم بها وتميزه، في نفس الوقت، عن غيره من أفكار واصطلاحات أخرى(1).

وقد لاقى اصطلاح B.O.T وصوره المتعددة قبولاً دولياً، أيّاً كان النظام القانوني المطبق عليه، وهو الأمر الذي يقتضي تعريف عقود الـ B.O.T وبيان خصائصها.

وعلى ضوء ما تقدم، فإن الباحث يقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بعقد الـ B.O.T.

المطلب الثاني: خصائص عقد البوت.

(1) Augenbhck, mark and gustier B. Scott, Build. operatic, and Transfer (B. O. T) Approach to I. infrastructure projects in Developing countries. (World Bank) August 2017, P. 2.

المطلب الأول

التعريف بعقد الـ B. O. T

يعرف عقد الـ (B.O.T) بأنه عقد يبرم بين الدولة، أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، وطرف خاص، عادة ما يتخذ شكل شركة، يطلق عليها شركة المشروع، بغرض تشييد أحد المرافق العامة، على حساب تلك الشركة، وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة العقد، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل، وخالياً من كافة الأعباء، وبحالة جيدة⁽¹⁾.

واصطلاح الـ B.O.T هو عبارة عن الأحرف الأولى لثلاثة كلمات إنجليزية، وهي: كلمة Build وتعني يشيد أو يبني، وكلمة Operate وتعني يشغل أو يشغل، وكلمة Transfer ومعناها ينقل أو يحول.

وقد ترجم أغلب الفقه العربي الاصطلاح الإنجليزي (B.O.T) إلى البناء والتشغيل ونقل الملكية⁽²⁾، وذلك تماشياً مع ما تعنيه الكلمات التي يرمز إليها هذا الاصطلاح في اللغة الإنجليزية. ويعرف عقد الـ B.O.T بأنه: "عقد تتعهد بموجبه الدولة إلى إحدى الشركات أكانت وطنية أم أجنبية من القطاع الخاص في الغالب أو العام، بامتياز أو ترخيص للقيام بمشروع معين تقترحه الحكومة، أو تقدمه شركة المشروع، وغالباً ما يكون من المشاريع الأساسية للدولة والمتعلقة بمرفق من مرافقها العامة، وفي حال الموافقة من قبل الحكومة، تقوم شركة المشروع بتصميمه وبنائه وتكاملته واستغلاله تجارياً لفترة معينة ينص عليها في العقد، وتكون كافية لكي تسترد الشركة المنفذة للمشروع تكاليف البناء، بالإضافة إلى ربح مناسب من عائد تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً،

(1) حول تعريف عقود الـ B.O.T انظر:

UNCITRAL ، Document No A/CN. 9/424; 19 April 1996: Twenty ninth session; Build, operate, and Transfer projects, P. 3.

وحول تعريف عقد البوت في الفقه العربي، انظر: محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه رقم 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـ B.O.T، 2002، دار النهضة العربية، ص 75 وما بعدها؛ وأحمد السعيد، عقود الـ B.O.T والياتها التنفيذية والتشريعية، دار وائل للنشر، عمان، 2018، ص 3 وما بعدها؛ وهاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2018، ص 12؛ وجابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، 2002، ص 38 وما بعدها؛ وخالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999، ص 12.

(2) وائل محمد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يمثّلها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، 2008، ص 11 وما بعدها.

وفي نهاية المدة المحددة المتفق عليها بين الحكومة وشركة المشروع ينقل المشروع بأكمله إلى الحكومة وبحالة جيدة دون تحمل الحكومة لأي تكلفة⁽¹⁾.

وعرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الأونسيترال - بأنه: "شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح بمقتضاه حكومة ما - مجموعة من المستثمرين - للقيام بمشروع معين وتشغيله واستغلاله تجارياً لعدد من السنين، تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، أو من أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل مناسب يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع"⁽²⁾.

وعرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية يونيرو بأن الـ B.O.T هو "اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الأساسية التي كانت من قبل حكراً على القطاع العام، ذلك أن تمويل المشروعات هو زاوية الأساس لعقود B.O.T وعقد B.O.T يرمز إلى الكلمات Build- operate- transfer أي بناء- تشغيل وتحويله للدولة"⁽³⁾.

ويعرف عقد الـ B.O.T أيضاً بأنه: "المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها، على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء، وإدارة المشروع خلال فترة محددة، يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة العقد، وعلى أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جوده بدون مقابل"⁽⁴⁾.

وبعد قيام الباحث باستقراء مختلف التعريفات لعقد الـ B.O.T يلاحظ عليها الآتي:

1. أبرزت هذه التعريفات قوام عقد الـ B.O.T والتي تتأسس على عدة أركان، وهي أن يكون مبرم العقد شخصاً عاماً، ويتعلق العقد بالعقد بمرق عام، وأن يكون بوسائل القانون العام، إلا أنه يؤخذ على هذا عدم إلمامها بالقدر الكافي لمكونات عقد الـ B.O.T الطويل الأجل، وأنه يتمتع بسمات خاصة.

(1) وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الإدارة المتقاعدة والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 2018، ص 17.

(2) نقلاً عن: عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، 2001، ص 13.

(3) انظر موقع منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية- وثائق ومستندات www.unido.org.do تاريخ الزيارة 2021-3-11.

(4) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، الطبعة الثانية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 165.

2. وردت هذه التعاريف في عدة صيغ وعبارات عامة مستقاة من تعريف العقد الإداري بالشكل العام، إلا أنه وإن اختلفت عبارتها، فإن الفقه يعرف عقد الـ B. O. T بأنه العقد الذي يكون طرفه شخصاً عاماً ويتصل بمرفق عام، وباستخدام وسائل القانون العام، مع توافر عناصر التشييد والاستثمار والتملك.

3. أن هذه التعاريف قد اهتمت وركزت في تعريفها لعقد الـ B. O. T على عنصر التملك فقط، مع عدم التركيز على الطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة.

4. يلجأ الفقهاء في معرض تعريفهم للعقد الإداري بصفة عامة وعقد الـ B. O. T بصفة خاصة إلى التمييز بينه وبين العقد المدني. ولم تتطرق التعاريف إلى محل العقد ومدى مشروعيته بموافقته للقانون أو عدمها، فمن الممكن أن يتم إبرام عقد من الجهة الإدارية بالمخالفة للأحكام.

والباحث يؤيد ما ذهب إليه الباحثون من ترجمة اصطلاح الـ B. O. T بالتشييد والاستغلال والتسليم، لأن كلمة التشييد أشمل من كلمة البناء⁽¹⁾ وأدق منها دلالة على المقصود، وأكثر منها اتفاقاً مع الدور الذي تقوم به شركة المشروع في هذه المرحلة، نظراً لأن شركة المشروع لا تقوم ببناء المشروع فقط، بل تجري أولاً دراسات الجدوى الاقتصادية، وأنواعها المالية، والتسويقية والفنية والبيئية للمشروع، ثم تقوم بتخطيط الموقع وتجهيزه، ثم تجري التصميمات الهندسية اللازمة لتشييد المشروع، ثم بعد ذلك تأتي مرحلة البناء، ثم نقوم بعد الانتهاء من هذه المرحلة بتجهيز المشروع للعمل أو الاستغلال.

كما أن كلمة الاستغلال أشمل من كلمة التشغيل، وتعبّر بدقة عن الدور الذي تقوم به شركة المشروع من خلال المرحلة، وذلك لأنها لا تقوم بتشغيل المرفق فقط، بل تشغل المرفق، وتحصل على كامل ما يدره هذا التشغيل من دخل، سواء كان من الجمهور مباشرة مقابل انتفاعه بخدمات المرفق، أو من الجهة الإدارية لقاء شرائها المنتج أو الخدمة التي يؤديها المرفق، طوال مدة العقد، وهذان المعنيان، أي التشغيل والحصول على كامل الدخل، تبرزهما كلمة الاستغلال بوضوح، في حين تقصر عن إبرازهما كلمة التشغيل، وهو ما جعلنا نفضل استعمال الأولى دون الثانية.

(1) أحمد السعيد ، عقود الـ B. O. T وآلياتها التنفيذية والتشريعية، دار وائل للنشر، عمان، 2018، ص 3 وما بعدها.

أهم صور عقود البوت، هي:

أولاً: التشييد والتسليم والاستغلال BOT Build- Transfer - Operate

في هذه الصورة تقوم شركة المشروع بتشبيد المرفق على نفقتها، وعند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة، مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في استغلال المرفق وتشغيله فترة معينة يحددها اتفاق المشروع، والحصول على مقابل انتفاع الجمهور بالمرفق⁽¹⁾.

ثانياً: التشييد والتأجير والتشغيل والتحويل

(Build- rent operate- transfer BROT أو Build- lease-Operate- transfer (BL OT)

وهذه الصورة تمثل شكلاً من أشكال مشروعات الـ B.O.T، بحيث يكون الملتزم مستأجرًا للأصول المادية التي يقوم عليها المشروع طوال مدته، هذا بالإضافة إلى الالتزام والشروط الأخرى في مشروعات الـ B.O.T.

ثالثاً: التشييد والتملك (تملك العناصر التي أدخلتها شركة المشروع طالما احتفظت بذاتها واستقلالها ولم تصبح جزءاً من أصول مرفق عام يقدم خدماته إلى جمهور

المنتفعين) والاستغلال والتسليم (Boot (Build- Own- Operate- Transfer)

يطلق غالبية الفقه على هذه الصورة اصطلاح البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، إذ تقوم شركة المشروع بتشبيد المرفق على نفقتها، وتتملكه طوال مدة التعاقد، ثم تقوم باستغلاله خلال المدة التي يحددها العقد، ثم تقوم بعد ذلك بنقل ملكيته إلى الجهة المتعاقدة في نهاية المدة المتفق عليها⁽²⁾.

(1) Build - transfer- operate (BTO). This expression is sometimes used to emphasize that infrastructure facility becomes the property of the contracting authority immediately upon its completion, the concessionaire being awarded the right to operate the facility for a certain period UNCTRAL, Definitive guide on privately financed infrastructure projects, P. 5.

UNCTRAL, document No NCN, 9 /438/Add.1, 18 December 1996, Thirtieth session projects, P. 3.

UNCITRAL, document No NCN.9/444/Add 1, 12 March 1998, thirty first session, introduction and background information on privately financed infrastructure projects, P. 5.

(2) UNCTRAL, Legislative guide on privacy financed infrastructure projects, P. 5. Build- own- operate transfer (BOOT) These are projects in which a concessionaire

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه البعض أن الأقرب إلى الصواب القول بأن شركة المشروع لا تمتلك المرفق في حد ذاته، بل تمتلك العناصر التي أوجدتها (منشأة- معدات- مهمات- أجهزة- آلات..) ولا يكون هذا التملك لتلك العناصر بصورة مطلقة وطوال مدة التعاقد، بل ينحصر ذلك في مرحلة معينة⁽¹⁾.

ويضيف هذا الرأي⁽²⁾ أنه يتعين التمييز بين مرحلتين: مرحلة الاعتراف لشركة المشروع بتملك العناصر التي أوجدتها، والمرحلة التي لا يعترف لها بتلك الملكية، وذلك على النحو التالي: المرحلة التي يعترف خلالها بملكية الشركة لعناصر المشروع التي أوجدتها، هي تلك المرحلة التي تظل فيها لهذه العناصر خصوصيتها واستقلالها دون أن تتمخص في مجملها عن مرفق عام يؤدي خدمة عامة، ويقوم بإشباع حاجة عامة لجمهور المنتفعين، أي طالما لم تصبح جزءاً لا يتجزأ من أصول وأموال هذا المرفق، والمتأمل في هذا يدرك أن ذلك إنما يكون خلال مرحلة تشييد المرفق والإعداد لهذا التشييد فقط. وخلال هذه المرحلة يعترف لشركة المشروع بملكية هذه العناصر، ويجوز لها تبعاً لذلك أن تقترض بضمانها من البنوك وهيئات التمويل.

والدليل على هذا التصور أن شركة المشروع لم تحصل على مقابل هذه العناصر من الجهة الإدارية المتعاقدة، كما أنها لم تستغل المرفق بعد بما يمكنها من الحصول على ما أنفقته من جمهور المنتفعين مقابل انتفاعهم بخدمات المرفق، أو منتجاته، أو الجهة الإدارية مقابل شراء الخدمة أو المنتج، وبالتالي يكون من العدالة الاعتراف لها بملكية هذه العناصر، وطالما أن الشركة تمتلك هذه العناصر، فيكون من المنطقي الاعتراف لها بأن تقترض بضمانها من هيئات التمويل.

is engaged for the financing construction, operation and maintenance of a given infrastructure facility in exchange for the right to collect fees and other charges from its users. Under this arrangement the private entity owns the facility and its assets until it is transferred to the contracting authority.

UNCTRAL, document No A/CN.9/438/Add.1 18 December 1996, Thirtieth session project, page 3. Build- rent- operate transfer (BROT) or build – lease – operate- transfer (BLOT) these are variations of BOT or BTO projects where, in addition to the obligations and other terms usual to BOT projects, the concessionaire rents the physical terms usual to BOT projects, the concessionaire rents the physical assets on which the facility is located for the duration of the agreement.

- (1) محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص 74، وجابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 46، وجمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء ونقل الملكية (B.O.T) أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، منشأة المعارف، 2012، ص 83، عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 104، وسامى عبد الباقي، البنين التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T مرجع سابق، ص 3، وخالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 52، وعمرو علي جمال الدين، بعض الأبعاد القانونية لمشاريع البناء والتشغيل، ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 11.
- (2) محمد الروبي، عقود التشييد، والاستغلال والتسليم B. O. T مرجع سابق، ص 44.

أما المرحلة الثانية، فهي تلك التي يتم فيها تشييد المرفق، وتبدأ مرحلة استغلاله وتقديم خدماته أو منتجاته إلى جمهور المنتفعين، وتفقد فيها هذه العناصر ذاتيتها واستقلالها، ففي هذه المرحلة لا يصح القول بأن شركة المشروع تمتلك هذه العناصر، وذلك لأنه لا يجوز لها أن تتصرف بها تصرفاً ناقلاً لمليكتها، نظراً لأن ذلك لا يكون إلا لمالك الرقابة وهي الجهة الإدارية، كما لا يجوز لها رهن المرفق أو إيقاله بتأمينات عينية أخرى، وكذلك لا يجوز لهيئات التمويل، أو غيرها، أن تحجز على العناصر السابقة، أو أن تتخذ إجراءات التنفيذ الأخرى عليها، وذلك اتساقاً مع القاعدة المستقر عليها فقهاً وقضاءً، ومفادها عدم جواز الحجز على أموال المرافق العامة⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ما تقدم مما يدل على صحة القول، وعدم تملك شركة المشروع للعناصر السابقة طالما أصبحت جزءاً لا يتجزأ من مرفق عام يقدم خدماته للجمهور، هو أنه لو كانت شركة المشروع تمتلك هذه العناصر مهما بلغت قيمة تلك العناصر أو حجمها، لجاز لها التبرع بتلك الملكية لكي تمتنع عن تقديم الخدمات المنوطة بالمرفق لتقديمها لجمهور المنتفعين.

بيد أن الثابت قانوناً هو أن شركة المشروع ليس لها مطلق الحرية في تقديم الخدمة أو عدم تقديمها، بل هي ملزمة بتقديم الخدمة تأسيساً على مبدأ وجوب سير المرفق العام بانتظام واضطراد، الأمر الذي يؤكد عدم ملكية شركة المشروع، حتى للعناصر التي قدمتها عند تشييد المرفق، متى انصهرت في بوتقة مرفق عام وصارت جزءاً من مكوناته.

وبالتالي يرى الباحث بأن شركة المشروع يكون لها حق انتفاع يخولها قانوناً استعمال المرفق واستغلاله والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد، وليس لها تملكه أو تملك أصوله وعناصره.

رابعاً: عقد البناء والتملك والتشغيل (BOO) Build - own - operate

وفي هذه الحالة، فإن الملتزم يملك بشكل دائماً المرفق المعني، ولا يتحمل التزاماً بنقله إلى السلطة المتعاقدة⁽²⁾.

وإبرام عقود الـ B.O.T تكمن ضمن وظيفة السلطة الإدارية، والتي تتمثل في مظهرين أساسيين: الأول إقامة النظام في المجتمع عن طريق ممارسة سلطة الضبط الإداري للحفاظ على

(1) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1991، ص 437.

(2) UNCTRAL, document No NCN, 9 /438/Add.1, 18 December 1996, Thirtieth session projects, P. 9.

النظام العام بمفهومه الثلاثي، الأمن العام، والصحة العامة، والسكينة العامة، والثاني توفير الخدمات العامة والحاجات التي يتطلبها الأفراد عن طريق إدارة المرافق العامة.

والسلطة الإدارية في قيامها بوظيفتها في هذا المظهر أو ذاك تباشر أعمالاً إدارية متنوعة، تندرج تحت طائفتين كبيرتين: الأعمال المادية، والأعمال القانونية، وتلجأ الإدارة في ممارستها لنشاطها إلى القيام بأعمال إدارية قانونية تصدر عنها بشكل عمدي باعتبارها سلطة عامة، سواء أكانت هذه الأعمال بإرادتها المنفردة، أو بالاشتراك مع إرادته أخرى.

وتسمى الأعمال القانونية للسلطة الإدارية الصادرة بإرادتها المنفردة بالقرارات الإدارية، بينما يطلق على أعمال الإدارة القانونية التي تصدر عن طريق اشتراك إرادتها مع إرادة أخرى بالعقود الإدارية.

والعقود التي تبرمها الإدارة تخضع لنظام قانوني موحد ومنها عقود الـ B.O.T. إذا لا يكون عقد الإدارة عقدًا من عقود القانون الخاص، لأن العقد يتضمن شروطًا استثنائية خاصة، حيث يتم إبرام العقد الإداري باتفاق إرادة أحد أشخاص القانون العام مع أشخاص القانون الخاص، على أساس مبدأ التراضي الذي يتضمنه العقد المدني، إلا أن العقد الإداري لا يمنح جهة الإدارة حقوقًا وامتيازات غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ولهذا يمكن اعتبار كل ما تبرمه الإدارة من عقود تعتبر عقودًا إدارية، لمجرد كون الإدارة أحد طرفي العقد، وإبرام الإدارة لعقودها بصفتها سلطة عامة تتمتع بامتيازات معينة تنعكس على شروط العقد.

أما إذا قامت الإدارة بإبرام عقود لم تظهر فيها كسلطة عامة، بل كطرف مساوٍ للطرف الآخر فيما يرتبه العقد من حقوق والتزامات، فإن ذلك يعتبر من عقود الإدارة خاصة ذات طبيعة مدنية أو تجارية، وليست عقودًا إدارية، لعدم تضمنها شروط وامتيازات السلطة العامة.

وتنص القوانين وتقضي الأعراف بإلزام العقود لأطرافها، وقد اختلف في أساس الصفة الإلزامية للعقد، فقيل هي استقلال الإرادة، فكل طرف يلتزم بإرادته، وقيل أن أهلية التعاقد ليست إلا اختصاصًا منحه القانون لمن تتوافر فيه شروط الأهلية، وقيل أيضًا أن التزامات العقد تنبثق من جوهر العقد وطبيعته وهدفه، مع الأخذ بالاعتبار لكل من حسن النية والعدالة الموضوعية، والثقة الشرعية، والتوازن بين المصالح المعنية، وقد عرف قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 في المادة (125) العقد بأنه "ارتباط الإيجاب والقبول الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر". وبهذا فإن العقد وفقًا لرأي المشرع الإماراتي هو التزام صادر من أحد أطراف العقد

مقابل الآخر، وتوافق الطرفين بالإيجاب والقبول على وجه يثبت أثره في الحقوق والالتزامات، ويحث آثاره في التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر، ويجوز أن تتطابق أكثر من إرادتين على إحداث الأثر القانوني⁽¹⁾.

فتعد العقود الإدارية ومنها عقود الـ B.O.T أحد وجهي التصرفات القانونية التي تلجأ إليها سلطة الإدارة للقيام بالمهام الملقاة على عاتقها إلى جانب الوجه الأول، وهو القرارات الإدارية التي تكون مع العقود الأعمال القانونية للإدارة.

والعقود بصفة عامة ومنها عقود الـ B.O.T تعد اتفاقاً رضائياً بين جانبيين أو طرفين تنشأ عنه نفسه حقوق والتزامات لكل منهما⁽²⁾، حيث قضت المادة (131) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 بأنه: "الإيجاب والقبول كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد، وما صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول"⁽³⁾. وهو ما ينطبق على العقود الإدارية التي تكون الإدارة العامة طرفاً فيها، وتكون خاضعة لأحكام القانون الإداري⁽⁴⁾، ومن العسير التسليم بوجود تصنيف للعقود الإدارية مماثل لذات التصنيف المتبع في قانون المعاملات المدنية، مثل تقسيم العقود إلى رضائية وشكلية وفورية ومستمرة وغيرها، لاختلاف النظام القانوني الذي يحكم كلاً منهما⁽⁵⁾، وتزخر العديد من مؤلفات القانون الإداري عمومًا والعقود الإدارية خصوصًا بالعديد من التعريفات للعقد الإداري.

وعرفت المحكمة الاتحادية العليا الإماراتية العقد الإداري بأنه: "العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام مع أي طرف آخر بتوافق إرادتهما بإيجاب وقبول لإنشاء التزامات تعاقدية تقوم على التراضي يبين طرفيه، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير

(1) المادة (125) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

(2) هذا الرأي مستخلص من نص المادة 125 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

(3) المادة (131) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985.

(4) بكر قباني، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت، ص 384؛ وبنفس المعنى محمود حلمي، العقد الإداري، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 3؛ وحسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 5؛ ومصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011، ص 16.

(5) محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ص 18.

مألوفة في عقود القانون الخاص، سواء تضمن العقد هذه الشروط، أو كانت مقررّة بمقتضى القوانين واللوائح"⁽¹⁾.

وفي حكم مماثل صادر بتاريخ 2014/1/29 عرفت المحكمة الاتحادية العليا العقد الإداري بأنه "ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري الحديث، أن العقد الإداري يقوم على عنصرين، أحدهما ثابت وهو المعيار العضوي بأن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، وعنصر آخر أو ما يسمى بالعنصر التعاقي أو التخييري، وهو احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة، أو اشتراك المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، فتوافر أحدهما يسبغ الصفة الإدارية على العقد وتضحي قواعده هي الواجبة التطبيق على المتعاقدين..."⁽²⁾.

كما عرفت محكمة نقض أبوظبي بأنه: "... ذلك أن المقرر أن العقد الإداري هو عقد يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره، وتظهر فيه إرادتها في الأخذ بأساليب القانون العام، ويلزم لاعتبار علاقة المنتفع بمال مملوك للدولة مستندة إلى ترخيص إداري يخضع للقانون العام دون القانون الخاص، أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، وأن تتصل بمرفق عام، وتخصيص المال المنتفع به للمنفعة العامة، وإلا خضع العقد لقواعد القانون الخاص"⁽³⁾.

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 372 لسنة 24 قضائية، صادر بتاريخ 26 مارس 2005، (الدائرة الثانية، إصدار وزارة العدل، السنة السابعة والعشرون، 2005، العدد الأول، من أول يناير حتى آخر مارس)، منشور في موقع محامو الإمارات، تاريخ الزيارة 2021/2/26.

(2) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 438 و 486، 2013، إداري، الحكم الصادر بجلسة 2014/1/29، منشور في موقع محامو الإمارات العربية المتحدة، تاريخ الزيارة 2021/2/26.

(3) محكمة نقض أبوظبي في الطعن رقم 432 لسنة 2012، س 7 ق، صادر بتاريخ 2013/10/7 مدني، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض من دوائر المواد المدنية والتجارية والإدارية، السنة القضائية السابعة، 2013، من أول يوليو حتى آخر أكتوبر، الجزء الرابع، منشور في موقع محامو الإمارات، تاريخ الزيارة 2021/2/22.

المطلب الثاني

خصائص عقود الـ B. O. T

تتسم عقود الـ B.O.T بعدة خصائص أساسية وسمات ذاتية تميزها عن غيرها من العقود، منها أنها تبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها وطرف خاص، الغاية منها إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات، وتقديم خدمات ذات نفع عام، وذلك كله تحت رقابة الجهة الإدارية المتعاقدة، وثبوت ملكيتها للمرفق طوال مدة تنفيذ العقد.

أهم هذه الخصائص هي:

1. عقد الـ B. O. T هو عقد يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها:

عقود الـ B.O.T نشأت وظهرت كأحدى وسائل تمويل المشروعات العامة التي تكون الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها الطرف الرئيسي فيها، ثم طورت تلك العقود في ضمن هذا المفهوم، وثبت نجاحها متى أحيطت بالضمانات الشروط التي تحافظ على المصلحة العامة، وتحفظ حقوق المواطنين في الدولة، فأخذ القطاع الخاص أخيراً في محاكاة هذه الصورة واللجوء إلى تلك العقود، غير أن ذلك لم يؤثر في المفهوم المستقر عليه في العمل الدولي لهذه العقود، واعتبار أن وجود سلطة إدارية بوصفها الطرف الرئيسي في العقد هو إحدى خصائصها ومميزاتها الهامة⁽¹⁾.

2. الغاية من إبرام عقود الـ B.O.T هي إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات وتقديم خدمات ذات نفع عام:

الغاية من إبرام عقود الـ B.O.T هي إنشاء مرافق عامة اقتصادية تتسم بالأهمية، ويناط بها إشباع حاجات عامة، وأداء خدمات ذات نفع عام لمواطني الدولة المضيفة، مثل مرافق: مياه

(1) UNCITRAL, legislative guide on privately financed infraspinal projects, introduction and background information, PP. 13- 14.

And UNCITRAL, document No NCN9/444/Add, 12 March 1998 Thirty- first session, introduction and background information on privately financed infrastructure projects, P. 10.

UNCITRAL. document No NCN 9/458/ Add, 24 canary 1999 thirty second resin intrastation and background information on privately financial nitration rejects,. PP. 6-7.

الشرب، الكهرباء والغاز الطبيعي، والسكك الحديدية، والطرق، والكباري والأنفاق، والمطارات، والموانئ والاتصالات⁽¹⁾.

3. ثبوت حق الجهة الإدارية في الإشراف والرقابة طوال مدة تنفيذ العقد:

شركة المشروع في عقود البوت تقوم بتشبيد المرفق على نفقتها، ويكون لها مقابل ذلك حق استغلاله، والحصول على مقابل هذا الاستغلال، إلا أنها تخضع في ذلك لرقابة وإشراف الجهة الإدارية المتعاقدة طوال مرحلة تشغيل المرفق واستغلاله⁽²⁾.

ويرجع السبب في ثبوت هذا الحق للجهة الإدارية أن الأمر يتعلق بأحد مرافق الدولة الاقتصادية المهمة، والتي تتصل خدماتها بالجمهور اتصالاً وثيقاً، وأن شركة المشروع تنوب عن الدولة أو الجهة الإدارية في تقديم خدمات هذه المرافق طوال مدة الالتزام، وبالتالي يكون من حق الجهات الإدارية، بل من واجبها، ممارسة حقها في الإشراف والرقابة على أداء الشركات صوناً للمصلحة العامة وحفاظاً على مصالح المواطنين⁽³⁾.

4. ملكية المرفق تظل ثابتة للجهة الإدارية المتعاقدة خلال مدة التعاقد:

يذهب فقهاء القانون الإداري إلى أنه لا خلاف حول ثبوت ملكية الجهة الإدارية المتعاقدة للمشروع أو المرفق في ظل أغلب مشتقات عقود الـ B.O.T. وهذا ما نصت عليه صراحة بعض

(1) جابر جاد نصر، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 4؛ ومحمد الروبي، عقود التشبيد والاستغلال والتسليم B.O.T، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، الجامعة العربية، 2016، ص 229.

(2) محرم الدليمي، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ B.O.T، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، جامعة بغداد، 2020، ص 32؛ وجابر جاد نصار، عقود البوت B. O. T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 199؛ و عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 155؛ عبدالله محمد السعيدة، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة ماجستير، كلية الحقوق-الجامعة الأردنية، 2018، ص 90 وما بعدها؛ وسالم الصيفي، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت، وتطبيقاتها في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الكويت، 2018، ص 101.

(3) جابر جاد نصار، عقود البوت B. O. T والتطور الحديث للعقد الإلزامي، مرجع سابق، ص 201 ومحمد الروبي، عقود التشبيد والاستغلال والتسليم B.O.T، مرجع سابق، ص 30. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 31. وينظر كذلك العقد المبرم بين إمارة عجمان والشركة الإسبانية لإنشاء وتشغيل والانتفاع بمشروع إقامة مطار عجمان استغلالاً للمطار لمدة ثلاثين عاماً بنظام الـ B. O. T، حيث نص البند الرابع من هذا العقد على أنه: "تؤول ملكية المشروع بكامل مقوماته من المطار وشبكات المعدات ونظام أجهزة شامل والمنشآت الخاصة بالمشروع إلى حكومة الإمارة بعد انتهاء مدة الانتفاع بحالة جيدة وصالحة للاستخدام مقابل ذلك يكون للطرف الثاني محق الانتفاع بالمشروع وإدارته وتشغيله وتلقي كافة عوائده وسداد التزاماته المقررة طبقاً لهذا العقد والقوانين السارية طوال مدة الانتفاع".

عقود الـ B.O.T وعلى سبيل المثال عقود إنشاء مطار عجمان والشركة الإسبانية التي جاء في ديباجاتها: "حرر هذا العقد وتم التوقيع عليه بمقر ديوان حاكم إمارة عجمان ... بين كل من:

1. حكومة إمارة عجمان والممثلة بديوان الحاكم.. ويعبر عنها فيما بعد بالمالك.

2. شركة "غربو وايت ليك" للاستثمار وعنوانها... ويمثلها... ويعبر عنها فيما بعد بالملتزم".

بيد أن الرأي الراجح في الفقه⁽¹⁾ بأن عقد الـ B.O.T بوصفه عقدًا إداريًا يختلف عن بقية العقود الأخرى، حيث تتمتع الإدارة بسلطات وحقوق تفوق ما للمتعاقد معها من حقوق، وذلك لأن الإدارة تعمل من أجل المصلحة العامة، في حين يسعى المتعاقد معها لتحقيق مصلحته الخاصة، ولهذا فإن التزامات المتعاقد مع الإدارة تخضع للتعديل من جانب الإدارة وحدها، حيث تترتب حقوق وسلطات واسعة للإدارة تتعلق بتنفيذ العقد أو تغيير شروطه أو إنهائه. وتستمد الإدارة هذه السلطات من نصوص العقد التي ينظمها القانون الإداري؛ خدمة للمصلحة العامة، وضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد لإشباع الحاجات العامة.

ويتميز عقد الـ B.O.T بقواعد وأحكام وإجراءات وآثار خاصة تميزه عن تلك المتعلقة بآثار العقد المدني وعن بقية العقود الأخرى. وبقدر تعلق الأمر بتنفيذ العقد الإداري وآثاره، يلاحظ أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تخضع للتعديل من جانب الإدارة وحدها، مما يضعف المبدأ الأساس الذي يقوم عليه مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"².

(1) Augenblick, Mark and Guster B. Scott, Build, operate, and Transfer (B. O. T) Approach to infrastructure projects in Developing Countries, (World Bank) August 1990, P. 13.

وانظر: فهد محمد الحربي، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية البناء (نظام الـ B.O.T) والتملك ونقل الملكية، العبيكان للنشر، الرياض، 2019، ص 12، وعمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 104، وهاني سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 44، و جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 46، وعمرو علي جمال الدين، بعض الأبعاد القانونية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 73.

² وإن هذا المبدأ يكاد يختفي في دائرة العقود الإدارية، ومنها عقد الـ B.O.T، وتصبح كفتي المتعاقدين غير متكافئة، يغلب فيها الصالح العام على مصلحة الشركة المتعاقدة، وهذا ما يسود أيضًا في تنفيذ وتفسير وإنهاء العقود الإدارية، مما يترتب على ذلك حقوق وسلطات للإدارة، سواء ما يتعلق في تنفيذ العقد أو شروطه أو إنهائه، أو سواء فيما يخص علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية.

الفصل الأول

أحكام عقد ال B.O.T وطبيعته القانونية

تمهيد وتقسيم:

يلاحظ الباحث بأن عقد البوت لم يكن محل التنظيم التشريعي في التشريعات الإماراتية، وبالتالي عدم وجود تنظيم قانوني وأحكام تفصيلية لهذا النوع من العقود، وعليه فيجب الرجوع إلى الأحكام العامة للعقود وفقاً للقرارات التي صدرت من مجلس الوزراء الاتحادي الإماراتي، والأحكام القضائية الصادرة عن مختلف محاكم الدولة فيما يتعلق بالعقود الإدارية.

وعليه سيتناول الباحث بالشرح والتحليل أحكام عقد ال B.O.T، وذلك من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقد ال B.O.T .

المبحث الثاني: أطراف عقد ال B.O.T.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لعقد ال B.O.T

تمهيد وتقسيم:

تلجأ الإدارة في ممارستها لنشاطها إلى القيام بأعمال إدارية قانونية تصدر عنها بشكل عمدي باعتبارها سلطة عامة، سواء أكانت هذه الأعمال بإرادتها المنفردة، أو بالاشتراك مع إرادة أخرى⁽¹⁾. وتسمى الأعمال القانونية للسلطة الإدارية الصادرة بإرادتها المنفردة بالقرارات الإدارية، بينما يطلق على أعمال الإدارة القانونية التي تصدر عن طريق اشتراك إرادتها مع إرادة أخرى بالعقود الإدارية.

وقد ثار الخلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T ولم يتفق الرأي على إسباغ تكييف قانوني واحد عليها، ويمكن للباحث أن يميز في هذا الصدد بين ثلاثة اتجاهات: يرى أولها أن عقود ال B.O.T هي من قبيل العقود الإدارية، في حين يكيف ثانيها عقود ال B.O.T بأنها من عقود القانون الخاص، أي من قبل العقود المدنية والتجارية. وأخيراً ذهب اتجاه ثالث إلى أن الطبيعة القانونية لعقود ال B.O.T تتحدد بالنظر إلى كل عقد على حدة، على ضوء معطياته، ومن ثم يرون أن الأفضل عدم إعطاء تكييف موحد لكافة هذه العقود.

وسنتناول هذه الاتجاهات بالبيان من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عقد ال B.O.T بوصفه عقداً إدارياً.

المطلب الثاني: تمييز عقد ال B.O.T عن العقود الإدارية الأخرى.

(1) لمزيد من التفاصيل حول العقود الإدارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، انظر: جابر صالح الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019، ص 42 وما بعدها، وانظر كذلك حميد اليماني، النظام القانوني لإبرام العقود الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عجمان، 2018، ص 27 وما بعدها؛ وسليمان أحمد الشرار، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية ال BOT، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية شرطة دبي- قسم القانون العام، 2010، ص 61.

المطلب الأول

عقد الـ B.O.T بوصفه عقدًا إداريًا

يتناول الباحث هذه الآراء الفقهية الواردة أعلاه بنوع من التفصيل، حيث -كما أسلفت- اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت، وانقسموا في ذلك إلى ثلاثة آراء:

الاتجاه الأول: الاتجاه المؤيد للطبيعة الإدارية لعقود الـ BOT

اتجه فريق من الفقهاء إلى تكييف عقود البوت على أنها عقود إدارية، وذلك استنادًا إلى الحجج الآتية:

أولاً: أن هذه العقود ليس لها من الحداثة إلا الاسم فقط

فهي معروفة في أكثر الدول تحت مسمى عقد التزام المرافق العامة، والتي عرفت في فرنسا في أواخر القرن الثامن عشر، فقد منحت الحكومة الفرنسية على سبيل المثال امتياز توزيع المياه في باريس إلى شركة برييه إخوان سنة 1792⁽¹⁾.

ثانياً: أن عقود الـ BOT من قبيل عقود القانون العام

ينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن عقود الـ B.O.T هي عقود إدارية بالمعنى الفني لتلك العقود، فطالما ظل هناك مرفق عام، فإن العقد الذي يرتبط به يظل عقدًا إداريًا، وإلا ضحينا بالغاية من أجل الوسيلة، والغاية هي المرفق العام، والوسيلة هي العقد، سواء عقد إنشاء المرفق أو تطويره وتشغيله.

- توافر معايير وشروط العقود الإدارية في عقود الـ B.O.T

يؤكد أنصار الطبيعة الإدارية لعقود الـ B.O.T أن إدارية هذه العقود ليست محلاً للشك، حيث يتوفر بالنسبة لها كافة المعايير والشروط التي تميز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، وهي:

1. أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام.

2. أن يتصل العقد بمرفق عام.

(1) فهد محمد الحربي ، مرجع سابق ، ص 12.

3. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ولو طبقنا هذه الشروط على عقود الـ BOT سوف يتبين لنا توافرها جميعاً.

ففيما يتعلق بالشرطين الأول والثاني، لا يجادل أحد في توافرها، أما بالنسبة للشرط الثالث فهو متوفر أيضاً، لأن هذه العقود خولت جهة الإدارة التدخل لتعديل بعض نواحيها التنظيمية بمحض إرادتها ودون موافقة المتعاقد معها وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، مع حفظ حق المتعاقد في التعويض إن كان له مقتضى⁽¹⁾.

فضلاً عن ذلك، فإن الإدارة حينما تعهد إلى فرد أو شركة بإنشاء وإدارة مرفق عام وتشغيله، فهذا يعد أمراً استثنائياً يثبت به للعقد صفته الإدارية.

- الطبيعة الإدارية لعقود الـ B.O.T لا ينفى توسع النسبي في الشروط التعاقدية بقصد تشجيع الاستثمار

يقرر أنصار هذا الاتجاه أنه لا تعارض بين الطبيعة الإدارية لعقود الـ B.O.T والتوسع النسبي في الشروط التعاقدية التي لا يجوز الاتفاق على نقضها أو تعديلها إلا باتفاق الطرفين، وذلك في مقابل التخفيف إلى حد ما من الشروط اللائحية التي يجوز للجهة المتعاقدة تعديلها دون توقف على موافقة المتعاقد معها، والحكمة من ذلك هي العمل على تشجيع الشركات الدولية الكبرى التي لها باع طويل وخبرة واسعة في إقامة وتنفيذ مشروعات B.O.T على القدوم والاستثمار في الدولة، رغبة من طمأننة المستثمرين وتهيئة المناخ القانوني لذلك⁽²⁾.

غير أن لهذا التوسع في الشروط التعاقدية حدوداً ينبغي أن يتوقف عندها، أو بعبارة أخرى اضمحلال الشروط اللائحية في العقد، فلا بد من الحرص على التوازن بين المصالح المشروعة للمستثمرين وعدم إضرار المصلحة العامة في نفس الوقت⁽³⁾.

وجدير بالذكر أن بعض أنصار هذا الاتجاه يرون أن عقود الـ B.O.T لا تعتبر من قبيل عقد التزام المرافق العامة، بل هي عقد أشغال عامة، استناداً إلى أن محل هذا العقد هو القيام بأعمال إنشائية على نحو معين، وفي مدة محددة، وتحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية⁽⁴⁾. ولكن الباحث يرى أن عقود الـ B.O.T تبتعد كثيراً عن عقود الأشغال العامة إلى الدرجة التي تتشابه أو تختلط بها، ذلك أن من المستقر عليه فقهاء وقضاء أن عقد الأشغال

(1) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 205.

(2) انظر: محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، مرجع سابق، ص 69.

(3) المرجع السابق، ص 69.

(4) محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص 48.

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 عقال لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة في مقابل ثمن محدد في العقد"⁽¹⁾.

فواضح هنا أن عقود الـ B.O.T تختلف عن عقود الأشغال العامة، فموضوع عقود الأشغال العامة هو القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مبان أو منشآت عقارية لحساب إحدى الجهات الإدارية، على نحو يدخل في مفهومها النظافة والاهتمام بالحدائق وتنسيقها، في حين أن عقود الـ B.O.T يكون موضوعها إنشاء وتشبيد أو تطوير أحد المرافق العامة واستغلاله بعد ذلك مدة معينة.

وعلى ذلك فإن المقاول في عقود الأشغال العامة تنتهي مهمته عند إتمام الأعمال المتفق عليها، ولا يقدم خدمة عامة للجمهور، ولا يقوم باستغلال المشروع على خلاف عقود البوت.

كما أن المقاول في عقود الأشغال العامة يقوم بالعمل المتفق عليه لحساب إحدى الجهات الإدارية، ومقابل ثمن محدد تدفعه له الجهة الإدارية مقابل تلك الأعمال، في حين أن عقود الـ B.O.T تقوم شركة المشروع بتشبيد المرفق على حسابها وتحت مسؤوليتها المالية دون أن تتقاضى أي أموال من الجهة الإدارية⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: الطبيعة الخاصة لعقود الـ B.O.T

يذهب عدد غير قليل من الفقه إلى أن عقود الـ B.O.T تعتبر من قبيل عقود القانون الخاص التي تخضع لأحكام قانون المعاملات المدنية والتجارية وليس لقواعد القانون الإداري⁽³⁾. والحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه تتمثل في:

أولاً: عدم توافر شروط اكتساب العقد الصفة الإدارية في عقود B.O.T

حيث إن من المتفق عليه في الفقه والقضاء أنه يشترط لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية توافر الشروط الثلاثة الآتية:

1. أن يكون أحد أطراف العقد من أشخاص القانون العام.

2. أن يتصل العقد بمرفق عام.

(1) للمزيد انظر: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 125 وما بعدها.
(2) محمد الروبي، عقود التشريد والاستغلال والتسليم، مرجع سابق، ص 71 وما بعدها.
(3) انظر محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 28 وما بعدها، أحمد السعيد الزقرد، عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، مرجع سابق، ص 11.

3. أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى عدم توافر تلك الشروط في عقود الـ B.O.T فهي وإن كانت جهة الإدارة طرفاً فيها واتصلت بنشاط مرفق عام، ولكنها تفتقد إلى الشرط الثالث المتمثل في تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاص⁽¹⁾، حيث تتعاقد جهة الإدارة بنفس الطريقة التي يتعاقد بها أطراف القانون الخاص، وتقف فيها على قدم المساواة مع المستثمر الأجنبي، وتتجرد الإدارة فيها من سلطاتها التقديرية المتعارف عليها في إطار نظرية العقود الإدارية، على النحو الذي يأتي العقد فيها خالياً من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في روابط القانون الخاص⁽²⁾.

أما في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن المشرع الإماراتي يتطلب في جميع الحالات اقتران شرط اتصال العقد العام بشرط تضمينه شروطاً غير مألوفة في روابط القانون الخاص.

وفي حكم لها أكدت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم 399 لسنة 19 (قضائية) بأن حق الإدارة في استعمال سلطاتها بموجب العقد الإداري قائم بقوة القانون، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان منصباً على سبب قانوني متعلق بالنظام العام⁽³⁾.

وفي ذات السياق، أكدت محكمة نقض أبوظبي في حكمها الصادر بتاريخ 2013/6/19 على هذا الحق، حيث قررت: "تتمتع جهة الإدارة كطرف في التعاقد بحقوق وامتيازات بقصد تحقيق النفع العام ومصلحة المرفق العام المعني، ومن ذلك سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد والإشراف عليه وفي تطبيق الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، بل وسلطاتها في إنهاء العقد الإداري في أي وقت إذا اقتضت مصلحة المرفق ذلك"⁽⁴⁾. وعلى ذلك يكفي لكي يكون العقد إدارياً في دولة الإمارات العربية المتحدة أن يتصل بنشاط مرفق عام بأي صورة من الصور، إنشاؤه مثل الأشغال، أو تنظيمه مثل عقد الامتياز، أو تسييره مثل عقد التوريد.

(1) انظر جابر صالح الحمادي، مرجع سابق، ص 27؛ وحيد البماحي، مرجع سابق، ص 34.
(2) أنظر محمد أبو العينين، أنتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البناء والتشغيل وانتقال الملكية، مرجع سابق، ص 169؛ وسراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 161 وما بعدها، ومحمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، مرجع سابق، ص 76.
(3) حكم المحكمة الاتحادية العليا (الأحكام المدنية) في الطعن رقم 399، لسنة 19 قضائية (مدني)، تاريخ الجلسة 2000/4/9.
(4) حكم محكمة نقض أبو ظبي في الطعن رقم 142، 147، لسنة 2013 س 7 ق. أ (تجاري)، الحكم الصادر بجلسة 2013/6/19، منشورات موقع محامو الإمارات العربية المتحدة.

ثانيًا: الصفة الإدارية لعقود الـ B.O.T تتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار ومقتضيات التجارة الدولية

حيث يرى أنصار الطبيعة المدنية والتجارية لعقود الـ B.O.T أن القول بالطبيعة الإدارية لتلك العقود من شأنه تخويف المستثمرين وترددهم في استثمار أموالهم في الدول التي تعتمد مثل هذا التكييف، حيث تحرص الدولة المستثمرة في تلك المشروعات على تجنب المخاطر التشريعية والقضائية والإدارية التي يمكن أن تتعرض لها فيما لو كلفت عقود الـ B.O.T على أنها عقود إدارية⁽¹⁾. كما أن القول بالطبيعة الإدارية لعقود B.O.T معناها السباحة عكس التيار، ومناهضة اتجاه الدولة وسياساتها المعلنة بالدعوة للاستثمار الوطني والأجنبي لإقامة المشروعات الضخمة من أجل التنمية الاقتصادية⁽²⁾.

ثالثًا: الطبيعة الإدارية لعقود الـ B.O.T تتنافى مع صريح نصوص الكثير من العقود

يرى بعض أنصار هذا الاتجاه أن القول بأن كثيرًا من عقود الـ B.O.T تنفي تلك الطبيعة الإدارية عنها، حيث تنص الكثير من تلك العقود صراحة على أنها ذات طبيعة مدنية وتجارية، ووفقًا لقواعد التفسير، فإنه اجتهد مع صراحة النص، ولا مجال لإقحام فكرة العقود الإدارية بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لتلك العقود⁽³⁾، أنها توافق بشكل عام فيما يتعلق بنفاذ أي حكم ضدها في أي من الإجراءات، وفي أي جهة اختصاص على منح أي إعفاء أو إصدار أي إجراء فيما يتعلق بهذه الإجراءات. ولهذا ينتهي أنصار هذا الاتجاه إلى أنه طالما أن هذه العقود تصرح بأنها من قبيل العقود الخاصة والتجارية، فلا مجال إذن للحديث عن الطبيعة الإدارية لتلك العقود.

ولقد أثارت أمام هيئات التحكيم مشكلة أن العقد عقدًا إداريًا، حيث تم تشكيل هيئة التحكيم لكي تفصل في المنازعة بين المملكة العربية السعودية وبين الشركة الأميركية أرامكو، حيث أثارت مشكلة أولية أمام هيئة التحكيم تتعلق بتكييف عقد الامتياز بين الدولة والشركة. فذهبت الهيئة إلى

(1) محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البناء والتشغيل وانتقال الملكية، مرجع سابق، ص 231؛ وفي نفس الرأي د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص 203 وما بعدها، ود. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، مرجع سابق، ص 152.

(2) محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البناء والتشغيل وانتقال الملكية، مرجع سابق، ص 255.

(3) سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، مرجع سابق، ص 175.

القول بأن إخضاع التكيف لقانون القاضي، ولكن بما أن المحكم ليس له قانون قاضٍ، فإنها سوف تخضع التكيف وفقاً لقانون موقع المال.⁽¹⁾

وبما أن الأمر يتعلق بامتياز بترول، وهذا الأمر موجود في السعودية، فسيكون التكيف لقانون السعودية، والمقصود بالقانون هو الشريعة الإسلامية وفقاً للمذهب السائد في المملكة، وهو مذهب الإمام أحد بن حنبل.

وتمسكت المملكة العربية السعودية بحقها في تعديل العقد المبرم بينها وبين شركة أرامكو، استناداً إلى أن هذا العقد عقد من عقود القانون العام، والذي بموجبه تستطيع الدولة أن تعدل فيه، أي أنه عقد إداري.

وطبق المحكم ذلك على واقعة النزاع، مقررًا بأن هذا العقد تخلف عنه الشرط الثاني والشرط الثالث وهو الشرط الاستثنائي غير المألوف، ثم أضاف أن شرط الثبات التشريعي يعتبر شرطاً استثنائياً، وإلا أصبحت كل العقود التي تبرمها الدولة شروطاً استثنائية.

وانتهى المحكم إلى القول بأن هذا العقد المبرم بين الحكومة السعودية والشركة الأجنبية لا يعتبر عقداً إدارياً، ومن ثم لا يجوز أن تعدل المملكة العربية السعودية في العقد.

ويرى الدكتور محمد جعفر: "أن محاولة وضع تكيف واحد عام ينطبق على عقود الـ B.O.T تبرم وتنفذ من خلال صور أو هياكل تعاقدية متعددة، وبالتالي فقد تتخلف الشروط والعناصر التي يتضمنها كل عقد، وكذلك الظروف والملابسات التي تحيط بكل عملية على حدة، كل هذا يجعل من الصعب وضع تكيف واحد عام ينطبق على هذه العقود في جميع صورها وفي كل الحالات، لأن هذا يترتب عليه غموض بالشروط القانونية والاقتصادية الخاصة بكل عقد، وإنما الأفضل هو تكيف كل عقد على حده في ضوء شروطه وعناصره، وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكيف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد، وكاشفاً في نفس الوقت عن الخصوصية التي تميز كل عقد على حده، وبناء على هذا التكيف المرن والواقعي، قد يعتبر عقد الـ B.O.T عقداً إدارياً، أو من عقود التجارة الدولية، بحسب كل حالة على حده، وفي ضوء

(1) محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 83، ويرى أيضاً أن عقود الـ B.O.T يتم إبرامها بعد مفاوضات كثيرة وشاقة بين الأطراف المتعددة، كما أنها تقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، وقد أوجبت هذه العقود وفقاً لهذا النظام وضع قواعد قانونية جديدة تتعلق: بملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع. مدة جواز تحميل الأموال التي يحققها المشروع للخارج.

الشروط السابقة، وهذا التكيف المرن يسمح بتطور هذه العقود بما يتلاءم مع حاجات الواقع العملي على مستوى عمليات التجارة الدولية والتنمية الاقتصادية للدولة"

هذا وقد أيد البعض الآخر هذا الرأي على سند من القول بأن: "هذه العقود وعلى الرغم من تعلقها بالمرفق العام، إلا أنها تفتقد وجود الشروط الاستثنائية باعتبارها من شروط العقد الإداري"⁽¹⁾.

كما أنه ومن ناحية أخرى لا يمكن إخضاعها لأحكام قانون المعاملات المدنية لخلو نصوص القانون من أية إشارة إلى هذه النوعية من العقود⁽²⁾.

لذا انتهى هذا الرأي إلى القول بأن عقود الـ B.O.T عقود ذات طبيعة خاصة ومتعددة.

وقد انتقد البعض هذا الرأي على أساس أن هذا التكيف غير حاسم في شأن المسألة المعروضة، كما أنه يؤدي إلى تحديد الطبيعة القانونية في هذا الأمر، فضلاً عن أنه يعني التردد في مسألة لا تحتل التردد، وينتهي هذا الرأي إلى التنبيه على خطورة تكيف كل عقد على حدة على مصالح الدول النامية، ومنها الدول العربية، لأن هذا التكيف يعطي هيئات التحكيم سلطات أوسع، مما قد يؤدي إلى تعسفها عند تكيف هذه العقود التي تتضمن أغلبها شرطاً بالتحكيم.

وقد انتقد البعض⁽³⁾ هذا الرأي استناداً إلى أن عقد التزام المرافق العامة هو عقد إداري بطبيعته؛ أي أنه عقد إداري بمجرد أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن تتصل بنشاط مرفق عام، لأنه حين تتعهد الإدارة لفرد أو شركة بإدارة وتشغيل مرفق، ومن باب أولى إنشاؤه، يعتبر أمراً استثنائياً تتحقق به للعقد صفته الإدارية.

ويرى الباحث أن عقود الـ B.O.T هي عقود إدارية انطلاقاً من أسانيد تدعم وجهة النظر هذه. فعقود الـ B.O.T يتم عقدها من خلال نظام قانوني محدد، بالرغم أن لكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يتم وضع قاعدة عامة مجردة تقتضي بأن عقد الـ B.O.T عقد إداري يخضع لشروط استثنائية، لذا لا بد من تكيف عقد البوت بأنه عقد إداري في ضوء شروطه وعناصره، وأيضاً وفقاً للظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكيف متنسفاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد، وكاشفاً في الوقت ذاته عن الخصوصية التي تميز عقد البوت، وبناء على هذا التكيف الواقعي، يعتبر عقد الـ B.O.T عقداً إدارياً.

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 96.

(2) انظر: احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T، دار العلم للملايين، القاهرة، 2014، ص 386.

(3) جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 52.

ويرى بعض الفقهاء أنه في عقود الـ B.O.T تتمتع شركة المشروع بحق تملك المشروع أو المرفق ملكية مؤقتة خلال مدة العقد، أو أنها في البعض الآخر تمتلكه ملكية نهائية⁽¹⁾.

وفي تقدير الباحث أن هذه الوجهة من النظر غير صحيحة في كلتا الحالتين، فشركة المشروع لا تمتلك المرفق لا ملكية مؤقتة، مع التسليم بعدم صحة اصطلاح الملكية المؤقتة ولا ملكية نهائية⁽²⁾، فمن حيث إن الشركة لا تمتلك المرفق ملكية مؤقتة، أو لأجل محدودة، هو مدة التعاقد، فهذا الأمر لا يستقيم مع المنطق القانوني⁽³⁾، والقول بأن شركة المشروع تمتلك المرفق ملكية مؤقتة خلال مدة التعاقد هو قول يتعارض مع إحدى الخصائص المميزة لحق الملكية، وكونها حق دائم لا يقبل بطبيعته التآقيت. وفي هذا السياق يعتبر حق الملكية في التشريع الإماراتي أوسع الحقوق العينية نطاقاً، وهو أساس هذه الحقوق العينية، وعنه تفرعت هذه الحقوق، وإليه تعود مرة أخرى بانتهاء مدتها. فحق الملكية كما تقول المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية: "هو الحق العيني الكامل الذي تتصل به وتتفرع عنه حقوق عينية أخرى". ومن هذا المنطلق نصت المادة (1133) معاملات مدنية على أنه⁽⁴⁾: "

1- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيئاً ومنفعة واستغلاً⁽⁵⁾.

2- ولمالك الشيء وحده أن ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتائجها، ويصرف في عيئها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً⁽⁶⁾.

ومن المستقر عليه أن الملكية لا يجوز أن تقترن بأجل فاسخ أو واقف. فإذا اشترى شخص مالاً، وحدد في عقد الشراء أجلاً فاسخاً تنتهي ملكية الشيء بانقضائه، وتعود هذه الملكية للبائع بمجرد انقضاء الأجل، فإن ذلك لا يجوز، لأن ملكية المشتري تكون في هذه الحالة مؤقتة بالأجل الفاسخ، والذي يجوز هو أن يرتب المالك الأصلي على الشيء حق انتفاع لغيره مقترناً بأجل فاسخ، فيبقى حق الانتفاع إلى أن ينقضي الأجل، فإذا ما انقضى زال حق الانتفاع، وعادت الملكية كاملة إلى المالك الأصلي. كذلك لا يجوز أن تقترن الملكية بأجل واقف، فلا يجوز أن يشتري شخص من

(1) انظر: احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود الـ B.O.T ، مرجع سابق، ص 386.

(2) محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 30.

(3) المرجع السابق، ص 109.

(4) المادة (1133) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(5) محمد المرسي زهرة، الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1999، الطبعة الأولى، ص 55-56.

(6) محمد المرسي زهرة، المصادر غير الإدارية للالتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2002، الطبعة الأولى، ص 12-14.

آخر شيئاً على ألا تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري إلا بعد انقضاء أجل معين. لأنه إذا اقترنت ملكية المشتري بأجل واقف، كانت ملكية البائع في هذه الحالة ملكية مؤقتة تنتهي بانقضاء الأجل الواقف، والذي يجوز هو أن يلتزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري عند حلول أجل معين، فيكون الالتزام بنقل الملكية، لا حق الملكية ذاته هو المؤجل⁽¹⁾. والشرط الفاسخ في التشريع الإماراتي هو الذي يتوقف على تحققه زوال الالتزام، حيث يتفق الطرفان على إنشاء الالتزام ونفاذه فور نشوئه، على أن يفسخ إذا تحقق الشرط، وتحكمه المادة (426) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه يزول التصرف إذا تحقق الشرط الذي قيده، ويلتزم الدائن برد ما أخذ، فإذا تعذر الرد بسببه كان ملزماً بالضمان⁽²⁾.

ووفقاً لمحكمة التمييز بدبي، فإنه من المقرر وفق ما تقضي به المواد (421)، (422) و (423) من قانون المعاملات المدنية أن الشرط أمر مستقبلي يتوقف عليه وجود الالتزام أو زواله عند تحققه، وأن الالتزام المعلق على شرط هو ما كان مقيداً بشرط غير قائم أو واقعة مستقبلية، ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط، ويشترط لصحة التعليق أن يكون مدلول فعل الشرط على خطر الوجود لا متحققاً ولا مستحيلاً⁽³⁾.

وأجاز القانون المدني الإماراتي صراحة الشرط المذكور في المادة (513)، حيث نص على أنه⁽⁴⁾:

- 1- "يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل ملكيته إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع⁽⁵⁾.
- 2- وإذا تم استيفاء الثمن تعتبر ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع⁽⁶⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، حق الملكية، 1991، دار النهضة العربية، ص 550. وجميل الشرقاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، 1971، ص 27.

(2) حكومة دبي، محكمة التمييز، الأحكام المدنية، الطعن رقم 124 لسنة 2004، قضائية بتاريخ 2004/11/28.

(3) راجع في ذلك عبد الواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر للطباعة والنشر، أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 192.

(4) نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 169.

(5) محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، المرجع السابق، ص 52.

(6) قانون المعاملات المدنية رقم (5) لسنة 1975 والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (1) لسنة 1978 لدولة الإمارات العربية المتحدة، معهد دبي القضائي، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2017، ص 258.

وبناء على ما سبق، يقرر الفقه بأنه لا يصح الاتفاق مثلاً على أن يكتسب المتصرف إليه الشيء لمدة عشر سنوات فقط، فإذا انقضت أعاده إلى ملكه القديم، فهذا الاتفاق لا يجوز إلا إذا أمكن حمله على أنه إنشاء لحق انتفاع، ذلك أن حق الانتفاع هو الذي يقبل بطبيعته التأقيت (1).

والعلة في ذلك هي أن التوقيف يتنافر مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها، ذلك أن من أهم عناصر الملكية ما يعرف بسلطة التصرف التي تجيز للمالك أن يتصرف في حقه تصرفاً قانونياً، أو أن يستهلكه وينلفه مادياً على حد سواء، وأمام فكرة التوقيف ليس هناك إلا أحد احتمالين: أن يمتنع على المالك ملكية مؤقتة أن يتصرف في الحق حتى يعيده إلى ماله الأصلي، أو أن يتصرف فيه، وإذا امتنع على المالك التصرف والإتلاف لما كان حقه حق ملكية، وإذا أجاز له التصرف والإتلاف كانت ملكيته دائمة (2).

وتأسيساً على ما تقدم يتضح خطأ الرأي القائل بتملك شركة المشروع في عقد الـ B.O.T للمرفق محل التعاقد ملكية مؤقتة.

والقول بأن شركة المشروع تمتلك المرفق ملكية مؤقتة خلال مدة التعاقد هو قول يتعارض صراحة مع التزامات وحقوق شركة المشروع في تنفيذ عقود الـ B.O.T. فلا يجوز لشركة المشروع أن تخالف المواصفات الفنية والهندسية، ولا الشروط المتفق عليها في العقد. وكذلك لا يجوز لها أن تخالف ما هو متفق عليه مع الجهة الإدارية المتعاقدة مع شروط وضوابط تتعلق بتشغيل المرفق واستغلاله، وللجهة الإدارية طوال مرحلتي التشييد والاستغلال حق الرقابة والإشراف على المرفق، والتأكد من وفاء شركة المشروع بالتزاماتها.

فالثابت من ناحية، أنه ليس لشركة المشروع أن تتصرف في المرفق، أو مكوناته، كما لا يجوز لها رهن المرفق أو إثقاله بتأمينات عينية أخرى.

ومن الثابت أيضاً أنه لا يجوز لآلية جهة أن تقوم بالحجز على أصول ومكونات المشروع مقابل ديون أو حقوق لها قبل شركة المشروع. كما يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة إنهاء العقد قبل انتهاء مدته متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، مع حفظ حق شركة المشروع في التعويض إن كان له مقتضى.

ولا شك أن كل ذلك يؤكد خطأ القول بأن شركة المشروع تمتلك المرفق خلال مدة التعاقد.

(1) عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، دار العلم للملايين، 2001، ص 23.
(2) أحمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، بدون ناشر، 1980، ص 43، عبد المنعم البدر اوي، حق الملكية، مرجع سابق، ص 23 وما بعدها.

ويقترض حق الملكية أنه إذا اتلفت المالك العين المملوكة له، فليس عليه ضمان أو تعويض، بينما إذا اتلفت شركة المشروع المرفق أو أصوله التزمت بإعادة الحال إلى ما كان عليه، بل عليها تعويض المالك⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بالصورة الأخرى التي ذكرها الفقه، وتتملك فيها شركة المشروع بصفة نهائية المرفق، فلا تعد من صور عقود الـ B.O.T، بل تعد صورة من صور خصخصة المرافق العامة، وذلك بنقل ملكيتها إلى القطاع الخاص، وهو نظام يغير تمامًا عقود الـ B.O.T وخصائصها الرئيسية⁽²⁾.

المطلب الثاني

تميز عقد الـ B.O.T عن العقود الإدارية الأخرى

تعد عقود الـ B.O.T نظامًا مستحدثًا، الأمر الذي حمل جانبًا من الفقه إلى الخلط بينها وبين بعض العقود، كعقود الأشغال العامة وعقود التأجير التمويلي وعقود المشاركة مع القطاع الخاص لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة وعقود الـ B.O.T إن كانت تتشابه مع هذه العقود في بعض الخصائص والصفات، بيد أنه تبقى حقيقة مؤكدة، وهي عدم تطابق بين عقود الـ B.O.T وهذه العقود.

وسيتناول الباحث التمييز بين عقد البوت والعقد المشابه من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تميز عقد الـ B.O.T عن عقد الأشغال العامة.

الفرع الثاني: تمييز عقد الـ B.O.T عن عقد التأجير التمويلي.

الفرع الثالث: تمييز عقد الـ B.O.T عن عقود المشاركة مع القطاع الخاص لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة.

(1) ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 34.

(2) محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 36، وماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 38.

الفرع الأول

تمييز عقد الـ B.O.T عن عقود الأشغال العامة

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه عقد مقولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء، الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة في نظير المقابل المتفق عليه، ووفقاً للشروط الواردة في العقد⁽¹⁾

ويرى جانباً من الفقه أن عقود B.O.T هي عقود أشغال عامة، استناداً إلى محل هذا العقد هو القيام بأعمال إنشائية على نحو معين وفي مدة محددة، تحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية، فالباعث الرئيسي من القيام بالمشروع هو إنشاء أحد مرافق الدولة على اختلاف طبيعتها، أم إدارتها، أي فترة زمنية من قبل منذ المشروع، فذلك لا ينفي عن هذه الإدارة أن القصد من ورائها هو تحصيل ما تكبده من مصروفات في سبيل القيام بالأعمال، بجانب ما قد يحصل من أرباح طيلة مدة الإدارة للمشروع⁽²⁾.

ويمكن الاختلاف بين عقد الأشغال العامة وعقد الـ B.O.T فيما يلي:

أولاً: موضوع عقود الأشغال العامة هو القيام ببناء أو ترميم، أو صيانة مبانٍ أو منشآت عقارية لحساب إحدى الجهات الإدارية، وعلى ذلك فليس من الضرورة أن تكون تلك الأشغال بناء منشآت جديدة، بل تكفي أعمال الترميم أو الصيانة أو حتى أعمال النظافة -كنظافة الطرق العامة- والاهتمام بالحدائق الملحقة بالعقار ونظافتها وتنسيقها مثلاً⁽³⁾، وذلك عكس عقود الـ B.O.T التي يكون موضوعها إنشاء وتشبيد أو تطوير أحد المرافق العامة واستغلاله بعد ذلك مدة معينة.

ثانياً: أن المقاول في عقد الأشغال العامة يقوم بتنفيذ الأشغال موضوع العقد لحساب الجهة الإدارية طبقاً للمواصفات المتفق عليها، ولا يقوم بتقديم أية خدمة للجمهور أو استغلال المشروع، الأمر الذي يظهر معه أن عقود الأشغال العامة تفتقد عنصري المدة وتقديم خدمة

(1) انظر في تعريف عقد الأشغال العامة، سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 112. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 60، عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإدارية، دار النهضة العربية، 2009، 116. وعيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1997، ص 38.

(2) محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، دار البيروتية العربي، القاهرة، 2018، ص 48 وما بعدها.

(3) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 112.

عامة لجمهور المنتفعين، وذلك على خلاف عقود الـ B.O.T، حيث تقوم شركة المشروع عقب انتهائها من تشييد المرفق محل التعاقد باستغلاله لحسابها فترة طويلة نسبياً من خلال تقديم خدمات المرفق للجمهور مباشرة، أو بيعها للجهة الإدارية التي تحتكر تقديم هذه الخدمات لقاء الحصول على مقابل هذا الاستغلال⁽¹⁾.

ثالثاً: المقابل المادي في كلا العقدین مختلف، فالمقابل في عقد الأشغال العامة يقوم بالعمل المتفق عليه لحساب إحدى الجهات الإدارية، ومقابل ثمن محدد تقوم الجهة الإدارية بدفعه له لقاء ما يقوم به من أعمال، وذلك على خلاف عقود الـ B.O.T التي تقوم فيها شركة المشروع بتشيد المرفق على حسابها وتحت مسؤوليتها المالية، دون أن تتقاضى أية أموال من الجهة الإدارية مقابل هذا التشييد، فالمقابل المادي في كلا العقدین مختلف، وقد يكون هذا المقابل المادي في شكل مكافأة يحصل عليه من جمهور المنتفعين بالمرفق، وقد يكون المقابل المادي عبارة عن مبلغ يحصل عليه من الجهة الإدارية المتعاقدة، في مقابل بيعه الخدمة لها، وأن تتولى هي توصيل الخدمة لجمهور المنتفعين⁽²⁾.

رابعاً: الباعث الرئيسي من إبرام عقود الـ B.O.T هو إنشاء أحد المرافق العامة، أما إدارتها -أي فترة زمنية- فيكون القصد من ورائها هو تحصيل ما تكبده من مصروفات في سبيل القيام بالأعمال، ذلك أنه إذا كان إنشاء المرفق ليس هدفاً في حد ذاته تسعى إليه الجهة الإدارية، حيث تبغي تلك الجهة من وراء إنشاء المرفق أن يتم تشغيل هذا المرفق، وأن يضطلع بتقديم خدماته لجمهور المنتفعين، وأن يستمر في مهمته هذه نزولاً على مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، أي أن إنشاء المرفق إن كان هدفاً لجهة الإدارة، إلا أنه ليس مقصوداً لذاته، كما أنه ليس الغاية التي تسعى إليها جهة الإدارة، حيث نرى أن الغاية التي تسعى إليها جهة الإدارة هي تقديم الخدمات دون توقف، والوفاء بمتطلبات المرفق لجمهور المنتفعين، ومما لا شك فيه أن إدارة المشروع وتشغيله واستغلاله والحصول على مقابل هذا الاستغلال هو الباعث الرئيسي، بل والغاية التي تسعى إليها شركة المشروع، أما القيام بالأعمال الإنشائية، فيعد وسيلة للوصول إلى استغلال

(1) علي جمال الدين، بعض الأبعاد القانونية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 5، وعمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 126 وما بعدها. تهناني أبو القاسم تعظيم، الاستفادة من نظام الـ B.O.T، بحث منشور بالمجلة العلمية للبحوث والدراسات التجارية، العددان الثالث والرابع، السنة الخامسة عشر، 2001، ص 133.

(2) دويب عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت، مرجع سابق، ص 10.

المرفق الفترة المنصوص عليها في العقد، والحصول على التدفقات المالية التي يدرها هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد⁽¹⁾.

ويرى الباحث أن هناك اختلافاً واضحاً بين عقود الأشغال العامة وعقود الـ B.O.T، ولكن يوجد أيضاً تماثل بين العقدين، يبرز هذا التماثل في أن أحد الأطراف لا بد أن يكون سلطة عامة كقاعدة، وإن كان ليس هناك ما يمنع من أن يكون طرفاً عقد الـ B.O.T أحد أشخاص القانون الخاص، كما أن التشييد يقع في كلا العقدين على عاتق الملتزم وتحت مسؤوليته متحملاً مخاطره⁽²⁾.

الفرع الثاني

تمييز عقد الـ B.O.T عن عقد التأجير التمويلي

عرفت المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 2018 في شأن الإيجار التمويلي الإماراتي التأجير التمويلي بأنه: "علاقة يملك بموجبها المؤجر العين المؤجرة لغايات تأجيرها، ويؤجرها للمستأجر لفترة محددة بموجب عقد مستقل وفقاً لأحكام هذا القانون، مع منحه حق الخيار بتملك العين المؤجرة، وفقاً لأحكام هذا القانون"، وعرفت هذه المادة عقد التأجير التمويلي بأنه: "عقد التأجير التمويلي الذي يتم إبرامه وفقاً لأحكام هذا القانون"⁽³⁾.

وعلى ذلك يعد عقد التأجير التمويلي وسيلة من وسائل التمويل، حيث تقوم إحدى شركات التأجير -المنشأة والمسجلة لهذا الغرض- بتأجير آلية معينة، أو معدات، أو أي منها تكون لازمة لتنفيذ مشروع معين- ويكون ذلك لمدة معينة وفي مقابل إيجار معين لهذه الآلة أو المعدات طوال مدة الإيجار، وذلك وفقاً للعقد المبرم بينها، والذي غالباً ما يكون غير قابل للإلغاء، وعلى أن تغطي القيمة الإيجارية قيمة الأجور المستأجرة، وتحقيق هامش ربح معقول، على أن يتحمل المستأجر تكاليف حساب هذه المعدات أو الآلات بمقتضى عقد صيانة لضمان سلامة وكفاءة المعدات التي تم تأجيرها⁽⁴⁾، على أن يتاح في نهاية مدة التأجير للمستأجر فرصة الشراء للمعدات والآلات، ويراعى

(1) محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم الـ B.O.T، دار العلم للملايين، القاهرة، 2018، ص 73.

(2) دويب عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت"، مرجع سابق، ص 142.

(3) انظر المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 2018 في شأن الإيجار التمويلي الإماراتي.

(4) عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T مرجع سابق، ص 127.

في ضمن الشراء القيمة الإيجارية المدفوعة خلال المدة السابقة، فإذا بلغ مجموع الإيجار المدفوع كامل الثمن، يمكن نقل الملكية إلى المستأجر بدون مقابل⁽¹⁾.

ولا يقتصر الأمر على تأجير الآلات أو المعدات (المنقولات)، بل يمكن أيضًا أن يشمل تأجير العقارات، وذلك عندما يقوم شخص بإقامة المشروع بنفسه، أو عن طريق من يعهد إليهم بذلك، ثم يقوم بتأجير المشروع إلى شخص معين لمدة محدودة وبإيجار محدد، على أن يقوم ببيع المشروع إلى هذا المستأجر في نهاية مدة الإيجار خلاله، بل قد يقوم المؤجر بإعادة تأجير المشروع مرة أخرى إلى مستأجر آخر⁽²⁾.

ويذهب البعض إلى أن نظام التأجير التمويلي يحقق العديد من المزايا، أهمها: دفع عجلة التنمية الاقتصادية، والقضاء على البطالة، نظرًا لسرعة تنفيذ المشروعات المتعددة، ورفع الجودة الإنتاجية، وخفض التكلفة، ويعد أسلوبًا تمويليًا أكثر مرونة، كما أنه يشجع المنافسة بين مصادر التمويل المتعددة، مما يؤدي في النهاية إلى تخفيض التكلفة التي يتحملها المشروع، مما يزيد من القدرة التنافسية في الداخل والخارج⁽³⁾.

ومما تقدم يخلص الباحث إلى أن نظام التأجير التمويلي يختلف عن نظام الـ B.O.T من ناحيتين:

الأولى: أن المستأجر التمويلي لا يتعاقد مع إحدى جهات الإدارة لأداء خدمة معينة للجمهور، بل إنه يلجأ إلى أسلوب التأجير التمويلي كنوع من أنواع تمويل المشروعات لمصلحته الشخصية⁽⁴⁾.

والأخرى، أن شركة المشروع في عقود الـ B.O.T تقوم بتشديد المرفق على مسؤوليتها متحملة مخاطره المختلفة، ثم بعد اكتمال المرفق تقوم باستغلاله خلال فترة زمنية معينة متفق عليها في العقد بالاستفادة من عائدات المرفق في الحصول على الأموال التي دفعتها، وتحقيق هامش الربح المرضي، ثم في نهاية المدة المتفق عليها تقوم بتسليم المرفق إلى الطرف الأول (الدولة) دون مقابل في الغالب الأعم، وبذلك يختلف نظام الـ B.O.T عن نظام التأجير التمويلي، فغالبًا

(1) أحمد رشاد سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 60.

(2) دويب عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية "البوت" مرجع سابق، ص 142.

(3) تهاني أبو القاسم، تعظيم الاستفادة من نظام الـ B.O.T، مرجع سابق، ص 132.

(4) أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 61.

يكون الطرف الأول في نظام التأجير التمويلي هو الذي ينشئ المشروع، ثم يقوم بتأجيره إلى المستأجر⁽¹⁾.

ويرى الباحث أنه يجب التمييز بين عقد البوت وعقد التأجير التمويلي، ذلك أن الأخير يعد وسيلة من وسائل التمويل العيني، بمقتضاه تؤجر إحدى شركات التأجير إلى المستأجر عقارًا لازمًا له في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه، وذلك لمدة معينة، في مقابل أجره معينة يؤديها المستأجر للمؤجر التمويلي طوال مدة الإيجار.

إذن يمكن القول إنه في عقد التأجير التمويلي يقوم شخص بإقامة مشروع بنفسه أو عن طريق من يعهد إليهم بذلك، ثم يقوم بتأجيره إلى شخص آخر لمدة محددة وبايجار محدد، مع وعد بالبيع المستأجر عند نهاية مدة الإيجار بثمن متفق عليه، فالمشروع هنا يقيمه شخص ليس بقصد اقتنائه، وإنما بقصد تأجيره للمستأجر للاستفادة من ريعه إذا رغب في ذلك.

وعادة يخصم الإيجار المدفوع من (الثمن) المتفق عليه بالبيع، فإذا طالت مدة الإيجار، فإن أقساط الإيجار تكون غالبًا ثمن البيع، ونقل ملكية المشروع إلى المستأجر بدون مقابل، وعقد التأجير التمويلي بهذه الصورة أداة من أدوات تنفيذ الاستثمارات، ولكنه يختلف عن عقد المقاوله.

أما في نظام الـ B.O.T فالوضع مختلف، حيث يلاحظ أن الطرف الثاني في عقد الامتياز هو الذي يتولى كل مهام إقامة المشروع، وذلك عن طريق من يعهد إليهم بذلك، وبعد اكتمال المشروع يقوم هذا الطرف باستغلاله لفترة محددة يكون هو خلالها نفس المالك يستولى خلالها على كل عائدات المشروع لنفسه، لتغطية نفقات إقامة المشروع، وتحقيق قدر معقول من الأرباح، وفي النهاية ينقل المشروع حيازته إلى الطرف الأول دون مقابل في العادة، وعليه فإن العقد يكون نوعًا من عقود الاستثمار، ويكون دور الطرف الأول فيه محدودًا، بعكس الحال في الإيجار التمويلي الذي يتحمل فيه المؤجر مسؤولية بناء المشروع وتكاليفه.

(1) محمد فايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقًا لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية البناء (نظام الـ B.O.T) والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص 33.

الفرع الثالث

تمييز عقود الـ B.O.T عن عقود المشاركة مع القطاع الخاص لتنفيذ مشروعات

البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة

يعد الدليل الصادر عن مجلس الوزراء الاتحادي بموجب القرار رقم (1/1) لسنة 2017 بشأن أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص الأساس القانوني الذي يحكم هذه العقود. وجاء في هذا القرار بأن الغاية من هذا الدليل هو: "تعزيز فرص الاستثمار، ورفع كفاءة وفعالية الحوكمة وإدارة المخاطر، مما يساهم في تنويع آليات تطوير مشاريع البنية التحتية الاستراتيجية والارتقاء بمستوى الخدمات"⁽¹⁾. كما أصدرت حكومة دبي القانون المحلي رقم 22 لسنة 2015، الذي ينظم عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص في الإمارة. ويهدف القانون إلى تشجيع القطاع الخاص على المشاركة في تطوير المشاريع، وزيادة الاستثمارات في مختلف المجالات. ووفقاً لأحكام هذا القانون المحلي، يجوز أن يقترح مشروع الشراكة أي من الجهات الحكومية، أو إحدى جهات القطاع الخاص.

وعليه فعقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص هي عقود تبرم بين الدولة، أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، وطرف خاص يتخذ شكل شركة، يطلق عليها شركة المشروع، لمدة محددة، تعهد بمقتضاها جهة الإدارة إلى شركة المشروع مهمة تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد.

ويجوز أن يتضمن العقد بالإضافة إلى ما تقدم، قيام شركة المشروع بتشغيل المشروع، وتقديم الخدمة أو المنتج للجهة الإدارية لتتولى تقديمه لجمهور المستهلكين أو المنتفعين، أو قيام شركة المشروع باستغلال المشروع، وبيع المنتج أو تقديم الخدمة إلى من تحدده الجهة الإدارية.

(1) انظر المادة الأولى من الدليل الصادر عن مجلس الوزراء الاتحادي بموجب القرار رقم (1) لسنة 2017 بشأن أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص.

وتقوم عقود المشاركة على فكرة أساسية مؤداها أن يعهد أحد أشخاص القانون العام إلى أحد أشخاص القانون الخاص خلال مدة محددة بالقيام بمهمة إجمالية تتصل بتمويل الاستثمار الخاص بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرفق، ترتب عقود المشاركة حقوقاً لطرفيها، فضلاً عما يرتبه للمنتفعين بخدمات المرفق العام من حقوق.

ويوجد تماثل بين العقدين، ويبرز هذا التماثل في أن:

1. الغاية من إبرام العقدين هي إنشاء مرافق عامة لإشباع حاجات تقديم خدمات ذات نفع

عام:

الغاية من إبرام العقدين هي إنشاء مرافق عامة اقتصادية تنسم بالأهمية، ويناط بها إشباع حاجات عامة، وأداء خدمات ذات نفع عام لمواطني الدولة، مثل مرافق مياه الشرب، والكهرباء، والغاز الطبيعي، والسكك الحديدية، والطرق والأنفاق، والمطارات والموانئ والاتصالات.

2. حقوق وسلطات جهة الإدارة طوال مدة التنفيذ:

تتمتع الجهة الإدارية بمجموعة من الحقوق والسلطات طوال مدة التنفيذ، كحق الرقابة والإشراف على شركة المشروع للتأكد من حسن تنفيذ العقد، وحق التعديل عن طريق التغيير في الالتزامات المنصوص عليها في العقد بالزيادة، وحق توقيع الجزاءات الإدارية المختلفة إذا أخلت شركة المشروع بالالتزامات المفروضة عليها، والتي قد تؤثر بالسلب على سير المرفق العام، وأخيراً حق استرداد المرفق.

ويرجع السبب في ثبوت هذه الحقوق والسلطات للجهة الإدارية إلى أن الأمر يتعلق بأحد مرافق الدولة الاقتصادية المهمة، والتي تتصل خدماتها بالجمهور اتصالاً وثيقاً، وأن شركة المشروع تنوب عن الدولة أو الجهة الإدارية في تقديم خدمات هذه المرافق طول مدة العقد، وبالتالي يكون من حق الجهات الإدارية، بل من واجبها، ممارسة هذه الحقوق والسلطات طوال مدة التنفيذ.

المبحث الثاني

أطراف عقد الـ B.O.T

تمهيد وتقسيم:

بالرغم من التباين بين مشروعات الـ B.O.T، فإن هناك اقتراباً في المفهوم والمضمون، سواء من حيث الشكل أو المضمون أو المحتوى، أو من حيث الأطراف الداخلة في العلاقة الارتباطية في المشروع المزمع إنشاؤه وإقامته.

وتتضمن هذه المشروعات ثلاثة أطراف رئيسية، سنتناولها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: شركة المشروع.

المطلب الثاني: جهة الإدارة.

المطلب الثالث: المنفذون للمشروع.

المطلب الأول

شركة المشروع

وهذا الطرف يمثل رأس المال الخاص المستثمر في المشروع، والذي تم جذبه للتمويل، سواء من الخارج كمية ونوعية، وفي صورة سندات مطروحة للاكتتاب العام، أو من خلال صكوك يقوم بإصدارها صندوق يتم إنشاؤه لتمويل المشروع، ومن ثم فإن رأس المال في مشروعات B.O.T لا يتعين أن يكون نقدياً حاضراً، بل يمكن أن يأخذ أشكالاً غير نقدية، سواء كانت حاضرة أم آجلة، وهو ما يعبر عنه كثير من مقاولي هذه المشروعات بصورة نقدية عند استخدام فائض الطاقة التشغيلية العاطلة لديهم في تنفيذ هذه المشروعات⁽¹⁾. والشركة التي تقوم بتنفيذ مشروعات B.O.T تتكون عادة من عدة شركات متخصصة في مجالات التصميم والتوريد والتشييد، وقد تتم المشاركة في هذا الاتحاد من القطاع الخاص فحسب، أو من القطاعين العام والخاص معاً⁽²⁾، حيث إن تنفيذ المشروعات بنظام B.O.T يتطلب عادة رؤوس أموال كبيرة، بالإضافة إلى الخبرة والمعرفة الفنية المتقدمة والمهارات التنظيمية والإدارية، الأمر الذي لا تقدر عليه شركة بمفردها، كذلك يكون تدخل اتحاد من الشركات المتخصصة ليس فقط للقيام معاً بأعباء المشروع، ولكن أيضاً لتوزيع المخاطر.

وشركة الالتزام أو شركة المشروع هي الشركة التي تتولى تصميم وبناء وتشغيل وإدارة المشروع⁽³⁾ وإقامته بالشكل الذي تم الاتفاق عليه، كما تتولى قبل ذلك التفاوض مع الدولة للوصول إلى عقد الالتزام أو اتفاقيات المشروع، ومن ثم فإن لهذه الشركة عدة مهام هي:

1. التفاوض مع الحكومة للحصول على الالتزام وحق الانتفاع، ووضع الشروط والضوابط الخاصة به، وإصدار التراخيص، والموافقات والتصاريح والإجازات اللازمة، وتحديد الحقوق والواجبات بشكل واضح وسليم، وبصفة خاصة ما يتصل بمدة الالتزام والرسوم المحصلة.

2. التفاوض مع المقاولين الذين سيتولون إقامة وإنشاء المشروع، وإبرام عقود التشييد الخاص به، وتحديد كافة الجوانب الفنية والمالية الخاصة بالمشروع، ووضع البرنامج التنفيذي

(1) أحمد الهياجنة، خصخصة القطاع العام- الآثار والتبعات، دار الثقافة للنشر، عمان، 2019، ص 71، وهاني صلاح سري الدين، النظام القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، 2001، ص 13.

(2) تاريخ الزيارة 2021/5/16 www.argus-dubibliophile.com

(3) تاريخ الزيارة 2021/5/16 www.cabinet-revel.com .

وترقياته ومتابعة التنفيذ واستلام المشروع، وتأمين خدمات ما بعد الاستلام المتعلقة بإجراء الصيانة وضمان حسن استمرارية المشروع وكفالة تقديمه للخدمات والمنافع المتعلقة به.

3. التفاوض مع الموردين لتوريد الآلات والمعدات، ومستلزمات التشغيل والاحتياجات المختلفة اللازمة للمشروع، وإبرام العقود الخاصة به، وإسناد العملية لمقاول عام رئيسي ليتولى القيام بها نيابة عن الشركة المؤسسة للمشروع، وذلك في حالة قيام المقاول العام للمشروع بتولي هذه المسؤولية على أساس تسليم المشروع بالكامل تسليم مفتاح Turn Key Basis⁽¹⁾.

4. التفاوض مع خبراء أو شركات متخصصة في تشغيل وإدارة المشروع والإشراف على كافة جوانبه، وصيانته، والمحافظة عليه، وإبرام العقود الخاصة بهم، وتحديد أتعابهم، وتحديد المهام والواجبات الخاصة بهم.

وقد تنص عقود الـ B.O.T على استمرار التزامات معينة من جانب شركة المشروع - لفترة انتقالية - عقب تسليم المرفق إلى الجهة الإدارية فيما يتعلق بتشغيل وصيانة المرفق⁽²⁾.

وهذا الالتزام بالغ الأهمية، وذلك لأن شركة المشروع بعد وفائها بالتزامها بنقل التكنولوجيا لكوادر الجهة الإدارية ليتسنى لهم تشغيل وصيانة المرفق، إلا أنه قد تجد أموراً يصعب على عمال الجهة الإدارية البت فيها، وتكون المرجعية بشأنها إلى شركة المشروع، لأنها هي صاحبة الإنشاء، وله فيها خبرة ودراية تمكنه من إمضاء الأمر على نحو سليم، ومن هنا يمكن القول إن درجة المساعدة المطلوبة من شركة المشروع تتوقف على مقدار ما يحوزه مستخدمو وعمال الجهة الإدارية من مهارة وتكنولوجيا، والتناسب هنا عكسي، بمعنى أنه إذا كانت الجهة الإدارية تعوزها العمالة الماهرة والمدربة بشكل كان التشغيل التقني للمرفق، فإنها ستطلب مساعدة شركة المشروع على الأقل أثناء الفترة الأولية التالية لعملية النقل، وهذه الفترة يتفق عليها وفقاً لما تقتضي به الأحوال، وفي بعض الأحوال قد تطلب الجهة الإدارية من شركة المشروع تعيين أفراد من قبلها في مواقع فنية معينة لإدارة وتشغيل المرفق بعد نقله، أو قد تقصر طلبها على إتاحة خبراء فنيين للقيام بدور استشاري مع عمال ومهندسي الجهة الإدارية فيما يخص الأعمال التقنية بالغة التخصص⁽³⁾.

(1) انظر: عروب القيسي، النظام القانوني والاقتصادي لخصخصة مشروعات القطاع العام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 2016، ص 31.

(2) UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 168.

(3) UNCITRAL Legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 170.

ويشمل التزام شركة المشروع تقديم برنامج للتشغيل والصيانة يضمن الحفاظ على تشغيل المرفق بكفاءة، وتوريد قطع الغيار لمدة معينة عقب تسليم المرفق.

ولمساعدة الجهة الإدارية في إدارة وتشغيل وصيانة المرفق، فإن العقد قد يلزم شركة المشروع، بأن تقدم برنامجًا للتشغيل والصيانة، يضمن الحفاظ على تشغيل المرفق بمستوى عالٍ من الكفاءة، وذلك طيلة عمر المرفق الافتراضي. وبرنامج التشغيل والصيانة ينطوي على عناصر، منها مخطط توضيحي يبين الموظفين الأساسيين للتشغيل التقني للمرفق، والوظائف التي تنطوي بكل منهم، والتفتيش الدوري للمرفق، والتشحيم والتنظيف والتهوية، واستبدال قطع الغيار المعيبة والمستهلكة، كما أن الصيانة قد تنطوي على عمليات ذات طابع تنظيمي من قبيل إعداد جدول وسجلات الصيانة. كما أن العقد قد يلزم شركة المشروع بتوفير كتيبات التشغيل والصيانة تتضمن إجراءات التشغيل والصيانة المثلى للمرفق، وإذا ما تم الاتفاق على تقديم هذه الكتيبات، فيتعين أن تكون معدة بصيغة ولغة يمكن فهمها بسهولة من قبل عمال ومستخدمي الجهة الإدارية⁽¹⁾.

ومن الأساليب الناجحة لضمان جودة تدريب عمال الجهة الإدارية، بحيث يتسنى لهم تشغيل وصيانة المرفق عقب إتمام عملية نقل المرفق، هي أن ينص العقد على ضرورة أن يصحب عمال الجهة الإدارية عمال شركة المشروع عند تنفيذ إجراءات التشغيل والصيانة، على أن يكون ذلك خلال مدة سابقة على نقل المرفق، أو لاحقه له وفقًا لما ينتهي إليه الطرفان، وهذا الإجراء يستلزم الاتفاق بين الجهة الإدارية الشركة للمشروع على الأشخاص الذين سيتلقون هذا التدريب، وتحديد مواقعهم ومؤهلاتهم وخبراتهم لتجنب أي احتكاك أو قصور، ويجب النص بوضوح على أن أي شخص يناط به أداء وظيفة معينة ويتبع أحد طرفي الاتفاق، سيكون ملحقًا بنظيره التابع للطرف الآخر خلال المدة المتفق عليها. إن استخدام الإدارة لحقها في تعديل بنود عقد المشاركة كما هو مقرر لها قد يترتب عليه إلحاق أضرار بشركة المشروع، فإنه يبقى على الإدارة أن تجبر هذه الأضرار بما يؤدي إلى ضمان التوازن المالي لعقد المشاركة بين حقوق شركة المشروع وواجباتها، وفي ذلك ضمان للمصلحة العامة، حتى تستطيع شركة المشروع أن تفي بالتزاماتها في تقديم الخدمة إلى المنتفعين.

(1) UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 170.

المطلب الثاني

جهة الإدارة

يمثل هذا الطرف الحكومة المضيفة التي سيؤول إليها المشروع فيما بعد، بعد انتهاء حق الامتياز، أو بمعنى آخر الدولة أو الجهة المانحة للامتياز، والتي سيتم التعاقد معها والتفاوض بشأن شروط وحقوق والتزامات مواصفات المشروع والقائمين عليه، وما يرتبط بالدولة من نظام سياسي واستقرار⁽¹⁾. وتلتزم الإدارة بأن تراقب حسن سير المرفق وقدرة شركة المشروع على إدارته، والتزاماتها بالقواعد الحاكمة في نشاط المرافق العامة، وأهمها المساواة بين المنتفعين بخدمات المرفق، وعدم المغالاة في الخدمات التي تؤديها، وألا تتركه دون رقابة، فهذه الرقابة هي التي تضمن استفادة الجمهور بخدمات المرفق. وتتمتع الإدارة بسلطات استثنائية في تنفيذ عقود الـ B.O.T لا يحررها من وجوب احترام التزامات التعاقدية، ولا ينفي عن عقد الـ B.O.T صفته العقدية بوصفه اتفاقاً بين طرفين، لأن سلطات الإدارة ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة باستهداف الصالح العام. وبعبارة أخرى فإن فكرة المصلحة العامة المسيطرة في إبرام العقد الإداري وتنفيذه هي التي خولت الإدارة السلطات والامتيازات الواسعة والهامة في العقد الإداري على نحو يمكن للإدارة من اللجوء إليها في أي وقت متى تعرضت المصلحة العامة أو حسن سير المرفق بانتظام واضطراد لأي تقصير أو إهمال من جانب المتعاقد مع الإدارة، بل إن هذه السلطات ما يوجب على الإدارة أن تستخدمها، ولو لم يقع من المتعاقد أي تقصير أو إهمال، لأن تحقيق المصلحة العامة في أفضل صورها لا تحتتمل الانتظار حتى وقوع التقصير والإهمال، وإنما تقتضي العمل على تحاشي وقوعه.

لذلك منحت الإدارة سلطة الإشراف والرقابة والتوجيه، وكل تقصير في تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة تحاسب عليه الإدارة قبل أن يحاسب المتعاقد معها، إذ لا يوجد في القانون الإداري أنصاف حلول، لذلك كان على كل من يفكر في التعاقد مع الإدارة أن يفكر ويقدر ويتبين كيف يقدر. فالسلطات والامتيازات التي منحت للإدارة هي سلطات غائية تهدف إلى تخويل الإدارة الوسائل والمكنات التي تعمل على تحقيق الصالح العام في أحسن صورة ممكنة، ومنها سلطة الإدارة في تعديل عقد البوت، وإذا قابلت الإدارة في هذا الصدد تعنتاً من المتعاقد معها، فقد أعطاه القانون من السلطة ما يردعه ويعيده إلى الصواب، ولهذا منحها القانون سلطة توقيع

(1) محمد البطاينة، عقود الإدارة في التشريعات الأردنية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة عمان العربية، عمان، 2018، ص 72.

الجزاءات على المتعاقد معها دون اللجوء إلى القضاء. من أجل تعزيز دور الدولة الرقابي في مرحلتي تنفيذ المشروعات وتشغيلها، فإنه من واجب الجهة الإدارية المتعاقدة وغيرها من الجهات المعنية بتنظيم ورقابة المرافق والخدمات محل التعاقد في حكم الرقابة والإشراف من خلال تعيين مندوبين في مرحلة تنفيذ المشروع، ومن خلال تشكيل لجنة الرقابة في حالة قيام القطاع الخاص بتشغيل المشروع، حيث تلتزم اللجنة بالتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للمستوى المطلوب، وبتقديم تقرير دوري.

ولغاية كفالة المرونة اللازمة للمتغيرات التي يمكن حدوثها أثناء مدة التعاقد، نظمت حق الجهة الإدارية في تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وما يرتبط بتنفيذ الأعمال أو الخدمات محل العقد، كما نظمت حقها في تعديل قواعد التشغيل والاستغلال، بما فيها أسعار بيع المنتجات أو مقابل الخدمات، ونظمت في المقابل آليات إعادة ضبط التوازن المالي للمشروع في حالات الظروف الطارئة، وتغيير القوانين واللوائح، وأخيرًا نظمت ما يترتب على ذلك من حق الطرف الآخر في التعويض.

المطلب الثالث

المنفذون للمشروع

يتمثل الطرف الثالث في المنفذين للمشروع، وهم الذين سيقومون بدورهم بإنشاء المشروع وتشغيله والاستفادة منه، وهم الذين سيقومون بالتعاقد مع الحكومة من أجل إقامة وإنشاء وتشبيد المشروع، ثم عمليات تشغيله وتطويره وتحسين اقتصاداته وفقاً لما تم الاتفاق عليه، والتعهد بالوصول إليه مع جهات أخرى. وغالباً ما كان سابقاً يتم إنشاء شركة محاصة تأخذ شكل الشركة المساهمة محدودة الغرض، يشارك بها هؤلاء الأطراف، وتتولى هي مهمة التفاوض مع الحكومة ومع البنوك ومع شركات المقاولات والتشييد؛ أي تتفاوض مع ذاتها، وتصل إلى أفضل الشروط، وتضعها في شكل اتفاق أو عقد أو معاهدة يوقع عليها كل من الشركة والحكومة من جهة، ويضاف إليها ملحق عقد المقاول ما بين الشركة وشركة المقاولات وعقد التمويل ما بين الشركة والبنك أو البنوك الممولة من جهات أخرى.

وقد تكون حقوق المنتفعين الناشئة عن عقود البوت في مواجهة الإدارة أو في مواجهة شركة المشروع. والمنفذون للمشروع سيقومون بدورهم بإنشاء المشروع وتشغيله والاستفادة منه، وهم الذين سيقومون بالتعاقد مع الحكومة من أجل إقامة وإنشاء وتشبيد المشروع، ثم عمليات تشغيله وتطويره وتحسين اقتصاداته وفقاً لما تم الاتفاق عليه، والتعهد بالوصول إليه مع جهات أخرى.

الفصل الثاني

حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T

تمهيد وتقسيم:

في مقابل السلطات والحقوق التي تتمتع بها الإدارة في عقد البوت، تتمتع شركة المشروع بمجموعة من الحقوق، وتقرض عليها مجموعة من الالتزامات.

وهنا سيتناول الباحث في هذا الفصل موضوع حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T⁽¹⁾، من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: حقوق الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O. T

المبحث الثاني: التزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O. T

(1) أكدت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة في الطعن رقم 399 لسنة 19 قضائية، على أن حق الإدارة في استعمال سلطتها بموجب العقد الإداري قائم بقوة القانون، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان منصباً على سبب قانوني متعلق بالنظام العام. وقضت محكمة نقض أبوظبي في حكمها الصادر بتاريخ 2013/6/19 على هذا الحق، حيث قررت: "تمتع جهة الإدارة كطرف في التعاقد بحقوق وامتيازات بقصد تحقيق النفع العام ومصلحة المرفق العام المعني، ومن ذلك سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد والإشراف عليه وفي تطبيق الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، بل وسلطتها في إنهاء العقد الإداري في أي وقت إذا اقتضت مصلحة المرفق ذلك".
انظر: حكم المحكمة الاتحادية العليا (الأحكام المدنية) في الطعن رقم 399 لسنة 19 قضائية (مدني)، تاريخ الجلسة 2000/4/9.

المبحث الأول

حقوق الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T

تقسيم:

يرتب العقد الإداري شأنه شأن أي علاقة عقدية آثارًا قانونية بالنسبة لأطرافه، من حيث الواجبات والحقوق الملقاة على عاتق أطرافه، كنتيجة لهذه العلاقة العقدية

وسنتناول هذه الحقوق من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد.

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة.

المطلب الأول

حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد

تتمتع الجهة الإدارية في عقود الـ B.O.T بمجموعة من الحقوق والسلطات، كحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، والذي تمارسه جهة الإدارة على شركة المشروع للتأكد من حسن تنفيذ العقد، وحق التعديل عن طريق التغيير في الالتزامات المنصوص عليها في العقد بالزيادة، وحق توقيع الجزاءات الإدارية المختلفة إذا أخلت شركة المشروع بالالتزامات المفروضة عليها، والتي قد تؤثر بالسلب على سير المرفق العام، وأخيرًا حق استرداد المرفق.

وسيتناول الباحث حقين فقط من حقوق الجهة الإدارية في عقود البوت من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حق الجهة الإدارية في الرقابة على تنفيذ المشروع.

الفرع الثاني: حق الجهة مانحة الالتزام في عقود الـ B.O.T في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

الفرع الأول

حق الجهة الإدارية في الرقابة على تنفيذ المشروع

إن لجوء الإدارة إلى إبرام عقود الـ B.O.T لتسيير المرافق العامة لا يعني تخلي جهة الإدارة عن مهمتها الأساسية في الإشراف على سير هذه المرافق، ولغاية التأكد من وصول الخدمة للمنتفعين منها، فإن جهة الإدارة لا تستطيع أن تعتمد كلية على شركة المشروع المتعاقدة معها في الوفاء بمتطلبات النفع العام، فشركة المشروع تسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح، في حين أن الإدارة لا يحركها سوى هدف النفع العام وصالح المرفق⁽¹⁾.

فالإدارة تجد نفسها مضطرة دائمًا لإخضاع المتعاقد معها لرقابتها وتوجيهاتها، حرصًا منها على تحقيق النفع العام، كما أنها تمارس سلطتها في الرقابة والإشراف دفعًا للمسؤولية التي قد تواجهها في حالة حدوث أضرار للغير نتيجة هذا الإشراف⁽²⁾.

(1) محمد سعيد، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 316.
(2) المرجع السابق، ص 316.

وعلى هذا فإن كان حق الرقابة يعد من أهم الحقوق التي تتمتع بها جهة الإدارة في العقود الإدارية بصفة عامة، غير أنه يكتسب أهمية خاصة في عقود الـ B.O.T⁽¹⁾. فالعقد يتعلق عادة بأحد مرافق الدولة الاقتصادية المهمة، مما يستوجب فرض رقابة صارمة على منح الالتزامات للحيلولة دون استنزاف وإهدار موارد الدولة الرئيسية وثرواتها الطبيعية.

وتزداد الخطورة إذا منحت الإدارة امتيازاً لإحدى الشركات الأجنبية العملاقة التي تمارس غالباً احتكاراً قانونياً أو فعلياً، يمكن أن تؤدي في غيبة الرقابة الفعالة إلى تهديد مصالح الدولة وتعريضها للخطر.

ويطلق الفقه عادة اصطلاح الرقابة للدلالة على معنيين متميزين:

المعنى الأول: معنى ضيق يتناول فكرة الإشراف على تنفيذ العقد.

والرقابة تهدف إلى التأكد من سلامة تنفيذ العقد طبقاً لشروطه، ويكون تدخلها ممهداً لتسلم العمل بعد إتمامه، وهو حق مقرر للإدارة حتى ولو لم ينص عليه في العقد.

والمعنى الثاني الواسع: سلطة التوجيه.

أي حق الإدارة في توجيه ومراقبة أوضاع تنفيذ العقد وتغييره لعرض تلك الأوضاع في غير الحالات المنصوص عليها في العقد.

وفي هذه الصورة، لا تقتصر الإدارة بالإشراف على تنفيذ العقد كما هو الحال في الصورة الأولى، بل تملك التدخل وإعطاء أوامر ملزمة لتنفيذ التزاماتها على نحو معين يختلف عن الطريقة التي يتبعها في التنفيذ.

ففي عقود الـ B.O.T، فإن شركة المشروع هي التي تدير المرفق، والإدارة لا يجوز لها أن تتدخل في الإدارة الداخلية للمرفق، فإذا تخلت الإدارة في الإدارة الداخلية للمرفق، يترتب على ذلك تعديل موضوع العقد، حيث إن الإدارة أصبحت هي التي تدير المرفق عن طريق الاستغلال المباشر، وليس عن طريق العقد. وضرورة تسيير المرفق العام بانتظام واطراد تسمح للإدارة لمباشرة سلطات الرقابة في الأحوال التي تكون فيها مباشرة هذه السلطات ضرورية

(1) نقلاً عن جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 201.

لصالح المرفق العام⁽¹⁾، فالعقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية في أن الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة حتى في حالة سكوت العقد⁽²⁾.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض في إمارة أبوظبي بأن العقد الإداري هو تعبير عن إرادة لها سلطة إلزام ممن يقبل أن يكون خاضعاً لقانونها، وأن هذا القانون -وهو دستور العقود الإدارية-، يعطي جهة الإدارة الرقابة على تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته.. والإدارة تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد، لأنها تتعلق بالنظام العام⁽³⁾.

ويرى الباحث أن حق الجهة الإدارية في الرقابة على تنفيذ عقود الـ B.O.T هي من الحقوق المستمدة من الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، ومن ثم فإنها لا تحتاج إلى نص يقررها، كما أن حق الجهة الإدارية في الرقابة على تشييد المرفق وإدارته هو حق أصيل لها، يستمد من طبيعة المرفق العام، فلا يجوز حرمانها من هذا الحق، بل لها أن تستعمل هذا الحق حتى ولو لم ينص عليه.

وعلى الإدارة التأكد من أن تشييد المرفق وتسييره يتم وفقاً للشروط الفنية المتفق عليها في العقد، أو في دفتر الشروط الملحق به، ويكون لموظفي الإدارة الحق في الدخول إلى موقع الأعمال، والاطلاع على الوثائق الفنية، كالخرائط والرسوم ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية⁽⁴⁾.

وغالباً ما يتم ذلك عن طريق إرسال مندوبين من المهندسين والفنيين لدخول موقع العمل، للتأكد من سير التنفيذ وفقاً للمواعيد المقررة، وبالمواصفات الفنية المتفق عليها، ولفحص المواد المستعملة، والتأكد من جودتها ومطابقتها للمواصفات.

وقد تسعى شركة المشروع إلى تقليل تكاليف تشييد المرفق بغية الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، دون الاهتمام بالمصلحة العامة، وقد يدفعها حرصها على تحقيق أكبر قدر من الربح إلى استخدام مواد خام رديئة، واستخدام معدات قديمة، واستخدام أساليب في البناء والتشييد قديمة، ولكنها توفر لشركة المشروع مبالغ مالية كبيرة، ولهذا فغالباً ما تقوم الدولة بتضمين عقود

(1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 296.

(2) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 413.

(3) انظر محكمة النقض- أبو ظبي في الطعن رقم 237 قضائية الصادر بتاريخ 2010/6/18، منشور في موقع محامو الإمارات. تاريخ الزيارة 2021/5/29.

(4) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 318.

الـ B.O.T نصوصاً تعطي لها الحق في الرقابة على عملية تشييد المرفق، للتأكد من أن شركة المشروع تقوم بتنفيذ العقد حسبما هو منصوص عليه⁽¹⁾.

ويترتب على ذلك أن يصبح المرفق غير صالح للتشغيل عند تسليمه إلى الجهة الإدارية في نهاية العقد؛ لعدم التزام شركة المشروع بالمواصفات الفنية في عملية التشييد.

وعقود الـ B.O.T تخول الجهة الإدارية سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، والتأكد من أن هذا التنفيذ يتم وفقاً لما تضمنه العقد من شروط، مثال ذلك ما ورد بعقد إنشاء مطار عجمان بنظام الـ B.O.T والذي نص في البند رقم 1/26 على أنه لا يخل هذا الترخيص بحق حكومة عجمان (الطرف الأول) في الإشراف والمتابعة الفنية أثناء فترة الإنشاء، والمتابعة الفنية والمالية أثناء فترة التشغيل للمطار (وطبقاً للملاحق الفنية والمالية المرفقة) وعلى وجه يكفل حسن سير العمل بالرصيف بانتظام واطراد خلال فترة الإنشاء والتشغيل وحتى تسليمه للطرف الأول.

وحق الرقابة يشمل أيضاً قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق، والمشاركة في إصدار القرارات الداخلية، وتمارس الإدارة هذه الرقابة بوسيلتين: فهي إما أن تعين مندوباً يحضر اجتماعات مجلس الإدارة، ويكون له حق التصويت، أو حق الاعتراض، وإما أن تقوم بتعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة⁽²⁾.

وخولت أغلب عقود الـ B.O.T للجهة الإدارية المتعاقدة سلطة الرقابة الإدارية في مواجهة شركة المشروع طوال مدة التعاقد، والمقصود بالرقابة الإدارية هو اشتراك الجهة الإدارية في إدارة المنشأة محل التعاقد⁽³⁾.

وتمارس الجهة الإدارية الرقابة المالية، وهو حق الجهة الإدارية في التفتيش على حسابات شركة المشروع الخاصة بتشغيل المرفق العام، فشركة المشروع في نطاق عقود الـ B.O.T في اختلاف أنواعها يلزم بإمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقاً للقواعد المحاسبية المتعارف عليها والمعمول بها. والرقابة المالية قد تكون رقابة مسبقة تقوم بها الإدارة بمراجعة الميزانية التي منها شركة المشروع والعقود التي تبرمها مع الغير، وقد تكون لاحقة تعطي الإدارة الاطلاع على

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 98.

(2) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 318.

(3) نقلاً عن المرجع السابق، ص 239.

الحسابات والمستندات، وهي تهدف إلى تنبيه شركة المشروع إلى الأعمال التي قد تضر بالمصلحة المالية للدولة⁽¹⁾.

وسلطة الإدارة في الرقابة على عقود الـ B.O.T باعتبارها طرفاً في العقد ليست سلطة مطلقة من كل قيد، إذ يتعين على الإدارة أن تمارس هذه السلطة في ظل ضوابط معينة حتى لا تهدر حقوق و ضمانات شركة المشروع. فيجب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود القواعد العامة للمشروعية، فالقرارات الصادرة بممارسة سلطة الرقابة هي قرارات إدارية، تخضع لما تخضع له القرارات الإدارية عموماً من وجوب صدورها في حدود مبدأ المشروعية دون الخروج عليه⁽²⁾.

وأكدت المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها بدولة الإمارات العربية المتحدة بأن حق الإدارة في استعمال سلطتها بموجب العقد الإداري قائم بقوة القانون، ويجوز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا كان منصباً على سبب قانوني متعلق بالنظام العام⁽³⁾.

وفي ذات السياق أكدت محكمة نقض أبوظبي في حكم لها على هذا الحق، حيث قررت: "تتمتع جهة الإدارة كطرف في التعاقد بحقوق وامتيازات بقصد تحقيق النفع العام ومصلحة المرفق العام المعني، ومن ذلك سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد والإشراف عليه، وفي تطبيق الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، بل وسلطتها في إنهاء العقد الإداري في أي وقت إذا اقتضت مصلحة المرفق ذلك"⁽⁴⁾.

والمشرع الإماراتي الاتحادي تناول سلطة الإدارة بالرقابة والإشراف والتوجيه في تشريعاته المنظمة لعقود الإدارة والمشتريات، حيث نظمت هذه السلطة في قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية والمعدل بالقرار الوزاري رقم 43 لسنة 2016، وقرار وزير المالية والصناعة رقم 20 لسنة 2000.

ونص قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 في المادة رقم (80) بإلغاء أي نص يخالف أو يتعارض مع أحكامه، فإن بعض النصوص الواردة في القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000

(1) المرجع السابق، ص 320.

(2) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 320.

(3) حكم المحكمة الاتحادية العليا (الأحكام المدنية) في الطعن رقم 399- لسنة 19 قضائية (مدني)- تاريخ الجلسة 2000/4/9.

(4) حكم محكمة نقض أبوظبي في الطعن رقم 142، 147، لسنة 2013 س 7 ق. أ (تجاري)، الحكم الصادر بجلسة 2013/6/19، منشورات موقع محامو الإمارات العربية المتحدة.

تم إلغاؤها ضمناً لتنظيمها في قرار مجلس الوزراء المذكور، كما أن هناك نصوصاً أخرى بشأن نظام عقد الإدارة لم يتم تنظيمها في لائحة المشتريات، وبالتالي تبقى واجبة النفاذ⁽¹⁾.

وأكدت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة رأيها في حال خلو العقد الإداري من موعد تسليم الموقع للمقاول، حيث قررت "بأن خلو العقد من تحديد ميعاد لتنفيذ الوزارة التزاماتها بتسليم موقع المشروع خالياً من الموانع ليس مؤداه أن يترك ذلك للمشينة المطلقة من جانب الإدارة، وإنما يجب تحديده وفقاً لما تمليه طبيعة التعامل، وما أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاملين طبقاً للعرف الجاري في مثل هذه الأحوال"⁽²⁾.

ويستعرض الباحث الأساس التشريعي لحق الرقابة والتوجيه ضمن بنود أحكام التشريعات الإماراتية على النحو التالي :

أولاً: حق الرقابة والإشراف في قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 وتعديلاته بشأن

لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية

1. المادة (64) من القرار ذاته: نصت على أسس استلام المواد، وأنه في حال وجود أي أضرار أو فروقات في المواد خلال عملية الفحص، تقوم الجهة المكلفة بالاستلام والوحدة التنظيمية طالبة الشراء بإبلاغ الوحدة التنظيمية للمشتريات عن هذه الأضرار والفروقات، ويجب على الوحدة التنظيمية للمشتريات المباشرة إجراء المتابعة مع المورد، ومطالبته بالتعويض عن الأضرار والفروقات، مع الأخذ بعين الاعتبار المدد الزمنية المحددة للمطالبة⁽³⁾.

2. المادة (65) من القرار ذاته: أكدت على حق الإدارة في رفض المواد المستلمة، على أن تقوم الوحدة التنظيمية للمشتريات بإخطار المورد كتابياً برفض المواد وأسبابه، بإخطار كتابي، وتطلب سحبها وتوريد البديل عنها خلال المدة التي يتم تحديدها في الإخطار، والإفصاح عما قد يترتب على رفض المورد أو امتناعه عن ذلك⁽⁴⁾.

(1) انظر المادة 80 من قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014.
(2) حكم المحكمة الاتحادية العليا (الأحكام المدنية) في الطعن رقم 63 لسنة 11 قضائية (مدني) تاريخ الجلسة 1-12-1990 مجموعة الأحكام، لسنة 12 قاعدة 23، ص 131، منشور في موقع محامو الإمارات العربية المتحدة.

(3) انظر المادة (64) من قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014.

(4) انظر المادة (65) من قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014.

ثانيًا: حق الرقابة والإشراف والتوجيه المنصوص عليه في القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000

وتعديلاته بشأن نظام عقد الإدارة

1. المادة (74) من القرار المشار إليه: حددت هذه المادة المواعيد التنفيذ في عقود الأشغال العامة، حيث نصت على أن تبدأ المدة المقررة للتوريد اعتبارًا من اليوم التالي لتوقيع العقد، وفي أعمال المقاولات تبدأ المدة المحددة للتنفيذ من تاريخ تسليم الموقع للمقاول، وإذا لم يحضر المقاول تسليم الموقع في التاريخ المحدد له، يحضر محضر بذلك، ويخطر بصورة منه، ويكون هذا التاريخ موعدًا لبدء التنفيذ⁽¹⁾.

وتطبيقًا لهذا النص، بينت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة رأيها في حال خلو العقد الإداري من موعد تسليم الموقع للمقاول، فإن ذلك يتحدد وفقًا لظروف التعامل بين طرفي العقد، حيث قررت "خلو العقد من تحديد ميعاد لتنفيذ الوزارة التزاماتها بتسليم موقع المشروع خالية من الموانع ليس مؤداه أن يترك ذلك للمشئنة المطلقة من جانب الإدارة، وإنما يجب تحديده وفقًا لما تمليه طبيعة التعامل، وما أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاملين طبقًا للعرف الجاري في مثل هذه الأحوال"⁽²⁾.

الفرع الثاني

حق الجهة مانحة الالتزام في عقود الـ B.O.T في تعديل العقد بإرادتها المنفردة

تنص القاعدة العامة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987 على أن "العقد شريعة المتعاقدين، وعليه لا يجوز في عقود القانون الخاص تعديل العقد إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون"⁽³⁾. وهذه القاعدة قضت بها أيضًا المادة (267) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: "إذا كان العقد صحيحًا فلا يجوز لأحد

(1) انظر المادة (74) من القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000.

(2) حكم المحكمة الاتحادية العليا (الأحكام المدنية) في الطعن رقم 63، لسنة 11 قضائية (مدني)، تاريخ الجلسة 1990/12/1، مجموعة الأحكام السنة 12، قاعدة 23، ص 131، منشور في موقع محامو الإمارات العربية المتحدة.

(3) انظر المادة (267) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987.

المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون⁽¹⁾.

ومما لا شك فيه أن حق الجهة الإدارية المانحة للامتياز في عقود الـ B.O.T بتعديل العقد بإرادتها المنفردة هو حق من الحقوق الخطيرة، حيث تقوم بتعديل الالتزامات الواردة في العقد بالزيادة أو النقصان، وهذا أمر غير مألوف في عقود القانون الخاص، فوفقاً للقانون المدني، فإن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، وهذا يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه⁽²⁾. إلا أن حق التعديل لجهة الإدارة ينص عليه صراحة في العقود الإدارية وفي الشروط، ويعد هذا الحق من السلطات الاستثنائية للإدارة في العقود الإدارية في نطاق القانون الخاص.

ولقد أثير تساؤل في الفقه الفرنسي حول مدى حق الإدارة في تعديل العقد دون النص على ذلك صراحة في بنود العقد.

والرأي الراجح لدى الفقه الفرنسي يذهب إلى أن هذا الحق مستقل عن النص، ويكون كاشفاً لا منشئاً، ولكن هذا الرأي الذي يعترف للإدارة بهذه السلطة الخطيرة، لا يجعل من هذا الحق سلطة مطلقة تهدر قاعدة إلزام العقود لأطرافها، إنما يعني أن العقد الإداري يتمتع بقدر من المرونة تستلزمه طبيعة العقد واتصاله بالمرفق العام⁽³⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الإماراتي، فقد اعترف بهذا الحق للإدارة المتعاقدة في التعديل بإرادتها المنفردة. وأكدت اللائحة التنفيذية بتنظيم المناقصات والمزايدات، وكذلك اللائحة التنفيذية للقانون الحالي رقم 9 لسنة 1983 حق الإدارة في هذا التعديل بالزيادة أو النقص. والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك. ويرى المشرع الإماراتي أن الحق الممنوح للإدارة في تعديل عقودها الإدارية كقاعدة عامة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذها العقد يشمل تغيير شروطه، وتعديل مدى التزام المتعاقد بالزيادة والنقصان، وهذا الحق يمتد لجميع العقود دون استثناء، فهناك بعض التشريعات تحدد نسبة معينة في حق الإدارة بالتعديل، سواء بالزيادة أو النقصان، لكي لا يؤدي هذا التعديل إرهاب المتعاقد مع الإدارة، وتجنب تعطيل المرفق العام بسبب هذا التعديل، ولعل أغلب التشريعات الحديثة نصت على حق

(1) انظر المادة (267) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987.

(2) تاريخ الزيادة 2021/6/23. www.celv-notices.fr.com

(3) نقلاً عن: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 322.

الإدارة في التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة⁽¹⁾، وعلى هذا المنوال سار المشرع الإماراتي بالنص على هذا الحق وفق نسبة معينة لا تتجاوز 30% من قيمة المبلغ الإجمالي للعقد وفقاً للمادة (41) من قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية⁽²⁾.

وفي هذا الاتجاه، فقد أكد المشرع الإماراتي على هذه السلطة، ووضع لها ضوابط في المادة رقم (41) من قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، حيث نص على: "(أ) لا يجوز إجراء أي تعديل على العقد من حيث نطاق العمل أو الجودة أو المواصفات أو غيرها، إلا من خلال أمر تعديل معتمد من قبل السلطة المختصة، ومصادق عليه من قبل لجنة المشتريات⁽³⁾".

(ب) يحق للجهة الاتحادية المعنية، تعديل كميات العقد بالزيادة أو النقصان بالأسعار ذاتها قبل أو أثناء تنفيذ العقد أو تمديده، على ألا تزيد قيمة هذه الكميات على (30%) من المبلغ الإجمالي المتعاقد عليه، ولا يجوز إجراء المقاصة بين عمليات الزيادة وعمليات النقصان مهما كان تاريخ إجرائها.

(ج) وفي جميع الأحوال يجب أن يتم تنظيم ملحق للعقد يتضمن التعديلات التي تم الاتفاق بشأنها ويتم توقيعه من قبل الطرفين المتعاقدين⁽⁴⁾.

إن المادة رقم (85) من نظام عقود الإدارة في دولة الإمارات العربية المتحدة أوجبت إنهاء المقاول في عقود الأشغال العامة مثلاً الأعمال الموكول إليه تنفيذها، بما في ذلك أي زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من الوزارة، بحيث تكون معدة للتسليم الابتدائي في المواعيد المحددة.

وفي هذا النطاق أكدت المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة على حق الإدارة باستعمال سلطتها في التعديل ضمن النسبة المقررة في العقد أو القوانين واللوائح دون أن يكون المتعاقد الاعتراض أو المطالبة بالتعويض، حيث قررت: "أن العقد الرابط للعلاقة التعاقدية بين الطرفين هو عقد إداري لتنفيذ مرفق عام، وقواعده هي الواجبة التطبيق على المتعاقدين، وقد نص البند 12 منه أن للطرف الأول المستأنف ضدها تعديل كافة ما يشمل العقد بالزيادة في حدود

(1) لمزيد من التفاصيل، أنظر: جابر صالح الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 24.

(2) انظر المادة (41) من قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

(3) انظر المادة رقم (76) من القرار الوزاري رقم 20 بشأن نظام عقد الإدارة الصادر عن وزير المالية والصناعة بتاريخ 2000/2/22.

(4) انظر المادة (41) من قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014.

20% من قيمته الإجمالية، دون أن يكون للمقاول الاعتراض أو المطالبة بأي تعويض، كما نص البند (22) منه على أنه لا يحق للمقاول طوال مدة التعاقد المطالبة بأي تعويض أو زيادة في الأسعار بأي وجه. كما نص البند (24) منه على أن للطرف الأول المستأنف ضدها الحق في إلغاء العقد دون أن يكون للمقاول حق طلب التعويض، وعليه فإن مطالبة المستأنفة بالتعويض بسبب وجود عوائق إزالة الأشجار وإجراءات تعديلات على المشروع مستلزمة الرفض عملاً بأحكام العقد الناظم للعلاقة التعاقدية بين الطرفين⁽¹⁾.

وفي هذا قرر المشرع الإماراتي في الفقرة (ج) من المادة (41) من قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية بجواز أن يشمل التعديل إضافة أصناف أو أشغال أو خدمات جديدة غير واردة في العقد، ولكنها تتصل بموضوعه، ويمكن في هذه الحالة الاتفاق المباشر بشأنها مع المورد الأصلي، على ألا تزيد قيمتها على (30%) من المبلغ الإجمالي المتعاقد عليه، وعلى هذا فإنه أعطى الحق بالتغيير المرتبط بموضوع العقد، ولكنه قيده بأن يتم الاتفاق مع المتعاقد، وليس بإرادة الإدارة المنفردة كما هو حقها في تعديل المقدار والكميات بالزيادة والنقصان⁽²⁾.

كما أنه في عقد الأشغال يحق للإدارة تغيير المواد المستخدمة في المشروع لمواد أخرى ترى جهة الإدارة أنها أفضل وأصلح للمرفق العام، وهذا ما نص المشرع الإماراتي في المادة رقم (85) من نظام عقود الإدارة بدولة الإمارات العربية المتحدة على وجوب إنهاء المقاول في العقود الموكول إليه تنفيذها، بما في ذلك أي زيادات أو تغييرات تصدر بها أوامر من الوزارة، بحيث تكون معدة للتسليم الابتدائي في المواعيد المحددة، وعليه فإن هذا النص يتيح للإدارة التغيير الذي تراه مناسباً في عقد الأشغال العامة⁽³⁾.

وقررت المادة (42) من القرار 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، والمادة رقم 75 من القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000 بشأن نظام عقد الإدارة على حق الإدارة في التعويض بجانب فسخ العقد، ومصادرة قيمة الضمان المصرفي، والتنفيذ على حساب المورد أو المقاول في حال وجود أي من حالات الغش أو الخداع أو تقديم

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 211 و 402 لسنة 2014 إداري، الحكم الصادر بجلسة 2014/10/29، منشور في موقع محامو الإمارات العربية المتحدة.

(2) انظر المادة (41) من قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014.

(3) انظر المادة (85) من نظام عقود الإدارة بدولة الإمارات العربية المتحدة.

رشوة من قبل المورد، أو إذا ثبت تقديم المورد لأي معلومات غير صحيحة في نموذج تصنيف الموردين⁽¹⁾.

وهذا ما قرره المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات في حكم لها، حيث جاء فيه: "وأن الإدارة تراعي في الشروط الجزائية المنصوص عليها في عقد ما ملأمتها لطبيعة هذا العقد وقيمتة وموجبات السرعة في تنفيذه في وقت معين وطريقة معينة، حتى تكفل انتظام سير المرفق العام، هذا فضلاً عن أن المتعاقد مع الإدارة يقبل التعاقد وهو عالم مقدماً بجميع الشروط والظروف المحيطة بالعقد، ولا يمكن التسليم بأنه يوجد في ظروف تضطره إلى هذا القبول باعتبار أن جهة والمتعاقد معها بما جاء في العقد، ولا يجوز لأيهما مخالفته، كما لا يصح في القانون القضاء على غير مقتضاه"⁽²⁾.

والمشرع الإماراتي نص على هذا الحق في مواد عديدة في قرار مجلس الوزراء رقم 32 لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية، والقرار الوزاري رقم 20 الصادر بتاريخ 2000/2/22 بشأن نظام عقد الإدارة، وعلى سبيل المثال نصت المادة (42) من القرار 32 لسنة 2014 على حق الإدارة في التعويض بجانب فسخ العقد، ومصادرة قيمة الضمان المصرفي، والتنفيذ على حساب المورد في حال وجود أي من حالات الغش أو الخداع أو تقديم رشوة من قبل المورد، أو إذا ثبت تقديم المورد لأي معلومات غير صحيحة في نموذج تصنيف الموردين.

كما نصت المادة (86) من نظام عقود الإدارة على تحمل المقاول نتيجة لسحب العمل منه جميع التعويضات المستحقة للدولة عن أي خسائر تكبدتها، بالإضافة إلى تحمله (10%) من قيمة الأعمال التي لم يتم بتنفيذها؛ تغطيةً للمصاريف الإدارية التي تنفقها الوزارة في سبيل تنفيذ تلك الأعمال، وضمناً لاستيفاء هذه المبالغ المقررة على المقاول، يحق للوزارة احتجاز مستلزمات ومعدات العمل الخاصة به، والموجودة في موقع العمل عند الانتهاء منه⁽³⁾.

(1) انظر المادة (42) من القرار رقم (32) لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

(2) حكم المحكمة الاتحادية العليا (مدني) في الطعن رقم (714) لسنة 22 ق و (31) لسنة 23 قضائية، الحكم الصادر بجلسة 2004/1/27، مطبوعات جامعة الإمارات العربية، وزارة العدل- العدد الأول، السنة السادسة والعشرين، (2004)، ص 223، منشور في موقع محامو الإمارات.

(3) أعاد علي القيسي، العقد الإداري وفقاً لنظام عقود الإدارة في الإمارات العربية المتحدة، مكتبة جامعة الشارقة، 2014، ص 87.

وقد أكدت أحكام محكمة التمييز بدبي على حق التعديل دون الاستناد إلى عذر قانوني أو عقدي، وذلك لارتباط العقد الإداري بفكرة المرفق العام وضرورة العمل على انتظام سيره⁽¹⁾.

ومدة الالتزام القصوى في التشريعات الإماراتية غير محددة، إلا إذا تم التعاقد على مدة معينة، فليس للإدارة سحب الالتزام قبل نهاية هذه المدة ومنحه لملتزم جديد، طالما أن المتعاقد الأصلي مع الإدارة ينفذ التزاماته حسب شروط العقد، ولكن شرط المدة لا يمكن أن يحول بين الإدارة وبين امتداد المرفق قبل نهاية المدة، إذ رأت أن تغيير طريقة الإدارة من الالتزام إلى الإدارة المباشرة مثلاً أو المؤسسات العامة (الهيئات العامة)... إلخ⁽²⁾. على أن يتم تعويض الملتزم تعويضاً عادلاً في حالة الاسترداد دون خطأ من جانبه⁽³⁾.

ويجب ألا يصل التعديل إلى أن يكون المتعاقد أمام عقد جديد، فلا يجوز للإدارة فرض التزامات جديدة على المتعاقد لا صلة لها بالعقد الأصلي أثناء ممارستها لسلطتها في تعديل موضوع العقد، حتى لا يفاجأ المتعاقد أنه أمام عقد جديد ما كان يقبله لو كان حراً مختاراً، وفي هذه الحالات يكون للمتعاقد طلب فسخ العقد.

ويجب التزام الإدارة بصدد ممارستها لسلطتها في تعديل قواعد المشروعية أثناء ممارسة الإدارة لسلطتها في تعديل عقد الالتزام باستيفائها كافة شروط المشروعية، أي أن يصدر القرار من الجهة صاحبة الاختصاص، وفقاً للإجراءات القانونية، وأن يكون التعديل مطابقاً للقوانين ويهدف إلى المصلحة.

وإذا فقدت الإدارة أحد الشروط السابقة، كصدور قرار التعديل من غير جهة الاختصاص، أو كان الهدف منه مصلحة شخصية لمصدر القرار... إلخ، يكون قرار الإدارة معيباً يستوجب الإلغاء.

موقف الإدارة من تعديل عقد البوت

لم يتخذ الفقه موقفاً موحدًا في هذا الشأن، أو القرار في هذا الشأن ينقسم إلى اتجاهين، ويذهب أولهما إلى إنكار هذا الحق على جهة الإدارة، وحق التعديل لا تتمتع به جهة الإدارة في

(1) حكم محكمة التمييز في دبي في الطعن رقم 2019/18 والصادر في 2019/11/22.

(2) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 476.

(3) محمد سعيد أمين، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 144.

عقود الـ B.O.T إلا بنص صريح في العقد، بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى تمتع جهة الإدارة بحق تعديل وعقود الـ B.O.T بإرادتها المنفردة بغير الحاجة إلى النص عليه في العقد.

وسيتطرق الباحث إلى هذين الاتجاهين على النحو الآتي:

الاتجاه الأول: يذهب إلى إنكار هذا الحق على جهة الإدارة، فحق التعديل لا تتمتع به جهة الإدارة في عقود الـ B.O.T للأسباب الآتية⁽¹⁾:

أولاً: إن حق الإدارة في التعديل يعد من قبيل الشروط الاستثنائية التي تتميز بها العقود الإدارية، والتي لا تتناسب مع عقود الـ B.O.T والتي تبرم في الغالب وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالعقود الإدارية تختلف عن عقود الـ B.O.T من حيث الطبيعة القانونية والآثار المترتبة على إبرام كل منهما.

ثانياً: تنصب عقود الـ B.O.T في الغالب على المشروعات الضخمة كالطرق ومحطات الطاقة والمياه والصرف الصحي والمطارات وغيرها، والتي تتميز بضخامة تكلفتها المالية، لذا فإنها تدرس بالتفصيل ويخطط لها بدقة، سواء من جانب جهة الإدارة أو من جانب شركة المشروع، الأمر الذي لا يترك مجالاً للتعديل فيها، وبالتالي فإن هذه العقود لا مجال للتعديل فيها إلا إذا نص على هذا التعديل صراحة في العقد.

وإذا كان للدولة الحق في التعديل مع تعويض شركة المشروع، فإن ذلك يضر بمصالح الدول الاقتصادية، لأنه وفي غالب الأمور ما تكون مبالغ التعويض المحكوم بها ضد الدولة كبيرة بشكل مبالغ فيه، مما يؤدي إلى إلحاق الأذى بالمصالح الاقتصادية للدولة.

ثالثاً: أن السبب الأساسي لإقدام الدولة على إبرام عقود الـ B.O.T هو رفع أعباء تشييد المرفق من على عاتق الخزينة العامة، وتعود مرة أخرى لإرهاق الخزينة العامة بالتعويضات الناتجة عن التعديل الانفرادي في هذه العقود بشكل يؤدي إلى إهدار المكاسب التي حققتها الدولة من إبرام العقد.

(1) داني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 247. و ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الأنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، مرجع سابق، ص 292.

رابعًا: أن إقدام الدولة على تعديل العقد بزيادة التزامات شركة المشروع يعطي انطباعًا بأن الدولة لا تحترم اتفاقاتها، وما وقعته من عقود، وهذا يعطي انطباعًا سيئًا عن سمعة الدولة، ويؤدي إلى هروب الاستثمار من الدولة، ويؤثر سلبيًا على سمعتها في مجال الاستثمار.

ويجب على الدولة أن تدخل في مفاوضات مع شركة المشروع للوصول إلى اتفاق جديد بشأن ما ترى تعديله، ولو أدى ذلك إلى تحمل الدولة نفقات التعديلات التي ترغب في القيام بها، فهذا أفضل من دفع تعويضات تثقل موازنة الدولة.

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى تمتع الإدارة المتعاقدة بحق تعديل عقود الـ B.O.T بإرادتها المنفردة، بشرط تعويض شركة المشروع عن الأعباء التي يمكن أن يسببها هذا التعديل استنادًا إلى الأسباب الآتية⁽¹⁾.

1. حق الإدارة في تعديل عقود الـ B.O.T بصفة خاصة لا يستمد من نصوص العقد، بل من النظام العام للمرافق العامة، والذي يحكم كفاءة إدارة المرافق العامة بانتظام واطراد بما يحقق المصلحة العامة، وعلى ذلك فحق الإدارة في تعديل عقود الـ B.O.T هو حق أصيل لها ومقرر بغير الحاجة إلى النص عليه في العقد، بل وبغير الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر على هذا الحق، فإن ما نص العقد على هذا الحق، فإن هذا النص لا يعد مقررًا لهذا الحق، كما أن هذا النص لا يكون إلا لمجرد تنظيم هذا الحق وبيان أوضاعه وحالاته⁽²⁾.

2. أن الرأي القائل بعدم جواز تعديل الإدارة لعقود الـ B.O.T بإرادتها المنفردة يضيء الطابع التجاري على العقد، وهو بذلك يتجاهل الطبيعة الإدارية للعقد، بالإضافة إلى تجاهله مبدأ قابلية المرفق العام للتغيير، فالمرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها المرفق للمنتفعين⁽³⁾.

ويرى الباحث أنه ليس صحيحًا ما ذهب إليه أنصار الاتجاه الأول من أن عقود الـ B.O.T نظرًا لضخامتها، فإنه لا مجال لتعديل هذه العقود، لأنه مهما بلغت قدرة البشر على توازن الأمور، ومهما بذلوا من جهد وعناية للتخطيط لهذه المشروعات، فإن ذلك لا يمنع من ظهور ظروف مستقبلية لا تكون في منظور الجهة الإدارية توقعها.

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 205 وما بعدها، إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرفق العام، مرجع سابق، ص 278 وما بعدها.
(2) عبد الوهاب البيتاني، العقود الإدارية في مملكة البحرين، دار البكر للنشر، البحرين، 2020، ص 172.
(3) محمد المستريحي، عقد البوت وتطبيقاته في الأردن، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عمان العربية، 2015، ص 98.

وحق الإدارة في التعديل يمكن استخدامه في عقود الـ B.O.T للاعتبارات السالف بيانها، ولكن الأمر يتقيد بطبيعة الحال بضرورة تعويض شركة المشروع من الأضرار التي يمكن أن يسببها هذا التعديل، وتدل بعض التجارب المقارنة في عقود الـ B.O.T على إقرار حق الإدارة في تعديل العقد، مع تعويض شركة المشروع مقابل ذلك تعويضاً يعادل ما أحدثه هذا التعديل من أضرار أو أعباء على شركة المشروع⁽¹⁾.

والباحث يؤيد الاتجاه القائل بتمتع جهة الإدارة المتعاقدة بسلطة تعديل عقود الـ B.O.T بإرادتها المنفردة لضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد. فالمرفق العام لا يمكن أن يدار بطريقة جامدة، بل على الإدارة أن تصلح السليبيات كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، لمتطلبات المرفق العام في تطور مستمر، ولا تقف عند تاريخ معين، ومن ثم لا يجوز حرمان جهة الإدارة من هذا الحق.

كما أن شركة المشروع تتمتع بالعديد من الضمانات في مواجهة هذه السلطة بما يحمي مصالحها، ويحقق التوازن المالي للعقد، فلها الحق في التعويض الكامل إن كان له مقتضى، كما أنه يجوز لها سلوك طريق الطعن القضائي لإلغاء القرارات التي تناولت هذه الإجراءات إذا كانت غير مشروعة، ويجب فسخ العقد إذا ما تجاوز لتعديل الحدود المألوفة.

كما أن الاتجاه القائل بعدم جواز تعديل الإدارة لعقود الـ B.O.T بإرادتها المنفردة يؤدي إلى إهدار المصلحة العامة، بقصد إغفال أعمال قاعدة استقرار العقود، وهي فكرة يقصد بها حماية شركة المشروع على حساب الصالح العام.

(1) عبد الوهاب البيتاني، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 165.

المطلب الثاني

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

تتمتع شركة المشروع في عقود البوت بمجموعة من الحقوق، وأهمها الحقوق المالية، كما أن الحقوق المالية لشركة المشروع تمثل الدافع الحقيقي من جانبها لإبرام عقود الـ B.O.T، فشركة المشروع وإن كانت معاونه لجهة الإدارة في تسيير مرافقها بانتظام واطراد، إلا أنها تسعى في المقام الأول إلى تحقيق الربح مقابل تنفيذ التزاماتها العقدية.

وحقوق شركة المشروع الناتجة عن العقد هي حقوق مالية، تتمثل في حقها في قضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق، وحقها في الحصول على التعويض الذي يضمن تحقيق التوازن المالي للعقد.

وتقوم عقود الـ B.O.T على التزام شركة المشروع بتحمل تكاليف إنشاء المرفق وتشغيله فترة العقد المتفق عليها، وفي مقابل ذلك يحق لشركة المشروع اقتضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق لتغطية نفقاتها، وضمان هامش ربح معقول تغطي عوائد أموالها المستثمرة. هذا وتثير معالجة حق شركة المشروع في اقتضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العديد من نقاط البحث، منها تحديد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسوم في عقود الـ B.O.T وكذا بيان طرق وآليات تحديد الرسوم في عقود الـ B.O.T.

وتتنوع صور المقابل المالي المستحق للمتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، وقد يكون هذا المقابل ثمناً كما هو الحال في عقود الأشغال العامة أو التوريد، وأخيراً قد يتخذ هذا المقابل شكل الرسم كما هو الحال في عقود الالتزام، وهو المقابل النقدي الذي يحصله الملتزم مباشرة من جمهور المنتفعين بخدمات المرفق العام وفقاً للدور المتفق عليه مع جهة الإدارة في العقد⁽¹⁾.

والقاعدة أن الشروط التي تتعلق بالمقابل المالي في العقود الإدارية تعتبر شرطاً تعاقدياً لا يجوز لجهة الإدارة أن تتفرد بتعديلها دون موافقة المتعاقد معها⁽²⁾.

ويشير الباحث أن عقد الـ B.O.T يتمتع بطبيعة خاصة، حيث تتكفل شركة المشروع بتشغيل المرفق وتشغيله وإدارته خلال الفترة المتفق عليها في العقد، ولا بد أن يكون العائد في مدة

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 527 وما بعدها.

(2) محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص 528.

التشغيل كافيًا لاسترداد ما أنفقته في بناء المرفق، وتحقيق الأرباح التي تتوخاها⁽¹⁾، ولذلك فإن الأمر يختلف في عقود الـ B.O.T من ناحيتين: الأولى أن الرسم في عقود الـ B.O.T الذي تفرضه شركة المشروع مقابل تأدية الخدمة للمنتفعين من خدمات المرفق يعد من قبيل الشروط التعاقدية التي تخضع للاتفاق بين شركة المشروع والجهة الإدارية، وبالتالي لا تستطيع جهة الإدارة أن تنفرد بتعديلها⁽²⁾.

ولذلك إذا رأت الجهة الإدارية أن سعر الخدمة التي يقدمها المرفق عالية التكلفة ولا يتناسب مع مقدرة جمهور المنتفعين، فإنها تستطيع أن تقوم بشراء الخدمة من شركة المشروع، ثم تقوم بإعادة بيعها مرة أخرى بسعر أقل متحملة في ذلك فرق السعر. والثانية أن الرسم في عقود الـ B.O.T لا يخضع للقواعد التي ينص عليها القرار الوزاري، وأهمها تلك التي تتعلق بتقييد حق الملتزم في صافي أرباح المرفق، فالأصل في عقود الـ B.O.T هو استثناء شركة المشروع بكل أرباح المرفق خلال فترة العقد. ومما هو جدير بالذكر، أن غياب النص التشريعي الإماراتي الذي يتيح لشركة المشروع الحق في اقتضاء رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق قد يؤدي إلى إثارة منازعات قضائية تطعن في حق شركة المشروع في فرض وتحصيل الرسوم نظير الخدمة المقدمة⁽³⁾.

وفي هذا الصدد أوصى دليل UNCITRAL التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص أن القانون يجب أن يتيح للملتزم مكنة تحصيل التعريفات، أو أتعاب الاستخدام نظير استعمال المرفق أو الخدمات التي يوفرها، واتفاق المشروع يجب أن ينص على طرق وصيغ تحديد هذه التعريفات أو رسوم الاستخدام⁽⁴⁾.

ومن الضروري تحقيق توازن بين مصالح المستثمرين من جانب المستخدمين الحاليين، والمستقبليين من جانب آخر، ومن المجدي أن تأخذ المعايير التشريعية لتحديد التعريفات والأتعاب في اعتبارها، بالإضافة إلى العوامل الاجتماعية والتي تنظر إليها جهة الإدارة بعين الأهمية أيضًا مصلحة شركة المشروع في تحقيق مستوى من التدفق النقدي يضمن السلامة الاقتصادية والربحية التجارية للمشروع، ومن المفيد أيضًا تزويد الأطراف، الجهة المانحة والملتزم، بالسلطة الضرورية أو اللازمة للتفاوض على ترتيبات ملائمة، كترتيب أحكام للتعويض لمعالجة المواقف التي فيها

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 156.

(2) المرجع السابق، ص 157.

(3) جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 157.

(4) See UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. xxv, Recommendation 46.

يكون تطبيق قواعد ضبط التعريفات ذات الصلة المباشرة أو غير المباشرة بالخدمات التي يقدمها الملزم من شأنها.

ويتفرع عن هذا الحق في عقود الـ B.O.T السماح لشركة المشروع بتنويع استثمارها من خلال امتيازات فرعية، تتمثل في تقديم خدمات فرعية مرتبطة بالخدمة الأساسية التي تقدمها شركة المشروع أو النشاط الذي مارسه، أو السماح لشركة المشروع باستغلال أنشطة أخرى ذات صلة بالنشاط الرئيسي الذي تمارسه، وفي بعض الحالات فإن مصادر الإيرادات البديلة قد يتم استخدامها كإعانة لشركة المشروع، بسبب اتباع سياسة من الجهة الإدارية المانحة تتمثل في خفض أو ضبط سعر الخدمة الرئيسية، وغالبًا ما تكون هذه الأنشطة الفرعية مربحة، ولذا فإنها قد تعزز من الجدوى المالية للمشروع⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن تخويل شركة المشروع حق الامتياز الفرعي، يقتضي وجود ترخيص تشريعي بذلك، وخاصة إذا ما كان الامتياز الفرعي يستلزم استغلال أراضٍ تخص الجهة المانحة أو غيرها من الهيئات العامة، ويجب الحصول كذلك على موافقة الجهة المانحة فيما يخص أي توسعات يمكن أن تطرأ على النشاط أو الامتياز الفرعي، وفي بعض النظم القانونية ينظر إلى الامتيازات الفرعية على أنها امتيازات منفصلة أو مستقلة عن الامتياز الأصلي، وبالتالي يجب أن لا يسمح لشركة المشروع بأن تقوم عليها إلا إذا كان القانون يجيز لها ذلك صراحة⁽²⁾.

ونصت المادة (19) فقرة 2 من عقد التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار عجمان بحق الملزم إنشاء أبنية أخرى لازمة لاستغلال جزء أو أجزاء من الأرض، مثل إقامة مبان خاصة بالأسواق الحرة، أو مبانٍ إدارية وتجارية وترفيهية وفنادق ونادي رياضات الجودو ومركز تدريب يمكن أن تدر مبالغ إضافية لرفع قيمة الاستغلال، وبما لا يتعارض مع التخطيط العام للمطار حاليًا وتطويره مستقبلاً أو التخطيط العام للمنطقة، مع مراعاة القواعد المقررة قانونًا.

ولا شك أن ما ستجنيه تلك الشركات من أرباح مقابل استغلال تلك المساحات الواسعة يتجاوز بكثير إجمالي تكلفة إقامة هذه الطرق، خاصة إذا وضعنا في الاعتبار طول مدة العقد⁽³⁾، ولذا ذهب البعض إلى أن عقود الـ B.O.T تمنح الشركات الاستثمارية مزايا إضافية مرتبطة

(1) See UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. xxv, Recommendation, 63.

(2) See UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 54.

(3) جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 59.

بالعقد قد تفوق في قمتها إجمالي تكلفة تمويل المشروع، بالإضافة إلى ما ستجنيه تلك الشركات من عائد وأرباح من المشروع نفسه⁽¹⁾.

ويرى الباحث أنه يجب منح الامتيازات الفرعية بمقدار محدد، ولا يجب التوسع في منحها دون مقتضى، والأمر يرجع إلى ظروف كل حالة على حدة، لتقوم الإدارة بمنح هذه الامتيازات في ضوء المبادئ والقواعد الكلية التي يتضمنها القانون.

ويمكن القول بأن الجدوى الاقتصادية لمشروعات الطرق، وبخاصة في حالات إنشاء طرق سريعة بين إمارات الدولة مثلاً، أو داخل الإمارة تكون غير مربحة، حيث لا يكفي عائد تحصيل الرسوم من المستخدمين لتغطية تكلفة إنشاء تلك الطرق إلى منح ترخيص أو حق استغلال وتملك بعض المناطق المحيطة بهذه الطرق لاستغلالها وإقامة فنادق واستراحات ومطاعم وإنشاء البنية الأساسية، ويكون استغلال هذه الأراضي هو مصدر الربح الرئيسي للمستثمر الخاص في هذه المشروعات.

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 157.

المبحث الثاني

التزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T

تقسيم:

سيتناول الباحث هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: التزامات الإدارة مقابل المتعاقد.

المطلب الثاني: التزامات المتعاقد مقابل الإدارة.

المطلب الأول

التزامات الإدارة مقابل المتعاقد

وسنتناول هذه الالتزامات في فرعين:

الفرع الأول

الالتزامات العامة في عقد الـ B.O.T

إن اتفاقية الالتزام المبرمة بين الجهة مانحة الالتزام وصاحب الالتزام تولد حقوقاً لصاحب الالتزام تجاه الجهة مانحة الامتياز، ويكون لصاحب الالتزام مطالبة الجهة مانحة الالتزام بالوفاء بالتزاماتها بطريقة تتفق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات.

ويلاحظ أن عدم الوفاء من قبل الجهة مانحة الالتزام يعرضها لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها بالعقد، وسيعرض الباحث لأهم الالتزامات للجهة مانحة الامتياز على النحو الآتي:

1. مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات.

2. احترام شروط العقد.

3. عدم التراخي في تنفيذ العقد.

4. احترام مدة تنفيذ العقد.

أولاً: التزام الإدارة بتنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الراسخة والثابتة في التشريعات المختلفة⁽¹⁾، ويعد من الأصول العامة في القانون، وبالنسبة لمجال تطبيقه في الروابط العقدية، فيجب أن يتم تنفيذ العقد من أطرافه وفقاً لمقتضيات هذا المبدأ، ولقد نصت على هذا المبدأ جميع التشريعات.

ثانياً: التزام الجهة المانحة للالتزام باحترام جميع شروط العقد

لا يكفي التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بعد إبرامه، واحترامه وتنفيذ شروطه وفقاً لمبدأ حسن النية، واحترام التنفيذ، وإنما يتعين عليها تنفيذ العقد كله⁽²⁾.

ومن القواعد القانونية المسلم بها احترام طرفي العلاقة العقدية لشروط العقد أثناء تنفيذ كل طرف لالتزاماته، لذا يجب على الجهة المانحة للالتزام عند تنفيذ اتفاقية الالتزام احترام كافة شروط الاتفاقية، طالما وقعت عليها، سواء أكانت هذه الشروط صريحة أم ضمنية.

وبعبارة أخرى من أبرز التزامات الإدارة التي تعد من مستلزمات منح تراخيص استغلال المرافق العامة، التزامها بضمان عدم منافسة المتعاقد في نفس النشاط المرخص به.

ولكن إذا لم تلتزم الشركة صاحبة الالتزام بتنفيذ التزاماتها وفقاً لاتفاقية الامتياز، يكون للجهة مانحة الالتزام منح الالتزام لنفس الغرض إلى جهة أو شركة أخرى دون مسؤولية إلى الجهة مانحة الامتياز.

ثالثاً: التزام الإدارة (مانحة الالتزام) بتنفيذ العقد بمجرد إبرام العقد

وفقاً للالتزامات الناشئة عن العقد، يجب على طرفي العلاقة العقدية تنفيذ التزاماتهما بمجرد الانتهاء من التصديقات اللازمة من السلطات المختصة للعقد، والانتهاء من باقي الإجراءات المتممة للعقد، لذا يجب على الإدارة مانحة الالتزام تنفيذ جميع الالتزامات المترتبة عليها من العقد بعد إتمام العقد، فيجب عليها تسليم موقع المشروع إذا كانت ملتزمة بذلك، وتقاعسها في تنفيذ التزاماتها يعد خطأ عقدياً تلتزم بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنه.

(1) أحمد السيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، بدون سنة نشر، المكتبة العصرية، المنصورة، 2009، ص 22.

(2) سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 569.

رابعاً: التزام الإدارة باحترام المدة المقررة في العقد

يلتزم المتعاقد مع جهة الإدارة بالمدد المحددة في اتفاقية الالتزام، وكذلك الجهة مانحة الامتياز، فإذا كانت المدة محددة تحديداً واضحاً، فعلى الإدارة أن تلتزم بتنفيذ التزاماتها خلال هذه المدة، كموعّد تسليم موقع العمل مثلاً.

وإذا كانت المدة وضعت بعبارات عامة غير محددة فالمستقر عليه في مجلس الدولة المصري والفرنسي، وجوب تنفيذ الالتزام في مدة معقولة، فإذا تأخرت الإدارة عن تنفيذ التزاماتها مدة تتجاوز الحد المعقول تلتزم الإدارة بتعويض الطرف المتعاقد معها⁽¹⁾.

ويحدد مجلس الدولة الفرنسي المدة المعقولة للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاية المتعاقد مع الإدارة⁽²⁾.

خامساً: التزام المتعاقد باحترام المدد المحددة لتنفيذ العقد

من أهم الالتزامات التي تتولد عن عقود الإدارة، قيام المتعاقد معها بأداء التزاماته العقدية وإنجازها في المدة المحددة لتنفيذ حسب الشروط. ولما كانت اتفاقية الالتزام غالباً ما تتعلق بمرفق عام يقدم خدماته لجمهور المنفعين، فإن احترام المتعاقد المدد المحددة للتنفيذ، يضمن ضماناً تسيير المرفق العام بصفة منتظمة ومطردة. وغالباً ما يتم تحديد هذه المدة بدقة في الاتفاقية ودفاتر الشروط، حتى لا يكون هناك إخلال أو اضطراب في سير المرفق العام محل العقد.

ولقد حرص المشرع الإماراتي في مسائل تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية بشأن عقود الأشغال العامة والتوريد، لكثرة استعمالها بالنص على أن التزام المتعاقد مع الإدارة بالوفاء بالتزاماته العقدية في المدة المحددة للتنفيذ هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاماً ببذل عناية⁽³⁾.

وبناءً على ذلك لا يُعفى المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن التأخير في حالة عدم تنفيذه للأعمال المتفق عليها في المدة المحددة لها، بالتذرع أنه قدم بذلك كل ما في وسعه وفقاً لمعيار الشخص العادي، ولم يتمكن من إتمام الأعمال، ولا تنتفي مسؤوليته في هذه الحالة إلا بإثبات وجود

(1) ومن هذه المبادئ مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية وعدم التعسف في استخدام الحق. لمزيد من التفاصيل، انظر: سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 570.

(2) تاريخ الزيارة 2021-7-23. www.celv-notices.fr.com

(3) لمزيد من التفاصيل انظر: سيف خميس الشامسي، النظام القانوني للمناقصات في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون- جامعة الإمارات، 2018، ص 83-86.

سبب أجنبي أدى إلى استحالة تنفيذ التزاماته العقدية استحالة مطلقة، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الإدارة⁽¹⁾.

ويسري مبدأ احترام تحديد مدد التنفيذ من جانب الإدارة، ليس على المدة الإجمالية لتنفيذ العقد فحسب، وإنما يمتد أيضاً إلى المحدد المخصصة لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد.

وفي العادة يتم تحديد مدة تنفيذ العقد حسب طبيعة الأداء المطلوبة، وغالباً ما يمنح المشرع للإدارة الحق في إعطاء المتعاقد معها المتأخر مهلة إضافية لإتمام التنفيذ، وهذا ما قضت به المادة 23 من قانون المناقصات والمزايدات الإماراتي.

ويقصد بمدة التنفيذ في عقود الالتزام المواعيد الدورية التي يلتزم فيها صاحب الالتزام بتقديم الخدمة المطلوبة لجمهور المنتفعين بانتظام طوال مدة الامتياز.

الفرع الثاني

الالتزامات الخاصة في عقد الـ B.O.T

ترتب عقود الـ B.O.T مجموعة من الالتزامات على عاتق جهة الإدارة، ويمكن حصر أبرز هذه الالتزامات في:

الالتزام الأول: الالتزام بمعاونة شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لتشديد وتشغيل المرفق.

الالتزام الثاني: الالتزام بحماية شركة المشروع من المنافسة.

الالتزام الأول: الالتزام بمعاونة شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لتشديد وتشغيل المرفق

تنفيذ عقود الـ B.O.T يحتاج إلى استصدار تراخيص وموافقات عديدة، مثل رخص التشديد، ورخص تركيب الكابلات أو الأنابيب، ورخص استيراد المعدات واللوازم، ورخص وضع المرفق موضع التشغيل، والإذن بتوظيف الأجانب، وتضم التراخيص والموافقات بصفة عامة كل ما هو لازم قانوناً وضرورياً لإقامة وتشغيل المرفق⁽²⁾.

(1) هارون الجمل، النظام القانوني في الجزاءات في عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1971، ص 103.

(2) See, UNCTRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 30.

والأصل أن عبء الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة لإقامة وتشغيل المرفق يقع على عاتق شركة المشروع، ومع ذلك يتفق في الغالب على إبرام الإدارة بأن تعمل على تمكين شركة المشروع في الحصول على كافة التراخيص والموافقات اللازمة لتنفيذ العقد⁽¹⁾.

وفي الواقع يمكن القول بأن التزام جهة الإدارة بمعاونة شركة المشروع في الحصول على التراخيص اللازمة لإقامة وتشغيل المرفق هو إلزام لا يرتبط بنص ملزم بالعقد، وإنما يرتبط بطبيعة المرفق العام وأهميته، وعدم جواز تركه، واستمراره أو عدمه يعتمد على جهود شركة المشروع وحدها التي قد تكون مخصصة للغاية، إلا أنها لا ترقى لإنهاء إجراءات التراخيص في وقتها المحدد والمناسب، ولذا وجب تدخل الجهة الإدارية بالمعاونة الصادقة لدى جهات منح التراخيص لتسيير حصول شركة المشروع عليها، وتذليل أية عقبات تصادفها في هذا الشأن⁽²⁾.

ولما كانت التراخيص والموافقات في معظم الأحوال من الشروط الأساسية لإقامة وتشغيل المرفق، فإن لشركة المشروع مصلحة حقيقية وجدية في نفاذ وإنهاء هذه التراخيص والموافقات والحصول عليها في المواعيد المتفق عليها، ذلك أن التأخير في الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة من المرجح أن يؤدي إلى زيادة تكاليف تنفيذ العقد.

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة أنه قد يتطلب تنفيذ عقود الـ B.O.T مشاركة سلطات عامة عديدة تقع في مستويات إدارية مختلفة، فعلى سبيل المثال، إن إصدار اللوائح والنظم والقواعد التي تحكم النشاط الذي ينخرط في إطار المشروع تكون بحكم النظام الإداري السائد من اختصاص مجلس الوزراء الاتحادي والوزارة المختصة التي يتعين عليها توفير الخدمة أو السلعة المعنية. وهذه الأخيرة قد يعهد إليها بسلطة منح امتيازات المرافق عمومية، أو أن تكون هذه الوظيفة الأخيرة من اختصاص جهة حكومية في إمارة معينة من إمارات الدولة التي يشيد بها المشروع، وإذا ما انطوى تنفيذ العقد على استثمار أجنبي، فإن الأمر يستلزم موافقة جهة معينة على هذا المشروع، لذا فإنه من الضروري إجراء تنفيذ مبكر للموافقات اللازمة لمشروع معين تجنباً لذلك في مرحلة التنفيذ⁽³⁾.

وقد أوصى دليل UNCITRAL التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص بضرورة إنشاء آليات أو كيانات مؤسسية للتنسيق بين أنشطة الهيئات العامة المسؤولة

(1) هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 163.

(2) المرجع السابق، ص 163.

(3) UNCITRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 30.

عن إصدار الموافقات أو التراخيص أو الرخص أو التصاريح المطلوبة لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التمويل الخاص، وفقًا للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بإنشاء وتشغيل مرافق البنية الأساسية في القطاع المعني⁽¹⁾.

ويجب أن تكون هذه الإجراءات والتصاريح والموافقات الرسمية واضحة وشفافة وبعيدة لأقصى حد ممكن من التعقيد المبالغ فيهما، ويجب أيضًا ألا تكون تكاليف الحصول عليها أو باهظة للغاية.

هذا ومن بين الترتيبات التي اتبعت لتسهيل كافة الإجراءات وعمليات استخراج التصاريح الخاصة بعقد الـ B.O.T هي استخدام نظام المنفذ الواحد بوصفه واحدًا من أكثر النظم الحكومية كفاءة وسرعة ومرونة وهو يمتد على جميع كل المسؤولين والجهات الرسمية التي يجب أن يتعامل معها كافة المستثمرين الأجانب في سياق عقود الـ B.O.T في مكان واحد لتسهيل الانتقال للحصول على التصاريح بسرعة وبتكلفة متدنية، وكذلك فإن المزايا الأخرى لهذا النظام أنه يتسم بدرجة كبيرة من القدرة على التفاهم بين كافة الأطراف الرسمية المعنية بعقود الـ B.O.T، ولا شك أن هذه الميزة الإضافية تعني إمكانية إنجاز الأعمال اللازمة بسرعة، مع إمكانية حل المشكلات مبكرًا، وقبل أن تتفاقم وتتحول إلى أزمات كبرى⁽²⁾.

ويمكن أن يخول القانون الجهات المختصة بإصدار رخص وإجازات مؤقتة، أو إتاحة فترة زمنية معينة تعتبر هذه الرخص والإجازات بعد انقضائها قد منحت ما لم ترفض كتابة⁽³⁾.

وقد تنص عقود الـ BOT على التزام الجهة الإدارية بأن تقدم في الحدود المعقولة التي تطلبها الشركة المساعدة اللازمة للحصول على الموافقات التراخيص اللازمة، وتضمن هذه المساعدة تقديم خطابات تعزيز لأي من هذه الطلبات لدى الجهات الإدارية المختصة، مثال ذلك ما نصت عليه المادة (4) من عقد التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة ميناء الفجيرة:

1. أن تقوم الشركة بما يلي على حسابها الخاص:

أ. أن تقوم بنفسها أو عن طريق الغير بتقديم الطلبات للجهات المعنية للحصول على الموافقات (سواء طلبات مبدئية أو تجديد للطلبات)، وذلك بالشكل المطلوب مع الرسوم

(1) UNCTRAL Legislative guide on privately financed infra-structure projects, P. xii.

(2) UNIDO BOT GUIDELINES, P. 85.

(3) UNCTRAL, Legislative guide on privately financed infrastructure project, P. 30.

المقررة، كما تتابع بعناية كافة هذه الطلبات، وتبذل كل جهد مناسب للاحتفاظ بسريان الموافقات متى تم الحصول عليها.

ب. أن ترسل جميع الإخطارات المطلوبة، وتسمح بإجراء كافة المعاينات اللازمة طبقاً لجميع الموافقات التي حصلت عليها فيما يتعلق بالمجمع، و

ج. أن تدفع كافة الرسوم المقررة فيما يتعلق بهذه الموافقات، وينبغي أن تكون المعلومات المقدمة في الطلبات كاملة دقيقة.

ويتولد عن عقد الـ B.O.T في مواجهة جهة الإدارة عدة التزامات عقدية، أخصها الالتزام بتسليم موقع أعمال شركة المشروع في الميعاد المقرر والبدء بتنفيذ العقد⁽¹⁾.

ويجب أن ينص العقد على إجراءات لمعاينة الأرض أو المباني أو العقارات الأخرى، وتعيين حدودها وتأمينها، وكذلك إثبات الحالة التي هي بها قبل إتاحتها لشركة المشروع.

ويتعين على جهة الإدارة احترام موعد تسليم موقع أعمال شركة المشروع، من ذلك نص البند (3-1) من عقد التزام وإنشاء وإعادة تسليم ميناء الفجيرة الـ B.O.T لحكومة إمارة الفجيرة.

وفي الواقع أن التزام جهة الإدارة باحترام مدة التنفيذ هو أمر طبيعي، فمن الثابت أن العقد الإداري يمثل إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير مرافقها، لأن تلك المرافق التي تخضع في سيرها وإدارتها للقاعدة الأصولية التي تحتم ضرورة سيرها بانتظام واطراد، وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في نطاق العقد الإداري إنما يعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد، وذلك بغرض تحقيق خدمة دائمة ومنظمة للمنتفعين بخدمات المرافق⁽²⁾.

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا "بأن عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقدين معها موقع العمل، مما يترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تجاوز المعقول، يعد إخلالاً جسيماً من جانب الإدارة بواجباتها، مما يقوم سبباً مبرراً لفسخ العقد المبرم بينهما، وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك"⁽³⁾.

(1) جرى العمل الدولي على إلزام الدولة أو الشخص المعنوي المتعاقد على توفير الأراضي اللازمة لتنفيذ المشروع لتجنب التأثير غير الضروري أو الزيادة في تكلفة المشروع كنتيجة لاجتياز الأرض، وهذا ما تم في العقد المبرم بين إمارة عجمان والشركة الإسبانية المشيدة للمشروع.

(2) محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 387.

(3) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 4/5/2014 إداري.

وتوقيًا لنشوء منازعات حول هذا التسليم وحالاته مستقبلاً، فإنه يجب أن يتم هذا التسليم باتفاق رسمي مكتوب، يوقع عليه أطراف العقد، وهو أمر مهم نظراً لاتصاله بقدرة أطراف العقد على الوفاء بهذه الالتزامات في موعدها المحدد سلفاً⁽¹⁾.

ويرى الباحث بأن التزامات الإدارة في عقود الـ B.O T تمكن شركة المشروع في تنفيذ الأعمال، بحيث تبسط عليه سيطرتها المادية، كما يقع عليها أيضاً الالتزام بضمان استمرارها بالموقع، فلا يعترضها أحد أو يحول بينها وبين إتمام الأعمال محل العقد، فإن العمل الدولي جرى على إلزام الدولة أو الشخص المعنوي المتعاقد على توفير الأراضي اللازمة لتنفيذ المشروع لتجنب التأثير غير الضروري، أو الزيادة في تكلفة المشروع كنتيجة لاجتياز مساحة الأرض.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض - أبوظبي بأن: "الخطأ العقدي هو عدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أيًا كان السبب في ذلك، وسواء كان التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهمال أو فعله دون عمد أو إهمال، والعقد الإداري كغيره من العقود الملزمة لطرفيها يولد التزامات عقدية على عاتق كل منهما، ولا شك أن أخص التزامات الإدارة في عقد مقاوله الأعمال أن تمكن المتعاقد معها من موقع تنفيذ هذه الأعمال، بحيث يبسط عليه سيطرته المادية بما يمكنه من البدء في التنفيذ، كما يقع عليها أيضاً الالتزام بضمان استمراره بالموقع، فلا يعترضه أحد ينزع عنه حيازته أو يحول بينه وبين إتمام الأعمال محل العقد"⁽²⁾.

الالتزام الثاني: الالتزام بحماية شركة المشروع من المنافسة

من أبرز الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في عقود الـ B.O.T شرط عدم المنافسة، وذلك بأن تلتزم جهة الإدارة لشركة المشروع، بأن لا تمنح امتيازاً منافساً لها، وأن لا تعهد إلى جهة حكومية أخرى بأن تباشر نشاطاً منافساً لها خلال مدة معينة مباشرة، أو من خلال منافس آخر، وهذه التعهدات أو التأكيدات تقوم بذات الوظيفة التي تقوم بها حقوق القصر التي يتم منحها لشركة المشروع، من خلال تشريع أو قرار حكومي، والتي لا يجوز إلغاؤها أو النيل منها إيقافاً أو تعطيلاً حتى تمام مدة العقد⁽³⁾.

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت BOT و التطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 142.
(2) حكم محكمة النقض- أبوظبي في الطعن رقم 2019/8/19 قضائية والصادر بتاريخ 2019/12/26 موقع محامو الإمارات تاريخ الزيارة 2021 /8/9.
(3) UNCITRAL Legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 53.

وقد تعتبر شركة المشروع حق الحماية من المنافسة أحد أهم عناصر الجدوى التجارية للمشروع؛ لتغطية كافة تكاليفه ومخاطره، ولتحقيق أرباح معقولة، ولإسترداد ما أنفقتة من أموال، سواء في تشييد المرفق أو تشغيله⁽¹⁾.

ففي معظم مشروعات الطرق السريعة المنفذة بنظام الـ B.O.T ترغب دائماً شركة المشروع في ألا تتعرض لمنافسة مباشرة من أي طرق أخرى موازية الطريق الأصلي المعني، سواء أكان المرور في هذا الطريق بالرسوم أيضاً أو حتى بالمجان⁽²⁾.

وقد تحرص شركة المشروع على النص صراحة في العقد بعدم وجود مثل هذه المنافسة، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (2/34) من عقد القناة المائية في دبي Dubaitunnel من أنه على المانحين عدم تسهيل إنشاء مشروع آخر ثابت إلى حين بدء استغلاله في نهاية عام 2018⁽³⁾.

ولذلك فإن بعض التشريعات الوطنية تنص على أحكام، تتعهد بمقتضاها الجهات الإدارية الحكومة المضيفة بأن لا تيسر أو تدعم تنفيذ مشروع مواز أو مناظر من شأنه منافسة شركة المشروع، وفي بعض الحالات فإن القانون قد يتم تضمينه أحكاماً تلقي على الحكومة المضيفة تعهداً بأن لا تقوم بتعديل شروط اتفاقها مع شركة المشروع، والتي تخول الأخيرة نوعاً من القصر في تنفيذ النشاط دون موافقتها⁽⁴⁾.

ولذلك فإن الأحكام التشريعية التي تتعلق بحماية المنافسة، ينبغي أن تتسم بالمرونة، بحيث تدع أمر تنظيم حماية المنافسة في الحدود المعقولة محلاً للاتفاق بين الجهة المانحة وشركة المشروع، وأن تمثل الأحكام التشريعية الإطار الأساسي لبرنامج الحماية، أما التفاصيل فتترك للأطراف المعنية يتدارسونها في ضوء ظروف كل مشروع، وبما يحقق مصلحة جميع الأطراف المشاركة، وفي جميع الأحوال يتعين أن لا تتعارض الأحكام التشريعية بشأن تنظيم أو حماية المنافسة مع الالتزامات الدولية⁽⁵⁾.

وعليه فإنه قد يكون من المفيد التصريح لجهة الإدارة عندما تكون الظروف مواتية، بأن تتعهد بأن حقوق شركة المشروع سوف لا يتم التأثير عليها بلا مقتضى، كنتيجة للتغيرات اللاحقة في السياسات الحكومية، إلا إذا تم تعويض شركة المشروع تعويضاً عادلاً، ونظراً لقابلية المرافق

(1) UNCITRAL Legislative guide on privately financed infrastructure projects. P. 53.

(2) UNIDO Bot Legislative guides, P. 68

(3) نص هذا العقد المبرم بين حكومة دبي والشركة البريطانية على التزام حكومة دبي بعدم إقامة مشروع مشابه في إمارة دبي لفترة ثلاثين عاماً.

(4) UNCITRAL Legislative guide on privately financed infrastructure project P. 53.

(5) UNIDO BOT Guidelines, P. 68.

العامة للتغير والتطور، فإنه من المفيد أن لا يتم فرض قيود تشريعية على قدرة الحكومة المضيفة في أن تعيد ترتيب مسألة المنافسة بشأن قطاع ما أو مرفق معين، والأجدى أن يتم تنظيم هذه المنافسة أو ضمان حد أدنى من السوق لشركة المشروع، أو تقييد المنافسة لصالحها من خلال العقد، وإذا ما تغيرت الظروف واقتضت فتح السوق للمنافسة بما يؤثر على مركز شركة المشروع التجاري، و يجب لها تعويض يربو ما حاق بها من خسارة نتيجة فتح السوق للمنافسة، أو إنشاء مرفق أو مرافق موازية للمرفق الذي تقوم عليه شركة المشروع⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد توصي لجنة UNCITRAL بضرورة تخويل الجهة المانحة سلطة التفاوض مع شركة المشروع بشأن التعويض الذي يجب أدائه إلى شركة المشروع، نتيجة إنشاء مشروع منافس أنشأته الجهة الإدارية، أو نتيجة اتخاذ أي تدبير مكافئ في الأثر لإنشاء مشروع أو مرفق مماثل، من شأنه التأثير سلبيًا على حقوق شركة المشروع الاحتكارية⁽²⁾.

المطلب الثاني

التزامات المتعاقد مقابل الإدارة

يتم النص في عقود الـ B.O.T والملاحق المرفقة بها على إلزام شركة المشروع بالقيام بالعديد من الالتزامات المتعلقة بتشغيل المرفق وإدارته، وتوفير متطلبات التشغيل الأساسية. ويتناول الباحث هذه الالتزامات على النحو الآتي:

الفرع الأول

الالتزامات العامة الملقة على المتعاقد

تتضمن غالبًا عقود الـ B.O.T أو الملاحق المرفقة بها أحكامًا تفصيلية بالالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع، والتي تكفل سير المرفق محل العقد بانتظام واطراد، ويمكن إجمال هذه الالتزامات فيما يلي:

(1) UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, P. 54.

(2) UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects, page is particularly advisable to provide the contracting authority 54, para 57.

أولاً: الالتزام بتوفير المتطلبات الأساسية لتشغيل المرفق

تلتزم شركة المشروع بالحصول على كافة التراخيص والمرفقات اللازمة قانوناً قبل البدء في تشغيل المرفق، وتقوم شركة المشروع، بتقديم الطلبات للجهات المختصة للحصول على جميع التراخيص والموافقات، سواء كانت هذه الطلبات طلبات مبدئية أو طلبات لاحقة، كما تلتزم شركة المشروع بأن ترسل جميع المستندات والوثائق المطلوبة، وينبغي أن تكون المعلومات الواردة بها كاملة ودقيقة، وينبغي أن تسمح شركة المشروع للجهات الإدارية المختصة بإجراء كافة المعاينات اللازمة للمرفق لإصدار تلك التراخيص، كما تلتزم شركة المشروع بسداد كافة الرسوم المقررة لإصدار جميع التراخيص والموافقات اللازمة للبدء في تشغيل المرفق.

كما تلتزم شركة المشروع بإعداد ميزانية سنوية عن تشغيل المرفق، توضح بها جميع النفقات والعائدات، وأن تثبت بأن عائدات المرفق تكفي لتغطية التشغيل، وتسمح بكافة العائد المتفق عليه بالعقد والملاحق المرفقة به. وتلتزم شركة المشروع بتعيين العاملين المواطنين أو الأجانب إذا اقتضى الأمر، الذين تتوافر لديهم المؤهلات والخبرات العلمية، والعملية لتشغيل المشروع وصيانته. ويتعين على هؤلاء العاملين احترام كافة القوانين واللوائح والتعليمات المتعلقة بتشغيل المرفق وصيانته، وكذلك الامتناع عن القيام بأي عمل من شأنه المساس أو الإضرار بالكفاءة الإنتاجية لتشغيل المرفق.

ثانياً: التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق

ويقصد بهذا الالتزام قيام شركة المشروع بإجراء الكشف الدوري على جميع الأصول المستخدمة في المرفق، وإصلاح واستبدال الأجهزة والمعدات وقطع الغيار التالفة، واتخاذ كافة الإجراءات الفنية من أجل المحافظة على المعدات والآلات، ورفع كفاءة تشغيلها لتحقيق النتائج الموجودة منها، وذلك وفقاً للخطط أو الكشف أو الجداول الزمنية الواردة بالعقد أو الملاحق المرفقة به⁽¹⁾.

وتكمن أهمية هذا الالتزام في أن شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة العقد بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، ومما لا شك فيه أن قدرة شركة المشروع على تنفيذ هذا الالتزام ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام شركة المشروع بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق على النحو السالف بيانه، حتى يظل المرفق بحالة جيدة عقب انتهاء فترة الامتياز، لذلك ينبغي أن يحدد العقد أو الملاحق

(1) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 406، هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 386.

المرفقة به مدى سلطة الجهة الإدارية المتعاقدة في التأكيد من قيام شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام على الوجه الأكمل⁽¹⁾.

ويمتد التزام شركة المشروع بالصيانة ليشمل الالتزام بتطوير الآلات والمعدات ونقل التكنولوجيا اللازمة لتطوير المرفق وزيادة كفاءة تشغيله، فهناك مشروعات تستلزم تطويراً دائماً للمعدات والآلات⁽²⁾.

وتتضمن عقود ال B.O.T أو الملاحق المرفقة بها المعايير التي ينبغي لشركة المشروع الالتزام بها عند القيام بأعمال الصيانة.

ويمكن القول بأن إخلال شركة المشروع بالالتزام الملقى على عاتقها بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق ومعداته ومتعلقاته وفقاً لمعايير النوعية المتفق عليها، أو التأخير بغير عذر في القيام بأعمال الصيانة وفقاً للخطط والكشوف والجدول الزمنية المتفق عليه يعد خطأ عقدياً من جانب شركة المشروع في تنفيذ العقد.

ويجب النص على عقود ال B.O.T أو الملاحق المرفقة به على إلزام شركة المشروع بالقيام بإجراء إصلاح واستبدال المعدات والأجهزة وقطع الغيار التي يصيبها عطل أثناء تشغيل المرفق⁽³⁾، كما ينبغي أن يحدد العقد أو الملاحق المرفقة به الفترة الزمنية التي يجب أن تقوم خلالها شركة المشروع بتنفيذ هذا الالتزام.

ومن الممكن أن يتضمن العقد أو الملاحق المرفقة به، جدولاً زمنياً لأعمال الصيانة، الأمر قد يستوجب التزام شركة المشروع به، فإذا لم يكن هناك جدول رسمي، فيجب أن تتم أعمال الصيانة وفقاً لما جرى عليه العمل (الصيانة الدورية)⁽⁴⁾.

ويمكن إثبات قيام شركة المشروع بتنفيذ الالتزام الملقى على عاتقها بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق بالنص في العقد أو الملاحق المرفقة به باشتراك مندوبين عن الجهة الإدارية المتعاقدة مع مندوبي شركة المشروع في تنفيذ أعمال الصيانة، وقد يكون هذا الإجراء وسيلة فعالة لتدريب مندوبي الجهة الإدارية المتعاقدة على إجراء الصيانة.

(1) جاد نصار، عقود البوت ال B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 150.

(2) صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 386-387.

(3) المرجع السابق، ص 387.

(4) المرجع السابق، ص 387.

ويجب أن يتضمن العقد الملاحق المرفقة به إلزام شركة المشروع بتقديم تقرير عقب إنجاز الإصلاحات، على أن يتضمن هذا التقرير وصفًا لأسباب العطل، والعمل الذي أجري، والمواد المستخدمة في الإصلاحات، على أن يكون التقرير مدعومًا بسجلات تثبت الوقت الذي استغرق فيه إجراء جميع الإصلاحات. ويجب أن يتضمن العقد أو الملاحق المرفقة به إلزام شركة المشروع بتقديم تقارير عن كل عملية للصيانة فور إنجازها، على أن تتضمن تلك التقارير وصفًا لأنشطة الصيانة التي أجريت، وكذلك يجب إلزام شركة المشروع بتقديم سجلات تثبت الوقت الذي استغرق فيه إجراء جميع أنشطة الصيانة. ويمكن إثبات سلامة الإصلاحات التي قامت بها شركة المشروع عن طريق قيام لجنة مشتركة من الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع بفحص مشترك لتلك الإصلاحات، أو عن طريق تشغيل المرفق بصورة ناجحة لإنجاز عملية الإصلاحات⁽¹⁾.

ثالثًا: الالتزام بالتعاون مع الجهات الإدارية المختلفة

يلتزم شركة المشروع بالتعاون مع الجهات الإدارية المختلفة للعمل على تشغيل المرفق بانتظام واطراد، ومن أجل أن يستمر المرفق في تقديم الخدمات التي يؤديها للجمهور المنتفعين بطريقة منتظمة وميسورة.

ويوجد عدد من القوانين تفرض على مقدمي الخدمات العامة التزامًا بأن يوفر إلى الجهة التنظيمية معلومات منضبطة وعاجلة بشأن عملياتهم، بل إن هذه القوانين تتيح للجهة التنظيمية سلطة الحصول على هذه المعلومات، كما يكون لها إجراء تحقيقات وفحص الحسابات بما في ذلك للتحقق من سلامة الأداء من الناحية المحاسبية، كما يكون لها توقيع جزاءات على الشركات غير المتعاونة في هذا الصدد، وغالبًا ما تنص القوانين على إجراءات صدور أوامر لتنفيذ عملية الإقضاء والعلائية، وفرض عقوبات على مخالفة هذه الأوامر، ولذلك فإن شركة المشروع عادة ما تكون مطالبة بالاحتفاظ بحسابات مالية وبيانات مالية، بحيث تتيح للجهة التنظيمية إمكانية الرقابة على سائر الأنشطة المختلفة التي يقوم بها الملتزم، والصفقات المالية بين شركة المشروع أو الشركة الملتزمة وبين الشركات المنتسبة أو التابعة لها قد تتطلب الأخرى نقصًا أو تحقيقًا، وذلك لأن شركة المشروع الملتزمة بإنشاء منتظمين أو منتسبين أجنب، ومشغلو البنية الأساسية بطبيعة الحال عادة ما يكون لديهم تقارير ووثائق تنطوي على معلومات وبيانات تفصيلية متعلقة بالأداء المرفقي، ومتعلقة بالجوانب الفنية للمرفق، ومن ثم فإنه من المفيد كقاعدة عامة أن يتم تحديد قيود معقولة

UNCTRAL: legal guide on drawing up contracts for the construction of industrial works (United Nation publication, page 287.)

لمدى ونوعية المعلومات التي يلزم صاحب الامتياز بتقديمها، علاوة على ذلك ينبغي اتخاذ تدابير ملائمة لحماية سرية الوثائق التي تنطوي على حقوق ملكية فكرية، يكون الملزم أو أي من الشركات التابعة له قد قام بتقديمها إلى الجهة أو الوكالة لتنظيمية⁽¹⁾.

كما تلتزم شركة المشروع بالسماح لممثلي الجهة الإدارية المتعاقدة بالدخول إلى المرفق بشكل دوري ومنتظم طبقاً للقواعد والإجراءات التي يتفق عليها بالعقد، أو الملاحق المرفقة به لرقابة تشغيل المرفق، كما تلتزم شركة المشروع بأن تقدم لممثلي الجهة الإدارية كافة التقارير والمعلومات والمستندات والبيانات المتعلقة بتشغيل المرفق، وبما يضمن استمرارية عمل وتشغيل المرفق بالكفاءة المطلوبة، وذلك بحسبان أن عقود الـ B.O.T تتصل بمرافق عامة تؤدي خدمات عامة للأفراد، وهو الأمر الذي يستوجب تدخل الجهة الإدارية المتعاقدة من أجل الرقابة والإشراف على تنفيذ شركة المشروع لالتزاماتها أثناء مرحلة تشغيل المرفق.

الفرع الثاني

الالتزامات الخاصة الملقة على المتعاقد

تتمثل الالتزامات الملقة على عاتق المتعاقد (شركة المشروع) فيما يلي:

أولاً: الالتزام ببناء وإدارة المرفق خلال الميعاد المحدد

العقد الإداري يمثل إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير العامة تلك المرافق التي تخضع في سيرها وإدارتها للقاعدة الأصولية التي تؤكد ضرورة سيرها بانتظام واطراد، وعلى ذلك فإن مدة التنفيذ واحترامها في النطاق الإداري إنما يعد الترجمة الفعلية لقاعدة سير المرافق العامة بانتظام، واستمراره بعرض تحقيق خدمة دائمة ومنتظمة للمنتفعين بخدمات تلك المرافق⁽²⁾.

ويقصد بمدد تنفيذ العقد الإداري الموعد أو المواعيد التي يحددها، أو الملاحق المدرجة به لإنجاز وأداء الخدمات أو الأعمال المتفق عليها وفقاً لشرعية العقد ونوعه⁽³⁾.

وتتضمن غالباً عقود الـ B.O.T والملاحق المدرجة به جدولاً زمنياً يحدد بدء أعمال التشييد، وتسلسل أعمال التشييد، وكذلك موعد إنجاز أعمال التشييد، مثال ذلك: مشروع إنشاء مطار عجمان

(1) UNCTRAL document No NCN.9/471/Add5- on construction and apareon of infrastructure 6 December 1999, PP. 30-31.

(2) محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 229.

(3) حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، مرجع سابق، ص 368.

في إمارة عجمان بنظام الـ B.O.T، حيث ألزمت حكومة إمارة عجمان الشركة بأن يكون التنفيذ على مرحلتين:

المرحلة الأولى: في نهاية ديسمبر 2015 وتشمل إنشاء وتوسعة الطريق، وبناء بوابات على الطريق في منطقة المنامة في إمارة عجمان، وإنشاء البنية التحتية للمطار والمنطقة الحرة من قبل الشركة الإسبانية.

المرحلة الثانية: تبدأ مع بداية التحصيل وتنتهي في تاريخ نهاية العقد في عام 2018⁽¹⁾. وتشمل هذه المرحلة بدء تشغيل المطار والمراكز التجارية والمنطقة الحرة.

فإعداد جدول زمني محدد لتشديد المرفق في عقود الـ B.O.T يسهل إجراء التقدم المحرز في أعمال التشييد، كما أنه يسهل تغيير موعد إنجاز أعمال التشييد إذا لزم الأمر⁽²⁾، بالإضافة إلى حسم كثير من المنازعات التي يمكن أن تؤدي إلى فشل المشروع أو تأخير تنفيذه⁽³⁾. وتبدأ مدة تنفيذ أعمال التشييد في عقود الـ B.O.T من التاريخ المحدد بالعقد⁽⁴⁾.

ويمكن القول بصفة عامة، إن الأساس القانوني للالتزام شركة المشروع لإنجاز التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد يكمن في مقتضيات الصالح العام⁽⁵⁾.

فإلزام شركة المشروع بإنجاز التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد يعد تنفيذاً لعقد مع سلطة عامة فحسب، وإنما هو وسيلة حيوية لتأمين وضمان سير المرفق العام محل العقد على نحو منظم ومستمر، وبدون الالتزام الصارم بالتنفيذ وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد يتعذر الانتهاء من الأعمال وتقديم الخدمات للمنتفعين بالمرفق في مواعيدها المقررة.

وعقود الـ B.O.T تتعلق غالباً بمرافق عامة تؤدي خدمات لجمهور المنتفعين، مثل محطات الكهرباء، أو المياه، أو المطارات، أو غيرها من المرافق العامة، ومن ثم فإن التزام شركة المشروع بإنجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد والملاحق المدرجة به يعد من أهم التزاماتها في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق محل العقد بانتظام واطراد.

(1) لمزيد من التفاصيل انظر : Emirate.wiki\wiki\ajman تاريخ الزيارة 2021-7-28.

(2) UNCTRAL legal Guide on Drawing up international contracts for the construction of industrial works- New York- 1987, P. 143.

(3) جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 144.

(4) محمد سعيد، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 248.

(5) عيسى عبد القادر الحسن، الالتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص 87.

ومن المقرر أن التزام شركة المشروع باحترام مدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد يعتبر التزاماً أساسياً وجوهرياً، بحسبان أن جهة الإدارة في تحديد مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير؛ حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد. كما أنه من المستقر عليه أن جهة الإدارة في تحديد مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير، حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽¹⁾.

ويمكن القول بصفة عامة إن التزام شركة المشروع بإنجاز وتشبيد المرفق للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يجدي شركة المشروع نفعاً لإعفاء مسؤولياتها عن التأخير في إنجاز التشبيد أن يثبت أنها بذلت كل ما في وسعها لإنجاز أعمال التشبيد للجدول الزمني المحدد، ولكنها لم تتمكن من ذلك، لأن المدة المحددة لم تكن كافية لإنجاز أعمال التشبيد، فمثل هذا العذر لا يكفي لدرء المسؤولية عن شركة للمشروع، ولا تنقضي المسؤولية في هذه الحالة إلا بإثبات وجود سبب أجنبي، كحادث فجائي، أو قوة قاهرة، أو فعل جهة الإدارة أدى إلى عدم إنجاز أعمال التشبيد وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به⁽²⁾. ذلك لأن عدم إنجاز تشبيد المرفق من جانب شركة المشروع وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها. ويعد تخلف شركة المشروع عن إنجاز تشبيد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد خطأ عقدياً في جانب شركة المشروع يبرر توقيع الجزاءات عليها.

ثانياً: الالتزام بتشغيل وإدارة المرفق

تنصب عقود الـ B.O.T على إنشاء وإدارة واستغلال مرافق عامة تؤدي خدمات للجمهور، مثل المطارات أو الموانئ أو محطات توليد الطاقة الكهربائية أو الطرق السريعة، أو غيرها من المرافق الحيوية التي تهدف إلى إشباع حاجة عامة جماعية يحس بها مجموع الأفراد⁽³⁾.

-
- (1) هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، مرجع سابق، ص 402.
 - (2) المرجع السابق، ص 400، وعادل عبد الرحمن، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص 74.
 - (3) تحتل مرحلة التشغيل مرتبة عالية بالنسبة لشركة المشروع، لأنها المرحلة التي تتقاضى فيها عائدات استخدام المرافق لاسترداد استثمارها وتحقيق أرباحها، ولذلك فإن شروط وأحوال تشغيل المرفق وصيانته، وكذلك معايير النوعية والأمن غالباً ما تتناولها التشريعات، كما يتناولها العقد بتفصيل أكبر، بل أنه في بعض قطاعات البنية الأساسية، إن الجهة المانحة أو أي جهة تنظيمية مستقلة قد تمارس وظيفة إشرافية على تشغيل المرفق، وتعد مشاركة شركة ذات خبرة في تشغيل المرفق عاملاً هاماً لضمان سلامة المشروع في الأجل الطويل.

كما أن تشغيل مرافق البنية الأساسية تحكمه مبادئ عامة تكاد تكون موحدة، سواء تم إدارتها بطريقة مباشرة بمعرفة جهة الإدارة، أو بطريقة الالتزام، وهذه المبادئ هي مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة، ومبدأ قابلية المرافق العامة للتعديل والتغيير. وهذه المبادئ ترتبط ارتباطاً وثيقاً بفكرة المرفق العام، لأنه يهدف إلى إشباع حاجة عامة للمواطنين، ومن ثم يتعين على شركة المشروع الالتزام بهذه المبادئ ومراعاتها عند قيامها بتشغيل المرفق وتقديم الخدمة لجمهور المنتفعين⁽¹⁾.

وتعد قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد من أهم القواعد التي تحكم سير المرافق العامة، وذلك لأن المرفق العام يؤدي للأفراد خدمات أساسية دائمة ومستمرة، يتوقف عليها إلى حد كبير تنظيم أحوال معيشتهم، فيجب أن يجد المنتفع من المرفق العام الخدمة التي يؤديها المرفق ميسورة في الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها فيه⁽²⁾.

وبالرغم من أن معظم التشريعات لا تنص صراحةً على هذا المبدأ، فإن القضاء قد أقره في أحكامه، والمشرع في معظم الدول قد رتب عليه نتائج تفترض وجوده، ولما كان هذا المبدأ هو أهم المبادئ على الإطلاق، فإنه أكثر المبادئ ترديداً في أحكام القضاء الإماراتي، وخصوصاً من المحكمة الاتحادية العليا. وهذا المبدأ تبرره طبيعة المرفق العام، فالمرفق العام يهدف إلى إشباع حاجة جماعية، الأمر الذي يبرره ضرورة تطور هذا المرفق، والوسائل والأساليب التي يتم بها تحقيق هدف المرفق، فالمرفق العام يجب أن يستخدم في أداء الخدمة لجمهور المنتفعين بانتظام واطراد، فتوقف المرفق العام عن أداء الخدمة لجمهور المنتفعين بانتظام واطراد، سواء أكان هذا التوقف مؤقتاً أو دائماً، أمر يتعارض مع طبيعة المرفق العام، لأن المرفق العام يستهدف إشباع حاجة عامة بصفة دائمة ومستمرة⁽³⁾.

وتطبيقاً لهذه القاعدة، يقع على عاتق شركة المشروع التزام رئيسي بتشغيل المرفق بانتظام واطراد، وذلك أن عقود الـ B.O.T تتصل بمرافق عامة تؤدي خدمة عامة للأفراد، فتوقف شركة المشروع عن تشغيل المرفق بانتظام واطراد يؤدي إلى اضطراب سير المرفق العامة، فلا يستطيع تقديم الخدمات التي يؤديها للأفراد بطريقة منتظمة وميسورة. وكما أن إخلال شركة المشروع

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 146.

(2) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 326.

(3) مصطفى فهمي أبو زيد، الوجيز في القانون الإداري الجزء الأول، نظرية المرافق العامة، الطبعة الثالثة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، 1981، ص 184، وجابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 147.

بالتزامها بتشغيل المرفق بانتظام واطراد على نحو مستمر، يعد خطأ عقدياً جسيماً من جانب شركة المشروع في تنفيذ العقد.

ثالثاً: الالتزام بمبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة

يعد مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة من المبادئ الأساسية لضابطة سير المرافق العامة، ويقصد بهذا المبدأ توحيد المعاملة بين المنتفعين من المرفق العام متى تماثلت ظروفهم، وتوافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون لتلقي الخدمة من المرفق العام، بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر له بين المنتفعين من المرفق العام⁽¹⁾. ومبدأ المساواة بين المنتفعين بخدمات المرافق العامة مستمد من المبادئ الدستورية العامة ومن ذلك ما نصت عليه المادة 25 من الدستور الإماراتي الصادر عام 1971: "جميع الأفراد لدى القانون سواء، ولا تمييز بين مواطني الاتحاد بسبب الأصل أو الموطن أو العقيدة الدينية أو المركز الاجتماعي"⁽²⁾.

ومبدأ المساواة بين المنتفعين يجد أساسه أيضاً من طبيعة وجود المرفق العام، بيد أنه يستهدف إشباع حاجة عامة جماعية يحس بها مجموع الأفراد، ولا يستطيع النشاط الفردي إشباعها، فالمرفق العام لا يهدف إذن إلا للصالح العام، مصلحة الجميع بغير استثناء.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن المقصود بالمساواة التي نصت عليها المادة (25) من الدستور الإماراتي الاتحادي هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية⁽³⁾.

ولا يقصد بالمساواة في هذا المقام المساواة الحسابية أو المطلقة، وإنما المقصود بها توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف، وعلى ذلك يجوز التمييز في المعاملة إذا اختلفت الظروف، وبمعنى آخر فإن مفهوم مبدأ المساواة بين المنتفعين يرتكز أساساً على الحيلولة بين الملتزم وخلق امتيازات خاصة لبعض المنتفعين لا تستند إلى أساس معقول⁽⁴⁾. ونظراً لتعلق عقود الـ B.O.T بمرافق عامة تؤدي خدمات للجمهور، مثل المطارات أو الموانئ أو محطات توليد الطاقة الكهربائية أو الطرق السريعة، ومن ثم يتعين على شركة المشروع توحيد المعاملة بين المنتفعين

(1) سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 377، مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، مرجع سابق، ص 307.

(2) انظر نص المادة (25) من الدستور الإماراتي الاتحادي.

(3) انظر حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 2016/47 والصادر بتاريخ 22 فبراير 2017.

(4) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 550.

من المرفق العام متى تماثلت ظروفهم، وتوافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون لتلقي الخدمة من المرفق العام، بحيث لا يكون هناك تمييز لا مبرر له بين المنتفعين من المرفق العام⁽¹⁾.

ومن ثم يجب على شركة المشروع إتاحة الخدمة بموجب ذات الشروط إلى جميع العملاء أو المستخدمين الذين ينخرطون في فئة واحدة، وهذا لا يتناقض مع التمييز الذي يترد إلى تقسيمات مقبولة وموضوعية، فهذا التمييز يكون مقبولاً في ظل هذه الأنظمة القانونية، طالما أن الخدمة المعنية تحجب عن العملاء والمستخدمين الذين تنطبق عليهم أوصاف معينة عامة ومجردة، أي أن الفئات المحرومة تخضع لظروف واحدة متشابهة، ويتحددون بأوصافهم ولا يتحددون بذواته، وعلى ذلك يعد مخالفة لمبدأ المساواة في المعاملة بين المنتفعين فرض أسعار مختلفة، أو عرض شروط وصول مختلفة إلى الخدمة المعنية لفئات مختلفة من المستخدمين، ومن ثم فإن التفرقة المقبولة والمتسقة مع مبدأ المعاملة المنصفة ينبغي أن تستند إلى معيار موضوعي مصحوب بفروق واقعية في مواقف المستهلكين، أو في الشروط التي بموجبها تقدم الخدمة إليهم، بل أنه عندما توجد فروق واقعية أو موضوعية بين العملاء أو المستخدمين، فإن التفرقة في المعاملة من حيث الفروض المقررة مقابل الخدمة أو الشروط التي بها يتم الحصول على الخدمة، ينبغي أن تكون هذه التفرقة متناسبة مع درجة الاختلافات الموضوعية بين العملاء التي تقررت التفرقة بناء عليها، وإلا كانت تفرقة غير قانونية توجب تدخل الجهة التنظيمية المعنية⁽²⁾.

وبالإضافة إلى التفرقة في المعاملة التي قد تقررها شركة المشروع، توجد أحياناً تفرقة في المعاملة مفروضة بموجب تشريعات تقتضي تقديم خدمات معينة بشروط أكثر تفضيلاً إلى فئات معينة، أو لها خصوصية معينة، ومن ذلك تقرير تكلفة أقل لنقل أفراد المدارس أو كبار السن، أو خفض تعريفات المياه والكهرباء لمحدودي الدخل وسكان المناطق الريفية، ومقدمي الخدمات العامة يمكن لهم أن يستردوا أعباء هذه الخدمات بطرق شتى، منها الإعانات الحكومية، أو الصناديق، أو الآليات الرسمية الأخرى المنشأة خصيصاً للمشاركة في العبء المالي لهذه الالتزامات بين سائر مقدمي الخدمة العامة، أو من خلال الدعم أو الإعانات التقاطعية الداخلية، من الخدمات الأكثر ربحية التي يقدمها الملتزم⁽³⁾.

(1) جابر جاد نصار، عقود البوت الـ B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 146.
(2) وقد وضعت لجنة الاونسيترال حكماً تشريعياً نموذجياً فيما يتعلق بهذه المبادئ، ويوجب هذا الحكم تضمين عقد الامتياز التزامات من شأنها وفاء الملتزم أو تحقيقه لهذه المبادئ.

See UNCTRAL document No A/NCN.9/WG.29/Add2, model provisions 31 operation of infrastructure.

(3) UNCITRAL Legislative guide, P. 130.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الاتحادية العليا أن الإدارة أثناء تسييرها للمرفق العام لإشباع حاجات الأفراد بالخدمات التي يقوم عليها هذا المرفق، لا تتقيد بأسلوب محدد أو طريق لأداء هذه الخدمة، بل تترخص في اختياره الوسيلة بما لا معقب عليها من القضاء، شريطة ألا تسيء استعمال سلطتها التقديرية المخولة لها في هذا الشأن، أو تنحرف في استخدامها، فالأصل أن إنشاء هذه المرافق والخدمات يعد من إطلاقات جهة الإدارة التي لها أن تقرر إنشاءها، كما لها أن تعدل عن ذلك، أو أن تقوم بتنفيذها جزئياً طبقاً لما تراه ملائماً ومناسباً، ولا تعقيب عليها في ذلك، لا سيما إذا تعلق الأمر بأصول فنية ارتأتها الجهة الإدارية في إنشاء المرافق، أو العدول عنها، وكان هدفها من وراء ذلك أداء الخدمة في شكلها جوهرها الذي يفيد جمهور المستفيدين منها، مع الاقتصاد في النفقات محافظة على المال العام⁽¹⁾.

(1) حكم المحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم 2016/89، إداري، تاريخ الإصدار 2017/5/25. وهذا الالتزام أشير إليه في وثيقة لجنة الاونسيترال برقم A/NCN.9/47/Add.5 .

الخاتمة

عالجت هذه الدراسة بالشرح والتحليل موضوع إشكاليات تعاقد الدولة والاستثمار بنظام عقود الـ B.O.T -دراسة تحليلية بدولة الامارات العربية المتحدة-. وجاءت الدراسة بما تتضمنه من مباحث ومطالب في فصلين ومبحث تمهيدي، حيث جاء المبحث التمهيدي بعنوان ماهية عقد الـ B.O.T وخصائصه، وقسم إلى مطلبين: اعتنى المطلب الأول بتعريف بعقد الـ B.O.T، والمطلب الثاني اختص ببيان خصائص عقود الـ B.O.T. أما الفصل الأول فقد جاء بعنوان أحكام عقد الـ B.O.T ، واشتمل على مبحثين، استعرض المبحث الأول الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T، والمبحث الثاني تناول أطراف عقد الـ B.O.T. واتخذ الفصل الثاني من حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T عنواناً له، وقسم إلى مبحثين، المبحث الأول خصص لشرح وتحليل حقوق الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T، أما المبحث الثاني فخصص لشرح وتحليل التزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T.

وبعد مناقشة ومعالجة وتحليل المسائل الموضوعية مدار البحث، انتهت الدراسة إلى مجموعة من النتائج والتوصيات.

أولاً: النتائج

1. خلصت الدراسة بأن عقد البوت هو من المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها، على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة، ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة، يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة العقد، على أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة بدون مقابل.

2. خلصت الدراسة إلى أن عقود الـ B.O.T هي عقود إدارية انطلاقاً من أسانيد تدعم وجهة النظر هذه. فعقود الـ B.O.T يتم عقدها من خلال نظام قانوني محدد، بالرغم أن لكل عقد ظروفه الخاصة، بحيث يتم وضع قاعدة عامة مجردة تقتضي بأن عقد الـ B.O.T عقد إداري يخضع لشروط استثنائية، لذا لا بد من تكييف عقد البوت على أنه عقد إداري في ضوء شروطه وعناصره، وأيضاً الظروف والملابسات التي أحاطت به، بحيث يكون التكييف متسقاً تماماً مع جوهر وحقيقة العقد، وكاشفاً في الوقت ذاته عن الخصوصية التي تميز عقد البوت.

3. انتهت الدراسة إلى أن عقد الـ B. O. T يتميز بقواعد وأحكام وإجراءات وآثار خاصة تميزه عن تلك المتعلقة بآثار العقد المدني، وعن بقية العقود الأخرى. كما أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تخضع للتعديل من جانب الإدارة وحدها، مما يضعف المبدأ الأساس الذي يقوم عليه مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، وأن هذا المبدأ يكاد يختفي في دائرة العقود الإدارية، ومنها عقد الـ B.O.T، وتصبح كفتا المتعاقدين غير متكافئة، يغلب فيها الصالح العام على مصلحة الشركة المتعاقدة، مما يترتب على ذلك حقوق وسلطات للإدارة، سواء ما يتعلق في تنفيذ العقد أو شروطه أو إنهائه، أو سواء فيما يخص علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية.

4. خلصت الدراسة إلى أن عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص هي عقود تبرم بين الدولة، أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، وطرف خاص يتخذ شكل شركة، يطلق عليها شركة المشروع، لمدة محددة، تعهد بمقتضاها جهة الإدارة إلى شركة المشروع مهمة تمويل وإنشاء وتجهيز مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وإتاحة خدماتها أو تمويل وتطوير هذه المرافق، مع الالتزام بصيانة ما يتم إنشاؤه أو تطويره، وتقديم الخدمات والتسهيلات اللازمة لكي يصبح المشروع صالحاً للاستخدام في الإنتاج، أو تقديم الخدمة بانتظام واطراد طوال فترة التعاقد.

5. اعترف المشرع الإماراتي بحق الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما ينسحب أيضاً على عقود البوت. ويرى المشرع الإماراتي أن الحق الممنوح للإدارة في تعديل عقودها الإدارية كقاعدة عامة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذها العقد يشمل تغيير شروطه، وتعديل مدى التزام المتعاقد بالزيادة والنقصان، وهذا الحق يمتد لجميع العقود دون استثناء.

6. من أبرز الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في عقود الـ B.O.T شرط عدم المنافسة، وذلك بأن تلتزم جهة الإدارة لشركة المشروع، بأن لا تمنح امتيازاً منافساً لها، وأن لا تعهد إلى جهة حكومية أخرى بأن تباشر نشاطاً منافساً لها خلال مدة معينة مباشرة، أو من خلال منافس آخر، وهذه التعهدات أو التأكيدات تقوم بذات الوظيفة التي يتم منحها لشركة المشروع، من خلال تشريع أو قرار حكومي، والتي لا يجوز إلغاؤها أو النيل منها، إيقافاً أو تعطيلاً حتى تمام مدة العقد.

7. إن التزام شركة المشروع بإنجاز تشييد المرفق للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به هو التزام بتحقيق نتيجة، فلا يجدي شركة المشروع نفعاً لإعفاء مسؤولياتها عن التأخير في إنجاز التشييد أن يثبت أنها بذلت كل ما في وسعها لإنجاز أعمال التشييد للجدول الزمني المحدد، ولكنها لم تتمكن من ذلك، لأن المدة المحددة لم تكن كافية لإنجاز أعمال التشييد.

8. خلصت الدراسة إلى أن حق الإدارة في تعديل عقود الـ B.O.T بصفة خاصة لا يستمد من نصوص العقد، بل من النظام العام للمرافق العامة والذي يحكم كفاءة إدارة المرافق العامة بانتظام واطراد بما يحقق المصلحة العامة، وعلى ذلك فحق الإدارة في تعديل عقود الـ B.O.T هو حق أصيل لها، ومقرر بغير الحاجة إلى النص عليه في العقد، بل وبغير الحاجة إلى موافقة الطرف الآخر على هذا الحق.

ثانياً: التوصيات

في ضوء ما تم مناقشته من مسائل موضوعية في هذه الدراسة، فإن الباحث يوصي بما يلي:

1. حث المشرع الإماراتي على معالجة موضوع عقود البوت بموجب نصوص قانونية على سبيل التحديد والتخصيص وإذا كان المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة عني بتنظيم العقود الإدارية بمقتضى القرار الوزاري رقم 20 لسنة 2000 وتعديلاته، إلا أنه سكت عن عقود البوت ولم ينظمها، بل ولم يشر إليها في ذلك القرار وتعديلاته.

2. يوصي الباحث بحسم مسألة التكييف القانوني لعقود البوت، والنص صراحة على أنها عقود إدارية، وأن كانت عقوداً إدارية ذات طبيعة خاصة، حتى لا تبرم بعض الجهات الإدارية عقوداً تعطي شركة المشروع امتيازات غير مألوفة في عقود الإدارة، وبحيث لا تصبح شركة المشروع في مركز قانوني مماثل للجهة الإدارية المانحة.

3. يوصي الباحث بعدم تخويل شركة المشروع الحق في الإنهاء المباشر لعقد البوت بالإرادة المنفردة، وإنما النص فقط على حقها في اللجوء إلى القضاء أو التحكيم لطلب إنهاء العقد، أو التعويض كما هو واقع الحال في عقد إنشاء مطار عجمان الدولي.

4. تعزيز رقابة ديوان المحاسبة على بعض الهيئات القائمة على أنشطة الإدارة العامة، سواء من الناحية القانونية أو المالية للمحافظة على المال العام.

المراجع

أولاً: الكتب العامة

1. أحمد سلامة، أحكام الملكية الفردية في القانون المصري، بدون ناشر، 1980.
2. أحمد السيد الزقرد، الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، 2009.
3. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1973.
4. أعاد علي القيسي، العقد الإداري وفقاً لنظام عقود الإدارة، الإمارات العربية المتحدة، مكتبة جامعة الشارقة، 2014.
5. بكر قباني، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت.
6. جميل الشرفاوي، دروس في الحقوق العينية الأصلية، الكتاب الأول، حق الملكية، دار النهضة العربية، 1971.
7. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
8. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1998.
9. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1991.
10. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، حق الملكية، دار النهضة العربية، 1991.
11. عبدالمنعم البدر اوي، حق الملكية، دار العلم للملايين، 2001.
12. عبدالواحد كرم، أحكام الالتزام في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفجر للطباعة والنشر، أبوظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، 2009.
13. عبدالوهاب البيتاي، العقود الإدارية في مملكة البحرين، دار البكر للنشر، البحرين، 2020.
14. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإدارية، دار النهضة العربية، 2009.

15. عمر حلمي، العقد الإداري، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
16. محمد المرسي زهرة:
- الحقوق العينية الأصلية في قانون المعاملات المدنية الاتحادي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، 1999.
- المصادر غير الإدارية للالتزام (الفعل الضار والفعل النافع)، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2002.
17. محمد أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه رقم 89 لسنة، 1998، خاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـ B. O. T، دار النهضة العربية، 2002.
18. محمود حلمي، العقد الإداري، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977.
19. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015.
20. مصطفى فهمي أبو زيد، الوجيز في القانون الإداري الجزء الأول، نظرية المرافق العامة، الطبعة الثالثة، مؤسسة المطبوعات الحديثة، 1981.

ثانيًا: الكتب المتخصصة

1. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرفق العام، دار الكتاب الحديث، 2011.
2. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية الـ B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، 2017.
3. أحمد السعيد، عقود الـ B.O.T وآلياتها التنفيذية والتشريعية، دار وائل للنشر، عمان، 2018.
4. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، الطبعة الثانية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
5. أحمد الهياجنة، خصخصة القطاع العام- الآثار والتبعات، دار الثقافة للنشر، عمان، 2019.
6. جمال عثمان جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء ونقل الملكية (B. O. T) أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، منشأة المعارف، 2012.

7. دويب عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2006.
8. سامي عبد الباقي، البنين التعاقدى لمشروعات الـ B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.
9. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
10. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017.
11. عمرو علي جمال الدين، بعض الأبعاد القانونية لمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
12. فهد محمد الحربي، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية البناء (نظام الـ B. O. T) والتملك ونقل الملكية، العبيكان للنشر، الرياض، 2019.
13. ماهر محمد حامد، النظام القانونى لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
14. محمد بهجت قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
15. محمد الروبي:
- عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، الجامعة العربية، 2016.
- عقود التشييد والاستغلال والتسليم الـ B.O.T، دار العلم للملايين، القاهرة، 2018.
16. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية، دار البيروتى العربى، القاهرة، 2018.
17. محمد فايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية البناء (نظام الـ B.O.T) والتملك والتشغيل ونقل الملكية (نظام الـ B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
18. مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الآفاق المشرقة ناشرون، الشارقة، 2011.

19. هاني صلاح سري الدين:

– النظام القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص،
2001.

– التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص،
الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، 2018.

20. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT) حقوق الإدارة المتقاعدة
والتزاماتها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، 2018.

ثالثاً: الأبحاث والمؤتمرات والدوريات العلمية

1. أحمد السيد الزقرد، عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، المؤتمر العلمي السنوي
السادس: التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي، مج
2، جامعة المنصورة- كلية الحقوق، 2002.

2. تهاني أبو القاسم تعظيم، الاستفادة من نظام الـ B.O.T، بحث منشور بالمجلة العلمية
للبحوث والدراسات التجارية، العددان الثالث والرابع، السنة الخامسة عشر، 2001.

3. محرم الدليمي، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام الـ
B.O.T، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، جامعة بغداد، 2020.

4. محمد أبو العينين، انتشار الاتجاه إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية
عن طريق نظام البوت B.O.T ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البناء
والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ومقومات نجاحها في مصر، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم
التجاري الدولي، القاهرة 14- 16 نوفمبر 1999.

رابعاً: الرسائل الجامعية

1. جابر صالح الحمادي، سلطات الإدارة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2019.
2. حميد اليماحي، النظام القانوني لإبرام العقود الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عجمان، 2018.
3. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1999.
4. سالم الصيفي، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت، وتطبيقاتها في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الكويت، 2017.
5. سليمان أحمد الشرار، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية ال BOT، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، أكاديمية شرطة دبي- قسم القانون العام، 2010.
6. سيف خميس الشامسي، النظام القانوني للمناقصات في دولة الإمارات العربية المتحدة، رسالة ماجستير مقدمة لكلية القانون- جامعة الإمارات، 2018.
7. عبدالله محمد السعيدة، النظام القانوني لعقود الأنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- الجامعة الأردنية، 2018.
8. عروب القيسي، النظام القانوني والاقتصادي لخصخصة مشروعات القطاع العام، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، 2016.
9. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.
10. محمد البطاينة، عقود الإدارة في التشريعات الأردنية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة عمان العربية، عمان، 2018.
11. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1983.
12. محمد المستريحي، عقد البوت وتطبيقاته في الأردن، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عمان العربية، 2015.

13. هارون الجمل، النظام القانوني في الجزاءات في عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1971.

14. وائل محمد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2008.

خامساً: القوانين والقرارات وأحكام المحاكم

1. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 والمعدل بالقانون رقم (1) لسنة 1987.

2. القانون الاتحادي رقم (8) لسنة 2018 في شأن الإيجار التمويلي الإماراتي.

3. قرار مجلس الوزراء رقم (32) لسنة 2014 بشأن لائحة المشتريات وإدارة المخازن في الحكومة الاتحادية.

4. القرار الوزاري رقم 20 بشأن نظام عقد الإدارة الصادر عن وزير المالية والصناعة الصادر بتاريخ 2000/2/22.

5. القرار الوزاري رقم 20 بشأن نظام عقد الإدارة الصادر عن وزير المالية والصناعة بتاريخ 2000/2/22.

6. الدليل الصادر عن مجلس الوزراء الاتحادي بموجب القرار رقم (1) لسنة 2017 بشأن أحكام وإجراءات عقود الشراكة بين الجهات الاتحادية والقطاع الخاص.

سادساً: المواقع الإلكترونية

1. www.argus-dubibliophile.com
2. www.cabinet-revel.com
3. www.celv-notices.fr.com
4. www.celv-notices.fr.com
5. www.unido.org.do
6. Emirate.wiki/wiki/Ajman

سابعًا: المصادر الأجنبية

1. Augenbhck, mark and gustier B. Scott, Build. operatic, and Transfer (B.O.T) Approach to I. infrastructure projects in Developing countries. (World Bank) August 2017.
2. Augenblick, Mark and Guster B. Scott, Build, operate, and Transfer (B.O.T) Approach to infrastructure projects in Developing Countries, (World Bank) August,1990.
3. UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects page xxv, Recommendation.
4. UNCITRAL legislative guide on privately financed infrastructure projects page xxv, Recommendation.
5. UNCITRAL, legislative guide on privately financed infraspinatus projects, introduction and background information.
6. UNCTTRAL: legal guide on drawing up contracts for the construction of industrial works (United Nation publication.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
1	- المقدمة:
3	- أولاً: مشكلة الدراسة
4	- ثانياً: تساؤلات الدراسة
4	- ثالثاً: أهمية الدراسة
5	- رابعاً: أهداف الدراسة
6	- خامساً: منهج الدراسة
6	- سادساً: الدراسات السابقة
7	- سابعاً: خطة الدراسة
	المبحث التمهيدي
10	ماهية عقد الـ B.O.T وخصائصه
11	• المطلب الأول: التعريف بعقد الـ B.O.T
20	• المطلب الثاني: خصائص عقود الـ B.O.T
	الفصل الأول
24	أحكام عقد الـ B.O.T في التنظيم القانوني الإماراتي
25	▪ المبحث الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T
26	• المطلب الأول: عقد الـ B.O.T بوصفه عقداً إدارياً

- 36 • **المطلب الثاني:** تمييز عقد الـ B.O.T عن العقود الإدارية الأخرى
- 37 ○ الفرع الأول: تمييز عقد الـ B.O.T عن عقود الأشغال العامة
- 39 ○ الفرع الثاني: تمييز عقد الـ B.O.T عن عقد التأجير التمويلي
- الفرع الثالث: تمييز عقود الـ B.O.T عن عقود المشاركة مع القطاع الخاص
41 لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة
- 44 ■ **المبحث الثاني: أطراف عقد الـ B.O.T**
- 45 • **المطلب الأول:** شركة المشروع
- 48 • **المطلب الثاني:** جهة الإدارة
- 50 • **المطلب الثالث:** المنفذون للمشروع

الفصل الثاني

- 52 **حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T وفقاً للواقع الإماراتي**
- 53 ■ **المبحث الأول: حقوق الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T**
- 54 • **المطلب الأول:** حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد
- 54 ○ الفرع الأول: حق الجهة الإدارية في الرقابة على تنفيذ المشروع
- الفرع الثاني: حق الجهة مانحة الالتزام في عقود الـ B.O.T في تعديل العقد
60 بإرادتها المنفردة
- 69 • **المطلب الثاني:** حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة
- 73 ■ **المبحث الثاني: التزامات الإدارة والمتعاقد في عقد الـ B.O.T**
- 73 • **المطلب الأول:** التزامات الإدارة مقابل المتعاقد

73	○ الفرع الأول: الالتزامات العامة في عقد الـ B.O.T
76	○ الفرع الثاني: الالتزامات الخاصة في عقد الـ B.O.T
82	● المطلب الثاني: التزامات المتعاقد مقابل الإدارة
82	○ الفرع الأول: الالتزامات العامة الملقاة على المتعاقد
86	○ الفرع الثاني: الالتزامات الخاصة الملقاة على المتعاقد
93	■ الخاتمة :
93	● أولاً: النتائج
95	● ثانياً: التوصيات
97	■ المراجع:
103	■ الفهرس: