



عمادة الدراسات العليا

جامعة القدس

التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

"دراسة مقارنة"

"محمد عمر" موسى جميل دويك

رسالة ماجستير

القدس - فلسطين

1437هـ - 2016م

التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

"دراسة مقارنة"

إعداد

"محمد عمر" موسى جميل دويك

بكالوريوس قانون - جامعة القدس - فلسطين

إشراف

د. ياسر زبيدات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص

بكلية الحقوق في جامعة القدس - فلسطين

القدس - فلسطين

1437هـ - 2016م



جامعة القدس

عمادة الدراسات العليا

كلية الحقوق/ القانون الخاص

إجازة الرسالة

التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

"دراسة مقارنة"

الاسم: 'محمد عمر' موسى جميل دويك

الرقم الجامعي: 21411362

المشرف: د. ياسر زبيدات

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ 2016/07/04م واجيزت من لجنة المناقشة المكونة من التالية أسماؤهم

وتوقيعهم:

التوقيع:

1. د. ياسر زبيدات: رئيس لجنة المناقشة

التوقيع:

2. د. محمد خلف: ممتحناً داخلياً

التوقيع:

3. د. احمد السويطي: ممتحناً خارجياً

القدس - فلسطين

1437هـ - 2016م

الاهداء

الى والدي العزيزين ...

الى اخوتي احبتي ...

الى اصدقائي وزملائي الاعزاء ...

إليهم اهدي هذا الجهد المتواضع ...

إقرار

انا الموقع ادناه اقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة انما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة اليه حيثما ورد، وان هذه الرسالة ككل، او أي جزء منها لم يقدم لنيل اية درجة علمية او لقب علمي او بحثي لدى اية مؤسسة تعليمية او بحثية اخرى.

الاسم: "محمد عمر" موسى جميل دويك

التوقيع:

التاريخ: 2016/07/04م

الشكر والتقدير

بداية أتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى استاذي ومعلمي وصديقي الدكتور ياسر زبيدات الذي شرفني بقبوله الاشراف على رسالتي هذه وكان خير المعلم والصديق طوال مسيرتي التعليمية، كما أتقدم بجزيل الشكر الى أعضاء لجنة المناقشة المحترمين الممتحن الداخلي الدكتور العزيز محمد خلف والممتحن الخارجي الدكتور احمد سويطي لكم مني كل التقدير والاحترام.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى جامعتي جامعة القدس، ممثلة برئيسها واساتذتها الافاضل، وكذلك الى جميع أعضاء الهيئة التدريسية والإدارية في كلية الحقوق - جامعة القدس الذين دعموني في مسيرتي التعليمية وساندوني كابن لهم ولهذه الكلية لكم مني كل الاحترام والتقدير.

المخلص

تناولت هذه الدراسة البحث في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، حيث يعتبر عقد البوت أحد الاساليب الجديدة لتمويل مشاريع البنية التحتية الأساسية للدولة والمرافق العامة واشباع حاجات مواطنيها دون زيادة الانفاق الحكومي او زيادة الأعباء المالية على الدولة، وذلك من خلال الاعتماد على القطاع الخاص في تمويل وانشاء وادارة هذه المشاريع والمرافق.

وقد عالجت هذه الدراسة إشكالية تتمحور حول التنظيم القانوني لعقد الـ B.O.T، حيث هدفت هذه الدراسة الى بيان التنظيم القانوني لهذا العقد في حال تم تطبيقه والاخذ به في فلسطين وذلك باعتباره صورة حديثة من صور انشاء المرافق العامة وادارتها، حيث تجسدت إشكالية هذه الدراسة في التساؤل التالي: ما هو التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في فلسطين على ضوء التشريعات السارية في فلسطين وإمكانية تطبيقه؟، وقد اتبع للإجابة على هذا التساؤل المنهج الوصفي التحليلي والمقارن عندما يقتضي الامر المقارنة.

حيث عمل الباحث في هذه الدراسة على بيان عقد البوت وصوره المختلفة وتمييزه عن العقود الأخرى التي قد تتشابه معه في بعض عناصرها، وكذلك التطرق الى الآراء الفقهية المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد وتحليلها ومحاولة الموازنة فيما بينها للوصول الى تكييف قانوني سليم لهذا العقد وبالتالي تحديد طبيعته القانونية.

وكذلك تحليل النصوص القانونية المتعلقة بعقد البوت واحكامه والسلطة المختصة بمنح الالتزام في عقد البوت في فلسطين وكيفية ابرامه وما يترتب على ابرام هذا العقد من حقوق وواجبات على اطراف العقد، وكذلك بيان طرق تسوية المنازعات المتعلقة به والقانون الواجب التطبيق

على المنازعات المتعلقة به وطرق انقضاء هذا العقد وانتهائه، ومقارنتها بما جاء به كل من
المشرع الأردني والمشرع المصري، وكل ذلك بهدف الوصول الى بيان التنظيم القانوني لعقد
البوت ووضع حجر الأساس لأول دراسة من هذا النوع في فلسطين، وفي نهاية الدراسة توصل
الباحث الى مجموعة من النتائج والتوصيات العملية والقانونية والتي يمكن لذوي الشأن الاستفادة
منها وفي مقدمتهم المشرع الوطني الفلسطيني.

The legal regulation of Build - Operate - Transfer Contract (B.O.T)

“A comparative study”

Prepared by: “Mohamad Omar” Mousa Jamil Dweik

Supervisor: Dr. Yasser Zoubidat

Abstract

This study is concerned on researching the legal regulation of Build-Operate-Transfer (B.O.T) Contract, providing that the B.O.T Contract is considered one of the modern methods of funding basic infrastructure projects, and public facilities in the state, and satisfying the needs of citizens, without increasing the governmental expenses or increasing the financial burden on the state, through depending on the private sector in financing, constructing, and managing such projects and facilities.

The present study has solved the problem related to the legal regulation of B.O.T. Contract. It is aimed at demonstrating the said legal regulation of B.O.T contract in the event it is enforced and taken into consideration in Palestine, considering it one of the modern images of the construction and management of public facilities. The problem of this study is represented in the question: What is the legal regulation of Build-Operate-Transfer (B.O.T) Contract in Palestine under the context of legislations in force in

Palestine and the possibility of enforcing it? The comparative and descriptive analytical methodology was used to answer this question.

The researcher of this study has worked on demonstrating the different images of the B.O.T contract which distinguishes it from other contracts despite of having similar elements. Further, the researcher addressed the various juristic opinions on identifying the legal nature of this contract. He also analyzed and attempted to balance them to reach an appropriate legal adaptation of this Contract, and accordingly, identify its legal essence.

Furthermore, the researcher has analyzed the legal texts related to the B.O.T contract, its provisions, the authority specialized in granting commitment towards this contract in Palestine, the method of concluding it, and the resulting rights and duties of both parties due to concluding this contract. In addition, the researcher has demonstrated the method of settling relative disputes using the applicable law, and the methods of expiring and ending this contract, and compared them to what is brought by the Jordanian legislator and the Egyptian legislator, in order to reach the demonstration of the legal regulation of the B.O.T. Contract to prepare the first ground of this kind of studies in Palestine. In the end of the study, the researcher has reached a set of findings, practical and legal

recommendations which the relative parties, on top, the Palestinian National Legislator, can utilize and benefit from.

فهرس الموضوعات

أ.....	إقرار
ب.....	الشكر والتقدير
ج.....	الملخص باللغة العربية
ه.....	الملخص باللغة الانجليزية
ح.....	فهرس الموضوعات
1.....	المقدمة
1.....	تمهيد وتقسيم
2.....	أهمية الدراسة
4.....	اهداف الدراسة
5.....	حدود الدراسة
5.....	إشكالية الدراسة
6.....	منهج الدراسة
6.....	خطة الدراسة
9.....	الفصل الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
10.....	المبحث الاول: التعريف بعقد الـ B.O.T
11.....	المطلب الاول: صور عقد البوت
11.....	الفرع الأول: صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الاستغلال
14.....	الفرع الثاني: صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الملكية
19.....	المطلب الثاني: مزايا وعيوب عقد البوت

19.....	الفرع الأول: مزايا عقد البوت
23.....	الفرع الثاني: عيوب عقد البوت
26.....	المبحث الثاني: تحديد عقد الـ B.O.T
27.....	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد البوت
27.....	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام
31.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت
43.....	المطلب الثاني: تمييز عقد البوت عما يشته به من أمور أخرى
43.....	الفرع الأول: التمييز بين عقد البوت وبعض صور إدارة المرافق العامة
48.....	الفرع الثاني: التمييز بين عقد البوت وبعض العقود الأخرى
52.....	الفصل الثاني: النظام القانوني لإبرام عقد البوت وآثاره
53.....	المبحث الأول: إبرام عقد البوت
54.....	المطلب الأول: أطراف عقد البوت
54.....	الفرع الأول: الأطراف الرئيسية في عقد البوت
60.....	الفرع الثاني: الأطراف التابعة في عقد البوت
63.....	المطلب الثاني: إجراءات التعاقد في عقد البوت
64.....	الفرع الأول: الإجراءات السابقة على إبرام عقد البوت
72.....	الفرع الثاني: إجراءات إعداد وإبرام العقد
78.....	المبحث الثاني: آثار إبرام عقد البوت
79.....	المطلب الأول: حقوق والتزامات المستثمر
79.....	الفرع الأول: حقوق المستثمر
86.....	الفرع الثاني: التزامات المستثمر
92.....	المطلب الثاني: حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة

92.....	الفرع الأول: حقوق وسلطات الإدارة المتعاقدة
100.....	الفرع الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة
103.....	الفصل الثالث: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت وانقضائه
104.....	المبحث الأول: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت
105.....	المطلب الأول: التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت
105.....	الفرع الأول: الاختصاص القضائي في نظر النزاع
119.....	الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النزاع
121.....	المطلب الثاني: التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت
122.....	الفرع الأول: وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت
128.....	الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بعقد البوت
136.....	المبحث الثاني: انقضاء عقد البوت
137.....	المطلب الأول: النهاية الطبيعية لعقد البوت
137.....	الفرع الأول: انتهاء الأجل المحدد في عقد البوت
138.....	الفرع الثاني: تمديد وتجديد عقد البوت
139.....	المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لعقد البوت
140.....	الفرع الأول: استرداد المرفق العام
145.....	الفرع الثاني: الفسخ
152.....	الخاتمة
153.....	النتائج
156.....	التوصيات
158.....	المصادر والمراجع

المقدمة

تمهيد وتقسيم

ان تحقيق الصالح العام للمجتمع واشباع حاجات المواطنين المتجددة احد اهم الأهداف والواجبات التي تقع على عاتق الدول واداراتها المختلفة، ولذلك يجب ان تسعى الدولة الى إقامة المشروعات اللازمة والضرورية لإشباع حاجات الافراد المتجددة باستمرار الامر الذي ينعكس بالإيجاب على تقدم المجتمع بأكمله وتنميته وازدهاره وتطوره.

ومع انتشار الثورة الصناعية وما تبعها من تطورات ونمو في كافة المجالات سواء على مستوى الصناعات او الانشاءات والبنى التحتية، كانت الدول النامية بعيدة كل البعد عن هذا التطور الذي يشهده العالم نتيجة لفقرها وعدم توافر الميزانية الكافية لديها وخوفها من السقوط في دوامة الديون الخارجية للدول الكبرى وما يلزمها من ضغوطات داخلية وخارجية.

لذلك أصبحت الدول تبحث عن أساليب جديدة لتمويل مشاريع البنية التحتية الأساسية للدولة واشباع حاجات مواطنيها بشكل يتلاءم ويتوافق مع ظروفها السائدة وذلك من خلال الاعتماد على القطاع الخاص في تمويل وإدارة وانشاء مشاريع البنية التحتية للدولة.

لذا فقد ظهرت العديد من النظم القانونية لإدارة وانشاء مشاريع البنى التحتية والمرافق العامة في الدولة وذلك من خلال الاعتماد على القطاع الخاص في انشائها وتشغيلها وادارتها تحت رقابة واشراف الدولة دون زيادة الانفاق الحكومي او زيادة الأعباء المالية على الدولة ولعل اهم هذه النظم عقد الامتياز بصورته الحديثة والمتمثل بعقد البوت.

وبناءً عليه، يمكن تعريف عقد البوت بأنه: هو عقد يبرم بين الدولة ممثلة بإحدى اداراتها وبين أحد افراد القطاع الخاص والمتمثل بالمستثمر او شركة المشروع والذي يتضمن قيام المتعاقد مع الإدارة بإنشاء او تطوير وإدارة أحد المرافق العامة او مشروعات البنية التحتية للدولة وتحمله عبء تمويل هذه المرافق او المشاريع وذلك مقابل استغلاله للمرفق محل العقد وحصوله على إيرادات وارباح تشغيله واستغلاله طوال مدة العقد المبرم بينه وبين الدولة.

أهمية الدراسة:

الأهمية النظرية للدراسة:

يلعب عقد الـ B.O.T دوراً رئيسياً في التنمية والتطور للدول بشكل عام والدول النامية بشكل خاص وتقدمها وازدهارها واشباعها لحاجات الافراد المتجددة باستمرار دون تحمل الدولة أي أعباء مالية إضافية او ائقال لموازنتها العامة، الامر الذي يدفع الى البحث حول التنظيم القانوني لهذا العقد واحكامه.

حيث يعتبر عقد البوت أحد أساليب الاستثمار الحديثة والذي تلجأ اليه الدول التي تعاني من مشاكل في موازنتها المالية يمنعها من تحقيق التقدم والتطور الاقتصادي المنشود والقيام بأحد اهم واجباتها الا وهو اشباع حاجات المواطنين في الدولة.

ومع شيوع عقد البوت وانتشاره بشكل كبير ظهر الخلاف بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، فذهب بعض منهم الى اعتبار عقد البوت من العقود الإدارية¹ نظراً لوجود الدولة ممثلة بإحدى اداراتها كطرف رئيسي في العقد، اما الرأي الاخر فقد اخذ اتجاه مخالف تماماً لما ذهب اليه أصحاب الرأي الأول، حيث اعتبر أصحاب هذا الرأي ان عقد البوت هو من العقود المدنية² وليس الإدارية، وظهر رأي اخر يوازن بين الآراء السابقة من خلال القول بالطبيعة الخاصة³ لعقد البوت وعدم إعطائه تكييف قانوني محدد.

الأهمية العملية للدراسة:

تكمن الأهمية العملية لهذه الدراسة في بيان التنظيم القانوني لهذا العقد ومدى إمكانية تطبيقه في فلسطين واعتماده كأحد أساليب التنمية الاقتصادية واشباع الحاجات المتجددة للمجتمع في ظل التشريعات والقوانين السارية حالياً في فلسطين مقارنة مع احكام التشريع الأردني والمصري المتعلقة بعقد البوت.

¹ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى احمد سلامة بدر: العقود الادارية وعقد البوت، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص383، مروان محي الدين القطب: طرق خصخصة المرافق العامة، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص303، محمد الروبي: عقود التشيد والاستغلال والتسليم B.O.T، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص64، الياس ناصيف: العقود الدولية عقد الـ BOT، ط.2، مكتبة الحلبي، بيروت، 2011، ص137، محمد مطر المطيري: الحقوق والالتزامات التبادلية لأطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دن، 2010، ص95، مصطفى عبد المحسن الحبيشي: الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008، ص27، عصام احمد البهجي: عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص92.

² مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى الياس ناصيف، مرجع سابق، ص139، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص83، جابر جاد نصار: عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص50، كمال طلبه المتولي سلامة: النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص72، عصام احمد البهجي: عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص99، عبد الفتاح بيومي حجازي: عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008، ص110، مدلول الظفيري: الاسس القانونية لعقود البوت B.O.T في ظل كل من القانون الاردني والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 2007، ص62.

³ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص142، عصام احمد البهجي، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص103، مصطفى عبد المحسن الحبيشي، مرجع سابق، ص34، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص91، كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص76، احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص385.

كما تكمن الأهمية العملية لهذه الدراسة بالوقوف حول نتائج إبرام الدولة لهذا العقد على صعيد الواقع العملي وما هي المزايا التي تحققها من خلال اقدمها على إبرام عقد البوت، وبالمقابل بيان عيوب ابرامها لهذا العقد على ارض الواقع وكيفية مواجهتها.

اهداف الدراسة:

تهدف الدراسة بشكل أساسي الى تحقيق الأمور التالية:

1. بيان وتوضيح ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T والصور المختلفة له، وتمييزه عما يشتهه من عقود أخرى.
2. الوقوف على الآراء الفقهية المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T ومحاولة التوفيق بين هذه الآراء للوصول الى تكييف قانوني سليم للعقد واحكامه.
3. بيان إجراءات التعاقد في عقد البوت والسلطة المختصة بإبرام هذا العقد في الدولة.
4. بيان ما يترتب على إبرام هذا العقد من اثار من خلال البحث في الحقوق التي تثبت لأطراف العقد والواجبات التي تقع عليهم طوال مدة العقد.
5. بيان طرق ووسائل تسوية المنازعات التي قد تنشأ بين الدولة المتعاقدة والمستثمر المتعاقد معها عند تنفيذ وتطبيق احكام العقد والقانون الواجب التطبيق عليها.
6. بيان الوسائل المختلفة لانقضاء عقد البوت واثارها.
7. البحث في مدى إمكانية تطبيق عقد البوت في فلسطين والاستفادة منه ومن مزايا تطبيقه باعتبارها دولة من الدول الناشئة وذلك على ضوء التشريعات السارية حالياً فيها.

حدود الدراسة:

تتحدد ملامح حدود هذه الدراسة من خلال النظام الذي اتبع فيها، حيث استخدم في طرح هذه الدراسة النظام المقارن، وذلك من خلال المقارنة بين الاحكام المنظمة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في كل من التشريع الأردني والمصري ومقارنتها مع الاحكام الواجبة الانطباق على هذا العقد في حال تم الاخذ به في فلسطين في ظل التشريعات السارية حالياً على الأراضي الفلسطينية ومدى كفايتها لتطبيقه في فلسطين من خلالها.

ويعود السبب الى اختيار كل من التشريع الأردني والمصري لمقارنة احكامهما مع احكام التشريع الفلسطيني والتشريعات المطبقة حالياً في فلسطين الى التأثير الكبير للتشريعات الفلسطينية في كل من التشريعات الأردنية والمصرية، حيث يشكلان المرجع التاريخي لأغلب التشريعات الفلسطينية الحالية، فضلاً عن سريان بعض القوانين الأردنية والمصرية الى الآن على الأراضي الفلسطينية في الضفة الغربية وقطاع غزة.

إشكالية الدراسة:

يعتبر عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T أحد اهم طرق إدارة المرافق العامة في الدولة عن طريق القطاع الخاص وادائها، والذي من خلاله تعهد الدولة الى أحد أطراف القطاع الخاص مهمة انشاء وتشيد وتشغيل واستغلال أحد المرافق العامة في الدولة مقابل حصوله على إيرادات هذا التشغيل طوال مدة العقد المبرم بينه وبين الدولة.

ونظراً لحدائه التوجه اليه كأحدث أساليب التنمية الاقتصادية وانشاء البنى التحتية للدولة من مطارات وجسور وأنفاق وبناء المرافق العامة في الدول وخاصة النامية منها، واتخاذ كأحد أساليب اشباع حاجات المواطنين المتزايدة والمتجددة بشكل مستمر، مما يتطلب بنا وضع سؤال

يجسد إشكالية هذه الدراسة، حيث تثار إشكالية الدراسة في التساؤل التالي: ما هو التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في فلسطين على ضوء التشريعات السارية في فلسطين وإمكانية تطبيقه؟

منهج الدراسة:

لتحقيق الغاية المنشودة من هذه الدراسة سوف اتبع المنهج الوصفي التحليلي والمقارن عندما يقتضي الأمر المقارنة، وذلك من خلال تحليل عقد البوت وصوره المختلفة وتمييزه عن العقود الأخرى التي قد تتشابه معه في بعض عناصرها، وكذلك التطرق الى الآراء الفقهية المختلفة حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد وتحليلها ومحاولة الموازنة فيما بينها للوصول الى تكييف قانوني سليم لهذا العقد وبالتالي تحديد طبيعته القانونية.

وكذلك تحليل النصوص القانونية المتعلقة بعقد البوت واحكامه والسلطة المختصة بمنح الالتزام في عقد البوت في فلسطين وكيفية منحه وطرق تسوية المنازعات المتعلقة به والقانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة به وطرق انقضاء هذا العقد وانتهائه، ومقارنتها بما جاء به كل من المشرع الأردني والمشرع المصري.

خطة الدراسة:

في الفصل الأول قام الباحث بالتطرق الى ماهية عقد البوت، حيث قسم هذا الفصل الى مبحثين، حيث تضمن المبحث الأول التعريف بعقد البوت، وقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، في المطلب الأول تم البحث في الصور المختلفة لعقد البوت، وقد قسم هذا المطلب الى فرعين، في الفرع الأول تم بيان صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الاستغلال، اما في الفرع الثاني فقد تم بيان

صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الملكية، اما المطلب الثاني فقد حمل عنوان مزايا وعيوب عقد البوت، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول منه مزايا عقد البوت، وبالمقابل فقد عالج الفرع الثاني عيوب عقد البوت، اما المبحث الثاني من الفصل الأول فقد حمل عنوان تحديد عقد البوت، وقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، حيث حمل عنوان المطلب الأول الطبيعة القانونية لعقد البوت، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام، اما الفرع الثاني فقد عالج الطبيعة القانونية لعقد البوت، اما المطلب الثاني فقد حمل عنوان تمييز عقد البوت عما يشته به من أمور أخرى، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول تمييز عقد البوت عن بعض صور إدارة المرافق العامة، اما الفرع الثاني فقد عالج تمييز عقد البوت عما يشته به من عقود أخرى.

في الفصل الثاني من هذه الدراسة قام الباحث بالتطرق الى النظام القانوني لإبرام عقد البوت واثاره، حيث قسم هذا الفصل الى مبحثين، حيث تضمن المبحث الأول ابرام عقد البوت، وقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، في المطلب الأول تم البحث في اطراف عقد البوت، وقد قسم هذا المطلب الى فرعين، في الفرع الأول تم بيان الأطراف الرئيسية لعقد البوت، اما في الفرع الثاني فقد تم بيان الأطراف التابعة في عقد البوت، اما المطلب الثاني فقد حمل عنوان اجراءات التعاقد في عقد البوت، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول منه الإجراءات السابقة على ابرام عقد البوت، وبالمقابل فقد عالج الفرع الثاني إجراءات اعداد و ابرام عقد البوت، اما المبحث الثاني من الفصل الثاني فقد حمل عنوان اثار ابرام عقد البوت، وقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، حيث حمل عنوان المطلب الأول حقوق والتزامات المستثمر، وقد تم تقسيم هذا المطلب

الى فرعين، عالج الفرع الأول حقوق المستثمر في عقد البوت، اما الفرع الثاني فقد عالج التزامات المستثمر في عقد البوت، اما المطلب الثاني فقد حمل عنوان حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول حقوق وسلطات الإدارة المتعاقدة، اما الفرع الثاني فقد عالج التزامات الإدارة المتعاقدة.

اما في الفصل الثالث من هذه الدراسة قام الباحث بالتطرق الى تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت وانقضائه، حيث قسم هذا الفصل الى مبحثين، حيث تضمن المبحث الأول تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت، وقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، في المطلب الأول تم البحث في التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت، وقد قسم هذا المطلب الى فرعين، في الفرع الأول تم بيان الاختصاص القضائي في نظر النزاع، اما في الفرع الثاني فقد تم بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع، اما المطلب الثاني فقد حمل عنوان التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول منه وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت، وبالمقابل فقد عالج الفرع الثاني التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بعقد البوت، اما المبحث الثاني من الفصل الثالث فقد حمل عنوان انقضاء عقد البوت، وقد قسم هذا المبحث الى مطلبين، حيث حمل عنوان المطلب الأول النهاية الطبيعية لعقد البوت، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول انتهاء الاجل المحدد في عقد البوت، اما الفرع الثاني فقد عالج تمديد وتجديد عقد البوت، اما المطلب الثاني فقد حمل عنوان النهاية غير الطبيعية لعقد البوت، وقد تم تقسيم هذا المطلب الى فرعين، عالج الفرع الأول استرداد المرفق العام، اما الفرع الثاني فقد عالج الفسخ لعقد البوت.

الفصل الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

يعد تحقيق الصالح العام وأشباع حاجات الافراد وتحقيق التنمية والتقدم للمجتمع أحد اهم اهداف الدولة ومسؤولياتها، ونظراً للتطورات الاقتصادية العالمية وازدياد احتياجات المجتمع فقد أصبح التوجه نحو تحقيق التنمية الشاملة للمجتمع من خلال التوجه نحو الوسائل الحديثة التي تعمل على اقامة مشروعات البنية التحتية والاساسية اللازمة للمجتمع وتنميته وازدهاره.

ويعد عقد البوت أحد اهم هذه الوسائل وادائها، حيث يشارك القطاع الخاص القطاع العام في تمويل مشروعات البنية الاساسية واقامتها وتشبيدها لما له من مزايا وبخاصة في الدول النامية، بحيث يساند القطاع الخاص القطاع العام في التمويل اللازم لذلك وتحقيق التنمية اللازمة للمجتمع والارتقاء به وازدهاره.

وسوف يقسم الباحث هذا الفصل الى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الاول: التعريف بعقد الـ B.O.T

المبحث الثاني: تحديد عقد الـ B.O.T

المبحث الاول: التعريف بعقد الـ B.O.T

مع شيوع عقد البوت وانتشاره ظهرت لهذا العقد العديد من الصور والنماذج، حيث تختلف مسؤولية المستثمر المتعاقد مع الدولة باختلاف الصورة او النموذج الذي تم ابرام العقد بشأنه. كما ان قيام الدولة بالتعاقد في عقد البوت امر له العديد من المزايا والمنافع التي تعود على الدولة، وفي المقابل فإن هناك بعض العيوب والتي يتعين على الدولة دراستها ودراسة كيفية مواجهتها قبل اقدامها على ابرام العقد مع المستثمر.

ولبيان ذلك، سوف يقسم الباحث هذا المبحث الى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول: صور عقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الاستغلال

الفرع الثاني: صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الملكية

المطلب الثاني: مزايا وعيوب عقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: مزايا عقد البوت

الفرع الثاني: عيوب عقد البوت

المطلب الاول: صور عقد البوت

يعتبر عقد البوت بصورته التقليدية هو الصورة الاكثر انتشاراً وشيوعاً لهذا العقد، ومع انتشار هذه العقود وتطورها ظهرت لعقد البوت العديد من الصور المثيلة له، منها ما يعطي المستثمر المتعاقد مع الادارة حق استغلال المرفق محل العقد طوال مدة العقد، ومنها ما يعطيه حق ملكية المرفق محل العقد طوال مدة العقد، وسوف يقوم الباحث ببيان صور عقد البوت وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الاستغلال

في هذا النوع من عقد البوت، تتعاقد الإدارة مع المستثمر على بناء مرفق معين على نفقة المستثمر الخاصة مقابل استغلاله للمرفق مدة محددة من الزمن يتم الاتفاق عليها في العقد بحيث يتمكن المستثمر خلال هذه المدة استرداد رأس ماله وتحقيق عائد مناسب من الأرباح خلال مدة العقد، ثم يقوم المستثمر بتسليم المرفق إلى الإدارة بحالة جيدة ومناسبة تسمح باستمرار تشغيله والانتفاع به¹، ومن صور هذه العقود:

1. عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Build – Operate – Transfer)

وهي الصورة التقليدية لعقد البوت، حيث يتم خلالها تعاقد الإدارة مع المستثمر لتمويل وبناء وتشبيد مرفق من مرافق الدولة الأساسية مقابل استغلاله وحصوله على إيرادات

¹ وضاح محمود الحمود : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 60.

تشغيله طوال مدة العقد المبرم بينهما، على ان ينتقل المرفق ومسؤولية ادارته الى الدولة بعد انتهاء المدة المتفق عليها بحيث يكون بحالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله¹.

2. عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Build – Transfer – Operate)

حيث يقصد في هذا النوع من العقود تعاقد الإدارة مع المستثمر على بناء المرفق العام أو المشروع وتسليمه للإدارة، ثم تقوم الإدارة بإبرام عقد آخر مع المستثمر لتشغيل المرفق واستغلاله خلال مدة العقد لتمكنه من الحصول على إيرادات هذا التشغيل لتغطية ما أنفقه اثناء بناء المشروع وتحقيق عائد معقول من الأرباح².

3. عقد البناء والاستئجار ونقل الملكية (B.L.T):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Build – Lease – Transfer)

حيث يقصد في هذا النوع من عقود البوت قيام المستثمر ببناء المرفق على نفقته، وعند اتمام بناءه تقوم الإدارة المتعاقدة باستئجار المشروع لمدة معينة يحصل المستثمر خلالها على مقابل مالي طيلة مدة العقد، وعند انتهاء هذه المدة تؤول ملكية المرفق إلى الإدارة المتعاقدة وتقوم باستغلاله دون أي التزامات تجاه المستثمر³.

¹ محمد عبدالله الشيخ : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة، ط.1، حروف منثورة للنشر الالكتروني، 2014، ص 25. متوافر على الرابط الالكتروني التالي : <http://en.calameo.com/books/0024396627a3609fcbf51> بتاريخ 2016/05/05.

² حمادة عبد الرازق حمادة : عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013، ص 40.

³ محمد الروبي، مرجع سابق، ص 39.

4. عقد البناء والاستئجار والاستغلال ونقل الملكية (B.L.O.T):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Build – Lease – Operate – Transfer)

حيث يقصد في هذا النوع من العقود قيام المستثمر ببناء المرفق على نفقته لحساب الإدارة المتعاقدة، ثم يقوم المستثمر باستئجاره من الإدارة المتعاقدة والقيام باستغلاله للحصول على مقابل ما يقدمه من خدمة للمنتفعين من هذا المرفق، وعند نهاية مدة العقد يقوم المستثمر بتسليم المرفق إلى الإدارة المتعاقدة بحالة جيدة ومناسبة تسمح باستمرار تشغيل المرفق، وذلك ما لم توافق الإدارة على تجديد مدة الإيجار للمستثمر¹.

5. عقد الاستئجار والتجديد والاستغلال ونقل الملكية (L.R.O.T):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Lease–Renewal – Operate –Transfer)

حيث يقصد في هذا النوع من العقود قيام المستثمر باستئجار مشروع قائم وموجود من الإدارة المتعاقدة ثم يقوم بتجديد وتحديث واستغلال المشروع طوال مدة العقد ثم يقوم المستثمر بإعادته إلى الإدارة عند انتهاء مدة العقد بحالة جيدة ودون مقابل²، ويلاحظ هنا أن المستثمر لا يمتلك المشروع في أي مرحلة من مراحل العقد بل تبقى ملكيته لجهة الإدارة المتعاقدة التي قامت بتأجيره للمستثمر³.

¹ محمد الروبي، مرجع سابق، ص41.

² جابر جاد نصار: عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص47.

³ عصام احمد البهجي : التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008، ص26.

الفرع الثاني: صور عقد البوت الخاصة بمنح حق الملكية

في هذا النوع من عقود البوت، تتعاقد الإدارة مع المستثمر على بناء مرفق معين على نفقته ويتملكه طوال مدة العقد، وفي نهاية العقد يقوم المستثمر بنقل ملكية المرفق إلى الإدارة المتعاقدة، حيث أنه لا يقتصر حق المستثمر في هذا النوع من عقود البوت على استغلال المرفق فقط، بل يتملكه ويستغله طوال مدة العقد المبرم بينه وبين الإدارة المتعاقدة¹، ومن صور هذه العقود:

1. عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Build – own – Operate–Transfer)

وهي الصورة التقليدية لصور عقود البوت الخاصة بمنح حق الملكية، حيث يقوم المستثمر المتعاقد مع الإدارة ببناء المرفق وتملكه وإدارته واستغلاله وتزويده بالأدوات والمعدات اللازمة لذلك مقابل حصوله على إيرادات تشغيله طوال مدة العقد².

ويكمن الفرق الأساسي بين عقد الـ B.O.T وعقد الـ B.O.O.T في ملكية المرفق وقت إنشائه، حيث تكون ملكية المشروع للإدارة المتعاقدة في عقد الـ B.O.T ويتم بناءه لحسابها، أما في عقد الـ B.O.O.T فتكون الملكية للمستثمر والذي يقوم بدوره بنقلها لحساب الإدارة المتعاقدة عند انتهاء مدة العقد³.

¹ محمد الروبي، مرجع سابق، ص 24.

² عمر الدروع : تسوية المنازعات المتعلقة بعقود الـ B.O.T، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 2015، ص33.

³ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص46.

2. عقد التصميم والبناء والتمويل والاستغلال (D.B.F.O):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Design-Build – Finance – operate)

حيث يقصد في هذا النوع من العقود قيام المستثمر ببناء المرفق وتأسيسه وفقاً للشروط الفنية والتصاميم التي تحددها الإدارة المتعاقدة ويكون ذلك على نفقة المستثمر بشكل كامل، حيث يمتلك المستثمر المرفق ويتاح له الاقتراض للحصول على التمويل اللازم وذلك بضمان موجودات المرفق وأصوله، ثم يكون للمستثمر الحق في استغلال المرفق والحصول على إيرادات تشغيله وذلك وفقاً للضوابط التي تحددها الإدارة المتعاقدة، ويكون للإدارة المتعاقدة الحق في الحصول على قيمة الأرض المقام عليها المرفق وعلى نسبة من الأرباح طوال مدة العقد، وذلك مقابل منح الإدارة التراخيص اللازمة لبناء وتشغيل المرفق من قبل المستثمر¹.

وعند انتهاء مدة العقد لا تعود ملكية المرفق للإدارة المتعاقدة بل يبقى للمستثمر هو المالك، ويحق للإدارة تجديد العقد أو التعاقد مع مستثمر جديد بشروط أفضل وذلك مقابل تعويض مناسب².

3. عقد البناء والتملك والاستغلال (B.O.O):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Build – Own-Operate)

حيث يقصد في هذا النوع من العقود إبرام عقد بين الإدارة والمستثمر أو مجموعة من المستثمرين لإقامة مرفق وتأسيسه على أن تمتلكه شركة امتياز والتي تتولى الإشراف على

¹ محمد الروبي، مرجع سابق، ص55.

² فاطمة القرعان : عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، 2014، ص45.

تشغيله طوال مدة العقد، ولا ينتهي هذا النوع من العقود بتحويله إلى الملكية العامة للإدارة كالعقود السابقة، بل ينتهي إما بانتهاء العمر الافتراضي للمرفق أو بتجديد الامتياز¹. وفي حالة بقاء المرفق يتعين على الإدارة تعويض الملاك عن حصص الملكية وفقاً لتقييم أصول المشروع وخصومه متى رفضت التجديد لهم، وبعدها يحق للإدارة التعاقد مع آخرين لإدارة المرفق وذلك من خلال عطاءات يتم اختيار أفضلها².

4. عقد التحديث والتملك والاستغلال ونقل الملكية (M.O.O.T):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Modernize – own – operate-Transfer) حيث يقصد في هذا النوع من العقود إبرام الإدارة عقداً مع المستثمر يتعهد بموجبه الأخير بتحديث أحد المرافق أو مشروعات البنية الأساسية وتطويره وتزويده بالمعدات التكنولوجية الحديثة وبنظم حديثة في التشغيل وفقاً لأحدث المستويات العالمية، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المرفق طوال مدة العقد، وعند نهاية العقد تعود ملكية المرفق للإدارة³.

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص 29.

² حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص 38.

³ محمد عبدالله الشيخ، مرجع سابق، ص 28.

5. عقد التجديد والتملك والاستغلال (R.O.O):

وهي اختصاراً لاصطلاحات (Rehabilitate – own – operate)

حيث يقصد في هذا النوع من العقود ابرام الإدارة عقداً مع المستثمر من أجل تجديد أحد المرافق أو المشروعات العامة من حيث المباني أو الآلات أو المعدات أو الأجهزة وغيرها¹، وبعد تجديد المستثمر للمرفق يدفع للدولة القيمة المالية المتفق عليها في العقد حتى تنتقل إليه ملكية المرفق ليتولى استغلاله والحصول على إيرادات تشغيله².

ومن خلال العرض السابق يتضح وجود العديد من الصور المختلفة لعقد البوت، والتي يعطي بعضها للمستثمر حق استغلال المرفق محل العقد طوال مدة العقد دون ان تنتقل اليه ملكية هذا المرفق، بل تبقى ملكية المرفق محل العقد للدولة، اما البعض الاخر فإنه يعطي للمستثمر المتعاقد مع الإدارة حق ملكية المرفق محل العقد طوال مدة العقد بحيث لا يقتصر حق المستثمر على استغلال المرفق محل العقد فقط، بل يملكه ويستغله طوال مدة العقد على ان يعيد ملكيته للدولة عند نهاية المدة المتفق عليها.

وبالتالي يكون على الإدارة المتعاقدة دراسة الصور السابقة ودراسة احتياجاتها من بناء المرافق العامة او تطوير وتحديث المرافق الموجودة فيها بما يتناسب واحتياجات المواطنين المتجددة فيها واختيار الصورة المناسبة من صور عقد البوت السابقة.

¹ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 360.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 65.

وقد نظم المشرع الأردني بعضاً من صور عقد البوت السابقة الذكر من خلال دمج بعض هذه الصور في قانون التخاصية الأردني رقم (25) لسنة 2000م واعتباره لعقد البوت اسلوباً من أساليب التخاصية¹، فقد نصت المادة (4/د) منه على: "اعتماد أي صيغة من الصيغ المبينة ادناه لإنشاء مشاريع استثمارية محددة وفقاً لاتفاقيات تعقد لهذه الغاية بين القطاعين العام والخاص:

1- إنشاء القطاع الخاص للمشروع لاستغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة والتنازل عنه للقطاع العام عند انتهاء هذه المدة.

2- إنشاء القطاع الخاص للمشروع والتنازل عن ملكيته للقطاع العام مع الاحتفاظ بحق استغلاله وتشغيله لمدة زمنية محددة.

3- إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله لحسابه.

4- إنشاء القطاع الخاص للمشروع وتملكه واستغلاله وتشغيله ثم التنازل عنه ونقل ملكيته للقطاع العام".

اما المشرع المصري وعلى الرغم من تعدد العقود التي تم ابرامها بنظام البوت في مصر الا انه لم ينظم عقد البوت وصوره ضمن نصوص تشريعية خاصة، بل يطبق على عقد البوت احكام قانون امتياز المرافق العامة رقم (129) لعام 1947، والمعدل بقانون رقم (61) لعام 1958، على الرغم من ان الإطار التقليدي لعقد الالتزام لا يتماشى مع هذه الصور الحديثة لعقد الالتزام وتطورها والمتمثلة بعقد البوت².

اما المشرع الفلسطيني، فلم يتم تنظيم عقد البوت وصوره في فلسطين الى الان، كما لم يتم تنظيم احكام وقواعد واجراءات منح امتياز المرافق العامة باعتباره الأساس التقليدي لعقد البوت والذي

¹ وقد حدد المشرع الأردني في المادة (3) من قانون التخاصية رقم (25) لسنة 2000م، معنى التخاصية وأهدافها، فقد نصت المادة السابقة على: تعني التخاصية اعتماد نهج اقتصادي يتمثل في تعزيز دور القطاع الخاص في النشاط الاقتصادي ليشمل مشاريع القطاع العام التي تقتضي طبيعتها ادارتها على اسس تجارية، ومن مقاصد التخاصية تحقيق ما يلي:

أ- رفع كفاءة المشروعات الاقتصادية وزيادة انتاجيتها وقدرتها التنافسية.
ب- الاسهام في تشجيع الاستثمارات المحلية والعربية والدولية بتوفير مناخ استثماري جاذب لها.
ج- تحفيز الادخارات الخاصة وتوجيهها نحو الاستثمار الطويل المدى تعزيراً لسوق رأس المال المحلي والاقتصاد الوطني.
د- تخفيف العبء المالي عن الخزينة العامة بوقف التزامها بتقديم المساعدات والقروض للمشاريع المتعثرة والخاسرة.
هـ- ادارة المشاريع الاقتصادية بأساليب حديثة بما في ذلك استخدام التقنية المتطورة بهدف تمكين هذه المشاريع من ايجاد أسواق مستقرة وفتح اسواق جديدة من خلال قدرتها على المنافسة في الاسواق العالمية.

² جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص90.

لا تزال احكامه قيد الدراسة (مشروع قانون الامتياز) ولم يتم عرضه على المجلس التشريعي الفلسطيني بعد¹.

المطلب الثاني: مزايا وعيوب عقد البوت

ان لعقد البوت العديد من المزايا والتي تعود بالفوائد على المجتمع وتنميته وتقدمه اضافة الى الفوائد المادية والمتمثلة بالأرباح التي يحققها أطراف العقد، وفي المقابل فقد اظهرت التجربة العملية العديد من العيوب لهذا العقد، وسوف ابين في هذا المطلب مزايا وعيوب عقد البوت وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مزايا عقد البوت

ان لإبرام عقد البوت العديد من المزايا والتي تعود بالفائدة على الدولة المتعاقدة، وهي:

1. تخفيف العبء الاقتصادي عن الدولة:

وذلك يكون من خلال نقل مسؤولية تمويل المرفق وتشغيله إلى القطاع الخاص وتفرغ الدولة للمشاريع والمرافق الأكثر أهمية في الدولة، مما يعني تقليل الاقتراض الحكومي والانفاق الحكومي المباشر².

¹ معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني : دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية (ماس)، رام الله، 2005، ص11. متوافر على الرابط التالي : <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=2768>، تاريخ الدخول 2016/04/25.

² سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل حسين اسماعيل، وشكري رجب العشماوي : نظام البناء و التشغيل ونقل الملكية B.O.T لتمويل وادارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، ط.1، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، الاسكندرية، 2003، ص.7.

وتزداد أهمية هذه العقود إذا كان المستثمر أجنبياً، حيث أنه يؤدي إلى ادخال استثمارات جديدة إلى الدولة وتمويل خارجي دون تحمل الدولة أي أعباء مالية الأمر الذي يؤدي إلى تحسين المدفوعات وتخفيض العجز في الموازنة العامة للدولة وتعزيز حصيلتها من العملات الأجنبية¹.

2. توزيع المخاطر المتعلقة بالمشروع على القطاع الخاص:

حيث ان ابرام الدولة لعقد البوت يؤدي الى توزيع المخاطر المحتملة المتعلقة بالمرفق العام محل العقد بينها وبين القطاع الخاص بدلاً من ان تتحملها بمفردها، فيكون القطاع الخاص هو المسؤول الأول عن تشغيل وصيانة وزيادة إنتاجية وكفاءة الخدمات التي يقدمها المرفق العام محل العقد².

3. سرعة تنفيذ وبناء المرفق العام محل العقد:

حيث ان مشاركة الدولة للقطاع الخاص من خلال ابرامها لعقد البوت يحقق فرصة البدء الفوري في تنفيذ وبناء المشروع الذي تم الاتفاق عليه بدلاً من الانتظار لفترات طويلة لحين توافر الموارد اللازمة من ميزانية الدولة والذي يؤدي في كثير من الأحيان الى تجاهل المشروع بالكامل في حال لم تتوافر الميزانية الكافية لذلك³.

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 145.

² سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل حسين اسماعيل، وشكري رجب العشماوي، نظام البناء و التشغيل ونقل الملكية B.O.T لتمويل وإدارة وتحديث مشروعات البنية الأساسية، مرجع سابق، ص8.

³ عبد القادر فتحي لاشين، وفريق خبراء المنظمة العربية للتنمية الادارية: نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الاساسية للنقل، المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 2010، ص187.

4. حل مشكلة البطالة:

حيث ان عقد البوت يؤدي إلى إقامة مشاريع ومرافق جديدة في الدولة، مما يعني اتاحة المزيد من فرص العمل والحد من مشكلة البطالة وتنشيط اليد العاملة الدولة وضخ أموال جديدة إلى السوق الأمر الذي يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة¹.

كما ان ابرام الدولة لعقد البوت يؤدي إلى تدريب اليد العاملة الوطنية في هذه المرافق مما يكسبهم المهارات والقدرات العالية التي تساعدهم في الدخول إلى سوق العمل وتشغيل هذه المرافق واستغلالها أفضل استغلال، مما يعكس النتائج الإيجابية على الدولة واقتصادها².

5. توفير البيئة المناسبة لتحقيق التنمية الاقتصادية في الدولة:

حيث ان ابرام الدولة لهذه العقود يؤدي إلى نقل التكنولوجيا الحديثة والوسائل والأدوات الحديثة اللازمة لإقامة هذه المرافق والمشاريع³، الأمر الذي يؤدي إلى تخفيض تكاليف تشغيل المشروع واستغلاله وتحسين الأداء والإنتاج في المرفق⁴.

حيث أن قيام المستثمر بنقل التكنولوجيا الحديثة إلى المرفق أمر ينعكس بالإيجاب على المستثمر والدولة، حيث يتحقق للمستثمر من خلال استخدام الوسائل والأدوات الحديثة في تشغيل المرفق الحصول على أقصى استفادة ممكنة طوال مدة العقد المبرم مع الدولة، وكذلك يؤدي إلى استفادة الدولة بشكل مباشر من هذه التكنولوجيا الحديثة ويدفع المرافق المماثلة للمرفق موضوع

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 56.

² عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص 57.

³ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص 396.

⁴ اسامة المطيري : خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، ط.1، وزارة الاعلام، الكويت، 2006، ص 58.

عقد البوت إلى تطوير هذه المرافق حتى تستطيع منافسة المرفق موضوع عقد البوت، الأمر الذي يؤدي إلى تحديث كافة المرافق والمشاريع العامة بالدولة مما يعود بالنفع على الدولة وتطورها¹.

وتحقيقاً لذلك يجب ان يتضمن العقد عدداً من البنود والنصوص تستهدف تحقيق هذا الهدف، ومثال ذلك إلزام المستثمر باقتناء أحدث التكنولوجيا في مجال الخدمات التي يقدمها المرفق محل العقد وتخصيص جزء من أرباحها للبحوث والتطوير والالتزام بتدريب اليد العاملة الوطنية².

6. المحافظة على ممتلكات الدولة:

ان ابرام الدولة لعقود البوت لا يقتصر فوائده على الدولة من الناحية الاقتصادية فقط بل له فوائد سياسة واجتماعية أيضاً، حيث أن ملكية الأصول الخاصة بالمرفق أو المشروع محل العقد لا تنتقل إلى المستثمر بشكل دائم، حيث أنها تبقى مملوكة للدولة طوال مدة العقد أو تعود ملكيتها للدولة بعد نهاية مدة العقد بين الدولة والمستثمر³.

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص58.

² سعيد عبد العزيز عثمان : دراسات جدوى المشروعات ومشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2009، ص585.

³ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص43.

الفرع الثاني: عيوب عقد البوت

على الرغم من المزايا السابقة التي تم ذكرها لإبرام الدولة لعقد البوت، إلا أنه هناك العديد من العيوب التي قد تواجه الدولة بعد إبرامها لهذا العقد مع المستثمر، وهي:

1. الضغط على العملات الأجنبية في الدولة:

ويحدث ذلك من خلال لجوء المستثمر سواء كان أجنبياً أم وطنياً إلى السوق المحلية للحصول على التمويل اللازم لبناء المرفق بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج، ومن ثم يقوم المستثمر باستخدام هذه التمويل لشراء واستيراد المعدات والأدوات من الخارج، الأمر الذي يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية في الدولة مما يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة الوطنية في الدولة¹.

2. تحويل الأرباح إلى الخارج:

إن قيام المستثمر بتحويل الأرباح إلى الخارج دون قيود يؤدي إلى عدم تحقيق المميزات الاقتصادية الهادفة لتحقيقها من عقود البوت، حيث أن تحويل الأرباح الناتجة عن تشغيل المرفق إلى الخارج من دون قيود تلزم المستثمر باستثمار وتشغيل جزء من هذه الأرباح في الدولة يؤدي إلى اختلال ميزان المدفوعات في الدولة والتأثير على حجم السيولة في السوق المحلية².

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص57.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص155.

3. الاحتكار:

ترتبط عقود البوت بالاحتكار، فالمستثمر يشترط الاحتكار وذلك لكي يحكم سيطرته على السوق ويضمن عدم منافسته من الغير بهدف تحقيق أقصى قدر ممكن من الأرباح واسترداد ما أنفقه من أموال، الأمر الذي يؤدي إلى إضعاف السوق والمنافسة بسبب الاحتكار الذي اشترطه المستثمر¹.

وفي حال لم يرتبط العقد بالاحتكار فإن الدولة تلتزم بشراء الخدمة التي يقدمها المستثمر والذي يقوم بتحديد أسعارها في ضوء تكاليفها وما يبتغيه من أرباح مما يؤدي إلى ارتفاع السعر².

4. تحمل الدولة للعديد من التكاليف والمخاطر:

حيث تتطلب عقود البوت لإبرامها نفقات باهظة لما تحتاجه من دقة عالية في الصياغة، الأمر الذي يستلزم تعيين خبراء وقانونيين على مستوى عال من الخبرة والكفاءة، ودراسة معمقة لجدوى هذه المشروعات على الدولة³.

كما تتحمل الإدارة بموجب هذا العقد الجزء الأكبر من المخاطر السياسية كالتأميم أو تغيير القوانين أو الحروب، حيث تلتزم الإدارة بتعويض المستثمر عن الأضرار الناتجة عن هذه المخاطر⁴.

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص59.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص155.

³ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص399.

⁴ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص37.

ويرى الباحث انه وعلى الرغم من العيوب السابقة لإبرام الدولة لعقد البوت، الا ان ذلك لا يعني الابتعاد عن ابرام عقد البوت وعدم الالتفات الى المزايا الكبيرة التي تعود على الدولة وتقدمها وتنميتها وازدهارها وخاصة الدول النامية نتيجة ابرامها لهذا العقد.

حيث يمكن للدولة مواجهة ما تم ذكره من عيوب لإبرام هذا العقد من خلال العديد من

الخطوات لعل أهمها:

1. التنظيم التشريعي لعقد البوت واحكامه، وذلك من خلال سن التشريعات والقوانين التي تواكب العقود الدولية المستحدثة وتعمل على تغطية كافة جوانبها الفنية والقانونية بصورة محكمة من خلال وضع إطار قانوني لهذه العقود يهدف الى تحقيق التوازن بين مزايا ابرام هذه العقود وعيوبها.

2. تشكيل اللجان الفنية والقانونية المتخصصة لمتابعة آليات وإجراءات ابرام هذه العقود ودراستها والاحاطة بها بشكل جيد ومتابعة إجراءات تنفيذها في جميع مراحلها للتأكد من التزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية المتفق عليها، بحيث تضمن الدولة التقليل من عيوب هذا العقد والحد منها الى أكبر قدر ممكن.

المبحث الثاني: تحديد عقد الـ B.O.T

مع الانتشار الواسع والكبير لعقد البوت وتوجه الدول وخاصة النامية منها نحو تنمية مرافقها العامة وتطويرها وفقاً لنظام البوت، فقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، كما أدى الانتشار الواسع لعقد البوت إلى اختلاط مفاهيمه مع وسائل أخرى لإدارة المرافق العامة وعقود أخرى مشابهة له ولأحكامه.

حيث أن لتحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت وأحكامه أهمية كبيرة على صعيد الواقع العملي، فمن خلال تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت نستطيع تحديد القانون الواجب التطبيق عليه والقضاء المختص في نظر المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ عند تطبيقه.

ولذلك، وسوف يقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد البوت، وسوف يقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت

المطلب الثاني: تمييز عقد البوت عما يشتهبه من أمور أخرى، وسوف يقسمه إلى فرعين:

الفرع الأول: التمييز بين عقد البوت وبعض صور إدارة المرافق العامة

الفرع الثاني: التمييز بين عقد البوت وبعض العقود الأخرى المشابهة له

المطلب الاول: الطبيعة القانونية لعقد البوت

ان لتحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت اهمية كبيرة، حيث يتم من خلالها تحديد قواعد القانون الواجب التطبيق عليه هل هي قواعد القانون العام ام قواعد القانون الخاص، ويتم كذلك من خلال تحديد طبيعته القانونية تحديد القضاء المختص في نظر المنازعات الناشئة او التي قد تنشأ عند تنفيذه وتطبيقه.

ويذهب الرأي الغالب بين الفقهاء¹ إلى أن عقد البوت من العقود الإدارية وما هو إلا صورة حديثة لعقد امتياز المرفق العام والذي يعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعتها الإدارية متى كانت الإدارة طرفاً فيها واتصلت بنشاط مرفق عام².

ولذلك لا بد أولاً ان يتم تحديد الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام، ثم الانتقال بعد ذلك الى تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعقد امتياز المرفق العام

يعد امتياز المرفق العام أحد طرق إدارة المرافق العامة في الدولة وأهمها، والتي يتمكن من خلالها افراد القطاع الخاص المساهمة في تنمية الاقتصاد الوطني في الدولة وتقديمه من خلال تقديم الخدمات التي من شأنها اشباع الحاجات العامة للمجتمع³.

¹ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص383، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص303، محمد الروبي، مرجع سابق، ص64، الياس ناصيف، مرجع سابق، ص137، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95، مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص27، عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص92.

² محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95.

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص78.

ويعرف امتياز المرفق العام بأنه عقد إداري تمنح الإدارة بمقتضاه إلى فرد أو شركة خاصة إدارة مرفق عام، واستثماره لمدة من الزمن تحت مراقبة الدولة وإشرافها، وعلى مسؤولية الملتزم ونفقاته الخاصة مقابل ما يتقاضاه من بدلات مادية وعينية¹.

وقد اختلفت الاتجاهات والآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود امتياز المرافق العامة، حيث ظهرت عدة نظريات فقهية وهي:

أولاً: امتياز المرفق العام قرار إداري انفرادي:

لقد ساد في الفقه الألماني والإيطالي نظرية مفادها أن الامتياز قرار إداري يصدر عن السلطة المختصة بمنح الامتياز، ويخضع الملتزم للقرار من خلال قبوله بشروط العقد، وبالتالي بناءً على ما سبق فإنه يمكن للإدارة أن تتدخل لتعديل شروط الالتزام أو إلغاؤها دون حاجة لرضاء الملتزم، الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة مركز المتعاقد مع الإدارة وعدم استقراره².

ثانياً: امتياز المرفق العام عقد عادي:

وقد سادت هذه النظرية الفقه الفرنسي إلى بداية القرن العشرين³، حيث طغت الطبيعة التعاقدية لعقد امتياز المرفق العام، وقد أسس أصحاب هذا الرأي رأيهم على أساس أن الاتفاقات الثنائية المتبادلة بين الإدارة والملتزم لا يمكن أن تنشأ بغير الاتفاق وإبرام العقد⁴.

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص42.

² عدنان عمرو : مبادئ القانون الإداري، ط3، دن، 2010، ص130، عزيزة الشريف : نظرية العقد الإداري، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص64، مشار إليه لدى وضاح محمود الحمود ، مرجع سابق، ص44.

³ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق، ص130.

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص91.

وبالتالي فإن عقد امتياز المرفق العام يتضمن تفويض الإدارة مانحة الالتزام للملتزم تشغيل المرفق العام واستغلاله طيلة مدة العقد مقابل حصول الملتزم على الرسوم والبدلات من المستفيدين من المرفق وخدماته.

ثالثاً: امتياز المرفق العام عمل قانوني مركب:

وهي النظرية التي قال بها الفقيه دوجي¹، والتي تعتبر امتياز المرفق العام عمل قانوني مركب يشتمل على نوعين من الشروط، وهي:

1. الشروط التنظيمية أو اللائحية:

وهي الشروط المتعلقة بتنظيم المرفق العام وتسييره، فامتياز المرفق العام وان اعتبر أسلوباً من أساليب إدارة المرافق العامة فإنه يبقى محتفظاً بطبيعته كمرفق عام، ولا تقتصر الشروط التنظيمية أو اللائحية على تنظيم العلاقة بين الإدارة مانحة الالتزام وبين الملتزم، وإنما تمتد إلى جمهور المنتفعين من المرفق وخدماته، ويمكنهم الاحتجاج بهذه الشروط على الإدارة مانحة الالتزام أو على الملتزم².

وتمتلك الإدارة مانحة الالتزام صلاحية تغيير وتعديل الشروط التنظيمية او اللائحية بما يتلاءم مع حاجة المرفق العام وضرورة استمرار اداء الخدمة به بانتظام واطراد³.

¹ عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص130.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص46.

³ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص80.

2. الشروط التعاقدية:

وهي الشروط التي تم الاتفاق عليها بين الإدارة مانحة الالتزام وبين الملتزم وتخضع لقاعدة العقد شريحة المتعاقدين، حيث تكون الشروط التعاقدية بالعادة شروطاً ذات طابع مالي تتضمن حقوق الملتزم المالية وحقه في التوازن المالي للعقد، كما تتضمن حمايته وتحقيق قدر معقول من الأرباح، وهذه الشروط التعاقدية لا يجوز أن تقوم الإدارة مانحة الالتزام بتعديلها بإرادتها المنفردة وإنما باتفاق طرفي العقد¹.

والمعيار الذي يمكن الاستناد عليه للتمييز بين الشروط التنظيمية أو اللائحية والشروط التعاقدية في عقد امتياز المرفق العام، أن الشروط التعاقدية هي التي لا تدعو الحاجة إلى وجودها لو قامت الإدارة مانحة الامتياز باستغلال المرفق استغلالاً مباشراً، أما الشروط اللائحية هي الشروط التي لا بد من وجودها عندما تستغل الإدارة مانحة الامتياز المرفق بنفسها².

وبناءً على ما سبق، يرى الباحث أن عقد امتياز المرفق العام عقداً إدارياً ذو طبيعة قانونية مركبة، وبالتالي يوافق ما ذهب إليه الفقيه دوجي باعتماده للطبيعة القانونية المركبة لعقد امتياز المرفق العام، والتي وافقها عليه القضاء³ كذلك باعتمادهم نظرية العمل القانوني المركب كتكييف

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص92.

² عمرو احمد حسبو : التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام ال B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص63.

³ حيث اخذ القضاء المصري بالفرقة بين النصوص اللائحية والنصوص التعاقدية في عقد امتياز المرفق العام، فقد ذهبت محكمة القضاء المصري في احد احكامها بتاريخ 27 يناير 1957 الى "ان الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرفق العام اذا ما عهدت الى غيرها امر القيام بها، لم يخرج الملتزم في ادارته عن ان يكون معاوناً لها ونائباً عنها في امر هو من اخص خصائصها، وهذا النوع من الانابة او بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام لا تعد تنازلاً او تخلياً من الدولة عن المرفق العام، بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل افراد الشعب عن ادارته واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل، تفرض على الملتزم عبئاً جديداً يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه، او تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله...ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في اهم شقيه مركزاً لائحية يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسرد العملية بأسرها، اما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له وليس من شأنه ان يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام"، مشار اليه لدى جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص81.

قانوني لعقد امتياز المرفق العام من خلال ما يحتويه من شروط تنظيمية تملك الإدارة مانحة الالتزام تعديلها وتغييرها في كل وقت بما يتلاءم مع حاجة المرفق وتطوره، وشروط أخرى تعاقدية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز أن تقوم الإدارة مانحة الالتزام بتعديلها دون اتفاق مع الملتزم على هذه التعديلات.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البوت

ان لتحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت أهمية كبيرة، حيث ان تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقد يحدد القضاء المختص بالنظر في منازعاته كما يحدد ايضاً القانون الواجب التطبيق عليه، وبالتالي فإنه يتعاضم أهمية هذا الأمر في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كأغلب دولنا العربية.

وقد ثار الجدل بين الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت، فقد ظهرت العديد من الآراء الفقهية المختلفة حول ذلك، وسوف يبين الباحث هذه الاتجاهات والآراء الفقهية وذلك على النحو التالي:

أولاً: عقد البوت هو عقد مدني:

يذهب جانب من الفقه¹ إلى القول بأن عقد البوت هو من عقود الإدارة الخاصة والتي تخضع لقواعد القانون الخاص المدني أو التجاري ولا تخضع لقواعد القانون الإداري، وحسب هذا

¹ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى الياس ناصيف، مرجع سابق، ص139، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص83، جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص50، كمال طلبة المتولي سلامة، مرجع سابق، ص72، عصام احمد البهجي: عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص99، عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص110، مدلول الطيفيري، مرجع سابق، ص62.

الجانب الفقهي، فإن عقد البوت لا تتوافر فيه الشروط الخاصة والمميزة للعقود الإدارية عن العقود المدنية، حيث انه يجب توافر بعض الشروط لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية، وهذه الشروط هي¹:

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

2. أن يتصل العقد بمرفق عام.

3. أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

وبالتالي حسب هذا الاتجاه الفقهي فإن الشرط الأول والثاني ومن شروط العقود الإدارية متفق على تواجدهم في عقد البوت الذي تبرمه الدولة، اما الشرط الثالث من شروط العقد الإداري فهو غير متحقق، حيث أن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة التزامات معينة ومنها ان تنزل الدولة إلى منزلة الأفراد العاديين وتتعاقد بصفتها شخصاً عادياً، ذلك أن عقود الاستثمار وبحسب طبيعتها لا تقبل أن تضمنها الإدارة شروطاً استثنائية².

وبالتالي يقوم هذا العقد على أساس قواعد القانون المدني والاحكام العامة للعقود والتي اهمها ان العقد شريعة المتعاقدين ولا يتم تعديل العقد المبرم بين الإدارة والمستثمر إلا باتفاق فيما بينهم على إجراء هذه التعديلات، حيث أن الدولة تقف على قدم المساواة مع المستثمر المتعاقد معها والذي يكون في غالب الأحوال طرفاً أجنبياً لا تستطيع الدولة أن تتذرع أمامه بفكرة السيادة أو تتمتع بأي سلطات استثنائية³، وفي حال تمتعت الدولة بأي سلطات استثنائية بموجب العقد فإن

¹ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الاداري، دن، القدس، 2010، ص135.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص72.

³ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص95.

ذلك لا يعني تمييزاً للدولة على المستثمر، بل يعود ذلك إلى ارتباط العقد بنشاط مرفق عام يقدم خدمة عامة لجمهور المنتفعين¹.

كما ينكر هذا الجانب من الفقه الطبيعة الإدارية لعقد البوت أيضاً على أساس اختلاف عقد البوت عن عقد امتياز المرفق العام، فالعقدان يتفقان في أن الإدارة فيهما تكون للمستثمر الذي يقوم بتشغيل المرفق وإدارته، ويتفقان كذلك من حيث استهدافهما للنفع العام، ولكن مهما كان التشابه والاتفاق بين العقدین كبيراً إلا أن عقد البوت لا يخضع لهيمنة السلطة العامة في الدولة، إذ أن الكلمة الأخيرة في تنظيم المرفق وتسييره تكون متروكة لتقدير المستثمر في ضوء الالتزامات المنصوص عليها في العقد والقوانين التي تحكم العقد².

وبالتالي يكون دور الدولة في عقد البوت محدود للغاية، حيث تكون السلطة والهيمنة في تسيير المرفق محل العقد وإدارته للمستثمر المتعاقد معها، ولا يعني ذلك انعدام الدور الرقابي للدولة على المرفق العام، ولكن ليس لها دور في عملية الاشراف والتسيير للمرفق العام³.

كما أن ملكية المرفق في بعض صور عقد البوت تكون للمستثمر طيلة مدة العقد المبرم بينه وبين الإدارة، وهو الأمر الذي لا يتحقق في عقد امتياز المرفق العام والذي تكون فيه ملكية أصول المرفق والمشروع للدولة ولا يكون للمستثمر سوى الحيازة خلال مدة العقد⁴.

كما ينكر أصحاب هذا الاتجاه الفقهي الطبيعة الإدارية لعقد البوت نظراً لكون المتعاقد مع الإدارة في عقد البوت غالباً ما يكون شركة دولية ذات قوة مالية واقتصادية كبيرة وتتمتع بحماية

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 139.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، 103.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص59.

⁴ محمد الروبي، مرجع سابق، ص81.

دولية وسياسية لا تسمح بظهور الدولة أمامها بصفتها سلطة عامة وتطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية وما تحتويه من سلطات استثنائية للدولة في مواجهة المتعاقد معها¹.

وبالتالي فرضت متطلبات التجارة الدولية على الدولة ان تتعاقد بأساليب القانون الخاص وهي الأساليب التي يتبعها الافراد والشركات، وذلك لتشجيع المستثمرين وعدم احجامهم عن التعاقد مع الإدارة نظراً لحاجة الدولة الماسة لإدخال الاستثمارات الأجنبية اليها².

ثانياً: عقد البوت هو عقد ذو طبيعة خاصة:

يذهب جانب اخر من الفقه³ إلى أن عقد البوت يصعب وضعه تحت إطار قانوني موحد أو اعطائه طبيعة قانونية معينة سواء كانت إدارية أم مدنية، وذلك لتعدد صورها واختلاف الشروط والعناصر التي يشتمل عليها كل عقد، وبالتالي من الأفضل دراسة كل حالة على حدا للوقوف على الطبيعة القانونية لكل عقد من العقود وذلك في ضوء ما ورد به من شروط وعناصر⁴. ويرى أصحاب هذا الرأي أن عقد البوت وعلى الرغم من جذوره المتمثلة في عقد امتياز المرفق العام، إلا أنه يوجد بينها العديد من الاختلافات الجوهرية، حيث أصبح عقد البوت يبرم بعد مفاوضات شاقة وطويلة بين طرفي العقد، كما أصبح يشكل مفهوماً جديداً في مجال

¹ حمادة عبد الرازق حمادة، ص61.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص113.

³ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص142، عصام احمد البهجي، عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص103، مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص34، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص91، كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص76، احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص385.

⁴ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص91.

الدراسات القانونية متمثلاً بمبدأ استخدام التمويل من القطاع الخاص المتمثل في المستثمر لإنشاء المرافق والمشروعات المختلفة¹.

ولذلك فإن عقد البوت قد يدخل في مفهوم العقود الإدارية أو العقود المدنية بحسب كل حالة على حدا ووفقاً لشروط العقد وعناصره، حيث تختلف الطبيعة القانونية للعقد من حالة إلى أخرى ومن مشروع إلى آخر، وبالتالي فإن العقد الذي تبرمه الدولة مع المستثمر ليس ذات طبيعة قانونية واحدة بل يختلف تكييفه من حالة إلى أخرى².

ثالثاً: عقد البوت هو عقد إداري:

يذهب الرأي الغالب بين الفقهاء³ إلى أن عقد البوت ما هو إلا صورة حديثة لعقود امتياز المرفق العام والتي تعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعتها الإدارية متى كانت الإدارة طرفاً فيها واتصلت بنشاط مرفق عام، وبالتالي وبموجب هذا الرأي فإن عقد البوت هو عقد إداري ويخضع للقانون الإداري والمحاكم الإدارية⁴، حيث ان التشابه بين عقد البوت بمسماه الحديث وعقد امتياز المرفق العام بمسماه التقليدي يدعو الى حسم إشكالية الطبيعة القانونية لعقد البوت واعتباره هو أيضاً عقداً ادارياً يخضع للنظرية العامة للعقود الإدارية، وبالتالي وان كان

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص142.

² عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص104.

³ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص383، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص303، محمد الروبي، مرجع سابق، ص64، الياس ناصيف، مرجع سابق، ص137، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95، مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص27، عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص92.

⁴ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95.

عقد البوت هو من العقود الجديدة اسماً الا انها قديمة ومعروفة مفهوماً ومضموناً وذلك في اطار عقود امتياز المرفق العام¹.

حيث يرى أنصار هذا الرأي أن كافة المعايير والشروط التي تميز العقود الإدارية عن العقود الخاصة متوافرة في عقد البوت، وهي²:

1. أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.
2. أن يتصل العقد بمرفق عام.
3. أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

حيث يضيف أصحاب الاتجاه الفقهي السابق انه وبإسقاط شروط العقد الإداري السابقة على عقد البوت، يكون الشرط الأول من شروط العقد الإداري متحقق في عقد البوت، حيث أن الدولة هي شخص من أشخاص القانون العام وهي الطرف الأول في العقد، كما أن الشرط الثاني متحقق كذلك فدائماً ما يرد عقد البوت على مرفق عام يقدم خدمة عامة لجمهور المنتفعين في الدولة³.

كما أن الشرط الثالث متحقق أيضاً، فعقد البوت يحتوي على العديد من الشروط الاستثنائية من خلال ما يثبت للدولة من سلطة الرقابة والإشراف وتعديل الشروط التنظيمية الواردة بالعقد

¹ محمد الروبي، مرجع سابق، ص67.

² عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الإداري، مرجع سابق، ص135.

³ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص94.

بإرادتها المنفردة وبدون موافقة الطرف الآخر، مع الاحتفاظ بحقه في التعويض إن كان له مقتضى¹.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه الفقهي ان القول بالطبيعة الخاصة لعقد البوت وانكار طبيعته الإدارية لا يتفق مع موضوع العقد وأهدافه، حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه انه ما دام موضوع العقد هو انشاء وتطوير مرافق عامة للدولة وتسييرها فإنه يستحيل اخضاع هذه العقود للقواعد العامة للعقود الخاصة، حيث ينتج عن ذلك نوعاً من المساواة غير المنطقية بين المصلحة العامة للمجتمع وبين مصلحة الافراد، الامر الذي يخلق التوازن بين المصلحتين وقد يؤدي في النهاية الى توقف المرفق العام عن اداء الخدمات التي يقدمها وذلك تطبيقاً للعقد واحكامه².

ويتفق الباحث مع الرأي الفقهي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد البوت كأصل عام واعتباره صورة حديثة لعقد امتياز المرفق العام ومع الحجج التي قال بها أصحاب هذا الرأي، ولكن يجب ان يتم النظر في احكام كل عقد تم ابرامه وفقاً لنظام البوت للتأكد من توافر الشروط المميزة للعقد الإداري مجتمعة والمشار إليها سابقاً، وهي:

1. أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.
2. أن يتصل العقد بمرفق عام.
3. أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص29.

² محمد الروبي، مرجع سابق، ص67.

وبالتالي يرد الباحث على حجج القائلين بالطبيعة المدنية والخاصة لعقد البوت وانكار الطبيعة

الإدارية لهذا العقد بما يلي:

أولاً: الرد على الرأي القائل بعدم توافر شروط العقد الإداري في عقد البوت:

يجب الإشارة أولاً الى ان إشكالية تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت لا تثور في فرنسا، حيث يعتبر عقد البوت من العقود الإدارية في فرنسا، حيث ان القضاء الإداري الفرنسي لا يشترط توافر عناصر العقد الإداري السابقة الذكر مجتمعة وانما يكفي بوجود الشرط الأول من شروط العقد الإداري وهو وجود الدولة او احد الأشخاص العامة طرفاً في العقد وتوافر احد الشروط الأخرى الى جانب الشرط الأول، حيث يعتبر القضاء الإداري الفرنسي ان معيار المرفق العام ومعيار وجود الشروط الاستثنائية يعتبر كلاً منهما بديلاً للأخر¹، اما في مصر فيشترط القضاء الإداري المصري توافر شروط العقد الإداري السابقة الذكر مجتمعة لوصف العقد بأنه عقد اداري².

وبالعودة إلى تعريف عقد البوت والذي يعرف بأنه "عقد تبرمه الإدارة مع أحد أشخاص القانون الخاص يطلق عليه اسم شركة المشروع بغرض بناء أحد المرافق العامة في الدولة على حسابه ونفقاته مقابل تشغيل المرفق واستغلاله طوال مدة العقد، وفي نهاية المدة يلتزم بتسليم

¹ جورج شفيق ساري: تطور طريقة ومعيار وتمييز وتحديد العقد الإداري ضمن القانونين الفرنسي والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص40-41، مشار إليه لدى وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص51.

² وقد تأكد ذلك من خلال حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية والذي ذهب فيه الى "ان العقد الإداري هو الذي يكون احد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وان يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره او تنظيمه، وان يتسم هذا العقد بالطابع المميز للعقود الإدارية، وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص"، حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 110 جلسة 1991/01/05، وكذلك حكمها رقم 7 بجلسة 1980/01/19، مشار إليه لدى عبد العزيز خليفه: الأسس العامة للعقود الإدارية، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009، ص22.

المرفق إلى الإدارة دون أي مقابل وبحالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله"¹، نجد ان شروط العقد الإداري متوافرة في عقد البوت.

وبالتالي بالرجوع الى التعريف السابق وبإسقاط شروط العقد الإداري السابق ذكرها على عقد البوت، يتبين ان الشرط الأول من شروط العقد الإداري متحقق في عقد البوت، حيث تكون الدولة هي الطرف الأول في العقد، وهي شخص من أشخاص القانون العام حيث يبرم عقد البوت بين المستثمر وبين الدولة ممثلة بإحدى اداراتها او هيئاتها العامة وبالتالي يكون الشرط الأول من شروط العقد الإداري متحقق في عقد البوت.

كما أن الشرط الثاني من شروط العقد الإداري متحقق ايضاً، حيث ان عقد البوت يكون محله مرفق عام²، وبالتالي يقوم المرفق العام³ محل العقد على تقديم خدمات عامة للجمهور في الدولة.

كما أن الشرط الثالث متحقق كذلك، فعقد البوت يحتوي على العديد من الشروط الاستثنائية⁴ من خلال ما يثبت للدولة من سلطة الرقابة والإشراف وتعديل الشروط التنظيمية الواردة بالعقد

¹ محمد بن جواد الخرس: مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص166.

² المرفق العام كما عرفه الدكتور طعمية الجرف بأنه "كل نشاط تتولاه الإدارة بنفسها او يتولاه فرد عادي تحت توجيه الإدارة ورقابتها واشرفها بفصد اشباع حاجة عامة للجمهور"، مشار اليه لدى احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص16.

³ "هناك مدلولين للمرفق العام، مدلول عضوي يقصد به المنظمة او الهيئة التي تمارس النشاط وتتولى اشباع الحاجة العامة ومدلول موضوعي يقصد به النشاط الذي يشبع حاجات عامة، ومع تطور الحياة الإدارية وظهور المرافق العامة التجارية والصناعية والتي يمكن ان تدار بواسطة الافراد او المشروعات الخاصة، أصبح لا يشترط الجمع بين المدلولين على صعيد واحد، بل يكفي تواجد أحدهما للقول بوجود مرفق عام، فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للمرافق العامة التجارية والصناعية بصفة المرفق العام، وفي الاتجاه ذاته اعترف القضاء الإداري في مصر للمرافق التجارية والصناعية بصفة المرفق العام واخضعها لنظام القانون العام"، مشار اليه لدى عدنان عمرو: مبادئ القانون الاداري، مرجع سابق، ص113.

⁴ وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية بأنها "الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام او مصلحة مرفق من مرافق الدولة وهي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص"، مشار اليه لدى عبد العزيز خليفه، مرجع سابق، ص45، اما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرف الشروط الاستثنائية بأنها "هي تلك الشروط التي تمنح احد الطرفين المتعاقدين حقوقا او تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن ان يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني او التجاري"، مشار اليه لدى عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص97.

بإرادتها المنفردة وبدون موافقة الطرف الآخر وغيرها من السلطات التي للدولة الحق في ممارستها امام المستثمر المتعاقد معها وذلك نظراً لتعلق هذه العقود بمرافق عامة تهدف الى اشباع حاجات الافراد وبالتالي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وهي من الأمور التي لا تثبت في عقود القانون الخاص والتي يهدف كل طرف فيها الى تحقيق مصلحته الخاصة ولا يتمتع أي طرف فيها بأي سلطات استثنائية امام الطرف الاخر.

وبالتالي متى ما توافرت شروط العقد الإداري السابق ذكرها مجتمعة في عقد البوت فلا يكون امامنا الا التسليم بالطبيعة الإدارية لهذا العقد وخضوعه لأحكام القانون الإداري، وخضوع منازعاته لاختصاص القضاء الإداري كأصل عام.

فإذا كانت عناصر العقد الإداري الأساسية متوافرة فيه، من حيث ان تكون الدولة ممثلة بإحدى دوائرها الحكومية تكون طرفاً في العقد، كما ان موضوع عقد البوت متعلق بإنشاء واستغلال مرفق عام في الدولة، واحتواء العقد على شروطاً استثنائية غير مألوف تواجدها في عقود القانون الخاص فلا بد لنا التسليم بالطبيعة الإدارية لهذا العقد.

اما إذا كان العقد مبرم بين أطراف القانون الخاص¹ ولم تكن الدولة او أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في العقد فلا مجال للقول بالطبيعة الإدارية للعقد، حيث اننا نبحث هنا الطبيعة القانونية لعقد البوت الذي تبرمه الدولة وليس الطبيعة القانونية للعقد الذي يبرمه اشخاص القانون الخاص، وبالتالي يكون أحد اهم شروط العقد الإداري غير متوفر وهو وجود الدولة او أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً في العقد.

¹ ومن قبيل ذلك العقد المبرم بين نادي الصيد في مصر مع أحد المستثمرين والمتضمن إقامة صالة ألعاب بولينج مقابل تحصيل رسم ممارسة اللعبة لفترة زمنية محددة في العقد على ان يدفع للنادي 6 ملايين جنيه ويرد المشروع الى النادي عند نهاية المدة المتفق عليها في العقد، مشار اليه لدى محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص100.

كما انه إذا ما تنازلت الإدارة عن وسائل وأساليب السلطة العامة من خلال عدم فرض شروط استثنائية وغير مألوفة في احكام العقد فلا مجال للقول بالطبيعة الإدارية لهذا العقد، حيث تكون الدولة هنا قد تعاقدت بصفتها شخصاً طبيعياً من اشخاص القانون الخاص.

ثانياً: الرد على الرأي القائل بتعارض الطبيعة الإدارية لعقد البوت مع متطلبات التجارة

الدولية وتشجيع الاستثمار:

ذهب أنصار الطبيعة المدنية لعقد البوت الى انكار الطبيعة الإدارية لعقد البوت نظراً لكون المتعاقد مع الإدارة في عقد البوت غالباً ما يكون شركة دولية ذات قوة مالية واقتصادية كبيرة وتتمتع بحماية دولية وسياسية لا تسمح بظهور الدولة أمامها بصفتها سلطة عامة وتطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية وما تحويه من سلطات استثنائية للدولة في مواجهة المتعاقد معها¹، وبالتالي تفرض متطلبات التجارة الدولية على الدولة ان تتعاقد بأساليب القانون الخاص، وذلك لتشجيع المستثمرين وعدم احجامهم عن التعاقد مع الإدارة نظراً لحاجة الدولة الماسة لإدخال الاستثمارات الأجنبية اليها².

حيث يرد على هذا الرأي ان الشروط الاستثنائية التي تفرضها الطبيعة الإدارية للعقود تتطلبها الأهمية الكبيرة والحساسية للمرفق العام في المجتمع، وذلك نظراً لتعلقه بالمصلحة العامة للمجتمع والتي يجب الا تكون محلاً للمساومة والمفاوضة وبالتالي الإضرار بالمصلحة العامة للمجتمع في سبيل تطبيق وتحقيق احكام العقد المبرم بين الدولة والمستثمر.

¹ حمادة عبد الرازق حمادة، ص61.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص113.

كما يرى الباحث ان الشروط الاستثنائية التي تفرضها الطبيعة الإدارية لعقد البوت لها أهمية في تشجيع المستثمر على التعاقد مع الإدارة، حيث انها لا تعطي الامتيازات للإدارة المتعاقدة فقط، بل ان هناك العديد من الحقوق التي تثبتها العقود الإدارية للمستثمر المتعاقد مع الإدارة، ومنها ان يتم اختيار المستثمر المتعاقد مع الإدارة في اطار من المنافسة والعلانية بينه وبين المتقدمين الاخرين، حيث تشكل هذه الوسيلة في التعاقد ضماناً للمستثمر من حيث قيام الاختيار على النزاهة والشفافية وبالتالي اختيار افضل العروض المتقدمة دون أي انحياز لاحد المتقدمين، وسيتم البحث في هذا الامر بشيء من التفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

كما يثبت للمستثمر المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري الحق في إعادة التوازن المالي للعقد من خلال النظريات التي اقرها القضاء الإداري، وهي نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي يستحق فيها المستثمر المتعاقد مع الإدارة تعويضاً دون حاجة الى اثبات وقوع الخطأ من جانب الإدارة المتعاقدة¹، والتي لا يتواجد في عقود القانون الخاص مثل لها.

وبالتالي يخلص الباحث مما سبق ان عقد البوت ما هو الا صورة حديثة لعقد امتياز المرفق العام موضوعه إدارة واستغلال احد المرافق العامة في الدولة وبالتالي هو عقد ذو طبيعة إدارية، حيث ان جميع معايير وشروط العقود الإدارية متوافرة فيه، وبالتالي يخضع لقواعد واحكام العقود الإدارية وتدخل المنازعات المتعلقة به باختصاص القضاء الإداري كأصل عام.

¹ سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005، ص596.

المطلب الثاني: تمييز عقد البوت عما يشته به من أمور اخرى

يعد عقد البوت أحد أهم الوسائل التي يتم من خلالها مشاركة القطاع الخاص للدولة في تنمية المرافق العامة اللازمة لإشباع الحاجات للمجتمع، وقد أدى الانتشار الواسع لعقد البوت إلى اختلاط مفاهيمه مع وسائل أخرى لإدارة المرافق العامة وكما أدى أيضاً إلى اختلاط عقد البوت مع عقود أخرى مشابهة له ولأحكامه، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التمييز بين عقد البوت وبعض صور إدارة المرافق العامة

يشارك عقد البوت مع بعض صور إدارة المرافق العامة في أنه يعتبر أحد الوسائل الحديثة لإدارة المرافق العامة وتطويرها في المجتمع، ولكن يجب التمييز بينه وبين بعض صور إدارة المرافق العامة التي قد تختلط به، ومنها امتياز المرفق العام وشركات الاقتصاد المختلط، وسوف يبين الباحث الفروقات فيما بين عقد البوت وصور إدارة المرافق العامة الأخرى وذلك على النحو التالي:

أولاً: عقد البوت وامتياز المرفق العام:

يعتبر امتياز المرفق العام من أشهر طرق إدارة المرافق العامة في الدول، وترجع أهميته إلى أنه يرتبط بتشغيل المرفق واستغلاله بصفة استثنائية من قبل فرد أو مجموعة من الأفراد أو شركة وذلك للتخفيف عن الدولة ومساعدتها في تقديم الخدمات لجمهور المنتفعين من خدمات هذا المرفق¹.

¹ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص123.

ويذهب الرأي الغالب بين الفقهاء¹ إلى أن عقد البوت ما هو إلا صورة حديثة لعقد امتياز المرفق العام والذي يعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعته الإدارية متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام².

ويمكن تعريف امتياز المرفق العام بأنه عقد إداري موضوعه إدارة أحد المرافق العامة في الدولة لمدة محددة في العقد، يتحمل بموجبه صاحب الامتياز نفقات تشغيل المشروع ومخاطره المالية مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بخدماته لقاء تقديم الخدمة لهم³.

ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا عناصر عقد امتياز المرفق العام، وهي:

1. أن يتعلق موضوع العقد بإدارة وتشغيل مرفق عام في الدولة.
 2. أن عقد امتياز المرفق العام يحرر بين الدولة وصاحب الامتياز والذي من الممكن أن يكون شخص عادي أو مجموعة من الأشخاص أو شركة.
 3. يتقاضى صاحب الامتياز مقابل إدارته للمرفق العام وتسييره وذلك من خلال الرسوم التي يدفعها جمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام في الدولة.
- وبالتالي تشترك عقود البوت مع عقود امتياز المرفق العام في المسائل الجوهرية، حيث أن كلا العقدان يردان على مرفق عام في الدولة بحيث يتضمن التزام المستثمر تشغيل مرفق عام في الدولة مقابل حصوله على إيرادات هذا التشغيل طوال مدة العقد المبرم بين المستثمر

¹ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص383، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص303، محمد الروبي، مرجع سابق، ص64، الياس ناصيف، مرجع سابق، ص137، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95، مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص27، عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص92.

² محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95.

³ عبد العزيز خليفه، مرجع سابق، ص80.

والدولة، وعلى الرغم من اعتبار عقد البوت ما هو الا صورة حديثة لعقد امتياز المرفق العام الا انه يختلف عنه في الأمور التالية:

1. بناء المرافق العامة:

هناك اختلاف كبير بين عقد البوت وعقد امتياز المرفق العام فيما يتعلق ببناء المرفق العام، حيث أنه في بعض صور عقد البوت يقوم المستثمر ببناء المرفق وتشبيده من ماله الخاص أما في عقد امتياز المرفق العام فإن الملتزم لا يقوم ببناء المرفق العام، بل يقوم العقد على منح الملتزم حق تشغيل مرفق عام موجود أصلاً وبالتالي لا يتحمل الملتزم في عقد التزام المرفق العام أي مبالغ مالية لبناء المرفق¹.

2. ملكية المرفق العام:

يقوم عقد امتياز المرفق العام على منح الملتزم حق تشغيل المرفق طوال مدة العقد المبرم بينه وبين الإدارة مانحة الالتزام بحيث تبقى ملكية المرفق للدولة ويقتصر حق الملتزم على تشغيل المرفق والحصول على إيرادات هذا التشغيل، أما في عقد البوت فإن ملكية المرفق في بعض صورته تكون للمستثمر طوال مدة العقد².

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص96.

² محمد الروبي، مرجع سابق، ص81.

ثانياً: عقد البوت وشركات الاقتصاد المختلط:

تعتبر شركات الاقتصاد المختلط إحدى طرق إدارة المرافق العامة في الدولة، حيث تقوم على أساس اشتراك الإدارة والأفراد معاً في إدارة مرفق عام واستغلاله من خلال شركة مختلطة.

ويمكن تعريف شركة الاقتصاد المختلط بأنها اشتراك الدولة أو الأشخاص العامة والأفراد في تكوين شركة مساهمة لإدارة أحد المرافق العامة، حيث تكتتب الدولة أو أحد الأشخاص العامة في جزء كبير من رأسمالها¹، فتشارك مع الأفراد في إدارتها وتحمل كبقية المساهمين خسائرها².

ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا عناصر الشركة المختلطة، وهي:

1. أن يتعلق موضوع الشركة بإدارة مرفق عام في الدولة
 2. أن تتخذ مشاركة الدولة والأفراد في إدارة المرفق العام شكل الشركة المساهمة.
 3. مشاركة الدولة في رأس مال الشركة المختلطة.
- وبالتالي يشترك عقد البوت وشركات الاقتصاد المختلط في أنهما طريقتان لإدارة المرافق العامة في الدولة، حيث أن كلاهما يرد على مرفق عام في الدولة، كما يشتركان في أن إدارة المرفق تكون للقطاع الخاص في الدولة، ولكن يختلف عقد البوت عن شركات الاقتصاد والمختلط في العديد من الأمور، وهي:

¹ اكثم سليمان : تنظيم المرافق العامة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2014، ص125.

² عدنان عمرو : مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص132.

1. موضوع الشركة:

أن موضوع شركة الاقتصاد المختلط هو إدارة مرفق عام محدد بعينه في شهادة تسجيل الشركة ويمثل بالتالي غاية الشركة، أما في عقد البوت ففي حال كان المستثمر شركة، فإنه يكون موضوعها بناء وتشغيل المشاريع العامة والخاصة دون أن تتقيد بالمرفق موضوع عقد البوت، حيث بإمكانها أن تتولى بناء وتشغيل أكثر من مرفق في الوقت نفسه¹.

2. ملكية المرفق:

في شركة الاقتصاد المختلط، تكون ملكية المرفق للشركة المختلطة باستثناء الأموال التي توضع بتصرف الشركة وتبقى ملكيتها للدولة²، أما في بعض صور عقد البوت فإن ملكية المرفق تكون للدولة ويكون للمستثمر استغلال المرفق وتشغيله طوال المدة المتفق عليها في العقد فقط³.

3. مدة التشغيل:

في شركة الاقتصاد المختلط لا يكون هناك مدة محددة لتشغيل المرفق حيث تبقى الشركة المختلطة تشغل المرفق طالما بقيت موجودة⁴، أما في عقد البوت فإن مدة استغلال المرفق وتشغيله من قبل المستثمر تكون محددة في العقد المبرم بينه وبين الدولة بحيث يتمكن المستثمر من استرداد رأس ماله وتحقيق عائد مناسب من الأرباح⁵.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص318.

² مروان محي الدين القطب، المرجع السابق، ص318.

³ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص60.

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص318.

⁵ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص41.

الفرع الثاني: التمييز بين عقد البوت وبعض العقود الأخرى

قد يختلط عقد البوت ومفهومه مع بعض العقود الأخرى لوجود الشبه فيما بينها وبين عقد البوت، ومن هذه العقود:

أولاً: عقد البوت وعقد الأشغال العامة:

يعرف عقد الأشغال العامة بأنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بهدف القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب الإدارة المتعاقدة، وذلك في نظير المقابل المنفق عليه والشروط الواردة في العقد وبقصد تحقيق المنفعة العامة¹.

ومن خلال التعريف السابق يتضح لنا عناصر عقد الأشغال العامة، وهي:

1. أن يتعلق موضوع العقد بعقارات

2. أن يتم تنفيذ عقد الأشغال العامة لصالح الإدارة.

3. أن يكون الهدف من إبرام العقد تحقيق المنفعة العامة.

وبالتالي يشترك عقد البوت وعقد الأشغال العامة في وجود الإدارة كطرف في العقد، بحيث

يتم تنفيذ العقد لصالحها بهدف تحقيق المنفعة العامة لجمهور المنفعين.

ولكن تختلف عقود البوت عن عقد الأشغال العامة في أمر جوهري، حيث أنه في عقد

الأشغال العامة يقوم المقاول بإنشاء المرفق أو ترميمه وصيانته لصالح الإدارة وعند الانتهاء منه

يقوم بتسليمه للإدارة لكي تديره بمعرفتها، وذلك على العكس من عقد البوت، حيث يقوم

المستثمر في بعض صور عقود البوت بإنشاء المرفق ثم يملكه ويستغله طوال مدة العقد المبرم

¹ عبد العزيز خليفه، مرجع سابق، ص57.

بينه وبين الدولة، وبعد انتهاء مدة العقد يقوم بإعادته إلى الدولة بحالة صالحة تسمح باستمرار تشغيله¹.

ثانياً: عقد البوت وعقد التأجير التمويلي:

يعرف عقد التأجير التمويلي بأنه وسيلة من وسائل التمويل العيني تتم بموجب اتفاق تعاقدي بين طرفين وهم المؤجر والذي يعتبر إحدى شركات التأجير المنشأة والمسجلة لهذا الغرض، وبين المستأجر على أن يقوم المستأجر بدفع أجرة معينة بشكل دورية طوال مدة العقد حسب ما تم الاتفاق عليه على أن يكون للمستأجر في نهاية المدة إما شراء العين المؤجرة أو إعادتها إلى المؤجر².

ومن خلال التعريف السابق، يتضح أن عقد البوت وعقد التأجير التمويلي يشتركان في أمور

عدة وهي:

1. تعتبر عقود البوت وعقد التأجير التمويلي من وسائل تمويل المشاريع وإقامتها.
2. يشترك المستثمر في عقود البوت والمستأجر في عقد التأجير التمويلي في أن كلاهما يمكنه أن يمتلك المشروع، حيث أنه في بعض صور عقود البوت يقوم المستثمر بإنشاء المرفق ويملكه طوال مدة العقد، أما المستأجر في عقد التأجير التمويلي فإنه يخير بين أن يشتري العين المؤجر له بالحالة التي هي عليها وبالتالي يمتلكها وبين أن يعيدها إلى المؤجر عند انتهاء مدة العقد³.

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص128.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص38.

³ يوسف الظفيري : تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2011، ص27.

ولكن يختلف عقد البوت عن عقد التأجير التمويلي في أمور عديدة، ومنها:

1. أن المستأجر في عقد التأجير التمويلي يبرم العقد لتمويل مشروع يقيمه لمصلحته الشخصية وذلك على العكس من عقد البوت، حيث انه يتناول مرفق عام في الدولة بحيث يتعاقد المستثمر مع الإدارة بهدف تحقيق المنفعة العامة لجمهور المنتفعين مقابل حصول المستثمر على ما يدفعه جمهور المنتفعين من رسوم طوال مدة العقد¹.
2. في عقد التأجير التمويلي يتم تخيير المستأجر في نهاية مدة العقد إما بشراء العين المؤجرة أو أن يقوم بإعادتها إلى المؤجر، أما في عقد البوت فإنه في بعض صور هذه العقود يمتلك المستثمر المرفق محل العقد منذ بداية العقد ثم يلتزم بإعادة ملكيته إلى الإدارة في نهاية مدة العقد².

ثالثاً: عقد البوت وعقد الخصخصة:

يعرف عقد الخصخصة بأنه عقد بيع اداري تبرمه الإدارة كطرف أول في العقد مع القطاع الخاص كطرف ثاني في العقد، والذي بمقتضاه يتصرف الطرف الأول ببيع مشروع مملوك للدولة وذلك من خلال نقل ملكيته للطرف الثاني كلياً أو جزئياً، ويترتب على ذلك اعتبار الطرف الثاني مساهماً في رأس مال المشروع وشريكاً في إدارته بنسبة ما يملكه، أما في حالة تم نقل ملكية المشروع بالكامل للطرف الثاني فإن صلة الإدارة تنقطع نهائياً بالمشروع³.

¹ عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص128.

² احمد الشرايعة : الطبيعة القانونية لعقود البوت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2011، ص27.

³ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص40.

ومن خلال التعريف السابق، يتضح ان عقد البوت يشترك مع عقد الخصخصة فيما يلي:

1. أن عقود البوت وعقد الخصخصة يتعلقان بمرافق عامة للدولة.
2. أن عقود البوت في بعض صورته وعقد الخصخصة يتم فيهما تملك المرافق العامة إلى القطاع الخاص.

اما الاختلافات بين عقد البوت وعقد الخصخصة هي:

1. في عقد البوت يتعلق التزام المستثمر في إنشاء مرفق عام وتقديم خدمات عامة لجمهور المنتفعين طوال مدة العقد ويبقى حق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه ثابتاً وقائماً، أما في عقد الخصخصة فإنه في حال اتمام انتقال ملكية المرفق للقطاع الخاص بشكل كامل فإنه تنقطع صلة الإدارة بالمرفق ولا يحق لها التدخل في إدارته¹.
2. في بعض صور عقد البوت تعود ملكية المرفق للإدارة المتعاقدة بعد انتهاء مدة العقد، أما في عقد الخصخصة فقد تنتقل ملكية المشروع بشكل كامل للقطاع الخاص وبالتالي تنقطع علاقة الدولة به².

¹ احمد الشرايعه، مرجع سابق، ص30.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص131.

الفصل الثاني: النظام القانوني لإبرام عقد البوت وآثاره

يعتبر عقد البوت من العقود الضخمة والذي يلزم لإبرامه العديد من الاجراءات السابقة على التعاقد واللاحقة له، وعندما يتم ابرام عقد البوت يصبح المستثمر المتعاقد مع الدولة مسؤولاً امامها عن انشاء وتشغيل المرفق العام محل العقد المبرم بين المستثمر والدولة، بحيث يعتبر المستثمر مسؤولاً بالكامل عن تمويل وانشاء المرفق وتشغيله طوال المدة المنفق عليها في العقد مقابل حصوله على ايرادات وارباح هذا التشغيل، وفي نهاية مدة العقد ينتقل المرفق محل العقد الى الدولة وتنتهي مسؤولية المستثمر المتعاقد معها.

وبالتالي يترتب على ابرام عقد البوت بين الدولة والمستثمر العديد من الاثار لأطراف العقد والتي تتمثل بالحقوق والواجبات لكل من الدولة والمستثمر المتعاقد مع الدولة. ولذلك، سوف يقسم الباحث هذا الفصل الى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الاول: ابرام عقد البوت

المبحث الثاني: آثار ابرام عقد البوت

المبحث الاول: ابرام عقد البوت

يعتبر عقد البوت من العقود المركبة والذي يتداخل في تنفيذه العديد من الاطراف، حيث يبرم العقد الاصلي بين الدولة والمستثمر المتعاقد معها، ثم يقوم بعد ذلك المستثمر بإبرام العديد من الاتفاقات الاخرى بهدف تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الدولة.

كما يلزم لإبرام عقد البوت العديد من الاجراءات، حيث يكون على الدولة والمستثمر الراغب بالتعاقد مع الدولة القيام بالعديد من الاجراءات السابقة على إبرام العقد واخرى لاحقة عليه.

ولبيان ذلك سوف يقسم الباحث هذا المبحث الى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول: أطراف عقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: الاطراف الرئيسية في عقد البوت

الفرع الثاني: الاطراف التابعة في عقد البوت

المطلب الثاني: اجراءات التعاقد في عقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: الاجراءات السابقة على ابرام عقد البوت

الفرع الثاني: اجراءات اعداد و ابرام عقد البوت

المطلب الاول: أطراف عقد البوت

يتميز عقد البوت بتعدد الأطراف فيه، حيث تعتبر الدولة والمستثمر المتعاقد معها هم الاطراف الرئيسية لعقد البوت، بحيث يكون على كل طرف منهم العديد من المسؤوليات والمهام الواجب القيام بها للوصول الى العقد المراد ابرامه فيما بينهما.

وبالإضافة الى الاطراف الرئيسية للعقد، فإنه يوجد اطراف تابعة لعقد البوت وهم الاطراف الذين يقوم المستثمر المتعاقد مع الدولة بالتعاقد معهم لتنفيذ الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد الأصلي، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الأطراف الرئيسية في عقد البوت

تعتبر الدولة ممثلة بإحدى اداراتها العامة والمستثمر هم الأطراف الرئيسية لعقد البوت، وسوف يبين الباحث كل طرف منهم ودوره في العقد وذلك على النحو التالي:

أولاً: الدولة:

لقد نشأ وظهر عقد البوت كأحد وسائل تمويل المشروعات والمرافق العامة والتي تكون الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها طرفاً فيها، بحيث تمنح الدولة امتياز بناء المرفق وإدارته للقطاع الخاص ممثلاً بإحدى الشركات الخاصة وهو المستثمر¹، وبالتالي تكون الدولة ممثلة بالحكومة أو إحدى وزاراتها أو الجهات الإدارية التابعة لها هي الطرف الأول في هذه العقد.

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص24.

وعندما ترغب الدولة بإبرام عقد البوت مع أحد أطراف القطاع الخاص، فإن مهمتها لا تنحصر في توقيع العقد فقط، بل يقع عليها العديد من الالتزامات للوصول إلى الهدف المراد تحقيقه من إبرام هذا العقد، ومنها:

1. تحديد الإطار العام التنظيمي والتشريعي والقانوني الذي يحكم عقد البوت، وذلك من خلال توفير أنواع مختلفة من الدعم للمشاريع التي يتم إبرام عقد البوت بشأنها بما في ذلك التشريعات الخاصة أو الاستثنائية التي تحكم هذه المشاريع في مجالات الضرائب والجمارك وغيرها¹، وإجراء دراسات الجدوى الاقتصادية المبدئية لهذه المشاريع لعرضها امام المتقدمين بالعطاءات من القطاع الخاص للتدليل على صلاحية المشروع².
2. اكساب المشاريع أو المرافق المراد إبرام عقود البوت بشأنها الصفة القانونية وذلك من خلال إصدار الموافقات الحكومية والتراخيص الخاصة بها³.
3. متابعة عمل المستثمرين والتأكد من التزامهم بالتنفيذ حسب المواعيد التي تم الاتفاق عليها والمنصوص عليها في العقد⁴.
4. متابعة عمليات البناء والإنشاء والتأكد من جودة البناء ومطابقة المواد المستخدمة في عملية البناء للمواصفات والمقاييس⁵.
5. المتابعة الدورية والإشراف والرقابة على المستثمر طوال مرحلة تشغيل المرفق واستغلاله، والتأكد من جودة الخدمات المقدمة لجمهور المنفعين من خدمات المرفق وكذلك التأكد من

¹ طه محمد ابو العلاء : عقود البوت "BOT"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2010، ص28.

² منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية : المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (ترجمة حسين صلاح الدين)، ط.1، دار الرضا للنشر، دمشق، 2002، ص25.

³ منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية، المرجع السابق، ص25.

⁴ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص373.

⁵ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص24.

مطابقة الأسعار والرسوم التي يدفعها جمهور المنتفعين لما تم الاتفاق عليه¹، حيث يمثل ذلك عنصر أساسي من عناصر نجاح المرفق محل العقد²، الأمر الذي يساعد على تحقيق الهدف الذي تسعى الدولة لتحقيقه من خلال انشاء المرفق محل العقد.

وبعد ان تم بيان دور الدولة ممثلة بإحدى اداراتها العامة باعتبارها احد الاطراف الرئيسية لعقد البوت، لابد من التطرق الى السلطة المختصة بمنح هذا الامتياز فيها، فقد نظمت اغلب الدساتير المعاصرة في احكامها كيفية منح استغلال المرافق العامة في الدولة.

فقد نصت المادة (94) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003م على: "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات او الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبين أحوال التصرف بالعقارات المملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة، أو القواعد والإجراءات المنظمة لها".

ومن خلال نص المادة السابقة، يتضح ان القانون الأساسي الفلسطيني كان قد وضع اطاراً قانونياً ينظم القواعد والإجراءات المنظمة لمنح الامتيازات والأحكام المنظمة لها، الا ان هذا الإطار ما زال قيد الدراسة وهو عبارة عن (مشروع قانون الامتياز) ولم يعرض على المجلس التشريعي الفلسطيني بعد³.

¹ محمد الروبي، مرجع سابق، ص29.

² سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل حسين اسماعيل، وشكري رجب العشماوي: معايير السلامة الاستثمارية ومشروعات BOT، المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، 2007، ص185.

³ معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني، مرجع سابق، ص11.

اما في الأردن فقد نصت المادة (117) من الدستور الأردني لعام 1952م على: "كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم او المعادن او المرافق العامة يجب ان يصدق عليه بقانون".

والتي يقابلها أيضا نص المادة (32) من الدستور المصري لعام 2014م والتي نصت على: "... ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية او التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً".

ومن خلال المواد السابقة، يتضح وجود خلاف جوهري في موقف المشرع الفلسطيني وموقف المشرعان الأردني والمصري حول كيفية منح الامتياز، فقد حدد المشرع الفلسطيني في المادة (94) من القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003م قواعد منح الامتياز، حيث يتم منح الامتيازات من خلال قانون خاص بها ينظم ويحدد القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية او المرافق العامة، وبالتالي يتم منح هذا الامتياز وفقاً للطريقة التي يحددها هذا القانون¹، اما المشرعان الأردني والمصري ومن خلال احكام المادة (117) من الدستور الاردني لعام 1952م والمادة (32) من الدستور المصري لعام 2014م فقد حددا وجوب منح الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة من خلال المصادقة عليها بقانون خاص بكل امتياز على حدا.

ويتفق الباحث مع ما ذهب اليه المشرعان الأردني والمصري من حيث وجوب المصادقة بقانون خاص بكل امتياز يتم منحه في الدولة، حيث يبدو بشكل واضح وصريح ان الدولة تسعى لحماية

¹ فقد نصت المادة (1/4) من مشروع قانون الامتياز الفلسطيني والتي نصت على: "يكون منح الامتياز: 1-بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بعد موافقة المجلس التشريعي إذا كان الامتياز وطنياً او اقليمياً، ويجوز في حالات يحددها قانون الامتياز الخاص منح الامتياز بقرار من مجلس الوزراء بناء على تنسيب من الوزير المختص او رئيس الهيئة او السلطة العامة المختصة".

ثرواتها الطبيعية ومرافقها العامة وذلك من خلال النص بشكل صريح على ضرورة صدور قانون يصدق على كل امتياز متعلق بالثروات الطبيعية او المرافق العامة في الدولة¹، وبالتالي يكون كل عقد لاستغلال اي من المرافق العامة في الدولة لم يصادق عليه بقانون باطلاً، وذلك لمخالفته للتشريع الأعلى والأسمى في الدولة.

ثانياً: المستثمر:

وهو شركة المشروع التي تمنحها الدولة صلاحية تصميم وبناء وتشغيل وإدارة المشروع بالشكل الذي تم الاتفاق عليه في العقد مقابل حصولها على عائدات هذا التشغيل من خلال ما يدفعه جمهور المنتفعين من رسوم لقاء الخدمات التي يقدمها المشروع أو المرفق.

ويسبق إنشاء شركة المشروع تكوين اتحاد مالي من المؤسسين للمشروع من القطاع الخاص²، والذي قد يتأسس بهدف بناء وتشغيل المشروع المقرر اقامته فقط او من اجل الدخول في مشاريع أخرى مماثلة له ايضاً³، حيث يقوم هذا الاتحاد بإعداد ودراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع وتقديم عروض بتنفيذه إلى الدولة، كما يقوم هذا الاتحاد بإنشاء المشروع إذا تمت الموافقة على العرض المقدم منه، ويقوم كذلك بتحصيل حصص رأس المال من المؤسسين وتوفير التمويل اللازم لبناء المشروع من خلال عمليات الاقتراض⁴.

¹ مدلول الظفيري، مرجع سابق، ص66.

² طه محمد ابو العلا، مرجع سابق، ص30.

³ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص64.

⁴ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص131.

وتتفاوض شركة المشروع مع الأطراف الأخرى لإبرام العديد من العقود، ومنها:

1. التفاوض مع المقاولين الذين سيقومون بإنشاء المشروع وإقامته وإبرام عقود التشييد الخاصة به وتحديد كافة الجوانب المالية للمشروع، ووضع برنامج تنفيذي له¹.
2. التفاوض مع الموردين لتوريد المعدات والأدوات اللازمة لتشغيل المشروع واستغلاله وإبرام العقود الخاصة بها².
3. التفاوض مع الخبراء على تشغيل المشروع وإدارته واستغلاله بالشكل اللازم والمحافظة عليه وإبرام العقود الخاصة بهم³.
4. التفاوض مع البنوك الممولة للحصول على القروض والتسهيلات المالية المختلفة وإبرام العقود الخاصة بذلك، كما يقع على شركة المشروع أيضاً التفاوض مع شركات التأمين ومؤسسات الضمان وذلك للحصول على وثائق التأمين والضمانات المختلفة لتغطية المشروع من المخاطر التي قد يتعرض لها⁴.

¹ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص373.

² محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص67.

³ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص132.

⁴ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص374.

الفرع الثاني: الأطراف التابعة في عقد البوت

لا يقتصر عقد البوت على الأطراف الرئيسية له، بل هناك العديد من الاتفاقيات التي يبرمها المستثمر مع الأطراف الأخرى تمهيداً لإبرامه لعقد البوت، وهذه الأطراف هي:

أولاً: المقاولون:

المقاول هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يقوم بتنفيذ المشروع بعد الاتفاق مع شركة المشروع وذلك من خلال ما يملك من وسائل وآلات ومعدات، بحيث يكون المقاول هو المسؤول أمام شركة المشروع عن إعداد وتصميم وبناء وتوريد المعدات اللازمة وتركيبها وذلك لتشغيل المرفق بالشكل اللازم والمتفق عليه مع الإدارة¹.

والأصل أن تقوم شركة المشروع ببناء وتنفيذ المشروع وذلك باعتبارها مجموعة من الشركات ومن بينها شركة مقاولات وشركة توريد تندمج مع بعضها البعض مشكلة اتحاد فيما بينها، إلا أنه قد تلجأ شركة المشروع إلى شركة أو شركات مقاوله متخصصة لإقامة المشروع بحيث تكون لها خبرة ودراية بتنفيذ المشاريع العملاقة والتي تتطلب إمكانيات خاصة وكبيرة وتكنولوجيا متقدمة قد لا تتوفر لدى شركة المشروع².

حيث أن عقود الإنشاءات بصفة عامة وعقد البوت بصفة خاصة يتطلب إمكانيات مادية وفنية كبيرة لا تتوفر لدى جميع المقاولين، لذلك يتم التعاقد مع المقاول الأصلي بالنظر إلى

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص 134.

² محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص 65.

صفته الشخصية ومدى جاهزيته¹، وبالتالي يحظر على المقاول التنازل للغير عن العقد إلا بعد الحصول على موافقة كتابية من الإدارة تجيز ذلك².

ثانياً: الخبراء والاستشاريون:

تتميز المشاريع المتعلقة بعقد البوت بأنها مشاريع عملاقة تتعلق بمرافق عامة في الدولة، ونظراً للتعقيد الشديد فيها فإنها تحتاج الى كفاءات وخبرات خاصة³، حيث يشكل الخبراء والاستشاريون في عقد البوت دوراً هاماً لأطراف العقد الرئيسي، وذلك من خلال إعداد دراسات الجدوى الاقتصادية وتقدير تكاليف إنشاء المشروع واستغلاله واختيار الوسائل اللازمة لبناء المشروع وتشغيله، كما يتعلق دورهم أيضاً في تجربة المشروع بعد إنشائه والتأكد من صلاحيته ومطابقته للمواصفات المتفق عليها⁴.

ولا تقتصر الاستعانة بالخبراء والمستشارين على شركة المشروع، بل ان الإدارة تستعين بهم أيضاً بنفس درجة استعانة شركة المشروع بهم، حيث يكون من هؤلاء الخبراء مكاتب هندسية استشارية مختصة ومستشارين قانونيين دوليين وخبراء ومحاسبين ماليين، بحيث يكون لهم دور فعال وهام في عقد البوت، حيث يساعد هؤلاء الخبراء والمستشارون الإدارة وشركة المشروع في إعداد شروط ومواصفات العقد المراد إبرامه فيما بينهم وفي تقييم العطاءات⁵.

¹ اسامة المطيري : خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، ط.1، وزارة الاعلام، الكويت، 2006، ص103.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص135.

³ عادل عبد الرحمن : نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في المشروعات العامة، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد 61، 2014، ص344.

⁴ اسامة المطيري، مرجع سابق، ص105.

⁵ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص66.

ثالثاً: الموردون والممولون:

تتعلق المشاريع في عقد البوت بالبنية الأساسية والتحتية للدولة والمشاريع الاستثمارية الكبرى منها، لذلك فإنها تتطلب قدرة مالية كبيرة قد لا تتوافر لدى شركة المشروع التي قد تفتقر إلى تملك القدرة المالية الكبيرة والإمكانات الهائلة في تملك الموارد والأدوات والمعدات.

ولذلك تلجأ شركة المشروع في الغالب إلى شركات توريد خاصة وممولين لأجل تزويدها بالمعدات والأدوات والأموال اللازمة لبناء المشروع وتشغيله، فتبرم شركة المشروع هذه العقود مع هؤلاء الموردين والممولين، بحيث تكون هذه العقود ملزمة لها وحدها ولا تمتد إلى الدولة، ما لم تكن الدولة ضامنة في تلك العقود أو متدخلة فيها بأي صفة تجعلها طرفاً فيها¹.

رابعاً: المؤمنون:

تتسم المشاريع المتعلقة بعقد البوت نظراً لأهميتها للدولة وللمنتفعين من خدماتها بتعرضها للعديد من المخاطر أثناء إنشائها أو تشغيلها واستغلالها بحيث لا تستطيع شركة المشروع تحمل نتائجها، خاصة أنها تقوم ببناء مرافق عامة للدولة تقدم خدمة عامة لجمهور المنتفعين فيها.

ولذلك تلجأ شركة المشروع إلى شركات التأمين لتغطية المخاطر التي قد تواجه المشروع محل العقد، سواء أثناء مرحلة البناء والتشييد أم أثناء مرحلة التشغيل والاستغلال، ويتنوع هذا التأمين بحسب نوع المخاطر وذلك مثل التأمين على الحوادث التي يتعرض لها العمال والآلات والمعدات، والتأمين ضد تجاوز التكاليف الحد المتوقع لها وغيرها من أنواع التأمينات المختلفة².

¹ محمد مطر المطيري، المرجع السابق، ص 68.

² عادل عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 344.

المطلب الثاني: إجراءات التعاقد في عقد البوت

تفتقد العقود الإدارية بشكل عام لخاصية هامة تقوم عليها العقود المدنية وهي الحرية الكاملة للجهة المتعاقدة في اختيار المتعاقد معها، حيث يخضع المتعاقد في العقود الإدارية لأساليب محددة تشكل في ذاتها قيوداً على حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها وذلك بهدف الوصول الى افضل العروض من الناحيتين الفنية والمالية وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة للمجتمع¹، حيث يبرم عقد البوت بين الدولة ممثلة بإحدى اداراتها او احدى مؤسساتها العامة من جهة والمستثمر المتعاقد معها من جهة أخرى، ويكون محل العقد مرفقاً عاماً يقدم خدمة عامة للمواطنين في الدولة.

والاصل ان للإدارة المتعاقدة في عقد البوت اختيار الوسيلة المناسبة لاختيار المتعاقد معها وهي الطرق المتعارف عليها في العقود الإدارية عامة وعقد الالتزام خاصة، فللإدارة ان تتعاقد بأسلوب العطاءات العامة، ولها ان تتجه الى التفاوض بشكل مباشر مع من تريد التعاقد معه².

ونظراً لضخامة عقد البوت وتعلقه بمرافق عامة تقدم خدمات عامة للمجتمع، يرى الباحث ان أفضل الطرق لاختيار المتعاقد هو عن طريق العطاءات العامة والتي قد تكون عامة موجهة الى الجميع او قد تكون خاصة موجهة الى فئة محصورة بشروط معينة، وذلك نظراً لأهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة في هذا العقد، فيجب على الإدارة ان تضع المعايير

¹ عبد العزيز خليفه، مرجع سابق، ص121.

² ويتفق ذلك مع نص المادة (12) من مشروع قانون الامتياز الفلسطيني، والتي نصت على: "يمنح الامتياز وفقاً لأحكام هذا القانون بإحدى الطريقتين التاليتين:

1- العطاءات العامة: وهي طريقة تأخذ مبدأ العلانية والمساواة وحرية المنافسة وهي اما عطاءات عامة مفتوحة او عطاءات مفتوحة مع الاختيار المسبق.

2- التفاوض المباشر: وهو طريق استثنائي في حالات يحددها هذا القانون".

والشروط المسبقة الواجب توافرها في المتقدمين للعضاءات وذلك لتعلق موضوع العقد بالمصلحة العامة للمجتمع من خلال ما يقدمه المرفق العام محل العقد من خدمات عامة للمواطنين.

وبالتالي يمر إبرام عقد البوت بأسلوب العطاءات العامة بالعديد من الاجراءات السابقة عليه، كما يمر اعداد وإبرام العقد بالعديد من الاجراءات الأخرى، حيث ان الهدف من ذلك هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض المقدمة لها من النواحي المادية والفنية والإدارية، ويتحقق ذلك من خلال مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة بين المتقدمين، والتي تتحقق من خلال احكام العطاءات العامة¹، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الإجراءات السابقة على إبرام عقد البوت

يمر عقد البوت بالعديد من الخطوات والاجراءات السابقة لإبرامه، وهذه الخطوات هي:

أولاً: تحديد المشروع:

تعتبر مرحلة تحديد المشروع من أهم المراحل التي تؤدي إلى نجاح المشروع المراد إبرام عقد البوت بشأنه، حيث تقوم الإدارة بتحديد المرافق التي تعاني من سوء تقديم الخدمات ومن قصورها أو تدني مستواها والتي تحتاج الدولة إلى تمويلها من القطاع الخاص للاستثمار فيها وتطويرها بما يتناسب وحاجة المواطنين المنتفعين من خدماتها.

ويتم اختيار المرفق أو المشروع المراد إبرام عقد البوت بشأنه بالاستناد إلى طبيعته، إذ يقتضي أن يكون هذا المرفق أو المشروع صالحاً لإنتاج الإيرادات عند تشغيله واستغلاله، حيث

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص175.

ان هذه الإيرادات هي العنصر الأساسي لتمويل المشروع ولتحقيق الأرباح للمستثمر، وبالتالي فإن المرافق التي يصلح إبرام عقد البوت بشأنها هي المرافق العامة الوطنية الاقتصادية ذات الطابع الصناعي والتجاري، أما المرافق الإدارية التي لا تنتج إيرادات كافية عند تشغيلها واستغلالها لا يمكن إبرام عقد البوت بشأنها¹.

ولذلك يجب أن يتضمن اختيار المشروع المراد إبرام عقد البوت بشأنه بياناً لمواصفاته الفنية والمالية وأهميته الاجتماعية للمواطنين وجدواه الاقتصادية، ومدى قدرته على جذب المستثمرين لإقناعهم بحجم مردوده الاقتصادي²، والذي يحقق لهم هامش مناسب من الأرباح يتمكن من خلاله المستثمرين من تعويض ما تم إنفاقه على تطوير المرفق وإنشائه.

ثانياً: دراسة الجدوى:

يمكن تعريف دراسة الجدوى بأنها مجموعة من الاختبارات والتقديرات التي يتم إعدادها من الإدارة للحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح مع الأخذ بعين الاعتبار تكاليف المشروع وعوائد تشغيله المباشرة وغير المباشرة طوال العمر الافتراضي للمشروع³. وتحتل دراسة الجدوى الفنية والاقتصادية أهمية بالغة وكبيرة في عقد البوت، حيث يحتاج إبرام عقد البوت الى دراسة الجدوى المبدئية والتي تبرز فيها أهمية المشروع الذي سيتم إبرام

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص328.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص178.

³ حمدي عبد العظيم : دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T)، ط.3، دن، 2003، ص11.

العقد بشأنه والغرض منه والفوائد التي ستعود على المجتمع ومدى تأثيره على الاقتصاد الوطني وتنميته وتقدمه¹.

ويجب أن تكون دراسة جدوى المشروع شاملة، بحيث تحيط بكافة جوانب المشروع المالية والفنية والإدارية، حيث تتم دراسة الجدوى بالمراحل التالية:

1. تحديد المشروع والهدف منه والفوائد المترتبة على تنفيذه وأثره الاقتصادي على الدولة واختيار التكنولوجيا المناسبة لتشغيله².

2. اختيار الموقع المناسب لتنفيذ المشروع الامر الذي يعود بالفائدة الكبيرة على المنتفعين من خدمات المرفق وكذلك شركة المشروع³.

3. دراسة الجوانب المالية للمشروع ودراسة تكاليف إنشائه، بحيث يتم من خلالها تحديد المدة الزمنية المتوقعة لتحصيل المستثمر ما ينفقه والمدة الزمنية لتحقيق هامش معقول من الأرباح⁴.

4. تقدير الأسعار المتوقعة للخدمات التي سيقدمها المشروع، بحيث تناسب والقدرات المالية للمستهلك العادي دون أن تشكل أي أعباء عليه⁵.

¹ عثمان علي : تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الإدارية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015، ص102-103.

² عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص152.

³ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص179.

⁴ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص114.

⁵ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص179.

5. تحديد الموافقات الحكومية اللازمة، وبيان التراخيص والتصاريح الواجب صدورها من الأجهزة المختصة في الدولة¹.

ثالثاً: طرح المشروع للتعاقد:

و يمر طرح المشروع للتعاقد بالعديد من المراحل، وهي:

1. تحديد وثائق المناقصة:

تعتبر وثائق المناقصة وشروطها ومواصفات الفنية التي تتضمنها كراسة الشروط أساس التعاقد بين الإدارة والمستثمر، وتتمتع هذه الوثائق بمركز قانوني مهم وتعتبر جزءاً لا يتجزأ من الاتفاق المبرم بين الإدارة والمستثمر حتى ولو لم ينص على ذلك في مضمون العقد المبرم بينهما².

ويجب على الإدارة ان تنص في كراسة الشروط ومواصفات على النصوص التي تلزم المستثمر بتقديم تكنولوجيا متقدمة لتشغيل المشروع، بالإضافة إلى النص على التسهيلات التي منحها الإدارة للمشروع، كذلك يجب أن تحتوي على النصوص والشروط التي تضمن لها نقل ملكية المشروع بعد انتهاء العقد بحالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله³.

وقد أثبت الواقع العملي أنه من الأفضل أن تستغرق عملية التحضير وإعداد كراسة الشروط فترة زمنية معقولة تؤدي في النهاية إلى التوصل إلى أفضل الشروط، بحيث تجذب أكبر عدد

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص152.

² جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص115.

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص163.

ممکن من المستثمرين وتحقق أكبر قدر من المنافسة بين المتقدمين، الأمر الذي يدفع الشركات ذات الخبرة والاختصاص إلى التقدم للمشروع¹.

2. الإعلان عن المناقصة:

يعتبر الإعلان عن المناقصة من أهم الإجراءات الأساسية والجوهرية، حيث يتم بمقتضاه دعوة المقاولين والمتعهدين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وبيان كافة الشروط التي يتم عن طريقها التقدم إلى الإدارة بهذه العروض²، ولا يشكل الإعلان عن المناقصة إيجاباً موجهاً من الإدارة إلى من يريد التعاقد معها، بل هو مجرد دعوة إلى التعاقد³.

وقد نصت المادة (1/25) من الفصل الثالث من قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والانشاءات والخدمات لعام 1994م على محتويات الإعلان عن المناقصة، حيث يجب أن الإعلان على اسم الجهة وعنوانها وطبيعة الإنشاءات وموقعها والوقت المحدد للتنفيذ وإنجاز الإنشاءات، والمعايير والإجراءات التي ستطبق في تقييم أهلية المتعاقدين دون النظر إلى جنسياتهم، كما يجب أن يتضمن الإعلان على طرق الحصول على وثائق الالتماس والمكان الذي يمكن الحصول عليها منه واللغة أو اللغات التي تتوفر بها وثائق الالتماس، كما يتضمن الإعلان كذلك مكان تقديم العطاءات والموعد النهائي لتقديمها⁴.

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص116.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص168.

³ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص193.

⁴ المادة (1/25) من قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والانشاءات والخدمات لعام 1994م، متوافر على الرابط الالكتروني التالي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/procurem/ml-procurement/ml-procure-a.pdf>، تاريخ الدخول 2016/04/20.

3. إثبات القدرة الفنية والمالية المتعاقد:

حيث ان لإثبات القدرة الفنية والمالية للمتعاقد أهمية كبيرة بالنسبة للإدارة والمستثمر، فهي تساعد الإدارة على تقويم مؤهلات المستثمرين المتقدمين للعطاء بسرعة ودقة، كما تمكن المستثمر من التقدم لعطاءات هو أكثر استعداداً بشأنها استناداً لما لديه من خبرات سابقة¹، حيث يجب على المتعاقد إثبات قدرته على تنفيذ المشروع، ويتم ذلك بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: تقديم الخبرة والمستندات المثبتة لها مع العرض:

حيث يقوم كل من يريد التعاقد مع الإدارة بتقديم عرضه مرفقاً به المستندات التي تثبت خبرته السابقة في المشاريع الأخرى والمدة التي عمل بها في تلك المشاريع².

الطريقة الثانية: تقديم الخبرة والمستندات المثبتة لها قبل تقديم العرض:

حيث تطلب الإدارة من الراغبين بالتعاقد معها تقديم المستندات التي تدل على خبرتهم في هذا المجال، وذلك حتى تستطيع أن تقصر الدخول في المناقصة على المستثمرين القادرين على تنفيذ هذه المشروعات³.

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص169.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص194.

³ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص120.

4. إعداد العطاء وتقديمه:

يقوم المستثمر الراغب بالتعاقد مع الإدارة بإعداد العطاء وفقاً للشروط والمواصفات الواردة في كراسة الشروط، بحيث يجب على المستثمر الالتزام بالمواعيد والإجراءات التي تحددها الإدارة، كما يجب أن يتضمن العطاء المقدم منه مصادر تمويل المستثمر للمشروع والضمانات التي تكفل تنفيذه، كما يجب أن يتضمن العطاء المخططات والرسومات الخاصة بالمشروع وخطه تنفيذها ومدة هذا التنفيذ¹.

5. تقييم العروض ودراساتها:

يتم تقييم العروض المقدمة واختيار أفضلها وذلك من خلال معايير التقييم والدراسة الفنية والمالية والإدارية وغيرها، والتي اعلنت عنها الإدارة في كراسة الشروط الخاصة بالمشروع، كما يدخل من ضمن تقييم العروض المقدمة مدى قدرة مقدم العرض على الحصول على التمويل اللازم للمشروع، والمؤسسات المالية الداعمة والراعية له²، الأمر الذي يبين للإدارة مدى قدرة مقدم العرض على تنفيذ هذا المشروع.

وبعد دراسة العروض المقدمة للإدارة يتم إرساء المناقصة على أفضل هذه العروض تقنياً وفنياً وأقلها سعراً بشكل معقول³، بحيث يكون هذا الإرساء مؤقتاً إلى حين تصديق الجهة المختصة في الدولة على ذلك⁴.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص85.

² مصطفى عبد المحسن الحبشي، المرجع السابق، ص89.

³ اسامة المطيري، مرجع سابق، ص91.

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص342.

وقد ثار التساؤل حول إذا كان يحق للمستثمر أن يبدي في العرض المقدم منه طلب تعديل بعض الشروط أو إبداء بعض التحفظات على القواعد والشروط المعلن عنها من الإدارة في كراسة الشروط، وللإجابة على هذا التساؤل لا بد أولاً أن يتم بيان أنواع التحفظات التي قد ترد على كراسة الشروط، وهذه الأنواع هي:

أ. تحفظات مالية:

وهي التحفظات التي تتعلق بطريقة الدفع وأداء المقابل المالي في العقد المنوي إبرامه بين مقدم العرض والإدارة.¹

ب. تحفظات غير مالية:

وهي التحفظات التي تتعلق بظروف العمل وتشغيل واستغلال المرفق محل العقد، أو تتعلق بالموصفات الفنية وغيرها من الأمور التي لا تندرج تحت التحفظات المالية.²

وذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن الأصل في العقود الإدارية أن تستقل الإدارة في وضع الشروط بحيث لا يكون للطرف الآخر الحق في الاشتراك بذلك، بحيث لا يكون للمتعاقد مع الإدارة إلا أن يقبل بهذه الشروط أو أن يرفضها، فإذا خرج عن هذه الشروط في العرض المقدم منه فإن الأصل أن يتم استبعاد عطائه، إلا إذا كان الخروج مقصوراً على بعض التحفظات التي لا تؤثر على الشوط الجوهرية المعلن عنها.³

وقد اقرت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع المصرية بوجود هذين النوعين من التحفظات، ففي التحفظات المالية ذهبت إلى أن "تحفظ جميع المتناقضين بعباءاتهم على أساس المحاسبة

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص126.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص198.

³ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 333 الصادر بتاريخ 1967/12/02، مشار إليه في الياس ناصيف، مرجع سابق، ص197.

على أي زيادة تحدث في أسعار مواد البناء خلال تنفيذ العملية ورسوم العملية على أرخص العطاءات وخلق لجنة البت من أي تعليق أو رفض لهذا التحفظ، يكون قد تم قبول الإيجاب المقدم منه بالوضع الذي تقدم ويكون التعاقد قد تم فعلا على أساس الشروط التي تقدم بها بما في ذلك التحفظ الذي قدمه"¹.

أما في التحفظات غير المالية، فقد ذهبت الجمعية العمومية إلى أن "الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية، وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخي في تنفيذ التزاماته المتقابلة، هذا الأصل يجوز للطرفين الخروج عنه عند التعاقد، خاصة إذا ما قدر أن عدم تنفيذ الجهة الإدارية لالتزاماتها يعجز المتعاقد معها عن تنفيذها في الميعاد المحدد"².

الفرع الثاني: إجراءات إعداد وإبرام العقد

بعد الانتهاء من الإجراءات السابقة على إبرام العقد واختيار المتعاقد، فإنه يمر إعداد وإبرام العقد مع المستثمر الذي تم اختياره بالعديد من الإجراءات، وهي:

أولاً: المفاوضات:

تعد مرحلة المفاوضات هي أول مراحل إبرام عقد البوت، حيث يعرض كل من الإدارة والمستثمر الذي وقع الاختيار عليه ما يراه محققاً لمصلحته، بحيث تهدف هذه المرحلة إلى

¹ فتوى رقم 47 بتاريخ 17/01/1984 ملف رقم 14/2/78 جلسة 16/11/1983، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع س 37، 38، 1995، ص 373، مشار إليه في جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 126.

² فتوى رقم 532 بتاريخ 04/07/1993 ملف رقم 295/1/54، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ج 2، 1993، مشار إليه في الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 199.

التقريب بين وجهات النظر والتوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف، حيث تعتبر هذه المرحلة هي المرحلة التمهيديّة التي يتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد قبل إبرامه بين الأطراف¹.

ويجب أن تتم هذه المفاوضات في إطار مبدأ حسن النية كمبدأ أساسي في العقود عامة وعقود البوت بشكل خاص، بحيث يجب على كل فرد أن يبذل الجهد المعقول والعناية اللازمة والتزام الصدق والوفاء في الالتزامات التي تقع عليه، بحيث يصبح كل طرف من أطراف العقد على علم بحقوقه والتزاماته فيصدر قراره على الوجه الصحيح في ظل مناخ يسوده التعاون والصراحة بين الأطراف².

ولا تقتصر هذه المفاوضات على الأطراف الرئيسية لعقد البوت، بل تمتد إلى العلاقات الأخرى التي تنشأ بين المستثمر والجهات الأخرى كالبنوك والموردين والمقاولين، بحيث تدور المفاوضات بين المستثمر والأطراف التابعة لعقد البوت حول مخاطر السوق أو المخاطر المالية أو السياسية التي قد تحدث أثناء إنشاء المشروع وتشغيله³، وبالتالي يضمن المستثمر نتائج ما قد يطرأ من أخطار أثناء تنفيذ المشروع وتشغيله طوال مدة العقد.

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص140.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص177.

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص174.

وبالتالي تنقسم المفاوضات إلى مفاوضات بين الإدارة والمستثمر ومفاوضات بين المستثمر والأطراف الأخرى وذلك على النحو التالي:

1. المفاوضات بين الإدارة والمستثمر:

يعتبر عقد البوت ذو أهمية كبيرة للإدارة، وذلك نظراً لتعقله بمرافق ومشاريع عامة تقدم خدمات عامة للجمهور، ونظراً لخطورته وأهميته فإن الإدارة تفرض رقابة كبيرة على هذا العقد وتنفيذه سواء في مرحلة الإنشاء ام في مرحلة التشغيل، الأمر الذي يدفع المستثمر الى الاستعانة بالخبراء والقانونيين للتفاوض في شروط العقد وبنوده، بحيث تتعلق المفاوضات بالبنود التالية:

أ. حقوق والتزامات المستثمر المتعاقد مع الإدارة¹.

ب. الالتزامات والتعهدات الحكومية، سواء فيما يتعلق باستعمال الأراضي الخاصة بالمشروع والطرق أو المعاملة الضريبية للمشروع وأسعار الخدمات المقدمة².

ت. المجال الرئيسي للنشاط والخدمات التي يقدمها المرفق والأنشطة الأخرى التي تؤدي إلى تعزيز وزيادة مصادر دخل المشروع³.

ث. تحديد علاقة المستثمر مع المنتفعين بخدمات المرفق، وتحديد الأسعار التي يتقاضاها المستثمر من المنتفعين لقاء الخدمات التي يقدمها وإمكانية اجراء الزيادات عليها⁴.

¹ صالح بكر الطيار : النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، ط1، مركز الدراسات العربي الاوروي، بيروت، 2000، ص51.

² احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص379.

³ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص179.

⁴ صالح بكر الطيار، مرجع سابق، ص51.

ج. مدة العقد والأحكام الخاصة بنقل ملكية المرفق إلى الإدارة إذا انتقلت ملكيته للمستثمر خلال مدة العقد¹.

ح. وسائل حل النزاعات الناتجة عن العقد والقانون الواجب التطبيق².

2. المفاوضات بين المستثمر والأطراف الأخرى:

ينتج عن إبرام عقد البوت بين الإدارة والمستثمر قيام الأخير بإبرام العديد من العقود المستقلة مع العديد من الأطراف كالمقاولين والموردين والممولين والمؤمنين وغيرهم، بحيث تختلف المفاوضات بين المستثمر وهؤلاء الأطراف عن المفاوضات بين الإدارة والمستثمر، حيث تنصب المفاوضات بين الإدارة والمستثمر على الأمور الأساسية المتعلقة بالمشروع محل العقد والمواصفات المطلوبة في تنفيذه وجزاءات الإخلال بالتنفيذ، أما المفاوضات بين المستثمر والأطراف الأخرى فإنها تتركز حول:

1. المخاطر، ومن هذه المخاطر:

أ. المخاطر السياسية:

وهي من أخطر أنواع المخاطر التي قد يتعرض لها عقد البوت نظراً لارتباطه بالبنية التحتية للدولة وحاجته للعديد من التصاريح والامتيازات، لذلك فإن الجهات الممولة قد تشترط الحصول على تعهدات من الإدارة للمستثمر بمنع خطر التأميم وكذلك التعهد بتوفير العملات الأجنبية التي تحتاجها المشروعات محل هذه العقود³.

¹ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص172.

² احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص379.

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص175.

ب. مخاطر السوق:

حيث يجب أن تتضمن دراسة جدوى هذه المشروعات والمفاوضات بين الأطراف المعنية بياناً لحالة السوق العالمية والمحلية فيما يتعلق بالمنتجات التي ستنتجها أو الخدمات التي ستقدمها هذه المشاريع وذلك لكي تطمئن الجهات المالية لموقفها المالي¹.

ت. مخاطر التشييد:

حيث يهتم الممولون والمقرضون بالوسائل التي يحمون بها أنفسهم من المخاطر المتعلقة بتشبيد وبناء هذه المشاريع مثل التأخر في الإنجاز وعدم توفر القوى العاملة القادرة على إنجاز المشروع².

ث. المخاطر المالية:

وهي المخاطر المتعلقة بتكلفة القرض المقدم للمستثمر وبتذبذب أسعار صرف العملات وارتباطها بأسعار الفائدة ومخاطر فرض رسوم جمركية جديدة³.

2. التأمينات العينية:

حيث يدخل ضمن المفاوضات الخاصة بالتأمينات العينية، حيث تلجأ الجهات الممولة للمستثمر إلى رهن الأصول المادية للمشروع محل عقد البوت وذلك ضماناً للوفاء بمبلغ القرض، كما تعتمد أيضاً الجهات الممولة للمستثمر على إيرادات تشغيل المشروع واستغلاله،

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص180.

² مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص97.

³ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص167.

حيث أنه في أغلب الأحوال لا تكفي التأمينات العينية على أصول المشروع لسد مبلغ القرض وفوائده¹.

ثانياً: صياغة العقد وابطامه:

بعد الانتهاء من مرحلة المفاوضات ينتقل الأطراف إلى مرحلة صياغة العقد وابطامه حيث يصاغ عقد البوت وفقاً لما تنتهي إليه المفاوضات وما يتم الاتفاق عليه بين الإدارة والمستثمر، وبين المستثمر والأطراف الأخرى²، كل ذلك بما يتوافق مع احكام القوانين المنظمة للعقد، وبعد الانتهاء من عملية صياغة العقد ينتقل الأطراف إلى إبرام العقد واطفاء الصفة الرسمية عليه من خلال التوقيع عليه.

¹ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص381.

² احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص381.

المبحث الثاني: آثار ابرام عقد البوت

يترتب على ابرام عقد البوت حقوقاً والتزامات متبادلة بين أطراف العقد شأنه في ذلك شأن سائر العقود، ولكنه يختلف عن العقود العادية بتعلق موضوعه بإنشاء واستثمار مرفق عام في الدولة وبالتالي فإنه يعتبر عقداً من العقود الادارية.

ويترتب على هذه النتيجة ان للدولة المتعاقدة في عقد البوت العديد من السلطات والصلاحيات وذلك في إطار سعيها الى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد وتقديم الخدمات للأفراد بشكل مستمر¹، كما يترتب للمستثمر المتعاقد مع الدولة العديد من الحقوق والواجبات التي يلتزم بها والتي تفرضها عليه احكام العقد والدولة نظراً لتعلق موضوع العقد بمرفق عام يقدم خدمات عامة للمجتمع.

ولبيان ذلك، سوف يقسم الباحث هذا المبحث الى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول: حقوق والتزامات المستثمر، وسوف قسمه الى فرعين:

الفرع الاول: حقوق المستثمر

الفرع الثاني: التزامات المستثمر

المطلب الثاني: حقوق والتزامات الادارة المتعاقدة، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: حقوق وسلطات الادارة المتعاقدة

الفرع الثاني: التزامات الادارة المتعاقدة

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص71.

المطلب الاول: حقوق والتزامات المستثمر

يترتب على ابرام عقد البوت بين المستثمر والدولة ثبوت العديد من الحقوق للمستثمر، كما يترتب عليها ايضا التزام المستثمر بالعديد من الواجبات، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: حقوق المستثمر

يثبت للمستثمر المتعاقد مع الإدارة العديد من الحقوق، وهذه الحقوق هي:

أولاً: حق المستثمر في الحصول على المقابل المالي للعقد:

يلتزم المستثمر في عقد البوت بالقيام ببناء المرفق محل العقد وتزويده بكافة الآلات والمعدات والأدوات اللازمة لتشغيل المرفق، كما يلتزم المستثمر بصيانة المبنى والمعدات والآلات والأدوات بشكل دوري بالإضافة لقيامه بإدارة المرفق محل العقد وتقديم الخدمة المطلوبة للجماهير المنتفعة من المرفق.

وبالتالي يعتبر المقابل المالي الهدف الأساسي للمستثمرين عند ابرامهم للعقود الإدارية مع الدولة لقاء الخدمات والأعمال الضخمة والمكلفة التي يقومون بها لصالح الإدارة المتعاقدة معهم، ويتخذ المقابل المالي في العقود الإدارية إحدى صورتين:

1. الثمن، ويكون ذلك في عقد الأشغال العامة والتوريد بحيث يستوفي المستثمر الثمن من

الدولة¹.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص119.

2. الرسم¹، ويكون ذلك في عقود التزام المرافق العامة، حيث يفرض المستثمر الرسوم على المنتفعين مقابل ما يقدمه من خدمات وهو ما يظهر في عقد البوت².

وقد اختلف الفقه الفرنسي حول تحديد الطبيعة القانونية المتعلقة بالرسم، حيث تعددت الآراء حول طبيعة الرسم نظراً للأهمية البالغة المترتبة على تحديد طبيعته القانونية، حيث ينعكس هذا الأمر على سلطة الإدارة في تعديل هذا الرسم، وهذه الآراء هي:

1. الطبيعة التعاقدية للرسم:

حيث يسلم أصحاب هذا الرأي³ بالطبيعة التعاقدية للشروط المتعلقة بتحديد الرسم، وبالتالي لا يجوز أن ينفرد أحد بتعديلها بل يتم التعديل عليها بموافقة طرفي العقد⁴.

2. الطبيعة المزدوجة للرسم:

حيث يميز أصحاب هذا الرأي⁵ بين حالتين:

أ. في حالة العلاقة بين كل من الإدارة والمستثمر بالمنتفعين، حيث يتفق أصحاب هذا الرأي في هذه الحالة مع الرأي القائل بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بتحديد الرسم⁶.

¹ يعرف الرسم بأنه المقابل المالي الذي يحصل عليه المستثمر مقابل ما يقدمه من خدمات نيابة عن الدولة وبتفويض منها لإدارة وتشغيل المرفق العام من جمهور المنتفعين بشكل مباشر وليس من الإدارة المتعاقدة، مشار إليه لدى محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص154.

² جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص154.

³ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص159، كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص200.

⁴ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص159.

⁵ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص181، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص160، حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص187.

⁶ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص187.

ب. في حالة علاقة الإدارة بالمستثمر، حيث يذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن الشروط المتعلقة بتحديد الرسم في هذه الحالة هي ذات طبيعة تعاقدية، بحيث يستحيل أن تنفرد الإدارة بتعديلها دون موافقة المستثمر على إجراء التعديلات¹.

3. الطبيعة اللائحية للرسم:

وهو الرأي الغالب لدى الفقهاء²، حيث يسلم أصحاب هذا الرأي بالطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم وبالتالي يكون للدولة سلطة التعديل على الرسم بإرادتها المنفردة³.

ويتفق الباحث مع الرأي القائل بالطبيعة اللائحية للرسم، فالإدارة من خلال إبرامها لعقد البوت في الدولة تهدف إلى تحقيق وإشباع حاجات الأفراد والمجتمع المتزايدة من هذه الخدمات، وبالتالي تحدد رسوماً معقولة تتناسب والوضع الاقتصادي والاجتماعي والقدرات المادية المتفاوتة للمواطنين فيها، وبالتالي تكون هي الأجدر بتحديد الرسم المناسب للواقع والظروف التي يعيشها المواطنون بالدولة، لكن دون إخلال بالتوازن المالي للعقد والذي يعتبر حق للمستثمر المتعاقد مع الإدارة.

وقد حسم المشرع المصري أي جدل فقهي حول هذا الأمر من خلال اعتماده للطبيعة اللائحية للشروط المتعلقة بالرسم، فقد نصت المادة (5) من القانون المصري رقم 129 لسنة 1947م بشأن التزام المرافق العامة على: "لمانع الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة

¹ عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص181.

² مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص187، كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص200، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص159، عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص181.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص187.

ان يعدل من تلقاء نفسه اركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام او قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض ان كان له محل". وبالتالي حسم المشرع المصري هذا الامر من خلال ما منحه من صلاحيات للدولة تتعلق بتعديل اركان تنظيم المرفق العام محل العقد وقواعد استغلاله وبشكل خاص قوائم الأسعار وإبرادتها المنفردة¹.

ثانياً: حق المستثمر في ضمان التوازن المالي للعقد:

إن الحفاظ على التوازن المالي للعقد أهمية كبيرة لطرفي العقد فهو يعود بالفائدة الكبيرة عليهم، فمن خلال الحفاظ على التوازن المالي للعقد يحقق المستثمر الأرباح التي يسعى إلى تحقيقها طوال مدة العقد الأمر الذي يمكنه من تغطية الأعباء التي تترتب عليه في تنفيذ العقد وتحقيق هامش من الربح، كما يعود هذا الأمر بالفائدة على الإدارة المتعاقدة أيضاً حيث تضمن عدم توقف المرفق العام واستمرار تشغيله بالصورة التي تتناسب وحاجة جماهير المنتفعين من الخدمات التي يقدمها المرفق العام محل العقد.

ولأن مدة تنفيذ هذه العقود مدة طويلة نسبياً، فقد تزداد الالتزامات الواقعة على المستثمر في العقود الإدارية، حيث يكون ذلك إما بفعل الإدارة مباشرة وذلك عندما تستخدم سلطاتها في تعديل العقد، وأما أن يكون ذلك لسبب آخر لا بد للإدارة منه مثل الظروف السياسية والاقتصادية غير المتوقعة والتي يترتب عليها اختلال التوازن المالي للعقد².

¹ وهذا الامر يتفق مع ما جاء به مشروع قانون الامتياز الفلسطيني من خلال إعطائه لمانح الامتياز الحق في إعادة النظر في قوائم الاسعار، فقد نصت المادة (45) منه على: "لمانح الامتياز الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار بعد كل فترة زمنية وفقاً للأسس التي تحددها اتفاقية الامتياز".

² مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص121.

ولذلك فقد ابتكر القضاء الإداري ثلاث نظريات لإعادة التوازن المالي للعقد، بحيث يثبت من خلالها حق المستثمر المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض حتى ولو لم ترتكب الإدارة المتعاقدة أي خطأ أثناء تنفيذ العقد¹، وهذه النظريات هي:

أولاً: نظرية فعل الامير:

ان المقصود بنظرية فعل الامير هي كل اجراء مشروع تتخذه السلطة العامة من شأنه ان يزيد الابعاء المالية على المتعاقد مع الادارة بفعل هذه الاجراءات الصادرة عنها وهي ما يطلق عليه بالمخاطر الادارية².

حيث تتعلق نظرية فعل الامير بالتعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الادارة عن الضرر الذي لحق به من جراء ما تتخذه السلطة الادارية من اجراءات مشروعة تنصب على العقد او على ظروف تنفيذه، بحيث انها تؤدي الى زيادة الابعاء المالية للمتعاقد مع الادارة من خلال ما تصدره من قوانين او لوائح او قرارات فردية من شأنها التأثير على تنفيذ العقد وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها وقت التعاقد³.

ولتطبيق هذه النظرية لابد من توافر شروط معينة، وهذه الشروط هي⁴:

1. ان يتعلق الامر بإجراء مشروع انصب على عقد اداري.
2. ان يصدر هذا الاجراء عن الادارة المتعاقدة في هذا العقد.
3. ان يكون هذا الاجراء الصادر عن الادارة المتعاقدة غير متوقع عند ابرام العقد.

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص160.

² مفتاح عبد الحميد، و حمد الشلماني : العقود الإدارية واحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص236.

³ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الاداري، مرجع سابق، ص186.

⁴ احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص249.

4. ان يؤدي الاجراء الصادر عن الادارة المتعاقدة الى الحاق الضرر بالمتعاقدين.

ثانياً: نظرية الظروف الطارئة:

إذا طرأت ظروف واحداث غير متوقعة عند ابرام العقد بحيث اصبح التنفيذ مرهقاً للمتعاقدين مع الادارة ولم يكن للإدارة علاقة بهذه الظروف، فإن من حق المتعاقدين مع الادارة ان يطالب الادارة بالتعويض عما يلحقه من خسائر ولو جزئياً وإعادة التوازن المالي للعقد¹.

ولتطبيق هذه النظرية لابد من توافر شروط معينة، وهذه الشروط هي²:

1. حدوث ظرف طارئ لم يكن متوقعاً وقت التعاقد ويجعل تنفيذ العقد مرهقاً.
2. الا يكون للأطراف المتعاقدة دور في احداث الظرف الطارئ.
3. ان يؤدي الظرف الطارئ الى تغيير التوازن المالي للعقد بشكل جذري.
4. استمرار المتعاقدين مع الادارة في تنفيذ العقد اثناء الظروف الطارئة.

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

ويقصد بهذه النظرية ان يواجه المتعاقدين مع الإدارة أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية صعوبات ومشاكل مادية استثنائية مرهقة له ولا علاقة له بها ولم تكن متوقعة عند ابرام العقد، حيث يصبح تنفيذ العقد مرهقاً بسببها ويكون من حقه ان يطالب بتعويض كامل عن الاضرار التي لحقت به نتيجة لهذه الصعوبات³.

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص174.

² عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الاداري، مرجع سابق، ص183-184.

³ سليمان الظماوي، مرجع سابق، ص686.

ولتطبيق هذه النظرية لا بد من توافر شروط معينة، وهذه الشروط هي¹:

1. أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية.
2. أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد بين الأطراف.
3. ألا يكون لإرادة الأطراف المتعاقدة دور في أحداثها.
4. أن تكون هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي ولا يمكن التغلب عليها.

ومن خلال العرض السابق يتبين للباحث وجود ثلاث نظريات ابتكرها القضاء الإداري لإعادة التوازن المالي للعقود الإدارية، بحيث يكون لكل نظرية قواعد خاصة وشروط خاصة تحكمها وتحكم مجال تطبيقها على العقد الإداري.

حيث يتم تطبيق نظرية فعل الأمير عندما يصدر عن الإدارة المتعاقدة قرارات إدارية تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري المبرم بينها وبين المستثمر المتعاقد معها وبالتالي يكون القرار الإداري الصادر عن الإدارة حتى ولو كان مشروعاً هو القرار الذي يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، أما نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيتم تطبيقها عندما يحدث صعوبات مادية غير متوقعة وليس لأطراف العقد علاقة بها ولم تكن متوقعة عندما تم إبرام العقد فيما بينهم وبالتالي تكون الصعوبات التي واجهت أطراف العقد هي صعوبات ذات طبيعة مادية والتي يرجع في الغالب سببها إلى الظواهر الطبيعية²، أما نظرية الظروف الطارئة فيتم

¹ عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص210-211.

² احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص260.

تطبيقها عند حدوث ظرف طارئ لم يكن متوقعاً وقت إبرام العقد ويجعل تنفيذ العقد مرهقاً على المستثمر ومثال ذلك الحروب والأزمات الاقتصادية¹.

الفرع الثاني: التزامات المستثمر

يقع على المستثمر المتعاقد مع الإدارة العديد من الالتزامات التي يجب عليه القيام بها، وهي:

أولاً: قيام المستثمر بتنفيذ العقد بنفسه:

إن التزام المستثمر بتنفيذ التزاماته بنفسه في عقد البوت هو التزام عام يشمل جميع العقود الإدارية، حيث أن الأصل في العقود الإدارية أن يتم اختيار المتعاقد مع الإدارة وفق إجراءات محددة، وذلك نظراً لارتباط العقد الإداري بنشاط مرفق عام، وبالتالي فإنه يجب أن يقوم المستثمر بتنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد بنفسه وذلك لأن اختيار المستثمر يبني أساساً على الاعتبار الشخصي للمتعاقد².

وتتفاوت أهمية هذا الالتزام من عقد إلى آخر، حيث أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد يرتبط بمدى ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام والنفع العام للجمهور، وتتعاظم أهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد في عقد امتياز المرفق العام وعقد البوت والسبب في ذلك الصلة المباشرة بين المرفق العام والمستثمر والذي يتمتع بسيطرة كاملة على المرفق العام وإدارته³.

¹ عبد العظيم عبد السلام : نظرية فعل الأمير واثرها على تنفيذ العقد الإداري، ص50، مشار إليه لدى وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص170.

² جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص132.

³ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص102.

ولذلك يكون الاعتبار الشخصي للمستثمر في عقد البوت عنصر جوهرى ورئيسى عند ابرام العقد وذلك نظراً لارتباط هذه العقود بمرافق عامة في الدولة هدفها تقديم الخدمات العامة للمنتفعين منها.

حيث تقوم الدولة باختيار المتعاقد معها بعد القيام بالعديد من الإجراءات والخطوات للتأكد من قدرته المالية على تنفيذ هذه المشاريع الضخمة وكذلك قدرته على إدارتها وتشغيلها وتحقيق الهدف الذي تسعى هذه المرافق للوصول إليه من تقديم للخدمات للمنتفعين وإشباع حاجاتهم، وبالتالي يحظر على المستثمر التنازل للغير بتنفيذ العقد إلا بعد موافقة الإدارة المتعاقدة على ذلك، نظراً لارتباط المرفق ونشاطه بتحقيق الصالح العام والمصلحة العامة.

وبالتالي فإن الأصل أن يقوم المستثمر بتنفيذ عقد البوت بنفسه، ولكن قد يقوم طرف آخر غير المستثمر بتنفيذ العقد كله أو جزء منه وذلك من خلال احدى طريقتين:

1. التنازل عن العقد:

ويعني التنازل عن العقد ان يتفق المتعاقد مع الإدارة على ان يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزامات العقد بشكل كامل¹.

2. التعاقد من الباطن:

ويعني التعاقد من الباطن قيام المستثمر بالاتفاق مع الغير بقصد قيامه بتنفيذ جزء أو أكثر من التزامات المستثمر الواردة بالعقد الأصلي المبرم بين المستثمر والإدارة².

¹ مفتاح عبد الحميد، وحمد الثلماني، مرجع سابق، ص206.

² مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص107.

وبالتالي يختلف التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن، حيث أن التنازل عن العقد يتضمن حلول الغير محل المستثمر في كافة حقوقه والتزاماته بموجب العقد الأصلي المبرم مع الإدارة المتعاقدة، أما التعاقد من الباطن فإنه يتضمن قيام الغير بتنفيذ جزء أو أكثر من العقد الأصلي المبرم بين المستثمر والإدارة المتعاقدة.

وإذا لم ينص عقد البوت المبرم بين المستثمر والإدارة المتعاقدة على صلاحية المستثمر بالتنازل عن العقد للغير أو التعاقد من الباطن مع الغير وقام المستثمر بذلك دون حصوله على موافقة الإدارة المسبقة على ذلك فإنه يترتب على ذلك ما يلي:

1. أن هذا التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن يعتبر خطأ جسيماً يستوجب معه فسخ العقد

وتوقيع الإدارة ما تراه مناسباً من الجزاءات على المتعاقد¹.

2. أن هذا التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن لا يمكن الاحتجاج به أمام الإدارة، بحيث

يبقى المستثمر مسؤولاً أمام الإدارة عن كافة الالتزامات المترتبة عليه².

ثانياً: قيام المستثمر بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها وفي المدة المحددة:

إن لتنفيذ عقد البوت وفقاً للمواصفات التي تم الاتفاق عليها أهمية كبيرة، حيث ترتبط جودة التنفيذ ودقته باستمرار المرفق العام محل العقد في أدائه لنشاطه بالشكل المطلوب منه حتى يتم نقل ملكيته للدولة³، ولذلك يكون للإدارة المتعاقدة الحق في مراقبة التنفيذ في مراحل المختلفة طوال مدة العقد إلى أن تعود ملكية المرفق للدولة.

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص136.

² سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص422.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص270.

كما أن لتنفيذ العقد وفقاً للمدة الزمنية التي تم الاتفاق عليها أهمية كبيرة، وذلك نظراً لتعلق هذه العقود بالبنية التحتية للدولة وبالمرافق العامة التي تشبع حاجات المجتمع، وبالتالي فإن التأخر عن المدد المحددة يعود بالضرر الكبير على الدولة والمجتمع وللإدارة محاسبة المستثمر عن ذلك، حيث ان تأخر المستثمر عن المدد المحددة يعتبر خطأً عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية وبالتالي محاسبته عليه¹.

ثالثاً: قيام المستثمر بتشغيل المشروع وإجراء الصيانة اللازمة:

تعتبر مرحلة تشغيل المشروع محل عقد البوت هي جوهر العقد بالنسبة للمستثمر وللإدارة، حيث أن تشغيل المشروع هو الذي يكفل للمستثمر تحقيق الإيرادات المناسبة لتغطية نفقات بناء المشروع وتنفيذه وتحقيق هامش معقول من الأرباح، كما يعود تشغيل المشروع بالفائدة على الإدارة المتعاقدة، حيث أن محل العقد هو مرفق عام يقدم خدمة عامة للمنتفعين به، وبالتالي فإن تشغيل المشروع يشبع حاجات المجتمع من خلال ما يقدمه من خدمات.

وغالبا ما تضع الإدارة المتعاقدة المبادئ العامة التي يتعين على المستثمر الالتزام بها أثناء

تشغيل المشروع طوال مدة العقد، وهذه المبادئ هي:

1. مبدأ المساواة:

حيث يكفل هذا المبدأ المساواة لجميع الأفراد أمام الخدمات التي يقدمها المرفق العام، بحيث لا

يجوز للمستثمر أن يمتنع عن اداء الخدمة إلى أي شخص إذا توافرت شروط تقديمها².

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص213.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص264.

2. مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد:

أن الهدف من المرافق العامة هي إشباع الحاجات العامة للمجتمع بشكل دائم ومستمر، وبالتالي فإنه يجب أن يستمر المرفق بأداء الخدمات التي يقدمها، ذلك لأن توقفه عن أداء الخدمات سواء بشكل مؤقت أم دائم أمر يتعارض مع طبيعة المرفق العام¹.

3. مبدأ تكيف المرافق العامة مع الظروف والمستجدات:

حيث أن الهدف من إنشاء المرافق العامة إشباع حاجات المجتمع، وبالتالي يجب أن تواكب هذه المرافق التطورات في الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية بحيث لا يقتصر نشاط المرفق العام على إشباع الحاجة العامة التي أنشأ من أجلها، بل يجب أن يواكب ويلاحق التطورات والمستجدات وذلك لأن حاجات المجتمع متطورة ومتجددة باستمرار².

كما يلتزم المستثمر في عقد البوت بإجراء الصيانة الدورية اللازمة للمشروع والتي من خلالها تضمن الدولة استمرار المرفق بتقديم الخدمات وإشباع الحاجات العامة التي تم إنشاء المرفق العام لأجلها، حيث يحدد العقد مواعيد صيانة المرفق وطرق الصيانة لجميع أدوات ومعدات المشروع، وتخضع عملية الصيانة لإشراف الإدارة المتعاقدة ورقابتها³.

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص168.

² عدنان عمرو : مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص148.

³ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص117.

رابعاً: قيام المستثمر بتدريب العاملين ونقل التكنولوجيا:

إن من بين الأهداف الأساسية لإبرام عقد البوت هو إتاحة الفرصة للدولة للحصول على التكنولوجيا الحديثة والمتطورة عن طريق القطاع الخاص، حيث يكون المتعاقد مع الإدارة بالعادة إحدى الشركات الأجنبية العملاقة المتخصصة في هذا المجال، بحيث يلتزم بنقل التكنولوجيا الحديثة للإدارة المتعاقدة معها الأمر الذي يكفل توفير الجهد والوقت وتدريب الأيدي العاملة بالإضافة إلى تقديم الخدمات الجيدة وإشباع حاجات المجتمع بأفضل صورة ممكنة¹.

خامساً: قيام المستثمر بنقل ملكية المشروع إلى الإدارة المتعاقدة:

يلتزم المستثمر بعد نهاية مدة العقد المبرم بينه وبين الإدارة بنقل ملكية المرفق محل العقد إلى الإدارة بحالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله وهو التزام أساسي في عقد البوت، أما إذا لم تنتقل ملكية المرفق للمستثمر خلال مدة العقد، فإنه يلتزم بنقل الحيازة للإدارة بعد انتهاء العقد. والأصل أن يتم إعادة المرفق إلى الإدارة دون مقابل، حيث أن المستثمر غالباً ما يكون قد استرد ما أنفقه في بناء المرفق من خلال تشغيل المرفق، بالإضافة إلى احتفاظه بالأرباح التي حققها طوال مدة العقد، ولكن هذا لا يمنع من اتفاق المستثمر والإدارة في العقد على حصول المستثمر على تعويض عادل بعد نهاية العقد وإعادة المرفق للدولة². وقد تجد الإدارة ان من مصلحتها استمرار المستثمر في إدارة المرفق وتشغيله، وبالتالي عليها أن تبرم اتفاقاً جديداً بهذا الشأن مع المستثمر ويكون محله إدارة هذا المرفق³.

¹ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص276.

² عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص172.

³ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص153.

المطلب الثاني: حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة

بناءً على ما تم التوصل إليه في الفصل السابق من هذه الدراسة حول الطبيعة الإدارية لعقد البوت، فإنه يترتب على ذلك ثبوت بعض الحقوق والسلطات للدولة المتعاقدة تجاه المستثمر في سبيل تحقيقها للمصلحة العامة للمجتمع والحفاظ على سير المرافق العامة في الدولة بانتظام واطراد، كما يترتب على إبرام الدولة لعقد البوت العديد من الالتزامات تجاه المستثمر المتعاقد معها، وسوف يبين الباحث ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: حقوق وسلطات الإدارة المتعاقدة

يترتب على إبرام عقد البوت ثبوت بعض الحقوق والسلطات للدولة المتعاقدة تجاه المستثمر المتعاقد معها، وهذه الحقوق هي:

أولاً: حق الإدارة في الرقابة والإشراف:

أن للإدارة الحق في الرقابة والإشراف على المستثمر أثناء تنفيذه للعقد المبرم بينهما، حيث يكون الغرض من الرقابة والإشراف على المتعاقد مع الإدارة التأكد من قيامه بتنفيذ العقد وفقاً لما تم الاتفاق عليه من شروط ومواصفات فنية وتقنية، حيث تضمن الإدارة من خلال هذه الرقابة قيام المستثمر بتنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها والتي ارادتها الإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة لأفراد المجتمع.

وتمارس الإدارة حقها في الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد من خلال إرسال مندوبين من المهندسين والفنيين للدخول إلى مواقع العمل وتنفيذ المشروع والتأكد من سير التنفيذ وفقاً

للمواعيد المقررة والمواصفات الفنية المتفق عليها في العقد¹، كما تشمل الرقابة التأكد من صلاحية المواد والأدوات المستخدمة في تنفيذ العقد والتأكد من جودتها ومطابقتها للمواصفات المتفق عليها في العقد².

ويعتبر حق الدولة في الرقابة والإشراف أمراً ثابتاً في العقود الإدارية المختلفة، ولكن له أهمية كبيرة في إطار عقد البوت، ويرجع ذلك الى طول مدة العقد المبرم بين الإدارة والمستثمر، كما يرجع ذلك الى التزام المستثمر بإعادة المرفق بحالة جيدة تسمح باستمرار تشغيله بعد نهاية العقد الأمر الذي لا يتحقق إلا من خلال رقابة الدولة وإشرافها على التنفيذ طوال مدة العقد³.
ويجب ان يراعى ان سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف ليست سلطة مطلقة، بل هي مقيدة بتحقيق الصالح العام للمرفق محل العقد من خلال عملية الرقابة والإشراف، وكذلك مقيدة من ناحية أخرى بعدم تعديل موضوع العقد ذاته بحجة الرقابة والإشراف⁴.

ثانياً: حق الإدارة في تعديل العقد:

يعد حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية من أهم المبادئ المسلم بها والتي تتمتع بها الإدارة في العقود التي تبرمها مع الغير، حيث يعتبر هذا الحق من السلطات الاستثنائية الغير موجودة

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص202.

² مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص150.

³ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص201.

⁴ محمد عبد الباسط : اعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1989، ص403.

في احكام القانون الخاص والتي تتمتع بها الدولة في مواجهة الملتزم المتعاقد معها في العقود الإدارية، ومنها عقد البوت¹.

وتستمد الإدارة هذا الحق من النظام العام والمصلحة العامة، حيث يجب عليها التدخل وتعديل بنود العقد متى وجدت ان الإبقاء على العقد بينوده الحالية يعرقل سير المرفق العام، وبالتالي يجب أن يكون التعديل بما يضمن سير المرفق العام محل العقد².

وتتمتع الإدارة بهذا الحق حتى ولو لم ينص عليه في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها، حيث ان هذا الحق مستمد من مبادئ القانون العام ومن الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وبالتالي فإن الإدارة لا تملك صلاحية التنازل عن هذا الحق نظراً لتعلقه بالنظام العام والمصلحة العامة للمجتمع³.

ولكن يجب الملاحظة أن سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية عامة وعقد البوت خاصة بإرادتها المنفردة ليست سلطة مطلقة، بل هناك العديد من الشروط الواجب توافرها لكي تستطيع الإدارة أن تمارس هذا الحق، وهذه الشروط هي:

1. أن تقتصر التعديلات على الشروط اللائحية فقط دون الشروط التعاقدية⁴.

2. أن تستند التعديلات إلى مقتضيات حسن سير المرفق العام⁵.

¹ عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص162.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص90-91.

³ عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص175.

⁴ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص117.

⁵ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص377.

3. أن يتم إجراء التعديلات في حدود القواعد العامة للمشروعية وفقاً للإجراءات الشكلية والقانونية الواجب اتباعها¹.

4. أن تقتصر التعديلات على موضوع العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، فلا يجوز أن تفرض الإدارة من التعديلات التي تجعل المستثمر أمام عقد جديد².

5. ألا تخل التعديلات بالتوازن المالي للعقد³.

6. أن تعوض الإدارة المتعاقد معها عن كل ضرر لحق به نتيجة لتلك التعديلات⁴.

ثالثاً: حق الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها:

تملك الإدارة صلاحية إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته واخل فيها، سواء امتنع عن التنفيذ أو تأخر فيه أو نفذه على خلاف ما تم الاتفاق عليه، أو أحل غيره محله في التنفيذ دون الحصول على موافقة الإدارة المتعاقدة، أو استعمل الغش أو التلاعب في معاملته مع الإدارة المتعاقدة⁵، حيث يكون للإدارة صلاحية إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها بقرار تصدره دون اللجوء للقضاء⁶.

وتختلف الجزاءات في العقود الإدارية عن الجزاءات الواقعة في عقود القانون الخاص وذلك لاختلاف الهدف منها، حيث أن الجزاءات في العقود الإدارية لا تهدف فقط إلى معاقبة المتعاقد

¹ عمرو احمد حسبو، مرجع سابق، ص173.

² اسامة المطيري، مرجع سابق، ص119.

³ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص106.

⁴ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الاداري، مرجع سابق، ص169.

⁵ محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص411.

⁶ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص108.

مع الإدارة عن أخطائه في تنفيذ العقد، بل تهدف أساساً إلى ضمان تنفيذ العقد المتصل بالمرفق العام وضمان انتظامه واستمراره تحقيقاً للمنفعة العامة للمجتمع¹.

وتتميز الجزاءات الواقعة في العقود الإدارية بخصائص مميزة لها نظراً لارتباطها بالمرفق العام وضمان سيره بانتظام واطراد تحقيقاً للصالح العام في المجتمع، وهذه الخصائص هي:

1. للإدارة الحق في توقيع الجزاء بمجرد ثبوت المخالفة دون الحاجة لصدور حكم قضائي بذلك².

2. للإدارة الحق في توقيع الجزاء حتى لو لم ينص العقد عليه³.

3. للإدارة الحق في توقيع الجزاء دون الحاجة لإثبات الضرر⁴.

ولكن ولخطورة هذه السلطة فإنه يجب على الإدارة عند ممارستها أن تتقيد بالشروط والتي

تشكل ضمانات للمتعاقد معها، وهذه الشروط هي:

1. خضوع سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية للرقابة القضائية اللاحقة⁵.

2. ضرورة إعداد المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاءات الإدارية عليه⁶.

¹ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الإداري، مرجع سابق، ص170.

² حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص142.

³ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص386.

⁴ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص114.

⁵ محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص387.

⁶ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص145.

وتتخذ الجزاءات التي تملك الإدارة سلطة توقيعها على المتعاقد معها العديد من الصور، وهذه الصور هي:

1. الجزاءات المالية، ومنها:

أ. غرامات التأخير:

وهي المبلغ المالي المحدد في نص العقد أو القانون، وبموجبه يحق للإدارة أن تفرض على المتعاقد معها هذه الغرامة متى ما أخل في التزام من التزاماته المعينة وخاصة المتعلقة في مواعيد التنفيذ، حيث يحق للإدارة توقيع الغرامة على المتعاقد معها حتى ولو لم يحصل ضرر¹. ويلزم النص في العقد على الغرامة تقييد الإدارة بالمبلغ المنصوص عليه، وبالتالي لا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ حتى لو كان الضرر يفوق مبلغ الغرامة².

ب. مصادر التأمين:

التأمين في العقود الإدارية هو المبلغ الذي يدفعه الطرف الراغب في التعاقد مع الإدارة لصالح الإدارة وذلك إما لضمان جديته في التعاقد أو لضمان تنفيذه للعقد، وبالتالي فإن التأمين في العقود الإدارية يقع على نوعين هما:

1. التأمين المؤقت:

وهو المبلغ الذي يقدمه وقدم العطاء للإدارة لإثبات جديته في التعاقد بحيث يرد إليه بغير طلب إذا خسر عطاءه، ويفقده إذا عدل عن عطاءه قبل فتح المظاريف³.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص158.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص119.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص154.

2. التأمين النهائي:

وهو المبلغ الذي يودعه الطرف المتعاقد مع الإدارة في أحد البنوك لصالح الإدارة المتعاقد معها وذلك ضماناً لتنفيذه للعقد¹.

وبالتالي فإن التأمين الذي يقع محلاً للمصادرة هو التأمين النهائي، حيث يكون للإدارة المتعاقدة صلاحية مصادرة التأمين الذي دفعه المتعاقد مع الإدارة عند إبرامه للعقد في حالة مخالفته لالتزاماته التعاقدية المترتبة عليه بموجب العقد².

ج. تعويض الإدارة عن الضرر:

وهو الجزاء الأصيل في حالة إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته التعاقدية، وتقترب أحكام التعويض عن الضرر في العقود الإدارية من الأحكام المطبقة في عقود القانون الخاص فيما يتعلق بتقدير التعويض واشتراط الضرر³.

2. الجزاءات الضاغطة:

للإدارة سلطة استعمال الجزاءات الضاغطة على المتعاقد معها وذلك لإجباره على تنفيذ العقد وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع، وتختلف هذه الجزاءات باختلاف نوع العقد المبرم بين الإدارة والمستثمر المتعاقد معها، وهذه الجزاءات هي:

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص163.

² عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الإداري، مرجع سابق، ص171.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص158.

أ. وضع المرفق العام تحت الحراسة:

حيث يهدف هذا الجزاء إلى ابعاد المتعاقد المقصر عن إدارة المرفق العام محل العقد، بحيث تباشر الإدارة المتعاقدة بإدارة المرفق العام محل العقد بنفسها، وذلك لضمان سيره بشكل منتظم ومستمر دون انقطاع¹.

ب. حلول الإدارة المتعاقدة محل المتعاقد:

ويتم اتخاذ هذا الجزاء في عقد الأشغال العامة، حيث تحل الإدارة محل المقاول في تنفيذ الأعمال محل العقد².

ج. الشراء على حساب المتعاقد:

ويتم اتخاذ هذا الجزاء في عقد التوريد، حيث يتم الشراء على حساب المتعاقد مع الإدارة ومسؤوليته³.

3. الجزاءات الفاسخة:

حيث تلجأ الإدارة المتعاقدة إلى ايقاع الجزاءات الفاسخة للعقد وذلك عند وقوع اخطاء جسيمة من المتعاقد مع الإدارة بحيث لا يكون هناك أمل من استمرار العلاقة التعاقدية محل الفسخ، ويتم فسخ العقد بموجب إرادة الإدارة المتعاقدة المنفردة دون الحاجة إلى حكم قضائي بذلك⁴.

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص124.

² عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الاداري، مرجع سابق، ص172.

³ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الاداري، المرجع السابق، ص173.

⁴ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص164.

الفرع الثاني: التزامات الإدارة المتعاقدة

يترتب على إبرام الدولة لعقد البوت العديد من الالتزامات والواجبات والتي تثبت للمستثمر المتعاقد معها، وهذه الالتزامات هي:

أولاً: تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ حسن النية:

يعد هذا المبدأ من المبادئ الأساسية التي تحكم العقود كافة المدنية منها والإدارية، حيث تخضع العقود عامة لأصل عام من أصول القانون مفاده أن يتم التنفيذ بحسن نية، ولا يؤثر على ذلك الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية والتي تهدف إلى تغليب المصلحة العامة للمجتمع على المصلحة الخاصة للأفراد¹.

وبالتالي يعد هذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون الواجبة التطبيق في جميع الروابط التعاقدية والتصرفات القانونية مهما كان نوعها، بحيث يهدف هذا المبدأ إلى تنفيذ العقد بما يشتمل عليه من بنود وشروط واردة فيه وبطريقة تتفق واعتبارات حسن النية في التعامل².

وعليه تلتزم الإدارة باحترام العقود الإدارية التي تبرمها واحترام شروطها ومواعيدها وما يترتب عليها من التزامات، كما تلتزم الإدارة بعدم استخدامها سلطاتها الاستثنائية التي تثبت لها في العقود الإدارية دون وجود مسوغ شرعي لاستخدامها الا وهو ضمان حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة للمجتمع³.

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص194-195.

² محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص429.

³ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص151.

ثانياً: تبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية:

تتضمن معظم العقود الإدارية وعقد البوت التزام المتعاقد مع الإدارة بالحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة لإنشاء وتشغيل المرفق محل العقد من الجهات المختصة، وتلزم هذه العقود في الغالب الإدارة المتعاقدة على تقديم الحدود المعقولة من المساعدة للمتعاقد مع الإدارة في الحصول على الموافقات والتراخيص اللازمة من خلال تبسيط الإجراءات القانونية والإدارية¹، كما قد تتضمن نصوص عقد البوت التزام الإدارة المتعاقدة وحدها باستخراج الموافقات والتراخيص اللازمة، وبالتالي يقع على الدولة وحدها تنفيذ هذا الالتزام بهذه الحالة². ويقع على عاتق الدولة بالإضافة إلى تبسيط الإجراءات الإدارية والقانونية التزام هام وجوهري يتمثل بضرورة تبسيط إجراءات التقاضي، حيث ان المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه للعقد يدخل في العديد من العلاقات القانونية مع الغير كالمقاولين والموردين وغيرهم وقد يحدث بعض المنازعات معهم أثناء تنفيذهم للأعمال المعهودة إليهم³.

كما يقع على الدولة أيضاً الالتزام بتوفير البيئة القانونية والإدارية والاستثمارية الملائمة لإنشاء وتنفيذ المرفق محل عقد البوت⁴، والتي من خلالها تضمن تنفيذ المرفق محل العقد وتشغيله واستمرار عمله بشكل جيد دون انقطاع محققة بذلك المصلحة العامة للمجتمع.

¹ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص171.

² عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص197.

³ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص200.

⁴ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص160.

ثالثاً: احترام شروط العقد:

يقع على الإدارة المتعاقدة احترام ما تضمنه العقد من شروط والتزامات على الإدارة الصريحة منها والضمنية وتنفيذها دون تأخير وتراخي، حيث يجب أن تحترم الإدارة لمدد التنفيذ التي تم الاتفاق عليها واحترامها لتعهداتها بشراء اجمالي أو بعض الخدمات المنتجة، والتزامها كذلك بتقديم المساهمات والمساعدات التي تعهدت بتقديمها للمتعاقد معها قبل ابرام العقد معها¹.

كما تلتزم الإدارة بتسليم مواقع العمل للمتعاقد معها في الموعد المناسب المتفق عليها بصورة خالية من العقبات والموانع المادية أو القانونية التي تقف أمام تنفيذ المشروع وذلك حتى لا يترتب على الإخلال في تسليم مواقع العمل في الموعد المحدد التأخير في مواعيد التنفيذ وبالتالي الإخلال بالجدول الزمني المعد لتنفيذ المشروع².

¹ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص176.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص288.

الفصل الثالث: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت وانقضائه

يعتبر عقد البوت من العقود المحددة المدة، ومن الطبيعي ونظراً لطول فترة تنفيذ عقد البوت ان تنشأ منازعات بين أطراف العقد في اي مرحلة من مراحلها، سواء خلال مرحلة الانشاء والتشييد ام مرحلة التنفيذ والاستغلال.

وقد تؤدي المنازعات التي تنشأ اثناء تنفيذ عقد البوت الى انقضائه، وبالتالي ينقضي عقد البوت قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، خاصة في حال نشأ نزاع بين اطرافه ولم يتم التوصل الى حل مناسب سواء بطرق التسوية القضائية ام بطرق التسوية غير القضائية.

ولبيان ذلك، سوف يقسم الباحث هذا الفصل الى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الاول: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت

المبحث الثاني: انقضاء عقد البوت

المبحث الاول: تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت

من الطبيعي ان ينشأ بين أطراف عقد البوت المنازعات المختلفة اثناء سريان مدة العقد، وذلك نظراً لطول مدة العقد المبرم بين الدولة والمستثمر، وكذلك لعدم تكافؤ أطراف العقد، حيث انه يثبت للدولة المتعاقدة العديد من الصلاحيات والسلطات الاستثنائية لتحقيق المصلحة العامة للمجتمع وذلك نظراً لتعلق موضوع العقد بمرفق عام في الدولة يقدم خدمات عامة للمواطنين. ولتسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت العديد من الوسائل، منها وسائل التسوية القضائية من خلال القضاء المختص بنظر النزاع في الدولة، ومنها وسائل التسوية غير القضائية والتي تهدف الى انهاء النزاع بطريقة ودية بعيداً عن القضاء.

ولبيان ذلك سوف يقسم الباحث هذا المبحث الى مطلبين، وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول: التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: الاختصاص القضائي في نظر النزاع

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النزاع

المطلب الثاني: التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت، وسوف يقسمه الى

فرعين:

الفرع الاول: وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت

الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بعقد البوت

المطلب الاول: التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت

تعد سيادة الدولة وامنها القومي من الامور الاساسية والتي لا يجوز التعدي عليها بأي شكل من الاشكال، ويعد تنظيم السلطات القضائية وتحديد اختصاصاتها في اي دولة من اهم المبادئ التي تعبر عن مدى تمسك الدولة بسيادتها وامنها القومي على اقليمها¹.

ولذلك فإن اغلب التشريعات الحديثة العالمية والعربية ومنها التشريع الفلسطيني والاردني والمصري تحرص على حماية سيادتها على اقليمها وعدم المساس بتلك السيادة من خلال تحديد الاختصاص لقضاياها الوطني في الحالات التي يكون احد مواطنيها طرف في النزاع.

وكذلك تحدد اختصاص قضاياها الوطني ايضاً حتى ولو كان هناك شخص اجنبي في النزاع وذلك في حالات معينة نظمها كل مشروع في احكامه.

وسوف يقوم الباحث ببيان موقف كل من المشرع الفلسطيني والمشرع الاردني والمشرع المصري فيما يتعلق بالاختصاص القضائي في نظر منازعات عقد البوت والقانون الواجب التطبيق على النزاع بقدر من التفصيل، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الاختصاص القضائي في نظر النزاع

ينظم المشرع في كل دولة الاختصاص القضائي والحالات التي يختص بها قضائه بالنظر في المنازعات المختلفة، وسوف يبين الباحث الاختصاص القضائي في كل من فلسطين والاردن ومصر وذلك على النحو التالي:

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص191.

أولاً: الاختصاص القضائي في فلسطين:

1- السند التشريعي لاختصاص القضاء الفلسطيني في عقد البوت:

ينعقد الاختصاص وفقاً للقواعد العامة المطبقة في فلسطين للقضاء الفلسطيني في نظر المنازعات التي تنشأ على إقليمها، حيث نص قانون تشكيل المحاكم النظامية على الولاية العامة للقضاء الفلسطيني في كافة المنازعات التي تنشأ على إقليمها، فقد نصت المادة (1/2) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م على: "1-تنظر المحاكم النظامية في فلسطين في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى بنص قانوني خاص، وتمارس سلطة القضاء على جميع الأشخاص".

كما نصت المادة (14) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002م على: "تنظر المحاكم النظامية في المنازعات والجرائم كافة إلا ما استثنى بنص خاص، وتمارس سلطة القضاء على جميع الأشخاص".

وقد نظم قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م اختصاص المحاكم في فلسطين، حيث تختص المحاكم الفلسطينية في نظر الدعوى إذا كان المدعى عليه فلسطيني الجنسية سواء كان له موطن أو محل إقامة في فلسطين أم لم يكن، حيث تبسط المحاكم الفلسطينية ولايتها على الفلسطيني أينما كان وفي جميع المنازعات التي يكون طرفاً مدعى عليه فيها، إلا إذا تعلق موضوع الدعوى بعقار موجود خارج فلسطين.

حيث تنص المادة (27) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: "تختص المحاكم في فلسطين بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي تقام على الفلسطيني ولو لم يكن له موطن

أو محل إقامة في فلسطين، وكذلك التي تقام على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في فلسطين، وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

وبالعودة إلى نص المادة السابقة، يتضح اختصاص المحاكم الفلسطينية بنظر الدعاوى التي تقام على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في فلسطين، حيث تنظر المحاكم الفلسطينية في جميع الدعاوى المدنية والتجارية التي يتم رفعها على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في فلسطين وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، حيث أن هذه الدعاوى تكون من اختصاص محكمة موقع العقار فقط¹.

كما تختص المحاكم الفلسطينية في الدعاوى التي تقام على الأجنبي الذي ليس له موطن أو إقامة في فلسطين في حالات معينة، حيث تنص المادة (28) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية على: "تختص المحاكم بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في فلسطين في الأحوال التالية:

- 1- إذا كان له موطن مختار في فلسطين.
- 2- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في فلسطين أو بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو بإفلاس أشهر فيها.
- 3- إذا تعدد المدعى عليهم وكان لأحدهم موطن أو محل إقامة في فلسطين".

وبالعودة إلى نص المادة السابقة وخاصة الفقرة الثانية منها، يتضح ان المحاكم الفلسطينية هي المحاكم المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة بعقد البوت، حيث ان المستثمر المتعاقد مع

¹ عثمان التكروري : الكافي في شرح اصول المحاكمات المدنية والتجارية، ج.1، مكتبة دار الفكر، القدس، 2013، ص185.

الإدارة هو في الغالب شخص طبيعي او معنوي اجنبي، ويكون موضوع العقد إنشاء مرفق عام في الدولة وإدارته طوال مدة العقد.

وبالتالي فإن عقد البوت يرتب التزام على المستثمر متعلق بعقار موجود في الدولة المتعاقدة بحيث يقع على المستثمر تنفيذ العقد في الدولة المتعاقدة معه، وبالتالي فإن أي إخلال بهذا الالتزام يضع المستثمر أمام القضاء المختص وهو القضاء الفلسطيني في هذه الحالة، لأن الالتزام متعلق بعقار (مرفق عام) محله في فلسطين، كما أن العقد نفسه نفذ أو كان واجب التنفيذ في فلسطين.

2-الجهة المختصة بنظر النزاع في عقد البوت:

تعتبر فلسطين من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج فيها (القضاء العادي والقضاء الإداري)، حيث تنص المادة (102) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م على: "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها".

وبناء على ما تم التوصل إليه حول الطبيعة الإدارية لعقد البوت في الفصل الاول من هذه الدراسة، فإن الأصل خضوع المنازعات المتعلقة بعقد البوت تكون للقضاء الإداري في فلسطين وليس للقضاء المدني، إلا أنه وبالعودة إلى نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م المعدل بقرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 والتي حددت اختصاصات

محكمة العدل العليا فيها¹، يتضح أن هذه الاختصاصات قد تم النص عليها على سبيل الحصر، ولم يتم النص على صلاحية محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون الخاصة بالعقود الإدارية، وبالتالي فإن صلاحية النظر في المنازعات المتعلقة بعقود البوت تكون للقضاء العادي في فلسطين وليس القضاء الإداري.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله في قرارها رقم (2003/21) فيما يتعلق بنزاع حول تنفيذ أحكام عقد إداري، حيث قضت "لا خلاف بأن الرابطة القانونية بين المستدعي والمستدعى ضدهما هي رابطة عقدية باتفاق الطرفين، وأن المنازعة بينهما هي أيضاً لا خلاف فيها تتمثل في تنفيذ العقد المتفق عليه وتفسيره، ومدى التزام الطرفين بشروطه، حيث تعتبر هذه المنازعة هي من المنازعات الحقوقية التي يختص بنظرها القضاء العادي وليست منازعة حول مشروعية قرار إداري، وبالرجوع إلى نص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م التي حددت اختصاصات محكمة العدل العليا في الأمور التي

¹ تنص المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م المعدل بقرار بقانون رقم (15) لسنة 2014 على: "تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:

1. الطعون الخاصة بالانتخابات.
2. الطلبات التي يقدمها ذور الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام، بما في ذلك النقابات المهنية، ومؤسسات التعليم العالي، والاتحادات المسجلة حسب الأصول والجمعيات ذات النفع العام.
3. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقيّة أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
5. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
6. سائر المنازعات الإدارية.
7. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
8. أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون".

نص المشرع على صلاحية النظر فيها، لا نجد صلاحية لهذه المحكمة في نظر منازعات العقود الإدارية باعتبارها نزاعات حقوقية يعود النظر فيها للمحاكم المدنية¹.

وكذلك قرار محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله رقم (2004/61) والذي جاء فيه "بالرجوع الى ما استقر عليه الفقه والقضاء تجد المحكمة ان القاعدة العامة في قضاء الإلغاء في مجال تصرفات الإدارة التعاقدية ان دعوى الإلغاء لا يمكن ان توجه الى العقود ذلك ان من شروط قبول دعوى الإلغاء ان توجه الدعوى الى قرار اداري الذي هو تعبير عن إرادة الإدارة بمفردها بينما العقد هو توافق ارادتين، ولكن استثناء من هذه القاعدة اجيز الطعن في القرارات الإدارية المنفصلة عن عمليات التعاقد، ذلك ان الإدارة لا تتمتع بذات الحرية التي يتمتع بها الافراد في ابرام عقودهم ومن ثم فإنها تلتزم في معظم الحالات بأن تتبع طريقاً مرسوماً لكي تصل الى اختيار المتعاقد معها سواء أكان العقد من عقود القانون الخاص او من العقود الإدارية، بحيث تصدر من الإدارة قبل التعاقد قرارات إدارية تستهدف لإبرام العقد او السماح بإبرامه، وهذه القرارات الإدارية هي قرارات إدارية منفصلة يكون الطعن بها لغير المتعاقد الذي لا يمكنه ان يلجأ الى قاضي العقد لأنه ليس طرفاً فيه، وذلك دون ان يكون لإلغائها مساس بذات العقد الذي يظل قائماً الى ان تفصل المحكمة المدنية في المنازعة المتعلقة به"².

¹ حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله رقم 2003/21 الصادر بتاريخ 2005/03/14، مشار اليه في www.muqtafi.birzeit.edu.

² حكم محكمة العدل العليا المنعقدة في رام الله رقم 2004/61 الصادر بتاريخ 2006/06/21، مشار اليه في www.muqtafi.birzeit.edu.

ثانياً: الاختصاص القضائي في الأردن:

1- السند التشريعي لاختصاص القضاء الأردني في عقد البوت:

يعتبر القضاء الأردني هو القضاء المختص في نظر المنازعات المتعلقة في عقد البوت في الأردن، فقد نصت المادة (102) من الدستور الأردني لسنة 1952م على: "تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوى التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها بإستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية خاصة بموجب أحكام هذا الدستور أو أي تشريع آخر نافذ المفعول".

وعليه، فإن الدستور الأردني قد نص بشكل صريح على اختصاص القضاء الأردني بنظر المنازعات الناشئة عن عقد البوت، حيث أن الدعاوى الناشئة عن هذه العقود إما أن تقيمها الدولة أو تقام عليها، باعتبارها أحد أطراف العقد، إلا إذا ورد استثناء خاص بموجب الدستور أو أي تشريع آخر¹.

وقد أكد ذلك نص المادة (2) من قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (17) لسنة 2001م والتي نصت على: "تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية باستثناء المواد التي يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر".

كما نظم قانون أصول المحاكمات المدنية اختصاصات القضاء الأردني، حيث نصت المادة (1/27) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (27) لسنة 1988م وتعديلاته على:

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص192.

"1-تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في المواد المدنية، باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر".

ولم يقتصر اختصاص القضاء الأردني في النظر في المنازعات بين المواطنين الأردنيين فقط، بل نظم قانون أصول المحاكمات المدنية الحالات التي يختص فيها القضاء الأردني في النظر في الدعاوى التي ترفع على الأجانب، حيث نصت المادة (28) من قانون أصول المحاكمات المدنية السابق على: "تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتية:

1- إذا كان له في الأردن موطن مختار.

2- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

3- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن".

ومن خلال نصوص المواد السابقة، يتضح اختصاص القضاء الأردني بنظر كافة المنازعات المقامة على إقليم الدولة على جميع الأشخاص، إلا ما تم استثنائه بموجب نص خاص، وبالعودة إلى نص المادة (2/28) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني يتضح خضوع المنازعات المتعلقة بعقد البوت لاختصاص القضاء الأردني، حيث أن عقود البوت تهدف أساساً إلى إنشاء مشاريع واستغلالها في حدود النطاق الإقليمي للدولة، وبالتالي تخضع منازعات عقود البوت لاختصاص القضاء الأردني حتى ولو كان المستثمر المتعاقد مع الإدارة أجنبياً¹.

¹ مدلول الظفيري، مرجع سابق، ص146.

2- الجهة المختصة بنظر النزاع في عقد البوت:

تنص المادة (100) من الدستور الأردني لسنة 1952م المعدلة سنة 2011م على: "تعيين أنواع جميع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها وكيفية إدارتها بقانون خاص على أن ينص هذا القانون على إنشاء قضاء إداري على درجتين".

وبالعودة إلى نص المادة السابقة يتضح أن الأردن أخذت بنظام الازدواج القضائي (القضاء العادي والقضاء الإداري)، وكما هو واضح من نص المادة السابقة فإن القضاء الإداري بها يكون على درجتين وليس درجة واحدة.

وبناء على الطبيعة الإدارية لعقد البوت والتي تم التوصل إليها في الفصل الأول من هذه الدراسة، فإن الأصل خضوع المنازعات المتعلقة بعقد البوت لاختصاص القضاء الإداري فيها، ولكن وبالعودة إلى قانون محكمة العدل العليا رقم (11) لسنة 1989م المعدل بقانون رقم (12) لسنة 1992م، فإن المادة (9) من هذا القانون تحدد اختصاصات محكمة العدل العليا¹، وهي

¹ تنص المادة (1/9) من قانون محكمة العدل العليا رقم (11) لسنة 1989م المعدل بقانون رقم (12) لسنة 1992م على: أ. تختص المحكمة دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بما يلي:

- 1- الطعون بنتائج انتخابات مجالس الهيئات التالية: البلديات، غرف الصناعة التجارة والنقابات، والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة، وفي سائر الطعون الانتخابية التي تجري وفق القوانين والأنظمة النافذة المفعول.
- 2- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو المتعلقة بالزيادة السنوية، أو بالترقية أو الانتداب أو الإعارة.
- 3- طلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة بإحالتهم على التقاعد أو لاستبعاد أو فصلهم من وظائفهم أو فقدانهم لها أو إيقافهم عن العمل بغير الطريق القانوني.
- 4- طلبات الموظفين العموميين بإلغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من قبل السلطات التأديبية.
- 5- لمنازعات الخاصة بالرواتب والعلاوات والحقوق التقاعدية المستحقة للموظفين العموميين أو للمتقاعدين منهم أو لورثتهم.
- 6- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب إلغاء أي قرار أو إجراء بموجب أي قانون يخالف الدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون.
- 7- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور.
- 8- الطعون والمنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص المحكمة بموجب أي قانون آخر.
- 9- الدعاوى التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.
- 10- الطعن في أي قرار إداري نهائي حتى لو كان محصناً بالقانون الصادر بمقتضاه.
- 11- الطعن في أي قرارات نهائية صادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل.

اختصاصات على سبيل الحصر، ولم يدخل منازعات العقود الإدارية من ضمنها، وبالتالي لا يكون الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري بل للقضاء العادي¹.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة العدل العليا في قرارها رقم (77/106) لسنة 1978 والذي جاء فيه: "إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية، ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها"².

وكذلك قرار محكمة العدل العليا رقم (79/40) لسنة 1980، والذي جاء فيه: "لقد انعقد اجماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية"³.

ثالثاً: الاختصاص القضائي في مصر:

1- السند التشريعي لاختصاص القضاء المصري في عقد البوت:

لقد نظم قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (13) لسنة 1968م اختصاصات المحاكم المصرية وحدد اختصاصها في نظر الدعاوى، حيث نصت المادة (28) من قانون المرافعات المدنية والتجارية: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

¹ احمد الشرايعة، مرجع سابق، ص85.

² حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم 77/106 الصادر في سنة 1978، مشار إليه في وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص193.

³ حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم 79/40 الصادر في سنة 1980، مشار إليه في مدلول الظفيري، مرجع سابق، ص148.

حيث يتبين من نص المادة السابقة اختصاص المحاكم المصرية في نظر النزاع إذا كان الطرف المدعى عليه يحمل الجنسية المصرية حتى ولو لم يكون له موطن فيها او مقيم فيها، ولكن استثنى المشرع حالة واحدة متعلقة بالعقارات الموجودة في الخارج، حيث لا تختص المحاكم المصرية بنظر الدعوى المرفوعة على المصري إذا تعلق موضوع الدعوى بعقار واقع في الخارج.

كما تختص المحاكم المصرية في نظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي إذا كان له موطن أو محل إقامة في مصر، حيث تنص المادة (29) من قانون المرافعات المدنية والتجارية السابق على: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج".

حيث يتبين من نص المادة السابقة اختصاص المحاكم المصرية في نظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي إذا كان له موطن أو محل إقامة في مصر، ولكن استثنى المشرع المصري من ذلك الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في مصر إذا كان موضوعها يتعلق بعقار واقع خارج مصر.

ولم يقتصر اختصاص القضاء المصري على المواطنين المصريين أو الأجانب الذين لهم موطن أو محل إقامة في مصر، بل حدد المشرع حالات معينة يختص فيها القضاء المصري بنظر النزاع حتى لو كانت الدعوى مرفوعة على أجنبي ليس له موطن أو محل إقامة في مصر، حيث نصت المادة (30) من قانون المرافعات المدنية والتجارية السابق على: "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك في الأحوال الآتية:

1. إذا كان له في الجمهورية موطن مختار.

2. إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الجمهورية كانت بالتزام نشأ أو نفذ أو كان

واجبا تنفيذه فيها كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

9. إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الجمهورية".

وبالعودة إلى نصوص المواد السابقة، يتضح اختصاص القضاء المصري في نظر المنازعات

المتعلقة بعقد البوت، وذلك لأن المستثمر المتعاقد مع الإدارة سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً

يحمل الجنسية المصرية أو أجنبياً مقيم فيها أو له موطن فيها، أو سواء كان ليس له موطن أو

محل إقامة فيها، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء المصري في نظر النزاع، حيث أنه وبالعودة إلى

نص المادة (2/30) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري يتبين اختصاص القضاء

المصري في نظر منازعات عقود البوت المبرمة بين الدولة والمستثمر.

حيث أنه محل هذه العقود إنشاء المشاريع العامة داخل الدولة وإدارتها طوال مدة العقد، وبالتالي

يكون محل العقد تنفيذ التزام معين داخل الدولة وداخل حدودها الإقليمية وبالتالي ينعقد

الاختصاص للقضاء المصري في نظر المنازعات المتعلقة بعقود البوت.

2- الجهة المختصة بنظر النزاع في عقد البوت:

تعتبر مصر من الدول التي تأخذ في نظام القضاء المزدوج¹، وبناءً على ما تم التوصل إليه حول الطبيعة الإدارية لعقد البوت في الفصل الأول من هذه الدراسة فإن الأصل ان ينظر القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وهو ما يجري العمل به في مصر على خلاف ما هو حاصل في فلسطين والأردن.

حيث أن صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية بشكل عام هو القضاء الإداري في مصر ممثلاً بمجلس الدولة، وليس القضاء العادي، حيث تنص المادة (190) من الدستور المصري لعام 2014م على: "مجلس الدولة جهة قضائية مستقلة، يختص دون غيره بالفصل في المنازعات الإدارية، ومنازعات التنفيذ المتعلقة بجميع أحكامه، كما يختص بالفصل في الدعاوى والطعون التأديبية، ويتولى وحده الإفتاء في المسائل القانونية للجهات التي يحددها القانون، ومراجعة، وصياغة مشروعات القوانين والقرارات ذات الصفة التشريعية، ومراجعة مشروعات العقود التي تكون الدولة، أو إحدى الهيئات العامة طرفاً فيها، ويحدد القانون اختصاصاته الأخرى".

كما نصت المادة (11/10) من قانون مجلس الدولة لسنة 1972م على اختصاصات مجلس الدولة، حيث تنص على: "11- المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو يأتي عقد إداري آخر".

¹ محمد الروبي، مرجع سابق، ص177.

وبالتالي وبالعودة إلى النصوص السابقة، يتبين ان القضاء الإداري ممثلاً بمجلس الدولة هو القضاء المختص بنظر المنازعات الإدارية عامة، وهو اختصاص مصري لقضاء مجلس الدولة دون غيره للنظر في سائر المنازعات الإدارية.

وبالعودة الى نص المادة (11/10) من قانون مجلس الدولة لسنة 1972م السابق بيانها، يتبين ان القضاء الإداري في مصر ممثلاً بمجلس الدولة هو الجهة المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية عامة، والتي من ضمنها عقد الالتزام، حيث يذهب الرأي الغالب بين الفقهاء¹ إلى أن عقد البوت ما هو إلا صورة حديثة لعقود امتياز المرفق العام والتي تعتبر من أهم العقود الإدارية المستقر على طبيعتها الإدارية متى كانت الإدارة طرفاً فيها واتصلت بنشاط مرفق عام، وبالتالي وبموجب هذا الرأي فإن عقد البوت هو عقد إداري ويخضع للقانون الإداري والمحاكم الإدارية²، وبالتالي يختص قضاء مجلس الدولة بالنظر في المنازعات المتعلقة به، وهو اختصاص اصيل لقضاء مجلس الدولة.

¹ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص383، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص303، محمد الروبي، مرجع سابق، ص64، الياس ناصيف، مرجع سابق، ص137، محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95، مصطفى عبد المحسن الحيشي، مرجع سابق، ص27، عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص92.

² محمد مطر المطيري، مرجع سابق، ص95.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على النزاع

إن لتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع أهمية كبيرة، حيث يبين الآثار التي تترتب على تنفيذ العقد أو عدم تنفيذه، كما يبين أيضاً حقوق كل طرف من أطراف العقد خاصة في حالة فسخ العقد، الأمر الذي يسهل على القاضي الفصل بأي نزاع يتعلق بهذه العقود.

ولا تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق على منازعات عقد البوت عندما يكون المستثمر مواطناً سواء في التشريع الفلسطيني أو الأردني أو المصري، وذلك لأنه ملزم بالخضوع لتشريع الوطن، أما إذا كان المستثمر أجنبياً فنكون أمام تنازع للقوانين، وبالتالي نكون بحاجة إلى قواعد الإسناد التي تحدد القانون الواجب التطبيق في حال تعدد القوانين التي يمكن أن تحكم موضوع النزاع¹.

وقد ذهبت أغلب التشريعات العربية ومنها التشريع الأردني والمصري إلى الاعتراف لأطراف العقد بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم، حيث نصت المادة (1/20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م: "1-يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا مواطناً، فإن اختلفا سري قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك".

والتي يقابلها نص المادة (1/19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م والتي نصت على: "1-يسري على الالتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا مواطناً، فإن اختلفا مواطناً سري قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه".

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص194.

وبالعودة إلى النصوص السابقة يتضح أن تلك النصوص قد وضعت أكثر من ضابط إسناد وذلك على سبيل التدرج¹، فهي تضع أولاً قانون إرادة أطراف العقد والذي يتم الاتفاق عليه من أطراف العقد، فإذا لم يتفق أطراف العقد على قانون معين، يسري على العقد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حال اتحادهم في الموطن، فإن اختلفا في الموطن فإن قانون الدولة التي تم إبرام العقد بها هو الذي يسري على العقد².

أما العقود المتعلقة بالعقارات فإنها لا تخضع للقانون الذي يتفق عليه أطراف العقد، فقد نصت المادة (2/20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م: "2-على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار". والتي يقابلها نص المادة (2/19) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م والتي نصت على: "2-على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار".

ومن خلال النصوص السابقة يتبين أن المشرعان الأردني والمصري قد حددوا القانون الواجب التطبيق على العقود المتعلقة بالعقارات وهو قانون موقع العقار، حيث يطبق قانون الدولة التي يقع ضمن إقليمها الجغرافي العقار موضوع العقد، حيث ان لهذا الأمر الأثر الكبير على استقرار المعاملات في الدولة ومحافظة سيادتها على أراضيها³.

¹ امين دواس: تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص169.

² وهذا الأمر يتفق تماماً مع ما جاء في القانون المدني رقم 4 لسنة 2012 الصادر في قطاع غزة، والذي تطابق نصوصه نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، والمتعلقة بتنازع القوانين حيث تنص المادة (1/25) منه على: 1-يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه.

³ عمر الدروع، مرجع سابق، ص55.

وبتطبيق هذه القواعد على عقد البوت، فإن عقد البوت ينصب مباشرة على مرافق عامة من مرافق الدولة بحيث يتضمن التزام المستثمر فيها قيامه ببناء المرفق العام محل العقد وتطويره وإدارته طوال مدة العقد، وبالتالي ينطبق على عقد البوت القواعد الخاصة بالعقارات، وبالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على عقد البوت هو قانون موقع العقار محل العقد¹.

أما في الضفة الغربية في فلسطين ونظراً لعدم وجود قانون خاص بتنظيم مسائل القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين، فإنه لا مجال أمام القاضي في الضفة الغربية إلا الاجتهاد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود، ولا يمكنه في اجتهاده أن يخرج عن المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص، وهي الحكم بتطبيق قانون العقد وما يتفق عليه أطراف العقد².

المطلب الثاني: التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت

يمتاز عقد البوت بطبيعة خاصة فنية ومركبة بحيث يستغرق تنفيذه وقتاً طويلاً، ولذلك لا بد ان يثار العديد من المنازعات اثناء تنفيذ العقد الامر الذي يستوجب مواجهتها وحلها فوراً دون تأخير لما له من اثر سلبي بين أطراف العقد وكذلك تأثيره على سير المرفق العام بانتظام واطراد³.

ولذلك ظهرت الحاجة الى ايجاد وسائل لتسوية المنازعات بشكل فني وسريع بحيث تراعي مصالح أطراف العقد وتحافظ على التوازن المالي والفني للعقد المبرم بينهما وتشجع أطراف

¹ ويتفق هذا الأمر مع ما جاء به القانون المدني رقم 4 لسنة 2012 الصادر في قطاع غزة ومشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، حيث تنص المادة (2/25) منه على: 2-يسري على العقود التي أبرمت بشأن العقار قانون موقعه.

² امين دواس، مرجع سابق، ص181-182.

³ احمد الشرايعة، مرجع سابق، ص87.

العقد على الاستمرار في تنفيذ المشروع وتقديم الهدف الذي تم ابرام العقد لأجله¹، وقد نصت العديد من العقود على الاخذ بهذه الوسائل والعمل بها²، وسوف يقوم الباحث ببيان هذه الوسائل وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت

تتعدد وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت، وهذه الوسائل هي:

أولاً: التفاوض:

هو الحوار بين أطراف عقد البوت حول المسائل الخلافية بينهما بهدف تقريب وجهات النظر بين الطرفين للوصول إلى حل للمسائل الخلافية، وغالباً ما يكون ذلك على طريق تنازل كل طرف عن جزء من مطالبه، والتسليم للطرف الآخر ببعض الحقوق التي يدعيها³، وذلك بهدف الوصول إلى تحقيق مصلحة كل منهم بالقدر الممكن وإنهاء الخلاف.

وتحرص الكثير من هذه العقود على إدراج التفاوض في نصوصها كوسيلة لتسوية المنازعات⁴،

وللوصول إلى حل للخلافات الناشئة بين أطراف العقد فإنه يقع عليهم التزامات معينة، وهي:

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص199.

² فقد نصت المادة (1/19) من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي عام 1995م على: "على طرفي العقد بذل كافة الجهود لحل اية نزاعات تنشأ بينهما بالطرق السلمية، سواء تعلق النزاع بخرق لنصوص الاتفاقية أو بطلان أو انتهاء أو تفسير بنود الاتفاقية، وفي هذا الصدد فإن على طرفي العقد تحديد ممثلين لهم للاجتماع كل أربعة أشهر وبشكل دوري لمناقشة الأمور العالقة بينهما ومحاولة الوصول الى حل سلمي بشأنها"، مشار اليه لدى يوسف الظفيري، مرجع سابق، ص87.

³ عصام احمد البهجي : التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص35.

⁴ فقد نصت المادة (13) من عقد انشاء واستغلال مطار مرسي علم على: "إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير احكام هذا العقد وجب عليهما أولاً محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما"، مشار اليه لدى كمال طلبه متولي سلامه، مرجع سابق، ص221، كما نصت المادة (30) من عقد بناء وتشغيل شبكة هاتف خليوي والموقع بين وزارة الاتصالات اللبنانية وشركة FTMI على واجب وزارة الاتصالات والمشغل عند حدوث أي نزاع قد يبرز اثناء تنفيذ العقد التفاوض والتشاور بحسن نية ووفقاً لروح التعاون المتبادل بين طرفين العقد، وفي حال فشل التفاوض يمكن اللجوء الى إجراءات التحكيم، مشار اليه لدى مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص407.

1. الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بقدر الإمكان للوصول إلى اتفاق يحسم الخلاف فيما بينهما، بحيث يجب على كل طرف الالتزام ببذل العناية اللازمة للوصول إلى حل الخلاف القائم بينهما¹.

2. الالتزام بالسرية، حيث يجب على طرفي الخلاف الالتزام بالمحافظة على الأسرار والمعلومات والمبتكرات الصناعية التي علم بها أثناء فترة التفاوض².
وبالتالي عند حدوث أي خلاف في عقد البوت يسعى أطراف العقد إلى محاولة حله عن طريق التفاوض فيما بينهما وتقريب وجهات النظر، فإذا فشلت المفاوضات فإنه يتعين على الأطراف اللجوء إلى الوسائل الأخرى لحل النزاعات، مع الأخذ بعين الاعتبار ما يتضمنه العقد من نصوص وأحكام في هذا المجال³.

ثانياً: الوساطة:

ويقصد بالوساطة قيام طرف ثالث محايد بالتوسط فيما بين الأطراف لحل الخلاف الواقع بينهم من خلال تقريب وجهات النظر بين الأطراف الواقع بينهم النزاع⁴.
حيث يقوم الوسيط بمقابلة الأطراف كلاً على حدا للاستماع إليهم وإلى مطالب كل طرف منهم، ويتولى توضيح الرؤية لكل طرف من الأطراف الواقع بينهم النزاع، والنتائج التي يمكن أن

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص200-201.

² عصام احمد البهجي : التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص37.

³ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص407.

⁴ يوسف الظفيري، مرجع سابق، ص91.

تترتب في حال عدم الوصول إلى حل للنزاع¹، وفي حالة التوصل إلى اتفاق تسوية يحرر هذا الاتفاق ويوقعه أطراف النزاع، وتبقى إجراءات الوساطة غير ملزمة للطرفين حتى يتم توقيع اتفاق التسوية².

وتهدف الوساطة كوسيلة لحل النزاعات إلى اختصار الوقت والجهد، حيث إن أطول الوساطات لا تستغرق شهراً قليلاً، وذلك على العكس من التسوية القضائية للمنازعات أو بعض وسائل التسوية الأخرى التي قد تستغرق عدة سنوات، كما تختصر الوساطة النفقات المالية والمصروفات، حيث إنها لا تتطلب إلا مصروفات قليلة إذا تم مقارنتها بمصاريف التحكيم أو التقاضي وما يتطلبه من أتعاب ورسوم³.

كما وتكفل الوساطة قدرًا من السرية والخصوصية أثناء القيام بها، حيث يجب على الوسيط أن يحتفظ بقدر من السرية والحياد بين الأطراف المتنازعة⁴.

ويقع الاتفاق على اللجوء إلى الوساطة بين أطراف العقد بموجب نص يقضي بذلك في العقد أو عند نشوب النزاع، كما يحدد الاتفاق المدة المحددة التي يجب على الوسيط إنجاز مهمته فيها وذلك قبل اللجوء إلى الوسائل الأخرى كالقضاء والتحكيم⁵.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 407.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 202.

³ أحمد الشرايعه، مرجع سابق، ص 93.

⁴ يوسف الظفيري، مرجع سابق، ص 93.

⁵ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 407.

كما يجب أن يشتمل اتفاق الوساطة على:

1. كيفية سير عملية الوساطة وتاريخها ومكانها والشخص المحدد للقيام بها¹.
2. الإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة، حيث يتضمن كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق، ومدى حرية الوسيط في الأخذ بمبادئ العدالة كبديل عن القانون لحسم النزاع، وماهية الإجراءات الواجب إتباعها².

ثالثاً: التوفيق:

التوفيق هو اتفاق على تفويض شخص أو أكثر لحسم النزاع بين الأطراف بطريقة ودية، بحيث يهدف إلى إحالة النزاع إلى طرف ثالث بغرض المصالحة والوصول إلى حل توفيقى بين أطراف العقد³.

وتظهر طبيعة عمل الموفق في تقديم اقتراحات وحلول تهدف إلى مساعدة الأطراف في التوصل إلى تسوية لإنهاء النزاع فيما بينهم، بحيث لا يفصل الموفق في النزاع وإنما يقدم اقتراحات للتوصل إلى تسوية ودية للنزاع، وهذا ما يميز عمل الموفق عن عمل القاضي⁴.

وتجري إجراءات التوفيق بهدف حل النزاع القائم، وإنهاء الخصومة والمحافظة على العلاقات الجيدة والودية بين أطراف العقد، ويكون لكل من الطرفين الحرية في قبول أو رفض اقتراحات

¹ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص202.

² احمد الشرايعه، مرجع سابق، ص94.

³ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص221.

⁴ يوسف الظفيري، مرجع سابق، ص95.

الموفق، غير ان اقتناع أطراف العقد بحياد الموفق يدعوها إلى الأخذ بعين الاعتبار ما يقدمه من مقترحات وحلول لإنهاء النزاع¹.

وبالتالي إذا اتفق الأطراف على تسوية المنازعات فيما بينهم عن طريق التوفيق، يجب عليهم الاتفاق على اختيار الشخص الذي يقوم بالتوفيق وتحديد القواعد القانونية التي تحكم عمله، حيث يجب ان يتم اختيار شخص من ذوي الخبرة الفنية والعملية في مواجهة المشاكل المعروضة للتوفيق².

رابعاً: المحاكمات المصغرة:

ويقصد بالمحاكمات المصغرة قيام أطراف النزاع بإحالة النزاع إلى هيئة تتكون من رئيس محايد وعضوين، بحيث يختار كل طرف من أطراف النزاع واحداً من كبار موظفيه في الإدارة ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ويتولى العضوان اختيار الرئيس فإن لم يتفقا على شخصه، تعيينه جهة إدارية محايدة مثل غرف التجارة أو مراكز التحكيم³.

ويقوم العضوان بإعداد مشروع لتسوية النزاع القائم وتقديمه لأطراف النزاع، فإن لم يتمكن الأعضاء من إعداد مشروع مقبول لتسوية النزاع يقوم الرئيس بإعداد مشروع لتسوية النزاع بنفسه، ويلتزم أطراف النزاع بعدم السير في اي إجراء قضائي أو طلب التحكيم أثناء مدة

¹ عصام احمد البهجي : التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص43-44.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص222.

³ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص204.

المحاكمة المصغرة، ولا يلتزمان بقبول قرارات المحاكم المصغرة، حيث أن قرارات المحاكم المصغرة غير ملزمة للأطراف¹.

ولكن يلتزم الأطراف بعدم استعمال أي معلومات أو دليل يصل لعلمه أثناء فترة المحاكمات المصغرة ضد الطرف الآخر إذا لم تتكفل إجراءاتهما بالنجاح².

ومن خلال العرض السابق لوسائل التسوية غير القضائية لمنازعات عقد البوت، يلاحظ انه يجمع بين هذه الوسائل أن نتيجة التسوية التي يتم التوصل إليها غير ملزمة لأطراف العقد إلا بعد رضائهم بها³، ولكن يشترط على أطراف العقد أن يبينوا بوضوح في شرط أو اتفاق تسوية المنازعات نطاق عمل كل وسيلة ونوعية المنازعات التي تخضع لها، ولهم أن يقوموا بالجمع بين أي من هذه الوسائل⁴، وبالتالي يتضح ان لأطراف عقد البوت الاتفاق على وسيلة أو أكثر من هذه الوسائل لتسوية المنازعات التي نشأت او قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد قبل اللجوء للقضاء أو التحكيم.

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص225-226.

² عصام احمد البهجي : التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص47.

³ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص205.

⁴ حسن الهنداوي : مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص640.

الفرع الثاني: التحكيم كوسيلة لحل المنازعات المتعلقة بعقد البوت

يمكن تعريف التحكيم بأنه الطريقة التي يختارها أطراف العقد لفض المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ العقد عن طريق طرح النزاع والبت فيه أمام محكم أو أكثر دون اللجوء إلى القضاء¹. وقد عرف الفقه التحكيم بأنه نظام قضائي خاص يختار فيه أطراف العقد قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب مهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل فيما بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة، وإصدار قرار قضائي ملزم لهم².

ويحتل التحكيم أهمية كبيرة في مجال حل المنازعات المتعلقة بعقد البوت، نظراً لأن الطرف الآخر في الغالب هو أجنبي بحيث تكون ثقته بحيادية القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي في الغالب شبه منعدمة، لذلك يلجأ هذا الطرف إلى التحكيم لتجنب اللجوء إلى القضاء الوطني، حيث يتسم التحكيم بالسرعة والمرونة في الإجراءات، كما أن الدولة لا تعارض وجود شروط التحكيم في العقد، حيث أن هذا الأمر لا يمثل انتقاص أو اعتداء على سيادة الدولة بل إنه يشجع الاستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات تحتاج إلى تكاليف مادية باهظة³.

كما تعتبر حرية أطراف النزاع في اختيار هيئة التحكيم أمراً في غاية الأهمية، حيث انه يؤدي إلى زيادة ثقة أطراف النزاع في نظام التحكيم، حيث يتم اختيار المحكمين وفقاً لخبرتهم في مجال النزاع القائم، وقدرتهم على تحكيم النزاع، بحيث يتم اختيار المحكم وفقاً لمبدأ الثقة، حيث

¹ فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي، ط.6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص13.

² احمد عبد الكريم سلامه: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، مشار اليه لدى وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص206.

³ احمد الشرايعه، مرجع سابق، ص96.

يختلف هذا الأمر عن التقاضي في المحاكم العادية، وذلك لأنه لا يحق لأطراف النزاع اختيار القاضي أو الهيئة القضائية التي تنظر النزاع¹.

ويترتب على اتفاق أطراف النزاع على إبرام اتفاق التحكيم أو الاتفاق عليه ضمناً في العقد اثران رئيسيان، أحدهما أثر إيجابي وهو حق أطراف النزاع في اللجوء إلى التحكيم، والآخر أثر سلبي وهو منع القضاء من نظر المنازعة التي تم الاتفاق على التحكيم فيها².

وقد ثار التساؤل حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية عامة وعقد البوت بشكل خاص، فقد انقسم الفقه في ذلك إلى فريقين أحدهما مؤيد للتحكيم في العقود الإدارية، أما الفريق الآخر فهو معارض لذلك، وسوف يبين الباحث هذه الآراء على النحو التالي:

1- الرأي المؤيد للتحكيم في العقود الإدارية:

حيث ذهب هذا الرأي³ إلى جواز التحكيم في العقود الإدارية، مستنداً في ذلك إلى العديد من الحجج، ومن أهمها:

أ. عدم وجود نص تشريعي يمنع التحكيم في العقود الإدارية⁴، حيث إنه الأصل في الأشياء الإباحة، وطالما لا يوجد نص تشريعي يحظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، فإن للدولة اللجوء إلى أي وسيلة تراها مناسبة لفض منازعاتها ومنها التحكيم⁵.

¹ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص 98-99.

² عثمان علي، مرجع سابق، ص 69-70.

³ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 67، وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 208، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص 422، فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص 146.

⁴ جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 67.

⁵ وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص 208-209.

ب. عدم مخالفة اللجوء إلى التحكيم القواعد المتعلقة بالنظام العام، لا سيما قواعد الاختصاص القضائي، وذلك لأن حكم التحكيم في النهاية سيعرض على القضاء لكي يأخذ القوة التنفيذية¹.
ج. إن اللجوء إلى التحكيم لا يعني التنازل عن حق الالتجاء إلى القضاء، وإنما هو استعمال لحق اللجوء إلى التحكيم المتفق عليه دون التنازل عن حق اللجوء إلى القضاء، حيث أنه إذا لم ينفذ اتفاق التحكيم المتفق عليه لأي سبب من الأسباب تعود سلطة الفصل في النزاع إلى المحكمة المختصة أصلاً².

2- الرأي المعارض للتحكيم في العقود الإدارية:

وقد ابدا الرأي المعارض³ إلى اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية العديد من الأسانيد والحجج ومن أهمها:

أ. تعارض التحكيم مع النظام العام في الدولة، حيث أن التحكيم يصطدم بمبدأ سيادة الدولة، والاختصاص الأصيل لقضائها الوطني⁴، كما أن اللجوء إلى التحكيم قد يؤدي إلى سلب اختصاص القضاء الوطني وتطبيق أحكام قانون أجنبي على النزاع إذا اتفق الأطراف على ذلك، الأمر الذي يشكل مساساً بسيادة الدولة⁵.

¹ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص422.

² فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص146.

³ مشار لهذا الاتجاه الفقهي لدى جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص59، وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص209، مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص422، فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص145.

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص422.

⁵ جابر جاد نصار : التحكيم في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص59.

ب. إن التحكيم يؤدي إلى الاخلال بمبدأ الفصل بين السلطات وأهمها الفصل بين السلطتين الإدارية والقضائية، حيث أن الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج لا تسمح للقضاء المدني بالنظر في المنازعات الإدارية حيث أن الاختصاص بالنظر بها يكون للقضاء الإداري، وبالتالي فإن الأصل عدم السماح للمحكمن النظر في هذه المنازعات¹.

ج. لا يجوز اللجوء إلى التحكيم دون وجود نص تشريعي يقر ذلك، وإذا لم يوجد مثل هذا النص فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم والاتفاق عليه².

وقد حسمت أغلب التشريعات العربية الخلاف حول هذا الامر وايدت الرأي القائل بجواز التحكيم في العقود الإدارية عامة، حيث تنص المادة (3) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م على: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيأ كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية".

وبالعودة الى نص المادة السابقة يتضح ان المشرع الأردني لم يحظر اللجوء الى التحكيم في أي منازعة تكون الدولة طرفاً فيها من حيث المبدأ، مما يعني جواز اللجوء الى التحكيم في العقود الإدارية عامة وعقد البوت خاصة، حيث ان اشتراط المشرع ان يكون النزاع مدنياً او تجارياً لا يعد مانعاً من اللجوء الى التحكيم في المنازعات المتعلقة بعقد البوت بشكل خاص، حيث ان طبيعة المنازعة مدنية كانت ام تجارية ليست لها ارتباط بالعقد ذاته، حيث ان عقد البوت هو

¹ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص145.

² وضاح محمود الحمود، مرجع سابق، ص209.

عقد ذو طبيعة إدارية قد تنشأ عنه منازعات ذات طبيعة مدنية او تجارية¹، وبالتالي يجوز اللجوء الى التحكيم فيما يتعلق بالمنازعات التي تكون الدولة ممثلة بأحد هيئاتها العامة طرفاً فيها².

كما تنص المادة (1) من قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م، والمعدلة بموجب قانون رقم (9) لسنة 1997م على: "وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص، أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك".

وبالتالي يتضح أن المشرعان الأردني والمصري قد نصوا بشكل واضح على جواز التحكيم عندما يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم شخصاً من أشخاص القانون العام، وبالتالي حسموا الخلاف في هذه المسألة وأخذوا بالرأي القائل بجواز التحكيم في العقود الإدارية.

أما المشرع الفلسطيني فقد نظم أحكام التحكيم في قانون التحكيم رقم (3) لسنة 2000م، فقد نصت المادة (1/5) من قانون التحكيم الفلسطيني على: "1- اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو اتفاق منفصل".

¹ مازن فايز مقابلة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2005، ص74، مشار إليه لدى فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص147.

² وهذا ما يؤكد قرار محكمة التمييز الأردنية في الطعن رقم 96/1740 الصادر في سنة 1997، والذي قررت فيه: "إذا قام خلاف بين دائرة الجمارك وأصحاب العلاقة حول مواصفات البضاعة أو منشئها يحال الأمر الى المدير فإذا لم يقبل صاحب العلاقة بالقرار الصادر عن المدير فله الحق باللجوء الى التحكيم عملاً بالمادة (78/ب) من قانون الجمارك رقم (16) لسنة 1982، وعليه ولما لم يطلب أصحاب العلاقة إحالة النزاع مع دائرة الجمارك الى التحكيم فإنهم يكونون قد قصروا بحق انفسهم والمقصر أولى بالخسارة، ولا يرد ادعاء المميزه انها تقدمت باستدعاء الى وزير المالية شرحت فيه منشأ البضاعة طالما انها لم تطلب صراحة إحالة النزاع الى التحكيم"، مشار إليه لدى مدلول الظفيري، مرجع سابق، ص165.

كما نصت المادة (2) من قانون التحكيم الفلسطيني السابق على: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالأهلية القانونية للتصرف بالحقوق أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي تكون فلسطين طرفاً فيها".

وبالعودة إلى النصوص السابقة يتبين أن المشرع الفلسطيني قد أجاز التحكيم في العلاقات القانونية بغض النظر عن الطبيعة القانونية لهذه العلاقة وتكييفها، كما أجاز أن يكون أطراف اتفاق التحكيم أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتباريين، وبالتالي لم يقصر اتفاق التحكيم على الأشخاص الطبيعيين فقط.

وبالعودة إلى مصطلح الشخصية الاعتبارية وأنواعها¹، يتضح أن الشخص الاعتباري يقع على نوعين²:

أ. شخص اعتباري عام: وهي الدولة والمحافظات والبلديات بالشروط التي يحددها القانون.

¹ نصت المادة (60) من القانون المدني رقم 4 لسنة 2012 الصادر في قطاع غزة، والذي تطابق نصوصه نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، والتي نصت على:

الأشخاص الاعتبارية هي:

1. الدولة ووحدها الإدارية والبلديات وغيرها بالشرائط التي يحددها القانون.
2. المصالح والهيئات والمنشآت العامة.
3. الأوقاف.
4. الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.
5. الشركات التجارية والمدنية والجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون.
6. كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص في القانون.

² عثمان التكروري: المدخل لدراسة القانون، ط3، مكتبة دار الفكر، القدس، 2011، ص367.

ب. شخص اعتباري خاص: وتتضمن الهيئات والشركات والجمعيات، وكل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى القوانين النافذة.

وبالتالي لم ينص المشرع الفلسطيني على قصر اتفاق التحكيم على الأشخاص الاعتبارية الخاصة، بل تركها مطلقة غير محددة بنوع محدد من الأشخاص الاعتبارية، كما نص المشرع الفلسطيني في قانون التحكيم على حالات معينة تعتبر مستثناة من أحكام قانون التحكيم، حيث نصت المادة (4) من قانون التحكيم الفلسطيني على: "لا تخضع لأحكام هذا القانون المسائل الآتية:

1- المسائل المتعلقة بالنظام العام في فلسطين.

2- المسائل التي لا يجوز فيها الصلح قانوناً.

3- المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية".

وبناءً على نص المادة السابقة، فإن المشرع الفلسطيني كان قد حدد الحالات المستثناة من أحكام قانون التحكيم وهي على سبيل الحصر، ولم تتضمن أي إشارة أو نص على استثناء العقود الإدارية أو أشخاص القانون العام من اتفاقيات التحكيم.

وبالتالي بناءً على النصوص السابقة، يرى الباحث جواز التحكيم في العقود الإدارية عامة وعقد البوت خاصة في فلسطين، حيث أن أحكام قانون التحكيم الفلسطيني لم تتضمن أي استثناء للعقود الإدارية أو استثناء أشخاص القانون العام من أحكامها.

ولإنهاء الغموض حول جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية في فلسطين يرى الباحث ضرورة تعديل أحكام قانون التحكيم الفلسطيني والنص بشكل صريح على جواز التحكيم عندما

يكون احد شخاص القانون العام طرفاً في العقد وبالتالي إجازة التحكيم في منازعات العقود الإدارية بشكل واضح وصريح أسوة بالمشرعان الأردني والمصري.

المبحث الثاني: انقضاء عقد البوت

يعتبر عقد البوت من العقود المحددة المدة والتي بموجبها يلتزم المستثمر المتعاقد مع الادارة ببناء المرفق العام محل العقد وتشبيده واستغلاله طوال مدة العقد المتفق عليها بينه وبين الدولة، ويلتزم المستثمر عند نهاية مدة العقد بإعادته الى الدولة بحالة تسمح باستمرار تشغيله والانتفاع به.

وينتهي عقد البوت نهاية طبيعية بانتهاء المدة المتفق عليها بين اطراف العقد وتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد، غير انه قد ينتهي عقد البوت كذلك نهاية غير طبيعية (مبتسرة) شأنه في ذلك شأن سائر العقود الادارية قبل انتهاء المدة التي تم الاتفاق عليها في العقد وذلك في حالات معينة.

ولبيان ذلك سوف يقوم الباحث بتقسيم هذا المبحث الى مطلبين وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول: النهاية الطبيعية لعقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: انتهاء الاجل المحدد في عقد البوت

الفرع الثاني: تمديد وتجديد عقد البوت

المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لعقد البوت، وسوف يقسمه الى فرعين:

الفرع الاول: استرداد المرفق العام

الفرع الثاني: الفسخ

المطلب الاول: النهاية الطبيعية لعقد البوت

ينتهي عقد البوت نهاية طبيعية بانتهاء المدة المتفق عليها بين اطراف العقد وتنفيذ ما تم الاتفاق عليه في العقد، بحيث يقوم المستثمر بإعادة المرفق العام محل العقد الى الدولة بحالة صالحة تسمح باستمرار تشغيله والانتفاع من خدماته، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك بقدر من التفصيل وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: انتهاء الأجل المحدد في عقد البوت

تنتهي العقود الإدارية شأنها شأن العقود جميعها نهاية طبيعية بتنفيذ الالتزامات المترتبة عليها في العقد، حيث يعتبر عقد البوت من العقود الزمنية، والتي تنتهي بانتهاء المدة المتفق عليها في العقد، ما لم يتفق الأطراف على تجديد العقد بشكل صريح أو ضمني¹.

حيث يجري تحديد مدة عقد البوت بالاستناد إلى طبيعة المرفق العام محل العقد، وحجم الاستثمارات التي تستخدم في بناء المرفق وتشغيله، ويقتضي أن تكون مدة العقد كافية لتمكين المستثمر من تحقيق عائد مناسب يغطي أقساط القروض والفوائد، ويغطي النفقات التشغيلية التي تكبدها المستثمر ويحقق له قدر معقول من الأرباح مع حجم الاستثمارات التي تم استحداثها، ومقدار المخاطر التي يتعرض لها جراء تنفيذه لعقد البوت والذي يتسم بالضخامة والتعقيد².

وعندما تقوم الدولة بتسليم المستثمر الأرض اللازمة لبناء المرفق العام محل العقد وتنفيذه أو نقل ملكية الأرض للمستثمر، فإنه يجب أن تتضمن نصوص عقد الملكية الخاص بالمستثمر ما يؤكد

¹ جابر جاد نصار : عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص215.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص389.

أن نقل الملكية ليس مطلقاً وإنما مقيد بغرض تنفيذ المشروع محل عقد البوت، كما يجب أن تتضمن نصوص العقد إلزام المستثمر بعدم بيع الأرض إلى الغير أو نقل ملكيتها¹. وبالتالي فإنه يجب أن تتضمن نصوص عقد البوت أحكاماً تحمي وتحافظ على ملكية الدولة لأرضها خصوصاً بعد السماح للأجانب بتملك أراضي الدولة، كما يجب ان تتضمن نصوص عقد البوت أحكاماً واضحة تقضي بإعادة ملكية الأرض إلى الدولة في نهاية مدة العقد، وتحديد الوقت الذي يقوم فيه المستثمر بإعادة الملكية إلى الدولة².

الفرع الثاني: تمديد وتجديد عقد البوت

إن تحديد مدة العقد المبرم بين الإدارة والمستثمر بحد أقصى، لا يحول دون تجديده عند نهاية مدة العقد، كما أنه لا يمنع من تحديد المدة المتفق عليها في العقد، فإذا اتفق الفريقان على التمديد أو التجديد فإن هذا الاتفاق يتم تنفيذه كما تم الاتفاق عليه بين الأطراف، فقد يكون التجديد بعقد جديد كلياً أو يكون بنفس شروط العقد السابق³.

ويجري تمديد العقد بالاستناد إلى بنود العقد ذاته أو قوانين صادرة من الدولة، حيث تسمح قوانين بعض الدول بالتمديد للمستثمر لمدة محددة في حال لم تقم شركة المشروع بأي إخلال لالتزاماتها التعاقدية⁴، كما قد يجد الطرفان أن تمديد العقد فيما بينهما يكون خياراً مفيداً لمواجهة الظروف

¹ عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص214.

² عصام احمد البهجي : عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، المرجع السابق، ص215.

³ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص154.

⁴ مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص391.

غير المتوقعة أو غير العادية والتي تظهر أثناء تنفيذ المشروع، وبالتالي يمكن اللجوء إليها كبديل لآليات التعويض الأخرى¹.

وبالتالي فإن تمديد العقد يعني زيادة مدة تنفيذ المشروع المحددة في العقد، بحيث يجري تنفيذ المشروع خلال المدة الممدة وفقاً للشروط التي تم الاتفاق عليها، وذلك بخلاف التجديد، والذي يعني التعاقد مجدداً مع شركة المشروع لتنفيذ المشروع موضوع العقد، وفقاً للشروط السابقة أو وفقاً لشروط وبنود عقد جديد².

وأحياناً قد يحتوي العقد على شرط الأولوية عند تجديد العقد، وهذا الشرط يعني انه إذا ارادت الإدارة المتعاقدة عند نهاية العقد الأصلي إدارة المرفق محل العقد بنفس الأسلوب مرة أخرى، فإن المستثمر القديم يتم تفضيله عند تساوي الشروط والظروف بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد، خاصة وان المستثمر القديم يمتاز عن سائر المتقدمين الجدد باكتساب الخبرة في إدارة المرفق العام، الأمر الذي يحقق المصلحة العامة للمجتمع المنتفع من خدمات هذا المرفق³.

المطلب الثاني: النهاية غير الطبيعية لعقد البوت

الأصل في عقد البوت ان ينتهي بتنفيذ كل طرف من أطراف العقد للالتزامات المترتبة عليه بموجب احكام العقد وانتهاء المدة التي تم الاتفاق عليها في العقد بين اطرافه بحيث يمثل ذلك النهاية الطبيعية لهذا العقد.

¹ طه محمد ابو العلا، مرجع سابق، ص109.

² مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص390.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص340.

ولكن قد ينتهي عقد البوت نهاية غير طبيعية (مبتسرة) شأنه في ذلك شأن سائر العقود الادارية قبل انتهاء المدة التي تم الاتفاق عليها في العقد، فقد تسترد الدولة المتعاقدة للمرفق قبل انتهاء مدة العقد، وقد يتم كذلك فسخ العقد المبرم بين الطرفين، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: استرداد المرفق العام

يعرف الاسترداد بأنه إنهاء الإدارة للعقد قبل نهايته الطبيعية وانتهاء مدته دون أن يصدر اي خطأ من جانب المتعاقد الآخر، حيث يتم ذلك بموجب قرار يصدر من الإدارة مانحة الالتزام عندما يبدو مناسباً لها استعادة المرفق العام وإدارته بأسلوب الإدارة المباشرة، وذلك حرصاً على مصلحة المرفق العام¹.

وبالتالي يعتبر الاسترداد طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء المدة المنفق عليها بين أطراف العقد، ولا يتطلب الاسترداد اتفاقاً مع المستثمر المتعاقد مع الإدارة، بل هو امر تقديري يعود للإدارة في ضوء حرصها على تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، شرط الا يكون في قرارها تعسف في استعمال السلطة².

وبناء على ما سبق فإنه يشترط لكي يكون قرار الإدارة باسترداد المرفق محل عقد البوت قراراً شرعياً يجب توافر الشروط الآتية³:

1. هيمنة فكرة المصلحة العامة وتحقيقها على فكرة استرداد المرفق العام.

2. تغيير الظروف التي نشأ في ظلها عقد البوت.

¹ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص252.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص392.

³ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص157.

فإذا صدر قرار استرداد المرفق العام من الإدارة مانحة الالتزام، وكان قرارها متفقاً والشروط السابقة المبينة فإنه لا يحق للمستثمر التمسك بفكرة الحق المكتسب باستغلال المرفق محل العقد طوال مدة العقد المتفق عليها مع الإدارة، ولكن يحق له المطالبة في التعويض عما أصابه من ضرر والمطالبة بالتعويض عما فاتته من كسب¹.

وقد اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لاسترداد المرفق العام، وذلك على النحو الآتي:

1. استرداد المرفق العام هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة:

حيث يرى الفقيه (calson) ان استرداد المرفق العام هو من قبيل نزع الملكية للمنفعة العامة وقد وافقه في ذلك كل من الفقيه جيز والفقيه بونار²، ولكن انتقد هذا الرأي نظراً للاختلاف الكبير بين الاسترداد ونزع الملكية للمنفعة العامة، حيث أن لكل من النظامين إجراءات مختلفة فضلاً على أن نزع الملكية ينصب على ملكية عقار، وذلك على عكس الاسترداد الذي لا ينصب على ملكية عقار³.

2. استرداد المرفق العام هو بيع حقيقي بعوض:

اما الفقيه (Monsarrat) فقد اعتبر ان استرداد المرفق العام هو بمثابة بيع حقيقي بعوض، وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد أيضاً، حيث ان الاسترداد يمنح المستثمر المتعاقد مع الإدارة حق الحصول على تعويض يعادل الأضرار التي لحقت به نتيجة التوقف عن ممارسة نشاطه قبل حلول الأوان لذلك، وليس لهذا الحق أي صلة بالثمن عن شيء مباع⁴.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص171.

² الياس ناصيف، مرجع سابق، ص393، فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص158.

³ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص253.

⁴ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص158.

3. استرداد المرفق العام هو فسخ لعقد الامتياز:

حيث ذهب الرأي الراجح من الفقه ومن أنصاره الفقيه (De Laubadere) إلى اعتبار استرداد المرفق العام ما هو إلا مجرد فسخ لعقد الامتياز، وذلك استعمالاً لحق الإدارة في فسخ العقود الإدارية بإرادتها المنفردة تحقيقاً للمصلحة العامة¹.

ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه الرأي الراجح من الفقه حول الطبيعة القانونية لاسترداد المرفق العام من حيث اعتبارها فسخاً لعقد الامتياز، حيث يعتبر استرداد المرفق العام امتيازاً للإدارة امام المستثمر المتعاقد معها لمواجهة ما قد يطرأ من تغيرات على ظروف ابرام العقد وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة للمجتمع والتي تعتبر الهدف الاسمي للدولة.

ولاسترداد المرفق العام صور ثلاث: الاسترداد التعاقدى، الاسترداد غير التعاقدى، والاسترداد التشريعي، وسوف أبين كل صورة منهم، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الاسترداد التعاقدى:

ويعرف الاسترداد التعاقدى بأنه الاسترداد الذي يكون منصوصاً في العقد على حق الإدارة في ممارسته أثناء تنفيذ العقد، وذلك بمقتضى نص صريح في العقد يتولى تنظيمه وكيفية ممارسته². ويجب على الإدارة ألا تلجأ إلى الاسترداد التعاقدى إلا للأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة للمجتمع، وقد يقتصر الاسترداد على جزء من الالتزام وليس الالتزام كله، بشرط أن يرد النص

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص393، إبراهيم الشهراوي: عقد امتياز المرفق العام (B.O.T)، ط.1، القاهرة، 2003، ص387، مشار إليه لدى فاطمة الفرعان، مرجع سابق، ص159.

² حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص353.

صراحة على ذلك في العقد، وتلتزم الإدارة المتعاقدة بتعويض المستثمر المتعاقد معها في حالة استردادها للمرفق العام محل العقد المبرم بينهما¹.

وتعتبر أهم نتيجة للاسترداد التعاقدية هو حق المستثمر المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض، ويكون هذا التعويض بإحدى صورتين:

1. التعويض الإجمالي:

حيث يكون الانفاق على أن التعويض يكون على صورة دفعة واحدة لمرة واحدة وبصورة إجمالية، يراعى في تقديرها مواجهة النفقات اللازمة لتغطية رأس المال، وما تم إنفاقه لتجهيز المرفق وإعداده، كما يتضمن هذا التقدير ما يفقده المستثمر من أرباح نتيجة استرداد الإدارة للمرفق قبل الموعد المتفق عليه².

2. التعويض في صورة أقساط سنوية:

إذا تضمن العقد تسديد الإدارة للتعويض على أقساط سنوية، فإنه يتم دفع الأقساط وفقاً لما هو محدد في العقد وما تم الانفاق عليه، حيث يشمل التعويض في هذه الحالة التعويض عن أموال المستثمر المنقولة التي يجب أن تشتريها الإدارة مانحة الالتزام والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من استثمار المرفق العام وتشغيله، كما يشمل أيضاً التعويض عما فات المستثمر من أرباح نتيجة لاسترداد المرفق العام قبل الموعد المتفق عليه³.

¹ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص172.

² حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص363.

³ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص395.

ثانياً: الاسترداد غير التعاقدى:

وهو الاسترداد الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة خلال مدة تنفيذ العقد المنفق عليه دون النص على الاسترداد التعاقدى في العقد، أو قد يتم خلال المدة المحظورة فيها مباشرته وفقاً لما تم الاتفاق عليه في نصوص العقد، وبعد الاسترداد في هذه الحالة تطبيقاً لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة تحقيقاً للمصلحة العامة¹.

ويترتب على استعمال الإدارة لسلطتها في استرداد المرفق العام خارج نصوص العقد ودون الاتفاق عليها، استحقاق المستثمر المتعاقد مع الإدارة للتعويض، ويمكن أن يتم تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه بالتراضي والاتفاق بين الإدارة والمستثمر، ولكن عند الاختلاف على ذلك يتم تطبيق القواعد العامة دون التقيد بالنصوص الواردة في العقد بشأن الاسترداد التعاقدى، بحيث يكون التعويض المستحق هو تعويض كامل يغطي جميع ما يلحق المستثمر من خسارة وما يفوته من كسب وفقاً للقواعد المقررة قانوناً في هذا الأمر².

ثالثاً: الاسترداد التشريعي:

ويكون الاسترداد التشريعي عندما يتدخل المشرع ويصدر قانوناً ينظم بواسطته استرداد بعض المرافق³.

ولا يتنافى هذا الأمر مع المبادئ القانونية، فطالما أن امتياز بعض المرافق العامة يتم منحه بقانون فإنه من الطبيعي عندما يقرر المشرع استرداد المرفق العام لاعتبارات متعلقة بالمصلحة

¹ اسامة المطيري، مرجع سابق، ص130.

² حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص379.

³ كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص255.

العامة ان يتم بقانون أيضاً، فطالما أن السلطة التشريعية كانت هي المرجع المختص في تقرير منح الالتزام وذلك بموجب قانون، فتكون السلطة التشريعية نفسها هي المرجع المختص لاسترداد هذا المرفق أو إلغائه بقانون أيضاً¹.

الفرع الثاني: الفسخ

الأصل ان ينتهي عقد البوت بانتهاء المدة المتفق عليها بين اطراف العقد، ولكن كما بينا فإن من حق الإدارة المتعاقدة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته وذلك من خلال استردادها للمرفق العام محل العقد.

وكذلك قد ينتهي عقد البوت قبل انتهاء المدة المتفق عليها بفسخ العقد وذلك باتفاق الأطراف او بحكم قضائي او بقوة القانون او قد يتم فسخ العقد كجزاء من الإدارة المتعاقدة للمتعاقد لصدور خطأ منه، وسوف يقوم الباحث ببيان ذلك على النحو التالي:

أولاً: الفسخ الاتفاقي (التقاييل):

بما انه تنعقد العقود الإدارية وعقد البوت برضاء أطراف العقد المستثمر والإدارة المانحة للامتياز، فإنه يجوز أن تنتهي هذه العقود باتفاق أطراف العقد أيضاً قبل تنفيذ المشروع بشكل تام أو قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد.

¹ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص396.

ولا خلاف حول مشروعية الفسخ الاتفاقي لعقد البوت، اذ ان الإرادة المتعاقدة التي تملك سلطة ابرام العقد تملك صلاحية انتهاء العقد وفسخه، وذلك اعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الرضائية الذي يهيمن على جميع العقود¹.

ولابد لإنهاء العقد بإرادة طرفيه موافقة الجهة الإدارية المختصة بإبرامه بشكل واضح وصريح على إنتهائه، ولا يشترط أن تفرغ تلك الإدارة بصورة معينة أو طريقة معينة². ويختلف الفسخ عن الاسترداد الاتفاقي الذي بيناه في الفرع السابق، حيث أن حق الإدارة في استرداد المرفق هو حق أصيل سواء تم النص عليه في العقد أم لم ينص عليه وذلك على العكس من الفسخ الاتفاقي، حيث ان الفسخ يتم بموجب تراضي كامل بين الإدارة والمستثمر، ولا تلجأ إليه الإدارة المتعاقدة إلا إذا قدرت صعوبة اللجوء إلى طريقة الاسترداد³.

ثانياً: الفسخ القضائي:

يعتبر الفسخ القضائي أحد وسائل إنهاء العقود الإدارية وعقد البوت، حيث يكون ذلك بناء على طلب من المستثمر المتعاقد مع الإدارة أو بناء على طلب من الإدارة المتعاقدة نفسها، حيث ينتهي العقد في هذه الحالة بموجب حكم قضائي، وغالباً ما يكون المتعاقد مع الإدارة هو الطرف الذي يطلب الفسخ القضائي، وذلك لأن الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تلجأ إلى فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي بالفسخ⁴.

¹ جمال طالب : صلاحيات الادارة في فسخ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2009، ص35.

² احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص336.

³ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص395.

⁴ محمد عبدالله الشيخ، مرجع سابق، ص61.

ويمكن اللجوء إلى الفسخ القضائي في حال تحقق إحدى الحالات التالية:

1. القوة القاهرة:

وهي التي تعرف بأنها حدث خارجي لا يد لأطراف العقد فيه، ويستحيل دفعه بحيث يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد استحالة مطلقة، وبالتالي ليس للإدارة إرغام المتعاقد معها على التنفيذ ولا إيقاع العقوبات عليه بقصد تحقيق هذا الهدف¹.

ويجب التفرقة بين القوة القاهرة وبين الظرف الطارئ، فالظرف الطارئ يجعل تنفيذ العقد مرهقاً وليس مستحيلاً، وبالتالي لا يكون للمستثمر المتعاقد مع الإدارة طلب فسخ العقد وإنما له حق المطالبة بالتعويض ومشاركة الإدارة له في تحمل الاعباء الزائدة عن الحد².

2. خطأ الإدارة الجسيم:

إن حدث خطأ جسيم من الإدارة في تنفيذها لالتزاماتها، أو قيامها بتعديل شروط العقد على نحو يخل بالتوازن المالي والاقتصادي للعقد إخلالاً جسيماً بصورة تفوق الإمكانيات المادية والفنية والاقتصادية للمستثمر المتعاقد مع الإدارة أو يخل بجوهر العقد المنفق عليه، ويجعله عقداً جديداً ما كان ليقبل به المستثمر لو عرض عليه ابتداءً، فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة اللجوء إلى القضاء وطلب فسخ العقد³.

¹ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الإداري، مرجع سابق، ص190.

² حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص400.

³ الياس ناصيف، مرجع سابق، ص383.

أما في حال حدوث الخطأ الجسيم من المتعاقد مع الإدارة، فإنه يحق للإدارة المتعاقدة طلب فسخ العقد دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ، فللإدارة حق فسخ العقد بإرادتها المنفردة¹.

3. إساءة استعمال الإدارة لسلطتها:

تتمتع الإدارة بالعديد من الصلاحيات والسلطات في العقود الإدارية، الأمر الذي يجعلها في وضع مميز عن المستثمر معها، ولكن رغم ذلك فإن الإدارة مقيدة بكل الأحوال باستخدامها لهذه الصلاحيات بهدف تحقيق الصالح العام، فإذا تجاوزت الإدارة هذا الهدف ولم تحققه فإنه يحق للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القضاء للحكم بفسخ العقد².

وفي النهاية لا بد من الإشارة إلى أنه يترتب على صدور الحكم القضائي بفسخ العقد نهاية العقد بأثر رجعي يرتد إلى تاريخ رفع دعوى الفسخ، واستحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من مكاسب وأرباح بسبب هذا الفسخ³.

كما يجب الإشارة إلى أنه قد ينتهي عقد البوت كذلك بصدور قرار من هيئة التحكيم بفسخه إذا اتفق الأطراف على إحالة النزاع للبت فيه أمام محكمة أو أكثر دون اللجوء إلى القضاء.

¹ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص397.

² احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص341.

³ عدنان عمرو : وسائل تنفيذ النشاط الإداري، مرجع سابق، ص193.

ثالثاً: الفسخ بقوة القانون (الانفساخ):

إن العقود الإدارية وعقد البوت يسري عليها ما يسري على العقود المدنية فيما يتعلق بفسخها القانوني وهو ما يطلق عليه بالانفساخ، ويقصد به ان يحدث بعد انعقاد العقد ما يجعل تنفيذ العقد مستحيلًا لسبب أجنبي لا علاقة لأطراف العقد به، فينقضي هذا الالتزام لاستحالة تنفيذه، وتنقضي معه الالتزامات المتقابلة بين الطرفين¹.

وهذا ما أكدته المادة (247) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م، والتي نصت على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه...".

والتي يقابلها نص المادة (159) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م، والتي نصت على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"².

كما ينفسخ العقد بقوة القانون في حال تحقق شروط معينة منصوص عليها في العقد مقرررة للفسخ، ومثال ذلك تضمن العقد شروط يقضي بفسخ العقد حال وفاة الملتزم المتعاقدة مع الإدارة³، فمتى تحققت تلك الشروط انفسخ العقد بقوة القانون من تاريخ تحققها⁴.

¹ مدلول الظفيري، مرجع سابق، ص136.

² وهذا ما نصت عليه المادة (172) من القانون المدني رقم 4 لسنة 2012 الصادر في قطاع غزة، والذي تطابق نصوصه نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، والتي نصت على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، تنقضي معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

³ مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص175.

⁴ حمادة عبد الرازق حمادة، مرجع سابق، ص396.

رابعاً: الفسخ الجزائي (إسقاط الامتياز):

ويقصد بالفسخ الجزائي قيام الإدارة المتعاقدة بفسخ العقد نتيجة خطأ صادر من المتعاقد معها¹. ويتفق إسقاط الامتياز مع الاسترداد في أن كلاهما يؤدي إلى إنهاء العقد بين الأطراف، ولكن يختلفان في أن إسقاط الامتياز جزاء يصدر عادة من القاضي، ويمكن أن يصدر من الجهة الإدارية، أما الاسترداد فتمارسه الإدارة المتعاقدة دون خطأ من جانب المتعاقد، ولكن بهدف تحقيق الصالح العام².

وقد نظمت قواعد القانون المدني أحكام الفسخ الجزائي، فقد نصت المادة (246) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م على: "1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه، 2- ويجوز للمحكمة ان تلزم المدين بالتنفيذ للحال او تنظره الى اجل مسمى ولها ان تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال ان كان له مقتضى".

والتي يقابلها نص المادة (1/157) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م، نصت على: "1- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن آن له مقتضى"³.

¹ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص164.

² كمال طلبه المتولي سلامة، مرجع سابق، ص257.

³ وهذا ما نصت عليه المادة (1/170) من القانون المدني رقم 4 لسنة 2012 الصادر في قطاع غزة، والذي تطابق نصوصه نصوص مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2003، والتي نصت على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى".

وبالعودة الى النصوص السابقة يتبين لنا وجوب توافر عناصر معينة لكي تمارس الإدارة سلطاتها في الفسخ، وهذه العناصر هي:

1. صدور خطأ جسيم من المتعاقد مع الإدارة¹:

وهو إخلال المتعاقد بالتزام تعاقدي منصوص عليه في العقد أو إخلاله بالتزام قانوني بمقتضى القوانين والأنظمة².

2. وجوب إذار الملتزم المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ قبل اتخاذ قرار الفسخ:

حيث يجب على الإدارة المتعاقدة قبل أن تصدر قرارها بفسخ العقد أن ترسل اذاراً إلى المدين بالتنفيذ، هذا ما لم ينص العقد على حقها بالفسخ في حالة الخطأ الجسيم دون اذار، أو كان الفسخ قد تم بعد ممارسة احد الجزاءات الضاغطة والتي سبقها اذار للمتعاقد³.

¹ فاطمة القرعان، مرجع سابق، ص165.

² مصطفى عبد المحسن الحبشي، مرجع سابق، ص199.

³ مدلول الظفيري، مرجع سابق، ص135.

الخاتمة

يعد تحقيق الصالح العام للمجتمع واشباع حاجات المواطنين المتجددة احد اهم الأهداف والواجبات التي تقع على عاتق الدول بإداراتها المختلفة العمل على تحقيقه، وذلك حيث تسعى الدولة الى إقامة المشروعات اللازمة والمرافق العامة الضرورية التي تشبع حاجات الافراد المتجددة وتلبيها.

حيث يعتبر عقد البوت كما رأينا خياراً جيداً تتمكن الدولة من خلاله تحقيق أهدافها المنشودة والقيام بما يقع عليها خاصة في دولنا النامية، وذلك من خلال التعاقد مع مستثمر من القطاع الخاص للقيام ببناء وتشيد وتشغيل وإدارة واستغلال لمرفق عام من مرافق الدولة طوال مدة العقد المبرم بينه وبين الدولة مانحة هذا الامتياز، فمن خلال اتجاه الدولة لعقد البوت فإنها تحقق هذه الغايات دون زيادة الانفاق الحكومي او تحميل الموازنة العامة اكثر من طاقتها.

وقد تركزت هذه الدراسة حول عقد البوت عامة والتنظيم القانوني لهذا العقد في حال تم تطبيقه في فلسطين، حيث حمل الفصل الأول منها عنوان ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، اما الفصل الثاني منها فقد حمل عنوان النظام القانوني لإبرام عقد البوت وآثاره، اما الفصل الثالث من هذه الدراسة فقد حمل عنوان تسوية المنازعات الناشئة عن عقد البوت وانقضائه، وفي الختام قد لا تخلو هذه الدراسة من النواقص والثغرات ولكن أتمنى ان لا تخلو من الفائدة العلمية والقانونية.

النتائج

توصلت من خلال هذه الدراسة الى النتائج التالية:

1. يعتبر عقد البوت احد اهم وسائل تنمية الدول واقتصادها القومي، حيث يشكل عقد البوت احد اهم الصور الحديثة لبناء وإدارة المرافق العامة وتلبية احتياجات المواطنين المتزايدة، وبالتالي يعتبر حل مثالي لمشاكل ضعف الميزانية العامة لتلبية هذه الاحتياجات وخاصة في الدول النامية.
2. يعتبر عقد البوت احد اهم وسائل نقل التكنولوجيا الحديثة اليها وتدريب اليد العاملة الوطنية فيها وتطويرها دون تحميل الدولة او موازنتها أي أعباء مالية إضافية.
3. ان قيام الدولة بإبرام عقد البوت يعود عليها بالعديد من المزايا والتي تعود بالفوائد على المجتمع وتنميته وتقدمه اضافة الى الفوائد المادية والمتمثلة بالأرباح التي يحققها أطراف العقد.
4. وفي المقابل فقد اظهرت التجربة العملية العديد من العيوب لهذا العقد على الدولة واقتصادها بحيث تشكل تحدياً كبيراً امام الدولة يجب عليها مواجهته من خلال التنظيم التشريعي لعقد البوت واحكامه وسن التشريعات والقوانين التي تواكب العقود الدولية المستحدثة وتعمل على تغطية كافة جوانبها الفنية والقانونية بصورة محكمة من خلال وضع إطار قانوني لهذه العقود يهدف الى تحقيق التوازن بين مزايا ابرام هذه العقود وعيوبها، وتشكيل اللجان الفنية والقانونية المتخصصة لمتابعة آليات وإجراءات ابرام هذه العقود ودراستها والاحاطة بها بشكل جيد ومتابعة إجراءات تنفيذها في جميع مراحلها، بحيث تضمن التقليل من العيوب والحد منها الى أكبر قدر ممكن.

5. عدم وجود تشريع خاص بمنح امتيازات المرافق العامة في فلسطين الى الان والذي نص القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003م في المادة (94) منه على وجوب تنظيمها من خلال قانون خاص بها.
6. عدم وجود تشريع خاص بتنظيم عقد البوت واحكامه في فلسطين، وكذلك الامر في مصر حيث يطبق على عقود البوت المبرمة في مصر احكام قانون امتياز المرافق العامة رقم (129) لسنة 1947، والمعدل بقانون رقم (61) لعام 1958، اما في الأردن فقد تم النص على بعض صور عقد البوت وذلك من خلال دمجها بأحكام قانون التخصيص الأردني رقم (25) لسنة 2000 ولم ينظمها المشرع الأردني كذلك بتشريع خاص بها.
7. ان عقد البوت ما هو الا صورة حديثة ومتقدمة لعقد امتياز المرفق العام موضوعه إدارة واستغلال احد المرافق العامة في الدولة وبالتالي هو عقد ذو طبيعة إدارية، حيث ان جميع معايير وشروط العقود الإدارية متوافرة فيه، وبالتالي يخضع لقواعد واحكام العقود الإدارية وتدخل المنازعات المتعلقة به باختصاص القضاء الإداري كأصل عام.
8. ان تعاقد الدولة ممثلها بإحدى اداراتها مع القطاع الخاص لبناء وتشبيد وإدارة مرفق عام طوال مدة العقد لا يعني تنازل الإدارة بالمطلق عن هذا المرفق، بل يبقى لها سلطة الرقابة والاشراف على اعمال هذا المرفق وذلك من خلال السلطات الاستثنائية الممنوحة للدولة في مواجهة المتعاقد معها وذلك حرصاً على المصلحة العامة وحمايتها.
9. ان الحفاظ على التوازن المالي للعقد يعد احد اهم حقوق المستثمر المتعاقد مع الإدارة كما يعتبر أيضا احد واجبات الإدارة التي يجب عليها الالتزام بها، وقد اوجد القضاء الإداري

لذلك ثلاث نظريات تحكم إعادة التوازن المالي للعقد وهي نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

10. اختصاص القضاء الوطني في كل من فلسطين والأردن ومصر في نظر النزاعات المتعلقة بعقد البوت في حال تم الاتفاق على التوجه الى التسوية القضائية للنزاع.

11. على الرغم من الطبيعة الإدارية لعقد البوت يكون الاختصاص للقضاء المدني وليس القضاء الاداري في كل من فلسطين والأردن في نظر النزاع المتعلق بالعقد في حال التوجه الى التسوية القضائية للنزاع، اما في مصر فيكون القضاء الإداري ممثلاً بقضاء مجلس الدولة هو القضاء المختص بنظر النزاع.

12. تعدد وسائل التسوية غير القضائية للمنازعات المتعلقة بعقد البوت بحيث يكون لأطراف النزاع الاتفاق على وسيلة أو أكثر من هذه الوسائل لتسوية المنازعات المتعلقة بعقد البوت.

التوصيات

1. ضرورة قيام مشرعنا الفلسطيني بإقرار القانون الخاص بمنح امتيازات المرافق العامة وادارتها وكيفية تنظيمها باعتبارها احد اهم طرق إدارة المرافق العامة في العالم.
2. ضرورة قيام مشرعنا الفلسطيني بتنظيم عقد البوت واعتماده كأحد أساليب التنمية الحديثة للمجتمع الفلسطيني، وذلك من خلال سن التشريعات والقوانين التي تواكب عقد البوت وصوره المختلفة وتعمل على تغطية كافة جوانبها الفنية والقانونية بصورة محكمة من خلال تحديد صور عقد البوت وتنظيم طرق ابرام هذا العقد وما يترتب على ابرام العقد من حقوق والتزامات على الدولة والمستثمر المتعاقد معها، وتحديد طرق تسوية المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ العقد وتحديد طرق انقضائه، والنص على تشكيل اللجان الفنية والقانونية المتخصصة لمتابعة آليات وإجراءات ابرام هذه العقود ودراسة جدواها والفائدة المرجوة منها ومتابعة إجراءات تنفيذها في جميع مراحلها، بحيث نضمن التقليل من العيوب والحد منها الى اكبر قدر ممكن.
3. ضرورة قيام مشرعنا الفلسطيني باعتماد الطبيعة الإدارية لعقد البوت، الامر الذي يثبت للدولة العديد من الصلاحيات والسلطات حتى لو لم يتم النص عليها في العقد، حيث يثبت للدولة في العقود الإدارية حقها في الرقابة والاشراف على المستثمر اثناء تنفيذه للعقد، كما يثبت للدولة صلاحيات تعديل بعض احكام العقد بما يتناسب والمصلحة العامة للمجتمع.
4. نتمنى من المشرع الفلسطيني إعادة النظر في اختصاصات محكمة العدل العليا الواردة حصراً في المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001م، والنص فيها على اختصاص محكمة العدل العليا في النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية

ومنها عقد البوت وجعل القضاء الإداري في فلسطين على درجتين، الأمر الذي يحقق
لمشرعنا الفلسطيني هدفه من تشكيل محكمة العدل العليا كمحكمة إدارية مختصة بالنظر في
المنازعات الإدارية وسيوفر لمشرعنا الفلسطيني خاصية الازدواج القضائي الفعلي ويعزز
نظام القضاء الإداري على درجتين أسوة بالقضاء المدني والذي يعتبر احد الضمانات
الأساسية لحسن القضاء وتحقيق العدالة.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

1- القوانين:

1. القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003م.
2. قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم (5) لسنة 2001م.
3. قانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2002م.
4. قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (2) لسنة 2001م.
5. قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000م.
6. الدستور الأردني لسنة 1952م وتعديلاته.
7. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.
8. قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردني رقم (17) لسنة 2001م.
9. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (27) لسنة 1988م وتعديلاته.
10. قانون محكمة العدل العليا الأردني رقم (11) لسنة 1989م المعدل بقانون رقم (12) لسنة 1992م.
11. قانون التخاصية الأردني رقم (25) لسنة 2000م.
12. قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001م.
13. الدستور المصري لعام 2014م.
14. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.
15. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لسنة 1968م.

16. قانون مجلس الدولة المصري لسنة 1972م.
17. قانون امتياز المرافق العامة المصري رقم (129) لسنة 1947م.
18. قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994م وتعديلاته.

2- مشاريع القوانين:

1. مشروع القانون المدني الفلسطيني.
2. مشروع قانون الامتياز الفلسطيني.

ثانياً: المراجع:

1- المراجع العامة:

1. امين دواس: تنازع القوانين في فلسطين، دار الشروق للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
2. جابر جاد نصار: التحكيم في العقود الإدارية، ط.1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
3. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
4. عبد العزيز خليفه: الأسس العامة للعقود الإدارية، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2009.
5. عدنان عمرو: مبادئ القانون الاداري، ط.3، دن، 2010.
6. عدنان عمرو: وسائل تنفيذ النشاط الاداري، دن، القدس، 2010.
7. عبد القادر فتحي لاشين، وفريق خبراء المنظمة العربية للتنمية الادارية: نظام المشاركة بين القطاعين العام والخاص في مشروعات البنية الاساسية للنقل، المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 2010.
8. عثمان التكروري: المدخل لدراسة القانون، ط.3، مكتبة دار الفكر، القدس، 2011.
9. عثمان التكروري: الكافي في شرح اصول المحاكمات المدنية والتجارية، ج.1، مكتبة دار الفكر، القدس، 2013.

10. عثمان علي: تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة ابرام العقود الإدارية، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.
11. فوزي محمد سامي: التحكيم التجاري الدولي، ط.6، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
12. محمد عبد الباسط: اعمال السلطة الإدارية، مكتبة الهداية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1989.
13. مفتاح عبد الحميد، وحمد الشلماني: العقود الإدارية واحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.

2- المراجع المتخصصة:

1. اسامة المطيري: خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، ط.1، وزارة الاعلام، الكويت، 2006.
2. احمد سلامة بدر: العقود الادارية وعقد البوت، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
3. الياس ناصيف: العقود الدولية عقد الـ BOT، ط.2، مكتبة الحلبي، بيروت، 2011.
4. جابر جاد نصار: عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
5. حمدي عبد العظيم: دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T)، ط.3، دن، 2003.
6. حسن الهنداوي: مشروعات B.O.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
7. حمادة عبد الرازق حمادة: عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2013.
8. سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل حسين اسماعيل، وشكري رجب العشماوي: نظام البناء و التشغيل ونقل الملكية B.O.T لتمويل وادارة وتحديث مشروعات البنية الاساسية، ط.1، مكتبة ومطبعة الاشعاع الفنية، الاسكندرية، 2003.
9. سمير محمد عبد العزيز، واسماعيل حسين اسماعيل، وشكري رجب العشماوي: معايير السلامة الاستثمارية ومشروعات BOT، المكتب العربي الحديث، الاسكندرية، 2007.

10. سعيد عبد العزيز عثمان: دراسات جدوى المشروعات ومشروعات B.O.T، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2009.
11. صالح بكر الطيار: النظام القانوني لمشروعات البوت B.O.T، ط.1، مركز الدراسات العربي الاوروبي، بيروت، 2000.
12. طه محمد ابو العلا: عقود البوت "BOT"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2010.
13. عمرو احمد حسبو: التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام ال B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
14. عبد الفتاح بيومي حجازي: عقود البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008.
15. عصام احمد البهجي: عقود البوت B.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
16. عصام احمد البهجي: التحكيم في عقود البوت (B.O.T)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2008.
17. كمال طلبه المتولي سلامة: النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
18. منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية: المرشد في تطوير البنية التحتية من خلال مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (ترجمة حسين صلاح الدين)، ط.1، دار الرضا للنشر، دمشق، 2002.
19. مصطفى عبد المحسن الحبشي: الوجيز في عقود البوت B.O.T، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، 2008.
20. محمد مطر المطيري: الحقوق والالتزامات التبادلية لأطراف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، دن، 2010.
21. محمد بن جواد الخرس: مشروعات البنية التحتية من خلال نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (BOT)، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
22. محمد الروبي: عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، ط.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

23. مروان محي الدين القطب: طرق خصخصة المرافق العامة، ط.2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2015.

24. وضاح محمود الحمود: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، 2010.

3- الرسائل الجامعية:

1. احمد الشرايعة: الطبيعة القانونية لعقود البوت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2011.

2. اكثم سليمان: تنظيم المرافق العامة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2014.

3. جمال طالب: صلاحيات الادارة في فسخ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، 2009.

4. عمر الدروع: تسوية المنازعات المتعلقة بعقود ال B.O.T، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 2015.

5. فاطمة القرعان: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، 2014.

6. مدلول الظفيري: الاسس القانونية لعقود البوت B.O.T في ظل كل من القانون الاردني والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، 2007.

7. يوسف الظفيري: تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الاوسط، 2011.

4- الأبحاث والدراسات:

1. عادل عبد الرحمن: نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في المشروعات العامة، مجلة البحوث والدراسات القانونية، العدد 61، 2014.

2. محمد عبدالله الشيخ: عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة، حروف منثورة للنشر الالكتروني، 2014. متوافر على الرابط الالكتروني التالي : <http://en.calameo.com/books/0024396627a3609fcbf51> ، تاريخ الدخول 2016/05/05.

3. معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطينية: دراسة نقدية لمشروع قانون الامتياز الفلسطيني، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني (ماس)، رام الله، 2005. متوافر على الرابط التالي : <http://www.wafainfo.ps/atemplate.aspx?id=2768> ، الدخول 2016/04/25.

5- المواقع الإلكترونية:

1. قانون الأونسيترال النموذجي لاشتراء السلع والانشاءات والخدمات لعام 1994م، متوافر على الرابط التالي:

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/procurem/mlprocurement/ml-procure-a.pdf> .

2. منظومة القضاء والتشريع في فلسطين المقتفي، متوافر على الرابط التالي:

<http://muqtafi.birzeit.edu>.