

التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت (B.O.T)

**Commitment the Contractor with the
Management in Contracts B.O.T**

اعداد الطالب

وليد مصطفى الطراونة

الرقم الجامعي

401220029

اشراف الاستاذ الدكتور

محمد علي الشباطات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

كانون ثاني/2014

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

هُوَ الَّذِي أَنْزَلَ عَلَيْكَ الْكِتَابَ مِنْهُ آيَاتٌ مُحْكَمَاتٌ هُنَّ أُمُّ الْكِتَابِ وَأُخْرَى
مُتَشَابِهَةٌ لِّمَن اتَّخَذَ الْآيَاتِ فِي قُلُوبِهِمْ زِينَةً فَيَتَّبِعُونَ مَا تَشَابَهَ مِنْهُ ابْتِغَاءَ التَّخَالُفِ
وَأَبْتِغَاءَ تَأْوِيلِهِ وَمَا يَعْلَمُ تَأْوِيلَهُ إِلَّا اللَّهُ وَالرَّاسِخُونَ فِي الْعِلْمِ يَقُولُونَ آمَنَّا بِهِ كُلٌّ
مِّنْ عِنْدِ رَبِّنَا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ

صدق الله العظيم

(آل عمران، آية 7)

التفويض

أنا وليد مصطفى علي الطراونة أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: وليد مصطفى علي الطراونة

التوقيع: 

التاريخ: 2014/12/23

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البناء
والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)
وقد أجازت بتاريخ 2014 / 12 / 23

اعضاء لجنة المناقشة

التوقيع	الاسم
	الاستاذ الدكتور جمال الدين مكناس رئيساً
	الدكتور محمد علي كور عضو ومشرفاً
	الدكتور علي بلال احمد حنطلة مناقشاً خارجياً

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والشكر لله على توفيقه ونعمه وأفضاله

أتقدم بالشكر والامتنان لأستاذي الفاضل الاستاذ الدكتور محمد علي الشباطات على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة، وعلى ما غمرني به من كرم أخلاقه أثناء البحث، وعلى توجيهاته وإرشاداته التي كان لها الأثر الأكبر في إتمام هذا البحث، رفع الله قدره ومنزلته، ونفع به أمته.

وأرفع شكري الخالص إلى الاساتذة الأفاضل الذين تكرموا بقبول مناقشة هذه الرسالة، وبذلهم ثمين وقتهم في تقويم هذا البحث وتصويبه، وحتى يكتمل بكريم نصحهم وإرشادهم.

وأرفع شكري الخالص إلى كل من سعادة القاضي هشام الطراونة و الدكتور حسن الطراونة على ما قدماه لي من دعم وتحفيز ومساعدة أثناء اعداد هذا البحث فلهما مني كل العرفان والتقدير.

الإهداء

إلى والدي أطال بعمره ومتعته بالصحة والعافية، صاحب الفضل العظيم من بعد الله
بما كد وتعب ليؤمن لي سُبُل النجاح، وبما قدمه لي من تحفيز وتشجيع على طلب
العلم، أقدم له هذه الرسالة.

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء والوردة التي لا تذبل إلى القلب الطاهر... والدتي
الغالية حفظها الله.

إلى شقيقتي، وإلى رفيقة دربي زوجتي الغالية التي وقفت إلى جانبي وقدمت لي
الدعم والمساندة.

إلى ابنائي عون وعمرو

إلى كل من يسره نجاحي وإلى كل طالب علم إليهم جميعاً أهدي هذا الجهد العلمي
المتواضع.

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	عنوان الرسالة
ب	تفويض الجامعة
ج	إجازة الرسالة
د	الشكر والتقدير
هـ	الإهداء
و	فهرس المحتويات
ط	الملخص باللغة العربية
ي	الملخص باللغة الانجليزية
1	الفصل الأول: المقدمة
4	مشكلة الدراسة
4	اسئلة الدراسة
5	أهداف الدراسة
5	أهمية الدراسة
6	منهجية الدراسة
6	مصطلحات الدراسة
8	الاطار النظري للدراسة
9	الدراسات السابقة
12	محددات الدراسة
14	الفصل الثاني: مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وصور هذه العقود
16	المبحث الأول: ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الصفحة	الموضوع
16	المطلب الأول: نشأة وتطور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
19	المطلب الثاني: عناصر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
27	المطلب الثالث: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
30	المطلب الرابع: مميزات وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
38	المبحث الثاني: صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزها عن غيرها من العقود
38	المطلب الأول: صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
44	المطلب الثاني: تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود
49	المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
50	المطلب الأول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود الادارية
52	المطلب الثاني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبل عقود القانون الخاص
56	المطلب الثالث: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عقود ذات طبيعة خاصة
59	المطلب الرابع: الأساس القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الأردن
61	الفصل الثالث: التزامات شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وحدود المسؤولية من الاخلال بها
62	المبحث الأول: التزامات شركة المشروع
62	المطلب الأول: الالتزامات المتعلقة بالمشروع ذاته
78	المطلب الثاني: التزامات المتعاقد تجاه الادارة
83	المبحث الثاني: حالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها
84	المطلب الأول: حالات اخلال شركة المشروع بالتزاماتها
87	المطلب الثاني: الجزاء المترتب على الاخلال بالتزامات شركة المشروع

الصفحة	الموضوع
107	الفصل الرابع: الخاتمة والنتائج والتوصيات
107	الخاتمة
109	النتائج
110	التوصيات
112	قائمة المراجع

التزامات المتعاقد مع الإدارة في البوت (B.O.T)

اعداد الطالب

وليد مصطفى الطراونة

إشراف الدكتور

محمد علي الشباطات

الملخص باللغة العربية

هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك من خلال التعريف بهذه العقود ابتداءً وبيان صور هذه العقود وصولاً إلى الالتزامات التي ترتبها على المتعاقد مع الإدارة، وحالات الإخلال بهذه الالتزامات، وما يترتب على ذلك من جزاءات توقع على المتعاقد، وقد اعتمدت الدراسة في الاجابة على الاشكالية المطروحة على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك بهدف التوصل إلى النتائج المتوخاة من هذه الدراسة.

وخلصت هذه الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها: ان هذه العقود تكتسب أهمية كبيرة بالنظر إلى الدور الذي تلعبه في عملية التنمية الاقتصادية في الدول خاصة الفقيرة منها التي لا تساعدها ميزانياتها على اقامة المشاريع الكبيرة والمرافق العامة الضخمة، وعلى الرغم من الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية لهذه العقود إلا انها عقود يغلب عليها الطابع الإداري.

وقدمت هذه الدراسة عدداً من التوصيات من بينها ضرورة الاستعجال في سن القوانين التي تنظم هذه العقود نظراً لأهميتها الكبيرة في التنمية الاقتصادية مع ضرورة إيجاد جهة ادارية تتولى مهمة متابعة هذه العقود، والإشراف على تنفيذها في كافة المراحل، والتأكيد على أهمية جعل النظر في المنازعات الناشئة عن هذه العقود في اختصاصات المحكمة الادارية بسبب الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

Contractor's Obligations Towards The Management in The (B.O.T)

By

Waleed Mustafa Al-Tarawneh

Supervisor

Dr. Mohammed Ali Al - Shapatat

Abstract

This paper aimed to focus the light on contractor's obligations towards the management in terms of building, operating and ownership transfer contracts. Such matter is intended to be achieved through such contracts identification, presenting such contracts forms, thence the obligations of the contractor towards the management. Also this paper refers to breaches committed as to these obligations and thence penalties imposed on the contractor therefore. This paper resorted to replying problematic issues in terms of analytical descriptive method, in order to collect expected outcomes thereof.

In this paper came to conclude some results, most important of which are:

These contracts acquires great importance through its role in the economical development process, especially in poor countries, which there is no room in its budgets to install big projects and public utilities. Notwithstanding the doctrinal dispute on legal nature of such contracts, but its featured by the administrative trend in its most cases. Moreover, this paper presented number of recommendations, among of which is the necessity of fast pushing to enact laws that control these contracts, due to its great importance in terms of economical development. In addition, to allocate administrative entity to follow up these contracts and monitor its implementation through all its stages. We also are in need to confirm such importance and refer all disputes arising thereof to the administrative court being the competent entity to hear such disputes.

الفصل الاول

مقدمة الدراسة

تعد عملية انشاء المرافق العامة والمشروعات العامة والكبرى في الدولة وإدارتها من العمليات التي تثقل كاهل الدولة لما يترتب عليها من كلفة مالية كبيرة ترهق الخزينة العامة خاصة بعد التطور الاقتصادي، وازدياد حجم المشروعات الصناعية التي يتوجب على الدولة القيام بها، وفي كافة المجالات من أجل النهوض والارتقاء بالدولة.

كما ان التطور الذي رافق الصناعات والمشروعات الكبرى على اختلاف انواعها بات يوجب على الدولة (الادارة العامة) البحث عن وسائل تساعد في انشاء هذه الصناعات، وإقامة المرافق العامة خاصة في ظل التطور الاقتصادي، وانتشار عمليات التجارة الدولية وقيام الشركات الكبرى والشركات متعددة الجنسية مما دفع الادارة للتوجه الى التعاقد مع هذه الشركات للقيام بإنشاء المشاريع الكبيرة من خلال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) بحيث تقوم هذه الشركات بإقامة هذه المشاريع وتشغيلها، ومن ثم تحويلها ونقل ملكيتها الى جهة الادارة في نهاية مدة العقد.

وبطبيعة الحال فإن هذه العقود وكغيرها من العقود ترتب حقوقاً والتزامات على طرفي العقد فيكون هناك حقوق للإدارة ويترتب عليها التزامات وحقوق للمتعاقد مع هذه الادارة والتزامات تترتب عليه. وقد تناولت هذه الدراسة التعريف بعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إذ أن هذا العقد يعتبر عقداً حديثاً نسبياً، لذلك لا يوجد تعريفاً جامعاً مانعاً له، فقد عرفته المنظمة الدولية للتنمية الصناعية (اليونيدو Unido) على أنه "اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى احد اشخاص القطاع الخاص انشاء احد المرافق الاساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، والقيام بإدارة وتشغيل هذا المرفق خلال فترة زمنية تحدد في العقد، يسمح له

خلالها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من خدمات المرفق وأية رسوم أخرى، شريطة ان لا تزيد عما هو مقترح في العطاء لإتاحة الفرصة لذلك الشخص لاستعادة ما استثمره من اموال ومصاريف، بالإضافة الى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية الفترة الزمنية يلتزم هذا الشخص بإعادة المرفق الى الدولة".

تناولت الدراسة أيضاً نشأة وتطور عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فقد كانت فرنسا من أولى الدول السباقة في هذا المجال بعد ابتكارها عقود امتياز المرافق العامة التي تعتبر تطبيقاً من تطبيقات عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. وفي منتصف الثمانينيات من القرن الماضي بدأ نظام التعاقد عن طريق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ينتشر في العديد من الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، وذلك مع تنامي دور القطاع الخاص في عملية التنمية. وهنا نشير الى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية له العديد من الصور والأشكال لكل منها نظامه التعاقدى الخاص به حيث تناولت هذه الدراسة هذه الصور والأشكال بشيء من الإيجاز مثل عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية وعقود التصميم- البناء- التمويل- التشغيل، وعقود البناء والتحويل والتشغيل وغيرها من الصور التي تناولتها الدراسة.

كما تطرقت الدراسة الى الجدل الفقهي الذي تثيره عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية حول التكييف القانوني لهذه العقود، حيث ذهب فقهاء القانون العام الى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنها عقود إدارية نظراً لوجود الدولة كطرف في العقد في حين أن فقهاء القانون الخاص يلحقون عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالقانون الخاص، وهو ما عملت الدراسة على توضيحه من خلال بيان ما يستند اليه كل من الفقهاء القانونيين.

وبغض النظر عن الخلاف الفقهي حول التكييف القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

فإن هذا العقد كبقية العقود الأخرى يترتب حقوقاً والتزامات على أطرافه، وقد تناولت هذه الدراسة الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع بعد التعاقد مع الإدارة لإقامة إحدى المشاريع، أو المرافق العامة مثل الالتزام بإنشاء المشروع بالموصفات المتفق عليها في العقد، وعدم جواز الخروج على هذه المواصفات، والالتزام بتشغيل المشروع وصيانته، وهي التزامات متعلقة بالمشروع ذاته، في حين أن هناك التزامات تقع على عاتق الشركة تجاه الإدارة، مثل الالتزام بإعادة تسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة وهو التزام يجب على الشركة القيام به عند انتهاء العقد من خلال نقل ملكية المشروع إلى الدولة، وهو في حالة جيدة تجعله صالحاً للتشغيل، بالإضافة إلى التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا من خلال استخدام أحدث الوسائل التقنية، والتكنولوجية عند إقامتها للمشروع وتشغيله لما لهذه التكنولوجيا من دور مهم في رفع كفاءة عمل المشروع، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على جودة الخدمة التي يقدمها المشروع أو المرفق للمنتفعين منه.

وإذا كانت العقود بكافة أنواعها تترتب التزامات على أطرافها يجب الوفاء بها، فإنه من الطبيعي أن تظهر في بعض الأحيان حالات تعدد إخلالاً بهذه الالتزامات، وقد تناولت هذه الدراسة الحالات التي تشكل إخلالاً من قبل شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، كالامتناع عن التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، أو مخالفة الشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد، وما يترتب على ذلك من جزاءات يتم إيقاعها على شركة المشروع.

ثانياً: مشكلة الدراسة.

تقوم هذه الدراسة بالبحث في الحالات التي تشكل اخلالاً من قبل شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية بموجب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، وما يترتب على ذلك من جزاءات تطال الشركة جراء هذا الاخلال.

ثالثاً: أسئلة الدراسة.

تسعى هذه الدراسة للإجابة عن التساؤلات التالية:

- 1- ما هي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية؟
- 2- ما هي الالتزامات التي تترتب على عاتق شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية؟
- 3- ما هي الحالات التي تعتبر اخلالاً من قبل شركة المشروع عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بموجب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية؟
- 4- ما هي الجزاءات التي قد توقعها الإدارة على شركة المشروع في حالة الاخلال بالالتزامات التعاقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية؟
- 5- ما هي اركان المسؤولية العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية؟
- 6- ما هي حالات الاعفاء من المسؤولية العقدية او التخفيف منها؟

رابعاً: أهداف الدراسة.

تهدف الدراسة الى تحقيق الاتي:

- أ. التعرف على ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- ب. تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود المشابهة.
- ج. بيان الالتزامات التي تترتب على عاتق شركة المشروع او المستثمر في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- د. توضيح النتائج التي تترتب على عدم وفاء المستثمر بالتزاماته.

خامساً: أهمية الدراسة.

- تكمن أهمية الدراسة في الدور الذي تقوم به عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على اختلاف انواعها بالمساهمة في عملية التنمية في الدولة من خلال قيام شركة المشروع المتعاقدة مع الادارة العامة في المساهمة بإنشاء المشاريع الكبرى في الدولة، والتي تعود بالنفع على مواطني هذه الدولة ولما لها من دور كبير في التخفيف عن كاهل الخزينة العامة للدولة خصوصا الدول الفقيرة منها التي لا تملك الموارد الاقتصادية التي تمكنها من القيام بهذه المشاريع.

- تبرز أهمية الدراسة كذلك في قلة الابحاث التي تناولت عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كونها عقود حديثة نسبيا.

سادساً: منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك لبيان ماهية هذه العقود وطبيعتها وتمييزها عن غيرها من العقود، وكذلك بيان الالتزامات التي تترتب على المتعاقد مع الإدارة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

سابعاً: مصطلحات الدراسة

1- عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية: "اتفاق يتولى بموجبه المتعاقد مع الإدارة تشغيل المشروع

وإعادة المنشآت الى الدولة عند انتهاء مدة العقد التي لا تتجاوز عادة الثلاثين عاماً"⁽¹⁾

- كما عرف بأنه: "اتفاق تعاقدى تتولى بموجبه هيئة خاصة انشاء إحدى المرافق العامة الأساسية

في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة"⁽²⁾.

2- الإدارة العامة: هي: "النشاط الذي تمارسه الهيئات الإدارية لإشباع الحاجات العامة وتقديم

الخدمات العامة مستخدمة في ذلك أساليب السلطة العامة، للقيام بهذا النشاط او هذه

الوظيفة"⁽³⁾.

3- شركة المشروع: هو "الهيئة أو يطلق عليه شركة المشروع التي تتولى تنفيذ عقد الالتزام لإقامة

المشروع موضوع العقد، وتتكون عادة من شركة او مجموعة شركات يطلق عليها كونسرتيوم

(Consortium) ذات قدرة مالية عالية تشكل فيما بينها اتحاداً مالياً تتقدم بعبء واحد - تبرم

فيما بينها اتفاق يسمى (اتفاق المساهمين) تتحد العلاقة فيما بينها في شركة المشروع، وتتكون

(1) القطب، مروان محي الدين (2009)، طرق خصخصة المرافق العامة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص295.

(2) القطب، مروان محي الدين (2009)، مرجع سابق، ص295.

(3) حمدي القبيلات، (2008)، القانون الإداري، الجزء الاول، عمان، دار وائل للنشر، ص19.

هذه الاتحادات بفعل حاجة المشروع الى عدة تخصصات"⁽¹⁾.

4- المتعاقد: مستثمر من القطاع الخاص، شخصاً طبيعياً أو معنوياً، يمنح امتيازات الجهة صاحبة الصلاحية يقوم بموجبه بإنشاء وتملك وتشغيل مرفق ما لمدة محددة، ثم يعمد إلى نقل المشروع إلى الحكومة.

5- الجهة مانحة الامتياز: يجب لتحديد الجهة المختصة بمنح الامتياز التمييز بين المرافق العامة الوطنية وبين المرافق العامة المحلية، فإذا كان المرفق العام محل الامتياز مرفقاً عاماً وطنياً تختص السلطة التنفيذية باختيار الملتزم والتفاوض وإبرام عقد الامتياز معه، أما إذا كان المرفق العام محل الامتياز مرفقاً عاماً محلياً يختص المجلس البلدي باختيار الملتزم والتفاوض وإبرام عقد الامتياز معه، ولا يعتبر هذا الاتفاق نهائياً بل يجب الحصول على موافقة مجلس الوزراء على مدة وشروط عقد الامتياز⁽²⁾.

5- المرفق العام: هو "مشروع يعمل باطراد وانتظام، تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين"⁽³⁾.

6- الاستقالة: هي ترك الموظف لوظيفته بحريته وبصفة نهائية، وذلك بموجب طلب مقدم من الموظف الى جهة الادارة يعرب فيها عن رغبته في ترك الخدمة بصفة نهائية⁽⁴⁾.

7- الموظف: هو الشخص المعين بقرار من المرجع المختص في وظيفة مدرجة في جدول تشكيلات الوظائف الصادر بمقتضى قانون الموازنة العامة، أو موازنة احدى الدوائر،

(1) القطب، مروان محي الدين (2009)، طرق خصخصة المرافق العامة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 297.

(2) شطناوي، علي خطار، (2009)، القانون الإداري الأردني، دار وائل للنشر، ص 278، 279.

(3) الطماوي، سليمان، (2007)، مبادئ القانون الإداري، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 368.

(4) كنعان، نواف، (1996)، القانون الإداري الأردني (الكتاب الثاني)، عمان، بدون ناشر، ص 215.

والموظف المعين بموجب عقد، ولا يشمل الشخص الذي يتقاضى أجراً يومياً⁽¹⁾.

ثامناً: الإطار النظري للدراسة.

تناولت هذه الدراسة بيان ماهية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من خلال تعريف هذا العقد وتمييزه عن غيره من العقود المشابهة، وكذلك بيان الالتزامات التي تقع على المتعاقد مع الإدارة، علماً بأن هذه الالتزامات تتمثل في الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد، إذ لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد سواء أكان التنازل بصورة كلية أم جزئية إلا بعد الحصول على الموافقة الخطية من قبل الإدارة المعنية. وكذلك الالتزام بتنفيذ العقد خلال المدد المحددة، فهذه العقود تحدد مدداً زمنية لتنفيذ كل مرحلة من مراحل العقد، ويجب على المتعاقد مع الإدارة التقيد بهذه المدد إذ يعتبر هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بالإضافة إلى الالتزام بتصميم وبناء المشروع، بحيث تكون التصاميم وفقاً للشروط والمواصفات المحددة في العقد، وكذلك يجب أن تكون عملية البناء تبعا للشروط المتفق عليها، وخلال المدد المحددة وبحسب نوع المرفق، وكذلك الالتزام بتشغيل المشروع، إذ أن الهدف الأساس من إقامة المشروع هو تشغيله ليخدم الخدمات للجمهور، والالتزام بصيانة المشروع من أجل الحفاظ عليه صالحاً للتشغيل عند نقله للإدارة في نهاية مدة العقد، والعمل على نقل التكنولوجيا حيث يشكل هذا الأمر فرصة ملائمة تتيح للدول النامية الحصول على التكنولوجيا المتقدمة وبهدف الحصول على أفضل أداء. كما يتوجب على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بتدريب العاملين في القطاع العام من أجل تمكين الدولة من تشغيل المرفق العام بعد تحويله إليها بالإضافة إلى التزامه بتحويل المشروع إلى الدولة، إذ يجب عليه، وفي نهاية العقد القيام بنقل ملكية المشروع إلى الدولة بالإضافة إلى الالتزام بالتشريعات والأنظمة

(1) مادة (2) نظام الخدمة المدنية الأردني رقم 82 لسنة 2013.

والقوانين، فيجب على المتعاقد مع الادارة او شركة المشروع التقيد بالقوانين والأنظمة في الدولة المضيفة وبالأنظمة الصادرة عن السلطات العامة.

كما تناولت الدراسة الحالات التي تعتبر إخلالا من شركة المشروع في الوفاء بالتزاماتها التعاقدية والنتائج المترتبة على ذلك.

وفي النهاية تتضمن هذه الدراسة النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

تاسعاً: الدراسات السابقة.

1- الاسس القانونية لعقود البوت B.O.T في ظل كل من القانون الاردني والقانون الكويتي (دراسة مقارنة). 2007 اعداد مدلول حشاش الظفيري. كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، الأردن.

تناولت هذه الدراسة الاسس القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية على اعتبار ان هذه العقود تثير العديد من المشكلات القانونية بسبب استناد كل من طرفي العلاقة التعاقدية لنظام قانوني مختلف عن الاخر، فالدولة من اشخاص القانون العام في حين ان المستثمر هو من اشخاص القانون الخاص. كما تناولت هذه الدراسة بإيجاز شديد الالتزامات التي تقع على عاتق المستثمر وفقاً للمبادئ العامة، في حين ان دراستنا سنتناول الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع (المستثمر) بشكل مفصل، وما يترتب على الشركة من جزاءات في حال اخلالها بهذه الالتزامات.

وقد تألفت هذه الدراسة من ثلاثة فصول تناول الباحث في الفصل الاول ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وفي الفصل الثاني النظام القانوني لعقود الـ(B.O.T) وتناول في الفصل

الثالث تسوية منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والقانون الواجب التطبيق في النزاع.

وقد تميزت دراستنا عن هذه الدراسة في أنها تولت بيان بعض الحالات التي تشكل اخلافاً من شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية.

2- النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (دراسة مقارنة) 2008 رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق - جامعة عين شمس.

اعداد الباحث كمال طلبة المتولي سلامة.

بينت هذه الدراسة النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وكذلك اهم المجالات التي تستخدم فيها هذه العقود ومدى جواز التعاقد بهذا الاسلوب في المجالات الحساسة، كما ركزت على بيان أهم مزايا وعيوب هذه العقود، بالإضافة الى عملية نقل التكنولوجيا وتدريب الايدي العاملة تدريباً تقنياً بحيث لا يقتصر على التدريب على ادارة الآلات انما يمتد ليشمل الصيانة والإصلاح، كما تناولت هذه الدراسة الضمانات الحقيقية لضمان احترام ما تتضمنه هذه العقود من شروط.

وقد تكونت هذه الدراسة من ثلاثة ابواب تناول الباحث في الباب الاول ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وعوامل نجاحها وفي الباب الثاني التنظيم الهيكلي والتعاقد لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وتناول في الباب الثالث الجانب التطبيقي لهذه العقود ومستقبلها.

3- عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها 2010، اعداد وضاح محمود الحمود. رسالة ماجستير.

تناولت هذه الدراسة حقوق والتزامات الادارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل

الملكية، وقد تناول الباحث هذا الموضوع في اربعة فصول خصص الفصل الاول للبحث في ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من حيث تعريفها وطبيعتها وصولا الى اشكال هذه العقود، وتناول في الفصل الثاني حقوق الادارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وهي الحق في الرقابة والتوجيه، الحق في تعديل العقد وحق الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، والحق في انتهاء العقد بإرادة الادارة المنفردة، اما الفصل الثالث تناول فيه الباحث التزامات الادارة المتعاقدة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وهي التزام الادارة بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من شروط، وفقا لمبدأ حسن النية والتزام الادارة باحترام مدد تنفيذ العقد، وعدم التقاعس في تنفيذ بنوده، والتزامها بدفع مستحققاتها المالية، وتوفير البيئة القانونية والإدارية الملائمة لتشغيل المرفق، والحفاظ على التوازن للعقد، وتناول الباحث في الفصل الرابع موضوع فض المنازعات الناشئة عن استعمال الادارة المتعاقدة لحقوقها، او اخلالها بالتزاماتها سواء كان ذلك عن طريق التسوية القضائية لمنازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ام التسوية غير القضائية لهذه المنازعات، او بواسطة التحكيم لحسم اي نزاع قد يثار اثناء تنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وقد تميزت دراستنا عن هذه الدراسة بأنها خصصت للبحث في التزامات المتعاقد مع الإدارة

في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

4- عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الاردني 2013،

اعداد الدكتور نوفان العقيل العجارمة. بحث منشور في مجلة دراسات الشريعة والقانون،

المجلد 40 ملحق (1) 2013.

تناولت هذه الدراسة نظرية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في النظام القانوني الاردني

قضاً وتشريعاً ، حيث ان المشرع الاردني لم يضع تشريعا عاما ينظم فيه الجوانب القانونية المختلفة لهذا العقد او حتى لعقد الامتياز بل اوجب الدستور الاردني ضرورة اصدار قانون خاص بمنح كل امتياز على حده وبناء عليه فقد سنت العديد من القوانين الخاصة التي تمت بموجبها المصادقة على حقوق الامتياز المختلفة. وقد ترتب على هذا التعدد التشريعي تنوع الاحكام القانونية، واختلاف في التطبيق العملي ما بين عقد امتياز وآخر.

وقد تألفت هذه الدراسة من ثلاثة مباحث تناول الباحث في المبحث الاول تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبيان اهميته والنظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، اما المبحث الثاني فقد خصه الباحث لأثار عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك من خلال بيان سلطات الادارة في مواجهة المتعاقد معها كحقها في الرقابة والإشراف على تشغيل وإدارة المرافق، وحقها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة بالإضافة الى حقوق الشركة المتعاقدة مع الادارة مثل حقها في الحصول على المقابل المالي للعقد، والحق في ضمان التوازن المالي للعقد، وكذلك التزامات الشركة كالتزامها بالتنفيذ الشخصي، وعدم جواز احلال الغير محلها بتنفيذ الالتزامات التعاقدية إلا بموافقة الادارة، اما المبحث الثالث فقد جعله الباحث لنهاية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية سواء كانت هذه النهاية طبيعية او نهاية مبسرة، بالإضافة الى موضوع تصفية عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وقد تميزت دراستنا عن هذه الدراسة في بيان مزايا وعيوب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية والحالات التي تعتبر إخلالا من شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية.

عاشراً: محددات الدراسة.

تتعلق هذه الدراسة بالالتزامات التي تترتب على المتعاقد مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل

ونقل الملكية وضمن المحددات التالية:

1- المحددات المكانية، سوف تكون هذه الدراسة عامة مع محاولة اسقاطها على الأردن.

2- المحددات الزمانية، اذ يتوقع الانتهاء من الدراسة خلال العام 2014م.

3- المحددات الموضوعية:

أ- تعريف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

ب- التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

ج- النتائج المترتبة على عدم وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته.

الفصل الثاني

مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وصور هذه العقود

ساهم تنامي وازدياد حاجة المواطنين إلى المرافق العامة كنتيجة لضعف إمكانيات الدولة المالية في اكتساب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أهمية كبيرة، فقد اكتسبت هذه العقود أهميتها الخاصة من أنها تكفل للدولة تقديم الخدمات العامة، وفقاً لخططها التنموية دون التقيد بقدرتها المالية وموازنتها العامة خاصة في ظل عجز ميزانيات الدول، وبخاصة النامية منها عن تحمل كلفة المشروعات التي تتجزأ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث يتولى القطاع الخاص مسؤولية توفير التمويل اللازم لتصميم وبناء وتشغيل وصيانة المرافق العامة التي تحتاج إلى تمويل ضخم ونفقات مرتفعة، مما يساعد الدول على فتح آفاق جديدة لتوجيه مواردها إلى مشروعات قد لا يقبل عليها القطاع الخاص، وبأسعار تتناسب مع برامجها وخططها التنموية.

وعن طريق نظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يتحمل القطاع الخاص بمفرده مخاطر تمويل المشاريع وتنفيذها في الإطار الزمني المتفق عليه، بحيث يقتصر دور الإدارة (الدولة) على تحديد مستويات الجودة المطلوبة والرقابة والإشراف، فعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يبرم بين الدولة وهيئة خاصة، هي شركة المشروع كشخص من أشخاص القانون الخاص يتم بموجبه تفويض إقامة مرافق أو منشآت عامة وتشغيلها خلال المدة الزمنية المحددة المتفق عليها في العقد، والذي يتم من خلاله تمويل إنشاء المشروع عن طريق الإمكانيات المادية الخاصة بشركة المشروع أيّاً كان مصدر هذا التمويل. فقد يكون من خلال عقود القروض التي تبرمها الشركة مع مصادر التمويل

في الداخل أو الخارج في حين أن مصادر التمويل في مرحلة التشغيل، فإنها تعتمد بشكل رئيس على الإيرادات التشغيلية للمشروع والتي يفترض أن تغطي النفقات التشغيلية وتحقيق الأرباح⁽¹⁾.

ترتيباً لذلك سيقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: يتناول ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الثاني: صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزها عن غيرها من العقود.

(1) القطب، مروان محي الدين، (2009)، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 293-294.

المبحث الأول

ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية شهد انتشاراً في كثير من الدول، واصبحت تطبيقاته بديلاً عن التمويل عن طريق الموازنة العامة، أو من خلال القروض الخارجية والمعونات، أو التمويل المجمع عن طريق البنوك، وذلك لدوره الحيوي في إيجاد مشروعات البنية الأساسية والتنمية. حيث تتطلب الحياة العصرية إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول - وبخاصة الفقيرة منها -، فإن هذا العقد يعد نافذة للدخول إلى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية. فبعض الباحثين يسميه (عقد البوت) ويرمز لهذا الاسم بحروف (B.O.T)، وهنا لا بد من البحث في بيان مفهوم هذا العقد وعناصره من حيث النشأة والميزات والعيوب.

المطلب الأول

نشأة وتطور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

لا يعتبر التعاقد بنظام الـ(B.O.T) من الأنظمة الحديثة بل ترجع بوادره إلى منتصف القرن التاسع عشر، وهو معروف منذ ما يزيد على القرن من الزمان حيث نجد أن فرنسا كانت سباقة في هذا المجال عندما ابتكرت عقود امتياز المرافق العامة التي تعد تطبيقاً من تطبيقات عقود الـ(B.O.T)⁽¹⁾، حيث منحت فرنسا امتيازاً إلى (بيريه اخوان) عام 1872 لتوزيع المياه في باريس⁽²⁾ في حين يعتقد بعض الكتاب في الولايات المتحدة الأمريكية أن مشروع قناة السويس في مصر أول

(1) نصار، عقود الـB.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

(2) جبريل، جمال عثمان، (2001)، الطبيعة القانونية لعقد البوت، بحث منشور، بحوث أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، القاهرة، الإصدار رقم 4، ص 82.

مشروع يقام بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية في العالم⁽¹⁾؛ حيث منحت مصر سنة 1854 السيد فرديناند دوليسبس، وبموجب فرمان الصادر في 1854/9/30 حق امتياز حفر قناة السويس لمدة تسعة وتسعين عاماً، وهو أول مشروع قريب من نظام الـ(B.O.T) قبل أن يقر المشرع المصري هذا النظام بنص تشريعي⁽²⁾.

وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية، وشيوع النظم الاشتراكية وتعاضم دور الدولة التي أحكمت سيطرتها على مشروعات البنية الأساسية وتحملها عبء تمويل المشاريع بالكامل، تضاءلت أهمية هذه العقود، بعد أن عملت الدولة على تنمية القطاع العام⁽³⁾.

ومع بداية منتصف عقد الثمانينيات من القرن الماضي بدأ نظام التعاقد عن طريق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ينتشر في العديد من الدول النامية والمتقدمة على حد سواء، وذلك مع انتشار رياح الخصخصة، والسعي نحو إعطاء القطاع الخاص دوراً أكبر في عملية التنمية إلا أن لجوء الدول إلى إقامة مشاريع البنية الأساسية بالاعتماد على تمويل القطاع الخاص معروف منذ القدم، وربما يعود إلى عصور الدولة الرومانية⁽⁴⁾. حيث كانت مشاريع الطرق والجسور في تلك الحقبة تمول من القطاع الخاص، ثم يقوم الممولون بتحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشاريع.

(1) سلام، أحمد رشاد، (2003)، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T، أطروحة دكتوراه، نوقشت وأجيزت في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص3.

(2) ناصيف، الياس، 2006، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـB.O.T، بيروت، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص93.

(3) أحمد، ماهر محمد حامد، (2004)، النظام القانوني لعقد الـ(بوت)، رسالة للحصول على الدكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، فرع بنها.

(4) نقلاً عن النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، (2004)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، ماهر حمد حامد أحمد، جامعة الزقازيق.

ولقد نشأ هذا النظام أيضاً في الولايات المتحدة الأمريكية مع الثورة الصناعية عندما تم التحول من النشاط التجاري إلى النشاط الصناعي، وانتقل منها إلى العديد من الدول الأوروبية، وبالأخص المملكة المتحدة التي لعب فيها رجال الأعمال دوراً هاماً في انتشار مشاريع البنية الأساسية التي دعمت الازدهار الاقتصادي آنذاك⁽¹⁾.

والأردن تعتبر أيضاً من الدول الحديثة التي أخذت بهذا النظام بموجب نص المادة (117) من الدستور الأردني الحالي لعام 1952م، والتي نصت على "كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة، يجب أن يصدق عليه بقانون". حيث انطأ أمر منح عقود الامتياز هذه بالسلطة التشريعية المتمثلة بمجلسي الاعيان والنواب، وقد انتهى الأمر إلى ضرورة اصدار قانون خاص بمنح كل امتياز على حدة مما أدى إلى اصدار اكثر من اثنان وعشرون قانون خاص بمنح حقوق امتياز في المملكة، وتمثل ذلك بصورة جلية في مشروع محطة تنقية المياه العادمة (الخربة السمرا) أول مشروع ينفذ بنظام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية⁽²⁾، حيث تعاقدت الحكومة الأردنية ممثلة بوزارة المياه والري/سلطة المياه مع شركة السمراء لتنقية المياه العادمة محدودة المسؤولية، وتم توقيع اتفاقيات إنشاء محطة تنقية الخربة السمراء في 2003/12/10 بطريقة البناء والتشغيل ونقل الملكية بكلفة رأسمالية بلغت (120,2) مليون دينار أردني بهدف معالجة مياه الصرف الصحي للمناطق في محافظتي عمان والزرقاء وتصريف مياه منقاة لدرجة تسمح باستخدامها في أنواع الزراعات المختلفة حسب المواصفات العالمية، وتحسين الوضع البيئي في المنطقة وحماية مصادر المياه السطحية والجوفية وتوفير حوالي (80) مليون

(1) تقرير التنمية في العالم من إعداد البنك الدولي عام 2000، ص143.

(2) الرفاعي، حسن، (2005)، تمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب البوت، تقرير منشور في مجلة أخبار التخصصية الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء، العدد 14 آذار، ص9.

متر مكعب سنوياً من المياه الصالحة للأغراض الزراعية وتوفير حوالي (125) مليون متر مكعب سنوياً بعد تنفيذ مشروع التوسعة. ويتكون المشروع من تمويل وتصميم وإنشاء وتشغيل وصيانة محطة معالجة في منطقة الخربة السمراء، وقد انتهى تنفيذ المشروع في العام 2008 وبدأت مرحلة التشغيل التجاري، والتي ستستمر حتى نهاية العام 2025⁽¹⁾، وبالتالي فإن هذه العقود حديثة النشأة في الأردن.

المطلب الثاني

عناصر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

من خلال استعراض التعريفات السابقة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضح أن هذا العقد يتكون من عدة أطراف وأركان نوضحها بالآتي:

أولاً : الإدارة

وهي الجهة التي تقوم بإبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية مع المستثمر، وعادة ما تكون هذه الجهة هي المعنية بتنظيم المرفق العام، وتقديم الخدمة للجمهور، وبالتالي فإنه يغلب أن تكون هذه الجهة شخصاً معنوياً عاماً مرفقياً كالهيئات العامة، وقد تكون شخصاً معنوياً عاماً إقليمياً كالمحافظات، ويتوجب هنا العودة إلى القانون الخاص بالجهة الإدارية لغرض التأكد فيما إذا كان قانونها يخولها الحق في إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وأنها صاحبة اختصاص في إبرام هذه العقود، وهي مسألة هامة بالنسبة للمستثمر لضمان صحة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي تم إبرامه مع الإدارة، فلو ثبت أن هذه الجهة غير مختصة بإبرام هذا النوع من العقود فإن

(1) راجع موقع وزارة المياه والري الأردنية على شبكة الانترنت www.mwi.gov.jo.

ذلك سوف يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾؛ لأن هذه الجهة غير مختصة أساساً بإبرام هذا العقد مما يرتب بطلانه.

ثانياً: شركة المشروع

وهو الطرف الثاني في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، والذي يجب أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً سواء كان شركة واحدة أو تكتل أو اتحاد بين مجموعة من الشركات التي تتحد بسبب ضخامة التمويل المطلوب، وسواء كان هذا الشخص وطنياً أم أجنبياً مع أن الغالب في هذه العقود أن تكون الشركة أجنبية خاصة في الدول النامية، فقد تتكون شركة المشروع من مجموعة شركات ذات قدرة مالية عالية تشكل فيما بينها اتحاد مالي يطلق عليه اسم "الكونسورتيوم" Consortium، فعلى سبيل المثال قد يتكون الاتحاد من شركة هندسية متخصصة، وشركة توريد تجهيزات ثقيلة، ويمكن أن ينضم إلى الاتحاد شركة متخصصة في مجال الإدارة والتشغيل، وتتكون هذه الاتحادات بفعل حاجة المشروع إلى عدة تخصصات في أكثر من مجال، نظراً إلى أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يتضمن عدة مراحل تبدأ بالتصميم والبناء مروراً بالإدارة والتشغيل وصولاً إلى الصيانة والتدريب⁽²⁾. على أن التزام الشركة ببناء وتشغيل ونقل ملكية المشروع بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، قد يتحقق

(1) الصيرفي، ياسر أحمد كمال، (2008)، النظام القانوني لقعد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، الكويت، جامعة الكويت، مطبوعات جامعة الكويت، ص 22.

(2) القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 297.

من خلال شبكة أو سلسلة من التعاقدات التي تبرم في إطار العقد الرئيسي، وبين متعاقدين آخرين.⁽¹⁾

ويعتمد نجاح عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في تحقيق هدفه على ترابط هذه العقود، وعدم تعارضها إذ أن لكل عقد من هذه العقود دوراً يؤديه، ومتعاقد يؤدي هذا الدور بحسب ما ينص عليه العقد الرئيسي والتعاقدات اللاحقة به، ومن ذلك الاستشاري والمهندس الذي يتولى الإشراف، ومورد المعدات، ومورد الوقود، وعقود التمويل بين المستثمر ومجموعة البنوك⁽²⁾.

ثالثاً: المرفق العام (المشروع)

تتحدد ماهية المرفق العام من خلال بيان فكرة المرفق العام، فنشاط الإدارة لا يقتصر على الصورة السلبية المتمثلة في تقييد نشاط الأفراد بهدف حماية النظام العام، بل أن هناك صورة إيجابية للنشاط الإداري من خلال إقدام الإدارة على إشباع الحاجات العامة للأفراد، والقيام بمشروعات تقدم خدمات عامة، وتعرف هذه الصورة الإيجابية من النشاط الإداري بالمرفق العام⁽³⁾. الذي يعتبر بنظر الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي على أنه "مشروع يعمل باطراد وانتظام، تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني

(1) نصار، جابر جاد، (2002)، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص43.

(2) نصار، جابر جاد، (2002)، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص43.

(3) القبيلات، حمدي، (2008) القانون الإداري، مرجع سابق، ص270.

معين⁽¹⁾. أو هو "كل مشروع تنشئه الدولة او تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام واستمرار ويعتمد سلطات الإدارة العامة ويقدم الخدمات العامة"⁽²⁾.

فالمرفق العام هو عنصر المحل في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، أي محل العقد الذي تسعى الإدارة من خلال التعاقد مع المستثمر إلى إنشائه وإقامته، بهدف تقديم الخدمة للجمهور، والانتفاع به وسد وإشباع الحاجات العامة، كمرفق الأمن والدفاع ومرفق الصحة ومرفق الكهرباء، وهي من المهام والوظائف الأساسية للدولة.

ويتوجب في المرفق أن يقدم خدماته لجمهور المنتفعين به من دون أن يكون القصد تحقيق الربح كهدف أساسي، وإن كان تحقيق الربح غير مستبعد إذا ما تمت إدارة المرفق عن طريق القطاع الخاص إلا أن الأصل أن تتم إدارة المرفق العام والإشراف عليه من قبل جهة إدارية عامة سواء كانت مرافق عامة قومية إقليمية تسد حاجات عامة لجميع السكان في الدولة كالعدالة، والأمن والدفاع، في حين أن المرافق الإقليمية تسعى إلى إشباع حاجات عامة في إقليم ومنطقة معينة. أو مرافق عامة إدارية واقتصادية تقدم خدمات وتسد حاجات ليست ذات صفة اقتصادية، بل هي إدارية بحثة كمرفق الصحة على سبيل المثال في حين أن المرافق الاقتصادية تهدف إلى تقديم خدمات اقتصادية خالصة كالكهرباء والغاز والمياه⁽³⁾.

(1) الطماوي، سليمان، (2007)، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 368.

(2) الظاهر، خالد خليل، (1997)، القانون الإداري، الكتاب الثاني، عمان، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

(3) مشروعات البوت B.O.T وأخواتها، الجوانب القانونية الاقتصادية، (2001) بقلم نخبة من الخبراء وأساتذة الجامعات، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، مركز البحوث، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية (4)، عقود B.O.T وتكييفها القانوني، إعداد المستشار محمود محمود فهمي، ص 66.

وتتعدد طرق ادارة هذه المرافق العامة وتتنوع بين أساليب مختلفة ويكون للسلطة المختصة بإقامة المرفق إتباع إحداهما لإدارة المرفق وفق ما تراه مناسباً ويحقق مصلحتها اذ ان هذا الحق هو سلطة تقديرية لجهة الادارة تستخدمها بحسب طبيعة النشاط الذي يمارسه المرفق وظروف تسييره واستغلاله. وتتنوع هذه الطرق والأساليب في إدارة المرافق العامة ما بين ثلاث طرق تقليدية هي طريقة الإدارة المباشرة، والمؤسسة العامة، واسلوب الامتياز، ففي الطريقة الأولى تتولى الدولة بذاتها (السلطة المركزية أو إحدى السلطات المحلية) إدارة وتنظيم المرفق وتسييره بشكل مباشر من خلال موظفيها وأموالها ومتبعة في ذلك اساليب القانون العام⁽¹⁾، وهي الطريقة التي تدار بها المرافق العامة التي تنسم بالطابع الوطني كمرافق الصحة، والتعليم، والقضاء، والدفاع وغيرها.

فهذه المرافق تتولى الإدارة مباشرة أمر ادارتها إما لأنها لا تحقق ربحاً مادياً ومن ثم ليست مغرية للأفراد للتدخل فيها، أو لأن الدولة ترى أنه من غير المقبول ان تسمح للأفراد بإدارة هذه المرافق بالنظر إلى أهميتها السياسية وتعلقها بمصالح هامة لجمهور المنتفعين بها، علاوة على ان هذه المرافق تتبع في أغلب الاحيان وسائل السلطة العامة وأساليب القانون العام الأمر الذي يستوجب ترك ادارتها للحكومة دون غيرها⁽²⁾.

وفي هذا الأسلوب يعتبر عمال المرفق موظفين عموميين، وتعتبر امواله اموالاً عامة وقراراته قرارات إدارية تخضع للنظام القانوني للقرارات الإدارية، كما تعتبر العقود التي ترتبط بنشاط المرفق عقوداً إدارية يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي قد تنثور بصددتها، وكذلك

(1) الطماوي، سليمان، (1979)، **الوجيز في القانون الإداري**، القاهرة، دار الفكر العربي، ص325.

(2) الخلايلة، محمد علي، (2015)، **القانون الإداري الكتاب الأول**، عمان، دار الثقافة، ص276، 277.

الحال تعتبر موازنات المرافق التي تدار بأسلوب الإدارة المباشرة جزءاً من الموازنات العامة للدولة وليست موازنات مستقلة.⁽¹⁾

وقد واجهت هذه الطريقة العديد من الانتقادات كونها مقيدة بأنظمة وقوانين تحد من نشاطها وتقيّد حريتها في منافسة المشروعات الفردية التي تمارس نفس النشاط، بالإضافة إلى أن موظفي هذه المرافق يميلون إلى اتباع الروتين الحكومي والابتعاد عن الابتكار والتجديد هرباً من المسؤولية⁽²⁾.

أما الطريقة الثانية لإدارة المرافق العامة، هي طريقة المؤسسة العامة، والتي بموجبها يتم منح المرفق العام شخصية معنوية مستقلة تحرره من الروتين الحكومي، وتحقق له الاستقلال المالي والإداري على نحو يمكنه من تقديم الخدمة المطلوبة لجمهور المنتفعين به بشكل متميز تحت إشراف من الحكومة المركزية. فالمؤسسة العامة هي مرفق عام يدار عن طريق هيئة عامة، ويتمتع بالشخصية المعنوية العامة⁽³⁾.

وتلجأ الدولة إلى أسلوب أو طريقة المؤسسة العامة إذا رأت أن المصلحة العامة وتقديم الخدمة بصورة فضلى يتطلب أن تكون الجهة التي تتولى إدارة المرفق تتمتع بنوع من الاستقلال عن السلطة المركزية وعلى الأقل في المشروعات ذات الطابع الاقتصادي، والتي من الممكن أن تتأثر سلباً عن اتباع أسلوب الإدارة المباشرة، وما ينطوي عليه من روتين وتعقيدات، علاوة على أن أسلوب المؤسسة العامة في شأنه التحقيق في العبء الذي يقع على كاهل الإدارات الحكومية

(1) القبيلات، حمدي، (2008)، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 315.

(2) شطناوي، علي خطار، (2009)، القانون الإداري، الكتاب الأول، عمان، دار وائل للنشر، ص 271.

(3) شطناوي، علي خطار، (2003)، الوجيز في القانون الإداري، عمان، دار وائل، ص 270.

المركزية او اللامركزية، بسبب استقلال المؤسسات العامة يتم عادة بقانون كما تنص على ذلك بعض الدساتير كالدستور الفرنسي⁽¹⁾، إلا انه لا يوجد في الدستور الأردني نص يقضي بأن يتم انشاء المؤسسات العامة بقانون، إلا أن الفقه الإداري يذهب إلى ان انشاء هذه المؤسسات يتطلب اعتمادات مالية، وربما فرض او زيادة في الضرائب، وكل ذلك لا يكون إلا بقانون مما يجعل البرلمان هو المختص اصلاً بهذه المسألة⁽²⁾.

إلا ان الواقع العملي في الأردن يشير إلى ان اغلب المؤسسات العامة في الأردن تنشأ بقانون يحدد نوعها والغرض من أنشائها ونطاق عملها ومقرها، والجهة الادارية التي تتولى الإشراف عليها، مثل قانون مؤسسة الإذاعة والتلفزيون رقم (43) لعام 1985، ويتمتع المرفق الذي يدار بهذا الأسلوب بالشخصية المعنوية المستقلة، ويترتب على ذلك تمتعه بذمة مالية مستقلة عن مالية الدولة، وتحمله المسؤولية لما قد يلحقه في اضرار بالغير نتيجة نشاطه، وإمكانية قبول الهبات والتبرعات، وان العاملين فيه على الرغم من اعتبارهم موظفين عموميين إلا أنهم يخضعون لنظام قانوني خاص بهم مستقل عن النظام العام لموظفي الدولة العاملين في المرافق التقليدية⁽³⁾، كما أن هذه المؤسسات رغم استقلالها إلا انها تخضع لقيدين رئيسيين هما التخصص، والخضوع لوصاية السلطة المركزية، وذلك ضماناً لتحقيق الهدف الذي انشئت من أجله.

وبالإضافة إلى الأسلوبين السابقين قد تدار المرافق العامة بأسلوب الامتياز الذي من خلاله تعهد الادارة إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام غالباً ما يكون مرفقاً اقتصادياً واستغلاله

(1) الحلو، ماجد راغب، (1999)، القانون الإداري، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ص442.

(2) شطناوي، علي خطار، (1990)، نظرية المؤسسات العامة وتطبيقاتها في الملكية الأردنية الهاشمية، عمان، دار الفكر للنشر والتوزيع، ص89.

(3) الخلايلة، محمد علي، (2015)، القانون الإداري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص279.

لمدة محددة من الزمن عن طريق اموال وعمال يقدمها الملتزم ويتحمل مسؤولية إدارة المرفق مقابل حصوله على رسوم من المنتفعين من خدمات هذا المرفق⁽¹⁾.

ويعني هذا ان امتياز المرافق العامة قائم على اساس وجود عقد إداري يطلق عليه عقد الامتياز يبرم ما بين الادارة مانحة الامتياز وشخص طبيعي أو معنوي يسمى حامل الامتياز ويكون محل العقد تشغيل أو استغلال مرفق عام بهدف تقديم خدمة عامة للجمهور في مجال ما، وعليه فإن شركات الامتياز هي من اشخاص القانون الخاص وليست سلطات إدارية إلا انها تمنح في بعض الأحيان امتيازات القانون العام (كسلطة الاستملاك) بهدف تمكينها من القيام بعملها الذي يتعلق بخدمة الجمهور⁽²⁾.

والمرافق التي تدار بأسلوب الامتياز لا تؤدي خدماتها بالمجان، بل ان الملتزم يحصل لقاء ما تحمله من نفقات الانشاء، والإدارة والتنظيم على رسوم عن الخدمات والسلع التي يقدمها للمنتفعين، وبالنظر إلى ان عقود الامتياز غالباً ما يكون محلها مبالغ مالية ضخمة فإن اغلب الدساتير توجب ان يكون منح الامتياز لاستغلال وتشغيل مرفق عام بقانون يصدر عن السلطة التشريعية كما هو الحال في الأردن، وعلى النحو الذي سنأتي على ذكره.⁽³⁾

(1) الحلو، ماجد، (1999)، القانون الإداري، مرجع سابق، ص458.

(2) الخلايلة، محمد علي، (2015)، القانون الإداري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص281.

(3) الخلايلة، محمد علي، (2015)، القانون الإداري، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص281، 282.

المطلب الثالث

تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

مصطلح البناء والتشغيل ونقل الملكية يرمز له باللغة الإنجليزية (B.O.T) وهو اختصار

لثلاثة اصطلاحات باللغة الإنجليزية هي:

أ. Build وهي تعني البناء.

ب. Operate وتعني التشغيل.

ج. Transfer وهي تعني التحويل أي نقل الملكية.

لذا فإن أغلب التعريفات تدور حول هذا المضمون.

فقد عرف جانب من الفقه القانوني المصري عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية: بأنها تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات - وطنية كانت أم أجنبية - سواء كانت شركة من شركات القطاع العام، أو القطاع الخاص وتسمى شركة المشروع، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم تنقل ملكيته إلى الدولة، وإن كان ليس هناك مانعاً من أن يقوم شخص طبيعي بتطوير وتحديث أحد المرافق الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة، وعلى أن يمتلك هذا المرفق ويشغله بنفسه، أو عن طريق الغير مقابل حصوله على عائد تشغيل المرفق طيلة مدة العقد⁽¹⁾.

(1) حمادة، حمادة عبدالرزاق، (2013)، عقود البوت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، نقلاً عن: جيهان حسن سيد أحمد، ط2002، عقود البوت b.o.t وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، ص13.

كما يعرفه جانب ثانٍ من الفقه⁽¹⁾ بأنه: "نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية حيث تعهد الدولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يطلق عليه في العمل شركة المشروع، بموجب اتفاق بينهما (يسمى اتفاق الترخيص)، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه بتصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطابع الاقتصادي، ويرخص لشركة المشروع بتملك أصول هذا المشروع وتشغيله بنفسها، أو عن طريق الغير، ويكون عائد تشغيل المرفق خالصاً لها على نحو يمكنها من استرداد تكلفة المشروع وتحقيق هامش من الربح⁽²⁾."

وقد ورد تعريف لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبل بعض المنظمات واللجان التابعة للأمم المتحدة حيث عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) United Nations Industrial Development Organization (UNIDO) على أنه: "اتفاق تعاقدى تتولى بموجبه هيئة خاصة إنشاء إحدى المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة" تتولى الهيئة الخاصة إدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المستفيدين من خدمات المرفق، وأية رسوم أخرى شرط ألا تتجاوز ما هو منصوص عليه في دفتر شروط التلزم أو العقد المبرم، وذلك لتمكين هذه الهيئة من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار. وفي نهاية العقد تقوم الهيئة الخاصة بإعادة المشروع إلى الدولة، أو إلى هيئة خاصة جديدة بالاستناد إلى تلزم جديد⁽³⁾.

(1) سري الدين، هاني، (2001)، التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية، ص47.

(2) حمادة، عقود البوت، مرجع سابق، ص47.

(3) القطب، مروان محي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص295.

وفي ذات السياق أوردت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي تعريفاً لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على أنه: "شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، يشار إليهم بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لتطوير وتشغيل وإدارة مشروع معين واستغلاله تجارياً. وتتولى الشركة أو الاتحاد المالي للمشروع خلال مدة العقد إقامة المشروع وتشغيل الامتياز الممنوح بالاستناد إلى الاتفاق المبرم بين الحكومة وصاحب الامتياز.⁽¹⁾

وقد ورد في الدليل التشريعي بخصوص مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال ما يلي: "يوصف مشروع البنية التحتية^(*) بأنه مشروع (B.O.T) عندما تختار السلطة المتعاقدة صاحبة امتياز لتمويل وتشييد مرفق أو نظام للبنية التحتية، وتعطي هذا الكيان حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة"⁽²⁾.

من خلال التعريفات السابقة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، يستخلص الباحث أن هذا العقد يمكن تعريفه بشكل عام على أنه: "عقد تعهد بموجبه الإدارة إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو العام - وطنياً كان أم أجنبياً - يسمى المستثمر بإنشاء مرفق عام وتشغيله وصيانته

(1) لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة التاسعة والعشرون - نيويورك في 28 مايو إلى 14 يونيو 1996 بعنوان الاعمال المقبلة الممكنة - مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص3.

(*) البنية التحتية: المرافق المادية التي توفر خدمات أساسية للجمهور مثل محطات توليد القدرة الكهربائية وشبكات توزيع القدرة (قطاع الكهرباء)، ونظم الاتصالات الهاتفية المحلية والخارجية وشبكات إرسال البيانات ومحطات إزالة ملوحة المياه، ومحطات معالجة مياه الصرف، ومرافق توزيع المياه، ومرافق ومعدات جمع النفايات وتصريفها، والتجهيزات المادية والشبكات المستخدمة للنقل العمومي، ومنها السكك الحديدية داخل المدن وفيما بين المدن، والقطارات تحت الأرضية، وخطوط الحافلات، والطرق والجسور والأنفاق، الموانئ، والخطوط الجوية والمطارات. دليل اليونسترال، ص6.

(2) المرجع السابق، ص4. www.uncitral.org21-11-2004.

خلال مدة زمنية تحدد في العقد المبرم مقابل حصول المستثمر على إيرادات مناسبة تغطي كلفة إنشاء المرفق وتشغيله طيلة مدة العقد، وتحقق له هامشاً من الربح، على أن يقوم المستثمر بنقل ملكية المرفق إلى الدولة في نهاية مدة العقد بحالة تجعله صالحاً للاستغلال، ومن دون أن يملك المستثمر الحق في المطالبة بالتعويض لقاء تحويله المشروع للدولة.

المطلب الرابع

مميزات وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ(B.O.T)

لا بد لكل نظام قانوني من مزايا يتمتع بها، أو عيوب تنتقص من فاعليته، فلا يوجد نظام قانوني متكامل الصفات وخالي من العيوب لا بل أن نجاح هذا النظام أو إخفاقه يتوقف على عدد من العوامل من خلالها يتم تقييمه. وأن عملية تقييم عقود الـ B.O.T لا بد وأن تتم في إطار أهداف الدولة السياسية وظروفها الاقتصادية.

الفرع الأول

مميزات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

تتمتع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بالعديد من المزايا التي تجعلها صالحة للأخذ بها كنظام تعاقدية ما بين الإدارة والمستثمر لإنشاء المرافق العامة ومشاريع البنية الأساسية ومن أبرز هذه المزايا والسمات التي يتصف بها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية:

1. التخفيف من العبء على الموازنة العامة والموارد الحكومية المحدودة، فمن خلال هذه العقود يقوم المستثمر أو شركة المشروع بتحمل كلفة تمويل المشروعات التي قد تقام بأسلوب عقود

البناء والتشغيل ونقل الملكية وإدارتها مما يساعد الدولة على التفرغ إلى المشاريع الأخرى والتي تبدو أكثر أهمية.⁽¹⁾

2. تزداد أهمية هذه العقود وتتعاظم، إذا كانت شركة المشروع مستثمراً أجنبياً الأمر الذي يعني إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي وما يتبع ذلك من تحسن في ميزان المدفوعات، وخفض العجز في الموازنة العامة وتعزيز حصيلة الدولة من العملة الأجنبية⁽²⁾.

3. إتاحة الفرصة لإقامة مشروعات جديدة إذ تهدف هذه العقود إلى إقامة مشاريع، ومرافق جديدة مما يسهم في إتاحة العديد من فرص العمل وخفض نسبة البطالة علاوة على الدور الذي تقوم به هذه المشروعات في توفير الخدمات لجمهور المنتفعين بإنشاء الطرق ومحطات الكهرباء أو الأنفاق وغير ذلك من الخدمات⁽³⁾.

4. زيادة فرص التنمية الاقتصادية ونقل التكنولوجيا، ذلك أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تلعب دوراً هاماً في عملية نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية فمن مصلحة شركة المشروع التي تكلف بإنشاء المرافق العامة وتشغيلها أن تستخدم التكنولوجيا الحديثة في إقامة هذه المرافق إذ يلعب هذا الأمر دوراً كبيراً في تحسين سمعتها على الصعيد الدولي وزيادة فرصها في الحصول

(1) سلامة، كمال طلبة المتولي، (2008)، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، ص52.

(2) نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة مقارنة للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص56.

(3) سلامة، كمال طلبة المتولي، (2008)، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص52.

على المزيد من المشروعات وازدياد خبرتها، وتحقيق المزيد من النجاحات في الدول النامية التي تحتاج إلى المزيد من الخبرة والتكنولوجيا في تنفيذ مشاريعها.⁽¹⁾

5. مساعدة الحكومات على الاستفادة من خبرات القطاع الخاص في إقامة المرافق، وتقديم الخدمات، فمن المعروف أن القطاع الخاص يتميز بفاعليته وكفاءته في تقديم الخدمات فهو أكثر فاعلية من الإدارة الحكومية، ولن استفادة القطاع الحكومي في خبرات القطاع الخاص في تقديم الخدمة يسهم في تحسين أداء هذه الخدمة، وزيادة ثقة المواطن بمستوى هذه الخدمة المقدمة له وبالتالي تحسين صورة الحكومة.

6. الحفاظ على أملاك الدولة، لأن الملكية في المشروعات التي تقام بأسلوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا تنتقل بشكل نهائي إلى القطاع الخاص بل تنتقل إلى ملكية الدولة في نهاية مدة العقد.⁽²⁾

7. تجنب الاقتراض من الخارج، فعندما تقوم الحكومة بالتعاقد مع شركة ما لإقامة المرافق العامة أو المشاريع فإنها تعفي نفسها من طلب القروض من الخارج وما ينتج عن هذه القروض من فوائد مالية ضخمة، وذلك لأن شركة المشروع وفقاً لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي التي يقع على عاتقها تحمل الكلفة المالية لإقامة هذه المشاريع والمرافق.⁽³⁾

(1) سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 187.

(2) سلامة، النظام القانوني والتعاقد لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 53.

(3) جعفر، انس، (2001) العقود الإدارية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 90، 91.

الفرع الثاني

عيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

بالرغم من المزايا العديدة التي تتمتع بها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي تجعلها صالحة للأخذ بها كنظام تعاقدى تلجأ إليه الإدارة عند رغبتها في إنشاء المرافق العامة والمشاريع وفقاً لهذا الأسلوب إلا أن لهذه العقود العديد من العيوب منها:

1. الدخول في علاقات تعاقدية متشابكة، فكثيراً ما تقتضي مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية الدخول في علاقات تعاقدية متعددة مما يتطلب إنفاق مبالغ مالية كبيرة من أجل الإعداد والتحضير لمستندات التعاقد، وتدريب ممثلين وفنيين واستشاريين وقانونيين وهو ما يستنزف أموالاً طائلة بالنسبة للأجهزة الحكومية⁽¹⁾.

2. في كثير من الأحيان ما يلجأ المستثمر (شركة المشروع) سواء كان وطنياً أم أجنبياً إلى السوق المحلي من أجل الحصول على التمويل اللازم؛ لإقامة المشروع بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج ثم يقوم باستخدام هذا التمويل الذي حصل عليه من السوق المحلي لاستيراد الأجهزة والمعدات من الخارج، مما يرفع الطلب على العملات الأجنبية، وإحداث الضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلي، الأمر الذي ينعكس سلباً على العملة الوطنية ويؤدي إلى انخفاض قيمتها.

3. ارتباط عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بالاحتكار، وهو من الشروط التي تضعها شركة المشروع لكي تضمن سيطرتها على السوق، وعدم منافستها في الخدمة التي تقدمها لكي تتمكن

(1) سلامة، كمال طلبه المتولي (2008)، النظام القانوني لعقود البناء، التشغيل ونقل الملكية الـB.O.T، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، ص55.

من استرداد ما أنقته من أموال، ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ، وإذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار، فإن الدولة التي يقام فيها المشروع تكون ملزمة بشراء الخدمة المقدمة من المشروع، كما يحدث في محطات الكهرباء فعلى سبيل المثال في مشروعات الكهرباء، قد تتفق الحكومة على سداد مبلغ معين في مدفوعات القدرة الإنتاجية، بحيث يغطي هذا المبلغ نسبة معينة من الطاقة الكهربائية المنتجة سواء استهلكت الحكومة هذه النسبة أم لا، كما تضمن حداً أدنى من التشغيل، كما هو الحال عند إنشاء المطارات والطرق.⁽¹⁾

4. قد يصعب في الكثير من الأحيان تحقيق الميزات التي يهدف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى تحقيقها نتيجة لزيادة أعباء الاستيراد من الخارج، وقيام المستثمر بتحويل ونقل الأرباح إلى الخارج، وما يترتب على ذلك من التأثير على مقدار السيولة في السوق المحلي⁽²⁾. يضاف إلى ذلك شراء الدولة للإنتاج، وارتفاع كلفة المشروعات، فقد تلتزم الدولة بموجب العقد بشراء المنتج، ومع طول مدة العقد، وما قد يرافقها من تبدل بالأسعار نحو الارتفاع، فإن الدولة تكون ملزمة بالدفع على أساس الأسعار الجديدة، الأمر الذي يؤدي إلى تحملها مبالغ تتزايد باستمرار خاصة إذا ما كانت شركة المشروع تقوم بتحويل أرباحها إلى الخارج، دون أن تستثمر أي جزء من هذه الأرباح داخل الدولة.⁽³⁾

(1) ناصيف، الياس (2006)، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد ال (BOT)، ص156، 157.
(2) نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة مقارنة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص58.
(3) ناصيف، الياس، (2006)، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد ال (BOT)، مرجع سابق، ص157.

وقد أصبح هذا الأمر مألوفاً، خصوصاً في ظل التقنيات القانونية الحديثة التي تتيح للمستثمرين الاستثمار في دولة أجنبية، وتحويل أرباحهم إلى دول أوطانهم، كما هو الأمر في شركات الـ(أوف شور) Off Shore^(*)، فهذه الشركات تقوم بتنفيذ أعمال في بلد معين، في حين أن مركزها الرئيسي يكون في بلد آخر، خاضع لسيادة دولة أخرى، بحيث يتمحور المركز الرئيسي بشكل شركة أم، تتولى التفاوض، وإبرام العقود، وإجراء الدراسات، وإعطاء التوجيهات اللازمة لشركة تابعة، تتولى في البلد الآخر تطبيق وتنفيذ الدراسات والتوجيهات⁽¹⁾، ويتم تحويل الأرباح إلى الخارج لتبقى بعيدة عن أية إجراءات اقتصادية، أو سياسية تتخذ من قبل سلطات الدولة المضيفة.

5. طول مدة العقد، حيث أن مدة التعاقد في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تمتد إلى فترات زمنية طويلة، وهو أمر في غاية الخطورة، لما ينتج عنه من تقييد لأجيال متعاقبة يتوجب عليها الالتزام بنتائج العقد، كما أن المدة تصبح طويلة جداً بالنسبة لإعادة ملكية المشروع إلى الدولة كما لو امتدت مدة العقد إلى تسع وتسعين سنة⁽²⁾، وما يترتب على ذلك من تأخير كبير في استفادة الدولة من عوائد المشروع، مما يلحق الضرر بالمصلحة الاقتصادية للدولة، علاوة على ما قد ينتج عن ذلك من أضرار بالمصالح السياسية، ولعل مشروع قناة السويس يعد مثلاً بارزاً

(*) شركات الـ(أوف شور) Off Shore: وهي من الشركات الحديثة في عالم القانون وتهدف إلى خلق مجال خارجي للأعمال التنفيذية وهي تؤسس على إقليم دولة ما ويكون نشاطها خارج حدود هذا الإقليم وتعني عبارة (أوف شور) لغوياً (عبر الشاطئ) أو (من الداخل إلى الخارج) وهي تشير إلى مركز الشركة في بلد ما في حين أن نشاطها يكون في بلد آخر ويخضع لسيادة دولة أخرى.

(1) ناصيف، إلياس، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـB.O.T، مرجع سابق، ص157.

(2) ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد الـB.O.T، المرجع السابق، ص158.

في هذا الشأن، حيث امتد الالتزام لتسعة وتسعين عاماً نتج عنه ما يعرف بالعدوان الثلاثي على مصر عام 1956.

6. إلزام جمهور المنتفعين بتكاليف إضافية، وذلك بسبب طول مدة العقد حيث يتكبد المنتفعون في المرفق، أو المشروع نفقات ربما تتجاوز ما يحققه المشروع من وفر لمصلحة المنتفعين على المدى البعيد بسبب طول مدة العقد، كما أشرنا، والتي قد تصل إلى عشرات السنين يلتزمون خلالها بدفع الرسوم خلال هذه المدة مهما تغيرت، أو ارتفعت قيمتها مقابل الخدمة التي ينتفونها. (1)

7. ضعف سيطرة الدولة، ذلك أن طول مدة التعاقد في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، واتصاف الأعمال الحكومية بالبيروقراطية، قد يؤدي إلى تراجع سيطرة الحكومة على مراحل المشروع المختلفة، مما يحول دون تأكدها في مطابقة المشروع للمواصفات المتفق عليها، والمعايير المعمول بها في الدولة، وهو ما يؤثر سلباً على حسن سير المشروع، والخدمات التي ينتظر أن يقدمها. (2)

8- إن بعض المستثمرين قد يلجأون إلى استخدام معدات قديمة، أو تكنولوجيا متأخرة نسبياً، مما قد لا يوفر الجوانب الفنية اللازمة لخلق كوادر جديدة قادرة على استيعاب المستحدثات الفنية، ونقلها مع امكانية اهمال المستثمرين في صيانة المشروع كلما اقتربت مدة انتهاء فترة التشغيل ونقل ملكية المشروع إلى الدولة.

(1) ناصيف، مرجع سابق، ص 158.

(2) ناصيف، مرجع سابق، ص 159.

وفي هذا الإطار يرى الباحث أن هذه العيوب لا تتصل بجوهر عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) إنما بالممارسات الخاطئة للدولة، من حيث اعتمادها على الخبرات الاجنبية في تنفيذ المشاريع، أو قصور في التشريعات الوطنية أو نقص في الخبرات القانونية الوطنية عند صياغة العقد، وتعدد جهات الاختصاص بالإضافة إلى ظهور الفساد في الدول النامية عند ابرام مثل هذه العقود مع شركات اجنبية.

المبحث الثاني

صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزها عن غيرها من العقود

تتخذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية العديد من الصور والأشكال التي يحكم كل منها نظام تعاقدي خاص به، كما تختلف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود وقد تتشابه معها، وسوف نتناول في هذا المبحث صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتمييزها عن غيرها من العقود وذلك في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

المطلب الثاني: تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عن غيرها من العقود.

المطلب الأول

صور عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

يوجد العديد من الصور لعقود الـ(B.O.T)، ولكل نوع من هذه العقود نظام تعاقدي خاص به. فبالإضافة إلى الصورة الرئيسة التي تعني البناء والتشغيل ونقل الملكية، فإن التطبيق العملي أفرز صوراً جديدة ومختلفة، سواء في بعض أو كل العناصر التي يتكون منها العقد، ونشير في دراستنا هذه إلى أهم هذه الصور فيما يلي:

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

Build-Ownership-Operate-Transfer (B.O.O.T)

تبدو أهمية هذا المصطلح في أنه يوضح لنا بداية أن ملكية المشروع خلال فترة التشغيل تكون لشركة المشروع، فهذا النوع من العقود يعني بناء المشروع، وتملك الملتزم لهذا المشروع طول

مدة التعاقد، وتشغيله لحسابه الخاص خلال مدة العقد، ومن ثم نقل ملكية المشروع إلى الدولة أو الإدارة المتعاقدة عند نهاية العقد⁽¹⁾.

ثانياً: عقود البناء والتملك والتشغيل (B.O.O) Build-Ownership-Operate

يقصد بهذا المصطلح بناء وملكىة الملتزم والمتعاقد للمشروع خلال مدة العقد وحقه في تشغيله طوال مدة الامتياز⁽²⁾.

وتبرم هذه العقود بين الحكومة والمستثمر، أو مجموعة مستثمرين من أجل إقامة المشروع، على أن تمتلكه شركة امتياز تقوم بالإشراف على عملية تشغيله، وتكون الحكومة ممثلة في هذه الشركة، وهذا النوع لا ينتهي بتحويله إلى الملكية العامة، بل يتم تجديد الامتياز عند انتهاء الفترة المحدودة، أو انتهاء العمر المفترض للمشروع، أو أن تقوم الدولة بتعويض الملاك عن حصص الملكية، وبعد ذلك من حق الحكومة أن تقوم بالتعاقد مع آخرين بهدف إدارة المشروع، وفي جميع الأحوال، فإن الحكومة تحصل على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع لقاء منح الامتيازات، وتقديم الدعم للمشروع أمام مختلف الجهات، كما يكون للجهة الإدارية الحق في الإشراف على المرفق طوال مدة التعاقد، وإن كان التشغيل الفعلي والإداري للمستثمر⁽³⁾. وهذا النوع من العقود يعني قيام القطاع الخاص منذ البداية، وإلى النهاية بتولي المشروع وتملكه، لذلك فإنه ليس مرحباً به من جانب الحكومات، وهذه العقود تظهر غالباً في مجالات محددة مثل تقديم

(1) الخضيرى، محسن أحمد، (د.ت)، عمليات (B.O.T)، الأسس والقواعد والاتجاهات، ص11، 10. حسيو، عمرو أحمد (2002)، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T)، القاهرة، دار النهضة العربية، ص104.

(2) سلامة، النظام القانوني والتعاقدى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص37.

(3) عبدالعظيم، حمدي، (2001)، مشروعات (B.O.T) وأخواتها، الجوانب القانونية والاقتصادية، القاهرة، دار النهضة العربية، ص13.

خدمات لمناطق يكون العائد فيها تمييز كافٍ من أجل الاستفادة من مزايا عقد (B.O.T) كإنشاء الصوامع لتخزين الحبوب، أو إنشاء الطرق المؤدية إلى المناجم⁽¹⁾.

ثالثاً: عقود التصميم - البناء - التمويل - التشغيل

(Design – Build – Finance – Operate) (D.B.F.O)

تتفق الحكومة في هذا النوع من العقود مع المستثمر، لإقامة مشاريع البنية الأساسية، أو المرافق العامة بحسب الشروط الفنية، والتصميمات التي تقوم الحكومة بتحديدتها للمستثمر من خلال أجهزتها الاستشارية. ويتولى المستثمر إقامة وتأسيس المشروع وتزويده بالآلات والمعدات، ويبحث عن مصادر التمويل من البنوك العامة في الدولة، أو أحد البنوك في الخارج، ويعمل على تشغيل المشروع بحسب المعايير التي تحددها الحكومة، ولا تنتقل ملكية المرفق أو المشروع إلى الحكومة بعد مدة الامتياز، لأن الحكومة تحصل على مقابل الأرض، وكذلك على نسبة ما من الإيرادات لقاء منح الامتياز.⁽²⁾

ويكون من حق الحكومة أن تقوم بتجديد الامتياز، وكذلك يحق لها أن تقوم بمنح امتياز إلى مستثمر آخر بشروط أفضل على أن تقوم بتقديم، أو دفع التعويض المناسب للمستثمر الأول مالك المشروع⁽³⁾.

(1) صالح، رشدي صالح عبدالفتاح، (2006)، التمويل المصرفي للمشروعات، ط1، القاهرة، دار النهضة العربية، ص51.

(2) سلامة، النظام القانوني والتعاقد لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص38.

(3) عبدالعظيم، حمدي، ط2001، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية ضمن مجموعة أبحاث إدارة مشروعات البنية الأساسية باستخدام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) الجزء الأول، ص112.

رابعاً: عقود البناء والتحويل والتشغيل (Build – Transfer – Operate) (B.T.O)

يقوم هذا النوع من العقود على قيام الحكومة بالتعاقد مع مستثمر لبناء المرفق العام أو المشروع، ومن ثم يقوم المستثمر بعد ذلك بالتخلي عن ملكيته للمشروع للحكومة، وتقوم الحكومة بعد ذلك بإبرام عقد آخر معه، لإدارة المشروع وتشغيله خلال مدة الامتياز، مقابل الحصول على إيرادات التشغيل⁽¹⁾، وبذلك تكون الحكومة هي التي تملك المشروع بداية، وليس عند انتهاء مدة الامتياز، كما هو الحال في عقود البناء والتشغيل والتحويل.⁽²⁾

مما يعني ذلك شراكة القطاع الخاص في نواحي التشغيل، وكذلك الإدارة بالإضافة إلى التوزيع فقط، مقابل أن تقوم الدولة بتحمل التمويل المبدئي، وذلك بهدف التوفير في كلفة الإصلاح والصيانة والتشغيل والجودة⁽³⁾.

خامساً: عقود البناء – التأجير – التحويل (Build – Lease – Transfer) (B.L.T)

في هذه العقود تعطي الدولة أو الحكومة المستثمر الفرصة، لكي يقوم ببناء المرفق العام أو المشروع، ومن ثم تقوم بتأجيره المشروع أو المرفق خلال مدة زمنية محددة، ومن بعدها تعود ملكية هذا المشروع إلى الدولة أو الحكومة، على أن يحصل هذا المستثمر على عائدات، وإيرادات المشروع في هذه الفترة الزمنية، ودفع بدل الإيجار الذي تم الاتفاق عليه طوال مدة الامتياز⁽⁴⁾. وعلى سبيل المثال لا الحصر، يعتبر مشروع حفر قناة السويس في مصر من أبرز وأشهر

(1) حسبو، عمرو أحمد، ط2002، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T)، القاهرة، دار النهضة العربية، ص105.

(2) سلامة، مرجع سابق، ص39.

(3) صالح، التمويل المصرفي للمشروعات، المرجع السابق، ص51.

(4) الخضيرى، عمليات (B.O.T) الأسس والقواعد والاتجاهات، المرجع السابق، ص10، 12.

المشروعات التي طبق فيها هذا الأسلوب على الصعيد العالمي، على الرغم من قيام مصر بتملكها للمشروع قبل انتهاء فترة الامتياز في المشروع، بعد أن قامت الحكومة المصرية بعملية التأميم على شركة قناة السويس في سنة 1956م.

سادساً: عقود التحديث - التملك - التشغيل - التحويل

(Modernize – Own – Operate – Transfer) (M.O.O.T)

يختلف هذا النوع من المشاريع عن غيره من الأنواع اختلافاً جوهرياً، فهي مشروعات تتعلق بمشروع موجود، إلا أنه لا يعمل بالكفاءة المتوخاة بسبب مرور فترات زمنية، قد تكون طويلة منذ إنشائه، أو لأي أسباب أخرى، فهو يحتاج إلى إعادته إلى حالته الأولى، وذلك يتطلب القيام بعملية التحديث، من خلال القيام بتزويده بالتكنولوجيا المتقدمة، وأنظمة متطورة في التشغيل، ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف تقوم الحكومة بعرض المشروع على المستثمر بهدف تحديثه ثم تملكه له لمرحلة ما، ومن ثم تشغيله، إلى أن يتم نقل ملكيته إلى الدولة عند انتهاء الامتياز.⁽¹⁾

وفي هذه الحالة يحصل المستثمر على إيرادات وعائدات التشغيل للمشروع خلال مدة الامتياز، وبطبيعة الحال فإن المرافق الاقتصادية هي التي يطبق عليها هذا النظام، كمشروعات الطرق والغاز والكهرباء⁽²⁾.

(1) سلامة، النظام القانوني والتعاقدى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 41.

(2) عبدالعظيم، دويب حسين جابر، ط 2006، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، رسالة دكتوراه وكلية الحقوق جامعة أسيوط، ط 2006، ص 96.

سابعاً: عقود التأهيل - التملك - التشغيل (R.O.T) (Rehabilitate - Own - Transfer)

يتطلب التعاقد وفقاً لهذا النظام أن تقوم الحكومة بالتعاقد مع المستثمر من أجل القيام بتحديد أحد المرافق العامة أو المشروعات التي تكون بحاجة إلى التجديد، سواء في البناء أو الأجهزة والمعدات وخلافها. وبموجب هذا النظام التعاقدى فإن المستثمر يكون ممتلكاً للمشروع، ويتولى عملية التشغيل ويحصل على عائداته، وبالقيمة التي حددتها الدولة لقاء نقل ملكية المرفق العام، أو المشروع إلى المستثمر. وهذه العقود تستخدم في عمليات خصخصة المشاريع العامة المتعثرة، وبطبيعة الحال فإنه يتوجب على الدولة أن تقوم بوضع الأسس والضوابط التي توفر الحماية للاقتصاد القومي وجمهور المنتفعين وجميع العاملين في المشاريع سواء بصورة دائمة أو مؤقتة⁽¹⁾.

ثامناً: عقود البناء والتمويل والتحويل (B.F.T) (Build - Finance - Transfer)

تقوم هذه العقود على أساس قيام القطاع الخاص بعملية التمويل لإقامة مشاريع البنية الأساسية، فيقوم المستثمر باستئجار أحد المشاريع من الحكومة لفترة زمنية محددة، يقوم خلالها بعملية تطوير المشروع وتجديده وتشغيله، وكذلك الحصول على إيراداته، ثم يسلم إلى الدولة عند انتهاء فترة الإيجار.⁽²⁾

(1) حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T)، المرجع السابق، ص 106، 107.

(2) سلامة، النظام القانوني والتعاقدى لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 43.

من الأمثلة على هذا النوع من العقود، العقد الذي قام بإبرامه كونسرتيوم ياباني الجنسية بتأجير مصنع يقوم بمعالجة الفاقد من الصلب والحديد في فنزويلا استمرت أحد عشر عاماً، تسلمت الحكومة بعدها المشروع، وهو بحالة تجعله صالحاً للتشغيل⁽¹⁾ في فنزويلا.

تاسعاً: عقود التأجير - التدريب - التحويل (L.T.T) (Lease – Training – Transfer)

يتولى القطاع الخاص أو المستثمر في هذه العقود عملية تمويل إقامة المشروع، وكذلك يقوم بعملية التدريب اللازم لجميع العاملين في المشروع التابعين للحكومة، ومن ثم تأجير هذا المشروع للدولة لكي تقوم بعملية تشغيله خلال مدة الإجارة، وعند انتهائها تعود الملكية للقطاع الخاص والنوعان الأخيران يستخدمان حالياً في أوروبا كبديلين عن نظامي البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) والبناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T) بسبب ظهور سلبات ترتبط بهما أثناء التطبيق⁽²⁾.

المطلب الثاني

تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T عن غيرها من العقود

قد تختلف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، أو تتشابه مع غيرها من العقود من حيث طبيعتها وموضوعها في العديد من الجوانب، ولغرض بيان أوجه الشبه والاختلاف بين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وغيرها من العقود، سيقوم الباحث بالتمييز بين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وعقود الأشغال العامة، وحق الانتفاع، وعقد الخصخصة على النحو الآتي:

(1) صالح، التمويل المصرفي للمشروعات، المرجع السابق، ص50.

(2) حمدي، عبدالعظيم، (2001)، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم إلى أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، سلسلة إصدارات البحوث الإدارية، الإصدار الرابع.

الفرع الأول

تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقد الأشغال العامة

تقوم الإدارة في بعض الأحيان وبهدف تحقيق نفع عام بالتعاقد مع أحد أشخاص القانون الخاص من أجل القيام بأعمال الصيانة، والترميم لعقارات تابعة لها، وذلك لقاء مقابل يتم الاتفاق عليه من خلال عقد يعرف بعقد الأشغال العامة.

ومما لا شك فيه هنا أن عقد الأشغال العامة "هو اتفاق بين إدارة وأحد الأفراد، أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم، أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق نفع عام في نظير المقابل المتفق عليه، وفقاً للشروط الواردة في العقد"⁽¹⁾.

من خلال التعريف السابق يتضح لنا أن عقد الأشغال العامة، هو عقد يجري إبرامه لحساب الإدارة، لأهداف متعددة، وهو ممكن الشبه بينه وبين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فكلاهما يتم تنفيذه لمصلحة الحكومة أو الجهة الإدارية لقاء بدل محدد يتم الاتفاق عليه.

وعلى الرغم من وجه الشبه بين عقد الأشغال العامة، وعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إلا أن العقدين يختلفان في عدة جوانب، حيث أن عقد الأشغال العامة يوجب على المقاول بعد إنشاء المشروع أن يقوم بتسليمه إلى الإدارة لكي تديره بطريقتها، ففي هذا العقد يقتصر التزام المقاول على القيام بإنشاء المشروع، أو صيانته أو ترميمه بخلاف الالتزام في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، حيث يقوم الملتزم بإنشاء المرفق أو المشروع، ويتملكه ويديره لمدة زمنية محددة،

(1) الجبوري، محمود خلف، 2010، العقود الإدارية، عمان، دار الثقافة، ص24.

ويحصل على أجره من جمهور المنتفعين، وعند انتهاء المدة الزمنية ينقل ملكية المشروع إلى الإدارة في حالة تجعله صالحاً للتشغيل باستمرار⁽¹⁾.

الفرع الثاني

تمييز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن حق الانتفاع

تناول المشرع الأردني حق الانتفاع في القانون المدني وبين أن حق الانتفاع، هو حق عيني يقوم على أساس استعمال شيء يخص الغير والتمتع به، وينص القانون المدني الأردني على أن "الانتفاع حق عيني للمنتفع باستعمال عين تخص الغير، واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع"⁽²⁾.

فحق الانتفاع يرد على عين مملوكة للغير سواء أكان هذا العين عقاراً أم منقولاً، وهو يخول صاحبه ويمكنه من الانتفاع بالعين لمدة محددة، مع التزام هذا المنتفع بالاحتفاظ بذات العين لردها إلى مالكيها في نهاية مدة الانتفاع⁽³⁾.

ويتشابه عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بحق الانتفاع بأن كلاهما يعقد لمدة محددة من الزمن تعود ملكية المال موضوع العقد إلى جهة الإدارة بانتهاء هذه المدة الزمنية، كما يعود حق الانتفاع إلى المالك الأصلي للعين المنتفع بها، كما يتشابهان بأن المنتفع وشركة المشروع يستفيدان من استغلال المال موضوع العقد، أو حق الانتفاع، خلال المدة الزمنية⁽⁴⁾.

(1) ناصيف، الياس، (2006)، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد البوت، مرجع سابق، ص128.

(2) مادة (1205) القانون المدني الأردني.

(3) سلامة، كمال طلبة المتولي، (2008)، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس.

(4) ناصيف، الياس، (2006)، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد البوت، ص126.

أما أوجه الاختلاف بين عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وحق الانتفاع فهي عديدة، حيث أن حق الانتفاع يرد على عين محددة بذاتها، وليس على مرفق عام يقدم الخدمة للجمهور، كما أن العين محل حق الانتفاع ليست مملوكة للمنتفع بل هي ملك للغير، بخلاف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي بموجبه يقوم الملتزم بإنشاء المرفق، ويتملكه ويديره، ومن ثم يقوم بنقل ملكيته إلى الإدارة أو الدولة في نهاية المدة الزمنية المتفق عليها في العقد، كما يختلف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن حق الانتفاع بأن هذا الحق لا يتيح للمنتفع السماح للجمهور بالانتفاع بالعين محل الانتفاع بخلاف عقد البناء والتشغيل، ونقل الملكية الذي يكون محله مرفقاً عاماً يقدم الخدمة العامة لجمهور المنتفعين بمقابل مادي⁽¹⁾.

الفرع الثالث

تميز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية عن عقد الخصخصة

برزت في السنوات الأخيرة تحولات هامة تتعلق بدور الحكومات في ممارسة النشاط الاقتصادي، وظهر اعتقاد بأن تحقيق النمو الاقتصادي لن يكون إلا بإعطاء دور للقطاع الخاص في هذا النشاط، كما سادت القناعة بأن إدارة المرافق العامة الاقتصادية ستكون أكثر فعالية وكفاءة وانتاجية، فيما لو تولاهما اشخاص القانون الخاص، وإن ذلك يتحقق عن طريق خصخصة المرافق العامة.⁽²⁾

(1) ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص130.

(2) القطب، مروان محي الدين، (2009)، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص259.

وعقد الخصخصة عقد إداري تبرمه الإدارة (الدولة) مع شخص من القطاع الخاص يتم بموجبه بيع مشروع تملكه الدولة، وذلك من خلال نقل ملكية المشروع إلى أحد الأشخاص سواء بصورة كلية أو جزئية، فإذا ما كان نقل الملكية قد تم بصورة جزئية، فإن الإدارة أو الدولة تبقى مساهماً في رأس مال المشروع، وشريكاً فيه لكن إدارتها لهذا المشروع تكون مقيدة بنسبة ما تملكه، أما إذا كان نقل ملكية المشروع قد تم بصورة كلية إلى الطرف الآخر انتهت علاقة الإدارة بهذا المشروع نهائياً⁽¹⁾.

وبذلك فإن عقد الخصخصة يختلف عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي يقوم على أساس إنشاء مرفق عام، وإدارته مدة زمنية محددة بواسطة المستثمر على التفصيل السابق ذكره. وفي هذا السياق يرى الباحث أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية على الرغم من أنه يتشابه مع غيره من العقود في نواحي عدة، إلا أنه يختلف في العديد من الأوجه، فعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية يقوم ابتداءً على أساس إقامة وإنشاء المشروع، وتملكه وتشغيله لمدة من الزمن، في حين أنه هناك عقود تبرمها الإدارة مع المستثمر بإنشاء أو صيانة مرفق عام دون تمكين هذا المستثمر من تملك المشروع أو تشغيله، كما هو الحال في عقد الأشغال العامة، كما أن عقود ال (B.O.T) قد تتشابه مع بعض العقود من حيث الزمن، إذ إنهما يشتركان في أن العقد يبرم لمدة زمنية معلومة، مثل حق الانتفاع مع العلم أن المنتفع في حق الانتفاع لا يملك السماح للجمهور الانتفاع بالعين، بخلاف عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الذي ينصب على مرفق عام يقدم خدماته لكافة المنتفعين.

(1) ناصيف، الياس، مرجع سابق، ص130.

المبحث الثالث

الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

يراد بالتكيف القانوني أو الصيغة القانونية لعقد ما هو رد هذا العقد إلى النظام القانوني الذي يحكمه، بحيث يحدد الحقوق والالتزامات التي تنشئ عنه⁽¹⁾.

فعندما يبرم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) بين طرفين يخضعان لأحكام القانون الخاص، فإنه لا تثار في هذه الحالة أي مشكلة، فيعتبر العقد من عقود القانون الخاص إذ يخضع لأحكام القانون التجاري، أو القانون المدني بحسب التكيف القانوني الذي يعطى لهذا العقد، إلا أنه في الكثير من الأحيان، لا بل دائما ما يبرم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) بين الحكومة من جهة، و احد المستثمرين في القطاع الخاص من جهة أخرى سواء كان هذا المستثمر وطنياً أم أجنبياً، وأن تحديد الطبيعة القانونية للعقود التي يتم إبرامها بين أحد أشخاص القانون الخاص، والدولة تثير العديد من الصعوبات والمشكلات القانونية، بسبب التفاوت واختلاف المراكز القانونية لطرفي هذه العقود، فالدولة باعتبارها شخص من أشخاص القانون العام تتمتع بمزايا لا يتمتع بها الشخص العادي الطبيعي الذي تعاقد معها، والذي يعتبر من أشخاص القانون الخاص.⁽²⁾

ولتوضيح ذلك لا بد من دراسة هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود الإدارية.

(1) أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، الإنشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق، جامعة الزقازيق.

(2) أحمد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 153.

المطلب الثاني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل عقود القانون الخاص.

المطلب الثالث: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتبر من العقود ذات الطبيعة الخاصة.

المطلب الرابع: الأساس القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في الأردن.

المطلب الأول

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل العقود الإدارية

أشرنا فيما سبق إلى أنه بسبب تدخل الدولة كأحد طرفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، فإن البعض يرى إحقاقه في العقود الإدارية، فيما ذهب البعض الآخر أن شروط العقد الإداري لا تتفق مع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، الأمر الذي يؤدي إلى ضرورة اعتباره من عقود القانون الخاص.

حجج القائلين بأن عقد (B.O.T) من العقود الإدارية.

يرى فقهاء القانون العام⁽¹⁾ أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي عقود إدارية ولا تتعدى أن تكون عقد امتيلز في صورة جديدة، وعليه فإنه إذا كان عقد الامتياز بطبيعته يعد عقداً إدارياً فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتبر كذلك.

(1) مشار إليه في: المستشار محمود فهمي، بحث في عقود الـ(B.O.T) وتكييفها القانوني، مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات الـ(B.O.T)، القاهرة، 2000، ص42. الدكتورة جيهان حسين سيد أحمد: (2002) عقود الـ(B.O.T) وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، القاهرة، دار النهضة العربية، ص47. الدكتور جابر جاد نصار: عقود الـ(B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية للالتزام، دار النهضة العربية 2002، ص111 وما بعدها. الدكتور عمرو حسبو: التطور الحديث لعقود الالتزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ(B.O.T)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2002، ص121.

وأنصار هذا الرأي يستندون إلى أن عقد (B.O.T) قد اشتمل جميع أركان العقد الإداري. فكما استقر القضاء الإداري على أن العقد يعد إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً، ومتصلاً بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً استثنائية غير مألوفة في نظام القانون الخاص، فإذا تضمن العقد هذه الشروط مجتمعة عُقد إدارياً، ومن ثم يختص بنظره القاضي الإداري" (1)...

وبناء على ذلك فإن عقود الـ(B.O.T) وفقاً لأنصار هذا الرأي، فإن هذه العقود لا بد وأن تكتسب الصفة الإدارية، فالدولة مانحة الامتياز في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتعاقد بوصفها سلطة عامة مع المستثمر وطنياً كان أم أجنبياً، لبناء مرفقٍ أو مشروعٍ عام وتشغيله لفترة زمنية تحدد في العقد مع نقل أو إعادة ملكيته للدولة مانحة الامتياز بعد انتهاء هذه الفترة دون مقابل، مع إخضاع الملتزم في عقد الامتياز لجميع القواعد الناظمة لسير المرافق العامة، كحق الإدارة في فسخ العقد، وحق الإدارة في الإشراف والرقابة، وبذلك فإن توافر العناصر الثلاثة التي تميز العقد الإداري، حيث أن العقد قد أبرمته الدولة بوصفها أحد أشخاص القانون العام، وتعلق بنشاط مرفق عام، واتبعت فيه الإدارة أساليب القانون العام، بما تضمنه العقد من شروط غير مألوفة، فإن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) يعتبر عقداً إدارياً (2).

(1) المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (1889) لسنة (6 ق)، جلسة 1962/3/30 ان السنة (7)، مجموعة الأحكام، ص 527.

- الطعن رقم (3703) لسنة (33 ق)، جلسة 2/9م، 1993، مشار إليه لدى المستشار حمدي يس عكاشة: العقود الإدارية في التطبيق العملي، الاسكندرية، منشأة المعارف، 1998، ص 67.

- الطعن رقم (3128) لسنة (35 ق)، جلسة 1995/1/24، مشار إليه لدى حمدي يس عكاشة، سابق الإشارة إليه، ص 67.

(2) نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 53.

وما من شك في أن عقد التزام المرافق العامة هو من أهم العقود الإدارية، وهو عقد إداري بطبيعته، وبالتالي فإن عقد الـ(B.O.T) في جميع الأحوال، يصبح عقداً إدارياً عندما تكون الدولة طرفاً فيه، وتعلق بمرفق عام.⁽¹⁾

المطلب الثاني

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل عقود القانون الخاص

يذهب جانب من الفقه⁽²⁾ إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) على أنها أقرب إلى عقود القانون الخاص منها إلى عقود القانون العام، وهي في هذه الحالة تعتبر عقوداً إدارية عادية تخضع النزاعات التي تنشأ عنها إلى قواعد القانون الخاص، والسبب في ذلك يعود إلى عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية كبقية عقود الاستثمار بطبيعتها لا تقبل أن تقوم جهة الإدارة بتضمينها شروطاً غير مألوفة، حيث أن متطلبات التجارة الدولية توجب على الدولة أن تنزل للتعاقد كشأن الأفراد الطبيعيين، فلا مجال في هذه العقود لأن تتمتع الإدارة بسلطات ومزايا العقود الإدارية⁽³⁾.

-
- (1) نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص54،53.
- (2) راجع د.أحمد رشاد محمود سلام (2003)، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية في مجال العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ، ص55، 198، وأشار إلى هذا الاتجاه د.ماهر محمد حامد أحمد، النظام القانوني لعقد البوت)، رسالة دكتوراه، المرجع السابق، ص177. د. دويب حسين جابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أسيوط، 2006، ص56.
- (3) حمادة، عبدالرزاق حمادة، مرجع سابق، ص58.

وبناء على ذلك فإن جهة الإدارة في هذه الحالة تبرم العقد باتباع أسلوب القانون الخاص، وهي لا تملك تضمين العقد شروطاً استثنائية، إنما بنوداً توردها في العقد كالبنود المتعارف عليها في إطار القانون الخاص، ويعتمد أصحاب هذا الرأي فيما يذهبون إليه على عدة أسس⁽¹⁾:

1. أن الملكية في المشروع محل العقد تكون للمستثمر الذي له رهنه، وهو أمر لا يتحقق في عقد التزام المرافق العامة على اعتبار أن الملكية في هذه العقود تكون للدولة، وكذلك الحال بالنسبة لعقود التزام الأشغال العامة.

2. دائماً ما يكون دور الدولة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية دوراً بسيطاً جداً، بحيث يتولى المستثمر عملية تسيير المشروع وإدارته والسيطرة عليه بشكل مطلق، على أن ذلك لا يعني فقدان وانعدام الدور الرقابي لجهة الإدارة، فالمقصود هنا هو أنه لا يكون للدولة دور في عملية الإشراف والتسيير، خلافاً لما هو عليه الحال في عقود الامتياز التي يكون للإدارة دور كبير في عملية الرقابة وحقها في تعديل الشروط اللائحية، وهي الشروط التي تملك الإدارة تعديلها في أي وقت وفقاً لحاجة المرفق العام.

3. إن عملية التعاقد لإقامة المشاريع بأسلوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) تتم وفقاً لصيغة عقدية أقرب لعقود القانون الخاص التي يحكمها مبدأ سلطان الإرادة أكثر من عقود القانون العام التي تمنح الإدارة سلطات استثنائية⁽²⁾.

(1) حمادة، عبد الرزاق حمادة، (2013)، عقود البوت، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة.

(2) حمادة، عبدالرزاق حمادة، عقود البوت، مرجع سابق، ص 59.

4. أن حاجة الدولة للنمو الاقتصادي، تقتضي التعاقد وفقاً لأسلوب القانون الخاص، وبالتالي فإن الهدف الاقتصادي في العقد يتقدم على الجوانب القانونية لكون العقد يندرج ضمن عقود الاستثمار⁽¹⁾.

5. تُعد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل عقود التجارة الدولية التي بموجبها تتولى شركات دولية إقامة مشروعات استثمارية، وغالباً ما يتم في حال نشوء نزاع ما إخضاعها للتحكيم وهو أمر يؤكد انتفاء الصفة الإدارية عنها⁽²⁾.

6. غالباً ما يكون المتعاقد مع الإدارة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية شركة دولية تتمتع بقدرات اقتصادية ومالية ضخمة، وذات حماية سياسية، وقد لا تسمح بتطبيق النظرية العامة للعقود الإدارية، التي تمنح الدولة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها، وهنا إذا رغبت الدولة بالظهور كصاحبة سلطة عامة، فإن ذلك قد يؤدي إلى العزوف عن التعاقد معها⁽³⁾.

الانتقادات التي وجهت إلى الرأي القائل بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من قبيل عقود القانون الخاص.

1. إن القول بأن الشروط الاستثنائية التي تتضمنها العقود الإدارية ترتبط بمبدأ سيادة الدولة هو قول غير صحيح، إذ أن هذه الشروط لا تتضمن في جميع الحالات مزايا لصالح الإدارة في

(1) الأكياي، يوسف، (1989)، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، ص 306.

(2) جمعة، أيمن محمد، (2002)، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، جامعة الزقازيق، ص 74.

(3) جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) مرجع سابق، ص 85.

مواجهة المتعاقد، بل أنها كذلك تتضمن حقوقاً للمتعاقد أكثر مما يتضمنها العقد العادي، كما أن الشروط الاستثنائية أصلها تعلق العقد بنشاط مرفقٍ عام⁽¹⁾.

2. تعتبر المبررات التي يبني عليها أصحاب فكرة العقد المدني، والقائمة على اتساق العقود المدنية مع متطلبات التجارة الدولية، وما يتطلبه التوجه الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات الدولية، لا تتعدى أن تكون بمثابة مناشدة يقوم بها الفقه القانوني تجاه الدولة من أجل اتباع طرف القانون الخاص⁽²⁾.

3. إن شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد تعتبر شروط استثنائية تؤكد أن العقد هو عقد إداري، إذ أنه لا يوجد في القانون الخاص مثل هذه الشروط، لا بل إن شرط الثبات هو تأكيد من الطرف الأجنبي بسلطة الدولة التي يمكنها أن تستعملها في أي وقت، إلا أن هذا الطرف قد اتفق مع الإدارة أو الدولة على استخدام هذه السلطة⁽³⁾.

وفي هذا السياق يرى الباحث أن الانتقادات التي وجهت إلى الرأي القائل بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية إنما هي تأكيد على أن عقود البوت هي عقود إدارية يحكمها قواعد القانون العام.

(1) حمادة، مرجع سابق، ص 62.

(2) جمعة، آثار عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، المرجع السابق، ص 761.

(3) حمادة، عقود البوت، مرجع سابق، ص 62.

المطلب الثالث

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تعتبر من العقود ذات الطبيعة الخاصة

ذهب انصار هذا الرأي إلى القول بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) هي عقود ذات طبيعة خاصة، وذلك لأن مثل هذه العقود تختلف من مشروع إلى آخر لذلك يجب ان تتحدد الطبيعة القانونية لكل عقد على حدة.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية، فالإدارة وهي تمارس نشاطها قد ترى أنه من الأصح لها في بعض الأحوال أن تتخلى عن امتيازاتها وعن بعض مظاهر سلطتها العامة، لتنزل منزلة الأفراد ولتبرم عقداً مدنياً تكون بذلك على قدر المساواة مع الأفراد العاديين، وبالتالي تخضع لنفس القواعد التي يخضع لها الأفراد في عقودهم (الخضوع لقواعد القانون الخاص) إلا أنها في أحيان أخرى قد تفضل ارتداء لباس السلطة العامة، لكي تكون في مركز متميز عن الأفراد، مستخدمة في ذلك وسائل واساليب القانون العام لتبرم عقوداً إدارية يكون فيها الاختصاص للقانون الإداري والقانون العام، وهو ما تأخذ به الدول ذات انظمة القضاء المزدوج.

وبالتالي فالعقود الأصل فيها تلاقي إرادتين سواء أكانت عقود إدارية أم عقوداً عادية، ولكن الإدارة قد تظهر في العقود بمظهر السلطة العامة (حينما تضع شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص) وعندها يكون القانون الإداري هو الذي يحكم العقد والقضاء الإداري هو الذي

يفصل في المنازعات الناشئة عنه، وإذا خلا العقد من مثل هذه الشروط الاستثنائية يصبح نوعاً من

العقود التي يحكمها القانون المدني، ويفصل في المنازعات الناشئة عنها المحاكم العادية.⁽¹⁾

بعد استعراض الخلاف الفقهي بشأن التكييف القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

(B.O.T)، وحجج وأسس القائلين بإدارية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وأنصاراً لمذهب القائل

بأن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي من قبيل عقود القانون الخاص.

يميل الباحث إلى الأخذ بالرأي القائل بالطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية

لما ساقه أصحاب هذا الرأي من حجج تؤيد الطبيعة الإدارية لهذه العقود من خلال استنادهم إلى

توافر أركان العقد الإداري، وهي وجود الدولة كطرف رئيس في العقد، وتعلق النشاط بمرفق عام

بالإضافة إلى توافر الشروط الاستثنائية، مما يستوجب خضوع عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

لأحكام القانون الإداري، وعليه فإن الأصل هو خضوعها لإختصاص القضاء الإداري لنظر

المنازعات التي قد تنثور بصددتها، وهو ما ذهب إليه المشرع المصري في قانون مجلس الدولة

المصري في المادة (10)، والتي تنص على أن "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل

في المسائل الآتية: "... حادي عشر "المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أم الاشغال العامة أو

التوريد أو بأي عقد إداري آخر".

ونلاحظ من خلال هذا النص ان المشرع المصري جعل نظر المنازعات المتعلقة بالعقود

الإدارية اختصاصاً حصرياً للقضاء الإداري، كما انه اختصاص شامل لجميع العقود الإدارية وامتد

لكافة المنازعات المتعلقة بهذه العقود، وعدم جواز ان تُنظر هذه المنازعات امام القضاء العادي،

وهو ما تأكد ايضاً في نص المادة (14) فقرة (3) من اختصاصات المحاكم الإدارية والتي جاء

(1) الخلايلة، محمد علي، 2015، القانون الإداري، الكتاب الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص77.

فيها "تختص المحاكم الإدارية"... ثالثاً "بالفصل في المنازعات الواردة في البند الحادي عشر من المادة (10) متى كانت قيمة المنازعة لا تتجاوز خمسمائة جنيه".

وقد تأكد اختصاص القضاء الإداري المصري بنظر المسائل المتعلقة بالعقود الإدارية في العديد من الاحكام القضائية، وهو ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية عندما تصدت في حكمها الصادر في 25 مارس سنة 1956م لتعريف عقد امتياز المرافق العامة بقولها "... إن التزم المرافق العامة ليست إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح. فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة. ويتحمل الملتزم نفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين..."⁽¹⁾.

ولكن المشرع الأردني لم ينهج ما نهجه المشرع المصري، وذلك بأن جعل اختصاص النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في اختصاص القضاء العادي، فلم نجد في قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992 وقانون القضاء الإداري الأردني رقم 27 لسنة 2014 الحالي أي نص يجعل نظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري. وهو ما نتمناه على المشرع الأردني، وذلك من خلال تعديل نصوص القانون وادراج المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ضمن اختصاصات القضاء الإداري الأردني.

(1) مشار إليه لدى الطماوي، سليمان، (2008)، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربي، ص106.

المطلب الرابع

الأساس القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في الأردن

الأساس القانوني للعقد يعد الدعامة الرئيسية التي تضمن نجاحه، وأن الأهمية الكبيرة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتطلب بيان مشروعية هذه العقود، وتوضيح الأساس القانوني الذي تستند إليه، والذي يضمن لها التنظيم الدقيق حفاظاً على مقدرات الدولة، والمساهمة في تعزيز بنيتها الأساسية، وتطوير مراقفها العامة، وبما يكفل سير هذه المرافق بانتظام واطراد لخدمة جمهور المنفعين وتحقيقاً للمصلحة العامة.

بناء على التوجه السائد في المملكة الأردنية الهاشمية للأخذ بنظام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في ظل نظام دستوري يؤسس لهذه العقود، إلا أن هذه العقود تجد سندها الدستوري في المملكة الأردنية الهاشمية، كما أشرنا سابقاً في نص المادة (117) من الدستور الأردني لعام 1952م والتي نصت على "كل امتياز يعطى لمنح أي حق يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة يجب أن يصدق عليه بقانون"⁽¹⁾، ويتضح من خلال هذا النص إلزامية وجوب صدور قانون أو تشريع خاص يصادق كل امتياز يتعلق باستثمار المناجم أو المعادن أو المرافق العامة.

وبالتالي فإن أي عقد بأسلوب البناء والتشغيل ونقل الملكية يبرم في الأردن لاستغلال أي من المرافق العامة لا بد أن يصادق عليه بقانون لكي يكون نافذاً. كما هو الحال في الاتفاقيات التي تم التصديق عليها بقانون امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية، حيث صدّق عليها بالقانون رقم (19) لسنة 1958، واتفاقية الامتياز المعقودة بين حكومة المملكة الأردنية الهاشمية وشركتي الكهرباء الأردنية المساهمة في عمان وشركة الكهرباء المركزية في الزرقاء المصادق عليها بالقانون

(1) دستور المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة 3، ص 60.

رقم (50) لسنة 1950 المعدل بالقانون رقم (49) لسنة 1985م. وأما بخصوص اتفاقيات الامتياز التي تجريها المجالس البلدية فإنها تخضع لتصديق مجلس الوزراء استناداً إلى الفقرة (أ) من المادة (42) من قانون البلديات رقم (29) لسنة 1955م.

الفصل الثالث

التزامات شركة المشروع في عقود البناء

والتشغيل ونقل الملكية وحدود المسؤولية عن الإخلال بها

عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية كأى عقد آخر يولد التزامات متقابلة على أطرافه، وبمجرد إبرام العقد بين شركة المشروع والدولة، فإنه ينتج عن هذا العقد حقوق والتزامات تقع على عاتق طرفيه، كما تترتب مسؤولية إجراء الإخلال بشروط هذا العقد.

وفيما يتعلق بشركة المشروع، فإنه يقع على عاتقها مجموعة من الالتزامات على اعتبار أنها الهيئة الخاصة أو الجهة التي أوكل إليها مهمة إنشاء المرفق العام أو المشروع، كأن تلتزم بإنشاء المرفق العام أو المشروع بالمواصفات المتفق عليها وخلال المدة المحددة، وكذلك الالتزام بتشغيل المشروع وصيانته، وغير ذلك من الالتزامات.

ويترتب على إخلال شركة المشروع بهذه الالتزامات، كالاتناع عن تنفيذ العقد، أو التأخير في التنفيذ، أو مخالفة الشروط المتفق عليها مسؤولية وجزاءات جراء هذا الإخلال.

وبناء على ذلك سيقوم الباحث بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: يتناول التزامات شركة المشروع.

المبحث الثاني: حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها.

المبحث الأول

التزامات شركة المشروع

يترتب على إبرام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ما بين الإدارة وشركة المشروع التزام يقع على هذه الشركة بأن تقوم بإنشاء المشروع بحسب المواصفات التي تم الاتفاق عليها في العقد المبرم، وخلال الفترة الزمنية التي تم الاتفاق عليها أيضاً في العقد.

كما تلتزم شركة المشروع باستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة اللازمة للمشروع، بالإضافة إلى التزامها بأن تقوم بتشغيل المشروع، وتوفير الصيانة اللازمة له بشكل دائم ومستمر، ثم نقل وإعادة ملكية المشروع إلى الدولة.

لذلك ستقوم الدراسة بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: الالتزامات المتعلقة بالمشروع ذاته.

المطلب الثاني: التزامات المتعاقد تجاه الإدارة.

المطلب الأول

الالتزامات المتعلقة بالمشروع ذاته

تتعدد الالتزامات المتعلقة بالمشروع ذاته، والتي تقع على عاتق المستثمر أو شركة المشروع المتعاقدة مع الدولة، لإنشاء وإقامة المشروع أو المرفق العام، ومن هذه الالتزامات، الالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها خلال المدة المحددة، وما يستتبع ذلك من التزامات يتوجب على شركة المشروع التقيد بها كالتصاميم، وتوفير مصادر التمويل، وكذلك الالتزام بالفترة الزمنية للمشروع، والتزام الشركة بالتنفيذ بنفسها.

وسوف يتناول الباحث الالتزامات المتعلقة بالمشروع ذاته في فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها خلال المدة المحددة.

الفرع الثاني: الالتزام بتشغيل المشروع وصيانته.

الفرع الأول

الالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها خلال المدة المحددة

إن عملية تصميم المشروع، وإنشائه، وتوفير مصادر التمويل اللازمة له، بحسب الشروط التي تم الاتفاق عليها مع الإدارة المتعاقدة، وخلال الوقت المحدد، تعتبر جميعها الالتزام الرئيس والأكبر لشركة المشروع، وبالتالي فإنه التزام يتضمن ثلاثة عناصر هي:

1. إنشاء المشروع بحسب الشروط التي تم الاتفاق عليها مع الإدارة المتعاقدة.
2. الالتزام بالمدة والفترة الزمنية المحددة للمشروع.
3. التزام شركة المشروع بالتنفيذ بنفسها.

1. الالتزام بإنشاء المشروع بحسب الشروط التي تم الاتفاق عليها مع الإدارة المتعاقدة.

يرتب عقد البناء والتشغيل نقل الملكية على شركة المشروع واجب القيام بإنشاء المشروع محل العقد حسبما تم الاتفاق عليه من الشروط مع الإدارة، وهو التزام بتحقيق نتيجة، فيجب أن تتم عملية التصميم والإنشاء على نحو يمكن المشروع من تحقيق الأهداف والأغراض التي أقيم من

أجلها، والا فإن شركة المشروع تتحمل المسؤولية إذا لم تتحقق هذه النتيجة، ولا يكفي للشركة أن تثبت أنها قامت ببذل العناية اللازمة⁽¹⁾.

ونتيجة الالتزام بإنشاء المشروع طبقاً للشروط المتفق عليها، فإن هذا الالتزام يتضمن عدة عمليات تقوم بها شركة المشروع من أجل إنشاء المشروع أو المرفق العام، ومن أهم هذه العمليات:⁽²⁾

أ. الدراسات الأولية: وهي تتضمن على سبيل المثال لا الحصر إعداد التصاميم والرسومات لأبنية المرفق، وحصراً ما يحتاجه من المعدات والأجهزة، وتحديد أعداد العاملين لتشغيله⁽³⁾.

ب. تشييد الأبنية والمنشآت: فيجب أن تجري عملية التشييد والبناء وفقاً للمواصفات المتفق عليها وبحسب الرسومات والتصاميم المدرجة في العقد والمتفق عليها سابقاً، ويجب على المستثمر أو شركة المشروع أن تقوم بإعداد كل ما يلزم لعملية البناء على نفقتها، وتأمين اليد العاملة لعملية البناء، وكذلك توفير الفنيين للإشراف على سير العمل في البناء، وهي عملية تشمل إصدار التعليمات والتوجيهات، ومتابعة تنفيذ هذه التوجيهات⁽⁴⁾.

والعقد المبرم ما بين شركة المشروع والدولة عادة ما يعطي الحق للدولة في أن تقوم بإجراء بعض التعديلات في تصاميم البناء والتشييد، كإلغاء أو إضافة أجزاء جديدة إلى البناء، لكن هذا

(1) سرى الدين، هاني صلاح، 2001، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 251. نصار، جاد/عقود ال(B.O.T)، ص 145، سابق الإشارة إليه.

(2) أحمد، ماهر محمد حامد، (2004)، النظام القانوني لعقد ال(بوت B.O.T)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، ص 315.

(3) د. محسن شفيق، عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية)، القاهرة، دار النهضة العربية، بدون تاريخ، ص 38.

(4) أحمد، ماهر محمد حامد، (2004)، النظام القانوني لعقد ال(بوت B.O.T)، مرجع سابق، ص 315.

الحق ليس مطلقاً بل إن العقد يحرص على وضع حد معين لمثل هذه التعديلات، بحيث لا تصل إلى درجة التغيير الكلي أو الجوهرى في هذه التصاميم، كأن ينص العقد على أن لا تتجاوز نسبة التعديل (15%) وفي بعض الاحيان (10%).

وبالمقابل فإن العقد يمنح شركة المشروع الحق في إجراء التغييرات على التصاميم والرسومات الأصلية، إذا ظهر لها خلال عملية البناء وجود عيوب فنية، والسبب في ذلك أن التزام شركة المشروع قائم على أساس إقامة مشروع صالح للغرض المبين في العقد، مما يستوجب إضفاء شيء من المرونة في عملية بناء المشروع، وفقاً للتصاميم بهدف الوصول إلى بناء صالح للغرض المنشود⁽¹⁾.

ج. تأمين المشروع بالمعدات والأجهزة الضرورية لتشغيله:

تحتاج المشاريع الكبيرة التي يتم بناؤها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية إلى العديد من المعدات والأجهزة اللازمة لتشغيلها، وهو أمر تلتزم به شركة المشروع أو المستثمر فيجب توفير هذه المعدات والأجهزة بحسب ما هو وارد ومنصوص عليه في العقد المبرم بين الطرفين وبحسب المواصفات المتفق عليها، وتكون هذه المعدات والتجهيزات في قوائم ملحقة بالعقد تحدد مواصفات هذه المعدات والآلات وقطع الغيار اللازمة لها. ويمتد التزام الشركة في هذا الصدد إلى كل ما يلزم للمشروع من معدات وتجهيزات ليصبح صالحاً لتقديم الخدمة المطلوبة، وهي النتيجة التي يهدف العقد إلى تحقيقها⁽²⁾.

(1) سرى الدين، هانى صلاح، مرجع سابق، ص 348، 349.

(2) د. محسن شفيق، مرجع سابق، ص 38-40.

2. الالتزام بالمدة والفترة الزمنية المحددة للمشروع.

في هذا السياق يتوجب على شركة المشروع أن تعمل على إنهاء العمل بالمشروع من حيث إنشائه، وإقامته خلال المدة الزمنية المنصوص عليها في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) المبرم بين شركة المشروع والإدارة، خاصة وأن المشروع محل العقد يرتبط بتقديم خدمة عامة للجمهور، لذلك فإننا نجد أن الإدارة تكون حريصة على تضمين العقد نصوصاً تحدد مدة زمنية يتوجب على شركة المشروع التقيد بها في تنفيذ المشروع. وفي حالة أن العقد لم يتضمن مدة معينة، فإن ذلك لا يعني أن للشركة الحرية بشأن الوقت الذي تنهي به العمل في إنجاز المشروع، بل يتوجب عليها في هذه الحالة أن تلتزم بأن تنجز العمل في المشروع خلال مدة معقولة تسمح بإنجازه بحسب طبيعة هذا المشروع ومقدار ما يتطلبه من دقة، وبالأخذ بالنظر قدرة الشركة ولمكانياتها. وإذا ما تأخرت شركة المشروع في التنفيذ على الموعد المتفق عليه والمحدد في العقد، فإنها تلتزم بسداد غرامات التأخير والتعويضات الاتفاقية.⁽¹⁾

ويُعد الالتزام بالمدة الزمنية المحددة لتنفيذ المشروع، وكذلك المدة المعقولة، التزاماً بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، وبالتالي فإن الإثبات بأن الشركة بذلت عناية الشخص المعتاد لإنجاز العمل في المشروع في الوقت المحدد، لكنها لم تتمكن من ذلك لا يكفي لإعفاء شركة المشروع من مسؤولية التأخير، بل يجب عليها حتى تنتفي المسؤولية عنها أن تثبت القوة القاهرة أو الحدث المفاجئ أو فعل الغير لكي تنتفي علاقة السببية، ويشترط أن لا تكون القوة القاهرة أو

(1) أحمد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص317.

الحدث المفاجئ مسبقاً بخطأ من شركة المشروع، وإلا كانت مسؤولة بقدر هذا الخطأ⁽¹⁾. وإذا ما توافرت الأسباب التي تبرر للشركة الحق في تمديد مدة العمل في إنشاء وإنجاز المشروع، فإنه يكون من حق الشركة القيام بتمديد هذه المدة.

3. التزام شركة المشروع بالتنفيذ بنفسها.

عندما تتجه الدولة إلى التعاقد مع جهة استثمارية ما، لإقامة وإنشاء أحد المشاريع أو المرافق العامة، فإن الدولة تحرص على أن يتم اختيار هذا المستثمر أو الشركة بعناية فائقة من بين مجموعة من الشركات التي تقدمت للفوز بعقد المشروع، ويكون اختيار الدولة لهذه الشركة بالنظر إلى قدرتها المالية والفنية والتكنولوجية، لذلك في هذه الحالة فإن الدولة تتوقع من الشركة التي وقع عليها الاختيار لتنفيذ المشروع أن تقوم بالتنفيذ بنفسها بعد أن تم التعاقد معها، لذلك فإن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) تتضمن دائماً نصاً يحظر على الشركة أن تقوم بالتنازل عن كل أو جزء من العقد إلا بعد أخذ موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، لذلك فإنه من الصعب تصور إمكانية التنازل عن عقد الـ(B.O.T)⁽²⁾.

تنفيذاً لذلك فإن شركة المشروع تقوم بنفسها بالتنفيذ مما يترتب عليه عدة أحكام تتعلق بحكم

التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد.

(1) السنهوري، عبدالرزاق، 1989، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، العقود الواردة على عمل، مؤسسة روز اليوسف، ط2، ص96.

(2) أحمد، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، الإنشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص319.

أ. التعاقد من الباطن.

قد تقوم الشركة التي يعهد إليها تنفيذ المشروع، والتي تعاقدت مع الإدارة، بالاتفاق مع الغير من أجل القيام بتنفيذ جزء من التزاماتها الناجمة عن العقد، وبالتالي فإن التعاقد من الباطن يكون

إجراء من الإجراءات التي قد تحتاج إليها شركة المشروع من أجل تنفيذ العقد، وهو يعد أمراً اعتيادياً متى كان موضوع العقد يتضمن أعمالاً متعددة.

وموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يخضع لشكل معين، فقد تكون الموافقة صريحة وقد تكون ضمنية، وأن الهدف من هذه الموافقة هو إعطاء الشرعية على التعاقد من الباطن، وبالتالي فإن هذه الموافقة لا يترتب عليها قيام أي علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، ويبقى المتعاقد مع الإدارة مسؤولاً عن تنفيذ العقد، أما في حالة عدم موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، فإن ذلك يترتب آثاراً هامة بحيث يعتبر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن خطأ جسيماً يستوجب فسخ العقد وإيقاع الجزاء، وكذلك لا يمكن الاحتجاج بهذا التنازل أو التعاقد في مواجهة الإدارة، ويبقى المتعاقد معها مسؤولاً أمامها⁽¹⁾.

ب. التنازل عن العقد.

إن من يريد التعاقد مع الإدارة يتوجب عليه الالتزام بتنفيذ العقد شخصياً وأن يتحمل في ذلك أي مسؤولية تترتب على هذا العقد⁽²⁾.

(1) سلامة، كمال طالبة المتولي، (2008)، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 256.

(2) الجبوري، محمود خلف، (2010)، العقود الإدارية، عمان، دار الثقافة، ص 183.

وأن الالتزام بتنفيذ العقد شخصياً يترتب عليه عدم جواز التنازل عن العقد وعدم انتقال العقد إلى ورثة المتعاقد بعد وفاته، إلا في حسابات الدائنية والمديونية التي تنشأ عن العقد، وليس العقد بحد ذاته⁽¹⁾.

والتنازل عن العقد في هذه الحالة يعتبر تصرف قانوني يبرمه المتعاقد مع الغير، ويؤدي إلى إحلال الغير محله في أداء الالتزامات، واكتساب الحقوق التي تنشأ عن العقد المبرم بينه وبين الإدارة⁽²⁾.

ويعد التنازل عن العقد إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي، وبالتالي فإنه لا يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل عن العقد، أو أن يحل الغير محله لتنفيذ التزاماته التي تترتب بحقه جراء العقد كلها أو بعضها. والسبب في ذلك أن إقدام الإدارة على اختيار المتعاقد معها قائم على اعتبارات شخصية تتعلق بقدرته المالية وكفاءته الفنية، ومن هنا فإن تنازله عن العقد لحساب غيره يؤدي إلى الإخلال بهذه الاعتبارات⁽³⁾.

وفيما يتعلق باختيار شركة المشروع التي تتولى إقامة المرفق أو المشروع، فإن ذلك يتم في إطار المنافسة والعلانية، وهي عملية تدخل فيها اعتبارات الكفاءة والقدرة المالية والفنية، علاوة على أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تمتاز بطول المدة التي قد تصل إلى خمس وعشرين سنة، وهو أمر يزيد من أهمية الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد، وما يترتب على ذلك من وجوب قيام شركة المشروع بتنفيذ التزاماتها، وبالتالي عدم جواز التنازل عن العقد أو التصرف بأي شكل يؤدي

(1) الجبوري، محمود خلف، (2010)، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص185.

(2) نصار، جابر جاد (2002)، عقود البوت (B.O.T)، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص134.

(3) أمين، محمد سعيد حسين، 1991، المبادئ العامة في العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ص56.

إلى إحلال شركة أخرى محلها، لكن في الحالات التي ترى فيها جهة الإدارة أن التنازل عن العقد من قبل شركة المشروع يؤدي إلى تحقيق مصلحة الإدارة فإن التنازل في هذه الحالة يعتبر جائزاً متى اقترن ذلك بموافقة الإدارة وقبولها الصريح، ذلك لأن هذه القواعد لا تتصل بالنظام العام⁽¹⁾.

الفرع الثاني

الالتزام بتشغيل المشروع وصيانته

يترتب على شركة المشروع بعد انتهائها من تنفيذ المشروع بنفسها، التزام جديد وهو أن تتولى الشركة تشغيل هذا المشروع، وصيانته ومن ثم تدريب العاملين عليه.

أ. التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع:

يعد الالتزام بتشغيل المشروع ذو أهمية بالغة بالنسبة لطرفي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، إذ يعد التشغيل أمراً جوهرياً بالنسبة للشركة التي تم التعاقد معها من أجل إقامة المشروع أو المرفق، فمن خلال عملية التشغيل تستطيع الشركة استرداد ما أنفقته من أموال ومبالغ في بناء المشروع، وتزويده بالمعدات والأجهزة وتحقيق الربح كذلك، وهو أيضاً ذو أهمية كبيرة بالنسبة إلى الدولة المتعاقدة ذلك أن الخدمة الناتجة عن التشغيل هي الهدف الذي تتوخاه جهة الإدارة في العقد. كما أن كيفية التشغيل تلعب دوراً هاماً وتؤثر بشكل كبير على تنفيذ الشركة لالتزاماتها، حيث يتصل بذلك ضرورة التزام شركة المشروع بإجراء الصيانة الضرورية للمشروع، وتدريب العاملين فيه، وإدارته وفقاً للشروط والقواعد التي تم الاتفاق عليها في العقد.⁽²⁾

(1) نصار، جابر جاد (2002)، عقود البوت (B.O.T)، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية

التقليدية لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص135.

(2) نصار، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص145.

وهنا فإنه يحق للدولة والدائنين التأكد من أن عملية تشغيل المشروع وصيانته تسير وفقاً لما تم الاتفاق عليه وبحسب المعايير المدرجة في العقد، والتي غالباً ما توضع في جداول تتضمن المواصفات والمعايير المطلوبة في عملية التشغيل.

ويتوجب على الشركة التقيد التام بالمواصفات الفنية في عملية تشغيل المشروع، والالتزام بالقوانين والأنظمة، وكل ما يتعلق بالأمور الهندسية، ومراعاة قواعد السلامة والأمان في عملية التشغيل⁽¹⁾.

وهناك العديد من القواعد التي ترتبط بعملية تشغيل المشروع وإدارته، فإذا تعلق عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بمرفق عام يؤدي خدمة للجمهور، فإن هناك قواعد أساسية تتصل بسير المرافق العامة يتوجب على الشركة أن تراعي الالتزام بهذه القواعد⁽²⁾.

وقد رأينا من خلال دراستنا للمرافق العامة أنها عبارة عن مشروعات تهدف تقديم خدمات هامة للجمهور، ولما كانت هذه الخدمات تمس الأفراد في صميم حياتهم ويتوقف عليها إلى حد كبير أداء واجباتهم، فإنه يكون من الضرورة بمكان أن تخضع هذه المرافق لقواعد تضمن أن تحقق الهدف والغرض المرجو منها على أكمل وجه، ولهذا استقر الرأي السائد في فرنسا والدول الآخذة عنها، على إخضاع المرافق العامة، لعدد من القواعد الأساسية تمليها الاعتبارات العملية والعدالة

(1) سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 252.

(2) نصار، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص 145.

الاجتماعية قبل كل شيء⁽¹⁾، وتعرف هذه القواعد بقانون المرافق العامة، وتتمثل بما يلي:⁽²⁾

أولاً : مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ثانياً : مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.

ثالثاً : مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير.

وسوف نتناول هذه القواعد بالتفصيل على النحو التالي:

أولاً : مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد

تم الإشارة فيما سبق إلى أن المرفق العام يهدف إلى سد وإشباع حاجات عامة دائمة ومستمرة، وبالتالي فإنه يتوجب أن يستمر المرفق في أداء وتقديم الخدمة، إذ أن توقف المرفق عن تقديم الخدمة يتعارض مع طبيعة المرفق العام سواء كان التوقف عن تقديم الخدمة مؤقتاً أم دائماً⁽³⁾. ذلك أن الأفراد لا يعتمدون إلى اتخاذ التدابير والاحتياطات في تأمين حاجاتهم اليومية بغير طريق المرافق العامة بل يطمئنون إلى أن كثيراً من شؤونهم وأمورهم تدبر من خلال المرافق العامة، فلا يتخذون احتياطات منها على سبيل المثال لا الحصر تأمين مياه الشرب أو الكهرباء، معتمدين بذلك على مرفق توريد الماء والكهرباء، كما أن أغلب الأفراد يعتمدون في تنقلهم داخل المدن على مرفق النقل، ومن هنا فإن أضراراً كبيرة قد تلحق بالدولة والأفراد في حال تعطل هذه المرافق العامة ولو لفترة قصيرة.⁽⁴⁾

(1) الطماوي، سليمان، (2007)، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص498.

(2) القبيلات، حمدي، (2008)، القانون الإداري، مرجع سابق، ص297.

(3) نصار، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص147.

(4) الطماوي، مرجع سابق، ص500.

وبناءً على ما تقدم فإن فقهاء القانون يجمعون على أن مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد يعتبر من أهم القواعد التي تحكم المرافق العامة، لكي يتمكن المنتفع من الخدمة التي يقدمها المرفق من الحصول على هذه الخدمة في الزمان والمكان المتعارف عليه. وعلى الرغم من عدم النص على مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد صراحة في التشريعات إلا أن الفقه والقضاء الإداريين يسلمان بوجود هذا المبدأ كقاعدة قانونية⁽¹⁾.

ثانياً: مبدأ المساواة أمام المرافق العامة.

تعتبر المساواة من أهم المبادئ التي تحكم سير هذه المرافق، وقد أكدت عليها جميع الشرائع السماوية، وفي مقدمتها الشريعة الإسلامية، إذ قال تعالى في كتابه العزيز ﴿إِنَّ أَهْلَ النَّاسِ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ نَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ خَبِيرٌ﴾ [الحجرات: 13]، كما أكد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على هذا المبدأ حيث نص على أنه "يولد جميع الناس أحراراً متساويين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء"⁽²⁾، وكذلك أكدت دساتير الدول ومن بينها الأردن هذا المبدأ حيث نصّ الدستور الأردني على أن "الأردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وإن اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين"⁽³⁾.

(1) القبيلات، حمدي، (2008)، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 298.

(2) المادة (1) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

(3) المادة (6) من الدستور الأردني.

إلا أن المساواة أمام المرافق العامة لا تعني المساواة المطلقة، أي تلك التي يجوز فيها لأي فرد في الجماعة الاستفادة من خدمات المرفق العام دون قيد أو شرط، بل تعني المساواة بين جميع الأشخاص الذين تتوافر فيهم الشروط التي يتطلبها المرفق للاستفادة من خدماته، والتي تحددها قوانين وأنظمة المرفق كاشتراط الحصول على شهادة معينة، أو اجتياز اختبار ما للدخول في الجامعة، أو دفع مبلغ محدد من المال، فلغرض تطبيق قاعدة المساواة أمام المرافق العامة بين المنتفعين، يتوجب أن يكون هؤلاء المنتفعين في نفس المركز ونفس الظروف، ومعنى ذلك أنه لا يؤثر في مبدأ المساواة اختلاف الرسم أو السعر المطلوب، والذي يجب على المنتفع دفعه للاستفادة من المرفق إذا كان بسبب اختلاف المكان، أو اختلاف الغرض من الاستفادة أو اختلاف نوع الخدمة المطلوبة⁽¹⁾. وهنا لا بد من الإشارة إلى مبدأ حياد المرافق العامة، وأن يكون تشغيلها على أساس تحقيق المصلحة العامة، دون النظر لأي اتجاهات سياسية أو مصالح خاصة أو محاباة⁽²⁾.

وقد أكدت محكمة العدل العليا على مبدأ المساواة بقولها "لقد استقر الفقه والقضاء على أن المقصود بمبدأ المساواة أمام القانون... هو عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة إذا تماثلت مراكزهم القانونية، وليس المساواة بين طائفة من الأفراد كطائفة الموظفين وبين طائفة أخرى غيرها كطائفة الطلاب"⁽³⁾.

كما أن الأصل في مبدأ المساواة أمام المرافق العامة أن تكون المساواة بين المنتفعين من خدمات المرافق في المزايا والأعباء والتكاليف، فإذا ما توافرت في المنتفعين شروط الانتفاع من خدمات المرفق، فيجب أن تقدم هذه الخدمات بالتساوي كأن يستفيد الكافة في خدمات مرفق المياه،

(1) القبيلات، حمدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص310.

(2) الحلو، ماجد راغب، 1994، القانون الإداري، مرجع سابق، ص437.

(3) محكمة العدل العليا، قرار رقم (77/34)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1977، ص977.

إذا استوفى الشروط اللازمة لذلك، ودفع الرسوم المطلوبة، وهنا يتوجب على الإدارة أن تعامل المنتفعين من خدمات المرفق ممن تماثلت مراكزهم القانونية على قدم المساواة وبدون تمييز، إلا أنه إذا اختلفت المراكز القانونية فلا يمكن المطالبة بالمساواة في الانتفاع بخدمات المرفق، وكذلك الحال بالنسبة للأعباء والتكاليف التي يفرضها المرفق فيجب على الإدارة استيفاء ذات الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق متى تساوت مراكزهم القانونية، وكذلك الأمر بالنسبة للضرائب⁽¹⁾، وهذا ما أكدته الدستور الأردني حيث نص على "لا تفرض ضريبة أو رسم إلا بقانون، ولا تدخل في بابهما أنواع الأجور.... وعلى الحكومة أن تأخذ في فرض الضرائب بمبدأ التكليف التصاعدي مع تحقيق المساواة والعدالة الاجتماعية، وأن لا تتجاوز مقدرة المكلفين على الأداء وحاجة الدولة إلى المال"⁽²⁾.

ثالثاً: مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير.

تلعب هذه القاعدة دوراً هاماً في عملية تطوير المرافق العامة والارتقاء بمستوى الخدمة التي يقدمها، إذ أنه ليس في المصلحة العامة الإبقاء على الأساليب والطرق التقليدية والقديمة التي كانت المرافق العامة تقدم خدماتها بها، بل لا بد للمرافق العامة أن تواكب التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة، وأن تسعى للإفادة من كل ما هو جديد في مجال العلم خاصة فيما إذا كان هذا التطور يسهم في تحسين أداء المرافق العامة وما تقدمه من خدمات، وبالبناء على ذلك فإنه يحق للإدارة القائمة على المرفق أن تدخل في تنظيمه وتشغيله وعلاقته مع المنتفعين؛ كل ما من شأنه أن يسهم في رفع سوية المرفق، والارتقاء بمستوى ما يقدمه من خدمات، وليس للأفراد المنتفعين من خدمات المرفق، أو العاملين فيه أي حق مكتسب في الإبقاء على الأسلوب القديم في إدارة المرفق وتنظيمه،

(1) القبيلات، حمدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 310، 311.

(2) مادة (111) من الدستور الأردني.

لأن ذلك من مقتضيات المصلحة العامة⁽¹⁾. فيجوز للإدارة على سبيل المثال أن تقوم بتعديل شروط الانتفاع من المرفق والقواعد التي تحكم عمله.

وقد أخذ المشرع الأردني بمبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير في قوانين عقود الامتياز التي أبرمتها الحكومة مع بعض الشركات، وأجاز للإدارة مانحة الامتياز تعديل بعض التزامات حامل الامتياز من حيث مقدار الخدمة العامة للمنتفعين في مجال عقد الامتياز سواء بزيادتها أو إنقاصها، مثل اتفاقية امتياز شركة الكهرباء الأردنية المساهمة في عمان رقم (50) لسنة 1950، وعقد امتياز شركة مصفاة البترول الأردنية رقم (19) لسنة 1958.

ب. التزام الشركة بصيانة المشروع.

تتجلى أهمية الالتزام بصيانة المشروع في أنه يتوجب على الشركة في نهاية مدة العقد أن تقوم بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة (الدولة) في حالة جيدة تجعله صالحاً للتشغيل، وهو أمر يحتم على شركة المشروع الالتزام بإجراء الصيانة الدورية اللازمة حتى يظل المشروع بحالة جيدة⁽²⁾. وهنا يجب أن يتضمن العقد مواعيد محددة للصيانة، ويجب أن يتضمن كذلك النص على مدى سلطة ودور الإدارة في التحقق من أن الصيانة تمت بشكل جدي، وفي حالة لم ينص العقد على هذه المواعيد، فإن التزام الشركة بإجراء الصيانة يكون وفقاً لما يجري عليه العرف⁽³⁾.

(1) القبيلات، حمدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص312.

(2) العطية، خالد بن محمد، (1999)، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ص122.

(3) نصار، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص151.

ج. التزام شركة المشروع بتدريب العاملين.

ويعني ذلك أنه يقع على عاتق شركة المشروع واجب تزويد العاملين في المشروع والتابعين للدولة المتعاقدة بالمهارة والثقافة العملية والفنية والنظرية اللازمة للقيام بالعمل محل التدريب، وهذا الأمر يتطلب أن تبدأ عملية التدريب في مواعيد ملائمة تمكن الدولة المتعاقدة من تشغيل المشروع بالكفاءة اللازمة عند نقله إليها⁽¹⁾. وفي الأردن ولغايات الاستفادة من ميزة الاعفاءات الضريبية والجمركية التي تقدمها الإدارة (الحكومة) للمستثمرين، فإنه يجب على شركة المشروع القيام بتعيين وتشغيل نسبة من الأردنيين في المشروع وإعلام لجنة الحوافز الاستثمارية بذلك، وكذلك يتوجب عليها تعيين مدقق حسابات وتقديم أي وثائق متعلقة بموجودات الشركة.

ويرتبط بهذا الالتزام واجب آخر يقع على عاتق شركة المشروع، وهو الالتزام بتدريب العاملين في المشروع على التكنولوجيا المستخدمة في عملية تشغيل المشروع وإدارته، قبل تحويله إلى الدولة، ويحدد العقد الفترة الزمنية التي يتوجب على شركة المشروع أن تبدأ فيها بتدريب العاملين وإعدادهم، ومواضيع التدريب التي تمكن العاملين من تشغيل المرفق بعد تحويله إلى الدولة⁽²⁾.

(1) نصار، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص 150، 151.

(2) القطب، طرف خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 380.

المطلب الثاني

التزامات المتعاقد تجاه الإدارة

يقع على عاتق شركة المشروع عدة التزامات تجاه الإدارة التي تعاقدت معها، وهي التزامات

يتوجب على الشركة التقيد بها. وسوف تقوم هذه الدراسة ببيان هذه الالتزامات في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: الالتزام بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة.

الفرع الثاني: الالتزام بتقديم الضمانات على حسن التنفيذ.

الفرع الثالث: الالتزام بنقل التكنولوجيا.

الفرع الأول

الالتزام بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة

إن نقل ملكية المشروع أو المرفق إلى الدولة عند نهاية مدة العقد يعتبر التزاماً رئيساً في

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وبالتالي فإن هذا الالتزام يقع على شركة المشروع أو المستثمر

بعد انتهاء الفترة المحددة في العقد لتشغيل واستغلال المشروع، فعند انتهاء هذه الفترة يجب تسليم

المشروع إلى الدولة المتعاقدة⁽¹⁾، ويجب أن يتم هذا الالتزام بدون مقابل، وأن يكون المشروع بحالة

جيدة تسمح باستغلاله من قبل الدولة التي ربما تجد إن من مصلحتها استمرار شركة المشروع في

إدارته فتجدد لها العقد مرة أخرى⁽²⁾.

(1) بدران، محمد محمد، النظام القانوني لمشروعات البوت، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات

الـ(B.O.T) المنعقد بواسطة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 1997، ص15.

(2) سلامة، كمال طلبة متولي، (2008)، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ(B.O.T) دراسة

مقارنة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، ص257.

ومرد ذلك التزام شركة المشروع في نهاية مدة العقد بنقل جميع مالها من حقوق ملكية في الأصول، بما في ذلك المعدات والأجهزة والمركبات وقطع الغيار المستخدمة في تشغيل المشروع إلى الدولة المتعاقدة⁽¹⁾.

والقاعدة الأساسية في هذا الالتزام هي أن المشروع ينبغي أن يكون تصميمه قد تم وفقاً لدراسة الجدوى الاقتصادية التي أعدت له، وعلى نحو يمكن الشركة من تعويض ما أنفقته في إقامة المشروع وتشغيله، وتحقيق الربح خلال مدة الاستغلال، وذلك لكي يتم نقل المشروع إلى الدولة المتعاقدة دون تعويض، أو لقاء تعويض رمزي حسبما تم الاتفاق عليه في العقد المبرم بين الطرفين، كما يستوجب أن تكون كافة أصول المشروع خالية من أية رهون عند إعادة المشروع إلى الدولة⁽²⁾. كما تلتزم الشركة بموجب هذا الالتزام أن تقوم بتسليم الشخص المعنوي العام الذي تعاقد معها كافة الوثائق والمستندات الضرورية لتشغيل المشروع، وأية وثائق أو تصاميم أو رسومات والسجلات وجميع المعلومات الخاصة بتشغيل المشروع.⁽³⁾

ولغايات تحديد حالة المشروع عند إعادته للدولة، فقد يتفق الطرفان على تعيين مكتب خبرة لتحليل وتقييم حالة المشروع من خلال إعداد تقدير يبين الحالة الفنية لهذا المشروع⁽⁴⁾.

(1) سرى الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 86.

(2) العطية، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 137.

(3) مشار إليه لدى أحمد، النظام القانوني لعقد ال (B.O.T) مرجع سابق، ص 329.

(4) بدران، النظام القانوني لمشروعات البوت، مرجع سابق، ص 11.

الفرع الثاني

الالتزام بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتعويضات الاتفاقية

يتضمن الاتفاق المبرم بين شركة المشروع (المستثمر) والإدارة المتعاقدة عادة، نصاً يلزم الشركة بتقديم خطابات ضمان غير مشروطة بهدف ضمان تنفيذ الشركة لالتزاماتها المتعلقة بتصميم وإنشاء المشروع، من جهة، والتزامها بنقل أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة العقد بحسب ما تم الاتفاق عليه من شروط من جهة أخرى، وغالباً ما يبقى خطاب الضمان غير المشروط الخاص بضمان التصميم والإنشاء سارياً إلى حين الانتهاء من أعمال التصميم والبدء بعملية التشغيل التجاري للمشروع⁽¹⁾. وغالباً ما يشكل خطاب الضمان نسبة مئوية من قيمة التكاليف الإجمالية للمشروع (5% مثلاً)⁽²⁾.

كما وينص عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في أغلب الأحيان على التزام شركة المشروع بسداد تعويضات اتفاقية للدولة المتعاقدة، فلا يكاد عقد B.O.T أن يخلو من النص على هذا الالتزام.

وتهدف هذه التعويضات الاتفاقية إلى تأمين التعويض للدولة المتعاقدة في حالة إخلال الشركة في عملية إتمام أعمال المشروع وتجهيزه للتشغيل التجاري في الميعاد المتفق عليه⁽³⁾، وكذلك تعويض الجهة الإدارية المتعاقدة عن أية أضرار قد تنشأ جراء إخلال شركة المشروع

(1) أحمد، ماهر محمد حامد، (2004)، النظام القانوني لعقد البوت (B.O.T)، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، ص 331.

(2) انظر في ذلك: د.محسن شفيق مرجع سابق، ص 65 وما بعدها.

(3) سرى الدين، هاني، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 256.

بالتزاماتها المتعلقة بأعمال التشغيل والصيانة، وفقاً للشروط المتفق عليها، كحدوث انخفاض في كفاءة المشروع من الناحية الفنية أو انخفاض القدرة الإنتاجية له، أو توقف المشروع عن التشغيل لفترات غير تلك المتعلقة بأعمال الصيانة الدورية للمشروع⁽¹⁾.

الفرع الثالث

الالتزام بنقل التكنولوجيا

يشكل عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وسيلة هامة لنقل التكنولوجيا من الدول المتقدمة إلى الدول النامية لاستخدام هذه التكنولوجيا في عملية إنشاء المرافق العامة وإدارتها، إذ أن استخدام التكنولوجيا الحديثة التزام يقع على عاتق شركة المشروع التي تتعاقد مع الإدارة لإقامة المرفق موضوع العقد من أجل الحصول على مستوى من الأداء والجودة العالية في تقديم الخدمة لجمهور المنتفعين بما يقدمه المرفق من خدمات، بالإضافة إلى أن نقل التكنولوجيا الحديثة يعتبر مصلحة للشركة القائمة على المشروع، إذ يكفل لها حسن الإدارة وتحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، إذ أن دخول التكنولوجيا الحديثة يقلل من الاعتماد على الأيدي العاملة، وفي ذات الوقت تقديم الخدمة الجيدة⁽²⁾، كما أن الدولة المتعاقدة لها أيضاً مصلحتها في الحصول على تكنولوجيا متقدمة تساعدها في تحقيق التنمية الاقتصادية. ويعتبر الالتزام بنقل التكنولوجيا من أبرز الالتزامات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك بسبب ضخامة المشروعات محل هذه العقود، مما

(1) سرى الدين، هاني، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 256.

(2) نصار، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص 151.

يستوجب الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة، وهنا يحق للدولة المضيفة للمشروع أن تطلب استخدام التكنولوجيا التي تتفق وخططها التنموية.⁽¹⁾

(1) نصار، مرجع سابق، ص152.

المبحث الثاني

حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها والجزاء المترتب عليها

تناول الباحث في مبحث سابق التزامات شركة المشروع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مبيناً أن هناك عدة التزامات تقع على عاتق الشركة لا بد لها من تنفيذها، سواء كانت هذه الالتزامات متعلقة بالمشروع ذاته كالالتزام بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها خلال المدة المحددة والالتزام بتشغيل المشروع وصيانته، أو التزامات الشركة تجاه الإدارة، كالالتزام بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقدة والالتزام بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتعويضات الاتفاقية، والالتزام بنقل التكنولوجيا، ولا بد هنا من البحث في حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها التي يتوجب عليها الوفاء بها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، وما قد يترتب عليها من جزاءات جراء هذا الإخلال.

وعلى ذلك سوف تناقش هذه الدراسة في هذا المبحث حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها وما يترتب عليها من جزاءات جراء إخلالها بهذه الالتزامات، وذلك في مطلبين وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على شركة المشروع جراء الإخلال بالتزاماتها.

المطلب الأول

حالات إخلال شركة المشروع بالتزاماتها

يتوجب على الشركة المتعاقدة مع الإدارة لإنشاء وتشغيل المشروع بموجب عقد البوت أن تعمل على الوفاء بالتزاماتها بموجب العقد، وأن لا تقصر في إنجاز هذه الالتزامات، إلا أنه في بعض الأحيان قد تخل الشركة بهذه الالتزامات التعاقدية، وقد يأخذ هذا الإخلال عدة أشكال، فقد يكون بالامتناع عن التنفيذ أو التأخير في التنفيذ ضمن مدة العقد أو تنفيذ العقد على نحو مخالف للشروط المتفق عليها مع الإدارة.

ويحدد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية حالات الإخلال بتنفيذه والجزاء المترتب على ذلك

من خلال:

أولاً : الامتناع عن التنفيذ.

ثانياً : التأخير في التنفيذ ضمن مدة العقد.

ثالثاً : تنفيذ العقد على نحو مخالف للشروط المتفق عليها مع الإدارة.

أولاً : الامتناع عن التنفيذ.

تعتبر شركة المشروع مخلة بالتزاماتها التعاقدية عند امتناعها عن تنفيذ الالتزامات المترتبة عليها، كأن تقوم الشركة بالامتناع عن تحضير وإعداد الوثائق والمستندات التقنية اللازمة للبدء في البناء أو الصيانة، وفقاً للجدول الزمني المحدد في العقد، وبالإستناد لما تم التوافق عليه من معايير، ويعد من قبيل الإخلال بالالتزامات التعاقدية امتناع الشركة المتعاقدة مع الإدارة عن تزويد

الدولة بالمستندات المطلوبة من أجل تمكين الإدارة من إجراء الرقابة والإشراف على تنفيذ المشروع في كافة مراحله⁽¹⁾.

ثانياً: التأخير في التنفيذ ضمن مدة العقد.

تحدد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لبعض الالتزامات مدة محددة يتوجب إنجازها ضمن هذه المدد، وإن أي تأخير في إنجاز هذه الالتزامات عن الأوقات المحددة سلفاً في العقد يعد إخلالاً بالالتزامات التعاقدية. كأن تتأخر شركة المشروع في عملية بناء المرفق العام الأمر الذي ينعكس سلباً على المرفق، ويؤدي إلى التأخير في عملية التشغيل وفوات نسبة من الإيرادات التي ينبغي تحقيقها، أو أن تتأخر الشركة في عملية تدريب العاملين في القطاع العام قبل مدة زمنية كافية في تاريخ انتهاء العقد الأمر الذي يحول دون قدرة الدولة على تشغيل المرفق العام بعد أن تُنقل ملكيته إليها⁽²⁾.

ثالثاً: تنفيذ العقد على نحو مخالف للشروط المتفق عليها مع الإدارة.

توجب العقود بشكل عام على أطرافها تنفيذ بنود وشروط العقد، وفقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، وأي مخالفة أو إخلال بهذه البنود والشروط يجعل التنفيذ معيباً وتشكل إخلالاً بالالتزامات الناشئة عن العقد، كأن يتم بناء المرفق على وجه يخالف ما تم الاتفاق عليه من مواصفات محددة في العقد، أو أن تقوم شركة المشروع بتحديد أسعار تتجاوز السقف المسموح به في العقد⁽³⁾.

(1) القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 382.

(2) القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 382.

(3) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي - الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك 28/مايو - 14/يونيو، بعنوان الأعمال المقبلة الممكنة - مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، ص 21.

جزاء التنفيذ المعيب.

تملك الجهة الإدارية التي تعاقدت مع الشركة على إنشاء المشروع أن تعهد العمل وهو في يد الشركة لتراقب سير العمل وما إذا كان يتم وفقاً للاتفاق المبرم بين الطرفين، وبحسب الشروط والمواصفات المتفق عليها بين الإدارة وشركة المشروع، وإن الشركة ملتزمة بتنفيذ العمل طبقاً لما هو متعارف عليه، فإذا ما تبين إن شركة المشروع قد أخلت ببعض الشروط والمواصفات، فإن للإدارة - في هذه الحالة - حق التدخل لإيقاف شركة المشروع عن المضي في عملها المعيب والمنافي لما تم التوافق عليه من شروط⁽¹⁾.

ولا بد لنا في هذه الحالة من التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون إصلاح العيب في طريقة التنفيذ مستحيلاً، ولا يمكن إصلاح طريقة التنفيذ إلا بهدم المشروع كاملاً، وهنا يحق للإدارة بداية أن تطلب فسخ العقد لمخالفة شركة المشروع للشروط المتفق عليها.

الفرض الثاني: أن يكون إصلاح العيب في طريقة التنفيذ ممكناً، فهنا يجب على الإدارة البدء بتوجيه الإنذار للشركة لإصلاح طريققتها في التنفيذ، ولا يحق للإدارة أن تطلب فسخ العقد ما دام أنه يمكن إصلاح العيب⁽²⁾.

ولا يشترط شكلية معينة في الإنذار، وتحدد الإدارة لشركة المشروع أجلاً معقولاً لإصلاح العيب، فإذا انصاعت الشركة وقامت بإصلاح العيب خلال هذا الأجل، فإنه يحق لها المضي في العمل على الوجه الصحيح، أما إذا قامت الشركة بالمنازعة بأن ادعت بأن ما تقوم به من عمل هو

(1) أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص336.

(2) شنب، محمد لبيب، (1962)، شرح أحكام عقد المقاولة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص93.

صحيح وإن عملها غير معيب، أو سلمت بالعييب دون إصلاحه خلال الأجل المحدد، فإن للإدارة أن ترفع الأمر إلى القضاء، دون انتظار إنجاز العمل على نحو معيب ومخالف لشروط العقد وتطلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على الإخلال بالتزامات شركة المشروع

تحدد عقود عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الجزاءات التي من الممكن إيقاعها على شركة المشروع في حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وتهدف هذه الجزاءات إلى حمل الشركة المخلة بالتزاماتها على التقيد بها، وفقاً لشروط العقد وإصلاح ما نتج عن هذا الإخلال من أضرار لحقت بالإدارة والمشروع.

الفرع الأول

التنفيذ العيني

إذا ما أخلت شركة المشروع بالتزاماتها وعلى وجه الخصوص التزامها بإنجاز المشروع وفقاً لما تم الاتفاق عليه من شروط، وضمن المدة المحددة، والتزامها بنقل ملكية المشروع إلى الدولة المتعاقدة معها بعد انقضاء فترات الاستغلال، فيمكن جبرها على التنفيذ العيني، إذا كان التنفيذ العيني - في حد ذاته - ممكناً⁽¹⁾.

فإذا فرضنا أن الشركة القائمة على التنفيذ قامت بمخالفة الشروط المتفق عليها في مرحلة إنجاز العمل، أو أبدت تقصيراً في الكفاءة الفنية بسبب سوء اختيار ما تم استخدامه من مواد في

(1) أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 335.

العمل، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة التي تعاقدت مع الشركة أن تطالب بالتنفيذ العيني إن كان التنفيذ العيني ممكناً، أو أن تطلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين، إن كان له مقتضى، وقبل ذلك يجب أن تعذر الإدارة شركة المشروع، كما تقضي بذلك القواعد العامة. وكذلك الحال إن لم يكن العمل المطلوب إنجازه قد روعيت فيه اعتبارات متعلقة بالشركة وقدراتها كإقامة أبنية، أو وضع تصاميم لطرق أو جسور أو إلى غير ذلك، فإنه يجوز للإدارة المتعاقدة الطلب من القضاء الترخيص لتنفيذ الالتزام عن طريق شركة أخرى وعلى حساب الشركة الأولى، إذا كان التنفيذ ممكناً.

وقد تناول المشرع الأردني التنفيذ العيني ونص عليه في القانون المدني بقوله "1- يجبر

المدين بعد إعداره على تنفيذ ما التزمه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً".⁽¹⁾

2- على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز للمحكمة بناء على طلب المدين أن

تقتصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيماً"⁽²⁾.

فمن خلال نص المادة السابقة يتضح لنا أن للمحكمة أن تجبر المدين على تنفيذ التزامه

عينياً بعد إعداره إذا كان هذا التنفيذ ممكناً، إلا أنه إذا كان التنفيذ العيني يؤدي إلى إرهاب المدين

والحاق الضرر به فإنه يجوز للمحكمة إذا طلب منها المدين ذلك أن تقضي بتعويض الدائن إذا

كان ذلك لا يؤدي إلى الحاق ضرراً كبيراً بالدائن.

(1) أحمد، النظام القانوني لعقد ال (بوت)، مرجع سابق، ص335.

(2) مادة (355) من القانون المدني الأردني.

الفرع الثاني

غرامة التأخير

تملك الدولة الحق في فرض غرامات التأخير في حال تأخرت شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحيث يترتب عن كل يوم تأخير غرامات محددة إلى أن تقوم الشركة بتنفيذ الالتزام المطلوب منها⁽¹⁾.

وتحدد عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مقدار هذه الغرامات والحالات التي تستوجب الغرامة، وكذلك الحد الأقصى لأيام التأخير، فإذا ما تم تجاوز هذا الحد المسموح به فإنه يحق للدولة إنهاء العقد والمطالبة بالتعويض، ذلك لأن هذه العقود تقوم على مراحل متعددة يرتبط بعضها ببعض الآخر، وإن من شأن التأخير في تنفيذ الالتزامات أن يربك سير مراحل العقد وتعطيلها عما هو محدد لها من جدول زمني.

وبالتالي فإن فرض الغرامات يهدف إلى حمل شركة المشروع على تنفيذ التزاماتها خلال المدد المحددة.

وأغلب الأحيان أن تنص العقود على مبالغ مالية كبيرة تصل في بعض الأحوال إلى عشرات الآلاف من الدولارات عن اليوم الواحد، وكثيراً ما ينص الاتفاق المبرم بين الطرفين على أنه إذا تجاوز التأخير فترة معينة فإنه يحق للدولة إنهاء الاتفاق، ما لم يكن التأخير عائداً إلى تقصير الجهة الإدارية المتعاقدة أو لسبب أجنبي، أو القوة القاهرة⁽²⁾.

(1) القطب، مروان، مرجع سابق، ص 384.

(2) راجع في ذلك: سرى الدين، هاني، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص 256.

وتستطيع الدولة إيقاع غرامة التأخير على الشركة دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ويعتبر ذلك أحد الامتيازات التي تتمتع بها الدولة في مواجهة الشركة، مما يدل على الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.⁽¹⁾

"فالغرامات هي مبالغ إجمالية، تقدرها الإدارة مقدماً، وتتص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ، وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري⁽²⁾."

الفرع الثالث

المطالبة بالتعويض

يحق للمتعاقد الذي لحقه الضرر من إخلال المتعاقد الآخر بالوفاء بالتزاماته التعاقدية المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر، وكثيراً ما تحدد العقود مقدار التعويض كأن يشمل التعويض الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، وكذلك الكسب أو حصره بالخسارة دون الكسب الفائت⁽³⁾.

وتعتبر التعويضات الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية ما لم ينص على جزاءات مالية في مواجهة الإخلال بالالتزامات. كما أن النظام القانوني للتعويضات قريب من نظامها المدني بخصوص كيفية تقدير التعويض، وفي شرط توفر ركن الضرر، على أن كلاً من النظامين القانوني والمدني يختلفان في كيفية تحصيل هذه التعويضات على النحو التالي:

-
- (1) القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 384.
 (2) الطماوي، سليمان (2008)، الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة، القاهرة، دار الفكر العربي، ص 490.
 (3) القطب، مروان، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 385.

1. التعويض لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر كما هو الحال في القانون الخاص، كما أن التعويض يقدر وفقاً لجسامة الضرر الحاصل للإدارة، مع الأخذ بالاعتبار الأخطاء التبادلية لطرفي العقد وفقاً للقواعد المدنية.

2. بخصوص طريقة تقدير حجم التعويض، فقد سمح مجلس الدولة الفرنسي على سبيل المثال لا الحصر للإدارة بأن تحدده هي مقدماً، وللمتعاقد الآخر أن ينازع أمام القضاء هذا التقدير، كما يجوز للإدارة العدول عن استعمال هذا الحق وتركه لتقدير القضاء⁽¹⁾.

كما يسمح التشريع الفرنسي للإدارة في الكثير من الأحيان باللجوء إلى تحصيل قيمة التعويضات بموجب أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة⁽²⁾.

وقد تحدث المشرع الأردني عن التنفيذ بطريق التعويض في المادة 360 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 حيث نص على أنه: "إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على رفض التنفيذ حددت المحكمة مقدار الضمان الذي تلزمه المدين مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين.

(1) الطماوي، سليمان، الأسس العامة، للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 488.

(2) مشار إليه لدى الطماوي، مرجع سابق، ص 488.

الفرع الرابع

فسخ العقد*

من الطبيعي في العقود الإدارية استمرار تنفيذها إلى أن ينجز المتعاقد مع الإدارة العمل المطلوب منه إنجاز، فيجب عليه الاستمرار في تنفيذ العقد إلى أن تنتهي مدته، إلا أنه في بعض الأحيان قد تستجد بعد إبرام العقد، وخلال فترة تنفيذه ظروف تؤدي إلى فسخ العقد قبل انتهاء مدته المحددة.

وفي إطار الحديث عن فسخ العقد من قبل الإدارة بسبب إخلال شركة المشروع بالتزاماتها فإن الفسخ هنا قد يكون فسخاً قضائياً وقد يكون فسخاً اتفاقياً.

وقد جاء النص على الفسخ القضائي في القانون المدني الأردني بقوله:

"1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه.

2- ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى، ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إن كان له مقتضى"⁽¹⁾.

وكذلك نص القانون المدني الأردني على أنه "إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى

الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض"⁽²⁾، مما يعني أنه إذا ما حكم

* الفسخ هو إنهاء أو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد. أحمد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص337.

(1) مادة (246) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

(2) مادة (248) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

القاضي بفسخ العقد، فإنه يتوجب إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد، وكأن العقد لم يكن أساساً⁽¹⁾.

ويجوز للمتعاقدان الاتفاق على فسخ العقد بحكم القانون دون الرجوع إلى القضاء في حال عدم الوفاء بالالتزام، وهو ما يسمى (الفسخ الاتفاقي الذي جاء النص عليه في المادة 245 من القانون المدني الأردني، مما يعني أن العقد يفسخ تلقائياً إذا لم يوف المدين بالتزامه، ودون الحاجة إلى التوجه إل القضاء لرفع دعوى الفسخ، لكن الدعوى ترفع إذا ما قام المدين بالمنازعة بأن ادعى بأنه نفذ التزامه، ففي هذه الحالة فإن دور القاضي يقتصر على التحقق من أن المدين لم ينفذ التزامه، فإذا ما ثبت له ذلك فإنه يقضي بفسخ العقد، على أن حكمه هنا يعتبر مقررًا للفسخ لا منشأ له⁽²⁾، إلا أن الشرط لا يعف من إعدار المدين، إلا أنه للمتعاقدين أن يتفقا صراحة على الإعفاء من شرط الإعدار.

ومن هنا فإن للمتعاقدين أن يتفقا وقت إنشاء العقد على إمكان فسخ الرابطة العقدية بحكم الاتفاق، وهذا الاتفاق جائز في قوانين متعددة بعضها نصت على ذلك صراحة وبعضها تركت ذلك للقواعد العامة ولم تنص على الفسخ الاتفاقي⁽³⁾.

إلا أن إجراء الفسخ على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية له مساوئ وأضرار كبيرة، وذلك لأن هذه العقود تحتاج إلى الكثير من النفقات والاستعدادات والتجهيزات، وإن ما ينتج عن فسخ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من أضرار لطرفي العقد يفوق ما يرجى منه من منافع خاصة

(1) الفار، عبدالقادر (2006)، مصادر الالتزام، عمان، دار الثقافة، ص158.

(2) الفار، عبدالقادر (2006)، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص159.

(3) الفضل، منذر (1991)، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني - دراسة مقارنة، الجزء الأول، ط1، بدون ناشر.

إذا جاء الفسخ في مراحل متأخرة، وبعد مضي مدة من التعاقد يكون تنفيذ العقد فيها قد قطع شوطاً طويلاً، فعلى سبيل المثال إذا نشأ نزاع بشأن صلاحية المعدات عند إجراء التجارب على المشروع، ورأت الإدارة عدم مطابقة المعدات للمواصفات المتفق عليها في العقد وطالبت باستبدالها، في حين ادعت شركة المشروع أن هذه المعدات مطابقة للمواصفات المتفق عليها وأصررت على ذلك، فإن ترك هذا النزاع إلى الحلول التي يفرضها القانون يؤدي بكل تأكيد إلى فسخ عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وبترتب على ذلك التعويض عن الماضي والمستقبل في حال قضت المحكمة بفسخ العقد، إلا أن هذا الفسخ لا يحقق المصلحة لطرفي العقد، فالإدارة عند التعاقد لم تكن تبحث عن التعويضات، وبالتالي ما هي الفائدة التي تجنيها الإدارة من فسخ العقد بعد أن وصل المشروع إلى مراحل متقدمة، وكذلك الحال بالنسبة لشركة المشروع فليس بالسهولة تعويضها عما بذلته من وقت ومال وجهد خلال عملها بالمشروع. لذلك فإن الفسخ في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يعد جزءاً عادياً جراء التخلف عن الوفاء بالالتزام، بل هو إجراء مدمر يجب عدم اللجوء إليه إلا بسبب مخالفة جوهريّة⁽¹⁾، وبعد استكمال سلسلة من الوسائل التي يمكن أن يوفرها العقد لشركة المشروع المتخلفة عن التنفيذ لإصلاح المخالفة، وتجنب الفسخ، فإذا استعصى الحل، وأصبح لا بد من فسخ العقد، فمن الخير التخفيف من آثاره قدر المستطاع. إلا أننا قد نواجه مشكلة في تحديد معيار المخالفة الجوهرية، خاصة وأن العقود لا تضع تعريفاً أو معياراً (للمخالفة الجوهرية) التي توجب فسخ العقد، ولكن من الممكن التغلب على هذه الإشكالية من خلال بعض التطبيقات التي توردها العقود، والتي من خلال تحليلها يتبين أن المطلوب هو الامتناع عن التنفيذ الذي يتسبب بإحداث

(1) شفيق، محسن، عقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، ص 88، 89.

ضرر باهظ للدائن (الإدارة) يفوت عليه المنفعة التي كان يتغياها في العقد⁽¹⁾. وإذا ما صار إلى الفسخ فإن آثاره يجب حصرها في أضيق نطاق وذلك من خلال أمرين⁽²⁾:

1. رفض العقد لفكرة الأثر الرجعي للفسخ نظراً لما ترتبه من آثار غير مقبولة كهدم المنشآت

بعد بنائها وإنهاء خدمات العمال بعد أن تم التعاقد معهم وما ينتج عن ذلك من أضرار

اقتصادية واجتماعية.

2. إن الفسخ المترتب على عدم تنفيذ جزء من العقد لا يؤدي إلى إنهاء العقد كاملاً، بل يقتصر

أثره على هذا الجزء فقط، وبقاء أجزاء العقد الأخرى قائمة.

الفرع الخامس

المسؤولية العقدية

تحدثنا في الفرع السابق عن الجزاء المترتب على شركة المشروع جراء الإخلال بالتزاماتها

العقدية، ولا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود عقد صحيح واجب التنفيذ، ولم يقم المدين

بتنفيذه⁽³⁾. وينص القانون المدني الأردني في المادة (1/355) على أنه "يجبر المدين بعد إعداره

على تنفيذ التزامه عينياً متى كان ذلك ممكناً". وبالتالي فإن المسؤولية العقدية لا تقوم إذا كان

التنفيذ العيني ممكناً وطلبه الدائن وأجبر عليه المدين.

ولكن التنفيذ العيني إذا لم يكن ممكناً، أو أنه كان ممكناً إلا أن الدائن طلب التعويض ولم

يبد المدين الاستعداد للتنفيذ العيني فهنا ليس أمام القاضي إلا أن يحكم بالتعويض - متى توافرت

(1) شفيق، محسن، عقد تسليم مفتاح، مرجع سابق، ص 89.

(2) أحمد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 341، 342.

(3) الفار، عبدالقادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 140.

شروطه - كجزاء لعدم تنفيذ الالتزام فتقوم هنا المسؤولية العقدية، وبالتالي فإن المسؤولية العقدية لا علاقة لها بالتنفيذ العيني للالتزام التعاقدية، وهي كذلك لا تتحقق في حال ما أثبت المدين أن الالتزام قد استحال تنفيذه لسبب أجنبي، وبمفهوم المخالفة، فإن المسؤولية العقدية تتحقق إذا لم ينفذ المدين لزامه التعاقدية تنفيذاً عينياً، ولم يستطع أن يثبت أن التنفيذ استحال بسبب أجنبي خارج عن إرادته⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس سوف نبحث في أركان المسؤولية العقدية، وفي الإغفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها فيما يأتي:

أولاً : أركان المسؤولية العقدية.

يترتب على امتناع المدين عن تنفيذ التزامه بموجب العقد قيام المسؤولية العقدية بحقه، وإعطاء الدائن الحق في أن يطلب التعويض، وهو حق يثبت بتوافر الأركان الثلاثة للمسؤولية العقدية، وهي الخطأ العقدي، والضرر، وعلاقة السببية بينهما⁽²⁾.

والخطأ العقدي يمثل عدم التنفيذ من قبل المدين للالتزام المترتب عليه في العقد، سواء كان عدم التنفيذ ناتجاً عن عمد أو عن إهمال المدين.

وفي هذا تقول محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها "من المتفق عليه أن المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية عن الفعل الضار، لا تقوم إلا بتوافر أركانها الثلاثة، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية. والخطأ في المسؤولية العقدية هو خطأ قائم على الإخلال بالالتزام

(1) الفار، عبدالقادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص140.

(2) السنهوري، عبدالرزاق، 1981، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: مصادر الالتزام، المجلد الأول: العقد والإرادة المنفردة، القاهرة، دار النهضة العربية، ص890.

تعاقدية"⁽¹⁾. إلا أن معيار عدم تنفيذ الالتزام أو التخلف عن تنفيذه يختلف باختلاف الالتزام ذاته، فإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة يعتبر المدين متخلفاً إذا لم يحقق النتيجة المطلوبة، أما إذا كان التزاماً ببذل عناية فيكون المدين متخلفاً عن التنفيذ إذا لم يبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي⁽²⁾.

ولا تقتصر مسؤولية المدين العقدية على تخلفه عن تنفيذ التزامه التعاقدية، بل يكون المدين مسؤولاً مسؤولية عقدية عن أخطاء الأشخاص الذين يستخدمهم في العمل، كالعمال مثلاً.

والضرر الذي يوجب التعويض هو الضرر المادي، ويجب أن يكون الضرر قد وقع فعلاً وقت المطالبة بالتعويض، أو أن يكون محقق الوقوع، وأن لا يكون محتملاً لأنه لا تعويض عن الضرر المحتمل حتى يتحقق وقوعه. وكذلك الحال فإنه لا تعويض عما فات من كسب، "فالكسب الفائت لا يدخل في الاعتبار عند التعويض نتيجة الإخلال بالالتزام العقدي بعكس الحال عند التعويض عن الفعل الضار"⁽³⁾. وهو ما أكدته المادة 363 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 عندما نصت على أنه "إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه" أما التعويض عن الضرر الأدبي في إطار المسؤولية العقدية، فما يزال محل جدل فقهي، فعلى سبيل المثال فإن المشرع الأردني لم ينهج نهج التشريع المصري الذي أورد نصاً أجاز فيه التعويض عن الضرر الأدبي في مجال المسؤولية العقدية⁽⁴⁾.

(1) قرار محكمة التمييز رقم (88/390)، مجلة نقابة المحامين لسنة 1992، ص 537.

(2) أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص 343.

(3) الفار، عبدالقادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 144.

(4) انظر نص المادة (222) من القانون المدني المصري.

حيث نص القانون المدني المصري على أنه "1- يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء. 2- ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب".

ويكون التعويض في المسؤولية العقدية عن الضرر المباشر المتوقع الحدوث عند التعاقد والمعيار في هذا هو ما يتوقعه الشخص الاعتيادي إذا كان في نفس الظروف الخارجية التي وجد بها المدين. (1)

وكذلك لا بد لقيام المسؤولية العقدية من وجود رابطة بين الخطأ والضرر، وهذه الرابطة هي علاقة السببية، أي نسبة الضرر إلى الخطأ، فلا يوجد تعويض إلا إذا كان الخطأ هو السبب الرئيس في حدوث الضرر، وبالتالي فإن المسؤولية العقدية تفترض وجود علاقة السببية (2).

أما إثبات علاقة السببية فإنها تقع على المدين (3)، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية تتبنى أحياناً في تقدير حجم التعويض، القاعدة التي تجري التقدير على أساس الضرر الذي لحق بالدائن وما فاتته من الكسب، إلا أنه في الكثير من الأحيان ما يحد العقد من هذه القاعدة من خلال استبعاد الكسب الفائت من تقدير التعويض وحصره فقط في الضرر، وكذلك من خلال وضع حدٍّ أعلى للتعويض من باب التخفيف من المسؤولية العقدية في

(1) الفار، عبد القادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص144.

(2) يحيى، عبدالودود (1990)، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص186.

(3) الفار، عبدالقادر، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص145.

عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الضخمة، والتي قد يصل التعويض فيها إلى مبالغ مالية طائلة قد تقعد المدين عن مواصلة نشاطه⁽¹⁾.

وقد تناول المشرع الأردني علاقة السببية في القانون المدني حيث نص على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقضي القانون أو الاتفاق بغير ذلك"⁽²⁾، ويشير مضمون هذه المادة إلى أنه إذا انتقت علاقة السببية ما بين الفعل والضرر، فإن الشخص الذي وقع منه الفعل لا يعد مسؤولاً وقد بين المشرع في نص المادة سالف الذكر الحالات التي تنتفي بها علاقة السببية، كأن يكون ذلك بسبب أجنبي مثل الآفة السماوية، أو الحادث المفاجئ والقوة القاهرة؛ وجميعها حالات يصعب توقعها ويستحيل دفعها أو فعل الغير أو فعل المتضرر.

ثانياً: الإعفاء من المسؤولية العقدية أو التخفيف منها.

تقتضي العقود بطبيعتها أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية المترتبة عن العقد، باعتبار أن ذلك واجب قانوني يتطلب أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزامه عينياً حسبما تم الاتفاق عليه وبما يحقق الهدف المرجو من العقد، وأن مسؤولية المتعاقد في حال الامتناع عن التنفيذ أو عدم التنفيذ أو التنفيذ على نحو مخالف لما تم الاتفاق عليه من شروط ومواصفات أو التأخير في التنفيذ تثبت بمجرد عدم التنفيذ على النحو الذي تم الاتفاق عليه، ولا يعفى المتعاقد من المسؤولية إلا إذا أثبت إن عدم تنفيذه لالتزامه، أو إخلاله بالتزامه بموجب العقد يعود لسبب أجنبي خارج عن سيطرته مثل الحادث المفاجئ، والقوة القاهرة، وغير ذلك من الأسباب، وفي هذا ينص القانون المدني على

(1) أحمد، مرجع سابق، ص 344.

(2) مادة (261) من القانون المدني الأردني.

أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر...." (1).

كما أن هناك أسباب أخرى لا تصل بتنفيذ العقد إلى الاستحالة لكنها تجعله مرهقاً للمدين مثل حالة الظروف الطارئة. وعلى هذا الأساس سنتناول عن أسباب الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها على النحو التالي:

أ. القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ.

ب. خطأ المتعاقد الآخر (الإدارة المتعاقدة).

ج. خطأ الغير.

د. الظروف الطارئة.

أ. **القوة القاهرة:** "القوة القاهرة هي حادث خارج عن إرادة طرفي العقد، وغير متوقع وقت إبرامه، يجعل من تنفيذ المتعاقد للالتزامات التعاقدية مستحيلاً كالحرب والزلازل والاضطرابات والحرائق والانفجارات والعواصف" (2).

ويجب في الحادث أن يكون غير متوقع وليس بالإمكان دفعه، وأن يكون مستقلاً عن إرادة

المدين (3).

ولا بد للقوة القاهرة من توافر ثلاثة شروط:

(1) مادة (261) من القانون المدني الأردني.

(2) القطب، مروان محيي الدين، طرق خصخصة المرافق العامة، مرجع سابق، ص 385.

(3) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص 1227.

أولاً: أن تكون غير متوقعة الحدوث ليس من قبل المدعى عليه فقط، بل من قبل أي شخص يوجد في ذات الظروف والأحوال التي وجد فيها المدعى عليه⁽¹⁾.

ثانياً: أن تكون القوة القاهرة ليس بالإمكان دفعها، وإلا فإنها لا تعد قوة القاهرة⁽²⁾.

ثالثاً: أن يكون الحادث منفصلاً عن المدعى عليه وليس بسببه، فمتى توافرت الشروط الآتية الذكر فإن المتعاقد لا يلتزم بتنفيذ التزاماته العقدية، وليس من حق المتعاقد معه إيقاع جزاءات عليه بداعي عدم تنفيذه لالتزامه، كما يحق للمتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة المطالبة بفسخ العقد، على أنه في حال زوال القوة القاهرة عادت التزامات المتعاقد بالتنفيذ. وفي بعض الأحيان قد تتضمن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية أحكاماً خاصة بالقوة القاهرة والحادث المفاجئ يستقل كل عقد على حدا بتفصيلها.

وقد اشارت محكمة التمييز الأردنية في بعض احكامها من القوة القاهرة حيث قضت "أن القوة القاهرة بالمعنى الفني القانوني هي القوة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا وأن مجرد زيادة تكاليف النقل لا يشكل قوة قاهرة يمنع من تنفيذ الالتزام"⁽³⁾.

كما اشارت في حكم اخر إلى القوة القاهرة عندما قضت بأن:

* "القوة القاهرة هي الحادث التي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه، وأن عدم امكان توقع الحادث واستحالة دفعه هما الشرطان الواجب توافرها في القوة القاهرة.

(1) المرجع السابق نفسه.

(2) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص1228.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1975/61 (هيئة خماسية) تاريخ 1975/3/6، منشور على الصفحة 512 من عدد مجلة نقابة المحامين، تاريخ 1976/7/1.

* استقر القضاء على أن العوامل القانونية الواجبة التنفيذ تعتبر قوة قاهرة، فمتى صار تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بعد انقضاء العقد بسبب هذه الأوامر فإنه ينقضي واجب هذا الطرف في تنفيذه وينفسخ العقد بحكم القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد ولا محل للتعويض في مثل هذه الحالة بأن التزام المدين يكون قد انقضى بقوة قاهرة" (1).

ب. خطأ المتعاقد الآخر: قد يكون عدم التنفيذ أو لتأخير في التنفيذ عائداً إلى تخلف المتعاقد الآخر (الإدارة) عن الوفاء بالتزامها بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، كأن لا تقوم الإدارة بتحديد أو تسليم موقع المشروع للشركة من أجل المباشرة بالمشروع، ففي مثل هذه الحالة تنتفي مسؤولية شركة المشروع.

أما إذا اشتركت الإدارة وشركة المشروع في الفعل الذي أحدث الضرر فيجب أن يكون فعل الإدارة له وصف الخطأ لكي يؤثر في مسؤولية الشركة، والا فإن الشركة لا تعفى من المسؤولية ولا يخفف عنها(2).

ج. خطأ الغير: الغير هو أي شخص غير المتعاقدين(3) أي أنه طرف خارجي، ففي عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لا يتحمل المتعاقد مع الإدارة المسؤولية عن الإخلال بالتزاماته إذا كان هذا الإخلال ناتجاً عن فعل الغير. "ويستبعد من طائفة الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم

(1) للمزيد انظر قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم 1990/245 (هيئة خماسية) تاريخ 1990/8/26 منشورات مركز عدالة.

(2) انظر، السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، مرجع سابق، ص1231.

(3) القطب، مروان، محيي الدين، مرجع سابق، ص386.

المدعى عليه مديناً ولا يعد من الغير الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية⁽¹⁾.

ولا يعد خطأ من الغير الخطأ الذي يصدر من شخص ارتبطت مصالحته بمصلحة المدعى عليه في مواجهة المتضرر، وتتجلى أهمية ذلك في مجال مسؤولية الشخص المعنوي في حال أن صدر الخطأ من جهة الوصاية أو الرقابة على المدعى عليه، ولا بد من أن ينسب الخطأ إلى شخص محدد، وأن لا يكون خطأ الغير نتيجة خطأ المدعى عليه، وأن يكون خطأ الغير ناتجاً عن سلوك فيه انحراف عن سلوك الشخص المعتاد، فإذا كان خطأ الغير السبب الوحيد الذي أدى إلى حدوث الضرر أمكن للمدعى عليه أن يدفع بالسبب الأجنبي⁽²⁾.

وقد يكون الضرر نتيجة خطأ المدعى عليه، والغير فيكونان شركاء في المسؤولية وقد نص القانون المدني الأردني على أنه إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه وللمحكمة أن تقضي بالتساوي أو بالتضامن والتكافل فيما بينهم⁽³⁾.

والمقصود بالتضامن بين المسؤولين أن المتضرر يجوز له الرجوع على أي من المدعى عليه عليهم أو الغير بالتعويض كاملاً.

د. الظروف الطارئة: تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى مواجهة حوادث غير متوقعة عند إبرام العقد تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً لمن تعاقد مع الإدارة أي أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات

(1) السنهوري، عبدالرزاق، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الأول، ص1231.

(2) أحمد، ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، مرجع سابق، ص351.

(3) مادة (265) القانون المدني الأردني.

العقد وخسارة قد تكون غير محتملة للمتعاقد، ففي هكذا أحوال تجيز هذه النظرية للمتعاقد مع الإدارة الحق في أن يطالبها بالتعويض الجزئي عما لحق به من خسائر⁽¹⁾.

فهذه النظرية كما أشرنا تعترض تبدل الظروف والأحوال الاقتصادية عند تنفيذ العقد نتيجة حادث لم يكن متوقعاً ابتداءً كأن يتعهد شخص بتوريد سلعة ما بثمن معين وقبل حلول موعد التوريد ترتفع أثمان السلعة بشكل كبير بسبب حالة حرب تمنع ورودها من الخارج مثلاً، وبالتالي يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين (المتعهد) ويهدده بخسارة كبيرة⁽²⁾.

وقد تعرضت محكمة التمييز الأردنية في العديد من احكامها إلى نظرية الظروف الطارئة حيث نصت في أحد قراراتها على أنه: "ليس في مجلة الاحكام العدلية ما يمكن ان يستفاد منه أن واضع القانون قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة ووجب تطبيقها، وإنما استحدثت هذه النظرية لأول مرة في المملكة بالقانون المدني الجديد كما هو واضح في المادة 205 من هذا القانون. فإذا نص العقد الموقع بين فريقين الدعوة على انه لا يحق للشركة المدعية المطالبة بأية زيادة أو فرق في الاسعار مهما كانت الاسباب، فإن هذا لا يعني أن الفريقين كانا يتوقعان حين تنظيم العقد ارتفاع الاسعار. ومن المبادئ السائدة انه لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كانت هذه الظروف الطارئة لا يمكن توقعها. ومن المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء أن ارتفاع الاسعار بسبب الحرب او الاضطراب العام لا تعتبر حالة قوة قاهرة إلا إذا جعلت الوفاة بالالتزام مستحيلًا

(1) نصار، جابر جاد، عقود البوت، مرجع سابق، ص174، 175.

(2) أحمد، ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص353.

استحالة تامة، أما إذا جعلت التنفيذ عسيراً أو محتاجاً إلى نفقات زائدة فلا تعتبر من الحوادث القهرية⁽¹⁾.

وفي قرار آخر اكدت المحكمة على الظروف الطارئة التي تستوجب رد الالتزام إلى الحد المعقول حيث قضت "يعتبر الدفع بالظروف الطارئة دفعا للمسؤولية العقدية ويجوز للمحكمة رد الالتزام التعاقدى المرهق إلى الحد المعقول عملاً بأحكام المادة (205) مدني...."⁽²⁾.

ومن هنا فإن العدالة تتطلب التخفيف من عبء الالتزام على المدين من خلال توزيع العبء الناتج عن الظروف الطارئة على طرفي العقد، ولقد أخذ المشرع الأردني في القانون المدني بنظرية الظروف الطارئة، وأعطى للمحكمة السلطة في تعديل شروط العقد ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك من خلال النص على أنه⁽³⁾ "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

(1) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1978/357 (هيئة خماسية) تاريخ 1978/1/28، مركز عدالة.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 32 / 1991 (هيئة ثلاثية) تاريخ 1991/1/12، منشورات مركز عدالة.

(3) مادة (205) القانون المدني الأردني.

فهذه النظرية تهدف إلى معالجة ما قد يحدث من اختلالات في التوازن ما بين التزامات طرفي العقد عند تنفيذه⁽¹⁾، على أن مجال هذه النظرية محصور في العقود التي يتطلب تنفيذها مدة من الزمن أي العقود المتراخية كعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في حكمه الصادر عام 1916 بخصوص القضية التي رفعها الملتزم بتوريد الغاز إلى مدينه بورديو بسبب الارتفاع الكبير في أسعار الفحم نتيجة اندلاع الحرب العالمية الأولى، فكان حكم مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا طرأت ظروف بعد التعاقد لم تكن متوقعة، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء على الملتزم إلى حد يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد إخلالاً كبيراً، فللملتزم أن يطالب الإدارة بالتعويض عما لحقه من خسائر نتجت عن الظروف الطارئة والتي تتجاوز الحد المعقول⁽²⁾.

وقد وضع القانون شروطاً لتحقيق الظروف الطارئة، فأوجب أن تكون الحوادث الاستثنائية عامة، ولا يمكن توقعها، وأن يكون من شأنها جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلاً، وهذا هو الفرق الجوهرى ما بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما يشتركان في المفاجأة وعدم التوقع وعدم المقدرة على دفعه. إلا أنهما يختلفان في أن الظرف الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً في حين أن القوة القاهرة تجعله مستحيلاً، ويترتب على ذلك أن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بل يرد إلى الحد المعقول وتوزع الخسارة بين طرفي العقد بينما تؤدي القوة القاهرة إلى انقضاء الالتزام، فإذا توافرت الشروط سابقة الذكر يجوز للمحكمة وفقاً للظروف وبعد الموازنة أن ترد الالتزام المرهق إلى حده المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك حسبما نص القانون.

(1) السنهوري، عبدالرزاق، 1981، الوسيط، الجزء الأول، المجلد الثاني، مصادر الالتزام، القاهرة، دار النهضة العربية، ص 1224 وما بعدها.

(2) أشار إليه، د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص 206.

الفصل الرابع

الخاتمة والنتائج والتوصيات

الخاتمة

خلصت الدراسة التي تناولت التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) إلى أن هذه العقود تقوم على أساس قيام شركة المشروع بإنشاء أحد المرافق العامة، أو أحد مشاريع البنية الأساسية في الدولة على حسابها الخاص لقاء استغلالها للمرفق أو المشروع طوال مدة العقد المبرم مع الإدارة، ومن بعد ذلك تقوم الشركة بتسليم ونقل ملكية المرفق أو المشروع إلى الدولة في نهاية مدة العقد وهو بحالة جيدة تجعله صالحاً للاستغلال.

وقد تبين لنا كذلك الجدل الفقهي حول طبيعة هذه العقود، فيما إذا كانت هذه العقود تعتبر عقوداً إدارية أم أنها من عقود القانون الخاص، أو عقوداً ذات طبيعة خاصة وما تتضمنه هذه العقود من تعاققات واتفاقات متشابهة يتوجب على شركة المشروع الوفاء بها بعد إبرامها بهدف تنفيذ التزاماتها التعاقدية، بموجب عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) إلا أن هذا التعدد في التعاققات لم ينفِ عن هذه العقود الطبيعة الإدارية بسبب توافر أركان العقد الإداري فيها.

وتعرضنا كذلك في هذه الدراسة إلى الالتزامات التي تقع على عاتق شركة المشروع، والتي يتوجب عليها الوفاء، وهي التزامات تترتب بمجرد إبرام العقد مع الإدارة مثل التزام الشركة بإنشاء المشروع وفقاً للمواصفات المتفق عليها، وخلال مدة العقد، وكذلك الالتزامات بتشغيل المشروع وصيانته وهذه التزامات تتعلق بالمشروع ذاته، بالإضافة إلى التزامات الشركة تجاه الإدارة مثل الالتزام بإعادة وتسليم المشروع أو المرفق إلى الدولة المتعاقدة بعد انتهاء مدة العقد، والالتزام بتقديم

ضمانات حسن التنفيذ والتوبيضات الاتفاقية والالتزام بنقل التكنولوجيا إلى الإدارة لكي تستطيع الاستمرار في تشغيل المشروع بعد انتهاء العقد.

واستعرضنا في هذه الدراسة أيضا الحالات التي تعتبر اخلافاً من قبل شركة المشروع في تنفيذ التزاماتها بموجب عقد البناء، وما يترتب على ذلك جزاءات قد يتم ايقاعها على الشركة بسبب هذا الاخلال بالتزاماتها التعاقدية، ويرى الباحث أن من بين حالات الاخلال امتناع الشركة عن التنفيذ، او التنفيذ على نحو مخالف لما تم الاتفاق عليه مع الإدارة من شروط أو التأخير في التنفيذ، وأن الإدارة قد تقوم في حالات الاخلال من قبل شركة المشروع بالتنفيذ العيني على نفقة الشركة، وقد تلزمها بدفع غرامات التأخير وصولاً إلى فسخ العقد.

النتائج والتوصيات

النتائج

توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج أهمها:

1- تكتسب هذه العقود أهمية كبيرة من الناحيتين العلمية والعملية حيث كثر اللجوء لهذا النوع من العقود في العديد من الدول خصوصاً العربية لما توفره هذه العقود من فرص للدولة لتحقيق التنمية الاقتصادية ومساعدة الدول الفقيرة على إقامة المشروعات الكبيرة خاصة وأن ميزانيات هذه الدول لا تساعد على إقامة هذه المشروعات الكبيرة التي تتطلب مبالغ مالية ضخمة.

2- حداثة التوجه في المملكة الأردنية الهاشمية لهذا النوع من العقود في ظل غياب وعدم وجود جهة إدارية محددة يعهد إليها عملية الرقابة والإشراف على المشروعات التي تقام بأسلوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في المملكة الأردنية الهاشمية.

3- تستمد هذه العقود أساسها الدستوري في الأردن في نص المادة (117) من الدستور الأردني الحالي، مما يستوجب ضرورة إصدار قانون خاص يصادق على إبرام أي عقد في هذه العقود، الأمر الذي قد يحد من فعالية الإدارة في اللجوء إلى هذا الأسلوب من التعاقد، ويؤخر من عملية التنمية في المملكة بسبب الحاجة إلى إصدار قانون عند منح كل امتياز.

4- ثبوت الطبيعة الإدارية لهذه العقود نتيجة توافر اركان العقد الإداري فيها، والتي تقوم على وجود الإدارة كأحد طرفي العقد وتعلق العقد بمرفق عام وتوافر الشروط الاستثنائية في العقد.

5- خضوع هذه العقود لولاية القضاء العادي في نظر المنازعات التي قد تثور بصددتها، حيث لم يرد في قانون المحكمة الادارية اي نص يشير إلى اختصاص القضاء الإداري في نظر منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

التوصيات

يوصي الباحث بما يلي:

1- ضرورة الاسراع في وضع قانون موحد لتنظيم هذه العقود بسبب أهميتها الكبيرة ودورها في تحقيق التنمية الاقتصادية.

2- تحديد جهة إدارية مختصة يعهد إليها عملية الرقابة والإشراف على تنفيذ هذه العقود في كافة مراحلها.

3- بالنظر إلى ان هذه العقود تتعلق بمراد الدولة واقتصادها وبهدف الحفاظ على هذه الموارد وحماية الاقتصاد الوطني، فإنه من الأهمية بمكان ان تتم صياغة هذه العقود في نماذج خاصة من قبل المختصين والخبراء الاقتصاديين والقانونيين وجعل هذه العقود

معدة مسبقاً لمنع اي تجاوزات في هذه العقود والتي قد تحدث خلال مراحل الانشاء والتشغيل.

4- جعل النظر بالمنازعات الناشئة بمناسبة تطبيق هذه العقود من اختصاصات القضاء الإداري بدلا من القضاء العادي، وذلك بسبب الطبيعة الإدارية لهذه العقود.

" وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين "

قائمة المراجع

- القرآن الكريم

الكتب:

- أبو زيد, محمد , 1999 , المرجع في القانون الاداري , القاهرة , دار النهضة العربية.
- أحمد, جيهان, حسين سيد أحمد, عقود ال B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها, القاهرة, دار النهضة العربية .
- أمين , محمد سعيد حسين , 1991 , المبادئ العامة في العقود الادارية , دار الثقافة الجماعية .
- الجبوري , محمود خلف , 2010 , العقود الادارية , عمان , دار الثقافة .
- حسبو, عمرو احمد, التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام B.O.T , القاهرة , دار النهضة العربية .
- الحلو , ماجد راغب , 1994 , القانون الاداري , الاسكندرية , دار المطبوعات الجامعية, الاسكندرية .
- حمادة , حمادة عبد الرزاق , 2013 , عقود البوت , الاسكندرية , دار الجامعة الجديدة.
- الخضيري , محسن احمد , عمليات B.O.T , الاسس والقواعد والاتجاهات .
- الخلايله, محمد علي, 2015, القانون الاداري, الكتاب الاول, عمان, دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- سري الدين , هاني , 2001 , التنظيم القانوني والتعاقدى لمشروعات البنية الاساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص , القاهرة , دار النهضة العربية .

- السنهوري , عبد الرزاق , 1981 , الوسيط , الجزء الاول , المجلد الثاني , مصادر الالتزام , القاهرة , دار النهضة العربية .
- السنهوري , عبد الرزاق , 1981 , الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء الاول , مصادر الالتزام , المجلد الاول , العقد والارادة المنفردة , القاهرة , دار النهضة العربية.
- السنهوري , عبد الرزاق , 1989 , الوسيط في شرح القانون المدني , الجزء السابع , العقود الواردة على عمل , مؤسسة روز اليوسف , القاهرة.
- شطناوي , علي خطار , 2009 , القانون الاداري الاردني , الكتاب الاول , عمان , دار وائل للنشر .
- شفيق , محسن , عقد تسليم مفتاح , القاهرة , دار النهضة العربية .
- شنب , محمد لبيب , 1962 , شرح احكام عقد المقاوله , القاهرة , دار النهضة العربية.
- صالح , رشدي صالح عبد الفتاح , 2006 , التمويل المصرفي للمشروعات , القاهرة , دار النهضة العربية .
- الصيرفي , ياسر احمد كامل , 2008 , النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص . مطبوعات جامعة الكويت , الكويت.
- الطماوي , سليمان , 2008 , الاسس العامة للعقود الادارية , دراسة مقارنة , القاهرة , دار الفكر العربي .
- الطماوي , سليمان , 2007 , مبادئ القانون الإداري , القاهرة دار الفكر العربي .
- الظاهر , خالد خليل , 1997 , القانون الاداري دراسة مقارنة , الكتاب الثاني , عمان , دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة.

- عبد العظيم , حمدي , 2001 , مشروعات B.O.T وأخواتها , الجوانب القانونية والاقتصادية , القاهرة , دار النهضة العربية .
- عكاشة , حمدي يس , 1998 , العقود الادارية في التطبيق العملي , الاسكندرية , منشأة المعارف .
- الفار , عبد القادر , 2006 , مصادر الالتزام , عمان , دار الثقافة .
- الفضل , منذر , 1991 , النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني , دراسة مقارنة , الجزء الاول .
- فهمي , محمود محمود , عقود ال B.O.T وتكيفها القانوني , مشروعات البوت واخواتها , الجوانب القانونية والاقتصادية , بقلم نخبة من الخبراء وأساتذة الجامعات .
- القبيلات , حمدي , 2008 , القانون الاداري , دار وائل للنشر , عمان .
- القطب , مروان محي الدين , 2009 , طرق خصخصة المرافق العامة , بيروت منشورات الحلبي الحقوقية .
- كامل , نبيلة , 1996 , الوظيفة العامة وفقا لاحكام القضاء الاداري في مصر وفرنسا , القاهرة , دار النهضة العربية .
- ملكاوي , بشار عدنان , 2004 , الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الاردني نظرية العقد , عمان , دار وائل .
- ناصيف , الياس , 2006 , سلسلة ابحاث قانونية مقارنة , عقد ال B.O.T , بيروت , المؤسسة الحديثة للكتاب .

- نصار, جابر جاد , 2002 , عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام , القاهرة , دار النهضة العربية .
- الياسين , محمد علي , القانون الاداري , بيروت , المكتبة الحديثة للطباعة والنشر .
- يحيى , عبد الودود , 1990 , الموجز في النظرية العامة للالتزام , القاهرة , دار النهضة العربية .

الرسائل الجامعية:

- احمد, ماهر محمد حامد, ،2004، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق.
- الاكيايبي ، يوسف، 1989، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص ، رسالة دكتوراه.
- البطوش، محمد عبدالله،2006، نظرية الموظف الفعلي فقها وقضاءً، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة.
- جمعة، ايمن محمد، 2002، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق.
- سلام, احمد رشا, 2003, عقد الانشاء والادارة وتحويل لملكية, B.O.T , رسالة دكتوراه, كلية الحقوق ، جامعة القاهرة.
- سلامة، كمال طلبه المتولي، 2008، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B.O.T ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق.

- الظفيري،مدلول حشاش،2007، الاسس القانونية لعقود البوت B.O.T في ظل كل من القانون الاردني والقانون الكويتي دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، الجامعة الاردنية.
- عبدالعظيم، دويب حسين جابر ،2006، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(البوت)، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة اسبوط.
- العطية، خالد بن محمد، 1999، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة.

المجلات والدوريات:

- العجارمه، نوفان ، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الاردني، مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40 ، ملحق 1، 2013 .

الابحاث والتقارير والمؤتمرات:

- بدران، محمد محمد، النظام القانوني لمشروعات البوت، بحث مقدم الى المؤتمر الدولي عن مشروعات ال B.O.T المنعقد بواسطة مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم.
- تقرير لجنة المم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرون، نيويورك 28 مايو الى 14 يونيو، بعنوان الاعمال المقبلة الممكنة ، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية.

- جبريل، جمال عثمان، 2001 ، الطبعة القانونية لعقد البوت، بحوث اكايمية السادات للعلوم الادارية، القاهرة ، عدد رقم 4.
- عبدالعظيم، حمدي، 2001، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث مقدم الى اكايمية السادات للعلوم الادارية ضمن مجموعة ابحاث ادارة مشروعات البنية الاساسية باستخدام البناء والتشغيل والتحويل ، الجزء الاول.