



جمهورية مصر العربية
جامعة المنصورة
كلية الحقوق
قسم القانون العام

بحث مستخلص من رسالة الدكتوراه بعنوان
**التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في
عقد البوت B.O.T**

إعداد الباحث

محمد صالح محمد اعتيقة

إشراف

أ.د/ وليد محمد الشناوي

أستاذ ورئيس قسم القانون العام
وعميد كلية الحقوق - جامعة المنصورة

١٤٤٤ هـ - ٢٠٢٣ م

مقدمة

يُعد عقد البوت B.O.T من العقود التي يترتب على إبرامها التزامات تقع على عاتق الجهة التي تقوم بتنفيذ المشروع وهي شركة المشروع وتتنوع وتتعدد هذه اللتزامات في التزامات البناء والتشييد والتشغيل والصيانة، كما يترتب على ذات العقد وفي ذات الوقت العديد من الحقوق التي تثبت لشركة المشروع منها ما يستمد مباشرة من نصوص العقد ومنها ما يستمد من نصوص القوانين المطبقة في دولة المشروع، مثل الحصول على المقابل للعقد وكذلك التعويض والحصول على المزايا التي يقررها صاحب اللتزام.

ومما سبق سوف نقوم بدراسة التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت وفق

المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T.

المبحث الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T.

وسوف نتحدث على كل مبحث وفق الآتي:

المبحث الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة في

عقود البوت B.O.T

إن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد المبرم بين هذين الطرفين^(١)، ومن ثم فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ومرد ذلك إلى أن ما اتفق عليه طرفا التعاقد هو شريعتهما التي تلاققت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منها حقوقه والتزاماته^(٢).

فعقود البوت B.O.T ترتب عليها مجموعة من الالتزامات على عاتق شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة يمكن حصرها في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه ووفقاً للموصفات المتفق عليها.

المطلب الثاني: التزام المتعاقد أو شركة المشروع بمدد تنفيذ المشروع.

المطلب الثالث: التزام المتعاقد أو شركة المشروع بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق.

المطلب الرابع: التزام المتعاقد أو شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقد معها.

(١) المستشار د. السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم

B.O.T، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١١، ص١٤٢.

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٦-٥-١٩٩٥،

الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء رقم ٤٩، ص١٥٣.

المطلب الأول

التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه

وفقاً للمواصفات المتفق عليها

في عقود البوت B.O.T يجب أن يقوم الملتزم أو المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ هذا العقد بنفسه تطبيقاً لقاعدة الاعتبار الشخصي للعقد أو عقد الالتزام، ويترتب على ذلك عدم جواز تنازل المتعاقد عن عقده للغير أو التعاقد من الباطن إلا بموافقة جهة الإدارة، ويجب أن تكون تلك الموافقة صريحة وواضحة. والتزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه هو التزام عام يشمل جميع العقود الإدارية^(٣).

ونظراً لأن شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة هي التي تضطلع بتصميم المشروع وإنشائه وتشغيله في عقود البوت B.O.T ولما كانت هذه العقود تمتد لمدة طويلة من الزمن، فإن تنفيذ العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها له أهميته الكبيرة، إذ ترتبط جودة هذا التنفيذ ودقته باستمرار المرفق في أدائه لنشاطه حتى يتم نقل ملكيته إلى الدولة، ويترتب على إخلال الملتزم أو شركة المشروع بهذا الالتزام مسئوليتها العقدية التي تبرر للجهة مانحة الالتزام طلب فسخ العقد.

ويجب على شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماتها من بداية تصميم المشروع وحتى تقوم بنقل ملكيته أو إعادته إلى الدولة مرة أخرى، فعقود البوت من العقود المتشابهة التي تمر بالعديد من المراحل وهنا يقع التزام على شركة المشروع أو المتعاقد بتنفيذ العقد تنفيذاً شخصياً خلال كل مرحلة على حدة من مراحل تنفيذ المشروع وبالمواصفات المتفق عليها على النحو التالي:

١- مرحلة التصميم:

تعد مرحلة التصميمات والرسومات الخاصة بالمشروع هي أساس التنفيذ في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة وتكتسب هذه المرحلة أهميتها من قيام شركة المشروع

(٣) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٦٩ وما بعدها.

بإنشاء المرفق، لذلك يجب أن تكون هذه التصميمات والرسومات متفق عليها بين أطراف العقد حتى يتم تنفيذ العمل وفقاً لها.

وتتسم هذه الرسومات والتصميمات بالسرية، وقد تقوم بها شركة المشروع بنفسها وتقرها الجهة مانحة الالتزام، وقد يتفق على أن تقوم بها الجهة مانحة الالتزام وتلتزم شركة المشروع بتنفيذها وفي عقود البوت (B.O.T)، كثيراً ما يحدث أن تحيل في إنشائها إلى عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وفي هذا الإطار ينص البند الفرعي (١/٦) على أن يزود المهندس المقاول بنسختين من الرسومات بلا مقابل ويتحمل المقاول تكلفة أي عدد آخر يحتاجه من النسخ.

وينص البند (٢/٦) على ضرورة أن يحتفظ المقاول في الموقع بنسخه من الرسومات المسلمة إليه أو المقدمة منه.

وعلى الجهة الإدارية أن تحتفظ بعدد كافٍ من النسخ لهذه التصميمات والرسومات الهندسية للمشروع حتى يتسنى لها مراقبة الإنشاء والتشغيل وإجراء الصيانة اللازمة حتى يؤول إليها ملكية المشروع عند انتهاء مدة العقد.

٢- مرحلة تهيئة موقع المشروع:

تعدّ هذه المرحلة بداية التنفيذ الفعلي للمشروع، فيجب على المتعاقد أو شركة المشروع أن تقوم بتهيئة موقع المشروع الذي يتعين على الدولة المضيفة أن تسلمه إليها، وتضمن عدم تعرض الغير لها حتى لا يؤدي ذلك إلى تأخير تسليم المشروع مما يضر بمصالح المتعاقد مع الإدارة، وتلتزم الإدارة بتحديد الموقع الذي يقام فيه المشروع، وتقوم بتسليمه لشركة المشروع بموجب محضر رسمي مكتوب يوقع عليه الطرفان، لما له من أهمية نظراً لاتصاله بقدرة أطراف العقد على الوفاء بالتزاماتهم.

٣- مرحلة البناء والتشييد:

في هذه المرحلة تقوم شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة بإنشاء المرفق وبنائه وفقاً للقواعد المتفق عليها في العقد، مع الالتزام الدقيق بالرسومات والتصميمات والاشتراطات التي

نص عليها العقد بملاحقه.

وقد جرى العمل على أن يقتصر دور جهة الإدارة في تحديد المواصفات العامة الوظيفية والغاية النهائية المرجوة من المشروع كطاقته الإنتاجية وكفاءته الإنتاجية والفنية والمواصفات البيئية على أن تترك كافة التفاصيل الأخرى لتحقيق هذه الغايات لشركة المشروع، مما ينقل مخاطر التصميم إلى عاتق شركة المشروع^(٤).

ولكن عندما يتفق الطرفان على النماذج والتصميمات والرسومات فيجب على شركة المشروع تنفيذ التصميمات والرسومات المتفق عليها سلفاً، ويجوز لشركة المشروع إدخال بعض التعديلات أو التغييرات على الرسومات الأصلية إذ تبين لها وجود أخطاء أو عيوب فنية فيها، ذلك لأن التزام الشركة ينصرف إلى إقامة مشروع صالح للغرض المبين بالعقد.

وعلى الجانب الآخر يجوز للدولة إدخال تعديلات أو تغييرات وفقاً لنصوص العقد المبرم بينها وبين شركة المشروع على أن تكون في حدود معينة يتفق عليها الطرفان.

ومما سبق ذكره يتضح لنا أن مبدأ التزام الملتزم أو المتعاقد في عقود البوت B.O.T بالمواصفات والاشتراطات الفنية والتقنية من المبادئ الجوهرية التي تحرص كافة اتفاقيات الالتزام على تنظيمها، ومن ثم يتعين على المتعاقد أو الملتزم تنفيذها بكل دقة وتنفيذ تعليمات مانح الالتزام في شأن إدخال أي تعديلات عليها^(٥).

وغالباً ما تعتمد تلك المواصفات والاشتراطات الفنية على مراعاة أحدث النظم والأساليب المعمول بها دولياً، ونقل أحدث الأساليب التكنولوجية العالمية في شأن موضوع عقد البوت^(٦).

(٤) د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(٥) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت، رسالة دكتوراه، مرجع سابق، ص ٣١٤.

(٦) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٧٥.

المطلب الثاني

التزام المتعاقد أو شركة المشروع بمدد تنفيذ المشروع

إن التزام المتعاقد مع الإدارة باحترام مدد التنفيذ والتشغيل يعد التزاماً جوهرياً وأساسياً، غير أن احترام هذه المدد يبدو أكثر أهمية في عقود الامتياز بصفة عامة، وعقود البوت B.O.T بصفة خاصة^(٧).

ويقصد بمدد تنفيذ العقد الإداري بصفة عامة الموعد أو المواعيد التي يحددها العقد أو الملاحق المدرجة به لإنجاز وأداء الخدمات أو الأعمال المتفق عليها وفقاً لطبيعة العقد ونوعه^(٨).

وتتضمن غالباً عقود البوت B.O.T والملاحق المدرجة به جدولاً زمنياً يحدد بدء أعمال التشييد وتسلسل أعماله وكذلك موعد إنجاز أعمال التشييد، ومثال ذلك مشروع إنشاء طريق الأتوبيسات السريع في دولة الأرجنتين بنظام البوت B.O.T، حيث ألزمت الحكومة الشركة بأن يكون التنفيذ على مرحلتين:

المرحلة الأولى: في نهاية أغسطس ٩٦ وتشمل إنشاء وتوسعة الطريق وبناء بوابات على الطريق.

المرحلة الثانية: تبدأ مع بداية التحصيل وتنتهي في تاريخ نهاية العقد بإعداد جدول زمني محدد لتشييد المرفق في عقود البوت B.O.T، يسهل إجراء التقدم المحرز في أعمال التشييد، كما أنه يسهل تغيير موعد إنجاز أعمال التشييد إذا لزم الأمر، بالإضافة إلى حسم كثير من المنازعات التي يمكن أن تؤدي إلى فشل المشروع أو تأخير تنفيذه^(٩).

(٧) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٧٦.

(٨) المستشار د./ السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ١٨١.

(٩) د. جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٤ وما بعدها.

فالأساس القانوني للالتزام شركة المشروع بإنجاز التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد يكمن في مقتضيات الصالح العام.

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

فعقود البوت B.O.T تتعلق غالباً بمرافق عامة تؤدي خدمات للجمهور المنتفعين مثل محطات الكهرباء أو المياه أو المطارات أو غيرها من المرافق العامة فالالتزام شركة المشروع بإنجاز وتشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد والملاحق المدرجة به يعد من أهم التزاماتهم في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق محل العقد بانتظام واضطراب.

ومن المقرر أن التزام شركة المشروع باحترام مدة التنفيذ المنصوص عليها في العقد يعد التزاماً أساسياً وجوهرياً بحسبان أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراب.

كما أنه من المستقر عليه "أن جهة الإدارة في تحديدها مواعيد معينة لتنفيذ العقد يفترض أنها قدرت أن حاجة المرفق تستوجب التنفيذ في هذه المواعيد دون أي تأخير حرصاً على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراب"^(١٠).

(١٠) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ ق الصادر بجلسة ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثلاثون، العدد الأول، قاعدة رقم (٨٧)، ص ٥٥٩.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٤١ لسنة ٢٧ ق، الصادر بجلسة ١٩٨٥/٥/٢٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثلاثون العدد الثاني قاعدة رقم (١٧٧)، ص ١١٧٩.

فالتزام شركة المشروع بإنجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، فلا يجدي شركة المشروع نفعاً بإعفاء مسؤولياتها عن التأخير في إنجاز التشييد أن يثبت أنها بذلت كل ما في وسعها لإنجاز أعمال التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد، ولكنها لم تتمكن من ذلك؛ لأن المدة المحددة لم تكن كافية لإنجاز أعمال التشييد، فمثل هذا العذر لا يكفي لدرء المسؤولية عن شركة المشروع، ولا تنقضي المسؤولية في هذه الحالة إلا بإثبات وجود سبب أجنبي كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل جهة الإدارة أدى إلى عدم إنجاز أعمال التشييد وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد أو الملاحق المدرجة به^(١١).

ذلك لأن عدم إنجاز تشييد المرفق من جانب شركة المشروع وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبته الإدارة شؤون المرفق وتأمين سير على أساسها^(١٢).

ويُعد تخلف شركة المشروع عن إنجاز تشييد المرفق وفقاً للجدول الزمني المحدد بالعقد خطأً عقدياً في جانب شركة المشروع يبرر توقيع الجزاءات عليها^(١٣).

(١١) د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، ١٩٧٩، ص ٤٠٠.

(١٢) المستشار د. السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، مرجع سابق ص ١٨٦.

(١٣) استقر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع على أن: "في مجال العقود بصفة عامة يتحتم أن يتم تنفيذ الالتزام في الموعد المتفق عليه، وغلا استنهضت جهة الإدارة حقها المخول باقتضاء غرامة التأخير من المتعاقد عن إنهاء الأعمال في موعدها (فتوى رقم ٥٤٠ بتاريخ ١٥/٧/١٩٩٩ ملف رقم ٤٦/٢/٧٨ جلسة ١٩٩٩/٦/١٦، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٦ إلى شهر يونيه سنة ٢٠٠٠، الجزء الثاني، ص ١٦٧٥).

المطلب الثالث

التزام المتعاقد أو شركة المشروع بالتشغيل

والصيانة الدورية للمرفق

بعد أن تتم عملية بناء المشروع وتشييده تأتي مرحلة العمل والتشغيل، وهي الغاية التي يسعى إليها جميع المشتركين في إبرام العقد.

فشركة المشروع تسعى للوصول إلى مرحلة التشغيل لتحصل على رسوم الخدمة التي يقدمها للجمهور، وتحقق قدر معقول من الأرباح يغطي ما أنفقته على بناء المشروع، وفي المقابل تسعى الدولة التي أقدمت على إبرام عقد البوت B.O.T مضطراً نظراً لعدم وجود موارد مالية تكفل لها إنشاء المشروع ونظراً لحاجتها الماسة إلى تقديم هذه الخدمة إلى جمهور المواطنين^(١٤).

فمرحلة التشغيل (تشغيل المرفق) من أهم المراحل بالنسبة للبنوك التي أقرضت شركة المشروع، حيث ستوفر عوائد ورسوم التشغيل والموارد المالية لسداد القروض وفوائدها.

فشركة المشروع قد تقوم بإدارة المشروع بنفسها أو عن طريق جزء من المستثمرين في هذه الشركة أو عن طريق شركة متخصصة في إدارة المشروعات المقبلة^(١٥).

ويجب على شركة المشروع أو المتعاقد الالتزام بإدارة المشروع وفقاً لما هو متفق عليه سلفاً في عقد البوت B.O.T وغالباً ما يتضمن عقد البوت جداول ومواصفات التشغيل والقواعد المتعلقة بتقارير التشغيل وأسس تحديد مواعيد الصيانة والرسوم ومواصفات الفنية للتشغيل^(١٦).

فدولة مقر المشروع قد تسن تشريعاً يحدد نطاق الخدمة ونوعيتها وطريقتها والمعايير المستخدمة في أداء الخدمة.

(١٤) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(١٥) أ. خالد محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص ١١٩.

(١٦) د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة الزقازيق - فرع بنها، ٢٠٠٤، ص ٣٢٧.

فالاتفاق على التشغيل، أي تشغيل المشروع هو جزء من العقد الأصلي أو ملحق يأخذ حكم وأهمية العقد الأصلي، فشركة المشروع أو شركة التشغيل يجب أن تلتزم بكل ما هو منصوص عليه في العقد بشأن التشغيل من أسعار الخدمة التي يتم الاتفاق عليها وإذا لم تكن الأسعار عامة لشركة المشروع لتحقيق العائد الذي يغطي المصروفات التي أنفقتها ويحقق لها الربح المتوقع تقوم شركة مقر المشروع الدولة المانحة للالتزام بشراء الخدمة وبيعها للجمهور أو تقوم بتقديم دعم مباشر لشركة المشروع يغطي ما لم تأخذه شركة المشروع في جمهور المواطنين ويختلف ذلك حسب نوعية الخدمة وأهميتها بالنسبة للجمهور المستهلكين والدولة^(١٧).

ومن الملاحظ أن نص المادة العاشرة من قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ نصت على أنه: "لا يجوز لأية جهة إدارية التدخل في تسعير منتجات الشركات أو المنشآت أو تحديد ربحها".

وفي هذه الحالة فإن الاتفاق المبرم بين شركة المشروع والدولة في عقد البوت يطبق على الأسعار والمنتج الذي تقوم به شركة المشروع بإنتاجه باعتباره نصاً خاصاً وهذا النص الخاص يقيد النص العام، ولا يتم تطبيق النص العام إلا إذا أغفل عقد البوت تحديد سعر المنتج، فإذا حصل ذلك وأغفل عقد البوت عن تحديد السعر، هناك يطبق نص المادة العاشرة من القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ مع عدم جواز تدخل الدولة، أو أي من جهاتها الإدارية في تسعير منتجات الشركة أو تحديد ربحيتها، فعلى هذه الجهة الإدارية أو الدولة الدخول في مفاوضات مع شركة المشروع لإبرام اتفاق يحدد سعر الخدمة أو المنتج يشكل يحقق صالح الطرفين^(١٨).

فدولة مقر المشروع أو الدولة المانحة للالتزام غالباً ما تقوم بوضع القواعد والأسس التي تلتزم بها شركة المشروع، أو شركة التشغيل وغالباً ما تنص هذه القواعد والأسس على مبادئ عامة تكفل المساواة بين جميع المتعاملين مع المرفق بحيث تقدم لهم الخدمة على قدر التساوي

(١٧) أ. خالد محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص ١٢١.

(١٨) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقد B.O.T، مرجع سابق، ص ١٦٩ وما بعدها.

والمساواة مادام كل منهم في نفس المركز القانوني، وبهذا لا يجوز لشركة المشروع الامتناع عن تقديم الخدمة لأي شخص مادامت شروط تقديمها فيه قد توافرت^(١٩).

ويترتب على التزام شركة المشروع بالتشغيل، أن تقوم بدفع الإتاوة المتفق عليها لمناح الالتزام، كما يجب عليها أن تبدأ في سداد القروض المستحقة عليها، وكذلك يجب عليها أن تقوم بعمل الصيانة الدورية للمرفق موضوع الالتزام.

- التزام شركة المشروع بدفع الإتاوة للدولة:

قد تلتزم شركة المشروع بدفع إتاوة سنوية إلى الجهة المانحة للامتياز، وذلك نظير منحها للالتزام، وقد يتفق الطرفان على مبلغ معين ثابت تدفعه شركة المشروع، وقد يتفقا على نسبة معينة من الإيرادات الناتجة من المشروع، كما قد يتفق الطرفان على منح شركة المشروع إعفاء مؤقت من مدة الإتاوة لمدة سنة أو سنتين أو ثلاث على حسب الأحوال بعدها تلتزم الشركة بدفع الإتاوة للدولة، لذا فإن عقد الالتزام هو الذي ينظم تلك الإتاوة وأحكام دفعها وشركة المشروع إلزامها بدفع الإتاوة المتفق عليها في العقد هو التزام تعاقدي يترتب عليها إذا أخلت به المسؤولية العقدية لشركة المشروع.

- التزام شركة المشروع بالبدء في سداد القروض:

إن مرحلة تشغيل المشروع من أهم المراحل بالنسبة للبنوك التي أقرضت شركة المشروع، إذ إن هذه البنوك دائماً ما تقدم على تمويل المشروعات بضمان إيرادها، لذلك، وبعد أن يتم تشغيل المشروع، ويتم تحصيل العوائد والرسوم من المنتفعين بالمرفق، هناك يتعين على شركة المشروع البدء في سداد القروض المستحقة والفوائد المترتبة عليها^(٢٠).

- التزام شركة المشروع بالصيانة الدورية للمرفق:

وفي مرحلة التشغيل تلتزم شركة المشروع وفقاً لنصوص العقد بصيانة المشروع بكامل معداته

(١٩) د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٧.

(٢٠) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٩٠ وما بعدها.

وآلاته، وقد تقوم الدولة بوضع جدول دوري للصيانة يرفق بعقد البوت^(٢١).

فلقد حرصت معظم النظم القانونية المنظمة لعقود البوت على التأكيد على التزام الملتزم بالصيانة الدورية لهذا المرفق محل الالتزام، فشركة المشروع ملزمة بصيانة المرفق حتى ولو لم يكن منصوصاً عليه في العقد ووفقاً لطبيعة الأمور فالدولة قد تقوم بوضع جدول دوري للصيانة كما سبق ذكره، ولكن إذا أغفلت عن ذلك يجب عليها أن تقوم هذه الشركة بعمل الصيانة الدورية للمرفق طيلة فترة التشغيل، لأن هناك التزام على شركة المشروع بنقل ملكيته للدولة في نهاية فترة التشغيل (عقد الالتزام) وبحالة جيدة وصالحة للاستعمال.

فالكشف الدوري يجب أن يكون على جميع الأصول المستخدمة في المشروع، وقد يطلب الملتزم من الدولة المعونة الفنية اللازمة للصيانة الدورية وكذلك الوقائية، وفي هذه الحالة تقدم الدولة له تلك المساعدات على نفقته الخاصة ويشمل حق الدولة في التفتيش والرقابة حقها في مراقبة الصيانة الدورية للمرفق، وحقها في حضور مندوبين عنها في عملية الصيانة الدورية للمرفق، للتحقق من الأسس العلمية التي تم بناءً عليها صيانة المرفق، كما يشمل التزام شركة المشروع بتدريب العمال على تشغيل وإدارة المعدات والمرفق والتزامها بتدريب عدد كافٍ من العمال على كيفية صيانة المرفق العام^(٢٢).

والتزام بالصيانة كما يقع على عاتق شركة المشروع فإنه قد يقع على عاتق جهة الإدارة أيضاً، ومثال ذلك ما نص عليه البند (٦-٢) من الملحق رقم ٢ من عقد إنشاء مجمع تسييل الغاز الطبيعي بدمياط بجمهورية مصر العربية نص على أنه: "يسمح لهيئة ميناء دمياط بدخول المجمع من أجل صيانة المنارة وحاجز الأمواج وصيانة نظام العلامات الملاحية والإرشادية، سوف يتم الاتفاق على ذلك بين الأطراف، وسوف يضع ذلك ضمن إجراءات الصيانة حتى لا يؤثر على تشغيل المجمع وأمنه...^(٢٣). وهكذا فإنه ومع بداية مرحلة التشغيل تلتزم شركة المشروع بتشغيل

(٢١) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، مرجع سابق، ص ١٧٠.

(٢٢) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت (B.O.T)، مرجع سابق، ص ٢٩٣ وما بعدها.

(٢٣) د. عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود الـ (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة،

طبعة ٢٠٠٩، ص ١٤٥.

المرفق وإدارته، مراعية في ذلك أنها تدير مرفقاً عاماً يخضع للمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة ومنها القابلية للتعديل والتطوير والمساواة وسير هذه المرافق بانتظام واضطراباً. وتلتزم شركة المشروع في سداد ما يستحق عليها من قروض وذلك من عوائد ورسوم المشروع، كما تلتزم بدفع الإتاوة المقررة للدولة وأخيراً تلتزم بعمل صيانة دورية متجددة للمرفق العام وتقوم بتدريب العمالة على كيفية إجراء الصيانة حتى ينتقل المشروع إلى الدولة في حالة صالحة للتشغيل، ولها في سبيل ذلك أن تقوم به بنفسها أو تعهد به إلى شركة متخصصة، كما لها أن تقوم بإنشاء هيئة متخصصة تقوم بوضع قواعد وأسس تقديم الخدمة للجمهور^(٢٤).

المطلب الرابع

التزام المتعاقد أو شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى

الجهة الإدارية المتعاقد معها

إن هذه المرحلة هي المرحلة الأخيرة من مراحل المشروع بالنسبة لشركة المشروع وهي انتهاء المدة المسموح بها لشركة المشروع في استغلاله وبعد ذلك تلتزم شركة المشروع بنقل الحيازة للدولة، فالملكية كما هو معروف لا تنتقل إلى شركة المشروع وأن الذي ينتقل لشركة المشروع هو حيازة الأرض والمباني والمعدات التي تقوم بإنشائها، وعلى هذا فإن ما تقوم بنقله شركة المشروع إلى الدولة هو الحيازة وليس الملكية، لأن الملكية لم تنتقل إليها أصلاً حتى تقوم بنقلها، وقد يحدث أن تقوم الدولة بنقل ملكية أرض المشروع بالفعل إلى شركة المشروع بموجب إجراءات لنقل ملكية صحيحة في الشهر العقاري والسجل العيني وفقاً للقوانين المنظمة لكل منهما^(٢٥).

وهنا يقع التزام على شركة المشروع بنقل ملكية الأرض وما عليها في منشآت ومعدات إلى الدولة وبالإجراءات المنصوص عليها في قوانين الشهر العقاري والسجل العيني.

(٢٤) د. حمادة عبدالرازق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

(٢٥) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، مرجع سابق، ص ١٧٢ وما بعدها.

ويجب أن يتضمن عقد البوت B.O.T تفصيلاً دقيقاً لهذا الالتزام لأنه وبعد استغلال شركة المشروع للمشروع ولمدة زمنية طويلة يتولد انطباع قوي وتوجد قرائن على أرض الواقع تشير إلى ملكية شركة المشروع للأرض وما عليها ويصبح من الصعب إثبات ملكية الأرض للدولة وعلى هذا ينبغي عند نقل الملكية لشركة المشروع إثبات أن هذا النقل يتسم بطابع التأقيت وذلك في السجلات المعدة لإثبات الملكية في الشهر العقاري حتى يسهل على الدولة إثبات ملكيتها للمشروع ويجب تسجيل عقد البوت بكافة تفاصيله في أكثر من جهة رسمية وحكومية. حفاظاً على حقوق الدولة ومنع شركة المشروع من الدعااء بملكية المشروع.

والأصل أن نقل الملكية للدولة يتم دون مقابل فشرية المشروع غالباً ما تكون قد استردت ما أنفقته في بناء المشروع في فترة التشغيل فضلاً عن احتفاظها بما حققتة من أرباح وهذا لا يمنع من أن يُنص في العقد على حصول شركة المشروع على تعويض عادل أو تعويض رمزي على حسب الأحوال^(٢٦).

فبعد أن تنتهي مدة العقد يجب على شركة المشروع نقل الملكية إلى الدولة أو إلى الجهة الإدارية المانحة لهذا الالتزام وبحالة جيدة وأن يتم ذلك دون مقابل^(٢٧).

كما يجب على شركة المشروع تسليم جميع الوثائق والمستندات وكذلك الكتالوجات الخاصة بالمعدات والآلات إلى الجهة المانحة والخرائط والرسومات وغير ذلك من متطلبات النقل وإعادة المشروع، كما تلتزم شركة المشروع بالتعاون والتوقيع على أية مستندات لازمة لإتمام عملية نقل الملكية وتلتزم كذلك بتسليم الجهة المانحة الرسومات والتصميمات الخاصة بتشغيل المشروع وبتنفيذ هذا الالتزام ينتهي عقد البوت B.O.T تماماً وتسترده هذه الجهة المانحة وقد ترى الجهة المانحة تجديد العقد مرة أخرى بنفس الشركة على أن تلتزم هذه الشركة بالقواعد العامة في

(٢٦) د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٥٢.

(٢٧) د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، مرجع سابق، ص ٢١٤.

القانون رقم ١٢٩ / ١٩٤٧ والقوانين الصادرة استثناءً منه، فيجب ألا تزيد المدة الجديدة عن الحد الأقصى المسموح به في القانون، إذا وجدت هذه الجهة المانحة أن من المصلحة العامة استمرار شركة المشروع في إدارته أو تشغيله^(٢٨).

(٢٨) د. عبد الهادي السيد حسن، المنازعات الناشئة عن عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

المبحث الثاني

حقوق المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T

إن للمتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T يتمتع بالعديد من الحقوق وفقاً لنصوص العقد فمنها ما يتعلق بحصوله على المقابل المالي للعقد بالإضافة إلى حقها في منع الضرر الذي يلحق به نتيجة للظروف الطارئة بالإضافة إلى تمتعه بمزايا و ضمانات الاستثمار المنصوص عليها في قوانين دولة المقر أو الدولة المانحة للالتزام بالإضافة إلى حقه في اللجوء إلى القضاء العادل بما يؤدي إلى حقه في الحصول على التعويضات المناسبة على أفعال الغير الضارة به^(٢٩).

وعلى ذلك سوف نتناول هذه الحقوق الخاصة بالمتعاقد مع الإدارة في إطار المطالب الآتية:

المطلب الأول: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه.

المطلب الثاني: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض.

المطلب الثالث: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المزايا التي يقررها صاحب الالتزام.

المطلب الرابع: حق المتعاقد أو شركة المشروع في التوازن الآلي للعقد

(٢٩) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، مرجع سابق، ص ١٨٢.

المطلب الأول

حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على

المقابل المالي المتفق عليه

إن هذا الحق يُعد من أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة فالهدف الأول للمتعاقد من إبرام العقد الإداري هو الحصول على الربح، لذلك كان الحصول على المقابل النقدي من أهم ما يهدف إليه المتعاقد مع الإدارة^(٣٠).

ويتخذ المقابل النقدي صوراً متعددة، فقد تكون مرتباً شهرياً في حالة عقود التوظيف، وقد يكون ثمناً للبضائع الموردة أو لخدمة مطلوبة أو للأشغال المتعاقد على تنفيذها^(٣١).

ويفرق الفقه بين نوعين من المقابل النقدي، وذلك بناء على نوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها.

- إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للإدارة مباشرة، فإن الإدارة هي التي تلتزم بأداء المقابل النقدي للمتعاقد.

- إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور مباشرة فإنه يتحصل على المقابل النقدي في صور رسم يتقاضاه من المنتفعين فحق المتعاقد في هذا المجال يتمثل في الثمن والرسم.

أولاً: حق المتعاقد في الثمن:

إن الثمن هو المقابل المادي لما أداه المتعاقد من أعمال في عقد الأشغال العامة، فالمتعاقد عندما يقوم بتقديم عطائه فإنه يوضح الثمن في العقد الذي يكون قادراً على أداء العمل بموجبه ولهذا فإن الثمن يحدد بمعرفة الطرفين عند إبرام العقد، ولهذا فإن العقد هو المصدر الأساسي لتحديد الثمن لأن الشروط الخاصة بتحديد الثمن هي شروط تعاقدية.

(٣٠) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية التطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٢٢٥.

(٣١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦٧.

ففي جمهورية مصر العربية، أحاط القانون عملية تحديد الثمن بضوابط يجب ألا تخالفها الإدارة، وأهم هذه الضوابط ما نصت عليه المادة (٦١) من قانون المناقصات بقولها: "إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية".

ويحدد الثمن برقم محدد، ولكن قد يحدد الثمن بطريقة أخرى كالجألة إلى عناصر خارجة عن العقد، ومثال ذلك الاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساساً للمحاسبة^(٣٢).

وفي ليبيا تنص المادة (٨٨) من لائحة العقود الإدارية الصادر سنة ٢٠٠٧ النافذة على أنه: "يستحق المتعاقد المقابل المالي المنفق عليه وبالأسعار الواردة في العقد، ولا يستحق أية زيادة عن ذلك تنشأ عن ارتفاع أسعار السوق خلال مدة التنفيذ، وذلك مع مراعاة عدم الإخلال بالحق في التعويض أو زيادة في المقابل يقررها العقد في حدود أحكام هذه اللائحة والقاعدة فيما يخص المقابل المالي تنص على أن لا يدفع إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة، وفي ذلك تبين المادة (٩١) من اللائحة النافذة على أنه يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة بعد تسجيل العقد لدى مصلحة الضرائب واستلام موقع العمل أن تصرف للمقاول دفعة مقدمة تحت الحساب لا تزيد عن (٢٥%) من قيمة العقد وذلك مقابل تقديم خطاب ضمان تتوفر فيه الشروط المبينة بالمادة (٤١) من هذه اللائحة ويكون ساري المفعول لمدة تنفيذ العقد.

ثانياً: حق المتعاقد في الرسم:

هو المقابل المالي الذي تستقل الإدارة بتحديدده، ويحصل عليه الملتزم في عقد التزام المرافق العامة، ويلتزم بأدائه جمهور المنتفعين بخدمات المرفق محل عقد الالتزام^(٣٣).

(٣٢) حكم مجلس الدولة الصادر في ٢٦ أكتوبر، سنة ١٩٤٥، ص ٢١٥. عن الدكتور محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية التطبيقية، ص ٢٥٨.

(٣٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٨.

فالرسوم في عقود التزام المرفق العام تُعد الشروط المتعلقة بها من قبل الشروط العامة التنظيمية بمعنى أنه يجوز للإدارة تعديلها من تلقاء نفسها، وعلى الرغم من أن في بداية الأمر، أن الفقه ذهب إلى القول بأن الرسم من الشروط المالية التي لا يجوز للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة: ولكن الأمر هذا أصبح مهجوراً في الوقت الحاضر فقهاً وقضاً وتشريعاً إذا اعتبر المقابل النقدي في عقد الامتياز رسماً ويستثنى من القاعدة التي تنطبق على العقود الأخرى، وتعد الشروط المتعلقة به من قبل الشروط اللائحية. ومن ثم لا يسمى أجراً، بل رسماً تميزاً له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة في غيره من العقود^(٣٤).

والدليل على هجر هذا الرأي في الفقه المصري، ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، حيث يقول: "لماح اللتزام دائماً، متى اقتضت ذلك المنفعة العامة، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان المرفق العام، موضوع اللتزام... وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به"، وبهذا النص الحاسم قطع المشرع المصري السبيل على رأي الفقه الفرنسي الذي يميز بالنسبة إلى الرسوم بين حالتين:

أ - في علاقة كل من الإدارة والملتزم بالمنفعين، وفي هذه الحالة ينضم هذا الفريق من الفقهاء إلى الرأي الغالب والذي يعتبر الشروط المتعلقة بتحديد الرسوم ذات طبيعة لائحية.

ب- أما في علاقة الإدارة بالملتزم: يذهب هذا الرأي إلى أن تلك الشروط تحتفظ بطبيعتها التعاقدية، وبذلك لا يجوز للإدارة أن تستقل بتعديل المقابل المتفق عليه.

وتتولى عقود الامتياز تحديد الرسوم التي يجوز للملتزم تقاضيها من المنفعين وغالباً ما تتولى الإدارة بنفسها تحديد هذه الرسوم بعد استشارة الملتزم، ولكن هذه الاستشارة لا تطبع تلك الشروط بالطابع التعاقدية، كما قد يحدد الرسم بصورة قاطعة وقد يحدد الحد الأقصى للرسم بحيث لا يجوز للملتزم تخطيه مع تركه حراً في نطاق هذا الحد الأقصى^(٣٥).

(٣٤) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٣.

(٣٥) د. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٣.

وترد على حرية الإدارة والملتزم قيوداً فيما تتعلق بتحديد الرسم أياً كانت الطريقة المتبعة في تحديده، ويمكن رد هذه القيود إلى الاعتبارات الآتية:

١- مبدأ المساواة بين المنتفعين في الرسم الذي يقرره عقد الالتزام، إذ يتعين على الإدارة حين تحديد الرسم بمفردها، وعلى الملتزم حين يترك له الحرية في تحديد الرسوم احترام القاعدة السابقة.

وقد قننت هذه القاعدة تشريعاً في مصر، فقد نصت المادة ٦٧٠ من القانون المدني المصري على ما يلي:

أ - إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه، سواء في الخدمات أو تقاضي الأجر.

ب- لا تحول المساواة دون أن يكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجر أو الإعفاء منها، على أن ينتفع بهذه المعاملة من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام. ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.

ج- كل تمييز يمنح على خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة، يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على ذلك التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة".

وإذا كان النص السابق قد تحدث عن الالتزام المادي يتضمن احتكاراً فعلياً، أو قانونياً وهي الحالة الغالبة في عقود الالتزام فهما لاشك فيه وفقاً لقواعد القانون الإداري أن قاعدة المساواة تشمل جميع أنواع المرافق العامة^(٣٦).

٢- تحديد المشرع صراحة للسعر الذي يتعين أن تقوم به الخدمة كما لو حدد سعر الكهرباء

(٣٦) د. أيمن محمد أبو حمزة، الوجيز في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣١٠ وما بعدها.

أو لغاز فحينئذ لا تستطيع الإدارة ولا الملتزم أن يخرج عن نصوص التشريعات بهذا الصدد.

٣- يجب أن نضيف إلى ما تقدم من قيود في تحديد الرسوم تنص المادة الثالثة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ والتي تقضي بأن: "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام ١٥% من رأس مال الموظف والمرخص من مانح الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك المرفق العام وما زاد عن ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن ١٥% وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي ١٥% من رأس المال ويستخدم ما تبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرافق العامة، سواء التي أنشئت قبله، أو التي تنشأ بعده، ويترتب على ذلك أن الإدارة ملزمة بأن تعيد النظر في تعريف الأسعار على ضوء ما يسفر عنه تشغيل المرفق من أرباح وفقاً للأسس التي وضعتها المادة الثالثة".

المطلب الثاني

حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض

يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً عما أصابه من ضرر في حالة خطأ العقدي، والخطأ العقدي كما وضعت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها في الطعن رقم (٧٠٥٧) لسنة ٤٧ق بتاريخ ٢٠٠٦/٧/١٨م بأنه: "هو قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيًا كان السبب في ذلك، سواء كان عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد أو إهماله أو فعله دون عمد وإهمال، والعقد الإداري كغيره من العقود الملزمة لطرفيه يولد التزامات عقدية على كل منها، ولناشك أن أخص التزامات الإدارة فيه ليس فقط أن تمكن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل بتسليمه الموقع المحدد للتنفيذ، بل أيضاً تضمن له المضي فيه حتى يتم إنجازها"^(٣٧).

كما تؤكد المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (١٥٨٦٦/٥٣ق) بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢٨م على مسؤولية الإدارة في حالة إخلالها الجسيم بالتزاماتها العقدية والذي جاء فيه: "الإخلال الجسيم

(٣٧) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

من جانب الإدارة بالتزاماتها العقدية يستوجب فسخ العقد. وتعويض المتعاقد عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا الإخلال ومن مظاهر هذا الإخلال من جانب الإدارة التأخير في تسليم الموقع للمقاول مدة تجاوز المعقول، مما يعرضه لتقلبات الأسعار في الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم موقع العمل".

فللمتعاقدين مع الإدارة الحق في أن يتقاضى منها مبالغ مالية قد يكون أساسها المسؤولية التعاقدية وذلك عندما تخل الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وترتكب أخطاء تنجم عنها أضرار للمتعاقد معها، وذلك عندما تقوم الإدارة بفسخ العقد، أو سحب العمل في غير الحالات التي تنص عليها القوانين، وكذلك عندما تقوم بإجراء جزائي ضد المتعاقد دون إنذار في المجالات التي يشترط فيها مثل هذا الإنذار^(٣٨). فالتعويض قد يكون على أساس المسؤولية العقدية أو أساسه نظرية الإثراء بلا سبب، وقد يكون التعويض عن التأخير في صرف مستحقات المتعاقد معها.

التعويض على أساس المسؤولية العقدية:

أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٢/١/٢٠، حيث أرست في ذلك المبدأ الآتي: "التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها في خطئها في عدم تسليم الموقع نظيفاً من أية عوائق مما أضربه"^(٣٩). فالإدارة عندما تقوم بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة فهذا واجب عليها الاعتراف مقابل ذلك للمتعاقد بالتعويض عما لحق به من ضرر نتيجة حرمانه من المزايا المالية التي سيجلبها له تنفيذ الكامل للعقد إذ قام بتنفيذه.

ومما لا شك فيه أن التعويض في هذه الحالة لا يكون مؤسساً على وجود خطأ ثابت من جانب الإدارة^(٤٠)، لأن الإدارة لم تقوم إلا بممارسة حق أقره لها العقد بمقتضى العامة وهذا التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة يختلف من حيث تقريره ومقداره والأسس القائم عليها حسابه وسوف

(٣٨) د. محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ج١، ط٣، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ١٩٩٨، ص٢٣٨.

(٣٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم ٦٩٥ - ٢٤، جلسة ١٩٨٢/١/٢٠.

(٤٠) مستشار د. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٢٨٤.

نذكر التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي على النحو الآتي:

التعويض الاتفاقي: حيث يستطيع طرفا العقد أن يحددا بالضبط عناصر حساب التعويض المستحق الممنوح للمتعاقد في هذه الحالة أياً كان طبيعة اتفاقهما في هذا الشأن وبحيث يمكنهما على الاتفاق بمقتضى شرط صريح في العقود على استبعاد أي تعويض للمتعاقد عن أنها العقد أو تحديد مبلغ جزافي كتعويض أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مع استبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتت عليه أو التي حرم منها.

التعويض القضائي: إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مبدا استحقاق التعويض ومقداره وعناصره، فإن للقاضي في هذه الحالة التعويض الكامل، اي الذي يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب^(٤١).

التعويض على أساس الأثر بلا سبب: إذا قام المتعاقد مع الإدارة بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها في العقد، يكون لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الإدارة بالتعويض على ما انفقته من أموال مقابل تلك الأعمال أو خدمات التي أداها شريطة ان تكون هذه الأعمال الإضافية ذات فائدة لازمة للمرفق وذلك على أساس قاعدة الأثر بلا سبب.

التعويض على أساس التأخير في صرف مستحقات المتعاقد: لقد أكدت المادة (٩٢) من لائحة العقود الإدارية الليبية على أنه في حالة العقود التي تخضع مستخلصاتها للمصادقة قبل الصرف من غير الجهة المتعاقدة، حيث يتعين على الجهة المتعاقدة إحالة المستخلصات للجهة المختصة بالمصادقة خلال أسبوعين من تاريخ استلامها، وإذا تأخر صرف مستحقات المقاول بعد انقضاء ستة أسابيع من تاريخ استلام الجهة المتعاقدة للمستخلص المقدم، استحق المقاول تعويضاً (٠,٢٥) "خمسة وعشرون في المائة" من قيمة المستخلصات المتأخرة أو جزءاً منه، أما في حالة العقود التي لا يخضع فيها الصرف للمصادقة السابقة من غير الجهة المتعاقدة يكون التعويض عن التأخير بنفس النسبة السابقة وذلك بعد انقضاء أسبوعين من تاريخ استلام الجهة المتعاقدة

(٤١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٤.

للمستخلص المقدم من المقال.

المطلب الثالث

حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على

المزايا التي يقرها صاحب الالتزام

إن جهة الإدارة قد تقدم بعض المزايا للمتزم كي يتمكن من القيام بمهمته على خير وجه، وتحدد تلك المزايا في عقد الالتزام، وهي تعد شروطاً تعاقدية لا يجوز لمناح الالتزام إلغاؤها أو تعديلها أو عدم الوفاء بها^(٤٢).

وهذه المزايا قد تكون مالية في هيئة قروض أو تسهيلات مالية أو تقديم قطعة أرض لبناء المرفق أو التزام جهة الإدارة بعدم التعاقد مع غيره في إدارة المرفق.

فالدولة وشركة المشروع أو المتعاقد معها عندما يقومان بإبرام عقد البوت فإن الغرض الغالب هو أن يتضمن العقد نصاً يعطي لشركة المشروع أو المتعاقد الحق في التمتع بالمزايا المنصوص عليها في دولة المقر للشركات التي تقوم بالاستثمار في هذه الدولة ومنها في جمهورية مصر العربية القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ الذي يعطي لشركات الاستثمار الحق في التمتع بالعديد من المزايا منها عدم جواز التأميم والمصادرة حسب ما نصت عليه المادة الثامنة وعدم جواز فرض الحراسة أو الحجز أو تجميد الأموال وفقاً لنص المادة التاسعة من نفس القانون وكذلك عدم الخضوع للتسعير الجبري أو التحديد الإداري للأرباح وفقاً لنص المادة العاشرة وغيرها من الامتيازات المنصوص عليها في هذا القانون أو القوانين الأخرى التي تتصل بنشاط شركة المشروع^(٤٣).

بالإضافة إلى تمتع الشركة بالحق في تملك الأراضي والعقارات وفقاً لنص المادة الثانية عشر

(٤٢) د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠١.

(٤٣) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T، مرجع سابق ص ١٩٢ وما بعدها.

من ذات القانون، كذلك حرية الشركة في الاستيراد والتصدير وفقاً لنص المادة الثالثة عشر من ذات القانون أيضاً، كذلك تمتعها بالإعفاء من الضرائب على إيرادات النشاط التجاري أو الصناعي وأرباح شركات الأموال والإعفاء من الأرباح الناتجة عن الاندماج أو التقسيم وتغيير الشكل القانوني للشركة.

أما عندما لا يتضمن عقد البوت B.O.T نصاً يسمح لشركة المشروع أو المتعاقد مع الجهة الإدارية بالتمتع بالمزايا المنصوص عليها في القوانين الوطنية ومنها القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بأنه يجب الرجوع إلى هذه القوانين كل منها على حدة لبحث مدى وإمكانية انطباق هذا القانون على شركة المشروع وغالباً ما يؤدي ذلك إلى تمتع شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة بالمزايا المنصوص عليها في هذا القانون.

عليه فإذا كان نشاط الشركة من بين المشروعات الواردة في المادة الأولى من قانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ واللائحة التنفيذية والتي عدتها التي يمكن للشركة أن تقوم بها وهي على النحو الآتي:

- ١- استطلاع واستزراع الأراضي البور والصحراوية أو أحدهما.
- ٢- الإنتاج الحيواني والسمكي والدواجن.
- ٣- الصناعة والتعدين.
- ٤- النقل الجوي والخدمات المرتبطة به بطريق مباشر.
- أ - النقل البري للركاب والبضائع.
- ب- إنشاء وإعداد وتشغيل وإدارة وصيانة واستغلال المطارات وأراضي النزول أو أجزاء منها.
- ٥- البنية الأساسية من مياه شرب وصرف وكهرباء وطرق واتصالات وجراجات متعددة بنظام البوت، سواء كان تحت الأرض أو فوقها^(٤٤).
- أ - إقامة أو تشغيل وإدارة محطات تحلية وتكرير مياه الشرب وشبكات توزيعها وخطوط

(٤٤) مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٤٦٥ لسنة ٢٠٠٢.

نقلها.

ب- إقامة أو تشغيل وإدارة محطات الصرف الصحي أو الصرف الصناعي والتنقية وتوصيلاتها.

ج- تصميم أو إنشاء أو إدارة أو تشغيل أو صيانة محطات توليد الكهرباء على اختلاف مصادرها وشبكات توزيعها^(٤٥).

د- إنشاء الطرق الحرة والسريعة والرئيسية وإدارتها واستغلالها وصيانتها.

هـ- ١- إقامة أو تشغيل أو إدارة محطات وشبكات الاتصال السلكية واللاسلكية والأقمار الصناعية بعد الحصول على ترخيص من الجهة المعنية وفقاً للقانون المعمول به ولا يشمل ذلك الإذاعة والتلفزيون.

٢- إقامة شبكات نقل الصوت والصورة والمعلومات المكتوبة وتقديم خدمات القيمة المضافة بعد الحصول على ترخيص من الجهات المعنية وفقاً للقوانين المعمول بها ولا يشمل ذلك شبكات الهاتف المحمول^(٤٦).

و- ١- تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل أو صيانة خطوط مترو الأنفاق أو أجزاء منها.

٢- تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل أو صيانة خطوط المترو السطحية داخل المدن أو بينها.

٣- تصميم وإنشاء وإدارة وتشغيل أنفاق السيارات.

٤- إقامة وتشغيل وإدارة الجراجات المتعددة الطوابق بنظام B.O.T عليه فإن كان نشاط شركة المشروع يقع ضمن النشاطات السالف ذكرها فإنها تستفيد من هذه المزايا والضمانات التي يتبناها القانون لمثل هذا النوع من المشاريع^(٤٧).

(٤٥) مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٤٠ لسنة ٢٠٠٠.

(٤٦) مضاف بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٤٠ لسنة ٢٠٠٠.

(٤٧) د. عبد الهادي السيد حسن، المنازعات الناشئة عن عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق،

عليه فهذه المزايا والضمانات مصدرها القانون وليس العقد.

مما سبق ذكره يتضح لدى الباحث أنه عندما يتضمن العقد نصاً يقيد بمنح المتعاقد أو شركة المشروع المزايا وجب له استحقاقها وكذلك إذا غفل عنها العقد كذلك وجب عليه استحقاق هذه المزايا، ولكن عندما يتضمن عقد البوت B.O.T نصاً يؤدي إلى حرمان شركة المشروع أو المتعاقد مع الإدارة من التمتع بالمزايا والإعفاءات المنصوص عليها في قانون الاستثمار أو قوانين الضرائب فإن هذا النص المثبت في عقد البوت يصبح النص الواجب التطبيق والاحترام لأنه نص خاص وهذا النص الخاص يفيد النص العام^(٤٨).

المطلب الرابع

حق المتعاقد أو شركة المشروع في التوازن المالي للعقد

إن مدة عقود البوت B.O.T مدة طويلة نسبياً قد تصل إلى ٩٩ عاماً وخلال هذه المدة قد يحدث اختلال بالتوازن المالي للعقد لأسباب وظروف سياسية أو اقتصادية، أو اجتماعية يزيد الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة وهذا الأمر يخل بمبدأ وجوب استمرار المرافق العامة بانتظام واضطراد لذلك فقد تبنت بعض التشريعات والقوانين المنظمة لعقود B.O.T بالإضافة إلى بعض الأحكام القضائية عدد من النظريات التي يتم تطبيقها في مثل هذه الحالات بغرض إعادة التوازن المالي للعقد^(٤٩).

ويمكن حصر هذه النظريات في الآتي:

١- نظرية عمل الأمير.

٢- نظرية الظروف الطارئة.

ص ٢٢٤.

(٤٨) د. عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود B.O.T، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٤٩) حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ ان مجموعة ص ١، ق ١،

ص ١٠٧.

٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

١- نظرية عمل الأمير:

يقصد بهذه النظرية كما أوضحته محكمة القضاء الإداري المصري أنها: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية" وهذه الإجراءات التي تصدر عن السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون القواعد التنظيمية عامة.

كما ذهب الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى تعريف نظرية عمل الأمير بأنه: "إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقفاً وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء"^(٥٠).

كما عرفها آخرون بأنها: "عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد"^(٥١).

ونظرية عمل الأمير لها شروط تتمثل في الآتي:

- ١- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة.
- ٢- أن يترتب على الإجراء الصادر من الجهة الإدارية ضرر للمتعاقد معها، سواء كان هذا الضرر جسيماً أو يسيراً.
- ٣- عدم وجود خطأ من جانب الإدارة، فإذا تصرفت الإدارة دون خطأ وترتب على تصرفاتها

(٥٠) الفتوى رقم ٢٩٧، جلسة ١٩٦٥/٢/٢٤، مجموعة المبادئ في مادة العقود في خمسة عشر عاماً، ص ١٨٠، مشار إليه لدى مرسل سعد مرسل، رسالة ماجستير، مرجع سابق ص ٢٣٤.

(٥١) المستشار د. السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنظيف عقود التشييد والاستغلال والتسليم الـ B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٨٦.

هذه الأضرار بمركز المتعاقد معها ففي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير.

٤- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع وفي هذا قضت محكمة القضاء الإداري المصري بأنه: "...من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور أثناء التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية^(٥٢).

ويترتب على تحقيق الشروط السابق ذكرها أن يعوض القضاء المتعاقد تعويضاً كاملاً عن بعض الأعمال والإجراءات التي تصدر عن الإدارة والتي تفترض عدم تحقيقها من جانبها والتي تؤدي في نفس الوقت إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد مثل الإجراءات الصادرة من الإدارة والتي تتناول شروط العقد بالتعديل وذلك بشرط أن تحترم الإدارة القيود المقررة فيما يتعلق بحق التعديل وهذا هو المجال المخصص لنظرية عمل الأمير كذلك الإجراءات الصادرة من الإدارة المتعاقدة والتي تنصب مباشرة على شروط العقد ولكنها تؤثر في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يُحمل المتعاقد معها أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد وفي هاتين الحالتين تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً^(٥٣).

كما يترتب على تحقيق تلك الشروط السابق ذكرها أيضاً امتداد فترة الامتياز بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء.

كما يترتب على تلك الشروط أيضاً أنه يحق لشركة المشروع طلب فسخ العقد إذا ما ترتب على نظرية عمل الأمير استحالة تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها بالعقد، لن عمل الأمير في مثل

(٥٢) راجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ ل٩٠٩ق جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، منشور في مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري خمسة عشر عاماً ١٩٤٦-١٩٦١، مرجع اسبق، ص ١٩٤٠.

(٥٣) مراسل سعد مرسل الغير الماجدي، النظام لاقانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T مرجع سابق، ص ٢٣٥.

هذه الحالة يصبح كقوة قاهرة^(٥٤).

٢- نظرية الظروف الطارئة:

إن نظرية الظروف الطارئة تواجه ظروفًا وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد، ولكنها ليست من صنع الإدارة وتطبق هذه النظرية في العقود الإدارية، وكذلك العقود المدنية على السواء^(٥٥).

فلقد عرفها المشرع المصري في المادة السادسة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بأنها: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولما يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي، كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول".

كما نصت المادة ١٤٧ فقرة ثانية من القانون المدني المصري على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلًا جاء مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك^(٥٦)".

وبناءً على التعريفات السابقة يمكن تحديد شروط انطباق هذه النظرية إلى الآتي:

١- حدوث أو وقوع حوادث طارئة أو ظروف استثنائية عامة أثناء تنفيذ العقد.

(٥٤) د. السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

(٥٥) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٥٦) المادة ١٤٧ من قانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧.

٢- أن تكون هذه الظروف أو الحوادث غير متوقعة عند التعاقد ولم يكن في الوسع توقعها ولا يمكن دفعها^(٥٧).

٣- أن يترتب على حصول هذه الحوادث أو الظروف الطارئة الاستثنائية العامة وصيرورة تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقاً إرهاقاً شديداً.

٤- أن تؤدي هذه الخسارة إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً.

٥- صدور إجراء عام أو خاص من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا بالإجراء، فإذا كان في الوسع توقعه حينها لا تنطبق هذه النظرية.

ولهذه النظرية عدة آثار تتمثل في الآتي:

- استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد: فتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يترتب عليها توقف شركة المشروع عن أداء ما يترتب على العقد من التزامات، بل لابد لها أن تستمر في تنفيذ العقد، ثم تطالب جهة الإدارة أن تشارك في تحمل بعض جوانب هذه الخسارة التي لحقت بها^(٥٨). وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه: "... ليس مؤدى هذه النظرية بعد توافر شروطها، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته وإلا اصطدم ذلك بمقتضيات سير المرفق العام بانتظام واضطراب^(٥٩).

- أحقية شركة المشروع في الحصول على تعويض جزئي من الجهة الإدارية ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن أساس تعويض المتعاقد مع الإدارة نتيجة للظروف الطارئة يرجع إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وحالتها بالمرفق العام نظراً لأن المرافق الإدارية يجب أن

(٥٧) مرسل سعد مرسل الغدير الماجدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٣٧.

(٥٨) المستشار د. السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال ونقل الملكية B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

(٥٩) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١١/٣٠/١٩٨٥.

تؤدي خدماتها باستمرار فإذا ما طرأت ظروف طارئة وغير متوقعة ترتب عليها إرهاب المتعاقد فإنه على الإدارة أن تهب إلى معاونته وتقدم له يد العون حتى يتغلب على هذه الظروف^(٦٠).

٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إن الفقه والقضاء في مصر استقر على تحديد مضمون الصعوبات المادية غير المتوقعة يتلخص في انه إذا أصاب المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية لها طبيعة استثنائية، ولم يكن في وسعه توقعها حال إبرام العقد وتؤدي إلى أن يصبح تنفيذ التزامه صعباً ومرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذا الصعوبات من أضرار.

وتتميز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية القوة القاهرة في هذه الأخيرة تجعل التنفيذ مستحيلًا، في حين أن الأولى تجعله صعباً أو مرهقاً، هذا فضلاً عن أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تتعلق بظروف تحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه^(٦١).

كما تتميز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في أن هذه الأخيرة عبارة عن نظام اقتصادي تهدف بصفة أساسية إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، بينما تتعلق الأولى بالنظام الفني للعقد. هذا إلى جانب أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يترتب عليها التعويض الكامل، أما نظرية الظروف الطارئة فيترتب عليها تعويض جزئي للمتعاقد. هذا فضلاً عن أن نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة تتعلق بصعوبات موجودة قبل إبرام العقد على عكس الحال بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة والتي تتعلق بظروف تحدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه كما هو الوضع في حالة القوة القاهرة^(٦٢).

ولهذه النظرية عدة شروط يمكن ذكرها في الآتي:

(٦٠) د. حمادة عبد الرازق حمادة، عقود البوت B.O.T، مرجع سابق ص ٢٥٥.

(٦١) المستشار د. السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقد في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم

B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٩٩.

(٦٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٤٣.

١- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية، أي أن الصعوبات التي تواجه شركة المشروع صعوبات مادية بحتة قد ترجع إلى ظواهر طبيعية أو جيولوجية مثال ذلك وجود طبقات غزيرة من المياه الجوفية يتعذر سحبها بالآلات العادية أو أن يجد المتعاقد الأرض التي سيقام عليها المشروع ذات طبيعة صخرية وصلابة غير متوقعة، أو وجود مرتفعات من الأتربة أو أساسات خرسانية، وقد تكون هذه الصعوبات المادية مصدرها أحد الأفراد الذين لا علاقة لهم بطرفي العقد أي وليدة عمل أجنبي كترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لكي يصل إلى مكان العقد أو اضطرار المتعاقد إلى شراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع العمل ولم تشر عليها المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد.

٢- يجب أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين أي بمعنى أن هذه الصعوبات التي واجهت شركة المشروع أثناء تنفيذ العقد لا يد لهذه الشركة المنفذة أو للإدارة أي دخل فيها، ويجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد ولم يكن في إمكانها توقعها بمعنى أن تكون هذه الصعوبات بمثابة مفاجأة لشركة المشروع.

٣- يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد ولم يكن في إمكانها توقعها بمعنى أن تكون هذه الصعوبات بمثابة مفاجأة لشركة المشروع.

٤- يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي "بمعنى أن الصعوبات المادية ليست فقط عقبات يصادفها المقاول عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع غير مألوف، ولا يمكن إدراجها ضمن المخاطر العادية التي يتعرض لها المقاول عند التنفيذ عادة، وتكمن هنا صعوبة في تحديد طابع هذه المعوقات من قاض إلى آخر وشرط الصعوبات غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التي تحدث في مجال التطبيق^(٦٣).

٥- يجب أن يترتب على هذه الصعوبات ضرر لشركة المشروع أو قلب اقتصاديات العقد مثال ذلك ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة الأسعار بصورة لم تكن متوقعة، أما إذا كانت الزيادة

(٦٣) أ. علي أحمد علي الطويل، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل B.O.T، دراسة مقارنة بين مصر ودولة الإمارات، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٧٦.

لا تؤدي إلى إرهاب شركة المشروع فإن ذلك لا يستدعي تطبيق هذه النظرية^(٦٤).

ولهذه النظرية آثار تتمثل في الآتي:

أ - التزام شركة المشروع بالاستمرار في تنفيذ العقد ففي هذه النظرية لا تؤثر على التزامات شركة المشروع مع الإدارة فهي لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ بصفة مطلقة ولكن يصبح التنفيذ مرهقاً.

ب- التعويض الكامل لشركة المشروع فيجب على الإدارة وفق هذه النظرية أن تعوض شركة المشروع تعويضاً كاملاً عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في الأسعار والتكاليف.

(٦٤) د. جابر جاد نصار عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة مقارنة للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، مطبعة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ١٩٢.

الخاتمة

هدفت هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T فعليها أن تبتعد عن أسلوب القهر والإرادة المنفردة، لأن الأسلوب الأمثل للتعاقد هو الذي يقوم على الحقوق والالتزامات التي يفرضها العقد على كل طرف من الأطراف وذلك حتى تنهض الدولة في إنشاء المشروعات الجديدة وإتمام مشروعات البنية التحتية في شتى المجالات.

ولقد خلصت الدراسة على النحو السابق بيانه وأنت بالنتائج والتوصيات الآتي بيانه:

النتائج:

- ١- التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد بنفسه وفقاً لقاعدة الاعتبار الشخصي. ولا يجوز له التنازل على العقد للغير إلا بموافقة جهة الإدارة.
- ٢- التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد في المدة المتفق عليها.
- ٣- على المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بتشغيل المرفق وصيانته.
- ٤- التزام المتعاقد مع الإدارة بعد انتهاء مدة العقد وتنفيذه للمشروع على الوجه المتفق عليه أن يقوم بنقل ملكية المشروع إلى الجهة المتعاقد معها أو الجهة مانحة الالتزام.

التوصيات:

- ١- يجب أن يتضمن عقد البوت B.O.T على حقوق والالتزامات المتعاقد مع الإدارة صراحة.
- ٢- المسارعة بإصدار قانون ينظم عقود البوت B.O.T بما فيها حقوق المتعاقدين والالتزامات تنظيمياً شاملاً.
- ٣- على الدول إيجاد حلول مناسبة للصعوبات التي تواجه المتعاقد مع الإدارة من حيث الحقوق والالتزامات.
- ٤- التقليل من المدة التي سمح بها القانون أو المشرع في تنفيذ عقود البوت والتي تصل إلى ٩٩ عاماً.

قائمة المراجع (٦٥)

- ١- السيد سامي العواني، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ٢٠١١.
- ٢- أيمن محمد أبو حمزة، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ٣- جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة مقارنة للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
- ٤- _____، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- ٥- حمادة عبد الرازق حمادة، التحكيم في عقود البوت B.O.T، دار الجامعة الجديد، ٢٠١٣.
- ٦- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- ٧- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤.
- ٨- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
- ٩- عبد الله طالب محمد الكندري، النظام القانوني لعقود الـ (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.
- ١٠- عصام أحمد البهجي، الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠١٤.

(٦٥) مع حفظ الألقاب العلمية.

- ١١- كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T "دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١٢- محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية التطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- ١٣- محمد عبد الله الحراري، أصول القانون الإداري الليبي، ج١، ط٣، المركز القومي للبحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ١٩٩٨.
- ١٤- مفتاح خليفة عبد الحميد، الأسس العامة للعقود الإدارية في ضوء لائحة العقود الإدارية الصادرة لسنة ٢٠٠٧، دار الفضيل للنشر والتوزيع، ط١، بنغازي، ٢٠٢١.
- ١٥- هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقد لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.

الرسائل العلمية:

- ١- خالد محمد العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، ١٩٩٩.
- ٢- عبد الهادي السيد حسن، المنازعات الناشئة عن عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة دكتوراه، جامعة طنطا، بدون سنة نشر.
- ٣- علي أحمد علي الطويل، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل B.O.T، دراسة مقارنة بين مصر ودولة الإمارات، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، ٢٠١٤.
- ٤- ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت B.O.T، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الزقازيق- فرع بنها، ٢٠٠٤.
- ٥- مرسل سعد مرسل الغدير الماجدي، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T وطرق تسوية منازعاتها، رسالة ماجستير، جامعة طنطا، ٢٠١٣،

٦- هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، ١٩٧٩.

الأحكام والفتاوى:

١- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٧٧٢ لسنة ٢٩ق الصادر بجلسة ١٩٨٥/٢/٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثلاثون، العدد الأول، قاعدة رقم (٨٧)، ص ٥٥٩.

٢- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٣٤٠ لسنة ٣٢ق، جلسة ١٦-٥-١٩٩٥، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء رقم ٤٩، ص ١٥٣.

٣- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٧٤١ لسنة ٢٧ق، الصادر بجلسة ١٩٨٥/٥/٢٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثلاثون العدد الثاني قاعدة رقم (١٧٧)، ص ١١٧٩.

٤- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم ٦٩٥ - ٢٤ق، جلسة ٢٠م/١/١٩٨٢.

٥- حكم مجلس الدولة الصادر في ٢٦ أكتوبر، سنة ١٩٤٥، ص ٢١٥.

٦- حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ ان مجموعة ص ١، ق ١، ص ١٠٧.

٧- حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ ل ٩ق جلسة ٣٠/٦/١٩٥٧، منشور في مجموعة المبادئ التي أقرتها محكمة القضاء الإداري خمسة عشر عاماً ١٩٤٦ - ١٩٦١.

٨- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ق جلسة ٣٠/١١/١٩٨٥.

٩- فتوى رقم ٢٩٧، جلسة ٢٤/٢/١٩٦٥، مجموعة المبادئ في مادة العقود في خمسة عشر عاماً، ص ١٨٠.

١٠- فتوى رقم ٥٤٠ بتاريخ ١٥/٧/١٩٩٩ ملف رقم ٤٦/٢/٧٨ جلسة ١٦/٦/١٩٩٩، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع خلال المدة من أكتوبر ١٩٩٦ إلى شهر يونيو سنة ٢٠٠٠، الجزء الثاني، ص ١٦٧٥.

قائمة المحتويات

١	مقدمة
٣	المبحث الأول: التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T
٤	المطلب الأول: التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه وفقاً للمواصفات المتفق عليها
٤	١-مرحلة التصميم:
٥	٢-مرحلة تهيئة موقع المشروع:
٥	٣-مرحلة البناء والتشييد:
٧	المطلب الثاني: التزام المتعاقد أو شركة المشروع بمدد تنفيذ المشروع
١٠	المطلب الثالث: التزام المتعاقد أو شركة المشروع بالتشغيل والصيانة الدورية للمرفق
١٢	- التزام شركة المشروع بدفع الإتاوة للدولة:
١٢	- التزام شركة المشروع بالبداية في سداد القروض:
١٢	- التزام شركة المشروع بالصيانة الدورية للمرفق:
	المطلب الرابع: التزام المتعاقد أو شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية
١٤	المتعاقد معها
١٧	المبحث الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T
١٨	المطلب الأول: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه
١٨	أولاً: حق المتعاقد في الثمن:
١٩	ثانياً: حق المتعاقد في الرسم:
٢٢	المطلب الثاني: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض
٢٥	المطلب الثالث: حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المزايا التي يقرها صاحب الالتزام
٢٨	المطلب الرابع: حق المتعاقد أو شركة المشروع في التوازن المالي للعقد
٢٩	١-نظرية عمل الأمير:
٣١	٢-نظرية الظروف الطارئة:
٣٣	٣-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:
٣٦	الخاتمة
٣٦	النتائج:
٣٦	التوصيات:
٣٧	قائمة المراجع
٤٠	قائمة المحتويات