التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية B.O.T
(دراسة مقارنة)

ماهية عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية B.O.T – تعريف عقود B.O.T وبيان أنواعها – مزايا عقود B.O.T وعيوبها – تمييز عقود B.O.T عما يتشابه معها – التكييف القانوني لعقود B.O.T – التزامات المتعاقد تجاه الإدارة – التزام المتعاقد بتشييد المرفق العام – التزام المتعاقد بتشغيل المرفق العام – التزام المتعاقد بنقل ملكية المرفق العام – التزامات المتعاقد تجاه المنتفعين – مفهوم المنتفعين وطبيعة مركزهم القانوني في عقود B.O.T – الأساس القانوني لامتداد عقد B.O.T إلى المنتفعين – التزام المتعاقد بالمبادئ التي تحكم سير المرافق العامة.

الأستاذ

شامل هادي نجم العزاوي

ماجستير في القانون العام

الطبعة الأولى

2016

المركز القومي للإصدارات القانونية

الفرع الرئيسي: 165ش محمد فريد تقاطع عبد الخالق ثروت

عمارة حلاوة أعلى مكتبة الأنجلو ومكتبة الأهرام - وسط البلد - القاهرة

الفرع: 54ش علي عبد اللطيف من ش الشيخ ريحان - عابدين - القاهرة

Mob: 01115555760 - 01002551696 - 01224900337

Tel:002/02/23957807 - Fax: 002/02/23957807

Email: walied_gun@yahoo.com law_book2003@yahoo.com

www.publicationlaw.com

Copyrighted material

بسم الـلـه الرحمن الرحيم

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ الـلـه يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾

صدق الـلـه العظيم
[سورة المائدة: آية 1]

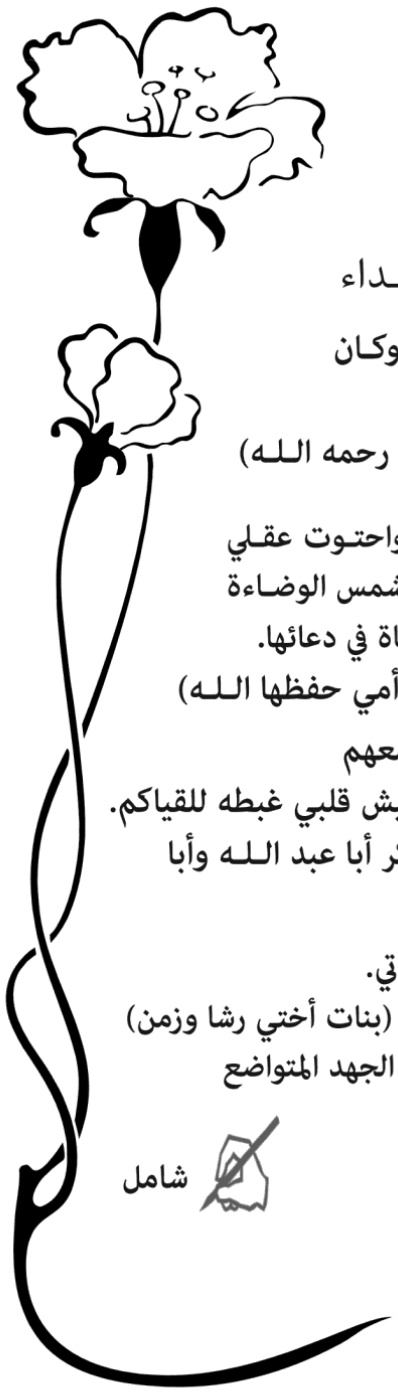
Copyrighted material

شكر وتقدير

- نتقدم بخالص الشكر والتقدير للمركز القومي للإصدارات القانونية ...
- على الجهد الذي بذلـه لإخـراج هذا العمل على هذه الصورة المتميزة..
- **ونختص بالشكر السيد/وليد مصطفى**

  رئيس مجلس الإدارة
- راجين له التوفيق فيما ينشره المركز من إصدارات تسهم في نشر الثقافة والمعرفة القانونية.

Copyrighted material



الإهـــــــداء

- إلى ... الـذي غـرس فيَّ بـذور العلـم وكـان يتمنى أن يراني موفقاً.

(أبي رحمه الـلـه)

- إلى ... من ملكت حواسي وإحـساسي واحتـوت عقـلي وأفكـاري إلى المربيـة الفاضـلة، والـشمس الوضـاءة التي أنارت لي طريق النجاح في الحياة في دعائها.

(أمي حفظها الـلـه)

- إلى ... من أشد بهم أزري وأتقاسم معهم الدمعة والبسمة إليكم يا من يجيش قلبي غبطه للقياكم.

(إخوتي وأخواتي وأخص منهم بالذكر أبا عبد الـلـه وأبا مصطفى)

- إلى ... الأزهار الملونة التي تعطر حياتي.

(بنات أختي رشا وزمن)

لهم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

شامل

Copyrighted material

بسم الـلـه الرحمن الرحيم

مقدمة

من أجل تحقيق الرفاهية للمواطنين عن طريق إقامة المشروعات الخدمية العامة لتقديم خدماتها بشكل أفضل، فقد سعت الدول على اختلاف مذاهبها السياسية والاقتصادية إلى تحقيق التقدم الاقتصادي، وتحقيق المنفعة العامة، عن طريق إبرام العقود الإدارية مع بعض الشركات سواء الوطنية أو العالمية لكي تستطيع الدولة من خلالها تنفيذ مشروعاتها العامة، وتأمين استمرارية المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة.

وتعد عقود الامتياز، ومن بينها عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أهم هذه العقود والتي ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة، ولاسيما أنها تساعد على إنشاء البنية الأساسية للدولة، وتقديم الخدمة المطلوبة من دون أن تتكبد الدولة نفقات هذه المشاريع، كما تساعد على تطوير تلك المشروعات وتحديثها مع إقامتها على أفضل حال ولاسيما وأن الهدف من إبرام تلك العقود يكون مناطه تحقيق المصلحة العامة .

وتمنح عقود البوت عن طريق الدولة مباشرة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها لإحدى شركات القطاع الخاص سواء كانت وطنية، أو أجنبية أو مشتركة؛ بهدف تشييد احد المرافق العامة من مالها الخاص ثم تشغيله وإدارته من اجل استرداد ما أنفقته الشركة من أموال، وتحقيق الربح من المشروع خلال مدة إدارته، مع الالتزام بإعادة المشروع في نهاية مدة التعاقد بحالة جيدة إلى الجهة مانحة الامتياز بغير مقابل، وبما أن الهدف الأساسي من هذا النوع من

Copyrighted material

العقود هو تحقيق المصلحة العامة، كان لابد من تمتع الجهة مانحة الامتياز بنوع من الرقابة على تشييد المشروع وتشغيله لضمان وفائه بالغرض الذي أنشئ من أجله مع ضمان نقله بحالة جيدة في نهاية مدة التعاقد .وقد تترتب على ذلك أن تقع مجموعة من الالتزامات على عاتق المتعاقد مع الجهة الإدارية مانحة الإلتزام وخلال مراحل تنفيذ المشروع مع تحمله المخاطر المختلفة لغاية انتهاء المدة التعاقدية ونقل ملكيته للجهة الإدارية.

وإزاء الأهمية الخاصة للالتزامات الواقعة على عاتق المتعاقد في تشييد المشروع، وتشغيله، كان من الطبيعي أن تكون دراسة هذه الالتزامات هدفا لهذه الرسالة بحيث يتم تناولها بالدراسة، والبحث والتحليل، ولاسيما أن أي خلل من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته يهدد استمرارية تلك المشروعات التي ترمي في الأساس إلى تقديم الخدمة العامة.

مشكلة البحث:

ترجع أهمية هذه الدراسة إلى أمور مهمة كثيرة نجملها فيما يأتي.

1- حاجة العراق لمواكبة التطورات ألاقتصاديه من خلال فسح المجال أمام القطاع الخاص ليقوم بدور فعال في عملية التنمية الاقتصاديه، وفي الوقت نفسه جذب الاستثمارات الخاصة سواء كانت محلية أو أجنبية فهو في حاجه ماسة إلى توفير بنية أساسية قوية من خلال تنفيذ المشاريع المهمة مثل شبكات الطرق، والصرف الصحي، ومياه الشرب، والكهرباء، والمطارات، والموانئ، التي ظلت تعاني لسنوات نتيجة لضعف الموارد المتاحة لتحديثها وتنميتها إذ إن هذه النوعيه من المشروعات تحتاج إلى أموال طائلة لتنفيذها، وهذه الأموال لا يمكن توافرها نتيجة العجز المستمر في الموازنة العامة.

2-نقص الخبرات سواء كانت مالية، أو فنية، أو قانونية لدى الجانب العراقي المتعامل مع شركة المشروع، أو ضعف الرقابة التي تمارسها الجهة الإدارية المانحة للمشروع .

Copyrighted material

3- دراسة السلبيات التي تقوم بها بعض الشركات الأجنبية من خلال اعتمادها على توفير التمويل اللازم للمشروع من البنوك الوطنية وبالعملة الأجنبية بما يمثل ضغطاً على الاقتصاد الوطني .

4- النقص الواضح في التشريعات العراقية الخاصة بمثل هذه المشاريع مما يتطلب قيام الحكومة العراقية بإعداد تشريع متكامل وموحد ليحكم مثل هذه العقود ولاسيما أن أغلب هذه العقود تكون مع طرف أجنبي .

5- نقل التكنولوجية الحديثة والمتقدمة والخبرات الفنية عن طريق القطاع الخاص المنفذ لمشاريع البنية الأساسية إلى الدولة المضيفة لتشييد المشروع .

6- تقليل الاعتماد على القروض والمساعدات والمنح الخارجية، بما لها من أهداف اقتصادية، وغير اقتصادية، وعدم الخضوع لمغالاة الدول المانحة .

منهج البحث:

لقد أثار تنفيذ مشروعات البنية الأساسية بوساطة عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) كثيراً من المشكلات، إذ أن هذه العقود تتسم بالتعقيد والتشابك، لذا كان من الأهمية بمكان البحث عن حل لهذه المشكلات، وهذا الأمر كان له أثر كبير في اختيار منهج الدراسة، والتي سوف تكون دراسة مقارنة فضلاً عن التعرض لبعض الأعمال القانونية الصادرة من منظمات الأعمال الدولية ومنها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسترال) التي اهتمت بمثل هذه المشروعات المقامة بنظام التشييد والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) بحسبانه الطريقة المثلى والحل الناجح لما تعانيه اقتصاديات الدول النامية من صعاب وعقبات.

والدراسة هنا سوف تكون دراسة مقارنة وتحليلية من خلال التعرض للنصوص القانونية وتوضيح أراء الفقهاء وأحكام القضاء.

نطاق البحث :

يتحدد نطاق هذه الدراسة بما يأتي:

Copyrighted material

1- نطاق الدراسة من حيث أطراف العقد .

تنصب هذه الدراسة على الحالة التي تبرم فيها عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية بين الدولة وإحدى الجهات الإدارية التابعة لها ومستثمر أجنبي يستوي في ذلك أن يكون فرداً، أو شركة، أو اتحاد شركات، إذ من البديهي أن الدراسة في أطار القانون الدولي الخاص ستنصب على الحالة التي تتطرق فيها الصفة الأجنبية إلى احد عناصر العلاقة القانونية، وبالتالي فإنه يخرج عن نطاق هذه الدراسة عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية الوطنية الخالصة، أي تلك التي لا تتطرق الصفة الأجنبية إلى احد عناصرها، سواء كانت الدولة أو إحدى أجهزتها العامة طرفاً فيها أو لم تكن. كما يخرج عن نطاقها كذلك بحث عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية التي لا تكون الدولة أو إحدى الجهات الإدارية طرفاً فيها، وذلك سواء تطرقت الصفة الأجنبية إلى احد عناصرها أو لم تتطرق، فعلى الرغم من أن العقد في هذه الحالة يعد عقداً دولياً على وفق المعايير المتعارف عليها في العقود الدولية، إلا أننا لن نتعرض لهذه الحالة حتى لا نخرج عن الهدف من هذه الدراسة هو بحث عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية المبرمه بين الجهات الحكومية والشركات الأجنبية .

2-النطاق الموضوعي للدراسة

إذا كانت الدراسة ستنصب على عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية المبرمه بين الدولة أو أحد أجهزتها وطرف خاص سواًء كان أجنبيا، أو محليا فإنها ستقتصر على معالجة العقد الرئيس أو عقد المشروع فقط، أي العقد المبرم بين الدولة مانحة الامتياز أو أحد أجهزتها العامة والشركة أو اتحاد الشركات الأجنبية الذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف منهما من دون التطرق إلى العقود الأخرى المتفرعة عن هذا العقد، فضلا عن ذلك العقود التي تبرمها شركة المشروع مع الغير مثل البنوك، وشركات التأمين، والمقاولين من

Copyrighted material

الباطن، والموردين، أو ما تبرمه من عقود أخرى خلال مرحلتي التشييد والتشغيل.

والعلة في اختصارنا على بحث عقد المشروع أو العقد الرئيس ترجع إلى ثلاثة أسباب:

أ- السبب الأول :

هوان العقود المنبثقة عن عقد المشروع تخرج من عباءة هذا العقد وتدور معه وجوداً، وعدماً، ونطاقاً.

فهذه العقود مرتبطة بوجودها للعقد الرئيس ولو لم يبرم هذا العقد لما أبرمت تلك العقود، وإذا حدث وان الغي هذا العقد أو أبطل أو فسخ أو انقضى بأحد أسباب الانقضاء لما كان هناك أدنى مسوغ لاستمرار تلك العقود الأخرى.

ب- السبب الثاني :

إن الاهتمام بعقد المشروع وتفصيل أحكامه أمر يجعل الدولة والجهات الحكومية الوطنية على بصيرة من أمرها قبل التعاقد، ويمكنها بالتالي أن تضمن هذا العقد من الشروط ما يحقق مصالحها ومصالح رعاياها .

ج- السبب الثالث :

إن بحث ما يتعلق بعقد المشروع والعقود المنبثقة منه من أحكام قانونية، هو أمر تضيق به دراسة واحده وإن كل عقد من العقود السابقة يمكن أن تفرد له دراسة مستقلة لبحث ما يثيره من مسائل قانونية مهمة.

خطة البحث :

نظراً للان الدراسة تهدف إلى إيضاح الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد أو شركة المشروع في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، لذا فضلنا أن تكون الخطة مناسبة لذلك.

Copyrighted material