

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الفصل الرابع

الآثار القانونية في تنفيذ عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

الفصل الرابع

الآثار القانونية في تنفيذ عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص، بسبب ارتباطها بالمرافق العامة، فإذا كانت مصالح الأطراف المتعاقدة في العقود المدنية متساوية، وتحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنها في العقود الإدارية غير متساوية، إذ تسمو المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، وينعكس ذلك على آثار العقود الإدارية، التي يكون لجهة الإدارة فيها سلطة التوجيه والإشراف على تنفيذها، وسلطة تعديلها بما يتفق وصالح المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد إلى غير ذلك من مسائل لا يمكن أن تطبق في المجال المدني.

وآثار العقود الإدارية ليست إلا حقوقاً والتزامات متقابلة للطرفين المتعاقدين، وهما جهة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، هذه الحقوق والتزامات جرت أقدام فقهاء القانون العام على شرحها ودراستها باستفاضة، غير إنه عندما يتعلق الأمر بعقد B.O.T وعقود التنمية الاقتصادية بشكل عام، فإن موضوع الآثار القانونية المترتبة على تنفيذ العقد يكتسي أهمية خاصة، وذلك لسببين :

الأول : هو حداثة هذه العقود نسبياً، وتأثيرها بالمتغيرات العالمية من اتجاه نحو العولمة وظهور الشركات العالمية الضخمة والتي تعادل ميزانيات بعضها الميزانيات المجتمعة للعديد من الدول النامية.

وثانياً : لتعليقها بالمشروعات الضخمة ذات الأهمية الكبيرة وهي مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، والتي يحتاج تنفيذها إلى نوع من المرونة والابتعاد عن البيروقراطية والعقود الصارمة، وهو ما راعته لائحة العقود الإدارية عندما نصت في الباب السابع المتعلق بعقود المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة على أن إبرام تلك العقود يتم وفقاً لأحكام هذه اللائحة، ولكن بالقدر الذي لا يتعارض مع

طبيعة المشروعات محل التعاقد.

لهذا يثور التساؤل عن مدى تأثير ذلك على الحقوق والالتزامات المتولدة عن تنفيذ العقد، ومدى انطباق

النظرية التقليدية لآثار العقود الإدارية على عقد B.O.T ؟

وهو ما نحاول الإجابة عليه في هذا الفصل من خلال استعراض حقوق والتزامات طرفي عقد B.O.T،

والجزاء المترتبة على مخالفة الالتزامات وذلك على النحو التالي.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المبحث الأول: الآثار القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T بالنسبة لجهة

الإدارة

يتكون عقد البناء B.O.T شأنه شأن أي عقد آخر ، من طرفين هما جهة الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها.

وتتمتع جهة الإدارة في عقد B.O.T بمجموعة من الحقوق والسلطات كحق الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، والحق في تعديل شروط العقد، وحق استرداد المرفق قبل انقضاء مدة التعاقد إذا اقتضت المصلحة العامة لذلك.

وفي المقابل عليها أيضاً مجموعة من الالتزامات التي ينبغي القيام بها وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: حقوق جهة الإدارة المتعاقدة

تتمتع جهة الإدارة في ظل العقد الإداري بمجموعة من السلطات التي يمكن اللجوء إليها ولم ينص عليها العقد، كما أن هذه السلطات تتعلق بالمصالح العام، فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها أو تتفق مع ما يخالفها وإلا كان هذا التنازل وذلك الاتفاق باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقهما بالنظام العام، بيد أنه ومع ذلك فإن هذه السلطات ليست طليقة من كل قيد، بل يشترط حتى يمكن لجهة الإدارة ممارستها أن يكون استخدامها مرتبطاً بتحقيق المصلحة العامة والمتمثلة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام .

لذلك يثور التساؤل هل تطبق هذه السلطات التي تملكها جهة الإدارة قبل التعاقد معها في النظرية التقليدية للعقد الإداري، عندما يتعلق الأمر بعقد B.O.T باعتباره من العقود الإدارية الحديثة نسبياً؟

وهو ما سنحاول الإجابة عليه خلال هذا المطلب، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً- حق الرقابة والإشراف :

فالإدارة لها حق الرقابة ومتابعة المتعاقد معها في تنفيذ العقد ، وهذا الحق قد يؤخذ بمعنى ضيق وهو يعني مجرد التحقيق من أن المتعاقد مع الإدارة ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد، وهي قد تمارس الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين مندوب عنها يشرف على تنفيذ العقد، ويشمل هذا الإشراف التحقيق من صلاحية المواد التي ينفذ بها المتعاقد التزاماته أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة. على أن هذا المعنى الضيق للرقابة لا يخرج على القواعد العامة في تنفيذ العقود عموماً، ومن ثم فإن حق الرقابة الثابت للإدارة تجاه المتعاقد معها عند تنفيذ العقد الإداري يتجاوز هذا المعنى بكل تأكيد إلى معنى أوسع وأشمل ، فيمقتضاه تدخل الإدارة في التنفيذ، ولها أن توجهه كما تشاء وفق المصلحة العامة ، فلها أن تطالبه بتغيير طريقة التنفيذ أو الإسراع من معطيه أو تطلب منه الاستعانة بعمال آخرين.^{٢٠٩}

وحق الإدارة في الرقابة والإشراف وإن كان ثابتاً لها في كل العقود الإدارية ، فإن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر - فهو في عقود الامتياز أوسع مجالاً وأرحب نطاقاً، ومرد ذلك إلى أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثم يحق للإدارة أن تتدخل في كل وقت لتغيير أسلوب الملتزم في الإدارة وطريقة تعامله مع المتفاعلين، وكل ذلك في إطار نصوص العقد وبندوده فلا يتجاوز إلى فرض شروط أخرى جديدة أو تعديل شروط قائمة.

وحق الرقابة هذا من الحقوق الثابتة لجهة الإدارة في عقود B.O.T كما سبق أسلفنا - كما أن له أهمية خاصة في هذا الصدد وذلك لاعتبارين أساسيين :

الأول: يتمثل في طول مدة هذه العقود بما يعني ضرورة قيام جهة الإدارة بمباشرة هذا الحق

^{٢٠٩} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤م. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة. ص ٢٩٠

الثاني: يتمثل في التزام المتعاقد مع الإدارة بتسليم المرفق بحالة جيدة عند انتهاء مدة التعاقد، وذلك لا

يمكن أن يتحقق إلا إذا سلمنا لجهة الإدارة بحقتها في الرقابة والمتابعة في جميع مراحل تنفيذ العقد.^{٢١٠}

ثانياً: حق تعديل العقد .

حق الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء تنفيذه يعتبر من المبادئ المسلم بها في العقود الإدارية ، بل أنه من أبرز الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، إذ تمارس الإدارة هذا الحق دون حاجة للنص عليه صراحة، فهو حق يستمد من مبادئ القانون العام ذاته، ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري . ويجمع الفقه والقضاء الإداريين على الاعتراف لجهة الإدارة بهذا الحق في العقود الإدارية، فيذهب الفقه الفرنسي إلى أن عدم ثبات العقد الإداري هو الآن جوهر العقود الإدارية، وحتى الذين يتعاقدون مع الإدارة يصعب القول بأنهم يجهلون تلك الصلة بين طبيعة العقد وسلطة الإدارة في تعديله حسب مقتضيات المصلحة العامة، كما أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بحق التعديل مند سنة ١٩٠٢م وذلك في حكم الشركة الحديدية للغاز بصدد نزاع بين شركة الغاز وشركة الكهرباء، ثم تبعه حكم ترام مرسلية سنة ١٩١٠م، ومنذ هذين الحكمين أكد القضاء هذه السلطة بصفة عامة بالنسبة للعقد الإداري، وتواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على ذلك كما سار القضاء الإداري في كل من مصر وليبيا في نفس الاتجاه.^{٢١١}

^{٢١٠} وتطبيقاً لذلك فإن بعض دول أمريكا اللاتينية منها البرازيل - كولومبيا - وبعض من الدول الأخرى "تشتترط في عقود B.O.T تعيين ممثل لجهة الإدارة ضمن مجلس إدارة المرفق يختص بمراجعة ومناقشة أي توسعات رأسمالية مستقبلية وإطلاع جهة الإدارة على تلك التوسعات ومراقبة ميزانية المرفق، ومراقبة عقود الصيانة ومدى كفاءتها واقتراح كل ما يكفل تحقيق ذلك على الوجه الأكمل مشار إليه لدى: نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٥١

^{٢١١} ومن ذلك في مصر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ١٦-١٢-١٩٥٦م الذي جاء فيه " تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة" وهي تسيير المرافق العامة ومن أجل تحقيق هذا الهدف حولت الإدارة سلطات استثنائية ومن ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد، وهي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية ، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية ، ومقتضى هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء التنفيذ-- ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد ،

غير أنه يلاحظ أن مدى سلطة الإدارة في التعديل ليس على درجة واحدة من جميع العقود الإدارية، بل تختلف من عقد لآخر ، وذلك طبقاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام، وعلى أساس مدى مساهمة المتعاقد في تسيير المرفق، لذلك تكون هذه السلطة بارزة في عقد امتياز المرافق العامة لاتصاله الوثيق بإدارة المرفق، وهذه الخاصية تجعل من الملتزم صاحب الامتياز بمثابة النائب عن الإدارة في تسيير مرفق عام، وهو ما ينطبق أيضاً على عقود B.O.T باعتبارها صورة مستحدثة لعقود امتياز المرافق العامة، فحق جهة الإدارة في تعديل عقد B.O.T حق أصيل مستمد من النظام العام للمرافق العامة محل التعاقد، ومقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد، وإذا ما نص العقد على هذا الحق فإن هذا النص لا يعد منشأ له بل كاشفاً عنه فقط، كما أن هذا النص لا يكون إلا لمجرد تنظيم هذا الحق وبيان أوضاعه وحالاته.

ولا يقدح في ذلك ما ذهب إليه البعض من أن تعلق هذه العقود بالمشروعات الضخمة كالجسور، والطرق ومحطات المياه وغيرها من المشروعات التي تتميز بضخامة تكلفتها المالية، يحتم أن تدرس هذه العقود بعناية ويخطط لها بدقة من جانب جهة الإدارة أو من جانب المتعاقد معها، الأمر الذي لا يترك مجالاً للتعديل فيه ، وبالتالي فإنه لا مجال إلا حيث ينص العقد على ذلك صراحة^{٢١٢}.

فالحقيقة إن هذا القول لا يمكن التسليم به، لأنه يتجاهل الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل ، والذي يرتبط بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة بانتظام واضطراب، وكذلك قاعدة قابلية المرفق العام للتغيير، فالمرافق العامة تقبل التعديل والتغيير في كل وقت متى ثبت أن من شأن هذا التعديل أن يؤدي

أو موافقة الطرف الآخر عليه - وإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا لمجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك ، يضاف إلى هذا أن جهة الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام " كذلك ورد في حكم المحكمة العليا في ليبيا بتاريخ ٣٠-١١-١٩٧٨ م ما يلي " العقود الإدارية تتميز بطابع خاص أساسه احتياجات المرفق العام والصالح العام يعلو في هذه العقود دائماً على المصلحة الفردية الخاصة ويترب على ذلك إن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ هذه العقود وإن لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام "

حكم المحكمة العليا_ جلسة ٣٠-١١-١٩٧٨ م_ موسوعة المبادئ القانونية يوليو ١٩٧٩ م - ص ٣٤٨

^{٢١٢} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤م. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والإعادة. ص ٢٩٢

إلى تحسين الخدمة التي تقدمها للمتفعين بخدماتها، كما أن تجارب بعض الدول في مجال عقود B.O.T تدل على إقرار حق جهة الإدارة في تعديل العقد بالإرادة المنفردة، مع تعويض المتعاقد معها مقابل ذلك تعويضاً يعادل ما أحدثه هذا التعديل من أضرار أو أعباء على المتعاقد مع الإدارة^{٢١٣}.

غير أنه يجب ألا يعفى في هذا الصدد أن بعض عقود B.O.T تتميز عن عقود امتياز المرافق العامة في صورتها التقليدية بتساع الشروط التعاقدية على حساب الشروط اللائحية، وهو ما يؤدي بطبيعة الحال إلى تحجيم سلطة الإدارة في التعديل، باعتبار أن سلطة التعديل تنصب على الشروط اللائحية فقط دون التعاقدية التي توضع بالاتفاق بين الطرفين وبالتالي لا مجال لتعديلها، فالشروط المتعلقة بالتسعيرة أو التعريف هي دائماً من الشروط اللائحية التي تستطيع جهة الإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة متى تشاء في ظل النظرية التقليدية لعقود امتياز المرافق العامة، بينما هي في بعض B.O.T - مثل عقود مشروعات محطات الطاقة الكهربائية أو المياه - حيث تتعهد جهة الإدارة بشراء المنتج من المتعاقد معها بسعر محدد متفق عليه لتقوم بتوزيعه على الجمهور - من الشروط التعاقدية التي يتم الاتفاق عليها بين الطرفين ، وبالتالي لا تقبل التعديل إلا باتفاق طرفي العقد على ذلك .

وقد أشارت لائحة العقود الإدارية النافذة في ليبيا إلى حق جهة الإدارة المتعاقدة في تعديل عقودها الإدارية وإجراءات هذا التعديل، فتضمنت المادة (١٤٩) بعض الحقوق والالتزامات التي يجب مراعاتها عند إبرام عقود المشروعات الممولة من الميزانية العامة، وجاء في الفقرة "ج" منها ما يلي: "حق الجهة المتعاقدة في تغيير مستوى وطبيعة الخدمة أو المنتج لصالح المستهلك أو المستفيد".

كما تضمنت المادة (٩٩) الأحكام العامة في تعديل موضوع العقود الإدارية وجاء فيها :

^{٢١٣} ومن ذلك على سبيل المثال التجربة الأرجنتينية حيث تعاقدت الحكومة الأرجنتينية مع إحدى شركات القطاع الخاص لإنشاء طريق سريع واستغلاله لمدة ٢٠ عاماً، وقد أدخلت الحكومة الأرجنتينية عدة تعديلات فيما بعد تضمنت مزيداً من الإنشاءات مع السماح للمتعاقد مع الإدارة أن يزيد قيمة الرسوم نتيجة لذلك كتعويض عما أجرته الحكومة من تعديلات على العقد. يراجع في ذلك نصار، جابر

أ- للجهة المتعاقدة الحق في إجراء تعديلات على موضوع العقد بالزيادة أو النقص في حدود نسبة يتفق عليها في العقد على ألا يتجاوز مجموع هذه التعديلات ما نسبته ١٥% "خمسة عشر بالمائة" من قيمة العقد الأصلية وذلك دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعديل في الأسعار، ويكون للجهة المتعاقدة تطبيق أحكام الفقرة "ج" من المادة على قيمة التعديلات .

ب- إذا جاوزت نسبة التعديل الحد المذكور في الفقرة السابقة كان للمتعاقد الحق في المطالبة بتعديل الأسعار بشأن الأعمال أو الكميات الزائدة عن الحدود السالف ذكرها وذلك بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترخيص والإذن بالتعاقد .

ج- يجوز للمتعاقد أن يطلب من الجهة المتعاقدة تمديد مدة العقد للفترة المناسبة لتعديل العقد بالزيادة ويقدم طلب المدة وفقاً بالبروات والأسباب المؤيدة لذلك والمدة الإضافية المطلوبة، وفي هذه الحالة لا يجوز للمتعاقد أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية تعويضات نتيجة لهذا التمديد .

ثالثاً: حق استرداد المرفق قبل نهاية المدة المتفق عليها .

ويقصد بالاسترداد أن يصدر قرار من السلطة المختصة باسترداد المرفق وعودته إلى جهة الإدارة المالكة له

قبل انقضاء مدة العقد، وهذا الحق هو إمام للعقد قبل الموعد المتفق عليه ويعد- شأنه شأن الحقين

السابقين - من الحقوق الأصلية التي يجوز لجهة الإدارة أن تلجأ إليه دائماً حتى ولو لم ينص عليه في

العقد، وأصالة هذا الحق نابعة من الأصل الذي يقضي بأن تقوم جهة الإدارة بإدارة المرافق العامة بنفسها

إلا إذا ارتأت أن المصلحة العامة تقضي إدارتها عن طريق التعاقد^{٢١٤}، وعلى ذلك إذ اتبين للجهة الإدارية

أن طريقة الإدارة بالتعاقد لم تعد تتفق مع المصلحة العامة التي أنشئ من أجلها المرفق، أن تسترد المرفق

من المتعاقد معها مع تعويضه عما يلحقه من أضرار تعويضاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، وليس للمتعاقد أن يحتج قبل جهة الإدارة بفكرة الحق المكتسب ولا بقاعدة القوة الملزمة للعقد. بل كل ما له من حقوق ينحصر في المطالبة بالتعويضات، وفي ذلك نصت لائحة العقود الإدارية في المادة (١٠٧) على أنه: "يجوز للجهة المتعاقدة أن تنهي العقد في أي وقت تشاء دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد إذا اقتضى ذلك المصلحة العامة، بشرط موافقة الجهة المختصة باعتماد إجراءات التعاقد، وفي هذه الحالة تصرف للمتعاقد مستحقاته عما تم تنفيذه من أعمال وترد إليه التأمينات التي قدمها مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء".

والأصل أن المرفق العام يعود بعد استرداده خالياً من الالتزامات، حيث يكون المتعاقد وحده هو المسؤول عن كافة الالتزامات قبل العود في الفترة التي كان يقوم فيها بإدارة المرفق، فجهة الإدارة ليست حلفاً عاماً أو خاصاً للمتعاقد معها. غير أن تطبيق هذا المبدأ على عمال المرفق محل التعاقد سوف يلحق بهم الأضرار، خاصة إذا كان المتعاقد أجنبياً - وهو الغالب في عقد B.O.T - وكانت أمواله موجودة بالخارج، وبالتالي سوف يصعب على هؤلاء أن ينالوا حقوقهم بالتنفيذ على أموالهم لهذا كان من المستحسن أن تقوم جهة الإدارة بأداء حقوق عمال المرفق، على أن تقوم هي بالرجوع على المتعاقد معها في الخارج^{٢٣}.

المطلب الثاني: التزامات جهة الإدارة المتعاقدة

لما كانت جهة الإدارة هي الطرف الأول في إطار عقود B.O.T فإنه يكون طبيعياً أن تتحمل مجموعة من الالتزامات بحيث يؤدي تنفيذ هذه الالتزامات إلى تنفيذ العقد وفقاً لغاياته وأغراضه ولصالح الطرفين .

^{٢٣} حسبو. عمر أحمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٧٩

وتتمثل هذه الالتزامات غالباً فيما يلي :

أولاً : تسليم المشروع خالياً من أي عوائق .

مما لا شك فيه أن جهة الإدارة المتعاقدة في إطار عقود B.O.T هي التي تتعهد بإتاحة موقع المشروع والأرض التي سيقام عليها المشروع والتي تكون عادة مالكة لهذه الأرض، وبالتالي لا يثير الأمر أي إشكالية حيث تقوم بتسليمها للمتعاقد، ويفضل أن يتم هذا التسليم بحضور رسمي مكتوب يوقع عليه أطراف العقد توثيقاً لحدوث أي منازعات أو إشكاليات حول هذا التسليم وحالاته مستقبلاً^{٢١٦}.

بيد أن بعض الأحيان قد تكون جهة الإدارة لا تملك الأرض اللازمة للتنفيذ، وبالتالي يصبح الأمر أكثر تعقيداً، حيث تنجح إلى استئجار الأرض " نزع الملكية للمصلحة العامة " وهو ما قد يأخذ فترة طويلة، ويتسبب في عجلة تنفيذ المشروع، وفي هذه الحالة ستلزم جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها أو مد فترة العقد لصالحه، وإن كان هذا الأخير قد لا يقبل بتمديد فترة العقد كتعويض له من تأخر جهة الإدارة في القيام بالالتزامات بسبب تحملها ودفعه لفوائد القروض للدائنين، لذلك فهو يحرص عادة على تضمين العقد نصاً يلزم جهة الإدارة بتعويضه عن ما يتعرض له من أضرار جراء تأخرها في تسليم موقع المشروع.

كما يجب على جهة الإدارة أن تضمن خلو الأرض التي سيقام عليها المشروع من أي تعدي عليها، سواء أكان هذا التعدي مادياً أو قانونياً، و لا تستطيع جهة الإدارة أن تدعي أن السبب في ادعاء ملكية الأرض المقام عليها المشروع من قبل الغير هو من الأسباب الخارجة عن إرادتها^{٢١٧}.

ثانياً : القيام بكل ما هو ضروري لتنفيذ العقد .

^{٢١٦} وفي ذلك نصت المادة ٨٧ من لائحة العقود الإدارية على أن (يكون تسليم الموقع بناء على إخطار ترسله الجهة المتعاقدة إلى المقاول، ويحرر عند التسليم محضر يوقع من الطرفين ويكون من نسختين تسلّم إحداها للمقاول وتحفظ الأخرى لدى الجهة المتعاقدة)

^{٢١٧} إسماعيل. محمد عبد المجيد. ٢٠٠٠م. عقود الأشغال الدولية. رسالة دكتورا. مصر. جامعة القاهرة. ص ١٦٩ وما بعدها

على جهة الإدارة المتعاقدة أن تلتزم بتوفير كل الوسائل الضرورية للبدء في تنفيذ العقد وهي في سبيل ذلك تعمل على تمكين المتعاقد معها من الحصول على كافة التصاريح الإدارية والوثائق اللازمة للتنفيذ، وكذلك تصاريح الإنشاءات ، وتصريح عمل الأشخاص الأجانب، وتصريح تحويل الأرباح إلى عملة أجنبية.

وتمثل التصاريح الإدارية والموافقات أهمية كبيرة طالما يمكنها تعطيل انطلاق أعمال الإنشاء أو وقفها أو تأجيل التشغيل الصناعي أو التجاري للمشروع، وقد يتضمن عقد B.O.T على بند أو نص يجيز لجهة الإدارة بمحذ مساعدة المتعاقد معها في الحصول على التصاريح والموافقات وحسب، بل أيضاً ضمان صحة هذه التصاريح وتبليدها.

ولتسهيل عملية استخراج التصاريح والموافقات المختلفة تعمل بعض الدول على اتباع نظام النافذة الواحدة بوصفه وحداً من كثر النظم الإدارية كفاءة وسرعة ومرونة، وهو يعني تجميع كافة المسؤولين والجهات الرسمية التي يجب أن يعطى معها كافة المتعاقدين في سياق عقود B.O.T في مكان أو مبنى واحد، وذلك ليسهل على المتعاقد عملية الانتقال والحصول على كافة التصاريح بسرعة بسهولة ويسر، كما أنه يضمن وبدرجة كبيرة التنسيق بين تلك الأطراف الحكومية المعنية بالمشروعات المراد تنفيذها، كما أن هذا النظام يمكن المتعاقد من إنجاز الأعمال اللازمة بسرعة والعمل على إمكانية حل الإشكاليات مبكراً وقبل أن تتفاقم وتحول إلى أزمات كبيرة^{٢١٨}.

ونظراً لكون أسلوب B.O.T يعد حديثاً بالنسبة للكثير من الدول ومن بينها العديد من الدول العربية، فإنه ينبغي على حكومات تلك الدول أن تعمل على تدريب موظفيها وكوادرها الإدارية التي سوف

^{٢١٨} وقد اتبعت بعض الدول هذا النظام مثل الإكوادور، والفلبين وماليزيا وباكستان وغيرها- انظر في ذلك موقع منظمة اليونيدو على شبكة

تتكفل مستقبلاً بالإشراف على عملية تنفيذ عقود B.O.T والتنسيق فيما بينها بالخصوص، وهذه التدريبات يمكن الحصول عليها في الوقت الحالي بسهولة ويسر ومن أماكن متعددة كالشركات العالمية الكبرى التي تعمل في مثل هذه المجالات أو حتى في مجالات قريبة منها، كذلك من المنظمات الدولية المتعددة مثل بنوك التنمية المحلية والإقليمية وكذلك منظمة اليونيدو.

وتلتزم جهة الإدارة كذلك بتوفير الحد الأدنى من الثبات التشريعي للقوانين واللوائح التي أبرم العقد في ظلها، كما يجب أن تلتزم بتوفير وضع احتكاري للمتعاقدين يضمن له عدم وجود منافسة من مشروعات أخرى مماثلة سواء كانت هذه المشروعات تديرها الدولة أو يديرها اشخص القطاع الخاص نيابة عنها.

ثالثاً : الالتزام بتنفيذ بنود العقد وفق مبدأ حسن النية .

يعد مبدأ حسن من الأصول العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أياً كان نوعها، ومفاده أن يجري تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه من بنود وشروط، وبطريقة تتفق مع ما توجبه اعتبارات حسن النية في التعامل^{٢٩٩}.

وتطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، فإن رفض جهة الإدارة تسلم البضاعة التي قام المتعاقد بتوريدها برغم مطابقتها للمواصفات الفنية وكيفية وجود شوائب عالقة تؤثر على صلاحيتها للاستعمال، يعد تنفيذاً للعقد بطريقة تتعارض مع مقتضيات حسن النية في التعامل .

^{٢٩٩} وقد أرست المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم لها مضمون هذا المبدأ بقولها " إنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة في مجال تنفيذ العقود عموماً مدنية كانت أو إدارية أنه يجب تنفيذ العقد وفق ما اشتملت عليه شروطه وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام المقرر للالتزامات عموماً، ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد والتزاماته مع الإدارة إنما تتحدد طبقاً لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة وبذلك فإن النص يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفيه كأصل عام يصح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه، ومد ذلك أن ما اتفق عليه طرفا العقد هو شريعته التي تلاقى عندها إرادتهما وترتب كل منهما حقوقه والتزاماته على هذا الأساس " حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠-١-١٩٩٣م بمجموعة الأحكام -س ٢ ص ٩.

ويضع القضاء الإداري في اعتباره لدى تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وما يجري عليه العرف الإداري من التوسيع في تفسير معنى حسن النية في ضوء المصالح التي يحميها العقد، والسلطات المشروعة لجهة الإدارة.

وفكرة حسن النية هي من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة القضاء، ويقدر القاضي مدى توافرها وفقاً للظروف والملايسات التي تحيط بالعقد أثناء تنفيذه، فهناك ظروف قد تحول بين الإدارة وبين الوفاء بالتزاماتها كحالة الحرب مثلاً^{٢٢٠}.

وتلتزم جهة الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشروط الواردة به، ومن أبرز هذه الشروط في هذا الصدد عدم المنافسة إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات المصلحة العامة خروج الإدارة على هذا الشرط، كما في بحالة تغير الوسيلة الفنية في إشباع الحاجة العامة، كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بديلاً عن الغاز^{٢٢١}.

هذا ولا يقف التزام الإدارة عند احترام شروط العقد ومراعاة حسن النية في التنفيذ، وإنما تلتزم أيضاً بتنفيذ موضوع العقد بأكمله دون أن يعس ذلك حقها في أن تنقص أو تزيد فيه، إعمالاً لسلطتها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها للحدود والأوضاع المقررة بالقانون.

المطلب الثالث: جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية

وينحصر جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها في عقد B.O.T أساساً في صورتين هما

أولاً : التعويض :

^{٢٢٠} أمين. محمد سعيد حسين. ٢٠٠٢م. المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية. د ن . ص ١٩٩ وما بعدها .

^{٢٢١} الشهاوي. إبراهيم. ٢٠٠٣. عقد امتياز المرافق العامة . دراسة مقارنة. ص ٣٣١

ويعد التعويض الجزاء الأصل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية، ويتفق هذا الجزاء مع الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد مع الإدارة من وراء إبرام العقد في المقام الأول وهو تحقيق الربح، لذلك فإن تعويض المتعاقد عما لحقه من خسائر مادية بسبب خطأ الإدارة يكون دائماً الهدف الذي يبتغيه القاضي في الحكم على جهة الإدارة بالتعويض، ويقدر التعويض على الأسس المدنية باعتبار أنها تمثل القواعد العامة، مع مراعاة دور كل من طرفي الرابطة العقدية في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركاً تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه^{٢٢٢}.

وإذا كان المتعاقد مع الإدارة يستحق تعويضاً عن الأضرار التي تصيبه نتيجة مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، فإن الحق القاضي يميز بين حالتين فيما يتعلق بعبء إثبات هذا الضرر :

الحالة الأولى: مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية التي يكون إثبات الضرر فيها أمراً سهلاً وميسوراً، وذلك إذا كان العقد يتضمن شرطاً يواجه هذه الحالة، حيث يعتبر عدم الوفاء من جانب الإدارة لالتزاماتها على النحو السابق قد أصاب المتعاقد بها بضرر.

الحالة الثانية: مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية إعمالاً لسلطانها المشروعة في تعديل العقد، حيث يتشدد القضاء في إثبات الضرر المادي الذي أصاب المتعاقد مع الإدارة نتيجة إجراء التعديلات المشروعة^{٢٢٣}.

ثانياً: الفسخ:

ويعد فسخ العقد خطأ الإدارة أخطر جزاء يوقع على الإدارة في حالة عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، ولا يحكم به القضاء الإداري عادة إلا خطأ جسيماً، وفيما يلي أسباب الفسخ ونتائجه :

^{٢٢٢} الشهاوي، إبراهيم، ٢٠٠٣. عقد امتياز المرافق العامة. دراسة مقارنة. ص ٢٣٧

^{٢٢٣} المرجع نفسه. ص ٢٣٧

١ - أسباب الفسخ: تتمثل الأسباب المبررة للفسخ في وجود خطأ عقدي جسيم من جانب الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، ويقدر قاضي العقد درجة جسامة المخالفة مثل : عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع محل التعاقد، وتأخر الإدارة تأخراً ملحوظاً في البدء في تنفيذ العقد، ولخطورة الفسخ كجزء يجب أن يكون تأخر الإدارة تأخراً خطيراً وعلى نحو يجاوز القدر المعقول الذي يتفق والنية المشتركة للطرفين.

٢ - نتائج الفسخ: يترتب على الحكم بفسخ العقد أن أثر الحكم في هذا الصدد يرتد إلى تاريخ رفع الدعوى، حيث يلتزم المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار في التنفيذ ويمتنع عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها، وأن يستمر في التنفيذ إلى أن يصدر الحكم بفسخ العقد وإلا تعرض للمسئولية.

٣ - استحقاق المتعاقد التعويض: وهو تعويض كامل يغطي كافة ما يلحق به من خسارة وما يفوته من كسب، مع مراعاة ما يكون المتعاقد قد تقدم في المدة مابين رفع الدعوى وصدور الحكم بالفسخ، وقد يضاف إلى مبلغ التعويض فوائد التأخير إذا كان المبلغ المحكوم به معين المقدار وفقاً للقواعد المدنية في هذا الشأن^{٢٢٤}.

ثالثاً: طبيعة جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها
يتمثل جزاء مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية في صورتين هما الفسخ والتعويض، ويترتب على الفسخ التزام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما يلحقه من خسائر وما يفوته من كسب، وهذا يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد من إبرام العقد وهو تحقيق الربح، لذلك فإن تغطية الخسارة المالية التي تلحقه من خطأ الإدارة تمثل الهدف الذي يبتغيه القاضي من الحكم بالتعويض،

والحقيقة أن جزءاً مخالفة جهة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يحمل طبيعة معنى التعويض، وبهذه المثابة يختلف عن طبيعة الجزاء الذي يتعرض له المتعاقد مع الإدارة، إذ لا يتخذ في حقيقته معنى التعويض بقدر ما يتخذ معنى العقوبة كما-سنوضح لاحقاً-ومرد ذلك إلى أن كل إخلال من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته ليس مجرد إخلال بالتزام تعاقد فهذا فحسب، وإنما يمثل في المقام الأول مساساً بسير المرفق العام محل التعاقد، فهذا الاختلاف في الطبيعة بين نوعي الجزاء يرتبط بالاختلاف في الهدف الذي يتوخاه الطرفان، فالإدارة تهدف دائماً إلى تحقيق النفع العام وتتطلب من المتعاقد معها بذل أقصى جهد في سبيل الوفاء بالتزاماته، وللإدارة في سبيل ذلك إجباره على الوفاء بأن توقع عليه أقصى الجزاءات والتي تحمل في حقيقتها معنى العقوبة، أما المتعاقد فإن تعويضه بسبب خطأ الإدارة في تنفيذ التزاماتها هو الهدف الذي يتوخاه القاضي من الحكم على الإدارة بالتعويض وهو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية^{٢٢٥}.

المبحث الثاني: آثار عقد البناء والتشغيل والتسليم B.O.T بالنسبة للمتعاقد مع

الإدارة

يمثل المتعاقد مع الإدارة الطرف الثاني في عقد B.O.T والذي يتحمل العبء الأكبر في تشييد المرفق وفي إدارته واستغلاله، ويقع عليه التزام بتنفيذ ما ورد في العقد من التزامات وفقاً لشروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد، وإلا أصبح عرضه لتطبيق جملة من الجزاءات الإدارية التي ليس لها نظير في عقود القانون الخاص؛ وفي مقابل هذه الالتزامات يتمتع بمجموعة من الحقوق والمتمثلة في الحصول على المقابل المالي الذي يعرض ما تكبده من نفقات مع تحقيق هامش الربح المعقول، كذلك الحق في المطالبة بمجموعة التوازن المالي للعقد والمطالبة بإنهاء العقد قضائياً في حالات معينة وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول: الالتزامات الواقعة على عاتق المتعاقد مع الإدارة

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد وفقاً لما اتفق عليه، وتمثل التزامات المتعاقد مع الإدارة في إنشاء المشروع وتشغيله وتسليمه إلى الإدارة في نهاية المدة المتفق عليها. والأصل في العقود - بصفة عامة - أن يلتزم المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته معها بصفة شخصية، فهل يسري هذا الالتزام في عقود B.O.T ؟ أم إن المتعاقد مع الإدارة يستطيع أن يتناول عن العقد ؟ وهل يجوز له أن يتعاقد من الباطن لبناء المشروع أو تشغيله.

كذلك يلزم المتعاقد مع الإدارة بتطبيق المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد، فضلاً عن التزامه بتسليم المرفق إلى جهة الإدارة وما يترتب على ذلك من التزامات فرعية تتعلق بدقة

التنفيذ واستمرار الصيانة حتى يظل المرفق بصورة جيدة إلى أن يتم تسليمه لجهة الإدارة وهو الأمر الذي سنبحثه كما يلي :

أولاً - التزام المتعاقد مع الإدارة بإنشاء المرفق بالمواصفات المتفق عليها في المدة المحددة.

فالالتزام الرئيسي للمتعاقد مع الإدارة يتمثل في تصميم المرفق وتنفيذه وتوفير التمويل اللازم لذلك وفقاً للشروط المتفق عليها مع جهة الإدارة المتعاقدة في الوقت المحدد، وعلى ذلك فإن هذا الالتزام يشتمل على ثلاثة عناصر هي :

١ : الالتزام بإنشاء المرفق طبقاً للشروط المتفق عليها .

ويشمل هذا الالتزام على عدة عمليات يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذها لإنشاء المرفق تتمثل فيما يلي :

أ - إعداد الدراسات الأولية : وتشمل هذه الدراسات إعداد رسومات أبنية المشروع والتصميمات وحصر ما يحتاجه من تجهيزات وقطع غيار، وعمل تقديرات لعدد العاملين اللازمين لتشغيل المرفق ومن يتوافر منهم في السوق المحلية، ومن يلزم استحضاره من الخارج^{٢٢٦}.

ب - إقامة الأبنية والمنشآت : ويجري البناء طبقاً للمواصفات والرسومات الملحقة بالعقد، ويعد المتعاقد مع الإدارة على نفقته كل ما يلزم للبناء من معدات أو مواد، ويد عاملة، ويقوم بتزويد موقع العمل بالماء والطاقة .

والمتعاقد مع الإدارة هو المسؤول عن الإشراف على سير العمل في البناء ويجب أن يعد الفنيين للقيام بذلك، وينصرف معنى الإشراف إلى أمرين وهما إصدار التعليمات والتوجيهات، ومتابعة تنفيذها، وجهة الإدارة أن تراقب عملية التنفيذ ولها في سبيل ذلك تعيين مهندسين استشاريين لمتابعة هذا التنفيذ، ولها أن

^{٢٢٦} حامد. ماهر محمد. ٢٠٠٤م. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والإعادة. ص ٣١٥

تحتج أو ترفض أي تغيير في الرسومات أو قواعد التنفيذ المتفق عليها سلفاً في العقد وملاحقه، كذلك أي تعديل في مواصفات البناء قد يقلل من الاستفادة من المرفق، أو يؤدي على المدى الطويل إلى إشكاليات عند تسليم المرفق إليها بعد انقضاء مدة العقد^{٢٢٧}.

وعملية الرقابة والإشراف هذه مفيدة أيضاً للمتعاقد مع الإدارة، إذ أنه هو الآخر حريص على سلامة التنفيذ وفاءً بالتزاماته ورغبة في استرداد استثماراته وتحقيق هامش ربح ملائم، ولا يتسنى له ذلك إلا بمرفق قوي مشيد على أساس سليم ووفقاً للموصفات والمعايير المرعية في قطاع النشاط الذي ينخرط ضمنه المرفق.

ج - تجهيز المرفق بالمعدات اللازمة لتشغيله : وتجري هذه التجهيزات وفقاً للقوائم الملحقة بالعقد والتي تشمل على مواصفات الآلات والأجهزة المطلوبة، وقطع الغيار اللازمة لها ولا يقتصر التزام المتعاقد مع الإدارة في هذا الصدد على ما ذكر في القوائم، وإنما يمتد إلى كل ما يلزم المرفق من الآلات والأجهزة ليصير صالحاً لإنتاج السلعة أو تقديم الخدمة المقصودة لأن هذه النتيجة هي التي يبتغيها^{٢٢٨}.

وقد جرى العمل على أن يقتصر دور جهة الإدارة المتعاقدة في ذلك على تحديد المواصفات العامة والغاية النهائية المرجوة من المرفق كطاقته وكفاءته النوعية، على أن تترك كافة التفاصيل الأخرى لتحقيق هذه الغاية

^{٢٢٧} وفي ذلك نصت المادة ١٠٩ من لائحة العقود الإدارية على: (أ- يكون من التزامات المقاول التحري بنفسه عن طبيعة الأعمال والقياسات والمقادير والكميات، وأن يجري كل ما يلزم لذلك من تحريات واختبارات وغيرها، للتأكد من سلامة الرسومات والتصميمات والمقادير والمواصفات والبيانات التي اعتمدت وطرح على أساسها المشروع، فإذا ظهرت له ملاحظات من شأنها أن تعوق سير التنفيذ أو تكون غير متفقة مع الأصول الفنية أو الاقتصادية أو تحد من الفائدة المرجوة من المشروع وجب عليه أن يخطر بها الجهة المتعاقدة بكتاب مسجل، وعليه في هذه الحالة التوقف عن الأعمال إلى حين استلام تعليمات الجهة المتعاقدة بشأن تلك الملاحظات ويتم أخذ الآثار الناتجة عن هذا التوقف في الاعتبار كتعديل مدة أو قيمة العقد في حالة ثبوت صحة رأي المقاول.

ب - يجوز للجهة المتعاقدة - في أي وقت - تصحيح أي خطأ أو سهو يقع في الرسومات أو المواصفات أو البيانات التي تقدمها هذه الجهة، وليس للمقاول أن يطالب بأي تعويض بسبب ذلك.)

^{٢٢٨} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤م. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والإعادة. ص ٣١٧

إلى المتعاقد مع الإدارة، ويحقق ذلك ميزة أساسية لجهة الإدارة، إذ تنتقل مخاطر التصميم إلى عاتق المتعاقد معها، دون أدنى مسؤولية عليها^{٢٢٩}.

٢ : التزام المتعاقد بمدد التنفيذ .

نظراً لأن المشروع أو المرفق المتعاقد على تنفيذه بأسلوب عقد B.O.T متعلق بتأدية خدمة عامة للجمهور، فإن جهة الإدارة المتعاقدة تحرص على أن تضمن الاتفاق نصوصاً تحدد مدة التنفيذ وموعد التشغيل، ويلتزم المتعاقد معها بهذه المدة، وعليه أن يقدم برنامجاً زمنياً يبين فيه الأعمال أو الأنشطة والمدة الزمنية اللازمة لتنفيذها والترتيب الزمني للتنفيذ^{٢٣٠}، فإن لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، فيجب إنجاز العمل في المدة المعقولة التي تسمح بانجازه بالنظر لطبيعته ومقدار ما يقتضيه من دقة، وحسب مقدرة المتعاقد مع الإدارة وإمكاناته، ويلتزم المتعاقد مع الإدارة بسداد غرامات تأخير وتعويضات اتفاقية في حالة التأخير عن إتمام العمل في الموعد المحدد^{٢٣١}.

والالتزام بتنفيذ المشروع في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق غاية، وليس التزاماً ببذل عناية، فلا يكفي لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن التأخير أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك، بل يجب عليه حتى ينفي مسؤوليته أن يثبت السبب الأجنبي، فإذا أثبت القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية ولم

^{٢٢٩} سري الدين. هاني صلاح. ١٩٩٩م. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية. ص ٢٥٣

^{٢٣٠} وهو ما تضمنته المادة ١١٠ من لائحة العقود الإدارية التي جاء فيها (على المفاوض تقديم برنامج زمني لتنفيذ المشروع خلال مدة (١٥) يوم من تاريخ توقيع العقد يبين فيه الأنشطة والمدة الزمنية اللازمة لتنفيذها والترتيب الزمني للتنفيذ، وعلى الجهة المتعاقدة قبل اعتماد البرنامج الزمني التأكد من أن البرنامج يحقق ما يلي : أ- تنفيذ المشروع في المدة المنصوص عليها في العقد ب- تزامن أعمال التوريد مع التركيب بما يضمن عدم تكس المواد لفترات زمنية طويلة قبل تركيبها أو استعمالها ج- توافق البرنامج الزمني المعد للمشروع مع برنامج التدفقات النقدية المتوقعة)

^{٢٣١} حامد. ماهر محمد. ٢٠٠٤م. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والإعادة. ص ٣١٧

تتحقق مسئوليته، ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ بخطأ منه وإلا كان مسؤولاً بقدر هذا الخطأ^{٢٣٢}.

وللمتعاقدين مع الإدارة الحق في تمديد مدة الإنشاء إذا توافرت الأسباب التي تبرر ذلك، كالقوة القاهرة أو صدور قرار أو إعانة من جهة الإدارة أو ظروف استثنائية تطرأ في الموقع.

٣ - مدى التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي.

عندما تقوم الإدارة باختيار المتعاقد معها في جميع عقودها بصفة عامة، فإنها كنائية عن المواطنين وأمانة عن المصلحة العامة. وتوافر ضمانات أساسية في المتعاقد، مثل قدرته المالية وكفاءته الفنية أو جنسيته وحسن سمعته. غير ذلك من الصفات التي تضمن لها تنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد، بالتالي فإن اختيار الإدارة للمتعاقد معها، مبني على الاعتبار الشخصي والذي يعني قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية شخصياً^{٢٣٣}.

وإذا كان هذا الالتزام من الالتزامات العامة التي تطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، غير أن مداه يختلف من عقد إلى آخر وفقاً لمدى اتصال العقد بالمرفق العام، لذلك فإنه يظهر بجلاء في عقد امتياز المرافق العامة أكثر من أي عقد آخر^{٢٣٤}.

وتتجلى أهمية فكرة الاعتبار الشخصي من خلال النتائج المترتبة عليها والمتمثلة في التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه، وعدم جواز التنازل عن العقد لغيره أو التعاقد من الباطن.

^{٢٣٢} حامد. ماهر محمد. ٢٠٠٤م. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل والإعانة. ص ٣١٨

^{٢٣٣} وفي ذلك ذهب محكمة القضاء الإداري المصرية إلى " إن العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية التي يحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعاً ولو لم ينص عليها ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه " حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٧-١-١٩٥٧م - س ١١ - ص ١٧٤

^{٢٣٤} الشهاوي. إبراهيم. ٢٠٠٣. عقد امتياز المرافق العامة. دراسة مقارنة. ص ١٨٨

أ - التنازل عن العقد

التنازل عن العقد يعني التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير

محله في أداء التوابعه واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة^{٢٣٥}.

ولما كان التنازل عن العقد يمثل إهدار لقاعدة الاعتبار الشخصي، فإن الأصل في تنفيذ العقود الإدارية أنه

لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد، ولا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناشئة

عن العقد كلها أو بعضها، ومن ذلك أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق

بمدى مقدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته، ولذلك فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه

الاعتبارات^{٢٣٦}

وفي عقود B.O.T فإن اختيار المتعاقد مع الإدارة يتم في إطار من المنافسة والعينية - كما سبق وأن بينا -

وتدخل كفاءته وقدراته المالية والفنية في الاعتبار عند الاختيار، ثم مدة العقد تعتبر طويلة إذ قد تصل إلى

خمس أو ستين عاماً، وهو أمر يضاعف من أهمية الاعتبار الشخصي في العقد، والذي يستدعي أن

يقوم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته بنفسه دون أن يكون له حق التنازل عن العقد أو التصرف فيه

على أي وجه يؤدي إلى أن يحل محله شخص آخر، على أن هذه القاعدة لا تتصل بالنظام العام، ومن ثم

فقد ترى جهة الإدارة المتعاقدة أن هذا التنازل أو أي تصرف يؤدي إلى إحلال شخص آخر محل المتعاقد

الأول قد يحقق مصلحتها، وعلى ذلك فإن مرد الأمر في النهاية يكون رهناً بموافقة الإدارة وقبولها^{٢٣٧}.

^{٢٣٥} أمين. محمد سعيد حسن. ٢٠٠٢م. المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية. ص ٦٧

^{٢٣٦} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٣٤

^{٢٣٧} المرجع نفسه. ص ١٣٥ - وفي ليبيا تحضر لائحة العقود الإدارية التنازل عن العقد بشكل عام، وتحيز استثناء تنازل المتعاقد عن بعض مستحقاته أو كلها إلى أحد المصارف العاملة بالداخل بعد أخذ إذن جهة الإدارة كتابياً، على أن لا يخل هذا التنازل بما يكون لجهة الإدارة من حقوق قبل المتعاقد معها - انظر المادة ٩٦ من لائحة العقود الإدارية الليبية.

ب - التعاقد من الباطن :

ويعني أن المتعاقد مع الإدارة يتفق مع الغير لتنفيذ جزء من التزاماته الناتجة عن العقد، والتعاقد من الباطن أمر مألوف خاصة إذا كان موضوع العقد يشتمل على أعمال كثيرة ومتعددة كما هو الحال في عقود B.O.T، غير أنه يتطلب أيضاً موافقة جهة الإدارة المتعاقدة.

وموافقة جهة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يعتبر معها المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة، إنما هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعاً، ويصبح المتعاقد من الباطن مسؤولاً بالتضامن مع المتعاقد الأصلي على تنفيذ التزاماته بحسب ما أُنفق عليه في العقد، وما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها في هذا الشأن^{٢٣٨}.

على أنه لا يعد من قبل التعاقد الباطن ما يبرمه المتعاقد مع الإدارة من اتفاقيات أو صفقات للحصول على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد، ويترتب على مخالفة المتعاقد لأحكام التنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة عدة نتائج أهمها ما يلي^{٢٣٩}:

١ - إن هذا التنازل أو التعاقد من الباطن يعد خطأ جسيماً يبرر للإدارة فسخ العقد وتوقيع ما تراه من الجزاءات التي تتناسب مع ذلك .

^{٢٣٨} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٣٦ - وفي ذلك نصت المادة ٩٧ من لائحة العقود الإدارية في ليبيا ما يلي (أ- لا يجوز للمتعاقد أيأ كان أن يتعاقد من الباطن على تنفيذ كل الأعمال موضوع العقد ب- ومع ذلك يجوز له أن يتعاقد مع جهات متخصصة ذات كفاية وخبرة على تنفيذ بعض الأعمال موضوع العقد، وذلك بشرط موافقة الجهة المتعاقدة كتابياً على ذلك، ويبقى المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتعاقد من الباطن عن تنفيذ الالتزامات موضوع العقد ج- يراعى أن تكون الأولوية في التعاقد من الباطن لأدوات التنفيذ الوطنية إذا توافرت فيها الكفاءة والخبرة والتخصص في الأعمال المزمع التعاقد عليها، وفي هذه الحالة لا يشترط موافقة الجهة المتعاقدة فيما لا يزيد عن نسبة ٢٥% من قيمة العقد على أن يتم إخطارها بذلك)

^{٢٣٩} المرجع نفسه. ص ١٣٦

٢ - إن هذا التنازل أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة، فلا المتنازل له ولا المتعاقد من الباطن بينه وبين الإدارة أية علاقة يمكن الاحتجاج بها لإثبات حق أو الوفاء بالتزام، وفي هذه الحالة يبقى المتعاقد الأصلي مع الإدارة مسئولاً في مواجهتها كما كان هذا التنازل أو التعاقد لم يكن.

على أن هذا لا يمنع المتنازل له أو المتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بتعويض عما تكبده في تنفيذ العقد بناء على نظرية الإثراء بلا سبب على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين الإدارة^{٢٤٠}.

ثانياً : الالتزام بتشغيل المرافق

تأتي مرحلة التشغيل بعد الانتهاء من تنفيذ المشروع واكتمال تجهيزاته الفنية والتكنولوجية، وتمثل هذه المرحلة جوهر العقد بالنسبة إلى المتعاقد مع الإدارة، إذ أن التشغيل هو الذي يكفل له استرداد ما أنفقته على بناء المشروع وتجهيزاته.

ويلتزم المتعاقد مع الإدارة خلال هذه المرحلة بالخضوع للقواعد الأساسية المتعلقة بسير المرافق العامة، كما يتعهد بالقيام بأعمال الصيانة الدورية اللازمة للمرفق ونقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها، وذلك على النحو الآتي:

١ - الالتزام بالمبادئ الأساسية في إدارة المرافق العامة

تنصب عقود B.O.T في الأصل على تشييد أو بناء واستغلال المرافق العامة الحيوية كمرافق الطيران أو الكهرباء أو المياه أو الصرف الصحي وغيرها من المرافق الحيوية والتي تهدف إلى إشباع حاجات الجمهور المتزايدة، وهذه المرافق تخضع كأصل عام لمجموعة من المبادئ ابتدعها مجلس الدولة وهي مبادئ منطقية

^{٢٤٠} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٣٦

ترتبط بفكرة المرفق العام بحسبانه يهدف إلى إشباع حاجات عامة للمواطنين, وسواء تم إدارة هذه المرافق عن طريق الإدارة مباشرة أو عن طريق نائب عنها كما هو الحال في عقود B.O.T, فالأصل هو الالتزام

بمبدأ المبدأ.

وتتمثل هذه المبادئ فيما يلي :

أ - مبدأ المساواة أمام المرفق العام .

ومقتضى هذا المبدأ أن يتساوى جميع الأفراد أمام المرفق العام، فهو يقدم لهم الخدمة وهم أمامه على قدم المساواة مادام توافر لديهم الشروط التي يتطلبها القانون لتلقي الخدمة.

ومبدأ المساواة يجد أساسه القانوني في أمر^{٢٤١} فهو مبدأ دستوري تحرص الدساتير عادة على النص عليه، كما أن هذا المبدأ يجد أساسه أيضاً في فكرة المرفق العام، حيث أنه يستهدف إشباع عامة، وهو في ذلك يهدف إلى تحقيق مصلحة الجميع، وهنا أن عقود B.O.T تتعلق دائماً بمرفق عام يؤدي خدمة عامة للجمهور، فإن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بتحقيق مبدأ المساواة في تقديم الخدمة للجميع، فلا يجوز له أن يتمتع عن أداء الخدمة لأي شخص ما دامت شروط تقديمها قد توافرت، فمن غير المتصور إذا ما تعلق عقد B.O.T بإنشاء مطار مثلاً أن يسمح للمتعاقد مع الإدارة بالتمييز بين الأفراد فيمكن البعض من استخدامه ويمنع الآخر دون مسوغ قانوني^{٢٤٢}.

ب - مبدأ دوام سير المرفق العام.

وهذا المبدأ ينبع كسابقه من طبيعة المرفق العام وضرورة تحديد الهدف الذي أنشئ من أجله، فالمرفق العام يستهدف إشباع حاجة عامة دائمة ومستمرة، ومن ثم يجب أن يستمر في تقديمها، فتوقف المرفق العام

^{٢٤١} الشرفاوي. سعاد. ١٩٩١م. القانون الإداري . ص ١٣٦

^{٢٤٢} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٤٧

عن أداء الخدمة سواء أكان هذا التوقف مؤقتاً أم دائماً يتعارض مع طبيعة المرفق العام، ولذلك فإن هذا المبدأ يعزى إليه كثيراً من نظريات القانون الإداري مثل نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، أو عدم جواز الحجر على أموال المرفق العام، أو منع إضراب الموظفين العاملين بالمرفق، وكذلك تنظيم استقالة العاملين، وبالتالي فإنه لا شك في ضرورة التزام المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T بهذا المبدأ، أي كفالة دوام سير المرفق بانتظام واطراد^{٢٤٣}.

ج - مبدأ قابلية المرفق للتغيير والتبديل .

وهذا المبدأ تبرره طبيعة المرفق العام، على اعتبار أن المرفق العام يهدف لإشباع حاجة جماعية، الأمر الذي يبرر ضرورة تطوره، لا سيما بجهة الوسائل والأساليب التي يتم بها تحقيق هدف المرفق العام، وخصوصاً بجهة ضرورة مواكبته لمتطلبات العصر وحاجات المجتمع، ولذلك فمن المقرر أن تتمتع جهة الإدارة بسلطة تقديرية في تطوير المرفق، لا يقيدها في ذلك إلا استهداف الصالح العام^{٢٤٤}.

وبما أن المرفق العام قابل بطبيعته للتغيير والتعديل فلا يحق للمتفعين بخدماته، كما لا يحق لموظفي المرفق العام وعماله، التمسك بالقواعد واللوائح السابقة على التعديل بحجة أنها كانت أصلح لهم.

ومن صور التعديلات على سبيل المثال : تعديل أسلوب إدارة المرفق العام، وتعديل الرسوم أو التسعيرة، وتعديل قواعد الانتفاع بخدمات المرفق العام.

وينطبق مبدأ قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير على جميع أنواع المرافق العامة، سواء كانت إدارية أو صناعية أو تجارية أو مهنية كما ينطبق على كل المرافق مهما كان أسلوب إدارتها سواء كانت تدار مباشرة من إحدى الجهات الإدارية أو كانت تدار بطريق غير مباشر عن طريق التعاقد كما هو الحال في عقود

^{٢٤٣} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٤٨

^{٢٤٤} فهمي. مصطفى ابوزيد. ١٩٥٧م. الوجيز في القانون الإداري. الجزء الأول. نظرية المرافق العامة. ط ١. مصر: مؤسسة المطبوعات الحديثة. ص ١٨٤

B.O.T، وليس للمتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة الأخيرة أن يعترض على هذه التعديلات، وإنما له حق المطالبة بالتعويض المناسب عن الأضرار والأعباء الجديدة التي يتضمنها النظام الجديد المعدل. هذه باختصار فكرة موجزة عن المبادئ الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة والتي يجب على المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T الالتزام بها عند قيامه بتشغيل واستغلال المرفق محل التعاقد.

٢ - الالتزام بإجراء الصيانة اللازمة للمرفق

من الالتزامات الجوهرية التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T الالتزام بتسليم المرفق إلى جهة الإدارة بحالة جيدة عند نهاية مدة التعاقد، وهذا الالتزام لا يمكن للمتعاقد مع الإدارة القيام به إلا من خلال قيامه بإجراء الصيانة الدورية^{٢٤٥}، ولا يقتصر الأمر هنا على مجرد استبدال المعدات والآلات، بل هو التزام أوسع وأعم من ذلك بكثير، حيث يشمل الكشف الدوري على جميع الأصول المستخدمة في المرفق واتخاذ كافة الإجراءات الفنية للحفاظ على المعدات والآلات ورفع كفاءتها لتحقيق النتائج المرجوة منها وفقاً لبرامج الصيانة المتغلالة. كما يشمل الالتزام بالصيانة إعداد التقارير الدورية عن حالة المرفق ومعداته وآلاته، والالتزام بتطوير المعدات والآلات لمواكبة التطورات ومستجدات الظروف، لا سيما أن مدة التعاقد غالباً ما تكون طويلة بحيث يقتضي الأمر تطوير الآلات والمعدات وتغييرها جذرياً في بعض الأحيان لتستطيع الاستمرار في مواجهة التطورات العلمية والتكنولوجية وحسن الاستعمال، فتمت مرافق تسليم في كل الأحوال تطويراً دائماً ومستمراً للمعدات والآلات، كمحطات الكهرباء والمياه ويجب أن يحدد العقد مواعيد الصيانة ومدى سلطة جهة الإدارة في التحقق من تنفيذ هذا الالتزام بصورة جذرية، ذلك لأن لها مصلحة في هذا

^{٢٤٥} وقد أشارت لائحة العقود الإدارية الليبية إلى هذا الالتزام في المادة ١٤١ فقرة ج التي نصت على (إلزام المقاول بالقيام بفحص ومراقبة دورية للمشروع وتقديم تقارير عن ذلك للجهة المتعاقدة مع احتفاظ الجهة المتعاقدة بمراقبة التشغيل وجودة الخدمة أو المشروع)

تتمثل في ضرورة أن تستلم المرفق بحالة جيدة، وإذا لم ينص العقد على ذلك فإن تنفيذ هذا الالتزام يكون وفقاً للعرف وما يجري عليه العمل^{٢٤٦}.

٣ - الالتزام بنقل التكنولوجيا وتدريب العاملين عليها

ولعل هذا الالتزام يعد من أهم الالتزامات التي تتولد عن عقود B.O.T، فنظراً لضخامة الاستثمارات في مثل هذه العقود فإن الأمر يستدعي الاستعانة بالتكنولوجيا المتطورة والعمل على تطويرها أولاً بأول، ويمكن لجهة الإدارة المتعاقدة أن تطلب نوعاً معيناً من التكنولوجيا يتناسب وخطط الدولة التنموية، كما أن المتعاقد مع الإدارة له مصلحة جلية في نقل التكنولوجيا الحديثة كونها تسهل له إدارة المرفق وتحصل أكبر قدر من الفوائد والأرباح، ذلك أن التكنولوجيا تقلل الاعتماد على الأيدي العاملة، كما أنها تساعد على تقديم خدمة جيدة، وبالتالي فإن عقود B.O.T تمثل مدخلاً أساسياً لنقل التكنولوجيا المتقدمة^{٢٤٧}.

ويتصل بهذا الالتزام أيضاً ضرورة تدريب عمال الجهة الإدارية المتعاقدة على استخدام التكنولوجيا المستخدمة في المرفق حتى إذا ما انتهت مدة العقد تصبح قادرة على تشغيله^{٢٤٨}.

ثالثاً : الالتزام بتسليم المرفق لجهة الإدارة

ويعني تحويل جميع أصول المرفق الثابتة والمنقولة وغيرها إلى جهة الإدارة بعد انتهاء فترة التعاقد. ويلاحظ أن تسليم المرفق يعد من أهم عناصر عقد B.O.T، والأصل أن التسليم يكون بدون مقابل، غير أنه يمكن أن يكون بمقابل بسيط إذا تم الاتفاق على ذلك في العقد.

^{٢٤٦} سري الدين. هاني صلاح. ١٩٩٩م. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية. ص ٣٨٦

^{٢٤٧} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٥١

^{٢٤٨} وهذا ما نصت عليه المادة ٩٥ من لائحة العقود الإدارية الليبية التي جاء فيها (أ- يلتزم المتعاقد بنقل حقوق المعرفة لكافة التقنيات المتعلقة بالمشروع حينما ترى الجهة المتعاقدة ذلك ويتم التفاوض معه على كيفية تنفيذ المطلوب ب- يلتزم المتعاقد بتدريب العناصر الوطنية وفقاً للنسب التي يتم الاتفاق عليها مع الجهة المتعاقدة)

وقد جرى العمل على أن يتم تسليم المرفق بعد انتهاء المدة إلى جهة الإدارة المتعاقدة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتم التسليم لشركة ما أو هيئة أو أية جهة أخرى بناء على رغبة جهة الإدارة المتعاقدة، وفي هذه الحالة تقوم جهة الإدارة بإبرام عقد مع المتعاقد الجديد لإدارة المرفق واستغلاله^{٢٤٩}.

كما يجب أن تكون الأصول التي ستسلم لجهة الإدارة بحالة جيدة خالية من أي عيوب يمكن أن تؤثر سلباً على الأداء المستقبلي للمرفق عقب تسليمه لجهة الإدارة، وللتأكد من جودة وكفاءة هذه الأصول والموجودات قد يتم الاتفاق على إنشاء لجنة تتألف من ممثلي جهة الإدارة والمتعاقد معها للوقوف على حالة هذه الموجودات وما إذا كانت حالة المرفق مطابقة للحالة المطلوبة والمتفق عليها في عقد B.O.T، كما يمكن أن تحصل جهة الإدارة على ضمان من المتعاقد معها بأن جميع أصول المرفق وموجوداته تكون بحالة جيدة لفترة زمنية معينة، وأن يقوم المتعاقد بالصيانة طول فترة الضمان، وبذلك تضمن جهة الإدارة عدم إهمال المتعاقد في صيانة المرفق مع قرب موعد التسليم^{٢٥٠}.

كما ينبغي النص في عقد B.O.T على الإجراءات المتبعة لتسليم المرفق إلى جهة الإدارة، وتشمل هذه الإجراءات في العادة عدة نقاط أهمها:

١ - الأخطار بنية تمديد التعاقد من عدمه: فعند انتهاء عقد B.O.T يكون أمام جهة الإدارة ثلاث خيارات: إما أن تقوم بتمديد العقد أو تجديده من نفس المتعاقد وفي هذه الحالة يتعين على طرفي العقد الاجتماع ومناقشة وتحديد شروط التمديد أو إبرام عقد جديد في حالة التجديد- وإما أن ينتهي العقد وتتولى جهة الإدارة استغلال المرفق بنفسها مباشرة- وأخيراً قد تختار جهة الإدارة منح إدارة واستغلال المرفق إلى متعاقد جديد.

^{٢٤٩} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٥٢

^{٢٥٠} دليل الأونسيفال التشريعي. ص ١٩١

وإذا ما رغبت جهة الإدارة في تمديد العقد مع نفس المتعاقد عليها أن تخطره بنيتها بمدة كافية حتى لا يتفاجأ بذلك.

٢ - عمل قائمة بالموجودات التي يتم تسليمها، وعادة ما يكون ذلك قبل تاريخ التسليم بمدة كافية قد تصل إلى سنتين أو ثلاث سنوات.

٣ - اشتراك عاملي جهة الإدارة في تشغيل المرفق، ويكون ذلك قبل نهاية العقد بمدة كافية حتى تتمكن جهة الإدارة من تولي مسؤولية المرفق بكفاءة ونجاح عند انتهاء مدة العقد، على أن لا يكون لعاملي جهة الإدارة أي سلطة ولا يكون عليهم أي مسؤولية في إدارة وتشغيل المرفق خلال تلك المدة، بل يظل المتعاقد معها هو المسؤول عن التشغيل.

٤ - الاتفاق على ميعاد التسليم.

٥ - تحديد تكاليف التشغيل ومن يتحمل ذلك، وهذه التكاليف تشمل مستحقات العاملين وتكاليف تدريب عاملي جهة الإدارة ومسؤولي الفحص النهائي للخبراء وغيرها.

المطلب الثاني: جزاء إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته

تميز العقود الإدارية بتضمنها نظرية الجزاءات الإدارية التي تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته بصورة سليمة تضمن انتظام سير المرافق العامة، وإحلال المتعاقد بالتزاماته يؤثر على سير المرفق العام بانتظام واضطراباً^{٢٥١}.

وتخضع هذه الجزاءات لنظام قانوني يختلف عن نظام الجزاءات في العقود المدنية وذلك كما يلي :

^{٢٥١} وهو ما قرره محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها " فالجزاءات في العقود الإدارية لا تستهدف في الواقع من الأمر تقوم اعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بقدر ما توحي تأمين سير المرافق العامة، والعقود الإدارية يجب أن تنفذ بدقة لأن سير المرافق العامة يقتضي ذلك "

" حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٧-٣-١٩٥٧ المجموعة من ١١ - ص ٢٧٣

— من ناحية فإن الإدارة توقعها بنفسها دون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً، وعلة ذلك أن تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن ذلك قد يضر بالمرفق إضراراً كبيراً، وتفادياً لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها دون حاجة إلى اللجوء للقضاء.

— ومن ناحية أخرى فإن الإدارة تستطيع أن توقع هذه الجزاءات على المتعاقد دون حاجة إلى نص في العقد، فنظرية الجزاءات الإدارية نظرية مستقلة عن نصوص العقد، ناتجة عن اتصاله بنشاط مرفق عام من حيث تسييره أو تنظيمه وبالتالي إذا ما نص العقد على بعض هذه الجزاءات فإن الإدارة تستطيع أن تلجأ إلى تطبيق النص الآخر دون أن يحتاجها المتعاقد بعدم وجود نص يتضمنها في العقد^{٢٥٢}.

ونظراً لأن موضوع عقد B.O.T هو بناء وتشديد واستغلال مرافق عامة وتقديم خدماتها لجمهور المنتفعين بغية إشباع الحاجات العامة التي أقيمت من أجلها، فإن ذلك يستوجب إعمال قاعدة ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد واتخاذ كافة الوسائل التي تكفل عدم توقف تلك المرافق عن تقديم خدماتها، وتعد نظرية الجزاءات من أهم هذه الوسائل.

وتتعدد صور هذه الجزاءات، فقد تكون جزاءات مالية، وقد تأخذ شكل وسائل الضغط والإكراه، وقد تتمثل في فسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية، وتعرض بالجان لما يمكن تطبيقه من هذه الجزاءات بصدد عقد B.O.T وذلك على النحو التالي :

أولاً : الجزاءات المالية

^{٢٥٢} هذا ما قرره مجلس الدولة وأيده غالبية الفقه في فرنسا ومصر، أما في ليبيا فالأمر مختلف إذ ذهبت المحكمة العليا في حكمها بتاريخ ٨-٤-١٩٦٧ إلى أنه "إذا توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معين ووضع له جزاء بعينه فيجب أن تنقيد جهة الإدارة بما جاء في العقد، وليس لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة كانت ماثلة أمامها عند إبرام العقد" ويرى الفقه عدم صواب هذا الاتجاه للمحكمة العليا إذ غالباً ما تكون المخالفة من الجسامه بحيث لم تكن الإدارة قد توقعت حدوثها عند إبرام العقد، وإن الجزاء الذي نص عليه العقد لا يتناسب مع مقدار المخالفة-انظر راضي. مازن ليلو. ٢٠٠٠م. العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن. ص ٩١

وهي عبارة عن مبالغ المال التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد إذا أحل بالتزاماته التعاقدية، سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرضٍ بالكامل أو أحل غيره محلها دون موافقة جهة الإدارة، وهي على النحو الآتي :

١ - التعويضات

من المستقر عليه أنها وقضاء بأن كل إخلال بالتزام عقدي أو بالتزام يفرضه القانون ويسبب ضرراً للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض. ويؤكد الفقه أن التعويض في العقود الإدارية يقترب من فكرة التعويض في القانون الخاص فيما يتعلق بكيفية تقديره، وفي اشتراط ركن الضرر، ولكن النظامين يختلفان من حيث طريقة تحديده وكيفية تحصيله.

ويسمح التشريع الفرنسي لجهة الإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المفردة، والمتعاقد معها أن يطعن بالتعويض أمام القضاء، ويجوز لقاضي العقد أن يقرر إعفائه منه متى تبين عدم صحة الأساس الذي يبنى عليه، كما يجوز له تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه^{٢٥٣}.

٢ - الغرامات التأخيرية

وهي مبالغ إجمالية من المال تقدرها جهة الإدارة مقدماً تتضمنها نصوص العقد باعتبارها جزاء يفرض على المتعاقد معها إذا تراخى أو تأخر في تنفيذ التزاماته، والغرامة التأخيرية جزاء من الممكن أن تتضمنه شروط العقود الإدارية كافة، وهي امتياز تتمتع به الإدارة ولو لم تتعرض لضرر ما من جراء تأخر المتعاقد، لأن الضرر يكون مفترضاً لتعلقه بتسيير مرفق عام.

^{٢٥٣} راضي. مازن ليلو. ٢٠٠٠م. العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن. ص ٩٣

ويلزم النص في العقد على مقدار الغرامة لتتقيد به الإدارة فلا تستطيع المطالبة بتعديل المبلغ على أساس أن الضرر يفوق على مبلغ الغرامة، وإذا نص العقد على مقدار معين للغرامة وتضمنت دفاتر الشروط الملحقته به على مقدار آخر، فالعبرة بما ورد في العقد، أما إذا أغفل النص على الغرامات في العقد وتضمنتها دفاتر الشروط فتعتمد الغرامات التأخيرية المنصوص عليها في دفاتر الشروط كونها جزء مكمل للعقد.

ويثور التساؤل حول إمكانية فرض الغرامات التأخيرية ولو لم ينص عليها في العقد ولا في دفاتر الشروط الملحقته به؟^{٢٥٩} وفي معرض الإجابة على هذا التساؤل ذهب جانب من الفقه إلى أن الإدارة تملك الحق في فرض الغرامات التأخيرية ولو لم يرد عليها نص في العقد.^{٢٥٩} بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنه لا بد من النص على الغرامات التأخيرية في العقد أو دفاتر الشروط كي تطبق.^{٢٥٥}

إلا أن هذا الاختلاف ليس اختلافاً نظرياً، فالعقود الإدارية تتضمن دائماً الغرامات التأخيرية ومقدارها إما في صلب العقد أو في دفاتر الشروط الملحقته به، ولما أن العقود الإدارية غالباً ما تنص على اعتبار القوانين واللوائح ذات العلاقة بالعقود الإدارية جزءاً من العقد فيما لا يتعارض مع نصوصه، وبالتالي يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.

وبالرجوع إلى لائحة العقود الإدارية في ليبيا نجد أنها تضمنت قواعد استحقاق غرامات التأخير، وهي على النحو التالي :

^{٢٥٩} الفياض. إبراهيم طه. ١٩٨١م. العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤. مكتبة الفلاح. ص ١٧٢

^{٢٥٥} راضي. مازن ليلو. ٢٠٠٢م. دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري. ص ٩٥

أ - إذا تأخر المتعاقد عن تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها سواء كانت أصلاً أو تمديداً متعلقاً بالعمل كله أو بمرحلة من مراحله، استحققت عليه غرامة تأخير عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء العمل كله وتسليمه أو التي يتأخر فيها إنجاز مرحلة من مراحل العمل عن الميعاد المحدد لها في البرنامج الزمني التفصيلي للمشروع.

ب - تستحق الغرامة ولو لم يترتب على التأخير ضرر ودون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات أخرى.

ج - تستحق الغرامة بالمبلغ أو النسب التي يحددها العقد، ويتم حسابها على أساس من القيمة الإجمالية للعقد، وذلك إذا رأت الجهة المتعاقدة أن الجزء المتأخر من الأعمال أو التوريدات يحول دون الانتفاع على الوجه الأكمل مما تم إكماله أو توريده بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك فتحسب الغرامة على قيمة الأعمال المتأخرة فقط.

د - لا يجوز أن تتجاوز غرامة التأخير نسبة ٥% "خمس في المائة" من القيمة الإجمالية للعقد إلا إذا نص العقد على نسبة تتجاوز ذلك، ويقتصد بالقيمة الإجمالية للعقد قيمة العقد الأصلية مضافاً إليها أو مخصوصاً منها أية مبالغ ناشئة عن تعديل مواضع العقد أو قيمته.

هـ - يجوز للجهة المتعاقدة - مع فرض الغرامة - أن تؤجل استحقاقها من التعاقد إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك بشرط أن تكون للمتعاقد لدى هذه الجهة مبالغ مستحقة تكفي لتغطية مبلغ الغرامة.

و - لا يخل اقتضاء الغرامة بحق الجهة المتعاقدة في التعويض عما يصيبها من أضرار بسبب التأخير.

ز - في جميع الأحوال يتحمل المتعاقد أية زيادة في تكاليف عقود الإشراف تنتج عن التأخير في أعمال التنفيذ.

ح - يجوز - بناء على طلب من المتعاقد يبين فيه أسباب التأخير في التنفيذ - إعفائه من كل أو بعض غرامة التأخير ويشترط موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد.

وفي هذه الحالة يراعى عدم اتخاذ إجراءات توقيع الغرامة إلا بعد البت في قبول أو رفض الأسباب المقدمة، وإذا ما جرى الإعفاء فلا يجوز للمتعاقد بأي حال من الأحوال أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية تعويضات نتيجة لهذا الإعفاء.

ثانياً : الجزاءات الضاغطة :

وهذا النوع من الجزاءات لا يهدف إلى تحميل المتعاقد أعباء مالية نتيجة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إنما يهدف إلى الضغط عليه لإجباره على التنفيذ وتتخذ وسائل الضغط ثلاث صور رئيسية هي^{٢٥٧}:

- وضع المشروع تحت الحراسة.
- حلول الإدارة محل التعاقد.
- الشراء على حساب المتعاقد.

ويتفق جزاء وضع المشروع أو المرفق تحت الحراسة والطبيعة الذاتية لعقد B.O.T إذا ما قصر المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق تقصيراً جسيماً أو إذا كان هناك ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من المتعاقد، كإضراب لا ذنب له فيه، ذلك أن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدي إلى فسخ العقد، ولا إلى إسقاط حقوق المتعاقد مع الإدارة، وكل ما يترتب عليه هو رفع يده مؤقتاً عن إدارة المرفق. ويستند قرار وضع المرفق تحت الحراسة إلى توافر أحد سببين:

^{٢٥٦} مادة ١٠٢ من لائحة العقود الإدارية الليبية

^{٢٥٧} الطماوي. سليمان ١٩٩١م. الأسس العامة في العقود الإدارية. دراسة مقارنة. ص ٤٧٩ وما بعدها

١ - وقوع مخالفات جسيمة من جانب المتعاقد مع الإدارة من شأنها تعريض استمرار وانتظام المرفق للخطر، ويتحقق ذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق أو كان ذلك نتيجة عجز المتعاقد أو عدم كفاءته أو قدرته.

٢ - وجود قوة قاهرة، واستمرارها يهدد المرفق بالتوقف عن العمل تماماً، مثل إضراب العاملين دون أن يكون المتعاقد متسبباً فيه، وفرض الحراسة في هذه الحالة يضحى لازماً رغم وجود خطأ من المتعاقد. ويترتب على قرار فرض الحراسة على المرفق الآثار القانونية التالية^{٢٥٨}:

١ - يرد المتعاقد المقصر عن المرفق بإبعاده عن إدارته طوال فترة فرض الحراسة، حيث تتولى جهة الإدارة مسؤولية الاستغلال المؤقت للمرفق إما بنفسها عن طريق من يمثلها، وإما عن طريق مقاول تقوم بتعيينه كحارس على المرفق، ولما يتعين أخذ وكلاء المتعاقد ذاته كحارس يكون مسئولاً أمامها.

٢ - يكون من حق الإدارة الاستغلال مؤقتاً على جميع ما يوجد في المرفق من أدوات ومعدات مملوكة للمتعاقد معها ولازمة لتشغيل المرفق، وتسلم الإدارة عن أي تلف يحدث لها بسبب أعمال الحراسة.

٣ - يكون استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في العقد ودفتر الشروط الملحق به، ومن تم يكون للمتعاقد حق الزيادة على المرفق أثناء فترة الحراسة ويمكنه اللجوء إلى القضاء لوقف التصرفات المخالفة والضارة بحقوقه في العقد، كما لو قامت الإدارة بخفض رسوم الانتفاع أو السماح بإجراءات تزيد من تكاليف الاستغلال.

٤ - تملك الإدارة حق تحصيل رسوم الانتفاع وإيرادات المرفق طوال فترة الحراسة، وهذه الإيرادات من الأموال العامة، فلا يجوز حجز عليها من دائني المتعاقد مع الإدارة.

^{٢٥٨} الفياض. عبد المجيد. د. ت. نظرية الجزاءات في العقود الإدارية. ص ٢٠٧ وما بعدها

هـ - تقع تكاليف تشغيل المرفق أثناء الحراسة على المتعاقد إذا كان فرض الحراسة قد تم بسبب وقوع خطأ جسيم منه، أما إذا كان السبب القوة القاهرة فإن الإدارة وحدها تتحمل هذه التكاليف.

وتنتهي الحراسة إما بانتهاء المدة التي تحددها الإدارة أو المدة المحددة في العقد أو بفسخ العقد سواء من جانب الإدارة أو بحكم قضائي.

ثالثاً : الجزاءات الفاسخة

تعد الجزاءات الفاسخة من أخطر الإجراءات التي يمكن أن تلجأ إليها جهة الإدارة مضطرة ضد المتعاقد معها حين يقع منه أخطاء جسيمة فلا يكون هناك أمل أو فائدة من استمرار العلاقة العقدية معه. ويتم الفسخ في جميع العقود الإدارية بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة دون حكم قضائي، غير أن مجلس الدولة الفرنسي يشترط في حالة فسخ عقد امتياز المرافق العامة ضرورة الحصول على حكم قضائي بالفسخ، ويستخدم المجلس في حالة فسخ عقد الامتياز اصطلاح جزاء الإسقاط، ويحيطه بقيود شديدة وذلك بوجوب أن يرتكب المتعاقد مع الإدارة خطأ بالغ الجسامة ولم يجد معه وسائل الضغط والجزاءات الأخرى. وبهذا يختلف جزاء الإسقاط عن حق الاسترداد الذي تقرره جهة الإدارة في أي وقت تشاء قبل نهاية مدة العقد، حتى ولو لم يصدر أي خطأ من جانب المتعاقد معها، ومن الأخطاء الجسيمة التي استقر بمجلس الدولة الفرنسي على اعتبارها من الأخطاء التي تبرر اتخاذ قرار الإسقاط - التنازل عن العقد دون موافقة جهة الإدارة، والإخلال المستمر والمنتظم بالالتزامات التعاقدية، أو ترك المرفق دون استغلال، أو عدم أداء المستحقات المالية لجهة الإدارة، أو إخلاله بالتزام جوهري في العقد.

ويوجب مجلس الدولة الفرنسي ضرورة قرار الإسقاط عن قاضي العقد، فالإدارة لا تستطيع ممارسة هذا الحق ابتداءً ما لم ينص العقد على هذا الحق أو تتضمنه دفاتر الشروط الملحقه بالعقد، وفي هذه الحالة

يتمتع مجلس الدولة بسلطة واسعة في الرقابة على قرار الإدارة بالإسقاط لتجاوز المشروعية والملائمة إلى التعويض والإلغاء.

ولا يأخذ مجلس الدولة المصري بهذا الرأي إذ تتمتع الإدارة بحق الإسقاط دون الحاجة إلى نص في العقد أو شرط في دفاتر الشروط، بناء على ما تملكه من سلطة التنفيذ المباشر، وليس في القضاء الليبي ما يخالف هذا الاتجاه^{٢٥٩}.

هذا وقد تضمنت لائحة العقود الإدارية في ليبيا، الحالات التي تجيز لجهة الإدارة تطبيق جزاء الفسخ في عقودها الإدارية بشكل عام، وهي كما يلي :

- ١ - تأخر المتعاقد في التنفيذ أو تخاذه على نحو ترى معه الجهة المتعاقدة أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك رغم تنبيهه كتابياً بذلك.
- ٢ - توقف العمل توقفاً تاماً لمدة تتجاوز (٢٤/١) من المدة الإجمالية للعقد دون سبب مقبول من الجهة المتعاقدة.
- ٣ - انسحاب المتعاقد عن العمل أو تركه أو قيام الدليل على عدم مباشرته للتنفيذ كما هو مقرر أو ثبوت اضطراب أعماله على نحو لا يرجى معه التنفيذ السليم.
- ٤ - تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها إذا لم ترى الجهة المتعاقدة إعطاء مهلة لذلك أو عجز عن الإنجاز في المهلة التي أعطيت له .
- ٥ - قيام المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر باستعمال وسيلة من وسائل الغش أو التدليس أو التلاعب في تنفيذ العقد أو في التعامل مع الجهة المتعاقدة أثناء فترة التنفيذ.

^{٢٥٩} راضي. مازن ليلو. ٢٠٠٢م. دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري. ص ١٠٦

- ٦ - قيام المتعاقد بنفسه أو بواسطة غيره وبطريق مباشر أو غير مباشر بتعاملات غير قانونية مع أحد موظفي الدولة أو أحد العاملين بالجهة المتعاقدة أو الجهة المشرفة على التنفيذ أو التواطؤ مع أي من هؤلاء أو شروطه في شيء من ذلك للإضرار بالجهة المتعاقدة أو بالمصلحة العامة.
- ٧ - إفسار المتعاقد أو إشهار إفلاسه أو دخوله في صلح مع دائنيه.
- ٨ - إهمال المتعاقد إهمالاً جسيماً في تنفيذ العقد أو إغفاله القيام بأحد التزاماته الجوهرية المقررة في العقد وعدم مباشرته في إصلاح آثار ذلك خلال مدة (١٥) خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره كتابة بإجراء ذلك الإصلاح.
- ٩ - مخالفة المتعاقد لما تقرره الجهات المختصة بشأن إخضاع أي دولة للمقاطعة أو حظر التعامل معها^{٢٦٠}.
- ١٠ - تنازل المتعاقد عن العقد كلياً أو جزئياً بالمخالفة لما تقرره اللائحة.
- ويترتب أخيراً على تطبيق آراء الإسقاط الآثار التالية:
- ١ - انتهاء العلاقة التعاقدية، واستبعاد المتعاقد نهائياً عن استئصال المرفق.
- ٢ - فقدان التأمين الذي سبق أن دفعه المتعاقد حال إبرام العقد.
- ٣ - لا يستحق المتعاقد أي تعويض عن الإسقاط بسبب إعاقته الجسيمة في تنفيذ العقد.

^{٢٦٠} ورد ذلك في المواد ١٦-٩٦-١٠٣- كما نصت لائحة العقود الإدارية للبيبة على حق جهة الإدارة عند إلغائها للعقد في الحالات المذكورة بمصادرة التأمين واقتضاء غرامة التأخير المستحقة مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى واستمرار مسؤولية المتعاقد عن الأعمال التي قام بتنفيذها كما أجازت لها بدلاً من إلغاء العقد سحب العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه مع استمرار مسؤوليته عن الأعمال التي قام بتنفيذها وإلزامه بالتعويض وغرامات التأخير

المطلب الثالث: حقوق المتعاقد مع الإدارة

كما أنه على المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T مجموعة من الالتزامات التي يجب القيام بها، فإنه في المقابل له أيضاً مجموعة من الحقوق شأنه شأن أي عقد آخر ينبغي أن يتمتع بها، وتمثل هذه الحقوق في الحصول على المقابل المالي، والحق في إعادة التوازن المالي للعقد، والحق في المطالبة بفسخ العقد قضائياً في حالات معينة، وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الحصول على المقابل المالي

يمثل الحصول على المقابل المالي وهو ثمن الخدمة أو السلعة في عقود B.O.T، الهدف الأساسي الذي يسعى إليه المتعاقد مع الإدارة من إنشاء المرفق.

والأصل هو قيام المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T بتقديم الخدمة إلى الجمهور مباشرة، وفي هذه الحالة فإن مقابل تقديم الخدمة يعتبر من الشروط اللائحة التي يجوز لجهة الإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة، دون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها، على أن تلحق في ذلك تحقيق المساواة بين المتفاعلين بخدمات المرفق فضلاً عن ضرورة التزامها بما يحدده المشرع من قواعد في هذا الصدد.

ويحدد العقد الأسس التي بني عليها تحديد مرفقة مقابل الخدمة للجمهور، والتعويضات المستحقة للمتعاقد مع الإدارة في حالة تخفيض التعريف، ويراعى عند تحديد التعريف وقواعد تغييرها تكلفة تقديم الخدمة، ودراسة الجدوى، والآثار المترتبة على التضخم وتقلبات أسعار العملة وغير ذلك من العوامل والظروف الاقتصادية.

غير أنه قد يحدث أحياناً أن تتعهد جهة الإدارة بشراء الخدمة المنتجة مباشرة من المتعاقد، على أن تتولى هي بعد ذلك تقديمها للجمهور مباشرة.

ومن أمثلة ذلك شراء الطاقة الكهربائية أو المياه المنتجة من محطات الطاقة أو المياه التي ينشئها المتعاقد مع الإدارة، وسعر شراء الخدمة هنا هو سعر اتفاقي، أي من الشروط التعاقدية، ومن ثم لا يجوز تعديله بالزيادة أو النقص بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة، لأن سعر الشراء هذا ليس تعريفه خدمة تقدم من الجمهور، إنما هو ثمن شراء خدمة من المتعاقد، وينص الاتفاق في هذه الأحوال عادةً على التزام جهة الإدارة بشراء حد أدنى من الخدمة المنتجة سواء قامت جهة الإدارة باستخدامها أم لا^{٢٦١}.

ثانياً : الحق في إعادة التوازن المالي للعقد

إذا كانت القاعدة في العقود المدنية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، مما يعني معه أن طرفيه يلتزمان بالتزامات محددة ثابتة فترة العقد، فإن الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء في إطار تنفيذ العقود الإدارية، فالقاعدة العامة في تنفيذ هذه العقود هي مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها إما بالزيادة أو بالنقص، على أن هذه القاعدة إذا اقتضت على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط، تصبح مغرمة له، زمن ثم كان لابد أن تشمل هذه القاعدة حقوق المتعاقد، ويترتب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضاً، وتلك هي فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية^{٢٦٢}.

وهي فكرة منطقية، فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي يبرر للإدارة أن تغير في التزامات المتعاقد معها، فإن ذلك أيضاً هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد، وذلك بحويضه في أحوال وبشروط معينة ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، مع اختلاف مقدار التعويض، فتارة يكون التعويض كاملاً وتارة يكون جزئياً،

^{٢٦١} سري الدين. هاني صلاح. ١٩٩٩م. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية. ص ٢٥٧

^{٢٦٢} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٥٨

والحالات التي يُستحق فيها التعويض هي : فعل الأمير - الظروف الطارئة - الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ومما لا شك فيه أن عقود B.O.T تتعرض أثناء تنفيذها لعوارض قد تؤدي إلى أن تختل اقتصاديات العقد اختلالاً كبيراً، إلا خيار معه من ضرورة تعويض المتعاقد في هذه الحالة، ولذلك سوف نتعرض للحالات الموجبة للتعويض في هذه الحالة، وهي الثلاث نظريات السابقة، وذلك على النحو الآتي :

١ - نظرية فعل الأمير

وتعني صدور أمر أو إجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر للمتعاقد مع الإدارة يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد ويستوجب تعويضه^{٢٦٣}.

وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على ضرورة توافر عدة شروط لانطباق فعل الأمير وهي كالتالي:

الشرط الأول: وجود عمل إداري، فالأعمال نظرية فعل الأمير يجب أن تكون الرابطة التي تربط بين الإدارة والمتعاقد معها رابطة تعاقدية.

الشرط الثاني: أن يكون الفعل الصادر صادرًا من جهة الإدارة المتعاقدة، وهذا الشرط مقصود به تحديد

نطاق تطبيق هذه النظرية وقصرها على الأعمال الصادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة^{٢٦٤}، أما ما عاداها

من أفعال تصدر من سلطات الدولة الأخرى فلا محل في نطاق نظرية الظروف الطارئة كما سنرى فيما

بعد.

^{٢٦٣} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٦٣

^{٢٦٤} وهنا يتخذ الإجراء الصادر عن جهة الإدارة صورتين:

الأولى: صدوره في صورة إجراء خاص يصدر في نطاق العقد أو محيطه الخارجي ويؤثر في نصوص العقد ذاتها بالزيادة أو النقصان، أو يؤثر في ظروف تنفيذه ويؤدي بطبيعة الحال إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء جديدة.

الثانية: صدوره في صورة إجراء عام ويعني ذلك صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة قد تؤدي إلى الإخلال بمركز المتعاقد معها ويضر بمصلحته، كأن تزيد من أعبائه أو تنقص منافعه.

الشرط الثالث: أن يترتب على تصرف الإدارة ضرر للمتعاقد، ولا يشترط في هذا الضرر أن يكون على قدر كبير من الجسامة، فأي قدر ولو كان يسيراً يستوجب تعويض المتعاقد حتى ولو كان مجرد إنقاص من الربح.

الشرط الرابع: يفترض نظرية فعل الأمير عدم خطأ الإدارة، وذلك لأن المسؤولية على أساس فعل الأمير ليست مسؤولية عقدية، وإنما هي مسؤولية للأخطاء، فالنظرية تقوم على أساس أن الإدارة وهي تقوم بواجبها وتتخذ إجراءات مشروعة يفرضها الصالح العام، أحدثت ضرراً للمتعاقد معها^{٢٦٥}.

الشرط الخامس: أن يكون الإجراء غير متوقع وقت التعاقد، فإذا كان الإجراء متوقعاً فإن المتعاقد يفترض أنه أدخله في حساب أفعاله بإبداء وعده في التعاقد مع الإدارة، ويعتبر هذا الشرط شرطاً عاماً في جميع النظريات التي تسعى إلى إضفاء التوازن المالي في العقد الإداري.

هذه شروط نظرية فعل الأمير، وإذا ما توافرت هذه الشروط تطبق النظرية وبالتالي يترتب على تطبيقها عدة نتائج نوضحها فيما يلي:

أ- للمتعاقد مع الإدارة أن يتحمل من التزامه بتنفيذ العقد إن ترتب على الإجراء الصادر عن جهة الإدارة استحالة التنفيذ.

ب- إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا كان فعل الأمير هو الذي أدى إلى تأخير المتعاقد في تنفيذ التزاماته عن الموعد المحدد.

^{٢٦٥} وجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا في ليبيا لم تتطلب هذا الشرط لتطبيق النظرية كما هو الحال في فرنسا ومصر، إذ ورد في حكمها بتاريخ ٢١-٣-١٩٧٤م "لا يشترط لتطبيق النظرية أن يعد الإجراء ذا صفة عامة، بل قد يكون الإجراء خاصاً أيضاً ما دام قد صدر من الجهة المتعاقدة أبان كان الباعث على اتخاذ هذا الإجراء سواء أكان لإعادة النظر في المشروع من أساسه أم أساليب أخرى قدرتها جهة الإجراء ولا أهمية لما إذا كانت جهة الإدارة مختلطة" حكم المحكمة العليا في ٢١-٣-١٩٧٤م - طعن إداري ٣ - ١٩ ق مجموعة عمر المفهوسة ج ١ ق ٢٢٧ ص ٣١٣.

ج- ويبقى أن التعويض هو النتيجة الرئيسية لنظرية فعل الأمير، فإذا تحققت شروط نظرية فعل الأمير فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق تعويضاً كاملاً يشمل ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة^{٢٦٦}.

٢ نظرية الظروف الطارئة

إذا كانت نظرية فعل الأمير تحقق التوازن المالي للعقد في مواجهة إجراءات صدرت من جهة الإدارة المتعاقدة، ونتيجة الظروف صنعتها وأثرت على تنفيذ العقد بأن يصبح مرهقاً للمتعاقد معها، فإن نظرية الظروف الطارئة تحقق هذا التوازن في مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة، فنظرية الظروف الطارئة تواجه ظروف وحالات غير متوقعة عند إبرام العقد قد تؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة أو بمعنى آخر فإنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة^{٢٦٧}.

ويتطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر عدة شروط تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول: أن يطرأ بعد إبرام العقد حادث استثنائي عام مستقل عن إرادة الطرفين المتعاقدين، وترتيباً على ذلك فإن الحوادث الاستثنائية الخاصة بالمتعاقد مع الإدارة كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله لا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل يجب أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً شاملاً لطائفة من الناس، وهذا الحادث الاستثنائي العام يجب أن تعذر مواجهته بالطرق العادية المألوفة^{٢٦٨}.

الشرط الثاني: أن تكون هذه الظروف غير متوقعة وقت إبرام العقد، فإذا كانت الظروف متوقعة وفقاً لمعيار الرجل المعتاد فإن النظرية لا تطبق.

^{٢٦٦} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٧٣

^{٢٦٧} المرجع نفسه. ص ١٧٤

^{٢٦٨} أنس جعفر، ٢٠٠٧م. العقود الإدارية. ص ٢٤٧

الشرط الثالث: أن يترتب على هذا الظرف أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً فقط بالنسبة للمتعاقد، دون أن يصل الأمر به إلى الاستحالة المطلقة، ويثار بصدد هذا الشرط مسألتان:

الأولى: المعيار الذي يمكن على أساسه الحكم بوجود إرهاق بالنسبة للمتعاقد في تنفيذ التزامه، والعبرة في هذا الصدد بأن يترتب على الظرف الطارئ إرهاق ليس فقط بالنسبة للمتعاقد، بل لكل من يكون في ظروف متشابهة، أي أن المعيار أن يكون موضوعياً وليس شخصياً.

الثانية: معيار الإرهاق، وفي هذا الصدد فإن الإرهاق الذي يترتب عليه تطبيق النظرية هو الذي يؤدي إلى تحقيق خسائر كبيرة للمتعاقد لو أنه قام بتنفيذ العقد حسبما اتفق عليه، فلا تكفي الخسارة العادية المألوفة، ولا يجب أن تؤدي إلى إفلاس كامل للمتعاقد مع الإدارة^{٢٦٩}.

فإذا توافرت هذه الشروط الثلاثة يظل الالتزام قائماً ولكن يتقرر إعادة التوازن المالي للعقد، وذلك بتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً مؤقتاً وجزئياً بحيث يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

٣ - نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة

وتنهض هذه النظرية على أساس مواجهة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه التزاماته العقدية لمشاكل وصعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين إبرام العقد، ولا يشترط أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مستحيلاً، بل يكفي أن يؤدي إلى جعل هذا التنفيذ مرهقاً له ومكلفاً بصورة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد، وترتب هذه النظرية ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من أضرار تعويضاً كاملاً^{٢٧٠}، على أن تطبيقها يتطلب توافر عدة شروط تشمل فيما يلي:

^{٢٦٩} وفي ذلك تقول المحكمة العليا الليبية "إذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عباً أو أكثر كلفة مما قدر المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد، أي خسارة استثنائية وغير عادية، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" حكم المحكمة العليا

الليبية - جلسة ١٩-١٠-١٩٨٠م. طعن إداري ٣١-٢٤ ق م.م. ع س ١٦-٤-١٩٧٨م - ص ١٦

^{٢٧٠} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٨٦

الشرط الأول: أن تواجه تنفيذ العقد صعوبات مادية، والصعوبات المادية تكون في الغالب صعوبات طبيعية لم تكن في حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أكثر إرهافاً وأكثر كلفة عما قدره وأبرم العقد بناء عليه^{٢٧١}.

فإذا لم تكن الصعوبات التي يوجهها المتعاقد ذات طبيعة مادية فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، ويمكن تطبيق المتعاقد على أساس فعل الأمير إذا كانت ذات طبيعة اقتصادية، ويمكن عدم التعويض مطلقاً إذا لم تتوفر شروط أي من هذه النظريات.

الشرط الثاني: ألا تكون الصعوبات من عمل أحد الطرفين المتعاقدين، فإذا كانت الإدارة هي التي تسببت بخطئها في وجود هذه الصعوبات يتعذر الاستناد إلى هذه النظرية للتعويض، إلا أن ذلك لا يعني عدم التزامها بالتعويض، بل تكون مسئولة، وهنا مسئوليتها استناداً لنظرية فعل الأمير عند إصدارها لقرار جعل تنفيذ العقد تكتنفه صعوبات.

كما يجب بطبيعة الحال ألا يكون للمتعاقد دور في إحداث هذه الصعوبات، فإذا كان له دور في إحداثها لا مجال لتطبيق النظرية، وعلى المتعاقد أن يتحمل وحده الآثار على فعله الذي أدى إلى وجود هذه الصعوبات.

الشرط الثالث: أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي، فإذا كانت الصعوبات مما ألفها المتعاقد، فلا مجال لتطبيق النظرية^{٢٧٢}.

^{٢٧١} ومن أمثلة هذه الصعوبات -عدم صلاحية الأرض التي سيقام عليه المشروع، كأن تكون صخرية أو غير قابلة للبناء أو تحتاج إلى تجهيزات أكثر كلفة مما قدره المتعاقدان وقت إبرام العقد. - انظر ذلك جعفر. أنس. ٢٠٠٧م. العقود الإدارية. ص ٢٧١

^{٢٧٢} ويخضع تحديد ما إذا كانت الصعوبات ذات طابع استثنائي من عدمه لتقدير قاضي الموضوع، يقدرها في كل حالة على حدة، وفقاً لما يقدمه المتعاقد من دلائل ومستندات توضح أن عمليات التنفيذ تندرج في نطاق الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي، فعبء الإثبات يقع على عاتق الشخص المتعاقد الذي يطالب بالتعويض - انظر تفصيل ذلك أنس جعفر، ٢٠٠٧م. العقود الإدارية. ص ٢٧٥

الشرط الرابع: أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد، بمعنى أن تكون بمثابة مفاجأة للمتعاقد، فإذا كان المتعاقد متوقعاً أو كان بإمكانه توقع الصعوبات المادية عند إبرام العقد، فلا مجال لتطبيق هذه العملية، ويعتد في هذا الصدد بتاريخ إبرام العقد لمعرفة مدى توقع المتعاقد من عدمه للصعوبات المادية، مع ملاحظة حق الإدارة في تعديل العقد أو إضافة ملاحق له، فهنا يعتد بتاريخ التعديل أو تاريخ إضافة الملاحق^{٢٧٣}.

الشرط الخامس: أن يتكب على الصعوبات ضرر للمتعاقد مع الإدارة، فمثل هذا الضرر هو الذي يبرر إلزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها^{٢٧٤}.

والضرر المتصور حدوثه في إطار تواجد هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة هو ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة الأسعار بصورة لم تكن متوقعة، أما إذا كانت الزيادة لا تحل باقتصاديات العقد ولا تؤدي إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة لا تستوجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^{٢٧٥}.

فإذا توافرت هذه الشروط يظل الالتزام قائماً ولكن يشر إحادة التوازن المالي للعقد بتعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار تعويضاً كاملاً.

ويتضح مما سبق أن النظريات الثلاثة التي تعمل في إطار فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وأياً كان مصدر الفعل الضار الذي يؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد أو تصيب المتعاقد مع الإدارة بأضرار بالغة تحدده، فإن هذا المتعاقد يجب أن يجد من يعرضه تعويضاً كاملاً عن هذه الأضرار، وهو الأمر الذي

^{٢٧٣} ويجدر التنبيه هنا إلى أن معيار عدم التوقع الذي نحن بصدد لا يعني عدم التوقع المطلق، إذ لا يوجد فعل أو حدث غير متوقع على الإطلاق، ولكن يمكن أحياناً توقعه خلال إبرام عقد معين، والمعيار الذي يعتد به في هذا الشأن هو معيار الرجل المعتاد، بمعنى ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في نفس ظروف المعتاد - انظر: أنس جعفر، ٢٠٠٧م. العقود الإدارية. ص ٢٧٤

^{٢٧٤} فلو فرضنا جدلاً أن المتعاقد يملك أجهزة متطورة تستطيع أن تتغلب على الصعوبات المادية التي يمكن أن تقابله، فإن ذلك لا يستدعي تطبيق النظرية

^{٢٧٥} نصار. جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ١٩٢

يحدث وفقاً لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة يعد تعويضاً جزئياً يمثل معونة تقدمها جهة الإدارة إلى المتعاقد معها.

ثالثاً: الحق في المطالبة بفسخ العقد قضائياً

قد تتوافر لدى المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.T أسباب تمنحه الحق في المطالبة بفسخ العقد عن طريق القضاء لتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

١ - القوة القاهرة.

وهي حادث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً. وتؤدي القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا ما ثبت أن تحققها بسبب أجنبي لا دخل له فيه ولم يكن في وسعه توقعه، وقد بينت المادة "٢١٨" من القانون المدني الليبي "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزاماته.

كذلك بينت المادة "٣٦٠" "أنه ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه بسبب أجنبي لا يد له فيه".

ويتبين من نص هاتين المادتين أنه إذا ما تحققت القوة القاهرة فإن العقد يعد مفسوخاً من تلقاء نفسه ولا تستطيع الإدارة أن ترغم المتعاقد على التنفيذ، غير أن الفقه والقضاء الإداريين في فرنسا يذهبان إلى أنه يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بإفساخ العقد للقوة القاهرة^{٢٧٦}.

^{٢٧٦} عباد. احمد عثمان. ١٩٧٣م. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. ص ٢٥٢

ولقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في مفهوم القوة القاهرة وتبنى مفهوماً جديداً لها إلى جانب المفهوم التقليدي أطلق عليها القوة القاهرة الإدارية، ويتبلور مفهوم القوة القاهرة الإدارية في أنه إذا حدثت ظروف طارئة من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب دون أن تجعل التنفيذ مستحيلاً، فإنه يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب من القاضي فسخ العقد إذا تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد قد أصبح نهائياً وأنه من غير الممكن إرجاعه إلى سيرته الأولى مهما قدمت جهة الإدارة من مساعدات للمتعاقد معها.^{٢٧٧}

٢ - الفسخ لحق الإدارة في تعديل العقد :

تملك جهة الإدارة صلاحية سابقة سلطة تغيير شروط العقد، وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام، ويملك المتعاقد معها في مقابل ذلك الحق في المطالبة بالتعويض. وإذا وجد المتعاقد أن التعويض غير كاف لمواجهة الظروف التي أوجدها التعديل، وأن التعديل تجاوز إمكانياته المالية وقدراته الفنية فله سبب في قلب اقتصاديات العقد، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بفسخ العقد قضاءً مع التعويض، لأن مرجع الفسخ في هذه الحالة هو تصرف جهة الإدارة.^{٢٧٨}

٣ - الفسخ كجزاء لإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها :

ونحيل بشأنه ما سبق وأن تناولناه في المطلب الثالث من البحث الأول من هذا الفصل. هذه أهم الآثار المتولدة عن عقد B.O.T أثناء تنفيذه وإتمامه من كل طرف بالتزاماته في المدد المحددة وكما هو متفق عليه، ينتهي عقد B.O.T، لتتولى جهة الإدارة المتعاقدة إدارة وتسيير المرفق، وإذا استطال أمد التنفيذ بحيث تجاوز المدد المحددة في العقد فإن الأمر لا يخرج عن أحد احتمالين :

^{٢٧٧} الحسن. عيسى عبد القادر. ١٩٩٧م. التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة. رسالة دكتوراه. مصر: جامعة القاهرة.

الأول - أن يكون التأخير لسبب راجع إلى المتعاقد مع الإدارة، ولذلك يتحمل هو مسؤوليته.

الثاني - أن يكون التأخير لسبب راجع إلى جهة الإدارة، وفي هذه الحالة يجب عليها أن تعوض المتعاقد

معيها^{٢٧٩}

وأخيراً فإن انشاء مدة عقد B.O.T، لا يحول دون إمكانية تمديده أو تجديده، فقد ترى جهة الإدارة أنه

من الأجدي متابعة تقدم عن طريق نفس المتعاقد إذا أظهر جدية ومصادقية في تعامله، وبالتالي تتفق

معه على تمديد العقد على أن تتجاوز المدة الجديدة بإضافتها إلى مدة العقد، الحد الأقصى الذي يحدده

القانون لهذا النوع من العقود، أما التجديد فلا يكون إلا بمقتضى عقد جديد.

وسواء تعلق الأمر بالتجديد أم التخطيط، فإنه يجب أن تنصرف نية الطرفين الواضحة وبما لا يجعل مجال

للشك إلى تمديد العقد أو تجديده.

^{٢٧٩} وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا المصرية في حكمها بتاريخ ٥-٧-١٩٩٤م الذي جاء فيه " ومقتضى ذلك أنه إذا قام المتعاقد مع

الإدارة بتنفيذ العقد في غير المد المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى جهة الإدارة فإن من حقه أن يحصل على أية أعباء إضافية تحملها نتيجة تنفيذ الأعمال محل العقد وفي تالية للفترة المحددة لتنفيذها، والتالي يكون له الحق في المطالبة بأية زيادة قد تطرأ في أسعار المواد وخلافه مما

يستعمل في العملية محل التعاقد " حكم المحكمة العليا المصرية - طعن ٤٦٢٣، ٤٤١٦ لسنة ٣٥ ق الموسوعة - ج ٩ - ص ١٢٩