جامعة الزقازيق
فرع بنها
كلية الحقوق

٣/١٤٤
٥/١

النظام القانونى لعقد الـ (بوت) (B.O.T.)

(الإنشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية)

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من

ماهر محمد حامد أحمد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتورة/ **سميحة القليوبى** رئيسا
أستاذ القانون التجارى والبحرى ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة "سابقا"

الأستاذ الدكتور/ **أحمد عبد الحميد عشوش** عضوا
أستاذ القانون الدولى الخاص والعميد السابق لكلية الحقوق جامعة الزقازيق "فرع بنها"

الأستاذ الدكتور/ **محمد عبد الحميد القاضى** مشرفا وعضوا
أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق جامعة الزقازيق "فرع بنها"

T05-01139

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

١٤٤/٣

جامعة الزقازيق
فرع بنها
كلية الحقوق

النظام القانونى لعقد الـ (بوت) (B.O.T.)

(الإنشاء والتملك والتشغيل ونقل الملكية)

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من
ماهر محمد حامد أحمد

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتورة/ **سميحة القليوبى** رئيسا
أستاذ القانون التجارى والبحرى ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة "سابقا"

الأستاذ الدكتور/ **أحمد عبد الحميد عشوش** عضوا
أستاذ القانون الدولى الخاص والعميد السابق لكلية الحقوق جامعة الزقازيق "فرع بنها"

الأستاذ الدكتور/ **محمد عبد الحميد القاضى** مشرفا وعضوا
أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق جامعة الزقازيق "فرع بنها"

١٤٣/٣

١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م

بسم الله الرحمن الرحيم

"وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّـــهِ إِذَا عَـاهَدْتُمْ وَلا تَنْقُضُوا الأَيْمَانَ بَعْـدَ تَوْكِيدِهَـا وَقَـدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلاً إِنَّ اللَّهَ يَعْلَـمُ مَا تَفْعَلُونَ"

صدق الله العظيم

سورة النحل آية ٩١

شكر وتقدير

الحمد لله يهدى إلى الحق والعدل من يشاء، والصلاة والسلام على رسول الله الداعى إلى أحسن شريعة وأقوم منهاج.

وبعد

أحمد الله عز وجل وأشكر فضله العظيم على توفيقه فى إتمام هذا العمل المتواضع والذى وإن كنت لا أدعى أننى قد وصلت فيه إلى الحد المرضى، فإن فضل الله قد تجلى فى أن جعل الحكم عليه بيد علماء أجلاء من أفضل رجالات القانون.

فلله الحمد والمنة والفضل بأن شرفنى فجعل رئاسة لجنة الحكم على هذه الرسالة بيد أستاذة جليلة ومعلمة نبيلة وعالمة فاضلة يفخر بها أجيال كثيرة من دارسى القانون، وليس هناك فى مصر أو البلاد العربية باحث فى مجال القانون التجارى إلا ولها الفضل عليه وهى أستاذتنا الأستاذة الدكتورة/ **سميحة القليوبى** أستاذ القانون التجارى والبحرى ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة "سابقا"، فلها الشكر والتقدير والعرفان لما بذلت من جهد ولما قدمت وقت ثمين، وندعوا الله عز وجل أن يجزيها عن العلم النافع خير الجزاء.

وأعبر عن جزيل شكرى وخالص تقديرى لأستاذى الجليل الأستاذ الدكتور/ أحمد عبد الحميد عشوش أستاذ القانون الدولى الخاص والعميد السابق لكلية الحقوق جامعة الزقازيق "فرع بنها"، على تفضله بقبول الاشتراك فى مناقشة هذه الرسالة، رغم أعبائه الجسام ومسئولياته المتعددة، ولا شك أن مشاركته فى لجنة المناقشة – وهو علم من أعلام القانون الدولى الخاص – سوف يضفى عليها ثراء وعمقا، وأدعو الله أن يثيبه عنى خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر ووافر العرفان وأجل التقدير إلى العالم الجليل والناصح الأمين، أستاذى الفاضل، الأستاذ الدكتور/ محمد عبد الحميد حسين القاضى، أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق جامعة الزقازيق "فرع بنها"، والذى تفضل وقبل الإشراف على هذه الرسالة، فكان لى نعم المعلم والموجه والمرشد الأمين، لقد أتاح لى بخلقه النبيل أن أرتوى من بحر علمه الواسع بكرم فياض ولم يبخل على بجهد ولا وقت، وكان لنصحه وتوجيهه أكبر الأثر فى إخراج هذا البحث، فله منى كل الشكر والتقدير بما هو أهل له وإن كنت أعتقد أن أى كلمات منى لن تفيه حقه، لذلك فإننى أتوجه إلى الله عز وجل أن يمنحه صحة وتوفيقا وسدادا وأن يحفظه علما من أعلام القانون التجارى.

وأرجو أن يحوز عملى رضا وقبولا من هذه الزمرة الطبيبة الكريمة من أساتذتى الأجلاء.

مقدمة

تمهيد :

إذا كان من الثابت أن الدولة لم تتخل بصورة كاملة عن مسئوليتها فى إنشاء وتشغيل بعض مشروعات البنية الأساسية Infrastructuré فى أى عصر من العصور؛ إلا أنه من الثابت - أيضا - أن الدولة كثيرا ما تلجأ إلى القطاع الخاص للاضطلاع بإنشاء وتشغيل بعض هذه المرافق، وذلك عندما تتوء ميزانياتها بأعباء التمويل اللازم لمثل هذه المشروعات، وهو ما ظهر جليا فى العقدين الأخيرين من القرن العشرين، حيث اجتاحت ظاهرة الكوكبة Globalisation الاقتصاد العالمى، وسادت فى ظلها فلسفة التخصيصية Privatization التى اعتنقها كثير من الدول بعد انهيار النظام الاشتراكى والتحول إلى اقتصاد السوق - وبسبب عدم قدرة هذه الدول على تدبير الموارد المالية اللازمة لإنشاء البنية الأساسية[١].

ونظرا لأن مشروعات البنية الأساسية تقوم على أساس من تقديم الخدمات للمواطنين على أوسع نطاق؛ لذا فإن الدولة لا تقوم بإسناد هذه المشروعات إلى القطاع الخاص إلا فى نطاق عقود تضمن لها قدرا كافيا من الرقابة على حسن الأداء وعدالة التوزيع ومناسبة الأسعار، وقد اتخذت هذه العقود صورا مختلفة، ابتداء من عقود الالتزام Concession Contracts، وانتهاء بعقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية "البوت" "Build, Operate, Transfer "B.O.T.

وليس بخاف أن مثل هذه العقود - وأخصها عقد "البوت" "B.O.T." يحقق ضمانا للدولة فى سيطرتها الاستراتيجية على المشروع بشكل أفضل من عمليات التخصيصية الكاملة[٢]، لأن ملكية المشروع لا تنتقل بشكل

---

(١) انظر فى ذلك:

SIDNY M. LEVY, "Build Operate transfer – Paving the for tomorrow`s infrastructure. 1996, P. 1.

(2) United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), "B.O.T." Guidelines), 1996, P. 5.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	٧
فصل تمهيدى: فى التعريف بنظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T." والنظم المشابهة له	١٥
المبحث الأول: تعريف نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."	١٦
المطلب الأول: تعريف نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."	١٧
المطلب الثانى: عقود التنمية الاقتصادية المشابهة لعقد الـ "B.O.T."	٢٩
المطلب الثالث: السمات المميزة لعقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T"	٤٢
المبحث الثانى: نشأة وانتشار نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."	٤٧
- انتشار نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع فى بعض الدول المتقدمة والنامية	٥٣
- نشأة نظام البناء والتشغيل وإعادة المشروع فى مصر	٦٠
الباب الأول	
إبرام عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."	٦٩
الفصل الأول: الإجراءات السابقة على التعاقد	٧١
المبحث الأول: إعداد دراسة الجدوى	٧٢
المبحث الثانى: طرح المشروع للتعاقد	٧٤
المطلب الأول : التعاقد عن طريق دعوة المستثمرين إلى تقديم عطاءات	٧٤
المطلب الثانى: أسلوب الاتفاق المباشر كوسيلة للتفاوض والتعاقد	٨٦

الموضوع	الصفحة
المبحث الثالث : التفاوض على العقد	٩٠
الفصل الثانى: انعقاد العقد	٩٥
المبحث الأول : التراضى فى عقد الـ "B.O.T."	٩٧
المطلب الأول : الإيجاب فى عقد الـ "B.O.T."	٩٧
المطلب الثانى : القبول فى عقد الـ "B.O.T."	١٠٧
المبحث الثانى : محل العقد	١٢٠
المبحث الثالث : سبب العقد	١٢٤
الباب الثانى	
الطبيعة القانونية لعقد الـ "B.O.T."	١٢٧
الفصل الأول : القواعد الدستورية والقانونية التى تحكم عقد الـ "B.O.T."	١٢٩
المبحث الأول : القواعد الدستورية لنظام الـ "B.O.T."	١٣٢
المبحث الثانى : القواعد التشريعية المنظمة لعقود الـ "B.O.T."	١٣٨
المطلب الأول : التشريعات الخاصة بتنظيم منح الامتياز فى ظل نظام الـ "B.O.T."	١٣٩
المطلب الثانى : تقييم التشريعات المنظمة لمنح الامتياز فى نظام الـ "B.O.T."	١٤٣
المبحث الثالث : القواعد العامة فى القانون المنظمة لعقد الـ "B.O.T."	١٤٦
الفصل الثانى : التكييف القانونى لعقود البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."	١٥٣
المبحث الأول : عقد الـ "B.O.T." من قبيل العقود الإدارية	١٥٧
المطلب الأول : حجج القائلين بأن عقد الـ "B.O.T." من قبيل العقود الإدارية	١٥٧

الموضوع	الصفحة
المطلب الثانى : تفنيد الرأى القائل بأن عقد الـــ ".B.O.T" من قبيل العقود الإدارية	١٦٠
أولا : عدم توافر الشروط المميزة للعقد الإدارى فى عقود الـــ ".B.O.T"	١٦١
ثانيا : اختلاف عقد الـــ ".B.O.T" عن عقد امتياز المرفق العام	١٧١
المبحث الثانى : عقد الـــ ".B.O.T" من قبيل العقود المدنية	١٧٧
المبحث الثالث : عقد الـــ ".B.O.T" من قبيل العقود التجارية	١٩٠
المطلب الأول : مدى تجارية عقد البناء والتشغيل وإعـــادة المشروع ".B.O.T"	١٩١
الفرع الأول : المعايير التى قال بها الفقه للتميـــيز بيـــن الأعمال التجارية والأعمال المدنية	١٩٤
الفرع الثانى : مـــدى خضـــوع عقـــود الـــ ".B.O.T" لأحكام القانون التجارى	٢٠١
الفرع الثالث : المركز القانونى لطرفى العقد	٢٠٦
الفرع الرابع : الأثر المترتب على اكتســـاب عقـــد الـــ ".B.O.T" للصفة التجارية	٢١٤
المطلب الثانى : مدى اعتبار عقد الـــ ".B.O.T" عقدا مـــن عقود التجارة الدولية	٢٢٠
الفرع الأول : المعيار القانونى	٢٢٢
الفرع الثانى : المعيار الاقتصادى	٢٢٥
الفرع الثالث : المعيار المزدوج	٢٢٨
الفصل الثالث : القانون الواجب التطبيق على عقود الـــ ".B.O.T" ذات العنصر الدولى والاختصاص القضائى بنظر المنازعات الناشئة عنها	٢٣٣

الموضوع	الصفحة
المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على عقود الـ "B.O.T." ذات العنصر الأجنبى	٢٣٦
المطلب الأول : دور إرادة طرفى العقد فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولى	٢٣٨
المطلب الثانى : كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فى حالة غياب اختيار الأطراف	٢٥٣
المبحث الثانى : الاختصاص القضائى الدولى بنظر المنازعات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T." ذات العنصر الدولى	٢٧٥
الباب الثالث	
آثار عقد الـ "B.O.T." وانتهائه وحل المنازعات الناشئة عنه	٢٨٣
الفصل الأول: آثار عقد الـ "B.O.T."	٢٨٥
المبحث الأول : حقوق والتزامات طرفى العقد	٢٨٦
المطلب الأول : حقوق والتزامات الشخص المعنوى العام طرف التعاقد	٢٨٧
الفرع الأول : حقوق الشخص المعنوى العام طرف التعاقد	٢٨٧
الفرع الثانى : التزامات الشخص المعنوى العام طرف التعاقد	٢٩٤
أولا: التزام الدولة بتوفير مناخ الاستثمار	٢٩٤
ثانيا: الالتزام بالقيام بكل ما هو ضرورى لتنفيذ العقد	٢٩٧
ثالثا: التزام الدولة المتعاقدة بتمكين شركة المشروع من استغلال المشروع	٢٩٩
المطلب الثانى : حقوق والتزامات شركة المشروع	٢٩٩
الفرع الأول : حقوق شركة المشروع	٣٠٠

الموضوع	الصفحة
أولا : حق شركة المشروع فى الاستفادة من الضمانات والحوافز المقررة فى قانون الاستثمار	٣٠٠
ثانيا : الحصول على المقابل المالى للعقد "الرسم أو ثمن الخدمة"	٣١٠
الفرع الثانى : التزامات شركة المشروع	٣١٤
أولا : التزام شركة المشروع بإنشاء المشروع بالمواصفات المتفق عليها فى المدة المحددة	٣١٤
ثانيا : التزام شركة المشروع بنقل التكنولوجيا	٣٢٣
ثالثا : التزام شركة المشروع بتشغيل المشروع وصيانته	٣٢٦
رابعا : التزام شركة المشروع بإعادة وتسليم المشروع إلى الدولة المتعاقد	٣٢٩
خامسا : التزام شركة المشروع بتقديم ضمانات حسن التنفيذ والتعويضات الاتفاقية	٣٣١
المطلب الثالث : جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد الـ "B.O.T."	٣٣٣
الفرع الأول : مدى إمكانية التنفيذ العينى والفسخ كجزائين للإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد	٣٣٣
أولا: التنفيذ العينى	٣٣٣
ثانيا: الفسخ	٣٣٧
الفرع الثانى: المسئولية العقدية	٣٤٢
أولا: أركان المسئولية العقدية	٣٤٣
ثانيا: الإعفاء من المسئولية العقدية أو التخفيف منها	٣٤٦
(أ) القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ	٣٤٧
(ب) خطأ المتعاقد الآخر	٣٥٠

الموضوع	الصفحة
(ج) خطأ الغير	٣٥١
(د) الظروف الطارئة	٣٥٣
المبحث الثانى: مجموعة العقود اللازمة لتنفيذ عقد الـ "B.O.T."	٣٦١
المطلب الأول : العقود الاستشارية	٣٦٢
المطلب الثانى : عقد المقاولة	٣٦٥
المطلب الثالث : عقود التمويل	٣٧٠
الفرع الأول : القروض من البنوك التجارية	٣٧١
الفرع الثانى : مساهمة البنوك فى شركة المشروع	٣٨٠
الفرع الثالث : التمويل من خلال خطابات الضمان المصرفية	٣٨٢
الفرع الرابع : التأجير التمويلى	٣٨٥
المطلب الرابع : عقد التأمين	٣٨٩
المطلب الخامس : عقد تقديم الخدمة إلى المنتفعين بخدمات المشروع	٣٩١
الفرع الأول : التعريف بالمنتفعين بالمشروع	٣٩٢
الفرع الثانى : الطبيعة القانونية لعقد الانتفاع بخدمات المشروع	٣٩٧
أولا : الطبيعة القانونية للرابطة بين المستفيد وشركة المشروع	٣٩٧
ثانيا : الأساس القانونى لامتداد آثار عقد الـ "B.O.T." إلى المستفيد	٣٩٩
الفصل الثانى : انتهاء عقد البناء والتشغيل وإعادة المشروع "B.O.T."	٤٠٥
المبحث الأول : انتهاء عقد الـ "B.O.T." بالتنفيذ	٤٠٧

الموضوع	الصفحة
المطلب الأول: انتهاء عقد الـ ".B.O.T" بتنفيذه أو انتهاء مدته	٤٠٧
المطلب الثانى : تجديد أو تمديد عقد الـ ".B.O.T"	٤١٠
المبحث الثانى : انتهاء عقد الـ ".B.O.T" دون تنفيذ	٤١٤
المطلب الأول : انتهاء عقد الـ ".B.O.T" بسبب استحالة التنفيذ	٤١٥
المطلب الثانى : انتهاء عقد الـ ".B.O.T" بالفسخ	٤١٩
المطلب الثالث : انتهاء عقد الـ ".B.O.T" بإرادة الطرفين "التقابل"	٤٢٤
المطلب الرابع : قدرة الإرادة المنفردة على إنهاء عقد الـ ".B.O.T" "التحلل من العقد"	٤٢٦
المطلب الخامس : أثر انهيار الاعتبار الشخصى على انتهاء عقد الـ ".B.O.T"	٤٣٢
الفصل الثالث : وسائل حسم وتسوية المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد الـ ".B.O.T"	٤٣٩
المبحث الأول : الوسائل غير القضائية لتسوية منازعات عقود الـ ".B.O.T"	٤٤١
المطلب الأول : التفاوض	٤٤٣
المطلب الثانى : الوساطة	٤٤٥
المطلب الثالث : التوفيق	٤٤٧
المطلب الرابع : الخبرة الفنية	٤٤٩
المطلب الخامس : المحاكمات المصغرة	٤٥١
المبحث الثانى : التحكيم كوسيلة لحسم منازعات عقود الـ ".B.O.T"	٤٥٣
المطلب الأول : التعريف بالتحكيم	٤٥٥

الموضوع	الصفحة
المطلب الثانى : صلاحيـــة طرفى عقـــد الـــ "B.O.T." لإبرام اتفاق التحكيم	٤٥٩
الفرع الأول: مدى قدرة الأشخاص المعنوية العامة علـــى إبرام اتفاق التحكيم	٤٥٩
الفرع الثانى : مدى قدرة شركة المشروع علـــى إبـــرام اتفاق التحكيم	٤٦٥
المطلب الثالث : إجراءات التحكيم	٤٦٧
المطلب الرابع : القانون الواجب التطبيق علـــى إجـــراءات التحكيم	٤٧٥
المطلب الخامس : حكم التحكيم	٤٨٢
المطلب السادس : نفاذ حكم التحكيم	٤٨٧
خاتمة	٤٩٥
قائمة المراجع	٥٠٣
الفهرس	٥٤٣