ق ٦٣/٣ رسائل

ق ٦٣ كي ١

النظام القانوني للتعاقد بنظام BOOT

بحث لنيل درجة الدكتوراه

مقدم من الطالبة

مى محمد عزت على شرباش

وكيل أول النيابة الإدارية

لجنة الحكم

أ. د / محمد فريد العريني — مشرفا ورئيسا

أستاذ القانون التجاري والبحري

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

أ.د /رضا السيد عبد الحميد — عضوا

أستاذ القانون التجاري والبحري

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ.د / محمد باهي أبو يونس — عضوا

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

ووكيل كلية الحقوق لشئون التعليم والطلاب - جامعة الإسكندرية

دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ ، ٤٠ شارع سوتير - الأزاريطة - الاسكندرية ت : ٤٨٦٨٠٩٩ - ٤٨٦٢٥٢٩

E-mail.: darelgamaaelgadida@hotmail.com

٦٣ ك
ك ر

النظام القانوني

للتعاقد بنظام

BOOT

بحث لنيل درجة الدكتوراه

مقدم من الطالبة

مى محمد عزت على شرباش

وكيل أول النيابة الإدارية

لجنة الحكم

أ.د. محمد فريد العريني أستاذ القانون التجاري والبحري مشرفاً ورئيساً

كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

أ.د. رضا السيد عبد الحميد أستاذ القانون التجاري والبحري عضواً

كلية الحقوق - جامعة عين شمس

أ.د. محمد باهي أبو يونس أستاذ ورئيس قسم القانون العام عضواً

ووكيل كلية الحقوق لشئون التعليم والطلاب - جامعة الاسكندرية

T05-01145

اهـــداء

إلى والدىّ وأخوتى

شكر وتقدير

تتقدم الباحثة بعظيم الشكر والتقدير لكل من الأستاذ الدكتور رضا عبد الحميد السيد أستاذ القانون التجارى والبحرى بكلية الحقوق - جامعة عين شمس والأستاذ الدكتور محمد باهى أبو يونس أستاذ القانون الإدارى والدستورى بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية لتشريفى بقبولهما المشاركة فى مناقشة هذه الرسالة.

كما لا يفوتنى أن اتقدم بخالص الشكر والعرفان لكل من ساعدنى على إنجاز هذا العمل ، وأخص الشكر الأستاذ الدكتور المعتصم بالله الغريانى أستاذ القانون التجارى بكلية الحقوق - جامعة الاسكندرية والسيد / زياد احمد عادل حشيش عضو بعثة كلية حقوق الاسكندرية إلى فرنسا اللذين قاما بإمدادى بالمراجع الانجليزية والفرنسية المتعلقة بموضوع البحث.

كما اتقدم بخالص شكرى وعظيم تقديرى للجنة القانون التجارى بالأمم المتحدة (اليونسترال) ومكتبة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية وجميع العاملين بها على ما احاطونى به من رعاية ومساعدة خلال فترة اعداد هذا العمل ، جزاهم الله عنا خير الجزاء .

الباحثة

المقدمة

مشاركة القطاع الخاص فى البنية الأساسية

كانت الدولة في بداية عهدها تلتزم، بوصفها سلطة عامة،بكفالة الأمن حفاظا علي سيادتها باعتباره مقوما أساسيا من مقوماتها. وفي مرحلة لاحقة على نشأتها اتسع هذا الدور وأصبح للدولة وظيفة اجتماعية ، فظهرت مسئوليتها عن تقديم الخدمات الصحية وكفالة مستوى معيشي معقول لمواطنيها ، كما وضع علي عاتقها توفير الخدمة التعليمية ...الخ

ومع انهيار اقتصاديات الدول بسبب نشوب الحرب العالمية الثانية ازداد تدخل الدولة، فأخذت الدول الحديثة العهد بالاستقلال على عاتقها عبء التنمية. وساهم في زيادة هذا التدخل الفكر الاشتراكي المتنامي والداعي إلى تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي . وهكذا خرجت الدولة من نطاق دورها كحارس لتقوم بدور المنتج المسيطر علي وسائل الإنتاج، وواضع السياسات الاقتصادية والنقدية التي تمكنه من تلبية احتياجات الأفراد المتزايدة والداعية إلى زيادة تدخلها .

ولما كانت الدولة ملتزمة بتوفير هذه الخدمات ، بات من الواجب الحصول علي موارد مالية لتمويلها وتوفيرها لمواطنيها. فكانت تحصل عليها من خلال التمويل الذاتي،[1] إلا أن هذا الأسلوب من التمويل لم يلق نجاحا بسبب ضعفه وعدم كفايته. فلجأت الدولة إلى الاقتراض الخارجي الذي لم يكن من الكفاية بحيث يغطي التمويل اللازم، بالإضافة إلى مخاطر المديونية وما ينشأ عنها من تهديد للاستقلال الاقتصادي والسياسي.[2]

---

[1] التمويل الذاتي إما أن يكون اجماليا ،وهو يمثل المصادر المالية الداخلية للتمويل ويتمثل في الاحتياطيات السائلة ومقابل الاستهلاكات ،وإما أن يكون صافيا ،ويشمل الارباح والاحتياطي مخصوما منها الاستهلاكات.راجع مصطفي رشدي شيحة ،الاقتصاد النقدي والمصرفي ،دار المعرفة الجامعية ،١٩٩٥ ،ص٢٧٣ الهامش.

[2] كما هو الحال بالنسبة لامتياز قناة السويس.

وبانهيار النظام الاشتراكي تنامى التوجه نحـــو اقتـــصاد الـــسوق وخصخصة المشروعات وتحرير التجارة الدولية مما ترتب عليـــه اتـــساع الالتزام بتقديم الخدمات الأساسية . فلم يعد هذا الالتزام قاصرا علي الدولـــة بل امتد ليشمل القطاع الخاص. وساهم في زيادة تدفق رأس المـــال علـــي مشروعات البنية التحتية في الدول النامية عاملان: أولهما: السماح للقطـــاع الخاص بالمشاركة في تمويل خدمات البنية التحتيـــة؛ وثانيهمـــا: مـــساهمة أسواق رأس المال الدولية في تقديم القروض طويلة الأجـــل لتمويـــل هـــذه المشروعات التي تستغرق مدة زمنية طويلة لاسترداد تكاليف إنشائها[1].

من جانب آخر، تطورت وظيفة مشروعات البنية التحتيـــة وازداد اتساعها وتحولت من مجرد إشباع خدمة الاحتياجات الداخلية للدولـــة إلـــى خدمة معدة للتصدير: أي إقامة مشروعات البنية الأساسية التي تربط بـــين الدولة والدول المجاورة أو المحيطة بها، أو مجموعة من الدول، أو إقامـــة مرفق من المرافق العامة لإنتاج وتقديم خدمة معينة لا لإشـــباع احتياجـــات السوق المحلي فحسب، بل ولتصديرها إلى دول مختلفة مثـــل مـــشروعات تصدير الطاقة الكهربائية، وإنشاء المنـــاطق الحـــرة، والمـــوانئ البحريـــة والأرصفة المتنقلة[2] .

وقد شاع استخدام أساليب تمويل مشروعات البنية التحتية بواســـطة القطاع الخاص في الدول النامية والمتقدمة على حد ســـواء. ومثـــال ذلـــك مشروع الطريق السريع la Venta- Colegio highway في المكـــسيك وكذلك مشروع الطاقة الكهربائية بولاية فيرجينيا بالولايات المتحدة. ويعـــد نظام الBOOT واحدا من أهم هذه الأساليب.

---

[1] أنظر موقع البنك الدولي علي الشبكة :

http :// econ .worldbank.org/infrastructure/wp1861

مقال Dailami Mansour , Danny Leipziger ,infrastructure project finance and capital flows :new perspective.

[2] محسن أحمد الخضيري ،التمويل بدون نقود ،مجموعة النيل العربية ،بدون تاريخ ،ص٢١ .

الفهـــرس

الصفحة

- تمهيد وتقسيم ٤

القسم الأول

ماهية عقد الـB.O.O.T وتكوينه ١١

الباب الأول

تصنيف العقد وخصائصه ١٣

الفصل الأول : مفهوم العقد وخصائصه ١٤

المبحث الأول : تعريف عقد الـBOOT وأهميته ١٤

المبحث الثانى : خصائص عقد الـBOOT ٢٢

الفصل الثانى : عقد الـBOOT بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ٣١

المبحث الأول : التمييز بين عقد الـBOOT وعقود القانون العام ٣١

المطلب الأول : عقد الـBOOT عقد ادارى ٣٢

المطلب الثانى : عقود الـBOOT والتزام المرافق العامة ٣٣

المطلب الثالث : عقد الـBOOT وعقود الأشغال العامة ٣٤

المطلب الرابع : تقويم وتقديم الاتجاه السابق ٣٧

المبحث الثانى : الـBOOT وعقود القانون الخاص ٤٢

المطلب الأول : عقد الـBOOT والتأجير التمويلى ٤٢

المطلب الثانى : عقد الـBOOT وحق الحكر ٤٤

المطلب الثالث : عقد الـBOOT وحق الانتفاع ٤٨

المطلب الرابع : مدى اعتبار عقد الـBOOT من عقود القانون الخاص ٥٠

الباب الثانى

فى تكوين العقد ومخاطره ٥٦

الفصل الأول : النطاق الشخصى لاتفاق المشروع ٦٠

المبحث الأول : أطراف اتفاق المشروع ٦٠

المبحث الثانى : كيفية اختيار شركة المشروع ٦٧

الفصل الثانى : النطاق الموضوعى لاتفاق الترخيص ٧٧

المبحث الأول : التزامات السلطة المتعاقدة ٧٨
المطلب الأول : تبسيط الإجـراءات الاداريـة واستـصدار التـراخيص والموافقات اللازمة ٧٨
المطلب الثانى : تسليم الأرض المقام عليها المشروع ٨٠
المطلب الثالث : تمكين شركة المشروع من استغلال المشروع ٨١
المطلب الرابع : الالتزام بالمحافظة على السرية ٨٢
المبحث الثانى : التزامات شركة المشروع ٨٣
المطلب الأول : التزامات شركة المشروع فى مرحلة التشييد ٨٣
المطلب الثانى : تشغيل المنشأة ٨٩
الفرع الأول : الالتزام بتشغيل المنشأة ٩٠
الفرع الثانى : الالتزام بالصيانة ٩٥
المطلب الثالث : نقل الملكية ٩٧
الفرع الأول : الالتزام بالتسليم ٩٨
الفرع الثانى : نقل التكنولوجيا كأثر للتسليم ١٠١
المطلب الرابع : جزاء الإخلال بالشروط التعاقدية ١٠٤
الغصن الأول : فسخ السلطة المتعاقدة للعقد ١٠٤
الغصن الثانى : فسخ شركة المشروع للعقد ١٠٩
الفصل الثالث : ضمانات المخاطر ١١٢
المبحث الأول : الضمانات المقدمة من السلطة المتعاقدة ١١٣
المطلب الأول : الضمان الحكومى ١١٤
المطلب الثانى : شروط اثبات التشريعى ١١٥
الفرع الأول : مفهوم شرط الثبات ١١٦
الفرع الثانى : جدوى شروط الثبات ١٢٠
الغصن الأول : الاتجاه المعارض للقوة الملزمة للشرط ١٢١
الغصن الثانى : الرأى المؤيد للقوة الملزمة للشرط ١٢٢
المطلب الثالث : الضمانات المتعلقة بالمنتج وتسويقه ١٢٧
الفرع الأول : اتفاق التزويد أو الدفع ١٢٧
الفرع الثانى : اتفاق شراء الخدمة ١٢٩

الغصن الأول : مفهوم اتفاق شراء الخدمة ١٢٩
الغصن الثانى : تقدير الاتفاق على شراء الخدمة ١٣٣
المطلب الرابع : سن وتفعيل تشريعات الاستثمار ١٣٦
المبحث الثانى : الضمانات المقدمة من شركة المشروع ١٤٥
المطلب الأول : الضمانات المقدمة من شركة المشروع عند ابرام الاتفاق ١٤٧
الفرع الأول : خطابات الضمان ١٤٨
الفرع الثانى : الالتزام بالتأمين ١٥٥
المطلب الثانى : الضمانات المقدمة من شركة المشروع عند تنفيذ الاتفاق ١٦٠
الفرع الأول : ضمان حسن التنفيذ ١٦١
الفرع الثانى : التضامن ١٦٥
القسم الثانى
ديناميةعقد الـBOOT وتنفيذه ١٦٧
الباب الأول
تعدد الروابط ١٦٩
الفصل الأول : العلاقة بين شركة المشروع والمقاول ١٧٠
المبحث الأول : مفهوم عقد التشييد وخصائصه ١٧١
المبحث الثانى : آثار العقد ١٧٥
المطلب الأول : التزامات المقاول ١٧٥
الفرع الأول : تنفيذ الأعمال التى يعهد بها إليه بمقتضى العقد ١٧٥
الفرع الثانى : الالتزام بتسليم المنشأة ١٨٠
الفرع الثالث: ضمان الأعمال بعد تسليم المنشأة وصلاحية المنشأة للتشغيل ١٨١
المطلب الثانى : التزامات شركة المشروع ١٨٢
الفرع الأول : الالتزام بدفع المقابل ١٨٣
الفرع الثانى : التزامات أخرى مرتبطة بعقد التشييد ١٨٨
الفصل الثانى : العلاقة بين شركة المشروع والمشغل ١٨٩
المبحث الأول : التزامات المشغل ١٨٩
المطلب الأول : تشغيل المرفق ١٩٢
المطلب الثانى : الالتزام بصيانة المنشأة ١٩٥

المبحث الثانى : التزامات شركة المشروع ١٩٧
المطلب الأول : الالتزام بسداد ثمن مقابل خدمات التشغيل ١٩٨
المطلب الثانى : التزامات أخرى على شركة المشروع ١٩٩
الفصل الثالث : العلاقة بين شركة المشروع ومؤسسات التمويل ٢٠١
المبحث الأول : التمويل المقدم من شركة المشروع ٢٠٢
المطلب الأول : التمويل النقدى ٢٠٢
الفرع الأول : التمويل بالأسهم ٢٠٣
الفرع الثانى : السندات ورأس المال الوسيط ٢٠٦
المطلب الثانى : التمويل العينى ٢١٠
المبحث الثانى : التمويل المقدم من مؤسسات التمويل ٢١٣
مطلب وحيد : شروط عقد القرض وأحكامه ٢١٥

الباب الثانى

تعدد المخاطر ٢٢٢

الفصل الأول : مظاهر التعدد ٢٢٣
المبحث الأول : أنواع المخاطر ٢٢٤
المطلب الأول : المخاطر العامة ٢٢٤
المطلب الثانى : المخاطر المرتبطة بتنفيذ المشروع ٢٢٦
المبحث الثانى : توزيع المخاطر ٢٣١
المطلب الأول : المخاطر العامة ٢٣٢
الفرع الأول : المخاطر السياسية ٢٣٣
الفرع الثانى : المخاطر الاقتصادية والمالية ٢٣٥
المطلب الثانى : المخاطر الناشئة عن تنفيذ المشروع ٢٣٦
الفرع الأول : توزيع المخاطر الناشئة عن التشييد ٢٣٦
الغصن الأول : التوسع فى مفهوم القوة القاهرة ٢٣٧
الغصن الثانى : اعادة التفاوض والتوازن الاقتصادى للعقد ٢٤٠
المطلب الثانى : مخاطر التشغيل والصيانة ٢٤٥
الفصل الثانى : ضمانات المخاطر ٢٤٧
المبحث الأول : ضمانات ترتكز على أصول المشروع ٢٤٨

المطلب الأول : التأمينات الشخصية ٢٤٨
الفرع الأول : الكفالة ٢٤٩
الفرع الثانى : خطابات النوايا ٢٥١
المطلب الثانى : التأمينات العينية ٢٥٥
الفرع الأول : الرهن الرسمى ٢٥٦
الفرع الثانى : الرهن الحيازى ٢٥٦
المبحث الثانى : الضمانات التى ترتكز على ايرادات المشروع ٢٧٠
المطلب الأول : حوالة الحق ٢٧٠
المطلب الثانى : ضمانات مستمدة من القواعد العامة ٢٧٧
الخاتمة ٢٨٠
قائمة المراجع ٢٨٣
قائمة المختصرات ٣٠٢
الفهرس ٣٠٣