

مدى فاعلية الإصلاحات التشريعية الاقتصادية في مشاريع البنى التحتية: دراسة في القانون الكويتي

أ. د. ناصر خليل جلال العساف*

الملخص:

أولى المشرع الكويتي أهمية خاصة للإصلاحات التشريعية الاقتصادية خصوصاً في نطاق مشاريع البنى التحتية، إذ أكد على هذه الأهمية من خلال إصدار تشريعات ترمي إلى تفعيل دور القطاع الخاص للنهوض بواقع المشاريع الإستراتيجية من جهة، والتخفيف من كاهل أعباء ميزانية الدولة من جهة أخرى. وفي هذا المنحى فقد أصدر المشرع القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة، وتبع ذلك إصدار القانون رقم (37) لسنة (2010) في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص. ولم تتوقف مسيرة المشرع في إطار الإصلاحات التشريعية ذات الطابع الاقتصادي عند هذا الحد، بل أصدر القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص والذي ألغى القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة.

إن الوتيرة المتسارعة من قبل المشرع الكويتي في إصدار تشريعات ذات طابع اقتصادي في قطاع البنى التحتية واستتباع ذلك بإلغاء وتعديل القوانين الموجودة وإصدار أخرى جديدة تحكم هذا القطاع دفعنا للبحث عن مدى فاعلية هذه الإصلاحات التشريعية الاقتصادية من خلال مبحثين ركزنا في الأول على التعريف بعقود البنى التحتية ومدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي مراحل العقد، ودرسنا في المبحث الثاني أثر الإصلاحات التشريعية على وصف عقود البنى التحتية وانعكاسه على العلاقة مع المستثمر وختمنا البحث بجملة من الاستنتاجات والمقترحات التي تعزز توجه الإصلاحات التشريعية الاقتصادية في مشاريع البنى التحتية في القانون الكويتي.

* أستاذ القانون المدني - كلية الحقوق - جامعة البحرين

المقدمة:

في الواقع كان المشرع الكويتي سباقاً في الإصلاحات التشريعية الاقتصادية في مجال مشاريع البنى التحتية، وازداد اهتمام دولة الكويت بهذا الجانب خصوصاً بعد عملية التحرير. فأولت اهتماماً بمشاركة القطاع الخاص في عملية إنشاء وإعادة إنشاء البنى التحتية، وقد أبرز التطبيق المتزايد للمشاريع المقامة بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الحاجة إلى تشريع خاص لم بكافة جوانب الموضوع. وقد دفع كل ذلك بالمشرع الكويتي إلى إصدار القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة، ومن بعد ذلك اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بالمرسوم رقم (256) لسنة (2008)، ومن أجل تعزيز هذا التوجه، فقد خطا المشرع خطوة أخرى وذلك بإصدار القانون رقم (37) لسنة (2010) في شأن تنظيم برامج وعمليات التخصيص ولائحته التنفيذية بالمرسوم رقم (38) لسنة (2015).

وعلى الرغم مما سبق، لوحظ مناداته بعض الأعضاء في مجلس الأمة على الدوام بضرورة إصدار قانون آخر ينظم مشاريع البنى التحتية بسبب عدم فاعلية القانون المذكور وعدم تحقيقه للأهداف التي كان يبتغي إليه الكل من خلال تشريعه. وبالفعل اضطر المشرع، وتلبية لتلك المطالب وسدا للثغرات والمثالب الموجودة في التشريع المذكور إلى إصدار مجموعة من القوانين منها القانون رقم (39) لسنة (2010) والقانون رقم (40) لسنة 2010 وأخيراً القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الذي عدّ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية صورة من صورهِ⁽¹⁾ كما وألغى القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء

(1) يذهب اتجاه فقهي في تركيا إلى اختلاف كل من الشراكة والبناء والتشغيل ونقل الملكية عن الآخر خصوصاً من حيث آليات الرقابة والمسؤولية

Selman Sacit Boz, Kamu Özel İşbirliği (Ppp) Modeli. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı: 2 Yıl 2013 P. 301. Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz, Kamu-Özel Ortaklığı / Public-Private Partnership (PPP) (Kavram Ve Hukuksal Cerceve), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XI, Sa. 1-2, Y. 2007, P. 1176.

في حين يذهب اتجاه آخر إلى العكس باعتبار البناء والتشغيل ونقل الملكية من صور الشراكة بين القطاعين العام والخاص

Dr. Uğur Emek, Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu Ve Türkiye. Rekabet Dergisi 2009, 10(1): 7-53, P.9

والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة.

في الحقيقة إن ما يسترعي الانتباه في الموضوع هو ما ورد في الكتيب الصادر عن الأمانة العامة لمجلس الأمة بخصوص أعمال المجلس عن الفصل التشريعي الرابع عشر بأنه صدر قانون جديد بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص وذلك (لمعالجة عوائق تسببت في توقف العديد من المشاريع التنموية منذ عام 2008) ويفهم من ذلك، أنه في هذا العام وبصدور قانون تنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة فإن عجلة مشاريع البنى التحتية لم تتقدم ولو خطوة واحدة للأمام بل على العكس من ذلك، حيث أصابها الجمود.

إن ما سبق بيانه يدعونا للتساؤل عن وجه المشكلة في هذه التشريعات الإصلاحية ذات الطابع الاقتصادي، فهل أن ثمة خللاً في مضمون التشريعات المذكورة أم أن الخلل يعود إلى الصياغة غير السليمة؟ وهل أن التشريع الجديد أي القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص يلبي الطموح فيما لو قورن بالقانون الملغي؟ وهل يعترى القانون النافذ مكامن خلل تشريعية؟ وإذا كان من مكامن فما هي الحلول المقترحة؟

وعليه، سنركز في البحث على بيان وجه الخلل الذي أدى إلى عدم فاعلية القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة والتشريعات الأخرى الملغية والبحث عما إذا كان المشرع قد تمكن من تفادي كل ذلك في القانون رقم (116) لسنة (2014)، مع بيان الإشكاليات التي تعتريه ومن ثم البحث عن الحلول القانونية التي تؤدي إلى خلق مواءمة فعلية بين التشريع والواقع الذي يهدف المشرع إلى تحقيقه من خلال اجتذاب المستثمرين من القطاع الخاص، ونعتمد لأجل ذلك الدراسة النقدية لأهم الثغرات التشريعية ومن ثم اقتراح الحلول المناسبة من خلال إجراء المقارنة بينهما مع الإشارة قدر التعلق بالموضوع إلى موقف المشرع التركي الذي يشار إليه بالبنان في قانون الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية التركي رقم (3996) لسنة 1994 المعدل، والذي يُعد من الإصلاحات التشريعية الاقتصادية المهمة في هذه الدولة التي تعيش مرحلة الانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق.

ونرى إجراء الدراسة في مبحثين على الوجه الآتي:

المبحث الأول- التعريف بعقود البنى التحتية ومدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمراحل العقد

المبحث الثاني- أثر الإصلاحات التشريعية على وصف عقود البنى التحتية وانعكاسه على العلاقة مع المستثمر

المبحث الأول التعريف بعقود البنى التحتية ومدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمراحل العقد

نرى دراسة هذا المبحث في ثلاثة مطالب إذ نسلط الضوء في الأول على تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ونعرج في المطلب الثاني لدراسة مدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمرحلي البناء والتشغيل، ومن ثم نبحت في المطلب الثالث عن مدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمرحلة نقل الملكية، وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

لدى إمعان النظر في القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص النافذ والقانون رقم 7 لسنة 2008 بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة الملغى، يلاحظ أن المراد بعقود البنى التحتية في مجمله تلك المتعلقة بإنشاء وتشغيل المستثمر لمشروع اقتصادي على درجة من الأهمية المتعلقة بالبنى التحتية ومن ثم نقل ملكيتها للدولة. فعقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية (عقد البوت BOT) من أهم العقود التي تبرمها الحكومة (الإدارة) لإنجاز مشاريع البنى التحتية وخصوصاً المرافق العامة، فموجب هذا العقد تعهد الحكومة للمستثمر فرصة إقامة مشروع ما وتحمله أعباء شراء وتزويد المشروع بالألات والمعدات والتكنولوجيا المتقدمة، إلى جانب النفقات التشغيلية⁽²⁾، وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال فترة معينة تتراوح في العادة ما بين 20 إلى 50 عاماً، وبعد انتهاء المدة فإن المشروع يتحول بكل أصوله المنقولة والثابتة إلى الدولة.

ومن هذا المنطلق فقد عرفت منظمة اليونيدو UNIDO (منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية) عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية بأنه: «اتفاق تعاقدى يتولى أحد

(2) Erol Irem. Yüksek Denetleme Kurulu. Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli: Yasal Çatısı. Uygulaması.

أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها، ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار. وفي نهاية المدة الزمنية المحددة، يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة⁽³⁾.

وتبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) UNCITRAL في عام 2001 تعريف الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية من خلال إصدارها لدليل خاص بمشاريع البنى التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص، حيث ورد في معرض تعريفها للمصطلحات المتعلقة بمشاريع البنى التحتية وصفا لنظام «البناء فالتشغيل فنقل الملكية (BOT)» بأنه المشروع الذي تختار السلطة المتعاقدة صاحب امتياز لتمويل وتشبيد مرفق أو نظام للبنية التحتية. وتعطي هذا الكيان حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضائها إلى السلطة المتعاقدة⁽⁴⁾.

وفي الجانب الفقهي، هناك من يعرف الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية بأنه: «منح الحكومة H لترخيص لأحد متعهدي القطاع الخاص والذي يعرف بصاحب الامتياز والذي يكون مسؤولاً عن التمويل، الإنشاء، التشغيل والصيانة خلال فترة الامتياز وفي النهاية يتم نقل الملكية تماما إلى الحكومة بدون مقابل بشكل جاهز للتشغيل⁽⁵⁾»، في حين يعرفه آخرون بأنه: «العقد الذي تلتزم فيه شركة من

(3) الياس ناصيف، عقد ال BOT سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، 6، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس 2006، ص 83.

(4) دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص، إعداد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك 2001.

(5) BOT as defined «The granting of a concession by the government to private promoter. known as concessionaire. who is responsible for financing, construction, operation, and maintenance of a facility over the concession period before finally transferring the fully operational facility to the government at no cost.» Sameer Al-Mubarak. Build, Operate and Transfer (BOT) Project Delivery System in Saudi. Arabia.

شركات القطاع الخاص بتنفيذ مشروع من مشاريع المرافق العامة، وذلك بتمويل من القطاع الخاص وتشغيله لهذا المرفق خلال المدة المحددة من قبل الجهة الإدارية، على أن يتم نقل ملكية ما تم إنشاؤه إلى الإدارة العامة بشكل جاهز للعمل بحيث لا يوجد فيه أي عيب وأن يخلو من النواقص»⁽⁶⁾.

ولم يتطرق القانون رقم 7 لسنة 2008 بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم 105 لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى إلى بيان مفهوم نظام الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، غير أنه أشار في المادة 10 منه إلى المقصود بالمشروع بأنه: «مشروع لتنفيذ أحد أوجه النشاط التي تستهدفها الدولة، وذلك من خلال قيام المستثمر بتنفيذ مشروع إنمائي ذي أهمية بالنسبة للاقتصاد الوطني على أرض تملكها الدولة واستغلالها لمدة محددة، وفقا لأحكام هذا القانون مع دفع مقابل لانتفاعه بهذه الأراضي.

أما القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد عرج في المادة الأولى إلى تعريف نظام الشراكة والتي من صورها عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنه: «نظام يقوم بمقتضاه مستثمر من القطاع الخاص بالاستثمار على أرض تملكها الدولة متى تطلب المشروع ذلك في أحد المشروعات التي يتم طرحها من قبل الهيئة بالتعاون مع إحدى الجهات العامة بعد توقيع عقد معه، يقوم من خلاله بتنفيذ أو بناء أو تطوير أو تشغيل أو إعادة تأهيل أحد المشاريع الخدمية أو البنى التحتية، وتدبير تمويل له وتشغيله أو إدارته وتطويره، وذلك خلال مدة محددة يؤول بعدها إلى الدولة، ويأخذ إحدى الصورتين:

(1) أن يكون تنفيذ المشروع بمقابل يتحصل عليه المستثمر - عن الخدمة أو الأعمال المنفذة - من المستفيدين أو من الجهات العامة التي يتوافق المشروع وطبيعة أغراضها والتي قامت بالتعاقد معه أو من كليهما.

(6) Yap-İşlet-Devret Modeli. bir kamu alt yapı yatırım veya hizmetinin finansmanı özel bir şirket tarafından karşılanarak gerçekleştirilmesi ve kamu tarafından belirlenen bir süre için işletilmesi ve yine bu süre içinde ürettiği mal veya hizmeti. tarafların karşılıklı saptadıkları bir tarife uyarınca kamu kuruluşlarına satması ve sürenin sonunda işletmekte olduğu tesisleri bakımı yapılmış. eksiksiz ve işler durumda ilgili kamu kuruluşuna devretmesi diye tanımlanabilir. See: Erol Irem. Yüksek Denetleme Kurulu. Türkiye’de Yap-İşlet-Devret Modeli: Yasal Çatısı. Uygulaması.

(2) أن تكون تلك المشروعات بغرض قيام المستثمر بتنفيذ مشروع ذي أهمية استراتيجية بالنسبة للاقتصاد الوطني، واستثماره لمدة محددة. ويدفع مقابلاً لانتفاعه بأرض أملاك الدولة التي يتم تخصيصها للمشروع - متى وجدت - في الحالتين».

وبالاستناد على ما ذكر آنفاً، فإننا نتجه للقول بأنه من الصعب إيراد تعريف جامع مانع لعقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية وذلك لكثرة واختلاف أنواعه، فمن المفروض تعريف كل نوع على حدة، ومع ذلك يمكننا القول بأنه عقد ملزم لجانبه⁽⁷⁾ الإدارة والمستثمر، إذ يلتزم الأول بتسليم موقع العمل ومعاونة الطرف المقابل (المستثمر) والذي يلتزم بإنشاء وتشغيل أحد مشاريع البنى التحتية لمدة معينة يحدد في العقد المبرم بينهما والذي يقع على عاتقه توفير التمويل اللازم وتجهيز المشروع بالتكنولوجيا الحديثة، ومن ثم نقل الملكية إلى الإدارة بشكل جاهز للعمل والتشغيل من قبل الإدارة وبدون بدل في نهاية مدة العقد.

المطلب الثاني

مدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي

لمرحلتي البناء والتشغيل

قضى المشرع الكويتي في القانون رقم 7 لسنة 2008 بإنشاء لجنة تسمى «اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية»، ومن مهام هذه اللجنة وفق القانون المذكور طرح المشروعات للاستثمار وتحديد الجهة العامة المختصة بالمشروع للاشتراك في عمليات طرح المشروع وتوقيع العقد، ومتابعة تنفيذ المشروع وتشغيله تحت إشرافها والرقابة عليه⁽⁸⁾. ووفق القانون المذكور، فإن العقد المبرم مع المستثمر ينظم على وجه التفصيل حق الأخير في تحصيل مقابل للخدمات التي يقدمها بموجب عقد المشروع، سواء كان ذلك من الجهة العامة

(7) أنظر: مازن ليلو راضي التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 8، العدد 13، حزيران 2005، ص 150.163.

(8) المادة 14 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

المتعاقدة أو من الجمهور المستفيد من هذه الخدمات أو من كليهما. والأسس الخاصة باستيفاء الجهة العامة المتعاقدة لأي مقابل من المستثمر نظير أي حق تمنحه إياه الجهة العامة المتعاقدة معه أو أصول توفرها له بغرض استخدامها في المشروع.

ويحدد العقد طوال مدة التعاقد، التزام المستثمر بالمواصفات المعيارية والفنية في عمليات الإنشاء والتشغيل والصيانة⁽⁹⁾. وفي جميع الأحوال لا يجوز أن تتجاوز مدة التعاقد للمشروعات ثلاثين سنة، واستثناء من ذلك يجوز بالنسبة للمشروعات التنموية ذات الطبيعة الخاصة التي يحددها مجلس الوزراء أن تمتد هذه المدة إلى ما لا يزيد على أربعين سنة.

وفي هذه الحالة يجب أن تحدد مدة سنوات التعاقد مسبقا في وثائق طرح هذه المشروعات، وإلا كانت مدة العقد خمسا وعشرين سنة، ولا يجوز إجراء أي تعديلات على عقود هذه المشروعات، كما لا يجوز تمديدها أو تجديدها⁽¹⁰⁾.

أما القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص النافذ، فقد جاء في المادة 2 بالنص على تشكيل لجنة عليا تسمى «اللجنة العليا لمشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص»، والتي تحل محل «اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية» المنشأة بموجب المرسوم رقم 145 لسنة 2008، ومن بين مهام اللجنة متابعة تنفيذ عقود الشراكة والعمل على تذليل عقبات التنفيذ بالتعاون مع الجهة التي يتبعها المشروع⁽¹¹⁾.

ولابد من ألا يتجاوز المشروع الاستثماري في كل الأحوال خمسين سنة تبدأ من وقت اكتمال أعمال البناء وإنشاء المشروع⁽¹²⁾.

مع ذلك، فإنه في حالة إعادة طرح المشروعات التي تؤول ملكيتها إلى الدولة عند

(9) المادة 14 القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

(10) المادة 6 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

(11) المادة 7 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(12) المادة 18 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

انتهاء عقود الشراكة، تقوم الهيئة بتقييم المشروع لتحديد المقابل الذي تحصل عليه الدولة أو المستثمر حسب الأحوال على أنه لا يجوز أن تزيد مدة التعاقد على إدارة المشروعات في العقد الجديد على عشر سنوات.

أما بالنسبة لعقد الإدارة والتطوير الذي يتضمن عمليات تحديث للمشروع أو إدخال نظم تشغيل حديثة أو القيام باستحداث أصول جديدة لرفع كفاءة الخدمة المقدمة أو تحسينها أو تقليل تكلفتها، فإنه لا يجوز أن تزيد مدة العقد على 20 سنة. وتحدد الشروط المرجعية معايير التطوير وتحديد المدد المناسبة لكل مشروع على حدة⁽¹³⁾. وفي هذا الإطار قضى المشرع في القانون رقم 116 لسنة 2014 بأنه في حالة كون ملكية الأرض التي يقام عليها المشروع تعود للدولة، فلا بد من أن تتضمن وثيقة طرح المشروع قيمة ومدة حق الانتفاع من الأرض والتي لا بد من أن تكون موازية لمدة الاستثمار⁽¹⁴⁾.

ومع أهمية هذا الحكم فيما يتعلق بمدة العقد وبالتالي بمدة الإنشاء والتشغيل، إلا أنه يؤخذ على المشرع العبارة الواردة في القانون المذكور «ومدة حق الانتفاع من الأرض»، إذ تتساءل عن المقصود هل هو مدة الانتفاع من الأرض أم مدة حق الانتفاع من الأرض؟ لأن ثمة فارقاً جوهرياً من الناحية القانونية بين المصلحين، وإن كنا نرى بأن المشرع قد قصد من ذلك الانتفاع وليس حق الانتفاع، إذ قد يكون من ينتفع من الأرض المملوكة للدولة يستند في ذلك إلى أي سبب قانوني آخر غير حق الانتفاع أو قد يكون ما يستند عليه هو مجرد حق شخصي وليس حقاً عينياً، ذلك أن حق الانتفاع من الحقوق العينية فهو من الحقوق المنفردة عن حق الملكية⁽¹⁵⁾.

(13) المادة 30 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(14) المادة 18 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(15) نظم القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 الحقوق المنفردة عن حق الملكية (أولاً) حق

الانتفاع: (مادة 944) يكسب حق الانتفاع بتصرف قانوني أو بمقتضى الحيابة. (مادة 947)

1 - على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له وأن يديره إدارة حسنة.

2 - ولملك الرقبة أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا

أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقديم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع أو ظل اعترض

مالك الرقبة يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي أن ينزع

هذه العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر يتولى إدارتها، وله تبعاً لخطورة الحال أن يحكم

بانتهاك حق الانتفاع دون إخلال بحقوق الغير.

ويبدو لنا أيضاً من خلال دراسة أحكام القانونين (القانون رقم 7 لسنة 2008 والقانون رقم 116 لسنة 2014) أن المشرع قد أسند مهمة إشراف ومتابعة ومراقبة تنفيذ المشروعات للجنة عليا، غير أن الأمر اختلف فيما يتعلق بمدة العقد في القانونين إذ انتبه المشرع الكويتي في القانون رقم 116 لسنة 2014 إلى قصر المدة الممنوحة في القانون رقم 7 لسنة 2008 الملغى والذي كان يتراوح بين 25 و 30 سنة حسب الأحوال ولا يتجاوز إلا استثناء 40 سنة.

وبذلك عدل المشرع من اتجاهه في القانون النافذ فجعل من المدة القصوى للمشروع الاستثماري مدة لا تتجاوز 50 سنة، غير أن المشرع أتى بمدد مغايرة في حال التجديد أو إذا كان المشروع موجودا غير أن العملية منصفة على التأهيل والتطوير والاستحداث والتشغيل، وقد خص المشرع بعدم جواز تجاوز مدة التجديد عن 10 سنوات، وفي حال ما إذا كان المشروع معداً للتطوير فإنه لا يمكن أن تزيد المدة عن 20 سنة.

وهذا حكم فيه نوع من الوجاهة والعدالة، فمن غير المنطقي أن تكون مدة عقد المشروعات غير الموجودة والتي سيقوم المستثمر بإنشائها ومن ثم تشغيلها مساوية لمدة تلك المشروعات الموجودة أصلا ويقتصر فيها دور المستثمر على التشغيل أو الاستحداث فقط.

المطلب الثالث

مدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمرحلة نقل الملكية

من أهم المميزات التي تقوم عليها عقود البنى التحتية في المشاريع الإستراتيجية نقل الملكية أو إعادة نقلها للدولة، وعلى هذا نجد أن القانون رقم 7 لسنة 2008 الملغى قد قضى بأنه تؤول إلى الدولة وتصبح من أملاكها دون أي تعويض أو مقابل - ما لم يكن منصوصا في العقد على خلاف ذلك - جميع المشروعات والمنشآت التي أقيمت على أملاك الدولة العقارية وفقا لنظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لنظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لنظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لأي نظام آخر مشابه بموجب عقد معها أو بترخيص منها وذلك من تاريخ انقضاء مدة العقد الأصلي أو الترخيص أو

أي تجديد تم على أي منهما، أو من تاريخ فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة⁽¹⁶⁾. وفي محاولة من المشرع لتحديد حجم مشروعات البنى التحتية المقامة على أراض الدولة، فإن القانون السابق الذكر قد نص على عدم جواز بيع أو تخصيص أي مساحة من أملاك الدولة العقارية لأي مستثمر بغرض إقامة أي مشروع عليها وفقا لنظام البناء والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لنظام البناء والتملك والتشغيل وتحويل الملكية للدولة أو وفقا لأي نظام آخر مشابه، مقابل قيام المستثمر بتنفيذ البنية التحتية للمشروع ذاته أو لغيره من المشروعات أو مقابل قيامه بتنفيذ أي عمل آخر مثل استصلاح الأراضي أو تأهيلها بيئيا أو غير ذلك⁽¹⁷⁾.

وعلى العكس من الأحكام السابقة، جاء القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الحالي بحكم ينسجم مع طبيعة عقود البنى التحتية وهو أيلولة ملكية الأرض والمنشآت إلى الدولة بعد انقضاء مدة العقد أو الترخيص من تاريخ انقضاء مدة العقد أو الترخيص أو التجديد. مع ذلك، فقد انتبه المشرع إلى مسألة إمكانية إعادة طرح إدارة أو تطوير وإدارة المشروعات التي آلت أو التي تؤول إلى الدولة⁽¹⁸⁾.

ونسجل هنا أيضا نقطة أخرى امتاز به المشرع في قانون الشراكة وذلك فيما يتعلق بأيلولة ملكية المشروعات والمنشآت إلى الدولة عند انقضاء مدة العقد، فهذا العقد هو الذي يكون المرجع في تحديد ما يعد من مستلزمات المشروع أم لا، وبالتالي هناك من الأصول ما يمتلكها المستثمر وفق ما هو مثبت في وثائق العقد والتي لا تؤول ملكيتها للدولة، إذ ينظم العقد طريقة تصفية المشروع وأيلولة ملكيته.

(16) المادة 3 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى «.... ولا يجوز، بعد العمل بهذا القانون، إجراء أي تعديلات على عقود أو تراخيص هذه المشروعات أو تمديدتها أو تجديدها ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك. ويكون طرح إدارة هذه المشروعات وفقا لأحكام هذا القانون»

(17) المادة 9 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى. «... وفي جميع الأحوال يجب أن تطرح أعمال البنية التحتية الخاصة بالأراضي أو تأهيلها بيئيا أو غير ذلك من الأعمال في مناقصات عامة وفقا لأحكام القانون رقم 37 لسنة 1964»

(18) المادة 7 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

أضف إلى ذلك أن العقد ينظم ما إذا كانت ملكية المشروع ستؤول إلى الدولة بمقابل أم دون مقابل. ونرى في هذا الحكم ضماناً للمستثمر والذي يضيف حماية عقدية وتشريعية لحقه في حال الاتفاق على ذلك عند إبرام العقد⁽¹⁹⁾.

فالقانون رقم 7 لسنة 2008 الملغى وكما تم الإشارة إلى أحكامه كان يبتغي تحقيق ثلاثة أهداف: الأول تملك المنشآت المقامة بأنظمة الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، والثاني وهو عدم تجديد العقد قدر الإمكان، أما الهدف الثالث فهو تقليص حجم المشروعات المقامة على أراضي الدولة قدر الإمكان، غير أننا نرى العكس من ذلك في قانون الشراكة إذ تغير نظرة المشرع من التقليص من حجم المشروعات إلى عملية تنظيمها⁽²⁰⁾.

(19) المادة (18) من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وجعل المشرع الحكم المذكور من النصوص الأمرة التي لا يمكن مخالفتها «... ويقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل اتفاق على خلاف هذه المادة، كما يبطل كل ما يترتب على ذلك من آثار». انظر كذلك: بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006، ص 62. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003، ص 56.

(20) ويؤيد ما نذهب إليه ما تم التعبير عنه في نشرة مجلة الأمانة الكويتية «عودة مشاريع البناء والتشغيل والتحويل بعد توقف دام لسنوات لمعالجة عوائق تسببت في توقف العديد من المشاريع الوطنية منذ عام 2008، وبهدف جذب المستثمرين نحو المشاركة في هذه المشاريع، والاستيعاب التطور في العلاقة بين القطاعين العام والخاص في هذه المشاريع، أصدر مجلس الأمة قانوناً يساهم في تقدم القطاع الاقتصادي في الكويت، ينص على تحويل جهاز دراسة المشروعات التنموية والمبادرات إلى هيئة عامة ملحقة بوزير المالية ليكون له دور في تأسيس الشركات وصياغة العقود وتنظيم آلية تقديم المبادرات، كما تم إدراج نشاط البنية التحتية ضمن عناصر المشروعات التي يستهدفها نظام الشراكة. يقدم القانون تسهيلات شبيهة بالتسهيلات المعمول بها في الأسواق الأخرى في المنطقة والتي من شأنها تحريك الدورة الاقتصادية، كما يرسي أسس العدالة والشفافية من خلال مشاركة المواطنين في اكتتاب الشركات التي يعهد إليها نشاطات البناء والتعمير، وجذب رؤوس الأموال، وتمكين القطاع الخاص من المشاركة في المشاريع التنموية».

المبحث الثاني

أثر الإصلاحات التشريعية على وصف عقود البنى التحتية وانعكاسه على العلاقة مع المستثمر

تركز في هذا المبحث من خلال مطلبين على كل من وصف المشرع الكويتي لعقود البنى التحتية وأيضاً المستثمر من منظور الإصلاحات التشريعية في عقود البنى التحتية، وذلك على الشكل التالي:

المطلب الأول

وصف المشرع الكويتي لعقود البنى التحتية

بموجب القانون رقم 7 لسنة 2008 الملغي، فإن العقد هو «أي اتفاق مكتوب بين الجهة العامة والمستثمر بشأن تنفيذ أحد المشروعات»⁽²¹⁾ وتتولى (اللجنة العليا للمشروعات التي تقام على أملاك الدولة العقارية) الموافقة على إبرام العقود، كما تتولى اللجنة أيضاً منح الموافقة النهائية للجهة العامة المتعاقدة على فسخ العقد أو إنهائه للمصلحة العامة⁽²²⁾. كما وينظم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه، ويجوز الاتفاق بين الجهة العامة المتعاقدة والمستثمر على تسوية المنازعات بينهما عن طريق التحكيم⁽²³⁾. وعلى الرغم من كون القانون

(21) المادة 10 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

(22) المادة 14 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

(23) المادة 15 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى. للمزيد عن الموضوع ينظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية الطبعة الأولى 2006، ص 156. 157. محمود مصطفى الزعاري، سياسة التخاصية، دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات في الأردن ومصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004، ص 179.

ملغى، غير أن هناك بعض المآخذ على الحكم السابق، إذ نتساءل هل أن العقد هو اتفاق مكتوب أم أن وثيقة العقد هو الاتفاق المكتوب؟ وهل أن العقد ينصب على إنشاء الالتزامات التي لا بد من أن تنفذ أم أن العقد يقوم على أساس تنفيذ عمل معين؟ وتساؤل آخر عن اتجاه المشرع في القانون الملغى لوصف الطبيعة القانونية للعقود الخاصة بمشاريع البنى التحتية المبرمة مع المستثمر، هل اعتبرها من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام؟

نجد أن الأحكام المشار إليها توحى في الشق الخاص منها بحرية الأطراف في الاتفاق على تسوية المنازعات ووضع القواعد التي من الممكن الاستعانة بها في التفسير والتطبيق وإمكانية اللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات المذكورة إلى اعتبار العقد المذكور من عقود القانون الخاص، إلا أن إعطاء المشرع الصلاحية لجهة التعاقد بفسخ العقد يؤدي بنا للقول إن المشرع قد اعتبر هذا العقد من العقود الإدارية التي تكون الدولة فيها صاحبة سلطة وسيادة⁽²⁴⁾.

وفيما يتعلق بوثائق العقد، فقد جاءت اللائحة التنفيذية للقانون 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لتعرفها في المادة الأولى على أنها: «مجموعة العقود وملاحقها التي يتم توقيعها لتنفيذ أحد مشروعات الشراكة والتي تشكل مجموعها وحدة متكاملة لتنفيذ وتفسير عقد الشراكة». ومن هنا نتساءل هل أن العقد والوثيقة التي تمثل العقد شيء واحد؟ إذ نجد أن المشرع لم يكن دقيقاً بالمرّة في تعريفه لوثائق العقد، فكان الأصوب أن يقول بأنها المستندات التي تثبت العقد أو أنه العقد بصيغة مكتوبة.

وقد تطرقت المادة الأولى من اللائحة المذكورة أيضاً إلى تعريف «وثيقة الالتزام على أنها Letter Agreement إحدى وثائق العقد التي يتم توقيعها بين الجهة العامة والهيئة والمستثمر الفائز، والتي يرفق بها وثائق العقد النهائية التي تم الاتفاق عليها، والتي تتضمن شروطاً واقفة لالتزامات محددة وتحضيرية لصحة نفاذ عقد الشراكة». ولنا مأخذ على المشرع في استخدام هذه العبارة فيبدو أنها مترجمة من

(24) للمزيد ينظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام - التنفيذ المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة وفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية، 2004، ص 8-9. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1998، ص 30.

اللغة الإنجليزية، إذ قد تكون النسخة الأصلية من اللائحة معدة باللغة الإنجليزية، على أي كان فالترجمة خاطئة، والأصح هو خطاب الاتفاق خصوصاً أنه من وثائق العقد وهو ما اتفق عليه الأطراف، إذ إنه ليس مجرد التزام، كما أنه من الممكن القول بأنه إذا ما كان ثمة التزام قد نشأ في هذه الحالة، فإنه من دون أدنى شك يكون قد تولد عن العقد⁽²⁵⁾.

أما بالنسبة لقانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص، فقد جاء في المادة 35 ما يلزم أن يتضمن عقد الشراكة النموذجي بالنص على أنه: «يجب أن يتضمن عقد الشراكة بصفة خاصة:

1 - طبيعة ونطاق الأعمال التي يجب على شركة المشروع أداءها وشروط تنفيذها.

2 - ملكية أموال وأصول المشروع والتزامات الأطراف المتعلقة بتسليم واستلام موقع المشروع، وأحكام نقل الملكية في نهاية المشروع (...).

5 - سعر بيع المنتج أو مقابل أداء الخدمة التي يقوم عليها المشروع وأسس وقواعد تحديدها وأسس وقواعد تعديلها بالزيادة أو النقصان وكيفية معالجة معدلات التضخم إن كان لذلك مقتض (...).

9 - تحديد أسس توزيع المخاطر المرتبطة بتعديل القوانين أو بالحادث المفاجئ أو بالقوة القاهرة والتعويضات المقررة بحسب الأحوال (...).

14 - اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة بين المتعاقدين

15 - يكون اللجوء إلى التحكيم باتفاق بين المتعاقدين».

(25) المادة 45 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص تنص على أنه: «في حالة التوصل إلى اتفاق مع المستثمر المفضل وبعد اعتماد اللجنة العليا على اعتماد التوصية الخاصة باختياره كمستثمر فائز، يدعى إلى التوقيع مع الجهة العامة المعنية والهيئة على وثيقة الالتزام المرفق بها ووثائق العقد التي تم الاتفاق عليها، ولا تكون هذه الوثائق باستثناء اتفاقية ضمان السرية منتجة لآثارها القانونية أو ملزمة للدولة إلا بعد استيفاء الشروط الواجبة للتعاقد المبينة في وثيقة الالتزام. وتقوم الهيئة بعد توقيع وثيقة الالتزام برد كفالات المنافسة لمقدمي العطاءات باستثناء المستثمر الثاني الذي يلي المستثمر المفضل ترتيباً، وذلك إلى حين توقيع عقد الشراكة مع المستثمر الفائز، أو انتهاء مدة سريان كفالة المنافسة المقدمة في عرض المستثمر الثاني ورفضه تمديدها».

وعلى نفس المنوال، نجد أن المشرع قد نص في المادة 29 من القانون رقم 116 لسنة 2014 على سريان أحكامه والقوانين السارية في دولة الكويت على مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص وعقودها. وبتنظيم العقد طريقة تسوية ما قد ينشأ من منازعات بشأن تفسيره أو تطبيقه، وباختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون. ومن الممكن تسوية المنازعات بين الجهة المتعاقدة والمستثمر عن طريق التحكيم، غير أن ذلك معلق على اتفاق الطرفين وموافقة اللجنة العليا على ذلك. وقد أجاز القانون نفسه بإنهاء العقد بقرار من اللجنة العليا بناء على طلب الهيئة أو الجهة العامة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة مع التزام اللجنة بتسبب قرارها وبيان المنفعة المترتبة على هذا الإنهاء وتقدير تعويض عادل يدفع للمستثمر المتعاقد وفقاً لما تنص عليها وثائق عقد الشراكة.

إن البحث فيما إذا كانت عقود البنى التحتية المبرمة وفق قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص تعد من عقود القانون الخاص أم من عقود القانون العام يوجب النظر إليها من حيث إمكانية تسوية المنازعات ومن حيث سلطة الجهة المتعاقدة في التفرد بفسخ العقد أو تعديله من دون أي اعتبار للطرف الآخر. فبالنسبة للنقطة الأولى نجد أن المشرع قد جاء في القانون رقم 116 لسنة 2014 بحكم غاب عن القانون الملغى، وهو اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة عن عقود البنى التحتية المبرمة بين الإدارة والمستثمر، إذ كان القانون الملغى قد نص فقط على الاختصاص التشريعي للقوانين الكويتية من دون التركيز على اختصاص المحاكم الكويتية كما هو عليه الأمر في القانون الحالي. وبخصوص إمكانية اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات نرى أن المشرع قد علق الأمر على شرط موافقة اللجنة العليا.

أما بالنسبة للنقطة الثانية، فنرى أن المشرع أجاز إنهاء العقد من قبل جهة التعاقد، غير أنه قيّد الأمر بموافقة اللجنة العليا وتسبب قرار الإنهاء مع بيان المنافع المترتبة على إنهاء العقد ودفع التعويض العادل للمستثمر وفق ما نص عليه العقد.

وفيما يتعلق بالنقطة الثالثة والمتعلقة بسلطة الإدارة في تعديل شروط العقد، فقد قضت المادة 36 من قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنه للجهة العامة تعديل شروط البناء والتجهيز والتطوير وغير ذلك من الأعمال أو مقابل

الخدمات المتفق عليها في عقد الشراكة، كما لها أن تضمن إسناد تشغيل المشروع أو استغلاله لشركة المشروع متى اقتضت المصلحة العامة ذلك الحق في تعديل قواعد تشغيله أو استغلاله، بما فيه بيع أسعار المنتجات أو مقابل الخدمات، وذلك كله في إطار الحدود المتفق عليها في العقد وبعد موافقة اللجنة العليا ودون إخلال بحق شركة المشروع في التعويض بحسب الأحوال طبقاً للأسس والقواعد التي بينها العقد، وإذا تم تعديل سعر بيع المنتج أو مقابل تقديم الخدمة، فلا يسري هذا التعديل إلا بأثر مباشر، أي أن أثر هذا التعديل لا يكون بأثر رجعي.

وأجاز القانون الاتفاق على تعديل عقد الشراكة طبقاً للأسس والقواعد المنصوص عليها في العقد، وذلك إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة بعد إبرام عقد الشراكة بما في ذلك التعديلات في التشريعات السارية وقت إبرام هذا العقد، والتي يترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد⁽²⁶⁾. فهذه الحالة مختلفة عن الحالة الأولى، إذ يمنح فيها المشرع للأطراف الاتفاق وليس للانفراد بتعديل شروط العقد. غير أن هذا الأمر مرتبط بظروف غير متوقعة ومنها التعديلات في التشريعات السارية. ويفهم من ذلك أن المشرع لا يسمح في العقود المبرمة والخاضعة لهذا القانون بتطبيق مبدأ الثبات التشريعي.

إذاً وبلاستناد على التوضيحات السابقة في سلوك المشرع الكويتي في قانون الشراكة من حيث تحديد إمكانية الأطراف من اللجوء إلى التحكيم وإمكانية الجهة العامة المتعاقد في إنهاء وتعديل العقد وعدم منح الأطراف حرية الاتفاق على بعض الشروط كشرط الثبات التشريعي، كل ذلك يؤدي بنا إلى القول إن موقف المشرع وإن اختلف في بعض جزئيات الأمور عما كان عليه في القانون الملغى، غير أنه لم يتغير من حيث الجوهر، فأبقى عقود البنى التحتية المبرمة مع المستثمر من العقود الإدارية⁽²⁷⁾.

من كل ما سبق ذكره، نتجه للقول إن اعتبار عقود البنى التحتية من عقود القانون الخاص ميزة وضمانة مهمة بالنسبة للمستثمر، ذلك أنه يكون على قدم المساواة مع الإدارة، وبالتالي لا يكون عرضة للجزاءات ولا تفرض عليه شروط استثنائية،

(26) الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(27) ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1999 ص 153

مما يشكل ذلك في نظرنا وسيلة قانونية مهمة لاستقطاب الاستثمارات. والقول بعكس ذلك سيؤدي بالتأكيد إلى عزوف المستثمر المحلي والأجنبي على السواء عن الاستثمار خصوصا في مجالات البنية التحتية، ذلك أن هؤلاء وحمية لمصالحهم لا يحبذون أن تكون الإدارة طرفا معهم باعتبارها صاحبة السلطة والسيادة. ومن أجل استقطاب المستثمرين، ذهبت بعض التشريعات إلى أن عقود البنى التحتية وخصوصاً عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من عقود القانون الخاص كقانون البوت الصيني وقانون البوت التركي وقانون البوت الفلبيني⁽²⁸⁾.

المطلب الثاني

المستثمر من منظور الإصلاحات التشريعية

في عقود البنى التحتية

إن المستثمر وفق القانون الملغى هو: أي شركة من القطاع الخاص تأسست وفقا للقانون في دولة الكويت تتعاقد معها إحدى الجهات العامة، للقيام بأحد المشروعات وفقا لأحكام القانون⁽²⁹⁾. ولم يسمح القانون للمستثمر بالتنازل عن العقد كله أو جزء منه للغير أو تغيير الشكل القانوني للمستثمر، إلا بعد موافقة اللجنة العليا وانتهاء فترة التصميم والتنفيذ ومرور فترة ملائمة تحددها اللجنة العليا على التشغيل لا تقل عن ثلاث سنوات، ويحل الغير محل المستثمر في جميع الشروط والحقوق والالتزامات الواردة في العقد. ولا يجوز للمستثمر بيع أو رهن الأرض أو المنشآت أو المباني المقامة عليها، وما سيؤول منها إلى الدولة في نهاية المشروع، أو تقرير أي حقوق عينية عليها⁽³⁰⁾.

(28) See: Cambodian Anukret On Build-Operate-Transfer (BOT) Contract: Chinese Provisional Regulations on Foreign Investment Build-Operate-Transfer Projects: The Philippine BOT Law. Republic Act No. 7718: Türk Bazı Yatırım Ve Hizmetleri Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yapıtırılması Hakkında Kanun. No 3996 Tarih 8/6/1994 (29) المادة 10 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

(30) المادة 13 من القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.

وقد عرج قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى المستثمر فعرفه بأنه: «شخص اعتباري خاص محلي أو أجنبي، أو أكثر من شخص اعتباري خاص يكونون تحالفاً، تم اعتماد تأهيله من اللجنة العليا، لتقديم عطاء على أحد مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص»⁽³¹⁾. وبهذا يكون هذا التعريف مختلفاً عن التعريف الذي كان قد أورده المشرع في القانون الملغى إذ ركز المشرع هنا وقال بأنه ولأجل أغراض هذا القانون، فإن المستثمر هو الشخص الاعتباري، وبالتالي أبعد الأشخاص العادية من ضمن نطاق تعريف المستثمر، كما وأن نقطة التمايز في هذا التعريف ذكر بأن المستثمر هو كل شخص اعتباري على خلاف القانون السابق الذي كان يرى أن المستثمر هو أي شركة من القطاع الخاص يتأسس وفق القانون الكويتي. ونحن نذهب إلى وجهة المشرع في قانون الشراكة، فقد يكون المستثمر أي شخص اعتباري عام أو خاص من دون أن يكون شركة.

وقد جاء قانون الشراكة بمصطلح التحالف والذي يراد به: «تجمع من الأشخاص الاعتبارية الخاصة المحلية أو الأجنبية أو تحالف بينهم، تم اعتماده من اللجنة العليا، لتقديم عطاء على أحد مشروعات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، ويكوّنون بينهم شركة تحالف لتنفيذ المشروع أو لتملك الأسهم المخصصة للمستثمر الفائز وفقاً للأحكام المبينة في هذا القانون»⁽³²⁾.

ولنا ملاحظة على استعمال المشرع لهذا المصطلح (أي التحالف) والذي يراد به في اللغة الإنجليزية Joint Venture إذا استعمل بصدده في الفقه العربي مصطلحات متعددة، غير أن مصطلح التآلف هي التي لقيت نوعاً من القبول مقارنة بالمصطلحات الأخرى. ونرى إن كان لابد في التشريع الكويتي من استخدام المصطلح كان الأجدر استعمال مصطلح التآلف كونها أكثر دقة في التعبير عن المعروف بالتحالف فهو ليس بـ Coalition. ولنا مأخذ آخر على المشرع الكويتي، فهو قصر الأمر على التحالف بينما هناك كيانات اقتصادية أخرى، والتي قد تتمتع بالشخصية

(31) المادة 1 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
(32) المادة 1 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص. شركة المشروع الشركة التي يتم تأسيسها لتنفيذ مشروع من مشروعات الشراكة التي تطرح وفقاً لأحكام هذا القانون.

عقد الشراكة مجموعة الاتفاقيات التي يتعين إبرامها بشأن تنفيذ أحد مشروعات الشراكة بين الجهة العامة وشركة المشروع وفقاً لهذا القانون.

الاعتبارية وقد لا تتمتع بها غير أنها تتكون من تجمع عدد من الشركات والمجاميع الاقتصادية وعلى سبيل المثال الكونسورتيوم Consortium، الذي هو غير داخل ضمن نطاق تعريف المشرع. ونرى بأنه كان من الأجدر أن يستعمل المشرع الكويتي عبارة عامة يجاري مقصده بالتوسع في الأشخاص الذين من الممكن أن يدخلوا في طائفة المستثمرين، ونجد أن مصطلح الكيانات الاقتصادية هو أفضل ما يتسق مع اتجاه المشرع.

وأوجب المشرع في حالة فوز أي تحالف بمشروع من المشروعات التي تطرح وفقاً لأحكام قانون الشراكة بأن يؤسس شركة للتحالف أو أكثر وفقاً لقوانين دولة الكويت بحسب احتياجات المشروع، ولا يتم التوقيع على عقد الشراكة إلا بعد قيامه بتأسيس شركة التحالف⁽³³⁾. وفي حال تأسيس شركة مساهمة عامة تمتلك شركة التحالف حصة المستثمر في الشركة المساهمة العامة التي تم طرحها وتؤول حقوق والتزامات المستثمر الفائز إليها⁽³⁴⁾.

وقد قضى المشرع بعدم جواز حل شركة المشروع أو شركة التحالف أو تغيير الشكل القانوني لها أو تخفيض رأسمالها إلا بعد موافقة اللجنة العليا، كما لا يجوز للمستثمر المتعاقد التنازل عن المشروع أو عن حصته فيه، بشكل كلي أو جزئي، للغير أو تغيير الشكل القانوني لشركة المشروع أو شركة التحالف، إلا بعد انقضاء فترة ملائمة على بدء التشغيل تحدد في شروط العقد وبعد موافقة اللجنة العليا، وفي حال تم ذلك فإنه يترتب على التنازل حلول التنازل إليه محل المستثمر المتعاقد في شركة المشروع أو شركة التحالف في كافة حقوق التنازل والتزاماته⁽³⁵⁾.

غير أن الحكم مختلف بخصوص استبدال المستثمر بأخر فيما إذا أخل المستثمر الأول المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية أو ارتكب أخطاء جسيمة بما يؤثر في سير المشروع بانتظام واطراد أو يؤدي إلى توقفه أو تعرضه لشهر إفلاسه، ففي

(33) المادة 11 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص. كذلك تنص المادة الأولى من اللائحة لتنفيذية للقانون المذكور على أن شركة التحالف، الشركة التي يتم تأسيسها في دولة الكويت لتنفيذ المشروع مباشرة أو لتملك أسهم في شركة المشروع - بحسب الأحوال - من قبل المستثمر الفائز وذلك بشكل مباشر أو غير مباشر حسبما هو منصوص عليه في وثائق طرح المشروع.

(34) المادة 11 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(35) المادة 24 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

هذه الحالة للجنة العليا وبناء على طلب أي من الهيئة أو الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهة الممولة إن وجدت أن تستبدل بالمستثمر المتعاقد مستثمراً آخر يحل محله لاستكمال مدة العقد⁽³⁶⁾. ويشترط أن تتوفر في المستثمر الجديد ذات مواصفات التأهيل والشروط المرجعية التي تم على أساسها ترسية المشروع أو أفضل منها وأن يكون منصوصاً على ذلك في اتفاق مكتوب بين الجهة العامة والمستثمر أو شركة المشروع أو شركة التحالف أو الجهات الممولة إن وجدت، ولا يجوز أن يتضمن هذا الاتفاق إضافة أو تحميل أية التزامات على الجهة العامة أو ما يخالف شروط الترسية⁽³⁷⁾.

وقد أشارت المادة 49 من المرسوم 78 لسنة 2015 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص إلى عقد الإحلال وشروط استبدال المستثمر المتعاقد، بجواز استبدال المستثمر المتعاقد بمستثمر آخر يحل محله لاستكمال مدة التعاقد وفقاً للشروط المتفق عليها في وثيقة العقد أو عقد الإحلال بموافقة اللجنة العليا وبناء على طلب الجهة العامة المشرفة على المشروع أو الجهات الممولة وخصوصاً في الحالات التالية:

1- إذا تخلف المستثمر المتعاقد عن أداء التزاماته التعاقدية المنصوص عليها في عقد الشراكة أو مخالفته لأحد الشروط وفشله في معالجة ذلك خلال المدة المتاحة له وفقاً للشروط الواردة في عقد الشراكة بما يؤثر على حسن سير مشروع الشراكة.

2- إذا ارتكب المستثمر المتعاقد أخطاء جسيمة بما يؤثر في سير المشروع بانتظام واطراد أو يؤدي إلى توقفه أو تعرضه لشهر إفلاسه.

ويجب أن يتضمن عقد الشراكة شرطاً يقضي بموافقة المستثمر المتعاقد مسبقاً على التنازل عن ملكية أسهمه في شركة المشروع وغيرها من الأصول التي تملكها شركة المشروع حرصاً على استمرارية المشروع ولتمكين المستثمر الجديد من تنفيذ التزاماته العقدية⁽³⁸⁾.

(36) المادة 25 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(37) المادة 25 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

(38) في مقابل الالتزامات العديدة الملقاة على عاتق المستثمر، نجد أن المشرع قد ألزم في المادة 56 من =

وقد قضت المادة 50 من اللائحة التنفيذية بأن إحلال مستثمر محل المستثمر المتعاقد، قد يكون بطلب من قبل الجهات الممولة وعليها تقديم مثل هذا الطلب إلى اللجنة العليا، والذي لا بد من أن يتضمن تحديد من تراه مرشحا للحلول محل المستثمر المتعاقد، ويشترط أن لا ينال ذلك من مسؤولية الجهات الممولة عن ترشحه وعن التزاماتها المنصوص عليها في عقد الشراكة، الذي تم توقيعه لتنفيذ المشروع. وتقوم الهيئة بالتنسيق مع الجهة العامة المعنية بإعداد تقرير يتضمن الالتزامات المقترحة لضمان استمرارية المشروع تمهيدا لعرضه على اللجنة العليا لاتخاذ القرار المناسب بشأنه.

وقد يكون طلب الاستبدال من قبل الجهة العامة أو من الهيئة، وفي هذه الحالة تقوم الجهة الطالبة بإعداد تقرير بذلك ترفق به شروط مرجعية جديدة للإعلان عن طلب الاستبدال واستقطاب مستثمر جديد لتنفيذ المشروع على أن تراعى الشروط المتفق عليها مع الجهات الممولة في عقد الإحلال⁽³⁹⁾.

ونرى في الحكم السابق تميزا عن القانون الملغى بحيث إن الأخذ به يؤدي إلى عدم تعطيل الاستثمارات في مجال البنى التحتية، ولا بد من الإشارة إلى بعض الجوانب الإيجابية الأخرى التي جاء بها المشرع فيما يتعلق بالمستثمر والتي منها أن شركة المشروع لا تبدأ في تقاضي أي مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقا لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار شهادة بقبول مستوى جودة الأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة من الجهة المبينة في

= اللائحة التنفيذية للقانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص، الهيئة بالتعاون مع الجهة أو الجهات العامة المحددة في قرار اللجنة العليا بإعداد وثائق طرح المشروع بما يتفق مع أحكام القانون بما يضمن عدم إفشاء سرية المعلومات الفنية والاقتصادية والمالية للمشروع المقدم من مقدم الفكرة وبخاصة التصميمات الفنية للمشروع وأي تقنية اقترح استخدامها لتنفيذه وأية معلومات أخرى ذات طبيعة سرية. ويشترط أن لا يخل مبدأ السرية بطرح المشروع وفقا لمبادئ المنافسة الحرة، بحيث يتم عند إعداد وثائق المشروع تضمينها للمعلومات والبيانات الكافية التي من شأنها أن تحول دون احتكار مقدم الفكرة للمشروع وبما يضمن المنافسة عليه عند طرحه وفقا لمعايير الشفافية والعدالة.

(39) عرفت المادة 50 من اللائحة التنفيذية عقد الإحلال بأنه أحد وثائق العقد الذي ينظم شروط وأحكام استبدال المستثمر المتعاقد بمستثمر آخر يحل محله بذات مواصفات التأهيل والشروط المرجعية، التي تم على أساسها ترسية المشروع أو أفضل منه وذلك لاستكمال مدة التعاقد.

عقد الشراكة، وذلك ما لم تنص شروط عقود الشراكة على خلاف ذلك⁽⁴⁰⁾. كما ويلتزم المستثمر عند تقديمه للخدمات أو بيعه للمنتجات بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين من السلع والخدمات المتاحة، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة، وللشركة بعد موافقة السلطة المختصة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين تتساوى مراكزهم القانونية، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررة سلفاً، ويشترط المساواة بين أشخاص كل فئة⁽⁴¹⁾.

وقد منح المشرع في قانون الشراكة ضماناً مهمة للمستثمر المتعاقد من أجل التمكن من الحصول على تمويل يساعده في تنفيذ المشروع، إذ أجاز له رهن أسهمه في شركة المشروع أو شركة التحالف، لغرض تمويل تنفيذ المشروع، للجهات الممولة فقط، وذلك بعد موافقة اللجنة العليا حتى لو تم الرهن خلال السنتين التاليتين لتأسيس الشركة. وبعد موافقة اللجنة العليا من الجائز أن يتضمن عقد الرهن شروطاً تجيز للدائن المرتهن - في حال إخلال المستثمر بشروط التمويل - تملك الأسهم المرهونة أو طلب البيع. وفي جميع الأحوال يجب موافقة اللجنة العليا وأن تتوفر في المستثمر الجديد ذات الشروط ومواصفات التأهيل والشروط المرجعية⁽⁴²⁾.

(40) المادة 41 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
(41) المادة 40 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
وتكون شركة المشروع مسؤولة عن التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخالفة أحكام هذه المادة.

(42) المادة 24 من القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.

الخاتمة:

وتتضمن استنتاجات ومقترحات، وذلك على الشكل التالي:

1. استمرار المشرع الكويتي ومواكبته تشريعياً للإصلاحات الاقتصادية، إلا أنه يلاحظ صدور وإلغاء أكثر من قانون منظم لمشاريع البنى التحتية في حقبة زمنية غير متباعدة، وهذا يدل على وجود إشكالية عدم الفاعلية لهذه التشريعات.

2- انتبه المشرع الكويتي في القانون رقم 116 لسنة 2014 إلى قصر المدة الممنوحة في القانون رقم 7 لسنة 2008 الملغى والذي كان يتراوح بين 25 و 30 سنة حسب الأحوال ولا يتجاوز إلا استثناء 40 سنة. وبذلك عدل المشرع من اتجاهه في القانون النافذ فجعل من المدة القصوى للمشروع الاستثماري مدة لا تتجاوز 50 سنة.

3- توصلنا إلى وجهة الحكم الذي أتى به المشرع في القانون رقم 116 لسنة 2014 فيما يتعلق بالمدة في حال التجديد أو إذا كان المشروع موجوداً، غير أن العملية منسبة على التأهيل والتطوير والاستحداث والتشغيل، وقد خص المشرع بعدم جواز تجاوز مدة التجديد عن 10 سنوات، وفي حال ما إذا كان المشروع معداً للتطوير فإنه لا يمكن أن تزيد المدة عن 20 سنة.

4- جاء القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص الحالي بحكم يقضي بأيلولة ملكية الأرض والمنشآت إلى الدولة بعد انقضاء مدة العقد أو الترخيص من تاريخ انقضاء مدة العقد أو الترخيص أو التجديد، مع إمكانية إعادة طرح إدارة أو تطوير وإدارة المشروعات التي ألت أو التي تؤول إلى الدولة.

5- كان القانون رقم 7 لسنة 2008 الملغى يسعى إلى تحقيق ثلاثة أهداف: الأول تملك المنشآت المقامة بأنظمة الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية، والثاني وهو عدم تجديد العقد قدر الإمكان، أما الهدف الثالث فهو تقليص حجم المشروعات المقامة على أراضي الدولة قدر الإمكان، غير أننا نرى العكس من ذلك في قانون الشراكة إذ تغيرت نظرة المشرع من التقليص من حجم المشروعات إلى عملية التنظيم لها.

6- لم يوفق المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتعريفه لوثائق العقد على أنها: «مجموعة العقود وملاحقها التي يتم توقيعها لتنفيذ أحد مشروعات الشراكة والتي تشكل مجموعها وحدة متكاملة لتنفيذ وتفسير عقد الشراكة»، إذ إن العقد والوثيقة التي تمثل العقد ليسا نفس الشيء. ونقترح على المشرع أن يستخدم عبارة المستندات التي تثبت العقد أو أنه العقد بصيغة مكتوبة.

7- لم يكن المشرع موفقاً في اللائحة التنفيذية للقانون 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص لدى تعريفه لوثيقة الالتزام Letter Agreement على أنها إحدى وثائق العقد التي يتم توقيعها بين الجهة العامة والهيئة والمستثمر، إذ بدا لنا أن هذه العبارة مترجمة من اللغة الإنجليزية، فقد تكون النسخة الأصلية من اللائحة معدة باللغة الإنجليزية، على أي كان فالترجمة خاطئة، والصحيح والصائب هو خطاب الاتفاق.

8- جاء المشرع في القانون رقم 116 لسنة 2014 بحكم غاب عن القانون الملغى وهو اختصاص القضاء الكويتي بنظر المنازعات الناشئة عن عقود البنى التحتية المبرمة بين الإدارة والمستثمر، إذ كان القانون الملغى قد نص فقط على الاختصاص التشريعي للقوانين الكويتية من دون التركيز على اختصاص المحاكم الكويتية كما هو عليه الأمر في القانون الحالي.

9- علّق المشرع في قانون الشراكة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في تسوية المنازعات على شرط موافقة اللجنة العليا.

10- إن سلوك المشرع الكويتي في قانون الشراكة من حيث تحديد إمكانية الأطراف من اللجوء إلى التحكيم وإمكانية الجهة العامة المتعاقدة في إنهاء وتعديل العقد وعدم منح الأطراف حرية الاتفاق على بعض الشروط كشرط الثبات التشريعي، كل ذلك يؤدي بنا إلى القول إن موقف المشرع، وإن اختلف في بعض جزئيات الأمور عما كان عليه في القانون الملغى، غير أنه لم يتغير من حيث الجوهر، فأبقى عقود البنى التحتية المبرمة مع المستثمر من العقود الإدارية.

11- اختلف قانون الشراكة بين القطاعين العام والخاص في تعريفه للمستثمر عن التعريف الذي أورده المشرع في القانون الملغى، إذ عرف المستثمر بأنه كل شخص اعتباري على خلاف القانون السابق، الذي كان يرى أن المستثمر هو أي شركة من القطاع الخاص تتأسس وفق القانون الكويتي.

12- لم تتفق مع اتجاه المشرع باستعمال مصطلح (التحالف) والذي يراد به في اللغة الإنجليزية Joint Venture إذ استعمل بصدده في الفقه العربي مصطلحات متعددة غير أن مصطلح التآلف هو الذي لقي نوعاً من القبول مقارنة بالمصطلحات الأخرى. ونرى إن كان لا بد في التشريع الكويتي من استخدام المصطلح كان الأجدر وهو استعمال مصطلح التآلف كونه أكثر دقة في التعبير عن المعروف بالتحالف فهو ليس ب Coalition.

13- لنا مأخذ آخر على المشرع الكويتي، فهو قصر الأمر على التحالف، بينما هناك كيانات اقتصادية أخرى، والتي قد تتمتع بالشخصية الاعتبارية وقد لا تتمتع غير أنها تتكون من تجمع عدد من الشركات والمجاميع الاقتصادية وعلى سبيل المثال الكونسورتيوم Consortium، الذي هو غير داخل ضمن نطاق تعريف المشرع. ونقترح على المشرع الكويتي استعمال مصطلح الكيانات الاقتصادية لأنه أفضل ما يتسق مع اتجاه المشرع.

14- لا تبدأ شركة المشروع في تقاضي أي مستحقات مالية نظير بيع المنتجات أو إتاحة الخدمات وفقاً لمستوى الأداء المنصوص عليه في العقد إلا بعد إصدار شهادة بقبول مستوى الجودة للأعمال أو المنتجات أو الخدمات المتاحة من الجهة المبينة في عقد الشراكة.

15- يلتزم المستثمر عند تقديمه للخدمات أو بيعه للمنتجات بكفالة المساواة التامة بين المنتفعين من السلع والخدمات المتاحة، سواء من حيث أحكام بيع المنتج أو تقديم الخدمة. وللشركة بعد موافقة السلطة المختصة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك تقرير معاملة خاصة لفئات معينة من المنتفعين تتساوى مراكزهم القانونية، على أن يكون ذلك وفقاً لقواعد عامة مقررّة سلفاً ويشترط المساواة بين أشخاص كل فئة.

المقترحات:

- 1- نقترح على المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص أن يعيد النظر في تعريفه لوثائق العقد ومن الأجدر أن يستخدم بدلاً عنه عبارة المستندات التي تثبت العقد أو العقد بصيغة مكتوبة.
- 2- نوصي المشرع في اللائحة التنفيذية للقانون 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص بتصويب مساره باستخدام مصطلح خطاب الاتفاق بدلاً عن وثيقة الالتزام كمقابل لمصطلح Letter Agreement.
- 3- نقترح على المشرع في القانون رقم 116 لسنة 2014 بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص استعمال مصطلح التآلف بدلاً عن مصطلح التحالف للدلالة على Joint Venture.
- 4- نقترح على المشرع الكويتي توسعة نطاق المستثمر وذلك باستعمال مصطلح الكيانات الاقتصادية وهو أفضل ما يتسق مع توجهاته.
- 5- على الرغم من الملاحظات الإيجابية الكثيرة على قانون الشراكة رقم 116 لسنة 2014 الجديد مقارنة بالقانون الملغى رقم 7 لسنة 2008 إلا أننا نرى أن ذلك سوف لن يكون مجدياً ويظل التشريع غير ذي مغزى في تحقيق النتائج التي يطمح إليها المشرع الكويتي في انتعاش مشاريع البنى التحتية المقامة من قبل المستثمرين من القطاع الخاص، ونجد أن الحل يكمن في اقتفاء أثر المشرع التركي والفلبيني والصيني الذين ذهبوا إلى اعتبار عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية التي هي من صور عقود البنى التحتية من عقود القانون الخاص، إذ يشكل ذلك ميزة وضمانة مهمة بالنسبة للمستثمر، ذلك أنه يكون على قدم المساواة مع الإدارة وبالتالي لا يكون عرضة للجزاءات ولا تفرض عليه شروط استثنائية، الأمر الذي يشكل في نظرنا وسيلة قانونية مهمة لاستقطاب الاستثمارات. ونعتقد أن من شأن القول بعكس ذلك أن يؤدي بالتأكيد إلى عزوف المستثمر المحلي والأجنبي على السواء، عن الاستثمار خصوصاً في مجالات البنية التحتية.

قائمة المراجع:

أولاً - الكتب والدراسات:

- 1- إلياس ناصيف، عقد ال BOT سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، 6، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس 2006.
- 2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006.
- 3- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1999.
- 4- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، الإبرام -التنفيذ المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية.
- 5- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة تحليلية في ضوء أحدث أحكام قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف جلال حزي وشركاه، الإسكندرية الطبعة الأولى 2006.
- 6- مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B. O. T مجلة كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد 8 العدد 13 حزيران / يونيو 2005.
- 7- محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2003.
- 8- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- 9- محمود مصطفى الزعاري، سياسة التخاصية، دراسة قانونية اقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات في الأردن ومصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004.

ثانياً – القوانين والأنظمة واللوائح:

- 1- القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980.
- 2- القانون رقم (7) لسنة (2008) بتنظيم عمليات البناء والتشغيل والتحويل والأنظمة المشابهة وتعديل بعض أحكام المرسوم بالقانون رقم (105) لسنة 1980 في شأن نظام أملاك الدولة الملغى.
- 3- القانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
- 4- اللائحة التنفيذية للقانون رقم (116) لسنة (2014) بشأن الشراكة بين القطاعين العام والخاص.
- 5- دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنى التحتية الممولة من القطاع الخاص، إعداد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك 2001.

ثالثاً – دراسات أجنبية:

- 1- Cambodian Anukret On Build–Operate–Transfer (BOT) Contract: Chinese Provisional Regulations On Foreign Investment Build–Operate–Transfer Projects.
- 2- The Philippine BOT Law, Republic Act No. 7718.
- 3- Türk Bazı Yatırım Ve Hizmetleri Yap–İşlet–Devret Modeli Çerçevesinde Yapırtırılması Hakkında Kanun. No 3996 Tarih 81994/6/
- 4- Yrd. Doç. Dr. Abdullah Uz, Kamu–Ozel Ortaklığı/Public–Private Partnership (PPP) (Kavram Ve Hukuksal Cerceve), Gazi Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi C. XI, Sa.12–, Y.2007.
- 5- Erol Irem, Yüksek Denetleme Kurulu, Türkiye’de Yap–İşlet–Devret Modeli: Yasal Çatısı, Uygulaması
- 6- Sameer Al–Mubarak Build, Operate and Transfer (BOT) Project

Delivery System in Saudi. Arabia December 2003.

- 7- Selman Sacit Boz, Kamu Özel İşbirliği (Ppp) Modeli. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 4 Sayı:2 Yıl 2013.
- 8- Dr. Uğur Emek. Karşılaştırmalı Perspektiften Kamu Özel İşbirlikleri: Avrupa Topluluğu Ve Türkiye. Rekabet Dergisi 2009. 10(1): 753-.

المحتوى:

الصفحة	الموضوع
183	المقدمة
184	المقدمة
187	المبحث الأول- التعريف بعقود البنى التحتية ومدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمراحل العقد
187	المطلب الأول- تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
190	المطلب الثاني- مدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمرحلتي البناء والتشغيل
193	المطلب الثالث- مدى فاعلية معالجة التشريع الكويتي لمرحلة نقل الملكية
196	المبحث الثاني- أثر الإصلاحات التشريعية على وصف عقود البنى التحتية وانعكاسه على العلاقة مع المستثمر
196	المطلب الأول- وصف المشرع الكويتي لعقود البنى التحتية
201	المطلب الثاني- المستثمر من منظور الإصلاحات التشريعية في عقود البنى التحتية
207	الخاتمة
211	المراجع