التسوية غير القضائية لمنازعات عقود البوت ــ التحكيم انموذجا

أ.د.حسن محمد علي حسن البنان
كليةالحقوق /جامعة الموصل
أ.م.د.ابو بكر احمد النعيمي
كلية الحقوق /جامعة الموصل

Non-judicial settlement of bot contract disputes arbitration as a model

Prof. Dr. Hassan Muhammad Ali Hassan Al-Banan
College of RIGHTS University of Mosul
Assist. Prof. Dr. Abu Bakr Ahmed Al-Nuaimi
College of RIGHTS University of Mosul

المستخلص/ تقوم العقود الإدارية على أساس التعاون المشترك بين أطراف العقد أي الإدارة والمستثمر الخاص من أجل الوصول إلى أفضل نتائج لهذين الطرفين كلاهما، **ونتيجة لذلك ظهرت** صور مستحدثة للعقود الإدارية عرفت بعقود البوت BOT والتي ليست إلا صورة جديدة لعقود الامتياز التقليدية أن أهم ما تميزت به عقود البوت هو تبنيها للكثير من المفاهيم الغريبة عن النظام القانوني التقليدي للعقود الإدارية والمستقاة أصلاً من النظام القانوني الانكلوسكسوني مثل مبدأ الثبات التشريعي والعقدي، فضلاً عن إمكانية تسوية منازعاتها بطرق بديلة عن التسوية القضائية. أن الوسائل البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية يمكن أن تأخذ صورتين، وهي الوسائل الودية، والتحكيم. وسيكون التحكيم موضع دراستنا.

الكلمات المفتاحية: عقد, عقود الالتزام, القضاء, الوسائل

Extract /Administrative contracts are based on joint cooperation between the parties to the contract, i.e. the administration and the private investor, in order to reach the best results for both parties. As a result, new forms of administrative contracts appeared, known as BOT contracts, which are nothing but a new form of traditional franchise contracts .The most important feature of bot contracts is their adoption of many concepts alien to the traditional legal system of administrative contracts and originally derived from the Anglo-Saxon legal system, such as the principle of legislative and contractual stability, as well as

the possibility of settling their disputes by alternative methods of judicial settlement. Alternative means of settling administrative contract disputes can take two forms, namely, amicable means, and arbitration. Arbitration will be the subject of our study.

Keywords :Contract, commitment contracts, judiciary, means

المقدمة

شهدت الآونة الأخيرة انقلاباً في عديد من المفاهيم القانونية التي كانت مستقرة في النظام القانوني الخاص بالعقود الإدارية، فأصبح هذا النظام يقبل بالكثير من المسائل التي كانت تعتبر سابقا من المحرمات، وأصبحت الفكرة الجديدة مفادها أن العقود الإدارية تقوم على أساس التعاون المشترك بين أطراف العقد أي الإدارة والمستثمر الخاص من أجل الوصول إلى أفضل نتائج لهذين الطرفين كلاهما, أن أهم النتائج التي أفرزتها هذه التغييرات ظهور صور مستحدثة للعقود الإدارية عرفت بعقود البوت BOT والتي ليست إلا صورة جديدة لعقود الامتياز التقليدية.

إن عقود البوت لاقت رواجاً وتطبيقاً في عديد من الدول العام نظراً للميزات التي تحققها من خلال الاستفادة من الإمكانيات المالية والفنية للقطاع الخاص، وقد ساعد ذلك كثير من الدول على توفير الخدمات الخاصة بالبنى التحتية مثل الكهرباء والماء والطرق بالكفاءة المرتجاة منها , أن أهم ما تميزت به عقود البوت هو تبنيها للكثير من المفاهيم الغريبة عن النظام القانوني التقليدي للعقود الإدارية والمستقاة أصلاً من النظام القانوني الانكلوسكسوني مثل مبدأ الثبات التشريعي والعقدي، فضلاً عن إمكانية تسوية منازعاتها بطرق بديلة عن التسوية القضائية، فبعد أن كانت القاعدة المستقرة خضوع هذا النوع من المنازعات لولاية القضاء الوطني المتمثل بالقضاء الإداري حصراً بحيث لا يمكن القبول بنظرها من أية جهة أخرى غير جهة القضاء الإداري، بدأت عديد من دول القضاء المزدوج تقبل بتبني هذه الطرق بوصفها وسائل لتسوية منازعات عقود البوت, أن الوسائل البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية يمكن أن تأخذ صورتين، وهي الوسائل الودية، والتحكيم. والاخير موضوع بحثنا

أهمية البحث: نظراً للأهمية التي باتت تحتلها أساليب التسوية غير القضائية للعقود الإدارية وفي مقدمتها عقود البوت بعد إقرارها في عديد من الدول، فقد تعاظمت دراسة هذه الأساليب من أجل ان تتناسب مع المشاكل والصعوبات التي يثيرها تطبيق هذا النوع من التسوية غير القضائية.

هدف البحث: يهدف هذا البحث إلى محاولة الوقوف على مفهوم عقد البوت واثر هذا المفهوم في تحديد أساليب التسوية التي يمكن تبنيها في فض منازعات هذا النوع من العقود، من خلال تعريف هذه الأساليب ودراسة ما تحققه من ميزات وما يرافقها من سلبيات فضلاً عن وضع حد فاصل للتفرقة بين كل منها.

إشكالية البحث: إن الأساليب غير القضائية لم تجد مناخا مناسبا في مجال القانون العام، بسبب نشأتها في أحضان القانون الخاص، لذا ظل التنافر بينها وبين القانون العام قائماً حتى وقت قريب .

منهجية البحث: المنهج التحليلي والمنهج المقارن.**خطة البحث:** المبحث الأول : ماهية عقد البوت المبحث الثاني: الأساليب غير القضائية (الودية) لتسوية منازعات عقود البوت

المبحث الثالث: التحكيم بوصفه أسلوب(غير قضائي) لفض منازعات عقود البوت

المبحث الأول

ماهية عقد البوت

يعد عقد البوت من أهم صور العقود الإدارية التي تلجأ إليها الدول لغرض تنفيذ عديد من مرافقها العامة وذلك من خلال الاعتماد على توظيف إمكانات القطاع الخاص في تمويل وإنشاء وإدارة المرافق العامة الرئيسة في الدولة. أن ظهور ونشاءة عقود البوت تعود إلى بداية العقد الثامن من القرن التاسع، اذ بدأت الكثير من الدول تعود إلى أسلوب عقود الامتياز المعروفة سابقاً من خلال آليات جديدة وتحت تسمية جديدة عرفت بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT. ولغرض الإحاطة بماهية عقود البوت سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نعالج في المطلب الأول تعريف عقد البوت، ونناقش في المطلب الثاني خصائص عقد البوت، ونستعرض في المطلب الثالث أهمية هذا النوع من العقود، ونخصص المطلب الرابع لدراسة الطبيعة القانونية لعقود البوت.

المطلب الأول/ تعريف عقد البوت/ نظام الـ B.O.T نظام تعاقدي لإقامة المشروعات الاستثمارية ومشروعات البنية الأساسية يعتمد على التمويل من القطاع الخاص بمقتضاه تمنح الدولة المضيفة لفترة زمنية محددة أحد الاتحادات المالية الخاصة ويطلق عليها "شركة المشروع" امتيازاً لإقامة مشروع معين داخلها أو تطويره سواء كان هذا المشروع من اقتراح الدولة المضيفة نفسها أو من اقتراح شركة المشروع، على أن تقوم شركة المشروع بدراسة المشروع وتصميمه وتنفيذه وتشغيله وإدارته واستغلاله لعدة سنوات تكون كافية لتغطية نفقات

إنشاء المشروع بالإضافة إلى تحقيق أرباح مناسبة من تشغيل المشروع، على أن تلتزم شركة المشروع في نهاية مدة الامتياز بنقل ملكية المشروع بكافة أصوله إلى الدولة المضيفة دون أية تكلفة بحالة صالحة للاستعمال والتشغيل بنفس الكفاءة التي كان يدار بها[1], ومصطلح البوت من الناحية اللغوية هو اختصار لثلاث كلمات انكليزية وهي Build وتعني الإنشاء أو البناء و Operate وتعني التشغيل والإدارة و Trnsfer وتعني النقل والمقصود بها في هذا المصطلح نقل المرفق إلى الدولة في نهاية مدة العقد[2].

أما اصطلاحاً فقد تعددت التعاريف بصدد عقود البوت فعرفتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) بأنها شكل من أشكال تمويل المشروعات تمنح المشروعات تمنح بمقتضاه الحكومة لفترة من الزمن احد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتياز لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغليه وإدارته وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الدولة[3].

كما عرف عقد البوت بأنه صورة جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية تستهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص، مدة محددة من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة، أو إلى إدارتها العامة، أو مؤسساتها العام، بعد انقضاء المدة المتفق عليها[4] ومن هذه التعاريف الفقهية لرجال الفقه القانوني يمكن إيجاز عناصر عقد التزام المرافق العامة بنظام الـ B.O.T فيما يلي :

أولاً: التشييد والبناء للمشروع أو المرفق Build وذلك يتم بالتمويل من رأس مال المستثمر من القطاع الخاص وبمقاولي الأعمال الذين يعهد إليهم بإنشاء المشروع أو المرفق وباللجوء إلى مؤسسات التمويل العالمية للحصول على القروض اللازمة لتكمل رأس المال في تمويل المشروع.

---

[1] د. محمد بهجت عبد الله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص١٢.

[2] رشدي صالح عبد الفتاح صالح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥، ص٤٠.

[3] دليل الاونسيترال التشريعي بشأن البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص الذي اعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال)، نيويورك، ٢٠٠١، ص ٤٠.

[4] د. الياس ناصيف، عقد الـ BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٨١.

ثانيًا: التشغيل Operate وذلك يتم بواسطة شركة التشغيل للمشروع وهي أيضًا من القطاع الخاص والتي يعهد إليها المستثمر بتشغيل المشروع طوال فترة العقد.

ثالثًا : التسليم Transfer وهو التزام قائم على المستثمر بتسليم المشروع أو المرفق في حالة نهاية فترة العقد إلى الحكومة أو الجهة المختصة بدون مقابل وفي حالة جيدة.

رابعًا : ضرورة حصول المستثمر (الملتزم) على عائد استثماري للمشروع يكفي لتعويضه عما أنفقه في إنشاء المشروع أو المرفق مع تحقيق ربح مناسب له.

خامسًا : أن عقد B.O.T من العقود التي يطلق عليها عقود المعاوضات فلكل طرف في العقد منافع ومزايا يستفيدها من جراء التعاقد.

المطلب الثاني/ خصائص عقد البوت/ يتميز عقد البوت بمجموعة من الخصائص يمكن تحديدها بما يأتي:

١. يتميز عقد البوت بتعدد ميادين ومجالاته التطبيقية: إذ يمكن تنفيذ صور مختلفة من المشاريع بواسطة عقد البوت، ففضلاً عن تنفيذ مشاريع البنية التحتية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية التي تقع ضمن مسؤولية الدولة أساساً كإنشاء المطارات والطرق والجسور ومحطات الكهرباء وغيرها من المرافق، يمكن استخدام عقد البوت لتنفيذ مشاريع أخرى مختلفة لا تشكل بالضرورة مرافق عامة كبناء المجمعات الصناعية وإدارتها[١]. وجرى تطبيق عقد البوت في مشروعات في مشروعات إنشاء مواقف السيارات المتعددة الطوابق في المناطق المزدحمة ذات الكثافة العالية فضلاً عن المراكز التجارية الخدمية[٢].

٢. تعدد الأطراف المشتركة في تنفيذ عقد البوت وتعارض مصالحها: يتميز تنفيذ عقد البوت باشتراك عدة جهات وأطراف لإنجاز هذا التنفيذ، فبخلاف الجهة الإدارية المتعاقدة وشركة المشروع يوجد هناك جهات التمويل وشركات المقاولات التي تتولى إنشاء المرفق والشركة التي تتولى تشغيل المرفق فضلاً عن موردي المعدات اللازمة لإنشاء المرفق وتشغيله.

٣. الطبيعة المعقدة لعقد البوت: يشكل عقد البوت نظاماً اقتصادياً مركباً يحتاج لتنفيذ عقد من الاتفاقيات وإبرام كثير من العقود، ففضلا عن الاتفاق بيت الجهة الإدارية العامة وشركة المشروع توجد عدد من الاتفاقات الأخرى ,ومن ذلك الاتفاق الذي يبرم بين شركة المشروع

[١] د. جيهان حسن سيد أحمد، عقد البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٢.

[٢] رشدي صالح عبد الفتاح، مصدر سابق، ص٤٧.

وجهات التمويل , والاتفاق بين شركة المشروع وشركات المقاولات التي يعهد إليها ببناء المرفق, وكذلك الاتفاق مع الموردين وغيرها من الاتفاقات اللازمة لتنفيذ العقد. لذا قد تمر سنوات قبل توقيع العقد النهائي للمشروع أو حتى قبل الوصول على مصادر التمويل بالكامل وخلال تلك السنوات قد ينفق اموال طائلة على دراسة الجدوى والسوق والدعاية وأتعاب الاستشاريين الخارجيين.

٤. ارتباط التمويل بأصول وموجودات المشروع ذاته وليس باطرافه: نظراً لضخامة التكاليف التي يتطلبها تنفيذ عقد البوت المتمثلة بإنشاء المرفق وتشغيله لذا تتم عملية التمويل من خلال جهات متعددة ففضلاً عن التمويل الذي يقدمه رعاة المشروع هناك مصادر متعددة للتمويل تأتي من خارج المشروع كالقروض التي تقدمها البنوك التجارية ومؤسسات التمويل الدولية وصناديق الادخار. والنظام الذي يحكم العلاقة بين جهات التمويل الخارجية وبين شركة المشروع التي يؤسسها رعاة المشروع يتم بالاستناد إلى ما يعرف ب "تمويل المشروع" Project Finance الذي يشير إلى الحالات التي يتم فيها تمويل مشروع اقتصادي معين تعتمد فيه مؤسسات التمويل فيه بصفة أساسية لسداد أصل مبالغ القروض على التدفقات النقدية التي يدرها تشغيل المرفق[١].

المطلب الثالث/ أهمية التعاقد بنظام BOT/ أن التعاقد بأسلوب " B.O.T" له أهميته يحقق مزايا ومنافع متبادلة بين طرفي التعاقد تتمثل فيما يلي : **أولاً** : المزايا التي يحققها التعاقد بأسلوب " B.O.T" للدول المانحة المضيفة نذكر منها:

١ . استخدام رأس المال الخاص ومبادرته وخبرته لترشيد تكاليف إنشاء المشروع وجدواه وتحسين الكفاءة التشغيلية.

٢ . توزيع مخاطر وأعباء المشروعات على القطاع الخاص على نحو يخفف الأعباء الواقعة على عاتق الحكومة، فمثلا القطاع الخاص عندما يقوم بإنشاء هذه المشروعات سوف يكون مسئولاً عن تشغيلها وصيانتها وإنتاجها طوال مدة العقد، بينما يقتصر ما تحصل عليه الحكومة في حالة تمويلها لهذه المشروعات على ضمان المنشآت العادية والمعدات عن مدة الضمان فقط [٢]

[١] د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٤١.
[٢] د. محمد بهجت عبد الله قايد، مصدر سابق، ص ١٥.

٣ . يترتب على الاستثمار بطريق " B.O.T" نقل التكنولوجيا الحديثة إلى حيث الحاجة لها في الدول النامية بأقل تكلفة، كذلك تدريب الأيدي العاملة الوطنية وتنمية أسواق رأس المال المحلية والإقليمية في هذه الدول.

٤ . إتباع هذا المنهج في الاستثمار يساهم في نمو التنمية الاقتصادية للدولة من خلال إمكانية استخدام الحكومة لنتائج وأداء مشاريع " B.O.T" لمقارنتها بمثيلاتها في القطاع العام لكي يتم تطوير عمل الأخيرة.

٥ . يتيح نظام " B.O.T" للدولة المضيفة الاستمرار في تطوير وتنمية مشروعات البنية الأساسية من مطارات وطرق ومحطات كهرباء ومياه دون تحميل ميزانية الدولة أعباء جديدة، ودون التجاء الدولة إلى الاقتراض بالعملة الأجنبية وبتكلفة عالية من مؤسسات التمويل الأجنبية[١].

ويتيح للدولة تعبئة أوجه مواردها إلى قطاعات خدمية هامة مثل التعليم والصحة، كما أنه على عكس الخصخصة بمفهومها الواسع فإن أصول المشروع . في ظل هذا النظام . تعود مرة أخرى إلى الدولة في نهاية مدة الالتزام.

ثانيًا : المزايا التي يحققها أسلوب " B.O.T" للمستثمر (الملتزم) نذكر منها:

١ . الأرباح الناشئة عن بناء المشروع وتشغيله طوال مدة عقد الالتزام.

٢ . إتاحة فرصة الاقتراض أمام شركة المشروع بضمان أصول المشروع وعائداته دون تقديم ضمانات شخصية أو عينية أخرى إلا في بعض الحالات الاستثنائية أو عند بدء المشروع وهذه الميزة إن كانت ميزة للمستثمر إلا أنها من مثالب التعاقد بنظام الـ B.O.T بالنسبة للدول المضيفة

المطلب الرابع/ طبيعة عقود البوت/ أختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة عقد الالتزام بنظام الـ " B.O.T" إلى ثلاثة آراء : **الرأي الأول : يرى أن عقود الـ " B.O.T" عقود إدارية**[٢] : ذهب أصحاب هذا الرأى إلى أن عقود الـ BOT هي عقود إدارية وأنها ليست إلا نظام الامتياز القديم تحت مسمى جديد . وما دام عقد الامتياز يعد عقدا إدارياً بطبيعته فأن عقود

[١] د. هاني صلاح سري الدين، د. هانى صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد ٦٩، ١٩٩٩، ص ٦.

[٢] د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العام طبقاً لنظام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٨٩.

الـ .B.O.T تعد كذلك فالإدارة طرف في العقد ويتعلق بإنشاء مرفق عام ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لأن السلطة تتدخل دائماً بتعديل العقد دون حاجة إلى موافقة المتعاقد . **الرأي الثاني : يرى أن عقود الـ " B.O.T" عقود مدنية:** وهذا الرأي يرى أن عقود الـ.B. O. T ليست عقودا إدارية، وإنما هو عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقواعد القانون المدني والقانون التجاري[1]، وينعقد الاختصاص في شأنه للقضاء العادي ما لم يكن بالعقد نص يجيز التحكيم ويستند هذا الرأي إلى أن جميع عقود الـ BOT تقوم على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويسودها مبدأ سلطان الإرادة، ولهذا تعد عقوداً من عقود القانون الخاص وهذه العقود من الناحية العملية تقوم على أساس حقوق والتزامات متوازية بين الطرفين دون أن يكون للإدارة سلطات تميزها عن الطرف الأخر. فلا تتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، ومن ثم يفقد العقد عنصراً هاماً من عناصر تمييز العقد الإداري. كما أن فكرة العولمة والخصخصة التي سادت أغلب دول العالم في الآونة الأخيرة تفرض على الدولة أن تكون تعاقداتها كالأفراد دون تمييز لها. لأنها إن تميزت بسلطات استثنائية فلن تجد متعاقدًا معها لديه القدرة التكنولوجية ومن الناحية العملية فقد جرى العمل على أن يوضح أطراف التعاقد في عقود الـ .B.O.T أن عقدهم عقد مدنى وليس عقدا إداريا مما يترتب عليه عدم اختصاص مجلس الدولة بالمنازعات التي تترتب على هذه العقود بل ينعقد الاختصاص إما إلى التحكيم أو إلى القضاء العادي، ويضيف هذا الرأي، أن عقد الـ B.O.T عقد من عقود القانون الخاص فيما عدا طريقة تنفيذ الخدمة العامة أو وجود شرط خاص، فالدولة تتصرف كشخص خاص[2] . **الرأي الثالث : يرى أن عقود الـ " B.O.T" ذات طبيعة خاصة[3]:** ذهب البعض إلى أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة رغم أن لها جذور تتمثل في عقود الامتياز فإنها تتميز عنها لأن عقود البوت إبرامها خلال آليات متعددة ولكل عقد ظروفه الخاصة[4].حيث يصعب وضع قاعدة عامة مجردة في هذا الصدد وينتهي هذا الرأي إلى أن العقود التي تبرمها الدولة مع المستثمر الأجنبي ليست

[1] د. محمد بهجت قايد، مصدر سابق، ص٢٨.

[2] SAMAY ABD EL BAKH: Les projets Internationaux . De Construction Menes Selon La Formul (B.O.T) Droit Egyptien droit Francais, 2000, Paris, P. 242 .

[3] خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧٢- ٧٣.

[4] د. مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T، مجلة حقوق كلية الحقوق، جامعة النهرين،العد ٨، المجلد ١٢، السنة ٢٠٠٥، ص ٨.

ذات طبيعة واحدة . ولا تخضع لنظام قانوني واحد فتارة تكون عقوداً إدارية وتارة أخرى تعد من عقود القانون الخاص . فالعبرة بتحليل كل عقد على حدة لبيان أركانه ورده إلى النظام القانوني الذي يحكمه وناشد هذا الرأي المشرع بوجود قواعد قانونية جديدة تحكم الأمور التالية:

ويقول البعض أن ما تتضمنه هذه العقود من شروط متوازية وأهمها إخضاعها للتحكيم وإقصاؤها عن اختصاص القضاء الإداري الذي يبسط سلطانه على العقود الإدارية لهو أكبر دليل على ذلك، كما يقرر البعض أن العقود التي تبرم بنظام الـ " B.O.T" ليست من عقود القانون الإداري لأنها لا تتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص. وذلك أن السلطات الممنوحة للشركات المنفذة من الدول المضيفة هي سلطات لا حدود لها خلال فترة التشغيل والتي قد تصل إلى تسعة وتسعون عاماً، كما أنه ليس في ذلك اعتداء على سيادة الدولة[١].

المبحث الثاني

الاساليب غير القضائية(الودية) لفض منازعات عقد الـ .B.O.T

يقصد بالأساليب البديلة أية طريقة يتم بواسطتها اللجوء إلى طرف ثالث محايد بدل اعتماد الدعوى القضائية، وذلك من أجل تقريب وجهات النظر، وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الطرق والأساليب. وتتعدد الوسائل والطرق الودية لحسم المنازعات التي قد تنشأ بين طرفي عقد الـ .B.O.T سواء أثناء إبرام العقد أو أثناء تنفيذه أو انقضائه وبصفة عامة في كل المراحل، كما قد يثور خلاف حول حقوق والتزامات كل طرف من طرفي العقد أو قد يتم التنفيذ ولكن مغايراً لمواصفات المشروع القياسية المتفق عليها. وهذه الوسائل لا ترجع إلى قانون محدد إنما تعتمد أولا وأخيرا على إرادة طرفي النزاع، وهذه الوسائل تتمثل في التفاوض، والتوفيق، والوساطة، والخبرة الفنية، والمحاكمات المصغرة.

المطلب الأول/ التفاوض/ يقصد بالمفاوضات الحالة التي يسعى فيها أطراف النزاع لتسوية ذلك النزاع بمعرفته الخاصة من دون تدخل من جانب أي طرف ليس بذي مصلحة، فالتفاوض إنما هو حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين بهدف الوصول إلى أتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كلاهما بالصورة اللازمة الممكنة[٢] وبموجب هذه الوسيلة فإنه إذا نشب نزاع أو خلاف بين طرفي عقد الـ B.O.T فإن الطرفين يتفاوضان فيما بينهما دون

[١] د. محمد بهجت قايد، مصدر سابق، ص ٢٩.
[٢] د. محمد بدر الدين مصطفى، المفاوضات الدولية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٩، ص١٢.

تدخل من أحد على حل وحسم ما نشأ من خلاف وتعتبر هذه الوسيلة من أفضل الوسائل إذ يسعى الطرفان عند حدوث أي خلاف إلى محاولة حله عن طريق التفاوض ومحاولة ذلك أكثر من مرة على مختلف المستويات، ويجب إلا يلجأ الطرفان إلى الوسائل الأخرى لحل منازعاتهم إلا إذا فشلت محاولات التفاوض بينهما، ويكون هدف الأفراد من التفاوض إعادة العلاقات فيما بينهما إلى سيرتها الأولى بما كانت عليه من التفاهم والعلاقات الودية وعودة دولاب العمل إلى ما كان عليه دون نزاع أو خلاف مع الأخذ في الاعتبار ما تضمنه العقد من أحكام في هذا الخصوص, ومما تقدم من تعاريف يمكن القول أن التفاوض يقوم على مجموعة من العناصر يمكن تحديدها بما يأتي:

اولاً– يتضمن التفاوض عملية اتصال بين أطراف العقد تتفاعل فيه وجهات النظر: فالتفاوض إنما هو عملية اتصال تقوم على تبادل الآراء والاقتراحات بين الأطراف المتفاوضة والذي قد يتم شفاهة أو بلوائح مكتوبة بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبصورة سرية أو علنية، كما قد تتم بطريقة مستقلة أو بواسطة شخص وسيط يقال له ميسر التفاوض والذي تتجسد مهمته في مساعدة الأطراف على في حل أي نزاع قد يطرأ بينهم، وذلك دون أن يقدم إليهم حلولاً أو أراء ذاتية بصدد المسائل المعروضة بل تشجيعهم للدخول في لتحليل شامل للقضايا المعروضة[1].

ثانياً– تحديد موضوع التفاوض تحديداً نافياً للجهالة واللبس: فمن البديهي أن يدخل أطراف المفاوضات في وضع يكونون بمقدورهم الإحاطة بموضوع التفاوض بصورة واضحة ودقيقة وذلك من خلال بيان النقاط الجوهرية لموضوع النزاع محل التفاوض التي يجب إثارتها لاتخاذ قرار بشأنها بعد هذا الأمر لازما لإمكانية التحكم في مسار المناقشات وحصرها في نطاق معين.

ثالثاً– توفر حسن النية في إمكانية التوصل إلى أتفاق بصدد موضوع النزاع محل التفاوض: فيجب ان تتوفر لدى الأطراف المتفاوضة حسن النية أثناء التفاوض وهو ما يعبر عنه بجدوى التفاوض، ويمكن الكشف من خلال هذا العنصر مدى رغبة المفاوضين في التفاوض، ويرتبط ارتباطاً وثيقاً بتحقيق نتائج المفاوضات لأنه إذا لم يكن لدى الأطراف رغبة في التفاوض فإنه حتماً لن يكونوا جادين فيه، ومن ثم يصبح التفاوض غير مجدي ولا يحقق أي نتائج كالمفاوضات التي تدخلها الأطراف استهلاكاً للوقت أو لتحين الفرصة أو للدعاية

[1] دليل الاونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، نيويورك، ٢٠٠٠، ص ٢٠٤

المطلب الثاني/ التوفيق/ وبموجب هذا الأسلوب يتفق الطرفان المتنازعان في عقد الـ B.O.T. على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية ويعتبر التوفيق الطريق الثاني الذي يلجأ إليه طرفا عقد الـ B.O.T. للوصول إلى حل توفيقي لحل المشاكل التي تنشأ بينهما عن طريق اختيار موفق أو أكثر Concllator محايد يتولى وضع الحلول الوسط والبدائل المختلفة للمنازعات والخلافات التي تنشأ بين الأطراف، فالتوفيق هو عبارة عن إجرائية يقوم بموجبها أطراف النزاع بالاستعانة بشخص من الغير أو لجنة لمساعدتهم بطريقة محايدة ومستقلة ومن دون فرض أي رأي أو قرار ملزم في الوصول إلى تسوية ودية للنزاع القائم بينهم سواء أكان هذا النزاع ناشئاً عن عقد أو أية علاقة قانونية أخرى[١].والتوفيق بوصفه وسيلة لتسوية المنازعات وبما له من خصائص تتمثل في سريته ورضائية الحل الذي تنتهي إليه يمكن الاستفادة منه في إطار تسوية المنازعات التي تثور بصدد عقود البوت وخاصة في مرحلة الإنشاء، إذ تثور بصددها مشاكل كثيرة يكون التوفيق في الغالب هو أكثر وسيلة تسوية المنازعات ملاءمة لحسمها، وذلك نظراً لأن لما يتطلبه تنفيذ هذا النوع من العقود من تظافر جهود الأطراف المعنية كافة وتعاونهم على إنجاز التشييد حتى لا يتعطل تنفيذ المشروع وهذا ما قدي جنب الأطراف اللجوء للتحكيم أو حسم النزاع عن طريق القضاء. وقد لوحظ أن هذا الطريق "التوفيق" لجأت اليه العديد من الدول في تلك المشروعات المقامة بنظام الـ B.O.T. ومن هذه الدول الصين وبخاصة هونج كونج، وبعض الدول مثل بنجلاديش، وبريطانيا، وبعض دول أمريكا الجنوبية. وحقيقة الأمر أن التوفيق فى مرحلته الأولى اتفاق وفى مرحلته الثانية إجراء ولكنه لا ينتهي بحكم ملزم لأطراف عقد الـ B.O.T.

المطلب الثالث/ الوساطة/ تعد الوساطة إحدى الوسائل السلمية لتسوية وحسم المنازعات الناشئة عن عقود الـ B.O.T. فالوسيط له سلطة أوسع من سلطة الموفق، فالوسيط يقابل الأطراف في أغلب الأحوال كل على حده لتضييق هوة الخلاف بين الطرفين،ولكنه لا ينتهي إلى قضاء ملزم[٢] وتمتاز الوساطة بأنها الطريق الذي يحفظ العلاقات الودية بين الأطراف ويلجأ إليه الأطراف تطوعا دون اللجوء إلى التحكيم الذي يتسم –أحيانا– بطول إجراءاته وصعوبة اختيار المحكمين وغالبا يتم اللجوء إلى القضاء لتنفيذ حكم المحكمين . وتتم

[١] دليل الاونسيترال التشريعي، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

[٢] د . محمد أبو العينين، ورقة عمل، بحث، مقدم إلى المؤتمر الدولي السادس عن مشروعات البنية الأساسية المحولة عن طريق القطاع الخاص في الفترة من ٢٨ -٢٩ تشرين الأول ٢٠٠١ بشرم الشيخ.

الوساطة عن طريق اختيار طرف محايد مؤهل لمساعدة الأطراف في تسوية المنازعات والوصول إلى حل يرضى جميع الأطراف . وحقيقة الأمر أن الوسيط لا يملك إصدار قرارات ملزمة للأطراف، ويعتبر دوره غير رسمي ويعتبر هذا الطريق من أكثر طرق تسوية المنازعات في عقود الـ B.O.T وأسرعها تنفيذا حيث يحاول الوسيط تحديد أوجه النزاع وفتح باب المناقشات ومحاولة الوصول إلى حل وسط يرضى كافة الأطراف[1] ويعتبر التوفيق والوساطة في بلاد القانون المشترك Common law وسيلة واحدة

[1] د. جيهان حسن سيد أحمد، مصدر سابق ص ١١٦.

المطلب الرابع/ الخبرة الفنية/ قد لا تفلح الوسائل السابقة بين طرفي عقد الـ .B.O.T لفض ما بينهما من نزاع نظرا لأن النزاع الذي نشب بينهما فني يحتاج إلى أهل الخبرة والتخصص فيما يتنازع بشأنه طرفا عقد الـB.O.T وهنا يلجأ الطرفان إلى خبير في الأمور المتنازع عليها بينهما، وهذا الخبير لا يقوم بالفصل في النزاع ولكن دوره يقف عند حد إبداء الرأي في مسألة فنية محل خلاف بين طرفي العقد، ويمكن أن يجمع الخبير بين هذا الوصف وبين وصفه ودوره بوصفه محكم في موضوع النزاع، وهذا يتم باختيار الطرفين حيث يحدث أحيانا نزاع في مواصفات المشروع وخصائصه عندئذ يستطيع المحكم الخبير حسم النزاع في الحال ومن ثم لا تترتب أي خسائر على تأخير الفصل في النزاع ويمكن أن يلجأ الطرفان إلى الخبير الفني بعد بداية إجراءات التحكيم من هيئة التحكيم ورأيه أستشاري في جميع الأحوال سواء أمام هيئة التحكيم أو أمام هيئة المحكمة المختصة إذ أن المحكمة لها الرأي الأعلى في موضوع النزاع أو الدعوى[١] .

المطلب الخامس/ المحاكمات المصغرة/ تهدف هذه الوسيلة إلى حل النزاع بأقل قدر من التعقيدات والمشاكل والتكلفة وتتلخص هذه الوسيلة في أن النزاع الذي ينشب بين طرفي عقد الـ B.O.T يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضويين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحدا منهما من كبار موظفيه في مستويات الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع ويتولى العضوان اختيار الرئيس، وإن لم يتفقا على شخصه تعينه جهة محايدة مثل غرف التجارة أو مراكز التحكيم[٢].

ويطلب من الهيئة المشكلة على النحو السابق إعداد مشروع للتسوية وتقديمه للطرفين المتنازعين، فإذا لم يتمكن العضوان من التوصل إلى مشروع مقبول منهما جميعا يتقدم الرئيس بمشروع من إعداده هو باعتباره طرفا محايدا، ويلتزم الطرفان المتنازعان بعدم السير في إجراء قضائي أو طلب التحكيم أثناء مدة المحاكمة المصغرة، وفى نفس الوقت لا إلزام على الطرفين المتنازعين بقبول مشروع التسوية الذي تم إعداده، كما لا يجوز لأي من الطرفين أستخدام أي معلومات أو دليل يتصل لعلمه أثناء المحاكمة المصغرة ضد خصمه إذا لم تكلل إجراءات المحاكمة بالنجاح، فالرئيس والأعضاء أمناء على أسرار الطرفين المتنازع.

[١] د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص٤٥
[٢] د . محمد أبو العينين، مصدر سابق، ص٢٧٢.

والحقيقة أن الغاية من هذا الأسلوب هي طرح أبعاد النزاع –الفنية والقانونية– على أطرافه أنفسهم أو ممثليهم، ولكن نتيجة الأسلوب غير ملزمة لهم إلا برضاهم، وهو ما يفترض من أن التسوية التي يتم التوصل إليها سوف تكون مرضية لطرفي النزاع، الأمر الذي يكفل تنفيذها من دون صعوبات، فضلاً عن ذلك، يهدف هذا الأسلوب إلى حل النزاعات بأقل قدر ممكن من التعقيدات والمشاكل والتعقيدات والتكاليف[1].

المبحث الثالث

التحكيم بوصفه أسلوب(غير قضائي) لفض منازعات عقود البوت

يعد التحكيم الأسلوب الثاني من الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد البوت، ويتسم التحكيم بكونه ينازع القضاء في اختصاصه الأصيل فهو يسلب هذا الأخير وظيفته في فض المنازعات ويمنحها لجهة أخرى، ولذلك كان التحكيم مثار جدل واعتراض في نطاق منازعات العقود الإدارية نظراً لما يمثله من اعتداء على اختصاص القضاء الإداري، إلا أن هذا الاعتراض بات اليوم ضئيلاً وضعيفاً بعد أن تبنت التشريعات معظمها أسلوب التحكيم طريقاً لفض منازعات العقود الإدارية ومنها عقد البوت، ولغرض الإحاطة بموضوع التحكيم في عقود البوت سنقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نناقش في المطلب الأول تعريف التحكيم، ونبين في المطلب الثاني أنواع التحكيم، ونعالج في المطلب الثالث تقييم التحكيم، ونستعرض في المطلب الرابع مدى جواز اللجوء للتحكيم في منازعات عقود البوت.

المطلب الأول/ تعريف التحكيم/ تعددت التعريفات بصدد التحكيم، فكان التحكيم ولازال مثاراً لاهتمام المشرع والفقهاء والقضاء على حد سواء، ولغرض الوقوف على تعريف التحكيم سنستعرض موقف المشرع والقضاء والفقه وعلى وفق ما يأتي: **أولاً–التعريف التشريعي للتحكيم:** لم يتعرض المشرع المصري أسوة بالمشرع الفرنسي لتعريف التحكيم، حيث اكتفى بإبراز عناصره وخصائصه الذاتية التي تميزه عن أية وسيلة أخرى من وسائل فض المنازعات بين الأطراف كالصلح والتوفيق – على سبيل المثال – تاركاً الباب لاجتهاد الفقه والقضاء في هذا الشأن[2].

[1] . ماهر محمد ماهر، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤٥١.

[2] وليد محمد عباس يوسف، مصدر سابق، ص ٩٧.

هذا وقد ذهب رأيٌ في الفقه[١] إلى عكس ذلك مقرراً أن المشرع المصري قد تعرض لتعريف التحكيم حين نص في المادة ١/١٠ من القانون رقم ٩٤/٢٧ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه : " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ", ويلحظ على هذا الرأي أنه قد خلط بين اتفاق التحكيم كآلية لنظام التحكيم وبين التحكيم كنظام قائم ومستقل بذاته، فهذه المادة لم تتعرض لتعريف التحكيم وبيان ماهيته وعناصره الذاتية التي تميزه عن أي نظام آخر شبيه له، وإنما تعرضت لتعريف اتفاق التحكيم وبيان نظامه القانوني كآلية لنظام التحكيم.

وهذا ما حدا بالفقه والقضاء إلى الاجتهاد لوضع تعريف محدد لنظام التحكيم للتفرقة بينه وبين المفاهيم القانونية الأخرى التي قد تشترك معه في بعض خصائصه, أما في العراق فلم ينظم المشرع العراقي قانوناً مستقلاً للتحكيم وإنما فرد له باباً في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل، ونلاحظ أن المشرع العراقي لم يعرّف التحكيم بشكلٍ محدد وإنما ترك هذه المهمة للفقه والقضاء, أما بالنسبة لقانون الاستثمار العراقي النافذ فلم يشير أيضاً إلى تعريف محدد للتحكيم ولكن أشار في المادة (٢٧ /ف٤) منه " يجوز لأطراف النزاع الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للقانون العراقي "

ثانياً– التعريف القضائي للتحكيم: عَرَّفَ القضاء الفرنسي التحكيم بأنه:" التحكيم يتمثل في سلطة التي يعترف بها لطرف ثالث، والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"[٢] وفي مصر عَرَّفَت محكمة النقض المصرية التحكيم بأنه "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية وما تكفله من ضمانات ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم"[٣].

ثالثاً– التعريف الفقهي للتحكيم: عَرَّفَ فقهاء القانون التحكيم بعدة تعاريف اختلفت عباراتها وتوحد معناها بأنه، فعرفه البعض بأنه " أنه "اتفاق قانوني بين أطراف النزاع على اختيار

---

[١] د. محمود السيد عمر التحيوي : أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ٢٠٠١، ص٥٥.

[٢] محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية، مجلة دراسات، العدد ٢، المجلد ٣٤، ٢٠٠٧، ص ٣٥٨.

٣ نقض مدني الطعن رقم ١٠٠٤لسنة ٦١قضائية جلسة ١٩٩٦/١٢/٢٧م منشور في مجلة القضاة الصادرة عن نادي القضاة –القاهرة-السنة الثلاثون-العدد الأول-يناير-ديسمبر ١٩٩٨، ص١١ .

أشخاص معينين للفصل في ذلك النزاع بدلاً عن القضاء المختص وقبول قراره بشأن النزاع"[١]. وعرفه آخرون بأنه "نوع من العدالة يتم وفقاً له إخراج بعض المنازعات من ولاية القضاء العادي ليعهد بها إلى أشخاص مختارون للفصل فيه"[٢]. وبيّن جانب أخر من الفقه على أن التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به[٣].

المطلب الثاني/ صور التحكيم وأنواعه/ سنعرض اولا لصور التحكيم، ومن ثم لانواعه وعلى وفق التالي: أولاً- صور التحكيم: ان اتفاق التحكيم قد يرد في ذات العقد مصدر الرابطة القانونية، أو يكون في وثيقة مستقلة عنه وعادة ما يدرج في العقد الأصلي، أو يتفق عليه في ملحق للعقد الأصلي، وفي غالب الأحيان يأتي بصيغة عامة لا تتطرق إلى التفصيلات . ويشير إلى ان كل نزاع ينشأ بين طرفي العقد يسوى عن طريق التحكيم[٤], وعلى ضوء ذلك، فان لاتفاق التحكيم صورتين تقليديتين معروفتين وهما : **شرط التحكيم** : وهو نص وارد ضمن نصوص عقد معين، يقرر اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه .

مشارطة التحكيم : أي اتفاق يبرمه الأطراف منفصلا عن العقد الأصلي وذلك للجوء إلى التحكيم في صدد نزاع قائم[٥], إذن الفرق بين كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم واضح، فالأول يتعلق بنزاع سيولد، بينما الثاني بنزاع ولد .

ثانياً : أنواع التحكيم : يمكن تقسيم التحكيم عدة تقسيمات حسب المعيار الذي يؤخذ أساساً للتقسيم أو حسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم وعلى النحو الآتي :

أ . التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري : التحكيم الاختياري في العقود الإدارية وهذا هو الأصل في التحكيم أن يكون اختياريًّا في كل أنواع المنازعات،والتي منها منازعات العقود الإدارية, فتتفق الجهة الإدارية مع المتعاقد معها على التحكيم في العقد الإداري،فيكون لكل

---

[١] د. مصطفى سالم النجيفي ، العقود الإدارية والتحكيم، الأفاق المشرقة للنشر والتوزيع،عمان، ٢٠١٠، ص٣٩.
[٢] د. عبد القادر الطوره، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨، ص٣٣.
[٣] د. احمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص١٥.
[٤] د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٢٦.
[٥] د. سامية راشد ،التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص٧٥.

منهما الخيار بين الالتجاء إلى القضاء أو الاتفاق على طرح النزاع على التحكيم ويكون الالتجاء إلى أحد الطريقين مسقطا للآخر[١], فإذا لم تكن الجهة الإدارية والمتعاقد معها غير مفروض عليهما بنص أو وفق نظام معين في حالة خلافاتهما اللجوء إلى التحكيم؛كان التحكيم اختياريًّا[٢], وهذا القسم"..من التحكيم يرتكز على أساسين؛هما إرادة الخصوم من ناحية، وإقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى"[٣].

أما التحكيم الإجباري في العقود الإدارية في هذا النوع يُخضع القانون- لاعتبارات معينه- الجهة الإدارية والمتعاقد معها إلى اللجوء للتحكيم للفصل النهائي في المنازعات الناشئة عن العقد الإداري, وبناء على هذا القانون الملزم بالتحكيم،لا يجوز لطرفي العقد الإداري اللجوء إلى القضاء للفصل في المنازعة الناشئة عنه[٤].

وقد ينص القانون على عدم جواز الالتجاء إلى المحاكم إلا بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم .ومثال التحكيم الإجباري في العقود الإدارية ما كان عليه التحكيم في منازعات القطاع العام في مصر[٥].

وإلزام الأطراف بالتحكيم الإجباري يخالف مبدأً من المبادئ المستقرة في الدساتير،إلا وهو مبدأ كفالة حق التقاضي أمام القضاء في الدولة والذي هو صاحب الولاية والاختصاص بالفصل في جميع المنازعات بين الأفراد والجماعات،فهذا المبدأ يعتبر من الحقوق الطبيعة الأساسية المكفولة للجميع، وعلى ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية هذه التحكيم الإجباري، تأسيساً على مخالفته لنص المادة ٦٨ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ والتي تنص على أنه : " التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا .... "[٦] .

---

١ فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني الوسيط في قانون القضاء المدني،مكتبة الكتاب الجامعي، القاهرة،١٩٩٣، ص ٣٧.

٢ د صوفي أبو طالب، مبادئ تاريخ القانون، مبادئ تاريخ القانون، مكتبة النهضة العربية،١٩٥٧، ص٧٩.

٣ مبادئ المحكمة الإدارية العليا منذعام ١٩٤٦م وحتى عام ١٩٨٥ إشراف د نعيم عطية وحسن الفكهاني-٧٢٥/١٠.

٤ د إبرا هيم أحمد إبراهيم،اختيار طريق التحكيم،بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث-تشرين الأول ٢٠٠٠، ص٧.

٥ د عبد الحميد الأحدب،موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الإسكندرية-دار المعارف،١٩٩٨، ص٤١٨ومابعدها.

٦ الحكم الصادر بتاريخ ١٧ من ديسمبر عام ١٩٩٤ في القضية رقم ١٣ للسنة القضائية ١٥.

ب . التحكيم المؤسس والتحكيم الحر : يكون التحكيم تحكيما مؤسسا (نظاميا Institutional)، عندما يكون له وجود دائم في كنف نظام قائم، بمعنى ان تتولاه هيئات أو منظمات دولية أو وطنية وفق قواعد وإجراءات محددة وموضوعة سلفا، وتحددها الاتفاقيات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد انتشر في القرن الأخير إنشاء مراكز تحكيم دولية دائمة، أو لها لوائح خاصة بها، واجبة التطبيق بمجرد اختيار مركز تحكيم معين للفصل في النزاع، وقد أصبحت كافة العقود النموذجية تتضمن جميعا نصوصا تقضي بفض النزاع الذي قد ينشأ بشأن تنفيذها عن طريق التحكيم الدولي[١] .

أما التحكيم الحر هو ذلك التحكيم الذي يختار فيه المتنازعون المحكمين ونظام عمل التحكيم في كل حالة دون التقيد بنظام دائم، فهو يجري في حالات فردية، ولا يختار فيه الأطراف هيئة تحكيم دائمة وإنما يلجئون إلى اختيار محكم أو أكثر بمعرفتهم، ثم يتولى هؤلاء المحكمون الفصل في النزاع المعروض عليهم ووفقا لما حدده لهم الخصوم من قواعد أو وفقا للقواعد العامة في التحكيم[٢].

ج . التحكيم الوطني والتحكيم الدولي : إن التفرقة بين التحكيم الوطني والتحكيم الدولي تبدو بسيطة إذا كان التحكيم يجري وفقا لاتفاقية دولية تبين في نطاقها معنى الدولية، إذ يجب عندئذ الأخذ بالمعنى الوارد فيها، والوضع كذلك إذا ما كان القانون الوطني يتكفل بوضع معايير دولية للتحكيم .

المطلب الثالث/ تقييم التحكيم/ أن التحكيم بشتى صوره وأنواعه له مميزات جوهرية تجعل منه نظاما ضروريا ملائماً لتسوية النزاعات التي يمكن أن تنشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية، إلا أنه مع ذلك توجد بعض العيوب التي قد تجعل منه نظاماً يلحق عديد من الأضرار التي تجعل التردد والحذر أمراً ملازما للأخذ بهذا النوع من التسوية، وسنستعرض مزايا وعيوب التحكيم في فقرتين مستقلتين.

أولاً– مزايا التحكـيم:

١. **التحكيم طريق سريع لفض المنازعات:** إن إجراءات التقاضي تحتاج إلى وقت وجهد كبيرين، كما أن تعدد درجات التقاضي تطيل أمد النزاع وهذه الإطالة فيها ضرر بطرفي النزاع كلاهما

[١] د. عصمت عبد الله الشيخ، المصدر السابق، ص١ .
[٢] د. عبد الحميد الشواي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٢٤.

فمن مصلحة الجميع أن يتم إنهاء المنازعات على وجه السرعة، ولذلك فإن نظام التحكيم سيكون أكثر ملاءمة من نظم التقاضي الأخرى [١].

٢. **التحكيم يوفر الخبرة والتخصص:** فالتحكيم يوفر للأطراف الحرية لاختيار المحكمون على أساس الثقة بهم وتوفر الخبرة، والتخصص لا يكون من الناحية القانونية فحسب بل من الناحية الفنية. فالتحكيم يرسخ الطمأنينة في مواجهة التعديلات التشريعية غير المتوقعة وهذا ما يبعث الطمأنينة في نفوس أطراف النزاع بعد التحكيم الطريق الوحيد أمام الأطراف لاسيما أذا بات اللجوء إلى القضاء مستحيلاً لفوات ميعاد رفع الدعوى[٢].

٣. التحكيم يحافظ على العلاقة الحسنة بين أطراف النزاع: إذ يعبر التحكيم عن المشاعر الطيبة التي يكنها كل طرف للأخر، في حين أن اللجوء للقضاء تعبير عن كراهية يحملها كل خصم للأخر ومحاولة الوصول إلى تحقيق حكم قضائي لمصلحته، فهو الطريق الذي أختاره كلا الخصمين بدلاً من التحكيم[٣]، لذا نجد أن الأطراف عندما يسلكون طريق القضاء ينظرون إلى الخلف، بينما ينظرون إلى الأمام في عندما يتجهون للتحكيم[٤].

٤. **السـرية:** ويمتاز التحكيم بأنه يحقق رغبة الأفراد في تجنب العلانية التي تتسم بها أحكام القضاء، ومن ثم يحافظون على أسرارهم، فالأصل في إجراءات التقاضي أمام المحاكم أنها علنية سواءً في حضور الجلسات أو في النطق بالأحكام . لكن نظام التحكيم بحكم سرية اجراءاته وخصوصيتها يحقق مصلحة الخصوم في الحفاظ على هذه السرية، خصوصا وأنه يتناول موضوعات االقتصادية ومعلومات قد يحرص الأفراد على كتمانها.

٥. **مواكبة الاتجاهات الدولية الحديثة:** فالتحكيم يعتبر الوسيلة المثلى لفض المنازعات الدولية الخاصة مع نمو المعاملات التجارية الدولية وزيادة عدد الشركات والمشروعات الدولية لانه بتقديمه لمحكمة خاصة محايدة لا تنتمي بوجه خاص إلى جنسية معينة يبعث على الثقة فيها وفى أحكامها.

---

[١] د. ناصر غنيم الزيد، الاستثمار واليات تسوية منازعته، ورقة عمل مقدمة بندوة الاستثمار وفرص تطوير القطاع الخاص، الكويت، ٢٠٠٦، ص ٣.

[٢] أحمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، ١٩٩٦، ص ١٣٥.

[٣] محي الدين علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، القاهرة،، 1986، ص١٠.

[٤] كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي وحتمية التحكيم، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٦٨.

ثانيا–عيوب التحكيم: بالرغم مما ذكر من مزايا للتحكيم فأنه لا يخلو من عيوب تحد من أهميته ومن هذه العيوب ما يأتي:

١. **إن التحكيم يتعارض مع سيادة الدولة المانحة**[١]: لا يجوز الأخذ بأسلوب التحكيم استناداً إلى مبادئ القانون العام التي تخول الدولة السلطة الاستثنائية في التصرف الملائم للمصلحة العامة ،. كما أن معاملة الدولة في إجراءات التحكيم معاملة الأفراد أو الشركات الخاصة يعد نوعا من المساواة غير المشروعة لأن في ذلك نزولا عن سيادتها ونزولا عن الامتيازات التي كفلتها لها قواعد القانون الدولي كسلطة عامة وكذلك التشريعات الوطنية خصوصا في الدول التي تأخذ بنظرية القانون الإدارى والعقد الإدارى مثل فرنسا، ومصر والعراق.

٢. **عدم تسبيب قرارات التحكيم ونشرها:** فعدم التسبيب وعدم النشر لا يكونان اتجاهاً عاماً في التحكيم يمكن الاسترشاد به ولا سوابق يمكن الاستعانة بها مستقبلاً[٢]

٣. **إن من عيوب التحكيم السرية المفروضة على إجراءاته وقراراته:** إن السرية التي أصبحت من معالم التحكيم التجاري الدولي هي التي تفسر قلة الإحصائيات المتعلقة به وندرة ما ينشر من قرارات المحكمين الأمر الذي يعوق الدراسات النظرية بشان التحكيم، كبحث مدى انتشاره وطبيعة المنازعات التي يلائمها، وهيئات التحكيم التي يفضل الالتجاء إليها، كما أن الإحجام عن نشر قرارات المحكمين يحول دون تكوين قضاء تحكيم يسهم في تطور قانون التجارة الدولية [٣].

٤. **ارتفاع نفقات التحكيم:** يرى المعارضون للتحكيم في أن التحكيم باهظ التكاليف خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع به عناصر أو أطراف تنتمي لدول متعددة وتتمثل هذه التكاليف في المقابل الذي يحصل عليه المحكمون، وأتعاب المحامين والمستشارين والممثلين القانونين والخبراء والمتخصصين وغيرهم، إلى جانب نفقات الانتقال بالطائرات من دول إلى أخرى ونفقات الإقامة وغيرها من المصروفات الأخرى الأمر الذي يجعل التحكيم مرتفع التكاليف والنفقات بدرجة كبيرة جدا إذا ما قورن باللجوء إلى القضاء الرسمي

٥. **عدم وجود الضمانات الكافية في المحكمين:** ذهب البعض إلى القول بأن اللجوء إلى التحكيم يحرم الأطراف من كثير من الضمانات التي أحاط بها القانون العمل القضائي من ذلك مثلا

[١] د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٩.
[٢] د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩١، ص ٨٦.
[٣] د. جورجي شفيق ساري، مصدر سابق، ص ٨٨.

التكوين العلمي والقانوني فالمحكمون يكونون غالبا من رجال الأعمال والمتخصصين في موضوعات معينة وخبرتهم أو ثقافتهم القانونية تكون ضحلة في غالب الأحيان مما لا يساعدهم على تحقيق العدالة المطلوبة مما يؤدى إلى ضياع بعض حقوق المتقاضين، كما أن اللجوء إلى التحكيم لا يجيز لمن صدر قرار التحكيم في غير صالحه رفع دعوى جديدة أمام القضاء، بل وفى كثير من نظم التحكيم لا يجيز له الاعتراض على قرار التحكيم إلا فقط عن طريق دعوى البطلان ولأسباب محددة على سبيل الحصر فيحرمه بذلك من ميزة وضمانة هامة بل وحق أصيل وهو اللجوء إلى القضاء والطعن في الأحكام.

المطلب الرابع/ مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت/ إذا كان نظام التحكيم قد تزايد في العلاقات الخاصة التي تقوم بين الأفراد العاديين بوصفه وسيلة لحل المنازعات الناشئة بينهم، فإن مدى جوازه بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية ومنها عقود الأشغال العامة قد أثار الجدل في الفقه والخلاف في القضاء، نظراً لكون التحكيم يمثل اعتداءً على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل بنظر هذه المنازعات طبقاً لنصوص قانونية صريحة، فضلاً عن تعارضه مع خصوصية العقود الإدارية التي تحكمها قواعد مغايرة عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص, هذا وقد تباينت في ذلك اتجاهات الدول ما بين مؤيد ومعارض، فهناك من أخذ بالاتجاه الذي يضيق الطريق على التحكيم بعده وسيلة لحسم المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، وهناك من أخذ بالاتجاه الذي يوسع الطريق أمامه، مع مراعاة بعض الشروط في هذا الصدد، وسنبحث هذه المسألة في كل من فرنسا ومصر والعراق وعلى وفق ما يأتي:

أولاً– مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت في فرنسا: مر الموقف من التحكيم في فرنسا بعدة مراحل نستعرضها على وفق ما يأتي:

١. مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية: حظر المشرع التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة وذلك بموجب المادة ٢٠٦٠ من التقنين المدني بعد تعديلها بقانون ٥ يوليو (تموز) ١٩٧٢، والتي تنص على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الخاصة بالجماعات العامة (الدولة والمحليات والمؤسسات العامة, ويجد الحظر مسوغا له في الخشية من عدم حماية مصالح الشخص العام في التحكيم عكس القضاء وكذلك في منع الأشخاص العامة في أن تظهر كأنها تتحدى القضاء. غير ان هذا الوضع التشريعي في شان هذا

الموضوع قد تطور عندما قرر القانون ٥٩٦ لسنة ١٩٧٥ إضافة فقرة جديدة للمادة ٢٠٦٠ من التقنين

المدني والتي تنص على " ومع ذلك فانه يمكن ان يصرح للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري . بموجب مرسوم . بأن تلجا إلى التحكيم"[١].

وقد تأيد هذا الحظر بالموقف المتشدد لمجلس الدولة الفرنسي في مسألة التحكيم في عقود العقود الإدارية، وتجلى هذا الموقف في العديد من الأحكام التي أصدرها مجلس الدولة منذ بداية القرن التاسع عشر وحتى أواسط القرن العشرين. وفي عام ١٩٨٦ اصدر مجلس الدولة في جمعيته العمومية رأيه بمناسبة التعاقد مع شركة دزني لاند الأمريكية قائلاً: (أنه وفقاً للمبادئ العامة للقانون لعام في فرنسا والتي أكدتها نصوص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٦٠ من القانون المدني انه – ما لم توجد استثناءات تستند إلى نصوص اتفاقية دولية يقررها ويتضمنها النظام القانوني الداخلي – فان الأشخاص المعنوية العامة لا يمكن أن تتحرر من القواعد التي تحدد اختصاص القضاء الوطني بأن تعهد إلى محكم لحل المنازعات التي تكون طرفاً فيها وترتبط بعلاقات النظام القانوني الداخلي) واعتبر هذا المبدأ عاماً ويشمل الأشخاص العامة جميعها أيا كانت المنازعات التي تكون طرفاً فيها[٢].

٢. **مرحلة التخفيف من حظر التحكيم في منازعات العقود الإدارية:** إزاء تشدد أحكام مجلس الدولة الفرنسي في مبدأ حظر التحكيم في المنازعات الإدارية، واختلاف اتجاه القضاء العادي عن مجلس الدولة، كان لزاماً على المشرع الفرنسي التدخل لتخفيف من شدة مبدأ حظر التحكيم في من خلال عدد من الاستثناءات والتي تقررت عبر فترات زمنية متعاقبة وعلى وفق ما يأتي:

أ. **الاستثناءات المتعلقة ببعض أنواع العقود الإدارية:** تعتبر عقود الأشغال العامة والتوريدات من أوائل الاستثناءات التي تقررت على مبدأ حظر لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة للتحكيم، وكان ذلك في عام ١٩٠٦ بموجب المادة ٦٩ من القانون الصادر بتاريخ ١٧ من أبريل عام ١٩٠٦[٣].

[١] . زكي محمد محمد النجار، مصدر سابق، ص١١٦.
[٢] د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٩، ص١٦ .
[٣] وليد محمد عباس يوسف، مصدر سابق، ص ٢١٥.

فقد نصت المادة ٦٩ من هذا القانون على جواز التحكيم وفقاً لأحكام الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية (حاليا الكتاب الرابع من قانون الإجراءات المدنية الحالي) لإنهاء المنازعات الخاصة بتصفية النفقات العامة المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالدولة والمقاطعات والبلديات.

ويلحظ أن هذا الاستثناء قد جاء مقيداً من الناحية الشكلية والموضوعية، فمن الناحية الشكلية لا ينطبق هذا القانون إلا على عقود الدولة والمقاطعات والبلديات، فهؤلاء الأشخاص قد ورد ذكرهم على سبيل الحصر. ومن ثم لا يجوز التوسع في تفسير هذا القانون بحيث يشمل أشخاص عامة أخرى لم يرد ذكرهم في هذا القانون. وينبني على ذلك عدم سريان نطاق تطبيق هذا القانون على عقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بالأشخاص العامة الأخرى مثل المؤسسات العامة، وهذا ما صرح به مجلس الدولة في حكمه الصادر بتاريخ ٢٨ من ابريل عام ١٩٤٨. ولقد وسع المرسوم رقم ٦٠ – ٧٢٤ الصادر بتاريخ ٢٥ من يوليو عام ١٩٦٠ من حقل تطبيق قانون ١٧من أبريل عام ١٩٠٦، إذ أدخل المشرع بعض الأشخاص المعنوية الأخرى في عداد الأشخاص العامة المسموح لهم باللجوء إلى التحكيم بخصوص تصفية النفقات المتعلقة بعقود الأشغال العامة والتوريدات. وهذه الأشخاص العامة الجدد هم : النقابات المشتركة، والنقابات المختلطة، والمراكز الحضرية، وقطاعات البلديات، والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية. أما فيما يتعلق بالناحية الموضوعية فيجب أن تكون المنازعة متعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة والتوريدات، ومن ثم لا يمتد نطاق تطبيق هذا القانون إلى المنازعات الأخرى التي قد تنشأ عن هذه العقود، وكذلك لا يمتد نطاق تطبيقه على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الأخرى حتى لو كانت المنازعة تتصل بتصفية النفقات المتعلقة بها تطبيقاً لقاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع في تفسيره[١].

ثانياً– مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت في مصر: تخضع عقود البوت في فض منازعاتها للتحكيم، فشركة المشروع تحرص على النص عند إبرام هذه العقود أن تخضع للتحكيم ويرجع ذلك لعوامل كثيرة سبق وان عرضنا لها، ويحدث ذلك على الرغم من تخوف فقه القانون الإداري بشأن عدم استيعاب المحكم . ولاسيما الأجنبي . لطبيعة العقد

[١] المصدر نفسه، ص ٢١٥ وما بعدها.

الإداري من جهة، واستبعاد تطبيق القانون الوطني وتطبيق القانون الأجنبي على العقود الإدارية ذات الطابع الدولي .

أخذ التحكيم في عقود البوت صورة شرط التحكيم، وهو ما يتفق مع نص المادة الأولى من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ معدلا بالقانون ٩ لسنة ١٩٩٧ التي تتحدث عن اتفاق التحكيم بصورتيه الشرط والمشارطة[١], على الرغم من إقرار المشرع باللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية إلا أن القضاء على نهجه القديم لا زال متخوفا من التسليم بهذا الإقرار على إطلاقه، إذ رأى مجلس الدولة بمناسبة عرض مشروع العقد المبرم بين هيئة الكهرباء وإحدى الشركات الأجنبية، لإنشاء محطة لتوليد الطاقة الكهربائية التضييق بقدر الإمكان من اللجوء إلى التحكيم باعتباره أسلوبا استثنائيا لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد، واقترح المجلس تعديل المادة ١٨ من العقد بحيث يكون نصها كما يأتي " تختص محاكم مجلس الدولة بنظر أي نزاع قد ينشأ بين الطرفين ويجوز استثناءا اللجوء إلى التحكيم في أي نزاع ينشأ بين الطرفين في أثناء تنفيذ العقد بموافقة الوزير المختص، وبأن تأخذ موافقة الوزير المختص على كل تحكيم قد ينشأ عن أي خلاف في أثناء مدة الالتزام".

ولا جدال في أن رأي مجلس الدولة حاول التوفيق بين أمرين : قبول مبدأ التحكيم من جهة، ومراعاة مصلحة الدولة من جهة أخرى، وذلك بان يكون الاتفاق على التحكيم لاحقا على نشوء النزاع، وان يكون الفصل في أي نزاع من اختصاص مجلس الدولة .

ثالثا– مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود البوت في العراق: لم ينظم المشرع العراقي مسائل التحكيم في قانون مستقل، بل خصص له الباب الثاني في قانون المرافعات المدنية المعدل رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩[٢].وقد شغلت نصوص التحكيم المواد من ٢٥١ إلى ٢٧٦

كما نصت المادة ٦٩ من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية التي أصدرتها وزارة التخطيط على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع بين رب العمل والمقاول في حالة عدم قبول القرار الذي يتخذه المهندس لحسم النزاع, كما أخذ قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل في المادة (٢٦) منه بالتحكيم بوصفه وسيلة لحل المنازعات التي

[١] د د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٩٢.

[٢] د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٨، ص ٢٧٣.

تنشأ عن تطبيق هذا القانون. كما أجازت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ في المادة (٨/ثانيا/أ) منها اللجوء إلى التحكيم سواء أكان داخلياً أم خارجياً.

أما بالنسبة لموقف المشرع في اقليم كوردستان فيمكننا القول بأن الحكم الذي جاء به قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل يسري بالنسبة للموقف في الإقليم، وفضلاً عن ذلك تسري أيضاً الأحكام التي جاءت بها المادة (٦٩) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية. كما أن قانون الاستثمار رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦ أجاز في المادة (١٧) منه أمكانية اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات الناشئة بين أطراف عقد الاستثمار. وأخيرا فإن المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١١ أجازت إمكانية اللجوء إلى التحكيم سواء أكان داخلياً أو خارجياً.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث فقد توصلنا عدد من النتائج والتوصيات والتي نستعرضها على وفق ما يأتي:

الاستنتاجات :

١. يعد عقد البوت صورة مستحدثة لعقود امتياز المرفق العام التقليدية، ويقوم مفهوم هذا النوع من العقود على أساس قيام المستثمر الخاص بإنشاء وتسيير المرفق من المرافق العامة ثم إعادتها إلى الدولة في نهاية مدة العقد، حصوله على العائدات التي يدرها المرفق من خلال الرسوم التي يدفعها المنتفعون من المرفق او من خلال بيعه للخدمات التي يقدمها المرفق للجهة الإدارية نفسها.
٢. يحقق عقد البوت عديد من المزايا التي جعلته يلقى رواجاً كبيراً في الكثير من الدول.
٣. اختلف القضاء والفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقد البوت، فذهب قسم من الآراء إلى عده عقد من القانون الخاص، وتبنى قسم أخر فكرة الطبيعة الإدارية لعقد البوت، في حين اتجه آخرون إلى عده من طبيعة خاصة.
٤. تميز تطبيقات الدول لعقد البوت بتبني عديد من المفاهيم الجديدة والغريبة عن فكرة العقد الإداري، ومن أهم هذه المفاهيم إمكانية تسوية المنازعات التي يثيرها هذا النوع من العقود بطرق وأساليب غير قضائية، ومن ثم فهذه المنازعات سوف لا تخضع لولاية القضاء الإداري.

٥. تتمثل الأساليب القضائية بنوعين، النوع الأول يتمثل بالأساليب الودية وتتمثل بالمفاوضات والتوفيق والوساطة والمحاكمات المصغرة.
أما النوع الثاني فيتمثل بأسلوب التحكيم.
٦. يقصد بالأساليب البديلة الودية أية طريقة يتم بواسطتها اللجوء إلى طرف ثالث محايد بدل اعتماد الدعوى القضائية، وذلك من أجل تقريب وجهات النظر، وإبداء الآراء الاستشارية التي تتيح الوصول للحل بهذه الطرق والأساليب.
٧. اثبت التطبيق العملي تحقيق الأساليب البديلة الودية للكثير من المزايا ومنها السرعة والاقتصاد في النفقات والسرية فضلاً عن المحافظة على استمرار العلاقة الودية بين أطراف العقد.
٨. أما بالنسبة للتحكيم فيقصد به لجوء أطراف العقد إلى طرف ثالث غير القضاء لتسوية المنازعات التي وقعت أو ستقع بينهم في المستقبل بحيث يكون لهذه التسوية أثر ملزم لهذه الأطراف.
٩. استقرت التشريعات الحديثة معظمها على القبول بالتحكيم طريقاً لتسوية منازعات العقود الإدارية وكان عقد البوت في مقدمة العقود التي طبق أسلوب التحكيم بصددها.
١٠ـ لا يوجد في العراق بيئة تشريعية وتنظيمية متكاملة خاصة بالتحكيم عموماً وفي مجال العقود الإدارية على وجه الخصوص .

التوصيات:

١. ندعو المشرع العراق إلى سن قانون ينظم اللجوء إلى الأساليب البديلة الودية متضمناً بيان هذه الأساليب، وكيفية تطبيقها ولجوء جهات الإدارة إليها.
٢. ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون خاص ينظم موضوع التحكيم، على أن يتضمن فصلاً خاصاً بالتحكيم في منازعات العقود الإدارية.
٣. ندعو المشرع العراقي إلى أن يضمن القانون الخاص بالتحكيم في العقود الإدارية فقرة تنص على خضوع المنازعات الخاص بهذا النوع من العقود للقانون العراقي وذلك لضمان بقاء هذا النوع خاضعاً لنظرية العقد الإداري التي يعترف بها القانون العراقي.
٤. ندعو المشرع العراقي إلى سن قانون ينظم عقد البوت لما يمثله هذا العقد من أهمية في تحقيق التنمية في العراق.

٥. ندعو المشرع العراقي إلى إلغاء تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠١٤ والقيام بدلاً من ذلك بسن قانون متكامل ينظم طرق إبرام العقود الإدارية لاسيما طريق المناقصات العامة، باعتبار أن المشرع وحده المسؤول والأقدر على القيام بهذه المهمة.

المصادر

اولا :الكتب:

١. د. احمد ابو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧.
٢. د. أحمد رشاد محمود سلام، عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٣. د. أحمد عبد الكريم سلامه، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة طبع.
٤. د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٨٨.
٥. د. الياس ناصيف، عقد ال BOT، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٦.
٦. د. جابر جاد نصار - التحكيم فى العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٧. د. جيهان حسن سيد أحمد، عقد البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٨. د. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩١.
٩. د. سامية راشد، .التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
١٠. د صوفي أبو طالب-مبادئ تاريخ القانون -مبادئ تاريخ القانون-مكتبة النهضة العربية،١٩٥٧.
١١. د عبد الحميد الأحدب-موسوعة التحكيم في البلاد العربية-الإسكندرية-دار المعارف-١٩٩٨
١٢. د. عبد الحميد الشواي، التحكيم والتصالح في التشريعات المختلفة في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
١٣. د. عصام أحمد البهجي، التحكيم في عقود البوت، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
١٤. د. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
١٥. د. عزيز الشريف، التحكيم الإداري في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٩٣.
١٦. د. عمرو أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العام طبقاً لنظام B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
١٧. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني الوسيط في قانون القضاء المدني-مكتبة الكتاب الجامعي –القاهرة-١٩٩٣.
١٨. د. ماهر محمد ماهر، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.
١٩. د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
٢٠. محمد بهجت عبد الله قايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢١. د. محمد بدر الدين مصطفى، المفاوضات الدولية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٩.
٢٢. د. محمد محمد عبد اللطيف، الاتجاهات الحديثة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
٢٣. محمود مختار أحمد بريري : التحكيم التجاري الدولي،دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٢٤. د. مصطفى محمد الجمال، د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، بلا دار نشر، ١٩٩٨.

ثانيا:الاطاريح والرسائل الجامعية:

١. د. أحمد صالح على مخلوف : أتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠
٢. خالد بن محمد عبد الله العطية، النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٩.
٣. دويب حسين صابر عبد العظيم، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٦
٤. رشدي صالح عبد الفتاح صالح، دور البنوك في تمويل مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٥.
٥. د. زكي محمد محمد النجار، نظرية البطلان في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨١.
٦. د. عبدالقادر الطوره، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٨.
٧. د. محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الإداري عبر الحدود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، ١٩٩٩

ثالثا: البحوث:

١. د إبرا هيم أحمد إبراهيم -اختيار طريق التحكيم- بحث منشور في مجلة التحكيم العربي-العدد الثالث-أكتوبر ٢٠٠٠.

٢. د. مازن ليلو راضي، التطور الحديث لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية البوت B.O.T، مجلة حقوق كلية الحقوق، جامعة النهرين،العد ٨، المجلد ١٢، السنة ٢٠٠٥.

٢. د. هاني صلاح سري الدين، د. هانى صلاح سرى الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد ٦٩، ١٩٩٩.

رابعا:المصادر الأجنبية:

1. Chapus Droitadministratif.T.l,Montchrestien ,1996
2. . David, L'arbitrage dans le commerce international, Economica 1982.
3.le choix du jugedansle contentieux des contrats administratif A.J.D.A.20,mai 1992
4. J. Robert, Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne, Sirey 1937.
5. Rene, David: l'arbitragedansle commerce interenational , parissconomica, 1982.
6. SAMAY ABD EL BAKH: Les projets Internationaux . De Construction Menes Selon La Formul (B.O.T) Droit Egyptien droit Francais, 2000, Paris