عقود البوت (B.O.T)
والجوانب الخاضعة للقانون الخاص فيها

أ.م.د. صلاح كريم جواد الخفاجي

نبذة عن الباحث :
تدريسي في جامعة الكوفة .
له العديد من البحوث المنشورة . والاشراف على عدد من رسائل الماجستير .

BOT contracts (B.O.T)
And aspects of private law therein

المقدمة

يحتاج بناء الدولة بمفهومها الحديث إلى وجود إقتصاد وطني يستطيع تلبية حاجات المجتمع المتنامية نوعاً وكماً . ولا تأتي هذه المواكبة لمتطلبات المجتمع إلا بوجود خطط تنموية تأخذ بنظر الإعتبار الإمكانات التي يمكن توفيرها لتنفيذ هذه الخطط ، والغاية من ذلك توفير الموارد المالية والإمكانات البشرية والبنى التحتية .

وتعاني الكثير من الدول ، لا سيما النامية منها ، من قلة الموارد المالية وضعف الإمكانات البشرية وهزالة البنى التحتية إن لم تقترب من العدم .

وحيث أن حاجات المجتمعات تتراكم إذا لم تواكبها خطط تنموية قابلة للتنفيذ الأمر الذي قد يقود الدولة إلى الإنهيار والمجتمع إلى التفكك .ولمعالجة ذلك في ظل هكذا ظروف كان لابد من إيجاد وسائل بديلة لما هو سائد ، تتعاطى مع الواقع الاقتصادي لهذه البلدان ، لا سيما التمويل لإنجاز مشاريع إستراتيجية لا يتوفر تمويلها كما لا يمكن تنفيذها من قبل الدولة ومؤسساتها ، لذا كان لابد من الإستعانة بالقطاع الخاص بإعتباره رافد مهم في الإقتصادين الوطني والدولي ، حيث تعدى دوره من دور الشراكة في إدارة وإستثمار المرفق العام إلى تمويله ، بل قيامه ببناء مشاريع مرفقية غير موجودة أصلاً وفقاً لنظام تمويل المشاريع Project Financing Initiative [1] .

حتى أصبح إسناد تنفيذ هذه المشاريع الكبرى الى القطاع الخاص كبيراً وبأشكال متعددة في وقت ظهرت فيه سياسة الخصخصة التي كان يتخوف مما تتركه من آثار سلبية ولدت عدم رغبة لدى بعض الدول من أن تتنازل

عن ملكية مشاريعها الأساسية [٢] ، أو ترك تشغيلها وإدارتها الى شركات خاصة كبرى . إن ما ساهم في دفع العديد من الدول إلى البحث عن صيغ جديدة لتمويل المشاريع الكبيرة وتنفيذها إتجاه الاقتصاد العالمي نحو العولمة ، أي تحرير التجارة الدولية من القيود التي تعرقل نموها ، الأمر الذي دفع العديد من الدول – في ظل ندرة الموارد المالية –للإنسحاب التدريجي من النشاط الإقتصادي التدخلي ومنح القطاع الخاص دور أهم في مجال الإستثمارات الوطنية [٣] وهذا التوجه من الدول إنما جاء بسبب عدم قدرة ميزانياتها من تلبية متطلبات الحياة المعاصرة فوجدت في هذا التوجه خلاصاً لتوفير البنى التحتية من طرق ومستشفيات ومحطات كهرباء [٤] ، على أن الكثير من الدول تستبعد بعض القطاعات الإستراتيجية من التنفيذ عبر هذا الطريق لأهميتها بالنسبة للدولة كالإنتاج الحربي والقضاء [٥] . لقد تعددت عقود البناء ، كما سيأتي بيانه ، وكان من أبرز صوره عقد البناء والتشغيل والتمويل أو نقل الملكية Build Or Perate And Transfer ، حتى عد هذا العقد هو الأصل والأخرى أشكال له صيغت بطريقة تتوافق مع الظروف الاقتصادية والسياسية للدول ومدى حاجتها إلى التمويل ونقل التكنلوجيا وتطوير ما لديها من مشاريع[٦] . لقد إختلفت التشريعات وكذلك مواقف الفقه والقضاء في توصيف هذا الإسلوب من تنظيم إلى عقد ومن ثم أختلف بخصوص تصنيفه كعقد ، هل هو عقد من عقود القانون العام أو عقد من العقود التي تخضع للقانون الخاص مع ملاحظة وجود إختلاف داخلي ضمن هذه التوصيفات . ومع كل ذلك يبقى عقد البوت (B.O.T) ينظم نشاطاً مثلما تخضع بعض جوانبه للقانون العام فإن البعض الآخر يخضع للقانون الخاص وهو ما سيكون ضمن محاور هذا البحث .

إشكالية البحث :

تثير الطبيعة القانونية لعقد البوت الكثير من الجدل الفقهي إلا أن المؤكد والمتفق عليه قانوناً أن الكثير من الجوانب التي يتضمنها العقد بدءاً من المفاوضات وإنتهاءاً بإنهائه تخضع لقواعد القانون الخاص ولا سيما القانون المدني الأمر الذي يحتاج إلى تسليط الضوء على هاتين المسألتين للإطلاع على هذا الجدل ومن ثم تلمس توصيف دقيق لهذا الإسلوب الذي توخينا عدم تصنيفه مقدماً كي لا نصادر المتابعة للآراء المطروحة وبعدها سنحدد طبيعته وأي القواعد التي يخضع لها كلياً وجزئياً. ومما يلاحظ هنا أن تطبيق عقد البوت ينسجم مع مبدأين إقتصاديين مهمين [٧] :

الأول / مسؤولية الدولة عن توفير الخدمات الجماعية الكاملة الأمر الذي أكده النظامان الرأسمالي والإشتراكي معاً وإن إختلفا في مدى هذه المسؤولية في كل منهما وكيفية النهوض بها .

الثاني / تعزيز دور القطاع الخاص بما فيه المصارف في دعم دور الدولة في تأمين الموارد المالية العامة لإنجاز مشاريع تنموية تساهم في تحولها نحو إقتصاد السوق وتحررها من القيود المعرقلة للإستثمار ولتتوافق مع ما رافقها من بروز أنظمة جديدة مختلف عليها منها نظام العولمة .

أهمية البحث :

إن أهمية البحث في طبيعة عقد البوت وبيان أهم الجوانب التي تخضع للقانون الخاص ستعطي صورة واضحة عن هذا العقد والقواعد التي تحكمه الأمر الذي سيسهل تنظيمه ومعرفة حقوق وإلتزامات أطرافه بصورة دقيقة ومن ثم الدفع بإتجاه أن يوظف بما يجعل تطبيقه يثمرنتائج إيجابية من خلال ضمان تنفيذ مشاريع لا تجد لها تمويلاً من ميزانيات الدول وعدم المس بمقدراتها في ذات الوقت ووفق صياغات دقيقة.

منهجية البحث :

إن الإسلوب العلمي الذي نرى صحته في نطاق بحثنا هذا سيتضمن إستعراض المعلومات والأفكار المختلفة وتقاطعاتها والحجج التي تستند إليها من خلال تحليل علمي موضوعي هدفه الوصول إلى حقيقة هذا الإسلوب والتوصيف الأنجع له ومن ثم معرفة إلى أي من القواعد التي يجب أن يخضع

لها ومبررات ذلك . ولأجل الإحاطة بجميع جوانب موضوع البحث سنتناول في الفصل الأول نشأة عقد البوت وخصائصه وأشكاله . وسنوزع الفصل على مبحثين ، نتناول في الأول نشأة عقد البوت وفي الثاني سنبين خصائصه وأشكاله ومن ثم الولوج في الفصل الثاني الذي نبحث فيه التكييف القانوني لعقد البوت والذي سنوزعه على مبحثين ، نتناول فيهما ، الجدل القانوني حول طبيعة عقد البوت باحثين إعتباره من عقود القانون العام والتحديدات الأخرى لطبيعته في مبحث أول ، في حين سنخصص الثاني للإتجاه الذي يرى بأنه من عقود القانون الخاص . أما الفصل الثالث فسنبحث فيه الجوانب التي تخضع للقانون الخاص في عقد البوت ومفصلين ذلك في مبحثين . نتناول في الأول بناء العقد وتوافر أركانه ، والثاني فسنتعرض فيه الى مدى خضوع بعض الجوانب المهمة للقانون الخاص.

الفصل الأول: نشأة عقد البوت (B.O.T) وخصائصه وأشكاله

يعتبر عقد البوت من العقود حديثة النشأة ، إذ ظهر نتيجة للتطور الذي حصل في مختلف مناحي الحياة لاسيما في الميدان الإقتصادي وفي عقود التجارة العابرة للحدود على وجه الخصوص .

لقد كان لهذا العقد خصائص ميزته عن بقية العقود . كما ظهرت له أشكال تتناسب ومتطلبات المشاريع التي يجري تنفيذها بواسطته .

ولبيان ذلك سنتناول مواضيع نشأته في مبحث أول وخصائصه في مبحث ثان فيما سنأتي على أشكاله في مبحث ثالث .

المبحث الأول: نشأةعقد البوت B.O.T

لابد لنا ان نبين كيفية ظهور عقد البوت ، وهذا ما سنبحثه في المطلب الأول ، وسنأتي على التعريف به في المطلب الثاني ، فيما سيكون الثالث مجالا للحديث عنه في العراق .

المطلب الأول: ظهور عقد البوت

لم يكن إصطلاح البوت إصطلاحاً قانونياً بل هذا إفراز لواقع عملي ناتج عن تطور أساليب الإستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى وتنوع أشكال التنمية الاقتصادية في مختلف دول العالم [٨] . ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن بدايات أنظمة البناء تعود إلى القرن السادس عشر من خلال عقود الإمتياز التي عرفتها تلك الحقبة [٩] . ويرجع الفقه [١٠] جذور عقود البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) إلى ما يعرف بعقود الإمتياز[١١]. ويقول البعض إلى أن أول ظهور لمصطلح عقود البناء والتشييد كان على لسان توركوتأوزال رئيس الوزراء التركي عام ١٩٨٠ [١٢]بعدما كان قد عقد إجتماعاً برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص شارحاً لهم إستراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي وفقاً لبرنامجه الإنتخابي الذي طرحه حيث فاز في الانتخابات ، والذي تمحور حول إسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية إلى القطاع الخاص بموجب نظام (B.O.T) ، إضافة إلى تطبيق برنامج الخصخصة ليكون توجهاً إقتصادياً جديداً في تركيا [١٣] . ويرى العديد من الباحثين إن أول ظهور لعقد البوت كان في فرنسا عندما عهدت الحكومة الفرنسية إمتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة (الأخوة بيرييه) وهي شركة خاصة توسعت أعمالها إلا أن تطور الأحداث السياسية في فرنسا بعد قيام الثورة الفرنسية دفع المدينة على إلغاء الإمتياز . وقد أخذ هذا النظام بالإنتشار في فرنسا عام ١٩٣٠ وإمتد ليشمل إسبانيا وإيطاليا وألمانيا . يذكر إن أول وأشهر مشروع في العالم لعقد البوت هو مشروع قناة السويس في مصر بموجب عقد أبرم في العام ١٨٥٤ والتي أفتتحت عام ١٨٦٩ وكانت مدة العقد ٩٩ عاماً إلا أن الإمتياز أنهي عام ١٩٥٦ أي قبل ثلاثة عشر عاماً عندما أممت قناة السويس في عهد الرئيس الراحل جمال عبد الناصر [١٤] . ويشار دائماً إلى أن التطور اللافت في نظام البوت في العهد

الحديث كان الإتفاق المبرم بين الحكومتين البريطانية والفرنسية من جهة وشركة يوروتانال(Eurotunnel) لتنفيذ نفق المانش (The Channel Tunnel) عام ١٩٨٤ [١٥] .

المطلب الثاني: التعريف بعقد البوت (B.O.T)

يعد عقد البوت (نوعاً من الإستثمار الذي يتولى فيه القطاع الخاص إقامة وتشغيل مشروع بنية تحتية ، كان من المعتاد أن يقوم ببنائه وإدارته القطاع العام ، أو الحكومة ، على أن يتم تحويله مرة أخرى إلى الحكومة ، بعد فترة كافية يتم فيها إسترداد رأس المال المستثمر ، وتحقيق عائد معقول)[١٦]. وعرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري (الأنيسترال) البوت بأنه (شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة زمنية محددة أحد الإتحادات المالية تسمى بشركة المشروع) . ويأتي هذاالإمتيازاً لتنفيذ مشروع معين على أن تقوم الشركة المذكورة بالبناء والتشغيل والإدارة لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع وإستغلاله تجارياً على أن تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية مدة الإمتياز)[١٧] . كما عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدوUnido) بأنه إتفاق تعاقدي يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة ، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق ، لتمكين ذلك الشخص من إسترجاع الأموال التي إستثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الإستثمار وفي نهاية المدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم إختيارة عن طريق الممارسة العامة [١٨] . وتركز معظم تعريفات الفقه والمنظمات الدولية على مسائل محددة أهمها [١٩] :

١- يصلح نظام البوت B.O.Tللإستخدام في المشروعات الخاصة والعامة .
٢- تختص شركة المشروع بعملية الإنشاء والتشغيل والإدارة والصيانة حصراً طوال المدة المقررة .
٣- يمكن أن تكون شركة المشروع شركة خاصة واحدة أو تتكون من عدة شركات خاصة محلية أو دولية ، حيث يعد بوجود الشركات الدولية أحد نماذج إدارة الأعمال الدولية .

ويتكون مصطلح البوت من ثلاث كلمات هي [٢٠] :

- Build: وتعني البناء أو الإنشاء ويرمز لها بحرف B الذي تقوم به شركة المشروع Project Company.
- Operate : وتعني التشغيل أو الإدارة ويرمز لها بحرف O حيث تعهد شركة المشروع إلى إحدى الشركات المتخصصة بالقيام به من خلال إتفاقية تسمى Operating Contract .
- Transfer : وتعني الإعادة أو التسليم ويرمز لها بحرف T .

وهناك من يرى أن هذه المفردات غير دقيقة ويفضل إستخدام مفردة (تمكين) على أساس أن المالك لا يفقد ملكية العين وكذلك (إقامة) بدلاً من بناء لأنه أعم وأوفى مع إغفال إستخدام مصطلح إعادة للسبب المتعلق بمفردة الملكية [٢١] . ونتفق مع ما ذهب إليه جانب من الفقه [٢٢] من المطالبة بإطلاق مصطلح (عقود التشييد والإستغلال والتسليم) لكون كلمة التشييد أشمل من كلمة (بناء) كما أن كلمة الإستغلال أكثر دقة من التشغيل إذ قد ينحرف الفهم إلى إحتمال التشغيل لمصلحة الجهة المانحة بآلية خاصة بينما المستغل تأتي أكثر تحديداً وبياناً للدور الذي يضطلع به المستثمر لإستعادة أموال المشروع مع هامش من الربح . وبخصوص مفردة التسليم فإنها تفسر ما تقوم به شركة المشروع بعد إنتهاء مدة الإستغلال عندما تنفذ إلتزامها بتسليم المشروع لأنها لم تكن مالكة له أصلاً . ويعد هذا العقد من عقود الدولة إذا ما أبرمتها أو إحدى مؤسساتها مع شخص خاص أجنبي طبيعي أو معنوي يلتزم بمقتضاه بنقل قيم إقتصادية إلى الدولة ذاتها تقوم بإستغلالها على أرضها في صيغة مشروعات تتعدد نماذجها وفقاً للخطط التنموية فيها وفي

ذات الوقت يحقق المتعاقد الأجنبي ربحاً غالباً ما يستمر طويلاً [٢٣] . وعلى آية حال فإن عقد البوت ما دام أحد أطرافه أجنبياً وحيث أنه يقوم على إنشاء مشاريع إستثمارية تقوم بها شركات دولية سيصاحب ذلك نقل للأموال والتكنلوجيا عبر الحدود ، وأياً كان موقف الفقه والقضاء في الدولة التي يجري تنفيذ العقد على أراضيها فإنه يعد من عقود التجارة الدولية من الناحية الفعلية على الأقل [٢٤] . وبخصوص مدى مشروعية عقود البوت في الفقه الإسلامي يشير البعض إلى عدم وجوده وعدم قبول القول به على أساس أن الأصل في المعاملات والعقود الحظر ، لأن القول بإباحة العقود ، وفقاً لهذا الرأي ، تحد لحدود الله لأنه إباحة لما منعه . ويقول آخرون بأن الأصل في المعاملات والعقود عدم التحريم . وعلى الرغم من أن الفريقين يستشهدان بما يقولانه بأدلة من القرآن والسنة وفق تفسيرهما . إلا أن المرجح هو القول بالإباحة [٢٥] . ويذهب البعض إلى القول بأن عقود البناء لم تكن غائبة عن فكر الفقهاء القدامى ، بل أن هذه العقود ، حسبما يرون ، ما هي إلى تطوير غربي لمنتج إسلامي ، إذ تعد هذه العقود تطويراً غربياً لبعض أساليب تثمير أموال الفقه ، وهي جزء مما إستحدثه الفقهاء المتأخرون بما يعرف بالأساليب غير التقليدية [٢٦] . أن تقبل هكذا عقود مرده وجوب النظر إلى كل إتفاقية مركبة من مجموعة عقود تهدف بصورتها الجامعة إلى تحقيق وظيفة معينة كوحدة واحدة ويتفق ذلك مع التوجه الفقهي الإجتهادي [٢٧] وعلى ضوء ذلك وبناءاً على حرية التعاقد في الإسلام يمكن إعتبار عقد البوت من العقود المستحدثة غير المسماة ولا ضير من تسميته بالبوت كأعجمي معرب وفقاً للإصطلاح الذي يطلق عليه ، ولذلك نجد قبول العديد من المؤسسات ذات الطابع الإسلامي بتطبيقه عند إستثمار الأملاك الوقفية كما يشير إلى ذلك التطبيق الحاصل في لبنان وكذلك الحال في السودان والإمارات [٢٨] . يذكر في هذا المجال أن العديد من الفقهاء من يقرب عقود البوت من نظام الوقف في الإسلام [٢٩] .

المطلب الثالث: عقد البوت (B.O.T) في العراق

إن الحديث عن عقود البوت مرتبط بطبيعة النظام السياسي القائم وفلسفته السياسية والإقتصادية لأن مسألة وجود مثل هذه العقود له صلة بمدى قبول النظام السياسي لمساهمة القطاع الخاص في الإقتصاد الوطني . ولذلك فإن مسألة وجود الصعوبات التي تواجه تطبيق أسلوب أو صيغة البوت (B.O.T)لا يمكن إغفالها الأمر الذي يتطلب إيجاد معالجات لها [٣٠] . ولغرض معرفة ذلك لابد من التطرق إلى هذه المسألة ، أي التعرف على الأحوال السائدة في أي بلد ومنها العراق خلال الفترة التي تبدأ بقيام الدولة العراقية بشكلها الحديث في مطلع القرن العشرين ولحد الآن [٣١] .

الفرع الأول ـ مرحلة التأسيس : وتبدأ هذه المرحلة بالعام ١٩٢١ عندما نصب الملك فيصل الأول ملكاً على العراق وتشكلت أول حكومة عراقية وصدر القانون الأساسي العراقي عام ١٩٢٥ الذي يعد أول دستور عراقي . لقد تميزت هذه المرحلة بتبعية الحكم الملكي للنفوذ البريطاني الذي كان له الدور الأساس في إرساء الإقتصاد الحر في الدولة العراقية وهو الإقتصاد الذي كان سائداً وفي أوج سطوته آنذاك ، حيث سمح للقطاع الخاص بممارسة نشاطه لإشباع الحاجات العامة من خلال إصدار قانون تشجيع المشروعات الصناعية رقم ١٤ لسنة ١٩٢٩ والذي تضمن إقرار مجموعة من الحوافز للمشروعات الصناعية من ضمنها إعفائها من الرسوم الجمركية والضرائب . كما كان القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٣١ من أبرز القوانين التي صدرت بعد ولادة الدولة العراقية الحديثة والذي سمح بموجبه للبلديات في إنشاء مؤسسات تجارية وصناعية كمشروعات القوة الكهربائية والترامواي وبما يأتي بفائدة للناس . وبعد ذلك تم تأسيس مصلحة بلدية العاصمة وفقاً للقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٣٨ [٣٢] وبموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٠ [٣٣] أستحدث مجلس الإعمار [٣٤] .

الفرع الثاني ـ مرحلة الحكم الجمهوري : وهي المرحلة التي تبدأ مع ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ وإنتهاءاً بالإحتلال الأمريكي للعراق عام ٢٠٠٣ . وقد إتسمت هذه المرحلة بأول ظهور للأفكار والقرارات ذات الطابع الإشتراكي ، حيث صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ الذي أعاد صياغة العلاقات الزراعية وتحديد الحد الأعلى للملكية الزراعية ، كما جرى تأميم قطاعات كاملة من وسائل الإنتاج بموجب القرار رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٢ الذي نقل ملكية المشاريع من القطاع الخاص إلى القطاع العام ، ومن ثم صدور قانوني رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ و٧٠ لسنة ١٩٧٣ المتضمنين تأميم النفط . ولذلك أخذ دور القطاع الخاص بالضعف لا سيما في مجال القطاعات الكبرى التي تولتها الدولة وكذلك بناء علاقات سياسية وإقتصادية مع دول المعسكر الإشتراكي آنذاك لاسيما الإتحاد السوفيتي السابق والصين . مما زاد في ضعف دور القطاع الخاص الحروب التي خاضها العراق وإنعكست سلباً على جوانب الحياة المختلفة ، إبتداءاً من الحرب العراقية الإيرانية التي عرفت بحرب الخليج الأولى ومن ثم حرب الخليج الثانية التي أعقبها حصار إقتصادي صارم فرضته الأمم المتحدة بتأثير غربي إمريكي ، الأمر الذي أهلك الاقتصاد العراقي بما فيه القطاع الخاص إذ شهد الاقتصاد العراقي تراجعاً كبيراً خلال هذه الفترة التي لم تعرف نشاطاً ملموساً للقطاع الخاص . إلا أن ما يؤشر إستمرار صدور التشريعات المختلفة التي تضمنت وضع أسس المؤسسات الاقتصادية والصناعية وإلى أن صدر قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ والتي أصبحت جميع الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع الإشتراكي والممولة ذاتياً ونشاطها إقتصادي إلى شركات عامة وهو ما نصت عليه المادة ٤٠ من القانون [٣٥] .

الفرع الثالث ـ مرحلة الاحتلال الأمريكي عام ٢٠٠٣ وما بعدها : لقد شهدت هذه المرحلة إعادة فرض الاقتصاد الحر في العراق من خلال ما صدر من أوامر مما يعرف بسلطة الإئتلاف المؤقتة حيث ألغيت العديد من التشريعات وجمدت الأخرى كما أضحت بعضها دون أن يكون لها ميدان للتطبيق . لقد إستمر الحال بإضعاف القطاع الخاص وعدم منحه الفرص الحقيقية ليأخذ دوره الفاعل في تنشيط الاقتصاد العراقي بسبب عدم إستقلالية القرار العراقي حيث إستمر تأثير النفوذ الأمريكي وعدم صياغة تشريعات تواكب التغيير الحاصل ، بالإضافة الى السياسات الخاطئة التي إنتهجتها الحكومات المتعاقبة بعد العام ٢٠٠٣ وما رافقها من فوضى أمنية وسياسية وإنتشار ظاهرة الإرهاب وإمتدادها ، بل وتركيز ميدان نشاطها في العراق والمنطقة الأمر الذي أهلك الاقتصاد العراقي . وقد جاء هبوط أسعار النفط عالمياً ليشل الوضع الاقتصادي من خلال توقف المشاريع الإنتاجية ـ على ضعفها ـ وعدم وجود خطط تنموية نتيجة لكل ما سبق الأمر الذي لا يدع مجالاً للحديث عن دور فعال للقطاع الخاص في إقامة مشاريع كبرى على الرغم من أن الأرضية خصبة لضعف ميزانية العراق الحالية . إذ لم تشهد الساحة العراقية تطبيق لعقود البوت إنما نفذت بعض المشاريع بطرق عبثية غير واضحة المعالم، تبدوا للمراقب إنها تقترب من تطبيقات عقود البوت ومنها إنشاء مطار النجف الأشرف الدولي الذي هو عقد إستثمار إفتقد الصياغة القانونية الدقيقة ومشاركة مجلس محافظة النجف الأشرف برأس المال مما أسيغ عليه صفة المستثمر كما أن الغموض هو الصفة الغالبة على هذا العقد لاسيما من ناحية حقوق وإلتزامات الطرفين كل من مجلس المحافظة وشركة العقيق للتجارة العامة Aviation Holding والتي يعد هذا العقد أول إجازة إستثمار في المحافظة وفقاً لقانون الإستثمار العراقي النافذ رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ [٣٦] . ولا توجد تطبيقات لعقود البوت كأداة لتمويل وتشغيل وإدارة مرافق البنية الأساسية في العراق وذلك لعدم توفر متطلبات تطبيقها وهي المتطلبات القانونية كنصوص دستورية وتشريعات منظمة ، كما لا تتوفر المتطلبات الهيكلية (المؤسسية) حيث تتوزع المؤسسات وتتداخل الأمر الذي يجعل فرص الإستثمار غير متاحة لزيادة كلفة المشروع ناهيك عن الفساد

الإداري والمالي الذي ينهش بالدولة ككل .كما أن المتطلبات الاقتصادية من بنية إقتصادية سليمة وآمنة وإقتصاد مستقر لم تتوفر، بالإضافة الى غياب مبدأ المنافسة وكثرة العراقيل القانونية والإدارية ، وكذلك غياب الوعي الاجتماعي لأهمية ودور عقود البوت في المساهمة في إنماء البنية الأساسية ، كل ذلك أدى إلى هذا الأمر [٣٧] .

المبحث الثاني: خصائص عقد البوت (B.O.T) ومزاياه وأشكاله

لعقد البوت خصائص هي غير مزاياه . كما ان هناك من السلبيات المتصلة به تختلف عن تلك المتصلة بغيره منالعقود . ولتوضيح ذلك سنأتي على كل نقطة لنوضحها في مطلب مستقل .

المطلب الأول: خصائص عقد البوت

لما كان عقد البوت من العقود التي تقوم على مبدأ التراضي فإن ذلك يعني ان من حق الأطراف أن يضمنوه ما تتطلبه مصالحهما واهدافهما التي يسعيان الى تحقيقها . ومن أهم الخصائص التي يتميز بها هذا العقد هي الآتية :

أولا ـ إنه عقد ... على الرغم من الجدل الفقهي حول طبيعة إسلوب البوت ، كما سيأتي بيانه إلا أن الأمر المتفق عليه من الفقه أو غالبيته إنه عقد . أحد طرفيه الدولة والطرف الثاني من أشخاص القانون الخاص [٣٨] . ولا نريد الخوض هنا في تحديد ما إذا كان عقداً إدارياً أو مدنياً أو ذا طبيعة خاصة بقدر تحديد صفته العقدية . فأغلب الفقه يذهب إلى أنه عقد سواء كان عقد إمتياز أو عقد إلتزام مرافق عامة أو عقد بناء أو غيره . فهناك من يرى بأنه عقد إتفقت فيه إرادتان أو أكثر لإحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء مشروع معين يمتلك المستثمر فيه حق إدارته وإستلام عائداته خلال فترة معينة ، ويتم ذلك من خلال توافق الأطراف على صيغة مناسبة [٣٩] . ويعتبره آخرون بأنه عقد إمتيازي تكون الحكومة طرفاً فيه والتي تقوم بتحديد الطرف الآخر من القطاع الخاص بما تمتلكه من سلطة بهذا الخصوص في مثل هكذا عقود [٤٠] . ويرى آخرون ومنهم د. إلياس ناصيف [٤١] بأنه عبارة عن إتفاقيات ذات طبيعة خاصة . ووفقاً لخصوصيته فإنه يكون عقد ولكن ليس كالعقود الأخرى التي يبرمها طرفان يمتلكان الحرية الكاملة في تحديد ما لهما من حقوق وما عليهما من إلتزامات لإعتماده على النظم الصادرة بشأن الإمتيازات ذات الصلة بالمرافق العامة والإدارة العامة والضوابط المطبقة عند تقديم الخدمات العامة [٤٢] . إن ما نصل إليه بغض النظر عن تخريجات الفقه إن إسلوب البوت يحمل صيغة العقد وإن إحتوى خصوصية تنعكس على حقوق وإلتزامات أطرافه وإنه ينصب على إنشاء مرافق عامة تقدم خدمات ذات نفع عام [٤٣] .

ثانياً ـ ينصب على البنية الأساسية ... يقصد بالبنية الأساسية بمفهومها الواسع (مجموع الخدمات التي تتولى الدولة تقديمها والمنشآت التي تتولى تشييدها وتشغيلها ، إضافة إلى الخدمات التي تعتمد على العمالة الكثيفة كجمع النفايات وتقديم خدمات النقل العامة) [٤٤] . وتشمل محطات توليد الكهرباء وشبكاتها وشبكات الغاز الطبيعي والصرف الصحي والإتصالات وملحقاتها ، وكذلك الطرق والجسور والسدود والمطارات والموانيء والسكك الحديدية ومحطات مياه الشرب وكذلك المجمعات الصناعية وتنمية أراضي الدولة وهي مرافق تدر عوائد مالية عالية وفي ذات الوقت لا تستطيع ميزانية الدولة تحملها بسبب كلفتها المالية والإدارية فتعهد إلى القطاع الخاص الذي يحقق عائد معقول نتيجة تشغيله لها [٤٥] . وتبدوا أهمية عقود البوت في أنها تعمل على زيادة القدرة الإستيعابية للإقتصاد ليكون أكثر فاعلية لجذب الإستثمارات الأجنبية والمحلية . ومن خلال هذه العقود يمكن الحديث عن تحقق غرضين : الأول توسيع وتحسين أداء المرافق العامة . أما الثاني فإنها ستنجز مرافق جديدة من القطاع الخاص ، أي من خارج ميزانية الدولة [٤٦] . لقد أخذت مشاريع البوت تطال ميادين شتى منها البث الإذاعي والتلفزيوني والخدمات الصحية كبديل للمؤسسات الحكومية الغائبة أو الباهظة التكاليف والإجراءات الإدارية المتسمة بالبيروقراطية

العقيمة وما يقابلها من قدرة القطاع الخاص على الإنتاج والتسويق وسرعة إتخاذ القرارات لمعالجة أي تلكؤ في أداء المرفق العام [٤٧]. لقد أدى ذلك كله إلى قبول الدول ، لاسيما بعد العام ١٩٨٥ ، ولوج بناء المشاريع الاقتصادية عبر إسلوب البوت مع إحاطة ذلك بمجموعة من الشروط والضوابط سواء كانت في مرحلة التفاوض أو التعاقد وكذلك تأكيد وجود إشراف ورقابة فعالة من قبل الدولة أثناء تشغيل المشروع من قبل الشركة المنفذة [٤٨] .

ثالثاً ـ مدته طويلة ... مدة نفاذ عقد البوت طويلة حيث يمر بمراحل عدة . ويعد طول المدة سمة رئيسية فيه [٤٩] . والمراحل التي يمر بها العقد هي [٥٠] :

المرحلة التحضيرية : من البديهي أن أي عقد من العقود لا يأتي آنياً بل لابد أن تسبقه مرحلة تحضيرية يتم فيها عرض الفكرة وتداولها من قبل الدولة عبر لجنة وزارية أو لجنة خاصة كما حصل في مصر بخصوص عقود (B.O.T و BOOT) [٥١] وبعد أن تتأكد الرغبة في إنجاز مشروع وفقاً لصيغة البوت تشكل في الغالب لجنة خاصة أو تكلف إحدى اللجان القائمة بدراسة الموضوع من جميع جوانبه الاقتصادية والإجتماعية والفنية وكذلك البيئية لبيان مدى الحاجة له إقتصادياً وإجتماعياً وحتى حضارياً ، وكذلك مدى ملائمته من الناحية الفنية مع متطلبات التقنية ومن ثم الاستقرار على إنجازه وبيان الصيغة المثلى لتنفيذه سواء كانت بصيغة البوت أو غيره وأسباب هذا الإختيار [٥٢] . وفي هذه المرحلة أيضاً يتم إعداد المستندات المتعلقة بالمشروع وتقديم العروض ودعوة الشركات وتحديد الستثمر الذي يقدم أفضل العروض [٥٣] . على أن ذلك لا يمنع من أن تقدم إحدى الشركات بإقتراح يقدم إلى الجهة الحكومية المختصة تعلن فيها رغبتها في إنشاء المشروع وتقديم معلومات خاصة به لاسيما من حيث إمكانات الشركة وكيفية تنفيذها المشروع [٥٤] . وتحتاج مرحلة المفاوضات إلى فريق يتمتع بقدرة تفاوضية عالية بخبرة كبيرة بمختلف النشاطات التي تكون ميداناً لهكذا عقود إذ قد تستمر المفاوضات سنوات عدة [٥٥]. يذكر في هذا المجال أن المفاوضات في عقود التجارة الدولية ليست هي في العقود التقليدية من حيث أن قطع المفاوضات في الأخيرة يمثل حقاً يستطيع ممارسته الفريق المفاوض وقتما يشاء ما دام العقد لم يتم تطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية . ولا تنعقد مسؤولية من يعدل عن إبرام العقد إلا بإقتران عدوله بخطأ منه وعلى الطرف الآخر إثباته وتكون مسؤوليته بعد الإثبات مسؤولية تقصيرية يجري تطبيق القواعد العامة في القانون المدني بخصوصها . أما في عقود التجارة الدولية فالأمر مختلف ، حيث أن المفاوضات ليست مجرد أعمال مادية حيث تتخللها مراسلات وإتفاقات مكتوبة سواء تعلق موضوعها بالمفاوضات أو بموضوع العقد ذاته ، ولها من الأهمية لما تتضمنه من مسائل فنية ومالية ، لذا فلا تطلق الحرية بخصوصها ولا تهدر تماماً ، إنما تخضع لضوابط محكمة تحدد سياقات هذه الحرية ومداها [٥٦] . يذكر في هذا السياق أن الدولة ومن أجل تجاوز البيروقراطية وفي ظل قلة العروض قد تلجأ إلى إسلوب الاتفاق المباشر مع المستثمر حيث أن الإجراءات التنافسية غالباً ما تكون مفرطة الجمود ولذلك فإن الاتفاق المباشر يسهل للدولة إنجاز مشاريعها العامة بفائدة إقتصادية أكبر لاسيما في المشاريع التي يغلب عليها طابع السرية [٥٧] . ويتم في ختام هذه المرحلة إختيار شركة المشروع وتوقيع العقد الخاص بإنشائه لتبدأ المرحلة الأخرى وهي مرحلة التنفيذ .

مرحلة تنفيذ المشروع : في هذه المرحلة يتم تشييد المشروع وتهيئته للتشغيل التجاري [٥٨] . وتبدأ هذه المرحلة بعد إبرام العقد بصيغته النهائية ، حيث تأخذ صيغة تسليم المفتاح إذ يجري توفير كافة متطلبات التشغيل ، ولذلك فهذه المرحلة تستنزف الجزء الأكبر من تكاليف المشروع [٥٩] إذ لا يمكن تصور وجود مشروع من مشاريع البوت دون إقامة منشآت تعد أساسية لوجود المشروع محل التشغيل [٦٠] ومن ثم يقوم المقاولون والموردون بالوفاء بإلتزاماتهم بما فيها تركيب المعدات لغرض إستغلالها وفقاً لما مخطط له [٦١] . ولغرض إنجاز هذه المرحلة والمتمثل بالمنشآت الأساسية

غالباً ما تلجأ شركة المشروع إلى إبرام عقد أو مجموعة عقود مقاولة مع شركات أخرى ولربما بضمنها إحدى شركات المشروع وبذلك يكون لشركة المشروع كما للحكومة ممثلة بالإدارة حق مراقبة المقاول عن طريق ما يمتلكانه من خبراء ومستشارين وللطرفين حق التدخل إذا ما كان التنفيذ لا يتفق والمواصفات المتفق عليها مع شركة المشروع لاسيما ما يتعلق منها بنقل التكنلوجيا لما تمثله من أهمية كبيرة للشركة والإدارة ، كما أن الأخيرة غالباً ما تتردد من قبول تكنلوجيا بديلة غير مجربة وذلك لضمان التنفيذ المتفق وعقد الإنشاء وبما يحقق أهداف المشروع ، إذ بخلاف ذلك سيعرض مصداقية الحكومة للخطر بما إختطته بخصوص إنشاء المشاريع لاسيما وإنها عهدت بها إلى القطاع الخاص . أما الإدارة فإن سوء التنفيذ أو تعثره سيؤدي إلى فرض غرامات تهديدية كما ستتعرض عائداتها للنقص نتيجة لذلك . ولهذا السبب فإن شركة المشروع تسعى إلى تسليم المشروع بشكل كامل ووفقاً لمواصفات إتفاق منح الإمتياز بالإضافة إلى الحرص على تسليمه في الوقت المحدد [١٢]. وعلى الرغم من أن مدة بناء المنشآت قصيرة قياساً لمدة نفاذ العقد بمراحله جميعاً إلا أن التنفيذ لابد وأن يجري وفقاً لحسابات مسبقة ودقيقة يتم على ضوئها التخطيط للمشروع وتحديد حجم إنتاجيته ، ولذلك يتم رصد موازنة تتفق ومدة الإنجاز لا ينبغي تجاوزها وبعكسه سيتحمل المستثمر نفقات إضافية قد تخلق له عجزاً في التمويل [١٣] . ولغرض إنجاز شركة المشروع لإلتزاماتها فلابد من الإدارة أن تمنح شركة المشروع ترخيصاً مؤقتاً لإقامة المشروع بعد تقديم شركة المشروع طلباً مشفوعاً بالمستندات التي تطلبها الإدارة لحين إصدار الترخيص النهائي حتى لا تتعرض شركة المشروع لإيقاف مباشرتها لنشاطها ، بل العكس من ذلك على الإدارة منح شركة المشروع التيسيرات والموافقات المطلوبة في حالة تأخر إصدار الترخيص النهائي [١٤]. جدير بالذكر أن الإدارة وبعد إبلاغها بإتمام الإنجاز تخضعه إلى الإختبار قبل قبوله [١٥] ويتم ذلك عن طريق فحص المشروع من قبل الخبراء للتأكد من إنجازه بصورته النهائية ومن ثم إستلامه [١٦] .

مرحلة التشغيل والصيانة : تعد هذه المرحلة الفترة التي تجني فيها شركة المشروع إسترداد أموالها مع عائداتها عندما تتولى عملية التشغيل بنفسها أو أنها قد تتعاقد مع شركة أخرى تتولى التشغيل والصيانة تحت رقابة الحكومة أو من يمثلها لتتأكد من أن التشغيل والصيانة يتمان وفقاً للعقد والمعايير الفنية المطلوبة [١٧] .

ويتوقف نجاح المشروع على مدى إنجاز هذه المرحلة بكفاءة وخلال المدة المقررة لتقديم المشروع خدماته بكفاءة وتسليمه إلى الجهة المخولة في نهاية فترة التشغيل بحالة جيدة الأمر الذي يحسب نجاحاً للحكومة ولشركة المشروع لما لمرحلة التشييد من أهمية دفعت الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين (الفيديك) في أيلول ١٩٩٩ إلى إصدار الكتاب الفضي المنظم لعقد التصميم والتشييد لمشروعات تسليم المفتاح والتي يرمز إليها إختصاراً بـ (EPC) حيث خصصت هذه الطبعة خصيصاً لتكون دليلاً أثناء تنفيذ مشاريع البوت [١٨] إذ تلعب التصميمات وكفاءتها مدخلاً لنجاح المشروع . وتختلف الجهة التي تكلف بوضع التصاميم حسب ما تتضمنه موافقة منح المشروع ، إلا أن الدول غالباً ما تقوم هي بتقديم التصاميم . فقد أكد تقرير اللجنة الحكومية الكويتية برئاسة وزارة المالية المكلفة بوضع مرسوم ينظم إقامة مشاريع B.O.T في البند سادساً على ضرورة أن تكون التصاميم من مهمة الدولة بقولها (ينبغي أن تقدم الدولة من قبل أجهزتها المختصة لأنها الأكثر معرفة بأهدافها وأغراضها وإحتياجاتها وعلى شركة المشروع تسديد تكاليف التصميم بالكامل) [١٩] إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية الاتفاق على أن تكون شركة المشروع هي من يضع التصاميم . فقد جاء في البند / ٢ من عقد البوت (B.O.T) والخاص بإنشاء رصيف بحري نفطي متخصص في ميناء دمياط على أن((يتعهد الطرف الثاني (الشركة) بالحصول

على جميع الموافقات المتعلقة بالمشروع وتصدير الغاز وعلى الأخص من الهيئة المصرية العامة للبترول وكذا إعتماد الرسومات والخرائط والتصميمات ووسائل الأمان من الجهات المعنية))[٧٠].
يذكر في هذا المجال أن هذه المرحلة ، أي مرحلة التشغيل والصيانة ، تعد مرحلة التشغيل التجاري التي تشمل التشغيل والصيانة خلال مدة العقد ويكون خلالها للدولة حق المعاينة والمراقبة والتدريب ونقل التكنلوجيا الحديثة وفقاً لما هو متفق عليه مع شركة المشروع [٧١] . فعلى الشركة أن تراعي خلالها القيام بعمليات التطوير والتحديث وأن تقوم بتسليمه صالحاً للعمل [٧٢] .
مرحلة التحويل : تعد عقود البوت من العقود الزمنية حيث يشكل الزمن عنصراً جوهرياً فيها[٧٣].
ونعتقد أن الحديث عن نقل الملكية محل نظر وذلك لأن الملكية لم تنتقل فعلاً إلى شركة المشروع بل تظل للدولة أو إحدى مؤسساتها [٧٤] وإن تضمن العقد ذلك فيراه البعض بأنه تمليك(مؤقت)[٧٥].
ويذهب الدكتور وليد حيدر جابر [٧٦] إلى القول بأن عقد البوت لا يتضمن فكرة الملكية خلافاً للأنواع القريبة منه حتى إنه يفضل إستخدام مفردة العودة (retour) بدلاً من مفردة (transfer) . وهو قول يحمل معه صحته أو ما يفترض ذلك . فعدم إشارة عقد البوت صراحة إلى نقل الملكية لشركة المشروع لا يعني تملك الشركة للمشروع وإنما هو تفويض بالإستغلال [٧٧] ، لأن الشركة لم تصبح مالكة للمشروع أثناء فترة التشغيل إلا إذا كانت مالكة للعقارات المشيد عليها المشروع [٧٨]
ولذلك نرى الدكتور محمد محمد بدران يقول عند تعريفه لمشروعات البوت بأنها تلك المشروعات التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة [٧٩] أما إذا كان العقد يشير صراحة إلى تملك الملتزم للمشروع فإن هذا التملك يجب أن يؤشر في سجلات التسجيل العقاري على أنه مؤقت لتسهيل إثبات ملكيتها للدولة [٨٠] . ومما يلاحظ هنا أن معظم الفقه والتشريع وكذلك القضاء يتعاملان مع عقود البوت بإعتبارها تتضمن نقل الملكية وفقاً لحرفية التسمية (Transfer) . ويذهب البعض [٨١] إلى ضرورة التفرقة بين ما يمثل أصول المشروع أو غيرها . فأصول المشروع هي المرتبطة بالمرفق العام سواء كانت مادية كالإنشاءات والمباني والمعدات أو حقوق ملكية في الأصول بما فيها التركيب وقطع الغيار والأجهزة والمعدات والسيارات المخصصة لمنفعة المشروع وديمومة أدائه . أما ما لا تعد من الأصول كالمبالغ والحسابات النقدية وما يرتبط بالأسهم والسندات الخاصة بشركة المشروع . فالطائفة الأولى تنتقل إلى الدولة في نهاية فترة التشغيل [٨٢] . وهناك من يقول بضرورة التفرقة بين الموجودات والمنشآت . فالأخيرة تنتقل حكماً إلى الدولة بعد إنتهاء فترة التشغيل لأنها لازمة لإستمرارية المشروع . أما الموجودات التي لا تكون حتماً لازمة للمشروع فإن ملكيتها تبقى لملتزم المشروع مع إحتفاظ الدولة أو مؤسساتها بحق شرائها إذا ما تضمن العقد هذا الحق . وعلى العموم فإن الموجودات والمنشآت تنقل قبل إنتهاء مدة التشغيل أو بعده وهو أمر يعود تقديره إلى الإدارة [٨٣] . إن إنتقال الملكية أو إعادتها يشكل أهم سمات عقود البوت [٨٤] حتىإن مسألة إنتقال الملكية تمثل مرحلة النهاية الطبيعية لهذا العقد [٨٥] . ويعد الإلتزام بنقل الملكية آخر المراحل والتي تتأكد الإدارة من أن المشروع بحالة جيدة من حيث التشغيل [٨٦] ويفضل أن يتم نقل الملكية بشكل تدريجي لأن ذلك سيساعد على نقل الخبرات قبل إنتهاء مدة التشغيل [٨٧] .وقد يتفق الطرفان على الإستعانة بمكتب للخبرة لبيان الحالة الفنية للمشروع [٨٨] وعلى شركة المشروع الإلتزام بتسليم جميع الوثائق والمستندات اللازمة لتشغيل المشروع [٨٩] كما يجب أن تكون أصول المشروع غير مثقلة بأية رهون أو أعباء وقت نقل الملكية [٩٠] وقد يشترط تقديم شركة المشروع لخطاب ضمان لتأمين أداء المشروع خلال الفترة الإنتقالية [٩١] وحيث أن الإلتزام بنقل الملكية يقع على عاتق الملتزم (شركة المشروع) كما عليها أن تلتزم بالتعاون والتوقيع على أية وثيقة أو مستند ضروري لنقل الملكية [٩٢] بما فيها التعليمات والرسوم الهندسية والتقارير والسجلات المتضمنة لمعلومات

خاصة بالمشروع [٩٣] . وإذا كان هناك عقد نقل تكنلوجيا أبرمته شركة المشروع سارياً وقت نقل الملكية فإنه ينتقل بآثاره إلى الإدارة [٩٤] والأصل أن تتم عملية النقل بدون مقابل على إعتبار إن شركة المشروع إستردت ما أنفقته [٩٥] . فقد نصت المادة الرابعة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ المصري والخاص بمنح إلتزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وإستغلال المطارات وأراضي النزول بالقول (يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الإلتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للإستعمال ، وجعلها صالحة للإستخدام طوال مدة الإلتزام ، وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية مدة الإلتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للإستعمال) [٩٦] إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون نقل الملكية بمقابل كما في حالة الإنهاء المبتسر كإجراء تتخذه الجهة الإدارية المانحة للإلتزام يعطيها الحق بإنهاء الإلتزام قبل موعده المقرر في عقد البوت كجزاء يتخذ ضد شركة المشروع في حالة إخلالها بإلتزاماتها الجوهرية ، أي تلك التي تمثل عماد وجوهر إتفاقية الإلتزام (العقد) كمخالفتها للمواصفات والرسوم الهندسية والمعايير الوطنية والدولية التي تطبق على المشروع والمتفق على تطبيقها أثناء تنفيذ المشروع . وهذا ما أشارت له المادة الخامسة من الإتفاقية المبرمة بموجب قرار مجلس الوزراء المصري رقم ٤ لسنة ١٩٩٨ حيث أشارت إلى أن الإنهاء إذا كان مبتسراً[٩٧] يجب أن يصاحبه تعويض مناسب أوضحت مقداره وكيفية إستحقاقه المادة المذكورة . وبعد هذا الأمر إستثناءاً من الأصل الذي يكون نقل الملكية فيه بدون مقابل [٩٨] . وعادة ما يفرق الفقه بين نقل الملكية عندما يتم بعد إنتهاء العقد أو قبل ذلك ، فإذا ما تم نقل الملكية بعد إنتهاء الفترة المقررة للتشغيل فلا مقابل لذلك ، أما إذا كان قبل إنتهاء هذه الفترة فيستحق الملتزم تعويضاً محدداً في العقد بصورة مسبقة [٩٩] وأياً كانت طريقة إنهاء عقد البوت فللإدارة أن تجدد لشركة المشروع تشغيلها له [١٠٠] وبعد هذا التجديد عقداً جديداً لا يؤثر على ملكية الإدارة للمشروع ، إذ يعتبر عقد إلتزام وليس إمتداداً لعقد البوت لإنتهائه قانوناً [١٠١] . وبعد إتمام نقل المشروع إلى الدولة يصبح جزءاً من القطاع العام تقوم بإدارته بمعرفتها ولحسابها ، كما تستطيع بحكم ما تملكه من سلطة التصرف بالمشروع تمديد فترة التشغيل لشركة المشروع أو إبرام عقد جديد معها أو مع غيرها من المستثمرين لإستثماره كلياً أو جزئياً [١٠٢] . كما يمكن للإدارة تدارك أخطاءها التي وقعت فيها قبل نقل الملكية أو تسليم المشروع [١٠٣] وإستغلاله بشكل أمثل . ففي هذا السياق جاء في تقرير اللجنة الحكومية الكويتية المشكلة برئاسة وزارة المالية لوضع مسودة مرسوم ينظم إقامة مشاريع البوت (B.O.T) ما يلي : (عند إنتهاء فترة الإستثمار وتحويل ملكية المشروع بالكامل إلى الدولة يمكن إعادة التعاقد مع المستثمر ذاته لتشغيل المشروع أو طرحه من جديد على المستثمرين أو إدارته ذاتياً من قبل الجهة الحكومية التي آلت إليها ملكية المشروع) [١٠٤] .

رابعاً ـ الإعتماد على التمويل ... لما كانت مشاريع البوت مشاريع ضخمة فمن المؤكد أنها تحتاج إلى تمويل قد لا تكون شركات المشاريع قادرة على توفيره وإن إعتمدت على إتحاد مالي أو ما يعرف بإتحاد الشراكة (Consortium)[١٠٥] . فالشركات التي تدخل في تنفيذ هكذا مشاريع لا توفر أكثر من ٢٠-٣٠٪ من تكلفة المشروع وبذلك فإنها تكون بحاجة من ٧٠-٨٠٪ من الكلفة التي لابد وأن توفرها من مصادر متعددة ، ولذلك فإنها تستعين بالأسواق المالية لتوفير التمويل اللازم عن طريق إصدار السندات أو الأسهم أو تقوم بالإقتراض من مؤسسات تمويل محلية أو دولية ، وهذا هو الغالب حيث يأخذ شكل نظام تمويل المشروع . وعادة ما تكون القروض طويلة الأجل الأمر الذي يشكل خطراً على شركات التمويل لاسيما إذا إستطاعت الجهات الحكومية من نقل مخاطر المشروع إلى شركة المشروع التي قد تعجز عن الوفاء بإلتزاماتها مما ينعكس سلباً على جهات التمويل [١٠٦] . فوفقاً للمفهوم التمويلي والإقتصادي المعروف دولياً بنظام تمويل المشروع يتم التركيز على أصول

المشروع وليس على الجهة التي يعود إليها ، إذ أن سداد أصل مبلغ القرض وفوائده يتم عن طريق ما يدره المشروع من أرباح عند تشغيله ولذلك فإن الأمر يعتمد على أداء المشروع فنياً وإقتصادياً وعليه فإن المساهمين في شركة المشروع – بصفة عامة – غير مسؤولين مباشرة عن سداد القروض وفوائدها إذا تبين أن المردودات المالية للمشروع لا تكفي لسداد القرض وفوائده ، ولذلك تبدوا أهمية دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية والعلمية ليس فقط من شركات المشروع ، إنما من مؤسسات التمويل أيضاً ، حيث إنها لا تقدم على تمويل أي مشروع ما لم تتيقن أولاً من جدواه الاقتصادية والفنية وكذلك مدى توفر مستنداته التعاقدية ومدى كفايتها لحماية حقوق شركة المشروع وإمكانية التنفيذ عليها من قبل مؤسسات التمويل وبما يؤكد إستمرارية تشغيل المشروع وكذلك إستمرارية وارداته لضمان سداد القرض وفوائده[١٠٧]. ويرى الفقه [١٠٨] إن التمويل يشكل العنصر الأهم في مشروعات البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) والذي إستعانت به الدول والهيئات لإنشاء المشروعات والمرافق التي تعجز عن تمويلها. وعادة ما يأخذ التمويل في نظام البوت صورتين [١٠٩] :

الصورة الأولى / التمويل دون حق الرجوع

وفقاً لهذه الصورة يكون الإعتماد الأساسي للمقرضين في تحصيل قروضهم وفوائدها على مقدار المنافع والتدفقات المالية التي تأتي من تشغيل المشروع مضافاً إليها أصول المشروع التي تم تمويلها عن طريق القروض من إنشاءات وآلات ومعدات . ولا يكون المساهمون مسؤولين إتجاه الجهات المقرضة إلا بقدر مساهمتهم برأس المال وفي حدود أصول المشروع ، أي أن ذممهم المالية لا تكون ضامنة لديون شركة المشروع [١١٠] كما لا يستطيع المقرضون الرجوع على رعاة المشروع ومن هنا تأتي خطورة هكذا تمويل على المقرضين الذين لا يفضلون أن يأتي الإقراض بهذا الصورة ، ولذلك نرى قلة اللجوء إليه ، وإذا ما تم ذلك فإن الممولين يدققون في دراسات الجدوى الاقتصادية ومدى تحمل الدين ومن ثم الوفاء به ككل ، أي مبلغ القرض وفوائده [١١١] . ويمكن للجهات المقرضة أن تقدم على الإقراض دون حق الرجوع ولكن بوجود ضمان محدود يتمثل في ضمان شراء منتوج المشروع كأن تتفق هذه الشركة مع الجهات الحكومية على إحتكار شراء المنتج كالكهرباء ، كما هو الحال مع إحتكار الشركة القابضة لكهرباء مصر وتوزيع المنتوج على المنتفعين [١١٢] .

الصورة الثانية / التمويل مع حق الرجوع. يعتبر هذا النوع من التمويل هو الأكثر إنتشاراً وذلك بسبب ضمانة المشاريع المنفذة وما تحمله من مخاطر ، أي إذا لم توفر ضمانات لحماية التمويل المتمثل بالقروض والتسهيلات المقدمة من المؤسسات التمويلية سوى أصول المشروع كضمان أساسي ووحيد للمقرضين فيتم الرجوع على رعاة المشروع وتقديم ضمانات من قبلهم ، أي القبول بالرجوع عليهم . فإذا كان الرجوع محدداً فإن مسؤولية الرعاة تكون مساوية لمقدار إستثماراتهم في المشروع . وتكون هذه الضمانات هي أصول المشروع بالإضافة إلى ضمانات شخصية أو عينية كالكفالات الشخصية حيث يطلب من الرعاة إصدار خطابات ضمان والتعهد بزيادة التمويل إذا إحتاج الأمر ذلك أو الطلب من الشركة الأم تقديم خطاب ضمان لصالح شركة المشروع يضمن سداد ديونها في حالة تعثرها وكذلك توفير عقود تدعم المشروع ، كما يمكن رهن أسهم المساهمين وشركة المشروع نفسها وإلزامهم بعدم الانسحاب من المشروع خلال مدة محددة ، وكذلك تقديم ما يؤكد إتفاق الشركة على تسويق المنتج كما هو الحال بالنسبة لمشاريع الطاقة الكهربائية . وتبقى هذه الضمانات مرتبطة بمدة إنشاء المشروع حيث يتحول التمويل إلى تمويل دون حق الرجوع [١١٣] . إن أهم مسألة في مجال التمويل تتركز في توفر شروط الإئتمان وهذا ما أكدت عليه توجيهات البنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية I.F.C ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (Unido) والتي كان لها الدور المؤثر في تمويل مشاريع البوت بواسطة المصارف حيث وضعت معايير محددة بهذا الخصوص وهي :

أ- إشتراط أن لا يزيد حجم التمويل لأي مشروع على ٣٠٪ من رأس مال المصرف بصيغة إستثمارات طويلة الأجل .

ب- التنبيه على المصارف الصغيرة بتوخي الحذر قبل الإقدام لتمويل مشاريع البوت حيث تحتاج إلى معلومات وافية وضمانات خارجية قد لا تتوفر ، بالإضافة إلى ارتفاع الكلفة الإستثمارية مما يجعلها غير قادرة على تمويل مثل هذه المشاريع بشكل كامل.

ج- إن التمويل والإقراض لهكذا مشاريع يستلزمان توفر عملات إجنبية لإستيراد المعدات وتمويل فوائد مالية [١١٤] .

خامساً ـ تعدد أطرافه ..[١١٥] لما كان ميدان نشاط عقود البوت هو الإستثمارات الضخمة فمن الطبيعي أن تتعدد أطرافه . و قد يغيب طرف أو آخر في بعض العقود إلا أن ذلك لا يلغي صفة التعددية هذه . وتأتي هذه التعددية نتيجة لتشابك العلاقات وتنوعها خلال فترة الإنشاء والتشغيل ، الأمر الذي سينتج تعدداً في الأطراف سواء كانت رئيسية كما في الدولة أو إحدى مؤسساتها وشركة المشروع أو أطراف أخرى كالجهات التي تتولى التمويل أو الصيانة أو التأمين ، حيث يقوم – وهو الغالب – كل طرف بأداء معين بدءاً من البناء ومن ثم التشغيل ، لاسيما وأن عقد البوت يتميز بأنه يستمر فترة طويلة كما سبق بيانه . فالعقد الرئيس في مشروع البوت يحمل جوهر الإمتياز الذي تمنحه الحكومة لشركة المشروع وفيه يتم وضع شروط الإمتياز والمقابل المالي وفترة التنفيذ وطريقة الدفع وكيفية تشغيل المرفق العام وصيانته وكيفية تسليمه إلى الحكومة بعد إنتهاء مدته [١١٦] . والمعتاد أن تترك الحرية لشركة المشروع لإختيار أطراف أخرى ليساهموا بالتنفيذ أو التمويل أو توفير المعدات والأجهزة أو الصيانة أو التشغيل أو التمويل ، وكذلك القيام بمهمات أخرى قد يتطلبها المشروع بمراحله المختلفة . وأطراف العقد هي:

١ ـ الدولة أو إحدى مؤسساتها : تشكل الدولة الطرف الأول والأساس ، فهي الجهة التي تمنح الإمتياز للطرف الذي تقبل به وفقاً لإعتبارات تخصها وتخص المرفق العام .

٢ ـ شركة المشروع : وهي الطرف الثاني الذي يتعاقد مع الدولة أو إحدى مؤسساتها . وتتألف في الغالب من مجموعة شركات وكل شركة لها مساهمة في تحقيق المشروع وفقاً لإختصاصها . وتكون مسؤولة أمام الجهة مانحة الترخيص . ومسؤوليتها أما تضامنية أو منفردة . وغالباً ما تؤكد الدولة على أن تكون تضامنية ضماناً لمصالحها ، حيث تكون كل شركة مسؤولة مسؤولية تضامنية عن جميع أعمال وأخطاء الشركات لا عن أعمالها وأخطائها هي فقط . ففي حالة إفلاس إحدى الشركات سيجعل بقية الشركات مسؤولة عن الإلتزامات التي ترتبت في ذمة الشركة المفلسة ، كما أن أي إجراء قانوني يتخذ بحق أي شركة من الشركات يمكن أن ينسحب أثره على بقية الشركات . يذكر أن بقية الشركات لا تستفيد من فكرة التضامن في مثل هذه الحالة حيث ترجع كل واحدة منها على الآخرى بصورة منفردة .

٣ ـ مؤسسات التمويل : وهي المؤسسات المالية المحلية أو الدولية التي غالباً ما تقوم بتمويل المشروع محل عقد البوت بشكل أساسي وينتج عن عقد القرض علاقة مباشرة بين المؤسسة المالية الممولة وشركة المشروع .

٤ ـ المستثمرون : وهم المساهمون في رأس مال شركة المشروع ، وقد يحصل أن يكون المشغل أحدهم . حيث أن كبر حجم الإستثمارات المطلوبة التي لا يمكن توفيرها هو الذي دعا المستثمرين إلى تكوين إتحاد مالي (كونسورتيوم)[١١٧] يتكون من القطاع الخاص كالبنوك والمؤسسات المالية لتمويل مثل هذه المشاريع [١١٨].

٥ ـ مقاولو البناء : وهم من تتعاقد معهم شركة المشروع للقيام بإعداد التصاميم وتشييد وتركيب المعدات اللازمة للمشروع وكذلك القيام ببناء المشروع ، ويمكن أن يكون المشغل ذاته . وغالباً ما يكون هو الناقل للتكنلوجيا في مرحلة التشغيل [١١٩] .

٦ ـ المشغل : وهو من يقوم بإستثمار المشروع بعد إنجازه ، إذ قد تقوم بذلك شركة المشروع صاحبة الإمتياز أو أحد المساهمين فيها ، كما يمكن أن يكون مستثمراً مستقلاً.

٧ ـ المنتفع : وهو الشخص أو الجهة التي تنتفع من المشروع المنجز بصورة مباشرة .

٨ ـ الضامن : وهو الجهة التي تتكفل بتغطية كافة المخاطر التي يمكن أن تحصل للمشروع إبتداءاً من بداية التنفيذ وإنتهاءاً بالتسليم [١٢٠] . وتقوم بهذه المهمة شركات التأمين من خلال إبرام عقود تأمين في أسواق التأمين التجارية . ويتنوع التأمين حسب نوع المخاطر المغطاة والتي يمكن أن يتعرض لها المشروع ، فقد يغطي التأمين الحوادث التي يمكن أن تتعرض لها منشآت المشروع ومعداته ، أو ما يتعرض له العمال من مخاطر إصابات العمل أو توقف العمل . وقد يأتي ليغطي مخاطر تعدي التكاليف المتوقعة أو التدفق النقدي أو التقلبات في قيمة النقد . ومن أجل توفير الضمانات الكافية من آية مخاطر أخرى أخذت أسواق التأمين بتغطية مخاطر جديدة يمكن أن تتعرض لها مشاريع البوت كالمخاطر السياسية [١٢١] مثل إلغاء العقد أو عجز الهيئات الحكومية عن أداء إلتزاماتها التعاقدية [١٢٢] . ولربما تعرض المشروع لنتائج الحروب أو إستهداف الحركات الإرهابية له كمشروع يعود للدولة ، أو إقدام الدولة على تأميمه قبل إنتهاء المدة كما حصل مع مشروع قناة السويس [١٢٣] .

٩ ـ الخبراء والإستشاريون :وهم ما تلجأ إليهم شركة المشروع من خبراء ماليين أو قانونيين أو مستشارين هندسيين حيث يساهمون في مساعدة شركة المشروع وكذلك البلد المضيف في إعداد الصيغ التعاقدية وبنودها إبتداءاً من مرحلة التفاوض وتقديم القروض . ولهؤلاء دورهم في الإعداد والتقييم وغالباً ما تلعب البنوك دور المستشار المالي والمكاتب القانونية أو الخبراء القانونيين أو المحامون دور المستشار القانوني في حين تأخذ المكاتب الهندسية بلعب دور المستشار الفني ، ودور هؤلاء مستقل عن دور الممول .

١٠ ـ الموردون : قد تكون ضخامة المشروع وإسلوب شركة المشروع دافعاً لها للإعتماد على موردين لتوريد بعض المعدات والآلات التي لا تدخل في تشييد المشروع ولكنها مطلوبة لتشغيله وإستمراره ، فعندها يتم اللجوء الى من يورد لهم هذه الأجهزة والمعدات وغيرها .

١١ ـ المستخدمون للمشروع : وهم المستهدفون من إقامة المشروع حيث يتلقون الخدمة منه مباشرة أو بصورة غير مباشرة من الحكومة . ويكون هؤلاء هم المستفيد الأكبر من المشروع وهم من يدفع عائداته فعلياً .

سادساً ـ يتطلب توفر مناخ إستثماري صالح ... لا يمكن تصور إقدام الشركات الكبرى أو إتحاد مالي على تنفيذ عقد من عقود البوت دون أن تجري دراسة شاملة ليس للجدوى الاقتصادية والفنية فقط بل لابد من أن تكون هناك دراسة شاملة ودقيقة للأوضاع السياسية والإقتصادية ومدى توفر إستقرارسياسي وإقتصادي يصلح أن يكون بيئة جيدة للإستثمار ومن ثم قبول الشركات بتنفيذ مشروع ضخم من مشاريع البوت [١٢٤] . فعدم الاستقرار السياسي لمنطقة ما تعصف بها الإضطرابات العسكرية والمدنية لا يشكل حافزاً أو بيئة ملائمة لإستثمار رؤوس الأموال لاسيما الأجنبية منها [١٢٥] . فالمخاطر السياسية ومخاطر السوق ومخاطر التشييد والمخاطر المالية تشكل محوراً أساسياً لمفاوضات تجريها الشركات مع الجهات الحكومية لضمان عدم وجود معوقات تمنعها من السير في مشروعها وتحقيق أهدافها لاسيما الاقتصادية منها [١٢٦] . فهكذا مشاريع لا تتم إلا في مناخ إستثماري صحي خالي من التعقيد والفساد الإداريين والبيروقراطية مع

وجود تشريعات قانونية ساندة توفر مناخاً جاذباً للإستثمارات الكبيرة [١٢٧] . و هناك أيضاً حاجة لتدخل ودعم حكومي للمشاريع المنفذة خلال كافة مراحلها [١٢٨] . كما أن توفر إستيعاب محلي للمنتج أمر في غاية الأهمية ، فبدونه قد لا تتوفر عائدات يمكن أن تغطي رأس المال المستثمر هامش ربح معقول ، بالإضافة إلى دراسة معدل التضخم وسعر صرف العملة وسعر الفائدة في الأسواق المحلية وكذلك الرسوم الجمركية ، كلها أمور يجب التوقف عندها قبل الإقدام على إنجاز مشروع من مشاريع البوت [١٢٩] .

المطلب الثاني: مزايا عقود البوت B.O.T

ان السبب وراء إنتشار عقود البوت هو ما تتميز به من مزايا تصب في صالح أطرافه لاسيما الدول النامية . ومن أهم هذه المزايا :

اولاً- يعد عقد البوت وسيلة للدولة لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص . ففي الوقت الذي يخفف العبء عن الميزانية العامة للدولة بتمويل القطاع الخاص لها فإنه يوجه ما يجب أن تنفقه على بعض المشاريع إلى مشاريع أخرى لا ينبغي أن تنجز عن طريق عقود البوت لأهميتها وخطورتها [١٣٠] . الأمر الذي يؤدي إلى توفير خدمات ضرورية مختلفة للمواطنين [١٣١] وفي ذات الوقت المحافظة على النقد الأجنبي حيث أن الحكومات تعمل على إعداد موازنة للنقد الأجنبي حرصاً منها على ترشيد ما لديها من عملات أجنبية لما لها من أهمية خاصة لتتأكد من إستخدامها لتلبية ما هو ضروري من الحاجات سواء كانت هذه الحاجات إستثمارية أو إستهلاكية [١٣٢] .

ثانياً - تساهم عقود البوت في كبح جماح الركود الاقتصادي عن طريق تقليص الإقتراض الحكومي المحلي والدولي أو تخفيض ضغوطها وخفض الدين العام وخلق فرص جديدة للشركات والمواطنين الأمر الذي سيؤدي إلى رفع الطاقة التوظيفية والتشغيلية للإقتصاد الوطني وتخفيض نسب التضخم [١٣٣] ومن ثم زيادة الناتج القومي الإجمالي [١٣٤] من خلال العوائد التي تجنيها الدولة كأجور رمزية خلال فترة التشغيل وما تتحصل عليه من موارد بعد إنتهاء هذه الفترة وتسليم المشروع إليها[١٣٥] .

ثالثاً - تلعب عقود البوت دوراً إيجابياً بما تقدمه للتنمية المستدامة [١٣٦] بما يحفظ للأجيال القادمة مرتكزات العيش الأساسية ، بالإضافة إلى مساهمتها في تسريع مشاريع التنمية [١٣٧] وإقامة مشروعات ومرافق جديدة [١٣٨] .

رابعاً - تفعيل دور القطاع الخاص في الاقتصاد الوطني والإستفادة من خبراته التي يمكن أن تنعكس إيجاباً على القطاعات الحكومية . فالبناء الاقتصادي الصحيح يتطلب تشجيع القطاع الخاص ليأخذ دوره في الإستثمار وإدارة المشاريع العامة ليساهم في التنمية الاقتصادية [١٣٩] وبما يحقق مكاسب لمقدمي الخدمات والمستفيدين معاً [١٤٠] . وكذلك فإن مشاركة القطاع الخاص ستعزز دوره في بناء مختلف المشاريع بما فيها المصارف [١٤١] .

خامساً - وفي الوقت الذي تخفف فيه عقود البوت العبء عن كاهل الميزانية العامة فإنها تخفف العبء عن كاهل المواطنين وبصورة مباشرة من خلال تجنب الدولة فرض ضرائب جديدة أو رفع القائم منها [١٤٢] كما أن وجود عقود البوت ودور القطاع الخاص فيها سيؤدي إلى خلق علاقة تكاملية بين أوجه النشاط الاقتصادي في الدولة حيث سيدفع بالمواطنين إلى تقديم الخدمات المساعدة [١٤٣] مما يعني خلق فرص عمل جديدة وإنتعاش حركة الأسواق.

سادساً - توفير تقنية متطورة عن طريق إتساع مساحة نقل التكنلوجيا وإضافة خبرة متطورة ، وهذا ما تسعى إليه الدول النامية أصلاً من عقود البوت حيث أن الشركات الكبرى تمتلك أكثر من ٨٠٪ من التكنلوجيا المتطورة والإختراعات المبتكرة على مستوى العالم وتحاول

هذه الشركات تنمية وتطوير قدراتها التكنلوجية في الشركة الأم ولذلك تسعى الدول المانحة للحصول على هذه التكنلوجيا عن طريق تنفيذ هذه الشركات للمشاريع فيها [١٤٤] . كما سيوفر تنفيذ عقود البوت تدريب العمال وتطوير أسواق المال وإنتعاشها [١٤٥] فإختيار شركات تمتلك خبرات عالية لتنفيذ هذه العقود سيؤدي إلى نقل داخلي ودولي للتكنلوجيا عابر للحدود [١٤٦] ومن المؤكد أن ذلك يسهم في تطوير القاعدة الاقتصادية والصناعية في البلد . ويعد إلتزام الشركات بنقل التكنلوجيا المتطورة للمشاريع المنفذة وفقاً لمعايير الجودة العالمية إلتزاماً فرعياً من إلتزام الشركة بإنشاء المشروع طبقاً للمواصفات المتفق عليها مع الجهة المانحة [١٤٧] .

سابعاً ـ تمثل عقود البوت نموذجاً جديداً ومتطوراً لعقود إلتزام المرافق العامة [١٤٨] حتى أنها يمكن أن تؤدي دوراً في خدمة مشاريع الخصخصة وزيادة فعالية القطاع العام من خلال الدور الذي يمكن أن يلعبه القطاع الخاص . فالجمهور لديه قناعة بمشاريع البوت أكثر من قناعته بالخصخصة وهذا ما يؤكده الواقع العملي [١٤٩] لذلك يمكن القول أن محاسن عقود البوت تجاوزت مساويء الخصخصة [١٥٠] حتى أن البعض [١٥١] يرى أن عقود البوت وسيلة من وسائل الخصخصة . وهذا الأمر ينسجم والتوجه العالمي لإشراك القطاع الخاص في التنمية [١٥٢].

ثامناً ـ نقل وتوزيع المخاطر المالية والصناعية وغيرها من الجهات التنفيذية ممثلة بالحكومة إلى شركات مشاريع البوت [١٥٣] . حيث أن المؤكد بأن تنفيذ أي مشروع لاسيما بحجم مشاريع البوت لابد وأن يحمل مخاطر مالية وصناعية ، بل وحتى سياسية وقانونية وإجتماعية [١٥٤] . ومن الطبيعي أن من يتحمل عبء هذه المخاطر والتي تظهر أغلبها عند التنفيذ والتشغيل هو صاحب المشروع ، أي من يقوم ببنائه وتشغيله أولاً ، ولذلك فإن عبء هذه المخاطر ستنتقل إلى شركات المشروع والممولين إبتداءاً وأثناء التشغيل بشكل كامل [١٥٥] . لاسيما وأن تنفيذ مشاريع البوت مؤشر أكيد لجدوى المشروع الاقتصادية . فشركات المشروع والممولين لا يمكن تصور إقدامهم على هكذا مشاريع وتمويلها إلا بعد دراسات جدوى تشمل جميع جوانب المشروع [١٥٦] .تاسعاً ـ إن إنجاز المشاريع عبر إسلوب البوت يمثل عامل جذب للإستثمارات لاسيما الأجنبية منها مما ينعكس إيجاباً على تحسين البيئة ويوفر مناخاً إستثمارياً ترغبه الشركات الكبرى وتطمئن إليه المؤسسات التمويلية [١٥٧] مما يعني أن دور العقود يساعد على مشاركة الشركات في الإستثمارات المباشرة عن طريق مشروعات البوت وغير المباشرة عن طريق تنشيط السوق المالية [١٥٨] .ولما كان الميدان الأكبر لعقود البوت هي العقارات فإن عقود البوت ستحقق تنمية وإستغلال للأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة (الدومين الخاص) [١٥٩] . وإستثمارها عن طريق إقامة المشاريع العمرانية وإستصلاح الأراضي الزراعية أو إقامة مشاريع الري عليها تنشيطاً للإنتاج الزراعي [١٦٠].

عاشراً ـ بما أن مشاريع البوت تجلب عائدات إلى خزينة الدولة توفر من خلالها سيولة نقدية تستخدمها في التنمية بما فيها المستدامة فإن ذلك يعني أن الحكومة ستعمل على تقديم المزيد من المكاسب وفي نفس الوقت تخفيف الأعباء عن المواطنين لاسيما تحمل شركات المشروع للمخاطر وعدم تحميل ميزانية الدولة المضيفة تكاليف وأعباء المشاريع وعدم اللجوء إلى الضرائب أو عدم رفعها . كل ذلك سيؤدي حتماً إلى أن تكون هذه المشاريع وسيلة لتحسين صورة الحكومة وأدائها الداخلي والخارجي فتكون عندئذ كمؤسسة حاكمة مقبولة داخلياً ودولياً [١٦١] .

المطلب الثاني: السلبيات ذات الصلة بعقود البوت(B.O.T)

لا نعتقد بوجود سلبيات تحملها عقود البوت نفسها وإنما البعض منها يظهر كنتيجة لممارسات محلية خاطئة [١٦٢] . سواء كان الأمر متعلقاً بوجود خلل ما أثناء التفاوض أو عند إبرام العقد أو خلال التنفيذ أو في مرحلة التشغيل أو عند التسليم . وقد تبدوا للبعض أنها سلبيات فعلاً إلا أننا سنتناولها مبينين طبيعتها –
وأسبابها والمعالجات بخصوصها :

أولاً ـ ضعف التنسيق بين الجهات الحكومية : وهذه الجهات قد تتداخل في صلاحياتها ومهامها وخصوصاً عندما يتطلب الأمر التعامل مع عدة وزارات ومؤسسات ذات صلة بالمشروع المنفذ كوزارات الصناعة والمالية والإتصالات وإدارات الجمارك والإدارة المختصة بأملاك الدولة . ويأتي هذا الوضع كنتيجة لضعف الأداء الحكومي في بعض الدول لاسيما النامية منها وتمسك كل منها بصلاحياتها وأسلوب عملها الأمر الذي يجعل التنسيق ضعيفاً أو مربكاً ويظهر ذلك جلياً عند التقدم للحصول على الموافقات والتراخيص الخاصة بالمشروع [١٦٣] .

إن ما ينتج عن ضعف التنسيق لا علاقة له بنظام البوت أو آلياته ، إنما ناتج عن خلل حكومي يتمثل في عدم إستطاعة أجهزة الحكومة من التعامل كفريق واحد يمتلك ثقافة تضع نجاح المشروع ومن ثم مصلحة البلد من أولوياتها ، كما أن نقص الخبرات لاسيما في الدول النامية والفساد المستشري فيها يوفران مناخاً يساعد الشركات على عدم تسليم المشروع بالحالة الجيدة المتفق عليها ، بل قد تسلمه غير صالح تماماً [١٦٤] .

ثانياً ـ طول مدة العقد : إن إستمرار مدة العقد لسنوات طويلة تصل في بعض الأحيان إلى ٩٩ سنة لابد وأن يفرز سلبيات منها [١٦٥] :

١ ـ إن تحقيق شركة المشروع لأهدافها لاسيما عندما تقترب فترة التسليم تجعل من إهتمام الشركة لمواكبة التطور التكنلوجي أمراً غير موجود ، خصوصاً وأنها في وضع تكون قد تحصلت فيه على الأرباح المطلوبة.

٢ ـ خطورة ترك مشاريع ستراتيجية مدة طويلة تحت تصرف شركات أجنبية كل همها جني الأرباح حتى وإن كان على حساب الجانب الأمني .

٣ ـ تأثير طول المدة على الأجيال القادمة ، وخصوصاً إذا كانت مدة العقد طويلة . فمدة ٩٩ سنة تعني حرمان ثلاثة أجيال من الإستفادة من المشروع لاسيما عند تجديد مدة التشغيل .

٤ ـ قد يكون إقتراض الدولة لقروض توفر تمويلاً لإنجاز المشروع من قبلها أقل كلفة من إتباع نظام البوت حتى وإن أخذنا بنظر الإعتبار الفوائد على القروض وضغوطات الجهات الممولة ، فمقابل ذلك دخول عائدات المشروع خلال مدة التشغيل لخزينة الدولة .

والمؤكد أن طول مدة العقد تمثل حسنات تصب في مصلحة المستثمر وتضر بمصلحة الدولة المانحة ، خصوصاً وإن طول هذه الفترة سيخلف تغيراً في التكنلوجيا المستخدمة في المشروع [١٦٦] ولربما حصول إشباع في المنتج أو التحول إلى بديل آخر . كما قد يرتب طول مدة العقد أوضاعاً سياسية وإقتصادية يصعب تجاوزها فيما بعد [١٦٧] تضر بمصالح البلد السياسية والإقتصادية قد تعرضها للخطر كما حصل في مصر من جراء إلتزام قناة السويس الذي إستمر تسعة وتسعين عاما إذ لعبت شركة القناة دوراً سلبياً يعد داعماً للعدوان الثلاثي الذي شارك فيه كل من بريطانيا وفرنسا والكيان الصهيوني عام ١٩٥٦ [١٦٨] .

إن حل هكذا إشكالية يأتي من خلال دراسة إيجابيات وسلبيات كل إسلوب وهو أمر بيد الجهات المسؤولة فلديها القرار لسلوك أي من الطريقين وفقاً لمقتضيات المصلحة الوطنية . كما يمكن للإدارة أن تتفق مع الجهات المنفذة بأن تجري تحسينات على أداء المشروع في الحالات التي لم تعد تواكب التطور الاقتصادي والصناعي .

ثالثاً ـ ارتفاع التكاليف : قد تعد مسألة ارتفاع تكاليف إنشاء مشاريع البوت التي يمكن أن تصل إلى المليارات ميزة سلبية . وإذا ما أخذنا تقدير هذه الكلفة ومدة التشغيل وبدل بيع الخدمة إلى الدولة أو الجمهور فإن عبئاً كبيراً ستتحمله الدولة من خلال شراءها المنتج وكذلك إنتظارها مدة طويلة . كما أن ما يدفعه الجمهور إلى شركة المشروع مباشرة أو إلى الدولة يعد كبيراً أيضاً خصوصاً وإن الشركات تميل إلى المبالغة في تقدير الكلفة وفي ذات الوقت هي التي تقوم بتجهيز المواد الإنشائية والمعدات [١٦٩] . فقد تضطر الدولة تحت ظرف الحاجة لإستكمال تمويل المشاريع إلى تحمل العبء الأكبر منه الأمر الذي يعني وقوعها في الخلط بين عقود البوت التي تستلزم تحمل القطاع الخاص نفقات التمويل بالكامل وعقود الإمتياز التي يمكن للدولة ، كما هو معروف ، أن تتدخل إيجابياً خلال مراحل تنفيذ العقد لإعادة التوازن المالي بين الأطراف المتعاقدة الأمرالذي يجعلها تتحمل جزءاً من النفقات لإكمال التنفيذ وهو ما يتعارض وفكرة العقد بوت الذي يفترض تحمل الجهات المنفذة نفقات التنفيذ ، أي القطاع الخاص [١٧٠] .

إن ارتفاع تكاليف الإنشاء وما يرافقها من زيادة في الإنفاق ينسحب أيضاً على سعر الخدمة مما يعني زيادة العبء على المستهلكين من الجمهور [١٧١] ، خصوصاً وإن المستثمر يميل إلى تحقيق مصلحته فيعمد إلى رفع سعر بيع المنتوج أو الخدمة ، وإمكانية حصول ذلك يكون أكبر عند إحتكار المنتج أو الخدمة ، أما القول بأن الإدارة لها حق الرقابة على ذلك قول صحيح ولكن تطبيقه على أرض الواقع يختلف من حيث أن الشركات الكبرى لها من القوة الاقتصادية والنفوذ وإختراق الإدارات ما يجعل الإدارة لا تغض الطرف عنها بل مساندتها في مواقفها [١٧٢] لاسيما في الدول النامية التي يسود فيها الفساد المالي والإداري ، كالعراق مثلاً . وما حصل في لبنان من رفع سعر كلفة الاتصالات من قبل الشركتين المشغلتين للهاتف الخلوي إلا مثالاً على إنعدام الرقابة في تشغيل هذا القطاع الحيوي [١٧٣] . وهذا يدل على أن الشركات تحدد أسعارها وفقاً للتكاليف التي تم إنفاقها وما تسعى لتحقيقه من أرباح [١٧٤] لاسيما وإن المعول عليه في تسديد التمويل كالقروض وفوائدها هو إيرادات المشروع ذاته [١٧٥].ولا مشكلة في زيادة تكاليف المشروع وكذلك سعر المنتج أو الخدمة المقدمة إلى الجمهور إن كانت مبرراتها مقبولة ، إذ لا ضير في ذلك لأنه يدخل في خانة تغير الأوضاع الاقتصادية الداخلية أو الخارجية ومن ضمنها تغيرات الأسعار وهو أمر في الوقت الذي يمكن توقعه ومن ثم تقبله في أي مشروع وليس في مشاريع البوت وحدها إلا أن الأغلب أنه يأتي نتيجة لضعف في الأداء الحكومي خلال فترة التعاقد أو عند الرقابة في مرحلتي البناء والتشغيل وكذلك الفساد الإداري وهو أمر لا يمكن إعتباره سلبية تحسب على إسلوب البوت وإنما لسبب يعود إلى خلل في الأداءالحكومي . يشار في هذا الصدد ولمواجهة زيادة الكلفة وتلكؤ الشركات عن التنفيذ لنقص في التمويل يرتفع صوت يدعوا إلى تضمين العقود إلزام الشركات بتدبير نسبة من التمويل الذاتي وتوفير ضمانات مصرفية كافية لتغطية القروض وفوائدها لمواجهة أي تأثير سلبي ينتج عن تخلف شركة المشروع أو تعثرها في الوفاء بإلتزاماتها المالية لاسيما إتجاه الممولين [١٧٦] .

رابعاً ـ مساوىء الإحتكار : غالباً ما يشار إلى مسألة الإحتكار التي تمارسها الشركات عند تنفيذها لعقود البوت وتقبل بها الدولة لتكون عنواناً من عناوين هذه العقود أو أن يجري منع المنافسة بما يشبه الإحتكار [١٧٧] . فتأمين الإحتكار يضمن للشركات سيطرتها على السوق بدون منافسة بما يجعلها تحقق مردودات مضمونة تستعيد من خلالها ما انفقته الأمر الذي يفرز مساوىء وأضرار تنتج عن هذا الوضع . والحالة الأخرى البديلة للإحتكار هي الاتفاق على إلزام الدولة بشراء المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحصل في مشاريع الكهرباء أو ضمان حد أدنى من التشغيل كما يحصل عند إنشاء الطرق والمطارات [١٧٨] .

ونعتقد أن الدولة من خلال دورها التفاوضي والرقابي تستطيع الموازنة بين مصالحها ومصالح الشركات بما يمنع الإحتكار أو يخفف من وطئته . وإذا ما سلمنا بوجوده فإن الدولة إذا ما إتبعت معيار المصلحة الوطنية فإنها تكون قد قدمت ما عليها بإعتبار أن تحقيق المشروع في ظل إحتكار مجبرة عليه أفضل من عدم إنجازه لاسيما إذا ما قررت الدولة الإقدام عليه لقناعتها بوجود مصلحة للمجتمع فيه . وفي ذات الوقت يجب عدم إعتبار ما تحققه شركة المشروع أمراً سلبياً . بل حقا لطرف من أطراف العقد.

خامساً ـ تغليب المصلحة الخاصة للشركة على المصلحة العامة للمجتمع : إن ضعف الأداء الحكومي وغياب الإحساس بالمسؤولية الوطنية وإستشراء الفساد يساهم في الإفراط في منح شركة المشروع العديد من المزايا كإلتزام الدولة بشراء الخدمة وضمانها لسداد حد أدنى لمقابلها بما لا يحقق الأهداف المبتغاة من إنجاز المشروع لاسيما من جانب تخفيف الأعباء عن الميزانية العامة وخصوصاً في حالة إلتزام الدولة بتقديم القروض والتسهيلات الإئتمانية أو تحملها الأعباء لإعادة التوازن المالي للمشروع . وبمقابل ذلك سعي المستثمر (شركة المشروع) لتحقيق مصلحته ولو على حساب المصلحة العامة مستغلاً وجود إدارات غير منضبطة [١٧٩] وهذا الأمر سيؤدي إلى إنخفاض في حصة الاقتصاد الوطني ليتحول إلى عبء إجتماعي على المستهلك الوطني [١٨٠]. وما يساهم في ذلك بشكل كبير طول مدة العقد وما يرافقها من عائدات يجنيها الملتزم الأمر الذي يؤخر إستفادة الدولة وتحمل المجتمع عبء هذه العائدات [١٨١] .

وتظهر هذه السلبية أكثر عند تجديد المدة للشركة والإستمرار بتشغيلها وتطبيق فكرة العوائد المركبة من خلال إعادة إستثمار العوائد مما يعني تحقيق الشركة المشغلة لعوائد مضاعفة [١٨٢] .

وهناك رأي يرى بأن مجرد إجراء المقارنة بين تكلفة مشروع البوت إقتصادياً وإجتماعياً وسياسياً بما فيها الكلفة عند الإقتراض قد تجعل شركة المشروع أكثر فائدة من الدولة [١٨٣] مما يجعل النتائج المتحققة تشكل حسنات في مصلحة المستثمر وسيئات تشكل عبئاً على مصلحة المجتمع [١٨٤].

ونرى في هذا المجال إن مسألة تحقق مصلحة الشركة أمر مؤكد لأنها لم تأتِ إلا لهذه الغاية . وإذا ما أخذنا المسألة بموضوعية فإنه أمر مشروع . فطول مدة العقد قبلت به الدولة بإرادتها وإذا كانت مضطرة إلى ذلك لعجز ميزانيتها فإنها تكون أقدمت لعذر مقبول لاسيما إذا كان إنجاز المشروع من حيث النتائج المتوقعة وبوجود إدارة فاعلة حريصة أفضل من عدم إنجازه . عليه فإن المسألة تعود إلى كفاءة الأداء الحكومي وحرص الإدارات ونزاهتها ، فهما الفيصل في ضبط مسار التفاوض وتشييد المشروع وتشغيله بما تمتلكه من حق الرقابة والإشراف ، بل وإيقاع الجزاء إستناداً لبنود العقد .

سادساً ـ المشكلة المتعلقة بالنقد الأجنبي : يؤدي ارتفاع نسبة الأرباح المحولة من المصارف المحلية إلى إستنزاف غير قليل من السيولة الأجنبية المتواجدة داخل الدولة [١٨٥] كما قد لا يؤدي إسلوب البوت إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية عندما يلجأ إلى السوق المحلية للحصول على تمويل المشروع ، الأمر الذي يولد ضغطاً على السيولة المتاحة داخلياً مما قد يؤدي إلى إنخفاض قيمة العملة الوطنية بسبب زيادة الطلب على العملات الأجنبية [١٨٦] . ولا يمكن في هذا المجال إغفال حق المستثمر في تحويل أرباحه بالعملة الأجنبية ما دام التمويل وارد أصلاً من الخارج ، ولذلك برزت دعوات لوضع قيود على تحويل العملة وهو أمر حساس لابد من معالجته بشكل لا يخل بهدف جذب الإستثمارات الأجنبية إلى الداخل [١٨٧] وفي الوقت ذاته لايهدر مصلحة المجتمع . إلا أن ذلك لا يمنع من إيجاد الوسائل للحد من تحويل الأرباح جميعها إلى الخارج وإحداث إختلال في ميزان المدفوعات وهذا ما يؤثر على حجم السيول في السوق المحلية وقد يؤدي الى تضخم . ويمكن التحقق من ذلك من خلال إخضاع شركات المشروع لمعايير الجدارة الإئتمانية وفقاً لما متوفر من إحتياطي وما يجب أن

تتوفر من سيولة في المصارف . وكذلك تطبيق القواعد والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الإئتمان والحدود القصوى لمقدار القروض بالنسبة للعميل الواحد على مستوى كافة المصارف .

ومن المسائل التي يجب أن تنتبه إليها الجهات الحكومية المفاوضة هي التأكيد على وجود النصوص التي تلزم الشركات بضرورة تدبير نسبة محددة من تكاليف التنفيذ عن طريق التمويل الذاتي دون الإعتماد الكلي على التمويل من المؤسسات المالية لاسيما الوطنية مع وجوب إتباع توجيهات المؤسسات والمنظمات المالية والصناعية الدولية كالبنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية . وإذا ما تم ذلك سينتفي أي أثر سلبي لهذه المشاريع على مصادر التمويل المحلية ومنع إنسحاب هذا الأثر على العملة الوطنية [١٨٨] . إن المسألة تحتاج إلى موازنة بين المصالح الاقتصادية العليا للبلد ولاسيما ما يتعلق منها بالعملة الأجنبية وضرورات الإنفتاح غير المخل على الشركات الكبرى والمستثمرين الأجانب منعاً لإحجامهم عن توفير العملات الصعبة المطلوبة لإنجاز مشاريع مثل مشاريع البوت [١٨٩] .

سابعاً ـ ضعف الإطار القانوني : على الدول لاسيما النامية أن تدخل مشاريع البوت بتحوط كافٍ [١٩٠] لأن من السلبيات التي يمكن أن تظهر كنتائج لعقود البوت هو ضعف الإطار القانوني الذي تخرج به هذه العقود لأسباب يعود بعضها إلى قلة خبرة الكادر القانوني الذي لا يمتلك في الغالب خلفيات معلوماتية إقتصادية توائم بين متطلبات الصياغة القانونية بما يحفظ حقوق الدولة والمعلومات الاقتصادية التي توظف بإتجاه تشجيع الإستثمار . فتنظيم العقود وفقاً لمصلحة الدول النامية في ظل حاجتها للتمويل وخبرة الشركات الكبرى ليس مستحيلاً لاسيما بالنسبة للدول التي تمتلك موارد طبيعية كالنفط تحتاجها الدول المتطورة . وبذلك تستطيع الدول النامية المناورة والمبادلة بين التكنلوجيا وهذه الموارد وعندها تستطيع أن تفرض بعض الشروط التي تحفظ حقوقها وفي ذات الوقت ترضي الشركات وتستقطبها للإستثمار في المشاريع الكبرى[١٩١] .ولذلك ومن خلال التعامل تبين إن إسلوب البوت لا يتضمن تنظيم عقد واحد وإنما عدة عقود ولذلك ظهرت محاولات لصياغة عقود عالمية نموذجية للمشاريع الكبرى كإتفاقيات الإمتياز وإتفاقيات إنشاء المشاريع وإنشاء شركات المشاريع وإتفاقيات الشراء[١٩٢].إن ما نخلص إليه هو أن ما تحمله عقود البوت من بنود وشروط قد لا تصب في مصلحة الدول النامية . فما تتضمنه العقود من غموض تستوجب المعالجة يجنب الدولة الكثير من المشكلات في حالة حصول نزاعات مع الشركات[١٩٣].

ثامناً ـ إهمال تنمية الموارد البشرية فنياً وإدارياً : من المسائل المهمة التي يجب أخذها بنظر الإعتبار هو تضمين العقود ما يجعل المشغل سواء كان المستثمر ذاته أو الشركة المتعاقد معها مسؤولاً عن الإلتزام بإشراك العمالة الوطنية في المجالات الإدارية والفنية . و للمستثمر (شركة المشروع) تشغيل الأجانب في حالة تعذر توفرهم محلياً [١٩٤] . فالإدارة كثيراً ما تحرم من تنمية مواردها البشرية وخبراتها الوطنية لأن شركات المشروع تفضل تشغيل العمالة الأجنبية وبذلك ستكون هناك إعاقة للتنمية البشرية المحلية نتيجة لإهمالها من قبل الشركات [١٩٥] وإحلال العمالة الأجنبية بدلاً منها لاسيما في المشاريع التي تتعلق بالبنى التحتية والتي تتطلب تكنلوجيا عالية ومتطورة [١٩٦] ، ولا يخفى على أحد إنخفاض إنتاجية العامل أو الموظف الإداري المحلي كما هو الحال في العراق . ولمواجهة ذلك لابد من إلزام الشركات بتدريب الكوادر الإدارية والفنية لاسيما في المفاصل المهمة وتضمين العقود ذلك بالإضافة إلى جعل النصوص القانونية المنظمة لعمل الشركات تلزمها بذلك . وهذا ما تضمنه القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الصادر في مصر والخاص بتنظيم عمل الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة والتي أشارت المادة ١٧٣ منه على ضرورة وجود نسبة عالية من العمالة المحلية بين ٧٥-٩٠٪

من العاملين في شركات المشروع [١٩٧] . وهذا الأمر لم يغب عن منظمة الأمم المتحدة حيث تضمن قانون السلوك لنقل التكنلوجيا الذي أعدته الهيئة العامة وأشارت فيه إلى أن مضمون نقل معلومات فنية في إنتاج السلع يشمل الخبرة الهندسية وتدريب العمالة [١٩٨] .يشار في هذا الصدد أن هذا الإلزام للشركات بتدريب الكوادر الوطنية يجب أن يكون أثناء البدء بالبناء وكذلك التشغيل لتكون هذه الكوادر مهيئة لتحل محل هذه الشركات عند التسليم أو عند حصول أي طارىء كالتأميم مثلاً كما حصل عند تأميم قناة السويس وقيام الشركات الأجنبية بسحب المرشدين ليضعوا الحكومة المصرية في موقف غير القادر على إدارة القناة مما يعني تهديد الملاحة الدولة [١٩٩] . كما يجب معالجة وضع العاملين في المشاريع المنوي توسيعها عن طريق عقود البوت وكذلك في حالة صرفهم من الوظيفة بما يحفظ حقوقهم أو إستيعابهم عن طريق تشغيلهم من قبل شركات المشروع [٢٠٠].

تاسعاً ـ التأثر بالوضع السياسي والأمني والتأثير فيه : تتأثر مشاريع البوت بالوضع السائد في الدولة لاسيما من النواحي السياسية والأمنية والقانونية بشكل كبير ولذلك لابد من إستقرار الأوضاع في أي بلد لضمان نجاح هذه المشاريع [٢٠١] ، كونها مشاريع تتعلق بالبنية الأساسية وتحتاج إلى العديد من التصاريح والإمتيازات ، كما تعمل البنوك على الحصول على تعهدات من الحكومة المضيفة بخصوص خطر التأميم وكذلك التعهد بتوفير العملة الأجنبية عن طريق المصارف الوطنية المركزية [٢٠٢] .ومن المشاكل التي تواجه مشاريع البوت حماس كبار المسؤولين في الدولة لها في حين أن آخرين ينظرون لها بحذر لأنهم يرون في تفاصيل بنودها سحب لجزء من صلاحياتهم التي تذهب إلى القطاع الخاص [٢٠٣].إن سياسة الحكومة في وضع التعرفات وتحديد الأرباح مقابل مقابل ما توظفه الشركات من أموال يؤثر حتما في جلب المستثمرين أو نفورهم من إنجاز مشاريع البوت في الدولة ، فالإستقرار الاقتصادي أمر مهم للسير في هكذا مشاريع [٢٠٤] . إذ من الطبيعي أن يحرص المستثمرون على التقليل من المخاطر التجارية وغير التجارية التي يمكن أن يتعرضوا إليها بما يرهقهم أو يحملهم أعباء غير متوقعة لاسيما وأن مثل هذه المشاريع تستغرق وقتاً طويلاً ولذلك فمن وسائل الحماية التي تؤكد عليها الشركات وضع شرط الثبات التشريعي ، الذي يبقي العقد خاضعاً للنصوص القانونية السارية وقت إبرامه حتى في حالة تغييرها [٢٠٥].

وقد ينعكس إعتماد مشاريع البوت على إستثمارات دولية سلباً على سيادة الدولة ، إذ قد يمنعها من فرض تدابير تحد من تحكم الشركات في مشاريع عملاقة تشكل مرتكزات أساسية في الاقتصاد الوطني مدعومة من دولها ، وهذا ما يصعب من تدخل الدولة لمواجهة ممارسات الشركات أو ما تفرزه نشاطاتها التي قد تؤثر في الوضع السياسي والإقتصادي بطريقة أو بأخرى [٢٠٦] . لاسيما في ظل عدم مواكبة التنظيم الحكومي للمشاريع الأمر الذي يمكن أن يمس الأمن القومي وخصوصاً أن الشركات الأجنبية تخضع لإدارتها وسيطرتها مشاريع ستراتيجية كالمطارات والطرق [٢٠٧] .

إن ضخامة مثل هذه المشاريع وتأثيرها إقتصادياً وإجتماعياً وسيطرة الشركات عليها يمكن أن تؤثر على الناحية الأمنية ولربما إضعافها لاسيما وإن هم الشركات الأوحد تحقيق الربح ولو على حساب أمن البلد [٢٠٨] . كما أن ربط العقد من الناحية القانونية بجهات قضائية دولية يشكل مانعاً من ممارسة الحكومة الضغط على الشركات [٢٠٩] ، التي يمكن من خلال هذه المشاريع أن تتسبب في التدخل الأجنبي في شؤون الدولة أثناء تشييد هذه المشاريع أو تشغيلها بما تتمتع به من إمتيازات كبيرة كالشركات التي تسيطر على رؤوس الأموال والتي تمارس أنشطة ضخمة في مجالات مهمة كالنفط والملاحة المائية [٢١٠] .ونعتقد في هذا المجال أن توفير ظروف ملائمة للإستثمار من قبل الدولة وإتخاذها الإجراءات المناسبة لتشجيع الإستثمار دون الإفراط في منح الإمتيازات وممارسة دور رقابي وإشرافي دقيق ، وقبل ذلك توفير كوادر مفاوضة متمكنة سوف يوفر للدولة ما

تسعى له من إنجاز لمشاريع البوت وإنهاء كل المشاكل الناجمة عنها أو تخفيف وطئتها بما يجعل لهذه المشاريع إنعكاساتها الإيجابية وطنياً .

المطلب الثالث: أشكال مشاريع تمويل البنية الأساسية

عندما وجدت الدول الغنية والفقيرة ، المتقدمة والنامية نفسها غير قادرة على تمويل المشاريع الكبيرة التي تشكل البنية الأساسية أو إنها راغبة في إنجاز تنمية متسارعة دون إنتظار توفر التمويل اللازم من ميزانياتها فإنها لاحظت ضرورة تمويل مشاريع البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص ليساهم في إنجاز مشاريع لم تعد قادرة على توفيرها لعجز ميزانياتها ولو مرحلياً .

ونظراً لإختلاف ظروف الدول من النواحي السياسية والإقتصادية والإجتماعية فقد برزت الحاجة الى عدم الإكتفاء بشكل واحد لإنجاز هذه المشاريع ولو أنها جميعاً تعتمد التمويل ، أو أن القطاع الخاص هو من يتولى تنفيذها . إن التطور ومن ثم التنوع في أشكال مشاريع البنية الأساسية أعطى للدول حرية لإختيار النوع الذي يوصلها إلى مصالحها وتحقيق أهدافها عبر مشروع من هذه المشاريع ، وبذلك فإن الأمر يتطلب تطويراً مستمراً لإستحداث أنواع جديدة من هذه العقود [٢١١] .

إن ما حصل فعلاً ولادة عقود جديدة تتوافق في شروطها مع ظروف أطرافها سواء كانت الدول أو الشركات ، بعضها إنتشر وله تطبيقات كثيرة وشائعة والأخرى تطبيقاتها قليلة . والسبب الأهم – بتقديرنا – يعود إلى إختلاف ظروف كل بلد ومدى حاجته لهذا الشكل أو ذاك ، وهذا الأمر مرتبط مرة بظرف إقتصادي وآخر سياسي ولربما لظرف ليس منهما .ومن أجل الإطلاع على أهم هذه الأشكال سنأتي على تناولها مع الإشارة إلى أهم ما تعنيه وما تتضمنه من تفاصيل .

أولاً ـ عقد البناء والتملك والتمويل B.O.O.T (Build Own , Operate and Transfer)

تقوم شركة المشروع محل العقد بإنشائه وتملكه وتشغيله لفترة محددة يتفق عليها ، تحصل الشركة على عائداته خلالها ومن ثم تعيده إلى الجهة المتعاقدة [٢١٢] . ويقترب هذا النوع من عقود (B.O.T) في تفاصيل كثيرة عدا طول مدته [٢١٣] وكذلك من حيث أن الملكية تكون فيه خلال مدة التشغيل بينما لا مجال للحديث عنها في عقود البوت (B.O.T) ، رغم ان البعض يرى بأن الملكية في العقود الأخيرة (B.O.T) تعود الى الجهة الإدارية بعد إنتهاء فترة العقد بدون مقابل إلا إذا إتفق الطرفان على خلاف ذلك [٢١٤] .ويذهب جانب من الفقه [٢١٥] إلى القول بأن الملكية تبقى لشركة المشروع خلال مدة العقد ، أي أن ملكيتها مؤقتة ومن ثم تعود إلى الجهة المتعاقدة بإنتهاء هذه المدة [٢١٦] ، ولذلك يفرق هؤلاء بين عقود (B.O.O.T) وعقود B.O.T من هذه الجهة [٢١٧] ، على أساس أن العقود الأخيرة لا تتضمن أية إشارة إلى الملكية التي تبقى إلى الدولة أو إحدى مؤسساتها [٢١٨] ولهذا السبب فإن القطاع الخاص يرغب في تمويل وتنفيذ مثل هذه المشاريع ، أي مشاريع (B.O.O.T) لإدراكه تملك المشروع ولو لمدة محددة هي مدة التشغيل [٢١٩] ، وهناك من يرى [٢٢٠] بأن هذه الملكية على الرغم من أنها مؤقتة ومرحلية ومشروطة إلا أنها ملكية شاملة لا تشمل ملكية المعدات والأدوات الرأسمالية فقط ، بل تمتد إلى الأرض لورود لفظ الملكية مطلقاً . وهنا – كما يرى أصحاب هذا الرأي – مكمن الخطورة وعلى وجه الخصوص عندما يكون محل تنفيذ هكذا عقود لإنشاء محطات الطاقة الكهربائية وهو الغالب كما يحصل في مصر .إلا أن جانباً آخر من الفقه يذهب الى القول بأن لشركة المشروع الحيازة وليست الملكية ، كما أن هذه الملكية لم تكن كاملة . حتى إنها – على رأي هذا الفقه – حيازة محدودة ومرتبطة بغرض الإنتفاع والإستغلال كعقود البوت B.O.T ، فالفرق لفظي وقد ورد التمليك كتعبير مجازي الغاية منه تحفيز المستثمرين [٢٢١] . ويرى آخرون من الفقه [٢٢٢] بأن شركة المشروع لا تمتلك المشروع كله وإنما ما أوجدته من عناصر كالمنشآت والأدوات والآلات والأجهزة خلال مرحلة البناء ، فلهذه العناصر خصوصيتها وكذلك من حيث إستغلالها بعيداً عن المرفق العام لأنها لم تكن جزءاً منه بالأصل . أما بعد هذه المرحلة فإن هذه العناصر

تفقد خصوصيتها وإستقلالها عن المرفق العام عليه لا يمكن القول بتملكها لهذه العناصر بعد أن أصبحت جزءاً من المشروع ولا تستطيع التصرف بها أو بالمشروع تصرفاً ناقلاً للملكية وهو حق يبقى للإدارة بإعتبارها من يملك الرقبة [٢٢٣] بينما الملك العام من شأن المالك أن يتصرف به تصرفاً مطلقاً ، أي أن يتصرف فيما يملكه عيناً ومنفعة وإستغلالاً [٢٢٤] . يشار في هذا الصدد الى أن قسماً من الفقه لا يفرق بين عقود (B.O.T) وعقود (B.O.O.T)[٢٢٥] إذ يرى هذا الفريق بأن شركة المشروع لا تملك المشروع ويدها عارضة كما في عقد (B.O.T) ، إلا أن ما يميزه طول مدته التي تكون أطول من مدة عقد (B.O.T) ، ولذلك فإنه يعد حلاً للمشروعات التي تدر عائداً ضعيفاً فتأتي المدة الطويلة لتغطي نفقات الممول مع تحقيق عائد مقبول ، وفي غير ذلك يلتقي هذا النوع مع عقد (B.O.T) [٢٢٦].

وفي هذا الخصوص نقول بإننا لا نعتقد بملكية شركة المشروع للمشروع ذاته ولو مؤقتاً لأن الملكية حق دائم [٢٢٧] هذا من جانب ومن جانب آخر فإن ما ينشئه المستثمر من منشآت لا يمكن فصلها في أغلب الحالات عن الأرض التي تعود أصلاً للجهة المانحة (الإدارة) ، وإذا سلمنا بأنها منشآت تعود للمستثمر فإنه قول لا ينسجم مع إفتراض حقه في رفعها وهذا أمر غير ممكن من ناحية كلفته وكذلك من ناحية إتفاقه مع الإدارة على الإنشاء والإستغلال لفترة العقد ومن ثم تؤول إلى الإدارة ، وعليه نكون أمام حالة أقرب إلى عقد المساطحة إذ أن نص المادة ١٢٦٩ من القانون المدني العراقي تنطبق تماماً من حيث عائدية المنشآت وكذلك المعدات لاسيما منها ما لا يمكن رفعه بدون تلف ، أو لنقل لم تعد له تلك القيمة التي كانت عند التنصيب[٢٢٨] ، هذا فيما لو سلمنا أيضاً بأن الشركة مالكة لعناصر المشروع سواء كانت منشآت أنشأتها أو معدات نصبتها أو أدوات أدخلتها ، إلا أن ذلك أيضاً لا يتسق والمنطق القانوني السليم حسبما نعتقد . ولهذا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى القول بأن لشركة المشروع الحيازة التي يجب أن تغادرها عند تسليم المشروع وهذا ما ينطبق ونص المادة ١١٤٥ من القانون المدني العراقي [٢٢٩] كما لا يمكن عد ما تنشؤه الشركة وما تنصبه من أدوات وأجهزة عقاراً بالتخصيص [٢٣٠] ، والذي أشارت له المادة ٦٣ من القانون المدني العراقي [٢٣١] لأن شركة المشروع لم تكن مالكة للعقار لا أصلاً ولا إنتقالاً لها من المالك ، وحيث أن المنشآت والمعدات إنما رصدت لخدمة العقار المشيد عليه المشروع ولما كانت أحكام العقار بالتخصيص تشترط شروطاً غير متوفرة هنا ، ولاسيما من حيث أن المشيد للبناء والمنصب للأجهزة والمعدات لم يكن هو المالك للعقار، عليه فإن ما ينطبق والحال هذه أنه جاء إستناداً لإتفاق خاص.

ثانياً ـ عقد البناء والتملك والتشغيل B.O.O (Build , Own and Operate)

يتم الاتفاق فيه بين شركة المشروع والدولة على أن تقوم الأولى بإقامة المشروع أو المرفق العام وتتملكه وتتولى إدارته وتشغيله ويكون للدولة ممثل في شركة المشروع [٢٣٢]. وبالإضافة لذلك فإن القطاع الخاص هو الذي يتولى التصميم أيضاً ، كما يبقى المشروع مملوكاً للشركة حتى ينتهي عمر المشروع الإفتراضي [٢٣٣] .ومع أن الفقه مختلف حول حرية الشركات في التصرف في المشروع من عدمه إلا أنه كان إسلوباً مطلوباً وبديلاً لعقود B.O.T في الدول التي ترى أن العقود الأخيرة عقود إدارية ، وهذا ما حصل في تركيا تشجيعاً وجذباً للإستثمار الأجنبي [٢٣٤] .ويصلح هذا الشكل من العقود للمشروعات المؤقتة [٢٣٥] إلا أنه لا ينتهي بنقل الملكية بل يمكن تجديد المدة لنفس الشركة المنفذة لحين ما يصبح لا قيمة له . ومع ذلك تستطيع الدولة التصرف بالمشروع بعد المدة وفقاً للمصلحة العامة على أن يجري تعويض المستثمرين عن حصص الملكية إستناداً إلى تقييم محاسبي لأصول المشروع وقيمته الحقيقية [٢٣٦] .ومما يميز هذا النوع من العقود أن الجهات الحكومية تحصل على نصيب من إيرادات المشروع كمقابل لمنح الإمتياز وتقديم أوجه الدعم أمام مختلف الجهات[٢٣٧].ومع ذلك وبسبب خاصية تملك الشركة للمشروع فإن الدول لا ترحب به في

الغالب إلا في الحالات النادرة[٢٣٨].وتعد هذه المشاريع شكلاً من أشكال الخصخصة التامة بإسلوب البوت[٢٣٩].

ثالثاً ـ عقد البناء ونقل الملكية والتشغيل B.O.T (Build , Transfer and Operate)

في هذا العقد تقوم الدولة بالإتفاق مع المستثمر على بناء المشروع أو المرفق العام ليتخلى عنه لمصلحتها على أن تقوم بإبرام عقد آخر معه لإدارة وتشغيل وإستغلال المشروع أو المرفق خلال مدة معينة مع تقسيط كلفة المشروع وفقاً لإتفاق الطرفين . ويستشف من ذلك أن الدولة تبقى مالكة للمشروع إلا أن التخلي لها يتم بخصوص ما أنجزته الشركة [٢٤٠] . وبموجب الاتفاق فإن المشروع أو المرفق لا يخرج عن يد الإدارة إلا بموجب العقد الثاني ، أي العقد الذي تتولى فيه الشركة إدارته وتشغيله [٢٤١] وتعد المشاريع المنجزة بهذه الطريقة صورة من صور إدارة المشاريع العامة والتي غالباً ما يكون مجالها الفنادق والمشاريع السياحية ، وتعتبر عقودها من عقود الخدمات لأنها نتاج تداخل بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وعقود الخدمات والإدارة والتأجير [٢٤٢] .

وبعض الفقه يذهب إلى القول بأن الدولة هي التي تقوم ببناء المشروع وتمويله ومن ثم تعهد إلى القطاع الخاص بتشغيله ، وبذلك يكون هذا العقد ذات طبيعة مختلطة تحمل خصائص عقود البناء والتشغيل . وتتبع هذه الطريقة في إدارة المشروعات العامة ذات الصلة بالفنادق والمشروعات السياحية . وإتجاه الدول إلى هذه العقود يأتي تجنباً لتعاظم النفوذ الأجنبي ومنع تغلغله في المؤسسات الاقتصادية الوطنية عن طريق ما تمتلكه من رأس مال ضخم قد يوفر سيطرة على الإقتصاد الوطني[٢٤٣] .

رابعا ـ عقد البناء والإيجار ونقل الملكية B.L.T (Build , Lease and Transfer)

بموجب هذا العقد تقوم الشركة ببناء وتملك المشروع مؤقتاً ثم تقوم بتأجيره إلى الإدارة أو للغير إيجاراً تمويلياً [٢٤٤] مقابل مالي وبصيغة دورية طوال مدة العقد ، حيث تقوم الإدارة بتشغيله بنفسها أو عن طريق الغير [٢٤٥] وهذا ما يختلف به هذا النوع عن عقد (B.O.T) من حيث إن شركة المشروع لا تتولى إدارة المشروع أو تشغيله إنما تحصل على مقابل الإنشاء مما تستحصله من المستأجر الذي يكون على الأغلب مالك الأرض طوال مدة العقد [٢٤٦] .

وتلجأ الإدارة إلى هذا الشكل من العقود في المشاريع التي تعتمد على المعدات والآلات الرأسمالية لتشغيلها [٢٤٧] .

ونرى بأن الملكية لم تنتقل (مؤقتاً) لأن ذلك يتقاطع مع أكثر خصائص الملكية بإعتبارها حق دائم ، إنما يبقى المشروع أرضاً وما تم بناؤه عليه وما نصب فيه من معدات وآلات تحت حيازة المستثمر ثم يرفع يده عنه ويسلمه إلى الإدارة بعد إنتهاء المدة المقررة . وغالباً ما يستشهد بعقد قناة السويس في مصر بإعتباره الأقرب إلى هذا النوع [٢٤٨] ولا نعتقد ذلك لإن العقد (B.L.T) هو الأقرب للعقد(B.R.T).

خامساً ـ عقد البناء والتملك والتأجير ونقل الملكية B.O.L.T (Build , Own , Lease and Transfer)

يتولى المستثمر من القطاع الخاص بناء وإنشاء المشروع أو المرفق العام على نفقته لحساب الإدارة على أن يتملكه المستثمرمرحلياً ، أي خلال المدة المتفق عليها وتأجيره إلى الجهة الحكومية أو غيرها بمقابل يتفق عليه لتقوم الإدارة أو الجهة المستأجرة بإدارته وتشغيله إذا لم تكن شركة المشروع قادرة على إدارته وتشغيله مقابل حق إنتفاع أو عائد تحصل عليه . وعادة ما تبرم هذه العقود لإقامة المشاريع التي تحتاج إلى آلات ومعدات رأسمالية لتشغيلها [٢٤٩].

سادساً ـ عقد البناء والتحويل B.T (Build and Transfer)

تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع أو المرفق العام على أن تقوم بتحويل ملكيته إلى الجهة الإدارية مباشرة بعد أن يتم الاتفاق على الطريقة التي يتم فيها تسديد القيمة . ويعد ذلك بمثابة مشروع تسليم المفتاح Turn Key Project[٢٥٠] .

ويختلف عن عقد B.O.T من حيث أن شركة المشروع لا تقوم بإستغلاله بل يقتصر دورها على التشييد فقط [٢٥١] .

سابعاً ـ عقد البناء والإستئجار والتشغيل ونقل الملكية B.R.O.T (Build , Rent , Operate and Transfer)

يتم إنشاء وبناء المشروع أو المرفق العام من قبل شركة المشروع (قطاع خاص) بتمويل منها بموجب إتفاق مع الجهة الحكومية ولمصلحتها على أن تقوم الشركة بإستئجاره منها وإدارته وإستغلاله خلال المدة المتفق عليها ، حيث تتولى الشركة تقديم الخدمة أو المنتج إلى المنتفعين أو الجهة المستفيدة بمقابل تسترجع منه ما أنفقته مع مقدار من الربح .وتبقى ملكية المشروع أو المرفق للجهة الإدارية المتعاقدة ، كما يظل لها الإشراف رغم أن إدارته وتشغيله الفعليين لشركة المشروع [٢٥٢] .

ثامناً ـ عقد البناء والتشغيل والتجديد B.O.R (Build , Operate and Concession)

في هذا العقد تعهد الدولة إلى القطاع الخاص (شركة المشروع) بإنشاء المشروع وإدارته وتشغيله وإستغلاله خلال المدة المتفق عليها [٢٥٣] وغالباً ما تكون المشاريع المنفذة بهذه الطريقة ذات منافع مستمرة ويتزايد عدد المنتفعين منها والمستهلكين لما تقدمه من منتجات أو خدمات ولهذا السبب فإن الدولة تتجه إلى الدخول في مفاوضات مع شركة المشروع لتجديد الإمتياز فترة أخرى . وقد إستخدمته بريطانيا وخصوصاً في الطرق السريعة [٢٥٤] إذ تبقى خلالها الملكية لشركة المشروع ما دام المستثمر ملتزماً بالشروط التي وضعتها الإدارة .

تاسعاً ـ عقد البناء والتأجير والتحويل B.R.T (Build , Rent and Transfer)

تتميز المشاريع المنفذة بهذه الصيغة بأن لها طبيعة خاصة ترتبط بطبيعة المنفعة التي تحققها للجمهور ، وكذلك فإن للمكان والعائد المتحصل منها تأثير في وجود هذه الخصوصية ، وللمشروع قابلية لتأجيره كما يحصل بالنسبة للموانيء والطرق السريعة والمطاعم النهرية [٢٥٥] إذ يمكن أن يكون التجديد سنوياً أو تجديد مدة الإمتياز الأولى [٢٥٦] . ويقترب هذا العقد من العقد B.L.T إلا أن ما يميزه هو أن الشركة هي التي تقوم بإستغلال المشروع والإنتفاع به خلال مدة العقد . كما يمكن تجديد مدة الإمتياز لفترة أخرى . وغالباً ما يستشهد بعقد قناة السويس عام ١٨٥٤ الذي أبرمته مصر مع السير (ديلسبس) كصورة للنفوذ الأجنبي داخل البلاد بما تمثله هذه القناة من أهمية ستراتيجية إقتصادياً وأمنياً وكذلك إجتماعياً لما حمله العقد من إلزام الجهات المصرية بتوفير ٩٠٪ من عمالة القناة عن طريق السخرة [٢٥٧] .

عاشراً ـ عقد البناء والإمتلاك والتشغيل والبيع B.O.O.S (Build , Own , Operate and Sulisidie)

تقوم شركة المشروع ببناء المشروع أو المرفق العام ليصبح ملكاً لها ومن ثم تشغله لمصلحتها لتحصل على عائداته وبيعه إلى الدولة التي تقوم بدفع قيمته المتبقية وقت البيع [٢٥٨] .

أحد عشر ـ عقد البناء والتمويل والتحويل B.F.T (Build , Fianance and Transfer)

إنتشر هذا النوع في دول المجموعة الأوروبية وفيه يقوم القطاع الخاص بمبادرة منه بإنشاء وتمويل أحد مشروعات البنية التحتية ثم يقوم بنقله إلى الدولة حيث تقوم بدفع كلفته على شكل أقساط إلى القطاع الخاص [٢٥٩] .

إثنا عشر ـ عقد التصميم والبناء والتملك D.B.O (Design , Build and Own)

يتميز هذا العقد بأن المستثمر يتملك المشروع بصورة نهائية بعد أن يقوم بشراء أصول المشروع المملوكة للدولة من خلال عقد إمتياز ، بعدها يقوم ببنائه ثانية وتشغيله لحسابه الخاص بموجب العقد المبرم مع الإدارة [٢٦٠] .

ثلاثة عشر ـ عقد التصميم والتشييد والتمويل والإستغلال D.B.F.O (Design , Build , Finance and Operate)

يتم تنفيذ المشروع أو المرفق العام بتمويل من شركة المشروع وفقاً للتصميم الذي تضعه الإدارة وشروطها بخصوصه . وبموجب هذا العقد يتملك المستثمر أصول المشروع ويمكنه أن يقترض بضمانه . ومما يميز هذا العقد إن الإستغلال لشركة المشروع ولكن وفقاً للشروط التي تضعها الإدارة التي تحصل على بدل الأرض ونسبة من الأرباح كمقابل لمنح الترخيص . وبسبب ملكية المستثمر للمشروع فإن هذه العقود تقترب من عقود (B.O.O) [٢٦١] وهناك رأي يذهب إلى عدم إعتبار هذا العقد من عقود البوت بل نوعاً من الخصخصة [٢٦٢] .

وبموجب هكذا عقود تستطيع الحكومة تجديد الإلتزام أو منحه لمستثمر آخر بمكاسب أحسن ودفع تعويض مناسب للمستثمر الأول بدلاً عن بنائه للمشروع أو المرفق العام[٢٦٣].

وتعد بريطانيا من الدول التي إستعملت هذه العقود وبالأخص في مجال الطرق السريعة ، خصوصاً قبل تبنيها لعقود المبادرة التمويلية الخاصة PFI عام ١٩٩٤ [٢٦٤] .

وتمثل هذه العقود إضافة جديدة يتم من خلالها توفير فرصة إنجاز مشروع جديد تماماً عندما يقوم المقاول بالمبادرة لإقناع الحكومة بإقامة مشروع ما وإنشائه وتمويله ومن ثم تشغيله[٢٦٥]. كما وتعد هذه العقود أكثر قرباً من عقود البوت(B.O.T)إلا أنها أكثر تفصيلاً بخصوص التصميم والتمويل[٢٦٦].

أربعة عشر ـ عقد التصميم والإنشاء والإدارة والتمويل D.C.M.F.O (Design , Construct , Mangement , Finance and Operate)

في هذا العقد تحصل الشركة إبتداءاً على حق تصميم المشروع لاسيما إذا كان يحتاج تصميماً يشمل كل التفاصيل . وتكون مرحلة الرسم والتصميم أساسية في العقد وتحتاج إلى خبرة وعمل دؤوب من قبل متخصصين ، بعدها تأتي المراحل الأخرى وخصوصاً التمويل الذي يجب أن يكون مستمراً وكافياً لحسن إدارة المشروع . وبعد ذلك تأتي مرحلة التشغيل . ومن المشاريع التي يمكن أن تنجزبمثل هذا العقد كوبري دولي أو نفق بطبيعة خاصة [٢٦٧] .

خمسة عشر ـ عقد التأجير والتدريب والتحويل L.T.T (Lease , Training and Transfer)

تلتزم شركة المشروع في هذا العقد بتمويل إقامة المشروع وتدريب العاملين الذين ترشحهم الدولة على أن تقوم الشركة بتأجير المشروع للجهة الحكومية التي تقوم بتشغيله لفترة يتفق عليها بعدها تعود ملكيته إلى شركة المشروع.ولهذا النوع تطبيقات عديدة في دول المجموعة الأوروبية[٢٦٨].

ستة عشر ـ عقد إعادة التأهيل والتشغيل والتحويل R.O.T (Rehabilitate , Operate and Transfer)

تستخدم هذه العقود لإعادة تأهيل المشروعات المتعثرة فتوكل مهمة إعادة هيكلتها إلى القطاع الخاص وهي تشبه عقود إعادة التأهيل والتملك والتشغيل R.O.O [٢٦٩] . والمرافق العامة موضوع هذه العقود قد تكون قائمة كلياً أو جزئياً بغض النظر عن التكلفة التي قد تزيد أو تقل فيما لو نفذت عن طريق عقود (B.O.O.T).وتنفيذ هذه المشاريع ووجودها أصلاً له دلالات إقتصادية من حيث جدواها الاقتصادية وأهميتها . وفي بعض الدول فإن قوانينها قد تضع بنوداً تسمح فيها للقطاع الخاص أن يشتري المرفق العام أو المشاركة في إعادة تأهيله [٢٧٠] .وبطبيعة الحال فإن

القطاع الخاص إن لم يشتر المشروع فهو ملزم بتحويله إلى الجهات الحكومية بعد إنتهاء فترة التشغيل المتفق عليها . وتعد هذه الصورة مفيدة للدول النامية لأنها ستؤهل لها مشاريع متعثرة كما أن ملكيتها ستبقى للدولة في نهاية العقد [٢٧١].

سبعة عشر ـ عقد إعادة التأهيل والتملك والتشغيل R.O.O (Rehabilitate , Own and Operate)

وفقاً لهذا العقد تقوم إحدى الشركات الإستثمارية بتجديد إحدى المشروعات العامة القائمة سواء كان ذلك من حيث المنشآت أو تأهيل معداتها على نفقة المستثمر الذي يتملك المشروع ويقوم بتشغيله لحسابه [٢٧٢].

إن المهمة التي يقوم بها المستثمر هي تجديد أحد المشاريع العامة القائمة وإعادة بنائه وتوفير جميع المعدات الجديدة التي يحتاجها بما فيها وسائل التكنلوجيا الحديثة . ويكون مقابل التملك مبلغ من المال يجري تقسيطه على المستثمرعلى عدة سنوات[٢٧٣]. ولذلك هناك من يرى بأن هذا العقد ليس شكلاً من أشكال عقود البوت بل صورة من صور الخصخصة[٢٧٤]وعليه يجب على الدول أن تضع ضوابط لحماية إقتصادها الوطني عند الشروع بإبرام مثل هذا النوع من العقود[٢٧٥].

ثمانية عشر ـ عقد التحديث والتملك والتشغيل والتحويل M.O.O.T (Moderniz , Own , Operate and Transfer)

تعاني الكثير من الدول لاسيما النامية منها من عدم مواكبة مشاريعها للتكنلوجيا الحديثة ولذلك تأتي هذه العقود لتحل لها هذه المشكلة عندما تقوم شركة المشروع بتحديث أحد المشروعات القائمة ونقل التكنلوجيا المتقدمة إليه ومن ثم تشغيله . ومن الدول التي إستعانت بهذا النوع من العقود مصر التي طورت عن طريقه مستشفياتها العلاجية [٢٧٦].إن المسألة المهمة في هذه المشاريع المراد تطويرها تكمن في أن التقنية الحديثة غير متاحة ولهذا السبب تلجأ بعض الدول الى هذا النوع من العقود [٢٧٧]. ويمكن أن تشترط الدولة في العقد إقتسام عوائد المشروع مع القطاع الخاص حتى نهاية العقد [٢٧٨] ، أو أن تستقل شركة المشروع بإستثماره وإعادته إلى الدولة دون مقابل [٢٧٩]. وبذلك فإن عقد (M.O.O.T) لا يختلف عن عقد(B.O.O.T) إلا من حيث ورود الأول على تحديث مشروع قائم فعلاً وتشكل مسألة الحصول على تكنلوجيا عالمية حديثة إحدى مقتضياته [٢٨٠] . في حين أن الثاني يتضمن قيام شركة المشروع بإستحداث مشروع جديد [٢٨١] ، وكذلك من حيث أنه لا يتضمن مسألة التملك . يشار في هذا الصدد أن هذه العقود غالباً ما تتضمن إلتزام الشركة بتدريب العاملين الوطنيين لمواكبة ما في المشروع من تطور حتى تستطيع الجهة الحكومية تشغيله بعد إستلامه [٢٨٢] .

تسعة عشر ـ عقد الشراء والبناء والتشغيل P.B.O (Purchase , Build and Operate)

تقوم الجهة المنفذة بموجب هذا العقد بشراء مشروع تم إنشاؤه بمعرفة الدولة لتقوم الشركة بتشغيله وتملكه على أن لا يعود للدولة ثانية ، وهذا النوع يشبه الخصخصة [٢٨٣] . وغالباً ما تشتري الشركات المستثمرة أصول مشروع قائم وإضافة أصول جديدة له وتشغيله والإنتفاع به [٢٨٤] . وتأخذ مثل هذه المشاريع وفقاً لهذا النوع من العقود أهمية خاصة للدول السائرة ببرنامج إصلاح إقتصادي تسعى فيه الى تحويل مشروعاتها العامة إلى ملكية خاصة حيث يتولى القطاع الخاص الاهتمام بها وإضافة على أصولها وتشغيلها بطاقة أعلى[٢٨٥].

عشرون ـ عقد الإيجار والتجديد والتشغيل والتحويل L.R.O.T (Lease , Renovate , Operate , Transfer)

إن ما تقوم به شركة المشروع في هذا النوع من العقود هو إستئجار مشروع قائم يعود للحكومة لتقوم بتجديده وتحديثه وتشغيله لفترة يتفق عليها مع الإدارة ثم تعيده إليها بدون مقابل [٢٨٦] .

وذلك يعني أن هدف الشركة ينصب على الإنتفاع من المشروع بصيغة مستأجر وعليه تبقى الجهة الإدارية مالكة للمشروع أو المرفق العام أرضاً وموجودات . ولهذا السبب نجد من لا يعتبر هذا العقد من عقود البوت ، إنما عقد إيجار عادي [٢٨٧] .

إن ما يميز عقود البوت ، كما قلنا ، إنها عقود يمكن أن تكون ضمن العقود غير المسماة سوى أنها تنصب على مشاريع البنى التحتية أو الأساسية ولذلك تتعدد صورها تبعاً لتطور الظروف والحاجات المرتبطة بها ، بالإضافة إلى رغبة المتعاقدين لوضع شروط معينة تمنحها وضعاً خاصاً قد يضعها ضمن سلسلة هذه العقود . فالعقود التي تناولناها ليست هي جميع الأنواع ، إنما هي الإهم والأكثر إنتشاراً فهناك أنواع أخرى منها [٢٨٨] :

إحدى وعشرون ـ عقد البناء والتحويل والتأجير B.T.L (Build , Transfer and Lease)

في هذا العقد يتولى القطاع الخاص إنشاء المشروع على أن تبقى ملكيته للدولة إذ يقوم بإستئجاره منها فقط

إثنان وعشرون ـ عقد التصميم والترويج والبناء والتأجير والتحويل D.P.B.L.T (Design , Promation , Build , Lease and Transfer)

وفيه تتولى الجهة المستثمرة تصميم المشروع والترويج له وإنشائه وإستئجاره من الدولة لفترة ثم تسلمه إليها بعد ذلك .

ثلاثة وعشرون ـ عقد البناء والتملك والتأجير B.O.L (Build , Own and Lease)

بموجب بنود هذا العقد تقوم شركة المشروع ببنائه وتملكه ومن ثم تقوم بإيجاره إلى الدولة للإنتفاع به بمقابل .

أربعة وعشرون ـ عقد التصميم والإنشاء والإدارة والتمويل D.C.M.F (Design , construct , Mange and Finance)

خمسة وعشرون ـ عقد الإنشاء والإجارة والتشغيل B.L.O (Build , Lease and Operate)

ستة وعشرون ـ عقد التخطيط والتشغيل والصيانة D.B.O.M (Design , Build , Operate and Maintain)

سبعة وعشرون ـ عقد الإنشاء والإجارة والتشغيل B.B.O (Blo , Build , Lease and Operate)

الفصل الثاني : التكييف القانوني لعقد البوت (B.O.T)

لقد أثارت الكثير من المواضيع القانونية ذات الصلة بعقود البوت جدلاً فقهياً حتى لا تكاد تمر مفردة قانونية إلا والاختلاف بخصوصها أمر وارد وذلك لاختلاف الرؤى والخلفيات الفلسفية التي يستند إليها الفقهاء . وهذا الجدل قد يرد بخصوص جذور المفردة التاريخية أو مفهومها أو تكييفها القانوني أو نطاقها وما تلعبه من دور في إطار العلاقات القانونية . وإذا كانت العقود المبرمة بين الدول كشخص وطرف آخر تثير الكثير من المشاكل فإن الأمر يثير مشاكل أكبر إذا كان الطرف الثاني أجنبياً ، اذ قد يحصل تنازع في القوانين يتطلب تعيين القانون الواجب التطبيق ، وكما هو معروف فإن ما يثار من إشكالات بخصوص التنازل أمر بات يشغل الفقه والقضاء بخصوصه في ظل غياب قواعد ثابتة تحكمه حتى دفع البعض لوضع التنازع بدلاً من تسمية القانون الدولي الخاص [٢٨٩] .

ومن المعروف أن طرفي عقود البوت (B.O.T) الرئيسيين هما الإدارة كجهة حكومية والقطاع الخاص الذي غالباً ما يكون شخصاً أجنبياً يظهران في علاقة عصبها الأساس اقتصادي يتداخل مع جوانب سياسية قد تمس السيادة والأمن الوطني ، وكذلك اجتماعية لان مضمونها يتعلق بإنشاء بنى تحتية توفر خدمات أساسية للدولة والمجتمع . وما تتميز به عقود البوت كما رأينا أنها تشتمل عقوداً متعددة ، وكل عقد فيها يتضمن عقوداً أخرى وذلك بسبب ضخامة

المشاريع محل هذه العقود والجوانب المتعددة فيها والتي غالباً ما ينفذها أطراف آخرون بموجب عقود ثانوية [٢٩٠] .

إن الجانب الأكبر من الجدل الفقهي طال مسألة تحديد عقود البوت (B.O.T) وفيما إذا كان توصيفه عقداً إدارياً أو عقد يخضع لقواعد القانون الخاص أو ذو طبيعة خاصة . وقد لعب القضاء الإداري دوراً كبيراً في إرساء القواعد الخاصة للقانون الإداري بما فيها الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية ، ولا غرابة في ذلك إذا علمنا أن القضاء الإداري خرج من الإدارة ذاتها وكبر في محيطها [٢٩١] . وفي ظل هذه التوصيفات حصل جدل فقهي ايضاً الامر الذي يتطلب منا دراسة هذه الجوانب لنلم بالمواضيع الخاصة بهذا العقد موضوع بحثنا . ومن أجل ذلك سنتناول هذه الجوانب في مبحثين ، نخصص الاول للتكييف الذي وضع له باعتباره عقداً من عقود القانون العام ، فيما سنبحث في الثاني التكييف الذي يجعله من العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص .

المبحث الأول: عقد البوت (B.O.T) من عقود القانون العام

لقد أثير جدل فقهي كبير حول تكييف عقد البوت . فقد ذهب جانب من الفقه الى اعتباره عقداً أدارياً ، وذهب آخرون الى اعتباره عقداً خاضعاً للقانون الدولي العام ، فيما اعتبره آخرون عقداً من عقود الأشغال العامة الدولية ، بينما يقول قسم من الفقه إنه تنظيم . واذا كان الجدل ميداناً خصباً للفقه لان يبدي رأيه في الكثير من المسائل القانونية لا سيما منها ما كان محل خلاف ، الا أن ذلك لا يمنع من أن يكون هناك موقف للتشريعات وأحكام القضاء من هذه المسألة . ولبيان ذلك سنقسم المبحث الى مطالبين ، نتناول في الاول تكييف عقد البوت باعتباره عقداً ادارياً ، وفي الثاني سنأتي على التحديدات الأخرى لطبيعة عقد البوت .

المطلب الأول: عقد البوت (B.O.T)عقد إداري

يرى جانب من الفقه أن العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها مع أشخاص أخرى منها أشخاص القانون الخاص يكون الهدف منها تحقيق الربح والمرفق العام محلها عقوداً إدارية تحكمها قواعد القانون العام النافذة في الدولة التي فيها المشروع محل العقد ، ويأتي هذا التوصيف لتوفير معايير العقد الإداري فيه [٢٩٢] . وهذا هو الراي الغالب في الفقه . و يمثل ذلك موقفا له أنصاره ، الأمر الذي يحتاج أن نتناوله في فرع أول . وتحتاج دراستنا أيضاً الى توضيح شروط العقد الإداري ، وهذا ما سيتضمنه الفرع الثاني . وسنأتي على الجدل المثار بخصوص إدارية العقد في فرع ثالث ، فيما سنخصص الفرع الرابع لحجج أنصار هذا الإتجاه .

الفرع الأول: الموقف المؤيد لإعتبار عقد البوت عقداً إدارياً

من المعروف قانوناً إن الإدارة كشخص معنوي يمكن ان تبرم نوعين من العقود . فقد تبرم عقوداً عادية تخضع الى قواعد القانون المدني وتكون فيها الإدارة شخصاً عادياً كما هو الحال في ايجار مال خاص لها أو بيعها محاصيل زراعية من أموالها الخاصة . كما يمكن للإدارة أن تبرم عقوداً أدارية تخضع لقواعد القانون الإداري كاتفاقها مع احد الأشخاص يلزم بموجبه بإنشاء مرفق عام أو إدارته [٢٩٣]. والقاعدة الجوهرية التي تقول بأحقية الإدارة في استخدام طرق الإدارة العامة أوطرق الإدارة الخاصة دفع الفقه التقليدي الى القول بأن للإدارة الحق في اللجوء الى العقود الإدارية بدلاً من العقود الخاصة رغبة منها في تضمين هذه العقود بنوداً لم يألفها القانون الخاص ، الأمر الذي جعل للإدارة بسبب هذا التكييف الإلزامي وبسبب ما توفر لها من حرية لإختيار عقودها تخضع في ذات الوقت لمعايير واضحة نسبيا، وهذه الخصوصية التي ميزت العقد الإداري عن العقد المدني[٢٩٤].

من ذلك يتضح أن الإدارة تستطيع إبرام نوعين من العقود ، عقود مدنية وعقود أدارية [٢٩٥]. فالعقد المدني يخضع لقواعد القانون الخاص فيما يخضع العقد الإداري لقواعد القانون الإداري . عليه فعقود الإدارة لا تخضع لنظام قانوني موحد [٢٩٦]. وهناك من يذهب الى اعتبار عقد البوت عقد امتياز

لتضمنه نفس عناصر هذا العقد وهذا ما استقر عليه القضاء اللبناني [٢٩٧] . لقد استقر الفقه والقضاء على ان العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة مع طرف آخر لإدارة وتسيير المرافق العامة [٢٩٨] تحقيقاً لمصلحة عامة من خلال إتباع أساليب القانون العام واحتوائه على نوع أو آخر من الشروط التي لم يألفها القانون الخاص [٢٩٩]. لقد اصبح للمرفق العام نظريته التي تحتل مكانة مهمة في القانون الإداري ، فالمرفق العام هو محور العقد الإداري وكذلك فالنزاع الذي ينشأ بين الإدارة والأفراد بخصوص هذا العقد يتعلق بتنظيم او سير احد المرافق العامة ، ويكون القضاء الإداري هو المختص ينظر هكذا نزاعات ، فالمرفق العام أصبح معياراً لتحديد اختصاص القضاء الإداري ايضاً [٣٠٠] .

الفرع الثاني: شروط العقد الإداري

لكي يكون العقد ادارياً لابد من توافر الشروط الآتية [٣٠١] :

١ـ أن تكون الإدارة طرفاً في العقد : اذا كان بمقدور الإدارة أن تبرم عقداً مدنياً باعتبارها شخصاً عادياً ، كما بينا ، فإنها في ذات الوقت تستطيع أن تبرم عقوداً إدارية اذا ما كانت طرفاً متمتعاً بالسلطة العامة وهي بذلك تعبر عن رغبتها في أن تكون كذلك . اذ تتمتع الإدارة بحرية القيام بالتصرفات في معظم جوانب العمل الإداري وليس في جانب واحد ، وهذه السلطة التقديرية منحها المشرع للإدارة ، فمثلما قيد القانون الإدارة عند ممارساتها نشاطاً معيناً لاسيما في حالة توافر أوضاع بعينها ، فإنه ومقابل ذلك منحها سلطة تقديرية وهو امر مطلوب لحسن سير عملها عند إدارتها للمرافق العامة أو تسييرها ، وهو ما يؤكده فقه القانون العام في مختلف الدول ومنها مصر وفرنسا [٣٠٢] . ومن الطبيعي أن يكون العقد ادارياً اذا ما دخلت الإدارة بصفة شخص عام ، حتى أن إطلاق وصف العقد الإداري قد استند الى الإدارة ووجودها كطرف بما تحمله من مضامين السلطة وامتيازاتها [٣٠٣] . ولا يصح القول بأن العقد يعتبر أدارياً اذا تدخل الشخص المعنوي العام بعقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ليحل بديلاً عنه لأن ذلك العقد لا تتوفر فيه شروط العقد الإداري من حيث إستلزام أن يكون العقد منصباً على إدارة مرفق عام واحتوائه مسبقاً شروطاً استثنائية [٣٠٤] ، وحيث ان القضاء العربي ومنه القضاء العراقي حديث النشأة وان القانون الإداري يعتمد على أحكام القضاء في صياغة موقف من نظريات هذا القانون لا سيما في غياب النصوص الخاصة ذات الصلة وخصوصاً ما يتعلق منها بالعقود الإدارية فان هذا القضاء ، أي القضاء العربي ، لم يستقر على موقف واضح ثابت ، واذا كان القضاء في مصر [٣٠٥] ولربما لبنان أيضاً [٣٠٦] قد سبق القضاء العراقي في هذا المجال فإن القضاء العراقي لم يواكب ما حصل من تطور في الأنظمة القضائية العالمية معتمداً على النصوص المدنية في هذا المجال ومنها نصوص المواد (٨٩١ – ٨٩٩) من القانون المدني العراقي والتي تحدثت عن عقود التزام المرافق العامة لا سيما تلك المتعلقة بتوزيع الماء والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك [٣٠٧] . واذا كان بالإمكان تصور أن يكون طرفا العقد الإداري شخصان من أشخاص القانون العام فان الأصل عدم اعتبار العقد ادارياً اذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص ، الا ان محكمة التنازل الفرنسية قبلت ذلك في حكم شهير لها مؤرخ في (٨ / ٧ / ١٩٦٣) . وكان التبرير لذلك تعلق موضوع العقد بمسائل تعد من الإشغال العامة وان شركة الاقتصاد (أحد طرفي العقد) تعمل لحساب الإدارة [٣٠٨] ويذهب البعض [٣٠٩] الى عدم قبول هذا التوجه حتى وان كان احد طرفي العقد مكلفاً باداء خدمة عامة لغياب عنصر السلطة العامة على هذا الطرف وهو ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني . والسائد في مثل هذه العقود ان تكلف الإدارة شخصاً من أشخاص القانون الخاص بأداء مهمة تعد من مهماتها ، وهذا ما حصل منذ منتصف القرن التاسع عشر حيث أوكلت الإدارة الى مؤسسات خاصة لقدرتها على تامين مرفق عام وتجهيزه بما يلزم بشكل مقبول وذلك عن طريق

صيغة امتياز المرفق العام ، إذ يقوم احد الأشخاص العامة بتكليف شخص خاص عن طريق اتفاقية لتأمين عمل مرفق عام على مسؤوليته على ان يتحمل كافة التبعات مقابل ما يحصل عليه من مداخيل يدفعها مستخدمو المرفق [٣١٠] . ويتساءل آخرون عن موقف القضاء لا سيما الفرنسي منه بخصوص تركيزه على المعيار العضوي وفي ذات الوقت إعتباره قرارات الشخص الخاص وهو يدير مرفقاً عاماً قرارات إدارية دون اعتبار العقود التي يبرمها عقوداً إدارية على الرغم من أن الفقه والقضاء الفرنسيين – على رأي البعض [٣١١] – قد تحولا للقبول بإدارية العقد حتى وأن لم يكن احد المتعاقدين من أشخاص القانون العام . ولا تتفق مع الرأي القائل باعتبار تصرف من ينوب عن الشخص العام يجعل العقد الذي يبرمه إدارياً باعتباره استثناء من الأصل ، بل هو الأصل لأن التصرف ينسب الى الأصيل و أثر هذا التصرف ينصرف اليه ، أي للأصيل أيضاً لا الى النائب وفقاً للقواعد التي تحكم النيابة ، وعليه لا يعد ذلك استثناءً ولا مخالفة للمعيار العضوي [٣١٢] ، وعلى العموم فإن المتفق عليه فقهاً في العقود الإدارية وجوب أن يكون احد طرفيها شخصاً من أشخاص القانون العام وإن كان الآخر من أشخاص القانون الخاص [٣١٣]

٢ ـ أن يتصل العقد بمرفق عام : لا يكفي ليكون العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه الإدارة كشخص من أشخاص القانون العام إنما لا بد أن يتعلق وجود العقد بمرفق عام من حيث تنفيذه أو تنظيمه أو إدارته أو تسيير وضمان انتظام عمله بصورة مستمرة وتوفير كافة متطلباته تحقيقاً للمصلحة العامة وتغليباً لها على المصلحة الخاصة ، وهو أمر متفق عليه من قبل غالبية الفقه الإداري [٣١٤] ، حتى وإن تعلق موضوع العقد بإنشاء او استثمار المرفق العام فهو عقد إداري يخضع لقواعد القانون الإداري وكأصل يخضع أيضا لاختصاص القضاء الإداري [٣١٥] ، وقد إعتبر البعض المساهمة في تنفيذ المرفق العام ذاته تصح ان تكون معياراً كافياً لاعتبار العقد إدارياً [٣١٦] . إن اتصال العقد بالمرفق العام لا يعني أن العقد إذا تعلق بأموال الدولة الخاصة سوف تسبغ عليه الصفة الإدارية بل يجب أن يتصل العقد بنشاط مرافق عام وعليه فإن تأجير إحدى الإدارات لقطعة أرض من أملاكها الخاصة لا يعتبر عقداً ادارياً [٣١٧] .

ويذهب القضاء اللبناني إلى القول بأن العقود الإدارية هي التي تبرمها المؤسسات العامة والمصالح المستقلة وهي تمارس إمتيازات السلطة العامة من أجل تسيير المرفق العام الذي تديره أو تكون مسؤولة عنه موكلاً القضاء أمر النظر في هذه العقود إلى القضاء الإدارية [٣١٨] .

٣ ـ إتباع وسائل القانون العام عند إبرام العقد وتنفيذه : وهذا يعني ان يكون للسلطة العامة الكلمة النهائية في إدارة المرفق العام وتنظيمه فعلياً ، وليس مجرد الخضوع لإشراف ورقابة هذه السلطة ، كاشتراط موافقتها المسبقة على نظامه الأساسي او حقها في التفتيش الدوري للمشروع (المرفق) . فهذه الاختصاصات تمارسها الإدارة حتى مع الكثير من المشاريع الخاصة ، فذلك لا يكفي ، أنما يجب أن يكون للسلطة العامة الرأي النهائي في إنشاء المرفق العام وإدارته وتسييره ، كما للإدارة استخدام بعض وسائل وامتيازات السلطة العامة في وجودها القانوني أو التنظيمي عند قيام المرفق العام وإثناء إدارته واستمرار نشاطه [٣١٩] . ومن مظاهر إتباع وسائل القانون العام احتواء العقد على ما بات يعرف فقهاً وقضاءاً بالشروط الاستثنائية أو غير المألوفة [٣٢٠] أي لا يمكن تصور وجودها في القانون الخاص [٣٢١] . ويقصد بالشروط غير المألوفة تلك التي تتصف بطابع السلطة العامة [٣٢٢] ، أي أن الإدارة تتمتع بامتيازات تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين كحق توقيع الجزاءات وإعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد وحق الفسخ دون الرجوع الى القضاء ودون اشتراط إرتكاب الطرف الآخر لخطأ يبرر ذلك [٣٢٣] وتعد سلطة تعديل العقد من أبرز مظاهر ممارسة الإدارة للسلطة العامة واستثمارها لها من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية أو غير مألوفة منها حقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة مهما كانت

المبررات . فقد نصت المادة (٧٨) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩ لسنة ١٩٩٨) على أن (يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٠٪ بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق بالمطالبة بأي تعويض عن ذلك . ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة في الفقرة السابقة). وفي ذات السياق كانت المادة الخامسة من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ المصري قد تضمنت مثل هذا الحق . ويختلف الفقه حول اساس حق التعديل فيرى البعض انه يقوم على تحقيق مقتضيات المرفق العام ، بينما يذهب غالبية الفقه أن أساس حق التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة . وأياً كان الاساس فالقضاء يؤكده دائماً على الحق في التعديل في احكامه [٣٢٤] .

وما يميز هذه العقود من حيث إتباعها وسائل القانون العام رفض التشريع والقضاء لإحتواءها على شروط التحكيم بالرغم ما للتحكيم من أهمية ، لا سيما التجاري الدولي في فض المنازعات الناشئة عن صياغة وتنفيذ عقود التجارة الدولية حتى لا يكاد – حسب رأي البعض – يخلو عقد من العقود من بنود تتضمن النص على التحكيم [٣٢٥] ، حيث تكتسب مسألة منع التحكيم أهمية خاصة لان هذه الشروط لا تتضمن تنازلاً عن اختصاصات القضاء الوطني وامتيازات الإدارة فحسب ، أنما تنازل من الدولة عن سلطتها التنظيمية والدستورية الأمر الذي يمس السيادة ذاتها [٣٢٦] . ولإيجاد حلول تتناسب ووضع عقود البوت فقد برزت دعوات من الفقه لقبول شروط التحكيم التي يمكن أن يتفق عليها الإطراف باختيار محكمين أو إحالة النزاع الى هيئات تحكيم دولية أو أيجاد نظام متكامل للتحكيم يصدر عن إحدى منظمات الأعمال الدولية لفض المنازعات حتى وان كان بالاستناد الى المبادئ العامة للقانون [٣٢٧] وهذا ما دفع المشرع اللبناني لتعديل قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة (١٩٨٣) بإعطاء القضاء الإداري صلاحية إعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية في حالة وجود نص يسمح بالتحكيم في النزاعات الإدارية [٣٢٨] . ومما يجب ملاحظته هنا أن الإدارة وان كانت تتمتع بحرية في اتخاذ إجراءاتها أو عدم اتخاذها إلا ان ذلك ليس مطلقاً ، بل يجب أن يتفق ومنطق الأمور والصالح العام وحسن سير المرفق العام الامر الذي يتطلب أن تقيد اختصاصات الإدارة بما يجعل قراراتها وتصرفاتها مطابقة للقوانين واللوائح وبما يحقق احترامها لمبدأ المشروعية [٣٢٩] وسيادة القانون في معظم أعمالها [٣٣٠] إن لم نقل جميعها. فالقانون هو الذي أعطى للإدارة والمستثمر حق تضمين العقد الشروط الاستثنائية غير المتوفرة في القانون الخاص كالحق في طلب التوازن المالي للعقد والحق في الحصول على التعويض مقابل الخدمات المقدمة وإن لم يرد بخصوصها نص متى كانت مفيدة ولازمة لإتمام العقد ، سواء كان الطرف المقابل للإدارة وطنياً أوأجنبياً . فمصدر أسعار الخدمات التي يقدمها المرفق العام هو السلطة الإدارية المانحة ، وهذه الأسعار التي تضعها الإدارة لها قوة القانون ولا يجوز الإتفاق على مخالفتها . ومع ذلك يجوز للإدارة اعادة النظر فيها [٣٣١] ومظاهر هذه السلطة تبدو واضحة في العقود التي توصف بالإدارية ، فبدون ممارسة الإدارة لإمتيازات السلطة العامة وكون العقد لا يحتوي على بنود استثنائية واذا لم تشرك المتعاقد معها من اجل تحقيق المصلحة العامة فلا يعد العقد الذي تبرمه بهذا الخصوص عقداً ادارياً [٣٣٢] .وكل هذه الأمور تثيرإشكاليات عديدة في حالة ما إذا كان المتعاقد أجنبياً وان العقد المبرم عقداً دولياً .

الفرع الثالث: الجدل القانوني المثار بخصوص إدارية عقد البوت

لم يحدد المشرع في مختلف الأنظمة القانونية بما فيها مصر العقود الإدارية على سبيل الحصر ، كما لم يقصد تحديدها بحكم القانون تاركاً الامر يخضع للمعيار الذي يستقر عليه القضاء ، وهو أمر لم يثبت لا مكانياً ولا زمانياً . ويعود الفضل بوضع أحكام للعقود الإدارية الى مجلس الدولة الفرنسي وقد إقتصر دور المشرع على مسائل استثنائية وضع قواعدها بعد ان تبناها القضاء

الإداري [٣٣٣] . ويرى الفقه الغالب بان عقود البوت هي عقود إدارية ويستند هذا الفقه الى فكرة السيادة التي هي ابرز ما تمتاز بها الدولة والتي تتمتع بها وفقاً لقواعد القانون العام . فالدولة تتعامل مع بقية الدول على قدم المساواة وبالتالي فلا يمكن والحال هذا ان تخضع لقانون غير قانونها . كما ان إنشاء وتنظيم المرافق العامة يقعان ضمن دائرة الوظيفة السيادية للدولة حتى ان تكليف الغير ، أشخاصاً طبيعيين او معنويين ، بتشغيلها او استثمارها يأتي بموجب قرار من الدولة أصلاً ، وعليه فليس من المقبول ان تخضع الدولة لقانون دولة أخرى وهي تؤدي وظيفة من وظائفها السيادية [٣٣٤] كما أن إبرام الدولة لعقد من عقود البوت مع طرف أجنبي إنما لتماثلها مع العقود الإدارية من حيث تمتعها بامتيازات السلطة العامة وسعيها لتحقيق نفع عام [٣٣٥] . وهذا التكييف لا يقتصر على الفقه بل يشمل هيئات التحكيم كما حصل في تحكيم (Aminoil) التي قال فيها القضاء الفرنسي أن عقود الامتياز وان احترمت فيها الدولة التوازن العقدي إلا إنها تتمتع بالمقابل بامتيازات خاصة . وتنازلها عن بعض صلاحياتها بمقتضى شروط الحماية لا يعني إنها تخلت عن اختصاصاتها المتعلقة بالسلطة العامة . كما لا يخل التوسع النسبي في الشروط التعاقدية بقصد تشجيع الاستثمار من اعتبارها عقوداً إدارية [٣٣٦] كما اعتبرت صفقات الإشغال العامة عقوداً إدارية ، يراها البعض بحكم القانون [٣٣٧] تخضع لإختصاص القضاء الإداري . ويرى الفقه المؤيد لما تتمتع به الإدارة من إمتيازات خاصة انه في الوقت الذي تستطيع اللجوء الى إبرام عقد إداري او مدني لتحقيق هدف تسعى اليه الا ان الطريق الذي تسلكه وهي تتمتع بسلطة اتخاذ القرارات بمشيئتها متضمنة هذا العقد شروط استثنائية لا يألفها القانون الخاص فهي عقود إدارية [٣٣٨] أياً كان الطرف المقابل للإدارة أجنبياً أو وطنياً [٣٣٩] . لقد دافع جانب من الفقه عن المبادئ التي استخلصها القضاء الفرنسي واستقر عليها بخصوص العقود الإدارية . ففي الوقت الذي حدد فيه القانون وجود بعض العقود واصفاً إياها بالإدارية فان القضاء الإداري استلزم وجود شرطين احدهما ان يكون احد إطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام بالإضافة الى اتصال العقد بمرفق عام أو تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة ، أي اشتراط المعيار العضوي مضافاً اليه شرط واحد أخر هو أما اتصال العقد بمرفق عام أو تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة [٣٤٠] . فالإدارة تتميز لوحدها بميزة السيادة لتعلق أهدافها بتحقيق المصلحة العامة ، وكذلك فإن لهذه الجهة (الإدارة) سلطة تعديل العقد دون ان تتحمل بالمسؤولية التي يمكن ان تتلقاها فيما لو كانت تخضع لأحكام القانون الخاص من حيث إلزامية العقد ومساواة قانونية لا اقتصادية بين إطرافه وعدم تحصن أي طرف من المتابعة بدعوى المسؤولية [٣٤١] . وعليه وفقاً لهذا التوجه فإن تطبيق قواعد القانون الإداري على نزاع يتعلق بتنظيم او أداء سير احد المرافق العامة وخضوع النزاع للقضاء الإداري هو ما يجب ان يكون ، حتى أضحى المرفق العام معيار لتحديد اختصاص هذا القضاء [٣٤٢] . وبخصوص موقف القضاء فإنه يسبغ الطبيعة الإدارية على عقد البوت على أي وصف اخر [٣٤٣] ففي مصر فقد اوضح القضاء في الكثير من قراراته بان يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات ذات الصلة بالعقود الإدارية بمفهومها الفني ولذلك فان تعداد بعض النصوص القانونية لعقود بعينها كالمادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم (٣٠ لسنة ١٩٨١) كعقود الالتزام والإشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري وإخضاعها لاختصاص الدائرة الإدارية باعتبارها من العقود الإدارية المسماة فان اختصاص هذه الدائرة لا يكون مقصوراً عليها ، إنما يشمل كافة العقود الإدارية بطبيعتها وخصائصها [٣٤٤] . يذكر بهذا الصدد ان المحكمة الإدارية العليا اعتبرت العقد الإداري هو الذي (تكون الإدارة احد أطرافه ، وان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة إغراضه ، وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة ، وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة ، وان يأخذ العقد بأسلوب القانون

العام ، وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط اوكانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح) . وهذا ما اخذ به القضاء ليس في مصر إنما في فرنسا أيضا [٣٤٥]. وحيث ان هناك من الفقه من يرى بان عقد إلتزام المرافق العامة هو اطار عام لعقود البوت [٣٤٦] فان هذه العقود أي عقود إلتزام المرافق العامة وفقاً للنظرة الحديثة التي قال بها ديجي وجيز وفالين هي عقود إدارية وليست مدنية ، كما انه لا يعد تصرفاً قانونياً من جانب واحد . فعلى الرغم من توافق إرادتين هما إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم إلا أن العقد لا يخضع في جميع تفاصيله لقواعد القانون المدني ، انما لقواعد القانون الإداري . ويرى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري [٣٤٧] ان نص مشروع القانون المدني المصري كان ينص على ذلك إلا ان النص عدل لعدم الرغبة في إظهار المشرع اعتناقه لمذهب معين ، وعليه – وفقاً لما يراه السنهوري – فإن عقد إلتزام المرافق العامة عقد إداري لما تمتلكه الإدارة من سلطة تعديل جوانبه التنظيمية بمحض إرادتها . ومن الأمور التي باتت ثابتة ان مصدر القواعد التي تحكم العقود الإدارية هي اما التشريع او أحكام القضاء التي يعتبر مجلس الدولة الفرنسي في الغالب مصدراً لها [٣٤٨] . وقد تبعه في ذلك مجلس الدولة المصري ومجلس الشورى اللبناني وقضاء معظم الدوال العربية وغيرها ، وهي نفس ما يراه غالبية الفقه [٣٤٩] رغم ان مجلس شورى الدولة اللبناني يقول بعدم إمكانية وصف عقود الامتياز بانها عقود بالكامل ، انما هي أعمال مختلطة تحتوي أحكاماً عقدية وتنظيمية في آن واحد ، وهذا يشمل عقود البوت باعتبارها من عقود الامتياز لان تسميتها السكسونية (B.O.T) لا تؤثر في اعتبارها عقد امتياز ، حتى ان القضاء الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء اللبناني يعتبران ان مجرد المساهمة في تنفيذ المرفق العام تصح ان تكون معياراً كافياً لإعتبار العقد ادارياً . [٣٥٠] ويتفق الفقه والقضاء اللبنانيان على ان عقود البوت هي عقود إدارية ، وقد تأكد موقف القضاء من خلال إصدار مجلس شورى الدولة حكمين بتاريخ (١٧/ ٧ / ٢٠٠١) متعلقين بموضوع شركتي الهاتف النقال (سليس و ليباسيل) والذي اقر فيهما المجلس بان عقود البوت هي عقود إدارية وان القضاء الإداري ممثلاً بمجلس شورى الدولة هو المختص بنظر كل ما يتعلق بهذه العقود من قضايا .وفي تركيا فقد حاولت الحكومة التركية ابعاد عقود البوت عن ما يتعلق بعقود الامتياز لا سيما منها عدم خضوعها للتحكيم رغبة من الحكومة على ما يبدو لقبول تضمين عقود البوت شروط التحكيم تشجيعاً للاستثمار ، وهذا ما فعلته من خلال اقرار نص المادة الخامسة من قانون البوت (B.O.T) إلا ان المحكمة الدستورية التركية قضت بمخالفة نص المادة الخامسة للمادة (١٥٥) من الدستور ولذلك حكمت بعدم دستوريتها ومن ثم ألغتها معتبرة عقود البوت عقوداً إدارية الامر الذي اثر سلباً على جذب الاستثمارات الأجنبية بسبب ما تضمنته نصوص هذه العقود والشروط التي تفرض فيها [٣٥١] . ويبدو من ذلك كله ان كلا من الفقه والقضاء والتشريع يستلزمون توفر الشروط المذكورة لاسيما ما يتعلق منها بالشروط الاستثنائية وهو ما يميز عقود البوت ويؤكدون على انها عقود إدارية الامر الذي يتوافق والكثير من التشريعات بهذا الخصوص لاسيما في مصر والتي تعتبر عقود البوت فيها عقود التزام مرافق عامة ومنها القانون رقم (١٠٠ لسنة ١٩٩٦) والقاضي بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢ لسنة١٩٧٦) الخاص بإنشاء هيئة لكهرباء مصر ، والقانون رقم (٢٢٩ لسنة ١٩٩٦) المعدل لبعض أحكام القانون رقم (٨٤ لسنة ١٩٦٧) بخصوص الطرق العامة . ومما يؤكد هذا التوجه موقف قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري عند مراجعة اللجنة الثالثة فيه والتي رفضت ما جاء في المادة(٤ / ١٨) من عقد كهرباء سيدي كريري التي تضمنت بأن (التصرفات الواردة به تعتبر تصرفات خاصة تجارية) ، اذ جاء في الفتوى ان (مكونات مشروعات الاتفاقات المشار اليها تعتبر في حقيقتها جزءاً من عقد اتفاق المرافق العامة ، طبقاً لصريح نص المادة ٧ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ ، والتي

نصت على اعتبار تلك العقود عقود امتياز المرافق العامة ، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه ، في حدود الضوابط المنصوص عليها قراراً من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة ، وحيث انه من المستقر عليه فقهاً وقضاءاً إن عقود امتياز أو إلتزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية ، حيث ان ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية بان ما تضمنه تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية ، إذ إن مناط اعتبار العقد تجارياً هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال بحسب الغرض الذي تسعى اليه الشركة الى تحقيقه وتترتب على ذلك آثار هامة مجالها القانون التجاري أما العقد الحالي المفروض فهو من العقود الإدارية الخاصة طبقاً لصريح نص القانون)[٣٥٢]

الفرع الرابع: حجج أنصار الرأي القائل بأن عقود البوت عقود إدارية[٣٥٣]

يستخلص من الحجج التي يقدمها الفقه للدفاع عن إدارية عقود البوت ان هذه الحجج تقدم كحقائق ثابتة . وابرز هذه الحجج هي الآتية :

١- إن اعتبار كل عقد تكون الدولة أو من يمثلها طرفاً فيه عقداً دولياً يجعل كل عقودها تخضع للقانون الخاص إذا ما تضمنت انتقالا لرؤوس أموال أو تكنولوجيا أو خدمات عبر الحدود ، وفي ذلك نسف لنظرية المرافق العامة وما تقوم عليها من مبادئ بما فيها تلك التي تتصف بقيمة دستورية .

٢ ـ لم تكن عقود البوت حديثة النشأة ، فهي تمثل صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة وامتداداً لها [٣٥٤] وان تكييف العقد يحدد وفقاً لموضوعة وطبيعته وشروط لا وصف أطرافه [٣٥٥] .

٣ ـ ان التوسع النسبي في الشروط التعاقدية لعقود البوت لا ينفي عنها صفة الإدارية ما دامت الشروط اللازمة لاكتساب هذه الصفة متوافرة فيه [٣٥٦] كما ان شموله على أساليب القانون العام والقانون الخاص امر طبيعي كما هو الحال في بقية العقود [٣٥٧] .

٤ ـ ان كون العقد إداري لا يهدرالمساواة بين أطراف العلاقة العقدية . فالعقد يبقى خاضعاً لمبدأ التوازن المالي والاقتصادي ومن ثم لفكرة التعويض العادل لمصلحة المتعاقد (شركة المشروع) اذا ما كان الضرر قد حصل نتيجة لتصرف الإدارة وفقاً لما تتمتع به من سلطة عامة . كما أن بنوده لا تتضمن تفضيلاً لشريحة إجتماعية على أخرى [٣٥٨] .

٥ ـ لا يمكن إبعاد فكرة السيادة والمبادئ القانونية التي يقوم عليها النظام القانوني للدولة تحت أي ستار ولو كان ستار التجارة الدولية .

٦ ـ ان ممارسة الإدارة لامتيازات السلطة العامة لا تخل بالعلاقة مع الطرف الأجنبي وما تتطلبه من مساواة مفترضة ، لان الإدارة بممارساتها هذه تبقى خاضعة لرقابة القضاء وان أي تعديل على العقد تجريه بإرادتها المنفردة وكذلك ما تتخذه من إجراءات تستلزمها مقتضيات المصلحة العامة يقابلها التعويض العادل للطرف الأجنبي عند تضرره منها . ويرى الفقه ان اللجوء الى وسائل قانونية لا يمثل تعسفاً في استعمال الحق ولا إكراهاً ، وعليه فان استعمال الإدارة لامتيازاتها ، لا سيما الشروط غير المألوفة لا يقع ضمن دائرة التعسف ولا إكراهاً للمتعاقد الآخر (المستثمر) لأنها ، أي الإدارة لجأت الى وسائل قانونية وان كانت شروطاً غير مألوفة . [٣٥٩] كما أن مفهوم المرفق العام يغلب على فكرة التجارة الدولية في نطاق إدارة وإستثمار المرفق ذاته . فالطابع الإداري هو الذي يسبغ على عقد إدارة وإستثمار المرفق العام دون أن يكتسب صفة التجارة الدولية .

٧ ـ إن الإبقاء على الحصانة القضائية للدولة وهيئاتها يعد احد مبررات الإبقاء على الطابع الإداري لعقد البوت لتعلق الامر بالوظائف السيادية للدولة ، أياً كانت طبيعة هذه الوظائف ، تجارية أم صناعية ، وإن من نتائج ذلك خضوع العقد للنصوص القانونية النافذة في الدولة التي تكون طرفاً في العقد .

المطلب الثاني: تحديدات أخرى لطبيعة عقد البوت (B.O.T)

لقد قيلت آراء أخرى من قبل الفقه رسمت صورة مختلفة لعقد البوت . فهناك من اعتبره عقداً من عقود التزام المرافق العامة [٣٦٠] وهناك من ذهب الى اعتباره عقداً خاضعاً لقواعد القانون الدولي ، فيما قال آخرون بانه عقد أشغال عامة دولي فيما اعتبره قسم من الفقه تنظيماً . وحيث ان البحث في كون عقود البوت من عقود إلتزام المرافق العامة يعني وفقاً لغالبية الفقه الإداري انه عقد إداري وقد سبق تناول ذلك ، عليه سنأتي الى تناول بقية الاتجاهات في فقرات مستقلة .

الفرع الأول: عقد البوت من العقود الخاضعة للقانون الدولي العام

يرى جانب من الفقه ان عقود الاستثمار عقود دولية ينبغي ان تخضع لقواعد القانون الدولي العام بدلاً من اخضاعها للقانون الوطني للدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد ، وبعكس ذلك فإن ضرراً سيلحق بالطرف المتعاقد الذي هو الأضعف في العلاقة العقدية لان الإدارة تستطيع تعديل عقودها او إنهائها بإرادتها المنفردة ممارسة منها لسلطتها العامة التي تتمتع بها . وهذا ينطبق بطبيعة الحال على عقود البوت باعتبارها من عقود الاستثمار اياً كانت القواعد القانونية التي تخضع لها . ويرى أنصار هذا الاتجاه ان دفع الخطر عن المتعاقد لا يتحقق من خلال وضع شروط معينة في العقد كشروط الثبات التشريعي وإنما عن طريق إخضاع هذه العقود للقانوني الدولي الذي سيضمن للمتعاقد حقوقه ويوفر له الحماية المؤكدة .ويبرر جانب من هذا الفقه اللجوء الى القانون الدولي باعتباره القانون الأنسب للعقد حيث يوائم بين مصالح الأطراف وما يتطلبه النظام الإقتصادي الفاعل والمتطور . ويرى هذا الفقه بان ذلك يتحقق إما بالاعتراف للشركة الأجنبية بالشخصية الدولية أو اعتبار العقود الاقتصادية عقوداً دولية . وهناك من يرد ذلك الى اتصال هذه العقود بطبيعتها بالقانون الدولي العام . وعلى ضوء ذلك فان أي اخلال من الدولة بالتزاماتها العقدية يجعلها مسؤولة مسؤولية دولية لمخالفتها مبدأ الاحترام المطلق للعقد ولمبدا العقد شريعة المتعاقدين . فمجرد توقيع الدولة للعقد تكون قد تنازلت عن حقها في التمسك بما تتمتع به من مزايا سيادية بشكل نهائي ، لا سيما اذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية بين المتعاقد والدولة حيث تتحول التزامات الدولة الى التزامات دولية حقيقية وفقاً لقواعد القانون الدولي ، وذلك يلعب دوراً كبيراً في تدويل عقود الدولة . ويأتي هذا التخريج بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود ، سواء كان هذا القانون محدداً بموجب إراداتي طرفي العقد أو ان تحدده قواعد الإسناد . فهذا النظام الأساسي (القانون الدولي العام) هو الذي يعطي للاتفاق الثنائي بين إطراف العقد ، الدولة والمتعاقد ، صفته وخاصة العمل القانوني المنشئ للحقوق والالتزامات ، كما يعطيهم إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق ، واذا ما كان العقد يخلو من ذلك ، أي من اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق فان القانون الدولي وقواعده الموضوعية بالذات هي الواجبة التطبيق [٣٦١] . يذكر بان هناك في الفقه من يرى بعدم تصور وجود شركات دولية حقيقية تخضع لقواعد دولية وليس وطنية فهي مؤسسات عامة دولية أخذت شكل الشركات التجارية لكل منها نظامها الخاص يرتبط بعضها بقانون وطني والآخر إلا يشير له لا عرضياً ، فيما يشير المتبقي الى مبادئ مشتركة في القوانين الوطنية [٣٦٢] .

الفرع الثاني: عقد البوت من عقود الأشغال العامة الدولية

يرى بعض الفقه ان بالإمكان اعتبارعقود البوت عقود أشغال عامة لان محلها القيام بإعمال إنشائية بطريقة ما وخلال مدة محددة كما تحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية [٣٦٣] . ويعرف عقد الأشغال بانه (عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام او الخاص بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء لحساب هذا الشخص المعنوي العام مقابل ثمن يحدده العقد) [٣٦٤] . ويرى البعض وفق هذا التوصيف بانه

امتياز الأشغال العامة ابتداءً لتتحول الى امتياز الشغل والمرفق العام بعد ان يتثبت ان تنفيذ الأشغال العامة جاء في إطار إدارة واستثمار المرفق العام [٣٦٥] . ومع ذلك فهناك من يذهب الى القول بوجود إختلاف بين عقد البوت وعقد الأشغال العامة من حيث ان مهمة المقاول في العقد الأخير تنتهي بإنشاء المشروع وتسليمه الى الجهة الإدارية دون أن يكون ملزماً بتقديم خدمات الى المنتفعين وليس له علاقة بإدارة المشروع على عكس ما هو حاصل في عقد البوت [٣٦٦] .

الفرع الثالث: عقد البوت تنظيم

ينكر بعض الفقه أن تكون عقود البوت عقوداً أو إتفاقيات بين ملتزم وإدارة ، إنما هو تنظيم اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام عدد من الاتفاقات [٣٦٧]. وبذلك فإن عقد البوت هو آلية اقتصادية استخدمتها الدولة حالياً لتكلف من خلالها القطاع الخاص بعبء تصميم وتشييد المرافق العامة الأساسية وتمويلها من قبل هذا القطاع[٣٦٨]. ورغم تعارض مصالح الأطراف الا ان الإدارة تقدم على هذا التنظيم من اجل ضمان حسن سير المرفق العام ، وقد أنتقد هذا الاتجاه لإنكاره الصفة التعاقدية رغم وجودها في العقد الأصلي ، وكذلك في العقود الفرعية المنظمة تنفيذاً لهذا العقد ، ولهذا السبب لم تلق قبولاً . إن اعتبار عقود البوت تنظيماً يعني خضوعها الى نصوص لائحية تتعلق بتنظيم المرفق العام ، وتتميز بأنها تتضمن مظاهر السلطة العامة . وتستطيع الإدارة تعديل هذه النصوص بإرادتها المنفردة ولا تحتاج الى إرادة المتعاقد عند التعديل وان تحمل أضراراً ، اذ على الجهة المانحة تعويضه عنها جبراً للضرر . أما النصوص التعاقدية فهي اتفاقات بين الجهة المانحة ، أي الإدارة والملتزم وتحكمها قواعد القانون المدني ، ولذلك لا يجوز تعديلها إلا بإتفاق الطرفين [٣٦٩]

المبحث الثاني: عقد البوت (B.O.T) من عقود القانون الخاص

من المسائل التي اصبحت ثابتة فقهاً وقضاءاً ان الإدارة تقوم عادة بابرام نوعين من العقود . النوع الاول هي العقود المدنية والثاني هي العقود الإدارية . وفي الوقت الذي يبدو التمييز سهلاً بين هاتين الطائفتين من العقود فان كلاً منها يخضع لقواعد قانونية خاصة . فالعقود المدنية تخضع لقواعد القانون الخاص ، في حين ان الثانية تخضع لقواعد القانون العام [٣٧٠]. ولغرض الاطلاع على الكيفية التي يصل بها أصحاب الرأي القائل بان عقد البوت هو احد عقود القانون الخاص والمبررات التي يستندون اليها سنقسم هذا المطلب الى فقرتين . نتناول في الأولى الاتجاه الذي يعتبر عقد البوت من عقود القانون الخاص والمبررات التي يستند عليها هذا الاتجاه . أما الفقرة الثانية فسنتناول التمييز بين العقد المدني والعقد الإداري والردود التي يصوغها أصحاب الاتجاه الذي يرى بأن عقود البوت من العقود التي تخضع للقانون الخاص على القائلين بان عقود البوت هي عقود إدارية .

المطلب الاول: كيفية إعتبار عقد البوت (B.O.T) من عقود القانون الخاص

ليس الغرض من طرح أفكار التوجهات القائلة بان عقد البوت من عقود القانون الخاص الانتصار لها او الوقوف ضدها بقدر ما هي عرض لما تحمله من مدلولات والتأكد من قوة ما تعتمده من أسانيد لتسويغ هذه الأفكار والآراء . وعلى الرغم من ان أصحاب هذا التوجه يُجمعون على ان عقد البوت من عقود القانون الخاص إلا أنهم يختلفون في تكييفه ضمن هذا الوصف . فمنهم ، وهم الغالبية ، من يعتبره عقداً مدنياً ، في حين ذهب آخرون الى اعتباره عقداً تجارياً ، وكل له خصوصيته ضمن التكييف الذي يضعه للعقد .

الفرع الأول: عقد البوت عقد مدني

قد تلجأ الإدارة الى إبرام عقود البوت باعتبارها شخصاً عادياً تتجرد خلال ذلك عن كل أساليب ومظاهر السلطة العامة من اجل تنمية أموالها الخاصة وجذباً للإستثمارات الأجنبية فتكون عقودها عندئذ من عقود القانون الخاص [٣٧١] . ان التغير في أوجه الأنشطة المختلفة ، لا سيما الاقتصادية منها أمر مفروغ منه ، وهذا يشمل بطبيعة الحال العقود المنظمة لهذه النشاطات . فالعقد يتأثر وفقاً لتطور وتبدل فلسفة المشرع. فعندما كانت الحرية الفردية مبدءاً سائداً تأثرت العقود بها وساد مبدأ سلطان الإرادة الذي أضحى هو المحدد للتعاقد . وبعد ظهور المبادئ الاجتماعية والاشتراكية تحجم دور هذه الأفكار ليساير العقد عصره مع بقاء أركانه الرئيسة قائمة [٣٧٢]. ولذلك يرى الفقه بان عقد البوت هو عقد مدني او من عقود القانون الخاص نظراً لطغيان مبدأ سلطان الإرادة على احكامه . كما ليس من مصلحة الإدارة أن تظهر بمظهر السلطة العامة لان ذلك سيؤدي الى عزوف المستثمرين لا سيما الأجانب منهم عن إبرام العقود معها [٣٧٣] . ان الحديث عن عقود البوت (B.O.T) يكاد ينطبق وبقية انواع هذا العقد مع بعض التفاصيل الخاصة لأن هذا العقد يشكل الإطار أو الهيكل أو البنيان الذي يؤطر عقود البوت المختلفة لتبقى ضمن نطاقه ، ولذلك نرى المشرع المصري يلجأ الى تعديل القانون رقم (١٢٩ لسنة ١٩٤٧) بخصوص قطاعات محددة والغاية من التعديل إبقاء هذه العقود الحديثة ضمن الاطار القانوني لعقد الالتزام [٣٧٤] . ان ما يؤكد أن عقد البوت هو عقد مدني سريان مبادئ القانون الخاص عليه لا سيما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . وانطلاقاً من ذلك فلا وجود لتخويل من طرف لآخر على إيقاع بعض الجزاءات ، كما ان ذلك ان حصل فانه يعني سلب القاضي اختصاصاً مقرراً له [٣٧٥] . وبالعودة لما سبق قوله عن حق الإدارة في إبرام عقود مدنية أو إدارية فان الحاجة الماسة لهذه العقود وقوة الطرف المقابل للإدارة سيكون مختلفاً . فتعامل الإدارة مع الطرف الآخر (الملتزم) اذا ما كان وطنياً يختلف عما لو كان أجنبياً . ففي الاولى تستطيع الإدارة ان تفرض على الأطراف من مواطنيها سلطتها فيما لا سلطة لها على الأطراف اذا كانوا أجانب ، إذ ان العلاقة معهم تقوم على مبدأ الرضائية [٣٧٦] . والملاحظ ان القضاء كثيراً ما ينظر الى بعض عقود البوت ويكيفها باعتبارها من عقود القانون الخاص وانه كعقد يخضع لسلطة القضاء العادي ، حتى ان القضاء الفرنسي انشأ قرينة مفادها ان العقود التي تبرمها الإدارة بخصوص المرافق العامة الإدارية تعد عقوداً عادية ، ومع أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، أي ان الإثبات يقع على من يدعي إدارية العقد ، فإن الأصل في العقد إنه عقداً عادياً وليس ادارياً [٣٧٧]. لقد سبق لنا القول بان الفقه الإداري متفق على ضرورة توافر شروط معينة ليعتبر العقد إدارياً وهذه الشروط هي وجوب أن تجريه الإدارة وأن يكون متصلاً بمرفق عام وان يتضمن شروطاً استثنائية لا يقبلها القانون الخاص ، كما ان النظر بما ينشأ عنه من خصومات يختص بها القضاء الإداري [٣٧٨] . ان توفر هذه الشروط الثلاثة في العقد تجعله عقداً ادارياً وفقاً للقضاء المصري لانه يشترط توفرها جميعاً ، و ذلك يعد أمراً صعباً مما يجعل عقد البوت في مصر عقداً مدنياً فيما يمكن ان يكون ادارياً في فرنسا لان القضاء الفرنسي يشترط توفر شرطاً واحداً من هذه الشروط لإعتباره عقداً ادارياً [٣٧٩] . ورغم ان هذا الرأي الفقهي قد تعرض لنقد من حيث تأكيد المنتقدين بان مجرد ارتباط العقد بمرفق عام يجعله عقداً ادارياً الا ان ذلك لا يمكن تصوره – على الأقل – في كل العقود لا سيما في ظل الظروف الاقتصادية التي وضعت الدول في حاجة لتحاشي الصفة الإدارية للعقد مع محاولة اعتباره عقداً مستحدثاً أصالة دون ان يكون فرعاً لعقد مسمى أو تخريجه عن طريق العقود المسماه باعتباره عقداً مستقلاً [٣٨٠]

الفقرة الأولى: التمييز بين العقد المدني والعقد الإداري [٣٨١]

ليس مناط بحثنا تناول تفاصيل تخص العقد المدني واخرى تخص العقد الإداري بل تناول ما يختلفان بخصوصه والتي يمكن بيانها بالأتي :

١ ـ من حيث التهيئة للعقد وآليات إبرامه : يتميز العقد الإداري كما سبق وان بينا بانه لا يولد إلا بعد إجراءات فنية وإدارية معقدة تأخذ مجالاً واسعاً من حيث الوقت والمتطلبات الفنية من كوادر وغيرها ، بينما يمكن أن تنعقد العقود المدنية كعقد البيع مثلاً بمجرد التراضي كتابة أو مشافهة أو بأي وسيلة من وسائل التعبير المختلفة [٣٨٢] ، حتى ان السكوت يعتبر تعبيراً في بعض الأحيان [٣٨٣] ، في حين أن العقود الإدارية تستلزم إستحصال موافقات الجهات التشريعية أو التنفيذية ومن أعلى المستويات في الدولة . وتعد مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي تأخذ اهتماماً ووقتاً كبيرين كما تتسم بالضخامة والتعقيد [٣٨٤] . وتعد مسألة التعبير عن الإرادة في العقود الإدارية أبرز مظاهرها في مرحلة التكوين ، اذ غالباً ما تمر بمراحل متعددة وبفترات متلاحقة ومتعاقبة ، كما يسبقها إجراءات وتدابير تتعلق بالموافقات والتصديق [٣٨٥] . ولا يخفى ان المعيار العضوي المتضمن ان يكون احد أطراف العقد الإداري هو شخص معنوي عام يمثل شرطاً أساسياً لأسباغ صفة الإدارية على العقد ، مع ما يتطلبه هذا العقد من معايير مادية تؤخذ بعين الاعتبار عند صياغته [٣٨٦] وهذا ما لا يتطلبه العقد المدني بطبيعة الحال ، فحتى المفاوضات التي يجريها المتعاقدون في العقد المدني لا تعد إلا مجرد تحضير أو تمهيد للتعاقد [٣٨٧] .

٢ ـ من حيث الأسس التي يقوم عليها العقد : إن الأحكام والقواعد الموضوعية التي تنظم كل من العقدين مختلفتين لا سيما ما يتعلق منها بأساس العلاقة العقدية ومن حيث آثار العقد وتنفيذه .

فالقاعدة الاصل التي تستند اليها العقود المدنية هي ان العقد شريعة المتعاقدين الا أن العقود الإدارية تخرج عن سياق هذه القاعدة حيث يراعى فيها رجحان كفة الصالح العام على مصلحة الأفراد وهذا ما تتصف به شروط العقد الإداري وما يجب أن تكون عليه العلاقة ما بين المتعاقدين . فالشروط العامة التي تتضمنها العقود الإدارية تحدد مقدماً ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة في الغالب رفضها او مناقشتها ، حتى ان بعضها يفرض على الإدارة ذاتها بموجب القانون الذي يوجب درجها في بعض العقود لا سيما الحكومية منها والتي يطلق عليها (الشروط العامة للعقود) .

ويذهب البعض [٣٨٨] الى التأكيد على أن للعقد الإداري حياة خاصة تحمل متغيرات تقنية ومالية وفنية مميزة تجعل الركون لمزاعم المتعاقد الآخر (شركة المشروع) وتمسكه بشريعة العقد أمراً لا يمكن قبوله لتعارض ذلك مع متطلبات المرفق العام . ومع هذه الخصوصية التي يتميز بها العقد الإداري عن العقد المدني إلا ان التغير في العلاقات الاقتصادية وما رافقها من تطورات زادت من حاجة الدول الى مثل عقود البوت في سياق متطلبات التقنية الحديثة لا سيما النامية منها بالإضافة الى ظهور مسألة التفوق التقني التعاقدي في الاتفاقات المتعلقة بالمرفق العام وإناطة مهمة إنشائها ودفع الإدارة لأن تتجه في تنظيم علاقاتها على اساس العلاقة العقدية دون الاعتماد على ما تتخذه من قراراتها باعتبارها شخص عام ، وهذا ما اكدة المجلس الدستوري الفرنسي الذي انهى الجدل الفقهي بهذا الخصوص مؤكداً اعتماد العلاقة العقدية في مجال هكذا عقود [٣٨٩].

٣ ـ من حيث مدى تأثير النظريات الحديثة على نصوص كل من القانونين : لطالما يؤكد الفقه على أن النصوص التشريعية لا تستطيع تلبية متطلبات التطورات الحاصلة في المجتمع ، ولذلك فهذه النصوص تتعرض للغموض أو التعارض أوالنقص ازاء المستجدات التي تحتاج الى تحديث في النصوص . ولذلك نرى الفقهاء يقومون بتعقب هذه التغيرات ومتابعتها لاستخراج مبادئ جديدة تتفق والحاجات المستجدة ، ويلعب القضاء دوراً كبيراً في خلق قواعد جديدة وان وضعت تحت يافطة التفسير وقواعده [٣٩٠] . فهناك أحكام قررها القضاء المصري

في ظل التقنين القديم من دون ان يكون هناك نص قانوني مصدراً لها . ثم جاء التقنين المصري الحالي فقننها . وهناك أحكام أخرى للقضاء تستند الى نصوص قانونية نقلها المشرع الى التقنين المدني النافذ [٣٩١]. وقد عملت المحاكم على طبع القوانين المستوردة من الخارج بالطابع المصري وقامت بتحويلها لتتلاءم والظروف الاجتماعية في الكثير من الجوانب[٣٩٢]. وإذا كان القانون المدني العراقي بنصوصه الحالية نتاج تطور القواعد المدنية السابقة التي تضرب في عمق التاريخ حيث الشرائع العراقية القديمة والقانون الروماني مروراً بأحكام الفقه الإسلامي وانتهاءً بالقوانين الوضعية الحالية فإن هذا القانون قد تأثر بأفكار الأولين ونظريات اللاحقين الا انه استقر ولو نسبياً على قواعد ثابتة ولكنها قابلة للتغيير والتطور بشكل مؤكد . واذا كان الملاحظ أن الفقه كان له الدور الأكبر في ولادة النصوص القانونية حيث وجدت الأفكار التي طرحها طريقها الى النفاذ عبر ارادة المشرعين بمختلف صورها فان القضاء لم يكن له ذلك الدورفي صياغتها او لنقل لم يكن دور القضاء يماثل دوره في صياغة نصوص وقواعد القانون الإداري . فالقانون المدني المصري الذي يعد اسبق القوانين العربية الحديثة ومصدراً رئيساً للعديد منها مر بمراحل عدة كان للفقه دور في صياغة نصوصه . فالمحامي الفرنسي (مانوري) إقتبس التقنين المدني المصري المختلط من التقنين المدني الفرنسي . كما نقل (مانوري) بعض المسائل من القضاء الفرنسي وعن التقنين المدني الايطالي القديم [٣٩٣] . لقد كان القانون الإداري غير مقنن أصلاً وحديث النشأة قياساً بالقانون المدني حيث أن قواعده غير مكتوبة ولا موضوعة في مجموعة واحدة كما هو حال القوانين المدنية والتجارية وهذا ما جعل أحكام القضاء تأخذ دور الريادة في إرساء قواعد وأحكام القانون الإداري ذي المولد الفرنسي . وهذا الدور الذي لعبه القضاء لازال مستمراً في تقديم الأحكام الأساسية لإيجاد حلول لجميع إشكالات الإدارة لا سيما ما تواجهه من مستجدات . فنظرية العقد الإداري كمصدر للقانون الإداري استحدثت أصولها وقواعدها من القضاء الإداري لا سيما تلك التي تمت صياغتها من بين العديد من القواعد التي تشكل الأحكام التي تحكم مختلف موضوعات القانون الإداري . وكان تأثير القضاء الفرنسي على توجهات القضاء في مختلف الدول العربية بهذا الاتجاه ولا سيما في مصر التي كان لها السبق في الاستفادة من أحكام القضاء الفرنسي لوضع أسس القانون الإداري المصري ومن ثم كان من نتائج ذلك التأثير على القضاء الإداري في الأنظمة المختلفة . ان القول بدور فاعل للقضاء الإداري لا ينفي وجود قواعد مقننة خاصة بالعقود الإدارية إبتداءً من إبرامها وتنفيذها وأخيراً من حيث آثارها . سواء كانت في التشريعات العراقية كنص المادة (٨٩١) وما تلاها من القانون المدني العراقي وكذلك في القوانين الخاصة كقانون بيع وإيجار أموال الدولة لسنة ١٩٨٦ وتعليمات تنفيذها ومتابعة مشاريع وإعمال وخطط التنمية القومية التي أصدرها مجلس التخطيط عام ١٩٧٥ وتلك التي حلت محلها عام ١٩٨٨ وقانون استغلال الشواطي رقم (٥٩) لسنة ١٩٨٧ وقانون العقود الحكومية العراقي رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الذي تضمن إجراءات واجبة الإتباع عند إبرام بعض العقود وغيرها من القوانين الأخرى . لقد حاول القضاء العراقي مواكبة تطور القضاء والفقه الإداريين في تطبيقه لنظريات القانون الإداري وليس القانون المدني في الخصومات الإدارية لا سيما ما يتعلق منها بالعقود الإدارية . وموقف القضاء والتشريع العراقيين غير مستقر خصوصاً وانه أخرج خصومات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري ليفصل القضاء العادي فيها متخلفاً عما يجري في مختلف الأنظمة القضائية المزدوجة التي استقرت على ان يكون القضاء الإداري هو المختص في نظر المنازعات الإدارية [٣٩٤] .

ان الميزة التي ينفرد بها العقد الإداري دون المدني والمتعلقة في منح امتياز للإدارة في العلاقة العقدية مردها التغير المستمر لنشاط المرفق العام وما يتطلبه ذلك من خصوصية لا بد للإدارة ان تتمتع بها ، يقابلها في ذلك منح المتعاقد مع الإدارة التعويض المطلوب ، وهذا ما يمكن توقع حصوله من

قبل الإدارة باعتبارها شخص عام اولى مهامها حماية وصيانة المال العام وتحقيقها للمصلحة العامة [٣٩٥].

الفقرة الثانية: المبررات التي يستند اليها الفقه في إعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص

يستند أصحاب الرأي الذي يقول بأن عقود البوت من عقود القانون الخاص الى مبررات يقدمونها وردود يحاولون من خلالها تفنيد حجج أصحاب الرأي القائل بان عقود البوت إدارية وهي كالأتي :

١ ـ التمسك بالسيادة لم يعد له صدى في مشاريع البوت

إن الحديث عن السيادة إذا كان له تأثير داخل أقاليم الدولة باعتبار ان الدولة لها السلطة العامة على أقاليمها إذا كانت تتعاقد مع طرف وطني أما إذا كان هذا الطرف أجنبياً فإن الأمر مختلف ، اذ لا تستطيع الدولة فرض ذلك عليه ولا من واجبه الخضوع لنظام قانوني غير نظام دولته وخصوصاً اذا تبين من بنود العقد عدم قبوله بذلك [٣٩٦] . كما ان مصلحة الدولة في تنفيذ مشاريع كبيرة وقوة الطرف المقابل وعدم قبوله الخضوع الا بالمساواة مع الدولة كطرف في العقد والتي غالباً ما تتمسك بهذا الامر في بنود العقد حيث تنص على رفضها تطبيق قانون معين إلا باتفاق الطرفين [٣٩٧] فصراحة بنود عقود البوت – حسب رأي بعض الفقه – تنفي صفتها الإدارية [٣٩٨] . وفي هذا السياق فإن الفقه يرى بان كون الإدارة طرفاً في العقد لا يكفي لأن يتصف العقد بالصفة الإدارية ، إذ تستطيع ان تتخلى عن كونها شخصاً عاماً وتتساوى مع الأشخاص الآخرين مراعاة منها لظروف التعاقد . فكثيراً ما يفرق الفقه بين أسلوب الإدارة العامة وأسلوب الإدارة الخاصة . وبخصوص القول بان عقد البوت هي شكل متطور من عقود إلتزام المرافق العامة فان الأخيرة تتصف بان عقودها تتضمن طائفتين من النصوص ، احدهما تعاقدية تخضع لقواعد القانون المدني وأخرى لائحية تتعلق بتنظيم المرافق العامة وتظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة ، والتفريق بينهما في عقود البوت امر صعب بالإضافة الى أن سلطة الإدارة بخصوص التعديل بإرادتها المفردة للعقد قد قُيدت [٣٩٩] ، حتى ان الفقه والقضاء الإداريين يسبغان على بعض الأشخاص العامة صفة الأشخاص الخاصة ليخضع العقود التي تبرمها بما فيها عقود البوت لقواعد القانون الخاص [٤٠٠] .

وما يؤكد انفتاح الإدارة وابتعادها عن التمسك بما كان يعتقد وجوباً ومنه عدم جواز انتقال ملكية المشروع الى شركة التعاقد ، فإنها بدأت تقبل اذا ما تضمن العقد ذلك وهو امر وارد وفي ذات الوقت يتعارض وطبيعة العقود الإدارية [٤٠١] .

٢ ـ العقد شريعة المتعاقدين هي القاعدة الأصل في عقود البوت وما تتضمنه من شروط نتاج تطبيق هذه القاعدة

ان المستقر فقهاً وتشريعاً وقضاءاً ان العقد نتاج تلاقي إرادتين لإحداث اثر قانوني [٤٠٢] فإقتران الايجاب بالقبول يعد شرطاً من شروط صحة القبول . والاتفاق على المسائل الجوهرية بين المتعاقدين يعد كافياً لتحقق المطابقة ما لم يتفقا على ما يخالف ذلك [٤٠٣].

وعلى الرغم من ان العقود الادارية تمتاز برجحان كفة الصالح العام مما يعني رجحان كفة الادارة بإعتبارها ممثلة وراعية له فيغلب الصالح العام على كفة مصالح الافراد .

ان البحث عن عقد متكافئ يتطلب وجود ارادتين احداهما هي ارادة الإدارة في مواجهة المتعاقد يقابلها في ذلك ارادة المتعاقد في مواجهه الإدارة ، فاذا ما توفرت هاتين الارادتين بصورة حرة امكن الحديث عن مساواة حقيقية ومن ثم عن عقد اداري يمثل شريعة اطرافه . ويبدو إن الحديث عن ذلك في ظل المفاهيم التقليدية وما تفرزة من نتائج امراً صعباً . فالفلسفة التي يقوم عليها العقد الاداري وفقاً لذلك هي فلسفة اصلية مغايرة الى حد كبير عن تلك التي تستند الى مساواة

يحكمها القانون الخاص . ان الاسس التي تقوم عليها العلاقات الاقتصادية قد اختلفت استناداً الى اختلاف طبيعة الفلسفة التي تحكم المجتمع ومن ثم تحكم هذه العلاقات بالنتيجة . فحيث كان مفاد الافكار السائدة في فرنسا ـ مثلاً ـ خلال الاعوام (١٩٥٠- ١٩٧٠) ان السلطة العامة يجب ان تتدخل في كافة المجالات الاجتماعية ولها القيام بالتخطيط والتاميم وتنظيم العلاقات الافقية بين اشخاص القانون الخاص غير المتساوين . فان الامر قد تغير خلال الفترة الواقعة بين عام (١٩٨٠ ـ ١٩٩٠) . حيث ظهرت مفاهيم جديدة تستند الى حرية العمل والتزام الدولة بعدم التدخل في العلاقات التجارية الامر الذي ادى الى نمو مجتمع اتفاقي غير مسيطر عليه من قبل المركز وبروز العقد كقاعدة قانونية مهيمنة . ان المجتمع الاتفاقي التي تسعى الادارة العامة الى بناء علاقات بين السلطة السياسية وكل المواطنين خلاله لا بد ان يأخذ بعداً إتفاقياً كاملاً تفرضه وجوبية استخدام الادارة للسلطة الممنوحة لها باحترام لانها محكومة بمبدأ المشروعية . والوسيلة المثلا للحصول على رضا افراد المجتمع عندما تكون للإدارة علاقة معهم هو ان تظهر بالمظهر الاقتناعي وليس السلطوي . وبذلك تكون الإدارة في مركز اكثر تساوياً مع الافراد من جهة وفي ذات الوقت فإن ذلك يجسد تطوراً حاسماً لمبدأ المشروعية ذاته والذي يهدف دائماً الى تحقيق اعلى مستويات خضوع الادارة للقانون .وعلى ضوء ذلك فان العقد الاداري لا يستمد قوته الملزمة أصلاً من الإرادة الحرة لطرفيه باعتبارها الاساس المباشر لهذه القوة دون الحاجة للإستعانة بسلطة القانون ، فالعقد الاداري ككل عقد يُنشيء حقوقاً ويرتب التزامات كما هو القانون [٤٠٤] . وما يثار غالباً عند الحديث عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومدى التحقق من وجوده في العقد الاداري تأكيداً لمبدأ المساواة مسألة تضمن العقد شروطاً استثنائية او غير مألوفة في القانون الخاص . ومضمون الشروط الاستثنائية انها تمنح حقوقاً او ترتب التزامات تختلف من حيث الطبيعة عن تلك التي يمكن أن يتمتع او يتحمل بها أحد أطراف العقد بارادته . إلا ان ذلك لا يعني انها شروط غير مباحة [٤٠٥] . وما يقال بهذا الخصوص من الفقه المعارض لإدارية العقد ان الشروط التي يمكن ان يتضمنها العقد ليس بمستوى واحد . فهناك شروط تحمل بين ثناياها طابع السلطة العامة . وعقود أخرى تحمل التزامات على طرف ما تخضع للقوانين المدنية والتجارية . فيما يمكن ان تتضمن عقود البوت شروطاً تمنح الإدارة بموجبها ، وكذلك المتعاقد امتيازات معينة ، بالأضافة الى تحديد الاختصاص للقضاء الاداري فيما يخص كل المنازعات الخاصة بالعقد [٤٠٦] وعليه فليس بالضرورة ان تكون هذه العقود استثنائية دائماً و لا يمكن تصور وجود مثلها في القانون الخاص ، ناهيك عن ان هناك الكثير من العقود لا تتضمن أي نصوص استثنائية . ومن هذه العقود ما ابرمته الحكومة الليبية مع شركتين امريكيتين تضمن ان لا تكون هناك مثل هذه الشروط إلا بموافقة الشركتين . وكان قبول دفوع الشركتين قد انصب على ان نظرية العقد الاداري هي نظرية فرنسية لا يعرفها القانون الليبي [٤٠٧] . ان مسألة التحرر من الشروط الاستثنائية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) اخذت بالظهور حديثاً في مصر وفرنسا حتى اصبحت صياغاتها للعقود الادارية تبتعد عن تأثير الفقه والقضاء الفرنسيين لتقترب مما هو معمول به في الانظمة الانكلو امريكية [٤٠٨] . ان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين _ حسب ما نرى – له وجود في أي عقد بما فيها العقود الادارية . والسبب في ذلك ان ارادة الطرف الاخر المقابل للإدارة (المتعاقد) لها كامل الحرية في قبول العقد وشروطه من عدمه ، لا سيما في عقود البوت التي نراها تخضع للقانون الخاص وان تضمنت شروطاً يمكن وصفها بالإستثنائية ولكن لا نعتقد بانها غير مألوفة . فالعقد ، أي عقد ، تسبقه تحضيرات ومفاوضات وعرض متبادل للشروط التي قد تكون (صعبة) أو (غير مألوفة) على رأي البعض ، وهذا ما يحصل حتى بين اشخاص القانون الخاص وهو امر له مبرراته المختلفة واهمها المبررات الاقتصادية ، اذ يمكن ان نتصور ، وهذا حاصل فعلاً ، ان تجد صاحب عقار يعرضه للآيجار بشروط

يمكن وصفها بانها شروط استثنائية بسبب ما يتوفر في العقار من مواصفات كنوعية التصميم أو البناء أو الموقع الممتاز فلا غرابة ان نجد المالك يضع شروطاً تتعلق بنوعية الاستخدام والمدة ومقدار الاجرة ولربما يضع شرطاً يمنحة حق انهاء الرابطة العقدية من قبلة واستلام العقار وهي شروط قد تبدو غير مألوفة إلا انها تستند الى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، ناهيك عن التعاقدات التي تتم بخصوص مجالات ترتبط بالإحتكار لنشاط او خدمات يقدمها القطاع الخاص كالطاقة الكهربائية او الخدمات العلاجية . وفي ذلك قد لا يكون الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه حتى يمكن الحديث عن عقد إذعان ، وانما عن عقد عادي الطرف الآخر فيه يقبل بهذه الشروط لمتطلبات يقدرها تجعله يقبل بالعقد بإرادته .يذكر في هذا المجال ان القوانين المدنية المختلفة ومنها القانون العراقي اشارت الى مسألة الشروط التعسفية ومنحت القاضي حق تعديل أو اعفاء الطرف المذعن من الالتزامات التي تقررها وذلك وفقاً لمقتضيات العدالة . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي [٤٠٩].ان عقد الإذعان يعد ظاهرة قانونية وفقاً للرأي الغالب في الفقه [٤١٠] ويأتي تقييداً من المشرع لسلطان الإرادة من اجل رفع الغبن الذي يصيب الطرف الضعيف [٤١١] . ولهذا التقييد بطبيعة الحال شروطه التي أهمها ان يكون هناك طرف في مركز اقوى ويفرض شروطه استناداً الى ذلك ، كما ان الطرف الضعيف لا يملك إلا أن يوافق على العقد بما احتواه من شروط تعسفية [٤١٢] . وليس بالضرورة ان يتحقق ذلك في جميع العقود التي تحتوي شروطاً (يفرضها) احد الإطراف ، وهي في حقيقة الامر عبارة عن صورة من صور التعبير عن الإرادة وهناك فرصة للطرف الأخر بان لا يقبلها .

٣ ـ عدم توافق النظريات والتوجهات الحديثة للعقود الإدارية مع عقود البوت

ان حداثة نشأة القانون الإداري قياساً بالقانون المدني وغياب النصوص المقننة وما يتوفر منها لم يشكل مجموعة موحدة كما هو حال القوانين المدنية والتجارية الأمر الذي جعل الأحكام القضائية هي مصدر هذا القانون بالدرجة الاولى ، اذ لا زال القضاء يزود القانون الإداري بالأحكام الأساسية التي تساعد الادارة لحل كل ما تتعرض له من اشكالات لا سيما القانونية منها . فنظرية العقود الادارية التي هي من نتاج القضاء الاداري لا زالت تحكم العقود الادارية رغم هجرها وكذلك معيار المرفق العام [٤١٣] الذي اخذ القضاء يتردد في اعتماده كمعيار بسبب تنوع المرافق العامة وتطور اساليب ادارتها ، كما ان فكرة المرفق العام ذاتها واجهت انتقاداً شديداً باعتبارها فكرة غير واضحة المعالم وليس لها تعريف يبين ماهيتها ، كما اخذت الدولة تلجأ من أجل ادارة مشاريعها الاقتصادية الى اسلوب المشروع التجاري أو الصناعي لا اسلوب المرفق العام لان الاسلوب الاول يحمل قدراً من المرونة تساهم في نجاح المرفق الاقتصادي مما يؤدي الى تحقيق الغرض من وجوده ، لان تذرع الادارة وتمسكها بوسائل القانون العام في هذا المجال يبعد الغير من التعامل معها لاسيما في ظل ما يحصل من تحررمن القيود التي تفرض على التجارة الدولية أو العابرة للحدود ، الامر الذي سيؤدي تمسك الإدارة بأساليبها القديمة الى فشل المشروع في محيط العمل التجاري . ويؤكد الفقه على ان عقود البوت لا تتصل بالمرافق ولا علاقة لها بها ، انما تخص مشروعات استثنائية . ويستشهد بهذا الخصوص بتطبيقات تدلل على ذلك منها قيام نادي الصيد (هليو بوليس) في القاهرة بإنشاء مشروعات عليها وفقاً لنظام البوت [٤١٤] .ان الحديث عن الإدارة والعمل الإداري لم يعد نطاقه اشخاص القانون العام وفقاً لمعناه الحصري ، كما تعدى ميدانها المؤسسات العامة الاكثر لا مركزية والسلطات الاكثر استقلالية اذ هي تضم حالياً اشخاص القانون الخاص ايضاً لترتدي الإدارة وجهاً مزدوجاً جامعاً اشخاص القانونين العام والخاص [٤١٥] .

٤ ـ القبول بالتحكيم لا يدعم القول بان عقود البوت هي عقود إدارية

ومن المسائل التي يتحدث عنها الفقه والتي لا تدعم القول بان عقود البوت هي عقود إدارية تضمن الكثير من عقود البوت لبنود التحكيم [٤١٦] . والتحكيم هو الطريقة التي يختارها اطراف النزاع الناشيء عن العقد بطرحه امام شخص او اكثر يطلق عليه المحكم او المحكمين خارج القضاء [٤١٧] . ويكون حكم المحكومين ملزماً للخصوم وينفذ عليهم جبراً ولا يحتاج الى موافقتهم لنفاذه لانهم ، أي الخصوم ، قد اقروا بقبوله قبلاً [٤١٨] ، ولذلك نجد المشرع الفرنسي يرى في قرار المحكمين بانه حكم حقيقي [٤١٩] . فالتحكيم يعد نظام العدالة الخاص ، وهو نظام ليس بعيد عن سلطة القضاء بما يؤديه من مساعدة ورقابة ، وهذه هي قيمته الحقيقية [٤٢٠] .واذا كانت هناك حاجة لان يطبق التحكيم في فض المنازعات المدنية فان طبيعة المسائل التجارية ومتطلبات التجارة الدولية يصح اعتبارها المجال الأكثر تبريراً لتطبيق التحكيم حلاً للخصومات التجارية[٤٢١]. وللتحكيم التجاري اهمية كبيرة في فض النزاعات الناشئة عن صياغة وتنفيذ عقود التجارية الدولية حالياً ولا يكاد - حسب رأي البعض - ان يخلو عقد من هذه العقود من بند للتحكيم فيها [٤٢٢] . ويقسم التحكيم الى داخلي أو وطني وتحكيم دولي ، والاخير هو ما يتصل بمصالح التجارة الدولية . [٤٢٣] ان المستقر فقهاً وقضاءاً هو رفض ان تتضمن العقود الادارية شروطاً للتحكيم . فمجلس الدولة الفرنسي له موقف لايجيز التحكيم في العقود الادارية ، وذلك أمر مستقر عليه في قضاء هذا المجلس ، حيث كثيراً ما يؤكد ذلك في قراراته [٤٢٤] . ان القول بان تضمن العقد شرطاً للتحكيم يبعده عن الصفة الادارية اذ ماأخذناه من وجهة نظر القائلين بادارية عقود البوت قول مقبول يؤكده الاتجاه الذي يرى في عقود البوت عقوداً خاضعة لقواعد القانون الخاص ، ولهذا السبب ينظر الى مثل هذه العقود المتضمنة شروط التحكيم على انها من عقود القانون الخاص ومنها عقد استثمار مطار النجف الاشرف الدولي حيث نصت الفقرة العاشرة من بنود عقد المطار على ان (في حال وجود أي خلاف بين الطرفين يعتمد مركز دبي للتحكيم الدولي للتحكيم بين الطرفين) [٤٢٥] . ومما يؤكد خضوع عقود البوت لقواعد القانون الخاص اتجاه العديد من محاكم التحكيم في قراراتها الى التعامل مع العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية على انها من عقود القانون الخاص . وهذا ما توضح من حكم محكمة التحكيم في قضية آرامكو (Aramco) حيث رفضت اعتبار الامتياز الذي تضمنه عقد الشركة مع الحكومة السعودية عقداً إدارياً مبررة حكمها بان القانون السعودي باعتباره القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف وهو الواجب التطبيق على العقد ايضاً لا يعرف هذا النوع من العقود [٤٢٦] . كما كرست احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سمو قواعد القانون الخاص على قواعد القانون العام معتبره الدولة شخصاً عادياً والعقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية من العقود الدولية العادية ، والغاية من ذلك تجريدها من سلطاتها المختلفة لا سيما حقها في تعديل العقد للمصلحة العامة [٤٢٧] .يذكر في هذا المجال ان لجوء اطراف النزاع القائم ، سواء كان خاضعاً للقانون العام أوالخاص للتحكيم سيعني حقهم في اختيار المحكمين ، اشخاصاً طبيعيين او معنويين ، كمراكز أو هيئات او جهات تحكيمية اياً كانت تسميتها وقد عقدت اتفاقيات عدة بشأن التحكيم انضمت اليها بعض الدول وامتنعت اخرى . فبخصوص اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام ١٩٦٥ فان بعض الدول العربية لم تنضم اليها ومنها العراق لتعارضها ، حسب وجهة نظر هذه الدول - مع سيادة الدولة ، وهو الموقف ذاته الذي إتخذته بعض دول امريكا الجنوبية ، وهي دول نامية ، حيث ترى بان تطبيق المادة ٤٢/أ من الاتفاقية سيؤدي الى ايقاف تطبيق القانون الوطني وسمو قواعد القانون الدولي ، اذ لم تصادق عليها سوى الاكوادور وكوستريكا [٤٢٨]

٥ ـ اعتبار عقود البوت عقوداً إدارية يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار

يرى أصحاب الاتجاه الرافض لإدارية عقود البوت ان تكييف هذه العقود بهذه الصورة يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الاموال الاجنبية [٤٢٩] لا سيما في الدول ذات التوجه الاقتصادي والسياسي الحر والساعية لتوسيع قاعدة الملكية الخاصة ، بالاضافة الى أنتشار ظاهرة العولمة . فتمتع الدولة بامتيازات الشخص العام ودخولها كطرف في العقد باعتبارها صاحبة سلطة يتناقض والفلسفة التي تقوم عليها مشاريع البوت ، حيث ان من شأن ذلك ان يؤدي الى عزوف المستثمرين ، وخصوصاً الاجانب ، من الدخول في علاقة عقدية لتنفيذ مشاريع ضخمة مع طرف لا تتوفر في العقد الذي تبرمه الشركات المنفذة معه ضمانات كافية للحصول على ما يقابل تنفيذهم لمثل هذه المشاريع ، وبالنتيجة فان من الصعب ان تجد الدول الساعية الى انجاز مشاريع اقتصادية كبرى وتحقيق تنمية اقتصادية من يدخل معها في علاقة عقدية وفقاً لشروط تراها هذه الأطراف غير مطمئنة [٤٣٠] . ولهذا السبب ولأسباب اخرى تلقى مسألة اعتبار عقود البوت عقوداً ادارية معارضة من العديد من التكتلات الاقتصادية الكبيرة ومن رجال الاعمال ومن جانب من الفقه ايضاً . فحيث ان هذه العقود لها طابع دولي ، او لنقل ان الغالب فيها ان يكون الطرف المقابل للإدارة اجنبياً فإن من يعارض إعتبار عقود البوت عقوداً إدارية يقول بان القانون الدولي لا يميز العقود الادارية عن غيرها من العقود ، كما ان هذا القانون ، أي الدولي ، لا يعرف ما يطلق عليه بنظرية العقد الاداري ، ويتابع اصحاب هذا الرأي القول بأنه حتى لو افترضنا انتقال العقود (الإدارية) الى نطاق عقود التجارة الدولية فإن الامر يتطلب توفر قضاء إداري دولي ، الامر الذي لم نر له وجوداً لحد الآن [٤٣١] . ان الدول والشركات الكبرى تبحث دائماً عن شروط تعاقد تحقق لها اكبر قدر من الربح وهذا لا يتحقق في عقود يرتبط أمر تنفيذها على إرادة واحدة او لنقل ان طرفاً واحداً في العقد يمتلك الهيمنة والسيطرة على العقد الامر الذي يخل بالعلاقة العقدية ويهدد مصير العقد . ففي ظل سيادة المنافسة على مستوى الاقتصاد الدولي فان دور الدولة يقتصر على دور الدولة الحارسة ، وظيفتها الحفاظ على النظام العام دون ان يكون لها دور في الحياة الاقتصادية الا في المجالات التي يتخلى عنها رأس المال [٤٣٢] . إن الاستثمار ودوره لم يكن ثابتاً في الدولة ، أذ يتأثر وفقاً للمراحل الاقتصادية التي تعيشها . فالدول المتقدمة تسعى الى خلق فرص لها في الدول النامية تحاول إستغلالها وتعمل من خلالها الضغط عليها للحصول على اكبر قدر ممكن من الحوافز والاستثمارات عند تنفيذها للمشاريع في تلك الدول . وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال تتبع الاتفاقات التي عقدتها الدول المتقدمة ممثلة بشركاتها الكبرى مع مصر [٤٣٣] . فالهدف العام من النشاط الاقتصادي هو إشباع حاجات أفراد المجتمع وفقاً لما تفرزه ظروف الحياة وعلى ضوء هذه الحاجات تتحدد غايات هذا النشاط [٤٣٤].ان هذا الامر لا يتحقق إلا بتوفير التمويل اللازم لتنفيذ المشاريع الكبرى وهذا ما ركزت عليه مدارس التنمية التقليدية من خلال ملاحظتها للبعد الاقتصادي للتنمية دون إعطاء الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والتنظيمية والسياسية الاخرى أهمية واضحة [٤٣٥] . ورغم التأثير السلبي لهذا التوجه إلا ان توفير التمويل يبقى أمراً مهماً بالنسبة للدول النامية ، ولذلك عليها ان تسعى لجذب الاستثمارات الأجنبية أخذةً بنظر الاعتبار انه اذا كان هدفها من قيام المشاريع تحقيق التنمية الاقتصادية فإنها يجب ان تدرك بان الهدف من هذا الانجاز من جهة شركة المشروع تحقيق الربح النقدي ، وعليه فإن قرارات كل من منفذ المشروع والجهة الإدارية يجب أن تنصب على تحقيق هذه الأهداف وهو أمر يجب إستيعابه وتقبله من الطرفين[٤٣٦].ان الإصرار على اعتبار عقود البوت عقوداً إدارية يعني إخضاعها الى قانون دولة

التنفيذ والخضوع فيما يتعلق بمنازعات العقد لاختصاص قضائها الإداري لا يوفر مناخاً ملائماً جاذباً للاستثمار .

الفرع الثاني: عقد البوت (B.O.T) من عقود التجارة الدولية

لقد شمل التفسير الواسع للتجارة من قبل لجنة الأمم المتحدة CNUDCI الكثير من المجالات اذ ترى اللجنة ان التجارة تعني أي معاملة تجارية لتوريد السلع والخدمات او تبادلها . ومن الجوانب التي شملها مفهوم لجنة الأمم المتحدة اتفاقات التوزيع ، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية ، إدارة الحقوق لدى الغير ، التأجير ، الشراء ، تشييد المصانع ، الخدمات الاستشارية ، الأعمال الهندسية ، إصدار التراخيص ، الاستثمار ، التمويل ، الأعمال المصرفية ، التأمين ، اتفاق او امتياز الاستغلال ، المشاريع المشتركة بالإضافة الى أشكال أخرى من صور التعاون الصناعي أو التجاري بما فيها نقل البضائع أو الركاب ، جواً أو بحراً ، أو بالسكك الحديدية ، او بالطرق البرية [٤٣٧] .ومن ذلك نلحظ ان قانون التجارة الدولية هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص التجارية العابرة للحدود ، أي تلك التي تكون لدول مختلفة صلة فيها ، وعليه فان هذا القانون يخص العقود الدولية بصورة مباشرة دون ان تكون للقوانين الوطنية أية علاقة بهذه القواعد [٤٣٨] . ويأتي تعريف الفقه القانوني للعقد الدولي ليمس موضوع التجارة الدولية ، حيث يعرف بانه (العقد المبرم بين الدولة و إحدى جماعاتها العامة وشخص أجنبي يرتبط بوضعية تشتمل على عناصر أجنبية مؤثرة على العملية الاقتصادية محل العقد تجعل نتائجها تتعدى حدود الدولة) [٤٣٩] .لقد اعتبرت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) [٤٤٠] التاجر بانه (كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الإحتراف عملاً تجارياً وفق إحكام هذا القانون) . وقد تميز القانون العراقي بالإضافة الى ذلك انه إعتمد تحديد الأعمال التجارية على سبيل الحصر مع توافر قصد الربح . واعتبر ذلك قرينة قابلة لإثبات العكس[٤٤١] . وتتم عقود التجارة الدولية في اطار العلاقات التجارية الدولية ولذلك فان القواعد الواجبة التطبيق هي المستمدة من الأعراف والعادات التجارية التي يجب الاعتراف بها بصفة النظام القانوني الدولي المستقل الى جانب النظم القانونية الاخرى لإخضاع المعاملات التجارية لها لا سيما وانها من خلق المتعاملين بها . ولذلك فمن المنطق إخضاع هذا التوجه لهذه القواعد الخاصة ، حتى ان غرفة التجارة الدولية قررت وبصورة صريحة تطبيق هذه القواعد الخاصة دون الإستعانة بأي نظام قانوني وذلك في العام ١٩٨٩ بخصوص نزاع قام بين شركة اسبانية وأخرى أمريكية [٤٤٢] ان اعتبار عقود البوت عقوداً تجارية يستلزم ان يكون من يمارسها تاجراً . ولكي يكون كذلك لا بد ان يقوم بالتصرفات التجارية كمهنة له وان تتوفر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالعمل التجاري . [٤٤٣]

يذكر ان الاتجاه الدولي السائد لا يميل الى التفرقة بين العقود المدنية والتجارية ليشمل كل الصفقات والعمليات التجارية وكل أوجه النشاط الاقتصادي مادام الهدف منه تحقيق الربح [٤٤٤] . ومع ذلك تبرز خصوصية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني من ناحية الأحكام الموضوعية التي تحكم العمل وكذلك الإجراءات التي تطبق أثناء إقامة الدعاوى والأحكام التي تصدر بخصوصها لا سيما المنازعات التجارية فيها [٤٤٥] .

الفقرة الأولى : عناصر قانون التجارة الدولية [٤٤٦]

يمكن ان نجد عناصر قانون التجارة الدولية في العادات والأعراف التجارية الدولية والمبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة وقضاء التحكيم والتشريعات والإتفاقيات الدولية .

١ ـ العادات والأعراف التجارية

للعرف التجاري اهمية كبيرة وخاصة في المسائل التجارية ، فاغلبية قواعد القانون التجاري نجد اصلها في الاعراف والعادات التجارية المتبعة منذ القرون الوسطى ، حيث تواتر الناس على ادراجها في عقودهم واكتسبت نتيجة استعمالها فترة زمنية طويلة قوة الزام ذاتية مصدرها ارادة الجماعة لا ارادة الأطراف المتعاقدين الضمنية [٤٤٧] . ولطالما يؤكد معظم الفقهاء على ضرورة الإحتفاظ بأحكام القانون التجارية وعدم دمجها او إذابتها في القانون المدني ولو حصل ذلك في بعض الدول فهو إجراء شكلي حيث بقيت القواعد التجارية محتفظة بطابعها الخاص ومعمولاً بها [٤٤٨] . ففي مجال التجارة الدولية تمثل العادات السائدة في الاسواق المالية والأوساط المصرفية والإعتمادات المستندية وعمليات البنوك والائتمان المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية وما تضمنته العقود النموذجية للاعمال التجارية الدولية من شروط وما تعارف عليه في ميدان التجارة الدولية من مصطلحات ، كل ذلك يمثل عنصراً من عناصر التجارة الدولية حيث ترسخت وقبل ان تصبح في صيغة قواعد كانت تمثل مصدراً من مصادر القانون التجاري برمته ، كما اسلفنا ، سواء قننت في صيغت قواعد او بقيت أعرافاً وعادات معمولاً بها . يذكر ان كل مهنة او فرع من فروع التجارة الدولية لها عادات واعراف خاصة بمجالها التي تمارس فيه ثم صيغت على شكل شروط عامة ونموذجية اعدتها وارستها منظمات ذات طابع دولي كاللجنة الاقتصادية الأوربية وجمعيات التجارة الدولية الخاصة بكل مهنة كتجارة الحبوب والحرير وغيرها [٤٤٩] .

٢- المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة

يذهب ممن كتب في تاريخ القانون الى ان أول الأحكام التي أذعن اليها الإنسان كانت تلك التي اعتقد بأنها من وحي آلهته التي يعبدها . وقد إتخذت القواعد القانونية أصلاً صور الحكم الإلهي والعرف ومن ثم القانون المدون [٤٥٠] . وتعبر المبادئ العامة للقانون عن المبادئ الاساسية السائدة في النظم القانونية المختلفة . فهي قواعد سلوك عامة تتفرع عنها قواعد تفصيلية غايتها تنظيم العلاقات بين الاشخاص ، وقد تعرض لها النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة (٣٨) منه باعتبارها مباديء أقرتها الامم المتمدنة ووضعت ضمن أحكام القانون الدولي تأتي بعد المعاهدات الدولية والعرف الدولي . وهناك الكثير من المبادئ العامة للقانون الأكثر تطبيقاً وشيوعاً في مجال قضاء التحكيم الدولي ، وهو وما يخص سبب تناولها هنا ، والتي أثارت بعض الخلاف رغم الاجماع عليها . ومن أهم هذه المباديء القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ الدفع بعدم التنفيذ ومبدأ التنفيذ العيني ومبدأ التعويض الكامل ومبدأ إحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية من قبل أطرافه وتفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف ومبدأ توازن الأداءات العقدية ومراعاة تغير الظروف ومبدأ النظام العام [٤٥١] .

والاصل أن نطاق وجود المباديء العامة للقانون هو دائرة القانون الداخلي إلا أن من الممكن ان تكون الدائرة الدولية ميداناً لتطبيقها في حالة خلو وقائع النزاع من أي اتفاق او عرف يمكن تطبيقه للفصل فيه ، حيث تعد هذه المبادئ مصدراً من مصادر القانون الدولي لا سيما الإنساني منه [٤٥٢] . وكذلك يمكن الاستعانة بها في عقود التجارة الدولية وإستلهام حلول منها يتوصل اليها المحكمون بخصوص المسائل التي ليس لها حلول في العقد [٤٥٣] .اما مبادئ العدالة فقد اشارت بعض القوانين اليها في الكثير من المواضع منها اعتبارها مصدراً من مصادر القانون كما فعل المشرع الليبي عندما نص عليها في المادة الاولى من القانون المدني باعتبارها مصدراً احتياطياً [٤٥٤] ويقصد بمبادئ او قواعد العدالة التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة وبموجبها تكون المساواة قائمة على مراعاة الظروف والجزئيات حسب كل حالة وبخصوص كل شخص . وعلى ضوء ذلك فإن العدالة تعني الشعور بالإنصاف وهو شعور تفرضه قواعد العدالة ذاتها . ويبدو تأثير قواعد العدالة اكثر وضوحاً في النظام الانكليزي وتغلغل لينفذ الى قوانين الدول الاخرى . حيث

عرف القانون الانكليزي قواعد العادلة بإعتبارها نوعاً من القواعد القانونية [٤٥٥] . وتتميز مبادئ العدالة بأنها مباديء عامة وانها تصدر عن مثل عليا وكذلك متغيرة ليس لها صفة الثابت ، والحلول التي تهدي اليها ليست حلولاً قاطعة ثابتة ولا تملي حكماً قاطعاً على المشرع ولا توفر معياراً دقيقاً ثابتاً للقاضي ، إنما تخفف من صرامة الأحكام وتمنع القاضي من ان لا يفصل في النزاع المعروض أمامه الا انها تبقى قواعد يشوبها الغموض والتشتت واي مخالفة لها تقترن بجزاء يوقع على المخالف يمكن ان يكون مادياً عندما تعتبر مصدراً اساسياً للقانون في النظام القانوني ويمكن ان تكون كذلك عند افتقار المصادر الرسمية المعروفة كالنص التشريعي وقواعد العرف . وفيما اذا لم تكن كذلك فأن جزاءها يكون ادبياً ، ولذلك فإنها تقف موقفاً وسطاً بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق [٤٥٦] .

٣ـ قضاء التحكيم

يؤدي قضاء التحكيم دوراً مهماً في تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بعد ان يقوم بتحديدها واستخلاص قواعد منها ليطبقها على الحالات التي تظهر اثناء تطبيق العقد . ولقضاء التحكيم سلطة تقديرية واسعة مستنداً على قواعد العدالة والمباديء العامة للقانون والواقع العملي لكل نوع من أنوع التجارة [٤٥٧] . واذا كان التحكيم الداخلي لم يجز في الكثير من الانظمة القانونية إلا أن التحكيم الدولي قد أجيز إستجابة لمتطلبات التجارة الدولية والإستثمارات المالية وحاجات الدول النامية [٤٥٨] . ولذلك بات قضاء التحكيم يشكل عنصراً مهماً من عناصر قانون التجارة الدوالية ويفضله المستثمر الاجنبي خصوصاً عندما يكون لدى هيئات تحكيمية دولية متخصصة كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ وفق إتفاقية واشنطن لسنة (١٩٦٥) [٤٥٩] .

٤ـ التشريعات والإتفاقيات الدولية

قد تتضمن بعض التشريعات الداخلية نصوصاً لتنظيم العلاقات التجارية الدولية لا سيما منها قوانين الإستثمارالتي صدرت في الفترة الاخيرة وإن إختلفت طبيعتها من دولة لأخرى ومنها قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل . وهناك من القواعد ما تضمنتها الاتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية او جماعية كالاتفاقيات الخاصة بعقود النقل البحري بسند الشحن والبيوع الدولية . فهذه الاتفاقيات تشكل عنصراً من عناصر قانون التجارة الدولية بما إحتوته من قواعد [٤٦٠] . ويبدو ان توفر الصفة الدولية في عقود البوت غايته إضفاء قوة لها في ظل عالم طغت فيه الأفكار المؤكدة لسمو القاعدة الدولية على الوطنية ، فبدلاً من ان يكون القانون الدولي هو المحدد لمدى وميادين نفاذ القانون الدولي كما كان سابقاً فقد انعكس الامر كنتيجة لسمو القاعدة الدولية [٤٦١] .

الفقرة الثانية : الطبيعة القانونية لعقد البوت كعقد من عقود التجارة الدولية

إذا كان فقه القانون التجاري مختلف بخصوص معايير تمييز العمل التجاري فإن الفقه المتناول لعقد التجارة الدولية لم يتفق بخصوص المعايير المحددة لدولية العقد [٤٦٢] .فبعض فقه القانون التجاري يأخذ بمعيار المضاربة ، وآخرون بمعيار التداول وجانب منه يطبق معيار المشروع التجاري ، فيما يرى قسم اخر ان معيار الحرفة هو المعيار الأكثر صحة لتمييز العمل التجاري عن غيره [٤٦٣] .

وهناك ثلاثة معايير لتمييزعقد التجارة الدولية عن غيره من العقود . اول هذه المعايير هو المعيار القانوني الذي يقوم على فكرة اعتبار العقد دولياً متى كانت قد تطرقت الصفة الأجنبية لاي عنصر من عناصر العلاقة القانونية . اما المعيار الاقتصادي فيعتبر العقد دولياً إذا كان العقد يتصل بمعيار التجارة الدولية . وهناك المعيار المزدوج الاقتصادي القانوني الذي يستلزم لإعتبار العقد من عقود التجارة الدولية وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) وكذلك لابد من إتصاله بمصالح التجارة الدولية وهو المعيار الذي يرجحه غالبية الفقه القانوني [٤٦٤] . ان

تطبيق المعايير المذكورة على عقد البوت ، وفقاً لرأي البعض من الفقه ، سيقودنا الى ان عقد من عقود التجارة الدولية ، فاذا ما اخذنا بالمعيار القانوني فان وجود العنصر الاجنبي (شركة المشروع) تجعل من هذا العقد ينطبق والتوصيف الذي نحن بصدده . واذا ما طبقنا المعيار الاقتصادي فان اتصاله بالمصالح التجارية الدولية يكون متحققاً سواء من خلال نقل التكنلوجيا والتجهيزات والمعدات عبر الحدود يحقق ذلك ، واذا ما اردنا تطبيق المعيار المزدوج او المختلط فبجمع هاتين الصفتين نجدهما متوفرتين في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية . ان التدقيق في طبيعة عقود البوت نجدها – وفق رأي الفقه – من أعمال المشروعات الاستثمارية والإنشائية والتي تتم عن طريق المقاولة او الإحتراف لأنها لا تتم من خلال مشروع منظم تتوفر فيه عنصر المضاربة على مفاصل العقد كالمعدات والأيدي العاملة ، كما ان غايته تحقيق الربح ، وعليه فإنها من الإعمال التجارية لذا فإنها عقود تجارية .[٤١٥] ويشكك البعض في مدى إعتبار قانون التجارة الدوالية نظاماً قانونياً بالمعنى الدقيق [٤١٦] فهذه القواعد وفق رأي البعض قواعد غير متكاملة لعدم احتوائها على قواعد كافية لتغطية كل المسائل المتعلقة بالنزاعات ذات الصلة ، ولذلك فان الاستعانة بها يأتي لتكملة النقص في القواعد التي يراد تطبيقها او لتفسير نصوص القانون المطبق ، ويستشهدون لدعم موقفهم بما حصل في قضية شركة Aramco بين هذه الشركة والحكومة السعودية عندما اريد تطبيق القانون السعودي في هذه القضية التي تخص قضايا نفطية [٤١٧] ، إلا أنه وفي ظل التطور الحاصل في التجارة الدولية وبروز الحاجة الى قانون ينظمها وجد العالم ان من المفيد ان ينمو هذا القانون ويستقر الامر الذي اكده قضاء التحكيم . ومع الاقرار بعدم تكامل هذا القانون الا ان قواعده الموضوعية تسد فراغاً كبيراً في هذا المجال . واذا ما كان هناك نقص فيمكن سده عبر الاعراف والعادات التجارية رغم قصورها عن تغطية كل المشاكل التي تبرز في اطار العلاقات التجارية الدولية ، وهنا يمكن الاستعانة بالقواعد الوطنية لا سيما في مسائل كالأهلية وعيوب الارادة ومدد التقادم والسقوط وغيرها [٤١٨] .ان ما نخلص اليه في هذا المجال ان جانباً من الفقه يعتبر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) من عقود التجارة الدولية واخضاع كل ما يتعلق بها الى هذا القانون ، وان لم يكف فبالقواعد القانونية الاخرى لا سيما قواعد القانون المدني . ونقول هنا بأن عقد البوت وان وصف بهذا الوصف فإنه يبقى من عقود القانون الخاص ولا ضير في ذلك حسب اعتقادنا . يذكر في هذا المجال ان جانباً من الفقه يرى بان عقد البوت وان كان يستهدف تحقيق مشاريع تجارية دولية تخص تنفيذ مرافق عامة يبقى يحمل طابعاً إدارياً ويخضع للقانون السائد في الدولة التي يجري فيها تنفيذ المشروع . إلا أن البعض من الفقه يرى انه عقد اداري ذو طابع دولي لما فيه من انتقال للقيم عبر الحدود وليس عقداً ادارياً فقط [٤١٩] .

الفقرة الثالثة: مبررات الفقه لإعتبار عقد البوت من عقود التجارة الدولية

يقدم الفقه بعض المبررات التي دفعته لإعتبار عقد البوت من عقود التجارة الدولية والتي يمكن إجمالها بالآتي :

١ ـ لما كانت أعمال المشروعات الإنشائية والتي تعتبر عقود البوت منها تتم بطريق المقاولة والإحتراف وتستهدف قصد الربح فهي عقود تجارية [٤٢٠] وعليه فإن ما تحمله من مصالح يتطلب ان يتوفر للمتعاقد الذي يكون طرفاً فيه ظروف تعاقدية مطمئنة ، ولذلك فان تمسك الادارة بوسائل القانون العام ومبدأ السيادة قد يؤدي الى انهاء الرابطة العقدية ولربما عدم قيامها اصلاً ، الأمر الذي قد يؤدي الى ازمة سياسية مع دولة الطرف الأجنبي خصوصاً اذا لجأ هذا الطرف الى دولته طلباً للحماية الدبلوماسية [٤٢١]

٢ ـ ان الفقه لطالما يؤكد على ان طبيعة تصرف الدولة او احدى جماعاتها هي التي تحدد النظام القانوني الذي تخضع له لا سيما في اعمالها العادية والتي يمكن عد مشاريع البوت من ضمنها

باعتبارها اعمال تجارية [٤٧٢] . ولذلك فان دخول الدولة طرفاً في علاقة تجارية دولية يفقدها امتيازاتها التي يمنحها اياها قانونها الداخلي وتتحول الى تاجر دولي تخضع للقواعد التي تحكم العلاقات بين التجار بما فيها الخضوع للتحكيم [٤٧٣] .

٣ ـ يرى جانب من الفقه [٤٧٤] بان ليس من المناسب تمسك الدولة بتطبيق القواعد المعدة للعقود الداخلية وهي تتعامل كطرف خاص في المجال الدولي ، ففي اطار العلاقات التجارية الدولية لا يمكن ان تتمتع الدولة كطرف في العقد بأية امتيازات تضعها في موقع الافضل من المتعاقد الآخر الا بقدر ما تسمح به الإلتزامات التعاقدية [٤٧٥] .

٤ ـ ان التفرقة بين العقد الاداري وعقد القانون الخاص يجب ان لا تمتد الى القانون الدولي من القانون الداخلي حتى ان القانون الدولي ينكر نظرية العقد الإداري جلباً للإستثمارات الأجنبية ، كما ان الفقه المصري يرى بان عقود الأمتياز وان حملت صفتي القانونين العام والخاص الا ان تغليب صفة القانون الخاص واجبة لما للمرفق العام من طبيعة خاصة ، وعليه تخضع العلاقة الناشئة عن هذه العقود لقواعد القانون الدولي الخاص [٤٧٦] . يذكر ان هناك من القوانين من يعرف حق التعديل بالإرادة المنفردة ولكنه يشترط وجود اتفاق على ذلك في العقد وهذا ما يتضمنه النظام القانوني الأمريكي [٤٧٧] .

الفرع الثالث: عقد البوت (B.O.T) عقد ذو طبيعة خاصة

الفقرة الأولى: الطبيعة الخاصة التي يراها الفقه في عقود البوت

يرى بعض الفقه ان عقد البوت يختلف عن بقية العقود ومنها عقد الاشغال العامة وعقد التاجير التمويلي ، كما لا يمكن اعتباره عقداً يتكون من عدة عقود ، إنما هو عقد مستحدث [٤٧٨] . ورغم ان البعض يضع عقود البوت ضمن عقود الاشغال العامة الدولية ، كما سبق وان بينا ، إلا أن هذه العقود قد تغيرت كيفية العقود وفقاً لتطبيقاتها القانونية الجديدة من حيث كونها عقوداً ادارية صرفة الى عقود مختلطة بطبيعة قانونية جديدة لتضمنها شروطاً لم يألفها العقد الاداري تقيد من سيادة الدولة وتحد من سلطاتها حيث يتم إخضاعه للقضاء المختص وهو القضاء الوطني وتحول نظر المنازعات الناشئة عنه باتجاه قضاء آخر ، كما تُمنع الدولة وهي طرف في العقد من الظهور بمظهر السلطة العامة ، بما يحملة هذا المظهر من امتيازات تنفرد بها سبق تناولها واهمها حماية المتعاقدين من المتغيرات التي يمكن ان تطرأعلى العقد نتيجة تغير في التشريعات الوطنية ، لا سيما ما يتعلق منها بتشريعات الضرائب والجمارك ، والهدف من هذه الحماية منع تحمل المتعاقد الأضرار نتيجة هذا التغير الذي يمكن ان يحصل في التشريعات [٤٧٩] . ويرى البعض [٤٨٠] ان عقود البوت تتميز بانها تُبرم عبر مفاوضات شاقة وتحمل مفهوماً حديثاً في نطاق الدراسات القانونية يقوم على مبدأ التمويل من القطاع الخاص لإنجاز المشاريع الكبرى عبر مشاركة الاتحادات المالية الخاصة ممثلة بشركة المشروع . ولذلك إستلزمت هذه العقود صياغة قواعد قانونية جديدة تتوافق مع ما استحدثته بنودها من جوانب . ولهذه الاسباب ولأسباب اخرى تعد عقود البوت عقوداً ذات طبيعة خاصة . وتأتي خصوصيتها من انها تختلف في بنودها من مشروع لأخر ، وعليه يجب البحث في طبيعة كل عقد بصورة مستقلة [٤٨١] ، فرغم القول بان هذه العقود تتضمن بطبيعتها أحكاماً وقواعد تقترب بسببها من عقود الادارة العادية وكذلك من عقود الأشغال العامة ، وفي ذات الوقت تعد تنظيماً اقتصاديا ذا صلة بمشاريع البنية الأساسية إلا أنها تبقى محتفظة بطبيعتها الخاصة التي تميزها عن بقية العقود [٤٨٢] . ان القول بان عقود البوت تتم عبر نظم قانونية مختلفة يكون فيها لكل عقد ظروفه يجعل وصف جميع هذه العقود بانها من عقود القانون الخاص او من العقود الادارية امراً غير ممكن وذلك لاختلاف ما تتضمنه من بنود تنتج حقوقاً والتزامات مختلفة . وعلى ضوء ذلك يجب تدقيق كل عقد ومن ثم اخضاعه

للنظام القانوني الذي يتوافق ومحتواه . فنتيجة لطبيعة العلاقات التعاقدية بين شركة المشروع والجهة المتعاقدة معها فإن نتائج مختلفة ستظهر كنتيجة لهذه العلاقات . اذ يمكن ان نرى عقداً ادارياً واخر من عقود القانون الخاص . والحقيقة ان في هذه العقود جوانب تخضع للقانون الاداري واخرى يحكمها القانون الخاص كبقية العقود فكيف سيكون الأمر في الدول التي تاخذ بالنظام القضائي المزدوج ؟ ولا تاتي خصوصية هذه العقود من كون الدولة طرف فيها ، بل لانها مرتبطة بخطط التنمية في الدول التي يجري تنفيذ المشروع فيها لما فيها من تقنية في بناءها وتحولها من مجرد اتفاقات الى ادوات لتحقيق إستراتيجية المجتمع الاقتصادية وتضمنها شروطاً جديدة طبعت خصوصية مضافة لهذه العقود ، منها حق مراجعتها وفقاً لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعقد ، حتى ان البعض يرى امكانية تسميتها بالعقود العامة تميزاً لها عن عقود الدولة الاخرى الخاضعة للقانون العام التي يعزف المستثمرون ابرام عقود تخضع لهذه الاحكام لأنهم يتمتعون بامتيازات خاصة في العقود الأخرى [٤٨٣] . ولذلك نرى في الفقه من يقول بانها عقود ادارية من نوع خاص ، حتى ان هذا الفقه يقول بعدم امكانية اطلاق مصطلح العقد الكامل لتضمنها أحكاماً عقدية وتنظيمية [٤٨٤] .

الفقرة الثانية : مبررات خصوصية عقود البوت

يرى القائلون بخصوصية عقود البوت بوجود مبررات تدعم قولهم وهذه المبررات هي :

١ ـ إمتلاك عقود البوت سمات تميزها عن بقية العقود

يتحدث اصحاب هذا الاتجاه عن سمات ذاتية تميز عقود البوت ومثيلاتها . فهذه العقود وان جرى الحديث عن انها مشتقة من عقود اخرى إلا ان آليات التحضير لإبرامها طويلة و معقدة ، كما انها حملت مفهوماً جديداً في نطاق الدراسات القانونية ، كونها تستخدم التمويل من القطاع الخاص عن طريق الاتحادات المالية وفقاً لشروط العقد الذي تبرمه شركة المشروع مع الجهات الإدارية لم تكن معروفة سابقاً [٤٨٥] فعلى الرغم من اقترابها من العقود الإدارية الا أنها لا تمتلك جميع عناصر العقد الإداري ، فلا سلطة عامة تظهر بها الدولة عند إبرامها لعقد البوت ، كما انها لا تتضمن شروطاً استثنائية وهما سمتان بارزتان في العقد الإداري ولذلك لا يمكن اعتبارها عقوداً ادارياً [٤٨٦] . وبالإضافة الى ذلك تتميز هذه العقود بتقنية عالية عند التكوين ترتبط من حيث التنظيم مع خطط التنمية الاقتصادية في الدول موضوع مشاريع هذه العقود [٤٨٧].

٢ ـ خصوصية التنظيم القانوني لكل عقد من عقود البوت

ان عقود البوت ـ وفقاً لأنصار هذا الاتجاه ـ لا يمكن تكييفها تكييفاً قانونياً موحداً لاختلاف كل عقد من حيث الصياغة القانونية وما تتضمنه من بنود تختلف عن العقود الاخرى. فالبنود القانونية تصاغ وفقاً لظروف كل عقد وما تحيط به من ملابسات، بالإضافة الى عناصره وشروطه، الامر الذي يعطي خصوصية في التكييف القانوني،وهو امر مطلوب ويتفق وطبيعة هذه العقود[٤٨٨].

٣ـ غياب التشريعات الموحدة لتنظيم عقود البوت

فباستثناء بعض التشريعات التي صدرت وهي خاصة بمعالجة بعض الجزئيات التي تتعلق بنوعية من مشاريع البنية الأساسية لا توجد تشريعات ضابطة لهذه العقود وما ينتج عنها من حقوق والتزامات . فحتى القوانين المدنية تخلو من أية إشارة الى هذه النوعية من العقود وبالنتيجة فإن أحكام وقواعد القانون المدني لا تنطبق عليها لأنها ليست عقوداً إدارية ولا مدنية [٤٨٩] .

الفصل الثالث: الجوانب الاضعة للقانون الخاص في عقود البوت (B.O.T)

يمر العقد قبل صياغته بصورته النهائية بمرحلة هي مرحلة نشأته خلال المدة السابقة على اكتماله عقداً له اثاره . ولا يكتمل العقد بطبيعة الحال إلا بتوافر اركانه . وهناك من النظريات القانونية التي تطبق في القانون الخاص ويمكن ان نجد لها تطبيق في عقد البوت وهو ما سنتناوله في هذا المبحث موزعيه على مطلبين سنخصص كل واحد لنقطة من النقطتين اعلاه .

المبحث الأول: بناء عقد البوت (B.O.T) وتوافر أركانه

خلال مرحلة النشأة تجري الاستعدادات عن طريق المفاوضات وتقديم كل طرف ما لديه حتى يصاغ العقد بصورته النهائية . وهذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب ، في حين سنوزع النظريات التي يمكن ان يكون لها تطبيق في عقد البوت وهي القوة القاهرة والظروف الطارئة والإثراء بدون سبب والتعاقد من الباطن في فروع اربعة مذكرين بأن تناول هذه المفردات يأتي في سياق تحديد مدى علاقتها بالقانون الخاص أو خضوعها له من عدمه أساساً للبحث وليس لتقديم معلومات فقهية عن هذه المفردات لأن مجالها النظرية العامة للإلتزامات .

المطلب الأول : صياغة عقد البوت (B.O.T)

لقد ادى الاختلاف في الصياغات الى خلق انظمة قانونية متعددة تختلف فيما بينها رغم أنها من طبيعة واحدة وخلفية فلسفية واحدة ايضاً ، رغم ان غايات القوانين فيها لا تختلف [٤٩٠] . وهكذا العقود ، فقبل الوصول الى صياغة نهائية للعقد عادة ما تكون هناك مرحلة هي مرحلة التفاوض وهي المرحلة التي يتم فيها الاتفاق على البنود الأساسية للعقد ولو لم يتم ذلك بصورة تحريرية . وفي مرات أخرى قد يجري ابرام عقود تسمى عقود تفاوض . وهي عقود تتم بين طرفين يريدان التوصل الى عقد نهائي محتمل تبدأ بمباحثات غايتها الوصول الى ابرام عقد جديد او تجديد عقد سابق كعقود اشتراط إعطاء الأولوية لأحد المتعاقدين في التعاقد بخصوص موضوع معين اذا ما قرر التعاقد بخصوصه ، كأن لا يوجه الطرف الاول إيجابه في بيع عقار يعود له الى غيره اذا ما قرر بيعه ، وكذلك ان لا يتفق على انجاز مشروع معين الا من قبل الطرف المقابل . وهذا ما يشبه شروط هارتشيب التي ترد في العقود العالمية او في العقود المبرمة بين مؤسسات صناعية أو تجارية لإعادة التفاوض من اجل تعديل العقود السابقة بينها نظراً لحصول تغيرات في الظروف الاقتصادية . ولكن عقود التفاوض لا تمثل التزاماً بالتعاقد . فقد لا يبرم العقد او لا يحصل تجديده او مراجعته في حال فشل المفاوضات . ولذلك ودرءاً لحصول هذا الفشل بعد التفاوض ومنعاً من حصول إضرار بالأطراف المتفاوضة فإن هذه الأطراف قد تتفق على تحديد مدة معينة للتفاوض . وتشير بعض النصوص على عدم ترتيب أي التزام على الأطراف ولو حصل اتفاق جزئي على بعض الفقرات دون الأخرى وهذا ما تضمنه الفصل (٢١) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية [٤٩١] .وقد اشار المشروع العراقي الى موضوع الاتفاق الابتدائي الذي يحصل ان يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل معتبراً إياه غير صحيح الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها [٤٩٢] . وقد يختلف المتعاقدان بخصوص بعض المسائل الجوهرية فيتركان أمرها الى وقت لاحق كما يحصل في عقد البيع وفي هذه الحالة يترك امر اعتبار العقد منعقداً من عدمه الى تقدير محكمة الموضوع [٤٩٣] . ومن المعروف ان الناس قد درجوا على ان يجروا اتصالات مع بعضهم قبل اتمام العقد بشكله النهائي . اذ تسبق ذلك مرحلة تمهيدية اما ان تؤدي الى ابرام العقد النهائي او صرف النظر عنه . واكثر صور هذه المرحلة التمهيدية هي الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون [٤٩٤] وتاخذ مرحلة المفاوضات اهمية كبيرة في عقود التجارة الدولية او ما يعرف بالعقد الاقتصادي الدولي ومن بينها عقود البوت نظراً لضخامة هذه العقود وما تتضمنه من تعقيد واحتوائها على الكثير من المسائل التفصيلية . ومع هذه الاهمية فان هذه المرحلة لم تأخذ اهتماماً كبيراً من التشريعات الوطنية ، لا سيما اذا ما تطلبت وقتاً طويلاً

وجهوداً كبيرة تجعل الأطراف يتحملون التزامات مرهقة دون أي مقابل وهذا ما يؤخذ على عقد البوت حيث تكون المفاوضات فيه طويلة والسلبيات عديدة [٤٩٥] . ان مرحلة تكوين العقد يكون الدور فيها للأطراف واراداتهم . فهم يقررون التعاقد أو عدم التعاقد وكذلك تحديد محتوى العقد وقبل ذلك اجراء التفاوض مع المتعاقد الآخر ، وذلك يجري في العقود المختلفة أياً كان اطرافها حتى لو كان احدهم شخصاً عاماً [٤٩٦] .ويقع على المفاوض في عقد البوت ، أياً كان ، ضرورة الإلتزام بالاعلام ، أي اعلام كل طرف للآخر بالمعلومات التي تتوفر لديه والتي قد لا يستطيع الطرف المقابل الحصول عليها ليكون على بينة من امره ليتخذ قراره وفقاً لمصلحة والهدف الذي يسعى له . وكذلك الإلتزام بالتعاون ، أي ان على المفاوض التعاون الجاد والمستمر للوصول الى نتيجة في المفاوضات ، فاما ابرام العقد أو صرف النظر عنه . وعلى المفاوض ايضاً الإلتزام بالاستقامة ، أي أن يتسم سلوكه بالنزاهة والشرف والإبتعاد عن كل ما من شأنه الإخلال بمثل هذا الإلتزام كإستخدام طرق غير مقبولة من الناحيتين الاخلاقية والقانونية مثل الرشوة ،حيث برزت هذه الظاهرة في العقود التي يكون فيها عنصر اجنبي ومنها عقود البوت لأنها من العقود الضخمة لا سيما وان الرشوة تاخذ طابعاً شخصياً حيث لا يراعي المفاوض المرتشي مصلحة الجهة التي يمثلها بقدر مصلحة من دفع الرشوة . وتختلف المفاوضات في العقود التقليدية عنها بالنسبة للعقود التي جاءت بعدها كعقود البوت ، اذ في العقود التقليدية لا تأخذ المفاوضات وقتاً طويلاً كما انها في الغالب ليست بالقيمة العالية على عكس عقود البوت .كما ان مفاوضات العقود التقليدية تعد تقديماً للإيجاب المقدم ولا تعتبر الا عملاً مادياً دون ان يترتب عليها أي اثر قانوني إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد فلا مسؤولية على العادل عن التعاقد الا اذا اقترن العدول عن التفاوض بخطأ منه . وعلى الطرف الآخر إثبات هذا الخطأ . وكل هذه المسائل تخضع لقواعد عامة في القانون المدني . ان الحديث عن إختلاف مرحلة المفاوضات وكذلك تقنية إعداد العقود في العقود التقليدية عنها في عقود البوت امر طبيعي للأسباب التي سبق ذكرها . ومما يساهم ايضاً في ذلك ان مرحلة صياغة العقد بما فيها مرحلة المفاوضات تنتهي في العقود التقليدية بينما تستمر في عقود البوت لان التنفيذ فيها يأخذ وقتاً طويلاً يمكن أن تواجه خلاله ظروفاً غير متوقعة قد تحمل الأطراف للعودة الى المفاوضات لا سيما اذا تضمنت عقودهم شروط المراجعة او شرط المشقة [٤٩٧] . فكما ان مفاوضات الإعداد للعقد تتطلب بحث الجوانب القانونية ، فقد تتطلب مفاوضات الإعداد أيضاً الإستعانة بخبراء قانونيين متخصصين يتم من خلالهم إفراغ ما يتوصل اليه المفاوضون في العقد وإخراجه بصيغ قانونية سليمة تمنع او تقلل الإختلاف ، وفي ذات الوقت تتناول كل جوانب العقد [٤٩٨] . ومن الجديربالذكر ان المفاوضات لا تقتصر على تلك التي تجري بين الجهات الحكومية وشركة المشروع [٤٩٩] وانما هناك مفاوضات تحصل بين شركة المشروع وأطراف اخرين هم المقاولين من الباطن ومن تصبح لهم علاقة مع شركة المشروع تتطلب إجراء مفاوضات تجري مع جهات التمويل أوتوريد المعدات ولربما جهات تتولى التشغيل والصيانة [٥٠٠] . واذا كان خضوع المرحلة السابقة لإبرام العقود التقليدية للقواعد العامة في القانون المدني ، كما أسلفنا ، فإن بقية العقود بتقديرنا تخضع لذات القواعد العامة ، وهذا هو الاصل ، والإستثناء خضوعها لقواعد القانون العام ، سواء كانت نصوصاً قانونية او انظمة او قرارات تصدر من الإدارات بإعتبارها شخصاً عاماً يتمتع بالسلطة العامة . وجميع هذه المبررات دفعت الكثير من الدول لإعادة النظر في هذه العقود ، لا سيما العقود المبرمة حديثاً كما حصل في مصر حيث بدأت هذه العقود بالتحرر من القيود الاستثنائية والصلاحيات الخاصة التي توسم بها عقود الادارة العادية [٥٠١] . وهذا يعني إنها أصبحت ، او بدأت تقترب من العقود العادية ، الامر الذي يجعلها ومرحلة التفاوض وصياغة العقد فيها تخضع لقواعد القانون الخاص ، خصوصاً وان معظم المشرعين ومنهم

المشرع المصري لم يصنفوا عقد البوت بأنه عقد امتياز مما يوجب العودة الى البيئة التي نشأ فيها عقد البوت ومن ثم وصفه وتكييفه مستأنسين بالقواعد القانونية التي وضعتها الانظمة القانونية في تلك البيئة والمتمثلة بالبلاد الانكلوسكسونية بدلاً من طبعها بطابع العقود الادارية. وبالعودة الى اصل النشأة فإن القانون الانكلوسكسوني الذي نشأت عقود البوت في بيئته لا يقر بوجود عقود ادارية تتميز عن العقود العادية ، على عكس ما هو سائد في القانون الفرنسي واللبناني المعتمدين للقضاء المزدوج ، الإداري والعادي ، وعليه لا يمكن إطلاق وصف العقود الإدارية على عقود البوت لأن العقود الإدارية لا وجود لها في هذا النظام ، أي النظام الإنكلوسكسوني . يذكر ان القانون البريطاني لا يعرف أي نظام خاص يعطي للعقود التي تجريها السلطة العامة خصوصية ، ولا يخضعها المشرع الا للقواعد المدنية التي تطبق على كل العقود [٥٠٢] . ولا يفوتنا ان نذكر ان صياغة العقود بصورة دقيقة تلعب دوراً مهماً في نقل افكار المفاوضين واهدافهم وصبها في البنود التي يحتويها العقد ، فإذا ما صيغت عقود البوت وفقاً للأصول والقواعد القانونية واستخدمت فيها المصطلحات القانونية بما يعبر عن ارادة المتعاقدين بوضوح وشفافية فإن ذلك سيجنب الطرفين الخلاف ولربما اللجوء الى القضاء واجراءاته وكلفته المادية والمعنوية . وهذا الدور يلعبه من يقوم بصياغة العقود وهم في الغالب متخصصون بفن الصياغة القانونية وتتوفر لديهم خلفية معلوماتية في علم القانون حتى يكون أداؤهم دقيقاً في اختيار المفردات المعبرة عن مطالب المتعاقدين [٥٠٣] .

المطلب الثاني: التراضي في عقد البوت (B.O.T)

الفرع الإول : في وجود التراضي

ينصرف مفهوم الرضا الى ما تختاره الارادة وتتعلق به وتحركه ، ولذلك فالعقد يفترض وجود طرفين قررا التعاقد بخصوص موضوع معين ، أي ان الرضا الحاصل هو رضا الطرفين لا احدهما [٥٠٤] . ويعني القول ان الطرفين قد صدر رضاهما ان ارداتيهما تطابقتا على الاتجاه لإحداث أثر قانوني [٥٠٥] .

تنص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي بأن (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) [٥٠٦] وهذا يعني ان ما ينتج عن توافق الإرادتين هوإنشاء علاقة قانونية تلزم طرفيها باي أثر ينتج عنها [٥٠٧] . تنص المادة (٨٩) من القانون المدني المصري على ان (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ، مع مراعاه ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لإنعقاد العقد) [٥٠٨] . ان التراضي غالباً ما يحصل مباشرة بين طرفي العقد في العقود البسيطة ، اما في العقود الدولية فان إبرامها يتم عبر مراحل من المفاوضات ، كما قد تتضمن خلال هذه المراحل عقوداً تمهيدية او مؤقتة او جزئية ، بالاضافة الى العقود التكميلية المساعدة . وقد يكون التراضي بسيطاً وقد يتم على شكل معين أو أن يقترن بوصف حسب ظرف المتعاقدين . ان الخضوع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعني ان العقد سينفذ كما هو بدون استثناءات ما دام قد نشأ صحيحاً ملزماً وضمن الدائرة التي يجيزها القانون ، أي لا يتقاطع مع النظام العام والاداب [٥٠٩] .وتخضع جميع المسائل الخاصة بالعقد لقانون العقد ومنها قبول الأطراف له ووجوده وعيوبه [٥١٠] ويلتقي العقد الاداري مع العقد المدني من حيث أن إلتزاماتهما تنشأ بتوافق الارادتين [٥١١] . ان الاتجاه السائد في الفقه يذهب الى القول بان عقود البوت عندما تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فذلك يعني ان أي تعديل يطرأ على العقد لا بد وأن يأتي بموافقة أطرافه . ويستدل الفقه بالقوانين الاربعة التي اصدرها المشرع المصري والتي اجازت الالتزام دون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والخاص بالتزامات المرافق العامة لان ما يحكم العقد هي الشروط التعاقدية فقط ، [٥١٢] وهذه الاتفاقات بما إحتوته من شروط تخضع

لقواعد القانون المدني [٥١٣] . وعندما نقول بذلك فإنه يشمل جميع القواعد المتعلقة بالتراضي من إيجاب وقبول وعيوب إرادة . فبخصوص التراضي في عقد البوت فإن ما تضمنته المادة (٨٩) من القانون المدني العراقي يكفي لبيان مضمونه [٥١٤] حيث تنص على أنه (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقررة القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد) . [٥١٥] وبخصوص الإيجاب في عقود البوت فإن ما يطرح من الادارة من مزايدة او مناقصة لا يعد إيجاباً ، إنما هو مجرد دعوة الى التعاقد والإيجاب المقصود في مثل هذه الحالات هو ما يصدر من يتقدم بعطائه وفقاً للشروط المبينة في الطرح ، وهذا ما اكدته محكمتا النقض والإدارية العليا المصريتان [٥١٦] . وتشير المادة ٨٠ من القانون المدني العراقي الى ان (١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢- اما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجه للجمهور او للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وانما دعوة الى التفاوض) . وعلى ضوء ذلك فإن موقف شركة المشروع في عقود البوت من عرض الادارة هو الذي يحدد فيما اذا كان يمثل إيجاباً من عدمه . فموافقتها على العرض يمثل إيجاباً وقبول الادارة ايجاب الشركة يمثل قبولاً منها وعندها يولد العقد [٥١٧] . وفي القبول لا بد وان تكون الإدارة مخولة بالإعلان عنه حتى يمكن الحديث عن أهليتها لإعلانه مع متطلباته المتمثلة بتهيئة كراسة الشروط وما تحتويه من مواصفات . وبالمقابل فإن على شركة المشروع اذا ما كانت لوحدها او تشكل مجموعة شركات الاطلاع على الشروط والمواصفات الواردة في كراسة الشروط والإلتزام بالمواعيد والإجراءات التي تطلبها الإدارة وبيان مصادر التمويل والضمانات التي تكفل تنفيذ المشروع ضمن مدته وبالمواصفات المطلوبة التي يتضمنها العطاء [٥١٨] . وغالباً ما يقدم المستثمر ما يؤيد خبرته معززة بالمشاريع التي انجزها لتأكيد قدرته على إنجاز المشروع . وكل هذه المسائل تعد من الامور المرتبطة بالاهلية والتي تخضع للقانون المدني .

الفرع الثاني: صحة التراضي في عقود البوت

الفقرة الأولى: في التعبير عن الإرادة

لكي يكون العقد صحيحاً لا بد وان تكون ارادتا الطرفين صحيحتين غير مشوبتين بعيب [٥١٩] ويتحقق ذلك عندما يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتيهما بصورة مباشرة و بحرية تامة وان يتوافقا على مضمون العقد او ان ينوب عنهما نائبان مخولان بالتعبير عن الإرادتين الاصيليين صراحةً وهذا هو الاصل ، وضمناً وذلك هو الإستثناء . ويشكل رضا طرفي العقد واهليتهما شرطين اساسيين من شروط إنعقاد العقد [٥٢٠] ويستوي في عقود البوت ، كما هي بقية العقود ، ان تبرم الدولة او إحدى المؤسسات التابعة لها مع أحد أشخاص القانون الخاص عقداً من عقود البوت ، ويمكن ان تبرم العقد بطريق الوكالة حيث ينصرف اثر العقد اليها لا الى الوكيل ويخضع امر تنظيم ذلك الى نص المادة (٩٤٣) من القانون المدني العراقي [٥٢١] . يشار في هذا الصدد الى امكانية إبطال العقد اذا ما تحقق قيام احد اطراف العقد لا سيما من جانب شركة المشروع بتقديم رشوة الى ممثل احد الاطراف المتعاقدة للحصول على موافقته في ابرام العقد او القبول بشروط معينة تحقق مصلحة الراشي ، خصوصاً وان الغالب في عقود البوت والعقود الدولية عموماً أن لا يجري التعاقد بين الاطراف عن طريق الرؤساء انما عبر خبراء متخصصين ينوبون عنهم في ابرام العقود . وبالنظر لدور هولاء المهم في توقيع العقد الذي تبلغ قيمته الملايين فان المتعاقد الآخر قد يعمد الى رشوة الممثلين لشراء ذمهم والتي قد تأخذ أشكالاً متعددة من أهمها العمولة . وهذا الامر يمكن ان يتحقق ليس في مجال اقامة المشاريع ، بل خلال تعبير الدولة او المنظمة الدوالية عن موافقتها ورضاها بمعاهدة فيتم التاثير على ممثليها بشتى الطرق فيأتي رضاها مشوباً بالإفساد المباشر او غير المباشر لممثلها بواسطة دولة او منظمة متفاوضة اخرى ، لذلك جاء نص المادة (٥٠) من اتفاقية فينة لعام

١٩٨٦ الذي منح الدولة او المنظمة التي جرى افساد رضاها حق إبطال هذا الرضا بالإلتزام بالمعاهدة . وهذا يعني ان الأثر الذي ترتبه هذه المادة هو ابطال المعاهدة لمصلحة الدولة او المنظمة التي شاب رضاها إفساد . ويمكن ان ينسحب الحكم ذاته اذا ما ادت رشوة المفاوض الى ابرام عقد او القبول بشروط تضر بمصلحة الدولة او المنظمة استناداً الى القاعدتين المدنيتين المعروفتين ، الاولى التي تقول بان الغش يبطل التصرفات ، حيث يعد التواطؤ بين الراشي والمرتشي من قبيل الغش . واما القاعدة الثانية فتقوم على اساس ان التدليس اذا ما حصل لإفساد الرضا وان الطرف المستفيد كان على علم ودراية بواقعة الكذب والتضليل فإنه يترك أثره على العقد فيبطله على هذا الاساس [٥٢٢] .وفي الغالب لا يجري الحديث عن تأثر الأهلية بالسن عند بحث موضوع الأهلية في عقود البوت لعدم إمكانية تصور حصول ذلك من الناحية الواقعية في مثل هذه العقود لأنها لا تتطلب مجرد أهلية وجوب وأهلية أداء ، انما توفر خبرة كافية لإبرام مثل هذه العقود كما تتطلب في الغالب تدخل متخصصين في جوانب متعددة من جوانب تنفيذ المشروع محل العقد وكذلك خلال مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد .

الفقرة الثانية : عوارض الأهلية وعيوب الإرادة

لا يجري في العادة بحث موضوع عوارض الاهلية في عقود البوت أيضاً للأسباب اعلاه بالنسبة لطرفي عقد البوت لانهما لا يعتمدان على شخص واحد في ابرام العقد ، انما على مجموعة عمل ومتخصصين كما تحتاج هذه العقود الى موافقات من جهات اعلى سواء كانت في الدولة كأن تكون الوزارة او مجلس الوزراء او السلطة التشريعية ، وكذلك بالنسبة الى المستثمر إذ يحتاج الى موافقة بقية الشركاء او مجلس الادارة . وبخصوص عيوب الارادة فمن الممكن توقع وجودها لاسيما بعد تثبيت المبدأ الذي يقضي بضرورة مراعاة مبدأ الشفافية في التعاملات الاقتصادية والذي أضحى مبدءاً دولياً ملزماً للحكومات مصدره الاتفاقيات المنشئة لمنظمة التجارة الدولية والذي أصبح مطلوباً تواجده عند إبرام عقود البوت [٥٢٣] .والعيوب التي يمكن الحديث عنها في عقود البوت هي الغلط والتغرير والإكراه [٥٢٤] . وقد أستبعدت حالة الإستغلال من هذه العيوب لصعوبة تصور وجود مثل هذه الحالة في عقود مكشوفة ومعروفة وتعتمد الخبرة اساساً لإنعقادها ، حتى ان الطرف الذي يمكن ان يُستَغل ، ونقصد الادارة هي من يشترط وجود الخبرة لدى الطرف الآخر (شركة المشروع) وكثيراً ما تعد الخبرة شرطاً للدخول في المزايدات او المناقصات بشكل عام وعقود البوت بشكل خاص لما لها من أهمية في تنفيذ المشاريع الكبرى موضوع هذه العقود .

١ ـ **الغلط** : لقد تناول المشرع العراقي موضوع الغلط في المادة (١١٧) من القانون المدني معتبراً العقد بحصوله يتأرجح من البطلان الى عدم النفاذ . تنص المادة ١١٧ / ف١ على أنه (اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لإنعدامه . وان اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوباً فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده إلا انه يكون موقوفاً على اجازة العاقد) [٥٢٥] . وعليه فلكي يكون الغلط عيباً من عيوب الرضا لا بد من توفر شرطين أحدهما ان يكون جوهرياً والآخر ان يكون مشتركاً [٥٢٦] . ويستكمل المشرع العراقي ما يخص الغلط في نصوص المواد ١١٨ و ١١٩ و ١٢٠ من القانون المدني مفرقاً بين الحالات التي يحصل فيها الغلط مبتدءاً بمحل العقد ومن ثم في صفة للشيئ أوفي ذات المتعاقد[٥٢٧]. ومهما يكن من امر عدم قبول الفقه الإداري مسؤولية الإدارة للقواعد المدنية من خلال خلق مجلس الدولة الفرنسي فكرة الخطأ المرفقي كوسيلة للوصول الى المسؤولية المباشرة للشخص المعنوي العام من جهة وتاكيد الصفة المستقلة للمسؤولية من جهة اخرى ومن ثم إستبعاد فكرة الخطأ ، الا ان الواقع تغير حتى ان مجلس الدولة أخذ يقضي في تعويض لا يقضي به القضاء العادي [٥٢٨] .

٢ ـ التغرير : اما التغرير الذي يقصد به ايهام الشخص بما يرغبه في التعاقد فإنه يأتي على نوعين هما التغرير الفعلي بإظهار المتعاقد المعقود عليه على غير حقيقته الامر الذي يوقع المتعاقد الاخر تحت هذا التأثير الذي يسبغ على السلعة مظهراً غير حقيقي . والتغرير القولي الذي يحصل بالقول ، أي بالكذب المكون للتدليس عن طريق اعطاء بيانات غير صحيحة في عقود تقوم اساساً على صحة هذه البيانات [٥٢٩] . اذاً فالتغرير او التدليس هو عبارة عن حيلة او خدعة توهم الشخص فتحمله على التعاقد [٥٣٠] . لقد جاءت معالجة المشرع العراقي لموضوع التغرير بخصوصية تتعلق بإشتراط إقتران التغرير بالغبن ليكون عيباً من عيوب الرضا [٥٣١] أ والإرادة كما اشترط ان يكون المتعاقد الاخر يعلم بالتغرير اوان العلم بذلك كان عليه يسيراً في حالة ما اذا كان التغرير قد وقع من قبل غير المتعاقدين . وقد اقتفى المشرع العراقي في ذلك مسار الفقه الاسلامي [٥٣٢] متناولاً موضوع التغرير مع الغبن في القانون المدني في المواد ١٢١- ١٢٤ [٥٣٣] .

٣ ـ الإكراه : وبخصوص الاكراه الذي عرفه المشرع العراقي في المادة ١١٢ / ف١ من القانون المدني على انه (إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه) فانه ياتي على نوعين في القانون المدني العراقي ، اذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ١١٢ (يكون الإكراه ملجئاً اذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس او عضو او ضرب مبرح أو إيذاء شديد او إتلاف خطير في المال) . ويستكمل المشرع النص بالحديث عن الإكراه غير الملجيء الذي يتحقق (اذا كان تهديداً بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس) ، معتبراً (التهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف إكراهاً ويكون ملجئاً او غير ملجيء بحسب الاحوال) . وبذلك يكون المشرع العراقي قد اخذ بالتقسيم الثنائي للإكراه متبعاً في ذلك الفقه الحنفي [٥٣٤] إلا أنه جعل أثر نوعي الإكراه واحداً. ويؤكد المشرع العراقي في المادة ١١٤ من القانون المدني على أن الإكراه (يختلف باختلاف احوال الاشخاص وسنهم وضعفهم ومناصبهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتألمهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدةً وضعفاً) . لقد اعتبر العقد الذي يتعرض احد أطرافه لأحد نوعي الإكراه وفقاً للقانون العراقي موقوفاً إلا ان ذلك لا يمنع من إمكانية ان تنعدم الإرادة اذا انتزع موقف احد الإطراف عنوتاً ، كما لو أخذت يد المكره واجبر على التوقيع على التزام ما . ولكون الإرادة معدومة هنا يعد العمل القانوني باطلا بطلاناً مطلقاً ، وهي حاله قليلة الحصول [٥٣٥] . ان النصوص ذات الصلة بعيوب الرضا ترد عادة في القوانين الخاصة سواء كانت في القوانين المدنية او التجارية او الخاصة ، وهي نصوص نجد أصلها في القوانين المدنية ، اذ حتى عند الحديث عن عيوب الرضا في الفقه التجاري يجري العودة في الغالب الى النصوص المدنية او الحديث عنها مع الإشارة الى دور الفقه في إقرارها ومن ثم أصبحت جزءاً من نصوص القوانين المدنية [٥٣٦] .

وعندما يجري الحديث عن عيوب الإرادة في فقه القانون العام يجري الرجوع الى مصادر القانون الخاص حيثما وردت ، إذ وبغض النظر عن طبيعة تكييف عقود البوت فان ورود هذه العيوب عند الحديث عن الاهلية فإنما يجري الحديث عن مفردات القانون الخاص . ففي عيب الغلط يجري تطبيق ذات النصوص الواردة في القانون المدني . واذا ما اخذنا بنظر الاعتبار وجود الادارة كطرف في العقد واشتراط ان يكون الغلط جسيماً وجوهرياً فان ذلك لا ينفي خضوع تحديد العيب وكذلك جسامته لقواعد القانون المدني ، وتأتي خصوصية النص بسبب وجود الإدارة طرفاً في عقد البوت ورجحاناً لكفتها على كفة المتعاقد الآخر وهو ما يمكن اعتباره ضمن المسائل التي تتميز بها الادارة في هذا العقد وهو امر سبقت الاشارة اليه . وفيما يتعلق بالتغرير فانه وإن كان نادر الحصول إلا أن الإدعاء بحصوله والدفع به أمام القضاء لا بد وان يخضع لقواعد القانون المدني باعتبارها الاصل أولاً ، ولخلو قواعد القانون العام من الإشارة اليه بخصوصية تخرج عن هذا إطار القواعد المدنية ثانياً . اما موضوع الغبن الذي أقره المشرع العراقي مع التغريركعيب واحد دون بقية

المشرعين فإنه يكاد يكون مستحيلاً حصوله في عقد تكون الادارة طرفاً فيه ، وفي ذات الوقت يخضع لقواعد خاصة ومخاض ولادته يمر بمراحل طويلة ومعقدة . وفيما يتعلق بعيب الإكراه فان مصدره القانون المدني ايضاً ولا وجود لنصوص في قوانين اخرى تخص هذا الجانب . ومع صعوبة إمكانية الدفع بعيب الإكراه إلا إننا اذا ما تصورنا حصوله فإنه يطبق على الطرفين لان النص خاطبهم كأطراف في العقد دون ان يفرق بين مركز طرف وآخر [٥٣٧] .

٤ ـ الميزة المبالغ فيها: تقترب فكرة الميزة المبالغ فيها من فكرة الغبن من حيث ان حصول طرف على الميزة سيقابله إلحاق ضرربصيب الطرف الآخر وبطريقة غير شريفة عن طريق استغلال حاجته او عوزه الاقتصادي او وجود متطلبات ملحة او حصول امر غير متوقع او نتيجة للجهل وانعدام الخبرة او قلتها او عدم القدرة على التفاوض الامر الذي سيؤدي الى حصول ظلم فاحش بحيث يقترب ما يفرض من طرف على آخر من الشروط التعسفية لما تحمله هذه الميزة من مغالاة وعدم تعادل واضح بين طرفي العقد . ويمكن تلمس عدم عدالة او اجحاف او مساوىء غير مقبولة في العقد عند الاطلاع على بنوده بصورة واضحة [٥٣٨] .ونعتقد ان من يتمتع بمثل هذه الميزة هي الإدارة . وهذا امر طبيعي ، لما تمتلكه من سلطة عامة وفرصة فرض شروطها ، خصوصاً عندما تكون هناك منافسة بين شركات المشروع . كما يمكن أن تكون شركة المشروع هي من يتمتع بمثل هذه الميزة بما تمتلكه من رأس مال وقدرات فنية وتقنية غالباً ما تكون الدول وخصوصاً النامية منها في أمس الحاجة إليها [٥٣٩] .

٥ ـ إفساد ممثل أحد الأطراف : إن تلاقي الإرادات يتم في الغالب بين طرفي العقد عن طريق ممثليهم ، فالادارة يمثلها شخص الرئيس او ممثلها القانوني ، فرداً او هيئة ، وكذلك فان شركة المشروع هي شخص معنوي لا بد ان يكون لها ممثل قانوني كأن يكون رئيس مجلس الادارة او المدير المفوض او من يمثلهم . وإرادة الممثل هي المعول عليها عند إبرام العقد الا اذا كان ينفذ تعليمات الموكل بشكل كامل [٥٤٠] . حيث ان عقود البوت هي عقود ذات قيمة عالية قد تصل الى مليارات الدولارات ، ولذلك فإن دور الوكلاء الخبراء مهماً في ابرام هذه العقود. و قد يلجأ احد اطراف العقد الى إفساد ممثلي الطرف الآخر وشراء ذممهم عن طريق الرشوة التي تأخذ صور متعددة لعل ابرزها العمولة . وهذا الامر ليس ببعيد خلال بحث المسائل التي تتم عبر عمليات التفاوض وبضمنها المعاهدات الامر الذي دفع أطراف إتفاقية فينا لعام ١٩٨٦ الى تضمين المادة ٥٠ من الإتفاقية نصاً يجوز للدولة او المنظمة ان تستند الى الإفساد المباشر او غير المباشر لممثل الدول لإبطال رضاها . وهذا ما يمكن ان يحصل في العقود الدولية . ويستند حق الطعن بتصرف الممثل الى سببين :

الاول : القاعدة التي تقول ان الغش يبطل التصرفات ، حيث يعد التواطؤ بين الراشي والمرتشي من قبيل الغش لانه سيؤدي الى ابرام عقد ببنود مجحفة بحق الموكل . وتفعيل هذه القاعدة قانوناً لا يحتاج الى نص لانها تقوم على اعتبارات اخلاقية واجتماعية تستند على ضرورة محاربة الغش لحماية حقوق المتعاقد.

الثاني : التدليس كعيب من عيوب الرضا لان العقد أبرم تحت تأثير كذب الممثل القانوني . ولا يمكن الحديث عن تضرر الطرف الآخر لانه على علم مسبق بواقعة الكذب والخداع [٥٤١] ، لاسيما وان الحديث يجري عن خصوصية التعبير عن إرادة الإدارة والتي تتطلب وفقاً لذلك التوفيق بين العنصر الإرادي وعنصر السلطة العامة التي تكون الادارة خلال فترة التعبيرهذه محكومة بقاعدة التوجيهية في اطار المصلحة العامة . ولذلك فان لتعبير الادارة عن ارادتها قيمة موضوعية [٥٤٢] .

الفرع الثالث: أوصاف التراضي في عقود البوت

مع ان الاحكام التي ترد بخصوص التراضي من حيث وجوده او صحته هي ذات الأحكام الواردة في القانون المدني إلا ان بعضاً من الاوصاف التي يتناولها الفقه المدني هي التي ترد بخصوص عقد

البوت أيضاً مع بعض الخصوصية التي لا تخرجها من القواعد الخاصة بالتراضي بشكل عام ، وسنتناول وصفين من هذه الأوصاف لإمكانية حصولها في عقود مثل عقود البوت .

اولاً : الوعد بالتفضيل : وهو اتفاق بين طرفين يلتزم احدهما او كليهما بأن يفضل الآخر على غيره من الراغبين في التعاقد اذ ما قرر الدخول في علاقة تعاقدية محددة . ويعد ذلك إتفاقاً كاملاً يتضمن ايجاباً من الواعد وقبولاً من الموعود له للتمهيد للعقد المراد إبرامه . فلو كانت هناك صفقة او انجاز مشروع معين فعلى الواعد ان يعرض على الآخر تزويده بها او انجاز المشروع . ولربما يكون محل الاتفاق تفضيل احدهما الآخر اذا ما اراد مستقبلاً التفاوض بخصوص عقد معين. وقد يأخذ الوعد بالتفضيل صيغة عقد التفضيل او ان يكون شرطاً يسمى شرط التفضيل ، وهو شرط يأخذ أهمية خاصة في عقود التجارة الدولية كعقد التوريد والامتياز التجاري ليكون هذا الشرط وسيلة لإعادة التوازن العقدي وتحسين مركز الطرفين بخصوص المنافسة على عقد معين [٥٤٣] . ولشرط التفضيل ثلاثة صور هي شرط العرض المنافس والذي يوجب على الملتزم به منح الطرف الآخر حق الاطلاع على ما يعرض على الاول من عرض ودعوته لقبوله او رفضه ليتحلل من التزامه بالتفضيل . والصورة الاخرى هي شرط العميل الأولى بالرعاية ، ومضمونه ان يتمتع من كان الشرط لمصلحته بنفس الامتيازات التي سيحصل عليها الغير مستقبلاً في عقد مماثل . اما شرط الرفض الاول فيعني التزام الملتزم بالشرط بعرض الامر على الطرف الاول لقبوله او رفضه . اي ان العقد لا يبرم إلا في حالة رفضه من الطرف الاخر ليكون للملتزم بالشرط حق التعاقد مع الغيربعد ذلك [٥٤٤] . ومن الممكن تصور حصول وعد بالتفضيل في عقود البوت عندما يراد تنفيذ مشروع من المشاريع التي يدخل فيها القطاع الخاص شريكاً لتمويل وتنفيذ المشروع . اذ قد تتفق شركة المشروع مع الجهات الإدارية على ان تفضَل الاولى على غيرها عند عرض الجهات الادارية لمشروع معين للتنفيذ لما لشركة المشروع من خبرة في مجال تنفيذ مثل المشروع المطروح كأن يكون إنشاء مطار او جسر ضخم . كما يمكن ان يكون التفضيل لجهة الادارة عندما يحصل على سبيل المثال اتفاق بينهما وبين شركة مصنعة للطائرات مثل شركة (بوينغ) بان يكون أي انتاج لطائراتها من نوع معين للدولة الموعود لها بذلك . ان الوعد بالتفضيل يبقى اتفاقاً يقع ضمن دائرة التعاقد وحق الاطراف في تحديد بنود العقد ومن ثم رسم حدود التزامات وحقوق الطرفين ، وهو عقد صحيح أياً كانت تسميته ، يخضع للضوابط التي يضعها المشرع ومنها عدم مخالفته لمبادئ النظام العام والاداب شأنه شأن أي عقد آخر ، فاذا توفرت نصوص قانونية خاصة بمثل هذا الاتفاق فانها تطبق عليه حتماً ، بخصوصيتها ، لتكون جزءاً من القواعد الكلية التي تحكم العقد بما فيها القواعد العامة ، وجميع هذه القواعد تخضع للأحكام الواردة في القانون المدني . وإذا لم تتوفر مثل هذه القواعد الخاصة فيجري عندئذ الرجوع الى قواعد النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني ايضاً .

ثانياً : الوعد بالتعاقد : الوعد هو اتفاق بين طرفين يعد احدهما الآخر بإبرام عقد معين خلال فترة محددة . وبموجب ذلك قد يقبل الموعود له بهذا الوعد ليقرر فيما بعد ابرام العقد من عدمه . ويكون هذا الوعد ملزماً لجانب واحد هو الواعد ، كما يمكن ان يكون الوعد ملزماً لجانبين عندما يتفق الطرفان على ابرام العقد النهائي خلال فترة محددة [٥٤٥] .ويعتبر الوعد بالتعاقد مرحلة تمهيدية تسبق العقد النهائي الذي يتحقق بلحظة اقتران القبول بالايجاب . وعادة ما يحصل هذا الوعد في الحياة العملية عندما يكون الشخص غير قادر على ابرام العقد حالاً فيؤخره الى المستقبل بصورة مضمونة [٥٤٦] .وقد يبدو تحقق الوعد بالتعاقد صعباً مع طرف اسمه الادارة ، الا ان ذلك يمكن ان يحصل لا سيما وان احكام الوعد بالتعاقد تخص مرحلة تمهد لعقد تستطيع الاطراف بناء محتواه استناداً لمصالحها بما فيها الادارة ، وهذه الاحكام هي ذاتها الاحكام الخاصة

بالوعد بالتعاقد سواء ما كان منها ملزماً لجانب واحد او ملزماً لجانبين . وقد أشارت الى ذلك المادة (٩١) من القانون المدني العراقي عندما نصت على أن (١ ـ الاتفاق الإبتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها . ٢ـ فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته ايضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد [٥٤٧]) وتستكمل المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي ما يخص الوعد بالتعاقد ببيان أحكامه .

المطلب الثالث : المحل والسبب في عقد البوت (B.O.T)

الفرع الاول : المحل

ان الشيء الذي يلتزم به المدين هو الذي يكون محل الالتزام ، وهذا ما يراه الفقه المدني [٥٤٨] حيث يعد المحل جواباً لسؤال لماذا التزام المدين . وهو الأداء الذي يجب ان يقوم به المدين لصالح الدائن ومضمونه القيام بعمل او الامتناع عن عمل او اعطاء شي . واكثر الشراح يرون بان العقد ليس له محل بالمعنى الدقيق . فالمهم هو محل الالتزامات التي تنتج عن العقد [٥٤٩] . ان البحث عن محل العقد يقودنا الى البحث عن مجال التعاقد في نطاق نظرية العقود المدنية التي تستلزم ان تنصب ارادات اطراف العقد على مواضيع موجودة ومعينة وغير مخالفة للنظام العام . لقد تناول المشرع العراقي ركن المحل في المواد ١٢٦-١٣٠ [٥٥٠] من القانون المدني منتقلاً من البحث في وجود المحل وإستحالة وجوده وحكم ذلك وإجازة وجوده مستقبلاً بعد ان يكون معدوماً عند ابرام العقد ، وفيما اذا كان غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أوللآداب وحكم ذلك . ولم يحصر المشرع العراقي ما يعد مخالفاً للنظام العام ، انما أورد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٠ من القانون المدني أمثلة لما يخالف النظام العام [٥٥١] . ان المجالات التعاقدية في القانون المدني تلتقي مع نظيرتها في القانون الإداري في خطوطها العريضة ، رغم ان حديثاً في الفقه يجري حول اشتراط التمسك بوجوب ان تنصب ارادات اطراف العقد الاداري على مواضيع موجودة ومعينة وغير مخالفة للنظام العام والاداب بالاضافة الى اختلاف نظريتي المجالات التعاقدية في نطاقي القانون المدني والقانون الاداري [٥٥٢] .ويؤكد الفقه على ان فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية . وتختلف من زمان لآخر ومن مكان لغيره ، وترتبط هذه الفكرة بطبيعة المصلحة التي تحميها النصوص النافذة والمستمدة من مباديء النظام العام أصلاً او التي لا زالت تاخذ مضمونها من هذه المبادئ رغم عدم صياغتها في نص قانوني [٥٥٣] . ويفرض مفهوم النظام العام ان لا يكون العمل القانوني مخالفاً له ، لا في ذاته ولا من حيث الغرض الذي يسعى اليه . وهذا الامر ينطبق على جميع الاتفاقات ومنها الاتفاقات الخاصة وهو ما تضمنته المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي [٥٥٤] . ومع ان مظهر النظام العام يختلف في القانون المدني عنه في القانون الإداري على اعتبار ان تحديد المجالات التي لا يمكن أن تتحرك فيها ارادات الاطراف في القانون الاداري تختلف عن تلك التي في القانون المدني إلا أن أسس النظام العام في كلا القانونين تبقى واحدة ، هذا اذا ما تجاوزنا اعتبار عقود البوت عقوداً مدنية أو إدارية ، ولا يقتصر وجود النظام العام على القانون العام ، بل تضمنته قواعد القانون الخاص ايضاً رغم محاولة بعض الفقهاء القول بإقتصار هذا الوجود على القانون العام . فقد رأينا ما احتواه القانون المدني ، وكذلك القانون العام ، على الكثير من القواعد التي تعتبر من النظام العام كالقواعد الدستورية ، لا سيما ما يتعلق منها بالحريات العامة . بالإضافة للنظم المالية والادارية والنظام القضائي والقوانين الجنائية [٥٥٥] . ولا يقتصر حضور مفهوم النظام العام على النصوص التشريعية المعروفة ، انما تضمنته نصوصاً خاصة ببعض القضايا ومنها ما يتعلق بالمشاريع ، إذ لم يقتصر توجه المشرع على حظر بعض المشاريع وفقاً للاغراض المألوفة للنظام العام والمتمثلة

في حفظ الامن والصحة والسكينة العامة وانما تعدتها من خلال التوسع في مفهوم النظام العام لإدخال أغراض اخرى تستهدف المصلحة العامة ولكنها لم تكن مألوفة سابقاً كحظر إقامة مشروع ما لإعتبارات التوازن البيئي وكذلك حظر مباشرة أنشطة زراعية او صناعية او تجارية في المناطق المحمية وهو ما أفتت به الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري معتبرة ذلك مخالفة للقانون . [٥٥٦] وعليه فإن المفهوم الخاص للنظام العام ، على الاقل في نطاق العلاقات التعاقدية ، مفهوم واحد سواء كانت هذه العلاقات يحكمها القانون المدني او القانون الاداري ، أو لنقل ان مفهوم النظام العام اذا ما اريد الحديث عنه في مجال عقود البوت فانه ذات المفهوم الوارد في القانون المدني ، ولربما بخصوصية تفرضها خصوصية هذه العقود . وينطبق هذا القول ايضاً عند الحديث عن المحل ، اذ حتى شراح القانون العام يلجؤون الى كتب فقه القانون المدني عند الحديث عن المحل ولو كان العقد ادارياً .

الفرع الثاني : السبب

يعرف الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري السبب بانه (الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول اليه من وراء التزامه [٥٥٧]) .ويرى الاستاذ السنهوري ان الفرق بين السبب والمحل هو ان الاخير جواب لمن يسأل : بماذا التزم المدين ، في حين ان السبب هو جواب لمن يسال : لماذا التزم المدين ؟ [٥٥٨] .

ويقتصر السبب على الالتزام العقدي دون غير العقدي لان الاخير لا يستند الى ارادة الملتزم فلا محل لتعلق السبب بالالتزام . ويرتبط السبب بالارادة الا انه ليس الارادة ، ولكنه يوجد حيث توجد الارادة ويكون ركناً من اركان العقد [٥٥٩] . وقد اشارت المادة ١١٣١ من القانون المدني الفرنسي الى موضوع السبب عندما نصت على ان الالتزام لا ينتج أي أثر اذا لم يكن له سبب او كان له سبب غير صحيح او سبب غير مشروع [٥٦٠] .واذا أبرمت الادارة عقداً معيناً سواء كان مدنياً او ادارياً فلا بد ان يكون هناك سبب للالتزام الوارد فيه . والغالب ان المصلحة العامة هي السبب للعقد الذي تبرمه الادارة لا سيما اذا كان العقد ادارياً . فبدون السعي لتحقيق المصلحة العامة عند ابرامها العقد يكون العقد قد فقد مشروعيته . وحيث ان القضاء ، وخصوصاً الفرنسي منه إعتمد في قرار له بتاريخ ٢٨ / ٥ /١٩٧١ على نظرية الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، الامر الذي يقرب العقد المدني من العقد الاداري ويخفف مما يثار بينهما من نقاط خلافية او مميزة [٥٦١] . يذكر في هذا المجال ان تصور عدم وجود سبب في عقد البوت امر مستبعد ولذلك نرى ندرة الاحكام القضائية بخصوص السبب لعدم تصور إقدام الادارة على التعاقد بدون سبب [٥٦٢] .

إننا هنا لا نريد بحث نظرية السبب وما يتعلق بها من مواضيع بقدر بيان ما اذا كان موضوع السبب يخضع لقواعد القانون الخاص او العام . وللجواب على ذلك فإن الاصل هو أن يتم بحث موضوع السبب في سياق نظرية العقد في القانون المدني لعدم وجود نصوص تطال هذا الأمر في القانون الإداري لأن قواعد هذا القانون حديثة النشأة ، كما ان فقهاء القانون الخاص وضعوا نظريات خاصة في السبب وقد استعان الفقه الاداري بها عند بحث موضوع السبب في العقد الاداري . ولما كانت عقود البوت عقوداً تسعى أطرافها لتحقيق هدف معين هو انجاز مشروع من المشاريع الكبرى التي تحتاج الى تمويل القطاع الخاص فان هدف الادارة كطرف في العقد هو المصلحة العامة من خلال توفير ما تقدمه هذه المشاريع من خدمات . أما شركات المشروع فإن غايتها المؤكدة تحقيق الربح . والهدفان مشروعان ، وبيان مدى المشروعية يخضع لقواعد القانونين

العام والخاص ، أما مفهوم السبب ذاته والقواعد العامة التي تحكمه فإنها ذات القواعد التي اشار اليها المشرع في القانون المدني او القوانين الخاصة الاخرى .

المبحث الثاني: مدى خضوع بعض الجوانب المهمة في عقود البوت B.O.T للقانون الخاص

هناك العديد من المسائل القانونية المهمة في عقد البوت تحتاج الى بيان مدى خضوعها للقانون الخاص ومنها التزامات وحقوق طرفي العقد ، والاخرى ما ينشأ عنهما من مسؤولية ومن ثم إنقضاء عقد البوت وهذا ما سنتناوله في الفروع الثلاثة الآتية .

المطلب الأول: مدى خضوع إلتزامات وحقوق طرفي عقد البوت للقانون الخاص

الفرع الأول : إلتزامات وحقوق الجهة الإدارية

الفقرة الأولى : التزامات الجهة الإدارية : [٥٦٣]

إن أهم ما يفرضه عقد البوت على الجهات الإدارية الإلتزام بمبدأ تنفيذ العقد بحسن نية والإلتزام بشرط الثبات التشريعي .

الآلتزام الأول : تنفيذ العقد بحسن نية

يعد مبدأ حسن النية مكملاً لمبدأ العدالة اذ ياتي مرادفاً لمعايير الامانة والصراحة والصدق ومتعارضاً في ذات الوقت مع سوء النية والغش والخداع ، ويبرز دور ذلك في التصرفات القانونية وابرزها العقد ، إذ يحتل مكانة كبيرة في النظرية العامة للرضا . فالتشريعات الحديثة تفرض الزاماً مزايا بتوفر معلمات كافية للمتعاملين معها وتمنح للعقد مصداقية اكثر . وغالباً ما يلجأ القضاء الى القاعدة الاخلاقية في القانون الوضعي الى جانب المشرع [٥٦٤] فعدم تقديم المعلومات الكافية من أي من اطراف العقد ومنها ما يتعلق بالمعلومات الواردة في الايجاب او الدعوة الى التعاقد. والمسؤلية التي تقوم هنا ليست عقدية فقط وانما مسؤولية تقصيرية تقوم على اساس الاخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن مسلك الرجل العادي عند تعامله مع الغير [٥٦٥] اذ ان هذا المبدأ يجعل من تنفيذ المتعاقد لالتزامات العقدية واجباً قانونياً مشاركاً اعتبارات العدالة في هذا الأمر [٥٦٦] . ومبدأ حسن النية حسبما تبين لنا يعد في الاساس موضوعاً من المواضيع النظرية العامة للرضا ، كما ان الاحكام المتعلقة به تشكل جزاً من المسؤولية المدنية ، سواء كانت عقدية ام تقصيرية مشيرين في ذات الوقت الى امكانيه خضوع من يخرق هذا المبدأ لقواعد القانون الجنائي [٥٦٧] . وقد اشار المشرع العراقي الى مبدأ حسن النية في المادة (١٥٠) من القانون المدني [٥٦٨] وبقوله (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل علية وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وهو مبدأ يرتبط بما تقرره الشريعة الإسلامية بتأكيدها انما الاعمال بالنيات وله صلة ايضاً بفكرة التعاون بين المتعاقدين [٥٦٩] . ومن الالتزامات التي تفرض على الإدارة في هذا الإطارإعطاء الإذن للمتعاقد يتقاضى المقابل المالي واحترامها لإلتزاماتها التعاقدية بما فيها تسليم مواقع العمل ومعاونة المتعاقد في الحصول على التصاريح والتراخيص المطلوبة وتوصيل الخدمات لموقع المشروع لإنجاز العمل من مياه وكهرباء وهاتف . [٥٧٠]

الالتزام الثاني: الالتزام بعدم تغييرالنصوص التشريعية (شرط الثبات التشريعي)

يتعلق هذا الالتزام بمبدأ ثابت في الدراسات القانونية وهو مبدأ عدم رجعية القانون ، أي عدم سريان حكم القاعدة القانونية على الوقائع والتصرفات واثارها التي تمت قبل نفاذها . ويستند هذا المبدأ الى حجج المنطق والعدل والمصلحة [٥٧١] .وبالنظر لأهمية هذا المبدأ بما يحمله من إنعكاسات على حقوق وحريات الناس فقد اشارت اليه معظم الدساتير في مختلف الدول ومنها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ ، حيث نصت الفقرة التاسعة من المادة ١٩ منه بالقول (ليس للقوانين أثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الإستثناء قوانين الضرائب والرسوم). كما أشارت الفقرة العاشرة من ذات المادة من الدستور لما يتعلق بالقانون الجزائي بإشتراط ان يكون

ذلك أصلح للمتهم . والمقصود بشرط الثبات التشريعي هو ما يمنع الدولة من تغيير أي وضع قانوني يحقق لها المصلحة . وفيما يخص العقد فإن هذا التغيير قد يؤدي الى الإخلال بمبدأ المساواة بين اطراف العقد مما يعني تجميد بنود العقد خلال مراحل تنفيذه الامر الذي يحقق إطمئنان الشركة المتعاقدة وقد لايكون مرغوباً به من الطرف المتعاقد الاخر إلا أن قبوله به سيجعله ملزماً لجميع أطراف العقد . وقد أخذ هذا المبدأ طريقه الى التطبيق وتضمين معظم العقود الدولية محتواه وكذلك عقود البوت حماية للطرف المتعاقد الذي غالباً ما يكون اجنبياً .ان مصدر شرط الثبات التشريعي هو الارادة الخاصة لطرفي العقد فهي التي صنعته لكي تحمي الإمتيازات والضمانات والإعفاءات والحوافز التي يتمتع بها المتعاقد لحين إنتهاء المدة المحددة في العقد وفقاً لبنوده ونصوص التشريعات النافذة وقت إبرامه [٥٧٢] . ويختلف مبدأ الثبات التشريعي عن سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة . فهذه السلطة وإن إلتقت مع مبدأ الثبات التشريعي من حيث مساسها بحقوق المتعاقد إلا أنها تختلف من حيث وردها في نصوص العقد و قبولها من المتعاقدين . ان ورود هذا المبدأ في الدساتير لا يعني أنه نص يخص القواعد الدستورية وبالتالي يخضع للقانون العام. فمسألة صدوره من أعلى سلطة لا يلغي كونه مبدءاً ثابتاً من المباديء التي توردها قواعد القانونين العام والخاص مع تميز كل قانون بإيراده المبدأ في نطاقه الخاص ، كما إن الدراسات الفقهية غالباً ما تتناوله ضمن موضوع العقد وكيفية تنفيذه .

الفقرة الثانية : حقوق الجهة الإدارية

تتمتع الإدارة بحقين أساسيين غالباً ما تتضمنهما عقود البوت وهذين الحقين هما حقها في الرقابة وايضاً ما لها من حق في تعديل العقد وتوقيع الجزاءات .

الحق الاول : الحق في الرقابة

تتمتع الادارة بحق الرقابة على المرفق العام موضوع العقد سواء كان في وقت انشائه واثناء إنتظام عمله وتقديمه الخدمات الى المنتفعين . وتشمل الرقابة الجوانب الفنية والادارية والمالية . وهو امر تضمنته بعض القوانين الخاصة بالتزامات المرافق العامة كالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في مصر والذي يشيرالى ضرورة تعيين الإدارة مندوبين من قبلها للقيام بارقابة أو إسناد هذع المهمة للجهاز المركزي للحاسبات [٥٧٣] . والادارة تتمتع أصلاً بحق الرقابة على المرفق العام إستناداً الى عنصر السلطة العامة التي تتمتع به الإدارة والتي تعد هذه السلطة ركناً أساسياً للمرفق العام . وتأتي الرقابة المقررة للإدارة بمقتضى سلطات الضبط الإداري التي تمتلكها والتي تمتد لتشمل حتى المشروعات الخاصة . فللسلطة العامة ممثلةً بالإدارة الكلمة النهائية في إنشاء المرفق العام وإدارته كأصل عام [٥٧٤] . وتمارس الادارة الرقابة في صورتين ، إحداهما تأخذ صورة أعمال مادية كدخول اماكن إستغلال المرفق ومخازنه وورشه ومصانعه ، وكذلك استلام بعض الوثائق الخاصة به من المتعاقد للاطلاع عليها وفحصها واجراء التحريات بخصوصها ، بالاضافة الى تلقي الشكاوى المقدمة من المنتفعين ومعالجتها . اما الصورة الاخرى للرقابة فتأتي على شكل أعمال قانونية كالتعليمات والاوامر التي تصدرها الادارة والإنذارات التي توجهها الى المتعاقدد حال تنفيذ العقد ، اذ تعد حقاً مقرراً للأدارة وان لم يتضمنها العقد [٥٧٥] . وهي ايضاً التزام عليها لتعلقها بحقوق المنتفعين من المشروع المنفذ [٥٧٦] . ان الحق بالرقابة وان يبدوا للكثيرين مظهراً من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة إلا أن ذلك وفي ظل عقود البوت لا يأتي الا لان العقد قد تضمنه وان المتعاقد الاخر قد فهمه وإستوعبه إستناداً للمعلومات المتوفرة لديه من معلومات عامة لا سيما ما يتعلق منها بعمل الادارة والقوانين والنظم والتعليمات التي تنفذها حتى بالنسبة للمتعاقد الأجنبي ، حيث لا يدخل طرفاً في عقد مثل عقد البوت ذات القيمة الاقتصادية والفنية المرتفعة إلا وكان قد اطلع على تفاصيل العمل والتشريعات النافذة ، وغالباً ما يستند على مشورة الخبراء

الاختصاص في هذا المجال كالقانونيين والإقتصاديين . وعلى الرغم من ان مفهوم الرقابة ينصرف الى ما تمارسه الادارة على المرافق العامة إلا ان ذلك لا ينطبق على مشاريع البوت ، او لنقل لا تراقب بنفس الكيفية التي تراقب فيها بقية المرافق العامة الأخرى المنشأة ، وخصوصاً اذا ما كان الطرف الاخر اجنبياً ، حيث يجري العمل على ان تدخل الادارة كطرف عادي ولو بشروط قد تبدو إستثنائية ولصالحها إلا انها شروط قد تكون اخف مما تفرضه على المرافق العامة الاخرى من جهة ، ويكون الطرف الاخر قد قبلها واعتبرها جزءاً من العقد من جهة اخرى

الحق الثاني : الحق في تعديل العقد وتوقيع الجزاءات

ان طبيعة عقود البوت الخاصة تؤدي الى ان تمنح الادارة حقوقاً من بينها الحق في تعديل العقد والحق في توقيع الجزاءات . والمشروعات المنفذة وفقاً لعقود البوت تقوم على اساس إشباع الحاجات العامة وترتبط بمسألة سيادة الدولة في الغالب كالمطارات والموانئ بالاضافة الى استمرارها لمدة طويلة قد يحصل فيها تغيير في الاسعار ولذلك فان تدخل الادارة لتعديل العقد امر متوقع ، إلا أنه ليس مطلقاً لخصوصية هذه العقود ، كما ان تعديل العقد ، كما يرى الفقه ، لا يقع إلا بموافقة الطرفين ، أما تفريق البعض بين الشروط اللائحية والتي يجيز بخصوصها التعديل دون الشروط العقدية فإنه لايتفق وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي يقوم عليها عقد البوت ، ولذلك نرى المشرع المصري يجيز منح إلتزام المرافق العامة وفقاً لعقود البوت في القوانين اللاحقة لصدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ دون التقيد بأحكام القانون الأخير ، أي قانون عام ١٩٤٧ . إن الحق في التعديل لابد وأن تتضمنه بنود العقد وبعكسه فإن الإدارة تستطيع عند حصول ظروف توجب ذلك أن تلجأ الى القضاء وطلب التعديل والقضاء هو الذي يقرر فيما إذا كانت هناك حاجة له من عدمها ، وعند الإستجابة للطلب يجب أن يقرر إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد الآخر بما يتناسب والضرر الذي يلحق به نتيجة التعديل إن كان له مقتضى .وبخصوص توقيع الجزاءات فإنها مسألة تبدو مطلوبة لضمان حسن سير المرفق العام واستمرار تقديم خدماته بانتظام وان ذلك لا يتم لا من خلال وفاء شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية وفقاً للمواصفات المتفق عليها وعليه فان عدم وفائها بالتزامتها وفقاً للمعايير المتفق عليها سيجعل من وجود جزاءات تفرضها الادارة امراً مطلوباً . ومن هذه الجزاءات الغرامات المالية والوضع تحت الحراسة ومصادرة التامين والإنهاء المبتسر للعقد الذي يجب ان يرافقه تعويض . إلا ان الادارة ليس لها توقيع جزاء غير مشروط عليه في العقد . [٥٧٧] وحتى القول ان حقوق الادارة في تعديل العقد لا تستمدها من نصوص العقد فقط انما نجد أساسه في طبيعة المرفق العام ومتطلباته وان الادارة لا تستطيع التنازل عن هذا الحق لإرتباطه بالنظام العام [٥٧٨] . ولكن ذلك لا يعني ، كما اسلفنا ، بانه حق مطلق . فالتعديل الإنفرادي خلال تنفيذ العقد إتفق عليه المتعاقدان وذكر ولو ضمناً في العقد ، وعليه فإن وجد فهو كاشف وليس منشيء لأن نية المتعاقدين كانت قد إتجهت أصلاً الى ضرورة الوفاء بمتطلبات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة . ومع ذلك يبقى التعديل الإنفرادي حالة إستثنائية باعتباره ظرف غير متوقع للمتعاقدين ، أي انه شرط من الشروط لا ينفذ إلا بمتطلبات مقبولة [٥٧٩] وفي حقيقة الامر وعلى الرغم من ان بنود عقد البوت هي بنود تنشأ عن إرادتي الطرفين ومن صنعهما إلا ان ذلك لا ينفي القول بأنه عقد مركب ، كما هو حال العقد الاداري في هذه المسألة مع الاختلاف من حيث ان حق التعديل وتوقيع الجزاء في عقد البوت وان كان حقاً للإدارة إلا أن مصدره تلاقي الارادتين والقبول بما انتجتهما أما في العقد الاداري ففيه جانب عقدي واخر تنظيمي تابع لأسلوب الادارة التنظيمي ومع ذلك تبقى القوة الملزمة للعقد مطبقة عليه [٥٨٠] . ان تعدد العلاقات العقدية وتشعبها في نظام البوت يجري خلالها تحديد حقوق والتزامات اطراف العقد . وذلك يشكل ضماناً للمستثمر وهو امر يختلف من عقد الاخر لعدم توفر نماذج جاهزة تصلح لجميع عقود البوت لانها عقود تتنوع

بتنوع شروطها [٥٨١] .ويقر الفقه بأن إنصراف نية المتعاقدين لضرورة الوفاء بمتطلبات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة هو الذي يجعل الادارة تتمتع بحق التعديل وفقاً لضرورات هذه المصلحة . وان هذا الحق يخضع لرقابة القضاء مقترناً بتعويض عادل للطرف الذي غالباً ما يكون اجنبياً ويحصل ذلك في ضوء مساواة مفترضة بين طرفي العقد .وهناك استقرار فقهي على عدم قبول طلبات الادارة بالإبطال مع بقاء الطلبات الاخرى لان ذلك يمثل تجاوزاً من الادارة لحدود سلطاتها المقبولة . ولان العقد نشأ بالتقاء ارادتي الادارة والمتعاقد ، وعليه فإن قبول طلبات الإبطال محدد بالقرارات الادارية دون بنود العقد . وهذا ما يؤكد التكافؤ بين اطراف العقد ويقرب العقد الاداري فعلاً من العقد المدني [٥٨٢] ، كما سبق بيانه ذلك في الفقرة السابقة .ولا نريد ان نضيف الا التاكيد على ان البنود التي تبدوا انها تمنح امتيازات لطرف على اخر نجدها في جميع العقود المدنية وليس في عقود البوت فقط وهي مرهونة بإرادات أطراف العقد ولذلك تبقى تدور في نطاق نظرية العقد ، خصوصاً وان الفقه يرى بأن التعديل الانفرادي لا يشكل تجاوزاً على المبدأ العقدي ، [٥٨٣] جدير بالذكر ان جانباً من الفقه يرى بأن حق التعديل لا يتلائم مع عقود البوت التي تصاغ وفقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وهذا يعني خضوع العقد لقانون الإرادة [٥٨٤] .

الفرع الثاني: إلتزامات وحقوق شركة المشروع

الفقرة الأولى: إلتزامات شركة المشروع

هناك إلتزامات تقع على شركة المشروع عليها الوفاء بها ، منها تنفيذ العقد وفقاً للمواصفات الواردة فيه واخرى تتعلق بتشغيل المشروع ومن ثم القيام بتسليمه ووضعه تحت تصرف الادارة .

الإلتزام الاول : القيام بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها

يعد قيام شركة المشروع بتنفيذه الالتزام الاساس لها وفقاً للعقد المبرم مع الجهة الادارية بما احتواه العقد من مواصفات يجب ان تتوفر في المشروع عند التنفيذ [٥٨٥] ، حيث ان المتعاقد لا يلتزم إلا بما تضمنه العقد ، وهذا يتطلب اولاً تحديد موضوع العقد ومن ثم تتم معرفة ماهية الالتزام على ضوء نية المتعاقدين وتنفيذ العقد دون زيادة او نقصان [٥٨٦] ، بالاضافة الى ضرورة تنفيذ العقد بالمواصفات المطلوبة وفقاً لكراسة الشروط . وعلى المتعاقد ان ينجز المشروع بجميع مراحله خلال المدد المحددة في العقد وفي حالة اخلاله بذلك تقوم مسؤوليته ويعطي الادارة الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض لان التاخير يعد إخلالاً بالالتزام من قبل المتعاقد [٥٨٧] .وترتبط مسألة التنفيذ بالكلفة التي ينجز بها المشروع أيضاً ، حيث ان ارتفاعها قد يكون مبرراً لطلب شركة المشرع تمديد مدة الاستغلال او رفع اجور الخدمة المقدمة الى المنتفعين ، فالخدمة ستحدد حتماً وفقاً لمقدار التكاليف ومدة الإستغلال [٥٨٨] .وذا كان تنفيذ عقد البوت يتم من قبل شركة المشروع او انها تعمل على اشراك جهة اخرى في التنفيذ فان بعض العقود يدخل فيها الاعتبار الشخصي باعتباره إستثناء من الاصل . فهذا الاعتبار قد يكون جوهرياً من وجهه نظر الادارة ولذلك تضعه في اعتبارها عند ابرام العقد [٥٨٩] ، على اساس ان معظم المشاريع التي تنفذ عن طريق عقود البوت هي مشاريع كبرى تحتاج الى خبرات فنية وتكنلوجية كبيرة ولذلك فقد يؤدي تخلف ركن الاعتبار الى زوال العقد وانهائه كما في بعض النظم القانونية ، بل ان التخلف الاعتبار جزئياً اذا كان لا يقبل الانقسام قد يؤدي الى تخلف الاعتبار كله الا اذا قبل الدائن التنفيذ الجزئي[٥٩٠]. يذكر ان مسألة الاعتبار الشخصي في عقد البوت تنصرف الى الكفاءة المالية والقدرة الفنية ، بالاضافة الى الخبرة وحسن السمعة ، وربما تلعب جنسية المتعاقد دوراً في إختياره طرفاً في العقد والاطمئنان لتنفيذه وفقاً للمواصفات المطلوبة [٥٩١] . وإذا كان في العقد ما يشير الى إشتراط تنفيذ المتعاقد للعقد بنفسه فإن ذلك يستلزم عدم تكليف الغيربتنفيذه . وإذا ما حصل خرق لهذا الأمر فإنه يعد تصرفاً قانونياً يهدد قاعدة الاعتبار الشخصي إذا ما تم دون موافقة الادارة ، لأن ذلك يعد

خطئاً من قبل المتعاقد يجعله مسؤلاً عن العقد ويعطي الادارة الحق في فسخ العقد حيث لا تقوم أية علاقة بين المتنازل له والادارة ، ولا يحق له الرجوع على الادارة بأية حقوق ناشئة عن العقد ، وان كان له الرجوع على المتعاقد الاصلي وفقاً لقاعدة الإثراء بدون سبب . وفي حالة حصول موافقة الادارة على ذلك فتنتقل الحقوق الى المتنازل له الا اذا نص العقد على غير ذلك . كما ان العقد الاصلي بين الادارة والمتعاقد الاصلي تنتهي لتبدأ علاقة جديدة بين المتنازل له والادارة وهذا قد يحصل بطبيعة الحال وتكون الادارة بذلك قد وضعت المصلحة العامة امامها عند الموافقة على التنازل من عدمها [٥٩٢] . يذكر ان التنازل ان تم فانه لا يعفي المتعاقد من المسؤولية في مواجهة صاحب المشروع ، أي تبقى مسؤولية قائمة فلا حق له بالتذرع باخطاء من تنازل له [٥٩٣] وفي حالة لجوء المتعاقد الى مقاول ثانوي يجري معه عقداً من الباطن ، وهو امر متوقع لضخامة عقود البوت وحاجته الى امكانيات تكنلوجية عالية شرط أن العقد يقبل التجزئة. والتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل ، حيث لا يحصل حلول شخص مكان اخر في تنفيذ العقد ، ويكاد لا يوجد عقد من عقود البوت لا يحصل خلال تنفيذه عقداً من الباطن وفيه مصلحة للإدارة لضمان تحقق الجودة وفيه تطبيق لوحدة الضمان حيث يبقى المتعاقد الاصلي مسؤولاً امام الادارة حتى عن اعمال المقاول من الباطن [٥٩٤] . ان مسألة تنفيذ العقد من قبل المتعاقد ذاته او تنازله عن العقد وكذلك قيامه بتصرف قانوني بابرام عقد من الباطن تخضع للقواعد العامة في نظرية العقد وتحكمها نصوص القانون المدني حتى وان عرضت على القضاء الاداري الذي لا بد له ان يستند الى هذه القواعد عند نظره الخصومات الناشئة عن هذه التفاصيل اذا ما حصلت بين المتعاقد وجهة الادارة وكذلك بين الاثنين والمتنازل له او المتعاقد من الباطن . وهذا الامر ينسحب على مسألة تنفيذ المتعاقد للعقد وفيما اذا كان مطابقاً لكراسة الشروط من عدمه ، وكذلك فيما اذا كان قد انجز المشروع ضمن المدد المحددة في العقد أم لا . لقد اشار المشرع العراقي الى سريان القواعد العامة على العقود المسماة وغير المسماة وتبقى القواعد التي تنفرد بها بعض المسائل في بعض العقود سارية عليها [٥٩٥] ، كما اشار المشرع الى مسألة إجبار المدين على تنفيذ التزامة أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد في المادة (١٤٥) من القانون المدني [٥٩٦] .

الإلتزام الثاني : إلتزام شركة المشروع بتشغيله وصيانته ونقل التكنلوجيا

تعد عملية تشغيل المشروع وصيانته من المسائل المهمة التي تنعكس سلباً أو إيجاباً على مستوى الخدمة المقدمة للمنتفعين . ولذلك فان قدرة شركة المشروع على التشغيل او إختيارها مشغل آخر تتفق معه والذي يكون ممثلاً بشركة متخصصة يعد بمثابة المقاول من الباطن ولا بد ان يتم بموافقة الجهة الادارية التي تشترط دائماً ان يكون المشغل ذا خبرة . وتبقى مسؤولية شركة المشروع قائمة أثناء عمل المشغل والتي كثيراً ما تفرز مشكلات عديدة تتعلق بجودة الصيانة ونسبة العمالة المحلية في المشروع وتطويره وتحديثه تكنلوجياً بحيث يكون امر نقل التكنلوجيا واقعاً ملموساً وهذا ما تسعى اليه الدول من خلال إبرامها عقود البوت لا سيما الدول النامية [٥٩٧] والتي لطالما يكون تدريب العاملين المحليين كشرط في العقد جزءاً من اولوياتها [٥٩٨] . ان الإلتزام بالتشغيل والصيانة ونقل التكنلوجيا تقع ضمن دائرة العقد ومن متطلبات تنفيذه ايضاً وتخضع للنصوص الخاصة بالتنفيذ سابق الاشارة اليها وهي التزامات تحكمها النصوص المدنية ولذلك فان الاحكام التي تنطبق عليها هي الاحكام الخاصة بتنفيذ العقود ، لاسيما إذا لم تتوفر لعقود البوت نصوصاً خاصة في معظم الدول ومنها العراق ، وان توفرت فإنها لا تغطي جميع انواع عقود البوت لخصوصيتها واختلافها من عقد لآخر أو على الأقل تُترك بعض جوانبها لتخضع للقواعد العامة . ان هذا القول لا يلغي دور الادارة في رقابتها لكيفية تشغيل المتعاقد للمشروع بما يتفق والمبادئ الاساسية لسير المرفق العام بما فيها ضرورة انتظامه وقابليته للتغيير

والتعديل وكذلك المساواة بين المنتفعين اثناء تقديم الخدمة ، وكل ذلك يخضع لبنود العقد . واذا ما كان هناك خلل ما فإنه امر يخضع لتقدير محكمة الموضوع التي ستضع الجزاء المطلوب عند المخالفة ملاحظةً بنود العقد وهي مسألة فنية تخضع لتقدير الخبراء والقرار الاول والاخير في هذه المسألة للقضاء .

الإلتزام الثالث : إلتزام شركة المشروع بتسليمه الى الجهة الإدارية

لقد سبق لنا الحديث عن فحوى عقد البوت وان مسألة نقل الملكية التي يتحدث عنها الكثير من الشراح هي غير موجودة بتقديرنا [٥٩٩] لان ما تلتزم به شركة المشروع هو تسليم المشروع الى الجهة الادارية بعد انتهاء المدة المقررة في العقد ، وهو التزام اساسي في عقد البوت . على اعتبار ان الاتفاقات التي تتم صحيحة تكون بمثابة القانون للمتعاقدين [٦٠٠] . والاصل ان يجري تسليم المشروع الى الجهة الادارية المتعاقدة بدون مقابل لأن شركة المشروع قد استردت ما أنفقته على المواد وما بذلته من عمل مما تحصلت عليه مع الارباح والفوائد خلال مدة التشغيل ، إلا ان ذلك لا يمنع من حصولها على تعويض عادل او رمزي وفق الاتفاق المبرم مالم تتفق الادارة مع الشركة على الاستمرار بادارة المشروع وتشغيله مرة اخرى . وعندئذ يتوجب ابرام عقد جديد بين الادارة والشركة الا اذا كان العقد الاصلي يتضمن بنوداً خاصة بهذه المسألة .

إن مضمون التسليم يعني أن يتم لجميع أصول المشروع سواء كانت عقارية أو منقولة بدون أن تترتب عليها أية حقوق للغير كالرهونات والتأمينات أو غيرها إلا إذا ما تضمن العقد ما يخالف ذلك[٦٠١] .ان الاحكام المتعلقة بتسليم المشروع تحكمها بنود العقد ذاته وفي حالة الحاجة الى نصوص اخرى فيمكن الاستعانة بما ورد من قواعد في النظرية العامة ومنها ما سبق لنا تناولها عند بحث مسألة التنفيذ باعتبار ان التسليم يشكل جزءاً اساسياً من عقود البوت وتعد واقعة التسليم واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات [٦٠٢] ، إذ العبرة بما يقوله الواقع ، ويقع عبء الاثبات على من يدعيه. ولما كانت هذه الواقعة مادية فيجوز اثباتها حتى بالشهادة[٦٠٣] .وبالاضافة لذلك يمكن الاستعانة بما ورد من احكام تخص عقد المقاولة لا سيما المواد ١٥٠ و ٣٩٦ و ٨٧٣ و ٨٧٥ من القانون المدني العراقي ، وخصوصاً ان تسليم العمل في عقد المقاولة من المقاول الى رب العمل بعد إنجازه يختلف باختلاف ما أنجزه المقاول لرب العمل [٦٠٤] ، وهذا ما يتفق وعقود البوت من حيث ان محل التسليم يختلف فيها من عقد لآخر .وبخصوص التنازل عن العقد فالأصل ان المتعاقد لا يحق له التنازل عن العقد للغير إلا بموافقة الادارة او علمها حسبما تقرره بنود العقد . ويعني التنازل حلول متعاقد آخر مكان المتعاقد الاصلي من حيث التمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات التي ينشؤها العقد . والواقع يقول بان العقد الاصلي يبقى ليحل المتنازل له كمتعاقد بديل ، وعليه فالعقد باقٍ والذي يجري هو تغير طرف فيه ، لان التنازل سيؤدي الى حوالة حقوق وحوالة ديون في وقت واحد فقط [٦٠٥] وليس صحيحاً بإعتقادنا ان التنازل سيولد عقداً جديداً بين الادارة والمتنازل له كما يرى البعض [٦٠٦] الا اذا طلبت الادارة والمتنازل له ذلك ونشأت علاقة قانونية بينهما بموجب العقد المبرم حديثاً . ان مسألة موافقة الجهة الادارية على التنازل مهمة في عقود البوت لان الاعتبار الشخصي للمتعاقد سواء كان شخصاً طبيعياً او معنوياً تؤخذ بنظر الاعتبار عند ابرام العقد الاصلي لتعلق الامر بخبرة هذا الشخص وكفائته وقدرته بل وحتى سمعته ، وهذا الامر مرتبط بتحقيق المصلحة العامة من عدمه ، لان التنازل سواء كان كلياً او جزئياً أمر يمكن ولا يتعلق بالنظام العام [٦٠٧] . ولما كان الامر كذلك فإنه يعتمد كلياً على إرادات أطراف العلاقة لا سيما المتعاقد المتنازل والمتنازل له ، اذ يكفي التراضي لإنعقاده دون الحاجة الى شكل معين ، أياً كان التنازل بمقابل او بدونه . فالقاعدة العامة ان حق المتعاقد حق شخصي ذا طابع مالي يختلف

عن التعاقد من الباطن ، والجواز فيه هو الاصل والمنع هو الإستثناء . ويعد التنازل من أعمال التصرف ولذلك يتطلب أهلية التصرف وهذه امور تخضع لقواعد الاهلية في القانون المدني [١٠٨] .

يذكر في هذا المجال ان شركة المشروع ملزمة بتصفية اموالها وتسليم الجهة الادارية المشروع بجميع امواله المنقولة وغير المنقولة . اذ من المعروف ان ضخامة مشاريع البوت تتطلب استعمال مختلف الاموال المنقولة وغير المنقولة التي تتعهد شركة المشروع بتأمينها لتتمكن من إنشائه وتشغيله وتنفيذ كافة المتطلبات . فالمشروع يحتوي من الاراضي وما عليها من ابنية ، أي العقارات بطبيعتها والعقارات بالتخصص . فقد يكون فيه من المتطلبات المختلفة كالسكك الحديدية ومحطاتها والأنفاق والجسور والمطارات ومحطات التصفية والوقود والسيارات والمواد الخام والالات والادوات والعدد . و على شركة المشروع القيام بتسليمها الى الجهة الادارية وفقاً لما يحدده العقد . إذ قد يتفق على ان تبقى عائدية بعض الاموال للشركة . ويقصد هنا الاموال المنقولة التي يمكن فصلها او رفعها من مكان المشروع لتتصرف بها الشركة وفقاً للقانون . واذا ما حصل خلاف بخصوصها فيرجع الى العقد ، وعند تقصير الادارة في ذلك فان أقيامها ستدخل في الحساب النهائي عند تصفية العمل [١٠٩] . والقضاء هو الفيصل عند الخلاف بخصوص هذه المسألة .

الفقرة الثانية : حقوق شركة المشروع

لشركة المشروع حقوق تتمتع بها استناداً الى العقد الذي تبرمه مع الجهة الادارية . وتتركز هذه الحقوق في مسألة الحصول على المقابل المالي والاخرى المتعلقة بالتوازن المال .

الحق الاول : حق شركة المشروع في استغلاله والحصول على المقابل المالي

يعد هذا الحق أساسياً ومقابلاً لإلتزام شركة المشروع الأساسي بتنفيذ العقد . وتتحصل شركة المشروع على هذا المقابل من المنتفعين عندما تقدم الخدمة لهم او من الادارة اذ ما قررت شراء الخدمة وإعادة توزيعها على المنتفعين بالطريقة التي تراها مناسبة . وتعد الحقوق المالية في عقود البوت من الشروط التعاقدية واجبة التنفيذ [١١٠] . ويجري تحديد كيفية الحصول على المقابل المالي في العقد المبرم بين شركة المشروع والجهة الادارية ، ولا يمكن للادارة ان تتدخل بعدا ابرام العقد لتغيرما أتفق عليه بهذا الخصوص ، وانما تستطيع شراء الخدمة من الشركة والتصرف بها من قبلها .ولا يقتصر التزام الشركة على تشغيل المشروع وفقاً لشروط العقد واجراء الصيانة اللازمة خلالها ، انما نقل التكنلوجيا وتدريب العاملين عليها مع مراعاة مبدأ المساواة عند تقديم الخدمة للمنتفعين[١١١] . وعادة ما تترك مسألة بيع الخدمة للمنتفعين الى شركة المشروع دون تدخل من الادارة على خلاف ما يجري في عقود إلتزام المرافق العامة وعقود الامتيازات التي جرا اخيراً تعديل بعض النصوص الواردة بخصوصها باتجاه ترك الامر الى الملتزم دون فرض الاسعار عليه[١١٢].

ان المقصود بالاستغلال لا بد وان يأتي وفقاً للعقد وبما يحقق أهداف المشروع التي أنشيء من اجلها. وتعتبر حقوق الشركة في الحصول على المقابل المالي امر مشروع لأنها تنجز عملاً وتنفق أموالاً طائلة تسعى من خلال إنجازها للمشروع استراد ماانفقت مع قدر من الارباح . وهذا الحق للشركة يقابله التزام على الادارة في ضمان حصول الشركة على المقابل المالي [١١٣] .ان حق الحصول على المقابل المالي يقع ضمن الإلتزامات المتبادلة في عقد البوت ولذلك يجب الالتزام بها وتنفيذها استناداً الى بنود العقد الذي يجب احترامه وبعكسه تقوم مسؤولية من يخل بهذا الالتزام سواء كانت شركة المشروع او الجهة الادارية . فاذا كانت هناك نصوص قانونية خاصة بعقود البوت كما هو الحال في مصر ولبنان والجزائر فإن هذه النصوص واجبة التنفيذ وهي في جوهرها نصوص تخص التزامات عقدية تقع ضمن نطاق القانون الخاص ، حتى وان كانت من الناحية الموضوعية نصوصاً خاصة بعقود البوت ، حتى وإن أعتبر عقد البوت عقداً اداريا او ذو طبيعة خاصة . واذا لم تتوفر مثل هذه النصوص فيجري العودة الى القواعد العامة في العقود ومنها ما تضمنته المادة ١٥٠ من

القانون المدني العراقي التي نصت على وجوب تنفيذ العقد من الطرفين طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . وبالاضافة الى هذه النصوص الملزمة فإن التوافق على العقد يفرض على أطرافه إحترامه [٦١٤] . وما دام العقد ياتي من تطابق إرادتي الطرفين وادارة مصالحهما الخاصة فإن وجود العقد يتوقف على إحترام بنوده ليكون شريعة الطرفين ويكون دور القضاء مراقباً لمدى إلتزام كل طرف به [٦١٥] .

الحق الثاني : حق شركة المشروع في الحفاظ على التوازن المالي

تعود فكرة التوازن المالي الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩١٠ اذ اصبحت الفكرة مبدءاً يضبط التزامات المتعاقد وهو ما إستقرت عليه آراء الفقهاء وأحكام القضاء [٦١٦] . ويأتي ذلك لمواجهة التقلبات التي تؤثرعلى التوازن الاقتصادي للمستثمر بسبب طول مدة العقد . الامر الذي يستوجب بحث ما قد يحصل مستقبلاً او وضع جدول له بالنظر الى ما يتركه من أثر على الاستثمار وللمخاطر التي يمكن أن تحصل في المستقبل [٦١٧].وتقوم فكرة التوازن المالي على تعويض المتعاقدين من قبل الادارة وان لم ترتكب خطئاً في حقهم في حالات معينة درج الفقه على تسميتها بالنظريات والتي سنبحث مدى علاقتها بالقانون الخاص في فقرات ثلاثة . يذكر ان ما يجرى في عقود البوت هو الانتقال من فكرة التوازن المالي الى التعادل المالي في مرحلتي الإنشاء والتشغيل [٦١٨] . اذ تؤكد النظرية على اهمية المحافظة على التوازن في مضمون العقد ووضع الاطر القانونية بما يكفل صيانة التوازن من حصول أي إختلال فادح فيه [٦١٩] وخصوصاً وان الالتزام بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يرافقه في عقود البوت الاخذ بنظر الاعتبار متطلبات المرفق العام المتغير وكذلك المحافظة على اصل العقد واقتصادياته إستناداً الى مبدأ التوازن المالي ، حتى ان العقد الاداري ذاته سيصبح متحركاً وغير ثابت في ظل نظام توازن كلي يكون نتاج للمزاوجة بين التوازن المالي للعقد ومبدأي الحركة والمرونة التي يتصفان بها [٦٢٠] .ولرب سائل يسأل عن كيفية تعرض المتعاقد لأضرار اثناء تنفيذ العقد . وللإجابة على هذا التساؤل نقول بان الظروف التي يتعرض لها العقد هي ظروف خارجية على الادارة كالظروف الاقتصادية العامة او الصعوبات المالية غير المتوقعة او تغير في القوانين او حصول حوادث إستثنائية تؤدي الى إلحاق أضرار كبيرة بالتعاقد الامر الذي يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد بما يجعل أحد المتعاقدين مغبوناً والمتعاقد الاخر غابناً مستفيداً من الغبن الذي لحق بالاول [٦٢١] . فالمتعاقد هو الذي يتحمل مخاطر المشروع وأعبائه ولذلك تحتل مسالة التوازن المالي أهمية كبيرة إذ تجعل المستثمر يقبل تحمل المخاطر [٦٢٢] .

الحالة الاولى : نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

لقد ولدت نظرية الظروف الاستثنائية أو الطارئة من رحم القضاء وعليه فهي نظرية قضائية صنعها القضاء ليضفي من خلالها على بعض تصرفات الادارة غير المشروعة في الظروف الاعتيادية وتعد ضرورية ولازمة للمحافظة على امن الدولة وسلامتها ليعالجها معالجة قانونية في حالة حصول ظرف قاهر، إذ كانت الظروف الاستثنائية التي مرت على فرنسا في فترة الحرب العالمية الاولى ١٩١٤- ١٩١٨ ومن ثم الحرب العالمية الثانية ١٩٣٩ / ١٩٤٥ مبرراً لمعالجة ما برز من وضع شاذ عما هو طبيعي في مختلف جوانب الحياة . وغالباً ما تجد النظرية سندها في النصوص الدستورية كما في المادتين ١٦ ، ٣٨ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ والمادة ٧٤ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ [٦٢٣] .وتعد نظرية الظروف الطارئة من النظريات التي لها جذور عميقة في القانون المدني كما لم يغفلها المشرع الفرنسي في العديد من القوانين المدنية والمؤقتة في فرنسا . وقد عاد المشرع الفرنسي ليمنح القضاء سلطة تقديرية لتقدير حالة التغير في الظروف التي يمكن ان تحصل للعقد . وعلى الرغم من ان المشرعين المصري واللبناني لم يأخذا بنظرية الظروف

الطارئة تأثراً بالمشرع الفرنسي في بداية الأمربعدها أصبحت للقاضي سلطة تقديرية لمراعاة ظروف العقد وما تحصل من تغيرات اثناء تنفيذه . وقد عاد المشرع المصري عام ١٩٤٨ ليضمن القانون المدني هذه النظرية في المادة ١٤٧ منه ، كما طبقها القضاء المصري بصورة واسعة [١٢٤] . ولم يقتصر امر النص على نظرية الظروف الطارئة على المشرع المصري انما تضمنتها قوانين عديدة منها نص المادة ١٤٧ من القانون المدني الليبي [١٢٥] . اما في العراق فكانت المادة ٤٤٣ من مجلة الاحكام العدلية التي تعد القانون المدني النافذ في الأقاليم التابعة آنذاك للدولة العثمانية ومنها العراق والذي جاء تطبيقاً لنظرية الضرر في الفقه الاسلامي . وقد تضمن القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١ إشارة واضحة الى نظرية الظروف الطارئة في المادة ١٤٦ عندما نصت فقرتها الثانية على مايلي (على أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ، ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدينة بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) . ان مراعاة التوازن المالي سيعطي القضاء حق رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول موازناً بين مصلحتي طرفي العقد ، وقد إعتبرالمشرع كل اتفاق يخالف ذلك باطلاً [١٢٦] . ولا يختلف هذا النص عن النص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري الا بجزئيات بسيطة ، كما أنه جاء ضمن القواعد العامة لنظرية العقد سعياً من المشرع لتطبيقها على جميع العقود التي لا تتنافى طبيعتها مع ما تتضمنه هذه النظرية من قواعد واحكام [١٢٧] . وعلى الرغم من ان هذه النظرية وفي ظل غياب النص التشريعي بدأت تندثر ثم تزدهر في القانون العام إلا أن التشريعات الحديثة ومنها القوانين المدنية قد جاءت بنصوص واضحة وصريحة تاخذ بهذه النظرية حتى أصبح وجودها وتطبيقها في نطاق القانون الخاص أمر مفروغ منه ، كما وجد القضاء سند له عند الاخذ بها [١٢٨] ، وإن الفقه يرى بان الطابع المدني ظل مسيطراً على النظرية رغم إحيائها من قبل القضاء الاداري [١٢٩] . أما بخصوص القوة القاهرة فهو تعبير يدل على امر غير متوقع الحصول ولا يمكن تحاشي وقوعه . وعندما يقع يكون حكماً مسؤولاً عن الضرر فترتفع مسؤولية المدعى عليه ومثاله قيام حرب او عصيان . ولا تختلف القوة القاهرة عن الحادث الفجائي لانهما شي واحد وأثرهما كذلك [١٣٠] سواء كان هذا الأثر في المسؤولية العقدية او التقصيرية . ويميز الفقه بين القوة القاهرة والظروف الطارئة من حيث ان الاولى تجعل الالتزام مستحيلاً كلاً او بعضاً ، أما الظروف الطارئة فتؤثر على تنفيذ الالتزام فتجعله مرهقاً . ويترتب على حصول القوة القاهرة إنقضاء الالتزام او تأخيره ، كما تعد مانعاً لايقاع أي جزاء آخر ، على عكس الظروف الطارئة فإن حصولها لا يرتب إنقضاء الالتزام او فسخ العقد ، انما رده الى الحد المعقول وتوزيع عبأه على المتعاقدين . ومن جهة اخرى يجوز لكلا الطرفين المتعاقدين الاتفاق على ان يتحمل احدهما تبعة القوة القاهرة . اما عند تحقق ظرف طاريء فلا يجوز الإتفاق على مثل هذا الامر لأنه يعد من النظام العام وفقاً لنص صريح [١٣١] . والاصل ان مفهوم القوة القاهرة من المفاهيم التي وجدت تطبيقاً لها في القانون الخاص . ولكونه مفهوم غير جامد و لم يكن محرراً بالكامل ايضاً فله ضوابطه التي رسمت خصائصه . وسبب هذا التحرر فقد شمل مداه العقود الادارية . وكنتيجة لحرص الادارة على حسن تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة من خلال تعاقداتها عملت على إزالة العقبات من امام المتعاقدين لتضمن تنفيذ العقد الاداري حيث توصل القضاء لخلق نظرية القوة القاهرة الادارية باعتبارها القوة القاهرة الاعتيادية اذا كان ذلك يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد بشكل نهائي بحيث لا يمكن تفاديه ولا توقعه . وبذلك يكون ظهور القوة القاهرة الادارية حلاً وسطاً بين القوة القاهرة التقليدية ونظرية

الظروف الطارئة حيث ان في الاولى يشترط استحالة التنفيذ . بينما في الثانية يبقى ممكناً إلا أنه يشترط ان يكون مرهقاً .

لقد جاء المشرع العراقي على ذكر القوة القاهرة في المادة ٢١١ [١٣٢]من القانون المدني بجانب الآفة السماوية والحادث الفجائي كأمثلة لا على سبيل الحصر باعتبارها اسباباً تعفي من المسؤولية[١٣٣]. وبقيت القوة القاهرة مطبوعة بطابعها المدني كما بقي القضاء يستخدم مفهوم القوة القاهرة التقليدية في أحكامه القليلة بهذا الخصوص بسبب ندرة الوقائع المشابهة التي عرضت على القضاء الفرنسي ، كما ان العناصر الثلاثة المكونة للقوة القاهرة في القانون المدني بقيت هي الاساس الثابت الذي يعود اليه القضاء الاداري ، كما ان ايراد نصوص خاصة بالقوة القاهرة في القانون المدني ضيق من دور القضاء الاداري بقضائه بتوفر القوة القاهرة عند استحالة التنفيذ [١٣٤] واختلال التوازن العقدي لوضع المشرع ضوابط لذلك تاركاً للقضاء الاداري أن يقضي بها استناداً الى قواعد القانون المدني . إن ما نستنتجه هنا ان تطبيق قواعد نظرية الظروف الطارئة تستند الى النصوص القانونية التي تسمح للقضاء بتطبيقها . وعلى الرغم من قول الكثيرين بان القضاء الاداري طبق هذه النظرية إلا ان هذا القضاء لا بد وان يعود الى النصوص المدنية ليفصل في النزاع اذا ما تطلب الامر اخذها بنظر الاعتبار عند الفصل في الخصومة وهو أمر وارد الحصول وخصوصاً في الانظمة القانونية التي لا تتوفر نصوص قانونية تأخذ بهذه النظرية إلا ما تتضمنه نصوص قوانينها المدنية كما هو الحال في العراق . ونقصد هنا النصوص ذات الصلة بهذه النظرية وتطبيقها على العقود المبرمة سواء كانت إدارية او مدنية دون الحديث عن ما ورد بخصوصها في سياق القانون الدستوري حيث يجري تناولها في حالة ما إذا تعرضت البلاد إلى ظروف استثنائية وصلاحيات الجهة المخولة بخصوصها [١٣٥] . يذكر ان نطاق نظرية الظروف الطارئة لا ينحصر في العقود المحددة والتي ترتب التزامات متبادلة . انما يمتد ليشمل العقود الملزمة لجانب واحد ايضاً ، وهذا ما يستفاد من نص المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي [١٣٦] .

الحالة الثانية : نظرية عمل الامير

مضمون هذه النظرية ان كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويؤدي الى رفع الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة او بزيادة التزاماته الناشئة عن العقد الذي ابرمه معها . وتسمى هذه الاجراءات بالمخاطر الادارية [١٣٧] . وعادة ما تصدر هذه الاجراءات من الجهة الادارية المتعاقدة أما على شكل قرار فردي خاص أو قواعد تنظيمية عامة كإصدار تعديل للنظم المالية او القوانين الخاصة بالعمال مما يؤدي الى تحميل المتعاقد أعباءاً جديدة . ومن المؤكد ان لهذه الاجراءات تأثير يمكن ان يأتي بصورة مباشره على العقد كتعديل الادارة لشروط العقد مستندة الى ما تمتلكة من سلطة للتعديل بإرادتها المنفردة ، ولربما يكون التأثير غير مباشر كما لو حصل تأثير غير مباشر على التنفيذ من خلال التاثير على ظروف التنفيذ ذاتها [١٣٨] . ولتطبيق هذه النظرية لا بد من توفر الشروط اللازمة والمتمثلة بوجود عقد اداري محل الإجراء ، وان يصدر العمل الضار من الإدارة دون خطأ منها ، وان لا يكون إجراء الادارة هذا متوقعاً أثناء إبرام العقد [١٣٩] . وبخصوص ما يتركة تطبيق نظرية عمل الامير من أثر فإن المتعاقد يستطيع الحصول على تعويض كامل عن كافة الأضرار التي أصابته بسبب إجراء الادارة وما سببه من خسارة متمثلة في النفقات الإضافية التي يتحملها المتعاقد وما فاته من كسب وهو ما توقعه من ربح معقول من العقد على ان يكون غير مساهم بخطئه في حصول الضرر. وقد يترتب على إجراء الادارة إعفاء المدين من تنفيذ التزامه اذا اصبح مستحيلاً بسبب هذا الإجراء ، كما يمكن للمتعاقد طلب الفسخ لإستحالة التنفيذ واعفائه من الغرامات بسبب التاخير اذا كان سببه الادارة [١٤٠] .يذكرفي هذا الصدد انه في الوقت الذي يكون تطبيق نظرية

الظروف الطارئة واسعاً فان تطبيق نظرية عمل الامير نادر الحصول [١٤١] . ولا شك أن ولادة نظرية عمل الامير ومجال تطبيقها هو القضاء الاداري إلا أن هناك ملاحظتين يجب ذكرهما في هذا المجال .

الملاحظة الاولى ان النظرية تستند اصلاً الى إجراء تتخذه الادارة بصورة غير متوقعة دون ان يتضمنه العقد ، وهذا الإجراء يعد وفقاً للقواعد العامة موجباً للمسؤولية ، اذ يبقى من وجهة نظر قانونية مخالفاً لبنود العقد وان جاء وفقاً لمبررات دفعت الادارة لأتخاذها الإجراء ، فهذه المبررات وان كانت مقبولة منطقياً إلا أن ذلك لا يمنع المضرور (المتعاقد) من اللجوء الى القضاء والمطالبة باعفائه من تنفيذ الالتزام او عدم فرض غرامات عن التاخير في أداء الإلتزام مادام التاخير قد حصل بسبب إجراء الادارة ، ولربما طلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى . الملاحظة الاخرى تخص الكثير من مفردات نظرية عمل الامير وهي مفردات لا بد وان يجري بحثها بالإستناد الى قواعد القانون الخاص لا سيما منها ما يتعلق بكيفية تحديد فيما اذا كان الإجراء متوقعاً او غير متوقع وما يتطلبه ذلك من الغوص في مسائل الإثبات . وكذلك الحال التدقيق فيما اذا كان إجراء الادارة يشكل خطأً من عدمه ، بالاضافة الى معرفة فيما اذا كان المتعاقد قد ساهم بخطئه في حصول الضرر، ناهيك عن تحديد عناصر الضرر المتمثل بالخسارة المتحققه والكسب الفائت . كل ذلك سيكون القضاء ، سواء كان القضاء إدارياً او عادياً ملزماً بالرجوع الى القواعد المدنية عندما ينظر النزاع الناشيء عن تطبيق نظرية عمل الامير . هذا من جانب ومن جانب آخر فإن إجراء الإدارة لا يضفي على العقد الصفة الإدارية ، اذ قد يرى القضاء في بلد النزاع ان عقد البوت عقد يخضع للقانون الخاص . والصعوبة الأكبر تبرز اذا لم تتوفر نصوص صريحة تشير الى نظرية عمل الامير ، وعدم وجود قضاء إداري متخصص يفصل في المنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها بإعتبارها شخصاً من أشخاص القانون العام ، وان وجد فقد لا يكون مختصاً بنظر ما يتعلق بالمسؤولية العقدية لا سيما إذا كانت ناشئة عن عقود البوت .

الحالة الثالثة : نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة

تعد هذه النظرية من وضع الفقه والقضاء . وفحواها ان المتعاقد في بعض العقود لا سيما منها عقود الأشغال العامة قد يواجه صعوبات تجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة عليه إلا أن ذلك لا يجعل التنفيذ مستحيلاً إنما مرهقاً للمتعاقد الذي يقوم بالتنفيذ لإرتفاع كلفة التنفيذ بسبب هذه الصعوبات التي لم يكن يتوقعها عند توقيع العقد ، ولذلك وبناءاً على مقتضيات العدالة يصار الى زيادة الاسعار المحددة في العقد بشكل يغطي الأعباء والتكاليف التي ظهرت فيما بعد على أساس إن الأسعار التي إتفق عليها أثناء إبرام العقد كانت قد حددت استناداً الى ظروف العقد وبناءاً على ما كان متوقعاً تحمله من أعباء ، وهذا ما إنصرفت إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد [١٤٢]. والصعوبات التي تكون محور هذه النظرية هي صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية غير متوقعة . والغالب انها صعوبات طبيعية غير محسوبة منها عدم صلاحية الارض محل العقد كأن تكون صخرية او غير صالحة للبناء عليها . ويترتب على تطبيق هذه النظرية بقاء المتعاقد على التزاماته مستمراً في تنفيذ العقد مع ضرورة تعويضه عما زادته هذه الصعوبات من تكاليف تعويضاً كاملاً . ويتم ذلك عن طريق تقديم الدولة لشركة المشروع مبلغاً مالياً إضافياً او السماح له برفع سعر الخدمة المقدمة الى المنتفعين [١٤٣] . ومسألة التعويض الكامل الذي يتحصل عليه المتعاقد هو ما تختلف به نظرية الصعوبات المالية عن نظرية الظروف الطارئة حيث ان في الاخيرة يجري تعويض المتعاقد بما تساهم به الادارة بشكل محدود كمعاونة منها بحيث يخفف العبء المضاف الذي سببته الظروف السياسية او الاجتماعية . كما تختلف عن حالة القوة القاهرة التي يصبح التنفيذ بسبب حصولها مستحيلاً يترتب عليها أما وقف تنفيذ العقد او

فسخه [١٤٤] . والفقه مختلف حول أساس هذه النظرية حيث ان البعض يرى ان النية المشتركة للإدارة والمتعاقد معها إتجهت لوضع الاسعار وفقاً لظروف إبرام العقد دون الظروف الاخرى . في حين يقوم الاساس الثاني على فكرة المسؤولية . أما الرأي الارجح فإنه يستند الى مقتضيات تسيير المرفق العام وما يتطلبه من تعاون مشترك بين الإدارة والطرف المتعاقد معها وهو أمر تفرضه طبيعة العقد الإداري . ونعتقد ان فحوى هذه النظرية يقوم على الاساس الاخير الذي يمكن ان يكون اساس حكم المحكمة لموضوع النزاع . وعلى الرغم من ان ميدان تطبيق هذه النظرية هو القضاء الاداري الا ان القضاء العادي يمكن ان يأخذ بمضمون هذه النظرية وان كان بصورة غير مباشرة عند توفر ظروفها مستفيداً من النصوص الخاصة بنظرية الظروف الطارئة ومبادئ العدالة وما يمتلكه من سلطة تقديرية عند تقدير ظروف كل عقد [١٤٥] لاسيما في الدول التي لايوجد فيها قضاء إداري مستقل أو أنه لاينظر الدعاوى التي تقام بسبب عقود مثل عقود البوت كما هو الحال في العراق .

المطلب الثاني : المسؤولية في عقد البوت (B.O.T)

الفرع الأول : التنفيذ أو قيام المسؤولية

ان ولادة العقد صحيحاً يلزم المدين بتنفيذ التزامه وفقاً للحدود التي رسمها العقد تنفيذاً عينياً ، وبعكسه لا يعتبر قد أوفى بالتزامه ، وعندها يمكن ان يجبره الدائن على التنفيذ ، وعلى هذا الاخير ان يسعى الى التنفيذ لا سيما اذا كان لا يحتاج الى تدخل المدين . وتقوم مسؤولية المدين اذا لم يقم بتنفيذ التزامه عمداً او إهمالاً ، معيباً او متأخراً [١٤٦] .ويمكن تصور قيام مسؤولية كل من الإدارة وشركة المشروع اذا ما صدر خطأ من أي منهما ألحق ضرراً بالطرف الاخر . فاذا ما نفذت شركة المشروع ما عليها بشكل سيئ وتسببت بإلحاق ضرراً بصاحب المشروع فتقوم عندها مسؤولية الشركة . [١٤٧] لان عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد بغض النظر عن دوافع ذلك وطبيعة الفعل المسبب له سواء كان قد حصل عمداً او اهمالاً حيث تقوم مسؤوليته العقدية ويعطي ذلك الادارة حق طلب التعويض عن الاضرار التي قد تصيبها نتيجة لذلك ، إلا إذا أثبت المدين ان إستحالة التنفيذ تعود الى سبب اجنبي كقوة قاهرة او حادث فجائي او خطأ الغير او خطأ الادارة ذاتها [١٤٨] .ان القوة الملزمة للعقد تقتضي قيام طرفي العقد بتنفيذ التزاماتهما وفقاً لما اتفقا عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وإلا فإن المدين سيجبر على التنفيذ عن طريق التنفيذ العيني الجبري ، وان كان ذلك غير ممكن تنهض مسؤوليته العقدية عن جميع الاضرار التي سببها للطرف الاخر من جراء عدم التنفيذ او تأخير تنفيذه ، أو تنفيذه ولكن بصورة لا تتفق والمواصفات المثبتة في العقد ، ونتيجة لذلك قد يلزم بالتعويض [١٤٩] ولطلب التنفيذ العيني شروطه التي اشارت اليها المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي وهي ان يكون التنفيذ ممكناً وأن لا يكون فيه إرهاق للمدين ، او يكون فيه إرهاق ولكن عدم التنفيذ يلحق بالدائن ضرراً جسيماً ، وان يأتي بناءاً على طلب من الدائن وان يكون بيد الدائن سند واجب النفاذ [١٥٠] .ان الحديث عن قيام المسؤولية يعني ضرورة توفر عنصريها ، أي عنصر المديونية والمسؤولية . ان عقد البوت كغيره من العقود ، الادارية والمدنية ، يعني مفهوم الخطأ فيه عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد وبالمواصفات والطريقة التي يقررها العقد ذاته [١٥١] .ان آليات إبرام عقد البو ت أما ان تتم بطريق الرخصة ، أي بقرار إداري من الدولة أو إحدى جماعاتها العامة بإرادتها المنفردة وهذا الطريق لم يعد يتناسب وعقود البوت لضخامتها وتشعبها وما تتطلبه من ضمانات تستند الى عقد ، وهذه الآلية الثانية أي آلية الإطار التعاقدي . وليس هناك نموذج جاهز لعقود البوت لإختلاف كل عقد عن الآخر تبعاً لإختلاف الشروط التي يتضمنها كل عقد [١٥٢] . ويتطلب قيام المسؤولية في

عقد البوت ضرورة توجيه إعذار للمدين لتنفيذ إلتزامه وفقاً للعقد ، حيث تفرض القواعد العامة ذلك من الدائن عند المطالبة بالتنفيذ او للحصول على التعويض [١٥٣].

الفرع الثاني: مسؤولية طرفي عقد البوت وكيفية التعويض عنها

الفقرة لأولى: مسؤولية الإدارة

تقوم مسؤولية الجهة الادارية عند إخلالها بإلتزاماتها العقدية والتي سبق لنا بيانها سابقاً . فعدم تقديم المعلومات المطلوبة وعدم تسهيل الحصول على الموافقات ، وكذلك عدم تسليم موقع العمل وعدم تسهيل حركة منتسبي الشركة وحمايتها من التعرض والسماح لها بادخال ما تحتاجة لتنفيذ المشروع من عمال ومعدات ، كل ذلك يؤدي الى إعتبارها مخلة بإلتزاماتها العقدية . على أن تنفيذها لألتزاماتها لا يعفيها من المسؤولية إلا اذا كان التنفيذ وفقاً لمتطلبات العقد وأن يتم بحسن نية ، او اذا كان عدم الوفاء بهذه الإلتزامات يعود الى سبب أجنبي . ومن الإلتزامات المهمة هو الإلتزام بشرط الثبات التشريعي لأن الإخلال به يعني اثقال الشركة بإلتزامات مضافة او زياد أعباءها القائمة. وقد تقوم مسؤولية الادارة او شركة المشروع حتى في حالة بطلان العقود اذا ما كان الطرف مسؤولاً عن هذا البطلان ، وهذا ما يعرف في الفقه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد التي قال بها الفقيه الالماني (ايهرنج) والتي تعتبر فيها المسؤولية عقدية . إلا أن هذا القول يُرد عليه بأن العقد مادام باطلاً فإنه لا يُنشيء إلتزاماً ، ولذلك فالتعويض عن بطلان العقد لا يجد أساسه في العقد الباطل بإعتباره عقداً وإنما بوصفه واقعة مادية تمثل عملاً غير مشروع وبالتالي فإن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية [١٥٤] . واذا ما قامت الادارة بإنهاء العقد وإن تم بناءاً على سلطتها المستمدة من العقد فإنه لا يكون مقبولاً اذا لم يستند الى سبب مشروع وإن دفعت الادارة بأنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة . وهذا ما قضى به القضاء الاداري في مصر . [١٥٥]

وقد يؤدي عدم تنفيذ الادارة لإلتزاماتها عدم تنفيذ شركة المشروع ما عليها من إلتزامات إستناداً الى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي تتميز بها العقود الملزمة للجانبين [١٥٦] ومنها عقود البوت ، حيث تعد وسيلة للضغط على المدين الذي لم يفِ بالتزاماته [١٥٧] . وأساس هذا الحق نجده في فكرة السبب ، حيث أن عدم تنفيذ أحد الأطراف يمنح الآخر الرد بنفس الوسيلة وكذلك في حق الدفاع الشرعي . حيث يمارس المتعاقد حقه حماية له من عدم التنفيذ وإعسار المدين [١٥٨] . إن الادارة تكون مسؤولة عن الأضرار التي تصيب من يتضرر من وجود المشروع وما يلحقه من أضرار كإفرازه مواد تصيب الأماكن المجاورة أو الانسان اذا كان هناك خطأ من الادارة في إختيار المكان او عدم إتخاذها الإحتياطات اللازمة سواء كانت هذه الأضرار مادية او جسمانية [١٥٩] . يذكر في هذا الصدد انه وعلى الرغم من أن للقضاء الاداري ولايته على دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن أعمال الادارة غير المشروعة على رأي الفقه وهذا ما مطبق قضائياً أيضاً في فرنسا ومصر ، إلا أن المشرع العراقي لم يمنح القضاء ، ونقصد مجلس الإنضباط العام ولا محكمة القضاء الاداري هذا الإختصاص تاركاً قضايا التعويض للقضاء العادي ، حتى أن المشرع لم يشر الى إختصاص مجلس الإنضباط بدعاوى التعويض عند تطبيق قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ ولا في قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل . أما بخصوص محكمة القضاء الاداري فلا إختصاص أصلي لها في نطاق التعويض عن الاضرار التي تصيب الاشخاص من تصرفات الادارة ، فإختصاصها يأتي تبعياً عند تقديم طعن لديها والحكم بإلغاء وتعديل القرار المطعون به من قبلها [١٦٠] .

الفقرة لثانية: مسؤولية شركة المشروع

لما كانت شركة المشروع طرفاً في عقد البوت فعليها الوفاء بإلتزاماتها الناشئة عنه . وقد سبق لنا بيان هذه الإلتزامات والتي أهمها القيام بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات والشروط المتفق

عليها وخلال المدة المحددة في العقد . كما عليها تشغيل المشروع وتقديم الخدمات الى المنتفعين وكذلك صيانته خلال مدة التشغيل ، على أن تقوم خلال التنفيذ والتشغيل بنقل التكنلوجيا المتطورة وتدريب العاملين وفقاً للإتفاق الوارد بهذا الخصوص . والإلتزام الأخير الذي على شركة المشروع القيام به تسليمه الى الجهة الادارية بعد إنتهاء المدة بصورة صالحة للعمل إلا إذا قررت هذه الجهة إستمرارالشركة بتشغيله بموجب إتفاق لاحق . إن عدم تنفيذ شركة المشروع لهذه الإلتزامات أو أنها نفذتها بصورة لا تتفق ومتطلبات عقد البوت ، او أنها تأخرت في التنفيذ فذلك يعني قيام مسؤوليتها العقدية ما دامت قد ألحقت ضرراً بالطرف الآخر بإعتبارها شخصاً معنوياً تقوم مسؤوليتها عن أعمالها الضارة حيث إستقر الامر على هذه المسؤولية واصبح مبدأ عدم مسؤولية الدولة والأشخاص المعنوية على قول الدكتور حسن على الذنون في ذمة التأريخ[١٦١]. جدير بالذكر ان شركة المشروع تكون مسؤولة عن الأضرار التي تلحقها بالأماكن المجاورة والأفراد إذا ما كان قد تسبب تشغيلها للمشروع ذلك ، كأن يتسبب التشغيل في تلوث البيئة بما يطرحه من فضلات او حصول تقصير من قبلها ، أي الشركة خلال فترة التشغيل ، سواء كان هذا الضرر مادياً او جسمانياً [١٦٢] . ومن ضمن ما يمكن ان تضمنه شركة المشروع العيوب الخفية [١٦٣] سواء كانت في المنشآت التي تنشؤها وما تنتجه من منتوج على شكل صناعات كالمياه او طاقات كالطاقة الكهربائية او خدمات كالخدمات العلاجية . كما تضمن الشركة صلاحية الخدمة ونفاذية هذه الصلاحية للمدة المطلوبة وفقاً لطبيعة كل خدمة او منتج . ومن الجوانب الاخرى التي تكون شركة المشروع مسؤولة عنها هي ضمان التعرض والإستحقاق لأصول المشروع حيث يمكن ان تكون للغير حقوق عليها كأن يكون الموردون او الممولون او المتعاقدون من الباطن او العمال . وعادة ما تلجأ شركة المشروع الى إبرام عقود تأمين مع شركات تأمين متخصصة تحتاجها لتغطية المخاطر التي يمكن ان تواجهها مشاريع البوت التي تقوم بتنفيذها الشركات كمخاطر البناء والمخاطر التجارية والسياسية وكذلك الطبيعية . وتلجأ شركات المشروع الى أسواق التامين التجارية [١٦٤] وقد تتضمن تغطية مخاطر المسؤولية المدنية التي يمكن أن تتحملها أثناء تنفيذ العقد . ويفضل لغرض تجاوز تكرار التأمين من جهات عديدة في المشروع كالجهة الادارية وشركة المشروع والمصارف والموردين والمشغلين التنسيق بين هؤلاء لإبرام عقد تأمين موحد اقتصاداً في النفقات ، لا سيما ما يتعلق بالحصول على خصومات وكذلك ليتم حصر مصاعب التأمين في جهة واحدة [١٦٥] . ويستحسن ان يشير العقد الى ذلك التنسيق بين الجهة الادارية وشركة المشروع التي عليها تضمين عقودها مع الجهات التي تتعاطى معها بخصوص المشروع موضوع التأمين المشترك ، وهذا امر ممكن لأنه سيبقى عقداً للتأمين يخضع للقواعد التي خصها المشرع بنصوص معينة وان تعددت أطرافه [١٦٦] . وتأمين المسؤولية أصبح طريقاً ينقل عبء التعويض من المسؤول الى شركات التأمين بعد التحول نحو المسؤولية الجماعية والتي يكون حصول المضرور فيها على التعويض مضموناً [١٦٧] . فالمؤمن يأخذ مركز الوسيط بين مجموعة المؤمَن لهم ويوزع عليهم التعويض حتى ان الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية إنعقدت بكامل هيئتها في ٣/ ٦/ ١٩٨٣ لتصدر ثلاثة قرارات وضعت المؤمِن في التامين من المسؤولية المسؤول الوحيد عن الحادث على خلاف ما تقول به القواعد العامة [١٦٨] .

الفقرة الثالثة : كيفية تقدير التعويض في عقود البوت

يذهب غالبية الفقه بما فيه الفقه الفرنسي الى القول بأن التعويض يقدر في جميع الحالات بمقدار الضرر شاملاً ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب [١٦٩] . ويكون التعويض اما عن طريق التنفيذ العيني بإعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل حصول الضرر . وقد يكون بصورة مبلغ من النقود او في صورة مرتب لمدة معينة او مدى الحياة وفقاً لنوع الضرر وفيما اذا كان دائمياً او

مؤقتا[٧٠] . فالتعويض إذن أما أن يكون عينياً أو ان يكون بمقابل نقدي او غير نقدي . والاصل ان يكون نقدياً وهذا ما يقول به الفقه والقضاء الفرنسيان وما تأخذ به معظم التشريعات العربية[٧١]. ولا يعد التعويض إلتزاماً ، وإنما هو تنفيذ لإلتزام أصلي مصدره العقد ، ويستطيع الدائن التمسك بجميع التأمينات والضمانات لتحقيق التنفيذ العيني للإلتزام ، وعليه يستطيع الدائن ان يرجع على الكفيل الشخصي او برهن اذا ما طالب الدائن بالتنفيذ بطريق التعويض [٧٢]. ان كلاً من الادارة وشركة المشروع تكونان ملزمتين بالتعوويض وفقاً للكيفية المشار اليها . فاذا ما تحققت مسؤولية الجهة الادارية فتكون ملزمة بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر او تعويض المضرور يقدر ما لحقه من ضرر، سواء كان المضرور شركة المشروع او ممن يساهم معها في تنفيذ المشروع من الافراد والاشخاص المعنوية الاخرى . ولا تستطيع الجهة الادارية الإمتناع عن التنفيذ ، لأن الفقه والقضاء قد إستقرا ، كما رأينا ، على مساءلة الدولة او الاشخاص المعنوية العامة ، حتى ان مجلس الدولة الفرنسي تجاوز ذلك لينتقل فيما بعد الى ان يحكم بتعويض لو عرض موضوعه على القضاء العادي لما قضى به لتصبح مسألة عدم مساءلة الدولة واشخاصها المعنوية العامة استناداً لمبدأ السيادة امراً من الماضي [٧٣]

ويصح القول نفسة في حالة قيام مسؤولية شركة المشروع مع ان إجبارها على التنفيذ يبدوا سهلاً ، وكذلك إمكانية الحصول على تعويض منها او من العاملين معها لا سيما الاشخاص المعنوية الاخرى لإمكانية الحجز والتنفيذ على اصول أموالها . وكل ذلك يجري وفقاً للإجراءات القضائية والتنفيذية استناداً لقواعد التنفيذ المنصوص عليها في قوانين التنفيذ أونصوص العقد ، وتتم تسوية المنازعات بخصوصها وفقاً للقواعد المتبعة بهذا الخصوص . يشار في هذا الصدد الى ان المشرع العراقي اشار في المادة ٢٥٣ من القانون المدني الى مسألة إجبار المدين اذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام بتنفيذه المدين بنفسه وامتنع عن التنفيذ فإنه أجاز للمحكمة بناءاً على طلب الدائن إصدار قرار بإلزامه بالتنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعاً عن ذلك لتأتي المادة ٢٥٤ من ذات القانون وتقرر المحكمة بمقتضاها مقدار التعويض مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين . ويجرى تطبيق قواعد الغرامات التهديدية على كل إلتزام بالقيام بعمل او الإمتناع عنه أياً كان مصدره متى كان تنفيذه لا يزال ممكناً ويستلزم تدخل المدين للوفاء به [٧٤] .

الفقرة الرابعة: تسوية المنازعات في عقود البوت

ان الطبيعة الخاصة لعقود البوت من حيث ما تتخللها من تعقيدها وتشابك المصالح فيها وتداخل الأطراف وتعددهم ، بالاضافة الى أنها عقود تتم على مراحل وبفترات زمنية طويلة الأمرالذي سيقود حتماً الى تضاد المصالح و سيؤدي بالنتيجة الى منازعات خصوصاً وان شركات المشروع غالباً ما تتكون من إتحاد مالي . وتزداد هذه الصعوبات ومن التي يمكن ان تؤدي الى صعوبات أكبر حينما لا تنفذ بقية الأطراف في عقود البوت الإتفاقية الرئيسية بين شركة المشروع والجهة الادارية . وتنعكس هذه السلبيات على المشروع من حيث الإنجاز والتشغيل . ومن الطبيعي ان نشهد تأثيراً لذلك على بقية عقود الحزمة . إذ أن أي نزاع بخصوص عقد من العقود من الممكن ان ينسحب أثره على بقية العقود . ان كون شركة المشروع شخصاً أجنبياً ، كما ان بعض اطراف العقود الناشئة عن عقد البوت هي اشخاص أجنبية أيضاً سيؤدي حتماً الى ظهور مشاكل تخص تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي يمكن ان تظهر اثناء تنفيذ المشروع او خلال فترة تشغيله لاسيما وأن نقل التكنلوجيا يتم عبر الحدود وفي ظل نظم قانونية مختلفة [٧٥] . وعلى الرغم من توجهات بعض الدول لا سيما النامية منها بالتمسك بإختصاص قضاءها الوطني لإرتباط ذلك بمسألة السيادة عند تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار ، إلا ان

حاجة هذه الدول لإستثمار رؤوس اموال أجنبية دفعها للتنازل عن إختصاص قضاءها الداخلي لتقبل بالوسائل التي تتطلبها عقود التجارة الدولية وتفتح آفاقاً رحبة للدول النامية وغيرها ، وفي ذات الوقت توفر ضمانات للمستثمرين سواء كانت هذه الوسائل ودية بين أطرف النزاع او لجوءهم الى التحكيم التجاري كقضاء خاص يمكن ان يوفر حلولاً للمنازعات التي تنشأ عن عقود مثل عقود البوت [١٧١] خصوصاً وان أهم المشاكل التي تواجه الشركات التي تتولى تنفيذ عقود المشاريع الكبرى ومنها عقود البوت هي اتجاه معظم الدول الى تقييد الاشخاص المعنوية الأجنبية من حيث تمتعها ببعض الحقوق حماية لإقتصادها وكيانها السياسي [١٧٧] .

١ـ التسوية الودية للمنازعات في عقود البوت

ان الاجنبي ما دام يمارس العمل داخل دولة غير دولته بموجب موافقات تجد أساسها في التشريعات النافذة في ذلك البلد ، ولو تأتي إستثناءاً من الاصل ، سواء تم ذلك بإذن مسبق او بدونه فإنه من المفترض ان يتمكن الاجنبي من القيام بالأعمال التي تسمح له تلك الدولة بممارستها . وهذا ما اشارت له التشريعات العراقية التي حصرت ممارسة العمل في العراق ، إبتداءاً ، بالعراقيين وإستثنت أشخاصاً معينين او مهن بعينها من ذلك . وكان أهم التشريعات قانون العمل رقم ١٥١ لسنة ١٩٧٠ . كما أشارت الفقرة ه من المادة السابعة من نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٧٣ الى تقديم وزارة العمل بعض التسهيلات لمنح إجازة العمل للشركات والمؤسسات والاشخاص الذين يرغبون بإستثمار أموالهم في العراق لأغراض التنمية الاقتصادية[١٧٨]. إن أغلب المنازعات التي تنشأ عن عقود البوت هي منازعات ذات طبيعة فنية تتطلب مواجهتها وحلها بدلاً من تركها تتفاقم وتؤثر سلباً على العلاقات القائمة بين اطراف العقد ، ومن هذا المنطلق برزت مسألة حل هذه المنازعات بالطرق الودية للوصول الى حلول سريعة بعيداً عن ساحات المحاكم وفكرة الخصومة حيث يقوم الحل على أساس التراضي بين أطراف العقد بعد التركيز على جوهر النزاع ودوافعه بعيداً عن الجوانب القانونية الموضوعية والإجرائية . ومن الوسائل المتبعة في هذا الاطار وسائل التفاوض والتوفيق والخبرة الفنية بالاضافة الى المحاكمات المصغرة [١٧٩] . إن العقد يخضع أصلاً لقانون الإرادة الذي يتم تعيينه صراحة او ضمناً [١٨٠] ومن الطبيعي أن يلجأ الطرفان الى إرادتيهما عن طريق التفاوض لإيجاد حلول لموضوع أو أكثر وأن يتنازل كل طرف عن بعض مطالبه مقابل ما يتنازل الآخر . وتبدأ التسوية الودية بالتحضير والإعداد والعرض وطرح موضوع النزاع وأهم مافيه من عناصر ، وتقديم البدائل الممكنة وصولاً للحل [١٨١] . فالتفاوض إسلوب يسعى الاطراف من خلاله للمصالحه على ما أختلف بخصوصه . وقد تضمنت الكثير من عقود البوت بنداً يتضمن الإشارة الى التسوية الودية لفض المنازعات عن طريق التفاوض . والذي يعني إجراء حوار بين طرفي العقد حول موضوع النزاع للوصول الى صلح وإنهاء الخصومة . ويتم تحديد شروط المفاوضات بإتفاق الاطراف لا سيما تحديد فترة زمنية لهذه المرحلة [١٨٢] ، حتى إن البنك الدولي أصدر قواعد إرشادية بخصوص الإستثمارات أكد فيها على ضرورة تفضيل اسلوب التفاوض لحل منازعات أطراف العقد كمرحلة سابقة على إختبار إسلوب التحكيم . وفي الغالب يجري تحديد آلية التسوية الودية والفترات الزمنية لها من خلال بنود يتضمنها عقد البوت [١٨٣] . ويمكن ان يتبع أطراف العقد طريق التوفيق الذي يعد محاولة للوساطة والوصول الى تسوية ودية [١٨٤] ، حيث يقوم الموفِق بدراسة النزاع وتقديم مقترحات لتقريب وجهات نظرأطراف النزاع ، وهذه عبارة عن مقترحات وليست قرارات ملزمة للطرفين [١٨٥] . وآلية التوفيق هي من آليات التسوية الودية للمنازعات في عقود التجارة الدولية وهي اسلوب متبع في هيئات تحكيمية دولية مختلفة كالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI) [١٨٦] . ولما كان طريق التوفيق طريق ودي فلا يخضع لرقابة القضاء بشكل عام ، إذ لا التوصية التي يصدرها الموفِق

خاضعة للتدقيق في صحتها وبذلك يختلف عن القرار الصادر عن المحكم [١٨٧] . وقد يتجه أطراف العقد الى اسلوب الخبرة الفنية وهي وسيلة تساعد في حل النزاع فإذا كان إختيار الخبير قد تم بعد اللجوء الى القضاء والهيئات التحكيمية فإن خبرته ستكون عوناً للقاضي او المحكم للفصل في النزاع ذي الطابع الفني . وعلى الرغم من ان رأي الخبير غير ملزم الا ان المحكمة يمكن ان تستعين به للوصول الى حكم في موضوعه . وفي حالة ان الاطراف قد إختاروا الخبير بخصوص مسألة معينة كجودة سلعة او جهاز وقرروا مسبقاً الإلتزام برأيه فانه يأخذ في مثل هذه الحالة دور المحكم [١٨٨] . ويحصل ذلك عند حدوث تلكؤ في التنفيذ لمعرفة أسبابه حتى يأخذ كل من الطرفين موقفه بخصوصه [١٨٩] . أما إسلوب المحاكم المصغرة فهو إسلوب يتم فيه إختيار هيئة للتحكم تتكون من ثلاثة أشخاص أحدهم رئيس محايد وإثنان يختار كل طرف واحداً منهم ويتولى هؤلاء دراسة النزاع وتقديم الحلول التي يرونها مناسبة . واذا ما قبل الاطراف هذه التسوية يقدمها الرئيس وتصبح ملزمة ويجب أن يمتنع الأطراف عن اللجوء الى القضاء وأية هيئة تحكيمية أخرى . لقد نجح هذا الاسلوب في الولايات المتحدة الامريكية لحل المنازعات الناشئة عن عقود المشاريع الكبرى . وأهم ما في هذه الطريقة ان الهيئة تطرح كل الجوانب الفنية او القانونية على أطراف النزاع دون تسريب ما قدمه كل طرف للهيئة وخصوصاً في حالة عدم الإتفاق [١٩٠] . إن التسوية الودية ما هي إلا نتاج إتفاق إرادتي طرفي العقد ولذلك تبقى محكومة بهاتين الإرادتين حتى إنتهاء النزاع عن طريق الحل او رفض هذه التسوية والبحث عن وسائل بديلة كأن يكون اللجوء الى القضاء أوالتحكيم . وعليه فإن التسوية تخضع للقواعد التي تحكم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتبعة في النظرية العامة للإلتزامات ولقواعد قانون المرافعات المدنية بإعتباره القانون الذي يحكم كل الجوانب الإجرائية خلال مرحلة

٢ ـ التحكيم في عقود البوت

أ ـ طبيعة التحكيم ووجوده في عقود البوت

يقصد بعقد التحكيم بأنه إتفاق يحصل بين طرفيين على اللجوء الى التحكيم لتسوية الخصومات التي تحصل بينهم كلاً او جزءاً والناشئة عن علاقة عقدية او غير عقدية . أما البند التحكيمي فهو ما يتفق عليه الاطراف على ان تحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد مبرم او تفسيره عن طريق التحكيم قبل حصول أي نزاع [١٩١] .ويعد التحكيم نظاماً قضائياً خاصاً ، او هو وسيلة إستثنائية لحل المنازعات خارج طرق التقاضي العادية ويتم ذلك بموجب إتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية او غير عقدية لتسوية المنازعات التي تنشأ او يمكن ان تنشأ بصورة كلية او جزئية [١٩٢] . وبذلك فإن التحكيم يعتبر بمثابة قضاء خاص لا يعتمد القانون الوطني ولا أي قانون آخر ، اذ يختار الأطراف محكمين يعهدوا إليهم بموجب إتفاق او شرط يرد في العقد لفض المنازعات التي يمكن ان تنشأ فيما بينهم بخصوصه . وقد يأتي التحكيم بصيغة شرط يرد في العقد المبرم وقبل حصول التنازع يسمى (شرط التحكيم) . وقد يصار الى إتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد حتى وان تم اللجوء الى القضاء أي بعد قيام التنازع ويسمى عندئذ (مشارطة التحكيم).[١٩٣] ويلاحظ من ذلك ان التحكيم يمنح أطراف العلاقة العقدية الحرية الواسعة في إختيار المحكمين الذين ينظرون النزاع ولا يشترط ان يكونوا من القضاة [١٩٤] . وفي عقود البوت عادة ما يجري إتفاق بين شركة المشروع والجهة الادارية على ان يكون التحكيم عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة او عن طريق محكمين عاديين يتفق عليهم في العقد او يرد ذكرهم لاحقاً . ويكون قرار المحكمين مُلزماً بخصوص القضية موضوع النزاع . ويتخذ المحكمون قرارهم بالأغلبية ولذلك يجب ان يكون عددهم فردياً لضمان تغليب كفة على أخرى من المحكمين [١٩٥] . ولم يكن قبول التحكيم في عقود البوت امراً وارداً في الكثير من الدول . وعلى وجه الخصوص في الأنظمة التي تكيف عقود

البوت على انها عقود إدارية ، على الرغم من أن أشكالاً جديدة من هذه العقود بدأت تظهر لتغير من طبيعة العقد القانونية لنجد فيها مالا نعهده سابقاً في العقد الاداري لا سيما من ناحية تقليص نفوذ الدولة المتعاقدة وتقييد سلطاتها إتجاه المتعاقد الاجنبي [٦٩٦] . إن أغلب الدول تمتنع عن قبول التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتها مع أشخاص القانون الخاص لا سيما الأجنبية منها بسبب هالة السيادة التي تحيط بكيان الدولة القانوني . ففي فرنسا كان يُحضر اللجوء الى التحكيم وفقاً لنص المادة (١/٢٠٦٠) من القانون المدني إلا أن تعديلاً جرى على هذه المادة فأجازت فقرتها الثانية التحكيم بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية لتنفيذ مشاريع ذات نفع قومي [٦٩٧] . والمبدأ العام في فرنسا لا زال يحضر لجوء الأشخاص المعنوية الى التحكيم ، إلا أن إستثناءات ترد على ذلك اذاما كان هناك نص قانوني دولي يجيز ذلك . اما في مصر فقد نُظمت قواعد التحكيم لأول مرة في المواد من ٧٠٢-٧٢٧ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٨٨٣. ثم أُعيد تنظيمه في ذات القانون في المواد ٨١٨ – ٨٥٠ ، وكذلك في المواد ٥٠١– ٥١٣ من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام ١٩٦٨. وإستمر الحال في مصر حتى عام ١٩٩٤ حينما صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ، ولا يوجد نص في القوانين السابقة على قانون عام ١٩٩٤. كمالايوجد إتفاق دولي يجيز التحكيم للأشخاص المعنوية العامة الأمر الذي أثار خلافاً في الفقه والقضاء مما دفع المشرع للتدخل وإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ليجيز التحكيم حتى في العقود الادارية مع مراعاة بعض الضوابط والإجراءات [٦٩٨] . ويرى الفقه بأن اللجوء الى التحكيم هو وسيلة للإفلات من الخضوع للقضاء الوطني ، لا سيما من قبل الشركات الكبرى [٦٩٩] . إن المتعاقدين يتمتعون بحرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وقد أصبح ذلك أحد المباديء المستقرة في القانون الدولي الخاص وإن لجوء الاطراف الى المحكمين يعني ان يحدد هؤلاء القانون الواجب التطبيق وفقاً لإراداتهم ، فالمحكم ليس لديه قانون خاص به إنما يستمد ولايته من هذه الإرادة وليس من دولة معينة [٧٠٠] .إن لجوء المتعاقدين الى التحكيم يعبر عن رفض اطراف العقد طرق باب القضاء والقبول عِوضاً عن ذلك بعرض النزاع على محكمة خاصة يختار أطراف العقد هيئتها بأنفسهم او عرضهما على هيئات تحكيم تعمل وفق إجراءات خاصة بها معدة سلفاً يطلق عليه بالتحكيم الحر او الخاص . ومن هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار (CIROI) . إن إستناد التحكيم الى إرادة الاطراف يؤكد الوجه الإتفاقي الخاص به ، سواء تم إختيار المحكمين خارج القضاء او إحالة الموضوع على المحكمين أمام المختصة بنظر النزاع [٧٠١] . وقد يلجأ المتعاقدون في عقد من عقود التجارة الدولية الى وثيقة تحتوي شرطاً للتحكيم واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد [٧٠٢] .ان الحديث عن التحكيم في عقد البوت يؤكد القول على انه ليس بعقد إداري او لنقل انه عقد له خصوصيته . وهذه الخصوصية التي تقربه من عقود القانون الخاص تشكل الرضائية فيه عنصراً جوهرياً . ومن مظاهر الرضائية الاتفاق على بنوده بين إرادات أطرافه . ومن ضمن هذه البنود بنداً للتحكيم او القبول به بعد حصول النزاع . والسائد في الفقه ان العقد الاداري له ميزاته التي يتميز بها والتي من أبرزها فرض الادارة لبنود خارقة لا تتفق مع مبدأ المساواة المفترض بين أطراف العقد . ومن ضمن ما تضعه الادارة ميزة لها رفض مبدأ التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي تنشأ عن العقد على أساس أن للإدارة التحكم بالعقد وتعديله استناداً لإرادتها المنفردة وتوقيع الجزاءات على المتعاقد وكذلك لها سلطة في إسترداد المرفق العام متى شاءت [٧٠٣] . ويمثل قبول التحكيم في عقد البوت مظهراً من مظاهر تلاقي الإرادات لاطراف العقد والذي يستلزم توافر الاهلية الكاملة لديها ، وهي مسألة لا بد منها ولا يمكن تجاوزها لمساسها بالنظام العام ، سواء كانت أهلية وجوب او أهلية أداء ، وهذا الامر

ينطبق على الشخص ، طبيعياً كان او معنوياً . اذ تثبت للشخص المعنوي اهلية الوجوب بالاعتراف به واهلية الأداء التي تعني صلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية والتي تحدد بالقيود التي يضعها سند إنشائه او القانون [٧٠٤] ، لأن اللجوء الى التحكيم يعتبر تصرفاً قانونياً تأتيه الادارة ، ولذلك من يقوم به يجب أن يتمتع بالادراك والتمييز اللازمين ليكون التصرف صحيحاً [٧٠٥] . وعادة ماتكون العبرة بقانون الجنسية في تحديد الأهلية . وهي من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ولا الصلح ، كما هو حال الزواج والنسب والقتل والعلاقة غير المشروعة لتعلق هذه الامور بالنظام العام . بينما يجوز ذلك اذا ما تعلق التحكيم بالحقوق المالية الناشئة عن العلاقة الزوجية والتعويضات الناشئة عن إرتكاب جريمة [٧٠٦].

ب ـ تكريس مبدأ قانون الإرادة

لقد لعبت عوامل عدة في تكريس قانون الإرادة المترجم المؤكد لحق اطراف العقد في اختيار القانون الذي يحكمه ، سواء كان التعبير عن الاختيار صراحة او ضمناً . فقد لعبت الإتفاقيات الدولية ومحاكم التحكيم والقوانين الوضعية دوراً في تكريس قانون الإرادة . ومن الإتفاقيات الدولية التي أدّت دوراً في هذا المجال الإتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ التي اكدت على حرية الاطراف في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقة في موضوع النزاع . وهذا ما تضمنته المادة السابعة منها ، وما تضمنته أيضاً الفقرة الاولى من المادة الثالثة من معاهدة روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في مجال الإلتزامات التعاقدية والتي تُخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف [٧٠٧] .وكان لإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار نفس التوجه الذي تضمنته أيضاً الفقرة الاولى من المادة ٤٢ من المرسوم الرئاسي ٩٥- ٣٤٥ التي أشارت الى ان محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الاطراف . وقد تضمنت الفقرة الاولى من المادة ٢٨ من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥ ما يؤكد الاتجاه المشار اليه أعلاه . كما اكدت محاكم التحكيم ذات الامر . وهذا ما حصل في محكمة التحكيم التي نظرت قضية (Aramco) سابق الاشارة اليها [٧٠٨] ، حيث أكدت على إعتبار القانون المختار صراحة من قبل اطراف العقد هو الواجب التطبيق على العقد الدولي . وهذا ما اكدة المحكم (CAVIN) في تحكيم قضية (SAPPHIR) وكذلك المحكم (DUPUY) في قضية (Taxaco) مؤكدين على ان حق اطراف العقد في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليست محل شك . وبخصوص القوانين التي كرست حق الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد قانون المرافعات الفرنسي في المادة ١٤٩٦ منه . كما ان الفقه يرى بان إستخدام النصوص القانونية لعبارة القواعد القانونية يؤكد إتجاه النية لعدم تحديد قانون وطني معين يحكم العقد [٧٠٩] . كما اوردت الفقرة الاولى من المادة ٣٩ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٤٩٤ الصادر في مصر والخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية نصاً يلزم هيئة التحكيم على موضوع النزاع بتطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا العقد فاذا وقع إتفاقهم على تطبيق قانون دولة ما فيجري تطبيق القواعد الموضوعية للقانون دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين إلا اذا إتفقا على غير ذلك [٧١٠] .

إن إعمال قانون الإرادة سواء كانت المطالبة بتطبيقه صراحة او ضمناً تعبر عن إحترام إرادة المتعاقدين ، ايا كان الإتجاه الفقهي ، مؤيداً لإعمال الإرادة او رافضاً لها فالمهم في الأمر حسب تقديرنا ، التأكد من وجود هذه الإرادة وإنصرافها لهذا الإختيار . فالتطور الحاصل في ميدان العلاقات القانونية ومصادرها لا سيما ميدان التجارة الدولية الاستثمارات الدولية للمشاريع الكبرى ورغبة الدول في الحصول على تقنية متطورة وإنجاز مشاريع غير قادرة على تنفيذها لأسباب أبرزها عدم توفر التمويل اللازم لها ، وكذلك رغبة المستثمرين في الحصول على ضمانات لتنفيذ مشاريع البوت في العديد من الدول ، كل هذه الأسباب هي التي وطدت ورسخت اسلوب التحكيم

خصوصاً امام هيئات التحكيم الدولية وقبول الدول والاطراف الاخرى الخضوع لاجراءات واليات عمل هيئات التحكيم الامر الذي دفع هذه الهيئات الى استبعاد قواعد قانون الدولة المضيفة على أساس عدم ملائمتها للتطور الحاصل في ميدان التجارة الدولية وما ينتابها من نقص في النصوص واجبة التطبيق . كما ظهرإتجاه لدى المستثمرين لتطبيق نظرية الإدماج أي إعتبار قواعد القانون المختار جزءاً من الشروط التعاقدية التي إتفق عليها أطراف العقد [٧١١] .ان تطبيق قانون الإرادة اذا ما إتسمت الادارة بنزاهتها لا يمثل تنازلاً عن حقوق الدولة ولا مساساً بمصالحها . بل العكس من ذلك حيث أن القبول بالتحكيم يشكل عامل جذب للمستثمرين و يعكس رغبة في انجاز مشاريع تخدم المجتمع وبناء علاقات مع الشركات وفقاً لمبدأ المساواة مما يعني حرية حقيقية لإرادات الاطراف وهو أمر يخضع تنظيمه وتقديره للقانون الخاص حتماً . ولا نعتقد أن القول بتطبيق قانون إرادة اطراف العقد سيؤدي الى وضع يهدد مصالح الدول الاقتصادية ومنها الدول العربية [٧١٢] . لان إختيار طريق التحكيم كتطبيق لقانون إرادة العقد يفترض إطمئنان الطرفين لجهة التحكيم و يؤكد في ذات الوقت على أن الجهة الحكومية حريصة على مصالح الدولة وإلا فان إختيار جهة التحكيم لا يكون صحيحاً ، والتفريط بمصالح الدولة واقع لا محالة اذا لم يتوفر الحرص والنزاهة الحقيقيتان ، سواء أختير طريق التحكيم او غيره .

ج ـ كيفية تحديد القانون الواجب في عقود البوت عند عدم تحديد الإرادة لأي قانون مختار

عندما يخلو عقد البوت من أية إشارة الى إختيار إرادات اطرافه لقانون بعينه ليكون واجب التطبيق على العقد المبرم فيما بينهم فإن إتجاهات ظهرت للتوصل الى حلول لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البوت وهي إتجاهات تنطلق من مصالح وخلفيات ومواقف تعبر عن رأي الجهات القائلة بها ولربما تعبر عن مصالح دول بعينها . ان صعوبة الامر هنا في مدى بحث مصلحة المتعاقدين على السواء عند تحديد القانون الواجب التطبيق . والأصعب من ذلك تغييب الارادة وإن توفرت . إذ تلجأ بعض الدول الى عدم قبول شرط التحكيم في عقود البوت بعد تكييفها عقوداً إدارية ، وذلك امر لا يعكس موقفاً منصفاً إتجاه أطراف العقد وخصوصاً الطرف الاجنبي المستثمر الأمر الذي يترك آثاراً سلبية على الإستثمار برمته . هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى فإن تغييب إرادة الاطراف بحجة ان العقد إداري ولايمكن قبول التحكيم فيه مثلما ذهبت الى ذلك محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة المصري في حكمها المؤرخ في ١٩/ ٢/ ٢٠٠٦ بخصوص النزاع الذي قام بين وزارة الطيران المدني والشركات التابعة لها وشركة (ماليكورب ليمتد) الممنوح لها إلتزام مطار راس سدر وفقاً لنظام البوت ، الامر الذي شكل عائقاً أمام جذب الأستثمارات الاجنبية الى مصر . وفي نفس الوقت دفع الشركة الى اللجوء الى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والذي قضى بإعتبار العقد عقداً دولياً ، وبالنتيجة يعتبر شرط التحكيم جزءاً من العلاقات القانونية الدولية ومخالفة إهدار الشرط لمبدأ حسن النية ، متضمناً القرار إعتبار تذرع الشخص المعنوي بإنعدام أهليته بعد توقيعه لشرط التحكيم أمراً مخالفاً للنظام العام الدولي [٧١٣].

الإتجاه الاول : إعتبار قانون الدولة المضيفة واجب التطبيق

يقوم هذا الاتجاه على المطالبة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة والتي هي الدولة المضيفة للمشروع عادة عند عدم وجود أية إشارة الى تحديد القانون الواجب التطبيق في العقد ذاته . ويقول أصحاب هذا الإتجاه لما كانت الدولة المضيفة هي محل إبرام العقد في الغالب عليه فإن القانون الذي يحكم العقد بما فيها عند إخلال الدولة بإلتزاماتها العقدية هو قانون محل إنشائه . ويستشهد أنصار هذا الإتجاه بحكم محكمة العدل الدولية (CPJI) بخصوص قضية القروض الصربية والذي جاء فيه (كل عقد لايكون بين دولتين بإعتبارهما من أشخاص القانون الدولي العام ، يجد أساسه في القانون الوطني لدولة ما) . كما جاء في القرار (لما كان الطرف المقترض في عقود القرض هو دولة ذات سيادة

، فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي قبلها والتي تتعلق بهذا القرض ، تخضع لأي قانون غير قانونه) . ففي هذا القرار تستند المحكمة على أيساس أن أحكام القانون الدولي العام تقتصر على العلاقات التي تقوم بين أشخاصه فقط ، وعليه ذهبت الى إعتبار القانون الداخلي هو الواجب التطبيق . كما ان حكم محكمة التحكيم في قضية شركة (Aramco) ربطت بين مبدأ السيادة وخضوع العقد للقانون الداخلي وقد أخذت بهذا الاتجاه إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI) في الفقرة الاولى من المادة ٤٢ حيث ألزمت بموجبها هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة .لقد تعرض هذا الإتجاه للنقد لا سيما من جهة إعتبار الدول شخص من أشخاص القانون العام رغم دخولها في علاقة عقدية عادية مع شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص ، بالاضافة الى ان التمسك بتطبيق القانون الداخلي سيهز ثقة المستثمر الاجنبي الذي لا تسعف موقفه أحكام محكمة العدل الدولية لعدم مواكبتها لما حصل من تطور في نطاق عقود التجارة الدولية [٧١٤] خصوصاً وان الشركات الكبرى تسعى من خلال شرط التحكيم الإفلات من الخضوع للقانون والقضاء الوطنيين ضماناً لحقوقها الناشئة عن العقد . [٧١٥]

الإتجاه الثاني : نظرية تدويل العقد

يذهب بعض من الفقه الى القول بان عقود البوت تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام ، وان أي إخلال بإلتزام دولي تقوم بسببه مسؤولية الدولية لمخالفتها لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين من دون ان يكون لها مجال للتمسك بالمزايا السيادية لتنازلها عنها بمجرد توقيع العقد . ويأتي ربط هذه العلاقة بالقانون الدولي لإبرام العقد في دولة خارجية ولكون أحد أطراف العقد عنصر اجنبي بالاضافة الى إمتداد علاقاتهم لتعبر الحدود [٧١٦] . ويأتي هذا التوصيف من أجل تحرير هذه العقود من سيطرة القوانين الوطنية للدول المضيفة ولما يفرزه الخضوع لهذه القوانين من تأثير على المتعاقد الاجنبي بإعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية والمطلوب توفير حماية له من إمتيازات الادارة والتي منها تعديل العقد او إنهائه بإرادتها المنفردة بوصفها صاحبة سلطة [٧١٧] . ويذهب البعض كما اسلفنا الى إعتبارعقد البوت من عقود التجارة الدولية مؤكداً إنطباق المعايير الخاصة بإثبات دولية العقد سواء كان المعيار القانوني أوالمعيار الإقتصادي أوالمعيار المزدوج [٧١٨] . ويعتبر العقد دولياً وفقاً لرأي الفقه متى تضمن إنتقال لرؤوس الأموال والسلع والخدمات بين الدول ، أي إحتوائه على روابط تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة بعينها ، أي ان موضوعه يقوم على تحريك للأموال والخدمات عبر حدود الدولة [٧١٩] .إن الشركات الكبرى تسعى لجعل مسؤولية الدولة مسؤولية دولية عند خرقها لما تفرضه التزاماتها ، كما تعمل الشركات على خلق قواعد قضائية دولية للتأثير في العلاقات الاقتصادية الدولية ، وهي دعوات تصب حتماً في صالح الشركات بإعتبارها الطرف الأقوى فعلياً في مواجهة الدول النامية التي تمثل الطرف الأضعف في العلاقة العقدية الناشئة عن عقد البوت [٧٢٠] ولغرض بناء علاقات عقدية متوازنة بين الدول ولا سيما النامية منها من جهة والشركات الكبرى من جهة اخرى لا بد من إعادة صياغة قواعد دولية تحكم التجارة الدولية بما يحفظ حقوق الاطراف دون الميل لمصلحة طرف على آخر . ان تدويل العقد وان تم فإنه يخص إخضاع مسؤولية الدولة لقواعد المسؤولية في القانون الدولي العام ، ومع ان هذا الامر يبقى مُفترضاً إلا أن توفر أركان هذه المسؤولية وإثبات مسؤولية الجهة الادارية (الدولة) لا بد وان يكون وفقاً لقواعد القانون الخاص سواء كانت قواعد المسؤولية المدنية او قواعد الاثبات وكذلك المرافعات المدنية .

الإتجاه الثالث: تطبيق المباديء العامة للقانون [٧٢١]

تمثل المباديء العامة للقانون ما يهيمن على الأنظمة القانونية من قواعد عامة وأساسية ، تتفرع منها قواعد تطبيقية تجد طريقها الى التنفيذ في صيغة تشريع أوعرف . أما في دائرة المعاملات الدولية فطابعها مختلف من حيث ان بعضها يُستخلص من القوانين الداخلية كمبدأ حسن النية وعدم التعسف في إستعمال الحق ، وآخر من النظام القانوني الدولي كمبدأ المساواة وحقوق الدول على ثرواتها الطبيعية . وتعد المبادئ العامة للأمم المتحدة والتي تكون الاسس القانونية فيها أحد مصادر القانون الدولي العام وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية . ويتمحور هذا الإتجاه على أساس أن النظام القانوني للدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد او الجزء الأكبر منه ليس بالتطور الذي يمكن ان يحكم عقود مثل عقود البوت ، فليس بمقدور هذا القانون ولا قضائه الوطني حل النزاعات الناشئة عنها ، وعليه فإن ما يمكن ان يقدم حلاً لذلك ليس القانون الدولي العام مادام أطراف العلاقة ليسوا من الدول ، فالحل يأتي من خلال تطبيق المبادئ العامة للقانون التي تقرها الأمم المتحدة .

لقد أيدت بعض أحكام التحكيم هذا التوجه منها ما الحكم الذي يتعلق بقضية احد شيوخ ابو ظبي وقضية قطر ضد شركة (international Marine Oil Compang) . وقد تعرض هذا الإتجاه للنقد لا سيما من حيث أن هذه المباديء لا تصلح أن تكون نظاماً قانونياً مستقلاً [٧٢٢].

الإتجاه الرابع : قواعد عبر الدولية واجبة التطبيق

يعد الفقيه والقاضي الامريكي (Jessup) أول من أطلق هذا الإتجاه والذي بموجبه يتم تطبيق نظام مستقل عن القانونين الداخلي والدولي يطلق عليه قانون عبر الدول ، أي خضوع كل عقد لقانون يطبق عليه . ويبدو أن هذا التوجه أراد تجاوز مشاكل سلطة الادارة عند تطبيق القانون الداخلي وكذلك تجاوز إشكالات الاشخاص الدولية غير المتوفرة لتكون مبرراً لتطبيق القانون الدولي العام . ولذلك فان تطبيق قواعد عبر الدولية وفق هذا الإتجاه يعني أننا بصدد عقود ذات خصوصية تحمل قواعد القوانين الداخلي من حيث إنطباق قواعد القانون الخاص عليها وكذلك تضمنها علاقات تعبر الحدود دون ان يكون بإمكاننا منحها صفة العلاقات الدولية . وبذلك تخرج عن قواعد القانونين العام والخاص وتبتعد بعقد البوت عن المشاكل التي يفرزه تطبيق قواعدهما ، ولا سيما من حيث عدم إنصراف إرادتي المتعاقدين لإختبار القانون الواجب التطبيق وفي ذات الوقت عدم إنطباق قواعد القانون الدولي العام على العقد المبرم .

لقد وجهت إنتقادات كثيرة أبرزها أنها ليست قواعد متكاملة وفي ذات الوقت غير متكاملة وغير مؤهلة لإعتبارها قانون مستقل وبالتالي فهي لا تختلف عن المباديء العامة للقانون [٧٢٣] .

الإتجاه الخامس : تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

يؤكد هذا الإتجاه أيضاً على ضرورة إعطاء خصوصية لعقود البوت من خلال خصوصية القواعد التي تنطبق عليها لا سيما ما يتعلق بالمنازعات الناشئة عنها .

لقد سبق وان تناولنا هذا الجانب عند بحثنا ماهية عقود البوت والإتجاه الذي يرى بأنها من عقود التجارة الدولية [٧٢٤] وبالتالي فإن العلاقات التي تنتجها تقع ضمن العلاقات التجارية الدولية . وقد تبنت بعض أحكام التحكيم هذا الإتجاه باعتبار قواعد التجارة الدولية نظام قانوني دولي مستقل لاسيما في غياب إتجاه إرادة الاطراف لتحديد قانون معين ليكون واجب التطبيق ، اياً كان المعيار المعتمد في إثبات دولية عقد البوت . فالدولية وفقاً لما يراه هذا الفقه تتحقق متى كانت هناك عملية إنتقال لرؤوس الأموال والسلع والخدمات بين الدول [٧٢٥] .ومع بقاء التأكيد على مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق إلا أنه ومع تطور المعاملات الاقتصادية الدولية و الضغوطات التي تمارس على الدول ، وخصوصاً النامية منها من قبل الشركات الكبرى فقد أضحى اللجوء الى هيئات و مؤسسات التحكيم و القبول بإجراءاتها و قوانينها الداخلية وإستبعاد القانون المختار

هي السمة البارزة على المستوى الدولي .[٧٢٦] وكما سبق لنا القول فإن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية يعني تطبيق قواعد القانون الخاص على مجمل بنود العقد وتنفيذه ، إذ غالباً ما تذكر الصفة الدولية عند الحديث عن مسؤولية الدولة وهي مسؤولية في جوهرها تعد من المواضيع التي تبحث ضمن نطاق قواعد المسؤولية المدنية مع الأخذ بنظر الإعتبار ان المسؤوال هنا شخص معنوي هو الدولة .

المطلب الثالث: إنقضاء عقد البوت

يحد العقد طريقه الى التنفيذ متى ولد صحيحاً نافذاً لازماً . ومن الطبيعي ان تزول الرابطة العقدية بتنفيذ طرفي العقد لإلتزاماتهما . وقد تطرء ظروف قد تؤدي الى زوال العقد قبل البدء بتنفيذه او بعد البدء بالتنفيذ ولكن قبل اكما ل التنفيذ . وقد ينسحب أثر هذه الظروف الى الماضي ويسمى بالفسخ ويقع بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ . أما اذا إمتد أثره الى المستقبل فقط وهو ما يحصل في العقود المستمرة التنفيذ فيسمى بالإنهاء . وقد عالج المشرع العراقي الحالتين تحت عنوان الفسخ رغم اختلافهما [٧٢٧] .

وعقد البوت ، كأي عقد لا بد وان ينتهي ، وحيث ان الزمن يشكل عنصراً جوهرياً فيه فإنه يعد من العقود الزمنية التي تنتهي بإنتهاء مددها . وهذه هي النهاية الطبيعية لعقود البوت .

وقد تأتي نهاية عقد البوت قبل إنتهاء مدته أي بنهاية مبتسرة او غير طبيعية ، ولبيان ذلك ومعرفة فيما اذا كانت نهاية العقد طبيعية او غير طبيعية والقانون الذي يحكم ذلك سنقسم هذا الفرع الى فقرتين لتغطية الجوانب القانونية متناولين الإشارة الى المفردات ذات الصلة بالموضوع بقدر تعلقها بمدى الخضوع الى القانون الخاص من عدمه وهي المسألة الاهم في نطاق دراستنا هذه آخذين بنظر الإعتبار ان مفهوم الإنقضاء يعطي مفهوم الإخلال الذي تحدث عنه المشرع العراقي ليشمل الفسخ بالإضافة الى الإقالة .

الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد البوت

ان انعقاد العقد صحيحاً يعني إكتسابه القوة الملزمة لتنفيذه . ولذلك فإن المدين يكون مجبراً على تنفيذ إلتزاماته الناشئة عن العقد وإلا أمكن إجباره على التنفيذ عن طريق ما وفرة القانون من وسائل وضعها بيد الدائن [٧٢٨] .ان النهاية الطبيعية لعقد البوت تتحقق بإنتهاء مدته بإعتباره من العقود الزمنية . إذ عادة ما تكون مدة العقد طويلة نسبياً [٧٢٩] . وبإنتهاء المدة اذا ما تمت دون مشاكل قانونية يجري تسليم المشروع الى الجهة الإدارية فينتقل اليها وفقاً لترتيبات خاصة ، ويفضل ان يتم ذلك تدريجياً لتأتي النتائج إيجابية . وهذا يتطلب من الادارة تهيئة كوادرها وزجهم مسبقاً للعمل مع الشركة المنفذة لكسب الخبرة والتعرف على كفاءة المشروع كما يتطلب الامر إلزام شركة المشروع بتقديم خطاب ضمان لتأمين ما تؤديه من عمل [٧٣٠] . وتختلف الدول في تحديد مدة العقد لاسيما من جانب مدة تشغيله . فعقود البوت في مصرتمتد لتصل الى (٣٠) سنة بقوة القانون سواء ذكرت المدة في العقد أم لم تذكر [٧٣١] ، إلا أن معظم عقود البوت في مصر تصل مدتها الى (٩٩) سنة وفقاً للقوانين النافذة حالياً . وقد تجاوز ذلك عند تجديد العقد بعقد جديد يأخذ بالإعتبار التطورات الاقتصادية والفنية [٧٣٢] .ويثار تسائل في حالة ما اذا كان عقد البوت لا ينص على تحديد مدة معينة . وعلى الرغم من أن ذلك أمر نادر الحصول في عقود مثل عقود البوت لأهميتها وضخامة كلفتها ودورها الاقتصادي ولكن ان حصل ذلك فيلزم الأمر الرجوع الى القواعد العامة في نظرية العقد ، وخصوصاً القواعد ذات الصلة بإنهاء العقد ، وفي حالة عدم توفر هذه النصوص فالأمر يقرره القضاء بتحديد مدة مقبولة . [٧٣٣]ويمكن لأطراف العقد ان يتفقا على تمديد مدة العقد او تجديدها لفترة اخرى . فاما ان يأتي التجديد تلقائياً على ان يجري التبليغ بالرغبة في التجديد قبل مدة مناسبة كأن تكون ثلاث سنوات ليتمكن كل طرف من ترتيب ما

يتوجب عليه خلال المدة المقبلة ، وكذلك ما يتعلق بسير المشروع وكيفية تقديم خدماته الى المنتفعين بانتظام وإضطراد وفقاً للمصلحة العامة [٧٣٤].

الفرع الثاني : النهاية غير الطبيعية لعقد البوت

يمكن ان يحصل إنهاء للعقد قبل إنتهاء مدته ، وهي ما تعرف بالنهاية المبتسرة [٧٣٥] وتعطي بعض القوانين حق الإنهاء لكل من الادارة وشركة المشروع ، على ان يعتبر الإنهاء الإجراء الاخير الذي يمكن ان يلجأ اليه أي من الطرفين ويقتصر على الإخلال الجسيم ، وعليه يجب منح المتعاقد مدة مضافة لمعالجة الخلل وتفادي الإنهاء [٧٣٦] .والآثار التي يمكن ان تنتج بعد إنتهاء العقد بصورة طبيعية تتعلق بموضوع عقود العمل التي أبرمتها شركة المشروع ومدى إنتقال آثارها الى الجهة الادارية ، حقوقاً والتزامات . أما المسالة الاخرى فترتبط بمصير التعهدات التي نشأت أثناء استغلال المشروع .فبخصوص عقود العمل فإن التوجه العام يقول بأن يستمر نفاذ هذه العقود بعد إستلام المشروع من قبل الجهة الادارية التي عليها أن توفي بإلتزاماتها بعد الاستلام بخصوص مثل هذه المواضيع لما تتركه من آثار تنتج حقوقاً او تولد إلتزامات . وهذا ما أكدته التشريعات والقضاء في كل من مصر وفرنسا . ففي مصر تكون لشركة المشروع إدارة المشروع دون تملكه ، ولا تكون للإدارة أي سلطات إستثنائية إتجاه شركة المشروع ، لأن عقد البوت يعد من عقود القانون الخاص ، او لنقل لم يعتبر عقداً إدارياً كما تبين لنا . إن شركة المشروع في عقد البوت لم تكن مالكة للمشروع أصلاً كما هو الحال في أنواع أخرى من عقود البوت كعقدي (B.O.O.T) و(M.O.O.T) وعليه يجري التساؤل عما اذا كانت الجهة الادارية تعد خلفاً خاصاً لشركة المشروع أم لا . بينما في فرنسا فإن الادارة تحل محل شركة المشروع في الحقوق فقط ، إلا ان القضاء لا يمانع في تحمل الادارة لإلتزامات الشركة متى كانت هذه الإلتزامات ضرورية للمشروع . وتبدو المسألة أكثر تعقيداً في مصر لما تثيره فكرة الخلف الخاص في القانون المدني في ظل عدم وضوح النصوص القانونية بخصوص إعتبار الجهة الادارية خلفاً خاصاً للشركة أم لا ، رغم أن القضاء المصري مستقر على عدم إعتبار الادارة خلفاً خاصاً لشركة المشروع [٧٣٧] وتتعدد الحالات التي يجري فيها إنهاء عقد البوت بصورة غير طبيعية . وبالنظر لخصوصية هذا العقد فإن القواعد الخاصة بإنهاء او إخلال العقد في النظرية العامة للالتزامات وما يخص منها العقد هي التي يجري تطبيقها مع بعض ما يثار بخصوصها من إجراءات قد تلجأ إليها الادارة لتضيف أوضاعاً خاصة لحالات الإنهاء .

الفقرة الأولى : فسخ العقد

القاعدة الأساس في العقود الملزمة للجانبين أن كل طرف ملزم بأداء ما عليه من إلتزامات ناشئة عن العقد . وعلى الرغم من ان المشرع الفرنسي إفترض وجود شرط فاسخ ضمني في كل عقد ملزم للجانبين يكون مبرراً لطلب الفسخ وهذا ما تتضمنه المادة ١١٨٣ من القانون المدني الفرنسي إلا أن أساس نظرية الفسخ هي إعتبارات العدالة . فليس من العدل أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه وفي ذات الوقت يطلب من المتعاقد الآخر تنفيذ ما عليه من إلتزامات . ومن جانب آخر فإن الصياغة القانونية توجب ان تصاغ النصوص وفقاً لمحتواها الموضوعي وبالإستناد الى الأسباب الصحيحة التي تبررها . فقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ تقوم على أساس نظرية السبب . فحيث ان في العقود الملزمة للجانبين يعتبر إلتزام طرف في العقد سبباً لإلتزام الآخر . فاذا لم يقم طرف في تنفيذ الإلتزام يصبح الإلتزام منقطع السبب فيبطل ، وهذه هي النتيجة التي يمكن ان نصل اليها . فنظرية السبب ، حسبما يؤكد الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري هي التي تفسر قاعدة الفسخ وقاعدة تحمل التبعة وقاعدة الدفع بعدم التنفيذ [٧٣٨] . ويأتي الفسخ أما بحكم الإتفاق او بحكم القضاء او بحكم القانون . لقد حددت المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي الشروط الواجب توفرها لتقديم طلب الفسخ ، وهي ذات الشروط التي تحدثت عنها معظم

التشريعات وشكلت جزءاً من النظرية العامة للعقد . فبالاضافة الى إشتراط ان يكون العقد ملزماً للجانبين يشترط ان لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وان يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بتنفيذ ما عليه من إلتزام [٧٣٩] .

١ ـ الفسخ بحكم الإتفاق

من الممكن ان يتفق المتعاقدان عند إبرام العقد على إمكان فسخ الرابطة العقدية وفقاً لإتفاق يجري بينهما . وهذا الإتفاق جائز قانوناً ، حيث نصت عليه العديد من القوانين بصورة صريحة في حين تركت الاخرى ذلك للقواعد العامة دون النص على الفسخ الإتفاقي [٧٤٠] . لقد أورد المشرع العراقي نص المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي بالقول (يجوز الإتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا اذا إتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) . ان مضمون النص يعني ان الفسخ الإتفاقي لا يكون مقبولاً إلا اذا إتفق المتعاقدان على وقوعه دون حاجة الى حكم قضائي . وتتحقق نتيجتان وفقاً للنص اعلاه :

النتيجة الاولى / ان الفسخ يقع إتفاقاً دون ان يكون لقاضي الموضوع الخيار بين الفسخ والتنفيذ .

النتيجة الثانية / ان الفسخ يقع دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء . إذ يأتي الفسخ إتفاقاً مع إستبعاد طريق القضاء رغبة من المتعاقدين في تجاوز رفع دعوى قضائية وصدور حكم قضائي بخصوصها لأن الفسخ الإتفاقي مقرر للفسخ لا منشئاً له على عكس الفسخ القضائي الذي تعد المطالبة به من أعمال التصرف [٧٤١] .

ويأتي الفسخ إتفاقاً كنتيجة لرغبة الطرفين في إنهاء العلاقة العقدية قبل إتمام العقد ، ولذلك لا بد من التعبير الصريح عن الرغبة في قبول الفسخ الإتفاقي لاسيما من قبل الادارة [٧٤٢] .والقاعدة الاساس أن الإتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزام مع استلزام وجود الإعذار [٧٤٣] الا ان ذلك لا يمنع من إمكانية إستبعاد الإعذار بشرط ان يكون ذلك صراحةً في العقد اذا رأى المتعاقدان عدم ضرورته [٧٤٤] .ويستطيع المدين تجنب الفسخ اذا ما قام بتنفيذ التزامه وفقاً لمتطلبات العقد قبل صدور الحكم بالفسخ ، إلا اذا كان الوفاء المتأخر يضار منه الدائن بغض النظر عن حسن او سوء نيته لأن الامر يعالج من خلال الحكم بالتعويض من قبل محكمة الموضوع وهو الذي يقدر الضرر الذي لحق الدائن بسبب التأخير [٧٤٥]. ان طريق الفسخ هو تعبير عن إرادة طرفي العقد ولذلك تستطيع ان تسلكه شركة المشروع ، كما تستطيع ذلك الادارة لمبررات تعود لإخلال الشركة بإلتزاماتها وليس لما تمتلكه من سلطة الإنهاء لمبررات ترتبط بالمصلحة العامة [٧٤٦] .يذكر في هذا المجال ان إعتبار العقد مفسوخاً يأخذ طريق التدرج . فقد يتفق المتعاقدان على إعتبار العقد مفسوخاً اذا لم يقم احد الأطراف بتنفيذ إلتزامه . وقد يتقدمان أكثر في قوة الشرط عندما يتفقا على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، ليتقدما أكثر عندما يتفقا ليكون مفسوخاً من تلقاء نفسه ومن غير حاجة الى حكم الى ان يصل الإتفاق الى اقصى مداه عندما يتفقا بأن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا إعذار [٧٤٧] .

٢ ـ الفسخ بحكم القضاء

يحق لأي طرف في العقد اللجوء الى القضاء وطلب الفسخ في حالة إخلال الطرف الآخر بإلتزامه . وفي الوقت الذي يرى فيه بعض الفقه ان لا إشتراط بتوجيه طالب الفسخ إنذار الى الطرف الآخر [٧٤٨] ليحكم القاضي بالفسخ إلا أن معظم القوانين المدنية كما في العراق ومصر وليبيا تشترط توجيه الإعذار قبل تقديم طلب الفسخ [٧٤٩] .

إن توجيه الإنذار (الإعذار) وبغض النظر عن مدى إلزاميته مهم لأنه ينبه المدين بتنفيذ ما عليه من إلتزام وإلا افإن الدائن سيطلب الفسخ من القضاء . ويتم ذلك بإعذاره عن طريق الجهات المختصة كالكاتب العدل كما في العراق . فقد ألزمت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي الدائن بتوجيه الإنذار إلا ان ذلك يكون غير ضروري اذا اصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً [٧٥٠] .ومما يلاحظ من نص المادة ١٧٧ أن الدائن بالخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ ، إذ تنص فقرتها الاولى (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوفِ احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى أجل ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام في جملته). ويلاحظ من خلال النص أعلاه ان قاضي الموضوع غير ملزم بالحكم بالفسخ ، إنما يتمتع بسلطه تقديرية بهذا الخصوص . فقد يحكم بالفسخ عندما يقتنع بمبررات طلب الفسخ ، وقد يقرر رفض الطلب ويمنح المدين نظرة الميسرة ، أي ان يعطي المدين أجلاً مناسباً ليوفي بإلتزامه اذا كان ما نفذه منه كبيراً قياساً للمتبقي مستعيناً بالظروف المحيطة بموضوع طلب الفسخ . فإذا كان المدين سيء النية او مقصر في تنفيذ إلتزامه رغم إعذاره من المدين فإن المؤكد هو الحكم بالفسخ . وبعكس ذلك اذا كان المدين حسن النية وإن عدم تنفيذه لإلتزامه يعود الى ظروف خارجة عن إرادته وإن ما بقي من إلتزامه يُعد قليل الاهمية قياساً لحجم الإلتزام برمته وان الدائن لم يصبه ضرر كبير بسبب تأخر تنفيذ الإلتزام فإن القاضي سيرفض طلب الفسخ ويمنح المدين نظرة الميسرة حتى وإن كان الدائن قد وجه إعذاراً للمدين . ويخضع هذا الأمر لتقدير القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية بهذا الخصوص ولا رقابة لمحكمة التمييزعليه في هذه المسألة [٧٥١] .وعادة ما تتقدم شركة المشروع بطلب الفسخ عندما ترتكب الادارة خطأً إدارياً جسيماً كأن تقوم بتعديل العقد بما يخل توازنه . ويعتبر الفسخ عندئذ متحققاً من يوم رفع الدعوى اذا قضت المحكمة به [٧٥٢]

٣. الفسخ بحكم القانون

تكاد تتفق التشريعات على ان المدين اذا لم ينفذ إلتزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه فإن الإلتزام ينقضي وينفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة الى اللجوء الى القضاء إلا إذا كان النزاع يتعلق بتحقق السبب الاجنبي من عدمه . واذا ما تحقق القضاء من ذلك فلا يحكم بأي تعويض ، وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ١٧٩ من القانون المدني العراقي بقولها (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه إنفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) . واذا كانت الإستحالة عائدة الى خطأ المدين فلا ينفسخ العقد بل يتأكد وتقوم مسؤولية المدين العقدية ويحكم عليه بالتعويض بسبب عدم تنفيذ إلتزامه [٧٥٣] . وتنطبق هذه القواعد العامة على عقد البوت في حالة تحقق أية حالة من الحالات المشار اليها أعلاه . ويضاف الى ذلك ايضاً بأن العقد يعتبر منقضياً بقوة القانون اذا ما أصبح المدين معسراً او اذا أشهر إفلاسه . فالجهة المتعاقدة مع الادارة عادة ما تتخذ شكل شركة وان الانشطة التي تقوم بها تعتبر أنشطةً تجارية ، لأن شهر الإفلاس وفقاً للقوانين التجارية سيؤدي الى إنقضاء العقد لا إنقضاء الشخصية المعنوية . وتثار في مثل هذه الحالة مشكلة في حالة إعتبار بعض القوانين لشركة المشروع مالكة له كما هو الحال في عقود (B.O.O.T) و(M.O.O.T) حيث تتوفر للدائنين إمكانية الحجز على المشروع وبيعه او ممتلكاته وتوزيع بدل البيع على الدائنين وفقاً لقسمة الغرماء ، لا سيما اذا لم تكن هناك نصوص قانونية تمنع ذلك حيث يصار الى تطبيق القواعد العامة . ففي مصر نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ على منع الحجز او إتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات واراضي النزول محل الإلتزام وما عليه من مبانٍ وأملاك ومنشأت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولا سلكية ومنارات وما بداخلها من أدوات

وآلات لازمة لسير المشروع [٧٥٤] . وفي حالة الوفاه [٧٥٥] فإن العقد لا ينتقل بحقوقه وإلتزاماته الى الخلف العام اذا ما تضمن العقد بنداً يشير الى إعتبار العقد مفسوخاً في حالة الوفاة. وبخصوص تبعة الهلاك فإن الفقه يذهب الى ان المتعاقد في عقود المعاوضة الذي إستحال عليه تنفيذ إلتزامه هو من يتحمل تبعة الهلاك وهذه القاعدة هي التي تحكم الامر . وهناك قاعدة اخرى تقول بان الشخص اذا كانت يده على الشيء يد أمانة فلا يتحمل تبعة الهلاك واذا كانت يد ضمان فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك [٧٥٦] .

الفقترة الثانية: إنهاء العقد من قبل الإدارة

قد تتبع الادارة أساليب وقد تتخذ قرارات من شأنها ان تؤدي الى إنهاء العقد . وهذا الامر يختلف من نظام قانوني لآخر نظراً لإختلاف التشريعات النافذة فيها . فقد يحصل أن تجيز التشريعات في بلد ما وبسبب ظروفها الاقتصادية اوالسياسية ولربما الإثنين معاً إتخاذ مثل هذه الخطوات كالتأميم مثلاً . في حين لايحصل مثل ذلك في دول اخرى لاختلاف نظمها القانونية والسياسية . وسنأتي على بيان اهم هذه الوسائل .

١- إنهاء العقد من قبل الإدارة بالسحب أو الإسترداد

الإسترداد إجراء تتخذه الادارة لانهاء الإلتزام قبل إنتهاء مدته بموجب قرار يفترض تغليب المصلحة العامة فيه [٧٥٧] . ان ضخامة عقود البوت ودورها في مجال الاقتصاد ومساسها بحاجات مواطني الدول التي تنفذ فيها مشروعاتها وما تعكسه من آثار إجتماعية وسياسية قد تدفع الادارة الى إنهاء العقد لأسباب تخص الادارة ذاتها بغض النظر عن صدور خطأ من شركة المشروع من عدمه . ويضع الفقه والقضاء الفرنسيان مصطلح القوة القاهرة الادارية للإشارة الى الإنهاء [٧٥٨] . ويحصل ذلك اذا ما أتفق في العقد لمنح الادارة هذا الحق أو أن التشريعات النافذة في الدولة تسمح بذلك . وقد يأتي ذلك من دون ان يكون للطرف الآخر حق اللجوء الى القضاء منعاً لإعتبار الادارة متعسفة في قرارها وبالتالي الحكم عليها بالتعويض [٧٥٩] .وقد تُلزم تشريعات بعض الدول الادارة حصولها على حكم قضائي ، في حين تجيز تشريعات دول اخرى ذلك على ان تعوض شركة المشروع من الأضرارالتي تصيبها نتيجة هذا القرار . وترى بعض الدول ان إنهاء العقد لا يتفق وطبيعة مشاريع البوت فتفضل ان ينص في العقد على تفادي حصوله [٧٦٠] . وعلى الرغم من ان هناك من يرى بأن الإسترداد لا يتطلب وجود إتفاق مسبق مع شركة المشروع لأنه قراريخضع لسلطة الادارة التقديرية شرط عدم إساءة استعمال السلطة فيه [٧٦١] ، إلا ان الفقه الآخر يرى بأن الإستردرد يمكن ان يحصل بالاتفاق مع المتعاقد متضمناً كيفية حصوله والقواعد المتبعة بشأنه وهو ما يعرف بالإسترداد العقدي . في حين يأتي الإسترداد غير العقدي عندما تقرره الادارة بموجب سلطتها خارج إطار العقد[٧٦٢].وعلى الرغم من الإختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للإسترداد بين من يعتبره من قبيل نزع الملكية للمصلحة العامة وآخرون يرون بأنه مجرد فسخ للعقد تمارسه الادارة كحق لها في إنهاء العقود إلا ان القول بأنه نظام خاص [٧٦٣] ولكنه لا يقترب مما ذكر أعلاه لأن خصوصيته تنبع من الملائمة بين متطلبات المشاريع الكبرى وإرتباطها بالمصلحة العامة من جهة وما تقرره العقود بتضمينها هذه الحق للادارة كبند يقبله المتعاقدون بإراداتهم ، ولا غرابة ان نرى في العقود بعض الإمتيازات التي يتمتع بها طرف دون آخر مادامت تتم بالإتفاق . وكذلك الحال اذا ما جاء الإسترداد تشريعياً ، أي بموجب قوانين خاصة وهو أمر لا يتقاطع مع المباديء العامة للقانون [٧٦٤] .ومن أبرز صور الإسترداد التشريعي هو التأميم الذي تتحول ملكية المشروع بموجبه الى الدولة ، سواء ما كان منها سينتقل اصلاً لها ، او يبقى الى شركة المشروع مادام مؤثر في إستمرارعمل المشروع وإنتظامه تحقيقاً لمصلحة عليا مقابل تعويض عادل . ويرى الفقه ان التأميم لابد وان يتم عبر قرار تشريعي [٧٦٥] وغالباً ما يتم وفقاً للقانون الذي منح تنفيذ المشروع الى الشركة عبر إصدار قانون

جديد ، اي وجود إشارة الى إمكانية حصول ذلك في القانون الذي يسمح بإبرام عقد البوت ، أو إصدار قانون جديد يلغي القانون الذي تم منح الإمتياز أو إبرام العقد بموجبه كما حصل في الاردن عندما صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٩ الذي ألغى قانون تصديق إمتياز التنقيب عن النفط الممنوح للسيد جورج أزميري . وكذلك عندما أمم الرئيس الراحل جمال عبد الناصر قناة السويس بموجب القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ [٧٦٦] . فقد نصت المادة الاولى من القانون (تؤمم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية ش. م .م تنتقل الى الدولة جميع مالها من أموال وحقوق وما عليها من إلتزامات وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حالياً على إدارتها ...) لقد جاء صدور هذا القانون لإلغاء الإمتياز الممنوح للشركة لإعتبارات تهم المصلحة العليا للدولة [٧٦٧] . وقد عارض بعض الفقه فكرة التأميم متعللاً بنص المادة الثامنة من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والتي نصت على ان (لا يجوز تأميم الشركات والمنشأت او مصادرتها) ، إلا أن آخرين يستندون الى نص المادة ٣٥ من الدستور المصري والتي نصت على ان (لا يجوز التأميم إلا لإعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل التعويض) [٧٦٨] .

٢ـ إنهاء العقد من قبل الإدارة بالإسقاط

قد تقرر الادارة سحب الإلتزام من المتعاقد على مسؤوليته اذا ما صدر منه خطأ جسيم يضر بالمرفق العام [٧٦٩] ، ففي فرنسا يرى القضاء بأن الادارة لها الحق في سحب الإلتزام وإنهاء العقد اذا ما أخَل المتعاقد بالتعريفات او المرسوم المحددة ، او في حالة رفضه تقديم الحسابات التفصيلية لعمليات المرفق او قيامه بالتنازل عن العقد كلياً او جزئياً الى الغير دون إستحصال موافقة الادارة [٧٧٠] . وقد يأتي الإنهاء بسبب عدم مراعاة شروط الرخصة الممنوحة للمتعاقد [٧٧١] . وغالباً ما يشترط القضاء الفرنسي تطبيق القواعد العامة بخصوص قيام الادارة بإعذار شركة المشروع قبل توقيع الجزاء وتحديده مدة للإنجاز قبل الإسقاط وإتخاذ القرارات الشكلية المطلوبة [٧٧٢] .

ومن المبررات التي ترى الادارة بأنها تصح أن تكون سبباً لسحب المشروع فشل شركة المشروع في تحقيق مستوى معين من الإنتاج المخطط له خلال فترة معينة ، او قيامها برهن المشروع تأميناً لدين او إصدار سندات قرض بما يخالف بنود العقد او قيامها بالتنازل عن العقد الى الغير دون موافقتها وكذلك في حالة إهمال شركة المشروع او تقصيرها او تهاونها رغم إنذارها خطياً من الجهة الادارية [٧٧٣] .ويعتبر الإسقاط بمثابة العقوبة التي توقعها الادارة على المتعاقد ولذلك يستوجب حصول خطأ جسيم منه لذا لا يستحق المتعاقد في حال تحقق مثل هذه الحالة أي تعويض نتيجة لذلك ، إنما يمكن ان تتحصل الادارة على حكم يلزمه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة لخطأ المتعاقد الجسيم ، وفي ذلك يختلف الإسقاط عن الإسترداد حيث ان الأخير يعد إجراءاً تمارسه الادارة للمصلحة العامة دون وقوع المتعاقد في خطأ ، الامر الذي يستوجب تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب إنهاء العقد قبل إنتهاء مدته من قبل الادارة ودون تقصير منه [٧٧٤] . يذكر ان الادارة تمتلك الحق بتوقيع غرامات على المتعاقد في حالة اخلاله بالتزاماته العقدية . ويرى البعض [٧٧٥] ان إيقاع الغرامات يقوم على أساس الخطأ المفترض وفي ذات الوقت يعتبر إجراءاً إدارياً ، في حين ان توقيع هذه الغرامات وان حصلت تحت هذه التسمية فإنها تقع ضمن دائرة الإتفاق وأساسها قيام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض أيضاً ، وعليه فإن الغرامات ماهي إلا تعويض إتفاقي يخضع لأحكام التعويض الإتفاقي في القانون المدني [٧٧٦] ، لأن إثبات ذلك وكما هو في العقود الاخرى يتطلب إخلالاً من المتعاقد ليكون توقيع الغرامات مستحقاً وفقاً لما نص عليه الإت

الفقرة الثالثة: الإقالة

وتعني الإقالة إتفاق طرفي العقد على رفع العقد وإزالته في العقود اللازمة . فالأصل ان العقد لا تنحل قوته الملزمة إلا بالتنفيذ العيني ، او إتفاق الطرفين على إلغائه (٧٧٧) . ويجري التقايل بعد إنعقاد العقد وقبل إتمام تنفيذه (٧٧٨) . وهناك طرق اخرى لإنحلال العقد وهما الرجوع والإلغاء إلا أنهما يختلفان عن الاقالة لاسيما من حيث عدم رجوع أثرهما الى الماضي ، فالإقالة هي فسخ إتفاقي يستلزم أولاً توفير شروط الفسخ وهي إمكان إعادة المتعاقد الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد ، فإن لم يكن ذلك ممكناً تعذر حصول الإقالة (٧٧٩) ويشترط المشرع لتحقق الإقالة أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة (٧٨٠) .لقد نص المشرع العراقي على موضوع الاقالة في المادة (١٨١) من القانون المدني بالقول (للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد إنعقاده) . ويختلف وقف العقد عن الإقالة . فالوقف يعني وجود عقبات تحول دون تنفيذ العقد بصورة مؤقتة . فالوقف هنا لا يعني إنهاء العقد إنما بقائه رغم توقف تنفيذه أملاً في تنفيذه في المستقبل عند زوال ما يمنع من تنفيذه من صعوبات واقعية كالإتفاق على ذلك او قانونية كما لو طرأت قوة قاهرة منعت تنفيذه مؤقتاً (٧٨١) لأن الإقالة لا تتم إلا في العقود الصحيحة النافذة واللازمة ، إذ لا يجوز إيقاف أحد المتعاقدين تنفيذه للعقد إلا بموافقة العاقد الآخر (٧٨٢) . والتقايل عقد جديد جوهره إزالة عقد آخر سبق وأن أبرم بين نفس العاقدين ، لذلك يتوجب توفر الشروط اللازمة لصحته وإنعقاده كبقية العقود الاخرى . كما ان كونه عقد جديد فإن آثاره تترتب من وقت إبرامه ، ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على ان يكون له أثراً رجعياً على أساس ان التفاسخ لا ينسحب أثره الى الماضي إلا إذا إتفق المتعاقدان على ذلك (٧٨٣) . يتبين لنا من خلال بحثنا لموضوع إنقضاء عقد البوت ان القواعد التي تحكم هذا الجانب من العقد هي ذات القواعد التي تحكم العقد من حيث انقضائه أيضاً الواردة في النظرية العامة للعقد ما عدا تلك التي تتعلق بالإسترداد التشريعي والتي يطبق بخصوصها أساس الإسترداد سواء كان قراراً تشريعياً او نصاً قانونياً . وحتى هذا الجانب فإن ما يتفرع عنه وما يتركه من آثار ولا سيما إستحقاقات شركة المشروع من تعويض فإنه يعود بخصوصه الى نص العقد والسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . فالنهاية الطبيعية لعقد البوت بإنتهاء مدته هي صورة مثلى لتنفيذ العقد بجميع بنوده ، إذ عندها تنتهي العلاقة القانونية التي تنظم تنفيذ العقد . اما النهاية غير الطبيعية لعقد البوت فإن طريق الفسخ تحكمه القواعد الخاصة بالفسخ في القانون المدني ، واذا ما كانت هناك بعض الخصوصية لعقد البوت في هذا الجانب فإنها تقع ضمن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وهي قاعدة من قواعد نظرية العقد ايضاً نص عليها المشرع ، خصوصاً وأن الإتجاه السائد حالياً هو تحرر عقود البوت من الشروط الإستثنائية ، واذا ما وجدت فإن الفقه مستقر على عدم جولز الطعن بها بالابطال لأنها نتاج إلتقاء إرادتي الادارة وشركة المشروع . في حين يرى الفقه إمكانية الطعن لإبطال القرارات الإدارية ، وبذلك يكون العقد الإداري يقترب من العقد المدني (٧٨٤).

وبالنسبة للإقالة فإن أحكامها الواردة في القانون المدني هي التي يجري تطبيقها عندما يتفق المتعاقدان على التقايل في عقد البوت .

الخاتمة

لقد تعددت الدراسات المتناولة لعقد البوت إلا أن معظمها بقي أسير الدراسات الفقهية بسبب قلة النصوص القانونية لهذا العقد في العديد من الدول . إذ لازال القضاء والجهات الإدارية يستندان إلى القواعد العامة في تأطير الإتفاقات التي تحمل مضامين عقد البوت حتى أن تسميتهابقيت مفتوحةً . فأما أن لا يحمل هذا العقد إسماً معيناً أو يحمل عنوان عقد أشغال أو عقد إستثمار . ومما ساهم في ذلك عدم وضوح موقف القضاء لغياب النصوص أولاً ولعدم توفر رؤية قانونية واضحة لدى الفقه لتحديد طبيعة عقد البوت وأحكامه التي تلتقي عندها العقود

المشابهة . إن دراستنا هذه كانت محاولة لطرح المعلومة القانونية بخصوص هذا العقد لاسيما تحديد طبيعته القانونية وبيان الجوانب الخاضعة للقانون الخاص فيه بإعتباره عقداً تصنعه إرادة أطرافه إستناداً إلى قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) . إن هذه الدراسة تعتمد رؤية قانونية جوهرها ضرورة أن تكون صياغة النصوص ، سواء كانت نصوص العقود أو التشريعات منظمة للعلاقات بين الأفراد ، أي المجتمع ، وكذلك فإن إبرام العقود لابد وأن يترجم إرادات أطرافها دون عوائق مادامت مباديء النظام العام تشكل إطاراً مانعاً لإنحراف العقود عن أهدافها المشروعة .إن الأهم في تنظيم شأن ما ، سواء عن طريق النصوص أو العقود هو تحقيق مصلحة المجتمع ، فلا يهم بل وليس مقبولاً أن نبقى أسيري الإنحياز إلى أفكارنا المبنية على أساس تكويننا الفكري أو المهني لتحديد وصف قانوني ما ومن ثم فرض أحكام له على ضوء ذلك . فلا مشكلة عندما تكون النصوص مدنية أو جنائية ، ولا فرق في أن تخضع ، كلاً أو جزءاً لقواعد القانون العام أو الخاص ، فالأهم الخروج بقواعد قانونية تنظم الجانب ذات الصلة . إن حديثي يتعلق على وجه الخصوص بالدراسات الخاصة بعقد البوت ، حيث أن غالبية الباحثين المتخصصين في القانون العام (يُصرون) على إعتباره عقداً إدارياً بإمتياز مؤكدين إبراز خصوصيات العقد الإداري بشكل سلبي في الغالب . فالمتفق عليه أن عقود البوت إن لم تكن من عقود القانون الخاص أو أن لها طبيعة خاصة فإنها أشكال متطورة للعقود الإدارية ، في حين أن الطرح الفقهي لمؤيدي وصف عقود البوت بالإدارية يؤكدون ويبرزون خصائص العقد الإداري التي لم تعدد تتفق وعقود البوت ، لاسيما من ناحية تمتع الجهة الإدارية بإمتيازات السلطة العامة ، وعلى وجه الخصوص المظاهر المعبرة عن هذه السلطة عبر تجاهل مبدأ المساواة بين طرفي العقد وجوداً وتنفيذاً وكذلك تضمنها شروطاً إستثنائية يقف في أولوياتها شرط تمتع الجهة الإدارية بحق تعديل العقد أو إنهائه ، أما الشرط الثاني فهو منع اللجوء إلى التحكيم لتعارضه – وفق ما يقولون – مع المصلحة العامة وطبيعة العقد الإداري .

وعلينا أن لا نظلم الحقيقة عندما نبخس حق بعض فقه القانون العام الذين يقرون بأن عقد البوت من عقود القانون الخاص أو أن له خصوصية أو شكلاً مطوراً من العقود الإدارية ليتلائم والمشاريع المنفذة وأهدافها ولا نقف مع فقه القانون الخاص الذي يقول بأن عقد البوت من عقود القانون الخاص لمجرد أنهم من هذا الفقه دون تقديم مبررات مقنعة أو لربما يقدمون مبررات مضادة غير مقنعة هدفها الجدل الفقهي المجرد .إن مهمة الفقه القانوني بتفرعاته المختلفة ليس الدفاع عن التخصص أو تبني أفكاراً تعكس خلفيات فلسفية بعيدة عن فلسفة القانون ، إنما البحث عن مخارج قانونية لمشكلات يعيشها الأفراد تركت أثرها على المجتمع فلا مانع أن نقر بتحول توصيف عقد ما من القانون العام إلى القانون الخاص أو العكس متى توفرت مبررات ذلك وخصوصاً إذا ما كانت الأسباب هي متطلبات التغير في جوانب الحياة ، كالتطور التكنلوجي أو الاقتصادي أو الاجتماعي تصح أن تتغير بسببها بعض العقود ، ونعتقد أن عقود البوت يمكن أن تقع ضمن هذه الدائرة .لقد توفرت لدينا من خلال هذه الدراسة جملة من النتائج والتوصيات نصوغها في أدناه :

أولاً : النتائج

١- ان المشاريع المنجزة عن طريق عقود البوت هي في الغالب من المشاريع الكبرى التي تشكل ركائز أساسية في خطط التنمية في مختلف الدول ولا سيما النامية منها .

٢- إن عقود البوت تقوم على أساس مشاركة القطاع الخاص في تمويل المشاريع الكبرى التي لا تتحملها ميزانية الدول التي تنفذ فيها هذه المشاريع معتمده – في الاصل – على جلب رؤوس الاموال ممثلة بالامكانات المادية والتقنية بالاضافة الى الخبرات العالية في ميادين هذه المشاريع تمتلكها شركات كبرى او إتحادات دولية لها من الإمكانات المالية او القدرة على توفيرها وإستثمارها في دول مختلفة .

٣ـ يساهم الإستقرار السياسي والاقتصادي بشكل كبير في جذب الشركات المنفذة لعقود البوت لان ذلك يلتقي سلباً او إيجاباً مع متطلبات الإستثمار لاسيما الأجنبي منها ، وخصوصاً ان إنشاء وتشغيل مشاريع كبرى وفقاً لنظام البوت في عصر يشهد تحرير التجارة الدولية من القيود والعوائق بما يسمح بانتقال الاموال والسلع والخدمات عبر الحدود يمكن أن يحقق مصالح الشعوب جميعاً .

٤ ـ يقوم عقد البوت على فكرة التمويل ويبرز في هذه العقود دور القطاع الخاص في إنشاء او تحويل المشاريع الكبرى ونقل التكنلوجيا وتدريب العاملين في الدول التي تنفذ فيها ، إذ تتحمل شركات المشروع بشكل كامل جميع نفقاتها وكذلك مخاطرها ، على الرغم من ان بعض الدول تساهم ولو بنسبة معينة في تمويل المشاريع التي تسعى من خلالها هذه الدول لإشباع الحاجات الاساسية وهي من أولى مهام الدولة التي أخذ القطاع الخاص بتنفيذها وتحمل تكاليفها ، ولا نعتقد ان مشاركة القطاع الخاص ستؤدي الى سيطرته على مقدرات الشعوب والتدخل في شؤونها الاقتصادية والسياسية اذا ما توفرت إرادة سياسية حريصة وإدارة كفوءة ونزيهة وتشريعات ضابطة لحقوق وإلتزامات كل من الادارة وشركات المشروع بشكل عادل .

٥ ـ يعتبر عقد البوت من عقود القانون الخاص وإن كانت الإدارة أحد أطرافه . أما الشروط التي يسميها الفقه بأنها شروط إستثنائية فهي بتقديرنا شروط تمنح الإدارة حقوقاً تبدو أكبر من تلك التي يتمتع بها المتعاقد ، ولكن الواقع يقول إنها حقوق وإن بدت كذلك إلا أن المتعاقد قبلها مقابل ما يتحصل عليه هو . وإذا ما عملنا موازنة بين حقوق وإلتزامات المتعاقد ستخرج كفة الحقوق هي الأرجح وإلا لما قبل المتعاقد توقيع العقد . فالإدارة تتعاقد بإعتبارها شخصاً عادياً ، فالشروط الإستثنائية بدأ عقد البوت يتحرر منها وإن الإدارة أخذت لا تظهر بمظهر السلطة العامة حرصاً منها لجذب الإستثمار وتنفيذ المشاريع الكبرى عن طريق هذه العقود وإدراكها بضرورة تطبيق مبدأ المساواة في العقد وإن سعي المتعاقد للحصول على الربح أمر مشروع في عقود المعاوضة يقابل سعيها لتنفيذ مشاريع كبرى بتمويل منه ، فالعقد نتاج تلاقي إرادتين حرتين وإن تأطر بشروط تبدو خاصة .

إننا نرجح إعتبار عقد البوت من عقود القانون الخاص بالإستناد إلى مضمونه . فجوهره يستند إلى مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين) وإن الشروط التي يتضمنها ليست هي ذات الشروط التي تتضمنها عقود الإذعان ، إذ لا إحتكار لسلعة أو خدمة مضطر إليها المتعاقد تحتكرها الإدارة ويتحصل عليها وفقاً لشروط مسبقة ليس له إلا أن يقبلها ، خصوصاً وإن من أهم ميزات عقود البوت إنه يمر بعدة مراحل أهمها هي مرحلة التفاوض التي تتسم بإستغراقها وقتاً طويلاً بالإضافة الى إتسامها بالتعقيد . وفي ذات الوقت فإن مسألتي تطبيق مبدأ المساواة والقبول بالتحكيم من المسائل التي تتطلبها عقود التجارة والإستثمار الدوليين والتي بدأت الدول القبول بها إدراكاً منها بأنها متطلبات لابد من قبولها .كما نعتقد بأن عقد البوت وإن وضع البعض له توصيفاً آخر كعقد من عقود التجارة الدولية فإن محتوى هذا العقد يقع ضمن دائرة القانون الخاص أولاً ومن ثم لا يختلف كثيراً عن عقد البوت من حيث المضمون ، وتأخذ الصفة الدولية فيه مجالاً يبدو كبيراً إلا أنه ـ بإعتقادنا ـ هو ذات المجال الذي تكون فيه هذه الصفة سواء سمي عقد تجارة دولية أو عقداً يحمل إسماً آخر . فعقد البوت يمكن توصيفه بالصفة الدولية وفقاً لرأي أصحاب هذا الإتجاه لأن المبررات التي يقدمونها متوفرة في عقد البوت ، بالإضافة إلى أن من الصفات المميزة لعقد البوت ليس تعدد أشكاله فقط كما بينت الدراسة بل إن أشكاله متعددة فعلاً وفقاً للجوانب التي ينظمها ولذلك تجد كل عقد يختلف عن الآخر بقدر إختلاف شروطه ، وهذه ميزة تمنحه مرونة تتعاطى مع ظروف كل عقد وظروف كل دولة وإختلاف الميدان الذي يكون فيه ، ولذلك

تتعدد الحقوق والإلتزامات وتختلف من عقد لآخر . وبخصوص إعتبار عقد البوت من العقود التي تخضع للقانون الدولي العام فهو رأي ليس مرجحاً ونعتقد أن المبررات التي يستند إليها أصحاب هذا الإتجاه، لاسيما من حيث إعتبار المتعاقد شخصاً من أشخاص القانون الدولي العام لازالت غير مقبولة لعدم الإستقرار على ذلك ، ولعدم الإتفاق على وصف كل شخص معنوي ، لاسيما الشركات المنفذة لمثل عقود البوت من أشخاص القانون الدولي وعدم إمكانية الإعتراف لها بالشخصية الدولية على الأقل في الوقت الحاضر .أما القول بأن عقد البوت عقد ذو طبيعة خاصة وإن كان يبدو أنه موقف وسط يبقي عقد البوت بين القانونين العام والخاص إلا أن التدقيق في ذلك يجعلنا نميل إلى إعتباره من عقود القانون الخاص التي لها خصوصية معينة . وهذه الخصوصية هي التي جعلت بعض الفقه الإداري يعتبر عقد البوت بديلاً للعقد الإداري أو عقداً متطوراً له وإن أغلب سمات خصوصيته إبتعاده عن إمتيازات السلطة العامة مع إحتفاضه للبعض الآخر من الإمتيازات التي تتطلبها العقود ذات الصلة بالصالح العام دون الإخلال بمبدأ المساواة .ومن القضايا التي تثير الجدل في عقد البوت هي عدم تطابق أحد أركان التسمية مع المضمون . فلا يعتبر المتعاقد (شركة المشروع) مالكاً للمشروع خلال فترة التنفيذ والتشغيل للمبررات التي طرقتها الدراسة لاسيما من حيث أن الملكية لا يمكن أن تكون مؤقتة ، كما أن وجود شركة المشروع في ميدان التنفيذ وجود مؤقت ويرتبط بالإنشاء وفترة التشغيل . ولذلك كان من المفترض أن تسمى عقود الإنشاء والتشغيل والتسليم لتتطابق التسمية مع المضمون . فالمنشآت والموجودات التي جهزتها شركة المشروع تسلم إلى الدولة بعد إنتهاء فترة التشغيل بدون عوض . وإذا كانت ملكية البعض منها تبقى إلى شركة المشروع وفقاً للعقد فإنه يؤكد عدم نقل الملكية من جهة ، أي لاوجود لإنتقال ملكية إبتداءاً ، وإذا ما أتفق على تقبل الجهة الإدارية لهذه الممتلكات مقابل تعويض فإنه يؤكد أيضاً أنه نقل للملكية بمقابل دون إجبار للمالك أو أنه وضع الخيار للجهة الإدارية بتقبلها بمقابل وفقاً لبنود العقد .جدير بالذكر أن عقود البوت لا ترتبط بالضرورة بالمرافق العامة . فقد يكون عقد البوت منصباً على مشاريع أو خدمات ليس لها علاقة بالمرافق العامة كالطرق والجسور .

٦ ـ وفيما يتعلق بآثار عقد البوت وإنقضائه . فإن آثاره هي ذات الآثار التي يتركها أي عقد من عقود القانون الخاص من حيث إنصراف أثره الى المتعاقدين أولاً ، أي فيما يتعلق بحقوق وواجبات كل منهما . ومن ثم يمكن أن ينسحب إلى الخلف العام أو الخاص وفقاً للقواعد العامة مع الأخذ بنظر الإعتبار شروط العقد ، خصوصاً وأنه عقد يتميز بتعدد أطرافه ويمكن أن تمتد آثاره إليهم وإلى الغير لاسيما عند التنازل عن العقد كلياً أو جزئياً .

٧ ـ أما مسألة إنقضاء عقد البوت فإن نهايته الطبيعية هي نهاية أي عقد أي بتنفيذه وإنتهاء مدته .حيث أن أحكام الفسخ هي ذاتها الواردة في القانون المدني . أما النهاية غير الطبيعية فإنها تخضع كذلك لقواعد القانون المدني بما فيها حق الإدارة بتعديل العقد أو إنهائه ، لأن ذلك يعد من بنود العقد التي قبلها المتعاقد بإرادته وإن كانت تبدو ميزة تتمتع بها الإدارة تختلف في مداها من عقد لآخر . جدير بالذكر أن عقد البوت B.O.T هو الشكل الرئيسي في عقود البوت التي تتعدد وتختلف نسبياً في خصائصها وشروطها أيضاً .

ثانياً : التوصيات

١- التأكيد على ضرورة تشريع قوانين وأنظمة خاصة بعقود البوت لضبط صياغتها ومضمونها بما يتفق ووضوح بنود عقود البوت وحماية المصالح العامة للدولة والمصالح الخاصة لشركات المشاريع وأطراف العلاقة الأخرى في ذات الوقت . حيث أن غياب النصوص سيؤدي إلى تطبيق القواعد العامة التي قد لا تتفق أحكامها مع عقود مثل عقود البوت ، ثم

أن التطبيق الإداري والقضائي بخصوصها سيختلف من إدارة لأخرى ومن محكمة لمحكمة ثانية أيضاً . وتوفر نصوص تضبط العقد وآثاره يعني ضمان تطبيق سليم للعقد يحفظ للأطراف حقوقها ويمنع التدخلات في خصوصيات العقد لاسيما التدخلات السياسية . وقد سارت العديد من الدول بهذا الإتجاه منها الفلبين وتركيا والصين وباكستان .

٢- إن من الأمور التي تلاحظها الشركات الكبرى عند شروعها لدراسة تنفيذ مشروع ما ومن ثم التفاوض بخصوصه معرفة طبيعة الإدارات ومدى إلتزامها بمضمون العقد المراد إبرامه . فالتحول نحو بناء علاقة إتفاقية مع الشركات الكبرى من خلال عقود البوت أمر لابد من أخذه بنظر الإعتبار إذا ما أريد جذب الإستثمارات الأجنبية وتنفيذ المشاريع الكبرى من خلال عقود البوت ، ومما يساهم في ذلك إبعاد الشروط الإستثنائية عن العقد قدر الإمكان ،على أن يسبق ذلك دراسة جدوى فعلية وفق معايير فنية دقيقة . ولا بأس من إشراك الكوادر الوطنية في التصميم والتنفيذ والتشغيل وفقاً لشروط يتضمنها العقد .

إن الحديث عن العلاقة الإتفاقية لا يمنع من أن تكون للإدارة شروطها التي تحدم تنفيذ المشروع ومن ثم المصلحة العامة كطرف في العقد ، شرط أن لا يكون ذلك عائقاً لمنع إبرام العقد ، وخصوصاً من حيث مدى سلطة الإدارة في تعديل العقد والتدخل في تحديد الأسعار الخاصة بمنتج المشروع أو الخدمة التي يقدمها .

٣- لطالما يأخذ تنفيذ المنشآت في مشروع البوت إهتماماً كبيراً دون ما تأخذه مسألة نقل التكنلوجيا من الإهتمام ، وكذلك الأمر فيما يتعلق بتدريب الكوادر الوطنية أثناء الإنشاء والتشغيل وتهيئتها لتكون قادرة على تشغيل المشروع بعد إنتهاء المدة المحددة في العقد ومعرفة كل ما يتعلق به من أمور إدارية وفنية ومدى صلاحيته للعمل . ونرى أن تجربة الصين في هذا المجال جديرة بالدراسة والإهتمام حيث تضع شروطاً تتعلق بعقد دورات مستمرة مع الشركات المنفذة وتدريب الكوادر الوطنية أثناء الإنشاء والتشغيل لأن إغفال ذلك سيؤدي إلى تعثر أداء المشروع ولربما فشله بعد التسليم . ونقترح وجود جهاز حكومي متخصص ومستقل عن الإدارة لتقييم وإختيار نوعية التكنلوجيا المطلوبة بإعتبارها عنصر متغير ومتطور . على أن يجري ذلك وفقاً لمواصفات معيارية فنية عالمية لتجنب الوقوع في أخطاء قد تتعمدها الشركات لتقليل كلفة إنجاز المشاريع كما حصل لمصر عند تشييد مباني محطة سيدي كرير .

٤- إن ممارسة الإدارة لدورها الرقابي أمر في غاية الأهمية . فهذا الدور يأتي بعد إبرام العقد ، وغالباً ما يتضمن العقد ذلك بصورة صريحة . فالواجب أن يكون هناك حرص على ضمان وجود دور للرقابة الإدارية أثناء الإنشاء والتشغيل والصيانة ، وكذلك عند تسليم المشروع . ويمكن في هذا الإطار الإستعانة بأجهزة رقابية محايدة كما هو معمول به في فرنسا وإيطاليا وإسبانيا وألمانيا وشيلي والأرجنتين والبرازيل . فهذه الأجهزة يمكن أن تمارس الرقابة وعلى وجه الخصوص الرقابة الحسابية وتحديد سعر الخدمة وتناسبها مع الجودة ، من دون إغفال رقابة الإدارة على موضوع الصيانة .

٥- في الوقت الذي يجب فيه تدقيق في قدرة شركات المشاريع على التمويل لابد من مطالبتها بتقديم الضمانات المالية بهذا الخصوص ، لأن الغاية من إبرام عقود البوت هو جلب الإستثمارات الأجنبية لتمويل مشاريع لا تستطيع الخزينة تغطية نفقاتها ، مع التأكيد على عدم التمويل المحلي لهذه الشركات ، وإذا كان ذلك ممكناً فينبغي أن يكون التنفيذ من قبل شركات محلية إذا ما كانت لها القدرة على ذلك للحد من إستنزاف العملات الأجنبية المتوفرة داخل الدولة كما فعل المشرع المصري عندما أصدر القانون رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٤ الذي

عدل بموجبه بعض أحكام قانون ضمانات وحوافز الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وقانون سوق رأس المال رقم ٨ لسنة ١٩٩٢ .

٦- إن الشركات الكبرى تؤكد عند إبرامها لعقود البوت على مسألة التوازن المالي عند حصول متغيرات داخلية أو خارجية تثقل كاهلها وتحملها أعباءاً ونفقات تتجاوز ما كان معروفاً أثناء إبرام العقد . لذا على الإدارات ملاحظة ذلك وتطبيقه بدقة ليكون حافزاً للشركات على تنفيذ المشاريع الكبرى .

ومن الأمور ذات الصلة وجوب أن يجري تعويض الشركات عن أية أعمال من الإدارة تضر بها سواء كانت هذه الأعمال تشكل أخطاءاً أو إجراءات تتخذها بموجب العقد متى ما كانت سبباً في إلحاق الضرر بالشركات المنفذة .

٧- العمل على ضبط العقد بما يحد من المزايا التي تتمتع بها الشركات و يُثقل كاهل الدولة ويُقيد قدراتها الاقتصادية لاسيما من حيث قبول إحتكار الشركات للسلع التي ينتجها المشروع أو الخدمة التي يقدمها . وكذلك من حيث مدة التشغيل حيث أن بعض الدول تحدد مدة لا تزيد على ثلاثين عاماً كما تفعل الصين حتى لا تحرم أجيال متعددة من هذه المشاريع . ومن المسائل الجديرة بالملاحظة هو الحد من التوسع في منح الأراضي للشركات والإعفاءات الضريبية وتحديد الحوافز الحكومية بما فيها ما يتعلق بحرية السوق .

٨- من المعروف أن معظم الشركات المنفذة لمشاريع البوت هي شركات أجنبية لها آليات عمل وتنظيم محددة ومنضبطة ولذلك فإن التعامل معها يتطلب من الإدارات الوطنية تجاوز الروتين للحد من ظاهرة تعدد مصادر القرار بخصوص تنفيذ المشروع . وقد إتبعت عدد من الدول نظام النافذة الواحدة من خلال جعل تعامل الشركة المنفذة مع مكتب حكومي واحد فقط يتكفل التنسيق مع الجهات الحكومية الأخرى وتنفيذ متطلبات العمل مع الشركات كما حصل في الإكوادور وماليزيا وباكستان والفلبين .

الهوامش

١- د. وليد حيدر جابر ، التعويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص٤٧١.
٢- محمود مصطفى الزعارير ، سياسة التخاصية ، دراسة قانونية إقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص١٧١.
٣- أنظر عبد الله طالب محمد الكندري ، النظام القانوني لعقود الـ BOT ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص٩ .
٤- عبد الله بن محمد المحيسني ، عقد البوت ، بحث مقدم إلى قسم الشريعة والدراسات الإسلامية / جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، بدون دار نشر ، بدون تاريخ ، ص٣ .
٥- محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص٢٤٠ .
٦- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص١٦ .
٧- أنظر د. عبد الستار أبو غدة ، عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة – بحث مقدم إلى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة / الشارقة للفترة من ٢٦-٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة ، ص٢ .
٨- F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », in RRJ, 2005-1, p. 339, P. Marlière, La social-démocratie domestiquée. La voie blairiste , Bruxelles, Les éditions Aden, 2008, p. 71- 72. & P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique , Bruxelles, Larcier, 2005, p. 211
ود. محمد أديب الحسيني ، عقود B.O.T – ج١ ، منتديات ستار تايمز (موقع إلكتروني) يوم ٢٠١٦/٤/٩ www.startimes.com/?t=26674371 .
٩- د. هاني صلاح سري الدين ، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر ، مجلة القانون والإقتصاد تصدرها كلية الحقوق / جامعة القاهرة ، العدد الستون ، ١٩٩٩ ، ص٩ .
١٠-أنظر د. إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، عقد البوت B.O.T في القانون المقارن ، ط٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص٩٢ .
١١-يعني حق الإمتياز (منح حق الإنتفاع أو الإجارة أو التمليك أو الهبة أو الإحتكار أو الحق الخاص لشركة أجنبية من قبل الدولة ضمن منطقة معينة من أراضيها لمدة معينة) . وقد إستعمل المصطلح لمقابل للإصطلاح الأجنبي concession وما يتميز به هذا العقد أن الدولة هي أحد أطرافه

وتضمنه لشرط العنصرين من أجل حماية المستفيد من الإمتياز . وبدون هذين العنصرين يفقد عقد الإمتياز ذاتيته المستقلة ويتحول إلى عقد عادي . أنظر د. درع حماد عبد ، عقد الإمتياز دراسة في القانون الخاص ، ط١ ، رم للنشر والتوزيع ، بيروت ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٢٧-٣١ .

١٢- عبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٨ ، ود. أحمد سامي مرهون المعموري ، الإطار القانوني لعقد إستثمار مطار النجف الأشرف الدولي ، دراسة قانونية تحليلية ، مجلة الكوفة ، ص١٧٣ ، ود. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٩٢ .

١٣- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٩٢-٩٣ .

١٤- أنظر د. محمد أديب الحسيني ، المصدر السابق المنشور على الموقع الإلكتروني www.startimes.com/?t=26674371 يوم ٢٠١٦/٤/١٢ .

١٥- عبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص١٦ .

١٦- د. عبد القادر محمد عبد القادر ، دراسات الجدوى التجارية والإقتصادية مع مشروعات الـ B.O.T ، منشورات الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٢/٢٠٠١ ، ص٦٣٢ .

١٧- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ٣٠ ، العدد ٣ ، دمشق ، ٢٠٠٨ ، ص١٨٠ .

١٨- أنظر د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، مشروعية عقود (البناء والتشغيل والتحويل) B.O.T دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مجلة مداد الآداب ، كلية الآداب / الجامعة العراقية ، العدد الأول ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ٤١٢ .

١٩- د. ناهد علي حسن السيد ، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ، بحث مقدم إلى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي ، المنعقدة في الشارقة للفترة من ٢٦-٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، من إصدارات الدورة ، ص٤ .

٢٠- أنظر د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٣ ، وأبو بكر أحمد عثمان ،عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد العاشر ، العدد ٣٨ ، السنة ٢٠٠٨ ، ص٣٥٤-٣٥٦ ، وعبد الله طالب الكندري ، المصدر السابق ، ص٧-٨ .

٢١- للمزيد من التفصيلات راجع د. أحمد محمد أحمد بخيت (أعداد) تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة بحث مقدم إلى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، منظمة المؤتمر الإسلامي الدولي ، المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة / الشارقة للفترة من ٢٦-٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة ، ص١٦-١٨ .

٢٢- أنظر د. محمد الروبي ، عقود التشييد والإستغلال والتسليم B.O.T ، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، هامش ص٢٥ .

٢٣- د. بشار محمد الأسعد ، عقود الدولة في القانون الدولي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص٨٥ .

٢٤- أنظر سميرة حصايم ، عقود البوت إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة مولود معمري –تيزو وزو ، الجزائر ، ٢٠١١ ، ص٣٦ .

٢٥- أنظر د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٠٢ وما بعدها والذي يشير فيه إلى أدلة الطرفين وأدلة الترجيح .

٢٦- د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص١٧-١٩ .

٢٧- د. أحمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص١٣ .

٢٨- حول تفصيلات ذلك أنظر نفس المصدر أعلاه ، ص٢٠-٣٠ .

٢٩- يعتبر الوقف بنوعيه الخيري والذري من الوسائل التي يستخدمها العبد للتقرب إلى الله سبحانه وتعالى باعتباره طريق لإدرار الخير وإجزال الثواب إلا أن ما يميز الوقف أن الملك لا ينتقل من يد الواقف وإنما يتم حبس العين دون أن تنتقل إلى مالك آخر . ولا يتم الوقف إلا بتمام شروطه المتعلقة بالواقف الذي يجب أن يكون أهلاً للتبرع ومالكاً للمال المراد وقفه . وتختلف النظرة في هذا المجال فيما إذا كان المال منقولاً أو عقاراً . للمزيد من التفصيلات راجع عمر مسقاوي ، نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية ، ط١ ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠١٠ ، ص ٦٤-١٧٥.

٣٠- حول الصعوبات التي تواجه عقود البوت راجع فهد الأستاذ نسيبة العصفور ، نظام B.O.T ، وزارة المالية ، إدارة نظم الشراء ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٢ ، ص٢٩ .

٣١- أنظر أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٨٣-٣٨٥ .

٣٢- نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ١٦٤٣ لسنة ١٩٣٨ .

٣٣- نشر في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٢٨٣٦ في ١٩٥٠/٥/٢٧ .

٣٤- أنظر د. حسن محمد علي حسن البنان ، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير ، دراسة مقارنة ، ط١ ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، ٢٠١٤ ، ص٣١-٣٣ .

٣٥- نفس المصدر ، ص٣٦ .

٣٦- للمزيد من التفصيلات حول هذا العقد وإطاره القانوني راجع د. أحمد سامي مرهون المعموري بحثه المشار إليه سابقاً .

٣٧- حول هذه المتطلبات أنظر د. أبو بكر احمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٨٥-٣٩٠ .

٣٨- أنظرد. عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤-٢٦ .

٣٩- د. أحمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص٢١ .

٤٠- د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤١٤ .

٤١- مؤلفه سابق الإشارة إليه ، ص١٠٢ .

٤٢- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٨ .
٤٣- أنظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، الوجيز في عقود البوت B.O.T ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص٢١-٢٢ .
٤٤- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٢ .
٤٥- د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص٨ .
٤٦- د. حسن محمد علي حسن البنان ، المصدر السابق ، ص٢١٨ .
٤٧- أنظر عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٦-٢٠ .
٤٨- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٢١-٢٢ .
٤٩- نفس المصدر السابق ، ص١٠٥ .
٥٠- حول هذه المراحل راجع د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٧٨-٤٨١ ، وفهد الأستاذ نسيبة العصفور ، المصدر السابق ، ص٢٦-٢٧ .
٥١- تشكلت في مصر لجنة وزارية لتنظيم المشروعات القومية والمحلية بنظام B.O.T و B.O.O.T بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٩ لسنة ٢٠٠١ ، أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٥٦ .
٥٢- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٧٤ .
٥٣- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .
٥٤- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٧٥ .
٥٥- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٨٠ .
٥٦- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٥٦-٥٧ .
٥٧- أنظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٧٦ .
٥٨- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .
٥٩- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٧٦ .
٦٠- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٧٩ .
٦١- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٣ .
٦٢- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٧٧ .
٦٣- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٧٩ .
٦٤- وهذا ما تضمنته المادتان ٥٣ و ٥٤ من قانون تعديل بعض أحكام قانوني ضمانات وحوافز الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وسوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ في مصر . للمزيد من التفصيلات راجع عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٧٤-٨٠ .
٦٥- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .
٦٦- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٣ .
٦٧- أمل نجاح البشبيشي (إعداد) ، نظام البناء والتشغيل والتحويل ، سلسلة جسر التنمية ، المعهد العربي للتخطيط ، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية ، العدد الخامس والثلاثون ، نوفمبر / تشرين الثاني ، السنة الثالثة ، الكويت ، ٢٠٠٤ ، ص١٠ .
٦٨- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٧٧-١٧٨
يذكر في هذا المجال أن عقد تسليم المفتاح يعد من عقود الأشغال Turn Key Contract المتعلقة بالمشروعات الكبرى وفيه يتعهد المقاول سواء كان فرداً أو شركة كونسورتيوم شركات بالقيام بإنشاء المشروع كاملاً ثم يسلمه إلى الإدارة سواء كانت أعمال إنشائية أو أعمال أخرى ، كهربائية أو ميكانيكية على أن يكون المشروع جاهزاً للعمل عند التسليم . أنظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص٥١ وما بعدها .
٦٩- الصفحة الرئيسية لغرفة تجارة وصناعة الكويت www.kuwaitchamper.com تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٤/١٦ .
٧٠- نشر في الجريدة الرسمية بعددها المرقم ١٤ في ٢٠٠١/٤/٥ . وللمزيد من التفصيلات راجع د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٠ وما بعدها .
٧١- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .
٧٢- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٢٢ .
٧٣- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٢ ، ود. عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٤٨ .
٧٤- د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤١٦ .
٧٥- أنظر مؤلفه سابق الإشارة إليه ، ص٤٧٩-٤٨٠ .
٧٦- إن القول بملكية مؤقتة أمر يتقاطع مع طبيعة حق الملكية أبرز خصائصه أنه حق دائم ويترتب على ذلك أن الملكية لا تسقط ولا تزول بعدم الإستعمال كما أن شروط العقد بوت تمنع على شركة المشروع التصرف به كمرفق ولا في أصوله ولا في مكوناته كما ليس لها حجز المشروع أو الحصول على تأمينات عينية بضمانه دون موافقة الإدارة ، كما لا يجوز لأية جهة دائنة لشركة المشروع أن تحجز على أصول ومكونات المشروع . أنظر محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١ ، ط٤ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، والمكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠ ، ص٤٣ ، ود. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٣٨-٤٤ .
٧٧- Jean – Bernard AUBY et Christine MAGUE , les Contrats de delegation de service public , JCP , 1994 , P , 123 .

٧٨- د. وليد جابر حيدر ، المصدر السابق ، ص٤٧٩-٤٨٠ .
٧٩- بحثه المعنون النظام القانوني لمشروعات البوت المقدم إلى المؤتمر الدولي لمشروعات الـB.O.T الذي عقده مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة للفترة من ٧-١٩٩٧/١٠/٩ ، منشورات المؤتمر ، ص١ .
٨٠- د. عصام أحمد البهجي ، عقود البوت ، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ ، ص١٧١ ، ود. محمد محمد بدران ، المصدر السابق ، ص٢٤.
٨١- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٧٩-٤٨٠ .
٨٢- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٤٨-١٤٩ .
٨٣- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٠ . يذكر في هذا المجال أن معيار التفرقة في القولين هو ما يكون مرتبطاً بالمشروع سواء كان عقاراً أو منشآت ولا يمكن التخلي عنه لأن المشروع مرتبط بوجوده أو ما كان المشروع بحاجة إليه لمساهمته في ديمومة وجود المشروع أو إستمرارية تشغيله .
٨٤- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٤٨ .
٨٥- د. أحمد رشاد محمود سلام ، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل (BOT) في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص٢٤٧ .
٨٦- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٣ .
٨٧- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٢ .
٨٨- ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص٣٣٠ .
٨٩- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٢ ، وسميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١١٤ .
٩٠- د. جابر جاد نصار ، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٢٥٢ .
٩١- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٣ .
٩٢- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١١٤ .
٩٣- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٤٩ .
٩٤- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٢ .
٩٥- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١١٣-١١٤ .
٩٦- نشر في الجريدة الرسمية بعددها السادس مكرر في ١٩٩٧/٢/٨ .
٩٧- حول الإيفاء المبتسر راجع نوفان العقيل العجارمة ، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني ، مجلة دراسات الشريعة والقانون ، المجلد الأربعون ، ملحق ١ ، ٢٠١٣ ، ص١٠٦٠-١٠٦١ .
٩٨- أنظر عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٥٢-١٥٥ .
٩٩- أنظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٠-٤٨١ .
١٠٠- د. عصام أحمد البهجي ، المصدر السابق ، ص١٧٣ .
١٠١- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٤٩ .
١٠٢- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٣.
١٠٣- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٥ .
١٠٤- الصفحة الرئيسية لغرفة تجارة وصناعة الكويت www.kuwaitchamper.com تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٤/١٦ .
١٠٥- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٧٦ و ص١٠٠-١٠٥ .
١٠٦- نفس المصدر ، ص١٥٥ .
١٠٧- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٦-١٧ .
١٠٨- د. ماهر محمد حامد ، المصدر السابق ، ص٤٤ .
١٠٩- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٦٠-١٦١ ، وأمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٨ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٨٧-٩٠ .
١١٠- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٨٧-٨٨ .
١١١- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٦٠ .
١١٢- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٨٨ .
١١٣- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٦١ ، وأمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٨ ، وعبد الله طالب محمد الكندري المصدر السابق ، ص٨٨-٩٠ .
١١٤- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٤ .
١١٥- أنظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٢-٤٨٤ .
١١٦- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٩ .
١١٧- يقصد بالكونسورتيوم ذلك (الإتفاق الذي ينشيء إتحاداً بين مجموعة مشروعات من جنسية واحدة هدف التقدم للمناقصة وتنفيذ عقد في الخارج) . حول الإتفاقيات الخاصة بعقود الأشخاص العامة أنظر

د. أحمد حسان حافظ مطاوع ، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص٨٠ . وحول الإتفاقيات الخاصة والعقود التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها أنظر: M. Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, Paris, LGDJ, 2002, p. 13

١١٨- د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤١٥ .
١١٩- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٤.
١٢٠- أنظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٢-٤٨٤ .
١٢١- حول المخاطر السياسية أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٥٦ وما بعدها .
١٢٢- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥.
١٢٣- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٩٨ .
١٢٤- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١١٠ ، وظافر طاهر حسان ، دور الإستثمار الأجنبي في تفعيل السياسة الخارجية العراقية ، مجلة دراسات دولية ، تصدر عن مركز الدراسات الدولية ، جامعة بغداد ، العدد الرابع والأربعون ، ص١٣٩ .
١٢٥- أنظر محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص٢٨-٣٠ .
١٢٦- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٧٤-١٧٦ .
١٢٧- د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤١٦ .
١٢٨- أنظر محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص١٨٥ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤١٥ .
١٢٩- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١١١-١١٢ .
١٣٠- أنظر د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١٠ ، ود. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٣ ، ونوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٢ .
١٣١- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٨ ، وعبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٣٦ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٦ .
١٣٢- أنظر د. زينب كريم الداودي ، دور الإدارة في إعداد وتنفيذ الموازنة العامة ، ط١ ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، عمان ، ودار نيبور للطباعة والنشر والتوزيع ، العراق ، الديوانية ، ٢٠١٣ ، ص٥٦ .
١٣٣- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٤ ، ود. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٣ .
١٣٤- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٨ .
١٣٥- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥ .
١٣٦- المقصود بالتنمية المستدامة أنها (التنمية التي تلبي متطلبات الأجيال الحالية دون أن يكون ذلك على حساب الأجيال القادمة) . أنظر د. ناهد علي السيد حسن ، المصدر السابق ، ص١٢.
١٣٧- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٦ .
١٣٨- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٢ .
١٣٩- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٣ .
١٤٠- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١١ .
١٤١- نفس المصدر ، ص١ .
١٤٢- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٣ .
١٤٣- د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص٩ .
١٤٤- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٩٩ .
١٤٥- أنظر هذا الخصوص د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٦ ، ود. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٣ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري المصدر السابق ، ص٤٣٦ ، وأمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٩ ، ونوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٣ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٥ .
١٤٦- د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الأول ، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنلوجيا ، ط١ ، الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص١٣٦-١٣٧ .
١٤٧- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٧٦-١٧٧ .
١٤٨- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٥١ .
١٤٩- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٣ .
١٥٠- أنظر عبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٣٧ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٦ .
١٥١- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٣ .
١٥٢- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١٠ .
١٥٣- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥ ، وأمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٩ ، وعبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٣٦ .

١٥٤- للمزيد من التفاصيل حول المخاطر والمشكلات التي تثيرها عقود البوت راجع محمد محمود عبد الله (إعداد) ، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ B.O.T مع التعرض لتجارب عربية منشور على موقع الشبكة العربية العالمية تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٤/٢٤ www.globalarabnetwork.com,economi .
١٥٥- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٩٧ ، ود. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٧٨ .
١٥٦- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٣ .
١٥٧- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٥ .
١٥٨- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١٠ .
١٥٩- د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص٨ .
١٦٠- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٠٧ .
١٦١- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٦ ، وأمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٨-٩ .
١٦٢- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١٢ .
١٦٣- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٤٤ ، ود. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١٢ .
١٦٤- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٩٣-١٩٤ .
١٦٥- أنظر د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص١٤-١٥ .
١٦٦- د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٧ ، وعبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٣٨ .
١٦٧- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٣ .
١٦٨- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٨ .
١٦٩- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٩-١٩٠ .
١٧٠- محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص١٨٥-١٨٦ . وفي دراسة لبنك التنمية الأسيوي تبين منها أنه وعلى الرغم من فاعلية عقود B.O.T في توفير التمويل للمشاريع المنفذة بموجبها إلا أن تكاليفها الاجتماعية تبقى مرتفعة وذلك بسبب ما تقدمه الحكومات من ضمانات عن كافة المخاطر التي قد يتعرض لها مشغل المشروع الأمر الذي يؤدي إلى إنعكاس ذلك على المستهلك من خلال إرتفاع سعر الكلفة . أنظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٩٣
١٧١- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٩-١٩٠ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٧ ، وعبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٣٧ .
١٧٢- أنظر نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٣ .
١٧٣- أنظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٥ .
١٧٤- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٦ .
١٧٥- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٧٦ .
١٧٦- وهذا ما يراه د. إلياس ناصيف ، مؤلفه سابق الإشارة إليه ، ص١٥٣-١٥٤ .
١٧٧- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١١ .
١٧٨- أنظر نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٣ .
١٧٩- نفس المصدر ، نفس الصفحة .
١٨٠- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٥ .
١٨١- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٨ .
١٨٢- د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص١٤-١٥ .
١٨٣- نفس المصدر ، ص١٥ ، وعبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٣٨ .
١٨٤- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٨ .
١٨٥- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٩٠ .
١٨٦- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٢-١٥٣ ، ود. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٦ .
١٨٧- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٤٦-٢٤٧ .
١٨٨- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٥٢-١٥٤ ، ود. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٩٥ .
١٨٩- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٦٠ .
١٩٠- د. أحمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص١ .
١٩١- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٦٥ .
١٩٢- نفس المصدر ، ص١٦٥-١٦٦ .
١٩٣- د. محمد الروبي ، المصدر السابق ، ص١١ .
١٩٤- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢١٠-٢١١ .

١٩٥- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١١-١٢ .
١٩٦- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٥ .
١٩٧- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢١٢ .
١٩٨- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص٢٧٥-٢٧٦ .
١٩٩- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢١١ .
٢٠٠- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٦٣ .
٢٠١- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٧ .
٢٠٢- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٧٥ .
٢٠٣- د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٦٣ .
٢٠٤- نفس المصدر ، ص١٦٠ .
٢٠٥- يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه (ذلك الشرط الذي يمنع الدولة من التغير لمصلحتها من الوضع القانوني بمعنى أن القانون الواجب التطبيق على العقد من الممكن أن يؤثر على النصوص التي تكفل المساواة بين الأطراف المتعاقدة) . أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، نفس المصدر ، ص٢٦٤-٢٦٦ .
٢٠٦- أنظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٨٥ .
٢٠٧- أنظر د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١١-١٢ .
٢٠٨- د. ناهد علي حسن السيد ، المصدر السابق ، ص١٥ .
٢٠٩- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص١٢ .
٢١٠- أنظر نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٥٣ .
٢١١- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٢٢ .
٢١٢- نفس المصدر ، ص١٨ .
٢١٣- د. محمد أنيس جعفر ، العقود الإدارية مع دراسة لعقود الـ B.O.T ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٧٤ .
٢١٤- أنظر عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٤ .
٢١٥- أنظر أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٦ ، ود. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٥ ، وسميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٨ .
٢١٦- LYONNET DU MUTIER (Michel) , " Financement sur project et partenariat public – prive : La relation entre concedant et concessionaire dans les BOT d' infrastructure " , Revue trimmestrielle politique et management public , Volume 21 , No 1 , Mars 2003 , pp305
٢١٧- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢١-٢٢ .
٢١٨- محمد أحمد غانم ، مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ BOT ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٨٢ .
٢١٩- LYONNET DU MUTIER (M) , op . cit . p . 305 .
٢٢٠- وهذا ما يراه الدكتور وائل محمد السيد إسماعيل ، أنظر مؤلفه سابق الإشارة إليه ص١٨ .
٢٢١- أنظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٩ .
٢٢٢- أنظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٦ .
٢٢٣- أنظر نفس المصدر ، نفس الصفحة ، ود. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٥٤-٦٠ .
٢٢٤- المادة ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي .
٢٢٥- أنظر أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٦ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢١-٢٢ .
٢٢٦- د. أحمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص٢٤ .
٢٢٧- أنظر محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص٤٣ .
٢٢٨- تنص المادة ١٢٦٩ (١- يملك المساطح ملكاً خالصاً ما أحدث على الأرض من بناء ، أو منشآت أخرى وله أن يتصرف فيه ، مقترناً بحق المساطحة ، بالبيع والرهن وغيرها من عقود التمليك في دائرة التسجيل العقاري ، وذلك دون إخلال بحق صاحب الأرض وبالغرض الذي أعد له البناء أو المنشآت كل هذا ما لم يوجد إتفاق يخالفه . ٢- وينتقل حق المساطح في المساطحة وفي البناء والمنشآت بالميراث والوصية) .
٢٢٩- تنص المادة ١١٤٥ على أن (١- الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق . ٢- ولا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص إنه مجرد إباحة ، أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه ، وكذلك لا تقوم على أعمال متقطعة .) .
٢٣٠- حول العقار بالتخصيص وشروطه أنظر محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، المصدر السابق ، ص١٥-١٧ .
٢٣١- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨١ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٣ .
٢٣٢- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٠ .
٢٣٣- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص١ .
٢٣٤- تنص المادة ٦٣ بأن (يعتبر عقاراً بالتخصيص المقول الذي يضعه مالكه في عقار مملوك له رصداً على خدمة هذا العقار أو إستغلاله) .
٢٣٥- عبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٤٣ .

٢٣٦- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٣ .
٢٣٧- أنظر د. أحمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص٢٤ ، ود. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٥ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٤ .
٢٣٨- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٩ .
٢٣٩- أنظر LYONNET DU MUTIER (M) , op . cit . p . 305 .
٢٤٠- أنظر عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٤ .
٢٤١- د. أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقد B.O.T ، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٥٩ .
٢٤٢- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٧ .
٢٤٣- أنظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٤٨-٤٩ .
٢٤٤- يقصد بالإيجار التمويلي بأنه إتفاق بين مؤسسة مالية وطرف آخر على أن تقوم بشراء أموال معينة ، سواء كانت عقاراً أو منقولاً ، وغالباً ما تكون تجهيزات أو معدات ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد (الطرف الآخر) لقاء بدل دوري ولهذا حق تملكها مقابل ثمن يتفق عليه أو إعادة إستئجارها أو ردها للمؤسسة . ويعد الإيجار التمويلي من أهم التنظيمات القانونية الحديثة التي أخذت بلعب دور مهم في نطاق قانون الأعمال ووسيلة لمنح الإئتمان ومنح المشروعات الصناعية والتجارية بالتجهيزات والمعدات اللازمة كمصدر تمويل تستمد ها الشركة المنفذة جانباً من رأس المال المطلوب للمشروع .
أنظر د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص٢٣ .
٢٤٥- أنظر د. إلياس ناصيف ، المصدر السابق ، ص١٢٢ ، ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٦ .
٢٤٦- د. أحمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص٢٦ .
٢٤٧- د. محمد أنيس جعفر ، المصدر السابق ، ص٧٦ .
٢٤٨- أنظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٥٠-٥٣ .
٢٤٩- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٦ .
٢٥٠- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٤ .
٢٥١- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٦١ .
٢٥٢- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٣ .
٢٥٣- أنظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٢٠ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٤ .
٢٥٤- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٢٠ .
٢٥٥- محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص١٨١ ، وأمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٧ .
٢٥٦- أنظر د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٦ .
٢٥٧- أنظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٥٠-٥٣ .
٢٥٨- عبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٤٤ .
٢٥٩- أنظر د. إلياس ناصيف ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة – عقد البوت ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص١٠٠ ، ود. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٢ ، ود. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٢ .
٢٦٠- أنظر عبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٤٤ .
٢٦١- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٢٧ .
٢٦٢- أنظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٦٧ ، ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٧ ، وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢٤-٢٥ .
٢٦٣- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٦٦ .
٢٦٤- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٢٠ .
٢٦٥- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٢٧ .
٢٦٦- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٧ .
٢٦٧- محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص١٨١ .
٢٦٨- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٢ ، ود. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٧٤ .
٢٦٩- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٦ .
٢٧٠- د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .
٢٧١- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٢ .
٢٧٢- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٦٨ ، ود. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢١ .
٢٧٣- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٧-١٨ .
٢٧٤- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٧ ، ود. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٦ ، ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٨ .
٢٧٥- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢١ .
٢٧٦- نفس المصدر السابق نفس الصفحة .

٢٧٧- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٧ .
٢٧٨- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٦ .
٢٧٩- أبو بكر أحمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٥٩-٣٦٠ ، ود. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .
٢٨٠- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٦٤ .
٢٨١- أنظر د. عمرو أحمد حسبو ، التطور الحديث لعقود إلتزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T ، دراسة مقارنة دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ ، ص١٠٥ وما بعدها .
٢٨٢- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٦٥ .
٢٨٣- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٨ .
٢٨٤- أمل نجاح البشبيشي ، المصدر السابق ، ص٧ .
٢٨٥- محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص١٨٢ .
٢٨٦- د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٥ ، ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٦ .
٢٨٧- دويب حسين صابر عبد الفطيم ، الإتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام وتطبيقها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦ ، ص٦٤ .
٢٨٨- أنظر د. عبد الستار أبو غدة ، المصدر السابق ، ص٦ ، ومحمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص١٨٣ ، وعبد الله بن محمد المحيسني ، المصدر السابق ، ص٤٤ .
٢٨٩- أنظر د. حسن محمد الهداوي و د. غالب علي الراوي ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، الجنسية ، الموطن ، مركز الأجانب وإحكامه في القانون العراقي ، وزارة التعليم العالي ، بغداد ، ص١٠ ، ود. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي ، القانون الدولي الخاص ، منشورات مكتبة السنهوري ، بغداد ، طبعة بيروت ، ٢٠١٥ ، ص٦ .
٢٩٠- أنظر د. عدنان خزعل عباس الجبوري ، المصدر سابق ، ص ٣٨-٣٩ .
٢٩١- دومنيك يويو وبرسيرويل ، القانون الإداري ، ترجمة الدكتور سليم حداد ، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مج) ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص١١ .
٢٩٢- د. علي عبد الامير قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ج٢ ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية والإدارية ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ٣٨٦.
٢٩٣- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص١١ .
٢٩٤- د. فوزت فرحات ، القانون الإداري العام ، الكتاب الاول ، التنظيم الإداري والنشاط الإداري ، ط١ ، بدون دار نشر ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص٤٥٢.
٢٩٥- د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود.مهدي ياسين السلامي مبادئ واحكام القانون الإداري ، طبعة جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٤٧٥. وحول مدى إختلاف مفهوم العقد في القانون العام عنه في القانون الخاص أنظر:
M. Richer, la notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé , Droit des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2001, p. 9 . & N. Rouland, Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988, n° 158-159,

٢٩٦- د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص ٥١٥ .
٢٩٧- د. علي عبد الأمير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٠١-٤٠٤ .
٢٩٨- يحدد الفقه تعريف المرفق العام وفقاً للزاوية التي ينظرون من خلالها . فمنهم من يأخذ بالتعريف الشكلي كالفقيه هوريو على اعتبار أن المرفق العام هو منظمة عامة . في حين يصب تعريف الآخرين في الفقه الفرنسي كالفقيه ديجي على الجانب الموضوعي اذ يرى بأنه كل نشاط يتولاه الحكام . وذهب آخرون الى أنه (مشروع تنشئة الدولة أو تشرف على أدارته وتنظيمه بصورة مباشرة أو غير مباشرة ويهدف الى تلبية حاجة عامة) .
أنظر د.هاني علي الطهراوي ، القانون الإداري ، ماهية القانون الإداري ، التنظيم الإداري ،النشاط الإداري ، ط١ ، الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص٢٦٠- ٢٦٣.
٢٩٩- أنظر د. نواف كنعان ، القانون الإداري الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، الإصدار السابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٣١٣ .
٣٠٠- د. هاني علي الطهراوي ، المصدر سابق ، ص٢٦٠ .
٣٠١- أنظر د. ماجد راغب الحلو ، المصدر سابق ، ص٥١٨ ، وما بعدها . ود. علي محمد بربر ، عصام عبد الوهاب البرزنجي ، ود. مهدي ياسين السلامي ، مصدر سابق ، ص ٤٨٠- ٤٨٦ ود. فوزت فرحان ، مصدر سابق ، ص ٤٥٢ وما بعدها د. هاني علي الطراوي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ وما بعدها .
٣٠٢- أنظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظرية العامة في القانون الإداري ، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٦٣٦ .
٣٠٣- د. علي محمد بربر و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود . مهدي ياسين السلامي ، مصدر سابق ، ص ٤٨١.
٣٠٤- وهذا ما يقوله الدكتور الياس ناصيف، أنظر مؤلفه العقود الإدارية ، ص ١٥ .
٣٠٥- حول نشأة القانون والقضاء الإداريين في فرنسا ودول أخرى راجع د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاة الإداري ، ج١ ، ط٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ ، ص١٦٥وما بعدها ، وفي مصر أنظر د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية ، ط١ ، دار الفكر العربي ،

القاهرة ، ٢٠٠٧ ، ص ٥- ١٤ . وفي الكويت أنظر د. ابراهيم طه الفياض ، العقود الإدارية ، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن ، ط١ ، مكتبة الفلاح ، الكويت ، ١٩٨١ ، ص٧- ٢٢ .

٣٠٦- بخصوص موقف القضاة اللبناني أنظر د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٣٩٠- ٣٩٣.

٣٠٧- أنظر نفس المصدر ، ص٤٧٤ .

٣٠٨- أنظر د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص ٥١٨-٥١٩ الذي يشير الى الحكم المذكور .

٣٠٩- د. نواف كنعان، المصدر السابق ، ص ٣١٨.

٣١٠- د.فوزت فرحات ، المصدر السابق ، ص ٥٥٣-٥٥٤.

٣١١- د. اليأس ناصيف ، العقود الدولية ، ص١٦ .

٣١٢- تنص المادة (٩٢٨) من القانون المدني العراقي (الأذن والأمر يعتبران توكيلاً) وتنص المادة (٩٤٢) منه أيضاً بأن (حقوق العقد تعود الى العاقد فإذا تعاقد الوكيل مع الغير باسم الموكل وفي حدود الوكالة فأن العقد يقع للموكل وتعود كل حقوقه اليه) ، ولا ترى من الصحيح استشهاد البعض بان القضاء الفرنسي ومنذ العام ١٩٧٥ أضفى صفة العقد الإداري المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص واحدهما وكيلاً وكالة صريحة أو ضمنية عن شخص عام لان ذلك يتقاطع واحكام الوكالة الثابتة تشريعاً وقضاءاً وفقهاً . ممن يتجاهل وجود وكالة عن الشخص العام لشخص خاص معتبر الوكيل هو الطرف في العقد . الدكتور فوزت فرحان . أنظر مؤلفه سابق الأشارة اليه ، ص ٥٥٤- ٥٥٦. يذكر أن الفقه والتشريع والقضاء متفق على أن تصرف الوكيل تعبير يصدر من النائب الأصيل ، أي حلول إدارة النائب محل الأصيل لا ان الأثر القانوني يصرف الى شخص الأصيل وكان الإدارة التي صدرت بخصوص التعرف هي إدارةالاخير التي يبنى عليها التعرف . أي أن الوكيل انما يستند في حقيقة الأمر على أدارة الأصيل لا على إدارته . أنظر د. عبد الرزاق احمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج١ ، المجلد الاول ، نظرية التزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٢٠٢ وما بعدها ومؤلفة ذاته ، ج٧ ، المجلد الاول ، العقود الواردة على العمل ، المقاولة والوكالة والوديعة والحرمة ، نفس الناشر ، ذات السنة ، ص ٥٧٨ وما بعدها ومؤلفه ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، ج١ ، نظرية العقد ، دار الفكر ، بيروت ، بدون تاريخ ، ص ٢١١-٢٢٠ من اصل طبعة مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٣٤ ، و. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، مصادر لالتزام ، العاتك لصناعة الكتب ، القاهرة ، المكتبة القانونية ، بغداد ، بدون تاريخ ، ص ٥٤-٦٠

٣١٣- د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص ٥١٩.

٣١٤- أنظر د. نواف كنعان ، المصدر سابق ، ص٣١٩.

٣١٥- أنظر د. وضاح محمود المحمود ، ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T ، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص٥٥ .

٣١٦- أنظر د. علي عبد الأمير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٠٣.

٣١٧- أنظر د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص ٤٨٣- ٤٨٤ .

٣١٨- أنظر د. إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص١٣ ، الذي يشير إلى قرار مجلس شورى الدولة اللبناني المرقم ق١١٢ في ١٩٩٤/١١/٣٠ المنشور أصلاً في مجلة القضاء الإداري ، العدد التاسع ، ص١١٦ .

٣١٩- د. هاني علي الطهراوي ، المصدر السابق ، ص ٢٦٥.

٣٢٠- أنظر علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. محمد ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص ٤٨٥ ود. نواف كنعان ، المصدر السابق ، ص٣٢٠ – ٣٢١ ، و د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص٥٢٠-٥٢١ .

٣٢١- لا يوجد تعريف محدد لفكرة الشروط الاستثنائية أو غير المألوفة ، ولذلك لجأ القضاء في بعض الدول الى وضع قائمة طويلة منها والتي يمكن أن يتضمنها العقود الإدارية ، أنظر د. وضاح محمود المحمود ، المصدر السابق ، ص٥٣.

٣٢٢- علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص ٤٨٥.

٣٢٣- د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص٢٥٠ .

٣٢٤- أنظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص ١٥٣- ١٥٦ الذي يشير الى احكام القضاء المصري بهذا الخصوص .

٣٢٥- اسعد فاضل منديل (إعداد) ، إحكام عقد التحكيم وأجراءاته ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ودار نيبور ، الديوانية ، ٢٠١١ ، ص٩٩ .

٣٢٦- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٣٥٣ .

٣٢٧- أنظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٤٩ – ٣٥٣ .

٣٢٨- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٣٥٦ .

٣٢٩- تعني المشروعية (مطابقة أي تصرف او عمل قانوني مع القاعدة القانونية المختصة بتنظيم وقوع هذا التصرف) . أنظر د. سمير خيري ، المشروعية في النظام الاشتراكي ، دار القادسية للطباعة ، بغداد ، بدون تاريخ ، ص٥ . ويرى آخرون بأنها تعني (خضوع سائر سلطات الدولة لأحكام القانون ، بحيث تكون جميع تصرفاتها محدودة بسياج قانوني لا تستطيع أن تتعداه) . د. محمد عبد الحميد ابو زيد ، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص١٨٤.

٣٣٠- أنظر د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المصدر السابق ، ص٦٣٨ .

٣٣١- انظر بيار ماير و فانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة الدكتور علي محمود مقلد ، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد) ، بيروت، ٢٠٠٨ ، ص٢٠٣-٢٠٩ .

٣٣٢- أنظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٥٤- ٥٥ .

٣٣٣- انظر د. ماجد راغب الحلو ، المصدر السابق ، ص٥١٥- ٥١٨ .
٣٣٤- انظر د. علي عبد الأمير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٣٨٦ .
٣٣٥- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص ٥٥ .
٣٣٦- نفس المصدر ، ص٥٥-٥٦ .
٣٣٧- د. هيام مروة ، القانون الإداري الخاص ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (بجد) ، بيروت ، ٢٠٠٣، ص ٢٥٣ .
٣٣٨- انظر د. فوزت فرحات ، المصدر السابق ، ص٤٥١- ٤٥٢.
٣٣٩- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٥٥ .
٣٤٠- انظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٤٢- ٤٣.
٣٤١- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص ٥٦ .
٣٤٢- د. هاني علي الطهراوي ، المصدر السابق ، ص٢٦٠ .
٣٤٣- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٣٩٥ .
٣٤٤- انظر عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٣٠ .
٣٤٥- انظر د. سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص٧١٩ وما بعدها حيث يشير الى حكم المحكمة الإدارية العليا المشار اليه اعلاه والمؤرخ في ٢٤/ ٢ / ١٩٦٨ ، لسنة ١٣ ، ص ٥٥٧.
٣٤٦- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٥٢ – ٦٧.
٣٤٧- انظر مؤلفه ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٧ ، ص٢٩٣-٢٩٤.
٣٤٨- كان مجلس الدولة الفرنسي يمثل المستشار القانوني للحكومة الفرنسية ، كما وجد نفسة مكلف بايجاد الحلول للنزاعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها . ومن خلال الاحكام التي يصدرها يلاحظ ان دورهه قد تضائل بسبب خضوعه لبيئة معيارية اكثر تنوعاً كان من اهما تزايد النصوص القانونية . انظر دومنيك بويو ، وبريسيير ويل ، المصدر السابق ، ص١٠ و ٢٩ .
٣٤٩- انظر الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص١١-١٢ .
٣٥٠- نفس المصدر ، ص٣٥٢-٣٥٣.
٣٥١- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٤٢- ٤٤.
٣٥٢- انظر تفاصيل ذلك لدى د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٣٨-٤٦ .
٣٥٣- انظر د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٣٨٩-٤٠٠.
٣٥٤- انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٨٢ ، ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٢٧-٢٨ ، وسميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٥٤ .
٣٥٥- ابو بكر احمد عثمان ، المصدر السابق ، ص٣٦٤ .
٣٥٦- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص ٢٩-٣٠ و ٣٨ -٤٠ .
٣٥٧- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٥٥ .
٣٥٨- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر سابق ، ص٤١ .
٣٥٩- انظر د. احمد محمد ديب حجال ، القواسم المشتركة لعيوب الرضا ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٥ – ١٠٠.
٣٦٠- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص١٣٧ -١٣٨.
٣٦١- انظر تفصيلات ذلك لدى سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٦٢-١٦٣.
٣٦٢- ميشال جرمان وج. ريبير ور. روبلو ، المطول في القانون التجاري ، ج١ ، المجلد الثاني الشركات التجارية ، ترجمة منصور القاضي ودسليم حداد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (بجد) ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص ٤-١٠ .
٣٦٣- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص ١٣٥ .
٣٦٤- د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٤٣ .
٣٦٥- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص ٤٩٦ .
٣٦٦- د. احمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .
٣٦٧- د. إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ١٣٦ .
٣٦٨- محمود مصطفى الزعارير ، المصدر السابق ، ص ١٧٩ .
٣٦٩- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٤ .
٣٧٠- د. علي محمد بدير ود.عصام عبد الوهاب البرزنجي ، ود. مهدي ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص ٤٧٥. و : J. Moden, Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008, Bruxelles, CRISP, 2008, p.13-14 .
٣٧١- د. وضاح محمود الحمود ، المصدر السابق ، ص ٤٩ . يذكر أن جانباً من الفقه الفرنسي ومنهم الفقيه لبلولونجيه يرى بأن عقد البوت هو عقد مدني لتوفر أركان هذا العقد فيه أنظر : P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, op. cit., p. 215 .
٣٧٢- موريس نخلة ، الكامل في شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة ، ج٣ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص١٤٩ . وحول الإتفاقيات الخاصة التي تعقدها الأشخاص العامة أنظر : J. Ghestin, « La notion de contrat», Dalloz Chronique, 1990, p. 147-156 .

٣٧٣- انظر د. احمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص ٢٣ .
٣٧٤- انظر د. حسن محمد علي حسن البنان ، المصدر السابق ، ص ٢١٨.
٣٧٥- د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٨٨- ٢٨٩.
٣٧٦- انظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٠٠ .
٣٧٧- انظر الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٣٥ .
٣٧٨- انظر موريس نخلة ، المصدر السابق ، ص ١٥٢ ود. وضاح محمود الحمود ، المصدر السابق ، ص ٤٩-٥٠.
٣٧٩- انظر الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ١٤٠- ١٤١ .
٣٨٠- انظر عبد الوهاب إبراهيم ابو سليمان ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك (B.O.T) ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي ، منظمة المؤتمر الإسلامي الشارقة ، منشورات المؤتمر ، ٢٠٠٩ ، بدون صفحة ، ومرتضى الزابي ،عقد البناء والتشغيل والاعادة ،التكييف الفقهي والحكم الشرعي ، بحث مقدم الى الدورة اعلاه ، منشورات الدورة بدون صفحات . وبخصوص التمييز بين العقد المدني عن العقد الإداري في نطاق عقد البوت أنظر : Cf. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, tome I, p. 160 et s.; J. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », in AJDA, 1961, p. 123 .
٣٨١- أنظر د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص٤٧١-٤٧٤ ، ود. إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص١٢-٤١ .
٣٨٢- د. محمد المبروك اللافي ، العقود المسماة ـ احكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي ، منشورات جامعة ناصر ، طرابلس ، ١٩٩٢ ، ص ٢٢ .
٣٨٣- تنص الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي (يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو اذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه . وكذلك يكون السكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط) حول السكوت الملابس في القانون المدني العراقي . انظر د. منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، ج١ ، مصادر الإلتزام ، ط١ ، بدون دار نشر ، بغداد، ١٩٩١، ص ٩٠ وما بعدها ، وفريد فتيان ، مصادر الالتزام شرح مقارن على النصوص ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦/ ١٩٥٧ ، ص ٤٠-٤٢.
٣٨٤- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٥٣ .
٣٨٥- انظر علي محمد بدير ود.عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص٤٧١ .
٣٨٦- د.فوزت فرحات ، المصدر السابق ، ص٤٥٢ وما بعدها .
٣٨٧- د. مصطفى الجمال ود. رمضان محمد ابو السعود ود. نبيل ابراهيم سعد مصادر وأحكام الالتزام ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص ٦٥ .
٣٨٨- انظر د. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ١١٧-١١٨ .
٣٨٩- انظر علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٨٢ .
٣٩٠- د . محمد شريف احمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص ٩ .
٣٩١- أنظر عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص ٨٣ ، وما بعدها .
٣٩٢- انظر حسن كيرة ، أصول القانون ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٣ ، ص ١٤٨.
٣٩٣- انظر د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، المصدر السابق ، ص ٤٧٢- ٤٧٤.
٣٩٤- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ٢٠٠٩ ، ص١٢.
٣٩٥- انظر د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٨٣.
٣٩٦- د. أحمد سامي مرهون المعموري ، المصدر السابق ، ص١٧٢ .
٣٩٧- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص ٥٧ .
٣٩٨- وهناك من الفقهاء ومنهم الفقيه سنكوندو من يرى بأن الفاصل في معرفة عقد ما ضمن عقود القانون العام والخاص هو وجود فكرة المصلحة الخاصة للأفراد أو العامة للدولة . أنظر : M. H. Sinkondo « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in RTDciv, avril-juin 1993, p.254-256 . ود. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص ٣٢.
٣٩٩- أنظر د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٤-٣٥ .
٤٠٠- انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص ٩٢-٩٤.
٤٠١- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٣٣ وسميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٥٧ .
٤٠٢- انظر د. عبد المجيد حكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط٣ ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، ١٩٦٩ ، ص ٣٠ – ٣١ ، ود. محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، ج١ ، مصادر الالتزام ، ط٢ ، مطبعة الوثيقة الخضراء لفنون الطباعة ، طرابلس ، ليبيا ، ١٩٩٧، ص٢٥-٢٦ .

٤٠٣- د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٢٠ .
٤٠٤- انظر د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق ، ص١٠٢ -١١١ .
٤٠٥- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٢٤ .
٤٠٦- انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٩٨- ٩٩ .
٤٠٧- سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص٥٨ .
٤٠٨- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٣٧-٣٨ .
٤٠٩- تنص الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) بانه (اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك) .
٤١٠- انظر د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، المصدر السابق ، ص٤٥ .
٤١١- انظر د. عبد السلام علي المزوغي بمشاركة فريق من اساتذة القانون ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الثالث ، النظرية العامة في العقود ، نظرية الالتزامات ، ج١ ، المصادر الإدارية للالتزام ، المجلد الاول ، نظرية العقد ، ط١ ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان ، مصراته ، ليبيا ، ١٩٩٣ ، ص ١٧١ .
٤١٢- للمزيد من التفصيلات حول عقود الإذعان راجع د. محمد علي البدروي ، المصدر السابق ، ص ٦٧ ـ ٧١ ود. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١١٥ – ١١٩ ، ود. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص ٨٢-٨٩.
٤١٣- د. احمد سامي مهون المعموري ، المصدر السابق ، ص١٧٢ .
٤١٤- د. عبد الفتاح بيومي مجازي ، المصدر السابق ، ص ٩٤ -٩٥ .
٤١٥- دومنيك بويو وبرسيير ويل ، المصدر السابق ، ص٤١ .
٤١٦- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٣٣ .
٤١٧- د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ط٥ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ ، ص ١٣ .
٤١٨- د. هشام خالد ، اوليات التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص١٥٠ .
٤١٩- اسعد فاضل منديل ، المصدر السابق ، ص٢٤١.
٤٢٠- علاء آياريان ، الوسائل الدولية لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ ، ص٢٤ .
٤٢١- د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ١٦ .
٤٢٢- اسعد فاضل منديل ، المصدر السابق ، ص٩٩.
٤٢٣- علاء آياريان ، المصدر السابق ، ص٢٧ .
٤٢٤- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٠٣ .
٤٢٥- انظر د. احمد سامي مرهون المعموري ، المصدر السابق ، ص١٧٣.
٤٢٦- انظر سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص٥٧-٥٨ .
٤٢٧- نفس المصدر ـ ص٥٨ .
٤٢٨- د. فوزي محمد سامي ، المصدر السابق ، ص ٢٤٨-٢٤٩ .
٤٢٩- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص ٣٢ .
٤٣٠- د. عبد الفتاح البيومي مجازي ، المصدر السابق ، ص١٠٠.
٤٣١- انظر سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص ٥٨-٥٩ .
٤٣٢- انظر د. محمد دويدار ، مبادئ الاقتصاد السياسي ، ج١ ، مذاهب الفكر الاقتصادي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص ٢٠٣.
٤٣٣- د. احمد محمد مصطفى نصير ، دور الدولة ازاء الاستثمار وتطورة التاريخي ، ج١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص٢٨-٢٩ .
٤٣٤- د. محمد دويدار ، المصدر السابق ، ص ٢٦٤ .
٤٣٥- د. احمد محمد مصطفى نصير ، المصدر السابق ، ص٣١-٣٢ .
٤٣٦- انظر د. محمد دويدار ،المصدر السابق ، ص ٢٦٦.
٤٣٧- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص ٥٨٨ .
٤٣٨- انظر د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٦٨.
٤٣٩- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٥٩٢ .
٤٤٠- نشر القانون في جريدة الوقائع العراقية في عددها المرقم (٢٩٨٧) في (٢/ ٤ / ١٩٨٤) وكان القانون التجاري السابق رقم (٤٩ لسنة ١٩٧٠) قد اعتبر التاجر (كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمة ولحسابه عملاً تجارياً) اضافة الى نص الفقرة الاولى من المادة العاشرة التي اشترطت بلوغ ثماني عشر سنة . نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (٩٩٠) في (٤ / ٤ / ١٩٧١) .
٤٤١- انظر د. اكرم ياملكي ، التشريعات المتعلقة بالتجارة البرية في الدول العربية ، محاضرات مسحوبة بالرونيو ملقاة على طلبة الدراسات العليا في قسم الدراسات القانونية بمعهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٨ / ١٩٨٩ ، ص١٧.
٤٤٢- انظر سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص ١٦٧ .
٤٤٣- د. فوزي عطوي ، القانون التجاري ، ط١ ، دار العلوم العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص ١١٢ ود. فوزي محمد سامي ود. محمد فواز المطالقة ، شرح القانون التجاري ، ج١ ، ط١ ، الإصدار الثالث عشر ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٢-١٠٤ ود. طالب حسن موسى ، مبادئ القانون التجاري ، ط١ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص ١٠٩ وما بعدها . وقد اكدت محكمة التمييز

العراقية على مسألة مزاولة مهنة التجارة اذ تقول في قرار لها (يعتبر التاجر قد زاول عمل تجارياً اذا عقد مقاولة مع احدى الشركات واتفق على اقتسام الارباح ولو كان اسمه قد شطب في غرفة التجارة ...) قرارها المرقم (٣٧٤ / هيئة عامة اولى / ١٩٧٥ في ٢٤ / ١ / ١٩٧٦) ابراهيم المشاهدي (اعداد) المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز ، القسم التجاري ، مطبعة الجاحظ ، بغداد ، ١٩٩٤ ، ص١٢ .

٤٤٤- د. هشام خالد ، المصدر السابق ، ص٨٠ .

٤٤٥- د. غادة عماد الشربيني ، القانون التجاري الجديد ، الاعمال التجارية ، التاجر ـ الاحوال التجارية ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣ .

٤٤٦- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص ٤٧٠ -٤٧١ .

٤٤٧- انظر دكتور نوري طالباني وكامل عبد الحسين البلداوي و هاشم الجزائري ، القانون التجاري ، القسم الاول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر / جامعة الموصل ، ١٩٧٩، ص ٣٣-٣٥ .

٤٤٨- د. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص ١٩ ، ود. نوري طالباني وكامل عبد الحسين البلداوي وهاشم الجزائري ، المصدر السابق ، ص ١٤-١٦ .

٤٤٩- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٧٠ .

٤٥٠- د. أدم وهيب النداوي ود. هاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، منشورات العاتك ، القاهرة ، بدون تاريخ ، ص ٣٦- ٣٧ .

٤٥١- حول تفصيلات ذلك راجع د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص ٤٦٣-٤٦٧.

٤٥٢- انظر د. عمر محمود المخزومي ، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية ، الطبعة الأولى / الاصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ ، ص ٦١ – ٦٢ .

٤٥٣- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص ٤٦٢ – ٤٦٣ .

٤٥٤- انظر د. عبد القادر محمد شهاب ، اساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي ، ط١ ، منشورات جامعة قاريونس ، بنغازي ، ليبيا ، ١٩٩٠ ، ص٩٧ .

٤٥٥- انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الإعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو امريكي ، بدون دار نشر ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ١٢٨-١٤١ .

٤٥٦- عبد الباقي البكري ، وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص٦٩-٧٠ .

٤٥٧- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص ٤٧١ .

٤٥٨- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٧٧ .

٤٥٩- باقر عبد الكاظم علي ، وسائل تسوية منازعات الاستثمار تحت مظلة (ACSID) وضمانات اطراف النزاع فيها ، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية تصدرها كلية القانون / جامعة القادسية ، العدد الاول ، المجلد الخامس ، حزيران ، ٢٠١٢ ، ص٣١٥ .

٤٦٠- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص ٤٧١ .

٤٦١- هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمه الدكتور اكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية (١١) ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص ١٦٩-١٧٢ .

٤٦٢- حول الصفة الدولية لعقد البوت راجع الفقرة الخاصة التي تبحث في عقد البوت بإعتباره عقداً من عقود الأشغال العامة الدولية .

٤٦٣- حول هذه المعايير وتفصيلاتها راجع د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، النظرية العامة ـ التاجر ـ العقود التجارية ـ العمليات المصرفية ـ القطاع التجاري الاشتراكي ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، بدون تاريخ ، ص ٣٢- ٣٨ ، ود. طالب حسن موسى ، المصدر السابق ، ص٥٨-٦٢ .

٤٦٤- راجع تفصيلات ذلك لدى د. بشار محمد الاسعد ، المصدر السابق ، ص٧٣- ٨٥ .

٤٦٥- انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٢١-١٢٥.

٤٦٦- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٧٢ .

٤٦٧- انظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص ١٦٨ .

٤٦٨- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٧٢-٤٧٤ .

٤٦٩- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٣٨٨.

٤٧٠- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٢٤-١٢٥ .

٤٧١- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٠٠ .

٤٧٢- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٦٠٧ .

٤٧٣- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٠٠ و د. وليد حيدر جابر، المصدر السابق ، ص٥٩٣ .

٤٧٤- د. احمد حسان حافظ مطاوع ، المصدر السابق ، ص٧٧ .

٤٧٥- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٠٠.

٤٧٦- نفس المصدر ، نفس الصفحة .

٤٧٧- عبد الله طالب محمد الكندري ، هامش ص٣٨.

٤٧٨- د. احمد محمد أحمد بخيت ، المصدر السابق ، ص ٢٧-٢٨ .

٤٧٩- انظر د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٧ -١٨٨ .

٤٨٠- انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٤٢ .

٤٨١- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٦ .

٤٨٢- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٤٧ .
٤٨٣- انظر سميرة حصايم المصدر السابق ، ص٥٩-٦٠ .
٤٨٤- د. الياس ناصيف العقود الدولية ، ص ٣٥٢.
٤٨٥- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص ٣٤ .
٤٨٦- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٤٣ .
٤٨٧- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٦٠ .
٤٨٨- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص ٣٤ -٣٥.
٤٨٩- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٤٣ .
٤٩٠- انظر د. عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد ، ص٣٦ .
٤٩١- انظر محمد الزين ، النظرية العامة للالتزامات ، ج١ ، العقد ، مطبعة الوفاء ، تونس ، ١٩٩٣ ، ص ١١٥-١١٦ .
٤٩٢- الفقرة الأولى من المادة ٩١ من القانون المدني العراقي والمادة (١٠١) من القانون المدني المصري .
٤٩٣- د. كمال قاسم ثروت ، شرح احكام عقد البيع ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٢٦ .
٤٩٤- انظر عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الاول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، ط٣ الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٦٥ وما بعدها .
٤٩٥- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٥٣-٥٤ .
٤٩٦- انظر د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق ، ص٣٣ .
٤٩٧- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٥٦-٧٠
٤٩٨- د. مصطفى عبد الحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٩٠ .
٤٩٩- حول مفاوضات شركة المشروع مع الجهات الحكومية انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ٧٠-٨٤ ، ود. مصطفى عبد الحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٨٩-٩٦ .
٥٠٠- حول مفاوضات شركة المشروع مع الآخرين من غير الجهة الحكومية المتعاقدة أنظر د. مصطفى عبد الحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص ٩٦-١٠٠ .
٥٠١- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٣٨٠ .
٥٠٢- انظر نفس المصدر ، ص ٣٧٩-٣٨٥ .
٥٠٣- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٢٠٥ -٢٠٦ .
٥٠٤- فريد فتيان ، المصدر السابق ، ص٣٧ .
٥٠٥- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١، المجلد الاول ، ص١٨٣- ١٨٤ .
٥٠٦- التعريف الذي اورده المشرع العراقي هو نفس ما ورد في المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران والمادة (١٠٤) من مجلة الاحكام العدلية التي تعد بمثابة القانون المدني في الدولة العثمانية . انظر فريد فتيان ، المصدر السابق ، ص٢٥-٢٦.
٥٠٧- محمد الزين ، المصدر السابق ، ص٩٢ .
٥٠٨- يتطابق النص مع نص المادة (٨٩) من القانون المدني الليبي ولا مقابل لها قريب في القانون المدني العراقي حيث فصل المشرع العراقي موضوع العقد الى اركانه متناولاً صحة التراضي وعيوب الارادة وغيرها . ويمكن القول ان نص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي تحمل ذات المضمون اذ تنص (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) .
٥٠٩- عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١، المجلد الاول ، ص٦٩٧.
٥١٠- بيار ماير وفانسان هوزيه ، المصدر السابق ، ص٦٧٥.
٥١١- د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه ، مطبعة وأوفسيت عشتار ، بغداد ، ١٩٨٥ ، ص ٣٥.
٥١٢- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٢٨٦-٢٨٧.
٥١٣- نفس المصدر ، ص٣٤ .
٥١٤- يطابقها نص نفس المادة في القانون المدني الليبي ولا يوجد نص مماثل في القانون المدني العراقي إلا ان نص المادة (٧٣) منه والسابق الاشارة إليها تحمل ذات المضمون .
٥١٥- انظر د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٨٠ .
٥١٦- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص ٨٤ الذي يشير الى النقض المدني رقم ٩٩ جلسة ٢٨/ ٣ / ١٩٦٦ ، مجموعة احكام النقض ، ش١٧ ، ص ٧٣٠ ، والطعن رقم ٣٣٣ ، جلسة ٢/ ١٢/ ١٩٦٧ ، المجموعة رقم ١٣ ، س١٠ ، ص١٦٦ .
٥١٧- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٨٠ -١٨١ .
٥١٨- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص٨٤-٨٥ .
٥١٩- انظر عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، ج١، ط٢ الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ ، ص١٤٧ وما بعدها وكذلك الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ص١٨٢ وما بعدها ود. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٥٧ وما بعدها .

٥٢٠- فريد فتيان ، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي والفقه المدني ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، ١٩٨٥ ، ص ٧٥ .
٥٢١- يقابلها نص المادتين (١٠٦) من القانونيين المدنيين المصري والليبي .
٥٢٢- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص١٠٧-١٠٨ .
٥٢٣- الفقرة ب من الملحق رقم (٣) . انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .
٥٢٤- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص١٠٢ -١٠٩ .
٥٢٥- يقابلها نص المادتين (١٢٠) من القانونيين المدنيين المصري والليبي .
٥٢٦- د. محمد جابر الدوري ، عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية ، دراسة مقارنة ، مطبعة الشعب ، بغداد ، ١٩٨٨ ، ص٥٧ .
٥٢٧- استكمل المشرعان المصري والليبي احكام الغلط في المواد (١٢١- ١٢٤) والاختلاف الحاصل بين نصوص القانون العراقي عن المصري والليبي مرده اخذ المشرع العراقي بعض الاحكام الخاصة بالغلط من الفقه الاسلامي . انظر د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص١٤٦ - ١٥٤ و د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٥٩- ١٦١ .
٥٢٨- انظر د . حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج٢ ، الخطأ ، ط١ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٦ ، ص٥٩٦-٥٩٧.
٥٢٩- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص ١٦٤-١٦٥ .
٥٣٠- محمد الزين ، المصدر السابق ، ص ١٣٤ .
٥٣١- انظر زهير الزبيدي ، الغبن والاستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعة بغداد ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١٦٢ .
٥٣٢- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر التزام ، ص١٦٧-١٦٨ .
٥٣٣- تقابلها المواد (٣٥٧- ٣٥٨- ٣٦٠) من مجلة الإحكام العدلية (١٢٥-١٢٦) من القانونين المدنيين المصري والليبي .
٥٣٤- د. محمد جابر الدوري ، عيوب الرضا ، ص١١٩ .
٥٣٥- حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص٣٠١ .
٥٣٦- انظر على سبيل المثال د. لطيف جبر كوماني وعلي كاظم الرفيعي ، القانون التجاري لطلبة كليات الادارة والاقتصاد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ٢٠٠٠، ص٤٨٧ ود. باسم محمد صالح ، القانون التجاري ، القسم الاول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، بدون تاريخ ، ص١٨٤-١٨٥ .
٥٣٧- انظر د. علي عبد الامير قبلان، المصدر السابق ، ص٤٦٥-٤٦٦ .
٥٣٨- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص١٠٥-١٠٦ .
٥٣٩- انظر عبد الله طالب محمد الكندي ، المصدر السابق ، ص١٩.
٥٤٠- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ص٢٠٣-٢٠٤.
٥٤١- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص١٠٧-١٠٨.
٥٤٢- انظر د. مهند مختار نوح ، المصدر السابق ، ص٢٢٢ .
٥٤٣- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص١١٠-١١٢.
٥٤٤- انظر نفس المصدر ، ص١١٢-١١٣ .
٥٤٥- انظر د. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ص٨٥ .
٥٤٦- د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٠٦ .
٥٤٧- وهو نفس نص المواد (١٠٥) من القانون المدني الاردني و(١٠١) من القانون المدني الليبي الذي يتطابق مع ذات المادة من القانون المدني المصري التي تشكل اصلاً لهذه النصوص ، انظر د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ١٠٨-١٠٩ .
٥٤٨- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ص٤٠٨ ود. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٧٥ .
٥٤٩- د. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ص١٣٦ ، وفريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص١٠٣.
٥٥٠- تقابلها نصوص المواد (١٣١، ١٣٢، ١٣٣ ، ١٣٥) من القانونيين المدنيين المصري والليبي .
٥٥١- فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص١١١ .
٥٥٢- انظر مهند مختار نوح ، المصدر السابق ، ص ٥١-٥٣.
٥٥٣- انظر د. محمد عبد الظاهر حسين ، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ ، ص ٩٠ ـ ٩١ .
٥٥٤- حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص ١٣١ – ٢٦٥ .
٥٥٥- انظر فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص١٠٣-١١٢ .
٥٥٦- احمد محمد مصطفى نصير ، المصدر السابق ، ص ٨٦٧-٨٦٨ .
٥٥٧- مؤلفة الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ص٤٥١.
٥٥٨- نفس المصدر ، نفس الصفحة .
٥٥٩- فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص١٣١ .
٥٦٠- انظر منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٩٠ .

٥٦١- انظر د.علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٦٧ .
٥٦٢- نفس المصدر ، ص٤٦٦ .
٥٦٣- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٥٤-٢٧٤ ود. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٢٨٠ – ٢٨٩.
٥٦٤- د. عبد السلام علي المزوغي واخرون ، نظرية العقد ، ص١٨٣ .
٥٦٥- انظر عبد المنعم موسى ابراهيم ، حسن النية في العقود ، دراسة مقارنة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ ، ص٤٢-٥٣ .
٥٦٦- سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص١٢١ .
٥٦٧- نفس المصدر ، نفس الصفحة .
٥٦٨- تقابلها المادة (١٤٨) من القانونين المدنيين المصري والليبي .
٥٦٩- انظر د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٢٩٢-٢٩٤ .
٥٧٠- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٢٨٠-٢٨٩.
٥٧١- انظر عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة جديدة منقحة ، كلية القانون / جامعة بغداد ، منشورات مكتبة السنهوري ، بغداد بدون تاريخ ، ص١١٢-١١٧ .
٥٧٢- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٦٤-٢٦٩.
٥٧٣- انظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل ، المصدر السابق ، ص٤٨ .
٥٧٤- د. هاني علي الطهراوي ، المصدر السابق ، ص٢٦٥ .
٥٧٥- د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص٣٥ .
٥٧٦- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٧٥ .
٥٧٧- نفس المصدر ، ص٢٨٤ -٢٨٩.
٥٧٨- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص٢١٠ .
٥٧٩- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٦٨.
٥٨٠- نفس المصدر ـ ص٤٦٧.
٥٨١- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٩١ .
٥٨٢- انظر د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٦٨-٤٧٠
٥٨٣- نفس المصدر ، ص ٤٦٩ .
٥٨٤- سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص١٠٠ .
٥٨٥- حول تنفيذ العقد انظر د. انور سلطان ، مصارد الالتزام في القانون الاردني ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ، ط١ ، الاصدار الثالث ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٧ ، ص١٩٤ وما بعدها .
٥٨٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، ص٩٢٦.
٥٨٧- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١١٠-١١٥.
٥٨٨- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٩-١٩٠.
٥٨٩- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٠١ .
٥٩٠- انظر عبد المجيد الحكيم ، الاعتبار كركن في العقد ، ص ٣٥٢-٣٥٣.
٥٩١- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٢١٩-٢٢٠.
٥٩٢- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٠٥-١٠٦.
٥٩٣- د. هيام مروة ، المصدر السابق ،ص٢٣٤.
٥٩٤- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٢٢٧-٢١٣.
٥٩٥- المادة (٧٦) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري .
٥٩٦- تقابلها المادتان (١٩٩) من القانون المدني المصري (٢٠٢) من القانون المدني الليبي .
٥٩٧- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٠٦-٢٠٧ .
٥٩٨- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١١٨.
٥٩٩- راجع المبحث الأول من الفصل الأول من هذه الدراسة .
٦٠٠- وهذا ما نصت عليه المادة (١٣٣٤) من القانون المدني الفرنسي ، انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ن ص٦٩٨.
٦٠١- أنظر د. إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٢٧٩-٢٨٠ .
٦٠٢- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٢١١.
٦٠٣- المادة (٧٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩) المنشور في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم (٢٧٢٨) في (٣/ ٩/ ١٩٧٩) انظر هذا الخصوص د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الاثبات ، بدون دار نشر ، بغداد ، ١٩٨٣، ص١٦٦.
٦٠٤- د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة ، ج١ ، ط١، مطبعة اوفسيت الوسام ، بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٩٤.
٦٠٥- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٨٥.
٦٠٦- وهذا ما يراه عبد الله طالب محمد الكندري ، في مؤلفه سابق الذكر ، ص١٠٤ .

٦٠٧- نفس المصدر ، ص١٠٥ .
٦٠٨- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٨٥-٨٧ .
٦٠٩- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٧٩-٣٩٨.
٦١٠- انظر عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص ١٥٧-١٦٠.
٦١١- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق ، ص٩ .
٦١٢- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١١٩-١٢١ .
٦١٣- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ،ص٢٨٠-٢٨٦ ود. عبد الستار ابو غدة ، المصدر السابق ، ص٩ .
٦١٤- د. انور سلطان ، المصدر السابق ، ٢١١.
٦١٥- انظر محمد المالقي ، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ، منشورات مركز الدراسات والبحوث والنشر في كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية في الجامعة التونسية ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ، تونس ،١٩٩٠ ، ص٢٢- ٢٣ .
٦١٦- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٢١-١٢٢.
٦١٧- د. الياس ناصيف ، سلسلة ابحاث قانونية مقارنة ، ص ١١٨-١١٩ .
٦١٨- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٢٣-١٢٤.
٦١٩- انظر محمد جبر الدوري ، عيوب الرضا ، ص٢٥٤ .
٦٢٠- انظر علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص ٤٦٦ .
٦٢١- د. غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي في العقد اثناء تنفيذه ، منشورات مركز البحوث القانونية (١٣) ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦ ، ص٥ .
٦٢٢- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص ٤٩٧-٤٩٨ .
٦٢٣- انظر د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الاداري ، ط١ ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع ، العراق ، النجف ، ص٦٢-٦٣.
٦٢٤- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٧١ .
٦٢٥- انظر د. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ص ٢٠٩- ٢١٦ ود. عبد السلام علي المزوغي واخرون ، نظرية العقد ، ص١٧١-١٧٢ ويقابل هذه النصوص نص المادة (١٤٨) من القانون المدني السوري وهذه النصوص تتطابق مع النصين المصري والعراقي .
٦٢٦- د. عبد الستار ابو غدة ، المصدر السابق ، ص٩ .
٦٢٧- انظر غازي عبد الرحمن ناجي ، المصدر السابق ، ص٥١- ٥٢.
٦٢٨- حول تفصيلات ذلك انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ص٧٠٨-٧١٨.
٦٢٩- انظر د. علي عبد الامير قبلان ، مصدر سابق ، ص٤٧٢.
٦٣٠- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٥٤١-٥٤٢.
٦٣١- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٧٣-١٧٤ .
٦٣٢- يقابلها نص المادتين (١٦٥) من القانون المدني المصري و (١٦٨) من القانون المدني الليبي.
٦٣٣- د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص٣٩٣-٣٩٤.
٦٣٤- انظر د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٧١ .
٦٣٥- حول تضمن الدساتير العراقية لنظرية الظروف الاستثنائية أنظر د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، المصدر السابق ، ص٧٢-٧٧.
٦٣٦- د. غازي عبد الرحمن ناجي ، المصدر السابق ، ص٦١-٦٤.
٦٣٧- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٢٥وعبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٦٩.
٦٣٨- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ، ص١٦٩.
٦٣٩- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٢٦-١٣٠.
٦٤٠- عبد الله طالب محمد الكندري ، المصدر السابق ـ ص١٧٠-١٧١ .
٦٤١- د. علي عبد الامير قبلان ، المصدر السابق ، ص٤٧١.
٦٤٢- د. الياس ناصيف ، العقود الدوالية ، ص٣٣٤ .
٦٤٣- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١١٩-١٢٠.
٦٤٤- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٣٨.
٦٤٥- نفس المصدر ، ص١٤٣-١٤٦ .
٦٤٦- انور طلبة ، المسؤولية المدنية ، ج١ ، المسؤولية العقدية ، ط١ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٧٨.
٦٤٧- د. هيام مروة ، المصدر السابق ، ص٢٢٨ .
٦٤٨- د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٥-١٨٦.
٦٤٩- انظر د. عبد الرزاق محمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الاول ، مصادر الالتزام ، ص٦٧٦-٧٠٣. وسميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٢١-١٢٢ .

٦٥٠- انظر د. عبد المجيد الحكيم ، وعبد الباقي البكري ، ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، ج٢ ، احكام الالتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص١٦-١٩.
٦٥١- د. محمد عبد المجيد اسماعيل ،المصدر السابق ، ص١٨٥.
٦٥٢- د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٤٩١.
٦٥٣- د. محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر السابق ، ص١٦-١٧ .
٦٥٤- انظر د. محمد حسن منصور ، المصدر السابق ، ص٣٦٠-٣٦١.
٦٥٥- انظر د. عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٧١-١٧٢. الذي يشير الى قرار محكمة القضاء الاداري في الدعوة المرقمة (١٥٥٤) في ١٢/١٢/ ١٩٨٢ لسنة ٣٠ق.
٦٥٦- د. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ص٢١٧-٢٢٠.
٦٥٧- محمد الزين ، المصدر السابق ، ص٢٨٩ .
٦٥٨- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٣٨٩.
٦٥٩- انظر د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد والاطلاق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠، ص٢٥٧-٢٦٣.
٦٦٠- انظر د. غازي فيصل مهدي ود. عندان عاجل عبيد ، المصدر السابق ، ص٢٣٠-٢٣٢ .
٦٦١- مؤلفه المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج٢ ، الخطأ ، ص٥٩٥ .
٦٦٢- انظر د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، المصدر السابق ، ص٢٧-٢٨.
٦٦٣- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٢٣٧-٢٣٩.
٦٦٤- انظر سميرة حصايم ، االمصدر السابق ، ص٨٧ود. يوسف محمود ود عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، المصدر السابق ، ص١٨٥.
٦٦٥- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص٨٧ .
٦٦٦- خص المشرع العراقي عقد المقاولة بالمواد (٨٦٤- ٨٩٠) من القانون المدني والمشرع الليبي من المواد (٦٤٥- ٦٦٦) من القانون المدني .
٦٦٧- انظر د. محسن عبد الحميد ابراهيم البيه ، حقيقة ازمة المسؤولية المدنية ودور تامين المسؤولية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصور ، مصر ، ١٩٩٣ ، ص٤٠ وما بعدها .
٦٦٨- انظر د.السيد محمد السيدعمران ، فكرة حول تأثير نظم التأمين على فكرتي المسؤول والمضرور ، كلية الحقوق / جامعة الاسكندرية ، ١٩٩٠ ، ص٣٦.
٦٦٩- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١ ، الضرر ، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص٢٨٦.
٦٧٠- د. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ص ٣٤٥.
٦٧١- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١ ، الضرر ، ص ٢٨٣ .
٦٧٢- د. محمد عبد الظاهر حسين ، المصدر السابق ، ص١٥.
٦٧٣- د. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج١ ، الضرر ، ص ٥٩٥-٥٩٩.
٦٧٤- انظر د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، احكام الالتزام ، ص٣٥-٤١.
٦٧٥- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٢٤.
٦٧٦- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٣١.
٦٧٧- د. جابر ابراهيم الراوي ، مبادئ القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامها في القانون العراقي والمقارن ، ط٢ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٦، ص٢٩٠.
٦٧٨- انظر د. حسن محمد الهداوي ود. علي غالب الداودي ، القانون الدولي الخاص ، ج١ ، وزارة التعليم العلي والبحث العلمي ، بغداد ، بدون تاريخ ، ص ٢٧٨-٢٧٩، ود. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص ٢٢٠-٢٢٥.
٦٧٩- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٣١-١٣٢.
٦٨٠- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٤٤-٣٤٥.
٦٨١- باقر عبد الكاظم علي ، المصدر السابق ، ص٣٢٠.
٦٨٢- ريمة خطيب ،ماهية عقد البوت وواقعه العملي ، مذكرة مقدمة الى كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة ٨ ماي ١٩٤٥ ، بدون دار نشر الجزائر ، ٢٠١٣/ ٢٠١٤، ص٤٣ .
٦٨٣- حول التوفيق والياته كطريق لتسوية المنازعات في عقود الاستثمار راجع باقر عبد الكاظم علي ، المصدر السابق ، ص٣١٦-٣٢٢.
٦٨٤- د.محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٧٧.
٦٨٥- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٣٤.
٦٨٦- باقر عبد الكاظم علي ، المصدر السابق ، ٤٧٧.
٦٨٧- انظر د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٧٧.
٦٨٨- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٣٢-١٣٣ .
٦٨٩- ريمة خطيب ، المصدر السابق ، ص٤٣.
٦٩٠- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٣٥-١٣٦.
٦٩١- د. احمد خليل ، قواعد التحكيم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٤-٤١.

٦٩٢- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٧٦.
٦٩٣- أنظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٣٧.
٦٩٤- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٤٦ .
٦٩٥- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ١٣٨.
٦٩٦- د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٨٨.
٦٩٧- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ٣٤١-٣٤٣.
٦٩٨- انظر د. شريف يوسف خاطر ، المصدر السابق ، ص١١١-١١٢.
٦٩٩- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٤٧.
٧٠٠- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٤٤-٣٤٥.
٧٠١- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ١٣٨.
٧٠٢- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٧٩.
٧٠٣- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٤٨-٣٤٩.
٧٠٤- انور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصروالاقطار العربية ، ج١ ، ط٤ المقتحة ، دار العدالة ، القاهرة ، ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ ، ص ٤٥ و٤٩ و١٨٩ يذكر ان المشرع العراقي خص الشخص المعنوي بشكل عام او كونه جمعيات او مؤسسات بالمواد من ٤٧-٦٠، من القانون المدني .
٧٠٥- د. احمد محمد ديب حجال، المصدر السابق ، ص٢٦٣.
٧٠٦- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٨٥.
٧٠٧- انظر تفصيلات ذلك لدى سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٤٩-١٥١ود. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٤٧.
٧٠٨- حول قضيتي (Aramco) و (Taxaco) راجع د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١١٤-١١٦ .
٧٠٩- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٥٠-١٥١.
٧١٠- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص١٤٧-١٤٨.
٧١١- انظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٥١-١٥٧.
٧١٢- انظر د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٤٧.
٧١٣- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٣٢-٣٣٤.
٧١٤- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٥٨-١٦١.
٧١٥- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٤٧.
٧١٦- انظر المطلب الاول من المبحث الاول من هذا الفصل .
٧١٧- انظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٦٢-١٦٤.
٧١٨- د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، المصدر السابق ، ص١٢٨-١٣٢.
٧١٩- انظر د. وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص٥٨٩.
٧٢٠- انظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٦٨-١٧١.
٧٢١- لقد سبق لنا تناول موضوع المبادئ العامة للقانون عند بحثنا لعناصر قانون التجارة الدولية في المبحث الأول من هذا الفصل .
٧٢٢- انظر سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٦٤-١٦٦.
٧٢٣- انظر نفس المصدر ، ص١٦٥-١٦٦.
٧٢٤- المصدر ذاته ، ص ١٦٧.
٧٢٥- د . وليد حيدر جابر ، المصدر السابق ، ص ٥٨٩
٧٢٦- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص ١٦٧-١٦٨.
٧٢٧- عالج المشرع العراقي الفسخ في المواد (١٧٧- ١٨٣) من القانون المدني ويقابلها في القانون المدني المصري (١٥٧-١٦١) وفي القانون المدني الليبي المواد(١٥٩-١٦٢). انظر د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٤٢٤.
٧٢٨- د. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ص٢١٦.
٧٢٩- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٨١ ونوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠.
٧٣٠- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٢.
٧٣١- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠.
٧٣٢- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٥.
٧٣٣- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٨٢ .
٧٣٤- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٨٢ وريمة خطيب ، المصدر السابق ، ص١٩.
٧٣٥- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠.
٧٣٦- سميرة حصايم ، المصدر السابق ، ص١٢٤.
٧٣٧- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٧-٣٠٣.
٧٣٨- انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، ص٦٧٨-٦٨٠.

٧٣٩- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٤٢٨-٤٣٠، وفريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص٢١٧، ود. محمد علي البدوي ، المصدر السابق ، ٢١٩-٢٢١، ود. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٠٦-٤١١.
٧٤٠- د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص٢٧٦.
٧٤١- انظر فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص٢١٨ .
٧٤٢- د. الياس ناصيف العقود الدولية ، ص٣٨٣،
٧٤٣- سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص١٢٥.
٧٤٤- المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي ، المادة (١٥٢) من القانون المدني المصري ، و(١٦٠) من القانون المدني الليبي .
٧٤٥- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٠٩ .
٧٤٦- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠.
٧٤٧- انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، ص٦٨٩-٦٩٠.
٧٤٨- المواد (١٧٧ /١) من القانون المدني العراقي و(١٥٧ /١) من القانون المدني المصري و(١٥٩ / ١) من القانون المدني الليبي.
٧٤٩- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٤٣١.
٧٥٠- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص ٤٣٢-٤٣٣ود. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣١٨ ود. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٤٢٧-٤٢٨.
٧٥١- ريمه خطيب ، المصدر السابق ، ص٢٠ .
٧٥٢- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٤٣٧-٤٣٨.
٧٥٣- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣١٤-٣١٥.
٧٥٤- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص ٣٨٥، وريمة خطيب ، المصدر السابق ، ص٢٠ .
٧٥٥- انظر د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص٤٣٨- . ٤٤٠
٧٥٦- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٩١.
٧٥٧- نفس المصدر ، ص٣٨٤ .
٧٥٨- ريمة خطيب ، المصدر السابق ، ص٢٠
٧٥٩- سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص١٢٥.
٧٦٠- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٩٢.
٧٦١- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠ .
٧٦٢- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٩٣.
٧٦٣- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٧٢-١٧٤.
٧٦٤- د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص ٣٠٧.
٧٦٥- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠.
٧٦٦- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٧٣
٧٦٧- انظر د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المصدر السابق ، ص٣٠٧-٣٠٩.
٧٦٨- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٨٥.
٧٦٩- ريمة خطيب ، المصدر السابق ، ص٢٠ .
٧٧٠- سميرة حصام ، المصدر السابق ، ص١٢٦.
٧٧١- ريمة خطيب ، المصدر السابق ، ص٢٠ .
٧٧٢- نوفان العقيل العجارمة ، المصدر السابق ، ص١٠٦٠-١٠٦١.
٧٧٣- د. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، ص٣٨٦.
٧٧٤- انظر د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، المصدر السابق ، ص١٥٨ .
٧٧٥- المادة (١٧٠) من القانون المدني العراقي ، و(٢٣٥) من القانون المدني المصري و (٢٢٦) من القانون المدني الليبي .
٧٧٦- فريد فتيان ، مصادر الالتزام ، ص٢٨٣.
٧٧٧- د. منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ٢٨٣ .
٧٧٨- د. عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام ، ص ٤٤٦.
٧٧٩- المادة (١٨٢ /١) من القانون المدني العراقي .
٧٨٠- د. محمد حسين منصور ، المصدر السابق ، ص٣٨٤ .
٧٨١- نفس المصدر ، ص٣٩٩-٤٠١ .
٧٨٢- أنظر د. علي عبد الأمير قبلان ، المصدر السابق ، ص٣٨٠ و ٤٦٨ .

المصادر

القرآن الكريم

اولاً ـ الكتب

١ـ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٠ .

٢ـ إبراهيم المشاهدي (إعداد). المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز . القسم التجاري . مطبعة الجاحظ . بغداد . ١٩٩٤.
٣ـ د. ابراهيم طه الفياض . العقود الادارية . النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن . ط١ . مكتبة الفلاح . الكويت . ١٩٨١ .
٤ـ د. آدم وهيب النداوي . المرافعات المدنية . كلية القانون / جامعة بغداد . ١٩٨٨ .
٥ـ د. آدم وهيب النداوي . شرح احكام الاثبات . بغداد . ١٩٨٣ .
٦ـ د. احمد حسان حافظ مطاوع. التحكيم في العقود الدولية للانشاءات. دار النهضة العربية.القاهرة. ٢٠٠٧
٧ـ د. احمد خليل . قواعد التحكيم . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٣ .
٨ـ د. احمد سلامة بدر . العقود الادارية وعقد B.O.T . مكتبة دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٣ .
٩ـ احمد رشاد محمد سلام . عقد الانشاء والادارة والتمويل (BOT) في مجال العلاقات الدولية الخاصة . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٤ .
١٠ـ د. احمد محمد ديب جحال . القواسم المشتركة لعيوب الرضا . دراسة مقارنة . منشورات زين الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٦ .
١١ـ د. احمد محمد مصطفى نصير . دور الدولة ازاء الاستثمار وتطوره التاريخي. ج١ . دار النهضة العربية . القاهرة . بدون تاريخ.
١٢ـ اسعد فاضل منديل (اعداد) . احكام التحكيم واجراءاته . دراسة مقارنة . ط١ . منشورات زين الحقوقية . بيروت . لبنان . ودارنيبور . الديوانية . العراق . ٢٠١١ .
١٣ـ د. أكرم ياملكي . التشريعات المتعلقة بالتجارة البرية في الدول العربية . محاضرات مسحوبة بالرونيو ملقاة على طلبة الدراسات العليا في قسم الدراسات القانونية بمعهد البحوث والدراسات العربية . بغداد . ١٩٨٨ / ١٩٨٩ .
١٤ـ السيد محمد السيد عمران . فكرة حول تأثير نظم التأمين على فكرتي المسؤول والمضرور . كلية الحقوق / جامعة الإسكندرية . ١٩٩٠ .
١٥ـ د. الياس ناصيف . العقود الدولية . عقد البوت B.O.T في القانون المقارن . ط٢ . منشورات +الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠١١ .
١٦ـ د. الياس ناصيف . سلسلة أبحاث قانونية مقارنة . عقد البوت . المؤسسة الحديثة للكتاب . بيروت . ٢٠١١ .
١٧ـ انور العمروسي . الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني .بمذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية . ج١ . ط٤ المنقحة . دار العدالة . القاهرة . ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ .
١٨ـ د. انور سلطان . مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني . دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي . ط١ / الاصدار الثالث . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . ٢٠٠٧ .
١٩ـ انور طلبة.المسؤولية المدنية.ج١. المسؤولية العقدية . ط١ . المكتب الجامعي الحديث . الاسكندرية . ٢٠٠٧ .
٢٠ـ د. باسم محمد صالح . القانون التجاري . القسم الاول . النظرية العامة . التاجر- العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الاشتراكي . كلية القانون / جامعة القادسية . دار المواهب للطباعة والتصميم . النجف . بدون تاريخ .
٢١ـ د. بشار محمد الاسعد . عقود الدولة في القانون الدولي . ط١ . منشورات زين الحقوقية . بيروت . ٢٠١٠ .
٢٢ـ د. جابر ابراهيم الراوي . مباديء القانون الدولي الخاص في الموطن ومركز الاجانب واحكامهما في القانون العراقي والمقارن . ط٢ . مطبعة المعارف . بغداد . ١٩٧٦ .
٢٣ـ د. حسن علي الذنون. المبسوط في المسؤولية المدنية . ج١ . الضرر . شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة . بغداد . .١٩٩١
٢٤ـ د. حسن علي الذنون . المبسوط في المسؤولية المدنية . ج٢ . الخطأ . اشراف وتنقيح الدكتور محمد سعيد الرحو . ط١ . دار وائل للنشر . عمان . ٢٠٠٦ .
٢٥ـ حسن كيرة . اصول القانون . دار النشر للجامعات المصرية . القاهرة . ١٩٦٣ .
٢٦ـ د. حسن محمد الهداوي ود. غالب علي الداودي . القانون الدولي الخاص . ج١ . وزارة التعليم العالي والبحث العلمي . بغداد . بدون تاريخ .
٢٧ـ د. حسن محمد علي حسن البنان . مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغيير والتطوير . دراسة مقارنة . ط١ . المركز القومي للإصدارات القانونية . القاهرة . ٢٠١٤ .
٢٨ـ د.درع حماد عبد. عقد الإمتياز دراسة في القانون الخاص. ط١ . رم للنشر والتوزيع . بيروت . مكتبة السنهوري . بغداد .٢٠١١ .
٢٩ـ د. زينب كريم الداودي . دور الإدارة في إعداد وتنفيذ الموازنة . ط١ . دار صفاء للنشر والتوزيع . عمان . الأردن . دار نيبور . الديوانية . العراق . ٢٠١٣ .
٣٠ـ زهير الزبيدي . الغبن والإستغلال بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية . دراسة مقارنة . منشورات جامعة بغداد . مطبعة دار السلام . بغداد . ١٩٧٣ .
٣١ـ د. سعدون ناجي القشطيني . شرح قانون المرافعات . ج١ . مكتبة المعارف . بغداد . ١٩٧١
٣٢ـ د. سليمان محمد الطماوي . الوجيز في القانون الإداري . دراسة مقارنة . دار الفكر العربي . القاهرة . ١٩٩١ .
٣٣ـ د. سمير خيري. المشروعية في النظام الإشتراكي. السلسلة القانونية (٧). دار القادسية للطباعة. بغداد. بدون تاريخ .
٣٤ـ د. طالب حسن موسى . مباديء القانون التجاري . ط١ . دار الحرية للطباعة . بغداد . ١٩٧٤ .
٣٥ـ عبد الباقي البكري وزهير البشير . المدخل لدراسة القانون . طبعة جديدة منقحة . مكتبة السنهوري . بغداد . ٢٠١١ .
٣٦ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . ج١ . المجلد الأول . نظرية الإلتزام بوجه عام . مصادر الإلتزام . طبعة جديدة . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٩

٣٧ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، المجلد الثاني ، الإثبات ـ آثار الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
٣٨ ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٧ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ .
٣٩ ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد ، ج١ ، دار الفكر ، بيروت ، بدون تاريخ ، عن أصل نسخة مطبعة دار الكتب المصرية ، ١٩٣٤ .
٤٠ ـ د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد ، ج٢ ، الطبعة الثانية الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ١٩٩٨ .
٤١ ـ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي ، القانون الدولي الخاص ، دار السنهوري ، بغداد ، طبعة بيروت ، ٢٠١٥ .
٤٢ ـ د. عبد السلام علي المزوغي بمشاركة فريق من اساتذة القانون ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الثالث ، النظرية العامة في العقود ، نظرية الإلتزامات ، ج١ ، المصادر الإرادية للإلتزام ، المجلد الأول ، نظرية العقد ، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان ، مصراتة ، ليبيا ، ١٩٩٣ .
٤٣ـ د. عبد السلام علي المزوغي بمشاركة فريق من اساتذة القانون ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الثالث ، النظرية العامة في العقود ، نظرية الإلتزامات ، ج٢ ، المصادر الإرادية للإلتزام ، العقود المتصلة بثروة المجتمع ، ط١ ، الشركة العامة للورق والطباعة ، بنغازي ، ليبيا ، ١٩٩٣ .
٤٤ ـ د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، عقود البوت b.o.t في القانون المقارن ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٨ .
٤٥ـ د. عبد القادر محمد عبد القادر ، دراسات الجدوى التجارية والإقتصادية مع مشروعات ال b.o.t ، منشورات الدار الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠١ / ٢٠٠٢ .
٤٦ـ د.عبد القادر محمد شهاب،أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي،ط١،منشورات جامعة قار يونس،بنغازي،١٩٩٠
٤٧ـ د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظرية العامة في القانون الإداري ، دراسة مقارنة لأسس ومباديء القانون الإداري وتطبيقها في مصر ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ .
٤٨ـ عبد الله طالب محمد الكندري ، النظام القانوني لعقود ال bot ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٤٩ـ د. عبد المجيد الحكيم ، الإعتبار كركن في العقد في القانون الإنكلوامريكي مع مقدمةعامة في التعريف بالقانون المقارن وعلم الخلاف وأهمية الدراسات المقارنة ، بدون دار نشر ، بغداد ، ١٩٩١ .
٥٠ـ د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج١ ، مصادر الإلتزام ، طبعة ثالثة منقحة ومزيدة ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٦٩ .
٥١ـ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون المدني ، ج٢ ، أحكام الإلتزام ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطبعة جامعة بغداد ، بغداد ، ١٩٨٠ .
٥٢ـ عبد المنعم موسى ابراهيم،حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة،منشورات زين الحقوقية،بيروت، ٢٠٠٦ .
٥٣ ـ د. عصام احمد البهجي ، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة ، إإسكندرية ، ٢٠٠٨ .
٥٤ـ علاء آياريان ، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
٥٥ـ د. علي خطار شطناوي ، موسوعة القضاء الإداري ، ج١ ، ط٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١١ .
٥٦ـ د. علي عبد الأمير قبلان ، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ، ج٢ ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١١ .
٥٧ـ د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي ، مباديء وأحكام القانون الإداري ، طبعة جديدة منقحة ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، منشورات مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ .
٥٨ـ د. عمر محمود المخزومي ، القانون الدولي الإنساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية ، الطبعة الأولى / الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٥٩ـ عمر مسقاوي ، نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية ، ط١ ، دار الفكر ، دمشق ، ٢٠١٠ .
٦٠ـ د. عمرو احمد حسبو ، التطور الحديث لعقود إلتزام المرافق العامة طبقا لنظام b.o.t ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ .
٦١ـ د. غادة عماد الشربيني ، القانون التجاري الجديد ، الأعمال التجارية ـ التاجر ـ الأحوال التجارية ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠١٠ .
٦٢ـ د. غازي عبد الرحمن ناجي،التوازن الإقتصادي للعقد أثناء تنفيذه،مركز البحوث القانونية(١٣)، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٦ .
٦٣ـ د. غازي فيصل مهدي ود. عدنان عاجل عبيد ، القضاء الإداري ، ط١ ، مؤسسة النبراس للطباعة والنشر والتوزيع ، النجف ، العراق ، ٢٠١٢ .
٦٤ـ د. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص ، النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي ، ط١ ، منشورات جامعة بغداد ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٦ .
٦٥ـ فريد فتيان ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني ، منشورات معهد البحوث والدراسات العربية ، بغداد ، مطبعة دار واسط ، لندن ، ١٩٨٥ .
٦٦ـ فريد فتيان ، مصادر الإلتزام شرح مقارن على النصوص ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٦ / ١٩٥٧ .

١٧ـ د. فوزت فرحات ، القانون الإداري العام ، الكتاب الأول ، التنظيم الإداري والنشاط الإداري ، تقديم الدكتور خالد قباني ، ط١ ، الناشرون مكتبة الإستقلال ومكتبة الحلبي الحقوقية والمؤسسة الحديثة للكتاب / طرابلس ومكتبة نوفل ومكتبة النيل والفرات ، ٢٠٠٤ .
١٨ـ د. فوزي عطوي ، القانون التجاري ، ط١ ،دار العلوم العربية ، بيروت ، ١٩٨٦ .
١٩ـ د. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ط٥ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
٧٠ـ د. فوزي محمد سامي و د. محمد فواز المطالقة ، شرح القانون التجاري ، ج١ ، ط١ / الإصدار الثالث عشر ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
٧١ـ د. كمال قاسم ثروت ، الوجيز في شرح أحكام المقاولة ، ج١ ، ط١ ، مطبعة أوفسيت الوسام ، بغداد ، ١٩٧٦ .
٧٢ـ د. كمال قاسم ثروت ، شرح أحكام عقد البيع ، دراسة مقارنة ، ط٢ ، مطبعة الرصافي ، بغداد ، ١٩٧٦ .
٧٣ـ د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي ، القانون التجاري لطلبة كليات الإدارة والإقتصاد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ، ٢٠٠٠ .
٧٤ـ د. ماجد راغب الحلو ، القانون الإداري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٧ .
٧٥ـ د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه ، حقيقة أزمة المسؤولية المدنية ودور تأمين المسؤولية ، مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، مصر ، ١٩٩٣ .
٧٦ـ محمد احمد غانم، مشروعات البنية الأساسية بنظام ال B.O.T، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩.
٧٧ـ محمد الزين ، النظرية العامة للإلتزامات ، ج١ ، العقد ، مطبعة الوفاء ، تونس ، ١٩٩٣ .
٧٨ـ محمد المالقي ، محاضرات في شرح القانون المدني التونسي ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ، تونس ، ١٩٩٠ .
٧٩ـ د. محمد المبروك اللافي ، العقود المسماة ، أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع الليبي ، منشورات جامعة ناصر ، طرابلس ، ليبيا ، ١٩٩٢ .
٨٠ـ د. محمد أنيس جعفر ، العقود الإدارية مع دراسة لعقود b.o.t ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .
٨١ـ د. محمد دويدار ، مباديء الإقتصاد السياسي ، ج١ ، مذاهب الفكر الإقتصادي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
٨٢ـ د.محمد جابر الدوري،عيوب الرضا ومدلولاتها الفلسفية في التشريعات المدنية،دراسة مقارنة،مطبعة الشعب،بغداد، ١٩٨٨ .
٨٣ـ د. محمد جابر الدوري ، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه ، دراسة مقارنة ، مطبعة وأوفسيت عشتار ، بغداد ، ١٩٨٥ .
٨٤ـ د. محمد حسين منصور ، العقود الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٩
٨٥ـ د. محمد شريف أحمد ، نظرية تفسير النصوص المدنية ، دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي ، منشورات جامعة بغداد ، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية ، بغداد ، ١٩٨٢
٨٦ـ محمد طه البشير ود. غني حسون طه ، الحقوق العينية ، ج١ ، ط٤ ، منشورات العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، توزيع المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠١٠ .
٨٧ـ د. محمد عبد الحميد أبوزيد ، طاعة الرؤساء ومبدأ المشروعية ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
٨٨ـ د. محمد عبد الظاهر حسين ، رؤية جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وتعلقه بالنظام العام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٤ .
٨٩ـ د. محمد عبد المجيد اسماعيل ، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
٩٠ـ د. محمد علي البدوي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج١ ، مصادر الإلتزام ، ط٢ ، مطبعة الوثيقة الخضراء لفنون الطباعة ، طرابلس ، ١٩٩٧ .
٩١ـ د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية ، المجلد الأولعقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنلوجيا ، الطبعة الأولى / الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٨ .
٩٢ ـ د. محمود عاطف البنا ، العقود الإدارية ، ط١ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .
٩٣ـ محمود مصطفى الزعارير ، سياسة التخاصية ، دراسة قانونية إقتصادية تطبيقية لخصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٤ .
٩٤ـ د. مصطفى الجمال ود. رمضان محمد ابو السعود ود. نبيل ابراهيم سعد ، مصادر وأحكام الإلتزام ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦ .
٩٥ـ د. مصطفى عبد المحسن الحبشي ، الوجيز في عقود البوت b.o.t ، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات ، المحلة الكبرى ، مصر ، ٢٠٠٨ .
٩٦ـ د. مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٦.
٩٧ـ د. ممدوح عبد الكريم حافظ ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن ، ط٢ ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ١٩٧٧ .
٩٨ـ د. منذر الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، ط١ ، بدون دار نشر ، بغداد ، ١٩٩١ .
٩٩ـ د. مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ .
١٠٠ـ موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.

١٠١ـ د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، الوظيفة العامة والقرارات الإدارية والعقود الإدارية والأموال العامة ، الطبعة الأولى / الإصدار السابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠
١٠٢ـ د. نوري طالباني وكامل عبد الحسين البلداوي وهاشم الجزائري ، القانون التجاري ، القسم الأول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي،مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر /جامعة الموصل، العراق ، ١٩٧٩ .
١٠٣ـ د. هاني علي الطهراوي ، القانون الإداري ، ماهية القانون الإداري ، التنظيم الإداري ـ النشاط الإداري ، الطبعة الأولى / الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
١٠٤ـ د. هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤.
١٠٥ـ د.هيام مروة،القانون الإداري الخاص،ط١،المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)،بيروت، ٢٠٠٣.
١٠٦ـ د. وائل محمد السيد إسماعيل ، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود b.o.t وما يماثلها ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
١٠٧ـ د. وضاح محمود الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t ، حقوق الإدارة المتعاقدة وإلتزاماتها ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
١٠٨ـ د.وليد جابر حيدر،التفويض في إدارة وإستثمار المرافق العامة،دراسة مقارنة،ط١،منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٩.
ثانياً ـ الرسائل والأطاريح
١٠٩ـ دويب حسين صابر عبد العظيم ،الإتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام وتطبيقها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة أسيوط ، ٢٠٠٦ .
١١٠ـ سميرة حصايم ، عقود البوت إطار لإستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق / جامعة مولود معمري – تيزو وزو ، الجزائر ، ٢٠١١ .
١١١ـ ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
ثالثاً ـ مصادر مترجمة
١١٢ـ بيار ماير وفانسان هوزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة الدكتور علي محمود مقلد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد) ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
١١٣ـ دومنيك بويو وبرسبير ويل ، القانون الإداري ، ترجمة الدكتور سليم حداد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد) ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
١١٤ـ ميشال جرمان و ج . ريبير و ر. روبلو ، المطول في القانون التجاري ، ج١ ، المجلد الثاني ، الشركات التجارية ، ترجمة منصور القاضي والدكتور سليم حداد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد) ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
١١٥ـ هانس كلسن ، النظرية المحضة في القانون ، ترجمة الدكتور أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية (١١) ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦ .
رابعاً ـ البحوث
١١٦ـ أبو بكر أحمد عثمان ، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق ، مجلة الرافدين للحقوق تصدرها كلية الحقوق / جامعة الموصل ، المجلد العاشر ، العدد ٣٨ ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
١١٧ـ د. احمد سامي مرهون المعموري ، الإطار القانوني لعقد إستثمار مطار النجف الأشرف الدولي ، دراسة قانونية تحليلية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون / جامعة الكوفة ، العدد الخامس ، ٢٠١١ .
١١٨ـ د. احمد محمد احمد بخيت (إعداد) ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة / الشارقة للفترة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١١٩ـ باقر عبد الكاظم علي ، وسائل تسوية منازعات الإستثمار تحت مظلة (ACSID) وضمانات أطراف النزاع فيها ، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية تصدرها كلية القانون / جامعة القادسية ، العدد الأول ، المجلد الخامس ، حزيران ٢٠١٢ ، الديوانية .
١٢٠ـ ظافر طاهر حسان ، دور الإستثمار الأجنبي في تفعيل السياسة الخارجية العراقية ، مجلة دراسات دولية تصدر عن مركز الدراسات الدولية / جامعة بغداد ، العدد الرابع والأربعون ، ٢٠١٠ .
١٢١ـ د. عبد الستار أبو غدة ،عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة / الشارقة للفترة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١٢٢ـ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة / الشارقة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١٢٣ـ د. محمد محمد بدران، النظام القانوني لمشروعات البوت ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي لمشروعات الـB.O.T الذي عقده مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة للفترة من ٧-١٠/٩/١٩٩٧، منشورات المؤتمر .

١٢٤ـ مرتضي الترابي ، عقد البناء والتشغيل والإعادة ، التكييف الفقهي والحكم الشرعي بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة/ الشارقة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١٢٥ـ د. ناهد علي حسن السيد ، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة/ الشارقة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١٢٦ـ نوفان العقيل العجارمة ،عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية ، المجلد الأربعون ، ملحق ١ ، عمان ، ٢٠١٣ .
١٢٧ـ د. هاني صلاح سري الدين ، الإطار القانوني لمشروعاتالبنية الأساسية التي يتم تمويلهاعن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر ، مجلة القانون والإقتصاد تصدرها كلية الحقوق / جامعة القاهرة ، العدد الستون ، ١٩٩٩.
١٢٨ـ د. يوسف محمود ود. عدنان العربيد ورامي كاسر لايقة ، نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية ، سلسلة العلوم الإقتصادية والقانونية ، المجلد الثلاثون ، العدد الثالث ، دمشق ، ٢٠٠٨ .

خامساً ـ مصادر من المواقع الألكترونية

١٢٩ـالصفحة الرئيسية لغرفة تجارة وصناعة الكويت www.kuwaitchamper.com تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٤/١٦.
١٣٠ـ عبد اللّه بن محمد المحيسني ، عقد البوت ، بحث مقدم إلى قسم الشريعة والدراسات الإسلامية / جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، بدون دار نشر ، بدون تاريخ ، منشور على الموقع الألكتروني : Mohisni.com.uppdf,aqt تاريخ المشاهدة ١٦ / ٤ / ٢٠١٦
١٣١ـ د. محمد أديب الحسيني ،عقد البوت ، بحث مقدم إلى قسم الشريعة والدراسات الإسلامية/ جامعة أم القرى، مكة المكرمة، بدون دار نشر، بدون تاريخ، منشور على الموقع الإلكتروني www.startimes.com/?t=26674371 يوم ٢٠١٦/٤/١٢ .
١٣٢ـ فهد نسيبة العصفور ، نظام B.O.T ، وزارة المالية ، إدارة نظم الشراء ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠٠٢ منشور على الموقع الألكتروني : www.mof.gov.kw,PDF https : // تاريخ المشاهدة ١٦ / ٤ / ٢٠١٦
١٣٣ـ محمد محمود عبد اللّه (إعداد) ، المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ B.O.T مع التعرض لتجارب عربية منشور على موقع الشبكة العربية العالمية تاريخ المشاهدة ٢٠١٦/٤/٢٤ www.globalarabnetwork.com,economi .

سادساً ـ المصادر الأجنبية

١٣٤ –Cf. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, tome I, p. 160 et s.; J. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », in AJDA, 1961 .
١٣٥ –F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », in RRJ, 2005-1 .
١٣٦ –Jean – Bernard AUBY et Christine MAGUE , les Contrats de delegation de service public , JCP , 1994.
١٣٧ –J. Ghestin, « La notion de contrat», Dalloz Chronique, 1990 .
١٣٨- J. Moden, Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008, Bruxelles, CRISP, 2008 .
١٣٩––LYONNET DU MUTIER (Michel) , " Financement sur project et partenariat public – prive : La relation entre concedant et concessionaire dans les BOT d' infrastructure '' , Revue trimmestriellepolitique et management public , Volume 21 , No 1 , Mars 2003 .
١٤٠-- M. Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, Paris, LGDJ, 2002 .
١٤١-- M. H. Sinkondo « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in RTDciv, avril-juin 1993 .
١٤٢-- M. Richer, la notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé , Droit des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2001 .
١٤٣-- N. Rouland, Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988 .
١٤٤-- P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique , Bruxelles, Larcier, 2005 .
١٤٥-- P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985 .
١٤٦-- P. Marlière, La social-démocratie domestiquée. La voie blairiste , Bruxelles, Les éditions Aden, 2008