

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري
مدرس القانون المدني-جهاز الاشراف والتقويم العلمي

المستخلص

من الاهداف الاساسية للحكومات في مختلف دول العالم توفير مستوى افضل لمواطنيها، وهو ما استتبع ضرورة تحقيق تنمية اقتصادية، وتعتبر التنمية الاقتصادية الهدف الاساسي لدول العالم اجمع وبصفة خاصة الدول النامية، إلا ان نقص الاموال المستثمرة في الدول النامية ونقص الاعتمادات الحكومية والمساعدات والمنح الاجنبية بالإضافة الى مغالة الدول المانحة او المقرضة في شروطها كل ذلك وضع العراقيل والصعوبات امام تحقيق المعدلات المستهدفة للتنمية الاقتصادية، وازاء هذا تتجه اغلب الدول الى ابرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T لما تحققة من عائدات نقدية واسهام في التنمية الاقتصادية واقامة مشروعات البنى الاساسية وما توفره من فرص عمل، بالإضافة الى ما تقدمه من استعمال للتكنولوجيا وامام هذه المعطيات تظهر العديد من المشاكل في تنفيذ هذه العقود مما يتطلب معالجة قانونية حاسمة، وهذا ما تهدف اليه الدراسة التي صيغت بعنوان " تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T."

Dispute settlement methods arising from BOT contracts

Preparation

Dr. RASHA ALI JASIM ALAMERI
Teacher of THE CIVIL LAW

Abstract

One of the main objectives of governments in different countries of the world is to provide a better level for their citizens, which entailed the necessity of achieving economic development. The exaggeration of donor or lending countries in their conditions, all the obstacles and difficulties to achieve the target rates of economic development, In view of this, most countries tend to conclude contracts for construction, operation and transfer of ownership of B.O.T because of the monetary returns and contribution to economic development and the establishment of infrastructure projects and job opportunities, in addition to the use of technology and in front of these data show many problems in the implementation These contracts require decisive legal treatment.

المقدمة :

تتجه الدراسات الاقتصادية المدنية الى ضرورة تقليص دور الدولة في دعم الاقتصاد، وانه يتطلب تدعيم مشاركة القطاع الخاص في الحركة الاقتصادية الوطنية من خلال تنشيط استثمارات هذا القطاع في مشروعات البنية الاساسية وخاصة بعد الاتجاه نحو العولمة الاقتصادية وذلك من خلال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T باعتبارها احدى الاليات التي لاقت قبولاً من البنك الدولي كاستراتيجية لزيادة الكفاءة من ناحية وخفض الاعباء عن الموازنة العامة ودعم تنمية القطاع الخاص.

وتعدّ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T احدى صور التمويل المباشر من القطاع الخاص إذ تقوم شركة المشروع المتعاقدة مع الدولة ببناء المشروع وتشغيله لمدة من الزمن ولفترة محددة ومن ثم اعادته الى الدولة وضمان سلامته من العيوب وان يكون بحالة جيدة تمكن الدولة من الاستمرار بتشغيله، ولقد اثار تنفيذ عقود الـ B.O.T العديد من المشكلات التي قد تعرقل عمله في أي مرحلة من مراحل العقد، مما يستوجب بيان الاساليب الكفيلة بتسوية هذه المشكلات وضمان استمرار تنفيذ العقد.

حاولنا في هذا البحث تحديد ماهية هذه العقود وذلك من حيث الطبيعة القانونية في المبحث الاول وكيفية اعتماد الوسائل التي يتم من خلالها تسوية المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذه العقود سواء الوسائل البديلة والقضاء والتحكيم في المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T

إن عقود الـ B.O.T تجد جذورها الأولى في القانون الإداري، وتعد امتداداً طبيعياً لعقد التزام المرافق العامة، وأن هذه العقود قديمة وموجودة أصلاً إذ يرجع تاريخ نشأتها الى القرن التاسع عشر، ففي مصر طبق في عقد إنشاء قناة السويس عام ١٨٧٢ حيث كانت أعمال الحفر هي أساس العقد أما الادارة (التشغيل) فقد كان التزام تابع للحفر، فيما يشاع أن الرئيس التركي (توركت اوزال) أول من استخدم تسميته الحالية أي عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T تنفيذاً لمشروع جسر البوسفور^(١).

وعليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين، نخصص الاول لتعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتقييمها. وفي المطلب الثاني نبين الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T.

المطلب الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتقييمها

سنتناول التعريف بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T في الفرع الأول، فيما نخصص الثاني لبيان تقييم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T من حيث مزاياها وعيوبها .

الفرع الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T

(١) د. محمد عبد الله فايد، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ (B.O.T) أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية بنظام (B.O.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٤؛ د. وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (الـ B.O.T) حقوق الادارة المتعاقدة والتزاماتها، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١٠، ص ٣١.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

إن مصطلح الـ B.O.T هو مختصر لكلمات انكليزية ثلاث هي Build والتي تعني باللغة العربية بناء أو تشييد أي إقامة المشروع و Operate وتعني تشغيل أو استغلال أي معناه تشغيل المشروع، و Transfer وتعني تحويل أو تسلم ويقصد بها في إطار عقود البوت إعادة أو نقل ملكية المشروع من المستثمر (شركة المشروع) الى الجهة المتعاقد معها (الدولة أو احدى هيئاتها)^(١).

لقد خلا التنظيم التشريعي للنشاط التجاري والاستثماري في العراق من نص يبين المقصود بعقود الـ B.O.T، إذ اقتصر بالنص على جواز الاستعانة بهذه الصيغ في النشاط الاستثماري. عرفت منظمة الامم المتحدة للتنمية الصناعية (UNIDO)^(٢)، عقود الـ B.O.T بأنها " اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى احد اشخاص القطاع الخاص انشاء احد المرافق الاساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام باعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، ويقوم المتعاقد بادارة وتشغيل المرفق من خلال مدة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنفعين من هذا المرفق، واية رسوم اخرى بشرط ان لا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين المتعاقد من استرجاع الاموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالاضافة الى عائد مناسب على استثمار امواله، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم المتعاقد باعادة المرفق الى الحكومة، او الى شخصية خاصة جديدة، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة"^(٣).

وعرفت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري النموذجي (الانسترال UNCITRAL)^(٤)، عقود الـ B.O.T واطلقت عليها اصطلاح (مشاريع البنى التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص) بأنها " شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لمدة من الزمن احد الاتحادات المالية امتياز وعندئذ تقوم شركة المشروع ببناء وتشغيل وادارة المشروع لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق ارباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع الى الحكومة"^(٥).

وهذا التعريف اقتصادي اكثر منه قانوني حيث ان العملية التمويلية تمثل دافعاً نحو ابرام هذا النوع من العقود وخصوصاً في الدول النامية وان هذا التعريف قد اغفال العملية التعاقدية وهي هنا مهمة

(١) ينظر في ذلك المحامي مورييس نخله وآخرون: القاموس القانوني الثلاثي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٣٧٠، وما بعدها؛ قاموس اكسفورد الحديث، انكليزي_ انكليزي_ عربي، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، سنة ٢٠٠٠، ص ٥٢١، ص ٧٩٣.

(٢) (UNIDO) اختصاراً لـ United, Nation, Industrial, Development, Organization (٣) ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرافق العامة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٤٥؛ د. كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٤. لاحظت المنظمة الاهمية المتزايدة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية لذا اصدرت دليل (UNIDO) عام ١٩٩٥ وهو عبارة عن ارشادات لكيفية الاستفادة من هذا النمط من العقود وبالأخص للدول النامية حيث بينت كيفية خوض المفاوضات العقدية و ابرام مثل هذه العقود. لمزيد من التفصيل ينظر، د. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٧-١٨.

(٤) (UNCITRAL) اختصاراً لـ United Nations Commission on International Trade Law (٥) تقرير لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورته الثانية والعشرين، نيويورك في الفترة من ٢٨ مايو وحتى ٤ يونيو ١٩٩٦ بعنوان الاعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، للمزيد من التفصيل انظر، د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم، دراسة في اطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٤، ص ٢٥؛ د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود الـ B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٣؛ د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، ١٤، سنة ٢٠١٠، ص ٤.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

حيث اننا بصدد ابرام عقد بين الجهة الادارية وشركة المشروع او الملتزم بل ان العقد يلعب دوراً مهماً في تحديد التزامات اطرافه.

فقد عرف بعض الفقه^(١) عقود الـB.O.T **بالمشروعات** بأنها " تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة الى احد الشركات وطنية كانت أو اجنبية، وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أم القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع)، وذلك لانشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته الى الدولة أو الجهة الادارية".

وعرفت عقود الـB.O.T بأنها " العقود التي تبرمها الحكومة (أو احدى الجهات التابعة لها) ويسمى بالمتعاقدين مع احدى الشركات الوطنية أو الاجنبية تسمى شركة المشروع لانشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن على أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز الى الدولة أو المتعاقد"^(٢).

مما تقدم يمكن اعطاء تعريف لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T بأنها: عقد بين طرفين احدهما مالك لمشروع معين، قد يكون الدولة أو احد هيئاتها والثاني مستثمر وطنياً كان أو اجنبياً، على أن يقوم المالك بتقديم الارض اللازمة الكائنة ضمن مشروعه بينما يقوم الطرف الثاني المستثمر بانشاء المشروع بتمويل منه وتشغيله وادارته لفترة من الزمن يتم الاتفاق عليها يستغل المستثمر فيها المشروع لاستعادة ما تكلفه من نفقات ويحقق ارباحاً مناسبة وفي نهاية المدة المتفق عليها يعاد المشروع الى ماله الاصيل.

الفرع الثاني: تقييم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

لابد لنا من التعرض لتقييم عقود الـB.O.T وبيان مزاياها وعيوبها .

أولاً: مزايا عقود الـB.O.T :

١. **تخفيف العبء المالي عن الموازنة العامة للدولة:** يسهم التعاقد بصيغة عقود الـB.O.T في الحد من الاعباء التي ترهق الموازنة العامة مما يمكن الدولة من توجيه الانفاق الى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وارباح مباشرة كقطاع التعليم والصحة، بالإضافة الى أن تنفيذ المشاريع بصيغة عقود الـB.O.T من شأنه تجنب الدولة مساوئ الخصخصة باعتبار ان ملكية المشروع المنفذ ستنتقل للدولة مستقبلاً^(٣).

٢. **خلق فرص عمل جديدة والحد من نسبة البطالة :** أن تنفيذ المشروعات بصيغة الـB.O.T تؤدي الى اقامة مرافق جديدة من خلال الاستعانة بشركات المقاولات الوطنية لتنفيذ تلك المشروعات مما يؤدي الى خلق فرص عمل جديدة، فقد اكدت اغلب التشريعات الوطنية عند ابرامها لعقود الـB.O.T الى الاعتماد على الايدي العاملة الوطنية فقد اكد المشرع المصري في المواد (١٧٤-١٧٦) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ بوجوب الا يقل عدد

(١) د. جابر جاد نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٣٨، د. جيهان حسن سيد احمد، دور السلطة التشريعية في الرقابة على الاموال العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٢٨٣.

(٢) د. احمد السعيد الزقرد، عقود الـB.O.T وآليات الدولة العالمية، بحث مقدم الى المؤتمر العلمي السادس لكلية الحقوق، بعنوان التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي، جامعة المنصورة، المنعقد في ٢٦ _ ٢٧ مارس ٢٠٠٢ .

(٣) د. هاني سري الدين، الصور المختلفة لمشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمة البنية الاساسية وتقييم مزاياها ومخاطرها، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد ٧١، ٢٠٠١، ص٢٦، م.د علي غني عباس، النظام القانوني لعقد البوت الـB.O.T، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة ٧، المجلد ١، العدد ٢٨، كانون الاول، ٢٠١٥، ص٢٩٨.

المصريين العاملين في هذه الشركات، مهما كانت مشاركة الاجانب في اسهمها عن ٩٠% من مجموع العاملين، وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع العراقي حيث اكد على تشغيل الايدي العاملة المحلية الا انه لم يحدد نسبة ما يلزم تشغيله، حيث نصت الفقرة الثامنة من المادة (١٤) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل اذ نصت : " يلزم المستثمر ...ثامناً- تدريب مستخدميه من العراقيين وتأهيلهم وزيادة كفاءتهم ورفع مهاراتهم وقدراتهم، وتكون الاولوية لتوظيف واستخدام العاملين العراقيين"، الا ان المشرع العراقي استدرك تحديد نسبة الايدي العاملة المحلية في المشروع بأن لا تقل عن ٥٠% وذلك في المادة (٣٠/أولاً) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩.

٣. **نقل التكنولوجيا الحديثة :** تستخدم عقود الـ B.O.T كوسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة وتطوير الخبرات الفنية وتدريب العاملين ورفع كفاءة العمالة الوطنية واكتسابهم خبرات فنية عالية وعلى هذا النهج ذهب المشرع العراقي في المادة (٢/ أولاً) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل اذ نصت على أنه " يهدف هذا القانون الى ما يأتي أولاً: تشجيع الاستثمارات ونقل التقنيات الحديثة للاسهام في عملية تنمية العراق وتطويره..." وكذلك المادة (٣٠/ ثانياً) من نظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩ اذ نصت على أنه " تراعي الهيئة عند منح اجازة الاستثمار للمستثمر ما يأتي: ثانياً: استخدام مستوى متطور من التكنولوجيا الحديثة".

٤. **تحسين جودة الخدمات المؤداة عن طريق القطاع الخاص:** تمكن عقود الـB.O.T الحكومات من الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في ادارة وتشغيل المشروعات وبالتالي اعطاء النموذج الافضل الذي تسترشد به المشروعات الحكومية مع امكانية تحسين الخدمة العامة المؤداة لما تتمتع بيه الادارة الخاصة من كفاءة وخبرة وفعالية اكثر من الادارة العامة^(١).

٥. **تحسين اداء سوق الاوراق المالية:** حيث يلجا القطاع الخاص الى مصادر تمويل متعددة منها طرح السندات، او زيادة رأس المال من خلال السوق المحلي، كما يوفر العملة الاجنبية وذلك في الحالات التي يتم فيها الاتفاق على ان يكون تمويل المشروع في الجانب الاكبر منه بالعملة الاجنبية.

ثانياً: عيوب عقود الـB.O.T :

١. **ارتفاع التكلفة الاولى بسبب كثرة الاتفاقات التعاقدية :** لابد من ان تقوم الدولة المانحة بالاعداد والتحضير قبل الاقدام على ابرام عقود الـB.O.T بالاضافة الى قيامها بتحضير دراسات الجدوى الاقتصادية واتمام عملية التفاوض ومن ثم اختيار الشركة التي ستتولى تنفيذ هذه المشروعات ان هذه الاجراءات تستغرق سنوات مما يزيد من تكلفة المشروع ما يشكل اضافة على اعباء الدولة المالية والادارية^(٢)، وكثيراً ما تضطر الدولة في عقد الـB.O.T الى شراء الخدمة سواء استخدمت هذه الخدمة ام لا ذلك أن هدف المستثمر في انشاء المشروع هو الربح الكبير.

٢. **ضعف معدلات الرقابة الحكومية :** تعاني الحكومة المانحة في عقود الـB.O.T خلال مرحلة الانشاء والتشغيل من ضعف معدلات رقابتها خصوصاً في المشاريع ذات التكنولوجيا المتقدمة او التقنية الفنية العالية، بالاضافة الى امتداد نفوذ شركات الاستثمار مما يؤثر على الجهة الادارية وخاصة في البلدان النامية مما لا يجعلها بدورها الطبيعي في مجال الرقابة، بالاضافة الى خروج عقود الـB.O.T من نطاق الاختصاص القضائي والتشريعي للحكومة المانحة خاصة

(١) المصدر نفسه، ص٢٩٧.

(٢) د. وضاح محمود الحمود، مصدر سابق، ص٣٧.

عندما يكون المتعاقد معها عنصراً اجنبياً^(١).
٣. **سريان عقود الـB.O.T لمدة طويلة:** تتميز عقود الـB.O.T بكونها من العقود طويلة الأجل وقد اثبتت التجارب الى ان طول المدة التي يتطلبها تنفيذ هذه العقود تعتبر من معوقات اللجوء اليها لما لها من ابعاد اقتصادية وسياسية يصعب التعامل معها فيما بعد ففي القانون المصري جاء محدداً لهذه المدة بما لا يزيد عن تسع وتسعين سنة في عدة قوانين منها القانون رقم (٢٢٩) لسنة ١٩٩٦ الخاص بالطرق العامة، الا ان المشرع المصري استدرك هذا العائق واصدر القانون رقم (٦٧) لسنة ٢٠١٠ الخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الاساسية وجعلها خمسين عاماً، اما المشرع العراقي فقد اشارت المادة (١٠/ثالثاً) من قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل الى ان " للمستثمر العراقي او الاجنبي حق استئجار الاراضي والعقارات من الدولة او من القطاعين الخاص والمختلط لغرض اقامة المشاريع الاستثمارية عليها لمدة لا تزيد على (٥٠) سنة قابلة للتجديد بعد مراعاة طبيعة المشروع والجدوى الاقتصادية منه".

٤. **المغالاة في منح المزايا للشركات المتعاقدة في عقود الـB.O.T :** ان المزايا التعاقدية الممنوحة للشركات المستثمرة كالتزام الدولة بتأمين الاحتكار بما يضمن سيطرة الشركة على السوق وضمن عدم منافستها تحقيقاً لاسترداد ما انفقته من اموال يترتب عليه اضرار ومساوئ فاذا لم يرتبط المشروع بالاحتكار تلتزم الحكومة المانحة بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع وفي كلا الحالتين هناك ضرر بالاقتصاد الوطني^(٢).

٥. **الاضرار بالعملة الوطنية:** عادة ما يلجأ المستثمر سواء وطنياً أم اجنبياً الى الاعتماد على السوق المحلية للدولة المانحة للحصول على التمويل اللازم وذلك من خلال الاقتراض او طرح السندات ثم يستخدم هذا التمويل لاستيراد المعدات والالات والاجهزة اللازمة لانجاز المشروع مما يؤدي الى زيادة الطلب على العملة الاجنبية وما له من اثار في الضغط على السيولة المتاحة في الاسواق المحلية^(٣).

على الرغم مما تحققه عقود الـB.O.T من مزايا كثيرة للدول النامية، الا ان تطبيق هذه العقود لا يخلو من الصعوبات، لذا يجب على الدول التي ترغب في تطبيق هذه العقود وضع ضوابط وشروط لانجاح المشروعات المقامة بصيغة عقود الـB.O.T وذلك من خلال توافر المناخ السياسي والاقتصادي الملائم، فضلاً عن ضرورة ان تكون المشروعات التي تعتمد على صيغة الـB.O.T ذات طبيعة اقتصادية صناعية أو تجارية سواء اكانت محلية كالكهرباء والمياه، فالمهم هنا ان يكون من شأن المشروع توفير عائد مالي مناسب من تشغيله، كما لا بد من الاخذ بنظر الاعتبار ان تكون مدة العقد كافية للسماح بتشغيل المشروع لفترة معقولة يمكن من خلالها تحقيق العائد المالي اللازم لسداد التكاليف وتحقيق الارباح اللازمة، فمن الضروري مواكبة النظم القانونية والقضائية مع التطور الاقتصادي الذي طرأ على الساحة الاقتصادية في المرحلة المعاصرة .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

(١) ابراهيم عبد الكريم الطيب، النظرية العامة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T في اليمن، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٠.

(٢) علي غني عباس، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

(٣) د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص ١٠، ابراهيم عبد الكريم الطيب، مصدر سابق، ص ١١.

وتثار المشكلة بسبب التفاوت في المراكز القانونية لاطراف هذه العقود حيث تبرم بين طرفين غير متكافئين الدولة بوصفها من اشخاص القانون العام تتمتع بمزايا استثنائية لا يتمتع بها الطرف الثاني المتمثل بشخص من اشخاص القانون الخاص بالاضافة الى التفاوت القانوني هناك التفاوت في المركز الاقتصادي فالدولة على الرغم من انها شخص سيادي وتتمتع بمزايا استثنائية لا تتوافر للمتعاقد معها سواء كان وطنياً او اجنبياً الا انها في كثير من الاحيان تكون في مركز اقتصادي اضعف بكثير من المركز الذي تتمتع به الشركات الاجنبية العملاقة متعددة الجنسيات التي تتعاقد معها والتي قد تفوق ميزانيات بعضها ميزانية الدولة المتعاقدة وخاصة في الدول النامية^(١)، عليه سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول في الاول بانها عقود ادارية والثاني بانها من عقود القانون الخاص وفي الثالث بانها عقود ذات طبيعة خاصة .

الفرع الاول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T عقود ادارية

يذهب فقهاء القانون العام^(٢) الى ان عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T هي عقود ادارية ويستند انصار هذا الرأي الى ان كل اركان العقد الاداري قد توافرت في عقود الـB.O.T فكما استقر القضاء الاداري على ان العقد يعد عقداً ادارياً اذا كان احد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً بمرفق عام، ومتضمناً شروطاً غير مألوفة في نظام القانون الخاص فاذا تضمن العقد هذه الشروط مجتمعة كان عقداً ادارياً، فضلاً عن حق الدولة في ممارسة الرقابة الادارية على العقود، ويذهب هذا الاتجاه الى القول بصعوبة خضوع عقود الـB.O.T لاحكام وقواعد القانون الخاص، واذ ما سلمنا بادارية عقود الـB.O.T فما هي الا امتداد وتطور جديد لعقود التزام المرافق العامة وان القواعد التي تحكم عقد الالتزام تطبق على هذه العقود بالقدر الذي يتفق مع مضمونها. وليس من شك ان عقد التزام المرافق العامة يعتبر من اهم العقود الادارية وهو عقد اداري بطبيعته ومن ثم يصبح عقد الـB.O.T في كل الاحوال عقداً ادارياً متى كانت الادارة طرفاً فيه، واتصل بنشاط مرفق عام وان كانت الصورة التقليدية لعقد الالتزام تعتبر اسلوباً لادارة المرافق العامة، اذ ترى الدولة لاسباب كثيرة ان تتخلى عن ادارة المرفق وتعهد به الى الملتزم فان هذا لا يمنع ان يقوم - الملتزم - بداية بانشاء المرفق وتشغيله مدة العقد ثم اعادته، مرة اخرى الى الجهة الادارية^(٣).

هناك الكثير من الاختلافات بين العقدين يمكن ايجازها بما يلي:

١. في عقد التزام المرافق العامة يقدم الملتزم الخدمة مباشرة الى الجمهور ويحصل على مقابل هذه الخدمة في حين ليس بالضرورة في عقد الـB.O.T ان يتم تقديم الخدمة بهذه الصورة اذ قد تلتزم الدولة بشراء الخدمة مباشرة من المستثمر ثم تتولى بيعها الى جمهور المنفعين^(٤).
٢. كثيراً ما يخلو عقد الـB.O.T من الشروط الاستثنائية التي تعتبر احد عناصر ادارية عقد التزام المرافق العامة وذلك لان الدولة في عقود الـB.O.T تفقد بعض امتيازاتها كسلطة عامة وتفترط في منح المستثمر معها الكثير من المزايا التي تجعلها على قدم المساواة مع الدولة مما يحملها على الاخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين .

(١) د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية، دار الفكر الجامعي، المنصورة، ٢٠٠١، ص٨.

(٢) د. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، مصدر سابق، ص٤٧؛ عمرو احمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـB.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٢١.

(٣) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص٥٣.

(٤) (لبنى عبد الحسين عيسى، النظام القانوني لعقد الـB.O.T " دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٣، ص٤٦؛ د. مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص١٠).

٣. في عقد التزام المرافق العامة تقوم الدولة ببناء المرفق وتعهده فقط للملتزم بتولي ادارته، اما في عقد الـB.O.T فيقوم المستثمر بتصميم المشروع وبناءه وتحمل كافة تكاليفه بالاضافة الى شراء المعدات والالات التي يتطلبها المشروع^(١).

في حين يذهب جانب من الفقه الى القول ان عقود الـB.O.T لا تعتبر من قبيل عقد التزام المرافق العامة بل هي عقد اشغال عامة ويستندون في ذلك الى ان محل العقد هو القيام باعمال انشائية ترد على عقار دائماً على نحو معين وفي مدة محددة تحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الاشغال العامة ذات الطبيعة الدولية^(٢).

الفرع الثاني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T من عقود القانون الخاص

على النقيض من الاتجاه الأول، الذي أضفى الطبيعة الادارية على عقود الـB.O.T الذي يميل الى تغليب اعتبارات السيادة في هذا العقد، في حين يذهب هذا الاتجاه الى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T من عقود القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بشأنها للقضاء العادي ما لم يكن في العقد نص يجيز التحكيم^(٣)، ويؤسس هذا الاتجاه على الاسانيد والحجج الآتية:

١- ان الحقوق والالتزامات متوازية بين الطرفين دون أن يكون للدولة سلطات تميزها عن الطرف الآخر، فليس بها شروط استثنائية غير مألوفة في تعامل الأفراد بعضهم مع بعض، ومن ثم يفقد العقد عنصراً هاماً من عناصر تمييز العقد الاداري^(٤)، وبذلك تصبح الارادة الحرة لطرفي العقد هي الاساس وتأكيداً لهذه المساواة تتمسك شركة المشروع في اغلب الاحيان بعدم تطبيق قانون معين على العقد ويجد المانح نفسه مضطراً الى قبول مثل هكذا نوع من الاتفاق في مرحلة المفاوضات^(٥).

٢- الصفة الاقتصادية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T التي تعتبر صورة حديثة من صور تمويل المشروعات حيث يقوم القطاع الخاص بإنشاء المشروع المتعاقد عليه وتمويله، لذلك يتعين على الدولة أن تتعاقد مع القطاع الخاص بشأن هذا الانشاء والتمويل، طبقاً لآليات اقتصاد السوق، التي تقتضي التعامل مع القطاع الخاص على قدم المساواة وعدم استخدام أساليب وامتيازات السلطة العامة، حيث أن القول بغير ذلك كما في الاتجاه الاول المتمثل بإدارية عقود الـB.O.T من شأنه أن يفضي إلى تخويف المستثمرين، وبالتالي إلى إعراضهم عن الاستثمار مخافة وقوعهم في أي نزاعات مستقبلية مع الادارة، خصوصاً أنها تفرض علاقة تعاقدية بين

(١) د. كمال طلبة المتولي سلامة، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٢) د. محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٥٧.

(٣) د. أنس جعفر، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٨٠-٨١؛ د. محمد الروبي، مصدر سابق، ص ٧٦ وما بعدها؛ د. محمد بهجت قايد، اقامة المشروعات الاستثمارية وفقاً لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية "B.O.T"، أو البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية "B.O.O.T"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨-٢٩؛ د. هاني سري الدين، الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر، مصدر سابق، ص ١٨١.

(٤) ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد الـB.O.T، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٧٨.

(٥) د. عصام احمد البهجي، عقد الـB.O.T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨، ص ١٠١.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

- المستثمر والادارة لفترة زمنية طويلة^(١).
- ٣- إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تتعاقد بذات الاساليب التي يتعاقد بها الأفراد ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرمها الدولة مع طرف اجنبي لانشاء المشروعات بنظام الـB.O.T هي عقود تتعاقد فيها الدولة بأسلوب القانون الخاص ولا تستطيع الدولة أو احدى الهيئات التابعة لها أن تضمنها شروطاً استثنائية، وانه اذا كانت الدولة تستطيع أن تضمن عقودهما في الداخل أساليب وامتيازات السلطة العامة التي تقوم على تمييز جهة الادارة في مواجهة المتعاقد معها، فإن ذلك لا يمكن تطبيقه على العقود التي تحتوي على طرف أجنبي لأن سيادة الدولة محددة داخل اقليمها الجغرافي ومن ثم عليها أن تقف على قدم المساواة مع المتعاقد معها إذا كان اجنبياً^(٢).
- ٤- القبول في التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الـB.O.T فقد اتجهت العديد من الاحكام الصادرة عن محاكم التحكيم، الى اعتبار العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص اجنبية، من عقود القانون الخاص، حيث ذهبت محكمة التحكيم في قضية " ارامكو Aramco " الى رفض اعتبار الامتياز المبرم بين الحكومة السعودية وAramco عقداً ادارياً على أساس أن القانون السعودي الواجب التطبيق على عملية التكييف والواجب التطبيق على العقد، لا يعرف هذه الطائفة من العقود^(٣).
- ٥- النص صراحة على أن عقود الـB.O.T ذات طبيعة خاصة من الناحية العملية فقد يوضح اطراف التعاقد في عقود الـB.O.T ليست عقوداً ادارية وذلك بالنص على عدم خضوعه للقانون العام فيما يتعلق بالمنازعات التي تترتب على هذا العقد وانعقاد الاختصاص للتحكيم أو للقضاء العادي أو النص على أنه لا يجوز تعديل أي من بنود الاتفاق دون التفريق بين هذه البنود الا باتفاق الطرفين^(٤)، فعلى سبيل المثال ما نصت عليه ديباجة عقد سوق المنصور المركزي "تنفيذ هذا العقد يتم وفقاً لاحكام قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل ونظام الاستثمار رقم (٢) لسنة ٢٠٠٩... وبما أن قانون الاستثمار يعد جزءاً من المجموعة القانونية التجارية، عليه يمكن القول بخضوع العقد المذكور لقواعد القانون الخاص، وكذلك المادة (٤/١٨) من العقد المبرم بين هيئة كهرباء مصر وشركة انترجن لتوليد الكهرباء إذ نصت على أنه " توافق الهيئة _ إي هيئة كهرباء مصر _ موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على أن تحريرها وتسليمها وتنفيذها هذه الاتفاقية التي تدخل من ضمن برنامج الضمان والتي هي طرف فيها، وتعتبر تصرفات خاصة وتجارية، ونتاجاً لذلك توافق الهيئة موافقة غير مشروطة وغير قابلة للإلغاء على ما يأتي :- أ. أنها لن تطالب هي أو من ينوب عنها بأي حصانة من الإجراءات لنفسها. ب. أنها تتنازل عن أي حق في الحصانة"^(٥)

(١) د. أحمد سلامة بدر، مصدر سابق، ص ٣٨٤؛ د. هاني سري الدين، الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر، مصدر سابق، ص ١٨٢؛ د. محمد عبد الحميد القاضي، الطبيعة القانونية لعقود الـB.O.T، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٩١.

(٢) علاء ابراهيم محمود، الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٨، ص ٩؛ علي صباح خضير، الطبيعة القانونية لعقد البوت الـB.O.T، بحث منشور في مجلة الكلية الاسلامية الجامعة، النجف، المجلد ١٠، العدد ٣٦، السنة ٢٠١٥، ص ٥٦٢؛ ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٣) للمزيد عن تفاصيل هذه القضية أنظر، د. حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص ٤٦٤ وما بعدها.

(٤) د. محمد الروبي، مصدر سابق، ص ٨٠-٨١؛ ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ١٨٠.

(٥) د. محمد الروبي، المصدر نفسه، ص ٨٠-٨١.

كما تجدر الإشارة الى إن نظام بيع وإيجار عقارات وأراضي الدولة والقطاع العام لأغراض الاستثمار رقم (٧) لسنة ٢٠١٠ المعدل قد تضمن النص صراحة على إمكانية التعاقد وفقاً لنظام البوت في العراق.

وهنا نرى أن تحديد الطبيعة القانونية لعقود الـB.O.T بنظر هذا الاتجاه وهو ما نؤيده تكون بتغليب الغاية من هذه العقود والمتمثلة في التمويل اللازم لإنشاء المشاريع وعَدَّ عقود الـB.O.T من عقود القانون الخاص لأن شركة المشروع تكون على قدم المساواة مع الدولة وبذلك نكون أمام وسيلة لجذب الاستثمارات الأجنبية.

الفرع الثالث: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T ذات طبيعة خاصة

يرى بعض الفقه أن عقود البوت تتم بآليات متعددة وأن لكل عقد ظروفه الخاصة، مما يصعب معه وضع قاعدة عامة تحدد ما إذا كانت عقود البوت عقوداً إدارية أم عقود مدنية ويعتمد هذا الاتجاه الأساس منها أن إبرام هذه العقود يتم بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين مما يجعلها تحمل مفهوماً جديداً في نطاق الدراسات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع^(١)، حيث أنها عقود تتميز بمراحلها فلا تقتصر مهمة المتعاقد (شركة المشروع) على إدارة المرفق وإنما تتضمن أيضاً بناء المرفق وتشغيله ثم الالتزام بتسليمه للجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية مدة العقد، عليه لا بد من مراجعة كل عقد من هذه العقود على حدة وتحليل عناصره لتحديد ما إذا كان عقداً مدنياً أم إدارياً^(٢) فضلاً عن غياب التشريعات الموحدة لتنظيم عقود البوت فباستثناء بعض التشريعات التي صدرت وهي خاصة بمعالجة بعض الجزيئات التي تتعلق بنوعية من مشاريع البنى التحتية وما ينتج عنها من حقوق والتزامات وحتى القوانين المدنية تخلو من أي إشارة إلى هذه النوعية من العقود وبالنتيجة فأن أحكام وقواعد القانون المدني لا تنطبق عليها لأنها ليست عقوداً إدارية ولا مدنية^(٣).

وفقاً لهذا الاتجاه فأن عقود البوت ليست من طبيعة واحدة فقد تكون عقوداً إدارية كما قد تكون من عقود القانون الخاص في أغلب الأحيان وذلك من خلال تحليل كل عقد على حدة لمعرفة النظام القانوني الذي يحكمه فإذا ما أبرم العقد وفقاً لأسلوب المناقصات والمزايدات المتبعة في إطار القانون الإداري، أم سبقته مفاوضات شاقة بين الطرفين، وهل تضمن شرط التحكيم من عدمه بالإضافة إلى أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T التي تتضمن عنصراً اجنبياً والتي تحتوي على استثمارات أجنبية عن طريق الأموال عابرة الحدود والتي تنطبق عليها بعض القواعد الخاصة بالتجارة الدولية فغالباً ما تعتبر من عقود التجارة الدولية.

المبحث الثاني: وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T
نظراً للدور المهم الذي تقوم به هذه العقود من دفع عجلة الاقتصاد للبلاد وذلك بتشجيع الاستثمار الأجنبي وجذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية لإنشاء مشروعات البنية الأساسية، والتخفيف على موازنات الدول ولما تتمتع به عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T من طبيعة فنية مركبة ويستغرق تنفيذها وقتاً طويلاً، فإنه لا بد أن تنشأ منازعات بين أطراف العقد في أي مرحلة من مراحلها سواء كان ذلك خلال (مرحلة الانشاء أم التنفيذ أم الاستغلال) وبما أن هذه العقود تعتبر من العقود التي تتعارض فيها مصالح الأطراف وهم الجهة الإدارية وشركة المشروع معها وطنياً كان أم اجنبياً، إذا أصبح لازماً إيجاد الوسائل الكفيلة بحسم هذه المنازعات أولاً بأول بغية

(١) أنس جعفر، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٢) د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص ٩.

(٣) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مصدر سابق، ص ١٤٣.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

استمرار العلاقة الودية بينهما، أذ لا يكفي ان تحدد الدولة القواعد التي تتعامل على اساسها مع الاستثمارات الاجنبية بل يجب أن يطمئن المستثمرون الى وجود وسائل عادلة لتسوية ما قد ينشأ بينهم وبين الدولة التي يستثمرون فيها من منازعات، فهل تتم تسوية هذه المنازعات عن طريق الوسائل البديلة أم القضاء أم التحكيم؟ وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث اذ سنقسمه الى مطلبين ففي الاول الوسائل البديلة وفي الثاني القضاء والتحكيم .

المطلب الاول:

الوسائل البديلة^(١) لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T تفرض مقتضيات السيادة على الدول وبالأخص النامية منها التمسك باختصاص قضائها الداخلي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الـB.O.T، ولكن حاجة هذه الدول للاستثمارات والتمويل الاجنبي، جعلها تتنازل عن اختصاص قضائها الداخلي، لتعتمد بدلاً منه على الوسائل التي فرضتها المعاملات التجارية الدولية لتسوية المنازعات في مجال الاستثمار ومنها عقود الـB.O.T ، وتتعدد الوسائل الودية البديلة التي يمكن اللجوء اليها لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الـB.O.T، والتي تعتمد على ارادة الاطراف المتنازعة ولا ترجع الى قانون محدد يحكمها ومنها التفاوض، والتوفيق، والوساطة ، والخبرة الفنية.

وتتميز هذه الوسائل البديلة عن التحكيم في أنها تعتنى بأسباب النزاع أكثر من اعتنائها بجوانبه القانونية، وتستهدف الوصول إلى تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة لطرفيه بغير رضاها. بينما لا يبدأ التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T إلا بعد تفاقم النزاع بين اطرافها، الامر الذي يضيف على التحكيم بعض خصائص التسوية القضائية من حيث طول الاجراءات والتركيز على جانبها القانوني دون عناية كافية بالنزاع ذاته^(٢) ، كما تتسم هذه الوسائل بالسرعة في فض النزاع بالمقارنة مع الوقت الذي تستغرقه اجراءات المحاكم والتحكيم، كذلك تتميز هذه الاجراءات بالسرية فلا يتيح للغير الاطلاع عليها فضلاً عن قلة النفقات والشكليات فيما يتعلق بادارة الجلسات وتنظيمها وتقديم البيانات والاتصال باطراف النزاع، فهي اجراءات مبسطة ومرنة وطوعية على اعتبار انها معدة اصلاً لفتح الباب امام المتنازعين للسعي للوصول الى حلول ملائمة لفض النزاع ودياً، بعيداً عن أي شرط شكلي^(٣).

وسنتناول الوسائل البديلة في هذا المطلب في اربعة فروع الاول التفاوض والثاني الوساطة والثالث التوفيق واخيراً الرابع الخبرة الفنية .

الفرع الاول : التفاوض

يعرف التفاوض بأنه الحوار بين طرفي العقد حول مسائل خلافية بهدف تقريب وجهات النظر بين الطرفين بما يؤدي في النهاية الى حل المسائل الخلافية وغالباً ما يكون ذلك تنازل كل طرف عن جزء من مطالبه والتسليم للطرف الاخر ببعض ما يدعيه من حقوق^(٤)، وتظهر أهمية التفاوض كوسيلة لفض المنازعات في كونها عملية يتبادل فيها الاطراف المعنية وجهات النظر، رغبة منهم

(١) الجدير بالذكر ان هذه الوسائل قد ظهرت ابتداءً ليس لحل المنازعات التجارية، وإنما بقصد حل النزاعات السياسية وانهاء العمليات العسكرية بين الاطراف المتنازعة . ينظر د. اكرم فاضل سعيد، المعين في دراسة النظام القانوني لمؤسسات منظمة التجارة العالمية (مع دراسة خاصة عن تأثر العراق باتفاقيات المنظمة أنموذجاً)، الطبعة الاولى، بغداد، دار السنهوري، ٢٠١٤، ص١٣٨.

(٢) د. حسن علي كاظم، الوسائل البديلة واثرها على التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء العدد الخاص بالمؤتمر القانوني الوطني العاشر، ٢٠١٣، ص٩٣.

(٣) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص٤٤٢ ؛ ابراهيم عبد الكريم الطيب، مصدر سابق، ص٤٤٨.

(٤) د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود اليوت الـB.O.T، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠٠٨، ص٣٥.

في تسويتها، علاوة على أنها وسيلة لتجنب نشوب النزاع اذا ما كانت مسألة الخلاف بين اطرافه لم تصل الى درجة النزاع والخصومة .

فالتفاوض يعد وسيلة من وسائل تسوية المنازعات اذا ما اشدت وتيرة الخلاف واتسعت فجوته، سواء وصل الى القضاء ام لا، طالما اتفق اطرافه على ان يتم التفاوض لحسم الخلاف تجنباً للإجراءات التحكيمية أو القضائية^(١)، ويحرص طرفا عقد البوت على النص في العقد على ضرورة اللجوء الى التفاوض لتقريب وجهات النظر حول المسائل الخلافية وهذا ما نص عليه عقد انشاء وتشغيل واعادة مطار مرسى علم المنعقد بين الهيئة المصرية العامة للطيران وشركة كاتو للاستثمار في المادة (١٣) منه تحت عنوان تسوية المنازعات بالنص على أنه " إذا نشأ أي خلاف حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد، وجب عليهما أولاً محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما"، فالاتفاق الذي ينتهي اليه التفاوض يكون مستند التسوية، وهذا الاخير قد يكون مستنداً عرفياً، اذا ما توصل اليه الاطراف عقب تفاوضهم بعيداً عن القضاء والتحكيم، وقد يكون رسمياً اذا ما صادق عليه القاضي المعروض امامه النزاع لتتعلق الدعوى ويصبح سنداً تنفيذياً، يجوز تنفيذ مقتضاه جبراً^(٢)، وغالباً ما تنص الاتفاقيات الدولية على عدم جواز الانتقال الى تسوية المنازعات قبل الاستفادة من هذه الوسيلة^(٣) وهذا ما اشارت اليه المادة (٢) من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار والتي جاء فيها ان على الاطراف تسوية منازعاتهم عن طريق المفاوضات ولا يجوز لهم اللجوء الى التوفيق والتحكيم الا بعد استنفاد سبل التسوية عن هذا الطريق، وان المدة اللازمة للوصول الى حل من خلال المفاوضات هي (٦) أشهر من تاريخ طلب أي طرف الدخول في المفاوضات وبعدها يستطيع المتنازعين البحث عن وسائل تسوية المنازعات الاخرى.

والتفاوض قد يكون عن طريق شخص واحد أو عن طريق فريق كامل _ كلاً حسب الاتفاق عند ابرام العقد _ فقد يتفق اطراف العقد محل البحث في اثناء التعاقد على تحديد مدة زمنية يلتزمون فيها اتباع طريق التفاوض بغية التوصل الى حل النزاع، اذا لا يجوز لهم قبل انتهاء هذه المدة اللجوء الى وسائل تسوية اخرى لتسوية النزاع، وهذا ما نصت عليه المادة (١/١٨) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية الخاصة بمحطة سيدي كرير بنظام الـB.O.T بالنص على أنه " ١ / اذا ثار نزاع يحاول الطرفان تسويته بحسن نية بالتفاوض المشترك خلال ٣٠ يوم من تاريخ ارسال الطرف المتنازع كتاباً بالنزاع للطرف الاخر..."^(٤)، الا ان الالتزام بالاستمرار في عملية التفاوض لا يعني الالتزام بالتوصل الى اتفاق، اذ أن الالتزام هنا هو التزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة، اذ يوصي الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية " الاونسيترال" بشأن صياغة عقود الانشاءات الصناعية، بعدم النص في عقد الاساس على منع اللجوء الى وسائل اخرى للتسوية خلال فترة التفاوض^(٥).

وعادة ما يتم الاتفاق على أن يتم التفاوض بين المديرين التنفيذيين لطرفي النزاع، والذين يوكل اليهم مناقشة الاقتراحات المطروحة للتسوية، لان الهدف من هذا الاجراء هو عرض النزاع على

(١) د. دريد محمود السامرائي، الاستثمار الاجنبي المعوقات والضمانات القانونية، الطبعة الاولى، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، ٢٠٠٦، ص٣١٢؛ ابراهيم عبد الكريم الطيب، مصدر سابق، ص ٤٥١.

(٢) د. ماهر محمد حامد، المصدر السابق، ص٤٤٣.

(٣) د. عصام جميل العسلي، دراسات دولية، منشورات اتحاد الكتاب العرب، ١٩٩٨، ص٨٠.

(٤) د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت الـB.O.T، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٥) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (الاونسيترال)، الأمم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٨، النسخة العربية للدليل، منشور على الموقع الالكتروني:

<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/publications/publications.html> .

اشخاص آخرين غير من كان لهم دور في الوقائع التي ادت الى ظهور النزاع، ويكونون بحكم موقعهم هذا أكثر قدرة على مواجهة النزاع والوقوف على اسبابه الحقيقية، ومن ثم اختيار الحل الأكثر موضوعية ومقبولية لدى طرفي عقد الـB.O.T، ولابد هنا من الإشارة الى أن الرغبة الحقيقية في التفاوض وحسم النزاع هي الأساس الذي تركز عليه عملية نجاح المفاوضات وتقتضي تلك الرغبة أن يعرف طرفي النزاع ان هذا العقد من العقود طويلة المدة، والتي غالباً ما لا تنقضي الا بانتهاء مدتها وان من الأفضل لهما الاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينهما والعلاقات بينهما ما زالت حسنة، وعلى طرفي عقد الـB.O.T أن يعلموا ان التنازل الذي يقدمه احدهما للآخر عند التفاوض سوف يكون اقل بكثير من الخسائر المحققة فيما لو تم اللجوء الى القضاء او التحكيم اللذان يستغرقان مدد طويلة ومصاريف باهضة^(١).

ولضمان سير المفاوضات في اطار حسن النية للتوصل الى حلول مرضية، يجب على كل طرف إعلام الطرف الآخر بكافة الظروف المحيطة بالنزاع، بالإضافة الى الالتزام بمبدأ السرية فيما قدمه الطرف الآخر من مبتكرات صناعية أو تكنولوجية، وعدم افشاء ما قد يدلي به من معلومات مالية أو فنية أثناء عملية التفاوض، أو استخدامها خارج حدود المنازعة القائمة، كما أنه من الضروري قيام اطراف النزاع بتنظيم سير المفاوضات واجراءاتها بكل وضوح، بما في ذلك اللغة المستعملة في التفاوض ومكان وزمان اجراءها، لذا يتوجب على اطراف النزاع في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T تجنب استعمال الصياغات المبهمة او العامة في التفاوض، وبما أن عقود الـB.O.T من العقود طويلة المدة عادة وان الظروف الاقتصادية والاجتماعية تكون عرضة للتغيير مما يؤثر في العائد المتوقع من هذه العقود فقد تتضمن شرطاً يسمح لأطراف النزاع بإعادة التفاوض حول شروط العقد^(٢).

فالشفافية وحسن النية في المفاوضات من الأمور الجوهرية في نجاحها، لاسيما اذا ما ادركنا عدم وجود تنظيم تشريعي لها، واذا ما انتهت عملية التفاوض فأنتنا نكون امام احتمالين لا ثالث لهما هما: الاحتمال الاول: انتهاء المفاوضات بنجاح والوصول الى الحل النهائي للنزاع المعروض وبالتالي لا يكون هناك حاجة في اللجوء الى القضاء أو التحكيم لعودة العلاقة بين طرفي العقد الى سابق عهدها الا أنه يتعين عليهما اثبات هذا الحل بمحرر لمنع المنازعة حوله في المستقبل بحيث يكون هذا المحرر حجة على الطرفين.

الاحتمال الثاني: اخفاق الطرفين في الوصول الى تسوية للنزاع بطريق التفاوض وفي هذه الحالة يتعين على الطرفين اللجوء الى الوسائل الاخرى لحل المنازعات مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يتضمنه العقد من احكام بهذا الخصوص^(٣).

وبالرغم من عدم وجود تنظيم تشريعي للمفاوضات في العراق فلا يوجد في القواعد العامة للتشريع العراقي ما يدعو الى عدم تبني المفاوضات كوسيلة بديلة لحسم وتسوية منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T.

الفرع الثاني: الوساطة

(١) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، التحكيم في عقود الـB.O.T، دار الجامعة الجديدة، مصر، ٢٠١٣، ص ١١٥.

(٢) د. كامران حسين الصالح، وسائل تسوية منازعات عقود الـB.O.T بطرق ودية (التحكيم كنموذج) في ضوء القانون الاماراتي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، من اعمال المؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية والتقليدية والنظم القانونية المستحدثة، يصدرها مجلس النشر العلمي بجامعة الامارات العربية المتحدة، دبي، ابريل، ٢٠١٠.

(٣) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٤٤٤.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

تعد الوساطة هي احدى الوسائل السلمية لتسوية المنازعات، ويقصد بها لجوء طرفي العقد الى طرف ثالث لمساعدتهم على حل النزاع القائم بينهما بهدف الوصول الى اتفاق يجنبهما الكثير من الوقت والنفقات والجهد اذا ما اتجها الى التحكيم او القضاء^(١).

من خلال هذا التعريف يتضح أن هذه الوسيلة انما تتم عبر طرف ثالث يسمى الوسيط، وهو شخص خارج عن المنازعة برمتها، ويتمتع بثقة الاطراف المتنازعة ويمتلك قدرات ومهارات شخصية أو فنية تمكنه من تسوية النزاع.

والوساطة على هذا الشأن هي سياق ارادي يفضي الى توقيع اتفاق يحدد ويبين التصرف المستقبلي لأطراف العقد ويلجأ الوسيط الى العديد من الوسائل والاساليب المتنوعة لمساعدة الاطراف في الوصول الى اتفاق دون أن يكون له سلطة القرار أو التقرير، وينبغي أن تكون لدى الوسيط النية الصادقة والرغبة الحقيقية في الوصول الى حل النزاع والا تكون لديه اهواء ومصالح شخصية^(٢)، وعادة ما يتم الاتفاق على الوساطة بموجب ما يسمى باتفاق الوساطة الذي يدرج كبنء في العقد يحدد بموجبه الوسيط كيفية سير عملية الوساطة ومكانها والمبادئ التي تنطبق عليها، أو يتخذ اتفاق الوساطة شكل المشاركة يتفق عليها الدولة مع شركة المشروع بعد نشوب النزاع

ويتمتع الوسيط بنفوذ ادبي قوي على اطراف عقد الـB.O.T وان كان لا يملك اصدار قرارات ملزمة الا انه يؤثر تأثيرا كبيرا على طرفي هذا العقد، فحينما يفصح الوسيط عن وجهة نظره ويعلن للجهة الادارية وشركة المشروع ان احدهما يجانبه الصواب وان عليه تقديم تنازلات للطرف الاخر فهو يعلن ان موقف احدهما يتسم بالعدالة والموضوعية، اما الطرف الاخر فلا يتمتع ولا يتصف بالعدالة، الامر الذي يدفع الاخير الى تقديم بعض التنازلات ليتسم موقفه بالعدالة وليثبت أنه يريد حل النزاع ودياً^(٣).

ومن هنا يتبين لنا أنه ينبغي على طرفا عقد الـB.O.T ان يتفقا في البداية على اختيار الوسيط الذي لا بد أن تتوفر فيه عدة شروط أولها الالمام الكامل بموضوع الوساطة مسبقاً حتى يتمكن من مناقشة الطرفين في موضوع الوساطة وان يتمتع بقوة الشخصية والقدرة على اجراء الحوار مع سرعة البديهة والقدرة على التصرف وفي جملة القول ان يتمتع بالذكاء بالإضافة الى الالمام بنواحي التجارة الدولية حتى يتمكن من الفصل في النزاع على نحو يتفق مع مقتضيات التجارة الدولية وحتى يكون قراره اكثر عدالة^(٤).

كما يجب ان يقوم طرفا النزاع باختيار الوسيط صاحب الخبرة الكبيرة في موضوع النزاع فاذا كان النزاع قانونيا لوجب عليهم اختيار رجل القانون المتخصص وعندما يتعلق النزاع بمسائل صناعية او هندسية فعلى طرفي النزاع اختيار رجل الصناعة او صاحب الاختصاص الدقيق، بالإضافة الى ضرورة توافر صفات اخرى في الوسيط كالنزاهة والحيادية فعند توافر كل هذه الصفات في شخص الوسيط يكون وبلا ادنى شك قادرا على التأثير على الطرفين لإنهاء المنازعة بينهم^(٥).

(١) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص ١٢٠. والجدير بالذكر ان المادة (١/٦٥) من قواعد الوساطة والتوفيق الصادر من الغرفة العربية التابعة للمنظمة العربية للتنمية الادارية المنبثقة عن جامعة الدول العربية قد عرفت الوساطة بأنها: "اتفاق اطراف علاقة قانونية عقدية كانت او غير عقدية على عرض المنازعات التي نشأت او يمكن ان تنشأ عنها ويجوز عنها الصلح على وسيت او اكثر محايدين يعينونه او يتفقون على طريقة تعيينه لتسويتها ودياً بإبرام اتفاق ملزم لهم".

(٢) ابراهيم عبد الكريم الطيب، مصدر سابق، ص ٤٥٤؛ د. شروق عباس فاضل، النظام القانوني للوساطة، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ١، المجلد ١، العدد ٢، الجزء ٢، كانون الاول ٢٠١٦- ذو الحجة ١٤٣٧هـ، ص ٩٤. د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت الـB.O.T، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٣) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص ١٢١. د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٤٤٧.

(٤) د. ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٤٤٧.

(٥) د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت الـB.O.T، مصدر سابق، ص ٤٠.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

وتعتبر الوساطة وسيلة واحدة ومحبذة لدى اغلب اطراف العقود التجارية الدولية^(١) ومنها عقود الـB.O.T اذ انها وسيلة بسيطة وسهلة ومجدية في حسم منازعات الـB.O.T عن طريق طرف حيادي ونزيه يسهل عليه المفاوضات بين المتنازعين، بالإضافة الى كونها وسيلة اختيارية ولا يوجد فيها أية مخاطر اذ بإمكان أي طرف الانسحاب منها وفي أي وقت يشاء فضلاً عن انها تكفل قدرأ من الخصوصية والسرية بين طرفي عقد الـB.O.T وليس هذا فحسب بل ان من مميزات الوساطة انها قليلة التكاليف ولا تستغرق وقتاً طويلاً قياساً مع وقت القضايا التي تعرض على القضاء^(٢).

ومن امثلة عقود الـB.O.T التي اعتمدت في تسوية المنازعات الناشئة عنها الى وسيلة الوساطة ما نصت عليه المادة (١٣) من عقد التزام منح مطار مرسى علم حيث نصت على أنه " اذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تطبيق او تفسير احكام هذا العقد، وجب حله عن طريق التفاوض بينهما، فإذا لم يصل الى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على احالة الخلاف الى هيئة او شخص يتفقان عليه للفصل فيه....."

الفرع الثالث: التوفيق

يعرف التوفيق بأنه اختيار طرفي عقد البوت الـB.O.T موقفاً أو أكثر يتصف بالحياد ليتولى وضع الحلول الوسط والبدائل المختلفة للمنازعات والخلافات التي تنشأ بين الاطراف^(٣). ويعتبر التوفيق آلية لتسوية المنازعات حيث له خصائص تتمثل في السرية والرضائية وغيرها من الخصائص التي يمكن توظيفها في اطار تسوية المنازعات الخاصة بتنفيذ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ولا سيما في مرحلة الانشاء إذ تنثور مشاكل متنوعة بصدها وبذلك يكون اللجوء الى التوفيق من أكثر الوسائل الملائمة لحلها اذا ما ادركنا اهمية هذه العقود في مشاريع البنية التي تحتاج الى تضافر كافة الاطراف المعنية بها وتعاونهم على انجازها وعدم تعطيلها بسبب منازعات كان الاولى حلها عن طريق التوفيق أو غيره من الوسائل البديلة^(٤)، عليه يكون التوفيق هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النزاع بينهما بطريقة ودية. تتفق كل من التوفيق والوساطة بوصفهما وسائل بديلة لحسم المنازعات حيث انهما يحملان المعنى ذاته اذ نصت المادة (٢) من القانون النموذجي الخاص بالتوفيق الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)، حيث استخدمت اصطلاح التوفيق والوساطة وعدتهما اصطلاحين مترادفين، وساق هذه المادة هو " يقصد بالتوفيق أي عملية سواء أشير اليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل يطلب فيها الطرفان الى شخص آخر أو اشخاص اخرين (الموفق) مساعدتها في سعيها الى التوصل الى تسوية ودية لنزاعها الناشئ عن علاقة تعاقدية او علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق صلاحية فرض النزاع على الطرفين"^(٥).

(١) د. عادل سالم اللوزي، قواعد الوساطة الحكومية لتسوية منازعات التشييد الهندسي والبناء في هونغ كونغ وامكانية تطبيقه في دولة الامارات العربية، بحث مقدم الى المؤتمر الثامن عشر لعقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية والتقليدية والنظم القانونية المستحدثة المنعقد بجامعة الامارات العربية، كلية الشريعة والقانون، للفترة ١٩_٢١ ابريل، ٢٠١٠، ص ٦٧٩؛ ماهر محمد حامد، مصدر سابق، ص ٤٤٦.

(٢) د. شروق عباس فاضل، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٣) د. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت الـB.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، مصدر سابق، ص ١١٥.

(٤) د. ايسر عصام داود وريان هاشم حمدون، التوفيق والصلح كاساليب ودية لتسوية المنازعات التجارية بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة ٢، المجلد ٢، العدد ٢، الجزء ٢، كانون الاول ٢٠١٧م - ربيع الاول ١٤٣٩هـ، ص ٢٤٠؛ د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت الـB.O.T، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٥) الدليل القانوني للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية (الاونسيترال)، الامم المتحدة، نيويورك، ١٩٨٨، النسخة العربية، مصدر سابق، ص ٣٦٩.

ويقترب دور الموفق من دور الوسيط حيث يقتصر دور كل منهما على تقريب وجهات النظر وتقديم مقترحات وسط للطرفين وتكون قرارات كل منهما غير ملزمة وإنما استشارية وعليه يتعين على الموفق أن يكون متخصصاً في نفس مجال النزاع ليكون على دراية كاملة بأدق تفاصيل النزاع وبالتالي التوصل الى حل يرضي الطرفين، أن التفرقة بين التوفيق والوساطة لا تقوم الا من خلال النظر الى دور الشخص الثالث الذي يمارس عملية التوفيق أو الوساطة^(١)، فإذا كان يحاول حسم النزاع المعروض عليه وذلك بتقريب وجهات النظر بين الاطراف المتنازعة من غير الخوض في مسائل القانون المتعلقة بموضوع النزاع فإننا نكون امام وسيلة التوفيق، اما اذا كان دور الشخص الثالث اكثر ايجابية من خلال التدخل لبيان الموقف القانوني لكل طرف من اطراف النزاع وتقييم مركزهم من خلال النصوص القانونية والسوابق القضائية، فإننا نكون امام وسيلة الوساطة، اذن فالوسيط يؤدي دوراً اكثر ايجابية من الموفق في محاولة تسوية النزاع بين طرفين متنازعين^(٢).

ولا يوجد ما يمنع قانوناً من اتفاق الاطراف المتنازعة على ان يكون دور الشخص الثالث موفقاً بينهما، فإذا لم ينجح في تقريب وجهات النظر انقلب دوره الى وسيط فيقيم المراكز القانونية للأطراف ويحدد المركز القانوني لكل منهما وعادة ما يتم ذلك في ظل المصالح المستقبلية بين الاطراف ولكل طرف على حدة.

والتوفيق قد يكون خاصاً وذلك عندما يدرج طرفا النزاع في عقد البناء والتشغيل والنقل الملكية الـ B.O.T مجموعة من القواعد يتعين الرجوع اليها كقواعد توفيق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسيترال) عام ١٩٨٠، وقد يكون مؤسسياً حيث يتم تنظيم التوفيق عن طريق احدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة كقواعد التوفيق الاختياري لغرفة التجارة الدولية، وقواعد التوفيق الخاص بمركز الوساطة والمصالحة التابع لمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي C.R.C.IC^(٣).

كما يمكن ان يكون التوفيق اختيارياً وذلك عندما لا يكون هناك الزام على طرفي النزاع باللجوء الى هذه الوسيلة لتسوية النزاع، وقد يكون اجبارياً عندما يفرض المشرع اللجوء اليه في بعض المنازعات قبل ولوج طريق اخر، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (١١) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ بأنه " أولاً تفض المنازعات بعد توقيع العقود العامة بمختلف انواعها باستخدام احد الاساليب الآتية: أ- التوفيق: ويكون من خلال تشكيل لجنة مشتركة بين طرفي النزاع المتمثلين بجهة التعاقد والمتعاقدين معها من مقاولين أو تجهزين أو استشاريين لدراسة الموضوع والاتفاق على المعالجات حسب احكام القوانين والتعليمات النافذة بشأن موضوع النزاع"، وايضاً ما ذهب اليه المشرع المصري في المادة (٢) من قانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٠ الخاص بتنظيم التوفيق لتسوية المنازعات التي تكون الدولة أو احد الاشخاص الاعتبارية العامة طرفاً فيها، وقد يتم الاتفاق على اللجوء الى التوفيق كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T قبل نشوب النزاع أو بعد نشوبه، ويفضل ان يكون الاتفاق قبل نشوب النزاع وذلك تجنباً للصعوبات التي تظهر فيما لو تم الاتفاق على هذه الوسيلة بعد نشوب النزاع وما يتبعه من زعزعة الثقة بين الاطراف.

(١) د. عادل سالم اللوزي، مصدر سابق، ص ٦٨٤.

(٢) د. شروق عباس فاضل، مصدر سابق، ص ١٠٢.

(٣) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص ١٢٣.

وينتهي التوفيق بالتوقيع على ما تم التوصل اليه بين الطرفين أو بإخفاق عملية التوفيق لعدم الوصول الى نتيجة مرضية، وقد تنتهي بانسحاب أي من الطرفين أو باتفاق الطرفين على انتهاء اجراءات التوفيق والانتقال الى وسيلة اخرى كالتحكيم أو القضاء.

الفرع الرابع : الخبرة الفنية

اثناء تنفيذ العقد قد تنشأ منازعات وخلافات بين اطراف العقد، وكثيراً ما تكون هذه الخلافات ذات طبيعة فنية، وتشمل هذه المنازعات الفنية الخلافات المتعلقة بكيفية تنفيذ الاعمال أو تسليم جانب منها أو تحديد نوعية بعض الآلات والمعدات أو تركيبها وقد تتصل هذه الخلافات بكيفية احتساب فرق اسعار البضائع أو الخدمات، ففي هذه الخلافات الفنية والحسابية يتم اللجوء الى خبير فني لتسوية هذه المنازعات ودون التأثير على حسن العلاقة بين الاطراف خاصة وان عقود الـB.O.T عادة ما تكون عقود طويلة المدة .

والمقصود هنا بالخبرة الفنية أن يعهد الاطراف او جهة ذات اختصاص قضائي الى شخص من الغير متخصص لإبداء رأيه الفني في مسألة معينة تدخل في مجال اختصاصه الهندسي أو الطبي أو التكنولوجي....، من غير أن يكونوا مقدين بما انتهى اليه ^(١).

وعليه فإن هذا الخبير لا يقوم بالفصل في النزاع ولكن دوره يقف عند حد ابداء الرأي في مسألة فنية محل خلاف بين طرفي العقد، ويمكن ان يجمع الخبير بين هذا الوصف وبين وصفه ودوره كمحكم في موضوع النزاع كسباً للوقت اذ يتم حسم النزاع في الحال ومن لا يرتب أي خسائر على التأخير ^(٢).

ويشترط أن يكون الخبير ذو خبرة في موضوع النزاع وعلى طرفي النزاع أن يقدموا للخبير شرحاً مفصلاً للنزاع والمستندات المؤيدة لموقف كل منهما وعليه يمكن لأي من الطرفين الاطلاع على المستندات المقدمة من الطرف الاخر ليتمكن من الرد عليها فضلاً عن قيام طرفي النزاع بتعيين شخصاً او اكثر على علم بالنزاع يكون تحت طلب الخبير، ويقدم للخبير ما يحتاجه من معلومات حول موضوع النزاع ^(٣).

والتساؤل الذي يطرح نفسه هما ما مدى الزامية رأي الخبير للطرفين المتنازعين؟ للإجابة عن هذا التساؤل نجد ان طرفي عقد الـB.O.T يلجا الى الخبير الفني بعد بداية اجراءات التحكيم من هيئة التحكيم وعليه يكون رأيه استشاري سواء امام هيئة التحكيم أو امام هيئة المحكمة المختصة إذ أن المحكمة لها الرأي الاعلى في موضوع النزاع.

وقد يتفق الطرفان على مهلة يتعين على الخبير خلالها انتهاء اعماله ويجوز تمديد هذه المهلة وعند ايداع الخبير لتقريره يلزم أن يقوم الطرفان بمراجعة توصياته ومناقشتها مع بعضهما البعض وبحسن نية ويجوز ان يتفقا على ان يكون رأي الخبير ملزماً وفي هذه الحالة يجب ان يكون الاتفاق صريحاً ومكتوباً وقت اختيار الخبير وتكون تكاليف الاستعانة بالخبير مناصفة بين الطرفين ^(٤).

وقد تضمنت بعض عقود الـB.O.T النص على الاستعانة بخبير لحل المنازعات من ذلك ما نصت عليه المادة (٢/١٨) من اتفاقية شراء القوى الكهربائية (سيدي كرير) – سبق الإشارة اليها- على أنه " اذا لم يتمكن للأطراف البت في النزاع طبقاً للبند (١/١٨) من هذه الاتفاقية خلال المدة المبينة في ذلك العقد، عندئذ يجوز لأي من الطرفين طبقاً للبند (٢/١٨) احالة النزاع الى خبير

(١) د. احمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٩، ص ٦٣.

(٢) د. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت B.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٣) د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(٤) المصدر نفسه.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

للنظر فيه والحصول على توصية منه بشأن البت فيه..." وهكذا يصبح اتفاق طرفي عقد B.O.T على اللجوء الى خبير فني متخصص لإبداء الرأي في المسائل محل الخلاف وهكذا يجب على الطرفين تنفيذ ما جاء بتوصية الخبير وعند فشل الطرفين في الوصول الى حل وعدم التزامهما بما جاء في تقرير او توصية الخبير يجوز لهما اللجوء الى وسائل سلمية اخرى لحل النزاع^(١).

وتجتمع بين اجراءات الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T خصائص، تتمثل في أنها تتسم بالطبيعة الرضائية فلا يمكن الزام احد الاطراف باللجوء اليها او الزامه بقراراتها ما لم يرضى بها وقت ابرام العقد، فقد يتفق الاطراف على ان يكون اللجوء الى هذه الوسائل البديلة شرطاً مسبقاً قبل اللجوء الى القضاء أو التحكيم . كما وتهدف هذه الوسائل الى تسوية المنازعات مع الاستمرار في تنفيذ العقد دون المساس بحقوق الاطراف طيلة مدة التنفيذ. وقد تستخدم هذه الوسائل البديلة ليس فقط كوسيلة لتسوية المنازعات قبل اللجوء الى التحكيم او القضاء بل قد يستخدمها الاطراف كوسيلة لتقييم موقفهم القانوني في حالة اللجوء الى التحكيم فقرار الموفق او الخبير قد يعطي انطباعاً عن ما سيحكم به المحكم اذا ما احيل النزاع الى التحكيم .

المطلب الثاني:

الوسائل القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

B.O.T

يعتبر القضاء الوسيلة الاكثر اهمية لحسم المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T اذ من خلاله يمكن الوصول الى احكام ملزمة لاطراف النزاع فضلاً عن امكان تنفيذها، ولا يتم اللجوء الى هذه الوسائل الا بعد استنفاد الوسائل البديلة لحسم النزاع والتي سبق تناولها في المطلب الاول من بحثنا هذا، وتتمثل الوسائل القضائية المختصة بنظر هذه المنازعات بالقضاء الداخلي أو التحكيم، عليه سيتم تقسيم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الاول منه القضاء اما الثاني فسنتناول فيه التحكيم بوصفه احدى الوسائل القضائية لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود B.O.T.

الفرع الاول : القضاء الداخلي

يعد اللجوء الى القضاء الداخلي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T من اهم مظاهر ممارسة السيادة الوطنية، حيث تحرص جميع الدول على اخضاع ما يتواجد على اقليمها من اموال منقولة وغير منقولة ومن اشخاص وطينيين أو اجانب الى محاكمها وقوانينها بما فيه اخضاع منازعات الاستثمار والتي تدخل من ضمنها عقود B.O.T للقضاء الوطني اسوة بالمنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقود داخل اقليم هذه الدولة، الا ان اللجوء الى القضاء الوطني يتطلب توافر الثقة العامة بالنظام القضائي للدولة المضيفة بالإضافة الى توافر هيئات قضائية مختصة بالحكم في هذه المنازعات وقد ترى الدولة محل وجود الاستثمار تخصيص نوع معين من المحاكم للنظر في هذه المنازعات لما لها من طبيعة خاصة ومنها العراق إذ تم تشكيل محكمة البداية المختصة بنظر الدعاوى التي فيها طرف اجنبي^(٢).

(١) د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت B.O.T، مصدر سابق، ص ٤٦.

(٢) بموجب بيان السيد رئيس مجلس القضاء الاعلى رقم ١٣٦/ق/أ في ٢٠١١/١١/١ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١٥٦ في ٢٠١١/١١/٢٩، استنادا الى احكام المادة (٢٢) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ التي نصت على صلاحية السيد رئيس مجلس القضاء في تشكيل محكمة بداءة للنظر في نوع واحد او اكثر من الدعاوى.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

الا ان اللجوء الى القضاء الوطني لم يكن مسلم به لدى بعض الفقه، فهناك رأي ينكر اختصاص المحاكم الوطنية للدولة الطرف في عقود الاستثمار ومنها عقود الـB.O.T ويسوقون في هذا الاتجاه ان الواقع العملي يصطدم بعراقيل تتمثل في التفوق في القوة الاقتصادية للشركات ونفوذها على الدول المضيفة للاستثمار، إذ تتردد هذه الشركات في الغالب في قبول سلطان القضاء الوطني لحسم منازعاتها وذلك لمبررات منها كون اجراءات التقاضي في هذه الدولة غير مألوفة بالنسبة لها، كما تتخوف من تأثير القاضي الوطني بمصالح دولته وبالتالي عدم التزامه بالحيادية وكذلك تتخوف شركة المشروع الاجنبية من بطء اجراءات التقاضي امام القاضي الوطني أو البطء في اصدار الاحكام او تعدد طرق الطعن او الشك في قدرة المحاكم الوطنية ولاسيما الدول النامية في البت في المنازعات التقنية والقانونية المعقدة الناشئة عن تنفيذ عقود الاستثمار ومنها عقود الـB.O.T^(١)، أما الرأي الاخر فإنه يذهب الى صلاحية القضاء الداخلي في نظر المنازعات الناشئة عن عقود الـB.O.T اذا انه يرى ان عقود الـB.O.T عقود ادارية وبالتالي تخضع لاختصاص القضاء الاداري^(٢) وان المحكمة المختصة بنظر النزاع هي المحكمة الادارية الخاصة بالعقود الحكومية المشكلة بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٥٧) لسنة ٢٠٠٥^(٣)، الا أنه بالرجوع الى القسم الاول من قانون العقود الحكومية الخاص بقواعد العقود الحكومية نجد أن الفقرة (١) منه تحصر تطبيق هذا القانون على العقود التي يكون مصدر تمويلها عاماً، اما بحثنا فيشمل التمويل العام والخاص سواء كان الداخلي او الخارجي مما يجعلنا نستبعد تطبيق قانون العقود الحكومية وتعليماته من هذه العقود.

ومن جانبنا نرجح ان عقود الـB.O.T لها خصوصية تتمثل في ان ارادة اطرافه لها الحكم في عقد اختصاص القضاء الداخلي للدولة المضيفة من عدمه، فنجد في بعض هذه العقود تنصرف ارادة طرفيه الى استبعاد القضاء الوطني في نظر المنازعات الناشئة عنه ويعقد الاختصاص في ذلك الى التحكيم ومن امثلة هذه العقود ما ذهبت اليه المادة (٢٤) من عقد معمل سميت كربلاء اذا نصت على انه " في حالة عدم التوصل الى حل ودي يرضي الطرفين يصار الى اللجوء الى التحكيم الدولي....".

ويذهب المشرع العراقي الى جعل اختصاص القضاء في نظر المنازعات هو الاصل العام وكل شيء خلاف ذلك يتطلب نصاً قانونياً خاصاً، لذا فإن جميع المنازعات الناشئة عن عقود الـB.O.T تخضع لاختصاص القضاء العادي فالمشرع حصر اختصاص محكمة القضاء الاداري في العراق بالنظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية دون النظر في النزاعات الادارية الاخرى وذلك لكون القضاء الاداري في العراق قضاء الغاء وليس قضاء تعويض، بمعنى ان محكمة القضاء الاداري لا تستطيع الحكم بالتعويض الا بناءً على طلب المدعي وان يكون طلب التعويض قد رفع بصفة تبعية لطلب الالغاء ومن ثم لا تختص محكمة القضاء الاداري بالنظر بطلبات التعويض

(١) د. كامران حسين الصالحي، دور القضاء الدولي والاتفاقيات الدولية والاقليمية في تسوية المنازعات الاستثمارية، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات العربية المتحدة، من اعمال مؤتمر الاستثمار بين التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، يصدرها مجلس النشر العلمي بجامعة الامارات العربية المتحدة، ابو ظبي، ابريل، ٢٠١١، منشور على الموقع الالكتروني الخاص بمجلة الشريعة والقانون، <http://sijournal.uaeu.ac.ae>، تاريخ اخر زيارة ٢٠١٩/٤/١٧

(٢) د. جابر جاد نصار، مصدر سابق، ص٥١؛ د. جيهان حسن سيد احمد، عقود البوت الـB.O.T وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، مصدر سابق، ص٣٨؛ د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص١٤؛ علاء ابراهيم الحسيني، مصدر سابق، ص١٢.

(٣) علاء نافع كطافة العيداني، حدود الاختصاص القضاء الاداري في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٩، ص١٠.

وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T

د. رشا علي جاسم العامري

بصفة أصلية وانما يختص بها القضاء العادي^(١)، وبما ان عقود الـB.O.T تعتبر من عقود الاستثمار فأنها تخضع لإحكام فقد عمد المشرع العراقي الى تفصيل انواع المنازعات الخاصة بعقود الاستثمار وبيان القضاء الخاص بها وذلك في المادة (٢٧) من قانون الاستثمار العراقي رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ التي نصت على أنه " ان المنازعات الناشئة بين اطراف الاستثمار تخضع لأحكام القانون العراقي ما لم يتفقوا على خلاف ذلك "، وشكل التطور الاقتصادي الذي يشهده العراق في الوقت الحاضر وازدياد حركة التعامل التجاري، مسوغاً لإنشاء محاكم متخصصة بالدعوى التجارية وذلك لما يشكله الاستثمار من اهمية كبيرة على المستوى الوطني والعالمي من حيث اسهامه في توفير البنى التحتية، فمن هنا تأتي اهمية القضاء لكونه عامل جذب للاستثمار الاجنبي ، اذ ان وجود قضاء مختص يلم فيه القاضي بالمستجدات المعاصرة مما يعد عاملاً منعشاً للاقتصاد العراقي وفتح ابواب الاستثمار في مشاريع البنى التحتية ومنها عقود الـB.O.T ولا يتصور ذلك الا بايجاد القضاء العادل والسريع مما يشكل مصدراً لثقة الشركات الكبرى، ونلخص من ذلك ان المنازعات الناشئة في عقود الـB.O.T بين المستثمر (شركة المشروع) والجهة الادارية تخضع للقضاء التجاري المتمثل بالمحاكم التجارية^(٢)، متى ما كان المستثمر اجنبياً سواء اكان شخصاً طبيعياً او معنوياً، وينتفى اختصاص المحكمة التجارية في نظر المنازعات الناشئة بين اطراف عقود الـB.O.T متى ما اتفق اطراف العقد على عقد اختصاص التحكيم .

الفرع الثاني : التحكيم

اذا كان المجال الطبيعي للتحكيم هو العقود المدنية، فإن تطبيقه بالنسبة لعقود الاستثمار اصبح وسيلة معتادة ومفضلة يلجأ اليها المستثمرون لحل منازعاتهم في مواجهة الدولة المضيفة، كما يعد التحكيم الوسيلة السليمة الوحيدة التي يلتزم الافراد فيها بقبول حكم المحكمين وهو يحقق العديد من المزايا والتي منها السرعة والحياد والكفاءة والسرية وقلة التكاليف وامكانية الوصول الى حل توفيقي لا يقوم على اعتبارات قانونية بحتة.

ويعرف في مجال عقود الـB.O.T بأنه " اتفاق طرفين قبل نشوء النزاع أو بعده على عرض النزاع على محكم او محكمين من الغير للفصل في النزاع فصلاً حاسماً يكون بديلاً للقضاء"، وبهذا المعنى فإن التحكيم هو بديل لنظام التقاضي امام المحاكم فاتفاق اطراف العلاقة على اللجوء للتحكيم لفض نزاع معين انما يعني في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة الذي يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم وهو امر يترتب عليه بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار المحكمين فهذا القرار يصبح منهياً للخصومة محل النزاع^(٣).

كما عرفه قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة (٦) بأنه " اتفاق بين الطرفين على ان يحيل الى التحكيم، جميع او بعض المنازعات المحددة التي نشأت او قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت او غير تعاقدية ويجوز ان يكون اتفاق التحكيم في شكل بند وارد في عقد او شكل اتفاق منفصل"^(٤).

وعرف المشرع العراقي التحكيم في مشروع قانون التحكيم التجاري لسنة ٢٠١١ في الفقرة (اولاً) من المادة (١) بأنه " اسلوب يختاره اطراف النزاع لحله من محكم او اكثر بدلاً من اللجوء

(١) د. صلاح كريم جواد الخفاجي، عقود البوت والجوانب الخاضعة للقانون الخاص فيها، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، المجلد ١، العدد ٣٠، ٢٠١٧، ص ١٠٦.

(٢) اصدر رئيس مجلس القضاء الاعلى قرار بتشكيل محاكم تجارية في بغداد والبصرة والنجف تختص بالنظر في الدعاوى التجارية حصراً، منشور في الوقائع العراقية، العدد ٤١٦٥ في ٢٩/١١/٢٠١٠.

(٣) د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت الـB.O.T، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٤) للمزيد انظر، قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ المعدل، منشور على الموقع الالكتروني: www.uncitral.org تاريخ اخر زيارة ٢٠١٩/٥/٧.

للقضاء^(١)، وقد يتفق اطراف عقد الـB.O.T على اللجوء الى التحكيم في كل نزاع يمكن ان يحصل مستقبلاً فقد يرد هذا الشرط في العقد الاصلي وهو الطريق الاعتيادي والمألوف في التحكيم كونه يرد في العقد ويتفق بمقتضاه اطراف العقد وقبل نشوء أي نزاع قانوني على حسمه وفقاً للتحكيم ويسمى هذا الاتفاق او الشرط بـ" شرط التحكيم، وقد يتفق اطراف العقد على اللجوء الى التحكيم بعد حدوث النزاع، بمعنى ان يرد هذا الشرط في عقد مستقل وبمقتضاه يتفق الاطراف بعد نشوب النزاع بينهما على اللجوء الى التحكيم لتسويته بأن يحددا موضوعه بموجب عقد او اتفاق خاص وهنا نكون امام " مشاركة التحكيم" فمشاركة التحكيم وثيقة مستقلة ويتم اللجوء اليها حتى لو كانت قد اقيمت الدعوى بشأن النزاع امام جهة قضائية^(٢).

ويعتبر لجوء اطراف عقد الـB.O.T الى التحكيم تعبيراً عن رفض طرفيه عرض نزاعهما على المحاكم الوطنية للدولة المتعاقدة مع المستثمر ومن امثلة هذه العقود عقد معمل سمنت كربلاء الذي نص في الفقرة(٢) من المادة (٢٤) على انه " في حالة عدم التوصل الى حل ودي يرضي الطرفين يصار الى اللجوء الى التحكيم الدولي بموجب انظمة غرفة التجارة الدولية " .

وقد ثار خلاف حول مدى جواز اللجوء الى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها ومنها عقود الـB.O.T وانقسم الفقه الى اتجاهين: الاول ذهب الى حصر جواز اللجوء الى التحكيم في العقود التي تبرم بين الافراد، أي التي لا تكون الدولة طرفاً فيها واستند هذا الاتجاه الى ان المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها لا يمكن ان تكون غير عقود ادارية وهذه العقود لا يمكن التسليم بخضوع المنازعات الناشئة عنها الى التحكيم وان اللجوء الى التحكيم في هذه العقود يعد مساساً بسيادة الدولة وسلباً لاختصاص قضائها الوطني، بالإضافة الى ان معاملة الدولة في اجراءات التحكيم معاملة الافراد أو الشركات الخاصة يعد نوعاً من المساواة غير المشروعة كون ذلك يعد نزولاً عن سيادة الدولة والامتيازات التي كفلتها قواعد القانون الدولي كسلطة عامة وكذلك التشريعات الوطنية وخاصة في الدول التي تأخذ بنظرية القانون الاداري^(٣).

اما الاتجاه الاخر فقد ذهب الى جواز التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها ومن ضمنها عقود الـB.O.T^(٤) اما عن اسانيد هذا الاتجاه فهي تتمثل في القاعدة الاصولية التي تقضي بأن " المطلق يجري على اطلاقه" فقد اجاز قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل في كل من المواد من (٢٥١) الى (٢٧٦) التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، حيث نصت المادة (٢٥١) الى أنه " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين"، عليه فإن نص هذه المادة يشمل جميع العقود ومن ضمنها العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، بالإضافة الى ان سياسة الاصلاح الاقتصادي وتشجيع رؤوس الاموال الاجنبية للاستثمار في المجالات التي تتبناها الدولة في وقتنا الحاضر تتطلب من الدولة توفير المناخ الاقتصادي، وخاصة موضوع بحثنا عقود الـB.O.T وهذا لا يتحقق الا بوضع تشريعات اقتصادية تشجع على ذلك، فقد اجاز قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة

(١) في حين لم يعرف قانون الاستثمار العراقي رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٦ المعدل التحكيم وانما تمت الاشارة الى امكانية لجوء الاطراف اليه لتسوية المنازعات..

(٢) د. عصام احمد البهجي، التحكيم في عقود البوت B.O.T، مصدر سابق، ص٣١؛ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، مصدر سابق، ص٩٧؛ د. عبد المنعم نايف عبوش الجبوري، التحكيم التجاري الدولي بين الواقع والطموح في ظل التشريعات العراقية، مقالة منشورة على الموقع الالكتروني: <https://kitabab.com/>، تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٧/١٢.

(٣) د. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الاولى، ١٩٩٧، ص٥٩؛ د. حمادة عبد الرزاق حمادة، المصدر نفسه، ص ١٤٣؛ ابراهيم عبد الكريم الطيب، مصدر سابق، ص٤٩٢.

(٤) د. صلاح كريم جواد الخفاجي، مصدر سابق، ص ١١٠؛ د. عارف صالح مخلف، د. علاء حسين علي، مصدر سابق، ص٣٦.

٢٠٠٦ المعدل في المادة (٢٧) منه الى أنه " تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق"، كما اشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ في المادة (١١) منها الى جواز اللجوء الى التحكيم لفض المنازعات في العقود العامة، فضلاً عن انضمام الى اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية لسنة ٢٠٠٠، والمصادق عليها بالقانون رقم (٩) لسنة ٢٠٠٣ مما يجعل لها قوة القوانين السارية النفاذ، وانضمامه الى اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ في ٢٠١٥، كل ذلك لا يغنيانا عن الحاجة الى اقرار مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي.

ومن امثلة لجوء العراق الى التحكيم في القضية التحكيمية بين المدعي (الحكومة العراقية) والمدعى عليها (شركة اجنبية) وقد كان مضمون العقد انشاء (٢٢) وحدة سكنية رئاسية في المنطقة الخضراء/ بغداد، وكان سبب قيام النزاع بين الطرفين قيام الشركة الاجنبية بايقاف تنفيذ العمل لعدة اسباب لم تذكر مما ادى الى اصابة المدعي بأضرار مادية تقدر بـ(٢٠,٠٠٠,٠٠٠) مليون دولار، وبما ان الفقرة (١٣) من العقد قد تضمنت شرط التحكيم بين الطرفين تم اللجوء الى التحكيم وتم عقد جلسات التحكيم واصدرت الهيئة التحكيمية قرارها المتضمن بتحميل المدعى عليه مبلغ مالي وقدره (٩,٣٩٧,٦٠١) مليون دولار تدفع الى المدعي^(١).

واخيراً فان القبول بالتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T يؤكد القبول بخصوصية هذه العقود مما يقربها من عقود القانون الخاص وذلك لما تلعبه الرضائية في هذه العقود من دور يتمثل في اتفاق الاطراف على بنود هذه العقود ومن ثم اشتراط التحكيم او القبول به بعد قيام النزاع والمساواة القائمة بين الاطراف ويستبعد امكانية القول بإدارية هذه العقود.

خاتمة البحث:

والان قد وصلنا بالبحث الى خاتمته لابد لنا من تسطير النتائج التي تمخضت عنه والتوصيات التي توصلنا لها وذلك على النحو الآتي :

أولاً: النتائج

١. تبين لنا انه يمكن اعطاء تعريف لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T بأنها: عقد بين طرفين احدهما مالك لمشروع معين، قد يكون الدولة أو احد هيئاتها والثاني مستثمر وطنياً كان أو اجنبياً، على أن يقوم المالك بتقديم الارض اللازمة ضمن مشروعه بينما يقوم الطرف الثاني المستثمر بإنشاء المشروع بتمويل منه وتشغيله وادارته لفترة من الزمن يتم الاتفاق عليها يستغل المستثمر فيها المشروع لاستعادة ما تكلفه من نفقات ويحقق ارباحاً مناسبة وفي نهاية

(١) للمزيد انظر، القضية التحكيمية الصادرة في ٢٠١٢/٩/٣٠، منشور على الموقع الالكتروني الخاص بالمركز العراقي للتحكيم الدولي_القرارات التحكيمية: www.icacn.org تاريخ اخر زيارة ٢٠١٩/٥/١٧.

- المدة المتفق عليها يعاد المشروع الى مالكة الاصيلي.
٢. فيما يتعلق بتحديد الطبيعة القانونية لعقود الـB.O.T نؤيد الاتجاه القائل بعدّ عقود الـB.O.T من عقود القانون الخاص وذلك بتغليب الغاية من هذه العقود والمتمثلة في التمويل اللازم لإنشاء المشاريع لان شركة المشروع تكون على قدم المساواة مع الدولة وبذلك نكون امام وسيلة لجذب الاستثمارات الاجنبية.
٣. ان الغاية من لجوء اغلب دول العالم الى ابرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T تتمثل في الحد من الاعباء التي ترهق الموازنة العامة للدولة المانحة وذلك عن طريق تخفيف العبء عن كاهل الدولة باتاحة الفرصة للقطاع الخاص (الوطني أو الاجنبي) في المشاركة في بناء المرافق الاساسية، الامر الذي يسهم في توفير الموارد المالية للحكومة حيث يتولى القطاع الخاص انشاء هذه المشروعات وتشغيلها وصيانتها طوال مدة العقد مما يمكن الدولة من توجيه الانفاق الى القطاعات الاجتماعية التي ليس لها مردود اقتصادي وارباح مباشرة كقطاع التعليم والصحة
٤. تتميز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T بكونها وسيلة محاربة البطالة وذلك من خلال خلق فرص عمل جديدة ومن ثم خلق قاعدة صناعية تعد الاساس في تخفيف نسبة البطالة في الدولة المانحة.
٥. تمكن عقود الـB.O.T الحكومات من الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في ادارة وتشغيل المشروعات وبالتالي اعطاء النموذج الافضل الذي تسترشد به المشروعات الحكومية مع امكانية تحسين الخدمة العامة المؤداة لما تتمتع بيه الادارة الخاصة من كفاءة وخبرة وفعالية اكثر من الادارة العامة.
٦. تستخدم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T كوسيلة لنقل التكنولوجيا الحديثة وتطوير الخبرات الفنية وتدريب العاملين ورفع كفاءة العمالة الوطنية واكتسابهم خبرات فنية عالية.
٧. تعتبر كل من التفاوض والوساطة والتوفيق والخبرة الفنية من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T وتتميز بكونها تتسم بالطبيعة الرضائية فلا يمكن الزام احد الاطراف باللجوء اليها او الزامه بقرارتها ما لم يرضى بها وقت ابرام العقد، فقد يتفق الاطراف على ان يكون اللجوء الى هذه الوسائل البديلة شرطاً مسبقاً قبل اللجوء الى القضاء أو التحكيم.
٨. يتمثل التحكيم احد وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T لكونه وسيلة ناجحة يتفق عليها اطراف النزاع وبارادتهم الحرة فضلاً عما يوفره من اللجوء الى هذه الوسيلة من مزايا كالسرعة في حسم المنازعات وتحقيق العدالة والحفاظ على سرية المعلومات في هذه العقود، لكون اللجوء الى قضاء الدولة المتعاقدة مع شركة المشروع لحل المنازعات امر غير مرغوب فيه من قبل المستثمرين وخصوصا الطرف الاجنبي بسبب التخوف من انحياز القاضي الوطني لصالح دولته وبطء اجراءات التقاضي.

ثانياً: المقترحات

١. ندعو المشرع العراقي الى وضع تشريع خاص بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T لكون وضع هكذا تشريع يمثل الية قانونية لاستقطاب المستثمرين الاجانب والقطاع الخاص الوطني للاستثمار في مختلف المجالات الاقتصادية وخاصة الاستراتيجية لان قوانين الاستثمار غير كافية لوحدها لتوفير الجانب القانوني لهكذا عقود مهمة .
٢. ضرورة ان تتضمن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T نصاً يلزم المستثمر

الاجنبي بان يعتمد في تمويل هذه المشروعات محل التعاقد على هيئات التمويل الخارجي وتحظر الاقتراض من البنوك المحلية.
٣. نقترح على المشرع العراقي ايراد نص يلزم فيه اطراف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية الـB.O.T باللجوء الى الوسائل البديلة لحسم المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود لما تشكله من وسيلة ناجحة مع اعطاء كل طرف حقوقه.