جـامـعـة الـشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY

رسالة ماجستير بعنوان

تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت

Dispute Settlement of B.O.T contract

إعداد الطالب

يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري

الرقم الجامعي: 400910174

إشراف الدكتور

حمدي سليمان القبيلات

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

قسم القانون العام

كلية الحقوق

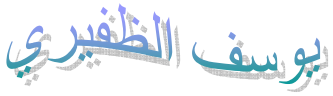
جامعة الشرق الأوسط

2011

التفويض

أنا الطالب يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي ورقياً والكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري

التوقيع: 

التاريخ: 2011/7/27م.

ج

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: " تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت"

" وأجيزت بتاريخ:27 / 7/ 2011

أعضاء لجنة المناقشة:

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
1- الدكتور زهير قدورة	رئيساً	
2- الأستاذ الدكتور عمر البوريني	مناقشاً خارجياً	
3- الدكتور حمدي قبيلات	مشرفاً	

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي بعث فينا محمداً – صلى الله عليه وسلم– هادياً وبشيراً. الحمد لله على ما أسبغ علينا من نعم ظاهرةٍ وباطنة، فلك الحمد يا ربِ كما ينبغي لجـــلال وجهك وعظيم سلطانك.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذي القدير ومشرفي الفاضل الدكتور حمدي قبيلات لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، وما بذله معي من جهد وإرشاد، ولمـــا منحني من علمه ووقته طوال إعداد هذه الرسالة حتى بدت كما هي عليه، فله منـــي كل الشكر والتقدير والاحترام.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان للسادة الأفاضل أعضاء لجنـــة المناقـــشة الموقرين لما سيبدونه من مقترحات قيمة تهدف إلى تصويبها والارتقاء بها.

وكذلك لكل من سهّل لي مهمتي في إنجاز هذه الرسالة.

جزاكم الله جميعاً عني كل خير وسدد على طريق الحق خطاكم

الإهداء

إلى والدي الحبيب أطال الله في عمره

وإلى والدتي الغالية أطال الله في عمرها، التي أفهمتني بعفوية صادقة أن العلم هو الحياة،

وأنارت أمام عيني شموع الأمل.

أهدي رسالتي هذه رمزاً للمحبة والوفاء واعترافاً منّي بفضلها عليّ.

وإليكم يا من تزالون بجانبي ترقبون نجاحي وتقدمي، وتقدمون لي... كل الحب....وكل

الدعم....

لهم جميعاً أهدي عملي

مع المحبة والاحترام والعرفان

فهرس المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
العنوان	أ
التفويض	ب
قرار لجنة المناقشة	ج
الشكر والتقدير	د
الإهداء	ه
قائمة المحتويات	و
الملخص باللغة العربية	ح
الملخص باللغة الانجليزية	ط
الفصل الأول **المقدمة**	1
تمهيد	1
مشكلة الدراسة	2
أسئلة الدراسة	2
هدف الدراسة	3
أهمية الدراسة	3
حدود الدراسة	3
محددات الدراسة	4
المصطلحات الإجرائية	4
الإطار النظري والدراسات السابقة	5
منهج الدراسة	7
الفصل الثاني **ماهية عقد البوت (B.O.T)**	8
المبحث الأول: مفهوم عقد البوت وطبيعته.	9
المطلب الأول: تعريف عقد البوت B.O.T	10
المطلب الثاني: طبيعة عقد البوت B.O.T	17
المبحث الثاني: تمييز عقد البوت عن غيره من العقود.	26

المطلب الأول: تمييز عقد البوت B.O.T عما يختلط به من عقود.	26
المطلب الثاني: تمييز عقد البوت B.O.T عن العقود المثيلة له.	34
الفصل الثالث **التحكيم في عقد البوت (B.O.T)**	39
المبحث الأول: خصائص وطبيعة عقد التحكيم.	41
المطلب الأول: دور التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T .	43
المطلب الثاني: خصائص عقد التحكيم.	47
المطلب الثالث: طبيعة عقد التحكيم.	51
المبحث الثاني: تسوية منازعات (B.O.T) في دولة الكويت عن طريق التحكيم.	56
المطلب الأول: التحكيم في عقود البوت وفقاً لأحكام قانون المرافعات رقم 38 لسنة 1980.	59
المطلب الثاني: التحكيم القضائي في عقود البوت وفقاً لأحكام القانون رقم 11 لسنة 1995.	62
الفصل الرابع **الطرق البديلة عن دور التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)**	68
المبحث الأول: الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	72
المطلب الأول: الاختصاص القضائي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	75
المطلب الثاني: اختصاص القضاء الأجنبي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	85
المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).	87
المطلب الأول: دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).	89
المطلب الثاني: دور التوفيق لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).	95
المبحث الثالث: القانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)	97
المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) في التشريع الأردني.	98

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقــود البــوت (B.O.T) أمام هيئات التحكيم.	100
الفصل الخامس **الخاتمة والنتائج والتوصيات**	104
الخاتمة	104
النتائج	107
التوصيات	109
قائمة المراجع	110

تسوية المنازعات الناشئة عن عقود ألبوت

إعداد الطالب

يوسف ناصر حمد جزاع الظفيري

إشراف الدكتور

حمدي سليمان القبيلات

ملخص

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة تسوية المنازعات الناشئة عن عقود ألبوت من خلال الوقوف على الطبيعة القانونية لهذه العقود ووضع النظام القانوني لهذه العقود والوقوف على الحقوق والالتزامات الواردة لكل أطراف العقد في مشروع البوت B.O.T، وكيفية اللجوء إلى القضاء لفض النزاع الناشب بين كل أطراف العقد، ودور الوسائل والطرق السلمية في فض النزاع الناشئ عن هذا العقد في القانون الكويتي.

وقد تكونت الدراسة من خمسة فصول، تناول الفصل الأول منها المقدمة ، أما الفصل الثاني فتناول تعريف عقد البوت B.O.T وتميزه عما يختلط به من العقود، من خلال مبحثين أما المبحث الأول: فتناول تعريف عقد البوت وطبيعته، أما المبحث الثاني فتناول تمييز عقد البوت عما يختلط به من العقود، أما الفصل الثالث فتناول التحكيم في عقود البوت من خلال بيان طبيعة اتفاق التحكيم والتحكيم في دولة الكويت.أما الفصل الرابع، فتناول الطرق البديلة عن دور التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T) والقانون الواجب التطبيق، حيث تناول المبحث الأول: الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).أما المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T). أما المبحث الثالث: القانون الواجب التطبيق الناشئة عن عقد البوت (B.O.T) أما الفصل الخامس فتناول الخاتمة والنتائج والتوصيات.

Dispute Settlement of B.O.T contract

Prepared by:
Yousef Naser Hamad Jzaa al-thefiri
Supervisor:
Prof. Dr. hamdee qobaylat

Abstract

The present study aimed to know the ways to solve the emerging disputes from the B.O.T contract through tacking the legal nature of these contracts, and to deal with the duties and obligations motioned for the two parties in the B.O.T project contract, and how to resort to jurisdiction to resolve the depute that emerges between the contract's parties, and the role of the means and peaceful methods to resolve the emerging dispute from this contract in the Kuwait Law.

The study consisted of five chapters, the first chapter included the introduction,The second chapter dealt with identification of B.O.T contract, and distinguishing it from other contracts, through two sections, the first section, dealt with the nature and the identification of B.O.T contract. While the second section dealt with the distinction of the B.O.T contract from other contracts.

The third chapter has dealt with arbitration in the B.O.T contracts through illustrating the nature of arbitration agreement and arbitration in the state of Kuwait.

The fourth chapter dealt with the ways to solve the emerging disputes from the B.O.T contract, and the needed law to be applied. The first section dealt with the juridical resolution for the disputes emerging from B.O.T contract. The second section dealt with the juridical resolution to solve the disputes emerging from the B.O.T contract.

The fifth chapter dealt with the conclusion, the results and the recommendation. The study has reached a set of results and recommendations.

الفصل الأول

المقدمة

1- تمهيد:

إن تحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات الضرورية للمواطنين وازدهار المجتمع مسئولية تقع على عاتق الدولة بأجهزتها المختلفة، فالدولة ينبغي أن تسعى إلى تحرير المشروعات اللازمة والضرورية لتحقيق معيشة أفضل للمواطنين، والمسؤولية أيضا مربوطة على القطاع الخاص من خلال إشراكه وتحقيق النفع للجمهور وتحقيق الأهداف المشتركة التي تود أن تقوم بها الدولة تجاه المواطنين.

فالدولة قامت بمهمة الإسناد لبعض مشروعات المرافق العامة إلى أشخاص عاديين أو شركات ويكون تحت إشرافها ورقابتها، لكي تقوم بإنجاز تقديم الخدمات وتسيير نظامها بدلا من الدولة.

وفي الآونة الأخيرة لجأت بعض الدول إلى الأخذ بنظام البوت، لكي تخفف العبء على ميزانية الدولة وخاصة الدول النامية، حتى توفر عليها الديون الخارجية.

وتعاقد الدولة بنظام البوت B.O.T أمر له منافع اقتصادية تتمثل في زيادة الكفاءة الإنتاجية للمؤسسات الاقتصادية، حتى لا تزداد الأعباء على كاهل الدولة، وتشجيع القطاع الخاص لأداء دوره في النظام الاقتصادي وتحرير تجارة الدولة باستقطاب رؤوس الأموال الاجنبيه كي تسهم في التنمية وإضافة خبراتها في مشاريع الدولة.

وعقود البوت B.O.T بإشكاله المختلفة مستحدثة من العقود الإدارية، حيث تعتمد هذه العقود على تمويل خاص من شركة المشروع حتى تقوم ببنائه وتشغيله لمده من الزمن ولفترة محدده ومن ثم تقوم بإعادته إلى الدولة وضمان سلامته من العيوب وان يكون بحالة جيده.

فلقد أثار تنفيذ عقود البوت B.O.T العديد من المشكلات التي قد تثيرها وتعرقل عملها في أي مرحلة من مراحل العقد.

وتهدف الدراسة إلى توضيح الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، وآثارها التي تنعكس في حال أي نزاع بين الطرفين، فهناك أراء تقول بأنه عقد ذو طبيعة إدارية وآخر يقول انه خاص وهذا ينعكس تماما على المشكلات الناتجة عن العقد ، ومن الجهة المختصة لفض النزاع وتسويته وضمان استمرار تنفيذ العقد.

وسوف نحاول في بحثنا هذا توضيح ما الآلية المناسبة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T؟ وما دور الوسائل البديلة لتلك العقود؟ ومنها التحكيم الأقصر مده لحسم النزاع، مع بيان بعض الوسائل الأخرى لفض النزاع لعقود البوت.

2- مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذه الدراسة في حداثة نظام العمل بعقود البوت في الكويت وعدم وضوح طرق تسوية المنازعات، مما أثار كثيراً من الجدل الفقهي والقانوني حول سبل تسوية منازعات هذا النوع من العقود سواء عن طريق القضاء الوطني أو من خلال الطرق غير القضائية وعلى رأسها التحكيم.

3- هدف الدراسة:

تهدف الدراسة بشكل عام إلى بيان أهمية عقود البوت B.O.T وما لها من نتائج ايجابية تنعكس على ميزانية الدولة، ووضع حلول لتسوية المنازعات التي قد تثيرها تلك العقود، لتطمئن المستثمر الأجنبي في حال حدوث المنازعات واجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية.

4- أهمية الدراسة:

تكمن الدراسة من الناحية النظرية في تزويدنا بالعديد من النتائج القانونية ودور عقود البوت في تنمية الدول، وما يؤدي إلى تخفيف العبء على ميزانية الدولة، وأهمية البحث تدفعنا إلى وضع آليه مناسبة لفض النزاع الذي قد يثيره عقد البوت في أي من مراحله، ووضع حلول مناسبة واقصر مده لحسم المنازعات وتكون بالطرق القضائية أو السلمية وبيان دور التحكيم كوسيلة لفض المنازعات.

5- أسئلة الدراسة:

- ما المقصود بعقد البوت؟
- ما التكييف القانوني لعقد البوت ؟
- هل تخضع عقود البوت للقانون الإداري العام أم للقانون المدني الخاص ؟
- هل ينظر القضاء الوطني في منازعات عقود البوت؟
- ما الآلية المناسبة لفض النزاع الذي قد تثيره عقود البوت؟
- ما الطرق البديلة لتسوية منازعات عقود البوت؟

6-حدود الدراسة:

أ- **الحدود الزمانية:** ستجرى هذه الدراسة في العام 2011م .

ب- **الحدود المكانية:** لا ترتبط الدراسة بمكان محدد وإنما قد يثار أحيانا لتطبيقات النظام في الكويت والأردن ومصر.

7- المحددات:

التوصل إلى نتائج مرجوة من هذا البحث، تهدف إلى الوصول إلى معالجات قانونية مع توضيح طبيعة عقود البوت وتكون أكثر ملاءمة مع المشكلات التي تثيرها هذه العقود، ووضع حلول مناسبة لتسوية المنازعات بشكل ودي وسريع الإجراء.

8- المصطلحات الإجرائية:

العقد الإداري: هو ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامه، متبعا في هذا الأساليب المقررة في القانون العام بما يعني انطواءه على نوع أخر من الشروط غير المألوفة الاتباع في عقود القانون الخاص[1].

المرفق العام: مشروع enterprise يعمل باطراد وانتظام، تحت إشراف رجال الحكومة بقصد تقديم خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين[2].

عقد البوت: تنظيم تعاقدي بمقتضاه يتولى احد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق ضمن امتياز محدد ثم تؤول ملكيته للدولة[3].

التحكيم: نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير

---

(1) كنعان، نواف (2010) ط7، القانون الإداري. دار الثقافة للنشر والتوزيع, الأردن)، ص5.

(2) الطماوي، سليمان(ط)2، الوجيز في القانون الإداري –دراسة مقارنة– دار الفكر العرب، مصر، ص22.

(3) الصيرفي, د.ياسر احمد كامل (2008). النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، ص18. مجلس النشر العلمي، دولة الكويت، ص44.

التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم[1].

الإطار النظري والدراسات السابقة:

الإطار النظري:

سوف نتناول في بحثنا هذا أولا مقدمة عامه لعقد البوت وتحديد المشكلة وهدف الدراسة وأهميتها من الناحية التطبيقية وأسئلة يتم الإجابة عنها ضمن المحددات وبعض المصطلحات.

سوف نقوم بشرح ماهية عقود البوت B.O.T ونقوم بشرح تفصيلي من خلال مفهومها وتعريف عقد البوت وذكر أنواعه المختلفة وخصائصها.

وسوف نبين ما الطبيعة القانونية لعقود البوت B.O.T فهناك آراء مختلفة حول طبيعتها إن كانت تخضع للقانون الإداري أو القانون الخاص، وبيان اختلاف وجهات نظر بعض الفقهاء حول طبيعتها، فهناك رأي يقول توافر الصفة الإدارية في تلك العقود، بينما يذهب رأي آخر يؤكد خضوعه لأحكام القانون الخاص مع بيان حجج كل من الطرفين وإبداء رأينا حول الطبيعة القانونية لعقود البوت، وسوف نبين الإطار التشريعي الذي ينظم عقد البوت لكل من القانونين الكويتي والأردني.

وأخيرا سوف نوضح في موضوع البحث حول حسم النزاع، وما الجهة المختصة في فصل النزاع الذي قد يثار بين طرفي العقد في أي مرحلة يكون عليه العقد، ربما أنه يكون لمدد طويلة فمن الطبيعي أن يكون هناك خلاف حتى وبعد استلام المرفق أو المشروع، وما أثر تغيير القوانين على تنفيذ عقود البوت الذي قد تثار حوله مشكلات قانونية لا تقبل أي جهة تحمل

---

(1) صابر, دويب حسين(2010). عقود الB.O.T وكيفية حسم منازعاتها, ص126. دار النهضة العربية, القاهرة, مصر، ص44.

المسؤولية مما ينعكس سلبا على الجمهور المنتفع، فلا بد أن تضع الدولة الحلول البديلة القضائية وغير القضائية والحلول الأخرى حتى تحسم الأمور وبالطرق القانونية.

الدراسات السابقة:

دراسة الصليلي، عبدا لله مرشد (2006) رسالة ماجستير بعنوان " **تطبيقات عقود الاستصناع في مشروعات البناء والتشغيل والتحويل ودور المؤسسات الإسلامية في تمويلها الكويت حالة تطبيقية**" جامعة الكويت " هدفت إلى توضيح هيكل مشروع البناء والتشغيل والتحويل ومدى أهميتها في الاقتصاد الكويتي، ومدى توافق عقود البوت مع قواعد المعاملات المالية في الشريعة الإسلامية وبيان دور المؤسسات المالية الإسلامية في تمويل هذه المشروعات من خلال صيغ الموافقة لإحكام الشريعة الإسلامية وعقد الاستصناع بشكل خاص وواضح.

دراسة الظفيري، مدلول حشاش (2007) رسالة ماجستير بعنوان "**الأسس القانونية لعقود B.O.Tفي ظل كل من القانون الأردني والقانون الكويتي (دراسة مقارنة)** الجامعة الأردنية " هدفت إلى توضيح الأسس القانونية لهذه العقود في كل من التشريعين الأردني والكويتي، وتلمس أوجه التشابه والاختلاف للأحكام القانونية المنظمة لها فقام بتوضيح مفهومها وتكييفها وتحديد القضاء المختص بنظر منازعاتها وتسويتها القضائية وغير القضائية في حال كان المستثمر أجنبيا سواء كان شخصاً (طبيعياً أو اعتبارياً) وتحديد الأسس القانونية لعقود ال B.O.T.

دراسة الحمود، وضاح محمود(2008) أطروحة دكتوراه بعنوان "**حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستغلال والتسليم**" هدفت إلى توضيح حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود الامتياز المقامة وفق نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية بشكل مباشر مع بيان آلية فض المنازعات بشكل موجز.

وقد اتفق مع الدراسات السابقة في بعض الأسس وقد اختلف معها لكونها لم تتطرق لشرح تفصيلي لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، وما الطرق البديلة لحسم المنازعات ومن بينها التحكيم وتفعيل دورها في هذه العقود، حتى تكون جاذبة لرؤوس الأموال الأجنبية واستقطابها للمشاركة في تنمية الدولة، وهذا هو مشروع بحثي لبيان الجهات المختصة لفض النزاع وما الطرق البديلة لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الB.O.T ، حيث أن الدراسات السابقة لم تتطرق إلى موضوع البحث بشكل مباشر.

9-منهجية الدراسة:

ستعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي الوصفي القائم على التفسير والتحليل للنصوص التشريعية المتعلقة بماهية عقود البوت والطبيعة القانونية التي تبين خضوع عقد البوت للقانون العام أو للقانون الخاص، حتى نتمكن من وصف المشكلة من الناحية العلمية والنظرية، وفي حال المنازعات في العقود إلى أي جهة يتم اللجوء إليها لحسم النزاع.

الفصل الثاني

ماهية عقد البوت (B.O.T)

إن تحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات الضرورية للمواطنين وازدهار المجتمع مسؤولية تقع على عاتق الدولة بأجهزتها المختلفة، لذلك فقد قامت الدول بإنشاء مشروعات المرافق العامة وذلك لتلبية حاجات المواطنين، ومن العقود الحديثة التي حققت ذلك عقود البوت، التي تعد من العقود المستحدثة لأنها ظهرت تلبيةً للعولمة الاقتصادية، وقد تزايد ظهور هذا النوع من العقود في السنوات الأخيرة من خلال الإقبال الواسع من الدول على إبرامه وان كانت هذه العقود مستحدثة فإنها كانت موجودة في الماضي ولكنها ازدادت في الزمن الحاضر وانتشرت بشكل واسع[1].

وتعاقد الدولة بنظام البوت أمر له منافع اقتصادية تتمثل في زيادة الكفاءة الإنتاجية للمؤسسات الاقتصادية، وتخفيف العبء عن الحكومة والأخذ بآليات السوق، وتشجيع القطاع الخاص لأداء دوره في التقدم الاقتصادي، وتخفيض الديون الخارجية عن الدول النامية[2]، وعليه ولمزيد من التفصيل ينبغي أن نقف على مفهوم عقد البوت وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى.

وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على النحو التالي:-

المبحث الأول: مفهوم عقد البوت وطبيعته.

المبحث الثاني: تمييز عقد البوت عن غيره من العقود.

---

(1) الحبشي، مصطفى (2008) الوجيز في عقود البوت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ص5.

(2) شرف الدين، احمد (2008) عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، المؤلف، جامعة عين شمس، مصر، ص5.

المبحث الأول

مفهوم عقد البوت

كنتيجة لعدم تدخل المشرع بوضع تعريف لعقود البوت، لكونها من قبيل العقــود غيــر المسماة التي لم ينظمها المشرع ولم يضع لها تعريفاً لحداثتها وتطورها[1].

وعليه فقد اجتهد الفقه في وضع تعريف لهذه العقود، لذلك جاءت التعريفات المتعددة في هذا الصدد، وقد تعرض العديد منها للنقد، ومع ذلك فإنه من الضروري الوقوف على تعريــف هذه العقود وتحديد ماهيتها[2].

قبل أن نقوم بتعريف عقد البوت يقتضي منا الرجوع إلى الأصل المشتقة منه كلمة البوت كما يتطلب الوقوف على أهم التعريفات لهذا النوع من العقود من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تعريف عقد البوت B.O.T

المطلب الثاني: طبيعة عقد البوت B.O.T

---

(1) الزقرد، أحمد السعيد (1999) الوجيز في نظرية الالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر، ص22.

(2) إسماعيل، وائل (2009). المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها: دراسة مقارنــة، دار النهــضة العربية، القاهرة، ص12.

المطلب الأول

تعريف عقد البوت

باعتبار أن عقود (B.O.T) تعد أحد الآليات الاقتصادية، والقانونية التي ظهرت في أعقاب اتباع سياسة الخصخصة، وتشجيعاً للقطاع الخاص للقيام بدور رائد في عملية التنمية الاقتصادية في كافة المجالات ومن بينها مجال البنية الأساسية، لذا فقد جاءت هذه الآلية في أشكال متباينة لتتوافر مع الظروف الاقتصادية والسياسية لكل دولة[1].

إن عقود البوت (B.O.T) تعد من أفضل العقود التي تلجأ إليها الدول لإقامة المشاريع الحيوية فيها وهي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة حيث تعتمد الدول وخاصة النامية منها للقيام بهذه المشاريع على القطاع الخاص لإقامة وتمويل هذه المشاريع على أن يتم إنجازها واستغلالها خلال فترة محددة من الزمن تكون كافية لاسترداد ما قدمه القطاع الخاص من مصاريف مع الأرباح.

ويرى بعض المهتمين بمجال عقود البوت أن الفرنسيين هم أول من أخذ بهذا النظام عام 1797م في مشروع توزيع مياه باريس الذي أوكل إلى بيرو إخوان ثم توسع اللجوء إليه بعد ذلك ليشمل كلاً من فرنسا وإيطاليا وإسبانيا وألمانيا.

بينما ذهب اتجاه إلى أن أول ظهور لمشاريع البناء والتشغيل والنقل (البوت) كان بمصر عندما تمكنت الحكومة المصرية عام 1854 من حفر قناة السويس من قبل المسيو فردناند ديلي سبس حيث منحته الحكومة المصرية الأراضي والمعدات والآلات والمزايا والإعفاءات اللازمة للمشروع وقد كانت مدة العقد 99 عاماً مع العلم أن هذا العقد لم يستمر وانتهى بقرار

---

(1) البشبيشي، أمل (2004). نظام البناء والتشغيل والتمويل، سلسلة جسر التنمية، ع35، القاهرة، تشرين الثاني، ص3.

تأميم القناة صدر عن الرئيس المصري جمال عبد الناصر عام 1956 قبل نهاية العقد بـــ 17 عام[1].

ويرى جانب من الفقهاء أن المرجع التاريخي لاستعمال عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية يرجع إلى عهد رئيس الوزراء التركي الراحل (تورجوت اوزال) حيث كشف عن هذا النوع من العقود عند اجتماعه بمجموعة من رجال الأعمال وأصحاب الشركات والمستثمرين من القطاع الخاص عندما كان ينادي بخصخصة شركات القطاع العام وإقامة المشاريع الضخمة على أساس نظام عقود البوت وقد سارت تركيا على أساس هذا النظام في بداية الثمانينيات بعد نجاح رئيس وزرائها في الانتخابات[2].

لقد ظهر اهتمام الدول النامية بهذا النوع من عقود البناء والتشغيل البوت لما لها من أهمية في خدمة التنمية في هذه الدول المختلفة وفي كافة المجالات وترجع أسباب الاهتمام بهذا النوع من عقود البوت إلى عدد من النقاط نبرزها فيما يلي:استخدام التكنولوجيا المتطورة والحديثة بهذه المشاريع والتي في الأغلب لا تكون متوفرة في الدول النامية أو المستضيفة لهذه المشاريع. واتخاذها وسيلة تلجأ لها الدول النامية لنقل التكنولوجيا المتقدمة من خلال الأخذ بهذا النوع من العقود، ومشاريع عقود البوت تمكن القطاع الخاص بشكل عام من المشاركة بأعمال البنية التحتية للبلد بعد أن كان ذلك حكراً على القطاع العام في السابق، والمحافظة على سعر الفائدة، من اجل جلب القطاع الخاص للاستثمار في هذه البلدان والمحافظة على العملات

---

(1) الحمود، وضاح محمود رشيد،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ص20.

(2) حجازي، عبد الفتاح ببومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، القاهرة، ص 10-11.

الصعبة، وإقامة هذه المشاريع لا يؤثر على ميزانية هذه الدول لاعتماده على القطاع الخاص مما يجنب الدولة فرض ضرائب أو زيادة الضرائب المفروضة على المواطنين[1].

بعد هذا العرض لظهور عقود البوت وخاصة في الدول النامية وبيان فوائدها لا بد من بيان المصدر الذي اشتقت منه هذه التسمية والتعاريف التي وردت بخصوص هذا النوع من العقود.

الفرع الأول: المصدر الذي اشتقت منه عقود البوت B.O.T تسميتها:-

يعود أصل كلمة البوت B.O.T إلى ثلاث كلمات في اللغة الانجليزية وهي Build ويرمز لها بالحرف(B) وتعني البناء وكلمة Operate ويرمز لهل بالحرف(O) وتعني التشغيل وكلمة Transfer ويرمز لها بالحرف (T) وتعني نقل الملكية([1]) ويقابل البوت B.O.T في الفرنسية مصطلح C E F ويرجع أصل هذه الأحرف إلى الكلمات التالية construer ويرمز لها بالحرف (c) وكلمة Exploiter ويرمز لها بالحرف (E)وتعني الاستثمار وكلمة Transferor ويرمز لها بالحرف(T)

وتستخدم هذه الكلمات سواء بالعربية أو بالانجليزية أو الفرنسية أو غيرها من المرادفات للدلالة على هذا النوع من العقود التي تتعلق بمشاريع تمنحها الدولة للقطاع الخاص حيث يتم بموجب هذه العقود إقامة المشروع وتشغيله والذي يكون في الغالب مشروع حيوي بالنسبة للدولة مثل مشاريع البنية التحتية كإنشاء حديقة عامة ولحساب القطاع العام على أن ينجز ضمن فترة محددة من الزمن تذكر في العقد تنتقل بعدها ملكية المشروع للدولة[2].

(1) حجازي، عبد الفتاح ببومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص11.

(2) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، ص 81-82.

الفرع الثاني: تعريفات بعض المنظمات الدولية والفقهاء لعقود البوت

نظراً لحداثة اللجوء إلى هذا النوع من العقود فقد تباينت التعريفات الواردة بشأنه حيث ظهرت مجموعة من التعريفات نوردها على النحو الآتي:-

- عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عقد البوت (B.O.T) بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح الحكومة بموجبه مجموعة من المستثمرين يطلق عليهم الاتحاد المالي للمشروع امتيازاً لبناء مشروع معين وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عوائد التشغيل واستغلاله تجارياً أو من المزايا الأخرى الممنوحة لهم ضمن عقد الامتياز وفي نهاية الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع)[1].

- كما عرفت منظمة اليوندو (المنظمة الدولية للتنمية الصناعية) عقد البوت (B.O.T) بأنه "اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى 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 له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد على ما هو مقترح في العطاء وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية المدة الزمنية المحددة يلتزم

(1) البهجي، عصام أحمد، (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، دار الجامعة الحديد، ص13.

الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص خاص جديد يتم اختباره عن طريق الممارسة العامة"[1].

– وذهب اتجاه فقهي آخر إلى أن مشروعات البوت هي: (تلك المشروعات العامة التي يقوم القطاع الخاص بتمويلها على أن تظل ملكية الحكومة أو إحدى هيئاتها للمشروع قائمة ويقوم القطاع الخاص بتصميم وبناء وإدارة المشروع خلال فترة محددة يرتبط فيها راعي المشروع مع الحكومة بعقد امتياز يخوله الحصول على عائدات المشروع طوال فترة الامتياز على أن يقوم عند انتهاء تلك المدة بتحويل المشروع إلى الحكومة في حالة جيدة بدون مقابل) [2]..

كما ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن نظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل على أنه" تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث أحد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله على نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع خالصاً له طول مدة الترخيص ويلتزم المستثمر بإعادة كافة أصول المشروع إلى الدولة أو إلى أي من أجهزتها المعنية عند نهاية مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبنية في اتفاق الترخيص وقرار منحه " [3].

الفرع الثالث: أطراف عقد البوت:

يبرم عقد البوت بين إحدى الجهات الإدارية من جهة وشركة المشروع من جهة ثانية، وتعد الجهة الإدارية هي الطرف الأول في عقود البوت، وهي إما الحكومة أو أحد الأجهزة الإدارية التابعة لها، والجهة الإدارية إما أن تكون أشخاصاً إقليمية مثل الدولة، وإما أن تكون

---

(1) الحمود، وضاح رشيد،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم ، مرجع سابق، ص 23– 24.

(2) عبيد، حسن أحمد (2000)، بدائل نظام ألبوت في التمويل، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ألبوت، أكتوبر، 2000، ص33.

(3) بدر، أحمد سلامة (2003). العقود الإدارية وعقد البوت، دارا النهضة العربية، ص 356– 357.

أشخاصاً مرفقيه مثل الهيئات العامة، وشركة المشروع هي الطرف الثاني في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية[1].

1- الجهة الإدارية:

إن الجهة الإدارية التي تقوم بإبرام عقد البوت عادة ما تكون هي الجهة المعنية أصلاً بتنظيم المرفق العام وتقديم الخدمة للجمهور؛ ولذلك يغلب أن تكون شخصاً معنوياً عاماً مرفقياً، كالهيئات العامة، ولكن قد تكون شخصاً معنوياً عاماً إقليمياً، كالمحافظات والمدن والمراكز[2].

ويتعين دائماً الرجوع إلى هذه الجهة الإدارية للتأكد من أنه يعطيها الحق في إبرام هذا النوع من العقود، وأنها بالفعل الجهة المختصة بإبرام العقد محل التعاقد، ولمعرفة أيضاً الممثل القانوني بالجهة الإدارية الذي يملك صلاحية اتخاذ القرار والتعبير عن إرادتها. وهذه المسألة تعتبر من المسائل المهمة جداً بالنسبة للمستثمر لضمان صحة العقد المبرم مع جهة الإدارة، لأنه لو ثبت عدم اختصاص هذه الجهة بإبرام عقد البوت فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، وكذلك الشأن لو كان من تعاقد باسم الإدارة لا يملك هذه الصلاحية[3].

وإذا كانت الدولة ممثلة في إحدى الجهات الإدارية هي دائماً الطرف الأول في عقد البوت، فإن بعضهم يشكك في ذلك، إذ يرى أن هذا الطرف يمكن أن يكون شخصاً من أشخاص القانون الخاص[4]. والحقيقة أنه لا يوجد من الناحية القانونية ما يمنع أي شخص من أشخاص

---

(1) الصيرفي، ياسر (2008). النظام القانون لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت، ص20.

(2) الحبشي، مصطفى،(2008) الوجيز في عقود البوت، مرجع سابق، ص19.

(3) الصيرفي، ياسر، (2008). النظام القانون لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مرجع سابق، ص22.

(4) حامد، ماهر محمد (2004). النظام القانوني لعقد البوت B.O.T، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الزقازيق، مصر، ص25.

القانون الخاص، كالجمعيات والنوادي والشركات والأفراد، من أن يتعاقد بنظام البوت، لأن الأصل في القانون هو حرية التعاقد[1].

2- شركة المشروع:

المستثمر هو الطرف الثاني في عقد البوت، وهو دائماً شخص من أشخاص القانون الخاص، والغالب أن يكون شركة، نظراً لضخامة الاستثمارات في هذا المجال. والغالب أيضاً أن يكون المستثمر أجنبياً، كما هو الحال في معظم الدول النامية ومن بينها مصر، ولكن قد يكون المستثمر وطنياً، كما هو الحال في الكويت التي تتمتع بوفرة مالية[2].

والغالب من الناحية العملية أن تأخذ شركة المشروع شكل شركة المساهمة، نظراً لكون مسؤولية الشركاء المساهمين في هذه الشركات مسؤولية محدودة بقدر مساهمتهم، وهو مالا يتحقق في الأشكال الأخرى، حيث يوجد على الأقل شريك أو أكثر تكون مسؤوليتهم مسؤولية تضامنية غير محدودة عن ديون الشركة، وهذا يعني بأن شركة المشروع هي الشركة التي تلتزم في إطار عقود البوت بأن تبني وتشغل ثم تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية، ويتم ذلك من خلال سلسلة من العقود التي تبرم بين شركة المشروع والآخرين[3].

---

(1) الصيرفي، ياسر،(2008). النظام القانون لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مرجع سابق، ص22.
(2) الصيرفي، ياسر،(2008). النظام القانون لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، مرجع سابق، ص23.
(3) الحبشي، مصطفى، (2008). الوجيز في عقود البوت، مرجع سابق، ص20.

المطلب الثاني

طبيعة عقود البوت

تباينت وجهات نظر فقهاء القانون العام والخاص بشأن ماهية عقود البوت وقد انعكس ذلك على تعريفاتهم لهذه العقود حيث اعتبر بعضهم عقد البوت عقداً ذا طبيعة إدارية واعتبره آخرون عقداً ذا طبيعة مدنية واعتبره آخرون عقداً ذا طبيعة تجارية وظهر اتجاه آخر اعتبره ذا طبيعة خاصة لذلك سوف نتعرض لهذه الاتجاهات وعلى النحو التالي:

أولا: عقد البوت من عقود القانون الإداري:-

ينظر أنصار هذا الاتجاه إلى عقد البوت بأنه "شكل من أشكال تقديم الخدمات البديلة تمنح بمقتضاه الحكومة أو جهة حكومية- لفترة محدودة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة التي يطلق عليها اسم شركة المشروع الحق في تصميم وبناء وتشغيل وإدارة مشروع معين تقترحه الحكومة بالإضافة إلى حق الاستغلال التجاري لعدد من السنوات يتفق عليها تكون كافية لتسترد شركة المشروع تكاليف البناء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من عائدات المشروع أو أية مزايا أخرى تمنح للشركة ضمن عقد الاتفاق إلى الجهة المانحة دون مقابل أو بمقابل تم الاتفاق عليه" [1].

ان إعطاء أنصار هذا الاتجاه من فقهاء القانون الإداري الصفة الإدارية لعقد البوت ومن ثم تعريفهم له على هذا الأساس، يرجع برأيهم للأسباب التالية:-أن عقد البوت هو امتداد لعقد الالتزام.، وأن الإدارة هي أحد أطراف هذا العقد، وأن عقد البوت يتعلق بإنشاء مرفق عام.، وأنه يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[2].

---

(1) خوري، رئييف (1999). عقود ألبوت وعقود الخصخصة في القانون المقارن، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، ص77.

(2) حجازي عبد الفتاح بيومي،(2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص79.

وبذلك يرى فقهاء القانون الإداري أن هذه الشروط متوفرة في عقد البوت (B.O.T)، حيث أن الشرط الأول الذي يتضمن بأن يكون أحد الأطراف شخصاً من أشخاص القانون العام، والشرط الثاني الذي ينص: "أن يتعلق العقد بمرفق عام أنها شروط حتمية الوجود في عقد البوت (B.O.T)، وهو ما يتم التأكيد عليه في كافة التعريفات لعقود البوت[1]..

أما ما يتعلق بوجود شروط استثنائية فإن هذا حق متروك للإدارة تستطيع طرحه في عقود البوت وذلك للمحافظة على المصلحة العامة التي تسعى الإدارة للمحافظة عليها. وأن جهة الإدارة عند التعاقد في عقود البوت (B.O.T) تتعاقد بصفتها سلطة عامة مع شركة خاصة لإقامة المشروع وتشغيله فترة من الزمن مع حق إعادة المشروع إلى الدولة بعد انتهاء الفترة الزمنية ومن الحقوق المترتبة في العقد أيضا حق الإدارة في الرقابة والتوجيه وتعديل وفسخ العقد لأن هذا العقد يعد عقداً إداريا[2].

وكون الإدارة طرفا في هذا العقد، وتعلقه بنشاط مرفق عام فإنه يعد عقداً إدارياً بحد ذاته وأن تخلف عنه ببعض الشروط وهذا ينطبق على عقود البوت[3].

ثانيا: عقد البوت من العقود المدنية:-

يرى أنصار هذا الاتجاه أن عقود البوت B.O.T هي عقود مدنية فرغم أنهم لم يخرجوا عن التعريفات المتعارف عليها لعقد البوت إلا أنهم اعتبروا أن عقد البوت عقداً ذا طبيعة مدنية وأنهم استندوا في ذلك على مجموعة من الحجج و البراهين وهي[4]:

---

(1) سلام، احمد رشاد محمود (2004). عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة – دار النهضة العربية – القاهرة،ص34.

(2) حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 83- 84.

(3) نصار، جابر جاد (2002). عقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص52.

(4) سري الدين، هاني صلاح (2001) التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية – القاهرة – دار النهضة العربية- الطبعة الأولى، ص47.

1- عدم توافر شروط العقود الإدارية في عقد البوت حيث إنه من المعروف أنه لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية يجب أن تتوافر فيه **الشروط الآتية:**

أ- أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد.

ب-تعلق العقد بمرفق عام.

ج- توافر شروط استثنائية يتفق عليها الطرفان غير متوافرة في العقود المدنية.

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشرط الثالث لا ينسجم مع طبيعة عقود البوت B.O.T لأن عقد البوت لا تتوافر فيه شروط استثنائية غير متوافرة في العقود المدنية، إذ يتم التعاقد في عقود البوت B.O.T بين الدولة بكونها شخصاً عادياً أي ليست صاحبة سلطة عامة وسيادة مع شركة المشروع. وان المتتبع لأحكام القضاء المصري يرى أنه يشترط أن تتوافر الشروط الثلاثة المذكورة أعلاه مجتمعةً لكي يعد العقد عقداً إدارياً ، وفي حال عدم توافر الشروط الثلاثة مجتمعةً فإن العقد لا يعد عقداً إدارياً بصفة عامة على عكس القانون الفرنسي الذي اشترط توافر شرطين وهما: أن يكون أحد أطراف العقد من الأفراد ، والشرط الثاني أن تكون الإدارة أحد أطراف العقد [1].

ويدعم فقهاء هذا الاتجاه رأيهم كون عقود البوت من عقود القانون المدني أن القضاء العادي هو القضاء المختص في فض المنازعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T ما لم يرد شرط التحكيم في هذا العقد، ويرجع سبب اختصاص القضاء العادي أو التحكيم عند الاتفاق على اللجوء إليه في فض المنازعات في هذه العقود إلى مجموعة من الأسباب هي:

1. أن التعاقد في عقود البوت B.O.T يسوده مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وسلطان الإرادة وهذا ما ينزع عنه الصفة الإدارية في فض النزاع.

---

(1) الحبشي، مصطفى عبد المحسن، (2008) الوجيز في عقود البوت، مرجع سابق، ص 31- 32.

2. في عقود البوت تنشأ بين الإدارة (الدولة) وبين شركة المشروع مجموعة من الالتزامات والحقوق على أساس التوازن بين الطرفين دون أن يكون للدولة أية سلطة عليا.
3. أن توسع العلاقات الاقتصادية بين الدولة وشركات القطاع الخاص تجبر الدولة في التخلي عن سلطاتها وتقيدها في التعامل والتعاقد مع الشركات وأفراد القطاع الخاص كفرد عادي مما يصبغ الصفة المدنية على عقودها التي تبرمها مع القطاع الخاص وأبرز هذه العقود هو عقد البوت حيث أنه في حال ظهور الدولة كونها صاحبه سلطة عامة يجبر القطاع الخاص على الحيلولة دون الدخول في تعاقدات مع الدولة[1].

وقد ترد نصوص صريحة في عقود البوت B.O.T تنفي عن هذه العقود الطبيعة الإدارية ومن أبرز الأمثلة على ذلك ما نصت عليه المادة 4/18 من العقد الموقع بين شركة انترجن لتوليد الكهرباء وبين هيئة الكهرباء المصرية في العام 1999 [2].

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن التمسك بفكرة أن عقد البوت B.O.T عقد تكون دائماً أطرافه الإدارة وشركة المشروع التابعة إلى القطاع الخاص حيث أنه من الممكن أن يكون كل من طرفي عقد البوت من القطاع الخاص. وهذا ما يؤكد أن هذا العقد هو عقد مدني يخضع في أحكامه للقانون المدني[3].

إذن وكما سلفنا أنه من الممكن أن يكون كلا طرفي عقد البوت من أشخاص القانون الخاص كأن تتعاقد شركة مع مستثمر أو شركة مع شركة أخرى للقيام بمشروع معين وبعد القيام بالمشروع واستغلاله تقوم الشركة المستثمرة بإرجاع المشروع إلى الشركة صاحبة المشروع ومن الأمثلة العملية على أرض الواقع ما جرى في جمهورية مصر العربية عند قيام قرية

---

(1) حجازي، عبد الفتاح بيومي،(2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص110.
(2) الحبشي، مصطفى عبد المحسن، (2008) الوجيز في عقود البوت ، مرجع سابق، ص32.
(3) البهجي، عصام أحمد، (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص16.

جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة إلى طرح مشروع لإنشاء محطة مياه بنظام البوت B.O.T وكذلك إعلان نادي الصيد في الدقي عن عملية بناء صالة وتعاقده مع شركة مصرية خاصة لبناء صالة ألعاب البولنج والبلياردو حسب نظام عقود البوت على أن يتسلمها النادي بعد عشر سنوات تدفع خلالها الشركة للنادي ستة ملايين جنيه مع قيام الشركة بتحصيل رسوم عن دخول اللاعبين على أن تمنح أعضاء النادي تخفيضاً خاصاً وبذات أسلوب عقود البوت أعلن نادي الصيد عن مشروع لإنشاء كراج متعدد الطوابق أسفل سطح النادي وبنفس هذا الأسلوب في التعاقد سايرت باقي النوادي نادي الصيد [1].

إن قيام مثل هذه المشاريع بين أفراد القطاع الخاص على أساس عقود البوت يعطي الدعم للرأي الذي يؤكد على كون عقود البوت عقوداً ذات طابع مدني أو تجاري.

ثالثا: عقد البوت عقد تجاري

لقد وردت مجموعة من التعاريف للعقد التجاري من أبرز هذه التعاريف أن العقد التجاري هو "العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية" وعرف العقد التجاري أيضا بأنه هو "العقد الذي ينشئ في ذمة أحد طرفيه أو طرفيه معاً التزاماً تجارياً"[2] ولمعرفة ما إذا كان عقد البوت عقداً تجارياً أم لا يجب الرجوع إلى المعايير والنظريات التي تحكم العمل التجاري حيث ظهرت بهذا الخصوص أربع نظريات لتحديد العمل التجاري وتمييزه عن العمل المدني **وهي**[3].:-

1. نظرية المضاربة:- وقد ظهرت على يد الأستاذين الفرنسيين (Lyan cean & Renault) وتقوم هذه النظرية على أساس تحقيق الربح المادي بالقيام بعمليات الشراء

(1) البهجي، عصام أحمد،(2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص15.
(2) حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن مرجع سابق، ص121.
(3) حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن مرجع سابق، ص130.

والبيع ولكن هذه النظرية لم تكن كافية لتمييز العمل التجاري عن العمل المدني حيث توجد بعض الأعمال التي تعد مدنية إلا أنها تسعى إلى تحقيق الربح المادي [1]..

2. نظرية الحرفة:- نادى بهذه النظرية الفقيه الفرنسي Doerge Ripert وتقوم على أساس المعيار الشخصي للعمل التجاري حيث إن العمل التجاري هو كل عمل يصدر من شخص احترف التجارة، فكل عمل يتعلق بتجارة التاجر يعد عملاً تجارياً[2]:.
3. نظرية التداول:- ويقصد بالتداول انتقال السلع من شخص إلى آخر كانتقال السلع من المصنع إلى البائع ثم إلى المستهلك ولكن انتقدت هذه النظرية لوجود بعض الحالات حتى لو انتقلت فيها السلع بالتداول يبقى العمل مدنيا.[3].
4. نظرية المشروع:- وتقوم على عنصرين أولهما احتراف العمل والثاني وجود تنظيم لهذا العمل حتى يعد عمل تجاري.[4]

وبظهور النظرية الحديثة للأعمال التجارية التي تتعارض مع النظريات التقليدية حيث أن النظرية الحديثة لا تحدد أعمالاً بعينها على أنها أعمال تجارية وإنما تقوم على أساس فكرة استغلال المشروع التجاري كونه يشكل وحدة اقتصادية سواء كان موضوع الاستغلال صناعياً أم زراعياً وهذا ما أخذ به المشرع المصري والفرنسي لتميز العمل التجاري عن العمل المدني ولكون عقود البوت B.O.T هي عقود تتعلق بمشاريع ضخمة لذلك فهي عقود تجارية لتعلقها بأهم المشاريع الاقتصادية في الوقت الحاضر وبذلك نرى أن النظريات التقليدية والحديثة في

---

(1) خوري، رئييف (1999). عقود ألبوت وعقود الخصخصة في القانون المقارن، مرجع سابق، ص77.

(2) سري الدين، هاني صلاح (2001) التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية – القاهرة، مرجع سابق، ص 48.

(3) سامي، فوزي محمد (2007)، شرح القانون التجاري، دار الثقافة، الأردن ص38–ص40.

(4) سامي، فوزي محمد (2007)، شرح القانون التجاري، مرجع سابق، ص38–ص40.

القانون التجاري قد حسمت موضوع عقود البوت بكونها عقوداً تجارية حيث أن هذه المشروعات تتم على شكل مشروع ينظم عمليات البناء والتشغيل وتظهر المضاربة عند تشغيل المشروع على المعدات حيث يعمل المشروع بشكل منظم لتحقيق الربح وبذلك تكون عقود البوت منسجمة مع النظريات التي وضعت معايير معينة للتفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني وبذلك تعد هذه العقود عقوداً تجارية.

رابعا: عقد البوت عقد ذو طبيعة خاصة:-

لقد نادى بهذا الاتجاه مجموعة من الفقهاء الذين حاولوا أن يجدوا اتجاهاً وسطاً بين الفقهاء الذين ينادون بالطبيعة الإدارية لعقود البوت B.O.Tوالفقهاء الذين ينادون بالطبيعة المدنية لهذه العقود حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن عقود البوت هي عقود ذات طبيعة خاصة لأن هذه العقود تشتمل على بعض قواعد القانون الإداري وبعض قواعد القانون المدني أيضاً مكونة مع بعضهما عقوداً ذات طبيعة خاصة أي أنها تحتوي على نوعين من القواعد هما:

1. نصوص تشمل الأعباء المالية المتبادلة بين الإدارة العامة كونها أحد أطراف العقد وبين شركة المشروع الخاصة الطرف الثاني في العقد وهذه النصوص لا تهم المنتفعين من المشروع مباشرة وإنما تهدف إلى تحقيق التوازن المالي بين الطرفين، كما تشتمل على بعض النصوص التي تحدد مدة الالتزام ونصوص تتعلق بتنفيذ العقد، وهذه النصوص خاضعة لأحكام القانون المدني فلا يجوز مخالفتها بالنقض أو التعديل إلا باتفاق كلا طرفي العقد[1].

(1) طالب، جمال حسين (2009). صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، رسالة ماجستير جامعة عمان العربية، الأردن، ص 26.

2. نصوص تعود بالفائدة على المنتفعين من المشروع وليس فقط الملتزمين فيه ومن هذه النصوص ما يتعلق بتنظيم المرفق مثل الرسوم التي تفرض على المنتفعين من المرفق وعلى كافة القواعد التنظيمية الأخرى التي تنظم المرفق الذي يقوم على أساس عقود البوت B.O.T[1].

وبناء على الطبيعة الخاصة التي يقوم عليها عقد البوت فإن هذا العقد قد يدخل في مفهوم كل من العقود الإدارية أو التجارية أو المدنية وذلك حسب اختلاف طبيعة كل عقد عن الآخر واختلاف شروط كل عقد عن الآخر ويمكن أن يختلف تكييفه من مشروع إلى آخر وحسب شروط العقد الذي ينظم هذا المشروع[2].

وتعد عقود البوت ذات مفهوم جديد في مجال الدراسات القانونية لأنها تبرم بين جهات من القطاع العام وأخرى من القطاع الخاص للقيام بمشاريع مشتركة عن طريق ما يسمى بشركة المشروع، مما جعل من الضرورة إيجاد قواعد قانونية خاصة تتعلق بالأمور التالية:-

- ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع.
- مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج.
- إجراءات تسوية المنازعات ودياً.
- كيفية إعادة المشروع للدولة.
- الرسوم التي يحق لكلا طرفي العقد الحصول عليها من الأفراد.
- التأمينات العينية التي يمكن أن يقدمها كل طرف للآخر.
- مدى جواز الحجز على أموال المشروع.

---

(1) طالب، جمال حسين، (2009). صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، مرجع سابق، ص 26.

(2) البهجي، عصام أحمد،(2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص104.

وعند وضع القواعد التي تنظم هذه الأمور من الصعب وضع تكييف عام يحدد طبيعة هذه العقود وإنما يؤخذ كل عقد على حدة ويعطي تكييفاً خاصاً به.[1] هذا يؤكد القول بأن عقود البوت من العقود ذات الطبيعة الخاصة ويظهر ذلك من خلال الأمور التالية:-

1. في هذه العقود لا تظهر الدولة بكونها صاحبة السلطة العامة مما يبعد هذه العقود عن كونها عقوداً إدارية.
2. عدم توافر نصوص قانونية محددة خاصة بعقود البوت وإنما نصوص متناثرة هنا وهناك في قوانين مختلفة وهذا ما يعطيها طابعاً خاصاً بها.
3. عدم تطرق القانون المدني إلى هذا النوع من العقود وهذا ما يبعدها عن القانون المدني[2].

يرى الباحث أن الاتجاه القائل بأن عقود البوت ذات طبيعة إدارية هو الرأي الأولى بالاتباع وذلك بعد التمعن بالآراء والاتجاهات الأخرى التي تنادي بكون عقد البوت من العقود الإدارية ونبني رأينا من خلال الاعتماد على مجموعة من الحجج وهي:أن عقد البوت ما هو إلا امتداد طبيعي لعقد التزام المرافق العامة، وتشكل الإدارة طرفاً مهماً من أطراف عقد البوت، ويتمثل الغرض من عقود البوت في إنشاء مرفق عام لخدمة الجمهور، ولأن عقود البوت كعقود إدارية تتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

(1) البهجي، عصام أحمد، (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق ، ص385.
(2) بدر، أحمد سلامة،(2003). العقود الإدارية وعقد البوت المرجع السابق، ص386.

المبحث الثاني

تمييز عقد البوت عن غيره من العقود

قد تختلط مع عقد البوت عقود أخرى لوجود بعض الشبه بينها وبين هذا العقد كما أن هناك عقوداً مثيلة لعقد البوت والاختلاف بينها وبين هذا العقد متشابه تقريباً ولذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين هما:-

المطلب الأول: تمييز عقد البوت B.O.T عما يختلط به من عقود.

المطلب الثاني: تمييز عقد البوت B.O.T عن العقود المثيلة له.

المطلب الأول

تمييز عقد البوت B.O.T عما يختلط به من العقود

أولا: تمييز عقد البوت عن عقد التأجير التمويلي

ان عقد التأجير التمويلي من العقود التي ظهرت حديثاً والتي أصبح لها تأثير كبير في المجال الاقتصادي وتعتمد هذه العقود على التعاون بين مجموعة من الأطراف ضمن إطار عقد التأجير التمويلي حيث يندرج تحت هذا مجموعة من العقود مثل عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة بالبيع حيث يبرز في عقد التأجير التمويلي مجموعة من الخيارات عند نهاية العقد وهي إعادة العقار المستأجر إلى المؤجر أو تجديد استئجاره لمدة جديدة أو شراؤه بثمن قليل[1].

ولكي نستطيع التمييز بين عقد البوت B.O.T وعقد التأجير التمويلي يجب التطرق إلى تعريف عقد التأجير التمويلي من خلال الفقه المعاصر له والقانون الأردني لهذا العقد.

---

(1) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص129.

عرف الفقيه الفرنسي (Calon) عقد التأجير التمويلي بأنه: (وسيلة تمويل بمقتضاها تقوم المؤسسة المالية بتأجير بعض المهمات أو الآلات لعملائها مع تطبيق أحكام عقد الإيجار في العلاقة التعاقدية بينهم)[1].

وعرف عقد التأجير التمويلي بأنه:" وسيلة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية التي تعد من الأنظمة القانونية المركبة"[2].

وعرف أيضاً بأنه:" نظام مركب من بعض القواعد القانونية المستمدة من بعض العقود التقليدية"[3].

وقد عرف المشرع الأردني عقد التأجير التمويلي في المادة (1/3) من قانون التأجير التمويلي رقم (16) لسنة 1999 بأنه: "العقد الذي يحق للمستأجر بموجبه الانتفاع بالمأجور، مقابل بدل إيجار يدفعه للمؤجر على أن يتحمل المستأجر أي مخاطر تتعلق بالمأجور".

يلتقي عقد البوت B.O.T مع عقد التأجير التمويلي من خلال مجموعة من النقاط:

1. إن عقد البوت وعقد التأجير التمويلي أدوات لتمويل المشاريع.
2. أما من حيث تملك المشروع من قبل المقاول في عقد البوت والمستأجر في عقد التأجير التمويلي فإن كليهما من الممكن أن يتملك المشروع حيث أن المقاول يتملك المشروع خلال فترة العقد أما المستأجر فله الخيار إما تملك العين المؤجرة وإما أن يعيدها إلى المؤجر عند انتهاء العقد[4].

---

(1) الخصاونة، صخر أحمد (2005). عنصر التأجير التمويلي، دار وائل للنشر، الأردن، ص24.

(2) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص130.

(3) الخصاونة، صخر أحمد (2005). عنصر التأجير التمويلي، مرجع سابق، ص24-25.

(4) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص130.

3. إن إدارة المشروع تقع على المقاول في عقد البوت والمستأجر في عقد الإيجار التمويلي مع بعض الرقابة على المقاول من قبل الإدارة.
4. إن استثمار المشروع يعود بالنفع لمصلحة المقاول في عقد البوت والمستأجر في عقد الإيجار التمويلي حيث يقوم المقاول باستغلال المشروع خلال فترة معينة كفيلة بتحقيق ربح من المشروع وكذلك المستأجر في عقد التأجير التمويلي يقوم بتحقيق ربح من خلال العين المؤجرة[1].
5. إن عقد التأجير التمويلي له مزايا تعود على الاقتصاد القومي فمن مزايا التأجير التمويلي دعم التنمية الاقتصادية من خلال توفير التمويل الكامل للمشاريع ومن هذه الميزات أيضاً دعم المشروعات الجديدة وهذا ما يتطابق مع مزايا عقود البوت[2].

ويختلف عقد البوت B.O.T عن عقد التأجير التمويلي فيما يلي:

1. إن عقد التأجير التمويلي يتكون من مجموعة من العقود وعند ترابطها يتكون عقد التأجير التمويلي وأهم هذه العقود عقد الإيجار وعقد البيع وعلى العكس من ذلك فإن عقد البوت لا يعتمد في تكوينه على مجموعة من العقود.
2. في عقد التأجير التمويلي إن خيار تمليك المشروع للمستأجر مطروح عند انتهاء مدة العقد وقد يقع التمليك على المعدات والعقارات أو العقارات فقط أما في عقد البوت فإن تمليك المشروع مطروح أمام شركة المشروع أثناء تشغيل المشروع ويبقى التمليك دائماً إلى حين الانتهاء من المشروع وبعدها ترد ملكية المشروع إلى الجهة المانحة[3].

---

(1) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص129.
(2) ناصف،حسام الدين فتحي (2003) التأجير التمويلي الدولي المنقول، دار النهضة العربية،مصر،ص16.
(3) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص130.

3. في أغلب عقود البوت تكون الجهة المانحة للمشروع هي الدولة متمثلة بإداراتها وأغلب هذه المشاريع تتعلق بالمرافق العامة على العكس من ذلك تكون الجهة المانحة للمشروع في عقد التأجير التمويلي هي القطاع الخاص وتكون لمنفعة القطاع الخاص مع العلم أن هذا ليس أمرا حتمياً فمن الممكن أن يبرم عقد التأجير التمويلي بين الإدارة وأحد أطراف القطاع الخاص وكذلك من الممكن أن يتم إبرام عقد البوت بين أطراف القطاع الخـــاص وهذا ما ظهر واضحاً في ما قامت به قرية جولدن بيتش السياحية بمدينة الغردقة عندما طرحت مشروعاً لإقامة محطة مياه بنظام عقد البوت[1].

ثانيا: التمييز بين عقد البوت B.O.T وعقد الخصخصة:

في البداية نتطرق إلى تعريف الخصخصة لكي يكون من السهولة التفريق بـــين هـــذين العقدين:

الخصخصة بالمعنى الضيق:" تحويل ملكية المؤسسات الاقتـــصادية المملوكـــة للدولـــة والمنتجة للسلع والخدمات المملوكة من قبل الدولة إلى ملكية خاصة وقد يكون هذا التحويل كلياً وقد يكون جزئياً". والخصخصة بالمعنى الواسع:" العملية التي يتم بموجبها حلول القطاع الخاص محل القطاع العام خاصة في النشاطات الاقتصادية المتعلقة بإنتاج السلع والخدمات"[2].

وعرفت الخصخصة بأنها: " تحويل عدد كبير من القطاعات الاقتصادية والخدمات الاجتماعيـــة التي لا ترتبط بالسياسة العليا للدولة إلى القطاع الخاص"[3].

---

(1) البهجي، عصام أحمد (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص15.

(2) الحاجي، محمد عمر (2007). الخصخصة ما لها وما عليها، دار المكتبي، ص15.

(3) الناشف، انطوان (2000). الخصخصة، منشورات الحلبي، بيروت، ص9.

وقد عرف آخر عقد الخصخصة بأنه: "عقد إداري تبرمه الإدارة كطرف أول مع طرف آخر من القطاع الخاص كطرف ثاني وبمقتضى هذا العقد يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني كلياً أو جزئياً"[1].

إن المعنى المقصود لكلمة الخصخصة هنا هو المعنى الضيق وليس الواسع مع العلم أن هناك أشكالاً أخرى للخصخصة وأن بعض العقود المشتقة من عقد البوت هي عقود قريبة من الخصخصة ولكي نتمكن من التمييز بين عقد البوت وعقد الخصخصة سوف نذكر أوجه الشبه والاختلاف بين كلا العقدين:

أولاً: أوجه الشبه:

1. إن عقد البوت وعقد الخصخصة يرتبطان بمشاريع عامة تابعة للدولة أي أن كلا العقدين يتعلقان بأملاك تابعة للدولة.
2. في عقد البوت وعقد الخصخصة يتم تمليك المشروع التابع للدولة إلى شركة المشروع[2].
3. في عقود الخصخصة قد تتم خصخصة الإدارة أي من الممكن أن تبقى ملكية المشروع للدولة ولكن إدارة المشروع تنتقل إلى القطاع الخاص بينما في عقد البوت تنتقل ملكية المشروع وإدارته إلى درجة الاستغلال خلال فترة محددة في العقد[3].
4. إن عقد البوت وعقد الخصخصة يرفد اقتصاد البلدين ويعزز ميزانيات الدول حيث أن عقود البوت تجلب مشاريع عملاقة وذات أثر تنموي على البلاد دون أن تكلف ميزانيات الدول أي

---

(1) ناصيف، الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص130.

(2) ناصيف الياس (2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص131.

(3) الحاجي، محمد عمر (2007). الخصخصة ما لها وما عليها، مرجع سابق، ص16.

مبلغ من المال وكذلك الخصخصة فإن خصخصة المشاريع التابعة للدولة ترفد ميزانيات الدول بمبالغ كبيرة جداً[1].

5. إن العجز الذي تعاني منه الدولة بسبب دعم القطاع الحكومي المتعثر أجبر الدول للبحث عن سبل لتخفيف العجز فظهرت التخاصية كأحد أدوات استقرار السياسة الاقتصادية وكذلك عقد البوت ظهر لتوفير البنى التحتية والمشاريع الضرورية التي تواجه الدولة صعوبة بإنشائها[2].

ثانياً: أوجه الاختلاف:

1. يظهر وجه الاختلاف في أن عقد الخصخصة تنتقل ملكية المشروع العائد للدولة مباشرة بمجرد إبرام عقد الخصخصة إلى الشركة أو المستثمر ويكون انتقال الملكية إلى المستثمر أو الشركة نهائياً وليس لفترة محددة وكذلك لا يحق للدولة الإشراف على المشروع ومراقبته وعلى العكس من ذلك فإن عقد البوت تنتقل ملكية المشروع للمستثمر ولكن الانتقال يكون لفترة محددة وكذلك يبقى حق الدولة في الإشراف والرقابة ثابتاً ودائماً على المشروع[3].
2. تنتقل ملكية المشروع في عقد البوت وعقد الخصخصة أما في عقد البوت فيكون انتقال الملكية لفترة محددة في العقد أما في الخصخصة فيكون انتقال الملكية بشكل دائم وبمجرد توقيع الاتفاق على عقد الخصخصة ودخوله حيز التنفيذ[4].
3. إن الدولة تستفيد من عقود البوت لأنها تساعد على قيام مجموعة من المشاريع المهمة في الدولة دون أن تتكلف ميزانياتها بمبالغ ويُعد إرجاع المشروع إلى الدولة بمثابة التأميم وعلى

---

(1) البهجي، عصام أحمد،(2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص15.

(2) الزعبي، منصور (2002). الاستخدامات المثلى لعوائد الإنتاجية في الأردن، ورشة عمل، المنبر الأردني للتنمية الاقتصادية، ص22.

(3) البهجي، عصام أحمد،(2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص15.

(4) ناصيف، الياس،(2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص131.

العكس من ذلك في الخصخصة فإن الدولة تفقد المشاريع الحيوية في البلاد ولا يكون لها أي نوع من الصلاحيات عليها في المستقبل.

وعلى سبيل المثال فإن أهم المشاريع التي تم شمولها بالخصخصة في المملكة الأردنية الهاشمية هي:

1. شركة مصانع الإسمنت الأردنية .
2. المؤسسة الأردنية للاستثمار.
3. مؤسسة النقل العام.
4. سلطة المياه.
5. الملكية الأردنية.
6. شركة الأسواق الحرة للمطارات[1].

ثالثاً: التميز بين عقد البوت B.O.T وعقد الأشغال العامة:

عرف دي لو بادير عقد الأشغال العامة بأنه: (عقد تبرمه الإدارة ويخضع لنظام القانون العام للقيام بأداء أشغال عامة في عقد لحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام) [2].

وعرفته محكمة النقض المصرية بأنه: (عقد مقاولة بين أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه بتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام تحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن محدد في العقد) [3].

من خلال هذا التعريف لعقد الأشغال العامة يمكننا القول ان عقد الأشغال العامة وعقد البوت يتشابهان لأن كليهما في الأغلب يتم تنفيذه لمصلحة الدولة مقابل الحصول على البدل المادي للعقد، أما أوجه الاختلاف بين عقد البوت وعقد الأشغال العامة فهي تكمن في أن عقد الأشغال العامة تقوم بموجبه شركة المشروع بإنشاء المشروع ثم تسلمه للدولة وعلى العكس من

---

(1) الزعبي، منصور (2002). الاستخدامات المثلى لعوائد الإنتاجية في الأردن مرجع سابق ص24.

(2) الصيرفي، ياسر (2008). النظام القانوني لعقد b.O.t ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص مرجع سابق، ص23.

(3) الجمل، هارون عبد العزيز (1979). النظام القانوني للمزادات في عقد الأشغال العامة، القاهرة، ص30-31.

ذلك في عقود البوتB.O.T فإن شركة المشروع تقوم بإنشاء المشروع واستغلاله لفترة من الزمن تتحدد في العقد. بينما شركة المشروع في عقد الإشغال العامة فتكون مهمتها إتمام المشروع وتسليمه إلى الدولة ليقوم الجمهور باستغلاله ومن الأمثلة المهمة على مشاريع عقد الإشغال العامة إقامة الجسور والسدود والمستشفيات أما في عقد البوت فإن شركة المشروع تقوم باستغلال المشروع بعد إنجازه من خلال الجمهور خلال فترة طويلة من الزمن تحدد في العقد.[1]

(1) ناصيف، الياس،(2006). سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت، مرجع سابق، ص128.

المطلب الثاني

تمييز عقد البوتB.O.T عن العقود المثيلة له

إن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) هو العقد الأكثر شيوعاً في التعاقدات التي تلجأ لها الدول لكن الواقع العملي أظهر إلى جانبها مجموعة من العقود المثيلة لها حيث صنفت هذه العقود على أساس الحقوق التي يمنحها كل عقد منها إلى شركة المشروع ومن هذه العقود[1]:

- عقد الإنشاء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية. (B.O.OT)، وعقد الإنشاء والتمليك والتشغيل. (B.O.O)، وعقد الإنشاء والتمليك والتشغيل والدعم. (B.O.O.S.T)، وعقد الإنشاء والتأجير ونقل الملكية. (B.L.T)، وعقد التأجير والتدريب والتمويل. (B.F.T)، وعقد البناء والتمويل والتحويل. (B.F.O)، وعقد التجديد والتمليك والأشغال. (R.O.O)

يرى بعض الفقه أن عقد البوت مستقل عن هذه العقود وليس دليلاً عليها.[2]

1. عقود البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية Boot: إن هذه العقود صممت على أن تقوم شركة المشروع بتشييد المشروع ومن ثم تتملكه خلال فترة العقد وبعد ذلك تقوم الشركة باستغلاله استغلالاً كاملاً و في النهاية تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة المتعاقد معها وقد وردت بعض التحفظات في هذه العقود على طبيعة التملك حيث ظهر اتجاه اعتبر التملك من قبل شركة المشروع ينصب على المعدات والآلات والأدوات فقط ويكون التملك غير مطلق وقد أطلق على هذا النوع من العقود عقد تسليم المفتاح[3].

---

(1) الحبشي، مصطفى عبد المحسن (2008) الوجيز في عقود البوت، مرجع سابق، ص15.

(2) حجازي، عبد الفتاح بيومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص45-47.

(3) حجازي، عبد الفتاح (2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص54-55.

2. عقود البناء والتملك والتشغيل Boo: ويقوم هذا النوع من العقود على تشييد المشروع من قبل شركة المشروع ومن ثم تملكه وبعد ذلك تقوم الشركة بتشغيله فترة من الزمن وبعد انتهاء هذه الفترة يكون لشركة المشروع الحق بالتصرف فيه وإن أغلب هذه العقود عند انتهاء فترة المشروع تأخذ الدولة نسبة من ربح المشروع فإذا لم ينته العمر الافتراضي للمشروع وكان ذا أهمية فإن الدولة تقوم بتعويض شركة المشروع وتتملكه[1].

ومن الممكن تجديد الامتياز أيضاً لشركة المشروع من قبل الدولة، كما يحق للدولة أن تتعاقد مع شركة جديدة تدير المشروع بعد انتهاء العقد مع الشركة السابقة تتملكه من قبل الدولة بعد دفع تعويض لشركة المشروع[2].

3. عقود البناء والإيجار ونقل الملكية (B.L.T): وفي هذا النوع من العقود تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع ومن ثم إدارته وتشغيله طول فترة العقد مع دفع مبلغ شهري أو سنوي كبدل إيجار للدولة خلال فترة العقد مع حرية شركة المشروع في استغلال المشروع وإدارته وفي نهاية العقد تقوم شركة المشروع بنقل ملكية المشروع إلى الدولة[3].

4. عقود التجديد والتملك والتشغيل (R.O.O): إن هذا النوع من العقود تقوم الدولة بإبرامه مع شركة المشروع حيث تقوم شركة المشروع بتحديث المشروع بحسب الحاجة إلى التحديث حيث يقع التحديث عادة على الآلات والمعدات والمباني والأجهزة التقنية والتكنولوجية فيه وبعد تجديد هذا المرفق وتحديثه تقوم شركة المشروع بدفع مبلغ إلى الدولة متفق عليه لكي تتملك المشروع

---

(1) البهجي، عصام أحمد (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص22-23.

(2) بدر، أحمد سلامة (2003). العقود الإدارية وعقد البوت، مرجع سابق، ص358.

(3) طالب، جمال حسين (2009). صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكية، مرجع سابق، ص29.

وبعد تملك المشروع يكون لشركة المشروع الحرية في التصرف فيه وإن هذا العقد هو أقرب إلى الخصخصة منه إلى العقود الأخرى[1].

وتظهر أهمية هذا النوع من العقود في المشاريع المتعثرة التي تعجز إيراداتها على تحديثها وتجديدها، وفي جميع الأحوال تحرص الدول عند عقد مثل هذه العقود على وضع الضوابط اللازمة لحماية الاقتصاد القومي والمستهلكين والعاملين في المشروع سواء بصفة مطلقة أو لفترة محددة[2].

5.عقود التصميم – البناء – التمويل – التشغيل (D.B.F.O): يبرز هذا النوع من العقود في المشاريع التي تحتاج إلى تصاميم سابقة لإقامة هذه المشاريع مثل الجسور حيث تقوم الدولة بوضع هذه التصاميم على نفقة شركة المشروع وبالمقابل تمنح شركة المشروع الحق في الاقتراض من البنوك بضمان المشروع الذي قامت الدولة بمنح أرضه للشركة وتستحق الدولة قيمة الأرض التي منحتها للمستثمر مع نسبة من الأرباح بعد انتهاء مدة العقد ويحصل المستثمر على ملكية المشروع[3].

وفي الأغلب تلجأ الدولة بمساعدة المستثمر من خلال جذب رؤوس الأموال من أجل تمويل المشروع وغالباً ما تكون هذه التمويلات من خلال بنوك من داخل الدولة أو خارجها وفي الأغلب أيضاً لا تلجأ الدولة إلى مثل هذه العقود إلا في المشاريع العملاقة التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة تعجز الميزانية في الدولة عن القيام بها[4].

---

(1) الحمود، وضاح رشيد،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص75–76.

(2) حسبو، عمر أحمد،(2007) المنظور الحديث لعقود إلزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، ص107.

(3) الحمود، وضاح محمود(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم ،مرجع سابق، ص72.

(4) البهجي، عصام أحمد،(2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة،مرجع سابق، ص22.

6.عقود التحديث والتمليك والتشغيل والتحويل (M.O.O.T): يقوم هذا العقد على اتفاق الدولة مع المستثمر على تطوير المشروع الذي يكون موجوداً في الأصل أي أن هذا العقد يبرم لتطوير وتحديث مشروع موجود في الأصل ويتم التطوير من خلال تحديثه تكنولوجياً مقابل أن يتملكه المستثمر خلال فترة العقد ومن ثم يعيده إلى الدولة بكامل التطور الذي أضيف للمشروع[1].

مع العلم أن عقود الـ MOOT تتفق مع عقد BOOT مع اختلاف مبني على أن عقد الـ BOOT يقوم على مشروع جديد أما عقود MOOT تقوم على مشروعات موجودة وقائمة، فالحكومة تلجأ إلى عقود (MOOT) في المشاريع التي تحتاج إلى تكنولوجيا حديثة لتطوير المشروع وفي الأغلب ان هذه التكنولوجيا تحتاج الى إمكانيات مالية ضخمة لا تستطيع ميزانيات الدول النامية تحملها[2].

7.عقود البناء والتمويل (BFT): ويقوم هذا العقد على أساس قيام شركة المشروع بتمويل المشروع العائد إلى الدولة وبعد الانتهاء من التمويل تقوم الدولة بسداد المبالغ التي قامت شركة المشروع بدفعها على أقساط[3].

8.عقود التأجير والتدريب والتمويل (L.T.T): يقوم هذا النوع من العقود على أساس قيام شركة المشروع على تمويل المشروع وعلى تدريب الكادر العمالي لدى المشروع على إدارة المشروع ورفع كفاءتهم في العمل ثم تقوم شركة المشروع بتأجير المشروع إلى الدولة لمدة معينة وبعد ذلك تنقل ملكية المشروع إلى شركة المشروع[4].

---

(1) بدر، أحمد سلامة(2003). العقود الإدارية وعقد البوت، مرجع سابق ص360.

(2) حجازي،عبد الفتاح بيومي (2008). عقد البوت في القانون المقارن، مرجع سابق، ص64.

(3) البهجي، عصام أحمد (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص25.

(4) البهجي، عصام أحمد (2008). عقود البوت، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، مرجع سابق، ص25-26.

9.عقد الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية (L.B.T): وتعود آلية هذا النوع من العقود إلى قيام شركة المشروع باستئجار المشروع الذي يكون قائماً في الأصل والعائد للدولة وتقوم الشركة بتجديده وتحديثه ومن ثم تقوم الشركة بتشغيله واستغلاله مدة متفق عليها في العقد القائم وبعد ذلك تقوم الشركة بإعادة المشروع إلى الدولة دون أي مقابل مصحوب بما جرى عليه من تحديث[1].

10.عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O): ويقوم هذا النوع من العقود على أساس بناء المشروع من قبل الدولة التي تقوم بتمويله وإنشائه ثم تكلف القطاع الخاص بتشغيله من خلال شركته ومن أهم المشاريع التي تقام على هذا المنوال هي الفنادق والمشاريع السياحية[2].ويرى الباحث أن هذه الأنواع من العقود لا تعد جزءاً من عقود البوت Bot وإنما هذه العقود هي عقود مستقلة بحد ذاتها لكل عقد مجموعة من الالتزامات والحقوق ولكل عقد مجموعة من الحريات الممنوحة لشركة المشروع في ثناياه وهذه الحريات تختلف عن كل نوع من هذه العقود حيث أن الصلاحيات الممنوحة لشركة المشروع في عقد الإنشاء والتشغيل والتحويل Bot تختلف عن عقد التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O) وكذلك هذان النوعان من العقود يختلف كل نوع منهما عن غيره من العقود الشبيهة أيضاً.وما هذا التنوع في العقود والتعدد فيها إلا زيادة في الفائدة والمصلحة للدولة ولشركة المشروع لأن التنوع في هذه العقود يجنب الدولة كثيراً من الشروط عند توقيع العقود حيث أن هذا التنوع من العقود ينسجم مع متطلبات الدولة لكل مشروع على حدة وكذلك يجنب الدولة الكثير من المنازعات بينها وبين شركة المشروع حيث أن لكل عقد شروطاً ونطاقاً خاصاً به ويكون على درجة من الوضوح.

---

(1) الحبشي، مصطفى عبد المحسن (2008) الوجيز في عقود البوت، مرجع سابق، ص16.

(2) نصار، جابر جاد (2002). عقود البوت، مرجع سابق، ص48.

الفصل الثالث

التحكيم في عقد البوت (B.O.T)

تمهيد:

العقد بصورة عامة هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر[1].

وبحسب المادة (88) فقرة (3) من القانون المدني الأردني يمكن أن يرد العقد على عمل أو خدمة معينة وينعقد عبر ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد [2]

وتفترض النظرية العامة في عقود القانون المدني أن الطرفين أحرار في التعاقد ومناقشة شروط العقد وفي التعبير عن إرادتهما وتحديد التزاماتهما المتبادلة وفي عدم تعديل شروط العقد أو إنهائه إلا بإرادتهما.

وعقد التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً ينطبق عليه تعريف القانون المدني وتنطبق عليه المادة (88)/4 [3] من حيث محله باعتباره أنه يرد على إحالة النزاع لجهة غير القضاء للفصل فيه، وهذا غير مخالف للنظام العام، وقد أقره المشرع الأردني في تشريع خاص يسمى قانون التحكيم يحمل رقم (31) لسنة 2001.

---

(1) المادة (87) من القانون المدني الأردني.

(2) المادة (3/88) من القانون المدني الأردني.

(3) المادة (88)/4 من القانون المدني الأردني " يصح أي يرد العقد على أساس شيء آخر ليس ممنوعاً بنص القانون ومخالفاً للنظام العام والآداب".

ويعرف هذا القانون عقد التحكيم في المادة (2) بأنه الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمة مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن إذن إن عقد التحكيم هو تلاقي وتطابق إرادتين على إحالة نزاع ما إلى محكم شخص ليس القاضي لحل النزاع بينهما وبهذا يكون المشرع الأردني قد أجاز التحكيم كوسيلة لفض النزاعات استثنائية ومؤقتة فهو وسيلة استثنائية لأنه لجوء إلى جهة غير القضاء صاحب حق القضاء والولاية على جميع الأشخاص ولجميع المنازعات وهو وسيلة مؤقتة لأنه يبقى ما بقي اتفاق التحكيم قائماً، أما إذا انقضى هذا الأخير تعين الرجوع إلى القضاء والمخصص أصلاً لحل النزاع.

وسيتم تناول هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: خصائص وطبيعة عقد التحكيم.

المبحث الثاني: تسوية منازعات (B.O.T) في دولة الكويت عن طريق التحكيم.

المبحث الأول

خصائص وطبيعة عقد التحكيم.

أصبح التحكيم مظهراً من مظاهر العصر الحديث وزاد اللجوء إليه كنظام لحسم المنازعات، لما يوفره هذا النظام من مزايا لا يحققها قضاء الدولة المثقل بالقضايا، وأيضاً لم يوفره من مزايا للمتعاقدين من دول مختلفة حيث يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والإجرائية في القانون الأجنبي[1].

ولا شك أن ذيوع التحكيم واتساع مجاله على هذا النحو يمثل انعطافاً في تطور وظيفة الدولة بمفهومها التاريخي، فقد عرفت المجتمعات القديمة فكرة التحكيم واتخذت منه أداة لحسم المنازعات بين أفرادها، على أساس من الأعراف والتقاليد المساندة فيها، ومع ظهور فكرة الدولة سار التطور في اتجاه تركيز السلطات العامة في المجتمع في يدها، بدءاً من سلطة "الحكم" ومروراً بسلطة القضاء وانتهاءً بسلطة صنع القانون ممثلاً في التشريع حتى انتهى الأمر برسوخ الاعتقاد في احتكار الدولة المعاصرة لهذه السلطات، ثم جاء ذيوع التحكيم واتساع نطاقه في القرن العشرين ليسجل اتجاهاً مغايراً نحو التفلت من سلطان قضاء الدولة وسلطان القانون الذي تصنعه، إلى قضاء خاص ينصبه أطراف النزاع بأنفسهم، وإلى قانون تشكيل ملامحه الممارسات العملية المتغلبة في مجال التعامل اليومي بين الناس[2].

ونجد أن التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الطرفين اللذين يختاران الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم من بين المعروفين لديهم، وممن يتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه، ومن المعروفين بحيادهم واستقلالهم. وللطرفين أيضاً حرية اختيار

---

(1) عبد القادر، ناريمان (1996). اتفاق التحكيم: دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص7.

(2) الجمال، مصطفى، وعبد العال عكاشة (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ص4.

مكان التحكيم، وعلى موضوع النزاع، كل هذه الأمور تجعل أطراف النزاع على ثقة من أن نزاعهما سوف تتم تسويته بشكل عادل وقانوني. الأمر الذي يجعل تنفيذ القرار التحكيمي يتم في الغالب بشكل طوعي وليس قسراً وهذا ما يجعل العلاقة بين الطرفين مستمرة، والتعامل التجاري مستمراً بينهما دون ضغينة أو قطيعة[1].

ويعد التحكيم من الحلول البديلة لتسوية النزاعات التي عالجها المشرع الأردني حديثاً في القانون رقم (31) لسنة 2001 والتي تقوم على مبدأ إرادة الأطراف المتنازعة من خلال شخص محايد يسمى المحكم يساعد الأطراف على التوصل إلى تسوية للنزاع[2].

وسيتم تناول هذا المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: دور التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن عقود البوت B.O.T .

المطلب الثاني: خصائص عقد التحكيم.

المطلب الثالث: طبيعة عقد التحكيم.

(1) سامي، محمد فوزي (2006). التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص6.

(2) الزعبي، محمد داوود (2011). دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص15.

المطلب الأول

دور التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

نظراً لأن الطرف الآخر في أغلب عقود البوت هو مستثمر محلي أو أجنبي، فإن ثقته في حيدة القضاء الوطني وعدالة القانون الداخلي غالباً ما تكون منعدمة، لذلك يلجأ هذا الطرف إلى التحكيم لتجنب اللجوء إلى القضاء الوطني. ونظراً لما يتسم به التحكيم من سرعة ومرونة في الإجراءات، أما الطرف الآخر فتتمثل بالدولة رغبة منها في تشجيع الاستثمارات الأجنبية على الدخول في مشروعات لن تستطيع القيام بها بسبب ضعف الإمكانات المادية والتقنية، إضافةً إلى ذلك فإن شرط التحكيم لا يمثل انتقاصاً أو اعتداء على سيادة الدولة[1].

وقد تنتهي خصومة التحكيم بصدور الحكم المنهي للنزاع الذي وافق أطراف العقد على إخضاعه للتحكيم، وأن هذا الحكم هو الغاية المرتقبة من اللجوء إلى التحكيم، حيث أن ذهاب الأطراف إلى التحكيم ما هو إلا للابتعاد عن القضاء العادي، وإن حكم التحكيم الذي ذهب إليه الأطراف هو حكم صادر عن قضاء خاص، وإن شأنه شأن أي حكم قضائي[2].

---

(1) خليفة، عبد المنعم (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص158.

(2) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، (2010). التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص275

وقد تنتهي إجراءات التحكيم دون الفصل في النزاع في عدة حالات نذكر أهمها:

أ- **انقضاء خصومة التحكيم بالاتفاق:** قد يتفق أطراف العقد في إنهاء الخصومة، وقد يتم ذلك الاتفاق صراحةً من خلال اتفاق جديد أو من خلال إعلانات متبادلة بين المحضرين أو من خلال خطابات بين الخصوم على إنهاء التحكيم[1].

ب-**التسوية الودية للنزاع:** وفي حال الدخول في إجراءات التحكيم يبقى الحق لأطراف النزاع في الاتفاق على تسوية منازعاتهم ودياً في أي مرحلة من مراحل التحكيم وإذا ما اتفق الأطراف على تسوية نزاعاتهم ودياً واتفقوا على عناصر التسوية فإن إجراءات التحكيم تتعطل نهائياً[2].

ج- **سقوط خصومة التحكيم:** وتسقط خصومة التحكيم في حال عدم قيام المدعي بمتابعة إجراءات السير في الخصومة المعروضة على هيئة التحكيم لمدة معينة، ولذلك يمكن إسقاط الحق موضوع النزاع في حال تقادم الحق[3].

ولقد تباينت الآراء حول جواز الأخذ بالتحكيم كأداة لفض المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها، وبعضها لم تأخذ بالتحكيم لفض المنازعات الواردة على العقود التي أبرمتها الدولة وبالعودة إلى التشريع الأردني فإن قانون التحكيم الأردني رقم (18) لسنة 1953 لم ينص صراحة على جواز التحكيم في منازعات العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها، وفي نفس الوقت لم يورد أي نص يحرمه، وإنما سكت عن ذلك. وما السكوت إلا دلالة على الإجازة الضمنية

---

(1) الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت (2006). التحكيم في القوانين العربية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، صنعاء، ص359.

(2) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، (2010). التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص336.

(3) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، (2010). التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص343.

للتحكيم، وعليه فقد ضمنت العديد من المؤسسات والهيئات العامة والقطاعات الحكومية في الأردن عقودها نصوصاً تجيز اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض النزاع [1].

وفي عام 2001 صدر قانون التحكيم الجديد رقم 31 لسنة 2001 الذي أجاز في المادة الثالثة منه اللجوء إلى التحكيم بنص صريح، حيث نصت على (تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية أكانت أو غير عقدية) [2]. وبذلك فإن المشرع الأردني قد أزال الغموض الذي كان يسود مسألة اللجوء إلى التحكيم في عقود البوت في ظل الصمت الذي جاء في قانون التحكيم القديم رقم (18) لسنة 1953[3].

ولقد وردت هذه الشروط في نصوص المواد رقم (9، 10، 14) من قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001، ويجب توافر هذه الشروط سواء كان العقد وفق نظام عقود البوت أم غيره من العقود وهي:

1- فوفقا للمادة 9 من قانون التحكيم يجب أن يكون الاتفاق على التحكيم من قبل شخص طبيعي أو معنوي يملك التصرف في حقوقه. 2- ألا يكون التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، كالمسائل المتعلقة بالعقود الإدارية أو الجزائية أو مسائل الأحوال الشخصية، لأن مثل هذه المسائل متعلقة بالنظام فلا يجوز فيها الصلح وبالتالي لا يجوز فيها التحكيم، وقد حصر المشرع الأردني جواز التحكيم وفقاً للمادة الثالثة من هذا القانون في المسائل المدنية والتجارية،

---

(1) الحمود، وضاح (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص302.

(2) قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

(3) الحمود، وضاح (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص303.

وقد قضت المادة 10 من هذا القانون بأنه ". 3- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون الاتفاق مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تعد بمثابة سجلاً للاتفاق. ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد، وقضت المادة (10/ج) من هذا القانون بأنه، أما إذا تم الاتفاق على التحكيم أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب. 4- لقد أوردت المادة (14) من قانون التحكيم بفقرتيها أ، ب أن تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين يكون من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفق الطرفان على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة محكمين، فإذا تعددوا وجب أن يكون عددهم وتراً وإلا كان التحكيم باطلاً) [1].

(1) الحمود، وضاح (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص104-105.

المطلب الثاني

خصائص عقد التحكيم

يتميز عقد التحكيم بالخصائص التالية:

1- هو من العقود الرضائية أي يكفي لانعقاده تطابق إرادة الخصوم أي تطابق الإيجاب مع القبول وما الكتابة فيه إلا شرط للإثبات وليست شرطاً للانعقاد رغم أن صيغة المادة الثانية التي عرفت اتفاق التحكيم تدل على غير ذلك.

2- من العقود الملزمة للجانبين: أي أنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من أطرافه، وهذه الالتزامات هي في نفس الوقت حقوق حق لكل طرف وتتمثل هذه الالتزامات في الامتناع عن اللجوء إلى القضاء، وفض المنازعات عن طريق التحكيم.

3- أنه من عقود المعاوضة: أي يترتب عوض لكل طرف فهو ليس من عقود التبرع [1]

ونظراً لأهمية اتفاق التحكيم في حل المنازعات، وتخفيف العبء على القضاء، واختصار الوقت والجهد والمال على المتنازعين، فقد أقرته معظم الدول الحديثة في تشريعاتها الداخلية، فقد نظم قانون التحكيم الأردني الملغي رقم 18 لسنة 1953 اتفاق التحكيم في المادة 2 منه، وكما هو الحال في القانون الحالي.

كما نظم قانون إدارة القرى الأردنية رقم 5 لسنة 1954 اتفاق التحكيم فيما يتعلق بالنزاعات القروية وذلك في الفصل الثالث منه في المواد (18-21)، وكذلك اتفاق التحكيم في النزاعات الجمركية الذي نظمه قانون الجمارك الأردني رقم 36 لسنة 1983 في المواد (78-81). وجدير بالذكر أن مجلة الأحكام العدلية قد تناولت اتفاق التحكيم في المواد (1841-1846).

---

(1) الجمال، مصطفى، وعبد العال عكاشة (1998). التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص4.

وإضافة إلى هذه القوانين توجد اتفاقيات دولية تتعلق باتفاق التحكيم صادقت عليها الكويت والأردن والدول العربية الأخرى، مثل اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، واتفاقية عمان العربية للتحكيم الإجباري لسنة 1987 أو الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية 1980، واتفاقية تنفيذ الأحكام لسنة 1952.

والعلة في لجوء الخصوم إلى فض نزاعاتهم عن طريق عقد التحكيم وذلك نظراً لما يتمتع به التحكيم من مزايا يوفرها للأطراف.

مزايا اتفاق التحكيم[1]:

أولاً- السرعة في فض النزاع: وذلك لأن المحكمين يتفرغون عادةً للفصل في خصومة واحدة وبالتالي يتيسر لهم الفصل فيها بوقت أقرب مما يلزم عادة في القضاء، وفي كثير من الأحيان ليس في التحكيم طرق للمراجعة مما يختصر كثيراً طريقة إلى الحكم النهائي، إضافة إلى أن القضاء لا يحكم في قضية إلا إذا جاء دورها وبعد أن تنال من التأجيلات ما تضيق به صدور الخصوم. يضاف إلى ذلك أن قوانين التحكيم قد حددت مدة يجب على المحكم أن يصدر قرار التحكيم خلالها وإلا يكون اتفاق التحكيم باطلاً، فيجب على المحكم أن يصدر قرار التحكيم خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الشروع في التحكيم بموجب قانون التحكيم الأردني.

ثانياً- سهولة الإجراءات المتبعة في اتفاق التحكيم، سواء ما تعلق منها بتحديد موعد جلسات التحكيم، أو ما تعلق بكيفية تقديم البيانات، حيث يجوز في اتفاق التحكيم تقديم الشهادة الخطية[2].

---

(1) الياقوت، خالد ورزق، طارق (2004). التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي (بدون دار نشر، ومكان نشر) الطبعة الأولى، 2004، ص4.

(2) حداد، حمزة (1997)التحكيم التجاري الدولي والداخلي محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا في الجامعة الأردنية.

ثالثاً- توفر الخبرة اللازمة في المحكم أو هيئة اتفاق التحكيم، بحيث يشارك التاجر في بحث النزاع التجاري، ويشارك الطبيب في النزاع الطبي.. الخ

رابعاً- تجنب الحقد بين المتخاصمين: لأن حسم النزاع سيكون بعد التراضي وبطيب خاطر بين المتخاصمين، وبمعرفة أشخاص وضع فيهم الطرفان ثقتهم بخلاف الحال لو أن النزاع قد تم عرضه على القضاء، والذي لا يكون إلا بعد مشاحنات وعداء بين الخصوم.

خامساً- إن اتفاق التحكيم يضمن السرية لأطراف النزاع: فغالباً ما تتم إجراءات اتفاق التحكيم بسرية للحفاظ على الثقة التي تقوم عليها العلاقات التجارية، والتي يسعى الأطراف إلى الاحتفاظ بجوانبها المختلفة في طي الكتمان نظراً لحساسية هذه العلاقة التعاقدية.

سادساً- عدم خضوع المتعاقد الأجنبي لقضاء الدولة التي يقوم باستثمار أمواله فيها خشية وقوعه تحت تأثير قضائها الوطني، وذلك لأن اتفاق التحكيم يعطي أطرافه حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع والمكان الذي سوف يتم فيه التحكيم، وبالتالي يستطيع الأجنبي تجنب الخضوع لقضاء الدولة التي يقوم باستثمار أمواله داخلها بالاتفاق على حل ما ينشأ من نزاع بشأن العقود التي يبرمها بطريق التحكيم دون القضاء.

سابعاً- إن اتفاق التحكيم أياً كان شكله يبقى خاضعاً لرقابة القضاء الذي يجب أن يعطي للحكم الصيغة التنفيذية، وهذه الرقابة تتمثل في قانون التحكيم الأردني بأن يقوم من صدر الحكم لصالحه بتقديم استدعاء إلى المحكمة المختصة (محكمة البداية في الغالب) يطلب فيها تنفيذ قرار التحكيم، وبعد انتهاء مدة سبعة أيام دون أن يتقدم من صدر الحكم ضده بأي اعتراض، تصدر المحكمة التي قدم إليها الاستدعاء قراراً بتصديق قرار التحكيم وينفذ بالطريقة التي تنفذ بها الأحكام القضائية.

ثامناً- تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق القضاء بسبب كثرة القضايا المعروضة أمامه، فالتحكيم كقضاء خاص يعد أهم بديل يستغني به الأطراف عن قضاء الدولة.

تاسعاً- إن اتفاق التحكيم يجنب الكثير من المشاكل التي تثار في ميدان تنازع القوانين بالنظر لما يوفره للأطراف من إفساح المجال الذي تعمل فيه الإرادة في تعيين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق.

عيوب اتفاق التحكيم[1]:

بالرغم من المزايا السابقة التي يوفرها اتفاق التحكيم إلا أنه لا يخلو من بعض العيوب:

أولاً- يترتب على اتفاق التحكيم كثرة الطعون المقامة أمام المحاكم بسبب طعن أطراف اتفاق التحكيم بإجراءات التحكيم، الطعن في صحة اختيار المحكم، في حكم المحكمين، أتعاب المحكمين، أمور أخرى كثيرة تتعلق بأصول التحكيم وإجراءاته لهذا أصبح اتفاق التحكيم سبباً في كثرة القضايا التي تعرض على القضاء[2].

ثانياً- عدم علانية جلسات اتفاق التحكيم تجعل الأحكام موقوفة على أطرافها مما يحول دون نشر السوابق القضائية لاتفاق التحكيم وعدم معرفة المبادئ التي تحكم الفصل في منازعات اتفاق التحكيم والاستشهاد بها في نظائرها من المسائل الأخرى.

ثالثاً- انحياز المحكم إلى الطرف الذي قام باختياره، حيث أن طريقة تعيين المحكمين تكون بأن يقوم كل طرف بتعيين محكم من جهته، وعادة ما يختار أطراف النزاع محكمين لهم علاقة سابقة بهم، كأن يكونون مستشارين أو محامين لهم[3].

---

(1) القاضي، خالد محمود (2002). موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة الطبع الأولى، ص9.

(2) الياقوت، خالد ورزق، طارق (2004). التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص4.

(3) حداد، حمزة (1997)التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، مرجع سابق، ص23.

المطلب الثالث

طبيعة عقد التحكيم

بعد أن تعرضنا لمفهوم التحكيم وتطوره نعرج الآن على تحليل طبيعة التحكيم التي أثارت جدلاً فقهياً واسعاً، لأن قيامه على عقد وترتيبه لحكم أدى إلى اختلاف الرأي حول القول أنه ذو طبيعة قضائية والقول أنه ذو طبيعة تعاقدية أو مختلطة أو خاصة وسنعرض لكل اتجاه من هذه الاتجاهات الأربعة.

1) **التحكيم ذو طبيعة تعاقدية**[1]: ذهب فريق من الفقهاء إلى القول أن التحكيم ما هو إلا عقد كبقية العقود. ولا يؤثر في كونه منتجاً لحكم فالحكم لا يعتبر سوى أثر له. واستندوا في قولهم هذا إلى الدور الكبير الذي تلعبه الإرادة في التحكيم وإلى تمايزه عن العمل القضائي ويتجلى دور الإرادة في التحكيم في اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في النزاع بدل القضاء واختيار شخص المحكم، وتحديد المدد والمواعيد لإصدار قرار التحكيم ...الخ

فالتحكيم لا يعمل به إلا بوجود اتفاق بشأنه سواء أكان شرطاً أو مشارطة. لذلك مصدره إرادي. وقد رتب المشرع الأردني في م (13)/1 فسخ قرار المحكمين إذا كان قد صدر بناءً على اتفاق تحكيم باطل.

وقد ذهب القضاء الأردني إلى القول باعتبار عقد التحكيم أنه ذو طبيعة تعاقدية في بعض أحكامه وإن كان هذا القول فيه نظر لوجود أحكام أخرى تخالفه ففي الحكم رقم (32)/54 لسنة 1966 [2] يذهب إلى أن التحكيم لا يخرج عن كونه عقداً عادياً يتم برضاء الطرفين واختيارهم، فكان واضحاً في تقرير الصفة التعاقدية للتحكيم وكذلك في الحكم رقم 79/307 لسنة 1979،

---

(1) الفضالة، أسيل حامد خليفة (2000). التحكيم القضائي (المزايا والعيوب) في دولة الكويت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ص101 وما بعدها

(2) المومني، أيمن محمد أحمد (2003). التحكيم بين القضاء والقانون، الملكية القانونية، ص34.

يقرر فيه أنه ليس حكم التحكيم هو الخاضع للاستئناف والتمييز وإنما الأحكام القضائية الصادرة بشأنه هي الخاضعة للاستئناف والتمييز لكن وجود أحكام قضائية مخالفة هي التي تمنعنا من القول إن القضاء الأردني يأخذ بالنظرية التعاقدية.

2) **التحكيم ذو طبيعة قضائية:** ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى رفض فكرة الطبيعة التعاقدية والقول بالطبيعة القضائية واستند في ذلك إلى أن التحكيم ليس في حقيقته سوى وسيلة للفصل في النزاع. وحجتهم في ذلك أن التعريف المجمع عليه من الفقهاء في تعريف التحكيم هو أن التحكيم هو وسيلة فض النزاعات، فالهدف الذي يصبو إليه هو الفصل في النزاع وهو الذي غيره عن غيره من الأنظمة المشابهة له ومن ذلك الخبرة والصلح فالهدف من التحكيم هو ذات الهدف من القضاء، فمهمة المحكم هي ذاتها مهمة القاضي وهي الفصل في النزاع. وقد اختلف الفقهاء في مصدر سلطة المحكم، فمنهم من يرى أن المشرع هو الذي أجاز للأفراد اختيار المحكم ومنحه سلطة القضاء وآخر من يرى أن المحكم يستمد سلطته هذه كنتيجة لقيامه بالفصل في النزاع وبهذا يشترك مع القضاء لأن الهدف منكل منهما الفصل في النزاع، على خلاف ما ذهب إليه أنصار النظرية التعاقدية حينما ذهبوا إلى أن تصرف المحكم ليس سوى تجسيد لإرادة الأطراف وهي تكليفه بالفصل في النزاع[1].

ويرى بعضهم الآخر أن المحكم يستمد سلطته من الدولة وليس من الحكم على أساس أن الفصل في بالنزاع هي وظيفة تنتج من السيادة التي تمارسها الدولة بهيئاتها أو من تفوضهم بذلك ولا يمكن للأفراد تفويض غيرهم بأمور السيادة[2].

---

(1) القاضي، خالد محمود، مرجع سابق، ص34.

(2) مليجي، أحمد (1996). قواعد تحكيم في القانون الكويتي، دار الكتب، الطبعة الأولى، ص 290.

ومن قائل أن المحكم[1] يمارس وظيفة عمومية مع احتفاظه بصفته الفردية، وهو ما يسمى بالممارسة الفردية للسلطة العمومية، لكن هذا الاتجاه الفقهي الذي يمنح التحكيم الطبيعة القضائية واجه العديد من الانتقادات وأهمها أن المحكم وإن كان يقوم بنفس وظيفة القاضي وهي الفصل في النزاع إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي ألا وهي سلطة الجبر لأن قراره يتوجب لتنفيذه استصدار قرار من المحكمة، ولا يستطيع القيام بكثير من وظائف القاضي ألا يتدخل القضاء. فالمشرع الكويت في المادة (9) من قانون التحكيم نص على طائفة من الإجراءات يجوز فيها لأحد الفريقين أو المحكم أو الفيصل طلب تدخل القضاء للقيام بها، وهذا لا يعني أن قرار المحكم هو حكم استشاري وليس له قوة إلزامية لأن مثل هذا القول لا معنى له فاشتراط استصدار قرار تنفيذي ما هو إلا عملية تنظيم ومراقبة صحة اتباع الإجراءات وذلك تحقيقاً لحماية حقوق الأطراف ويتضح ذلك عندما حصر المشرع الأردني اختصاص المحكمة في تصديق أو فسخ أو إعادة قرار التحكيم فلم يمنح المحكمة النظر في موضوع الحكم ولا تعديله وإنما حدد اختصاصها في التصديق أو الفسخ أو الإعادة. [2]

ولم يتوقف القائلون بطبيعة التحكيم القضائية بالاستناد إلى الهدف من التحكيم بل تعدوه إلى إبراز النواحي الإجرائية فيه والتي تتنافى مع القول بطبيعته التعاقدية، فبعد الاتفاق على التحكم تبدأ المرحلة الإجرائية بتعيين المحكمين وإبراز المستندات وتعيين الفيصل وإصدار الحكم والمدة المتطلبة لذلك والتبليغات. والتي أجاز المشرع الأردني الاتفاق عليها، وفي حال عدم الاتفاق فهناك قواعد تكميلية وضعها للعمل بها، فالأمور الإجرائية حسب هذا الاتجاه الفقهي تمنع من القول بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية[3].

---

(1) المومني، أيمن محمد أحمد (2003). التحكيم بين القضاء والقانون، مرجع سابق، ص54.

(2) القاضي، خالد محمود (2002). موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق،ص33

(3) المومني، أيمن محمد أحمد (2003). التحكيم بين القضاء والقانون، مرجع سابق، ص54.

3) التحكيم ذو طبيعة مركبة أو مختلطة: يذهب أنصار هذا الرأي إلى القــول أن التحكــيم ذو طبيعة مختلطة، وذلك لأنه لا يمكننا من جهة اعتبار التحكيم والاتفاق عليه مجموعة واحــدة ومن جهة أخرى لا يمكننا إنكار تأثير المصدر التعاقدي، فأنصار هذا الرأي يــذهبون إلــى القول أن الصفة التعاقدية مردها في التحكيم تعاقد الأطراف على فــض النــزاع بواســطة المحكمين والصفة القضائية مردها عرض النزاع على المحكمين بقصد القضاء فيه[1].

ولكن وجه إلى هذا الرأي انتقادات منها وصف هذا الاتجاه على أنه اعتــراف بــالعجز ومحاولة الهروب من مواجهة الحقيقة بأبعادها المتعددة لأن القول بالطبيعة المختلطة لا معنى له إذ يجب تحديد هذه الطبيعة وليس الاكتفاء بوصفها أنها مختلطة [2]ووجه انتقاد آخر لهذا الاتجاه بالقول أن هذا الاتجاه يمثل الحد السهل لأنه لا يمكن الجمع بين أحكام العقد الناشئة عن الجــزء التعاقدي والذي يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وما بين أحكام العمل الإجرائي الناشئة عن الجزء القضائي والتي يحكمها اتصالها بالنظام العام وكونها آمرة[3].

4) التحكيم ذو طبيعة خاصة: يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة خاصة وينطلقــون من القول أنه ليس وجوباً ولا حتماً القول بإحد الأنواع السابقة لأن أنواع الطبائع لا تنحصر فيها لذلك فإن طبيعة التحكيم خاصة به بحيث تجمع بين المصدر التعاقدي والأثر القــضائي وإن النقد الموجه إلى أصحاب الطبيعة المختلطة رأي صائب لأنه لا وجــود لمــا يــسمى بالطبيعة المختلطة. وحجة أنصار هذا الرأي ومنهم الفقيه كيوفندا[4] حيث يرى أن طبيعــة التحكيم ذو طبيعة خاصة لأن لا أصحاب النظرية التعاقدية استطاعوا إنكار الجانب القضائي

---

(1) العطية، خالد بن محمد (1999). النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،، ص18.

(2) القاضي، خالد محمود (2002). موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص44.

(3) المومني، أيمن محمد أحمد (2003). التحكيم بين القضاء والقانون، مرجع سابق، ص54.

(4) جعفر، أنس (2003). العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة،، ص9.

ولا أصحاب النظرية القضائية استطاعوا إنكار الجانب العقدي ولا يمكن القــول بالطبيعــة المختلطة لأن في هذه الحال يجب أن يشمل النوعين بصفة تامة. وهذا ما لا يتحقق لــذلك. وقد وجه إلى هذا الرأي انتقادات[1]، وذلك على أساس أن القول بالطبيعــة الخاصــة قــول غامض لا فائدة منه وعقيم، فهو لم يحدد ماهية الطبيعة وإنما قرر أنها خاصة دون تحديــد لمضمونها.

وفي رأينا أن التحكيم يجمع بين الصفة التعاقدية من حيث المصدر والقضائية من حيث النتيجة، فهو عمل قضائي ذو مصدر عقدي.

(1) المومني، أيمن محمد أحمد (2003). التحكيم بين القضاء والقانون، مرجع سابق، ص34.

المبحث الثاني

تسوية منازعات (B.O.T) في دولة الكويت عن طريق التحكيم

يعد التحكيم طريقاً استثنائياً لحل المنازعات أو طريقاً بديلاً لنظام التقاضي أمام المحاكم، فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين إنما في حقيقته سلب لاختصاص قضاء الدولة الذي يجب عرض النزاع عليه للفصل فيه لو لم يوجد اتفاق التحكيم وهو أمر يترتب عليه بالضرورة انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار التحكيم، فهذا القرار يصير منهياً للخصومة محل النزاع فالتحكيم يعد الوسيلة السليمة الوحيدة التي يلتزم الأفراد فيها بقبول حكم المحكمين وهو يحقق العديد من المزايا والتي منها السرعة والحياد والكفاءة والسرية وقلة التكاليف، وإمكانية التوصل إلى حل توفيقي لا يقوم على اعتبارات قانونية بحتة.[1]

والتحكيم في اللغة يعني التفويض في الحكم أو إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير[2]. ويقصد به اصطلاحاً: اتفاق يعقد بين الأطراف لتسوية النزاع القائم بينهم من خلال أشخاص يختارونهم يطلق عليهم محكمة دون طرح النزاع في البداية على المحكمة[3].

وعرفه آخرون بأنه اتفاق بين طرفين أو أكثر على إخراج نزاع أو عدد من النزاعات من اختصاص القضاء العادي وأن يعهد به إلى هيئة تتكون من محكم أو أكثر للفصل فيه بقضاء ملزم[4]. ويمكن تقسيم التحكيم بحسب طبيعته إلى تحكيم وطني وتحكيم دولي فالتحكيم الدولي يخضع لإرادة أطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق والذي قد يكون القانون الوطني

---

(1) الياقوت، خالد ورزق، طارق (2004). التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص30

(2) جعفر، أنس (2007). العقود الإدارية، مرجع سابق، ص247

(3) الياقوت، خالد ورزق، طارق (2004). التعليق على نصوص قانون التحكيم في التشريع الكويتي، مرجع سابق، ص17.

(4) القاضي، خالد محمود (2002). موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص83.

لأحد طرفي العقد أو قانون دولة أخرى أو مزيج من القواعد القانونية في دولتي المتعاقدين أو مزيج من القواعد القانونية لقانون وطني ومبادئ حسن النية، أو القانون الدولي أو المبادئ القانونية المماثلة لنظم القوانين المحلية لكلا الطرفين المتعاقدين أو المبادئ العامة للقانون أو مزيج من قواعد قانون وطني وآخر دولي أو ترك حرية الاختيار للمحكمين يحددون بأنفسهم القانون الواجب التطبيق.

أما التحكيم الوطني فيخضع في تنظيمه للقانون الداخلي لمحل الواقعة[1].

وقد فتح النظام القضائي الكويتي المجال وبدرجات متفاوتة للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين لحل منازعاتهم عن طريق التحكيم، إلا أنه قيد التحكيم بقيد عام وهو عدم جواز التحكيم، في النزاع الذي لا يجوز فيه الصلح وذلك وفقاً للمادة (173) من قانون رقم 36 لسنة 1980 "لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

وقد نصت المادة (554) من القانون المدني الكويتي على أنه "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز على الحقوق المالية المترتبة عليها" وبناء على ما سبق أن ما يترتب على العقد الإداري من حقوق مالية صرفة لا يتأبى على التحكيم خاصة أن المحظور هو ما يمس حق الإدارة في المزايا التي يخولها القانون الإداري.

وقد نصت جميع عقود البوت في دولة الكويت على اختصاص القضاء الكويتي في نظر المنازعات التي تنشأ عن عقد البوت أو بسببه من ذلك عقد استثمار وتعميم وإنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة مجمع الصناعات الحرفية بمنطقة الفحيحيل البند (24) " أبرم هذا العقد في دولة الكويت وتسري عليه القوانين واللوائح الكويتية وتختص المحاكم الكويتية بالنظر فيما ينشأ عنه أو بسببه من خلاف أو نزاع".

---

(1) العطية، خالد بن محمد (1999). النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص243

كما نص عقد مشروع النفايات الصلبة في البلدية والاستفادة منها ومرفق الردم الصحي (31) على أن " أُبرم هذا العقد في دولة الكويت وتسري عليه القوانين واللوائح الكويتية وتختص المحاكم الكويتية بالنظر فيما قد ينشأ عنه أو بسببه من خلاف أو نزاع".، ونص كذلك عقد بناء وتشغيل وتحويل مشروع معالجة واستصلاح مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية في المادة (4-14) المنازعات والتحكيم الفقرة (4-14-1) التسوية الودية " إذا نشأت أي نزاعات في أي وقت خلال مدة هذا العقد أو أية أسئلة (وتدعى هنا فيما بعد " النزاع") بين الطرف الأول والطرف الثاني فيما يتعلق به من ناتج عن العقد أو القيام بالخدمات فإنه سيتم تسوية هذه المنازعات بالطرق الودية قدر الإمكان".

ونصت الفقرة (4-14-2) طرف التسوية الأخرى "إذا لم يكن بالإمكان تسوية النزاع ودياً خلال مدة ستين يوماً أو أي مدة أطول قد يتفق عليها طرفا النزاع، من تاريخ قيام أحد طرفي النزاع بطلب التسوية الودية وذلك بإرسال إشعار خطي إلى طرف النزاع الآخر خلال مدة لا تزيد على 15 يوماً من انقضاء المدة المحددة للتسوية الودية، فإن النزاع سيتم رفعه باتخاذ القرار فيه".

وسوف نتناول التحكيم في دولة الكويت من خلال مطلبين:

المطلب الأول: التحكيم في عقود البوت وفقاً لأحكام قانون المرافعات رقم 38 لسنة 1980.

المطلب الثاني: التحكيم القضائي في عقود البوت وفقاً لأحكام القانون رقم 11 لسنة 1995.

المطلب الأول

التحكيم في عقود البوت وفقاً لأحكام قانون المرافعات رقم 38 لسنة 1980.

نظم المشرع الكويتي قواعد التحكيم الاختياري في عقود البوت في قانون المرافعات الصادر بالمرسوم بالقانون 38 لسنة 1980 في ست عشرة مادة تبدأ بالمادة (173) حتى المادة (188) تحت عنوان الباب الثاني عشر، وقد تم تعديل بعض أحكام القانون سالف الذكر بالقانون رقم 36 لسنة 2002 والمنشور بالجريدة اليومية الرسمية الكويت اليوم في 2002/5/5 في العدد 563 السنة 48.

وقد تناولت هذه المواد التعرض لاتفاق المحكمين وكيفية تعيين المحكم، وتنحي المحكم ورده، وواجبات المحكم وحقوقه وإجراءات خصومة التحكيم والمدة المحددة لإصدار الحكم والمبادئ التي تحكم خصومة التحكيم وانقطاع خصومة التحكيم ووقفها ومكان إصدار حكم المحكمة والبيانات التي يتضمنها ومواعيد إيداع الحكم إدارة كتاب المحكمة المختصة بنظر النزاع، أثار المحكمين، تنفيذه وطرق الطعن في الحكم، أسباب الطعن، ووقت تنفيذ حكم المحكمين ويعتبر المرسوم بقانون رقم 38 لسنة 1980 الصورة الأولى من صور التحكيم في النظم القضائي الكويتي وتميز بالمميزات الرئيسية التالية[1]:

ولم يحدد المنازعات القانون الحالات التي يجوز للأفراد اللجوء إليه كوسيلة لفضها، ولم يشترط لذلك إلا أن تكون من المنازعات التي يقبل فيها الصلح، وإن كان ورود ذلك التنظيم في قانون المرافعات قد يحدد مجال أعماله في المنازعة ذات الطبيعة المدنية أو التجارية للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين.

---

(1) الشريف، عزيزة (1998). "تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم القضائي"، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الثاني، يونيه، ص22.

- أوجب القانون أن يكون موضوع النزاع موضحاً في اتفاق التحكيم أو في العقد إذا اتفق فيه على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ من تنفيذه.
- أنه جعل من حق أطراف التحكيم اختيار محكمين بشرط ألا يكون المحكم مفلساً أو محجوزاً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية ولم يرد إليه اعتباره، وأن يقبل التحكيم وأنه حظر على المحكم بعد قبوله التحكيم التنحي عنه أو عزله إلا بموافقة الخصوم، وإن أجاز رده بدعوى تقام بطلب يقدم إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى أصلاً. وأوجب في حالة تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترا.
- وضع القانون إجراءات نظر محل التحكيم وتنفيذه وراعى فيها اليسر والبساطة لسرعة الفصل في النزاع دون تقيد بالقواعد المقررة في قانون المرافعات.
- أنه وكقاعدة عامة حضر جواز الطعن في الأحكام عن طريق التحكيم ما لم تكن الأطراف قد اتفقت على ذلك قبل صدورها، وإن أجاز الطعن فيها بالبطلان بدعوى مبتداه في حالات محددة حصراً ترفع أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى وذلك في موعد محدد بإجراءات خاصة.

وقد أخذت هيئات التحكيم بما استقر عليه فقه وقضاء العقود الإدارية من ذلك حكم هيئة التحكيم التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة الحكم الصادر بجلسة 1981/6/30 في نزاع بين وزارة الأشغال العامة ومؤسسة سعود وإبراهيم العبد الرزاق للتجارة والمقاولات وقرر ما يأتي:

"وحيث أن الهيئة تبادر وتقرر أن نظرية الظروف الطارئة تنطبق على جميع العقود الإدارية وبناء هذه النظرية حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد على نحو لم يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة بما حدده المتعاقد الآخر التقدير المعقول

وأنتج خسارة غير عادية فإنه من حق ذلك المتعاقد أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضاً جزئياً، ويجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض توافر شروط ثلاثة (أولاً) أن يكون الحادث طارئاً أجنبياً عن المتعاقدين ولا دخل لإرادتهما في وقوعه (ثانياً) أن يكون الحادث الطارئ ليس في الوسع توقعه أو دفعه. (ثالثاً) أن يترتب عليه خسارة غير مألوفة. فإذا توافرت هذه الشروط فإنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يقضي بتعويض لا يشمل الخسارة كلها وإنما يغطي جزءاً من الأضرار التي لحقت بالمتعاقد"[1].

وقد نص عقد معالجة مياه الصرف الصحي بمنطقة الصليبية على اللجوء إلى التحكيم في المادة(4-14-2) طرف التسوية الأخرى[2].

"إذا لم يكد بالإمكان تسوية النزاع ودياً خلل مدة 60 يوماً أو بأي مدة أطول قد يتفق عليها طرفا النزاع، من تاريخ قيام طرفي النزاع بطلب التسوية الودية وذلك بإرسال إشعار خطي إلى الطرف الآخر خلال مدة لا تزيد عن 15 يوماً من انقضاء المدة المحددة للتسوية الودية فإن النزاع سيتم دفعه لاتخاذ القرار فيه وحسب اختيار الطرف الثاني في النزاع، بإحدى وسائل تسوية المنازعات التالية:

أ- رفع النزاع إلى المحاكم الكويتية.

ب-إحالة النزاع إلى التحكيم وفقاً لأحكام التحكيم بموجب القانون الكويتي رقم 1980/38 أو القانون الكويتي رقم 1995/11".

(1) أنظر مغاوري، فكري أحمد (د.ت). القانون الإداري الكويتي، مطبعة حكومة دولة الكويت، الكويت، ص51

(2) العطية، خالد بن محمد (1999). النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص243

المطلب الثاني

التحكيم القضائي في عقود البوت وفقاً لأحكام قانون رقم 11 لسنة 1995

في 9 فبراير 1995 صدر قانون التحكيم القضائي في المواد المدنية والتجارية ونشر في الجريدة الرسمية كويت اليوم بتاريخ 1995/2/28، على أن يعمل به بعد شهر من نشره، ويحتوي القانون على (14) مادة.

وبمطالعة نصوص قانون التحكيم رقم 11 لسنة 1995 في عقود البوت يظهر أنه ليس تحكيماً قضائياً بحتاً، حيث لا ينفرد القاضي بعملية التحكيم بل يشترك معه عناصر غير قضائية، فالمادة الأولى من القانون تنص على أن هيئة التحكيم تتشكل من ثلاثة من رجال القضاء واثنين من المحكمين يختار كل طرف من أطراف النزاع أحدهما وعلى ذلك فهو تحكيم مؤسس لأنه تتولاه هيئة وطنية داخل الدولة وفقاً لقواعد وإجراءات محددة[1].

إن الهدف من صدور قانون التحكيم القضائي يمثل في أمرين:

الأول: محاولة هيمنة السلطة القضائية على منازعات التحكيم ويظهر ذلك في نص المادة (1/2) "تختص هيئة التحكيم القضائي بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود التي تبرم بعد العمل بهذا القانون وتتضمن حل هذه المنازعات بطريق التحكم ما لم ينص في العقد أو في نظام خاص بالتحكيم على غير ذلك فالأصل هو التحكيم القضائي ما لم ينص العقد على غير ذلك[2].

الثاني: تلافي عيوب المادة (177) من القانون رقم 38 لسنة 1980 الملغاة بنص المادة (129 من قانون رقم 38 لسنة 1995 فقد نصت المادة (177) الملغاة على أن "أنه يجوز لوزارة العدل أن تشكل هيئة تحكيم أو أكثر تنعقد في مقر المحكمة الكلية أو في مكان آخر يعينه رئيس الهيئة،

---

(1) مليجي، أحمد (1996). قواعد تحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص365

(2) مغاوري، فكري أحمد (د.ت). القانون الإداري الكويتي، مرجع سابق، ص52

وتكون رئاستها لمستشار أو قاض تختاره الجمعية العمومية للمحكمة المختصة وعضويتها لاثنين من التجار أو ذوي التخصصات الأخرى يتم اختيارهما من الجداول المعدة في هذا الشأن وذلك وفق القواعد والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل. ويقوم بأمانة الهيئة أحد موظفي المحكمة الكلية.

وتعرض عليها بغير رسوم المنازعات التي يتفق ذوو الشأن كتابة على عرضها عليها.

وتسري في شأنها القواعد المقررة في هذا الباب، ومع ذلك يجوز لها أن تصدر الأحكام والأوامر المشار إليها في الفقرات (أ، ب، ج) من المادة (180) فقد أظهر التطبيق العملي إلى عدم إقبال المتقاضيين على عرض منازعته على هيئات التحكيم لأسباب منها:

- ما استقر في الأذهان من قصور إجراءات التحكيم (الاختيار القضائي) عن حسم المنازعة بالسرعة المطلوبة نظراً لما تستغرقه إجراءات اختيار المحكمين، وما يترتب على طلب رد أي منهم أو اعتزال أي منهم بعد إقفال المرافعة وبدء المداولة من تعطيل للفصل في النزاع.
- عدم إمكانية الطعن في أحكام المحكمين إلا من خلال دعوى البطلان[1].

وعلى الرغم من محاولة المشرع تلافي بعض العيوب في القانون رقم 8 لسنة 1980 وتشجيع المتقاضين على عرض منازعاتهم على هيئات التحكيم القضائي إلا أن نص المادة (3/2) من قانون رقم 11 لسنة 1995 أثار خلافاً حول مدى إمكانية حل المنازعات الإدارية (القرارات، العقود) عن طريق التحكيم، وذلك أن المادة (3/2) التي تنص على "تختص هيئة التحكيم القضائي بالمسائل التالية:

(1) مليجي، أحمد (1996). قواعد تحكيم في القانون الكويتي، مرجع سابق، ص276.

الفصل في طلبات التحكيم التي يقدمها الأفراد أو الأشخاص الاعتبارية الخاصة صد الوزارات أو الجهات الحكومية أو الأشخاص الاعتبارية العامة في المنازعات التي تقوم بينهم، وتلتزم هذه الجهات بالتحكيم ما لم تكن المنازعة قد سبق رفعها أمام القضاء".

والواضح من النص أنه ورد عاماً دون تحديد نوعية المنازعات سواء أكانت مدنية أم تجارية أم إدارية مما أدى إلى ظهور اتجاهين في الفقه حول مدى خضوع منازعات القانون العام إلى التحكيم.

الاتجاه الأول: يرى اختصاص هيئة التحكيم القضائي بنظر المنازعات الإدارية سواء أكانت عقوداً إدارية أو قرارات إدارية وذلك لعدة اعتبارات منها[1]:

- أن نص المادة (3/2) ورد عاماً دون تحديد نوعية المنازعة، وعليه فإن النص العام يؤخذ على عمومه ما لم يرد نص خاص بشأنه فيكون النص شاملاً لجميع المنازعات سواء أكانت إدارية أم مدنية أم تجارية؟
- لم يرد في المذكرة الإيضاحية للقانون ما يشير إلى استبعاد المنازعات الإدارية.
- أنه لا عبرة بعنوان القانون الذي نظم التحكيم القضائي الذي قد جاء على أنه في المواد المدنية والتجارية، حيث أن عنوان القانون ليس نصاً من نصوصه وليست له القوة الملزمة لصلب القانون.
- أن القانون رقم 8 لسنة 2001 في شأن تنظيم الاستثمار المباشر لرأس المال الأجنبي في دولة الكويت، نص في الفصل السادس المادة (16) على أن "تكون المحاكم الكويتية وحدها هي المختصة بنظر أي نزاع ينشأ بين مشروعات الاستثمار الأجنبي والغير أياً كان، ويجوز الاتفاق على الالتجاء في هذا النزاع إلى التحكيم".

---

(1) حول هذا الموضوع راجع: الشريف، عزيزة، مرجع سابق ص30 وما بعدها.

وحول المقصود "بالغير" بينت المذكرة الإيضاحية للقانون أنه "يقصد بالغير في تطبيق أحكام هذه المادة الجهات الحكومية والأشخاص الاعتباريين العامة والخاصة".

وقد أقرت هيئة التحكيم الأولى بتاريخ 1996/5/21 باختصاصها بنظر منازعات القانون العام حيث نصت على أنه "بمقتضى حكم المادة الثانية من القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن لتحكيم القضائي جاء ملزماً للوزارات والجهات الحكومية والأشخاص الاعتبارية العامة فيما شجر بينهم وبين الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة من نزاعات ما لم يكن النزاع المراد طرحه على هيئة التحكيم قد سبق رفعه إلى القضاء على ما تقضي به المادة الآنفة، ولا يغير من ذلك أن عنوان القانون الذي ينظم التحكيم القضائي قد جاء على أنه من المواد المدنية التجارية، ذلك أن العنوان ليس نصاً من نصوص القانون حتى يكون له القوة الملزمة المقررة لصلب القانون"[1].

إلا أن هذا الاتجاه يتعارض مع ما قضت به محكمة التمييز في أحد أحكامها حيث أوضحت "بأن المقرر أن القضاء العادي هو الأصل في ولاية القضاء وأن ما عداه استثناء من الأصل فلا يجوز له الخروج عن الدائرة التي رسمت لولايته بمقتضى القانون الذي خوله إياه والعبرة في تحديد الاختصاص لجهة القضاء هي بما يوجهه المدعي في دعواه من طلبات لما كان ذلك وكانت المنازعات التي نصت المادة الثانية من القانون رقم 11 لسنة 1995 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل فيها هي المنازعات المدنية والتجارية التي صدر القانون بشأن التحكيم فيها يؤيد ذلك أن المشرع نص في المادة الخامسة من القانون على أن (تفصل هيئة التحكيم في المسائل الأولية التي تعرض لها في المنازعة التي تدخل في اختصاص القضاء المدني أو التجاري).

---

(1) قضية تحكيم رقم 1995/12، تحكيم قضائي صادر بتاريخ 1996/5/21.

فبالتالي فإن أي منازعة إدارية تختص بنظرها الدائرة الإدارية وحدها دون أي هيئة قضائية أخرى، ومنها جهاز التحكيم القضائي"[1].

الاتجاه الثاني: عدم اختصاص هيئة التحكيم القضائي بنظر القرارات الإدارية والعقود الإدارية دون الآثار المالية المترتبة عليها حيث تختص بالنظر باعتبارها تقبل الصلح.

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى عدة مبررات قانونية منها:

- أن نص المادة الأولى من القانون رقم 20 لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 الذي ينص على "ينشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية... وتختص دون غيرها بالمسائل الآتية....وتكون لها ولاية قضاء الإلغاء والتعويض".
- والمادة الثانية التي تنص على "تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام أو الأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل".

وعلى اعتبار ذلك فإن المشرع قد تبنى الأسلوب الحصري في بيان اختصاص الدائرة الإدارية وهو ما لا يسمح بخلق اختصاص مزدوج بين الدائرة الإدارية وأي جهة قضائية أخرى.

- إن اختصاص الدائرة الإدارية يعد اختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفته ولا يجوز بالتالي خضوع هذه المنازعات للتحكيم القضائي، كما أن اعتبارات الملاءمة تدعو أن ينظر نزاع الأشخاص العامة جهازاً يراعي في تشكيله التخصص الإداري أو على أقل تقدير لا يشارك في الحكم فيه محكمون أفراد"[2].

وقد جاء في أحد أحكام هيئات التحكيم "ولئن كان غير جائز التحكيم فيما يمس طبيعة العقد الإداري وشروطه وبما ينطوي عليه من امتيازات خولها للسلطة الإدارية، إيثاراً من

(1) حكم محكمة التمييز الدائرة التجارية الأولى، جلسة 1997/4/7، رقم 155 لسنة 1996.

(2) الفضالة، أسيل حامد خليفة (2000). التحكيم القضائي (المزايا والعيوب) في دولة الكويت، مرجع سابق، ص104

المشرع للصالح العام على الصالح الخاص، فإن ما يتضمن عن العقد الإداري من حقوق مالية محضة، لا يتأبى على التحكيم بل أنه الوسط الطبيعي الذي يمكن من التعايش مع جوهر هذا النظام[1].

ونخلص مما سبق إلى أن الاتجاه العام في أحكام المحكمين هو الاعتراف بجواز التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود فيما يتعلق منها بالآثار المالية فقط.

هذا وقد نص عقد محطة معالجة مياه الصرف الصحي على التحيكم وفقاً للقانون رقم 11 لسنة 1995 المادة(4-14-2) كما سبق أن بينا.

بعد توضيح الاتجاهات المختلفة حول مدى إمكانية خضوع منازعات القانون العام للتحكيم القضائي فإننا نطالب المشرع الكويتي بإصدار نص صريح لا مجال فيه للتأويل باختصاص هيئات التحكيم القضائي بنظر منازعات العقود الإدارية وبالأخص عقود الالتزام بنظام (B.O.T) الذي من شأنه تشجيع الاستثمار وتماشياً مع اتجاه دولة الكويت نحو الخصخصة. مع ضرورة حث المشرع الكويتي والقطاع الخاص على اللجوء للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود (B.O.T) عن طريق إنشاء مراكز التحكيم تضم متخصصين في هذا المجال مما يؤدي إلى تشجيع الاستثمارات الوطنية والأجنبية.

---

(1) قضية ا لتحكيم رقم 95/3 بتاريخ 1996/12/30.

الفصل الرابع

الطرق البديلة عن دور التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

تمهيد:

تلعب عمليات البناء والتشييد دوراً مهماً في إقامة المرافق العامة التي تتولى إدارتها الدولة أو أشخاص القانون العام. وقد اقتضت أهمية عقود الأشغال العامة وما يشابهها التي تعهد بمقتضاها الدولة إلى أشخاص آخرين ببناء منشآت ذات المنفعة العامة أن يفرد لها المشرع تنظيماً خاصاً يراعى فيه مقتضيات المصلحة العامة. وقد كانت العلاقات العقدية بين جهات الإدارة والمقاولين المتعاقدين معها مجالاً خصباً للمنازعات حول حقوق والتزامات الطرفين، وهي منازعات صدرت بشأنها العديد من المبادئ القانونية من المحاكم وهيئات التحكيم، ومن الواضح أن التعامل مع قضايا ومنازعات البناء والتشييد تتطلب توفر حداً أدنى من المعلومات القانونية والفنية لدى من يتصدى لحسمها وقد أبانت التجارب أن المنخرطين في عمليات تسوية منازعات البناء يحتاجون إلى مراجع عملية تتناول المسائل والمشاكل التي أفرزها العمل الحي على أرض الواقع وتبين كيفية التعامل معها سواء فيما يتعلق بتحديد مربط النزاع أو فيما يتصل بتحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق عليه توصلاً إلى حكم أو قرار صحيح[1].

إن عقود ال(B.O.T) بأشكالها المتعددة تمثل أشكالاً مختلفة من العقود الإدارية، وإذا كانت بعض هذه الأشكال قد عرف منذ القدم فإن هناك أشكالاً أخرى ظهرت نتيجة للممارسة العملية لهذا النظام، حيث يعتمد هذا النظام على التمويل الخاص لشركة المشروع التي تقوم بإعادة المشروع للجهة الإدارية مرة أخرى عند انتهاء مدة العقد غير أن هذه الصور رغم

---

(1) شرف الدين، احمد (2008) عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، مرجع سابق، ص7.

تعددها يجمع بينها مجموعة من الخصائص المشتركة سواء فيما يتعلق بأطرافها أو بطرق تمويلها أو وصفها بالتعقيد الشديد فضلاً عن المخاطر المتعددة التي تحيط بها[1].

وفيما يتعلق بكيفية انتهائها فإن هذه العقود شأنها شأن أي عقد إداري آخر تنتهي إما بانتهاء مدة العقد وقيام كل طرف بتنفيذ التزاماته، وإما أن تنتهي قبل المدة المحددة بالعقد وذلك في حالة انتهاء العقد دون تنفيذ، وسواء أكان انتهاء العقد دون تنفيذ راجعاً للقوة القاهرة والتي تكون أسبابها خارجة عن إرادة طرفي العقد حيث لا يكون هناك جدوى من الاستمرار في التنفيذ، أو كان انتهاء العقد دون تنفيذ راجعاً لشركة المشروع نفسها نتيجة لإخلالها بالتزاماتها في أي مرحلة من مراحل المشروع أو بسبب إعسارها أو إفلاسها فإنه يتعين على الجهة الإدارية اتخاذ ما تراه مناسباً لضمان استمرار تقديم الخدمة وحماية مصالح جمهور المنتفعين[2].

وأخيراً قد تنتهي عقود البوت (B.O.T) قبل موعدها بسبب يرجع إلى جهة الإدارة ذاتها إذ تضطر شركة المشروع طلب فسخ العقد بسبب خطأ الإدارة خطأ جسيماً أو لإخلالها بتنفيذ التزاماتها أو غير ذلك من الأسباب التي تؤدي إلى عدم قدرة شركة المشروع على الاستمرار في تنفيذ التزاماتها. وفي كل الأحوال وأياً كان سبب انتهاء عقد ال(B.O.T) قبل موعده فإن هناك مجموعة من الآثار القانونية التي تترتب في ذمة كل من شركة المشروع والجهة الإدارية المتعاقدة. وفي كل الأحوال يتعين على شركة المشروع أن تعمل على نقل ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية وبحالة جيدة صالحة للاستخدام[3].

---

(1) صابر، دويب (2010). عقود الB.O.T وكيفية حسم منازعاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ص2.

(2) الشرقاوي، سعاد (2001). الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ص30.

(3) صابر، دويب (2010). عقود الB.O.T وكيفية حسم منازعاتها، مرجع سابق، ص3.

وإذا كان القضاء هو الوسيلة الأساسية والتقليدية لتسوية منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، وإذا كانت الدولة واحتجاجاً بسيادتها ترفض الخضوع لغير قضائها فإنه وتحت تأثير ظاهرة العولمة وتغير الظروف الاقتصادية وتشجيع الدول للاستثمارات الأجنبية أدى ذلك إلى صدور قانون يجيز للدولة أن تقبل وبمحض إرادتها التحكيم في عقودها الإدارية ومنها بالطبع عقود البوت (B.O.T) [1].

ومع زيادة الاعتماد على القطاع الخاص وانتشاره بصورة متزايدة في المشاريع العامة عن طريق التمويل المباشر، أو عن طريق الخصخصة وإما عن طريق وسط بين الاثنين وهي مشاريع التمويل الذاتي من قبل المتعهد في عقود (B.O.T) ونظراً للدور المهم الذي تقوم به هذه العقود من دفع لعجلة الاقتصاد للبلاد وذلك بتشجيع الاستثمار الأجنبي وجذب رؤوس الأموال العربية والأجنبية لإنشاء مشروعات البنية الأساسية، ومن التخفيف على موازنات الدول لابد من تفسير النظم القضائية بما يتماشى مع رغبة المستثمر الأجنبي الذي يشك في حياد القاضي الوطني ولا يرغب في تطبيق قانون وطني لا يعلم شيئاً عن أحكامه نظراً للفترة الزمنية الطويلة التي يستمر خلالها تنفيذ عقد البوت (B.O.T) والتي تصل إلى 25 عاماً ة، فمن الطبيعي أن يثار النزاع بين أطراف العقد في أي مرحلة من مراحله سواء كان ذلك خلال (مرحلة الإنشاء أو التنفيذ أو الاستغلال) [2].

وفي كثير من الأحيان قد تتعارض المصالح بين أطراف عقد البوت، إلا أنه من الضروري وجود عقود جانبية ووسائل تهدف إلى معالجة أي نزاع يطرأ على العقد الأصلي الذي يهدف إلى بناء المرفق وتشغيله ثم نقل ملكيته مرة أخرى إلى الدولة. ومثل هذه

---

(1) صابر، دويب (2010). عقود الB.O.T وكيفية حسم منازعاتها، مرجع سابق، ص4.

(2) الشرقاوي، سعاد (2001). الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، مرجع سابق، ص32.

الخصوصية التي تتميز بها حزمة عقود المشروعات تتطلب التعجيل بتسوية المنازعات التي تنشأ في إطارها وذلك من أجل عدم تعطيل تشييد المشروع وضمان تقديم خدماته باضطراد وانتظـــام خلال فترة العقد وتجنب وقوع أي منازعات قد تعطل سير المشروع[1].

ولمزيد من التفصيل نقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

المبحث الثاني: التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

المبحث الثالث: القانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

(1) خليفة، عبد المنعم (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص83.

المبحث الأول

الحل القضائي للمنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

تكفل الدساتير والتشريعات بدول العالم كافة للأفراد والأشخاص في اللجوء إلى القضاء وذلك لرفع الأجور أو للمطالبة بحق يدعي أن طرفاً ما قد سلبه إياه، ولذلك يحق للمتعاقد مع الإدارة دائماً في عقود البوت(B.O.T)أن يقاضي جهة الإدارة ويطلب من المحكمة أن تقضي بفسخ العقد مع التعويض لإخلالها بأحد الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد، وهنا قد يتم اللجوء إلى عدد من وسائل التسوية القضائية لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الإدارة وصاحب المشروع[1].

ولقد نص الدستور الكويتي في المادة (166) على أن:" حق التقاضي مكفول للناس ويبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق" ويندرج تحت هذا النص ضمان الدولة لهذا الحق وأن لا يتمايز الناس فيما بينهم في مجال حقهم في النفاذ إلى قاضيهم الطبيعي، ولا في نطاق القواعد الإجرائية والموضوعية التي تحكم الخصومة القضائية بعينها، ولا في فعالية ضمان الدفاع التي يكفلها الدستور للحقوق التي يدعونها ولا في اقتضائها وفق مقاييس موحدة عند توافق شروط طلبها ولا في طرق الطعن التي تنظمها ومن المعروف أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة إذا تولاها القضاء العادي نكون أمام القضاء الموحد وقد يكون لها قضاء إداري متخصص فتكون هنا حيال ما يعرف بالقضاء المزدوج، ومن مطالعة نصوص الدستور الكويتي وتعليق المذكرة التفسيرية عليه نجد أن الدستور قد خير المشرع العادي بين الأخذ بأحدهما، ولم يشأ المشرع الكويتي أن يقيم نظاماً قضائياً صاحب الاختصاص الشامل في

---

(1) جعفر، أنس (2007). العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه بالقانون (99) لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقاً لآخر التعديلات 2006 مع دراسة لعقود الBOT، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، ص373.

المنازعات الإدارية على غرار ما هو معمول به في الأردن وإنما أنشأ دائرة إداريـــة تخـــتص بالفعل في المنازعات الإدارية والتي حصرها وحددها تحديداً دقيقاً فيما يلي[1]:

1. المنازعات الخاصة بمسؤولية الموظفين.
2. المنازعات الخاصة بالطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإداريـــة النهائية.
3. المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية.

وقد ذهبت العديد من التشريعات ومنها التشريع الأردني أن الاختصاص وفقاً للقواعـــد العامة ينعقد لقضائها الوطني، خصوصاً عندما يتعلق النزاع بالالتزامات التي تنشأ أو تنفذ أو إذا كان واجباً تنفيذها في نطاق إقليم دولة القاضي[2]. وبما أن عقود البوت(B.O.T) تهدف أساساً إلى إنشاء وتنفيذ واستغلال مشروع معين، فإن قضاء الدولة المقام علـــى أرضـــها مثـــل هـــذه المشاريع هو القضاء المختص بنظر أي نزاع يتعلق فيه، بناء عليه إذا أقيم مشروع مـــا علـــى أرض المملكة وثار نزاع بين أطرافه فمن الطبيعي وفقاً للقواعد العامة أن ينعقـــد الاختـــصاص لقضائها الوطني، وينسجم هذا مع العديد من التشريعات كالتشريع المصري[3].وإن اختـــصاص القضاء الوطني ثابت في عقود البوت(B.O.T) سواء اتفق الأطراف صراحة على اختصاصه أو لم يتفقوا أو إذا كان سبب النزاع من المسائل التي لا يجوز فيها الصلح مما يجعل التحكيم فيها

---

(1) المطيري، أسامة (2004) خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد الخامس، المغرب، ص173.

(2) انظر المادة (102) من الدستور الأردني المنشور في الصفحة (3) من عدد الجريمة الرسمية رقـــم (1093) بتـــاريخ 1952/1/8، وانظر أيضاً المادة (27) والمادة (28) فقرة (2) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 والمعدل بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001، وتم نشر هذا القانون على الصفحة (1252) من عدد الجريمة الرســـمية رقم (4480) الصادر في 2001/3/18 حيث عدل القانون المنشور على الصفحة (735) من عدد الجريدة الرسمية رقـــم (3545) الصادر بتاريخ 1988/4/2.

(3) نصار، جابر جاد (2002). عقود البوت، مرجع سابق، ص362.

أمراً غير جائز وهذا ما نصت عليه المادة (9) من قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة (2001). ولكن السؤال هنا هو ما مدى جواز اختصاص القضاء الأجنبي في نظر منازعات عقود البوت(B.O.T)؟ وللإجابة عن ذلك لا بد من تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين وكما يلي:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

المطلب الثاني: اختصاص القضاء الأجنبي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T).

المطلب الأول

الاختصاص القضائي في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

بيّنا فيما سبق بأنه قد تنشأ العديد من المنازعات في عقود البوت (B.O.T)، وقد تباينت اتجاهات التشريعات المختلفة في السند التشريعي بالاختصاص القضائي لنظر هذه المنازعات، وبما أن الحديث يتناول الاختصاص القضائي في تسوية هذه المنازعات فلا بد من العودة إلى القواعد العامة، وذلك ببيان الجهة ذات الاختصاص في نظر هذه المنازعات. وللإجابة عما سبق فإن الاختصاص في الأردن والكويت ينعقد لقضائها الوطني[1].

أولاً: السند التشريعي لاختصاص القضاء الأردني في عقود البوت (B.O.T):

اتجهت غالبية الأنظمة العربية نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص في إنشاء واستغلال مرافق البنية الأساسية في كثير من القطاعات مثل المطارات ومحطات الكهرباء والطرق وغيرها،لكن التنظيم التشريعي لم يبرح مكانه حيث أحجمت أغلب تلك الأنظمة عن إصدار تشريع عام ينظم هذا التطور إلا بالقدر اليسير مما يتطلب إصدار قوانين خاصة في هذا المجال[2].

وبالعودة إلى القواعد العامة نجد أن الجهة المختصة في نظر منازعات عقود البوت (B.O.T) وفقاً للقواعد العامة هي القضاء الأردني، ونجد ذلك واضحاً بالرجوع إلى نص المادة (102) من الدستور الأردني والتي جاء فيها: (تمارس المحاكم النظامية في المملكة الأردنية الهاشمية حق القضاء على جميع الأشخاص في جميع المواد المدنية والجزائية بما فيها الدعاوي

---

(1) حواطمة، خالد مصطفى (2003). سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، ص55.

(2) جبريل، جمال عثمان (1999). الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص83.

التي تقيمها الحكومة أو تقام عليها باستثناء المواد التي قد يفوض فيها حق القضاء إلى محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام هذا الدستور أو أي تشريع آخر نافذ المفعول) [1].

كما نجد أن المحاكم المختصة بنظر النزاع هي المحاكم النظامية، وقد أكدت ذلك المادة الثانية من قانون تشكيل المحاكم النظامية عندما نصت على أنه: (تمارس المحاكم النظامية في المملكة حق القضاء في محاكم دينية أو محاكم خاصة بموجب أحكام أي قانون آخر) [2]. كما ورد نفس مضمون هذا النص في المادة (27) الفقرة الأولى من قانون أصول المحاكمات المدنية، بينما نصت فقرتها الثانية على أن: (تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصوم ولايتها صراحة أو ضمناً)، كما أضافت المادة (28) من نفس هذا القانون أن اختصاص القضاء الأردني لا يقتصر على منازعات المواطنين فقط وإنما يتجاوز ذلك ليختص في نظر منازعات الأجانب في حالات معينة، حيث نصت هذه المادة بأنه: (تختص محاكم الأردن بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن وذلك في الأحوال الآتية:

1- إذا كان له في الأردن موطن مختار.

2- إذا كانت الدعوى متعلقة بمال موجود في الأردن أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

---

(1) انظر الدستور الأردني المنشور في الصفحة رقم (3) من عدد الجريدة الرسمية رقم (1093) بتاريخ 1952/1/8. وانظر أيضاً القضاه، مفلح (2004)، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر، عمان، ص122 وما بعدها.

(2) انظر قانون تشكيل المحاكم النظامية وتعديلاته رقم (17) لسنة 2001، المنشور على الصفحة (1308) من عدد الجريدة الرسمية رقم (4480) بتاريخ 2001/3/18.

3- إذا كان لأحد المدعى عليهم موطن أو محل إقامة في الأردن[1]. وبعد الاطلاع على كافة النصوص السابقة يتضح لنا أن القانون الأردني هو المختص في نظر المنازعات الواقعة على إقليم الدولة وعلى الأشخاص أيضاً، وقد ورد حكم قضائي لمحكمة بداية عمان بما يلي: (إن المحاكم النظامية هي التي تختص بمقتضى الدستور في كافة المنازعات بين الأفراد ولا يملك أن ينتقص بقانون شيئاً من هذه الولاية العامة، كما لا تملك السلطة التنفيذية ذلك بنظام وإلا كان ذلك عدواناً على الدستور)[2].

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها بقولها: (تختص المحاكم الأردنية بنظر الدعاوي التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الأردن إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها عملاً بالمادة (28) من قانون أصول المحاكمات المدنية)[3].

ثانياً: الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع في عقود البوت (B.O.T):

بالعودة إلى القواعد العامة نجد أن الجهة المختصة بنظر النزاعات في العقود بشكل عام وعقد البوت (B.O.T) هو القضاء العادي، حيث يتم النظر في هذه المنازعات في محكمة البداية والصلح وحتى محكمة التمييز، ونجد ذلك واضحاً من خلال نص المادة (100) من الدستور الأردني، وهذا ما أكدت عليه محكمة التمييز، ولمزيد من التوضيح نجد أن الدستور الأردني قد نص في المادة (100) على أنه: (تعين أنواع جميع المحاكم ودرجاتها وأقسامها واختصاصاتها

---

(1) انظر قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001 والمنشور على الصفحة (1252) من عدد الجريمة الرسمية رقم (4480) الصادر في تاريخ 2001/3/18 حيث عدل القانون المنشور على الصفحة (735) من عدد الجريدة الرسمية رقم (3545) الصادر بتاريخ 1988/4/2.

(2) الظفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، ص146.

(3) انظر قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 94/1586 لسنة 1995.

وكيفية إدارتها بقانون خاص، على أن ينص هذا القانون على إنشاء محكمة عدل عليا). إلا أن المشرع الأردني تأخر كثيراً في إصدار هذا القانون حيث صدر قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة (1989) الذي تم إلغاؤه بالقانون رقم (12) لسنة (1992) [1]. ولكن هذا القانون وإن أوجد ازدواجية قضائية في الأردن، إلا أنه لم يلبِ كافة الطموحات التي كانت معقودة على صدوره، وذلك بسبب قيام المشرع في المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا بتعداد اختصاصاتها على سبيل الحصر[2]. وبعد الاطلاع على اختصاصات محكمة العدل العليا من خلال نص المادة التاسعة لقد ظهر واضحاً أن العقود التي ترتبط مع الإدارة ليست من اختصاص محكمة العدل العليا وهذا ما ينطبق على عقود البوت B.O.T وإنما من اختصاص القضاء العادي[3].

ولقد وردت مجموعة من قرارات محكمة العدل العليا تؤكد على اختصاص القضاء العادي في نظر كافة أنواع العقود سواء كانت الإدارة طرفاً فيها أم لا ومن هذه القرارات أولاً: (لقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على المنازعة الخاصة بانعقاد العقد أو صحته أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية) [4]. وكذلك قرارها الذي جاء فيه: (إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية ذلك لأن

---

(1) منشور في الجريدة الرسمية عدد رقم (3813) صفحة (516) بتاريخ 1992/3/25 وحل محل قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم (11) لسنة 1989.

(2) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (91/131) لسنة 1992، الخطيب، نعمان (2001). مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا، ط1، دار الثقافة للنشر، ص26.

(3) الظفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، مرجع سابق، ص147.

(4) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (79/40) لسنة 1980، الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص48.

اختصاصات محكمة العدل قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بـــالعقود على اختلاف أنواعها)[1].

ثالثاً: التطور التاريخي لتسوية المنازعات الإدارية في دولة الكويت:

مر الاختصاص القضائي بنظر ومنازعات العقود الإدارية في دولة الكويت بعدة مراحل على التفصيل التالي:

المرحلة الأولى: الفترة السابقة على صدور قانون تنظيم القضاء رقم (19) لسنة 1959، وفـــي هذه المرحلة كانت المحاكم في الكويت على الوجه التالي:

1- المحكمة العليا التنفيذية ورئيسها هو رئيس المحاكم.

2- المحاكم الشرعية ورئيسها هو رئيس القضاء الشرعي وكانت هناك ثلاث محاكم شرعية إحداها ينظر الدعاوى التي تتعلق بالميراث والدماء والحقوق وتسمى المحكمة الشرعية، والثانية تنظر مسائل الأحوال الشخصية والثالثة تنظر الجنح والجنايات الصغيرة.

3- قاضيان جعفريان: ينظران في قضايا الأحوال الشخصية الخاصة بالشيعة الكويتيين.

4- لجنة التجار: وتنظر في الخصومات التي تنشأ بين التجار وكان اختصاصها يتوقف على رضا الطرفين المتنازعين بالالتجاء إليها.

وكانت الدعوى ترفع بداءة إلى رئيس المحاكم الذي يحاول إنهاء النزاع ودياً، فإذا لم ينجح فـــي ذلك أحال المتنازعين إلى المحكمة الشرعية المختصة التي تقضى وفقاً لمجلة الأحكـــام العدليـــة مكملة بمذهب الإمام مالك في المعاملات المدنية، ووفقاً لأحكام الشرع في المـــسائل الجزائيـــة، ومذهب مالك في الأحوال الشخصية، أما لجنة التجار فكانت تطبق الأعراف التجارية[2].

---

(1) انظر قرار محكمة العدل العليا رقم (77/106) لسنة 1978. الخطيب، نعمان، مرجع سابق، ص50 وما بعدها.

(2) حسن، عبد الفتاح (1969). مبادئ القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص80.

المرحلة الثانية: وتأتي هذه المرحلة بعد صدور القانون رقم (19) لسنة 1959 والخاص بتنظيم القضاء وقانون المرافعات المدنية والتجارية رقم (6) لسنة 1960 والقانون رقم (12) لسنة 1960 بإنشاء إدارة الفتوى والتشريع وصدور الدستور الكويتي في 1962/11/11.

والذي يعنينا في مجال بحثنا هو نص المادة (7) من القانون رقم (19) لسنة 1959 الذي ينص على "الدائرة التجارية"، وتختص في جميع المنازعات التجارية، وتفصل أيضاً في المنازعات التي تقع بين الأفراد والحكومة مدنية كانت هذه المنازعات أو تجارية وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتصدر الأحكام من قاضٍ واحد"[1].

ومن أجل وضع القانون رقم (19) لسنة 1959 موضع التطبيق الصحيح كان لا بد من صدور المرسوم رقم (12) لسنة 1960 بإنشاء إدارة الفتوى والتشريع لحكومة دولة الكويت وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون بما يلي: "يكون هذا الجهاز تحت تصرف الدوائر الحكومية لاستثنائه في المسائل التي تنجم عن تطبيق القوانين والمراسيم (اللوائح) وتقوم إدارة الفتوى والتشريع بمراجعة العقود التي تبرمها الحكومة مع الشركات والمقاولين والأفراد والفتوى في جميع المسائل التي تنتج عن تنفيذ هذه العقود[2].

وفي هذه المرحلة صدر الدستور الكويتي في 1962/11/11 متضمناً نص المادة (166) التي تنص على "حق التقاضي مكفول للناس، وبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق" والمادة (169) التي تنص على "ينظم القانون الفصل في الخصومة الإدارية بواسطة غرفة، أو محكمة خاصة بين القانون نظاما، وكيفية ممارستها للقضاء الإداري شاملاً ولاية الإلغاء وولاية التعويض بالنسبة للقرارات الإدارية المخالفة للقانون" والمادة (171) والتي

---

(1) الصالح، عثمان عبد الملك (1989). النظام الدستوري، مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الأولى، ص132.

(2) الشريف، عزيزة (1998)، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم (11) لسنة 1995 بشأن التحكم القضائي، مرجع سابق، ص20.

تنص على أنه "يجوز بقانون إنشاء مجلس دولة يختص بوظائف القضاء الإداري والإفتاء والصياغة المنصوص عليها في المادتين السابقتين".

إلا أن المشرع الكويتي اختار إنشاء دائرة إدارية متخصصة في المنازعات الإدارية.

المرحلة الثالثة: إنشاء الدائرة واختصاصها بالمنازعات الإدارية[1].

على الرغم من صدور الدستور الكويتي سنة 1962 إلا أن المشرع لم ينفذ المادة (169) إلا في سنة 1981 بإصدار المرسوم بقانون رقم 20 لسنة 1981 والمعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1982 بإنشاء دائرة إدارية في المحكمة الكلية ونص في المادة الأولى من المرسوم على أن "تنشأ بالمحكمة الكلية دائرة إدارية تشكل من ثلاثة قضاة وتشتمل على غرفة أو أكثر حسب الحاجة وتختص بالمسائل التالي:

- أولاً: المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت والعلاوات المستحقة للموظفين المدنيين أو لورثتهم.
- ثانياً: الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء القرارات الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة.
- ثالثاً: الطلبات التي يقدمها الموظفون المدنيون بإلغاء القرارات الصادرة بإنهاء خدمتهم أو بتوقيع جزاءات تأديبية عليهم.

---

(1) هناك من يرى أن القانون الإداري وجد في الكويت قبل إنشاء دائرة المنازعات الإدارية، وهذا ينفي ما ذهب إليه بعض من أن هناك تلاؤم بيم وجود القانون الإداري ووجود القضاء الإداري ويدلل أصحاب الاتجاه الأول على رأيهم بحجتين:

1- أن نص الدستور الكويتي كانت واضحة في الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، وتخويل الأمير سلطة إصدار مراسيم لوائح الضبط واللوائح اللازمة لترتيب المصالح العامة (م73) وسلطة تعيين الموظفين المدنيين والعسكريين والممثلين السياسيين لدى الدول الأجنبية وفقاً للقانون. كما أن نص المادة (133) يشير صراحة إلى أن القانون ينظم المؤسسات العامة وهيئات الإدارة البلدية بما يكفل لها الاستقلال في ظل توجيه ورقابة الدولة.

2- التراث الضخم الذي خلقته المحاكم العادية بدرجاتها (المحكمة الكلية، الاستئناف العليا، دائرة التميز، كذلك إدارة الفتوى والتشريع...

انظر: مغاوري، فكري أحمد (د.ت). القانون الإداري الكويتي، مرجع سابق، ص5.

- خامساً: الطلبات التي يقدمها الأفراد أو الهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية عدا القرارات الصادرة في شأن الجنسية وإقامة وإبعاد غير الكويتيين وتراخيص إصدار الصحف والمجلات ودور العبادة.

وتنص المادة الثالثة على أن تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الأخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل.

رابعاً: اختصاص الدائرة الإدارية بنظر منازعات عقود ال(B.O.T):

بعد صدور القانون رقم (20) لسنة 1981 المعدل بالقانون رقم (61) لسنة 1982 يتضح أن المشرع الكويتي لم يشأ أن يقيم قضاء يكون صاحب الاختصاص الشامل في المنازعات الإدارية، وإنما أراد الأخذ بالأسلوب الحصري في بيان اختصاص الدائرة الإدارية.

ومن اختصاص الدائرة الإدارية ما ورد في المادة الثانية "تختص الدائرة الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر وتكون لها فيها ولاية القضاء الكامل" ويظهر النص السابق أن اختصاص الدائرة الإدارية يمتد ليشمل جميع العقود الإدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية.

وفي نفس المعنى تقول محكمة الاستئناف العليا دائرة التمييز بتاريخ 1989/1/23 ما نصه "من المقرر أن اختصاص القضاء الإداري بالعقود الإدارية مرجعه ما تتضمنه من روابط هي من مجالات القانون العام، وليس كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري يخضع لذلك القانون، بما مقتضاه أن يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بمعناها الفني، وإذ عقدت المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم 1981/20 للدائرة الإدارية وحدها الاختصاص بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والتعاقد الآخر فيه "عقود

الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر" فيكون البين من أن تعداد تلك العقود بالنص سالف الذكر إنما جاء على سبيل المثال لا الحصر باعتبارها من أهم العقود الإدارية المسماة ثم لا يكون اختصاص الدائرة الإدارية مقصوراً على تلك العقود بل يمتد إلى جميع العقود الإدارية بطبيعتها ووفقاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون أو وفقاً لإرادة الطرفين"[1].

ويتضح من الحكم السابق أن جميع العقود الإدارية والمعروفة في القانون المقارن، والتي منها عقود البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T) تخضع لاختصاص الدائرة الإدارية ولها فيها ولاية القضاء الكامل. أي أن القضاء الإداري مطلق وشامل لأصل المنازعة وما يتفرع عنها يستوي في ذلك ما يتخذ منها في صورة قرار إداري ومالا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعات حقيقة التعاقد الإداري. كما لا يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات المتعلقة مباشرة بالعقد سواء في تكوينه أو تنفيذه أو إنهائه بل يمتد اختصاصه إلى كل ما يتفرع أو ينشأ عن ذلك. أما فيما يتعلق باختصاص الدائرة الإدارية الواردة في المادة الأولى من القانون فقاصر على قضاء الإلغاء والتعويض.

وقد قضت محكمة التمييز بأن "القرار الذي تصدره الإدارة تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستثناءً إلى نصوص لا تدخل المنازعات في شأنه في نطاق قضاء الإلغاء بل في نطاق القضاء الكامل"[2]. ويمكننا تعريف منازعة القضاء الكامل بأنها "الطلب الذي يحركه ذو الشأن إلى القضاء للمطالبة بتضمين ما يلحق به من ضرر من جراء تصرف الطرف الآخر في العلاقة الإدارية.

وقد نصت جميع عقود (B.O.T) في دولة الكويت على اختصاص القضاء الكويتي في نظر المنازعات التي قد تنشأ عن العقد أو بسببه من ذلك عقد استثمار وترميم وإنشاء وإدارة

(1) الطعن رقم 88/122 تجاري، مجلة القضاء والقانون، العدد الأول، سنة 17، ص82.
(2) بند1 ق3 م2، ص828.

وتشغيل وصيانة مجمع الصناعات الحرفية بمنطقة الفحيحيل البند (24) "أبرم هذا العقد في دولة الكويت وتسري عليه القوانين واللوائح الكويتية وتختص المحاكم الكويتية بالنظر فيما قد ينشأ عنه أو بسببه من خلاف أو نزاع.

كما نص عقد مشروع معالجة نفايات البلدية الصلبة والاستفادة منها ومرفق الردم الصحي (31) على أن "أبرم هذا العقد في دولة الكويت وتسري عليه القوانين واللوائح الكويتية وتختص المحاكم الكويتية بالنظر فيما قد ينشأ عنه أو يسببه من خلاف أو نزاع".

ونص كذلك عقد بناء وتشغيل وتحويل مشروع معالجة واستصلاح مياه الصرف الصحي في منطقة الصليبية في المادة (4-14) المنازعات والتحكيم الفقرة (4-14-1) التسوية الودية "إذا نشأت أي نزاعات في أي وقت خلال مدة هذا العقد أو أية أسئلة (وتدعى هنا فيما بعد "النزاع") بين الطرف الأول والطرف الثاني فيما يتعلق به أو ناتج عن العقد أو القيام بالخدمات فإنه سيتم تسوية هذه المنازعات بالطرق الودية قدر الإمكان".

ونصت الفقرة (4-14-2) على طرق التسوية الأخرى "إذا لم يكن بالإمكان تسوية النزاع ودياً خلال مدة 60 يوماً أو أي مدة أطول قد يتفق عليها طرفا النزاع، من تاريخ قيام أحد طرفي النزاع بطلب التسوية الودية وذلك بإرسال إشعار خطي إلى طرف النزاع الآخر خلال مدة لا تزيد على 15 يوماً من انقضاء المدة المحددة للتسوية الودية فإن النزاع سيتم رفعه لاتخاذ القرار فيه.

وحسب اختيار الطرف الثاني في النزاع، بإحدى وسائل تسوية المنازعات التالية:

أ- رفع النزاع إلى المحاكم الكويتية.

ب- إحالة النزاع إلى التحكيم وفقاً لأحكام التحكيم بموجب القانون الكويتي رقم 1980/38 أو القانون الكويتي رقم 1995/11".

المطلب الثاني

اختصاص القضاء الأردني في حل المنازعات الناشئة عن عقد البوت (B.O.T)

ينعقد الاختصاص وفقاً للقواعد العامة في الأردن في نظر منازعات عقود البوت (B.O.T) لقضائها الوطني، وهنا يثار التساؤل التالي: فيما إذا كان المستثمر في عقد البوت (B.O.T) أجنبياً فما هو موقف المشرع الأردني في حالة وجود مثل هذا البند؟

ونجد أن المشرع الأردني قد بين أنه لا يجوز للقضاء الأجنبي النظر في منازعات عقود البوت (B.O.T) في المشاريع المنفذة في الأردن، وهذا ما أكدته نص المادة (102) من الدستور بأن القضاء الأردني هو صاحب الولاية العامة في كافة المنازعات التي تنشأ على إقليم الدولة كقاعدة عامة، إلا ما استثني بنص خاص[1]. كما نصت المادة (28) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني في فقرتها الثانية على أن تختص المحاكم الأردنية في كل التزام ينشأ أو ينفذ أو إذا كان واجباً تنفيذه في إقليم الدولة حتى وإن كان صاحب هذا الالتزام أجنبيا[2]. وبما أن عقود البوت (B.O.T) المنفذة في الأردن هي عبارة عن اتفاق مبرم بين المستثمر والإدارة ويرتب هذا الاتفاق التزامات على المستثمر فيجب أن تخضع هذه العقود لاختصاص القضاء الأردني وأن أي اتفاق على منح الاختصاص لقضاء أجنبي يعد باطلاً وذلك لكون تحديد الاختصاص القضائي هو أمر يتعلق بالسيادة المطلقة للدولة [3].

---

(1) انظر نص المادة في الدستور الأردني الصادر في 1952/1/8.

(2) انظر قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988 في صيغته المعدلة بموجب القانون رقم (14) لسنة 2001.

(3) انظر: الزعبي، عوض أحمد (2003). أصول المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي، الاختصاص، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، ص208.

وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية عندما تعرضت في أحد قراراتها إلى انعقاد الاختصاص للمحاكم الأردنية[1].

ونرى مما سبق أن ما ذهب إليه المشرع الأردني هو عين الصواب، حيث أن المحاكم المنتشرة في الأردن وعلى اختلاف درجاتها تستطيع النظر في المنازعات ناشئة عن عقود الB.O.T وتستطيع عمل التسوية القضائية المناسبة بين صاحب المشروع والجهة الإدارية ذات العلاقة، مما يحقق العدالة بين جميع الأطراف، كما أن ذلك يؤكد أن الاختصاص القضائي هو من مظاهر السلطة السيادية في الدولة، لذلك لا يجوز بأي حال من الأحوال أن ينظر القضاء الأجنبي في هذه المنازعات ويجب أن تسند إلى القضاء الوطني في الأردن.

(1) انظر قرار محكمة التمييز رقم (95/643) لسنة 1997.

المبحث الثاني

التسوية غير القضائية لحل المنازعات الناشئة عن عقد (B.O.T)

نجد أن المنازعات الناشئة في عقود الB.O.T قد تأخذ وقتاً طويلاً، وذلك لأن العقد يمتاز بأنه ذو طبيعة فنية ومركبة، ومن هنا فإن إيجاد وسائل لتسوية هذه المنازعات تحقق مصالح أطراف العقد، وتحافظ على التوازن المالي والفني للعقد هو أمر مطلوب وذلك لضمان سير المرفق بانتظام واضطراد[1].

أما ما تمتاز به وسائل التسوية فهي[2]:

- أن هذه الوسائل تقوم على اقتناع طرفي العقد بها وبجدواها، وسرعة الوصول من خلالها إلى الحل المناسب للنزاع ودون اللجوء إلى إجراءات معقدة.
- أنها تقلل حجم الخسائر الناتجة عن سبب المنازعة لا بد أنها قد تؤدي إلى تحقيق عائد مادي إلى أحد طرفي العقد دون خسارة الطرف الآخر.
- أنها تتناول أسباب النزاع أكثر من تناولها لجوانبها القانونية، وتهدف إلى الوصول إلى تسوية سريعة للنزاع وغير ملزمة لطرفي العقد بدون رضاهما.

ومن أكبر الأمثلة على استخدام هذه الوسائل غير القضائية ما جاء في نص المادة (1/19) من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي: "على طرفي العقد بذل كافة الجهود لحل أية نزاعات تنشأ بينهما بالطرق السليمة، سواء تعلق النزاع بخرق لنصوص الاتفاقية أو بطلان أو إنهاء أو تفسير بنود الاتفاقية، وفي هذا الصدد فإن على طرفي العقد تحديد ممثلين لهم

---

(1) عبد العظيم، حمدي (2006). دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص13.

(2) الحمود، وضاح محمود رشيد،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص274.

للاجتماع كل أربعة أشهر وبشكل دوري لمناقشة الأمور العالقة بينهما ومحاولة الوصول إلى حل سلمي بشأنها"[1]. ومن الوسائل المتنوعة التي يتم اللجوء إليها وتعد وسائل سلمية لحسم المنازعات الناشئة عن هذه العقود التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم، حيث أن لكل منها مسلكاً يختلف عن المسالك الأخرى، وله أيضاً شروط تختلف لكل نوع أو وسيلة من وسائل التسوية، وهذا ما سيتم بحثه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).

المطلب الثاني: دور التوفيق لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T).

(1) المادة (1/19) من اتفاقية إعادة تأهيل مطار الملكة علياء الدولي في العام 1995.

المطلب الأول

دور التفاوض والوساطة لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

أولاً: دور التفاوض لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

يمكن تعريف التفاوض بأنه حوار بين طرفين أو أكثر حول موضوع معين بهدف الوصول إلى اتفاق بين المتفاوضين بما يحقق مصلحة كل منهم[1]. وتأتي عملية التفاوض في عدة مراحل، ومن هذه المراحل: مرحلة إبرام العقد وذلك عند إبرامه فينصب التفاوض على بنود العقد ذاته وضمانات حسن التنفيذ وقد تكون المفاوضات في المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وأثناء تنفيذه وذلك إذا ما ثار نزاع حول آلية التنفيذ، أما بالنسبة للمفاوض فقد يكون التفاوض عن طريق شخص واحد أو عن طريق فريق كامل كي يساعد كل منهما الأخر في إيجاد آلية وحلول لفض النزاع الناشئ وإن وجود فريق كامل من المفاوضين هو ضمانة لإيجاد الحلول المناسبة، وإن أهم عوامل التفاوض هي الرغبة الصادقة في إيجاد الحل [2]. كما يتعين أن يكون كل فريق من فريقي التفاوض لديه الرغبة الصادقة في الوصول إلى حل النزاع وتسويته.

ولكون المفاوضات ذات أثر مهم في حل النزاعات وإيجاد الحلول السلمية فإننا سوف نقوم بذكر أهم خصائص عملية التفاوض ومن هذه الخصائص:

1- أن عملية التفاوض تهدف إلى فض النزاع وإيجاد الحلول للخلافات أو الوصول إلى اتفاق حول القضية التي يدور حولها التفاوض ولكن بقاء عملية التفاوض مرهون ببقاء المصالح المشتركة بين أطراف النزاع الذي يجري حوله التفاوض.

---

(1) حبش، إبراهيم (2002). التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص468. انظر كذلك: الحمود، وضاح،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص267.

(2) الحمود، وضاح، (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص267.

2- أن الآثار التي تترتب على عملية التفاوض هي أشمل من الوقوف على إبرام العقد أو إتمام الاتفاق بين الطرفين فقط وإنما تمتد على إلى المستقبل حيث لا تقف على معالجة مشاكل الحاضر وإنما تمتد إلى المستقبل[1].

3- لكي يستطيع المفاوض إتمام عملية التفاوض بنجاح وأداء دوره بشكل فاعل يجب عليه أن يمتلك مهارات معرفية شاملة مثل المعرفة القانونية والاقتصادية والسياسية والسلوكية والإدارية وغيرها[2].

أن الهدف الرئيسي للتفاوض هو وجود نزاع وهذا النزاع يولد نوعاً من تعارض المصالح بين الأطراف ولذلك يظهر التفاوض، ولبقائه لا بد من وجود نوع من النزاع حتى ولو على المستوى الإدراكي[3].

وإذا ما انتهت عملية التفاوض فإننا نكون أمام احتمالين هما:

الأول: انتهاء المفاوضات بنجاح والوصول إلى الحل النهائي للنزاع المعروض وبالتالي لا تكون هناك حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم وبالتالي تعود العلاقة بين الطرفين إلى سابق عهدها إلا أنه يتعين على الطرفين إثبات هذا الحل في محرر وذلك منعاً من المنازعات حوله في المستقبل بحيث يكون هذا المحرر حجة على الطرفين.

والثاني: إخفاق الطرفين في الوصول إلى تسوية للنزاع بطريق التفاوض وهنا يجب على الطرفين أو أحدهما اللجوء للوسائل الأخرى لفض النزاع الناشئ ومن هذه الأساليب التحكيم أو الوساطة أو اللجوء إلى القضاء وذلك وفق ما لجأت إليه إرادة الطرفين في العقد[4].

---

(1) إدريس، عبد الرحمن (2001). التفاوض مهارات وإستراتيجيات، الدار الجامعية، الإسكندرية، ص40.

(2) جواد، شوقي ناجي، وأبو القحف، عباس غالي (1991). التفاوض مهارة وإستراتيجية، بغداد، ص33.

(3) معلا، ناجي (2000). التفاوض الإستراتيجية والأساليب (مدخل الحوار الاقناعي)، الطبعة الثانية، الأردن، ص35.

(4) الحمود،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص277-278.

ويعد التفاوض وسيلة فعالة من الوسائل التي تستخدم لفض المنازعات في عقود البوت كما تبين لنا من خلال العرض السابق، كما يعد التفاوض من أنجح الوسائل حيث أن التفاوض يوفر الوقت ويسير نحو الحل السلمي بعيدا عن المحاكم وإجراءاتها وهذا ما يبحث عنه كلا طرفي عقد البوت، وذلك كون عقود البوت تقوم على مشاريع حيوية لا تعتمد التعطيل والتوقف، لان أي خلل فيها يؤدي إلى ضرر كبير يقع على الجمهور، ولذلك يعد التفاوض من أفضل الأساليب لتجنب النزاع.

ثانياً: دور الوساطة في حل المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T)

ويقصد بالوساطة قيام طرف ثالث محايد خلافاً للطرفين القائم بينهم النزاع، بالتوسط بينهم من أجل تقريب وجهات النظر بين الطرفين الناشب بينهم النزاع[1]، ويجب أن تتوافر في الوسيط مجموعة من الشروط من أهمها:

1- يجب أن يكون الوسيط معروفاً لكلا الطرفين.

2- يجب أن يكون الوسيط محل ثقة لكلا الطرفين.

3- يجب أن يكون الوسيط على درجة من الحياد والموضوعية إلى عدم التحيز لأحد الأطراف دون الآخر.

4- يجب على الوسيط عدم فرض آراء أو تصرفات على أحد طرفي التفاوض[2].

وتعد الوساطة إحدى الوسائل البديلة لتسوية المنازعات وبكونها إحدى البدائل التي يلجأ إليها أطراف النزاع للوصول إلى التسوية، وإن كانت تتشابه مع التوفيق إلى أنها تختلف عنه في بعض الحالات، فالوسيط يتردد بين أطراف النزاع كل طرف على حدة، والوسيط يكون دائماً

---

(1) ندوة (بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات) عمان، 5-6 كانون أول 2006، المعهد القضائي الأردني بالتعاون مع المدرسة الوطنية للقضاء الفرنسي، 2006.

(2) إدريس، عبد الرحمن (2001). التفاوض مهارات وإستراتيجيات، مرجع سابق، ص58.

شخصاً محايداً ولا يقوم بجمعهم في اجتماعات مشتركة وتكمل هذه الصفات في الوسيط من أجل التوصل إلى صيغة مرضية بين أطراف النزاع، حيث يقوم بالتنقل بينهم من أجل التوصل إلى حل يخدم كلا طرفي النزاع مع العلم أن القرار الناتج عن الوساطة غير ملزم للأطراف إلا أن هذه الوساطة تحظى بقبول الأطراف مما يؤدي إلى نجاحها[1].

وهناك مجموعة من المبادئ يجب الأخذ بها لكي تكون الوساطة إيجابية ومثمرة وهي:

أ- فصل الفرقاء عن موضوع النزاع: إن الإنسان بطبيعته يأخذ المواقف ويتحيز لها، ويتعنت لرأيه ويعتبر أن أي نقد موجه لهذا الرأي هو موجه له شخصياً، لذلك يسعى الوسيط دوماً بالتركيز على موضوع النزاع وبفك الارتباط كلما اتخذ هذا النزاع الطابع الشخصي[2].

ب- التركيز على مصالح الفرقاء في النزاع: يقوم الوسيط الناجح أثناء عملية التوسط بالتركيز على مصالح الفرقاء في النزاع وليس على مواقفهم، لأن المواقف مستمدة من المصالح ومن الصعب التوصل إلى نتائج مرضية في الوساطة بحصر المواقف التي تتصف بالجمود بينما المصالح مرنة وقابلة للمساومة[3].

ج- نجاح الحل بتعدد خياراته: يجب أن يطرح طرفاً النزاع خيارات عدة لحل النزاع ودياً ولكن في الأغلب لا يقوم الخصوم بطرح الحلول لكي لا يوحي هذا الطرح للحلول بالضعف والتنازل ولذلك يجب على الوسيط الثبات مع أطراف النزاع لطرح أكبر عدد ممكن من الخيارات لإيجاد الحل.

---

(1) السيد، محمد صلاح (1993). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص44.

(2) حبش، إبراهيم ، مرجع سابق، ص468.

(3) الحمود، وضاح، (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص267.

د- العوامل الضاغطة في المنازعات: تظهر عدة عوامل ضاغطة على مجرى المفاوضات الصلحية منها ذاتية وغير ذاتية تفاعلية ويجري دور الوسيط في خلق توازن بين أطراف العقد من أجل عدم وضع هذه العوامل الضاغطة محل اعتبار وعاملاً يؤثر على مجرى المفاوضات[1].

وتبرز أهمية الوساطة من خلال اختصار الوقت والجهد، فأطول الوساطات لا تستغرق أشهراً قليلة، بينما يمكن أن تستغرق الدعوى – في ساحات المحاكم أو بعض الوسائل الأخرى – عدة سنوات كما أن الوساطة تختصر النفقات المالية والجهد، حيث إنها لا تتطلب إلا مصروفات قليلة، إذا ما قورنت بنفقات التحكيم، ومصروفات التقاضي من أتعاب ورسوم[2].

وتكفل الوساطة قدراً من السرية والخصوصية أثناء القيام بها، إذ يجب على الوسيط أن يحتفظ بقدر من السرية والحياد بين الأطراف ويمنح سلطة تسوية المنازعات من قبل الأطراف المتنازعة[3].

ويقع الاتفاق على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات أثناء التعاقد، أو عند نشوب النزاع، وقد تقيد بقيد زمني، يقتضي إنجازها في وقت محدد، قبل اللجوء إلى القضاء، غير أنه في جميع الأحوال يجب أن يشتمل اتفاق الوساطة على أمرين:

الأول: آلية سير عملية الوساطة وذكر تاريخها، ومكانها، وتكاليفها، والشخص الذي يقوم بها.

---

(1) المنذر، هادي (2004). الحلول البديلة للنزاعات القضائية (دليل تطبيقي مفاوضات – وساطة – تحكيم)، بيروت، ص36-44.

(2) الأحدب، عبد الحميد (2001). عقود التمويل مع التشغيل B.O.T، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر وزارة المالية والبنك الإسلامي، القاهرة، 27و28 يناير، ص11.

(3) السيد، محمد صلاح (1993). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص280.

الثاني: "الإطار القانوني الذي يحكم عملية الوساطة، ويتضمن كيفية اختيار القانون الواجب التطبيق، ومدى حرية الوسيط في الأخذ بمبادئ العدالة كبديل عن القانون لحسم النزاع، وماهية الإجراءات المستخدمة"[1].

نتائج الوساطة:

1- نجاح الوساطة: عند توصل الوسيط إلى تسوية كلية للنزاع فإن الوساطة تكون قد نجحت.

2- فشل الوساطة: وتكون الوساطة قد فشلت في حال عدم توصل الوسيط إلى تسوية للنزاع الناشئ سواء كان هذا الفشل بسبب وصول الأطراف إلى طريق مسدود أو نتيجة تغيب الخصوم وعدم قيامهم بمتابعة إجراءات الوساطة[2].

وتعد الوساطة بمثابة صمام الأمان الذي يلجأ إليه أطراف عقد البوت وذلك خوفا من الدخول في المنازعات القضائية أو التحكيم الذي غاليا ما يحتاج إلى وقت وتكلفة عالية، إذا ما قورنت بالوساطة التي تحتاج إلى تكاليف قليلة، وهذا ما يجعل أغلب الأطراف في عقود البوت ينصون عليها عند إبرام عقود البوت (B.O.T).

(1) السيد، محمد صلاح (1993). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص281.

(2) بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات، المعهد القضائي الأردني، 2005، ص52.

المطلب الثاني

دور التوفيق لحل المنازعات الناشئة عن عقود البوت(B.O.T)

التوفيق هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض شخص واحد أو أكثر لحسم النـــزاع بينهم بطريقة ودية[1].

وتظهر طبيعة عمل الموفق في تقديم اقتراحات وحلول تهدف إلى مساعدة الأطراف في التوصل إلى تسوية لإنهاء النزاع القائم، حيث يختلف الموفق عن القاضي في كونه لا يفصل في النزاع وإنما يقدم اقتراحات للتوصل إلى تسوية ودية لذلك النزاع[2].

وتدور عملية التوفيق من خلال مساعٍ حميدة يبديها الموفق وهذه الحلول والاقتراحـــات لحل النزاع لا تكون ملزمة للأطراف فلهم حرية القبول أو الرفض غير أن اطمئنـــان أطـــراف النزاع إلى الموفق يجعل اقتراحاته وحلوله محل اعتبار ورضا لهم، ومما يزيد مـــن مـــصداقية الموفق في العقود الإنشائية وعقد البوت بشكل خاص أن يكون الموفق متخصصاً في صـــناعة الإنشاءات وعلى علم ودراية بهذا النوع من المشاريع، ولذلك من الأفضل أن يكون ذا خبرة فنية وعملية في مواجهة مشاكل صناعة البناء، ويجب أن يكون على درجة من المعرفة القانونية في حال نشوء خلاف حول تفسير العقد أو أحد بنوده[3].

أما عن آلية تحديد الموفق فإن تحديده يعود إلى أطراف النزاع فهم مـــن يحـــدد كيفيـــة اختيار الموفق وكيفية اختياره والقواعد التي تحكم عمله، وفي الأغلب يتضمن العقد الإشارة إلى

---

(1) الأحدب، عبد الحميد (2001). عقود التمويل مع التشغيل B.O.T،مرجع سابق، ص11.

(2) الحمود، وضاح، (2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجـــع ســـابق، ص267.

(3) الحمود، وضاح،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجـــع ســـابق، ص281.

بنود أو مجموعة من القواعد التي يحل النزاع على أساسها ومن أبرز لجان التوفيق في هذا المجال لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي [1].

ويعد التوفيق من الأمور المهمة في إنهاء النزاع الناشئ حول عقود البوت حيث يقدم مساعدة للأطراف لتسوية هذا النزاع من خلال مساع حميدة يقوم بها طرف ما، مما يؤدي إلى حل النزاعات بعيدا عن الطرق القانونية.

(1) الحمود، وضاح،(2008)، حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم، مرجع سابق، ص282.

المبحث الثالث

القانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T)

سنتكلم عن القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البـــوت B.O.T في التشريع الأردني وكذلك القانون الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة علـــى هيئـــات التحكيم وهذا ما سيتم تناوله من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عـــن عقـــود البـــوت (B.O.T) في التشريع الأردني.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) أمام هيئات التحكيم.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) في التشريع الأردني

ذهب المشرع الأردني إلى إخضاع العقد في منازعاته إلى القانون الذي اختاره وارتضاه الأطراف ليحكم النزاع بينهما[1].وهذا ما ذهبت إليه المادة (20) من القانون المدني بقولها: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك) [2]. وللوهلة الأولى عند النظر لنص المادة (20) من القانون المدني الأردني نجد أن القانون الأولى بالتطبيق هو قانون الموطن المشترك ومن ثم قانون محل إبرام العقد ثم باقي القوانين المختارة، وبعد التمعن بالنص المذكور أعلاه نجد أن القانون الأولى بالتطبيق هو القانون المختار من قبل أطراف العقد ولكن في حال لم يتفق أطراف العقد على اختيار قانون لتنظيم العقد نذهب إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، وقد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق إما صراحةً من خلال ذكره في بنود العقد، أو من خلال اتفاق لاحق للعقد وقد يتم اختيار القانون الواجب التطبيق ضمناً وذلك من خلال استخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين وهذا ما أيدته محكمة التمييز الأردنية في قرارها رقم 95/697 لسنة 1995 وقرارها رقم 82/697 لسنة 1982. وقد قضت محكمة التمييز الأردنية في أحد قراراتها[3] بأن القانون الواجب التطبيق في حالة تنازع القوانين هو قانون إبرام العقد وذلك بقولها: (استقر الاجتهاد على أنه إذا تم توقيع

---

(1) حزبون، جورج (2002). قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدية الإجرائي والمستحدث الموضوعي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرين، يونيو، ص239 وما بعدها.

(2) انظر القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

(3) قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 82/697 لسنة 1982، منشورات مركز عدالة.

عقد في الأردن فإن القانون الواجب التطبيق هو قانون المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة (20) من القانون المدني...). وبينما قضت في قرار آخر لها بوجوب تطبيق القانون الذي اختاره أطراف العقد صراحة بقولها: (إن اتفاق المتعاقدين على تطبيق نصوص اتفاقية بروكسل يعد نافذاً بحقهما وملزماً لهما على اعتبار أنه يشكل جزءاً من شروط العقد) [1].

وبعد الاطلاع على نص المادة (20) من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 التي وضحت القاعدة العامة للقانون الواجب التطبيق فقد جاء في نص الفقرة الثانية من نفس المادة استثناء عليها وهذا الاستثناء جاء على العقود المتعلقة بالعقارات، وبما أن عقد (البوت) عقد يتعلق بالعقارات العملاقة فإننا سوف نقوم بذكر هذا الاستثناء، وحيث جاء الاستثناء الذي يقضي على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار، ونستنتج من ذلك أن القانون الواجب التطبيق على كافة عقود (البوت) هو قانون موقع العقار أي أن كافة عقود البوت المبرمة في المملكة الأردنية الهاشمية تخضع إلى القانون الأردني وبذلك فإن القضاء الأردني هو صاحب الاختصاص في نظر النزاع المتعلق بهذا النوع من العقود، فإذا تم الاتفاق على إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم داخلية أو دولية، فإن عليها احترام رغبة المشرع الأردني بأن تطبق القانون الأردني، ويجب على الهيئة تطبيق القانون الأردني وذلك احتراماً لمبدأ السيادة التي تتمتع بها الدولة. [2]

---

(1) الظفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، مرجع سابق، ص 174-175.

(2) نص المادة (20) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقود البوت (B.O.T) على هيئات التحكيم

يتسم التحكيم التجاري الدولي لدى هيئات ومراكز التحكيم بأنه تحكيم منظم وسريع وعملي تسري فيه أحكام التقاضي أمام هيئة أو محكمة التحكيم ونظراً لما لهيئات التحكيم من أهمية على المستوى المحلي والدولي في فض النزاع في العقود بشكل عام وعقود البوت بشكل خاص فقد أصبح التحكيم لدى هذه الهيئات الدائمة في كثير من العقود الدولية ذات الشكل النموذجي إجباري[1].

وعند قيام هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع المحال إليها بموجب بنود العقد أو باتفاق لاحق بعقد مستقل فإن عليها تقرير القانون الواجب التطبيق، وإن اختيار هذا القانون يثير جدلاً من الناحية النظرية والعملية عند أحد الفقهاء خاصة إذا كان أحد أطراف العقد دولة كما هو الحال في أغلب عقود البوت[2]، وذلك بما تذهب إليه هيئات التحكيم عند اختيار القانون الواجب التطبيق حيث تعارض الدولة بالنسبة للعقود التي ترى بأنها طرف رئيسي فيه بأن يكون القانون الواجب التطبيق تابعاً إلى دولة أخرى، بينما يرى الطرف الأخر أن قانون هذه الدولة قد لا يكون متطوراً من الناحية التشريعية بحيث يحقق الأمان للمستثمر المتمثل بشركة المشروع وتلبيةً لتحقيق العدالة في النزاع المطروح أمام هيئات التحكيم ظهرت مجموعة من المعايير تحكم القانون الواجب التطبيق وهذه المعايير هي:

---

(1) الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003). النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص13-14.

(2) حزبون، جورج (1988). الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي الخاص، بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد1-2-3، كانون الثاني/ شباط/ آذار، ص572 وما بعدها.

1- قانون العقد:

يظهر في هذا المعيار التزام هيئة التحكيم بتطبيق القانون الذي ذهبت إرادة الأطراف إليه سواء كان مرتبطاً بالعقد أم لا وسواء تم الاتفاق على قانون الدولة المستضيفة لمشروع العقد أم قانون دولة المشروع الأجنبي، وأن هذا المعيار يدل على احترامه لرغبة أطراف العقد[1] وحيث أن أطراف العقد هم الأقدر على تصور ما قد ينشأ من منازعات تخص العقد وهم الأقدر على وضع ما يلائمها من حلول مبتكرة وقد يلجأ الأطراف إلى الدمج بين مجموعة من القواعد المستخلصة من تشريعات وطنية أو أجنبية أو العادات والأعراف المتعلقة بالعقد لإنشاء قانون عقدهم[2].

وهذا ما ذهبت إليه المادة 1/42 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية، حيث جاء فيها (المحكمة تفصل في النزاع طبقاً للقواعد القانونية التي اتفقت عليها الأطراف) وفي حال غياب مثل هذا الشرط فيكون للمحكمة أن تطبق قانون الدولة الطرف في النزاع وقواعد القانون الدولي[3].

وقبل التسليم بهذا المعيار فإنه قد ترد بعض الحالات الاستثنائية عليه في حال ارتباط العقد بعقار وكان القانون الواجب التطبيق وفق الإرادة ليس قانون دولة العقار فإن الدولة سوف تمتنع عن تنفيذ الحكم وذلك تمسكاً بقانونها الداخلي حيث تنص المادة (20) من القانون المدني على ذلك بقولها: (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فإن اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم

---

(1) الظفيري، مدلول حشاش، مرجع سابق، ص177.

(2) سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، مرجع سابق، ص265.

(3) مهدين، جلال وفاء (2005) التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد- الإجراءات – الاتجاهات الحديثة، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، ص58.

يتفق المتعاقدان على غير ذلك) حيث أن أغلب الدول ترفض تطبيق قانون أجنبي على منازعات ترتبط بعقار داخل إقليمها وهذا ما نصت عليه المادة (2/5/ب) من اتفاقية نيويورك التي جاء فيها (رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان الاعتراف بذلك يناقض السياسة العامة بذلك البلد) [1].

2- قانون الدولة المتعاقدة:

لقد جاء في نص المادة (1/42) من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار على أولوية تطبيق قانون الدولة ومبادئ القانون العام بما يتعلق بالموضوع وذلك في حال عدم الاتفاق بين الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق وهذا نص كالأتي: (إذا لم يتفق الطرفان على مثل هذه المبادئ فإن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع بما في ذلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين بالإضافة إلى مبادئ القانون الدولي المتعلقة بالموضوع) وهذا ما نصت عليه المادة (2/5/ب) من اتفاقية نيويورك التي جاء فيها (رفض الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه إذا كان الاعتراف بذلك يناقض السياسة العامة بذلك البلد) [2].

3- القانون المتصل بالعقد:

إن القانون الواجب التطبيق على النزاع يكون متصلاً في العقد من خلال ثلاث حالات هي[3]:

---

(1) الظفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، مرجع سابق، ص178.

(2) الظفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، مرجع سابق، ص 177-178.

(3) الظفيري، مدلول حشاش (2007)، الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T في كل من القانون الأردني والكويتي، مرجع سابق، ص179-180.

أ- قانون الموطن المشترك للمتعاقدين:

قد يكون الموطن المشترك هو الحل الأمثل في حال عدم اتفاق الأطراف علـــى قـــانون مختص بنظر النزاع، وما الموطن المشترك إلا دلالة على الإرادة المفترضة على تطبيق قانون الموطن الذي ينتمي إليه الأطراف وذلك لمعرفتهم به وإذا كان الأطراف أشخاصاً اعتبارية فإن الموطن هو مركز الإدارة الرئيس وفق ما جاء في المادة (1/51/د) من القانون المدني الأردني.

ب- قانون بلد الإبرام:

في حال عدم اختيار القانون الواجب التطبيق من خلال إرادة المتعاقدين وعدم اعتمـــاد الموطن المشترك لهم، فإن المحكم يلجأ إلى قانون بلد إبرام العقد وذلك لأنه أقرب القوانين صلة وارتباطاً بالعقد موضوع النزاع.

ج- قانون بلد التنفيذ:

إن قانون بلد تنفيذ العقد الذي أقيم عليه المشروع في عقود البوت هو الأصـــلح لحكـــم النزاع عند عدم قيام الأطراف بتحديد القانون المختص وذلك لكون قانون بلد تنفيذ المشروع هو الأكثر اطلاعاً وخبرةً في طبيعة النزاع المنظور.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

إن تحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات الضرورية للمـــواطنين وازدهـــار المجتمـــع مسئولية تقع على عاتق الدولة بأجهزتها المختلفة؛ فالدولة ينبغي أن تسعى إلى تحديد المشروعات اللازمة والضرورية لتحقيق مستوى معيشة أفضل للمواطنين؛ ففي بداية القرن التاســـع عـــشر قامت الدولة من خلال أجهزتها الإدارية المختلفة بإنشاء مشروعات المرافق العامة ويطلق عليها فكرة المرافق العامة؛ وكأن ذلك بهدف تحقيق تلبية احتياجات المواطنين وازدهار المجتمع.

والقطاع الخاص – أيضاً – يعمل إلى تحقيق تلك الأهداف، فلقد عهدت الدولة – كثيراً – بمهمة إسناد بعض مشروعات المرافق العامة إلى أشخاص عاديين أو شركات وكان ذلك تحـــت إشرافها ورقابتها، ويتم ذلك من خلال عقود إدارية تبرم بين الدولة والآخرين.

وتبرم جهة الإدارة نوعين من العقود أولها: عقود تخضع لأحكام القانون الخاص وفيها تبرم الإدارة العقد كما لو كانت فرداً عادياً وتتخلى عن سلطتها العامة ومن ثم تخضع لأحكـــام القانون الخاص، وثانيهما: عقود تخضع لأحكام القانون العام وفيها تظهر الإدارة بمظهر السلطة العامة وتتضمن هذه العقود شروط استثنائية غير مألوفة بغرض تسيير المرافق العامة بانتظـــام واطراد وهذه العقود تخضع لأحكام القانون العام.

والعقود الإدارية التي تبرمها جهة الإدارة اقتصرت في بداية الأمر على ثـــلاث صـــور وهي: عقد الالتزام أو امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وهناك عقود أخرى انبثقت من تلك العقود منها عقد المساهمة في إنشاء مشروع ذي نفع عام وعقد القـــرض

العام، وعقود الشراء والبيع التي تبرمها جهة الإدارة، وعقود الإيجار، وعقود العمل التي تبرمها الإدارة.

وما من شك أن عقد الالتزام أو امتياز المرافق العامة هو أهم العقود الإدارية وفيه تتخلى الدولة عن إدارة المرفق العام وتعهد به إلى الملتزم حيث يقوم الآخر بإنشاء المرفق العام على نفقته ومسؤوليته وتشغيله مدة العقد ثم يرده مرة أخرى إلى جهة الإدارة، وبمقتضى هذا العقد يحصل الملتزم على رسم من المنتفعين، ويرى الفقهاء أن عقود البوت B.O.T هو التطور الحديثة لعقد الالتزام.

وعقود البوت من العقود الزمنية، أي تنقضي بنهاية المدة المحددة في العقد، ويعقب ذلك أن تقوم شركة المشروع بتنفيذ أحد التزاماتها الجوهرية، ألا وهو نقل المشروع إلى الجهة المانحة بحالة جيدة، وصالحة للتشغيل طبقاً لما هو متفق عليه في عقد المشروع، وتشمل عملية الانتقال المقومات المادية للمشروع والمتمثلة في التجهيزات والمعدات والآلات، وبالطبع يجب أن تكون بحالة فنية عالية، وكذلك المقومات المعنوية للمشروع والمتمثلة في حقوق الملكية الفكرية وبالأخص براءات الاختراع، وإذا كان هناك عقد لنقل التكنولوجيا أبرمته الشركة ما زال سارياً، فإنه يتم تحويله إلى الجهة المانحة، وتقوم شركة المشروع بنقل ملكية الوثائق والمستندات والرسومات والتصميمات والبيانات الفنية الخاصة بالمشروع، وتنتقل أيضاً حقوق المنتفعين.

ولضمان نجاح عملية الانتقال، لابد أن تكون تدريجية بمعنى أن يتم الاتفاق في عقد المشروع على ترتيبات خاصة لنقل المشروع، بحيث لا يتم النقل مع انتهاء مدة العقد، ولكن يمكن أن يبدأ قبل ذلك بفترة مناسبة، تستطيع خلالها الإدارة أن تدفع بكوادرها التي سوف تقوم على إدارة المشروع بعد ذلك، بما يساعد في نقل الخبرات، وإعداد القيادات؛ لكون الكوادر

سوف تباشر عملها والمشروع ما زال خاضعاً لشركة المشروع، بما يحقق نقل الخبرات، والتعرف على كفاءة المشروع، بالإضافة لذلك يمكن إلزام شركة المشروع بتقديم خطاب ضمان، وذلك لتأمين الأداءات خلال الفترة الانتقالية بعد انتهاء العقد وانتقال المشروع إلى الإدارة، ويكون سارياً لمدة معينة، وليكن مدة سنتين بعد انتقال المشروع.

وتتميز عقود البوت بالضخامة والتعقيد والتشابك في المصالح، بما يفتح الباب أمام المنازعات بين الأطراف منذ أول وهلة للمشروع سواء في مرحلة إبرام العقد أو الإنشاء أو التشغيل وما يرتبط بهم من عقود، بما يستلزم أن تكون هناك آلية قانونية قادرة على تسوية هذه النزاعات بسرعة؛ حتى لا تؤثر على سير المرفق باستمرار وانتظام.

ثانياً: النتائج:

1- عدم وجود تشريع مختص تنظيم عقود البوت (البناء والتشغيل ونقل الملكية) في المملكة الأردنية الهاشمية حيث لا يوجد نصوص تنظيم كافة مراحل العقد من بدايته إلى حيث يتم تسليم المشروع.

2- عدم وجود هيئة أو مؤسسة مستقلة متكونة من مجموعة من الأعضاء تتوافر فيهم الكفاءة القانونية والفنية لتنظيم التعاقد في مشروعات البوت حيث أن إهمال تنظيم هذه العقود يؤدي إلى إهمال مقدرات البلاد.

3- تعقيد القانون الصادر لتنظيم عملية البوت رقم 7 لسنة 2008 وضعفها مما يؤثر على جذب المستثمرين سواء على المستوى المحلي أو الاحنبي، مما يؤثر على التنمية الاقتصادية داخل البلاد.

4- هناك تداخل بين عقود البوت(B.O.T) والعقود المنشقة منها مثل عقد (BOOT) وعقد(Boo) وعقد(B.L.t) وعقد(R.o.o) حيث أن كل عقد من هذه العقود له خصوصية ومميزات تميزه عن عقود البوت والعقود الأخرى رغم هذا التداخل.

5- هناك تداخل بين عقد البوت والعقود الشبيهة مثل عقد التأجير التمويلي وعقد الخصخصة وعقد الأشغال العامة حيث ان هذه العقود بعيدة عن عقود البوت ولكنها تتشابه في كونها ترتبط في هذا العقد ببعض الجزيئات.

6- عدم انتشار مشاريع عقود البوت في المملكة الأردنية الهاشمية بشكل واسع وبالشكل الذي عليه الحال كما هي في عقود التأجير التمويلي والخصخصة مع أنها تعد أفضل من حيث المساهمة في توفير المال العام وتشجيع التنمية.

7- لا تذكر بعض الحقوق والالتزامات في اتفاقيات عقود البوت بشكل دقيق مما يؤدي إلى نشوء بعض النزاعات والاختلافات أثناء العمل في المشروع وقد تبرز بعض العراقيل عند تسليم المشروع وإعادة ملكيته إلى الجهة المانحة مثل نقل التكنولوجيا وتدريب العمال التابعين للجهة المانحة.

8- تنشأ الكثير من النزاعات في عقود البوت حول آليات فض النزاع والقانون الواجب التطبيق لهذه العقود من خصوصية داخل الدول التي تقام عليها ودور الاتفاقيات المبرمة عند التعاقد في تحديد آلية فض النزاع الحاصل.

9- يلعب التحكيم دوراً مهماً في عقود البوت وذلك من خلال هيئات مستقلة بتحكيم المنازعات الناشئة حول هذه العقود لما يمتاز به من سرعة في الإجراءات المتبعة.

ثالثاً: التوصيات:

1- ضرورة تعديل القانون الكويتي رقم 7 لسنة 2008 وجعله جاذبا للمستثمر الأجنبي والمحلي لما لهذا العقد من دور في دفع عجلة الاقتصاد والنهوض بالدولة في مراحل التنمية.

2- ضرورة إيجاد تشريع ينظم عقود البوت (البناء والتشييد ونقل الملكية) في الأردن وذلك من خلال وضع نصوص واضحة تنظم كافة مراحل العقد من بداية التعاقد إلى حين تسليم المشروع.

3- ضرورة وجود هيئة أو مؤسسة تتوافر في أعضائها الكفاءة القانونية والفنية تعنى في تنظيم عقود البوت التي تكون الدولة الكويتية والأردنية طرفاً فيها وذلك لحماية مقدرات البلاد من الاستغلال غير المشروع والاتفاقيات الجائرة وعدم سيطرة المستثمرين الأجانب على موارد الدولة وتفعيل الدور الرقابي على هذه المشروعات.

4- ضرورة إنشاء مركز مختص بتحكيم منازعات عقود البوت بين الدول العربية ووفق الأنظمة العربية.

5- يجب أن تترك لصاحب الامتياز الحرية في اختيار الآليات المناسبة لتسوية المنازعات التجارية بين صاحب الامتياز ومقرضيه والمتعهدين وموردية وإلى كل من المتعاقدين معه.

المراجع:

- الأحدب، عبد الحميد (2001). عقود التمويل مع التشغيل B.O.T، **ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر وزارة المالية والبنك الإسلامي**، القاهرة، 27و28 يناير.
- إدريس، عبد الرحمن (2001). **التفاوض مهارات وإستراتيجيات**، الدار الجامعية، الإسكندرية،مصر.
- إسماعيل، وائل (2009). **المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها: دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات، **المعهد القضائي الأردني**، 2005.
- بدر، أحمد سلامة (2003). **العقود الإدارية وعقد البوت**، دارا النهضة العربية.
- البشبيشي، أمل (2004). **نظام البناء والتشغيل والتمويل**، سلسلة جسر التنمية، ع35، القاهرة، تشرين الثاني.
- البهجي، عصام أحمد (2008). **عقود البوت**، الطريق بناء مواقف الدولة الحديثة، دار الجامعة الحديد.
- جبريل، جمال عثمان (1999). **الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الجبلي، نجيب أحمد عبد الله ثابت (2006). **التحكيم في القوانين العربية**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية، صنعاء، اليمن.
- جعفر، أنس (2003). **العقود الإدارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة.

- جعفر، أنس (2007). **العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه بالقانون (99) لسنة 1998 الخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقاً لآخر التعديلات 2006 مع دراسة لعقود الBOT**، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الجمال، مصطفى، وعبد العال عكاشة (1998). **التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- الجمل، هارون عبد العزيز (1979). **النظام القانوني للمزادات في عقد الأشغال العامة**، القاهرة.
- جواد، شوقي ناجي، وأبو القحف، عباس غالي (1991). **التفاوض مهارة وإستراتيجية**،بغداد.
- الحاجي، محمد عمر (2007). **الخصخصة ما لها وما عليها**، دار المكتبي.
- حامد، ماهر محمد (2004). **النظام القانوني لعقد البوت B.O.T**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة الزقازيق، مصر.
- حبش، إبراهيم (2002). **التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة**، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.
- الحبشي، مصطفى (2008) **الوجيز في عقود البوت**، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر.
- حجازي، عبد الفتاح ببومي (2008). **عقد البوت في القانون المقارن**، دار الكتب القانونية، القاهرة.
- حداد، حمزة (1997). **التحكيم التجاري الدولي والداخلي**، محاضرات ألقاها على طلبة الدراسات العليا في الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.

- حزبون، جورج (1988). الاتجاه الحديث في التحكيم الدولي الخاص، **بحث منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين**، العدد1-2-3، كانون الثاني/ شباط/ آذار.
- حزبون، جورج (2002). قواعد تنازع القوانين بين الوصف التقليدية الإجرائي والمستحدث الموضوعي، **بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي**، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة السادسة والعشرين، يونيو.
- حسبو، عمر أحمد (2007). **المنظور الحديث لعقود إلزام المرافق العامة طبقاً لنظام البوت B.O.T**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- حسن، عبد الفتاح (1969). **مبادئ القانون الإداري الكويتي**، دار النهضة العربية، القاهرة
- حسن، علي عوض (2009). **التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- الحمود، وضاح محمود رشيد(2008)، **حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة في عقود التشييد والاستقلال والتسليم**، أطروحة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- حواطمة، خالد مصطفى (2003). **سلطة الإدارة في فرض جزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن،
- الخصاونة، صخر أحمد، (2005). عنصر التأجير التمويلي، دار وائل للنشر، الأردن.
- الخطيب، نعمان (2001). **مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة العدل العليا**، ط1، دار الثقافة للنشر،عمان، الأردن.
- خليفة، عبد المنعم (2005). **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

- خوري، رئييف (1999). **عقود ألبوت وعقود الخصخصة في القانون المقارن**، المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان.
- الرفاعي، أشرف عبد العليم (2003). **النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.
- الزعبي، عوض أحمد (2003). **أصول المحاكمات المدنية، التنظيم القضائي، الاختصاص**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.
- الزعبي، محمد داوود (2011). **دعوى بطلان حكم التحكيم في المنازعات التجارية الدولية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- الزعبي، منصور (2002). **الاستخدامات المثلى لعوائد الإنتاجية في الأردن**، ورشة عمل، المنبر الأردني للتنمية الاقتصادية.
- الزقرد، أحمد السعيد (1999) **الوجيز في نظرية الالتزام**، ج1، مصادر الالتزام، المكتبة العصرية، المنصورة، مصر.
- سامي، فوزي محمد (2007)، **شرح القانون التجاري**، دار الثقافة، الأردن.
- سامي، محمد فوزي (2006). **التحكيم التجاري الدولي**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- سري الدين، هاني صلاح (2001) **التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص – دراسة تحليلية لنظام البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT وغيره من صور مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية**، القاهرة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى.
- سعيد، لزهر، والنجار، كرم زيدان، (2010). **التحكيم التجاري الدولي:** دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر.

- سلام، احمد رشاد محمود (2004). **عقد الإنشاء والإدارة وتحويل الملكية (B.O.T) في مجال العلاقات الدولية الخاصة**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- السيد، محمد صلاح (1993). **سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- شرف الدين، احمد (2008) عقود عمليات البناء وتسوية منازعاتها، المؤلف، جامعة عين شمس، مصر.
- الشرقاوي، سعاد (2001). **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة
- الشريف، عزيزة (1998)، تطور الاختصاص القضائي بنظر منازعات القانون العام في أعقاب صدور القانون رقم (11) لسنة 1995 بشأن التحكم القضائي، **مجلة الحقوق**، جامعة الكويت، السنة الثانية والعشرين، العدد الثاني، يوليو.
- صابر، دويب (2010). **عقود الB.O.T وكيفية حسم منازعاتها**، دار النهضة العربية، القاهرة،
- الصالح، عثمان عبد الملك (1989). **النظام الدستوري**، مطبعة جامعة الكويت، الطبعة الأولى
- الصيرفي، ياسر (2008). **النظام القانون لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص**، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، الكويت.
- الضراسي، عبد الباسط محمد عبد الواسع (2008). **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، صنعاء، المكتبة الجامعية الحديثة.

- طالب، جمال حسين (2009). **صلاحية الإدارة في فسخ عقود البناء ونقل الملكيـــة**، رسالة ماجستير جامعة عمان العربية، الأردن.
- الظفيري، مدلول حشاش (2007)، **الأسس القانونية لعقود البوت B.O.T فـــي كـــل مـــن القانون الأردني والكويتي**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة عمان العربيـــة، عمـــان، الأردن.
- عبد العظيم، حمدي (2006). **دراسات الجـــدوى الاقتـــصادية للمـــشروعات الاســـتثمارية ومشروعات البوت**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- عبد القادر، ناريمان (1996). **اتفاق التحكيم: دراسة مقارنة**، ط1، دار النهضة العربيـــة، القاهرة.
- عبيد، حسن أحمد (2000)، **بدائل نظام ألبوت في التمويل**، ورقة عمل مقدمة إلى مـــؤتمر ألبوت، أكتوبر.
- العطية، خالد بن محمد (1999). **النظام القانوني لعقود التشييد والتشغيل ونقـــل الملكيـــة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- الفضالة، أسيل حامد خليفة (2000). **التحكيم القضائي (المزايا والعيوب) في دولة الكويت**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الكويت.
- القاضي، خالد محمود (2002). **موسوعة التحكيم التجاري الدولي**، دار الشروق، القـــاهرة الطبع الأولى.
- القضاه، مفلح (2004)، **أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القـــضائي**، الطبعـــة الأولـــى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن.

- المطيري، أسامة (2004) **خوصصة المرافق العمومية بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T**، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة محمد الخامس، المغرب.
- معلا، ناجي (2000). **التفاوض الإستراتيجية والأساليب (مدخل الحوار الاقناعي)**، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- مغاوري، فكري أحمد (د.ت). **القانون الإداري الكويتي**، مطبعة حكومة دولة الكويت، الكويت.
- مليجي، أحمد (1996). **قواعد تحكيم في القانون الكويتي**، دار الكتب، الطبعة الأولى.
- المنذر، هادي (2004). **الحلول البديلة للنزاعات القضائية (دليل تطبيقي مفاوضات – وساطة – تحكيم)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.
- مهدين، جلال وفاء (2005) **التحكيم بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة للاستثمار أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار القواعد- الإجراءات – الاتجاهات الحديثة**، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر.
- المومني، أيمن محمد أحمد (2003). **التحكيم بين القضاء والقانون**، الملكية القانونية.
- الناشف، انطوان (2000). **الخصخصة**، منشورات الحلبي، بيروت.
- ناصف، حسام الدين فتحي (2003) **التأجير التمويلي الدولي المنقول**، دار النهضة العربية، مصر.
- ناصيف، الياس (2006). **سلسلة أبحاث قانونية مقارنة عقد البوت**، المؤسسة الحديثة للكتاب.
- **ندوة (بدائل الدعوى المدنية في تسوية المنازعات)** عمان، 5-6 كانون أول 2006، المعهد القضائي الأردني بالتعاون مع المدرسة الوطنية للقضاء الفرنسي، 2006.

- نصار، جابر جاد (2002)، **عقود ألبوت**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الياقوت، خالد ورزق، طارق (2004). **التعليق على نصوص قانون التحكيم في التـــشريع الكويتي** (بدون دار نشر، ومكان نشر) الطبعة الأولى.