التحكيم في عقود ال B.O.T

إعداد الطالب
عماد هركل

الملخص

موضوع عقد الـ .B.O.T هو انشاء مرفق عام وتشغيله لمدة محدَّدة متفق عليها في العقد، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتعلق بإنشائه وتشغيله إضافة إلى حق الاشراف والرقابة على المشروع حتى إعادة ملكيته إلى الدولة في نهاية المدة المتفق عليها.

فعقد ال BOTهو عقد بين الإدارة وشخص يتعهد فيه بالقيام وعلى نفقته ومسؤوليته المالية بتكليف من الجهة الحكومية وطبعا للشروط بآداء خدمة عامة للجمهور .مقابل الترخيص له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن والحصول على الأرباح.

وتكون مسؤوليته بناء المشروع وإدارته ثم إعادته بعد انتهاء مدة الامتياز للجهة الحكومية.

الكلمات المفتاحية

العقد .الإدارة .المشروع

Abstract

The subject of a B.O.T. (Build-Operate-Transfer) contract involves establishing a public facility and operating it for a specific period agreed upon in the contract, while the state retains the right to control it by setting conditions and rules related to its construction and operation, in addition to having the right to supervise and monitor the project until ownership is returned to the state at the end of the agreed period.

B.O.T. contract is an agreement between the administration and a person (or entity) who undertakes, at their own expense and financial responsibility and under the supervision of the governmental authority and in accordance with specified conditions, to provide a public service to the public. In return, the person is granted a license to operate the project for a specific period and earn profits from it.

Their responsibility includes building the project, managing it, and then returning it to the government once the concession period ends.

Keywords:

Contract, Management, Project

خطة البحث:

مقدمة:

المبحث الأول:

ماهية عقود ال B.O.T

المطلب الأول: مفهوم عقود ال B.O.T

الفرع الأول: تعريف عقود ال B.O.T

الفرع الثاني: أشكال عقود ال B.O.T

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد ال B.O.T

الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء في مصر

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء في القانون المقارن

المبحث الثاني:

القواعد الناظمة للتحكيم في عقود ال B.O.T

المطلب الأول : ماهية التحكيم

الفرع الأول: تعريف التحكيم

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

المطلب الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن عقود أل B.O.T

الفرع الأول: مدى جواز التحكيم في عقود أل B.O.T و القانون الواجب التطبيق

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم الإجراءات

الخاتمة

المقدمة

إن مشـروعات البنية الأسـاسـية ومنشـآتها عصـب التنمية الاقتصـادية والاجتماعية في مختلف دول العالم، فبدون بنية أساسية جيدة لا يمكن السير في عملية التنمية المطلوبة، فتحديث البنى التحتية هو ركن أســاســي في عملية التنمية وبخاصــة في مجالات النقل والاتصالات والخدمات.

ونظراً لما ينجم من أضرار بسبب تأخير تنفيذ مشروعات البنية الأساسية لضخامة تمويلها وعدم توفر التمويل اللازم في موازنات الدول بصـفة عامة والدول النامية بصـفة خاصـة، لما تتطلبه هذه المشروعات من عناية خاصة في الإنشاء والإدارة والتشغيل والصيانة ورفع الكفاءة باعتبارها ثروة قوية، لذلك فقد اتجه العالم، بمختلف دوله المتقدمة منها وتلك التي تســير في طريق النمو، إلى تنفيذ هذه المشــروعات بنظام عقود B.O.T ، هذا النظام العقدي الذي يحقق هدفين في آن معاً:

تنفيذ المشــروعات الكبرى بالكفاءة المطلوبة وفي الوقت المحدد من جهة، والاعتماد في التمويل على القطاع الخاص المحلي والأجنبي من جهة أخرى، ومن هنا تبرز أهمية هذه العقود[1].

[1] المحامي الدكتور محمد أديب الحسيني، المفهوم والخصائص وبعض مشكلات التطبيق، منشور على: http://www.startimes.com/?t=26674371 بتاريخ ٢٠٢١/٦/١٣.

وتتجلى **إشكالية البحث** في أنه نظراً لحداثة تطبيق عقود B.O.T في سورية فإنه يتعين توسيع المعرفة بهذا النوع من العقود، وذلك عن طريق الإجابة على التساءلات التالية:

١- ما المقصود بمفهوم عقود الB.O.T ؟

٢- ماهي الطبيعة القانونية لعقود الB.O.T ؟

٣- ما هي المبادئ والأحكام المطبقة في التحكيم في منازعاته؟

وتبدو **أهمية دراسة هذه الإشكالات** في توسيع المعرفة بهذه العقود وتمييزها عن غيرها من العقود المشابهة لها، كما أن ضرورة تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود لها من أهمية في تحديد الجهة المختصـــة بنظر المنازعات التي قد تثور اثناء تنفيذ البنود المتفق عليها في العقد، وأخيراً كان لا بد من ضرورة إلقاء الضوء على الأصول الخاصة في التحكيم بهذه العقود عندما يثور تنازع بشأنها لمعرفة كيفية حلها.

ومنهج البحث الذي سنعتمد عليه في دراسة هذا البحث هو المنهج الوصفي الاستنتاجي.

وخطة البحث ستكون مقسمة إلى مبحثين سندرس في المبحث الأول ماهية عقود ال B.O.T

وسندرس في المبحث الثاني القواعد الناظمة للتحكيم في عقود الB.O.T ، وذلك فيما يلي:

المبحث الأول

ماهية عقود ال B.O.T

سندرس في هذا المبحث مفهوم عقود ال B.O.T وما يشابهها من العقود في المطلب الأول، و الطبيعة القانونية لعقد ال B.O.T في المطلب الثاني كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم عقود ال B.O.T

عقود الإنشـــاء والإدارة وتحويل الملكية **Built operate and transfer** المعروفة اختصارا بعقود ال B.O.T (البوت) هي صورة محدثة من صور عقود الامتياز، وحقيقة الأمر أن هذه النوعية من العقود قد أثارات عدة مشـــكلات في تعريفها الأمر الذي دفعنا إلي ضرورة معالجتها، وفي سبيل ذلك رتبنا هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف عقود ال B.O.T

إن عقود البوت هي صورة جديدة ومستحدثة أو معاصرة من العقود الإدارية، بهدف القيام بمشاريع ضخمة تعهد بها الحكومة إلى إحدى الأشخاص أو الشركات الوطنية أو الأجنبية للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة ما محددة، على أن تلتزم بنقل ملكيته إلى الدولة أو إحدى إداراتها العامة أو إحدى المؤسسات العمومية بعد انقضاء ومرور تلك المدة المتفق عليها في طيات العقد[٢]. وحقيقة الأمر أن عقود ال B.O.T (البوت) هي احدى العقود الإدارية الغير مسماه والتي لم ينظمها المشرع بتنظيم خاص، لذا لم يضع

[٢] الياس ناصيف، سلسلة الأبحاث القانونية عقد البوت، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦. ص٣٣.

لها تعريفا محددا لما يلحق هذه النوعية من العقود من تطور مستمر لاسيما في ظل العولمة الاقتصادية التي أوجدت علاقات عدة بين الدول، وإزاء ذلك فقد اجتهد الفقه وبعض التشريعات في سبيل وضع تعريف لهذه العقود مما اوجد أمامنا تعريفات متعددة نشير لأبرزها. فقد عرفه جانب من الفقه بأنه

"شكل من أشكال تمويل المشروعات، تمنح بموجبه دولة ما مستثمر أو مجموعه من المستثمرين امتيازا لتمويل وتنفيذ مشروع معين ثم تشغيله واستغلاله تجاريا لمدة زمنية يصار عند نهايتها ردة المشروع إلي الدولة"[٣].

وعرفه جانب أخر من الفقه بأنه أي عقود البوت" تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى احدي الشركات وطنية كانت أو أجنبية وسواء أكانت شركة من شركات القطاع العام أو الخاص وتسمى شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلي الدولة أو الجهة الإدارية" [٤].

كما عرفه جانب أخر من الفقه بأنه " تنظيم تقوم الدولة بمقتضاه بمنح مستثمر من القطاع الخاص ترخيصاً لبناء أو تطوير أو تحديث احد المرافق العامة الاقتصادية وتمويله علي نفقته الخاصة وتملك أو استئجار أصول هذا المرفق وتشغيله بنفسه أو عن طريق الغير ويكون عائد تشغيل المشروع في معظمه خالصاً له طوال مدة الترخيص بالشروط والأوضاع المبينة في اتفاق الترخيص وقرار منحه". ولكن يؤخذ على هذا الرأي انه ذكر أن التشغيل قد يقوم به المستثمر بنفسه أو عن طريق الغير والتشغيل عن طريق الغير لا يتم إلا بموافقة من الجهة المانحة، كما يؤخذ عليه أن الجهة المانحة لا تمنح ترخيص بل

---

[٣] د. محمد وليد منصور، المصدر شبكة المعلومات مجلة المبزان، مجلة القانون والقضاء الالكترونية www.almizanmag.com/modules/news/article,php?storyid=57 ٢٠١١/٢/١٣ ٢,١٥pm.

[٤] د. وائل محمد السيد ، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها (دراسة مقارنة) دار الجامعة، ٢٠١١، ص١٩– ص٢٠.

تنفذ بنود تعاقدية متفق عليها بين طرفا التعاقد، فلا يجوز القول بأنه ترخيص بل هو تنفيذ التزام[٥].

وقد عرفه الأستاذ J–B Auby بأنه عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام حيث يتولي الملتزم تمويل إنشاء المشروع (البناء) ثم يتولي استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم بإعادة المشروع إلي الجهة المانحة (التحويل)[٦].

ولم تقتصر الاجتهادات على الفقه بل وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي UNCITRAL تعريفاً لهذه النوعية من العقود فعرفتها بأنها " شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن احد الاتحادات المالية الخاصة ويدعى شركة المشروع امتيازاً لتنفيذ مشروع معين، وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة".

ومما سبق فإننا نتفق مع هذا الرأي الذي عرف عقد B.O.T بأنه العقد الذي يبرم بين الدولة (أو احدي الجهات التابعة لها) مع احدى الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية (شركة المشروع) لإنشاء أو تجديد مرفق عام وإدارته أو تملكه لفترة من الزمن تتناسب مع ما أنفقه بالإضافة إلي تحقيق ربح معقول على أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلي الدولة أو الجهة التابعة.

---

[٥] د. احمد السعيد الزقرد، عقود B.O.T واليات الدولة العالمية بحث مقدم إلي مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة علي مصر والعالم العربي، كلية الحقوق جامعه المنصورة ٢٧ مارس، ٢٠٠٢، ص٣.

[٦] ا. د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١١، ص ٥٨٩.

الفرع الثاني: أشكال عقود ال B.O.T:

الواقع أن هذه النوعية من العقود قد وجدت مجالات عديدة نذكر منها مشروعات البنية الأساسية كإنشاء المطارات والطرق، وإنشاء المجمعات الصناعية، واستصلاح الأراضي ومشروعات الري وغير ذلك من المشروعات، الأمر الذي افرز أمامنا صوراً وأشكال متعددة لهذا العقد، والعامل الرئيسي الذي يفرق بين تلك الأشكال هو مقدار الحقوق التي تتمتع بها شركة المشروع ومدي السلطات التي تملكها خلال مدة الامتياز، وهو الأمر الذي ينبع من بنود الاتفاق الذي يتم إبرامه بين الجهة المانحة (الدولة أو الجهة التابعة لها) والجهة الممنوح لها (شركة المشروع).

ونشير لتلك الأشكال او المشتقات فيما يلي:

أولا: البناء – التملك – التشغيل – نقل الملكية B.O.O.T

Build–Own–Operate–Transfer

في هذه الصورة فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق على نفقتها وتتملكه طوال مدة التعاقد، ثم تقوم باستغلاله استغلالاً تجارياً خلال المدة التي يحددها عقد المشروع، وبعد ذلك تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة المتعاقدة في نهاية المدة المتفق عليها. فالفرق الأساسي بين أل B.O.T والـ B.O.O.T يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله[٧].

ورغم كون هذه الملكية مشروطة ومرحلية ومؤقتة بمدة الامتياز فانه هذا الشكل يمثل خطورة كبيرة حيث أن هذه العقود تتعلق بمرافق عامة، خصوصا وان الملكية هنا ليست كما يتصور البعض مقصورة على ملكية المستثمر للمعدات والأدوات الرأسمالية دون الأرض، بل هي ملكية شاملة وتعتبر من قبيل حق الانتفاع الذي عرفه القانون المدني

[٧] الباحث . غير معروف المصدر شبكة المعلومات منتديات الكوت ٢٥ التعليمي منتدي الطلاب والطالبات قسم الدراسات والبحوث رسالة للحصول علي الماجستير
www.alkote25.com/vb/archive/index.phpit-t1816.html ٢٠١١/٣/٢٥ ١,٢٥am.

المصري، وهذا هو مكمن الخطورة، ولذا يجب الحرص في التعامل بهذه العقود[٨].

ثانياً: البناء – التحويل – التشغيل B.T.O

Build – Transfer – Operate

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع بتشييد المرفق على نفقتها، وعند إتمامه تقوم بتسليمه إلى الجهة المتعاقدة، مقابل أن تمنحها تلك الجهة الحق في استغلال المرفق وتشغيله فترة معينة يحددها اتفاق المشروع والحصول على مقابل انتفاع الجمهور بالمرفق، وأهم مجالاتها الفنادق والمشروعات السياحية، وقد تفضل الدولة هذه الصورة للحد من النفوذ الأجنبي.

ثالثا: البناء–تأجير الاستغلال–التحويل Blt or Brt

Build–Lease or Rent Transfer

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه مدة العقد ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها وإما بتشغيله عن طريق آخرين مقابل حصول شركة المشروع على مقابل مالي (إيجار) طوال مدة التعاقد، وبالتالي تقوم الجهة الإدارية باستغلاله وصيانته، ثم يصير المرفق في نهاية تلك المدة خالصاً للجهة الإدارية من دون أية أعباء بحيث تقوم باستغلاله دونما التزام بشيء تجاه شركة المشروع. ونحسب أن هذا الشكل فيه ميزة كبيرة للدول النامية، حيث أنها إذا قامت باستثمار المشروع وتشغيله بنفسها قيد يخلق لديها الكوادر القادرة علي إدارة مثل هذا المشروع، ويوفر للمشروع الحماية اللازمة حيث تكون الجهة مهتمة به أكثر من شركة المشروع[٩].

رابعاً : البناء– الاستئجار – التشغيل – التحويل Blot

---

[٨] د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت B.O.T ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بنها جامعه الزقازيق، ٢٠٠٤، ص ٣١.

[٩] د. ماهر محمد حامد، المرجع سابق، ص ٢٦.

Build – Lease or rent – Operate – Transfer

وفي هذه الصورة تقوم شركة المشروع بتشييد المرفق على نفقتها لحساب الجهة الإدارية، ثم تقوم باستئجاره من تلك الجهة، ومن ثم تقوم باستغلاله وصيانته والحصول على مقابل انتفاع الجمهور به خلال المدة المتفق عليها، تحت إشراف الجهة الإدارية ورقابتها، ثم تقوم بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية في نهاية تلك المدة بحالة جيدة، وذلك ما لم توافق الجهة الإدارية على تجديد مدة الإيجار لها.

خامسا : التحديث والتملك (تملك عناصر المشروع التي أوجدتها شركة المشروع) والاستغلال والتسليم M.o.o.t

Modernize – Own – Operate – Transfer

ووفق هذه الصورة يسود الرأي القائل بأن شركة المشروع تقوم بتحديث مشروع عام قائم بالفعل وتطويره كما وكيفاً على نفقتها، ويسمح لها مقابل ذلك بتملكه والحصول على قروض بضمانه من هيئات التمويل، وبناء على ذلك يكون لها استغلاله طوال الفترة التي يحددها عقد المشروع والحصول على عائد هذا الاستغلال، ثم تقوم بنقل ملكيته إلى الجهة الإدارية المتعاقدة في نهاية تلك الفترة[١٠].

سادساً: التصميم – التشييد – التمويل– الاستغلال DBFO

Design – Build – Finance – Operate

وفي هذا النمط من العقود تتولي الجهة المانحة للامتياز إعداد التصميمات والشروط الفنية المتطلبة لتنفيذ المشروع المراد إنشائه، وتتولي شركة المشروع الإنشاء وفقا لتلك التصميمات، ويقع على عاتق المستثمر عبء تدبير وتحمل وسائل التمويل اللازمة

[١٠] د. شريف يوسف خاطر، المرجع سابق، ص ٥٩٣.

لتشييد المشروع، وفي مقابل ذلك يتملك المستثمر المشروع ويمكنه الاقتراض بضمان أصوله ومكوناته من مؤسسات التمويل، ثم يكون له الحق في استغلاله ولكن يشترط أن يتم هذا الاستغلال وفقاً للضوابط التي تضعها الجهة الإدارية، وتحصل الحكومة على قيمة الأرض ونسبة من الأرباح مقابل منح الترخيص، وعند انتهاء مدة الامتياز لا تعود ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بل يصير المشروع ملكاً خالصاً للمستثمر، وثمة رأي لا يدرج هذا المشتق ضمن عقود ال B.O.T كونه أحد أشكال الخصخصة.

سابعاً :التجديد – التملك– الاستغلال Roo

Rehabilitation – Own – Operate

وفي هذه الصورة تعهد إحدى الجهات الإدارية إلى أحد المستثمرين، فرداً كان أو شركة، بتجديد . أو إحلال وتجديد. أحد المشروعات العامة القائمة بالفعل وإعادة هيكلته وتزويده بكافة ما يحتاج إليه من أجهزة، وآلات، ومعدات، ووسائل نقل، واتصال، وجميع الوسائل التكنولوجية الحديثة،مع السماح بتملك المستثمر لهذا المشروع واستغلاله والحصول على إيراداته، وذلك مقابل حصول الجهة الإدارية على مبلغ مالي يقسط عادة على عدة سنوات يحددها الاتفاق.

وفي هذه الحالة لا تعود ملكية المشروع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بل تبقى للمستثمر وذلك بصورة نهائية بعد وفائه بالتزاماته مع الجهة الإدارية، وعادة ما تلجأ الجهات الإدارية إلى هذه الصورة بصدد المشروعات العامة التي تحقق خسائر بمبالغ كبيرة وبالتالي تعجز إيراداتها عن الوفاء بمتطلبات الإحلال والتجديد ومواجهة أعباء الديون.كذلك يرى البعض أن هذا المشتق لا يندرج في فئة عقود الB.O.T كونه شكلاً من أشكال الخصخصة.

ثامناً :البناء – التمويل – التحويل B.F.T

transfer– finance– Build

وفي هذا الشكل من العقود يقوم القطاع الخاص بإنشاء وتمويل احد مشروعات البنية الأساسية ثم ينقله إلي الدولة والتي تقوم بدورها بدفع التكلفة الي القطاع الخاص، ولكن علي أقساط وهذا الشكل انتشر في دول المجموعة الأوروبية، إلا أن الدول النامية لا تعرف هذا الشكل من العقود حيث تكون ملزمة بأقساط لشركة المشروع لا تتحملها خزانتها

تاسعا: عقود التأجير والتدريب والتحويل L.T.T

إن L.T.T هو اختصار لاصطلاح Lease التأجير و training التدريب و transfer التحويل

وهو قيام القطاع الخاص بتحويل إقامة المشروع وتدريب العاملين التابعين للدولة ثم تأجير المشروع للحكومة التي تقوم بتشغيله خلال فترة زمنية معينة ثم تعود ملكية المشروع إلى القطاع الخاص من جديد، وهذا الشكل من العقود يطبق أيضا في المجموعة الأوروبية بكثرة.

الخلاصة أن لعقود البوت أشكال ومشتقات عدة لكنها تتمحور في إطار معين حيث تبدأ شركة المشروع بالتنفيذ علي أن تؤول الملكية في النهاية للجهة الإدارية التي أبرمت الاتفاق (الدولة).

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعقد ال B.O.T

تعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود أل B.O.T باختلاف أشكالها من أدق الإشكالات التي أفرزتها هذه النوعية من العقود، وبالأخص في النظم اللاتينية ومنها مصـــر حيث الازدواج القضـائي[١١]، وتتمحور تلك الإشـكالية فيما يترتب من آثار هامة حول ما إذا كان عقد ال B.O.T من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام ولهذا اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت ومرجع هذا الاختلاف هو المقارنة بين نظرية العقد الإداري وبين نظرية العقد في الفقه المدني لما يترتب عليها تلك التفرقة من آثار خصوصا في دول القانون اللاتيني حيث الازدواج القضائي. و سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: **الفرع الأول: موقف الفقه والقضاء في مصر**

اختلف الفقه في مصر حول تحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت ونتيجة هذا الخلاف برز امامنا ثلاثة آراء نعرض لها فيما يلي:

أولاً:الرأي الأول: عقود البوت عقود إدارية:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود البوت من العقود الإدارية، واستند أصحاب هذا الرأي على الحجج التالي بيانها في تأييد رأييهم:

أ- أن عقود البوت ما هي إلا شكل متطور من عقود التزام المرافق العامة وحيث أن عقود التزام المرافق العامة هي عقود إدارية بطبيعتها متى اتصلت بنشاط مرفق عام وكانت الإدارة طرفا في العقد، وأضاف هذا الرأي أن الملتزم – وأن كان يقوم بأعمال الإدارة – في عقود التزام المرافق العامة بشكلها التقليدي فلا مانع من أن يقوم بالإنشاء في عقود البوت)[١٢].

ب- اعتبر البعض أن قيام الجهة المانحة بممارسة الرقابة الفنية والمالية على المشروعات

[١١] د. وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص ٣٢.

[١٢] د . جابر جاد، مرجع سابق، ص ٥٣ – ٥٤.

تعد من قبيل الشروط الاستثنائية التي تبرر القول بإدارية العقد .

ج- اعتد البعض بالفتوى الصادرة من مجلس الدولة في ٢٠٠٣/٨/١٧ والمتعلقة بخضوع عقد التزام الطرق الحرة السريعة لأحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ واعتبرها قرينة على إدارية العقد، وبالتالي تكون عقود البوت عقود إدارية وتخضع لقواعد القانون العام وإلا أن هذه الحجج قد رد عليها بما يلي.

بالنسبة للحجة الأولى ففي عقد التزام المرفق العام بمفهومه التقليدي يتم التمييز بين طائفتين من النصوص نصوص تعاقدية وأخرى لائحية فالنصوص التعاقدية هي البنود المتفق عليها بين الجهة المانحة والملتزم وعليه لا يجوز تعديلها أو إلغاؤها إلا باتفاق الطرفين.

أما النصوص اللائحية فهي المتعلقة بتنظيم المرفق وتظهر فيها مظاهر السلطة العامة لذا وبتطبيق ذلك على عقود البوت تصبح التفرقة بين النصوص التعاقدية واللائحية أمر صعب.

أما بالنسبة للرد على الحجة الثانية فالواقع أن ممارسة الرقابة من قبل الجهة المانحة لا يعد من قبيل الشروط الاستثنائية وهذا ما أكده البعض من أن الرقابة والإشراف.

ثانياً: الرأى الثاني:عقود البوت ذات طبيعة خاصة:

يذهب أنصار الرأى الثانى إلى القول بأن عقود البوت عقود ذات طبيعة خاصة وتختلف العقود من مشروع لأخر، لذا يجب أن تتحدد الطبيعة القانونية لكل عقد على حده.

ثالثا: الرأي الثالث: عقود البوت من عقود القانون الخاص:

ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول بأن عقود البوت من عقود القانون الخاص واستند أنصار هذا الرأى إلى أن عقود البوت من عقود الاستثمار فلا تستطيع الدولة تضمينها شروطا غير مألوفة والتي تضمنها في العقود الإدارية حيث أن وضع تلك الشروط لا تناسب هذه النوعية من العقود وهذا ما يميزها عن عقد التزام المرفق العام فى صورته

التقليدية، ونظرا لعدم وجود شروط استثنائية في عقود البوت فقد ذهب بعرض الفقه إلى أن عقد البوت من عقود القانون الخاص فى مصر ولكنه عقد إدارى فى فرنسا ويخلص هذا الرأي إلى أن عقد البوت من عقود القانون الخاص وبالتالى يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أضف إلى ذلك عدم وجود تنظيم قانوني يعالج هذه النوعية من العقود بوجه عام باستثناء وجود بعرض القوانين التي تعالج جزئيات صغيرة متعلقة بنوعية مشروعات البنية الأساسية المراد تمويلها.

كما استند أنصار هذا الرأي على خلو نصوص القانون المدني من أية أشارة إلى هذه النوعية من العقود.

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء في القانون المقارن:

أما عن موقف القانون المقارن فنجد أن الوضع فى فرنسا يتمثل فى أن القانون والقضاء قد حددا معيار العقد الإداري فالقانون قد حدد عقود إدارية بنصه عليها والتي تكون دائما أدارية أما بالنسبة للمعيار القضائي فنجد أنه قد تطلب حتى يكون العقد إداري ضرورة وجود شخص عام كطرف فى العقد وهذا الشرط مفترض، بالإضافة إلى معيار إضافى وهو كون العقد متصل بمرفق عام أو يتضمن شروط استثنائية أو غير مألوفة، أي أن المعيار القضائى للعقد الإدارى في فرنسا يستلزم وجود شخص عام كطرف فى العقد بالإضافة إلى أحد الشرطين وهما اتصال العقد بمرفق عام أو تضمين العقد شروطا غير مألوفة، وبالتالى فقد ذهب الفقه فى تحديد الطبيعة القانونية لعقد تفويض المرفق العام إلى القول بأن عقد تفويض المرفق العام هو عقد أداري.

وبعد أن بينا في هذا المبحث ماهية عقود البوت ال B.O.T من خلال استعراض تعريفاتها وأشكالها المختلفة وكذلك الطبيعة القانونية لها، سننتقل في المبحث الثاني لدراسة القواعد الناظمة للتحكيم في عقود ال B.O.T.

المبحث الثاني

القواعد الناظمة للتحكيم في عقود ال B.O.T

نظرا لتعدد العلاقات الدولية وتشعبها ما بين علاقات تجارية ومدنية وغيرها، الامر الذي ينبثق منه منازعات تنشا من تلك العلاقات، ولصعوبة الالتجاء لقضاء الدولة للفصل في تلك المنازعات لما يشوب القضاء العادي من اهدار للوقت وصعوبة في الاجراءات، كما ان بعض العلاقات تكون علي مستوي دولي بين جنسيات متعددة وربما دول الامر الذي لا يجوز معه الالتجاء للقضاء العادي لاسباب عدة.

ونتيجة لكل هذا عاد التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الداخلية والدولية على حد سواء، لما يتميز به من مزايا تعالج تلك العيوب التي تشوب القضاية العادية وأهمها سرعة الفصل في المنازعات المطروحة عليه.

وهذا يستلزم منا ايضاح مفهوم التحكيم وبيان انواعه ، ولهذا سنقسم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: ماهية التحكيم

المطلب الثاني : انواع التحكيم

المطلب الأول : ماهية التحكيم

سندرس ماهية التحكيم في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: تعريف التحكيم:

التحكيم **لغة** معناه معناه التفويض فى الحكم، فهو مأخوذ من حكم "وأحكمه فاستحكم" أى صار محكما فى ماله – تحكيما – ويقول ابن منظور فى لسانه "إذا قال حكمت فلانا في مالي تحكيماً" أي فوضت اليه الحكم فيه [١٣]، ويقال حكمنا فلانا "بيننا أي أجزنا بيننا".
والتحكيم فى اللغة الفرنسية يعنى تسوية خلاف أو حكم تحكيمي صادر من شخص أو أكثر الذى أو اللذين قرر الأطراف باتفاق مشترك بينهم أن يخضعوا أو ينصاعوا له أو يتقبلوه.

أما **اصطلاحا** فقد تعددت تعريفات التحكيم وتنوعت تحديداته في فروع القانون المختلفة حسب الزاوية التى ينظر منها إلى التحكيم، وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد له وتعبر عنه.

إذ أن هناك من عرفه بأنه عبارة عن إقامة أو تكوين قضاء خاص أو حالة خاصة تخرج أو تنزع بناءا عليه المنازعات من جهات القضاء المعتادة لتبث فيها بواسطة أفراد يتقلدون فى هذه الحالة مهمة القضاء والفصل فيها.

واتجه رأى أخر إلى تعريفه بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل فى المنازعة التى ثارت بينهم بالفعل أو التى يحتمل أن تثور، عن طريق أشخاص يتم أختيارهم كمحكمين، حيث يتولى الأطراف تحديد أشخاص المحكمين أو أن يعهدوا لهيئة تحكيم، أو إحدى هيئات التحكيم الدائمة أن تتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

ويتجه فريق أخر من الفقه إلى تعريف التحكيم بأنه "نظام قضائى خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التى

[١٣] د. شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الادارية وضوابطه، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٥٥.

قد تنشأ، أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتى يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم.

وقد أدى كل ذلك إلى تزايد الأقبال على اللجوء إلى التحكيم كأسلوب لحل منازعاتهم، خاصة فى مجال المعاملات التجارية، والمعاملات الدولية.

التحكيم نظام ليس بجديد على الحياة القضائية فى مصر والعالم، بل هو قديم قدم الأزل، ولكنه عاد وتجلى ظهوره هذه الأيام لما تشهده الأيام الحاضرة من تطوير سريع فى شتى المجالات ولا سيما المدنية والتجارية مما يتطلب سرعة فى الفصل فى الخلافات التى قد تنشأ نتيجة هذا التطور فى المجالين السابق الاشارة إليهما، سواء كانت العلاقة التى سار فيها النزاع تعاقدية بين أشخاص القانون الواحد أو أشخاص أكثر من دولة فيما يعرف بالتحكيم الدولى ولهذا ولاختلاف الأنظمة القانونية فى الدول فلم يكن بالاستطاعة وضع تعريف محدد وموحد التحكيم على النحو السالف الذكر، ولهذا نجد القانون التجارى الدولى الصادر عن منظمة الأونسيترال نص فى المادة الثانية (أ) على أن التحكيم يعنى أى تحكيم سوءا تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا. (الطعن رقم ١٣ لسنة ١٥ ق مكتب فني ٠٦ صفحة رقم ٤٠٨ بتاريخ ١٩٩٤/١٢/١٧)

مما يضع للدول حرية كاملة فى وضع تعريف للتحكيم يلائم النظام القانونى وظروف الحياة الاقتصادية فى هذه الدول.

ومن جانبنا فإننا نتفق مع ما ذهبت اليه المحكمة الدستورية العليا في تعريفها للتحكيم إذ اوضحت بان التحكيم هو "عرض لنزاع معين بين طرفين على محكمة الأغيار بعين باختيارهما، أو بتفويض منهما، على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم فى ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة، مجرداً من التحامل، وقاطعا لداء الخصومه فى جوانبها، التى أحال الطرفان إليه، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال

ضمانات التقاضى الرئيسية".

الفرع الثاني: أنواع التحكيم

يمكننا تقسيم أنواع التحكيم على النحو التالي:

أولاً: التحكيم المؤسسي / التحكيم الخاص:

أ- التحكيم الخاص:

هو ذلك النوع من التحكيم الذى يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل، ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم، ويقومون بتحديد الإجراءات اللازمة للفصل فى قضايا التحكيم. ويعتبر التحكيم خاصا ولو تم الاتفاق بين طرفى النزاع على تطبيق إجراءات وقواعد منظمة أو هيئة تحكيمية طالما أن التحكيم يتم خارج إطار تلك المنظمة أو الهيئة بمعنى أن يتم وفقا للقواعد التى ارتضاها طرفى اتفاق التحكيم دون الاعتداد بنظام تلك المنظمة أو الهيئة طالما قبلت التحكيم والفصل فى النزاع المطروح عليها وفقا لاتفاق التحكيم. وهذا التحكيم الذى كان أول نوع من أنواع التحكيم مازال مستمرا مازال مستمرا ومازالت له مكانة هامة فى مجال التحكيم ولا سيما فى المنازعات التى تقع بين الدول. لما تتمتع به الدول من سيادة الأمر الذى يدفعها حين تلجأ إلى التحكيم إلى اختيار ما يراعى سلطتها وسيادتها.

(ولكننا نقسم مفهوم الدولة لنوعين من المؤسسات العامة التابعة للدولة، منها التى ترتبط بمرافق عامة ومنها التى لها نشاطات صناعية وتجارية لها طابع خاص من الذاتية والاستقلالية الإدارية والمالية، وهذا النوع الأخير إذا ما كان طرف فى النزاع لا تلتفت لسلطة وسيادة الدولة فهى تقبل ثم تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم ورأينا فى ذلك أن نوعية تلك المؤسسات يكون الربح المادى هو شاغلها الأهم الأمر الذى يستدعى سرعة الفصل فى أى منازعة تنشا بينها وبين أى طرف أخر. على خلاف النوع الأخر

من المؤسسات العامة أو الوزارات الذى لا تقبل ألا التحكيم الذى تساهم فى تنظيمه وتشكيل محكمته التحكيمية بحيث تختار هذه المؤسسة أو الوزارة محكميها وتشترك مع خصمها فى اختيار المحكم الثالث، بحيث إذا لم تتوصل المؤسسة العامة أو الوزارة وخصمها إلى هذا الخيار توقف التحكيم، ثم تنظم إجراءات التحكيم وأصوله، ثم تتولى المحكمة التحكيمية التى أوجودها بالاتفاق – إذا اتفقوا – تتولى هذه المحكمة النظر فى الخلاف والفصل فيه بحكم لا يكون خاضعا لرقابة هيئة حقوقية دائمة أخرى). ومما سبق فإن الظاهرة التى تلفت النظر فى الزمن الحاضر هى أن نوعي التحكيم: تحكيم مراكز التحكيم وتحكيم المحكمة التحكيمية التى ينشأها الأطراف خصيصا لحل النزاع ويسمى تحكيم الحالات الخاصة، كلاهما له مكانته ومنازعاته ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على القياس، وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم جاهز فى مقاييسه ومعاييره[١٤].

ب- التحكيم المؤسسى:

هذا النوع من التحكيم نستطيع القول بأنه نتيجة حتمية لما فرضه التحكيم من جدوى وأهمية وضرورة ولا سيما فى إطار التجارة الدولية، الأمر الذى استتبع قيام مؤسسات وهيئات ومراكز متخصصة فى مجال التحكيم بما تملكه هذه المؤسسات من إمكانات علمية وفنية مادية وعملية ولوائحها الخاصة فى إجراءات التحكيم، ولقد انشئت العديد من تلك الهيئات سواء على المستويات الأقليمية أو الدولية كما فصلنا من قبل وظهرت فى الآونة الأخيرة العديد من مراكز التحكيم الخاصة فى مصر والعالم العربى، أما على

[١٤] الباحث. احمد يوسف خلاوي، بحث أنواع التحكيم المصدر شبكة المعلومات، دار العدالة والقانون العربية. الرابط http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=4809 .

المستوى الدولى فهذه المراكز قائمة منذ فترة الأمر الذى يدفع الدول إلى اللجوء لهذه المؤسسات دون اللجوء إلى المراكز والمؤسسات الموجودة فى مصر والبلدان القريبة.

ثانياً: التحكيم الدولي / التحكيم الداخلي :

أ- التحكيم الدولى:

المقصود به التحكيم فى مجال علاقات التجارة الدولية والمصالح الخارجية لأطراف النزاع والتى تكشف إرادتهما المشتركة عن أن التحكيم الناشئ عن علاقة تجارية دولة أو مصالح خارجية أى خارج الدول التى ينتمون إليها.

ولقد تجلى التحكيم الدولى فى عصر العولمة وتوهج نظرا لتنامى العلاقات التجارية بين الدول وإزدهار المشروعات الاستثمارية وتعدد الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاستثمار وضمان الاستثمار.

ولكن ما هى المعايير التى يمكن الوقوف عندها فى التحديد والتفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي؟

هناك تسع مؤشرات أجنبية يمكن أن تكون مصباحا يكشف ويوضح الفرقه ما بين إذا كان التحكيم دولى أم داخلى وهذه المؤشرات التسع هي:

موضوع النزاع، جنسية ومحل إقامة الأطراف، جنسية المحكمين، القانون المطبق لحسم النزاع، قانون إجراءات المحاكمة المطبق، مكان التحكيم، اللغة، العملة، حركة انتقال الأموال عبر حدود الدول للخروج من اقتصاد البلد.

هذه المؤشرات – الأجنبية – التسع تصلح أن تكون مع غيرها أضواء البيان الحدود التى ينتهى عندها التحكيم الداخلى ويبدأ بعدها التحكيم الدولى.

أما من الناحية العملية فقد ساد اعتماد مقياسين للتفريق بين التحكيم الدولى والتحكيم الداخلى هما المقياس الجغرافى (مكان التحكيم) والمقياس الموضوعى (موضوع النزاع):

١- المقياس الجغرافى(مكان التحكيم):

أن مكان التحكيم حين يكون فى الخارج هو المقياس والاساس وهكذا فالتحكيم أجنبى إذا تم فى بلد اجنبي أو كان أحد أطرافه أجنبياً وكذلك فإن تطبيق قانون أجنبي أو قواعد إجراءات محاكمة أجنبية أو وجود فريق أجنبي يجعل من التحكيم تحكيما أجنبياً، وبالتالي يجعل من القرار التحكيمي قرارا أجنبياً وقد تراجع دور ومكان التحكيم فى المقياس الجغرافي وأصبح المقياس الجغرافى يأخذ أيضا بعين الاعتبار مكان إقامة الأطراف. فإذا كانوا مقيمين فى خارج الدولة التى يجري فيها التحكيم والتحكيم أجنبي عن هذا البلد، وإذا كانوا مقيمين فى أماكن أو بلدان مختلفة فالتحكيم دولى وهذا ما نص عليه القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) الذى اعتمد فى ٢١ يونيه ١٩٨٥ حين نص فى الفقرتين أ و ب من المادة على أنه يكون أى تحكيم دولياً: أ- إذا كان مقر عمل طرفي التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعتين فى دولتين مختلفتين.

ب- إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التى يقع فيها مقر عمل الطرفين.

١- مكان التحكيم إذا كان محددا فى اتفاق التحكيم أو طبقا له.

٢- أى مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذى يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

وهكذا فإن هذا المعيار يأخذ بعين الاعتبار مكان التحكيم إذا كان محددا فى اتفاقية التحكيم أو محددا بموجب الاتفاقية.

وكذلك بكل مكان يتم فيه تنفيذ جزء أساسى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذى يوجد للنزاع علاقة وثيقة به.

وقد أخذ بهذا المفهوم كثير من القوانين الحديثة.

فنجد قانون التحكيم المصرى المرقم بـ ٢٧ لسنة ١٩٩٤ نص فى مادته الثالثة على:
"يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال التالية"
أولاً: إذا كان المركز الرئيسى لأعمل كل من طرفى التحكيم يقع في دولتين مختلفتين .
ثانيا:..... ثالثا:.....
رابعا: إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكانت أحد الأماكن التالية واقعة خارج هذه الدولة.
أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو اشار إلى كيفية تعينه.
ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين
ج- المكان الأكثر ارتباطا بموضوع النزاع.
ونجد كذلك القانونين (القانون السويسرى سنة ١٩٨٧ – والقانون الهولندي سنة ١٩٨٦) قد أخذا بذلك المعيار فنص على أنه إذا كان أحد طرفي النزاع على الأقل غير مقيم فى سويسرا أو هولندا – بحسب الأحوال – فالتحكيم الذى يجري في هولندا أو سويسرا هو تحكيم دولي.

٢- المقياس الاقتصادي(موضوع النزاع):

فى هذا المقياس فإن طبيعة النزاع هى التى تؤخذ بعين الاعتبار، فيعتبر تحكيماً دولياً ذلك الذى يتعلق بمصالح تجارية دولية، دون أخذ مكان التحكيم أو قانون إجراءات المحاكمة المطبق أو جنسية الفرقاء بعين الاعتبار وقد أخذت بهذا المعيار عدة دول.
فنجد أن نظام الغرفة التجارية الدولية فى باريس، ونظام تحكيم محكمة لندن لا ينظران إلا منازعات التجارة الدولية .
وكذلك نجد نص المادة الثالثة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والذى نص على "يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق

بالتجارة الدولية وذلك فى الأحوال التالية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم. فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز لأعمال فالعبرة بالمركز أكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانيا: إذا اتفق طرفاً التحكيم على اللجوء إلى منطقة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثا: إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعا: إذا كان المركز الرئيسي عمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكانت أحد الأماكن التالية واقعة خارج هذه الدولة.

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو اشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهري من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

وبالرغم من سهولة القياس بهذا المقياس إلا أنه قد ترك المجال واسعاً أمام الاجتهادات والأبحاث بشأن بعض المنازعات التى قد يشوبها اللبس، فمفهوم العلاقات التجارية الدولية واضح إلا أن جنسية الطرفين والقانون المختار للفصل بينهما والإجراءات المتخذة في التحكيم قد تجعلنا تحت وطأة الاجتهادات والقياس.

ومما سبق نجد أن التشريعات العربية قد وفقت فى إخراج تعريف واضح وشامل لمفهوم التحكيم الدولي أخذتا فى الاعتبار المعيارين الجغرافي والاقتصادي لرسم أفضل صورة لهذا المصطلح.

ب- التحكيم الداخلى:

هو ذلك التحكيم الذى يتم طبقاً لأحكام القانون الوطني لأطراف النزاع وداخل دولتهم.

فالقانون الوطني هو الذي ينص على كافة الإجراءات والقواعد التى تطبق على عملية التحكيم. ويلاحظ أن قوانين بعض الدول العربية تتضمن نصوصا تميز بين نوعي التحكيم الدولي والداخلي كما أسلفنا فى قانون البحريني والعماني وكذلك في قانون التحكيم المصري.

التحكيم الداخلي هو الذى يتعلق بعلاقات وطنية داخلية فى جميع عناصرها الذاتية موضوعاً وأطرافاً وسبباً، ويرى البعض أنه يكفي أن تكون العناصر الموضوعية الرئيسية المكونة لهذه العلاقة مرتبطة بدولة معينة حتى يكون التحكيم وطنياً.

ثالثاً:التحكيم الاختياري / التحكيم الإلزامي:

أ- التحكيم الاختياري:

لا يعتبر التحكيم الاختياري نوعا من أنواع التحكيم بل هو التحكيم عينه، فالتحكيم قوامه إرادة الأطراف فبدون اتفاق مسبق يتضمن إرادة الأطراف الصريحة على اللجوء إلى التحكيم فإننا نقول بأنه فى حال عدم توافر هذا الشرط لا نكون أمام تحكيم.

فالأفراد سواء كانوا طبيعين أو اعتباريين لزام التحكيم قبولهما على الالتجاء إليه، وبدون هذا القبول يعد التحكيم باطلاً.

ب- التحكيم الإلزامى:

بالرغم من الطابع الرضائي والاتفاقي لنظام التحكيم، إلا ان هناك بعض التشريعات قد تضمنت ضمن نصوصها ما عرف بالتحكيم الالزامي او الاجباري.

وقد كان قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من تلك التشريعات التي اثارت جدلا حيث نصت المادة الاولي منه ((... تسري احكام هذا القانون علي كل تحكيم بين

اطراف من اشخاص القانون العام او القانون الخاص ايا كان هذا التحكيم يجري في مصر ....)).

وقد اثار هذا النص تسائل هام . الا وهو كيف يكون التحكيم نظاما اختيارياً وقد فرضه قانون التحكيم المصري علي اطراف التحكيم ؟ ، وهل يمكن القول بعدم دستورية المادة الاولي من قانون التحكيم المصري ؟

حقيقة الامر انه لا محل لعدم الدستورية، لان المشرع عندما قضي بسريان احكام قانون التحكيم على التحكيم الذي يجري في مصر يقصد بذلك سريان القواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام حيث تطبق هذه القواعد دون اشتراط اتفاق الاطراف – اطراف التحكيم – علي تطبيقها، وتهدف هذه القواعد من ما تهدف اليه ضمان سير خصومة التحكيم، ويحكم هذه القواعد مبدئين:

المبدأ الاول : تحقيق المساواة بين أطراف الخصومة التحكيمية .

المبدا الثاني : كفالة حقوق الدفاع بإتاحة الفرصة لكل طرف في ابداء اوجه والرد على دفاع ودفوع خصمه، والملاحظ ان هذه الغاية ترتبط بالنظام العام ومفهومه [١٥].

ومما سبق يمكننا القول بان التحكيم الإلزامي أو الإجباري هو ذلك التحكيم الذي ينظمه المشرع بمقتضي نص قانوني، ويفرض على الخصوم اللجوء إليه في حالة نشوء خلاف بينهم، ومن ثم لا تكون لإرادتهم وجود في اللجوء إليه او عدم اللجوء إليه، وليس لإرادتهم اختيار المحكمين او القانون الواجب التطبيق أو إجراءاته[١٦].

[١٥] د. محمود سلامة المحامي، مرجع سابق، ص ٣٤ وما بعدها ، د. رضا السيد، التحكيم في الميزان، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١١.

[١٦] د . شريف يوسف خاطر، التحكيم في منازعات العقود الادارية وضوابطه، مرجع سابق، ص ٧٦ وما بعدها.

المطلب الثاني: تسوية المنازعات الناشئة عن عقود ال B.O.T:

عقود البوت من العقود المعقدة والمتشابكة، بحيث يوجد بجانب العقد الأساسي عدد من العقود المرتبطة بالعقد الأساسي كما يتداخل عدد من الأطراف فى تنفيذ هذه العقود، أضف إلى ذلك امتداد تنفيذ هذه العقود لفترة زمنية طويلة، ونتيجة لتعدد الأطراف الداخلة فى تنفيذ العقد فمن الممكن حدوث نزاع بينهم تنبع من تعارض مصالحهم أو حول كيفية تنفيذ بنود العقد، وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعيين:

الفرع الأول: مدى جواز التحكيم فى منازعات عقود Bot والقانون الواجب التطبيق.

الفرع الثانى: اتفاق التحكيم متعدد الأطراف.

الفرع الأول: مدى جواز التحكيم في عقود أل B.O.T و القانون الواجب التطبيق

أولاً: مدى جواز التحكيم في عقود أل B.O.T

نظرا لأن الدولة أو أحدى الجهات التابعة لها طرفاً فى عقود البوت، الأمر الذي أحدث جدلاً حول دخول الدولة كطرف في اتفاق التحكيم، لما قيل من الحصانة القضائية للدولة، وسيادة الدولة التى تمنعها من اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتها، و نتيجة لهذا الجدل تدخل المشرع المصري وأصدر قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، ولكن تدخل المشرع لم يضع حلاً جذرياً لكل المشكلات إذ أن الواقع المصري يشهد بعرض المشكلات فى هذا الصدد ومن ضمنها مدى خضوع عقود البوت للقضاء الإداري ومدى أهلية الدولة فى اللجوء للتحكيم.

أ- مدى خضوع عقود ال B.O.T للقضاء الإداري:

بما أن الدولة طرفاً فى عقود البوت، فقد ثار التساؤل حول مدى خضوع عقود البوت للقضاء الإداري، لا سيما وأن هناك بعض العقود قد أثارت هذه النقطة ومن هذه العقود

عقد مطار العلمين حيث جاء البند الثاني عشر منه على النحو التالي.

إذا نشأ أي خلاف حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد، وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض تكون محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة هى المختصة بحسم هذا الخلاف.

ووفقا لهذا الشرط التعاقدي فإنه يكون قد عقد الاختصاص نظر المنازعات الناشئة عن العقد لمحكمة القضاء الإداري، مع العلم بأننا بصدد عقد من عقود الخاص، وهذا الشرط التعاقدي من شأنه أن يثير مسألة الاختصاص الوظيفي للقضاء فى مصر، وتحديد المنازعات التى يختص القضاء الإداري بنظرها.

والأصل أن مسألة الاختصاص الوظيفي لا تثور، إلا إذا تعددت جهات القضاء فى الدولة الواحدة وفى مصر توجد جهتي قضاء القضاء العادي ومجلس الدولة.

وهذا ما دفع المشرع للتدخل لتنظيم وتحديد اختصاص كل جهة، حيث نصت المادة ١/١٥ من قانون السلطة القضائية على أنه "فيما عدا المنازعات الإدارية التي يختص بها مجلس الدولة تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات والجرائم إلا ما استثنى بنص خاص، ووفقاً لذلك فإن محاكم القضاء العادي هي صاحبة الاختصاص الولائي العام بالنسبة للمنازعات الناشئة عن علاقات القانون الخاص.

وبالنسبة لاختصاصات مجلس الدولة، فنجد أن التشريع قد تطور حتى أصبحت ولاية مجلس الدولة شاملة لكافة المنازعات الإدارية دون تحديد، وهذا ما أكده دستور ١٩٧٢ فى مادته ١٧٢.

وفيما يتعلق بالعقود الإدارية نجد أن المادة ١١/١٠ من قانون مجلس الدولة تنص على "المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري اخر".

ويتجلى لنا مما سبق أن اختصاص القضاء الإداري بمجلس الدولة ينحصر فى المنازعات الإدارية ولكن تجدر الإشارة إلى أن وجود القضاء الإداري ليس معناه أن جهة القضاء

العادى لم تعد الجهة ذات الولاية العامة، وإنما معناه خروج المنازعات الإدارية من هذه الولاية إلا ما يرى المشرع بنص خاص اختصاص جهة القضاء العادى به[١٧].

ونخلص من ذلك أن القضاء الإداري لا يختص سوى بمنازعات العقود الإدارية فقط، وحيث أن عقود البوت من عقود القانون الخاص التى ينعقد الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة لجهة القضاء العادي، وبالتالي فإذا ما عرض النزاع المتعلق بتنفيذ عقود البوت على القضاء الإدارى يستوجب عليه والأمر كذلك أن يقضي بعدم اختصاصه ولائياً، تنفيذ القواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام[١٨].

ب- مدى أهلية الدولة فى اللجوء للتحكيم:

آثار حكم محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة والصادر في ٢٠٠٩/٢/١٩ التساؤل حول مدى جواز لجوء الدولة للتحكيم في عقود البوت.

حيث انتهت المحكمة فى حكمها ببطلان شرط التحكيم الوارد فى العقد الإداري – عقد مطار رأس سدر –نظرا لعدم موافقة الوزير المختص على التحكيم وإلى اختصاص مجلس الدولة بالفصل فيما يتمخض عنه من منازعات.

ولا شك من أن هذا المسلك يعد عائقا أمام جذب الاستثمارات الأجنبية وهذا ما أكدت عليه محكمة استئناف القاهرة فى حكمها الصادر فى ١٩٩٧/٣/١٩ حيث ذكرى فى أسانيد حكمها "أن محاولة التحلل من شرط التحكيم بعد الاتفاق عليه فى العقد المبرم مع طرفي أجنبي بدعوى عدم جواز شرط التحكيم فى العقود الإدارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع الأشخاص العامة فى مصداقيتها ويرتب أبلغ الأضرار بفرص الاستثمارات

[١٧] د. فتحى والي، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ١٩٩٨، مركز جامعة القاهرة للطباعة والنشر، ص ١٨٧.

[١٨] د. وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

الأجنبية.

ونخلص مما سبق أنه يجوز للشخص المعنوي اللجوء إلى التحكيم متى كان العقد المتضمن لشرط التحكيم ليس من العقود الإدارية كما الحال بالنسبة لعقود البوت، وذلك دون موافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة أما بالنسبة للعقود الإدارية فيلزم أخذ موافقة الوزير المختص أو من يتولى مقامه للالتجاء للتحكيم.

أما عن الوضع فى فرنسا فنجد أنه وفقاً للقانون الفرنسي فإن عقد التزام المرفق العام يكون عقداً إدارياً وتأخذ عقود البوت هذا الحكم أيضاً، لكون موضوعها هو تقديم خدمة عامة بواسطة شخص عام وحيث أنه من المستقر قانوناً أن الشخص المعنوي يحظر عليه اللجوء إلى التحكيم فى منازعاته وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسى في ١٩٨٦ إلى حظر لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في منازعاتهم.

وفي ١٩٨٦/٨/١٩ اصدر المشرع الفرنسي قانوناً حيث أضاف فقرة ثانية إلى المادة ٢٠٦٠ مدني أجاز بموجبها للدولة والمؤسسات العامة اللجوء إلى التحكيم في العقود الدولية.

أي أنه وفقاً لذلك يجوز للأشخاص العامة تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم الدولي متى كان التحكيم يتعلق بمنازعات التجارة الدولية، وذلك وفقا لنص المادة ١٤٩٢ من قانون الإجراءات المدنية والمادة ٢٠٦٠ من ذات القانون.

ثانياً:القانون الواجب التطبيق علي المنازعات

إن عقود البوت من المحتمل أن تبرم بين عدة أطراف، يحمل كل منهم جنسية مختلفة عن الآخر فهذا الاختلاف قد يثير مشكلة كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التى قد تثور أثناء تنفيذ بنود العقد.

ولحل هذه المشكلة نجد أن بعض القوانين تجعل قانون الدولة المانحة للالتزام هو القانون الحاكم لاتفاقية المشروع[١٩] وهذا ما يتنافى مع مغزى التحكيم والهدف من الالتجاء إليه دون القضاء العادي.

ولذا سيتم تقسيم الفرع إلى:

أ- حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق

من المستقر عليه بالنسبة لعقود التجارة الدولية، أن الأطراف يتمتعوا بحرية واسعة فى اختيار القانون واجب التطبيق، والذي يتم تعينه أما بالإرادة الصريحة أو بالإرادة الضمنية أو بالإرادة المفروضة، ولم يعد اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يستند إلى مطلق إرادة المتعاقدين التى تعلو على القانون، بل أصبح أحد مبادئ القانون الدولي الخاص الأمر الذي ينبغى على هيئة التحكيم الالتزام بالقانون الذي اتفق عليه الأطراف.

ويتجلى لنا مبدأ سلطان الإرادة من القرارات الصادرة من مراكز التحكيم والاتفاقيات الدولية وكذلك التشريعات الوطنية.

وهذا ما ورد فى المادة ١/٢٨ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الاونسيترال) لسنة ١٩٨٥[٢٠].

وكذلك جاءت المادة ٣/١٣ من لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس على النحو الأمني للطرفين مطلق الحرية فى تحديد القانون الذى يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع.

ونجد أيضا الاتفاقيات الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي قد نصت في المادة ٧ منها على

---

[١٩] د.حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، ٢٠٠١، دار المطبوعات الجامعة، ص ٢٠.

[٢٠] راجع د. محمود سلامة المحامي، موسوعة التحكيم والمحكم، المطبعة الثانية، ٢٠٠٩، المجلد الثاني، الناشرون، ص ٤٥.

"الأطراف حرية تحديد القانون الذى يتعين على المحكمين تطبيقه فى موضوع النزاع".

وكذلك معاهدة روما المبرمة فى ١٩٨٠/٦/١٩ حيث جاءت في مادتها ٢/٣ لتنص على ويستطيع الأطراف بواسطة هذا الاختيار تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بأكمله أو على جزء فقط منه.

ب- موقف اتفاقية واشنطن من اختيار القانون الواجب التطبيق

وفى هذا الصدد تبرز أهمية التعرض إلى اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأعضاء ورعايا الدول الأعضاء الأخرى إلى كون أن المادة ٧ من قانون الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ قد نصت على "يجوز تسوية منازعات الاستثمار المتعلقة بتنفيذ أحكام هذا القانون فى إطار الاتفاقية الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى والتى انضمت إليها جمهورية مصر العربية بالقانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٧١، بالإضافة إلى إبرام مصر عدداً من اتفاقيات الاستثمار الثنائية من بينها الاتفاقية المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية وحكومة الجمهورية الفرنسية فى ٢٢ سبتمبر ١٩٧٤ بشأن التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والتي نصت المادة السابقة منها على "يقبل كل من الطرفين المتعاقدين أن يحيل أي نزاع ينشأ بينه وبين أحد المواطنين أو الشركات التابعة للطرف المتعاقد الأخر إلى المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار".

وأحد رعايا دولة متعاقدة أخرى، إذا اتفق طرفا النزاع كتابة على عرضه على المركز الدولي ومتى أعطى الطرفان موافقتها هذه، فلا يجوز لأي طرف أن يسحبها من جانب واحد، وبالتالى تستلزم المادة ١/٢٥ توافر شرطين حتى ينعقد الاختصاص للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار أولهما.

١- أن تكون الدولة المضيفة للاستثمار طرفاً في الاتفاقية وكذلك المستثمر ينتمي إلى دولة طرفاً في الاتفاقية.

٢- لابد من توافر رضاء الدولة المضيفة والمستثمر كتابة للجوء إلى المركز

وفيما يتعلق بموقف الاتفاقية من القانون واجب التطبيق نجد أن المادة ١/٤٢ منها نصت على "تفصل المحكمة فى النزاع المعروض عليها طبقا للقواعد القانونية التى اتفق عليها الإطراف إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق تطبق المحكمة قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع شاملا قواعد تنازع القوانين، وقواعد القانون الدولي القابلة للتطبيق".

وبالتالي فالأصل وفقاً لهذه الاتفاقية أن تطبق هيئة التحكيم القانون الذى اتفق عليه الإطراف أي أن الاتفاقية عملت على تكريس مبدأ سلطان والإرادة حيث نجد أن الاتفاقية قد أعطت لأطراف الحرية الكاملة والواسعة في اختيار القواعد القانونية الموضوعية التى تقوم محكمة التحكيم بتطبيقها على النزاع".

وبالتالي يستطيع الأطراف اختيار نظام قانوني متكامل ليطبق على التحكيم، وسواء أكان هذا النظام خاص بالدولة المضيفة للاستثمار، أو المستثمر، أو خاص بدولة ثالثة.

وأخيراً وفقا لنص المادة ٤٢ من الاتفاقية فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تطبيق مبادئ القانون الدولي على المنازعات المعروضة عليها، وتلك المبادئ التى تم الاستقرار على اعتبارها مقترنة بالمبادئ العامة المنصوص عليها بالمادة ٣٨ من نظام محكمة العدل الدولية .

الفرع الثاني: تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم الإجراءات

نظرا لما يمتاز به التحكيم من مزايا تتلافى عيوب القضاء الوطني، بالإضافة لكونه الوسيلة – ربما الوحيدة – لفرض المنازعات المتعلقة بالتجارية الدولية، فقد تضمنت كافة العقود الولية شرطاً للتحكيم أو اتبع أطراف العقد الأصلي بمشارطة تحكيم أو ضم أو إحالة كما أشرنا من قبل.

وبلا شك فإن اختيار هيئة التحكيم وتحديد الإجراءات الواجبة الإتباع هما من أهم مراحل

العملية التحكيمية، بل هما أساس العملية التحكيمية لذا كان من الهام إبراز كيفية تشكيل هيئة التحكيم، وتحديد كيفية اختيار الإجراءات القانونية الواجبة الإتباع. لذا سنقسم هذا الفرع على النحو التالى:

أولاً: تشكيل هيئة التحكيم

مما يمتاز به التحكيم توفير الثقة وتحقيق الطمأنينة لدى أطراف النزاع فأطراف النزاع أو ممثلوهم تكون لهم الفرصة الأولى والأكبر فى اختيار المحكمين، سواء بطريق مباشر أم غير مباشر. إذا فالمبدأ العام هو حرية الأطراف فى اختيار المحكمين.

وهذا ما أكد عليه المشرع المصرى فى قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٥.

حيث تنص المادة ١/١٥ على تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين .....

كما تنص المادة ١/١٧ من ذات القانون على "١- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم .....".

كما أكدت اللوائح الخاصة بمراكز التحكيم هذا المبدأ "بالإضافة إلى الاتفاقات الدولية والتشريعات الداخلية لكل الدول.

حيث أن جوهر التحكيم حرية الأطراف فى اختيار قضاتهم والقانون الواجب الاتباع. أما عن كيفية تشكيل هيئة التحكيم فإن الأطراف أمامهم سبيلين:

السبيل الأول: وهو أن يقوم الأطراف باختيار المحكمين بأنفسهم- التحكيم الحر – وقد ذهب الفقه – وبحق – إلى تأييد هذه الطريقة في اختيار المحكمين، لكونها تتوافق مع فلسفة التحكيم، والتى تستند على ثقة الأطراف فى أعضاء هيئة التحكيم[٢١]، وبالرغم من ذلك فإن هذا الرأى قد يكون مناسب فى المعاملات البسيطة، والتي لا تحتاج إلى مهارات

[٢١] د.على بركات، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦، ص ٦٤، مشار إليه ، د. وائل محمد السيد، مرجع سابق، ص ٣٨٨.

وخبرات خاصة لأعضاء هيئة التحكيم.

السبيل الثاني: وهو أن يتفق الأطراف على الإلتجاء إلى مؤسسة تحكيمية على أن تتولى تلك المؤسسة علمية تشكيل هيئة التحكيم وفقاً للائحة الخاصة بها، وفى هذه الحالة يتم تشكيل هيئة التحكيم طبقاً للوائح الداخلية لهذه المراكز، ويلتزم الأطراف بهذا الاختيار.

وهنا يثور التساؤل. ما الحل إذا لم يتفق طرفاً التحكيم على تشكيل هيئة التحكيم؟ أجاب المشرع المصري على هذا التساؤل فى صدر الفقرة الأولى من المادة ١٧ من قانون التحكيم إذ جاء نصها على النحو التالي:

١- لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم فإذا لم يتفقا اتبع الأتي:

أ- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين.

ب- فإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين أختار كل طرف محكماً ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث، فإذا لم يعين أحد الطرفين محكمة خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلب بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثين يوما لتاريخ تعيين أحدهما، تولت المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من هذا القانون اختياره بناءا على طلب أحد الطرفين ويكون للمحكم الذي اختياره المحكمان المعينان أو الذى اختارتها المحكمة رئاسة هيئة التحكيم، وتسرى هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين".

ويستفاد من نص المادة أن الأصل أن يقوم الأطراف باختيار المحكمين ولهم الحرية في تحديد الكيفية ووقت الاختيار، فإذا لم يتفق الأطراف، وكانت هيئة التحكيم مشكلة من فرد محكمة تتولى المحكمة المشار إليها في المادة ٩ من قانون التحكيم اختياره بناءا على طلب يقدم لها من أحد طرفي الاتفاق، فإن كانت الهيئة مشكلة من ثلاث محكمين فأكثر

الأصل أن يتولى كل طرف اختيار محكم ثم يجتمع المحكمان ويختارا المحكم الثالث الذي ينصب رئيساً لهيئة التحكيم، فإذا لم يتم ذلك فتتولى المحكمة المشار إليها فى المادة ٩ من قانون التحكيم – المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، أما إذا كان التحكيم دوليا يكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى يختارها الطرفان – الاختيار بناء على طلب يقدم لها من أحد طرفي اتفاق التحكيم.

والقواعد التى أوردتها تلك المادة فيما يتعلق باختيار المحكمين لا تختلف عن تلك الواردة فى لوائح مراكز التحكيم والاتفاقيات والتشريعات الدولية.

فنجد مثلا نص المادة ٣٨ من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثماريين الدول ورعايا الدول الأخرى تنص على "يتولى رئيس البنك الدولى للإنشاء والتعمير تعيين المحكمين بناءا على طلب أي من الطرفين وبعد التشاور معها بقدر الإمكان وذلك إذا لم يتم تشكيل هيئة التحكيم خلال ٩٠ يوماً من تاريخ الإخطار بتسجيل الدعوى المرسل من السكرتير العام للمركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار.

أما فيما يتعلق بعدد أعضاء هيئة التحكيم

حيث نصت المادة ١٥ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على تشكيل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة وإذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا، وإلا كان التحكيم باطلا.

كما نصت المادة ١٠ من القانون النموذجى (الأونسيترال) على "إذا لم يكن الطرفان قد اتفقا مسبقا" على عدد المحكمين، ولم يتفقا خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تسليم المدعى عليه اخطار التحكيم على ألا يكون ثمة إلا محكم واحد فقط، وجب أن تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين".

وقد نصت كذلك المادة ٣٧ من اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار حيث نصت على أنه إذا لم يتفق الطرفين على محكم واحد كان العدد ثلاثة.

والهدف من ذلك الشرط هو إعمال مبدأ الأغلبية فى حال ما إذا اختلف أعضاء هيئة التحكيم عند الفصل في النزاع، وتجدر الإشارة إلى أن البطلان الذى رتبه المشرع في حال مخالفة ذلك، يقتصر على بطلان تشكيل هيئة التحكيم، ولا يمتد أثره للتحكيم.

وفيما يتعلق بعقود البوت فإنه ينبغى أن يتعدد أعضاء هيئة التحكيم لضمان تسوية المنازعات الناشئة عن هذه النوعية من العقود بكفاءة وفعالية.

ثانياً:إجراءات التحكيم

طبقا لمبدأ حرية طرفي اتفاق التحكيم، فإنه يحق للأطراف الاتفاق على تحديد القواعد التى تحكم إجراءات التحكيم، وتكون هي واجبة التطبيق دون الاعتداد بالقواعد التى أوردها قانون التحكيم المصري – بشرط ألا تكون القواعد المتفق عليها مخالفة – لنص أمر في قانون التحكيم المصرى فيما يجوز الاتفاق على مخالفته . مثل تحديد عدد المحكمين المشكلين لهيئة التحكيم.

وهذا ما جاءت به المادة ٢٥ من قانون التحكيم المصري حيث نصت على "لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما فى إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم فى جمهورية مصر العربية أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون، أن تختار إجراءات التحكيم التى تراها مناسبة".

ويقصد بالإجراءات التى نبحث القانون الواجب التطبيق عليها تحديد إجراءات رفع الدعوى – مدة التحكيم – تداول المستندات – الحضور والغياب – مكان التحكيم – لغة التحكيم – إعلان الأوراق وغير ذلك من المسائل الإجرائية الأخرى.

ويستفاد مما سبق أنه ينبغى عند تشكيل هيئة التحكيم الخاصة بالفصل فى المنازعات الناشئة عن عقود البوت أن يتم مراعاة الآتي:

١– أن يتم اللجوء في خصوص هذه المنازعة إلى أحد مراكز أو منظمات التحكيم

الدائمة، وذلك لكفاءة هذه المراكز بالإضافة إلى ما تتمتع به هذه المراكز ن أجهزة تستطيع من خلالها متابعة إجراءات التحكيم.

٢- أن يتسم تشكيل هيئة التحكيم بتعدد أعضائه، حتى تتناسب هذه النوعية المعقدة.

٣- أن يقوم الأطراف باختيار القواعد المعمول بها أمام مراكز التحكيم لتنظيم إجراءات التحكيم وذلك لكونها منظمة للعملية التحكيمية تنظيما قد لا توفره التشريعات والاتفاقيات[٢٢].

الخاتمة

وفي نهاية هذا البحث نتوصل إلى مجموعة من النتائج والمقترحات التالية:

أولاً: النتائج:

١- عدم وجود تعريف محدد لهذه العقود (عقود البوت)، لكن التعريف الأدق له برأينا هو "العقد الذي يبرم بين الدولة (أو احدي الجهات التابعة لها) مع احدى الشركات الخاصة الوطنية أو الأجنبية (شركة المشروع) لإنشاء أو تجديد مرفق عام وإدارته أو تملكه لفترة من الزمن تتناسب مع ما أنفقه بالإضافة إلي تحقيق ربح معقول على أن يتم نقل ملكيته بعد انتهاء مدة الامتياز إلي الدولة أو الجهة التابعة"، كما أن لهذه العقود مشتقات أو أشكال أو أنواع متعددة أشرنا إليها في هذا البحث.

[٢٢] د. وائل محمد السيد، المرجع سابق، ص ٣٩٥.

٢- بهدف تحقيق الدول لأهدافها التنموية تبرم الدول عقودا يطلق عليها عقود البوت B.O.T وهي اختصاراً Built operate and transfer وتعني الكلمات الثلاث الإنشاء والإدارة والتحويل.

٣- اختلف الفقه بالنسبة لتحديد الطبيعة القانونية لعقود البوت، وكان هنالك ثلاث آراء، فذهب الأول للقول بان عقود البوت عقود إدارية مستندا على حجج تم ذكرها والتعقيب عليها، أما الرأي الثاني فقد ذهب للقول بان عقود ذات طبيعة خاصة وأنه يجب ان تحدد الطبيعة القانونية لكل عقد علي حده ، أما الرأى الثاني والأخير فيرى أن عقود البوت عقود من عقود القانون الخاص.

٤- نظرا لأهمية عقود البوت، ولأنها قد تبرم علي مستوي دولي أي بين الدولة وبين جنسيات أخري وربما دول أخرى فكان لابد من إيجاد سبيل غير القضاء الداخلي للدولة لتسوية المنازعات التي قد تنشا أثناء تنفيذ الالتزامات الواردة في العقد، ولذا تجلي التحكيم كنظام لتسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، لما يحققه من مزايا تعالج عيوب وقصور القضاء الداخلي للدولة من جهة، ومن جهة أخري لما يبثه في الطرفين من روح الطمأنينة والثقة في الحكم الصادر عن الهيئة التحكيمية.

٥- للتحكيم أنواع أكدنا على انه لا يوجد لها شكل أو نظام معين وإنما تم استنباطها واستقرائها من قوانين التحكيم ونظم التحكيم المختلفة والهيئات والمؤسسات التحكيمية المتخصصة، وأجمالنا هذه الأنواع علي النحو التالي، التحكيم الخاص / التحكيم المؤسسي ، التحكيم الدولي / التحكيم الداخلي، التحكيم الاختياري / التحكيم الإلزامي.

٦- وتعرضنا لمدى جواز التحكيم في عقود البوت وكذلك القانون الواجب التطبيق. ومن السمات التي تميز عقود البوت هو تداخل أطراف عديدة في العقد، بالإضافة إلي إبرام العديد من العقود الاخرى في مراحل تنفيذ العقد الأصلي المختلفة وتكون مرتبطة به

ارتباط لا يقبل التجزئة، الأمر الذي دفعنا إلي الإشارة إلي نطاق اتفاق التحكيم مرورا بامتداد اتفاق التحكيم بحالته المتنوعة .

وتعرضنا أخيرا إلي تشكيل هيئة التحكيم وكيفية تنظيم الإجراءات.

ثانياً المقترحات:

١- برأينا الشخصي فأن عقود ال B.O.T هي عقود ذات طبيعة خاصة وأنه يجب ان تحدد الطبيعة القانونية لكل عقد علي حده.

٢- نقترح بحرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق علي النزاع الناشئ بينهما.

٣- نأكد بضرورة علي مدى حرية الأطراف في تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم الإجراءات، علي أن هذه الحرية – حرية طرفي التحكيم – ليست مطلقة إذ أنها مقيدة ببعض القيود التنظيمية التي اقرها القانون كاشتراط ان يكون عدد أعضاء المكونين لهيئة التحكيم أن يكون وترا (مفرداً).

مراجع البحث

الياس ناصيف، سلسلة الأبحاث القانونية مقارنة، عقد البوت، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان.

د. محمد وليد منصور، المصدر شبكة المعلومات مجلة المبزان، مجلة القانون والقضاء الالكترونية

www.almizanmag.com/modules/news/article,php?storyid=57

.pm٢,١٥ ٢٠١١/٢/١٣

د. وائل محمد السيد إسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها (دراسة مقارنة) دار الجامعة، ٢٠١١.

المحامي الدكتور محمد أديب الحسيني، المفهوم والخصائص وبعض مشكلات التطبيق، منشور على:

http://www.startimes.com/?t=26674371 بتاريخ ٢٠٢١/٦/١٣.

الباحث . غير معروف المصدر شبكة المعلومات منتديات الكوت ٢٥ التعليمي منتدي الطلاب والطالبات قسم الدراسات والبحوث رسالة للحصول علي الماجستير

www.alkote25.com/vb/archive/index.phpit-t1816.html ٢٠١١/٣/٢٥

.am١,٢٥

د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت B.O.T ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بنها جامعه الزقازيق، ٢٠٠٤، ص ٣١.

د. احمد السعيد الزقرد، عقود B.O.T واليات الدولة العالمية بحث مقدم إلي مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة علي مصر والعالم العربي، كلية الحقوق جامعه المنصورة ٢٧ مارس، ٢٠٠٢.

ا. د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١١.

د.حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، ٢٠٠١، دار المطبوعات الجامعة.

د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقد البوت B.O.T ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق بنها جامعه الزقازيق، ٢٠٠٤م.

د. محمود سلامة المحامي، موسوعة التحكيم والمحكم، المجلد الثاني، المطبعة الثانية، الناشرون، ٢٠٠٩م.

د.أحمد شريف الدين، تسوية منازعات عقود مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص Bot.

د.علي بركات، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٦م.

د. وائل محمد السيد ، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T وما يماثلها (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة، ٢٠١١م.

الباحث. احمد يوسف خلاوي، بحث أنواع التحكيم المصدر شبكة المعلومات، دار العدالة والقانون العربية. الرابط –http://www.justice

. lawhome.com/vb/showthread.php?t=4809

د.حفيظة السيد الحداد، الاتفاق على التحكيم فى عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثرها على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعة،٢٠٠١م.