الجامعة اللّبنانية

كلية الحقوق والعلوم السّياسية والإدارية – الفرع الأول

العمادة

عقد ال BOT بين طبيعته المختلطة وتطبيقاته العملية

رسالة لنيل شهادة الماستر في قانون الأعمال

إعداد

ملاك بسام فيّاض

لجنة المناقشة

الدّكتورة ثروت الزَّهر	**أستاذ مشرف**	**رئيسًا**
الدّكتور قاسم الخطيب	**أستاذ مساعد**	**عضوًا**
الدّكتور عبد المجيد المغربي	**أستاذ مساعد**	**عضوًا**

2020

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرّسالة وهي تعبرّ عن رأي صاحبها فقط .

الإهداء

إلى من أشعلَ في قلبي منارة الطّموح،

إلى من حرَّضني ألَّا أرضى بالسّفوح... أبي

إلى من أهداني إلى الدَّرب الصَّحيح... أمّي

إلى من شدَّ عزيمتي في مهبّ كلّ ريح... زوجي

إليكم يا رفاقي وأساتذتي...

أقدّم بحثي سندًا حيًّا على أن آمالكم ما ذهبت سدى، ليكون عملي هذا خطوة إضافية نحو القمم.

كلمة شكر

أتقدم بالشَكر والامتنان لأستاذتي الفاضلة الدّكتورة ثروت الزَّهر على تفضّلها بقبول الإشراف على هذه الرّسالة، وعلى توجيهاتها وإرشاداتها الّتي كان لها الأثر الأكبر عليّ في إتمام هذا البحث.

كما أرفع شكري الخالص إلى أعضاء اللّجنة الكريمة الّذين تكرموا بقبول مناقشة هذه الرّسالة، وبذلهم ثمين وقتهم في تقويم هذا البحث وتصويبه، وحتّى يكتمل بكريم نصحهم وإرشادهم.

التّصميم:

القسم الأول: عقد ال BOT عقد مركب ذو طبيعة خاصة

الفصل الأول: خصوصية عقد ال BOT

المبحث الأول: التّكييف القانوني لعقد ال BOT

المبحث الثّاني: انحياز الاجتهاد إلى تصنيف عقد ال BOT كعقود إدارية

الفصل الثّاني: عقد ال BOT عقد مركب

المبحث الأول: عقد ال BOT عقد متشعب التّركيب

المبحث الثّاني: نتائج تنفيذ عقود ال BOT

القسم الثّاني: أثر التّطبيقات العملية على طبيعة عقد ال BOT

الفصل الأول: التّجارب التّطبيقية لعقد ال BOT

المبحث الأول: التّطبيق العملي لعقود ال BOT في بعض دول العالم

المبحث الثّاني: الممارسات الخاطئة لعقود ال BOT

الفصل الثّاني: أثر الطّبيعة المختلطة لعقود ال BOT على الجهة الصّالحة لحل النّزاعات

المبحث الأول: صلاحية القضاء العادي والإداري للنّظر في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT

المبحث الثّاني: فضّ النّزاعات النّاجمة عن عقود ال BOT بواسطة التّحكيم

المقدمة:

في ظلّ التّطورات الاقتصادية العالمية والإقليمية، أصبحَ التّركيز على برامج التّنمية الشّاملة أمرًا أساسيًا من جانب الحكومات كافةً، لما لها من أثر واضح في الارتقاء بمستوى معيشة الأفراد. ولمّا كانت مشروعات البنية الأساسية إحدى أهمّ ركائز تحقيق التّنمية الشّاملة، فقد حظيت بالاهتمام الأكبر، لذلك قامت الحكومات خلال الفترات الماضية بإدراج الاعتمادات المالية الضّخمة في ميزانيّتها لتنفيذ مثل هذه المشروعات الكبرى، ما أحدث عجزًا دائمًا ومستمرًا بها، الأمر الّذي أدّى إلى البحث عن وسائل أخرى، لعلَّ أهمها مشاركة القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية.

تُعدّ عملية إنشاء المرافق العامة والكبرى من العمليات التي تُثقل كاهل الدّولة، لما يترتّب عليها من كلفة مالية كبيرة ترهق الخزينة العامة خاصةً بعد التطور الاقتصادي، وازدياد حجم المشروعات الصّناعية الّتي يتوجب على الدّولة القيام بها في كافة المجالات من أجل النّهوض والارتقاء بالاقتصاد الوطني.

لذا فقدْ ظهر في الآونة الأخيرة عدة آليات مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية تتمثل إحداها في ما يسمّى نظام البناء والتّشغيل ونقل الملكية وهو المعروف اختصارًا باصطلاح ال BOT، وهي تستند إلى فكرة هدفها تمكين الحكومة من التّوسع في مشروعات البنية الأساسية عن طريق استغلال الموارد خارج مخصّصات الميزانية والتزامات الدولة الداخلية والخارجية[1].

وبما أنّ عقد ال BOT يعتبر من العقود الحديثة في المعاملات الجديدة المحلية والدّولية، فهو جدير بالبحث والدراسة المستفيضة خاصة في لبنان، كونه يؤمّن احْتياجات المجتمع، ويحقّق له التّوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

إذ باتتِ الدّول تلجأ بهدف ممارسة نشاطاتها في الإدارة وتسيير المرافق العامة إلى التّعاقد مع أطراف دوليّين من القطاع الخاص، ليقوموا بإنشاء مشاريع البنية الأساسية الّتي تقدم الخدمات للمواطنين على أوسع نطاق، حيث أن اتّساع وتطور نشاط الإدارة، والحاجة إلى تحسين المرافق العامة دفعَ باتجاه اعتماد طرق وأساليب حديثة في التّعاقد، ممّا أدّى بدوره إلى ظهور هذه العقود التي انتشرت على المستوى الدّولي بشكل كبير.

---

[1] "Le développement durable, c'est aujourd'hui l' assise de presque tout raisonnement économique. Il est non seulement essentiel à la reprise économique, mais aussi pour garantir la paix et la sécurite de demain. La notion de durabilité doit faire partie de toutes nos réflexions, car notre société mondialisée ne cesse de prendre des resque. ces deux derniéres années ont connu leur lot de crises, énergétique, alimentaire et climatique, ainsi qu'une récession généralise". B. Ki – moon, Le développement durable, synonyme de prospérité, LOJ, 19 mai 2009.

لذلك فقدِ ازْداد لجوء الحكومات إلى تنفيذ هذه المشاريع عن طريق التّعاقد بموجب عقود ال BOT، لاسيّما في الدّول النّامية لمعالجة القصور في التّمويل الحكومي، ونقل التكنولوجيا[2]، ونقل مخاطر التّمويل إلى القطاع الخاص، كذلك للارتقاء بمستوى جودة الخدمات المقدمة للمواطنين.

إنَّ اصطلاح ال BOT هو اختصار لكلمات انكليزية ثلاث هي: البناءBuild، التّشغيلOperate، نقل الملكية Transfer، ويقابلها بالفرنسية المصطلح C.E.F أي: البناءConstruire، الاستثمارExploiter، نقل الملكية Transf**é**rer. وتستعمل الكلمات المذكورة أو غيرها من المرادفات المماثلة، للدّلالة على المشاريع التي تمنحها الدّولة بواسطة الامتياز إلى القطاع الخاص، بهدف إقامة البناء وتشغيل المشروع الّذي يعود غالبًا إلى البنية التّحتية، وذلك لحساب القطاع العام وإداراته ومؤسّساته العامة ضمن مهلة محدودة، لتنقل بعدها ملكية المشروع إلى الدولة أو أحد أشخاص القانون العام.

من هنا يتبيّن بأنَّ عقود ال BOT قد حظيت باهتمامٍ كبير من قبل الفقه القانونيّ على مستوى العالم، كما المنظمات والغرف التجارية الدولية الّتي عنيت بوضع تعريف وإطار قانونيّ لهذه العقود، كالدّليل الصّادر عن منظمة الأمم المتحدة للتّنمية الصّناعية UNIDO، حيث اعتبرت بأنّ عقود ال BOT عبارة عنِ اتّفاق تعاقديّ، يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدّولة، بما في ذلك عمليّة التّصميم والتّمويل، والقيام بأعمال التّشغيل والصّيانة لهذا المرفق[3]، إذ يقوم هذا الشّخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يُسمح له بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأيّة رسوم أخرى بشرط ألّا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتّفاق المشروع، لتمكين ذلك الشّخص من استرجاع الأموال التي استثمرها، ومصاريف التّشغيل والصّيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار. على أن يلتزم الشّخص المذكور بإعادة المرفق إلى الدولة أو إحدى الإدارات أو المؤسّسات العامة في نهاية المدةّ الزّمنية المحددة.

يعرّف البعض عقد ال BOT بأنّه نظام من نظم تمويل مشروعات البنية الأساسية، حيث تعهد الدّولة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، يطلق عليه في العمل تسمية "شركة المشروع" بموجب اتّفاق بينهما يسمى "اتفاق التّرخيص"، تلتزم شركة المشروع بمقتضاه تصميم وبناء مرفق من مرافق البنية الأساسية ذات الطّابع الاقتصادي، ويرخص

---

[2] C. Champaud, Droit administrative et droit des affaires, AJDA 1995, n° spécial, p. 82 – 90.

[3] دليل الأونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي" الأونسترال الذي أقرّته اللّجنة خلال دورتها الثالثة والثلاثين التي عقدت في نيويورك من 12 حزيران ال 7 تموز 2000، ص 6.

لشركة المشروع بتملك أصوله وتشغيله بنفسها، أو عن طريق الغير. يكون عائد تشغيل المشروع خالصًا لها، على نحو يمكّنها من استرداد تكلفته، وتحقيق هامش ربح طول مدّة التّرخيص[4].

وبناء عليه، يتبين بأنَّ الحكومة في ظلّ تنفيذها لهذه العقود تنسحب من النّشاط الاقتصادي، بحيثُ تتيح الفرصة للقطاع الخاص القيام بالجزء الأكبر من الاستثمارات القومية لإنشاء مشروعات البنية الأساسية الّتي يصعب على الحكومة تمويلها بالكامل من خلال اعتمادات الموازنة العامة للدولة. إنّ هذا التّدخل الكامل للقطاع الخاص في تنفيذ هذه المشروعات يجعلنا نلقي الضّوء على الطّبيعة القانونية لعقود ال BOT، كما أنّنا غالبًا ما نلجأ عند التّعاقد بواسطة هذه العقود إلى شركات أجنبية وليست محلية وهذا ما سنبيّنه لاحقًا.

في الواقع عندما تبرم الدّولة عقدًا مع متعاقد أجنبي، فإنّ هذا العقْد يكتسب الصّفة الدّولية، ويترتّب على ذلكَ آثار من حيث ما يضمّنه الطّرفان للعقد من شروط جديدة، كشروط الثّبات التّشريعي وثبات العقد، وهي شروط غير مألوفة في مفهوم العقد الاداري، ممّا يؤدي للتّساؤل فيما إذا كانت الدّولة لا تزال تحتفظ بسلطتها (كسلطة تعديل العقد بالإدارة المنفردة وسلطة الاشراف والرقابة وسلطة إنهاء العقد) تجاه المتعاقد معها من خلال تضمين هذا النّوع من العقود شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

لذلك لا يمكن اعتبار نظام ال BOT نظامًا جديدًا من النّاحية التّنفيذية للمشاريع الكبرى، لاسيّما الفنية والتقنية، إنما يعتبر نظامًا جديدًا من النّاحية التّنظيمية الإدارية، ومن ناحية مصدر تمويل المشاريع العامة، فيتمّ تحميل المستثمر مسؤولية التّصميم والبناء والتّشييد والتمويل، وهذا ما يميزه عن غيره من العقود. لذا يمتاز هذا الأسلوب بتحويل مخاطر البناء والتّشغيل والإدارة إلى القطاع الخاص في إدارة وصيانة المشروعات، وفي نقل التكنولوجيا أيضًا.

من هنا تكمن أهمية تناول الموضوع على الصّعيد الأكاديمي العلمي من ناحيتين:

فمن النّاحية الأولى، يتبين أن هناك جدلًا فقهيًّا تثيره عقود ال BOT حول التّكييف القانونيّ لها، خاصةً في ظلّ ورود العديد من الآراء الفقهية حولها، إذ يرى أغلب الفقهاء أن عقود ال BOT بتعريفاتها المختلفة خرجت من رحم عقد التزام المرافق العامة، إلا أن بعض الفقهاء لهم آراء مختلفة، فمنهم من اعتبر بأن عقد ال BOT هو عقد إداري ذات طابع دوليّ، في حين أنّ الرأي الآخر اعتبر عقد ال BOT هو عقد التزام المرافق العامة، ولكن رغم تقديرنا لتوجه أغلب الفقهاء لاعتبار عقد ال BOT من عقود التزام المرافق العامة، إلا أنّه لا يمكن الأخذ بهذا الرّأي بالمطلق، ويجب أن نكون حذرين في تطبيق النّظام القانونيّ لالتزام المرافق العامة بشكل حرفيّ على صور عقود ال BOT، إذ أنَه في كثير من الأحيان يتعارض مع الفلسفة الاقتصادية لهذا النظام. كما أنَّ فقهاء القانون الخاص يُلحقون عقد ال BOT بالقانون الخاص،

[4] محمد عبد المجيد اسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2003، ص 53.

وهناك من اعتبره من عقود التّجارة الدّولية لتوافر معايير العقد التّجاري الدّولي فية من جهة، واللّجوء دائمًا إلى التّحكيم الدّوليّ لحلّ النّزاعات النّاشئة عنه من جهة أخرى، وهو ما عملت الدّراسة على توضيحه من خلال بيان ما يستند إليه كلّ من الفقهاء القانونيّين.

لذلك كان ينبغي على القانون المحلي والدّولي وضع تكييف قانوني واضح لتحكم هذه العقود، ووضعها بقالب قانونيّ لتنظيم آلية استخدام هذه العقود.

أمّا من الناحية الثانية فتتجلى الأهمية الأكاديمية لهذا الموضوع في مدى إخضاع النّزاعات النّاشئة عن عقد ال BOT في الدول عامةً وفي لبنان خاصةً إلى التّحكيم الدّولي، بحيثُ يهدف المتعاقد الاجنبي إلى ضمان حقه، كونه الطّرف الضّعيف نظرًا لسيادة الدولة على أراضيها، وذلك لأن عند لجوء الدّولة لتسوية النّزاع النّاشيء عن هذه العقود إلى قضائها الخاص سوفَ يجعلها تتحكم بالطّرف الأجنبي.

فالتّحكيم هو اتّفاق بين طرفي العقد على إحالة النّزاع الّذي قد ينشأ أو نشأ بينهما إلى هيئة مكوّنة من شخص أو أكثر يسّمون المحكّمين، وذلك من أجل الفصل في النّزاع وفقًا للبنود والشّروط التي يتفق عليها الطّرفان، بدلًا من اللّجوء إلى القضاء العادي من أجل حلّ النّزاع[5].

وباعتبار أن عقود ال BOT تطال علاقات دولية، فيتمّ حلّ النّزاعات النّاتجة عنها عبر إدراج بنود تحكيمية، تعطي الصّلاحية للبتّ في أيّ نزاع ناشيء عن علاقة أطراف عقد ال BOT لمحكّم أو عدة محكمين، يقومون مقام المحاكم الدّاخلية.

هذا ما يفرض علينا تسليط الضّوء على هذه الاشكالية، والبحث في التّكييف القانوني لعقود ال BOT، وتمييزه عن العقود المشابهة، وذلك لتبيان ما إذا كانت هذه العقود من العقود الإدارية أم العقود الخاصة. وأمّا إذا كانت من العقود الإدارية فكيف يمكننا اللّجوء للتّحكيم لحل النّزاعات النّاشئة عنها؟

أما من الناحية العملية فيتبين بأنَّ العولمة ساهمت في لجوء الدّول إلى عقود ال BOT بشكل هائل لما لها من إيجابيات تطرحها تطبيق هذه العقود على المستوى الدّولي عامةً وفي لبنان خاصةً. لذا فإنَّ تطبيق هذه العقود تساهم بشكل كبير في تلبية طموحات الشّركات الدّولية الّتي تعمل إلى إبرام قانون الشّراكة بين القطاعين العام والخاص كمنصة ضرورية تؤهلها لزيادة استثماراتها في لبنان وترسيخًا لثقتها به، خصوصًا أنَّ هذه الاستثمارات تقتصر على توفير الأموال

[5] obied, N., L' arbitrage en droit libanais, Etude comparative, Delta, Bruylant,2000, p.7.

وفرص العمل في لبنان الذي هو في أمسّ الحاجة إليها، وهي أيضا ستحقق نقل المعرفة والتّكنولوجيا وتبادل الخبرات، كما يساهم تطبيق هذه العقود بإنشاء المشاريع العامة من دون زيادة الأعباء على الموازنة العامة.

وقد لجأت الدّول عند تطبيق هذه العقود إلى إدراج التّحكيم كشرط أساسيّ في العقد، وبالتّالي تحديد القانون الواجب التّطبيق. استنادًا إلى ذلك، أصبح للتّحكيم أهمية كبيرة في هذه العقود، نظرًا لطبيعة العقود الدولية الّتي تبرم بين السّلطة الإدارية وشخص أجنبيّ يتمتع بالشّخصية القانونية، بحيث تتخلّى الدّولة عن سلطتها في هذه العقود، وتنزل منزلة الأفراد العاديين. إذ أنّ وجود التحكيم باتَ اليوم أمرًا حتميًّا في عقود الدولة[6]. والجدير بالذّكر أنَّ التّحكيم الدّولي تعتريه تغيّرات، وتحكمه وقائع ومستجدات دولية، نظرًا لاتّساع أعمال التجارة الدولية، بحيثُ خرجت عن الحدود المحلية إلى العالمية.

لقد أدى ظهور الدولة كطرف في التّحكيم إلى إضفاء صبغة خاصة على العملية التّحكيمية، بدءًا من تاريخ إبرام اتّفاق التّحكيم حتى تنفيذه، حيث ثار خلاف في الفقه والقضاء حول مدى جواز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التّحكيم لفضّ نزاع قد يطرأ مع طرف أجنبي، مستندين في موقفهم إلى بعض الحجج، أهمها أنَّ لجوء الدّولة إلى التّحكيم مع طرف أجنبيّ متعاقد معها يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة، كما أنّه يتعارض مع اختصاص القضاء الإداري للدّولة، ويشكل اعتداء على اختصاصه. وفي المقابل، يبرز اتّجاه آخر يرى أنَّ اللّجوء إلى التّحكيم هو فكرة جديدة وفعّالة لجذب الاستثمارات الأجنبية، كما أنَّه لا يتماشى مع الحجج السّابقة مبرّرين موقفهم هذا بعدم وجود نصّ قانونيّ يرفض فكرة اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الدولية، كما وأنّهم اعتبروا أنَّ هذه العقود لا تقوم دون إدراج شرط التّحكيم فيها.

وانطلاقًا من أهمية الدّور الذي يلعبه التّحكيم في عصرنا هذا، فقد ظهرت العديد من الاتّفاقيات الدّولية والثّنائية الّتي تُعنى بالتّحكيم، كما وجدت مراكز تحكيم كبيرة تلبي كافة الاحتياجات والمتطلبات الّتي تفرضها الحداثة في التّعامل والتّطور[7] كالجمعية الاميركية للتّحكيم American Arbirtration Association، والمحكمة التّحكيمية لغرفة التجارة الدّولية في باريس C.C.I ... كما أنَّ العديد من المراكز التّحكيمية تتواجد في بعض الدّول العربية كمركز القاهرة للتّحكيم التّجاري الدّولي، وافتُتح مؤخرًا مركز للتّحكيم الدّولي في بيت المحامي اللّبناني بتاريخ 2015/6/25 شأنه شأن مراكز التّحكيم الدّولية المنتشرة حول العالم.

أمّا المسألة المستجدة في الموضوع فتتعلق بلجوء العديد من الدّول إلى تطبيق هذا النظام في مجالات عديدة. ففي مجال النّقل، طبقته دول كثيرة مثل الولايات المتحدة الأميريكية والمغرب ومصر. وفي مجال المياه والصّرف الصّحيّ،

---

[6] حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص 3.

[7] سامي منصور، نظرة في التحكيم الدولي، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السابع عشر، ص 6.

طبقته الأردن والصين ومصر. وفي مجال الكهرباء، قامت معظم دول أميركا اللاتينية بتطبيقه، وكذلك مصر وتركيا قامتا بالأمر نفسه.

هذا يعني أن نظام ال BOT قد أثبت نجاحًا في الدّول الّتي أخذت به، ممّا يدعونا إلى تسليط الضّوء عليه لإبراز جوانبه المتعدّدة بغية الاطلاع على تجارب الدول المختلفة للاستفادة منها، ولعل من أبرز الأسباب الّتي ساهمت في اختيار هذا الموضوع هو تطبيق لبنان له، والتّعاقد بشأنه في ظلّ غياب قانون خاص ينظمّه ويحمي أطرافه، ممّا يدفع المشرع اللّبناني إلى إخراج أحكام عقد الالتزام وغيرها من العقود كإجارة الخدمة، وعقد المقاولات من القانون المدني، وإفراد تشريع خاص به تُراعى فيه التّطورات الجارية، فقد ورد التّعاقد بهذا العقد في بعض الجهات الادارية، وفي بعض الشّركات. ومن أبرز المشاريع التّي نفذت وفق نظام ال BOT مشروع تجهيز مرفق مغارة جعيتا السّياحي، واستثماره الذي تمّ بموجب قرار وزير السّياحة الرقم 186 تاريخ 1993/11/18[8]، وهذا ما سنناقشه لاحقًا عند دراسة التّطبيق العملي لهذه العقود.

بناءً على ما تقدم، تتمحور إشكالية البحث حول: ما هي طبيعة عقد ال BOT وتكييفه القانوني؟ وما هي أبرز آثاره القانونية؟

تتفرع عن هذه الاشكالية فرضيات عديدة، أهمها: تحديد النّظام القانونيّ الّذي يحكم هذه العقود، والقواعد القانونية الّتي تنظمها، فما هو مفهوم هذه العقود من الناحية القانونية؟ ومتى نكون بصدد عقد تجاري دولي؟ وما هي أساليب إبرامها وآثارها بالنسبة للاطراف المتعاقدة (حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة)؟ وأخيرًا ما أثر الطّبيعة المختلطة لعقود ال BOT على الجهة الصّالحة لحل النّزاعات؟

وعليه ستتمّ معالجة الموضوع وفقًا للمنهج الوصفي التّحليلي[9]، وذلك سعيًا للوصول إلى دراسة تحسم الطّبيعة القانونية، وتنهي الجدال حول طبيعة هذه العقود، والتفسيرات الفقهية والاجتهادية المختلفة حول هذه المسألة، وذلك عبر التقسيم الثّنائي، حيث يتمحور القسم الأول حول عقد ال BOT عقد مركّب ذو طبيعة خاصة، في حين أنَّ القسم الثاني يتناول أثر التّطبيقات العملية على طبيعة عقد ال BOT.

[8] الياس ناصيف، عقد ال bot، طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 113.

[9] غالب فرحات، المنهجية في العلوم القانونية والسياسية والإدارية، بيروت 2018، ص 100.

القسم الأول: عقد ال BOT عقد مركب ذو طبيعة خاصة

تعتبر مشروعات البنية الأساسية ومنشآتها عصب التّنمية الاقتصادية والاجتماعية في مختلف دول العالم. أمّا وقد أصبحت الحياة المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية، تعجز عنها ميزانيات الدّول وخاصة الدّول النّامية.

من هنا يتبين بأنّ التّعاقد وفقا لنظام ال BOT من قبل الدّول النّامية مع المستثمرين الأجانب يعود إلى رغبة هذه الدول في تحقيق التّنمية الاقتصادية والازدهار بالمجتمع، وتقديم الخدمات الأفضل للمواطنين، وبذلك تدخل عقود ال BOT في دائرة عقود الدّولة في مجال الاستثمار، والّتي يرى فيها البعض[10] أن طبيعتها الخاصة لا ترجع إلى كونها من عقود القانون العام أو عقود القانون الخاص، وإنّما تستمدّ هذه الخصوصية من موضوعها وارتباطها بخطط التنمية في الدّولة المضيفة. وقد اعتبرها جانب من الفقه[11]، أنها من طبيعة مختلطة، وذلك بالنّظر إلى التّطور الّذي عرفه مفهوم العقد نفسه، والّذي انتقل من مجرد اتفاق بين أطرافه إلى أداة من أدوات تحقيق الاستراتيجية الاقتصادية للمجتمع، وظهور شروط جديدة أصبحت تتضمنها تلك العقود، منها شروط إعادة الملاءمة والمراجعة للعلاقة العقدية بمسألة تغير الظّروف الاقتصادية والاجتماعية للعقد، أو بالنّظر من زاوية من يدعو إلى تعميم عقود الدّولة، لاعتبارها ظاهرة عالمية كرستها النّظم القانونية الوطنية[12]، لتندرج حسب البعض ضمن ما يعرف بالعقود العامة التي تتميز بأن المتعاقد يسعى بطريقة غير مباشرة إلى الابتعاد عن مخاطر خضوعه لقواعد القانون العام. في حين أن التّعاقد مع السّلطة العامة يتطلب شروطا عقدية تخوّل المتعاقد بعض الامتيازات الخاصة[13].

إلا أننا عند النّظر إلى طبيعة هذه العقود نجدها عقودًا ذات طبيعة خاصة، كونها عقودًا طويلة الأجل، وتمر بعدة مراحل، وتتكوّن من عدة عقود لتنفيذ مشروع معيّن. كما وأنّها تشتمل على بعض قواعد القانون الإداري وبعض قواعد القانون المدني، وهذه القواعد مجتمعة تشكّل عقودًا ذات طبيعة خاصة. وما يعزّز الطّبيعة الخاصّة لعقود ال BOT أنَّ الدّولة لا تظهر كصاحبة سلطة عامة عند إبرامها لتلك العقود، ممّا يُبعد عنها صفة العقود الإدارية، كما أنّ عدم توفر نصوص قانونية خاصة بعقود ال BOT، وإنّما كل ما ورد هي نصوص متناثرة في القوانين المختلفة، فهذا أيضًا يعطيها

---

[10] محمد بشارة الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 212.

[11] أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 385، ص 386.

[12] F. Brenet, Contrats nominaux et contrats de partenariat, CP– ACCP, n° 54, avril 2006, p. 42.

[13] J. – M. Peyrical, Conciliation entre crédit – bail et domaine public: un débat toujours d´ actualité?, CP– ACCP, n° 54, avril 2006, p. 38.

طابعًا خاصا بها. الأمر الّذي يتطلب منّا البحث في خصوصية عقد ال BOT **(الفصل الأول)**، وطبيعته المركبة **(الفصل الثّاني)**.

الفصل الأول: خصوصية عقد ال BOT

نشأت فكرة عقود ال BOT وتم التّرويج لها لخدمة الدول النّامية وتنميتها، حيثُ أصبحت هذه الدّول تهتم بالمشاريع الّتي تنشأ وفق هذا النّظام لتحقيق التّنمية الإقتصادية فيها، وتحسين بناها التّحتية.

يعتبر عقد ال BOT من أكثر العقود تشعبًا وتعقيدًا، وذلك نظرًا لما يطرحه من جملة نقاط قانونية ممّا يستدعي الوقوف عند تفاصيله لتحديد طبيعته، وبيان كافة جوانبه القانونية.

وللإحاطة بالجوانب القانونية لعقد ال BOT لا بدّ من الإضاءة على الطّبيعة المختلطة الّتي يطرحها التّطبيق العملي لهذه العقود، فيبدو تارةً من فئة عقود القانون الخاص لكونه يتّسم بالصّفة التّجارية، وتارةً أخرى تنطبق عليه معايير العقود الإدارية على اعتبار أنَّه يهدف إلى إنشاء وتسيير مرفق عام، فضلًا عن أن الدّولة أو أحد أجهزتها العامة طرفًا أساسيًّا فيه. ناهيك عن أن الصّفة الدّولية الملازمة في الغالب لهذا النّوع من العقود، قد جعلت من عقد ال BOT عقدًا يحمل ميزة أساسية ينفرد بها عن غيره من العقود المشابهة تجعل منه عقدًا دوليًا.

وإذا كانت التّطبيقات العملية لعقد ال BOT قد جعلت منه عقدًا مختلطًا في طبيعته، فإنّ ذلك يطرح عدة تساؤلات: هل يمكن تصنيف هذا العقد ضمن عقود التجارة الدّولية، بالرّغم من وجود الدّولة أو أحد أجهزتها طرفًا فيه؟

وعليه، ومن أجل الإجابة عن كلّ هذه التّساؤلات، ومعرفة الطّبيعة القانونية لعقود ال BOT، فلا بدّ من دراسة التّكييف القانوني لعقد ال BOT **(المبحث الأول)**، ومن ثمّ تناول مراحل تطبيق عقد ال BOT، إضافة إلى دور القطاعيين العام والخاص في تنفيذه **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: التّكييف القانوني لعقد ال BOT

ليس من السّهل تكييف وتصنيف عقد ال BOT، لأنّه بطبيعته عقد متشعّب ومعقّد، ويستدعي ذلك الوقوف عند تفاصيله لتحديد طبيعته.

إنّ الطّبيعة المركبة لعقود ال BOT، وتشابك علاقاتها بمجموعة من العلاقات والارتباطات الوظيفية والتّنظيمية، وهي علاقات تقوم على توازن المصالح، وتكامل الأدوار، واحترام كل طرف لتعهداته والتزاماته وواجباته. كما وأنّ تعدّد أطراف هذه العقود بدءًا من الحكومة المضيفة والمقاول الاصلي، والمقاول أو المتعاقد من الباطن، والخبراء والاستشاريين والممولين، وشركات التأمين، وغير ذلك من العلاقات، كلّ ذلك أدّى إلى الخلط والتّضارب في تحديد طبيعة هذه العقود.

لذا فإنّ أهمية التّكييف القانوني لعقد ال BOT تكمن في تحديد القواعد الّتي يخضع لها، والجهة القضائية صاحبة الاختصاص في النّزاعات النّاشئة عنه والّتي تأتي في معرض تنفيذه. ولتكييف عقد ال BOT لابدّ من تحديد طبيعة العقد، فإذا كان العقد من فئة العقود الإدارية يخضع عندها لقواعد القانون العام، ويختصّ بنظر المنازعات النّاشئة عن تطبيقه القضاء الإداري، أمّا إذا كان العقد من فئة العقود التجارية فيخضع لأحكام القانون العادي ولاختصاص القضاء العدلي.

وبناء على ذلك، سنتناول مفهوم عقود ال BOT، وتشابهها مع العقود الإدارية من جهة، **(المطلب الأول)**، والشّبه مع العقود التّجارية من جهةٍ أخرى **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: عقد ال BOT عقد ذو وجه إداري

تعتبر عقود الBOT من أكثر العقود حداثةً حيثُ تمَّ التّعامل بها في العديد من دول العالم وأبرزها لبنان، فمصطلح ال BOT يمثل الأحرف الأولى لمصطلحات إنكليزية ثلاثة: Build ويعني البناء، Operate ويعني التّشغيل والإدارة، Transfer ويعني التّحويل، ونقل الملكية. وقد اشتهر استخدام هذه المصطلحات الإنكليزية في اللّغة القانونية للفقه تعبيرًا عن عقد البوت وهو ما جرى الفقه الفرنسي على استخدامه[14].

من خلال التّعريفات السّابقة لعقد ال BOT، نلاحظ أنّ الغاية من اعتماد هذا العقد هي الإفادة من موارد القطاع الخاص لإنشاء البنى التّحتية دون الحاجة إلى تحميل موازنة الدّولة هذه الأعباء المالية أو دون الحاجة إلى الدّين العام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ اللّجوء إلى أسلوب ال BOT يساعد على اجتذاب رؤوس الأموال الأجنبية للإفادة من فرص استثمارية تكاد تندر في الدّول الصّناعية، ممّا يساعد الدّولة المضيفة للاستثمار على الوصول إلى تقنيات ومهارات

[14] غسان رباح، دراسة حول مفهوم البوت في إدارة المرفق العام وطرق حل النزاعات الناشئة عنها، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأربعون، سنة 2006 ص 49.

غير متوفرة محليًا. وبالتّالي فإنّ عقد ال BOT بطبيعته عقد مختلط يعتمد على القطاع الخاص من أجل تطوير القطاع العام.

ويبرز التّشابه الواضح بين عقد ال BOT والعديد من العقود الإدارية، خاصةً لجهة انطباق معايير العقود الإدارية عليه، على اعتبار أنّه يهدف إلى إنشاء وتسيير مرفق عام، فضلًا عن أنّ الدّولة أو أحد أجهزتها العامة طرف أساسيّ في العقد. وعليه لابدّ من تحديد مفهوم العقود الإدارية **(الفقرة الأولى)**، ومن ثمّ كيفية اعتبار عقود ال BOT قوام العقود الادارية **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: مفهوم العقد الإداري

تتمتع الإدارة بسلطة اتّخاذ القرارات النّافذة بمشيئتها المنفردة، كما تستطيع اللّجوء إلى طريقة التّعاقد مع الغير في سبيل تحقيق هدف معين. وهذا الغير إمّا أن يكون شخصًا من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص. بالتّالي فإنّ العقد الّذي تجريه الإدارة يمكن أن يكون عقدًا إداريًا، كما يمكن أن يكون عقدًا مدنيًا. ونظرًا لاعتبار البعض أن عقود ال BOT من قبيل العقود الإدارية فكان لا بدّ من اللّجوء لتعريف العقد الإداري، وتبيان أبرز خصائصه ومعاييره من أجل معرفة أي قانون يطبق على عقود ال BOT: القانون العام أو القانون الخاص.

عند تمييز العقود العامة عن العقود الخاصة لا بدّ من الإشارة إلى الاجتهاد التقليدي الّذي أعطى الحكومة فرصة اللّجوء إلى العقود الإدارية بدلاً من العقود الخاصة، وذلك بتضمينها شرطًا أو شروطًا غير مألوفة في عقود القانون الخاص. وهذا ما أشار إليه القرار رقم 171 الصّادر عن مجلس شورى الدّولة اللّبناني بتاريخ 93/12/14 الّذي اعتبر بأنّ العقد يكون عقدًا إداريًا إذا كان العقد المبرم مع شخص معنوي عام لحاجات تسيير مرفق عام يتضمن بنودًا غير مألوفة[15]. يعتبر هذا القرار نتيجة حتمية لمبدأ حرية تعاقد الأشخاص العامة. ونظرًا لحرية الإدارة في اختيار نوعية عقودها فإنّها تخضع لمعايير واضحة نسبيًا، بحيث تسمح بتمييز العقد الإداري عن العقد المدني. غير أنَّ معيار البند الخارق أو تضمين العقد بنودًا غير مألوفة لم يعد كافٍ بحد ذاته لاعتبار العقد عقدًا إداريًّا وهذا ما سنتكلم عنه لاحقًا.

ولعلَّ من أهم معايير العقد الاداري الّتي يتمّ عادة اعتمادها: المعيار العضوي والمعيار المادي، حيث يقصد بالمعيار العضوي ذلك المعيار المتعلق بصفة المتعاقدين. أمّا المعيار المادي فهو ذلك المعيار الّذي أخذ بعين الاعتبار محتوى وظروف العقد. و بموجب المعيار العضوي لهذا العقد فيكون العقد إداريًا إذا كان أحد أطرافه شخصًا معنويًا عامًا، فيصبح

[15] إن العقد المبرم مع شخص معنوي عام لحاجات تسيير مرفق عام عندما يتضمن بنودًا غير مألوفة في القانون الخاص يكون عقدًا إداريًا. للتوسع يرجى مراجعة قرار مجلس شورى الدولة رقم 171، تاريخ 93/12/14، كوستا إيجنيس إنك/ الدولة، مجلة القضاء الإداري 1995 ص 176.

من البديهي القول بأن الصّفة الإدارية تعطى للعقد الّذي يكون أحد طرفيه شخصًا معنويًا من أشخاص القانون العام. ولا يغيّر من هذا الواقع تحوّل هذا الشّخص بعد إبرام العقد إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، فالعبرة دائمًا ترجع إلى وقت إبرام العقد. وبالتّالي لا يمكن إضفاء الصّفة الإدارية على عقد أبرم بين أشخاص من القانون الخاص.

وبالعودة للقرار التّمييزي رقم 48 الصادر بتاريخ 11 أيار 1967 يتبين بأنّ الإدارة قد تتمثل في بعض الأحيان في العقد كفريق مثل باقي الفرقاء وكأي شخص عادي، ويكون العقد نتيجة لذلك عقدًا مدنيًا، وهذا ما جرى في عقد مقاسمة عقار مع البلدية، وتعاقد الإدارة مع محامٍ ليترافع عنها أمام المحاكم[16].

ومن جهة أخرى، لا بدّ من توافر المعيار المادي الّذي استخلصه القانون، والاجتهاد إلى جانب المعيار العضوي للقول بوجود عقد إداري.

تعتبر بعض العقود ذات المواضيع الخاصة عقودًا إدارية بتحديد من القانون، وتتمثل بتلك المتعلقة بمسألة تنفيذ الأشغال العامة، وهذا ما تبين بالقرار رقم 518 الصادر عن مجلس شورى الدولة بتاريخ 96/5/7، حيث اعتبر بأنَّه عندما يرمي العقد إلى تقديم خدمات عامة فإنه يأخذ صفتها وتكييفها مع ما يترتب على ذلك من نتائج، وذلك عملا بالمفعول الجاذب للأشغال العامة[17]. كما أن هناك العقود المتعلقة بإشغال الملك العام فبالعودة للقرار رقم 494 الصّادر عن مجلس شورى الدّولة بتاريخ 95/4/4، يتبيّن بأن إذا ثبت بأنّ العقار الّذي تشغله شركة يدخل ضمن الأملاك العامة فإن النَّظر بالمنازعات النّاشئة عن هذا الاشغال يدخل في صلاحية مجلس شورى الدولة[18]، كما العقود والصفقات والالتزامات التي تقوم بإجرائها الإدارات العامة والدوائر الادارية في المجالس النيابية[19]، فإنّها أيضا تعتبر من قبيل العقود الإدارية.

---

[16] حتى إن الإدارة قد تتمثل في بعض الأحيان في العقد كفريق مثل باقي الفرقاء وكأي شخص عادي، ويكون العقد نتيجة لذلك عقدًا مدنيًا.
للتوسع يرجى مراجعة قرار مجلس شورى الدولة، بتاريخ 1965/5/19 ، ناصيف/ الدولة، المجموعة الادارية، 1965، ص 103.

[17] إذ أنه عندما يرمي العقد إلى تقديم خدمات تؤول إلى تنفيذ أشغال عامة فإنه يأخذ صفتها وتكييفها مع ما تترتب على ذلك من نتائج، وذلك عملًا بالمفعول الجاذب للأشغال العامة.
للتوسع يرجى مراجعة قرار مجلس شورى الدولة، رقم 518، بتاريخ 1996/5/7، المهندس جان صفا/الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1997، ص 597، هذا مع العلم أن المعيار العضوي يبقى ضروريًا لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وإلا سنكون إزاء عقد خاص.

[18] قرار مجلس شورى الدولة، رقم 494، بتاريخ 95/4/4، كهرباء لبنان /الشركة الأهلية للهندسة والتجارة، مجلة القضاء الاداري، 1996، ص447.

[19] المادة 61 من قانون مجلس شورى الدولة النص السابق للمادة:
تاريخ بدء العمل : 1975/06/14 تاريخ انتهاء النفاذ : 2000/05/31
ينظر مجلس شورى الدولة على الاخص :
1- في طلبات التعويض عن الاضرار التي تقع بسبب الاشغال العامة او تنفيذ المصالح العامة او الاضرار الناجمة عن سير العمل الاداري في المجلس النيابي.

يكون العقد إداريًا عندما يكون موضوعه تنفيذ مرفق عام، إلا أنّه فيما بعد تمّ التّراجع عن هذه الفكرة، واعتبر العقد إداريًا إذا تضمّن بنودًا خارقة أي غير مألوفة في القانون الخاص. لكن تهميش مفهوم المرفق العام لم يدم طويلًا، إذ سرعان ما عاد إلى الظّهور نهائيًا، وقد سلك الاجتهاد اللّبناني هذا المسار مُصدرًا قرارات عديدة في هذا الإطار[20].

من هنا يتبين بأنَّ العقد يكون إداريًّا عندما يتمثل موضوعه بإشراك المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ المرفق العام. وهذا يسمح بإعطاء الصّفة الإدارية للعقود الّتي تعهد بموجبها الإدارة إلى المتعاقد معها بمهمّة تنفيذ كلي أو جزئي. وقد طبّق الاجتهاد اللّبناني هذا الأمر حينما اعتبر أن مدرسة الأباء الأنطونيين في بعبدا قد شاركت فعليًا، وبطريقة شخصية ومباشرة في إدارة وتنفيذ المرفق العام الّذي كان يهدف إلى تأمين الإقامة والطّعام والملاعب والمكاتب والسّاحات للمشاركين في الدّورة العربية[21].

2- في القضايا الادارية المتعلقة بعقود او صفقات او التزامات او امتيازات إدارية اجرتها الإدارات العامة او الدوائر الإدارية في المجلس النيابي لتأمين سير المصالح
العامة.

3- في قضايا الضرائب المباشرة.

4- في قضايا الضرائب غير المباشرة خلافا لاي نص اخر.

5- في قضايا الموظفين والمنازعات الفردية المتعلقة بموظفي المجلس النيابي.

6- في القضايا المتعلقة باشغال الأملاك العامة.

7- في القضايا التي ترجع فيها السلطة الادارية على الموظفين في حال ارتكابهم خطأ كان سببا للحكم عليها.

تخرج عن اختصاص القضاء الإداري طلبات التعويض عن الاضرار الناجمة عن حوادث المركبات وتنظر فيها المحاكم العدلية.

(عدلت بموجب 2000/227) " تنظر المحاكم الادارية في الدرجة على الأخص:

1 – في طلبات التعويض عن الأضرار التي تقع بسبب الاشغال العامة او تنفيذ المصالح العامة او الأضرار الناتجة عن سير العمل الإداري في المجلس النيابي.

2 – في القضايا الإدارية المتعلقة بعقود او صفقات او التزامات او امتيازات إدارية اجرتها الإدارات العامة او الدوائر الادارية في المجلس النيابي لتأمين سير المصالح العامة.

3 – في قضايا الموظفين والمنازعات الفردية المتعلقة بموظفي المجلس النيابي.

4 – في القضايا المتعلقة باشغال الاملاك العامة.

5 – في القضايا التي ترجع فيها السلطة الادارية على الموظفين في حال ارتكابهم خطأ كان سببا للحكم عليها.

6 – في قضايا الضرائب والرسوم المباشرة وغير المباشرة خلافا لاي نص اخر عام او خاص.

– تخرج عن اختصاص القضاء الاداري طلبات التعويض عن الاضرار الناجمة عن حوادث المركبات وتنظر فيها المحاكم العدلية.

[20] قرار مجلس شورى الدولة، بتاريخ 1970/12/30، علي حسين/الدولة، المجموعة الادارية، 1971.

– قرار مجلس شورى الدولة رقم 38، بتاريخ 1986/2/28، مدرسة الاباء الأنطونيين/ الدولة، المجموعة الادارية، 1987_ 1988 ص54.

– قرار مجلس شورى الدولة رقم 86، بتاريخ 1986/4/24، جوزيف عكر/الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1987– 1988، ص 111.

[21] قرار مجلس شورى الدولة، رقم 38، تاريخ 1986/2/28 السالف الذكر.

يستفاد من هذه الاجتهادات أنّه لكي يكون العقد إداريا، ينبغي أن تكون مشاركة المتعاقد مباشرة وفعلية وشخصية مع الإدارة في تنفيذ المرفق العام، وهادفة إلى حسن سير العمل في هذا المرفق.

أمّا بالنسبة لمعيار البند الخارق فيكون العقد إداريا عندما يشتمل على عدة بنود غير مألوفة. وقد شدّد الاجتهاد اللّبناني على أن العقد المبرم، مع شخص معنوي عام لتسيير مرفق عام عندما يتضمن بنودًا غير مألوفة في عقد ما، إذا لم يرق أي منها منفردًا إلى مرتبة البند الخارق بالدّرجة والوضوح. فإنَّ تظافر هذه البنود بشكل يرجح وظيفة الإدارة المتعاقدة، من حيث الضّمانات والحقوق المقررة لها في العقد، وهذا من شأنه أن يضفي على العقد الصّفة الإدارية[22].

إنّ مسألة اكتشاف البند الخارق تدفع بنا إلى تحليل محتوى العقد وليس ظروف انعقاده، فهو الّذي يتيح للإدارة وللمتعاقد معها حرية تحديد طابع العقد إداريًا كان أم خاصًا، بحسب قرارهما بإدراج بنود خارقة أم لا في هذا العقد. إلا أن الجميع متفق اليوم على عدم تصور جوازها في القانون الخاص. ومن الأمثلة على الشّروط الاستثنائية الّتي تعطي الفرصة للشّخص العام لفرض شروطه في العقد: أن تعطي الإدارة لنفسها الحقّ في تعديل العقد وشروطه في أي وقت[23] أو الحقّ في فرض جزاءات على المتعاقد في بعض الحالات، خصوصا أن دفتر الشّروط قد يعطي للإدارة حقّ فرض غرامة التّأخير بمجرد تحقّقه، ومن دون حاجة إلى الإنذار أو أي معاملة أخرى، وهذا ما ورد في القرار رقم 164 الصّادر عن مجلس شورى الدّولة بتاريخ 95/12/14[24]، أو الشّرط الّذي يسمح للإدارة بمراقبة النّتائج المالية للمشاريع أو الحق في فسخ العقد بدون تعويض.

كما أنه من الممكن أن تتمثل الشّروط الاستثنائية في حقوق "غير مألوفة" لمصلحة المتعاقد مع الإدارة، كأن تعطيه الإدارة الحقّ في تحصيل رسوم من المنتفعين أو الحقّ في الاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة. في هذا الإطار يتبيّن أن الاجتهاد اللّبناني اعتبر البند الخارق شرطًا من شروط العقد الإداري، إلا أنَّه اشترط أيضا أن يكون أحد طرفي العقد شخصًا من أشخاص الحق العام، وأن يكون موضوعه أو هدفه المصلحة العامة[25].

بالنّسبة للبند الخارق لا بد من إلقاء الضَّوء على القرّار الَّذي أصدرته محكمة حلّ الخلافات في فرنسا[26](Tribunal des conflicts)، وهي الّتي تنظر بتحديد الصّلاحية للنظر في النّزاع إذا كان لصالح القضاء العدلي أم القضاء الإداري. حيثُ اعتبرت المحكمة في قرارها أنَّ البند الخارق لم يعد معيارًا كافيًّا لإضفاء الطَّبيعة الإدارية على العقد

"Une clause exorbitante du droit commun ne vaut pas qualification de contrat administratif".

---

[22] قرار مجلس شورى الدولة رقم 171، بتاريخ 93/12/14، كوستا إنك /الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1995.

[23] قرار مجلس شورى الدولة رقم 748، بتاريخ 93/9/12، شركة أبناء عبد القادر غندور/الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1997،ص 190.

[24] قرار مجلس شورى الدولة رقم 164، بتاريخ 95/12/14، جوزيف أيوب/الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1997،ص 37.

[25] قرار مجلس شورى الدولة رقم 495، بتاريخ 97/4/22، ليلى كامل/ الدولة، وزارة التربية، مجلة القضاء الاداري، 1998،ص 442.

[26] MARIAPPA Nathalie, commentaire d'arrêt du Tribunal des conflits du 2 Nov.2020, req.n4196.Dalloz actualité 9.nov.2020.

كما أضافت المحكمة بأنَّ هناك عدّة معايير غير البند الخارق يجب اعتمادها لاعتبار العقد عقدًا إداريًا، ومن أبرز هذه المعايير: أولًا موضوع العقد، ثانيًا أطراف العقد، وثالثًا طبيعة بنود هذا العقد.

بعد تعريف العقد الإداري، وتبيان أبرز معاييره يبقى السّؤال: هل استجمعت عقود ال BOT مختلف معايير العقد الإداري بحيث يمكن اعتبارها من قبيل العقود الإدارية؟ وبالتالي تأييد الرّأي القائل بأن عقود ال BOT هي عبارة عن عقود إدارية؟

الفقرة الثانية :عقد ال BOT قوام العقود الإدارية

تعتبر عقود ال BOT من أبرز وأحدث العقود الدّولية التي برزت على السّاحة الآن، هذا ما يجعلنا نتحدث عن طبيعة هذا العقد نظرًا للإشكاليات الّتي تطرحها طبيعته المختلطة وتطبيقاته العملية. وبالرّغم من أنّ عقود ال BOT من عقود الاستثمار الّتي تبرمها الّدولة إلا أنها تعدّ من قبيل العقود الإدارية من حيث كون السّلطة العامة طرفًا فيها.

يتبين ممَا سبق بأن الجهة الإدارية تباشر عملها بطريقتين: إمّا عن طريق الإرادة المنفردة، وذلك بإصدار قرارات إدارية تفرض تغييرًا على الأوضاع القانونية، ولكنها لا تعتبر صحيحة ما لم تحترم فيه الإدارة بعض الأصول الشكلية الّتي حددها النّصّ أو الاجتهاد[27]، والّتي يتطلب انسجامها مع الاحكام والمبادىء القانونية حتى لا تضطر الإدارة إلى استردادها أو سحبها أو إلغائها، وذلك من أجل تصويب المسار الإداري.

أمّا العمل الثاني للإدارة فهو طريق التّوافق بين إرادتين وذلك من أجل إحداث أثر قانوني معين، عن طريق التعاقد، الّتي قد تكون عقودًا مدنية أو عقودًا إدارية أو عقودًا دولية.

ومن أهمّ العقود الّتي أتت في مقدمة العقود الإدارية عقود الأشغال العامة، ولو أنها أصبحت تتراجع في أهميتها كعقود داخلية عن طريق تحويلها في الآونة الآخيرة إلى عقود دولية، حتّمتها الظّروف الاقتصادية الحديثة الّتي طرأت على السّاحة الدّولية، في ظلّ سياسات وبرامج التشجيع للاستثمار، وخصخصة هياكل القطاع العام، بغية الوصول إلى نهضة اقتصادية شاملة من خلال مشروعات كبرى، تنهض بشعوب الدّول النّامية، الأمر الذي خلق اختلافات وتناقضات في تحديد ماهية هذه العقود الدولية وتصنيفها، وتحديد طبيعتها، وتسوية منازعاتها.

واستنادا إلى تعريف العقد الإداري الذي بيناه سابقا، يتبين بأن عقد ال BOT هو عقد إداري نظرًا لطبيعته وذلك لأنَّ الإدارة طرف فيه، وهو أيضا يتصل بنشاط مرفق عام. وما يؤكد الطّبيعة الإدارية لهذه العقود هو اقترابها من عقود التزام المرافق العامة، فما من شك أن عقد الالتزام يعتبر أهم العقود الإدارية، وهو عقد إداري بطبيعته متى كانت الإدارة طرفًا فيه، واتصل بنشاط مرفق عام.

---

[27] جورج سعد، القانون الاداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 167.

يتّضح ممّا تقدّم بأن معظم فقهاء القانون العام أكدوا على الطّبيعة الإدارية للقول بالطّبيعة الإدارية لعقود ال BOT، مستندين لعدد من الحجج والأسانيد الّتي تثبت الانتماء الإداري لهذه العقود. ولعلَّ الدَّافع الرّئيسي للتّصنيف الإداري لعقود الBOT هو توافر شروط العقد الإداري واستجماع أركانه التّالية:

أولًا، وجود الشَّخص العام كطرف في العقد:

بما أنّ غالبية عقود ال BOT تتضمن من جهة: الدّولة أو إحدى مؤسّساتها كطرف في العقد، وتعتبر الطّرف الأساسي فيه. ومن جهة أخرى فإنّ الطّرف الآخر غالبًا ما يكون طرفًا أجنبيًا. لذلك يمكن اعتبار العقود المبرمة بين الدّولة والطّرف الأجنبي من فئة العقود الإدارية لما تتمتع به من خصائص تجعلها تقترب من فكرة العقود الإدارية، وذلك لأنّ عقود الدّولة هي الّتي تبرمها سلطة عامة من أجل تحقيق مصلحة عامة.

وبالتّالي فإنّ الدّولة سواء أبرمت العقد مع المستثمر على نحو مباشر، أو بواسطة أحد أجهزتها، فإنّها تتمتع بصفتين في آنٍ معًا: صفتها كمتعاقد من جهة، وصفتها كسلطة عامة من جهة أخرى، ذلك بوصفها السّلطة الرّقابية على الاستثمارات الواقعة على أرضها، ممّا يسبغ على هذه العقود الّتي تكون الدّولة طرفا رئيسيًا فيها صفة العقود الإدارية.

ثانيًا، العقد يتناول تسيير مرفق عام:

تبرم عقود ال BOT من أجل إقامة وتشغيل مرفق عام أي تشغيل البنية التّحتية للطّرق والجسور، وتشغيل مرفق توزيع الطاقة... وهذه المجالات تشكل كلها مرافق عامة. فكلّ مشروع يستهدف تنظيم وتسيير مرفق عام لا يعتبر سوى أنه عقد ذو طابع إداري.

مع العلم أن الاجتهاد اللّبناني لم ينشىء قاعدة موحدة تتعلق بالمعايير الّتي يجب توافرها لإضفاء الصّفة الإدارية على العقود، بل إنّ القرارات الصّادرة عن القضاء اللّبناني تباينت بين منحنيين، فقد ذهب مجلس شورى الدّولة في بعض قراراته[28] إلى اعتبار أحد المعايير المميزة للعقد الإداري كافيًا لإسباغ الصّفة الإدارية.

كما أنّ مجلس شورى الدّولة اعتمد في قرارات أخرى[29] على ضرورة توفر المعياريين المادي والعضوي مجتمعيْن لإضفاء الصّفة الإدارية على العقود المبرمة مع الدّولة اللّبنانية أو أحد أشخاصها العامة. كما أنّ الاجتهاد اللّبناني أكّد على ضرورة توافر المعيارين المادي والعضوي معًا لاعتبار العقد من العقود الإدارية، إذ إنّه لا يمكن أن يؤخذ فقط بصفة المتعاقدين في العقد وقت إبرامه، بل يجب أيضًا الأخذ بعين الاعتبار محتوى وظروف العقد.

---

[28] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، بتاريخ 6 تموز 2004، كهرباء عاليه- سوق الغرب /الدولة اللبنانية، مجلة القضاء الإداري، 2007 رقم2 ص 1410.

- قرار مجلس شورى الدولة رقم 702 و 703 ، بتاريخ 14 حزيران 2004، مجلة القضاء الإداري 2007، رقم 2ص 1314.

[29] قرار مجلس شورى الدولة رقم 485، بتاريخ 20 أذار 2004، غطاس / شركة كهرباء لبنان، مجلة القضاء الإداري، 2007، رقم 2 ص 912.

- قرار مجلس شورى الدولة رقم 495، بتاريخ 22 نيسان 1997، ليلى كامل/ وزارة التربية، مجلة القضاء الإداري، 1998 ص 442.

ثالثًا، يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص:

وبالرّغم من استمرار الاجتهاد اللّبناني في الإشارة إلى معيار ارتباط العقد بالمرفق العام لإضفاء الصّفة الإدارية عليه[30]، إلا أنه بات يتجنب اعتبار هذا المعيار كافيًا بحدّ ذاته لإضفاء الصّفة الإدارية على العقد. وهذا ما ذهبت إليه قرارات مجلس شورى الدّولة اللّبناني[31] الّتي أضافت معيار البنود الخارقة إلى معيار المرفق العام[32]، غير أنَّ اعتبرت محكمة حلّ الخلافات في فرنسا في قرّار أصدِرَ مؤخرًا أن البند الخارق ليس كاف بحد ذاته لاعتبار العقد عقدا إداريا وهذا ما أوضحناه سابقًا.

على هذا الأساس، ما دامت الإدارة طرفًا في العقد، ويرمي العقد إلى إنشاء مرفق عام، وكل عقد يستجمع هذين الشَّرطين يعتبر حتمًا من قبيل العقود الإدارية، ويكون مجلس شورى الدّولة هو المختص للنّظر في المنازعات النّاشئة عنه.

بالنّسبة لعقد ال BOT كان رأي الاجتهاد اللّبناني واضحًا[33]، إذ أنَّه اعتبره عقدًا إداريًا، وبأنّ القضاء الإداري هو المرجع الصّالح للنّظر في المنازعات النّاشئة عنه، حيث جاء في القرار رقم 639 بتاريخ 2001/7/17 باعتبار هذه المراجعة داخلة حتمًا في اختصاص مجلس شورى الدّولة، تمّ اعتبار العقد موضوع المراجعة عقد امتياز لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة، مُنح وفق أحكام المادة 85 من الدّستور. إن تسمية العقد الإنكلوساكسونية BOT (BUILD,OPERATE,TRANSFER) لا يؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد امتياز لأن هذه العناصر الّتي يتضمنها: البناء والاستثمار ونقل الملكية إلى الدولة عند نهاية العقد، هي ذاتها العناصر الّتي يتضمنها عقد الامتياز وفق التّعريف المحدد في المادة 69 من الدستور الّذي منح استغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطّبيعية أو مصلحة ذات منفعة عامة أو احتكار إلى زمن محدد.

كما أكد القضاء اللّبناني في القرار موضوع الدّراسة رقم 639 على صلاحية مجلس شورى الدّولة للنّظر في النّزاع، وهذا ما استمدّ أصلا من الدّستور، إذ اعتبر أنّ العبرة في عقد الامتياز هي لطبيعة العقد وأركانه.

وبما أن المادة 61 من نظام المجلس تنصّ صراحة على اختصاصه للنّظر في القضايا الإدارية المتعلقة بعقود أو صفقات أو التزامات أو امتيازات إدارية، أجرتها الإدارات العامة أو الدّوائر الإدارية في المجلس النّيابي لتأمين سير المصالح العامة. وهذا ما استقرّ عليه الاجتهاد اللّبناني منذ زمن بعيد كما ذكرنا سابقا، والّذي يؤكّد ما حسمه الاجتهاد اللّبناني حول طبيعة هذا العقد هو ما استند إليه في القرار موضوع الدّراسة حيث شدد على مبدأ منع التّحكيم في العقود الإدارية وهو المبدأ الرّاسخ في العلم والاجتهاد الاداريين، وقد استقرّ عليه اجتهاد مجلس الشّورى الفرنسي.

---

30 ادوار عيد،رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة ، دار النشر غير مذكور، 1973، ص 61.

31 قرار مجلس شورى الدولة، رقم 481، تاريخ 29 آذار 2004، شاهين/ الدولة اللبنانية، مجلة القضاء الإداري، 2007 رقم 2 ص 904.

32 فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، مراقبة العمل الإداري، بيروت 2012، ص:470.

33 قرار رقم 638 تاريخ 2001/7/17، الدولة/ شركة ليبانسيل ورقم 639 تاريخ 2001/7/17، الدولة / شركة FTML، مجلة القضاء الاداري، 2004، ص 1009.

وإضافة إلى القواعد القانونية الّتي جعلت من عقد ال BOT عقدًا مشابهًا للعقود الإدارية في طبيعته، فهناك قواعد قانونية أخرى، يستمدّ من خلالها مميزات مهمة تضاف إلى ما سبقها تجعله يتشابه مع العقود التّجارية، وهذا ما سنبحثه في المطلب الثّاني.

المطلب الثّاني: عقد ال BOT عقد ذو طبيعة خاصة

إنّ صعوبة بيان ماهية عقد ال BOT تكمن في إمكانية وضع قاعدة عامّة لتصنيفه كعقد إداري أو كعقد من عقود القانون الخاص فيخضع عندها لأحكام القانون المدني والتّجاري، وهذا ما يستتبع فحص كل عقد على حدة، ووضعه تحت النّظام القانوني الّذي يحكمه، إذ أنّ النّتائج تختلف من حالة لأخرى، ومن مشروع لآخر.

ونظرًا لإمكانية اختلاف طبيعة العلاقة بين شركة المشروع والسّلطة المتعاقدة معها، وعلى الرّغم من اعتبار البعض بأنّ عقد ال BOT هو عقد إداري محض لاستجماعه العناصر الّتي توكّد على طبيعته الإدارية، وهذا ما بيّناه سابقًا. إلا أنّنا لا يمكننا تهميش الطّابع التّجاري الّذي يتميز به هذا العقد، بحيثُ يعتبر عقد من عقود القانون الخاص خاضع للقانون التّجاري[34].

ومن أجل استخلاص الخصوصية الّتي يتّصف بها عقد ال BOT عن غيره من العقود المشابهة له، ونظرًا للتّطبيق العملي لهذه العقود، لا بدّ من البحث بتشابه هذا العقد مع العقود التّجارية من جهة **(الفقرة الأولى)**، ومع عقود التّجارة الدّولية من جهة أخرى **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: عقد ال BOT عقد ذو طابع تجاري

لكي يتّصف عقد ال BOT بالصّفة التّجارية، لا بدّ من النّظر لشخصية المتعاقدين في هذه العقود، حيثُ يتبين بأنّ أحد أطراف هذا العقد هو شركة خاصة ولها كيان خاص بها (أولًا)، إضافة إلى عدم توافر شروط العقد الإداري الّتي سبق وذكرناها، والتي تسبغ الصّفة الإدارية على العقد (ثانيًا).

أولاً: الشّركة المتعاقدة شركة خاصّة لها كيان خاص

يتمثل عقد ال BOT بتعاقد طرفين في العقد، وهما الدّولة أو أحد أجهزتها من جهة، وشركة خاصة لها كيان خاص بها من جهةٍ أخرى.

تعتبر هذه الشّركات الّتي تقوم بإدارة مرفق عام خاضعة لأحكام القانون التجاري، وتعتبر أموالها أموالا خاصّة، كما أنّ عمالها يخضعون لنظام العاملين في القطاع الخاص.

من خلال التّطبيق العملي لهذه العقود، يتبين بأنه يتم التّعاقد مع شركات خاصة، وغالبًا ما تكون شركات أجنبية، تقوم بتسيير مرفق عام وتشغيله لمدة معينة، كما هو متفق في العقد بين المتعاقدين.

---

[34] محمد بشارة الأسعد، عقود الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006 ص 212.

وعند إعطاء هذه الشّركة أو الكيان حقّ تشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة، ينجز العديد من الأرباح الّتي تعود عليه من جرّاء ممارسة تجارته، وهنا يظهر بشكل واضح الطّابع التّجاري لهذا العقد خاصة من خلال مراحل تنفيذه.

لذا فإنّ الشّركة المتعاقدة مع الدولة أو أحد أجهزتها تخضع بتكوينها لقواعد القانون التّجاري كما تخضع لذات القواعد في انقضائها، أي أنّها تخضع للقواعد الخاصة بانقضاء الشّركات الواردة في قانون الشّركات التّجارية، كالحكم بالبطلان، وحلّ الشّركة بقوة القانون أو بحكم قضائي أو باتفاق الشّركاء على حلها أو دمجها.

ولذلك لا يمكن اعتبار عقد ال BOT عقدًا إداريًّا محضًا لمجرد توافر الدّولة طرفًا فيه، نظرًا للدّور المهم الّذي تلعبه الشّركات الخاصة لتنفيذ هذه العقود، إذ أنّ عقد ال BOT لا يقوم من دون هذه الشّركات، فهي الّتي تقوم بتسيير وتنفيذ هذا العقد، كما أنّ الدّولة تنزل منزلة الأفراد العاديين عند التّعاقد بمقتضى هذه العقود، لأنّها بحاجة ماسّة لهذا النّوع من الخدمات ممّا يعود عليها بالعديد من الإيجابيات والّتي سنبيّنها لاحقًا. فإذا كان الهدف الأساسي لعقد ال BOT هو تطوير البنى التّحتية، وذلك من خلال اللّجوء إلى شركات استثمارية تجارية خاصة في الدّول النّامية، الأمر الّذي يجعل الطّرف التّجاري هو الطّرف الأهم في العقد، فهو الّذي يقوم بالإنشاء والاستثمار، ممّا يسبغ الصّفة التّجارية عليه، وينفي وجود الشّروط الاستثنائية الّتي تعتبر المعيار الأساسي، وتصف العقد بالعقد الإداري.

ثانيًا: عدم توافر شروط العقد الإداري في عقود ال **BOT**

إن التّعاقد بنظام ال BOT يستلزم تدخّلًا إيجابيًا من قبل الدّولة في ظلّ الآلية الاقتصادية الّتي تحدد المشروع ومواصفاته، وذلك في ضوء احتياجاتها المالية والاقتصادية، حيثُ إنه يعدّ نظامًا تلجأ إليه الدّولة عند حاجتها إلى التمويل، وخشية الوقوع في ديون، لذلك تقدم تسهيلات للهيئة الخاصة بهدف جذب رؤوس الاموال والإستثمارات.

بالإضافة إلى ذلك، فإن التّوجه الاقتصادي في ظلّ موجة الخصخصة والتّحرر الاقتصادي، تلزم الدّولة بإعطاء الهيئة الخاصّة امتيازات تمكّنها من اتمام المشروع[35].

من هنا يظهر جليًّا بأن عقد ال BOT يُظهر طرفي العقد في مراكز قانونية متساوية ليس لأحدهما على الآخر أفضلية، وهكذا فإن القوانين المتعلقة بمفهوم السّلطة العامة لا يمكن تطبيقها على عقود ال BOT، كما لا يجوز للإدارة بإرادتها المنفردة تحميل المتعاقد معها التزامات يتطلبها المرفق العام، أو وضع شروط العقد وإلزام المتعاقد بتنفيذها دون اللّجوء إلى القضاء. والحال ذاته ينطبق عند عدم تمتع الإدارة (بحقّها) في استرداد المرفق العام أو إسقاط الالتزام دون انتهاء مدته، لأن العلاقة بين الملتزم والإدارة قائمة على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

لذلك فإن الشّروط الاستثنائية الواجب ورودها كمعيار في العقود الإدارية لا تجد أثرها في عقود ال BOT. فعقود ال BOT تتبع في مسألة إنشائها، وتحديد التزاماتها قواعد القانون الخاص، وليس قواعد القانون العام.

---

[35] مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 305.

بناءً عليه، يعتبر عقد الBOT من قبيل العقود الخاصة لعدم توفر شروط العقد الإداري الّتي ذكرناها سابقا، وأهمها الشّروط الاستثنائية.

فإنّ هذا العقد لا يتضمن شروطًا استثنائية لأن متطلبات عقد ال BOT تجعل الدولة بحاجة لمثل تلك العقود، حيث تفرض عليها أن تتعاقد مع غيرها كسائر الأشخاص العاديين دون أن تمارس سلطتها وتميزها الإداري في العقد.

وبالتالي لا يظهر سلطان الإدارة الّذي تتمتع به الحكومة في مجال العقود الإدارية في عقد ال BOT، فتتخلى الدّولة عن سلطاتها الاستثنائية، وتتعامل كفرد عادي.

لذا فإنّ الإدارة لا تستطيع أن تلغي مشروعًا، كما أنّها لا تستطيع أن تسحب المشروع من صاحب عقود ال BOT لتقدّمه إلى شخص آخر نتيجة بطئه أو عدم قدرته على التّنفيذ حسب الوجه المتفق عليه.

وانطلاقًا من ذلك، فإنّ الفريق الّذي اعتبر بأن عقد ال BOT هو عقد إداري محض لم يرِد من ذلك سوى حماية طرف قوي في العقد، ألا وهو الدّولة للحفاظ على سلطتها وسيادتها، متجاهلاً الطّبيعة التّجارية الّتي تمتاز بها هذه العقود خاصّةً من ناحية تطبيقها، لأنَّ الدّولة بحاجة لمثل هذه العقود، وبالتّالي فإنّ من مصلحة الدّولة اللّجوء إليها.

وهكذا تكون الدّولة محمية في هذا الإطار، ولا حاجة لاعتبار العقد المبرم معها ضمن عقود القانون العام لضمان سيادتها وحمايتها كطرف مهمّ في العقد.

وأهم نقطة لاستبعاد عقود ال BOT من العقود الإدارية هي خضوع هذه العقود للتّحكيم، وابتعادها عن اختصاص القضاء الإداري الّذي يبسط سلطانه على العقود الإدارية، وهذا ما سنتناوله بالتّفصيل في القسم الثّاني من البحث.

والسّؤال الّذي يطرح نفسه هل يمكن تصنيف عقد ال BOT ضمن العقود التّجارية العادية، أم أن تعامل الدّولة مع مستثمر خاص أجنبي قد يوحي بإضفاء صفة أخرى على هذه العقود؟ فهل يكون مثلًا عقدًا تجاريًّا دوليًّا؟ وهل يمكن قبوله وتصنيفه دوليًا ضمن هذه العقود؟

الفقرة الثانية: عقد ال BOT من عقود التّجارة الدّولية

إنّ تنامي مصالح التّجارة الدّولية حدا بجانب من الفقه[36] للقول بأنّ عقود البناء والتّشغيل ونقل الملكية من فئة عقود التّجارة الدّولية، وفقًا لمعايير دولية العقد، آخذًا بالمعيار القانوني كما بالمعيار الاقتصادي لاعتبار العقد من قبيل العقود التّجارية الدّولية. وذلك باعتبار أن أغلب عقود ال BOT تبرم ما بين الدّولة ومستثمر أجنبي، لأن فلسفة هذا النّظام تقوم على جذب الأموال والمعدات والتّكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروعات داخل الدولة، ويترتّب عليها انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، وهذا ما يسبغ عليه صفة عقود التّجارة الدّولية.

يتبين أن عنصرًا جديدًا أضيف إلى تجارية عقد ال BOT ألا وهو الدّولية، إذ إن الهدف الأساسي من هذا العقد يكون عقدا دوليًّا، فندرة الموارد الطبيعية في الكثير من الدول لاسيّما الدّول النّامية، يجعلها عاجزة عن تلبية الموارد الّتي يتطلبها

[36] هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، 1995، ص 250 وما بعدها.

إنشاء واستغلال مشروعات البنية الأساسية والمرافق الخدماتية، لذلك بدأت العديد من الدّول بالتّخلي التّدريجي عن الملكية العامة، وشرعت المجال أمام القطاع الخاص للقيام بالجزء الأكبر من الاستثمارات القومية كأحد المداخل الرّئيسية للتّنمية الاقتصادية، كما وأنّه مخرج مناسب من الرّكود والانكماش لتحقيق الانتعاش الاقتصادي، فلجأت الدّولة إلى التّمويل الخارجي، والتّعامل مع شركات أجنبية ممّا يساهم في تحقيق منافع وإيجابيات للدّولة.

فلم تعد مشاركة القطاع الخاص في إنشاء مشروعات البنية الأساسية مقصورة على الدّول الصّناعية الكبرى وحدها، بل طالت أيضًا الدّول النّامية.

واستنادًا إلى ذلك، ظهرت آليات مبتكرة لتمويل هذه المشروعات تتمثّل بعقود ال BOT، وهي تستند إلى فكرة هدفها تمكين الحكومة من التّوسع في مشروعات البنية الأساسية عن طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية، والتزامات الدّولة الدّاخلية والخارجية.

ففي عقود الBOT تتولى مجموعة من شركات القطاع الخاص تمويل وإدارة مشاريع الدّولة، وهذه الشّركات الخاصة تكون دولية في الغالب، وخير دليل على ذلك هو تطبيق نظام ال BOT في لبنان عن طريق التّعاقد مع شركات أجنبية وليست محلية.

فبتاريخ 13 أيار 1993 صدر القانون رقم 218 القاضي باستدراج عروض عالمية بغية تنفيذ مشروع الخليوي المتطور معيار GSM، وذلك على أساس مبدأ التّمويل الذّاتي، وعملًا بنظام ال BOT، كما منحت الحكومة اللبنانية شركة ماباس الألمانية امتياز تجهيز مغارة جعيتا وتأهيلها وفقًا لنظام ال BOT.

من هنا يتبين لجوء القطاع العام منذ بداية اعتماد هذا النّظام بالتّعاقد مع قطاع خاص دولي وليس محلي، لمعالجة القصور في التّمويل الحكومي ونقل التّكنولوجيا.

لذلك بدأت هذه العقود تأخذ وصفًا دوليًّا، وذلك من خلال رؤية عالميّة لطبيعة هذا العقد، فتنامي مصالح التّجارة الدّولية، واعتبار أن أغلب عقود ال BOT تبرم بين الدّولة ومستثمر أجنبي، لاسيّما في الآونة الآخيرة فإننا نرى اللّجوء إلى شركات خارجية متخصصة، إذ إنّ فلسفة هذا النّظام تقوم على جذب الأموال والتكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروعات داخل الدّولة، ممّا يرتب عليه انتقال لرؤوس الأموال عبر الحدود، وهذا ما يسبغ عليه صفة عقود التّجارة الدّولية.

وهذا ما يظهر بأن عقود البناء والتّشغيل ونقل الملكية الإدارية تنطبق عليها عناصر من عقود التّجارة الدّولية، وفقًا لمعايير دولية العقد.

وفي إطار التّحدث عن معايير العقد التّجاري الدّولي، فإنّنا نتحدث عن معيارين أساسيْن، وهما المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي وفقا لما يلي:

أولًا– يستند المعيار القانوني إلى فكرة أساسية، وهي أن العقد يعد دوليًا فيما لو اتّصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، وذلك من خلال الاعتداد بنقاط التّركيز الموضوعية كمحل إبرام العقد، لغة العقد، موطن طرفيه، مكان تنفيذ العقد، فكلما كانت هذه النّقاط أو غيرها مرتبطة بأنظمة قانونية مغايرة، يكون العقد دوليًا.

ثانيًا– يبرز في عقود التّجارة الدّولية المعيار الاقتصادي، حيثُ يتمثل بانتقال لرؤوس الأموال والسّلع والخدمات من دولة إلى أخرى، فهو معيار يقوم على التّحليل الاقتصادي لموضوع العقد، ودراسة آثاره الاقتصادية على الدّول المعنية وعلى مصالح التّجارة الدّولية، بصرف النّظر عن جنسية المتعاقدين، فيعتبر الحكم الصّادر في قضية Pelissier du Besset عن محكمة النّقض الفرنسية بتاريخ 17 ايار مايو 1927، من أول الأحكام الّتي وضعت معالم المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل العقد[37].

وقد سار جانب من الفقه اللّبناني[38] في هذا الاتّجاه بتفسير المادة 809 من قانون أ.م.م حيث نصّت هذه المادة على أنّه يعتبر العقد دوليًّا الّذي يتعلق بمصالح التّجارة الدّولية، ويحقّ للدّولة ولسائر الأشخاص المعنويين العامين اللّجوء إلى التّحكيم الدّولي حتى لو كان أطراف العلاقة وطنيين، والّذي يؤكد ما وردَ هو ما أقرته اتّفاقية فيينا للبيع الدّولي للبضائع بتاريخ 11 نيسان 1980 عند تعريفها للبيع الدّولي، بأنَّه العقد الّذي يتم بين طرفين لهما مؤسساتهما في بلدان مختلفة. وقد اعتبر بعض الفقهاء أنّ عقد التّجارة الدّولية يقوم على "العلاقات ذات الطّابع الاقتصادي العابرة للحدود"[39].

وبناء على ما سبق، فإذا لجأنا لدراسة المعيارين القانوني والاقتصادي في عقود ال BOT، نجد أن هذا العقد يعتبر عقدًا دوليًا لاتصال عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، حيث إنّ معظم عقود ال BOT تبرم غالبًا بين شخص

---

[37] وتتعلق وقائع هذا الحكم بالنزاع حول مشروعية الاتفاق على الوفاء بالأجرة بالجنيه الاسترليني، بمناسبة عقد إيجار عقار في الجزائر، حيث كان المؤجر انجليزيا والمستأجر فرنسيا، وكان مكان الوفاء بالاجرة في مدينة لندن أو مدينة الجزائر. وعلى الرغم من اختلاف جنسية الاطراف واختلاف مكان الوفاء عن مكان التنفيذ، إلا أن محكمة النقض متأثرة في ذلك برأي المحامي العام في الدعوى وهو االسيد Matter، لم ترى أن هذه العناصر كافية لتدويل العقد، انطلاقًا من المعيار القانوني، عناصر مقبولة، وانتهت وفقا لما قرره المحامي العام بعدم مشروعية ذلك الشرط، لأن المنازعة ليست دولية، حيث ان استئجار العقار" لم يؤد إلى دخول بضائع أو نقود إلى فرنسا، فلقد كانت عملية وطنية بحتة". للتوسع يرجى الاطلاع على: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية 2010، ص: 103.

[38] سامي بديع منصور، تنازع القوانين والقانون المطبق من المحكم في عقود التجارة الدولية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الخمسون، 2009، ص 4.

[39] تنص المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع المعقودة في فيينا بتاريخ 11 نيسان ابريل 1980 على أنه:
– تطبق أحكام هذه الإتفاقية على عقود البيع الدولي للبضائع المعقودة بين أطراف توجد أماكن عملهم في دول مختلفة:

- عندما تكون هذه الدول دول متعاقدة.
- عندما تؤدي قواعد القانون الدولي الخاص إلى تطبيق قانون الدولة متعاقدة.
- لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبين ذلك من العقد أو أي معاملات سابقة بين الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده.
- لا تؤخذ في الاعتبار جنسية الاطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في تحديد تطبيق هذه الأتفاقية.

عام وطني وشركة أجنبية متخصّصة، لما تطلبه مشاريع البنى التّحتية المقامة وفقًا لهذا النّظام من رؤوس أموال ضخمة، وتكنولوجيا متطورة تحتكرها عادة الشّركات التّجارية الأجنبية.

كما أنّ عقود ال BOT تنطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الدّاخلي لدولة معينة، حيث إنّ هذه العقود تتضمن حركة انتقال رؤوس أموال وسلع وخدمات عبر الحدود، كونها تعمل على جذب الاستثمارات والأموال والمعدات الضّرورية لتنفيذ المشروع داخل الدّولة.

لذلك يعتبر العقد الّذي يحتوي على طرف أجنبي أنّه من عقود التجارة الدولية، ومن خلال طبيعة عقد ال BOT وتطبيقاته العملية نرى بأنَّ هذا النّوع من العقود يقوم على إنشاء مشاريع استثمارية بالإعتماد على شركات دولية، وما يصاحب ذلك من نقل للأموال والتّقنيات.

أما بالنّسبة للبنان، نجد أن معظم العقود الّتي أبرمتها الدّولة اللّبنانية تحتوي على المعيارين الاقتصادي والقانوني معًا، حيثُ إنها تنطوي على مصالح التّجارة الدّولية بما يترتب عليها من انتقال لرؤوس الأموال والتكنولوجيا الّتي تحتاجها الشّركات الأجنبية المتعاقدة لإنشاء المرافق العامة المراد إقامتها. كما أنّ هذه العقود تحتوي على عنصر أجنبي، وتنطوي على رابطة قانونية تتجاوز الاقتصاد الدّاخلي اللّبناني، لذلك يمكننا اعتبار جميع عقود ال BOT المبرمة في لبنان من قبيل عقود التّجارة الدّولية.

إلا أنّه بالعودة إلى القرارات الصّادرة عن مجلس شورى الدّولة[40]، خاصّة القرارين الصّادرين بتاريخ 17 تموز سنة 2001 في قضايا الخليوي والدّولة اللبنانية ضدّ شركتي الخليوي آنذاك ليبناسيل ش.م.ل. والّذي أبطل بموجبهما البند التّحكيمي الوارد في عقدي الخليوي الّذي نصّ عليه كطريقة تسوية للمنازعات طبقا لقواعد المصالح والتّحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس CCI والّذي سبق وأشرنا إليه. نلاحظ أن الاجتهاد اللّبناني قد حسم في هذا القرار طبيعة عقد ال BOT باعتبار عقد ال BOT من قبيل العقود الإدارية، وبأن القضاء الإداري هو المرجع الصّالح للنّظر في المنازعات الناشئة عنه.

غير أنَّ القرارين المشار إليهما أعلاه تعرضا للنقد، ولا سيما لجهة تفسير المادة 809 من قانون أصول المحاكمات المدنية. ومما ورد في التعليق عليهما[41]:

---

[40] منشوران في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي العدد 19،2001، ص 47 وما يليها. للتوسع يرجى الاطلاع على الدراسة القانونية التيي وضعها الدكتور غالب صبحي محمصاني على هذين القرارين. نفس المرجع ص 5 وما يليها، وسامي منصور، جواز التحكيم في عقود الإدارة وفي التمثيل التجاري الدولي. تعليق على قراري مجلس شورى الدولة المذكورين، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي عدد 21 ،2002، ص 8 وما يليها.

[41] جمال شكيب فواز، خصخصة المرافق العامة ونظام ال BOT الوجه المعتدل للخصخصة في قطاع الإتصالات، رسالة أعدت لنيل الماستر، الجامعة اللبنانية، 2018، ص: 91.

أنّه كان من الواجب صدور هذين القرارين عن مجلس القضايا. وهناك سرعة غير إعتيادية في صدور الأحكام. وأنَّ المعروض على مجلس شورى الدولة التّفسير، وكان يتوجب التّفسير فقط، إنما تحولت العملية ودخلت في القضاء الشّامل، مما سمح القول بمنع التّحكيم، علماً بأن التّفسير يطال العمل الإداري، وليس العقد، كما هي الحال في الواقع المعروض. كذلك يمكن اللّجوء إلى التّحكيم عملًا بقانون أصول المحاكمات المدنية، الصادر عام 1983، خاصة المادة 809 منه، وبالإضافة، فلا مجال للقول بأن صلاحية القضاء الإداري هي مبدأ دستوري، بل بعكس ذلك، أنَّها موضوع تشريعي يمكن أن يتصرف به مجلس النواب. وأن صلاحية مجلس شورى الدولة لا تستمد من الدستور بل من التّشريع، وبالتالي فالتّشريع نقل بعض الصلاحيات، فعملاً بأحكام المادة 809 من قانون أصول المحاكمات المدنية، يعتبر دولياً التّحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية. ويحق للدولة وسائر الأشخاص المعنويين اللّجوء إلى التحكيم الدولي. وعليه أن صلاحية مجلس شورى الدولة لا تستند إلى مبدأ دستوري، وبالتالي يمكن اللّجوء إلى التّحكيم.

من هنا يمكننا القول بأنَّ وصف عقد ال BOT على أنه عقد إداري وإدخاله عنوة في إطار إمتياز المرفق العام هو قول غير صحيح، ولا يمكن الإستناد إلى التشريع الفرنسي لأنه يتضمن نصاً يحظر التّحكيم هو نص المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن القانون اللبناني لا يتضمن مثل هذا الحظر، كما هي الحال في بعض الدول الأخرى، وبالإضافة فإن محكمة النقض الفرنسية والمحاكم العدلية الفرنسية قد إعتمدت إجتهاداً منفتحًا على التحكيم الدولي في حال كان أحد الأشخاص المتعاقدين من القانون العام. وكذلك أن بعض الدول كسويسرا مثلاً أدخلت في تشريعها نصاً سبق للمراجع التحكيمية إن كرست موضوعه قبل أن يتخذ القالب التشريعي، وهو يقضي بأنه عندما يكون أحد أطراف العقد دولة أو مؤسسة أو منظمة خاضعة له، فلا يحق لهذا الطرف الرسمي أن يجادل في إمكانية إخضاع النزاع إلى التّحكيم، أو في صيغته لأن يكون طرفاً في التّحكيم.

نذكر أيضا مثلا آخر هو عقد ال BOT الّذي أبرمته المؤسّسة العامة لتشجيع الاستثمارات (أيدال) بتاريخ 1997/2/7 مع شركة عبد المحسن الخرافي وأولاده للتّجارة العامة والمقاولات العامة والمنشآت الصّناعية، وهي شركة كويتية محدودة المسؤولية، لبناء مواقف للسّيارات في مطار بيروت الدّولي وتشغيلها لمدة 15 سنة، نجد أن هذا العقد يتصل بمصالح التّجارة الدّولية، ويترتب عليه انتقال الأموال والخبرات والتّقنيات، إضافة إلى كون أحد أطرافه شركة أجنبية، وبالتّالي فإن عناصره القانونية ترتبط بأكثر من نظام قانوني واحد، لذا يعتبر هذا العقد عقدًا دوليًا، وذلك خلافًا لما جاء في قرار مجلس شورى الدّولة اللّبناني رقم 447/ 2002–2003 "شركة المرافق اللبنانية ش. م.م"[42] حيث اعتبر هذا العقد عقدًا إداريًّا لأن المتعاقد الملتزم يساهم في تنفيذ أحد المرافق العامة الوطنية الّتي يحكمها مبدأ وجوب إدارتها

[42] قرار مجلس شورى الدولة، رقم 447/ 2002– 2003، بتاريخ 2003/4/15، شركة المرافق اللبنانية ش.م.م / الدولة والذي صدر نتيجة نزاع نشأ بين الجهة المستدعية (شركة تابعة لمجموعة الخرافي) والدولة اللبنانية نتيجة عدم تنفيذ الدولة بعض التزاماتها التعاقدية، بعدم تشغيل موقف سيارات في حرم المطار وعدم السماح بتوقيف السيارات خارج المرآب، مما أدى إلى إلحاق الضرر بالجهة المستدعية، ودون قيام الادارة باتخاذ أي إجراء لمنع تفاقم الضرر.

وتسييرها في سبيل تحقيق المنفعة العامة الوطنية. كما اعتبر أن العقود الإدارية لا يمكن أن تكون بذاتها موضوعًا لعمليات التّجارة الدّولية.

وانطلاقًا من جميع ما تقدم، ومن محاولتنا البحث في مدى تطابق معايير العقد التّجاري الدّولي على خصائص ال BOT، نرى أنّه إن تعلقت هذه العقود بمصالح التّجارة الدّولية، فهي تصبح عقودًا دولية، وليست عقودًا إدارية داخلية. وبالتّالي تكون قابلة للتّحكيم التّجاري الدّولي، ذلك أن كل عقد ينشأ عنه انتقال لرؤوس الأموال أو الخبرة أو الدّراسات أو التّصاميم عبر الحدود يعتبر عقدًا دوليًا يتعلّق بمصالح التّجارة الدّولية.

لذلك فإن ما تتضمنه عقود ال BOT من شروط متوازية، وأهمّها خضوعها للتّحكيم، وابتعادها عن اختصاص القضاء الإداري، يدلّ بشكل واضح على ابتعادها عن صفة العقد الإداري بمفهومها العام، خاصة لجهة غياب الشّروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وذلك أن السّلطات الممنوحة للشّركات المنفذة في الدّول المضيفة هي سلطات لا حدود لها خلال فترة التّشغيل والّتي قد تصل إلى تسعة وتسعين عامًا.

بناء عليه، فإن الميزة الأساس لهذه العقود هي بنود التّحكيم الّتي تحكم انعقادها خلافا لحصرية اختصاص المحاكم الإدارية، وذلك نظرًا لاتصالها بمصالح التّجارة الدّولية كما ذكرنا سابقًا. إلا أن البعض اعتبرها من قبيل العقود الإدارية بسبب منح امتياز عقود ال BOT إلى القطاع الخاص لتسييرها. وهذا ما يطرح التّشابه الكبير بين عقود امتياز المرافق العامة الّتي تعتبر من العقود الإدارية المحضة وبين عقود الBOT، فالبعض يعتبر بأن هذه العقود ليست سوى صورة جديدة لعقود امتياز المرافق العامة، وقد تمّ تشبيهها بعقود الأشغال العامة كما ورد في العديد من الاجتهادات. ونظرًا لأهمية عقود ال BOT، والتّأكيد على خصوصيتها، وابتعادها عن غيرها من العقود المشابهة لها.

لذلك كان لا بدّ من تمييز هذه العقود عن العديد من العقود الّتي تشابهت معها، وطرح أهم نقاط الاختلاف بينهما. وهذا ما سيتمّ مناقشته في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: انحياز الاجتهاد إلى تصنيف عقد ال BOT كعقود إدارية

على الرّغم من أن عقد ال BOT هو من العقود الّتي تتمتع بطبيعة خاصة، تجعل منه عقدًا متخذًا طابعًا خاصًّا وخصوصية معينة، نظرًا لطبيعته القانونية وتطبيقاته العملية. إلا أنَّ غياب الإجماع الفقهي والاجتهادي لتصنيف هذا العقد دفع البعض بدمجه بعقود أخرى لإسباغ الطابع الإداري عليه، فاعتبر بعض الاجتهاد بأن عقود ال BOT ليست إلا صورة جديدة للعقود الإدارية الشّبيهة له، لذلك لا بدّ من تسليط الضّوء على الأسباب المؤدية إلى هذا الخلط. لذا فإن من الضّروري، تمييز عقد ال BOT عن غيره من العقود الإدارية البحتة **(المطلب الأول)**، وغيره من العقود المشابهة لهُ من ناحية التّطبيق العملي **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأول: تمييز عقد ال BOT عن العقود الإدارية

إنَّ هذا التّمييز هو أساسي لتبيان الأسباب الّتي دفعت بعض الاجتهاد لاعتبار عقود ال BOT من العقود الإدارية، رغم خصوصية هذا العقد، واختلافه عن العقود الإدارية البحتة.

بالعودة للاجتهادات العديدة الّتي بيّنت الخلط بين عقد ال BOT والعقود الإدارية، خاصةً عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة الّتي تأتي في مقدمة العقود الإدارية، لذلك كان لا بدّ من توضيح مفهوم عقد امتياز المرافق العامة، وتمييزه عن عقد ال BOT **(الفقرة الأولى)**، وعن عقود الأشغال العامة **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: عقد ال BOT وعقد امتياز المرافق العامة

نظرًا للاجتهادات العديدة الّتي شبّهت عقد ال BOT بعقد امتياز المرافق العامة من أجل إسباغ الصّفة الإدارية عليه، كان لا بدّ من تسليط الضّوء على مفهوم عقد المرافق العامة، وتمييزه عن عقد ال BOT، لمعرفة ما إذا كان من الممكن تأييد رأي بعض الاجتهادات باعتبار عقد ال BOT صورة جديدة لعقود امتياز المرافق العامة.

يعرف عقد الامتياز بأنَّه ذلك العقد الّذي تعْهد به السلطة العامة[43] إلى أحد أشخاص القانون الخاص لمدة محدودة، وطبقًا للشّروط الّتي توضع له، فيقدم بمقتضاه أحد طرفي العقد للطّرف الآخر امتيازات حيث يكون للطّرف صاحب الامتياز الحقّ المباشر في استغلال الشّيء محل العقد، وغالبًا ما يكون مرفقًا عامًّا.

يتبين من خلال هذا التّعريف أنّ عقد الامتياز لهُ آثار تمتد إلى أشخاص آخرين غير طرفي العقد، وهم دائمًا من المنتفعين. كما أنَّ هناك امتيازات أخرى تكون بين المتعاقد والمنتفعين، وهي الالتزام بما جاء في العقد من تقديم الخدمات بصورة جيدة للمنتفعين، وعلى المتعاقد الملتزم أن يحافظ على تحقيق المساواة بين المقابل المادي والخدمات.

ولعلّ آثار التّشابه بين عقد ال BOT وعقد امتياز المرافق العامة، هو ظهور كلا العقدين إلى حيّز الوجود عن طريق منح الامتياز إلى شركات خاصة لتنفيذه، بحيثُ يجمع العقدان بين فكرة إدارة المرفق العام بانتظام من جهة، وقيام الملتزم في عقد امتياز المرفق العام بالحصول على المقابل النّقدي للخدمة الّتي يقوم بتقديمها من المنتفعين من المرفق مباشرةً من جهة أخرى. كما أن عقدي امتياز المرافق العامة وال BOT هما عقدان محددا المدة، بالإضافة إلى أنّ طرفي عقد امتياز المرفق العام هما الدّولة والملتزم، فإنّ طرفي عقد BOT هما الدّولة والمستثمر.

وقد تجسّد هذا الخلط في اجتهادات مجلس الشّورى حيثُ إنّه اعتبر في قراره المتعلق بمغارة جعيتا مع شركة ماباس الألمانية أن عقد البوت يختلف تمام الاختلاف عن الامتياز[44]، وعاد في قراريه رقم 2001/638 و 2001/639 أثناء

---

[43] إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الادارة، دار النشر غير مذكور، 1973، ص 43.

[44] جاء في القرار: "وبما أن العناصر الثلاثة المذكورة أعلاه اي البنتاء والتشغيل ونقل الملكية تشكل مكونات العقد BOT الحديث والساري المفعول في جميع دول العالم، وبما ان العقد BOT يختلف تمام الاختلاف عن عقد امتياز المرافق العامة".
للتوسع يرجى مراجعة قرار مجلس شورى الدولة، رقم 585، بتاريخ 9 ايار 1969.

نظره في المراجعتين اللّتين تقدّمت بهما الدّولة اللبنانية بوجه شركتي الخليوي LIBAN CELL CELLIS ليتبنى النظرية الّتي ترى أن عقد ال BOT هو عقد امتياز مرفق عام[45]، بحيثُ اعتبر بأن العناصر الّتي يتضمنها عقد ال BOT وهي البناء والتّشغيل ونقل الملكية إلى الدّولة عند نهاية العقد هي العناصر ذاتها الّتي يتضمنها عقد الامتياز نسبة للتّعريف المحدد في المادة 89 من الدّستور[46].

إلا أنّنا وبالعودة إلى محتويات هذا القرار نرى بأنّه من غير الجائز اعتبار عقد ال BOT من عقود المرافق العامة لأن هناك العديد من نقاط الاختلاف فيما بينَ العقدين، ومنها قيام المستثمر في عقود BOT بتصميم المشروع وبنائه مع تحمله لكافة تكاليف البناء والتّشييد وشراء المعدات والآلات المستخدمة في المشروع، وبهذا يتحمل المستثمر في عقد ال BOT عبئًا ضخمًا جدًا من النّاحية الاقتصادية. أمّا في عقود امتياز المرافق العامة، فإن الدّولة هي الّتي تقوم بإنشاء المشروع وتشييده، وبعد ذلك تقوم بتسليمه إلى الملتزم الّذي يقوم بإدارته دون أن يتحمل التّكاليف. وبهذا يكون تدخّل الدّولة في عقود الامتياز بصفتها سلطة عامة واضحًا جدًا، حيث يحق لها تعديل العقد. أما في عقود ال BOT فإنّ العبء الاقتصادي الضّخم الّذي يتحمله المستثمر يخفف من السّلطات والامتيازات الممنوحة للإدارة.

هذا فضلًا عن أن الرّسوم الّتي يتقاضاها الملتزم في عقد امتياز المرافق العامة تكون رسومًا بسيطة ورمزية تغطي نفقات التّشغيل. أمّا الرّسوم الّتي تقوم بتحصيلها شركة المشروع فإنها وبلا شك تصبح رسومًا كبيرة لتقوم بتحقيق عائد اقتصادي يغطي رسوم التّشغيل، بالإضافة إلى نفقات البناء والتّشييد الضّخمة.

وعليه، فإنه لا مجال لاعتبار عقود ال BOT صورة جديدة لعقود امتياز المرفق العام، إذ أن عقود ال BOT لها خصوصية وطبيعة خاصة بها، فإن عقد ال BOT ينشأ عنه انتقال لرؤوس الأموال أو الخبرة أو الدّراسات أو التّصاميم عبر الحدود وهذا ما يدل على دولية هذا العقد بحيث يتعلق بمصالح التّجارة الدّولية.

من هنا تبين ميول الاجتهاد بتصنيف عقود ال BOT كعقود امتياز عامة، وذلك من أجل توصيفها كعقود إدارية. وقد ذهب رأي آخر في الاتّجاه نفسه باعتبار عقد ال BOT من عقود الأشغال العامة الإدارية، وهذا ما أوجب علينا تفريق عقد ال BOT عنها في الفقرة الثانية من هذا المطلب.

---

[45] أورد القرار: " وبما أن هذا العقد هو..... ، وأن تسميته الانجلوساكسونية BOT لا تؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد امتياز لان هذه العناصر التي يتضمنها: البناء، التشغيل ونقل الملكية إلى الدولة عند نهاية العقد، هي العناصر ذاتها التي يتضمنها عقد الامتياز وفق التعريف المحدد في المادة 89 من الدستور: منح امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية أو مصلحة ذات منفعة عامة أو احتكار إلى زمن محدد".

للتوسع يرجى مراجعة قرار مجلس شورى الدولة، رقم 638/ 2001 وقرار رقم 2001/639، تاريخ 16 تموز 2001.

[46] نصت المادة 89 من الدستور اللبناني "لا يجوز منح أي التزام أو امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية او مصلحة ذات منفعة عامة أو أي احتكار إلا بموجب قانون وإلى زمن محدود".

الفقرة الثانية: عقد ال BOT وعقد امتياز الأشغال العامة

ذهبَ جانب من الفقه[47] للقول بأنَ عقد ال BOT يمكن اعتباره عقد أشغال عامة، إذ إنّ فحواه القيام بأعمالٍ إنشائية على نحو معيّن وفي مدّة محددة، وتحكمه القواعد الضّابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطَّبيعة الدّولية.

إلا أن القانون اللّبناني لم يَجبْ عن إشكالية تكييف هذا العقد، تاركًا الأمر للقضاء اللّبناني الّذي لم يتفق على رأي موحد بشأن التّوصيف القانوني له.

ومن المتعارف عليه أن امتياز الأشغال العامة هو بشكل عام اتفاقية، يقوم بمقتضاها شخص عام بتكليف شخص آخر بتنفيذ واستثمار المنشأ العام لقاء أجر تحدّده النّتائج المالية للاستثمار[48]. يتضح ممّا سبق، أن عقد امتياز الأشغال العامة يتعلق بإنجاز أحد مشروعات الأشغال العامة واستغلالها، فالملتزم يلتزم بإنشاء أحد المرافق العامة أو المشروعات العملاقة، ولا ينتهي دوره بعملية الإنشاء، وإنما باستغلال هذا الإنشاء بنفسه طيلة مدة الالتزام، والّتي يجب أن تكون كافية لتحصيل ما أنفقه الملتزم من نفقات في عملية الإنشاء، فضلا عن تحقيق عائد من الرّبح.

وتجدر الإشارة إلى أنه نظرًا للتّشابه بين عقد ال BOT وعقد امتياز الأشغال العامة، فقد خلط الاجتهاد بينهما حيث أصدر مجلس شورى الدّولة اللّبناني قراريْن تضمنا تحديد طبيعة عقد ال BOT، حيث اعتبر في قراره الأول أن عقد ال BOT هو من عقود امتياز الأشغال العامة. وقد جاء في القرار رقم 585[49] المتعلق بدعوى مختار بلدة جعيتا بشأن العقد المبرم بين الدّولة – وزارة السّياحة وبين الشّركة الألمانية ماباس، قضي باعتبار عقد ال BOT عقد امتياز لأشغال عامة، إذ إنّ الشّخص الخاص – شركة ماباس الألمانية – مكلف من قبل الدّولة بتنفيذ شغل عام واستثمار المنشأ العام المنجز. ولقد جاء في حيثيات القرار أن موجبات شركة ماباس تتلخص بثلاثة عناصر:

أولًا إعادة تأهيل وإصلاح وترميم وبناء، ثانيًا تشغيل المرفق العام، ثالثًا نقل الملكية في نهاية العقد، حيث إنّها تشكل مكونات عقد ال BOT.

إذًا نستطيع القول أن عقد ال BOT يحمل العديد من خصائص وصفات عقد الأشغال العامة، وإلا لما اعتبره مجلس شورى الدّولة عقد امتياز أشغال عامة. ولكن في الوقت نفسه، إنّ عقد ال BOT ليس بعقد امتياز أشغال عامة، وإلا لما كان من حاجة لإطلاق تسمية ال BOT عليه، فالفارق بينهما يكون في الحالة الّتي تأخذ عقود ال BOT عنصر الملكية. لذا فإن المشروع وفقًا لعقود ال BOT يكون مملوكا للمستثمر ملكية خاصة، فيحقّ له التّصرف فيه خلال مدة العقد،

---

[47] محمد عبد اسماعيل ،عقود الاشغال الدولية والتحكيم فيها: دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الاساسية المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية الخاصة والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية،2003، ص 48، 49.

[48] سعيد أبو رجيلي، العقود الإدارية في لبنان، مجلة القضاء الإداري العدد التاسع، السنة القضائية 1994– 1995 ص 14.

[49] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 585 تاريخ 1996/5/9 غسان نصير مختار قرية جعيتا ، منصور يوسف عقيقي وشاكر سلامة/ الدولة (غير منشور).

وقبل نقل المشروع للدّولة في نهاية مدة الاستثمار. أما في عقد امتياز الأشغال العامة فإن المشروع يظلّ مملوكا للدّولة، حيث يقوم الملتزم بإنشاء المشروع، وتشغيله خلال مدّة العقد، ليقوم بعدها بنقل إدارته للدّولة مرة أخرى.

وبعد أن عرضنا مدى تشابه عقد ال BOT مع العقود الإدارية المذكورة سابقًا، وبعد أن بيَّنا العديد من الفوارق الّتي تمنع تسمية هذه العقود بعقود امتياز مرفق عام، أو امتياز أشغال عامة، يمكننا الآن القول بأنّ الفريق الّذي أرادَ اعتبار عقد ال BOT من العقود الإدارية لم يرد من ذلك سوى حماية الدّولة لإعطائها القوة والسّلطة في العقد لاعتبارها الطّرف الأقوى، على الرغم من أنها بمجرد تعاقدها بهذه العقود سوف تبرز أهميتها، وتكون حامية لنفسها بشكل تام، لما يعود عليها من إيجابيات عديدة عند تنفيذها، وهذا ما سنبينه لاحقًا.

لكن على الرّغم من توافر العناصر الأساسية لتصنيف عقد ال BOT كعقد تجارة دولية، فقد تمَ الخلط بينها وبين العديد من العقود الدّولية الأخرى الّتي برزت مؤخّرًا، وهذا ما سنتناوله في المطلب الثّاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: تمييز عقد ال BOT عن غيره من العقود المشابهة له عمليًا

إن التّطورات المتسارعة والانفتاح الاقتصادي الكبير الّذي أنتجته العولمة، وتشابك العلاقات والعقود الاستثمارية الكبرى بشكل ألغى الحدود بين الدّول في تعاملاتها، لاسيّما الاستثمارات الضّخمة الّتي تنظم المرافق العامة، والتي تكون الدّول طرفًا فيها –كما عقود ال BOT موضوع دراستنا– فأمام هذه التّطورات وبروز العديد من العقود كعقد المفتاح في اليد الّذي يعتبر موضوع خلط عند التّطبيق العملي له بعقود ال BOT وغيره من العقود.

لذلك لا بدّ من تسليط الضّوء على أبرز نقاط الاختلاف بين عقد ال BOT وعقد المفتاح في اليد **(الفقرة الأولى)** للحفاظ على خصوصية هذا العقد، وعقد ال BOT وعقد الإيجار التّمويلي الّذي تشابه إلى حدّ كبير مع عقد ال BOT خاصة لجهة تطبيقاته العملية **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: عقد ال BOT وعقد المفتاح في اليد

إن التّداخل الحاصل بين مفهوم عقد البوت مع غيره من عقود التّجارة الدّولية المعروفة، والمطبقة عالميًا بشكل كبير، أبرزها "عقد المفتاح في اليد"، أدّى إلى الخلط الكبير بين هذين العقدين خاصة عند تطبيقاتهما العملية وتنفيذهما.

فالموضوع الأساسي لعقد المفتاح في اليد، هو الاستثمار الصّناعي الّذي يبرم بين طرفي المستثمر والمتعهد، بحيثُ ينوي المستثمر القيام بمشروعٍ معين، ويكَلِف المتعهد لقاء أجر معين القيام بجميع الأعمال الّتي تؤدي إلى إنجاز المشروع بصورة كاملة وجاهزة للعمل حالاً، عن طريق تسليم المستثمر مفتاح المشروع، بحيث يصبح بإمكان المستثمر أن يبدأ في استغلال المشروع في الغاية الّتي وضعَ من أجلِها[50].

[50] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006،ص:131.

من هنا يتبين التّشابه بين العقدين عند تطبيقاتهما العملية:

* في كلا العقدين، المتعهد وشركة المشروع يتعهدان بإنجاز مشروع متكامل وجاهز للاستعمال مقابل أجر معين يتم الاتفاق عليه.

* إنَّ كلا العقدين يساهمان بنقل التّكنولوجيا الّتي تستعمل في تقديم الخدمات كالمعلومات الفنية اللازمة للتّشغيل، وتركيب الآلات وسائر الحاجات الضّرورية للاستعمال الفعلي، ووضعه موضع التّنفيذ.

* إنَّ عقود الBOT كعقود المفتاح في اليد، تضمّ سلسلة متشابكة من العلاقات التّعاقدية. فهي صورة من صور عقود الأشغال الدّولية، الّتي تتّسم بمجموعة من العلاقات المرتبطة والمتشابكة بين جهة الإدارة مانحة الالتزام، وشركة المشروع، والمقاولين من الباطن، والموردين، وجهات التّمويل، وشركات الضّمان المحلية والأجنبية، وما ينشأ عن كل هذه العلاقات من عقود مختلفة.

لكن على الرّغمِ من التّشابه الكبير بين هذين العقدين إلا أنهما يختلفان عن بعضهما البعض في العديد من النّقاط خاصة لجهة التّنفيذ العملي:

أولاً : في عقود ال BOT يكون المتعهد أو شركة المشروع مالكًا للمشروع لمدة معينة، ثمَ يقوم بعد نهايتها بنقل الملكية للدولة. أمّا في عقد المفتاح في اليد فيكون المشروع ملكًا لصاحبه الّذي يتعاقد مع المتعهد على إنجازه لمصلحة المستثمر.

ثانيًا: في عقد الBOT غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع المتعهد أو شركة المشروع، هي جهة إدارية تابعة للدّولة أو الحكومة. بينما في عقد المفتاح في اليد، غالبا ما تكون الجهة المتعاقدة مع شركة المشروع من جهات القطاع الخاص.

ثالثًا: في عقد الBOT غالبا ما يكون المشروع موضوع الالتزام مرفقا من المرافق العامة. أما في عقد المفتاح في اليد فغالبًا ما يدور مشروع الالتزام في نطاق الأعمال الصّناعية الّتي تعود للقطاع الخاص.

رابعًا: في عقد الBOT يتولى المتعهد إدارة المشروع وتشغيله خلال مدة العقد الطويلة. بينما في المفتاح في اليد تنتقل إدارة المشروع فور إنجازه إلى المستثمر، وإن كان المتعهد يلتزم بعد إنجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين كوادر صاحب العمل من استيعاب التكنولوجيا وتشغيلها وتدريب العمال وتأهيلهم.

خامسًا: في عقد ال BOT يتقاضى المتعهد أجره من الرّسوم الّتي تسمح لهُ الدَّولة أن يتقاضاها من الجمهور الّذي يستعمل المرفق العام موضوع الإمتياز. كما أنَّ عقد المفتاح في اليد ينتهي بتسليم المشروع جاهزًا للاستعمال إلى المستثمر، بينما في عقد البوت يكون العقد لمدة طويلة 99 سنة، بحيث يكون المتعهد مالكًا للمشروع، ويتقاضى رسومًا

من مستعملي المرفق العام. إضافة إلى ذلك، تنتقل إدارة المشروع في عقد المفتاح في اليد فور إنجازه إلى المستثمر، وهذا عكس ما يتضمنه تنفيذ عقد الBOT [51].

الفقرة الثانية: عقد ال BOT وعقد الإيجار التّمويلي

لم يتوقف تشبيه عقد ال BOT بالعقود الإدارية والدّولية فحسب، بل إن طبيعة هذا العقد وتداخل العديد من العلاقات القانونية عند تنفيذه، أدّى إلى تشابهه مع غيره من العقود الأخرى، خاصة عقد الإيجار التّمويلي الّذي تمّ التّعاقد به بشكل كبير في الآونة الأخيرة.

ويعرّف عقد الإيجار التّمويلي بأنّه العقد الّذي يقوم فيه المؤجر بإيجار أصول ثابتة أو منقولة أو منافع أو خدمات أو حقوق معنوية، سواء كان مالكًا لها أو لمنفعتها، لشخص آخر يسمى المستأجر. إلا أن هذا العقد يختلف عن غيره من عقود الإيجار التّقليدية في كونه عادة ما ينتهي بتملّك المستأجر للأصل المؤجر، بحيث يجوز انتقال ملكية الأصول المؤجرة للمستأجر، سواء باشتراط سداد المستأجر للدّفعات الّتي نصّ عليها العقد، أو عن طريق سداد دفعات نصّ على قيمتها ومواعيدها عقد الإيجار مع دفع مبلغ آخر يتفق الطرفان عليه، أو عن طريق وعد بالبيع من المؤجر للمستأجر بثمن رمزي أو بهبة. ويعدّ هذا العقد أحد العقود الشّكلية، حيث تعدّ الكتابة ركنًا من أركان العقد، ولا يجوز لأطراف العقد الادّعاء بوجود عقد رضائي بينهم ما لم يتم كتابة هذا العقد[52].

كما يعتبر عقد الإيجار التّمويلي من العقود المركبة لأنّه يرتكز على دعامتين أساسيّتين لا بدّ من توفرهما لقيام هذا القصد، ألا وهما: التّأجير والتّمويل. لذلك يقتصر كعقد على طرفين: المستأجر والمؤجر. فالأول يكون غالبًا مشروعًا يرغب في تنفيذ وإتمام استثمارات معينة محاولًا الحصول على تجهيزات وأعتدة. أمّا الثاني فيكون المموّل لذلك المشروع عن طريق شراء التّجهيزات، وتأجيرها إلى الطّرف الأول مع الخيار لهذا الأخير بتملك تلك المعدات والتجهيزات لقاء ثمن يقارب قيمتها المتبقية بعد خصم قيمة استهلاكها، بحيث تكون القيمة التّمليكية أقل من قيمتها وقت الشّراء[53].

إذًا يعتبر هذا العقد من العقود الحديثة الّتي تعتمد على تداخل العديد من العلاقات القانونية والتّعاون الإيجابي بين عدد من الأطراف، حيث يتضمن هذا العقد في مراحله المختلفة تطبيقا لبعض العقود التّقليدية: عقد البيع وعقد الوعد

---

[51] الياس ناصيف،العقود الدولية، عقد ال BOT في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2011.

[52] أبو بكر المسيب، تفاصيل قانونية حول عقد الايجار التمويلي، 14 كانون الاول 2017:
https://www.mohamah.net/law.

[53] صفاء مغربل، القانون التجاري اللبناني، بيروت 2013، ص 357.

بالبيع، وعقد الوكالة وعقد إيجار، فضلا عن خيارات ثلاثة معطاة للمستأجر عند نهاية مدة العقد، وهي: إعادة العِتاد المستأجر إلى المؤجر، أو تجديد استئجاره، أو شراؤه بثمن مخفض.

ويشتبه عقد ال BOT بعقد الإيجار التّمويلي في ما يأتي:

* أنّ كلا من العقدين هو وسيلة من وسائل تمويل المشاريع.

* أن كلا من المقاول والمستأجر يتولى إدارة المشروع واستثماره أثناء تنفيذ العقد.

* أن كلا من المقاول والمستأجر يستثمر المشروع لمصلحته الخاصة في أثناء تنفيذ العقد، فالمقاول يستثمره عن طريق امتياز ممنوح له من الإدارة يخوله استيفاء رسوم من الجمهور لمصلحته الخاصة، والمستأجر يتعاطى مع الجمهور مباشرة ويتعاقد معه.

* أن كلا من المقاول والمستأجر يمكنه أن يتملك المشروع. ولكنّ المقاول أو الملتزم ينشىء المرفق ويمتلكه في أثناء تنفيذ العقد. أما المستأجر فيخير في نهاية العقد بين أن يشتري الآلات والمعدات والعقارات في الحالة التي وصلت إليها، أو أن يعيدها إلى المؤجر.

ولكن عند التّعمق في طريقة تنفيذ كلا العقدين، فنرى الخصوصية الّتي يتمتع بها كل من هذين العقدين:

أولا: يتضمن عقد الإيجار التّمويلي مزيجًا مركبًا من عدة عقود، بينما لا يتضمن عقد ال BOT هذا المزيج المركب من العقود.

ثانيا: يخير المستأجر في عقد الإيجار التّمويلي في نهاية مدة العقد: إما بشراء الآلات والمعدات والعقارات أو بإعادتها إلى المؤجر. بينما لا خيار للمقاول أو الملتزم في عقود ال BOT، بل هو يتملّك المشروع في أثناء مدة العقد، ثم يلتزم في نهاية مدة العقد بإعادة تمليكه إلى الإدارة المختصة.

ثالثا: يتناول تنفيذ عقد ال BOT مرفقا عاما، لكن عقد الإيجار التّمويلي فغالبا ما يتم تنفيذه لمصلحة أطراف القطاع الخاص، ولا يتناول مرفقا عاما. إلا أن هذا الأمر ليس جازما، فقد يجري عقد إيجار تمويلي لمصلحة الإدارة[54].

على الرّغم من النّقاط المتشابهة الّتي يتميز بها كلا العقدين، يبقى لعقد ال BOT ميزة خاصة يتم اكتشافها من خلال طريقة تنفيذه، والمراحل الّتي يمر بها هذا العقد، والدّور المهم الّذي يلعبه القطاع الخاص، إذ إنه يبرز بشكل واضح

[54] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006.

التّعاون المتبادل بين القطاعين العام والخاص، ممّا يعكس العديد من الإيجابيات على كلا الطّرفين في العقد. وهذا ما سنبحثه في الفصل الثّاني.

الفصل الثّاني: عقد ال BOT عقد مركب

يعتبر عقد ال BOT من العقود الحديثة في المعاملات الاقتصادية الجديدة، خاصّة الدّولية منها، فهو عقد رغم تشاركه في العديد من الخصائص مع العقود المشابهة له كالامتياز والاشغال العامة. إلا أنَّه ينفرد بخصائص تميّزه عن هذه العقود المشابهة، وتجعله مختلفًا عنها، وهذا ما بيّناه سابقًا.

وكما رأينا سابقًا أن لبنان قد اعتمد على المستثمرين الأجانب، من أجل إقامة المشروعات الكبرى مستخدمًا في ذلك عقود ال BOT لإنشاء وتشييد وتشغيل هذه المشروعات، فالغاية من هذه العقود الإفادة من موارد القطاع الخاص لأغراض البنى التحتية، دون الحاجة إلى تحميل موازنة الدّولة أعباء مالية إضافية من جهة، ومن جهة أخرى إنَّ لجوء الدّولة لعقود ال BOT يساعد على جذب رؤوس الأموال الأجنبية بغية الاستفادة من خبراتها الاستثمارية، ما يساعد الدّولة المضيفة على جلب تكنولوجيا ومهارات العاملين لديها.

يتبين مما تقدم أن عقود ال BOT هي من العقود المركبة الّتي تقوم على سلسلة متنوعة ومعقدة من العلاقات من أجل تنفيذها بصورة كاملة، فهي تمر بالعديد من الخطوات والمراحل من أجل إنجازها بصورة كاملة. إضافة إلى الدّور الأساسي الّذي يلعبه القطاع الخاص في عملية تنفيذ هذا العقد ونجاحه، حيثُ تبين أنّ القطاع الخاص أكثر كفاءةً في إدارة المشاريع الكبرى، لجهة سرعة التّنفيذ والاقتصاد في التّكلفة.

ونظرًا لما ترتبه مسألة تنفيذ عقود ال BOT من نتائج وإيجابيات تعود على كلّ أطراف هذا العقد، فلا بدّ لنا من إلقاء الضّوء على الخطوات الّتي يمر بها تنفيذ عقد ال BOT **(المبحث الأول)**، والنّتائج المترتبة على تنفيذ هذه العقود **(المبحث الثّاني)**.

المبحث الأول: عقد ال BOT عقد متشعب التّركيب

إنّ اصطلاح ال BOT يلخّص مراحل تنفيذه فهو اختصار لثلاث كلمات كما ذكرنا سابقًا، وهو اسم لعقد استثمار المال الخاص استثمارًا في مشروعات البنية التّحتية[55].

وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون التّجاري الدّولي (UNCITRAL) عقود البناء والتّشغيل ونقل الملكية (Build–Operate–Transfer) بأنها "شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن أحد الاتّحادات المالية الخاصة، ويدعى شركة المشروع، امتيازًا لتنفيذ مشروع معين. وفي هذه الحالة تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات، وتستردّ تكاليف البناء، وتحقق أرباحًا من تشغيل المشروع واستغلاله تجاريًا. وفي نهاية مدة الامتياز تنقل ملكية المشروع إلى الحكومة"[56].

فبموجب هذا العقد تعهد الحكومة للشّركات الأجنبية القيام بإنشاء المرفق العام وتشغيله فترة من الزّمن، على أن تلزم بنقل الملكية إلى الدّولة بعد انقضاء المدّة المتفق عليها. بعد قيام الدّولة المضيفة بتحديد المشروع المزمع إنشائه يقع تمويل هذا المشروع على عاتق القطاع الخاص على أن يكون عائد التشغيل حقًا خاصًا لها، كما أنّ على الدّولة تبيان المصلحة المراد تحقيقها من المشروع، وتمكين هذا المستثمر من الدّخول في هكذا مشروع عن طريق تشجيعه للدّخول في استثمارات، كون هذا الأخير هو من يجعل عقود ال BOT تتكلل بالنّجاح، وهذا لا يتم إلا إذا وفرت الدّولة بيئة مريحة ومتينة.

ونظرًا للخصوصية الّتي يتمتع بها عقد ال BOT، والّتي تظهر بشكل واضح عند تنفيذ عقد ال BOT، والدّور الأساسي الّذي يلعبه كل من أطرافه عن طريق الوظيفة الّتي تؤديها كل منهم، والتّعاون الّذي يظهر بشكل واضح عند تطبيق هذه العقود. لا بدّ من عرض مراحل تنفيذ عقد ال BOT **(المطلب الأول)**، والشّراكة بين القطاعين العام والخاص من أجل إنجازه **(المطلب الثّاني)**.

---

[55] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص: 478.

[56] دليل الاونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الاونسترال) والذي تم إقراره من قبل اللّجنة خلال دورتها الثالثة والثلاثين التي عقدت في نيويورك من 12 يونيو إلى 7 يوليو 2000 ص 6.

المطلب الأول: لجهة مراحل تنفيذ عقد ال BOT

يعتبر نظام ال BOT أحد نماذج الاستثمار الدّولي الّذي ظهر في الدول المتقدمة، حيث يفرض نفسه على تداعيات العولمة القائمة على سرعة نشر وتوحيد الكثير من الأساليب والسّياسات الاقتصادية.

يقوم تنفيذ عقد ال BOT على ثلاث مراحل أساسية، المرحلة الأولى وهي المرحلة التّحضيرية للمشروع من قبل الدّولة المضيفة ثمّ المرحلة الثّانية الّتي تختص بها شركة المشروع، وهي مرحلة تنفيذ المشروع من خلال بنائه وتشغيله وإدارته. أمّا المرحلة الثالثة فهي الّتي يتم فيها نقل ملكية المشروع للدّولة المضيفة بعد انقضاء فترة الامتياز الممنوحة بين الدّولة وشركة المشروع.

وعلى هذا الأساس، يمكننا استخلاص العناصر الأساسية لنظام ال BOT والتي تتمثل في: البناء والتّشغيل ونقل الملكية.

لذلك لا بدّ من شرح كلّ مرحلة من مراحل تنفيذ العقد بالتّفصيل، لبيان الدّور الأساسي الّذي يلعبه القطاع الخاص في كلّ مرحلة من المراحل السّابق ذكرها، وسنتناول مرحلة البناء وتشغيل العقد **(الفقرة الأولى)**، ومرحلة نقل الملكية **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: مرحلة البناء والتّشغيل

بعد حصول شركة المشروع على التّراخيص اللّازمة للبدء في عملية تنفيذ المشروع، تبدأ عملية تشييد المشروع تحت إشراف جهة الإدارة لضمان مطابقته للمواصفات الفنية الّتي حدّدتها الاتفاقية، وتنتهي هذه العملية بإتمام تنفيذه، وتسليمه إلى شركة المشروع من مقاول المشروع التّابع لشركة المشروع[57].

لذا تعتبر عملية البناء في عقود ال BOT من المراحل الأولى الّتي يبدأ بها تنفيذ هذا العقد، فهو الغاية الأولى والأساسيّة من اتّباع هذا النّظام.

والمقصود "بالبناء" هو بناء أحد المرافق العامّة أو تشييدها، وتصميمها من قبل الشّخص الأجنبي ثمّ تحضيرها للتّشغيل التّجاري، على أن يتم تمويل المشروع بأكمله من رأس مال المستثمر، دون أن يكون هناك أي التزام على الدّولة المضيفة في تمويل هذا المشروع من ميزانيتها الخاصة. ويتولى بناء المنشآت في مشروع ال BOT مقاولون تتعاقد معهم شركة المشروع.

فالغاية من اتّباع هذا النّظام هو الحاجة الماسة لبناء منشآت تعجز الدولة عن تنفيذها من ميزانيتها الخاصة، وذلك عبر الاستعانة بأطراف خارجية متمثلة بشركة المشروع.

---

[57] جمال الدين مكناس، مقال بعنوان عقد البوت (B.O.T-Build.Operate.Transfer):الانشاء والتشغيل والتحويل بنقل الملكية، الخميس 11 تموز 2013:

http://dr-ghoul.blogspot.com/2013/07/bot-builde-opert-transfert.ht ml?m=1.

أمّا المرحلة الثانية فهي الّتي تلي عملية البناء، وتتمثل بعملية "التّشغيل"، حيث تقوم الجهة المستثمرة بإدارة المرفق طيلة مدة العقد، مقابل الحصول على عوائد مالية لقاء البناء والإدارة وتقديم الخدمات للجمهور، أي استغلال المشروع لفترة زمنية معينة متفق عليها في بدء العقد.

في هذه المرحلة، يتمّ الاستغلال لتغطية النّفقات والتّوظيفات المالية الّتي يتطلبها المشروع من خلال عائداته، وذلك بتسديد قيمة القروض وفوائدها من المقرضين من ناحية، وتحصيل المشّغل لأرباحه المنتظرة من ناحية أخرى[58]. بذلك تكون الإدارة قد عهدت إلى الملتزم، أن ينشىء المرفق العام على نفقته ومسؤوليته، لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المرفق، مع الخضوع للقواعد الأساسية الضّابطة لسير المرافق العامة، فضلًا عن الأحكام الواردة في العقد.

من هنا يتبين بأنّه يتم تشغيل وإدارة واستغلال المشروع تجاريًا لعدد من السنوات، بحيث تكون كافية لتسدّد الشّركة تكاليف البناء، مما يضمن تحقيق أرباح مناسبة من عائدات تشغيل المشروع واستغلاله ومن مزايا أخرى، تُمنح له ضمن عقد الامتياز.

الفقرة الثانية: مرحلة نقل أو تحويل المنشآت

تتمثل هذه المرحلة بانتهاء فترة التّرخيص الّتي تكون قد أخذت فترة طويلة نسبيًا، بحيث يتم نقل موجودات ومنشآت المشروع التي أقامها المشّغل طوال فترة التّشغيل إلى الدّولة، وذلك بإعادة تسليم المشروع للدّولة في نهاية مدة العقد في حالة جيدة وصالحة للتّشغيل والاستثمار، دون مقابل[59].

فبعد انتهاء فترة الامتياز وتحويل ملكية المشروع للحكومة، الّتي قد ترى التّعاقد من جديد مع الشّركة نفسها لتستمر في التّشغيل، أو تعهد بالتّشغيل لطرف آخر من القطاع الخاص أو قد تتولّى عملية التّشغيل بنفسها[60].

وبالعودة إلى أبرز خطوات تنفيذ عقد ال BOT نرى مشروع تجهيز مغارة جعيتا السّياحي واستثماره الّذي تمّ بموجب قرار وزير السياحة رقم 186 تاريخ 1993/11/18، حيث أعطيت شركة ماباس الألمانية حق استثمار مرفق جعيتا السّياحي، لمدة 18 سنة لقاء بدلات سنوية محددة[61]. وقد تضمن العقد موجبات على أن تتمثل بوضع دراسات وتصاميم وخرائط وإعادة تأهيل المرفق وإجراء التّصليحات والتّرميم والتّجهيز والحراسة والتّنظيف، وهذه الموجبات تمثل المرحلة الأولى من مراحل عقد ال BOT، والّتي تتمثل بالبناء لتجهيزه للعمل التّجاري، وذلك من رأس مالها الخاص بدون مساعدة

---

[58] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 479.

[59] نصت المادة الثالثة من القانون رقم 2003/549 المتعلق بتصميم، وتطوير وإعادة أعمار، مصفاتي طرابلس والزهراني وتشغيلها مثلا: على أنه في نهاية عقد ال BOT تنتقل ملكية المنشأت والتجهيزات والموجودات القائمة والتي ستقام إلى الحكومة دون مقابل.

[60] عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل(B.O.T.) سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الاقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون–نوفمبر/تشرين الثاني 2004– السنة الثالثة، ص 10.

[61] الياس ناصيف،عقد ال BOT طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس 2006، ص:113–117.

الدّولة، مقابل حقّ الشّركة في استيفاء رسوم دخول مغارة جعيتا، على أن تتسلم الدّولة جميع المنشآت والتّجهيزات والمعدات عند انتهاء مدة استثمار، ومن دون المطالبة بأي تعويض. هنا تبرز المرحلة الثانية من عقد ال BOT، والّتي تتميز باستثمار المرفق طيلة مدة العقد، مقابل حصول الشّركة على عوائد مالية من المنتفعين من المرفق لتغطية النّفقات الّتي تتكبّدها. كما تبرز المرحلة الثالثة المتضمنة نقل المنشآت للدّولة بصورة صالحة للتّشغيل دون أيّ مقابل.

وهنا لا بدّ من الإشارة إلى أنه في حالات معينة يمكن للإدارة أن تقوم بالتّمديد للشّركات المستثمرة وفقًا لنظام ال BOT عند انتهاء مدة عقودها، فتقوم بالتّجديد لها، وذلك عند وجود أسباب جدية لذلك، كما لو شعرت الإدارة المختصة بعدم القدرة على السّير بعملية تلزيم جديد عند انتهاء مدة العقد، أو اضطرار المستثمرين إلى تحمل أعباء مالية إضافية ناجمة عن استثمارات جديدة ومشاكل طارئة.

بعد عرضنا لمراحل تنفيذ عقد ال BOT، سننتقل لعرض أهمية هذا العقد، لما يطرحه من شراكة بين القطاعين العام والخاص، عن طريق إلقاء الضّوء على الدّور الّذي يقوم به كل منهما من أجل إنجاز هذا العقد.

المطلب الثاني: لجهة الشّراكة بين القطاعين العام والخاص

إنَّ الشّراكة بمفهومها الحديث باتت تشكل إحدى الاستراتيجيات الّتي تقوم عليها ظاهرة العولمة، إذ أصبح التّماشي معها ضروريًا لاسيّما من قبل الدّول النّامية. وغالبًا ما تكون هذه العقود عقود دولية لأنّها تقوم من أجل استثمارات ضخمة، حيث تلجأ الدّولة إلى التّعاقد بهذه العقود لأن ميزانيتها تكون عاجزة عن القيام بهذه الاستثمارات، فتلجأ عندها إلى الاستعانة بأطراف خارجية.

كما برز في لبنان العديد من العقود الّتي تمثل الشّراكة بين القطاعين العام والخاص، والّتي تظهر بشكل واضح عند التّطبيق العملي لعقود ال BOT، فكلّ طرف من أطراف العقد يلعبُ دورًا مهمًّا وأساسيًّا في عملية تنفيذه، ولا يمكن لأحدهما التّخلي عن الآخر، وإلا يفقد العقد طبيعته الخاصة الّتي يتمتع بها، لذلك سنخصص هذا المطلب لبيان دور القطاع الخاص في عقود ال BOT **(الفقرة الأولى)**، ودور القطاع العام في عقود ال BOT **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: دور القطاع الخاص في عقود ال BOT

تعاني معظم الحكومات عجزًا في موازنتها العامة، وهي لا تستطيع تلبية احتياجات شعوبها لتشييد مشاريع البنية الأساسية، فنرى لزامًا اتخاذ أحد الخيارين: إما عدم تلبية الحاجة إلى إنشاء هذه المشاريع أو اللّجوء إلى زيادة الضّرائب على شعبها، وكلا الخيارين يؤدي إلى نتائج سيئة اقتصاديًا واجتماعيًا.

وعلى ضوء ذلك، ظهر نظام ال BOT كخيار ثالث يتمثل في الاستعانة "بالقطاع الخاص" حيث يؤدي هذا القطاع دورًا مهمًّا، بحيث يعتبر المستثمر الأجنبي في موقع اقتصادي قوي جدًا، وذلك لضخامة المشاريع المنوي إنجازها، والّتي تحتاج لرؤوس أموال ضخمة لا يستطيع المستثمر الوطني تأمينها، كي يقوم بإنشاء البنية التّحتية مستخدما استثماراته

مقابل الحصول على حق استغلال كامل للمرفق العام الّذي يبنيه بتمويله الذاتي وبرأسماله خلال فترة محدودة من الزمن، بموجب عقود امتياز تحدد فيها كامل الشّروط.

بالتَّالي فإنَّ الدّور الّذي يقوم به القطاع الخاص في عملية تنفيذ عقود ال BOT هو دور مهم وأساسي حيث يتمثل بما يلي:

- يقوم المتعاقد الأجنبي بتنفيذ جميع الالتزامات التّعاقدية الّتي تمّ إيرادها في العقد، وعليه أن يقوم بتنفيذها شخصيًا لأن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة مع المتعاقد معها من حيث الكفاءة والقدرة على التّنفيذ. فالمتعاقد يجب أن ينفذ التزاماته شخصيًا، فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو يتعاقد بشأنها من الباطن[62]، إلا بموافقة الإدارة.
- ينفذ المتعاقد التزاماته وفقا للشّروط الواردة في العقد وفي الآجال المحددة، وفي حال التأخر بالتّنفيذ يحقّ للإدارة طلب التّعويض، كما يمكن للإدارة فسخ العقد. إذ إنَّه في بعض الحالات يكون التأخير مبرّرًا إذا كان بسبب فعل الإدارة، وهذا ما أكده قضاء التّحكيم[63].

ومن أبرز الأمثلة على ذلك الحكم الصادر من CCI في النّزاع الّذي نشب بين دولة أفريقية وشركة فرنسية، حول تنفيذ العقد بينهما لإقامة معرض دولي لوسائل التّجهيز في الدّولة الأفريقية، تقوم الشّركة الفرنسية بالتّسويق لهذا المعرض الدّولي، وبتأجير مساحات معينة للشّركات الّتي تشترك في هذا المعرض، على أن تسلم المعرض جاهزًا للدّولة الأفريقية في نهاية 1981، وهذا الّذي لم يحصل، إذا إنّ الشّركة الفرنسية لم تنفّذ التزاماتها، مما أدّى إلى إدانتها من قبل محكمة التّحكيم.

- على المتعاقد الأجنبي نقل التّكنولوجيا وتدريب العمالة الوطنية تمهيدًا لإحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية، وينطلق هذا الشّرط من مبدأ حسن النّية وتوازن المصالح المفترض أن تتضمنه جميع العقود الدّولية، حيث يقوم المتعاقد الأجنبي بتدريب العمالة الوطنية ونقل التكنولوجيا[64] والمهارات.

---

[62] تجدر الاشارة أن معرفة الادارة بالاتفاق الحاصل بين الملتزم الاصلي والثانوي لا يعني مطلقًا قبولها بهذا الواقع بل يضل الملتزم الاصلي مسؤولًا اتجاه الادارة بغض النظر عن منفذ تلك الاشغال ونوع العلاقة التي تربطه بالملتزم الاساسي اذا كان مستخدما أو عاملا عنده أو ملتزمًا ثانويًا؛

للتوسع يرجى مراجعة قرار مجلس شورى الدولة رقم 324 تاريخ 96/1/3 جرجى الحاموش/ مصلحة مياه بيروت، مجلة القضاء الاداري، 1997، ص414.

[63] الدكتور علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد: التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة مصر، 2008، ص: 182-185.

[64] مثال على ذلك: الحكم الصادر من CCI في النزاع الذي نشأ بين الهند وشركة المانية، بخصوص نقل التكنولوجيا لانشاء معمل لصناعة وانتاج منتجات كربونية خاصة، ولم تقم الشركة الالمانية بتنفيذ التزامها بذلك، فصدر عليها حكم بالتعويض لصالح الشركة الهندية.
للتوسع يرجى مراجعة: محي الدين اسماعيل، منصة التحكيم الدولي، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر،2000، ص 166.

- يقوم القطاع الخاص بتنفيذ هذا العقد وفقًا لأفضل المعايير الدّولية السّائدة في مجال العقد باستخدامه لأحدث التّكنولوجيا، والقيام بأفضل أداء، وإمداد الدّولة بأفضل المواد والتّقنيات المستخدمة في المشروع محل التّعاقد[65]، حيث إن الإخلال بإحدى هذه الالتزامات يرتب مسؤولية على المتعاقد الأجنبي.

وكمثال على ذلك، تعاقد لبنان بموجب عقد ال BOT بالنّسبة لمغارة جعيتا المستثمرة من قبل شركة ماباس الألمانية، وقد حدث خلال تنفيذ العقد وفاة السّائح الأجنبي بتاريخ 2016/1/22 بحيث أخلّت الشّركة المستثمرة بشروط السّلامة العامة للسّائحين، والّذي أكّد على ذلك العدد الهائل الّذي كان موجودًا للسّياح مقابل وجود عدد بسيط من الموظفين. كما أن عدم وجود الحاجز الحديدي قرب الزّورق، الّذي يصعد عليه الزّوار، أدى إلى سقوط السّائح المصري بسبب عدم انتباهه إلى وجود المياه تحته.

وفي هذه الحالة، يحقّ للدّولة اللّبنانية توجيه إنذار إلى الشّركة الأجنبية، لكي تتخذ التّدابير اللازمة حفاظا على السّلامة العامة. كما أن تكرار هذه الحادثة مرة أخرى، يعطي الدّولة اللّبنانية حقّ إنهاء العقد مع الشّركة، إذا وجدت أن الخطأ الّذي ارتكبته يعتبر خطأ جسيمًا يستدعي إنهاء العقد[66] قبل انتهاء مدته كجزاء لها ولدواعي المصلحة العامة.

يتبيّن مما سبق، أهميّة الدور الّذي يلعبه القطاع الخاص في تنفيذ عقود ال BOT، حيث يعتبر نقطة الارتكاز لخلق هذه العقود وتنفيذها، ويرتب على الشّركة المستثمرة العديد من المسؤوليات في حال أخلت بالتزامات التّنفيذ، لما لذلك من تأثير سلبي على سير هذه العقود.

يقابل الدّور الأساسي والمهم الّذي يلعبه القطاع الخاص، دور القطاع العام في تنفيذ هذه العقود، بحيث يلقى على عاتقه العديد من الالتزامات ليتم تنفيذ هذا العقد على أكمل وجه.

الفقرة الثانية: الدّور التّحضيري للقطاع العام في عقود ال BOT

يُعرف العقد بأنّه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر هو انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه[67]. وبالعودة إلى عقود ال BOT يتبين بأن هذه العقود هي عبارة عن التقاء إرادتين، وهما الدّولة وشركة المشروع، الّتي عادةً أو في أغلب الأحيان تكون شركة أجنبية من أجل إحداث أثر قانوني معين، ألا وهو تنفيذ مشروع تعجز الدّولة عن تنفيذه بمفردها لأنَّ ميزانيتها لا تسمح لها بذلك، فتبرز الشّراكة في عقود ال BOT، بحيث يتم التّعاقد بين قطاعات الدّولة مع القطاع الخاص، لتنفيذ مشروعات ضخمة تحتاج إلى تمويل كبير مثل مشروعات البنية الأساسية.

---

[65] محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، جامعة بيروت العربية، ص 185 وما بعدها.

[66] قرار مجلس شورى الدولة، رقم 297 تاريخ 1997/3/5، بطرس كفوري / الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1998 ص 310.

[67] عمر راشد جاسم العليوي، بحث قانوني حول المفهوم القانوني للعقد وأركانه وتقسيماته، 28 أب 2016: https://www.mohamah.net/law.

من هنا نستطيع أن نلمس مدى احتياج الدّولة لإبرام مثل هذه العقود، لأنها تعتمد من خلالها بشكل كُلّي على القطاع الخاص للقيام بتشييد هذه البنى الأساسية وتشغيلها. وبالتّالي فإن الدّولة أو الجهة المتعاقدة تلقي على كاهل المستثمر الخاص عبء إقامة وتشغيل هذه المرافق الحيوية، فلا تتحمل الدّولة مثل هذه الأعباء مما يخفف من اختناقات الموازنة العامة لهذه الدولة[68]، وهذا ما يلقي على عاتق الدّولة القيام بدورها بشكل كافٍ لتنفيذ هذه العقود، لما لها من إيجابيات عند إنجازها.

وبناء على ما سبق، سنقوم بدراسة الدّور الّذي يلعبه القطاع العام من أجل تنفيذ عقود ال BOT، حيث سيتمّ تسليط الضّوء على هذا الدّور في تنفيذ العقد على أكمل وجه.

ولذلك يقع على عاتق الدّولة والأجهزة التّابعة لها الالتزام بإزالة المعوقات الّتي تعترض المتعاقد الاجنبي، وتقديم الحماية اللازمة للمستثمر الأجنبي، بالإضافة إلى التزامها بمبدأ حسن النّية.

كما يتوجب على الدّولة القيام بكافة الاجراءات اللازمة لمساعدة الطّرف الأجنبي في إتمام تنفيذ العقد، وذلك عن طريق تسهيل نقل تجهيزاته ومعداته إليها، وتسهيل دخول العاملين والفنيين، وتسهيل حصول التّراخيص سواء للبناء أو الاستيراد، وتسهيل تملك الأراضي الّتي ستقام عليها المشروعات، وإزالة جميع المعوقات الّتي قد تمنعه من تنفيذ المشروع المتفق عليه.

وقد تمنح الدّولة للمشروع الأجنبي امتيازات وضمانات وإعفاءات ضريبية وغيرها. وتختلف تلك التّسهيلات بحسب نوع المشروع وطبيعة العقد، وتتفق جميعها في الالتزام الواقع على عاتق الدّولة بتسهيل إتمام تنفيذ العقد.

نرى أنّ سبب النّزاع في العديد من منازعات عقود الدّولة، يعود إلى عدم التزام الدّولة بتسهيل قيام الطّرف الأجنبي بتنفيذ المشروع. ففي حكم التّحكيم الصّادر في CCI في 21 اغسطس 1985 في النّزاع الّذي نشب بين دولة خليجية وشركة ألمانية لدى إنشاء مستشفى حكومي لأغراض تعليم الطّلاب في هذه الدّولة الخليجية، حيث تأخرت الشّركة الألمانية عن إنجاز المشروع في الموعد المحدد، ودافعت الشّركة الألمانية عند مطالبتها بالتّعويض، بقولها أن التّأخير راجع إلى الحكومة الخليجية لأنّها لم تقدم الرّسومات وأوراق المواصفات في البداية، وأنها كانت تؤخر صرف المبالغ المستحقة للشّركة دون مبرر[69].

---

[68] الدكتور جمال عمران المبروك، دراسة قانونية معمقة حول عقود التشييد والاستغلال والتسليم،10 كانون الثاني 2018: https://www.mohamah.net/law.

[69] هناك العديد من أحكام التحكيم التي تتعلق باخلال الدولة بالتزاماتها بتسهيل تنفيذ العقد للطرف الاجنبي وازالة المعوقات أمامه نذكر منها:
- الحكم الصادر من CCI في 18 ديسمبر 1985 في النزاع الذي نشب بين شركة أميركية لانشاء خطوط السكك الحديدية وحكومة الجزائر
- الحكم الصادر من CCI في النزاع الذي نشب بين مقاول كويتي وبلدية الامارات حول العقد المبرم بينهما لانشاء طرق في الامارات.
- الحكم الصادر في 22 يناير 1986 في CCI في النزاع بين رومانيا وبنين بشأن عقد صفقة الاوتوبيسات...الخ؛
للتوسع يرجى مراجعة:

كما يلتزم القطاع العام بتقديم الحماية الكافية للمستثمر الأجنبي، ومصدر هذا الالتزام هو اتّفاق الطّرفين في العقد المبرم بينهما، أو في قوانين الدّولة المضيفة، الّتي تشجع الاستثمار المتبادل أو في المعاهدات الثّنائية والجماعية، الّتي تبرم بين الدّول لتشجيع الاستثمار المتبادل بين مواطنيها، حيث إنّها تنصّ على حماية الاستثمارات الّتي يقوم بها مواطنو الدّول على أراضٍ أخرى. وتجدر الاشارة إلى أن الدّولة تلتزم في بعض الحالات بتقديم حماية كاملة، وفي حالات أخرى واستثنائية تعفى أو تقدم حماية ضئيلة[70].

بعدَ أن عرضنا الدّور الّذي يلعبه أطراف عقود الBOT لتنفيذ هذا العقد، سنقوم بإلقاء الضّوء على أهم النّتائج المترتبة على تنفيذ عقود ال BOT، والّتي نستنتجها بعد تنفيذ هذا العقد، بحيث تعطي العديد من الحقوق لكل من هذه الأطراف، إضافة إلى النّتائج الإيجابية لهذا العقد على كلا الطّرفين.

المبحث الثاني: نتائج تنفيذ عقود ال BOT

اعتمد لبنان من خلال عقود ال BOT على مستثمرين أجانب من أجل القيام بمشروعات كبرى وأساسية تشمل كل قطاعات الاقتصاد الوطني، والّتي كانت حكرًا على القطاع العام، مستخدمًا في ذلك هذه العقود لإنشاء وتشييد وتشغيل هذه المشروعات.

كما رأينا سابقًا فإنّ هذه العقود تتميز عن غيرها بمرورها بالعديد من المراحل المعقدة والمركبة لكي يتم تنفيذها، كما أنَّها تتميز بدور الشَّراكة بين القطاعيين العام والخاص، بحيثُ يقع على الإدارة الالتزام بإزالة المعوقات الّتي تعترض المتعاقد الاجنبي وتقديم الحماية اللازمة له من جهة، ويقع على المستثمر التّنفيذ ضمن شروط العقد من جهة أخرى.

تتميز هذه العقود بأن المتعاقد الأجنبي يقوم بتنفيذ جميع التزماته التّعاقدية الّتي تمّ إيرادها في العقد شخصيًا، وأن يتمّ تنفيذها في المواعيد المتفق عليها.

نظرًا لأهمية هذه العقود، وما يترتب عليها من نتائج هامة، بحيث يرتّب تنفيذ عقد ال BOT العديد من الحقوق لأطرافه، كما أنّه يعود بالعديد من الإيجابيات سواء لجهة القطاع العام أم القطاع الخاص، فكان لا بدّ لنا من دراسة نتائج عقود ال BOT.

لذلك سوف نتناول حقوق أطراف عقود ال BOT **(المطلب الأول)**، وإيجابيات وسلبيات عقود ال BOT **(المطلب الثّاني)**.

"محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 141".

[70] محمد عبد العزيز بكر، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، مرجع سابق ص 142 وما بعدها.

المطلب الأول: حقوق أطراف عقود ال BOT

إن إبرام عقود ال BOT يرتب العديد من النّتائج، ويقوم كل طرف من أطرافه بدوره لإنجاز هذا العقد، حيث يعطى كل منهم العديد من الحقوق، فيحق للإدارة فرض غرامات مالية إذا أخل المتعاقد الأجنبي بالتزاماته. في المقابل، هناك حقوق للمتعاقد الأجنبي يرتّبها هذا العقد كالحقّ في الحصول على المقابل النّقدي، والحقّ في التّوازن المالي للعقد...

من هنا سنرى أبرز حقوق القطاع الخاص **(الفقرة الأولى)** من جهة، وحقوق القطاع العام **(الفقرة الثانية)** من جهة أخرى.

الفقرة الأولى: حقوق المستثمر الأجنبي

يتمتع المستثمر الأجنبي في عقود ال BOT بمجموعة من الحقوق، تكون أوسع من تلك الحقوق الّتي يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية، بحيثُ يستطيع أن يضمن العقد بندًا تحكيميًّا، فالمستثمر الأجنبي يعتبر في موقع اقتصادي قوي جدًا، وذلك لضخامة المشاريع المنوي إنجازها والّتي تحتاج لرؤوس أموال ضخمة لا يستطيع المستثمر الوطني تحملها.

ومن أهم الحقوق الّتي يتمتع بها المستثمر الأجنبي نتيجة تنفيذه لعقود ال BOT:

أولًا: التّوازن المالي لعقد ال BOT:

تحقق هذه العقود توازنًا بين الأعباء الّتي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا الّتي ينتفع بها انطلاقًا من فكرة التّلازم بين مصالح الطّرفين المتعاقدين. وتحقيقًا للعدالة وسير المرفق العام بانتظام، قد تقع أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة تحمّل المتعاقد الأجنبي أعباء بدرجة مرهقة[71]، إذ إنَّه ليس من العدالة أن يتحمّل المتعاقد الأجنبي العبء وحده، خاصة إذا كان الدّافع الّذي جعل الإدارة تُقدم على تعديل العقد ناتجًا عن ظروف خارجة عن إرادتها وإرادة المتعاقد معها، كتغير الظّروف الاقتصادية العامة، أو وجود صعوبات مادية غير متوقعة، فمدة عقود ال BOT طويلة جدًا، لذا فإنّ من المنطقي أن يضمن المستثمر حقّه في الظّروف الطّارئة. وقد ظهرت العديد من النّظريات لإعادة التّوازن المالي للعقد أبرزها:

---

[71] لاسيما بمواجهة أعباء استثنائية ذات طابع مادي غريب عن طرفي العقد، غير متوقع عند ابرامه، ويحدث خللًا في توازنه المالي، مع أن هذه الاعباء الاستثنائية لا تقتصر بالضرورة على عدم توقع الطارىء بحد ذاته ولكن الامر يتجاوز ذلك إلى عدم توقع الطارىء واثره بحيث يصبح غير المتوقع متجاوزًا نطاق العقد ومفاعيله وما ينشأ عنه حقوق والتزامات ويعود للقاضي حق التقدير وفقا للحالة المعروضة لتحديد درجة الصعوبة المفترض قبولها.

للتوسع يرجى الاطلاع على قرار مجلس شورى الدولة رقم 92/209–93، شركة مخازن الشرق التجارية / الدولة، مجلة القضاء الاداري، سنة 1994 ص 278.

قرار مجلس شورى الدولة رقم 92/229 –93 تاريخ 1993/4/29، أسد صليبا / الدولة، مجلة القضاء الاداري، سنة 1994 ص 287.

• نظرية الظّروف الطّارئة:

فإذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف لم تكن متوقعة عند إبرامه، وجعلت تنفيذه أثقل عبئًا مما يجعل المتعاقد يتحمل كلفة أكثر وخسارة تتجاوز المألوف، فإنّ نظرية الظّروف الطّارئة تمنح المتعاقد المتضرّر الحقّ في المطالبة بالتّعويض عن خسارته، فالخسارة في نظرية الظّروف الطّارئة توزع بين الدّولة وشركة المشروع. وعند تنفيذ نظرية الظّروف الطّارئة يحدث أمران:

من جهة، التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد لأن الظّروف الطّارئة لا تعفيه من الالتزامات، بل تجعلها مرهقة فقط.

ومن جهة أخرى، حقّ المتعاقد في الحصول على تعويض مادّي من الإدارة.

• نظرية الظّروف المادية غير المتوقعة:

هذه النّظرية مفادها أن المتعاقد الأجنبي عند تنفيذه العقد، قد تطرأ عليه صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، ما يجعل تنفيذ العقد أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة[72]، وهذا ما يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة على المتعاقد فيتم في هذه الحالة التّعويض على المتعاقد الأجنبي تعويضًا كاملا عن جميع الأضرار الّتي يتحملها[73] من باب العدالة، وذلك بدفع مبلغ معين إضافي له على الأسعار المنصوص عليها في العقد.

ثانيًا – الحصول على المقابل المالي:

يقوم المستثمر الأجنبي بالعديد من الأعمال لجهة الإدارة مقابل تحقيق الرّبح، ومن أهم الأرباح هي الثّمن والأصل في العقود الدّولية أن يتمّ تحديد الثّمن بشكل واضح بعيدًا عن الغموض. والقاعدة العامة تفترض استحقاق المقابل النّقدي بعد

---

[72] هناك العديد من نظرية الظروف المادية غير التوقعة في لبنان:

– أن تكون الصعوبات مادية أو استثنائية ولكنها غير مستحيلة.

– أن تكون هذه الصعوبات طارئة وغير متوقعة عند التعاقد " ش.ل رقم 232 تاريخ 1994/1/27 باخوس / مصلحة مياه بيروت، مجلة القضاء الاداري، 260/1994"

– أن يترتب على التنفيذ نفقات تتجاوز الاسعار المتفق عليه في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الادارة ".

للتوسع يرجى الاطلاع على قرار مجلس شورى الدولة رقم 52 تاريخ 9 /1995/11 سماحة / كهرباء لبنان، مجلة القضاء الاداري 1996 ص 82 ".

[73] وهذا ما قضت به محكمة القضاء الاداري في حكمها الصادر بتاريخ 1957/1/20، والتي اعتبرت فيه أن التعويض لا يمثل معونة جزئية في هذه الحالة(الصعوبات المادية غير المتوقعة) بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الاضرار، مجموعة المباديء القانونية التي أقرتها محكمة القضاء الاداري ص 152–153.

للتوسع يرجى الاطلاع على قرار مجلس شورى الدولة اللبناني رقم 98/112 و99 تاريخ 1998/11/18 سايد / الدولة، مجلة القضاء الاداري، العدد 14 ص 123. وراجع بنفس الموضوع ش.ل قرار رقم 429 تاريخ 1996/11/13 مرهج/ الدولة بيروت، المجموعة الادارية، 1970 ص 105.

تنفيذ المستثمر لما التزم به، غير أن الإدارة قد تقوم بدفع جزء من المقابل مقدمًا وأثناء تنفيذ العقد، لاسيما إذا كان التّنفيذ يتطلب كثيرًا من النّفقات، ومتّسعًا من الوقت لمساعدة المتعاقد معها على أداء التزاماته[74].

بالمقابل يعطي هذا العقد حقوقًا كاملة للقطاع العام، الّذي هو أحد أطراف هذا العقد، حيثُ يوكل القطاع الخاص لعب الدّور الأساسي في عملية تنفيذ هذا العقد، وهذا ما سنتناوله في الفقرة الثانية من هذا المطلب، لنبيّن أهمّ الحقوق التي يرتّبها تنفيذ هذا العقد على الدّولة المعنية.

الفقرة الثانية: حقوق الإدارة

عندما تلجأ الإدارة إلى التّعاقد بمقتضى عقود ال BOT، فإنها تريد من ذلك القيام بالعديد من المشاريع التي تحسن من اقتصاد البلد دون المساس بميزانية الدّولة الّتي لا تستطيع تحمل أعباء هذا المشروع، إلا أنّ لجوء الإدارة إلى التّعاقد بمقتضى هذه العقود يكسبها العديد من الحقوق ومن أبرز هذه الحقوق:

أولاً: الرّقابة

يختار الطّرف الأجنبي في عقود ال BOT الكيفية الّتي ينفذ بواسطتها العقد، إلا أن ذلك لا يعني غياب رقابة الدّولة بشكل تام، فالإدارة المتعاقدة لها الحقّ بالإشراف على تنفيذ العقد من أجل التّحقق من حسن تنفيذه لالتزاماته. وهذا حقّ ثابت للدّولة، ويتعلّق بالنّظام العام فلا يحق لها التّنازل عنه، لكن بالمقابل لا يمكن أن تستخدم هذه السّلطة لتحقيق غرض لا يتصل بالمرفق العام موضوع العقد. كما أنّه لا يحق للإدارة ممارسة الرّقابة عن طريق تعديل جوهري في التزامات المستثمر الأجنبي.

وأبرز مثال عن الرّقابة من قبل الدّولة في عقود ال BOT الّتي عقدت في لبنان، كان في عقد تجهيز مرفق مغارة جعيتا السّياحي واستثماره، الّذي تمّ بموجب قرار وزير السّياحة رقم 186 تاريخ 1993/11/18، حيث أعطيت شركة ماباس الألمانية حقّ استثمار مرفق جعيتا السّياحي وفقًا لنظام ال BOT، لمدة 18 سنة لقاء بدلات سنوية محددة. وقد تضمن هذا العقد موجبات على الشّركة، تتمثل بوضع دراسات وتصاميم وخرائط هندسية واقتصادية ومالية وغيرها مقابل حق الشّركة في استيفاء رسوم دخول المغارة بعد موافقة وزير السّياحة على قيمتها، على أن يكون لهذه الوزارة الرّقابة والإشراف على الإدارة وسير العمل، وعلى أن تتسلم الدّولة جميع المنشآت عند انتهاء مدة الاستثمار ومن دون المطالبة بأي تعويض.

تتميز العقود المبرمة مع المستثمرين الأجانب بطول المدة نسبيا، والتي يمكن ان تطرأ عليها تغيرات سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وحتى يتسنّى لجهة الإدارة مواكبة هذه التّطورات والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام، فإنها

[74] ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، الدار الجامعية الجديدة، مصر، 2004، ص 133.

تشترط ضرورة التّفاوض والمراجعة في كل فترة زمنية، أو تنصّ صراحة على حقها في التّعديل[75] أو الفسخ بالإرادة المنفردة. فالعقد ما هو إلا إطار لتنظيم العلاقة بين الدّولة والشّركة الأجنبية المتعاقدة.

من هنا يتبين بأنّ عقود ال BOT مع المستثمرين الأجانب تتميّز بطول المدة نسبيًا، والّتي من الممكن أن تطرأ عليها تغيرات عديدة. وحتى تتمكن الجهة الإدارية مواكبة هذه التّطورات، فإنها تنصّ صراحة على حقها بالتّعديل أو الفسخ بالإرادة المنفردة.

لكن سلطة الإدارة في التّعديل[76] أو الفسخ يجب ألا تتجاوز حدًا معينًا، فهي ليست تكون في شروط معينة في العقد فقط، وذلك من أجل المساهمة في تسيير المرفق العام. فلا يحقّ للإدارة أن تُدخل على العقد تعديلات من شأنها قلب اقتصاديات العقد، وجعل المتعاقد معها أمام شروط عقد جديد ما كان ليقبل التعاقد بشأنه لو عرض عليه عند التّعاقد، وبالتالي لا يكون إنهاء العقد مشروعًا إذا كان نتيجة انحراف جهة الإدارة بالسّلطة التقديرية المعطاة لها.

كما يمكن القول بأنّ هذا ما استندت إليه الهيئة التّحكيمية الدّولية الّتي عقدت في سويسرا عام 2002 للبتّ في المراجعة الّتي تقدمت بها شركتا FTM وليبانسل نتيجة قيام الدّولة اللّبنانية سنة 2001 بفسخ عقد ال BOT الّذي أبرمته الدّولة اللّبنانية معها سنة 1994، إذ إنها أكّدت على حقّ "فرانس تلكوم" بفرعيها FTM وFTMI في لبنان وفرنسا بالمطالبات الأساسية الّتي قدمتها، وأصدرت قرارًا لمصلحة الشّركة الفرنسية، كما وأنها ألزمت الدّولة اللّبنانية بدفع تعويضات إضافية للشّركتين، وحملتها بدل تعويض فسخ العقد[77].

ثانيًا: توقيع بعض الجزاءات

إنها أحد الامتيازات الممنوحة للإدارة، وذلك من أجل سير المرافق العامة بانتظام، وتقوم بممارسة هذا الحق حين يثبت لها إهمال أو تقصير في تنفيذ العقد من قبل المتعاقد الأجنبي. لكن يمكن إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا ثبت التّأخير لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد أو أن التّأخير لم يؤدِّ إلى حدوث أضرار.

يتبين مما تقدم العديد من الحقوق التي يعطيها عقد ال BOT لاطرافة نتيجة تنفيذه إلا أن نتائجه تمتد لاعطاء العديد من الايجابيات والسلبيات لاطرافه، لكن إيجابيات هذا العقد تطغى على سلبياته مما يجعل الطرفين يلجاؤا إلى هذه الانواع

---

[75] علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 143.

[76] من أبرز الامثلة:

– حكم محكمة غرفة التجارة الدولية بباريس في 1985/8/21 في النزاع الذي نشب بين شركات ألمانيا الغربية وبلجيكا مع دول خليجية لانشاء مستشفى حكومي لاعراض التعليم الجامعي وما طلبته الحكومة البلجيكية من تعديلات أثناء العقد.

النظام القانوني لعقد ال BOT، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتورا في الحقوق، جامعة بيروت العربية /2015 ص 131.

[77] هاني محمود حمزة، النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية امام المحكم الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 210 و211.

من العقود، لذلك لابد من تناول ايجابيات عقود ال BOT على كل من طرفيّ هذا العقد في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: إيجابيات عقود ال BOT

تحظى عقود ال BOT بأهمية كبيرة، كونها تساعد على جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية، إضافة إلى تحقيق التّنمية الاقتصادية، فهي تعتبر من الأنظمة الحديثة الّتي تعتمدها الدّول لتنفيذ مشاريع ضخمة في البنية التّحتية وغيرها، مثل الأتوستزادات والطّرقات والجسور والمطارات والاتّصالات والمرافىء والماء والكهرباء...

وقد تبيّن أن إشراك القطاع الخاص في هذه المشاريع يؤدي إلى تنفيذها بطريقة أفضل، كما أنّه يوفر في الوقت والكلفة. لذلك يعتبر هذا العقد شكلا من أشكال تحقيق المشاريع وتمويلها.

وانطلاقا من ذلك، يتّضح لنا بأنّ لعقد ال BOT فوائد كثيرة تنعكس بالإيجاب على الطّرفين المتعاقدين، وهما كل من الجهة الرّسمية "الدّولة" من جهة، والشّركة المنجزة للمشروع المتفق عليه من جهة أخرى. لذلك سوف نتناول إيجابيات عقد ال BOT لجهة نمو الدّولة الاقتصادي **(الفقرة الأولى)**، ولجهة تعاظم دور القطاع الخاص في إدارة البنى التّحتية **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الاولى: عقد الBOT: وسيلة لنمو الدّولة الاقتصادي

تمرّ الدّول النّامية حتى المتقدمة منها في كثير من الأوقات بأزمات اقتصادية، ولذلك تعجز عن توفير الاعتمادات اللازمة لتمويل إنشاء مشاريع بنية تحتية جديدة، أو حتى الإبقاء والحفاظ على الخدمات الأساسية القائمة في حالة متطورة وصالحة.

ونظرًا لكل هذه المشاكل، لجأت الحكومات إلى تمويل مشاريع البنية التّحتية من خارج اعتمادات الموازنة العامة، وبعيدًا عن القروض المحلية أو الخارجية، مما يؤدي إلى تفادي فرض ضرائب جديدة أو رفع معدلات الضّرائب القائمة فعلًا، وذلك لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية.

وبدلًا من أن تقوم الدّولة بتأخير تنفيذ المشاريع الضّخمة إلى حين تأمين التّمويل اللازم لتلك المشاريع، فإنّها تلجأ إلى نظام ال BOT للمباشرة في تنفيذها من دون تحمل أعباء مالية إضافية، حيث يتحمل الملتزم وحده تأمين التّمويل اللازم لدفع تكاليف إنشاء المرفق العام ومصاريف إدارته وصيانته طوال مدة العقد.

وفي ظل هذه العقود، يتحمل القطاع الخاص تمويل إنشاء وتشغيل هذه المرافق، إضافة إلى تحمل مخاطر التّمويل بها، مما يؤدي إلى تفرّغ الدّولة للمشروعات والمرافق العامة الأكثر أهمية.

وتتعاظم أهمية هذه العقود إذا كانت شركة المشروع مستثمرًا أجنبيًا، مما يعني إدخال استثمارات جديدة وتمويل خارجي، الأمر الّذي يؤدي إلى تحسين ميزان المدفوعات، وخفض العجز في الموازنة العامة للدّولة، وتعزيز حصيلتها من

النّقد الأجنبي[78]، وهذا ما يحصل عند انبرام عقود ال BOT، إذ يتبين بشكل واضح أن غالبية هذه العقود المبرمة تكون مع مستثمرين أجانب يمثلون اتّحادًا ماليًا واقتصاديًا ضخمًا، يفوق موازنة الكثير من دول العالم الثّالث الّتي تعجز ميزانياتها العامة عن تحقيق احتياجات مواطنيها من الخدمات الأساسية، والنّهوض بمتطلبات التّنمية الاقتصادية المستدامة بسبب شحّ الموارد والأزمات الاقتصادية الخانقة[79].

كما يساهم عقد ال BOT في خلق فرص عمل جديدة بحيث يؤدي تنفيذ هذه العقود إلى إقامة مشروعات مرافق جديدة، من خلال الاستعانة بشركات المقاولات الوطنية لتنفيذ تلك المشروعات مما يؤدي إلى زيادة عدد الأيدي العاملة، ومن ثم خلق قاعدة صناعية تعد الأساس في تخفيف نسبة البطالة في البلد المانح[80].

ومن ناحية أخرى، فإن هذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التّكنولوجيا الحديثة إلى الدّول النّامية[81]، فالقطاع الخاص الّذي يضطلع بإنشاء وتشغيل المرفق له مصلحة محقّقة في استخدام هذه التّكنولوجيا سواء في الإنشاء أم التّشغيل، وتحديثها بصفة مستمرة.

إنّ هذا النّظام يساهم في الحصول على أحدث التّكنولوجيات الجديدة، وإدخالها إلى القطاع العام، ومن ثم انتشارها في القطاعات الأخرى. كما وأنّه يساهم في نقل المعلومات التّكنولوجية المتطورة في إنشاء المرافق العامة، وتشغيلها في الدّولة المتعاقدة، حيث تلتزم الشّركات المتعاقدة بموجب نقل التّكنولوجيا المعروف بحق المعرفة، وتدريب العاملين عليها لكي تستطيع الدّولة متابعة إدارة المرفق العامّ، وتشغيله بعد انتقال ملكيته إليها عند انتهاء مدة العقد. لذلك يعتبر موجب نقل التّكنولوجيا من أهم الالتزامات الّتي تفرضها الدّولة على عاتق الشّركة المتعاقدة أو شركة المشروع.

أخيرًا نرى بأن الحكومات تستفيد من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة، فالإدارة الخاصة دائما أكثر فاعلية وكفاءة من الإدارة الحكومية، مما يحسن من أداء هذه الخدمات، وتحسين صورة الحكومات أمام المواطنين.

يتبين مما سبق، بأن نظام ال BOT أصبح عنصرًا أساسيًا وعاملًا مساعدًا في سدّ الفجوة القائمة بين الدّول الصّناعية والدّول النّامية، لما توفره هذه العقود من امتيازات ومنافع كثيرة للدّولة، ولاسيما وإن كانت من الدّول النّامية، حيث لا توجد فيها بنى تحتية فاعلة يُرتكز عليها لبناء الاقتصاد الوطني. فيمكن للدّولة الاستفادة من مزايا هذا النّظام بتوفير السّيولة النّقدية، وتخفيف العبء عن الموازنة الحكومية، وتوظيف الوسائل التّقنية الحديثة الّتي من شأنها تطوير الدّولة بكامل

---

[78] جابر جاد نصر، عقود ال B.O.T بين المنافع والمخاوف، 2019/12/24:
https://almerja.com/reading.php?idm=127080.

[79] جمال عمران المبروك، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T وتكييفها القانوني، مرجع سابق .

[80] محاضرات طلبة المرحلة الرابعة، قسم إدارة الاعمال، عقد البوت(B.O.T) تعريفه، مزاياه، عيوبه، وأشكاله، للعام الدراسي 2018،2019، ص:13.

[81] هاني صلاح سري الدين،الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر – مجلة القانون والاقتصاد– العدد 69–1999– ص187.

قطاعاتها، وهو ما يساهم دون شك في إعادة النّهوض في البنية التّحتية للدّولة، وتحقيق قفزات مشاركة في النمو الاقتصادي.

إضافة إلى كل هذه المزايا الّتي يوفرها هذا النّظام للقطاع العام، فإنه يوفر العديد من المزايا للمستثمر أيضا. لذلك يستوجب علينا تسليط الضّوء على أبرز الإيجابيات الّتي يحققها تنفيذ عقود ال BOT على القطاع الخاص، حيث يعتبر هذا الطّرف هو الأساس لتنفيذ هذه العقود وتسييرها.

الفقرة الثانية: عقد ال BOT: وسيلة لتعاظم دور القطاع الخاص في إدارة وتمويل البنى التّحتية

إن عقد ال BOT هو نظام ممول بصورة أساسية من القطاع الخاص، ينتج عنه كيان أو مجموعة تهدف إلى استثمار نشاط في الصّناعة أو البنى التّحتية تحت شكل امتياز أو أي شكل آخر لمدة محدودة، يحصل خلالها المستثمر على عائدات تغطي نفقات الاستثمار.

من هنا يتبين بأن القطاع الخاص في عقود ال BOT يلعب دورًا أساسيًّا ومهمًّا، مما يجعله طرفًا قويًّا وبارزًا في العملية التّعاقدية، فيعود هذا العقد بالعديد من الإيجابيات والمميزات عليه، حيث يحقق للمستثمر فوائد هامة أبرزها:

- الدّخول في مجالات استثمارية مرتفعة العائد، حيث يمكن للمستثمر في عقود ال BOT أن يحقق أرباحًا كبيرة بالمقارنة مع المشروعات الأخرى.
- عند إعطاء هذا الكيان حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة، فإنّه يحقق الأرباح الّتي تعود عليه من جراء التّجارة الّتي يمارسها، وهنا يظهر بشكل واضح الطّابع التّجاري لهذه العقود من خلال مراحل تنفيذه.

لذا فإن توجيه المشاريع المنجزة لصالح فئات هائلة من المستهلكين والمنتفعين (شباب، سيّاح، مرضى، أصحاب، مركبات...) وهو ما يؤدّي إلى إقبالهم عليها ونجاحها. وبالتّالي، فإنّ الشّركات تحقق أرباحًا هائلة في غالب الأحوال من تلك المشاريع (شبكات إنترنت، الهاتف النقال، مركبات سياحية وعلاجية ورياضية وطرق سريعة ومطارات...)[82].

- توزيع مخاطر المشروع الّتي تحدث أثناء تنفيذ العقد، وذلك من خلال إمكانية إلقاء جزء من العواقب السّلبية لتلك المخاطر على عاتق الدّولة في حالة وجود اضطرابات سياسية. إضافة إلى إلقاء جزء آخر على عاتق الأطراف الأخرى المتعاقدة معها(موردون، مقاولون من الباطن) في حالة وجود مخاطرة تجارية[83].

تعود أهمية عقد ال BOT إلى تعاظم دور القطاع الخاص في تمويل هذه المشاريع، حيث لم يعد يقتصر تمويلها على أجهزة الدّولة وموازنتها فحسب، بل أصبح القطاع الخاص يضطلع بدور كبير في تمويل مثل هذه المشاريع، ولاسيما في الدّول النّامية الّتي تعجز حكوماتها عن النّهوض بحجم التّمويل اللازم. كما أن فكرة المرفق العام بدأت تتطور في الآونة

---

[82] نويري عبد العزيز، عقود التزامات المرافق العامة(B.O.T) أنواعها وطرق الاستفادة منها، 21 تموز 2019: https://www.mohamah.net/Law

[83] نويري عبد العزيز، عقود التزامات المرافق العامة(B.O.T) أنواعها وطرق الاستفادة منها، 21تموز 2019، مرجع سابق .

الآخيرة، وأخذت الحكومات تقبل بفكرة مشاركة القطاع الخاص في المرافق العامة، وهذا ما سنبينه في القسم الثاني من البحث عبر دراسة التّطبيق العملي لهذه العقود.

كما أن البلدان المتقدمة ذات الاقتصاد الحر، تتزايد فيها بصورة متعاظمة مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشاريع البنى التّحتية والخدمات، كما يتزايد أيضا في البلدان النّامية استعمال التّوظيفات الخاصة في مشاريع البنى التّحتية. فما يعود بشكل إيجابي على هذه العقود ويبرز دورها القوي هو أن القطاع الخاص يصحح عدم فعالية القطاع العام في إنشاء مشاريع وتسييرها، وأنَّه يستجيب بصورة أفضل لطلبات المستهلكين في كثير من قطاعات البنى التّحتية.

إن القطاع الخاص هو الطّرف المستفيد بصورة مباشرة من حسنات تنفيذ المشاريع الّتي سيستثمرها لآجال طويلة، لذلك فإنّه يسعى إلى أن يكون المشروع الّذي ينفذه على درجة عالية من الجودة والكمال، كي لا يتعرض فيما بعد إلى مواجهة نفقات كبيرة في الصّيانة، وفي إصلاح عيوب أساسية تعتري التّنفيذ.

نظرًا إلى كل ما تقدم، نرى بأن لعقود ال BOT أهمية وخصوصية عند تطبيقها العملي، وهذه الخصوصية تتطلب تحديد طبيعتها القانونية، فمتطلبات التّجارة الدّولية تفرض على الدّولة أن تنزل للتّعاقد، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين. إذ إنّ هذه العقود ترفض أن تتميز الإدارة بسلطات العقود الإدارية، لذا فإن الإدارة تتعاقد وفقًا لأسلوب القانون الخاص، ولا تستطيع الجهة المتعاقدة أن تضمّنها شروطًا استثنائية، وإنما بنودًا تعاقدية مماثلة لتلك الّتي درج الاتفاق عليها في دائرة علاقات القانون الخاص[84]، وذلك لأن دور الدّولة في عقود الBOT محدود للغاية، حيث تكون السّلطة والهيمنة على تسيير المشروع وإدارته تعود كاملة للمستثمر الخاص، ولا يعني ذلك انعدام الدّور الرّقابي للدّولة، ولكن ما نعنيه أنه ليس لها أي دور في عملية الإشراف والتّسيير، وذلك على خلاف عقود الالتزام الّذي تضطلع الدّولة بدور رقابي مهم، ولها حق التّدخل لتعديل الشّروط اللائحية[85].

كما تعتبر عقود ال BOT من عقود التّجارة الدّولية الّتي تقوم على إقامة مشروعات استثمارية بمعرفة شركات دولية. وإنّ العديد من عقود الBOT تتضمن إخضاعها للتّحكيم، وإقصاءها عن قضاء مجلس شورى الدّولة، مما يؤكد انتفاء طبيعتها الإدارية.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المتعاقد مع الإدارة في عقود الBOT غالبًا ما يكون شركة دولية ذات قوة اقتصادية كبيرة، وتتمتع بحماية دولية وسياسية، لا تسمح بتطبيق النّظرية العامة للعقود الإدارية، وما تحتويه من سلطات للدّولة في مواجهة المتعاقد معها.

---

[84] عبداله طالب محمد الكندري،النظام القانوني لعقود ال (B.O.T)،دار النهضة العربية، طبعة 2009، ص25.

[85] سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1988، ص 88.

أخيرًا، يجب ألا ننسى أن الدّولة بحاجة ماسة للنّمو الاقتصادي، وحاجتها تقضي التّعاقد بأسلوب القانون الخاص، لذا فإن الغاية الاقتصادية من العقد تتقدم على الجوانب القانونية لكون العقد مندرجًا ضمن عقود الاستثمار[86].

بناءً على ما تقدم، ولحسم الطّبيعة القانونية لهذه العقود موضوع الدّراسة، يتوجب علينا التّطرق إلى التّجارب العملية لبعض الدّول وفق نظام الاستثمار ال BOT ، وإلقاء الضّوء على الممارسات الخاطئة عند تطبيقه، تبيان المرجع الصّالح للبتّ في النّزاعات النّاشئة عن هذه العقود ... وهذا ما سنتناوله في القسم الثاني من هذا البحث.

[86] يوسف الاكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التّكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه، 1989م، ص36.

القسم الثّاني: أثر التّطبيقات العملية على طبيعة عقد ال BOT

يبرز في العالم اتّجه واضح، وهو يزداد يومًا بعد يوم، ويرمي إلى اشتراك القطاع الخاص بصورةٍ متزايدة في المشاريع العمومية، إما عن طريق التّمويل المباشر أو عن طريق الخصخصة، وإما عن طريق الاثنين معًا، وهو مشاريع التّمويل الذّاتي من قبل المتعهد. هذا التّطبيق العملي لعقد الBOT والدّور الأساسي الّذي يلعبه القطاع الخاص لإنجاز هذه العقود يحسم لنا الطّبيعة التّجارية الدّولية لعقود ال BOT، وذلك لأن هذه العقود لا تنجز إلا على أيدي شركات أجنبية تجارية، وهذا ما بيناه في القسم الأول من هذا البحث.

كما أنَّ الطّبيعة الدّولية لهذه العقود فرضت نفسها عندَ دراسة التّطبيق العملي لها، وأكدت بأنّ اتّخاذ التّحكيم الدّولي وسيلة لحلّ هذه المنازعات أفضل من فقدان مثل هذا النّوع من العقود، الّذي بات حاجة ومطلبًا لمعظم الدّول نتيجة تزايد حجم التزاماتها وتنامي حاجاتها، إضافةً إلى تعدد وتشعب أطراف هذه العقود، وضخامة حجم الاستثمار فيها.

انطلاقًا مما تقدم، يعتبر نظام ال BOT من أهم صور مشاركة القطاع الخاص في إقامة وتحديث وإدارة مشروعات البنية التّحتية. ولقد لقي قبولًا كبيرًا في كثير من دول العالم، لما له من أهمية في تخفيف العبء المالي للموازنات العامة للدّول خاصة النّامية منها. كما فُتح المجال أمام القطاع الخاص كفاعل جديد في مجال مشروعات البنية التّحتية الّتي كانت حكرًا على الدّولة[87].

وما يقتضي توضيحه في هذا المجال، أن الطّبيعة المختلطة لعقد ال BOT تؤثر وبشكل كبير على عملية تطبيقه والجهة المختصة للنّظر في النّزاعات النّاشئة عنه، وتنفيذه في الدّولة الّتي تتبنى التّعاقد بهذا العقد، إذ إنّه عند حسم الطّبيعة القانونية أو التّكييف القانوني لعقود ال BOT يجعلنا نعلم مدى قابليتها أو عدم قابليتها للتّحكيم.

ومن أجل توضيح المسألة أكثر، لا بدّ من البحث في التّجارب التّطبيقية لعقد ال BOT **(الفصل الأول)**، وأثر الطّبيعة المختلطة لعقود ال BOT على الجهة الصّالحة لحلّ النّزاعات **(الفصل الثّاني)**.

---

[87] محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود ال BOT (البناء والتشغيل والتحويل)، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد الأول 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 109.

الفصل الأول: التّجارب التّطبيقية لبعض الدّول

لا يعتبر نظام ال BOT نظامًا جديدًا من النّاحية التّنفيذية للمشاريع الكبرى، ولاسيما الفنية والتّقنية، إنما يعتبر نظامًا جديدًا من ناحية مصدر تمويل المشاريع العامة، فهو شكل من أشكال تحقيق المشاريع وتمويلها، ويعتَمِد تحميل المستثمر مسؤولية التّصميم والبناء والتّشييد والتّمويل.

وقد انتشر هذا النّظام بشكل كبير مع بدايات القرن التّاسع عشر، حيث بدأ انتشار السّكك الحديدية كوسيلة للمواصلات وتطور وسائل الاتصالات التّكنولوجية، إذ قدَّم نظام ال BOT حلًا لمشكلة تمويل مشاريع البنية التّحتية، والمجمعات والأسواق الصّناعية الكبرى والمشاريع الزّراعية الضّخمة، بكفاءة أكبر وكلفة أقل وتقنية أفضل.

ويعتبر تمويل المشاريع الكبرى حجر الزّاوية في استراتيجية نظام ال BOT، حيث يركز المستثمرون والمقرضون على أصول المشروع، وما يدره من عائدات، أكثر من تركيزهم على الضّمانات الحكومية[88].

من هنا يتبيّن أن الاهتمام بهذه العقود بدأ في إطار التّغيير الّذي يشهده العالم على صعيد دور الدّولة في ظلّ المتغيرات الاقتصادية الجديدة، إذ بدأت الحكومات تنسحب من النّشاط الاقتصادي، بحيث تتيح الفرصة للقطاع الخاص القيام بالجزء الأكبر من الاستثمارات القومية لإنشاء مشروعات البنية الأساسية، الّتي يصعب على الحكومة تمويلها بالكامل من خلال اعتمادات الموازنة العامة.

وهذا الاهتمام يرجع بالدّرجة الأولى إلى انتشار نظام ال BOT في الدّول النّامية والدّول المتقدمة على حدّ سواء. ففي الوقت الّذي رأى فيه البعض أن نظام تمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص حديث النشأة، قابله رأي آخر يقول إن لجوء الدّول إلى إقامة مشروعات البنية الأساسية Infrastructure اعتمادا على التّمويل من القطاع الخاص هو نظام معروف منذ زمن بعيد، وربّما يعود إلى عصور الدّولة الرّومانية، حيث كانت مشروعات الطّرق تمول من القطاع الخاص، ثمّ يقوم المموّلون بتحصيل ما دفعوه من المنتفعين بخدمات تلك المشروعات[89].

ونظرًا لأهمية هذا النّظام، وكثرة التّعامل بشأنه في العديد من دول العالم لما له من إيجابيات ترتدّ على خزائن الدّولة من جراء التّعامل بشأنه، لا بدّ من البحث في التّطبيق العملي لعقود ال BOT في بعض دول العالم **(المبحث الاول)**، والممارسات الخاطئة لهذا العقد **(المبحث الثّاني)**.

---

[88] نادر عبد العزيز شافي، نحن والقانون، ماهية عقود ال BOT ولماذا يتم اعتماده؟، بحث منشور في مجلة الجيش، العدد318، كانون الأول، 2011:
https://www.lebarmy.gov.lb

[89] J. Morand – Deviller, Droit administrative des biens, Montchrestien 2007, p. 604.

المبحث الأول: التّطبيق العملي لعقود ال BOT في بعض دول العالم

نشأت فكرة ال BOT وتمّ التّرويج لها لخدمة أغراض التّنمية في الدّول النّامية، حيث باتت هذه الدّول تهتم بالمشروعات الّتي تقوم وفق هذا النّظام لتحقيق التّنمية الاقتصادية فيها وتحسين بناها التّحتية، حيث نصحت منظمة الأمم المتحدة البلدان النّامية بتمويل البنية التّحتية فيها بنظام ال BOT، كما جاء في تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (انيسترال) الدّورة 29 في نيويورك في 28 مايو-14 يونيو بعنوان (الأعمال المقبلة المتعلقة- مشاريع البناء والتّشغيل ونقل الملكية)، وأطلق عليه في عام 1997 مشاريع الهياكل الأساسية ذات التّمويل الخاص، واستمر تداول هذا الاصطلاح مع تعديل طفيف في عام 1998 حيث أطلق عليه مشاريع الهياكل الأساسية المحمولة عن طريق القطاع الخاص، وفي تقرير عامي 2000 و 2001 أطلقت عليه عنوان (الأعمال الممكنة في المستقبل بشأن مشاريع البنية التّحتية الممولة من القطاع الخاص)[90].

انتشرت عقود ال BOT، وتزاحمت معظم الدّول على تبنيّها والعمل بمقتضاها، بحيث تشابهت هذه العقود مع غيرها في العديد من المواصفات والنّقاط لدرجة أن البعض يوحدها أو يدرجها مع هذا النّوع أو ذاك، وهذا ما بيناه سابقا عند تمييزه عن العقود المشابهة له.

والجدير بالذّكر، أن أغلبية الدّول وأبرزها لبنان اعتمد على عقود ال BOT، حيث يتبين أنه واكب وتماشى مع التّطور الّذي فرضته العولمة الثقافية القانونية، حيث اعتمد أساليب حديثة من العقود ذات الطّابع الدّولي، وطبقها بما تحمله من شروط جديدة، أهمها إمكانية خضوعه للتّحكيم الدّولي. ولا بدّ هنا من الإشارة إلى أن البعض رفض اعتبار هذه العقود تجارية دولية، إذ إنهم اعتبروها عقودًا ذات طابع خاص أو عقودًا ذات طابع إداري رغم استهدافها تحقيق مشاريع تجارية دولية، وهذا ما تطرقنا إليه في القسم الأول.

على ضوء ما تقدم، سنقوم بعرض التّجربة اللّبنانية في عقود ال BOT **(المطلب الأول)**، وتجارب الدّول العربية والأجنبية **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأول : التّجربة اللّبنانية في عقود ال BOT

ظهر نظام الBOT في لبنان بعد نظام الامتياز التّقليدي، باعتباره الأسلوب الّذي يتناسب مع ضخامة المشروعات المطلوب من الدّولة إقامتها، وعزارة الأموال اللازمة لتمويلها. فهذا النّظام يسمح للدّولة بإقامة تلك المشروعات دون أن تتكبد ميزانيتها أعباء التّمويل. ولقد تمحورت معظم هذه العقود حول مصالح التّجارة الدّولية، نذكر منها العقود الّتي تناولت الاتوسترادات الدّولية ومواقف سيارات المطار وتجهيز واستثمار المرافق.

---

[90] علاء الجوعاني، دراسة هامة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، 2 آب، 2016: https://www.mohamah.net/law.

فقد سارَ لبنان إسوةً بباقي الدّول النّامية على طريق اعتماد أسلوب ال BOT في التّعاقد لتمويل مشروعات البنية الأساسية Infrastructure، اعتبارًا من العام 1994 رغم اعتماده أسلوب الامتياز Consession منذ بدايات القرن العشرين، فأسلوب ال BOT يعتبر حديث الانطلاقة في لبنان[91].

ولقد دار خلاف فقهي واسع حول الطّبيعة القانونية لهذه العقود، إضافة إلى إمكانية خضوعها للتّحكيم الدّولي.

ويختبر القطاع العام اللّبناني مرحلة مثيرة جدًا في توفير الضّمانات الدّولية العديدة والهامة المعقودة في إطار إعادة البنى التّحتية، ما يوفر الثقة الّتي تبحث عنها الشّركات والمؤسّسات الدّولية في حدود ما يتوافق مع المصالح اللّبنانية، حيث إن تشجيع الاستثمارات الأجنبية يفترض تأمين ضمانات يرتاح معها المستثمر[92]، ومن أهم هذه الضّمانات إلى جانب الضّمانة المتمثلة بالثبات التّشريعي، الضّمانة القضائية لحماية المستثمر لاستثماره، فهو لا يريد اللّجوء إلى قضاء الدّولة أو قضاء أي دولة، وإنما إلى قضائه الخاص الّذي يضعه في العقد المبرم مع الدّولة ألا وهو التّحكيم.

من هنا يجب إلقاء الضّوء على أهم المشروعات الّتي جرى التّعاقد بشأنها بأسلوب ال BOT، أو الّتي يزمع تلزيمها بهذا الأسلوب. لذلك لا بدّ من التّطرق إلى أهم التّجارب اللّبنانية في عقود ال BOT، وأبرزها عقد الهاتف الخليوي النّقال GSM وغيرها **(الفقرة الأولى)**، عقد ال BOT لإنشاء واستثمار الأوتوستراد الشّمالي والدّائري وغيره **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: عقد الهاتف الخليوي النّقال GSM

كان للبنان تجربة مهمة في هذه المشاريع[93] في العام 1993 حيث صدر قانون رقم 218[94] القاضي بالإجازة لوزارة البريد والمواصلات السّلكية واللاسلكية، بإجراء استدراج عروض عالمي بغية تحقيق مشروع الهاتف الخليوي.

فقد قامت الدّولة اللّبنانية بناءً على هذا القانون ممثلة بوزارة الاتّصالات، باستدراج عروض عالمية وقع الاختيار نتيجته على شركتين: الأولى فنلندية والثانية فرنسية، وبعد أن تمّ اختيار الشّركتين أبرمت الدّولة اللّبنانية ووزارة الاتصالات والبرق والبريد عقدين مع شركتي (F.T.M.L SAL) وليبانسيل ش.م.ل (Libancell SAL) يتعلقان بإعادة تجهيز بنية الهاتف الخليوي على أساس تقنية ال BOT.

---

[91] محي الدين القبيسي، امكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية ال BOT، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية العدد الثاني سنة 2003 ص 247.

عكاشة عبد العال، الضمانات القانونية لحملية الاستثمارات الأجنبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السادس ك2، 2002، ص 100.

[92] عبده جميل غصوب، عقود ال BOT اشكالية التحكيم في عقود الادارة، مجلة الدراسات القانونية، لسنة 2002، جامعة بيروت العربية، العدد الثامن ص 93.

[93] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006، ص 112.

[94] القانون رقم 218 تاريخ 1993/5/1 منشور بالجريدة الرسمية العدد العشرون، تاريخ 20/ 1993/5 صفحة 413.

من هنا يتبين أن الحكومة اللّبنانية اعتمدت عقود ال BOT اعتبارًا من العام 1994 في العديد من المشاريع الانمائية والبنى التّحتية. وقد جرى توقيع عقد BOT وشركة FTML الفرنسية لتمويل إنشاء الشّبكة وتشغيلها وإعطاء الحكومة نسبة مئوية من العائدات طوال مدة العقد، على أن تسلم الشّبكة والإنشاءات والأجهزة إلى الدّولة عند نهاية العقد، وذلك لتنفيذ مشروع الهاتف النّقال لمدة عشر سنوات تنتهي في 2004. وقد فرضت أحكام المادة 9 من العقد الّذي سمي ووصف من قبل المشروع بال BOT على تأسيس شركة لبنانية لتنفيذ العقد، شرط أن تبقى الشّركة الفرنسية مالكة ل 2/3 أسهم الشّركة اللّبنانية، وضامنة حسن تنفيذ العقد وفقًا لأحكامه بعد أن قدّمت كفالة مصرفية للتّأكيد على الضّمان المذكور.

كما أنّه في التّاريخ نفسه، تبين أنّ الدّولة اللّبنانية وقعت عقد ال BOT مع شركة Libancell – وهي شركة لبنانية تم تأسيسها لتنفيذ المشروع – وبقيت الشّركة الفنلندية " فنلند تليكوم انترناشيونال"" مسؤولة عن حسن تنفيذ العقد من النّاحية التّقنية والعملية.

من هنا يبرز الطّابع التّجاري لهذا العقد، وذلك عن طريق ظهور الشّركتين المذكورتين أعلاه، وهما شركتان من نوع شركة مساهمة لبنانية تجارية من حيث الشكل بحسب قواعد قانون التّجارة اللّبناني لتنفيذ العقد. كما أنّ ما يوضح الطّابع التّجاري الدّولي لعقد ال BOT بأن العقد الّذي نتكلم عنه أعلاه حدّد إجراءات خاصة فيما يتعلق بحل النّزاعات الّتي تنشأ بين الطّرفين، ومنها المادة 30 منه الّتي نصت على حل النّزاعات المتعلقة بالعقد عن طريق التّحكيم، وفقًا لقواعد المصالحة والتّحكيم العائدة لغرفة التّجارة الدّولية.

إلا أنّه في عام 1999 نشأت خلافات بين الدّولة اللّبنانية والشّركتين المتعاقدتين، قامت على أثره الشّركتان برفع النّزاع إلى محكمة التّحكيم الدّولية، بينما توجّهت الدّولة إلى القضاء الإداري للقول ببطلان الشّرط التّحكيمي وإعلان صلاحية مجلس شورى الدّولة باعتبار عقد ال BOT هو من العقود الإدارية.

وقد اعتمد لبنان على طريقة ال BOT من أجل تجهيز واستثمار مغارة جعيتا، حيث أصدر وزير السّياحة بتاريخ 1993/11/18 القرار رقم 186 المتعلق باستثمار مرفق جعيتا السّياحي[95] أعطيت شركة ماباس الألمانية بموجبه حق استثمار مرفق جعيتا السّياحي لمدة 18 سنة، حيثُ حصل إشكالية كبيرة حول هذا القرار الّذي سيتم بحثه في الفصل الثّاني من هذا القسم.

---

[95] لقد أثار هذا القرار اشكالية تتمحور حول صلاحية الوزير إصدار هكذا قرار، إذ أنه بتاريخ 1995/5/9 أدعي على الدولة اللبنانية أمام مجلس شورى الدولة لابطال قرار وزير السياحة رقم 186 الصادر بتاريخ 1993/11/18 المتعلق باستثمار مرفق جعيتا السياحي والقرار رقم 6 الصادر عن مجلس الوزراء في 15/ 1995/6 المتعلق بتمديد مدة الاستثمار لمرفق جعيتا السياحي لكون القرار 186 المذكور منح شركة " ماباس" امتيازًا لادارة مرفق عام، الأمر الذي يخالف المادة 89 من الدستور، وقد تجاوز وزير السياحة صلاحياته الدستورية والادارية، وذلك لان العقد يخضع لتصديق السلطة التشريعية .(مجلس شورى الدولة، قرار رقم 585 تاريخ 1996/5/9، غسان نصير مختار قرية جعيتا، نادر بشارة صفير ومنصور عقيقي وشاكر سلامة/الدولة (غير منشور).

وفي تاريخ 1996/2/7 وقعت المؤسّسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان[96] ممثلة الدّولة اللّبنانية مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده الكويتية عقد ال BOT، لتمويل إنشاء مواقف للسّيارات في مطار بيروت الدّولي وتشغيله لمدة 15 سنة ثم إعادته بحالة جيدة إلى الحكومة اللّبنانية.

وقد نصّ العقد في المادة 12 على اللّجوء إلى التّحكيم في حال الخلاف، وذلك أمام المركز اللّبناني للتّحكيم لدى غرفة التّجارة والصّناعة في بيروت. وفيما يخصّ ذلك، حدّدت الهيئة التّحكيمية لدى المركز اللّبناني للتّحكيم الطّبيعية القانونية لهذا العقد، عند حصول الخلاف بين الطّرفين، واعتبرته عقدًا يتعلق بمصالح التّجارة الّدولية، وبالتّالي فإنّه قابل للتّحكيم وحفظت صلاحيتها للنّظر في النّزاع النّاشىء عنه، وخلصت إلى الحكم على الدّولة اللّبنانية بدفع تعويض لطالب التّحكيم.

الفقرة الثانية: عقد ال BOT لإنشاء واستثمار الأوتوستراد الشّمالي والأوتوستراد الدّائري

في تاريخ 1996/3/5 وقّعت الحكومة اللبنانية ممثلة بمجلس الإنماء والإعمار عقدًا أوليًا للتّفاوض project agreement مع تجمع شركات مكوّن من شركتين ألمانيتين walter bau ad dyckerhoff وشركة فرنسية Bouygues SA للتفاوض حول تنفيذ عقد ال BOT لإنشاء واستثمار وإعادة الأتوستراد الشمالي وذلك لمدة 30 سنة، على أن تقوم الشّركة بتقاضي جعالة مرورToll péage، وأن تساهم –إضافة إلى تكاليف إنشاء المشروع– في كلفة استملاك العقارات لتنفيذ المشروع لحدود 40 مليون دولار أميركي.

لكن هذا المشروع لم يرَ النّور لخلافات حول تفاصيل عديدة لا مجال لذكرها. كما أعلنت المؤسّسة العامة لتشجيع الاستثمارات عن خطوات عملية مستقبلية لتلزيم 9 مشاريع لشركات خاصة منها 7 مشاريع بموجب عقود إدارة وتشغيل لمرفأ بيروت الدّولي (مباني للشحن _مناطق بيع بالمفرق)، إضافةً إلى مشروع الأسواق التّجارية في مدينة بيروت الرّياضية، مشروع خط سكة الحديد السّاحلي، وسباق الخيل[97].

وفي تاريخ 1998/11/5 تمّ توقيع عقد بين الدّولة اللّبنانية ممثلة بإدارة واستثمار مرفأ بيروت وبين مجموعة تطوير المرافىء اللّبنانية المتعاونة مع سلطة موانىء دبي، لتمويل وإدارة واستثمار محطة المستوعبات في مرفأ بيروت. ولكن لأسباب تتعلق بدراسات الجدوى الاقتصادية، وافقت الحكومة اللبنانية على عدول شركة PDG عن تنفيذ التزاماتها التّعاقدية. وقد أقدمت إدارة واستثمار مرفأ بيروت في العام 2003 على إجراء مناقصة لتجهيز محطة الحاويات بالآليات

---

[96] لقد تم إنشاء المؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان بموجب المرسوم رقم 5778 تاريخ 1994/10/11، بهدف تقديم معلومات ومساعدات للمستثمرين في لبنان أو من الخارج وتشجيعهم على توظيف أموالهم في مختلف المجالات، ويقتضي الاشارة إلى أنه بهدف تشجيع الاستثمارات الأجنبية أيضًا، صدر القانون رقم 360 (راجع الجريدة الرسمية ، العدد 41 تاريخ 2001/8/18) بعنوان تشجيع الاستثمارات في لبنان، ومنح هذا القانون امكانية اللجوء إلى التحكيم وفقًا للإجراءات التي يلحظها القانون اللبناني، أو أي مركز تحكيم دولي .

[97] محي الدين القيسي، التجربة اللبنانية في عقود ال BOT (البناء والتشغيل والتحويل)، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، مجلة نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد الأول 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 113.

والمعدات والرّافعات اللازمة، فازت فيها شركة صينية، والإدارة سوف تعمد إلى إطلاق مزايدة لتشغيل المحطة المذكورة من قبل مُشَّغل دولي مستقل[98].

وفي 1 حزيران 2002 صدر القانون رقم 393[99] الّذي يجيز للحكومة منح رخصتين لتقديم خدمات الهاتف عن طريق مزايدة عمومية عالمية لمدة أقصاها عشرين سنة.

إذا نظرنا إلى واقعنا الحاضر نرى بأن لبنان يشهد العديد من عقود ال BOT الّتي تبرمها الدّولة مع مختلف الجهات العالمية، وتدرج فيها بنود تحكيمية بحيث أصبح التّحكيم في لبنان مجازًا لأشخاص القانون العام بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد[100]. وكأمثلة على العقود الّتي عقدت بموجب نظام ال BOT، عقد الامتياز الموقع بين الدّولة اللّبنانية ومجلس تنفيذ المشاريع الكبرى وبعض الشّركات الفرنسية من القطاع الخاص من أجل تنفيذ أوتوستراد العربي بين بيروت والحدود السّورية، حيث ورد في العقد أنَّ فضّ الخلافات يكون خاضعًا للتّحكيم وفقًا لدفتر الشّروط، مع تطبيق أحكام لجنة الأمم المتحدة للقانون التّجاري الدّولي، على أن يحصل التّحكيم في بيروت باللّغة الفرنسية، وأن يطبق القانون اللّبناني على أساس الموضوع. كما أنَّ هناك العقد الّذي أبرم على شكل ال BOT بين مجلس الإنماء والإعمار وشركة هوكيف سي سي سي (HOCTHIEF CCC JOINT Venture) الّتي تتولى عملية توسيع وتحديث مطار بيروت الدّولي، حيث نصّت المادة 67 من العقد "أنّ الفصل بالنّزاعات يكون عن طريق التّحكيم". وأخيرًا، فإنّ هناك الاتفاقية الّتي نشأت بين شركة إعمار بيروت سوليدير وشركة MIDCLEAR وبين هذه الأخيرة وشركة SICOVAM الفرنسية، الّتي نصّ فيها على أن "هذه الاتفاقية تنظم وفق نظام التّسوية والتّحكيم العائدة لغرفة التّجارة الدّولية من قبل محكم أو أكثر ويتم التّحكيم في باريس".

ومن الضّروري، تسليط الضّوء على العديد من المشاريع الّتي تمت على طريقة ال BOT لا يمكننا ذكرها جميعها بالتفصيل في هذا المطلب، لذا فإننا سنكتفي بذكر بعضها، على أن نعرض في المبحث الثاني الممارسات الخاطئة لهذا النّظام.

لذا لا بدّ من عرض التّطبيق العملي لهذا العقد في العديد من الدّول العربية والأجنبية، نظرًا لأهميته بحيث تبين من التّطبيق العملي له أنّ هذا العقد إذا تعلق بمصالح التّجارة الدّولية فهو يصبح عقدًا دوليًّا، وليس من العقود الدّاخلية

---

[98] محي الدين القيسي: التجربة اللبنانية في عقود ال BOT (البناء والتشغيل والتحويل)، المرجع نفسه،العدد الأول سنة 2003، صفحة 114.

[99] القانون رقم 393 تاريخ 2002/8/1، منشور بالجريدة الرسمية عدد 2002/6/31.

[100]أجيز هذا التحكيم بموجب القانون رقم 2002/440 تاريخ 2002/8/1، نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، العدد 43 تاريخ 2002/8/1.

للتوسع حول هذا القانون يرجى الاطلاع على عبده غصوب، التعليق على قانون أ.م.م اللبناني الجديد ونظام التحكيم بالقانون رقم 2002/440، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الرابع والعشرون 2002، ص 64.

الإدارية، وبالتالي فهو يكون قابل للتّحكيم التّجاري الدّولي، وهذا ما يحتم طبيعة عقد ال BOT، بحيث ينشأ عنه انتقال لرؤوس الأموال أو الخبرة أو الدّراسات أو التّصاميم عبر الحدود، فيصنف حينها عقدًا دوليًّا يتعلق بمصالح التّجارة الدّولية.

المطلب الثاني: التّطبيق العملي لعقود ال BOT في بعض الدّول العربية والأجنبية

يعتبر البعض أنّ الجذور التّاريخية لنظام ال BOT ترجع إلى نظام الامتياز الّذي انتشر في القرن التّاسع عشر ومطلع القرن العشرين. ولكنّ البعض يرى بأن نظام ال BOT يختلف اختلافًا جوهريًا عن نظام الامتياز القديم، وأنَّه أكثر حداثة من هذا النّظام، لأنَّه يطلق يد القطاع الخاص للتّصرف في المرفق موضوع الامتياز، بحيث يكون دور الحكومة المعنية في إدارته محدودًا للغاية، فلا تكاد تمارس أية سلطة عليه[101].

من هنا يتبيّن بأن الاهتمام بهذه العقود، قد بدأ في إطار التّغيير الّذي يشهده العالم في تقليص دور الدّولة في هذه العقود، إذ يعتبر هذا العقد أحد أساليب نقل عبء إقامة مشروعات مهمة ومطلوبة للتّنمية سواء أكانت مشروعات البنية الأساسية أو غيرها، إلى القطاع الخاص الأجنبي، وهو الأسلوب الّذي يواكب خطط الاصلاح الاقتصادي والتّحول نحو آليات السّوق في ظل برنامج توسيع قاعدة الملكية وتقليص مساهمات الدولة في المشاريع، وتوجيه الموارد تدريجيًا نحو مجالات التنّمية بأشكالها المتعددة، مع تقليص دور الدّولة في النّشاط الاقتصادي الانتاجي مقابل زيادة دور القطاع الخاص.

انطلاقًا مما تقدم، سنعرض تطبيق هذا العقد في معظم الدّول، لاسيّما الدّول الّتي تعتبر بأنّها تمتلك جذورًا لهذا العقد، مثل التّطبيق العملي لعقود ال BOT في مصر والكويت **(الفقرة الأولى)**، وتطبيقه العملي في فرنسا وتركيا والولايات المتحدة **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى :التَّطبيق العملي لعقود ال BOT في مصر والكويت

رأى د. ابراهيم الشّهاوي أن مصر تعدّ من أوائل الدّول الّتي عرفت واستخدمت نظام الBOT، وأن هذا النّظام ترجع جذوره إلى مشروع قناة السويس[102]، حيث أنشأت مصر قناة السّويس بمنحها سنة 1854 السّيد فرديناند دوليسبس وبموجب الفرمان الصّادر في 1854/9/30 حق امتياز حفر قناة السّويس لمدة تسعة وتسعين عامًا، وقد تضمّن مشروع قناة السويس عقدين أبرما في مرحلتين متتاليتين[103]: العقد الأول أبرم في 30 نوفمبر سنة 1854، وبموجب هذا العقد منح سعيد باشا M.Delips امتياز حفر قناة السويس، والعقد الثاني أبرم في 6 كانون الثاني يناير 1856، وبمقتضاه تأسّست شركة قناة السّويس صاحبة امتياز استغلال مرور السّفن في قناة السّويس لمدة 99 عامًا، وتبين بأن هذا العقد قد تضمّن امتيازات حقيقية حيث نصّ على أن:

---

[101] دليل منظمة، اليونيدو، ص 4.

[102] ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام BOT، 2003، دار النشر غير مذكور ص36 وما بعدها.

[103] ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام،2003، دار النشر غير مذكور، ص 42.

* تمنح الحكومة المصرية إلى شركة الامتياز إمكانية استخراج جميع المواد اللازمة لأعمال البناء والصّيانة من المناجم والمحاجر، دون أن تدفع عنها آية رسوم أو ضرائب أو تعويضات.

* إعفاء جميع المواد والمعدات اللازمة للمشروع من الجمارك والرّسوم والضّرائب.

* كانت أرباح المشروع تقسم بنسبة 15 بالمئة للحكومة المصرية، و10 بالمئة لأصحاب الفكرة، 75 بالمئة، لشركة قناة السّويس.

يلي مشروع قناة السّويس العديد من المشروعات الّتي أبرمت بموجب عقود ال BOT، ومنها مشروع الحكومة المصرية بمنح المهندس Corrdier امتيازًا لتوريد المياه النّقية إلى مدينة الاسكندرية، ولمدة 25 عامًا.

في العام 1865 منحت الحكومة المصرية البلجيكي شارل ليون امتياز الغاز في القاهرة والاسكندرية. أيضًا منحت الحكومة المصرية رجل الأعمال الفرنسي Manury، امتياز الغاز في مدينة بور سعيد[104].

ومن أمثلة المشروعات الّتي تم التّعاقد على تنفيذها وفقًا لنظام ال BOT في مصر أيضًا منح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة الملكية لمحطة كهرباء كرير[105].

واستنادًا إلى القانون رقم 3 لسنة 1997 بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، أصدر مجلس الوزراء المصري القرارات ذات الارقام 1,2,3 لسنة 1998 بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة: مطار مرسى علم، مطار العلمين، ومطار رأس سدر[106].

كما أننا إذا نظرنا إلى تطبيق عقود ال BOT في دولة الكويت، نرى بأن المشاريع الّتي تنفذ بواسطة هذه العقود تعتبر حديثة نسبيًا، إلا أنَّ هذه الدّولة قطعت شوطًا ملحوظًا في هذا المجال، حيث استطاع القطاع الخاص الكويتي، كونه يمتلك القدرات والامكانات المالية، والكفاءات، والكوادر البشرية، ويبتعد نسبيًا عن الرّوتين، الّتي تتصف بها الإدارات الرّسمية، أن يحقّق آمالًا معقودة عليه خلال فترة زمنية قصيرة، في تحمله للمسؤولية، وقيامه بتنفيذ المشاريع الموكلة إليه على أكمل وجه. ومن أبرز المشاريع التي أُنجزت: مشروع المنطقة الحرة في الكويت، حيث قامت الحكومة الكويتية بمنح الشّركة الوطنية العقارية، حق تأهيل وبناء أول منطقة حرة في ميناء الشويخ، ولفترة امتياز بلغت 21 عاما، وذلك بهدف

---

[104] دويب حسين صابر، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(البوت)، جامعة أسيوط، 2006، ص 44.

[105] في مصر قامت هيئة كهرباء مصر بإبرام عقد وانشاء وادارة وتشغيل وصيانة محطة سيدي كرير البخارية لتوليد الكهرباء بناء لقرار مجلس الوزراء رقم 4 تاريخ 7 تموز 1999، كما قامت الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإبرام عقد التزام إنشاء وتشغيل مطار العلمين، ومطار مرسى علم.

للتوسع يرجى الاطلاع على " ياسر كامل الصيرفي النظام القانوني لعقد الBOT ومدى خضوعة لقواعد القانون الخاص، ص 20".

[106] ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، المرجع السابق ص 4.

تنشيط الوضعين التّجاري والاستثماري في الكويت. كما أنّ عدة منتجعات تم منحها إلى القطاع الخاص خلال الأعوام الماضية، إلى جانب المجمعات التّجارية المنتشرة في مناطق عدة داخل الكويت[107].

كما تمّ تلزيم مشروع مرافق مطار الكويت الدولي، حيث قامت شركة المشاريع المتحدة بتطويره. وقد حقق هذا المشروع نجاحًا كبيرًا، وأعاد إلى مطار الكويت الدّولي مظهره الحضاري، وخصوصا أن المطار هو الواجهة لأيّ بلد، لأنّه البداية الأولى للقادمين إليه، مما يعكس لدى القادم مدى تقدم هذا البلد وحضارته[108].

لقد تبين مما سبق أن نظام ال BOT هو نظام ممول بصورة أساسية من القطاع الخاص، ينتج عنه كيان أو مجموعة تهدف إلى استثمار نشاط صناعة أو بنى تحتية، تحت شكل امتياز أو أي شكل شكل آخر لمدة محدودة يحصل خلالها المستثمر على عائدات تغطي نفقات الاستثمار.

الفقرة الثانية : التّطبيق العملي لعقود ال BOT في فرنسا وتركيا والولايات المتحدة

لا يمكن اعتبار نظام ال BOT نظامًا مبتكرًا في كليته، حيث ترجع جذوره إلى ما يعرف بعقود الامتياز الّتي كانت منتشرة في أواخر القرن التّاسع عشر وبدايات القرن العشرين في فرنسا وغيرها من الدّول، حيث استخدمت فرنسا هذه العقود في مشاريع السّكك الحديدية ومحطات الكهرباء والتّزويد بمياه الشّرب.

فقد عرف هذا النّظام في فرنسا في العام 1782، حيث أعطت الحكومة الفرنسية امتيازًا إلى شركة "بيرييه" لتوزيع مياه باريس[109]. كما أن مشروع النّفق الأوروبي Tunnel_Euro الّذي يربط بريطانيا وفرنسا من أهم التّطبيقات الحديثة لمشروعات البوت[110] وقد بلغت تكلفة المشروع أكثر من ستة عشر مليار دولار، أي حوالي أكثر من ضعف التّكاليف المقدرة أصلا للمشروع[111].

وفي تركيا منحت الحكومة التّركية إحدى شركات القطاع الخاص امتياز مشروع إمداد المياه في مدينة IZNIR التّركية عام 1987 بأسلوب ال BOT، وقدرت تكاليفه الاستثمارية حوالي 860 مليون دولار، وساهمت شركة المشروع بنسبة 14

---

[107] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طرابلس المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، سلسلة الابحاث القانونية، العقود الادارية، ص 119.

[108] عمر رحيم وطارق المسفر، ماذا يعني ال BOT ؟ وما هو موقعه من النظام الاقتصادي الجديد؟ هل سحبت ال BOT البساط الاقتصادي من تحت اقدام الحكومات؟ مقال:

https://www.mosgcc..com/topies/curent/print.Php? ID == 839 & issue.

[109] عصام أحمد البهجي، عقود البوت الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الفكر العربي، 2008، ص 29.

[110] the channel tunnel project…illustration of the largest BOT project of the century … A.Morton ,the greatest toll gate in the world ,IBL, 1996,p.6.

[111] Finnerty,J,project financing, Asset-Based financial Engeneering (1996) p.312 .

بالمئة من إجمالي تكلفة المشروع سنة 1996، حيث تتولى شركة المشروع بيع المياه للمدينة. كما أن أهم مشاريع الجسور الّتي طبقت وفقا لنظام ال BOT الجسر المعلق في اسطنبول، والذي يربط بين جانبي المدينة الآسيوي والأوروبي[112].

بالاضافة إلى ذلك، نذكر بأن أول من أطلق مصطلح ال BOT على عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية في العصر الحديث هو الرّئيس التّركي الراحل تورغوت أوزال[113]، وقد قصد به ذلك النّموذج أو الهيكل الّذي يتم بمقتضاه استخدام استثمارات القطاع الخاص في تمويل البنية الأساسية للدّول، وهي الوظيفة الّتي كانت تقع على عاتق القطاع العام تاريخيًا[114].

كما عرفت الولايات المتّحدة الأميركية نظام ال BOT منذ أيام الثّورة الصّناعية، حيث كان القطاع الخاص يبني الطّرق، ويشغلها بنظام البطاقات المدفوعة. وقد بات واضحًا تشجيع القطاع الخاص للاستثمار في تشييد الطّرق السّريعة في ظل القانون الفيدرالي الخاص بالنّقل الصادر في 18 كانون الاول ديسمبر 1999، وقد تأكد هذا الاتّجاه في الاجراءات التّشجيعية لنظام ال BOT التي تضمنها قرار الرّئيس "بيل كلينتون" في القرار التّنفيذي رقم 12893 الصّادر في 28 يناير 1994[115].

إنّ هذا النّظام قد أخذت به العديد من الدّول النّامية والصّناعية على حدّ سواء، بالإضافة إلى كلّ من فرنسا ولبنان وتركيا ومصر، فقد اعتمدته كل من استراليا والسويد وأندونيسيا والفلبيين وماليزيا والمكسيك والهند وجنوب أفريقيا.

وبناءً على ما تقدم، تحصل إحدى شركات القطاع الخاص في ظل مشروعات ال BOT على مناقصة إنشاء وتشغيل مرفق عام، كان في السّابق يتم إنشاؤه وتشغيله بواسطة الحكومة. قد يكون هذا المرفق عبارة عن محطة توليد الطاقة، أو مطار، أو طريق سريع بنظام البطاقات المدفوعة، أو محطة تحلية مياه...إلخ.

وتعد الشّركة الخاصة هنا مسؤولة بالكامل عن تمويل المشروع وتصميمه. وفي نهاية فترة المناقصة تعود غالبًا ملكية المشروع إلى الحكومة. ولعلّ العامل الرّئيسي الّذي يلعب دورا في نهاية تحديد مدة المشروع، هو تلك الفترة الزمنية الكافية حتى يمكن للايرادات المتولدة عن المرفق الجديد تغطية ديون الشّركة الخاصة، وتعويضها بشكل معقول نظير ما تكبدته من الجهود وتحمل مخاطر المشروع[116].

---

[112] Le Rapport de IUNDP , public private cooperation in the delivery of Urban infrastucture services(options and issues):
www.undp.org/ppue/gln/publications/working2-2.htm.

[113] the Ozal formula: Operate and transfer, report of D .Whittsaker, walker and smith 1995 ,p.6.

[114] وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص 471 وما بعدها.

[115] عصام أحمد البهجي، الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة، دار الفكر العربي، 2008، ص 29.

[116] محمد أحمد غانم، مشروعات البنية الاساسية بنظام البوت، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص 52.

أما الشّركة الخاصة فهي شركة مساهمة تتأسس وفقًا لما هو محدد في القانون التّجاري، كما أنّها تهتم بشكل كبير بالأرباح الّتي تنتج عن تنفيذها للعقد، وهو هدف أساسي في القانون التّجاري. كما يتبين بأنّها تتعلق بمصالح التّجارة الدّولية، وهذا واضح من خلال وجود معايير العقد التّجاري الدّولي فيها، وهذا ما بيّناه في القسم الأول مما يؤكد على الطّبيعة التّجارية الدّولية لهذا العقد من جهة. ومن جهة أخرى لا يمكن أن نتجاهل الممارسات الخاطئة لهذا النّظام أثناء عملية تنفيذه، وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: الممارسات الخاطئة لعقود ال BOT

إنَّ استعمال أدوات جديدة جاذبة لتمويل المشاريع، وفق نظام الBOT يفسر بدون شك، التّزايد المُطرد على التّمويل بواسطة هذا النوع من المشاريع. ففي البلدان المتقدمة ذات الاقتصاد الحر، تتزايد بصورة متعاظمة مشاركة القطاع الخاص في تمويل مشاريع البنى التّحتية والخدمات. كما يتزايد أيضا في البلدان النامية استعمال التّوظيفات الخاصة في مشاريع البنى التّحتية. وفي إحصائيات جرت مؤخرًا قي العام 1994 في 39 بلدًا ناميًا. تبين أن تدخل القطاع الخاص بلغ 200 مليار دولار، بينما كان في سنة 1988 بحدود ال 430 مليون دولار، علما بأن نسبة 7% فقط من التّوظيفات في البنى التّحتية في هذه الدول، كان مصدره القطاع الخاص[117].

ويعتبر البنك الدّولي أن نجاح هذه التّوظيفات سيؤدي إلى ارتفاع محسوس في هذه الأرقام في السّنوات المقبلة. أما في البلدان ذات الاقتصاد الانتقالي، فقد جرى التّمويل بواسطة ال BOT في عدد كبير من قطاعات البنى التحتية، وخصوصًا في مجالات النّقل والطاقة والمواصلات .

ولولا الصّعوبات الّتي أبدتها بعض مؤسسات التّمويل، لتزايدَ حجم مشروعات ال BOT أكثر بكثير مما هو عليه الآن في البلدان ذات الاقتصاد الانتقالي.

غير أن الميزات الّتي حققها نظام ال BOT قد يقابلها مساوىء، فأظهرت التّجارب العملية بعض الممارسات الخاطئة عند تطبيق نظام الBOT، والّتي قد تحول دون تحقيق الاستفادة القصوى منه. وهذا ما سنتناوله في المطلب الاول **(سلبيات نظام ال BOT)**، على أن نخصص المطلب الثاني **(الوسائل الكفيلة بإنجاح عملية تنفيذ عقد ال BOT)**.

المطلب الأول: سلبيات عقد ال BOT

أثبتت التّجارب العملية أن الأخذ بهذا النظام لم يكن في أحيان كثيرة وسيلة نجاة للدّول للتخلص من أعبائها العامة والاقتصادية، بل أنه أدى في كثير من الحالات إلى ترتيب أعباء اقتصادية على الدّول الّتي اعتمدته، وذلك بسبب الممارسات الخاطئة عند تطبيق نظام ال BOT، وأهم هذه الأسباب ما سنتناوله في **(الفقرة الاولى)** الأسباب المؤدية لسوء تنفيذ عقد ال BOT، **(الفقرة الثانية)** الصّعوبة المترتبة عن تنفيذ عقود ال BOT.

---

[117] حبيب أبو صقر، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد BOT، مقال، مجلة القضاء المالي، ص 18-23.

الفقرة الأولى: الأسباب المؤدية لسوء تنفيذ عقد ال BOT

كما ذكرنا سابقا، بأن هناك العديد من الممارسات الخاطئة الّتي أدت إلى عدم تحقيق الغاية المرجوة عند تطبيق عقود ال BOT وأهم هذه الأسباب[118]:

* طلب المستثمرون الأجانب مساهمة الحكومة في مشروعات البنية الأساسية بنسبة لا تتجاوز 25 %، وذلك لضمان حمايتها للمشروع، وحرمانها في الوقت نفسه من التّحكم فيه. مما يؤدي إلى عدم تحقيق الهدف الأساسي لهذا النظام، وهو تخفيف الضّغط على الميزانية العامة.

* عدم وضوح القوانين فيما يتعلق بإلزام المستثمر بصيانة المشروع واستبدال الأصول المتقادمة، خاصة في السّنوات الأخيرة من مدة الامتياز أو بتكوين احتياطي من إيرادات المشروع، لاستخدامه في عمليات الصّيانة بعد انقضاء مدة الامتياز. إذ يميل المستثمر إلى إهمال عمليات الصّيانة والتّجديد بهدف تحقيق أقصى معدل ممكن للرّبح والاحتفاظ به. مما يجعل المشروع عند تحويله للحكومة أقرب إلى الخصوم منه إلى الأصول نظرًا لضخامة الأموال اللّازمة لصيانته وإعادة تأهيله.

* مخالفة المستثمر الأجنبي المواصفات المعيارية الفنية في عملية إنشاء المشروع، مما يؤدي إلى عدم صلاحيته للتّشغيل عند تسليم الحكومة له في نهاية فترة الامتياز.

* إغفال العقود إشراك المؤسسات والكوادر الوطنية في التّصميم والتّنفيذ والإشراف والتّشغيل، وهي أمور لازمة لإيجاد كوادر وطنية قادرة على القيادة والابتكار وضمان توطين وتطوير التّكنولوجيا في المستقبل. مثال ذلك، استعانة مصر بمكتب استشاري أجنبي يعمل بشكل منفرد ومحتكر، ليضع المواصفات الفنية والمالية والتّشغيلية المتعلقة بمحطتي كهرباء شرق بور سعيد وشمال غرب خليج السّويس، وإغفال إشراك المكاتب الاستشارية المصرية على الرّغم من أن ذلك يعتبر مخالفة للقوانين النّقابية والمهنية المصرية[119].

* ارتفاع أسعار العقارات واستثمار هذا الارتفاع لمصلحة شركة المشروع، عندما يلتزم المشروع شقّ الطّرقات والاوتوستترادات السّريعة فإنه يمتلك مساحات شاسعة من الأراضي، الّتي تقع على جوانب هذه الطّرق والاوتوستترادات[120].

وبما أن أسعار العقارات على ارتفاع مستمر في غالب الأحيان، ونظرًا للفترة الطّويلة عادة الّتي تتملك في أثنائها شركة المشروع هذه العقارات قبل انتهاء مدة العقد، مما يؤدي إلى ارتفاع أسعار العقارات إلى أرباح قد تفوق قيمة المشروع

---

[118] عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الاقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر/ تشرين الثاني 2004، السنة الثالثة، ص 11.

[119] أوراق عمل مختلفة قدمت في مؤتمر مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، شرم الشيخ 29 و 30 سبتمبر 2001.

[120] عبد القادر محمد عبد القادر، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشروعات BOT، دار الجامعية، الطبعة الثانية 2000 – 2001.

نفسه مع طول المدة قبل انتهاء العقد. وبذلك تكون شركة المشروع قد ربحت بشكل مضاعف، سواء في استثمار تشغيل المشروع أم في ارتفاع أسعار العقارات. وهذا ما يؤثر سلبا على حقوق الدّولة الملزمة للمشروع[121].

* طول مدة العقد، وما ينتج عنه من حسنات لمصلحة المستثمر وسيئات لمصلحة الدّولة المانحة.

فإذا كانت الشّركة تلتزم في نهاية مدة العقد بإعادة نقل ملكيته إلى الدّولة المضيفة، فإن هذه المدة قد تطول كثيرا، كما لو بلغت مثلا تسعة وتسعين عامًا. والعقد الّذي يعقد لمثل هذه المدة يلزم أجيالا متعاقبة الالتزم بنتائج العقد، وما ينتج عنه من بدلات لمصلحة الملتزم تؤخر استفادة الدّولة من المشروع، وتحمل أبناء المجتمع هذه البدلات، وتضر بالمصالح السّياسية والاقتصادية العائدة للدّولة .

* ارتباط عقود ال BOT بشروط الاحتكار الّتي تلتزم بها الدّولة، إذ تشترط شركة المشروع على الدّولة تأمين الاحتكار حتى تضمن سيطرتها على السّوق وضمان عدم منافستها، تحقيقا لاسترداد ما أنفقته من أموال. ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوىء. وإذا لم يرتبط المشروع باحتكار، تلتزم الدّولة بشراء الخدمة الّتي يقدمها المشروع، كما يحصل عادة في إنشاء محطات الكهرباء، كما تضمن حدًّا أدنى من التّشغيل، كما يحصل في إنشاء المطارات والطرق[122].

* تراجع سيطرة الحكومة بسبب طول مدة العقد، فقد تتراجع سيطرة الحكومة على مراحل المشروع المختلفة، وبالتّالي فلا تتأكد من مطابقة المشروع للمعايير والكوادر المحلية بالنّسبة إلى التّصميم والمواصفات والعمالة. وهذا ما يؤثر سلبًا على حسن سير المشروع والخدمات المنتظرة منه.

* بالرّغم من الفائدة الّتي يحققها مشروع الBOT بالتّخفيف من أعباء الضّرائب على مستخدمي المشروع، غير أنّ النّفقات الّتي يتكبدونها، والمتمثلة في الإنفاق مقابل الخدمة الّتي يقدمها المشروع، والّتي قد تتجاوز في بعض الأحيان ما يحققه المشروع من وفر لمصلحة المنتفعين، وذلك على المدى البعيد.

انطلاقًا مما تقدم، تتبين أهمية استخدام هذه العقود. لكن من ناحية أخرى، لا بدّ وأن ننظر بحذر إلى المشاريع الّتي تنفذ وفقا لهذا النّظام، لأنها تُفقد كبار الموظفين والمسؤولين صلاحياتهم بحيثُ تذهب إلى القطاع الخاص[123]. وهنا تبرز مشكلة أخرى في كيفية معالجة أوضاع العاملين في المشاريع القائمة المنوي توسيعها وتطويرها عن طريق ال BOT، وشروط صرفهم من الوظيفة أو استيعابهم من قبل ملتزمي هذه المشاريع.

---

[121] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طرابلس المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، سلسلة الابحاث القانونية، العقود الادارية، ص: 156.

[122] الياس ناصيف، عقد الBOT ، العقود الادارية، مرجع سابق، ص 157.

[123] تقرير البنك الدولي حول مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الاساسية في منطقة الشرق الاوسط وشمال أفريقيا، الطبعة الأولى، 2018.

حيث برز دور القطاع الخاص في عقود الBOT، إذ إنّه لا وجود لهذا العقد بدون الشّركات التّجارية الأجنبية الّتي تقوم بشكل كامل بتنفيذ هذه العقود، وهذا ما يظهر الطّابع التّجاري الدّولي لهذه العقود، بحيث يعكس الطّابع العملي لعقود ال BOT طبيعتها التّجارية وليست الإدارية الّتي تبناها البعض كما بيّنا سابقًا.

الفقرة الثّانية: المخاطر التي تهدد عملية تنفيذ عقد ال BOT

يترتب عن تطبيق عقود ال BOT العديد من الصّعوبات، الّتي تتمثل بالمخاطر المرافقة لبدء تنفيذ العقد مرورًا باحتمال توقفه. فإن مسألة تضمين عقود ال BOT إنجاز مشاريع ضخمة، تتضمن العديد من المخاطر الّتي يجب على الحكومة أن تعيها عند تقييم مشروع ما للتّخفيف من مخاطره، وهي المخاطر الّتي سنحاول عرضها فيما يأتي:

– أولًا: المخاطر التّشريعية

إنّ أهم المخاطر الّتي يتعرض لها العمل بهذا النّظام هو نقص الخبرة والكفاءة للأجهزة الحكومية الّتي تتولى التّعامل مع هذه المشروعات، من حيث تقييم حاجة هذه المشروعات. لذلك فإن الإدارات العامة تواجه تحدّيًا يتعلق في كيفية التّعامل مع مشروعات البنية الأساسية ذات التّمويل الخاص المطبق بنظام الBOT، بحيث لا ينظر إليها بحرص شديد، وهو الأمر الغالب في كثير من الدّول في معرض الأخذ بهذا النّظام، مما يدفع هذه الدّول وبسبب عدم معرفتها بآليات هذه العقود إلى فرض المزيد من القيود التّشريعية غير الضّرورية.

وعلى هذا الأساس، فليس أمام الدّول إلا المعرفة بكيفية التّعامل مع مشروعات البنية الأساسية ذات التّمويل الخاص المطبق بنظام BOT، ووضع الآليات اللّازمة لتحضير مستندات التّعاقد وغيرها من الأمور كتدريب وتعيين المستشارين الفنيين، مما يتطلب مبالغ طائلة قد تعجز الحكومة عنها. كما أن المراحل الأولية للمشروع قد تستغرق وقتًا طويلًا قد يمتد إلى أعوام، منذ بدء دراسات الجدوى وحتى اختيار شركة المشروع وإتمام التّفاوض والتّعاقد[124].

من هنا يتبين بأن أهم المخاطر التّشريعية في عقود ال BOT هي في طول مدة التّعاقد، والّتي قد تصل إلى تسعة وتسعين سنة، وهو أمر شديد الخطورة، ويقتضي الحيطة والحذر عند الأخذ بهذا الأسلوب، إذ إن عقدًا يتراوح هذه المدة من الزّمن قد يرتب أوضاعًا سياسية واقتصادية وتشريعية، يصعب التّعامل معها[125].

وعلى هذا الأساس، فإن تضافر الجهود، والخبرات القانونية والفنية، وإصدار القوانين الّتي تؤمن اللّجوء إلى مثل هذه العقود، سيحد دون شك من المشكلات المتأتية من هذه العقود، بما يحقق التّنمية الاقتصادية المنشودة.

ثانيًا: المخاطر المتعلقة بتوقف المشروع بسبب أحداث غير متوقعة أو غير عادية:

---

[124] أمل نجاح الشيشي، نظام البناء _التشغيل_التحويل BOT، مجلة بحوث إقتصادية عربية العدد 28، لعام 2002 ص 85.

[125] نذكر على سبيل المثال ما حدث لمصر من جراء مشروع قناة السويس الذي أبرم لمدة (99) عاما وكان السبب الرئيس في إحتلال مصر سنة 1882، والعدوان الثلاثي عليها سنة 1956.

من الممكن أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة من شأنها أن تجعل تنفيذ المشروع مستحيلاً، وتشكل القوة القاهرة أهم هذه المخاطر، بحيث قد تتجاوز قدرة أطراف المشروع أو أي طرف آخر مرتبط بالمشروع في توقعها، كالسّيول والعواصف، أو حوادث الشّغب... مما يستتبع آثارًا سلبية على تنفيذ المشروع عن التّغطية التّأمينية. ومن شأن هذه الظّروف أيضا عرقلة تنفيذ المشروع، خصوصًا في حال عدم وجود ضمانات ترعى استمرارية التّشغيل[126].

فإذا وقع أي من هذه الأحداث في مرحلة التّشييد، سيؤدي ذلك إلى تأخر في إتمام تنفيذ المشروع، هذا إذا كان الحادث مؤقتًا. أما إذا كان التّوقف نهائيا فيؤدّي ذلك إلى استحالة التّنفيذ. لذا فإن هذه الحوادث وما يترتب عنها من فشل للمشروع يتحمّلها الدّائن، والدّائن في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التّمويل الخاص المطبق بأسلوب ال BOT، قد يكون الجهة المانحة، أو صاحب المشروع، أو غيره من الأطراف، حسب المرحلة الّتي وقع فيها الحادث، ووفقا لطبيعة التزامات هؤلاء الأطراف الّتي تُحدّد في ضوء الظّروف الخاصة الّتي يتم فيها تنفيذ المشروع، الأمر الّذي يفرض على أطراف المشروع الاتفاق على تنظيم قواعد المسؤولية العقدية فيما بينهم، وذلك بتحديد الطّرف الّذي سيتحمل عبء هذه المسؤولية. وعنا لا بدّ من الإشارة إلى أنّ الطّرف الّذي سيتحمل عبء المسؤولية العقدية يجوز له التّأمين عليها، أو منحها إذا كانت مرتبطة بعمل الغير أو الطّرف الآخر في العقد، مما يؤكد أن المؤمنين إنما هم أطراف أساسية في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ذات التّمويل الخاص المطبق بأسلوب ال BOT[127].

بناء على ما سبق، فإن التّعامل مع القوه القاهرة، هو أمر ذو طبيعة مختلفة في عقود ال BOT، عما هو عليه في العقود الأخرى.

ثالثًا: المخاطر السّياسية لعقود ال BOT

تعد المخاطر السّياسية من أهم المخاطر المرتبطة بالبيئة أو المناخ السّياسي في الدّولة المضيفة للاستثمار، وهي المخاطر الّتي تتعلق بوضع الدّولة الدّاخلي أو الخارجي، وحالة الاستقرار في هذه الدّولة، الأمر الّذي يؤثر مباشرة على استقرار المشروع واستمراره، خصوصًا فيما يتعلق بموقف الحكومة من عملية التّمويل الخاص، في مشروعات البنية الأساسية ذات التّمويل الخاص المطبق بنظام ال BOT، بالإضافة إلى ما يستتبعه الوضع السّياسي من متغيرات في النّظام المالي، كالنّظام الضّريبي أو نزع ملكية التّأمين[128]، وإلى غير ذلك.

---

126 Ozdoganm,I,D, " A Decision support Framework for project sponsors In the planning stage of Build- operate- transfer(B.O.T) projects " , construction Management and Economics, Lebanon . vol.18. Apr/May.2000 P25.

127 UNCITRAL legislative guide , chap . Iv " construction and operation of infrastructure legislative framework and project agreement " Paras . 119-120 .

128 ماجد علي، مصرفيون،البنوك ترحب بتمويل مشروعات الBOT التي ينفذها الأجانب والبنك المركزي لم يصدر تعليمات يحظر التعامل معها:

وعليه فإن المخاطر السّياسية غالبًا ما تأتي في مقدمة المخاطر الّتي يواجهها المستثمرون والمقرضون في بلدان العالم النّامي، وذلك بسبب الظّروف المهيئة في كل لحظة لإمكانية التّغيير السّياسي.

كما أنّ المخاطر السّياسية هي الّتي يتأثر بها تنفيذ المشروع بشكل سلبي، وهي عبارة عن تصرفات تصدر من الجهة المانحة أو أي وكالة حكومية، أو حتى المشرع في الدّولة المضيفة، إذ قد يصدر المشرع في الدّولة المضيفة ممثلاً في البرلمان أو رئيس السّلطة، بحسب الأحوال، تشريعات من شأنها الإضرار بالمشروع، وهي تصرفات غالبًا ما تكون ذات طابع سيادي وسياسي عام.

رابعًا: المخاطر التّجارية

تتحقق هذه المخاطر عندما لا يحقق المشروع العائدات الّتي كان ينتظرها الأطراف، وذلك بسبب تغير أسعار السّوق، أو الإحجام عن الطّلب على السّلع المقدمة من المشروع، ما يرتب عدم قدرة صاحب المشروع على سداد الدّين المترتب عليه، الأمر الّذي يهدد سلامة المشروع المالية، وهذه المخاطر تتراوح حسب كل مشروع ونوعه[129]. ولعلّ ما يحول دون الوقوع في هذه المخاطر هو تضمين العقد عدم إفساح المجال من قبل الحكومة لوجود شركة منافسة، الأمر الّذي يقلل من أهمية هذا الخطر. أما إذا كان هناك مرافق بديلة يمكنها توريد سلعة المشروع، فإنّ هذه المخاطر ستكون كبيرة، بل ويصعب التّنبوء بحجم الطّلب على المشروع واستخدامه.

هذا الأمر يجعلنا نؤكد على ضرورة اتّخاذ صاحب المشروع التّرتيبات التّعاقدية اللازمة من أجل الحد، أو الحيلولة دون هذه المخاطر، أو التّأمين منها على أقل قدر.

خامسًا: المخاطر المالية

إنّ انخفاض سعر الصّرف للعملة الوطنية، سوف يؤثر على قيمة ما هو متّفق عليه في المشروع، وهو ما يعرض صاحب المشروع إلى عدم القدرة في سداد الدّيون المترتبة عليه، كما أنه ينقص من الرّبح الذي كان ينتظره.

وتزداد الخطورة المالية أيضًا عندما يتعرض صاحب المشروع لخطر عدم السّيطرة على سعر الصّرف في البلد المضيف، أو نقص في السّوق الدّاخلي من احتياطي العملات الأجنبية اللازمة لسداد ديونه للمشروع، وربما تصل إلى حد عدم قدرته في استرداد النّفقات الأصلية، مثلًا ما حصل مؤخرًا في لبنان نتيجة تدهور قيمة اللّيرة اللّبنانية.

---

http: //ww.IK.ahram.org.eg/IK/ahram.

[129] updating of cosets from previous schemes to a common bas, Privatized infrastructure: the BOT, approach, P. 118.

المطلب الثاني: الوسائل الكفيلة بإنجاح عملية تنفيذ عقد ال BOT

بالرّغم من ظهور العديد من الممارسات الخاطئة والمساوىء النّاتجة عن تطبيق نظام ال BOT، لا يمكننا القول بأن نظام ال BOT هو نظام فاشل، بل على العكس من ذلك فهو نظام يتمتع بإيجابيات كثيرة أتينا على ذكرها سابقًا، ويمكن تفعيل هذه الايجابيات وتقويتها عن طريق وسائل مختلفة وضوابط موضوعية ليتم الالتزام بها عند التّنفيذ. ومن أهم هذه الوسائل والضّوابط الموضوعية المستقاة من التّجارب العالمية ما سيتم ذكره، إصدار تشريعات جديدة ونقل التّكنولوجيا **(الفقرة أولى)**، تفعيل دور مؤسسات الضّمان **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الاولى: إصدار تشريعات جديدة ونقل التّكنولوجيا

لا بدّ من وجود قانون خاص بنظام ال BOT إذ استقرّ الأمر على اتّباعه، فبعض الدّول مثل الفيليبين، تركيا، فيتنام، وباكستان قامت بسنّ قوانين شاملة تغطي هذا النّظام. أمّا الصّين الّتي تعتبر ذات تجربة رائدة في هذا المجال، فقد أصدرت قانونًا ينظم عمل الشّركات الأجنبية. وينصّ القانون صراحة على ألا تتجاوز فترة الامتياز ثلاثين عامًا. وقد استعانت الحكومة المركزية بمنظمة الأمم المتحدة للتّنمية الصّناعية (اليونيدو) كطرف محايد لتعاونها في صياغة جميع عقود المشروعات المزمع إقامتها، ووضع صيغ معيارية لهذه العقود في كل قطاع من القطاعات المختلفة[130].

ومن شأن إصدار تشريع يتعلق بنظام ال BOT، تأمين مصالح المستثمرين والدّول والأفراد على حدّ سواء. فهو يؤمن مصالح المستثمرين لأنَّه يتيح لهم الوقوف على الأوضاع القانونية لدى دراسة الجدوى وتقديم عروضهم في المنافسات المطروحة، حيث يكون متاحا لهم مسبقًا معرفة القوانين المتعلقة بعروضهم، وبالتّالي اطمئنانهم إلى استثمار أموالهم بضمان واستقرار.

كما يؤمن هذا التّشريع مصالح الدّولة لأنه يتيح لها وضع القواعد القانونية الّتي تصب في مصلحتها، ومنها حماية اليد العاملة.

إلا أنَّ الواقع العملي يفرض على الحكومة اعتماد أساليب وتشريعات لم يكن معمولًا بها في أراضيها، وذلك تلبية لمطالب الممولين، بهدف إعطائهم الثقة واستجلابهم للاستثمار داخل أراضيها، فتلجأ إلى تعديل بعض القوانين الخاصة كالسّماح بتحويل الأرباح إلى الخارج، ورفع القيود المفروضة على النّقد الأجنبي.

كما قد تلجأ الدولة إلى إعطاء ضمانات للاستثمار، وتتنازل عن مبدأ السّيادة لمصلحة بند تحكيمي يدرج في العقد. وقد كان للدّولة اللّبنانية تجربة في هذا الإطار، حيث أقدمت على إنهاء أزمة البريد اللّبناني بإخراجٍ قدّمه مجلس الوزراء،

---

[130] عيسى محمد الغزالي، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر/ تشرين الثاني 2004، السنة الثالثة، ص 13.

يقضي بالموافقة على إبدال مساهم بآخر في شركة ليبان بوست، وعدم المساس بالمشغل الكندي (كندا بوست) الّذي يدير العمليات البريدية.

وقد دخلت مجموعة ليبان بوست المملوكة من بنك عودة، مكان مجموعة " اس ان سي لا فالان" الكندية، بعد إبرام صفقة بلغت قيمتها 13 مليون دولار أميركي. مما ألقى الضوء على قضية مهمة من القضايا الّتي دار حولها لغط في سوق الاقتصاد اللّبناني، وعلى بعض الشّائعات التي رافقت هذه الأزمة، ومفادها أن الدّولة اللّبنانية غير جديرة بالتّعاطي مع المستثمرين الأجانب، ولها في كل مرفق إشكال.

وقد تعمد الحكومة إلى تنقية الأجواء القانونية بين بلدين أو أكثر، وكل ما يعوق الاستثمار بعقود ال BOT، من خلال تمهيدها إلى استصدار القوانين والتّشريعات اللازمة لتسهيل جذب المستثمرين. كأن تعدل التّشريعات المتعلقة بالاستثمار والاحتكار، وإمكانية تحويل العملات الأجنبية إلى الخارج، وإعطاء ضمانات عديدة.

وبالفعل فقد كانت شركة ليبان بوست تعاني في لبنان، من عدم استصدار تشريعات جدية، الأمر الّذي أربكها في تنفيذها لقطاع البريد، ولكنها اطمأنت نوعا ما إلى صدور قانون جديد للجمارك، وهي تأمل استصدار تشريعات أخرى تسهيلا لعملية الاستثمار. وبالفعل فقد قامت الدولة اللبنانية بإعطاء شركة IDAL حق دراسة جميع الاتفاقيات بقصد إصدار تشريعات يطلب اتّخاذها في لبنان، من أجل تسهيل عملية الاستثمار[131].

بالإضافة إلى ذلك ومن أجل التّخفيف من مساوىء عقود ال BOT، يتوجب تنظيم هذه العقود بطريقة تستهدف بقدر الإمكان زيادة الإيجابيات والحد من السلبيات، وذلك على ضوء حاجات الدّول، لاسيما النامية منها في اللّجوء إلى هذا النّوع من العقود.

غير أن هذه المسألة ليست بالأمر السّهل، بل تعتريها بعض الصّعوبات، بعدما ظهرت واتّسعت فكرة العولمة ابتداءً من العقود الأخيرة من القرن العشرين، بحيث أصبح العالم كله قرية كبيرة، تجول فيها شركات متعددة الجنسيات بتوزيع نشاطها، إنتاجًا وتجارة، على أكثر من دولة وفي أكثر من قارة. وبات أمرًا طبيعيًا وجود شركات في إحدى الدّول الكبرى، تطرح أسهمها في عدة بورصات عالمية، وتغطي نشاطاتها قارات العالم.

وقد ساعدت المؤسّسات الدّولية على تفعيل هذا النّشاط ضمن أسس قانونية ومؤسساتية دولية تمثلت في منظمة التّجارة العالمية، وما يدعمها من اتّفاقات لتحرير التّجارة الدّولية وحركة انتقال الأفراد ورؤوس الأموال، حتى بدا أنَّ العولمة بمرتكزاتها أصبحت ثمرة تطور طبيعي في تاريخ البشرية. لكن يبقى السّؤال عن دور الدّول النّامية في ظل انتشار العولمة خاصة لناحية صياغة عقودها بشكل يحافظ على مصالحها. إذ إن تنظيم هذه العقود في الدّول النّامية لا يبدو مستحيلا، ولا سيما للدّول المتمتعة بموارد طبيعية مهمة كالبترول وسواه. وبقدر حاجة الدّول النّامية إلى التّكنولوجيا، فإنّ الدّول

---

[131] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طرابلس المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، سلسلة الأبحاث القانونية، العقود الادارية، ص 167، 168، 170.

المتحضرة بحاجة إلى موارد طبيعية تفعل فيها التّكنولوجيا المتقدمة. وبذلك تستطيع الدّول النّامية الغنية بالموارد أن تفرض شروطًا في عقد ال BOT، ترضى بها الشّركات المتطورة. وهكذا يمكن تأمين التّوازن والتّكافؤ بين التّكنولوجيا المتقدمة والموارد الطّبيعية.

من هنا يجب ان لا نتجاهل نقل التّكنولوجيا الّذي يعتبر من أهم أهداف مشروعات ال BOT، ما يستوجب التّنبه لهذه المسألة عند إعداد اتفاقية المشروع. وتعتبر تجربة المكسيك من أبرز التّجارب في مجال السّياسات والضّوابط المرتبطة بنقل التّكنولوجيا. إذ تم إنشاء جهاز حكومي متخصّص بتقديم واختيار أنواع ومستويات التّكنولوجيا المنقولة.

حيث وضع الجهاز عددًا من الضّوابط والقيود على التّكنولوجيا المنقولة، أهمها رفض جميع أنواع التّكنولوجيا التي لها نظائر في السوق المحلية، ورفض التراخيص المشروطة بالتعامل مع موردين معينين لتوريد مستلزمات الانتاج. وفي الصين يلزم القانون شركة المشروع بتسليم كل متعلقات المشروع من تكنولوجيا ومعدات وخلافة في نهاية فترة الامتياز دون أي تعويض[132].

الفقرة الثانية: تفعيل دور مؤسّسات الضّمان

إن توفر الضّمان اللازم عن طريق تعاقد الملتزم مع شركة الضّمان، من شأنه أن يصب في مصلحة الملتزم وفي مصلحة الجهة الإدارية المتعاقد معها على حدّ سواء.

لذلك غالبا ما يلحظ عقد الBOT في بند خاص منه ضرورة تعاقد الملتزم مع شركة ضمان: وقد يبرم عقد الضّمان بين الأطراف الثّلاثة وهم: الملتزم وشركة الضّمان والجهة الإدارية، وذلك من أجل حسم ما قد ينشأ من خلاف بين الأطراف المتعاقدة في هذا الشّأن.

وبطبيعة الحال، فإنّه يدرج في بوليصية الضّمان بندًا يمكّن الضّامن من الحلول محل المضمون عندما يلتزم بدفع قيمة ما يترتّب من خسائر، وذلك عن طريق حوالة الحق أو انتقال دين الدّائن، وذلك وفقا للأصول المنصوص عليها في المواد 280- 286 موجبات وعقود[133].

كما أنه يجب أن نلفت النّظر إلى وجوب التّنسيق بين الإدارات المختلفة عند الإقدام على منح امتيازات بطريقة ال BOT، تجنبا للعراقيل والصّعوبات وعدم الملائمة. فكثيرًا ما تتداخل الأعمال بين الإدارات الحكومية المختلفة، الّتي يخضع كل منها إلى القواعد والأحكام والأصول الفنية الّتي تنظم شؤونها الخاصة، والّتي تختلف وتتداخل بين إدارة وأخرى.

---

[132] عيسى محمد الغزالي ، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون، نوفمبر/ تشرين الثاني 2004، السنة الثالثة، ص: 14.

[133] تنص المادة 280 من قانون الموجبات والعقود " يجوز للدائن أن يتفرغ لشخص آخر عن دين له إلا إذا كان هذا التفرغ ممنوعًا بمقتضى القانون أو بمقتضى مشيئة المتعاقدين أو لكون الموجب شخصيًا محضًا وموضوعًا بين شخصين معينين على وجه لا يقبل التغيير".
كما تنص المادة 286 ق.م.ع " القواعد المتقدم ذكرها لا تطبق على التفرغ عن دين الدائن فقط بل تطبق أيضًا على التفرغ عن الحقوق بوجه عام، إلا إذا كان في القانون نص مخالف أو كان في ماهية الحق ما يمنع تطبيقها".

من الأمثلة على هذا التّداخل: أعمال مؤسسة الكهرباء وأعمال وزارة الاتّصالات، عندما تقوم الأولى بحفر الطّرقات لإنشاء وتوصيل تمديداتها، وفور انتهائها من هذا العمل تأتي الثانية لتحفر الطّرقات نفسها من جديد، للقيام بإنشاءاتها وتمديداتها. وقد يتم التّداخل بين كل من التّوصيلات والأسلاك. أما وزارة الدّاخلية فعليها في هذه الأثناء أن تهتم بتنظيم السّير وتحويله والمحافظة على الأمن[134].

إن كانت السّياسات والضّوابط السّابقة تساعد في زيادة المنافع الّتي تحققها الدّول من نظام الBOT إلا أن المغالاة في تطبيقها قد يكون عاملًا طاردًا للمستثمرين. كما أن نجاح الحكومة في تطبيق هذه السّياسات والضّوابط سلفًا تتوقف على عوامل كثيرة من بينها مدى جاذبية الدّولة كسوق مرتقب، والمقدرة التّفاوضية للحكومة مع المستثمر الأجنبي بصفة خاصة، إضافة إلى المتغيرات الأخرى المتعلقة بمناخ الاستثمار والقدرة على تسويق فرص الاستثمار محليًا ودوليًا، ومدى ضرورة المشروع للاقتصاد الوطني.

فإذا استطاعت الحكومة أن تحسب بدقة تلك العوامل محليًا ودوليًا، يعلن نجاحها في تطبيق السّياسات وفرض الضّوابط المشار إليها، وما يترتب على ذلك من نتائج إيجابية.

أخيرًا، وبعد عرضنا للتّطبيقات العملية لعقود ال BOT وأثرها على حسم طبيعة هذه العقود، مرورًا بالممارسات الخاطئة الّتي تحدث أثناء عملية تنفيذه، إضافة إلى المخاطر النّاجمة عنها وصولًا إلى أهم الطّرق الّتي يجب اتّباعها لتفادي هذه المخاطر والسّلبيات، تثار مشكلة المرجع الصّالح لحل النّزاعات النّاشئة عنه، خاصة وأن هناك خلافًا حول طبيعته مما يؤثر على حسمنا لهوية المرجع المعني بحل كل النّزاعات النّاتجة عنه.

[134] الياس ناصيف، عقد ال BOT، طرابلس المؤسسة الحديثة للكتاب، 2006، سلسلة الأبحاث القانونية، العقود الادارية، ص 173.

الفصل الثاني: أثر الطَّبيعة المختلطة لعقود ال BOT على الجهة الصَّالحة لحل النّزاعات

نتطرق في هذا الفصل إلى الوسائل القانونية لحلّ النّزاعات الّتي قد تنشأ عن تنفيذ عقد ال BOT، والإشكاليات التي يثيرها هذا النّوع من النّزاعات، وذلك انطلاقًا من الطّبيعة الشّائكة لهذا العقد، كونه يقوم على بناء وتشغيل مرفق عام، لاسيّما وأن الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة تكون دائمًا طرفًا في هذا العقد، في حين يكون الطّرف الثاني في معظم الأحيان عبارة عن شركات أجنبية. هذا الأمر فتح الباب أمام إشكالية التّنازع بين القضاء الوطني والتّحكيم للنّظر بهذه النّزاعات.

من هنا سوف نتطرق في المبحث الأول من هذا الفصل إلى دور كل من القضائين الإداري والعدلي بالنّظر في المنازعات الّتي تنشأ عن عمليات التّنفيذ لهذا العقد سواء مع المقاولين من الباطن[135] والموظفين والعمال والمستخدمين أو المستفيدين من المرفق، وذلك بحسب الرّابطة العقدية أو العلاقة النّاتجة عن العقد الأصلي، مع العلم بأننا بعد حسم الطَّبيعة القانونية لعقد ال BOT بالنّظر إليه كعقد تجاري دولي، فلا نجد مبررًا لانعقاد صلاحية القضاء الإداري لحل هذه النّزاعات، لكننا لا نستطيع تجاهل بعض القرارات الّتي عقدت الصّلاحية للقضاء الإداري باعتبارها هذا العقد هو عقد إداري لأن الدّولة طرف فيه، متجاهلين الطّرف الثاني وهو الأقوى في هذه العقود لأنَّ عقود ال BOT لا يمكن عقدها أو تنفيذها إلا بوجود شركة أجنبية تتولى إدارة وتنفيذ هذه العقود، ولا يقوم هذا العقد بدونها، وهذا ما بيناه سابقًا.

لذلك سوف نلجأ في المبحث الثاني لدراسة التّحكيم، بوصفه من الوسائل الحديثة والعملية لفضّ نزاعات ال BOT، والتّوصل إلى تنظيم إجرائي منفرد للتّحكيم في عقد ال BOT، عن طريق استخلاص بعض المبادىء القانونية والإجرائية الواردة في القواعد العامة للتّحكيم، والّتي تتلاءم مع طبيعة منازعات هذه العقود. بالإستناد إلى ما توصلت إليه هيئات التّحكيم فيما فصلت فيه من قضايا متعلقة بمنازعات ناشئة عن هذه العقود.

---

[135] " يعرف عقد المقاولة من الباطن بأنَّة العملية التي بموجبها يعهد المقاول وتحت مسؤوليته إلى شخص آخر يدعى المقاول من الباطن، بتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة أو صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل".

للتوسع يرجى مراجعة: لارا مارون ونَّا، المقاولة من الباطن، رسالة أعدت لنيل الماستر، الجامعة اللبنانية، 2019.

المبحث الأول : صلاحية القضاء العادي والإداري للنّظر في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT

يشير الواقع العملي إلى أنَّ المستثمر الّذي يتعاقد مع الدّول لاستثمار مشروع يتعلق ببناء وتشغيل وإعادة مرفق عام، ولاسيما إن كان أجنبيًّا، ولا ينتمي لجنسية الدّولة المانحة، فإنه يلجأ غالبا إلى تضمين عقده بندًا تحكيميًا، سواء أكان داخل بنود العقد أو كان شرطًا مستقلًا، يشترط اللّجوء إلى التّحكيم عند حصول أي نزاع بينه وبين الدّولة المستضيفة. ففي هذه الحالة تنتفي صلاحية القضاء الوطني في النّظر بهذه النّزاعات، وتعود للجهة التّحكيمية المتفق عليها بموجب العقد.

لكن انتفاء الصّلاحية للقضاء الوطني في هذا النّوع من العقود الّتي تدخل الدّولة طرفًا أساسيا فيه، والّذي يتعلق غالبًا بتنظيم وتسيير مرفق عام، يثير إشكالية تتعلق بالحصانة القضائية الّتي كرستها الدّساتير والتّشريعات الوطنية، والّتي تكرس الدّور المحوري والأساسي للقضاء الوطني للنّظر في كافة المنازعات المتعلقة بالمرافق العامة، والّتي تكون الدّولة أو أحد أشخاصها العامة طرفا فيها، والّتي تشكل رفضا لمثول الدّولة أمام قضاء أجنبي.

وبما أن عقد ال BOT يشمل استثمارات ضخمة تتعدى ميزانياتها حدود الدّولة المانحة للامتياز، كما تتضمن مراحل متعددة تتمثل بداية بالبناء ثم التّشغيل. وهذا الأمر يتطلب ضرورة توفر أجهزة كبيرة تمتلك تقنيات عالية، وتأمين هذه العمليات والأجهزة يستدعي شبكات كبيرة من العلاقات التّعاقدية، سواء مع المقاولين من الباطن والموظفين والعمال والمستخدمين الّذين يشتركون في بناء هذا المرفق العام، أضف إلى المستفيدين من المرفق، وفيما إن لم يشملهم البند التّحكيمي[136]، ففي هذه الحالة يكون القضاء هو المرجع الصّالح للنّظر في كل هذه المنازعات، ويتوزع الاختصاص بين القضاءين العادي والإداري بحسب نوع العلاقة التّعاقدية. وأما إذا كانت ذات طبيعة خاصة فيتولى القضاء العادي النّظر فيها، ولكن إذا كانت ذات طبيعة عامة فتنعقد عندئذ الصّلاحية للنّظر فيها لجهة القضاء الإداري.

انطلاقًا مما تقدم، ومن أجل توضيح صلاحية كلّ من القضاء العادي والإداري حول البتّ بالنّزاعات النّاتجة عن تنفيذ عقود ال BOT، سوف نعرض مدى اختصاص القضاء العادي للنّظر بعقود ال BOT **(المطلب الأول)**، وصلاحية القضاء الإداري بالبث بالمنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT **(المطلب الثّاني)**.

---

[136] إن ورود شرط التحكيم في العقد الاصلي بين الدولة والمستثمر في عقد ال BOT لا يعني بالضرورة انسحاب أثر هذا الشرط التحكيمي إلى الغير من الأشخاص الثالثين الذين يساهمون بطريقة أم بأخرى في عملية بناء وتشغيل المرفق العام موضوع العقد، وليس كل من وقع الاتفاق التحكيمي هو طرف في التحكيم، كما أن عدم التوقيع على اتفاق التحكيم لا يمنع من اكتساب صفة الطرف في التحكيم. تجدر هنا الاشارة إلى أن العديد من الدراسات الفقهية لا زالت تبحث في مسألة امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به.

للتوسع في تفاصيل امتداد شرط التحكيم يرجى مراجعة:

مصطفى الجمال، امتداد شرط التحكيم خارج الاطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق الجامعة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد السابع، تموز يوليو 2001، ص. 65 وما بعدها.

سامي منصور، امتداد الاتفاق التحكيمي إلى غير الموقعين على العقد: حقيقية أم مجاز؟، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق الجامعة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006– 2008 العدد الاول، ص. 441 وما بعدها.

المطلب الأول: مدى اختصاص القضاء العادي للنّظر بعقود ال BOT

إن عقود ال BOT ليست من فئة العقود الخاصة، وبالتّالي فإن الاختصاص بالنّظر في المنازعات النّاشئة عنها لا ينعقد بالأصل للقضاء العدلي، إنما ينحصر اختصاص هذا الأخير للنّظر في هذه العقود في إطار حالات خاصة وفرعية يمكن تفصيلها في فقرتين، حيثُ نعرض أولًا المبادىء الخاصة بحسم منازعات العقد ال BOT **(الفقرة الأولى)**، ثمَّ نتطرق إلى الحالات الّتي يكون الاختصاص بالنّظر فيها منوطًا بالقضاء العادي **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: المبادىء الخاصة بحسم منازعات عقد ال BOT

إنَّ تنفيذ مشاريع البنى التّحتية التي تقوم وفقا لنظام ال BOT، يستدعي في معظم الأحيان شبكة من العلاقات التّعاقدية المختلفة، الّتي تتعدى حدود العلاقة بين المستثمر الأجنبي والشّخص العام، والّتي تشكل دائرة من العقود المترابطة والعلاقات التّعاقدية الضّرورية لتنفيذ المشروع. وغالبًا ما ينعقد الاختصاص بالنظر فيها إلى القضاء العادي، كون المنازعات النّاشئة عنها تكون بين الشّخص القانوني الخاص المتعاقد مع الإدارة، وبين أصحاب العقود الفرعية المبرمة بينهما بهدف إنشاء وتشغيل المرفق وتحقيق أهدافه. وذلك بالاستناد من ناحية إلى كون هذين الأخيريْن ليسا من أطراف عقد ال BOT، ولانعقاد الاختصاص بالمنازعات النّاشئة عن تلك العقود الفرعية للقضاء العادي من ناحية أخرى، بحيث يفصل فيها وفقًا لقواعد القانون الخاص.

أضف إلى ذلك، ما يمكن إسناد الاختصاص للقضاء العادي بالمنازعات النّاشئة عن علاقات العمل بين الشّخص القانوني المتعاقد مع الدّولة بنظام ال BOT، وبين العاملين أصحاب العقود الفرعية القائمين على أمر إنشاء وتشغيل المرفق العام محل هذا العقد[137].

كما أن انعقاد الاختصاص يكون للقضاء العادي بالفصل في كافة المنازعات الّتي تنشأ بين المنتفعين[138]بخدمات المرفق العام، الّذي يتم تشغيله وفق نظام ال BOT، وبين الشّخص القانوني الّذي قام بتشغيله، خارجًا عن إطار المنازعات المتعلقة بشروط التّنظيمية للانتفاع بالخدمة المرفقية، حيث تطبق قواعد القانون المدني المنظمة للعقود الخاصة، بصورة مكملة لإرادة المتعاقدين في الأحوال الّتي لا يتضمن فيها عقد الانتفاع فيما بينهما تنظيمًا قانونيًا رضائيًا متفقًا عليه بصورة كاملة، تحوي القواعد المتبعة لحسم ما قد ينشأ من منازعات بشأن تطبيق ذلك العقد، وذلك احترامًا لمبدأ حرية إرادة المتعاقدين، ولقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين".

---

[137] تطبق بشأن تلك المنازعات في القانون المصري قواعد العمل الموحد رقم 12 لسنة 2003 م بصفة عامة، وتلك المنصوص عليها بالمواد من رقم 168 إلى رقم 201 بشأن المنازعات المتعلقة بصفة خاصة بشروط العمل أو ظروفه أو أحكام الاستخدام التي تنشأ فيما بين صاحب العمل أو مجموعة من أصحاب الأعمال وبين جميع العمال أو فريق منهم على أن يتم إتباع ترتيب مسلسل بشأن حسم المنازعات الخاصة بعقد ال BOT فيما بين الشخص القانوني الخاص المتعاقد وفقا لهذا النظام وبين هؤلاء العاملين يبدأ بالتسوية الودية عن طريق المفاوضة ثم يعقب ذلك وسيلة الوساطة وأخيرًا التحكيم.

[138] إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الادارة، دار النشر غير مذكور، 1973، ص 230 وما بعدها.

كما أنَّ عقد ال BOT يتطلب العديد من العقود المالية، والقروض البنكية، وخطوط الائتمان، الّتي تمنحها البنوك من أجل تمويل المشروع، والّتي تتحمّل جزءًا من مخاطر التّمويل. هذه العقود غالبًا ما تكون مرتبطة بالقانون الخاص، كما أنها قد تكون متضمنة في بنود العقد[139]، وبالتّالي يكون القضاء العدلي هو المرجع الصّالح للنّظر في المنازعات النّاشئة عن هذه العقود المترابطة.

الفقرة الثانية: الحالات الّتي ينعقد فيها الاختصاص بفضّ المنازعات النّاشئة عن عقد ال BOT للقضاء العدلي

استنادًا إلى ما ورد آنفًا، فإن المنازعات الّتي يكون الاختصاص بالنّظر فيها للقاضي العدلي[140] تخرج عن إطار المنازعات بين الجهة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز، بحيث نعود هنا إلى التّكييف القانوني الّذي يتناسب مع العقد، على أن تكون المنازعات الفرعية الّتي تتسم بصفة خاصة، والّتي غالبًا ما تتكون من العلاقات التّعاقدية الّتي يجريها المستثمر مع المقاولين بهدف تنفيذ المشروع[141]، سواء في مرحلة البناء أو التّشغيل[142]، أو حتى مع المستفيدين من المرفق موضوع التّعاقد، هذه العلاقات تدخل في اختصاص القضاء العدلي[143]. ويمكن إيجاز هذا النّوع من المنازعات على الشّكل التّالي:

أولًا: المنازعات بين المستثمر والمستفيدين من المرفق موضوع التّعاقد

في الغالب، تعدّ المنازعات النّاشئة عن العلاقات التّعاقدية بين صاحب الامتياز والأشخاص المنتفعين من المشروع ذات طبيعة خاصة، وبالتّالي يعود أمر النّظر فيها للمحاكم العدلية[144].

وعلى المستفيد في مواجهة الملتزم، أن يقاضي الأخير على أساسين: الأول على أساس العقد الّذي يربط بين الملتزم والمستفيد، وذلك أمام المحاكم القضائية العدلية، على اعتبار أن العقد هو من عقود القانون الخاص. أما الثاني فيستند إلى عقد الالتزام ذاته. وحينئذ يكون المستفيد طبقًا لقرارات مجلس الدّولة الفرنسي[145]، أن يلجأ إلى القاضي المدني للحصول على حكم في مواجهة الملتزم بأحقية الحصول على الخدمة الّتي يقوم المرفق بأدائها.

---

[139] على سبيل المثال المادة 32 من العقد المبرم بين مصلحتي سكك الحديد الفرنسية والبريطانية وشركة Eurotunnel لبناء وتشغيل ونقل النفق تحت بحر المانش الذي يربط كل من المملكة المتحدة وفرنسا .

[140] فوزت فرحات، القانون الاداري العام، النشاط الإداري، بيروت 2012، ص 552 وما بعدها.

[141] J.– L Aubert, A propos d´ une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDC 1993, p. 364

[142] Gallios – Cochet, Les montages en droit des sociétés, RDC juillet 2007, p .1036.

[143] Cass. Com., juin 2007, Dalloz, 2007, p. 1723, obs.X. Delpch.

[144] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الثانية، 2014، ص 447.

[145] C. E., 5 novembre 1937, Union Hydro – électrique de L ' Ouest – Constatations , sirey 1938, 3 eme éd

لقد تبين مما سبق، بأنه عندما يؤمن صاحب الامتياز إدارة واستثمار مرفق عام ذي طابع صناعي أو تجاري، فإنَّ القاضي العدلي هو الجهة الوحيدة الصّالحة للنّظر في كل أنواع المنازعات النّاشئة بينه وبين المستفيد من خدمة المرفق موضوع العقد[146]، مثل تنفيذ عقد الاشتراك الّذي غالبًا ما يكون خطيًا (بوليصية الاشتراك في الماء والكهرباء...) ولكنه قد لا يكون كذلك، ومع هذا فالاجتهاد يعتبره عندئذ عقدًا شفهيًا، يشكل نوعًا من طريقة التّعامل والتّفاهم بين الفريقين[147].

ويكون القاضي العدلي صالحًا للبث في طلبات التّعويض النّاجمة عن حوادث وأضرار أصابت المستفيد، جراء الاستفادة من المنافع والخدمات المتعلقة بالامتياز، حتى ولو كانت أسباب هذه الحوادث والأضرار تابعة لمرفق عام، ويعود السّبب في اعتبار القاضي العدلي مختصًا للنّظر في مجمل هذه المنازعات إلى كون الرّابط الّذي يجمع بين المستفيد والمرفق العام ذي طابع فردي. وهذا الأمر لا يستوجب بالضّرورة وجود عقد خطي أو شفهي بين صاجب الامتياز المسؤول عن التّزويد بالمنافع والخدمات وبين حتمية الضّرر أو الحادث الحاصل[148].

وبالعودة إلى موقف الاجتهاد اللّبناني، نرى بأنّه قد غلب الاتجاه العام في بعض الأحكام، لإعطاء القضاء العدلي اختصاص النّظر في جميع المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود المبرمة مع المرافق العامة الصّناعية أو التّجارية، لكن دون تأكيد صريح بأن هذا الاختصاص يشمل جميع العقود، حتى المشتملة منها على شروط استثنائية خارجة عن المألوف في القانون الخاص[149].

لذا فإنّ القضاء اللّبناني اعتبر أن الأضرار الّتي تلحق بالمنتفعين من المرفق العام الصّناعي أو التّجاري، بعكس الأضرار الّتي تصيب الغير، هي من اختصاص المحاكم العدلية.

إذا فمثل هذه المسألة، مرتبطة بالطَّبيعة العامة للمنازعات النّاشئة عن نشاط المرافق العامة ذات الطّابع الصّناعي والتّجاري[150]، والّتي تصب في القاعدة العامة الّتي تعقد الصّلاحية القضائية بالموضوع إلى القاضي العدلي.

---

146 Gallios – Cochet, Les montages en droit des sociétés, RDC juillet 2007, p .419 .

147 Cass.civ., Paris,17mai 1988, D. H., p. 419 .

148 Cass. Civ., 1er, 19 décembre 2006, JCP G 2007, IV, 1193.

149 ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000، ص 25.

150 هذا ما أكدت عليه محكمة التمييز اللبناني في قرارها رقم 102 الصادر بتاريخ 28 تشرين الثاني 1962، بشأن التسبب بضرر للغير عبر مصلحة مياه بيروت، حيث قالت: " وبما أنه من المسلم به أن المرافق العامة التجارية أو الصناعية اذا اديرت عن طريق مؤسسة عامة تتحرر من النظام الحكومي وتتبع الأنظمة والقواعد المتبعة في إدارة المشروعات الحرة... وبما أن عملها هذا يعتبر من قبيل الاعتداء Voie de fait والصلاحية في النظر بالتعويض عنه ترجع إلى المحاكم العادية. وبما أن اعتراض المميز على الصلاحية المطلقة للمحاكم العادية يستحق الرد . وبما ان عمل المصلحة يعتبر شبه جرم تسري عليه أحكام المادة 121 من قانون الموجبات والعقود وتقام الدعوى بشأنه لدى محكمة المدعى عليه أو محكمة المحل الذي وقع فيه جرم الاعتداء عملا بالمادة 99 من الاصول المدنية. وبما أن الصلاحية النسبية هي لمحكمة المتن ويتحتم رد اعتراض المصلحة على الصلاحية النسبية ".

ثانيًا: المنازعات المتعلقة بالتّأمينات والعقود المالية وخطوط الإئتمان الممولة للمشروع

غالبا ما يكون موضوع عقود ال BOT تنفيذ مشاريع عملاقة يستدعي تمويلها مبالغ ضخمة، إذ يتم تمويل هذه المشاريع عبر خطوط ائتمان تمنح من المصارف الدّولية الكبرى، وبالتّالي ثمة شبكة من العقود المالية والقروض البنكية والتّأمينات تكون ملازمة لعملية تنفيذ عقد ال BOT تكون ضرورية لتحقيق التّوازن المالي للمشروع تلافيًا للعديد من مخاطر التّنفيذ والتّمويل.

لذا ينبغي أن تقوم شركة المشروع بتفويض المقرضين حقوق الاضطلاع على الحسابات المالية والمصرفية للمشروع، تحت عنوان الحماية وتأمين حسن سير التّنفيذ، مما يجعل المشروع تابعًا للمصارف الممولة. هذا التّشابك في العلاقات التّعاقدية والمالية للمشروع تكون مرتبطة بشكل مباشر بالمستثمر أو المشغل للمشروع، الّذي يرتبط بدوره بعقد الBOT مع الشّخص العام، وبالتالي فإن العلاقات المالية السّابق ذكرها لا تعد أعمالا عامة أو عقودًا إدارية باعتبارها بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، وإن كانت أعمالها تصب في إطار تنفيذ وتشغيل مرفق عام. وبناء عليه، تكون المنازعات النّاشئة عنها منازعات ذات طابع تجاري، وبالتّالي فإن صلاحية النّظر فيها تعود لجهة القضاء العدلي.

ثالثًا: المنازعات النّاشئة بين صاحب الامتياز والأشخاص الثالثين

يقصد بالغير أو الأشخاص الثالثين[151]، الأشخاص الّذين ليسوا من فئة المستفيدين من المرفق أو الخدمة العامة، ولا من جهاز العمل في هذا المرفق، وقد يكونون متعاقدين مع المرفق بعقود توريد سلع ولوازم لسد حاجاته، أو من غير المتعاقدين معه، ولم يشملهم شرط التّحكيم في حال وروده في العقد الأصلي[152].

بناءً على ما تقدم، يكون القاضي العدلي هو المرجع الصّالح للنّظر في المنازعات النّاشئة عن الاتفاقيات المعقودة بين صاحب الامتياز وبين كل من متعهدي الأشغال واللّوازم والخدمات ومؤجري الأبنية وسواهم.

رابعًا: المنازعات النّاشئة بين الشّركة صاحبة الامتياز والأجهزة العاملة لديها

إنَّ المستخدمين لدى صاحب الامتياز يخضعون لنظام قانوني ترعاه قواعد القانون الخاص حتى عندما يكون نظامهم الوظيفي صادرًا بعمل إداري تنظيمي[153]، فإنّ هذه المنازعات مرتبطة بالوضع الفردي لكل منهم، وبالتّالي فهي تدخل حكمًا في سلّم اختصاصات القضاء العدلي، وعلى وجه التّحديد مجالس العمل التّحكيمية[154]، الّذي يطبق عليهم أحكام النّظام

---

[151] إدوار عيد ، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة ، دار النشر غير مذكور، 1973، ص 238.

[152] مصطفى الجمال ، إمتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق الجامعة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد السابع، تموز يوليو 2001، ص 89 وما بعدها.

سامي منصور، إمتداد الاتفاق التحكيمي إلى غير الموقعين على العقد: حقيقة أم مجاز؟ مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق الجامعة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006 – 2008 العدد الأول، ص 442 وما بعدها.

[153] محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص 267.

[154] إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة، دار النشر غير مذكور، 1973، ص 228.

الخاص بهم أو الأحكام العادية المتعلقة بعقد الاستخدام. فحتى لو اعتبر الموظّفون في المرفق من الموظفين العمومين، فإن الاجتهاد الإداري قام بطريقة منطقية، بتوزيع هذه الدّعاوى القضائية النّاجمة عنها ما بين الجهتين القضائيتين: المحاكم العدلية والمحاكم الإدارية، وذلك بحسب نوع الخطأ، حيث تمّ إسناد أخطاء المرفق المسندة إلى الإدارة إلى القاضي الإداري، والأخطاء الشّخصية المسندة إلى الموظفين أنفسهم إلى القاضي العدلي[155].

بناء على ما تقدم، فإنَّه من المفترض أن الأجراء والمستخدمين والعمال في القانون الخاص، يخضعون للأحكام الواردة في قانون العمل، الّذي يرعى العقود الفردية الخاصة الجارية مع كل منهم، والّتي تتضمن سائر التّفاصيل المتعلقة بالاستخدام، لكن المستخدمين في المرافق العامة الممنوحة امتيازاتها لجهات خاصة، دولية كانت أم محلية، فإنهم يكونون في العادة في وضع وظيفي ينظم من قبل السّلطة العامة[156].

من هذا المنطلق، تكون جميع المنازعات ذات الطّابع الفردي، القائمة بين المستخدمين والشّركة الّتي تبني وتشغل المرفق العام بناء لعقد ال BOT، تعود صلاحية البث فيها لجهة القضاء العدلي. وغالبًا ما يكون القضاء المختص، هو قضاء الدّولة الّتي جرى تنفيذ العقد على أرضها، على أن يكون للقاضي تطبيق الأحكام المتعلقة بقانون مكان التّنفيذ، أو الأحكام المتعلقة بقانون الإرادة، وذلك وفقا للقانون الأصلح للأجير (على اعتبار أنه الطرف الضعيف)[157]، وقد طبق الاجتهاد في العديد من قراراته قاعدة القانون الأفضل للأجير[158]، منها ما كان قبل صدور قرار اتفاقية روما 1980، ومنها ما هو بعد صدور هذه الاتفاقية التي قوننت اللّجوء إلى القواعد الآمرة لحماية الأجير، الطّرف الأضعف في عقد العمل الدّولي[159].

المطلب الثاني: صلاحية القضاء الإداري بالبتّ في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT

على الرّغم من اعتبار عقد ال BOT بمثابة عقد تجاري دولي لتمتع هذا العقد بمميزات العقد التّجاري الدّولي، وإعطائه الصّفة التّجارية، وهذا ما بيّناه في القسم الأول من هذا البحث. إلا أن البعض صمم على اعتباره من بين العقود الإدارية مقدمين الحجج والبراهين لتأكيد رأيهم، لذا لا يمكننا تجاهل العديد من القضايا الّتي تمَّت إحالتها أمام مجلس شورى الدّولة اللّبناني لاعتباره المرجع الصّالح للنّظر بهذه النّزاعات.

---

[155] فوزت فرحات، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، مراقبة العمل الإداري، بيروت، 2012، ص 534.

[156] إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الادارة، دار النشر غير مذكور، 1973، ص 228.

[157] علي حسن عقيل، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، رسالة دكتوراه، ص. 85.

[158] ففي قضية شركة أفريقيا السوداء ضد الآنسة Thuillier الفرنسية الجنسية التي يربطها عقد عمل مع شركة فرنسية على أن يكون مكان العمل في السنغال ، ليتحول وضع الشركة القانوني لاحقا إلى شركة سنغالية، وقد تجدد العقد عدة مرات ، وفي مرحلة لاحقة تلقت الاجيرة الفرنسية قرارا بصرفها من العمل ، وأثناء الفصل في النزاع أمام المحكمة(القضاء العادي) أثيرت اشكالية أي من القانونيين الواجب التطبيق، هل هو قانون الارادة وهو القانون الفرنسي أم أنه قانون السنغال وهو قانون مكان التنفيذ، فقد ذهبت المحكمة إلى تطبيق قانون الأفضل للأجير ، وقد خلصت المحكمة في هذه القضية إلى تطبيق القانون الفرنسي بوصفه يعطي امتيازات أفضل للأجير .

[159] Cass. Crim, 11 mars 2014 n 11- 88420 , sté EasyJet Airline Company .

حددت المادة 60 من نظام مجلس شورى الدّولة اللّبناني[160] اختصاص المحكمة الإدارية، وعهدت إليها النّظر في القضايا الإدارية المتعلقة بعقود أو صفقات أو التزامات أو امتيازات إدارية أجرتها الإدارات العامة لتأمين سير المصالح العامة. وهذا ما جعل البعض يعتبر بأنَّه ينطبق على منح الامتيازات بموجب عقد ال BOT. كما أقر مجلس شورى الدّولة باختصاصه النّظر في طلبات التّعويض عن الأضرار الّتي تقع بسبب الأشغال العامة، أو تنفيذ المصالح العامة، أو الأضرار النّاتجة عن سير العمل الإدراي، وهذا أيضًا جعلهم يعتبرون بأنه ينطبق على الدّعاوى في طلبات التّعويض عن الأضرار النّاشئة عن تنفيذ عقد ال BOT، وهو ما سنأتي على تفصيله تباعًا.

إضافة إلى ذلك، فإنّ صلاحية القضاء الإداري تنسحب على الدّعاوى المتعلقة بفسخ وإلغاء العقد الإداري، وما يتفرع عنه من عقود أخرى، استنادًا إلى قاعدة أن القاضي الإداري هو قاضي الأصل ومن ثم هو قاضي الفرع[161].

هذا التّحديد للاختصاص من جانب القضاء الإداري، قابله تأييد من الفقه، الّذي اعتبر أن اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية بصفة عامة، هو اختصاص الزامي لا يمكن لطرفي العقد التّحلل منه بالاتفاق بينهما على تسوية المنازعات القائمة حتى لو نصّ العقد على حلّها بواسطة التّحكيم، أو غيره من الوسائل الأخرى غير القضائية.

غير أن هذا الرّأي التّقليدي أصبح في ظل المتغيرات والظّروف المجتمعية عامة، والاقتصادية خاصة، جدير بإعادة النّظر فيه، بحيث يتم إفساح المجال للوسائل الاتفاقية غير القضائية لتسوية المنازعات العقدية الإدارية، لعل أهمها التّحكيم[162].

ولمّا كان قد حصل جدل حول التّكييف القانوني لهذه العقود نظرًا للطّبيعة المختلطة الّتي تتميز بها، فقد اعتبره البعض بأنه من بين فئة العقود الإدارية العامة للدولة، ومن المنطقي أن يؤثر تكييفه بهذه الطّريقة على الجهة الصّالحة للنّظر في النّزاعات النّاشئة عنه، عند اعتباره عقدًا إداريًّا سوف تطبق سائر مبادىء القضاء الإداري في تسوية منازعات العقود الإدارية بصفة عامة عليها، دون تفرقة فيما بين عقود الBOT وسائر العقود الأخرى للإدارة كالأشغال العامة والتّوريد والالتزام.

من المسلم به في الوقت نفسه، أن ثمَّة ميزة لعقد ال BOT ينفرد بها عن غيره من العقود الإدارية، تلك الخاصة بعملية الإنشاء والتّشغيل للمرفق العام، ثم الالتزام بنقل ملكيته إلى الدّولة دون إلقاء أي عبء مالي في ذلك على عاتقها،

---

[160] المادة 60 معدلة وفقا للقانون رقم 227 الصادر في 31 أيار 2000 المحاكم الادارية هي المحاكم العادية للقضايا الادارية مجلس شورى الدولة هو المرجع الاستئنافي لجميع الأحكام الصادرة عن المحاكم الادارية والمرجع الاستئنافي أو التمييزي في القضايا الادارية التي عين لها القانون محكمة خاصة ومحكمة الدرجة الأولى لبعض القضايا.

[161] Menheere S . and Pollalis S, Case studies on build – operate– transfer, TV Delf, The Netherlands,1996.

[162] M. AUDIT, Présentation Générale; Les contrats publics sont – ils soluble Dans L'arbitrage international, collection droit administratif Law 7, Bruylant, 2011 p. 80 .

وهو الأمر الّذي يقتضي بالضّرورة انفراد هذا العقد عما سواه من سائر العقود الإدارية الأخرى، بجملة مستقلة من المبادىء القضائية لتسوية المنازعات النّاشئة عنه.

لذلك سوف نتولى تباعًا السّرد بصورة متقابلة للمبادىء المطبقة لحسم منازعات الدّولة في عقد ال BOT **(الفقرة الأولى)**، والحالات الّتي ينعقد الاختصاص فيها للقانون الإداري للبث في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT **(الفقرة الثّانية)**.

الفقرة الأولى: المبادىء المطبقة لحسم منازعات الدّولة في عقد ال BOT

إذا كان النزاع متعلقًا بالدولة، بوصفها شخصًا قانونيًا عامًا متمتعًا بالحصانات والامتيازات السياسية العامة، انعقد الاختصاص للقضاء الاداري وحده دون القضاء العادي. لكن بالعودة إلى عقد الBOT ونظرًا لانعقاد الصلاحية غالبًا للنظر في المنازعات الناشئة عنه للتحكيم لأنَّ عقد ال BOT المبرم بين الدولة والمستثمر يكون في أكثر الأحيان متضمنًا بندًا تحكيميًّا، وهذا ما يحتم اللجوء إلى مركز التّحكيم المذكور في الاتفاق ويصبح بالتّالي التحكيم هو الوسيلة المطبقة لفض النزاع، بالرغم من أن ثمة رأيًّا قانونيًا يؤيد حظر اللجوء إلى التحكيم في العقود الادارية التي تكون الدولة طرفًا فيها والتي يكون موضوعها مرفق عام، وهذا ما سنبحثه في المبحث الثاني من هذه الدراسة.

انطلاقًا مما تقدم سابقًا واعتبار الاختصاص ينعقد فورًا للقضاء الاداري عندما تكون الدولة متمتعة بامتيازات سياسية عامة، إلا أننا إذا نظرنا إلى عقد ال BOT وبحثنا في تطبيقه العملي يتبين بأن الدولة في هذه العقود تكون شخصًا قانونيًا عاديًا، متجردة من حصاناتها وامتيازاتها السيادية العامة وذلك لان الدولة بحاجة لمثل تلك العقود وبالتالي من مصلحة الدولة اللّجوء إليها.

من هنا يتبين بأنّ الدّولة إذا دخلت طرفًا في النّزاع المثار باعتبارها شخصًا قانونيًا عاديًا، متجرّدة من حصاناتها وامتيازاتها السّيادية العامة، وأيًا كان الطّرف الآخر لهذا النّزاع، يستوي في ذلك المتعاقد معها أم المنتفعون أم ذوو العقود الفرعية أم العاملون بالمرفق محل التّعاقد، فإن الاختصاص القضائي بحسم ذلك النّزاع ينعقد لجهة القضاء العادي[163]. هذا إذا لم يتم الاتّفاق، كما ذكرنا، على خلاف ذلك، بموجب بنود العقد بمعزل عن مجموعة الشّروط التّنظيمية ، بإسناد مهمة حسم النّزاع في هذه الحالة، بالطّريق غير القضائي، إلى هيئات التّحكيم أو التّسوية الودية أو الصّلح والتّوفيق.

فعلى الرغم من اعتماد الدّول، المتقدمة والنّامية على السّواء، في الآونة الأخيرة على نظام ال BOT لتمويل وتطوير مشاريع البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، إلا أن هذا النّوع من العقود يواجه غيابًا تشريعيًا، حيث إن المشرّعين في أغلب الدّول لم يعمدوا إلى تشريع قانون مفصل يضع تنظيمًا قانونيًا ينظم هذا النّوع من العقود، ويحدد الطّرق القانونية لفضّ النّزاعات الّتي قد تنشأ عن تنفيذ هذا العقد، إلا من خلال بعض القوانين الفرعية الّتي تعمل على تنظيم مرفق معين من خلال منح امتياز BOT، بحيث ترك أمر تنظيمه للفقه والاجتهاد. وحيث إن عقد ال BOT يقوم على ثلاث مراحل،

---

[163] ماجد راغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت،200، ص 26.

وهي البناء والتّشغيل ونقل الملكية، وهو عقد مركب ذو طبيعة مختلطة، لذلك فإن الآراء قد تعددت حول طبيعته، كما ذكرنا سابقًا مما يؤثر على الأحكام الّتي يجب أن تطبق عليه.

نذكر على سبيل المثال التّطبيق العملي لهذه العقود بموجب القانون رقم 218 تاريخ 13 أيار 1993 الّذي منح بموجبه الإجازة لوزارة البريد والاتّصالات السّلكية واللاسلكية، استدراج عروض عالمية لتحقيق مشروع نظام الراديو خليوي الرّقمي معيار GSM أو ما يعادله[164]. فالقانون رقم 393 تاريخ 1 حزيران 2002 المتعلق بالإجازة للحكومة منح رخصتي الهاتف الخليوي بموجب نظام البوت[165]. والقانون رقم 431 تاريخ 22 تموز 2003 المتعلق بخصخصة قطاع الاتصالات، ثم القانون رقم 549 تاريخ 20 تشرين الثاني 2003 لتصميم وتمويل تطوير وإعادة إعمار مصفاتي طرابلس والزّهراني وتشغيلهما، وبناء محطة نهائية لتصدير واستيراد الغاز الطّبيعي المسال، وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطّبيعي المسال، وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطبيعي، وإنشاء شبكات لبيعه وتوزيعه[166].

أخيرًا يمكننا القول، أنه في ضوء ما أسفر عنه التّطبيق العملي لعقود ال BOT تمّ وضع ترتيب تنازلي لكل تلك المنازعات من حيث الجهة المختصة بحسمها، بحيث يتربع على قمته القضاء العادي، ويليه من حيث اتّساع الاختصاص الوسائل غير القضائية كالوساطة والتّوفيق والتّحكيم[167].

لذلك فقد استقر الاجتهاد الفرنسي والمصري واللّبناني على أن العلاقة القائمة فيما بين تلك المرافق العامة ذات الطّبيعة الاقتصادية بين المنتفعين بخدماتها، هي علاقة عقدية تخضع لأحكام القانون الخاص[168]، وقد استندت تلك الأحكام إلى طبيعة المرفق المذكور والأسس التّجارية الّتي تسير عليها، إضافة إلى معيار العقد الإداري، وأن تكون الإدارة طرفًا فيه بوصفها سلطة عليا، وأن يتصل بمرفق عام، وأن يأخذ بأسلوب القانون العام.

الفقرة الثانية:الحالات الّتي ينعقد الاختصاص فيها للقانون الإداري للبتّ في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT

إنطلاقًا من الرّأي الّذي اعتبر عقود ال BOT هي من فئة العقود الإدارية – كما نلاحظ تأييد هذا الرّأي في العديد من أحكام مجلس شورى الدّولة– كان من الضّروري إلقاء الضّوء على الحالات الّتي رأت بأن هذا العقد يدخل ضمن صلاحية القضاء الإداري، بحيث تنعقد الصّلاحية للقضاء الإداري للنّظر في المنازعات النّاشئة عن هذه العقود، إذ إن

---

[164] الجريدة الرسمية رقم 20، تاريخ 20 أيار 1993 ، ص 413.

[165] الجريدة الرسمية ، رقم 24، تاريخ 2 حزيران 2000، ص. 1751.

[166] الجريدة الرسمية، ملحق، رقم 48، تاريخ 22 تشرين الأول 2003، ص 161.

[167] عبد الحميد الأحدب، من التحكيم إلى الوساطة: الوسيلة الجديدة والبديلة لحسم المنازعات: الوساطة المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون، ص. 18 وما بعدها.

[168] قرار مجلس شورى الدولة، القرار رقم 121، تاريخ 29 آذار 1978، إدوار فارس عزار/ مصلحة مياه المتن، مجموعة قرارات مجلس شورى الدولة 1973– 1982، ص 851.

القضايا الّتي تنشأ عن علاقة صاحب الامتياز التّعاقدية، بالسّلطة العامة ذات طبيعة إدارية، وتدخل بالتّالي ضمن اختصاص مجلس شورى الدّولة، وذهب القضاء أيضًا إلى اعتبار السّلطة مانحة الامتياز مسؤولة عن تعويض الضّرر النّاتج عن تنفيذ هذا الامتياز، وتُرفع الدّعوى بذلك أمام مجلس شورى الدّولة.

ويتفاوت اختصاص مجلس الدّولة بين المنازعات النّاشئة أثناء تكوين العقد، والمنازعات الّتي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد، ويمكن عرض بعض تلك الاختصاصات بإيجاز وفقا لما يلي:

بالنّسبة للمنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، فقد تأخذ هذه المنازعات أشكالًا مختلفة باختلاف مراحل تنفيذ العقد، وباختلاف صفة الفرقاء المتنازعين، ويمكن إيجاز هذه الحالات على الشّكل التّالي:

1- النّزاع المثار بين السّلطة المانحة والمستثمر

اِجتمع الفقه الإداري على اعتبار أنّ كل المنازعات الّتي من شأنها أن تتكون بين السّلطة مانحة الامتياز وبين صاحب الامتياز من جراء تنفيذ العقد، دخولها في اختصاص القضاء الإداري دون سواه، وهذا ما أكّد عليه نظام مجلس شورى الدّولة اللّبناني في المادة 61 منه[169].

وبما أن العقد محل الدّراسة قد اعتبره فقهاء القانون الإداري بأنّه من فئة العقود الإدارية، فاعتبروا بأنه تُطبق عليه هذه القواعد، ويكون القضاء الإداري هو المرجع الصّالح للنّظر في هذا النوع من المنازعات ما لم يتضمن عقد ال BOT بندًا تحكيميًا يحتّم اللّجوء إلى التّحكيم في حال وقوع نزاع بين الدّولة المضيفة والمستثمر. أما في غياب هذا البند فتنعقد الصّلاحية لجهة القضاء الإداري. على أن هذا الأخير ينظر فيها تارةً في نطاق قضاء الإبطال، وتارةً في نطاق القضاء الشّامل[170].

- مراجعة الأبطال لتجاوز حد السّلطة

---

[169] تنص المادة 61 من القانون رقم 1975/10434المعدلة وفقًا للقانون رقم 227 الصادر في 2000/5/31على أنه:" تنظر المحاكم الإدارية في الدرجة الأولى على الأخص:

1- في طلبات التعويض عن الأضرار التي تقع بسبب الأشغال العامة أو تنفيذ المصالح العامة أو الأضرار الناتجة عن سير العمل الإداري في المجلس النيابي.

2- في القضايا الادارية المتعلقة بعقود أو صفقات أو التزامات إدارية أجرتها الإدارات العامة أو الدوائر الإدارية في المجلس النيابي لتأمين سير المصالح العامة.

3- في قضايا الموظفين والمنازعات الفردية المتعلقة بموظفي المجلس النيابي.

4- في القضايا المتعلقة باشغال الأملاك العامة.

5- في القضايا التي ترجع فيها السلطة الإدارية على الموظفين في حال ارتكابهم خطأ كان سببا للحكم عليها.

6- في قضايا الضرائب والرسوم المباشرة وغير المباشرة خلافًا لأي نص آخر عام أو خاص. تخرجعن اختصاص القضاء الاداري طلبات التعويض عن الأضرار الناجمة عن حوادث المركبات وتنظر فيهما المحاكم العدلية.

[170] يوسف سعدالله الخوري، إدارة المرافق العامة، مجموعة القانون الإداري، الجزء الثاني،1999، ط1، ص 406.

إنَّ دعوى الإبطال لتجاوز حد السّلطة هي الدّعوى الّتي ترفع أمام القضاء الإداري، بقصد إبطال قرار صادر من السّلطة الإدارية. نافذ وغير شرعي، من قبل شخص تتوفر له مصلحة في ذلك.

تنفرد هذه الدّعوى بخصائص عدّة تتفرع من جهة، عن كونها دعوى تقام لدى القضاء الإداري الّذي يصدر حكمًا له صفة الحكم القضائي. ومن جهة ثانية، عن كونها تهدف إلى الطّعن بقرار صادر عن السّلطة الإدارية خلافًا لمبدإ الشّرعية بقصد إبطاله أكثر مما تهدف إلى حماية حقوق أو مصالح شخصية بحد ذاتها. فتتغلب فيها بالتّالي الصّفة الموضوعية على الصّفة الشّخصيَّة أو الذّاتيّة. وأخيرًا، تتّصف هذه الدّعوى بأنَّها دعوى عامة أي دعوى القانون العام في مجال الطّعن بالقرارات الإداريّة بغية إبطالها[171].

لذا يجوز لصاحب الامتياز أن يتقدم بمثل هذه المراجعة في وجه أي عمل إداري تتخذه السّلطة المانحة، ليس بصفتها كطرف في العقد، بل بصفتها السّلطة التّنفيذية المختصة بمقتضى أحكام وقوانين الأنظمة المرعية، لا سيّما وأنّ هذا العمل المتضررة منه، والّذي وإن كان غريبًا عن العقد وخارجًا عن نطاقه، إلا أنَّ ذلك ينطوي على انعكاسات ضارة بصاحب الامتياز في إطار مندرجات العقد، واستثمار المرفق موضوع الامتياز[172].

ويتبين بأنَّ مجلس شورى الدّولة اللّبناني قبِلَ مراجعة الإبطال لتجاوز حد السّلطة ضد قرار القاضي بوضع الامتياز تحت الإدارة المؤقتة، إذا كان من القرارات الإدارية المتعلقة بالبنود التّنظيمية الّتي يتضمنها دفتر الشّروط الخاص بالامتياز، وكان لا علاقة له على الإطلاق بالبنود الواردة في العقد المذكور، معتبرًا أنه ليس من شأن وضع الامتياز تحت الإدارة المؤقتة أن ينفي صفة المالك عن صاحب الامتياز الّذي يبقى ذا صفة ومصلحة للطّعن بالأعمال الإدارية المتعلقة بالامتياز. وفي مطلق الأحوال، تتناول رقابة مجلس شورى الدّولة الأسباب والوقائع الّتي من شأنها تبرير وضع الامتياز في الإدارة المؤقتة [173].

- مراجعة القضاء الشّامل

كل المنازعات النّاشئة عن التّدابير الإدارية المرتبطة بتنفيذ عقد الامتياز بحدّ ذاته، تعود صلاحية النّظر فيها إلى القاضي الإداري، أي إلى قاضي العقد، وهذا التّنازع القضائي الّذي يتّصف بالوجه التّعاقدي يشتمل بصورة خاصة على:

* المراجعات المقدمة من صاحب الامتياز ضد السّلطة مانحة الامتياز، لعلة مختلفة عن دفتر شروط الامتياز، كمنح امتيازات وتراخيص للغير في المجال ذاته موضوع الاستثمار خلافًا للحقّ المسلم به لصاحب الامتياز بالاحتكار وعدم المنافسة، أو بصورة عامة خلافا للحقوق المشروعة الّتي يستمدها صاحب الامتياز من عقده.

---

[171] إدوار عيد، القضاء الإداري، الجزء الثاني(دعوى الإبطال، دعوى القضاء الشامل)، مطبعة البيان، بيروت،1975.

[172] F. Brevet, Recherches sur l ’évolution du contract administratif, thése Poitiers, 2002, p. 34.

[173] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، 27 تشرين الأول 1962، عادل ماهر، المجموعة الادارية، 1963، ص 65.

* الخلافات بين السّلطة مانحة الامتياز وصاحب الامتياز، حتى عندما تكون محددة وفقا لمنطوق نص خاص من قبل مرجع تحكيمي، وكذلك قرارات هذه الأخيرة الّتي تؤثر سلبًا على التّوازن المالي والاقتصادي للعقد[174]، فإذا كان المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء تنفيذه العقد لتدخل جهة الإدارة، وهي بلا شك تملك هذه الميزة، إلا أنّها مقيدة بالحدود الّتي رسمها لها القانون، فتملك زيادة التزامات المتعاقد معها أو إنقاصها، فإذا كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة تتّسم بالمرونة، يكون من العدل والإنصاف أن تتّسم أيضًا حقوق المتعاقد مع الإدارة بهذه الصّفة، وذلك نظرًا للعلاقة الوثيقة الّتي لا تقبل التّجزئة بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه. ومن شأن القضاء الإداري أن ينظر بالمنازعات الّتي قد تنشأ عن اختلال التّوازن المالي للعقد.

* طلبات إعادة النّظر بعقود الامتياز، حتى لو كانت الطّلبات تقبل أو ترفض من قبل سلطة غير السّلطة المانحة، والقرارات الّتي تضع حدًا لمفعول عقد الامتياز.

وهنا يطرح السّؤال حول مدى الصّلاحيات الّتي يتمتع بها القاضي الإداري لعقد الامتياز؟ ففي حين أنّه في العقود الإدارية عامة، وفق القاعدة العامة، لا يمكن له أن يقرر إبطال التّدابير غير الشّرعية الّتي تتخذها الإدارة منفردة في وجه المتعاقد معها، فإنّه بوصفه قاضيًا لعقد الامتياز، يمكنه إبطال التّدابير التّعسفية الّتي تتخذها السّلطة العامة مانحة الامتياز ضد صاحب الامتياز، لكنه في المقابل لا يستطيع تعديل عقد الامتياز، ولا إعادة النّظر في بنوده[175].

2- المنازعات مع المستخدمين

ذهب الاجتهاد الفرنسي واللّبناني إلى اعتبار العاملين في المؤسسة الّتي تدير مرفقًا عامًّا، وتقدم خدمة للجمهور، وتتّسم بصفة تجارية وصناعية، تابعين للقطاع الخاص الّذين لا يتمتعون بصفة الموظفين في القطاع العام[176]، ما عدا من يتولى منهم مهام الإدارة بمفهومها الواسع على نحو ما سار عليه الاجتهاد في البداية، وبمفهومها الضّيق على ما استقر عليه الاجتهاد حاليًا. ويعتبر القضاء الإداري مختصًا[177] على وجه الاستثناء بالنّسبة للمستخدمين في المرفق العام فقط، لبت المنازعات المتعلقة بمدير عام المؤسسة صاحبة الامتياز وبالمحتسب اللّذين ترعاهما قواعد القانون العام دون سواهما.

فمجلس شورى الدّولة اعتمد مبدأ التّمييز فيما خصّ العاملين في المؤسسة العامة الصّناعية والتّجارية، بين من بيدهم الإدارة من جهة، وبين الجهاز التّنفيذي من جهة أخرى.

---

[174] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، 2 تموز 1969 ، شركة كهرباء لبنان الشمالي ، المجموعة الادارية، 1969 ، ص 175 .

[175] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، 4 تموز 1980، هراوي ومير/ الدولة، إجتهاد القضاء الاداري في لبنان،الجزء الثاني، العقود الادارية، ص 99.

[176] قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، 24 تشرين الثاني 1961، سعادة / مصلحة مياه بيروت ، المجموعة الإدارية، 1961، ص 218.

[177] إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الادارة، دار النشر غير مذكور، 1973، ص230.

فيما ترعى علاقة الفئة التّابعة للجهاز التّنفيذي قواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص للقضاء العدلي لبت منازعاتهم، في المقابل ترعى علاقة الفئة الاولى في المؤسسة العامة قواعد القانون الإداري، وينعقد الاختصاص في المنازعات بينها للقضاء الإداري.

وقد رأى جانب من الفقه[178]، أن توجه الاجتهاد نحو التّضييق وحصر الاستثناء فيما خصّ صلاحية القضاء الإداري، بالمرجع الّذي يتولى إدارة مجموع الدّوائر الإدارية، أي المدير العام أو من يماثله، والمحاسب العام، لا يخلو من الغموض أو على الأقل عدم الوضوح، فعندما يتعلق الأمر بمؤسسة تدير مرفقًا عامًّا، فلا يمكن القول بأن هناك حصرًا المدير العام فقط ولا أحد سواه. فقد يكون إلى جانبه مدراء عامون، أو مساعدون، أو مدراء أو رؤساء وحدات كبيرة وهامة، يتمتعون بصلاحيات أو مسؤوليات ليست أقل أهمية من تلك الّتي يتمتع بها المدير العام والمحاسب. ثم إن هناك مجلس إدارة له رئيس وهو –حتى عندما لا يؤمن إدارة مجموع الوحدات الإدارية– يعتبر بلا شك السّلطة الأعلى في المؤسسة. ويرى هذا الرّأي أنه من غير المناسب التّفريق في قمة الهرم بين المدير العام ومجلس الادارة، فترعى الأولى قواعد القانون العام بينما ترعى الثانية قواعد القانون الخاص.

3– صلاحية القاضي الإداري للنّظر في طلبات التّعويض عن الأضرار الّتي تقع بسبب الأشغال العامة النّاتجة عن أعمال بناء المشروع. في هذه الحالة، تنظر المحكمة الإدارية الخاصة في الدّرجة الأولى ومجلس شورى الدّولة في الدّرجة الثانية، أي الاستئناف، في طلبات التّعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب الأشغال العامة[179]، غير أن هذا الضّرر يتميز عن الضّرر النّاشىء عن تنفيذ مصلحة عامة، كما يستفاد من نص المادة 51 فقرة 1 من المرسوم الاشتراعي رقم 1959/119. ويعتبر الضّرر ناشئا عن الأشغال العامة سواء تحقق أثناء القيام بهذه الأشغال أم بعد الانتهاء منها. وقد اعتبرت أضرارًا ناشئة عن الأشغال العامة الأضرار النّاتجة عن الضّجيج الّذي يتحمله أحد الفنادق طوال السّنتين اللّتين استغرقهما بناء موقف عام تحت الأرض[180].

بالاضافة إلى ذلك، يجب عرض الحالات المتعلقة بتكوين العقد، والّتي ينعقد الاختصاص فيها للقانون الإداري للبتّ في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT، فتأخذ هذه الحالات شكلين أو نوعين من المراجعات، مراجعة الإبطال لتجاوز حد السّلطة، ومراجعة القضاء الشامل.

ففي المبدأ العام للقانون الإداري لا تقبل مراجعة الإبطال لتجاوز حد السّلطة ضدّ عقد الامتياز، على اعتبار أن الامتياز يرعاه عقد إداري، وأية مخالفة لهذا العقد لا تفتح مجالًا للإبطال بسبب تجاوز حدّ السّلطة، لأن مخالفة العقد ليست بمثابة مخالفة للقانون، بل تدخل ضمن نطاق القضاء الشامل. ولذا، فإن إبطال عقد الامتياز لا يمكن أن يتم إلا

---

[178] يوسف سعدالله الخوري، إدارة المرافق العامة، إدارة المرافق العامة، مجموعة القانون الاداري، الجزء الثاني، 1999، ط 1،ص209.

[179] إدوار عيد، رقابة القضاء العدلي على أعمال الادارة ، دار النشر غير مذكور، 1973 ، ص 54 وما بعدها.

[180] C. E., 18 novembre 1998, Ste. Les maisons de Sophie,DA 1999, n 22,RFDA 1999, p.242 .

عن طريق مراجعة القضاء الشامل[181]. في المقابل، تقبل المراجعة لتجاوز حدّ السّلطة ضد بعض الأعمال الإدارية الّتي تؤدي إلى تكوين عقد الامتياز والّتي تعتبر منفصلة عنه، أو يمكن فصلها عنه، وقد اعتبر مجلس شورى الدّولة اللّبناني من فئة القرارات المنفصلة قرارات التّصديق على العقد من قبل سلطة الوصاية[182].

ولكن المراجعة لتجاوز حدّ السّلطة ضد الأعمال الإدارية المنفصلة أو الّتي يمكن فصلها عن العقد، يجب أن تستند إلى سبب مستقل عن العقد، ويتعلق فقط بدعم قانونية تلك الأعمال بحدّ ذاتها، كعدم تقيد السّلطة مثلًا بقواعد الاختصاص أو الشّكل عند تكوين العقد، أو حتى مخالفة بنود العقد للأحكام الإلزامية للقوانين والأنظمة المرعية[183]. غير أنه لا يجوز إطلاقًا الإدلاء بالإبطال لسبب مستمد من مخالفة تعهد تعاقدي سابق، إلا إذا كان طالب الإبطال شخصًا ثالثًا أو مستفيدًا من الامتياز يطعن في صحة قرارات إدارية اتّخذتها السّلطة مانحة الامتياز خلافًا لبنود دفتر شروط الامتياز، وذلك باعتبار أن عقد الامتياز، له الطّابع التّنظيمي تجاه المستفيدين والأشخاص الثالثين من غير المستفيدين[184].

كما أنَّ هناك مراجعة القضاء الشامل، وهي المراجعة الّتي تُقدَّم أمام مجلس شورى الدّولة، والّتي يطالب فيها المدعي بحقوق شخصية في مواجهة الإدارة المدعى عليها. ويمنح مجلس شورى الدّولة في هذا الإطار صلاحيات شاملة للقاضي الإداري لحسم النّزاع، حيث له أن يقرر المسؤولية، ويترتب عن الوضع غير المشروع نتائجه القانونية، ويحكم بالتّعويض[185].

يمكن اللّجوء إلى هذه المراجعة في نوعين من الأحوال:

1- في المبدأ العام يمكن للسّلطة مانحة الامتياز أو لصاحب الامتياز، الطّلب إلى قاضي العقد، إبطال هذا الأخير إذا كان قد تمَّ إبرامه خلافًا للقواعد القانونية الّتي ترعى هذا الأمر.

2- وتدخل أيضًا ضمن اختصاص القضاء الشّامل، طلبات التّعويض المقدمة من قبل صاحب الامتياز ضدّ السّلطة مانحة الامتياز في حال تجاهل ومخالفة القواعد والأصول القانونية المطلوبة من أجل صحة تكوين العقد[186].

من هنا وبعد دراسة التّكييف القانوني لعقد ال BOT، ونظرًا للطّبيعة المختلطة له واعتباره بمثابة عقد تجاري دولي، ظهر لنا عامل أساسي لا يمكن إغفاله، فضخامة هذه المشاريع، والموازنات العالية الّتي يستلزمها تنفيذها، دفع بالمستثمرين الّذين يسعون لهذا النّوع من الامتيازات في أغلب الأحيان، إلى تضمين العقد اتفاقًا يقضي باللّجوء إلى التّحكيم عند وقوع أي خلاف بينهم وبين الدّولة المانحة. وهذا من شأنه أن يقصي دور القضاء في الفصل في المنازعات

---

181 قرار مجلس شورى، 17 آذار 1939، شاكر/الدولة، قرارات مجلس شورى الدولة، جزء 4، ص 211.

182 قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، 3 كانون الأول 1968، نقابتا المهندس في بيروت وطرابلس، المجموعة الادارية، 1969، ص 23.

183 قرار مجلس شورى الدولة اللبناني، مجلس القضايا، 16 كانون الاول 1970، الشركة اللبنانية للزيوت/ الدولة، 1971، ص 3.

184 يوسف سعدالله الخوري، إدارة المرافق العامة، مجموعة القانون الاداري، الجزء الثاني، 1999، ط1، ص304.

185 فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الجزء الثاني، مراقبة العمل الاداري، بيروت 2012.

186 يوسف سعدالله الخوري، إدارة المرافق العامة، مجموعة القانون الاداري، الجزء الثاني، 1999، ط 1 ص 404.

النّاشئة عن تنفيذ العقد. فإنَّ بروز التّحكيم كوسيلة حديثة لفضّ النّزاعات، وما يوفره من سرعة ومرونة في الفصل بالمنازعات المولج النّظر فيها، حدا بالكثير من المستثمرين إلى اشتراط بند أو اتفاق يدرج في بنود العقد، يقضي باللّجوء إلى التّحكيم في فضّ هذا النّوع من المنازعات، وهذا ما سنبحثه بالتّفصيل في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: فضّ النّزاعات النّاجمة عن عقد ال BOT بواسطة التّحكيم

يعتبر القضاء الطّريق الطّبيعي لفضّ النّزاعات الّتي تثار بين الأفراد وإقرار العدالة في المجتمع. لكن مع تطور الحياة الاقتصادية، والتّغيير في أنماط العلاقات التّجارية، ظهرت وسائل يلجأ إليها الأطراف بمحض إرادتهم، لفضّ النّزاعات الّتي تنشأ بينهم، بدلًا من لجوئهم إلى نظام التّقاضي أمام المحاكم الّذي تنظمه الدّولة.

ويأتي نظام التّحكيم في المرتبة الأهم ضمن هذه الوسائل، حيث ارتبط بفكرة التّنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية باعتبارها الوسيلة المثلى لحسم المنازعات على الصّعيد الدّولي، لما يحمله من مميزات لا تتوافر في قضاء الدّولة.

وإذا كان اللّجوء للتّحكيم لا يثير الكثير من المشاكل القانونية في عقود القانون الخاص[187]، فإن الأمر على خلاف العقود الإدارية الّتي تتمتع بخصائص ذاتية تميزها عن غيرها من العقود الأخرى، وتخضع بصفة أساسية لأحكام القانون الإداري، ويعهد إليه النّظر في المنازعات النّاشئة عن تنفيذها.

وتتميز الإشكالية الأساسية لهذا المبحث بخاصية أساسية، خاصة وأن البعض كما ذكرنا سابقًا اعتبر عقد ال BOT عقدًا إداريًّا إلا أن الواقع العملي لهذا العقد يؤكد على طابعه التّجاري الدّولي، وبذلك لا يتعارض عقد ال BOT باللّجوء للتّحكيم لحلّ النّزاعات النّاشئة عنه، فتتجلى في دور التّحكيم كآلية لفضّ النّزاعات النّاشئة في عقود ال BOT، بحيث أصبح في بعض الأحيان وبحسب عدة عوامل من صالح الدّولة اللّجوء إلى التّحكيم.

فهل يوجد حقًا تناقض بين عقود ال BOT وإمكانية إخضاعها للتّحكيم؟ وهذا ما سنعالجه في المطلبيين التّاليين، مدى قابلية خضوع نزاعات عقود ال BOT لمجال التّحكيم الدّولي **(المطلب الأول)**، والتّنظيم القانوني والاجرائي للتّحكيم في عقود ال BOT **(المطلب الثّاني)**.

المطلب الأول: مدى قابلية خضوع نزاعات عقود ال BOT لمجال التّحكيم الدّولي

نظرًا للنّظام المعقد الّذي تتميز به عقود ال BOT، كان من الطّبيعي أن يصاحب التّحكيم هذه العقود، باعتباره الوسيلة المثلى لحلّ المنازعات النّاشئة عنها، لما يتميز به نظام التّحكيم من مرونة وسرعة في الإجراءات، إضافة إلى

[187] من الثابت أن مسألة التحكيم لا تثير أي مشاكل عملية ولا تواجه اي معوقات قانونية في إطار المنازعات المتعلقة بعقود القانون الخاص باعتبار أن طرفي المنازعة من أشخاص القانون الخاص ويتساويان أمام القانون، ولا تدخل السلطة العامة، بما تتمتع به من امتيازات، كطرف في المنازعة أمام التحكيم.

الطّبيعة المختلفة للعدالة الّتي يقدمها في إطار فضّ النّزاعات[188]، بما ينسجم مع طبيعة الاستثمارات الضّخمة الّتي يتضمنها عقد ال BOT، ذلك أن الطّرف الخاص الأجنبي يجد نفسه يتعامل مع دولة ذات سيادة، وخوفًا من المخاطر النّاجمة عن هذه السّيادة والمتمثلة في إمكانية إهدار حياد القضاء الوطني أو إعمال الحصانة القضائية، لم يجد الطّرف الأجنبي سوى التّحكيم بديلا لحماية مصالحه.

لكن السّائد فقهًا واجتهادًا أن الدّولة الحديثة كشخصية معنوية، قد منحها القانون امتيازات عدة، لعلَّ أبرزها الحصانة القضائية. كما أن الاجتهاد وكذلك الفقه وضع مبدأ عدم قابلية التّحكيم للدّولة، فما الأساس القانوني لهذا المبدأ؟ وهل غيّرت التّشريعات الوطنية أنظمتها بشكل أتاح للدّول اللّجوء إلى التّحكيم في منازعاتها المتعلقة بهذا النّوع من العقود؟

إن الإجابة عن هذه الأسئلة تتطلب منا البحث في المعوقات الموضوعية والمتمثلة في عدم قابلية خضوع الدّول للتّحكيم وذلك في **(الفقرة الثانية)**، لكن قبل البحث في المعوقات الّتي تعترض طريق التّحكيم في فضّ المنازعات في عقود ال BOT، لا بدّ من التّمهيد لذلك بتعريف التّحكيم حتى نستطيع تحديد ماهيته باعتباره الوسيلة الأكثر شيوعًا لفضّ النّزاعات في عقود البناء والتّشغيل ونقل الملكية ال BOT **(الفقرة الأولى)**.

الفقرة الأولى: قبول التّحكيم دلالة على انتزاع الصّفة الإدارية عن عقد ال BOT

لم يعد التّحكيم مجرد نظام استثنائي لمنافسته العدالة الّتي تؤديها الدّولة، أو حتى نظام مصاحب وقرين له، إنما أصبح في الآونة الأخيرة نظامًا بديلًا عن قضاء الدّولة. وهذا يعود إلى المزايا الّتي يقدمها التّحكيم[189]في حلّ النّزاعات النّاشئة عن العلاقات الاقتصادية الدّولية المعتادة، أو في حلّ المنازعات النّاشئة عن العقود الّتي تبرمها الدّولة مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، وهي الحالة الّتي هي موضوع الدّراسة، نقصد بها المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT.

تصدّى الفقه لتفسير وتوضيح مفهوم التّحكيم في إطاره القانوني، فقد تعددت تعريفات التّحكيم، وتنوعت تحديداته في فروع القانون المختلفة حسب الزاوية الّتي ينظر منها إلى التّحكيم. وإن كانت جميعها تدور حول جوهر واحد له، وتعبر

---

[188] في أسباب اللجوء إلى التحكيم ، واليزات التي يتمتع بها نظام التحكيم.

للتوسع يرجى الاطلاع على حفيظة السيد الحداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010 ، ص 29 وما بعدها.

[189] أربع مزايا يوفرها التحكيم في فض المنازعات وتختلف عن القضاء الوطني وهي اختصارًا:

– سرعة الإجراءات، التي تتمثل في التزام المحكم بالفصل في المنازعة في وقت محدد يجب الا يزيد عن اثني عشر شهرا، أضف إلى أن التحكيم قضاء من درجة واحدة.

– السرية التي يوفرها التحكيم.

– حرية الاطراف في اختيار المحكمين في اختيار مكان التحكيم أضف إلى المرونة في طبيعة التقاضي أمام التحكيم.

– الطبيعة المختلفة للعدالة التي يقدمها التحكيم.

– انظر تفاصيل مزايا التجكيم والأسباب التي تدفع الطرف المتعاقد مع الدولة للجوء إلى التحكيم.

حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ،2010 ، ص . 11 وما بعدها.

عنه، إذ عرّفه البعض بأنّه "وسيلة بمقتضاها يستغني الأطراف عن قضاء الدّولة، فكما الأفراد يستطيعون باتّفاقهم حلّ منازعاتهم بالصّلح فيما بينهم، فإنّهم يستطيعون عرض هذه المنازعة على شخص أو أشخاص يختارونهم لكي يتولوا الفصل في هذه المنازعة"[190].

ويتّجه فريق آخر من الفقه إلى تعريف التّحكيم بأنّه نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتّفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات الّتي قد تنشأ، أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التّعاقدية أو غير التّعاقدية، والّتي يجوز حسمها بطريق التّحكيم، وفقًا لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم[191].

يتضح لنا من جملة ما أوردناه من تعريفات، أنّ التّحكيم هو اتّجاه إرادة الأطراف لإيجاد طريق بديل لحلّ النّزاع وهيمنة الإرادة هنا، كون الأطراف هم من يحدّدون المحكمين أو المحكم، الّذين أو الّذي سيفصل في الأمر بينهم، ويحددون الجهة الّتي ستشرف على إجراء التّحكيم بينهم، وكذلك الإجراءات الّتي ستتبع في عملية التّحكيم، وحتى أنّهم يذهبون إلى أبعد من ذلك، من خلال تحديد القانون الواجب تطبيقه على إجراءات التّحكيم أو حتى على النّزاع محل التّحكيم. هذه الحرية والمرونة أدت إلى ازدياد الرّغبة في اللّجوء إلى مثل هذه الوسائل في فضّ النّزاعات، لاسيّما في مجال المعاملات الدّولية.

كما جاءت الأفضلية للتّحكيم على حساب القضاء العادي، من خلال بساطة الإجراءات وبعدها عن تعقيداتها في القضاء العادي[192]، والّتي تظهر بالاختصاص وتنازعاته وجملة مواعيد منصوص عليها في إجراءات التّقاضي، وما يترتب على مخالفتها من آثار تنعكس سلبًا على المتخاصمين. كما يتمتع المتخاصمون بحرية اختيار المحكمين بينهم على عكس ما هو مفروض عليهم في القضاء، وهذا يوفر لهم الرّاحة النّفسية لمساهمتهم في اختيار من سينظر في قضيتهم. وللتّحكيم ميزته السرّية الّتي يحتاجها التّجار والمستثمرون في إتمام أعمالهم، فلا يضطلع على التّحكيم وإجراءاته ومحاضره سوى الخصوم والمحكمين. وهذا لا نجده في القضاء كون مبدأ العلنية في التّقاضي، هو السّائد في كافة إجراءات التّقاضي لغايات الحفاظ على الحيادية وتحقيق العدالة على مرأى من الجمهور، علمًا بأن ثمة منازعات لو اتّخذ حلّها طابع السّرية لحققت عدالة أكبر.

بعد التّعريف بنظام التّحكيم، الّذي قد يكون سبيلًا لفضّ المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT، ننتقل لبحث العلاقة بين التّحكيم وعقد ال BOT، والمعوقات الّتي قد تعترض التّحكيم كوسيلة لفضّ منازعات هذه العقود.

الفقرة الثانية: المعوقات الذّاتية والموضوعية أمام التّحكيم في عقود ال BOT

أمام تصاعد دور التّحكيم في فضّ المنازعات، جنح المشرع إلى سنّ قواعد قانونية تنظّم اللّجوء إلى التّحكيم، واختلفت التّشريعات حول هذا الموضوع. إلا أن الإشكالية الّتي تثار في هذا الصّدد هي في التّمايز بين التّشريعات المختلفة، كذلك

---

[190] فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2001-1002، ص 37.

[191] شريف يوسف خاطر التحكيم في منازعات العقود الادارية وضوابطه دار النهضة العربية 2011 ص 55 .

[192] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية 2010، ص . 24 وما بعدها.

في الاختلاف بين التّحكيم الدّاخلي والدّولي، ذلك أن الإشكالية الأساسية في التّحكيم الدّاخلي تتعلق بمبدأ عدم قابلية التّحكيم. أما في التّحكيم الدولي فإن الإشكالية مزدوجة عندما يتعلق الأمر بطبيعة العقد الدّولي، كما أن الإشكالية متعلقة بالمبدأ العام، المتعلق بالتّجارة الدّولية، الأمر الّذي يقودنا إلى القول بأن المنع موجود أيضًا دوليًا، وذلك في العقود الّتي لا يدخل موضوعها في التّجارة الدّولية، فهل عقد ال BOT له علاقة بمصالح التّجارة الدّولية؟

على اعتبار أنّ عقود ال BOT من العقود المركبة، كونها تنطوي على عدة عقود مترابطة فيما بينها لخدمة هدف واحد. ففي هذا النوع من العقود هناك العديد من الأطراف المتباينة أدوارهم وأهدافهم، إذ نجد مسؤولي المشروع، وهم الملتزمون بصورة رسمية ببناء واستغلال مشروع معين، وهناك الّذين يكونون بمثابة المقرضين، أي من يمنحون القروض، على أن يتم استردادها من عائدات المشروع، وإضافة إلى هؤلاء هناك الدّولة، مانحة الامتياز، يضاف لكل ذلك عقود التّمويل وعقود الطّاقة ونقل التّكنولوجيا وغيرها. وعلى أثر تعدّد العقود تتشعب الالتزامات والحقوق النّاشئة عنها، وذلك على النّحو الّذي من المتوقع معه إثارة العديد من المنازعات المتداخلة والمترابطة في الوقت ذاته، العديد من الإشكاليات، أهمها: هل هذه العقود المتعددة محكومة بموجب اتّفاق تحكيم واحد، أم يجب أن يكون لكل منها اتفاق خاص ومستقل؟ وهل يفضل تنظيم عدة تحكيمات لجميع هذه العقود تجنبًا لتعارض الأحكام، أم يكفي الخضوع لنظام تحكيم واحد؟

إن خطورة وتعقيد المنازعات النّاشئة عن هذه العقود يتطلب تحكيمًا قويًا يمتلك الخبرة الكافية في كل شؤون النّزاع، وملمًا بأعراف التّجارة الدّولية، لاسيّما ابتداءً من تنظيم عملية توقيع وثيقة شروط التّحكيم وكيفية إدارة العملية التّحكيمية واختيار المحكمين والشّروط الواجب توفرها في المحكمين، وتنظيم أتعاب هؤلاء ومراعاة التّحكيم للأعراف التّجارية الدّولية وقوة نفاذ قرارات التّحكيم .

فالمعوقات المتعلقة بعقد ال BOT تعد مرتبطة بطبيعة العقد وتشعبه وطابعه الدّولي، حيث إن الفقه والاجتهاد لا يزالان غير مستقرين فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد، من حيث خصائصه وطبيعته ومدى تعارضه مع التّحكيم؟ أمّا النّقطة الثانية فهي مترتبة عن الإشكالية الأولى بما أن موضوع العقد مهم جدًا، والنّصّ التّشريعي يكرس مبدأ أن العقد الدّولي القابل للتّحكيم هو الّذي يكون مرتبطًا بمصالح التّجارة الدّولية.

من هنّا يتبين بأنَّ الطّبيعة الدّولية لعقود ال BOT جعلنا نؤكد بأن اتّخاذ التّحكيم الدّولي وسيلة لحل هذه المنازعات أفضل من فقدان مثل هذا النوع من العقود، الّذي بات حاجة ومطلبًا لمعظم الدّول نتيجة تزايد حجم التزاماتها وتنامي حاجاتها، إضافة إلى تعدد وتشعب هذه العقود وضخامة حجم الاستثمار فيها.

إنّ التّعاقد وفقا لنظام ال BOT ينطوي على عدد من العمليات الّتي يتضمنها موضوع التّعاقد، منها البناء والتّشغيل ونقل الملكية. هذه العمليات في الغالب فحواها القيام بعمل، ففي القانون الخاص أو المدني فإن هذا الموجب له صبغة تجارية واقتصادية بامتياز، حيث إن التّحكيم الدّولي يقوم على معيار محدد ومهم تحدّث عنه الفقه والاجتهاد، وهو المعيار الاقتصادي.

ولا بدّ هنا من الإشارة إلى أنَّ الاجتهاد الفرنسي اعتمد المفهوم الواسع في تحديد إطار المصالح التّجارية، بحيث عرّف الاجتهاد[193] التّحكيم بأنَّه يدخل في نطاق العملية الاقتصادية الّتي لا تقتصر على دولة واحدة، وأسندهُ إلى جنسية الأطراف والقانون الواجب التّطبيق على أساس النّزاع.

يتبين ممّا سبق، أنَّه بمجرد أن يكون العقد دوليًا فإن الاجتهاد الفرنسي[194] لا يميز في هذا المجال بين العقد المدني وبين العقد الّذي يكون أحد أطرافه شخصية معنوية في القانون العام، حيث إنَّ مبدأ الحظر يهدف لحماية الجماعات العمومية للقانون العام في كل مرة يكون العقد إداريًا داخليًا وليس دوليًا، باعتبار أنَّ الادارة وبمجرد وضع بند في العقد، تقبل بمقتضاه اختصاص القانون الأجنبي، في هذه الحالة تعد قد تنازلت عن مبدأ الحصانة الّذي تتمتع به بمقتضى القانون الدّاخلي، وذلك لأن القانون الدّولي لا يمنحها هذه الحصانة إلا في نطاق محدود وهو الشّخصيات الدّبلوماسية. فالمسالة لا تتعلق بالتّنازل عن هذه الحصانة، وإنما بسبب أن القانون وقواعد فضّ تنازع القوانين والاختصاص الدّوليّين لا يمنحان الشّخصيات المعنوية للقانون العام أية حصانة عندما يكون العقد دوليًا، هذا ما جاءَ تكريسه في قرار[195] Galakis حيثُ كرّس قاعدة مادية تسمح لشخصيات القانون العام اللّجوء إلى التّحكيم في العقود الدّولية.

أما في لبنان فإنَّ الوضع مختلف تمامًا، حيثُ نصّت المادة 809 أصول محاكمات لبناني[196] الجديد، على أنّ الدّولة وشخصيات القانون العام يمكنها أن تلجأ إلى التّحكيم الدّولي لفضّ المنازعات، ثم عرفت التّحكيم الدّولي على أنّه المتعلّق بمصالح التّجارة الدّولية.

أما الاجتهاد اللّبناني فقد أخذ موقفًا مختلفًا تمامًا، حيث رأى في قضية الخليوي بأنّ هذا النّصّ لا يمكن تطبيقه إلا عندما تتعاقد الدّولة في العقود المدنية وتنزل منزلة الأفراد، وهذا الفهم في رأينا مخالف لروح المادة 809 حيث إن النّصّ سمح للدّولة وشخصيات القانون العام باللّجوء إلى التّحكيم الدّولي وهذا ما ذكرناه سابقًا، بمعنى أن المشرع اللّبناني لم يعطِ أي قيمة لطبيعة العقد، وإنما فقط ربط التّحكيم الدّولي بمصالح التّجارة الدّولية، وهذا ما أخذت به محكمة النّقض في قراراها الصّادر بتاريخ 17 تموز 1998[197] معتمدة على نصّ المادة 77 من قانون أصول المحاكمات المدنية، خلافا لما ذهب إليه جانب من الفقه اللّبناني –الّذي وجد في النّص مدلولا مطلقًا – حيث كان من واجب المحكمة اللّجوء إلى المعيار المحدد في المادة 809، ومعرفة ما إذا كان موضوعه يدخل في نطاق التّجارة الدّولية أم لا، وليس الذّهاب إلى توصيف العقد على أنه إداريّ أم لا، وإنما البحث فيما إذا كان العقد دوليًّا أم لا. وفي هذه القضية فإن الطّرف المتعاقد مع الدّولة

---

193 C.E. Paris,10 avril 1957, JDI 1957, n 10078, JDI 1958, p 13 .

194 Cass. Civ., 14 avril 1964, JDI 1965, p. 647 .

195 Cass. Civ 2 mai 1966, JCP 1966, n 14798, JDI 1966, p. 648, RCDIP,1967, p. 553.

196 نصت المادة 809 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية على انه: " يعتبر دوليا التحكيم الذي يتعلق بمصالح التجارة الدولية ، يحق للدولة ولسائر الاشخاص المعنويين العامين اللجوء إلى التحكيم الدولي" .

197 محكمة النقض اللبنانية، الغرفة الأولى، القرار رقم 16 تاريخ 7 تموز 1998، مجموعة حاتم، رقم 197، ص 17.

هو أجنبي، أي شركة أجنبية، الأمر الّذي يكرس وجود رابطة للعقد مع نظام قانوني أجنبي إضافة إلى أن العقد يتضمن بندًا تحكيميًا، فيتبين هنا بأنَّ مجلس شورى الدّولة تجاوز صلاحياته عندما رأى ضمنيًا بأن العقد ليس دوليًّا.

بالعودة إلى طبيعة عقود ال BOT والتّطبيق العملي لها، يعتبر عقد ال BOT من أكثر وأهم العقود الدّولية، ولكون الدّولة طرفا فيها، فإنها تعد من أهم الفاعلين والمؤثرين في التّجارة الدولية، لأنّها تلجأ إلى هذه العقود بصورة مستمرة، وهي في الوقت نفسه تختار آلية التّحكيم لفضّ المنازعات المترتبة أو النّاتجة عنها.

هنا لا بدَّ من تسليط الضّوء على المشكلة الّتي تواجه التَّحكيم من ناحية قبوله حيثُ نرى العديد من الدّول قد عارضته بدعوى مخالفته لسيادتها، ويرون أنَّ القضاء مظهرًا من مظاهر السّيادة وغير قابل للتّصرف، وإنَّ التّحكيم يمس مبادىء القانون العام التي تخوّل الدّولة سلطة تقديرية تسمح لها بأن تأتي بما تراه مناسبًا للصالح العام ومن ثم فإنَّ اشتراط التّحكيم لا يقيم على الدولة التزامًا قانونيًّا وإنما هو التزام أولي فحسب. إذ إنَّ المتعاقدين يلجأون للتّحكيم من أجل السّرعة والمرونة إلا أنَّ ذلكَ لا يتحقق لأننا نرى الدّولة المتعاقدة في أغلب الأحيان تلجأ إلى التمسك بسيادتها كما ذكرنا سابقًا. علمًا أنَّ هذه المشكلة ليست بجديدة فهي موجودة من سنة 1977 وما زلنا نواجهها حتى هذا التَّاريخ. ففي سنة 1977[198] ومن خلال النّزاع الّذي حصل بين شركة تكساسكو والحكومة الليبية، والّذي يتعلق بعقد مبرم بين الشّركة والحكومة اللّيبية لاستغلال حقل بترول في الأراضي اللّيبية موقع قبل ثورة الفاتح في ليبيا إلا أنَّ الحكومة اللّيبية قامت بتأميم شركة البترول المذكورة، وأسندت رئاسة هيئة التّحكيم إلى الأستاذ/ ديبوي (Dupuy) الذي استبعد تطبيق القانون اللّيبي على الرغم من كونه القانون الواجب التطبيق، وطبق القانون الدّولي العام مقرّرا بأن العقد المبرم بين الشّركة والحكومة اللّيبية يعتبر بلا شك من العقود الدّولية وبالتّالي فهو لا يخضع لقانون داخلي لدولة من الدّول ولا يخضع للأعراف الدّولية وأن الإشارة في العقد إلى عبارة تحكيم دولي تكفي لتدويل العقد. والجدير ذكره بأنَّه قد حصلَ أخذ ورد كبير ومعارضة من قبل الدّولة اللّيبية، لأنَّها رفضت اللّجوء للتّحكيم رغم ورود البند التّحكيمي في العقد متمسكة بسيادة الدّولة.

كما أنَّه في سنة 2018 أصدرت محكمة فيدرالية في الولايات المتحدة الأميركية[199] حكمًا قضائيًّا لصالح شركة «أرامكو السّعودية»، برفض دعوى تحكيم بمبلغ 67.3 مليار ريال (نحو 18 مليار دولار). وقالت شركة «أرامكو السّعودية»، إن

---

[198] خالد منصور اسماعيل، إشكاليات التّحكيم في منازعات عقود النفط، الطبعة الأولى 2015، الناشر المنهل، ص 172.

[199] أصدرت صدرت محكمة فيدرالية في الولايات المتحدة الأميركية حكماً قضائياً لصالح شركة «أرامكو السعودية»، برفض دعوى تحكيم بمبلغ 67.3 مليار ريال (نحو 18 مليار دولار).

للتوسع يرجى الاطلاع على تقرير بعنوان " أرامكو السعودية" تحصل على حكم قضائي لصالحها في الولايات المتحدة، منشور في جريدة الشرق الأوسط، العدد 15336، 23 تشرين الثاني 2020:

https://aawsat.com/home/article/2641116/ أرامكو-السعودية-تحصل-على-حكم-قضائي-لصالحها-في-الولايات-المتحدة

المحكمة رفضت الدّعوى التي أقامها ورثة خالد أبو الوليد الهود القرقني، في يونيو (حزيران) عام 2018، للمطالبة بتنفيذ قرار التّحكيم.

تعود تفاصيل قرار التّحكيم إلى نزاع يتعلّق بمدفوعات إيجار، يزعم المدعون أنّها مستحقّة لهم نتيجة استخدام شركة «أرامكو السّعودية» قطعة أرض في منطقة رأس تنّورة بالمملكة العربية السّعودية.

وقالت «أرامكو» في بيان إن المحكمة الفيدرالية الأميركية للمقاطعة الجنوبية لولاية تكساس، أصدرت حكمًا قضائيًّا ابتدائيًّا لصالحها، بتاريخ 17 نوفمبر (تشرين الثاني) 2020، برفض الدعوى المقامة من قبل «ورثة خالد أبو الوليد الهود القرقني».

ولفت البيان إلى أن الحكم الصّادر حكم ابتدائي قابل للاستئناف أمام محكمة الاستئناف في الدائرة الفيدرالية الخامسة، وإذا قرّر المُدّعوون استئناف الحكم، فإن «أرامكو السّعودية» ترى أن موقفها قوي، «مما يعزّز فرص تأييد الحكم من الاستئناف».

يتبين مما سبق بأنَّ هناك نزاعًا دائمًا يحصل بين الأطراف حول تنفيذ البند التَّحكيمي رغمَ وروده في العقد بشكل واضح، وهذا ما يبرز أهمية انتباه الطّرفين المتعاقدين، خاصةً الشّركة الأجنبية، عند التَّعاقد بمقتضى عقود ال BOT لإلزامية البند التحكيمي الذي يرد في العقد لما له من ضمانات كافية لصالح هذه الشّركة. لذلك من الأفضل أن يكون هذا البند منصوصًا في العقد على أنَّه بند إلزامي يسمو على سيادة الدولة.

مما لا شكّ فيه، أن مصلحة الدّولة تتمثل في اللّجوء إلى القضاء الرّسمي، خاصةً قضاءها الوطني، ويمكنها فرض ذلك بواسطة القوة الّتي تملكها سواء القوة السّيادية أو القانونية[200]، بما أنه يعود لها نفسها حقّ سنّ القوانين. إلا أنَّ ذلك يمثل خطورة على الشّخصيات المدنية المتعاقدة معها، الأمر الّذي يضاعف من هواجس هذه الأخيرة، عند إبرام اتفاقات وعقود معها، حيث إن بعض الشّركات الدّولية لها قوة اقتصادية تفوق قدرة الدّولة، خاصة عندما تكون الدّولة من الدّول المتخلفة أو النّامية. ولا بدّ من الإشارة إلى أنّ ظاهرة اللّجوء إلى التّحكيم من طرف الدّولة الوطنية يمكن تفسيره على أن الدّولة عادة هي الّتي تكون بحاجة إلى هذه الشّركات، لما لها من دور في التّنمية الاقتصادية الّتي ترغب الدّولة في تحقيقها من خلال هذه العقود، لاسيّما أن هذه العقود عادة ما يكون موضوعها البنية التّحتية للدّولة المعنية، ذلك أن عقود ال BOT على مستوى موضوعها، تتمتع بأهمية اقتصادية واجتماعية كبيرة جدًا للدّولة، وهذا ما ينعكس إيجابًا أو سلبًا على الحياة الاقتصادية والاجتماعية على كل مكونات الدّولة، مع العلم أنّ سبب اللّجوء إلى التّحكيم في بعض الأحيان

---

[200] يقصد بسلطة القوة القانونية أو الإقتصادية أو السياسية الامتيازات التي منحها القانون للدولة، ففيما يتعلق بالأولى فإن لها حق إصدار القوانين عن طريق السلطة التشريعية، كما يمكنها أن تمارس القوة والتي يصطلح عليها بالاكراه، ومن ذلك مثلا، فيما يتعلق بالاستملاك، أي نزع الملكية الخاصة للأفراد، إلا أن هذه الامتيازات وغيرها تخضع للرقابة وفق التنظيم السياسي الحديث.

للتوسع يرجى الاطلاع على : وليد محمد عباس، التحكيم في المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010، ص687 وما بعدها.

يكون بسبب تمتع الشّركات بقوة اقتصادية تفوق قدرة الدّولة ذاتها. هذه العوامل مجتمعة تفسر لجوء الدّولة إلى التّحكيم وليس ما درج عليه الفقه[201] حيث يعتمد في تفسيره لهذه الظاهرة بأنّ التحكيم يتمتع بالسّرعة والحلول التّوافقية.

تبين ممّا سبق بأن فريق كبير قد نادى بالطّبيعة الإدارية لعقود ال BOT، الأمر الّذي يتطلب منا إلقاء الضّوء على تأثير الطّابع الإداري لعقد ال BOT على اتفاقية التّحكيم، وهذا أمر واضح في الممارسة العقدية الدّولية[202]، ذلك أن أطراف هذا العقد وموضوعه محدّدان، ففي مطلق الأحوال تكون الدّولة متعاقدة مع مستثمر أجنبي، وكذلك فإنّ هذا العقد يهدف إلى بناء وتطوير البنية التّحتية للدّولة. لذلك فإنه عادة ما يتم اللّجوء إلى مراكز التّحكيم الدّولية، كما أنه في بعض الأحيان يتم اللّجوء إلى التّحكيم التّجاري.

وهنا تمثل مراكز التّحكيم ضمانة قانونية، الأمر الّذي يكرس نوعًا من الاطمئنان لهذه الشّركات الدّولية، وهذه الضّمانات الحقيقية يتمتع بها التّحكيم بصفة عامة ومراكز التّحكيم بصفة خاصة، إلاَّ أن هذه الأخيرة قد تحلّ إشكالية إجراءات التّحكيم، والّتي عادة ما تشكل عائقًا نظرًا لتعقيداتها، وكذلك طرق الطّعن فيها. لذا فإنَّ إجراءات التّحكيم في هذه

---

[201] لقد ذهب الفقه إلى تكريس قاعدة مرتبطة بتاريخ التحكيم القديم والقول بأنه سريع ولا يخضع للقواعد الإجرائية التي عادة ما تكون طويلة ومعقدة إلا أن لجوء الشركات الاستثمارية الكبرى للتحكيم يعود بالدرجة الأولى إلى أن الدولة تتساوى مع االشركة الأجنبية عند مثولها أمام التحكيم وهو الامر الذي يوفر نوعا من الاطمئنان للشركة خاصة وأن الدول التي عادة ما تبرم هذه العقود الاستثمارية هي دول متخلفة والتي عادة يختلط فيها القضائي بالسياسي لذلك فإن التحكيم يوفر نوعا من العدالة لهذه الشركات .

[202] في حكمه الصدر في 2001/7/17 في قضية الهاتف الخليوي يقول مجلس شورى الدولة، " بما أن القانون رقم 60 الصادر في 1999/3/31 أجاز للحكومة إبرام اتفاقية حول تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين حكومة الجمهورية اللبنانية وحكومة الجمهورية الفرنسية... ثم عرض الحكم لجوهر الاتفاقية في تشجيع وحماية الاستثمارات، وتابع: بما انه ثبت بأقوال المستدعة ضدها المعززة بالمستندات... إن غالبية أسهم شركة F.T.M.L اللبنانية التي تم التنازل عن العقد لمصلحتها مملوكة من شركة F.T.M.L الفرنسية. وهذا يعني أن الشركة اللبنانية خاضعة لسيطرة الشركة الفرنسية على الأقل بصورة غير مباشرة. من هنا وجوب تطبيق الاتفاقية موضوع المناقشة على النزاع المعروض".

ثم يعرض الحكم في هذا الشأن إلى أن المادة السادسة من الاتفاقية إمكانية اللجوء إلى التجكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين البلدين في حال فشل الاتفاق أو التسوية الودية خلال فترة الستة أشهر من تاريخ نشوئهن فإنه يحال للتحكيم بناء على طلب أي من الفريقين طرفي الخلاف لدى المركز الدولي لتسوية الخلافات حول استثمارات المنشأ بموجب اتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية الخلافات حول الاستثمارات بين الدول ورعايا دول أخرى.

ولقد أبرز هذا الحكم أن الاتفاقية المعنية تطبق في اطار النزاع المطروح، ما يفيد جواز تطبيق آلية التحكيم الواردة فيها العقد موضوع النزاع رغم صفته الادارية.

وإذا كا أحد الفريقين متعاقدين غير منضم إلى اتفاقية واشنطن المشار اليها يحال الخلاف للتحكيم بناء على طلب أي من الطرفين لدى هيئة تحكيمية خاصة تنشأ بموجب انظمة التحكيم الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة.

المراكز هي معيارية[203]. كما أنّها تمثل حصانة أكبر للطّرفين، وخاصة المستثمر لذلك فإنَّه تمّ إنشاء العديد من مراكز التّحكيم الدّولية المختصة[204].

انطلاقًا مما تقّدم، لا يمكننا تجاهل موقف المشرع اللّبناني وتطور موقفه تجاه التّحكيم في عقود ال BOT ما بعد قضية الخليوي، إذ إن قرار مجلس شورى الدّولة الّذي صدر فيما يعرف بقضية الاتصالات أدّى ومن دون شك إلى صدور قانون رقم 440\2000 الصّادر بتاريخ 29 تموز 2002، والّذي بموجبه تم تعديل التّحكيم الدّاخلي حيث أصبح من الممكن اللّجوء إلى التّحكيم في الأعمال الإدارية الدّاخلية، شرط أن يسمح مجلس الوزراء بعد موافقة السّلطة التّنفيذية. ووفق هذا القانون فإن التّحكيم في العقود الإدارية الدّاخلية و أمر ممكن، وهذا ما يقودنا إلى القول بأنَّ مبدأ منع التّحكيم لم يعد موجودًا.

إنّ قانون أصول المحاكمات الجديد ساهم بشكل أساسي في خدمة العلاقات الاقتصادية وتشجيع الاستثمار[205]. فهو لم يأخذ بنفس المبدأ الّذي أخذ به قانون أصول المحاكمات القديم، وذلك فيما يتعلق بمنع التّحكيم، وذلك في حالات تستوجب موافقة السّلطات العامة. كما أنّه لم يتضمن نصوصًا مانعة على الدّولة والشّخصيات العامة اللّجوء إلى التّحكيم، لكنه نصّ في المادة 762[206] أن من حق الأطراف تضمين اتفاقاتهم بنودًا تحكيمية.

كما أنَّ المادة 795[207] تقضي بأنّه إذا كان النّزاع موضوع التّحكيم يعود إلى القضاء الإداري، فإنّ صلاحيات البث بالتنفيذ تعود في كل مرة يتم فيها رفض التّنفيذ إلى مجلس شورى الدّولة، على أنَّه يمكن تقديم طعن أمام محكمة التّنازع.

---

[203] إن الدولة تتمتع بسلطات قوية وذلك على المستوى القانوني بما أنها تملك قدرات تفاوضية وإلى حد ما إقتصادية لذلك فإن الطرف المتعاقد معها عادة ما يكون في مركز ضعف .

[204] ومن أهم هذه المراكز : غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، وجمعية التحكيم الأميركية AAA، وجمعية التحكيم الفرنسية AFA، ومركز الوساطة والتحكيم بباريس CMPA، وجمعية التحكيم الايطالية AIA، وغرفة التحكيم البحري بباريس CAMP، والمركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات CIRDI، ومحكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA ، ومركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

[205] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الاداري ، الجزء الثاني ، مكتبة زين الحقوقية ، الطبعة الثانية ، 2014،ص331 .

[206] المادة 762(عدلت بموجب القانون رقم 2000/440): " يجوز للمتعاقدين أن يدرجوا في العقد التجاري أو المدني المبرم بينهم بندًا ينص على أن تحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن صحة هذا العقد أو تفسيره أو تنفيذه. يجوز للدولة لأشخاص القانون العام أيًا كانت طبيعة العقد موضوع النزاع اللجوء إلى التحكيم، اعتبارًا من تاريخ العمل بهذا القانون التعديلي، لا يكون البند التحكيمي أو اتفاق التحكيم نافذًا في العقود الادارية إلا بعد إجازته بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء لاقتراح الوزير المختص بالنسبة للدولة أو سلطة الوصاية بالنسبة للأشخاص المعنويين من القانون العام.

[207] استبدل نص المادة 795 بموجب المادة الأولى من القانون رقم 2000/440 واستبدل بالنص التالي:

" لا يكون القرار التحكيمي قابلًا للتنفيذ إلا بأمر على عريضة يصدره رئيس الغرفة الابتدائية التي أودع أصل القرار في قلمه، بناء لطلب ذوي العلاقة، وذلك بعد الاضطلاع على القرار واتفاقية التحكيم.

بناء عليه، فإنَّ المشرع اللبناني قد وضع حلًا فيما يتعلق بوجود مبدأ منع التّحكيم من عدمه، بل إنه أوضح أن ما تحدث عنه الفقه والاجتهاد، هو ليس مبدأ المنع، وإنما القابلية للتّحكيم، أي أنَّ هذا القانون لم يتحدث إطلاقًا عن مبدأ عدم القابلية وإنما عن مبدأ المنع، وهو بذلك أشار بصورة غير مباشرة على أن العقود الإدارية تخضع لمبدأ المنع، ما يعني وجوب أن يكون هناك قانون يمنع التّحكيم[208] وبما أنَّه لا يوجد فإنه ممكن، شرط أخذ موافقة الحكومة، حيث إنّ هذه الموافقة تعني مبدأ الرّضائية.

إلا أن قسم المنازعات في مجلس شورى الدّولة في القرار الصّادر بتاريخ 28 تشرين الثاني 2007[209]، استند إلى القانون رقم 608 بتاريخ 28 شباط 1997، الّذي يسمح للدّولة باللّجوء إلى التّحكيم، في كلّ مرة تعلق الأمر ببناء المرافق العامة والطّرقات وتصديق تنفيذ القرار التّحكيمي.

إن ما يمكن استخلاصه في هذا الإطار، أنَّ النّصوص التّشريعية الّتي استند إليها الاجتهاد اللّبناني في منع التّحكيم لا تمنع ولا تسمح صراحة، وهذه الآلية عادة ما تستعمل في التّشريعات الحديثة وذلك من أجل إعطاء الدّور للقضاء وفق الظّروف والملابسات. أما الأمر الآخر فيتمثل بأنه ما إذا كان يتعلق بالنّظام العام لكان النّصّ صريحًا في ذلك، ولتدخل المشرع مباشرةً. كما أن التّيار الفقهي الّذي يقول بأنَّ هذه العقود تتعلق بالنّظام العام تمَّ تجاوزها من قبل المشرع عندما سمح بالتّحكيم، مما رفع صفة النّظام العام عنها.

انطلاقًا مما تقدم، يتبين بأن هدف الدّولة الأساسي من التّعاقد بعقود ال BOT هو تحقيق التّنمية بمختلف أنواعها، لذلك فهي تتعاقد مع شركات دولية كبرى تستطيع من أجل تحقيق هذا الهدف. مما يفقد هذا العقد الطّبيعة الإدارية، ويكسبه الطّابع الدّولي بشكل كامل، هذا ما يجعل اللّجوء إلى التّحكيم أمرًا طبيعيًّا لما يحققه من مصلحة ومنفعة للمتعاقدين، كما أن اللّجوء للتّحكيم يكرس نوعا من الاطمئنان للشّركات الدّولية، وهذه الضّمانات الحقيقية يتمتع بها

إذا كان النزاع موضوع التحكيم من اختصاص القضاء الاداري تعطى الصيغة التنفيذية من قبل رئيس مجلس شورى الدولة. وفي حال رفضها يعترض على قراره لدى مجلس القضايا.

يفهم بالنزاع موضوع هذه الفقرة النزاع الذي يمكن أن ينشأ بين المتعاقدين في العقد الاداري عن تفسيير هذا العقد أو تنفيذه دون طلبات الابطال بسبب تجاوز حد السلطة التي تبقى حصرًا من صلاحية القضاء الاداري".

[208] قد ذهب البعض إلى القول بأن المشرع عندما تحدث على ضرورة أخذ موافقة الحكومة أي السلطة التنفيذية يجب عليها أن تسمح للتحكيم، فإن ذلك يدل على مبدأ المنع، إلا أننا نرى خلاف ذلك، وذلك لعدة اسباب منها:

أولًا: أن التحكيم هو عقد يخضع في تكوينه للرضا، بمعنى أن الطرف المتعاقد إذًا قبل اللجوء إلى التحكيم وصدر عنه رضا واضحا فإن البند التحكيمي يعد صحيحًا، الأمر الذي يقودنا إلى القول أن اللجوء إلى الاجازة من السلطة في هذه الحالة هو لأجل توفير ركن من أركان عقد التحكيم، وهو صدور الرضا، فالادارة وعند خضوعها للتحكيم يجب أن يكون هذا الخضوع برضاها وليس أمرًا آخر.

أما الحجة الثانية: فإن المشرع عندما تحدث على ضرورة أخذ موافقة الحكومة، فإنه قد وقع قاعدة بطريقة غير مباشرة تتمثل في ان اللجوء إلى التحكيم من طرف الادارة هو أمر ممكن، وليس متعلقًا بالنظام العام.

[209] مجلس شورى الدولة اللبناني، القرار رقم 181/ 2007، تاريخ 28 تشرين الثاني 2007، مؤسسة ستيفان للإستثمار والتجارة / وزارة الاشغال العامة والنقل اللبنانية، مجلة القضاء الاداري 2008، رقم 45 ، ص 31 .

التّحكيم بصفة عامة ومراكز التّحكيم بصفة خاصة، إلا أن السّؤال الّذي يطرح نفسه في هذا المجال يتعلق بإجراءات التّحكيم المتبعة في هذه العقود، وهذا ما سيتم معالجته في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: التّنظيم القانوني والإجرائي للتّحكيم في عقود ال BOT

في غياب التّنظيم القانوني المستقل الّذي ينظم عملية التّحكيم في عقود ال BOT، وارتباط إجراءات التّحكيم بشكل عام بالقانون الخاص، تسيطر قواعد هذا القانون على التّنظيم الإجرائي للتّحكيم.

ونرى أنَّه ثمة مشكلة في هذا الصّدد ينبغي أن يتصدى لها كل من الفقه والقضاء، إذ إنه من غير الممكن أن تخضع منازعات عقود ال BOT والّتي تستهدف بالأساس تسيير مرفق عام، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة، للقواعد الإجرائية نفسها الّتي تحكم منازعات عقود القانون الخاص، والّتي تسيطر عليه فكرة المصلحة الفردية.

وعليه فهذه الدّراسة تهدف من خلال هذا المطلب إلى محاولة البحث عن تنظيم إجرائي منفرد للتّحكيم في عقود ال BOT **(الفقرة الأولى)**، عن طريق استخلاص بعض المبادىء القانونية والإجرائية الواردة في الشّريعة العامة للتّحكيم، تتلاءم مع طبيعة منازعات العقود محلّ الدّراسة من جهة، والتّنظيم الموضوعي للتّحكيم في عقود ال BOT من جهة أخرى **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: التّنظيم الإجرائي لعقود ال BOT

مع تطور العلاقات الاقتصادية والاستثمارات العابرة للدّول، بات لزامًا على الدّول أن تتنازل عن جزء من امتيازاتها في معرض تعاقداتها الدّولية. ولذلك أصبح التّحكيم سبيلًا لفضّ المنازعات، فلم يعد بإمكان الدّول رفض تنظيم التّحكيم التّجاري الدّولي، وإلا أضحت في معزل عن التّطورات الاقتصادية العالمية.

وبالتالي، فإنّنا نهدف من خلال هذا المطلب إلى عرض وتحليل أهم الجوانب الإجرائية والموضوعية الّتي أتت بها القواعد العامة للتّحكيم لبيان مدى ملاءمة أحكامها مع المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT.

تبدأ إجراءات التّحكيم بمجرد اتّجاه نية أحد أطراف النّزاع إلى تجاوز الحل الودّي بين الطّرفين، واتّجاهه لتفعيل الإجراء الّذي وضعه القانون لتحريك سلطة المحكم في الفصل في النزاع[210]، فالمادة 777 من قانون أصول المحاكمات المدنية قد حددت إجراءات التّحكيم[211] قياسًا على إجراءات المحاكمة بأن تطبق قواعد القانون وأصول المحاكمة العادية.

---

[210] عزمي عبد الفتاح عطية، إجراء خصومة التحكيم، بحث منشور في الدورة العامة لاعداد المحكم التي نظمها مركز عين شمس في الفترة من30/ 6/ 2001 إلى 5/ 7/ 2001، ص 215.

[211] تنص المادة 777 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه: " في التحكيم يطبق المحكم أو المحكمون قواعد القانون و أصول المحاكمة العادية باستثناء ما لا يتفق منها مع أصول التحكيم. يجوز للخصوم إعفاء المحكم أو المحكمين من تطبيق أصول الحاكمة العادية أو بعضها باستثناء التي تتعلق بالنظام العام ، وبشرط أن تكون متفقة مع قواعد وأصول التحكيم . ولا يجوز أن يتناول الاعفاء بوجه المباديء المنصوص عليها في المواد 365 إلى 368 و 371 و 374 . لا يثبت الاعفاء المشار إليه إلا بنص صريح في اتفاق التحكيم أو اتفاق مستقل .

وفي مستهل إجراءات التّحكيم يكون للأطراف حرية في اختيار المحكمين. أما التّدخل القضائي فيكون بعد فشل الاتفاق على تشكيل هيئة التّحكيم.

إلا أنَّ العديد من المشاكل تظهر عند اختيار هيئة التّحكيم، فقد حرصت معظم التّشريعات على تجاوز مثل هذه العقبات الّتي تعترض تشكيل هيئة التّحكيم، بمنح القضاء الوطني سلطة التّدخل في هذا الشأن بناء لطلب أحد الأطراف.

لذلك فقد فرضت مختلف التّشريعات على الأطراف بعض القواعد الآمرة الّتي ينبغي عليهم مراعاتها والالتزام بها عند اختيار المحكمين وتشكيل هيئة التّحكيم[212]، تتعلق هذه القواعد بشكل المحكم وأدائه في المهمة التّحكيمية.

من أهم هذه القواعد والشّروط الأهلية المدنية للمحكم؛ ونعني بذلك أن يكون المحكم شخصًا طبيعيًّا فمن غير الجائز أن يحتكم الخصوم لشخص معنوي، ويجب أن تتوفر فيه كافة شروط الأهلية المدنية الّتي نصّت عليها القوانين المرعية في لبنان وفرنسا[213].

على أن مخالفة هذه القاعدة تؤدي إلى بطلان الاتّفاق بين أطراف الخصومة بطلانا مطلقا، وبإمكان المحكمة المختصة أن تثيره من تلقاء نفسها. وقد حددت المادة 2/768 من قانون أ.م.م اللّبناني عناصر الأهلية المدنية للمحكم في ضرورة أن يكون بالغًا سن الرّشد، وألا يكون محجورًا عليه، وألا يكون متمتعا بكامل حقوقه المدنية[214].

كما أكدت التّشريعات المقارنة على ضرورة توفر شروط الاستقلال والحياد في شخص المحكم توخيًا لتحقيق العدالة في عملية التّحكيم. فالمحكم الّذي توكّل إليه مهمة النّظر في منازعة تتعلق بعقد ال BOT –وهو عقد ذو طبيعة مختلطة– قد يكون متأثرا بعوامل عدة من الممكن أن تنال من حياديّته وتؤثر في استقلاله.

وبما أن عقد ال BOT هو عقد ذو طبيعة مختلطة ويمكننا اعتباره نظرا لتطبيقه العملي عقدًا يتّصف بطبيعة دولية، مما يدفعنا للقول بأنه من غير المنطقي أن تقبل شركة المشروع بتعيين محكم ينتمي لجنسية الشّخص العام، الطّرف في هذه الخصومة، وفيما لو اشترطت الإدارة مثل هذا الشّرط، هذا يؤدي حكمًا إلى احجام الشّركات والمستثمرين من الجنسيات الأجنبية عن التّعاقد مع هذه الدّولة، الأمر الّذي يعيق عملية التّنمية على الصّعيد الوطني من جهة، ومن جهة أخرى بالنسبة للخبرة لا بدّ أن يكون المحكم ملمًا بقواعد القانون الدّولي الخاص والعام، من أجل تحديد القانون الواجب التّطبيق على المنازعة المعروضة أمامه.

وحتى تكتمل عملية تعيين المحكمين من قبل الأطراف فيما لو تم اختيارهم رضائيا، يجب أن يوثق أطراف الخصومة موافقتهم على المحكمين كتابة، إضافة إلى قبول المحكم بتولي هذه المهمة.

---

[212] تنص المادة 763 من قانون أ.م.م اللبناني في فقرتها الثاني على أنه: " يجب أن يشتمل تحت طائلة بطلانه، على تعيين المحكم أو المحكمين بأشخاصهم أو صفاتهم أو على بيان الطريقة الي يعين به هؤلاء " .

[213] انظر: المادة 1451/ 1 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

[214] تنص الفقرة الثانية من المادة 768 من قانون أ.م.م اللبناني على أنه:" لا يجوز أن يكون المحكم قاصرًا أو محجورًا عليه أو محرومًا من حقوقه المدنية أو مفلسًا ما لم يرد اعتباره " .

من هنا يتوجب أن نلقي الضّوء على نقطة مهمة ألا وهي العقبات الّتي تعترض مرحلة تشكيل هيئة التّحكيم وذلك عند عدم توصل أطراف المنازعة إلى اتفاق على أشخاص المحكمين، أو أن أحد المحكمين الّذين تم اختيارهم لم يوافق على قبول مهمته، ما يقود إلى تفعيل دور القضاء في المساعدة في عملية تشكيل هيئة التّحكيم. وهذا ما نصّت عليه المادة 764 من قانون أ.م.م اللّبناني، وأعطت صلاحية تعيينهم للقاضي المدني[215]، لكن السّؤال الذي يطرح نفسه هنا: من هي الجهة القضائية المختصة في التّدخل لمساعدة في تشكيل هيئة التّحكيم؟

لقد ظهر أنّ هناك تباينًا في موقف الفقه، كما أنّ التّشريعات قد اختلفت حول تحديد الجهة القضائية المعنية بالتّدخل في المساعدة بتشكيل هيئة التّحكيم، فمنهم من اعتبر أن الاختصاص يعود لجهة القضاء العادي، ومنهم من رأى أن الاختصاص لا ينعقد في هذا الصّدد إلا للقضاء الإداري باعتبار أن عقد ال BOT هو عقد إداري، وهذا ما نادى به البعض كما ذكرنا سابقًا.

عند عودتنا إلى التّطبيق العملي لعقود ال BOT، تبين بأنه عقد دولي، وهنا يتعلق الاختصاص بالتّحكيم الدّولي لفض منازعات هذه العقود، إذ تكون الشّركة مشغلة المشروع في غالب الأحيان من جنسية أجنبية أو متعددة الجنسيات. فيكون الاختصاص لرئيس المحكمة العليا بباريس، وهذا ما أكدت عليه محكمة النّقض الفرنسية في حكمها الصّادر بتاريخ 20 شباط فبراير 2007[216]، فاتّجهت نية المشرع الفرنسي نحو عقد الاختصاص بهذا الشّأن إلى جهة القضاء العادي، وهذا ما بدا واضحًا من خلال استقراء النّصوص الّتي نظمت من خلالها عملية التّحكيم.

أما المشرع المصري فقد قرّر إسناد الاختصاص في حالة التّحكيم الدّاخلي إما للمحكمة الإدارية أو لمحكمة القضاء الإداري، على اعتبار أنهما الجهة المختصة أصلًا للنّظر في المنازعات المتعلقة بالعقود ذات الطابع الإداري تبعًا لقيمة النّزاع. أما إذا تعلق الأمر بالتّحكيم الدّولي، فينعقد الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطّرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر[217].

---

[215] تنص المادة 764 من قانون أ.م.م اللبناني على أنه: " إذا حصل بعد نشوء النزاع أن قامت عقبة في سبيل تعيين المحكم أو الحكمين بفعل أحد الخصوم أو لدى تطبيق تعيينهم، فيطلب تعيينهم من رئيس الغرفة الابتدائية.

إذا رأى رئيس الغرفة الابتدائية أن البند التحكيمي باطل بشكل واضح أو أنه غير كاف كي يتيح تعيين المحكم أو المحكمين فيصدر قرار يثبت فيه ذلك ويعلن أن لا محالة لتعيين هؤلاء (...) .

[216] "en matiére d' arbitrage international se déroulant en France, les difficultés de constitution du tribunal relevant du président du tribunal de grande instance de paris".

C. Cass. 1er ch. c, 20 février 2007, sté UOP NV c/sté France et autres, Rev. arb. 2007., p. 139.

[217] هذا ما نصت عليه المادة 9 الفقرة الأولى من قانون التحكيم المصري بالقول: "يكون الاختصاص بنظر مسائل التحكيم التي يحيلها هذا القانون إلى القضاء المصري للمحكمة المختصة أصلًا بالنظر بالنزاع. أما إذا كان التحكيم دوليًا تجاريًا، سواء جرى في مصر أو في الخارج، فيكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى في مصر". ونصت الفقرة الثانية

في هذا الإطار، نرى بأن المشرع الفرنسي وجانبًا من الفقه، أسندا الاختصاص في المساعدة لتشكيل هيئة التّحكيم في منازعات عقود ال BOT إلى جهة القضاء العادي، إلا أن جانبًا آخر كالمشرع المصري رفض إعطاء الاختصاص للقضاء العادي على اعتبار أن موضوع عقود ال BOT هو بناء وتشغيل مرفق عام، وبالتّالي فالجهة الأقدر على مقاربة هذا النّوع من المنازعات هي جهة القضاء الإداري، هذا من جهة.

من جهة أخرى، وبالنّسبة لحكم التّحكيم في منازعات ال BOT، وهو الّذي يقصد به الحكم الّذي تصدره هيئة التّحكيم، لتنهي بصدوره الإجراءات الصّادرة عنها، وبذلك تنتهي الخصومة وتنقضي به ولاية هيئة التّحكيم، ويعبر اتفاق الأطراف على التّحكيم عن اتّجاه إرادتهم إلى استبعاد كل أشكال التّدخل من قبل القضاء الوطني لجهة النّزاع النّاشىء فيما بينهم، والذي جرى الاتفاق المسبق على حله بالتّحكيم. غير أن هذا لا يعني التّخلي عن حقهم بالرّجوع إلى قضاء الدّولة من أجل إصلاح ما شاب حكم التّحكيم من أخطاء، ولاسيما في عقود ال BOT، حيث تكون الدّولة طرفا في المنازعة، فمن غير المنطقي السّكوت عن أيّ خطأ أو عيب شاب عملية التّحكيم والحكم الصّادر عنها. فما هي طرق الطّعن الّتي أقرتها النّصوص القانونية للتّحكيم في الدّول الحديثة خاصة في عقود ال BOT؟

على الرّغم من أنَّ قضاء التّحكيم بطبيعته هو قضاء خاص يستبعد ويستنكف الخضوع لقضاء الدّولة، إلا أنَّه يظلّ من غير المقبول ولا المعقول الاعتراف بحكم تحكيمي مشوب بالخطأ. ومن ثمَّ فإنه لا مفر من تقرير إمكانية الطّعن في حكم التّحكيم، كل ما هنالك هو أنَّ طرق الطّعن الّتي يخضع لها الحكم تتراجع فيها الوظيفة الاصلاحية أو التّعديلية تاركة المجال للإفصاح عن وظائف وأهداف أخرى لهذه الطّرق[218].

ولا تختلف طرق الطّعن المقررة بالنّسبة لأحكام التّحكيم عن تلك المقررة للأحكام القضائية، وإن كانت هناك بعض الطّرق الّتي يفضل استبعادها من نظام التّحكيم بسبب ذاتية هذا النّظام.

إذ إنّ المشرع اللّبناني[219] والفرنسي قد أخذا بنظام الاستئناف كإحدى الوسائل الّتي يمكن من خلالها الطّعن في أحكام التّحكيم الوطنية، بشرط عدم تنازل طرفي التّحكيم عن سلوك هذا الطّريق في اتّفاق التّحكيم، أو أن يكون التّحكيم وفق

على أنه: " وتظل المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص وفقًا للفقرة السابقة دون غيرها صاحبة الاختصاص حتى انتهاء جميع اجراءات التحكيم".

[218] حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص 323.

[219] نص المشرع اللبناني في المادة 799 من قانون أ.م.م. على إجازة الاستئناف في الاستئناف في قرارات التحكيم بالقول: " القرار التحكيمي يقبل الاستئناف ما لم يكن الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف في اتفاقية التحكيم. القرار التحكيمي الصادر عن محكم مطلق لا يقبل الاسئناف في القضية كمحكم مطلق".

كما نصت المادة 819 معطوفة على المادة 817 / أ.م.م. على طريقة واحدة للطعن بالاحكام التحكيمية الدولية، هي الابطال، وذلك في الحالة التي يكون فيها التحكيم الدولي صادر في لبنان. أما طرق الطعن بالأحكام التحكيمية الصادرة في الخارج فتوجه ضد القرار القضائي الذي يرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الخارج أو في تحكيم دولي أو إعطاءه الصيغة التنفيذية في لبنان. وهذه مراجعة الابطال

مقتضى قواعد العدالة والانصاف. وتختصّ بنظره محكمة الاستئناف الصّادر في نطاقها حكم التّحكيم، على أن يقدم خلال مدة الشّهر الّذي يلي إعلان حكم التّحكيم المزيل بالصّيغة التّنفيذية.

وإذا كان تقرير الطّعن بالاستئناف في أحكام التّحكيم يشكل ضمانة هامة لحسن سير عدالة قضاء التّحكيم، فإنَّ التّساؤل الّذي يمكن أن يثار في هذا الصّدد: هل يحتل نظام الطّعن بالاستئناف دورًا بارزًا في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT؟ أم أنَّ الفلسفة الّتي يقوم عليها نظام التّحكيم تستلزم استبعاد هذا الطّريق كليًا؟

ذهب اتّجاه في الفقه الفرنسي إلى أنّه إذا كان بالإمكان استبعاد نظام الطّعن بالاستئناف من نظام التّحكيم، وذلك في الحالات الّتي يكون فيها القضاء العادي مختصًا بالنّظر فيه، فإنَّ هذا الأمر يكون محلّ شك بالنّسبة للحالات الّتي ينعقد الاختصاص فيها لمجلس الدّولة، وذلك بسبب اتّجاهه نحو رفض جواز التّنازل عن حقّ الاسئناف.

وعلى ضوء الوضع المقرر في القضاء الإداري الفرنسي، يمكن القول أنّه طالما لا يوجد نصّ تشريعي صريح ينص على استبعاد الطّعن بالأستئناف في أحكام التّحكيم الإداري، فإنَّ هذا الطّريق من طرق الطّعن يعدّ دائمًا متاحًا للأطراف حتى لو اتفقوا على خلاف ذلك تطبيقًا للقاعدة الّتي وضعها مجلس الدّولة، والّتي مفادها أن الطّعن أمر مقرر بقوة القانون، وأنَّ المشرع هو الوحيد الّذي يملك الخروج عن هذه القاعدة بموجب نصّ قانوني صريح، وإذا كان الأمر كذلك، فإنَّ هذا يقودنا إلى التّساؤل عن إمكانية وملاءمة استبعاد نظام الطّعن بالاستئناف في أحكام التّحكيم الإداري؟

وفي هذا الإطار، نرى أنه على الرّغم من أن الهدف الرّئيسي من اللّجوء للتّحكيم يكمن في سرعة الفصل في النّزاع المطروح، إلا أنّه بالمفاضلة بين هدفي سرعة الإجراءات أو سرعة الفصل في النّزاع المطروح وبين حسن سير العدالة الّذي يتيحه مبدأ التّقاضي على درجتين، فإن ما يحقّقه استئناف أحكام التّحكيم من فرضه لتحقيق العدالة بشكل أكثر دقة، ولاسيّما أن عقود ال BOT تتضمن خدمة الجمهور، وقد تكون الدّولة الّتي وقعت العقد تنازلت عن حقها باللّجوء إلى قضاء الدّولة، وبالتالي فعندما تمّ استبعاد إصلاح حكم التّحكيم عن طريق ذلك القضاء، فذلك لم يصب بتقدير المصلحة العامة الّتي يسعى المرفق العام للحفاظ عليها، وحين وقوع النّزاع تكون قد خلفتها سلطة أكثر حرصا على المصلحة العامة. إذ إنه من المنطقي أن يبقى هذا الباب مفتوحا أي اسئناف حكم التّحكيم من أجل منح أطراف النّزاع فرصة أكبر لتحقيق العدالة.

المشار إليها (في المواد 816 و 817 من قانون أ.م.م.). ويلاحظ بذلك أن ثمة طرق للطعن إستبعدت وهي مراجعة الإعتراض ومراجعة التمييز أو النقض ضد القرار التحكيمي.

للتوسع يرجى الاطلاع على سامي بديع منصور، طرق الطعن بالأحكام التحكيمية في القوانين العربية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني والاربعون، 2007، ص 6 وما بعدها.

لقد أخذ المشرع الفرنسي بطريق الطّعن بالبطلان بالنّسبة لأحكام التّحكيم الصّادرة في ظلّ التّحكيم الدّولي، شرط أن يكون حكم التّحكيم قد صدر في فرنسا، وذلك وفقًا لما نصّت عليه المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية[220]، على أنَّ حكم التّحكيم الصّادر في فرنسا في إطار تحكيم دولي، يمكن أن يكون محلًا للطّعن فيه بطريق الإبطال وفقًا للحالات المنصوص عليها في المادة 1502[221].

وقد استفاد المشرع اللّبناني من التّشريع والاجتهاد الفرنسيين، فقد حدّدت المواد 816 إلى 821 أ.م.م. طرق المراجعة في القرار التّحكيمي الدّولي الصّادر في لبنان، ولاسيّما مراجعة البطلان[222] والقرارات الصّادرة عن المحكمة الاستئنافية النّاظرة في الطّعن تقبل التّمييز[223]. هذا بالإضافة إلى طرق الرّقابة القضائية عند إعطاء القرار التّحكيمي الدّاخلي والدّولي الصّيغة التّنفيذية وطرق الطّعن في القرارات الصّادرة في الموضوع[224].

خلاصة القول، إنَّ الطّعن في أحكام التّحكيم في عقود الBOT يعتبر أكثر انسجامًا مع الفلسفة الّتي يقوم عليها نظام التّحكيم بصفة عامة، فالمحكم في المنازعة المتعلقة بعقود ال BOT، لا بدّ وأن يراعي القواعد العامة في العديد من القوانين الّتي تنطبق على المنازعة الماثلة أمامه، والمتعلقة بمجملها بالنّظام العام، الأمر الّذي يجعل من مخالفتها عرضة لبطلان حكم التّحكيم الصّادر وفقها.

---

[220] تنص المادة 1505 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على أنّه:" يمكن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن التحكيم الدولي في الاحوال المنصوص عليها في المادة 1502" وقد جاء النص الفرنسي كما يلي:

"La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'object d'un recours n annulation dans les cas prévues a l' article 1502".

[221] نصت المادة 1502 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على الحالات التي يمكن الطعن فيها بحكم التحكيم الدولي وهي على الشكل التالي:

– إذا شكلت محكمة التحكيم بصورة غير شرعية، أو إذا تمَّ تعيين المحكم الوحيد بطريقة مخالفة للقانون.

– إذا فصل المحكم في النزاع دون التقييد بحدود المهمة الموكلة إليه.

– إذا فصل المحكم في النزاع دون وجود اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق باطل أو انتهت مهمته.

– إذا لم يحترم المحكم مبدأ المواجهة.

– إذا كان من شأن الاعتراف بهذا الحكم أو تنفيذه يشكل إعتداء على النظام العام الدولي.

– في جميع حالات البطلان المنصوص عنها في المادة 1480(وهذه الحالات تتعلق ببيانات حكم التحكيم وتسبيبه) .

[222] المادة 819 معطوفة على المادة 817 أ.م.م.

[223] المادة 804 فقرة 3 من قانون أ.م.م. ، كما تعدلت بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 20 تاريخ 23 آذار مارس 1985، والقانون رقم 529 تاريخ 20 حزيران 1996.

[224] سامي منصور، دراسة مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الدولي، نظمه المركز اللبناني للتحكيم بالتعاون مع غرفة التجارة الدولية في باريس، المنعقد في 11و 12 تشرين الأول أكتوبر 1999.

من ناحية أخرى، نرى بأن المشرع اللّبناني[225] تنبه لقاعدتي السّرعة والمرونة اللّتيْن تميزان التّحكيم، وذلك من خلال رفع دعوى البطلان، حيث حدد هذه المهلة بثلاثين يومًا، حرصًا على تحقيق السّرعة المتوخاة في إنهاء النّزاع من قبل الخصوم باللّجوء إلى التّحكيم.

من هنا يتوجّب علينا إلقاء الضّوء على الطّعن في حكم التّحكيم الصّادر في منازعات عقد ال BOT بطريق النّقض، فالقاعدة العامة تُظهر أنّه لا يوجه الطّعن بطريق النّقض إلى الأحكام القابلة للطّعن فيها بطريق الاستئناف أو بأي طريق آخر من طرق الطّعن[226]، بل هو مقرر بالنّسبة للأحكام القضائية الانتهائية. وبالتّالي فإن الطّعن بالنّقض لا يوجه مباشرةً إلى أحكام التّحكيم، على اعتبار أنها تقبل الطّعن فيها بطرق أخرى.

فإذا كانت القاعدة عدم جواز الطّعن بطريق النّقض في أحكام التّحكيم[227]، فإن ذلك لا ينفي إمكانية الطّعن بهذا الطّريق في حكم نهائي صادر عن محكمة قضائية في طعن بالاستئناف[228] أو ببطلان حكم التّحكيم، وبخاصة في ظل غياب نصّ تشريعي يحظر الطّعن في الأحكام المشار إليها. وهذا ما يؤدي إلى خضوع حكم التّحكيم لرقابة غير مباشرة من خلال الطّعن في الأحكام الصّادرة عن محكمة البطلان باعتبارها صادرة عن محكمة آخر درجة أمام المحكمة الإدارية

---

[225] حددت المادة 802 من قانون أ.م.م. اللبناني مهلة شهر لتقديم الطعن والاستئناف وذلك على الوجه التالي: " الاستئناف والطعن بطريق الابطال يقدمان إلى محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها القرار التحكيمي. كل من الاستئناف والطعن بطريق الابطال يكون جائزًا منذ صدور القرار المطعون فيه، غير أنه لا يقبل إذا قدم:" الاستئناف والطعن بطريق الابطال يقدمان إلى بعد انتهاء ثلاثين يومًا على تبليغ القرار المعطى الصيغة التنفيذية".

[226] تنص المادة 800 من قانون أ.م.م. اللبناني على انّه: " إذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف أو لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف كما هو مبين في المادة السابقة، يبقى ممكنًا لهم الطعن في القرار الصادر عن المحكمين بطريق الابطال بالرغم من أي اتفاق مخالف، لا يكون الطعن بطريق الابطال جائزًا إلا في الحالات التالية:

– صدور القرار بدون اتفاق تحكيمي أو بناء على اتفاق تجكيمي باطل أو ساقط بانقضاء المهلة.

– صدور القرار عن محكمين لم يعينوا طبقًا للقانون.

– خروج القرار عن حدود المهلة المعينة للمحكم أو المحكمين.

– صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم.

– عدم اشتمال القرار على جميع بياناته الالزامية المتعلقة بمطالب الخصوم والأسباب والوسائل المؤيدة لها، وأسماء المحكمين، وأسباب القرار ومنطوقه وتاريخه وتوقيع المحمين عليه.

– مخالفة القرار لقاعدة تتعلق بالنظام العام.

[227] تنص المادة 804 من قانون أ.م.م. اللبناني المعدلة بالقانون رقم 440 تاريخ 29 – 7– 2002 في فقرتها الرابعة على أنه " لا يقبل لبقرار التحكيمي في التحكيم المطلق التمييز الا في حال أبطلت محكمة الاسئناف القرار المذكور..." .

[228] نصت المادة 804 من قانون أ.م.م. اللبناني المعدلة بالقانون 440 تاريخ 29– 7–2002 في فقرتها الثالثة على أنه: " القرار الصادر عن محكمة الاسئناف في الاحوال المبينة في الفقرة الاولى لا يقبل الطعن بطريق الاعتراض ويقبل التمييز طبقا للقواعد العامة ".

العليا، باعتبار أنَّ الأحكام الصّادرة عن هذه المحكمة تقاس بالأحكام الصّادرة عن محمكة النّقض، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصّادر بتاريخ 4 نيسان ابريل 1970[229].

في هذا الإطار، ينبغي أن يتم تحديد الجهة المختصة بإجراء الرّقابة على حكم التّحكيم على أن يأخذ بالاعتبار الجهة القضائية الّتي كان من المفترض عقد الاختصاص لها في حال غياب الاتّفاق على التّحكيم، بحيث إذا كانت المنازعة ذات طبيعة خاصة، أو إدارية وطرفها إدارة أجنبية، فإن القاضي المختص بإجراء الرّقابة على حكم التّحكيم الصّادر بشأنها سيكون حكم القاضي العادي، على اعتبار أنّه المختص أصلا بالنّزاع. أما إذا كانت المنازعة المطروحة على التّحكيم ذات طبيعة إدارية وأحد أطرافها الإدارة الوطنية، ففي هذه الحالة يكون القاضي الإداري هو المرجع المختص بإجراء الرّقابة على حكم التّحكيم الصّادر بشأنها.

بالعودة إلى دراسة عقود ال BOT نرى بأن المعيار الأساسي في تحديد الجهة المختصة بالنّظر في الطّعن في حكم التّحكيم في المنازعات الإدارية عمومًا، وعلى وجه التّحديد ذات الطّبيعة التّعاقدية، هو معيار طبيعة المنازعة الّذي يشكل المعيار العام في توزيع الاختصاصات القضائية، بحيث تكون جهة القضاء الإداري هي الجهة المنوط بها أعمال الرّقابة على أحكام التّحكيم الصّادرة في منازعات العقود الإدارية، باعتبارها الجهة المختصة أصلا للنّظر في النّزاع في حال غياب الاتّفاق على التّحكيم.

لكن على الرّغم من سهولة هذا المعيار ووضوحه، إلا أننا نرى بضرورة عقد الاختصاص بإجراء الرّقابة على أحكام التّحكيم الصّادرة بشأن منازعات العقود الإدارية لجهة القضاء العادي، وذلك استنادًا إلى حجة رئيسية مفادها أن اتفاق التّحكيم هو ذو طبيعة خاصة، وبالتالي يرتبط مباشرةً بالقانون الخاص.

وهذا ما نادى به المشرّع المصري، الّذي عقد الاختصاص لجهة القضاء العادي لإجراء الرّقابة على أحكام المحكمين الصّادرة في إطار التّحكيم الدّولي دون الأخذ بالاعتبار طبيعة المنازعة الصّادر بشأنها حكم التّحكيم[230].

في الواقع إن هذا الرّأي الّذي اتجه إلى عقد الاختصاص للقضاء العادي بنظر المنازعات المتعلقة بأحكام التّحكيم الصّادرة في المجال الدّولي يمكن التّسليم به، ففي عقود ال BOT والّتي هي موضوع بحثنا، يعقد مع طرف أجنبي يكون

---

[229] وقد جاء في عبارات الحكم أنّه: " إذا جاز أن يقاس الطعن أمام المحكمة الادارية العليا على طريق من طرق الطعن التي أوردها قانون المرافعات المدنية والتجارية فإنه لا يقاس على الطعن بطريق النقض، إذ أن أوجه الطعن أمام المحكمة الادارية العليا وهي حالات مخالفة للقانون أو الخطأ في تطبيقه أو في تأويله، وبطلان الحكم وصدوره خلافا لحكم حاز حجية الشيء المحكوم فيه، هي بذاتها أوجه الطعن بالنقض".

الطعن رقم 631 لسنة 12 ق.ع .، جلسة 4/4/ 1970، موسوعة أحكام المحكمة الادارية العليا في واحد وستيين عاما، الجزء الخامس، ص 2597. البند رقم 3513.

[230] تنص المادة 54 فقرتها الثانية من قانون التحكيم المصري على انّه: " تختص بدعوى البطلان في التحكيم التجاري الدولي المحكمة المشار اليها في المادة (9) من هذا القانون، المادة 9 من قانون التحكيم المصري تولي محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق عليها الطرفان الاختصاص بالنظر في دعوى بطلان حكم التحكيم.

عادة عبارة عن شركة تجارية أجنبية وليست وطنية، وهذا ما رأيناه من خلال التّطبيق العملي لهذه العقود. كما أنَّ الدّولة عندما تتعاقد بمقتضى هذه العقود فإنها تنزل منزلة الأفراد، ولا تتعاقد كونها سلطة عامة لانّها بحاجة ماسة لمثل هذه العقود، هذا ما يحسم اللّجوء إلى التّحكيم في حال حدوث أي نزاع، وعند إجراء الرّقابة على الحكم يعود الاختصاص حكمًا إلى القاضي العادي وليس الإداري، وهذا ما يؤكد طبيعته التّجارية وابتعاده عن الطّبيعة الإدارية الّتي نادى بها البعض.

الفقرة الثانية: التّنظيم الموضوعي للتّحكيم في نزاعات عقد ال BOT

عند النّظر إلى طبيعة عقد الBOT والتّطبيق العملي لهذا العقد، نرى بأنّه يتم حلّ النّزاعات النّاشئة عن هذه العقود من خلال التّحكيم، خاصةً التّحكيم الدّولي، واستبعاد القانون الوطني للإدارة المتعاقدة، وتطبيق قانون أجنبي يجهل التّفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية.

إلا أن الإشكالية الأساسية الّتي تثار حول فضّ المنازعات النّاشئة عن العقود محل الدّراسة عن طريق التّحكيم، هي تحديد القانون الواجب تطبيقه على المنازعة المطروحة، والّذي يقتضي على هيئة التّحكيم المعنية النّظر في القضية وفق هذا القانون.

من هنا يتبين بأنّه عند اعتماد الدّولة تسيير مرافقها العامة عبر التّعاقد بنظام ال BOT، ووجوب التزامها بعلاقات تعاقدية في غالب الأحيان مع الأشخاص الخاصة الأجنبية، وإجازة اللّجوء إلى التّحكيم لجهة المنازعات النّاشئة عن هذه العقود، قد برزت في الواقع العملي مشكلة تتعلق بكيفية تحديد القانون الواجب تطبيقه على هذه العقود من النّاحية الموضوعية. فالدّولة ذات السّيادة تستبعد إخضاع عقودها، ولا سيّما عقد ال BOT الّذي يتضمن موضوعه خدمة عامة ويراعي المصلحة العامة، لقانون غير قانونها الوطني. بينما تسعى الشّركات الأجنبية، بما تملكه من قوة مالية واقتصادية على المستوى الدّولي، إلى الضّغط على الدّولة الطّرف في هذه العقود من أجل استبعاد قانونها الوطني، لما يحمله هذا القانون من امتيازات السّلطة العامة قد تمثل خطرًا على مصالح هذه الشّركات.

وفي هذا المجال، يتوجب إلقاء الضّوء على دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون واجب التّطبيق على أصل النّزاع، لبيان مدى إمكانية امتداده إلى المنازعات المتعلقة بعقود ال BOT.

بشكل عام إن مبدأ سلطان الإرادة يمنح الأطراف المتعاقدة الحرية الكاملة لاختيار القانون الّذي سيحكم العلاقة التّعاقدية بينهم عند إبرام العقد، ويتسع هذا المبدأ لكي يسمح لهم أيضا بأن يتفقوا على القانون الواجب التّطبيق على المنازعات الّتي تنشأ بسبب هذا العقد وبمناسبته.

إلا أنه في عقود ال BOT محل الدّراسة إنّ الدّولة أو أحد أشخاصها العامين يشكلون أحد أطراف العقد، وبالتالي إن اتفاق أطراف العقد المتمثلين بالإدارة من جهة والمتعاقد الخاص الأجنبي من جهة أخرى، على استبعاد تطبيق قانون وطني على العلاقة التعاقدية، من شأنه أن يرتّب نتائج تمسّ بسلطة الدّولة، وقد يؤثر على عملية تسيير المرفق العام،

موضوع التّعاقد، لذلك لا بدّ من دراسة الأساس القانوني لمبدأ سلطان الإرادة ومدى سريانه على الجهة العامة في عقد ال BOT، ثمّ من الضّروري البحث في سلطة المحكم بتعيين القانون الواجب التّطبيق.

لقد تبنّى المشرع الفرنسي واللّبناني[231] مبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التّطبيق على الموضوع في قانون الإجراءات المدنية ، فقد نصّت المادة 1496 منه أنه: "يفصل المحكم في النّزاع وفقا للقواعد القانونية الّتي اختارها الأطراف (...)". وقد كان لهذا النّهج صدى في العديد من الاتفاقيات الدّولية[232]، بالإضافة إلى قواعد مراكز التّحكيم ذات الصّبغة الدّولية، منها قواعد غرفة التّجارة الدّولية بباريس، الّتي نصت في المادة 1/ 17 منها أنه: "للأطراف حرية اختيار قواعد القانون الّتي يتعين على محكمة التّحكيم تطبيقها على موضوع النّزاع".

وقد أكّد قضاء التّحكيم الدّولي على هذا المبدأ في العديد من الأحكام الصّادرة عنه في هذا الشّأن، ففي الأحكام الصّادرة تحت رعاية غرفة التّجارة الدّولية بباريس رعت مبدأ سلطان الإرادة[233]، وشدّدت على أهمية البحث عن إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التّطبيق على المنازعة المطروحة.

---

[231] نصت المادة 813 من قانون أ.م.م اللبناني على أنه: " يفصل المحكمون في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي اختارها الخصوم، وإلا وفقا للقواعد التي يرونها مناسبة ويعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية".

ونلاحظ أن إرادة الخصوم هي الاساس في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع التحكيم، ولهذه القاعدة محاذيرها ولاسيما في حال جرى اختيار قانون لا يتناسب مع طبيعة النزاع موضوع التحكيم، كأن يتم اختيار القانون المدني ليحكم منازعة موضوعها العقد الاداري، فمثلًا قضية أخضع العقد الاداري لأحكام القانون المدني الفرنسي على اعتبار ان اتفاقية التحكيم قضت بخضوع موضوع النزاع للقانون الفرنسي وقضت هيئة التحكيم أن القانون الواجب هو القانون المدني وليس الاداري. للتوسع يرجى مراجعة: مروان محي الدين قطب، طرق خصخصة المرافق العامة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009، ص 427.

[232] – اتفاقية جنيف المبرمة 1961 في مادتها 7 نصت على انه: "للأطراف حرية تحديد القانون الذي يجب على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع (...)" .

– اتفاقية روما الموقعة بتاريخ 19 يونيو حزيران 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ، نصت المادة 3 منها أنه: "للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق في منازعات المعروضة على التحكيم (...)" .

– المادة 1/28 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1985 نصت على أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون الذي يختاره الطرفا بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع ، وأي اختيار لقانون دولة ما أو نظامها القانوني يجب أنه إشارة مباشرة إلى القانون الموضوعي لتلك الدولة ، وليس إلى قواعدها الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق الطرفان صراحة على خلاف ذلك" .

– إتفاقية واشنطن لعام 1965 بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، تنص المادة 1/42 منها أنه: " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي يتفق عليها الأطراف".

[233] "Mais il en serait autrement si les parties avaient désigné une telle loi pour régir le contract: nul ne conteste, en effect, que le principe d´ autonomie soit applicable aux contracts d´ Etat comme a tous autres. les trubunal doit donc rechercher d´ abord s il existe, dans le contract litigieux, une clause explicite de choix de la lois applicable ou, a defaut une clause implicite, mais non ambuguë".

sentence CCI n 5030, 1992, JDJ 1993 , p . 1004 ., spéc . p .1006 . obs . Y . Derains .

لقد أصبح من الواضح في عقود ال BOT محل الدّراسة، أنه استبعد القانون الوطني بالفعل في عدد من المنازعات المتعلقة بهِ، الّتي جرى التّحكيم فيها، مثال على ذلك قضية SPP ضد جمهورية مصر العربية في قضية هضبة الأهرام المصرية[234]، حيث استبعدت محكمة التّحكيم CIRDI القانون المصري بالرّغم من وجود الإشارات والقرائن الّتي تدل على أن هذا القانون هو الواجب التّطبيق نظرا لغياب الاتّفاق الصّريح على تطبيقه.

أيضا تجلى استبعاد تطبيق قانون الوطني في قضية LETCO ضد دولة ليبيريا، حيث قررت محكمة تحكيم CIRDI في حكمها الصّادر بتاريخ 31 مارس آذار 1986 استبعاد تطبيق قانون دولة ليبيريا مستندة في ذلك إلى أن اختيار الأطراف لهذا القانون لم يكن صريحا[235].

خلاصة القول، أنه عند اللّجوء إلى عقود ال BOT نرى بأننا أمام حاجة ماسة للإدارة، ولا سيما في الدّول النّامية إلى المتعاقد الأجنبي القادر على تنفيذ المرافق العامة الضّخمة، لا سيّما تلك الّتي لا يكون في وسع ميزانية الدّولة القيام بها. كما أنه يعد مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التّطبيق على المنازعة من المبادىء المصاحبة لكل نظام قانوني، ومبدأ مستقر عليه في مجال التّحكيم الدّولي، لكن عند غياب الإرادة الصّريحة بتحديد القانون الواجب التّطبيق، يبرز في هذه الحالة دور المحكم في تحديد هذا القانون[236]، وهنا المحكم لا يلجأ فورًا إلى تطبيق قانون الدّولة لأن الشّركة الأجنبية المتعاقدة في عقود ال BOT تحاول قدر الإمكان الابتعاد عن قانون الدّولة، وذلك للحدّ من سلطة وسيادة الدّولة المتعاقدة معة انطلاقًا من مبدأ الحيادية.

من هنا يتبين أن المحكم عند غياب الإرادة الصّريحة لتحديد القانون الواجب التّطبيق، سيلجأ إلى اتّباع القانون الأنسب والأقرب إلى وقائع القضية، ونادرًا ما يلجأ إلى قانون الدّولة. من وجهة نظرنا، وبناء على الدّراسة المعمّقة لعقد ال BOT نعتبر بأن هناك ضرورة لإفلات العلاقات الاقتصادية الدّولية من سيطرة القوانين الوطنية وإخضاعها للقواعد المهنية والأعراف التّجارية، والمبادىء الّتي كرسها قضاء التّحكيم الدّولي، بحيث تعتبر تلك القواعد أساسًا في المنازعات النّاشئة عن التّجارة الدّولية، والّتي لا تأخذ في اعتبارها مصالح الكيان الوطني بل احتياجات التّجارة الدّولية.

---

234 Sentence CIRDI, 20 mai 1992, southern pacific properties (Middel East) Ldt c/République Arabe d'Eagypte,JDI 1994, P . 229 -242 ., obs. E. Gaillard.

235 Sentence CIRDI, 31 mars 1986, Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c/ Gouvernement de la République de Liberia .JDI 1988., P. 167- 172., obs. E. Gaillard.

236 سامي بديع منصور، تنازع القوانين والقانون المطبق من المحكم في عقود التجارة الدولية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الخمسون، 2009، ص 11.

الخاتمة

في الختام يمكن القول أنّه رغم حاجة الدّول خاصةً النّامية منها إلى عقود ال BOT لتخفيف العبء عن موازنة الدّولة، وتحقيق التّنمية بمختلف مجالاتها، ومع بروز التّحكيم كوسيلة سهلة لمعالجة النّزاعات القائمة بين الفرقاء والمتعاقدين، بقي موضوع الطّبيعة القانونية لعقود ال BOT يشكّل محطة بارزة للمناقشة على صعيد الفقه والاجتهاد، خاصةً الفقه والاجتهاد اللبنانيين.

وقد رأى جانب من الفقهاء أنَّ عقد ال BOT ذو طبيعة تجارية انطلاقًا من مبدأ أنَّ الإدارة في هذا العقد تتخلى عن سلطاتها الاستثنائية، وتتعامل كفرد عادي. كما أنّها في عقد ال BOT لا يظهر سلطان الإدارة الّذي تتمتع بها الحكومة في مجال العقود الإدارية. إضافةً إلى ذلك، اعتبر أنصار هذا الرّأي أن هذه العقود تتضمّن شروطًا معتادة في العقود التّجارية، ولا تتضمن شروطًا استثنائية، ويجب أن تخضع لقواعد القانون التجاري أو المدني. وبالتالي فإنّ القضاء العادي هو الّذي يختصّ بالنّظر في المنازعات الّتي قد تنشأ عن عقد ال BOT ما لم ينصّ هذا العقد على شروط التّحكيم.

ولقد ذهب جانب آخر من الفقه للقول بأنّ عقد ال BOT هو عقد يتّصف بطبيعة إدارية، باعتبار أنَّ أحد طرفي العقد هو شخص من أشخاص القانون العام، كما أنَّ عقد ال BOT ينصبّ أساسًا على مشروعات ومرافق عامة هي من اختصاص الجهات الإدارية العامة، وغالبًا ما تكون مشروعات احتكارية للدّولة. لكنّ نتيجة للتّطور الاقتصادي الّذي طرأ على دور الدّولة بدأت تتخلى عن هذه المشروعات لصالح القطاع الخاص، ولكن تحت إشرافها ورقابتها.

كما أنَّ تنامي مصالح التّجارة الدّولية والتطبيق العملي لعقود ال BOT، حدا بجانب من الفقه للقول بأنَّ عقود البناء والتّشغيل ونقل الملكية من فئة عقود التّجارة الدّولية، وفقًا لمعايير دولية العقد، آخذًا بالمعيار القانوني كما المعيار الاقتصادي لدولية العقد. وذلك باعتبار أنَّ أغلب عقود ال BOT تبرم ما بين الدّولة ومستثمر أجنبي، لأنَّ فلسفة هذا النّظام تقوم على جذب الأموال والمعدات والتّكنولوجيا المتقدمة لتنفيذ مشروعات داخل الدولة، ويترتب عليه انتقال رؤوس الأموال عبر الحدود، وهذا ما يسبغ عليه صفة عقود التّجارة الدّولية.

بناء على ما سبق، يتبيّن أنّنا ما زلنا حتى يومنا هذا نشهد تناقضًا واضحًا في آراء الفقهاء والأحكام والقرارات القضائية حول الطّبيعة القانونية لعقود ال BOT، دون الوصول إلى حسم لطبيعة هذا العقد.

بالتالي، ومن منطلق دراستنا للموضوع المذكور، يتّضح لنا مجموعة من النّتائج القانونية الّتي استخلصناها في إطار بحثنا وفقًا لما يلي:

أولًا– لقد اتّجهت الدّول النّامية في سبيل تحقيق تلك المشروعات إلى نظام ال BOT وإعادة المشروع، لما يوفره للدّولة من تمويل للمشروعات العملاقة دون الحاجة إلى تحميل الموازنة العامة للدّولة أعباء مالية إضافية أو اللّجوء إلى القروض الخارجية، كما يساعد أيضًا في نقل تكنولوجيا متقدمة وخبرات إدارية وفنية أخرى تفيد الدّول النّامية.

ثانيًا– يتمثل نظام ال BOT في الاستعانة بالقطاع الخاص لتولي إنشاء مشروعات البنية الأساسية التّحتية، مستخدمًا أمواله مقابل الحصول على حقّ استغلال كامل المشروع الّذي يبنيه خلال فترة من الزّمن بموجب عقد تحدد فيه شروط استغلال المشروع، والّتي تمكن المستثمر من استعادة التّكاليف الّتي أنفقها، وكذلك تحقيق ربح معين ضمن المدة المتفق عليها، ثمَّ إعادة المشروع إلى الجهة المانحة بحالة جيدة وصالحة للاستعمال.

ثالثًا– باعتبار أنّ التّحكيم يمثّل قضاءً خاصًا، بموجبه تسلب المنازعات في عقود ال BOT من جهة القضاء الوطني، ليتمّ الفصل فيها بواسطة أشخاص معيّنين من أشخاص القانون الخاص، بحيث يعهد إليهم ممارسة وظيفة قضائية. لذا فإنَّ قبول التحكيم في عقود ال BOT يزيل عنها الصّفة الإدارية.

رابعًا– إنَّ وجود الدّولة طرف في عقد ال BOT، أدّى إلى اختلاف الآراء بشأن الطّبيعة القانونية له كما تبين سابقًا، حيث ذهب الرّأي التّقليدي لاعتباره من العقود الإدارية لوجود الدّولة فيه كطرف، وأيضًا بسبب تعلقه بمرفق عام.

إذ إنّه وبالرغم من أنَّ البعض دعم الرّأي القائل بأنَّ عقد ال BOT يعتبر من ضمن العقود الإدارية، إلا أنَّ ذلك لا يعني بالضّرورة اعتبار العقد إداريًا، حيث إنّ كثيرًا ما تلجأ الدّولة إلى إبرام عقود تنتمي للقانون الخاص. لذلك فإنَّ الرّأي الرّاجح هو الّذي يرى بأنَّ عقد ال BOT هو عقد له طبيعة خاصة، أي يمكن أن يكون إداريًا إذا تضمن شروطًا استثنائية لصالح الدولة.

ولكن إذا نظرنا إلى التّطبيق العملي لهذه العقود، فنرى بأنَّ الدّول غالبًا ما تطمح لجذب الاستثمار الأجنبي إليها، كما قد يتضمن العقد اللّجوء إلى التّحكيم الدّولي عند حدوث نزاع بين الطّرفين. فإذا كانتِ الدّولة هي الطّرف الأوّل، والمستثمر الأجنبي من القطاع الخاصّ هو الطّرف الثّاني، فغالبًا ما نكون أمام عقد من عقود التّجارة الدّولية. أما إذا كان المستثمر وطنيًا فهو يخضع لأحكام القانون الخاص المتمثلة بالقانون المدني والتّجاري.

يتبيّن ممّا سبق، بأنَّ الجدال الفقهي حول طبيعة هذه العقود ووضع تكييف قانوني لها، قد انعكسَ غموضًا لناحية معرفة ما إذا كان عقد ال BOT عقدًا إداريًّا أم أنّه من العقود التّجارية، لاسيّما عقود التّجارة الدّولية. وما يؤكد ذلكَ آراء الفقهاء والتّناقضات الاجتهادية الّتي عرضناها في سياق بحثنا. ولذلك وسعيًا لضرورة نجاح التّعاقد وفقًا لصيغة ال BOT، فإنَّه لا بّد من وضع القواعد القانونية والتّنظيمية اللّازمة لإنجاح مشاركة القطاع الخاص.

وهنا لا بدّ من الإضاءة على نقطة هامّة، تتعلق بضرورة وضع تشريع خاص بتنظيم عقود ال BOT وتحديد شروطها وحقوق والتزامات أطرافها، مما يساهم في المحافظة على التّوازن الدّقيق بين الدّولة وحقوق المستثمرين حتى لا تكون عقود ال BOT بمثابة عقود إذعان نتيجة لعدم التّناسب في المقدرة الاقتصادية.

كما أنَّ طبيعة هذه العقود توجب وضع الدّراسات الخاصة، والمتعلقة برسم السّياسات الاستثمارية للبلد، والاعتماد على صيغة ال BOT من أجل تحقيق أفضل النّتائج، خصوصًا في العديد من المشاريع.

من جهة أخرى، إنّنا نأمل وضع صيغ نموذجية معينة في الوقت الحاضر على الأقل، للتّعاقد بطريقة ال BOT بحيث تحتوي على أهمّ الضّمانات الّتي تراها الدّولة ضرورية للحفاظ على حقوقها أمام المستثمر الأجنبي، وجعلها بمثابة عقود استرشادية لهيئات الاستثمار.

وبالرّغم من تأكيد العديد من الفقهاء على الطّبيعة القانونية لعقود البناء والتّشغيل ونقل الملكية الإدارية، واستنادهم إلى العديد من الحجج والبراهين الّتي تحسم هذه الطّبيعة، إلا أنّ هذه الطّبيعة محل جدال واسع.

من أجل ذلك، أصبح هناك ضرورة قصوى لحسم طبيعة هذه العقود لكي يتم اعتمادها وتنفيذها بشكل صحيح، مما يتوجّب النّصّ عند التّعاقد بموجب عقود ال BOT على أنَّ الدّولة تتعاقد مع القطاع الخاص باعتبارها شخصًا اعتياديًا، وليست صاحبة سيادة.

عند حسم الطّبيعة القانونية لعقود ال BOT يصبح التّعامل بها أكثر مرونة، وأكثر ضمانة للطّرفين، خاصّةً وأن الدّول تلجأ بكثافة للتّعاقد بهذه العقود، لما لها من إيجابيات ترتدّ على خزينة الدّولة.

وقد لجأ لبنان إلى التّعاقد بمقتضى عقود ال BOT، بحيث تتوفر فيه الأسباب المشجّعة لاعتماد هذه العقود، بفضل نظامه، وكفاءة أجهزة التّمويل اللّبنانية، الّتي تستطيع التّكيف بسرعة مع وسائل التّمويل المستجدة. كما يرتبط تطبيق هذه العقود في لبنان بالهدف الّذي تحقّقه للدّولة وجماعاتها العامة المتمثل بإنشاء واستغلال مشاريع ضخمة، دون تحمّله لأي نفقات ومخاطر. وفي هذه الحالة، تضمن الدّولة تنفيذ المشاريع وتحسين نوعية الخدمة واستمرار الصّيانة طوال مدة العقد، بالاضافة إلى استفادتها من الرّساميل الأجنبية الّتي تعتبر مصادر تمويل مهمة لهذه المشاريع. ولكن يبقى فقط على المشَّرع اللّبناني أن يقوم بوضع قانون موحد ينظّم عمليات مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية بما يمثله هذا القانون من شفافية، أو يقوم بوضع قانون مخصّص لعقود ال BOT يحيط بجميع جوانبه القانونية، مع الحرص على إنشاء الأجهزة اللازمة لتنفيذها بقدر عال من الكفاءة.

مهما كان التّكييف القانوني لعقود ال BOT، ومهما تضاربت الآراء والأفكار والاجتهادات تبقى لها صفات ومميزات تنفرد بها، وتميّزها عن غيرها من العقود، وإن كانتْ امتدادًا لبعضها، أو حتّى لو أنّها كانت تدور حول فكرة واحدة هي مشاركة القطاع الخاص في النّهوض بالقطاع العام، وتقدم المجتمع مستعينًا بالتكنولوجيا والمهارات الخارجية.

إذ إنَّ لبنان يحتاج إلى مثل هذه العقود خاصة في الوقت الحالي، بحيثُ تعاني خزينة الدّولة من عجز كبير في ميزانيتها، خاصة بعد المصائب الّتي حلّت به، و أبرزها انفجار مرفأ بيروت، حيث يحتاج هذا المرفأ لمبالغ طائلة لترميمه وإعادة بنائه، وهذا ما يستحيل على الدّولة اللّبنانية القيام به أمام العجز الذي تعانيه.

وهنا لا بدّ من طرح السّؤال التّالي: هل سيتمّ اللّجوء إلى عقود ال BOT مع شركة أجنبية لتقوم بإعادة ترميم المرفأ على نفقتها الخاصة وتديره فترة من الزمن ما يُمَكّننا من الاستفادة من أهمية عقد ال BOT؟ لاسيّما أنَّ اللّجوء إلى هذا النّوع من العقود باتَ حاجة أساسية في حلّ عجز الدّولة اللّبنانية، وتدهور القطاعات الأساسية، واستنفاد الموارد التّمويلية مما يجعل عقود ال BOT ضروريّة من أجل جذب رؤوس الأموال الخارجية للاستثمارات في قطاعات أساسيّة للنّهوض بالبلاد نحو الأفضل.

لائحة المراجع

مراجع باللغة العربية:

أ- المؤلفات:

- الاسعد،(محمد)، **عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة**، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
- السيد، (حفيظة)، **الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية 2010.
- السيد، (حفيظة)، **الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الادارية وأثره على القانون الواجب التطبيق**، دار المطبوعات الجامعية، 2001.
- اسماعيل، (خالد)، **إشكاليات التَّحكيم في منازعات عقود النفط**، دراسة معمقة وفقًا للتشريعات الوطنية والاتفاقات الدولية وأحكام التحكيم الدولية المتعلقة بمنازعات النفط، **الناشر المنهل**، 2015.
- اسماعيل، (محمد)، **عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها**، دراسة للطبيعة القانونية الجديدة والأحكام الخاصة بعقود مشروعات البنية الأساسية المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية الخاصة والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- الحلو، (ماجد)، **العقود الادارية والتحكيم**، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2000.
- اسماعيل،(محي الدين)، **منصة التحكيم الدولي**، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر،2000.
- الطماوي، (سليمان)، **الوجيز في القانون الاداري**، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1988.
- الشهاوي،(ابراهيم)، **عقد امتياز المرفق العام BOT**، 2003، دار النشر غير مذكور.
- البهجي، (عصام)،**عقود ال BOT الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة**، دار الفكر العربي، 2008.
- الكندري، (عبدالله)، النظام القانوني لعقود ال BOT، دار النهضة العربية، طبعة 2009.
- بدر، (أحمد)، **العقود الادارية وعقود البوت**، دار النهضة العربية، 2003، ص 385.
- جابر،(وليد)، **التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة**، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

- حمزة،(هاني)، **النظام القانوني الواجب الاعمال على العقود الادارية الدولية أمام المحكم الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.
- خاطر ،(شريف)، **التحكيم في منازعات العقود الادارية وضوابطه**، دار النهضة العربية 2011.
- سعد، (جورج)، **القانون الاداري العام والمنازعات الادارية** ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006.
- سعدالله الخوري، (يوسف)، **إدارة المرافق العامة**، مجموعة القانون الإداري، الجزء الثاني، 1999.
- صابر، (دويب)، **الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام وتطبيقاتها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية(البوت)**، جامعة أسيوط، 2006.
- صادق،(هشام)، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية**، منشأة المعارف، 1995.
- عبد الوهاب، (محمد)، **القضاء الإداري**، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002.
- عبد القادر،(عبد القادر) ، دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية لمشروعات ال BOT الدار الجامعية،2000.
- عيد، (إدوار)، **القضاء الإداري**، الجزء الثاني(دعوى الإبطال، دعوى القضاء الشامل)، مطبعة البيان، بيروت،1975.
- عيد، (ادوار)، **رقابة القضاء العدلي على أعمال الإدارة**، دار النشر غير مذكور،1973.
- عبد العزيز بكر، (محمد)، **فكرة العقد الاداري عبر الحدود**، الطبعة الاولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- عباس، (وليد)، **التحكيم في المنازعات ذات الطبيعة التعاقدية**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2010.
- غانم،(محمد)، **مشروعات البنية الأساسية بنظام ال BOT**، المكتب الجامعي الحديث، 2009.
- فرحات، (غالب)، **المنهجية في العلوم القانونية والسياسية والادارية**، بيروت 2018.
- فرحات، (فوزت)،**القانون الاداري العام**، الجزء الثاني، مراقبة العمل الإداري، بيروت 2012.
- قبلان، (علي)، **أثر القانون الخاص على العقد الإداري**، الجزء االثاني، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الثانية، 2014.
- مغربل، (صفاء)، **القانون التجاري اللبناني**، دار النشر غير مذكور، 2013.
- محي الدين،(علاء)، **التحكيم في منازعات العقود الادارية الدولية**، دار الجامعة الجديدة، مصر،2008.

- محمد الكندري، (عبدالله طالب)، **النظام القانوني لعقود ال (B.O.T)**، دار النهضة العربية، طبعة 2009.
- محي الدين قطب، (مروان)، **طرق خصخصة المرافق العامة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2009.
- ناصيف، (الياس)، **عقد ال BOT**، طبعة أولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، 2006.
- ناصيف،(**الياس)،العقود الدولية ،عقد ال BOT في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2011.
- والي، (فتحي)، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، مطبعة القاهرة والكتاب الجامعي، 2001-2002.

<u>الدراسات والمقالات:</u>

- القيسي، (محي الدين)، التجربة اللبنانية في عقود ال BOT (البناء والتشغيل والتحويل)، مقالة منشورة في مجلة الدراسات القانونية،مجلة نصف سنوية تصدرها كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية، العدد الأول 2003، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 113.
- القبيسي، (محي الدين)، امكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية ال BOT ، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية العدد الثاني سنة 2003 صفحة 247.
- الأحدب، (عبد) ،من التحكيم إلى الوساطة : الوسيلة الجديدة والبديلة لحسم المنازعات : الوساطة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثامن والثلاثون ، ص 18 وما بعدها.
- الجمال، (مصطفى)، إمتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق الجامعة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، العدد السابع، تموز يوليو 2001 ، ص. 65 وما بعدها.
- الشيشي، (أمل)، نظام البناء والتشغيل والتحويل BOT ،مجلة بحوث إقتصادية عربية، العدد 2002،28، ص 85.
- الغزالي، (عيسى)، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الاقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون ، نوفمبر/ تشرين الثاني 2004، السنة الثالثة، ص: 11.
- أبو صقر، (حبيب)، التمويل الذاتي للمشاريع من قبل المتعهد BOT، مقال منشور في مجلة القضاء المالي، العدد43- 2000، ص 18-23.
- الجوعاني، (علاء)، دراسة هامة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، 2 آب، 2016، نشر على الموقع الالكتروني التالي: https://www.mohamah.net/law

• المبروك، (جمال)، دراسة قانونية معمقة حول عقود التشييد والاستغلال والتسليم،10 كانون الثاني 2018، نشر على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.mohamah.net/law.

• العليوي، (عمر)، بحث قانوني حول المفهوم القانوني للعقد وأركانه وتقسيماته، 28 أب 2016، نشر على الموقع الإلكتروني التالي: https://www.mohamah.net/law.

• الغزالي، (عيسى)، نظام البناء والتشغيل والتحويل(B.O.T.) سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الاقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون– نوفمبر/ تشرين الثاني 2004– السنة الثالثة، ص 10.

• المسيب، (أبو بكر)، تفاصيل قانونية حول عقد الايجار التمويلي،14 كانون الاول 2017، نشر على الموقع الإلكتروني: https://www.mohamah.net/law.

• الصيرفي، (ياسر)، إلغاء التصرف القانوني، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 74، 2004.

• أبو رجيلي، (سعيد)، العقود الإدارية في لبنان، مجلة القضاء الإداري العدد التاسع، قرارات السنة القضائية 1994– 1995 المجلد الأول .

• رباح، (غسان)، دراسة حول مفهوم عقد ال BOT في إدارة المرفق العام وطرق حل النزاعات الناشئة عنه، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأربعون، سنة 2006.

• رحيم،المسفر، (عمر، طارق)، ماذا يعني ال BOT ؟ وما هو موقعه من النظام الاقتصادي الجديد؟ هل سحبت ال BOT البساط الاقتصادي من تحت اقدام الحكومات؟ مقال نشر على الموقع الالكتروني التالي: https://www.mosgcc..com/topies/curent/print.Php? ID == 839 & issue

• سري الدين، (هاني)، الاطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتمويل في مصر– مجلة القانون والاقتصاد – العدد 69– 1999– ص187.

• شافي، (شافي)، نحن والقانون، ماهية عقود ال BOT ولماذا يتم اعتماده؟، بحث منشور في مجلة الجيش، العدد 318، كانون الأول،2011.

• عبد العال، (عكاشة)، الضمانات القانونية لحملية الاستثمارات الأجنبية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت العربية، العدد السادس ك2 2002 صفحة 100.

• عطية،(عزمي)، إجراء خصومة التحكيم ، بحث منشور في الدورة العامة لاعداد المحكم التي نظمها مركز عين شمس في الفترة من30/ 6/ 2001 إلى 5/ 7/ 2001، ص 215.

• علي، (ماجد)، مصرفيون: البنوك ترحب بتمويل مشروعات ال BOT التي ينفذها الأجانب والبنك المركزي لم يصدر تعليمات يحظر التعامل معها، مقال نشر على الموقع الالكتروني التالي:

http: //www.IK.ahram.org.eg/IK/ahram

• عبد العزيز، (نويري)، عقود التزامات المرافق العامة(B.O.T) أنواعها وطرق الاستفادة منها، 21 تموز 2019، مقال نشر على الموقع الالكتروني: https://www.mohamah.net/Law

• عبد الفتاح عطية، (عزمي)، إجراء خصومة التحكيم، بحث منشور في الدورة العامة لاعداد المحكم التي نظمها مركز عين شمس في الفترة من30/ 6/ 2001 إلى 5/ 7/ 2001، ص 215 .

• غصوب، (عبده)، عقود ال BOT اشكالية التحكيم في عقود الادارة، مجلة الدراسات القانونية، لسنة 2002، جامعة بيروت العربية،العدد الثامن ص 93.

• منصور، (سامي)، تنازع القوانين والقانون المطبق من المحكم في عقود التجارة الدولية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الخمسون ،2009، ص. 11

• منصور، (سامي)، دراسة مقدمة إلى مؤتمر التحكيم الدولي ، نظمه المركز اللبناني للتحكيم بالتعاون مع غرفة التجارة الدولية في باريس، المنعقد في 11و 12 تشرين الأول أكتوبر 1999.

• منصور، (سامي)، طرق الطعن بالأحكام التحكيمية في القوانين العربية، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني والاربعون، 2007، ص 6 وما بعدها.

• منصور، (سامي)، إمتداد الاتفاق التحكيمي إلى غير الموقعين على العقد: حقيقة أم مجاز؟ مجلة الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق الجامعة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006 – 2008 العدد الأول.

• مكناس، (جمال الدين)، مقال بعنوان عقد البوت (B.O.T–Build.Operate.Transfer):الانشاء والتشغيل والتحويل بنقل الملكية،الخميس 11 تموز 2013، نشر على الموقع الإلكتروني التالي:

http://dr-ghoul.blogspot.com/2013/07/bot-builde-opert-transfert.ht ml?m=1.

• منصور، (سامي)، جواز التحكيم في عقود الإدارة وفي التمثيل التجاري الدولي(الانفتاح الاقتصادي وتشجيع الاستثمار أمام واقع التحكيم في القانون اللبناني)، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الحادي والعشرون، 2002.

• منصور، (سامي)، نظرة في التحكيم الدولي، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد السابع عشر.

• نصر، (جابر)، عقود ال B.O.T بين المنافع والمخاوف،2019/12/24، مقال نشر على الموقع الالكتروني التالي: .https://almerja.com/reading.php?idm=127080.

رسائل الدبلوم والأطروحات:

• الاكيابي، (يوسف)، رسالة دكتوراه بعنوان النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة بيروت العربية، 1989.

• سالم بن نواس، (مبارك)، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه بعنوان النظام القانوني لعقد ال BOT ، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة بيروت العربية، 2015.

• عقيل، (علي)، رسالة دكتوراه بعنوان القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة بيروت العربية، 2012.

• فواز، (جمال)، رسالة أعدت لنيل الماستر بعنوانخصخصة المرافق العامة ونظام ال BOT الوجه المعتدل للخصخصة في قطاع الاتصالات، كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجامعة اللّبنانية، 2018.

• ونَّا، (لارا)، رسالة أعدت لنيل الماستر بعنوان المقاولة من الباطن، كلية الحقوق والعلوم السياسية في الجامعة اللبنانية، 2019.

تقارير، أوراق عمل وأبحاث في ندوات ومؤتمرات:

• محمصاني، (غالب)، التحكيم في عقود الاستثمار، تعليق على القرارين الصادرين عن مجلس شورى الدولة اللبناني بتاريخ 17 تموز 2001 حول قضية الهاتف الخليوي والدولة اللبنانية ضد شركتي الخليوي ليبناسيل ش.م.ل، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد التاسع عشر.

• عبده غصوب، تعليق على قانون أ.م.م اللبناني الجديد ونظام التحكيم بالقانون رقم 440/ 2002، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الرابع والعشرون 2002، ص 64.

• منصور، (سامي)، تعليق على القرارين الصادرين عن مجلس شورى الدولة اللبناني بتاريخ 17 تموز 2001 حول قضية الهاتف الخليوي والدولة اللبنانية ضد شركتي الخليوي ليبناسيل ش.م.ل، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد 19، 2001.

• جريدة الشرق الأوسط، تقرير بعنوان " أرامكو السعودية" تحصل على حكم قضائي لصالحها في الولايات المتحدة، العدد 15336، 23 تشرين الثاني 2020.

• مجلة التحكيم العالمية، مجلة التحكيم العربي في الغرب ومجلة التحكيم الغربي في البلاد العربية، مجلة فصلية – بيروت، عدد خاص عن التحكيم في الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، العدد التاسع عشر تموز 2013، السنة الخامسة.

• دليل الاونسترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص، الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي " الاونيسترال الذي تمَّ اقراره من قبل اللجنة خلال دورتها الثالثة والثلاثين التي عقدت في نيويورك من 12 حزيران ال 7 تموز 2000.

• تقرير البنك الدولي حول مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الاساسية في منطقة الشرق الاوسط وشمال أفريقيا ، الطبعة الأولى، 2018.

• أوراق عمل مختلفة قدمت في مؤتمر مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، شرم الشيخ 29 و 30 سبتمبر 2001 .

• محاضرات طلبة المرحلة الرابعة،قسم إدارة الاعمال، عقد البوت (B.O.T) تعريفه، مزاياه، عيوبه، وأشكاله، للعام الدراسي 2018 ،2019، ص:13.

<u>الأحكام والقرارات القضائية:</u>

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 181 تاريخ 11/28/ 2007، مؤسسة ستيفان للإستثمار والتجارة / وزارة الاشغال العامة والنقل اللبنانية ، مجلة القضاء الاداري، 2008، رقم 45، ص 31.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 702 و 703 تاريخ 6/14/ 2004، مجلة القضاء الإداري، 2007، رقم 2 ص:1314.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار بتاريخ 2004/7/6، كهرباء عاليه–سوق الغرب /الدولة اللبنانية، مجلة القضاء الإداري،2007، رقم2 ص:1410.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 481 تاريخ 2004/3/29، شاهين/ الدولة اللبنانية، مجلة القضاء الإداري،2007، رقم 2، ص 904.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 485 تاريخ 3/20/ 2004، غطاس / شركة كهرباء لبنان، مجلة القضاء الإداري، 2007، رقم ،2 ص:912.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 447 تاريخ 2003/4/15، شركة المرافق اللبنانية ش.م.م./ الدولة، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي 2003.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 638 تاريخ 2001/7/17 ، الدولة / شركة ليبانسيل ش.م. ل.، مجلة القضاء الاداري، 2004، ص 998.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 639 تاريخ 2001/7/17، الدولة / شركة ف.ت.م.ل. (FTML)، مجلة القضاء الاداري، 2004، ص 1009.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 112 تاريخ 1998/11/18، سايد / الدولة، مجلة القضاء الاداري، العدد 14، ص 123.

• محكمة النقض اللبنانية، الغرفة الأولى، القرار رقم 16 تاريخ 7/7/ 1998، مجموعة حاتم، رقم 197، ص 17.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 495، تاريخ 1997/4/22، ليلى كامل/ وزارة التربية، مجلة القضاء الإداري 1998، ص 442.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 297 تاريخ 5/ 3/ 1997، بطرس كفوري / الدولة، مجلة القضاء الاداري 1998، ص 310.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 495 تاريخ 1997/4/22، ليلى كامل/ الدولة، وزارة التربية، مجلة القضاء الاداري، 1998، ص 442.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 585 تاريخ 1996/5/9 ، غسان نصير مختار قرية جعيتا ، نادر بشارة صفير ومنصور عقيقي وشاكر سلامة / الدولة (غير منشور)).

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 429 تاريخ 1996/11/13، مرهج/ الدولة بيروت، المجموعة الادارية، 1970، ص 105.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 518 تاريخ 1996/5/7، المهندس جان صفا/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1997، ص 597.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 585 تاريخ 9/ 1996/5، غسان نصير مختار قرية جعيتا، منصور يوسف عقيقي وشاكر سلامة/ الدولة (غير منشور).

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 324 تاريخ 1996/1/3، جرجى الحاموش/ مصلحة مياه بيروت، مجلة القضاء الاداري، 1997، ص 414.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 164 تاريخ 1995/12/14، جوزيف أيوب/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1997، ص 37.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 52 تاريخ 1995/9/11، سماحة/ كهرباء لبنان، مجلة القضاء الاداري، 1996، ص 82.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 494 تاريخ 1995/4/4، كهرباء لبنان/ الشركة الأهلية للهندسة والتجارة، مجلة القضاء الاداري، 1996، ص 447.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 232 تاريخ 1994/1/27، باخوس/ مصلحة مياه بيروت، مجلة القضاء الاداري، 1994، ص 260.

• مجلس شورى الدولة، قرار رقم 171 تاريخ 1993/12/14، كوستا إيجينس إنك/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1995، ص 176.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 748 تاريخ 1993/9/12، شركة أبناء عبد القادر غندور/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1997، ص 190.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 229 تاريخ 29/ 4/ 1993، أسد صليبا/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1994، ص 287.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 209 تاريخ 1993/4/29، شركة مخازن الشرق التجارية/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1994، ص 278.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 86 تاريخ 24/ 4/ 1986، جوزيف عكر/ الدولة، مجلة القضاء الاداري، 1987-1988، ص 111.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 38 تاريخ 1986/2/28، مدرسة الآباء الأنطونيين/ الدولة، المجموعة الادارية، 1987-1988، ص 540.

• المحكمة التجارية الدولية، الحكم الصادر بتاريخ 22/يناير/1986، رومانيا/ بنين بشأن عقد صفقة الاتوبيسات، محمد عبد العزيز، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص141.

• المحكمة التجارية الدولية، الحكم الصادر بتاريخ 1985/12/18، شركة أميركية / حكومة الجزائر، محمد عبد العزيز، فكرة العقد الاداري عبر الحدود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار بتاريخ 4/7/ 1980، هراوي ومير/ الدولة، إجتهاد القضاء الاداري، الجزء الثاني، العقود الادارية، ص 99.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار رقم 121 تاريخ 29/ 3/ 1978، إدوار فارس عزار/ مصلحة مياه المتن، مجموعة قرارات مجلس شورى الدولة، 1973-1982، ص 851.

• قرار مجلس شورى الدولة، بتاريخ 1970/12/30، علي حسين/ الدولة، المجموعة الادارية، 1971.

• مجلس شورى الدولة، قرار بتاريخ 16/ 12/ 1970، الشركة اللبنانة للزيوت/ الدولة، مجلس القضايا، 1971، ص 3.

• مجلس شورى الدولة، قرار بتاريخ 1969/7/2، شركة كهرباء لبنان الشمالي، المجموعة الادارية، 1969، ص 175.

• مجلس شورى الدولة، قرار بتاريخ 1968/12/3، نقابتا المهندس في بيروت وطرابلس، المجموعة الادارية، 1969، ص 23.

• مجلس شورى الدولة اللبناني، قرار بتاريخ 4/19/ 1965، ناصيف/ الدولة، المجموعة الادارية، 1965، ص 103.

• مجلس شورى الدولة، قرار بتاريخ 1962/10/27، عادل ماهر، المجموعة الادارية، 1963، ص 65.

• مجلس شورى الدولة، قرار بتاريخ 1961/11/24، سعادة/ مصلحة مياه بيروت، المجموعة الادارية، 1961، ص 218.

<u>النصوص القانونية</u>

• قانون الموجبات والعقود اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.

• قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية 2010.

• قانون التجارة البري اللبناني الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 304 تاريخ 1942/12/24 المعدل بموجب القانون 126/ 2019.

• القانون رقم 360 تاريخ 8/16/ 2001، تشجيع الاستثمارات في لبنان، الجريدة الرسمية، العدد 41، تاريخ 8/18/ 2001.

• القانون رقم 549 تاريخ 2003/01/20، تصميم وتمويل وتطوير وإعادة أعمار مصفاتي طرابلس والزهراني وتشغيلهما وبناء محطة نهائية لتصدير واستيراد الغاز الطبيعي المسال وبناء تجهيزات لتخزين الغاز الطبيعي وانشاء شبكات لبيعه وتوزيعه، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 48، تاريخ 2003/10/22 .

• القانون رقم 218 تاريخ 5/13/ 1993، الاجازة لوزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إجراء استدراج عروض عالمي لتحقيق مشروع نظام الراديو الخليوي، الجريدة الرسمية، العدد 20، تاريخ 1993/5/20.

• القانون رقم 2002/440 تاريخ 2002/8/1، قضى بتعديل أحكام قانون أ.م.م المتعلقة بالتحكيم، الجريدة الرسمية، العدد 43 تاريخ 2002/8/1.

• القانون رقم 227 تاريخ 2000/4/31، المتعلق بتعديل بعض مواد مجلس شورى الدولة، الجريدة الرسمية، العدد 24، تاريخ 2000/6/2.

• القانون رقم 393 تاريخ 2002/6/1، الاجازة للحكومة منح رخصتين لتقديم خدمات الهاتف الخليوي، على الموقع الالكتروني:

http://www.mpt.gov.lb/documents/law218.docx

• القانون المصري رقم 47 لسنة 1972، على الموقع الالكتروني للموسوعة القانونية:

ar.jurispedia.org

• نظام التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، ICC

gjpi.org> icc- arbitration- rules- arabic pdf.

• قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، على الموقع الالكتروني:

https://site.eastlaws.com/GeneralSearch/Home/ArticlesTDetails?MasterID=1918064

المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

• معاهدة فيينا، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع، سنة 1980،

http://www.legallaw.ul.edu.lb/DownloadAgreementPage.aspx? Target=All&type=2&ID=4099&language=ar.

• اتفاقية بين حكومة الجمهورية اللبنانية وحكومة الجمهورية الفرنسية حول تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة، قانون رقم 60 سنة 1999،

http://www.legallaw.ul.edu.lb/viewAgreementpage.aspx?ID = 3084.

• اتفاقية واشنطن، بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، سنة 1965،

http://www.aifica.com.

• اتفاقية روما، بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، بتاريخ 1980/6/19،

"الفخري، (عوني)، **دراسة في القانون الدولي الخاص**، جامعة بيروت العربية، 2007".

• اتفاقية جنيف، الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف، بتاريخ 21 نيسان 1961،

http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service-showrest.aspx?fid=7&pubid=6173.

مواقع الكترونية مفيدة:

• https://www.leconomiste.com/article/le-developpement-durable-synonyme-de-prosperitebripar-ban-ki-mooni.

• http://www.undp.org/ppue/gln/publications/working2-2.htm.

• http:// www.legallaw.ul.edu.lb

• https://www.mohamah.net/law

• http://www.aifica.com

• https://www.justice.gov.lb

• https://almerja.com/reading.php?idm=127080.

- http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/service-showrest.aspx?fid=7&pubid=6173
- http://dr-ghoul.blogspot.com/2013/07/bot-builde-opert-transfert.ht ml?m=1.

المراجع باللّغة الفرنسية

A- Ouvrages généraux et spéciaux:

- Aubert (J-l.), A propos d' une distinction renouvelée des parties et des tiers, RTDC 1993, p. 364.
- AUDIT (M.), Présentation Générale; Les contrats publics sont - ils soluble dans L'arbitrage international?, collection droit administratif Law 7, Bruylant, 2011 p. 80.
- Brenet (F.), Contrats nominaux et contrats de partenariat, CP- ACCP, n° 54, avril 2006, p. 42.
- Brenet (F.), Recherches sur l 'évolution du contract administratif, thèse Poitiers, 2002, p. 34.
- Champaud (C.), Droit administrative et droit des affaires, AJDA 1995, n° spécial, p. 82 - 90.
- Gallios – Cochet (D.), Les montages en droit des sociétés, RDC juillet 2007, p .1036.
- Ki-Moon (B.), Le developpement durable, synonyme de propérité, L'Economiste, Edition N°:3029, 21/Mai/2009.

  https://www.leconomiste.com/article/le-developpement-durable-synonyme-de-prosperitebripar-ban-ki-mooni.
- Le Rapport de IUNDP , public private cooperation in the delivery of Urban infrastucture services(options and issues),

  www.undp.org/ppue/gln/publications/working2-2.htm.
- Mariappa (N.), commentaire d'arrêt du Tribunal des conflits du 2 Nov.2020, req.n4196.Dalloz actualité 9.nov.2020.
- Morand – Deviller (J.), Droit administrative des biens, Montchrestien 2007, p. 604.

- Obied (N.), L' arbitrage en droit libanais, Etude comparative, Delta, Bruylant,2000, p.7.
- Peyrical (J-M.), Conciliation entre crédit - bail et domaine public: un débat toujours d' actualité?, CP- ACCP, n° 54, avril 2006, p. 38.

B- Jurisprudence et sentences arbitrales:

_Jurisprudence:

- Cass. Crim, 11 mars 2014 n 11- 88420 , sté EasyJet Airline Company.
- C. Cass. 1er ch. c, 20 février 2007, sté UOP NV c/sté France et autres, Rev. arb. 2007., p. 139.
- Cass. Com., juin 2007, Dalloz, 2007, p. 1723, obs.X. Delpch.
- Cass. Civ., 1er, 19 décembre 2006, JCP G 2007, IV, 1193.
- C. E. Paris, 18 novembre 1998, Ste. Les maisons de Sophie,DA 1999, n 22,RFDA 1999, p.242.
- Cass.civ., Paris,17mai 1988, D. H., p. 419.
- Cass. Civ 2 mai 1966, JCP 1966, n 14798, JDI 1966, p. 648, RCDIP,1967, p. 553.
- Cass. Civ., 14 avril 1964, JDI 1965,p. 647.
- C.E. Paris, 10 avril 1957 , JDI 1957, n 10078, JDI 1958, p 13.
- C. E., 5 novembre 1937, Union Hydro - électrique de L ' Ouest - Constatations, sirey 1938, 3 eme éd

_ Sentences Arbitrales:

- sentence CCI n 5030, 1992, JDJ 1993 , p . 1004 ., spéc . p .1006 . obs . Y . Derains.
- [1] Sentence CIRDI, 20 mai 1992, southern pacific prperties (Middel East) Ldt c/République Arabe d'Eagypte,JDI 1994 , P . 229 -242 ., obs. E. Gaillard.
- [1] Sentence CIRDI, 31 mars 1986, Liberian Eastern Timber Corporation (LETCO) c/ Gouvernement de la République de Liberia .JDI 1988., P. 167- 172., obs. E. Gaillard.

- **تنص المادة 1505 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على أنّه:" يمكن الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في فرنسا بشأن التحكيم الدولي في الاحوال المنصوص عليها في المادة 1502" وقد جاء النص الفرنسي كما يلي:**

L'article 1505 du code de procedure civile francais:

"**La sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut faire l'object d'un recours n annulation dans les cas prévues a l' article 1502**".

المراجع باللّغة الإنكليزية

• Ozdoganm,I,D, "A Decision support Framework for project sponsers in the planning stage of Build- Operate- Transfer (BOT) projects, " construction Management and Economics, Lebanon . vol. 18 Apr/May 2000.

• Finnerty. J, Project Financing Asset - Based Financial Engineering, 1996.

• Morton. A. the greatest toll gate in the world, IBL, 1996.

• the Ozal formula: build Operate and transfer, Report of D. Whittaker, walker and smith 1995.

• Menheere S . and Pollalis S: Case Studies on build - operate- transfer, TV Delf, The Netherlands, 1996.

• United Nation Industrial Development Organization UNIDO. Guidelines for infrastructure Development thought Build, Operate and transfer BOT Projects, Vienna 1996.

فهرس المحتويات

الإهداء .....

كلمة الشكر.....

التصميم .....

المقدمة 1

القسم الأول: عقد ال BOT عقد مركب ذو طبيعة خاصة.....7

الفصل الأول: خصوصية عقد ال BOT.....9

المبحث الأول: التّكييف القانوني لعقد ال BOT.....10

المطلب الأول: عقد ال BOT عقد ذو وجه إداري 10

الفقرة الأولى: مفهوم العقد الإداري.....11

الفقرة الثانية: عقد ال BOT قوام العقود الإدارية.....15

المطلب الثاني: عقد ال BOT عقد ذو طبيعة خاصة.....18

الفقرة الأولى: عقد ال BOT عقد ذو طابع تجاري 18

الفقرة الثانية: عقد ال BOT من عقود التّجارة الدّولية.....20

المبحث الثاني: الأسباب المؤدية لتصنيف بعض الاجتهاد لعقود ال BOT بالعقود الادارية.....25

المطلب الأول: تمييز عقد ال BOT عن العقود الإدارية البحتة.....26

الفقرة الأولى: عقد ال BOT وعقد امتياز المرافق العامة.....26

الفقرة الثانية: عقد ال BOT وعقد امتياز الأشغال العامة.....28

المطلب الثاني: تمييز عقد ال BOT عن غيره من العقود المشابهة له عمليًا.....29

الفقرة الأولى: عقد ال BOT وعقد المفتاح في اليد.....29

الفقرة الثانية: عقد ال BOT وعقد الايجار التّمويلي.....31

الفصل الثاني: عقد ال BOT عقد مركب.....34

المبحث الأول: عقد ال BOT عقد متشعب التّركيب.....35

المطلب الأول: لجهة مراحل تنفيذ عقد ال BOT.....36

الفقرة الأولى: مرحلة البناء والتشغيل.....36

الفقرة الثانية: مرحلة نقل أو تحويل المنشآت.....37

المطلب الثاني: لجهة الشّراكة بين القطاعين العام والخاص.....38

الفقرة الأولى: دور القطاع الخاص في عقود ال BOT.....38

الفقرة الثانية: الدّور التّحضيري للقطاع العام في عقود ال BOT.....40

المبحث الثاني: نتائج تنفيذ عقود ال BOT.....42

المطلب الأول: حقوق أطراف عقود الBOT 43

الفقرة الأولى: حقوق المستثمر الأجنبي.....43

الفقرة الثانية: حقوق الإدارة.....45

المطلب الثاني: إيجابيات عقود ال BOT.....47

الفقرة الأولى: عقد ال BOT: وسيلة لنمو الدولة الإقتصادي.....47

الفقرة الثانية: عقد ال BOT: وسيلة لتعاظم دور القطاع الخاص في إدارة وتمويل البنى التحتية.....49

القسم الثاني:أثر التّطبيقات العملية على طبيعة عقد ال BOT 52

الفصل الأول: التّجارب التّطبيقية لبعض الدول.....53

المبحث الأول: التّطبيق العملي لعقود ال BOT في بعض دول العالم.....54

المطلب الأول: التَّجربة اللبنانية في عقود ال BOT.....54

الفقرة الأولى: عقد الهاتف الخليوي النقال GSM وغيرها.....55

الفقرة الثانية: عقد ال BOT لانشاء واستثمار الأوتوستراد الشمالي والأوتوستراد الدائري.....57

المطلب الثاني: التّطبيق العملي لعقود ال BOT في بعض الدول العربية والأجنبية.....59

الفقرة الأولى: التّطبيق العملي لعقود الBOT في مصر والكويت.....59

الفقرة الثانية: التّطبيق العملي لعقود ال BOT في فرنسا و تركيا والولايات المتحدة.....61
المبحث الثاني: الممارسات الخاطئة لعقود ال BOT.....63
المطلب الأول: سلبيات عقد ال BOT.....63
الفقرة الأولى: الأسباب المؤدية لسوء تنفيذ عقد ال BOT.....64
الفقرة الثانية: المخاطر التي تهدد عملية تنفيذ عقد ال BOT.....66
المطلب الثاني: الوسائل الكفيلة بإنجاح عملية تنفيذ عقد ال BOT.....69
الفقرة الأولى: إصدار تشريعات جديدة ونقل التّكنولوجيا.....69
الفقرة الثانية: تفعيل دور مؤسسات الضّمان.....71
الفصل الثاني: أثر الطّبيعة المختلطة لعقود الBOT على الجهة الصّالحة لحل النّزاعات.....73
المبحث الأول: صلاحية القضاء العادي والاداري للنظر بالمنازعات الناشئة عن عقود ال BOT.....74
المطلب الأول: مدى اختصاص القضاء العادي للنظر بعقود ال BOT 75
الفقرة الأولى: المبادىء الخاصة بحسم منازعات عقد ال BOT.....75
الفقرة الثانية: الحالات التي ينعقد فيها الاختصاص بفض المنازعات النّاشئة عن عقد ال BOT للقضاء العدلي 76
المطلب الثاني: صلاحية القضاء الإداري بالبث بالمنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT 79
الفقرة الأولى: المباديء المطبقة لحسم منازعات الدولة في عقد ال BOT 81
الفقرة الثانية: الحالات التي ينعقد الاختصاص فيها للقانون الإداري للبت في المنازعات النّاشئة عن عقود ال BOT 82
المبحث الثاني: فض النّزاعات النّاجمة عن عقد ال BOT بواسطة التّحكيم 88
المطلب الأول: مدى قابلية خضوع نزاعات عقود ال BOT لمجال التّحكيم الدّولي 88
الفقرة الأولى: قبول التّحكيم دلالة على انتزاع الصّفة الإدارية عن عقد ال BOT 89
الفقرة الثانية: المعوقات الذّاتية والموضوعية أمام التّحكيم في عقود ال BOT 90
المطلب الثاني: التّنظيم القانوني والإجرائي للتّحكيم في عقود ال BOT 98

الفقرة الأولى: التّنظيم الإجرائي للتّحكيم في عقود ال BOT.....98
الفقرة الثانية: التّنظيم الموضوعي للتّحكيم في نزاعات عقد ال BOT.....106
الخاتمة.....109
لائحة المراجع.....113
فهرس المحتويات.....130