عقود البوت (B.O.T)

والجوانب الخاضعة للقانون الخاص فيها

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

أ.م.د. صلاح كرم حماد الحمداني

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

المقدمة

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

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

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

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

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

إشكالية البحث :

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

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

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

أهمية البحث :

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

منهجية البحث :

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

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

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

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

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

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

المبحث الأول: نشأة عقد البوت B.O.T

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

المطلب الأول: ظهور عقد البوت

لم يكن إصطلاح البوت إصطلاحا قانونيا بل هذا إفراز لواقع عملي ناتج عن تطور أساليب الإستثمار وتعظم تمويل المشروعات الكبرى وتنوع أشكال التنمية الاقتصادية في مختلف دول العالم [٨] . ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن بدايات أنظمة البناء تعود إلى القرن السادس عشر من خلال عقود الإمتياز التي عرفتها تلك الحقبة [٩] . ويرجع الفقه [١٠] جذور عقود البناء والتشغيل والتمويل (B.O.T) إلى ما يعرف بعقود الإمتياز[١١]. ويقول البعض إلى أن أول ظهور لمصطلح عقود البناء والتشييد كان على لسان تورغوتأوزال رئيس الوزراء التركي عام ١٩٨٠ [١٢]بعدما كان قد عقد إجتماعا برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص شارحا لهم إستراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي وفقا لبرنامجه الإنتخابي الذي طرحه حيث فاز في الانتخابات ، والذي تمحور حول إسناد المشاريع الجديدة في مجال البنية التحتية إلى القطاع الخاص بموجب نظام (B.O.T) ، اضافة إلى تطبيق برنامج الخصخصة ليكون توجها إقتصاديا جديدا في تركيا [١٣] . ويرى العديد من الباحثين إن أول ظهور لعقد البوت كان في فرنسا عندما عهدت الحكومة الفرنسية إمتياز توزيع المياه في مدينة باريس إلى شركة (الأخوة بيريير) وهي شركة خاصة توسعت أعمالها إلا أن تطور الأحداث السياسية في فرنسا بعد قيام الثورة الفرنسية دفع المدينة على إلغاء الإمتياز . وقد أخذ هذا النظام بالإنتشار في فرنسا عام ١٩٣٠ وإمتد ليشمل إسبانيا وإيطاليا وألمانيا . يذكر إن أول وأشهر مشروع في العالم لعقد البوت هو مشروع قناة السويس في مصر بموجب عقد أبرم في العام ١٨٥٤ والتي أفتتحت عام ١٨٦٩ وكانت مدة العقد ٩٦ عاماً إلا أن الإمتياز أنتهى عام ١٩٥٦ أي قبل ثلاثة عشر عاما عندما أممت قناة السويس في عهد الرئيس الراحل جمال عبد الناصر [١٤] . ويشار دائما إلى أن التطور اللافت في نظام البوت في العهد

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

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

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

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

ويتكون مصطلح البوت من ثلاث كلمات هي [٢٠] :

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

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

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

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

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

الفرع الأول – مرحلة التأسيس : وتبدأ هذه المرحلة بالعام ١٩٢١ عندما نصب الملك فيصل الأول ملكا على العراق وتشكلت أول حكومة عراقية وسمر القانون الأساسي العراقي عام ١٩٢٥ الذي يعد أول دستور عراقي . لقد تميزت هذه المرحلة بتبعية الحكم الملكي للنفوذ البريطاني الذي كان له الدور الأساس في إرساء الإقتصاد الحر في الدولة العراقية وهو الإقتصاد الذي كان سائداً وفي أوج سطوته آنذاك . حيث سمح للقطاع الخاص بممارسة نشاطه لإشباع الحاجات العامة من خلال إصدار قانون تشجيع المشروعات الصناعية رقم ١٤ لسنة ١٩٢٩ والذي تضمن إقرار مجموعة من الحوافز للمشروعات الصناعية من ضمنها إعفائها من الرسوم الجمركية والضرائب . كما كان القانون رقم ٨٨ لسنة ١٩٣٦ من أبرز القوانين التي صدرت بعد ولادة الدولة العراقية الحديثة والذي سمح بموجبه للبلديات في إنشاء مؤسسات تجارية وصناعية كمشروعات القوة الكهربائية والترام وما يأتي بفائدة للناس . وبعد ذلك تم تأسيس مصلحة بلدية العاصمة وفقا للقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٣٨ [٣٢] وبموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٠ [٣٣] أستحدث مجلس الإعمار [٣٤] .

الفرع الثاني ـ مرحلة الحكم الجمهوري : وهي المرحلة التي تبدأ مع ثورة ١٤ تموز ١٩٥٨ وانتهاءا بالإحتلال الأمريكي للعراق عام ٢٠٠٣ . وقد إتسمت هذه المرحلة بأول ظهور للأفكار والقرارات ذات الطابع الإشتراكي حيث صدر قانون الإصلاح الزراعي رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٨ الذي أعاد صياغة العلاقات الزراعية وحدد الحد الأعلى للملكية الزراعية . كما جرى تأميم قطاعات كاملة من وسائل الإنتاج بموجب القرار رقم ٩٩ لسنة ١٩٦٤ الذي نقل ملكية المشاريع من القطاع الخاص إلى القطاع العام . ومن ثم صدور قانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٢ و٧٠ لسنة ١٩٧٢ المتضمنين تأميم النفط . ولذلك أخذ دور القطاع الخاص بالضعف لا سيما في مجال القطاعات الكبرى التي تولتها الدولة وكذلك بناء علاقات سياسية واقتصادية مع دول المعسكر الإشتراكي آنذاك لاسيما الاتحاد السوفيتي السابق والصين . مما زاد في ضعف دور القطاع الخاص الحروب التي خاضها العراق وإنعكست سلبا على جوانب الحياة المختلفة إبتداءا من الحرب العراقية الإيرانية التي عرفت بحرب الخليج الأولى ومن ثم حرب الخليج الثانية التي أعقبها حصار إقتصادي صارم فرضته الأمم المتحدة بتأثير غربي إمريكي . الأمر الذي أهلك الاقتصاد العراقي بما فيه القطاع الخاص اذ شهد الاقتصاد العراقي تراجعا كبيرا خلال هذه الفترة التي لم تعرف نشاطا ملموسا للقطاع الخاص . إلا أن ما يؤشر إستمرار صدور التشريعات المختلفة التي تضمنت وضع أسس المؤسسات الاقتصادية والصناعية والى أن صدر قانون الشركات العامة رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ والتي أصبحت جميع الوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع الإشتراكي والمملوكة دائيا ونشاطها إقتصادي إلى شركات عامة وهو ما نصت عليه المادة ٤٠ من القانون [٣٥] .

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

الإداري والمالي الذي ينهض بالدولة ككل . كما أن المتطلبات الاقتصادية من بنية اقتصادية سليمة وقوية وإقتصاد مستقر لم تتوفر بالإضافة الى غياب مبدأ المنافسة وكثرة العراقيل القانونية والإدارية . وكذلك غياب الوعي الاجتماعي لأهمية ودور عقود البوت في المساهمة في إنشاء البنية الأساسية . كل ذلك أدى إلى هذا الأمر [٣٦] .

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

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

المطلب الأول: خصائص عقد البوت

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

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

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

العقيمة وما يقابلها من قدرة القطاع الخاص على الإنتاج والتسويق وسرعة إتخاذ القرارات لمعالجة أي نقص في أداء المرفق العام [٤٩]. لقد أدى ذلك كله إلى قبول الدول . لاسيما بعد العام ١٩٨٥ ولوج بناء المشاريع الاقتصادية عبر إسلوب البوت مع إحاطة ذلك بمجموعة من الشروط والضوابط سواء كانت في مرحلة التفاوض أو التعاقد وكذلك تأكيد وجود إشراف ورقابة فعالة من قبل الدولة أثناء تشغيل المشروع من قبل الشركة المنفذة [٥٠] .

ثالثاً ـ مدته طويلة ... مدة نفاذ عقد البوت طويلة حيث يمر بمراحل عدة . وبعد طول المدة سمة رئيسية فيه [٥١] . والمراحل التي يمر بها العقد هي [٥٢] :

المرحلة التحضيرية : من البديهي أن أي عقد من العقود لا يأتي اتياً بل لابد أن تسبقه مرحلة تحضيرية يتم فيها عرض الفكرة وتداولها من قبل الدولة عبر لجنة وزارية أو لجنة خاصة كما حصل في مصر بخصوص عقود (B.O.T و BOOT) [٥٣] وبعد أن تتأكد الرغبة في إنجاز مشروع وفقا لصيغة البوت تتشكل في الغالب لجنة خاصة أو تكلف إحدى اللجان القائمة بدراسة الموضوع من جميع جوانبه الاقتصادية والإجتماعية والفنية وكذلك البيئية لبيان مدى الحاجة له إقتصاديا واجتماعيا وحتى حضاريا وكذلك مدى ملائمته من الناحية الفنية مع متطلبات التقنية ومن ثم الاستقرار على إنجازه وبيان الصيغة المثلى لتنفيذه سواء كانت بصيغة البوت أو غيره وأسباب هذا الإختيار [٥٤] . وفي هذه المرحلة أيضا يتم إعداد المستندات المتعلقة بالمشروع وتقديم العروض ودعوة الشركات وتحديد المستثمر الذي يقدم أفضل العروض [٥٥] . على أن ذلك لا يمنع من أن تقدم احدى الشركات بإقتراح يقدم إلى الجهة الحكومية المختصة تعلن فيها رغبتها في إنشاء المشروع وتقديم معلومات خاصة به لاسيما من حيث إمكانات الشركة وكيفية تنفيذها المشروع [٥٦] . وتحتاج مرحلة المفاوضات الى فريق يتمتع بقدرة تفاوضية عالية بخبرة كبيرة بمختلف النشاطات التي تكون ميدانا لهكذا عقود إذ قد تستمر المفاوضات سنوات عدة [٥٧]. يذكر في هذا المجال أن المفاوضات في عقود التجارة الدولية ليست هي في العقود التقليدية من حيث أن فتح المفاوضات في الأخيرة يمثل حقاً يستطيع ممارسته الفريق المفاوض وقتما يشاء ما دام العقد لم يتم تطبيقا لمبدأ الحرية التعاقدية ولا ينعقد مسؤولية من يعدل عن إبرام العقد إلا بإقتران عدوله خطأ منه وعلى الطرف الآخر إثباته وتكون مسؤوليته بعد الإثبات مسؤولية تقصيرية يجري تطبيق القواعد العامة في القانون المدني بخصوصها . أما في عقود التجارة الدولية فالأمر مختلف . حيث أن المفاوضات ليست مجرد أعمال مادية حيث تتخللها مراسلات وإتفاقات مكتوبة سواء تعلق موضوعها بالمفاوضات أو بموضوع العقد ذاته . ولها من الأهمية لما تتضمنه من مسائل فنية ومالية لذا فلا تطلق الحرية بخصوصها ولا تهدر تماما . إنما تخضع لضوابط محكمة تحدد سياقات هذه الحرية ومداها [٥٨] . يذكر في هذا السياق أن الدولة ومن أجل تجاوز البيروقراطية وفي ظل قلة العروض قد تلجأ إلى إسلوب الاتفاق المباشر مع المستثمر حيث أن الإجراءات التنافسية غالبا ما تكون مرفقة الجمود ولذلك فإن الاتفاق المباشر يسهل للدولة إنجاز مشاريعها العامة بفائدة إقتصادية أكبر لاسيما في المشاريع التي يغلب عليها طابع السرية [٥٩] . ويتم في ختام هذه المرحلة إختيار شركة المشروع وتوقيع العقد الخاص بإنشائه لتبدأ المرحلة الأخرى وهي مرحلة التنفيذ .

مرحلة تنفيذ المشروع : في هذه المرحلة يتم تشييد المشروع وتهيئته للتشغيل التجاري [٦٠] . وتبدأ هذه المرحلة بعد ابرام العقد بصيغته النهائية حيث تأخذ صيغة تسليم المفتاح إذ يجري توفير كافة متطلبات التشغيل . ولذلك فهذه المرحلة تستنزف الجزء الأكبر من تكاليف المشروع [٦١] إذ لا يمكن تصور وجود مشروع من مشاريع البوت دون إقامة منشآت تعد أساسية لوجود المشروع محل التشغيل [٦٢] ومن ثم يقوم المقاولون والموردون بالوفاء بإلتزاماتهم بما فيها تركيب المعدات لغرض استغلالها وفقا لما مخطط له [٦٣] . ولغرض إنجاز هذه المرحلة والمتمثل بالمنشآت الأساسية

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

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

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

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

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

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

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

الصورة الأولى / التمويل دون حق الرجوع

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

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

أ- إشتراط أن لا يزيد حجم التمويل لأي مشروع على ٢٠٪ من رأس مال المصرف بصيغة إستثمارات طويلة الأجل .

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

ج- ان التمويل والاقراض لهكذا مشاريع يستلزمان توفر عملات إجنبية لإستيراد المعدات وتمويل فوائد مالية [١٠٤] .

خامساً ـ تعدد أطرافه .[١٠٥] لما كان ميدان نشاط عقود البوت هو الإستثمارات الضخمة فمن الطبيعي أن تتعدد أطرافه . و قد يغيب طرف أو اخر في بعض العقود إلا أن ذلك لا ينفي صفة التعددية هذه . وتأتي هذه التعددية نتيجة لتشابك العلاقات وتنوعها خلال فترة الانشاء والتشغيل الأمر الذي سينتج تعددا في الأطراف سواء كانت رئيسية كما في الدولة أو إحدى مؤسساتها وشركة المشروع أو أطراف أخرى كالجهات التي تتولى التمويل أو الصيانة أو التأمين ، حيث يقوم – وهو الغالب – كل طرف بأداء معين بدءا من البناء ومن ثم التشغيل . لاسيما وأن عقد البوت يتميز بأنه يستمر فترة طويلة كما سبق بيانه . فالعقد الرئيس في مشروع البوت يحمل جوهر الإمتياز الذي تمنحه الحكومة لشركة المشروع وفيه يتم وضع شروط الإمتياز والمقابل المالي وفترة التنفيذ وطريقة الدفع وكيفية تشغيل المرفق العام وصيانته وكيفية تسليمه إلى الحكومة بعد إنتهاء مدته [١١٣] . والمعتاد أن تترك الحرية لشركة المشروع لإختيار أطراف أخرى ليساهموا بالتنفيذ أو التمويل أو توفير المعدات والأجهزة أو الصيانة أو التشغيل أو التمويل . وكذلك القيام بمهمات أخرى قد يتطلبها المشروع بمراحله المختلفة . وأطراف العقد هي:

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

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

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

٤ ـ المستشارون : وهم المساعدون في رأس مال شركة المشروع وقد يفضل أن يكون المشغل أحدهم . حيث أن كبر حجم الإستثمارات المطلوبة التي لا يمكن توفيرها هو الذي دعا المستثمرين إلى تكوين إتحاد مالي ا كوسيورنيوم ا[١١٧] يتكون من القطاع الخاص كالبنوك والمؤسسات المالية لتمويل مثل هذه المشاريع [١١٨].

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

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

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

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

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

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

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

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

وجود تشريعات قانونية مساندة توفر مناخا جاذبا للإستثمارات الكبيرة [١٣٧] . و هناك أيضا حاجة لتدخل ودعم حكومي للمشاريع المنفذة خلال كافة مراحلها [١٣٨] . كما أن توفر إستيعاب محلي للمنتج أمر في غاية الأهمية ، فبدونه قد لا تتوفر عائدات يمكن أن تغطي رأس المال المستثمر هامش ربح معقول . بالإضافة إلى دراسة معدل التضخم وسعر صرف العملة وسعر الفائدة في الأسواق المحلية وكذلك الرسوم الجمركية . كلها أمور يجب التوقف عندها قبل الإقدام على إنجاز مشروع من مشاريع البوت [١٣٩] .

المطلب الثاني: مزايا عقود البوت B.O.T

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

اولاً ـ يعد عقد البوت وسيلة للدولة لتمويل وإدارة مرافق البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص ففي الوقت الذي يخفف العبء عن الميزانية العامة للدولة بتمويل القطاع الخاص لها فانه يوجه ما يجب أن تنفقه على بعض المشاريع إلى مشاريع أخرى لا ينبغي أن تنجز عن طريق عقود البوت لأهميتها وخطورتها [١٤٠] . الأمر الذي يؤدي إلى توفير خدمات ضرورية مختلفة للمواطنين [١٤١] وفي ذات الوقت المحافظة على النقد الأجنبي حيث أن الحكومات تعمل على إعداد موازنة للنقد الأجنبي خرصاً منها على ترشيد ما لديها من عملات أجنبية لما لها من أهمية خاصة لتتأكد من إستخدامها لتلبية ما هو ضروري من الحاجات سواء كانت هذه الحاجات إستثمارية أو إستهلاكية [١٤٢] .

ثانياً ـ تساهم عقود البوت في كبح جماح الركود الاقتصادي عن طريق تقليص الإقتراض الحكومي المحلي والدولي أو تخفيض ضغوطها وخفض الدين العام وخلق فرص جديدة للشركات والمواطنين الأمر الذي سيؤدي إلى رفع الكفاءة التوظيفية والتشغيلية للإقتصاد الوطني وتخفيض نسب التضخم [١٤٣] ومن ثم زيادة الناتج القومي الإجمالي [١٤٤] من خلال العوائد التي تجنيها الدولة كأجور رمزية خلال فترة التشغيل وما تتحصل عليه من موارد بعد إنتهاء هذه الفترة وتسليم المشروع إليها[١٤٥] .

ثالثاً ـ تلعب عقود البوت دوراً إيجابياً بما تقدمه للتنمية المستدامة [١٤٦] بما يحفظ للأجيال القادمة مرتكزات العيش الأساسية . بالاضافة إلى مساهمتها في تسريع مشاريع التنمية [١٤٧] وإقامة مشروعات ومرافق جديدة [١٤٨] .

رابعاً ـ تفعيل دور القطاع الخاص في الاقتصاد الوطني والإستفادة من خبراته التي يمكن أن تنعكس إيجابا على القطاعات الحكومية . فالبناء الاقتصادي السليم يتطلب تشجيع القطاع الخاص ليأخذ دوره في الإستثمار وإدارة المشاريع العامة ليساهم في التنمية الاقتصادية [١٤٩] وبما يحقق مكاسب لمقدمي الخدمات والمستفيدين معا [١٥٠] . وكذلك فإن مشاركة القطاع الخاص ستعزز دوره في بناء مختلف المشاريع بما فيها المصارف [١٥١] .

خامساً ـ وفي الوقت الذي تخفف فيه عقود البوت العبء عن كاهل الميزانية العامة فإنها تخفف العبء عن كاهل المواطنين وبصورة مباشرة من خلال تجنب الدولة فرض ضرائب جديدة أو رفع القائم منها [١٥٢] كما أن وجود عقود البوت ودور القطاع الخاص فيها سيؤدي إلى خلق علاقة تكاملية بين أوجه النشاط الاقتصادي في الدولة حيث سيدفع بالمواطنين إلى تقديم الخدمات المساعدة [١٥٣] مما يعني خلق فرص عمل جديدة وإنتعاش حركة الأسواق.

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

هذه الشركات تنمية وتطوير قدراتها التكنلوجية في الشركة الأم ولذلك تسعى الدول المضيفة للحصول على هذه التكنلوجيا عن طريق تنفيذ هذه الشركات للمشاريع فيها [١٤٧] كما سيوفر تنفيذ عقود البوت تدريب العمال وتطوير أسواق المال وإنعاشها [١٤٨] فباختيار شركات تمتلك خبرات عالية لتنفيذ هذه العقود سيؤدي إلى نقل داخلي ودولي للتكنلوجيا عابر للحدود [١٤٩] ومن المؤكد أن ذلك يسهم في تطوير القاعدة الاقتصادية والصناعية في البلد . ويعد إلتزام الشركات بنقل التكنلوجيا المتطورة للمشاريع المنفذة وفقا لمعايير الجودة العالمية إلتزاما فرعيا من إلتزام الشركة بإنشاء المشروع طبقا للمواصفات المتفق عليها مع الجهة المانحة [١٥٠] .

سابعا ـ تمثل عقود البوت نموذجا جديدا ومتطورا لعقود إلتزام المرافق العامة [١٥١] حتى أنها يمكن أن تؤدي دورا في خدمة مشاريع الخصخصة وزيادة فعالية القطاع العام من خلال الدور الذي يمكن أن يلعبه القطاع الخاص . فالجمهور لديه قناعة بمشاريع البوت أكثر من قناعته بالخصخصة وهذا ما يؤكده الواقع العملي [١٥٢] لذلك يمكن القول أن محاسن عقود البوت تجاوزت مساوىء الخصخصة [١٥٣] حتى أن البعض [١٥٤] يرى أن عقود البوت وسيلة من وسائل الخصخصة . وهذا الأمر ينسجم والتوجه العالمي لإشراك القطاع الخاص في التنمية [١٥٥] .

ثامنا ـ نقل وتوزيع المخاطر المالية والصناعية وغيرها من الجهات التنفيذية ممثلة بالحكومة الى شركات مشاريع البوت [١٥٦] . حيث أن المؤكد بأن تنفيذ أي مشروع لاسيما بحجم مشاريع البوت لابد وأن يحمل مخاطر مالية وصناعية . بل وحتى سياسية وقانونية واجتماعية [١٥٧] . ومن الطبيعي أن من يتحمل عبء هذه المخاطر والتي تظهر أغلبها عند التنفيذ والتشغيل هو صاحب المشروع ، أي من يقوم ببنائه وتشغيله أولا . ولذلك فإن عبء هذه المخاطر سينتقل إلى شركات المشروع والممولين إبتداءا وأثناء التشغيل بشكل كامل [١٥٨] . لاسيما وأن تنفيذ مشاريع البوت مؤشر أكيد لجدوى المشروع الاقتصادية . فشركات المشروع والممولين لا يمكن تصور إقدامهم على هكذا مشاريع وتمويلها إلا بعد دراسات جدوى تشمل جميع جوانب المشروع [١٥٩] . ثامنا ـ إن إنجاز المشاريع عبر إسلوب البوت يمثل عامل جذب للإستثمارات لاسيما الأجنبية منها مما ينعكس إيجابا على تحسين البيئة ويوفر مناخا إستثماريا ترغبه الشركات الكبرى وتطمئن إليه المؤسسات التمويلية [١٦٠] مما يعني أن دور العقود يساعد على مشاركة الشركات في الاستثمارات المباشرة عن طريق مشروعات البوت وغير المباشرة عن طريق تنشيط السوق المالية [١٦١] .ولما كان الميدان الأكبر لعقود البوت هي العقارات فإن عقود البوت ستحقق تنمية وإستغلال للأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة (الدومين الخاص) [١٦٢] . وإستثمارها عن طريق إقامة المشاريع العمرانية واستصلاح الأراضي الزراعية أو إقامة مشاريع الري عليها تنشيطا للإنتاج الزراعي [١٦٣] .

عاشرا ـ بما أن مشاريع البوت تجلب عائدات إلى خزينة الدولة توفر من خلالها سيولة نقدية تستخدمها في التنمية بما فيها المستدامة فإن ذلك يعني أن الحكومة ستعمل على تقديم المزيد من المكاسب وفي نفس الوقت تخفيف الأعباء عن المواطنين لاسيما تحمل شركات المشروع للمخاطر وعدم تحميل ميزانية الدولة المضيفة تكاليف وأعباء المشاريع وعدم اللجوء إلى الضرائب أو عدم رفعها كل ذلك سيؤدي حتما إلى أن تكون هذه المشاريع وسيلة لتحسين صورة الحكومة وأدائها الداخلي والخارجي لتكون عندئذ كمؤسسة حاكمة مقبولة داخليا ودوليا [١٦٤] .

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

لا نعتقد بوجود سلبيات تحملها عقود البوت بنفسها وانما البعض منها يظهر كنتيجة لممارسات عملية خاطئة [١١٢] سواء كان الأمر متعلقا بوجود خلل ما أثناء التفاوض أو عند ابرام العقد أو خلال التنفيذ أو في مرحلة التشغيل أو عند التسليم . وقد تبدو للبعض أنها سلبيات فعلا إلا أننا سنتناولها مبينين طبيعتها – وأسبابها والمعالجات بخصوصها :

أولاً ـ ضعف التنسيق بين الجهات الحكومية : وهذه الجهات قد تتداخل في صلاحياتها ومهامها وخصوصا عندما يتطلب الأمر التعامل مع عدة وزارات ومؤسسات ذات صلة بالمشروع المنفذ كوزارات الصناعة والمالية والإتصالات وإدارات الجمارك والإدارة المختصة بأملاك الدولة . ويأتي هذا الوضع كنتيجة لضعف الأداء الحكومي في بعض الدول لاسيما النامية منها وتمسك كل منها بصلاحياتها وأسلوب عملها الأمر الذي يجعل التنسيق ضعيفا أو مربكا ويظهر ذلك جليا عند التقدم للحصول على الموافقات والتراخيص الخاصة بالمشروع [١١٣] .

إن ما ينتج عن ضعف التنسيق لا علاقة له بنظام البوت أو آلياته . إنما ناتج عن خلل حكومي يتمثل في عدم إستطاعة أجهزة الحكومة من التعامل كفريق واحد يمتلك ثقافة تضع نجاح المشروع ومن ثم مصلحة البلد من أولوياتها . كما أن نقص الخبرات لاسيما في الدول النامية والفساد المستشري فيها يوفران مناخاً يساعد الشركات على عدم تسليم المشروع بالحالة الجيدة المتفق عليها بل قد تسلمه غير صالح تماما [١١٤] .

ثانياً ـ طول مدة العقد : إن استمرار مدة العقد لسنوات طويلة تصل في بعض الأحيان إلى ٩٩ سنة لابد وأن يفرز سلبيات منها [١١٥] :

١ ـ إن تحقيق شركة المشروع لأهدافها لاسيما عندما تقترب فترة التسليم تجعل من اهتمام الشركة لمواكبة التطور التكنلوجي أمرا غير موجود خصوصا وأنها في وضع تكون قد حصلت فيه على الأرباح المطلوبة.

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

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

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

والمؤكد أن طول مدة العقد تمثل حسنات تصب في مصلحة المستثمر وتضر بمصلحة الدولة المانحة خصوصاً وإن طول هذه الفترة سيخلف تغيراً في التكنلوجيا المستخدمة في المشروع [١١٦] ولربما حصول إشباع في المنتج أو التحول إلى بديل آخر كما قد يرتب طول مدة العقد أوضاعا سياسية واقتصادية يصعب تجاوزها فيما بعد [١١٧] تضر بمصالح البلد السياسية والإقتصادية قد تعرضها للخطر كما حصل في مصر من جراء التزام قناة السويس الذي إستمر تسعة وتسعين عاما إذ لعبت شركة القناة دورا سلبيا يعد داعما للعدوان الثلاثي الذي شارك فيه كل من بريطانيا وفرنسا والكيان الصهيوني عام ١٩٥٦ [١١٨] .

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

ثالثاً ـ ارتفاع التكاليف : قد تعد مسألة ارتفاع تكاليف إنشاء مشاريع البوت التي يمكن أن تصل إلى المليارات ميزة سلبية وإذا ما أخذنا بتقدير هذه التكلفة ومدة التشغيل وبدل بيع الخدمة إلى الدولة أو الجمهور فإن مبلغا كبيرا ستتحمله الدولة من خلال شرائها المنتج وكذلك إنتظارها مدة طويلة . كما أن ما يدفعه الجمهور الى شركة المشروع مباشرة أو إلى الدولة يعد كبيرا أيضا خصوصا وإن الشركات تميل إلى المبالغة في تقدير الكلفة وفي ذات الوقت هي التي تقوم بتجهيز المواد الإنشائية والمعدات [١٤٩] . فقد تضطر الدولة تحت ظرف الحاجة لإستكمال تمويل المشاريع إلى تحمل العبء الأكبر منه الأمر الذي يعني وقوعها في الخلط بين عقود البوت التي تستلزم تحمل القطاع الخاص نفقات التمويل بالكامل وعقود الإمتياز التي يمكن للدولة ، كما هو معروف ، أن تتدخل إيجابيا خلال مراحل تنفيذ العقد لإعادة التوازن المالي بين الأطراف المتعاقدة الأمر الذي يجعلها تتحمل جزءا من النفقات لإكمال التنفيذ وهو ما يتعارض وفكرة العقد بوت الذي يفترض تحمل الجهات المنفذة نفقات التنفيذ ، أي القطاع الخاص [١٥٠] .

إن ارتفاع تكاليف الإنشاء وما يرافقها من زيادة في الإنفاق ينسحب أيضا على سعر الخدمة مما يعني زيادة العبء على المستهلكين من الجمهور [١٥١] ، خصوصا وان المستثمر يميل الى تحقيق مصلحته فيعمد إلى رفع سعر بيع المنتوج أو الخدمة ، وإمكانية حصول ذلك يكون أكبر عند إحتكار المنتج أو الخدمة أما القول بأن الإدارة لها حق الرقابة على ذلك قول صحيح ولكن تطبيقه على أرض الواقع يختلف من حيث أن الشركات الكبرى لها من القوة الاقتصادية والنفوذ وإختراق الإدارات ما يجعل الإدارة لا تغض الطرف عنها بل مساندتها في مواقفها [١٥٢] لاسيما في الدول النامية التي يسود فيها الفساد المالي والإداري كالعراق مثلا . وما حصل في لبنان من رفع سعر كلفة الاتصالات من قبل الشركتين المشغلتين للهاتف الخلوي إلا مثالا على إنعدام الرقابة في تشغيل هذا القطاع الحيوي [١٥٣] . وهذا يدل على أن الشركات تحدد أسعارها وفقا للتكاليف التي تم إنفاقها وما تسعى لتحقيقه من أرباح [١٥٤] لاسيما وإن المعول عليه في تسديد التمويل كالقروض وفوائدها هو ايرادات المشروع ذاته [١٥٥] .ولا مشكلة في زيادة تكاليف المشروع وكذلك سعر المنتج أو الخدمة المقدمة إلى الجمهور ان كانت مبرراتها مقبولة إذ لا ضير في ذلك لأنه يدخل في حالة تغير الأوضاع الاقتصادية الداخلية أو الخارجية ومن ضمنها تغيرات الأسعار وهو أمر في الوقت الذي يمكن توقعه ومن ثم تقبله في أي مشروع وليس في مشاريع البوت وحدها إلا أن الأغلب أنه يأتي نتيجة لضعف في الأداء الحكومي خلال فترة التعاقد أو عند الرقابة في مرحلتي البناء والتشغيل وكذلك الفساد الإداري وهو أمر لا يمكن إعتباره سلبية تحسب على إسلوب البوت وإنما لسبب يعود إلى خلل في الأداء الحكومي . يشار في هذا الصدد ولمواجهة زيادة التكلفة وتلكؤ الشركات عن التنفيذ لتقدمن في التمويل يرتفع صوت يدعوا إلى تضمين العقود إلزام الشركات بتدبير نسبة من التمويل الذاتي وتوفير ضمانات مصرفية كافية لتغطية القروض وفوائدها لمواجهة أي تأثير سلبي ينتج عن تخلف شركة المشروع أو تعثرها في الوفاء بإلتزاماتها المالية لاسيما إتجاه الممولين [١٥٦] .

رابعاً ـ مساوىء الإحتكار : غالبا ما يشار إلى مسألة الإحتكار التي تمارسها الشركات عند تنفيذها لعقود البوت وتقبل بها الدولة لتكون عنوانا من عناوين هذه العقود أو أن يجري منع المنافسة بما يشبه الإحتكار [١٥٧] فتأمين الإحتكار يضمن للشركات سيطرتها على السوق بدون منافسة بما يحقق لها عوائد مضمونة نستفيد من خلالها ما انفقته الأمر الذي يفرز مساوىء وأضرار تنتج عن هذا الوضع . والحالة الأخرى البديلة للإحتكار هي الاتفاق على إلزام الدولة بشراء المنتج أو الخدمة التي يقدمها المشروع كما يحصل في مشاريع الكهرباء أو ضمان حد أدنى من التشغيل كما يحصل عند إنشاء الطرق والمطارات [١٥٨] .

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

خامساً ـ تغليب المصلحة الخاصة للشركة على المصلحة العامة للمجتمع : إن ضعف الأداء الحكومي وغياب الإحساس بالمسؤولية الوطنية وإستشراء الفساد يساهم في الإفراط في منح شركة المشروع العديد من المزايا كالتزام الدولة بشراء الخدمة وضمانها لسداد حد أدنى لمقابلها بما لا يحقق الأهداف المبتغاة من إنجاز المشروع لاسيما من جانب تخفيف الأعباء عن الميزانية العامة وخصوصاً في حالة إلتزام الدولة بتقديم القروض والتسهيلات الإئتمانية أو تحملها الأعباء لإعادة التوازن المالي للمشروع . ومقابل ذلك سعي المستثمر (شركة المشروع) لتحقيق مصلحته ولو على حساب المصلحة العامة مستغلاً وجود إدارات غير منضبطة [٩٩] وهذا الأمر سيؤدي إلى إختفاض في حصة الاقتصاد الوطني ليتحول إلى عبء إجتماعي على المستهلك الوطني [١٠٠]. وما يساهم في ذلك بشكل كبير طول مدة العقد وما يرافقها من عائدات يجنيها الملتزم الأمر الذي يؤخر إستفادة الدولة وتحمل المجتمع عبء هذه العائدات [١٠١].

وتظهر هذه السلبية أكثر عند تمديد المدة للشركة والإستمرار بتشغيلها وتطبيق فكرة العوائد المركبة من خلال إعادة إستثمار العوائد مما يعني تحقيق الشركة المشغلة لعوائد مضاعفة [١٠٢].

وهناك رأي يرى بأن مجرد اجراء المقارنة بين تكلفة مشروع البوت إقتصاديا وإجتماعيا وسياسيا مما فيها التكلفة عند الإقتراض قد تجعل شركة المشروع أكثر فائدة من الدولة [١٠٣] مما يجعل النتائج المتحققة تشكل خسائر في مصلحة المستثمر وسيئات تشكل عبئا على مصلحة المجتمع [١٠٤].

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

سادساً ـ المشكلة المتعلقة بالنقد الأجنبي : يؤدي إرتفاع نسبة الأرباح المحولة من المصارف المحلية إلى إستنزاف غير قليل من السيولة الأجنبية المتواجدة داخل الدولة [١٠٥] كما قد لا يؤدي اسلوب البوت إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية عندما يلجأ إلى السوق المحلية للحصول على تمويل المشروع . الأمر الذي يولد ضغطا على السيولة المتاحة داخليا مما قد يؤدي إلى إختفاض قيمة العملة الوطنية بسبب زيادة الطلب على العملات الأجنبية [١٠٦] . ولا يمكن في هذا المجال إغفال حق المستثمر في تحويل أرباحه بالعملة الأجنبية ما دام التمويل وارد أصلاً من الخارج . ولذلك برزت دعوات لوضع قيود على تحويل العملة وهو أمر حساس لابد من معالجته بشكل لا يخل بهدف جذب الإستثمارات الأجنبية إلى الداخل [١٠٧] وفي الوقت ذاته لايهدر مصلحة المجتمع إلا أن ذلك لا يمنع من إيجاد الوسائل للحد من تحويل الأرباح جميعها إلى الخارج وإحداث إختلال في ميزان المدفوعات وهذا ما يؤثر على حجم السيول في السوق المحلية وقد يؤدي الى تضخم . ويمكن التحقق من ذلك من خلال اخضاع شركات المشروع لمعايير الجدارة الإئتمانية وفقا لما متوفر من إحتياطي وما يجب أن

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

ومن المسائل التي يجب أن ننتبه إليها الجهات الحكومية المفاوضة هي التأكيد على وجود النصوص التي تلزم الشركات بضرورة تدبير نسبة محددة من تكاليف التنفيذ عن طريق التمويل الذاتي دون الإعتماد الكلي على التمويل من المؤسسات المالية لاسيما الوطنية مع وجوب إتباع توجيهات المؤسسات والمنظمات المالية والصناعية الدولية كالبنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية . وإذا ما تم ذلك سينتفي أي أثر سلبي لهذه المشاريع على مصادر التمويل المحلية ومنع إستنزاف هذا الأثر على العملة الوطنية [١٠٨] . إن المسألة تحتاج الى موازنة بين المصالح الاقتصادية العليا للبلد ولاسيما ما يتعلق منها بالعملة الأجنبية وضرورات الإبقاء غير المثقل على الشركات الكبرى والمستثمرين الأجانب منعا لإحجامهم عن توفير العملات الصعبة المطلوبة لإنجاز مشاريع مثل مشاريع البوت [١٠٩] .

سابعاً ـ ضعف الإطار القانوني : على الدول لاسيما النامية أن تدخل مشاريع البوت بحوط كافة [١١٠] لأن من السلبيات التي يمكن أن تظهر كنتائج لعقود البوت هو ضعف الإطار القانوني الذي خرج به هذه العقود لأسباب يعود بعضها إلى قلة خبرة الكادر القانوني الذي لا يمتلك في الغالب خلفيات معلوماتية إقتصادية تواكب بين متطلبات الصياغة القانونية بما يحفظ حقوق الدولة والمعلومات الاقتصادية التي توظف بإتجاه تشجيع الإستثمار . فتنظيم العقود وفقا لمصلحة الدول النامية في ظل حاجتها للتمويل وخبرة الشركات الكبرى ليس مستحيلاً لاسيما بالنسبة للدول التي تمتلك موارد طبيعية كالنفط تحتاجها الدول المتطورة وبذلك تستطيع الدول النامية المناورة والمبادلة بين التكنلوجيا وهذه الموارد وعندها تستطيع أن تفرض بعض الشروط التي تحفظ حقوقها وفي ذات الوقت ترضي الشركات وتستقطبها للإستثمار في المشاريع الكبرى[١١١] وبذلك ومن خلال التعامل تبين إن إسلوب البوت لا يتضمن تنظيم عقد واحد وإنما عدة عقود وبذلك ظهرت محاولات لصياغة عقود عالمية نموذجية للمشاريع الكبرى كإتفاقيات الإمتياز وإتفاقيات إنشاء المشاريع وإنشاء شركات المشاريع وإتفاقيات الشراء[١١٢] إن ما نخلص إليه هو أن ما تحمله عقود البوت من بنود وشروط قد لا تنسب في مصلحة الدول النامية فما تتضمنه العقود من غموض تستوجب المعالجة يجنب الدولة الكثير من المشكلات في حالة حصول نزاعات مع الشركات[١١٣].

ثامناً ـ إهمال تنمية الموارد البشرية فنياً وإدارياً : من المسائل المهمة التي يجب أخذها بنظر الإعتبار هو تضمين العقود ما يجعل المشغل سواء كان المستثمر ذاته أو الشركة المتعاقد معها مسؤولا عن الإلتزام بإشراك العمالة الوطنية في المجالات الإدارية والفنية والمستثمر / شركة المشروع / تشغيل الأجانب في حالة تعذر توفرهم محليا [١١٤] . فالإدارة كثيرا ما تحرم من تنمية مواردها البشرية وخبراتها الوطنية لأن شركات المشروع تفضل تشغيل العمالة الأجنبية وبذلك ستكون هناك إعاقة للتنمية البشرية المحلية نتيجة لإحتكارها من قبل الشركات [١١٥] وإحلال العمالة الأجنبية بدلا منها لاسيما في المشاريع التي تتعلق بالبنى التحتية والتي تتطلب تكنلوجيا عالية ومتطورة [١١٦] ، ولا يخفى على أحد إنخفاض إنتاجية العامل أو الموظف الإداري المحلي كما هو الحال في العراق . ولمواجهة ذلك لابد من إلزام الشركات بتدريب الكوادر الإدارية والفنية لاسيما في المفاصل المهمة وتضمين العقود ذلك بالإضافة إلى جعل النصوص القانونية المنظمة لعمل الشركات تلزمها بذلك . وهذا ما تضمنه القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ الصادر في مصر والخاص بتنظيم عمل الشركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة والتي أشارت المادة ١٧٣ منه على ضرورة وجود نسبة عالية من العمالة المحلية بين ٧٥--٩٠٪

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

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

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

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

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

المطلب الثالث: أشكال مشاريع تمويل البنية الأساسية

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

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

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

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

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

تفقد خصوصيتها واستقلالها عن المرفق العام عليه لا يمكن القول بتملكها لهذه العناصر بعد أن أصبحت جزءاً من المشروع ولا نستطيع التصرف بها أو بالمشروع تصرفاً ناقلاً للملكية وهو حق يبقى للإدارة بإعتبارها من يملك الرقبة [٢٣٣] بينما الملك العام من شأن المالك أن يتصرف به تصرفاً مطلقاً ، أي أن يتصرف فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً [٢٣٤] . يشار في هذا الصدد الى أن قسماً من الفقه لا يفرق بين عقود (B.O.T) وعقود (B.O.O.T)[٢٣٥] إذ يرى هذا الفريق بأن شركة المشروع لا تملك المشروع وبدها عارضة كما في عقد (B.O.T) ، إلا أن ما يميزه طول مدته التي تكون أطول من مدة عقد (B.O.T) ، ولذلك فإنه يعد حلاً للمشروعات التي تدر عائداً ضعيفاً فتأتي المدة الطويلة لتغطي نفقات الموّل مع تحقيق عائد مقبول ، وفي غير ذلك يلتقي هذا النوع مع عقد (B.O.T) [٢٣٦]. وفي هذا الخصوص نقول بإننا لا نعتقد بملكية شركة المشروع للمشروع ذاته ولو مؤقتاً لأن الملكية حق دائم [٢٣٧] هذا من جانب ومن جانب آخر فإن ما ينشئه المستثمر من منشآت لا يمكن فصلها في أغلب الحالات عن الأرض التي تعود أصلاً للجهة المانحة (الإدارة) . وإذا سلمنا بأنها منشآت تعود للمستثمر فإنه قول لا ينسجم مع إفتراض حقه في رفعها وهذا أمر غير ممكن من ناحية كلفته وكذلك من ناحية انفاقه مع الادارة على الإنشاء والإستغلال لفترة العقد ومن ثم تؤول إلى الإدارة . وعليه يكون أمام حالة الرجوع إلى عقد المساطحة إذ أن نص المادة ١٢١٩ من القانون المدني العراقي ينطبق تماماً من حيث عائدية المنشآت وكذلك المعدات لاسيما منها ما لا يمكن رفعه بدون تلف . أو لنقل لم تعد له تلك القيمة التي كانت عند التنصيب[٢٣٨] . هذا فيما لو سلمنا أيضاً بأن الشركة مالكة لعناصر المشروع سواء كانت منشآت أنشأتها أو معدات نصبتها أو أدوات أدخلتها . إلا أن ذلك أيضاً لا يتسق والمنطق القانوني السليم حسبما نعتقد . ولهذا يؤيد الرأي الذي يذهب إلى القول بأن لشركة المشروع الحيازة التي يجب أن تقاربها عند تسليم المشروع وهذا ما ينطبق ونص المادة ١١١٥ من القانون المدني العراقي [٢٣٩] كما لا يمكن عد ما تنشؤه الشركة وما تنصبه من أدوات وأجهزة عقاراً بالتخصيص [٢٤٠] والذي أشارت له المادة ٦٣ من القانون المدني العراقي [٢٤١] لأن شركة المشروع لم تكن مالكة للعقار لا أصلاً ولا إنتقالاً لها من المالك . وحيث أن المنشآت والمعدات إنما رصدت لخدمة العقار المشيد عليه المشروع ولما كانت أحكام العقار بالتخصيص تشترط شروطاً غير متوفرة هنا . ولاسيما من حيث أن المشيد للبناء والمنصب للأجهزة والمعدات لم يكن هو المالك للعقار عليه فإن ما ينطبق والحال هذه أنه جاء إستناداً لإتفاق خاص.

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

يتم الاتفاق فيه بين شركة المشروع والدولة على أن تقوم الأولى بإقامة المشروع أو المرفق العام وتتملكه وتتولى إدارته وتشغيله ويكون للدولة ممثل في شركة المشروع [٢٤٢]. وبالإضافة لذلك فإن القطاع الخاص هو الذي يتولى التصميم أيضاً كما يبقى المشروع مملوكاً للشركة حتى ينتهي عمر المشروع الإفتراضي [٢٤٣] .ومع أن الفقه مختلف حول حرية الشركات في التصرف في المشروع من عدمه إلا أنه كان إسلوباً مطلوباً وبديلاً لعقود B.O.T في الدول التي ترى أن العقود الأخيرة عقود إدارية وهذا ما حصل في تركيا تشجيعاً وجذباً للإستثمار الأجنبي [٢٤٤] .ويصلح هذا الشكل من العقود للمشروعات المؤقتة [٢٤٥] إلا أنه لا ينتهي بنقل الملكية بل يمكن تجديد المدة لنفس الشركة المنفذة لحين ما يصبح لا قيمة له . ومع ذلك تستطيع الدولة التصرف بالمشروع بعد المدة وفقاً للمصلحة العامة على أن يجري تعويض المستثمرين عن حصص الملكية إستناداً الى تقييم محاسبي لأصول المشروع وقيمته الحقيقية [٢٤٦] .ومما يميز هذا النوع من العقود أن الجهات الحكومية تحصل على نصيب من إيرادات المشروع كمقابل لمنح الإمتياز وتقديم أوجه الدعم أمام مختلف الجهات[٢٤٧].ومع ذلك وبسبب خاصية تملك الشركة للمشروع فإن الدول لا ترحب به في

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

تقوم شركة المشروع بإنشاء المشروع أو المرفق العام على أن تقوم بتحويل ملكيته إلى الجهة الإدارية مباشرة بعد أن يتم الاتفاق على الطريقة التي يتم فيها تسديد القيمة ويعد ذلك بمثابة مشروع تسليم المفتاح Turn Key Project[٢٤٠].

ويختلف عن عقد B.O.T من حيث أن شركة المشروع لا تقوم بإستغلاله بل يقتصر دورها على التشييد فقط [٢٤١].

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

يتم إنشاء وبناء المشروع أو المرفق العام من قبل شركة المشروع أ القطاع خاص أ بتمويل منها بموجب إتفاق مع الجهة الحكومية ولمصلحتها على أن تقوم الشركة بإستئجاره منها وإدارته وإستغلاله خلال المدة المتفق عليها . حيث تتولى الشركة تقديم الخدمة أو المنتج إلى المنتفعين أو الجهة المستفيدة بمقابل تسترجع منه ما أنفقته مع مقدار من الربح .وتبقى ملكية المشروع أو المرفق للجهة الإدارية المتعاقدة . كما يظل لها الاشراف رغم أن إدارته وتشغيله الفعليين لشركة المشروع [٢٤٢].

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

في هذا العقد تعهد الدولة إلى القطاع الخاص أ شركة المشروع أ بإنشاء المشروع وإدارته وتشغيله وإستغلاله خلال المدة المتفق عليها [٢٤٣] وغالباً ما تكون المشاريع المنفذة بهذه الطريقة ذات منافع مستمرة ويتزايد عدد المنتفعين منها والمستهلكين لما تقدمه من منتجات أو خدمات ولهذا السبب فإن الدولة تتجه إلى الدخول في مفاوضات مع شركة المشروع لتجديد الإمتياز فترة أخرى . وقد إستخدمته بريطانيا وخصوصاً في الطرق السريعة [٢٤٤] إذ تبقى خلالها الملكية لشركة المشروع ما دام المستثمر ملتزماً بالشروط التي وضعتها الإدارة .

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

تتميز المشاريع المنفذة بهذه الصيغة بأن لها طبيعة خاصة ترتبط بطبيعة المنفعة التي تحققها للجمهور . وكذلك فإن للمكان والعائد المتحصل منها تأثير في وجود هذه الخصوصية والمشروع قابلية لتأجيره كما يحصل بالنسبة للموانئ والطرق السريعة والمطاعم النهرية [٢٤٥] إذ يمكن أن يكون التجديد سنوياً أو تجديد مدة الإمتياز الأولى [٢٤٦] . ويقترب هذا العقد من العقد B.L.T إلا أن ما يميزه هو أن الشركة هي التي تقوم بإستغلال المشروع والانتفاع به خلال مدة العقد . كما يمكن تجديد مدة الإمتياز لفترة أخرى وغالباً ما يستشهد بعقد قناة السويس عام ١٨٥٤ الذي أبرمته مصر مع السير أ ديلسبس أ كممثل للمنفعة الأجنبي داخل البلاد بما تمثله هذه القناة من أهمية ستراتيجية إقتصادياً وأمنياً وكذلك إجتماعياً لما حمله العقد من إلزام الجهات المصرية بتوفير ٨٠٪ من عمالة القناة عن طريق السخرة [٢٤٧].

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

تقوم شركة المشروع ببناء المشروع أو المرفق العام ليصبح ملكاً لها ومن ثم تشغله لمصلحتها لتحصل على عائداته وبيعه إلى الدولة التي تقوم بدفع قيمته المتفق وقت البيع [٢٤٨].

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

إنتشر هذا النوع في دول المجموعة الأوروبية وفيه يقوم القطاع الخاص بمبادرة منه بإنشاء وتمويل أحد مشروعات البنية التحتية ثم يقوم بنقله إلى الدولة حيث تقوم بدفع كلفته على شكل أقساط إلى القطاع الخاص [٢٤٩].

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

يتميز هذا العقد بأن المستثمر يتملك المشروع بصورة نهائية بعد أن يقوم بشراء أصول المشروع المملوكة للدولة من خلال عقد إمتياز . بعدها يقوم ببنائه ثانية وتشغيله لحسابه الخاص بموجب العقد المبرم مع الإدارة [٢١٠] .

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

يتم تنفيذ المشروع أو المرفق العام بتمويل من شركة المشروع وفقا للتصميم الذي تضعه الإدارة وشروطها بخصوصه . وبموجب هذا العقد يتملك المستثمر أصول المشروع ويمكنه أن يقترض بضمانه . وما يميز هذا العقد إن الإستغلال لشركة المشروع ولكن وفقا للشروط التي تضعها الادارة التي تحصل على بدل الأرض ونسبة من الأرباح كمقابل لمنح الترخيص . وبسبب ملكية المستثمر للمشروع فإن هذه العقود تقترب من عقود (B.O.O) [٢١١] وهناك رأي يذهب إلى عدم إعتبار هذا العقد من عقود البوت بل نوعا من الخصخصة [٢١٢] .

وبموجب هكذا عقود تستطيع الحكومة تجديد الالتزام أو منحه لمستثمر آخر بمكاسب أحسن ودفع تعويض مناسب للمستثمر الأول بدلاً عن بنائه للمشروع أو المرفق العام[٢١٣].

وتعد بريطانيا من الدول التي إستعملت هذه العقود وبالأخص في مجال الطرق السريعة ، خصوصا قبل تبنيها لعقود المبادرة التمويلية الخاصة PFI عام ١٩٩٤ [٢١٤] .

وتمثل هذه العقود إضافة جديدة يتم من خلالها توفير فرصة إنجاز مشروع جديد تماما عندما يقوم المقاول بالمبادرة لإقناع الحكومة بإقامة مشروع ما وإنشائه وتمويله ومن ثم تشغيله[٢١٥]. كما وتعد هذه العقود أكثر قربا من عقود البوت(B.O.T)إلا أنها أكثر تفصيلا بخصوص التصميم والتمويل[٢١٦].

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

في هذا العقد تخول الشركة إبتداءا على حق تصميم المشروع لاسيما إذا كان يحتاج تصميما يشمل كل التفاصيل . وتكون مرحلة الرسم والتصميم أساسية في العقد ويحتاج إلى خبرة وعمل دؤوب من قبل متخصصين بعدها تأتي المراحل الأخرى وخصوصا التمويل الذي يجب أن يكون مستمرا وكافيا لحسن ادارة المشروع . وبعد ذلك تأتي مرحلة التشغيل ومن المشاريع التي يمكن أن تندرج تحت هذا العقد كوبري دولي أو نفق بطبيعة خاصة [٢١٧] .

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

تلتزم شركة المشروع في هذا العقد بتمويل إقامة المشروع وتدريب العاملين الذين ترشحهم الدولة على أن تقوم الشركة بتأجير المشروع للجهة الحكومية التي تقوم بتشغيله لفترة يتفق عليها بعدها تعود ملكيته إلى شركة المشروع.ولهذا النوع تطبيقات عديدة في دول المجموعة الأوربية[٢١٨].

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

تستخدم هذه العقود لإعادة تأهيل المشروعات المتعثرة فتوكل مهمة إعادة هيكلتها إلى القطاع الخاص وهي تشبه عقود اعادة التأهيل والتملك والتشغيل R.O.O [٢١٩] . والمرافق العامة موضوع هذه العقود قد تكون قائمة كليا أو جزئيا بغض النظر عن التكلفة التي قد تزيد أو تقل فيما لو نفذت عن طريق عقود (B.O.O.T).وتنفيذ هذه المشاريع ووجودها أصلا له دلالات إقتصادية من حيث جدواها الاقتصادية وأحقيتها . وفي بعض الدول فإن قوانينها قد تمنع بنودا تسمح فيها للقطاع الخاص أن يشتري المرفق العام أو المشاركة في إعادة تأهيله [٢٢٠] .وبطبيعة الحال فإن

القطاع الخاص إن لم يشتر المشروع فهو ملزم بتحويله إلى الجهات الحكومية بعد إنتهاء فترة التشغيل المتفق عليها . وتعد هذه الصورة مفيدة للدول النامية لأنها ستواجه لها مشاريع متعثرة كما أن ملكيتها ستبقى للدولة في نهاية العقد [٢٥١].

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

وفقا لهذا العقد تقوم إحدى الشركات الإستثمارية بتحديد إحدى المشروعات العامة القائمة سواء كان ذلك من حيث المنشآت أو تأهيل معداتها على نفقة المستثمر الذي يتملك المشروع ويقوم بتشغيله لحسابه [٢٥٢].

ان المهمة التي يقوم بها المستثمر هي تجديد أحد المشاريع العامة القائمة وإعادة بنائه وتوفير جميع المعدات الجديدة التي يحتاجها بما فيها وسائل التكنلوجيا الحديثة . ويكون مقابل التملك مبلغ من المال يجري تقسيطه على المستثمرعلى عدة سنوات[٢٥٣]. ولذلك هناك من يرى بأن هذا العقد ليس شكلاً من أشكال عقود البوت بل صورة من صور الخصخصة[٢٥٤]وعليه يجب على الدول أن تضع ضوابط لحماية إقتصادها الوطني عند المشروع بابرام مثل هذا النوع من العقود[٢٥٥].

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

تعاني الكثير من الدول لاسيما النامية منها من عدم مواكبة مشاريعها للتكنلوجيا الحديثة ولذلك تأتي هذه العقود لتحل لها هذه المشكلة عندما تقوم شركة المشروع بتحديث أحد المشروعات القائمة ونقل التكنلوجيا المتقدمة إليه ومن ثم تشغيله . ومن الدول التي استعانت بهذا النوع من العقود مصر التي طورت من طريقه مستشفياتها العلاجية [٢٥٦] إن المسألة المهمة في هذه المشاريع المراد تطويرها تكمن في أن التقنية الحديثة غير متاحة ولهذا السبب نلجأ بعض الدول الى هذا النوع من العقود [٢٥٧]. ويمكن أن تشترط الدولة في العقد إقتسام عوائد المشروع مع القطاع الخاص حتى نهاية العقد [٢٥٨] أو أن تستقل شركة المشروع بإستثماره وإعادته إلى الدولة دون مقابل [٢٥٩]. وبذلك فإن عقد (M.O.O.T) لا يختلف عن عقد(B.O.O.T) إلا من حيث ورود الأول على تحديث مشروع قائم فعلاً وتشكل مسألة الحصول على تكنلوجيا عالية حديثة إحدى مقتضياته [٢٦٠] . في حين أن الثاني يتضمن قيام شركة المشروع بإستحداث مشروع جديد [٢٦١] . وكذلك من حيث أنه لا يتضمن مسألة التملك . يشار في هذا الصدد أن هذه العقود غالبا ما تتضمن إلتزام الشركة بتدريب العاملين الوطنيين لمواكبة ما في المشروع من تطور حتى تستطيع الجهة الحكومية تشغيله بعد إستلامه [٢٦٢].

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

تقوم الجهة المنفذة بموجب هذا العقد بشراء مشروع تم إنشاؤه بمعرفة الدولة لتقوم الشركة بتشغيله وتملكه على أن لا يعود للدولة ثانية . وهذا النوع يشبه الخصخصة [٢٦٣] . وغالبا ما تشتري الشركات المستثمرة أصول مشروع قائم وإضافة أصول جديدة له وتشغيله والإنتفاع به [٢٦٤] . وتأخذ مثل هذه المشاريع وفقا لهذا النوع من العقود أهمية خاصة للدول السائرة ببرنامج إصلاح إقتصادي تسعى فيه الى تحويل مشروعاتها العامة إلى ملكية خاصة حيث يتولى القطاع الخاص الاهتمام بها وإضافة على أصولها وتشغيلها بطاقة أعلى[٢٦٥].

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

إن ما تقوم به شركة المشروع في هذا النوع من العقود هو إستئجار مشروع قائم يعود للحكومة لتقوم بتجديده وتحديثه وتشغيله لفترة يتفق عليها مع الادارة ثم تعيده إليها بدون مقابل [٢٦٦].

وذلك يعني أن هدف الشركة ينصب على الإنتفاع من المشروع بصيغة مستأجر وعليه تبقى الجهة الإدارية مالكة للمشروع أو المرفق العام أرضا ومبوجودات . ولهذا السبب عد من لا يعتبر هذا العقد من عقود البوت . انما عقد إيجار عادي [٢٠٧] .

إن ما يميز عقود البوت . كما قلنا إنها عقود يمكن أن تكون ضمن العقود غير المسماة سوى أنها تنصب على مشاريع البنى التحتية أو الأساسية ولذلك تتعدد صورها تبعاً لتطور الظروف والحاجات المرتبطة بها . بالإضافة إلى رغبة المتعاقدين لوضع شروط معينة تحميها وتضعها خاصا قد يضعها ضمن سلسلة هذه العقود . فالعقود التي تناولناها ليست هي جميع الأنواع إنما هي الأهم والأكثر إنتشارا فهناك أنواع أخرى منها [٢٠٨] :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

لقد أثارت الكثير من المواضيع القانونية ذات الصلة بعقود البوت جدلا فقهيا حتى لا نكاد نجد مفردة قانونية إلا والاختلاف يحسوسها أمر وارد وذلك لاختلاف الرؤى والخلفيات الفلسفية التي يستند إليها الفقهاء . وهذا الجدل قد يرد بخصوص جذور المفردة التاريخية أو مفهومها أو تكييفها القانوني أو نطاقها وما تلعبه من دور في إطار العلاقات القانونية . وإذا كانت العقود المبرمة بين الدول كشخص وطرف آخر تثير الكثير من المشاكل فإن الأمر يثير مشاكل أكبر إذا كان الطرف الثاني أجنبياً إذ قد يحصل تنازع في القوانين يتطلب تعيين القانون الواجب التطبيق وكما هو معروف فإن ما يثار من إشكالات بخصوص التنازل أمر بات يشغل الفقه والقضاء بخصوصه في ظل غياب قواعد ثابتة تحكمه حتى دفع البعض لوضع التنازع بدلا من تسمية القانون الدولي الخاص [٢٠٩] .

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

المشاريع محل هذه العقود والجوانب المتعددة فيها والتي غالبا ما ينفذها أطراف أخرون بموجب عقود ثانوية [٢٠].

ان الجانب الأكبر من الجدل الفقهي حال مسألة تحديد عقود البوت (B.O.T) وفيما إذا كان توصيفه عقداً إداريا أو عقد يخضع لقواعد القانون الخاص أو ذو طبيعة خاصة . وقد لعب القضاء الاداري دورا كبيراً في إرساء القواعد الخاصة للقانون الإداري بما فيها الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية ، ولا غرابة في ذلك اذا علمنا أن القضاء الاداري خرج من الإدارة ذاتها وكبر في محيطها [٢١]. وفي ظل هذه التوصيفات حصل جدل فقهي ايضا الامر الذي يتطلب منا دراسة هذه الجوانب لنلم بالمواضيع الخاصة بهذا العقد موضوع بحثنا . ومن أجل ذلك سنتناول هذه الجوانب في مبحثين نخصص الاول للتكييف الذي وضع له باعتباره عقدا من عقود القانون العام . فيما سنبحث في الثاني التكييف الذي يجعله من العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص .

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

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

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

يرى جانب من الفقه أن العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى الجهات التابعة لها مع أشخاص أخرى منها أشخاص القانون الخاص يكون الهدف منها تحقيق الربح والمرفق العام محلها عقودا إدارية تحكمها قواعد القانون العام النافذة في الدولة التي فيها المشروع محل العقد . ويأتي هذا التوصيف لتوفير معايير العقد الاداري فيه [٢٢] . وهذا هو الراي الغالب في الفقه . و يمثل ذلك موقفا له أنصاره الأمر الذي يحتاج أن نتناوله في فرع أول . ويحتاج دراستنا أيضا الى توضيح شروط العقد الإداري . وهذا ما سيتضمنه الفرع الثاني . وسنأتي على الجدل المثار بخصوص إدارية العقد في فرع ثالث . فيما سنخصص الفرع الرابع لحجج أنصار هذا الإتجاه .

الفرع الأول: الموقف المؤيد لإعتبار عقد البوت عقداً إدارياً

من المعروف قانونا إن الإدارة كشخص معنوي يمكن ان تبرم نوعين من العقود . فقد تبرم عقودا عادية تخضع الى قواعد القانون المدني وتكون فيها الإدارة شخصا عاديا كما هو الحال في إيجار محال خاص لها أو بيعها محاصيل زراعية من أموالها الخاصة . كما يمكن للإدارة أن تبرم عقودا ادارية تخضع لقواعد القانون الإداري كاتفاقها مع احد الأشخاص يلزم بموجبه بإنشاء مرفق عام أو إدارته [٢٣]. والقاعدة الجوهرية التي تقول بأحقية الإدارة في استخدام طرق الإدارة العامة أوطرق الإدارة الخاصة دفع الفقه التقليدي الى القول بأن للإدارة الحق في اللجوء الى العقود الإدارية بدلا من العقود الخاصة رغبة منها في تضمين هذه العقود بنودا لم يألفها القانون الخاص . الأمر الذي جعل للإدارة بسبب هذا التكييف الإلزامي وبسبب ما توفر لها من حرية لإختيار عقودها تخضع في ذات الوقت لمعايير واضحة نسبيا، وهذه الخصوصية التي ميزت العقد الإداري عن العقد المدني[٢٤]. من ذلك يتضح أن الإدارة تستطيع إبرام نوعين من العقود عقود مدنية وعقود ادارية [٢٥] فالعقد المدني يخضع لقواعد القانون الخاص فيما يخضع العقد الإداري لقواعد القانون الإداري . عليه فعقود الإدارة لا تخضع لنظام قانوني موحد [٢٦]. وهناك من يذهب الى اعتبار عقد البوت عقد امتياز

لتضمنه نفس عناصر هذا العقد وهذا ما استقر عليه القضاء اللبناني [٢٩٨] لقد استقر الفقه والقضاء على ان العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة مع طرف آخر لإدارة وتسيير المرافق العامة [٢٩٩] تحقيقا للمصلحة عامة من خلال إتباع أساليب القانون العام واحتوائه على نوع أو أخر من الشروط التي لم يألفها القانون الخاص [٣٠٠]. لقد اصبح للمرفق العام نظريته التي تحتل مكانة مهمة في القانون الإداري فالمرفق العام هو محور العقد الإداري وكذلك فالنزاع الذي ينشأ بين الإدارة والأفراد بخصوص هذا العقد يتعلق بتنظيم او سير احد المرافق العامة . ويكون القضاء الإداري هو المختص بنظر هكذا نزاعات فالمرفق العام أصبح معيارا لتحديد اختصاص القضاء الاداري ايضا [٣٠١].

الفرع الثاني: شروط العقد الإداري

لكي يكون العقد اداريا لابد من توافر الشروط الآتية [٣٠٢]:

١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد : اذا كان بمقدور الإدارة أن تبرم عقداً مدنياً باعتبارها شخصا عاديا كما بينا فإنها في ذات الوقت تستطيع أن تبرم عقوداً إدارية اذا ما كانت طرفا متمتعاً بالسلطة العامة وهي بذلك تعبر عن رغبتها في أن تكون كذلك . اذ تتمتع الإدارة بحرية القيام بالتصرفات في معظم جوانب العمل الإداري وليس في جانب واحد . وهذه السلطة التقديرية منحها المشرع للإدارة . فمثلما قيد القانون الإدارة عند ممارستها نشاطاً معينا لاسيما في حالة توافر أوضاع بعينها فانه ومقابل ذلك منحها سلطة تقديرية وهو امر مطلوب لحسن سير عملها عند إدارتها للمرافق العامة أو تسييرها . وهو ما يؤكده فقه القانون العام في مختلف الدول ومنها مصر وفرنسا [٣٠٣] ومن الطبيعي أن يكون العقد اداريا اذا ما دخلت الإدارة بصفة شخص عام . حتى أن إطلاق وصف العقد الإداري قد استند الى الإدارة ووجودها كطرف بما خصته من صفاتين السلطة وامتيازاتها [٣٠٤] . ولا يصح القول بأن العقد يعتبر أداريا اذا تدخل الشخص المعنوي العام بعقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص ليحل بديلا عنه لأن ذلك العقد لا تتوفر فيه شروط العقد الإداري من حيث استلزام أن يكون العقد منصبا على إدارة مرفق عام واحتوائه مسبقاً شروطا استثنائية [٣٠٥] . وحيث ان القضاء العربي ومنه القضاء العراقي حديث النشأة وان القانون الإداري يعتمد على أحكام القضاء في صياغة موقف من نظريات هذا القانون لا سيما في غياب النصوص الخاصة ذات الصلة وخصوصا ما يتعلق منها بالعقود الإدارية فان هذا القضاء . أي القضاء العربي لم يستقر على موقف واضح ثابت واذا كان القضاء في مصر [٣٠٦] ولربما لبنان أيضا [٣٠٧] قد سبق القضاء العراقي في هذا المجال فإن القضاء العراقي لم يواكب ما حصل من تطور في الأنظمة القضائية العالمية معتمدا على النصوص المدنية في هذا المجال ومنها نصوص المواد (٨٩١ – ٨٩٩) من القانون المدني العراقي والتي تحدثت عن عقود التزام المرافق العامة لا سيما تلك المتعلقة بتوزيع الماء والغاز والكهرباء والقوى المحركة وما شابه ذلك [٣٠٨] . واذا كان بالإمكان تصور أن يكون طرفا العقد الإداري شخصان من أشخاص القانون العام فان الأصل عدم اعتبار العقد اداريا اذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص . الا ان محكمة التنازع الفرنسية قبلت ذلك في حكم شهير لها مؤرخ في (٨ / ٧ / ١٩٥٣) . وكان التبرير لذلك تعلق موضوع العقد بمسائل تعد من الإشغال العامة وان شركة الاقتصاد (أحد طرفي العقد) تعمل لحساب الإدارة [٣٠٩] وذهب البعض [٣١٠] الى عدم قبول هذا التوجه حتى وان كان احد طرفي العقد مكلفاً بأداء خدمة عامة لغياب عنصر السلطة العامة على هذا الطرف وهو ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني والسائد في مثل هذه العقود ان تكلف الإدارة شخصا من أشخاص القانون الخاص بأداء مهمة تعد من مهامها وهذا ما حصل منذ منتصف القرن التاسع عشر حيث أوكلت الادارة الى مؤسسات خاصة لقدرتها على تأمين مرفق عام وتجهيزه بما يلزم بشكل مقبول وذلك عن طريق

صيغة امتياز المرفق العام . إذ يقوم احد الأشخاص العامة بتكليف شخص خاص عن طريق اتفاقية لتأمين عمل مرفق عام على مسؤوليته على ان يتحصل كافة التبعات مقابل ما يحصل عليه من مداخيل يدفعها مستخدمو المرفق [٢٠٠] . ويتساءل آخرون عن موقف القضاء لا سيما الفرنسي منه بخصوص تركيزه على المعيار العضوي وفي ذات الوقت إعتباره قرارات الشخص الخاص وهو يدير مرفقا عاما قرارات إدارية دون اعتبار العقود التي يبرمها عقودا إدارية على الرغم من أن الفقه والقضاء الفرنسيين – على رأي البعض [٢٠١] – قد تحولا للقبول بإدارية العقد حتى وأن لم يكن احد المتعاقدين من أشخاص القانون العام . ولا نتفق مع الرأي القائل باعتبار تصرف من ينوب عن الشخص العام بفعل العقد الذي يبرمه إداريا باعتباره استثناء من الأصل . بل هو الأصل لأن التصرف ينسب الى الأصيل و أثر هذا التصرف ينصرف اليه . أي للأصيل أيضا لا الى النائب وفقا للقواعد التي تحكم النيابة وعليه لا يعد ذلك استثناء ولا مخالفة للمعيار العضوي [٢٠٢] . وعلى العموم فان المتفق عليه فقها في العقود الإدارية وجوب أن يكون احد طرفيها شخصاً من أشخاص القانون العام وإن كان الأخر من أشخاص القانون الخاص [٢١٣]

٢ ـ أن يتصل العقد بمرفق عام : لا يكفي ليكون العقد إداريا أن يكون أحد أطرافه الإدارة كشخص من أشخاص القانون العام إنما لا بد أن يتعلق وجود العقد بمرفق عام من حيث تنفيذه أو تنظيمه أو إدارته أو تسيير وضمان انتظام عمله بصورة مستمرة وتوفير كافة متطلباته تحقيقا للمصلحة العامة وتغليبا لها على المصلحة الخاصة . وهو أمر متفق عليه من قبل غالبية الفقه الإداري [٢١٤] . حتى وإن تعلق موضوع العقد بانشاء او استثمار المرفق العام فهو عقد إداري يخضع لقواعد القانون الإداري وكأصل يخضع أيضا لاختصاص القضاء الإداري [٢١٥] وقد إعتبر البعض المساحة في تنفيذ المرفق العام ذاته تصلح ان تكون معيارا كافيا لاعتبار العقد إداريا [٢١٦] . إن اتصال العقد بالمرفق العام لا يعني أن العقد إذا تعلق بأموال الدولة الخاصة سوف تسبغ عليه الصفة الإدارية بل يجب أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام وعليه فان تأجير إحدى الادارات لقطعة أرض من أملاكها الخاصة لا يعتبر عقدا اداريا [٢١٧] .

ويذهب القضاء اللبناني إلى القول بأن العقود الإدارية هي التي يبرمها المؤسسات العامة والمنشآت المستقلة وهي تمارس امتيازات السلطة العامة من أجل تسيير المرفق العام الذي تديره أو تكون مسؤولة عنه موكلاً القضاء أمر النظر في هذه العقود إلى القضاء الإداري [٢١٨] .

٣ ـ إتباع وسائل القانون العام عند إبرام العقد وتنفيذه : وهذا يعني ان يكون للسلطة العامة الكلمة النهائية في إدارة المرفق العام وتنظيمه فعليا . وليس مجرد الخضوع لإشراف ورقابة هذه السلطة كاشتراط موافقتها المسبقة على نظامه الأساسي او حقها في التفتيش الدوري للمشروع ا المرفق ا . فهذه الاختصاصات تمارسها الإدارة حتى مع الكثير من المشاريع الخاصة . فذلك لا يكفي . أنما يجب أن يكون للسلطة العامة الرأي النهائي في إنشاء المرفق العام وإدارته وتسييره . كما للإدارة استخدام بعض وسائل وامتيازات السلطة العامة في وجودها القانوني أو التنظيمي عند قيام المرفق العام وإثناء إدارته واستمرار نشاطه [٢١٩] . ومن مظاهر إتباع وسائل القانون العام احتواء العقد على ما بات يعرف فقها وقضاءا بالشروط الاستثنائية أو غير المألوفة [٢٢٠] أي لا يمكن تصور وجودها في القانون الخاص [٢٢١] . ويقصد بالشروط غير المألوفة تلك التي تتصف بطابع السلطة العامة [٢٢٢] أي أن الإدارة تتمتع بامتيازات تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين كحق توقيع الجزاءات وإعطاء الأوامر والتعليمات أثناء تنفيذ العقد وحق الفسخ دون الرجوع الى القضاء ودون اشتراط إرتكاب الطرف الأخر خطأ يبرر ذلك [٢٢٣] وتعد سلطة تعديل العقد من أبرز مظاهر ممارسة الإدارة للسلطة العامة واستئثارها لها من خلال تضمين العقد شروطا استثنائية أو غير مألوفة منها حقها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة مهما كانت

المزودات فقد نصت المادة (٢٨) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩ لسنة ١٩٩٨) على أن (يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٠٪ بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق بالمطالبة بأي تعويض عن ذلك ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة في الفقرة السابقة). وفي ذات السياق كانت المادة الخامسة من القانون رقم (١١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المصري قد تضمنت مثل هذا الحق . ويختلف الفقه حول اساس حق التعديل فيرى البعض انه يقوم على تحقيق مقتضيات المرفق العام ، بينما يذهب غالبية الفقه أن أساس حق التعديل يقوم على فكرة السلطة العامة . وأيا كان الاساس فالقضاء يؤكده دائما على الحق في التعديل في احكامه [٣٢] .

وما يميز هذه العقود من حيث إنعقادها وسائل القانون العام رفض التشريع والقضاء لإحتوائها على شروط التحكيم بالرغم ما للتحكيم من أهمية . لا سيما التجاري الدولي في فض المنازعات الناشئة عن صياغة وتنفيذ عقود التجارة الدولية حتى لا يكاد – حسب رأي البعض – يخلو عقد من العقود من بنود تتضمن النص على التحكيم [٣٣] . حيث تكتسب مسألة منع التحكيم أهمية خاصة لان هذه الشروط لا تتضمن تنازلا عن اختصاصات القضاء الوطني وامتيازات الإدارة فحسب . أنما تنازل من الدولة عن سلطتها التنظيمية والدستورية الأمر الذي يمس السيادة ذاتها [٣٤] ولإيجاد حلول تتناسب ووضع عقود البوت فقد برزت دعوات من الفقه لقبول شروط التحكيم التي يمكن أن يتفق عليها الإطراف باختيار محكمين أو إحالة النزاع الى هيئات تحكيم دولية او أيجاد نظام متكامل للتحكيم يصدر عن إحدى منظمات الأعمال الدولية لفض المنازعات حتى وان كان بالاستناد الى المبادئ العامة للقانون [٣٥] وهذا ما دفع المشرع اللبناني لتعديل قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لسنة (١٩٨٣) بإعطاء القضاء الإداري صلاحية إعطاء الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية في حالة وجود بند يسمح بالتحكيم في النزاعات الإدارية [٣٦] . وما يجب ملاحظته هنا أن الإدارة وان كانت تتمتع بحرية في اتخاذ احراءاتها أو عدم اتخاذها إلا ان ذلك ليس مطلقاً بل يجب أن يتفق ومنطلق الأمور والمصالح العام وحسن سير المرفق العام الامر الذي يتطلب أن تقيد احتصاصات الإدارة بما يجعل قراراتها وتصرفاتها مطابقة للقوانين واللوائح وبما يحقق احترامها لمبدأ المشروعية [٣٧] وسيادة القانون في معظم أعمالها [٣٨] إن لم نقل جميعها. فالقانون هو الذي أعطى للإدارة والمستثمر حق تضمين العقد الشروط الاستثنائية غير المتوفرة في القانون الخاص كالحق في طلب التوازن المالي للعقد والحق في الحصول على التعويض مقابل الخدمات المقدمة وإن لم يرد بخصوصها بند متى كانت مفيدة ولازمة لإتمام العقد . سواء كان الطرف المقابل للإدارة وطنياً أوأجنبيا فتسعير أسعار الخدمات التي يقدمها المرفق العام هو السلطة الإدارية الناشئة وهذه الأسعار التي تضعها الإدارة لها قوة القانون ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها ومع ذلك يجوز للإدارة اعادة النظر فيها [٣٩] ومظاهر هذه السلطة تبدو واضحة في العقود التي توصف بالإدارية فبدون ممارسة الإدارة لإمتيازات السلطة العامة وكون العقد لا يحتوي على بنود استثنائية وإذا لم تشترك المتعاقد معها من اجل تحقيق المصلحة العامة فلا يعد العقد الذي نبرمه بهذا الخصوص عقداً ادارياً [٣٩] .وكل هذه الأمور تثيراشكاليات عديدة في حالة ما إذا كان المتعاقد أجنبيا وان العقد المبرم عقدا دوليا .

الفرع الثالث: الجدل القانوني المثار بخصوص إدارية عقد البوت

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

الإداري [٣٢] . ويرى الفقه الغالب بان عقود البوت هي عقود إدارية ويستند هذا الفقه الى فكرة السيادة التي هي ابرز ما تمتاز بها الدولة والتي تتمتع بها وفقاً لقواعد القانون العام فالدولة تتعامل مع بقية الدول على قدم المساواة وبالتالي فلا يمكن والحال هذا ان تخضع لقانون غير قانونها . كما ان إنشاء وتنظيم المرافق العامة يقعان ضمن دائرة الوظيفة السيادية للدولة حتى ان تكليف الغير أشخاصا طبيعيين او معنويين بتشغيلها او استثمارها يأتي بموجب قرار من الدولة أصلاً وعليه فليس من المقبول ان تخضع الدولة لقانون دولة أخرى وهي تؤدي وظيفة من وظائفها السيادية [٣٣] كما أن إبرام الدولة لعقد من عقود البوت مع طرف أجنبي إنما لتماثلها مع العقود الإدارية من حيث تمتعها بامتيازات السلطة العامة وسعيها لتحقيق نفع عام [٣٤] . وهذا التكييف لا يقتصر على الفقه بل يشمل هيئات التحكيم كما حصل في تحكيم (Aminoil) التي قال فيها القضاء الفرنسي أن عقود الامتياز وان احتوت فيها الدولة التوازن العقدي إلا إنها تتمتع بالمقابل بامتيازات خاصة . وتنازلها عن بعض صلاحياتها بمقتضى شروط الحماية لا يعني إنها تخلت عن اختصاصاتها المتعلقة بالسلطة العامة . كما لا يخل التوسع النسبي في الشروط التعاقدية بقصد تشجيع الاستثمار من اعتبارها عقودا إدارية [٣٥] كما اعتبرت صفقات الأشغال العامة عقودا إدارية يراها البعض بحكم القانون [٣٦] تخضع لاختصاص القضاء الإداري . ويرى الفقه المؤيد لها تتمتع به الإدارة من إمتيازات خاصة انه في الوقت الذي تستطيع اللجوء الى إبرام عقد إداري او مدني لتحقيق هدف تسعى اليه الا ان الطريق الذي تسلكه وهي تتمتع بسلطة اتخاذ القرارات بمشيئتها متضمنة هذا العقد شروط استثنائية لا يألفها القانون الخاص فهي عقود إدارية [٣٧] أيا كان الطرف المقابل للإدارة أجنبيا أو وطنيا [٣٨] . لقد دافع جانب من الفقه عن المبادئ التي استخلصها القضاء الفرنسي واستقر عليها بخصوص العقود الإدارية . ففي الوقت الذي حدد فيه القانون وجود بعض العقود واصفاً إياها بالإدارية فان القضاء الإداري استلزم وجود شرطين احدهما ان يكون احد اطراف العقد شخصا من أشخاص القانون العام بالإضافة الى اتصال العقد بمرفق عام أو تضمنه شروطاً استثنائية غير مألوفة . أي اشتراط المعيار العضوي مضافا اليه شرط واحد أخر هو أما اتصال العقد بمرفق عام أو تضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة [٣٩] . فالإدارة تتميز لوجودها بميزة السيادة لتعلق أهدافها بتحقيق المصلحة العامة . وكذلك فان لهذه الجهة (الإدارة) سلطة تعديل العقد دون ان تتحمل بالمسؤولية التي يمكن ان تتلقاها فيما لو كانت تخضع لأحكام القانون الخاص من حيث إلزامية العقد وبمساواة قانونية لا افتصادية بين أطرافه وعدم تحمل أي طرف من المتابعة بدعوى المسؤولية [٤٠] وعليه وفقا لهذا التوجه فان تطبيق قواعد القانون الإداري على نزاع يتعلق بتنظيم او أداء سير احد المرافق العامة وخضوع النزاع للقضاء الاداري هو ما يجب ان يكون حتى أضحى المرفق العام معيار لتحديد اختصاص هذا القضاء [٤١] . وبخصوص موقف القضاء فانه يسبغ الطبيعة الإدارية على عقد البوت على أي وصف اخر [٤٢] ففي مصر فقد اوضح القضاء في الكثير من قراراته بان يقتصر اختصاص القضاء الإداري على المنازعات ذات الصلة بالعقود الإدارية بمفهومها الفني ولذلك فان تعداد بعض النصوص القانونية لعقود بعينها كالمادة الثانية من المرسوم بالقانون رقم (٥٠ لسنة ١٩٨١ كعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري وإخضاعها لاختصاص الدائرة الإدارية باعتبارها من العقود الإدارية المسماة فان اختصاص هذه الدائرة لا يكون مقصورا عليها ، إنما يشمل كافة العقود الادارية بطبيعتها وخصائصها [٤٣] . يذكر بهذا الصدد ان المحكمة الإدارية العليا اعتبرت العقد الإداري هو الذي (تكون الإدارة احد أطرافه وان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة لوجه المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة وان يأخذ العقد بأسلوب القانون

العام وما ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط اوكانت مقررة بمقتضى القوانين واللوائح ! . وهذا ما اخذ به القضاء ليس في مصر إنما في فرنسا أيضا [٣٤٨]. وحيث ان هناك من الفقه من يرى بان عقد إلتزام المرافق العامة هو اطار عام لعقود البوت [٣٤٩] فان هذه العقود أي عقود إلتزام المرافق العامة وفقا للنظرة الحديثة التي قال بها دجي وجيز وفالين هي عقود إدارية وليست مدنية كما انه لا يعد تصرفا قانونيا من جانب واحد . فعلى الرغم من توافق إرادتين عما إرادة السلطة الإدارية وإرادة الملتزم إلا أن العقد لا يخضع في جميع تفاصيله لقواعد القانون المدني . انما لقواعد القانون الإداري ويرى الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري [٣٥٢] ان نص مشروع القانون المدني المصري كان ينص على ذلك إلا ان النص عدل لعدم الرغبة في إظهار المشرع اعتناقه لمذهب معين وعليه – وفقا لما يراه السنهوري – فإن عقد إلتزام المرافق العامة عقد إداري لما تمتلكه الإدارة من سلطة تعديل جوانبه التنظيمية بحسب إرادتها . ومن الأمور التي باتت ثابتة ان مصدر القواعد التي تحكم العقود الإدارية هي اما التشريع او أحكام القضاء التي يعتبر مجلس الدولة الفرنسي في الغالب مصدرا لها [٣٥٣] . وقد تبعه في ذلك مجلس الدولة المصري ومجلس الشورى اللبناني وقضاء معظم الدول العربية وغيرها وهي بمصر ما يراه غالبية الفقه [٣٥٤] رغم ان مجلس شورى الدولة اللبناني يقول بعدم إمكانية وصف عقود الامتياز بانها عقود بالكامل اما هي أعمال مختلطة تحتوي أحكاما عقدية وتنظيمية في آن واحد . وهذا يشمل عقود البوت باعتبارها من عقود الامتياز لان تسميتها السكسونية (B.O.T) لا تؤثر في اعتبارها عقد امتياز حتى ان القضاء الفرنسي وتبعه في ذلك القضاء اللبناني يعتبران ان مجرد المساهمة في تنفيذ المرفق العام تصبح ان تكون معيارا كافيا لإعتبار العقد اداريا . [٣٥٥] ويتفق الفقه والقضاء اللبنانيان على ان عقود البوت هي عقود إدارية . ولقد تأكد موقف القضاء من خلال اصدار مجلس شورى الدولة حكمين بتاريخ (١٢ / ٧ / ٢٠٠٠) متعلقين بموضوع شركتي الهاتف النقال اسليس و ليباسيل) والذي اقر فيهما المجلس بان عقود البوت هي عقود إدارية وان القضاء الإداري ممثلا بمجلس شورى الدولة هو المختص بنظر كل ما يتعلق بهذه العقود من قضايا .وفي تركيا لقد حاولت الحكومة التركية ابعاد عقود البوت عن ما يتعلق بعقود الامتياز لا سيما منها عدم خضوعها للتحكيم رغبة من الحكومة على ما يبدو لقبول تضمين عقود البوت شروط التحكيم تشجيعا للاستثمار . وهذا ما فعلته من خلال اقرار نص المادة الخامسة من قانون البوت (B.O.T) الا ان المحكمة الدستورية التركية قضت بمخالفة نص المادة الخامسة للمادة (١٥٥) من الدستور وذلك حكمت بعدم دستوريتها ومن ثم ألغتها معتبرة عقود البوت عقودا إدارية الامر الذي اثر سلبا على جذب الاستثمارات الأجنبية بسبب ما تضمنته نصوص هذه العقود والشروط التي تفرض فيها [٣٥١] . ويبدو من ذلك كله ان كلا من الفقه والقضاء والتشريع يستلزمون توفر الشروط المذكورة لاسيما ما يتعلق منها بالشروط الاستثنائية وهو ما يميز عقود البوت ويؤكدون على انها عقود إدارية الامر الذي يتوافق والكثير من التشريعات بهذا الخصوص لاسيما في مصر والتي تعتبر عقود البوت فيها عقود التزام مرافق عامة ومنها القانون رقم (١٠ لسنة ١٩٩٦) والقاضي بتعديل بعض أحكام القانون رقم (١٢ لسنة ١٩٧٦) الخاص بإنشاء هيئة الكهرباء مصر . والقانون رقم (٢٩ لسنة ١٩٩٦) المعدل لبعض أحكام القانون رقم (٨١ لسنة ١٩٤٧) بخصوص الطرق العامة . وما يؤكد هذا التوجه موقف قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري عند مراجعة اللجنة الثالثة فيه والتي رفضت ما جاء في المادة ٤ / ١٨ من عقد كهرباء سيدي كرير التي تضمنت بأن (التصرفات الواردة به تعتبر تصرفات خاصة تجارية ! . اذ جاء في الفتوى ان امكونات مشروعات الانفاقات المشار اليها تعتبر في حقيقتها جزء من عقد اتفاق المرافق العامة . طبقا لصريح نص المادة ٧ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ المعدلة بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٩٦ والتي

نصت على اعتبار تلك العقود عقود امتياز المرافق العامة ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه . في حدود الضوابط المنصوص عليها قرارا من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة

وحيث انه من المستقر عليه فقها وقضاء إن عقود امتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية . حيث ان ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية بان ما تضمنته تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية إذ ان مناط اعتبار العقد تجاريا هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال بحسب الغرض الذي تسعى اليه الشركة الى تحقيقه وتترتب على ذلك اثار هامة مجالها القانون التجاري أما العقد الحالي المفروض فهو من العقود الإدارية الخاصة طبقا لصريح نص القانون).[٣٥٢]

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

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

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

٢ - لم تكن عقود البوت حديثة النشأة . فهي تمثل صورة حديثة لعقود التزام المرافق العامة وامتدادا لها [٣٥٤] وان تكييف العقد يحدد وفقا لموضوعه وطبيعته وشروط لا وصف أطرافه [٣٥٥] .

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

٤ - ان كون العقد إداري لا يهدر المساواة بين أطراف العلاقة العقدية . فالعقد يبقى خاضعا لمبدأ التوازن المالي والاقتصادي ومن ثم لفكرة التعويض العادل لمصلحة المتعاقد (شركة المشروع) إذا ما كان الضرر قد حصل نتيجة لتصرف الإدارة وفقا لما تتمتع به من سلطة عامة كما أن بنوده لا تتضمن تفضيلا للشركة إجتماعية على أخرى [٣٥٨] .

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

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

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

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

لقد قيلت آراء أخرى من قبل الفقه رسمت صورة مختلفة لعقد البوت . فهناك من اعتبره عقدا من عقود التزام المرافق العامة [٢٦٠] وهناك من ذهب الى اعتباره عقدا خاضعا لقواعد القانون الدولي فيما قال آخرون بانه عقد أشغال عامة دولي فيما اعتبره قسم من الفقه تنظيماً وحيث ان البحث في كون عقود البوت من عقود التزام المرافق العامة يعني وفقا لغالبية الفقه الإداري انه عقد إداري وقد سبق تناول ذلك عليه سنأتي الى تناول بقية الاتجاهات في فقرات مستقلة .

الفرع الأول: عقد البوت من العقود الخاضعة للقانون الدولي العام

يرى جانب من الفقه ان عقود الاستثمار عقود دولية ينبغي ان تخضع لقواعد القانون الدولي العام بدلا من اخضاعها للقانون الوطني للدولة التي يجري فيها تنفيذ العقد وبعكس ذلك فان ضررا سيلحق بالطرف المتعاقد الذي هو الأضعف في العلاقة العقدية لان الإدارة تستطيع تعديل عقودها او إنهائها بإرادتها المنفردة ممارسة منها لسلطتها العامة التي تتمتع بها . وهذا ينطبق بطبيعة الحال على عقود البوت باعتبارها من عقود الاستثمار إذا كانت القواعد القانونية التي تخضع لها ويرى أنصار هذا الاتجاه ان دفع الخطر عن المتعاقد لا يتحقق من خلال وضع شروط معينة في العقد كشروط الثبات التشريعي وإنما عن طريق إخضاع هذه العقود للقانون الدولي الذي سيضمن للمتعاقد حقوقه ويوفر له الحماية المؤكدة .ويبرر جانب من هذا الفقه اللجوء الى القانون الدولي باعتباره القانون الأنسب للعقد حيث يوائم بين مصالح الأطراف وبما يتطلبه النظام الإقتصادي الفاعل والمتطور . ويرى هذا الفقه بان ذلك يتحقق إما بالاعتراف للشركة الأجنبية بالشخصية الدولية أو اعتبار العقود الاقتصادية عقودا دولية . وهناك من يرد ذلك الى اتصال هذه العقود بطبيعتها بالقانون الدولي العام . وعلى ضوء ذلك فان أي اخلال من الدولة بالتزاماتها التعاقدية يجعلها مسؤولة مسؤولية دولية لمخالفتها مبدأ الاحترام المطلق للعقد وليبدا العقد شريعة المتعاقدين فبمجرد توقيع الدولة للعقد تكون قد تنازلت عن حقها في التمسك بما تتمتع به من مزايا سيادية بشكل نهائي لا سيما اذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية بين المتعاقد والدولة حيث تتحول التزامات الدولة الى التزامات دولية حقيقية وفقاً لقواعد القانون الدولي . وذلك يلعب دوراً كبيراً في تمويل عقود الدولة . ويأتي هذا التخريج بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على هذه العقود . سواء كان هذا القانون محدداً بموجب إرادتي طرفي العقد أو ان تحدده قواعد الإسناد . فهذا النظام الأساسي (القانون الدولي العام) هو الذي يعطي للاتفاق الثنائي بين أطراف العقد . الدولة والمتعاقد . صفته وخاصة العمل القانوني المنشئ للحقوق والالتزامات . كما يعطيهم إمكانية تحديد القانون الواجب التطبيق . واذا ما كان العقد يخلو من ذلك . أي من اتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق فان القانون الدولي وقواعده الموضوعية بالذات هي الواجبة التطبيق [٢٦١] . يذكر بان هناك في الفقه من يرى بعدم تصور وجود شركات دولية حقيقية تخضع لقواعد دولية وليس وطنية فهي مؤسسات عامة دولية أخذت شكل الشركات التجارية لكل منها نظامها الخاص يرتبط بعضها بقانون وطني والآخر إلا يشير له لا عرضياً . فيما يشير المتبقي الى مبادئ مشتركة في القوانين الوطنية [٢٦٢] .

الفرع الثاني: عقد البوت من عقود الأشغال العامة الدولية

يرى بعض الفقه ان بالإمكان اعتبارعقود البوت عقود أشغال عامة لان محلها القيام بإعمال إنشائية بطريقة ما وخلال مدة محددة كما تحكمه كافة القواعد الضابطة لعقود الأشغال العامة ذات الطبيعة الدولية [٢٦٣] . ويعرف عقد الأشغال بانه (عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء لحساب هذا الشخص المعنوي العام مقابل ثمن يحدده العقد) [٢٦٤] . ويرى البعض وفق هذا التوصيف بانه

امتياز الأشغال العامة ابتداءً لتتحول الى امتياز للمشغل والمرفق العام بعد ان يثبت ان تنفيذ الأشغال العامة جاء في إطار إدارة واستثمار المرفق العام [٢١٥] . ومع ذلك فهناك من يذهب الى القول بوجود إختلاف بين عقد البوت وعقد الأشغال العامة من حيث ان موضوع المقاول في العقد الأخير ينتهي بإنشاء المشروع وتسليمه الى الجهة الإدارية دون أن يكون ملزما بتقديم خدمات الى المنتفعين وليس له علاقة بإدارة المشروع على عكس ما هو حاصل في عقد البوت [٢١٦] .

الفرع الثالث: عقد البوت لتنظيم

ينكر بعض الفقه أن تكون عقود البوت عقودا أو إتفاقيات بين ملتزم وإدارة إنما هو تنظيم اقتصادي يستلزم تنفيذه إبرام عدد من الاتفاقات [٢١٧] وبذلك فان عقد البوت هو آلية اقتصادية استخدمتها الدولة حاليا لتكلف من خلالها القطاع الخاص بعبء تصميم وتشييد المرافق العامة الأساسية وتمويلها من قبل هذا القطاع[٢١٨]. ورغم تعارض مصالح الأطراف الا ان الإدارة تقدم على هذا التنظيم من اجل ضمان حسن سير المرفق العام . وقد أنتقد هذا الاتجاه لإنكاره الصفة التعاقدية رغم وجودها في العقد الأصلي . وكذلك في العقود الفرعية المنظمة تنفيذا لهذا العقد . ولهذا السبب لم تلق قبولا . إن اعتبار عقود البوت تنظيما يعني خضوعها الى نصوص لائحية تتعلق بتنظيم المرفق العام . وتتميز بأنها تتضمن مظاهر السلطة العامة . وتستطيع الإدارة تعديل هذه النصوص بإرادتها المنفردة ولا تحتاج الى إرادة المتعاقد عند التعديل وان تحمل أضرارا اذ على الجهة الداخة تعويضه عنها جبرا للضرر . أما النصوص التعاقدية فهي اتفاقات بين الجهة الداخة . أي الإدارة والملتزم وتحكمها قواعد القانون المدني ولذلك لا يجوز تعديلها إلا بإتفاق الطرفين [٢١٩]

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

من المسائل التي اصبحت ثابتة فقهيا وقضاءا ان الإدارة تقوم عادة بإبرام نوعين من العقود . النوع الاول هي العقود المدنية والثاني هي العقود الإدارية وفي الوقت الذي يسهل التمييز سهلا بين هاتين الطائفتين من العقود فان كلا منها يخضع لقواعد قانونية خاصة . فالعقود المدنية تخضع لقواعد القانون الخاص في حين ان الثانية تخضع لقواعد القانون العام [٢٢٠]. ولغرض الاطلاع على الكيفية التي يمثل بها أصحاب الرأي القائل بان عقد البوت هو احد عقود القانون الخاص والمبررات التي يستندون اليها سنقسم هذا المطلب الى فقرتين نتناول في الأولى الاتجاه الذي يعتبر عقد البوت من عقود القانون الخاص والمبررات التي يستند عليها هذا الاتجاه أما الفقرة الثانية فسنتناول التمييز بين العقد المدني والعقد الإداري والبنود التي يحتوونها أصحاب الاتجاه الذي يرى بأن عقود البوت من العقود التي تخضع للقانون الخاص على القائلين بان عقود البوت هي عقود إدارية .

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

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

الفرع الأول: عقد البوت عقد مدني

قد تلجأ الإدارة الى إبرام عقود البوت باعتبارها شخصا عاديا تتجرد خلال ذلك عن كل أساليب ومظاهر السلطة العامة من اجل تنمية أموالها الخاصة وجذبا للإستثمارات الأجنبية فتكون عقودها عندئذ من عقود القانون الخاص [٢٥١] . ان التغير في أوجه الأنشطة المختلفة لا سيما الاقتصادية منها أمر مفروغ منه وهذا يشمل بطبيعة الحال العقود المنظمة لهذه النشاطات . فالعقد يتأثر ولقا لتطور وتبدل فلسفة المشرع. فعندما كانت الحرية الفردية مبدءا سائدا تأثرت العقود بها وساد مبدأ سلطان الإرادة الذي أضحى هو الحد للتعاقد . وبعد ظهور المبادئ الاجتماعية والاشتراكية تحجم دور هذه الأفكار ليساير العقد عصره مع بقاء أركانه الرئيسة قائمة [٢٥٢]. ولذلك يرى الفقه بان عقد البوت هو عقد مدني او من عقود القانون الخاص نظرا لتطغيان مبدأ سلطان الارادة على احكامه . كما ليس من مصلحة الإدارة أن تظهر بمظهر السلطة العامة لان ذلك سيؤدي الى عزوف المستثمرين لا سيما الأجانب منهم عن إبرام العقود معها [٢٥٣] . ان الحديث عن عقود البوت (B.O.T) يكاد ينطبق وبقية انواع هذا العقد مع بعض التفاصيل الخاصة لأن هذا العقد يشكل الإطار أو الهيكل أو البنيان الذي يؤطر عقود البوت المختلفة لتبقى ضمن نطاقه ولذلك نرى المشرع المصري يلجأ الى تعديل القانون رقم (١٢٩ لسنة ١٩٤٧) بخصوص قطاعات محددة والغاية من التعديل إبقاء هذه العقود الحديثة ضمن الاطار القانوني لعقد الالتزام [٢٥٤] . ان ما يؤكد أن عقد البوت هو عقد مدني سريان مبادئ القانون الخاص عليه لا سيما مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . وانطلاقا من ذلك فلا وجود لتخويل من طرف لأخر على إيقاع بعض الجزاءات . كما ان ذلك ان حصل فانه يعني سلب القاضي اختصاصا مقررا له [٢٥٥] . وبالعودة لما سبق قوله عن حق الإدارة في إبرام عقود مدنية أو إدارية فان الحاجة الماسة لهذه العقود وقوة الطرف المقابل للإدارة سيكون مختلفا فتعامل الإدارة مع الطرف الأخر (الملتزم) اذا ما كان وطنيا يختلف عما لو كان أجنبيا ففي الاولى تستطيع الإدارة ان تفرض على الأطراف من مواطنيها سلطتها فيما لا سلطة لها على الأطراف اذا كانوا أجانب إذ ان العلاقة معهم تقوم على مبدأ الرضائية [٢٥٦] . والملاحظ ان القضاء كثيرا ما ينظر الى بعض عقود البوت ويكيفها باعتبارها من عقود القانون الخاص وانه كعقد يخضع لسلطة القضاء العادي . حتى ان القضاء الفرنسي انشأ قرينة مفادها ان العقود التي تبرمها الإدارة بخصوص المرافق العامة الإدارية تعد عقودا عادية ومع أنها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس . أي ان الإثبات يقع على من يدعي إدارية العقد . فإن الأصل في العقد إنه عقدا عاديا وليس اداريا [٢٥٧] لقد سبق لنا القول بان الفقه الإداري متفق على ضرورة توافر شروط معينة ليعتبر العقد إداريا وهذه الشروط هي وجوب أن تجريه الإدارة وأن يكون متصلا بمرفق عام وان يتضمن شروطا استثنائية لا يقبلها القانون الخاص . كما ان النظر بما ينشأ عنه من خصومات يختص بها القضاء الإداري [٢٥٨] . ان توفر هذه الشروط الثلاثة في العقد تجعله عقدا اداريا وقا للقضاء المصري لانه يشترط توفرها جميعا و ذلك يعد أمرا صعبا مما يجعل عقد البوت في مصر عقدا مدنيا فيما يمكن ان يكون اداريا في فرنسا لان القضاء الفرنسي يشترط توافر شرطا واحدا من هذه الشروط لإعتباره عقدا اداريا [٢٥٩] . ورغم ان هذا الرأي الفقهي قد تعرض للنقد من حيث تأكيد المنتقدين بان مجرد ارتباط العقد بمرفق عام يجعله عقدا اداريا الا ان ذلك لا يمكن تصوره – على الأقل – في كل العقود لا سيما في ظل الظروف الاقتصادية التي وضعت الدول في حاجة لتحاشي الصفة الإدارية للعقد مع محاولة اعتباره عقدا مستحدثا أصالة دون ان يكون فرعا لعقد مسمى أو تحريفه عن طريق العقود المسماة باعتباره عقدا مستقلا [٢٦٠]

الفقرة الأولى: التمييز بين العقد المدني والعقد الإداري [٢٦١]

ليس منا هنا بحثنا تناول تفاصيل عقد العقد المدني واخرى تخص العقد الإداري بل نتناول ما يختلفان بخصوصه والتي يمكن بيانها بالآتي :

١ ـ من حيث التهيئة للعقد وآليات إبرامه : يتميز العقد الإداري كما سبق وان بينا بانه لا يولد إلا بعد إجراءات فنية وإدارية معقدة تأخذ مجالا واسعا من حيث الوقت والمتطلبات الفنية من كوادر وغيرها ، بينما يمكن أن ينعقد العقود المدنية كعقد البيع مثلا بمجرد التراضي كتابة أو مشافهة أو بأي وسيلة من وسائل التعبير المختلفة [٢٠١] ، حتى ان السكوت يعتبر تعبيرا في بعض الأحيان [٢٠٢] . في حين أن العقود الإدارية تستلزم إستحصال موافقات الجهات التشريعية أو التنفيذية ومن أعلى المستويات في الدولة . وتعد مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي تأخذ اهتماماً ووقتا كبيرين كما تتسم بالفحص والتدقيق [٢٠٣] . وتعد مسألة التعبير عن الإرادة في العقود الإدارية أبرز مظاهرها في مرحلة التكوين اذ غالباً ما تمر بمراحل متعددة وبفترات متلاحقة ومتعاقبة ، كما يسبقها إجراءات وتدابير تتعلق بالموافقات والتصديق [٢٠٤] . ولا يخفى ان المعيار العضوي المتضمن ان يكون احد أطراف العقد الاداري هو شخص معنوي عام يمثل شرطاً أساسيا لأسباغ صفة الإدارية على العقد مع ما يتطلبه هذا العقد من معايير مادية تؤخذ بعين الاعتبار عند صياغته [٢٠٥] وهذا ما لا يتطلبه العقد المدني بطبيعة الحال . فحتى المفاوضات التي يجريها المتعاقدون في العقد المدني لا تعد إلا مجرد تحضير أو تمهيد للتعاقد [٢٠٦] .

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

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

ويذهب البعض [٢٠٧] الى التأكيد على أن للعقد الاداري حياة خاصة تخلل متغيرات تقنية ومالية وفنية مميزة تجعل الركون لمزاعم المتعاقد الآخر (شركة المشروع) وتمسكه بشريعة العقد أمراً لا يمكن قبوله لتعارض ذلك مع متطلبات المرفق العام . ومع هذه الخصوصية التي يتميز بها العقد الاداري عن العقد المدني إلا ان التغير في العلاقات الاقتصادية وما رافقها من تطورات زادت من حاجة الدول الى مثل عقود البوت في سياق متطلبات التقنية الحديثة لا سيما النامية منها بالإضافة الى ظهور مسألة التفوق التقني التعاقدي في الانفاقات المتعلقة بالمرفق العام وإناطة مهمة إنشائها ودفع الإدارة لأن تنجه في تنظيم علاقاتها على اساس العلاقة العقدية دون الاعتماد على ما تتضمنه من قراراتها باعتبارها شخص عام وهذا ما اكدة المجلس الدستوري الفرنسي الذي انهى الجدل الفقهي بهذا الخصوص مؤكدا استناد العلاقة العقدية في مجال هكذا عقود [٢٠٨] .

٣ ـ من حيث مدى تأثير النظريات الحديثة على نصوص كل من القانونين : لطالما يؤكد الفقه على أن النصوص التشريعية لا تستطيع تلبية متطلبات التطورات الحاصلة في المجتمع . ولذلك فهذه النصوص تتعرض للغموض أو التعارض أوالنقص ازاء المستجدات التي تحتاج الى تحديث في النصوص . ولذلك نرى الفقهاء يقومون بتعقب هذه التغيرات ومتابعتها لاستخراج مبادئ جديدة تتفق والحاجات المستجدة ويلعب القضاء دوراً كبيراً في خلق قواعد جديدة وان وضعت تحت بساط التفسير وقواعده [٢١٠] . فهناك أحكام أرساها القضاء المصري

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

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

قبل الإدارة باعتبارها شخص عام اولى مهامها حماية وصيانة المال العام وتحقيقها للمصلحة العامة [٢١٥].

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

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

١ ـ التمسك بالسيادة لم يعد له صدى في مشاريع البوت

إن الحديث عن السيادة إذا كان له تأثير داخل أقاليم الدولة باعتبار ان الدولة لها السلطة العامة على أقاليمها إذا كانت تتعاقد مع طرف وطني أما إذا كان هذا الطرف أجنبيا فان الأمر مختلف اذ لا تستطيع الدولة فرض ذلك عليه ولا من واجبه الخضوع لنظام قانوني غير نظام دولته وخصوصاً اذا تبين من بنود العقد عدم قبوله بذلك [٢١٦]. كما ان مصلحة الدولة في تنفيذ مشاريع كبيرة وقوة الطرف المقابل وعدم قبوله الخضوع الا بالمساواة مع الدولة كطرف في العقد والتي غالبا ما نتمسك بهذا الامر في بنود العقد حيث تنص على رفضها تطبيق قانون معين إلا باتفاق الطرفين [٢١٧] فمراجعة بنود عقود البوت – حسب رأي بعض الفقه – تنفي صفتها الإدارية [٢١٨]. وفي هذا السياق فان الفقه يرى بان كون الإدارة طرفاً في العقد لا يكفي لأن يضفي العقد بالصفة الإدارية ، اذ تستطيع ان تتخلى عن كونها شخصاً عاماً وتتساوى مع الأشخاص الأخرين مراعاة منها لظروف التعاقد . فكثيراً ما يفرق الفقه بين أسلوب الإدارة العامة وأسلوب الإدارة الخاصة . وبخصوص القول بان عقد البوت هي شكل متطور من عقود إلتزام المرافق العامة فان الأخيرة تتصف بان عقودها تتضمن طائفتين من النصوص . احدهما تعاقدية تخضع لقواعد القانون المدني وأخرى لائحية تتعلق بتنظيم المرافق العامة وتظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة . والتفريق بينهما في عقود البوت امر صعب بالإضافة الى أن سلطة الإدارة بخصوص التعديل بإرادتها المنفردة للعقد قد قُيدت [٢١٩] حتى ان الفقه والقضاء الاداريين يسبغان على بعض الأشخاص العامة صفة الأشخاص الخاصة ليخضع العقود التي تبرمها بما فيها عقود البوت لقواعد القانون الخاص [٢٠٠].

وما يؤكد استقلال الإدارة وابتعادها عن التمسك بما كان يعتقد وجوباً ومنه عدم جواز انتقال ملكية المشروع الى شركة التعاقد ، فانها بدأت تقبل اذا ما تضمن العقد ذلك وهو امر وارد وفي ذات الوقت يتعارض وطبيعة العقود الإدارية [٢٠١].

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

ان المستقر فقهاً وتشريعاً وقضاءاً ان العقد نتاج تلاقي إرادتين لإحداث اثر قانوني [٢٠٢] فالقران الإيجاب بالقبول يعد شرطاً من شروط صحة القبول . والاتفاق على المسائل الجوهرية بين المتعاقدين يعد كافياً لتحقق المطابقة ما لم يتفقا على ما يخالف ذلك [٢٠٣].

وعلى الرغم من ان العقود الادارية تمتاز برجحان كفة المصالح العام بما يعني رجحان كفة الادارة باعتبارها ممثلة وراعية له فيغلب المصالح العام على كفة مصالح الافراد .

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

يحكمها القانون الخاص . ان الاسس التي تقوم عليها العلاقات الاقتصادية قد اختلفت استنادا الى اختلاف طبيعة الفلسفة التي تحكم المجتمع ومن ثم تحكم هذه العلاقات بالنتيجة . فحيث كان مفاد الافكار السائدة في فرنسا ـ مثلا ـ خلال الاعوام (١٩٥٠ – ١٩٧٠) ان السلطة العامة يجب ان تتدخل في كافة المجالات الاجتماعية وانها القيام بالتخطيط والتنامية وتنظيم العلاقات الاقتية بين اشخاص القانون الخاص غير المتساوين فان الامر قد تغير خلال الفترة الواقعة بين عام (١٩٨٠ ـ ١٩٩٠) . حيث ظهرت مفاهيم جديدة تستند الى حرية العمل والتزام الدولة بعدم التدخل في العلاقات التجارية الامر الذي ادى الى نمو مجتمع اتفاقي غير مسيطر عليه من قبل المركز وبروز العقد كقاعدة قانونية مهيمنة . ان المجتمع الاتفاقي التي تسعى الادارة العامة الى بناء علاقات بين السلطة السياسية وكل المواطنين خلاله لا بد ان يأخذ بعدا اتفاقيا كاملا تفرضه وجوبية استخدام الادارة للسلطة الممنوحة لها باحترام لانها محكومة بمبدأ المشروعية . والوسيلة المثلا للحصول على رضا افراد المجتمع عندما تكون للإدارة علاقة معهم هو ان تظهر بالمظهر الاقتناعي وليس التسلطوي . وبذلك تكون الإدارة في مركز اكثر تساويا مع الافراد من جهة وفي ذات الوقت فإن ذلك يفسد تطورا حاسما لمبدأ المشروعية ذاته والذي يهدف دائما الى تحقيق اعلى مستويات خضوع الادارة للقانون وعلى ضوء ذلك فان العقد الاداري لا يستمد قوته الملزمة أصلاً من الإرادة الحرة لطرفيه باعتبارها الاساس المباشر لهذه القوة دون الحاجة للإستعانة بسلطة القانون . فالعقد الاداري تشكل عقد ينشيء حقوقا ويرتب التزامات كما هو القانون [١٠١] . وما يثار غالبا عند الحديث عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومدى التحقق من وجوده في العقد الاداري تأكيدا لمبدأ المساواة مسألة تضمن العقد شروطا استثنائية او غير مألوفة في القانون الخاص . ويخصون الشروط الاستثنائية انها تمنح حقوقاً او ترتب التزامات تختلف من حيث الطبيعة عن تلك التي يمكن أن يتمتع او يتحمل بها أحد أطراف العقد بإرادته الا ان ذلك لا يعني انها شروط غير مباحة [١٠٢] . وما يقال بهذا الخصوص من الفقه المعارض لإدارية العقد ان الشروط التي يمكن ان يتضمنها العقد ليس بمستوى واحد . فهناك شروط تحمل بين ثناياها طابع السلطة العامة . وعقود أخرى تحمل التزامات على طرف ما تخضع للقوانين المدنية والتجارية . فيما يمكن ان تتضمن عقود البوت شروطا تمنح الإدارة بموجبها . وكذلك المتعاقد امتيازات معينة . بالاضافة الى تحديد الاختصاص للقضاء الاداري فيما يخص كل المنازعات الخاصة بالعقد [١٠٣] وعليه فليس بالضرورة ان تكون هذه العقود استثنائية دائما و لا يمكن تصور وجود مثلها في القانون الخاص . ناهيك عن ان هناك الكثير من العقود لا تتضمن أي بنود استثنائية ومن هذه العقود ما ابرمته الحكومة الليبية مع شركتين امريكيتين تضمن ان لا تكون هناك مثل هذه الشروط إلا بموافقة الشركتين . وكان قبول دفوع الشركتين قد انصب على ان نظرية العقد الاداري هي نظرية فرنسية لا يعرفها القانون الليبي [١٠٤] . ان مسألة التحرر من الشروط الاستثنائية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) اخذت بالتطور حديثا في مصر وفرنسا حتى اصبحت صياغاتها للعقود الادارية تبتعد عن تأثير الفقه والقضاء الفرنسيين لتقترب مما هو معمول به في الانظمة الانكلو امريكية [١٠٥] . ان مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حسب ما نرى – له وجود في أي عقد بما فيها العقود الادارية . والسبب في ذلك ان ارادة الطرف الاخر المقابل للإدارة (المتعاقد) لها كامل الحرية في قبول العقد وشروطه من عدمه لا سيما في عقود البوت التي مراعاة تخضع للقانون الخاص وان تضمنت شروطا يمكن وصفها بالإستثنائية ولكن لا نعتقد بانها غير مألوفة فالعقد ، أي عقد تسبقه تحضيرات ومفاوضات وعرض متبادل للشروط التي قد تكون (نمطية) أو (غير مألوفة) على رأي البعض . وهذا ما يحصل حتى بين اشخاص القانون الخاص وهو امر له مبرراته المختلفة واحدها المبررات الاقتصادية . اذ يمكن ان نتصور . وهذا حاصل فعلا ان قد صاحب عقار يعرضه للإيجار بشروط

يمكن وصفها بانها شروط استثنائية بسبب ما يتوفر في العقار من مواصفات كنوعية التصميم أو البناء أو الموقع المتاز فلا غرابة ان نجد المالك يضع شروطا تتعلق بنوعية الاستخدام والمدة ومقدار الاجرة ولربما يضع شرطا بمنحة حق انهاء الرابطة العقدية من قبله واستلام العقار وهي شروط قد تبدو غير مألوفة إلا انها تستند الى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين . ناهيك عن التعاقدات التي تتم بخصوص مجالات ترتبط بالإحتكار لنشاط او خدمات يقدمها القطاع الخاص كالطاقة الكهربائية او الخدمات العلاجية . وفي ذلك قد لا يكون الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه حتى يمكن الحديث عن عقد إذعان . واما عن عقد عادي الطرف الأخر فيه يقبل بهذه الشروط لتعلقات يقدرها تجعله يقبل بالعقد بارادته .يذكر في هذا المجال ان القوانين المدنية المختلفة ومنها القانون العراقي اشارت الى مسألة الشروط التعسفية ومنحت القاضي حق تعديل أو اعفاء الطرف المذعن من الالتزامات التي تقررها وذلك وفقا لمقتضيات العدالة . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (١٦٧) من القانون المدني العراقي [١٠٩].ان عقد الإذعان يعد ظاهرة قانونية وفقا للرأي الغالب في الفقه [١١٠] ويأتي تقييدا من المشرع لسلطان الإرادة من اجل رفع الغبن الذي يصيب الطرف الضعيف [١١١] . ولهذا التقييد بطبيعة الحال شروطه التي أحدها ان يكون هناك طرف في مركز القوي يفرض شروطه استنادا الى ذلك . كما ان الطرف الضعيف لا يملك إلا أن يوافق على التعاقد بما احتواه من شروط تعسفية [١١٢] وليس بالضرورة ان يتحقق ذلك في جميع العقود التي تحتوي شروطا يفرضها احد الإطراف وهي في حقيقة الامر عبارة عن صورة من صور التعبير عن الإرادة وهناك فرصة للطرف الأخر بان لا يقبلها .

٣ ـ عدم توافق التنظيرات والتوجهات الحديثة للعقود الإدارية مع عقود البوت ان حداثة نشأة القانون الإداري قياسا بالقانون المدني وغياب النصوص المقننة وما يتوفر منها لم يشكل مجموعة موحدة كما هو حال القوانين المدنية والتجارية الأمر الذي جعل الأحكام القضائية هي مصدر هذا القانون بالدرجة الاولى . اذ لا زال القضاء يزود القانون الإداري بالأحكام الأساسية التي تساعد الادارة لحل كل ما تتعرض له من اشكالات لا سيما القانونية منها . فنظرية العقود الادارية التي هي من نتاج القضاء الاداري لا زالت تحكم العقود الادارية رغم هجرها وكذلك معيار المرفق العام [١١٣] الذي اخذ القضاء يتردد في اعتماده كمعيار بسبب نشوء المرافق العامة وتطور اساليب ادارتها كما ان فكرة المرفق العام ذاتها واجهت انتقاداً شديداً باعتبارها فكرة غير واضحة المعالم وليس لها تعريف يبين ماهيتها . كما اخذت الدولة تلجأ من أجل ادارة مشاريعها الاقتصادية الى اسلوب المشروع التجاري أو الصناعي لا اسلوب المرفق العام لان الاسلوب الاول يجعل قدرا من المرونة تساعد في نجاح المرفق الاقتصادي مما يؤدي الى تحقيق الغرض من وجوده لان تفرغ الادارة وتمسكها بوسائل القانون العام في هذا المجال يبعد الغير من التعامل معها لاسيما في ظل ما يحصل من تحرر من القيود التي تفرض على التجارة الدولية أو العابرة للحدود . الامر الذي سيؤدي تمسك الإدارة بأساليبها القديمة الى فشل المشروع في محيط العمل التجاري ويؤكد الفقه على ان عقود البوت لا تتصل بالمرافق ولا علاقة لها بها . انما تخص مشروعات استثمارية . ويستشهد بهذا الخصوص بتطبيقات تدلل على ذلك منها قيام نادي الصيد (هليو بوليس) في القاهرة بانشاء مشروعات عليها وفقاً لنظام البوت [١١٤] .ان الحديث عن الإدارة والعمل الإداري لم يعد يطاوعه اشخاص القانون العام وفقا لمعناه العضوي كما تعدى ميدانها المؤسسات العامة الاكثر لا مركزية والسلطات الاكثر استقلالية اذ هي تضم حاليا اشخاص القانون الخاص ايضا لترتدي الإدارة وجها مزدوجا جامعا اشخاص القانونين العام والخاص [١١٥] .

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

ومن المسائل التي يتحدث عنها الفقه والتي لا ندعم القول بان عقود البوت هي عقود إدارية تضمن الكثير من عقود البوت لبنود التحكيم [١٠٦] . والتحكيم هو الطريقة التي يختارها اطراف النزاع الناشيء عن العقد بطرحه امام شخص او اكثر يطلق عليه الحكم او المحكمين خارج القضاء [١٠٧] . ويكون حكم المحكومين ملزما للخصوم وينفذ عليهم جبرا ولا يحتاج الى موافقتهم لنفاذه لانهم ، أي الخصوم ، قد اقروا بقبوله قبلا [١٠٨] . ولذلك نجد المشرع الفرنسي يرى في قرار المحكمين بانه حكم حقيقي [١٠٩] . فالتحكيم يعد نظام العدالة الخاص وهو نظام ليس بعيد عن سلطة القضاء بما يؤديه من مساعدة ورقابة وهذه هي قيمته الحقيقية [١١٠] واذا كانت هناك حاجة لان يطبق التحكيم في فض المنازعات المدنية فان طبيعة المسائل التجارية ومتطلبات التجارة الدولية يصح اعتبارها المجال الأكثر تبريرا لتطبيق التحكيم خلا للخصومات التجارية[١١١]. وللتحكيم التجاري اهمية كبيرة في فض النزاعات الناشئة عن صياغة وتنفيذ عقود التجارة الدولية حاليا ولا يكاد ، حسب رأي البعض ، ان يخلو عقد من هذه العقود من بند للتحكيم فيها [١١٢] ويقسم التحكيم الى داخلي أو وطني وتحكيم دولي والاخير هو ما يتصل بمصالح التجارة الدولية . [١١٣] ان المستقر فقها وقضاءا هو رفض ان تتضمن العقود الادارية شروطا للتحكيم فمجلس الدولة الفرنسي له موقف لايجيز التحكيم في العقود الادارية . وذلك أمر مستقر عليه في قضاء هذا المجلس . حيث كثيرا ما يؤكد ذلك في قراراته [١١٤] . ان القول بان تضمن العقد شرطا للتحكيم يبعده عن الصفة الادارية اذ ماخذناه من وجهة نظر القانون بادارية عقود البوت قول مقبول يؤكده الاتجاه الذي يرى في عقود البوت عقودا خاضعة لقواعد القانون الخاص ولهذا السبب ينظر الى مثل هذه العقود المتضمنة شروط التحكيم على انها من عقود القانون الخاص ومنها عقد استثمار مطار النجف الاشرف الدولي حيث نصت الفقرة العاشرة من بنود عقد المطار على ان اي خلاف وجود أي خلاف بين الطرفين يعتمد مركز دبي للتحكيم الدولي للتحكيم بين الطرفين ! [١١٥] . ومما يؤكد خضوع عقود البوت لقواعد القانون الخاص اتجاه العديد من محاكم التحكيم في قراراتها الى التعامل مع العقود التي تبرمها الدولة مع أشخاص أجنبية على انها من عقود القانون الخاص وهذا ما نوضح من حكم محكمة التحكيم في قضية أرامكو (Aramco) حيث رفضت اعتبار الامتياز الذي تضمنه عقد الشركة مع الحكومة السعودية عقداً ادارياً صدرة حكمها بان القانون السعودي باعتباره القانون الواجب التطبيق على عملية التكييف وهو الواجب التطبيق على العقد ايضا لا يعرف هذا النوع من العقود [١١٦] . كما كرست احكام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سمو قواعد القانون الخاص على قواعد القانون العام معتبره الدولة شخصاً عادياً والعقود التي تبرمها مع الأشخاص الأجنبية من العقود الدولية العادية ، والغاية من ذلك تجريدها من سلطاتها المختلفة لا سيما حقها في تعديل العقد للمصلحة العامة [١١٧] .يذكر في هذا المجال ان لجوء اطراف النزاع القائم سواء كان خاضعا للقانون العام أوالخاص للتحكيم سيعني حقهم في اختيار المحكمين ، اشخاصا طبيعيين او معنويين ، كمراكز أو هيئات او جهات تحكيمية ايا كانت تسميتها وقد عقدت اتفاقيات عدة بشأن التحكيم انضمت اليها بعض الدول وامتنعت اخرى فبخصوص اتفاقية واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الاخرى لعام ١٩٦٥ فان بعض الدول العربية لم تنضم اليها ومنها العراق لتعارضها ، حسب وجهة نظر هذه الدول ، مع سيادة الدولة . وهو الموقف ذاته الذي إتخذته بعض دول امريكا الجنوبية وهي دول نامية ، حيث ترى بان تطبيق المادة ٢/٤٢ من الاتفاقية سيؤدي الى ايقاف تطبيق القانون الوطني وسمو قواعد القانون الدولي اذ لم تصادق عليها سوى الاكوادور وكوستريكا [١١٨]

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

يرى أصحاب الاتجاه الرافض لإدارية عقود البوت ان تكييف هذه العقود بهذه الصورة يتعارض مع سياسة تشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الاموال الاجنبية [٣٩] لا سيما في الدول ذات التوجه الاقتصادي والسياسي الحر والساعية لتوسيع قاعدة الملكية الخاصة بالاضافة الى انتشار ظاهرة العولمة . فتمتع الدولة بامتيازات السلطة العام ودخولها كطرف في العقد باعتبارها صاحبة سلطة يتنافى والفلسفة التي تقوم عليها مشاريع البوت . حيث ان من شأن ذلك ان يؤدي الى عزوف المستثمرين وخصوصاً الاجانب من الدخول في علاقة عقدية لتنفيذ مشاريع ضخمة مع طرف لا تتوفر في العقد الذي يبرمه الشركات المنفذة معه ضمانات كافية للحصول على ما يقابل تنفيذهم لمثل هذه المشاريع . وبالنتيجة فان من الصعب ان تجد الدول الساعية الى انجاز مشاريع اقتصادية كبرى وتحقيق تنمية اقتصادية من يدخل معها في علاقة عقدية وفقا لشروط تراها هذه الأطراف غير مطمئنة [٤٠] . ولهذا السبب والأسباب اخرى تلقى مسألة اعتبار عقود البوت عقودا ادارية معارضة من العديد من التكتلات الاقتصادية الكبيرة ومن رجال الاعمال ومن جانب من الفقه ايضا فحيث ان هذه العقود لها طابع دولي ، او لنقل ان الغالب فيها ان يكون الطرف المقابل للادارة اجنبيا فان من يعارض إعتبار عقود البوت عقودا إدارية يقول بان القانون الدولي لا يميز العقود الادارية عن غيرها من العقود كما ان هذا القانون أي الدولي . لا يعرف ما يطلق عليه بنظرية العقد الاداري ويتابع اصحاب هذا الرأي القول بأنه حتى لو افترضنا انتقال العقود (الإدارية) الى نطاق عقود التجارة الدولية فان الامر يتطلب توفر قضاء إداري دولي الامر الذي لم نر له وجودا لحد الآن [٤١] . ان الدول والشركات الكبرى تبحث دائما عن شروط تعاقد تحقق لها اكبر قدر من الربح وهذا لا يتحقق في عقود يرتبط أمر تنفيذها على إرادة واحدة او لنقل ان طرفا واحدا في العقد يمتلك الهيمنة والسيطرة على العقد الامر الذي يخل بالعلاقة العقدية ويهدد مصير العقد ففي ظل سيادة المنافسة على مستوى الاقتصاد الدولي فان دور الدولة يقتصر على دور الدولة الحارسة وظيفتها الحفاظ على النظام العام دون ان يكون لها دور في الحياة الاقتصادية الا في الحالات التي يتخلى عنها رأس المال [٤٢] . إن الاستثمار ودوره لم يكن ثابتاً في الدولة أذ يتأثر وفقا للمراحل الاقتصادية التي تعيشها . فالدول المتقدمة تسعى الى خلق فرص لها في الدول النامية لمأول إستغلالها وتعمل من خلالها الضغط عليها للحصول على اكبر قدر ممكن من الحوافز والاستثمارات عند تنفيذها للمشاريع في تلك الدول . وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال تتبع الاتفاقات التي عقدتها الدول المتقدمة ممثلة بشركاتها الكبرى مع مصر [٤٣] . فالهدف العام من النشاط الاقتصادي هو إشباع حاجات أفراد المجتمع وفقاً لما تفرزه ظروف الحياة وعلى ضوء هذه الحاجات تتحدد غايات هذا النشاط [٤٤].ان هذا الامر لا يتحقق إلا بتوفير التمويل اللازم لتنفيذ المشاريع الكبرى وهذا ما ركزت عليه مدارس التنمية التقليدية من خلال ملاحظتها للبعد الاقتصادي للتنمية دون إعطاء الجوانب الاقتصادية والاجتماعية والتنظيمية والسياسية الاخرى أهمية واضحة [٤٥] . ورغم التأثير السلبي لهذا التوجه إلا ان توفير التمويل يبقى أمرا مهما بالنسبة للدول النامية . ولذلك عليها ان تسعى لجذب الاستثمارات الأجنبية أخذة بنظر الاعتبار انه اذا كان هدفها من قيام المشاريع تحقيق التنمية الاقتصادية فإنها يجب ان تدرك بان الهدف من هذا الانجاز من جهة شركة المشروع تحقيق الربح النقدي . وعليه فإن قرارات كل من منفذ المشروع والجهة الإدارية يجب أن تنصب على تحقيق هذه الأهداف وهو أمر يجب إستيعابه وتقبله من الطرفين[٤٦].ان الإصرار على اعتبار عقود البوت عقودا إدارية يعني إخضاعها الى قانون دولة

التنفيذ والخضوع فيما يتعلق بمنازعات العقد لاختصاص قضائها الاداري لا يوفر مناخا ملائما جاذبا للاستثمار .

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

لقد شمل التفسير الواسع للتجارة من قبل لجنة الأمم المتحدة CNUDCI الكثير من المجالات اذ ترى اللجنة ان التجارة تعني أي معاملة تجارية لتوريد السلع والخدمات او تبادلها . ومن الجوانب التي شملتها مفهوم لجنة الأمم المتحدة اتفاقات التوزيع التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية . إدارة الحقوق لدى الغير التأجير الشراء . تشييد المصانع . الخدمات الاستشارية الأعمال الهندسية . إصدار التراخيص . الاستثمار التمويل الأعمال المصرفية . التأمين . اتفاق او امتياز الاستغلال . المشاريع المشتركة بالإضافة الى أشكال أخرى من صور التعاون الصناعي أو التجاري بما فيها نقل البضائع أو التركاب جوا أو بحرا . أو بالسكك الحديدية او بالطرق البرية [٤٣٩] .ومن ذلك نلاحظ ان قانون التجارة الدولية هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات القانون الخاص التجارية العابرة للحدود أي تلك التي تكون لدول مختلفة صلة فيها . وعليه فان هذا القانون يحكم العقود الدولية بصورة مباشرة دون ان تكون للقوانين الوطنية أية علاقة بهذه القواعد [٤٤٠] ويأتي تعريف الفقه القانوني للعقد الدولي ليحدد موضوع التجارة الدولية . حيث يعرف بانه (العقد المبرم بين الدولة و إحدى جماعاتها العامة وشخص أجنبي يرتبط بوضعية تشتمل على عناصر أجنبية مؤثرة على العملية الاقتصادية محل العقد تجعل نتائجها تتعدى حدود الدولة) [٤٤١] .لقد اعتبرت الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) [٤٤٢] التاجر بانه (كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وفق احكام هذا القانون) . وقد ميز القانون العراقي بالإضافة الى ذلك انه إعتمد تحديد الأعمال التجارية على سبيل الحصر مع توافر قصد الربح . واعتبر ذلك قرينة قابلة لإثبات العكس[٤٤٣] . وتتم عقود التجارة الدولية في اطار العلاقات التجارية الدولية ولذلك فان القواعد الواجبة التطبيق هي المستمدة من الأعراف والعادات التجارية التي يجب الاعتراف بها بصفة النظام القانوني الدولي المستقل الى جانب النظم القانونية الاخرى لإخضاع المعاملات التجارية لها لا سيما وانها من خلق المتعاملين بها . ولذلك فمن المنطق إخضاع هذا التوجه لهذه القواعد الخاصة . حتى ان غرفة التجارة الدولية قررت وبصورة صريحة تطبيق هذه القواعد الخاصة دون الإستعانة بأي نظام قانوني وذلك في العام ١٩٨٩ بخصوص نزاع قام بين شركة اسبانية وأخرى أمريكية [٤٤٤] ان اعتبار عقود البوت عقوداً تجارية يستلزم ان يكون من يمارسها تاجرا ولكي يكون كذلك لا بد ان يقوم بالتصرفات التجارية كمهنة له وان تتوفر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالعمل التجاري .[٤٤٥]

يذكر ان الاتجاه الدولي السائد لا يميل الى التفرقة بين العقود المدنية والتجارية ليشمل كل الصفقات والعمليات التجارية وكل أوجه النشاط الاقتصادي مادام الهدف منه تحقيق الربح [٤٤٦] . ومع ذلك نرى خصوصية التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني من ناحية الأحكام الموضوعية التي تحكم العمل وكذلك الإجراءات التي تطبق أثناء إقامة الدعاوى والأحكام التي تصدر بخصوصها لا سيما المنازعات التجارية فيها [٤٤٧] .

الفقرة الأولى : عناصر قانون التجارة الدولية [٤٤٨]

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

١ ـ العادات والأعراف التجارية

للعرف التجاري اهمية كبيرة وخاصة في المسائل التجارية فاغلبية قواعد القانون التجاري تجد اصلها في الاعراف والعادات التجارية المتبعة منذ القرون الوسطى . حيث تواتر الناس على اعرافها في عقودهم واكتسبت نتيجة استعمالها فترة زمنية طويلة قوة الزام ذاتية مصدرها ارادة الجماعة لا ارادة الأطراف المتعاقدين الضمنية [١٢٧] . ولهذا يؤكد معظم الفقهاء على ضرورة الإحتفاظ بأحكام القانون التجارية وعدم دمجها او إذابتها في القانون المدني ولو حصل ذلك في بعض الدول فهو إجراء شكلي حيث بقيت القواعد التجارية محتفظة بطابعها الخاص ومعمولا بها [١٢٨] . ففي مجال التجارة الدولية تمثل العادات السائدة في الاسواق المالية والأوساط المصرفية والإعتمادات المستندية وعمليات البنوك والانتمان المعتمدة من قبل غرفة التجارة الدولية وما تضمنته العقود النموذجية للاعمال التجارية الدولية من شروط وما تعارف عليه في ميدان التجارة الدولية من مصطلحات كل ذلك يمثل عنصرا من عناصر التجارة الدولية حيث ترسخت وقبل ان تنسبح في صيغة قواعد كانت تمثل مصدرا من مصادر القانون التجاري برمته كما اسلفنا . سواء ضمنت في صيغت قواعد او بقيت أعرافا وعادات معمولا بها . يذكر ان كل مهنة او فرع من فروع التجارة الدولية لها عادات واعراف خاصة بمجالها التي تمارس فيه تم صيغت على شكل شروط عامة ونموذجية اعدتها وارستها منظمات ذات طابع دولي كاللجنة الاقتصادية الأوربية وجمعيات التجارة الدولية الخاصة بكل مهنة كتجارة الحبوب والحرير وغيرها [١٢٩] .

٢. المبادئ العامة للقانون وقواعد العدالة

يذهب من كتب في تاريخ القانون الى ان أول الأحكام التي أذعن اليها الإنسان كانت تلك التي اعتقد بأنها من وحي الهيئة التي يعبدها . وقد اتخذت القواعد القانونية أصلاً صور الحكم الإلهي والعرف ومن ثم القانون المدون [١٣٠] وتعبر المبادئ العامة للقانون عن المبادئ الاساسية السائدة في النظم القانونية المختلفة . فهي قواعد سلوك عامة تتفرع عنها قواعد تفصيلية غايتها تنظيم العلاقات بين الأشخاص . وقد تعرض لها النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية في المادة (٣٨) منه باعتبارها مبادىء أقرتها الامم المتمدنة ووضعت ضمن أحكام القانون الدولي تأتي بعد المعاهدات الدولية والعرف الدولي وهناك الكثير من المبادئ العامة للقانون الأكثر تطبيقاً وشيوعاً في مجال قضاء التحكيم الدولي . وهو وما يخص سبب تناولها هنا . والتي أثارت بعض الخلاف رغم الاجماع عليها . ومن أهم هذه المبادىء القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ الإثراء بلا سبب ومبدأ الدفع بعدم التنفيذ ومبدأ التنفيذ العيني ومبدأ التعويض الكامل ومبدأ إحترام الحقوق المكتسبة ومبدأ تنفيذ العقد بحسن نية من قبل أطرافه وتفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف ومبدأ توازن الأداءات العقدية ومراعاة تغير الظروف ومبدأ النظام العام [١٣١] .

والاصل أن نطاق وجود المبادىء العامة للقانون هو دائرة القانون الداخلي إلا أن من الممكن ان تكون الدائرة الدولية ميدانا لتطبيقها في حالة خلو وقائع النزاع من أي اتفاق او عرف يمكن تطبيقه للفصل فيه . حيث تعد هذه المبادئ مصدرا من مصادر القانون الدولي لا سيما الإنساني منه [١٣٢] . وكذلك يمكن الاستعانة بها في عقود التجارة الدولية وإستلهام حلول منها يتوصل اليها المحكمون بخصوص المسائل التي ليس لها حلول في العقد [١٣٣] .اما مبادئ العدالة فقد اشارت بعض القوانين اليها في الكثير من المواضع منها اعتبارها مصدرا من مصادر القانون كما فعل المشرع الفيبي عندما نص عليها في المادة الأولى من القانون المدني باعتبارها مصدرا احتياطيا [١٣٤] ويقصد بمبادئ او قواعد العدالة التعبير عن الشعور بالمساواة الواقعية لا المجردة وبموجبها تكون المساواة قائمة على مراعاة الظروف والجزئيات حسب كل حالة وبخصوص كل شخص . وعلى ضوء ذلك فإن العدالة تعني الشعور بالإنصاف وهو شعور تفرضه قواعد العدالة ذاتها . ويبدو تأثير قواعد العدالة اكثر وضوحاً في النظام الانكليزي وتتقلل لينتقل الى قوانين الدول الاخرى حيث

عرف القانون الانكليزي قواعد العدالة بإعتبارها نوعا من القواعد القانونية [١١٥] . وتتميز مبادئ العدالة بأنها مبادئ عامة وانها تصدر عن مثل عليا وكذلك متغيرة ليس لها صفة الثابت . والحلول التي تهدي اليها ليست حلولا قاطعة ثابتة ولا تملي حكمها قاطعا على المشرع ولا توفر معيارا دقيقا ثابتا للقاضي . إنما تخفف من صرامة الأحكام وتمنح القاضي من ان لا يفصل في النزاع المعروض أمامه الا انها تبقى قواعد يشوبها الغموض والتشتت واي مخالفة لها تقترن بجزاء يوقع على المخالف يمكن ان يكون ماديا عندما تعتبر مصدرا اساسيا للقانون في النظام القانوني ويمكن ان تكون كذلك عند اعتبار المصادر الرسمية المعروفة كالنص التشريعي وقواعد العرف . وفيما اذا لم تكن كذلك فأن جزاءها يكون ادبيا . ولذلك فإنها تقف موقفا وسطا بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق [١١٦] .

٣ـ قضاء التحكيم

يؤدي قضاء التحكيم دوراً مهماً في تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية بعد ان يقوم بتحديدها واستخلاص قواعد منها ليطبقها على الحالات التي تظهر اثناء تطبيق العقد . ولقضاء التحكيم سلطة تقديرية واسعة مستندا على قواعد العدالة والمبادئ العامة للقانون والواقع العملي لكل نوع من أنواع التجارة [١١٧] . واذا كان التحكيم الداخلي لم يحز في الكثير من الانظمة القانونية إلا أن التحكيم الدولي قد أحيز إستجابة لمتطلبات التجارة الدولية والإستثمارات المالية وحاجات السوق الناشئة [١١٨] . ولذلك بات لقضاء التحكيم يشكل عنصرا مهما من عناصر قانون التجارة الدولية وبفضله المستثمر الاجنبي خصوصاً عندما يكون لدى هيئات تحكيمية دولية متخصصة كالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار المنشأ وفق إتفاقية واشنطن لسنة (١٩٦٥) [١١٩] .

٤ـ التشريعات والإتفاقيات الدولية

قد تتضمن بعض التشريعات الداخلية خصوصا لتنظيم العلاقات التجارية الدولية لا سيما منها قوانين الإستثمارالتي صدرت في الفترة الاخيرة وإن إختلفت طبيعتها من دولة لأخرى ومنها قانون الإستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل . وهناك من القواعد ما تضمنتها الاتفاقيات الدولية سواء كانت ثنائية او جماعية كالاتفاقيات الخاصة بعقود النقل البحري بسند الشحن والبيوع الدولية . فهذه الاتفاقيات تشكل عنصرا من عناصر قانون التجارة الدولية بما إحتوته من قواعد [١٢٠] . ويبدو ان توفر الصفة الدولية في عقود البوت غايته إضفاء قوة لها في ظل عالم تلفت فيه الأنظار المؤكدة لسمو القاعدة الدولية على الوطنية . فبدلا من ان يكون القانون الدولي هو المحدد لمدى وميادين نفاذ القانون الدولي كما كان سابقا فقد انعكس الامر كنتيجة لسمو القاعدة الدولية [١٢١] .

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

إذا كان فقه القانون التجاري مختلف بخصوص معايير تمييز العمل التجاري فإن الفقه المتناول لعقد التجارة الدولية لم يتفق بخصوص المعايير المحددة لدولية العقد [١٢٢] .فبعض فقه القانون التجاري يأخذ بمعيار المضاربة وآخرون بمعيار التداول وجانب منه يطبق معيار المشروع التجاري . فيما يرى قسم آخر ان معيار المرفق هو المعيار الأكثر صحة لتمييز العمل التجاري عن غيره [١٢٣] .

وهناك ثلاثة معايير لتمييزعقد التجارة الدولية عن غيره من العقود . اول هذه المعايير هو المعيار القانوني الذي يقوم على فكرة اعتبار العقد دوليا متى كانت قد تطرقت الصفة الأجنبية لاي عنصر من عناصر العلاقة القانونية . اما المعيار الاقتصادي فيعتبر العقد دولياً إذا كان العقد يتصل بمعيار التجارة الدولية . وهناك المعيار المزدوج الاقتصادي القانوني الذي يستلزم لإعتبار العقد من عقود التجارة الدولية وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية (المعيار القانوني) وكذلك لابد من إتصاله بمصالح التجارة الدولية وهو المعيار الذي يرجحه غالبية الفقه القانوني [١٢٤] ان

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

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

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

١ - لما كانت أعمال المشروعات الانشائية والتي تعتبر عقود البوت منها تتم بطريق المقاولة والإحتراف وتستهدف قصد الربح فهي عقود تجارية [٤٢٠] وعليه فإن ما تحمله من مسائل يتطلب ان يتوفر للمتعاقد الذي يكون طرفا فيه ظروف تعاقدية مطمئنة . ولذلك فان تمسك الادارة بوسائل القانون العام وبمبدأ السيادة قد يؤدي الى انهاء الرابطة العقدية ولربما عدم قيامها اصلا . الأمر الذي قد يؤدي الى ازمة سياسية مع دولة الطرف الأجنبي خصوصا اذا لجأ هذا الطرف الى دولته طلبا للحماية الدبلوماسية [٤٢١]

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

باعتبارها اعمال تجارية [٤٩] . ولذلك فان دخول الدولة طرفا في علاقة تجارية دولية يفقدها امتيازاتها التي يمنحها اياها قانونها الداخلي وتتحول الى تاجر دولي يخضع للقواعد التي تحكم العلاقات بين التجار بما فيها الخضوع للتحكيم [٥٠] .

٣ – يرى جانب من الفقه [٥١] بان ليس من المناسب تمسك الدولة بتطبيق القواعد العدة للعقود الداخلية وهي تتعامل كطرف خاص في المجال الدولي ففي اطار العلاقات التجارية الدولية لا يمكن ان تتمتع الدولة كطرف في العقد بأية امتيازات تضعها في موقع الافضل من المتعاقد الأخر الا بقدر ما تسمح به الالتزامات التعاقدية [٥٢] .

٤ – ان التفرقة بين العقد الاداري وعقد القانون الخاص يجب ان لا تمتد الى القانون الدولي من القانون الداخلي حتى ان القانون الدولي ينكر نظرية العقد الاداري جملةً للإستثمارات الأجنبية كما ان الفقه المصري يرى بان عقود الامتياز وان حملت صفتي القانونين العام والخاص الا ان تغليب صفة القانون الخاص واجبة لما للمرفق العام من طبيعة خاصة وعليه تخضع العلاقة الناشئة عن هذه العقود لقواعد القانون الدولي الخاص [٥٣] . يذكر ان هناك من القوانين من يعترف حق التعديل بالإرادة المنفردة ولكنه يشترط وجود اتفاق على ذلك في العقد وهذا ما يتضمنه النظام القانوني الأمريكي [٥٤] .

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

الفقرة الأولى: الطبيعة الخاصة التي يراها الفقه في عقود البوت

يرى بعض الفقه ان عقد البوت يختلف عن بقية العقود ومنها عقد الاشغال العامة وعقد التاجير التمويلي . كما لا يمكن اعتباره عقدا يتكون من عدة عقود انما هو عقد مستحدث [٥٥] . ورغم ان البعض يضع عقود البوت ضمن عقود الأشغال العامة الدولية ، كما سبق وان بينا إلا أن هذه العقود قد تعديت كيفية العقود وفقاً لتطبيقاتها القانونية الحديدة من حيث كونها عقودا ادارية صرفة الى عقود مختلطة بطبيعة قانونية جديدة لتضمنها شروطا لم يألفها العقد الاداري تقيد من سيادة الدولة وتحد من سلطاتها حيث يتم إخضاعه للقضاء المختص وهو القضاء الوطني وتحول نظر المنازعات الناشئة عنه باتجاه قضاء اخر . كما تمنع الدولة وهي طرف في العقد من الظهور بمظاهر السلطة العامة ، بما يحملة هذا المظهر من امتيازات تنفرد بها سبق تناولها واحلها حماية المتعاقدين من المتغيرات التي يمكن ان تطرأعلى العقد نتيجة تغير في التشريعات الوطنية ، لا سيما ما يتعلق منها بتشريعات الضرائب والجمارك والهدف من هذه الحماية منع تحمل المتعاقد الأضرار نتيجة هذا التغير الذي يمكن ان يحصل في التشريعات [٥٦] .

ويرى البعض [٥٧] ان عقود البوت تتميز بانها تبرم عبر مفاوضات شاقة وتحمل مفهوما حديثا في نطاق الدراسات القانونية يقوم على مبدأ التمويل من القطاع الخاص لإنجاز المشاريع الكبرى عبر مشاركة الاتحادات المالية الخاصة مثلة بشركة المشروع ولذلك إستلزمت هذه العقود صياغة قواعد قانونية جديدة تتوافق مع ما استحدثته بنودها من جوانب . ولهذه الاسباب والأسباب اخرى تعد عقود البوت عقوداً ذات طبيعة خاصة . وتأتي خصوصيتها من انها تختلف في بنودها عن مشروع لأخر ، وعليه يجب البحث في طبيعة كل عقد بصورة مستقلة [٥٨] . فرغم القول بان هذه العقود تتضمن بطبيعتها أحكاماً وقواعد تقترب بسببها من عقود الادارة العامة وكذلك من عقود الأشغال العامة وفي ذات الوقت تعد تنظيما اقتصاديا ذا صلة بمشاريع البنية الأساسية الا أنها تبقى محتفظة بطبيعتها الخاصة التي تميزها عن بقية العقود [٥٩] . ان القول بان عقود البوت تنتم عبر نظم قانونية مختلفة يكون فيها لكل عقد ظروفه يجعل وصف جميع هذه العقود بانها من عقود القانون الخاص او من العقود الادارية امرا غير ممكن وذلك لاختلاف ما تتضمنه من بنود تنتج حقوقا والتزامات مختلفة وعلى ضوء ذلك يجب تدقيق كل عقد ومن ثم اخضاعه

للنظام القانوني الذي يتوافق ومحتواه . فنتيجة لطبيعة العلاقات التعاقدية بين شركة المشروع والجهة المتعاقدة معها فإن نتائج مختلفة ستظهر كنتيجة لهذه العلاقات . اذ يمكن ان نرى عقداً اداريا واخر من عقود القانون الخاص . والحقيقة ان في هذه العقود جوانب تخضع للقانون الاداري واخرى يحكمها القانون الخاص كطبيعة العقود فكيف سيكون الأمر في الدول التي تاخذ بالنظام القضائي المزدوج ؟ ولا تاتي خصوصية هذه العقود من كون الدولة طرف فيها . بل لانها مرتبطة بخطط التنمية في الدول التي يجري تنفيذ المشروع فيها لما فيها من تقنية في بنائها وتمويلها من مجرد انفاقات الى ادوات لتحقيق إستراتيجية المجتمع الاقتصادية وتضمنها شروطا جديدة طبعت خصوصية مضافة لهذه العقود . منها حق مراجعتها وفقاً لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية للعقد . حتى ان البعض يرى امكانية تسميتها بالعقود العامة تميزا لها عن عقود الدولة الاخرى الخاضعة للقانون العام التي يعترف المستثمرون ايراد عقود تخضع لهذه الاحكام لأنهم يتمتعون بامتيازات خاصة في العقود الأخرى [١٠٣] . ولذلك نرى في الفقه من يقول بانها عقود ادارية من نوع خاص حتى ان هذا الفقه يقول بعدم امكانية اطلاق مصطلح العقد الكامل لتضمنها أحكاما عقدية وتنظيمية [١٠٤] .

الفقرة الثانية : مبررات خصوصية عقود البوت

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

١ ـ إستقلال عقود البوت سمات تميزها عن بقية العقود

يتحدث اصحاب هذا الاتجاه عن سمات ذاتية تميز عقود البوت ومتبلاتها . فهذه العقود وان جرى الحديث عن انها مشتقة من عقود اخرى إلا ان آليات التحضير لإبرامها طويلة و معقدة كما انها خلقت مفهوما جديدا في نطاق الدراسات القانونية . كونها تستخدم التمويل من القطاع الخاص عن طريق الاعتمادات المالية وفقا لشروط العقد الذي تبرمه شركة المشروع مع الجهات الإدارية لم تكن معروفة سابقا [١٠٥] فعلى الرغم من اقترابها من العقود الادارية الا أنها لا تمتلك جميع عناصر العقد الإداري . فلا سلطة عامة تظهر بها الدولة عند إبرامها لعقد البوت . كما انها لا تتضمن شروطاً استثنائية وحدها سمتان يارزتان في العقد الإداري وبذلك لا يمكن اعتبارها عقودا ادارية [١٠٦] . وبالاضافة الى ذلك تتميز هذه العقود بتقنية عالية عند التكوين ترتبط من حيث التنظيم مع خطط التنمية الاقتصادية في الدول موضوع مشاريع هذه العقود [١٠٧].

٢ ـ خصوصية التنظيم القانوني لكل عقد من عقود البوت

ان عقود البوت ـ وفقا لأنصار هذا الاتجاه ـ لا يمكن تكييفها تكييفا قانونيا موحداً لاختلاف كل عقد من حيث الصياغة القانونية وما تتضمنه من بنود تختلف عن العقود الاخرى. فالبنود القانونية تصاغ وفقاً للظروف كل عقد وما يحيط به من ملابسات بالإضافة الى عناصره وشروطه، الامر الذي يعطي خصوصية في التكييف القانوني وهو امر مطلوب ويتفق وطبيعة هذه العقود[١٠٨].

٣ ـ غياب التشريعات الموحدة لتنظيم عقود البوت

فباستثناء بعض التشريعات التي صدرت وهي خاصة بمعالجة بعض الجزئيات التي تتعلق بنوعية من مشاريع البنية الأساسية لا توجد تشريعات ناضجة لهذه العقود وما ينتج عنها من حقوق والتزامات . فحتى القوانين المدنية خلو من أية اشارة الى هذه النوعية من العقود وبالنتيجة فإن أحكام وقواعد القانون المدني لا تنطبق عليها لأنها ليست عقودا إدارية ولا مدنية [١٠٩] .

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

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

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

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

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

لقد ادى الاختلاف في الصياغات الى خلق انظمة قانونية متعددة تختلف فيما بينها رغم أنها من طبيعة واحدة وخلفية فلسفية واحدة ايضا رغم ان غايات القوانين فيها لا تختلف [١٠] وهكذا العقود . فقبل الوصول الى صياغة نهائية للعقد عادة ما تكون هناك مرحلة هي مرحلة التفاوض وهي المرحلة التي يتم فيها الاتفاق على البنود الأساسية للعقد ولو لم يتم ذلك بصورة تحريرية . وفي مرات أخرى قد يجري ابرام عقود تسمى عقود تفاوض . وهي عقود تتم بين طرفين يريدان التوصل الى عقد نهائي محتمل تبدأ بمباحثات غايتها الوصول الى ابرام عقد جديد او تجديد عقد سابق كعقود اشتراط إعطاء الأولوية لأحد المتعاقدين في التعاقد بخصوص موضوع معين اذا ما قرر التعاقد بخصوصه . كأن لا يوجه الطرف الاول إيجابه في بيع عقار يعود له الى غيره اذا ما قرر بيعه . وكذلك ان لا يتفق على انجاز مشروع معين الا من قبل الطرف المقابل . وهذا ما يشبه شروط هارتشيب التي ترد في العقود العالمية او في العقود المبرمة بين مؤسسات صناعية أو تجارية لإعادة التفاوض من اجل تعديل العقود السابقة بينها نظراً لحصول تغيرات في الظروف الاقتصادية . ولكن عقود التفاوض لا تمثل التزاماً بالتعاقد فقد لا يبرم العقد او لا يحصل تجديده او مراجعته في حال فشل المفاوضات . ولذلك ونزولا لحصول هذا الفشل يعد التفاوض ومنعا من حصول إضرار بالأطراف المتفاوضة فإن هذه الأطراف قد تتفق على تحديد مدة معينة للتفاوض . وتشير بعض النصوص على عدم ترتيب أي التزام على الأطراف ولو حصل اتفاق جزئي على بعض الفقرات دون الأخرى وهذا ما تضمنه الفصل (١٢١ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية [١١] وقد اشار المشروع العراقي الى موضوع الاتفاق الابتدائي الذي يحتمل ان يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل معتبراً إياه غير صحيح الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها [١٢] . وقد يختلف المتعاقدان بخصوص بعض المسائل الجوهرية فيتركان أمرها الى وقت لاحق كما يحصل في عقد البيع وفي هذه الحالة يترك امر اعتبار العقد منعقداً من عدمه الى تقدير محكمة الموضوع [١٣] ومن المعروف ان الناس قد درجوا على ان يجروا اتصالات مع بعضهم قبل اتمام العقد بشكله النهائي . اذ تسبق ذلك مرحلة تمهيدية اما ان تؤدي الى ابرام العقد النهائي او صرف النظر عنه واكثر صور هذه المرحلة التمهيدية هي الوعد بالتعاقد والاتفاق الابتدائي والعربون [١٤] وتأخذ مرحلة المفاوضات اهمية كبيرة في عقود التجارة الدولية او ما يعرف بالعقد الاقتصادي الدولي ومن بينها عقود البوت نظرا لضخامة هذه العقود وما تتضمنه من تعقيد واحتوائها على الكثير من المسائل التفصيلية . ومع هذه الاهمية فان هذه المرحلة لم تأخذ اهتماما كبيرا من التشريعات الوطنية لا سيما اذا ما تطلبت وقتا طويلا

وجهودا كبيرة تجعل الأطراف يتحملون التزامات مرهقة دون أي مقابل وهذا ما يؤخذ على عقد البوت حيث تكون المفاوضات فيه طويلة والسلبيات عديدة [١١٨] . ان مرحلة تكوين العقد يكون الدور فيها للأطراف وارادتهم فهم يقررون التعاقد أو عدم التعاقد وكذلك تحديد محتوى العقد وقبل ذلك اجراء التفاوض مع المتعاقد الآخر . وذلك يجري في العقود المختلفة أيا كان اطرافها حتى لو كان احدهم شخصا عاما [١١٩] يقع على المفاوض في عقد البوت ، أيا كان ، ضرورة الإلتزام بالاعلام . أي اعلام كل طرف للآخر بالمعلومات التي تتوفر لديه والتي قد لا يستطيع الطرف المقابل الحصول عليها ليكون على بينة من امره ليتخذ قراره وفقا لمصلحته والهدف الذي يسعى له . وكذلك الإلتزام بالتعاون ، أي ان على المفاوض التعاون الجاد والمستمر للوصول الى نتيجة في المفاوضات فاما ابرام العقد أو صرف النظر عنه . وعلى المفاوض ايضا الإلتزام بالاستقامة أي أن يتسم سلوكه بالنزاهة والشرف والإبتعاد عن كل ما من شأنه الإخلال بمثل هذا الإلتزام كاستخدام طرق غير مقبولة من الناحيتين الاخلاقية والقانونية مثل الرشوة حيث برزت هذه الظاهرة في العقود التي يكون فيها عنصر اجنبي ومنها عقود البوت لأنها من العقود الضخمة لا سيما وان الرشوة تأخذ طابعا شخصيا حيث لا يراعي المفاوض المرتشي مصلحة الجهة التي يمثلها بقدر مصلحة من دفع الرشوة وتختلف المفاوضات في العقود التقليدية عنها بالنسبة للعقود التي جاءت بعدها كعقود البوت اذ في العقود التقليدية لا تأخذ المفاوضات وقتا طويلا كما انها في الغالب ليست بالقيمة العالية على عكس عقود البوت .كما ان مفاوضات العقود التقليدية تعد تقديما للإيجاب المقدم ولا تعتبر الا عملاً ماديا دون ان يترتب عليها أي اثر قانوني إعمالا لمبدأ حرية التعاقد فلا مسؤولية على العادل عن التعاقد الا اذا اقترن العدول عن التفاوض بخطأ منه وعلى الطرف الآخر إثبات هذا الخطأ . وكل هذه المسائل تخضع لقواعد عامة في القانون المدني ان الحديث عن إختلاف مرحلة المفاوضات وكذلك تقنية إعداد العقود في العقود التقليدية عنها في عقود البوت امر طبيعي للأسباب التي سبق ذكرها . وما يساعد ايضا في ذلك ان مرحلة صياغة العقد بما فيها مرحلة المفاوضات تنتهي في العقود التقليدية بينما تستمر في عقود البوت لان التنفيذ فيها يأخذ وقتاً طويلا يمكن أن تواجه خلاله ظروفاً غير متوقعة قد تجعل الأطراف للعودة الى المفاوضات لا سيما اذا تضمنت عقودهم شروط المراجعة او شرط المشقة [١٢٠] . فكما ان مفاوضات الإعداد للعقد تتطلب بعث الجوانب القانونية . فقد تتطلب مفاوضات الإعداد أيضا الإستعانة بخبراء قانونيين متخصصين يتم من خلالهم إفراغ ما يتوصل اليه المفاوضون في العقد وإخراجه بصيغ قانونية سليمة تمنع او تقلل الإختلاف . وفي ذات الوقت تتناول كل جوانب العقد [١٢١] . ومن الجدير بالذكر ان المفاوضات لا تقتصر على تلك التي تجري بين الجهات الحكومية وشركة المشروع [١٢٢] وانما هناك مفاوضات تحصل بين شركة المشروع وأطراف اخرين هم المقاولين من الباطن ومن تصبح لهم علاقة مع شركة المشروع تتطلب إجراء مفاوضات تجري مع جهات التمويل أوتوريد المعدات وربما جهات تتولى التشغيل والصيانة [٥٠٠] . واذا كان خضوع المرحلة السابقة لإبرام العقود التقليدية للقواعد العامة في القانون المدني ، كما أسلفنا ، فإن بقية العقود بتقديرنا تخضع لذات القواعد العامة وهذا هو الاصل والإستثناء خضوعها لقواعد القانون العام . سواء كانت نصوصاً قانونية او انظمة او قرارات تصدر من الإدارات باعتبارها شخصا عاما يتمتع بالسلطة العامة . وجميع هذه المبررات دفعت الكثير من الدول لإعادة النظر في هذه العقود لا سيما العقود المبرمة حديثا كما حصل في مصر حيث بدأت هذه العقود بالتحرر من القيود الاستثنائية والصلاحيات الخاصة التي توسم بها عقود الادارة العامة [٥٠١] . وهذا يعني إنها أصبحت او بدأت تقترب من العقود العادية الامر الذي يجعلها ومرحلة التفاوض وصياغة العقد فيها تخضع لقواعد القانون الخاص . خصوصا وان معظم المشرعين ومنهم

المشرع المصري لم يصنفوا عقد البوت بأنه عقد امتياز مما يوجب العودة الى البيئة التي نشأ فيها عقد البوت ومن ثم وصفه وتكييفه مستأنسين بالقواعد القانونية التي وضعتها الانظمة القانونية في تلك البيئة والمتمثلة بالبلاد الانكلوسكسونية بدلا من طبعها بطابع العقود الادارية. وبالعودة الى اصل النشأة فان القانون الانكلوسكسوني الذي نشأت عقود البوت في بيئته لا يقر بوجود عقود ادارية تتميز عن العقود العادية على عكس ما هو سائد في القانون الفرنسي واللبناني المعتنقين للقضاء المزدوج الاداري والعادي وعليه لا يمكن إطلاق وصف العقود الادارية على عقود البوت لأن العقود الادارية لا وجود لها في هذا النظام أي النظام الإنكلوسكسوني . يذكر ان القانون البريطاني لا يعرف أي نظام خاص يعطي للعقود التي تجريها السلطة العامة خصوصية . ولا يخضعها المشرع الا للقواعد العامة التي تطبق على كل العقود [٢٠١] . ولا يفوتنا ان نذكر ان صياغة العقود بصورة دقيقة تلعب دورا مهما في نقل افكار المفاوضين واهدافهم وسببها في البنود التي يحتويها العقد فاذا ما صيغت عقود البوت وفقا للأصول والقواعد القانونية واستخدمت فيها المصطلحات القانونية بما يعبر عن ارادة المتعاقدين بوضوح وشفافية فان ذلك سيجنب الطرفين الخلاف ولربما اللجوء الى القضاء واجراءاته وكلفته المادية والمعنوية . وهذا الدور يلعبه من يقوم بصياغة العقود وهم في الغالب متخصصون بفن الصياغة القانونية وتتوفر لديهم خلفية معلوماتية في علم القانون حتى يكون أداؤهم دقيقا في اختيار المفردات المعبرة عن مطالب المتعاقدين [٢٠٢] .

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

الفرع الأول : في وجود التراضي

ينصرف مفهوم الرضا الى ما تختاره الارادة وتتعلق به وتحركه . وتبعا لذلك فالعقد يفترض وجود طرفين قررا التعاقد بخصوص موضوع معين أي ان الرضا الحاصل هو رضا الطرفين لا احدهما [٢٠٣] . ويعني القول ان الطرفين قد اصدر رضاهما ان ارادتيهما تطابقتا على الاتجاه لإحداث أثر قانوني [٢٠٤] .

تنص المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي بأن (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه) [٢٠٦] وهذا يعني ان ما ينتج عن توافق الإرادتين هوانشاء علاقة قانونية تلزم طرفيها باي أثر ينتج عنها [٢٠٧] تنص المادة (٨٩) من القانون المدني المصري على ان (يتم العقد بمجرد ان يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين . مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من اوضاع معينة لإنعقاد العقد) [٢٠٨] . ان التراضي غالبا ما يحصل مباشرة بين طرفي العقد في العقود البسيطة اما في العقود الدولية فان إبرامها يتم عبر مراحل من المفاوضات . كما قد تتضمن خلال هذه المراحل عقودا تمهيدية او مؤقتة او جزئية . بالاضافة الى العقود التكميلية المساعدة . وقد يكون التراضي بسيطا وقد يتم على شكل معين أو أن يقترن بوصف حسب ظرف المتعاقدين . ان الخضوع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعني ان العقد سينفذ كما هو بدون استثناءات ما دام قد نشأ صحيحا ملزما وضمن الدائرة التي يجيزها القانون . أي لا يتقاطع مع النظام العام والاداب [٢٠٩] .ويخضع جميع المسائل الخاصة بالعقد لقانون العقد ومنها قبول الأطراف له ووجوده وعيوبه [٢١٠] ويلتقي العقد الاداري مع العقد المدني من حيث أن التزاماتهما تنشأ بتوافق الارادتين [٢١١] . ان الاتجاه السائد في الفقه يذهب الى القول بان عقود البوت عندما تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فذلك يعني ان أي تعديل يطرأ على العقد لا بد وأن يأتي بموافقة أطرافه . ويستدل الفقه بالقوانين الاربعة التي اصدرها المشرع المصري والتي اجازت الالتزام دون التقيد باحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ والخاص بالالتزامات المرافق العامة لان ما يحكم العقد هي الشروط التعاقدية فقط . [٢١٢] وهذه الاتفاقات بما احتوته من شروط تخضع

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

الفرع الثاني: صحة التراضي في عقود البوت

الفقرة الأولى: في التعبير عن الإرادة

لكي يكون العقد صحيحاً لا بد وان تكون ارادة الطرفين صحيحتين غير مشوبتين بعيب [٥١٩] ويتحقق ذلك عندما يقوم الطرفان بالتعبير عن إرادتيهما بصورة مباشرة و بحرية تامة وان يتوافقا على مضمون العقد او ان ينوب عنهما ناببان مخولان بالتعبير عن الإرادتين الاصليين صراحة وهذا هو الاصل . وتضمنا وذلك هو الإستثناء . ويشكل رضا طرفي العقد واهليتهما شرطين اساسيين من شروط إنعقاد العقد [٥٢٠] ويستوي في عقود البوت . كما هي بقية العقود ان تبرم الدولة او احدى المؤسسات التابعة لها مع أحد أشخاص القانون الخاص عقداً من عقود البوت . ويمكن ان تبرم العقد بطريق الوكالة حيث يضاف اثر العقد اليها لا الى الوكيل ويخضع امر تنظيم ذلك الى نص المادة (١٩٤٣ من القانون المدني العراقي [٥٢١] . يشار في هذا الصدد الى امكانية إبطال العقد اذا ما تحقق قيام احد اطراف العقد لا سيما من جانب شركة المشروع بتقديم رشوة الى ممثل احد الاطراف المتعاقدة للحصول على موافقته في ابرام العقد او القبول بشروط معينة تحقق مصلحة الراشي . خصوصاً وان الغالب في عقود البوت والعقود الدولية عموماً أن لا يجري التعاقد بين الاطراف عن طريق الرؤساء انما عبر خبراء متخصصين ينوبون عنهم في ابرام العقود وبالنظر لدور هؤلاء المهم في توقيع العقد الذي تبلغ قيمته المليارين فان المتعاقد الآخر قد يعمد الى رشوة الممثلين لشراء ذممهم والتي قد تأخذ أشكالاً متعددة من أهمها العمولة . وهذا الامر يمكن ان يتحقق ليس في مجال اقامة المشاريع . بل خلال تعيير الدولة او المنظمة الدولية عن موافقتها ورضاها بمعاهدة فيتم التأثير على ممثليها بشتى الطرق فيأتي رضاها مشوباً بالإفساد المباشر او غير المباشر لممثليها بواسطة دولة او منظمة متفاوضة اخرى لذلك جاء نص المادة (١٥٠ من اتفاقية فينة لعام

١٩٨١ الذي منح الدولة او المنظمة التي جرى الفساد رضاها حق إبطال هذا الرضا بالإلتزام بالمعاهدة وهذا يعني ان الأثر الذي ترتبه هذه المادة هو ابطال المعاهدة لمصلحة الدولة او المنظمة التي شاب رضاها إفساد . ويمكن ان ينسحب الحكم ذاته اذا ما ادت رشوة المفاوض الى ابرام عقد او القبول بشروط تضر بمصلحة الدولة او المنظمة استنادا الى القاعدتين المدنيتين المعروفتين . الاولى التي تقول بان الغش يبطل التصرفات . حيث يعد التواطؤ بين الراشي والمرتشي من قبيل الغش . واما القاعدة الثانية فتقوم على اساس ان التدليس اذا ما حصل لإفساد الرضا وان الطرف المستفيد كان على علم ودراية بواقعة الكذب والتضليل فانه يترك أثره على العقد فيبطله على هذا الاساس [٣١] .وفي الغالب لا يجري الحديث عن تأثر الأهلية بالسن عند بحث موضوع الأهلية في عقود البوت لعدم إمكانية تصور حصول ذلك من الناحية الواقعية في مثل هذه العقود لأنها لا تتطلب مجرد أهلية وجوب وأهلية أداء انما توفر خبرة كافية لإبرام مثل هذه العقود كما تتطلب في الغالب تدخل متخصصين في جوانب متعددة من جوانب تنفيذ المشروع محل العقد وكذلك خلال مرحلة التفاوض السابقة على التعاقد .

الفقرة الثانية : عوارض الأهلية وعيوب الإرادة

لا يجري في العادة بحث موضوع عوارض الاهلية في عقود البوت أيضا للأسباب اعلاه بالنسبة لطرفي عقد البوت لانهما لا يعتمدان على شخص واحد في ابرام العقد . انما على مجموعة عمل ومتخصصين كما تحتاج هذه العقود الى موافقات من جهات اعلى سواء كانت في الدولة كأن تكون الوزارة او مجلس الوزراء او السلطة التشريعية وكذلك بالنسبة الى المستثمر إذ يحتاج الى موافقة بقية الشركاء او مجلس الادارة . وبخصوص عيوب الارادة فمن الممكن توقع وجودها لاسيما بعد تثبيت المبدأ الذي يقتضي بضرورة مراعاة مبدأ الشفافية في التعاملات الاقتصادية والذي أضحى مبدءا دوليا ملزما للحكومات مصدره الاتفاقيات المنشئة لمنظمة التجارة الدولية والذي أصبح مطلوبا تواجده عند ابرام عقود البوت [٣٢] والعيوب التي يمكن الحديث عنها في عقود البوت هي الغلط والتغرير والإكراه [٣٣] . وقد أستبعدت حالة الإستغلال من هذه العيوب لصعوبة تصور وجود مثل هذه الحالة في عقود متكافئة ومعروفة وتعتمد الخبرة اساسا لانعقادها حتى ان الطرف الذي يمكن ان يستغل . وتعتمد الادارة هي من يشترط وجود الخبرة لدى الطرف الأخر (شركة المشروع) وكثيرا ما تعد الخبرة شرطا للدخول في المزايدات او المناقصات بشكل عام وعقود البوت بشكل خاص لما لها من أهمية في تنفيذ المشاريع الكبرى موضوع هذه العقود .

١ ـ الغلط : لقد تناول المشرع العراقي موضوع الغلط في المادة (١١٧ من القانون المدني معتبرا العقد بمنجوله يتأرجح من البطلان الى عدم النفاذ تنص المادة ١١٧ / ١ على أنه (اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه . وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده إلا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد) [٣٤] . وعليه فلكي يكون الغلط عيبا من عيوب الرضا لا بد من توفر شرطين أحدهما ان يكون جوهريا والأخر ان يكون مشتركا [٣٥] . ويستكمل المشرع العراقي ما يخص الغلط في نصوص المواد ١١٨ و ١١٩ و ١٢٠ من القانون المدني مفرقا بين الحالات التي يحصل فيها الغلط مبتدأ بمحل العقد ومن ثم في صفة الشيء أوفي ذات المتعاقد[٣٦] . ومهما يكن من امر عدم قبول الفقه الإداري مسؤولية الإدارة للقواعد المدنية من خلال خلق مجلس الدولة الفرنسي فكرة الخطأ المرفقي كوسيلة للوصول الى المسؤولية المباشرة للشخص المعنوي العام من جهة وتاكيد الصفة المستقلة للمسؤولية من جهة اخرى ومن ثم إستبعاد فكرة الخطأ الا ان الواقع تغير حتى ان مجلس الدولة أخذ يقتضي في تعويض لا يقتضي به القضاء العادي [٣٨] .

٢ . التغرير : اما التغرير الذي يقصد به ايهام الشخص بما يرغبه في التعاقد فإنه يأتي على نوعين هما التغرير الفعلي بإظهار المتعاقد المقصود عليه على غير حقيقته الامر الذي يوقع المتعاقد الاخر تحت هذا التأثير الذي يسبغ على السلعة مظهرا غير حقيقي والتغرير القولي الذي يتمثل بالقول . أي بالكذب المكون للتدليس عن طريق اعطاء بيانات غير صحيحة في عقود تقوم اساساً على صحة هذه البيانات [٥٢٩] اذاً فالتغرير او التدليس هو عبارة عن حيلة او خدعة توهم الشخص فتحمله على التعاقد [٥٣٠] . لقد جاءت معالجة المشرع العراقي لموضوع التغرير بخصوصية تتعلق باشتراط اقتران التغرير بالغبن ليكون عيبا من عيوب الرضا [٥٣١] والارادة كما اشترط ان يكون المتعاقد الاخر يعلم بالتغرير اوان العلم بذلك كان عليه يسيراً في حالة ما اذا كان التغرير قد وقع من غير عبر المتعاقدين . وقد اقتفى المشرع العراقي في ذلك مسار الفقه الاسلامي [٥٣٢] متناولا موضوع التغرير مع الغبن في القانون المدني في المواد ١٢٩- ١٣٤ [٥٣٣] .

٣ ـ الإكراه : وبخصوص الاكراه الذي عرفه المشرع العراقي في المادة ١١٢ / ١ من القانون المدني على انه (اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه) فانه يأتي على نوعين في القانون المدني العراقي . اذ جاء في الفقرة الثانية من المادة ١١٢ (يكون الإكراه ملجئا اذا كان تهديدا بخطر جسيم محدق كإتلاف نفس او عضو او ضرب مبرح أو إيذاء شديد او إتلاف خطير في المال) . ويستكمل المشرع النص بالحديث عن الإكراه غير الملجيء الذي يتحقق (اذا كان تهديدا بما هو دون ذلك كالحبس والضرب على حسب أحوال الناس) معتبرا (التهديد بايقاع ضرر بالوالدين او الزوج او ذي رحم محرم والتهديد بخطر يخدش الشرف إكراها ويكون ملجئا او غير ملجيء بحسب الاحوال) . وبذلك يكون المشرع العراقي قد اخذ بالتقسيم الثنائي للإكراه متبعا في ذلك الفقه الحنفي [٥٣٤] إلا انه جعل أثر نوعي الإكراه واحدا. ويؤكد المشرع العراقي في المادة ١١٤ من القانون المدني على أن الإكراه (يختلف باختلاف احوال الأشخاص وسنهم وصحتهم ومناصبهم الاجتماعية ودرجة تأثرهم وتأثيرهم من الحبس والضرب كثرة وقلة وشدة وضعفا) . لقد اعتبر العقد الذي يتعرض احد أطرافه لأحد نوعي الإكراه وفقاً للقانون العراقي موقوفا إلا ان ذلك لا يمنع من إمكانية ان ينعدم الإرادة اذا انتزع موقف احد الإطراف عنوة كما لو أخذت يد المكره واجبر على التوقيع على التزام ما . ولتكون الإرادة معدومة هنا يعد العمل القانوني باطلاً بطلاناً مطلقاً . وهي حالة قليلة الحصول [٥٣٥] . ان النصوص ذات الصلة بعيوب الرضا ترد عادة في القوانين الخاصة سواء كانت في القوانين المدنية او التجارية او الخاصة . وهي نصوص تجد أصلها في القوانين المدنية . اذ حتى عند الحديث عن عيوب الرضا في الفقه التجاري يجري العودة في الغالب الى النصوص المدنية او الحديث عنها مع الإشارة الى دور الفقه في إثرائها ومن ثم أصبحت جزءا من نصوص القوانين المدنية [٥٣٦] .

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

المشرعين فانه يكاد يكون مستحيلا حصوله في عقد تكون الادارة طرفا فيه ، وفي ذات الوقت يخضع لقواعد حاسمة ومغاض والادانه عبر مراحل طويلة ومعقدة . واميا يتعلق بعيب الاكراه فان مفسره القانون المدني ايضا ولا وجود لنصوص في قوانين اخرى تحصر هذا الجانب ومع صعوبة إمكانية الدفع بعيب الاكراه إلا إننا اذا ما تصورنا حصوله فانه ينطبق على الطرفين لان القسر خاطبهم كأطراف في العقد دون ان يفرق بين مركز طرف وآخر [٣٧] .

٤ ـ الميزة المبالغ فيها: تقترب فكرة الميزة المبالغ فيها من فكرة الغبن من حيث ان حصول طرف على الميزة سيقابله إلحاق ضرر بنصيب الطرف الآخر وبطريقة غير شريفة عن طريق استغلال حاجته او عوزه الاقتصادي او وجود متطلبات ملحة او حصول امر غير متوقع او نتيجة للجهل وانعدام الخبرة او قلتها او عدم القدرة على التفاوض الامر الذي سيؤدي الى حصول ظلم فاحش بحيث يقترب ما يقرض من طرف على آخر من الشروط التعسفية لما تحمله هذه الميزة من مغالاة وعدم تعادل واضح بين طرفي العقد . ويمكن تلمس عدم عدالة او اجحاف او مساوئ غير مقبولة في العقد عند الاطلاع على بنوده بصورة واضحة [٣٨] ويعتقد ان من يتمتع بمثل هذه الميزة هي الإدارة وهذا امر طبيعي . لما تمتلكه من سلطة عامة وفرصة فرض شروطها ، خصوصا عندما تكون هناك منافسة بين شركات المشروع . كما يمكن أن تكون شركة المشروع هي من يتمتع بمثل هذه الميزة لما تمتلكه من رأس مال وقدرات فنية وتقنية عالية لما تكون الدول وخصوصا النامية منها في أمس الحاجة إليها [٣٩] .

٥ ـ إفساد ممثل أحد الأطراف : إن غالبية الإرادات يتم في الغالب بين طرفي العقد عن طريق ممثليهم فالادارة يمثلها شخص الرئيس او ممثلها القانوني فردا او هيئة . وكذلك فان شركة المشروع هي شخص معنوي لا بد ان يكون لها ممثل قانوني كأن يكون رئيس مجلس الادارة او المدير المفوض او من يمثلهم وإرادة الممثل هي المعول عليها عند إبرام العقد الا اذا كان ينفذ تعليمات الموكل بشكل كامل [٤٠] . حيث ان عقود البوت هي عقود ذات قيمة عالية قد تصل الى مليارات الدولارات ولذلك فان دور الوكلاء اخبراء مهما في ابرام هذه العقود و قد يلجأ احد اطراف العقد الى افساد ممثلي الطرف الآخر وشراء ذممهم عن طريق الرشوة التي تأخذ صور متعددة لعل ابرزها العمولة وهذا الامر ليس ببعيد خلال بحث المسائل التي تنتج عبر عمليات التفاوض وبتضمنها المعاهدات الامر الذي دفع أطراف إتفاقية فينا لعام ١٩٨٦ الى تضمين المادة ٥٠ من الإتفاقية نصا يجوز للدولة او المنظمة ان تستند الى الإفساد المباشر او غير المباشر لممثل الدول لإبطال رضاها . وهذا ما يمكن ان يحصل في العقود الدولية . ويستند حق الطعن بتصرف الممثل الى سببين :

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

الثاني ، التدليس كعيب من عيوب الرضا لان العقد أبرم تحت تأثير كذب الممثل القانوني . ولا يمكن الحديث عن تقصير الطرف الآخر لانه على علم مسبق بواقعة الكذب والخداع [٤١] ، لاسيما وان الحديث يجري عن خصوصية التعبير عن إرادة الإدارة والتي تتطلب وفقا لذلك التوفيق بين العنصر الإرادي وعنصر السلطة العامة التي تكون الادارة خلال فترة التعبيرهذه محكومة بقاعدة التوجيهية في اطار المصلحة العامة وبذلك فان لتعبير الادارة عن ارادتها قيمة موضوعية [٤٢] .

الفرع الثالث: أوصاف التراضي في عقود البوت

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

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

اولاً : الوعد بالتفضيل : وهو اتفاق بين طرفين يلتزم احدهما او كليهما بأن يفضل الآخر على غيره من الراغبين في التعاقد اذا ما قرر الدخول في علاقة تعاقدية محددة ويعد ذلك اتفاقا كاملا يتضمن ايجابا من الواعد وقبولا من الموعود له للتمهيد للعقد المراد إبرامه . فلو كانت هناك صفقة او انجاز مشروع معين فعلى الواعد ان يعرض على الآخر تزويده بها او انجاز المشروع . وقد يكون محل الاتفاق تفضيل احدهما الآخر اذا ما اراد مستقبلاً التفاوض بخصوص عقد معين. وقد يأخذ الوعد بالتفضيل صيغة عقد التفضيل او ان يكون شرطا يسمى شرط التفضيل ، وهو شرط يأخذ أهمية خاصة في عقود التجارة الدولية كعقد التوريد والامتياز التجاري ليكون هذا الشرط وسيلة لإعادة التوازن العقدي وتمكين مركز الطرفين بخصوص المنافسة على عقد معين [٢٤٣] . والشرط التفضيل ثلاثة صور هي شرط العرض المنافس والذي يوجب على الملتزم به منح الطرف الآخر حق الاطلاع على ما يعرض على الاول من عرض ودعوته لقبوله او رفضه ليتحلل من التزامه بالتفضيل . والصورة الاخرى هي شرط العميل الأولى بالرعاية . ومضمونه ان يتمتع من كان الشرط لمصلحته بنفس الامتيازات التي سيحصل عليها الغير مستقبلا في عقد مماثل اما شرط الرفض الاول فيعني التزام الملتزم بالشرط بعرض الامر على الطرف الاول لقبوله او رفضه . اي ان العقد لا يبرم الا في حالة رفضه من الطرف الاخر ليكون للملتزم بالشرط حق التعاقد مع الغير بعد ذلك [٢٤٤] . ومن الممكن تصور حصول وعد بالتفضيل في عقود البوت عندما يراد تنفيذ مشروع من المشاريع التي يدخل فيها القطاع الخاص شريكا لتمويل وتنفيذ المشروع . اذ قد تتفق شركة المشروع مع الجهات الادارية على ان تفضل الاولى على غيرها عند عرض الجهات الادارية لمشروع معين للتنفيذ لما لشركة المشروع من خبرة في مجال تنفيذ مثل المشروع المطروح كأن يكون انشاء مطار او جسر صحي . كما يمكن ان يكون التفضيل لجهة الادارة عندما يفضل على سبيل المثال اتفاق بينهما وبين شركة مصنعة للطائرات مثل شركة (بوينج) بان يكون أي انتاج لطائراتها من نوع معين للدولة الموعود لها بذلك . ان الوعد بالتفضيل يبقى اتفاقا يقع ضمن دائرة التعاقد وحق الاطراف في تحديد بنود العقد ومن ثم رسم حدود التزامات وحقوق الطرفين . وهو عقد صحيح أيا كانت تسميته . يخضع للضوابط التي يضعها المشرع ومنها عدم مخالفته لمبادئ النظام العام والاداب شأنه شأن أي عقد آخر . فاذا توفرت خصوص قانونية خاصة بمثل هذا الاتفاق فانها تطبق عليه حتماً . بخصوصيتها ، لتكون جزءا من القواعد الكلية التي تحكم العقد بما فيها القواعد العامة وجميع هذه القواعد تخضع للأحكام الواردة في القانون المدني . وإذا لم تتوفر مثل هذه القواعد الخاصة فيجري عندئذ الرجوع الى قواعد النظرية العامة الالتزامات في القانون المدني ايضا .

ثانياً : الوعد بالتعاقد : الوعد هو اتفاق بين طرفين يعد احدهما الآخر بإبرام عقد معين خلال فترة محددة . وبموجب ذلك قد يقبل الموعود له بهذا الوعد ليقرر فيما بعد ابرام العقد من عدمه ويكون هذا الوعد ملزماً لجانب واحد هو الواعد . كما يمكن ان يكون الوعد ملزما لجانبين عندما يتفق الطرفان على ابرام العقد النهائي خلال فترة محددة [٢٤٥] .ويعتبر الوعد بالتعاقد مرحلة تمهيدية تسبق العقد النهائي الذي يتحقق بالمحصلة اقتران القبول بالايجاب . وعادة ما يحصل هذا الوعد في الحياة العملية عندما يكون الشخص غير قادر على ابرام العقد حالاً فيلجأ به الى المستقبل بصورة مضمونة [٢٤٦] .وقد يبدو تحقق الوعد بالتعاقد سهلا مع ظرف اسمه الادارة . الا ان ذلك يمكن ان يحصل لا سيما وان احكام الوعد بالتعاقد تحض مرحلة تمهد لعقد نستطيع الاطراف بناء محتواه استنادا لمساهمتها بما فيها الادارة وهذه الاحكام هي ذاتها الاحكام الخاصة

بالوعد بالتعاقد سواء اكان منها ملزماً لجانب واحد او ملزماً لجانبين . وقد أشارت الى ذلك المادة (١٩٦) من القانون المدني العراقي عندما نصت على أن (١ - الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين او احدهما بابرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحا إلا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التي يجب ان يبرم فيها ٢- فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته ايضا في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد [٥٤٩]) وتستكمل المادة (١٩٣ من القانون المدني العراقي ما يتضمن الوعد بالتعاقد ببيان أحكامه .

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

الفرع الأول : المحل

ان الشيء الذي يلتزم به المدين هو الذي يكون محل الالتزام . وهذا ما يراه الفقه المدني [٥٥٠] حيث يعد المحل جوابا لسؤال لماذا التزام المدين وهو الأداء الذي يجب ان يقوم به المدين لصالح الدائن ومضمونه القيام بعمل او الامتناع عن عمل او اعطاء شيء . واكثر الشراح يرون بان العقد ليس له محل بالمعنى الدقيق فالمهم هو محل الالتزامات التي تنتج عن العقد [٥٥١] . ان البحث عن محل العقد يقودنا الى البحث عن مجال التعاقد في نطاق نظرية العقود المدنية التي تستلزم ان تنصب ارادات اطراف العقد على مواضيع موجودة ومعينة وغير مخالفة للنظام العام . لقد تناول المشرع العراقي ركن المحل في المواد ١٢٦ -١٣٠ [٥٥٢] من القانون المدني مستقلاً من البحث في وجود المحل واستحالة وجوده وحكم ذلك واجازة وجوده مستقبلاً بعد ان يكون معدوما عند ابرام العقد ، وفيما اذا كان غير مشروع قانونا ولا مخالفا للنظام العام أوللآداب وحكم ذلك . ولم يحصر المشرع العراقي ما يعد مخالفا للنظام العام ، اما أورد في الفقرة الثانية من المادة ١٣٠ من القانون المدني أمثلة لما يخالف النظام العام [٥٥٣] . ان المجالات التعاقدية في القانون المدني تلتقي مع نظيرتها في القانون الاداري في خطوطها العريضة . رغم ان حديثا في الفقه يجري حول اشتراط التمسك بوجوب ان تنصب ارادات اطراف العقد الاداري على مواضيع موجودة ومعينة وغير مخالفة للنظام العام والآداب بالاضافة الى اختلاف نظريتي المجالات التعاقدية في نطاقي القانون المدني والقانون الاداري [٥٥٤] .ويؤكد الفقه على ان فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية . وتختلف من زمان لآخر ومن مكان لغيره . وترتبط هذه الفكرة بطبيعة المصلحة التي تحميها النصوص النافذة والمستمدة من مبادىء النظام العام أصلا او التي لا زالت نافذة بمضمونها من هذه المبادئ رغم عدم صياغتها في نص قانوني [٥٥٥] . ويقترض مفهوم النظام العام ان لا يكون العمل القانوني مخالفا له . لا في ذاته ولا من حيث الغرض الذي يسعى اليه . وهذا الامر ينطبق على جميع الاتفاقات ومنها الاتفاقات الخاصة وهو ما تضمنته المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي [٥٥٦] . ومع ان مظهر النظام العام يختلف في القانون المدني عنه في القانون الإداري على اعتبار ان تحديد الحالات التي لا يمكن أن تتحرك فيها ارادات الاطراف في القانون الاداري تختلف عن تلك التي في القانون المدني إلا أن أسس النظام العام في كلا القانونين تبقى واحدة . هذا اذا ما تجاوزنا اعتبار عقود البوت عقوداً مدنية أو إدارية . ولا يقتصر وجود النظام العام على القانون العام . بل تضمنته قواعد القانون الخاص ايضا رغم محاولة بعض الفقهاء القول بإقتصار هذا الوجود على القانون العام . فقد رأينا ما احتواه القانون المدني ، وكذلك القانون العام . على الكثير من القواعد التي تعتبر من النظام العام كالقواعد الدستورية لا سيما ما يتعلق منها بالحريات العامة بالإضافة للنظم المالية والإدارية والنظام القضائي والقوانين الجنائية [٥٥٧] . ولا يقتصر حضور مفهوم النظام العام على النصوص التشريعية المعروفة انما تضمنته نصوصا حاسمة بعض القضايا ومنها ما يتعلق بالمشاريع إذ لم يقتصر توجه المشرع على حظر بعض المشاريع وفقا للاغراض المألوفة للنظام العام والمتمثلة

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

الفـــرع الثـــاني : الســـبـــب

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الأول : إلتزامات وحقوق الجهة الإدارية

الفقرة الأولى : التزامات الجهة الإدارية : (٢٦٣)

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

الالتزام الأول : لتنفيذ العقد بحسن نية

يعد مبدأ حسن النية متكملا لمبدأ العدالة اذ يأتي مرادفا لمعايير الامانة والصراحة والصدق ومتعارضا في ذات الوقت مع سوء النية والغش والخداع . ويبرز دور ذلك في التصرفات القانونية وابرزها العقد . إذ يحتل مكانة كبيرة في النظرية العامة للرضا . فالتشريعات الحديثة تفرض التزاما مزايا بتوفير معلومات كافية للمتعاملين معها وتمنح للعقد مصداقية اكثر . وغالبا ما يلجأ القضاء الى القاعدة الاخلاقية في القانون الوضعي الى جانب المشرع (٢٦٤) فعدم تقديم المعلومات الكافية من أي من اطراف العقد ومنها ما يتعلق بالمعلومات الواردة في الايجاب او الدعوة الى التعاقد والمسؤلية التي تقوم هنا ليست عقدية فقط وانما مسؤولية تقصيرية تقوم على اساس الاخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن مسلك الرجل العادي عند تعامله مع الغير (٢٦٥) اذ ان هذا المبدأ يجعل من تنفيذ المتعاقد للالتزامات العقدية واجبا قانونيا مشاركا اعتبارات العدالة في هذا الأمر (٢٦٦) . ومبدأ حسن النية حسبما تبين لنا يعد في الاساس موضوعا من المواضيع النظرية العامة للرضا . كما ان الاحكام المتعلقة به تشكل جزءا من المسؤولية المدنية . سواء كانت عقدية ام تقصيرية مشيرين في ذات الوقت الى امكانيه خضوع من يخرق هذا المبدأ لقواعد القانون الجنائي (٢٦٧) . وقد اشار المشرع العراقي الى مبدأ حسن النية في المادة (-١٥) من القانون المدني (٢٦٨) وبقوله (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) وهو مبدأ يرتبط بما تقرره الشريعة الإسلامية بتأكيدها اما الاعمال بالنيات وله صلة ايضا بفكرة التعاون بين المتعاقدين (٢٦٩) . ومن الالتزامات التي تفرض على الإدارة في هذا الإطار إعطاء الإذن للمتعاقد يتقاضى المقابل المالي واحترامها لإلتزاماتها التعاقدية بما فيها تسليم مواقع العمل ومعاونة المتعاقد في الحصول على التصاريح والتراخيص المطلوبة وتوصيل الخدمات لموقع المشروع لإنجاز العمل من مياه وكهرباء وهاتف . (٢٧٠)

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

يتعلق هذا الالتزام بمبدأ ثابت في الدراسات القانونية وهو مبدأ عدم رجعية القانون . أي عدم سريان حكم القاعدة القانونية على الوقائع والتصرفات والمراكز التي تمت قبل نفاذها . ويستند هذا المبدأ الى حجج المنطق والعدل والمصلحة (٢٧١) .وبالنظر لأهمية هذا المبدأ بما يحققه من انعكاسات على حقوق وحريات الناس فقد اشارت اليه معظم الدساتير في مختلف الدول ومنها الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ حيث نصت الفقرة التاسعة من المادة ١٩ منه بالقول (ليس للقوانين أثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الإستثناء قوانين الضرائب والرسوم). كما أشارت الفقرة العاشرة من ذات المادة من الدستور لما يتعلق بالقانون الجزائي بإشتراط ان يكون

ذلك أصلح للمتهم . والمقصود بشرط الثبات التشريعي هو ما يمنع الدولة من تغيير أي وضع قانوني يحقق لها المصلحة . وفيما يخص العقد فإن هذا التغيير قد يؤدي الى الإخلال بمبدأ المساواة بين اطراف العقد مما يعني تجميد بنود العقد خلال مراحل تنفيذه الامر الذي يحقق إطمئنان الشركة المتعاقدة وقد لايكون مرغوبا به من الطرف المتعاقد الاخر إلا أن قبوله به سيجعله ملزما لجميع أطراف العقد . وقد أخذ هذا المبدأ طريقه الى التطبيق وتضمين معظم العقود الدولية محتواه وكذلك عقود البوت حماية للطرف المتعاقد الذي غالبا ما يكون اجنبيا .ان مصدر شرط الثبات التشريعي هو الارادة الخاصة لطرفي العقد فهي التي صنعته لكي تجني الامتيازات والضمانات والإعفاءات والحوافز التي يتمتع بها المتعاقد لحين إنتهاء المدة المحددة في العقد وفقا لبنوده ونصوص التشريعات النافذة وقت إبرامه [٢٠١] . ويختلف مبدأ الثبات التشريعي عن سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة . فبهذه السلطة وإن التقت مع مبدأ الثبات التشريعي من حيث مساسها بحقوق المتعاقد إلا أنها تختلف من حيث ورودها في نصوص العقد و قبولها من المتعاقدين . ان ورود هذا المبدأ في الدساتير لا يعني أنه نص يخص القواعد الدستورية وبالتالي يخضع للقانون العام. فمسألة سموه من أعلى سلطة لا يلغي كونه مبدءا ثابتا من المبادئ التي تواردها قواعد القانونين العام والخاص مع تميز كل قانون بإيراده المبدأ في نطاقه الخاص . كما إن الدراسات الفقهية غالبا ما تتناوله ضمن موضوع العقد وكيفية تنفيذه .

الفقرة الثانية : حقوق الجهة الإدارية

تتمتع الادارة بحقين أساسيين غالبا ما تتضمنهما عقود البوت وهذين الحقين حددا حقها في الرقابة وايضا ما لها من حق في تعديل العقد وتوقيع الجزاءات .

الحق الأول : الحق في الرقابة

تتمتع الادارة بحق الرقابة على المرفق العام موضوع العقد سواء كان في وقت انشائه وأثناء إنتظام عمله وتقديمه الخدمات الى المنتفعين . وتشمل الرقابة الجوانب الفنية والادارية والمالية . وهو امر تضمنته بعض القوانين الخاصة بالتزامات المرافق العامة كالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الصادر في مصر والذي يشير الى ضرورة تعيين الإدارة مندوبين من قبلها للقيام بالرقابة أو إسناد هذه المهمة للجهاز المركزي للمحاسبات [٢٠٢] . والادارة تتمتع أصلاً بحق الرقابة على المرفق العام إستنادا الى عنصر السلطة العامة التي تتمتع به الإدارة والتي تعد هذه السلطة ركنا أساسيا للمرفق العام . وتأتي الرقابة المقررة للإدارة بمقتضى سلطات الضبط الإداري التي تمتلكها والتي تمتد لتشمل حتى المشروعات الخاصة فللسلطة العامة سلطة بالإدارة الكاملة النهائية في إنشاء المرفق العام وإدارته كأصل عام [٢٠٣] . وتمارس الادارة الرقابة في صورتين . احداهما تأخذ صورة أعمال مادية كدخول اماكن إستغلال المرفق ومخازنه وورشه ومنشاته . وكذلك استلام بعض الوثائق الخاصة به من المتعاقد للاطلاع عليها وفحصها واجراء التحريات بخصوصها . بالاضافة الى تلقي الشكاوى المقدمة من المنتفعين ومعالجتها . اما الصورة الاخرى للرقابة فتأتي على شكل أعمال قانونية كالتعليمات والاوامر التي تصدرها الادارة والإنذارات التي توجهها الى المتعاقد حال تنفيذ العقد . اذ تعد حقا مقررا للادارة وان لم يتضمنها العقد [٢٠٤] . وهي ايضاً التزام عليها لتعلقها بحقوق المنتفعين من المشروع المنفذ [٢٠٥] . ان الحق بالرقابة وان يبدوا للكثيرين مظهرا من مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة إلا أن ذلك وفي ظل عقود البوت لا يأتي الا لان العقد قد تضمنه وان المتعاقد الاخر قد فهمه وإستوعبه إستنادا للمعلومات المتوفرة لديه من معلومات عامة لا سيما ما يتعلق منها بعمل الادارة والقوانين والنظم والتعليمات التي تنفذها حتى بالنسبة للمتعاقد الأجنبي . حيث لا يدخل طرفاً في عقد مثل عقد البوت ذات القيمة الاقتصادية والفنية المرتفعة إلا وكان قد اطلع على تفاصيل العمل والتشريعات النافذة وغالبا ما يستند على مشورة الخبراء

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

الحق الثاني : الحق في تعديل العقد وتوقيع الجزاءات

ان طبيعة عقود البوت الخاصة تؤدي الى ان تمنح الادارة حقوقا من بينها الحق في تعديل العقد والحق في توقيع الجزاءات . والمشروعات المنفذة وفقا لعقود البوت تقوم على اساس إشباع الحاجات العامة وترتبط بمسألة سيادة الدولة في الغالب كالمطارات والموانئ بالاضافة الى استمرارها لمدة طويلة قد يحصل فيها تغيير في الاسعار ولذلك فان تدخل الادارة لتعديل العقد امر متوقع . إلا أنه ليس مطلقا بالخصوصية هذه العقود كما ان تعديل العقد . كما يرى الفقه لا يتم إلا بموافقة الطرفين . أما تفريق البعض بين الشروط اللائحية والتي يجيز بخصوصها التعديل دون الشروط العقدية فإنه لايتفق وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي يقوم عليها عقد البوت . ولذلك نرى المشرع المصري يجيز منح إلتزام المرافق العامة وفقا لعقود البوت في القوانين اللاحقة لصدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ دون التقيد بأحكام القانون الأخير أي قانون عام ١٩٤٧ . إن الحق في التعديل لابد وأن تتضمنه بنود العقد وبعكسه فإن الادارة تستطيع عند حصول ظروف توجب ذلك أن تلجأ الى القضاء وطلب التعديل والقضاء هو الذي يقرر فيما إذا كانت هناك حاجة له من عدمها . وعند الإستجابة للطلب يجب أن يقرر إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد الأخر بما يتناسب والضرر الذي يلحق به نتيجة التعديل ان كان له مقتضى .وخصوصا توقيع الجزاءات فانها مسألة تبدو مطلوبة لضمان حسن سير المرافق العام واستمرار تقديم خدماته بانتظام وان ذلك لا يتم إلا من خلال وفاء شركة المشروع بالتزاماتها التعاقدية وفقا للمواصفات المتفق عليها وعليه فان عدم وفائها بالتزاماتها وفقا للمعايير المتفق عليها سيجعل من وجود جزاءات تفرضها الادارة امرا مطلوبا ومن هذه الجزاءات الغرامات المالية والوضع تحت الحراسة ومصادرة التأمين والإنهاء المبتسر للعقد الذي يجب ان يرافقه تعويض . إلا ان الادارة ليس لها توقيع جزاء غير مشروط عليه في العقد . [٢٢٤] وحتى القول ان حقوق الادارة في تعديل العقد لا تستمدها من نصوص العقد فقط انما تجد أساسه في طبيعة المرفق العام ومتطلباته وان الادارة لا تستطيع التنازل عن هذا الحق لإرتباطه بالنظام العام [٢٢٥] . ولكن ذلك لا يعني . كما اسلفنا بانه حق مطلق . فالتعديل الإنفرادي خلال تنفيذ العقد اتفق عليه المتعاقدان وذكر ولو ضمناً في العقد . وعليه فإن وجد فهو كاشف وليس منشيء لأن نية المتعاقدين كانت قد إتجهت أصلاً الى ضرورة الوفاء بمتطلبات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة . ومع ذلك يبقى التعديل الانفرادي حالة إستثنائية باعتباره ظرف غير متوقع للمتعاقدين أي انه شرط من الشروط لا ينفذ إلا بمتطلبات معقولة [٢٢٦] وفي حقيقة الامر وعلى الرغم من ان بنود عقد البوت هي بنود منشأ عن إرادتي الطرفين ومن تستجيبها إلا ان ذلك لا ينفي القول بأنه عقد مركب كما هو حال العقد الاداري في هذه المسألة مع الاختلاف من حيث ان حق التعديل وتوقيع الجزاء في عقد البوت وان كان حقا للإدارة إلا أن مصدره تلاقي الارادتين والقبول بما انتجتهما أما في العقد الاداري ففيه جانب عقدي واخر تنظيمي تابع لأسلوب الادارة التنظيمي ومع ذلك تبقى القوة الملزمة للعقد منطبقة عليه [٢٢٧] . ان تعدد العلاقات العقدية وتشعبها في نظام البوت يجري خلالها تحديد حقوق والتزامات اطراف العقد وذلك يشكل ضمانا للمستثمر وهو امر يختلف من عقد الاخر لعدم توفر نماذج جاهزة تصلح لجميع عقود البوت لانها عقود تتنوع

بتنوع شروطها [٢٠١] .ويقر الفقه بأن انصراف نية المتعاقدين لضرورة الوفاء بمتطلبات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة هو الذي يجعل الادارة تتمتع بحق التعديل وفقا لضرورات هذه المصلحة . وان هذا الحق يخضع لرقابة القضاء مقترنا بتعويض عادل للطرف الذي غالباً ما يكون اجنبيا ويحصل ذلك في ضوء مسئولية مفترضة بين طرفي العقد .وهناك استقرار فقهي على عدم قبول طلبات الادارة بالإبطال مع بقاء الطلبات الاخرى لان ذلك يمثل تجاوزاً من الادارة لحدود سلطاتها المقبولة ولان العقد نشأ بالتقاء ارادتي الادارة والمتعاقد . وعليه فان قبول طلبات الإبطال مجمدة بالقرارات الادارية دون بنود العقد . وهذا ما يؤكد التكافؤ بين اطراف العقد ويقرب العقد الاداري فعلا من العقد المدني [٢٠٢] . كما سبق بيانه ذلك في الفقرة السابقة .ولا نريد ان نضيف الا التاكيد على ان البنود التي تبدوا انها تمنح امتيازات لطرف على اخر تجدها في جميع العقود المدنية وليس في عقود البوت فقط وهي مرهونة بإرادات أطراف العقد ولذلك نبقى نحور في نطاق نظرية العقد . خصوصا وان الفقه يرى بأن التعديل الانفرادي لا يشكل تجاوزا على المبدأ التعقدي . [٢٠٣] جدير بالذكر ان جانباً من الفقه يرى بأن حق التعديل لا يتلائم مع عقود البوت التي تصاغ وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين . وهذا يعني خضوع العقد لقانون الإرادة [٢٠٤] .

الفرع الثاني: إلتزامات وحقوق شركة المشروع

الفقرة الأولى: إلتزامات شركة المشروع

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

الإلتزام الأول : القيام بتنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات والشروط المتفق عليها

يعد قيام شركة المشروع بتنفيذه الالتزام الاساس لها وفقا للعقد المبرم مع الجهة الادارية بما احتواه العقد من مواصفات يجب ان تتوفر في المشروع عند التنفيذ [٢٠٥] حيث ان المتعاقد لا يلتزم إلا بما تضمنه العقد . وهذا يتطلب اولا تحديد موضوع العقد ومن ثم تتم معرفة ماهية الالتزام على ضوء نية المتعاقدين وتنفيذ العقد دون زيادة او نقصان [٢٠٦] . بالاضافة الى ضرورة تنفيذ العقد بالمواصفات المطلوبة وفقا لكراسة الشروط . وعلى المتعاقد ان ينجز المشروع بجميع مراحله خلال المدد المحددة في العقد وفي حالة اخلاله بذلك تقوم مسؤوليته ويعطي الادارة الحق في فسخ العقد والمطالبة بالتعويض لان التاخير يعد إخلالا بالالتزام من قبل المتعاقد [٢٠٧] وترتبط مسألة التنفيذ بالتكلفة التي ينجز بها المشروع أيضاً . حيث ان ارتفاعها قد يكون مبررا لطلب شركة المشروع تمديد مدة الاستغلال او رفع اجور الخدمة المقدمة الى المنتفعين . فالمدة ستحدد حتما وفقا لمقدار التكاليف ومدة الإستغلال [٢٠٨] .وإذا كان تنفيذ عقد البوت يتم من قبل شركة المشروع او انها تعمل على اشراك جهة اخرى في التنفيذ فان بعض العقود يدخل فيها الاعتبار الشخصي باعتباره إستثناء من الاصل فهذا الاعتبار قد يكون جوهريا من وجهه نظر الادارة ولذلك نضعه في اعتبارها عند ابرام العقد [٢٠٩] على اساس ان معظم المشاريع التي تنفذ عن طريق عقود البوت هي مشاريع كبرى تحتاج الى خبرات فنية وتكنلوجية كبيرة ولذلك فقد يؤدي تخلف ركن الاعتبار الى زوال العقد وانهائه كما في بعض النظم القانونية . بل ان تخلف الاعتبار جزئيا اذا كان لا يقبل الانقسام قد يؤدي الى تخلف الاعتبار كله الا اذا قبل الدائن التنفيذ الجزئي [٢١٠].

يذكر ان مسألة الاعتبار الشخصي في عقد البوت تنصرف الى الكفاءة المالية والقدرة الفنية ، بالاضافة الى الخبرة وحسن السمعة . وربما تلعب جنسية المتعاقد دورا في إختياره طرفا في العقد والاطمئنان لتنفيذه وفقاً للمواصفات المطلوبة [٢١١] . وإذا كان في العقد ما يشير الى إشتراط تنفيذ المتعاقد للعقد بنفسه فإن ذلك يستلزم عدم تكليف الغير بتنفيذه وإذا ما حصل خرق لهذا الأمر فانه يعد تصرفا قانونياً يهدد قاعدة الاعتبار الشخصي إذا ما تم دون موافقة الادارة . لأن ذلك يعد

خطئا من قبل المتعاقد يجعله مسؤلا عن العقد ويعطي الادارة الحق في فسخ العقد حيث لا تقوم أية علاقة بين المتنازل له والادارة ، ولا يحق له الرجوع على الادارة بأية حقوق ناشئة عن العقد ، وان كان له الرجوع على المتعاقد الاصلي وفقا للقاعدة الإثراء بدون سبب وفي حالة حصول موافقة الادارة على ذلك فتنتقل الحقوق الى المتنازل له الا اذا نص العقد على غير ذلك . كما ان العقد الاصلي بين الادارة والمتعاقد الاصلي تنتهي لتبدأ علاقة جديدة بين المتنازل له والادارة وهذا قد يحصل بطبيعة الحال وتكون الادارة بذلك قد وضعت المصلحة العامة امامها عند الموافقة على التنازل من عدمها [٢٦١] . يذكر ان التنازل ان تم فانه لا يعفي المتعاقد من المسؤولية في مواجهة صاحب المشروع أي تبقى مسؤولية قائمة فلا حق له بالتنزع باخطاء من تنازل له [٢٦٢] وفي حالة لجوء المتعاقد الى مقاول ثانوي يجري معه عقداً من الباطن . وهو امر متوقع لضخامة عقود البوت وحاجته الى امكانيات تكنلوجية عالية شرط أن العقد يقبل التجزئة. والتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل حيث لا يحصل حلول شخص مكان اخر في تنفيذ العقد . ويكاد لا يوجد عقد من عقود البوت لا يحصل خلال تنفيذه عقداً من الباطن وفيه مصلحة للادارة لضمان تحقق الجودة وفيه تطبيق لوحدة الضمان حيث يبقى المتعاقد الاصلي مسؤولاً امام الادارة حتى عن اعمال المقاول من الباطن [٢٦٣] . ان مسألة تنفيذ العقد من قبل المتعاقد ذاته او تنازله عن العقد وكذلك قيامه بتصرف قانوني بابرام عقد من الباطن يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد وتحكمها نصوص القانون المدني حتى وان عرضت على القضاء الاداري الذي لا بد له ان يستند الى هذه القواعد عند نظره الخصومات الناشئة عن هذه التفاصيل اذا ما حصلت بين المتعاقد وجهة الادارة وكذلك بين الاثنين والمتنازل له او المتعاقد من الباطن . وهذا الامر ينسحب على مسألة تنفيذ المتعاقد للعقد وفيما اذا كان مطابقا لكراسة الشروط من عدمه وكذلك فيما اذا كان قد اخل المشروع ضمن المدد المحددة في العقد أم لا . لقد اشار المشرع العراقي الى سريان القواعد العامة على العقود المسماة وغير المسماة ونبقى القواعد التي تنفرد بها بعض المسائل في بعض العقود سارية عليها [٢٦٤] . كما اشار المشرع الى مسألة إجبار المدين على تنفيذ التزامه أيا كان العمل الذي يرد عليه العقد في المادة ١٤٥ من القانون المدني [٢٦٥] .

الإلتزام الثاني : إلتزام شركة المشروع بتشغيله وصيانته ونقل التكنلوجيا

تعد عملية تشغيل المشروع وصيانته من المسائل المهمة التي تنعكس سلباً أو إيجاباً على مستوى الخدمة المقدمة للمنتفعين . ولذلك فان قدرة شركة المشروع على التشغيل او إختيارها مشغل أخر تتفق معه والذي يكون مثلا بشركة متخصصة يعد بمثابة المقاول من الباطن ولا بد ان يتم موافقة الجهة الادارية التي تشترط دائما ان يكون المشغل ذا خبرة . وتبقى مسؤولية شركة المشروع قائمة أثناء عمل المشغل والتي كثيرا ما تفرز مشكلات عديدة تتعلق بجودة الصيانة ونسبة العمالة المحلية في المشروع وتطويره وتحديثه تكنلوجيا بحيث يكون امر نقل التكنلوجيا واقعا ملموساً وهذا ما تسعى اليه الدول من خلال إبرامها عقود البوت لا سيما الدول النامية [٢٦٦] والتي لطالما يكون تدريب العاملين المحليين كشرط في العقد جزءا من اولوياتها [٢٦٧] . ان الإلتزام بالتشغيل والصيانة ونقل التكنلوجيا تقع ضمن دائرة العقد ومن متطلبات تنفيذه ايضا وتخضع للنصوص الخاصة بالتنفيذ سابق الاشارة اليها وهي التزامات تحكمها النصوص المدنية ولذلك فان الاحكام التي تنطبق عليها هي الاحكام الخاصة بتنفيذ العقود ، لاسيما اذا لم تتوفر لعقود البوت نصوصاً خاصة في معظم الدول ومنها العراق وان توفرت فإنها لا تغطي جميع انواع عقود البوت لخصوصيتها واختلافها من عقد لأخر أو على الأقل تترك بعض جوانبها لتخضع للقواعد العامة . ان هذا القول لا يلغي دور الادارة في رقابتها لكيفية تشغيل المتعاقد للمشروع بما يتفق والمبادئ الاساسية لسير المرفق العام بما فيها ضرورة انتظامه وقابليته للتغيير

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

الإلتزام الثالث : إلتزام الشركة المشروع بتسليمه الى الجهة الإدارية

لقد سبق لنا الحديث عن فحوى عقد البوت وان مسألة نقل الملكية التي يتحدث عنها الكثير من الشراح هي غير موجودة بتقديرنا [٩٩] لان ما تلتزم به شركة المشروع هو تسليم المشروع الى الجهة الادارية بعد انتهاء المدة المقررة في العقد . وهو التزام اساسي في عقد البوت . على اعتبار ان الاتفاقات التي تتم صحيحة تكون بمثابة القانون للمتعاقدين [١٠٠] . والاصل ان يجري تسليم المشروع الى الجهة الادارية المتعاقدة بدون مقابل لأن شركة المشروع قد استردت ما أنفقته على المواد وما بذلته من عمل مما خصصت عليه من الارباح والفوائد خلال مدة التشغيل إلا ان ذلك لا يمنع من حصولها على تعويض عادل او مرضي وفق الاتفاق المبرم مالم تتفق الادارة مع الشركة على الاستمرار بادارة المشروع وتشغيله مرة اخرى وعندئذ يتوجب ابرام عقد جديد بين الادارة والشركة الا اذا كان العقد الاصلي يتضمن بنودا خاصة بهذه المسألة .

إن مضمون التسليم يعني أن يتم بجميع أصول المشروع سواء كانت عقارية أو منقولة بدون أن تترتب عليها أية حقوق للغير كالرهونات والتأمينات أو غيرها إلا إذا ما تضمن العقد ما يخالف ذلك[١٠١] .ان الاحكام المتعلقة بتسليم المشروع تحكمها بنود العقد ذاته وهي حالة الحاجة الى خصوص اخرى فيمكن الاستعانة بما ورد من قواعد في النظرية العامة ومنها ما سبق لنا تناولها عند بحث مسألة التنفيذ باعتبار ان التسليم يشكل جزءاً اساسيا من عقود البوت وتعد واقعة التسليم واقعة مادية يمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات [١٠٢] إذ العبرة بما يقوله الواقع . ويقع عبء الاثبات على من يدعيه. ولما كانت هذه الواقعة مادية ليجوز اثباتها حتى بالشهادة[١٠٣] .وبالاضافة لذلك يمكن الاستعانة بما ورد من احكام تخص عقد المقاولة لا سيما المواد ١٥٠ و ٣٩٦ و ٨٧٣ و ٨٧٤ من القانون المدني العراقي . وخصوصا ان تسليم العمل في عقد المقاولة من المقاول الى رب العمل يعد إنجازه يختلف باختلاف ما أنجزه المقاول لرب العمل [١٠٤] . وهذا ما يتفق وعقود البوت من حيث ان محل التسليم يختلف فيها من عقد لآخر .وخصوص التنازل عن العقد فالأصل ان المتعاقد لا يحق له التنازل عن العقد للغير إلا بموافقة الادارة او علمها حسبما تقرره بنود العقد . ويعني التنازل حلول متعاقد آخر مكان المتعاقد الاصلي من حيث التمتع بالحقوق والتحمل بالالتزامات التي ينشؤها العقد . والواقع يقول بان العقد الاصلي يبقى ليحل المتنازل له كمتعاقد بديل وعليه فالعقد باق والذي يجري هو تغيير طرف فيه لان التنازل سيؤدي الى حوالة حقوق وحوالة ديون في وقت واحد فقط [١٠٥] وليس صحيحا باعتقادنا ان التنازل سيولد عقداً جديداً بين الادارة والمتنازل له كما يرى البعض [١٠٦] الا اذا طلبت الادارة والمتنازل له ذلك وتنشأ علاقة قانونية بينهما بموجب العقد المبرم حديثا ان مسألة موافقة الجهة الادارية على التنازل مهمة في عقود البوت لان الاعتبار الشخصي للمتعاقد سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا نأخذ بنظر الاعتبار عند ابرام العقد الاصلي لتعلق الامر بخبرة هذا الشخص وكفاءته وقدرته بل وحتى سمعته . وهذا الامر مرتبط بتحقيق المصلحة العامة من عدمه . لان التنازل سواء كان كليا او جزئيا أمر ممكن ولا يتعلق بالنظام العام [١٠٧] . ولما كان الامر كذلك فانه يعتمد كليا على إرادات أطراف العلاقة لا سيما المتعاقد المتنازل والمتنازل له . اذ يكفي التراضي لإنعقاده دون الحاجة الى شكل معين أيا كان التنازل بمقابل او بدونه . فالقاعدة العامة ان حق المتعاقد حق شخصي ذا طابع مالي يختلف

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

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

الفقرة الثانية : حقوق شركة المشروع

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

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

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

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

القانون المدني العراقي التي نصت على وجوب تنفيذ العقد من الطرفين طبقا لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وبالاضافة الى هذه النصوص الملزمة فإن التوافق على العقد يفرض على أطرافه إحترامه [١٠٥] . وما دام العقد يأتي من تطابق إرادتي الطرفين وادارة مصالحهما الخاصة فإن وجود العقد يتوقف على إحترام بنوده ليكون شريعة الطرفين ويكون دور القضاء مراقبا لمدى التزام كل طرف به [١٠٦] .

الحق الثاني : حق شركة المشروع في الحفاظ على التوازن المالي

تعود فكرة التوازن المالي الى قضاء مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩١٠ اذ اصبحت الفكرة مبدءا يضبط التزامات المتعاقد وهو ما إستقرت عليه آراء الفقهاء وأحكام القضاء [١٠٧] . ويأتي ذلك لمواجهة التقلبات التي تؤثر على التوازن الاقتصادي للمستثمر بسبب طول مدة العقد الامر الذي يستوجب بحث ما قد يحصل مستقبلاً او وضع جدول له بالنظر الى ما يتركه من أثر على الاستثمار وللمخاطر التي يمكن أن تحصل في المستقبل [١٠٨].ويقوم فكرة التوازن المالي على تعويض المتعاقدين من قبل الادارة وان لم ترتكب خطئا في حقهم في حالات معينة درج الفقه على تسميتها بالنظريات والتي سنبحث مدى علاقتها بالقانون الخاص في فقرات ثلاثة . يذكر ان ما يجري في عقود البوت هو الانتقال من فكرة التوازن المالي الى التعادل المالي في مرحلتي الإنشاء والتشغيل [١٠٩] . اذ تؤكد النظرية على اهمية المحافظة على التوازن في مضمون العقد ووضع الاطر القانونية بما يكفل صيانة التوازن من حصول أي إختلال فادح فيه [١١٠] وخصوصا وان الالتزام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يرافقه في عقود البوت الاخذ بنظر الاعتبار متطلبات المرفق العام المتغير وكذلك المحافظة على اصل العقد واقتصادياته إستنادا الى مبدأ التوازن المالي ، حتى ان العقد الاداري ذاته سيصبح متحركا وغير ثابت في ظل نظام توازن كلي يكون نتاج للمزاوجة بين التوازن المالي للعقد ومبدأي الحركة والمرونة التي يتصفان بها [١١١] .ولرب سائل يسأل عن كيفية تعرض المتعاقد لأضرار اثناء تنفيذ العقد . وللإجابة على هذا التساؤل نقول بان الظروف التي يتعرض لها العقد هي ظروف خارجية على الادارة كالظروف الاقتصادية العامة او الصعوبات المالية غير المتوقعة او تغير في القوانين او حصول حوادث إستثنائية تؤدي الى إلحاق أضرار كبيرة بالتعاقد الامر الذي يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد بما يجعل أحد المتعاقدين مغبونا والمتعاقد الاخر غالبا مستفيدا من الغبن الذي لحق بالاول [١١٢] فالمتعاقد هو الذي يتحمل مخاطر المشروع وأعبائه وبذلك تحتل مسالة التوازن المالي أهمية كبيرة إذ تجعل المستثمر يقبل تحمل المخاطر [١١٣] .

الحالة الاولى : نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

لقد ولدت نظرية الظروف الاستثنائية أو الطارئة من رحم القضاء وعليه فهي نظرية قضائية صنعها القضاء ليضفي من خلالها على بعض تصرفات الادارة غير المشروعة في الظروف الاعتيادية وتعد ضرورية ولازمة للمحافظة على امن الدولة وسلامتها ليعالجها معالجة قانونية في حالة حصول ظرف قاهر. إذ كانت الظروف الاستثنائية التي مرت على فرنسا في فترة الحرب العالمية الاولى ١٩١٤- ١٩١٨ وبين تم الحرب العالمية الثانية ١٩٣٩ / ١٩٤٥ مبررا لمعالجة ما برز من وضع شاذ عما هو طبيعي في مختلف جوانب الحياة . وغالبا ما تجد النظرية سندها في النصوص الدستورية كما في المادتين ١٦ ، ٤٨ من الدستور الفرنسي لسنة ١٩٥٨ والمادة ٧٤ من الدستور المصري لسنة ١٩٧١ [١١٤] .وتعد نظرية الظروف الطارئة من النظريات التي لها جذور عميقة في القانون المدني كما لم يغفلها المشرع الفرنسي في العديد من القوانين المدنية والمؤقتة في فرنسا . ولقد عاد المشرع الفرنسي ليمنح القضاء سلطة تقديرية لتقدير حالة التغير في الظروف التي يمكن ان تخل للعقد . وعلى الرغم من ان المشرعين المصري واللبناني لم يأخذا بنظرية الظروف

الطارئة تأثرا بالمشرع الفرنسي في بداية الأمر بعدها أصبحت للقاضي سلطة تقديرية لمراعاة ظروف العقد وما تحصل من تغيرات أثناء تنفيذه . وقد عاد المشرع المصري عام ١٩٤٨ ليضمن القانون المدني هذه النظرية في المادة ١٤٧ منه كما طبقها القضاء المصري بصورة واسعة [١٣٥] . ولم يقتصر أمر النص على نظرية الظروف الطارئة على المشرع المصري انما تضمنتها قوانين عديدة منها نص المادة ١٤٧ من القانون المدني الليبي [١٣٦] . اما في العراق فكانت المادة ١٤٣ من مجلة الاحكام العدلية التي تعد القانون المدني النافذ في الأقاليم التابعة آنذاك للدولة العثمانية ومنها العراق والذي جاء تطبيقا لنظرية الضرر في الفقه الاسلامي . وقد تضمن القانون المدني العراقي الصادر عام ١٩٥١ إشارة واضحة الى نظرية الظروف الطارئة في المادة ١٤٦ عندما بنت فقرتها الثانية على مايلي اعلى أنه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها ، ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقاً للمدينة بحيث يهدده بخسارة فادحة . جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك . ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ا . ان مراعاة التوازن المالي سيعطي القضاء حق رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول موازناً بين مصلحتي طرفي العقد وقد إعتبرالمشرع كل اتفاق يخالف ذلك باطلا [١٣٧] . ولا يختلف هذا النص عن النص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري الا بجزئيات بسيطة كما أنه جاء ضمن القواعد العامة لنظرية العقد سعياً من المشرع لتطبيقها على جميع العقود التي لا تتنافى طبيعتها مع ما تتضمنه هذه النظرية من قواعد واحكام [١٣٨] . وعلى الرغم من ان هذه النظرية وفي ظل غياب النص التشريعي بدأت تندثر ثم تزدهر في القانون العام الا أن التشريعات الحديثة ومنها القوانين المدنية قد جاءت بنصوص واضحة وصريحة تاخذ بهذه النظرية حتى أصبح وجودها وتطبيقها في نطاق القانون الخاص أمر مفروغ منه . كما وجد القضاء سند له عند الاخذ بها [١٣٩] وإن الفقه يرى بان الطابع المدني ظل مسيطراً على النظرية رغم إحيائها من قبل القضاء الاداري [١٤٠] . أما بخصوص القوة القاهرة فهو تعبير يدل على امر غير متوقع الحصول ولا يمكن تفاديه وقوعه وعندما يقع يكون حكما مسؤولا عن الضرر فترتفع مسؤولية المدعى عليه ومثاله قيام حرب او عصيان ولا تختلف القوة القاهرة عن الحادث الفجائي لانهما شيء واحد وأشرحنا كذلك [١٤١] سواء كان هذا الأثر في المسؤولية العقدية او التقصيرية . ويميز الفقه بين القوة القاهرة والظروف الطارئة من حيث ان الاولى تجعل الالتزام مستحيلا كلا او بعضا . أما الظروف الطارئة فتؤثر على تنفيذ الالتزام فتجعله مرهقا ويترتب على حصول القوة القاهرة إنقضاء الالتزام او تأخيره كما تعد مانعا لايقاع أي جزاء آخر . على عكس الظروف الطارئة فإن حصولها لا يرتب إنقضاء الالتزام او فسخ العقد . انما رده الى الحد المعقول وتوزيع عبأه على المتعاقدين . ومن جهة اخرى يجوز لكلا الطرفين المتعاقدين الاتفاق على ان يتحمل احدهما تبعة القوة القاهرة اما عند تحقق ظرف طارئ فلا يجوز الإتفاق على مثل هذا الامر لأنه يعد من النظام العام وفقا لنص صريح [١٤٢] . والاصل ان مفهوم القوة القاهرة من المفاهيم التي وجدت تطبيقا لها في القانون الخاص . ولكونه مفهوم غير جامد و لم يكن مضرا بالكامل ايضا فله ضوابطه التي رسمت خصائصه . وسبب هذا التضرر لقد شمل مداه العقود الادارية وكنتيجة لحرص الادارة على حسن تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة من خلال تعاقدانها عملت على إزالة العقبات من امام المتعاقدين لتضمن تنفيذ العقد الاداري حيث توصل القضاء لخلق نظرية القوة القاهرة الادارية باعتبارها القوة القاهرة الاعتيادية اذا كان ذلك يؤدي الى قلب التصاديات العقد بشكل نهائي بحيث لا يمكن تفاديه ولا توقعه وبذلك يكون ظهور القوة القاهرة الادارية حلاً وسطا بين القوة القاهرة التقليدية ونظرية

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

لقد جاء المشرع العراقي على ذكر القوة القاهرة في المادة ٢١٦ [١٣١] من القانون المدني بجانب الأفة السماوية والحادث الفجائي كأمثلة لا على سبيل الحصر باعتبارها اسبابا تعفي من المسؤولية[١٣٢]. وبقيت القوة القاهرة محتفظة بطابعها المدني كما بقي القضاء يستخدم مفهوم القوة القاهرة التقليدية في أحكامه القليلة بهذا الخصوص بسبب ندرة الوقائع المشابهة التي عرضت على القضاء الفرنسي . كما ان العناصر الثلاثة المكونة للقوة القاهرة في القانون المدني بقيت هي الاساس الثابت الذي يعود اليه القضاء الاداري كما ان ايراد نصوص خاصة بالقوة القاهرة في القانون المدني ضيق من دور القضاء الاداري بقضائه بتوفر القوة القاهرة عند استحالة التنفيذ [١٣٣] واختلال التوازن العقدي لوضع المشرع ضوابط لذلك تاركا للقضاء الاداري أن يقضي بها استنادا الى قواعد القانون المدني . إن ما نستنتجه هنا ان تطبيق قواعد نظرية الظروف الطارئة تستند الى النصوص القانونية التي تسمح للقضاء بتطبيقها . وعلى الرغم من قول المشرعين بان القضاء الاداري طبق هذه النظرية إلا ان هذا القضاء لا بد وان يعود الى النصوص المدنية ليفصل في النزاع اذا ما تطلب الامر اخذها بنظر الاعتبار عند الفصل في الخصومة وهو أمر وارد الحصول وخصوصا في الانظمة القانونية التي لا تتوفر بنصوص قانونية تأخذ بهذه النظرية الا ما تتضمنه نصوص قوانينها المدنية كما هو الحال في العراق . ونقصد هنا النصوص ذات الصلة بهذه النظرية وتطبيقها على العقود المدرة سواء كانت إدارية او مدنية دون الحديث عن ما ورد بخصوصها في سياق القانون الدستوري حيث يجري تناولها في حالة ما إذا تعرضت البلاد إلى ظروف استثنائية وصلاحيات الجهة المخولة بخصوصها [١٣٤] . يذكر ان نطاق نظرية الظروف الطارئة لا ينحصر في العقود المدة والتي ترتب التزامات متبادلة انما يمتد ليشمل العقود الملزمة لجانب واحد ايضاً وهذا ما يستفاد من نص المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي [١٣٥] .

الحالة الثانية : لنظرية عمل الامير

مضمون هذه النظرية ان كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويؤدي الى رفع الأعباء المالية للمتعاقد مع الادارة او بزيادة التزاماته الناشئة عن العقد الذي ابرمه معها . وتتسم هذه الاجراءات بالمخاطر الادارية [١٣٦] . وعادة ما تصدر هذه الاجراءات من الجهة الادارية المتعاقدة انما على شكل قرار فردي خاص او قواعد تنظيمية عامة كإصدار تعديل للنظم المالية او القوانين الخاصة بالعمال مما يؤدي الى تحميل المتعاقد أعباءا جديدة . ومن المؤكد ان لهذه الاجراءات تأثير يمكن ان يأتي بصورة مباشرة على العقد كتعديل الادارة لشروط العقد مستندة الى ما تمتلكه من سلطة للتعديل بإرادتها المنفردة . وقد يكون التأثير غير مباشر كما لو حصل تأثير غير مباشر على التنفيذ من خلال التأثير على ظروف التنفيذ ذاتها [١٣٨] . ولتطبيق هذه النظرية لا بد من توفر الشروط اللازمة والمتمثلة بوجود عقد اداري محل الإجراء وان يصدر العمل الضار من الإدارة دون خطأ منها . وان لا يكون إجراء الادارة هذا متوقعا أثناء إبرام العقد [١٣٩] . وبخصوص ما يتركه تطبيق نظرية عمل الامير من أثر فإن المتعاقد يستطيع الحصول على تعويض كامل عن كافة الأضرار التي أصابته بسبب إجراء الادارة وما سببه من خسارة متمثلة في النفقات الإضافية التي يتحملها المتعاقد وما فاته من كسب وهو ما توقعه من ربح معقول من العقد على ان يكون غير مساهم بخطئه في حصول الضرر. وقد يترتب على إجراء الادارة إعفاء المدين من تنفيذ التزامه اذا اصبح مستحيلا بسبب هذا الإجراء كما يمكن للمتعاقد طلب الفسخ لإستحالة التنفيذ واعفائه من الغرامات بسبب التاخير اذا كان سببه الادارة [١٤٠] .يذكر في هذا الصدد انه في الوقت الذي يكون تطبيق نظرية

الظروف الطارئة واسعا فان تطبيق نظرية عمل الامير قادر الحصول [١٢١] . ولا شك أن ولادة نظرية عمل الامير ومجال تطبيقها هو القضاء الاداري إلا أن هناك ملاحظتين يجب ذكرهما في هذا المجال .

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

الحالة الثالثة : نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة

تعد هذه النظرية من وضع الفقه والقضاء . ولجوءها ان المتعاقد في بعض العقود لا سيما منها عقود الأشغال العامة قد يواجه صعوبات تجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة عليه إلا أن ذلك لا يجعل التنفيذ مستحيلا إنما مرهقاً للمتعاقد الذي يقوم بالتنفيذ لإرتفاع كلفة التنفيذ بسبب هذه الصعوبات التي لم يكن يتوقعها عند توقيع العقد ولذلك وبناءا على مقتضيات العدالة يصار الى زيادة الاسعار المحددة في العقد بشكل يغطي الأعباء والتكاليف التي ظهرت فيما بعد على أساس إن الأسعار التي إتفق عليها أثناء إبرام العقد كانت قد حسبت استنادا الى ظروف العقد وبناءا على ما كان متوقعا تحمله من أعباء وهذا ما إنصرفت إليه نية المتعاقدين عند إبرام العقد [١٢٢]. والصعوبات التي تكون محور هذه النظرية هي صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية غير متوقعة والغالب انها صعوبات طبيعية غير محسوبة منها عدم صلاحية الارض محل العقد كأن تكون صخرية او غير صالحة للبناء عليها . ويترتب على تطبيق هذه النظرية بقاء المتعاقد على التزاماته مستمرا في تنفيذ العقد مع ضرورة تعويضه عما إدخله هذه الصعوبات من تكاليف تعويضا كاملا . ويتم ذلك عن طريق تقديم الدولة لشركة المشروع مبلغا ماليا إضافيا او السماح له برفع سعر الخدمة المقدمة الى المنتفعين [١٢٣] . ومسألة التعويض الكامل الذي يتحصل عليه المتعاقد هو ما تختلف به نظرية الصعوبات المالية عن نظرية الظروف الطارئة حيث ان في الاخيرة يجري تعويض المتعاقد بما تساهم به الادارة بشكل محدود كمعاونة منها بحيث يخفف العبء المضاف الذي سببته الظروف السياسية او الاجتماعية كما تختلف عن حالة القوة القاهرة التي يصبح التنفيذ بسببها مستحيلا يترتب عليها أما وقف تنفيذ العقد او

فسخه [١٥٤] . والفقه مختلف حول أساس هذه النظرية حيث ان البعض يرى ان النية المشتركة للإدارة والمتعاقد معها إتجهت لوضع الاستمرار وفقاً للظروف إبرام العقد دون الظروف الاخرى في حين يقوم الاساس الثاني على فكرة المسؤولية أما الرأي الارجح فإنه يستند الى مقتضيات تسيير المرفق العام وما يتطلبه من تعاون مشترك بين الإدارة والطرف المتعاقد معها وهو أمر تفرضه طبيعة العقد الإداري . ونعتقد ان محتوى هذه النظرية يقوم على الاساس الاخير الذي يمكن ان يكون اساس حكم المحكمة لموضوع النزاع . وعلى الرغم من ان ميدان تطبيق هذه النظرية هو القضاء الاداري الا ان القضاء العادي يمكن ان يأخذ بمضمون هذه النظرية وان كان بصورة غير مباشرة عند توفر ظروفها مستفيدا من النصوص الخاصة بنظرية الظروف الطارئة ومبادئ العدالة وما يمتلكه من سلطة تقديرية عند تقدير ظروف كل عقد [١٥٥] لاسيما في الدول التي لايوجد فيها قضاء إداري مستقل أو أنه لاينظر الدعاوى التي تقام بسبب عقود مثل عقود البوت كما هو الحال في العراق .

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

الفرع الأول : التنفيذ أو قيام المسؤولية

ان ولادة العقد صحيحا يلزم المدين بتنفيذ التزامه وفقاً للحدود التي رسمها العقد تنفيذا عينياً . وبعكسه لا يعتبر قد أوفى بالتزامه . وعندها يمكن ان يجبره الدائن على التنفيذ . وعلى هذا الاخير ان يسعى الى التنفيذ لا سيما اذا كان لا يحتاج الى تدخل المدين . وتقوم مسؤولية المدين اذا لم يقم بتنفيذ التزامه عمدا او إهمالا . مطيبا او متأخرا [١٥٦] .ويمكن تصور قيام مسؤولية كل من الإدارة وشركة المشروع اذا ما صدر خطأ من أي منهما ألحق ضررا بالطرف الاخر . فاذا ما نفذت شركة المشروع ما عليها بشكل سيئ وتسببت بإلحاق ضررا بصاحب المشروع فتقوم عندها مسؤولية الشركة . [١٥٧] لان عدم قيامها بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد بغض النظر عن دوافع ذلك وطبيعة الفعل المسبب له سواء كان قد حصل عمداً او اهمالا حيث تقوم مسؤوليته العقدية ويعطي ذلك الادارة حق طلب التعويض عن الاضرار التي قد تسببها نتيجة لذلك الا إذا أثبت المدين ان إستحالة التنفيذ تعود الى سبب اجنبي كقوة قاهرة او حادث فجائي او خطأ الغير او خطأ الادارة ذاتها [١٥٨] .ان القوة الملزمة للعقد تقتضي قيام طرفي العقد بتنفيذ التزاماتهما وفقا لما اتفقا عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وإلا فإن المدين سيجبر على التنفيذ عن طريق التنفيذ العيني الجبري . وان كان ذلك غير ممكن تنهض مسؤوليته العقدية عن جميع الاضرار التي سببها للطرف الاخر من جراء عدم التنفيذ او تأخير تنفيذه . أو تنفيذه ولكن بصورة لا تتفق والمواصفات المثبتة في العقد . ونتيجة لذلك قد يلزم بالتعويض [١٥٩] والطلب التنفيذ العيني شروطه التي اشارت اليها المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي وهي ان يكون التنفيذ ممكنا وأن لا يكون فيه إرهاق للمدين . او يكون فيه إرهاق ولكن عدم التنفيذ يلحق بالدائن ضررا جسيماً . وان يأتي بناءا على طلب من الدائن وان يكون بيد الدائن سند واجب النفاذ [١٦٠] .ان الحديث عن قيام المسؤولية يعني ضرورة توفر عنصريها ، أي عنصر المديونية والمسؤولية . ان عقد البوت كغيره من العقود . الادارية والمدنية . يعني مفهوم الخطأ فيه عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد وبالمواصفات والطريقة التي يقررها العقد ذاته [١٦١] .ان آليات إبرام عقد البو ت اما ان تتم بطريق الرخصة أي بقرار إداري من الدولة أو إحدى جماعاتها العامة بإرادتها المنفردة وهذا الطريق لم يعد يتناسب وعقود البوت لضخامتها وتشعبها وما تتطلبه من ضمانات تستند الى عقد ، وهذه الآلية الثانية أي آلية الاطار التعاقدي وليس هناك نموذج جاهز لعقود البوت لاختلاف كل عقد عن الاخر تبعا لإختلاف الشروط التي يتضمنها كل عقد [١٦٢] . ويتطلب قيام المسؤولية في

عقد البوت ضرورة توجيه إعذار للمدين لتنفيذ إلتزامه وفقاً للعقد حيث تفرض القواعد العامة ذلك من الدائن عند المطالبة بالتنفيذ او للحصول على التعويض [١٠٣].

الفرع الثاني: مسؤولية طرفي عقد البوت وكيفية التعويض عنها

الفقرة الأولى: مسؤولية الإدارة

تقوم مسؤولية الجهة الادارية عند اخلالها بإلتزاماتها العقدية والتي سبق لنا بيانها سابقا . فعدم تقديم المعلومات المطلوبة وعدم تسهيل الحصول على الموافقات . وكذلك عدم تسليم موقع العمل وعدم تسهيل حركة منتسبي الشركة وحمايتها من التعرض والسماح لها بادخال ما تحتاجه لتنفيذ المشروع من عمال ومعدات . كل ذلك يؤدي الى إعتبارها مخلة بإلتزاماتها العقدية . على أن تنفيذها لألتزاماتها لا يعفيها من المسؤولية إلا اذا كان التنفيذ وفقا لمتطلبات العقد وأن يتم بحسن نية . او اذا كان عدم الوفاء بهذه الإلتزامات يعود الى سبب أجنبي . ومن الإلتزامات المهمة هو الإلتزام بشرط الثبات التشريعي لأن الإخلال به يعني انتقال الشركة بإلتزامات مضافة او زيادة أعبائها القائمة. وقد تقوم مسؤولية الادارة او شركة المشروع حتى في حالة بطلان العقود اذا ما كان الطرف مسؤولا عن هذا البطلان وهذا ما يعرف في الفقه بنظرية الخطأ عند تكوين العقد التي قال بها الفقيه الالماني ا ايهيرنج والتي تعتبر فيها المسؤولية عقدية . إلا أن هذا القول يرد عليه بأن العقد مادام باطلا فإنه لا ينشيء إلتزاما ولذلك فالتعويض عن بطلان العقد لا يجد أساسه في العقد الباطل بإعتباره عقدا وإنما بوصفه واقعة مادية تمثل عملا غير مشروع وبالتالي فإن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية [١٠٤] . واذا ما قامت الادارة بإنهاء العقد وإن تم بناءاً على سلطتها المستمدة من العقد فإنه لا يكون مقبولا اذا لم يستند الى سبب مشروع وإن دفعت الادارة بأنها تستهدف تحقيق المصلحة العامة . وهذا ما قضى به القضاء الاداري في مصر . [١٠٥]

وقد يؤدي عدم تنفيذ الادارة لإلتزاماتها عدم تنفيذ شركة المشروع ما عليها من إلتزامات إستنادا الى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي تتميز بها العقود الملزمة للجانبين [١٠٦] ومنها عقود البوت . حيث تعد وسيلة للضغط على المدين الذي لم يف بالتزاماته [١٠٧] . وأساس هذا الحق يجده في فكرة السبب حيث أن عدم تنفيذ أحد الأطراف يمنح الأخر الرد بنفس الوسيلة وكذلك في حق الدفاع الشرعي . حيث يمارس المتعاقد حقه حماية له من عدم التنفيذ وإعسار المدين [١٠٨] . إن الادارة تكون مسؤولة عن الأضرار التي تصيب من يتضرر من وجود المشروع وما يلحقه من أضرار كإفرازه سواء تصيب الأماكن المجاورة أو الانسان اذا كان هناك خطأ من الادارة في إختيار المكان او عدم إتخاذها الإحتياطات اللازمة سواء كانت هذه الأضرار مادية او جسمانية [١٠٩] . يذكر في هذا الصدد انه وعلى الرغم من أن للقضاء الاداري ولايته على دعاوى التعويض عن الأضرار الناشئة عن أعمال الادارة غير المشروعة على رأي الفقه وهذا ما مطبق قضائياً أيضا في فرنسا ومصر . إلا أن المشرع العراقي لم يمنح القضاء وبقصد مجلس الإنضباط العام ولا محكمة القضاء الاداري هذا الإختصاص تاركاً قضايا التعويض للقضاء العادي . حتى أن المشرع لم يشر الى إختصاص مجلس الإنضباط بدعاوى التعويض عند تطبيق قانون الخدمة المدنية رقم ١٤ لسنة ١٩٩٠ ولا في قانون إنضباط موظفي الدولة والقطاع الاشتراكي رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل . أما بخصوص محكمة القضاء الاداري فلا إختصاص أصلي لها في نطاق التعويض عن الاضرار التي تسبب الأشخاص من تصرفات الادارة . فإختصاصها يأتي تبعياً عند تقديم طعن لديها والحكم بالغاء وتعديل القرار المطعون به من قبلها [١١٠] .

الفقرة الثانية: مسؤولية شركة المشروع

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

عليها وخلال المدة المحددة في العقد . كما عليها تشغيل المشروع وتقديم الخدمات الى المنتفعين وكذلك صيانته خلال مدة التشغيل ، على أن تقوم خلال التنفيذ والتشغيل بنقل التكنلوجيا المتطورة وتدريب العاملين وفقاً للإتفاق الوارد بهذا الخصوص والإلتزام الأخير الذي على شركة المشروع القيام به تسليمه الى الجهة الادارية بعد إنتهاء المدة بصورة صالحة للعمل إلا إذا قررت هذه الجهة إستمرار الشركة بتشغيله بموجب إتفاق لاحق . إن عدم تنفيذ شركة المشروع لهذه الإلتزامات أو أنها نفذتها بصورة لا تتفق ومتطلبات عقد البوت . او أنها تأخرت في التنفيذ فذلك يعني قيام مسؤوليتها العقدية ما دامت قد ألحقت ضررا بالطرف الأخر بإعتبارها شخصا معنويا تقوم مسؤوليتها عن أعمالها الضارة حيث إستقر الامر على هذه المسؤولية واصبح مبدأ عدم مسؤولية الدولة والأشخاص المعنوية على قول الدكتور حسن علي الذنون في ذمة التاريخ[١١١]. جدير بالذكر ان شركة المشروع تكون مسؤولة عن الأضرار التي تلحقها بالأماكن المجاورة والأفراد إذا ما كان قد تسبب تشغيلها للمشروع ذلك كأن يتسبب التشغيل في تلوث البيئة بما يطرحه من فضلات او حصول تقصير من قبلها أي الشركة خلال فترة التشغيل ، سواء كان هذا الضرر ماديا او جسمانيا [١١٢] . ومن ضمن ما يمكن ان تضمنه شركة المشروع العيوب الخفية [١١٣] سواء كانت في المنشآت التي تنشؤها وما تنتجه من منتوج على شكل صناعات كالمياه او طاقات كالطاقة الكهربائية او خدمات كالخدمات العلاجية . كما تضمن الشركة صلاحية الخدمة وفعاليتها هذه الصلاحية للمدة المتفق وفقاً لطبيعة كل خدمة او منتج ومن الجوانب الاخرى التي تكون شركة المشروع مسؤولة عنها هي ضمان التعرض والإستحقاق لأصول المشروع حيث يمكن ان تكون للغير حقوق عليها كأن يكون الموردون او المقاولون او المتعاقدون من الباطن او العمال . وعادة ما تلجأ شركة المشروع الى إبرام عقود تأمين مع شركات تأمين متخصصة تتناسب لتغطية المخاطر التي يمكن ان تواجهها مشاريع البوت التي تقوم بتنفيذها الشركات كمخاطر البناء والمخاطر التجارية والسياسية وكذلك الطبيعية . وتلجأ شركات المشروع الى أسواق التأمين التجارية [١١٤] وقد تتضمن تغطية مخاطر المسؤولية المدنية التي يمكن أن تتحملها أثناء تنفيذ العقد . ويفضل لغرض تجاوز تكرار التأمين من جهات عديدة في المشروع كالجهة الادارية وشركة المشروع والمصارف والموردين والمشغلين التنسيق بين هؤلاء لإبرام عقد تأمين موحد اقتصاداً في النفقات لا سيما ما يتعلق بالحصول على خصومات وكذلك ليتم حسم مصاعب التأمين في جهة واحدة [١١٥] . ويستحسن ان يشير العقد الى ذلك التنسيق بين الجهة الادارية وشركة المشروع التي عليها تضمين عقودها مع الجهات التي تتعاطى معها بخصوص المشروع موضوع التأمين المشترك . وهذا امر ممكن لأنه سيبقى عقدا للتأمين يخضع للقواعد التي خصتها الشرع بخصوص معينة وان تعددت أطرافه [١١٦] . وتأمين المسؤولية أصبح طريقاً ينقل عبء التعويض من المسؤول الى شركات التأمين بعد التحول نحو المسؤولية الجماعية والتي يكون حصول المضرور فيها على التعويض مضموناً [١١٧] . فالمؤمن يأخذ مركز الوسيط بين مجموعة المؤمن لهم ويوزع عليهم التعويض حتى ان الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية إنعقدت بكامل هيئتها في ٣/ ٦/ ١٩٨٢ لتصدر ثلاثة قرارات وضعت المؤمن في التأمين من المسؤولية المسؤول الوحيد عن الحالات على خلاف ما تقول به القواعد العامة [١١٨] .

الفقرة الثالثة : كيفية تقدير التعويض في عقود البوت

يذهب غالبية الفقه بما فيه الفقه الفرنسي الى القول بأن التعويض يقدر في جميع الحالات بمقدار الضرر شاملاً ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب [١١٩] . ويكون التعويض اما عن طريق التنفيذ العيني بإعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل حصول الضرر . وقد يكون بصورة مبلغ من النقود او في صورة مرتب لمدة معينة او مدى الحياة وفقاً لنوع الضرر وفيما اذا كان دائميا او

مؤقتا[١٠٠] . فالتعويض إذن أما أن يكون عينيا أو ان يكون بمقابل نقدي او غير نقدي . والاصل ان يكون نقديا وهذا ما يقول به الفقه والقضاء الفرنسيان وما تأخذ به معظم التشريعات العربية[١٠١]. ولا يعد التعويض إلتزاما وإنما هو تنفيذ لالتزام أصلي مصدره العقد . ويستطيع الدائن التمسك بجميع التأمينات والضمانات لتحقيق التنفيذ العيني للالتزام وعليه يستطيع الدائن ان يرجع على الكفيل الشخصي او يرهن اذا ما طالب الدائن بالتنفيذ بطريق التعويض [١٠٢]. ان كلا من الادارة وشركة المشروع تكونان ملزمتين بالتعويض وفقا للكيفية المشار اليها . فاذا ما تحققت مسؤولية الجهة الادارية فتكون ملزمة باعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوع الضرر او تعويض المتضرر بقدر ما لحقه من ضرر سواء كان المتضرر شركة المشروع او من يساهم معها في تنفيذ المشروع من الافراد والاشخاص المعنوية الاخرى ولا تستطيع الجهة الادارية الامتناع عن التنفيذ ، لأن الفقه والقضاء قد إستقرا ، كما رأينا ، على مساءلة الدولة او الاشخاص المعنوية العامة ، حتى ان مجلس الدولة الفرنسي تجاوز ذلك لينتقل فيما بعد الى ان يحكم بتعويض في عرض موضوعه على القضاء العادي لما قضى به لتصبح مسألة عدم مساءلة الدولة واشخاصها المعنوية العامة استثناء لمبدأ السيادة امرا من الماضي [١٠٣]

ويصح القول نفسه في حالة قيام مسؤولية شركة المشروع مع ان إجبارها على التنفيذ يبدوا سهلاً ، وكذلك إمكانية الحصول على تعويض منها او من العاملين معها لا سيما الاشخاص المعنوية الاخرى لإمكانية الحجز والتنفيذ على اصول أموالها . وكل ذلك يجري وفقا للإجراءات القضائية والتنفيذية استنادا لقواعد التنفيذ المنصوص عليها في قوانين التنفيذ أوبنصوص العقد ، وتتم تسوية المنازعات بخصوصها وفقا للقواعد المتبعة بهذا الخصوص . يشار في هذا الصدد الى ان المشرع العراقي اشار في المادة ٢٥٣ من القانون المدني الى مسألة إجبار المدين اذا كان تنفيذ الالتزام غير ممكن او غير ملائم الا اذا قام بتنفيذه المدين بنفسه وامتنع عن التنفيذ فانه أجاز للمحكمة بناءا على طلب الدائن إصدار قرار بإلزامه بالتنفيذ وبدفع غرامة تهديدية ان بقي ممتنعا عن ذلك لتأتي المادة ٢٥٤ من ذات القانون وتقرر المحكمة بمقتضاها مقدار التعويض مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والتعنت الذي بدا من المدين . ويجري تطبيق قواعد الغرامات التهديدية على كل إلتزام بالقيام بعمل او الإمتناع عنه أيا كان مصدره متى كان تنفيذه لا يزال ممكنا ويستلزم تدخل المدين للوفاء به [١٠٤].

الفقرة الرابعة: تسوية المنازعات في عقود البوت

ان الطبيعة الخاصة لعقود البوت من حيث ما تتخللها من تعقيدها وتشابك المصالح فيها وتداخل الأطراف وتعددهم ، بالاضافة الى أنها عقود تتم على مراحل وبفترات زمنية طويلة الأمرالذي سيقود حتما الى تضاد المصالح و سيؤدي بالنتيجة الى منازعات خصوصا وان شركات المشروع غالبا ما تتكون من إتحاد مالي وتزداد هذه الصعوبات ومن التي يمكن ان تؤدي الى صعوبات أكبر حينما لا تنفذ بقية الأطراف في عقود البوت الاتفاقية الرئيسية بين شركة المشروع والجهة الادارية . وتنعكس هذه السلبيات على المشروع من حيث الإنجاز والتشغيل ومن الطبيعي ان نشهد تأثيرا لذلك على بقية عقود الحزمة . إذ أن أي نزاع بخصوص عقد من العقود من الممكن ان ينسحب أثره على بقية العقود . ان كون شركة المشروع شخصا أجنبيا ، كما ان بعض اطراف العقود الناشئة عن عقد البوت هي اشخاص أجنبية أيضا سيؤدي حتما الى ظهور مشاكل تحدد تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي يمكن ان تظهر اثناء تنفيذ المشروع او خلال فترة تشغيله لاسيما وأن نقل التكنلوجيا يتم عبر الحدود وفي ظل نظم قانونية مختلفة [١٠٥]. وعلى الرغم من توجهات بعض الدول لا سيما النامية منها بالتمسك بإختصاص قضائها الوطني لإرتباط ذلك بمسألة السيادة عند تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإستثمار إلا ان

حاجة هذه الدول لاستثمار رؤوس اموال أجنبية دفعها للتنازل عن إختصاص قضاءها الداخلي لتقبل بالوسائل التي تتطلبها عقود التجارة الدولية وتفتح أفاقا رحبة للدول السامية وغيرها . وفي ذات الوقت توفر ضمانات للمستثمرين سواء كانت هذه الوسائل ودية بين أطراف النزاع او لجوءهم الى التحكيم التجاري كقضاء خاص يمكن ان يوفر حلولا للمنازعات التي تنشأ عن عقود مثل عقود البوت [١٠٢] خصوصا وان أهم المشاكل التي تواجه الشركات التي تتولى تنفيذ عقود المشاريع الكبرى ومنها عقود البوت هي اتجاه معظم الدول الى تقييد الاشخاص المعنوية الأجنبية من حيث تمتعها ببعض الحقوق حماية لإقتصادها وكيانها السياسي [١٠٣] .

١- التسوية الودية للمنازعات في عقود البوت

ان الاجنبي ما دام يمارس العمل داخل دولة غير دولته بموجب موافقات تعد أساسها في التشريعات النافذة في ذلك البلد ولو تأتي إستثناءا من الاصل . سواء تم ذلك بإذن مسبق او بدونه فانه من المفترض ان يتمكن الاجنبي من القيام بالأعمال التي تسمح له تلك الدولة بممارستها . وهذا ما اشارت له التشريعات العراقية التي حصرت ممارسة العمل في العراق إبتداءا بالعراقيين واستثنت أشخاصا معينين او مهن بعينها من ذلك وكان أهم التشريعات قانون العمل رقم ١٥٩ لسنة ١٩٧٠ . كما أشارت الفقرة ٥ من المادة السابعة من نظام ممارسة غير العراقيين العمل والمهن في العراق رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٣ الى تقديم وزارة العمل بعض التسهيلات لمنح إجازة العمل للشركات والمؤسسات والاشخاص الذين يرغبون بإستثمار أموالهم في العراق لأغراض التنمية الاقتصادية[١٠٤]. إن أغلب المنازعات التي تنشأ عن عقود البوت هي منازعات ذات طبيعة فنية تتطلب مواجهتها وحلها بدلاً من تركها تتفاقم وتؤثر سلبا على العلاقات القائمة بين اطراف العقد . ومن هذا المنطلق برزت مسألة حل هذه المنازعات بالطرق الودية للوصول الى حلول سريعة بعيدا عن ساحات المحاكم وفكرة الخصومة حيث يقوم الحل على أساس التراضي بين أطراف العقد بعد التركيز على جوهر النزاع ودوافعه بعيداً عن الجوانب القانونية الموضوعية والإجرائية . ومن الوسائل المتبعة في هذا الاطار وسائل التفاوض والتوفيق والخبرة الفنية بالاضافة الى المحاكمات المصغرة [١٠٥] . ان العقد يخضع أصلا لقانون الإرادة الذي يتم تعيينه صراحة او ضمنا [١٠٦] ومن الطبيعي أن يلجأ الطرفان الى إرادتيهما عن طريق التفاوض لإيجاد حلول لموضوع او أكثر وأن يتنازل كل طرف عن بعض مطالبه مقابل ما يتنازل الأخر . وتبدأ التسوية الودية بالتحضير والإعداد والعرض وطرح موضوع النزاع وأهم مالديه من عناصر وتقديم البدائل الممكنة وصولا للحل [١٠٧] فالتفاوض إسلوب يسعى الاطراف من خلاله للمصالحة على ما أختلف بخصوصه . وقد تضمنت الكثير من عقود البوت بندا يتضمن الإشارة الى التسوية الودية لفض المنازعات عن طريق التفاوض والذي يعني إجراء حوار بين طرفي العقد حول موضوع النزاع للوصول الى صلح وإنهاء الخصومة . ويتم تحديد شروط المفاوضات بإتفاق الاطراف لا سيما تحديد فترة زمنية لهذه المرحلة [١٠٨] . حتى إن البنك الدولي أصدر قواعد إرشادية بخصوص الإستثمارات أكد فيها على ضرورة تفضيل اسلوب التفاوض لحل منازعات أطراف العقد كمرحلة سابقة على إختيار اسلوب التحكيم . وفي الغالب يجري تحديد آلية التسوية الودية والفترات الزمنية لها من خلال بنود يتضمنها عقد البوت [١٠٩] . ويمكن ان يتبع أطراف العقد طريق التوفيق الذي يعد محاولة للوساطة والوصول الى تسوية ودية [١١٠] . حيث يقوم الموفق بدراسة النزاع وتقديم مقترحات لتقريب وجهات نظر أطراف النزاع . وهذه عبارة عن مقترحات وليست قرارات ملزمة للطرفين [١١١] . وآلية التوفيق هي من آليات التسوية الودية للمنازعات في عقود التجارة الدولية وهي اسلوب متبع في هيئات تحكيمية دولية مختلفة كالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI) [١١٢] ولما كان طريق التوفيق طريق ودي فلا يخضع لرقابة القضاء بشكل عام إلا لا التوصية التي يصدرها الموفق

خاضعة للتدقيق في صحتها وبذلك تختلف عن القرار الصادر عن المحكم [١٠٩] . وقد يتجه أطراف العقد الى اسلوب اكثر فنية وهي وسيلة تساعد في حل النزاع فاذا كان إختيار الخبير قد تم بعد اللجوء الى القضاء والهيئات التحكيمية فان خبرته ستكون عونا للقاضي او المحكم للفصل في النزاع ذي الطابع الفني . وعلى الرغم من ان رأي الخبير غير ملزم الا ان المحكمة يمكن ان تستعين به للوصول الى حكم في موضوعه وفي حالة ان الاطراف قد إختاروا الخبير بخصوص مسألة معينة كجودة سلعة او جهاز وقرروا مسبقاً الإلتزام برأيه فانه يأخذ في مثل هذه الحالة دور المحكم [١١٠] . ويحصل ذلك عند حدوث شكوى في التنفيذ لمعرفة أسبابه حتى يأخذ كل من الطرفين موقفه بخصوصه [١١١] . أما إسلوب المحاكم المصغرة فهو إسلوب يتم فيه اختيار هيئة للتحكيم تتكون من ثلاثة أشخاص أحدهم رئيس محايد وإثنان يختار كل طرف واحدا منهم ويتولى هؤلاء دراسة النزاع وتقديم الحلول التي يرونها مناسبة . واذا ما قبل الاطراف هذه التسوية يقدمها الرئيس وتصبح ملزمة ويجب أن يمتنع الأطراف عن اللجوء الى القضاء وأية هيئة تحكيمية أخرى . لقد نجح هذا الاسلوب في الولايات المتحدة الامريكية لحل المنازعات الناشئة عن عقود المشاريع الكبرى . وأهم ما في هذه الطريقة ان الهيئة تطرح كل الجوانب الفنية او القانونية على أطراف النزاع دون تسريب ما قدمه كل طرف للهيئة وخصوصا في حالة عدم الإتفاق [١١٢] .إن التسوية الودية ما هي إلا نتاج إتفاق إرادتي طرفي العقد ولذلك تبقى محكومة بهاتين الإرادتين حتى إنتهاء النزاع عن طريق الحل او رفض هذه التسوية والبحث عن وسائل بديلة كأن يكون اللجوء الى القضاء فالتحكيم . وعليه فإن التسوية تخضع للقواعد التي تحكم قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتبعة في النظرية العامة للإلتزامات ولقواعد قانون المرافعات المدنية بإعتباره القانون الذي يحكم كل الجوانب الإجرائية خلال مرحلة

٢ ـ التحكيم في عقود البوت

أ . طبيعة التحكيم ووجوده في عقود البوت

يقصد بعقد التحكيم بأنه إتفاق يحصل بين طرفيين على اللجوء الى التحكيم لتسوية الخصومات التي تحصل بينهم كلا او جزءا والناشئة عن علاقة عقدية او غير عقدية . أما البند التحكيمي فهو ما يتفق عليه الاطراف على ان كل المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معين او تفسيره عن طريق التحكيم قبل حصول أي نزاع [١١٣] .ويعد التحكيم نظاما قضائيا خاصاً او هو وسيلة إستثنائية لحل المنازعات خارج طرق التقاضي العادية وينتم ذلك بموجب إتفاق أطراف علاقة قانونية عقدية او غير عقدية لتسوية المنازعات التي تنشأ او يمكن ان تنشأ بصورة كلية او جزئية [١١٤] . وبذلك فإن التحكيم يعتبر بمثابة قضاء خاص لا يعتمد القانون الوطني ولا أي قانون آخر ، اذ يختار الأطراف محكمين يعهدوا إليهم بموجب إتفاق او شرط يرد في العقد لفض المنازعات التي يمكن ان تنشأ فيما بينهم بخصوصه وقد يأتي التحكيم بصيغة شرط يرد في العقد المبرم وقبل حصول التنازع يسمى (شرط التحكيم) . وقد يصار الى اتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد حتى وان تم اللجوء الى القضاء أي بعد قيام التنازع ويسمى عندئذ المشارطة التحكيم.[١١٥] ويلاحظ من ذلك ان التحكيم يمنح أطراف العلاقة التعاقدية الحرية الواسعة في إختيار المحكمين الذين ينظرون النزاع ولا يشترط ان يكونوا من القضاة [١١٦] . وفي عقود البوت عادة ما يجري إتفاق بين شركة المشروع والجهة الادارية على ان يكون التحكيم عن طريق مراكز التحكيم المتخصصة او عن طريق محكمين عاديين يتفق عليهم في العقد او يرد ذكرهم لاحقا . ويكون قرار المحكمين ملزما بخصوص القضية موضوع النزاع ويتخذ المحكمون قرارهم بالأغلبية ولذلك يجب ان يكون عددهم فرديا لضمان تغليب كفة على أخرى من المحكمين [١١٧] . ولم يكن قبول التحكيم في عقود البوت امراً وارداً في الكثير من الدول ، وعلى وجه الخصوص في الأنظمة التي تكيف عقود

البوت على انها عقود إدارية . على الرغم من أن أشكالاً جديدة من هذه العقود بدأت تظهر لتغير من طبيعة العقد القانونية لنجد فيها مالا نعهده سابقاً في العقد الاداري لا سيما من ناحية تقليص نفوذ الدولة المتعاقدة وتقييد سلطاتها إتجاه المتعاقد الاجنبي [١١٦] إن أغلب الدول تمتنع عن قبول التحكيم كوسيلة لتسوية منازعاتها مع أشخاص القانون الخاص لا سيما الأجنبية منها بسبب هالة السيادة التي تحيط بكيان الدولة القانوني . ففي فرنسا كان يحضر اللجوء الى التحكيم وهذا نص المادة (١/٢٠٦٠) من القانون المدني إلا أن تعديلاً جرى على هذه المادة فأجازت فقرتها الثانية التحكيم بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة مع الشركات الأجنبية لتنفيذ مشاريع ذات نفع قومي [١١٧] . والمبدأ العام في فرنسا لا زال يحضر لجوء الأشخاص المعنوية الى التحكيم . الا أن إستثناءات ترد على ذلك اذا ما كان هناك نص قانوني دولي يجيز ذلك . اما في مصر فقد نظمت قواعد التحكيم لأول مرة في المواد من ٥٠٢-٥٢٧ من قانون الإجراءات المدنية لسنة ١٨٨٣ ثم أعيد تنظيمه في ذات القانون في المواد ٨١٨ – ٨٥٠ . وكذلك في المواد ٥٠١ – ٥١٣ من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام ١٩٤٨ وإستمر الحال في مصر حتى عام ١٩٩٤ حينما صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ولا يوجد نص في القوانين السابقة على قانون عام ١٩٩٤. كما لايوجد إتفاق دولي يجيز التحكيم للأشخاص المعنوية العامة الأمر الذي أثار خلافا في الفقه والقضاء مما دفع المشرع للتدخل وإصدار القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ليجيز التحكيم حتى في العقود الادارية مع مراعاة بعض الضوابط والإجراءات [١١٨] . ويرى الفقه بأن اللجوء الى التحكيم هو وسيلة للافلات من الخضوع للقضاء الوطني . لا سيما من قبل الشركات الكبرى [١١٩] إن المتعاقدين يتمتعون بحرية واسعة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وقد أصبح ذلك أحد المبادئ المستقرة في القانون الدولي الخاص وإن لجوء الاطراف الى المحكمين يعني ان يحدد هؤلاء القانون الواجب التطبيق وفقا لإرادتهم . فالمحكم ليس لديه قانون خاص به إنما يستمد ولايته من هذه الإرادة وليس من دولة معينة [١٢٠] .إن لجوء المتعاقدين الى التحكيم يعبر عن رفض اطراف العقد طرق باب القضاء والقبول عوضا عن ذلك بعرض النزاع على محكمة خاصة يختار أطراف العقد هيئتها بأنفسهم او عن طريق هيئات تحكيم تعمل وفق اجراءات خاصة بها معدة سلفا يطلق عليه بالتحكيم الحر او الخاص . ومن هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية بباريس (CCI) والمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الإستثمار (CIROI . إن إستناد التحكيم الى إرادة الاطراف يؤكد الوجه الإتفاقي الخاص به . سواء تم إختيار المحكمين خارج القضاء او احالة الموضوع على المحكمين أمام المختصة بنظر النزاع [١٢١] . وقد يلجأ المتعاقدون في عقد من عقود التجارة الدولية الى وثيقة تحتوي شرطا للتحكيم واعتبارها جزءا لا يتجزأ من العقد [١٢٢] .ان الحديث عن التحكيم في عقد البوت يؤكد القول على انه ليس بعقد إداري او لنقل انه عقد له خصوصيته وهذه الخصوصية التي تقربه من عقود القانون الخاص تشكل الرضائية فيه عنصرا جوهريا . ومن مظاهر الرضائية الاتفاق على بنوده بين إرادات أطرافه . ومن ضمن هذه البنود بنداً للتحكيم او القبول به بعد حصول النزاع . والسائد في الفقه ان العقد الاداري له مميزاته التي يتميز بها والتي من أبرزها قدرة الادارة لبنود غير مألوفة لا تتفق مع مبدأ المساواة المفترض بين أطراف العقد . ومن ضمن ما تضعه الادارة ميزة لها رفض مبدأ التحكيم كوسيلة لحل النزاعات التي تنشأ عن العقد على أساس أن للإدارة التحكم بالعقد وتعديله استنادا لإرادتها المنفردة وتوقيع الجزاءات على المتعاقد وكذلك لها سلطة في إسترداد المرفق العام متى شاءت [١٢٣] . ويمثل قبول التحكيم في عقد البوت مظهراً من مظاهر تلاقي الإرادات لأطراف العقد والذي يستلزم توافر الاهلية الكاملة لديها وهي مسألة لا بد منها ولا يمكن تجاوزها لتماسها بالنظام العام سواء كانت أهلية وجوب او أهلية أداء . وهذا الامر

ينطبق على الشخص ، طبيعيا كان او معنويا . اذ تثبت للشخص المعنوي اهلية الوجوب بالاعتراف به واهلية الأداء التي تعني صلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية والتي تحدد بالقيود التي يتضمنها سند إنشائه او القانون [٢٠٤] لأن اللجوء الى التحكيم يعتبر تصرفا قانونيا تأتيه الادارة ولذلك من يقوم به يجب أن يتمتع بالادراك والتمييز اللازمين ليكون التصرف صحيحا [٢٠٥].

وعادة ماتكون العبرة بقانون الجنسية في تحديد الأهلية . وهي من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها ولا الصلح ، كما هو حال الزواج والنسب والفصل والعلاقة غير المشروعة لتعلق هذه الامور بالنظام العام . بينما يجوز ذلك اذا ما تعلق التحكيم بالحقوق المالية الناشئة عن العلاقة الزوجية والتعويضات الناشئة عن إرتكاب جريمة [٢٠٦].

ب ـ تكريس مبدأ قانون الإرادة

لقد لعبت عوامل عدة في تكريس قانون الإرادة المترجم المؤكد لحق اطراف العقد في اختيار القانون الذي يحكمه ، سواء كان التعبير عن الاختيار صراحة او ضمنا . فقد لعبت الإتفاقيات الدولية ومحاكم التحكيم والقوانين الوضعية دورا في تكريس قانون الإرادة . ومن الإتفاقيات الدولية التي أدت دورا في هذا المجال الإتفاقية الاوربية للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١ التي اكدت على حرية الاطراف في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقة في موضوع النزاع . وهذا ما تضمنته المادة السابعة منها وما تضمنته أيضاً الفقرة الاولى من المادة الثالثة من معاهدة روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق في مجال الإلتزامات التعاقدية والتي تخضع العقد للقانون الذي يختاره الاطراف [٢٠٧] .وكان لإتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الإستثمار نفس التوجه الذي تضمنته أيضا الفقرة الاولى من المادة ٤٢ من المرسوم الرئاسي ٩٥- ٤٤٨ التي أشارت الى ان محكمة التحكيم تفصل في النزاع وفقاً للقانون المختار بواسطة الاطراف . وقد تضمنت الفقرة الاولى من المادة ٢٨ من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٨٥ ما يؤكد الاتجاه المشار اليه أعلاه . كما اكدت محاكم التحكيم ذات الامر . وهذا ما حصل في محكمة التحكيم التي نظرت قضية (Aramco) سابق الاشارة اليها [٢٠٨] . حيث أكدت على اعتبار القانون المختار صراحة من قبل اطراف العقد هو الواجب التطبيق على العقد الدولي . وهذا ما اكدة المحكم (CAVIN) في تحكيم قضية (SAPPHIR) وكذلك المحكم (DUPUY) في قضية (Taxaco) مؤكدين على ان حق اطراف العقد في إختيار القانون الواجب التطبيق على العقد ليست محل شك . وبخصوص القوانين التي كرست حق الاطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد قانون المرافعات الفرنسي في المادة ١٤٩٦ منه كما ان الفقه يرى بان إستخدام النصوص القانونية لعبارة القواعد القانونية يؤكد إتجاه النية لعدم تحديد قانون وطني معين يحكم العقد [٢٠٩] . كما اوردت الفقرة الاولى من المادة ٢٩ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الصادر في مصر والخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية نصا يلزم هيئة التحكيم على موضوع النزاع بتطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا العقد فاذا وقع إتفاقهم على تطبيق قانون دولة ما فيجري تطبيق القواعد الموضوعية للقانون دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين إلا اذا إتفقا على غير ذلك [٢١٠] .

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

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

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

عندما يخلو عقد البوت من أية إشارة الى إختيار إرادات اطرافه القانون بعينه ليكون واجب التطبيق على العقد المبرم فيما بينهم فان إتجاهات ظهرت للتوصل الى حلول لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد البوت وهي إتجاهات تنطلق من مصالح وخلفيات ومواقف تعبر عن رأي الجهات القائلة بها وليرما تعبر عن مصالح دول بعينها ان تسوية الامر هنا في مدى بحث مصلحة المتعاقدين على السواء عند تحديد القانون الواجب التطبيق . والأصعب من ذلك تغييب الارادة وإن توفرت . إذ نلجأ بعض الدول الى عدم قبول شرط التحكيم في عقود البوت بعد تكييفها عقودا إدارية . وذلك امر لا يعكس موقفا منصفا إتجاه أطراف العقد وخصوصاً الطرف الاجنبي المستثمر الأمر الذي يترك آثارا سلبية على الإستثمار برمته هذا من ناحية . ومن ناحية اخرى فان تغييب إرادة الاطراف بحجة ان العقد إداري ولايمكن قبول التحكيم فيه مثلما ذهبت الى ذلك محكمة القضاء الاداري بمجلس الدولة المصري في حكمها المؤرخ في ١٩ / ٢ / ٢٠٠١ بخصوص النزاع الذي قام بين وزارة الطيران المدني والشركات التابعة لها وشركة أماليكوب ليمتد (الممنوح لها إلتزام مطار رأس سدر وفقا لنظام البوت ، الامر الذي شكل عائقا أمام جذب الأستثمارات الاجنبية الى مصر . وفي نفس الوقت دفع الشركة الى اللجوء الى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والذي قضى بإعتبار العقد عقداً دوليا . وبالنتيجة يعتبر شرط التحكيم جزءا من العلاقات القانونية الدولية ومخالفة إهدار الشرط لمبدأ حسن النية متضمنة القرار إعتبار تذرع الشخص المعنوي بإنعدام أهليته بعد توقيعه لشرط التحكيم أمرا مخالفا للنظام العام الدولي [٧١٣].

الإتجاه الاول : إعتبار قانون الدولة المضيفة واجب التطبيق

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

. فلا يمكن إفتراض أن الإلتزامات التي قبلها والتي تتعلق بهذا القرض . تخضع لأي قانون غير قانونه ا . ففي هذا القرار تستند المحكمة على أي أساس أن أحكام القانون الدولي العام تقتصر على العلاقات التي تقوم بين أشخاصه فقط وعليه ذهبت الى إعتبار القانون الداخلي هو الواجب التطبيق كما ان حكم محكمة التحكيم في قضية شركة (Aramco) ربطت بين مبدأ السيادة وخضوع العقد للقانون الداخلي وقد أخذت بهذا الاتجاه إتفاقية واشنطن المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار (CIRDI) في الفقرة الاولى من المادة ٤٢ حيث ألزمت بموجبها هيئة التحكيم بتطبيق قانون الدولة المضيفة .لقد تعرض هذا الإتجاه للنقد لا سيما من جهة إعتبار الدول شخص من أشخاص القانون العام رغم دخولها في علاقة عقدية عادية مع شخص أجنبي من أشخاص القانون الخاص . بالاضافة الى ان التمسك بتطبيق القانون الداخلي سيهز ثقة المستثمر الاجنبي الذي لا تسعف موقفه أحكام محكمة العدل الدولية لعدم مواكبتها لما حصل من تطور في نطاق عقود التجارة الدولية [٢٠١] خصوصا وان الشركات الكبرى تستعين من خلال شرط التحكيم الإفلات من الخضوع للقانون والقضاء الوطنيين ضمانا لحقوقها الناشئة عن العقد . [٢٠٢]

الإتجاه الثاني : نظرية تدويل العقد

يذهب بعض من الفقه الى القول بان عقود البوت تتصل بطبيعتها بالقانون الدولي العام . وان أي إخلال بإلتزام دولي تقوم بسببه مسؤولية الدولية لمخالفتها لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين من دون ان يكون لها مجال للتمسك بالمزايا السيادية لتنازلها عنها بمجرد توقيع العقد . ويأتي ربط هذه العلاقة بالقانون الدولي لإبرام العقد في دولة خارجية ولكون أحد أطراف العقد عنصر اجنبي بالاضافة الى إمتداد علاقاتهم لتعبر الحدود [٢٠٣] . ويأتي هذا التوصيف من أجل تحرير هذه العقود من سيطرة القوانين الوطنية للدول المضيفة وما يفرزه الخضوع لهذه القوانين من تأثير على المتعاقد الاجنبي بإعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية والمطلوب توفير حماية له من إمتيازات الادارة والتي منها تعديل العقد او إنهائه بإرادتها المنفردة بوصفها صاحبة سلطة [٢٠٤] . ويذهب البعض كما اسلفنا الى إعتبارعقد البوت من عقود التجارة الدولية مؤكدا إنطباق المعايير الخاصة بأثبات دولية العقد سواء كان المعيار القانوني أوالمعيار الإقتصادي أوالمعيار المزدوج [٢٠٥] . ويعتبر العقد دوليا وفقا لرأي الفقه متى تضمن إنتقال لرؤوس الأموال والسلع والخدمات بين الدول . أي إحتوائه على رابط تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة بعينها أي ان موضوعه يقوم على تحريك للأموال والخدمات عبر حدود الدولة [٢٠٦] .إن الشركات الكبرى تسعى لجعل مسؤولية الدولة مسؤولية دولية عند خرقها لما تفرضه التزاماتها كما تعمل الشركات على خلق قواعد قضائية دولية للتأثير في العلاقات الاقتصادية الدولية وهي دعوات تصب حتما في صالح الشركات بإعتبارها الطرف الأقوى فعليا في مواجهة الدول النامية التي تمثل الطرف الأضعف في العلاقة العقدية الناشئة عن عقد البوت [٢٠٧] والغرض بناء علاقات عقدية متوازنة بين الدول ولا سيما النامية منها من جهة والشركات الكبرى من جهة اخرى لا بد من إعادة صياغة قواعد دولية تحكم التجارة الدولية بما يحفظ حقوق الاطراف دون الميل لمصلحة طرف على أخر . ان تدويل العقد وان تم فانه يخص إخضاع مسؤولية الدولة لقواعد المسؤولية في القانون الدولي العام . ومع ان هذا الامر يبقى مفترضا إلا أن توفر أركان هذه المسؤولية وإثبات مسؤولية الجهة الادارية (الدولة) لا بد وان يكون وفقا لقواعد القانون الخاص سواء كانت قواعد المسؤولية المدنية او قواعد الاثبات وكذلك المرافعات المدنية .

الإتجاه الثالث: تطبيق المبادئ العامة للقانون [٢٠٨]

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

لقد أيدت بعض أحكام التحكيم هذا التوجه منها ما الحكم الذي يتعلق بقضية احمد شيوخ ابو ظبي وقضية فتر ضد شركة (international Marine Oil Compang) . ولقد تعرض هذا الإتجاه للنقد لا سيما من حيث أن هذه المبادئ لا نستطيع أن تكون نظاما قانونيا مستقلا [٢٠١].

الإتجاه الرابع : قواعد عبر الدولية واجبة التطبيق

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

لقد وجهت إنتقادات كثيرة أبرزها أنها ليست قواعد متكاملة وفي ذات الوقت غير متكاملة وغير مؤهلة لإعتبارها قانون مستقل وبالتالي فهي لا تختلف عن المبادئ العامة للقانون [٢٠٢] .

الإتجاه الخامس : تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية

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

لقد سبق وان تناولنا هذا الجانب عند بحثنا ماهية عقود البوت والاتجاه الذي يرى بأنها من عقود التجارة الدولية [٢٠٣] وبالتالي فإن العلاقات التي تنتجها تقع ضمن العلاقات التجارية الدولية . ولقد تبنت بعض أحكام التحكيم هذا الاتجاه باعتبار قواعد التجارة الدولية نظام قانوني دولي مستقل لاسيما في غياب إتجاه إرادة الاطراف لتحديد قانون معين ليكون واجب التطبيق أيا كان المعيار المعتمد في إثبات دولية عقد البوت فالدولية وفقا لما يراه هذا الفقه تتحقق متى كانت هناك عملية إنتقال لرؤوس الأموال والسلع والخدمات بين الدول [٢٠٤] .ومع بقاء التأكيد على مسألة إختيار القانون الواجب التطبيق إلا أنه ومع تطور المعاملات الاقتصادية الدولية و الضغوطات التي تمارس على الدول ، وخصوصا النامية منها من قبل الشركات الكبرى فقد أضحى اللجوء الى هيئات و مؤسسات التحكيم و القبول بإجراءاتها و قوانينها الداخلية وإستبعاد القانون المختار

هي السمة البارزة على المستوى الدولي .[٢٢٦] وكما سبق لنا القول فإن تطبيق قواعد قانون التجارة الدولية يعني تطبيق قواعد القانون الخاص على محصل بنود العقد وتنفيذه . إذ غالبا ما تذكر الصفة الدولية عند الحديث عن مسؤولية الدولة وهي مسؤولية في جوهرها تعد من المواضيع التي تبحث ضمن نطاق قواعد المسؤولية المدنية مع الأخذ بنظر الإعتبار ان المسؤول هنا شخص معنوي هو الدولة .

المطلب الثالث: إنقضاء عقد البوت

يجد العقد طريقه الى التنفيذ متى ولد صحيحا نافذا لازما . ومن الطبيعي ان تزول الرابطة العقدية بتنفيذ طرفي العقد لإلتزاماتهما . وقد تطرء ظروف قد تؤدي الى زوال العقد قبل البدء بتنفيذه او بعد البدء بالتنفيذ ولكن قبل اكماله أو التنفيذ . وقد ينسحب أثر هذه الظروف الى الماضي ويسمى بالفسخ ويقع بالنسبة للعقود الفورية التنفيذ . أما اذا إمتد أثره الى المستقبل فقط وهو ما يحصل في العقود المستمرة التنفيذ فيسمى بالإنهاء . وقد عالج المشرع العراقي الحالتين تحت عنوان الفسخ رغم اختلافهما [٢٢٧] .

وعقد البوت كأي عقد لا بد وان ينتهي وحيث ان الزمن يشكل عنصرا جوهريا فيه فإنه يعد من العقود الزمنية التي تنتهي بإنتهاء مدتها وهذه هي النهاية الطبيعية لعقود البوت .

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

الفرع الأول: النهاية الطبيعية لعقد البوت

ان انعقاد العقد صحيحاً يعني إكتسابه القوة الملزمة لتنفيذه . ولذلك فإن المدين يكون ملزما على تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد وإلا أمكن إجباره على التنفيذ عن طريق ما وفرة القانون من وسائل وضعها بيد الدائن [٢٢٨] .إن النهاية الطبيعية لعقد البوت تتحقق بإنتهاء مدته بإعتباره من العقود الزمنية إذ عادة ما تكون مدة العقد طويلة نسبياً [٢٢٩] . وبإنتهاء المدة اذا ما تمت دون مشاكل قانونية يجري تسليم المشروع الى الجهة الإدارية فينتقل اليها وفقا لترتيبات خاصة . ويفضل ان يتم ذلك تدريجيا لتأتي النتائج إيجابية . وهذا يتطلب من الادارة تهيئة كوادرها وتجهيزهم مسبقا للعمل مع الشركة المنفذة لتكسب الخبرة والتعرف على كفاءة المشروع كما يتطلب الأمر إلزام شركة المشروع بتقديم خطاب ضمان لتأمين ما تؤديه من عمل [٢٣٠] . وتختلف الدول في تحديد مدة العقد لاسيما من جانب مدة تشغيله . فعقود البوت في مصر تصل مدتها الى (٣٠) سنة وفقاً للقوانين النافذة حاليا وقد تجاوز ذلك عند تجديد العقد بعقد جديد يأخذ بالإعتبار التطورات الاقتصادية والفنية [٢٣١] ويثار تساؤل في حالة ما اذا كان عقد البوت لا يتضمن على تحديد مدة معينة . وعلى الرغم من أن ذلك أمر نادر الحصول في عقود مثل عقود البوت لأهميتها وضخامة كلفتها ودورها الاقتصادي ولكن ان حصل ذلك فيلزم الأمر الرجوع الى القواعد العامة في نظرية العقد وخصوصاً القواعد ذات الصلة بإنهاء العقد وفي حالة عدم توفر هذه النصوص فالأمر يقرره القضاء بتحديد مدة معقولة . [٢٣٢]ويمكن لأطراف العقد ان يتفقا على تديد مدة العقد او تجديدها لفترة اخرى . فاما ان يأتي التجديد تلقائيا على ان يجري التبليغ بالرغبة في التجديد قبل مدة مناسبة كأن تكون ثلاث سنوات ليتمكن كل طرف من ترتيب ما

يتوجب عليه خلال المدة المقبلة وكذلك ما يتعلق بسير المشروع وكيفية تقديم خدماته الى المنتفعين بانتظام وإضطراد وفقاً للمصلحة العامة [٢٢].

الفرع الثاني: النهاية غير الطبيعية لعقد البوت

يمكن ان يحصل إنهاء للعقد قبل إنتهاء مدته . وهي ما تعرف بالنهاية المبتسرة [٢٣] وتعطي بعض القوانين حق الإنهاء لكل من الادارة وشركة المشروع . على ان يعتبر الإنهاء الإجراء الاخير الذي يمكن ان يلجأ اليه أي من الطرفين ويقتصر على الإخلال الجسيم وعليه يجب منح المتعاقد مدة مضافة لمعالجة الخلل وتفادي الإنهاء [٢٤] .والآثار التي يمكن ان تنتج بعد إنتهاء العقد بصورة طبيعية تتعلق بموضوع عقود العمل التي أبرمتها شركة المشروع ومدى إنتقال آثارها الى الجهة الادارية . حقوقاً والتزامات أما المسألة الاخرى فترتبط بمصير التعهدات التي نشأت أثناء استغلال المشروع .فبخصوص عقود العمل فإن التوجه العام يقول بأن يستمر نفاذ هذه العقود بعد إستلام المشروع من قبل الجهة الادارية التي عليها أن تفي بإلتزاماتها بعد الاستلام بخصوص مثل هذه المواضيع لما تتركه من آثار تنتج حقوقاً او تولد إلتزامات . وهذا ما أكدته التشريعات والقضاء في كل من مصر وفرنسا . ففي مصر تكون لشركة المشروع إدارة المشروع دون تملكه ولا تكون للإدارة أي سلطات إستثنائية إتجاه شركة المشروع . لأن عقد البوت يعد من عقود القانون الخاص . او لنقل لم يعتبر عقداً إدارياً كما تبين لنا إن شركة المشروع في عقد البوت لم تكن مالكة للمشروع أصلاً كما هو الحال في أنواع أخرى من عقود البوت كعقدي (B.O.O.T وM.O.O.T) وعليه يجري التساؤل عما اذا كانت الجهة الادارية تعد خلفاً خاصاً لشركة المشروع أم لا . بينما في فرنسا فإن الادارة تحل محل شركة المشروع في الحقوق فقط . إلا ان القضاء لا يتابع في تحمل الادارة لإلتزامات الشركة متى كانت هذه الالتزامات ضرورية للمشروع ويبدو المسألة أكثر تعقيداً في مصر لما تثيره فكرة الخلف الخاص في القانون المدني في ظل عدم وضوح النصوص القانونية بخصوص إعتبار الجهة الادارية خلفاً خاصاً للشركة أم لا . رغم أن القضاء المصري مستقر على عدم إعتبار الادارة خلفاً خاصاً لشركة المشروع [٢٥] وتتعدد الحالات التي يجري فيها إنهاء عقد البوت بصورة غير طبيعية . وبالنظر لخصوصية هذا العقد فإن القواعد الخاصة بإنهاء او إخلال العقد في النظرية العامة للالتزامات وما يخص منها العقد هي التي يجري تطبيقها مع بعض ما يثار بخصوصها من إجراءات قد نلجأ إليها الادارة لتصفيف أوضاعاً خاصة لحالات الإنهاء .

الفقرة الأولى: فسخ العقد

القاعدة الأساس في العقود الملزمة للجانبين أن كل طرف ملزم بأداء ما عليه من إلتزامات ناشئة عن العقد . وعلى الرغم من ان المشرع الفرنسي إشترط وجود شرط فاسخ ضمني في كل عقد ملزم للجانبين يكون سبباً لطلب الفسخ وهذا ما تتضمنه المادة ١١٨٤ من القانون المدني الفرنسي إلا أن أساس نظرية الفسخ هي إعتبارات العدالة . فليس من العدل أن يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه وفي ذات الوقت يطلب من المتعاقد الآخر تنفيذ ما عليه من إلتزامات . ومن جانب آخر فإن الصياغة القانونية توجب ان تساير النصوص وفقاً لمحتواها الموضوعي وبالإستناد الى الأسباب الصحيحة التي تبررها . فقاعدة الفسخ لعدم التنفيذ تقوم على أساس نظرية السبب . فحيث ان في العقود الملزمة للجانبين يعتبر إلتزام طرف في العقد سبباً لإلتزام الآخر فإذا لم يقم طرف في تنفيذ الالتزام يصبح الإلتزام منقطع السبب فيبطل . وهذه هي النتيجة التي يمكن ان نصل اليها . فنظرية السبب حسبما يؤكد الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري هي التي تفسر قاعدة الفسخ وقاعدة تحمل التبعة وقاعدة الدفع بعدم التنفيذ [٢٦] . ويأتي الفسخ أما بحكم الإتفاق او بحكم القضاء او بحكم القانون . لقد حددت المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي الشروط الواجب توفرها لتقديم طلب الفسخ . وهي ذات الشروط التي تحدثت عنها معظم

التشريعات وشكلت جزءاً من النظرية العامة للعقد فبالاضافة الى إشتراط ان يكون العقد ملزما للجانبين يشترط ان لا يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وان يكون طالب الفسخ مستعدا للقيام بتنفيذ ما عليه من إلتزام [٩٣٩].

١ ـ الفسخ بحكم الإتفاق

من الممكن ان يتفق المتعاقدان عند إبرام العقد على إمكان فسخ الرابطة العقدية وفقا لإتفاق يجري بينهما وهذا الإتفاق جائز قانوناً . حيث نصت عليه العديد من القوانين بصورة صريحة في حين تركت الاخرى ذلك للقواعد العامة دون النص على الفسخ الاتفاقي [٩٤٠] لقد أورد المشرع العراقي نص المادة ١٧٨ من القانون المدني العراقي بالقول (يجوز الإتفاق على ان العقد يعتبر مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا اذا إتفق المتعاقدان صراحة على عدم ضرورته) ان مفهوم النص يعني ان الفسخ الإتفاقي لا يكون مقبولاً إلا اذا إتفق المتعاقدان على وقوعه دون حاجة الى حكم قضائي . وتتحقق نتيجتان وفقاً للنص اعلاه :

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

النتيجة الثانية / ان الفسخ يقع دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء . إذ يأتي الفسخ إتفاقا مع إستبعاد طريق القضاء رغبة من المتعاقدين في تجاوز رفع دعوى قضائية وصدور حكم قضائي بخصوصها لأن الفسخ الإتفاقي مقرر للفسخ لا مسلسا له على عكس الفسخ القضائي الذي تعد المطالبة به من أعمال التصرف [٩٤١].

ويأتي الفسخ إتفاقاً كنتيجة لرغبة الطرفين في إنهاء العلاقة العقدية قبل اتمام العقد ولذلك لا بد من التعبير الصريح عن الرغبة في قبول الفسخ الإتفاقي لاسيما من قبل الادارة [٩٤٢]. والقاعدة الاساس أن الإتفاق على ان يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزام مع استلزام وجود الإعذار [٩٤٣] الا ان ذلك لا يمنع من إمكانية إستبعاد الإعذار بشرط ان يكون ذلك صراحة في العقد اذا رأى المتعاقدان عدم ضرورته [٩٤٤]. ويستطيع الدين تجنب الفسخ اذا ما قام بتنفيذ التزامه وفقا لمتطلبات العقد قبل صدور الحكم بالفسخ . إلا اذا كان الوفاء المتأخر يضار منه الدائن بغض النظر عن حسن او سوء نيته لأن الامر يعالج من خلال الحكم بالتعويض من قبل محكمة الموضوع وهو الذي يقدر الضرر الذي لحق الدائن بسبب التأخير [٩٤٥]. ان طريق الفسخ هو تعبير عن إرادة طرفي العقد ولذلك نستطيع ان نسلكه شركة المشروع كما تستطيع ذلك الادارة لمبررات تعود لإخلال الشركة بإلتزاماتها وليس لما تمتلكه من سلطة الإنهاء لمبررات ترتبط بالمصلحة العامة [٩٤٦]. يذكر في هذا المجال ان إعتبار العقد مفسوخا يأخذ طريق التدرج . فقد يتفق المتعاقدان على إعتبار العقد مفسوخا اذا لم يقم احد الأطراف بتنفيذ إلتزامه . وقد يتقدمان أكثر في قوة الشرط عندما يتفقا على ان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . ليتقدما أكثر عندما يتفقا ليكون مفسوخاً من تلقاء نفسه ومن غير حاجة الى حكم الى ان يصل الإتفاق الى القصى مداه عندما يتفقا بأن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه من غير حاجة الى حكم ولا إعذار [٩٤٧].

٢ ـ الفسخ بحكم القضاء

يحق لأي طرف في العقد اللجوء الى القضاء وطلب الفسخ في حالة إخلال الطرف الاخر بإلتزامه . وفي الوقت الذي يرى فيه بعض الفقه ان لا اشتراط بتوجيه طالب الفسخ إنذار الى الطرف الأخر [٩٤٨] ليحكم القاضي بالفسخ إلا أن معظم القوانين المدنية كما في العراق ومصر وليبيا تشترط توجيه الإعذار قبل تقديم طلب الفسخ [٩٤٩].

إن توجيه الإنذار (الإعذار) وبغض النظر عن مدى إلزاميته فهو لأنه ينبه المدين بتنفيذ ما عليه من إلتزام وإلا فإن الدائن سيطلب الفسخ من القضاء . ويتم ذلك بإعذاره عن طريق الجهات المختصة كالكاتب العدل كما في العراق . فقد ألزمت المادة ١٧٧ من القانون المدني العراقي الدائن بتوجيه الإنذار إلا ان ذلك يكون غير ضروري اذا اصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا [٧٠] وما يلاحظ من نص المادة ١٧٧ أن الدائن بالخيار بين طلب الفسخ وطلب التنفيذ اذ نص فقرتها الاولى (في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض اذا كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى أجل كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام في جملته) ويلاحظ من خلال النص أعلاه ان قاضي الموضوع غير ملزم بالحكم بالفسخ إنما يتمتع بسلطة تقديرية بهذا الخصوص . فقد يحكم بالفسخ عندما يقتنع بمبررات طلب الفسخ وقد يقرر رفض الطلب ويمنح المدين نظرة الميسرة ، أي ان يعطي المدين أجلاً مناسبا ليوفي بإلتزامه اذا كان ما نفذه منه كبيرا قياسا للمتبقي مستعينا بالظروف المحيطة بموضوع طلب الفسخ فإذا كان المدين سيء النية او مقصر في تنفيذ إلتزامه رغم إعذاره من الدين فإن المؤكد هو الحكم بالفسخ وبعكس ذلك اذا كان المدين حسن النية وإن عدم تنفيذه لإلتزامه يعود الى ظروف خارجة عن إرادته وإن ما بقي من إلتزامه يُعد قليل الاهمية قياسا لحجم الإلتزام برمته وان الدائن لم يصبه ضرر كبير بسبب تأخر تنفيذ الإلتزام فإن القاضي سيرفض طلب الفسخ ويمنح المدين نظرة الميسرة حتى وإن كان الدائن قد وجه إعذارا للمدين . ويخضع هذا الأمر لتقدير القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية بهذا الخصوص ولا رقابة لمحكمة التمييز عليه في هذه المسألة [٧١] . وعادة ما تتقدم شركة المشروع بطلب الفسخ عندما ترتكب الادارة خطأ إداريا جسيما كأن تقوم بتعديل العقد بما يخل توازنه . ويعتبر الفسخ عندئذ متحققا من يوم رفع الدعوى اذا قضت المحكمة به [٧٢]

٣. الفسخ بحكم القانون

تكاد تتفق التشريعات على ان المدين اذا لم ينفذ إلتزامه لسبب أجنبي لا يد له فيه فإن الإلتزام ينقضي وينفسخ العقد بحكم القانون ولا حاجة الى اللجوء الى القضاء إلا إذا كان النزاع يتعلق بتحقق السبب الاجنبي من عدمه . واذا ما تحقق القضاء من ذلك فلا يحكم بأي تعويض . وهذا ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ١٧٩ من القانون المدني العراقي بقولها (اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه إنفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) . واذا كانت الإستحالة عائدة الى خطأ المدين فلا ينفسخ العقد بل يتأكد وتقوم مسؤولية المدين العقدية ويحكم عليه بالتعويض بسبب عدم تنفيذ إلتزامه [٧٣] . وتنطبق هذه القواعد العامة على عقد البوت في حالة تحقق أية حالة من الحالات المشار اليها أعلاه . ويضاف الى ذلك ايضا بأن العقد يعتبر منقضيا بقوة القانون اذا ما أصبح المدين معسراً او اذا أشهر إفلاسه . فالجهة المتعاقدة مع الادارة عادة ما تتحد شكل شركة وان الانشطة التي تقوم بها تعتبر أنشطة تجارية . لأن شهر الإفلاس وفقا للقوانين التجارية سيؤدي الى إنقضاء العقد لا بإنقضاء الشخصية المعنوية . ونثار في مثل هذه الحالة مشكلة في حالة إعتبار بعض القوانين لشركة المشروع مالكة له كما هو الحال في عقود (B.O.O.T و(M.O.O.T حيث تتوفر للدائنين إمكانية الحجز على المشروع وبيعه او ممتلكاته وتوزيع بدل البيع على الدائنين وفقا لقسمة الغرماء . لا سيما اذا لم تكن هناك نصوص قانونية تمنع ذلك حيث يشار الى تطبيق القواعد العامة . ففي مصر نصت المادة الثالثة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ على منع الحجز او إتخاذ أي إجراءات تنفيذ على المطارات والاراضي المزمع محل الإلتزام وما عليه من مبان وأملاك ومنشآت وأسلاك وأجهزة ومعدات ومحطات سلكية ولا سلكية ومنارات وما بداخلها من أدوات

والآلات لازمة لسير المشروع [٩٠٤] . وفي حالة الوفاة [٩٠٥] فإن العقد لا ينتقل بحقوقه والتزاماته الى الخلف العام اذا ما تضمن العقد بنداً يشير الى إعتبار العقد مفسوخاً في حالة الوفاة. وبخصوص تبعة الهلاك فان الفقه يذهب الى ان المتعاقد في عقود المعاوضة الذي استحال عليه تنفيذ إلتزامه هو من يتحمل تبعة الهلاك وهذه القاعدة هي التي تحكم الامر . وهناك قاعدة اخرى تقول بان الشخص اذا كانت يده على الشيء يد أمانة فلا يتحمل تبعة الهلاك واذا كانت يد ضمان فهو الذي يتحمل تبعة الهلاك [٩٠٦] .

الفقرة الثانية: إنهاء العقد من قبل الإدارة

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

١- إنهاء العقد من قبل الإدارة بالسحب أو الإسترداد

الإسترداد إجراء تتخذه الادارة لانهاء الإلتزام قبل إنتهاء مدته بموجب قرار يفترض تغليب المصلحة العامة فيه [٩٠٧] ان خصخصة عقود البوت ودورها في مجال الاقتصاد ومساسها بحاجات مواطني الدول التي تنفذ فيها مشروعاتها وما تعكسه من آثار إجتماعية وسياسية قد تدفع الادارة الى انهاء العقد لأسباب تخص الادارة ذاتها بغض النظر عن صدور خطأ من شركة المشروع من عدمه . ويتسع الفقه والقضاء الفرنسيان مصطلح القوة القاهرة الادارية للإشارة الى الإنهاء [٩٠٨] . ويحصل ذلك اذا ما أتفق في العقد لمنح الادارة هذا الحق أو أن التشريعات النافذة في الدولة تسمح بذلك . وقد يأتي ذلك من دون ان يكون للطرف الآخر حق اللجوء الى القضاء منعاً لإعتبار الادارة متعسفة في قرارها وبالتالي الحكم عليها بالتعويض [٩٠٩] وقد تلزم تشريعات بعض الدول الادارة حصولها على حكم قضائي . في حين تجيز تشريعات دول اخرى ذلك على ان تعوض شركة المشروع عن الأضرار التي تسببها نتيجة هذا القرار وترى بعض الدول ان إنهاء العقد لا يتفق وطبيعة مشاريع البوت فتفضل ان ينص في العقد على تفادي حصوله [٩١٠] . وعلى الرغم من ان هناك من يرى بأن الإسترداد لا يتطلب وجود إتفاق مسبق مع شركة المشروع لأنه قرار يخضع لسلطة الادارة التقديرية شرط عدم إساءة استعمال السلطة فيه [٩١١] . إلا ان الفقه الأخر يرى بأن الاسترداد يمكن ان يحصل بالاتفاق مع المتعاقد متضمناً كيفية حصوله والقواعد المتبعة بشأنه وهو ما يعرف بالإسترداد العقدي . في حين يأتي الإسترداد غير العقدي عندما تقرره الادارة بموجب سلطتها خارج إطار العقد [٩١٢] وعلى الرغم من الإختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للإسترداد بين من يعتبره من قبيل نزع الملكية للمصلحة العامة وآخرين يرون بأنه مجرد فسخ للعقد تمارسه الادارة كحق لها في إنهاء العقود إلا ان القول بأنه نظام خاص [٩١٣] ولكنه لا يقترب مما ذكر أعلاه لأن خصوصيته تنبع من الملائمة بين متطلبات المشاريع الكبرى وإرتباطها بالمصلحة العامة من جهة وما تقرره العقود بتضمينها هذه الحق للادارة كبند يقبله المتعاقدون بإرادتهم . ولا غرابة ان نرى في العقود بعض الإمتيازات التي يتمتع بها طرف دون آخر مادامت تتم بالإتفاق . وكذلك الحال اذا ما جاء الإسترداد تشريعيا . أي بموجب قوانين خاصة وهو أمر لا يتقاطع مع المبادئ العامة للقانون [٩١٤] . ومن أبرز صور الإسترداد التشريعي هو التأميم الذي تتحول ملكية المشروع بموجبه الى الدولة سواء ما كان منها سينتقل اصلاً لها . او يبقى الى شركة المشروع مادام مؤثر في إستمرار عمل المشروع وإنتظامه تحقيقاً لمصلحة عليا مقابل تعويض عادل . ويرى الفقه ان التأميم لابد وان يتم عبر قرار تشريعي [٩١٥] وغالبا ما يتم وفقا للقانون الذي منح تنفيذ المشروع الى الشركة عبر إصدار قانون

جديد أي وجود إشارة الى إمكانية حصول ذلك في القانون الذي يسمح بإبرام عقد البوت أو إصدار قانون جديد يلغي القانون الذي تم منح الإمتياز أو إبرام العقد بموجبه كما حصل في الاردن عندما صدر القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٥٩ الذي ألغى قانون تصديق إمتياز التنقيب عن النفط الممنوح للسيد جورج أزميري . وكذلك عندما أمم الرئيس الراحل جمال عبد الناصر قناة السويس بموجب القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ [٩١٧] . فقد نصت المادة الاولى من القانون أنهم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية ش. م. م تنتقل الى الدولة جميع امالها من أموال وحقوق وما عليها من إلتزامات وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حالياً على إدارتها ...! لقد جاء صدور هذا القانون لإلغاء الإمتياز الممنوح للشركة لإعتبارات تهم المصلحة العليا للدولة [٩١٨] . وقد عارض بعض الفقه فكرة التأميم مستعملا بنص المادة الثامنة من قانون ضمانات وحوافز الإستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ والتي نصت على ان (لا يجوز تأميم الشركات والمنشأت او مصادرتها) . إلا أن آخرين يستندون الى نص المادة ٣٥ من الدستور المصري والتي نصت على ان (لا يجوز التأميم إلا لإعتبارات الصالح العام وبقانون ومقابل التعويض) [٩١٩] .

٢- إنهاء العقد من قبل الإدارة بالإسقاط

قد تقرر الادارة سحب الإلتزام من المتعاقد على مسؤوليته اذا ما صدر منه خطأ جسيم يضر بالمرفق العام [٩٢٠] . ففي فرنسا يرى القضاء بأن الادارة لها الحق في سحب الإلتزام وإنهاء العقد اذا ما أخل المتعاقد بالتعريفات او المرسوم المحدد او في حالة رفضه تقديم الحسابات التفصيلية للعمليات المرفق او قيامه بالتنازل عن العقد كلياً او جزئيا الى الغير دون إستحصال موافقة الادارة [٩٢١] . وقد يأتي الانهاء بسبب عدم مراعاة شروط الرخصة الممنوحة للمتعاقد [٩٢٢] . وغالبا ما يشترط القضاء الفرنسي تطبيق القواعد العامة بخصوص قيام الادارة بإعذار شركة المشروع قبل توقيع الجزاء وتحديده مدة للإنجاز قبل الإسقاط وإتخاذ القرارات الشكلية المطلوبة [٩٢٣] .

ومن المبررات التي ترى الادارة بأنها تصلح أن تكون سببا لسحب المشروع فشل شركة المشروع في تحقيق مستوى معين من الإنتاج المخطط له خلال فترة معينة او قيامها برهن المشروع تأمينا لدين او إصدار سندات قرض بما يخالف بنود العقد او قيامها بالتنازل عن العقد الى الغير دون موافقتها وكذلك في حالة إحتمال شركة المشروع او تقصيرها او تهاونها رغم إنذارها خطيا من الجهة الادارية [٩٢٤] ويعتبر الإسقاط بمثابة العقوبة التي توقعها الادارة على المتعاقد ولذلك يستوجب حصول خطأ جسيم منه لذا لا يستحق المتعاقد في حال تحقق مثل هذه الحالة أي تعويض نتيجة لذلك إنما يمكن ان تتحمل الادارة على حكمه بإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة خطأ المتعاقد الجسيم . وفي ذلك يختلف الإسقاط عن الاسترداد حيث ان الأخير يعد إجراءا تمارسه الادارة للمصلحة العامة دون وقوع المتعاقد في خطأ . الامر الذي يستوجب تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب إنهاء العقد قبل إنتهاء مدته من قبل الادارة ودون تقصير منه [٩٢٥] . يذكر ان الادارة تمتلك الحق بتوقيع غرامات على المتعاقد في حالة اخلاله بالتزاماته العقدية . ويرى البعض [٩٢٦] ان إيقاع الغرامات يقوم على أساس الخطأ المفترض وفي ذات الوقت يعتبر إجراءا إداريا في حين ان توقيع هذه الغرامات وان حصلت تحت هذه التسمية فإنها تقع ضمن دائرة الانفاق وأساسها قيام المسؤولية على أساس الخطأ المفترض أيضا . وعليه فإن الغرامات ماهي إلا تعويض إتفاقي يخضع لأحكام التعويض الإتفاقي في القانون المدني [٩٢٧] . لأن إثبات ذلك وكما هو في العقود الاخرى يتطلب إخلالاً من المتعاقد ليكون توقيع الغرامات مستحقاً وفقا لما نص عليه الإ

الفقرة الثالثة: الإقالة

وتعني الإقالة إتفاق طرفي العقد على رفع العقد وإزالته في العقود اللازمة . فالأصل ان العقد لا تنحل قوته الملزمة إلا بالتنفيذ العيني . او إتفاق الطرفين على إقالته [٢٩٧] . ويجري التقايل بعد إنعقاد العقد وقبل إتمام تنفيذه [٢٩٨] . وهناك طرق اخرى لإنحلال العقد وعدا الرجوع والإلغاء إلا أنهما يختلفان عن الاقالة لاسيما من حيث عدم رجوع أثرهما الى الماضي . فالإقالة هي فسخ إتفاقي يستلزم أولاً توفير شروط الفسخ وهي إمكان إعادة المتعاقد الى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد . فإن لم يكن ذلك ممكنا تعذر حصول الإقالة [٢٩٩] ويشترط المشرع لتحقق الإقالة أن يكون المعقود عليه قائما وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة [٣٠٠] .لقد سن المشرع العراقي على موضوع الاقالة في المادة (١٨٩) من القانون المدني بالقول (للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد إنعقاده) . ويختلف وقف العقد عن الإقالة . فالوقف يعني وجود عقبات تحول دون تنفيذ العقد بصورة مؤقتة . فالوقف هنا لا يعني إنهاء العقد انما بقائه رغم توقف تنفيذه أصلاً في تنفيذه في المستقبل عند زوال ما يمنع من تنفيذه من صعوبات واقعية كالإتفاق على ذلك او قانونية كما لو طرأت قوة قاهرة منعت تنفيذه مؤقتا [٣٠١] لأن الإقالة لا تتم إلا في العقود الصحيحة النافذة واللازمة . إذ لا يجوز إيقاف أحد المتعاقدين تنفيذه للعقد إلا بموافقة العاقد الآخر [٣٠٢] . والتقايل عقد جديد جوهره إزالة عقد آخر سبق وأن أبرم بين نفس العاقدين لذلك يتوجب توفر الشروط اللازمة لصحته وإنعقاده كبقية العقود الاخرى كما ان كونه عقد جديد فإن آثاره تترتب من وقت إبرامه ولكن ذلك لا يمنع من أن يتفق المتعاقدان على ان يكون له أثرا رجعيا على أساس ان التناسخ لا ينسحب أثره الى الماضي إلا إذا إتفق المتعاقدان على ذلك [٣٠٣] يتبين لنا من خلال بحثنا لموضوع إنقضاء عقد البوت ان القواعد التي تحكم هذا الجانب من العقد هي ذات القواعد التي تحكم العقد من حيث انقضائه أيضا الواردة في النظرية العامة للعقد ما عدا تلك التي تتعلق بالإسترداد التشريعي والتي يتطبق بخصوصها أساس الإسترداد سواء كان قرارا تشريعيا او نصا قانونيا . وحتى هذا الجانب فإن ما يتفرع عنه وما يتركه من آثار ولا سيما إستحقاقات لشركة المشروع من تعويض فإنه يعود بخصوصه الى نص العقد والسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع . فالنهاية الطبيعية لعقد البوت بانتهاء مدته هي صورة مثلى لتنفيذ العقد بجميع بنوده . إذ عندما تنتهي العلاقة القانونية التي تنظم تنفيذ العقد اما النهاية غير الطبيعية لعقد البوت فإن طريق الفسخ تحكمه القواعد الخاصة بالفسخ في القانون المدني . واذا ما كانت هناك بعض الخصوصية لعقد البوت في هذا الجانب فإنها تقع ضمن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . وهي قاعدة من قواعد نظرية العقد ايضاً نص عليها المشرع خصوصا وأن الاتجاه السائد حاليا هو تحرر عقود البوت من الشروط الإستثنائية . واذا ما وجدت فإن الفقه مستقر على عدم جواز الطعن بها بالابطال لأنها نتاج إلتقاء إرادتي الادارة وشركة المشروع . في حين يرى الفقه إمكانية الطعن لإبطال القرارات الإدارية . وبذلك يكون العقد الإداري يقترب من العقد المدني [٣٠٤].

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

الخاتمة

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

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

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

أولاً : الـــنـــتـــائـج

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ثانياً : التوصيات

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

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

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

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

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

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

٥- في الوقت الذي يجب فيه تدقيق في قدرة شركات المشاريع على التمويل لابد من مطالبتها بتقديم الضمانات المالية بهذا الخصوص . لأن الغاية من إبرام عقود البوت هو جلب الإستثمارات الأجنبية لتمويل مشاريع لا تستطيع الخزينة تغطية نفقاتها ، مع التأكيد على عدم التمويل المحلي لهذه الشركات . وإذا كان ذلك ممكناً فينبغي أن يكون التنفيذ من قبل شركات محلية إذا ما كانت لها القدرة على ذلك للحد من إستنزاف العملات الأجنبية المتوفرة داخل الدولة كما فعل المشرع المصري عندما أصدر القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٤ الذي

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

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

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

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

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

الهوامش

١- د. يسرية حسين حازم . التمويل في دولة ومشاريع الرفاق الخاصة . دراسة مقارنة . ط١ . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٩ . ص٤٧٦.

٢- حمود حسنين الزعبي . رسالة الجامعة . مواءمة الأنظمة القانونية لتنفيذ خصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر . دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان . ٢٠٠١ . ص٦-١٠.

٣- المستشار عبد الله عبد الله حمد الكعبي . التنظيم القانوني لعقود الـ BOT . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٩ . ص٩.

٤- عبد الله بن محمد الفهيدي . عقد البوت . بحث مقدم إلى قسم الشريعة والدراسات الإسلامية . جامعة أم القرى . مكة المكرمة . بدون دار نشر وبدون تاريخ نشر . ص٣.

٥- حمود حسنين الزعبي . المصدر السابق . ص٢١٠.

٦- المستشار د. وائل أحمد علام . التكييفات القانونية التي تثيرها عقود B.O.T ودعاوى التحكيم . ط١ . دار النهضة العربية . القاهرة . ٢٠٠٩ . ص١٦.

٧- المستشار عبد الله عبد الله حمد الكعبي . الإدارة B.O.T وتنفيذ وتمويل الأوراق والرفاق الخاصة – بحث مقدم إلى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي . برابطة العالم الإسلامي . المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة . الشارقة . للفترة من ٢٩-٣٠ مايس ٢٠٠٩ . منشورات الجورة . ص٢.

٨- F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », in RRJ, 2005-1, p. 339, P. Marlière, La social-démocratie domestiquée. La voie blairiste , Bruxelles, Les éditions Aden, 2008, p. 71- 72. & P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique , Bruxelles, Larcier, 2005, p. 211

٩- د. محمد عبد الحسين طه الفتلاوي – ج١ . منازعات عقود الـ B.O.T . موقع الكتروني بتاريخ ٢٠٠٩/٤/٩ www.startimes.com/?t=26674371 .

١٠- د. عبد الهادي مسعودي . الإطار القانوني لعقود البوت . الأسس القانونية التي تقوم عليها . دار الفكر الجامعي . الإسكندرية . ٢٠٠٩ . ص٩.

١١- المستشار د. وائل أحمد علام . التكييفات القانونية التي تثيرها عقود الـ B.O.T في القانون المقارن . ط٢ . منشورات الحلبي الحقوقية . بيروت . ٢٠٠٩ . ص٩٣.

١٢- هو حق الإنشاء بمنح حق الانتفاع أو الحكر أو التمتع أو الاحتكار و هو حق عيني تشارك أحيانا من قبل الدولة مع منشأة خاصة من أجل تنفيذ مشروع ما . وقد إستعمل المشرع الفرنسي مصطلح الامتياز concession وهو مشابه لهذا الحق أي الدولة هي صاحبة المرفق

وتسمية الشركة المصرية من اجل الكهرباء المساهمة في الامتياز وتسمى هذه الشركة المشروع وتنتهي بانتهاء مدة الامتياز وتحول الى هذه الدولة مجانا راجع في تفاصيل هذا الامتياز دراسة في القانون الخاص د. ثابت عشور والشروع دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٤ ص ٢٠-٣١.

١٢- عبد الله بن محمد الحسني، التحكيم الدولي، ط ٨، دار الحامد للنشر والتوزيع، الامارات العربية المتحدة، ٢٠١٣، ص ٢٠٠.

١٣- د. إبراهيم أحمد، التحكيم الدولي، ص ٤٣-٤٥.

١٤- المستشار محمد عبد العزيز الجندي، التحكيم الدولي، منشور على الموقع الالكتروني www.startimes.com/?t=26674371 بتاريخ ٢٠١٢/٤/١٢.

١٥- عبد الله بن محمد الحسني، التحكيم الدولي، ص ١٦.

١٦- د. عبد القادر محمد عبد القادر عطير، دراسات في القانون التجاري والاقتصاد مع مشروعات الـ B.O.T، منشورات الدار الجامعية الاسكندرية ٢٠١٢/٢٠١٣، ص ٣٣٢.

١٧- د. يوسف حسنوني، التحكيم التجاري الدولي في عقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مجلة جامعة الشارقة للبحوث والدراسات سلسلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ٣٠، عدد ٣، سبتمبر ٢٠١٣، ص ١٨١.

١٨- د. نادر محمد خليل، د. سامر الخوري، مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مجلة جامعة الأقصى، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثاني، العدد الأول، ٢٠١٠، ص ٩٢٦.

١٩- د. ماهر أبو حسن السيد عنبة، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T بحث مقدم إلى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في الشارقة للفترة من ٢٦-٣٠ نيسان ٢٠٠٩، منشورات الدورة ص ٤.

٢٠- المستشار عبد الستار أبو غدة، التحكيم التجاري، ص ٣، وهو بحث قدم لمؤتمر عقود البوت وتطبيقاتها المنعقد في العراق في مجلة الرافدين للحقوق المجلد العاشر، العدد ٣٨، السنة ٢٠٠٨، ص ٣٥-٣٦، وهذا البحث منشور في التحكيم التجاري، ص ٧-٨.

٢١- المستشار الدكتور وجدي محمد حامد بحث مقدم للدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي بالشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة للفترة من ٢٦-٣٠ نيسان ٢٠٠٩ منشورات الدورة ص ١٦-١٨.

٢٢- د. عبد الودود يحيى، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١، هامش ص ١٥.

٢٣- د. بشار عبد الأمير، عقود البوت دراسة في القانون الدولي، ط ١، منشورات زين الحقوقية بيروت ٢٠١٠، ص ٨٥.

٢٤- سيرة جودة حسام، عقود البوت سعر الاستقرار القضائي خاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة مولود معمري - تيزي وزو، الجزائر ٢٠١٢، ص ٣٦.

٢٥- المستشار عادل حزة، التحكيم التجاري الدولي، التحكيم التجاري، ص ٢٠٢ وما بعدها والقوانين التي تشير إليه إذا لم تتضمن شروط خاصة.

٢٦- د. ناهد فتحي الحموري، التحكيم التجاري، ص ١٧-١٩.

٢٧- د. أحمد عبد الحميد، التحكيم التجاري، ص ١٣.

٢٨- حول تفصيلات تلك القضية ينظر، التحكيم التجاري، ص ٢٠-٣٠.

٢٩- عنصر الوقت يعد من العناصر الجوهرية في عقود البوت، إذ يستخدم هذا المقاول ما يملك من معدات وتقنيات متطورة من أجل إنجاز المشروع خلال فترة زمنية محددة، فإذا تجاوز المقاول هذه الفترة فإنه يتحمل غرامات تأخير عن كل يوم تأخير، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي، وقد يتفق الطرفان على إعفاء المقاول من الغرامات في حالة وقوع أحداث معينة تؤثر على سير العمل في المشروع، ويطلق على هذه الأحداث القوة القاهرة، وتختلف عقود البوت في هذا الجانب عن عقود المقاولات التقليدية، فإذا كان المقاول في العقود التقليدية يتحمل تبعة الهلاك الذي يصيب المشروع قبل تسليمه للجهة المالكة، فإن المقاول في عقود البوت يتحمل تبعة الهلاك حتى بعد تسليم المشروع للجهة المالكة، وذلك لأن المقاول في عقود البوت يتحمل تبعة الهلاك حتى انتهاء مدة الامتياز، وبعد ذلك يتم تسليم المشروع للجهة المالكة، وهذا ما يسمى بالشرط الجزائي، ينظر في هذا المعنى، د. عبد الودود يحيى، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١، ص ٢١-٢٢.

٣٠- حول التفصيلات التي تواجه عقود البوت راجع في هذا الأساس، د. عبد الودود يحيى، عقود الـ B.O.T، وزارة الثقافة، دار عالم الكتاب، دولة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٢، ص ١٩.

٣١- المستشار الدكتور أحمد هندي، التحكيم التجاري، ص ٣٥٣-٣٥٥.

٣٢- ينظر في حيثيات الموقع، المحكمة تصدقا في ١٩٣٥ لسنة ١٩٣٥.

٣٣- ينظر في حيثيات الموقع، المحكمة تصدقا في ١٩٣٥/٥/١٢ في ١٩٣٥/٥/١٢.

٣٤- المستشار حسن عبد الله حسن الشريف، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T دراسة مقارنة، ط ١، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١١، ص ٣١-٣٣.

٣٥- ينظر التحكيم، ص ٣٦.

٣٦- المستشار عبد الحميد الأحدب، التحكيم التجاري الدولي، ص ٢٦.

٣٧- حول هذه المستشارات، ينظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم التجاري، ص ٣٨٥-٣٩٠.

٣٨- د. عبد الفتاح مراد، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠١٥، ص ١٩-٢٠.

٣٩- د. أحمد عبد الحميد، التحكيم التجاري، ص ٢٦.

٤٠- د. عادل حزة، التحكيم التجاري، التحكيم التجاري، ص ١١٤.

٤١- مؤلف التحكيم التجاري، ص ١٠٦.

٤٣- د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص٨.
٤٤- سيد أحمد محمد أحمد الخشن، التوجه في عقود نقل B.O.T في الفقه الإسلامي والقانون، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، مصر، ٢٠١٥، ص٢٦-٢٣.
٤٥- د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص٢.
٤٦- د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص٨.
٤٧- د. حسن محمد بودي، المصدر السابق، ص٢١٥.
٤٨- عبد الله مبارك عبد الظفيري، المصدر السابق، ص١٦-٢٠.
٤٩- د. مصطفى محمد أبو المجد الخشن، المصدر السابق، ص٢١-٢٣.
٥٠- عمر، المصدر السابق، ص٢٠٥.
٥١- حوالف عبد الرحمن الرحيلي، وليد حسين حايك، المصدر السابق، ص١٧٧-١٨٦، وأيضاً الأستاذة: العنزي، المصدر السابق، ص٢٦-٢٧.
٥٢- تشكلت في مصر لجنة وزارية لتنسيق المشروعات القومية وتحديد منهج B.O.T و B.O.T بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٩ لسنة ٢٠١٥ المنشور في الجريدة الرسمية، المصدر السابق، ص١٥٠.
٥٣- أبو بكر أحمد عثمان، المصدر السابق، ص٣٢١.
٥٤- د. مولود عبدون مختار العربي، وزير الدفاع الأسبق، المصدر السابق، ص١٨٢.
٥٥- أبو بكر أحمد عثمان، المصدر السابق، ص٣٢٥.
٥٦- سيوة حمدان، المصدر السابق، ص٨١.
٥٧- أشار د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المصدر السابق، ص٥٦-٥٧.
٥٨- سيد سيوة حمدان، المصدر السابق، ص٣٦.
٥٩- د. إبراهيم مأمون، المصدر السابق، ص١٠٢.
٦٠- أبو بكر أحمد عثمان، المصدر السابق، ص٣٢٦.
٦١- د. ياسر حسين حامد، المصدر السابق، ص١٧٩.
٦٢- د. مولود عبدون مختار العربي، وزير الدفاع الأسبق، المصدر السابق، ص١٨٢.
٦٣- أبو بكر أحمد عثمان، المصدر السابق، ص٣٢٧.
٦٤- د. ياسر حسين حامد، المصدر السابق، ص١٧٩.
٦٥- وهذا ما أكدته المادتان ٥٣ و ٥٤ من قانون تنظيم مجلس الدولة المصري رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المعدل بقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وبموجب قانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٢ في شأن تنظيم بعض الاختصاصات بالمجلس، أشار إليه عبد الله مبارك عبد الظفيري، المصدر السابق، ص٧١-٨١.
٦٦- د. إبراهيم مأمون، المصدر السابق، ص١٠٢.
٦٧- د. مولود عبدون مختار العربي، وزير الدفاع الأسبق، المصدر السابق، ص١٨٢.
٦٨- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، منشأة المعارف للتحكيم العربي والتجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص٢٠٠٩، ص٢٠٠.
٦٩- أشار د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المصدر السابق، ص٢٣٣-٢٣٥.
ويذكر في هذا المجال أن هذه النتائج تعد من عقود الأشغال Turn Key Contract، بمقتضاها يتكفل مقاول واحد أو شركة تجمع أو شركات متحدة بإنشاء المشروع كاملاً بما يجعله صالحاً للاستغلال، ويقوم بتسليمه إلى الإدارة بعد أن يتأكد من صلاحيته وعمله بكفاءة، ومن ثم يكون المشروع جاهزاً للاستغلال من قبل الإدارة، أشار إليه عبد الله أحمد إبراهيم، المصدر السابق، ص٢٣٥، وأيضاً: المذكرة التفسيرية لقانون المناقصات والمزايدات الكويتي، مشار إليها لدى: الموقف، الكويت، ٢٠١٤، ص٥٦ وما بعدها.
٧٠- الصفحة الرسمية لغرفة تجارة وصناعة الكويت www.kuwaitchamper.com تاريخ الزيارة ٢٠١٥/٤/١٦.
٧١- نشر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ٦٩ في ٢٠١٥/٤/٥، وللمزيد من التفاصيل راجع: د. محمد أحمد عبد الله، المصدر السابق، ص١٨٠ وما بعدها.
٧٢- د. إبراهيم مأمون، المصدر السابق، ص١٠٢.
٧٣- د. محمد فتوح سيوم حجازي، المصدر السابق، ص٣٠.
٧٤- أشار د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المصدر السابق، ص٢٩٢، وأيضاً: عبد الله مبارك عبد الظفيري، المصدر السابق، ص١٩٥.
٧٥- د. ممدوح طنطاوي، مبادئ الخبرة، المصدر السابق، ص٢٢٦.
٧٦- أشار مؤلفه: المصدر السابق، ص١٧٩-١٨٠.
٧٧- ومن أمثلة حالة تأخر المتعاقد مع الشركة في تنفيذ التزاماته، ما حدث في الكويت بالنسبة لمشروع الاستحواذ على شركة أمريكية، حيث اشترطت الشركة الأمريكية على الشركة الكويتية أن تحجز مبلغ ٢٠ مليون دولار أمريكي، وبعد مرور سنة من تاريخ الاستحواذ، لم تقم الشركة الكويتية بتسليم المبلغ المحجوز، وقد أدى ذلك إلى رفع دعوى قضائية أمام المحاكم الأمريكية، أشار إليه: د. محمد فتوح سيوم حجازي، المصدر السابق، ص٣٥-٣٦.
٧٨- Jean – Bernard AUBY et Christine MAGUE , les Contrats de delegation de service public , JCP , 1994 , P , 123 .

٧٨- د. وليد حسن جبر، المصدر السابق، ص٨٧٩-٨٨١.
٧٩- بحث المشور المصري القانوني لشركات البوت المقدم في المؤتمر الدولي لشركات الـ B.O.T الذي عقد في مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة المنعقدة من ٧-١٠/٩/١٩٩٧، منشورات المؤتمر، ص١.
٨٠- د. محمد حسام لطفي، عقود البوت الطرق المدفوعة الرسوم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص١٠٦. و. د. محمد حسام لطفي، المصدر السابق، ص٢١.
٨١- د. وليد حسن جبر، المصدر السابق، ص٨٧٩-٨٨١.
٨٢- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٩٥-١٩٩.
٨٣- د. وليد حسن جبر، المصدر السابق، ص٨٨١. ويقول في هذا الصدد أن مصر الشركة في القانون هو ما يكون مرتبطاً بالتشريع بحيث لو تغير التشريع أو عدل انتفى التحفيز، لأن التشريع مرتبط بوجوده أو عدمه فإن التشريع يجعل له الصفة في دعوة وجود التشريع أو استمراريته لتشغيله.
٨٤- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٩٥.
٨٥- د. أحمد زكريا محمود عابدين، عقد الإنشاء والإدارة والتحويل BOT في مجال الطرق السريعة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٢١٢.
٨٦- د. يوسف محمود، المصدر السابق، ص٢٠٦.
٨٧- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٢.
٨٨- ماهر عبد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة الهيكلة، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٣٠.
٨٩- أشار د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٢. وكذلك د. أحمد، المصدر السابق، ص٢١٤.
٩٠- د. جابر جاد نصار، عقود البوت والأساليب الحديثة لتمويل الإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١٥٢.
٩١- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٢.
٩٢- د. أحمد، المصدر السابق، ص٢١٤.
٩٣- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١١٩.
٩٤- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٢.
٩٥- د. أحمد، المصدر السابق، ص١١٣-١١٤.
٩٦- نشر في جريدة الراية عدد السابع عشر، بتاريخ ١٩٩٧/٢/٨.
٩٧- حول الأخذ بالشرط الواجب توفر القضاء بحجية عقد البوت والتكييف الذي تطلقه الـ B.O.T وتشغيله في القضاء القانوني الأمريكي، مجلة دراسات الشريعة والقانون، العدد الأربعون، ملحق ١، ٢٠١٣، ص١٠٥١-١٠٦٦.
٩٨- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٥٢-١٥٥.
٩٩- أشار د. وليد حسن جبر، المصدر السابق، ص٨٨١-٨٨٢.
١٠٠- د. محمد محمد الهجي، المصدر السابق، ص١٠٣.
١٠١- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١١٩.
١٠٢- أشار د. يوسف محمود، النظام القانوني لعقود البوت، المصدر السابق، ص٢٠٦.
١٠٣- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٥.
١٠٤- الصفحة الرئيسة لغرفة تجارة وصناعة الكويت www.kuwaitchamper.com تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٤/١٦.
١٠٥- أشار د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٣٦ وص١٠٠-١٠٥.
١٠٦- نفس المصدر، ص١٥٥.
١٠٧- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٦-١٠٠.
١٠٨- د. ماهر عبد حامد، المصدر السابق، ص٩١.
١٠٩- أشار د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٠-١٩٢. وأيضاً نوفل الشلش، المصدر السابق، ص٨. وعبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص٨٧-٩٠.
١١٠- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص٨٧-٨٨.
١١١- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٠.
١١٢- عبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص٨٨.
١١٣- أشار د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩١. وأيضاً نوفل الشلش، المصدر السابق، ص٨. وعبدالله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص٨٠-٩٠.
١١٤- أشار د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥١.
١١٥- أشار د. وليد حسن جبر، المصدر السابق، ص٨٨٢-٨٨١.
١١٦- د. يوسف محمود، النظام القانوني لعقود البوت، المصدر السابق، ص١٨٩.
١١٧- عقد بالكويت تم توقيعه في ٢٠١٤/٢/٢٤ بين شركة تحالف مجموعة شركات من جنسية واحدة وهي القدر للمقاولات وشركة [illegible] في خروج عن المألوف الاتفاقات الخاصة بعقود الأشخاص الخاصة بالنشر.

د. أحمد حسن حافظ مصطفى، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٨١، وجون الاكشف القانونية والعقود التي تكون الأشخاص العامة طرفاً فيها، انظر
M. Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, Paris, LGDJ, 2002, p. 13

١١٨- د. عصام حزة عنان الجبوري، التحكيم، المصدر السابق، ص٩٠٥.
١١٩- انظر د. يوسف حسنو يوسف، عقود الهندسة والتكنولوجيا في قانون التجارة الدولية، المصدر السابق، ص١٨١.
١٢٠- انظر د. وليد حيدر جابر، المصدر السابق، ص٩٥٢-٩٥١.
١٢١- حول التحكيم المؤسسي أنظر د. نوال أحمد السمدان، التحكيم، المصدر السابق، ص٦٥ وما بعدها.
١٢٢- انظر د. يوسف حسنو يوسف، عقود الهندسة والتكنولوجيا في قانون التجارة الدولية، المصدر السابق، ص٨٨.
١٢٣- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص٩٥.
١٢٤- انظر د. شائر تركي عبد القادر، المصدر السابق، ص١٠٠، وانظر طاهر حسين جواد الشكرجي الاختلاف في بعض السمات الجوهرية بين عقد البوت وعقد الامتياز، مجلة جامعة بغداد، كلية الحقوق، العدد الرابع والأربعون، ص١٣٩.
١٢٥- انظر حسنو مصطفى الزرد، المصدر السابق، ص٢٥-٣٠.
١٢٦- د. عبد الفتاح سيد حجازي، المصدر السابق، ص١٧١-١٧٢.
١٢٧- د. عصام حزة عنان الجبوري، المصدر السابق، ص٩١٦.
١٢٨- انظر حسنو مصطفى الزرد، المصدر السابق، ص١٥٥، وكذلك د. عصام خزعل عنان الجبوري، المصدر السابق، ص٩١٥.
١٢٩- انظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١١٠-١١٦.
١٣٠- انظر د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١٠، وكذلك د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٩٣، وقرار الغرفة التجارية، المصدر السابق، ص١٥٢.
١٣١- جاء في التحكيم، المصدر السابق، ص٨، وعبد الله بن محمد الشهري، المصدر السابق، ص٣٦، وكذلك د. عصام خزعل عنان الجبوري، المصدر السابق، ص٩٣١.
١٣٢- انظر د. وسيم كريم الدويري، دور الأمانة في عقود التشييد وإدارة المشاريع، ط١، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، ودار سهور للنشر والتوزيع، هولندا، المجموعة، ٢٠١٣، ص٤٦.
١٣٣- انظر د. يوسف حسنو يوسف، عقود الهندسة والتكنولوجيا في قانون التجارة الدولية، المصدر السابق، ص١٥٥، وكذلك د. عصام خزعل عنان الجبوري، التحكيم، المصدر السابق، ص٩٣١، وكذلك د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٩٣.
١٣٤- أبو غزالة، التحكيم، المصدر السابق، ص٨.
١٣٥- د. يوسف حسنو يوسف، عقود الهندسة والتكنولوجيا في قانون التجارة الدولية، المصدر السابق، ص١٥٥.
١٣٦- التحكيم بالمناسبة هو الوسيلة التي تلائم منازعات الأشخاص الخاصة دون أن تكون ذلك على حساب الأحكام القانونية، انظر د. محمد أبو العز حسن، التحكيم، المصدر السابق، ص٢٠.
١٣٧- د. وليد حيدر جابر، المصدر السابق، ص٩٥٢.
١٣٨- عقود الهندسة، المصدر السابق، ص١٠٥٢.
١٣٩- د. مصطفى محمد العجمي الخشالي، التحكيم، المصدر السابق، ص١٣.
١٤٠- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١١.
١٤١- التحكيم، المصدر السابق، ص١.
١٤٢- د. مصطفى محمد العجمي الخشالي، التحكيم، المصدر السابق، ص١٣.
١٤٣- د. ناهد فتحي الحداد، التحكيم، المصدر السابق، ص٩.
١٤٤- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٩٩.
١٤٥- حسن هذا التعريف د. وليد حيدر جابر، المصدر السابق، ص٩٥٢، وكذلك د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٩٣، وكذلك د. عصام خزعل عنان الجبوري، المصدر السابق، ص٩٣١، وأبو غزالة الخشالي، التحكيم، المصدر السابق، ص٩، وقرار الغرفة التجارية، المصدر السابق، ص١٥٢، وكذلك د. محمد الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، المجلد الأول، عقود التجارة الدولية، ط١، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٥، ص١٣٥-١٣٦.
١٤٦- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٧٥-١٧٦.
١٤٧- انظر د. أحمد شرف الدين، المصدر السابق، ص٣٥١.
١٤٨- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٩٣.
١٤٩- انظر د. عبد الله بن محمد الشهري، المصدر السابق، ص٣٢، وكذلك د. عصام خزعل عنان الجبوري، المصدر السابق، ص٩٣٦.
١٥٠- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٩٣.
١٥١- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١٠.
١٥٢- انظر د. يوسف حسنو يوسف، عقود الهندسة والتكنولوجيا في قانون التجارة الدولية، المصدر السابق، ص١٥٥، وأبو غزالة الخشالي، التحكيم، المصدر السابق، ص٩، وعبد الله بن محمد الشهري، المصدر السابق، ص٣٦.

١٥٤- تعزيز من آلية مسار حول المخاطر والمشكلات التي تثيرها عقود البوت وأخيراً عقد عمود عدد ١٤٨ لعام ٢٠٠٨ المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ B.O.T بحث منشور في موقع شبكة البصرة الثقافية تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٤/٢١ www.globalarabnetwork.com,economi .

١٥٥- د. وليد حسين جاسم، المصدر السابق، ص١٩٧ وأ.م. عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٧٨.

١٥٦- انظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص٢١٣.

١٥٧- انظر د. يوسف حمود، د. عادل العويد، وأ.م. قاسم لافتة، المصدر السابق، ص١٠٥، ود. عادل حزام مصري الخشروم، المصدر السابق، ص١٣٥.

١٥٨- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١٠.

١٥٩- د. ناهد فتحي الحلو، المصدر السابق، ص٨.

١٦٠- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٠٧.

١٦١- انظر د. يوسف حمود، د. عادل العويد، وأ.م. قاسم لافتة، المصدر السابق، ص١٠٥، ود. عادل حزام مصري الخشروم، المصدر السابق، ص١٣٦، وأ.م. عباس الشكري، المصدر السابق، ص٨-٩.

١٦٢- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١٠.

١٦٣- انظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص٢١١، ود. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١٠.

١٦٤- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٩٣-١٩٤.

١٦٥- انظر د. ناهد فتحي الحلو، المصدر السابق، ص١٤-١٥.

١٦٦- د. عادل حزام مصري الخشروم، المصدر السابق، ص١٣٧، ود. عبد الله بن عبد المحسن، المصدر السابق، ص٣٥.

١٦٧- بولين انطونيوس، المصدر السابق، ص١٥٤.

١٦٨- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٥.

١٦٩- انظر د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٨٩-١٩٠.

١٧٠- عمود مستقل نزار ورد، المصدر السابق، ص١٨٥-١٨٦، وفي دراسة لـ الشركة الأسبوعي تبين مجالاته وفي ما تقوم به دائرة عقود الـ B.O.T في توافق التشريعات للمشاريع للمنفذة بموجبها الا أن تطبيقها لاحظت بأنها تقوم بوظيفة وبات تسند ما تقدمه الحكومات من مستندات في حالة المخاطر التي قد تطرأ في مشاريع الشراكة الأمر الذي يؤدي إلى إمكانية أن تطرأ التعديلات من خلال إتفاق بين شركة المشروع وبنك حسين، المصدر السابق، ص٤٣.

١٧١- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص١٨٩-١٩٠، ود. عادل حزام مصري الخشروم، المصدر السابق، ص١٣٧، ود. عبد الله بن عبد المحسن، المصدر السابق، ص٣٣.

١٧٢- انظر بولين انطونيوس، المصدر السابق، ص١٥٤.

١٧٣- انظر د. وليد حسين جاسم، المصدر السابق، ص١٨٦.

١٧٤- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٦.

١٧٥- د. عبد الفتاح سليمان حجازي، المصدر السابق، ص١٧٦.

١٧٦- وعد مارون د. إلياس ناصيف، وظيفة عقود الأشغال العامة، ص١٥٣-١٥٤.

١٧٧- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص١١.

١٧٨- انظر بولين انطونيوس، المصدر السابق، ص١٥٤.

١٧٩- نفس المصدر نفس الصفحة.

١٨٠- د. وليد حسين جاسم، المصدر السابق، ص١٨٥.

١٨١- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٦.

١٨٢- د. ناهد فتحي الحلو، المصدر السابق، ص١٤-١٥.

١٨٣- نفس المصدر ص١٥، ود. عبد الله بن عبد المحسن، المصدر السابق، ص٣٥.

١٨٤- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٦.

١٨٥- د. يوسف حمود، د. عادل العويد، وأ.م. قاسم لافتة، المصدر السابق، ص١٠٥.

١٨٦- د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٢-١٥٣، ود. عادل حزام مصري الخشروم، المصدر السابق، ص١٣٦.

١٨٧- انظر د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص٢١٦-٢١٧.

١٨٨- انظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٢-١٥٦، وأ.م. يوسف حمود، د. عادل العويد، وأ.م. قاسم لافتة، المصدر السابق، ص١٠٥.

١٨٩- انظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١٥٦.

١٩٠- د. أحمد محمد محمد بخيت، المصدر السابق، ص١.

١٩١- انظر د. إلياس ناصيف، المصدر السابق، ص١١٥.

١٩٢- نفس المصدر ص١١٥-١١٦.

١٩٣- د. عبد الكريم، المصدر السابق، ص١١.

١٩٤- د. وائل عبد السلام إسماعيل، المصدر السابق، ص٢١٦-٢١٧.

١٩٥- د. محمد أنس جعفر، المصدر السابق، ص١١-١٢.
١٩٦- د. وليد حسين جنجر، المصدر السابق، ص٨٨.
١٩٧- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المصدر السابق، ص٢٦٦.
١٩٨- أنظر د. عادل حسن، المصدر السابق، ص١٧٥-١٧٦.
١٩٩- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المصدر السابق، ص٢١٦.
٢٠٠- د. إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص٢٢٣.
٢٠١- د. وليد حسين جنجر، المصدر السابق، ص٨٨٧.
٢٠٢- د. محمد فتاح يوسف حجازي، المصدر السابق، ص١٧٥.
٢٠٣- د. إبراهيم دسوقي، المصدر السابق، ص٢٢٣.
٢٠٤- المصدر السابق، ص٢٢٠.
٢٠٥- يعرف شرط الثبات التشريعي بأنه: "شرط يتفق بموجبه الطرف المتعاقد مع الدولة من التمتع بضمانها من توسيع التشريع المعمول به وقت التعاقد من التشريع اللاحق الذي يؤثر في الشروط التي تتعلق بالأمور الجوهرية". أنظر د. وائل محمد أنس بكر، المصدر السابق، ص١٩١-١٩٢.
٢٠٦- د. وليد حسين جنجر، المصدر السابق، ص٨٨٦.
٢٠٧- أنظر: د. محمد أنس جعفر، المصدر السابق، ص١١-١٢.
٢٠٨- د. ناهد فتحي الحموري، المصدر السابق، ص٢٥.
٢٠٩- د. محمد أنس جعفر، المصدر السابق، ص١٢.
٢١٠- أنظر: نوفل علي الصفو العجارمة، المصدر السابق، ص٨٥٤.
٢١١- سهوة حمدان، المصدر السابق، ص١٣.
٢١٢- المصدر السابق، ص١٨.
٢١٣- د. محمد سامي عفيفي، عقود الأشغال بنظام البوت B.O.T، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٧١.
٢١٤- أنظر: عبد الله خالد محمد الكعيدي، المصدر السابق، ص١٨.
٢١٥- سمير أبو الخير الشلشي، المصدر السابق، ص٦، وعبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص٥، وسهوة حمدان، المصدر السابق، ص١٨.
٢١٦- LYONNET DU MUTIER (Michel) , " Financement sur project et partenariat public – prive : La relation entre concedant et concessionaire dans les BOT d' infrastructure " , Revue trimmestrielle politique et management public , Volume 21 , No 1 , Mars 2003 , pp305
٢١٧- عبد الله خالد محمد الكعيدي، المصدر السابق، ص١١-١٣.
٢١٨- محمد أمين فرج مشروعات قسمة الانشاء بنظام الـ BOT، الكتاب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص٨٣.
٢١٩- LYONNET DU MUTIER (M) , op . cit . p . 305 .
٢٢٠- وهذا ما أكده الدكتور وليد محمد السيد إسماعيل، أنظر مؤلفه السابق الإشارة إليه، ص١٨.
٢٢١- سهوة حمدان، المصدر السابق، ص١٩.
٢٢٢- أنظر: مستشار عبد الحسن الشلشي، المصدر السابق، ص١٦.
٢٢٣- أنظر: عصام الصمدي، نسخة وقد فتاح سيوطي حجازي، المصدر السابق، ص٤١-٦٠.
٢٢٤- المادة ١٥ من القانون المدني العراقي.
٢٢٥- أنظر: مازن الشلشي، المصدر السابق، ص٦، وعبد الله خالد محمد الكعيدي، المصدر السابق، ص١٦-١٣.
٢٢٦- د. محمد عبد الحكيم بخيت، المصدر السابق، ص١١.
٢٢٧- سمير حمدان الشلشي وقد في حسون طه، المصدر السابق، ص١٣.
٢٢٨- المادة ٩٦٩ (١- يجب البيع بالمزاد العلني ما لم يقرر القانون أو الاتفاق غير ذلك. ٢- ويجوز البيع بالمزاد العلني بالوسائل الإلكترونية، ويحدد الوزير المختص بالتجارة الإلكترونية الشروط والضوابط اللازمة لذلك).
٢٢٩- المادة ٩٦٩ من القانون المدني العراقي: (١- يجوز للمشتري أن يشترط على البائع أن يكون له الخيار في قبول المبيع أو رفضه خلال مدة معينة، ويكون البيع معلقا على شرط واقف هو قبول المشتري. ٢- ويجب على المشتري أن يعلن قبوله أو رفضه خلال المدة المتفق عليها، فإن انقضت هذه المدة دون أن يعلن المشتري قبوله أو رفضه اعتبر البيع كأن لم يكن، ما لم يتفق على غير ذلك).
٢٣٠- د. محمد فتاح يوسف حجازي، المصدر السابق، ص١٥-١٠.
٢٣١- أنظر: د. وليد محمد حمدي، ود. مازن العبد، مبادئ القانون التجاري، ط٤، دار الثقافة، المصدر السابق، ص١٠٢، وعبد الله خالد محمد الكعيدي، المصدر السابق، ص١٣.
٢٣٢- د. محمد فتاح يوسف حجازي، المصدر السابق، ص٧٠.
٢٣٣- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المصدر السابق، ص١.
٢٣٤- المادة ٢٠ من عقد الامتياز المتعلق بالمشروع الذي سبق الإشارة إليه، نقلا عن: د. عادل حسن، المصدر السابق، ص١٧٥.
٢٣٥- عبد الله خالد محمد الكعيدي، المصدر السابق، ص١٣.

١٣٦- عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص١٣.
١٣٧- ينظر د. احمد محمد أحمد بحيت، المصدر السابق، ص٢١ و د. عبدالستار ابو غدة، المصدر السابق، ص٥ و عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص٢١.
١٣٨- سيوة احمد، المصدر السابق، ص١٩.
١٣٩- ينظر LYONNET DU MUTIER (M) , op . cit . p . 305 .
١٤٠- ينظر عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص٢١.
١٤١- د. محمد عبدالمنعم عفر، عقود الالتزام وعقد B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٥٨.
١٤٢- د. مصطفى عبدالمحسن الخشن، المصدر السابق، ص١٠.
١٤٣- ينظر د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص٩٨-٩٩.
١٤٤- عقد الالتزام التونسي بأنه اتفاق بين مؤسسة عامة وشركة خاصة تعهد بموجبه الى الاخيرة بمقتضى عقد امتياز او مقاولة وفقاً لما تقرره التشريعات والمعدات لأحد مشاريع البنى التحتية للمنشآت العامة للدولة، ويكون لها بموجبه حق تملك هذا المشروع خلال فترة زمنية محددة تسترد خلالها الشركة المتعاقدة مع المؤسسة العامة كلفة المشروع والارباح المتفق عليها، وبعد الانجاز التعاقدي من قبل الشركة المتعاقدة تعود ملكية المشروع الى المؤسسة العامة، وبموجب هذا العقد تلتزم الشركة المتعاقدة بتمويل المشروع وانجازه وتشغيله وصيانته خلال فترة الامتياز، ويتم تشغيل المشروع من قبل الشركة المتعاقدة او من قبل شركة تابعة لها او من قبل مقاول من الباطن يتم اختياره من قبل الشركة المتعاقدة، ينظر د. عبدالفتاح مصطفى الجميلي، عقود البوت وعقود الامتياز، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، ٢٠٠٨، ص٢٠٣.
١٤٥- ينظر د. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص١٣.
١٤٦- ينظر د. انور محمد صدقي، المصدر السابق، ص٢٢٣ و د. مصطفى محمد كمال الخشن، المصدر السابق، ص١٦.
١٤٧- د. احمد محمد محمد بخيت، المصدر السابق، ص١٩.
١٤٨- د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص٣٦.
١٤٩- ينظر د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص٥٠-٥٣.
١٥٠- ابو بكر الخشن، المصدر السابق، ص٦.
١٥١- عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص٢١.
١٥٢- ابو بكر احمد الخشن، المصدر السابق، ص٣٦١.
١٥٣- عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص١٣.
١٥٤- ينظر سيوة احمد، المصدر السابق، ص١٠ و عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص٢١.
١٥٥- سيوة احمد، المصدر السابق، ص١٠.
١٥٦- حمود مصطفى ابو زيد، المصدر السابق، ص١٨١ وابو بكر الخشن، المصدر السابق، ص٧.
١٥٧- ينظر د. يوسف حمودي محمد العربدي وابو بكر لاشة، المصدر السابق، ص١٨٦.
١٥٨- ينظر د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص٥٠-٥٣.
١٥٩- عبدالله بن محمد الحسني، المصدر السابق، ص٩١.
١٦٠- ينظر د. السيد احمد مفتاح، فكرة البوت، دراسة تحليلية لعقود البوت في مجال البنية التحتية، بحث منشور في مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة الثالثة والثلاثون، ٢٠٠٩، ص١٠٠ و د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص٢٣ و د. وائل عبدالسلام انجاص، المصدر السابق، ص١٣.
١٦١- ينظر عبدالله بن محمد الحسني، المصدر السابق، ص٩١.
١٦٢- د. عبدالستار ابو غدة، المصدر السابق، ص١٣.
١٦٣- ينظر د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص١٣ و د. مصطفى محمد كمال الخشن، المصدر السابق، ص١٣ و عبدالله عبدالله عبدالكريم، المصدر السابق، ص١١-١٥.
١٦٤- د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص١٩.
١٦٥- سيوة احمد، المصدر السابق، ص١٠.
١٦٦- د. عبدالستار ابو غدة، المصدر السابق، ص١٣.
١٦٧- ابو بكر الخشن، المصدر السابق، ص٧.
١٦٨- حمود مصطفى ابو زيد، المصدر السابق، ص١٨١.
١٦٩- د. وائل عبدالسلام انجاص، المصدر السابق، ص١٣ و د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص٢١.
١٧٠- د. عبدالستار ابو غدة، المصدر السابق، ص٦.
١٧١- د. يوسف حمودي محمد العربدي وابو بكر لاشة، المصدر السابق، ص١٨٦.
١٧٢- د. وائل عبدالسلام انجاص، المصدر السابق، ص١٣.
١٧٣- د. عبدالفتاح مصطفى حجازي، المصدر السابق، ص١٥ و د. وائل عبدالسلام انجاص، المصدر السابق، ص١٦.
١٧٤- د. مصطفى محمد كمال الخشن، المصدر السابق، ص١٠-١٥.
١٧٥- ابو بكر الخشن، المصدر السابق، ص٧ و د. عبدالستار ابو غدة، المصدر السابق، ص٦ و د. مصطفى محمد كمال الخشن، المصدر السابق، ص١٥.
١٧٦- د. وائل عبدالسلام انجاص، المصدر السابق، ص١٦.
١٧٧- نفس المصدر السابق نفس الصفحة

١٢٧- ابراهيم شحاته، المصدر السابق، ص٧.
١٢٨- د. محمد السيد عرفة، المصدر السابق، ص٦.
١٢٩- ابراهيم احمد شلبي، المصدر السابق، ص٣٤٥-٣٥٠؛ د. يوسف حسن يوسف، عقود الترخيص الدولي، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص١٨٢.
١٣٠- د. محمد فتاح عبدالرحمن، المصدر السابق، ص٢١.
١٣١- انظر د. عادل محمد خليل الشوربجي، عقود التزام المرافق العامة بطريقة البناء والتشغيل B.O.T، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص١٠٥ وما بعدها.
١٣٢- د. محمد فتاح عبدالرحمن، المصدر السابق، ص١٥.
١٣٣- د. محمد السيد عرفة، المصدر السابق، ص٨.
١٣٤- ابراهيم شحاته، المصدر السابق، ص٧.
١٣٥- حمود حسين، المصدر السابق، ص١٨٢.
١٣٦- د. محمد السيد عرفة، المصدر السابق، ص٥؛ د. مصطفى محمد عيسى الجنيدي، المصدر السابق، ص١٦.
١٣٧- يوسف حسين يوسف، الاتفاقيات الدولية في عقود الاستثمار والتنمية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٤٠؛ د. كاوه نجم الدين احمد، الطبيعة القانونية لعقود البوت، مجلة جامعة السليمانية للحقوق، العدد الرابع، ٢٠١١، ص٢١.
١٣٨- انظر د. محمد السيد عرفة، المصدر السابق، ص٦؛ وحمود مصطفى، المصدر السابق، ص١٨٢؛ ود. محمد فتاح عبدالرحمن، المصدر السابق، ص٩١.
١٣٩- انظر د. حسن محمد الهيتي، القانون الدولي الخاص، ج١، الجنسية، الموطن، مركز الاجانب، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص١٠٧؛ د. محمد الروسان، عقد البوت الاستثماري، القانون الدولي الخاص، منشورات مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١٥، ص٦.
١٤٠- انظر د. حسن علي ذنون، المبسوط، المصدر السابق، ص٣٥-٣٩.
١٤١- د. وسيم حسام الدين الاحمد، القانون الاداري، ترجمة الدكتور منصور حاتم، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٩، ص١١.
١٤٢- د. محمد فتيح محمد امين، القانون الاداري، المجلد الثاني، ط٢، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، ٢٠١٢، ص٢٠٨.
١٤٣- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، المصدر السابق، ص١١.
١٤٤- د. فوزت فرحات، القانون الاداري العام، الكتاب الاول، التنظيم الاداري والنشاط الاداري، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١، ص١٥٣.
١٤٥- د. محمد سعيد عبدالرزاق الحسيني، د. عبدالوهاب الحارثي، د. محمد سليم العلاوي، مبادئ وأحكام القانون الاداري، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص١٧٨. وحول مدى إمكانية تطبيق نظرية المرفق العام في القانون الخاص، انظر:
M. Richer, la notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé , Droit des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2001, p. 9 . & N. Rouland, Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988, n° 158-159,

١٤٦- د. محمد فؤاد عبدالباسط، القانون الاداري، الدار الجامعية الاسكندرية، ص٥١٥.
١٤٧- د. علي محمد الخير الدلاهمة، المصدر السابق، ص٩٠١-٩١١.
١٤٨- عند البعض تعريف المرفق العام وفقاً لمعيار المنفعة العامة من خلال تقسيم من يدخل في التعريف الى فئتين هو من اشترط لتحقق المرفق العام منفعة عامة، في حين عد تعريف الاخرين في الفقه الفرنسي فكرة تقوم على اساس الموضوع الذي يدور حوله المرفق، بالاضافة الى الاراء التي عدت المرفق العام هو كل نشاط تقوم به الدولة او تشرف على ادارته وتنشئه بصورة مباشرة او غير مباشرة وتهدف من ورائه تحقيق منفعة عامة، أنظر د. عادل السعيد ابو الخير، القانون الاداري، جامعة القدس المفتوحة، التنظيم الاداري، النشاط الاداري، ط١، الاصدار الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٢، ص١٩١-١٩٣.
١٤٩- انظر د. توفيق شحاته، القانون الاداري، الكتاب الاول، الطبعة الاولى، الاصدار السابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٣١٢.
١٥٠- د. علي علي سليمان، المصدر السابق، ص١٥٠.
١٥١- انظر د. محمد رفعت عبدالوهاب، مبادئ القانون الاداري، ط٢، ص٥١٥؛ وما بعدها؛ د. علي محمد بدير، د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، ود. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الاداري، المصدر السابق، ص٨٠١-٨١٠؛ ود. فوزت فرحات، المصدر السابق، ص١٥٣ وما بعدها؛ د. علي خطار الشطناوي، القانون الاداري، المصدر السابق، ص٢٠٣ وما بعدها.
١٥٢- انظر د. محمد علي سويدان، الشراكة بدعة في القانون الاداري، دراسة مقارنة لاساس ومصدر القانون الاداري وتطبيقه في مصر، منشأة المعارف الاسكندرية، ٢٠١٢، ص١٣٦.
١٥٣- د. علي محمد بدير، د. عصام عبدالوهاب البرزنجي، ود. مهدي ياسين السلامي، المصدر السابق، ص٨٠١.
١٥٤- وهذا ما ذهبت اليه محكمة القضاء الاداري في مصر، انظر: د. علي خطار الشطناوي، موسوعة القضاء الاداري، ج١، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١، ص٢٢٥ وما بعدها. وفي هذا الشأن ذهب القضاء الاداري في العراق، انظر: د. عبدالباسط عبدالمحسن، القانون الاداري، ط١، دار الفكر العربي،

القاهرة ٢٠٠٧ ص ٥-٦ . وفي الكويت انظر د. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، ط١، مكتبة الفلاح، الكويت، ١٩٨١، ص١٣٧.

٣٠٦- بخصوص موقف القضاء اللبناني انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص٣٩٠-٣٩٣.

٣٠٧- نفس المصدر، ص١٧١.

٣٠٨- انظر د. محمد رأفت الجمل، المصدر السابق، ص٥١٥-٥١٩ الذي يشير إلى الحكم المذكور.

٣٠٩- د. نزار كشاني، المصدر السابق، ص٣١٥.

٣١٠- د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ص٥٥٣-٥٥١.

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

٣١٢- تنص المادة ٩٢٥ من القانون المدني العراقي [illegible] ١٢ [illegible] حقوق العقد تعود إلى العاقد [illegible] الوكالة [illegible] ١٩٧٥ [illegible] العقد الإداري [illegible] القانون الخاص [illegible] وكالة [illegible] شركة [illegible] الوكيل [illegible] الأصيل [illegible] انظر د. فوزت فرحات، المصدر السابق، ص٥٥٥-٥٥٦ [illegible] الأصيل [illegible] الوكيل [illegible] الأصيل [illegible] انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص٢١٢ وما بعدها [illegible] ج٧ المجلد الأول، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة [illegible] ص٣٧٨ وما بعدها [illegible] شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج١، نظرية العقد، دار الفكر، بيروت، بدون تاريخ، ص٦١٢-٦٢٠ [illegible] ١٩٣١ [illegible] القانون المدني العراقي ج١ مصادر الالتزام [illegible] المكتبة القانونية [illegible] بدون تاريخ، ص٥١-٦٠.

٣١٣- د. محمد رأفت الجمل، المصدر السابق، ص٥١٩.

٣١٤- انظر د. نزار كشاني، المصدر السابق، ص٣١٩.

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

٣١٦- انظر د. علي عبد الأمير قبلان، المصدر السابق، ص٤٠٢.

٣١٧- انظر د. علي محمد [illegible] عبد الوهاب [illegible] المصدر السابق، ص٤٥٣-٤٥١.

٣١٨- انظر د. الياس ناصيف، العقود الدولية، ص٦٦ [illegible] قرار رقم ٦٦ في ١٩٩٤/١١/٣٠ المنشور [illegible] ص٦٦.

٣١٩- د. [illegible]، المصدر السابق، ص٤٥.

٣٢٠- انظر [illegible] عبد الوهاب [illegible] المصدر السابق، ص٤٨٨ و د. نزار كشاني، المصدر السابق، ص٣٣٠-٣٣٦ و د. محمد رأفت الجمل، المصدر السابق، ص٥٢٠-٥٢٦.

٣٢١- [illegible] انظر د. وضاح محمود الحمود، المصدر السابق، ص٥٣.

٣٢٢- [illegible] عبد الوهاب [illegible] المصدر السابق، ص٤٨٥.

٣٢٣- د. محمد رأفت الجمل، المصدر السابق، ص٥٢٥.

٣٢٤- انظر [illegible] المصدر السابق، ص١٥٣-١٥٦ [illegible]

٣٢٥- [illegible] ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت [illegible] ٢٠١٦، ص٤٩.

٣٢٦- د. الياس ناصيف، عقود الدولة، ص٣٥٣.

٣٢٧- انظر [illegible] المصدر السابق، ص٣١٩-٣٥٣.

٣٢٨- د. الياس ناصيف، العقود الدولية، ص٣٤٩.

٣٢٩- [illegible] دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٨١.

٣٣٠- انظر [illegible] المصدر السابق، ص٢٢٨.

٣٣١- [illegible] القانون الدولي الخاص [illegible] ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع (مجد)، بيروت، ٢٠٠٥، ص٢٠٦-٢١٩.

٣٣٢- [illegible] المصدر السابق، ص٥١-٥٥.

٣٤٣- المصدر السابق، ص٥١٣-٥١٥.
٣٤٤- المصدر السابق، ص٣٨٦.
٣٤٥- موجة احمد، المصدر السابق، ص٥٥.
٣٤٦- نفس المصدر، ص٥٥-٥٦.
٣٤٧- د. صلاح جواد، القانون الاداري، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ٢٠١٣، ص٢٥٣.
٣٤٨- المصدر السابق، ص٩٥١-٩٥٢.
٣٤٩- موجة احمد، المصدر السابق، ص٥٥.
٣٥٠- المصدر السابق، ص٩٣-٩٤.
٣٥١- موجة احمد، المصدر السابق، ص٥٦.
٣٥٢- د. فؤاد علي الشيرازي، المصدر السابق، ص١٩٠.
٣٥٣- د. فؤاد عبد الامير الحلاق، المصدر السابق، ص٣١٥.
٣٥٤- المصدر السابق، ص٣٠.
٣٥٥- المشار اليه لدى د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الاداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة ١٩٩٦، ص٧١٩ وما بعدها. حيث قضت المحكمة الادارية العليا المشار اليه اعلاه بالقرار المرقم ٢١ / ٢ / ١٩٥٨ في ٢٠ / ٦ / ١٩٥٨ السنة ٣ ص٥٥٧.
٣٥٦- المصدر السابق، ص٥٣-٥٤.
٣٥٧- المشار اليه لدى د. مصطفى ابو زيد فهمي، ج٢، ص٦٣-٦٤.
٣٥٨- قرار مجلس الدولة الفرنسي المشار اليه لدى د. مصطفى ابو زيد فهمي، المصدر السابق، ص٣٠٣-٣٠٤.
٣٥٩- المصدر السابق، ص٣٠٤-٣٠٥.
٣٦٠- المصدر السابق، ص٣٥٨-٣٥٩.
٣٦١- المصدر السابق، ص٨٢، ود. مصطفى عبد المحسن الحلبي، المصدر السابق، ص٦٣-٦٥، وموجة احمد، المصدر السابق، ص٥١.
٣٦٢- ابو بكر احمد عثمان، المصدر السابق، ص٣٦١.
٣٦٣- المصدر السابق، ص٦٩-٧٠ و٣٥-٣٦.
٣٦٤- موجة احمد، المصدر السابق، ص٥٥.
٣٦٥- عبد الله مالك عبد الكريم، المصدر السابق، ص٩٦.
٣٦٦- د. محمد عبد حجازي، تقرير مشروعية العقود الادارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠١٠، ص٩٥-١٠٠.
٣٦٧- المشار اليه لدى د. مصطفى ابو زيد فهمي، المصدر السابق، ص٣٣٧-٣٣٨.
٣٦٨- المصدر السابق، ص٣٦٣-٣٦٦.
٣٦٩- د. فؤاد شيرزاد، القانون التجاري، ج١، الجزء الأول، شركات التجارة، ترجمة منير القاضي وصلاح الدين، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ٢٠١٥، ص٤-١٠.
٣٧٠- د. محمد فتح يوسي، المصدر السابق، ص٣٥.
٣٧١- د. محمد فتحي النجار، المصدر السابق، ص٩٣.
٣٧٢- د. وليد حيدر، المصدر السابق، ص١٩٣.
٣٧٣- د. احمد محمد محرز، المصدر السابق، ص٦٨.
٣٧٤- د. إلياس ناصيف، العقود الدولية، ص٢٣٦.
٣٧٥- حمود مصطفى الزاوي، المصدر السابق، ص١٧٩.
٣٧٦- المصدر السابق، ص٣١.
٣٧٧- د. فهمي محمد علي ود. محمد فهمي طوباجي، ود. بهيج مسيو الشامي، المصدر السابق، ص١٧٥، و: J. Moden, Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008, Bruxelles, CRISP, 2008, p.13-14 .
٣٧٨- د. وسيم عبود الحمود، المصدر السابق، ص١٩. نقلا عن احد من الفقه الفرنسي وجاء الفقه بمجموعة من الشروط عن الفقه الفرنسي ذكرناها في متن البحث. لكن هنا نعتقد انه اشار P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985, op. cit., p. 215 .
٣٧٩- موريس نخلة القدح، في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١٢، ص١٤٩. وانظر: J. Ghestin, « La notion de contrat», Dalloz Chronique, 1990, p. 147-156 . الاشارة من جانبنا الى تعليقه الاستحسان لفكرة العقد

٣٢٣- المشار إليه سابقاً، المصدر السابق، ص ٦٣.
٣٢٤- المشار إليه سابقاً، المصدر السابق، ص ٢١٥.
٣٢٥- د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، المصدر السابق، ص ٢٨٨-٢٨٩.
٣٢٦- عبد الجبار صالح، المصدر السابق، ص ١٠٠.
٣٢٧- المشار إليه سابقاً، العقود الإدارية، ص ٣٥.
٣٢٨- عبد المجيد عجلة، المصدر السابق، ص ١٥٢ وما بعدها؛ محمود حلمي، المصدر السابق، ص ٤٩-٥٠.
٣٢٩- المشار إليه سابقاً، العقود الإدارية، ص ١٤٠-١٤٢.
٣٣٠- عبد الوهاب إبراهيم سنجلاوي، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية B.O.T بحث مقدم إلى الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، منشورات الدورة، ٢٠٠٠، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، ص ٢٠٩-٢٤٠؛ وعلي محي الدين القره داغي، عقد البناء والتشغيل والإعادة للمالك في الفقه الإسلامي والقانون، بحث مقدم إلى الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة بمقر رابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، منشورات الدورة، ٢٠٠٠، ضمن مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، الجزء الثاني، ص ٢٤١-٢٧٠؛ وللمزيد من التفصيل بين عقد البوت والعقد الإداري في فرنسا ينظر:
Cf. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, tome I, p. 160 et s.; J. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », in AJDA, 1961, p. 123 .
٣٣١- عبد الوهاب إبراهيم سنجلاوي، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملكية، المصدر السابق، ص ٢٠٩-٢١٠؛ وللمزيد من التفصيل حول عقود البوت ينظر: المشار إليه سابقاً، العقود الإدارية، ص ١٤٠-١٤٢.
٣٣٢- د. عبد الودود يحيى، الأحكام العامة في عقود الإدارة والوكالة في التشريع المقارن، منشورات جامعة عين شمس، ط١، ١٩٩٢، ص ١٣.
٣٣٣- تعتبر النظرية الأساسية من القانون المدني العراقي، وتعتبر السكوت قبولاً موجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بالتعامل أو قد تحصر الإيجاب بفترة معينة من وجه إليه، وبالتالي يكون السكوت التشريعي هو أن تشريع المشرع الذي اشترط القبول لا يرد إلا قبلة تشير من شروط وهذا السكوت ملائم في القانون المدني العراقي، المشار إليه سابقاً، ينظر: المشرع العامة الاشتراطات في القانون المدني دراسة مقارنة، ج١، مصادر الالتزام، ط١، بدون دار نشر، بغداد، ١٩٩١، ص ٩٠ وما بعدها. وللمزيد ينظر: مصادر الالتزام شرح القانون المدني، مجلة القانون المقارن، العدد ٢٥، (١٩٥٧/١٩٥٨)، ص ١٠-٤٣.
٣٣٤- المشار إليه سابقاً، المصدر السابق، ص ٣٠.
٣٣٥- المشار إليه سابقاً، عبد الوهاب إبراهيم سنجلاوي، المصدر السابق، ص ١٧٦.
٣٣٦- د. حمدي عبد العظيم، المصدر السابق، ص ١٨٢ وما بعدها.
٣٣٧- د. مصطفى الجمال، د. رضا عبد الحميد، د. سمير إبراهيم عبد العزيز، أحكام الالتزام دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٥.
٣٣٨- المشار إليه سابقاً، الوجيز في العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١١٢-١١٥.
٣٣٩- المشار إليه سابقاً، المصدر السابق، ص ١٨٢.
٣٤٠- د. محمد شريف أحمد، مشكلة تنفيذ العقود دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، العدد ١٩٨٣، ص ٩.
٣٤١- أشار إليه فتوح الله الشطناوي، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، الجزء الأول، نظرية الالتزام، موجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٨٣ وما بعدها.
٣٤٢- المشار إليه سابقاً، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٦، ص ١٩٨.
٣٤٣- المشار إليه سابقاً، عبد الوهاب إبراهيم سنجلاوي، المصدر السابق، ص ١٧٣-١٧٤.
٣٤٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الأول، مصادر الالتزام، ٢٠٠٩، ص ٨٠.
٣٤٥- المشار إليه سابقاً، عبد الإله النوايسة، المصدر السابق، ص ١٨٣.
٣٤٦- د. أحمد سلامة بدوي، المصدر السابق، ص ١٧٢.
٣٤٧- المشار إليه سابقاً، المصدر السابق، ص ٥٧.
٣٤٨- وهناك من يقصد بالعقد المركب العقد المكون من عدة عقود في صفقة واحدة، ينظر: د. حمدي عبد العظيم، العقود المدنية والتجارية المركبة، ط١، أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ٢٠٠٥، ص ٢٥؛ وللمزيد ينظر:
M. H. Sinkondo « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in RTDciv, avril-juin 1993, p.254-256 .
٣٤٩- المشار إليه سابقاً، المصدر السابق، ص ٣١-٣٥.
٣٥٠- المشار إليه سابقاً، شرح عقد المقاولة، المصدر السابق، ص ٤٣-٤٤.
٣٥١- د. مصطفى عبد الحميد عدوي، المصدر السابق، ص ٣٣؛ وجوزيف حداد، المصدر السابق، ص ٥٣.
٣٥٢- المشار إليه سابقاً، حكم الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام، ط٣، شركة النشر والطباعة العالمية، ١٩٥٨، ص ٣٠-٣١؛ وعبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة الوثبة الكبرى للقوى المسلحة، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٥-١٩.

٤١٢- د. عادل الشماع، المصدر السابق، ص ١٢٠.
٤١٣- انظر د. عبد العزيز يونس، المصدر السابق، ص ١٠٢-١٠٦.
٤١٤- د. الشافعي بشير الطهراوي، المصدر السابق، ص ٩١.
٤١٥- انظر د. عبد الفتاح سيوني حجازي، المصدر السابق، ص ٩٨-٩٩.
٤١٦- سيرة أحمد، المصدر السابق، ص ٨٥.
٤١٧- عبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص ٣٧-٣٨.
٤١٨- تنص الفقرة الأولى من المادة (٩٧) من قانون المرافعات المدنية والتجارية العراقي على أنه (لا يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم الاختصاص المكاني إلا بناء على دفع المدعى عليه المقدم قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى، ويجب على المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها المكاني من تلقاء نفسها إذا تبين لها ذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى غير ما تقدم ذكره).
٤١٩- انظر د. عبد الحكم فودة وعبد الباقي البكري ومحمد البشير، المصدر السابق، ص ٩٥.
٤٢٠- سيرة عبد السلام فهمي النويغي، مشار إليه لدى سامة القانون، المحاماة أمام محاكم القانون الخاص، الكتاب الثالث، السيرة العامة في العقود، الطبعة الأولى، ج١، المكتب الأكاديمي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٩٠-١٠٠.
٤٢١- تجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي قد أشار إلى عقد الالتزام في المادة (٧٠) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ، ينظر: د. عبد المجيد الحكيم ومحمد طه البشير ود. عبد الباقي البكري، المصدر السابق، ص ٨٣-٨٩.
٤٢٢- د. أحمد سامي عبود الصوري، المصدر السابق، ص ١٧٣.
٤٢٣- د. عبد الفتاح سيوني حجازي، المصدر السابق، ص ٩١-٩٥.
٤٢٤- جوزيف بونو وبرنيج به، المصدر السابق، ص ٩٦.
٤٢٥- سيرة مصطفى عبد المحسن الخشن، المصدر السابق، ص ٣٣.
٤٢٦- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ط٥، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص ١٣.
٤٢٧- د. هشام خالد، وثبات التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٥١.
٤٢٨- عبد الباسط منصور، المصدر السابق، ص ٢٩٦.
٤٢٩- وائل أيمن الوسنار، مسؤولية جهة الإدارة التعاقدية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٩١.
٤٣٠- د. فوزي محمد سامي، المصدر السابق، ص ١٦.
٤٣١- عبد الباسط منصور، المصدر السابق، ص ٢٩.
٤٣٢- د. فوزي، المصدر السابق، ص ٢٠.
٤٣٣- د. نظام عبد الأمير كاظم، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٣٤- مشار إليه لدى سامة القانون، المحاماة أمام محاكم القانون الخاص، الكتاب الثالث، السيرة العامة في العقود، الطبعة الأولى، ج١، المكتب الأكاديمي للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٠٣.
٤٣٥- سيرة أحمد، المصدر السابق، ص ٨٥-٨٦.
٤٣٦- نص المصدر، ص ٨٥.
٤٣٧- د. فوزي محمد سامي، المصدر السابق، ص ٢١٥-٢١٩.
٤٣٨- سيرة مصطفى عبد المحسن الخشن، المصدر السابق، ص ٣٣.
٤٣٩- د. عبد الفتاح سيوني حجازي، المصدر السابق، ص ٢٠٠.
٤٤٠- سيرة أحمد، المصدر السابق، ص ٨٥-٨٦.
٤٤١- انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٤٢- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٤٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٤٤- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٤٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٤٦- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٤٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٤٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٤٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٥٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٥١- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٥٢- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٥٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٥٤- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٥٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٥٦- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٥٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٥٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٥٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٦٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٦١- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٦٢- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٦٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٦٤- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٦٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٦٦- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٦٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٦٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٦٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٧٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٧١- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٧٢- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٧٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٧٤- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٧٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٧٦- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٧٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٧٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٧٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٨٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٨١- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٨٢- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٨٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٨٤- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٨٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٨٦- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٨٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٨٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٨٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٩٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٩١- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٩٢- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٩٣- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٩٤- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٩٥- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٩٦- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٩٧- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٤٩٨- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.
٤٩٩- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٢٠٣.
٥٠٠- د. أحمد عبد الحميد عشوش، ود. أيمن مصطفى البكري، مشار إليهما لدى د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ٢٠٣.

العراقية بين مساندة مزاولة مهنة التجارة للمتزوجة في قرار لها معتبرة التاجر في زواجها الثاني قد عقد تجارة إذا قد عقدت به أحد شركات وتقع على كاهله الالتزام وتم كل سنة قد تسبب في مزاولة التجارة ...) قرار رقم ٣٥٦ في ١٩٧٥ / ١ / ٢١ غير منشور أشار إليه د. عبد الباسط عبد المحسن القانون التجاري الكتاب الثاني التجار والأعمال التجارية ط١ مطبعة جامعة بغداد ١٩٩١ ص ٨٢.

[٤١٤]- د. هشام خالد، المصدر السابق ص ٨٠.

[٤١٥]- د. فوزي محمد سامي، قانون التجارة الجزائري، الجزء الأول، التاجر، الأعمال التجارية، المحل التجاري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط١، ٢٠٠٠ ص ٩٣.

[٤١٦]- د. سميحة القليوبي، المصدر السابق ص ٤٧٠-٤٧١.

[٤١٧]- أشار إليه د. علي البارودي، د. محمد السيد الفقي، د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الكتاب الأول، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ١٩٧٩ ص ٣٣-٣٥.

[٤١٨]- د. عبد الحسين عوض، المصدر السابق ص ١٩ د. علي البارودي، د. محمد السيد الفقي، د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، المصدر السابق ص ١٦-١٨.

[٤١٩]- د. سميحة القليوبي، المصدر السابق ص ٤٧١.

[٤٢٠]- د. عبد الوهاب نصار، شرح العقود التجارية، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، القاهرة ١٩٩٥ ص ٣٦-٣٧.

[٤٢١]- حول تفصيلات هذا الشرط، راجع د. محمد حسين منصور، المصدر السابق ص ٨٩٣-٨٩٧.

[٤٢٢]- أشار إليه د. محمود الكيلاني، القانون التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٨ ص ٦١-٦٣.

[٤٢٣]- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق ص ٨٩٢-٨٩٣.

[٤٢٤]- أشار إليه د. عبد القادر محمد شيبة الحمد، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، ط١، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، ليبيا ١٩٩٥ ص ٤٠.

[٤٢٥]- أشار إليه د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقد وإبرامه، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٥ ص ٢١٥-٢١٦.

[٤٢٦]- عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الثانية، مكتبة السنهوري، بغداد ٢٠١٢ ص ٦٩-٧٠.

[٤٢٧]- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق ص ٨٧٦.

[٤٢٨]- د. علي محمد أبو قدان، المصدر السابق ص ٩٣٣.

[٤٢٩]- علي عبد الكريم عبد الله، وسائل تسوية منازعات الاستثمار في ضوء اتفاقية ACSID وإمكانية تطبيقها في العراق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية في جامعة القادسية، آذار ٢٠١٢ ص ٣١٥.

[٤٣٠]- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق ص ٨٧٦.

[٤٣١]- عاشور عبد الرحمن مبارك، الشركة القابضة في القانون، ترجمة الدكتور أحمد عبد الرحمن، منشورات مركز البحوث بالكويت (١١)، وزارة العدل، بغداد ١٩٨٥ ص ١٢٩-١٣٠.

[٤٣٢]- حول أهمية البوت العقد البوت ، ينظر في الفقرة الخامسة من المبحث في عقد البوت وأشرنا هناك إلى أهمية البوت للدولة.

[٤٣٣]- حول هذه الشروط وتفصيلاتها، راجع د. محمد حسام محمود لطفي، القانون التجاري، الكتاب الأول، النظرية العامة للتاجر، الأعمال التجارية، المحل التجاري، الطبعة الثالثة، الشركة التجارية الأشتراكية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، بدون تاريخ ص ٣٣-٣٥. وكذلك د. عبد الحسين عوض، المصدر السابق ص ٥٨-٦٣.

[٤٣٤]- راجع تفصيلات ذلك لدى د. شكري محمد فيصل، المصدر السابق ص ٧٣-٨٥.

[٤٣٥]- أشار إليه د. فتاح سيوني حجازي، المصدر السابق ص ٢٠٦-٢١٥.

[٤٣٦]- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق ص ٨٧٢.

[٤٣٧]- عبد الحي حجازي، المصدر السابق ص ٢١٥.

[٤٣٨]- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق ص ٨٧٣-٨٧٤.

[٤٣٩]- د. علي محمد أبو قدان، المصدر السابق ص ٣٥٨.

[٤٤٠]- د. فتاح سيوني حجازي، المصدر السابق ص ٢٠٦-٢١٥.

[٤٤١]- د. علي محمد أبو قدان، المصدر السابق ص ٩٠٠.

[٤٤٢]- د. وائل حسين حلمي، المصدر السابق ص ٩٠٧.

[٤٤٣]- د. علي محمد أبو قدان، المصدر السابق ص ٩٠٠ ود. وائل حسين حلمي، المصدر السابق ص ٩٠٣.

[٤٤٤]- د. أكثم حسن خليفة عتلم، المصدر السابق ص ٧٧.

[٤٤٥]- د. علي محمد أبو قدان، المصدر السابق ص ٩٠٠.

[٤٤٦]- مصدر المصدر نفس الصفحة.

[٤٤٧]- عبد الله مبارك عبد الكريم، المرجع ص ٣٥.

[٤٤٨]- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المصدر السابق ص ٦٢-٦٥.

[٤٤٩]- عاشور عبد الرحمن مبارك، المصدر السابق ص ٨٧٢-٨٨٠.

[٤٥٠]- أشار إليه فتاح سيوني حجازي، المصدر السابق ص ٢١٦.

[٤٥١]- د. وائل عبد السلام أبو صبيح، المصدر السابق ص ٣٦.

٤٨٢- المشار إليه لدى د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ص ٤٧٠.
٤٨٣- حكم محكمة جنوب لندن، مشار إليه لدى د. سليمان الطماوي، ص ٥٩-٦٠.
٤٨٤- د. سليمان محمد الطماوي، العقود الإدارية، ص ٣٥٢.
٤٨٥- عبد العال السيد حسن الحكيم، القضاء الإداري، ص ٣١.
٤٨٦- د. عبد الفتاح مراد حجازي، القضاء الإداري، ص ٢٩٣.
٤٨٧- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، ص ٦٠.
٤٨٨- عبد العال السيد حسن الحكيم، القضاء الإداري، ص ٣١-٣٥.
٤٨٩- د. عبد الفتاح مراد حجازي، القضاء الإداري، ص ٢٩٣.
٤٩٠- المشار إليه لدى د. محمد الحكيم، الأشغال العامة، ص ٣٦.
٤٩١- المشار إليه لدى الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في ١٦ شباط سنة ١٩٤٣، مجموعة داللوز، ١٩٤٣، ص ١١٥-١١٦.
٤٩٢- الفقرة الأولى من المادة ٩١ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٠٢ من القانون المدني المصري.
٤٩٣- د. محمد كامل ليلة، شرح العقود المسماة، مطبعة جامعة القاهرة، ط٢، سنة ١٩٧٠، ص ١٩.
٤٩٤- المشار إليه لدى د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، العقد الآلي، المجلة الإدارية، موضوعه عقد مقاولة الأشغال العامة، ط٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٠٣٥ وما بعدها.
٤٩٥- د. رياض عبد العزيز كاظم، القضاء الإداري، ص ٥٣-٥٤.
٤٩٦- المشار إليه لدى د. عبد العزيز خنفوسي، القضاء الإداري، ص ٣٣.
٤٩٧- د. رياض عبد العزيز كاظم، القضاء الإداري، ص ٥٦-٥٧.
٤٩٨- د. مصطفى عبد الحميد الجمال، القضاء الإداري، ص ٩٠.
٤٩٩- حول ملابسات شركة الشرق مع جهات الحكومة ينظر د. رياض عبد العزيز كاظم، القضاء الإداري، ص ٧٠-٨١، د. مصطفى عبد الحميد الجمال، القضاء الإداري، ص ٨٩-٩٠.
٥٠٠- حول ملابسات شركة الشرق مع الأخيرين من هي الجهة الحكومية المتعاقدة ينظر د. مصطفى عبد الحميد الجمال، القضاء الإداري، ص ٩٠-١٠٠.
٥٠١- د. سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، ص ٣٥١.
٥٠٢- القضاء الإداري، ص ٣٥٤-٣٥٥.
٥٠٣- المشار إليه لدى د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، ص ٦١٥-٦١٦.
٥٠٤- د. رياض عبد العزيز كاظم، القضاء الإداري، ص ٣٣.
٥٠٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، العقد الآلي، ص ١٨٠-١٨١.
٥٠٦- تعريف المشرع العراقي في المادة ٨٩٠ من القانون المدني، وفي المادة ٦٢٠ من مرشد الخيل، والمادة ٢٠١ من مجلة الأحكام العدلية التي تعد مثابة قانون مدني في الدولة العثمانية، المشار إليه لدى القضاء الإداري، ص ١٥-١٩.
٥٠٧- عبد العزيز القضاء الإداري، ص ٣٣.
٥٠٨- تتشابه المادة ٨٩٠ من القانون المدني العراقي والمادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري إلى حد كبير، إذ تعد المادة ٨٩٠ من القانون المدني العراقي مأخوذة عن المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري، وتنص المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري على أن "يجوز للمقاول أن يتحلل من العقد ولو بعد أن يبدأ في تنفيذ العمل، إذا كان قد روعي في ذلك ما يجب من مراعاة مصالح المقاول" (للمزيد ينظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، العقد الآلي، ص ١٩٧).
٥٠٩- عبد العزيز القضاء الإداري، ص ١٧٥.
٥١٠- د. عبد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والأشغال العامة، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، العدد ١، ١٩٨٥، ص ٣٥.
٥١١- المشار إليه لدى د. رياض عبد العزيز كاظم، القضاء الإداري، ص ١٦٦-١٦٧.
٥١٢- المشار إليه لدى القضاء الإداري، ص ٣١.
٥١٣- تتفق المادة ٨٩٠ من القانون المدني العراقي مع المادة ٦٥٩ من القانون المدني المصري إلا أن المادة ٦٥٩ منه تستثني الأشغال المتعلقة بالمباني ذات الأهمية.
٥١٤- المشار إليه لدى د. عبد الفتاح مراد حجازي، القضاء الإداري، ص ١٨١.
٥١٥- المشار إليه لدى د. مصطفى عبد الحميد الجمال، القضاء الإداري، ص ٨١، نقض مدني، الطعن رقم ٢٩ سنة ٥٥/ ٣/ ١٩٩٠، مجموعة أحكام النقض، س ١٠ ص ٣٦١، والطعن رقم ٣٢٣ سنة ٢/ ١٠/ ١٩٧٥، المجموعة، س ١٠ ص ١٠٦٦.
٥١٦- د. عبد الفتاح مراد حجازي، القضاء الإداري، ص ١٨١-١٨٢.
٥١٧- د. مصطفى عبد الحميد الجمال، القضاء الإداري، ص ٨١-٨٥.
٥١٨- المشار إليه لدى د. عبد العزيز محمد السيد، موسوعة العقد، ج١، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٥، ص ٢١٧ وما بعدها، وكذلك الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، العقد الآلي، المجلد الأول، ص ١٨٢ وما بعدها، وعبد الحميد الشواربي، عقد الاشتراك، ص ٥٣ وما بعدها.

٥٤٥- فريد فتيح : التفويض في الإدارة في الفقه الإسلامي والفقه الغربي ، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم ، معهد البحوث والدراسات العربية ، مصر ، ١٩٨٥ ، ص ٧٥.
٥٤٦- عباس حسن الصراف ، ص ١٠٠ من القانونين المصري والليبي.
٥٤٧- عبد الرزاق حسين مصبور ، المصدر السابق ، ص ١٠٧-١١٥.
٥٤٨- الفقرات من الفقرة ٣ من المادة ٣٠ ، عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٢.
٥٤٩- عبد الرزاق حسين مصبور ، المصدر السابق ، ص ١٠٢-١٠٩.
٥٥٠- عباس حسن الصراف ، ص ١٠٠ من القانونين المصري والليبي.
٥٥١- د. محمد حسين منصور ، عقود البوت وصيغ الشراكة المشابهة ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص ٤٢.
٥٥٢- استكمال المشرع المصري والليبي أحكام الفقه ، نقلاً في الفترة ١٩٣٠ - ١٩٤٩ ، والاختلاف حاصل بين مشرعي القانون العراقي عن المصري والليبي مرده اخذ المشرع العراقي بعض الأحكام خاصة مستقاة من الفقه الإسلامي ، عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر الالتزام ، ص ١٥٦ - ١٥٨ ، د. سليمان محمد الطماوي ، المصدر السابق ، ص ١٥٩-١٦٠.
٥٥٣- عبد الرزاق حسن فهمي ، العقود النموذجية في المناقصات ، ط٢ ، القاهرة ، ١٩٧٩ ، ص ٢٠٠٦ ، ص ٥٩٥-٥٩٦.
٥٥٤- د. محمد محمد الحلبي ، مصدر الالتزام ، ص ١٢٩-١٣٥.
٥٥٥- عبد الرزاق المصدر السابق ، ص ١٣١.
٥٥٦- عبد الرزاق السنهوري ، الفقه الإسلامي ، الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعة بغداد ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ١١٦.
٥٥٧- د. محمد طه البشير ، مصدر الالتزام ، ص ١٢٧-١٣٥.
٥٥٨- تقابلها المواد ٣٥٧-٣٥٨-٣٥٩ من هذا الاخطاء المدنية ١١٣٥-١١٣٦ من القانونين المصري والليبي.
٥٥٩- د. محمد حافظ الرويني ، عقود البوت ، ص ٢١٩.
٥٦٠- حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص ٣٠١.
٥٦١- انظر في مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه غير المشروع ، وعلى ذلك فرنسي ، القانون التجاري ، مطابعة الشركات الإدارية والاقتصاد ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، ١٩٨٠ ، ص ١٥٢ ، د. محمد سامي الشوا ، قانون التجارة البحري ، القسم الأول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، بغداد ، بدون تاريخ ، ص ١٨١-١٨٥.
٥٦٢- عبد الرزاق احمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٥-١٠٦.
٥٦٣- عبد الرزاق حسين مصبور ، المصدر السابق ، ص ١٠٥-١٠٦.
٥٦٤- عبد الرزاق عبد الله الكندي ، المصدر السابق ، ص ١٩.
٥٦٥- د. عبد الرزاق محمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول ، مصدر الالتزام ، ص ٦٠٣-٦٠١.
٥٦٦- عبد الرزاق حسين مصبور ، المصدر السابق ، ص ١٠٧-١١٥.
٥٦٧- انظر د. عبد الرزاق ، المصدر السابق ، ص ١٢٣.
٥٦٨- عبد الرزاق حسين مصبور ، المصدر السابق ، ص ١١٠-١١٢.
٥٦٩- عبد علي المصدر ، ص ١١٢-١١٣.
٥٧٠- انظر د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ٨٥.
٥٧١- د. منير القاضي ، المصدر السابق ، ص ١٠٢.
٥٧٢- يقابل نص هذه المواد ٢٠٨٥ من القانون المدني الأرجنتيني و ٢٠٠٧ من القانون المدني السويسري الذي تطابق مواده المادة ٣ من القانون المدني المصري التي تشكل سند لهذه التسمية ، انظر د. صبري السقا ، المصدر السابق ، ص ١١٥-١١٩.
٥٧٣- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، العقد ، الإسكندرية ، مصدر الالتزام ، ص ٩١٥ ، د. منير القاضي ، المصدر السابق ، ص ١٧٥.
٥٧٤- د. محمد لبيب شنب ، المصدر السابق ، ص ٢٣١ ، وفريد فتيح ، مصدر الالتزام ، ص ١٠٣.
٥٧٥- تقابلها نصوص المواد (١٣٣٠) ، (١٣٣١) ، (١٣٣٢) ، (١٣٣٣) من القانونين المصري والليبي.
٥٧٦- فريد فتيح ، مصدر الالتزام ، ص ١٢٦.
٥٧٧- انظر مهدي هادي نوح ، المصدر السابق ، ص ٥٦-٥٣.
٥٧٨- عبد الرزاق محمد عبد الله ، ماهر حسين ، رؤية جديدة لتطوير القانون في القرن الحادي والعشرين ، بحث مقدم إلى الندوة العلمية ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٩٠-٩١.
٥٧٩- حسن كيرة ، المصدر السابق ، ص ١٣٦-١٣٥.
٥٨٠- انظر فريد فتيح ، مصدر الالتزام ، ص ١٠٣-١٠٢.
٥٨١- محمد محمد صقلي ، المصدر السابق ، ص ٨١٧-٨١٨.
٥٨٢- مؤلفة الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج١ ، العقد ، الإسكندرية ، مصدر الالتزام ، ص ٨٥١.
٥٨٣- نص المشرع نص النسخة.
٥٨٤- فريد فتيح ، مصدر الالتزام ، ص ١٣٦.
٥٨٥- انظر منير القاضي ، المصدر السابق ، ص ١٩٠.

٥٦١- المشار اليه عند الامين لدى المصير السابق ص١٢٧.
٥٦٢- نفس المصدر ص١٢٧.
٥٦٣- المشار اليه عند السيد مرتضى المصير السابق ص١٦١-١٧١ وينظر كذلك العقود الدولية ص١٥١-١٥٨.
٥٦٤- د. محمد شتاه علي الداودي وآخرون نظرية العقد ص٢٠٣.
٥٦٥- المشار اليه لدى المحامي ابراهيم حسن الشاه في المقال منشورات ابن الحقوقية بيروت ٢٠٠٦ ص٨٣-٨٥.
٥٦٦- شرح أحكام المصير السابق ص١٢٠.
٥٦٧- نفس المصدر نفس الصفحة.
٥٦٨- القانون المدني ١٩٥٠ من القوانين المدنية المصري والليبي
٥٦٩- المشار اليه عند الحكم المصير الاشارة ص١٩٢-١٩١.
٥٧٠- المشار اليه لدى العقود الدولية ص١٥١-١٥٨.
٥٧١- المشار اليه لدى الدكتور وهبي الشيخ المنشور لمجلة الحقوق كلية القانون جامعة بغداد منشورات مكتبة السنهوري بغداد بدون تاريخ ص١٦٣-١٦٤.
٥٧٢- المشار اليه عند السيد مرتضى المصير السابق ص١٦١-١٦٩.
٥٧٣- المشار اليه عند ابراهيم المصير السابق ص١٨٥.
٥٧٤- د. فاروق الطروان المصير السابق ص١٦٥.
٥٧٥- د. محمد فتاح عبد الوهاب المصير السابق ص٣٥.
٥٧٦- د. ابراهيم السيد احمد المصير السابق ص١٧٥.
٥٧٧- نفس المصدر ص١٥١-١٥٨.
٥٧٨- عبدالله خالد عبد الكريم المصير السابق ص٩٦.
٥٧٩- د. علي عبد الامير العادلي المصير السابق ص١٢٥.
٥٨٠- نفس المصدر ص١٢٧.
٥٨١- د. رشيد حمد العنبر المصير السابق ص١٤٢.
٥٨٢- المشار اليه عند الامين لدى المصير السابق ص١٢٥-١٢٦
٥٨٣- نفس المصدر ص١٢٦.
٥٨٤- شرح أحكام المصير السابق ص١٠٠.
٥٨٥- حول تفاصيل هذه الصور ينظر رسالتنا الماجستير الاثر في القوى الاجبرية دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي ط١ الاصدار الثالث دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٧ ص١٩٤ وما بعدها
٥٨٦- د. عبد الرزاق احمد السنهوري نظرية العقد ص٣٣٠.
٥٨٧- المشار اليه عند محسن شفيق المصير السابق ص١١٠-١١٥.
٥٨٨- المشار اليه عند السيد مرتضى المصير السابق ص١٦٩-١٧٠.
٥٨٩- عبدالله خالد عبد الكريم المصير السابق ص١٠٦.
٥٩٠- المشار اليه عند محمد شكري الاثر قرائن في العقد ص٣٤٦-٣٥٣.
٥٩١- د. السنهوري مصدر العقود الدولية ص١٢٩-١٣٠.
٥٩٢- د. مصطفى عبد المحسن الجشي المصير السابق ص١٠٥-١٠٦.
٥٩٣- د. عبدالمرسل المصير السابق ص١٣١.
٥٩٤- د. سليمان مرقس العقود الدولية ص١١٢-١١٣.
٥٩٥- المادة ٣٥ من القانون المدني العراقي والمقابلة المادة ٣٥٠ من القانون المدني المصري
٥٩٦- القانون المدني ١٩٩١ من القانون المدني المصري ١٩٤٨ من القانون المدني الليبي
٥٩٧- المشار اليه عند السيد مرتضى المصير السابق ص١٠٦-١٠٧.
٥٩٨- د. مصطفى عبد المحسن الجشي المصير السابق ص١٢٥.
٥٩٩- راجع المبحث الاول من المطلب الاول من هذه الدراسة
٦٠٠- وهذا ما نصت عليه المادة ٢٣٦ من القانون المدني الفرنسي المشار اليه عند عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد مصدر الاشارة ص١٠٩.
٦٠١- المشار اليه لدى مصدر العقود الدولية ص١٧٩-١٨٠.
٦٠٢- د. محمد حسين منصور المصير السابق ص١١٩.
٦٠٣- المادة ٣٥ من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المنشور في جريدة الوقائع العراقية بعددها المرقم ٢٧٦٥ في ١٩٧٩/٩/٣٠) المشار اليه لدى السنهوري د. وهبه الزحيلي شرح قانون الاثبات بدون دار نشر بغداد ١٩٨٢ ص١١٦.
٦٠٤- د. عباس الصراف وجورج حزبون شرح احكام عقد المقاولة ج١ ط١ مكتبة دار الثقافة للنشر عمان ١٩٩٢ ص٤١.
٦٠٥- المصدر عبد حسين منصور المصير السابق ص٨٥.
٦٠٦- وهذا ما اراده عبدالله خالد عبد الكريم في مؤلفه السابق ذكره ص١٠٦.

٩١٧- نفس المصدر ص٢١٥.
٩١٨- سمير عبد الحسين منصور، المصدر السابق، ص٨٥-٨٧.
٩١٩- عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص٣٧٩-٣٨٥.
٩٢٠- عبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٥٧-١٦٠.
٩٢١- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص٩.
٩٢٢- د. مصطفى عبد الحي الحشيم، المصدر السابق، ص١٠٩-١١٠.
٩٢٣- عبد الناصر موسى أبو البصل، المرجع السابق، ص١٥٨-١٥٩، د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص٩.
٩٢٤- د. يوسف قاسم، المصدر السابق، ٢١٢.
٩٢٥- أسامة عبد الخالق جاسم، بحث في شرح القانون المدني الكويتي، منشورات مركز البحوث والدراسات والتطوير والنشر في كلية الحقوق والعلوم السياسية والاقتصادية في جامعة تونس، منشأة الرسالة بالجمهورية التونسية تونس ١٩٩٠، ص١٢-١٣.
٩٢٦- د. مصطفى عبد الحي الحشيم، المصدر السابق، ص١٢١-١٢٢.
٩٢٧- د. الناصر موسى، مسألة إبطال الشركة بالتراضي، ص١١٨-١١٩.
٩٢٨- سمير عبد الحسين منصور، المصدر السابق، ص١١٣-١١٤.
٩٢٩- سمير عبد الله توفيق، عقود التوريد، ص١٥١.
٩٣٠- عبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٦٠.
٩٣١- د. فوزي عبد الرحمن سحنون، نظرية الاقتصاد في العقد، دراسة مقارنة، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٩٠، وزارة العدل، بغداد، ١٩٨٠، ص٥.
٩٣٢- د. وليد خليل عنبر، المصدر السابق، ص١٩٧-١٩٨.
٩٣٣- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، مؤسسة دار المطبوعات للنشر والتوزيع، القاهرة، الجزء الثاني، ص١٣-١٥.
٩٣٤- د. فاطمة الزحيلي، المصدر السابق، ص٢٧٦.
٩٣٥- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٢٠٩-٢١٠، د. عبد السلام فاطمة الزحيلي، مجلة العدل، ص١٠٠-١٠٢، وقد نصت هذه المادة على أن: (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أحكام تخالف ما ورد في هذه النصوص عدا ما تعلق منها بالنظام العام).
٩٣٦- د. عبد الستار أبو غدة، المصدر السابق، ص٩.
٩٣٧- عبد الرزاق عبد الرحمن سحنون، المصدر السابق، ص٥١-٥٣.
٩٣٨- حول تفصيلات ذلك انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، العقد، الإثبات، مصادر الالتزام، ص٧١٥-٧١٦.
٩٣٩- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٨٢٣.
٩٤٠- د. عبد الله الخشروم، مصادر الالتزام، ص٥١٢-٥١٣.
٩٤١- عبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٧٣-١٧٤.
٩٤٢- تقابل المادة ١١٥٠ من القانون المدني المصري و(١٢٥٥ من القانون المدني الليبي).
٩٤٣- د. عادل القاضي، المصدر السابق، ص٣٩٣-٣٩٤.
٩٤٤- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٨٢٣.
٩٤٥- حول تفصيل مضمون نظرية الظروف الطارئة أنظر: فوزي محمد سامي، مصطفى عبد الله محمد السيد، المصدر السابق، ص٧٣-٧٧.
٩٤٦- د. فوزي عبد الرحمن سحنون، المصدر السابق، ص٦١-٦٤.
٩٤٧- سمير مصطفى عبد الحسين الحشيم، المصدر السابق، ص١١٥، وعبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٦٩.
٩٤٨- عبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١١٩.
٩٤٩- د. مصطفى عبد الحسين الحشيم، المصدر السابق، ص١٢٩-١٣٠.
٩٥٠- عبد الله خالد عبد الكريم، المصدر السابق، ص١٧٠-١٧١.
٩٥١- د. عادل عبد الله توفيق، المصدر السابق، ص٨٢٦.
٩٥٢- د. الناصر موسى، نظرية الظروف الطارئة، ص٣٣١.
٩٥٣- سمير عبد الحسين منصور، المصدر السابق، ص١١٨-١٢٠.
٩٥٤- د. مصطفى عبد الحسين الحشيم، المصدر السابق، ص١٣٥.
٩٥٥- نفس المصدر، ص١٨٣-١٨٤.
٩٥٦- تعبير مأخوذة أساساً من: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مقالة منشورة على الانترنت، الموقع الحقوقي، ٢٠٠٥، ص٣٨.
٩٥٧- د. عبد الودود يحيى، المصدر السابق، ص٦٦٥.
٩٥٨- د. محمد عبد المحسن المطير، المصدر السابق، ص١٨٥-١٨٦.
٩٥٩- انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، العقد، الإثبات، مصادر الالتزام، ص٧٢٣-٧٢٤، وسمير عبد الله، المصدر السابق، ص١٢٢-١٢٣.

٩٥٨- المشار له سابقاً حكم رد الدائن شكري ومحمد شوقي المنشاوي المشار له في ج٢ الحقوق الاشراف وزارة العدل والبحث العلمي بغداد ١٩٨٠ ص١٦-١٩.
٩٥٩- د. محمد عبد الفتاح مراد المصدر السابق ص٥٨٣.
٩٦٠- د. رشيد حسن خليل المصدر السابق ص٩٤٣.
٩٦١- د. محمد عبد المنعم حسين المصدر السابق ص١٦-١٠.
٩٦٢- سيرد محمد حسن منصور المصدر السابق ص٣٦١-٣٦٠.
٩٦٣- سيرد عبد الحسين الجشعي المصدر السابق ص١٠٦-١٠٧ مشار اليه لدى قرار محكمة التمييز الاتحادي في بغداد المرقمة ٢٥٤/ت/١٩٥٢ في ١٩٥٢/١٠/١٠ السنة ٣ ق٤.
٩٦٤- د. محمد علي البدوي المصدر السابق ص١١٧-١٢٠.
٩٦٥- محمد لبيب شنب المصدر السابق ص١٥٨.
٩٦٦- د. محمد حسين منصور المصدر السابق ص٣٠٩.
٩٦٧- المشار إليه سابقاً إبراهيم المنجي أبو الليل المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٠ ص١٥٣-١٥٢.
٩٦٨- سيرد دروي فضل عبدالرزاق سابقاً محمد المصدر السابق ص١٣١-١٣٢.
٩٦٩- مؤلف المشار إليه المسؤولية المدنية ج٢ الخطأ ص٥٤٨.
٩٧٠- المشار إليه إبراهيم المنجي أبو الليل المصدر السابق ص١٦٣-١٥٠.
٩٧٢- سيرد محمد حسين منصور المصدر السابق ص١٣٧-١٣٩.
٩٧٤- سيرة أحمد المصدر السابق ص٨٣ مؤيد موقف محمود جمال الدين زكي من القرار لاقة المصدر السابق ص٨٥.
٩٧٥- سيرة أحمد المصدر السابق ص٨٣.
٩٧٦- خلص المشرع العراقي في المادة ٨٩١ من القانون المدني والمشرع المصري في المواد ٢١٥-٢١٦ من القانون المدني
٩٧٧- سيرد عبد الحميد الشواربي محمد أبو الليل حقيقة نزعة المسؤولية المدنية ومبرر تقييد المسؤولية مكتبة جلاء الجديدة المنصورة مصر ١٩٨٠ ص١٠ وما بعدها.
٩٧٨- سيرد أحمد عبد السميع عبد الرحمن فكرة الخطأ في نطاق المسؤولية والضرر كلية الحقوق جامعة الاسكندرية ١٩٩٠ ص٣٠.
٩٧٩- د. حسن علي الذنون الوسيط في المسؤولية المدنية ج١ الضرر شركة التايمس للطبع والنشر المحدودة بغداد ١٩٩١ ص١٨٦.
٩٨٠- د. محمد علي البدوي المصدر السابق ص٣١٥.
٩٨١- د. حسن علي الذنون الوسيط في المسؤولية المدنية ج١ الضرر ص١٨٣.
٩٨٢- د. محمد عبد المنعم حسين المصدر السابق ص١٥.
٩٨٣- د. حسن علي الذنون الوسيط في المسؤولية المدنية ج١ الضرر ص٥١٨-٥١٩.
٩٨٤- المشار إليه سابقاً محمد شوقي المنشاوي ومحمد شوقي المنشاوي أحكام الالتزام ص٣٥-٣٦.
٩٨٥- د. إبراهيم محمد أبو الليل المصدر السابق ص٣٢١.
٩٨٦- سيرة أحمد المصدر السابق ص١٣٦.
٩٨٧- د. حسن إبراهيم بك وزير عدلية القانون سابقاً الحسن في الفقه الحسن وحكمه في القانون المقارن والشريعة ج٢ مجلة القانون والاقتصاد بغداد ١٩٣٠ ص١٩٠.
٩٨٨- المشار إليه حسن عبد الباقي وزير سابق قانون المرور الجديد ج١ وزارة التعليم العالي والبحث العلمي بغداد بدون تاريخ ص١٧٨-١٧٩ وقد تضمن هذا المؤلف قانون المرور الخاص وفق القانون المقارن والقرار المرقم ٢٥ لسنة ١٩٧٠ الخاص بتعديل قانون المرور رقم ٨ لسنة ١٩٧٠ ص١٢٠-١١٥.
٩٨٩- سيرة أحمد المصدر السابق ص١٣٠-١٣٢.
٩٩٠- سيرد وائل عبد السميع المصدر السابق ص٣١١-٣١٥.
٩٩١- وائل عبد الكاشف علي المصدر السابق ص٣٠١.
٩٩٢- رعاة خطف سيارة لقد أثبت وزيادته العملي مذكرة ماجستير كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة ٨ مايو ١٩٤٥ قسنطينة الجزائر ٢٠١٢/٢٠١٣ ص٩٠.
٩٩٣- حول الموضوع وأيضاً تشريعات الدولة نشأت في عقود الاستثمار راجع وائل عبد الكاشف علي المصدر السابق ص٣١٦-٣٢٢.
٩٩٤- د. محمد حسين منصور المصدر السابق ص١٧٧.
٩٩٥- سيرة أحمد المصدر السابق ص١٣١.
٩٩٦- وائل عبد الكاشف علي المصدر السابق ١٧٧.
٩٩٧- سيرد محمد حسين منصور المصدر السابق ص١٧٧.
٩٩٨- سيرة أحمد المصدر السابق ص١٣٢-١٣٣.
٩٩٩- رعاة خطف المصدر السابق ص٩٣.
١٠٠٠- سيرة أحمد المصدر السابق ص١٣٥-١٣٦.
١٠٠١- د. أحمد خليفة أبو الدلخك مشروعات جميع الحقوقية بيروت ٢٠١٢ ص٣١-٣٦.

٩٩٢- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص٤٢٦.
٩٩٣- أنور سلوم، أحكام العقود، المصدر السابق، ص٣٧.
٩٩٤- د. عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣١٦.
٩٩٥- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص٣٥.
٩٩٦- د. محمد عبد الحميد أبو زيد، المصدر السابق، ص٨٨.
٩٩٧- د. إبراهيم عبد السلام جاسم، المصدر السابق، ص٣١٦-٣١٣.
٩٩٨- سليم شريف بدوي حداد، المصدر السابق، ص١٢٦-١١٦.
٩٩٩- د. عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣١٧.
٧٠٠- د. إبراهيم عبد السلام جاسم، المصدر السابق، ص٣١١-٣١٥.
٧٠١- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص٣٥.
٧٠٢- د. إبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص٣٢٦.
٧٠٣- عشاوي عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣١٥-٣١٩.
٧٠٤- أنور طلبة، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بدعاوى الفقه واحكام النقض الحديثة في مصر والاقطار العربية، ج١، ط٤، المكتبة القانونية، القاهرة ٢٠٠٩ / ٢٠١٠، ص٨٥ و٨٩ و١٨٩ مذكرا ان المشرع العراقي غير المحكم القانوني المشار اليه اوكل بيانه الحالات و مؤسسات بالمواد من ٩٣-٦٠ من القانون المدني.
٧٠٥- د. أحمد محمد رسلان، المصدر السابق، ص٢٩٣.
٧٠٦- د. محمد حسين منصور، المصدر السابق، ص٨٥.
٧٠٧- عقد التسهيلات المالية الدولية، سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٨٩-١٩٠ و إبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص٣١٧.
٧٠٨- حول قضية Aramco و Taxaco ، وجود عقد التنقيب بموجب حجازي، المصدر السابق، ص١٦٦-١٦٧.
٧٠٩- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٥٦-١٥٩.
٧١٠- عشاوي وإبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص١٩٧-١٩٨.
٧١١- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٥٦-١٥٧.
٧١٢- عشاوي عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣١٧.
٧١٣- عشاوي وإبراهيم عبد السلام جاسم، المصدر السابق، ص٣٢٦-٣٣١.
٧١٤- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٦٥-١٦٦.
٧١٥- د. عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣١٧.
٧١٦- سبق تفصيله في المبحث الأول من هذا الفصل.
٧١٧- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٩٣-١٩١.
٧١٨- د. عقد التنقيب حجازي، المصدر السابق، ص١٦٥-١٦٦.
٧١٩- عشاوي وليد حسين حايك، المصدر السابق، ص٥٨٦.
٧٢٠- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٩٥-١٩٦.
٧٢١- تقدم تأشير موضوع تعديل العقد بقانون عند بحث تأثير قوانين الحدود الدولية في المبحث الأول من هذا الفصل.
٧٢٢- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٩١-١٩٢.
٧٢٣- سبق تفصيله، ص١٢٥-١٢٦.
٧٢٤- المصدر نفسه، ص١٢٧.
٧٢٥- د. وليد حسين حايك، المصدر السابق، ص٥٧٩.
٧٢٦- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٩٧-١٩٨.
٧٢٧- وفق التشريع العراقي النافذ في المواد (٧٧٠- ٧٨٣) من القانون المدني وخلافا في القانون المدني المصري (١٥٩-١٦٠) وفي القانون المدني اللبناني المواد (١٥٩-١٦٠) المشار اليه احمد شوقي عشاوي، المصدر السابق، ص٨٢١.
٧٢٨- د. محمد لبيب شنب، المصدر السابق، ص٢٩٦.
٧٢٩- د. عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣٥٢ وبوفر الف المجازية، المصدر السابق، ص١٠٨٠.
٧٣٠- د. إبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص١٩٢.
٧٣١- بوفر الف المجازية، المصدر السابق، ص١٠٨٠.
٧٣٢- د. إبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص١٩٥.
٧٣٣- د. عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣٥٢.
٧٣٤- د. عاشور مبروك، العقود الدولية، ص٣٥٢ وسلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٩.
٧٣٥- بوفر الف المجازية، المصدر السابق، ص١٠٨٠.
٧٣٦- سلوم أحمد، المصدر السابق، ص١٧٩.
٧٣٧- د. إبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص١٩٧-٢٠٢.
٧٣٨- عشاوي محمد عبد المحسن السعيدي، المجازية الف، ص١٠٧٥-١٠٨١.

٧٣٩- د. عبد الحكم فودة، مصادر الالتزام، ص٨٦٥-٨٦٦ وأيضاً نفس المؤلف، مصادر الالتزام، ص٢١٢ و د. عبد المنعم البدراوي، المصدر السابق، ص٢١٩-٢٢٠ و د. عبد حسين مصطفى، المصدر السابق، ص٩٠٦-٩١٠.
٧٤٠- د. منير القاضي، المصدر السابق، ص١٧٦.
٧٤١- أشار إليه فتحي عبد الصبور، مصدر سابق، ص١١٨.
٧٤٢- د. السيد عبد الوهاب عرفة، رسالة، ص٣٨٣.
٧٤٣- سيوفي عبد المنعم، المصدر السابق، ص١١٥.
٧٤٤- المادة ١٣٨ من القانون المدني العراقي، المادة (١٤٠) من القانون المدني المصري و(١١٠) من القانون المدني السوري.
٧٤٥- د. عبد حسين مصطفى، المصدر السابق، ص١٠٩.
٧٤٦- عبد الرزاق السنهوري، مجموعة، المصدر السابق، ص١٠٥٠.
٧٤٧- أشار إليه عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ص٦٨٩-٦٩٠.
٧٤٨- المواد (١٧٧/ ١) من القانون المدني العراقي و(١٨٣/ ١) من القانون المدني المصري و(١٦٩/ ١) من القانون المدني السوري.
٧٤٩- د. عبد الحكم فودة، مصادر الالتزام، ص٨٦٦.
٧٥٠- د. عبد الحكم فودة، مصادر الالتزام، ص٨٦٥-٨٦٦ وأيضاً نفس المؤلف، مصادر الالتزام، ص٢١٢ و د. عبد حسين مصطفى، المصدر السابق، ص٩٠٦-٩١٠.
٧٥١- وديع فرج، المصدر السابق، ص١٠٠.
٧٥٢- د. عبد الحكم فودة، مصادر الالتزام، ص٨٣٧-٨٣٨.
٧٥٣- د. إبراهيم عبد العزيز، المصدر السابق، ص٣١٤-٣١٥.
٧٥٤- أشار إليه السيد عبد الوهاب عرفة، رسالة، ص٣٨٥ ووديع فرج، المصدر السابق، ص١٠٠.
٧٥٥- أشار إليه عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص٨٢٩-٨٣٠.
٧٥٦- د. أشرف عبد الوهاب، رسالة، ص٣٩٦.
٧٥٧- نقض، مصدر سابق، ص٣٥١.
٧٥٨- وديع فرج، المصدر السابق، ص١٠٠.
٧٥٩- سيوفي عبد المنعم، المصدر السابق، ص١١٥.
٧٦٠- د. أشرف عبد الوهاب، رسالة، ص٣٩٢.
٧٦١- نوفل علي الصفو، المصدر السابق، ص١٠٥٠.
٧٦٢- د. أشرف عبد الوهاب، رسالة، ص٣٩٣.
٧٦٣- د. مصطفى عبد المحسن الجبوري، المصدر السابق، ص١٧٢-١٧٤.
٧٦٤- د. إبراهيم عبد العزيز إسماعيل، المصدر السابق، ص٣١٥.
٧٦٥- نوفل علي الصفو، المصدر السابق، ص١٠٥٠.
٧٦٦- د. مصطفى عبد المحسن الجبوري، المصدر السابق، ص١٧٣.
٧٦٧- أشار إليه إبراهيم عبد العزيز إسماعيل، المصدر السابق، ص٣١٧-٣١٨.
٧٦٨- د. أشرف عبد الوهاب، رسالة، ص٣٩٥.
٧٦٩- وديع فرج، المصدر السابق، ص١٠٠.
٧٧٠- سيوفي عبد المنعم، المصدر السابق، ص١١٥.
٧٧١- نوفل علي الصفو، المصدر السابق، ص١٠٥٠-١٠٥٦.
٧٧٢- د. أشرف عبد الوهاب، رسالة، ص٣٩٦.
٧٧٣- أشار إليه مصطفى عبد المحسن الجبوري، المصدر السابق، ص١٧٥.
٧٧٤- المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي و(١٤٥) من القانون المدني المصري و(١٣٠) من القانون المدني السوري.
٧٧٥- وديع فرج، مصدر سابق، ص١٠٣.
٧٧٦- د. منير القاضي، المصدر السابق، ص١٠٣.
٧٧٧- د. عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص٨١٦.
٧٧٨- المادة ١٨٢/ ١ من القانون المدني العراقي.
٧٧٩- د. عبد حسين مصطفى، المصدر السابق، ص٣٠١.
٧٨٠- نقض، المصدر السابق، ص٣٩٦-٤٠٢.
٧٨١- أشار إليه عبد الجبار فرحان، المصدر السابق، ص٣٥٠ و٣٥١.

المصادر

القرآن الكريم
أولاً- الكتب
١- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المسؤولية المدنية بين التقييد والإطلاق، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.

٤ـ إبراهيم المشاهدي (إعداد) المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، مطبعة الفاخر، بغداد ١٩٩٤.
٣ـ د. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، ط١، مكتبة الفلاح الكويت ١٩٨١.
٤ـ د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٨.
٥ـ د. ادم وهيب النداوي، شرح حكام الأمانة، بغداد، ١٩٨٣.
٦ـ د. احمد حسن حافظ، مطابع الشكيم في تحقيق الدولة للاستثمارات، دار المنهضة العربية القاهرة ٢٠٠٧.
٧ـ د. احمد عثمان، قواعد التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٣.
٨ـ د. احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد B.O.T، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.
٩ـ احمد رضاء محمد سلامة، عقد الانشاء والإدارة والتمويل (BOT) في مجال العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٤.
١٠ـ د. حمد محمد بن حمدان، القواسم المشتركة لعقود الربحا، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩.
١١ـ د. احمد محمد محتضر بصر، دور الدولة ازاء الاستثمار وتطوره التاريخي، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
١٢ـ اسعد فاضل منديل العبادا، احكام التحكيم واجراءاته، دراسة مقارنة، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ودرسون الدبونسية، العراق ٢٠١١.
١٣ـ د. كرم مانلكي، التصرفات المتعلقة بالتجارة البرية في الدول العربية، محاضرات مصحوبة بالرسوم وملحقة على طلبة الدراسات العليا في قسم الدراسات القانونية بمعهد التعريب والدراسات العربية، بغداد ١٩٨٨ ـ ١٩٨٩.
١٤ـ السيد محمد السيد عمران، فكرة حول تأثير نظام التأمين على تكوين المسؤول والمضرور، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ١٩٩٠.
١٥ـ د. الياس ناصيف، العقود الدولية، عقد البوت B.O.T في لبنان ومصر، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١١.
١٦ـ د. الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد البوت للمؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت ٢٠١١.
١٧ـ انور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، مذاهب الفقه واحكام القضاء الحديثة في مصر والاقطار العربية، ج١، ط٤، المنقحة، دار العدالة، القاهرة ٢٠٠٩ ـ ٢٠١٠.
١٨ـ د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي، ط١، الاصدار الثالث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٧.
١٩ـ انور طلبة، المسؤولية المدنية، ج١، المسؤولية التعاقدية، ط١، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ٢٠٠٧.
٢٠ـ د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، الفصل الاول، النظرية العامة، التاجر، المحل التجاري، العمليات المصرفية، القطاع التجاري الاستثماري، كلية القانون، جامعة القادسية، دار الكتب للطباعة والنشر، بدون تاريخ.
٢١ـ د. بشار محمد الاسعد، عقود الدولة في القانون الدولي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠١٠.
٢٢ـ د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص في انجلترا ومركز الاجانب واختلافهما في القانون الجزائي والمقارن، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد ١٩٧١.
٢٣ـ د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج١، الخطأ، شركة التايمس للطبع والنشر الصناعية، بغداد ١٩٩١.
٢٤ـ د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج٢، الخطأ، اسباب الاباحة، وشرح لمتون محمد، محمد الوجيز، ط١، دار وائل للنشر، عمان ٢٠٠٩.
٢٥ـ حسن كيرة، اصول القانون، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ١٩٦٣.
٢٦ـ د. حسن محمد الهداوي، د. غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، ج١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، بدون تاريخ.
٢٧ـ د. حسن محمد علي حسن النداوي، حسنا قانونية لقواعد الطرق العامة للتنمية والتطوير، دراسة مقارنة، ط١، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١١.
٢٨ـ دريج حمد عبد، عقد الإمتياز دراسة في القانون الخاص، ط١، زين للنشر والتوزيع، بيروت، مكتبة السنهوري، بغداد ٢٠١١.
٢٩ـ د. زينب كريم النداوي، دور الإدارة في اعداد وشفعة المواريث، ط١، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان الأردن، دار دسور الدبوانية العراق ٢٠١٣.
٣٠ـ زهير لرسدي، الغبن والإستغلال بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، دراسة مقارنة، منشورات جامعة بغداد، مطبعة دار السلام، بغداد ١٩٧٣.
٣١ـ د. سعدون ناجي القشطيني، شرح قانون المرافعات، ج١، مكتبة المعارف، بغداد ١٩٧١.
٣٢ـ د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، د. الفكر العربي، القاهرة ١٩٩١.
٣٣ـ د. سمير غيري المشروعة في النظام الاستثماري، لسلسلة القانونية ٧، دار القادسية للطباعة، بغداد، بدون تاريخ.
٣٤ـ د. طالب حسن موسى، عقد البوت، ط١، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٩٧.
٣٥ـ عبد المنعم البدراوي، وزهير المضبر، المدخل لدراسة القانون، طبعة جديدة منقحة، مكتبة السنهوري، بغداد ٢٠١١.
٣٦ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، طبعة جديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٩.

٢٧ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج١ ، المجلد الثاني الإثبات ، اثار الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٩ .
٢٨ ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج٧ منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٠ .
٢٩ ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزامات ، نظرية العقد ج١ دار الفكر بيروت بدون تاريخ عن أصل نسخة مطبعة دار الكتب المصرية ١٩٤٦ .
٣٠ ـ د. عبد الرزاق احمد السنهوري شرح لقانون المدني النظرية العامة للإلتزامات نظرية العقد ج٢ الطبعة الثامنة الجديدة منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ١٩٩٨ .
٣١ ـ د. عبد الرسول عبد الرضا الأسدي القانون العراقي الخاص دار السنهوري بغداد مكتبة صنعاء بيروت ٢٠١٥ .
٣٢ ـ د. عبد السلام علي المزعني مشاركة فريق من اساتذة القانون ، النظرية العامة لعلم القانون الكتاب الثالث نظرية العامة في العقود نظرية الإلتزامات ج١ المصادر الإرادية للإلتزام الجلد الأول نظرية العقد الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان مصراتة ليبيا ١٩٩٣ .
٣٣ ـ د. عبد السلام علي المزعني بمشاركة فريق من اساتذة القانون النظرية العامة لعلم القانون الكتاب الثالث نظرية العامة في العقود ، نظرية الإلتزامات ج٢ المصادر الإرادية للإلتزام العقود المتصلة بتنمية المجتمع ط١ الشركة العامة للورق والطباعة ، بنغازي ليبيا ١٩٩٣ .
٣٤ ـ د. عبد الفتاح مصطفى حجازي عقود البوت b.o.t في القانون المقارن دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات المحلة الكبرى مصر ٢٠١٠ .
٣٥ـ د. عبد الغفار محمد عبد الغفار دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات ال b.o.t منشورات الدار الجامعية الإسكندرية ٢٠٠١ ـ ٢٠٠٢ .
٣٦ـ د. عبد القادر محمد شهاب أساسيات القانون والحق في القانون العربي الليبي ط١ منشورات جامعة قار يونس بنغازي ١٩٩٠ .
٣٧ـ د. عبد الغني بسيوني عبد الله النظرية العامة في القانون الاداري دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري بمضمونها في مصر منشأة المعارف الإسكندرية ٢٠٠٣ .
٣٨ـ عبد الله طلبه محمد الكندري النظام القانوني لعقود ال bot دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٩ .
٣٩ـ د. عبد المجيد الحكيم الإعتماد كوثيق في العقد في القانون الإنكليزي مركتي مع مقدمة عامة في التعريف بالقانون المقارن وعلم الخلاف وأنسنة الدراسات المقارنة بدون دار نشر بغداد ١٩٩١ .
٤٠ـ د. عبد المجيد الحكيم الموجز في شرح القانون المدني العراقي ج١ مصادر الإلتزام طبعة ثالثة منقحة ومزيدة شركة الطبع والنشر الاهلية بغداد ١٩٦٩ .
٤١ـ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير القانون المدني ج٢ احكام الإلتزام وزارة التعليم العالي والبحث العلمي مطبعة جامعة بغداد بغداد ١٩٨٠ .
٤٢ـ عبد المنعم موسى ابراهيم حسن ليمة في منعة لعقود دراسة مقارنة منشورات زين الحقوقية بيروت ٢٠١١ .
٤٣ ـ د. عصام احمد البهجي عقود البوت الطريق لتعاون مراقبي الدولة الحديثة ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ٢٠٠٨ .
٤٤ـ علاء ابراهيم الوصفال لمعدلة لحل النزاعات التجارية دراسة مقارنة ط١ منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٨ .
٤٥ـ د. علي حطاب شطناوي موسوعة القضاء الاداري ج١ ط٣ دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠١١ .
٤٦ـ د. علي عبد الأمير لفتلاوي اثر القانون الخاص على العقد الاداري ج٢ ط١ منشورات زين الحقوقية بيروت ٢٠١١ .
٤٧ ـ د. علي محمد بدير و د. عصام عبد الوهاب البرزنجي و د. مهدي ياسين السلامي مبادئ وأحكام القانون الاداري طبعة جديدة منقحة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي منشورات مكتبة السنهوري بغداد ٢٠١١ .
٤٨ـ د. عمر محمود المخزومي القانون الدولي الانساني في ضوء المحكمة الجنائية الدولية الطبعة الأولى الإصدار الثاني دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ٢٠٠٩ .
٤٩ـ عمر مصطفى نظام الوقف وأحكامه الشرعية والقانونية ط١ دار الفكر دمشق ٢٠١٠ .
٥٠ـ د. عمرو احمد حسبو التطور الحديث لعقود إلتزام المرافق العامة ضمنا لنظام b.o.t دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١ .
٥١ـ د. غادة عماد الصرايرة القانون التجاري الجديد الاعمال التجارية ـ التاجر ـ الاموال التجارية دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات المحلة الكبرى مصر ٢٠١٠ .
٥٢ـ د. غازي عبد الرحمن هيا الرشيد الإقتصادي للعقد أثناء سقوطه مركز البحوث القانونية (١٣) وزارة العدل بغداد ١٩٨١ .
٥٣ـ د. غازي فيصل مهدي و عدنان عاجل عبيد القضاء الاداري ط١ مؤسسة النور للطباعة والنشر والتوزيع ، النجف العراق ٢٠١٢ .
٥٤ـ د. فاضل علي الحاجو القانون الدولي الخاص النظرية العامة للجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي ط١ منشورات جامعة بغداد دار الحرية للطباعة بغداد ١٩٧٩ .
٥٥ـ فريد فتيان تقسيم عن الإرادة في الفقه الإسلامي والفقه المدني منشورات معهد البحوث والدراسات العربية بغداد مطبعة دار واسط لندن ١٩٨٥ .
٥٦ـ فريد فتيان مصادر الإلتزام مصدر مقارن على التصوص مطبعة المدى بغداد ١٩٥١ ـ ١٩٥٧ .

٧٤ـ د. فوزت فرحات. القاموس الإداري العام. الكتاب الأول. التنظيم الإداري والنشاط الإداري. مقدم الدكتور خالد العامري. ط١. الناشرون مكتبة الاستقلال ومكتبة الحامي الحقوقية والمؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس ومكتبة نوفل ومكتبة النمل والعرفان (د.ت).
٧٥ـ فوزي عطوي. القانون التجاري. ط١. دار العلوم للطباعة. بيروت ١٩٨١.
٧٦ـ فوزي محمد سامي. التحكيم التجاري الدولي. ط٥. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠١٠.
٧٧ـ فوزي محمد سامي و د. محمد فواز المطالقة. شرح القانون التجاري. ج١. ط١. الإصدار الثالث. مصر. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠٠٩.
٧٨ـ د. كمال قاسم ثروت. الوجيز في شرح أحكام الشفعة. ج١. ط١. مطبعة ومصنع الوسام. بغداد ١٩٧١.
٧٩ـ د. كمال قاسم ثروت. شرح أحكام عقد البيع. دراسة مقارنة. ط٢. مطبعة الرصافي. بغداد ١٩٧١.
٨٠ـ د. لطفي جمعة كواطي و د. علي كاظم الرفيعي. القاموس التجاري للطلبة. كلمات الإدارة والاقتصاد. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي. بغداد ٢٠٠٠.
٨١ـ د. ماجد راغب الحلو. القانون الإداري. دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية ١٩٨٧.
٨٢ـ د. محسن عبد الحميد ابراهيم البنيه. حقيقة أزمة المسئولية المدنية وبرنامج تأمين المسئولية. مكتبة آلات الحديثة للنصوبة. مصر ١٩٩٣.
٨٣ـ محمد احمد عابد. مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T. المكتب الجامعي الحديث. الإسكندرية ٢٠٠٩.
٨٤ـ محمد انور. النظرية العامة للالتزامات. ج١. العقد. مطبعة الطباء. بومبي ١٩٩٢.
٨٥ـ محمد المالقي. محاضرات في شرح القانون المدني الفرنسي. المطبعة الوسمية للجمهورية الفرنسية. بومبي ١٩٩٠.
٨٦ـ د. محمد المرتجي. العقود المسماة. أحكام البيع والتأمين والوكالة في التشريع اليمني. منشورات جامعة ناصر طرابلس. ليبيا ١٩٩٢.
٨٧ـ د. محمد امين حضر. العقود الإدارية مع دراسة لعقود b.o.t. ط٢. دار المهيمنة العربية. القاهرة ٢٠٠٣.
٨٨ـ د. محمد بوجلدة. قاموس الإقتصاد لصناعي. ج١. مداخل الفكر الإقتصادي. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ٢٠٠٩.
٨٩ـ د.محمد جابر الدوري. عقود الترخيص وعملياتها الفلسفية في التشريعات المدنية. دراسة مقارنة. مطبعة الشعب. بغداد ١٩٨٨.
٩٠ـ د. محمد جابر الدوري. مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه. دراسة مقارنة. مطبعة وليستت. عمان. بغداد ١٩٨٥.
٩١ـ د. محمد حسين منصور. العقود الدولية. دار الجامعة الجديدة للنشر. الإسكندرية ٢٠٠٩.
٩٢ـ د. محمد شريف أحمد. نظرية تفسير النصوص المدنية. دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والإسلامي. منشورات جامعة بغداد. مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية. بغداد ١٩٨٢.
٩٣ـ محمد طه بسيوني علي حسين طه. الحقوق العينية. ج١. ط٤. منشورات الحلبي لصناعة الكتاب. القاهرة. توزيع المكتبة القانونية. بغداد ٢٠١٠.
٩٤ـ د. محمد عبد الحميد أبو زيد. طاعة الرؤساء وحدودها المشروعة. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. القاهرة ٢٠٠٥.
٩٥ـ د. محمد عبد الظاهر حسين. رابطة جديدة للتعويض القانوني في التقنين المدني وعلاقته بالنظام العام. دار النهضة العربية. القاهرة ١٩٩٤.
٩٦ـ د. محمد عبد المحسن المقاطع. عقود الأشغال العامة والتحكيم فيها. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ٢٠٠٣.
٩٧ـ د. محمد علي العمري. النظرية العامة للإلتزام. ج١. مصادر الإلتزام. ط٢. مطبعة الوثبة الخضراء. تعنوز لطباعة طرابلس ١٩٩٧.
٩٨ـ د. محمود الكيلاني. الموسوعة التجارية والمصرفية. المجلد الأول. عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا. المطبعة الأولى. الإصدار الأول. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠٠٨.
٩٩ـ د. محمود عاطف البنا. العقود الإدارية. ط١. دار الفكر العربي. القاهرة ٢٠٠٧.
١٠٠ـ محمود مصطفى الزعابي. مساهمة القاضي. دراسة قانونية اقتصادية. بتطبيقة لخصخصة المشروعات العامة في الأردن ومصر. دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان ٢٠٠٦.
١٠١ـ د. مصطفى الجمال و د. مصطفى محمد ابو السعود و د. سمير ابراهيم سعد. مصادر وأحكام الإلتزام. دراسة مقارنة. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ٢٠٠٩.
١٠٢ـ د. مصطفى عبد المحسن الحسيني. الوجيز في عقود البوت b.o.t. دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات. المجلة الكبرى. مصر ٢٠٠٨.
١٠٣ـ د. مصطفى كمال طه. العقود التجارية وعمليات المصارف. دراسة مقارنة. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ٢٠٠٩.
١٠٤ـ د. ممدوح محمد الخير. حافظ القاهر المجلي الخاص وفق القانونين المغربي والفاسي. ط٢. دار الحرية للطباعة. بغداد ١٩٧٧.
١٠٥ـ د. منذر الفضل. النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني. دراسة مقارنة. ط١. جون دار نشر. بغداد ١٩٩١.
١٠٦ـ د. مهند صلاح أحمد فتوح. الإيجاب والقبول في العقد الإداري. دراسة مقارنة. ط١. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ٢٠٠٥.
١٠٧ـ مهيب نصر. محلة الكامل في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة. ج٣. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت ٢٠٠٧.

١٠١ـ د. نواف كنعان ، القانون الإداري ، الكتاب الثاني ، الوظيفة العامة والقرارات الإدارية والعقود الإدارية والأموال العامة ، الطبعة الثانية ، الإصدار السابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
١٠٢ـ د. نوري خاطر لافي وشامل عبد الحسين البلداوي وهاشم الحرباوي ، القانون التجاري ، القسم الأول ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، العراق ، ١٩٧٩ .
١٠٣ـ د. عادل علي المقدادي ، القانون الإداري ، جامعة القانون الإداري ، تنظيم الإداري ، النشاط الإداري ، الطبعة الأولى ، الإصدار الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٩ .
١٠٤ـ د. هشام خالد ، أولمات التحكيم التجاري الدولي ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ .
١٠٥ـ دعاء فوزة ، القانون الإداري الخاص ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، المجلد ١ ، بيروت ، ٢٠٠٣ .
١٠٦ـ د. وائل محمد احمد ، معالجة المشكلات القانونية التي تثيرها عقود b.o.t وما يماثلها ، دراسة مقارنة ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
١٠٧ـ د. وضاح محمود الحمود ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية b.o.t ، حقوق الإدارة المتعاقدة والتزاماتها ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ .
١٠٨ـ د. وليد جابر حمد ، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
ثانياً ـ الرسائل والأطاريح
١٠٩ـ دوب حسين ، صابر عبد العظيم ، الإتجاهات الحديثة في عقود الإلتزام وتطبيقها على عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (البوت) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، ٢٠٠٩ .
١١٠ـ سميرة حمصاص ، عقود البوت كإطار لإستغلال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري – تيزي وزو ، الجزائر ، ٢٠١١ .
١١١ـ ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود الأنشاء والتشغيل والإعادة للمشروع ، رسالة دكتوراه ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ .
ثالثاً ـ مصادر مترجمة
١١٢ـ بيار فاير وفاسمار موزيه ، القانون الدولي الخاص ، ترجمة الدكتور علي محمود مقلد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، المجلد ١ ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
١١٣ـ جوفنك دوبو وبرنسير ، القانون الإداري ، ترجمة الدكتور سليم حداد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، المجلد ١ ، بيروت ، ٢٠٠٩ .
١١٤ـ فيسنال جرمان ج . ، وبيير ر . يوفلو ، المطول في القانون التجاري ، ج١ ، العقد التابع ، الشركات التجارية ، ترجمة منصور القاضي والدكتور سليم حداد ، ط١ ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، المجلد ١ ، بيروت ، ٢٠٠٨ .
١١٥ـ جاسبر كلسن ، النظرية الصرفة في القانون ، ترجمة الدكتور أكرم الوتري ، منشورات مركز البحوث القانونية (١١) ، وزارة العدل ، بغداد ، ١٩٨٦ .
رابعاً ـ البحوث
١١٦ـ أبو بكر أحمد عثمان ، عقود البوت وتطبيقاتها في العراق ، مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد العاشر ، العدد ٣٨ ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
١١٧ـ د. حمد صلاح مرهج العنوزي ، الإطار القانوني لعقد استثمار مطار النجف الأشرف الدولي ، دراسة قانونية تحليلية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الكوفة ، العدد الخامس ، ٢٠١١ .
١١٨ـ د. احمد محمد احمد بلبيت (إعداد) ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في مصر ، الأبعاد والدوافع العامة ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة ، الشارقة للفترة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١١٩ـ ظافر عبد الخالق علي ، وصال سعيد مدارعات الاستثمار تحت مظلة (ACSID) وضمانات أطراف النزاع فيها ، مجلة العلوم القانونية والعلوم السياسية ، تصدرها كلية القانون ، جامعة الفلوجة ، العدد الأول ، المجلد الخامس ، حزيران ٢٠١٢ .
الدوائية
١٢٠ـ ظافر طاهر حسين ، دور الاستثمار الأجنبي في تفعيل التنمية الخارجية العراقية ، مجلة دراسات دولية ، تصدر عن مركز الدراسات الدولية ، جامعة بغداد ، العدد الرابع والأربعين ، ٢٠١٠ .
١٢١ـ د. عبد الستار ابو غدة ، عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في مصر ، الأبعاد والدوافع العامة ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة بدولة الإمارات العربية المتحدة ، الشارقة للفترة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١٢٢ـ عبد الوهاب ابراهيم أبو سليمان ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T ، بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة ، الشارقة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ ، منشورات الدورة .
١٢٣ـ د. محمد محمد بدران ، النظام القانوني لمشروعات البوت ، بحث مقدم الى المؤتمر الدولي لمشروعات الـB.O.T الذي عقدته مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة للفترة من ٧-١٩٩٧/١٠/٩ ، منشورات المؤتمر

[٢٤] ـ مرتضى التراني . عقد البناء والتشغيل والإعادة التكييف الفقهي والحكم الشرعي لعقد مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الشارقة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ منشورات النيرة

[٢٥] ـ د. محمد علي حسن الحمد حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT . بحث مقدم الى الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي المنعقدة في دولة الإمارات العربية المتحدة، الشارقة من ٢٦ ـ ٣٠ نيسان ٢٠٠٩ منشورات النيرة

[٢٦] ـ بولفار العقيل لعجارمة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، تصدر عن عمادة البحث العلمي في الجامعة الأردنية قبلة الأربعون ملحق ١ نيسان ٢٠١٣ .

[٢٧] ـ د. علي صلاح صبري الدين الإطار القانوني لمشروعات البنية الاساسية التي تتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء والتملك والتشغيل والتحويل في مصر مجلة القانون والاقتصاد تصدرها كلية الحقوق جامعة القاهرة العدد لسنتين ١٩٩٩.

[٢٨] ـ د. يوسف محمود جمعة، عمار التوجد وإياد كاسر آل طعمة نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T . مجلة جامعة بابل للعلوم البحوث والدراسات العلمية سلسلة العلوم الإقتصادية والقانونية المجلد الثالث العدد الثالث دمشق ٢٠٠٨ .

ثانيا ـ مصادر من المواقع الالكترونية

[٢٩] ـ الصفحة الرئيسة لغرفة تجارة وصناعة الكويت www.kuwaitchamper.com تاريخ المشاهدة ١٦/٤/٢٠١٦

[٣٠] ـ عبد الله بن محمد المحسني عقد البوت بحث مقدم إلى قسم السياسة والدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى مكة المكرمة ، بحوث دار نشر ، بدون تاريخ منشور على الموقع الألكتروني . Mohisni.com.uppdf,aqt تاريخ المشاهدة ١٦ / ٤ / ٢٠١٦

[٣١] ـ د. محمد أديب الحسني عقد البوت بحث مقدم إلى قسم السياسة والدراسات الاسلامية، جامعة أم القرى مكة المكرمة بدون دار نشر بدون تاريخ منشور على الموقع الإلكتروني www.startimes.com/?t=26674371 يوم ١٢/٤/٢٠١٦ .

[٣٢] ـ فهد بسيسة المنصور نظام B.O.T وزارة المالية ادارة نظم المعلومات دولة الإمارات العربية المتحدة ٢٠٠٢ منشور على الموقع الالكتروني https : // www.mof.gov.kw,PDF تاريخ المشاهدة ١٦ / ٤ / ٢٠١٦

[٣٣] ـ محمد محمود عبد الله (اعداد) المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ B.O.T مع التعرض لتجارب عربية منشور على موقع الشبكة العربية العالمية تاريخ المشاهدة ٢١/٤/٢٠١٦ www.globalarabnetwork.com,economi .

ثالثا ـ المصادر الأجنبية

[٣٤] –Cf. A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983, tome I, p. 160 et s.; J. Lamarque, « Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé », in AJDA, 1961 .

[٣٥] –F. Monera, « Les financements innovants de services et de projets publics », in RRJ, 2005-1 .

[٣٦] –Jean – Bernard AUBY et Christine MAGUE , les Contrats de delegation de service public , JCP , 1994.

[٣٧] –J. Ghestin, « La notion de contrat», Dalloz Chronique, 1990 .

[٣٨]- J. Moden, Les privatisations en Belgique – Les mutations des entreprises publiques 1988-2008, Bruxelles, CRISP, 2008 .

[٣٩]––LYONNET DU MUTIER (Michel) , " Financement sur project et partenariat public – prive : La relation entre concedant et concessionaire dans les BOT d' infrastructure '' , Revue trimmestriellepolitique et management public , Volume 21 , No 1 , Mars 2003 .

[٤٠]-- M. Audit, Les conventions transnationales entre personnes publiques, Paris, LGDJ, 2002 .

[٤١]-- M. H. Sinkondo « La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'administration ? », in RTDciv, avril-juin 1993 .

[٤٢]-- M. Richer, la notion générale de contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé , Droit des contrats administratifs, Paris, LGDJ, 3ème édition, 2001 .

[٤٣]-- N. Rouland, Anthropologie juridique, Paris, PUF, 1988 .

[٤٤]-- P. Flamme, M.-A. Flamme et C. Dardenne, Les marchés publics européens et belges – L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique , Bruxelles, Larcier, 2005 .

[٤٥]-- P. Leboulanger, *Les contrats entre Etats et entreprises étrangères*, Paris, Economica, 1985 .

[٤٦]-- P. Marlière, La social-démocratie domestiquée. La voie blairiste , Bruxelles, Les éditions Aden, 2008