



التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
في القانونين العماني والمصري: دراسة تحليلية مقارنة

إعداد

هلال بن محمد بن سليمان العلوي

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

كلية أحمد إبراهيم للحقوق
الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

ابريل ٢٠١٦م

ملخص البحث

تهدف هذه الدراسة إلى بحث موضوع التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وذلك في ضوء قانون التحكيم العماني مقارنة بقانون التحكيم المصري، وهي تنطلق من إشكالية مهمة تتمثل في مدى استيعاب قواعد قانون التحكيم العماني والتشريعات العمانية ذات الصلة لكافة المسائل التي تحكم منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في سلطنة عمان، ومدى توافر الضوابط المتعلقة بمشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات هذه العقود والتي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها. وقد خلص الباحث إلى أن القانون العُماني قد أجاز التحكيم في منازعات هذه العقود، كما عيّنت نصوصه بتنظيم عملية التحكيم في كافة مراحلها المختلفة، بيد أن النصوص القانونية الواردة فيه لم تضع أية ضوابط أو قيود إجرائية بشأن جواز لجوء الجهة الإدارية إلى التحكيم لفض المنازعات الناشئة عن هذه العقود، مما يسمح ذلك للجهة الإدارية الاتفاق مع الطرف المتعاقد معها باللجوء إلى التحكيم، دون الخضوع لأية قيود إجرائية في هذا الشأن، ونظراً لأهمية وخطورة هذا النوع من العقود على اقتصاد الدولة وأمنها القومي وثرواتها الطبيعية، خلص الباحث إلى القول بضرورة إصدار تشريع مستقل ينظم عملية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وأن يكون اللجوء إلى التحكيم في منازعات هذه العقود مقيداً بموافقة مجلس الوزراء بناء على اقتراح من الوزير المختص، مع عدم جواز التفويض في هذا الأمر. كما يقتضي الأمر كذلك أن تعهد الجهة الإدارية المتعاقدة للمتخصصين من القانونيين والفنيين، مهمة صياغة شرط التحكيم عند إدراجها له في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وأن تشترط تطبيق قانونها الوطني على النزاعات التي قد تنشأ عن هذه العقود.

ABSTRACT

This study aims to discuss the issue of arbitration in disputes relating to build, operate and transfer contracts in the light of the Omani Arbitration Law which are then compared to the Egyptian Arbitration Law. It starts from an important problematic task which is to what extent it is possible to accommodate the rules of Omani Arbitration Law and relate Omani legislation rules to all matters that arbitrate the disputes of build, operate and transfer contracts as well as the extent of availability of control on the legality of recourse to arbitration in disputes such as contracts which the state or one of its branches is a party. The researcher concludes that the Omani law has authorized arbitration in disputes of these contracts. It also means that the texts organize the arbitration process in all its various stages, but the legal texts contained therein do not have any control or procedural restriction allow the administrative authority to resort to arbitration to settle disputes arising from these contracts, which allow the administrative authority agreement with the contracted party to resort to arbitration without being subject to any restrictions. Procedural in this regard has given importance and seriousness to this type of contract on the country's economy, national security and natural wealth. The researcher insists on the need to pass a separate legislation which regulates the arbitration process arising from disputes of build, operate, and transfer contracts. Also it has recourse to the arbitration in the disputes these contracts restrictive came with the consent of the Council of Ministers upon the proposal of the competent minister, with inadmissibility of the mandate in this matter. As this case requires the pledge of administrative contracting specialists of legal professionals, the task is in the formulating condition of arbitration when inserted in build, operate and transfer contracts. Also it requires the application of the national law on conflicts that may arise from these contracts.

APPROVAL PAGE

The thesis of Hilal Mohammed Sulaiman AL-Alawi has been approved by the following:

Hunud Abia Kadouf
Supervisor

Muhammad Abdurrahman Sadique
Internal Examiner

Said Sulaiman Gabr
External Examiner

Mohamed Ibrahim Bendari
External Examiner

Saad Eldin Mansour
Chairman

DECLARATION

I hereby declare that this dissertation is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that it has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Hilal Mohammed Sulaiman AL-Alawi

Signature:

Date:.....

الجامعة الإسلامية العالمية-ماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع ٢٠١٦م محفوظة ل: هلال بن محمد بن سليمان العلوي

التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في القانونين العماني

والمصري: دراسة تحليلية مقارنة

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

- ١- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.
- ٢- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية، ولكن ليس لأغراض البيع العام.
- ٣- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.
- ٤- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.
- ٥- سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبيين به.

أكد هذا الإقرار: هلال بن محمد بن سليمان العلوي

التاريخ:

التوقيع:

الإهداء

إلى وطني الحبيب سلطنة عمان "وفاءً وإخلاصاً"

إلى والدي ووالدتي وأشقائي "متعهم الله بالصحة والعافية"

إلى زوجتي الغالية وأبنائي الأعزاء "حباً وعرفاناً"

إليهم جميعاً أهدي هذا العمل

الشكر والتقدير

انطلاقاً من قوله تعالى: ﴿وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ﴾^١، وقوله صلى الله عليه وسلم: "مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ"^٢. لا يسعني إلا أن أسجل عظيم شكري وتقديري وامتناني لأستاذي الفاضل ومعلمي الجليل الأستاذ الدكتور هنود ايبا كادوف عميد كلية أحمد إبراهيم للحقوق بالجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، وذلك على قبوله الإشراف على هذه الرسالة، ولتوجيهاته الصائبة، وآرائه الثاقبة، طوال فترة إشرافه على هذا البحث، فله كل المثوبة من الله على ما تكبده معي من مشقة وجهد لإنهاء هذه الرسالة، سائلاً الله العليّ القدير أن يديم عليه الصحة والعافية، وأن يجزيه عن طلبة العلم خير الجزاء.

كما يشرفني أن أتقدم بالشكر والعرفان للأساتذة الأجلاء أعضاء هيئة التدريس وجميع العاملين في الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا، منارة العلم والمعرفة. كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة.

ولا يفوتني أن أتوجه بالشكر والتقدير إلى إخواني، وأصدقائي، وزملائي أعضاء هيئة التدريس بكلية الشرطة في سلطنة عمان، على تشجيعهم المستمر ونصائحهم الطيبة، وحثهم لي بإسراع الخطى لإنجاز هذه الرسالة. كما انتهز هذه الفرصة لأتوجه بكلمات الشكر والامتنان إلى كل من أعانني على إنجاز هذا البحث، فلهم جميعاً جل الشكر والثناء والامتنان.

^١ سورة النمل، الآية ٤٠؛ سورة لقمان، الآية ١٢.

^٢ أخرجه: الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة بن موسى السلمي الترمذي، سنن الترمذي (٢٠٩هـ) — (٢٧٩ هـ)، (بيروت: دار الفكر، ١٩٩٤م)، كتاب البر والصلة، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن، ج ٦، ص ٦٢. الحديث صححه الألباني، راجع: محمد ناصر الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها (الرياض: مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، المجلد الأول)، ص ٧٧٦.

فهرس محتويات البحث

ب.....	ملخص البحث
ج.....	ملخص البحث باللغة الانجليزية
د.....	صفحة القبول
ه.....	صفحة التصريح
و.....	صفحة الإقرار بحقوق الطبع
ز.....	الإهداء
ح.....	الشكر والتقدير
١.....	الفصل التمهيدي
١.....	مقدمة
٢.....	مشكلة البحث:
٣.....	فرضيات البحث:
٣.....	أهداف البحث:
٤.....	أهمية البحث:
٥.....	حدود البحث:
٥.....	منهجية البحث:
٦.....	خطة البحث:
٦.....	الدراسات السابقة:
١٣.....	الباب الأول: ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
١٤.....	الفصل الأول: مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية
١٤.....	المبحث الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

المطلب الأول: تعريف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	١٥
المطلب الثاني: أطراف عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٢١
المطلب الثالث: خصائص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وأنواعها.....	٢٥
الفرع الأول: خصائص عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٢٥
الفرع الثاني: أنواع عقود البوت (B.O.T).....	٣٢
المطلب الرابع: تمييز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية عما يشابهها من العقود الإدارية الأخرى.....	٣٨
المبحث الثاني: التطور التاريخي لنشأة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٤٤
المطلب الأول: تطور نشأة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية وتطبيقاتها في بعض دول العالم.....	٤٤
الفرع الأول: تطور نشأة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٤٤
الفرع الثاني: تطبيقات عقود البوت في بعض دول العالم.....	٤٧
المطلب الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٥٣
المبحث الثالث: مزايا وعيوب عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٥٧
المطلب الأول: مزايا عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٥٨
المطلب الثاني: عيوب ومخاطر عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٦٠
الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٦٣
المبحث الأول: الطبيعة الإدارية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٦٤
المبحث الثاني: الطبيعة المدنية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٦٩
المبحث الثالث: الطبيعة الخاصة لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٧٤
الفصل الثالث: إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والآثار المترتبة عليه.....	٧٧
المبحث الأول: مراحل إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٧٨
المطلب الأول: الإعداد الفني والقانوني للمشروع.....	٧٩
الفرع الأول: الإعداد الفني للمشروع.....	٨٠

الفرع الثاني: إعداد مستندات المناقصة.....	٨٢
الفرع الثالث: المبادئ القانونية التي تحكم عقود البناء والتشغيل	
ونقل الملكية.....	٨٤
المطلب الثاني: إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	٨٩
الفرع الأول: الإعلان عن المناقصة وتقديم العطاء.....	٩٠
الفرع الثاني: فحص العطاءات وإرساء المناقصة.....	٩٦
الفرع الثالث: التفاوض.....	١٠٠
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	١٠٥
المطلب الأول: التزامات وحقوق الدولة المضيفة (جهة الإدارة).....	١٠٦
الفرع الأول: التزامات الدولة المضيفة (جهة الإدارة).....	١٠٦
الفرع الثاني: حقوق الدولة المضيفة (جهة الإدارة).....	١١٠
المطلب الثاني: التزامات وحقوق شركة المشروع.....	١١٩
الفرع الأول: التزامات شركة المشروع.....	١١٩
الفرع الثاني: حقوق شركة المشروع.....	١٢٧
الفصل الرابع: حالات انقضاء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	١٣٦
المبحث الأول: انقضاء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بالتنفيذ.....	١٣٦
المطلب الأول: انقضاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالتنفيذ أو	
بانتهاؤه مدته.....	١٣٧
المطلب الثاني: تجديد أو تمديد عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.....	١٣٨
المبحث الثاني: انقضاء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية دون تنفيذ.....	١٤٠
المطلب الأول: انقضاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالاتفاق.....	١٤١
الفرع الأول: القوة القاهرة.....	١٤١
الفرع الثاني: الفسخ.....	١٤٤
الفرع الثالث: الاتفاق الجديد على إنهاء العقد (التقابل).....	١٤٨
المطلب الثاني: انقضاء عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بالإرادة المنفردة.....	١٤٩

- الفرع الأول: إنهاء العقد بإرادة دولة مقر المشروع..... ١٥٠
- الفرع الثاني: إنهاء العقد بإرادة شركة المشروع المنفردة..... ١٥٦
- الباب الثاني: دور التحكيم في فض منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية..... ١٥٧**
- الفصل الأول: ماهية التحكيم..... ١٥٨**
- المبحث الأول: تعريف التحكيم وبيان صورته وأنواعه..... ١٥٩
- المطلب الأول: تعريف التحكيم:..... ١٥٩
- المطلب الثاني: صور التحكيم..... ١٦٨
- الفرع الأول: شرط التحكيم..... ١٦٨
- الفرع الثاني: مشاركة التحكيم..... ١٧٠
- الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة..... ١٧٢
- المطلب الثالث: أنواع التحكيم..... ١٧٤
- الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري..... ١٧٤
- الفرع الثاني: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي..... ١٧٦
- الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي..... ١٧٩
- المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم..... ١٨٣
- المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية للتحكيم..... ١٨٤
- المطلب الثاني: الطبيعة القضائية للتحكيم..... ١٨٧
- المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة للتحكيم..... ١٩١
- المطلب الرابع: الطبيعة المستقلة للتحكيم..... ١٩٤
- الفصل الثاني: تقييم نظام التحكيم وتمييزه عن غيره من النظم القانونية..... ١٩٨**
- المبحث الأول: مزايا وعيوب التحكيم..... ١٩٩
- المطلب الأول: مزايا التحكيم..... ١٩٩
- المطلب الثاني: عيوب التحكيم..... ٢٠٥
- المبحث الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من النظم القانونية..... ٢٠٩

المطلب الأول: التحكيم والصلح	٢٠٩
المطلب الثاني: التحكيم والتوفيق	٢١١
المطلب الثالث: التحكيم والخبرة	٢١٤
المطلب الرابع: التحكيم والوكالة	٢١٦
المبحث الثالث: تطور نظام التحكيم في سلطنة عمان	٢١٧
المطلب الأول: تطور القضاء التجاري وظهور نظام التحكيم	٢١٩
الفرع الأول: إنشاء لجنة حسم المنازعات التجارية	٢١٩
الفرع الثاني: إنشاء هيئة حسم المنازعات التجارية	٢٢٠
الفرع الثالث: إنشاء المحكمة التجارية	٢٢٢
المطلب الثاني: نظام التحكيم بعد صدور قانون التحكيم العماني	٢٢٣
الفصل الثالث: مشروعية التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية	٢٢٨
المبحث الأول: تطور الاختصاص في نظر منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية	٢٢٩
المطلب الأول: تطور الاختصاص في نظر منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر	٢٢٩
المطلب الثاني: تطور الاختصاص في نظر منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في سلطنة عمان	٢٣٣
المبحث الثاني: مدى جواز التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية	٢٣٥
المطلب الأول: مدى جواز التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في مصر	٢٣٧
الفرع الأول: الاختلاف الفقهي والقضائي في ظل غياب النص التشريعي "قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م"	٢٣٧
الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من جواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية في الفترة اللاحقة على قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤م	٢٤٧

الفرع الثالث: الضوابط التشريعية المنظمة للتحكيم في العقود	
الإدارية:	٢٦٣
المطلب الثاني: مدى جواز التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل	
الملكية في سلطنة عمان.....	٢٧٢
الفرع الأول: مدى جواز التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل	
الملكية في سلطنة عمان قبل صدور قانون التحكيم رقم ٤٧	
لسنة ١٩٩٧م:	٢٧٢
الفرع الثاني: مدى جواز التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل	
الملكية في سلطنة عمان بعد صدور قانون التحكيم رقم ٤٧	
لسنة ١٩٩٧م:	٢٧٤
الفصل الرابع: التنظيم القانوني للتحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية	٢٩١
المبحث الأول: إجراءات التحكيم.....	٢٩١
المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم.....	٢٩١
المطلب الثاني: مكان ولغة التحكيم.....	٣٠٢
الفرع الأول: مكان التحكيم.....	٣٠٢
الفرع الثاني: لغة التحكيم:	٣٠٤
المطلب الثالث: إجراءات سير خصومة التحكيم.....	٣٠٥
المطلب الرابع: القانون الواجب التطبيق على النزاع.....	٣١٣
الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.....	٣١٣
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.....	٣١٦
المبحث الثاني: الحكم الصادر في التحكيم.....	٣١٩
المطلب الأول: تعريف حكم التحكيم وبيان طبيعته القانونية.....	٣١٩
المطلب الثاني: أنواع حكم التحكيم والشروط الواجب توافرها فيه.....	٣٢٥
الفرع الأول: أنواع حكم التحكيم:	٣٢٥
الفرع الثاني: كيفية إصدار حكم التحكيم وشروط إصداره.....	٣٣٤

المطلب الثالث: بطلان حكم التحكيم ٣٤٤
المطلب الرابع: حجية أحكام التحكيم وتنفيذها ٣٥٣
الفرع الأول: حجية أحكام التحكيم: ٣٥٣
الفرع الثاني: تنفيذ أحكام المحكمين: ٣٥٤

الخاتمة ٣٦٠

أولاً: النتائج: ٣٦٠

ثانياً: التوصيات: ٣٦٢

المصادر والمراجع ٣٦٨

الفصل التمهيدي

مقدمة

يقوم الاستثمار الأجنبي بدور هام في مجال التنمية الشاملة في الدول المضيفة له، حيث يقوم باستثمار مواردها الطبيعية، وتدريب الأيدي العاملة المحلية فيها، كما أنه يساعد على تنمية البنية الأساسية كالطرق والاتصالات والمطارات وغيرها، بالإضافة إلى الدور الذي يقوم به في مجال تنمية الدولة اقتصادياً، سواء أكان ذلك في صورة استثمارات أجنبية عامة أو خاصة^٣.

لذلك عملت سلطنة عمان - على جذب الاستثمارات الأجنبية، وأبرمت من أجل تحقيق هذا الغرض ما يسمى بعقود البوت (B.O.T) والتي تعني البناء والتشغيل ونقل الملكية (Build/Operate/Transfer).

ويساعد نظام البوت (B.O.T) في حل مشكلة تمويل العديد من مشروعات البنية الأساسية، حيث تحصل الحكومة بموجبه على مشروع جاهز دون أن تلجأ إلى الاقتراض أو إلى زيادة الإنفاق الحكومي وتحميل الموازنة مزيداً من الأعباء، كما يقدم هذا النظام أسلوباً عملياً في تحقيق عملية الخصخصة في القطاع العام والتي تشهدتها أغلب الدول النامية في الوقت الحاضر^٤.

كما يسهم نظام البوت في نقل أدوات التكنولوجيا الحديثة خاصة في حالة قيام القطاع الخاص بالحصول على مشاريع من خارج نطاق حدوده الجغرافية، حيث يتم نقل

^٣ دريد محمود السامرائي، الاستثمار الأجنبي المعوقات والضمانات القانونية (بيروت: مركز دراسات الوحدة

العربية، ط١، ٢٠٠٤م) ص ٤٠.

^٤ أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد ال B.O.T (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م)، ص ٢٥٧.

المعدات والآلات وكذلك أدوات التدريب والتأهيل، ومن ثم فإن هذه المشاريع تعتبر عاملاً هاماً في نقل التكنولوجيا الحديثة والتدريب^٥.

ومن هنا يمكن القول أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية هي طائفة من العقود الأكثر استخداماً في دول العالم ومن بينها سلطنة عمان ومصر، وذلك في إطار تنفيذ المشاريع الكبيرة المتعلقة بالبنية الأساسية، إلا أنه أثناء وضع هذا النوع من العقود حيز التنفيذ، فإنه من غير المستبعد أن تنشأ منازعات بين الدول المضيفة لهذا النوع من العقود والطرف الآخر المتعاقد معها، لذلك فإنه غالباً ما يتم تسوية هذه المنازعات عن طريق التحكيم، والذي غالباً ما يتم النص عليه في عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، أو من خلال إبرام عقد اتفاق مستقل يتضمن ذلك^٦.

وجدير بالذكر أنه بالرغم من تعدد الوسائل التي يمكن اللجوء إليها لتسوية المنازعات في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بين أطراف العلاقة (الدولة والمستثمر) إلا أن وسيلة التحكيم تظل من أهم هذه الوسائل، كما أنها تعد الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفاً فيها^٧. ونظراً لأهمية موضوع التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، فإن الباحث سيقوم بدراسة التحكيم في المنازعات التي تثيرها هذه العقود في سلطنة عمان، في ظل دراسة مقارنة مع القانون المصري.

^٥ هاني سري الدين، الترتيبات التعاقدية القانونية لمشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص — دراسة تحليلية لعقود البوت (B.O.T) (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠١م)، ص ٨.

^٦ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم (مطابع الشرطة: القاهرة، ٢٠٠٥)، ص ٣.

^٧ أحمد عبد الحميد عيوش، التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في مجال الاستثمار — دراسة مقارنة (الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة، ١٩٩٠)، ص ١٥.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة هذا البحث في دراسة مدى استيعاب قواعد قانون التحكيم العماني والتشريعات العمانية ذات الصلة بالموضوع لكافة المسائل التي تحكم منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في سلطنة عمان، ومدى توافر الضوابط المتعلقة بمشروعية اللجوء إلى التحكيم في هذا النوع من المنازعات التي تكون الدولة أو أحد فروعها طرفاً فيها.

فرضيات البحث:

يفترض الباحث أن المشرع العماني أولى موضوع التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية موضوع الدراسة، أهمية كبيرة، تتجلى في إصدار قانون التحكيم في المنازعات المدنية والتجارية رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧م، إلا أنه قد يثور التساؤل عن مدى استيعاب قواعد قانون التحكيم والتشريعات المنظمة لموضوع التحكيم لهذا النوع من المنازعات، وعمّا إذا كانت بالقدر الذي يتواءم مع الطفرة التنموية في السلطنة، وحجم الاستثمارات الخارجية التي تشهدها سلطنة عمان في كافة المجالات، وخاصة في مجال البنية التحتية، بالإضافة إلى مدى توافر الضوابط المتعلقة بمشروعية لجوء الدولة أو أحد فروعها للتحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.

أهداف البحث:

تتلخص أهداف الدراسة في الآتي:

- الوقوف على ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وتتبع مراحل تطور نشأتها، وبيان طبيعتها القانونية، وأنواعها، مع بيان أهميتها، ودورها في إنشاء وتطوير البنية الأساسية في سلطنة عمان.
- بيان كيفية إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، والآثار المترتبة عليها، وكيفية انقضائها.
- تعريف التحكيم، وبيان أنواعه وطبيعته القانونية، وتمييزه عن غيره من النظم القانونية الأخرى، مع بيان موقف الشريعة الإسلامية منه.

- الوقوف على مراحل تطور التحكيم في سلطنة عمان، وبيان دوره في تسوية المنازعات التعاقدية، ومن بينها منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية.
- إبراز التطبيقات القضائية للتحكيم في سلطنة عمان، ومصر، من خلال الأحكام القضائية التي تناولت جوانب الموضوع من مختلف جوانبه.
- بيان مشروعية التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في قانون التحكيم العماني، ومن ثم الوقوف على الضوابط المتعلقة باللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات.
- الوقوف على قواعد التنظيم القانوني لعملية التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، وذلك لتحديد مدى نجاعة هذه القواعد واستيعابها لعملية التحكيم في هذه المنازعات.
- استعراض إجراءات الخصومة التحكيمية في القانون العماني، بالمقارنة مع القانون المصري، ابتداء من تشكيل هيئة التحكيم، وانتهاء بصدور حكم التحكيم، ودور القضاء في تنفيذه، والإجراءات المتعلقة برفع دعوى بطلانه، أو التظلم منه أمام المحكمة المختصة، وذلك بهدف الوقوف على أوجه النقص أو القصور في هذه الإجراءات، بقصد تعديلها ومعالجتها كل ما يعترئها من ثغرات قانونية أو نقص تشريعي.
- الوصول إلى النتائج، ورفع التوصيات والمقترحات، بشأن تطوير قانون التحكيم العماني، وسد ما يعترئ أحكامه من نقص أو قصور.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث في كونه يتناول قانون التحكيم في سلطنة عمان بالدراسة والتحليل، كما أنه يعتبر من الدراسات القليلة التي تبحث في موضوع التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في السلطنة بشكل خاص، مما يعد ذلك إضافة ثرية وجديدة إلى المكتبة القانونية بشكل عام وفي سلطنة عمان على وجه الخصوص.

فضلاً عما تناوله هذه الدراسة من بيان لأهمية التحكيم في سلطنة عمان، ودوره المهم في حسم المنازعات التعاقدية، بالإضافة إلى المزايا الكثيرة التي يتمتع بها التحكيم، والتي تميزه عن غيره من وسائل فض المنازعات.

حدود البحث:

سيقوم الباحث بدراسة التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في سلطنة عمان للوقوف على أوجه النقص أو القصور في قانون التحكيم العماني بهدف سد ما يعتريه من ثغرات أو نقص تشريعي، وذلك من خلال الاستفادة من القانون المقارن الذي يحكم هذا الموضوع في جمهورية مصر العربية، وقد وقع الاختيار على القانون المصري باعتبار أن مصر هي من أوائل الدول العربية التي تقع عمان ضمن منظومتها الإقليمية والتي استخدمت نظام البوت (B.O.T) في مشروعات البنية الأساسية منذ أمد بعيد، كما أنها وضعت من القواعد القانونية ما ينظم هذا النوع من العقود، فضلاً عن أنها قامت بسن العديد من التشريعات المتعلقة بالتحكيم في المنازعات التي قد تثور بمناسبة هذه العقود.

منهجية البحث:

سوف يتم تناول هذا الموضوع على أساس الالتزام بالمنهج العلمي للبحث، وذلك من خلال الاعتماد على منهجين، حيث يعتمد **المنهج المقارن** على إجراء المقارنة بين القانون العماني والقانون المصري وذلك لمعرفة مظاهر التشابه والاختلاف بينهما وتأكيد الجوانب الإيجابية في التنظيم القانوني لموضوع البحث، ووضع اليد على مكامن القصور ومواضع النقص الموضوعية والإجرائية في التشريع العماني، حتى يتسنى للمشرع العماني الاستفادة منها في حالة إجراء التعديلات على قانون التحكيم العماني، وسد ما يعتريه من ثغرات، كما كان **المنهج التحليلي** ضرورة استخدمها الباحث في وصف وتشخيص الجوانب المتصلة بموضوع البحث ومشكلاته وتحليلها، بما يمكنه من استخلاص النتائج وإيجاد الحلول لها.

خطة البحث:

سوف يتناول الباحث هذا الموضوع من خلال خطة البحث الآتية:

الباب الأول: ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الفصل الأول: مفهوم عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الفصل الثالث: إبرام عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية والآثار المترتبة عليه

الفصل الرابع: حالات انقضاء عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الباب الثاني: دور التحكيم في فض منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الفصل الأول: ماهية التحكيم

الفصل الثاني: تقييم نظام التحكيم وتمييزه عن غيره من النظم القانونية

الفصل الثالث: مشروعية التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الفصل الرابع: التنظيم القانوني للتحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

الدراسات السابقة:

من خلال البحث تبين وجود بعض الدراسات السابقة التي تتناول موضوع التحكيم، ومن بين هذه الدراسات ما يأتي:

- التحكيم في الخصومة الإدارية، دراسة مقارنة^٨: رسالة ماجستير للباحث عبد الرقيب علي عبدالله تناول الباحث في رسالته أهمية التحكيم في فض المنازعات الإدارية، وقد اشتملت الرسالة على ثلاثة فصول وخاتمة للبحث، حيث تناول فيها ماهية التحكيم الإداري والتميز بينه وبين غيره من النظم المشابهة ثم تناول التحكيم في العقود الإدارية وبعض تطبيقاته العملية في فرنسا ومصر واليمن، كما تناولت الدراسة التحكيم في عقود البوت وعقود البترول بصورة موجزة، ولكنها لم تتناول التحكيم في منازعات عقود البوت بشكل مفصل، ولم تتعرض إلى الوضع القانوني في سلطنة عمان والتي هي محور هذه

^٨ عبد الرقيب علي عبدالله، التحكيم في الخصومة الإدارية دراسة مقارنة بين فرنسا ومصر واليمن (رسالة ماجستير، كلية الحقوق، اليمن، ٢٠٠٦م).

الدراسة وموضوعها، فضلاً عن أنها لم تتناول بيان القوة التنفيذية للقرار التحكيمي وأثر مخالفته للنظام العام، وهذا ما سوف يتناول الباحث في هذا البحث.

- **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به**^٩: رسالة دكتوراه مقدمة من الباحثة أشجان فيصل شكري، وقد تناولت هذه الدراسة الطبيعة القانونية لحكم التحكيم، والآثار المترتبة عليه، كما تناولت أيضاً الطعن في حكم التحكيم، ولكنها لم تتناول قوانين الدولتين محل الدراسة، كما أنها لم تتعرض إلى مشروعية التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، أو القيود التي ترد عليه، وهذا ما سوف يتناوله الباحث خلال هذه الدراسة.

- **القوة التنفيذية لحكم التحكيم**^{١٠}: رسالة دكتوراه مقدمة من الباحث محمود سيد التحيوي، تناول الباحث في هذه الدراسة حكم التحكيم، والإجراءات المتعلقة بتنفيذه، والقوة التنفيذية لحكم التحكيم، إلا أنه لم يتناول في دراسته حالات بطلان حكم التحكيم، وطرق الطعن فيه، وهذا ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة.

- **تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه (دراسة مقارنة)**^{١١}: للدكتور ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، وقد تناول الباحث في هذه الدراسة فكرة النظام العام ودوره في تنفيذ قرار التحكيم، وبأنه لا يجوز تنفيذ قرار التحكيم إذا كان مخالفاً للنظام العام، ولكن الدراسة لم تتناول حجية حكم التحكيم، وطرق الطعن فيه، وكيفية التظلم من الأوامر القضائية الصادرة بتنفيذه أو بعدم تنفيذه، وهذا ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة.

^٩ أشجان فيصل شكري، **الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به** (رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٨).

^{١٠} محمود سيد التحيوي، **القوة التنفيذية لحكم التحكيم** (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣م).

^{١١} ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، **تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه — دراسة مقارنة**، بحث منشور في الدليل الإلكتروني للقانون العربي.

– التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات^{١٢}: للدكتور أحمد حسان الغندور، تطرق

الباحث في هذه الدراسة إلى بيان المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات وتقسيماتها وخصائصها، وآليات فض المنازعات التي تقوم بسببها، ولكن الباحث لم يتناول في دراسته التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، موضوع هذا البحث، كما أنه لم يتناول مدى حجية حكم التحكيم، وتنفيذه، وحالات بطلانه، وهذا ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة، علاوة على أن الكتاب كتب منذ زمن بعيد (١٩٩٨م) وقد طرأت على الساحة الدولية والمنظومة القانونية تغيرات كثيرة تستدعي إعادة الكتابة في الموضوع ليظهر في حلة جديدة.

– الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص وفي ضوء الفقه

وقضاء التحكيم^{١٣}: للدكتور منير عبد المجيد، تناولت هذه الدراسة بشكل عام حكم التحكيم من حيث تسببه وشكله، وقوة الأمر المقضي لحكم التحكيم، وقوته التنفيذية، وآلية تنفيذ الحكم الأجنبي في مصر في إطار معاهدة نيويورك وجامعة الدول العربية وفي إطار قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، كما تناولت الدراسة أيضاً دعوى بطلان حكم التحكيم في القانون المصري، وتنفيذ حكم التحكيم. وقد اقتصرت الدراسة على القانون المصري ولكنها لم تتناول التشريعات القانونية في سلطنة عمان، محل الدراسة، كما أنها لم تتناول التحكيم في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ولم تتعرض لتطبيقاته العملية، وهذا ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة.

– تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية: دراسة قانونية لدور المركز الدولي

لتسوية منازعات الاستثمار^{١٤}: للدكتور طه أحمد علي قاسم، وقد تناول الباحث في هذه الدراسة الطبيعة القانونية لمنازعات الاستثمار وأسبابها، والنظام القانوني الواجب التطبيق

^{١٢} أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨م).

^{١٣} منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص وفي ضوء الفقه وقضاء التحكيم (القاهرة: مطابع الشرطة، ٢٠٠٥م).

^{١٤} طه أحمد علي قاسم، تسوية المنازعات الدولية الاقتصادية دراسة قانونية لدور المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨م).

على منازعات الاستثمار بشكل عام، كما تناولت الدراسة الحماية القانونية لطرفي رابطة الاستثمار، ودور المركز الدولي في تسوية منازعات الاستثمار. ولكن الباحث لم يتناول التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، موضوع الدراسة، كما أنه لم يتناول الحكم التحكيمي وحجته، وكيفية تنفيذه، وحكم مخالفته للنظام العام، وهذا ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة.

- الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية^{١٥}: للدكتور خالد إبراهيم التلاحمة، وقد تناولت الدراسة بشكل عام التعريف بالتحكيم وأنواعه والهدف منه، وخصائص التحكيم وانعقاده وطبيعته، والدفع بالتحكيم، كما تناولت الدراسة النظام القانوني لممارسة الحق في الدفع بالتحكيم. إلا أن الدراسة لم تتناول إجراءات التحكيم في منازعات عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية موضوع البحث، كما أنها لم تتطرق إلى حكم التحكيم، وحجته، وحالات بطلانه، وطرق الطعن فيه أو التظلم منه، وهو ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة.

- عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي^{١٦}: للدكتور قحطان عبد الرحمن الدوري، تناول الباحث في هذه الدراسة موضوع التحكيم بشكل عام، كما أنه تناول حكم التحكيم، مبيناً آثاره وانقضاؤه، كما تناول أيضاً حكم التحكيم في الشريعة الإسلامية، مبيناً تطبيقات التحكيم في الفقه الإسلامي. وقد اقتصرَت الدراسة على تناول موضوع التحكيم في الفقه الإسلامي، ولكنها لم تتناول التحكيم في الدولتين محل الدراسة، كما أنها لم تتعرض لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ودور التحكيم في فض المنازعات الناشئة عنها، كما أنها لم تتطرق إلى حكم التحكيم في مثل هذه العقود، وهو ما سوف يتناوله الباحث في هذه الدراسة.

^{١٥} خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم واثره على الدعوى القضائية (عمان، الأردن: جهيئة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦م).

^{١٦} قحطان عبدالرحمن الدوري، عقد التحكيم في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (بغداد: مطبعة الخلود، ١٩٨٥م).