

الخاتمة

في نهاية هذه الدراسة للنظام القانوني والأساس الشرعي لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T والتي أوضحنا فيها المفهوم القانوني للعقد وطبيعته القانونية وأحكام إبرامه وتنفيذه، وكذلك الأسس الشرعية لمثل هذه العقود، نورد فيما يلي أهم النتائج التي توصلنا إليها، ونعقب ذلك ببعض التوصيات التي نوصي بها في هذا الشأن، وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولاً - النتائج

- ١ - انصبت الدراسة على النظام القانوني والأساس الشرعي لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T دون غيره من عقود هذه المشروعات الممولة من القطاع الخاص، أي ذلك العقد الذي يبرم بين الدولة أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها وشخص من أشخاص القطاع الخاص، سواء كان وطنياً أو أجنبياً، ويستوي أن يكون فرداً أو شركة أو اتحاد شركات.
- ٢ - ترجيح استخدام مصطلح "التحويل أو التسليم" عند ترجمة اختصار B.O.T بدلاً من اصطلاح "نقل الملكية" الذي استعمله الفقه الغالب، ترجمة منه للاصطلاح الإنجليزي "Transfer"، وذلك نظراً لدلالة اصطلاح التحويل أو التسليم على حقيقة المقصود واتفاقه مع الدور الذي يقوم به المتعاقد مع الإدارة في هذا العقد، باعتبار أن هذا الأخير لا يملك محل التعاقد أصلاً منذ البداية حتى يتسنى له نقل الملكية في نهاية مدة التعاقد.

- ٣ - يفضل استخدام كلمة الاستغلال عند الترجمة بدلاً من التشغيل لأنها أشمل وأدق من كلمة التشغيل.
- ٤ - أثبتت الدراسة خطأ القول بامتلاك المتعاقد مع الإدارة محل التعاقد ملكية مؤقتة في بعض عقود تنفيذ المشروعات الممولة من القطاع الخاص، وعلى وجه التحديد في عقد B.O.O.T وعقد M.O.O.T، وذلك استناداً إلى أن هذا القول يتناقض مع إحدى الخصائص الرئيسية لحق الملكية كونها

حقاً دائماً لا يقبل بطبيعته التأقيت، ومن ناحية أخرى يتصادم مع القيود العديدة التي ترد على سلطات التعاقد مع الإدارة تجاه المرفق محل التعاقد، كذلك عدم دقة اصطلاح التأجير الوارد في عقد B.L.T، استناداً إلى أن جهة الإدارة هي التي تمتلك المرفق وبالتالي يتعذر القول أنها تستأجره من التعاقد معها.

٥ - استعرضت الدراسة موقف الفقه من مسألة الطبيعة القانونية لعقد B.O.T، وتبين أنه ينقسم إلى ثلاثة اتجاهات، يذهب الاتجاه الأول إلى أنه عقد إداري، وعلى وجه التحديد هو من عقود امتياز المرافق العامة وهي عقود إدارية بامتياز، بينما يذهب الثاني إلى أنه من قبيل عقود القانون الخاص، في حين قرر الاتجاه الثالث أن الطبيعة القانونية لعقد B.O.T تتحدد بالنظر إلى كل حالة على حده، وقد ينتهي الأمر إلى اعتبار العقد حقاً إدارياً أو من قبيل عقود القانون الخاص حسب معطيات كل حالة.

٦ - أثبتت الدراسة صحة الاتجاه القائل بكون عقد B.O.T على أنه عقد إداري، وأنه من العقود الحديثة أسماً القديمة مفهوماً، مما هو في جوهره وضمونه إلا تطوراً لعقد امتياز المرافق العامة التي عرفها العمل الدولي منذ القرن الثامن عشر.

٧ - وصلت الدراسة إلى أن عملية إبرام عقد B.O.T تمر بمرحلة تمهيدية يتم خلالها تحديد المشروع محل التعاقد من قبل جهة الإدارة طالبة التعاقد، ثم تقوم بتحديد احتياجاتها من المشروعات التي يمكن أن تقام وفق هذا الأسلوب من أساليب التعاقد وإعداد دراسات الجدوى اللازمة له، ثم إبرام العقود الاستشارية للمساعدة على التكوين والتنفيذ السليم للعقد، وأخيراً إعداد كراسة الشروط التي سيتم تقديم العطاء على أساسها.

٨ - أثبتت الدراسة وبالرجوع إلى التشريعات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية والتجربة العالمية في إبرام عقود B.O.T، أن إبرام هذه العقود يتم في إطار مناقصة عامة عالمية يسمح فيها بالمشاركة لكل من يرغب في التعاقد من داخل الدولة وخارجها، وقد تناولت الدراسة ابتداءً من الحالات التي تمتلك فيها جهة الإدارة

الحق في استبعاد بعض الأشخاص من الاشتراك في الناقصة، ثم اطردت في شرح الأحكام القانونية الواجب إتباعها في طرح العطاء للتعاقد، انتهاءً باختيار المتعاقد والتفاوض معه وإعداد مشروع العقد.

٩ - تناولت الدراسة الأحكام القانونية في تنفيذ عقد B.O.T، وانتهت إلى أن عقد B.O.T يرتب شأنه شأن أي عقد جملة من الحقوق والالتزامات بين طرفيه عند تنفيذه، وهي ذات الحقوق والالتزامات المتولدة عن عقد المرافق العامة في ظل النظرية التقليدية للعقود الإدارية، غير أن عقد B.O.T في بعض الحالات يتمثل عن اختيار المرافق العامة في صورته التقليدية باتساع مجال الشروط التعاقدية على حساب الشروط الائتلافية، وذلك باختلاف طبيعة المشروع محل التعاقد.

١٠ - أثبتت الدراسة أن جهة الإدارة في عقد B.O.T بكافة الحقوق المعهودة لها في ظل نظرية العقود الإدارية، وقد أكدت الدراسة أن تمتع جهة الإدارة بهذه الحقوق أمر لا مفر منه حتى ولو لم تتضمنها بنود العقد، وذلك استناداً على أن جهة الإدارة لا تستفيد تلك الحقوق من نصوص العقد بل من النظام العام للمرافق العامة.

١١ - انتهت الدراسة إلى أن حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على المقابل المالي في ظل عقد B.O.T قد يتخذ شكل التعريف التي يحصلها من المدينين بالخدمة عندما تسمح له جهة الإدارة بالتعامل مع الجمهور مباشرة، ويعتبر البند المتعلق بالمقابل المالي في هذه الحالة من البنود اللائحية التي يجوز لجهة الإدارة تعديلها بالإرادة المنفردة، بينما يتخذ المقابل المالي في بعض الحالات شكل الثمن مقابل شراء المنتج من قبل جهة الإدارة لتتولى هي مهمة تقديمه للمنتفعين، وبالتالي فإن البند المتعلق به يعتبر من البنود الاتفاقية أو التعاقدية التي لا يجوز تعديلها أو تغييرها إلا باتفاق الطرفين.

١٢- تبين من خلال الدراسة المقارنة الجزم بأن الأحكام الخاصة بعقود الاستصناع صالحة لأن تكون

إطاراً شرعياً للتعامل بعقود B.O.T أيضاً، وبالخصوص في المشروعات التي تعتمد على الصناعة بصفة

أساسية.

١٣- أياً كانت الصيغة الشرعية التي تندرج تحتها عقود B.O.T سواء إجارة أو استصناع أو شراكة فإنه

يمكن القول بأن عقد B.O.T يخلو من المحاذير الشرعية وبذلك يمكن الحكم على عقد B.O.T بأنه عقد

جائز شرعاً.

١٤- تؤكد مشروعات B.O.T تأثيراً إيجابياً على اقتصاد الدولة المضيفة من خلال ما تقدمه للتنمية

المستدامة فيها، سواء كانت هذه الدولة متقدمة أو دولة نامية. والتنمية المستدامة هي مصطلح

حديث يقصد به مدى بناء الأنشطة الاقتصادية باحتياجات الجيل الحالي، دون التضحية بقدرة الأجيال

القادمة على الوفاء باحتياجاتهم.

١٥- التخرج الفقهي لهذه العلاقة فكما أشرنا فيمكن أن يبنى على أساس الإستصناع أو الإجارة أو

غيرها ولقد سقنا المؤيدات الفقهية في أميات المراجع الفقهية والفتاوى والتطبيقات المستجدة، أكثر من

ذلك أشرنا إلى أن الفقه الإسلامي سبق وبقرون الاتجاه المعاصر لتطبيق مفهوم B.O.T اشرنا كذلك إلى

بعض التطبيقات التي تحمل ملامح نموذج B.O.T

١٦- تبين مدى صلاحية عقد الإجارة وكذلك الاستصناع في الشريعة الإسلامية، لأن يكون كل عقد

من هذه العقود إطاراً شرعياً للتعامل بالعقود بنظام B.O.T في صورها المختلفة، مع ضرورة النظر لكل

عقد على حده، ليتضح التكيف الشرعي الصحيح له، من خلال النظر في محتوى بنوده وظروف إبرامه.

١٧- اجتماع العقود في ظل نظام B.O.T يظهر أن هذا النظام لا تقضي عقوده المختلفة التي تتجمع في هذا الإطار إلى الوقوع في محذور شرعي، مادام هذا الاجتماع لا يؤدي إلى الربا أو الضرر أو الجهالة في ركن من أركان العقد.

ثانياً: التوصيات

بعد الانتهاء من دراسة النظام القانوني والأساس الشرعي لعقد البناء والتشغيل والتحويل توصلنا لبعض من التوصيات وهي على النحو الآتي:

١- أن تقوم الدولة أو الجهات الإدارية التابعة لها عند رغبتها في إبرام عقود B.O.T بدراسات مسبقة ومستفيضة ومكثفة تشمل الجوانب المختلفة للمسألة محل التعاقد، وتراعي الأبعاد المستقبلية لها وأولويات التنمية الاقتصادية للدولة، وبناءً على ذلك تقوم بإعداد قائمة بالمشروعات التي تشير هذه الدراسات إلى أن مصالح الدولة ومواطنيها تقتضي إقامتها، وبعد ذلك تقوم بالموازنة بين تكلفة هذه المشروعات وعائدها المتوقع ومصالح الدولة المختلفة عندما تقام هذه المشروعات على نفقة الدولة وبالإدارة المباشرة من قبلها، وعندما تتعاقد مع القطاع الخاص على القيام بذلك بأسلوب عقد B.O.T، فإذا ثبت أفضلية الخيار الثاني فينبغي منح الأولوية في التعاقد لخاص القطاع الخاص الوطنية متى توافرت لديها الخبرة الفنية والإدارية والمقدرة المالية التي تؤهلها للقيام بهذا الدور على الشكل المطلوب وعلى مستوى لا يقل عن غيرها من الأشخاص الأجانب.

٢- إن نجاح هذا النظام يقتضي من الدول المراجعة الكلية للمنظومة التشريعية، في مختلف المجالات التي لها تأثير وعلاقة بهذا النوع من العقود، مثل قوانين تشجيع الاستثمار، وحماية الاستثمارات، وقانون الملكية، وقوانين الضرائب، وقوانين حماية البيئة، والسعي جاهدة إلى وضع قانون موحد ينظم عملية مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية الأساسية.

- ٣ - أن تقوم جهة الإدارة بالإعداد للمناقصة إعداداً جيداً ومتوازناً، مستعينة في ذلك بأهل الخبرة، وينبغي أن تتضمن كراسة البنود التي من شأنها تحقيق مصالحها وتراعي في نفس الوقت المصالح المشروعة للمتعاقد معها.
- ٤ - أن تكون الجهات الاستشارية التي تستعين بها الإدارة من المؤسسات الوطنية عندما تتوافر لديها الكفاءات اللازمة، وعلى الدولة الحرص على عدم الاندفاع وراء هذه العقود والوقوع في متاهة التطبيقات الخاطئة لها، وذلك لغياب إطار قانوني خاص يحكم هذه العقود في العديد من الدول .
- ٥ - أن تكون مدة عقود B.O.T مدة معقولة لا هي بالطويلة ولا هي بالقصيرة، بحيث يتمكن المتعاقد مع الإدارة من استرداد نفقاته وتحقيق عائد معقول من الربح، ويجب مراعاة أهمية التوازن بين مصلحة المستثمرين والمصالح القومية للدولة، مع الحرص على الاستفادة من مزايا هذه المشاريع، وعدم الإفراط في التنازلات، فلا بد من مراعاة أن لا تطغى المصلحة الخاصة على المصلحة العامة .
- ٦ - أن لا تتراخى الجهة الحكومية في مسؤولياتها في الرقابة والإشراف والتابعة، وأن يتضمن عقد B.O.T نصاً يقضي بإلزام المتعاقد مع الإدارة بإجراء الصيانة الدورية اللازمة للمرفق وذلك حتى يتسنى تسليمه إلى جهة الإدارة في نهاية مدة التعاقد بحالة جيدة يسمح باستمرار تشغيله بكفاءة.
- ٧ - توصي الدراسة بإصدار تشريعات خاصة بعقود B.O.T في الدول التي ترغب في إبرام هذه العقود، بحيث تناول بالتفصيل كل المسائل المتعلقة بها من الناحية الشرعية والقانونية، سواء فيما يتعلق بتحديد أوجه النشاطات التي تتلاءم مع هذه العقود أو فيما يتعلق بقواعد وإجراءات إبرامها والحد الأقصى لمدة التعاقد، أو تنظيم عملية الرقابة والإشراف من قبل الإدارة أثناء تنفيذ العقد وغيرها.
- ٨ - وأخيراً يجب التوصل لمقترح متكامل للدول النامية لتحقيق أعلى استفادة من جراء تطبيق B.O.T في مشاريعها، وذلك بوضع استراتيجيه متكاملة للتنمية الاقتصادية، تتضمن الأساليب التي يمكن اتباعها

لتشجيع مشاركة القطاع الخاص للدخول في الاستثمارات، مع التنبيه على وضع إطار قانوني عام محكم لضبط التعامل بهذا النظام.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA