

النظام القانوني والأساس الشرعي لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

(دراسة مقارنة)

عبدالدين محمد عبد الحميد الغطاس

(الرقم الجامعي ٣١١٠٢٢٨)

3110228

بحث مقدم لئيل درجة الماجستير في القانون

كلية الشريعة والقانون

جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

نيلاي

٢٠١٥

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

جامعة العلوم الإسلامية

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

الآية (١) المائدة

إقرار

بسم الله الرحمن الرحيم

إنني أقر، أعترف، أن هذا البحث من عملي وجهدي الشخصي، أما المقتطفات والاقتباسات فقد أشرت إلى مصادرها في هامش البحث.

التوقيع: محمد

الاسم: عز الدين محمد عبد الحميد الغطاس

الرقم الجامعي: ٣١١٠٢٢٨

العنوان: A-13A-02 BLK P6A, PLAZA INDAH SEPAKAT 1

TMN SEPAKAT INDAH 43000 KAJANG SELANGOR

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

السيرة الذاتية

عزالدين محمد عبد الحميد الغطاس، لبي الجنسية، ولد سنة ١٩٧٣م، رقم جواز السفر ٤٥٢٦٧٤ الرقم

الجامعة ٣١١.٢٢

المؤهلات العلمية:

١ - الشهادة الثانوية مدرسة السابع من أبريل الثانوية بني وليد ليبيا

٢ - بكالوريوس الاقتصاد والعلوم السياسية شعبة العلوم السياسية، جامعة ناصر كلية الاقتصاد والعلوم

السياسية زليتن ليبيا.

٣ - شهادة الليسانس في القانون من كلية القانون بني وليد

الخبرات العلمية:

عبرة في مجال تحرير عقود وإعداد المذكرات القانونية

العنوان: A-13A-02 BLK P6A, PLAZA INDAH SEPAKAT I

TMN SEPAKAT INDAH 48000 KUALANG SELANGOR

البريد الإلكتروني: elchataa@yahoo.com

المحمول: ٠٠٦٠١١٢٣٤١٢٠٨٠

الشكر والتقدير

بسم الله والشكر لله على نعمه التي لا تعد ولا تحصى، وأشكره سبحانه وتعالى وأثني عليه لتوفيقه لي
لكتابه هذا العمل المتواضع والذي نأمل من خلاله إثراء المكتبة العلمية بما يفيد في مجال العلم والمعرفة.

كما أشكر كل من ساعدني ووقف بجاني وأسدى لي النصيح والإرشاد طيلة هذه الرحلة المتواضعة في
مجال البحث وأخص منهم بالذكر:

— فضيلة الدكتور الحرف د محمد عون الرحيم بن مسعد صالح على تكرمه بالإشراف على هذا البحث
والذي استفدت من توجيهاته الفعالة والنافعة والتي كان لها أكبر الأثر في إخراج هذه الرسالة على ما هي
عليه الآن.

— جامعة العلوم الإسلامية بماليزيا التي قد أتاحت لي الفرصة لطلب العلم في رحابها حيث قُدمت لي
التسهيلات اللازمة طيلة مدة دراستي بها، متمثلة في مدير الجامعة و أعضاء هيئة التدريس وإدارة
وموظفي الدراسات العليا وجميع الموظفين الطامعين لهذه الجامعة ، وأسأل الله أن يجعل هذه الجامعة منارة
للعلم والهدى والمعرفة على مر العرون.

— عميد كلية الشريعة والقانون التي تقدم العون والمساعدة لكل الطلاب بهذه الكلية، جزاها الله عنا كل
خير .

— أعضاء لجنة المناقشة

كما أتقدم بالشكر إلى جميع الأهل والأصدقاء الذين لم ييئسوا بتقديم النصيحة والتوجيه
والدعاء. فجزاهم الله جميعاً خير الجزاء.

الإهداء

إلى والدي العزيز حفظه الله ورعاه وإلى روح والدي رحمة الله عليها الذين رباني صغيراً، وعنيا بتربيتي ديناً وخلقاً وعِلماً، ثقل الله ميزان حسناتهما.

إلى أخي الأكبر فتح الله الذي وقف بجاني طيلة فترة دراستي وإلى إخوتي وجميع أفراد أسرتي وزوجتي الذين آزروني ووقفوا بجاني وصبروا على ابتعادي عنهم لطلب العلم ، وإلى جميع الأهل و الأصدقاء والأحباب.

إلى جميع الأساتذة والدرسيين الذين تتلمذت بين أيديهم فكانوا سراجاً يضيء إلى الطريق.

إليهم جميعاً أهدي هذا العمل المتواضع ، جزاهم الله عني خير الجزاء.

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

المحتويات

الموضوع	الصفحة
إقرار	أ
السيرة الذاتية	ب
الشكر والتقدير	ج
الإهداء	د
Abstrak	هـ
Abstract	و
الملخص	ز
المحتويات	ح
الفصل التمهيدي	
مقدمة البحث	١
أهمية موضوع البحث	٢
مشكلة البحث	٤
أسئلة البحث	٤
أهداف البحث	٥
حدود البحث	٥
منهج البحث	٦
الدراسات السابقة	٦

الدراسة الحالية ١٦

الفصل الأول:

المفهوم القانوني والأسس الشرعية لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ١٨

المبحث الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ١٩

المطلب الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ١٩

المطلب الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ٢٢

المطلب الثالث: أركان عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T ٢٥

المبحث الثاني: تمييز عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T عن العقود

المشاركة ٣٠

المطلب الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وغيره من عقود تنفيذ

المستعدين للمولة من القطاع الخاص ٣٠

المطلب الثاني: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وعقد التأجير

التمويلي ٣٦

المطلب الثالث: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وعقد تسليم

المفتاح ٣٧

المبحث الثالث: استشراف الفقهاء القدامى لنظام البناء والتشغيل

والتحويل ٤٠

المطلب الأول: نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T لم يكن غائباً

عن فكر الفقهاء القدامى ٤١

المطلب الثاني: نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T تطوير غربي

لمنتج إسلامي ٤٣

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية والتكييف الفقهي لعقد البناء والتشغيل

والتحويل B.O.T ٥٩

المبحث الأول: الخلاف الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد ٦١

المطلب الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل من العقود الإدارية ٦١

المطلب الثاني: عقد البناء والتشغيل والتحويل من عقود القانون

الخاص ٦٥

المطلب الثالث: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T عقد ذا طبيعة

قانونية خاصة ٦٨

المبحث الثاني: الاتجاه الاجمعي في تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل

والتحويل B.O.T ٧٠

المطلب الأول: احكام عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T على شروط

العقد الإداري ٧٠

المطلب الثاني: القضاء الإداري يؤيد الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل

والتحويل B.O.T ٨٥

المطلب الثالث: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T عقد امتياز مرفق عام

في أغلب دول العالم ٨٧

المبحث الثالث: التكييف الشرعي لنظام B.O.T ٩١

المطلب الأول: عقد جديد أصالة بعنوان

(عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك) ٩٢

المطلب الثاني: عقد استصناع تغليياً ١٠١

المطلب الثالث: القياس على إعمار الوقف الخراب ١٠٥

المطلب الرابع: عقد كراء ١٠٦

الفصل الثالث: الأحكام القانونية في إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل

١١٢ B.O.T

المبحث الأول: الإجراءات التمهيدية السابقة على التعاقد ١١٥

المطلب الأول : تحديد المشروع وإعداد دراسات الجدوى ١١٥

المطلب الثاني: إبرام العقود الاستشارية..... ١٢٠

المطلب الثالث: إعداد كراسة الشروط ١٢٢

المبحث الثاني: إجراءات إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

في إطار مناقصة عامة عالمية ١٢٧

المطلب الأول: حالات الخوان من التعاقد ١٢٨

المطلب الثاني: طح العطاء المتعاقد ١٣٣

المطلب الثالث: إجراءات البحث في العطاء ١٤٤

الفصل الرابع: الآثار القانونية في تنفيذ عقد البناء والتشغيل والتحويل

..... B.O.T ١٥٥

المبحث الأول: الآثار القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T بالنسبة

لجهة الإدارة ١٥٧

المطلب الأول: حقوق جهة الإدارة المتعاقدة ١٥٧

المطلب الثاني: التزامات جهة الإدارة المتعاقدة ١٦٣

المطلب الثالث: جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية ١٦٧

المبحث الثاني: آثار عقد البناء والتشغيل والتسليم بالنسبة للمتعاقد

مع الإدارة..... ١٧١

المطلب الأول: الالتزامات الواقعة على عاتق المتعاقد مع الإدارة ١٧١

المطلب الثاني: جزاء إخلال المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته..... ١٨٤

المطلب الثالث: حقوق المتعاقد مع الإدارة..... ١٩٤

الخاتمة ٢٠٥

٢٠٥	 النتائج
٢٠٩	 التوصيات
٢١٢	 قائمة المراجع
	الملحق
٢٢١	 الملحق الأول
٢٣٣	 الملحق الثاني

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