

الفصل الثاني

الطبعة القانونية والتكليف الفقهي لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

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

الفصل الثاني

الطبيعة القانونية والتكييف الفقهي لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

على الرغم من أن عقد B.O.T - كما يراه الاتجاه الغالب في الفقه القانوني - خرج من صلب عقد

امتياز المرافق العامة، وهو عقد إداري بطبيعته وبنص القانون في فرنسا والعديد من دول العالم المتأثرة

بقوانينها، إلا أن شيوع تطبيق هذا العقد في بعض الدول النامية خلال الربع الأخير من القرن العشرين،

أدى إلى التشكيك في طبيعته القانونية، فاختلف الفقه القانوني وتعددت الآراء، ويمكن إرجاع هذا

الخلاف للأسباب الآتية:

أولاً - احتواء هذه العقود على العديد من البنود أو الشروط المستحدثة التي لم تألفها عقود امتياز المرافق

العامة في صورتها التقليدية، كالشروط الذي بمقتضاها لا تستطيع جهة الإدارة المتعاقدة أن تعدل في شروط

العقد إلا بعد موافقة الطرف الآخر.

ثانياً - جمود وثبات الاتجاهات القضائية في نظرية العقود الإدارية بشكل عام وعدم مواكبتها للمتغيرات

الاقتصادية من اتجاه نحو الخصخصة والاقتصاد الحر، وحصر نشاط القطاع العام في مجالات ضيقة

ومحدودة، وانعكاس ذلك على العقود الإدارية، فعلى عكس ما عليه الحال في فرنسا حيث لم يفقد

القضاء الإداري قدرته على التطور ومواكبة المستجدات الاقتصادية والسياسية، نجد مثلاً أن المبادئ التي

أقرها القضاء الإداري بالدول العربية في منازعات العقود الإدارية ما زالت ثابتة عند بدايتها الأولى.

ثالثاً - عقد B.O.T من العقود التي تبرمها الدولة مع القطاع الخاص بقصد تطوير بنيتها الأساسية

وتحقيق التنمية الاقتصادية على إقليمها، وبالتالي فهو يعتبر هنا من صور عقود التنمية الاقتصادية، ولما

كان قد ثار الخلاف حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه الأخيرة، فكان من الطبيعي أن ينعكس هذا

الخلاف على تحديد الطبيعة القانونية لعقد B.O.T.

كل ذلك يدعوا لمناقشة موضوع الطبيعة القانونية لعقد B.O.T، حيث يثور التساؤل ضمن أي طائفة من طائفتي عقود الإدارة يصنف هذا العقد؟ فهل هو من عقود الإدارة الخاصة: وهي العقود التي تبرمها جهة الإدارة مع أحد الأشخاص أياً كان وصفه متخلية عن سلطتها العامة، إذ تتعاقد مع الطرف الآخر كأنها فرد عادي، ومن أمثلة هذه العقود، عقود البيع والشراء وغيرها، والتي تخضع لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)^{٦٤} ، وبالتالي يختص القضاء العادي بالفصل في منازعاتها ويطبق عليها قواعد القانون الخاص.

أم أنه ليس إلا صورة مستحدثة لعقود امتياز المرافق العامة وبالتالي فهو من العقود الإدارية، وهي التي تظهر فيها الإدارة بظهر السلطة العامة بما لها من امتيازات، مستهدفة تنظيم وتسيير مرفق عام، وتخضع من حيث إنشائها وتنفيذها وإنائها، لمجموعة من القواعد القانونية المتميزة عن قواعد القانون الخاص التي تحكم العقود المدنية، كما يختص القضاء الإداري بفض منازعاتها؟

وهو ما سنتصدى له من استعراض الآراء المختلفة والمتعددة التي قيلت بهذا الشأن ومناقشتها في مبحث أول ، وإظهار الرأي الراجح وتأييده ببعض الحجج والأسانيد في مبحث ثاني، وسنخرج إلى معرفة التكييف الشرعي لمثل هذه العقود في المبحث الثالث. وذلك على النحو التالي:

^{٦٤} (العقد شريعة المتعاقدين) كلمة لاتينية تعني "ليس للمعاهدات من أثر إلا فيما بين الأطراف المتعاقدة" وتعتبر قاعدة قانونية، مبدأً أساسياً في القانون المدني والقانون الدولي. ويشير المعنى الأكثر شيوعاً للمبدأ، إلى عقود خاصة مؤكداً على أن الشروط المضمنة تعتبر قانوناً يسري بين الطرفين، وينطوي على أن عدم الوفاء بالالتزامات يُعد خرقاً للمعاهدة.

المبحث الأول: الخلاف الفقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد B.O.T

اختلف فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لعقد B.O.T، وانقسم إلى ثلاثة اتجاهات، فذهب الاتجاه الأول إلى أن عقد B.O.T من العقود الإدارية وعلى وجه التحديد هو من عقود امتياز المرافق العامة، بينما يذهب اتجاه آخر إلى أن عقد B.O.T من عقود القانون الخاص، ويخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ويصف الاتجاه الثالث موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين باعتبار عقد B.O.T عقد ذا طبيعة خاصة، لا يمكن إعطاؤه كتيماً قانونياً ثابتاً، فهو ثارة يدخل في مفهوم العقود الإدارية وثارة يدخل ضمن عقود القانون الخاص، ولكل اتجاه حججه وأسانيده.

بناءً عليه نتناول الاتجاهات الثلاثة السابقة خلال هذا المبحث في ثلاثة مطالب كما يلي:

المطلب الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T من العقود الإدارية

ذهبت الغالبية العظمى من فقهاء القانون إلى القول بأن عقد B.O.T يعد من قبيل العقود الإدارية^{٦٥}، مستندين في ذلك على جملة من الحجج والأسانييد أهمها ما يلي:

أولاً: إن عقد B.O.T صورة حديثة لعقود امتياز المرافق العامة، وهي عقود معروفة في فرنسا منذ القرن الثامن عشر حين منحت الحكومة الفرنسية امتياز توزيع مياه الشرب في باريس إلى شركة بيريه إخوان عام ١٧٩٢م، كذلك عرفت مصر هذا النوع من العقود في النصف الثاني من القرن التاسع عشر عندما منحت

^{٦٥} نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ٥٣ حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٠١ الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٩٠ إسماعيل، محمد عبد المجيد. ٢٠٠٠م. عقود الأشغال الدولية. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة: كلية حقوق بني سويف. ص ٤٨ د جيهان حسن سيد احمد. ٢٠٠١م. دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة. دار النهضة العربية. ص ٢٨٤ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم. ٢٠٠٢م. العقود الإدارية. د ن. ص ١٣٥ فهمي، محمود محمد. ٢٠٠١م. عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني.

امتيازاً للشركة العالمية لقناة السويس التي تكونت بغرض تشييد القناة واستغلالها لمدة تسعة وتسعين عاماً، يتم تسليمها للحكومة المصرية بانتهاء هذه المدة^{٦٦}.

ولما كانت عقود الامتياز تعد من العقود الإدارية باستمرار متى كانت الإدارة طرفاً فيها، نظراً لاتصالها الشديد بالمرافق العامة، بل هي أهم وأبرز العقود الإدارية على الإطلاق، ونظراً للتطابق الشديد بين عقود B.O.T بمسماها الحديث وعقود الامتياز بمفهومها التقليدي، لذلك يؤكد أنصار هذا الاتجاه على الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T.

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن التوسع النسبي في الشروط التعاقدية في عقود B.O.T وهي التي لا يجوز لأي من الطرفين تعديلها بالإرادة المنفردة، على حساب الشروط اللائحية التي تمتلك الجهة الإدارية تعديلها بإرادتها المنفردة دون الرجوع للطرف الآخر المتعاقد معها، لا يبرر بتاتاً تغير طبيعة العقد، فذلك لا يعني التغاضي كلية عن الشروط اللائحية، أو أن يأتي عقد B.O.T خالياً منها، بل إن الأمر مجرد نوع من أنواع تشجيع الشركات العالمية والمستثمرين للإقدام على الاستثمار وتهيئة المناخ القانوني لذلك، ويكون

^{٦٦} ويعرف عقد امتياز المرافق العامة بأنه عقد إداري، يتعهد بمقتضاه أحد الأفراد أو الشركات بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستعمال المشروع لمدة محدودة من الزمن واستيلائه على الأرباح.

وقد ثار الخلاف أول الأمر بشأن طبيعته القانونية، واستقر الرأي أخيراً على اعتباره قانوناً مركباً يشمل نوعين من النصوص: نصوص لائحته وهي تتعلق بتنظيم المرفق وتسييره وتملك جهة الإدارة تعديلها وفقاً لحاجة المرفق، ونصوص تعاقدية وهي المتعلقة بالالتزامات المالية بين المتعاقدين وهذه تحكمها قاعدة العقد شرعية المتعاقدين.

^{٦٧} فهمي، محمود محمد. ٢٠٠١م. عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني. بحث منشور ضمن سلسلة أبحاث مشروعات B.O.T وأحواها. ص ٦٢. نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ٤٩. جمال عثمان جبريل. ٢٠٠١م. الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية. بحث منشور ضمن سلسلة أبحاث مشروعات الـ B.O.T وأحواها. ص ٧٢. جيهان حسن سيد احمد. ٢٠٠١م. دور السلطة التشريعية في الرقابة على الأموال العامة. ص ٢٨٦. الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٩٠. المتولي، محمد. ٢٠٠٤م. الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق. ص ٧٤. حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٠١.

الحد من هذه الشروط بدرجة معقولة، فيأتي العقد في مجمله محافظاً على المصالح المشروعة للمتعاقدين ولا يهدر مقتضيات المصلحة العامة للدولة في ذات الوقت^{٦٨}.

ثانياً: اشتماع شروط العقد الإداري الثلاثة في عقد B.O.T، فالدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرف في العقد، كما أن عقود B.O.T تتعلق دائماً بتشييد وتسيير وإدارة المرافق العامة، كذلك فهي تحتوي على العديد من الشروط الاستثنائية كالمزايا العينية التي تمنحها قوانين الاستثمار في الدول المشجعة للاستثمار، ومنها الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية أو منح المستثمر أرضاً يقيم عليها المشروع، هذا بالإضافة إلى أن أحد اشترك المتعاقد في إدارة وتشبيد المرفق يعد في حد ذاته من الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في عقود القانون الخاص، والكفيلة مع الشرطين الآخرين بإضفاء الطبيعة الإدارية على عقد B.O.T.

ثالثاً: إن عقود التنمية الاقتصادية ومن بينها عقد B.O.T وإن كانت ظاهرها تستهدف تحقيق الربح المادي، إذ القائم عليها أحد المستثمرين من القطاع الخاص، إلا أن الطرف الآخر فيها وهو الدولة أو أحد أجهزتها الإدارية، يستهدف في المقام الأول من إقامة هذه المشروعات تسيير مرفق عام، والذي غالباً ما يكون أحد المرافق الحيوية والهامة^{٦٩}.

هذه بإيجاز أهم الحجج والأسانيد التي يعتمد عليها أنصار هذا الاتجاه في تدعيم رأيهم، ونستعرض فيما يلي بعض الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه وذلك كما يلي:

^{٦٨} نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ٨٠ حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام

المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٦١

^{٦٩} فهمي، محمود محمد. ٢٠٠١م. عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني. بحث منشور ضمن سلسلة أبحاث مشروعات B.O.T وأخواتها.

أولاً: إذا كان عقد B.O.T يتفق مع عقد امتياز المرافق العامة في بعض النواحي، إلا أنه تظل هناك اختلافات جوهرية بينهما تجعل من غير الممكن تطبيق القواعد الخاصة بعقد امتياز المرافق العامة على عقد B.O.T، حيث إن من المتفق عليه هو احتواء عقد امتياز المرافق العامة على نوعين من الشروط، شروط تعاقدية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وشروط لائحية تملك الإدارة تعديلها في أي وقت وفقاً لحاجة المرفق العام، وإذا كان من اليسير التفرقة بين هذين النوعين من الشروط في ظل عقد امتياز المرافق العامة، فإن ذلك أمر عسير جداً في ظل عقد B.O.T حيث تختلط تلك الشروط ببعضها ببعض، وإعطاء جهة الإدارة سلطة تعديلها بإرادتها المنفردة قد يدمر الأساس الاقتصادي للمشروعات محل التعاقد، والتي بعد تصل تكلفتها إلى مئات الملايين من الدولارات، وعندئذ يلتزم الطرف المخل بدفع التعويض عن الإخلال بأي هذه الشروط.

ثانياً: يذهب البعض إلى أن هناك العديد من عقود التنمية الاقتصادية ومن بينها عقود B.O.T لا تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنويين العامة طرفاً فيها، كالعقود التي تبرم لإنشاء المشاريع الخاصة، فهذه العقود لا تعد عقوداً إدارية نظراً لعدم وجود أحد الأشخاص المعنويين العامة طرفاً فيها، حتى ولو تعلقت هذه العقود بتسيير مرفق عام، إذ أن الشرط العضوي المتمثل في وجود أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد هو شرط مفترض لا بد من وجوده للقول بالطبيعة الإدارية للعقد.^{٧٠}

^{٧٠} سري الدين، هاني صلاح. ١٩٩٩م. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام البناء

والتملك والتشغيل والتحويل في مصر. مجلة القانون والاقتصاد . ص ١٨٩

^{٧١} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ١٨٥

ثالثاً: القول بأن المزايا الممنوحة في قوانين الاستثمار شروطاً استثنائية قول غير سديد لأن هذه المزايا ممنوحة للمستثمر في مواجهة الدولة وليس العكس، هذا بالإضافة إلى أن المستثمر يستمد هذه المزايا من القانون مباشرة لا من العقد الذي يبرمه مع الدولة^{٧٢}.

المطلب الثاني: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T من عقود القانون الخاص

ذهب بعض فقهاء القانون إلى القول بأن عقد B.O.T هو من عقود القانون الخاص^{٧٣}، ويخضع لأحكام وقواعد القانون المدني والتجاري، وينعقد الاختصاص بشأن منازعاته إلى القضاء العادي، مستندين في ذلك على العديد من الحجج والأسانيد نستعرض أهمها على النحو التالي^{٧٤}:

أولاً: القول بالصفة الخاصة لعقد B.O.T هو الذي يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية، فمتطلبات التجارة الدولية تقضي نزول الدولة إلى مستوى الأفراد العاديين في التعاقد والبعد عن أساليب القانون العام واللجوء إلى عقود القانون المدني والتجاري، فمن طريق هذا التعاقد الخاص تستطيع الدولة أن تحتفظ بعلاقات اقتصادية خارجية طيبة، أما إذا تمسكت بسيادتها وسلطتها السياسية، فإن ذلك يؤدي إلى التصادم مع الدولة التي يحمل جنسيتها المتعاقد معها إذا ما طلب هذا الأخير الحماية الدبلوماسية، وهذا قد يثير المشاكل السياسية^{٧٥}.

^{٧٢} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ١٨٦

^{٧٣} سري الدين، هاني صلاح. ١٩٩٩م. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص. ص ٢٤٤

^{٧٤} ويجب التنويه إلى أن جل الحجج والأسانيد التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه، قد سبقت من قبل للتدليل على أن عقود التنمية الاقتصادية أو عقود الاستثمار بشكل عام تعد عقود مدنية وتجارية. انظر في تفصيل ذلك. أبوزيد، سراج حسين محمد. ٢٠٠٠م. التحكيم في عقود البترول. دار النهضة العربية. ص ٦٠٦ وما بعدها الأكياتي، يوسف عبد الهادي خليل. ١٩٨٨م. النظام القانوني لعقود التكنولوجيا في مجال القانون الدولي الخاص. رسالة دكتورا. كلية الحقوق جامعة الزقازيق. ص ٣٠٨ وما بعدها.

^{٧٥} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ١٧٩

ثانياً: عقود B.O.T تنص في كثير من الأحيان على اعتبارها من قبيل العقود الخاصة، وأن الاختصاص بنظر منازعاتها ينعقد للقضاء العادي أو التحكيم الدولي^{٧٦}.

ثالثاً: إن قبول الدولة شرط الثبات التشريعي والذي يعني عدم جواز تطبيق أي تشريع جديد على العقد بعد توقيعه، يعد دليلاً على عدم توافر خصائص العقد الإداري في عقود B.O.T^{٧٧}.

كذلك لم يسلم هذا الاتجاه أيضاً من الانتقادات والتي جاءت على النحو الآتي:

أولاً: أن ما يستند إليه أنصار هذا الرأي من انسجام العقود المدنية مع متطلبات التجارة الدولية وما يقتضيه التوجه الاقتصادي وتشجيع الاستثمارات الدولية، يعني أن تمسك الدولة بأساليب القانون العام في تعاقداتها مع المستثمرين فيه ضرر محقق بمصلحة المستثمر، وهو قول غير سديد، إذ أن اتباع الدولة لأساليب القانون العام في تعاقداتها مع المستثمرين قد يكون أكثر فائدة للمستثمر من التعاقد بأساليب القانون الخاص، فقد يستمد المستثمر من العقد الإداري فوائد وحقوق قد تفوق بمراحل الفوائد التي يمكن أن يحصل عليها فيما لو تعاقد بأساليب القانون الخاص، حيث إن القانون الإداري ينظم طائفة من النظريات التي لا يعرفها القانون الخاص، كنظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة التي تمنح المتعاقد مع الإدارة الحق في الحصول على التعويض عن الخسائر التي يمكن أن يكون قد تكبدها بسبب هذه الصعوبات، كذلك نظرية عمل الأمير، حيث تتحمل جهة الإدارة الخسائر التي قد يتعرض لها المتعاقد إذا كانت هذه الخسائر ناجمة عن تصرفات الإدارة نفسها، هذا فضلاً عن نظرية الظروف الطارئة، كما يكون للمتعاقد الحق في الحصول على التعويض مقابل الخدمات التي يؤديها إلى الجهة الإدارية حتى ولو لم تطلب هذه الخدمات، ولم ينص عليها العقد طالما كانت مفيدة لجهة الإدارة ولازمة لها.

^{٧٦} سري الدين، هاني صلاح. ١٩٩٩م. الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص. ص ٢٤٥

^{٧٧} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ١٨٨

كما أنه ومن ناحية أخرى فإن اتباع جهة الإدارة لأساليب القانون العام في التعاقد، يمثل قيداً على حريتها فهي ليست حرة في اختيار المتعاقد معها، ولا في شكل العقد، ولا في الإجراءات المتبعة لإتمام العقد، فكل ذلك محدد سلفاً في التشريعات واللوائح ويتعين على جهة الإدارة الالتزام بها^{٧٨}.

ثانياً: إن تكييف العقد على أنه من عقود القانون العام أو من عقود القانون الخاص لا يتوقف على الوصف الذي يطلقه عليه الأطراف، إنما بموضوع العقد وبما يتضمنه من شروط وأركان ترجع انتماء العقد إما للقانون العام وإما للقانون الخاص، فإذا كانت الطبيعة الإدارية للعقد واضحة وذلك بتوافر عناصر العقد الإداري، فإن شرط الاختصاص يكون تحصيل حاصل، ولا تأثير له على الطبيعة الإدارية للعقد، اللهم إلا باعتباره كاشفاً لهذه الطبيعة، ونفس الأمر إذا كانت طبيعة العقد مدنية أو تجارية وورد النص على جعل الاختصاص للقضاء الإداري، فشرط الاختصاص المخالف لطبيعة العقد عديم القيمة، ولا يعتد به لتعلق قواعد الاختصاص بالنظام العام^{٧٩}.

ثالثاً: إن شرط الثبات التشريعي الذي يرد عادة في عقود B.O.T وعقود التنمية الاقتصادية بشكل عام، يعتبر في حد ذاته شرطاً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاص، وهو لا يعني أبداً أن الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة قد أرادت أن تتعاقد مع الطرف الآخر على قدم المساواة، بل يعني اعتراف الطرف الخاص المتعاقد بقدرة الدولة بما لها من سلطة في تعديل العقد أو إنجائه، غير أن الطرف الخاص قد اتفق مع الدولة على عدم استعمال تلك السلطة، وهذا الاتفاق لا يمحو سلطة الدولة في تعديل العقد أو إنجائه^{٨٠}.

^{٧٨} لروني، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٧٤

^{٧٩} ساري، جرجي شفيق. ١٩٧١. تطور طريقة ومعايير تمييز وتحديد العقد الإداري. القانون الفرنسي والمصري. مصر: دار النهضة العربية.

ص ١٣٦ وما بعدها

^{٨٠} بكر، محمد عبد العزيز علي. ١٩٩٩م. فكرة العقد الإداري عبر الحدود. رسالة دكتورا. مصر: جامعة حلوان. ص ٢٥٢

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

بالإضافة إلى الاتجاهين السابقين يوجد اتجاه آخر من الفقه يقف موقفاً وسطاً بين الاتجاهين الأولين، يذهب أنصاره إلى القول بأن عقد B.O.T عقد ذا طبيعة خاصة، ولا يمكن إعطاؤه تكييفاً قانونياً ثابتاً، فهو تارةً يدخل في مفهوم العقود الإدارية وتارةً يدخل ضمن القانون الخاص، وذلك حسب كل حالة على حده وفقاً لشروط العقد، وبالتالي يختلف تكييفه من حالة إلى أخرى، أو بالأحرى من مشروع إلى آخر، ويستندون في قولهم هذا على الحجج الآتية^{٨١}:

أولاً: بالرغم من أن عقد B.O.T يجد جذوره التاريخية من عقد امتياز المرافق العامة، إلا أنه توجد العديد من أوجه الاختلاف بين العقدين، فعقد B.O.T اليوم يرم بعد مفاوضات شاقة بين الطرفين، كما أنه يعد مفهوماً جديداً في مجال المراسلات القانونية يقوم على استخدام التمويل من القطاع الخاص لإنشاء المشروعات المشتركة، وذلك عن طريق الاتحادات المالية الخاصة والتي يطلق عليها شركة المشروع^{٨٢}.

ثانياً: إن عقود B.O.T تتطلب وضع قواعد قانونية جديدة تحكم العديد من الأمور، منها على سبيل المثال: ملكية الأرض التي سيقام عليها المشروع مدى جواز تحويل الأموال التي يحققها المشروع للخارج- الرسوم التي يحق للمتعاقد الحصول عليها من الأفراد- العميلات العمينة- مدى جواز الحجز على هذه الأموال- كيفية إعادة المشروع للدولة- إجراءات تسوية المنازعات ودياً^{٨٣}.

وعلى أن ينتهي هؤلاء إلى صعوبة تكييف محدد ثابت لعقد B.O.T على أن هذا الاتجاه أيضاً لم يسلم من الانتقادات التي جاءت على النحو الآتي^{٨٤}:

^{٨١} أنس جعفر، ٢٠٠٧م. العقود الإدارية. ص ٧٥

^{٨٢} المرجع نفسه. ص ٧٥

^{٨٣} المرجع نفسه. ص ٧٥

^{٨٤} الروي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٥٦

١ - إن هذا التكييف غير حاسم في شأن المسألة المعروضة، كما أنه يؤدي إلى تميع الأمر، فضلاً عن أنه يعني التردد في مسألة لا تحتل التردد.

٢ - إن عقود B.O.T قد تتضمن شروط الإحالة إلى التحكيم الدولي لفض منازعاتها، ولا تخفي مدى خطورة القول بتكييف كل حالة على حده على مصالح الدولة في هذه الحالة، لأن هذا التكييف يعطي لهيئات التحكيم سلطات أوسع، مما قد يؤدي إلى تعسفها عند تكييف هذه العقود.

هذا بإيجاز أهم ما قيل من آراء في تكييف عقد B.O.T وتحديد طبيعته القانونية.

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

المبحث الثاني: الاتجاه الراجح في تحديد الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل والتحويل

B.O.T

تناولنا في المبحث السابق الاتجاهات أو الآراء المختلفة التي قيلت بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقد B.O.T، ومن خلال استعراضها وبيان حجج وأسانيدها، وما وجه له من انتقادات، وبالتمعن فيها والموازنة بينها، يضح لنا قوة الاتجاه القائل بالطبيعة الإدارية لعقد B.O.T، وهو الاتجاه الذي يؤيده الغالبية العظمى من فقهاء القانون، وقد أوردوا من الأسانيد ما يؤكد وجهة نظرهم هذه، وبما يكفي لترجيح هذا الاتجاه، على أننا سنتناول الحجج والأسانيد السابقة بشي من التفصيل خلال هذا، ساعين إلى إضافة حجج أخرى تؤكد صحة هذا الرأي، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: احتواء عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T على شروط العقد الإداري

يستند الفقه والقضاء الإداريين في مجال تحديد طبيعة العقد الذي أبرمته جهة الإدارة على شروط ثلاث إذا ما توافرت في العقد اكتسب الصفة الإدارية، هذا ما لم ينص المشرع على اعتبار العقد عقداً إدارياً، أو على اختصاص القضاء الإداري بنظر منازعاته، مما يعني أنه عقد إداري يخضع لأحكام القانون الذي يطبقه هذا القضاء، وبالتالي لا مجال للاجتهاد، أما في غير الحالات السابقة فيعتبر العقد من عقود الإدارة الخاصة.

وتتمثل عناصر العقد الإداري فيما يلي:

١ - أن يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام.

٢ - اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

٣ - احتواء العقد على شروط استثنائية.

وإذا ما أمعنا النظر في عقد B.O.T، يثبت لنا احتواؤه على هذه الشروط الثلاثة وهو ما يؤكد اكتساب العقد للصفة الإدارية كما سنوضح^{٨٥}.

أولاً: أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً.

فالعقد الذي لا تكون الأشخاص العامة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً، وهذا تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري الذي وحد ليحكم نشاط السلطات الإدارية، وأشخاص القانون العام تتمثل في الدولة والوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها، فضلاً عن الأشخاص العامة المحلية من محافظات ومدن وأحياء يضيف القانون عليها الشخصية المعنوية.

وفي إطار تحديد الشخص المعنوي العام أو الجهة الإدارية كطرف في العقد الإداري نصت المادة الثانية من لائحة العقود الإدارية النافذة في ليبيا على ما يلي: "تسري أحكام هذه اللائحة على العقود الإدارية التي تبرمها الجهات والوحدات الإدارية وكذلك على العقود التي تبرم لتنفيذ مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة أي كانت جهة التعاقد"^{٨٦}.

ويفهم من هذه المادة، أن اللائحة تشترط كقاعدة عامة لاعتبار العقد إدارياً في تطبيق أحكامها، أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، أي إحدى الجهات الإدارية من وزارات أو وحدات الإدارية وهي الهيئات والمؤسسات والمصالح والأجهزة العامة القائمة عليها وما في حكمها، واستثناءً من ذلك تعبير

^{٨٥} وتجدر الإشارة إلى أن هناك تطوراً هاماً في فرنسا على صعيد تطبيق عناصر أو شروط العقد الإداري، فبعد أن كان مجلس الدولة الفرنسي يتطلب توافر الشروط الثلاثة لاكتساب العقد الصفة الإدارية، أصبح المستقر عليه منذ سنة ١٩٥٦ الأخذ بمعيار تبادلي، وهو إما أن يحتوي العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تنفيذ المرفق العام ذاته، وبمقتضى هذا المعيار الجديد لم يعد ضرورياً أن يجتمع هذان الشرطان معاً لاكتساب العقد الصفة الإدارية، بل يكفي توافر أحدهما إلى جانب الشرط الأول وهو كون الإدارة طرفاً في العقد.

^{٨٦} لائحة العقود الإدارية الليبية رقم ٥٦٣ لسنة ٢٠٠٧ م. مادة ٢. ص ٤

إدارياً وفقاً لأحكام هذه اللائحة- العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص بغرض تنفيذ مشروع من مشروعات التنمية الممولة من الميزانية العامة وذلك متى توافرت فيه بقية عناصر العقد الإداري.

وقريب من هذا الاستثناء، في فرنسا تعتبر العقود التي تبرم لإنشاء واستغلال الطرق والأنفاق عقوداً إدارية، حتى ولو كان طرفا التعاقد من أشخاص

القانون الخاص، وفي تأكيد ذلك ذهبت محكمة النزاع الفرنسية في حكمها بتاريخ ٨ يوليو ١٩٦٣م إلى أن إنشاء الطرق العامة له صفة الأشغال العامة التي تؤول للدولة، وهي تنفذ أصلاً بطريق الإدارة المباشرة، ويترتب على ذلك أن العقود التي تبرم من أجل تنفيذها تخضع للقانون العام سواء كان الملتزم شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، أو شركة اقتصاد مختلط من نظام القانون الخاص^{٨٧}.

وقد يحدث أحياناً أن يتعاقد أحد أشخاص القانون الخاص باسم الإدارة ولحسابها، وفي ذلك استقر القضاء الإداري على اعتبار تلك العقود إدارية متى توافرت فيها بقية شروط العقد الإداري، على الرغم من أن طرفي العقد هم من أشخاص القانون الخاص، ومن ذلك حكم محكمة النزاع الفرنسية بشأن عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط مع منشأة خاصة، وتختص بفائع هذه القضية في أن شركة اقتصاد مختلط كانت ملتزمة بتسوية وتمهيد لقريتي ماسي وأنتوني^{٨٨}، قامت بالتعاقد مع منشأة خاصة لمعاونتها في القيام بهذه الأشغال، واعتبرت المحكمة في قرارها العقد إدارياً على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف إلا باسم قريتي (ماسي وأنتوني) ولحسابهما^{٨٨}.

^{٨٧} لعوي، ثوريه. ١٩٨٧م. معيار العقد الإداري. رسالة دكتوراه. مصر: جامعة عين شمس. ص ١٣٢. ١٣٣

^{٨٨} وقد سلكت المحكمة الإدارية العليا المصرية، النهج نفسه، حيث ورد في أحد أحكامها ما يلي (من البديهي أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يعتبر من العقود الإدارية، ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الأفراد والهيئات الخاصة، إلا أنه من المقرر أنه متى تبين أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة، إنما كان في الحقيقة لحساب الإدارة ولمصلحتها، فإن هذا العقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري)

وأخيراً يجب التنويه إلى أن العبرة بتوافر الشخصية المعنوية العامة لأحد طرفي العقد هي بوقت التعاقد، وتغير صفة الشخص المتعاقد بعد ذلك لا يؤثر على طبيعة العقد وكونه عقداً إدارياً.

والثابت أن عقود B.O.T التي أبرمت في العديد من دول العالم المتقدمة منها والنامية، أن أحد أطرافها شخص معنوي عام، ومن ذلك على سبيل المثال أبرم في أوربا عقد B.O.T بين كل من الحكومة الفرنسية والحكومة البريطانية من جهة كطرف أول، وشركة من شركات القطاع الخاص تسمى شركة بورتانال كطرف ثان، وذلك بمناسبة تنفيذ نفق المانش الذي يربط بين فرنسا وبريطانيا، كذلك في مصر أبرمت العديد من عقود B.O.T في مجالات مختلفة من أهمها عقود إنشاء وتشغيل وتسليم المطارات التي كانت الدولة المصرية ممثلة في الهيئة المصرية العامة للطيران المدني دائماً طرف أول في العقد، بينما يتمثل الطرف الثاني في شركة من شركات القطاع الخاص^{٨٩}.

ثانياً: أن يتصل العقد بمرفق عام وفكرة المرفق العام هي الفكرة التي نورت وجود قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري، ذلك أن مقتضيات المرافق العامة هي وحدها التي تدور ما يتضمنه القانون الإداري من خروج على المألوف في القانون الخاص، وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، فهذه الفكرة لازمة ولا يمكن الاستغناء عنها، وقد تكون في أحيان كثيرة هي وحدها العامل الفعال في تحديد طبيعة العقد. وللمرفق العام معنيان:

حكم المحكمة الإدارية العليا . طعن رقم ١٨٦ لسنة ٣٣ ق . جلسة ١٩٩٤/١/١٨ . الموسوعة الإدارية الحديثة . الجزء ٤٩ . ص ٤٦ . لمزيد من الإطلاع أنظر . راض ، مازن ليلو . ٢٠٠٢م . دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري . ص ٣٩ .
^{٨٩} أهمها عقد تنفيذ مطار العلمين الدولي . عقد تنفيذ مطار مرسى علم الدولي . عقد تنفيذ مطار رأس سدر الدولي . العقود الثلاثة منشورة

المعنى العضوي: حيث يقصد بالمرفق العام الهيئة أو المنظمة التي تقوم بأداء الخدمة لإشباع الحاجات العامة التي ترى الدولة ضرورة القيام بها بنفسها وتحت إشرافها ومسؤوليتها^{٩٠}،

المعنى الموضوعي: ويقصد به النشاط العام الذي يباشره الشخص الاعتباري من ثم ينصرف إلى كل نشاط تباشره الدولة أو تتولى تنظيمه أو الإشراف عليه ويستهدف تحقيق المصلحة العامة^{٩١}.

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: "مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها بغير قصد الربح، والنفع العام"^{٩٢}

في حين عرفته المحكمة العليا الليبية بأنه: "كل مشروع يعمل بانتظام واطراد تحت إشراف الدولة، لسد حاجة عامة، مع خضوعه لنظام قانوني معين، بحيث إذا نص المشرع على طبيعة المشروع تعين النزول على حكم النص، وإذا لم يصحح فإنه يلزم استجلاء مقاصده من مجموعة القواعد التي تحكمه"^{٩٣}.

هذا وقد ظهرت ثلاث نظريات متباينة بكفاية اتصال العقد بالمرفق العام، بالإضافة إلى الشرط الأول لاكتساب العقد الصفة الإدارية وهي:

١ - نظرية الهدف الحال والمباشر: تقوم هذه النظرية على قاعدتين أو طمًا: لا يكون العقد إدارياً إلا إذا كان موضوعه تحقيق غرض مرفق عام حال ومباشر. أي تحقيق هدف مباشر من أهداف المرفق العام

^{٩٠} عياد، أحمد عثمان. ١٩٧٣م. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية . رسالة دكتورا. مصر: جامعة القاهرة. ص ١٠

^{٩١} لعيوني، ثوريه. ١٩٨٧م. معيار العقد الإداري. ص ١٥٢

^{٩٢} حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية. الدائرة الثالثة. الطعن رقم ٣٧٠٣ ل ٣٣ ق عليا. بجلسة ١٩٩٣/٣/٩. الموسوعة الإدارية الحديثة ج

٤٥. ص ٣٦.

^{٩٣} حكم المحكمة العليا الليبية . طعن رقم ٤٢٠٨١ م. بتاريخ ١٩٩٧/٤/٢٩.

بطريقة مباشرة، والثانية: فحواها أن العقود إذا كانت لا تحقق هدف مرفق عام بطريقة مباشرة، تكون عقود مدنية وتجارية، حتى لو كانت تسعى إلى تحقيق هدف مرفق عام بطريقة غير مباشرة^{٩٤}.

٢ - **نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام:** وتقوم هذه النظرية أيضاً على فكرتين أولها: فكرة المشاركة الدائمة في المرفق العام، فالمشاركة الدائمة تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد حتى لو لم يتضمن شروطاً استثنائية، والثانية: هي فكرة طبيعة الوظيفة، أي أن الصفة الإدارية للعقد بحسب طبيعة الاستخدام تستلزم أن تكون العلاقة بين الإدارة والأفراد المتعاقدين معها مؤسسة على روابط القانون العام^{٩٥}.

٣ - **نظرية الوسائل المتبعة في إدارة المرفق:** وتقوم هذه النظرية على أساس أن بعض المرافق ينظمها القانون بطريقة تستتبع إخفاء الصفة الإدارية على العقود التي تبرمها تلك المرافق، استناداً على فكرة تنظيم المرافق وفقاً لأوضاع خارجة عن القانون الخاص^{٩٦}.

والمطالع على عقود B.O.T يلاحظ مدى اتصالها بالمرافق العامة، فعقود B.O.T المتعلقة بتنفيذ المطارات تتصل بمرفق الطيران، وعقود تنفيذ محطات الكهرباء تتصل بمرفق الكهرباء، وعقود الطرق والأنفاق تتصل بمرفق المواصلات وهكذا، فكل تلك العقود تتصل بالمرافق العامة، بل بالمرافق العامة الحيوية، وتتسم الاتصال ووثوقه، فالتعاقد مع الإدارة في مثل هذه العقود لا يوقف التزامه عند حد إدارة المرفق وتسييره فقط، إنما يلتزم بتشديد المرفق على حسابه الخاص، ثم يقوم بإدارته واستغلاله^{٩٧}.

ثالثاً: احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

^{٩٤} عياد، أحمد عثمان. ١٩٧٣م. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. ص ٣٠

^{٩٥} لعيوني، ثورية. ١٩٨٧م. معيار العقد الإداري. ص ١٧٨

^{٩٦} عياد، أحمد عثمان. ١٩٧٣م. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. ص ٣٢

^{٩٧} نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ٣٩-٤٠، فهمي، محمود محمد. ٢٠٠١م. عقود الـ B.O.T

وتكييفها القانوني. بحث منشور ضمن سلسلة أبحاث مشروعات B.O.T وأحوالها. ص من ٥٩ إلى ٧٨

فوجود الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، يعني اختيار الإدارة لوسائل القانون العام، ويكون ذلك إما بتضمين الشروط في العقد، أو بالإحالة إلى دفاتر شروط تتضمن الشروط الاستثنائية، كما قد تكون الشروط الاستثنائية مقررمة بمقتضى القوانين واللوائح التي يخضع لها العقد عند إبرامه وتنفيذه.

ونظراً لعدم وجود تعريف أو تحديد لهذه الشروط في أي تشريع، فقد اجتهد الفقه والقضاء الإداريين في ذلك وتعددت الآراء، نذكر منها على سبيل المثال:

١ - الشروط الاستثنائية هي تلك الشروط التي تدرج في العقود الإدارية وغير معتاد النص عليها في القانون الخاص، وإلا كانت باطلة^{٩٩}.

٢ - الشروط الاستثنائية هي المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري، لأن ذلك هو الذي يجعلها تتسم بطابع السلطة العامة، وأن مثال هذه الشروط مستحيل التحقق في عقود الأفراد، لأنه إنما يستمد وجوده من وجود السلطة العامة كطرف في العقد الإداري^{١٠٠}.

٣ - الشروط الاستثنائية هي الشروط غير المألوفة ومن الصعوبة بمكان تحديد متى تكون الشروط خارجة عن المؤلف في القانون الخاص، ويمكن رد هذه الشروط غير المألوفة إلى أفكار رئيسية، كما يمكن الاستدلال عليها من وجود شروط معينة هي:

أ - الشروط التي تضمن امتيازات للإدارة ولا يمكن أن ينسحب بها المتعاقد الآخر.

ب - أن يتمتع المتعاقد بسلطات استثنائية في مواجهه الغير.

ج - جعل الاختصاص للقضاء الإداري^{١٠١}.

^{٩٨} ويلاحظ أن الشروط الاستثنائية ترد دائماً في صيغة الجمع، غير أن ذلك لا يعني ضرورة احتواء العقد على عدة شروط بل يكفي شرط

استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام

^{٩٩} مصطفى أبوزيد فهمي. ١٩٩٩م. القضاء الإداري ومجلس الدولة. مصر: دار المطبوعات الجامعية. ص ٢٧٢

^{١٠٠} د ثروت بدوي. ١٩٧٦م. النظرية العامة في العقود الإدارية. د ن. ص ٨٣

٤ - الشروط الاستثنائية هي الشروط التي تحل أحد طرفي العقد التزامات أو تمنحه حقوقاً غير مألوفة

بطبيعتها في نصوص العقود التي تبرم داخل إطار القوانين المدنية والتجارية.^{١٠٢}

٥ - الشروط الاستثنائية هي الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا

يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة.^{١٠٣}

٦ - الشروط الاستثنائية هي الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص.^{١٠٤}

والمتمتع في عقود B.O.T سيلاحظ أنها تحتوي على العديد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود

القانون الخاص والتي تؤكد طبيعتها الإدارية، ونحاول هنا إبراز أهم هذه الشروط والتي لا يخلو منها عقد

من عقود B.O.T وذلك على التفصيل الآتي:

١ - شروط تثير امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد

وتتضمن عقود B.O.T العديد من الشروط الاستثنائية التي تثير امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها

نذكر أهمها على النحو التالي:

أ - طريقة إبرام عقود B.O.T تمثل شروطاً استثنائية.

ما جرى عليه العمل في إبرام عقود B.O.T هو إبرامها عن طريق مناقصات عامة عالمية_ كما سنوضح

لاحقاً_ ومن المعلوم أنه عند المتعاقد بنظام المناقصة يلتزم المتقدم للمتعاقدين بالبقاء على إيجابه حتى يتم

إرساء المناقصة، أما جهة الإدارة المتعاقدة فلا تلتزم إلا في وقت متأخر أي بعد اعتماد المناقصة، بل قد لا

تلتزم إطلاقاً، وهذا الوضع يتضمن شرط الأسد المحذور في العقود المدنية، وينقص مبدأ المساواة بين

^{١٠١} الطماوي، سليمان. ١٩٩١م. الأسس العامة في العقود الإدارية. دراسة مقارنة. دار الفكر العربي. ط ٥. ص ٩٢

^{١٠٢} توفيق شحاتة. ١٩٥٥م. مبادئ القانون الإداري. مصر: دار النشر للجامعات المصرية. ط ١. ص ٧٥٧

^{١٠٣} حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٣/٢/٢٥. مجموعة الأحكام. ص ١٢٢٥

^{١٠٤} حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٣/١٢/٣٠. مجموعة الأحكام. ص ٣٥٩_ وحكمها في ١٩٨٤/٢/١١. مجموعة الأحكام

المتعاقدين المقرر كقاعدة أساسية من قواعد القانون الخاص، ولكنه شرط صحيح في العقود الإدارية، وهو ما يؤكد صحة القول بأن عقود B.O.T تحتوي على الشروط الاستثنائية التي تتميز بها العقود الإدارية.^{١٠٥}

ب - سلطة جهة الإدارة في الرقابة والإشراف والتدخل

من الشروط المعتادة في العقود الإدارية تلك الشروط التي تسمح لجهة الإدارة المتعاقدة بالتدخل في العقد الإداري، ذلك لمباشرة سلطة الرقابة والإشراف الإداري والفني والمالي، فهذه السلطة الممنوحة لجهة الإدارة تعد من الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في عقود الأفراد، ويترتب عليها اعتبار العقد إدارياً، كما أنها من السلطات الأصلية المقررة لجهة الإدارة والتي لا يجوز لها التنازل عنها، بل لها الحق في مباشرتها حتى ولو لم ينص عليها في العقد.

وسلطة الرقابة هذه من السلطات الأساسية والمعتمدة دائماً لجهة الإدارة في عقود B.O.T، حيث يكون لها الحق في التدخل والتفتيش في جميع مراحل العقد قبل إبرامه، ولا شك أن سلطة الرقابة والإشراف على النسخ السابق من الأمور التي تشير امتيازات السلطة العامة بوضوح، ومن ثم فقد أجمع الفقه والقضاء الإداري على أنها تعد من الشروط غير المألوفة بطبيعتها في تعاقدات القانون الخاص، وبالتالي فهي كفيلة بإصفاء الطبيعة الإدارية على عقد B.O.T.

^{١٠٥} والمستقر عليه فقهاً وقضاً وتشريعاً أن مقدم العطاء يلتزم بعطائه من وقت تصديده إلى جهة الإدارة حتى ميعاد فتح المظاريف ولا يستطيع أن يرجع في هذا العطاء أو يسحبه أو يغيره، ويترتب على الإخلال بهذا الالتزام مصادرة التأمين المرفق بالعطاء، أما جهة الإدارة فيجوز لها إلغاء المناقصة بعد الإعلان عنها، كما أن لها سلطة عدم اعتماد الترسية بعد فحص العطاءات وإرسالها على صاحب أفضل عطاء طالما رأت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، يراجع في ذلك . الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T . دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٩٥-٩٦

^{١٠٦} ومن الأمثلة على ذلك ورد في النموذج الموحد لعقود B.O.T في دولة الكويت ما يلي: (للطرف الأول أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعة الوثائق المتضمنة للتصميمات والرسومات والبيانات التقنية، وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ وعلى الطرف الأول أن يخطر الطرف الثاني بذلك وعلى الطرف الثاني أن يوفر للاستشاري الذي يعينه الطرف الأول المعلومات والوثائق وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقدر نفسه الذي يتيح العقد للطرف الأول) وورد أيضاً في نفس النموذج (يتعهد الطرف الثاني بإنشاء وحدة حسابية للطرف الأول بالمشروع لمتابعة الأعمال المالية مع إمداده بكل البيانات والدفاتر اللازمة، وتقدم كل التسهيلات الإدارية له مع قبول إجراء التفتيش المالي وإخطار إدارة المشروع بملاحظاتهما والعمل على تلافيها في مدة لا تزيد على ٣٠ يوماً)

ج - عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد أو تحويل بعض حقوقه والتزاماته للغير بدون موافقة جهة الإدارة.

من الشروط التي تقرر امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ما تتضمنه العقود الإدارية من نصوص تمنع المتعاقد من التنازل عن العقد أو تحويل بعض حقوقه والتزاماته إلى الغير، إلا بعد أخذ موافقة جهة الإدارة، والتي يكون لها الحق في الموافقة على ذلك، أو تعليقه على شروط معينة تقتضيها المصلحة العامة، وذلك اتساقاً مع مبدأ أو وجوب أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه.

وهذه النصوص من النصوص الثابتة في عقود B.O.T^{١٧}، وما من شك أن ذلك يمثل مظهراً من مظاهر السلطة العامة وهو يمثل قربة على الطبيعة الإدارية لهذه العقود^{١٨}.

د - سلطة جهة الإدارة في توقيع غرامات تأخير بالإضافة إلى ما تقدم، تتضمن عقود B.O.T استمرار شروط تلزم المتعاقد مع الإدارة بدفع غرامات مالية عن كل يوم تأخير في تنفيذ العقد، وذلك كجزاء إداري لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وهو ما يمثل شرطاً استثنائياً آخر يدعم القول بالطبيعة الإدارية لهذه العقود^{١٩}.

^{١٧} من ذلك ما ورد في نموذج عقود B.O.T الكويتي على أنه: (لا يجوز للطرف الثاني التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته إلى الغير إلا بموافقة الطرف الأول كتابةً واعتباراً من هذه الموافقة، ويجوز للطرف الأول أن يشترط أن لا يتم التنازل إلا إذا استوفى الطرف الثاني شروط معينة وعليه أن يفي بتلك الشروط عند إجراء التنازل، كما لا يجوز للطرف الثاني التنازل عن العقد أو جزء منه للغير من دون موافقة كتابية مسبقة من الطرف الأول بعد اعتماد مجلس الوزراء وفي هذه الحالة يظل الطرف الثاني مسؤولاً مع المتنازل عليه مسؤولية تضامنية عن تنفيذ العقد على الوجه الأكمل)

^{١٨} الروبي. محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١١١
^{١٩} ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في نموذج B.O.T الكويتي ما يلي (أ-إذا تأخر الطرف الثاني في تنفيذ التزاماته في التواريخ المحددة وفقاً لجدول التنفيذ بالملحق (١) يلتزم بدفع غرامة تأخير إلى الطرف الأول من تاريخ وقوع التأخير من دون الحاجة إلى إنذار أو إشعار مسبق من الطرف الأول أو اتخاذ أي إجراءات قضائية بشأنه ومن دون حاجة لإثبات الضرر الذي يعتبر متحققاً في جميع الأحوال وذلك بواقع ١% من إجمالي قيمة المشروع عن الشهر الأول أو جزء منه، يزداد بواقع ٢% عن كل شهر لاحق حتى ثلاثة أشهر يحق بعدها للطرف الأول فسخ العقد ومصادرة خطاب الضمان، ولا تسري الغرامة في حالة توقف لإعمال بناء على طلب الطرف الأول أو للطرف القاهرة. ب- في حالة تأخر الطرف الثاني عن دفع أي التزام مالي مستحق للطرف الأول طبقاً للبند ١٢ من هذا العقد بعد مضي شهر من استحقاقه توقيع هذه الغرامة بمنزلة إنذار أول وتستمر الغرامة حتى انقضاء الشهر الثالث، والذي يعتبر بمنزلة إنذار أخير يحق للطرف الأول بعدها فسخ العقد

٢ - شروط تثير امتيازات المتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير

وهذا النوع أيضاً من الشروط المعتادة في عقود B.O.T منها على سبيل المثال:

أ - تحويل المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T الحق في طلب نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت عليها وتشغيل عقارات الغير دون حاجة لرضاء ملاكها وكذلك التمتع بارتفاعات عليها متى كان ذلك ضرورياً لتشغيل المرفق واستغلاله^{١١٠}.

وهذه الحقوق بكل تأكيد يستحيل العثور على مثل لها في عقود القانون الخاص، وهو ما يجعلها ذات طبيعة استثنائية يمكن الاستناد عليها لقول بالطبيعة الإدارية للعقود التي ترد فيها.

ب - حق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء رسوم من المنتفعين بأعمال المرفق، وهذا أيضاً من الحقوق الثابتة للمتعاقد مع الإدارة لقاء انتفاء الجمهور بخدمات المرفق، ففي عقود تنفيذ الطرق والمواني المطارات وتوصيل الغاز وتوصيله وغيرها يسمح للمتعاقد بالدخول في علاقة مباشرة مع جمهور المنتفعين، ليتقاضى منهم رسوم لقاء ما تكبده من تكاليف في إنشاء المرفق، وكمقابل لانتفاعهم بخدمات المرفق، وبهذا الحق يستطيع المتعاقد مع الإدارة استرداد نفقاته وتحقيق هامش ربح معقول، وهو بلا شك هدفه الأساسي من التعاقد.

ومن المتفق عليه فقهاً وقضاً أن وجود مثل هذه الشروط التي تثير امتيازات المتعاقد مع الإدارة قبل الغير في بنود العقد يؤدي إلى اصطباغه بالصبغة الإدارية^{١١١}.

بوجهه، وفي جميع الأحوال تعتبر الغرامة مستحقة على الطرف الثاني حتى تاريخ السداد وتحسب الغرامة بمجرد التأخير من دون الحاجة إلى تنبيه أو إنذار أو أي إجراءات قضائية أو إثبات حدوث الضرر الذي يعتبر متحققاً في جميع الأحوال.

^{١١٠} من ذلك جاء في عقود تنفيذ المطارات في مصر ما يلي (يمنح الملتزم الحق في حدود قوانين جمهورية مصر العربية، في إشغال موقع المطار والأراضي الأخرى اللازمة التي تتطلبها الإنشاءات وعمليات الطيران ليتمكن من إنشاء وإدارة وتشغيل المطار خلال مدة الالتزام وبما يتفق وأحكام عقد الالتزام... وله الحق في طلب ضم أراضي أخرى مجاورة للموقع المذكور تكون لازمة للإنشاءات وعمليات الطيران..)

الروبي. محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T . دراسة في إطار القانون الدولي الخاص.

٣ - شروط تمنح المتعاقد امتيازات في مواجهة الإدارة نفسها.

نتج عن افتقار الدول النامية إلى التكنولوجيا المتطورة، واحتياج أغلبها إلى جذب رؤوس الأموال الأجنبية، ومن ثم تشجيعها على القدوم إليها من أجل تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، حيث سعت هذه الدول إلى ذلك عن طريق وسائل متعددة أهمها تقرير بعض المزايا للمشروعات الاستثمارية، كمنحها إعفاءات ضريبية وجمركية وغيرها.^{١١٢}

لذلك نجد عقود B.O.T تتضمن في كثير من الأحيان نصوصاً تقرر مزايا عديدة للمتعاقد في مواجهة الإدارة، كإعفاءات ضريبية وجمركية والمزايا المقررة بموجب قوانين الاستثمار، وهو شرطاً غير مألوف في عقود القانون الخاص كما سنوضح فيما يلي:

أ - شرط الثبات التشريعي.

تتضمن عقود B.O.T في الغالب ما يعرف بشرط الثبات التشريعي وهو ذلك الشرط الذي يرد ضمن بنود العقد، وينص صراحة على أن القانون الذي يسري على العقد، هو قانون الدولة المتعاقدة النافذ وقت إبرام العقد، مع استبعاد أية تعديلات لاحقة تطرأ عليه.^{١١٣}

وقد ذكرنا سابقاً أن بعض من فقهاء القانون يعتبر وجود مثل هذا الشرط ضمن بنود العقد دليل على أن العقد من عقود القانون الخاص، بحجة أن تعهد الدولة بعدم استخدام السلطات التي تميزها في العقود الإدارية يفصح عن نيتها في التعاقد على قدم المساواة مع الطرف الآخر.

^{١١١} الطماوي، سليمان. ١٩٩١م. الأسس العامة في العقود الإدارية. دراسة مقارنة. ص ٩٤ وما بعدها عياد، أحمد عثمان. ١٩٧٣م. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. ص ٨٢ وما بعدها.

^{١١٢} الروي. محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١١٥

^{١١٣} أحمد عبد الكريم سلامة. ٢٠٠٠ و ٢٠٠١م. قانون العقد الدولي. مصر: دار النهضة العربية. ص ٣٠٥ وما بعدها

غير أن القول السابق لم يعد له ما يؤيده، والفقه القانوني الحديث يكاد يجمع على أن شرط الثبات التشريعي في حد ذاته يعد من قبيل الشروط الاستثنائية التي تؤكد الطبيعة الإدارية للعقد، ذلك أن الدولة عندما تضمن عقدها شرط الثبات التشريعي فإنها لا تتنازل بذلك عن السلطات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها في مجال العقود الإدارية وتغدو تبعاً لذلك على قدم المساواة مع هذا المتعاقد كما هو الحال في عقود القانون الخاص، بل إن إيراد هذا الشرط يعتبر في حد ذاته دليلاً واضحاً على أن العقد يحتوي شروطاً استثنائية غير مألوفاً في عقود القانون الخاص، لأن أحد أطراف هذه العقود لا يملك أن يتعهد المتعاقد الآخر بعدم تعديل التشريعات السارية وقت إبرام العقد أو القانون الواجب التطبيق عليه، وهذا الأمر لا تملكه إلا السلطة التشريعية التي أصدرت تلك القوانين.^{١١٤}

وتأسيساً على ذلك فإنه حينما تتعهد الدولة بعدم ممارسة إحدى سلطاتها وهي سلطة تعديل قوانينها فإن ذلك يعد في حد ذاته شرطاً استثنائياً يدخل ضمن دائرة القانون العام، ويمثل اعترافاً من الطرف الآخر بأن لتلك الدولة سلطة تعديل تشريعاتها متى شاءت، وبالتالي لا يجوز لها استعمال تلك السلطة وقتما تريد، كما يجوز لها تبعاً لذلك أن تلتزم بعدم استعمالها كلياً أو جزئياً بصدد أحد عقودها أو بعضها.^{١١٥}

ب - تقرير إعفاءات ضريبية وجمركية لصالح المتعاقد مع الإدارة.

ذكرنا سابقاً أن عقود B.O.T تبرم في الغالب مع الشركات العالمية التي تملك الإمكانات المادية والتكنولوجية وذلك نظراً لضخامة المشروعات محل التعاقد وبالتالي فهي تعتبر من عقود الاستثمار وتتمتع بالمزايا التي تقرها قوانين الاستثمار النافذة في أغلب الدول النامية المشجعة للاستثمار الأجنبي والتي من أهمها تقرير بعض الإعفاءات الضريبية والجمركية للمشروعات الاستثمارية.

^{١١٤} الروبي. محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١١٧ وما بعدها

^{١١٥} أحمد عبدالكريم سلامة. ٢٠٠٠ و ٢٠٠١م. قانون العقد الدولي. ص ٣٢٤

ولا شك أن مثل هذه المزايا تعتبر من الشروط الاستثنائية التي لا يمكن مصادفتها في عقود القانون الخاص، إذ كيف يتصور عقد من هذه العقود الأخيرة يقضي بالإعفاء من الضرائب أو الجمارك وغير ذلك من المزايا المماثلة الأمر الذي يؤكد استثنائية هذه المزايا.^{١١٦}

والواضح في ذلك كون هذه المزايا أو الإعفاءات مقررة بمقتضى القوانين وليست مقررة بمقتضى العقد، أو كونها مقررة لصالح المتعاقد وليست لصالح جهة الإدارة، فالشروط الاستثنائية كما يمكن أن ترد في العقد المبرم مع الإدارة، فإنها يمكن أيضاً أن ترد في نصوص القوانين واللوائح، كما أن الشروط الاستثنائية وفقاً لأحكام القضاء الإداري هي تلك الشروط التي تمنح أطراف العقد حقوق أو تحملهم التزامات تباين طبيعتها عما يمكن أن يتصوره أي عقد مبرم في نطاق القانون المدني أو التجاري، لذلك فإن هذه الشروط من الممكن أن يتم تقييدها لأي من طرفي العقد سواء الإدارة أو المتعاقد معها.^{١١٧}

٤ - شروط لا يمكن تقييدها أو تضييقها إلا في ضوء نظريات القانون الإداري.

وتشمل ما يلي:

أ - إعادة التوازن المالي للعقد.

من النصوص المألوفة في عقود B.O.T تلك التي تؤكد حق المتعاقد مع الإدارة في إعادة التوازن المالي للعقد عند حدوث أمر يخل بهذا التوازن، ومت توافيق شروط ذلك وهذه النصوص في الحقيقة ليست إلا ترديداً لقاعدة نشأت وترعرعت في رحاب النظرية العامة للعقود الإدارية، وتستهدف هذه القاعدة مواجهة المخاطر المختلفة التي قد يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة أثناء

^{١١٦} عبد المنعم محفوظ. ١٩٨٤م. قضاء المشروعية وفلسفة الانتفاع الاقتصادي في مصر. مصر: عالم الكتاب. ص ٤١١

^{١١٧} جعفر، محمد أنس قاسم. ١٩٩٥م. نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. دراسة مقارنة تطبيقية. بحث منشور ضمن مجموعة أبحاث

مكتب الشلفاني للاستشارات القانونية والحماية بعنوان مقالات الأعمال المدنية. ص ٦٩

مدة التعاقد، وذلك استجابة لمبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وحتى لا يتخوف المتعاقد من مركزه غير المتكافئ مع الإدارة في تلك العقود فيحجم عن العقد.

ولاشك أن تضمين عقود B.O.T تلك النصوص أمر لا يمكن تفسيره إلا في رحاب نظرية العقود الإدارية، وينبغي منطقياً إلى القول بإدارية هذه العقود^{١١٨}.

ب - النص على اختصاص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات.

حيث إن عقود B.O.T تتضمن أحياناً نصوصاً تقضي بانعقاد الاختصاص للفصل في منازعاتها للقضاء الإداري، والفقه والقضاء الإداريين متفقين على أن تضمن العقد مثل هذا النص هو بمثابة إفصاح عن نية المتعاقدين في إخضاع عقودهم للقانون العام، ومن ثم اعتبره من قبيل الشروط غير المألوفة التي تضاف على العقد الصفة الإدارية^{١١٩}.

هـ - كون موضوع عقود B.O.T هو تسيير مرافق عام واستغلاله من قبل المتعاقد مع الإدارة.

وهذا يعد في حد ذاته أمراً استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاص يكفي لانطباع هذه العقود بالطابع الإداري، فالعقد الذي يجعل أحد الأفراد يقوم بأداء خدمة عامة، يتضمن حتماً صراحةً أو ضمناً شروط استثنائية، ذلك لأن الدولة هي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة وفقاً للقواعد العامة في القانون الإداري، فإذا تخلت الدولة عن هذه المهمة وعهدت لأحد الأفراد القيام بإدارة المرفق العام، فإن هذا في حد ذاته يعد شرطاً استثنائياً، وهو ما يجعل عقد امتياز المرافق العامة عقداً إدارياً بطبيعته وباستمرار^{١٢٠}.

^{١١٨} الروي. محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٢٦

^{١١٩} عباد، أحمد عثمان. ١٩٧٣م. مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية. ص ٨٤ وما بعدها

^{١٢٠} ساري، جورج شفيق. ١٩٧١م. تطور طريقة معيار تمييز وتحديد العقد الإداري. ص ١٠

وقد رأينا أن موضوع عقود B.O.T يتعلق دائماً بتنفيذ مرافق عامة على قدر كبير من الأهمية، ترمي إلى إشباع حاجات عامة أساسية، كالمطارات والطرق والأنفاق والموانئ والسكك الحديدية والاتصالات بأنواعها ومحطات الكهرباء والصرف الصحي ومياه الشرب والغاز الطبيعي وغير ذلك من المرافق الهامة والضرورية.

كما أن مهمة المتعاقد مع الإدارة في عقود B.O.T لا تقف عند حد إدارة المرفق العام وتسييره واستغلاله، بل تشمل وتتجاوز كافة الصور المتقدمة ليقوم المتعاقد بتشبيد المرفق ذاته ثم إدارته واستغلاله لفترات طويلة، وبالتالي فهي تتميز بقوة ووثوق اتصالها بالمرافق العامة وهو ما يشكل في حد ذاته أمراً استثنائياً يكفي بمفرده لإضفاء الصفة الإدارية على هذه العقود^{١٢١}.

وبالنظر إلى كل ما ذكرناه يتبين أن عقود B.O.T تتضمن العديد من الشروط الاستثنائية، وهو ما يجعل مسألة احتواء عقود B.O.T على الشروط الاستثنائية أمراً ليس محلاً للشك، ويتوافر هذا الشرط إلى حوار الشرطين الآخرين تكون كافة شروط العقد الإداري قد توافرت، وهو ما يؤكد إضفاء الصفة الإدارية على عقود B.O.T.

المطلب الثاني: القضاء الإداري يؤيد الطبيعة الإدارية لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

على الرغم من أن الفرصة لم تسنح بعد للقضاء ليدلي بدلوه بخصوص تحديد الطبيعة القانونية لعقود B.O.T بشكل حاسم، وذلك نظراً لحداثة هذه العقود على صعيد التطبيق العملي، فهو لا يزال في انطلاقة الأولى، إلا أنه توجد بعض الأحكام والفتاوى القليلة أشارت إلى الطبيعة القانونية وأكدت صفته الإدارية أهمها ما يلي :

^{١٢١} فهمي، محمود محمد. ٢٠٠١م. عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني. بحث منشور ضمن سلسلة أبحاث مشروعات B.O.T وأحوالها. ص ٥٩ إلى ٧٨

أولاً: في لبنان أبرمت الحكومة اللبنانية ممثلة في وزارة البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية عقدين بأسلوب B.O.T مع شركتين من شركات القطاع الخاص، وقد نص العقدان على أن تسوية المنازعات في حالة حصولها يتم عبر المشاورات، وإلا طبقاً لقواعد المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، وعندما نشب خلاف بين الوزارة وكل من الشركتين المتعاقدين معها، لجأت الشركتان إلى غرفة التجارة الدولية في باريس استناداً إلى ما هو متفق عليه في العقد، مما دفع الوزارة إلى تقديم مراجعتين أمام مجلس شورى الدولة لتفسير أحكام المادتين (١٢) من العقد الأول و (٣٠) من العقد الثاني، اللتين تضمنتا الشرط التحكيمي، ونتيجة لذلك أصدر مجلس الشورى القرارين رقم ٦٣٨ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٧م، ورقم ٦٣٩ بنفس التاريخ، واللذين أكد فيهما عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية في لبنان وتبعاً لذلك فإن البند التحكيمي الوارد في كل من العقدين يكون باطلاً لمخالفة النظام العام.

ومما اعتمدته مجلس الشورى أيضاً للوجهة نظره السابقة ما يلي: "إن عقود الامتياز لاستثمار المرافق العامة هي عقود إدارية من نوع خاص بحيث لا يمكن وصفها بأنها عقود بالكامل، بل هي أعمال مختلطة تتضمن أحكاماً عقدية وتنظيمية معاً، لأن الإدارة تحتفظ بسلطانها في تنظيم المرفق العام موضوع الامتياز، وأن كلاً من العقدين موضوع المراجعة هو عقد امتياز لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة، منح وفقاً لأحكام المادة ٨٩ من الدستور، وإن تسميته الانحياز كسوية B.O.T لا تؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد امتياز، لأن العناصر التي يتضمنها هي البناء والاستثمار ونقل الملكية عند نهاية مدة العقد، وهي العناصر ذاتها التي يتضمنها عقد الامتياز وفق التعريف المحدد في المادة ٨٩ من الدستور، "منح امتياز لاستغلال مورد من موارد ثروة البلاد الطبيعية أو مصلحة ذات منفعة عامة أو احتكار إلى زمن محدد".^{١٢٢}

^{١٢٢} القيسي، محي الدين. ٢٠٠٣م. إمكانية التحكيم لحسم منازعات مشروعات البنية الأساسية B.O.T. بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية. الجزء الثاني. دمشق: منشورات الحلبي الحقوقية. ص ٢٤٨.

ثانياً: في مصر أكد القسم الإفتائي بمجلس الدولة في فتواه بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٢٤ م الطبيعة الإدارية لعقود B.O.T وذلك بمناسبة مراجعة اللجنة الثالثة لعقد كهرباء سيدي كير الذي نصت المادة ٤/١٨ منه على أن التصرفات الواردة به تعتبر تصرفات خاصة وتجارية، ففندت اللجنة ذلك وذكرت ((..وحيث إن مكونات مشروعات الاتفاقات المشار إليها تعتبر في حقيقتها جزءاً من عقد امتياز المرافق العامة طبقاً لصريح نص المادة ٧ من القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٧٦ م المعدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ م والتي نصت على اعتبار تلك العقود عقود امتياز المرافق العامة، ويصدر بمنح الالتزام وتعديل شروطه في حدود الضوابط المنصوص عليها قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير الكهرباء والطاقة، وحيث إنه من المستقر عليه فعلاً وقضائياً أن عقد امتياز أو التزام المرافق العامة هو من العقود الإدارية وحيث إن ما تقدم يتعارض مع ما ورد بمشروع الاتفاقية من أن ما تضمنته تلك التصرفات تعتبر تصرفات خاصة وتجارية، إذ أن مناط اعتبار العقد عقد تجاري هو الوقوف على طبيعة النشاط وما يقام من أعمال هامة مجاها القانون التجاري أما العقد الحالي فهو من العقود الإدارية الخالصة طبقاً لصريح القانون.^{١٢٣}

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

أغلب دول العالم

المتفق عليه في فرنسا وغيرها من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج كبلجيكا وإيطاليا والنمسا وتركيا واليونان والسويد وغيرها^{١٢٤}، هو اعتبار عقد B.O.T عقد امتياز مرفق عام، بل إن من هذه الدول

^{١٢٣} الروي، محمد. ٢٠٠٤ م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٦٨. ١٦٩.

^{١٢٤} الجدير بالذكر أنه في تركيا الحكومة حاولت تفادي تطبيق القانون الإداري على عقود B.O.T من خلال مذكرة تقدمت بها للبرلمان تقول أن عقد B.O.T هو عقد غير امتيازي ويحكمه القانون الخاص، وذلك بمناسبة قيام البرلمان بصياغة قانون جديد ينظم عقود B.O.T وبالفعل صدر القانون سنة ١٩٩٤ م ونصت المادة الخامسة منه على اعتبار عقد B.O.T من عقود القانون الخاص، غير أن هذه المادة لم

كثيراً من الدول الأفريقية كبنين وبوركينا فاسو والكمرون وجمهورية أفريقيا الوسطى والكونغو وساحل العاج والجابون والنيجر ومالي.^{١٢٥}

ولا يسود هذا التكيف لعقد B.O.T تلك الدول فحسب، بل الثابت إنه على الرغم من أن النظم القانونية الأخرى المتأثرة بالقانون الإنجليزي لا يجرى فيها هذا التمييز القاطع بين العقود الإدارية والعقود الخاصة، فإنه يمكن أن تتحقق نتائج مماثلة بوسائل مختلفة، ففي حين أنه في ظل هذه النظم القانونية يعتقد في كثير من الأحيان أن سيادة القانون تصان على أفضل وجه بإخضاع الإدارة للقانون الخاص، فإنه يسلم عمومًا بأنه لا يمكن للإدارة أن تقيّد بموجب عقد ممارسة وظائفها السيادية، ولا تستطيع الإدارة أن تعرف سلطتها التنفيذية المتمثلة في أداء الوظائف الحكومية التي تمس الصالح العام، وبموجب نظرية التصرفات السيادية فإن الهيئات الحكومية بوصفها متعاقداً يتقرر لها بعض الامتيازات الاستثنائية في مواجهة المتعاقدين معها، والحكمة من ذلك في تلك النظم هو الحفاظ على المصلحة العامة،^{١٢٦} ولا شك أن من شأن ذلك الوصول إلى ذات النتائج التي تقضي إليها نظرية العقود الإدارية في القانون الفرنسي وقوانين الدول التي تأثرت به.

ولم يقف الأمر عند تقرير تلك المزايا لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها، بل إن تلك الدول شهدت تطورات كبيرة خلال السنوات القليلة الماضية حيث أصبح مألوفاً فيها أن تتعاقد الجهات الحكومية وفقاً لنظام امتياز المرافق العامة السائد في النظم اللاتينية، ويمكن التدليل على صحة ما سبق بمشروع إنشاء

تستمر طويلاً حيث أُلغيت بحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٩٩٥م، وقضت المحكمة بأن هذا النص يخل بالمادة ١٥٥ من الدستور التركي وأن عقود B.O.T تخضع للقانون الإداري التركي، انظر د محمد متولي، مرجع سابق، هامش ص ٧٠

^{١٢٥} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٧٠

^{١٢٦} دليل الأنسيتال التشريعي، مرجع سابق، ص ٢٢٩ وما بعدها. ويجدر التنويه على أن التطور في بريطانيا وصل إلى درجة تخصص دوائر قضائية لنظر المنازعات الإدارية، ومن بينها منازعات العقود الإدارية وذلك على وجه قريب من مفهوم نظام القضاء المزدوج، انظر تفصيل ذلك. الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٦٩ وما بعدها.

نفق المانش الرابط بين فرنسا وبريطانيا، والذي تم تنفيذه بأسلوب B.O.T وجاء العقد تحت عنوان اتفاق امتياز مرافق عامة، واشتمل على الخصائص الرئيسية لعقد امتياز المرافق العامة.^{١٢٧}

وبذلك يتضح لنا أن تكييف عقد B.O.T على أنه عقد إداري، وعلى وجه التحديد عقد امتياز مرافق عامة، حيث يأتي منسجماً مع ما هو سائد بصدد تكييف هذه العقود في أغلبية الدول، وحتى الدول الرأسمالية منها التي تتبع لها أكثر الشركات الاستثمارية التي تتعاقد على تنفيذ المشروعات بموجب عقود B.O.T في دول العالم الثالث.

وفي نهاية هذا الملحق نخلص إلى تأكيد الطبيعة الإدارية لعقد B.O.T، وإلى أنه من العقود الراسخة جذورها في نظرية العقود الإدارية، فهو لا يعدو أن يكون تطوراً لعقد امتياز المرافق العامة، هذا العقد الذي ظهر وعرف في نهاية القرن التاسع عشر، وانتشر بشكل كبير مع بداية القرن العشرين في العديد من دول العالم، إلا أن انتشار النظام الاشتراكية وما تبعها من تأميمات سادت أغلب دول العالم خلال عقدي الستينات والسبعينات من القرن العشرين، أدى إلى استبعاد عقود الامتياز وانحصار تطبيقها في مجال ضيق.

ومع إطلالة العولمة وانتشارها بقوة على العالم منذ نهاية القرن الماضي، وما أدى إليه ذلك من زيادة العلاقات بين دول العالم المختلفة، والدعوات المتتالية إلى تحرير التجارة وتسهيل عملية تداول رؤوس الأموال، وفتح المجال للقطاع الخاص في المجالات المختلفة، ساهم كل ذلك في تطور نظرية العقود الإدارية، باعتبارها إحدى الأدوات القانونية الهامة لتحقيق أهداف العولمة، وظهرت فكرة عقود الامتياز من جديد، وبطبيعة الحال متأثرة بالنظام العالمي الجديد الذي أضفى عليها العديد من التطورات، بما في ذلك مسماتها الجديد عقود B.O.T.

^{١٢٧} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ١٧١

غير أن ذلك لم يؤثر إطلاقاً على طبيعتها القانونية، فهي عقود إدارية بطبيعتها متى كانت الدولة طرفاً فيها، وذلك نظراً لارتباطها الشديد بالمرافق العامة ومقتضيات الصالح العام.

وبعد التعرف على الطبيعة القانونية لعقد B.O.T كان لزاماً على الباحث التطرق للتكييف الشرعي لمثل هذه العقود من أراء فقهاء الإسلام لتمييز هذه العقود بحداثتها في الدول العربية والإسلامية وهذا ما يتناوله

المبحث الثالث من هذا الفصل

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

المبحث الثالث: التكيف الشرعي لنظام B.O.T

لجأ الفقهاء المسلمون في القرن العاشر الهجري إلى أساليب غير تقليدية لإعمار الأوقاف المتهدمة حينما عجز الوقف عن إعمار نفسه كالحكر والإجارتين والمرصد وغير ذلك كما جرى بيانه. والمتأمل في هذه الصيغ يتبين أنها توفر للوقف المال المطلوب، ولكنها تحرمه من ميزة استعادة كامل تصرفه وحرته على العين الموقوفة، حينما يكون للطرف الآخر حق القرار الدائم، بل وحق توريث ما قام ببنائه على أرض الحكر، فهو يتصرف تصرف المالك على أرض يفترض أنه أجزها إجارة طويلة، ولا يفترض أنه تملكها. ويمكن تصحيح هذا الأمر أن الواقف أو ناظر الوقف أو القاضي بحسب الأحوال لديه أرض موقوفة، وليس لديه تمويل لتشييدها، ولا عليه حق بيعها لأنها في حكم ملك الله تعالى، فيجد في التحكير مخرجاً لامتلاك ثمنها دون التصريح ببيعها، ليكون التصرف في معنى البيع، حيث أدى الطرف الآخر ما يقارب ثمن الأرض، وأصبح له حق القرار الدائم وتوريث ما أحدثه فيها من غرس أو زرع أو بناء. وحتى تبدو المسألة أنها ليست بيعاً، اشترط القائم على الوقف أن يؤدي الطرف الآخر مبلغاً سنوياً زهيداً لإثبات أن الأرض مازالت في ملك الوقف شكلاً، ولكن طالما أنهما لم تعد تحت تصرف الوقف حينما يؤدي الطرف الآخر الأجرة السنوية الزهيدة، وطالما أن الطرف الآخر له حق القرار والتوريث لما أحدثه بها، فإنها من الناحية الموضوعية لا تكون في ملك الوقف. ويبدو أن الطرف الآخر ما كان ليقدم على دفع ما يقارب ثمن الأرض إلا إذا كان سيأخذ من المميزات ما يقارب ما يأخذها مشتريها.

أما التطور الذي حدث لهذه الصيغ، فإنه ينحصر في إعادة المشروع إلى الجهة المضيفة بعد انقضاء المدة المتفق عليها، دون أن يكون للجهة المنفذة حق القرار الدائم^{١٢٨} وهذه الميزة تنقي الصيغ غير التقليدية

^{١٢٨} لم نتحدث هنا عن حق التوريث على اعتبار أن الحكر شخص طبيعي يموت، أما التطبيق المعاصر للـ B.O.T، فإن الطرف الآخر (الشركة المنفذة) في الحياة المعاصرة يكون شخصية اعتبارية أو قانونية، وهي لا تموت حتى تورث، ولكنها تنتهي بالتصفية أو بانتهاك مدتها.

خاصة الحكر من ما يعتريها من انتقاد. بمعنى أنه لو وُجِدَتْ أرض وقفية تحتاج إلى تمويل لتشييدها، ولجأ

القائم عليها إلى نظام B.O.T، دون الحكر أو المرصد، لحقق للوقف ميزة استثمار الوقف، مع امتلاك

المشروع امتلاكاً حقيقياً عند نقل الملكية له حسب العقد، ويستفيد بإيراد المشروع لينفق منه على

الموقوف عليهم بحسب شرط الواقف، دون أن يتحمل تكاليف

وبما أن هذه العقود تتميز بحدائتها في الدول العربية والإسلامية استدعت الضرورة البحث في الشكل

الذي يمكن أن تندرج تحته عقود B.O.T، وهل هي عقد إجارة، أو أنها عقود استصناع، أو... الخ

يمكن تخرج هذا العقد فقهاً لعدة تخرجات بشرط خلوه من أي محذور شرعي وتتمثل في واحد من العقود

التالية: سيتم دراسة تكيفه الشرعي في أربعة مطالب وهي:

المطلب الأول: عقد جديد أصالة.

المطلب الثاني: عقد استصناع تغليبا.

المطلب الثالث: القياس على إعمار الوقف.

المطلب الرابع: عقد كراء.

المطلب الأول: عقد جديد أصالة بعنوان (عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك)

من الملاحظ أن هذا العقد بتركيبته الكاملة عقد كامل جديد متعدد الأنواع، متفاوت المراحل ، يخرج

أصالة على القاعدة الفقهية المشهورة:

(الأصل في العقود الإباحة)^{١٢٩} يوضحها تفصيلاً العبارة التالية:

" وأما العقود والشروط ، والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها الله تعالى ؛ ولهذا نعى صلى الله عليه وسلم على المشركين مخالفة هذين الأصلين وهو تحريم ما لم يحرمه ، والتقرب بما يشرعه ، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله ؛ فإن الحلال ما أحله الله ، والحرام ما حرمه ، وما سكت عنه فهو عفو ، فكل شرط وعقد ، ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها ، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير إهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه...^{١٣٠}

ولقوله عليه السلام "ما أحل الله في كتابه فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عافية، فاقبلوا من الله العافية، فإن الله لم يكن نسياً، ثم تلا هذه الآية ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ الآية (٦٤) مريم

١٣١"

يدخل تحت هذه القاعدة كافة المعاملات الحديثة باديء ذي بدء، ولكن يتبع هذا قواعد عامة أخرى تفصيلية لا بد من توافرها مع صحة الأركان والشروط في العقود، وأخرى لا بد من توقيها ، والتخلص منها ، سواء في هذه العقود الأصلية، أو العقود الأخرى من الباطن.

^{١٢٩} يقول ابن تيمية: إن الكتاب والسنة قد جاء بالأمر بالوفاء بالعهود والشروط والمواثيق والعقود وبإداء الأمانة وحماية ذلك كله والنهي عن القدر ونقض العهود والخيانة والتشديد على من يفعل ذلك، ولو كان الأصل في العقود الخطر والفساد إلا ما أباحه الشرع أو أوجبه لم يميز أن نؤمر بها مطلقاً ويذم من نقضها أو غدر مطلقاً والإباحة هنا لا تتعارض ألبتة مع ما حرمه الله فالمشترط ليس له أن يبيح ما حرمه الله ولا أن يحرم بإطلاق ما أباحه الله، فإن عقده وشرطه يكون حينئذ باطلاً لمخالفته لحكم الله، وكذلك ليس له أن يسقط ما أوجبه الله وإنما المشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه فمقصود الشروط وجوب ما لم يكون واجباً ولا حراماً. انظر. الفتاوى الكبرى لابن تيمية ج ٣ ص ٤٨١ وما بعدها.

^{١٣٠} ابن القيم إعلام الموقعين ، ج ١. ص ٣٤٤

^{١٣١} صححه الشيخ الألباني رحمه الله في السلسلة الصحيحة ٥ صفحة رقم ٣٢٥ ، وحسنه في صفحة رقم ١٤ في غاية المرام.

يعد عقد B.O.T البناء والتشغيل والتمليك في توصيفه ، وتعريفه السابقين عقداً جديداً من عقود المعاملات الحديثة يشتمل على عقد مقاوله ، وعقد إجارة، وعقد صيانة ، وعقد إعادة الملك فهو عقد متعدد ، متنوع ، وفي ما يلي يتم الكلام تفصيلاً عن هذه العقود:

عقد المقاوله

قد تبين في القسم الأول أن هذا العقد مشتمل على أربعة عقود رئيسة :

- ١ - عقد البناء .
 - ٢ - عقد التشغيل .
 - ٣ - عقد الصيانة .
 - ٤ - وأخيراً عقد إعادة الملك .
- كل واحد من هذه العقود يدخل تحته عقود عديدة يرتبط بها المتعاقدون، يستحيل الحكم عليها جميعاً حكماً عاماً بالصحة ما لم تعرف تفاصيل كل منها، كل ما في الأمر أنه توجد قواعد عامة لا بد من تحريها وتوحيها في كل مرحلة من مراحل العقد .
- عقد البناء B.O.T يشتمل على بذل عمل وتقنيات فنية عديدة يشترك فيها المهندسون على اختلاف تخصصاتهم من تخطيط معماري ، وهندسة ، وفنيون ، وحرفيون في مجالات مختلفة كهرباء ، وسباكة ، ونجارة ، وديكور وغير ذلك مما يتطلبه كل مشروع من هذا النوع يختلف عن الآخر باختلاف طبيعته ، ولما كانت أعمال هذه المرحلة متعددة ، ومتنوعة فإن مثل هذا العقد يدخل تحت

(عقد المقاوله) : وهو العقد الأول:

تم تعريف هذا العقد من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في القرار رقم ١٢٩ (١٤/٣)، ووضع تفاصيل هذا العقد ، وضوابطه الشرعية التي تحميه من الانزلاق في الخصومات تحت

العنوان التالي:

(عقد المقاولة والتعمير: حقيقته. تكييفه. صوره) حسب النص التالي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ ، الموافق ١٦-١١ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣ م، بعد اطلاعه على السحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة ، والتعمير : حقيقته، تكييفه، صوره، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع، وقواعده، ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات .

ونظراً لما لأهمية عقد المقاولة، ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي :

١. عقد المقاولة : عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد الطرف الآخر، وهو عقد جائز سواء قدم المفاوض العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المفاوض العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل .

٢. إذا قدم المفاوض المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) بشأن موضوع

الاستصناع.^{١٣٢}

١٣٢

جاء هذا في قرار رقم ٦٥ (٣٧) بشأن عقد الاستصناع بعد الديباجة قرر ما يلي:

" أولاً : عقد الاستصناع ، وهو عقد واد على العمل والعين في الذمة ، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

١- بيان جنس المستصنع ، ونوعه ، وقدره ، وأوصافه المطلوبة.

٣. إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً .

٤. يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

أ _ الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات، والمخططات والمواصفات المحددة بدقة.

ب _ لاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة، والكمية، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

ج _ الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية، ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات ، وقوائم مالية دقيقة، ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكاليف برفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.

١. يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم يكن هناك ظروف قاهرة، وتطبق في هذه الحال قرار الجمع في الشرط الجزائي رقم ١٠٩ (١٢/٣)

٢. يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط لأجل معلومة، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.

٣. يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.

٤. إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره فللمقاول عوض مثله.

٥. إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى ، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات ، أو الإضافات .

ب. أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً : يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محددة .

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة". قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي ١٩٨٨م. المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي . جدة ، الطبعة الثانية دمشق : دار القلم ، وجدة : مجمع الفقه الإسلامي .

٦. يضمن المقاول إذا تعدى، أو فرط، أو خالف شروط العقد، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب

فيها، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل، أو بقوة قاهرة

٧. إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.

٨. إذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أدائه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الإجراء.

٩. المقاول مسئول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.

١٠. لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفى الضمان عن المقاول.

١١. يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.

١٢. لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد".^{١٣٣}

١٣. بهذه القواعد والضوابط ، والشروط يصح الجزأ الأول من عقد (البناء والتشغيل و التحويل) إذا استوفى

الشروط المطلوبة أعلاه.

^{١٣٣} قرارات وتوصيات الدورة الرابعة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي ، الدوحة (دولة قطر) ١٣٨ ذو القعدة ١٤٢٣ هـ / ١٦٠١١ يناير

٢٠٠٣م، ص ٧.

العقد الثاني: عقد التشغيل (عقد إجارة):

الإجارة شرعاً: لقد عرفها الحنابلة هي عقد منفعة على منفعة معلومة مدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في النعمة، أو عمل بعوض معلوم^{١٣٤}، وهذا التعريف شامل لكل التعاريف التي جاءت بها المذاهب الأخرى.

ودليلها في القرآن:

قوله تعالى ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾^{١٣٥}

وقوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَلْنَا عَلَى إِذَا آتَيْنَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطَعْنَا أَهْلَهَا فَبِأَبْوَأ أَنْ يُضَيَّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُصَ فَأَقَامَهُ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾^{١٣٦}

يعد تشغيل المنشأة عملاً تقوم به الشركة التي أقامتها بغرض استرداد المصاريف التي أنفقتها على المشروع، ؛ حيث تتقاضى قيمته بموجب العقد من أجور استخدام المشروع من قبل الجمهور ، وظيفة خدمات التشغيل تؤديها الشركة المتعاقدة المنفذة للمشروع ، تحتاج من أجل تنفيذها إلى فريق من الخبراء والموظفين لأداء العمل على الوجه الصحيح.

المبالغ التي تتقاضاها هذه الشركة هي :

رأس مال المشروع إن كانت المنفذة له بالإضافة إلى الإجارة على التشغيل، وهو عمل معلوم: معلوم الزمان والمكان، معلوم الأجرة، فمن ثم يدخل هذا العقد تحت (الإجارة على عمل) وهو أحد أقسام الإجارة، وضابطه:

^{١٣٤} البهري، منصور بن يونس. شرح منتهى الإرادات. المدينة المنورة: المكتبة السلفية. ج ٢. ص ٣٥٠

^{١٣٥} القرآن. القصص. ٢٦

^{١٣٦} القرآن. الكهف. ٧٧

" العمل هو ما يبذله الأجير من مهارات، أو جهد لإنجاز منفعة معينة مستقبلاً.

وضابطه: كل عمل فيه منفعة، وكان عمله مباحاً فجائز الإجارة فيه.

عقد الإجارة الوارد على العمل شائع بين أرباب الحرف والمهارات، من صانعين، وأطباء، ومهندسين،

ومعماريين، وناسخين، وغيرهم مما يحتاج المجتمع إلى خدماتهم. ..^{١٣٧}

يذهب البعض إلى تكييف عمليات B.O.T على أساس عقد الإجارة وذلك على النحو التالي :

المؤجر : هو الدولة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز.

المستأجر: هو الجهة صاحبة الامتياز.

العين المؤجرة : هي الأرض التي يقام عليها المشروع وفي حال مثالنا السابق هي مساحة الأرض التي

سوف يقام عليه الطريق

الأجرة مؤجلة وهي الطريق نفسه عند إعادة تسليمه إلى الحكومة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز.

كما نعلم جميعاً فإن الإجارة هي (تمليك منافع شيء مباحة مدة معلومة بعوض) ومن أهم

خصائصها وشروطها وأحكامها التي تهمنا في هذا البحث ما يلي

١_ أن يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوماً علماً يمنع المتنازع فإن كان مجهولاً جهالة مفضية إلى نزاع

فلا تصح العقود لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد.

٢_ بيان مدة الإيجار، وتصح الإجارة على أي مدة طال أو قصرت.

٣_ أن يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء حقيقة وشرعاً.

- ٤_ ألا ينتفع الأجير بعمله فإن كان ينتفع به فلا تجوز، ولا تصح الإجارة على الطاعات لأن القائم بها عاملاً لنفسه، كما لا يصح استئجار رجل ليطحن لآخر مقداراً من القمح بجزء من دقيقه أو ليعصر له مقداراً من سمسم بجزء معلوم من دهنه لأن الأجير ينتفع بعمله من الطحين والعصر فيكون عاملاً لنفسه.
- ٥_ أن تكون الأجرة مالاً مقداره معلوم.

٦_ عقد الإجارة عقد لازم

- ٧_ يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة اعتناؤه بملكه، ولا يجوز له أن يحدث بها تغييراً بدون إذن مالكيها.

ولا بد في الإجارة من بيان ما تستأجر له من الزراعة والغرس والبناء وإلا كانت فاسدة ومن هنا فإن هذا العقد B.O.T إذا لم يقوّن بعقد الإجارة فإنه يخضع لعقد الإجارة أركاناً وشروطاً وأوصافاً، صحة وبطلاناً.

العقد الثالث: عقد الصيانة:

تعريف عقد الصيانة:

يعرفه الفقهاء على أنه عقد معاوضة بين اثنين، يقال للأول: الصائن، والثاني: المصون له، يقدم بموجبه الصائن عملاً يتفق عليه وتحدد أوصافه وزمانه فيه.

وهو خدمة على عمل معين، موصوف في الذمة، له قيمة مقدرة معينة في العقد .

يأتي ضمن العقود المتعددة للمشروع، وذلك بالمحافظة عليه سليماً من حيث الأداء السليم حتى تسليمه، وإعادته لأصحابه.

بهذا التحليل يصبح عقد (البناء، والتشغيل، والصيانة) عقداً مستقلاً، قائماً بذاته، انبثق عنه مجال التعاملات في العصر الحديث .

هذا التوجيه يهري قسم المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، وهو مناسب لأن ينضم ضمن المعاملات في الفقه الإسلامي، حيث يتلاءم معه تشريعاً ومقصداً .

المطلب الثاني عقد استصناع تعليماً

الاستصناع في اصطلاح الفقهاء: أن يطلب إنسان من آخر شيئاً لم يصنع بعد ليصنع له طبق مواصفات محددة، بمواد من عند الصانع، مقابل عوض مالي.

وهو شبيه بالإجارة، وبالسلم، والبيع بالمعنى الخاص، أما شبهه بالإجارة فلأن العمل فيه جزء من المعقود

عليه، وأما شبهه بالبيع من حيث إن الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض، لكن تعريف الفقهاء

المتقدم له يخرج عنه كونه واحداً من الثلاثة، ويوضح أنه عقد مغاير لهذه العقود ، وهو من المعاملات

الجاززة عند العلماء في الجملة، وإن كانوا اختلفوا في النوع الجائز منه ، فالأئمة الثلاثة: مالك والشافعي

وأحمد جعلوه سلماً، واشترطوا لصحته شروط التسليم التي من أهمها تقديم رأس المال في مجلس العقد.

أما الحنفية فقد أجمعوا -أو أكثرهم- على جوازه طبقاً لتعريف المتقدم، وجعلوه عقداً مغايراً للسلم فلا

تجب فيه مراعاة شروطه، لكن منهم من قال: إنه مواعدة غير ملزمة لأحد الطرفين، وليست بيعاً إلا عند

الفراغ من العمل وتسليم المصنوع إلى المستصنع وقبض الثمن، فإنه يلزم حينئذ.

وهذا قول مرجوح عندهم ، والذي عليه أكثرهم أنه عقد ، وليس مجرد وعد.

والذي نرى - والله أعلم- أن الصحيح في تكييف عقد الاستصناع أنه عقد مستقل، ليس بيعاً ، ولا

إجارة، ولا سلماً - كما قدمنا - وهذا هو رأي مجمع الفقه الإسلامي ، وذلك لمغايرته لكل الثلاثة. وقد استدل من أجازة بقوله تعالى ﴿ قَالُوا يَا ذَا الْقُرْآنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾ (٩٤) قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا (٩٥) ﴿ (الكهف)

قال ابن عباس:

هذا مع ما فيه من الرق والتيسير على الصانع والمستصنع معاً، ولا شك أن جلب ما ييسر على الناس مقصد من مقاصد الشرع التي بني عليها فتبغى مراعاته حيث لم يرد نص يقضي بعدم ذلك، وإنما كان فيه تيسير عليهما لأن الصانع يكون قد باع مصنوعه مسبقاً وتحقق الربح فيه، فهو يعمل على هدى وبصيرة، ولولا عقد الاستصناع لاحتاج إلى البحث بعد صناعة الشيء عن فرصة لتسويقه، فقد يبيعه فوراً، وقد يتأخر بيعه، بل قد يكسر عنده فيتحمل نفقاته وصيانته وغير ذلك مما يمكن تجنبه وتفاديه بعقد الاستصناع.

وهناك أيضاً سلع يتعذر صنعها قبل وجود مشتر لها كبناء منزل بمواصفات معينة، وفي مكان معين ونحو ذلك .

وأما المستصنع فلأنه يستطيع أن يضع الشروط ويحدد المواصفات الوعوبة عنده، والملائمة لذوقه وغير ذلك مما لا يحصل غالباً إلا في هذا النوع من العقود. أما شروط صحته فأهمها .

1- تحديد مواصفات الشيء المطلوب تحديداً يمنع التنازع والخصام عند التسليم.

2- عدم ذكر الأجل عند العقد ، فإن ذكر أجل انقلب إلى عقد سلم تراعى فيه شروط السلم

وأحكامه، وهذا عند الإمام أبي حنيفة .

لكن الذي قرره مجمع الفقه الإسلامي ويتماشى مع المعاملات المعاصرة هو أنه يجوز ذكر الأجل ،

بل يجب حسماً للنزاع ، على أن الأجل الذي يجوز ضربه هو ما يحتاج إليه لإتمام العمل وليس أكثر من ذلك ، ولا يشترط في صحة هذا العقد تعجيل الثمن بل يجوز تأخير كله أو بعضه . لأنه ليس سلماً، كما لا يشترط أن يكون ما يأتي به العامل من صنعه هو إلا إذا اشترط المستصنع ذلك. وأخيراً، إذا اكتملت شروط صحة عقد الاستصناع وانتفت عنه الموانع فإن الصحيح أنه يلزم كلا من الطرفين، فلا يحق لأحدهما فسخه إلا برضا الطرف الآخر، هذا هو الذي تقتضيه المصلحة، وتنتفي معه المضرة، وهو الذي أخذ به جميع الفقهاء الإسلامي، وهو قول عند بعض الأحناف.

وبالنظر إلى عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وتخريجه على عقد الاستصناع تغليباً، حيث هو أساس العقد وعظمه، لا وجود للمشروع دونه، وما عداه مما يأتي بعده من العقود مبني عليه. يخرج هذا العقد شرعاً بأصله السابقة في مرحلته الأولى البناء، على عقد الاستصناع كما يتضح من التحليل التالي:

عقد (البناء) وهو الجزء الأول في العنوان، وفي أوليات العقد مبناه جملة وتفصيلاً إيجاد لمشروع إنشائي كامل بين طرفين لهما أهليتهما الشرعية، موضوع العقد هيكل المشروع، مواده معلومة، ومواصفاته محدودة بدقة وعناية، بما في ذلك الخبرات الفنية المطلوبة، ومدة الإنجاز، بناءً وتشبيداً، وتقدير قيمته إنشاءً، ينطبق حقيقة على عقد الاستصناع تعريفاً بأنه:

" طلب العمل من الصانع (المفاوض) في شيء مخصوص، وفي البدائع : من شروطه بيان جنس المصنوع ونوعه ، وقدره ، ووصفه ، وأن يكون مما فيه تعامل، وأن لا يكون مؤجلاً، وإلا كان سلفاً، وعندهما :

المؤجل استصناع إلا إذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع فينقلب سلفاً^{١٣٨} في قولهم جميعاً^{١٣٩}

وقد صدر قرار (٧/٣) بشأن عقد الاستصناع من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٢.٧ ذي القعدة الموافق ١٤.٩ مايو ١٩٩٢ م .

بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد، والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد الاستصناع، وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط .

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

أ- بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

ب- أن يحدد فيه الأجل .

ثالثاً: يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة .

^{١٣٨} السلم شرعاً: هو بيع شيء موصوف في الذمة بلفظ السلم أو السلف، وهو نوع من البيوع، وهو مستثنى من بيع المدوم وما ليس عند الإنسان، وذلك لحاجة الناس إلى مثل هذا العقد، ودليل مشروعيته ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما من أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين، فقال: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم" متفق عليه.
^{١٣٩} ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر . رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) . ج ٤ . ص ٢١٢ .

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف طارئة، والله أعلم^{١٤٠}

الجزء الثاني (عقد التشغيل) جزء مكمل للمشروع، يشخص بأنه (عقد إجارة على عمل)، حسب التفصيل الآتي:

عقد التشغيل:

هو المرحلة الثانية بعد تمام المشروع فالعقد في هذه المرحلة يدخل باب الإجارة، ذلك أن العقد ينص على أجره تشغيلاً والفترة المقدرة لتشغيله، فحصولاً لرأس المال، وتقدير الأرباح والاستثمار.

عقد التحويل أو إعادة الإعمار

إذا تمت فترة التشغيل حسب العقد، يستعيد أصحاب المشروع الأصليين كامل المشروع في حالة سليمة جيدة، دون جهالة في بند من البند بالتقصير أو التفريط، كما هي العادة الجارية في مثل هذه العقود للمشاريع الضخمة التي تبرمها الحكومات مع الشركات الكبيرة المتخصصة في العصر الحاضر .

المطلب الثالث: القياس على إعمار الوقف الخراب

يخرج هذا العقد على بعض مسائل الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعها، ولا يجد التائبون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنين الطويلة وليس للوقف موارد لعمارتها

^{١٤٠} مجمع الفقه الإسلامي، ١٩٩٨م. المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي . جدة. قرارات وتوصيات للدورات ١٠.١. القرارات ٩٧.١
الطبعة الثانية. تنسيق وتعليق عبد الستار أبو غدة . جدة: ص ١٤٤.

والفضة؟ قال: إنما نحى عنها بيع بعض ما يخرج منها، أما بالذهب والفضة فلا بأس"، وفي رواية لمسلم: "أما شيء معلوم مضمون فلا بأس به" ^{١٤٣}.

قال الإمام ابن المنذر رحمه الله في كتاب "الإجماع": "وأجمعوا على أن اكتراء الأرض بالذهب والفضة وقتاً معلوماً جائز، وإنفرد طاووس والحسن فكراها" ^{١٤٤}.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في "الفتاوى الكبرى": "قد ثبت إباحة كراء الأرض بالسنة واتفاق الفقهاء المتبعين" ^{١٤٥}.

وهناك العديد من الأئمة في الفقه الإسلامي تصنف هذا العقد تحت عقد (كراء الدور) ^{١٤٦}، إذا ما قورن بما وهذا كما في

مسألة ابن القاسم :

قال ابن القاسم في رجل أعطي عرساً هذه أبنها بعشرة دنانير ، أو بما دخل فيها ، على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوي ما غرت فيها وأصلحت ؟

قال : إن سمى عدة ما بينها به ، وما يكن عليه في كل سنة فذلك جائز ، وإن لم يسم فلا خير فيه .

قال محمد بن رشد :

^{١٤٣} الرفاعي، خالد عبدالمعزم. دت. كراء الأرض والشجر بالسنة. بحث منشور على شبكة المعلومات الدولية.

<http://ar.islamway.net/fatwa/41487>

^{١٤٤} المرجع نفسه

^{١٤٥} الرفاعي، خالد عبدالمعزم. دت. كراء الأرض والشجر بالسنة.

^{١٤٦} يعرف للملكية الكراء بأنه " بيع منفعة ما لا يمكن نقله " مثل الدور والأرضين مما لا ينقل ، ويفرقون بينه وبين الإجارة وهي : " بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ، ولا حيوان لا يعقل ، بعوض غير ناشئ عنها ، بعضه يتبع بعض بتبعيضها " ، انظر : أبو عبد الله محمد الأنصاري الرضاع ، شرح حدود ابن عرفة ، الطبعة الأولى تحقيق محمد أبو الأحفان ، والطاهر المعموري ١٩٩٣م. بيروت: دار الغرب الإسلامي. ج ٢، ص ٥١٦، ٥٢٤.

هذا مثل ما في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب كراء الدور ، وهو كما قال ؛ لأنه إن سمي عدة ما بينها به ، ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة كان كراءً مجهولاً ،

"وإن سمي ما يكون عليه في كل سنة ، ولم يسم ما بينها به كان الكراء معلوماً ، وأمده مجهولاً ، وإذا سمي الوجهين كان الكراء معلوماً إلى أجل معلوم فجاز .

وإنما جاز وإن لم يبين مدة بناء العرصة والأغراض في ذلك مختلفة من أجل أن المكتري كالوكيل له على ذلك ، فإذا بني العرصة على أهله التي تشبه أن تبني عليها لزمه ، كمن وكل رجلاً أن يشتري له ثوباً ، أو جارية فاشتري له ما يشبه أن يشتري له من ذلك لزمه .

ولو وصف البنيان وعددها يسكنها من السنين لجاز ، " ١٤٧

وسئل مالك عن رجل تكاير عرصة خربة على أن ينفق عليها ، ويكون كراءها كذا وكذا ، قال مالك : أرى أن يسمى ما ينفق فيها باسمه بذلك في كراء ما تكاير به من السنين .

فقليل له : أفيجعل كراءها دراهم ؟

قال : بل أجزاء يجعل نفقته عشرة دنائير ، وأجزاءها عشرين سنة ، في كل سنة نصف دينار ، أو أقل من ذلك ، أو أكثر من السنين والأجزاء ، فعلى هذا تكاير التكاير ، ويكفي صاحب الدار .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة في المعنى لأن مالها إن أكره العرصة عشر سنين ، سنة بعشرة دنائير على أن يبني العرصة لربها ، إذا شرط أن يقاصه بالنفقة في الكراء لم يجز ، لأنه إذا لم يكن الكراء بالنقد لم يوجب الحكم المقاصة به ، ووجب أن يتبعه بنفقته سلفاً حالاً عليه ، ويؤدي إليه الكراء بقدر ما سكن شيئاً بعد شيء على ما يوجبه الحكم في ذلك .

^{١٤٧} ابن رشد ، أبو الوليد الفرطلي . ١٩٨٤م . البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة . تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال ، محمد الحجي ، بيروت : دار الغرب الإسلامي . ح ٨ ، ص ٤٦١ .

قال ابن المواز : وهذا إذا كان البناء لرب العرصة، ويسمى ما بنى به، وكان ذلك من الكراء لا يزيد عليه، وشرط ابن المواز أن يكون ذلك الكراء لا يزيد عليه، صحيح مثل ما في المدونة، لأنه إن شرط أن ينفق في العرصة أكثر من كرائها كان الزائد على الكراء سلفاً منه لرب العرصة، فدخله كراء وسلف .

قال ابن المواز : وأما إن كان البناء للمكتري فلا يحتاج إلى تسمية ما يبني، ولا ما ينفق، ولا أحب شرطه في أصل الكراء إلا أنه إن بنى فمتى ما خرج فلرب العرصة أن يعطيه قيمته مقلوعاً ، أو يأمره بقلعه.

وقول ابن المواز : إن البناء إذا كان للمكتري فلا أحب اشتراطه في أصل الكراء صحيح بين، لأنه إذا اشترط ذلك عليه فقد وقع الكراء على أن يأخذ المكري من المكتري بنيانه بقيمته مقلوعاً عند انقضاء أمد الكراء ، ولا يغرر إلا يجوز.

وأما لم ير في الرواية أن يجعل كراءها ديارهم إذا كان ينفق فيها دنائير، ويفاصله بها في الكراء، لأنه يدخله عدم المناجزة في الصريح، إذ لا يجعل الكراء عليه إلا بالسكنى شيئاً بعد شيء.

ولو قال: أكتري منك العرصة لعشرين سنة بعشرة دنائير نصف مثقال لكل سنة على أن أنفق فيها مائة درهم من مالي تكون مقاصة بالكراء.

أو قال أكتري منك العرصة بمائة درهم من مالي تكون مقاصة الكراء، أو قال أكتري منك العرصة بمائة درهم لعشرين سنة على أن أنفق فيها عشرة دنائير تكون مقاصة بالكراء لجاز ذلك، وإن سمح القول لأن الأمر يؤول فيه إلى صحة الفعل، وهو كراء العرصة عشرين عاماً بالعدد الذي سمى أنه ينفق فيها، وبالله

التوفيق " ١٤٨

التشغيل في عقد (البناء والتشغيل والتحويل) وأخذ الأجرة من المستخدمين المنتفعين بالمشروع بمثابة السكن في العرصة مقابل بنائها والانتفاع بها ، وهو يمثل قيمة البناء، واسترداد رأس مال المشروع والأرباح المتوقعة بعد بمثابة انتفاع ساكن العرصة ، مقابل بنائها.

في النهاية بعد العرض للتكييف الشرعي لعقود B.O.T أياً كانت الصيغة الشرعية التي تندرج تحتها عقود B.O.T بعد مقارنتها بالصيغة الشرعية 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.