

سلسلة دراسات ساعي الملمية (٨)



مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف
SAEE for AWQAF DEVELOPMENT

الصيغ القانونية لاستثمار أموال الوقف "عقود البوت (B.O.T) أنموذجاً"

إعداد

أ. إسلام محمود عبدالرحيم مهران

١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م

ح

دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف، ١٤٤٠هـ

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

مهران، إسلام محمود عبدالرحيم

الصيغ القانونية لاستثمار أموال الوقف: عقود البوت

(B.O.T) أمودجأ. / إسلام محمود عبدالرحيم مهران. -

الرياض، ١٤٤٠هـ.

١٧٤ص، ٢١×١٤ سم

ردمك: ٧-٤-٩١٢٤٠-٦٠٣-٩٧٨

١-البوت (عقود) ٢-الوقف -قوانين وتشريعات

٣-الأموال (فقه إسلامي) أ-العنوان

ديوي ٣٤٦,٠٢ ١٤٤٠/٦٦٢٢

رقم الايداع: ١٤٤٠/٦٦٢٢

ردمك: ٧-٤-٩١٢٤٠-٦٠٣-٩٧٨

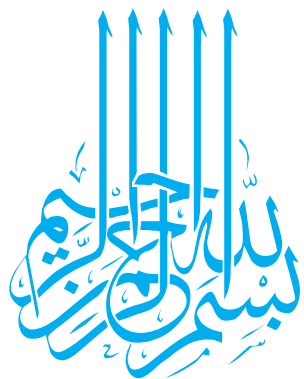
حقوق الطبع محفوظة للناسر

دار مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف للنشر -الرياض

الطبعة الأولى: ١٤٤١هـ - ٢٠٢٠م

لا تعبر الآراء والأفكار الواردة في هذه المادة بالضرورة عن

وجهة نظر مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف ولا تلزمها





مقدمة الناشر

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد ...

فإن من فضل الله ﷻ على المسلم أن يوفق للعمل الصالح الذي يمتد أجره في حياته وبعد مماته؛ ومن ذلك الوقف على وجوه البر والإحسان.

وقد وفق الله ﷻ الشيخ سليمان بن عبدالعزيز الراجحي -حفظه الله- إلى سنة حسنة؛ تمثلت في جعل الوقف عملاً مؤسسياً؛ يضمن بإذن الله -تعالى- استدامة أصله وتنميته، مع استمرار الإنفاق منه على مصارفه. وقد استفادت أوقاف متعددة من تجربته؛ بل وطورتها بفضل الله ﷻ.

وبعد أن منَّ الله ﷻ على وقف الشيخ بالتوسع تنمية وإنفاقاً وتنظيماً؛ كان لا بد من توجيه جهد خاص للعناية بفقہ الوقف وأحكامه وتطبيقاته، وحل مشكلاته. فكان إطلاق (مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف)؛ باعتبارها إحدى مبادرات وقف الشيخ؛ وهي مؤسسة مستقلة غير هادفة للربح، متخصصة في التطوير العلمي والمهني للوقف، ونشر ثقافته، وخدمة الواقفين والموقوف عليهم، والمسؤولين عن الوقف وذوي العلاقة به، وتقديم الحلول والتطبيقات المناسبة في الحاضر والمستقبل.

وتحقيقاً لهذه الأهداف؛ يسر المؤسسة أن تقدم للباحثين والمهتمين هذه المادة العلمية ضمن مشروعاتها في إعداد البحوث العلمية المتخصصة في الوقف ونشرها؛ راجين أن ينفع الله بها، وأن تكون للوقف ولأصحابها ولمن أسهم في نشرها من الأعمال التي يجري أجرها إلى يوم القيامة؛ كما في الحديث: "إِذَا مَاتَ الْإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثَةٍ: إِلَّا مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ" رواه مسلم (١٦٣١).

مؤسسة ساعي لتطوير الأوقاف



السيرة الذاتية للمؤلف

المؤهلات العلمية:

- باحث في مرحلة الدكتوراه تخصص القانون العام.
- دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإدارية من كلية الحقوق جامعة أسيوط.
- دبلوم الدراسات العليا في القانون العام كلية الحقوق جامعة أسيوط.
- حاصل على درجة الماجستير في القانون العام من جامعة أسيوط عام ٢٠١٠م.
- ليسانس الحقوق من جامعة أسيوط عام ٢٠٠٨م.

الخبرات الوظيفية:

- عمل محاضرًا بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية (قسم الأنظمة) بجامعة القصيم، ولا يزال على رأس العمل حاليًا.
- عضو نقابة المحامين المصرية
- عضو اتحاد المحامين العرب.
- عضو الجمعية المصرية للقانون الدولي.
- عضو الجمعية المصرية للإقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع.
- عضو عدة لجان بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية بجامعة القصيم، ومنها: لجنة الجودة، ولجنة شؤون المتعاقدين، ولجنة تعيين المعيدين والمحاضرين، ولجنة الاتفاقيات الدولية والتعاون الجامعي، وغيرها من اللجان.

الأعمال العلمية، والمشاركات العلمية:

- العقوبات التأديبية، بحث علمي مقدم إلى كلية الحقوق بجامعة أسيوط.
- العقود الإدارية، بحث علمي مقدم إلى كلية الحقوق بجامعة أسيوط.
- شارك في حلقة نقاش بعنوان: جهود الأوقاف في دعم التعليم بتركيا.
- شارك في حلقة نقاش بعنوان: محفزات الإبداع في البحث العلمي.
- شارك في حلقة نقاش بعنوان: الأستاذ الجامعي وتبادل الخبرات.
- شارك في فعاليات مؤتمر الفتوى واستشراف المستقبل بجامعة القصيم.
- شارك في فعاليات مؤتمر النص الشرعي المقام بكلية الشريعة بجامعة القصيم.

المناهج العلمية التي قام بتدريسها:

- النظام السياسي والدستوري للمملكة العربية السعودية.
- النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية.
- المدخل لدراسة الأنظمة.

ملخص البحث

ملخص البحث

الذمة المالية للوقف .. فقهاً ونظاماً

يُعَدّ الوقف من أقدم المؤسسات الخيرية في تراث البشرية جمعاء، وإحدى العلامات المضيئة في التاريخ الإسلامي التي تستهدف شتى أبواب الخير وأصناف البر، ومن هنا تظهر أهمية استثمار وتنمية أموال الأوقاف، والتطلع إلى مناهج ورؤى معاصرة تسهم في تحقيق مقصده النفعي والحضاري، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية اتجه بعض المعاصرين إلى البحث عن أساليب حديثة لاستثمار الوقف، ووقع اختيار بعضهم على نظام الـ B.O.T كأسلوب حديث يمكن الاستفادة منه في تثمير أموال الأوقاف وتعميرها.

ونظراً لكون هذا العقد يتضمن صوراً مستحدثة من العقود التي تسمح للقطاع الخاص بالمشاركة في المشاريع التي يتم تنفيذها عن طريقه، لذا تبرز أهمية ضبط الإطار القانوني المنظم لها حتى تؤتي ثمارها؛ لخطورة ما يمكن أن تتضمنه من شروط وبنود قد تعيق تحقيق الاستفادة المرجوة منها تحديداً في مجال الأوقاف، لذلك تناول هذا البحث الجانب القانوني لهذا العقد وتحديد الإطار التشريعي والفقهى له، وبيان مدى إمكانية الاستفادة منه في مجال تعمير الأوقاف الإسلامية، وذلك من خلال ثلاثة مباحث تم تقسيمها إلى مطالب وفروع، وفقاً لمقتضيات البحث وتحقيقاً لأهدافه.



Summary

The Waqf is one of the oldest charitable institutions in the heritage of all mankind. It is one of the brightest signs in the Islamic history that targets the various sections of good and the categories of righteousness.

Hence, the importance of investing and developing Waqf funds and looking forward to contemporary approaches and visions that contribute to achieving its useful and civilized purpose. Some contemporary people have sought to find modern ways to invest in the waqf. Some have chosen the BOT system as a modern method that can be used to invest and build the waqf funds.

As this contract includes new forms of contracts that allow the private sector to participate in the projects to be implemented through it, it is important to adjust the legal framework organized to bear fruit; the seriousness of the terms and conditions that may hinder the achievement of the desired benefit specifically in This research dealt with the legal aspect of this contract, defining its legislative and jurisprudential framework, and indicating the possibility of benefiting from it in the field of the reconstruction of Islamic waqf through three researches which were divided into demands and branches according to the research requirements and achieving its goals.

المقدمة

وتشتمل على:

منهج البحث.

خطة البحث.

المقدمة

الحمد لله ذي الفضل والإنعام الممتن على عباده بالدلالة على سبيل الخير وسبل الضرر، والصلاة والسلام على سيدنا محمد سيد الأولين والآخرين، خير من دعا وهدى وبالخير العظيم جاد.

يُعَدّ الوقف من أقدم المؤسسات الخيرية في تراث البشرية جمعاء، وإحدى العلامات المضئية في التاريخ الإسلامي التي تستهدف شتى أبواب الخير وأصناف البر، لاسيما في انطلاق وظيفتها من أعماق الضمير لإصلاح ما أفسده الإنسان على أخيه الإنسان^(١)، يقول قاسم أمين^(٢) "... ومقصد شرعنا الشريف من تشريع الوقف ألا تكون حوائل بين نية الخير وبين عمله ... وهذه الحرية التي لم يصل إلى درجتها كثير من الشرائع والقوانين الأجنبية، وعلى الأخص القانون الفرنسي، قد لوحظ عند سنها في شريعتنا السمحاء أن تتشعب طرق الخير في ملتنا وأن تعود منها الفوائد الجمة على العالم الإسلامي"، هذه الغاية الرفيعة للوقف، دفعت الفقهاء قديماً وحديثاً إلى البحث عن سبل تنميته، وما يحقق مقصده النفعي والحضاري، وبدأ بعض المعاصرين يتجه إلى البحث عن أساليب حديثة

(١) د. محمد البشير مغلي، التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، ضمن نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي. بحوث ومناقشات الندوة الفكرية: نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، نظمها مركز دراسات الوحدة العربية، لبنان، أكتوبر ٢٠٠١، ص ٣١١.

(٢) قاسم أمين، الأعمال الكاملة، دراسة وتحقيق محمد عمارة، دار الشروق، القاهرة (د.ت)، ص ١٨٢-١٨٣.

لاستثمار الوقف وتشكيل هيكل قانوني معاصر للأحباس^(١)، يسمح بعقلنة العمل التطوعي داخل التركيبة الاقتصادية والاجتماعية للعالم العربي والإسلامي في ظل ما يواجهه من تحديات، ووقع اختيار بعضهم على نظام ال B.O.T كأسلوب حديث يمكن الاستفادة منه في ترميم أموال الأوقاف وتعميرها.

ونظراً لكون هذا العقد يتضمن صوراً مستحدثة من العقود التي تسمح للقطاع الخاص بالمشاركة في مشاريع التنمية الأساسية وغيرها، من أجل التحرر من القيود التي تعوق الاستثمار، ولتدارك أوجه النقص في الموارد المالية العامة؛ فقد بالغ البعض في تصويرهم لهذا العقد وبيان إيجابياته، على الرغم من خطورة ما يمكن أن يتضمنه من شروط وبنود ربما لا تصب في صالح الطرف المستفيد منه، لذلك تبرز أهمية تناول الجانب القانوني لهذا العقد وتحديد الإطار التشريعي والفقهية له، لبيان مدى إمكانية الاستفادة منه في مجال ترميم الأوقاف الإسلامية وذلك بالمقارنة بما انتهت إليه جهود العلماء المعاصرين في تكييفه.

منهج البحث:

سوف يكون المنهج المقارن عمادي في هذه الدراسة لبيان موقف المشرع المصري والمنظم السعودي، والفقه الإسلامي من هذا النموذج، وإمكانية الاستعانة به لاستثمار أموال الأوقاف الإسلامية، مستعيناً في ذلك بالمنهج

(١) د. محمد البشير مغلي، التكوين الاقتصادي في بلدان المغرب العربي، المرجع السابق، ص ٣١٦.

التاريخي القائم على التوثيق والاستقراء، المصحوب بالتحليل، والاستنتاج، المدعوم بالأدلة، من أجل الوقوف على حقيقة مصطلحات هذا الموضوع، وتحليل مضمونها، وبيان موقف فقهاء المسلمين القدامى والمعاصرين من جزئياته، من أجل الوقوف على الآراء التي تتفق مع مقاصد الشريعة ولا تتصادم مع ظروف العصر وتطوراتها.

خطة البحث

إعمالاً لمنهج البحث المتقدم، وارتباطاً بموضعه، وحرصاً على الوصول إلى أهدافه، فقد تم التخطيط للدراسة على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاتها الفقهية، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم عقد الـ (B.O.T) في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: النشأة التاريخية لعقد الـ (B.O.T) في القانون الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أثر العلاقة بين الوقف وبين المرفق العام على إمكانية تعميره بصيغة عقد الـ (B.O.T).

المطلب الرابع: أنواع عقود الـ (B.O.T) والصيغ المشابهة لها في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: الإطار التشريعي لعقد الـ B.O.T وتخرجه الفقهي، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الـ B.O.T وحكمه الشرعي.

المطلب الثالث: الإطار التشريعي والفقهي لعقود الـ B.O.T.

المطلب الرابع: الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ B.O.T في مجال الأوقاف.

المبحث الثالث: آلية إبرام عقد الـ B.O.T وتطبيقاته المعاصرة في المجال الوقفي، وفيه أربعة مطالب:

- المطلب الأول: مراحل إبرام عقد الـ B.O.T .
- المطلب الثاني: آثار عقد الـ B.O.T ونهايته.
- المطلب الثالث: تقييم عقود الـ B.O.T وأثر ذلك على إمكانية الاستفادة منها في مجال تعمير الأوقاف وتنميتها.
- المطلب الرابع: التطبيقات المعاصرة لاستثمار أموال الأوقاف الإسلامية بصيغة عقود الـ B.O.T.

الخاتمة: وتشتمل على:

- أولاً: النتائج.
- ثانياً: التوصيات.

المبحث الأول

ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

وتطبيقاتها الفقهية

ويشتمل على:

المطلب الأول: مفهوم عقد الـ(B.O.T) في القانون الوضعي

والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: النشأة التاريخية لعقد الـ(B.O.T) في القانون

الوضعي والفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: أثر العلاقة بين الوقف والمرفق العام على إمكانية

تعميره بصيغة عقد الـ(B.O.T).

المطلب الرابع: أنواع عقود الـ(B.O.T) والصيغ المشابهة لها في

الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاتها الفقهية

تمهيد وتقسيم

في مطلع القرن التاسع عشر وبهدف تأمين احتياجات الجماهير، اتجهت بعض الدول إلى إنشاء مرافق عامة لتقدم إلى الأفراد خدمات أساسية؛ كالتعليم، والخدمات الاجتماعية، والنقل والكهرباء وغيرها .. إلخ، وذلك في صورة مشروعات عامة تنشئها الدولة وتسيرها، أو تعهد بإدارتها إلى أحد أشخاص القانون الخاص، تحت مظلة فكرة المرفق العام، وذلك بموجب عقد اصطلح على تسميته ((عقد امتياز أو التزام المرفق العام))^(١).

ولقد مرّ هذا العقد بالعديد من المراحل التي ساهمت في تطوره، فتحت تأثير المتغيرات الاقتصادية واتجاهات دول العالم المختلفة إلى التحول من النظام الاشتراكي إلى الاقتصاد الحر والأخذ بفكرة الخصخصة، ظهر الامتياز بنظام (B.O.T) ومشتقاته^(٢)، وبدأ هذا النظام يفرض نفسه مع تداعيات العولمة وتحرير التجارة الدولية، وكفالة حرية تداول رؤوس الأموال

(١) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي ١٩٧٩، ص ٩، المؤلف نفسه، الأسس العامة للقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة ١٩٩١ ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٧، ص ٢٠٠. د. إبراهيم الشهاوي، الامتياز بنظام (B.O.T) وأهميته الاقتصادية، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط ع ٢، ديسمبر ٢٠٠٥، ص ٣٢٦ وما بعدها. د. جابر نصار، عقد (البوت) (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٢ ص ٥.

بين الدول المختلفة، مما دفع المنظمات الدولية إلى العمل على سرعة نشر وتوحيد الكثير من الأساليب والسياسات الاقتصادية الداعمة لذلك التوجه، هذا التطور دفع -أيضاً- العديد من الفقهاء المعاصرين إلى البحث عن أحكام هذا العقد وجذوره في فكر فقهاء المسلمين القدامى، ومدى إمكانية الاستفادة منه في تعمير الأوقاف الإسلامية وتنميتها.

في ضوء ما سبق سأتناول في هذا المبحث المقصود بهذا العقد ونشأته، وصوره في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم عقد الـ (B.O.T) في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين.

المطلب الثاني: النشأة التاريخية لعقد الـ (B.O.T) في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين.

المطلب الثالث: أثر العلاقة بين الوقف وبين المرفق العام على إمكانية تعميره بصيغة عقد الـ (B.O.T).

المطلب الرابع: أنواع عقود الـ (B.O.T) والصيغ المشابهة لها في الفقهاء الإسلاميين.

المطلب الأول

مفهوم عقد الـ (B.O.T) في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

يستخدم مصطلح (B.O.T) اختصاراً للمصطلح الإنجليزي Build Operate Transfer، حيث يشير الحرف B إلى كلمة Build، بمعنى يبني، أو يشيد أو يقيم المشروع، والحرف O إلى كلمة Operate، بمعنى يشغل أو يدير المشروع، والحرف T إلى كلمة Transfer بمعنى ينقل أو يعيد المشروع إلى الطرف مانح الامتياز.

وقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي^(١) أنه "شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، يشار إليها بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لصوغ مشروع بعينه، وتشغيله، وإدارته، واستغلاله تجارياً.

ويضطلع الاتحاد المالي للمشروع أو شركة يقوم الاتحاد المالي بإنشائها (ويشار إليها بصاحب الامتياز) بتولي صياغة المشروع وتنفيذ الامتياز وفقاً للاتفاق المبرم بين الحكومة وبين صاحب الامتياز (ويعرف باتفاق المشروع)، وقد يمتد هذا الاتفاق إلى عدد من السنين، بحيث تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات

(١) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرين، نيويورك في ٢٨ مايو (أيار) - ١٤ يونيو (حزيران) ١٩٩٦، بعنوان "الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية"، ص ٣ وما بعدها.

المتأتية من تشغيل المشروع، واستغلاله تجاريًا، أو من أية مزايا أخرى تمنح لصاحب الامتياز ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أية تكلفة، أو مقابل تكلفة يتم الاتفاق عليها مسبقا وقت التفاوض على منح امتياز المشروع".

كذلك عرفته منظمة اليونيدو^(١) أنه "اتفاق تعاقدى يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الاقتصادية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل، والصيانة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها خلالها بفرض رسوم مناسبة على المتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى، بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين هذا الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة، بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار، وفي نهاية المدة الزمنية المتفق عليها تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة".

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي أنه^(٢) "اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو

(1) Unido B.O.T Guidelines, United Nations Industrial Development Organization Vienna, 1996, p288

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٨٢ (٨/١٩) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها".

ومن جماع هذه التعريفات ما ذكره بعض الشراح من تعريفات قريبة من ذلك^(١)؛ يتضح أن الطرف الأول في هذا العقد هو الجهة الإدارية، سواء كانت شخصيات معنوية عامة إقليمية، تحدد على أساس إقليمي - كالمحافظات والمدن وغيرها- أو مرفقية تحدد على أساس ممارسة نوع معين من النشاط، أو شخصيات عامة مهنية؛ كالنقابات والتي اعترف لها القضاء الإداري في مصر وفرنسا بالشخصية المعنوية، كذلك لا يشترط أن تكون الجهة الإدارية طرفاً في العقد بل يكفي أن يبرم العقد لحسابها^(٢).

وقد حاول البعض ربط هذا النموذج من العقود بمشروعات البنية الأساسية في الدولة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من استخدامه لإنشاء

(١) للمزيد حول تعريف هذا العقد: د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر، بمجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة ع ٦٩ وتاريخ ١٩٩٩/١/١م، ص ١٧١. د. حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث ضمن كتاب مشروعات (البوت) (عقود B.O.T) وأخواتها إصدار مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية ٢٠٠١، ص ٢٢. المستشار محمود فهمي، بحث في تعريف عقود ال (B.O.T) وتكيفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة، عدد ٤٦١ / ٤٦٢، يناير - أبريل ٢٠٠١، ص ١٣، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، ص ٢١١. د. عمرو حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (B.O.T) دراسة مقارنة ص ١٣٨.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة ١٩٩١، ص ٧٢.

مشروعات ترفيهية^(١)، أو مشروعات خاصة^(٢)، كأن تلجأ إحدى الشركات أو الأندية أو الجمعيات الخيرية المخولة بالإشراف على أوقاف معينة إلى إبرام عقود (بوت)، فهذه العقود تعتبر وسيلة مشروعة لتلبية احتياجات هذه الجهات، على أن العقد في هذه الحالة سيكون عقدًا مدنيًا وبالتالي سيخضع لأحكام القانون الخاص.

ويلاحظ أن الطرف الثاني في هذا العقد هو شركة المشروع، وهي الملتزمة بأن تبني وتشغل وتنقل المشروع بعد انتهاء مدته إلى الدولة مرة أخرى

(١) ومن أشهر المشاريع التي تم تنفيذها بهذا النظام في الكويت منتزه الشعب البحري الترفيهي الذي أقامته شركة مجمعات الأسواق التجارية، ومشروع الأكوابارك ومنتجع هيلتون المنقف، تقرير منشور بجريدة الشاهد بعنوان: (المستثمرون صرفوا النظر عن العمل به لخلوه من أي محفزات ... القطاع الخاص الكويتي يحجم عن مشاريع الـ (B.O.T) بسبب تعقيداته القانونية) الأربعاء ٢٨/١٠/٢٠٠٩م.

<http://alshahed.net>

ومن الجدير بالذكر أن أكثر من ٧٠% من المشروعات التي تم طرحها في إطار نظام (B.O.T) في الكويت تعتبر مشاريع تنمية عمرانية أو تطوير عقاري (مواقف سيارات، أسواق، واجهة بحرية، مسالخ، معالجة النفايات، قرى عمالية، منتجات ومشاريع ترفيهيه، مناطق حرفيه وصناعيه، مرافق جمركيه، مرافق رياضيه) نقلاً عن تقرير صادر عن غرفة تجارة وصناعة الكويت بعنوان: (التخصيص بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T).

<http://www.kuwaitchamber.org.kw>

(٢) المستشار محمود فهمي، بحث في تعريف عقود الـ (B.O.T) وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص ٣٣. كما في حالة بناء جراج متعدد الطبقات بنادي هليوبلس الرياضي، د. إبراهيم الدسوقي الشهاوي، الجوانب القانونية والاقتصادية للعقود المستحدثة:

B.O.T – F.I.D.I.C- KNOW HoW

مجلة مصر المعاصرة، ع ٤٨٦ لسنة ٢٠٠٧، هامش ص ٢١٣.

وبحالة جيدة^(١)، ويرى البعض أن نظام (البوت) يعتمد على تملك شركة المشروع لأصول المرفق ملكية تامة وخالصه، ويمكن رهن أصوله في هذه الحالة بغرض تمويله، وهو بذلك يختلف عن عقد التزام المرافق العامة والذي يفترض بقاء المرفق في ملكية الدولة أو أن يكون على الأقل خاضعاً لهيمنتها^(٢).

ويعارض آخرون^(٣) فكرة انتقال ملكية المشروع للمستثمر في عقد (البوت) ويرون أن للمستثمر فقط حق الانتفاع الشخصي وليس ملك المنفعة، فالمالك لا يفقد ملكية العين خلال مدة الإقامة والاستغلال، وكل ما للمستثمر على العين هو حيازة تمكنه من التشييد والإدارة والاستغلال، خلال المدة المتفق عليها، وأرى أن الدولة تملك بأن تصرح للمتعاقد في عقود (البوت) بملكية المشروع خلال مدة العقد، مع تضمين العقد شروطاً تقيد من خلالها حرية المستثمر في التنازل عن العقد للغير، أو تمنعه من تحويل حقوقه والتزاماته إلى الغير إلا بموافقتها، كذلك فإن الطبيعة الإدارية

(1) Larry D. Qiu a, Susheng Wang: BOT projects: Incentives and efficiency,

Journal of Development Economics 94 (2011) 127–128.

(٢) د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)، بحث ضمن كتاب مشروعات (البوت) (عقود B.O.T) وأخواتها) إصدار مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية ٢٠٠١، ص ٨٩.

(٣) د. أحمد محمد بخت، تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، من ١ إلى ٥ جمادي الأولى ١٤٣٠ متاح بصيغة ورد عبر الانترنت: <http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1229>. ص ٢٠.

لهذا العقد تخول للدولة استخدام كافة الصلاحيات التي تمكنها من الحفاظ على المصلحة العامة بما يتوافق مع فكرة المرفق العام وقواعده الضابطة. كذلك فإن تنفيذ هذا العقد يقتضي الدخول في علاقات تعاقدية متشابكة ومترابطة تضم العديد من الأطراف^(١)؛ إذ ينطوي محله على أعمال توريد وتشديد وبناء، ومقاولات واستشارات فنية وهندسية وقانونية ومالية ذات تقنيات عالية، فضلاً عن هذه التفاصيل المتشعبة يظل هناك طرف ثالث في هذا العقد يقتضي ضرورة مراعاة حقوقه، فإن كان توقيع العقد يقتصر على الدولة والمستثمر، فإن للمنتفعين حقوقاً وعليهم التزامات يجب أن ينص عليها في القانون المنظم لهذا العقد أو في بنوده وفقاً لما سيتم تفصيله لاحقاً.

ومن نافلة القول أن هذا العقد يختلف عن عقد الخصخصة، فالأخير يعد عقد بيع إداري تبرمه الإدارة مع أحد أشخاص القطاع الخاص، وتنقل بمقتضاه ملكيتها جزئياً أو كلياً لمشروع معين إلى الطرف الثاني في العقد^(٢)، وفي هذه الحالة إما أن يصبح هذا الطرف شريكاً للإدارة بنسبة ما تملكه (في حالة النقل جزئياً)، أو تنقطع صلة الإدارة بالمشروع نهائياً في حالة النقل الكلي^(٣)، وليس الحال كذلك في عقد (البوت) كما ذكرت آنفاً.

(1) Concessions، Build-Operate-Transfer (BOT) and Design-Build-Operate (DBO) Projects، <https://ppp.worldbank.org>

(2) J. LUIS GUASCH، JEAN-JACQUES LAFFONT and STEPHANE STRAUB، Renegotiation of Concession Contracts A Theoretical Approach, Review of Industrial Organization, February 2006. P. 56.

(٣) د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرافق العام (B.O.T) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

المطلب الثاني

النشأة التاريخية لعقد الـ (B.O.T) في القانون الوضعي والفقه الإسلامي

تزامن مع انهيار النظام الاشتراكي وتحول العديد من الدول نحو الأخذ بالاقتصاد الحر، والاتجاه نحو خصخصة القطاع العام، ظهور نظام (B.O.T) في بداية الثمانينات من القرن العشرين في تركيا^(١)، ثم اكتسب هذا النظام زخماً حقيقياً في التسعينيات من خلال عدة مشروعات شهيرة، مثل:

الطريق ٩١ في ولاية كاليفورنيا (California's State Road 91)، والطريق الأخضر في ولاية دلاس (Dulles Greenway)، ونفق بحر المانش (The Channel Tunnel)، إلى جانب مشروعات عديدة في الصين واليابان وإندونيسيا وتايلند^(٢).

(١) ينسب اصطلاح (B.O.T) إلى الراحل تورجوت أوزال رئيس الوزراء التركي، وفق استراتيجيته في التنمية والإصلاح الاقتصادي بإسناد مشروعات البنية الأساسية للقطاع الخاص وفق آلية نظام (B.O.T) فضلاً عن خصخصة شركات القطاع العام تنفيذاً للبرنامج الانتخابي الذي نجح على أساسه. للمزيد، د. إبراهيم الشهاوي، المصدر نفسه، هامش ص ٣٤٣.

وقد تم استخدام هذا النموذج في تركيا بشكل واسع فتم تنفيذ العديد من المطارات والمشاريع الأخرى، للمزيد:

M. Cemil ACAR, THE BUILD-OPERATE-TRANSFER MODEL FOR AERODROME TERMINAL BUILDINGS, Publications of Directorate General of Civil Aviation Aerodromes Department, p4.

(2) Claire L Felbinger, Build, Operate, Transfer: Paving the Way for

وفي فرنسا نشأ هذا النظام على شكل عقود امتياز المياه (بيريه إخوان)^(١).

أما في مصر فقد كانت بداية نشأة هذه العقود في مشروع قناة السويس عام ١٩٣٤م وبلغت مدته تسعة وتسعين عامًا^(٢)، وقد تبع هذا المشروع مشروعات عديدة مثل شركة لبيون للغاز وشركة سكك حديد الدلتا الضيقة، وواحات عين شمس، وشركة المقطم والمتنزه وشركة ماركوني للراديو والتلفونات وشركة الترام والأوتوبيس وغيرها الكثير من المشروعات والتي ما لبث أن انحصرت تطبيقاتها في نطاق ضيق -فقط- في استغلال بعض موارد الثروة وأهمها المنتجات البترولية عبر سنوات التحول الاشتراكي وصدور

=

Tomorrow's Infrastructure, American Planning Association. Journal of the American Planning Association, Chicago: Summer 1998 .Vol.64, Iss. Three; p22.

Yiwen Zhanga, Zhuo Fengb*, Shuibo Zhanga, The effects of concession period structures on BOT road contracts, Transportation Research Part A 107 (2018) 106. <https://doi.org/10.1016/j.tra.2017.11.018>

(١) د. جابر نصار، عقد (البوت) (B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٠.

(٢) أول امتياز عرفته مصر هو الامتياز الممنوح عام ١٨٥١ للمهندس الانجليزي (جورج ستيفنسون) وذلك لإدارة أول خط حديدي في أفريقيا يربط بين الاسكندرية والسويس مرورًا بالقاهرة، أما الامتياز الثاني وأشهرها فهو امتياز قناة السويس البحرية الممنوح للمسيو (فرديناند ديليسبس) بالفرمان الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٨٤٥م، د. إبراهيم الدسوقي الشهاوي، الجوانب القانونية والاقتصادية للعقود المستحدثة، مرجع سابق، هامش ص ٢١٠.

قوانين التأمين في الخمسينات والستينات من القرن العشرين. إلا أنه بعد تفاقم أزمة الديون وعجز الدولة المصرية عن سد احتياجاتها الضرورية من الأموال اللازمة لتجديد وإنشاء مشروعات البنية الأساسية، تم العودة من جديد إلى نظام (B.O.T) بادعاء أنه الوسيلة الأنجع في هذا المضمار، وصدر من أجل ذلك عدد من التشريعات التي تنظم منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والأجانب منها القوانين أرقام ١٠٠-٢٢٠ لسنة ١٩٩٦م، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م، والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨م، وقد تضمنت هذه القوانين العديد من الضوابط الإجرائية الهادفة لضمان سلامة وشفافية قرار منح الامتياز أو رفضه^(١).

وفي المملكة العربية السعودية فقد ورد النص على نظام (B.O.T) صراحةً وإمكانية الاستفادة منه في عام ١٤٢٣هـ، فقد أصدر المجلس الاقتصادي الأعلى قائمة المرافق وأنواع النشاط، والخدمات المستهدفة بالتخصيص، بقراره رقم (١١/٢٣) وتاريخ ١٤٢٣/٨/٢٧هـ تلا ذلك صدور قرار مجلس الوزراء رقم (٢١٩) وتاريخ ١٤٢٣/٩/٦هـ بالموافقة على هذه القائمة^(٢)، كذلك تضمن نظام النقل بالخطوط الحديدية الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٣٣) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، النص على

(١) د. إبراهيم الشهراوي، الامتياز بنظام (B.O.T)، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(٢) خالد الطويل، قائمة المرافق وأنواع النشاط والخدمات المستهدفة بالتخصيص، منشور بجريدة الرياض:

تعريف عقد الامتياز أنه عقد تبرمه الحكومة مع صاحب الامتياز، لإنشاء الخطوط الحديدية، وتقديم خدمات الخطوط الحديدية، أما صاحب الامتياز فهو الشخص الذي تمنحه الحكومة امتيازاً لإنشاء الخطوط الحديدية، وتقديم خدمات الخطوط الحديدية بموجب عقد الامتياز، وهذا النظام يفتح المجال أمام القطاع الخاص للاستثمار في نقل الركاب والبضائع.

-أيضاً- نصت المادة (٦٢) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم ((م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ)) على أنه "يجوز للجهة الحكومية أن تؤجر عقاراً أو جزءاً منه مقابل إنشاء منشآت حسب شروط ومواصفات تضعها، ثم تؤول ملكية هذه المنشآت إلى الجهة الحكومية وفق ما تبينه اللائحة التنفيذية لهذا النظام".

أما عن نشأة هذا العقد في الإسلام فقد حاول البعض الربط بين هذا النموذج وبين واقعة تعاقد النبي ﷺ مع بني قريظة^(١)، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال: "... أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها، وكانت الأرض، حين ظهر عليها، لله ولرسوله وللمسلمين، فأراد إخراج اليهود منها، فسألت اليهود رسولَ الله ﷺ أن يُقرَّهم بها، على أن يُكفُّوا عملها، ولهم نصفُ الثمر، فقال لهم رسول الله ﷺ: نقرَّكم بها على ذلك، ما شئنا، فقرُّوا بها حتى أجالهم عمرٌ إلى تيماء وأريحاء"^(٢).

(١) د. خالد بن عبد الله الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي، مجلة العدل، ع ٤٩، محرم ١٤٣٢، ص ١٩٠.

(٢) مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري المتوفى سنة ٢٦١، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (صحيح مسلم)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء

ووجه الاستدلال من هذه الحديث أن رسول الله ﷺ تعاقد مع بني قريظة بصفته رئيساً للدولة، عقد التزام محله مرفق عام، وقد تضمن هذا العقد شرطاً استثنائياً وهو قوله ﷺ "أقركم فيها على ذلك ما شئنا" فهو استثناء منه ﷺ في شرط بقائهم^(١)، أي أن فسخ العقد راجع إلى تقدير الجهة الإدارية متى رأت ذلك، ومع التسليم بأن هذه الصورة تختلف عن تفاصيل عقد (البوت) على النحو المشار إليه آنفاً، إلا إنه يمكن الاستناد إليه لتبرير مشروعية العقد الإداري في الإسلام.

وفي محاولة أخرى للربط بين نظام (B.O.T) وبين إمكانية الاستفادة منه في تثمير أموال الأوقاف الإسلامية، حاول جانب من الباحثين المعاصرين تلمس جوانب هذا العقد ومضمونه في الفقه الإسلامي، من خلال ما كتبه بعض الفقهاء القدامى وقد يكون قريباً من هذا المضمار، فقد ورد في مصنف ابن أبي شيبة^(٢)، ((حدثنا أبو بكر قال: حدثنا محمد بن أبي عدي عن ابن عون قال: كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجزائها))، والعرصة: هي الأرض البيضاء أو البور، يستأجرها المستأجر، ولا يدفع شيئاً عند العقد، وتكون الأجرة متمثلة في البناء الذي يقوم بتشيدته على هذه الأرض بعد أن ينتفع بسكانها لفترة من الزمن، ثم يرد الأرض والبناء إلى المؤجر

=

التراث العربي - بيروت، د.ت، ج ٣ ص ١١٨٧ حديث رقم (١٥٥١).

(١) د. خالد بن عبدالله الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٢) أبو بكر بن أبي شيبة، عبدالله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي (المتوفى: ٢٣٥هـ)،

مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق، كمال الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ، ج ٤ كتاب:

البيوع والأفضية، في الرجل يستأجر الدار وغيرها رواية رقم ٢٣١١١ ص ٥٥٨.

بعدها، لتكون الأجرة هي القيمة الحالية للبناء عند تسليمه^(١).
 و-أيضًا- ما ورد في كتاب "البيان والتحصيل"^(٢): «قال ابن القاسم في رجل قال لرجل أعطني عرصتك هذه أبنيها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمى عدة ما بينها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيها.
 ويلاحظ أن ابن القاسم رحمه الله اشترط كون البناء -الذي هو أجرة الأرض- معلوم مقدار ما بينها به محدد في العقد لأن من شروط الإجارة العلم بقدر الأجرة.
 وقال الشافعي رحمه الله: "كل ما جاز لك أن تشتريه على الانفراد جاز لك أن تكتريه على الانفراد، والكراء بيع من البيوع وكل ما لم يجز لك أن تشتريه على الانفراد لم يجز لك أن تكتريه على الانفراد، ولو أن رجلًا اكترى من رجل أرضًا بيضاء ليزرعها شجرًا قائمًا على أن له الشجر وأرضه كان في الشجر ثمر بالغ، أو غض، أو لم يكن فيه كان هذا كراء جائزًا كما يكون بيعًا جائزًا (قال الربيع) يريد أن لصاحب الأرض البيضاء الشجر وأرض الشجر"^(٣).

(١) د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٢١.
 (٢) أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (المتوفى: ٥٢٠هـ)، كتاب البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، تحقيق محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، طبعة ١٤٠٨هـ، ج ٨، ص ٤٦١-٤٦٢.
 (٣) الشافعي أبو عبدالله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبدالمطلب بن عبد

ومعنى ذلك أنه بعد انتهاء عقد الإجارة تنتقل ملكية الشجر إلى صاحب الأرض، ويرى البعض أن هذه الصورة التي أجازها الشافعي رحمه الله مقارنة لصورة عقد (البوت) من جهة عدّ الأجرة عينا تسلم بعد انقضاء مدة الإجارة^(١).

وعلى الرغم من أن هذه الصور تتشابه إلى حد قريب مع نموذج عقد (B.O.T) إلا إنها تختلف عن هذا النظام في بعض التفاصيل تحديداً فيما يتعلق بنية المتعاقدين^(٢)، وكذلك ما يعود على الممنوح لحق الامتياز بصيغة (B.O.T) من منفعة؛ متمثلة فيما يحصل عليه من مبالغ كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب ما يحققه من أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل واستغلال المشروع تجارياً، أو من أية مزايا أخرى تمنح له ضمن عقد الامتياز.

مناف المطلي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، كتاب الأم، بيروت (د.ط) سنة النشر ١٤١٠هـ، ج٤، ص٢٢-٢٣.

(١) الشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "B.O.T" في تعمير المرافق العامة والأوقاف، بحث مقدم لجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص١٤.

(٢) الشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "B.O.T" في تعمير المرافق العامة والأوقاف، المرجع السابق، ص١٤.

المطلب الثالث

أثر العلاقة بين الوقف والمرفق العام على إمكانية تعميده بصيغة عقود (B.O.T)

الوقف في اللغة:

معناه الحبس والمنع^(١)، يقال: وقَّف فلاناً عن الشيء: منعه ويقال: وقَّف الدار إذا حبسها في سبيل الله، قال ابن فارس^(٢): "الواو والقاف والفاء أصل واحد يدل على تمكث في شيء".

أما تعريفه اصطلاحاً:

فقد تفاوتت فيه عبارات الفقهاء، تبعاً لموقفهم من الوقف وشروطه^(٣)، ومن أيسر هذه التعريفات ما ذكره العلامة الحنبلي ابن قدامة حيث قال^(٤) "ومعناه تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة"، كذلك تعريف الشيخ أبو زهرة من أن الوقف هو "منع التصرف في ربة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداءً وانتهاءً"^(٥)، والتحبيس

(١) أحمد مختار عبد الحميد وآخرون، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ، ج ٣، (مادة وقف ٢٤٨٥).

(٢) أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي (المتوفى: ٣٩٥هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، دار الفكر، ١٩٧٩م، مادة (وقف)، ج ٦، ص ١٣٥.

(٣) أحمد الريسوني، الوقف مجالاته وأبعاده، دار الكلمة للنشر والتوزيع القاهرة ٢٠١٤، ص ١٤.

(٤) أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المغني، مكتبة القاهرة (ط.د) ١٩٦٨م، ج ٦، ص ٣.

(٥) الشيخ/ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي (د.ت)، ص ٣.

هنا معناه إنهاء حق المالك وحق من كان يمكن أن يقول إليه الملك ومنعه من التصرف فيه، والتسبيل جعل منفعته واستعماله والانتفاع مفوضاً في سبيل الله لفائدة الذين حبس عليهم من طرف المحبس^(١).

وليس المقصود هنا حبس حركة المال، وإنما الحبس يرد على العين دون المنفعة^(٢)، والتي هي لب العمل الاقتصادي ومراده^(٣)، بل إن الوقف بحكم تعريفه يرمي إلى التنمية بما يحدثه من بناء للثروة الانتاجية، وتركيم لرأس المال^(٤)، وقد تنبه الفقهاء إلى ذلك إذ جاء في العناية "كتاب الوقف: مناسبة ذكر الوقف بعد الشركة هي أن المقصود بكل منهما الانتفاع بما يزيد على أصل المال"^(٥)، فهذا يدل على أن تدمير ممتلكات الوقف مقصد شرعي كمقصد تنمية المال في الشركة.

وفيما يتعلق بأحكام الوقف وأنواعه ودليل مشروعيته، فالمكتبة الإسلامية تزخر بالعديد من المؤلفات التي فصلت ذلك، ومن ثم فلسنا في حاجة إلى مزيد من الحديث عنها.

(١) أحمد الريسوني، الوقف مجالاته وأبعاده، دار الكلمة للنشر والتوزيع القاهرة، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، مرجع سابق، ص ٤.

(٣) تعقيب جمعة رزيق على بحث، د. محمد البشير مغلي، التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

(٤) د. عماد حمدي، التكليف الفقهي لاستثمار أموال الوقف وتطبيقاته المعاصرة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة، حوية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ببني سويف، ٢٠١١م، ص ١٨٠١.

(٥) محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبدالله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي (المتوفى: ٧٨٦هـ)، العناية شرح الهداية، دار الفكر (د.ت.ط) ج ٦، ص ٢٠١.

أما اصطلاح المرفق العام فيستعمل للدلالة على معنيين:

أولهما موضوعي ويستعمل للدلالة على نشاط من نوع معين، تقوم به الإدارة لصالح الأفراد، أما الثاني فيقصد به المنظمة أو الهيئة التي تقوم بالنشاط السابق، وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أنه "كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام واستمرار، ويستعين بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها لا بقصد الربح، بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة الصالح العام في الدولة..."^(١)، ومن ثم فإن المرفق العام هو كل مشروع يعمل باطراد وانتظام تحت إشراف الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام قانوني معين^(٢).

وتتعدد أنواع المرافق العامة بالنظر إلى الزاوية التي يمكن أن ننظر منها إليها، فهناك مرافق عامة إدارية ومرافق عامة اقتصادية، ومرافق عامة نقابية أو مهنية، كذلك تنقسم بالنظر إلى مدى نشاطها إلى مرافق عامة إقليمية، ومرافق إقليمية، كذلك تنقسم هذه المرافق بالنظر إلى تابعيتها إلى الجهاز الإداري في الدولة، إلى مرافق ذات شخصية معنوية ومرافق محرومة من الشخصية المعنوية، وكل مرفق عام مما سبق يخضع إلى مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم سيره؛ فالمرافق العامة ليست كلها على نمط واحد، كما

(١) محكمة القضاء الإداري المصرية، ٢ يونية ١٩٥٧م، ق رقم ٣٤٨٠ لسنة ٩ قضائية، نقلاً عن د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، هامش ص ٢٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، المصدر نفسه، ص ٢٥. المستشار محمد حامد الجمل، نظرة جديدة للمرافق العامة، مجلة مصر المعاصرة، ٣٥٠ع، ص ٧٦٧ وما بعدها.

أن أسلوب إدارتها يختلف من مرفق إلى آخر، ولكن يجمع بينها بعض القواعد القانونية التي تنطبق عليها جميعاً أيًا كان شكلها، ومن أبرز تلك القواعد: قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومساواة المنتفعين أما المرفق العام، وقابلية المرفق العام للتغيير في أي وقت^(١).

وعلى الرغم من أن القانون العام في الفقه الإسلامي أقل تطوراً من القانون الخاص، نظراً للعديد من الاعتبارات السياسية التي حالت في ظروف تاريخه معينة دون تطوره^(٢)، إلا إن الباحث في كتب الفقهاء يستطيع أن يتلمس بعض معالم المرفق العام، فعلى سبيل المثال قسّم الماوردي رحمته الله نظريته في الأحكام السلطانية والولايات الدينية قسمين:

الأول: يتناول الجانب السياسي للدولة.

والثاني: يتحدث فيه عن القواعد المنظمة للإدارة الحكومية، أو الإدارة العامة، وفيه يرسم أطر المرافق العامة، ولكن بمسميات مختلفة، فيتكلم عن: الجهاد، والشرطة، والصلاة، والحج، والزكاة، والجزية، والخراج، والقضاء،

(١) د. محمد فؤاد مهنا، أساس القانون الإداري ونطاق تطبيقه: بحث في بيان أثر فكرة المرافق العامة وفكرة السلطة في تكوين القانون الإداري وفي تحديد نطاق تطبيقه، مجلة الحقوق للبحوث القانونية الاقتصادية (مصر)، س٧، ع ١٦-٢، ١٩٥٧م، ص ٢١٩، د. سليمان الطماوي، المصدر نفسه، ص ٣٥ وما بعدها، د. أنور أحمد رسلان، وجيز القانون الإداري، ص ٢٥٥ وما بعدها. المستشار محمد حامد الجمل، نظرة جديدة للمرافق العامة، مجلة مصر المعاصرة، ٣٥٠٤، ص ٧٣٠ وما بعدها.

TRAITE de Droit Constitutionnel, Paris, T 3 ed.2, 1923.p404.
Léon DUGUIT

(٢) د. عبدالرازق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي-بيروت، ج ١، هامش ص ٣٧.

والديوان، وبيت المال، والحسبة بإسهاب ودقة^(١). وفي السياق ذاته أورد أبو يوسف رحمه الله ^(٢)؛ أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أبقى أن يقسم السواد بين الفاتحين من أجل الاستعانة به للإنفاق على الجيوش ومرافق الدولة الأخرى، فقال رحمه الله ^(٣): "أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن العظام - كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر - لا بد لها من أن تشحن بالجيوش، وإدراك العطاء عليهم، فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرضون والعلاج".

أما عن العلاقة بين الوقف وبين المرفق العام، ونظرًا لكون هذا العقد وفاقًا للراجح لدى فقهاء القانون العام، هو تطور طبيعي لعقود امتياز المرافق العامة - وسيأتي بيان ذلك تفصيلًا عند الحديث عن الطبيعة القانونية لعقود (البوت) - فقد حاول البعض في سبيل التقريب بين إمكانية الاستفادة من هذا النموذج، الربط بين تنمية المرفق العام بمفهومه القانوني^(٤)، وبين الوقف بمفهومه السابق، استنادًا على أن العنصر المميز

(١) أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، الأحكام السلطانية، دار الحديث - القاهرة، نسخة الشاملة (د.ت) ص ١٣. أيضًا د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص ٨. د. محمد البوشواري، المرفق العمومي وأخلاقياته في تصو الفقهاء الإسلامي، منشورات مجلة دفاتر قانونية، المغرب، ١٤ لسنة ٢٠١٥م، ص ١٦.

(٢) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حنيفة الأنصاري (المتوفى: ١٨٢هـ)، الخراج، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث (د.ت) نسخة الشاملة، ص ٣٥.

(٣) د. أحمد محمد بخيت، المصدر نفسه، ص ٩ وما بعدها.

لوقوف أنه يراد للدوام، وهذه الخاصية من أهم عناصر المرفق العام، كما أن الوقف والأملاك العامة، أو تلك المخصصة للمنفعة العامة، لا يرد عليهما الملك الفردي، مادامت مصلحتهما مستمرة وخصائصهما قائمة.

وعلى الرغم من تشابه الوقف مع المرفق العام فيما ذكر آنفاً، إلا أن ذلك لا يمكن التسليم به على إطلاقه من الناحية القانونية، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن "الأموال التي تصبح من الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هي الأموال التي تكون مملوكة أصلاً للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، وذلك عملاً بالمادة (٩) من القانون المدني القديم والمادة (٨٧) من القانون المدني الجديد ومن ثم لا تكتسب الأموال الأخرى المملوكة للأفراد أو الأوقاف صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة إلا إذا كانت قد انتقلت إلى ملكية الدولة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها في القانون المدني، ومنها وضع اليد المدة الطويلة، ثم خصصت بعد ذلك للمنفعة العامة، أو كانت من المحلات المخصصة للعبادة أو البر والإحسان بشرط قيام الحكومة بإدارتها أو بصرف ما يلزم لصيانتها"^(١).

ولا شك بأن المرفق العام داخل في عناصر المال العام بموجب أحكام القانون المدني^(٢).

(١) محكمة النقض المصرية (نقض مدني . الطعن رقم ٢٦٠ لسنة ٣٨ ق، جلسة ١٩٧٤/٤/٢٥) مجموعة أحكام محكمة النقض ص ٧٣٧.

(٢) المادة (٨٧) من القانون المدني المصري تنص على أن: ١- تعتبر أموالاً عامة، العقارات

كذلك فإن الدولة تملك كأصل عام تغيير تخصيص المال العام ككل إذا رأت مصلحة لذلك^(١)، إلا إنها لا تملك ذلك في الوقف إلا في الحالات الضرورية^(٢)، كما أن الواقف إذا عين ناظرًا للوقف فإن الوقف ينتقل إلى ملك الله ﷻ، وليس للدولة سلطة فعلية عليه^(٣)، بل إن الوقف في هذه

=

والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم. ٢- وهذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. والمادة (٨٨) تنص على أن: تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة. وينتهي التخصيص بمقتضى قانون أو مرسوم، أو بالفعل، أو بانتهاء الغرض الذي من أجله خصصت تلك الأموال للمنفعة العامة.

(١) سجلت محكمة القضاء الإداري ذلك في حكمها الصادر في ١٠ يناير ١٩٥٦م، حيث قالت: "من المسلم قانوناً أن للجهة الإدارية سلطة وضع الأنظمة التي تراها ملائمة لسر المرافق العام والخدمات العامة التي تتولاها سيراً منتظماً ومنتجاً وكذلك لها تعديل هذه الأنظمة بما تراه متفقاً مع الصالح العام، دون أن يكون لأحد من الناس الادعاء بقيام حق مكتسب في استمرار نظام معين"، السنة العاشرة ص ١٣٨، نقلاً عن د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ج ٢، ص ١٨٤.

(٢) ذهبت محكمة النقض إلى اعتبار أن شرط الواقف كنص الشارع في الفهم والدلالة ووجوب العمل. (الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٩٥م/٢٣/٥٠٥ س ٤٦ ع ١٤ ص ٧٩٧ ق ١٥٧) وأيد ذلك مجلس القضاء الأعلى بمبيته الدائمة فذهب إلى أنه "لا يسوغ مخالفة نص الواقف، ما لم يعارض دليلاً شرعياً". (م ق د: ٥٩٦_٤/٢٥/١٤٢٨هـ) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١_١٤٣٧هـ، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل - المملكة العربية السعودية، ص ١٦٧.

(٣) وقد سجلت محكمة النقض ذلك في حكم لها حيث تقول: "نص المادة الثانية من القانون ٢٤٧ سنة ١٩٥٣ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية على أنه إذا كان الوقف على جهة بركان النظر عليه بحكم القانون لوزارة الأوقاف ما لم يشترط الواقف النظر لنفسه أو لمعين بالاسم..." (الطعن رقم ٩٤ لسنة ٢٦ جلسة ١٩٦١م/٢٨/١٢ س ١٢ ع ١٤ ص ٨٣٥ ق ١٤١)، وقد ذهب

الحالة يعد مالا خاصا، فضلاً عن ذلك فإن الإنفاق على الوقف يكون من ريعه^(١)، بخلاف المرافق العامة فإن الأصل أن الإنفاق عليها يكون من مال الدولة^(٢)، إلا إن ذلك لا يحول دون إمكانية الاستفادة من نظام (البوت) في تنمية وتعمير الأوقاف الإسلامية، ولكن يجب مراعاة الخصوصية الشرعية للوقف، والنظام القانوني الذي سيحكم العقد في هذه الحالة^(٣).

=

مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة إلى أنه "إذا لم ينص الواقف على ناظر، فالأمر على ما قرره ولي الأمر، من أن الإشراف لوزارة الشؤون الإسلامية كغيره من الأوقاف العامة..."، (م ق د / ٤/٦٨ - ١٦/١/١٤٢٧هـ)، المصدر نفسه، ص ١٦٦.

(١) وذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "مفاد المادة الأولى من القانون رقم ٢٤٧ لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون ٣٠ لسنة ١٩٥٧ بشأن النظر على الأوقاف الخيرية و تعديل مصارفها على جهات البر أن المشرع استثنى حالة من قاعدة لزوم الوقف بعد موت الواقف و ذلك بمنحه وزير الأوقاف الحق في تغيير مصرف الوقف الخيري بما يراه أوفى بتحقيق معنى القرية إلى الله ﷻ دون تقيد بشرط الوقف" (الطعن رقم ١٠ لسنة ٥٠ جلسة ٢١/٠٤/١٩٨١ س ٣٢ ع ١٦ ص ١٢٠٥ ق ٢٢٢)، وقد ذهب مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة إلى أنه "يجوز صرف غلة وقف لجهة أخرى ماثلة إذا كان لمصلحة ظاهرة" قرار رقم ٥٨ بتاريخ ١٥/٢/١٣٩٦هـ، المصدر نفسه، ص ١٤٨.

(٢) د. عصام خلف العنزي، ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف، مجلة الحقوق الكويت، ع ٣ لسنة ٢٠١٤، ص ٢٣٣ - ٢٣٤. د. فؤاد عبد الله العمر، إسهام الوقف في العمل الأهلي والتنمية الاجتماعية، الأمانة العامة للأوقاف بدولة الكويت، ٢٠١٠م، ص ١٢٠.

(٣) وفي ذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلى القول بأن "النزاع في لزوم إجارة الوقف بدعوى الغبن فيه هو بطبيعته نزاع مدني صرف يخضع لحكم القانون المدني، والإيجار لا يفسده الغبن في هذا القانون. ذلك بأنه كلما كان مدار البحث في صدد الوقف هو القانون الواجب التطبيق فالتفرقة واجبة بين الوقف من حيث ذاته وبين نشاطه في ميدان التعامل. فأما المرجع في تعرف ذات الوقف وتقصى مقوماتها فهو الشريعة الإسلامية، و أما متى وجد الوقف و بدا منه نشاط في ميدان التعامل

المطلب الرابع

أنواع عقود الـ (B.O.T) والصيغ المشابهة لها في الفقه الإسلامي

أفرز التطبيق العملي لعقود الـ (B.O.T) صوراً وأشكالاً متعددة ومغايرة لنظام (البوت) التقليدي^(١)، في بعض عناصره، ومن هذه الأشكال والصور ما يلي:

أولاً: عقد الـ (Ownership, Operate, Build) B.O.O.T (Transfer)^(٢):

ويقصد بهذا المصطلح عقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية، فبموجب هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طول مدة العقد، ويرى البعض أن محل اختلاف هذه الصورة عن عقود الـ

فباع أو ابتاع و أجر أو استأجر فشأنه في هذا كله شأن أشخاص القانون كافة، حقيقيين كانوا أو اعتباريين، من حيث خضوعهم جميعاً لأحكام القانون المدني دون الشريعة الإسلامية، إذ هذه الشريعة كانت في مصر الشريعة العامة التي تحكم المعاملات و غيرها ثم استبدل بها القانون المدني بالنسبة إلى المعاملات فأصبح هذا القانون وحده دونها هو الواجب التطبيق على كل ما هو داخل في دائرة التعامل بقطع النظر عن طبيعة الأشخاص المتعاملين" (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ١٥ جلسة ١٩٤٧م/٢٣/١١ س ع ع ٥ ص ٣٠٥ ق ١٤١).

(1) AL-AZEMI, K. and BHAMRA, R: Build, operate and transfer (BOT) projects in Kuwait. Journal of Civil Engi- Risk management for Neering and Management, 20 (3), 2014, p.9.

(2) TYPOLOGIE DES PPP : COMPARAISON JURIDIQUE ET TERMINOLOGIQUE DES PPP DANS LES CONCEPTIONS FRANCAISE et ANGLO-SAXONNE, Version du 06-05-2013

(B.O.T) يكمن في ملكية المشروع وقت إنشائه وتشغيله، ففي عقود الـ B.O.O.T تكون الملكية لشركة المشروع ثم تنقل إلى الدولة بعد انتهاء المشروع، أما في عقود الـ (B.O.T) تكون الملكية للجهة الإدارية لأن المشروع بني لحسابها^(١).

وقد حاول البعض التوفيق بين عقود الـ (B.O.T) وبين عقود الـ B.O.O.T، ونظام الأمفيتيز^(٢)، وهو نظام عرف في نهاية العصر الروماني، وأقره المشرع الفرنسي بموجب قانون ٢٥ يونيو سنة ١٩٠٢م (٩٣٧-٩٥٠ من التقنين الزراعي)^(٣)، ويقصد به "كراء العقار لمدة أقلها عشرون سنة، وأكثرها تسع وتسعون سنة"، ويختلف عن عقد الإيجار العادي في طول مدته، كذلك التزام المستأجر بتصليح العقار أو الأرض يجعلها صالحة للزراعة، وتكون الأجرة زهيدة عادةً، وحق المستأجر في هذا العقد حق عيني، فله أن يرهنه، وأن يبيعه، أو أن يرتب له أو عليه حق ارتفاع، وعند نهاية العقد يرد المستأجر العين المستأجرة، خالية من كل تصرف، ولا يدفع المؤجر شيئاً مقابل ما استحدثه المستأجر من إصلاحات.

(١) د. جابر نصار، عقود (البوت)، مرجع سابق، ص ٤٦، د. مي محمود عزت، النظام القانوني لتعاقد بنظام B.O.O.T رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية، منشورات دار الجامعة الجديدة - الاسكندرية ٢٠١٠م، ص ١٥.

(٢) د. أحمد محمد بختيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٣) د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي - بيروت، ج ٦ مجلد ٢، ص ١٤٣٥.

وعلى الرغم من وجود تشابه بين نظام الأمفيتوز وبين عقود الـ (B.O.T) وعقود الـ B.O.O.T، إلا أن النظم الأخيرة أوسع نطاقاً من هذا العقد الذي يرد على تجميع الأرض بالزراعة والغرس، فضلاً عن أن للمستأجر على المستحدثات حقاً عينياً يخوله -طوال مدة العقد- سلطات المالك، وليس كذلك الأمر في (B.O.T)^(١).

ومن نافلة القول أن بعض الشراح^(٢) ذهب إلى أن أحكام الحكر في الشريعة الإسلامية مأخوذة من أحكام عقد الأمفيتوز التي كانت معروفة في القانون الروماني كما ذكرت آنفاً، ويرى آخرون^(٣) أنه حتى ولو كان هذا العقد جائزاً في الفقه الإسلامي، استناداً إلى أن الأصل في العقود الإباحة ما لم تخالف نصاً شرعياً، إلا إنه لا يوجد دليل على أن الفقهاء قد أخذوا الحكر من الأمفيتوز، فضلاً عن اختلاف الحكر عن عقد الأمفيتوز في أن الأجرة في الأخير ثابتة أما في الحكر فهي أجرة المثل فتختلف زيادة أو نقصاً، ومن ثم يجوز تصقيع الحكر إذا زادت أجرة المثل^(٤)، كما أن عقد

(١) محمد السنوسي، مطلع الدراري بتوجيه النظر على القانون العقاري، ١٣٠٥هـ، ص ١٠٠، نقلاً عن: د. صالح بن سليمان الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارناً بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة جامعة الإمام، ص ٨٨.

(٢) يرى الأستاذ جرافولان أن أحكام الحكر في الشريعة الإسلامية مأخوذة من أحكام عقد الأمفيتوز التي كانت معروفة في القانون الروماني ويؤيد الرأي أن صاحب كتاب مطلع الدراري لما تكلم في الحكر قال: في الأمفيتوز أو الحكر، نقلاً عن د. عبدالرازق السنهوري، المصدر نفسه، هامش، ص ١٤٣٥.

(٣) د. صالح بن سليمان الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٨٩.

(٤) السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ١٤٣٦.

الحكر غير محدد المدة، بينما عقد الأمفيتوز له أجل معلوم ينتهي عنده حق المستأجر حتى وإن طال الأجل^(١).

ثانيًا: عقود الـ B.O.O (Ownership, Operate, Build):

يقصد بهذه العقود البناء والتشغيل والتملك، وتبرم هذه العقود بين الجهة الإدارية وبين مستثمر أو مجموعة من المستثمرين، بهدف إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل وتمثل فيها الحكومة عن طريق حصولها على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع، ولا ينتهي هذا المشروع بتحويله إلى الملكية العامة، ولكن بعد انتهاء مدته يتم تحديد الامتياز أو انتهاء العمر الافتراضي للمشروع أو تعويض الدولة عن حصص الملكية وفقًا لتقييم أصل المشروع، ويحق للحكومة بعد ذلك التعاقد مع آخرين لإدارة المشروع من خلال عطاءات يتم اختيار أفضلها^(٢).

وتقترب هذه الصيغة من المرصد المعروف في الفقه الإسلامي والذي كان عليه عمل أهل الديار الشامية، وتتمثل صورته في: أن يستأجر شخص ما عقارًا موقوفًا، يحتاج إلى تعمیر ضروري، فيتم الاتفاق على أن يؤذن له بتعميره بمال معجل يسمى (خدمة) بنية الرجوع على الوقف، عند

(١) د. صالح بن سليمان الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٨٩.
 (٢) د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، مرجع سابق، ص ٢٢. د. حمدي عبدالعظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات (البوت) (B.O.T) (د.ن) ٢٠٠٦م، ص ٢٢٨.

حصول مال فيه، أو اقتطاعه من الأجرة في كل سنة، على أن يكون للمستأجر حق القرار وتكون العمارة للوقف^(١).

وقد خرج المتأخرون من فقهاء الحنفية والحنابلة مشروعية المرصد، من حكم الاستدانة على الوقف لمصلحته^(٢)، ولئن كان المرصد قد أدى قديماً إلى نتائج سلبية في الأوقاف كالاستيلاء عليها، وتملكها، إلا إنه معمول به بكثرة في بعض الدول الآن -مثل السودان- كوجه من وجوه الاستثمار للأوقاف^(٣)، وحفاظاً على الأوقاف من الهلاك فقد صدر قرار مجلس القضاء الأعلى ببيئته الدائمة النص على أن "وضع اليد على الوقف لا يكون حجة لمن وضع يده عليه"^(٤)، -أيضاً- في قرار آخر نص على أن "مجرد وضع اليد على الوقف لا يكفي لإلغاء الوقفية، وتفريط النظار والمستحقين لا يؤثر في ذلك؛ لأن الأصل بقاء الوقفية"^(٥).

ويلاحظ -أخيراً- أن المستثمر في عقود (البوت) يتم التعاقد معه على أنه صاحب المشروع، وتعتبر قيمة المشروع والأصول التي ينشئها المستثمر ديناً على الدولة يستوفيه المستثمر من خلال انتفاعه بمنافع المشروع خلال فترة عقد

(١) مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم -دمشق، طبعة أولى ١٩٩٩م، ص ٥٣-٥٤. د. صالح بن سليمان الحويش، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٢) د. صالح بن سليمان الحويش، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها.

(٣) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T، مرجع سابق، ص ٢٨.

(٤) القرار رقم (م ق د: ٣/٥٨٠-١٤/١١/١٤١٦هـ) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، مرجع سابق، ص ١٥٩.

(٥) القرار رقم (م ق د: ٣/٣٩٥-٦/٨/١٤١٥هـ) المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا، المرجع نفسه، ص ١٥٧.

الامتياز، في حين أن المستأجر في المرصد يتم الاتفاق معه على أجرة معروفة ابتداءً، يستوفي من خلالها قيمة البناء أو الغرس والتي تعد ديناً على الوقف^(١).

ثالثاً: عقود الـ B.L.T (Transfer· Lease·Build):

ويقصد بهذه العقود البناء والتأجير والتحويل، بمقتضى هذا العقد تقوم شركة المشروع ببناء المرفق العام أو المشروع وتملكه مدة العقد، ثم تأجيره إلى الدولة أو إلى الغير، ثم بعدها تؤول ملكية المشروع إلى الدولة، ويحصل المستثمر على إيرادات المشروع خلال مدة العقد على أن يسدد القيمة الإيجارية المتفق عليها في العقد طول فترة الامتياز.

ولعل هذا النموذج يشبه ما عرف في الفقه الإسلامي بعقد الاستصناع، ويقصد به "عقد على مبيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص"^(٢)، وصورته: أن يتفق مالك مع ممول على تمويل تنفيذ مشروع معين على أرض الأول ووفقاً لشروطه، وبعد تنفيذه يسلم المشروع له ليستغله، ويسدد كلفته، شاملة الربح، على أقساط للطرف الثاني الذي تولى التمويل والتنفيذ.

(١) د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، مرجع سابق، ص ٣١-٣٢.

(٢) د. كاسب بن عبدالكريم البدران، عقد الاستصناع: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء-جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ص ٦١ وما بعدها، د. على محي الدين القرة داغي. استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة. نظرة تجديدية للوقف واستثماراته، متاح من خلال مكتبة مشكاة الإسلام (غير مرقوم)، د. عبدالله بن موسى العمار. استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م، الجزء الأول ص ٢٢٨-٢٢٩.

وقد أقره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السابعة حيث نص قراره (رقم ٦٦/٣/٧) على أن: (عقد الاستصناع - هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة - ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط)، وهذا العقد يمكن لإدارة الوقف أن تستفيد منه لبناء مشروعات ضخمة ونافعة حيث تستطيع أن تتفق مع البنوك الإسلامية (أو المستثمرين) على تمويل المشاريع العقارية على أرض الوقف أو غيرها، والمصانع ونحوها عن طريق الاستصناع، وتقسيط ثمن المستصنع على عدة سنوات، إذ أن من مميزات عقد الاستصناع أنه لا يشترط فيه تعجيل الثمن، بل يجوز تأجيله، وتقسيطه وهو ما أعطى مرونة كبيرة لا توجد في عقد السلم^(١).

رابعاً: عقود الـ

:(Operate) Finance, Build, Design) D.B.F.O

تعني هذه العقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل، ووفقاً لهذا النوع من العقود تتفق الجهة الإدارية مع المستثمر على إقامة المشروع، بما يتوافق مع الشروط الفنية والتصميمات التي تحددها بواسطة أجهزتها الاستشارية، ويقوم المستثمر بتمويل تصميم المشروع وتأسيسه وإمداده بالآلات والأجهزة والمعدات، ثم يتولى تشغيله وفقاً للمعايير والمواصفات التي تضعها الجهة الإدارية، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد فترة الامتياز لأنها ستحصل على مقابل الأرض أو على قيمة أو نسبة من الإيرادات مقابل

(١) د. علي محي الدين القرة داغي. المصدر نفسه.

منح الامتياز، وبحق لها تجديد الامتياز أو منحه لمستثمر آخر بشروط أفضل مع تعويض المستثمر الأول^(١).

وقيل: بأن هذا النموذج يشبه عقود المشاركة المتناقصة لصالح الوقف^(٢)، وصورتها: بأن تطرح إدارة الوقف مشروعًا ناجحًا (مصنعًا، أو عقارات أو نحو ذلك) على أحد المستثمرين، حيث يتم بينهما المشاركة العادية كل بحسب ما قدمه، ثم يخرج المستثمر تدريجيًا من خلال بيع أسهمه أو حصصه في الزمن المتفق عليه بالمبالغ المتفق عليها، وقد يكون الخروج في الأخير بحيث يتم بيع نصيبه إلى إدارة الوقف مرة واحدة، ولا يجوز أن تنتهي المشاركة بتمليك الشريك جزءًا من أراضي الوقف إلا حسب شروط الاستبدال^(٣)، وهذه معاملة تجمع بين عناصر مشروعة، وليس فيها ما يخالف نصا شرعيا، ولا يناقض قاعدة كلية عامة^(٤).

خامسًا: عقود الـ B.T.O (Transfer, Build Operate):

يقصد بهذه العقود البناء ونقل الملكية والتشغيل، ومن أهم مجالات هذا النموذج بناء الفنادق، حيث تتعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص على بناء المشروع، ثم التخلي عن ملكيته لصالحها، ثم تبرم معه عقدًا آخر لإدارة

(١) د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٣-١٤.

(٢) د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٣) د. علي محي الدين القرة داغي. المصدر نفسه.

(٤) د. شبير. محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. نشر دار النفائس، الطبعة السادسة ٢٠٠٧م، ص ٣٣٦.



وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل، وتصبح الحكومة بذلك مالكة منذ بداية فترة الامتياز وليس كما في عقود ال في نهاية الفترة^(١).

وقيل: إن هذا النموذج من العقود يشبه ما عرف في الفقه الإسلامي بعقد الإيجاريتين، والذي ترجع نشأته إلى بدايات القرن الحادي عشر الهجري، إثر الحرائق التي شملت أكثر عقارات الأوقاف بالقسطنطينية، حتى عجزت غلاتها عن تجديدها، فاستحدثت الدولة العثمانية عددًا من القوانين لحماية الأوقاف من الضياع، كان منها عقد الإيجاريتين، وأساس تسميته بذلك لأنه يرد على تأجير الأرض وتأجير البناء، بأجرة معجلة تقارب قيمته تؤخذ لتعميره، وأجرة مؤجلة ضئيلة سنوية، ومن هنا سمي بالإيجاريتين^(٢).

ومما سبق تتضح صورة هذا العقد المتمثلة في قيام الجهة الراغبة في إحياء الوقف بالاتفاق مع شخص ليتعهد بعمارته، على أن يدفع أيجاريتين: أجرة كبيرة معجلة تقارب قيمتها قيمة العين المؤجرة، ويعمر به العقار الموقوف، وأجرة مؤجلة ضئيلة تدفع مع كل سنة يتجدد فيها العقد، لتحمي العقار

(١) د. حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٤ د. خالد ممدوح، صياغة وأنواع عقود (البوت)، بحث منشور ضمن أعمال ندوات (عقود المشاركة PPP بين القطاعين العام والخاص) المنظمة العربية للتنمية الإدارية-مصر، ٢٠٠٨م، ص ٣٥٠.

(٢) مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٣.

الموقوف من ادعاء المستأجر أنه قد تملكه، كما أن ما بني على هذه الأرض للموقوفة يظل ملكاً للقوف دون المستأجر^(١).

سادساً: عقود الـ

(Transfer, Operate, Own, Modernize) M.O.O.T

هذا المصطلح اختصار لكلمات أربع وهي: التحديث والتملك والتشغيل والتحويل، وبناء على هذا النوع يتعهد المستثمر بتحديث أحد المشروعات أو المرافق وتطويره تكنولوجياً وفقاً للمستويات العالمية، ثم يصبح مالاً للمشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته خلال فترة الامتياز، ثم يتنازل للحكومة عن ملكيته في نهاية فترة الامتياز دون مقابل، ويتضح مما سبق أن هذا النموذج لا يختلف عن عقود (البوت) إلا من حيث محله؛ أي في وروده على مشروع يراد تحديثه، وليس استحداثه كما في عقود (البوت)^(٢).

سابعاً: عقود الـ (Transfer), Finance, (Build) B.F.T

يعني هذا الاختصار كلمات ثلاث وهي البناء والتمويل والتحويل، ووفقاً لهذا النوع يقوم القطاع الخاص بتقديم التمويل اللازم لإقامة مشروع من مشروعات البنية الأساسية ثم تقوم الدولة بدفع تكلفة التمويل لذلك القطاع على أقساط دورية وفقاً لما ينص عليه العقد^(٣).

(١) د. صالح بن سليمان الحويس، أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، المرجع السابق،

ص ٥٠. د. علي محي الدين القرة داغي. المصدر نفسه.

(٢) د. حمدي عبد العظيم، المصدر نفسه، ص ١٤.

(٣) المصدر نفسه، ص ١٥.

وهذا النموذج قريب من المشاركة الموقوتة، والتي يكون فيها المالك شريكاً أولاً، والمؤسسة المنفذة للمشروع أو الممولة له شريكاً ثانياً، وتنتهي هذه الشركة بنهاية فترة محددة وهو حكم التمويل بالمشاركة الموقوتة^(١).

ثامناً: عقود الـ (Operate، Own، Rehabilitate) R.O.O:

ترمز هذه المصطلحات إلى التجديد والتملك والتشغيل، وفي هذا العقد تتفق الحكومة مع المستثمر على تجديد أحد المشروعات التي تحتاج إلى تجديد سواء من حيث البنية التحتية أو الآلات أو المعدات وغيرها، ثم يصبح المستثمر مالِكاً للمشروع ويتولى تشغيله والحصول على إيراداته وذلك مقابل قيمة تحددها الحكومة مقابل انتقال الملكية إليه، وتضع الضوابط اللازمة لحماية المجتمع والاقتصاد القومي والمستهلكين والعاملين في المشروع سواء بصفة مؤقتة أو مطلقة^(٢)، وتستخدم هذه الطريقة في إطار برامج الخصخصة للمشروعات العامة التي تعجز الدولة عن الإنفاق على تجديدها، ولذا أرى أن هذا الشكل من أشكال الخصخصة، ويخرج عن نظام (B.O.T).

(١) د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، ص ٣٤

وما بعدها. د. أحمد محمد نجيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٢) د. حمدي عبدالعظيم، المصدر السابق، ص ١٥. د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات

الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، مرجع سابق، ص ٢٢.

المبحث الثاني

الإطار التشريعي لعقد الـ (B.O.T) وتخرجه الفقهي

ويشتمل على:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ (B.O.T).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الـ (B.O.T)

وحكمه الشرعي.

المطلب الثالث: الإطار التشريعي والفقهي لعقود الـ (B.O.T).

المطلب الرابع: الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ (B.O.T)

في مجال الأوقاف.



المبحث الثاني

الإطار التشريعي لعقد الـ (B.O.T) وتخرجه الفقهي

تمهيد وتقسيم

يعد الوقف سمةً حُلقيةً اقتصاديةً إسلاميةً رفيعةً، تجعل من المسلم الواقف إنساناً اقتصادياً ناجحاً مادام أن سلوكه كان مندرجاً في سلك أنظمة الشريعة وأحكامها^(١)، ولا يتأتى ذلك إلا باستجلاء القواعد القانونية والشرعية المنظمة لسبل الاستثمار في هذا المجال، تحديداً ما يتصل بنطاق هذا البحث، وهو عقد الـ (B.O.T).

لذا سأبين من خلال هذا المبحث الهيكل القانوني والشرعي لهذا العقد، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ (B.O.T).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الـ (B.O.T) وحكمه الشرعي.

المطلب الثالث: الإطار التشريعي والفقهي لعقود الـ (B.O.T).

المطلب الرابع: الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ (B.O.T) في مجال الأوقاف.

(١) د. محمد البشير مغلي، التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، مرجع سابق،

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T

لقد ترتب على شيوع تطبيق هذا النموذج من العقود لما يتميز به من تطور في أعمال التمويل والبناء والتأجير والتحديث، اختلاف الفقهاء بشأن تحديد طبيعته القانونية.

ويمكن حصر هذا الخلاف على النحو الآتي:

الرأي الأول:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن هذا العقد ليس إلا تنظيمًا اقتصاديًا^(١)؛ يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة بين أطراف مختلفة لها أحيانًا مصالح متعارضة.

وبذلك فإن هذا الرأي ينكر الطبيعة التعاقدية والاتفاقية لعقود (البوت)، وهذا الأمر غير صحيح؛ ذلك لأن جميع ما يتفرع عن هذا العقد من اتفاقات هي في الأسس مرتبطة بالاتفاق الرئيس بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع، وهذا الاتفاق تتوافر فيه سمات العقد، ومن ثم فلا تأثير لما يتفرع عنه في طبيعة هذا العقد الأصلي، فقد تكون عقودًا مدنية أو إدارية حسب أحوالها^(٢).

(١) د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر، مرجع سابق، ص ٥.

(٢) د. جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق.

الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود (البوت) هي من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها لأحكام وقواعد القانون الخاص^(١)، وعلة ذلك أن هذه العقود يصعب تضمينها لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص -وهذه الشروط تعد من المعايير المعول عليها في اعتبار العقد إداريًا- إذ إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل في إبرام عقودها منزلة الأفراد العاديين، ولا تملك أن تضمن العقد ما يجعلها تتمتع بامتيازات تفوق المتعاقد معها كما في العقود الإدارية، تحديدًا إذا كان طرف العقد شخصًا أجنبيًا عن الدولة؛ لأن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي، ومن ثم فستقف موقف المساواة مع المتعاقد معها.

وهذا الرأي محل نظر؛ ذلك أن عقود (البوت) إن كان موضوعها مرتبط بإنشاء أو تطوير أو تسير مرفق عام فإنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل التسليم بخضوعها للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص^(٢)، باعتبار أن ذلك سيخلق نوعًا من المساواة والتوازن بين المصلحة

(1) Well (P.): Droit international public et Droit administratif melanges trotabas, p.527.

أشار إليه د. جابر جد. نصار، عقود (البوت)، مرجع سابق، ص ٥٠. د. أحمد الزقرد، عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان (التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي) مجلد ٢، لسنة ٢٠٠٢م، ص ٩٦٩. د. عبد السند بمامة، عقد نظام (البوت) وفقًا لأحكام التشريع المصري، طبعة أولى (٢٠٠٠م) بدون ناشر، ص ١٣٥.

(٢) د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص ٨٥.

العامة وبين مصلحة فردية قد تؤدي في النهاية إلى توقف المرفق عن أداء خدماته، كما إن طبيعة المرفق العام وقواعده الضابطة لا يمكن أن تتوافق مع إخضاع العقد لأحكام القانون الخاص وإلا جاز للمتعاقد في عقد من عقود (البوت) المترتب بإنشاء واستغلال إحدى الطرق أو المطارات أن يتحكم في حركة المرور على هذا الطريق أو السماح بهبوط الطائرات من عدمه وفقاً لمصالحه المالية وحقه في الدفع بعدم التنفيذ.

كذلك فإن الادعاء بأن المستثمر قد يعزف عن إبرام مثل هذه العقود نتيجة إصباغ الصفة الإدارية عليها، هذا الأمر غير صحيح على إطلاقه إذ إن المستثمر يهيم في النهاية تحقيق الربح، وتدخل الإدارة غرضه في الأساس ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراباً، فضلاً عن أن العقد الإداري يحكمه مبدأ الحفاظ على التوازن المالي للعقد^(١)، الذي يحول دون تدخل الإدارة بما يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد معها مالياً، ويحملها التزاماً بتعويضه دون خطأ طبقاً لنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهو أمر بما لا نجده في عقود القانون الخاص، كذلك تتضمن العقود الإدارية تقييد حرية الإدارة في التعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية للإدارة مما يعني تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد^(٢).

(١) د. إبراهيم الشهاوي، الامتياز بنظام O.T.B، المرجع السابق، ص ٣٤٩. د. جمال جبريل،

المصدر نفسه، ص ٨٥.

(٢) د. جابر نصار، عقود (البوت) ...، مرجع سابق، ص ٥٢.

الرأي الثالث:

اعتمد أنصار هذا الرأي على مدى توافر معايير العقد الإداري -تحديدًا- الشروط غير المألوفة في عقد (البوت) للوقوف على طبيعته القانونية^(١)، فقالوا بأن عقد (البوت) عقد مدني في مصر وعقد إداري في فرنسا، استنادًا إلى اختلاف المعيار المميز للعقد الإداري في مصر عن فرنسا، ففي حين أن القضاء الإداري في مصر يتطلب توافر ثلاثة معايير -أن تكون الإدارة طرفًا، أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، أن يتضمن شروطًا غير مألوفة- فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفى بأحد هذه العناصر، ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطًا غير مألوفة، فإن العقد يكون إداريًا في فرنسا ومدنيًا في مصر.

وبإرجاع البصر في فحوى هذا الرأي يتبين أنه اعتمد على اعتبارات خاطئة؛ ذلك لأن الطبيعة الإدارية للعقد لا تتأتى من منطلق تضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ولكن ما دفع مجلس الدولة الفرنسي لخلق فكرة العقد الإداري وتأسيس الأحكام العامة له من الأساس هي طبيعة المرفق العام وقواعده الضابطة، والتي تقتضي استمرار المرفق في إشباع حاجات الأفراد في المجتمع^(٢)، وطالما استمر المرفق هو القائم على

(1) ABDEL BAKI (Samy): les Projets internationaux de construction menes selon la Formula B.O.T (Build, Operate, Transfer) These, 2000, paris.pp.262-266.

أشار إليه د. جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق، هامش ص ٥١.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٧ وما بعدها، د. جابر نصار، عقد

(البوت)، مرجع سابق، ص ٥٢، د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل

الملكية، مرجع سابق، ص ٩٠.

إشباع هذه الحاجات فستظل فكرة العقود الإدارية هي الوسيلة الوحيدة لإنشاء وتسيير وإدارة هذه المرافق.

الرأي الرابع:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود الـ B.O.T هي عقود التزام مرافق عامة^(١)، ولا شك أن عقد الالتزام طبقاً للمستقر عليه هو عقد إداري بطبيعته، أي أنه إداري في كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام.

ومع تسليمنا بأن عقد الـ B.O.T يختلف في خصائصه عن عقد التزام المرافق العامة، تحديداً فيما يتعلق بالجوانب الفنية والاقتصادية وطرق تمويل هذا العقد، ودور الدولة في إبرامه، وملكية المتعاقد لأصول المشروع، وكذلك ما يتعلق بتقديم الخدمة للجمهور وآلية تقاضي المقابل المالي، إلا إنه يمكن رد هذه الاختلافات جميعها إلى سنة الحياة وما تفرضه متغيرات العصر من تطورات^(٢)، فهذه الاختلافات في حقيقتها مجرد تطور لعقد الامتياز في مفهومه التقليدي، ومن ثم فإن عقد (البوت) يتوافق في جوهره مع عقد الامتياز الذي يقتضي أن يحل أحد الأفراد أو إحدى الشركات

(١) المستشار محمود فهمي، عقود (البوت) وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص ٦، د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص ٩٠، د. جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق، ص ٥٣. د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مجلة البحوث الإدارية، مصر، ع ١٤ السنة ٢٠٠١م، ص ٢٧.

(٢) د. جمال جبريل، المصدر نفسه، ص ٨٩.

حل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله، ولا يمكن إخضاع هذا العقد بهذا الوصف لأحكام القانون الخاص؛ لأن ذلك يتناقض مع طبيعة المرفق العام وقواعده كما فصلت ذلك آنفاً^(١).

(١) عرفت محكمة القضاء الإداري عقد التزام المرفق العام بأنه "...التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد بمقتضاه إحدى الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقاً للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح فاللتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين" حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٥ مارس ١٩٥٦م __مجموعة المبادئ السنة العاشر، ص ٢٥٩ نقلاً عن د. جابر نصار، المصدر نفسه، ص ٥٤، كذلك شايع القضاء الكويتي هذا الاتجاه عندما أثير أمام محكمة التمييز الكويتية هذا الموضوع بصدد نظرها للنزاع المتعلق بمشروع بناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في الكويت وإعادة تسليمها إلى حكومة الكويت بنظام (B.O.T)، فطالبت إحدى شركات المشروع الحكم بإلغاء القرار الصادر بإرساء المناقصة الخاصة بهذا العقد، وفي ذلك دلالة على أن القضاء الكويتي ينظر إلى هذا العقد بوصفه من العقود الإدارية الذي تنطبق عليه شروط المناقصات العامة ... انظر حكم الطعن بالتمييز رقم ٦٥٩- لسنة ٢٠٠٣م إداري (غير منشور). نقلاً عن د. فدغوش شبيب العجمي، عقود الـ B.O.T النفطية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة ٢٠١١م، هامش ص ١٠٦.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لعقد الـ B.O.T وحكمه الشرعي

حاول عدد من المعاصرين أثناء البحث عن إيجاد تخرج شرعي لهذا العقد^(١)؛ تكييفه على أنه عقد مشاركة متناقضة، ومنهم من يرى أنه عقد مشاركة موقوتة، بينما يرى آخر أنه عقد استصناع، ويصفه البعض أنه قريب من عقد المرصد، ومنهم من يرى أنه عقد إجارة للأرض مقابل البناء، ومنهم من يرى أنه قريب من عقد الإيجاريتين، وقد وضحت آنفاً بعض هذه الأوصاف عند الحديث عن أنواع عقود (البوت) لذا فلا حاجة إلى تكرارها.

وخلاصة القول في ذلك ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بأن "عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صورهِ التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقهاً، فإنه قد لا يتطابق مع أي منها"^(٢).

(١) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T، في تعميم الأوقاف والمرافق العامة، ص ١١ وما بعدها. الشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "B.O.T" في تعميم المرافق العامة والأوقاف، ص ١٢ وما بعدها. د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T - BUILD OPERATE TRANSFER، ص ١٩ وما بعدها. د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، ص ٣٤ وما بعدها. د. أحمد محمد بنحيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص ٣٤ وما بعدها. (بحوث مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة) د. عبدالله بن محمد العمراني، تطوير تعميم الوقف بصيغة عقد البناء و التشغيل و الإعادة T.O.B: دراسة فقهية، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - العلوم الشرعية- السعودية، ع ٣١ لسنة ٢٠١٤م، ص ٢١٧ وما بعدها.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٨٢ (٨/١٩) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى

أما عن بيان حكم عقد (البوت) فقد ذهب الفقهاء إلى أن الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الجواز والصحة والإباحة، يقول ابن تيمية رحمه الله ^(١) "الأصل في عقود المسلمين الصحة".

وتأكيداً على ذلك يقول الشيخ أبو زهرة ^(٢): "يقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهي عنها الشارع وحرمة كآن يشتمل العقد على رباً ونحوه مما حرمه الشرع الإسلامي".

ويقول محمد رشيد رضا ^(٣) عند تفسيره لقوله ﷺ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ^(٤) "... وقد تجدد لأهل هذا العصر أنواع من المعاملات تبتعها أنواع من العقود، يذكرونها في كتب القوانين المستحدثة، منها ما يبيحه فقهاء المذاهب الإسلامية المدونة، ومنها ما لا يبيحونه؛ لمخالفته شروطهم التي يشترطونها. كاشتراط بعضهم الإيجاب والقبول قولاً ... وقد يصبغونه بصبغة الدين، فيجعلون

١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

(١) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، مجموع الفتاوي، تحقيق عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ج ٣٠، ص ١٨٩.

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ١٩٩٦م، ص ٢٢٣، قريب من ذلك أيضاً، د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق ٢٠٠٤م، ج ١، ص ٥٣٧.

(٣) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموي الحسيني (المتوفى: ١٣٥٤هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة

للكتاب، ١٩٩٠م، ج ٦، ص ١٠٠-١٠١.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

التزام المتعاقدين لمباح وإيفاءهما به محرماً ومعصية لله ﷻ؛ لعدم صحة العقد. ويشترطون في بعض العقود شروطاً، منها ما يستند على حديث صحيح أو غير صحيح، صريح الدلالة أو خفيها، ومنها ما لا يستند إلا على اجتهاد مشترطه ورأيه، ويجيزون بعض الشروط التي يتعاقد عليها الناس، ويمنعون بعضها حتى بالرأي ... وأساس العقود الثابت في الإسلام هو هذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة (أوفوا بالعقود) وهي تفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده وارتبط به ... وليس لأحد أن يقيّد ما أطلقه الشارع إلا ببيّنة منه؛ فكل قول أو فعل يعده الناس عقداً، فهو عقد يجب أن يوفوا به كما أمر الله ﷻ ما لم يتضمن تحريم حلال أو تحليل حرام مما ثبت في الشرع كالعقد بالإكراه أو على الفاحشة، أو أكل شيء من أموال الناس بالباطل ... ومن الأصول التي بنوا عليها معظم تشديداتهم في ذلك ذهاب بعضهم إلى أن الأصل في العقود والشروط الحظر، فلا يصح منها إلا ما دل الشرع على صحته، وأن كل شرط يخالف مقتضى العقد باطل، وعدوا من هذا ما يمكن أن يقال إنه ليس منه.

وإطلاق الوفاء بالعقود يدل على أن الأصل فيها الإباحة، كذلك الشروط، ولا سيما العقود والشروط في أمور الدنيا، والحظر لا يثبت إلا بدليل".

ولما كان ذلك فإن هذا النموذج يمكن أن يحقق عدداً من المقاصد الشرعية والمصالح المعتبرة ومنها:

- توفير السيولة اللازمة للمشروعات الوقفية؛ إذ إن إحدى الخصائص البارزة في الأموال الوقفية هي أنها قليلة السيولة؛ لأن أكثرها عبارة عن عقارات بينما يتطلب استثمار أي مشروع منتج عناصر وعوامل الإنتاج من رأس المال والعمل والمواد الخام والنفقات الجارية الأخرى، وهو ما

يستوجب انفاق مبالغ ضخمة لا يمكن تغطيتها إلا عن طريق اللجوء إلى ممولين لتوفير هذه السيولة وهو ما يوفره نظام (البوت) حيث إن الممول وفقاً لهذا النظام سوف يتكفل بالتمويل على أن يستوفي تكلفته وأرباحه لاحقاً من التدفقات النقدية للمشروع، فضلاً عن التزامه بإعادة المشروع بحالة صالحة لاستغلاله مرة أخرى لصالح المستفيدين بما يشبه التأييد والدوام^(١).

- يعد هذا النموذج الحل الأمثل للأوقاف الخربة عديمة الدخل حيث يحقق المقصد الشرعي من الوقف بالحفاظ على الأصول، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم للانتفاع به بشكل دائم^(٢).
- يمكن عن طريق هذا النظام معالجة ما تعانيه الأوقاف من ضعف وعدم خبرة عنصر الإدارة القائم على تشغيل المشروعات الوقفية^(٣)، وذلك عن طريق ما يوفره هذا النظام من فرصة نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرات الفنية المتقدمة والتي يمكن للأوقاف أن تستفيد منها في تطوير وتعمير وتنمية الأموال الوقفية.
- يؤدي هذا النظام إلى تنمية الأموال الوقفية والحفاظ عليها

(١) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٢٥.

(٢) د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، المرجع السابق، ص ٢٦.

واستثمارها بطرق مشروعة فيما يفيد المجتمع ويجلب خبرات وصناعات مالية وفنية تسهم في القضاء على البطالة وتحقيق راحة المجتمع ورفاهيته.

ولقد أدرك أهمية هذه المقاصد ثلة من المعاصرين، يقول الدكتور عبدالله بن موسى العمار^(١) "لا بد أن تلامس مباحث استثمار الوقف واقعه وصيغ عقده، ومصارفه، وما عفا عليه الزمن من وسائل استثماره، أو وجد لظروف معينة، أو أصبح عديم الجدوى، ينبغي أن يضرب عنه صفحاً، وأن يتجه إلى الوسائل النافعة، ذات الجدوى الاقتصادية الغالبة، فما الفائدة من استعراض صيغة عقد الإيجارتين، أو عقود التحكير مما أصبح عائقاً من عوائق استثمار كثير من الأوقاف، بل إنها أصبحت شبه معطلة بناء على هذه الوسائل"، لذا نجد من الفقهاء من يجيز من التصرفات ما كان سلفهم يفتون بمنعه، لما تبين لهم أن هذا أقرب إلى المصلحة، وأبعد عن المفسدة^(٢)، فقد قرر الإمام ابن عابدين رحمته الله أن^(٣) "يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه، نظراً للوقف، وصيانة لحق الله، وإبقاء للخيرات".

ومما يؤكد صحة مسلكه رحمته الله، أن القرآن الكريم لم يذكر شيئاً من

(١) د. العمار. عبدالله بن موسى. استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهيّة الأول. الكويت ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م الجزء الأول ص ٢٠١.

(٢) د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص ١٢.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المختار على الدر المختار، دار الفكر بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ، ج ٤، ص ٣٨٦.

أحكام الوقف بخصوصه، كما أن السنة النبوية -أيضاً- لم تتعرض لمعظم أحكام الوقف التفصيلية، ولم تتعد الأحاديث التي بينت أحكام الوقف عدة أحاديث، بل أكثر أحكام الوقف اجتهادية قياسية، للرأي فيها مجال، وهذا ما ينطبق -أيضاً- على المرافق العامة فأكثر فقهاء اجتهادي، وللسياسة الشرعية فيه مجال فسيح^(١)، فالأصل في تصرفات ولي أمر المسلمين بممتلكات ولايته العقارية والنقدية وغيرها من أموال المسلمين العامة، أن تكون منوطة بتحقيق المصلحة^(٢)، عملاً بالقاعدة الشرعية ونصها ((تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)).

وقد ذكر الزركشي أن هذه القاعدة قد نص عليها الإمام الشافعي رحمه الله ونقل عنه قوله: "منزلة الوالي من الرعية: منزلة الولي من اليتيم"^(٣)، وقال السيوطي رحمه الله: وأصل ذلك: ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه، قال حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق، عن البراء بن عازب رضي الله عنه قال: قال

(١) د. ناصر بن عبدالله الميمان، ديون الوقف، ضمن بحوث منتدى قضايا الوقف الفقهي (التزام شرعي ... وحلول متجددة)، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت ١١-١٣ أكتوبر ٢٠٠٣ م. ص ٧٥. د. خليفة بابكر الحسن، حكم وقف الأسهم والصكوك والمنافع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١١، د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة المرجع السابق، ص ١٣.

(٢) الشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف، مرجع سابق، ص ١٧.

(٣) أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، المنثور في القواعد الفقهية وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ، ج ١، ص ٣٠٩.

عمر عليه السلام "إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه -يعني قدر الحاجة- فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعفت" (١).

وعلى أساس من هذا الاجتهاد أفتى عدد من المعاصرين بمشروعية عقد (البوت) وأنه جائز شرعاً الاستفادة منه في تعمير الأوقاف الإسلامية بشرط خلوه من المحاذير الشرعية (٢)، وذلك باعتباره عقداً مستحدثاً تتوافر فيه ضوابط العقود الشرعية، أو باعتباره عقداً مركباً من عدة عقود لا يوجد في أي منها مانع شرعي (٣).

وهو ما أكد عليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة بعد

(١) عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ، ص ١٢١.

(٢) د. عكرمة سعيد صبري "عقد البناء والتشغيل والإعادة (BOT)" في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، -إمارة الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٩. د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص ٤٥. د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق ص ٣٩، د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٣) د. حسن يوسف داود المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية دار الفكر العربي ١٩٩٨م، ص ٢٩، نقلاً عن د. عبد الستار أبو غدة، عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٧.

اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، فقرر جواز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة^(١).

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٨٢ (٨/١٩) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

المطلب الثالث

الإطار التشريعي والفقه لعقود الـ B.O.T

اتجهت الدول إلى الأخذ بنظام الامتياز وفق نظام الـ B.O.T لما تتميز به آليته الجديدة من أساليب وتقنيات مبتكرة في مجال تمويل المشروعات الأساسية ذات التكاليف المرتفعة، فضلاً عن تنوع مجالات نشاطه وتعدد صوره، إلا أن هذه المزايا يتوقف الانتفاع بها على ضرورة ضبط الإطار القانوني لهذا النظام، ومن ثم تتبدى أهمية البحث عن إطار تشريعي يسمح باللجوء إلى هذا الأسلوب والانتفاع من مزاياه.

والمتصفح في الحلول التي لجأت إليها الدول لوضع الإطار القانوني المنظم لهذا العقد، يجد بعضها أثر إصدار تشريع عام حول مشاريع الـ B.O.T^(١)، بينما تتجه دول أخرى إلى تبني المعالجة الجزئية فتصدر تشريعات خاصة بكل قطاع ترغب في الاستثمار فيه بأسلوب نظام الـ B.O.T^(٢)، في حين تحمل بعض الدول إصدار تشريع خاص بهذه العقود وتكتفي بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(٣).

(١) مثال ذلك التشريع التركي الصادر عام ١٩٩٤م، كذلك الفلبين أصدرت تشريعاً موحدًا لعقود (البوت) عام ١٩٩٠م، والصين وأستراليا، د. محمد المتولي، المصدر نفسه، ص ٢٥.

(٢) مثال على ذلك قانون الاتحاد الأوروبي رقم ٩١/١٨٩٣ بتعديل القانون رقم ١١٩١ لسنة ١٩٦٩م المتعلق بالتزامات الخدمة العامة في قطاع النقل، وقانون الكهرباء الأرجنتيني رقم ٢٤٠٦٥، وقانون الكهرباء لعام ١٩٨٩م في المملكة المتحدة، د. محمد المتولي، المصدر نفسه، ص ٢٥.

(٣) مثال على ذلك لبنان، د. محي الدين القيسي، فض المنازعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP) عن طريق القضاء أو التحكيم، بحث منشور بندوة (الإطار القانوني لعقود

أما عن موقف الدساتير المصرية فيإرجاع البصر فيما تضمنته نجدها قد تواترت على تنظيم أحكام عقد الالتزام بقواعد كلية، يمكن الاستناد إليها كأساس دستوري لعقود الـ B.O.T، فمنذ دستور ١٩٢٣م وحتى دستور مصر لعام ٢٠١٢م يلاحظ أن المشرع الدستوري ترك مجاًلاً واسعاً للقانون لتنظيم تفاصيل إبرام هذا العقد وتحديد مدته^(١)، على عكس مسلكه في دستور ٢٠١٤م الحالي، والذي تضمن النص في مادته الثانية والثلاثين على أن ((موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وتحسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها، كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها، وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقاً للجدوى الاقتصادية، ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً، ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)).

المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها) المنظمة العربية للتنمية الإدارية

-مصر ٢٠١٢م، ص ٢٠٠.

(١) انظر في تفاصيل ذلك د. جابر نصار، عقود (البوت)، مرجع سابق، ص ١٠٤ وما بعدها.

ولعل هذا المسلك يتطلب بالضرورة تعديل حزمة القوانين السابقة التي كانت تعتمد عليها الحكومة في إبرام عقود B.O.T، ومن أبرز هذه التشريعات القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بشأن التزامات المرافق العامة، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م بشأن منح الالتزامات التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية أو بالمرافق العامة، وما تلاه من تشريعات أملت بها الضرورات العملية في ذلك الوقت ومنها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بخصوص تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦م في شأن هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م، المتضمن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٦م بشأن الطرق العامة، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأرض النزول.

هذا فضلاً عما تضمنه القانون المدني المصري من أحكام منظمة لعقد التزام المرافق العامة^(١)، وكذلك قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة

(١) نصت المادة (٦٦٨): التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يُعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن. ونصت المادة (٦٦٩): ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عمله بأن يؤدي لهذا العمل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقضيها ما ينظم هذا العمل من القوانين.

ويتفق الفقه سلوك المشرع المدني في النص على قواعد التزام المرافق العامة؛ ويرى أن ذلك من مظاهر طغيان القانون المدني على بعض المواد الإدارية، فما تضمنه القانون المدني من مبادئ يطبقها القضاء الإداري دون حاجة إلى نص مما يقطع الصلة بصفتها الإدارية. ومن المسلم به -وفقاً للنظرة الفرنسية- أن القضاء الإداري غير ملزم باحترام القواعد الواردة في القانون المدني إلا بالفدر الذي تعتبر فيه تلك القواعد

١٩٩٨م وتعديلاته، وأرى أنه من المستحسن جمع شتات هذه القوانين في قانون واحد يضبط ويحدد أحكام هذا العقد وفقاً لما نص عليه الدستور وما تقتضيه المصلحة العامة ومتغيرات العصر.

أما في المملكة العربية السعودية فقد واكب ظهور عقود الامتياز بداية الإعلان عن توحيد المملكة واكتشاف البترول كأحد المصادر الاقتصادية البديلة لدعم عملية التنمية، ففي عام ١٣٤٢هـ تم منح أحد ممثلي النقابة الشرقية العامة امتياز التنقيب عن النفط في مناطق شرق المملكة العربية السعودية، ونظراً لعجز هذه الشركة عن تنفيذ مهمتها واستمرارها، وعلى أثر إصرار الملك عبدالعزيز حينذاك عن رفض التنازل عن بيع أية قطعة أرض من أجزاء المملكة، عارضاً إمكانية الحصول على تأجير أو امتياز هذه الأراضي لمدة محدودة، فقد وقع اختياره على شركة أمريكية صغيرة وهي (الغولف أويل كومباني)، إلا أن هذه الأخيرة فشلت في استثمار حقول نفط الإحساء ولم تستطع تغطية مصاريفها، فتنازلت عن امتيازاتها بموافقة الحكومة السعودية لشركة (بحرين أويل أوف كاليفورنيا) والتي تعد فرعاً من شركة (ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا)، والتي تم التعاقد معها بعد ذلك^(١)،

=

مجرد تطبيق للمبادئ العامة التي لا تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها القانون الإداري. وهذه الاعتبارات أكبر دليل على عدم انسجام هذه المواد في المجموعة المدنية في الوقت الحاضر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢١-١٢٢.

(١) صدر المرسوم الملكي رقم ١٣٣٥ في السابع من يوليو لسنة ١٩٣٣م، بإبرام اتفاقية امتياز التنقيب عن النفط واستخراجه ونقله، بين الحكومة السعودية وشركة ستاندارد أويل أوف كاليفورنيا (Standard Oil of California) سوكال انذاك (Socal)، ومن أبرز ما تضمنته هذه

ونظرًا لما رسبه هذا العقد من آثار فقد نص النظام الأساسي للحكم الصادر بموجب الأمر الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ٢٧/٨/١٤١٢ هـ، في مادته الرابعة عشرة على أن "جميع الثروات التي أودعها الله في باطن الأرض، أو في ظاهرها، أو في المياه الإقليمية أو في النطاق البري والبحري الذي يمتد إليه اختصاص الدولة، وجميع موارد تلك الثروات، ملك للدولة، وفقًا لما يبينه النظام، ويبين النظام وسائل استغلال هذه الثروات، وحمايتها، وتنميتها لما فيه مصلحة الدولة وأمنها واقتصادها" ونصت المادة الخامسة عشرة على "لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام".

ويستنتج من هذا النص أن القاعدة العامة في منح امتياز المرافق العامة؛ ضرورة صدور نظام خاص لمنح الالتزام، وإلا وجبت مراعاة ما نص عليه نظام المنافسات والمشتريات السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم

=

الانفاقية من شروط هو البند التاسع الذي يقضي بأن تعيد الشركة إلى الحكومة السعودية خلال ٩٠ يومًا بعد الحفر، ذلك الجزء من المنطقة التي ترى الشركة أنها لن تستخدمه في المستقبل، كذلك ينص البند الثالث والعشرين على "الاستخدام الأوسع قدر الإمكان للمواطنين السعوديين في منشآت الشركة"، وتلتزم الشركة بموجب البند السادس والثلاثين "بعدم التدخل في الشؤون الإدارية والسياسية والدينية للسعودية"، وعلى أثر العديد من المفاوضات بين الشركة والحكومة السعودية أعلنت الأخيرة في بداية شهر سبتمبر ١٩٧٩م عن تملكها الكامل لشركة أرامكو، وإن كان البعض يرى أن الانفاق الحقيقي لم يتم إلا في عام ١٩٨٠م إذ أصبحت كافة موجودات الشركة تحت سيطرة الحكومة السعودية، وبأثر رجعي يعود إلى يناير عام ١٩٧٦م كما تغير اسم الشركة إلى شركة الزيت العربية السعودية - أرامكو السعودية. للمزيد د. خالد عبدالله الياقوت، النظام القانوني لعقود التنقيب عن النفط بالملكة العربية السعودية، بحث منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد ٢ لسنة ٢٠١٥م، ص ١٦٩ وما بعدها، د. محمد سليمي عدنان، السيطرة السعودية الكاملة على شركة أرامكو، مجلة الخليج العربي (العراق) عدد ١-٢ لسنة ٢٠٠٩م، ص ٦٢ وما بعدها.

م/٥٨ بتاريخ ٤/٩/١٤٢٧ هـ، والذي نص في مادته السادسة على أن "تطرح جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام"، كذلك ما ورد في نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ ١/٥/١٤٢١ هـ^(١)، فضلاً عن الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية والتي تمثل الأساس الدستوري لجميع أنظمة الحكم في المملكة العربية السعودية، وهو ما أكدته المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم^(٢).

ويستبين مما سبق أن المنظم السعودي لم يضع تشريعاً للقواعد المنظمة لهذا العقد، بل إنه غالباً ما كان يستخدم لفظ الترخيص بدلاً من الامتياز^(٣) على الرغم من الاختلاف الواضح بينهما^(٤)، ولكن هناك أنظمة

(١) نصت المادة الثانية من هذا النظام على "مع عدم الإخلال بما تقضي به الأنظمة والاتفاقيات، يصدر لاستثمار رأس المال الأجنبي في أي نشاط استثماري في المملكة بصفة دائمة أو مؤقتة ترخيص من الهيئة، ويجب على الهيئة أن تبت في طلب الاستثمار خلال ثلاثين يوماً من تاريخ استيفاء المستندات المطلوبة في اللائحة، وإذا مضت المدة المحددة دون أن تبت الهيئة في الطلب وجب عليها إصدار الترخيص المطلوب للمستثمر، وإذا رفضت الهيئة الطلب خلال المدة المذكورة فيجب أن يكون هذا القرار مسبباً، ولمن صدر في حقه قرار الرفض التظلم منه وفقاً لما تقضي به الأنظمة".

(٢) نصت المادة السابعة من النظام على "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة".

(٣) مثال على ذلك: نظام توزيع الغاز الجاف وغاز البترول السائل للأغراض السكنية والتجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٦ بتاريخ ١/١٢/١٤٣٨ هـ. أيضاً نظام الكهرباء الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥٦ بتاريخ ٢٠/١٠/١٤٢٦ هـ. ونظام الاستثمار الأجنبي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ٥/١/١٤٢١ هـ.

(٤) فقد ذهب قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٧/١/١٩٧٠ م، (س ١٥، ص ١٤٠) للتمييز بين عقد الامتياز وبين الترخيص باستغلال مرفق عام، فقالت بأن التراخيص لا

تضمنت النص مباشرة على جواز اللجوء إلى عقود الامتياز، مثال على ذلك نظام النقل بالخطوط الحديدية المشار إليه آنفاً (مرسوم ملكي رقم م/٣٣ بتاريخ ٢٤/٥/١٤٣٣هـ)، إذ عرف هذا النظام عقد الامتياز في مادته الأولى أنه عبارة عن "عقد تبرمه الحكومة مع صاحب الامتياز، لإنشاء الخطوط الحديدية، وتقديم خدمات الخطوط الحديدية"، كذلك فقد ورد النص على نظام (B.O.T) صراحةً وإمكانية الاستفادة منه في قرار المجلس الاقتصادي الأعلى المتضمن تحديد قائمة المرافق وأنواع النشاط والخدمات المستهدفة بالتخصيص وقد أشرت إلى ذلك آنفاً، وتطبيقاً لهذه الأنظمة فقد أخذت المملكة بالفعل بهذا النموذج من العقود في العديد من مشروعاتها العملاقة التي واكبت توسع واجباتها بما يتوافق مع متطلبات التنمية^(١).

=

يمكن أن يطبق عليه قواعد عقود امتياز المرافق العامة الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م "لأنها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لآجال قصيرة وغير قابلة للتجديد وبحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤه في أي وقت " نقلاً عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٩-١٢٠.

(١) بسام بن عبدالله البسام، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبدالعزيز كلية الاقتصاد والإدارة، ٢٠١٠، ص ٨.

المطلب الرابع

الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ B.O.T في مجال الأوقاف

يثور التساؤل حول الإطار القانوني أو الشرعي المنظم لهذه العقود في حالة الاستعانة بها كآلية للاستثمار في الأوقاف الإسلامية؟

في ظل انعدام الإطار القانوني العام المنظم لهذا النوع من العقود سواء تعلق الأمر بالاستثمارات العامة أو الاستثمارات الخاصة بأموال الأوقاف سواء في مصر أو في المملكة العربية السعودية، والاعتماد على المعالجات الجزئية لتنظيم الاستفادة من هذا العقد في مجالات معينة على النحو المشار إليه آنفاً، يمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال البحث فيما تضمنته الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية من أحكام متعلقة بشؤون الوقف وضوابط استثماره كذلك ما استقر عليه الفقه والقضاء فيما يتعلق بأنشطة القائم على الوقف، فبنظرة عامة على مسار التطور التاريخي للتنظيم الفقهي والتشريعي للأحكام الخاصة بالوقف، يتضح أنه مر بعدة مراحل بعد وفاة النبي ﷺ^(١)، بدأت المرحلة الأولى بالتأسيس المذهبي لفقه الوقف والتي واكبت عملية البناء الفقهي للمذاهب الكبرى - السنية والشيعية - واتساع رقعة الدولة الإسلامية مما فرض على علماء ذلك العصر الاجتهاد في تكييف ما يعرض عليهم من متغيرات وتحديات وتقعيد القواعد الأساسية لفقه الوقف، ثم شهدت المرحلة التالية لهذه المرحلة - بداية من

(١) د. إبراهيم البيومي غانم، التكوين التاريخي لوظيفة الوقف في المجتمع العربي، المستقبل العربي -

لبنان، ٢٧٤٤، ديسمبر ٢٠٠١م، ص ٩٥ وما بعدها.

القرن الرابع الهجري وحتى القرن الثالث عشر - نموًا وتطورًا مطردًا في التكوين المعرفي والفقهني لنظام الوقف، فزاد اهتمام الفقهاء بالفروع والتفاصيل المتعلقة بأحكام الوقف إذ لا يكاد يخلو كتاب من كتبهم من باب مستقل أو فصل لبيان أحكام الوقف وقواعده، مما لا يتسع مجال هذا البحث لذكره، ثم تلا هذه المرحلة تحول نوعي في السيرة التاريخية لفقه الوقف، فظهرت التقنيات الخاصة بأحكام الوقف الشرعية ونظمه الإدارية مرتبطة بالسياق العام للتقنيات المدنية الحديثة وما رافق ظهور الدولة القطرية العربية من نظم قانونية كانت بداياته عام ١٨٩٩م، فخرج فكر الوقف من دائرة الفقهاء إلى دائرة أوسع شملت رجال السياسة والثقافة والقانون والفن، وزاد الجدل حول فقه الوقف وتفاصيله ومدى حاجة الأمة إلى وضع تشريع لتنظيمه، مما أسفر عام ١٩٤٦م عن ظهور أول قانون خاص بأحكام الوقف في الوطن العربي وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م، ثم انتقلت ظاهرة التقنين بعد ذلك إلى العديد من البلدان العربية الأخرى^(١).

(١) فقد صدر قانون الوقف بالأردن عام ١٩٤٦م، ثم تطور التشريع فيها بصدور القانون ٢٦ لسنة ١٩٦٦م، إلى أن انتهى بالقانون ٣٦ لسنة ١٩٧٣م، وتلاه قانون الوقف في لبنان عام ١٩٤٧م، وقانون الوقف في سوريا عام ١٩٤٩م، والأمر السامي المنظم للوقف بالكويت عام ١٩٥١م، وفي دولة البحرين صدر مرسوم أميري بتنظيم مجلس الأوقاف السنوية والجمعيرية وإرادتهما عام ١٩٨٥م، وصدر قانون الأوقاف بالجمهورية اليمنية عام ١٩٩٢م، ودولة الكويت عام ١٩٩٣م، ودولة قطر عام ١٩٩٦م، ودولة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٩٩م، وسلطنة عمان عام ٢٠٠٠م. وفي العراق تم تنظيم الأوقاف الجعفرية مع الأوقاف السنوية، بقانون نظارة ديوان الأوقاف رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٠م، وهو مؤسسة وطنية تضطلع بعموم الأوقاف، أما شكل إدارة الأوقاف، فإنه يخضع

ولقد أدخل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م العديد من التعديلات الجهورية على النظام السائد آنذاك، حيث أجاز الرجوع في الوقف وحدد الوقف الأهلي بطبقتين أو لمدة ستين سنة ينتهي بعدها تلقائياً، والذي ألغي بعد قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢م، فصدر القانون ٢٤٨ لسنة ١٩٥٣م، ملغياً الوقف الأهلي، وفي السياق ذاته صدر بعد ذلك القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧^(١)، ثم تلا ذلك صدور القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٨م والذي منح وزارة الأوقاف حق إدارة أعيان الأوقاف الأهلية، وقد استثنى القانون رقم القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٦٠م أوقاف الأقباط من أيلولة النظر فيها إلى وزارة الأوقاف وجعل إدارتها لأوقاف الأقباط الأرثوذكس، واستكمالاً لحلقات تصفية الأوقاف صدر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢م، ليكمل مهمة القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧م، بتسليم الأعيان التي تديرها وزارة الأوقاف إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية.

وتخفيفاً من شدة أثر هذه القوانين على واقع الأوقاف وما آل إليه

للقانون المعمول به حالياً في العراق، وهو القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٠م. للمزيد د. إبراهيم البيومي غانم، المصدر نفسه، ص وما بعدها.

(١) وقد نص هذا القانون على أن جميع الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة تستبدل بسندات على الحكومة، وأن تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعي هذه الأرض لتوزيعها على صغار الفلاحين، وتؤدي تلك الهيئة لمن له حق النظر على الوقف -وهو وزارة الأوقاف غالباً- سندات تساوى قيمة الأرض الزراعية وما عليها من منشآت ثابتة أو منقولة وأشجار، وذلك بفائدة مقدارها ٣% سنوياً من قيمة السند وتستهلك تلك السندات بمضي ثلاثين سنة.

نظام الوقف من تدهور، وغل يد العمل الأهلي، وتقاعس الراغبين في الوقف عن المضي فيه، وتحولهم من الرغبة فيه إلى الرغبة عنه^(١)، صدر القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١م والذي أنشأ هيئة الوقف، وجعل لها استثمار أعيان الأوقاف وإدارتها، فيما عدا: الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العام والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧م المشار إليه، والأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاص والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢م المشار إليه، والأوقاف الخيرية التي يشترط فيها الواقف النظر إلى نفسه ولأبنائه من طبقة واحدة، والأوقاف التي تشرف عليها هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكس، ولعل من مميزات هذا القانون تجميع ما بقى من أعيان الأوقاف التي تناثرت أشلاء من قبل، وصار أمرها إلى جهة تنظر في أدائها واستثمارها باعتبارها أموالا موقوفة، إلا أن تلك الأعيان -من جهة أخرى- بقيت مستولى عليها من جانب الحكومة، التي أسقطت شروط الواقفين، وأهدرت أمرها من حيث تحديد المصارف وتعيين جهات البر، ومن حيث اختيار النظار وتحديد شروط توليهم نظارة الوقف ووفقاً لشروط الواقفين^(٢).

(١) د. عبدالله النجار، ولاية الدولة على الوقف: المشكلات والحلول، منشورات مجلة القضاء المدني

-سلسلة دراسات وأبحاث- المغرب، ١٤ لسنة ٢٠١٢م، ص ١٣٣.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢٠٠٥/١/٩م، في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٣ ق،

مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، مجلد ١، ج ١١، ص ١٢٥٣.

وعلى الرغم من وضوح ولاية الدولة على الأوقاف من خلال هذا التسلسل التشريعي، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قررت في حكمها الصادر بتاريخ ١٩/١/٢٠٠٥م، على أن "... أموال الأوقاف تعتبر بصريح نص المادة (٥) من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١م أموالاً خاصة مملوكة للوقف باعتباره عملاً بنص المادة (٣/٥٢) من القانون المدني شخصاً اعتبارياً، وهو يدخل بحسب طبيعته في عداد أشخاص القانون الخاص، ولو كان من يباشر النظر عليه شخص من أشخاص القانون العام، إذ يظل النظر في جميع الأحوال على وصفه القانوني مجرد نيابة عن شخص من أشخاص القانون الخاص، وفي هذا نصت المادة (٥٠) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م بأحكام الوقف على أن "يعتبر الناظر أميناً على مال الوقف ووكيلاً عن المستحقين..."، ومن ثم فإن قيام وزير الأوقاف بصفته ناظراً على الأوقاف الخيرية وهيئة الأوقاف كنائبة عنه على شؤون أموال الأوقاف، إنما يكون كأي ناظر من أشخاص القانون الخاص، وعلى ذلك فإن تحويل النص الطعن بوزارة الأوقاف بصفته ناظراً على الأوقاف صلاحية توقيع الحجز الإداري عند عدم الوفاء بالإيجارات المستحقة للأوقاف، مؤداه إلحاق نشاط هذه الأوقاف في هذا النطاق بالأعمال التي تقوم عليها المرافق العامة، واعتبارها من جنسها، وإخضاع تحصيلها دون مقتض لتلك القواعد الاستثنائية التي تضمنها قانون الحجز الإداري، بما يخالف نص المادة (٦٥) من الدستور، ذلك أن مبدأ الخضوع للقانون

المقرر بها، يفترض تقييد أشخاص القانون الخاص في مجال نشاطها واقتضاء حقوقها بقواعد ووسائل هذا القانون دون غيرها...^(١).

ويستنتج من ذلك أنه وعلى الرغم من أن أموال الوقف تعد وفقاً لمفهوم المال العام في الإسلام أموالاً عامة^(٢)، إلا أن المحكمة الدستورية العليا

(١) ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية استقر قضائها فيما يتعلق بالعقارات ذات الغرض الديني على أن "شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة طبقاً لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم- هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شؤونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة. فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وإنما بوصفها ناطرة عليها شأنها في ذلك شأن أي فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شؤون الوقف فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام. (الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٤ جلسة ١٥/٠٥/١٩٥٨ س ٩ ع ١٤ ص ٤٥٣ ق ٥٢) - (الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ جلسة ٣٠/١١/١٩٩٧ س ٤٨ ع ٢٤ ص ١٣٧٤ ق ٢٥٥) - (الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٧٥ جلسة ٠٩/٠٩/٢٠١٤م)"، وفيما يتعلق بصندوق النذور: فقد انتهت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة في ١/١/١٩٧٣م، إلى اعتبار أموال صندوق النذور العام أموالاً عامة تخضع في صرفها للقواعد المالية التي تطبق في شأن المال العام، تأسيساً على أن المال المتبرع به، بعد أن تتم إجراءات التبرع، يخرج عن ملكية المتبرع، ويدخل في ملكية المتبرع إليه المساجد، أو وزارة الأوقاف باعتبارها المشرفة عليها، وفي كلتا الحالتين فإن المال يدخل في ملكية الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الإدارية) وزارة الأوقاف (كما أن هذه الأموال خصصت للمنفعة العامة، وهي رعاية الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية وصيانتها وتأثيرها، وتشجيع نشر الدعوة الإسلامية، ومن ثم فقد توافرت في أموال صندوق النذور العام شرط المال العام" نقلاً عن د. أحمد محمود جمعة، النظام القانوني للأملاك العامة والخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية ولهيئات الموائم المصرية، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م، ص ١٢-١٣، أشار إليه د. عصام خلف العنزي، ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف، مجلة الحقوق - الكويت، ع ٣ لسنة ٢٠١٤م، ص ٢٢٦.

(٢) د. حسين شحاته، حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسات اقتصادية-مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية - الجزائر، ع ٣، لسنة ٢٠٠٤م، ص ١٠.

قضت بأن قيام هيئة الأوقاف بإدارتها لا يخلع عليها، صفة المال العام^(١)،

(١) ومن الجدير بالذكر أن تشريعات الوقف في معظم دول شبه الجزيرة العربية تخلو من نصوص جنائية تجرم الأفعال الضارة بالأموال الموقوفة، مع شدة حاجة الوقف لهذه النصوص، لأن الوقف غير مملوك لشخص طبيعي، ومع قصور قواعد المسؤولية المدنية والجنائية للنظار.

ولعل هذا ما دفع المشرع الكويتي تقرير إضفاء بعد واسع على المال العام بقصد بسط الحماية على كثير من الأموال التي تديرها الدولة، في الوقت الذي تعتبر فيه هذه الأموال أموالاً خاصة ومنها الوقف وأموال القصر، مقررًا المساواة في الحماية الجنائية بين الأموال العامة وأموال الوقف، وذلك بمقتضى القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣م، حيث توسع في مفهوم المال العام، فلم يقصره على الأموال المملوكة للدولة، أو مؤسساتها أو هيئاتها، وإنما شمل الأموال التي تكون خاضعة لإرادتها. د. عبدالله النجار، ولاية الدولة على الوقف، مرجع سابق، ص ١٢٦ وما بعدها.

د. فيصل عبدالله الكندري، مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دراسة تحليلية ونقدية للقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣م، بشأن حماية الأموال العامة، مجلة الحقوق - الكويت، يونيو عام ١٩٩٤م، ص ٢٢٨، د. عصام خلف العنزي، ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف، مرجع سابق، ص ٢٣٢. كذلك اعتبر المشرع السوداني أموال الأوقاف بكل أنواعها سواء أكانت وقفًا خيريًا أو أهليًا أو مشتركًا، أموالاً عامة وذلك بموجب نص المادة (١٩) من قانون ديوان الأوقاف القومية الإسلامية لسنة ٢٠٠٨م: (تعتبر أموال الأوقاف أموالاً عامة ويجب المحافظة على أصلها) وقرر الحماية الجنائية لها بموجب نص المادة (٩/ذ) من قانون ديوان الأوقاف على أن (تعتبر الأموال الموقوفة أموالاً عامة لأغراض المعاقبة على التعدي عليها أو إهمالها بموجب أحكام القانون الجنائي). د. أسامة محمد خليل، مناهج المصلحة في إدارة أموال الوقف ضرورة لدفع الفساد، ملحة العدل، السودان، ٣٦٤ لسنة ٢٠١٢م، ص ١١١.

وفي مصر اتجه قانون العقوبات إلى حماية الوقف من التعدي الذي يقع عليه من الغير، بموجب نص المادة ١١٥ مكرر، والمادة ٣٢٧ مكرر، كذلك ما تضمنه قانون الوقف (مادة ٥٠) والذي اعتبر الناظر وكيلًا عن المستحقين وأتاح لولاية الدولة أن تتناول إليه بالعقاب الجنائي، إلا أن هذا العقاب هزيل لا يتلاءم مع حجم المفساد التي يمكن أن تترتب على انحراف الناظر في إدارة الوقف أو إهماله في استثماره، حيث لا تزيد العقوبة عن الغرامة التي لا تتجاوز خمسين جنيهًا إذا امتنع عن

ولا يجعل من قراراتها قرارات إدارية، ومن ثم لا تعتبر المنازعات التي تنشأ بشأنها منازعات إدارية يخضع الفصل فيها لمجلس الدولة، ومن ثم فإن عقود (البوت) المتعلقة باستثمار أموال الوقف هي في الحقيقة عقود مدنية تسري بشأنها القاعدة العامة في أن العقد شريعة المتعاقدين، وتكون جميع شروطها رضائية يتفق عليها أطراف العقد على قدم المساواة.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٧/١/٢٣هـ، فقررت بأن: "النزاع في لزوم إجارة الوقف بدعوى الغبن فيه هو بطبيعته نزاع مدني صرف يخضع لحكم القانون المدني، والإيجار لا يفسده الغبن في هذا القانون، ذلك أنه كلما كان مدار البحث في صدد الوقف هو القانون الواجب التطبيق فالتفرقة واجبة بين الوقف من حيث ذاته وبين نشاطه في ميدان التعامل.

فأما المرجع في معرفة ذات الوقف وتقصى مقوماتها فهو الشريعة الإسلامية، وأما متى وجد الوقف وبدا منه نشاط في ميدان التعامل فبإع أو إبتاع وأجر أو استأجر فشأنه في هذا كله شأن أشخاص القانون كافة، حقيقيين كانوا أو اعتباريين، من حيث خضوعهم جميعاً لأحكام القانون المدني دون الشريعة الإسلامية، إذ هذه الشريعة كانت في مصر، الشريعة

=

تقديم مستندات تكلفه المحكمة بتقديمها أثناء نظر تصرف أو دعوى تقديم حساب عن الوقف المشمول بنظره، وإذا تكرر الامتناع تزيد الغرامة إلى مبلغ مائة جنيه، ويعفى من تلك الغرامة إذا نفذ ما أمر به أو أبدى عذراً مقبولاً عن التأخير، ويبدو جلياً أن هذا العقاب هزيل لا يكفل ردعاً، ولا يكفي لتحقيق الحماية الجنائية المطلوبة للوقف، والتي تعد أهم مظاهر ولاية الدولة عليه. د. عبدالله النجار، ولاية الدولة على الوقف، مرجع سابق، ص ١٢٧ وما بعدها.

العامة التي تحكم المعاملات وغيرها ثم استبدل بها القانون المدني بالنسبة إلى المعاملات فأصبح هذا القانون وحده دونها هو الواجب التطبيق على كل ما هو داخل في دائرة التعامل بقطع النظر عن طبيعة الأشخاص المتعاملين^(١).

ومن نافلة القول أنه قد صدر حديثاً قرار لوزير الأوقاف متضمناً لبعض الضوابط المرتبطة باستثمار أموال الأوقاف وتحسينها والمحافظة عليها^(٢)، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: قصر التصرف في مال الوقف على ما تقتضيه الضرورة التي يقرها مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية وتعتمدها السلطة المختصة ببناء على عرض مفصل متضمناً مبررات ضرورة التصرف، ووصف دقيق للعين المراد التصرف فيها، وتحديد عادل لقيمتها يتم بمعرفة الجهات المختصة، ولا يكون التصرف في أعيان الوقف إلا بطريق المزداد العلني طبقاً للقانون وبعد موافقة ناظر الوقف.

ثانياً: وجوب الالتزام بالتنفيذ الحرفي لقرار لجنة استرداد أراضي الأوقاف وتعظيم استثماراتها المشكلة، بوقف جميع إجراءات عمليات الاستبدال التي لم يتم التعاقد والمصادقة عليها بصفة نهائية من مجلس

(١) محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ١٥ جلسة ١٩٤٧/١٠/٢٣ س ع ٥٤ ص ٣٠٥ ق ١٤١).

(٢) القرار الوزاري رقم (٢٧٤) لسنة ٢٠١٦ م بشأن حماية مال الوقف وتحسينه والصادر بتاريخ ١١/١١/٢٠١٦ م، الوقائع المصرية العدد، ٢٦١ تابع في ٢٠ نوفمبر ٢٠١٦ م.

الإدارة بآخر جلسة انعقدت له قبل صدور هذا القرار مهما كان حجمها صغيراً أو كبيراً ومهما كانت الإجراءات التي تمت بشأنها.

ثالثاً: استبدال أراضي الوقف لإقامة مشروعات ذات نفع عام كبناء المدارس، أو إقامة المستشفيات، ومحطات الصرف الصحي ونحو ذلك، يتم بتقديم الوزارة أو المحافظة أو الجهة المعنية بطلب إلى رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية يوضح فيه المساحة المراد استبدالها وموقعها واسم الوقف التابعة له وطريقة سداد قيمة مال البديل التي يتم تحديدها بمعرفة الجهات المختصة، سواء بسداد القيمة نقدًا أم عن طريق المبادلة العادلة أرضاً بأرض أو عقاراً بعقار أو بأرض، بشرط مماثلة القيمة وذلك مع مراعاة القاعدة التي تقتضي بالإسهام بنسبة ٢٥% من قيمة الصفقة الفعلية لصالح النفع العام، مع احتفاظ هيئة الأوقاف باستبدال كامل حقوقها حال تحويل الخدمي المخصص للمنفعة العامة أو أي جزء منه إلى استثماري أيًا كان الغرض من هذا الاستثمار حفاظاً على مال الوقف، ولا يصبح الاستبدال نافذاً إلا بموافقة مجلس إدارة هيئة الأوقاف واعتماد السلطة المختصة .

أما في المملكة العربية السعودية، فقد لقيت الأوقاف عناية خاصة في المحافظة عليها وإدارة شؤونها منذ عهد الملك عبدالعزيز رحمه الله وحتى وقتنا الحاضر^(١)، فبدأت تبرز مظاهر ولاية الدولة على الأوقاف مع صدور

(١) د. عبدالعزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، مسؤولية الدولة في حماية الأوقاف، مجلة العدل، ٥٨ع ربيع الآخر ١٤٣٤هـ، ص ١٢٣.

التعليمات الأساسية في عام ١٣٤٥هـ، والتي عيّنت بتنظيم شؤون الأوقاف، تلاها إنشاء الملك عبدالعزيز رحمه الله إدارة للأوقاف الداخلية بمكة المكرمة سنة ١٣٤٣هـ، ثم إقامة إدارة مماثلة في المدينة النبوية، ثم صدر مرسوم ملكي في ١٢/٢٧/١٣٥٤هـ يقضي بربط إدارات الأوقاف وفروعها بمدير عام مقره في مكة المكرمة، وفي إطار التطور الإداري المتسارع الذي شهدته المملكة تحولت هذه الإدارة إلى وزارة تحمل اسم (وزارة الحج والأوقاف)، ثم في عام ١٤١٤هـ صدر مرسوم ملكي بإنشاء وزارة جديدة تدخل تحت نطاقها إدارة الأوقاف، وهي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، وأوكلت جهة الإشراف على الأوقاف لوكالة الوزارة لشؤون الوقف، ثم صدر مرسوم ملكي رقم م/٣٥ بتاريخ ١٨/٧/١٣٨٦هـ بالموافقة على نظام مجلس الأوقاف الأعلى - ألغى بموجب نص المادة الخامسة والعشرون بند (١) من مرسوم ملكي رقم (م/١١) وتاريخ ٢٦/٢/١٤٣٧هـ بالموافقة على نظام الهيئة العامة للأوقاف، والتي تتولى الآن العديد من المهام المتعلقة بشؤون الوقف.

وقد نص النظام على أن الهيئة العامة للأوقاف هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة، تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، وترتبط برئيس مجلس الوزراء، وتباشر المهمات والاختصاصات المنوطة بها بمقتضى هذا النظام، ويكون مقرها الرئيس في مدينة الرياض، ولها إنشاء فروع داخل المملكة بحسب الحاجة، وتهدف الهيئة إلى تنظيم الأوقاف، والحفاظة عليها وتطويرها، وتنميتها؛ بما يحقق شروط واقفيها، ويعزز دورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكافل الاجتماعي، وفقاً لمقاصد الشريعة

الإسلامية والأنظمة. وتقوم الهيئة بعدد من المهام منها:

مهام إشرافيه رقابية: وتتمثل في الإشراف على جميع الأوقاف العامة، والخاصة (الأهلية)، والمشاركة، واتخاذ الإجراءات النظامية لتحقيق أهداف الوقف^(١)، وتقديم الدعم الفني والمعلوماتي للنظار -أيضاً- تقديم المشورة المالية والإدارية بما لا يخالف شرط الواقف.

كذلك الإشراف والرقابة على أعمال النظار الذين يعينهم الواقفون في حدود ما تقضي به الأنظمة، دون الدخول في أعمال النظارة^(٢)، وذلك عن طريق الاطلاع على التقارير المحاسبية السنوية التي تعد عن الأوقاف، وتكليف ممثل عنها لحضور اجتماعات الجمعية العمومية، أو اجتماعات مجالس إدارات الأوقاف التي ليس لها جمعيات عمومية؛ عند بحث التقرير المالي السنوي للوقف، وللهيئة الحق في طلب تغيير المراجع الخارجي، ولها -أيضاً- الحق في تحريك الدعوى -إذا لزم الأمر- أمام القضاء لعزل الناظر الذي يخفق في تحقيق أهداف الوقف، أو يفقد شرطاً من شروط النظارة.

أما عن أعمال النظارة فقد نص المرسوم الملكي المشار إليه آنفاً على تقسيم الأوقاف إلى ثلاثة أقسام: قسم خاص؛ وهو المشروط على معين من الذرية وأقارب بالذات أو بالوصف، وقسم عام؛ وهو الوقف المشروط على أوجه برّ عامة معينة بالذات أو بالوصف، وقسم مشترك بينهما؛ وهو الذي يشترك في شرطه أكثر من نوع من أنواع الوقف، وقد نص النظام على أن

(١) المادة الرابعة من نظام الهيئة العامة للأوقاف.

(٢) الفقرة (٥) من المادة الخامسة من نظام الهيئة العامة للأوقاف.

تتولى الهيئة، النظارة على الأوقاف العامة والخاصة (الأهلية) والمشاركة؛ إلا إذا اشترط الواقف أن يتولى نظارة الوقف شخص أو جهة غير الهيئة، - أيضاً- النظارة على أوقاف مواقيت الحج والعمرة، وإدارة الأوقاف التي يكون لها ناظر غير الهيئة، وذلك بناءً على طلب الواقف أو الناظر، كذلك تملك الهيئة صلاحيات الموافقة على طلبات إنشاء الأوقاف العامة والمشاركة التي تمول عن طريق جمع التبرعات، أو الهبات، أو المساهمات، وإصدار الأذونات اللازمة لها.

وفيما يتعلق بتنمية الأموال الوقفية واستثمارها فقد نص المرسوم على أن يكون للهيئة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطوير العمل الوقفي من خلال الآتي^(١):

- أ- الدعوة إلى الوقف وتسهيل إجراءاتها، وتقديم المعلومات والمشورة والمساندة الممكنة للواقفين، والنظار، وكل من يرغب في الوقف.
- ب- تطوير الصيغ الوقفية القائمة، والسعي إلى إيجاد صيغ وقفية جديدة، والتنسيق في ذلك مع الجهات ذات العلاقة.
- ج- الإسهام في إقامة المشروعات الوقفية، والنشاطات العلمية والبحثية؛ بما يعزز تنمية المجتمع، ويحقق شروط الواقفين، ومقاصد الوقف، وذلك بالتنسيق مع الجهات الحكومية وغير الحكومية.
- د- نشر الوعي في المجتمع بأهمية الوقف، ودوره الاجتماعي

(١) الفقرة (١٠) من المادة الخامسة من نظام الهيئة العامة للأوقاف.

والاقتصادي، وعقد الندوات والمؤتمرات وغيرها من النشاطات
التثقيفية، وإجراء الدراسات والبحوث.

وقد نص النظام على أن للهيئة اتخاذ الإجراءات اللازمة للاستفادة من
الأموال الموقوفة (الثابتة، والمنقولة) خارج المملكة على أوجه برّ عامة داخل
المملكة - بالتنسيق مع وزارة الخارجية - وإنفاق إيراداتها على مصارفها،
ولاشك أن إنشاء هذه الهيئة والسعي عن طريقها إلى التماس كافة وجوه
الاجتهاد والتطوير التي تريد من قدرة الأوقاف على القيام بالدور المنتظر
منها، يضيفي تميزاً فريداً للتجربة السعودية يمكن للدول الأخرى الاستفادة
منه في إدارة الأموال الوقفية واستثمارها عن طريق الاستعانة بأفضل
الأساليب والنظم الحديثة.

وفيما يتعلق بتحديد طبيعة عقود (البوت) المتعلقة باستثمار أموال
الوقف وبيان الجهة القضائية المختصة بنظر منازعاتها، فإن الثابت أن هذه
العقود لو أبرمت مع شخص من أشخاص القانون الخاص ولم تتصل بمرفق
عام فإنها لا تعد عقوداً إدارية، ولما كانت جلّ الأوقاف في المملكة تخضع
لإدارة الهيئة العامة للوقف وهي هيئة مستقلة عامة ذات شخصية اعتبارية
مستقلة، إلا إن المنظم السعودي اتخذ موقفاً مغايراً لاتجاه المحكمة الدستورية
العليا والتي اعتبرت بأن قيام هيئة الأوقاف بإدارة أموال الأوقاف لا يخلع
عليها، صفة المال العام، ولا يجعل من قراراتها قرارات إدارية، ومن ثم لا
تعتبر المنازعات التي تثار بشأنها منازعات إدارية، بما مؤداه أن عقود
(البوت) المرتبطة باستثمار أموال الأوقاف لا تعد عقوداً إدارية؛ لأن عمل

وزير الأوقاف بصفته ناظرًا على الأوقاف الخيرية وهيئة الأوقاف كناية عنه على شؤون أموال الأوقاف، إنما يكون كأى ناظر من أشخاص القانون الخاص، فقد نصت الفقرة (د) من المادة ١٣ من نظام ديوان المظالم السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٩/٩/١٤٢٨هـ، على اختصاص الديوان بالفصل في "الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفًا فيها"، ولما كان من المقرر في القواعد الأصولية في تفسير النصوص أن النص العام يؤخذ على عمومه حتى يرد ما يخصه وأن النص المطلق يؤخذ على إطلاقه حتى يرد ما يقيده^(١)، فإن الديوان يختص بنظر جميع منازعات عقود الإدارة سواء أكانت عقودًا إدارية بالمعنى الفني أم عقودًا مدنية، أي أبرمتها جهة الإدارة بوصفها شخصًا من أشخاص القانون الخاص، وهو ما استقر عليه قضاء ديوان المظالم^(٢).

(١) حكم المحكمة العليا المصرية الصادر في ١١/٢٠/١٩٧٦م، في طلب التفسير المقيّد بجدول المحكمة برقم

٢ لسنة ٧ قضائية المحكمة العليا "تفسير"، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ج ١١، ص ١٨٠.

(٢) حكم ديوان المظالم _ في الدعوى المرفوعة ضد وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد _ رقم ٣٢/٣/د/٢٢ لعام ١٤٣٥هـ، في القضية رقم ١١٩/٥/ق لعام ١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ص ٢٩٤٢.

المبحث الثالث

آلية إبرام عقد الـ B.O.T وتطبيقاته المعاصرة في

المجال الوقفي

ويشتمل على:

المطلب الأول: مراحل إبرام عقد الـ B.O.T.

المطلب الثاني: آثار عقد الـ B.O.T ونهايته.

المطلب الثالث: تقييم عقود الـ B.O.T وأثر ذلك على إمكانية

الاستفادة منها في مجال تعمير الأوقاف وتنميتها.

المطلب الرابع: التطبيقات المعاصرة لاستثمار أموال الأوقاف

الإسلامية بصيغة عقود الـ B.O.T.

المبحث الثالث

آلية إبرام عقد الـ B.O.T وتطبيقاته المعاصرة في المجال الوقفي

تمهيد وتقسيم

تتسم عقود (البوت) أنها شديدة التعقيد إذ تضم العديد من العلاقات المتشعبة والمعقدة والمتناقضة أحياناً، وهذا ما دفع المنظمات الدولية المعنية بالمشروعات المقامة وفقاً لهذا النموذج إلى تحديد مسار المراحل التي يمر بها هذا العقد، وما قد يعترئها من مخاطر تحتاج إلى تحوط كاف ليتحقق الهدف المنشود من هذا العقد، لذا سأتناول في هذا المبحث - بإذن الله - مراحل إبرام هذا العقد، والسبل الكفيلة لتحقيق الاستفادة القصوى منه في مجال الاستثمارات العامة والأوقاف الإسلامية؛ وهو ما يقتضي بحث تقييم هذا العقد من خلال تجارب بعض الدول التي شرعت في الأخذ.

وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مراحل إبرام عقد الـ B.O.T.

المطلب الثاني: آثار عقد الـ B.O.T ونهايته.

المطلب الثالث: تقييم عقود الـ B.O.T وأثر ذلك على إمكانية

الاستفادة منها في مجال تعمير الأوقاف وتنميتها.

المطلب الرابع: التطبيقات المعاصرة لاستثمار أموال الأوقاف

الإسلامية بصيغة عقود الـ B.O.T.

المطلب الأول

مراحل إبرام عقد الـ B.O.T

يتوقف نجاح عقود (البوت) وتحقيقها لأهدافها على وضوح واستقامة التكوين القانوني لإبرام هذا العقد المتشعب، وما تمر به عملية إبرامه من مراحل، ويمكن من خلال استقراء التجارب المختلفة للمشروعات المقامة وفقاً لنظام (البوت) كذلك الإطار القانوني المنظم لهذه العقود، الوصول إلى تصور يوضح إطار تكوين هذه العقود ومراحل إبرامها، ويساعد على بلورة هذه المشاريع وطرحها وتنفيذها والاستفادة منها في تعمير الأوقاف، وقبل الوقوف على بيان هذه المراحل يجب توضيح السلطة المختصة بمنح الامتياز أو الالتزام^(١)، وفقاً لنظام (البوت).

ولذلك سأقسم الحديث في هذا المطلب على النحو الآتي:

أولاً: السلطة المختصة بمنح الامتياز بنظام الـ B.O.T:

لما كان المستقر عليه أن عقود الامتياز تعد من أهم العقود الإدارية، كونها تخول فرداً عادياً أو شركة في الحلول محل السلطة العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله، ونظراً لما يمثله هذا من خطر على سيادة الدولة ومصالحها

(١) ومن نافلة القول أن البعض ذهب في تفسير سلوك الفقه المشرقي الذي درج على تسمية الامتياز -وهو مصطلح وارد في القانون الإداري- التزام على الرغم من أن هذا المصطلح ناشئ ومرتبط بالقانون المدني دليل على أن التفكير المدني مسيطر في القانون المشرقي على مواضع القانون الإداري، د. حميد عليه، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، مجلة البحوث الإدارية -مصر، ع ٣٤ يوليو ٢٠٠٧، ص ٤٦.

تحديداً إذا ما كان المستثمر أجنبياً^(١)، وتظهر هذه الخطورة وتبرز بالنظر إلى ضخامة المشاريع المقامة وفقاً لعقود (البوت) فضلاً عن تشعبها، لذا يحدد المشرع السلطة المختصة بإبرامها أو التي تستطيع منح الإذن للجهة الإدارية أو المستفيدة للقيام بذلك، وباستقراء ما ذكرته آنفاً عند الحديث عن الإطار القانوني لهذه العقود يتضح جلياً أن دستور ٢٠١٤ المعدل نص صراحةً على أن "لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عاماً، ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عاماً بناء على قانون، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك".

ويتضح من ذلك أن الدستور فرق بين حالتين:

الحالة الأولى:

تتعلق بأملاك الدولة العامة، والالتزامات التي ترتبط باستغلال الموارد الطبيعية أو المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات ومنح التزام المرافق العامة، وهذه الحالة وفقاً للمستقر عليه فقهاً وقضاً في تفسير كلمة "بقانون" تستوجب ضرورة إصدار قانون خاص بكل التزام على حدة^(٢)، وهذا ما انحازت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٢٤ يونيو ١٩٥٦م

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٣.

(٢) المصدر نفسه، ص ١١٣.

حيث تقول: "... وانتهى البرلمان بمجلسيه إلى إقرار الرأي القائل بوجود إصدار قانون خاص في كل حالة يراد فيها منح التزام بمرفق عام"^(١).

أما الحالة الثانية:

فهي المتعلقة بأموال الدولة الخاصة؛ والتي يستبين من استقراء النص السابق أن الدستور لم يتطلب ضرورة إصدار قانون بشأنها، وإنما نص على أن ينظم القانون ذلك، ولذا يمكن أن يصدر هذا الالتزام بقرار إداري، وقد نظمت حزمة التشريعات التي أشرت إليها آنفاً عند الحديث عن الإطار القانوني لهذه العقود -مثل قانون إنشاء هيئة كهرباء مصر والقانون المنظم لمنح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول- القواعد الضابطة لكيفية منح الالتزام والسلطة المختصة بذلك، بشكل مرن بسط إلى أقصى حد سلطة منح الالتزام، فاقصر المشرع فيها على صدور قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص^(٢).

أما النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية فقد نص صراحةً على أنه "لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام"، ومن ثم فإن منح امتياز استثمار موارد البلاد داخل المملكة يأخذ حكم الحالة الأولى التي نص عليها دستور مصر ٢٠١٤م المعدل.

وفي مجال الأوقاف فإن سلطة إبرام هذه العقود تخضع بالطبع للضوابط

(١) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ، ١٩٥٦م/٦/٢٤، السنة العاشرة، ص ٣٥٦.

(٢) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق.

القانونية والشرعية المنظمة لإدارة الأوقاف الإسلامية، وهذه الضوابط تختلف من دولة إلى أخرى، كذلك تختلف بالنظر إلى نوع الوقف ومدى ولاية الدولة عليه، فلكل وقف ناظر يتولى شؤونه ويحفظه ويديره ويتعاقد نيابةً عنه، ويمثله أمام الجهات المختصة، وذلك وفقاً للضوابط القانونية والحدود الشرعية، وقد يكون الناظر شخصاً طبيعياً، أو شخصاً اعتبارياً كالهيئات التي تنشئها الدول للقيام بأعمال النظارة على الأوقاف الإسلامية، مثل هيئة الأوقاف المصرية، والهيئة العامة للأوقاف في المملكة العربية السعودية، والأمانة العامة للأوقاف في الكويت.

وناصية القول أن الناظر سواء أكان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً يختص دون سواه باستثمار أموال الوقف وفقاً للضوابط الشرعية والقانونية المنظمة لذلك^(١)، وبما يحقق المصلحة المرجوة من الوقف ويحفظ مال الوقف وينميّه، يقول ابن تيمية رحمه الله^(٢) "وقد أجمع المسلمون على معنى هذا، فإن وصي اليتيم وناظر الوقف ووكيل الرجل في ماله عليه أن يتصرف له بالأصلح فالأصلح، كما قال الله ﷻ: ﴿وَلَا تَقْرُبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾^(٣)، ويتولى القضاء والجهات الرقابية في الدولة بعد ذلك الإشراف على عمل النظار والتأكد من مدى التزامهم بالضوابط الشرعية المتعلقة باستثمار

(١) د. السيد أحمد المخزنجي، دور النظارة وضوابطها العامة في استثمار الأموال الموقوفة، مجلة الوعي

الإسلامي وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ٤٩٩٤ مارس ٢٠٠٧م، ص ٣٢ وما بعدها.

(٢) ابن تيمية، مجموع الفتاوي، مرجع سابق، ج ٢٨، ص ٢٥٠.

(٣) سورة الأنعام، الآية (١٥٢).



الوقف وتنميته^(١)، ويلاحظ أخيراً أن عقود (البوت) التي لا تكون الإدارة طرفاً فيها ولا تتعلق بمرفق عام هي في الحقيقة عقود مدنية تسري بشأنها القاعدة العامة في أن العقد شريعة المتعاقدين، ومن ثم فإن جميع شروطها تكون شروطاً رضائية تتفق عليها أطراف العقد على قدم المساواة.

ثانياً: مرحلة تحديد المشروع وطرح العطاء:

ويقصد بمرحلة تحديد المشروع، تقدير الطلب على خدمات المشروعات المراد إقامتها وفقاً لهذا النموذج، وتحديد نسبة العجز المتوقع في كل خدمة، ثم تحديد الأولويات بالنسبة إلى الحاجة لكل منها^(٢)، وقد تأتي فكرة المشروع من الممول فيعرضها على الجهة الحكومية أو المستفيدة، ثم يبدي استعداداه لإنشاء المشروع وفقاً لنظام (البوت)، ولا تستطيع الجهة الإدارية أو الممول الوصول إلى هذه الرؤية إلا بعد إعداد دراسات الجدوى اللازمة للمشروع، وتشمل هذه الدراسات الجوانب الاقتصادية والسياسية والبيئية والاجتماعية

(١) وقد قرر مجلس القضاء الأعلى بمبيته الدائمة "أن للقاضي عزل الناظر ومحاسبته ولو أدى ذلك إلى سجنه، إذا وجد منه التواء، أو اتهم في بعض تصرفاته، سواء كان الوقف عامّاً أم خاصّاً" (م ق د: ٥/٢٥٢ - ١٩/٥/١٤١٥) المبادئ والقرارات، مرجع سابق، ص ١٥٦، وفي حكم قديم لها قررت بأن "القضاة لهم الولاية العامة على الأوقاف ولهم مراقبة النظار وعزل من يثبت عدم أهليته منهم" (م ق د: ١٩١ - ٢٨/١٠/١٣٩٧هـ)، مجموعة المبادئ، المصدر نفسه ص ١٤٩، وقررت المحكمة العليا بأن "التصرف في جزء من أرض الوقف وما يلحق بصك الوقفية يعرض على محكمة الاستئناف" (ك ع: ٢/٣/٥٥ - ١٦/٣/١٤٣٧هـ)، مجموعة المبادئ والقرارات، المصدر نفسه، ص ١٧٠.

(٢) نظام البناء والتحويل والتشغيل B.O.T سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون نوفمبر/تشرين الثاني ٢٠٠٤م السنة الثالثة، ص ١٠. أيضاً: الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، الأمم المتحدة نيويورك ١٩٨٨م، ص ٣٤.

للمشروع ومدى ما يمكن أن يضيفه إلى الاقتصاد القومي^(١)، ويمكن الاستعانة بمكاتب مختصة لإعداد هذه الدراسات، -أيضاً- يمكن للطرف الذي أجرى الدراسات أو حصل عليها أن يضع تحت تصرف الطرف الآخر المعلومات المستخلصة منها، ويجب مراعاة الدقة في مراجعة هذه المعلومات فقد يحدث أن يقدم للجهة الحكومية أو المستفيدة معلومات غير مطابقة للحقيقة، ويترتب على ذلك اكتشاف عدم صلاحية المشروع عند استلامه بعد انتهاء فترة الامتياز^(٢).

ثالثاً: مرحلة طرح العطاء والإعلان عن المناقصة:

تقوم الجهة الإدارية أو المستفيدة بتحديد وثائق المناقصة قبل الإعلان عنها، وكذلك تعد كراسة الشروط التي تتضمن المواصفات الفنية والشروط اللازمة لإبرام العقد، وتلك الشروط تمثل الأساس الذي يتم عليه التعاقد بين مقدم العرض والجهة الإدارية حتى لو لم ينص على ذلك في مضمون العقد الذي تم إبرامه بين جهة الإدارة وبين المتعاقد معها، ولا يقدر في ذلك اعتبار الإعلان الصادر من جهة الإدارة دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً من قبلها، ذلك؛ لأن الإيجاب الصادر من المتعاقد في الحقيقة بني على

(١) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة، المصدر نفسه، ص ٩ وما بعدها، د. ص ١٥٤ وما بعدها، حمدي عبد العظيم، دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت، مرجع سابق، ص ٢٣٦ وما بعدها.

(٢) مثال على ذلك قلة نسبة الخرسانة المستخدمة في إنشاء محطتي كهرباء سيدي كبرير عن كميات الخرسانة التي استخدمت في المخطتين اللتين أقامتهما الحكومة المصرية بمقدار النصف، ومن المفارقات أن استشاري المخطات الأربع المحطات شركة أمريكية، د. حمدي عبد العظيم، المصدر نفسه، ص ٢٣٣.

أساس الشروط والأحكام التي قررتها الإدارة في كراسة الشروط^(١)، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكم لها حيث ذهبت إلى أن "الأصل أن من يوجه الإيجاب في العقد الإداري، إنما يوجهه على أساس الشروط العامة المعلن عنها والتي تستقل الإدارة بوضعها دون أن يكون للطرف الآخر حق الاشتراك في ذلك، وليس لمن يريد التعاقد إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها فإذا أراد الخروج في عطائه على هذه الشروط فإن الأصل أن يستبعد هذا العطاء"^(٢).

كذلك تقوم الجهة الإدارية أو المستفيدة بعد إعداد الوثائق اللازمة للعطاء بالإعلان عنه في الصحف الرسمية واسعت الانتشار، ونظرًا لأهمية الإعلان في تحقيق مبدأ العلانية وكفالة حرية المنافسة والمساواة بين الراغبين في التعاقد فضلًا عن أنه يبين شروط المنافسة وإجراءاتها ويكفل للجهة الإدارية أو المستفيدة الحصول على أفضل العروض من حيث السعر والجودة^(٣)، فقد أولته التشريعات أهمية خاصة فقد نصت المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ م على أن

(1) De laubadere، Traile de contrats adm، op،cit،p،611.

د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١١٦، د. علي الشطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ٢٠١٦ م، ص ٩٠.

(٢) طعن رقم ٢٣٣ لسنة ١٠ ق جلسة ١٢/٢/١٩٦٧ م، في د. جابر نصار، ص ١١٦.

(٣) ففي مصر ترتب على الفترة التي كان يتم فيها التعاقد خلف الأبواب المغلقة زيادة تكلفة المشروعات العامة بنسبة ٢٠% عما هو متاح في الأسواق المفتوحة، تقرير مؤتمر القاهرة الأول للتعاون والتنمية بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٠٠ م، أشار إليه، د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، ٢٠٠٤ م (د.ن)، ص ١٠٣.

"تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة"، وكذلك نص نظام المنافسات والمشتريات السعودي في مادته السابعة على أن "يعلن عن جميع المنافسات الحكومية في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين محليتين، وبالوسائل الإلكترونية وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية لهذا النظام ... والأعمال أو المشاريع ذات الطبيعة الخاصة التي لا يتوافر لها متعهد أو مقاول داخل المملكة يتم الإعلان عنها خارج المملكة بالإضافة إلى الإعلان عنها في الداخل وفقاً لما تضمنته الفقرة السابقة".

ومن الجدير بالذكر أن هذا الإعلان لا يعدوا أن يكون إلا مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً من جهة الإدارة وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا إذ تقول بأن "إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايادة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد وأن التقدم بالعطاءات وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها، هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد"، كذلك ذهبته محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن "طرح وزارة الزراعة مناقصة توريد مادة على أساس الشروط الواردة في قائمة الاشتراطات لا يعتبر قانوناً إيجاباً منها و إنما هو مجرد دعوة إلى التعاقد أما الإيجاب فهو يصدر ممن يتقدم بعطاءه بالشروط المبينة فيه"^(١)، وفي حكم لديوان المظالم قرر بأن "تقديم

(١) حكمها الصادر في ١٩٦٦/٣/٢٨م، طعن رقم ٣٢ لسنة ٣١ ق، مجموعة أحكام محكمة النقض، س ١٧، ص ٧٣٠.

المقاول لعطاءه لا ينشئ بذاته رابطة تعاقدية بينه وبين الإمارة وإنما تنشأ تلك الرابطة بإبلاغ المقاول بالترسية إذ ذلك الإبلاغ هو المعول عليه بتلاقي الإيجاب والقبول وتمام العقد^(١).

ويسبق هذه الخطوة الإعلان عن دعوة لتقديم طلبات نيل الأهلية المسبقة^(٢)، وهدف التحديد المسبق للأهلية أن يستبعد من البداية مقدمو العطاءات الذين يعتبرون مقاولين غير مناسبين، والحد من العطاءات التي يجب على الجهة المستفيدة تقييمها في النهاية، ويتم ذلك عن طريق طلب من الجهة المستفيدة موجه للمؤسسات بأن تبدي قدرتها على تنفيذ العقد، وقدرتها على توريد التكنولوجيا والمعدات والمواد والخدمات الضرورية ومركزها المالي وارتباطاتها القائمة وقدرتها على الوفاء بشروط المشروع ومواصفاته، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق استبيان دقيق يوجه للمؤسسات الراغبة في الحصول على الأهلية المسبقة، وذلك حتى تستطيع الجهة المستفيدة قصر المناقصة على المؤسسات القادرة على تنفيذ المشروع.

كما أن الإعلان عن المناقصة قد يكون مفتوحاً؛ أي يتاح لمن يرغب محلياً أو دولياً فرصة تقديم العطاءات والاشراك في المناقصة، ويعرف هذا الأسلوب بالدعوة المفتوحة للتعاقد (L'appel d'offres Ouvret)، وقد يكون الإعلان مقصوراً على المؤسسات التي تحددها الجهة المستفيدة

(١) قرار ديوان المظالم رقم (٥/٣/١٣٩٨هـ) في القضية رقم ٣٠١/ق لسنة ١٣٩٦هـ.

(٢) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٣، د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٥٩.

فيما يعرف بالدعوة المحدودة للتعاقد^(١)، فيمكن إرسال الدعوة فقط للمؤسسات التي نالت الأهلية المسبقة، في حال قيام الجهة المستفيدة باستخدام إجراءات نيل الأهلية المسبقة، ويجب أن يتضمن خطاب الدعوة كافة المواعيد والمعلومات المتعلقة بالمناقصة.

رابعاً: مرحلة تقديم العطاءات والعروض:

تتمثل هذه المرحلة في تجمع عدد من المستثمرين في الغالب ليشكلوا اتحاداً مالياً يسمى (consortium) لإعداد العطاء ويوقع هؤلاء على اتفاقية مبدئية يحددون فيها نسبة كل منهم في رأس المال، ودوره في المشروع وكيفية الإدارة والتمويل، وكقاعدة عامة يجب أن تتفق العطاءات المقدمة مع شروط ومواصفات المشروع المعلن عنه، فيجب أن يكون العطاء متوافقاً مع المواصفات الفنية والتقنية والرسومات المتعلقة بالمشروع، علاوة على ذلك يجب أن يتضمن العطاء بالتفصيل جميع المسائل المتعلقة بعرض مقدم العطاء مثل شروط الثمن وآلية الدفع، وعوامل التكاليف المتوقعة لتشغيل المنشأة وصيانتها، والجدول الزمني لإنجاز عملية التشييد وتفاصيل الخدمات التي يبدي الممول استعداداً لأدائها، كذلك قد تلزم الجهة المستفيدة مقدم العطاء بأن يرفق بعطاءه ضماناً مبالغ مالي محدد^(٢)، لإثبات جدية مقدم

(١) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢٠. أيضاً، الدليل القانوني للجنة

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المصدر نفسه ص ٣٤.

(٢) مثال على ذلك ما نصت عليه المادة (١٥) من نظام المنافسات والمشتريات السعودي، والمادة

(٢٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م.

العطاء، ويجوز أن ينص على أن للجهة المستفيدة الحق في قبض قيمة الضمانة بدون تقديم دليل يثبت أنه قد لحقت بها أي خسارة^(١)، وذلك في حالة قيام صاحب العطاء بسحب عرضه خلال فترة سريان الضمانة، وقبل قيام الجهة المستفيدة باختيار مقدم العطاء الذي ستعاقده معه.

خامساً: مرحلة فتح المظاريف وتقييم العطاءات.

ينبغي للجهة المستفيدة أن تقرر الإجراءات التي ستتبعها في فتح مظاريف العطاءات حسبما تقتضيه القواعد الإلزامية للقانون الواجب التطبيق، وغالباً ما يكون فتح المظاريف علانية^(٢)، بحضور مقدمي العطاءات، إلا أنه قد حدثت بعض الظروف الاستثنائية التي يمكن الاستناد إليها لتبرير فتح المظاريف في جلسة سرية دون حضور مقدمي العطاءات، مثلاً عندما يكون للمنشأة المطلوب تشييدها علاقة بالأمن القومي^(٣)، واحتياطاً لعدم إساءة استعمال هذه الصلاحية من قبل الجهة المستفيدة فإنه يجب أن تحاط هذه الصلاحية بعدد من الضمانات التي تكفل كسب الثقة في إجراءات فتح المظاريف، فالشفافية من جانب الجهة المستفيدة تؤدي إلى بث روح الثقة والأمان لدى المستثمر، ولا شك بأن ذلك يساعد على نجاح المشروع.

وبخلاف إجراءات فتح المظاريف فإن تقييم العطاءات يتم في العادة دون

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٢) مثال على ذلك ما نصت عليه المادة ١٥ من نظام المنافسات والمشتريات السعودي.

(٣) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المرجع السابق ص ٣٩.

حضور مقدمي العطاءات^(١)، إلا أن الجهة المستفيدة مقيدة بمراعاة القواعد الإلزامية للقانون الواجب التطبيق، ففي مصر مثلاً لم يرد في قانون المناقصات والمزايدات نص يتعلق بكيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد الامتياز، إلا إن جانباً من الفقه يرى بأن اختيار أفضل العروض يتطلب أن تلتزم الإدارة بقواعد هذا القانون، باعتباره الشريعة العامة في العقود الإدارية الواجبة التطبيق فيما لم يرد في شأنه نص خاص^(٢)، بينما يرى آخرون^(٣)؛ أن الجهة الإدارية غير ملزمة باتباع ما نص عليه هذا القانون وإنما غاية الأمر هو أن تتم المناقصة في ضوء اعتبارات العلانية والمساواة وحرية المنافسة بين المتقدمين، إلا إن هذا لا يمنع بطبيعة الحال أن تبرم الجهة الإدارية مثل هذا العقد عن طريق قانون المناقصات العامة إن رأت أن ذلك يحقق مصالحها، فمرد الأمر في النهاية إلى إرادة الجهة الإدارية.

وفي جميع الأحوال فإنه يجب على الجهة المستفيدة أن تراعى أثناء عملية التقييم مقارنة الشروط المقترحة في العطاءات واحتياجاتها واشتراطاتها الخاصة ومدى التوافق بينهما، مع الأخذ في الاعتبار أن ثمن العطاء ليس بالضرورة أهم المعايير، إذ لا بد من التيقن من أن مقدم العطاء قادر من

(١) المصدر نفسه ص ٤١.

(٢) د. سعد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٩م، ص ٣٥٣. المستشار محمود فهمي، بحث في تعريف عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص ٢٥، د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٣) جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١١٢.

الناحية الفنية والتقنية على الوفاء بجميع الالتزامات في فترة زمنية معينة، كذلك الوضع المالي لمقدم العطاء وسيرته السابقة، وتملك الجهة المستفيدة التفاوض مع مقدمي العطاءات سواء تم ذلك خلال مرحلة إبرام العقد، أو حتى ابتداءً عن طريق التفاوض مباشرة مع عدة مؤسسات ترى الجهة المستفيدة أنها قادرة على تنفيذ محل العقد، وليس من الضروري في هذه الحالة أن تجري المفاوضات في إطار رسمي شكلي، فالمفاوضات في عقود (البوت) تركز على تبني فكرة التعاقد بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض^(١)، والذي يتم عن خلاله تبادل الاقتراحات والمساومات والتقارير والدراسات التي تساعد أطراف العقد في تحديد مواقفهم بشكل صحيح قبل إبرامه^(٢)، فإذا تيقنت الجهة المستفيدة من مقدرة مقدم عطاء معين على تنفيذ محل العقد يتم إشعاره لإبرام العقد، مع الاحتياط لما قد يحدث أثناء هذه العملية من غش أو تدليس^(٣)، مما يستدعي ضرورة الاستعانة باستشاريين متخصصين في كافة جوانب العقد حتي ينتهي الأمر بإبرام عقد

(١) د. وائل حمدي أحمد علي، حسن النية في البيوع الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامع عين شمس ٢٠٠٨م، ص ٣٤٠، د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص ١٦٨ وما بعدها.

(2) Chao-Chung Kanga، Cheng-Min Fengb، Risk measurement and risk identification for BOT projects: A multi-attribute utility approach، Mathematical and Computer Modelling 49 (2009)، p.1803.

(٣) د. أحمد رفعت خفاجي، رشوة مفاوض العقود الدولية في التشريع العقابي المصري، مجلة المحاماة، العدد ١، ٢ سنة ٦٦ يناير، فبراير سنة ١٨٦، ص ٣٨، ٣٩.

ناجح^(١)، إذ إن إبرام هذه العقود عمل شاق يحتاج إلى تضافر جهود قانونيين ومهندسين وأطباء واقتصاديين فضلاً عن الرجوع إلى العديد من الوثائق الوطنية والدولية^(٢)، وهذا يتطلب توافره في مرحلة التفاوض ومرحلة صياغة العقد والتي سيأتي الحديث عنها في الفرع التالي.

سادساً: مرحلة صياغة العقد:

في هذه المرحلة يجب على الجهة المستفيدة أن تراعي القواعد القانونية الواجبة التطبيق والتي تنظم صياغة العقد وصحته^(٣)، كذلك مراعاة أن يكون العقد مكتوباً تجنباً للمنازعات اللاحقة، وأن ينص على عدم جواز تعديله إلا باتفاق مكتوب، وتحديد اللغة المعتمدة في تفسير العقد إذ صيغ بأكثر من لغة^(٤)، كذلك المستندات المكونة للعقد يجب تحديدها تحديداً

(١) د. أحمد عبدالكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ٥٦٤ لسنة ٢٠٠٠م، ص ٦.

(٢) د. سعاد الشقراوي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١٤.

Jeffrey Delmon، Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures، Guide pratique à l'intention des décideurs publics، The World Bank، p.135

(٣) طالب حسن موسى، صياغة عقود التجارة الدولية، مؤتمراً للبحوث والدراسات _ الأردن، ٤٤، لسنة ٢٠٠٠، ص ١١٨ وما بعدها.

(4) Peter Kamminga BUILDING SOCIETIES WITH BETTER CONTRACTS: THE ROLE OF LAWYERS IN DESIGNING EFFECTIVE CONTRACTS FOR THE DEVELOPMENT OF INFRASTRUCTURE، LAW AND SOCIETY، Annual Meeting، Version May 26، 2015، pp.10-15-26.

ويضرب البعض مثلاً ليربر ضرورة العناية بدقة الصياغة لتجنب ما قد يثيره اللبس والغموض من منازعات: بما أثاره قرار مجلس الأمن رقم (١٩٦٧/٢٤٢) من خلاف حول المعنى المقصود من صياغته وهل هو الانسحاب من أرض احتلت أم من الأراضي المحتلة.

واضحًا، ويمكن أن يتضمن العقد إيراد تعريفات لبعض المصطلحات التي سترد فيه، كذلك يجب أن يتضمن العقد بيانات كل طرف ومثله القانوني، ومقره الذي يتم إرسال الإشعارات والإعلانات عليه وآلية إرسالها، كذلك القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث نزاع بين اطراف العقد^(١)، -

=

كذلك ما تضمنه عقد الجراج المقام بمنطقة الدراسة في مصر بنظام B.O.T والموقع بتاريخ ١١/١٨/١٩٩٨م، بين محافظة القاهرة (طرف أول) والشركة المصرية للاستثمار العمراني (طرف ثان)، فقد نص العقد في أحد بنوده على أن "... تؤول ملكية المشروع إلى المحافظة بعد انتهاء مدة الانتفاع"، وفي بند آخر نص العقد على أن "... مع مراعاة شروط وأحكام هذا العقد يعتبر المشروع بمجرد إقامته مملوكًا للطرف الأول ومحملًا بحق الانتفاع للطرف الثاني طوال مدة الانتفاع على أن يؤول حق الانتفاع للطرف الأول في نهاية المدة ويحل محل الطرف الثاني في كافة حقوقه"، ويلاحظ من هذه الصياغة وجود تناقض ظاهر ينعكس أثره على تكييف طبيعة العقد فالصياغة الأولى تتفق ونظام B.O.T حيث جاءت متطابقة مع المعنى المراد منها، أما الصياغة في البند الذي تلاها فإنها تتفق ونظام B.L.T (الانشاء والتشغيل ونقل الملكية) وهذا ما قد يثير خلافًا يفضي إلى المنازعة، كذلك استخدام لفظ "تؤول" لا يتطابق مع حق الانتفاع الذي ينتهي بالنسبة للمنتفع ويرتد قانونًا للمالك، فهذا اللفظ يجري في نصوص القانون اصطلاحًا في شأن أيلولة حق الملكية واستحقاقها للورثة أو الخزانة العامة. د. إبراهيم، ص ١٧١-١٧٢.

(١) ومما قد يثيره الغموض واختلاط الألفاظ من نتائج متعلقة بذلك، يذكر البعض مثلاً على ذلك، ((نص المادة الخامسة من عقد أعمال وصيانة إحدى طائرات الركاب المملوكة لشركة طيران خاصة مصرية، والمبرم عام ١٩٩٦م بين تلك الأخيرة والورش المركزية بإحدى الدول التي كانت ضمن الاتحاد السوفيتي المنحل، الذي جاء به "١- في حالة حدوث أي نزاع قد ينشأ أثناء تنفيذ هذا العقد سيحاول الطرفان المفاوضة بشأن تسويته. ٢- وإن لم يحل هذا النزاع، عندئذ سيطلب التحكيم والموضوع سيتم رفعه إلى غرفة التجارة بدولة. وقانون ... هو الذي سيتبع أو تحكيم المحكمة المصرية طبقًا للقوانين المصرية" وهذا النص في غاية الغموض والخلط بين الألفاظ والاصطلاحات القانونية، وأمام محكمة استئناف القاهرة التي نظرت النزاع بين الطرفين، قدم دفاع الشركة المصرية



أيضاً- التشريعات المنظمة لنقل التكنولوجيا واستخدام وتدريب العاملين، ومسؤولية كل طرف تجاه الآخر وحقوقه والتزاماته، ووصف المشروع المراد إنشاؤه بدقة وبيان خصائصه التقنية والفنية، كذلك مراعاة كافة القواعد القانونية ذات الصلة بموضوع العقد وأطرافه، والقيود المفروضة على التصدير والتوريد والعمالات الأجنبية والمسؤولية الضريبية وغيرها، من القواعد القانونية الملزمة والمتصلة بالعقد أو بأطرافه، ويمكن للجهة المستفيدة الاستعانة بقانونيين متخصصين في مثل هذه العقود لمراجعة وفحص وثائق العقد ضماناً لدقته وتناسقه في الأسلوب والمحتوى.

=

الدليل على غموض واعتلال هذا البند، موضحاً أن النص إذا كان يتكلم عن التحكيم أمام غرفة التجارة بالدولة المعنية، إلا أنه تكلم أيضاً عن تحكيم "محكمة مصرية" "Egyptian court". ووفقاً للتفسير البديهي والمنطقي لاصطلاح "محكمة مصرية"، فإن المراد يكون المحاكم القضائية المنظمة بقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨م، وبقانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢م؛ لأنه لا توجد "محكمة مصرية" للتحكيم، إنما تتشكل محكمة التحكيم باتفاق الطرفين، كما أنه ليس من المألوف استخدام لفظ "court" للدلالة على محكمة تحكيم، بل يستخدم لفظ Arbitral tribunal وانتهى دفاع الشركة إلى أن غموض وسوء صياغة شرط القضاء المختص بفض النزاع يجعل من المستحيل الانتهاء إلى أن الأطراف قد أرادوا في الحقيقة اللجوء إلى التحكيم، ولا يمكن أن تسبب إليهم مثل تلك الإرادة ومن ثم لا تترتب على الشركة المصرية إن هي لجأت إلى القضاء المصري، قاضيهما الطبيعي، للذود عن مصالحها ورد العدوان عن حقوقها، وهو دفاع أدितه المحكمة في حكمها الصادر في ٢٢ مارس ٢٠٠٠م بحكمها الحكم الصادر في الطعن رقمي ٥٨٩، ١٣٦٦ لسنة ١١٦ قضائية)) نقلاً عن د. أحمد عبد الكريم سلامة، فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم: شرط التحكيم ومشارطته، الورشة التكوينية حول (فن التحكيم ومهارات المحكم) بالتعاون مع المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط ومركز التحكيم التجاري لدول الخليج العربية الرباط - المملكة المغربية ٢٩-٣١ أكتوبر ٢٠١٠م، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، ص ١٧.

المطلب الثاني

أشار عقد الـ B.O.T ونهايته

سبق التأكيد على أن عقود (البوت) التي يبرمها شخص معنوي عام والمتعلقة بالمرافق العامة هي عقود إدارية بالمعنى الفني لتلك العقود، ولا يمكن الركون إلى الاعتبارات الاقتصادية لهذه العقود لتبرير اعتبارها من عقود القانون الخاص وإلا ترتب على ذلك اضطراب سير الحياة اليومية للدولة، إلا أنه يجب التأكيد -أيضاً- على أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من إبرام هذه العقود بين أشخاص القانون الخاص وفي هذه الحالة ستخضع تلك العقود لأحكام وقواعد القانون المدني، ومن ثم ستكون جميع شروط العقد شروطاً رضائية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولعل هذا هو الاختلاف الجوهرى بين عقد (البوت) المتعلق بمرفق عام وبين عقود (البوت) المبرمة لمصلحة القطاع الخاص^(١).

وتولد عقود (البوت) غيرها من العقود التزامات على أطرافها، وهي في

(١) معيار التفرقة الواجب التطبيق حينما نكون بصدد تكييف عقد معين مبرم بين الدولة وأحد الأفراد بأنه عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام ولاختصاص مجلس الدولة كجهة القضاء الإداري -أم بأنه عقد مدني يخضع لأحكام القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي- هو مدى انطواء العقد على شروط تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد -أو عدم انطوائه على مثل هذه الشروط- إذا انطوى العقد على هذه الشروط نكون بصدد عقد إداري- أما إذا لم ينطو على هذه الشروط نكون أمام عقد مدني.

(الطعن رقم ٣١٢٦ لسنة ٣٤ ق "إدارية عليا" جلسة ١١/٢٤/١٩٩٠م) الموسوعة القضائية الحديثة في أحكام المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها حتى الآن، شريف الطباخ، ج ٥، لسنة ٢٠١٠م (د.ن) ص ٥-٦.

الحقيقة التزامات متقابلة فالتزام أحد طرفي العقد يعد حقاً للطرف الآخر، إلا أن طبيعة عقد (البوت) المتشعبة والمعقدة والمتناقضة أحياناً، تؤدي إلى تشابك آثار هذا العقد وتعقدها^(١)؛ ولذا سأوضح بشيء من الإيجاز غير المخل حقوق والتزامات كل من طرفي هذا العقد والمتنفعين منه، ثم أختتم الحديث بتوضيح ما يتعلق بنهاية هذا العقد.

وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: حقوق والتزامات المتعاقد:

تعد فكرة النفع العام الغاية أو القاعدة العامة التي تُستمد منها المبادئ التي تحكم عقود الامتياز بشكل عام وعقود (البوت) تحديداً، وتفرض هذه القاعدة على المتعاقد احترام مجموعة من الالتزامات، إلى جانب ما يمكن أن يتمتع به من حقوق تضمن تيسير سير المرفق العام بانتظام واضطراباً، ويمكن إيضاح ذلك على النحو الآتي:

أولاً: التزامات المتعاقد مع الإدارة:

١. التزام شركة المشروع بالمواصفات المتفق عليها والتنفيذ بنفسها: يقع على الملزم في عقود الامتياز ومن بينها عقد (البوت) مسؤولية بذل أقصى جهد في سبيل أداء التزاماته العقدية التي لا تقف عند نصوص عقد الامتياز بل تتجاوزها في سبيل تحقيق الغاية الأساسية التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها، والمتمثلة في النفع العام^(٢)، ولذا فإن الملزم يقع عليه عبء تنفيذ

(١) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٢) وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على هذا المعنى في أحد أحكامها فذهبت إلى أن "العقود

العقد وفقاً للمواصفات المنصوص عليه والمعايير والشروط المتفق عليه مع ضرورة الالتزام بالرسومات والتصاميم المتفق عليها في العقد وملحقاته^(١)، ومن نافلة القول إنه كثيراً ما يحدث في عقود (البوت) أن يحال في إنشائه إلى عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين وهي صيغ معدة سلفاً بواسطة الاتحاد المذكور (Conditions of contract for works of civil Engineering construction)^(٢)، وتريد خطورة وأهمية هذا الالتزام بالنظر إلى أن المتعاقد ملتزم بأن يسلم المشروع بحالة جيدة إلى جهة الإدارة بعد انتهاء مدة الالتزام، ولذا يجب أن تحرص الأخيرة على أن تراقبه في تنفيذ هذا الالتزام.

ويثور التساؤل عن مدى التزام المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ المشروع بنفسه؟ الأصل أن المتعاقد ملتزم بأن يقوم بتنفيذ العقد بنفسه؛ ذلك لأن اختيار المتعاقد مع الإدارة في هذه العقود يقوم في الأساس على الاعتبار

الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع شخصي خارجي مناطه احتياجات المرفق الذي تستهدف العقود تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إذا بما في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري" حكمها الصادر في ٢٠/٤/١٩٥٧م، الموسوعة الإدارية ج ١٨، ص ٨٣٣.

(١) وقد يلزم وصف خصائص المواد وخدمات التشييد بلغة تقنية دقيقة، فمن شأن استخدام بعض المصطلحات مثل (درجة أولى، أفضل النوعيات، الأكثر ملائمة) للتعبير عن مستوى الجودة، أن تؤدي إلى انتفاء التأكيد، انظر: الدليل القانوني للأمم المتحدة، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٢) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١٤١.

الشخصي^(١)، والذي يحتل أهمية في نطاق العقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً^(٢)، وتزداد أهميته في جميع العقود الإدارية باعتباره وسيلة تتمكن من خلالها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري تحقيقاً للنفع العام^(٣)، ومن ثم يجب على المتعاقد أن ينفذ العقد بنفسه، ما لم يتضمن العقد شروطاً تنص على خلاف ذلك.

ويستنتج مما سبق أنه في حالة عدم موافقة جهة الإدارة مقدماً عن التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن فإن هذه التصرفات تعد باطلة وتستوجب توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، أو إلغائه^(٤)، باعتبار

(١) د. عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية (د.ت)، ص ١٤٦.

(٢) د. سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٧٥م، ص ٢٥.

(3) A. Laubadère Traité Des contrats Administratifs 1965.p. 104

(٤) وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا إذ ذهبت إلى أن "المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية - إذا حدث ما يحس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد في حالات معينة- المشرع أوجب فسخ العقد ومصادرة التأمين في حالة إفلاس أو إعسار المتعاقد مع الإدارة حيث يعتبر العقد في هذه الحالة مفسوخاً من تلقاء نفسه دون أن يكون للإدارة سلطة تقديرية. الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ما ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره إذ إنه لا يجوز للمتعاقد أن يحمل غيره في تنفيذ التزامه أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن - إذ حصل التنازل عن العقد الإداري اعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ - اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣م، لم تمنح الإدارة سلطة تقديرية بالموافقة أو عدم الموافقة علي تنازل المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها لفترة أو تعاقدية مع آخر من الباطن لتنفيذ العقد الإداري- تطبيق" (الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦

أن هذه التصرفات تعد من الأخطاء الجسيمة التي تهدر قاعدة الاعتبارات الشخصية، والتي هي في الأساس وسيلة غايتها النفع العام، إذ لا يعني جهة الإدارة أن يتم التنفيذ المادي للعقد من جانب الملتزم بقدر ما يعينها مسؤوليته الشخصية عن التنفيذ، لذا فإن رأت جهة الإدارة في هذه التصرفات مصلحة لها تستطيع أن تجيز للملتزم التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن مع غيره، شريطة أن يظل مسؤولاً أمامها عن تنفيذ الامتياز بأكمله^(١).

٢. التزام شركة المشروع بالتشغيل واحترام مدد التنفيذ:

بعد تنفيذ المشروع واكتمال تجهيزاته الفنية وفقاً للمواصفات المنصوص عليها في العقد^(٢)، تأتي مرحلة الالتزام بالتشغيل، وهذه المرحلة هي التي تكفل لشركة المشروع استرداد ما أنفقته، فضلاً عن أهميتها للجهة مانحة الامتياز؛ للتأكد من أداء الخدمات للجمهور، ومن ثم يقع على عاتق شركة المشروع الالتزام بإجراء الصيانة الدورية للمشروع، وتدريب العاملين، والالتزام بنقل التكنولوجيا وما يتطلبه ذلك من احترام للقوانين المنظمة لهذه العملية^(٣).

ق "إدارية عليا" جلسة ١١/٢٥/١٩٩٧م)، شريف الطباخ، الموسوعة ج ٣، ص ٣٧٠.

(١) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المرجع السابق ص ١٦١.

(٢) د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مرجع سابق، ص ٣٦.

(٣) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المرجع السابق نفسه ص ٧٥-٧٦.

وتلتزم شركة المشروع -أيضاً- بأن تراعي أثناء التشغيل احترام المبادئ العامة التي تحكم سير المرافق العامة بانتظام واضطراب^(١)، ومنها مساواة المتفاعين أمام خدمات المرفق، واستمراره في أداء هذه الخدمات، وكذلك مراعاة إمداد المرفق العام بما يحتاجه من تكنولوجيا متطورة تتواءم مع ما يحدث من متغيرات تستدعي تطويره ليؤدي الخدمة لجمهور المتفاعين بصورة أفضل طول مدة الالتزام، مع حق الملتزم في التعويض العادل عن ما يقوم به من تعديلات.

٣. الالتزام بنقل ملكية المشروع إلى جهة الإدارة:

هذا الالتزام يعد المخطط الأخيرة في عقود (البوت)، إذ إن الأصل أن تؤل ملكية المشروع بمجرد انتهاء مدته إلى الجهة الإدارية خالصة من أية رهون أو حقوق للغير^(٢)، وهو ما يقتضي التزام شركة المشروع بأن تنقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية بحالة جيدة، وصالحة للاستخدام وذلك دون مقابل، ويمكن أن يتضمن العقد نصاً يمنح شركة المشروع الحصول على تعويض عادل أو حسب ما يتم الاتفاق عليه، كذلك تملك جهة الإدارة الاتفاق مع شركة المشروع على الاستمرار في إدارته وتشغيله وفي هذه الحالة ينعقد عقد جديد ومنفصل عن العقد السابق يكون محله إدارة المشروع^(٣).

(١) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ج، دار الفكر العربي ١٩٧٩م، ج ٢ ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٣) د. إبراهيم الشهواني، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٧٧- ٣٧٨.

ثانياً: حقوق شركة المشروع:

يتمتع صاحب حق الامتياز في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بعدد من الحقوق بعضها مالي مثل حقه في الحصول على المقابل المالي، وحقه في الحفاظ على التوازن المالي لعقده، وبعضها يأخذ شكل مزايا تقررها له جهة الإدارة.

ويمكن توضيح ذلك على النحو الآتي:

١. حق الحصول على المقابل المالي:

تحصل شركة المشروع في لقاء تنفيذها لالتزاماتها على مقابل مادي تتقاضاه من جمهور المنتفعين، ويأخذ هذا المقابل شكل رسوم يتحصل عليها صاحب حق الامتياز من المنتفعين بالمرفق، ويلزم تحديدها في العقد، وقد يتم الاتفاق على أن يتقاضاها من جهة الإدارة، وذلك إذا رأت الجهة الإدارية أن سعر الخدمة عالي التكلفة ولا يتناسب مع قدرة جمهور المنتفعين، فتقوم بشراء الخدمة من شركة المشروع، وإعادة بيعها مرة أخرى إلى جمهور المنتفعين، وهو ما حدث في عقود إنشاء محطتي سيدي كرير بين هيئة كهرباء مصر وبين شركة المشروع (intergen/Bechtel)^(١).

وقد اختلف الفقهاء حول حق الجهة الإدارية في تعديل الرسم، بين من يرى بأن هذا الرسم من الشروط التعاقدية في عقود (البوت)؛ أي أنه وليد اتفاق بين جهة الإدارة وبين الملتزم، ومن ثم فلا يجوز تعديله من قبل طرف

(١) د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

دون رضا الطرف الآخر، وبين من يرى أنه يغلب عليه الصفة اللائحية مما يخول للجهة المانحة سلطة تعديله بإرادتها المنفردة (وهذا ما أقره القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بشأن التزامات المرافق العامة)، وقد شايع القضاء الاتجاه الأول رغم قلة مؤيديه، فالعدالة تقتضي مراعاة الطابع التعاقدى في هذا النطاق^(١).

٢. حق ضمان التوازن المالي للعقد:

ظهرت فكرة التوازن المالي كقاعدة في العقود الإدارية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١١/مارس ١٩١٠^(٢)، وما لبثت أن استقرت في الفقه والقضاء كأساس يحكم التزامات المتعاقد مع الإدارة^(٣)، ومقتضى هذه القاعدة أن مرونة التزامات المتعاقد وتحركها بالزيادة والنقصان تقتضي تعويضه عما يلحقه من أضرار مادية مترتبة على ذلك؛ أي كلما زادت التزاماته زادت حقوقه -أيضاً-، ذلك لأن اعتبارات المرفق العام لا تعني التضحية بمصلحة المتعاقد وتركه يتحمل وحده عبء جميع الأضرار، بل إن العدالة ومقتضيات حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراب، تقتضي أن تبادر الإدارة في الوقت المناسب بمعاونة المتعاقد في التغلب عن ما يصادفه من عقبات أثناء تنفيذ العقد، بحيث يستطيع الوفاء

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، ص ٦٠٣ وما بعدها.

(٢) الطماوي، المصدر نفسه، ٦١٠ وما بعدها.

(٣) انظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٦/٣٠/١٩٥٧م رقم ٩٨٣، س ١١ ق، مجموعة

المبادئ، ص ٦٠٧.

بالالتزاماته على نحو يكفل حسن سير هذا المرفق الذي يتصل به العقد لسنين طويلة.

وهذه القاعدة تمثل إحدى الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقد الإداري، إذ لا نجد لها مثيلاً في عقود القانون الخاص، والتي تغطي على أطرافها الرغبة في الحرص على مصالحهم، عن إظهار روح التعاون على عكس عقود الامتياز والتي تتميز فيها العلاقة بروح التعاون منذ بدايتها، وفي نطاق تحقيق التوازن المالي استقر الفقه والقضاء على أن فكرة التوازن المالي لا تنطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة وإنما مجال إعمالها هو حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة^(١)، وهذه الحالات هي (عمل الأمير - الظروف الطارئة - الصعوبات المادية غير المتوقعة)^(٢)، وتتضمن هذه النظريات القواعد المتعلقة بأساس التعويض المستحق للملتزم ووسائله وضوابطه وحدوده ومده^(٣)، فهو تعويض كامل

(١) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق.

(٢) (الطعن رقم ٤٦٦٩ لسنة ٤١ ق "إدارية عليا" جلسة ١١/٢٥/١٩٩٧م) و (الطعن رقم ١٤٧ لسنة ١١ ق "إدارية عليا" جلسة ١١/١١/١٩٦٩م) و (الطعن رقم ٣١١ لسنة ١١ ق "إدارية عليا" جلسة ١٤/٦/١٩٦٩م)، شريف الطباخ، الموسوعة، ج٣، ص ٣٥٦ وما بعدها، أيضاً قرار ديوان المظالم رقم ، وقرار الديوان رقم ٥/ت لعام ١٣٩٩هـ جلسة ١٣٩٩/١/٢٦هـ في القضية رقم ١٢٩/ق لعام ١٣٩٨هـ ، وقرار الديوان رقم ٧/ت لعام ١٣٩٨هـ جلسة ١٣٩٨/٢/٦هـ في القضية رقم ٢٠٥/ق لعام ١٣٩٦هـ، وحكم الديوان الصادر في ١٠/٩/١٤٣٠هـ رقم (١/س/٣٦٧) لعام ١٤٣٠هـ، وحكم الديوان الصادر ٢/٩/١٤٣٠هـ، رقم (١/س/٣٧٠) لعام ١٤٣٠هـ، مجموعة الأحكام لعام ١٤٣٠م ٥، الصفحات ٢٥٧٤-٢٦٩٠.

(3) TRAITE de Droit Constitutionnel ، Paris ، T 3، p409. Léon

في نطاق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة وتعويض جزئي طبقاً لنظرية الظروف الطارئة^(١).

٣. حق الحصول على مزايا العقد الأخرى:

يتمتع المتعاقد مع جهة الإدارة بعدد من المزايا والتي تحرص الأخيرة على تضمينها في هذه العقود لتشجيع المستثمرين على التعاقد معها ومن بين هذه المزايا؛ حصول شركة المشروع على قطعة أرض لإقامة المشروع مع ضمان عدم التعرض من الغير، وكذلك تسهيل إجراءات تراخيص البناء^(٢)،

DUGUIT GASTON JEZE، ELEMENTS DU DROIT PUBLIC IT ADMINISTRATIF، PARIS، 1910، p.168.

(١) وقد قرر المجمع الفقهي الإسلامي عندما طرحت عليه فكرة الظروف الطارئة وآثارها بأنه (في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد، والتعهدات، والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار، تغييراً كبيراً، بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بما تنفيذه الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة، غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير، أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع، وبناء على الطلب تعديل الحقوق، والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين) القرار السابع الصادر في الدورة الخامسة المنعقدة من ٨ إلى ١٦ ربيع الآخر عام ١٤٠٢هـ، قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة من الدورة الأولى إلى السابعة عشرة، الصادرة عن رابطة العالم الإسلامي، ص ١٠٩، وللمزيد حول نظرة الفقه الإسلامي حول هذه النظرية انظر: د. فهد بن إبراهيم الضويان، تطور تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في النظام والقضاء الإداريين السعوديين، مجلة جامعة الملك سعود، ع ١٤، ٢٠١٤م، ص ٨١ وما بعدها، د. حسان عبدالسميع أبو العلا، الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في المملكة العربية السعودية دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - المنصورة، ع ٥٣، ٢٠١٣، ص ٧٥ وما بعدها.

(2) JEFFREY DELMON، Programmes de Partenariats Public-

وتراخيص دخول العمالة الأجنبية وإقامتهم والتعامل مع العمالة المحلية، وتسهيل وصول الخدمات للمشروع والاستعانة بالمقاولين المحليين، كذلك الحصول على القروض والتزام جهة الإدارة بعدم التعاقد مع غيره في نطاق عمل المشروع، -أيضاً- اللجوء إلى وسائل تسوية المنازعات بالطرق السلمية والاستفادة بكافة الضمانات والحوافز المنصوص عليها في قوانين الاستثمار والمنظمة للنشاط الاقتصادي^(١)، وغيرها من المزايا التي تساعد شركة المشروع في إنشاء المشروع وتشغيله واستغلاله، وتدخل هذه الالتزامات في إطار الشروط التعاقدية في العقد التي لا تملك الإدارة المساس بها بإرادتها المنفردة. تحتاج إلى اتفاق الطرفين عند النص عليها أو وقتما يراد تعديلها.

الفرع الثاني: حقوق والتزامات الإدارة:

تتمتع جهة الإدارة بالعديد من الحقوق التي تكفل ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد بما يؤدي إلى كفاءة وصول الخدمة إلى جمهور المتفاعلين، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا إذ تقول " ... للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يترأى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف

=

Privé، Créer un Cadre pour les Investissements du Secteur privé dans les Infrastructures،G roupe de la Banque mondiale،2014،p.22-23

(١) د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٥٠،

د. حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٧.

الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام^(١).

كما أن التزام المتعاقد هو التزام بنتيجة وليس مجرد بذل عناية وهو ما يمنح جهة الإدارة عددًا من الحقوق لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطرار، إلا إن ذلك لا يعني إغفال فكرة الرضائية أو القوة الملزمة للعقد^(٢)، ومن ثم فإن تنفيذ عقد الامتياز يستهدف المستوى الحدي دون إفراط أو تفريط، وذلك بالتوفيق بين تنفيذ التزامات المتعاقد، وعدم الإضرار به ماليًا، فيقع على الإدارة التزام تنفيذ العقد وفقًا لمقتضيات حسن النية^(٣)، كذلك تيسير مهمة الملتزم بإصدار

(١) حكمها الصادر في ١٩٦٨/٣/٢ م، مجموعة المبادئ، س ١٣، رقم ٨٣ ص ٦٢٥. انظر أيضًا حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ، ١٩٥١/١٢/٢٦ م، في الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٤ ق. وقرار ديوان المظالم رقم ١٧/ت لعام ١٣٩٨ في القضية رقم ١٠٩/ق لعام ١٣٩٧، وحكم الديوان رقم ٤١/ت/١ لعام ١٤٠٩.

(٢) د. إبراهيم الشهاوي، الامتياز بنظام B.O.T وأهميته الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٣٣٠.

(٣) وفي ذلك ذهبت الجمعية العمومية لمجلس الدولة إلى القول بأن "... استظهرت الجمعية العمومية أن المشرع وضع أصلا من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية" (فتوى رقم ٣٦٥ بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٣ م بتاريخ ٢٥/٥/٢٠٠٣ م جلسة ٢٠٠٣/٤/٢ م ملف رقم ٢٩٦٨/٢/٣٢)، شريف الطباخ، الموسوعة، ج ٥، مرجع سابق، ص ٧٧١. وقر ديوان المظالم بأن "تحمل المؤسسة المدعية المسؤولية عما ظهر في مبنى المستشفى من عيوب مردها مخالفة صريح ما اتفق عليه من شروط ومواصفات والخروج على مقتضى حسن النية في تنفيذ العقد ومجاوزة الأصول المتعارف عليها في مجال البناء ولا يؤثر في مسؤولية المؤسسة عدم اعتراض الوزارة على عملها في حينه فسكوت الوزارة عن الاعتراض على العمل بل اغضاء جهازها المشرف على المشروع عما شاب تنفيذه من مخالفات وأكثر من ذلك استلامها لهذا المشروع استلاما ابتدئيا ... ذلك كله لا

التشريعات اللازمة لذلك^(١)، فضلاً عن التزامها بتعويضه إن أخلت هي بالتزاماتها التعاقدية.

أما عن حقوق جهة الإدارة فيمكن حصرها فيما يلي:

١. حق الإدارة في الرقابة:

حق الرقابة من الحقوق الثابتة لجهة الإدارة في العقود الإدارية، ولا يمكن التعلل بخصوصية عقود (البوت) للقول بحرمان الإدارة من هذا الحق، فطول مدة هذه العقود التي قد تصل إلى تسعة وتسعين عاماً فضلاً عن التزام شركة المشروع بنقل ملكيته إلى الجهة الإدارية بعد نهاية مدة الالتزام بحالة صالحة للتشغيل؛ يعظم من هذا الحق ويفرض على الإدارة العناية بتنفيذه بدقة^(٢)، فلا يكفي بالرقابة بمفهومها الضيق القاصر على التأكد من أن

=

ينفي مسؤولية المؤسسة عما اعتور هذه الأعمال من عيوب ثبت وجودها على نحو قاطع والقول بمسؤولية الوزارة مع المؤسسة عما حدث للمبنى استناداً إلى أن الوزارة لم تعين مهندساً من قبلها للإشراف على تنفيذ المشروع على الرغم من أن العقد الزمها بذلك هذا القول مردود فإن الالتزام الذي يؤدي الإخلال به إلى المسؤولية هو الالتزام الذي يقابله حق للطرف الآخر، وفضلاً عن أن العقد قد افترض وجود مهندس الوزارة ولم يلزمها بذلك صراحة فإن تعيين هذا المهندس ليس التزاماً لمصلحة المفاوض و إنما هو من قبيل حسن الإدارة، والمفروض في المفاوض الذي يتقدم لحمل عبء المساهمة في الأشغال العامة أن يكون أميناً في تنفيذ العقد الذي ارتبط به لا أن يحمل على الأمانة بالمراقبة والمتابعة فإذا أخل بالتزاماته كان مسئولاً عن ذلك دون أن يخفف من مسؤوليته غياب المراقبة والمتابعة...".

(١) المستشار محمود فهمي، بحث في تعريف عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص ٢٥، د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T مرجع سابق، ص ٣٦.

(٢) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

المتعاقد ينفذ العقد وفقاً للمواصفات المتفق عليها، بل يجب أن يمتد إلى تدخل الإدارة في التنفيذ فلها أن توجه المتعاقد كما تشاء، أو أن تطالبه بتغيير طريق التنفيذ أو الإسراع في معدله وذلك بما يتوافق مع المصلحة العامة وحاجة المنتفعين.

وتتنوع صور هذه الرقابة فتشمل المسائل الفنية والمالية والتدريب والصيانة وإجراءات التسليم وغيرها، كذلك مدى استعمال هذا الحق يختلف من عقد إلى آخر؛ فقد ينص العقد على أن يشترك في مجلس إدارة شركة المشروع ممثل عن الجهة الإدارية، أو أن يتم تشكيل لجنة للإشراف والرقابة على المشروع من جميع النواحي الفنية والمالية، أو يعهد للجهات المختصة في الدولة بأن تتولى مهمة هذه الرقابة^(١)، وليس هناك ما يمنع

(١) ونصت المادة (٧) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م، والمعدلة بالقانون رقم ٤٩٧ لسنة "وجاء نص المادة كالتالي "لمانع الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيهر من النواحي الفنية والإدارية والمالية، وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك إلى مانع الالتزام. وعلى الملتزم أن يقدم إلى هؤلاء المندوبين ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات دون الإخلال بحق مانع الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت"، ١٩٥٤م، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤م، صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م، بالتزامات المرافق العامة مبينا القواعد الأساسية التي تجب مراعاتها في منح التزام المرافق العامة. وقد ذكرت المادة ٧ من هذا القانون حق مانع الالتزام في مراقبة إنشاء المرفق العام ومراقبة إدارة الملتزم المالية وله في هذا السبيل أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات وأن يفحص حساباته في أي وقت. والحكم الوارد في المادة سالفة الذكر وإن أبرز حق رقابة الملتزم من الناحية المالية إلا أنه من المسلم به أن حق الرقابة في أصله ليس قاصرا على الرقابة المالية دون غيرها بل يمتد -أيضاً- إلى الناحيتين الفنية والإدارية. وحق الرقابة يظل موجودا طالما وجد

جهات الأوقاف إن أرادت أن تستخدم عقد (البوت) في تعمير الأوقاف أن تضمن العقد شروطاً متعلقة بهذا الحق، فأساس هذا الحق يكمن في الرضائية بوصفها جوهر فكرة العقد، فضلاً عن استناده إلى اعتبارات المرفق العام، وضرورة تزويد الإدارة بالضمانات اللازمة بما يكفل سيره بانتظام واضطراب، وتلتزم الإدارة بالتوفيق بينهما.

٢. حق الإدارة في تعديل العقد:

على الرغم من اختلاف الفقهاء حول حق الإدارة في تعديل العقد إذ لم ينص العقد على أن تستخدم سلطاتها في ذلك بين منكر وبين مؤيد^(١)،

=

المرفق العام وبعبارة أخرى أن الطبيعة القانونية للمرفق العام هي الأساس القانوني لسلطة الدولة في الرقابة -ذلك أن المرفق العام ما هو إلا هيئة أو مشروع Entreprise يعمل باطراد وانتظام لسد حاجات الجمهور. ومن مقتضى مراقبة سير المرفق العام أن يكون للدولة تعيين مندوبين لها في جميع إدارات وفروع المرفق العام تكون مهمتهم دراسة كيفية قيام الملتزم بإدارة المرفق وتقديم توصياتهم للدولة في هذا الشأن. ونظراً لأن المادة السابقة سألقة الذكر جاءت قاصرة عن تحقيق هذه الأغراض لذلك رأى استبدالها بصيغة جديدة.

وقد اشتمل نموذج عقد الاشغال العامة الصادر بموجب قرار مجلس الوزراء السعودي رقم ١٣٦ لسنة ١٤٠٨هـ العديد من البنود التي تعطي للإدارة الحق في الرقابة على المشروع في كافة جوانبه. د. محمد بن براك الفوزان، العقد الإداري السعودي، مكتبة القانون والاقتصاد -الرياض، الطبعة الأولى ٢٠١١م، ص ٧٤.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥٨، د. ماجد الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦٩ وما بعدها، د. علي الشطناوي، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٨ وما بعدها، د. محمد عبدالعال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٨٥ وما بعدها، د. د. إبراهيم الشهواي، عقد امتياز المرافق العام (B.O.T) دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

إلا إن القضاء الإداري اعترف لجهة الإدارة بهذا الحق على نحو ما سبق بيانه، كذلك استقر موقف المشرع على النص عليه صراحة^(١).

ونظراً لأهمية هذا الحق تحرص دائماً جهة الإدارة على أن تضمنه في عقودها فضل عن حقها في استخدامه حتى لو لم يتضمنه العقد مراعاة لاعتبارات المرفق العام وما تقتضيه المصلحة العامة، ودون أن يكون للملتزم الحق في التمسك بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ونظراً لأن تلك التعديلات قد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب فإن العدالة تقتضي أن يتم تعويض الملتزم أو صاحب حق الامتياز بما يعيد للعقد توازنه المالي ويرده إلى حالته الطبيعية كي يستمر المرفق يؤدي خدماته إلى جمهور المنتفعين، وهو ما تدل عليه بعض التجارب المقارنة في عقود (البوت) مثال على ذلك التجربة الأرجنتينية^(٢).

٣. حق الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها:

تنطوي الطبيعة القانونية لعقد الامتياز على أن التزام المتعاقد في هذه العقود هو التزام بنتيجة وليس مجرد بذل عناية، مما يخول جهة الإدارة سلطات واسعة في مجال توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية دون اللجوء إلى القضاء، وحتى أنه لم ينص على ذلك صراحة في العقد^(٣).

(١) انظر نص المادة ٧٨ من قانون المناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م، والمادة ٣٦ من نظام المنافسات والمشتريات السعودي.

(٢) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

(٣) د. سليمان الطماوي المصدر نفسه، ص ٤٧٩ وما بعدها، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية

ونظراً لما تمثله هذه الصلاحية من تهديد لاستثمارات صاحب حق الامتياز في عقود (البوت) والذي يكون في غالب الأحوال شركة من الشركات العالمية، كذلك ما تفرضه علاقات التجارة الدولية من عدم تكافؤ بين أطراف العقد مما يجعل هذه الشركات تفرض ما تشاء من شروط كفيفة بتغليب مصالحها ومن بينها شرط التحكيم^(١)؛ فإن صلاحية الإدارة في استخدام هذا الحق في عقود (البوت) قد تكون منعدمة ما لم ينص عليها صراحةً ضمن نصوص العقد^(٢).

٤. حق الإدارة في استرداد المرفق قبل انتهاء مدة العقد:

هذا الحق من الحقوق التقليدية في عقود الامتياز وقد نص عليه القانون

=

العليا بأنه "باستثناء حالة النص على إلزام الإدارة بتوقيع الجزاء علي المتعاقد معها في وقت معين فإن الإدارة تترخص في اختيار الوقت المناسب لتوقيع الجزاء بحسب على ما تراه صالحاً لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم فإنه لا تترتب عليها إذا رأت في حدود سلطتها التقديرية أن تترتب في إيقاع الجزاء بالمتعاقد المقصر حتى يفى إلي الحق من حيث النهوض بالتزاماته وقد يكون في هذا الترتيب تحقيق لهذه المصلحة إذا كان في أحكام العقد ما يكفل حمل المتعاقد على المبادرة إلي التنفيذ كأن يتضمن العقد النص على إلزامه بدفع جعل معين. ولا يملك المتعاقد الحاجة بأن الإدارة تراخت في توقيع الجزاء عليه وأن تراخها قد أساء إليه إذ لا يسوغ للمخطئ أن يستفيد من قصيره. (الطنن رقم ٩٨٨ لسنة ٩٩ق "إدارية علين" جلسة ١٩٦٧/٥/٢٠م)، شريف الطباخ الموسوعة، ج ٣، ص ٣٦١. أيضاً: حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٧/١١/١٩٥٧م، في القضية رقم ١٩٩٨م، لسنة ١٠ق. وقرار ديوان المظالم رقم ٦/ت لعام ١٣٩٨م جلسة ١٣٩٨/٢/٧ في القضية رقم ٤١٥/ق لعام ١٣٩٧م.

(١) للمزيد حول موضوع التحكيم انظر: د. محمود السيد عمر التحيوي، التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختيار في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٣م. ص ٣٧٥ وما بعدها.

(٢) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م الخاص بالتزامات المرافق العامة، وقد اشترط القانون تنظيم أوضاع الاسترداد في وثيقة الامتياز بما يكفل للملتزم الحصول على حقوقه المالية وتعويضه وفقاً للمنصوص عليه في العقد، أما عن حق الإدارة في استخدام هذه الصلاحية في عقود (البوت) فقد خلت القوانين الصادرة في منح امتياز المرفق العام بنظام (البوت) من الإشارة إلى ذلك، ويرى جانب من الفقهاء أن الإدارة تملك هذه الصلاحية حتى لو لم يتم تنظيم أوضاع الاسترداد في وثيقة الامتياز بشرط تعويض الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

الفرع الثالث: حقوق المنتفعين من المرفق:

على الرغم من أن المنتفعين في عقود (البوت) يعتبرون من الغير إلا إنهم يتمتعون بحقوق في مواجهة الإدارة وشركة المشروع^(١)، فيحق لهم مطالبة الإدارة أن تتدخل لإجبار صاحب الامتياز على احترام شروط العقد، وعلى أن ينفذ بين المنتفعين قاعدة المساواة في المعاملة، بحيث لا يمتنع عن تقديم الخدمة لمن استوفى شروطها، كذلك للمنتفعين حقوق في مواجهة شركة المشروع تتمثل في حقهم في الحصول على الخدمات وفقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد وأن تعاملهم على قدم المساواة^(٢)، ويجوز للمنتفعين أن يلجؤوا إلى القضاء الإداري لمقاضاة جهة

(١) د سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٤٣ وما بعدها.

(٢) د. إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٣٥٤

الإدارة وإلغاء القرارات الإدارية التي تخول صاحب الامتياز مخالفة شروط العقد، كذلك يملك المنتفعين اللجوء إلى القضاء المدني بأحقيتهم في الحصول على الخدمة.

ومن نافلة القول أن جانباً من الفقه القانوني حاول في البداية إرجاع هذه الحقوق للمنتفعين إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية، غير أن الفقه والقضاء استقر على أن أساس حقوق المنتفعين في هذه الحالة يرجع إلى الطبيعة الإدارية لعقد الامتياز والعقود الإدارية بصفة عامة _ فموضوع عقد الامتياز إدارة مرفق عام، ولهذا فمعظم نصوصه لائحية يمتد أثرها إلى المنتفعين، وهذا بذاته كاف لتبرير حقوقهم^(١).

الفرع الرابع: نهاية عقد الـ B.O.T:

عقود (البوت) كسائر العقود الإدارية الزمنية _ التي يعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيها _ تنتهي نهاية طبيعية بانتهاء مدة العقد؛ وتنفيذ الالتزامات التي ترتبت عليه كاملة لاسيما أيلولة أموال ومنشآت المشروع إلى الدولة، ولا تخول نهاية العقد دون تمديده إذ يمكن لطرفي العقد الاتفاق على تمديد فترة الامتياز سواء أكان ذلك صراحةً أو ضمناً، مع مراعاة أحكام القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة وما نص عليه العقد الأصلي من أحكام خاصة بذلك، ومن الجدير بالذكر أنه من الممكن أن يكون للمتعاقد الذي يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية بعد مرور المدة الحق في مطالبة الإدارة

(١) د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي ١٩٧٩،

بالمقابل، كما لو استمر ملتزم المرفق العام في أداء الخدمة المنوطة بالمرفق، وهو حسن النية، وحققت الخدمة فائدة للإدارة^(١).

ويلاحظ أنه يمكن أن يتضمن عقد الامتياز أحياناً شرط أولوية الملتزم القديم عند التجديد ((clause de préférence))^(٢)، وهذا الشرط مقتضاه تفضيل الإدارة للملتزم القديم إذا أرادت الاستمرار في إدارة المرفق محل العقد، وذلك عند تساوي الظروف بينه وبين المتقدمين للتعاقد بحكم أنه أكثر خبرة من غيره في إدارة هذا المرفق، ويفرق الفقهاء بين هذا الشرط وبين شرط التجديد أو مد المدة، باعتبار أنه في هذه الحال يعني قيام عقد جديد، أما في حالة التجديد أو المد فتعني امتداد العقد القديم بذات شروطه، وإن كان البعض يرى بأن شرط التجديد لا يمكن أن يؤدي إلى هذا المعنى إلا بموافقة صاحب الصلاحية في التصريح لجهة الإدارة بالتعاقد عليه^(٣)، سواء كان البرلمان أو أية جهة أخرى ينص عليها قانون بلد التعاقد.

وأما النهاية غير الطبيعية والمبتسرة، فتحدث قبل أن تبلغ هذه العقود نهايتها الطبيعية؛ وتكون باتفاق الطرفين على إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية، ويشترط أن يتم هذا الاتفاق بين الجهة التي أبرمت العقد، وبين المتعاقد، ويجب أن تظهر إرادتهما واضحة^(٤)، كذلك لا يمنع الفسخ

(١) إذ يعوض مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة الملتزم بصرف النظر عن فكرة التجديد الضمني وإنما على أساس شبه العقد. نقلاً عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع نفسه، ص ٧٦٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع نفسه، ص ٧٩٠.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٩١.

(٤) مثال على ذلك الاتفاق الذي تم بين الدولة في فرنسا وبين شركات الامتياز الخاصة بمرفق السكة الحديد عام ١٩٣٧ حيث قدرت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكلف الدولة

الاتفاقي حصول المتعاقد على تعويض ما فاته من كسب نتيجة عدم تكملة تنفيذ العقد وذلك وفقاً لما يتم الاتفاق عليه مع الطرف الآخر. وقد تحدث النهاية غير الطبيعية بحكم القانون كما لو هلك محل العقد، أو نص القانون على فسخ العقد في حالة تحقق شروط معينة من ذلك ما نص عليه قانون المناقصات والمزايدات المصري^(١)، وكذلك نظام المنافسات والمشتريات السعودي^(٢).

ويمكن -أيضاً- حدوث النهاية غير الطبيعية للعقد بحكم قضائي، عن طريق لجوء المتعاقد إلى القاضي لطلب فسخ العقد، كذلك يمكن أن ينتهي العقد قبل أوانه بحكم صادر من هيئة تحكيم^(٣) تحديداً وأن جل منازعات عقود (البوت) تخضع للتحكيم، ومن المستحسن أن يتضمن العقد نصاً يوضح ويحدد الجهة القضائية الخاصة بالفصل في ما قد يحدث من منازعات، وكذلك المنازعات التي يمكن أن تسوى بالتحكيم والقواعد الإجرائية التي تحكم إجراءات التحكيم الخاصة بهما^(٤).

=

مبالغ لا يمكن تديرها ومن ثم فضلت اللجوء إلى طريقة الاتفاق الودي، نقلاً عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، مرجع سابق، هامش ص ٧٩٤.

(١) انظر نص المادة (٢٤) من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

(٢) انظر نص المادة (٥٣) من نظام المنافسات والمشتريات السعودي.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المصدر نفسه، ص ٧٦٤ وما بعدها، د. جابر نصار، عقود

البوت، مرجع سابق، ص ٢١٥ وما بعدها، د. الشهاوي، المصدر نفسه، ص ٣٧٩ وما بعدها.

(٤) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٣٦٤.

وفي جميع الأحوال تستطيع جهة الإدارة إنهاء العقد قبل ميعاده الطبيعي واسترداد المرفق دون خطأ من قبل المتعاقد وذلك لدواعي الصالح العام^(١)، مع حق المتعاقد في الرجوع عليها بالتعويض، ويسيطر القضاء الإداري رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بذلك.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع نفسه، ص ٧٩٦.

المطلب الثالث

تقييم عقود الـ B.O.T وأثر ذلك على إمكانية الاستفادة منها في مجال تعمیر

الأوقاف وتنميتها

تتميز عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بصورها المختلفة في كونها تعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد المقام فيها^(١)، مما يساهم في جذب الاستثمارات المحلية والأجنبية سواء لتيسير عمل المشروعات القائمة بالفعل أو التحسين المطرد لإقامة مشروعات من خلال مصادر التمويل الخاصة؛ ولذا لقيت هذه العقود تأييداً ومساندة من قبل البنك الدولي كاستراتيجية لزيادة الكفاءة^(٢)، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة فضلاً عن دعم وتنمية القطاع الخاص، إلا أن هذا العقد وعلى قدر ما يتضمنه من إيجابيات يتضمن عدداً من السلبيات والتي أظهرتها التجارة العملية لبعض الممارسات الخاطئة عند تطبيقه مما حال دون تحقيق الاستفادة منه، ويمكن حصر مزايا هذه العقود وسلبياتها على النحو الآتي:

أولاً: مزايا عقود الـ B.O.T:

١. تخفيف العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، فهذه العقود توفر أساليب تمويلية مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية عن طريق القطاع الخاص، مما يؤدي إلى تفرغ الدولة للمشروعات والمرافق

(١) د. محسن الخضير، مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، بحث منشور ضمن كتاب مشروعات البوت (عقود الـ B.O.T وأخواتها) إصدار مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية ٢٠٠١م، ص ٣٠.

(٢) د. إبراهيم الشهواني، الامتياز بنظام B.O.T وأهميته الاقتصادية، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

الأكثر أهمية، ويجنبها الضغوط السياسية كما ينقل عبء المخاطرة إلى القطاع الخاص الذي يتحمل تكاليف المشروع دون تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء^(١).

وقد عبر الماوردي عن مشروعية ذلك بقوله: "الإمامة موضوعة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا"^(٢)، ومن سياسة الدنيا توفير الخدمات للمواطنين من خلال إنشاء المرافق والمشروعات العامة وتشغيلها لمصلحتهم، كما أن مشروعات البنية التحتية كتعبيد الطرق، وكرى الأنهار، ونحو ذلك يجب في بيت المال على سبيل الإرفاق دون البدل، وما كان كذلك فاستحقاقه في بيت المال معتبر بالوجود دون العدم^(٣).

٢. توفير بيئة مناسبة للتنمية الاقتصادية وذلك عن طريق ما تتيحه هذه العقود من فرصة نقل التكنولوجيا الحديثة للدول النامية^(٤)، وزيادة الاعتماد على منظومة الإدارة، ورفع الطاقة التشغيلية للاقتصاد الوطني مما يؤدي إلى تقليص الفاقد وغير المستغل من الطاقات ويسهم في زيادة الناتج المحلي، فيمكن للحكومة أن

(١) فقد قدرت نفقات البلدان النامية على مشروعات البنية الأساسية بما يقرب من ٢٠٠ مليار دولار في السنة، يستمد قرابة ٩٠% أو أكثر من هذا المبلغ من الضرائب الحكومية وهو عبء يثقل كاهل ميزانية الدولة. د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مرجع سابق، هامش ص ٣٨.

(٢) الماوردي، الأحكام السلطانية، مرجع سابق، ص ١٥.

(٣) د. محمد عبدالحلم عمر الجوانب الشرعية الاقتصادية لنظام (B.O.T) الحلقة النقاشية ١٧ مركز صالح كامل القاهرة ٢٠٠٠م ص ١٣، نقلاً عن د. عبدالستار أبو غدة، عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) مرجع سابق، ص ١٧.

(٤) الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٧٥.

تستخدم هذه المشروعات لتحسين صورتها وأدائها داخليا وخارجياً، مما يؤدي إلى توفير انطباع إيجابي يسهم في تدفق الاستثمارات والتكنولوجيا الحديثة واكتساب الخبرات الفنية المتقدمة، وتنشيط سوق المال ويساعد على التوسع في إنشاء شركات جديدة وهي سبل جديدة للاستثمار، تقلل من حاجة الدولة للاقتراض من الأسواق العالمية وتنعكس على الميزانية العامة للدولة ومستوى الدخل فيها^(١).

وفي مثل ذلك كتب الخليفة علي عليه السلام، إلى مالك الأشتر يقول: "وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج؛ لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، ومن طلب الخراج بغير عمارة أخرج البلاد، وأهلك العباد، ولم يستقم أمره إلا قليلاً"^(٢).

٣. يترتب على الأخذ بهذه الآلية تشغيل الأيدي العاملة الوطنية وتمكينها من اكتساب الخبرات الفنية والتكنولوجيا العالية^(٣)، مما يترتب عليه خلق كوادر وطنية قادرة على النهوض بأعباء ومسؤوليات العمل بهذه المشاريع بعد انتهاء فترة الامتياز.

وفي خراج أبي يوسف القاضي، عن أمير المؤمنين عمر بن عبدالعزيز "... وانظر الخراب؛ فإن أطاق شيئاً فخذ منه ما أطاق وأصلحه حتى يعمر"^(٤)، وكتب القاضي أبو يوسف إلى هارون الرشيد قائلاً: "... وأن يعمروا (أي

(١) المستشار محمود فهمي، عقود البوت وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص ٢٧.

(٢) نصح البلاغة للشريف الرضي بشرح الشيخ محمد عبده. دار المعرفة بيروت، ج ٣، ص ٩٦.

(٣) د. إبراهيم الشهاوي، الامتياز بنظام B.O.T وأهميته الاقتصادية، ص ٣٤٨.

(٤) الخراج، مرجع سابق، ص ١٢٣.

العامّة) خيراً من أن يخربوا، وأن يفروا (أي يوفروا أموالهم) خير من أن يذهب مالهم ويعجزوا^(١).

٤. تعمل هذه المشروعات على غرس مفاهيم جديدة حول قدرة القطاع الخاص على المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية بديلاً عن القطاع العام^(٢)، وتجنب ما يمكن أن يترتب على مشاركة الأخير من إهدار للمال العام.

والتأكيد على هذه الميزة يعد مقصداً من مقاصد التشريع إذ يجب أن يكون المسلم شخصاً إيجابياً فعالاً في مجتمعه^(٣)، ومن الشواهد على أهمية مشاركة القطاع الخاص وفوائده؛ يقول الدكتور/ محمد عبدالقادر الفقي في مقال نشرته مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في عددها رقم: ٤٥٦، شعبان ١٤٢٤ هـ. بعنوان: "دور الوقف الإسلامي في التنمية وحماية البيئة"، نقلاً عن ابن جبير فيما رآه من المؤسسات الصحية في بغداد: ((أنه وجد ببغداد حيّاً كاملاً من أحيائها يشبه المدينة الصغيرة كان يسمى سوق المارستان يتوسطه قصر ضخم جميل وتحيط به الحدائق والرياض والمقاصير والبيوت المتعددة وكلها أوقاف أوقفت على المرضى وكان يؤمه الأطباء والصيادلة وطلبة الطب وكانت النفقات جارية عليهم من الأموال الوقفية المنتشرة ببغداد. ويقول إن هناك عناية بتوفير الغذاء للمحتاجين والمسافرين وطلبة

(١) المصدر نفسه، ص ٩٩.

(٢) د. محسن الخضيري، مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، مرجع سابق، ص ٣٢.

(٣) د. أحمد محمد نجيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مرجع سابق، ص.

العلم حيث أقيمت في البلاد الإسلامية ما يعرف بالتكايا: وهي مساكن للإيواء والإطعام وكانت تكية الوالي من محاسن دمشق^(١).

ويقول أبو يوسف فيما يتعلق بالمشاريع التي يخص نفعها على شريحة معينة من المجتمع فينبغي على هذه الشريحة مشاركة الدولة في تمويلها أو القيام بها بمفردها: (... وأما الأنهار التي يجروحها إلى أراضيهم ومزارعهم وكرومهم ووطابهم وبساتينهم ومباقلهم وما يشبه ذلك فكريمهم عليهم خاصة ليس على بيت المال من ذلك شيء)^(٢).

ثانيًا: عيوب عقود ال B.O.T:

على الرغم من كثرة المزايا المترتبة على هذه العقود وأهميتها إلا إنها قد ربما لا تتحقق بالنظر إلى ما قد يتضمنه هذا النظام من مخاطر على الدولة المضيفة كشفت عنها بعض التجارب الخاصة، ومنها ما يلي:

١. لجوء المستثمر إلى الحصول على التمويل اللازم للمشروع من الأسواق المحلية، ثم يستخدم هذا التمويل لاستيراد الأصول والمعدات والأجهزة من الخارج، مما يؤدي إلى زيادة الطلب على العملات الأجنبية ويضغط على السيولة المتاحة منها فيرتفع سعر العملة الأجنبية مقابل، في المقابل ينخفض الطلب على العملة الوطنية^(٣)، وهو ما حدث عند تنفيذ عقد إنشاء محطتي كهرباء

(١) نقلًا عن، د. محمد عبده عمر، تطبيق نظام البناء والتملك (B.O.T) في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٠.

(٢) الخراج، المرجع نفسه، ص ١٢٣.

(3) Sharmila Mane، Dr. S.S. Pimplikar، Risk Assessment of Bot

سيدي كير، حيث حصلت شركة المشروع من بعض البنوك المصرية على تمويل يقترب من (٣٠٠ مليون دولار) بدلاً من تحويل هذه الأموال من الخارج إلى مصر، وهو ما يعتبر عبئاً على السيولة الدولارية في السوق المصري، وقد فطنت السلطة السياسية في ذلك الوقت إلى خطورة هذا الأمر داعية إلى التحذير من التوسع في عقود (البوت)^(١).

٢. موافقة الحكومة على طلب المستثمر لمساهمتها في هذه المشروعات بنسبة لا تتيح لها التحكم فيه، وذلك ضماناً لحمايتها للمشروع، مما يؤدي إلى عدم تحقيق الهدف الأساسي من اللجوء إلى هذه العقود، والمتمثل في تخفيف الضغط على ميزانية الدول العامة، مثال على ذلك طلب الشركات الأجنبية في الفلبين مشاركة الحكومة بنسبة ما بين ٢٠% إلى ٢٥% في مشروع للطرق^(٢).

٣. التوسع في منح الامتيازات لشركة المشروع، مثل الإعفاءات الضريبية والحوافز الحكومية والإعانات والاقتراض بأسعار

Projects International Journal of (3 Computational Engineering Research)|Vol. 03|Issue. 8. August|2013. pp.63-64-65.

(١) د. حمدي عبدالعظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ١٨.

(٢) نظام البناء والتحويل والتشغيل B.O.T. سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأفطار العربية،

مرجع سابق، ص ١١.

Adora Navarro, Build-Operate-Transfer (BOT) Arrangements: The Experience and Policy Challenges, Philippine Institute for Development Studies Surian SA mga Pag-aaral Pangkaunlaran ng Pilipinas, January 2005, pp.1,36.

منخفضة، ومنح الأراضي مجاناً، وهو أمر يتناقض مع حرية السوق فضلاً عن إسهامه في زيادة الهدر والفساد في موارد الدولة، ومثال على ذلك ما حدث في عقود الطرق السريعة التي طرحتها الحكومة المصرية بنظام (البوت) احتوت على تمليك الملتزم مساحات شاسعة من الأراضي التي تقع على جوانب هذه الطرق، وهو أمر قد يتجاوز قيمة هذه العقود لا سيما إذا أبرمت لمدد طويلة من الزمن.

٤. ارتباط عقود (البوت) بالاحتكار؛ فقد تشترط شركة المشروع ضماناً لسيطرتها على السوق وعدم منافستها فما تقدمه من خدمات ومن ثم يترتب على هذه العقود ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ.

٥. عدم التزام المستثمر بالمواصفات الفنية في عملية الانشاء مما يؤدي إلى عدم صلاحيتها للتشغيل عند تسلم الحكومة لها في نهاية فترة الامتياز ومن ثم لا يتحقق الهدف من هذه العقود، ويساعده على ذلك وجود استشاري أجنبي يقدم له شهادة صلاحية غير مطابقة للحقيقة؛ مثال على ذلك قلة نسبة الخرسانة المستخدمة في إنشاء محطتي كهرباء سيدي كرير عن كميات الخرسانة التي استخدمت في المحطتين اللتين أقامتهما الحكومة المصرية بمقدار النصف، ومن المفارقات أن استشاري المحطات الأربع المحطات شركة أمريكية^(١).

(١) د. حمدي عبد العظيم، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، المرجع نفسه، ص ١٩.

٦. ارتفاع تكلفة المشروعات على المدى الطويل، خاصة إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج، مثال على ذلك ارتفاع سعر شراء الكيلو وات في مشروع محطة توليد سيدي كزير بمصر والذي تم التعاقد عليه في ١٩٩٨/٧/٢٢ بسعر (٢،٥٤ سنت/ كيلو وات ساعة) عن سعر الشراء الذي تم التعاقد عليه في مشروع توليد شرق بورسعيد في ١٩٩٩/١٠/٣م بسعر (٢،٣٧ سنت/ كيلو وات ساعة)، على الرغم من أن الأخير لاحق، تزداد خطورة هذا الأمر إذ علمنا أن كل سنت في سعر الكيلو وات ساعة يكلف الدولة سنوياً أربعين مليون دولار^(١).

٧. قيام المستثمر بتحويل جميع أرباحه إلى الخارج ولا يلتزم باستثمار أي جزء منها في الدولة المضيفة كما هو حادث في كل عقود (البوت) التي أبرمتها الحكومة المصرية^(٢).

٨. طول مدة العقد التي قد تصل إلى تسع وتسعين سنة مما يؤدي إلى ترتيب أوضاع سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها مستقبلاً، أي إلى تقييد أجيال من بعدها أجيال، ومثال على ذلك ما حدث لمصر من جراء التزام قناة السويس والذي أبرم لهذه المدة وكان السبب الرئيس في احتلال مصر سنة ١٨٨٢م، والعدوان الثلاثي عليها في ١٩٥٦م.

(١) د. جابر نصار، عقود البوت، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٢) المرجع نفسه، ص ٦١.

٩. قد يترتب على هذه العقود المساس بالسيادة الوطنية وذلك لأن أغلبها يتضمن نصًا يستبعد الاختصاص القضائي لدولة المقر^(١)، ويحتم الالتجاء إلى جهات التحكيم، وعادة ما تحدد لذلك جهات تحكيم أجنبية.

وعلى الرغم من جدية هذه المخاوف إلا أن ذلك لا يعني إغلاق الباب أمام هذه العقود، بل يجب أن تتضافر جهود الفقه القانوني والإسلامي لوضع نظام أو تشريع يؤمن اللجوء إلى هذه العقود بما يحد من سلبياتها، ويحقق أكبر استفادة مرجوة منها^(٢)، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق تحديد مدة العقد بما يراعى مصلحة الوقف والعرف السائد في العقود والمعاملات، ويمكن تجنبًا للدخول في المعاملات الربوية أن تستفيد الجهة الصانعة بأي طريق من طرق التمويل الإسلامي من المشاركة، والمرابحة، والإجارة وما إلى

(١) د. عادل محمد عبدالرحمن، نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في المشروعات العامة دراسة ميدانية على قطاع المقاولات المصري، مجلة البحوث والدراسات العربية-مصر، ٦١٤، ٢٠١٤م، ص ٣٥٠.

(٢) يقول الدكتور فؤاد عبدالمنعم أحمد: "لا يصح في تصرف من التصرفات، أو حكم من الأحكام التي تسن لتحقيق مصلحة عامة أن يقال: إنه مناقض للشريعة، بناء على ما يُرى فيه من مخالفة ظاهرية لدليل من الأدلة، بل يجب تفهم هذه الأدلة...،... والتفرقة بين ما ورد على سبب خاص، وما هو من التشريع العام الذي لا يختلف ولا يتبدل، فإن مخالفة النوع الثاني هي الضارة المانعة من دخول أحكام السياسة في محيط شريعة الإسلام"، د. أحمد. فؤاد عبدالمنعم. السياسة الشرعية وعلاقتها بالتنمية الاقتصادية وتطبيقها المعاصرة. من منشورات البنك الإسلامي للتنمية. مجموعة محاضرات العلماء البارزين. رقم ٢٤ ص ١٢ وما بعدها من المقدمة، وسيادته يشير إلى الشيخ عبدالرحمن تاج. السياسة الشرعية ص ٢١. نقلًا عن د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مرجع سابق.

ذلك، -أيضاً- تحفيز القطاع الخاص المحلي والمصارف الإسلامية على الاضطلاع بعبء التمويل^(١)، فضلاً عن ضرورة تأهيل كادر وطني قانوني واقتصادي متفقه، قادر على تضمين العقد ما يلزم من شروط تراعى السيادة الوطنية، وقيم التشريعات الموجودة في الدولة والمقاصد الشرعية والأحكام الفقهية الضابطة لهذه المعاملات، بما يحقق التنمية الاقتصادية المنشودة من هذه العقود.

ويرى البعض أنه يمكن التغلب على أمر اللجوء إلى هيئات التحكيم الأجنبية عن طريق تأهيل كوادر اقتصادية متفقهة وضمها إلى مراكز تحكيم تحظى بالدعاية والانتشار الواسع^(٢)، والسمعة الجيدة، على أن يسعى فريق التعاقد النائب عن الجهة المستفيدة إلى أن يتراضى مع شركة المشروع على أن يكون التحاكم إلى بعض هؤلاء الفقهاء المقتصدين للفصل فيما قد يقع مستقبلاً من نزاع، وعلى فريق التعاقد أن يتحوط للأحكام الشرعية منذ المبتدأ.

(١) محمد تقي العثماني، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، بحث مقدم لمجمع الفقه

الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٢.

(٢) د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف

والمرافق العامة، مرجع سابق، ص ٤٤.

المطلب الرابع

التطبيقات المعاصرة لاستثمار أموال الأوقاف الإسلامية بصيغة عقود

الـ (B.O.T)

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من ولي شيئاً من أوقاف المسلمين فتركها حتى انقطع عطاؤها واندثرت أصولها فقد ارتكب إثماً عظيماً^(١)؛ كونه تسبب في حرمان الواقف من الثواب بانقطاع عطاء الموقوف عليه، ومن هنا تظهر أهمية استثمار وتنمية أموال الأوقاف، والتطلع إلى مناهج ورؤى معاصرة من أجل تنمية وتثمين ممتلكات الأوقاف، ولقد أوضحت من خلال السطور السابقة إمكانية الاستفادة من نظام الـ B.O.T كأحد النماذج المعاصرة الناجحة التي لاقت انتشاراً واسعاً في العديد من دول العالم وطبقتها بعض الدول العربية^(٢)، ففي مصر تم تنفيذ العديد من

(١) د. محمد عبده عمر، تطبيق نظام البناء والتملك في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مرجع سابق، ص ١١.

(٢) ففي الكويت تعود مشاركة القطاع الخاص في تنفيذ المشاريع الحكومية إلى عام ١٩٧٠م عندما طرحت الدولة قسائم في مناطق متميزة من وسط المدينة لإقامة مواقف سيارات متعددة الأدوار مع أسواق تجارية. على أن تقوم الشركات المستثمرة بإنشاء هذه المواقف والأسواق واستغلالها لمدة ٢٥ سنة مقابل قيمة إيجارية ثابتة للبلدية. وبين عامي ١٩٩٤-٢٠٠٣م، بلغ إجمالي مشاريع B.O.T التي تمت عقودها مع وزارة المالية ٩٢ مشروعاً، (التخصيص بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T)، غرفة تجارة وصناعة الكويت منشور عبر الرابط التالي:

<http://www.kuwaitchamber.org.kw>

وللمزيد حول تجربة الكويت، انظر: سعد زغلول، وفي لبنان، تم تنفيذ مشروع تجهيز واستثمار مغارة جعيتا، والذي تم بتاريخ ١٨/١١/١٩٩٣م، بالقرار رقم ١٨٦ عن وزير السياحة يتعلق

مشروعات (البوت) في مجالات البنية الأساسية والطاقة والمطارات والموانئ وحتى المشاريع الخاصة، فوصل مجموع المحطات الكهربائية المنفذة بنظام (البوت) حتى عام ٢٠١٠م، ما يقرب من خمس عشرة محطة، وفي مجال الطرق طرحت وزارة النقل العديد من المشروعات المتعلقة بإنشاء واستثمار الطرق الحرة والسريعة، -أيضاً- مشروع إنشاء نفق السيارات بنظام (البوت) جنوب بورسعيد، وفي مجال المطارات تم تنفيذ العديد منها وفقاً لهذا النظام مثل مطار مرسى علم، ومطار العلمين الدولي ومطار الفرافرة والواحة البحرية، وغيرها من المطارات الأخرى، ومن أهم المشاريع في مجال الموانئ مشروع إقامة محطة حاويات في منطقة السويس بنظام (البوت)، ومشروع إقامة محطة حاويات بميناء بورسعيد، وميناء العين السخنة، وميناء شرق بورسعيد، ومن المشروعات الخاصة مشروع جراج ميدان التحرير، ومجمع نادي الصيد المصري بالدقي بمحافظة الجيزة^(١)، وفي مجال الأوقاف تسعى وزارة الأوقاف إلى تنفيذ العديد من المشروعات المتعلقة بالاستثمار العقاري والزراعي^(٢)، ورغم أن التجربة المصرية

=

باستثمار مرفق جعبتا السياحي والذي اعطي حق استثماره لشركة (ماباس الألمانية)، د. إلياس ناصيف، عقود الـ B.O.T، ٢٠٠٦، (د.ن)، ص ١١٣.

(١) د. محسن الخضيرى، مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها. د. عبدالسند يمامة، نظام البوت وفقاً لأحكام التشريع المصري، مرجع سابق، ص ٢٦ وما بعدها.

(٢) وأبرز هذه المشروعات: مشروعات إسكان الشباب بالتعاون مع كل من وزارة الأوقاف -وزارة الإسكان والمرافق والتنمية العمرانية -وزارة الزراعة -وزارة التنمية المحلية مساهمة من هيئة الأوقاف المصرية في هذا البرنامج: فقد تم توقيع بروتوكول للتعاون مع هذه الوزارات لتنفيذ وحدات سكنية

في مجال الوقف، كانت نموذجاً فريداً استفاد منه المجتمع، وأبرز مثال على ذلك استثمار الوقف بجامعة القاهرة والأزهر والمدارس العلمية المختلفة والتي أحدثت حركة علمية كبيرة في المجتمع المصري، إلا أن هذه التجربة تواجه العديد من الصعوبات التشريعية التي تحتاج إلى إعادة نظر لتحقيق الأوقاف الدور المطلوب منها بشكل جيد^(١)، والأمل معقود على قدرة

=

بمساحة (٢٠٦٣) للوحدة بالمحافظات والمدن الجديدة. فقد تم تنفيذ: عدد (٢٨٨٨٤) ألف وحدة سكنية) إسكان شباب بالإضافة الى عدد (١٠ آلاف وحدة سكنية) ومن هذه المشروعات - أيضاً- مشروع مدينة الحرفيين الغردقة (البحر الأحمر) المشروع علي مساحة (٦٠ فدان تقريبا) وتم اعتماد التخطيط العام بحيث يشتمل على عدد (١٢٥٣) ورشة وعدد(١٣٤) محل قطع غيار وعدد(٤٨) سكن حربي وتم تنسيق الموقع بحيث يشتمل على منطقة خدمات استثمارية ومنطقة خدمات مركزية ومنطقة خدمات عامة. جاري التنفيذ من خلال المجموعة الوطنية للأوقاف، منشور بموقع هيئة الأوقاف المصرية:

<http://www.hyatelawqaf-eg.org>

(١) ويصاغ البعض مثلاً على ما قد أحدثته المعوقات القانونية من آثار في نجاح تنمية الأوقاف في مصر واستثمارها: تجربة ((الوقف المصري" التي نفذتها -مؤخرًا- مؤسسة "عامر جروب" بمصر عن طريق تخصيص ثلث دخل المجموعة لصالح عمل الخير، فقد وجدت تلك المؤسسة نفسها ستقع في مشكلات مع قانون الأوقاف الذي كان له تأثيره السلبي والذي بدوره أدى إلى لجوء تلك المؤسسة إلى بعض الدول لكي يتمكن من توصيل المنفعة لمستحقيها، ومستفيدة من نظام الـ "trust" المعمول به في بنوك دولة مثل المملكة المتحدة، وقد أسس هذا النظام في الأساس لبنوك المملكة المتحدة من أجل صغار المدخرين؛ حيث يمكنهم وضع أموالهم في صناديق يعيّن عليها أمين للاستثمار، وهو شخص ثقة يملك كل الأوراق والعقود، ومدير للاستثمار يتولى إدارتها في المجالات المختلفة، ليحصل الأفراد كل فترة على ريع هذه الأموال بعد استثمارها. وبالمنطق نفسه يذهب ثلث ريع مجموعة "عامر جروب" لهذا الصندوق المعين عليه أمين ومدير للاستثمار من قبل البنك، وهذان

المشرع المصري على تفعيل نص المادة (٩٠) من دستور ٢٠١٤م، والتي نصت على أن "تلتزم الدولة بتشجيع نظام الوقف الخيري لإقامة ورعاية المؤسسات العلمية، والثقافية، والصحية، والاجتماعية وغيرها، وتضمن استقلاله، وتدار شئونه وفقاً لشروط الواقف، وينظم القانون ذلك".

أما في المملكة العربية السعودية فقد تم تنفيذ العديد من المشروعات وفقاً لنظام (البوت) ومن أبرز هذه المشروعات، مشروع الصرف الصحي بالمدينة الصناعية بجدة^(١)، حيث ساهمت هذه التجربة -رغم محدوديتها-

الشخصان يعينان كعضوين في مجلس إدارة المجموعة. ووفقاً لما أكدته بعض رجال الأعمال فإن هذين الشخصين تكون مهمتهما الحصول على ثلث ربح المجموعة سنوياً، ليقوما بتوزيعه على مؤسسات عامر الخيرية المنتشرة في أنحاء مصر، وفي حال توفاه الله يمكن لهما الاستقلال بالثلث واستثماره خارج المجموعة عامر، ولكن بشرط مرافقة شيخ الأزهر على مجالات الاستثمار، ولا شك أن هذا يعني أن نجاح تجربة الوقف يتوقف بدرجة كبيرة على مدى مساهمة الحكومة في مصر لإنجاح تلك التجربة، وأن عدم مساهمتها في ذلك يترتب عليه حدوث بعض المعوقات ومن أهمها المعوقات القانونية، وهذا ما أدى إلى تحول أو لجوء مؤسسة "عامر الخيرية" للخارج لعدم توافر المناخ المناسب داخل حدود الدولة. وهذا يدل على أن هناك رغبة أكيدة من جانب رجال الأعمال في فعل الخير، وأن الحكومة المصرية في فترات سابقة كانت وراء تنفيذ القادرين من القيام بأعمال خيرية ومنها الوقف الذي يمكن أن يسهم بدور فعال في مجال التعليم من خلال قانون عقيم لا يتفق مع الشريعة الإسلامية)). محمد عيد حسونة حفاوي، انعكاسات الوقف الخيري على التعليم الجامعي في مصر، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد مصر، ع ٤٨، لسنة ٢٠١٢م، ص ٤٣١ وما بعدها.

(١) صالح الرويس، دراسة سعودية: نظام «البناء والتشغيل ونقل الملكية» يساعد على هيكلة الاقتصاد وترشيد الإنفاق، تحقيق منشور بجريدة الرياض، الجمعة ٥ ربيع الآخر ١٤٣٧هـ - ١٥ يناير

٢٠١٦م، -العدد ١٧٣٧١:

في رفع العبء المادي عن الدولة وتحسين جودة العمل في معالجة مياه المصانع الذاهبة للبحر، -أيضاً- مشروع شبكة السكك الحديدية، والمنطقة الصناعية في منطقة سدير ومشروع القطار الكهربائي في طريق الملك عبدالعزيز في مدينة الرياض، ومشروع رصد وضبط مخالفات المرور إلكترونياً، ومنتزه الثمامة البري، ومشروع نادي الفروسية بمحافظة جدة وقد اكتمل بناؤه في شهر جمادي الأولى عام ١٤٣١^(١)، ونتوقع تنفيذ العديد من المشروعات في المرحلة المقبلة، فما تمر به المملكة من تحول اقتصادي يستدعي الاستفادة من هذه النماذج العالمية لتمويل العديد من المشروعات بعيداً عن ميزانية الدولة.

وفي مجال الأوقاف لم تغفل رؤية المملكة ٢٠٣٠م، دور المؤسسات غير الربحية في مرحلة التحول الاقتصادي^(٢)، وما حققته هذه المؤسسات من

(١) بسام بن عبدالله البسام، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٢) فقد ورد هذا النص في محاور الرؤية "إن لنا دوراً مؤثراً وإسهاماً كبيراً في العمل الخيري محلياً وإقليمياً وعالمياً. وفي ذلك أكبر دليل على أن قيم العطاء والتراحم والتعاون والتعاطف راسخة الجذور فينا، غير أن هذه الجهود تحتاج إلى تطوير إطارها المؤسسي والتركيز على تعظيم النتائج ومضاعفة الأثر. لدينا اليوم أقل من (١٠٠٠) مؤسسة وجمعية غير ربحية، ولتوسيع نطاق أثر هذا القطاع، سنواصل تطوير الأنظمة واللوائح اللازمة لتمكينها، وسنوجه الدعم الحكومي إلى البرامج ذات الأثر الاجتماعي، وسنعمل على تدريب العاملين في القطاع غير الربحي، وتشجيع المتطوعين فيه، وسنواصل تشجيع الأوقاف لتمكين هذا القطاع من الحصول على مصادر تمويل مستدامة، ونراجع الأنظمة واللوائح المتعلقة بذلك. كما سنعمل على تسهيل تأسيس منظمات غير ربحية للميسورين والشركات رائدة لتفعيل دورها في المسؤولية الاجتماعية وتوسيع نطاق عمل القطاع غير الربحي،

نجاحات وعلى الأخص في مجال الأوقاف، إذ تتميز المملكة بتجربة فريدة في مجال استثمار الأوقاف وتنميتها، والسعي للاستفادة من النماذج الحديثة التي تساعد في تحقيق مقاصدها.

ومن أبرز المشروعات التي تم تنفيذها وفقاً لهذا الأسلوب؛ مشروع الأبراج السبعة بجنوب الحرم المكي الشريف ذات الأدوار المرتفعة إلى ما يزيد على الثلاثين دوراً (وقف الملك عبدالعزيز رقم واحد) على الحرمين الشريفين، عن طريق التعاقد مع مؤسسة ابن لادن لبناء هذه الأبراج وتشغيلها لمدة خمس وعشرين سنة، واستثمارها لهذه المدة بما يكفل لها استرجاع رأس مالها وأرباحها ثم تسليمها إلى الدولة، -أيضاً- عقد وقف الملك عبدالعزيز رقم (٢) في الجهة الشرقية للحرم الشريف^(١)، كذلك طريق الملك عبدالعزيز الموازي لطريق أم القرى وهو الذي يصل الحرم الشريف بمكة بالطريق السريع المؤدي إلى جدة، ومشروع المنطقة الصناعية في سدير ومشروع المجمع التجاري في ميناء الملك عبدالعزيز في الدمام ومشروع صالة الحجاج في ميناء جدة الإسلامي^(٢).

=

وسيتم تمكين المؤسسات والجمعيات غير الربحية من استقطاب أفضل الكفاءات القادرة على نقل المعرفة وتطبيق أفضل الممارسات الإدارية. وسنعمل على أن يكون للقطاع غير الربحي فاعلية أكبر في قطاعات الصحة والتعليم والإسكان والأبحاث والبرامج الاجتماعية والفعاليات الثقافية:"

<http://vision2030.gov.sa>

(١) د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣.

(٢) بسام بن عبدالله البسام، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في المملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ص ١٠٥.

ونظراً لما قد يحققه هذا النموذج إن تمت العناية بصياغته من حفاظ على عين الأوقاف من الضياع وضمان لاستمرار الاستفادة منها، بادرت العديد من الدول العربية إلى الإعلان عن نيتها في الأخذ بهذا النموذج لاستثمار أموالها الوقفية بما يحقق مقاصدها الشرعية^(١)، فمن خلال هذا

(١) فورد على صفحة مؤسسة تنمية أموال الأوقاف الأردنية ورد الخبر أن المؤسسة تستثمر الأوقاف وفقاً لعدة أساليب، من بينها نظام B.O.T، وأن من المشروعات التي وقعت اتفاقيات لتنفيذها من قبل القطاع الخاص بأسلوب الإجارة الطويلة (B.O.T) مشروع فلل الصوفية، ومشروع الاستقلال مول. وتجري المؤسسة حالياً مفاوضات مع بعض المستثمرين من القطاع الخاص لتنفيذ مشروعات استثمارية على بعض قطع الأراضي الوقفية في عمان وعجلون والعقبة، وفي خبر نشرته صحيفة الرياض السعودية بعددها رقم ١٤٤٩٧ بتاريخ ٢٥ صفر ١٩٢٩م، في لقاء مع وزير الأوقاف اليمني أشار فضيلته إلى تبني وزارته لصيغ جديدة لم تكن مستعملة أو معروفة من قبل، وعلى رأس هذه الصيغ نظام الـ (B.O.T) الوقفي. وعلى ما نشرت جريدة الخليج الإماراتية فإن مؤسسة الأوقاف وشئون القصر بإمارة دبي تنفذ حالياً عدداً من المشاريع العقارية تبلغ تكلفتها نحو مليار درهم إضافة إلى توقيع عقود لإقامة ١٥ مشروعاً جديداً بنظام الـ B.O.T على أراضي الأوقاف المملوكة للمؤسسة، وذلك في إطار خطة المؤسسة الاستراتيجية لزيادة وتنمية أموال القصر، على ما ذكر مدير إدارة الاستثمار والتطوير العقاري. نقلاً عن: د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، ص ٢٣.

وفي الجزائر تم تنفيذ مشروع بناء مركز تجاري وثقافي بوهرا: يتم تمويله من طرف مستثمر خاص على أرض وقفية، ويشتمل المشروع على مرش به أربعين غرفة -مركز تجاري- مركز ثقافي إسلامي -موقف للسيارات وبلغت نسبة الانجاز به نسبة ٩٠%- مشاريع استثمارية بسيدي يحيى ولاية الجزائر: تتمثل في انجاز مراكز تجارية وإدارية على أرض وقفية ممولة كلها من طرف مستثمرين خواص بصيغة الامتياز (Concession) مقابل مبالغ مالية قدرها الخبر العقاري المعتمد المختص. انظر: د. إلهام بشكر، تجربة الوقف في الكويت والدروس المستفادة منها لتفعيل الوقف في الجزائر، أعمال المؤتمر العلمي الدولي: الوقف الإسلامي والتنمية المستدامة -مركز البحث وتطوير الموارد البشرية- رماح- الأردن، ٢٠٠٧م، ص ٩.

الجهد التنموي الاستثماري لتحقيق مقاصد الوقف وتجسد رسالته الإسلامية والإنسانية، فقهاً وتطبيقاً^(١)، وهو ما دفع الغرب لاقتباس فكرة الوقف الإسلامي تحقيقاً لدوره الجوهري في تنمية المجتمع، على النحو الذي جعل من جامعة هارفارد الأمريكية، وهي التي تحتل المركز الأول للسنة الخامسة على التوالي على مستوى جامعات العالم حسب تصنيف كيو اس (التايمز) للعام ٢٠٠٨م، تعتبر من أنجح الأوقاف في العالم من ناحية استثمار أصول الوقف التي بلغت إلى ٣٤,٩ مليار دولار في عام ٢٠٠٧م؛ مكونة من ١١ ألف وقف، ومن المفارقات أن من تولى إدارة الأوقاف شركة إدارة هارفارد التي كان يديرها منذ عام ١٩٧٤م حتى عام ٢٠٠٦م محمد العريان وهو مسلم عربي، ولا يخفى على أي باحث مطلع وجود علاقة مباشرة بين التصنيف الأكاديمي لأية جامعة، وبين وجود موارد متاحة لديها، وعلى رأسها الموارد المادية التي تعتبر الأوقاف أفضلها؛ لاتسامها بالثبات والديمومة^(٢).

(١) د. محمد عبده عمر، تطبيق نظام البناء والتملك في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، ص ٦.

(٢) محمد عيد حسونة حفاوي، انعكاسات الوقف الخيري على التعليم الجامعي في مصر، مرجع

الخاتمة

ويشتمل على:

أولاً: النتائج

ثانياً: التوصيات

الخاتمة

يستبين مما سبق أن استثمار مال الوقف مطلب شرعي، دلت عليه نصوص الشريعة وأكدته مقاصدها، ويمكن الاستفادة في ذلك من عقود الـ B.O.T- والتي قد تحقق إن تمت صياغة تفاصيلها بشكل يتوافق مع الأحكام الشرعية، والضوابط القانونية، السابقة ذكرها، المقصد الشرعي من الوقف دون مساس بجوهره، بل إن الباحث في هذا المجال يكتشف العديد من الأقوال والممارسات الإسلامية السابقة والتي قد تتلاقى مع مفهوم هذا العقد، وتؤكد هذه الحقيقة.

ويمكن تلخيص أهم نتائج وتوصيات هذا البحث، على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

١. سياسة الاحتواء والترقيع في التشريعات المنظمة لعقود الامتياز بنظام الـ B.O.T يترتب عليها غياب الإطار التشريعي العام المنظم لهذه العقود؛ وهذا بلا شك يضعف فرصة نجاح الاستفادة من هذا النموذج في الاستثمارات العامة والوقفية.
٢. عقد (البوت) من العقود المستحدثة الجائزة شرعاً، والتي يمكن الاستفادة منها في تعمير وتنمية وتطوير الأوقاف الإسلامية بما يحقق مقاصدها الشرعية، بشرط الاستيثاق من خلوه من المحاذير الشرعية.
٣. عقود (البوت) متى توافرت فيها عناصر العقد الإداري تعد عقود

إدارية بالمعنى الفني لتلك العقود، ولا يمكن الركون إلى الاعتبارات الاقتصادية لهذه العقود لتبرير اعتبارها من عقود القانون الخاص، وإلا ترتب على ذلك اضطراب سير الحياة اليومية للمرافق العامة في الدولة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع قانوناً من إبرام هذه العقود بين أشخاص القانون الخاص وفي هذه الحالة ستخضع تلك العقود لأحكام وقواعد القانون المدني.

٤. إبرام هذه العقود عمل شاق يحتاج إلى تضافر جهود العديد من المختصين وإجراء الدراسات اللازمة بعناية، والرجوع إلى الوثائق الوطنية والدولية، لتأمين اللجوء إليها والحد من سلباتها لتحقيق الاستفادة المرجوة منها.
٥. مرونة فقه الاستثمار الوقفي ضرورة شرعية ومتطلب أساسي، لإصلاح واقع الأوقاف الإسلامية وما عتراها من ضعف وركود سببه جمود التشريعات والقوانين المنظمة للأوقاف في العديد من الدول الإسلامية.

ثانياً: التوصيات:

١. توحيد التنظيم التشريعي لعقود الامتياز بنظام ال B.O.T ووضع قانون واحد يجمع شتات ما تضمنته القوانين المنظمة لبعض المجالات المستفيدة من هذا النموذج، لتيسير الرجوع إليها، إحكاماً للجوانب القانونية والفنية للعقد، وقطع أسباب النزاع والخصومة.

٢. ضرورة تضافر جهود الفقه القانوني والإسلامي لوضع نظام أو تشريع يؤمن اللجوء إلى هذه العقود في مجال استثمار الأوقاف الإسلامية وتنميتها، بما يحد من سلبياتها، ويحقق أكبر استفادة مرجوة منها.
٣. إنشاء هيئة أو أمانة فنية أو جهاز بحوث يتألف من عناصر من الدول العربية والإسلامية والهيئات المعنية بشؤون الأوقاف في هذه الدول، من ذوي الخبرة الشرعية والقانونية والفنية المتخصصة لدراسة وتقييم تجارب تطبيق عقود (البوت)، وإبداء الرأي الفني والقانوني والشرعي في مجال هذه العقود، وإمكانية الاستفادة منها في تعمير الأوقاف الإسلامية وتنميتها بما يحقق مقاصدها الشرعية.
٤. الاستعانة بتجارب المنظمات الدولية المعنية بعقود الـ B.O.T لوضع نموذج قانوني لهذه العقود وتعديله وتطويره بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية والتنموية وحاجة الأوقاف الإسلامية، ويمكن أن يتم ذلك عن طريق المؤسسات القائمة على شؤون الأوقاف في الدول الإسلامية.
٥. اتخاذ الوسائل المتاحة لدى الدول العربية والإسلامية، لوضع إطار تنموي يحدد مجالات الاستثمار وأبعاده الاقتصادية ويعظم دور القطاع الخاص للمشاركة في تحقيق التنمية الاقتصادية.
٦. تحفيز القطاع الخاص المحلي والمصارف الإسلامية للاضطلاع

بعبء تمويل المشروعات المقامة وفقاً لهذا النموذج، ويمكن إنشاء بنك إسلامي للأوقاف يُعنى بالاستثمار في مجال الأوقاف ويضطلع بعبء تمويل مشروعاتها.

وأخيراً:

فإن الأمل معقود على أن توضع هذه التوصيات موضع التنفيذ، وأسأل الله ﷻ أن يرشد القائمين على أمر الأوقاف الإسلامية إلى ما يحقق الخير والصلاح ويعيد للوقف وظيفته التاريخية الكبرى في ظل المعطيات العالمية المعاصرة التي تفرض ضرورة البحث عن وسائل حديثة لاستثمار الأموال الوقفية بما يحقق التنمية الوطنية المنشودة.

وختاماً:

فإن هذا هو جهد المقل لا أدعي فيه الكمال؛ فالكمال لله وحده، فما كان فيه من صواب فمن الله وحده وما كان من خطأ فمني ومن الشيطان، واستغفر الله من ذلك وأتوب إليه.

هذا وبالله التوفيق وعليه قصد السبيل

والحمد لله رب العالمين.

فهرس
المصادر والمراجع العلمية

ويشتمل على:

- المراجع الشرعية.
- المراجع القانونية.
- المعاجم.
- بحوث وتقارير وأحكام.
- المراجع الأجنبية.

فهرس

المصادر والمراجع العلمية

المراجع الشرعية:	
١	القرآن الكريم
٢	ابن تيمية الحراني مجموع الفتاوي، تحقيق عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م.
٣	ابن عابدين، محمد أمين بن عمر رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيوت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ.
٤	ابن قدامة المقدسي المغني، مكتبة القاهرة (د.ط) ١٩٦٨.
٥	أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الخراج، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، سعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث (د.ت)
٦	أحمد الريسوني الوقف مجالاته وأبعاده، دار الكلمة للنشر والتوزيع القاهرة ٢٠١٤.
٧	د. أحمد محمد بخت تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة من ١٥ إلى ٥ جمادي الأولى ١٤٣٠ متاح بصيغة ورد عبر الانترنت http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1229 .
٨	أكمل الدين البايزي العناية شرح الهداية، دار الفكر (د.ت.ط).
٩	الزركشي، أبو عبدالله بدر الدين المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
١٠	السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر جلال الدين الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ.

١١	الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد البصري	الأحكام السلطانية، دار الحديث، القاهرة (د.ت.ن)
١٢	د. حسين شحاته	حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسات اقتصادية-مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية-الجزائر، ٣٤، لسنة ٢٠٠٤
١٣	د. خالد بن عبد الله الخضير	مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي، مجلة العدل، ع ٤٩، محرم ١٤٣٢.
١٤	د. شبير محمد عثمان	المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. نشر دار النفائس، الطبعة السادسة ٢٠٠٧
١٥	د. صالح بن سليمان الخويس	أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي مقارنا بما عليه العمل في المملكة العربية السعودية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الشريعة جامعة الإمام ١٤٢٨هـ.
١٦	د. عبدالرازق السنهوري	مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي - بيروت (د.ت.).
١٧	د. عبدالله بن محمد العمراني	T.O.B: دراسة فقهية، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - العلوم الشرعية - السعودية، ع ٣١ لسنة ٢٠١٤
١٨	د. عبدالله بن موسى العمار	استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ١٤٢٤/٣/٢٠٠٣م، الجزء الأول.
١٩	د. على محي الدين القرة.	استثمار الوقف وطرقه القديمة والحديثة. نظرة تجديدية للوقف واستثماراته، متاح من خلال مكتبة مشكاة الإسلام https://kantakji.com/media/4766/14001.doc .
٢٠	د. عماد حمدي	التكييف الفقهي لاستثمار أموال الوقف وتطبيقاته المعاصرة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات ببني سويف، ٢٠١١م.
٢١	د. كاسب بن عبدالكريم البدران	عقد الاستصناع: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، المعهد العالي للقضاء - جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

٢٢	الشيخ محمد أبو زهرة	الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي ١٩٩٦
٢٣	الشيخ محمد أبو زهرة	محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي (د.ت).
٢٤	محمد رشيد بن علي رضا	تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠.
٢٥	مسلم بن الحجاج النيسابوري	المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ (صحيح مسلم)، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي - بيروت، د.ت.
٢٦	مصطفى الزرقا	المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار القلم - دمشق، طبعة أولى ١٩٩٩.
		المدخل الفقهي العام، دار القلم - دمشق ٢٠٠٤
٢٧	د. ناصر بن عبد الله الميمان	ديون الوقف، ضمن بحوث منتدى قضايا الوقف الفقهية (الالتزام شرعي .. وحلول متجددة)، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت ١١-١٣ أكتوبر ٢٠٠٣م.
٢٨	الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس القرشي	الأهم، دار المعرفة بيروت، ١٤١٠هـ، ج ٦.
المراجع القانونية:		
٢٩	د. إبراهيم البيومي غانم	التكوين التاريخي لوظيفة الوقف في المجتمع العربي، المستقبل العربي-لبنان، ع ٢٧٤، ديسمبر ٢٠٠١م.
٣٠	د. إبراهيم الدسوقي الشهاوي	عقد امتياز المرفق العام B.O.T دراسة مقارنة، ٢٠٠٤م (د.ن) الامتياز بنظام B.O.T وأهميته الاقتصادية، المجلة المصرية للتنمية والتخطيط ع ٢، ديسمبر ٢٠٠٥م.
٣١		الجوانب القانونية والاقتصادية للعقود المستحدثة: B.O.T-FI.D.I.C-KNOW HoW مجلة مصر المعاصرة، ع ٤٨٦ لسنة ٢٠٠٧.

٣٢	د. أحمد الزقرد	عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان (التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعملة على مصر والعالم العربي) مجلد ٢، لسنة ٢٠٠٢م.
٣٣	د. أحمد رفعت خفاجي	رشوة مفاوض العقود الدولية في التشريع العقابي المصري، مجلة المحاماة، العدد ١، ٢ سنة ٦٦ يناير فبراير سنة ١٩٨٦م.
٣٤	د. أحمد عبد الكريم سلامة.	النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، ع ٥٦٤ لسنة ٢٠٠٠م. فن وأصول صياغة اتفاق التحكيم: شرط التحكيم. ومشارطته، الورشة التكوينية حول (فن التحكيم ومهارات المحكم) بالتعاون مع المركز الدولي للوساطة والتحكيم بالرباط ومركز التحكيم التجاري لدول الخليج العربية الرباط - المملكة المغربية ٢٩-٣١ أكتوبر ٢٠١٠م، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية
٣٥	د. أسامة محمد خليل	مناطق المصلحة في إدارة أموال الوقف ضرورة لدفع الفساد، ملحة العدل، السودان، ع ٣٦ لسنة ٢٠١٢.
٣٦	د. السيد أحمد المخزنجي	دور النظارة وضوابطها العامة في استثمار الأموال الموقوفة، مجلة الوعي الإسلامي وزارة الاوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت، ع ٤٩٩ مارس ٢٠٠٧.
٣٧	د. العمار عبدالله بن موسى .	استثمار أموال الوقف ضمن أعمال متدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ١٤٢٤/٣/٢٠٠٣م.
٣٨	د. إلياس ناصيف	عقود الـ B.O.T، 2006l (د.ن).
٣٩	بسام بن عبدالله البسام	النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبدالعزيز كلية الاقتصاد والإدارة، ٢٠١٠م.
٤٠	د. جابر نصار	عقد البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية الطبعة الأولى ٢٠٠٢م.
٤١	د. جمال جبريل	الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) أو عقد البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية

٤٢	د. حمدي عبدالعظيم	دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروعات الاستثمارية ومشروعات البوت (B.O.T) (د.ن) ٢٠٠٦ م. عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق، بحث ضمن كتاب مشروعات البوت (عقود B.O.T وأخواتها) إصدار مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية ٢٠٠١ م.
٤٣	د. خالد ممدوح	صياغة وأنواع عقود البوت، بحث منشور ضمن أعمال ندوات (عقود المشاركة PPP بين القطاعين العام والخاص) المنظمة العربية للتنمية الإدارية-مصر، ٢٠٠٨
٤٤	د. سعاد الشرقاوي	العقود الإدارية، دار النهضة العربية ١٩٩٩.
٤٥	د. سليمان الطماوي	الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة ١٩٩١ مبادئ القانون الإداري دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي ١٩٧٩
٤٦	د. سمير إسماعيل	الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ١٩٧٥.
٤٧	طالب حسن موسى	صياغة عقود التجارة الدولية، مؤتة للبحوث والدراسات— الأردن، ٤٤، لسنة ٢٠٠٠ م،
٤٨	د. عادل محمد عبدالرحمن	نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) في المشروعات العامة دراسة ميدانية على قطاع المقاولات المصري، مجلة البحوث والدراسات العربية-مصر، ع ٦١، ٢٠١٤ م.
٤٩	د. عبدالرازق السنهوري	الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي— بيروت، ج ٦.
٥٠	د. عبدالسند يمامة	عقد نظام البوت وفقاً لأحكام التشريع المصري، طبعة أولى (٢٠٠٠ م) بدون ناشر، ص ١٣٥.

٥١	د. عبدالعال السناري	مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية(د.ت)
٥٢	د. عبدالعزيز بن فوزان الفوزان	مسؤولية الدولة في حماية الأوقاف، مجلة العدل، ع ٥٨ ربيع الآخر ١٤٣٤هـ.
٥٣	د. عبدالله النجار	ولاية الدولة على الوقف: المشكلات والحلول، منشورات مجلة القضاء المدني - سلسلة دراسات وأبحاث - المغرب، ع ١ السنة ٢٠١٢
٥٤	د. عصام خلف العنزي	ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف، مجلة الحقوق الكويت، ع ٣ لسنة ٢٠١٤م.
٥٥	د. علي الشطناوي	النظرية العامة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد ٢٠١٦م.
٥٦	د. عمرو حسبو	التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. دراسة مقارنة.
٥٧	د. فدغوش شبيب العجمي	عقود الـ B.O.T النفطية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة ٢٠١١م.
٥٨	د. فيصل عبدالله الكندري	مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دراسة تحليلية ونقدية للقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣م بشأن حماية الأموال العامة، مجلة الحقوق - الكويت، يونيو عام ١٩٩٤م.
٥٩	د. ماجد راغب الحلو	العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر ٢٠٠٧م.
٦٠	د. محسن الحضييري	مشروعات البنية الأساسية الممولة ذاتياً من القطاع الخاص، بحث منشور ضمن كتاب مشروعات البوت (عقود B.O.T وأخواتها) إصدار مركز البحوث بأكاديمية السادات للعلوم الإدارية ٢٠٠١م.
٦١	د. محمد البشير مغلي	التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، ضمن نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي. بحوث ومناقشات الندوة الفكرية: نظام الوقف والمجتمع المدني في الوطن العربي، نظمها مركز دراسات الوحدة العربية _ لبنان، أكتوبر ٢٠٠١م.

٦٢	د. محمد البوشواري	المرفق العمومي وأخلاقياته في تصو الفقه الإسلامي، منشورات مجلة دفاتر قانونية، المغرب، ع ١٤ لسنة ٢٠١٥م.
٦٣	د. محمد المتولي	خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مجلة البحوث الإدارية، مصر، ع ١٤ لسنة ٢٠٠١م.
٦٤	د. محمد سلمي عدنان	السيطرة السعودية الكاملة على شركة أرامكو، مجلة الخليج العربي (العراق) عدد ١-٢ لسنة ٢٠٠٩م.
٦٥	محمد عيد حسونة حفناوي	انعكاسات الوقف الخيري على التعليم الجامعي في مصر، مجلة مركز صالح كامل للاقتصاد مصر، ع ٤٨، لسنة ٢٠١٢م.
٦٦	المستشار محمد حامد الجميل	نظرة جديدة للمرافق العامة، مجلة مصر المعاصرة، ع ٣٥٠٤.
٦٧	المستشار محمود فهمي	بحث في تعريف عقود الـ B.O.T وتكييفها القانوني، مجلة مصر المعاصرة، عدد ٤٦١ / ٤٦٢، يناير - أبريل ٢٠٠١م.
٦٨	د. محي الدين القيسي	فض المنازعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP) عن طريق القضاء أو التحكيم، بحث منشور بندوة (الإطار القانوني لعقود المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها) المنظمة العربية للتنمية الإدارية - مصر ٢٠١٢م.
٦٩	د. مي محمود عزت	النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، منشورات دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية ٢٠١٠م.
٧٠	د. وائل حمدي أحمد علي	حسن النية في البيوع الدولية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٨م.
٧١	د. هاني صلاح سري الدين	الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر، بمجلة القانون والاقتصاد كلية الحقوق جامعة القاهرة ع ٦٩٤ وتاريخ ١/١/١٩٩٩م.
المعاجم:		
٧٢	أحمد مختار عبد الحميد	معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، الطبعة الأولى ١٤٢٩هـ.

٧٣	ابن فارس، أبو الحسين	معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام هارون، دار الفكر، ١٩٧٩م.
بحوث وتقارير وأحكام:		
٧٤		البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة من ١ إلى ٥ جمادي الأولى ١٤٣٠ متاحة بصيغة ورد عبر الانترنت: http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=1229 .
٧٥		تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرين، نيويورك في ٢٨ مايو (أيار) - ١٤ يونيو (حزيران) ١٩٩٦م، بعنوان: "الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية".
٧٦		الدليل القانوني للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن صياغة العقود الدولية لتشييد المنشآت الصناعية، أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، الأمم المتحدة نيويورك ١٩٨٨م.
٧٧		نظام البناء والتحويل والتشغيل B.O.T. سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد الخامس والثلاثون نوفمبر /تشرين الثاني ٢٠٠٤م السنة الثالثة.
٧٨		http://sccourt.gov.eg . مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا المصرية ومجموعة أحكام محكمة النقض المصرية ((البوابة القانونية لمحكمة النقض المصرية http://www.cc.gov.eg . الموسوعة القضائية الحديثة في أحكام المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها حتى الآن، إعداد المحامي شريف الطباخ، ج ٥، لسنة ٢٠١٠م، (د.ن). ، إصدار مركز البحوث بوزارة العدل _ المملكة العربية السعودية.
٧٩		مجموعة أحكام ديوان المظالم السعودي ((الدونات القضائية لديوان المظالم https://www.bog.gov.sa/ScientificContent/JudicialBlogs/Pages/default.aspx ((
٨٠		مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا في الفترة من ١٣٩٧هـ حتى نهاية ١٣٩٩هـ، صادرة عن المكتب الفني لديوان المظالم السعودي.
٨١		المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئة القضائية العليا والهيئة الدائمة والعامة بمجلس القضاء الأعلى والمحكمة العليا من عام ١٣٩١-١٤٣٧هـ.

المراجع الأجنبية:		
ABDEL BAKI Samy	les Projets internationaux de construction menes selon la Formula B.O.T (Build,Operate,Transfer) These, paris ,2000	٨٢
A. Laubadère	Traité Des contrats Administratifs 1965	٨٣
Adora Navarro	Build-Operate-Transfer (BOT) Arrangements: The Experience and Policy Challenges, Philippine Institute for Development Studies Surian sa mga Pag-aaral Pangkaunlaran ng Pilipinas, January 2005	٨٤
AL-AZEMI, K. and BHAMRA, R	Risk management for build, operate and transfer (BOT) projects in Kuwait. Journal of Civil Engineering and Management, 20(3), 2014	٨٥
Chao-Chung Kanga, Cheng-Min Fengb	Risk measurement and risk identification for BOT projects: A multi-attribute utility approach, Mathematical and Computer Modelling 49 (2009),	٨٦
JEFFREY DELMON	Programmes de Partenariats Public-Privé, Créer un Cadre pour les Investissements du Secteur privé dans les Infrastructures, Groupe de la Banque mondiale, 2014	٨٧
	Partenariats public-privé dans le secteur des infrastructures, Guide pratique à l'intention des décideurs publics, The World Bank	٨٨
GASTON JEZE	ELEMENTS DU DROIT PUBLIC IT ADMINISTRATIF, PARIS, 1910	٨٩
J. LUIS GUASCH, JEAN-JACQUES LAFFONT and STEPHANE	Renegotiation of Concession Contracts A Theoretical Approach, Review of Industrial Organization, February 2006.	٩٠
Larry D. Qiu a, Susheng Wang	BOT projects : Incentives and efficiency, Journal of Development Economics 94 (2011)	٩١

Léon DUGUIT	TRAITE de Droit Constitutionnel ، Paris ، T 3، ed. 2 ، 1923.	٩٢
M. Cemil ACAR	THE BUILD-OPERATE-TRANSFER MODEL FOR AERODROME TERMINAL BUILDINGS، Publications of Directorate General of Civil AviationAerodromes Department	٩٣
Peter Kamminga	BUILDING SOCIETIES WITH BETTER CONTRACTS : THE ROLE OF LAWYERS IN DESIGNING EFFECTIVE CONTRACTS FOR THE DEVELOPMENT OF INFRASTRUCTURE، LAW AND SOCIETY، Annual Meeting، Version May 26، 2015	٩٤
Sharmila Mane، Dr. S.S. Pimplikar	Risk Assessment of Bot Projects International Journal of Computational Engineering Research Vol، 03 Issue، 8، August 2013	٩٥
Yiwen Zhanga، Zhuo Fengb، ، Shuibo Zhanga،	The effects of concession period structures on BOT road contracts،Transportation Research Part A 107.	٩٦
TYPOLOGIE DES PPP : COMPARAISON JURIDIQUE ET TERMINOLOGIQUE DES PPP DANS LES CONCEPTIONS FRANCAISE et ANGLO-SAXONNE، Version du 06-05-2013 Unido B.O.T Gulidelines،United Nations Industrial Development Organization Vienna، 1996 Concessions، Build-Operate-Transfer (BOT) and Design-Build-Operate (DBO) Projects، https://ppp.worldbank.org		٩٧



فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
١	مقدمة الناشر
٢	السيرة الذاتية للمؤلف
٥	ملخص البحث
٧	ملخص البحث (عربي)
٨	ملخص البحث (انجليزي)
٩	المقدمة
١٢	منهج البحث
١٤	خطة البحث
١٧	المبحث الأول: ماهية عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وتطبيقاتها الفقهية
١٩	تمهيد وتقسيم
٢١	المطلب الأول: مفهوم عقد الـ B.O.T في القانون الوضعي والفقه الإسلامي ..
٢٧	المطلب الثاني: النشأة التاريخية لعقد (B.O.T) في القانون الوضعي والفقه الإسلامي
٣٤	المطلب الثالث: أثر العلاقة بين الوقف والمرفق العام على إمكانية تعميمه بصيغة عقود الـ B.O.T
٤٢	المطلب الرابع: أنواع عقود الـ B.O.T والصيغ المشابهة لها في الفقه الإسلامي
٥٣	المبحث الثاني: الإطار التشريعي لعقد الـ (B.O.T) وتخرجه الفقهي
٥٥	تمهيد وتقسيم
٥٦	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T
٦٢	المطلب الثاني: المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الـ B.O.T وحكمه الشرعي

الصفحة	الموضوع
٧٠	المطلب الثالث: الإطار التشريعي والفقهى لعقود الـ B.O.T
٧٧	المطلب الرابع: الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ B.O.T في مجال الأوقاف
٩٣	المبحث الثالث: آلية إبرام عقد الـ B.O.T وتطبيقاته المعاصرة في المجال الوقفي
٩٥	تمهيد وتقسيم
٩٦	المطلب الأول: التعريف بالذمة المالية للوقف
١١٢	المطلب الثاني: آثار عقد الـ B.O.T ونهايته
١٣٤	المطلب الثالث: تقييم عقود الـ B.O.T وأثر ذلك على إمكانية الاستفادة منها في مجال تعمير الأوقاف وتمييتها
١٤٤	المطلب الرابع: التطبيقات المعاصرة لاستثمار أموال الأوقاف الإسلامية بصيغة عقود الـ (B.O.T)
١٥٣	الخاتمة
١٥٥	أولاً: النتائج
١٥٦	ثانياً: التوصيات
١٥٩	فهرس المصادر والمراجع العلمية
١٦١	قائمة المصادر والمراجع العلمية
١٧١	فهرس الموضوعات
١٧٣	قائمة الموضوعات