

بررسی فقهی قراردادهای بی.او.تی (BOT)

بلال شاکری *

حسین ناصری مقدم **

چکیده

تعریف قرارداد بی.او.تی چنین است: اعطای حق تأسیس و بهره‌برداری از یک پروژه مشخص در دوره زمانی معین از سوی طرف نخست به طرف دوم؛ به شرط آنکه طرف دوم پروژه را به قصد بازگشت اصل سرمایه و سود منطقی و مناسب، اجرا و بهره‌برداری کند و در پایان مدت قرارداد، پروژه را بدون دریافت مبلغی، به صورت آماده فعالیت مطلوب به طرف نخست تحویل نماید. در این نوشتار، با توصیف و تحلیل منابع موجود و آثار مشابه، چنین قراردادهایی بررسی فقهی شده‌اند. وجه تمایز این اثر نسبت به آثار مشابه در این است که علاوه بر توجه به مبانی و پیش فرض‌های مؤثر در تحلیل فقهی این گونه قراردادهای، بیش از پانزده احتمال مختلف در تحلیل فقهی چنین قراردادهایی مورد توجه قرار گرفته است. همچنین، چگونگی تنظیم این قراردادها به صورت‌ها و انواع مختلفی از عقود شرعی (بیش از ده مدل فقهی) از جمله عقود معهود (قباله، مصالحه، اجاره، استصناع، جعاله، وکالت)، عقود ترکیبی (اجاره و مصالحه، بیع و مصالحه، وکالت و اجاره) یا عقود مستقل جایز دانسته شده است. هر یک از این صورت‌ها آثار متفاوتی هم دارند.

کلیدواژه‌ها

بی.او.تی؛ ساخت، بهره‌برداری و انتقال؛ قراردادهای جدید؛ عقود ترکیبی.

تاریخ دریافت: ۹۷/۴/۱۸

تاریخ پذیرش: ۹۷/۱۰/۱۷

* دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق دانشگاه فردوسی مشهد (نویسنده مسئول)

b.shakeri@iran.ir

** دانشیار دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه فردوسی مشهد

naseri1962@um.ac.ir



مقدمه

پاسخ‌گویی به مسائل مستحدثه یکی از دغدغه‌های همیشگی فقیهان بوده است. علم فقه با توجه به وظیفه‌ای که بر عهده دارد، در هر زمانی باید پاسخ‌گوی تمام مسائل مربوط به زندگی انسان به لحاظ حکم شرعی باشد. در میان مسائل مستحدثه، قراردادهای معاملی جدید در مسائل اقتصادی و مالی کشورها نقش پررنگی دارند. این قراردادها از جمله مسائل مهمی‌اند که فقه در هر زمانی در مقام پاسخ‌گویی به مشروعیت یا عدم مشروعیت‌شان بر آمده است. در دوره معاصر و در مجامع بین‌المللی چنین قراردادهایی بسیار فراوان‌اند. قرارداد «بی. او. تی» از جمله این قراردادهاست که در انجام پروژه‌های سنگین مالی (ملی و بین‌المللی) به کار می‌رود.

نوشتار پیش‌رو در پی بررسی مشروعیت این گونه قراردادهاست. بر این اساس، پس از توضیح مختصری درباره ماهیت قراردادهای بی. او. تی، انواع قراردادهای شرعی بررسی و تحلیل می‌شوند و امکان تطبیق آنها بر قراردادهای بی. او. تی سنجیده خواهد شد.



فقه

سال بیست و پنجم، شماره ۹۵، پاییز ۱۳۹۷

پیشینه تحقیق و نوآوری اثر

درباره قراردادهای بی. او. تی و بررسی فقهی آنها مقالات و پایان‌نامه‌های متعددی نوشته شده است که عبارت‌اند از:

- «قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی»، مرتضی ترابی (ترابی، ۱۳۸۹)؛
- «پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال»، عبدالحسین شیروی (شیروی، ۱۳۸۰)؛
- «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، محسن صادقی (صادقی، ۱۳۸۵)؛
- امکان‌سنجی اجرای سیاست‌های BOT و BLOT با موازین فقه شیعه، مجید پیره (پیره، ۱۳۸۸)؛
- مقایسه قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال (B.O.T) در حقوق موضوعه و قرارداد استصناع در فقه، سیدمحمد مهدی امارتی موسوی (امارتی موسوی، ۱۳۹۴)؛

- بررسی فقهی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT)، وحیده دهقان (دهقان، ۱۳۹۱).

اما وجه تمایز این اثر با آثار مشابه و نوآوری‌های آن را می‌توان در قالب موارد ذیل برشمرد:

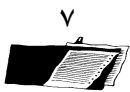
الف. تعدد و تکثر تحلیل‌های مختلف فقهی: نوشته‌های مشابه حدود چهار تا پنج احتمال را در تطبیق و تحلیل فقهی این قراردادها مطرح کرده‌اند؛ ام در این مقاله، بیش از پانزده احتمال مختلف نقد و بررسی شده و تحلیل فقهی قراردادها براساس این احتمالات، مورد توجه قرار گرفته است؛

ب. توجه به مبانی و پیش‌فرض‌ها: در این اثر به مبانی و پیش‌فرض‌های مختلف و مؤثر در تحلیل فقهی چنین قراردادهایی توجه شده و براساس هر مبنا، جواز یا عدم جواز چنین قراردادهایی از نظر فقهی نقد و بررسی شده است؛

ج. ارائه راهکارهای مختلف و تنوع فقهی در تنظیم قراردادهای این‌چنینی: در آثار مشابه نوعاً مشروع بودن چنین قراردادهایی ذیل یک یا دو مورد از عقود شرعی پذیرفته شده است؛ اما در این جستار، چگونگی تنظیم این قراردادها به صورت‌ها و انواع مختلفی از عقود شرعی (بیش از ده مدل فقهی) از جمله عقود معهود (قباله، مصالحه، اجاره، استصناع، جعاله، وکالت)، عقود ترکیبی (اجاره و مصالحه، بیع و مصالحه، وکالت و اجاره) یا عقود مستقل جایز دانسته شده است. همچنین، راه‌های مختلفی برای مشروع دانستن این نوع از قراردادها بیان شده است که هر یک آثار متفاوتی دارند.

۱. مفهوم‌شناسی قرارداد بی.او.تی

قرارداد بی.او.تی (BOT: Build-Operate-Transfer) یا همان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال، قراردادی است که در آن، یک کنسرسیوم خصوصی با مجوز دولت، پروژه‌ای را می‌سازد و پس از ساخت، برای مدتی از آن پروژه بهره‌برداری می‌کند. پس از



فقه



انقضای مدت قرارداد نیز پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می‌شود. به بیان دیگر، دولتی به یک کنسرسیوم خصوصی متشکل از شرکت‌های خصوصی امتیاز می‌دهد تا مطابق قرارداد، آن کنسرسیوم تأمین مالی یک طرح زیربنایی را عهده‌دار شده، آن را بسازد و در ازای مخارجی که تقبل کرده، برای مدتی از پروژه ساخته شده بهره‌برداری کند. آنگاه پس از سپری شدن مدت قرارداد، پروژه و حق استفاده از آن را بدون دریافت وجهی به دولت منتقل کند (شیروی، ۱۳۸۰: ص ۳۳).

این نوع قرارداد متشکل از عناصری است که شناسایی آنها می‌تواند به تحلیل فقهی قرارداد کمک کند. عناصر اصلی چنین قراردادهایی عبارت‌اند از:

الف. دولت امتیاز احداث یک پروژه اقتصادی را به کنسرسیوم اعطا می‌کند؛

ب. دولت امتیاز بهره‌برداری از پروژه اقتصادی ساخته شده را برای مدت معینی به کنسرسیوم واگذار می‌کند؛

ج. کنسرسیوم مسئول تأمین مالی پروژه است؛

د. کنسرسیوم مسئول ساخت پروژه است؛

ه. حق بهره‌برداری از پروژه در مدت مقرر برای کنسرسیوم است؛

و. کنسرسیوم منافع به‌دست آورده در آن مدت را به‌ازای هزینه‌های انجام شده محسوب می‌کند؛

ز. پس از سپری شدن مدت مقرر، پروژه به‌طور رایگان به دولت مزبور منتقل می‌شود (شیروی، ۱۳۸۰: ص ۳۴-۳۵).

بنابراین در تعریف قرارداد بی.اوتی می‌توان چنین گفت:

اعطای حق تأسیس و بهره‌برداری از یک پروژه مشخص و در طول دوره زمانی معین از سوی طرف نخست (دولت) به طرف دوم (کنسرسیوم)؛ به شرط آنکه طرف دوم در این مدت، پروژه را به‌قصد بازگشت اصل سرمایه و سود منطقی و مناسب، اجرا و بهره‌برداری کند و پروژه را در پایان مدت قرارداد بدون دریافت مبلغی دیگر، به‌صورت سالم و آماده فعالیت مطلوب به طرف نخست تحویل دهد (ترابی، ۱۳۸۹: ص ۳۴).

۲. حکم‌شناسی قرارداد بی.او.تی

فقیهان دو دیدگاه درباره معاملات دارند: برخی معاملات را، همچون عبادات، توقیفی می‌دانند (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۵: ص ۱۱۱؛ بهبهانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱: ص ۹؛ آل‌عصفور، بی‌تا، ج ۱۴: ص ۵۴۹؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ص ۵۳)؛ عده‌ای نیز فقط عبادات را توقیفی دانسته و معاملات را غیر توقیفی دانسته‌اند (بهبهانی، ۱۴۱۵ق: ص ۴۷۵؛ همو، ۱۴۱۷ق: ص ۷۳؛ امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ص ۳۲۳). براساس دو دیدگاه مطرح‌شده، بررسی فقهی قرارداد بی.او.تی متفاوت خواهد شد: براساس توقیفی دانستن معاملات، چنین قراردادی تنها در صورتی صحیح است که زیرمجموعه یکی از عقود شرعی مشخص و بیان‌شده در کلام شارع قرار گیرد و اگر قراردادی در لسان شارع نیامده باشد، باطل است؛ همچنین، براساس دیدگاه غیر توقیفی بودن معاملات، علاوه بر تطبیق چنین قراردادهایی بر قراردادهای مرسوم شرعی، آن را می‌توان عقدی مستقل و عقلائی دانست و براساس عمومات باب معاملات، حکم به جواز و صحت آن کرد.

۳. جایگاه قرارداد بی.او.تی در قراردادهای فقهی

احتمالات مختلفی در تحلیل فقهی قراردادهای بی.او.تی وجود دارد: چنین قراردادی را می‌توان عقد مستقل عقلائی دانست یا یکی از عقود شرعی به‌شمار آورد یا عقدی مرکب از چند عقد شرعی در نظر گرفت. در مجموع، در این باره نه احتمال و تحلیل می‌توان ارائه کرد.

۳-۱. بی.او.تی، قراردادی مستقل و عقلائی

بی.او.تی را می‌توان عقدی مستقل و عقلائی دانست. در عقلائی بودن چنین قراردادی ظاهراً شک و وجود ندارد و جاری بودن چنین قراردادی بین عقلا بهترین شاهد بر این ادعاست؛ اما در اینکه آیا عقدی مستقل است، باید گفت با توجه به اینکه عرف آن را یکی از عقود ثابت در شریعت شناسایی نمی‌کند و همچنین، در تطبیق عقود اسلامی بر





آن اختلاف هست، می‌توان چنین عقدی را مستقل و عقلائی دانست و قواعد عام قراردادها را بر آن منطبق کرد.

در واقع، بنابر مبنای غیرتوقیفی بودن معاملات، حکم به جواز چنین معامله‌ای بسیار راحت‌تر از مبنای توقیفی دانستن معاملات است؛ زیرا به فرض عدم انطباق هر یک از عقود اسلامی بر چنین عقدی، از باب عقود عقلائی می‌توان حکم به صحت و جواز آن داد؛ اما چنان که بیان شد، بنابر مبنای توقیفی بودن معاملات، اگر انطباق عقود اسلامی بر قرارداد بی.او.تی ناتمام باشد، چنین معامله‌ای باطل خواهد بود.

درباره حکم چنین قراردادی در صورت عقد مستقل دانستن آن باید گفت: با توجه به ادله عام و مطلقه که شارع درباره معاملات بیان کرده است، هر قرارداد و معامله‌ای که از سوی عقلا مطرح شده باشد و برخلاف شرع نباشد، جایز است و طرفین معامله و قرارداد باید به تعهدات خود در آن وفا کنند (بهبهانی، ۱۴۱۷ق: ص ۷۳). بنابراین، براساس مبنای غیرتوقیفی بودن معاملات و همچنین، خلاف شرع نبودن اصل چنین معامله‌ای، این نوع قرارداد مشمول ادله عام قراردادها واقع شده و جایز است.

ادله عام قراردادها عبارت‌اند از:

الف. «یا ایها الذین آمنوا لا تأکلوا أموالکم بینکم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منکم؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! اموال یکدیگر را به باطل [و از طرق نامشروع]

نخورید؛ مگر اینکه تجارتي باشد که با رضایت شما انجام گیرد» (نساء: ۲۹)؛

ب. «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود؛ ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به پیمان‌ها و قراردادها وفا کنید» (مائده: ۱)؛

ج. «أحل الله البیع؛ خداوند بیع را حلال کرد» (بقره: ۲۷۵)؛

د. المؤمنون عند شروطهم (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۳۷۱؛ همو، ۱۳۹۰ق، ج ۳: ص ۲۳۲)؛

ه. الناس مسلطون علی أموالهم (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «ب»، ج ۳: ص ۱۷۶-۱۷۷؛ ابن‌ابی‌جمهور،

۱۴۰۵ق، ج ۱: ص ۲۲۲؛ علامه حلی، ۱۹۸۲م: ص ۴۹۴).

با توجه به روایت اخیر، مالکان و طرفین قرارداد می‌توانند در اموال خود تصرف کنند و قراردادی به شکل قراردادهای بی.او.تی میان خود منعقد نمایند. با انعقاد چنین

قراردادی، تجارت همراه با تراضی طرفین شکل گرفته است. بنابر آیه تجارت (نساء: ۲۹) چنین عقدی جایز است. براساس آیه «ج» نیز خداوند کلیه معاملات را حلال دانسته است؛ مگر قراردادهایی که حکم به بطلان و فساد آنها کرده است. قراردادهای بی.او.تی مشمول قراردادهای منهی عنه شارع نیست. بر این اساس و مطابق آیه «ب» و روایت «د»، اگر چنین عقدی میان دو طرف بسته شد، وفای به آن واجب خواهد بود. بنابراین، در صورتی که چنین قراردادهایی در زمره قراردادهای مستقل عقلائی شناخته شود، در جواز و مشروعیت آنها اختلافی نخواهد بود.

۳-۲. انطباق عقود شرعی بر قرارداد بی.او.تی

چنان که بیان شد، بنابر مبنای توقیفی بودن معاملات، تنها در صورتی می توان حکم به صحت قرارداد بی.او.تی کرد که بر یکی از عقود شرعی منطبق شود. بر این اساس، در ادامه به بررسی برخی عقود شرعی ای پرداخته خواهد شد که احتمال انطباق آنها بر قراردادهای بی.او.تی وجود دارد.

۳-۲-۱. قباله، نزدیکترین عقد شرعی به بی.او.تی

یکی از عقود شرعی ای که قرارداد بی.او.تی را می توان از مصادیق آن دانست، عقد قباله است. قباله یکی از عقود است که درباره آن اختلاف نظر وجود دارد: برخی آن را عقدی مستقل دانسته اند (روحانی، ۱۴۱۲ق، ج ۱۸: ص ۲۳۳؛ محقق کرکی، ۱۴۰۹ق، ج ۱: ص ۱۸۵؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲) و عده ای آن را اجاره یا جعاله می دانند (مظفر، ۱۳۹۲ق: ص ۲۹۳؛ طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲). با توجه به اختلاف ذکر شده، چهار نظر در تبیین ماهیت قباله مطرح شده است (طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲):

الف. قباله همان اجاره بر عین است که در آن، عمل به عنوان اجز معین شده است؛
ب. قباله همان اجاره عمل است که در آن، منفعت زمین به عنوان اجز معین شده است؛
ج. قباله همان جعاله بر عمل است که در آن، منفعت زمین به عنوان جعل قرار داده شده است؛



فقه



د. قباله عقدی مستقل است که در آن، منفعت به تملیک عامل در آمده و عمل به تملیک صاحب زمین در می آید؛ بدون اینکه معاوضه‌ای بین منفعت و عمل صورت گرفته باشد.

اگر قباله به عنوان عقدی مستقل شناخته شود، با توجه به ماهیت آن و همچنین ادله نقلی موجود درباره‌اش، می توان آن را نزدیک ترین نوع قرارداد شرعی به قراردادهای بی.او.تی و حتی همان قرارداد بی.او.تی دانست. برای توضیح این ادعا، برخی روایات وارد شده درباره عقد قباله بیان می شود:

الف. صحیحہ حلبی:

امام صادق علیه السلام فرمودند: قباله، که شخصی زمین خرابی را از صاحب آن به مدت بیست سال یا کمتر یا بیشتر گرفته و آن را آباد کرده و خراج آن را پردازد، اشکالی نداشته و صحیح است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ص ۲۶۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۱۹۷-۱۹۸).

ب. صحیحہ یعقوب بن شعیب:

از امام صادق علیه السلام پرسیدم: شخصی زمینش را به دیگری داده و به او می گوید: زمین را آباد کن و سه سال یا پنج سال یا هر اندازه خواستی، از آن بهره مند شو. امام علیه السلام فرمودند: اشکالی نداشته و صحیح است (کلینی، ۱۴۰۷ق، ج ۵: ص ۲۶۸؛ شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۱۹۸).

ج. موثقه حلبی:

از امام صادق علیه السلام درباره شخصی پرسیدند که زمینی را از مالک آن دریافت کرده و طی سالها آباد کرده و در این مدت از آن استفاده می کند؛ سپس زمین را در حال آبادانی به مالکش بر می گرداند. حضرت علیه السلام فرمودند: اشکالی نداشته و صحیح است (شیخ طوسی، ۱۴۰۷ق «الف»، ج ۷: ص ۲۰۵).

د. روایت دعائم الاسلام:

از امام صادق علیه السلام پرسیدند: مردی زمین خراب خود را به دیگری داده و

می گوید در برابر آبادسازی آن، چند سالِ مشخص از محصولش استفاده کن.

حضرت علیه السلام فرمودند: جایز است (ابن حیون، ۱۳۸۵ق، ج ۲: ص ۷۳).

نوع قراردادهای بی.او.تی به گونه‌ای در راستای آبادانی زمین و بهره‌برداری از آن در مدت معین است. با توجه به روایات مطرح شده، به خوبی مشخص است که این روند دقیقاً بر عقد قبالة ذکر شده در روایات، منطبق است. بر این اساس، می‌توان چنین قراردادهایی را مصداق عقد شرعی قبالة و جایز دانست (ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۲). با فرض اینکه درباره تطبیق دقیق و کامل قراردادهای بی.او.تی بر عقد قبالة، به ویژه در برخی موارد همچون ساخت کشتی، تردید ایجاد شود، از باب تنقیح مناط می‌توان قائل به مشروعیت چنین قراردادهایی شد. به عبارتی، از دیدگاه عرف، از زمین و آبادانی آن الغای خصوصیت شده و نوع قراردادهای بی.او.تی معتبر خواهند بود (البته، ممکن است دیگر عنوان قبالة بر اساس تنقیح مناط منطبق نشود).

البته، این استدلال‌ها در فرضی است که قبالة از نظر شرعی عقدی مستقل محسوب شود. با وجود این، اگر قبالة به اجاره یا جعاله بازگردانده شود، در این صورت، چنین قراردادهایی از مصداق اجاره یا جعاله خواهند بود که ذیل هر یک توضیح داده خواهد شد.

۲-۲-۳. تنظیم قرارداد بی.او.تی بر اساس مصالحه

از دیگر عقود شرعی‌ای که می‌توان بر اساس نظریه توفیقی بودن معاملات، قراردادهای بی.او.تی را منطبق بر آن تنظیم کرد و چنین قراردادهایی را از نظر شرعی جایز شمرد، عقد صلح است. صلح به عقدی گفته می‌شود که برای برطرف کردن نزاع‌ها تشریح و وضع شده است (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۹۹؛ همو، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ص ۱۴۴؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ص ۲۲۱؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۱۷۲). البته، این بدان معنا نیست که حتماً باید نزاعی وجود داشته باشد تا عقد صلح جاری شود؛ بلکه این عقد به صورت ابتدایی هم قابلیت وقوع دارد (ر.ک: محقق کرکی، ۱۴۱۴ق، ج ۵: ص ۴۰۷-۴۰۸؛ شهید ثانی، ۱۴۲۲ق، ص ۴۳۳؛ همو، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ص ۲۵۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ص ۸۴). همچنین، درباره عقد مستقل بودن صلح میان فقیهان اختلاف هست:



فقه



برخی همچون شیخ طوسی، صلح را عقدی مستقل نمی‌دانند؛ بلکه آن را فرع بیع، اجاره، عاریه و هبه می‌دانند (شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲: ص ۲۸۸). بنابر این دیدگاه، دیگر نمی‌توان قراردادهای بی‌اوتی را ضمن عقد صلح تفسیر کرد؛ بلکه اگر مصالحه‌ای نیز اتفاق افتاده باشد، صلح بر بیع یا اجاره و ... است. از این رو، باید دید پنج عقدی که صلح از نظر شیخ طوسی، ضمن آنها محقق می‌شود، در تفسیر چنین قراردادهایی معنا دارد یا خیر.

در برابر دیدگاه شیخ طوسی، مشهور فقیهان صلح را یکی از عقود مستقل شرعی دانسته‌اند (محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۹۹؛ صیمری، ۱۴۲۰ق، ج ۲: ص ۲۲۱-۲۲۲؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ص ۱۷۲؛ شهیدثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ص ۲۵۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ص ۸۷). در این صورت، می‌توان گفت: مصالحه‌ای بین دولت و کنسرسیوم درباره‌ی واگذاری حق امتیاز استفاده از زمین در برابر ساخت پروژه و سپس واگذاری آن به دولت صورت گرفته است. در حقیقت، نوعی مصالحه‌ی ابتدایی بین دولت و کنسرسیوم واقع شده است (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۲).
با توجه به دایره‌ی وسیع عقد صلح می‌توان گفت: تنظیم قراردادهای بی‌اوتی براساس مصالحه، خالی از اشکال بوده و با رعایت آنچه در مشروعیت عقد صلح بیان شده است، چنین عقدی مشروع خواهد بود.

۳-۲-۳. انعقاد قرارداد بی‌اوتی به صورت اجاره

اجاره یکی از عقود شرعی‌ای است که در صورت تطبیق قراردادهای بی‌اوتی بر آن، شرعیت چنین قراردادهایی ثابت می‌شود. در میان عقود که در این بحث مطرح شده‌اند، اجاره جایگاه ویژه‌ای دارد؛ چون علاوه بر اینکه خود ممکن است به عنوان عقدی مستقل، قابلیت تطبیق بر چنین قراردادهایی را داشته باشد، بنابر برخی دیدگاه‌ها، بازگشت دو عقد قباله و مصالحه نیز به این عقد است.

اجاره عقدی است که با رضایت دو طرف، به انتقال منفعتی معین در برابر عوضی معلوم می‌انجامد (ر.ک: اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱۰: ص ۵؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق، ج ۲۱: ص ۵۷۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۹: ص ۲۲۱). در عقد اجاره، عین در ملکیت مالک باقی می‌ماند؛ اما حق استفاده

از منافع آن به دیگری برای مدتی واگذار می‌شود.

در تفسیر قراردادهای بی.او.تی به صورت عقد اجاره، با توجه به اینکه موجر و مستأجر چه کسی است، دو گونه تفسیر می‌توان ارائه داد (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۲):^۱

الف. موجر، دولت؛ مستأجر، کنسرسیوم: در این تفسیر، دولت به عنوان مالک زمین، حق استفاده از منافع زمین را برای مدت معلوم به کنسرسیوم منتقل می‌کند. کنسرسیوم نیز به عنوان عوض، پروژه ساخته شده را به دولت تحویل می‌دهد. بنابر این تفسیر، درباره در اختیار گرفتن زمین و تحویل پروژه به لحاظ عقد اجاره مشکلی وجود ندارد؛ اما درباره مدت زمان بهره‌برداری کنسرسیوم از پروژه، عقد اجاره شمولی نداشته و باید بر اساس شرط ضمن عقد اجاره یا عقد دیگر آن را تصحیح کرد. بنابراین، قرارداد بی.او.تی را تنها به صورت عقد اجاره همراه با شرط ضمن عقد می‌توان منعقد کرد و آن را می‌توان به صورت عقدی ترکیبی منعقد ساخت.

ب. موجر، کنسرسیوم؛ مستأجر، دولت: در این تفسیر، کنسرسیوم نفوس خود را جهت ساخت پروژه به اجاره دولت داده است و مدت زمان بهره‌برداری از پروژه به عنوان حق اجرت محاسبه می‌شود. زمین هم چون محل احداث پروژه محسوب می‌شود، در این قرارداد نقشی ندارد. در این تفسیر، قرارداد بی.او.تی صرفاً عقد اجاره است و به شرط ضمن عقد یا ترکیب با عقد دیگر نیازی نخواهد داشت.

البته، اگر، چنان که برخی گفته‌اند، عقد قبالة به عنوان اجاره عین یا عمل در نظر گرفته شده و قبالة به عنوان عقد مستقل شرعی پذیرفته نشود (ر.ک: طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲)، ادله خاص بر اعتبار و مشروعیت چنین قراردادهایی نیز وجود دارد و هیچ‌گونه اشکالی به لحاظ مشروعیت قراردادهای بی.او.تی نخواهد بود.

۱. دو قولی که در تطبیق قبالة بر اجاره نیز مطرح شده که آن را یا اجاره عین می‌داند یا اجاره عمل، بر این تفاوت در انعقاد قرارداد بی.او.تی به صورت اجاره اشاره خواهد داشت (ر.ک: طباطبائی حکیم، ۱۴۱۶ق، ج ۱۲: ص ۲۲۲).





به هر حال، در مشروعیت چنین قراردادهایی براساس عقد اجاره اشکالی متصور نیست و قراردادهای بی.او.تی را به صورت عقد اجاره با شرط ضمن عقد یا بدون آن یا به صورت عقدی ترکیبی^۱ از اجاره و عقود دیگر می توان منعقد کرد. صرف اینکه چنین قراردادی را به دو صورت می توان تنظیم کرد که در هر فرض، موجر و مستأجر متفاوت باشند، اشکالی ایجاد نخواهد کرد. اینکه برخی گفته اند این مسئله موجب خروج چنین قراردادهایی از باب اجاره می شود (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۳)، ناتمام است؛ زیرا با توافقی که هنگام تنظیم قرارداد حاصل می شود، موجر و مستأجر را می توان مشخص کرد و در صورت عدم توافق، چنین قراردادهایی را براساس عقود دیگری می توان منعقد ساخت که تصویر و تنظیم قرارداد بی.او.تی در ضمن آنها صحیح است.

۳-۲-۴. کارکرد بیع در تنظیم قرارداد بی.او.تی

در تعریف بیع، عبارات مختلف است. فقیهان تعاریف مختلفی برای بیع ارائه و آن را نقض یا ابرام کرده اند (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۱۹۱؛ فاضل مقداد، ۱۴۰۴ق، ج ۲: ص ۲۲-۲۴؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶: ص ۱۲۵؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۲: ص ۴۸۲؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۳: ص ۱۰-۱۵)؛ اما آنچه مهم است، ماهیت بیع است: ایجاب و قبولی که موجب انتقال عین در برابر عوض، همراه با رضایت طرفین است.

سخن در این است که آیا در قراردادهای بی.او.تی، معاوضه عین در برابر عوض محقق می شود تا بتوان چنین قراردادهایی را مصداق بیع شرعی دانست؟ آنچه از ظاهر قراردادهای بی.او.تی به دست می آید، وقوع چنین معاوضه ای است. در واقع، بی گمان، در چنین قراردادهایی معاوضه عین در برابر عوض وجود دارد؛ اما اشکالی در بیع دانستن قراردادهای بی.او.تی مطرح است: این نوع قرارداد با برخی شرایط مطرح در بیع ناسازگاری دارد، زیرا آنچه در بیع معتبر است، دوام و مشروط نبودن آن به مدت زمان خاص است (ر.ک: طباطبائی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ص ۶۶؛ خوئی، بی تا، ج ۵: ص ۱۵۴)؛ در حالی که در

۱. عقد ترکیبی برخلاف توقیفی دانستن معاملات نیست، زیرا در واقع، عقد ترکیبی متشکل از چند عقد شرعی است که در یک مجلس بین طرفین واقع می شود.

این نوع قراردادهای بازگشت زمین به دولت به عنوان بخشی از قرارداد مطرح و مورد تعهد است و این بازگشت به منزله تعیین مدت خاص جهت پایان معامله و فسخ آن است که با بیع بودن چنین معامله‌ای ناسازگار است. از این رو، از دیدگاه برخی، بیع دانستن قراردادهای بی.او.تی ناتمام است (ر.ک: ترابی، ۱۳۸۹: ص ۶۳-۶۴).

اما به نظر می‌رسد قراردادهای بی.او.تی را به گونه‌ای از مصادیق بیع می‌توان دانست و احکام بیع را بر آنها منطبق کرد. البته، در این باره نوع تصویر ما از دو طرف قرارداد به عنوان بایع و مشتری تأثیر بسزایی در انطباق بیع بر چنین قراردادهایی دارد. لحاظ بایع و مشتری در این گونه قراردادهای بی.او.تی می‌تواند به دو صورت تصویر کرد:

الف. بایع، دولت؛ مشتری، کنسرسیوم: در این تصویر، دولت به عنوان مالک زمین، آن را به کنسرسیوم فروخته و پس از مدتی آن را بازپس می‌گیرد. در این تصویر، بیع بودن چنین عقدی با مشکل روبه‌روست؛ زیرا بازگشت عین پس از انتقال به مشتری به ملک بایع، برخلاف مقتضای عقد بیع است.

ب. بایع، کنسرسیوم؛ مشتری، دولت: قرارداد را بدین گونه می‌توان تصویر کرد که پس از انجام پروژه، دولت به عنوان مشتری، محصول نهایی را از کنسرسیوم خریداری می‌کند. بنابراین، دولت نقش مشتری را ایفا کرده و البته، ثمن را قبلاً به مشتری پرداخت کرده است. در این تصویر، در حقیقت، بیع سلم اتفاق افتاده است و استفاده از زمین که در ملکیت دولت بوده است و همچنین مدت زمان بهره‌برداری از پروژه، به عنوان عوض معامله پیش از تحویل معوض به بایع پرداخت شده و بایع موظف است مبیع را در مدت مشخص آماده تحویل به مشتری کند.

بنابراین، قرارداد (عقد) بی.او.تی را به گونه‌ای می‌توان بست که منطبق با عقد بیع باشد. البته، از سویی در معامله سلم، عوض باید معین و حال باشد و در مجلس معامله اخذ شود (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۹۷؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق، ج ۱۷: ص ۸۵۶)^۱ و از سویی

۱. اگر ثمنی قرار داده شود که بخشی از آن در مجلس قابل قبض و اقباض نباشد، آن بخش باطل است (ر.ک: شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۲۵۵-۲۵۶).





دیگر، آنچه در اختیار دولت قرار دارد و قابلیت قبض و اقباض در مجلس را دارد، تنها زمین است نه مدت زمان بهره‌برداری از پروژه؛ از این رو، آنچه عوض معامله واقع می‌شود، استفاده از زمین تا مدت معلوم است. بنابراین در چنین عقدی تکلیف استفاده از زمین و پروژه مشخص است: یکی عوض و دیگر معوض است؛ اما اینکه مدت زمان بهره‌برداری کنسرسیوم از پروژه تحت چه عنوانی در قرارداد لحاظ شود، نیازمند عقد دیگری است و از مصادیق بیع نخواهد بود.

در نتیجه، هر چند عقد بیع می‌تواند در تنظیم قراردادهای بی.او.تی نقش ایفا کند، اما نمی‌تواند به تنهایی عهده‌دار انعقاد چنین قراردادی شود؛ بلکه نهایتاً به عنوان بخشی از یک قرارداد ترکیبی واقع شده و بخشی از مشروعیت‌دهی به قرارداد بی.او.تی را عهده‌دار می‌شود.

۳-۲-۵. انعقاد قراردادهای بی.او.تی براساس عقد استصناع

استصناع یعنی توافق با صاحبان صنایع برای انجام کار معین برای سفارش‌دهنده (جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ج ۴، ص ۱۶) در برابر عوض معین. درباره اینک استصناع عقد جدیدی است یا از مصادیق بیع یا اجاره است یا عقدی ترکیبی از وکالت و اجاره و ... است یا عقدی مستقل است یا فقط وعده و وعید است و ...، اختلاف نظر هست (ر.ک: جمعی از پژوهشگران، ۱۴۲۳ق: ج ۴، ص ۱۶؛ همان، ج ۱۱: ص ۳۷۵-۳۷۷؛ مؤمن قمی، ۱۴۱۵ق: ص ۲۰۳-۲۰۷). اگر استصناع مصداق یکی از عقود بیع (بیع سلم)، اجاره یا ترکیبی از عقود مشخص و معین باشد، همان احکام را دارد و تطبیق قرارداد بی.او.تی بر آن مبتنی بر انطباق چنین قراردادهایی با عقدهای مذکور است.

البته، استصناع را می‌توان مصداق بیع دانست، اما میان آن با بیع سلم تفاوت قائل شد؛ چنان که برخی گفته‌اند که بین استصناع و سلم تفاوت هست (ر.ک: جعفرپور، ۱۳۷۸: ص ۱۸۱): بدین صورت که پرداخت عوض در سلم شرط است اما در استصناع شرط نیست. با در نظر گرفتن این فرض، دیگر آنچه در تطبیق بیع سلم بر قراردادهای بی.او.تی بیان شد مطرح نخواهد بود: در بیع سلم، زمان بهره‌برداری از پروژه نمی‌توانست عوض قرار گیرد

و مشکل آن باید با شرط ضمن عقد یا عقد ترکیبی برطرف می‌شود؛ ولی در استصناع، می‌شود بخشی از عوض به صورت هم‌زمان با عقد (در اختیار قرار دادن زمین) پرداخت شود و بخشی (بهره‌برداری از پروژه تکمیل شده) پس از تحویل.

اما اگر استصناع نوع خاصی از عقود شرعی باشد، تطبیق قراردادهای بی.او.تی بر آن بدون اشکال خواهد بود. دولت سفارش دهنده پروژه است و کنسرسیوم، به عنوان سازنده آن، مواد لازم جهت ساخت سفارش را تهیه کرده و پس از ساخت پروژه، آن را سفارش دهنده (دولت) تحویل می‌دهد. هزینه ساخت نیز با توجه به نوع قرارداد عقلائی و مستقلی که بین دولت و کنسرسیوم منعقد شده است، استفاده از زمین و همچنین بهره‌برداری از پروژه تکمیل شده خواهد بود.

ترکیبی دانستن عقد استصناع نیز در مشروعیت قراردادهای بی.او.تی تأثیرگذار خواهد بود: بدین صورت که کنسرسیوم با وکالت از طرف دولت، مواد لازم برای ساخت پروژه را تهیه می‌کند؛ سپس عمل و کار کنسرسیوم مورد اجاره واقع شده و هزینه این وکالت و اجاره عمل، بهره‌برداری از پروژه ساخته شده در مدت زمان معین خواهد بود.

بنابراین، با استفاده از تطبیق قراردادهای بی.او.تی بر عقد استصناع به هر سه صورت بیع، عقد مستقل و عقد ترکیبی می‌توان مشروعیت آنها را ثابت دانست.

۳-۲-۶. عقد جعاله و تطبیق آن بر قرارداد بی.او.تی

جعاله عقدی است که در آن، شخص برای انجام عملی حلال، عوضی مقرر می‌دارد و هر کس آن عمل را انجام دهد، مستحق عوض خواهد بود (ر.ک: محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ص ۱۲۶؛ علامه حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۴: ص ۴۴۱؛ شهید اول، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ص ۹۷؛ اردبیلی، ۱۴۰۳ق، ج ۱: ص ۱۴۵). قرارداد بی.او.تی را نوعی از عقد جعاله می‌توان دانست. در این قرارداد، دولت در برابر انجام عملی (ساخت پروژه)، عوضی (بهره‌برداری از زمین در مدت زمان مشخص) را قرار داده است.





اما جعاله دانستن چنین قراردادهایی ابهامات و اشکالاتی دارد:

الف. اگر عوض در چنین عقدی بهره‌برداری از زمین باشد، دو نکته محل تأمل است: ۱. آیا استفاده از زمین مثلاً پیش از انجام پروژه مدنظر است یا پس از آن؟ چون متفاهم از عقد جعاله این است که پس از انجام عمل، استحقاق نسبت به عوض حاصل شده و باید عوض پرداخت شود؛ اما در قراردادهای بی.او.تی نوعاً پیش از انجام عمل، دولت مثلاً زمینی را در اختیار کنسرسیوم قرار می‌دهد؛ بنابراین، نمی‌توان بهره‌برداری پیش از اتمام کار از زمین را به‌عنوان عوض عقد جعاله محسوب کرد؛ ۲. مدت زمان بهره‌برداری از پروژه ساخته شده چه نقشی در این عقد ایفا می‌کند؟

ب. جعاله در زمان انعقاد، عقدی جایز و غیرمعوض است و در زمان اجرای عمل است که معوض و لازم می‌گردد (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج: ۲، ص: ۳۲۵؛ همان، ج: ۳، ص: ۳۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج: ۳، ص: ۱۲۷؛ علامه حلی، ۱۴۱۰ق، ج: ۱، ص: ۴۳۰)؛ در حالی که قراردادهای بی.او.تی، که از انواع قراردادهای پیمانکاری به‌شمار می‌آیند، از آغاز انعقاد، عقدی معوض و لازم هستند (ر.ک: غلامی، ۱۳۹۱: ص: ۴۲۶).

درباره عوض در چنین قراردادی می‌توان چند نکته را بیان کرد:

الف. در عقد جعاله مانعی ندارد که جاعل برخی امکانات یا لوازم را برای انجام کار در اختیار عامل قرار دهد. بنابراین، بهره‌برداری پیشینی از زمین جهت ساخت پروژه، عوض نیست تا برخلاف برداشت متفاهم از عقد جعاله باشد.

ب. هر چند معمول و متعارف در عقد جعاله، پرداخت عوض پس از انجام کار است، اما برای پرداخت عوض، پیش از انجام کار مانعی وجود ندارد. از این‌رو، بهره‌برداری پیشینی از زمین می‌تواند به‌عنوان عوض قرار گیرد. البته، عوض قرار گرفتن زمین در این حالت ممکن است با این اشکال روبرو باشد که در اختیار بودن چنین زمینی، به کنسرسیوم منفعتی نمی‌رساند تا از دید عقلاً به‌عنوان عوض محسوب شود؛

ج. تا پیش از انجام عمل، عامل مستحق عوض نیست و پس از انجام پروژه، براساس سفارش، دولت به عنوان جاعل، مالک پروژه محسوب می شود. از این رو، مدت زمان بهره برداری از پروژه ای را که در ملکیت دولت است، می توان به عنوان عوض در چنین عقدی محاسبه کرد.^۱ بنابراین، در اختیار قرار دادن زمین پیش از تکمیل پروژه، به منزله برخی امکاناتی است که جاعل در اختیار عامل قرار داده است و مدت زمان بهره برداری از زمین پس از ساخت پروژه و همچنین بهره برداری از اصل پروژه، به عنوان عوض محسوب می شود.

اما لازم نبودن عقد جعاله و لازم بودن قرارداد بی.اوتی مسئله ای است که به نوع تنظیم قرارداد مربوط می شود؛ چون می توان قرارداد بی.اوتی را به صورت غیر لازم و غیر معوض تنظیم کرد؛ یعنی کنسرسیوم حق داشته باشد که پیش از شروع عملیات ساخت از انجام آن منصرف شود یا اگر در حین انجام پروژه منصرف شد، تنها مستحق اجرت میزان انجام قرارداد باشد.^۲ در این صورت، شرایط عقد جعاله رعایت شده و پیش از انجام عمل، عقد جعاله عقدی جایز و غیر معوض باقی می ماند و با شروع عملیات ساخت پروژه، عقد از ناحیه جاعل، لازم و از ناحیه عامل، همچنان غیر لازم باقی بماند. هر چند این نوع تنظیم قرارداد در قراردادهای رایج بی.اوتی مرسوم نیست، اما قابلیت تنظیم قرارداد براساس عقد جعاله وجود دارد. از این رو، مشروعیت چنین قراردادهایی را به استناد مشروعیت عقد جعاله می توان ثابت دانست؛ البته، با فرض تنظیم قرارداد به صورت لزومی از دو طرف،

۱. بنابر آنچه در کمیته تخصصی فقهی سازمان بورس و اوراق بهادار نیز تأیید شده است، تنظیم قراردادهای بی.اوتی به عنوان جعاله مورد تأیید قرار گرفته است و عوض را مدت زمان بهره برداری از پروژه ساخته شده قرار داده اند. ر.ک: خبرگزاری صدا و سیما (مشاهده: ۹۶/۰۶/۲۸، بارگذاری: ۹۶/۰۲/۱۰)، «طراحی اوراق تأمین مالی مبتنی بر جریان نقدی پروژه»، <http://yon.ir/FHTXN>.

۲. عقد جعاله در آغاز از هر دو طرف جایز است؛ اما با شروع کار توسط عامل، از ناحیه جاعل به عقد لازم تبدیل می شود؛ البته، از ناحیه عامل همچنان بر جواز خود باقی می ماند و وی می تواند از ادامه انجام آن منصرف شود. در این صورت، با توجه به لزوم عقد از طرف جاعل، پرداخت اجرت همان میزان عمل انجام شده به عامل (البته، با شرط تسلیم آن به جاعل) برعهده جاعل خواهد بود (ر.ک: شیخ طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۳: ص ۳۳۲؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۳: ص ۱۲۷).



فقه

دیگر تطبیق جعاله بر چنین قراردادهایی صحیح نخواهد بود.

۳-۲-۷. ایفای نقش عقد وکالت در تنظیم قراردادهای بی.او.تی

وکالت عقدی است که به موجب آن، غیر بر آنچه انسان به تصرف در آن مجاز است، مسلط شود (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹ق، ج ۲، قسم ۲: ص ۵). به تعبیر دیگر، وکالت به عقدی گفته می‌شود که به موجب آن، شخص نایب در تصرف می‌شود (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۳۶). این عقد نیز از طرف وکیل و موکل، عقد جایز است (فاضل آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ص ۳۶؛ محقق حلی، ۱۴۰۸ق، ج ۲: ص ۱۵۱). در قرارداد بی.او.تی، دولت به عنوان موکل، کنسرسیوم را به عنوان وکیل انتخاب می‌کند تا پروژه مد نظر را بسازد و مدت زمان بهره‌برداری را به عنوان حق الزحمه و تمام هزینه‌های انجام شده توسط وکیل، به وی پرداخت می‌کند.

تطبیق قرارداد بی.او.تی بر عقد وکالت تنها با یک اشکال روبه‌روست: از نظر شرعی، چنان که بیان شد، وکالت از انواع عقد جایز است؛ در حالی که قرارداد بی.او.تی از جنس قراردادهای الزامی است. از این رو، چنان که در بحث جعاله مطرح شد، اگر این گونه عقود به گونه‌ای تنظیم گردند که الزام آور نباشند، قابل انطباق بر عقدی مانند وکالت خواهند بود. در غیر این صورت، چنین عقود مصداق عقد وکالت نخواهند بود.

البته، اگر بتوان با شروط ضمن عقد، عقود جایز را تبدیل به عقد لازم کرد، دیگر مشکلی در تطبیق چنین قراردادهایی بر عقود جایز از حیث جایز بودن وجود نخواهد داشت.

۳-۳. عقد ترکیبی

قراردادهای بی.او.تی را به صورت عقدهایی ترکیبی و مشتمل بر عقود مختلف شرعی نیز می‌توان منعقد کرد. تنظیم قراردادها بر اساس عقود ترکیبی شرعی، از دیگر راه‌هایی است که با بهره‌گیری از آن، برخی عقود مستحدثه را، حتی بر اساس دیدگاه توقیفی دانستن معاملات، می‌توان مشروع دانست؛ زیرا، چنان که بیان شد، بر اساس این دیدگاه، تنها عقود معتبر و مشروع‌اند که در لسان شارع بیان شده باشند. عقود ترکیبی نیز با



توجه به اینکه شارع هر عقد ضمن آن را بیان کرده است و در آن تنها چند عقد هم‌زمان منعقد می‌شوند، مشروع خواهد بود.

در تنظیم قراردادهای بی.اوتی به صورت عقودهای ترکیبی شرعی، چند صورت را می‌توان تصویر کرد:

الف. عقد مرکب از اجاره و مصالحه: بدین صورت که دولت زمین را به اجاره کنسرسیوم داده و عوض آن پروژه ساخته شده باشد؛ اما درباره مدت زمان استفاده از پروژه بین دولت و کنسرسیوم مصالحه واقع می‌شود.

ب. عقد مرکب از بیع و مصالحه: بدین صورت که دولت، به‌عنوان مشتری، پروژه را پیش‌خرید می‌کند؛ درحالی‌که ثمن آن بهره‌برداری از زمین در مدت معین است. همچنین، درباره بهره‌برداری از پروژه تکمیل‌شده، بین دولت و کنسرسیوم مصالحه واقع می‌شود.

ج. عقد مرکب از وکالت و اجاره: بدین صورت که کنسرسیوم به وکالت از طرف دولت، لوازم ساخت پروژه را تهیه می‌کند؛ سپس طی عقد اجاره، عمل خود را به اجاره دولت می‌دهد و پروژه را می‌سازد. دولت نیز به‌عنوان حق‌الوکاله و حق‌الاجاره، پس از تکمیل پروژه، استفاده و بهره‌برداری از آن را برای مدت معینی به کنسرسیوم واگذار می‌کند.

البته، ترکیب‌های دیگری نیز برای تنظیم چنین قراردادهایی می‌توان تصور کرد. همه این عقود ترکیبی نیز تمام بوده و مشروعیت چنین قراردادهایی را در پی خواهد داشت.

جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با توجه به تحلیل‌های صورت‌گرفته درباره قراردادهای بی.اوتی و انطباق آنها بر موازین شرعی، این نتیجه به دست می‌آید که دولت و کنسرسیوم در تنظیم چنین قراردادهایی به صورت شرعی، راهکارهای متفاوتی را پیش‌روی خود می‌بینند. در واقع، قراردادهای بی.اوتی این قابلیت را دارند که به سه صورت عقد مستقل، عقد ترکیبی و به‌عنوان مصداق یکی از عقود شرعی (قباله، مصالحه، اجاره، استصناع و در برخی موارد جعاله و



وکالت) تنظیم شوند.

این قابلیت در شرایط و زمان‌های متفاوت می‌تواند راهگشا باشد و علاوه بر تأمین نظر فقیهان با مبانی مختلف (توقیفی بودن معاملات و غیرتوقیفی بودن آنها)، متناسب با شرایط اقتصادی مختلفی که برای دولت یا کنسرسیوم ایجاد می‌شود، تنظیم شود و به آبادانی کشور کمک کند.

در حقیقت، چنین قابلیتی در تنظیم قراردادهای بی.اوتی و همچنین آثار متفاوت هر یک از عقود مطرح (عقود مستقل، عقود ترکیبی و عقود شرعی معین) به لحاظ لازم و جایز بودن، حوزه متفاوت به لحاظ حق خیار و دیگر آثار آنها موجب می‌شود این گونه قراردادها را براساس شرایط حاکم بر جامعه به لحاظ اقتصادی و توانایی دولت‌ها و کنسرسیوم‌ها بتوان تنظیم کرد.



فقه

کتابنامه

* قرآن کریم، ترجمه ناصر مکارم شیرازی.

۱. ابن ابی جمهور، محمد بن زین الدین (۱۴۰۵ق)، عوالی اللثالی العزیزیه فی الأحادیث الدینیة، به تحقیق مجتبی عراقی، قم: دار السید الشهداء للنشر.
۲. ابن حیون (نعمان بن محمد مغربی) (۱۳۸۵ق)، دعائم الإسلام، به تصحیح آصف فیضی، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد (محقق اردبیلی) (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، به تحقیق آقامجتبی عراقی و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. امارتی موسوی، سید محمد مهدی (۱۳۹۴)، مقایسه قرارداد ساخت، بهره برداری و انتقال (B.O.T) در حقوق موضوعه و قرارداد استصناع در فقه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه امام صادق علیه السلام.
۵. انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب مکاسب، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. آل عصفور، حسین بن محمد بحرانی (بی تا)، الأنوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، به تصحیح محسن آل عصفور، قم: مجمع البحوث العملية.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد (۱۴۰۵ق)، الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة، به تحقیق محمد تقی ایروانی و سید عبدالرزاق مقرر، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. بهبهانی، محمد باقر (۱۴۱۵ق)، الفوائد الحائریة، قم: مجمع الفكر الإسلامی.
۹. _____ (۱۴۱۷ق)، حاشیه مجمع الفائدة و البرهان، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه علامه مجدّد و حید بهبهانی، قم: مؤسسه العلامة المجدّد الوحید البهبهانی.
۱۰. _____ (۱۴۲۴ق)، مصابیح الظلام، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه علامه مجدّد و حید بهبهانی، قم: مؤسسه العلامة المجدّد الوحید البهبهانی.
۱۱. پیره، مجید (۱۳۸۸)، امکان سنجی اجرای سیاست های BOT و BLOT با موازین فقه شیعه، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده معارف اسلامی و مدیریت، دانشگاه امام صادق علیه السلام.





۱۲. ترابی، مرتضی (۱۳۸۹)، «قرارداد ساخت، بهره‌برداری و انتقال از نگاه فقهی»، ترجمه محمدرضا توکلی، فصلنامه تخصصی پژوهش‌نامه فقهی، سال نخست، ش ۱، ص ۳۱-۸۴.
۱۳. جعفرپور، جمشید (۱۳۷۸)، «بیع استصناع»، مجله متین، ش ۳ و ۴، ص ۱۷۱-۱۸۶.
۱۴. جمعی از پژوهشگران (۱۴۲۳ق)، موسوعة الفقه الاسلامی طبقاً لمذهب أهل البيت علیهم‌السلام، قم: مؤسسه دائرة المعارف اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.
۱۵. حسینی عاملی، سیدمحمدجواد (۱۴۱۹ق)، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، به تحقیق محمداقبر خالصی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. خبرگزاری صداوسیما (مشاهده: ۹۶/۰۶/۲۸، بارگذاری: ۹۶/۰۲/۱۰)، «طراحی اوراق تأمین مالی مبتنی بر جریانات نقدی پروژه»، <http://yon.ir/FHTXN>.
۱۷. خمینی (امام)، روح‌الله (۱۴۲۱ق)، کتاب البیع، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی علیه‌السلام.
۱۸. خوئی، ابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهة، به تقریر محمدعلی توحیدی، بی جا: بی نا.
۱۹. دهقان، وحیده (۱۳۹۱)، بررسی فقهی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری، انتقال (BOT)، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشگاه پیام نور تهران.
۲۰. روحانی، سیدصادق حسینی (۱۴۱۲ق)، فقه الصادق علیه‌السلام، قم: دار الکتب - مدرسه امام صادق علیه‌السلام.
۲۱. شهید اول (محمدبن مکی عاملی) (۱۴۱۷ق)، الدروس الشرعية فی فقه الإمامیة، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۲. شهید ثانی (زین‌الدین بن علی عاملی) (۱۴۱۰ق)، الروضة البهية فی شرح اللمعة الدمشقية، با حاشیه سیدمحمد کلانتر، قم: کتاب‌فروشی داوری.
۲۳. _____ (۱۴۱۳ق)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، به تحقیق گروه پژوهش مؤسسه معارف اسلامی، قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۲۴. _____ (۱۴۲۲ق)، حاشیه شرائع الإسلام، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۲۵. شیخ طوسی (محمدبن حسن) (۱۳۸۷ق)، المبسوط فی فقه الإمامیة، به تحقیق سیدمحمدتقی کشفی، چاپ سوم، تهران: المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية.

۲۶. _____ (۱۳۹۰ق)، الإستبصار فيما اختلف من الأخبار، به تحقیق حسن الموسوی الخراسان، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۷. _____ (۱۴۰۷ق «الف»)، تهذیب الأحكام، به تحقیق حسن الموسوی الخراسان، چاپ چهارم، تهران: دار الکتب الإسلامية.
۲۸. _____ (۱۴۰۷ق «ب»)، الخلاف، به تحقیق علی خراسانی و دیگران، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۹. شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰)، «پروژه‌های ساخت، بهره‌برداری و انتقال»، فصلنامه نامه مفید، ش ۲۶، ص ۳۱-۵۰.
۳۰. صادقی، محسن (۱۳۸۵)، «بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران»، پژوهشنامه بازرگانی، ش ۳۸، ص ۱۲۱-۱۵۶.
۳۱. صیمری، مفلح‌بن حسن (۱۴۲۰ق)، غایة المرام فی شرح شرائع الإسلام، به تحقیق جعفر کوثرانی عاملی، بیروت: دار الهادی.
۳۲. طباطبائی حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶ق)، مستمسک العروة الوثقی، قم: مؤسسه دار التفسیر.
۳۳. طباطبائی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۲۱ق)، حاشیه المکاسب، چاپ دوم، قم: اسماعیلیان.
۳۴. علامه حلی (حسن بن یوسف) (۱۴۱۰ق)، إرشاد الأذهان إلى أحكام الإيمان، به تصحیح فارس حصون، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۵. _____ (۱۴۱۳ق)، قواعد الأحكام فی معرفة الحلال و الحرام، به تحقیق گروه پژوهش دفتر انتشارات اسلامی، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۳۶. _____ (۱۴۲۰ق)، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیة، به تصحیح ابراهیم بهادری، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۳۷. _____ (۱۹۸۲م)، نهج الحق و كشف الصدق، بیروت: دار الکتب اللبنانی.
۳۸. غلامی، جهانبخش (۱۳۹۱)، «پیمانکار، نهاد حقوق مدنی یا تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۶۰، ص ۴۰۵-۴۴۰.
۳۹. فاضل آبی (حسن بن ابی طالب یوسفی) (۱۴۱۷ق)، كشف الرموز فی شرح مختصر النافع، به تحقیق علی پناه اشتهاردی و آفاحسین یزدی، چاپ سوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



٤٠. فاضل مقداد (مقداد بن عبد الله سيوري حلي) (١٤٠٤ق)، التنقيح الرائع لمختصر الشرائع، به تصحيح سيد عبد اللطيف حسيني كوه كمرى، قم: انتشارات كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى رحمته.
٤١. كاشف الغطاء، محمد حسين (١٣٥٩ق)، تحرير المجلة، نجف: المكتبة المرتضوية.
٤٢. كلينى، محمد بن يعقوب (١٤٠٧ق)، كافي، به تصحيح على اكبر غفارى و محمد آخوندى، چاپ چهارم، تهران: دار الكتب الإسلامية.
٤٣. محقق حلى (نجم الدين) (١٤٠٨ق)، شرائع الإسلام فى مسائل الحلال و الحرام، به تحقيق محمد حسين محمد على بقال، چاپ دوم، قم: اسماعيليان.
٤٤. _____ (١٤١٨ق)، المختصر النافع فى فقه الإمامية، چاپ ششم، قم: مؤسسة المطبوعات الدينية.
٤٥. محقق كركى (على بن حسين عاملى كركى) (١٤١٤ق)، جامع المقاصد فى شرح القواعد، به تحقيق مؤسسه آل البيت عليه السلام، چاپ دوم، قم: مؤسسه آل البيت عليه السلام.
٤٦. _____ (١٤٠٩ق)، رسائل المحقق الكركى، به تحقيق محمد حسون، قم: كتابخانه آيت الله مرعشى نجفى رحمته و دفتر نشر اسلامى.
٤٧. مظفر، محمود (١٣٩٢ق)، إحياء الأراضى الموات، قاهره: مطبعة العالمية.
٤٨. مؤمن قمى، محمد (١٤١٥ق)، كلمات سديدة فى مسائل جديدة، قم: دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علمية قم.



فقه