

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

"عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي"

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وإن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

DECLARATION

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification

Student's name: Haroon Kh. ELDalo

اسم الطالب: هارون خلف عبد الدلو.

Signature:

التوقيع: هارون خلف

Date: 2015/07/04م

التاريخ: 2015/07/04م.



الجامعة الإسلامية بغزة
عمادة الدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
قسم الفقه المقارن

عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

Building, operating and transferring contract and its
implementations in the Islamic Feqh

إعداد الباحث:

هارون خلف عبد الدلو.

إشراف فضيلة الدكتور:

زياد إبراهيم مقداد.

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في
الفقه المقارن من كلية الشريعة والقانون بالجامعة الإسلامية بغزة

2015 – 1436هـ



نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة شئون البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ هارون خلف العبد الدلو لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم الفقه المقارن وموضوعها:

عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي

وبعد المناقشة التي تمت اليوم السبت 17 رمضان 1436 هـ، الموافق 2015/07/04م الساعة الواحدة ظهراً، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

.....	مشرفاً ورئيساً	د. زياد إبراهيم مقداد
.....	مناقشاً داخلياً	د. محمد صبحي أبو صقر
.....	مناقشاً خارجياً	د. بسام حسن العفّ

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/قسم الفقه المقارن.

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله ونزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق ،،،



مساعد نائب الرئيس للبحث العلمي والدراسات العليا

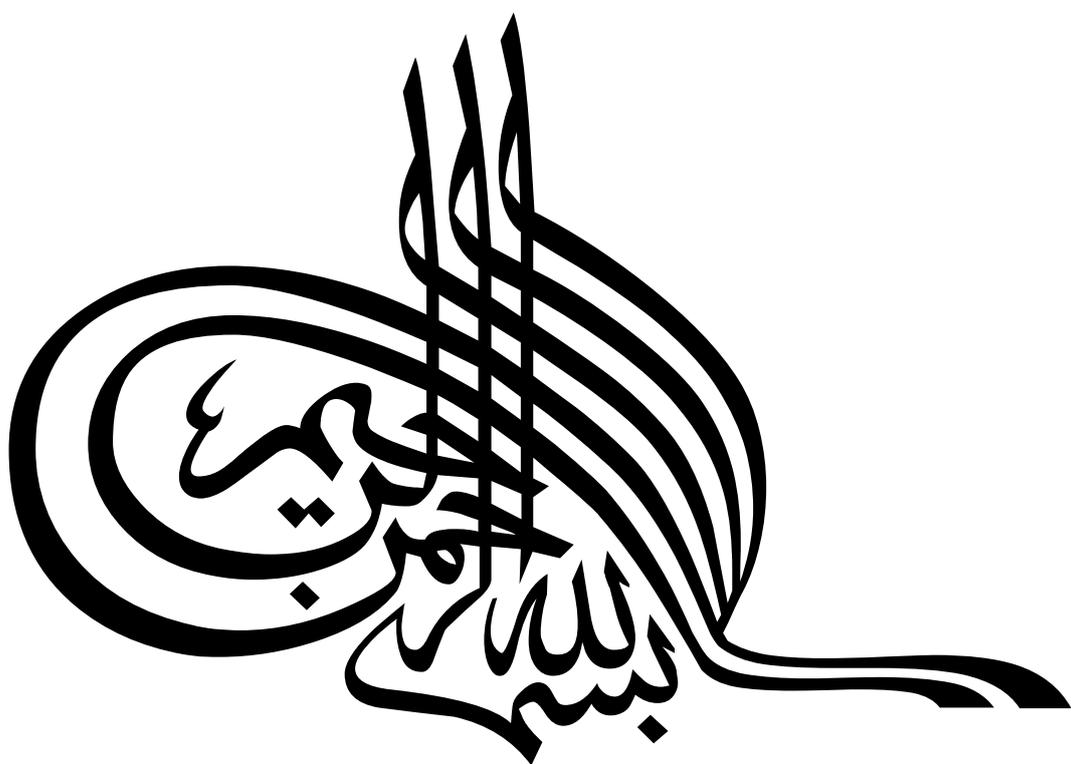
أ.د. فؤاد علي العاجز

قَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ السَّائِبِ:

﴿فَإِذَا أَرَادَ اللَّهُ بِعَبْدٍ خَيْرًا؛ أَبْقَى لَهُ حَسَنَةً فَيُضَاعَفُهَا ثُمَّ

يُدْخِلُهَا بِهَا الْجَنَّةَ (1)﴾.

(1) الدينوري: المجالسة وجواهر العلم (5,229).



الإهداء

احتسب هذا البحث في ميزان والديّ رحمهما الله
وأهديه إلى نزوجتي الغالية وأبنائي "خلف ومحمد ونور"
ولأشقائي وشقيقتي وأخص أبي الثاني أبو خلف "يونس" حفظه الله
الذي أمدني بال دعم المعنوي والمادي حرصاً منه على إكمال مسيرة العلم الشرعي
الذي رسمه والدي رحمه الله يوم أن وهبني لطلب العلم الشرعي بقوله: "وهبته لله"
ولا أنسى شهداء آل الدلو، وأخص رفيق دربي الشهيد القسامي: أحمد كمال الدلو
وأبناء عمي وعمومتي وأخوالي
ووالديّ نزوجتي العزيزين وأبنائهما
ولعلماء الأمة قاطبة
ولشيخني الحبيب بسام حسن الأسود، وأبنائه الحسن، أحمد، عبد الله
وشيوخ وشباب وأشبال وشهداء مسجد خالد العلمي
وإلى جرحى وشهداء الأمة الإسلامية.

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أكمل الحامدين سيدنا محمد وعلى آله وأزواجه وصحبه أجمعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.
وبعد؛

إن من تمام الواجب تقديم الشكر لكل من أعانني في إتمام هذه الرسالة العلمية ولكل من أجزل النصح لي ولم يرض علي بالتوجيه في سبيل إخراجها بأبهي حلة.

لمن له الفضل من بعد الله ﷻ أتقدم بوافر الشكر والعرفان من شيخي وحببي **فضيلة الدكتور: زياد إبراهيم مقداد "أبو طارق"** حفظه الله من كل مكروه وبارك له في علمه وعمره. شكراً جزيلاً على تفضله بالإشراف على كتابة هذه الرسالة

كما لا أنسى المناقشين الكريمين:

فضيلة الدكتور: بسام حسن العف.

فضيلة الدكتور: محمد صبحي أبو صقر.

الذين تفضلاً بقبول مناقشة هذه الرسالة مرجوة المنفعة العلمية. مسخراً توجيهاتهم النافعة والقيمة في إخراجها على أمثل حال وخير منفعة وفق ما أبدياه من ملاحظات عليها وتصحيح ما شابها من مأخذ.

سائلاً الله ﷻ أن يبارك لهما بعمرهما وعلمهما وأن يرفع درجاتهما في الدنيا والآخرة. كما وأتقدم بالشكر لعمادة الدراسات العليا وعميد الكلية وأساتذتي في الجامعة الإسلامية وأخص مشايخي في كلية الشريعة والقانون منارة الخير والهدى في جنوب فلسطين.

والشكر موصول لكل من ساعدني في تنسيق وإخراج هذه الرسالة وأخص بالذكر ابن أختي: أ. نور كمال الدلو الذي قام بترجمة ملخص الرسالة إلى اللغة الإنجليزية، وكذا الفاضلة: آ. أرجوان محمد حسونة، لقبولها تدقيق الرسالة لغوياً حتى تخرج لغتها عربية سليمة، والأخ الحبيب: أ. يوسف محمد الشنطي الذي أنقن تنسيق هذا البحث وأخرجه بأبهي حلة.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على إمام المعلمين وسيد الأولين والآخرين محمد ﷺ وعلى آله وصحبه ومن سار على دربه واقتفى أثره إلى يوم الدين... وبعد.

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽¹⁾، والعقود لفظ عام يشمل العقود جميعها ومن جملتها عقد البناء والتشغيل والتحويل، وهو بحاجة إلى دراسة شرعية تبين حقيقته وتكييفه وحكمه؛ فكان هذا البحث.

ولحدائته اعتنى بدراسته علماء الاقتصاد والقانون، وعولوا عليه بأنه كفيل في حل الأزمات المالية التي قد ترهق ميزانية الدولة، كما وسارعت الدول إلى تطبيقه؛ لمعالجته تمويل وإنشاء مشروعات البنية التحتية، والتي منها المرافق العامة. التي يتطلب من الدولة توفيرها لضمان حياة كريمة للمواطنين، وقد كفلت ذلك الشريعة الإسلامية وشجعت عليه ورغبت في إنشاء المرافق العامة والخاصة بترتيب الأجر الدنيوي والثواب الأخروي، فعمدت كثير من الدول الإسلامية إلى تطبيقه حتى تستطيع إنشاء مثل هذه المشروعات، وبدورها سارعت الشركات في تطبيقه سعياً منها لتحصيل الربح. وهذا العقد وما ينتج عنه يعتبر من العقود الاقتصادية المتطورة التي يمكننا الاستفادة منها بالطريقة الأفضل من حيث تسخيرها خدمة للدولة والشركة المنفذة والمجتمع.

لذا تطلب هذا البحث من الباحث تقصي الحقائق عنه في كتب الاقتصاد والقانون الحديثة، ثم بيان تكييفه بتخريجه على أبواب المعاملات المتصلة في كتب الفقه، وبيان حكمه شرعاً حسب قواعد الشرع المعتمدة عند العلماء وبما يتناسب مع حاجة المجتمعات في العصر الحديث.

وهذا العقد من قبيل العقود المعاصرة وليدة تطور العلاقة بين الدولة والشركات الخاصة التي أصبح لها أشكالاً جديدة مما جعلها من النوازل المستجدة التي تحتاج إلى العلماء المعاصرين أن يبينوا أحكامه، قال تعالى: ﴿لَتُبَيِّنَنَّ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْفُرُونَ﴾⁽²⁾.

(1) المائدة من الآية (1).

(2) آل عمران من الآية (187).

أولاً: طبيعة البحث وأهميته:

يتناول البحث موضوعاً حديثاً من باب المعاملات المالية المعاصرة، وهو "عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي" وأهميته تبرز من كثرة شيوع تطبيقه وصوره والحاجة إلى بيان تكيفه وحكمه كعقد مستحدث أو ملحق بأحد العقود المعروفة، ووجود إشكاليات عند تطبيقه وعدم وضوح أو قصور القوانين النازمة له وخطورة المشاريع التي يتعلق بها مثل البنية التحتية وما يماثلها من المشروعات عند التعاقد بين الحكومة والمستثمر أو المستثمر وأحد أفراد المجتمع، فآثار هذا العقد تتعدى آثار أي عقد يجري بين طرفين أو أكثر، كما ورغبة كثير من الدول العربية والإسلامية والأفراد في تطبيقه، وكذا القائمين على الوقف الإسلامي فكل هذا دعاني إلى بيان حقيقة هذا العقد والوقوف على حكمه وإيراد تطبيقاته.

ثانياً: أسباب اختيار الموضوع:

أولاً: حداثة الموضوع من حيث الطرح والتطبيق العملي.

ثانياً: حاجة الموضوع إلى دراسة شرعية علمية منهجية مؤصلة لجميع جوانبه المتعلقة به.

ثالثاً: الرغبة في طرق الموضوعات المستجدة لما تشتمل عليه من تجديد وفائدة علمية يمكن تطبيقها.

رابعاً: الإفادة منها التي تتحقق في التأسيس وتطبيق هذا العقد في عدم إرهاق ميزانية الدولة ببناء المرافق العامة وإعمار الوقف.

ثالثاً: أهداف الموضوع:

- جمع أحكام هذا الموضوع وبيانها في بحث مستقل يسهل على الباحثين عن الحكم الشرعي في الرجوع إليه.
- معرفة أحكام الشرع في موضوعات ومسائل عقد البناء والتشغيل والتحويل.
- طرح حلول شرعية لنتقية مسائل عقد البناء والتشغيل والتحويل وجزئياته من كل ما يخالف أحكام الشرع.
- المساهمة في إيجاد مؤلف يفيد الباحثين والشركات التجارية في تجلية حقيقة هذا العقد الشرعية.

رابعاً: الدراسات السابقة:

لم أجد- في حدود اطلاعي دراسة شرعية مستقلة تعنى بهذا العقد على نحو ما هو مبين في الخطة، سوى بعض الرسائل العلمية التي ذكرت في طياتها بعضاً عن التكيف الفقهي لعقد

البناء والتشغيل والتحويل أي جل ما كتب فيه لم يتعرض للحكم الشرعي، بل أكثر ما كتب يعرض الناحية الاقتصادية أو القانونية للعقد، والحديث عن الحكم الشرعي مختصراً، والأبحاث المحكمة، والاقتصادية، والقانونية، وقرارات المجامع، والندوات الفقهية.

أولاً: الرسائل العلمية:

1. العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية لـ د. خالد سعود الرشود رسالة دكتوراه منشورة 2013م، 1434هـ.

حيث اعتبر الباحث أن عقد البناء والتشغيل والتحويل بعد أن كیفه على أنه عقد استصناع وهو عقد مبتكر يسهم في تمويل المشروعات واستثمارها، حيث ورد ذكر العقد في الفصل الأول كما أورد تكييفه الفقهي في المبحث الثاني منه، وأورد الأقوال في تكييفه والعقود التي كُيفَ عليها وهي "الإجارة والاستصناع والجعالة وكونه عقداً جديداً" في الباب الثاني من الرسالة. ويختلف بحثي عنه كونه بحثاً خاصاً يعني بالعقد من حيث بيان حقيقته وتكييفه حيث اقتصر في تكييفه على العقود الأربعة المذكورة بينما في بحثي زدت عليها في كون تخريجه على (عقد الخلو، وصور أعمار الوقف، والشركة المؤقتة) وبيان حكمه والتطبيقات الواردة عليه في العقود المتعلقة به.

2. مشروعات البنية التحتية من خلال عقد البناء والتشغيل والإعادة ودور القطاع الخاص في تنميتها وموقف الاقتصاد الإسلامي منها. لـ ا. محمد جواد الخرس. غير منشور. والبحث يُعنى بدراسته من الناحية الاقتصادية فهو يختلف مع بحثي هذا شكلاً ومضموناً. ويختلف البحث عنه في كونه خاصاً بالعقد من جهة تكييفاته الفقهية وأحكامه وتطبيقاته الشرعية.

3. عقود البوت طبيعتها وآثارها في دعم مشاريع الدول النامية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي، لـ د. أحمد عبد الله مطيع العازمي. رسالة دكتوراه: 2008م، 1429هـ. غير منشورة عدا أربعة عشر ورقة منها.

4. عقد البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة- دراسة فقهية تطبيقية، لـ د. عبد العزيز حمد المنيف، رسالة دكتوراه دون سنة إصدار، غير منشورة عدا المقدمة.

5. عقد امتياز البناء والتشغيل ونقل الملكية الإداري "دراسة مقارنة". لـ أ. عبد العزيز عايض العتيبي رسالة ماجستير: 1428هـ، 2007م. منشور منها المقدمة فقط.

وهو بحث إداري لكنه تطرق إلى تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل في طي بحثه المبحث الثاني من الفصل الأول حيث كیفه على عقدي الإجارة والاستصناع، حيث

يزيد بحثي عنه في موضوع التكيف بحيث اقتصر على تكييفه على عقد (الاستصناع والإجارة) وزاد عليه بحثي في تكييفه على عقد (الجمالة، والإقطاع، والشركة المؤقتة، وصور إعمار الوقف)، وكذا خصصت الفصل الثالث لذكر التطبيقات الواردة عليه في إنشاء المرافق العامة والخاصة واستثمار الوقف، كما أنه بحث فقهي خاص بعقد البناء والتشغيل والتحويل.

ثانياً: الأبحاث المحكمة.

والأبحاث المحكمة كثيرة التي ناقشت موضوع عقد البناء والتشغيل والتحويل من حيث إنها اقتصرت على التكيف الفقهي للعقد، وذكر حكم تطبيقه في استثمار في الاوقاف دون إيراد التطبيقات الأخرى الواردة عليه، ومن هذه المجامع الفقهية: مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشر، وندوة البركة المصرفية الثالثة والعشرين وغيرها.

ثالثاً: الأبحاث والرسائل الاقتصادية والقانونية.

- والأبحاث الاقتصادية كثيرة وقد استعنت بها في الفصل الأول من هذا البحث ومنها.
1. عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، ل. د. وضاح الحمود، رسالة ماجستير 2010م، 1431هـ.
 2. البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، ل. أ. سميرة حصايم، رسالة ماجستير 2011م.
 3. عقود التشييد والتسليم B.O.T، بحث ل. د. محمد الروبي، 2004م.
 4. نظام البناء والتشغيل والتحويل وتشبيد مشروعات البنية التحتية، بحث ل. م. روليت العبود.
 5. نظام البناء والتشغيل والتحويل، بحث ل. د. أمل نجاح البشبيشي، 2004م، مجلة جسر التنمية.

رابعاً: خطة البحث:

ويشتمل هذا البحث على مقدمة، وثلاثة فصول، وخاتمة.

وهي على النحو التالي:

الفصل الأول: حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل، وأركانه وصوره،

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المبحث الثاني: أركان عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المبحث الثالث: صور عقد البناء والتشغيل والتحويل.

الفصل الثاني: حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل، وضوابطه،

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل، وحكمه.

المبحث الثاني: ضوابط عقد البناء والتشغيل والتحويل.

الفصل الثالث: التطبيقات القائمة على عقد البناء والتشغيل والتحويل،

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق العامة.

المبحث الثاني: التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق الخاصة واستثمار الوقف.

الخاتمة: وقد اشتملت على مجموعة من النتائج والتوصيات.

خامساً: منهج البحث:

- وصفي استنباطي حيث يعتبر البحث مستجداً لذلك عدت إلى المصادر والمراجع التي كتبت فيه آخذاً منها ما يناسب بحثي وبعدها سرت على النحو التالي:
1. أصور المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره.
 2. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليلها، مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتمدة.
 3. في الفصل الأول أسهبت في ذكر تعريفات عقد البناء والتشغيل، لأنه صلب الموضوع، وكذا أسهبت في الفصل الثاني في مطلب تكييف العقد الفقهي، الذي هو جزء مهم في بيان تكييفه وحكمه وذكر تطبيقاته.
 4. إذا كانت المسألة من مسائل الاختلاف، اذكر ما أراه راجحاً مع الإشارة للفريق المخالف في المتن أو الحاشية.
 5. الاعتماد على أمات المصادر والمراجع الأصيلة.
 6. ترقيم الآيات، وبيان سورها.
 7. تخريج الأحاديث وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها - إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما؛ فإن كان كذلك، فأكتفي حينئذٍ بتخريجها .
 8. تخريج الآثار من مصادرها الأصيلة - ما تيسر لي ذلك - والحكم عليها بما يناسبها .
 9. عنيت ببيان المصطلحات اللغوية والفقهية من مصادرها - ما استطعت إلى ذلك .
 10. توثيق المصادر والمراجع في الحواشي: عرفت بالمصدر، أو المرجع ومؤلفه تاركاً توثيق التفصيل في فهرس المصادر والمراجع.
 11. إذا كان النقل لعدة فقرات في البحث من المصدر نفسه، وضعت علامة الترقيم أعلى الصفحة بعد التقديم للعنوان.
 12. التوثيق في قائمة المصادر والمراجع: العائلة، سنة الطباعة - إن وجدت، اسم الكتاب، دار النشر - إن وجدت، البلد - إن وجدت.
 13. ذيلت البحث بخلاصة، وهي الخاتمة وتحتوي على النتائج والتوصيات التي استنتجتها من خلال بحثي ودراستي للعقد.
 14. قمت بعمل فهرس للآيات القرآنية وآخر للأحاديث وثالثاً للمصادر والمراجع وفهرس ختامي للموضوعات المتضمنة في البحث.

ملخص الرسالة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أكمل الحامدين سيدنا محمد ﷺ، وعلى أزواجه وأصحابه أجمعين..... أما بعد.

فإن مقصد إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل هو تخفيف أعباء تمويل المشروعات الكبرى التي يقع إنشاؤها على عاتق الدولة؛ ففي هذا العقد يكون الإنشاء والتشغيل بمشاركة الدولة القطاع الخاص بحيث يسهم في إنشائها وتشغيلها وإعادتها إلى أصحابها نهاية مدة العقد، ولا يخفى أن هذا العقد لا يقتصر تطبيقه على بناء وتشغيل المرافق العامة بل يتعداها إلى المرافق الخاصة واستثمار الوقف.

ومن خلال هذا البحث "عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي" تناولت التعريف بمفرداته وذكرت أهميته وخصائصه والأركان التي يتكون منها وأوردت صورته وضوابطه الشرعية وتكييفه الفقهي ومناقشتها مرجحاً كونه عقداً جديداً مستحدثاً لم يعرفه الفقه الإسلامي بصورته الحالية، وأوردت التطبيقات الواردة عليه في إنشاء المرافق العامة والخاصة واستثمار الوقف، وبعد ذلك ناقشت هذه التطبيقات المتعلقة بعقود إنشاء المرافق العامة والمرافق الخاصة واستثمار الوقف.

وكانت أهم النتائج والتوصيات بيان حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل ومشروعيته، والتوصية بضرورة استخدام هذا العقد في إنشاء وتشغيل المرافق العامة، واستثمار الوقف، وكذا إصدار التشريعات المناسبة لضمان أفضل تطبيق له، والاستفادة من تجارب الدول المطبقة له، واجتتاب الشروط التي تشترطها شركة المشروع والتي تعود بالضرر على الدولة مثل شرط الاحتكار، ومدد الإنشاء والتشغيل، وغير ذلك من الشروط.

Abstract

The core to have a contract for building, employment and transferring -transfer of ownership- (BOT projects) is to lighten the loading of fund for the big projects that the government has to construct. By this contract ,sitting up and employment are shared between the government and the private sector to contribute in establishing and run the big projects till the end of the contract then return them to their owners.

It is obvious that this contract is not implemented on building and running the public facilities only but extends to the private facilities in addition, to invest the endowment properties

This research which intitled "**building, employment and transferring contract and its implementations in the Islamic feqh**" handled the title's components and its vocabulary and mentions its importance and polars that it consists of.

It mentions the endowment forms, Alshareih standards and; adapt And islamise them and to discuss it as a novelty contract.

The implementations on it in building public and private facilities; and investing the endowment.

Then, the thesis discusses these implementations related to the contracts of sitting up public and private facilities; and investing the endowment.

The thesis recommends to clarify the reality of BOT projects and its legality and also to use it in building, employment public facilities and investing the endowment.

It recommends as well as to issue suitable laws to guarantee the best implementations and to benefit of the countries who implement it and to neglect the conditions which are imposed by the company of the project as these conditions cause harmness for country like monopoly and.



الفصل الأول

حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل،
وأركانه وصوره

فيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول:

حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المبحث الثاني:

أركان عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المبحث الثالث:

صور عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المبحث الأول:

حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول:

تعريف مفردات عقد البناء والتشغيل والتحويل لغة.

المطلب الثاني:

تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل اصطلاحاً.

المطلب الثالث:

أهمية وخصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المطلب الأول

التعريف بمفردات عقد البناء والتشغيل والتحويل في اللغة

قبل الحديث عن المعنى اللغوي للعقد لا بد من توضيح بعض الخطوط العريضة له. خاصة اختصار العقد في هذه الحروف الثلاثة من اللغة الإنجليزية (B O T) حيث يرمز كل حرف لكلمة مستقلة⁽¹⁾، وهناك ترجمات أخرى لكل لفظة من ألفاظ العقد، ولكل كلمة معناها الخاص بها، لكن ما عليه الأكثرون وما استقر عليه في المصطلح القانوني العربي هو الترجمة التي سبق الإشارة إليها.

فيصبح المعنى بعد اختيار هذه الترجمة (عقد البناء والتشغيل والتحويل) والذي أصبح مشهوراً باسم عقد البوت أو (B O T)⁽²⁾.

وتجدر الإشارة هنا أن أكثر الباحثين عزی استخدام هذا المصطلح (B O T) "البوت" للدلالة على هذه العقود هو رئيس الوزراء التركي تورغوت أوزال⁽³⁾، وبعد هذه المقدمة أنتقل إلى بيان المعنى اللغوي لعقد البناء والتشغيل والتحويل.

أولاً: تعريف العقد:

العقد في اللغة نقيض الحل، والعقد هو العهد والميثاق، وجمعها أعقاد وعقود، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁴⁾، وهذا خطاب الله للمؤمنين بالوفاء بالعقود التي عقدها الله تعالى عليهم، والعقود التي يعقدها بعضهم على بعض على ما يوجبه

- (1) وهي على الترتيب: (B) (Build) . البناء، (O) (Operate) . التشغيل، (T) (Transfer) . التحويل.
- (2) اختلفت ترجمة المصنفين في هذا العقد إلى عدة مصطلحات تبتعد أو تقترب من المفهوم العام الذي وضع له في اللغة الانجليزية (Build Operate and Transfer)، لذا نجد هذه المصطلحات، عقود البناء والتشغيل والتملك، عقود البناء والتشغيل وإعادة الملك، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، البناء والتشغيل والتحويل، ومنهم من ابتعد عن الترجمة الحرفية للمصطلح وعرفه بعقود التشييد والاستغلال والتسليم، انظر: الحمود: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (34)، وقد استقرت الترجمة لها بعقود البناء والتشغيل والتحويل في المصطلح القانوني العربي للدلالة على هذا النوع من العقود. انظر: تيشوري: موقع الحوار المتمدن: رابط <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=224763>
- (3) دعوة رئيس الوزراء التركي آنذاك تورجوت أوزال Turgot Ozal لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشروعات البنية الأساسية في تركيا، ويرجع إليه استخدام التعبير B.O.T لأول مرة للإشارة إلى هذا النوع من المشروعات <http://www.startimes.com/?t=4086854>
- (4) المائدة من الآية (1).

الدين⁽¹⁾، ومنها قول الرسول ﷺ: «الذيل معقود في نواصيها الخير»⁽²⁾، أي ملازم لها كأنه معقود فيها، وعاقده عاهده، تعاقد القوم تعاهدوا، لذا نجد أن من معانيه الربط والإحكام والإبرام بين أطراف الشيء، سواءً كان ربطاً حسيّاً أم معنوياً، والمعنوي ما وجدناه في الآية والحديث، وفي قولنا: عقد البيع أو العهد، ومنه عقد النية والعزم على شيء، والحسي في قولنا: ربط الحبل⁽³⁾، والذي يعنيه الباحث المعنى الأول وهو المعنوي وهو ما يكون اتفاق بين إرادتين.

أما في الاصطلاح الفقهي لكلمة العقد فهو: «ارتباط إيجاب بقبول أي تَعَلُّقُ كَلَامٍ أَحَدِ الْعَاقِدَيْنِ بِالْآخَرِ شَرْعًا عَلَى وَجْهِ يَظْهَرُ أَنَّهُ فِي الْمَحَلِّ»⁽⁴⁾.

ثانياً: تعريف البناء:

البناء في اللغة بناه بينيه وبنياً، وبناءً، وبنياً، وتجمع على أبنية، وجمع الجمع أبنيات، وبنى بيتاً، وابتنى داراً، يقال: بنى الشيء بناءً، وبنياً إذا أقام جدره ونحوه، ويشمل البناء المشترك والمستقل والمشيد بالحجر أو الخشب وغيره، والمعنى الأخير الذي يراه الباحث في التعريف "تشديد الأبنية، أي بناؤها"⁽⁵⁾، والمعنى الاصطلاحي بذلك لا يختلف عن المعنى اللغوي فيصبح المعنى الاصطلاحي للبناء بتصرف هو كل ما ينشئوه الإنسان على سطح الأرض اليابس منها والمائي، أو في باطنها من فعله⁽⁶⁾.

(1) الزجاج: معاني القرآن وعرابه (139,2).

(2) البخاري: صحيح البخاري (896) كتاب: المناقب، باب (28) هكذا في النسخة.

(3) انظر: ابن منظور: لسان العرب، مادة عقد(296,297,298)، مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز: مادة عقد (426).

(4) ابن الهمام: شرح فتح القدير(74,5)، حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام(81,1) مادة (104).

(5) انظر: الفيروز: القاموس المحيط (1264)، الرازي: مختار الصحاح (27)، مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز(64)، ابن منظور: لسان العرب (94,14) مادة بنى، ومن معانيها التشييد، هو كل ما أحكم من البناء، فقد شيّد، وتشبيد البناء: إحكامه ورفعته، قال ابو عبيد: البناء المشيّد- المطول، منه قوله تعالى: «وَقَصِّرِ مَشِيدٍ» الحج من الآية 45، أي متطاولة في البناء. ابن منظور: لسان العرب (244,3)، مادة شيّد، أنشأ داراً بدأ بناءها، ابن منظور: لسان العرب (171,1) مادة نشأ.

(6) انظر: المهدي: دور التأمين في مجال عقود واعمال البناء والتشييد(448)، معجم المعاني الجامع - معجم

عربي عربي www.almaany.com/ar/dict/ar-ar /بناء/مادة.

ثالثاً: تعريف التشغيل:

الشغل في اللغة ضد الفراغ، شغلَ الدار شغلاً أي سكنها، وتجمع على أشغال، وشغولٌ، وشغله أي جعله يشتغل، والمعنى الأخير هو الذي يراه الباحث في التعريف⁽¹⁾، وأما اصطلاحاً يرى الباحث إمكان تعريف الشغل هو جعل الشيء مشغولاً أي مداراً من قبل المكلفين به.

رابعاً: تعريف التحويل:

التحويل في اللغة بمعنى النقل، حول الشيء أي غيره أو نقله من مكان إلى آخر، تحول عن الشيء، زال عنه لغيره، والتحول التنقل من موضع لآخر⁽²⁾، ولا يخرج المعنى اصطلاحاً عن المعنى اللغوي ويمكن تعريفه بأنه نقل إدارة المشروع أو أصوله أو أي شيء من طرف إلى طرف.

وبعد التعريف بكل من العقد والبناء والتشغيل والتحويل لغة واصطلاحاً يرى الباحث إمكان تعريفه هذا العقد: العقد بمعنى الارتباط، والبناء بمعنى الإقامة، والتشغيل بمعنى الاستغلال، والتحويل بمعنى النقل، وبناءً عليه يكون معنى عقد البناء والتشغيل والتحويل في اللغة هو: ارتباط بين إرادتين لإقامة واستغلال ثم نقل ما تم التعاقد عليه. وأما في الاصطلاح فهو ما خصص له الباحث مطلباً مستقلاً باعتباره مقصدنا في هذا البحث.

(1) مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز (346)، الرازي: مختار الصحاح (143)، الفيروز: القاموس المحيط (1019,1018)، ابن منظور: لسان العرب (11,355)، مادة شَغَلَ.

(2) ابن منظور: لسان العرب (11,187,189) مادة حول، ابن منظور: لسان العرب (4,107)، مجمع اللغة العربية: المعجم الوجيز (87)، الرازي: مختار الصحاح (143)، الفيروز: القاموس المحيط (84)، الفيومي: المصباح المنير (33) مادة ثَمَرَ، ويعرف اصطلاحاً "استخدام الأموال في الإنتاج، إما مباشرة بشراء الآلات والمواد الأولية، وإما بطريق غير مباشر ك شراء الأسهم والسندات". نقل: النقل: تحويل الشيء من موضع إلى موضع. ابن منظور: لسان العرب (11,674) مادة نقل. وتسلمه مني: قبضه. وسلمت إليه الشيء فتسلمه أي أخذه، ابن منظور: لسان العرب (12,295) مادة سلم نجد أن البعض ترجم كلمة (Operate) والتي هي التشغيل إلى معان أخرى يجدر ذكرها هنا، الاستغلال بمعنى الغلة: الدخل من كراء دار وأجر غلام، وفائدة أرض، ج غلات، واستغل عبده أي كلفه ان يُغَلَّ عليه، واستغلال المستغلات: أخذ غلتها، وأغلت الضيعة أي أعطت الغلة، فهي مُغَلَّةٌ واصلها باق. ابن منظور: لسان العرب (11,504) مادة غل، الاستثمار، قال الجوهري: الثمرة واحدة الثمر والثمرات، الثمر المال المُثمر، وثمر ماله: نماء.

المطلب الثاني

تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل في الاصطلاح

بعد بيان الترجمة العربية لعقد (Build Operate Transfer) واختارنا من بينها ما اصطلح عليه القانون العربي عقد (البناء والتشغيل والتحويل) والذي اشتهر باسم عقد البوت. وعرفنا مفردات هذا العقد في اللغة⁽¹⁾، نأتي الآن لتعريف العقد اصطلاحاً.

تعددت تعريفات هذا العقد حسب الجهة التي قامت بتعريفه، وعليه سأورد في هذا المطلب عدداً من هذه التعريفات، ثم أعلق عليها، وهذه بعض التعريفات التي وقفت عليها بحسب الجهة التي قامت بتعريفه.

عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "اليونيدو" (UNIDO) "هو نظام تعاقدى بمقتضاه يقوم القطاع الخاص بتنفيذ الإنشاء (شاملاً التصميم والتمويل) لمشروع بنية أساسية وإدارته والاحتفاظ به؛ وفي خلال فترة الإدارة المحددة يحق له الحصول على مقابل الخدمات التي يقدمها من عوائد ورسوم وحقوق ملكية، بحيث لا تزيد عن المنفق عليه والمحدد في العقد؛ ليتمكن القطاع الخاص من استرداد استثماراته ومقابل تكاليف الإدارة والصيانة للمشروع، بالإضافة إلى عائد مناسب؛ وفي نهاية المدة يقوم القطاع الخاص بنقل الملكية إلى الجهة الحكومية أو جهة خاصة أخرى جديدة من خلال مناقصة عامة"⁽²⁾.

عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الاونسيترال) "هو شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة من الزمن أحد الاتحادات المالية الخاصة- تدعى شركة المشروع- ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من

(1) تم تعريفها في المطلب الأول (3,4,5) من هذا البحث.

(2) المحاماة: مجلة قانونية(638)، العددان الخامس والسادس تصدر عن نقابة المحامين- ب ج، م، ع، أنشئت "اليونيدو" كوكالة مستقلة من وكالات الامم المتحدة عام 1986، مهامها: تشجيع التنمية الصناعية المستدامة في البلدان ذات الاقتصاديات النامية او المارة بمرحلة انتقالية، تسخر القوى المشتركة للحكومات والقطاع، الخاص لتشجيع الانتاج الصناعي القادر على المنافسة، تعمل على إقامة شراكات صناعية دولية وتشجيع التنمية الصناعية المنصفة اجتماعيا والسليمة بيئياً. هدفها: النهائي هو ايجاد حياة أفضل للناس بإرساء قاعدة صناعية للرخاء والقوة الاقتصادية على المدى الطويل.

<http://www.un.org/arabic/publications/ourlives/unido.htm>

تشغيل المشروع واستغلاله تجاريًا، وفي نهاية مدة الامتياز⁽¹⁾ تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة⁽²⁾

تعريف الجهة الإدارية لعقد البناء والتشغيل والتحويل "هو عقد يبرم بين الدولة، أو إحدى الجهات الإدارية التابعة لها، وطرف خاص أجنبي عادة ما يتخذ شكل شركة- يطلق عليها شركة المشروع- بغرض تشييد أحد المرافق العامة ذات الطبيعة الاقتصادية؛ على حساب تلك الشركة وقيامها مقابل ذلك باستغلال المرفق والحصول على عائد هذا الاستغلال طوال مدة التعاقد، وفي نهاية تلك المدة تلتزم الشركة بتسليم المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة دون أي مقابل وخاليًا من كافة الأعباء وبحالة جيدة"⁽³⁾، أو "هو علاقة عقدية تبرم بين الإدارة وجهة من جهات القطاع الخاص تسمى راعي المشروع، ويكون محلها تشييد مشروع (بنية أساسية غالباً) وإدارته لفترة محددة، وذلك على حساب راعي المشروع ونفقاته، ودون أن تتكبد الحكومة أية نفقات مقابل الحصول على عائدات هذا المشروع طوال مدة العقد، وبما يمكنه من استعادة التكاليف التي أنفقها من رأس ماله الخاص وسداد القروض وتوزيع الأرباح على المساهمين، وعلى أن يقوم راعي المشروع مع نهاية مدة العقد بتسليم المشروع للحكومة بحال جيدة وصالحة للتسيير دون مقابل"⁽⁴⁾.

تعريف الفقهاء لعقد البناء والتشغيل والتحويل.

عرفه مجمع الفقه الدولي الإسلامي: "هو اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة الأداء

(1) عقد الامتياز: هو "اتفاق يكلف بمقتضاه شخص عام شخصاً آخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافأة محددة تحدد بناءً على النتائج المالية لاستغلال المرفق العام" الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية (108).

(2) الجمعية العامة: (الاونسيترال) الأعمال المقبلة الممكنة، مشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية، هي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد عن 40 عاماً، وتتمثل مهمتها في عصرنه وموائمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية... وتعمل على صياغتها وهي تشمل ما يلي: المعاملات التجارية اتفاقيات وقوانين نموذجية وقواعد مقبولة عالمياً، أدلة قانونية وتشريعية وتوصيات ذات قيمة عملية كبيرة، معلومات محدثة عن السوابق القضائية وسن قوانين تجارية موحدة، مساعدة تقنية في مشاريع اصلاح القوانين، حلقات دراسية إقليمية ووطنية في مجال القوانين التجارية الموحدة، مساعدة تقنية في مشاريع اصلاح القوانين، حلقات دراسية إقليمية ووطنية في مجال القوانين التجارية الموحدة.

http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about_us.html

(3) الروبي: عقود التشييد والتسليم B.O.T (154,153).

(4) رابط <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=224763> ، تيشوري: موقع الحوار المتمدن.

المرجو منها"⁽¹⁾، وعرفه الدكتور أبو سليمان "هو عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه، وأرباحه، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض"⁽²⁾، وعرفه الدكتور الرشود "هو اتفاق بين طرفين أحدهما يملك الأرض والآخر يقوم بتنفيذ وتشغيل مشروع لصالح مالك الأرض على أن له الانتفاع بذلك مدة محددة"⁽³⁾.

والذي يراه الباحث أن التعريفات جميعها تتفق في المضمون حيث إنها لا تخرج عن كونها توصيفاً للعقد، ويعزو الباحث سبب كون التعريف توصيفاً. بسبب حداثة العقد كما ذكر د. وضاح" حيث اعتبره علماء القانون والإدارة عقد جديد ومستحدث، واعتبره البعض أنه بعناصره يمثل تطبيقاً لعقد التزام المرافق العامة وقد انفصل عنها، ولجأت كثير من الدول لتطبيقه لتوفير المال والوقت مجتمعين"⁽⁴⁾، إضافة إلى ذلك الترجمة الحرفية عن اللغة الإنجليزية، ويتضح من هذه التعاريف أنها لا تدخل في نطاق التعاريف الجامعة المانعة وأهم ما يلحظ على هذه التعاريف ما يلي⁽⁵⁾:-

1. الطول الذي ينافي صيغة التعاريف التي ينبغي تميزها بالإيجاز والتحديد.
2. إيراد نتائج العقد في تعريفه، وهذا مخل؛ إذ إن نتائج العقد غير داخلية في ماهيته.
3. الدور الذي يخل بالتعريف في قولهم: "اتفاق تعاقدية..." والأولى الاقتصار على إحدى اللفظتين اتفاق أو تعاقد.
4. حجر إبرام هذا العقد على الدولة فقط، وهذا من حيث نشأة العقد صحيح لكنه تعداه إلى إمكان إبرامه بين الأفراد والشركات الخاصة نفسها.
5. استخدام لفظة "تمنح" في تعريف لجنة الانيسترال وهي مرادف الهبة، وهذا مخالف للعقد الذي هو من المعاوزات.

(1) مجمع الفقه الإسلامي الدولي: في قراره رقم (129) (14,3) للدورة التاسعة عشر المنعقدة في الشارقة- الإمارات العربية المتحدة، 2009م.

(2) أبو سليمان: "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" (3).

(3) الرشود: "عقد البناء والتشغيل وإعادة في تعميم المرافق العامة والأوقاف" (4).

(4) الحمود: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (30,29) "قد تباينت وجهات نظر فقهاء القانون العام والخاص بشأن ماهية عقود البوت، وقد انعكس ذلك عليهم مما أثر على تعريفاتهم لهذه العقود، حيث اعتبر بعضهم أنه عقداً ذا طبيعة إدارية، واعتبره آخرون عقداً ذو طبيعة مدنية، واعتبره آخرون عقداً ذو طبيعة تجارية، وظهر اتجاه آخر اعتبره ذو طبيعة خاصة"، الشراعية: الطبيعة القانونية لعقود البوت (14).

(5) انظر: الرشود: عقد البناء والتشغيل وإعادة (4,3)، الشمراني: الضمان والتصرف في عقود البناء والتشغيل وإعادة (8).

6. يأخذ على تعريف مجمع الفقه الدولي الإسلامي إدخال تفاصيل العقد في التعريف.
7. ويأخذ على تعريف د. أبو سليمان عدم ذكر الحالة التي تكون عليها المنشأة عند ردها لأصحابها، كذا د. الرشود.
8. ويأخذ على تعريف د. الرشود قصر الثمن في العقد على المنفعة من المشروع بقوله: "له الانتفاع بذلك مدة محددة".

التعريف المختار:

لعل تعريفات الفقهاء هي الأقرب لضبط توصيف طبيعة هذا العقد خاصة عند وضعها قيد تسليمها "صالحة للأداء المرجو"⁽¹⁾ لكنها تتصف بالطول، ولذلك فإن الباحث يرى إمكان تعريفه: هو "عقد مالي لتمويل بناء وتشغيل مشروعات كبيرة والاستفادة منها لمدة معلومة؛ ثم تحويلها صالحة للأداء المرجو منها لأصحابها نهاية مدة العقد".

شرح التعريف:

1. عقد مالي: يقصد به العقد المعنوي وهو تلاقي إرادتين في إبرام اتفاق من بيع أو كراء... ونحوه وفي بحثنا هذا نقصد به تمويل المشروعات الكبيرة التي تحتاج إلى رؤوس أموال كبيرة لتفي بعمليات إنشائه وتشغيله.
2. لتمويل: قيد خرج به عقود البيع والإجارة وأمثالها أي التي لا يقصد منها التمويل.
3. بناء: إقامة المشروع على الأرض حسب الاتفاق بين العاقدين.
4. مشروعات كبيرة: المقصود منها البنية التحتية للدولة، أو المشروعات الاستثمارية الفردية التي بحاجة لتمويل كبير، وسيأتي بيانها في الفصل الثالث من هذا البحث.
5. الاستفادة: قيد لبيان المقابل الذي سيتقاضاه الممول لهذه المشروعات من بناء وإدارة... ونحوه.
6. تشغيل: أي إطلاق يد الممول في تشغيله لتمكينه من استرداد ما دفعه في بناء المشروع ولتحصيل الربح المرجو من تشغيل المشروع، والذي هو بمثابة الانتفاع بالعين.
7. مدة معلومة: قيد في التعريف لبيان أن العقد ليس على التأييد؛ إنما مؤقت وأنه من عقود المدة التي قد تطول.
8. ثم تحويلها صالحة للأداء لأصحابها نهاية العقد: أي رده صالحاً للاستخدام للأرض وما عليها من إنشاءات.

(1) الشمراني: الضمان والتصرف في عقود البناء والتشغيل والإعادة (8).

المطلب الثالث

أهمية وخصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل

أولاً: أهمية عقد البناء والتشغيل والتحويل:

- لعقد البناء والتشغيل والتحويل أهمية اقتصادية كبرى تعود على المجتمع بالنفع والمصلحة، وتتمثل وجوه هذه الأهمية فيما يلي⁽¹⁾:
1. يأخذ عقد البناء والتشغيل والتحويل أهميته بأنه يعنى في إنشاء البنى التحتية للدولة، والتي بدورها مطلوباً منها تجهيز وتقديم الخدمات لجمهورها، وضمان الحياة الكريمة للفرد والدولة.
 2. له دور هام في رفع كفاءة المشروعات التي تتم بواسطة القطاع الخاص، حيث ثبت إن القطاع الخاص يمتاز بحرصه على إنجاز المشروع وإدارته، وتشغيله للاستفادة منه وتحصيل الربح المرجو منه.
 3. له دور فاعل في جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية، ناهيك عن نقل الخبرات إلى داخل البلد المبرم للعقد.
 4. يسمح للقطاع الخاص أن يسهم في بناء الاقتصاد العام في الدولة واستثمار ينتج عنه التقليل من نسبة البطالة بحيث يرفع نسبة العمالة الوطنية وجلب التكنولوجيا إلى الدولة.
 5. إن الاعتماد على نظام ال B.O.T ينعكس إيجابياً على الوضع الاقتصادي للبلد المضيف، ويساهم في تطوير عمل المؤسسات وتشجيع الاستثمارات وتوسيع أسواق المال والتسليفات النقدية، بأنه ينشط سوق المال، حيث يلجأ القطاع الخاص إلى استحداث مصادر تمويل متعددة مثل: طرح سندات، أو زيادة رأس مال، أو عقد اتحادات مالية.....الخ.
 6. تخفيض مخاطر السوق والاقتراض⁽²⁾؛ لأن الدولة هي العميل الوحيد.

(1) انظر: البشبيشي: نظام البناء والتشغيل، أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك (11)، محاضرة لـ

صباغ: محمد هشام <http://justice-lawhome.com/vb//showthread.php?t=9209>.

(2) جرت العادة في مثل هذه المشروعات الاقتراض من البنوك بحيث يضع البنك فائدة على القرض، لذلك التمويل عن طريق اتحاد عدة شركات وتعاقدتها مع الدولة يخفف من هذه المخاطر؛ ومخاطر السوق: تلك المخاطر التي تصاحب وقوع أحداث غير متوقعة، وكيفية إدراك المستثمرين واستيعابهم لهذه الأحداث؛... فيكون تعرض حملة الأسهم العادية لهذا النوع من المخاطر أكثر من غيرهم من المستثمرين (180,179). موقع

النجاح: العائد والمخاطرة: http://www.najah.edu/sites/default/files/Part7_Finance.pdf

7. يساعد الدولة في توفير ميزانيتها لقطاع الصحة والتعليم الخدماتي الذي ليس له مردود اقتصادي مباشر⁽¹⁾.

ثانياً: خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل:

يتصف هذا عقد البناء والتشغيل والتحويل بخصائص عدة أهمها⁽²⁾:
 أولاً: أنها مصدر تمويل مشروعات كبيرة: اعتادت الحكومة إقامتها وتشغيلها في الماضي، ومن أهم أنواعها المرافق العامة والأشغال وقطاع النقل العام مثل القوى الكهربائية والاتصالات بنوعها، والصرف الصحي وتعبيد الطرق وإقامة السدود والسكك الحديدية.
 ثانياً: أنها من عقود المدة: أي أن فترة التشغيل تمتاز بالطول عادةً والأصل فيها أن تراعى حاجة ومصلحة الجمهور وشركة المشروع، حتى تسترد شركة المشروع ما أنفقته في إقامته، وهذه الفترة تتراوح مدتها من 20 عاماً إلى 99 عاماً حسب نوعية المشروع.
 ثالثاً: بعد انتهاء فترة العقد فإن شركة المشروع تقوم بتحويل الأرض وما عليها من بناء إلى الجهة مانحة المشروع.

رابعاً: أنه يساعد في نقل أعباء إنشاء وتشغيل المشروع إلى شركة المشروع، حيث ينقل خبرات القطاع الخاص في إنشاء وتشغيل مثل هذه المشروعات وحسن إدارتها، كما أنه يمنح فرصة مشاركة القطاع الخاص العام في إنشاء وتشغيل مشروعات البنية التحتية، فيؤدي إلى تحسين مستوى الخدمات المقدمة للمنتفعين من مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة.
 خامساً: للدولة مانحة المشروع حق إنهاء العقد إذا وجدت إخلال من قبل شركة المشروع أو الإعسار أو أنه لا يراعي المصلحة العامة.

سادساً: إن أموال القطاع الخاص المستخدمة في مشاريع الـ (B.O.T) لا تدخل في أرقام الموازنة العامة للدولة⁽³⁾ (حساب النفقات)، وبالتالي فإنها تخفف من مقدار عجزها وهي تشكل مصادر إضافية مساعدة لتمويل، وتطوير مشاريع أساسية، ضمن سياسة الدولة الإنمائية بمشاركة القطاع الخاص⁽⁴⁾.

(1) انظر: موقع النجاح: العائد والمخاطرة، (180,179).

(2) محمود: العلوم الاقتصادية والقانونية (181,180,30) تقي الدين: عقد الفيدك التصميم والبناء والتشغيل (3).

(3) القرا: مدونة، تُعرّف الموازنة العامة: هي "تقدير مفصل ومعتمد للنفقات العامة والإيرادات العامة، عن فترة مالية مستقبلية، غالباً ما تكون سنة <https://sqarra.wordpress.com/budjet3> الموازنة العامة للدولة.

(4) دليل (الأونسيترال) التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص (179) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (3)، جلال: عقد البوت بين القانون الخاص (22,21)، صباغ: عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية، والنظم القانونية المستحدثة، رابط

justice-lawhome.com/vb//showthread.php?t=9209

المبحث الثاني:

أركان عقد البناء والتشغيل والتحويل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

الأركان التي يتكون منها العقد

المطلب الثاني:

مطابقة أركان عقد البوت بالعقد

المطلب الأول

الأركان التي يتكون منها العقد

يعتبر عقد البناء والتشغيل والتحويل من جملة عقود المعاوضات المالية المعتمدة، ولذلك لا بد أن تتوفر فيه أركان العقود عموماً والتي بينها الفقهاء، وفي المطلب الأول من هذا المبحث يتحدث الباحث عن الأركان التي يتكون منها العقد عموماً، ثم يتحدث في المطلب الثاني عن مدى مطابقة هذه الأركان وتحققها في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

حيث ذهب جمهور الفقهاء على أن للعقد ثلاثة أركان⁽¹⁾، حيث لا وجود للعقد إلا في وجود عاقدین وصيغة ومحل يرد عليه الإيجاب والقبول "المعقود عليه"⁽²⁾، أما الحنفية فذهبوا إلى أن الركن في العقد هو الصيغة فقط، أما العاقدان والمعقود عليه هو مما تستلزمه الصيغة⁽³⁾.
نأتي الآن على التعريف بأركان العقد:

الركن الأول: العاقدان.

وهما من يبرمان الاتفاق حيث يصدر عنهما الإيجاب والقبول، باللفظ أو الفعل حسب العقد المبرم بينهما، وقد تكون شخصية حقيقية، وقد تكون الشخصية اعتبارية كما في عقد البناء والتشغيل والتحويل وما شابهه من العقود، ولا بد أن يكونا جائزا التصرف بالمال وأن يقع العقد بينهما بالتراضي، وفي عقد البناء والتشغيل والتحويل تكون شركة المشروع والجهة مانحة الامتياز⁽⁴⁾ طرفي العقد، ومن المعلوم أن شركة المشروع تتكون من مجموعة أشخاص يجمع

(1) في اللغة: مفردا الركن وهو "أحد الجوانب التي يستند إليها الشيء، ويقوم به"، أو "هو ما يقوم به الشيء"، ابن منظور: لسان العرب (3،185)، وفي الاصطلاح: هو "الجزء الذاتي الذي تتركب منه ومن غيره بحيث يتوقف تقومها عليه"، الجرجاني: التعريفات (117)، الأوقاف: وزارة الكويت: الموسوعة الفقهية (3،200).

(2) انظر: حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (133)، الخطاب: مواهب الجليل (4،228)، النووي: روضة الطالبين (3،4)، الشرييني: مغني المحتاج (2،5)، البهوتي: كشاف القناع (4،1377)، ابن المنجي: الممتع في شرح المقنع (2،272).

(3) السمرقندي: تحفة الفقهاء (2،29)، الكاساني: بدائع الصنائع (6،527)، السرخسي: المبسوط (12،108).

(4) الفصل الأول/ المادة (1) تعاريف: "أي وزارة أو هيئة أو سلطة عامة أو هيئة محلية تتولى وفق القوانين السارية في فلسطين مسؤولية أو مهمة القيام بعمل أو نشاط في أي من القطاعات التي تكون محل الامتياز وفقاً لأحكام هذا القانون". قانون الامتياز الفلسطيني لعام 1997م.

بينهما كيان قانوني ألا وهو شركة المشروع⁽¹⁾، حيث دل على جواز ذلك ما جاء في نص المادة (570) من مجلة الأحكام العدلية على الجواز⁽²⁾.

الركن الثاني: المعقود عليه.

كل ما وقع عليه التعاقد، وظهرت فيه أحكامه وآثاره⁽³⁾، وأن يكون المعقود عليه طاهراً وأن ينتفع به شرعاً⁽⁴⁾.

الركن الثالث: الصيغة.

هي "ما صدر من المتعاقدين دالاً على توجه إرادتيهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه"⁽⁵⁾، وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية: "الألفاظُ والعِبَارَاتُ الَّتِي تُعْرَبُ عَنْ إِرَادَةِ الْمُتَكَلِّمِ وَنَوْعِ تَصَرُّفِهِ"⁽⁶⁾، والصيغة لابد أن تكون واضحة ومفهومة، وخاصة عند ترجمتها من أي لغة غير عربية إلى اللغة العربية، لأن أصل نشئت هذا العقد هو في الدول الأجنبية، لذا تنبه فقهاء القانون العربي حيث اعتبر الصياغة باللغة العربية هي اللغة الرسمية المعترف بها أمام المحاكم عند التنازع، ولا بأس بأن تترجم إلى أي لغة أخرى، وإذا حدث تعارض بين النسختين فإن النسخة العربية هي التي يأخذ بها⁽⁷⁾.

(1) العبود: نظام البناء والتشغيل والتحويل وتشبيد مشروعات البنية التحتية (6).

(2) مجلة الأحكام العدلية (106) لَوْ اسْتَأْجَرَ أَهْلُ قَرْيَةٍ مُعَلِّمًا، أَوْ إِمَامًا أَوْ مُؤَدِّنًا وَأَوْفَى خِدْمَتَهُ يَأْخُذُ أَجْرَتَهُ مِنْ أَهْلِ تِلْكَ الْقَرْيَةِ.

(3) الشلبي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (69,2)، الزحيلي: د. وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته (172,4).

(4) الأوقاف: وزارة الكويت: الموسوعة الفقهية (36,20).

(5) الشلبي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (2,4)، الزحيلي، د. وهبة: الفقه الإسلامي وأدلته (94,4).

(6) الأوقاف: وزارة الكويت: الموسوعة الفقهية (152,28).

(7) انظر: بتصرف: الجمال: القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك (37).

المطلب الثاني

مطابقة أركان عقد البوت بالعقد

لابد لقيام الشيء من توفر أركانه التي يقوم عليها لنبني التصور السليم للعقد وهذا شأن كافة العقود، حيث لكل ركن من هذه الأركان شروطه المعتبرة، وفي هذا المطلب نرى مدى توفر هذه الأركان وشروطها في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

أركان العقد وهي ثلاثة عند جمهور الفقهاء، العاقدان، المعقود عليه، والصيغة.

حيث نجد أن هذه الأركان الثلاثة توفرت في عقد البناء والتشغيل والتحويل على النحو التالي:

الركن الأول:

العاقدان، وهما طرفا العقد، لا بد من توافرها في أي عقد، ويمثلها في عقد البناء والتشغيل والتحويل، الحكومة أو من يمثلها أو صاحب المشروع وهو العاقد الأول، أما العاقد الثاني فهو من سيقوم بإنشاء ما اتفق عليه، وفي هذا العقد هو ما يعرف بشركة المشروع.

العاقد الأول:

هو الجهة الإدارية المالكة لمحل إقامة المشروع، سواء كانت الحكومة بشخصيتها الاعتبارية، أو المالك بشخصه، ويشمل الأشخاص ذوي المعنوية العامة وقد تكون إما أشخاصاً ذوي صفة إقليمية كالدولة والمحافظات والبلديات والمقاطعات، وإما أن يكونوا أشخاصاً ذوي صفة خاصة كالنقابات المهنية⁽¹⁾.

العاقد الثاني:

هو الجهة التي ستقوم بإنشاء المشروع وتشغيله والاستفادة من ريعه مدة العقد، وهي المعبر عنها بشركة المشروع، التي قد تكون شركة واحدة، أو تتكون من ترتيب تعاقد بين عدة شركات تكون متخصصة في مجالات التصميم والتوريد والتشييد ويطلق على اتحادها معاً (الكونسرتيوم) (CONSORTIUM)، تتعهد معاً بالقيام بمشروع مشترك دون أن تندمج في كيان قانوني مشترك. تبرم اتفاقية مع الدولة مانحة الامتياز أو الحكومة تقوم بموجبه ببناء ثم تشغيل أو إدارة المشروع خلال فترة الامتياز لتحقيق ارباح إلى جانب استرداد تكاليف البناء

(1) عدها الرشود: د. خالد: أربعة أركان (95) العقود المبتكرة للتمويل بالصكوك الإسلامية، وهي كما ذكر سوى أنه فرق بين الأرض التي هي محل المشروع، والمشروع الذي هو الإنشاءات المحددة في العقد، فوجدنا إمكان ضمها في ركن واحد.

والتشغيل ثم تسليمه للدولة أو الحكومة بعد انقضاء فترة الامتياز بكافة أصوله المتفق عليها بالعقد، وسبب اتحادها: "الحاجة إلى توفير رؤوس الأموال الضخمة التي يحتاجها بناء وتشغيل مشاريع البنية التحتية وفقاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل، والحاجة إلى الخبرة والمعرفة الفنية والمهارات التنظيمية والإدارية الذي غالباً لا يتوفر في شركة واحدة فقط بالإضافة إلى توزيع الأخطار بين الأطراف"⁽¹⁾.

الركن الثاني: محل المشروع، وإنشاءات المشروع:

محل المشروع:

هي الأرض التي سيقام عليها المشروع، ولا بُدُّ ألا تكون متنازعاً عليها أو مغصوبة ...

المشروع:

هو الإنشاءات المحددة في العقد، مثل تعبيد الطرقات، وإنشاء المطارات، والمستشفيات، ومحطات الكهرباء... وغير ذلك من المشاريع التي يعم نفعها الصالح العام.

الركن الثالث: الصيغة.

هي الألفاظ التي يصاغ بها العقد متضمنة بيان أركانه وشروطه والتزامات كل طرف وحقوقه، التي يجب أن تكون واضحة صريحة قاطعة للنزاع بين أطراف العقد، وألا تحوي شروطاً غير معتبرة شرعاً، ومن الواضح أن هذا العقد يتمثل فيه ركن الصيغة بجلاء، حيث يقوم كل طرف من طرفي العقد بتقديم طلبه وعرضه وشروطه المتعلقة بالمشروع؛ فإذا تم التوافق بينهم ثبت العقد وترتبت عليه آثاره⁽²⁾.

ويرى الباحث أن جميع هذه الأركان الثلاثة قد توافرت في عقد البناء والتشغيل والتحويل، لذا فإن أركان العقد المعتمدة شرعاً توفرت في هذا العقد.

مراحل تنفيذ عقد البناء والتشغيل والتحويل:

عقد البناء والتشغيل والتحويل من العقود الضخمة التي تتكون من عدة عقود تبرم من الباطن والتي تحتاج لمراحل عند تنفيذها ليخرج بصورته الكلية، ويعتبر عقد البناء والتشغيل والتحويل في أصل نشأته من العقود الدولية التي تسعى لإبرامه الدول في إنشاء وتشغيل المرافق العامة

(1) العبود: نظام البناء والتشغيل والتحويل وتشييد مشروعات البنية التحتية (6).

(2) الرشود: العقود المبكرة للتمويل بالصكوك الإسلامية (95).

لذا فإن الباحث يرى أن المراحل التي ينفذ بها إنشاء المرفق العام بعقد البناء والتشغيل والتحويل هي على النحو التالي:

- 1- إجراءات اختيار إنشاء المرفق العام بعقد البناء والتشغيل والتحويل.
- 2- إجراءات تشغيل المرفق العام بعقد البناء والتشغيل والتحويل.
- 3- إجراءات ما بعد إنشاء المرفق بعقد البناء والتشغيل والتحويل.
- 4- إجراءات نقل المشروع بعد انتهاء مدة عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المرحلة الأولى: إجراءات اختيار إنشاء المرفق العام بعقد البناء والتشغيل والتحويل.

وفي هذه المرحلة تقوم الجهة مانحة الامتياز بالبحث عن المشروع التي تريد إنشائه وتشغيله بعقد البناء والتشغيل والتحويل، وفيها يتم تقييم المشروع من الناحية السياسية والاقتصادية والفنية والتكلفة المالية، كذا طرح المناقصة أي الإعلان عنها في السوق لتمكين المستثمرين من الاطلاع على المشروع وموصفاته لإعداد الدراسات الخاصة وفقاً للمعايير المعلن عنها من قبل الجهة مانحة الامتياز، والتقدم للجهة مانحة الامتياز للتعاقد معها بعقد البناء والتشغيل والتحويل بعد الموافقة من قبل الجهة مانحة الامتياز يقوم المستثمرون بتكوين شركة المشروع التي يقع على عاتقها إنشاء وتشغيل المرفق العام⁽¹⁾.

المرحلة الثانية: إجراءات تشغيل المرفق العام بعقد البناء والتشغيل والتحويل.

وتأتي هذه المرحلة بعد قبول الجهة مانحة الامتياز لعرض شركة المشروع، والتي يأتي ضمنها إنشاء المشروع والذي يترتب عليه الحصول على التراخيص القانونية اللازمة، التي تعطي شركة المشروع الثقة في تنفيذ العقد، وكذلك تشغيل المرفق من قبل شركة المشروع أو عن طريق غيرها وفق ما اتفق عليه مع الجهة مانحة الامتياز⁽²⁾، قال الشيخ مرتضى: "بعد إقامة المشروع تتولى الشركة عملية التشغيل بنفسها، أو قد تتعاقد مع شركة مشغلة (Operator) لتتولى عملية التشغيل والصيانة، وتستخدم الواردات الحاصلة خلال فترة التشغيل لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل، والوارد المتبقي بعد

(1) ريمة: ماهية عقود البوت وواقعه العملي (11)، الترابي: عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكيف الفقهي والحكم الشرعي (4)، حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (62).

(2) ريمة: ماهية عقود البوت وواقعه العملي (12)، الترابي: عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكيف الفقهي والحكم الشرعي (5)، حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (66).

ذلك هو الإيراد الصافي، أو الربح المتحقق للشركة. ومن حق الحكومة وكذلك الدائنين في هذه المرحلة التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة تتم وفقاً للمعايير المتفق عليها سلفاً⁽¹⁾.

المرحلة الثالثة: إجراءات ما بعد إنشاء المرفق بعقد البناء والتشغيل والتحويل.

وهذه المرحلة مرحلة التشغيل التجاري الذي تقوم به شركة المشروع لجني الربح المتوقع من تشغيل المرفق العام، وهذه المرحلة يتطلب من شركة المشروع ضمان تشغيل المرفق مع استمراره تقديم الخدمة لجمهور المستفيدين مدة العقد، وكذلك صيانة أصول المشروع حتى يستمر في أدائه الجيد بعد التسليم، وإذا كانت الجهة مانحة الامتياز اشترطت تشغيل فئة بعينها مثل اشتراط الدولة تشغيل العمالة المحلية، فإنه تعين على شركة المشروع تدريب هذه العمالة.

المرحلة الرابعة: إجراءات نقل المشروع بعد انتهاء مدة عقد البناء والتشغيل والتحويل.

وهذه المرحلة متعلقة بانتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل ونقل أصول المشروع للجهة مانحة الامتياز، وهي المرحلة الثالثة من العقد بعد الإنشاء والتشغيل، وهذه المرحلة لها أهميتها من حيث التأكد من حالة المشروع الإنتاجية وكذلك أصوله التشغيلية ومديونيته المالية، فلا بد أن تكون أصول المشروع صالحة للعمل، وفي هذه المرحلة الجهة صاحبة الامتياز مخيرة بين إنهاء العقد وتشغيله بنفسها أو تجديد فترة التشغيل مع شركة المشروع نفسها أو غيرها من الشركات الأخرى⁽²⁾.

(1) الترايبي: عقد البناء و التشغيل و إعادة التكييف الفقهي والحكم الشرعي (5).

(2) انظر: ريمة: ماهية عقود البوت وواقعه العملي (12)، الترايبي: عقد البناء و التشغيل و إعادة التكييف الفقهي والحكم الشرعي (5)، حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (70) وما بعدها).

المبحث الثالث:

صور عقد البناء والتشغيل والتحويل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

صور عقد البناء والتشغيل والتحويل المحولة

المطلب الثاني:

صور عقد البناء والتشغيل غير المحولة

المطلب الأول

صور عقد البناء والتشغيل والتحويل المحولة

تقديم:

الحياة تذخر بالمستجدات الاقتصادية التي طغت عليها المادية، فإن الإنسان يشغل وقته في كيفية تنمية ماله بتحصيل الربح، وكذلك في إمكانية معاونة القطاع العام في انشاء المشاريع الكبرى التي ترهق كاهل الحكومات وتستنفذ المقدرات فتختل الموازنات المرصودة لبناء مثل هذه المشروعات، فظهر كثير من العقود المشابهة لعقد البناء والتشغيل والتحويل، سنأتي على ذكرها في هذا المبحث، حيث نعتها بعض المصنفين بالصيغ⁽¹⁾، والبعض الآخر بالأنظمة⁽²⁾، ومنهم من نعتها بالعقود⁽³⁾، وهذه العقود بينها تشابه كبير حيث اعتبرها الكثيرون إنها تنتمي لعائلة واحدة من العقود وهي عقود {البوت}⁽⁴⁾، وبعد النظر في صور هذا العقد، وجدنا أن بينها رابطاً مشتركاً وهو أنها من عقود إنشاء المشروعات الكبيرة التي تساعد الدولة في تحمل أعباء إنشاء البنى التحتية والإسهام في تمويلها وتشغيلها مع فارق بينها، وهو أنها ما يختص بتحويل المشروعات بما عليها إلى الدولة أو صاحب المشروع، ومنها ما لا يكون في نهايته رده⁽⁵⁾، لذا قسم الباحث هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: صور عقد البناء والتشغيل والتحويل المحولة.

المطلب الثاني: صور عقد البناء والتشغيل غير المحولة.

الصورة الأولى: مشروعات البناء والتشغيل والتحويل Build Operate and Transfer (B. O. T):

قال تيشوري: يعني قيام جهات غير حكومية بالحصول على التزام بإقامة مشروع من مشاريع البنية الأساسية، أو مرفق من المرافق الهيكلية التحتية (طرق - جسور - مطارات - موانئ ..) على أن تقوم هذه الجهة غير الحكومية بتوفير التمويل اللازم لإقامة المشروع من

(1) الغزالي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (6).

(2) المحبيني: بحث عقد البوت (41).

(3) حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (43).

(4) انظر: حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (19).

(5) انظر: حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (14) هو تولي القطاع الخاص اقامة وتشغيل مشروع بنية تحتية كان من المعتاد قيام القطاع العام ببنائه وإدارته، على أن يتم تحويله مرة أخرى للحكومة بعد مدة متفق عليه يتم فيه استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول من الربح.

مواردها الذاتية المتوافرة والمتمثلة في رأس مالها واحتياطياتها وأرباحها غير الموزعة أو من خلال الاقتراض من الخارج سواء من الجهاز المصرفي ، إما بإصدار سندات تطرح للجمهور .
نلاحظ في هذا العقد أموراً منها:

1. التشييد يكون على عاتق المتعاقد فيه، ولا يقع على عاتق الإدارة .
2. التشغيل يكون على عاتق المتعاقد مع الإدارة أيضاً ، ويتحملة بما يضمن سير المرفق المتصل بالعقد بانتظام وباضطراد إلى ما قبل تسليم المشروع.
3. العقد من العقود المقيدة بإطار زمني محدد وبعده تنتهي الرابطة العقدية ، وتؤول ملكية المشروع برمته مع كافة أصوله إلى الإدارة المتعاقدة .
4. التعاقد يتمثل في أن المتعاقد له حق إدارة المرفق محل التعاقد طول مدة العقد ، مما يعني في هذه الحالة وجود خصخصة مؤقتة لهذا المرفق محل العقد⁽¹⁾.
5. مضمون عقد البناء والتشغيل والتحويل عدم السماح لممول المشروع نقل المشروع أو التنازل عنه لغير جهة الإدارات⁽²⁾.

الصورة الثانية: مشروعات عقد البناء والتشغيل والتحويل، Build- Won- Operator- Transfer، ويرمز له (B.O.O.T):

تتجلى أهمية هذا العقد في أنه حدد ملكية المشروع للطرف الخاص خلال مدة التشغيل، وذلك عندما أضيفت كلمة "يمتلك" عن ترجمة "Owen"، والمقصود منه تملك المستثمر للمشروع الذي قام بإنشائه⁽³⁾.

ويرى الباحث في هذا العقد التشابه الكبير بينه وبين عقد (B. O. T) والاختلاف بينهما في كون الحياة "التملك" الواردة في العقد هي لجذب المستثمرين، أو إعطاء مساحة أوسع لدى شركة المشروع في عملية استغلال المشروع، حيث يعني هذا العقد قيام شركة المشروع بإنشاء المرفق المتفق عليه وملكيته لمبانيه وأجهزته بواسطة شركة تابعة له تقوم بتشغيله وإدارته وتأدية الخدمة للجمهور، خلال مدة زمنية متفق عليها، وذلك تحت إشراف الدولة أو الجهة مانحة الامتياز، وفي نهاية العقد تتم عملية نقل المشروع بما يحوي من مبان وأجهزة إلى الجهة مانحة

(1) تيشوري: موقع الحوار المتمدن، رابط .

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=224763>

(2) ليلو: التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البوت (16).

(3) حامد: النظام القانوني لعقود الإنشاء والإعادة (29)، عن حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع

الخاص في مشاريع البنية التحتية (18).

الامتياز، مما يعني أن ملكية الأصل تكون لشركة المشروع طوال مدة العقد والمعروفة بملكية المنفعة والاستغلال⁽¹⁾ وهذه الملكية تعطيه حق رهن أصول المشروع بغرض تمويله⁽²⁾.

والاختلاف ما بين عقد (B.O.O.T) وعقد (B. O. T) يتمثل في أن المتعاقد يمتلك المرفق محل التعاقد طول مدة العقد ، مما يعني في هذه الحالة وجود خصخصة مؤقتة لهذا المرفق محل العقد⁽³⁾ على عكس عقد البناء والتشغيل والتحويل الذي لا يتضمن أي صورة من صور ملكية المشروع حيث تظل الملكية خالصة للدولة⁽⁴⁾ أي أن للشركة فقط إدارة المشروع.

الصورة الثالثة: مشروعات البناء والتشغيل والامتلاك المرحلي والتأجير التمويلي Build own – Lease – Transfer – ويرمز له (B.O.L.T):

هي قيام شركة المشروع ببناء المشروع وتملكه لفترة ثم استجاره فترة أخرى ثم إعادته للجهة مانحة الامتياز نهاية العقد، وفي هذا العقد كذلك فائدة للمستثمر أكثر منها للدولة المضيفة على النحو التالي:

- صلاحية هذه الصورة في إنشاء مشروعات تحتاج آلات ومعدات باهظة التكلفة المادية لتشغيلها.
- قد يعتري شركة المشروع ضعف مادي أو تقني، فإن هذه الصورة تمنحها فرصة في إمكانية تأجير المشروع لشركة أخرى خلال فترة التشغيل.
- ومثال ذلك قيام الجهة مانحة الامتياز بتأجير المشروع بعد إنشائه من الشركة مقابل حق الانتفاع وعائد تحصل عليه⁽⁵⁾.

حيث يترتب على هذه الصورة التعاقدية أن لشركة المشروع الحق في تأجير المشروع لغيرها من الشركات سواء، في حال عجزها عن إدارة المشروع أو لتحصيل الربح، وذلك في

(1) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (6)، بوعشيق: الطبيعة التعاقدية لعقود البوت (6)، حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (19)، يوسف، وآخرون: نظام البناء والتشغيل والتحويل، (181,30)، عبد المجيد: الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقات البوت (135)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (16).

(2) ليلو: التطور الحديث لعقد الالتزام عقد البوت (14).

(3) تيشوري: رابط <http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=224763>

(4) غانم: مشروعات البنية الأساسية بنظام BOT عن حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (18) حيث اعتبره البعض أنه لا يختلف عن عقد البوت سوى كونه مرغباً أكثر للمستثمرين؛ فإن وجد فارق بينهما فهو لفظي ليس إلا..

(5) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (6).

حدود مدة الامتياز الممنوحة من قبل الجهة مانحة الامتياز، ولهذه الجهة حق تجديد تأجير المشروع لشركة المشروع مرة أخرى، كما ولها حق تأجيرها لغيرها بعد انتهاء مدة العقد.

الصورة الرابعة: مشروعات البناء والتأجير والتحويل Build- Lease- Transfer ويرمز له (B.L.T):

تمنح هذه الصورة الجهة مانحة الامتياز وشركة المشروع فرصة المساهمة في إنشاء المشاريع غير الاقتصادية "الربحية" مثل المدارس والمعاهد والجامعات الحكومية، فتمنح الجهة مانحة الامتياز شركة المشروع إقامة مشروعاً من مشاريع البنية التحتية الخاصة بالقطاعات الحكومية، وبعد إقامته تقوم الحكومة باستجاره من شركة المشروع طوال فترة الامتياز⁽¹⁾.

يلاحظ على هذه الصورة أنها تختلف مع عقد البناء والتشغيل والتحويل في كونها تسترد قيمة تكاليف البناء من إيجار شركة المشروع للجهة مانحة الامتياز، مع مراعاة مقدار الربح المناسب لشركة المشروع، وفي نهاية العقد يصبح المشروع ملكاً للجهة مانحة الامتياز لاستنفاد العقد مدته⁽²⁾.

الصورة الخامسة: مشروعات البناء والاستئجار والتحويل ويرمز له (B.R.T):

في هذه الصورة تقوم شركة المشروع ببناء المشروع ثم استئجاره من الجهة مانحة الامتياز التي تقوم بتشغيله بنفسها أو تشغيله عن طريق آخرين⁽³⁾.

هذا النوع له طبيعة خاصة مستمدة من خصوصية المنفعة التي تحققها الأفراد وهي خصوصية ترتبط بالمكان وترتبط أيضاً بالعائد المتولد منها، حيث يقوم المشروع على قابليته للتأجير سواء كان إيجاراً سنوياً قابلاً للتجديد أو طول فترة الامتياز، مثل إقامة طريق حيوي سريع⁽⁴⁾، حيث يتعهد الطرف الخاص في هذا النوع من العقود ببناء المشروع، على أن يقوم باستئجاره (RENT) بعد ذلك، لتشغيله لفترة معينة، ثم يعيده إلى المالك الأصلي عند نهاية

(1) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (6)، بوعشيق: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (6).

(2) حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (20)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم إعادة "BOT" (16).

(3) حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (21)، بوعشيق: الشراكة بين القطاعين العام والخاص (8).

(4) يوسف، وآخرون: نظام البناء والتشغيل والتحويل، (182) الرشود: عقد البناء والتشغيل وإعادة (6).

المدة المتفق عليها⁽¹⁾، ويختلف هذا العقد عن عقد البناء والتشغيل والتحويل في أن المرحلة الثانية تكون العلاقة التعاقدية استئجار وليس تشغيلاً لاسترداد ما صرفه في إنشاء المشروع كما في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

الصورة السادسة: مشروعات التحديث والتملك والتشغيل والتحويل Modernize Own – Operate – Transfer، ويرمز له (M.O.O.T):

هذا النوع من المشروعات يكون قائماً بالفعل لكنه لا يعمل بكفاءة بسبب التطور التكنولوجي مما يجعله يحتاج إلى عملية التحديث ثم التملك وتشغيل المرفق وتحويله إلى الجهة مانحة الامتياز نهاية مدة الامتياز⁽²⁾، بموجب هذا النوع من العقود تتعهد شركة المشروع بتحديث أحد المرافق العامة أو أحد مشروعات البنية الأساسية وتطويره تكنولوجياً وفقاً لأحدث المستويات العالمية، ويصبح مالكاً للمشروع ويقوم بتشغيله طوال فترة التعاقد، ثم يتنازل عن ملكيته للجهة مانحة الامتياز في نهاية مدة العقد دون مقابل⁽³⁾، وهذا النوع من العقود مصبه على المشروعات القائمة والتي تحتاج إلى تحديث وصيانة وإدارة خلافاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل المنصب على إيجاد المرفق وتشغيله وتحويله.

الصورة السابعة: مشروعات التحديث التشغيل وإعادة Modernize Operate – Transfer، ويرمز له (M.O.T):

وينصرف هذا النوع من التعاقد وفق ما يدل عليه مسماه إلى تحديث مرفق قائم، حيث تقوم شركة المشروع بالإفناق على عملية التحديث، ومن ثم تشغيل المرفق وتقاضي مقابل هذا التشغيل لحين إعادة رأس المال المدفوع في التحديث مع تحقيق هامش الربح المتفق عليه، فإن التطورات التكنولوجية المذهلة والتي لها فوائد كبيرة في تقليل هدر الموارد الطبيعية أو تقليل الآثار البيئية الضارة كل هذه وغيرها اعتبارات تدخل في العوامل التي تحدد حاجة المرفق للتحديث وهو يشبه عقد إعادة التأهيل (R.O.T) مع اختلافات بسيطة⁽⁴⁾، ويختلف عن الصورة التي تسبقه في ملكية المشروع مدة العقد، ويختلفان عن عقد البناء والتشغيل والتحويل في استخدامهما في تطوير مشروعات قائمة بحاجة إلى التحديث والتطوير.

(1) حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (21).

(2) بوعشيق: الطبيعة التعاقدية لعقود البوت (6)، البوسعيدي: الطبيعة القانونية لقود الامتياز والاستثمار التي

تبرمها الدولة وفقاً لنظام البوت (22)، البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

(3) يوسف، وآخرون: نظام البناء والتشغيل والتحويل (182,30).

(4) عبد المجيد: الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية (9).

الصورة الثامنة: التحديث والتشغيل والاعادة Rehabitate-Own-Transfer ويرمز له (R.O.T):

هذا النمط من العقود ذو فائدة جمة في إعادة الحياة للمرافق القديمة التي تحتاج لإعادة تأهيل، وعادة ما يحتاج المرفق لإعادة التأهيل بسبب الكوارث الطبيعية والأمطار والفيضانات والزلازل، أو بسبب افعال الإنسان من حروب ونزاعات مسلحة، ويختلف عن (B.O.T) في كون إعادة التأهيل ينصب على مرافق قائمة كلياً أو جزئياً، وبغض النظر عن التكلفة التي قد تنقص أو تزيد عن عقد (B.O.T)؛ فإن وجود المرفق من قبل له دلالة اقتصادية من ناحية الجدوى والأهمية، وقد اعطت بعض قوانين الخصخصة العربية الجهة الحكومية حقاً جوازاً في الاشتراط على القطاع الخاص الراغب في شراء المرفق العام أو المشاركة في إدارة وإعادة تأهيل المرفق، المُستثمر على إيرادات التشغيل طوال فترة التعاقد⁽¹⁾، أي إن الدولة بحاجة إلى تطوير وتحديث المرفق الذي تعطل بسبب الفيضانات أو فعل الإنسان مثل أعمال الشغب ويكون للمشروع أهميته لما يقدمه من خدمات.

الصورة التاسعة: مشروعات الإجار والتجديد والتشغيل والتحويل Lease – Renovate – Operate – Transfer ويرمز له (L.R.O.T):

حيث تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع تعود ملكيته للجهة مانحة الامتياز، ويقوم بتجديده وتحديثه وتشغيله لصالحه خلال مدة العقد ومن ثم يعيده للجهة مانحة الامتياز بمواصفات أفضل من السابق دون مقابل⁽²⁾، هذا النوع من المشروعات حيث يستند المشروع إلى قابليته للتأجير مثل الموانئ والمطاعم النهرية أو الطريق السريعة⁽³⁾، ومن الملاحظ أن وجه العلاقة بين الصور الأربعة الـ (M.O.O.T) (M.O.T) (R.O.T) (L.R.O.T)، كونها من العقود الواردة على مشروعات المرافق الاقتصادية القائمة والتي هي بحاجة إلى تحديث وترميم وصيانة وتشغيل.

(1) انظر: البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7)، عبد المجيد: الصيغ القانونية ودورها في جذب التمويل للخدمات والمرافق البلدية (9).

(2) النصر الله: دور ديوان المحاسبة في تدقيق المشروعات العامة، بنظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

(3) النصر الله: دور ديوان المحاسبة في تدقيق المشروعات العامة، بنظام البناء والتشغيل والتحويل (5).

البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

المطلب الثاني

صور عقد البناء والتشغيل غير المحولة

الصورة الأولى: البناء ونقل الملكية والتشغيل Build – Transfer – Operate (B.T.O):

حسب هذا العقد تقوم الجهة مانحة الامتياز بالتعاقد مع شركة المشروع على إنشاء المشروع ثم التخلي عن ملكيته للجهة مانحة الامتياز التي تبرم معه عقداً آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال مدة العقد، مقابل الحصول على إيرادات التشغيل مع تقسيط ثمن تكلفة المشروع بطريقة أو بأخرى حسب الاتفاق، رغم تعدد هذه الأنظمة التي تجمع بين عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية فضلاً عن عقود الخدمات والإدارة والتأجير فإن القاسم المشترك بينهما يتمثل في القطاع الخاص الذي يتحمل عبء التمويل سواءً تعلق الامر بتجديد المرفق العام وتشغيله أو تعلق الأمر بإنشائه وتشغيله وإعادة الملكية في نهاية العقد⁽¹⁾، ويتمثل هذا النموذج في المشاريع المتعلقة بالسياحة والفنادق حيث تقوم الجهة مانحة الامتياز ببناء المشروع ومن ثم تقوم بتشغيله من خلال شركة المشروع ويعتبر من عقود الخدمات⁽²⁾.

وجه الاختلاف بينه وبين عقد البناء والتشغيل والتحويل:

- ملكية المشروع تنتقل للدولة من انتهاء البناء وبداية التأجير مع شركة المشروع لتشغيل المرفق.
- تكلفة المشروع في هذا العقد تقسط على الدولة بطريقة أو بأخرى حسب المتفق عليه في العقد.

الصورة الثانية: مشروعات الشراء والبناء والتشغيل Purchase – Build – Operate ويرمز له (P.B.O):

يمثل هذا النوع أهمية خاصة للدول التي تنفذ برامج إصلاح اقتصادي وتعمل على تحويل عدد من مشروعاتها المملوكة للدولة إلى القطاع الخاص حيث يمكن للمستثمر الأجنبي أو المحلي شراء أصول مشروع قائم ثم القيام ببناء أصول جديدة ملحقة به وتشغيله والانتفاع به⁽³⁾، وفي هذا العقد تقوم شركة المشروع بشراء مشروع أنشئ بمعرفة الجهة مانحة الامتياز ثم تشغله

(1) حصايم: البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (21)، بوعشيق: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (7).

(2) النصر الله: دور ديوان المحاسبة في تدقيق المشروعات العامة، بنظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

(3) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

ولا يرد إليها، وهو يشبه الخصخصة الكاملة، وعليه فإن لشركة المشروع بناء ما تراه مناسباً للمشروع وفق العقد وحاجة المشروع، ووجه الاختلاف بينه وبين عقد البناء والتشغيل والتحويل أن ملكية أصول المشروع تكون لشركة المشروع خلافاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل الذي اعتمد فيه معنى الملكية هي ملكية الإدارة وليس أصول المشروع.

الصورة الثالثة: مشروعات التصميم والبناء والتمويل والتشغيل – Design – Build – Finance – Operate ويرمز له (D.B.F.O):

يعد هذا النوع بمثابة إضافة جديدة، حيث يتم اكتشاف فرصة إقامة مشروعاً جديداً تماماً، وعادة ما يقوم المقاول بأخذ زمام المبادرة لإقناع الحكومة بالمشروع، فيسند إليه تصميمه وإنشائه وتمويله وتشغيله⁽¹⁾، وتقوم الشركة الخاصة في هذا النوع من العقود بتصميم المشروع منذ البداية، وبعدها بنائه وتوفير التمويل اللازم له بالأخص عندما يحتاج المشروع إلى تمويل مستمر وكاف لحسن إدارته، لتأتي عملية التشغيل فيحصل الطرف الخاص على إيرادات المشروع، ولا تنتقل ملكية المشروع إلى الدولة عند انتهاء مدة العقد وإنما يظل المستثمر مالكا، وعلى الدولة إما تجديد العقد أو منحه إلى مستثمر بشروط أفضل بشرط تعويض المستثمر الأول تعويضاً عادلاً عن ملكية المشروع⁽²⁾، ووجه الاختلاف بين هذه الصورة وعقد البناء والتشغيل والتحويل في التالي:

- في عقد البوت تكون الجهة مانحة الامتياز هي عارضة المشروع، بينما في هذا العقد يكون شركة المشروع هي العارضة للمشروع منتظرة موافقة الجهة مانحة الامتياز عليه.
- وهذه الميزة تمكن شركة المشروع من البحث الجيد عن المشاريع التي تلبى حاجة المجتمع لإشباعها.

الصورة الرابعة: مشروعات إعادة تأهيل وتملك وتشغيل – Rehabitate - Own Operate ويرمز له (R.O.O):

تصلح هذه الصيغة لمشروعات قائمة ولكنها أصبحت غير اقتصادية بحكم اهتلاك وتآكل أصولها واحتياجها إلى عمليات إحلال وتجديد وصيانة وتطوير لخطوط الانتاج، لذلك تقوم الدولة بعرضها على شركات خاصة للقيام بهذه العمليات مقابل عقود امتياز تتضمن الامتلاك

(1) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

(2) يوسف، وآخرون: نظام البناء والتشغيل والتحويل (182).

والتشغيل⁽¹⁾، وقد يُشكل على البعض بسبب التشابه بين الصورتين (R.O.O) (R.O.T)⁽²⁾ وهنا نورد الفرق بينهما:

- الصورة السابقة (R.O.T) تختص بالتحديثات التكنولوجية أو نظم تشغيل حديثة، وبعدها يتم تحويل المشروع للدولة، أما في هذه الصورة (R.O.O) فهو هلاك أو تآكل أصولها، أي إنها بحاجة إلى عمليات إزالة وتجديد وصيانة وتطوير لخطوط الانتاج.
- والفرق بين الصورتين وعقد البناء والتشغيل والتحويل كون المشروع قائماً.

الصورة الخامسة: مشروعات البناء والتشغيل وتجديد عقد الامتياز - Build - Operate - Renewal of concession ويرمز له (B.O.R):

وفق هذه الصورة يتم التعاقد بين الدولة والقطاع الخاص على بناء مشروع، ثم تشغيله فترة العقد، مع إمكانية تجديد تشغيله لفترة أخرى، ويلاحظ على هذه الصورة أنها تختلف مع عقد البناء والتشغيل والتحويل من حيث إن لها طبيعة تفاوضية ومتجددة باستمرار الحاجة إلى تجديد العقد، وذلك تبعاً لتطور التكنولوجيا المستخدمة أو عند اكتشاف مصادر جديدة من المواد المتعلقة بالمشروع، أمثلته شركات الاتصال والكهرباء والطرق الخاصة والمطارات... التي لا يمكن استمرارها دون متابعة التطور التكنولوجي أو زيادة المستهلكين أو المستفيدين من المشروع⁽³⁾، وذكر الدكتور بوعشيق: "أن هذا النوع يركز على البناء والتشغيل طوال فترة العقد ثم تجديد العقد لفترة جديدة وله طبيعة تفاوضية متجددة مرتبطة بمتطلبات حاجات المرتفقين الناتجة عن التطور التكنولوجي وتحديث المشروع، الأمر الذي يؤدي إلى تجديد عقد الامتياز"⁽⁴⁾.

يرى الباحث أن ثمة تشابه بين هذا العقد وعقد البناء والتشغيل والتحويل من حيث إعادة أصول المشروع إلى الدولة، لذا يرى الباحث أنه في حالة ما قبل التحويل وانقضاء مدة العقد فيعتبر من قبيل العقود المحولة، أما بعد تجديد مدة تشغيل المشروع لشركة المشروع نفسها فهو من العقود غير المحولة.

(1) البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7).

(2) الصورة الثامنة من النوع الأول من هذا البحث (25).

(3) انظر: البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7)، حصايم: البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (21)، يوسف، وآخرون: نظام البناء والتشغيل والتحويل (182,30).

(4) البوعشيق: عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (8).

الصورة السادسة: مشروعات البناء والتملك والتشغيل - Build- Won- Operator- ، ويرمز له (B.O.O):

يبرم هذا النوع من العقود بين الجهة مانحة الامتياز وشركة المشروع لهدف إقامة المشروع وتأسيسه وتملكه بواسطة شركة امتياز تتولى الإشراف على التشغيل في أثناء مدة العقد ولا يعني هذا النوع من المشروعات تحويله إلى ملكية الدولة مثل العقود السابقة (B.O.O.T) (B.O.T)، وإنما يتم تجديد العقد عند انتهاء مدته أو عند انتهاء العمر الافتراضي للمشروع، أو تقوم الدولة بتعويض المستثمر عن حصص الملكية وفقاً لتقييم أصول وخصوم المشروع من خلال عروض مقدمة يتم اختيار أفضلها، وفي جميع الحالات تحصل الحكومة على نصيب من الإيرادات التي يحققها المشروع مقابل منح العقد ودعم المشروع أمام الجهات المختلفة، وبحق للإدارة في هذا العقد الإشراف على تنفيذه وإن كان تشغيل المشروع وإدارته يقعان على عاتق المستثمر⁽¹⁾.

الفرق بين العقدين يتمثل في:

- أن هذا العقد تلجأ إليه الدولة في حالة أن يكون المشروع المزمع إنشاؤه ينتهي بانتهاء مدة التشغيل.
- ملكية المشروع تكون في هذا العقد ملكية شبه دائمة، لأن انتهاء العقد ينتهي بانتهاء المشروع.
- عدم التزام شركة المشروع بتحويل أو إعادة إدارة أو ملكيته إلى الجهة المانحة للامتياز.
- هذا العقد يعطي شركة المشروع الحق في بيع المشروع.
- عدم ترحيب الحكومات بهذا العقد إلا في الحالات النادرة، حيث استخدامه في استغلال حقول البترول أو المناجم.

إن الصيغ التي يمكن اشتقاقها من عقد "البوت" لا يمكن حصرها، وقد أورد الباحث بعضها كنماذج للعقود التي يمكن أن تُشتق من هذه الصيغة ، وقد يطلق البعض أحياناً على هذه الصور المشتقة من عقد البناء والتشغيل والتحويل "باتفاق البوت" على اعتبار إنها الصورة الأصلية لعقود البناء والتشغيل والتحويل، وللتشابه الكبير بين الصور المشتقة وصورة الأصل بينما هو في حقيقة الأمر أحد الاشتقاقات المتفرعة منه، ويكون الاختلاف فيها منصباً في الغالب على الالتزام الأول للمتعاقد هل هو "بناء" أم تحديث" أم إعادة تأهيل ...إلخ.

(1) انظر: يوسف، وآخرون: نظام البناء والتشغيل والتحويل (181،182)، البشبيشي: نظام البناء والتشغيل والتحويل (7)، عبد المجيد: الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقات البوت (134)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (16).

أخيراً يمكن القول بأن التطبيق الأساس لعقد "البناء والتشغيل والتحويل" وما أورده من اشتقاقات متفرعة منه، كل هذه الصيغ وغيرها مما يمكن استحداثه ويمكن أن يكون محل توظيف كعقود تدعم توجه الدولة وأجهزتها المحلية في استقطاب التمويل من القطاع الخاص⁽¹⁾.

(1) عبد المجيد: الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقيات البوت (135).

الفصل الثاني

حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل، وضوابطه

فيه مبحثان:

المبحث الأول:

تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل وحكمه.

المبحث الثاني:

ضوابط عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المبحث الأول:

تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل وحكمه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المطلب الثاني:

حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المطلب الأول

تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل

التكيف الفقهي هو أحد أعمال الاجتهاد الفقهي لبيان حكم المستجدات الفقهية⁽¹⁾؛ لأن العقود أبحاث لتأبيتها حاجة الناس وهذا حكم مطرد في العقود المستحدثة كونها تلبي حاجة الناس، وعليه فإن الفقه لا ينشئ العقود ابتداءً إنما يوجهها بضوابط خصها بها حتى تقع صحيحة رافعة للخصومة قاطعة للنزاع، والتي منها النهي عن الغرر والربا وبيع المعدم وجهالة المبيع، التي يطلق عليها الفقهاء خلو العقود من المفسدات لها⁽²⁾، وبذلك يكون ناظماً لعلاقات المتعاقدين مراعيًا ما يلبي حاجتهم وما يصلحها⁽³⁾؛ ومن هذه العقود المستجدة عقد البناء والتشغيل والتحويل، الذي يضم عدة اتفاقات لو فرقنا كل عقد على حدة وخلا من المحرمات الشرعية ووافق مقاصد الشريعة الإسلامية كان جائزاً شرعاً، ولا يمنع من اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد، قال ابن القيم - رحمه الله - "وقيل: لا محذور في الجمع بين عقدين كل واحد منها جائز بمفرده..."⁽⁴⁾.

حقيقة التكيف الفقهي:

أولاً: التكيف في اللغة:

تَكْيِيفٌ: مصدر كَيَّفَ، وكَيَّفَ الشيءَ: قَطَّعَهُ، فجعل له كَيْفِيَّةً معلومة، ومنها أحدث تغييراً فيه يؤدِّي إلى انسجامه مع شيء آخر لا يتبدَّل، فأما كَيْفٌ؟ كلمة موضوعة يستفهم بها عن حال الإنسان، فيقال كيف هو؟ فيقال: صالح⁽⁵⁾.

ثانياً: الفقه في اللغة.

الفقه نسبة للفقه، وهو فهم غرض المنكلم من كلامه، قال ابن فارس: الفقه يدل على إدراك الشيء والعلم به، تقول فَقِهْتُ الحديثَ أَفْقَهُهُ، وكل علم بشيء فهو فقه، ثم اختص بذلك علم الشريعة ف قيل لكل عالم بالحلال والحرام فقيه، وقيل مأخوذاً من فقه، يقال: تفقأت السحابة عن مائها، إذا أرسلته، كأنها تفتحت عنه⁽⁶⁾.

(1) انظر: شبير: التكيف الفقهي للوقائع والمستجدات الفقهية (38).

(2) انظر: القرطبي: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (2، 125).

(3) انظر: الزحيلي: أصول الفقه الإسلامي (1023، 1024، 1025).

(4) ابن القيم: أعلام الموقعين (3، 342).

(5) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (5، 150)، مادة كيف؟.

(6) انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (442) باب الفاء، مادة فقه، فقأ.

وحسب التعريف اللغوي لمركب التكييف الفقهي، تظهر علاقته بالتعريف الاصطلاحي، حيث إن التعريف الاصطلاحي مشتقٌ منه. لذا نجد أن التكييف يأتي بمعنى كيف؟ والتي تعني الاستفهام عن حال الشيء، والفقهاء يأتي بمعنى الفهم والإدراك، فيصبح معناه في اللغة " فهم كيفية الشيء وإدراكه".

الفقه في الاصطلاح:

"العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية"⁽¹⁾.

ثانياً: التكييف الفقهي في الاصطلاح:

"هو تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي، خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشابهة بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة"⁽²⁾.

مشروعية التكييف الفقهي:

التكييف الفقهي مشروع ويأخذ مشروعيته من مشروعية الاجتهاد الفقهي ودليل مشروعيته من الكتاب والسنة والمعقول⁽³⁾.

أولاً: القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَّعُوا بِهِ وَلَوْ رَدُّهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾⁽⁴⁾

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

قال القرطبي - رحمه الله - "فالرد للرسول - ﷺ - حال حياته ردُّ إليه مباشرة، والرد إليه بعد وفاته رد إلى سنته، والرد إلى أولي الأمر رد إلى أهل العلم والفقهاء، كما قال: قتادة والحسن وغيرهما، فهم القادرون على الاستنباط، وهو في اللغة الاستخراج للأحكام الشرعية، هو ما يدل على الاجتهاد إذا عدم النص والإجماع"⁽⁵⁾.

(1) الجرجاني: التعريفات (157) باب الفاء، مادة فقه.

(2) شبير: التكييف الفقهي للوقائع والمستجدات الفقهية (30).

(3) انظر: شبير: التكييف الفقهي للوقائع والمستجدات الفقهية (30) و(38).

(4) النساء (83).

(5) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (479,6).

ثانياً: السنة:

روى البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما **«أولاً يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَّفَرِّقٍ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَةً الصَّدَقَةِ»**⁽¹⁾.

وجه الدلالة من الحديث:

قال ابن القيم: "ومدار الاستدلال جميعه على التسوية بين المتماثلين والفرق بين المختلفين"⁽²⁾.

وفي الأثر قال عمر بن الخطاب، لأبي موسى الأشعري، رضي الله عنهما، حين ولاه القضاء. **«الْفَهْمُ.. الْفَهْمُ، فِيمَا يَنْتَلِجُ فِي صَدْرِكَ مِمَّا لَيْسَ فِي كِتَابٍ وَلَا سَنَةٍ، ثُمَّ اعْرِفِ الْأَمْثَالَ وَالْأَشْبَاهَ، فَحَسِبِ الْأُمُورَ عِنْدَ ذَلِكَ، وَاعْمُدْ إِلَى أَقْرَبِهَا إِلَى اللَّهِ، وَأَشْبِهِهَا بِالْحَقِّ»**⁽³⁾.

وجه الدلالة من الأثر:

قال السيوطي - رحمه الله - : "هذه العبارة صريحة في الأمر بتتبع النظائر وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول، وإن فيها إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره في الحكم لمدرک خاص به، وهو الفن المسمى بالفروق الذي يذكر فيه الفرق بين النظائر المتحددة تصويراً ومعنى لمختلفة حكماً وعلّة"⁽⁴⁾.

ثالثاً: المعقول:

الناس يستجد في حياتهم أموراً لا تكون في أسلافهم، منها المعاملات فلا بد من تصدي الفقهاء لها لبيان حكمها، وأول خطوة في بيان هذه المستجدات التكييف الفقهي الذي يقتضي النظر والمثابفة.

التكييف الشرعي لعقد البناء والتشغيل والتحويل:

فبعد بيان مفهوم التكييف الفقهي ومشروعيته، نأتي على بيان تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل، حيث يقول علماء المنطق: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"⁽⁵⁾، إذ لا يمكن الحكم

(1) البخاري: صحيح البخاري(352) كتاب الزكاة، باب: "لا يُجْمَعُ بَيْنَ مُتَّفَرِّقٍ وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ".

(2) ابن القيم: أعلام الموقعين (1،131).

(3) ابن حجر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية (2،172).

(4) السيوطي: الأشباه والنظائر (1،8).

(5) ابن عثيمين: الأصول من علم الأصول(83)، "لِأَنَّ الْحُكْمَ عَلَى الشَّيْءِ بِدُونِ تَصَوُّرِهِ مُحَالٌ" ابن الأمير:

التقرير والتحبير(4،369).

على المجهول، كما لا يمكن الحكم على شيء مختلف في تحديد ماهيته، وتصوير حقيقته⁽¹⁾؛ فبالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل نجده يشتمل على اتفاقات بمجموعها تكون عقد البناء والتشغيل والتحويل، وأهم ما يميزه عن العقود الأخرى هو اختصاصه بالمشاريع الكبرى التي تتطلب تدخل مجموعة متشابكة من العقود، كما أن هذا العقد يمر بمراحل سابقة عن إبرام العقد مثل اختيار المشروع، ودراسة الجدوى، وطرح العطاءات، والدخول في المفاوضات، وبعدها عقد الاتفاقية وتنفيذ البنود المتفق عليها والإشراف الإداري من قبل صاحب المشروع، حيث عند أفراد تلك العقود كل على حدة تجدها توافق عقداً من العقود المشروعة في الفقه الإسلامي، منها عقد البناء يوافق في صورته عقد الاستصناع كما سيأتي بيانه، حيث يطلب فيه الصانع من المستصنع استصناع شيء معين في الذمة، والثاني التشغيل في صورته يوافق عقد الإجارة، حيث يقوم صاحب المشروع باستئجار أو استثمار وتشغيل المباني التي أقامها مقابل استرداد ما تم غرمه في بناء المشروع، وآخرها عقد التحويل أي التنازل عن المشروع من حيث إدارته ومرافقه لصاحب الأرض بحالة جيدة بعد انتهاء العقد⁽²⁾.

وفقاً لما أشير إليه سابقاً من أن عقد البناء والتشغيل والتحويل يتكون من عدة اتفاقات ونجد أن هذا العقد بصورته الكلية يتكون من ثلاثة عقود أو اتفاقات⁽³⁾.

1. الاتفاق الأول: البناء BUILD أو إنشاء المرفق العام وتصميمه من قبل شركة المشروع على أن يتم التمويل بأكمله من رأس مال الشركة دون أن يكون هناك أي التزام على الجهة مانحة الامتياز المساهمة في تمويل هذا المشروع من ميزانيتها أو تقديم قروض معينة.
2. الاتفاق الثاني: التشغيل OPERATE أو الإدارة الذي يتم بموجب عقد تشغيل حيث تقوم شركة المشروع بإدارة المرفق طيلة مدة العقد لأجل الحصول على عوائد مالية لقاء البناء والإدارة وتقديم الخدمات لجمهور المواطنين أي استغلال المشروع لفترة زمنية محددة يتفق عليها في العقد مما يتضمن تطوير المشروع وصيانته وحمايته وفق بنود العقد.

(1) انظر: الفتوح: شرح الكوكب المنير (50)، القرظاوي: الصحة الإسلامية بين الجود والتطرف (23).
 (2) انظر: حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص (61,62)، و(69,70). الرشود: العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية (106,107,108)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (1,2).

(3) السنهوري: بتصرف، <http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?t=13897>

3. الاتفاق الثالث: التحويل TRANSFER حيث يقع التزام عقدي على شركة المشروع بإعادة تسليم المشروع في حالة جيدة قابلة لاستثماره من قبل الجهة منحة الامتياز في نهاية مدة العقد وذلك دون مقابل، وفي الوقت نفسه فإن هذه الاتفاقات الثلاثة يربط بينها عقد واحد واتفاق واحد هو "عقد البناء والتشغيل والتحويل"، وعلى هذه الطريقة جرت عادة الفقهاء في تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل، بحيث وضع فرضيات واختبار هذه الفروض على العقود ساعين إلى إدراج العقود المستحدثة تحت أصل تعارف عليه الناس والفقهاء حتى يسهل ضبطها ومعرفة شروطها وأركانها، والتي سنبينها في هذا الفصل، وقد اختلفت تكييفات الفقهاء لهذا العقد فمنهم من كَيّفه على اعتبار أنه يشابه عقداً من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي، ومنهم من اعتبره عقداً مستحدثاً لذا فإن العلماء انقسموا في تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل إلى اتجاهين⁽¹⁾:

الاتجاه الأول:

يرى أن عقد (B. O. T) له أصوله في الفقه الإسلامي وذكر د. ناهد أنه "ما هو إلا تطوير غربي لمنتج إسلامي"، حيث تُطرق لتخريجه في عهد التابعين⁽²⁾، وعلى هذا القول جمهور المعاصرين، لكنهم اختلفوا فيما بينهم في نوع العقد الذي يكيف عليه عقد (B.O.T)، أهو عقد استصناع أم إجارة أم جعالة أم شركة مؤقتة، أم قياساً على إعمار الوقف، والتي سيأتي بيانها والتعريف بها خلال البحث، واستدلوا إلى ما ذهبوا إليه بما أورده ابن أبي شيبة في مصنفه: "كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجزها"⁽³⁾، وكذلك بما عند المالكية: قال ابن القصار⁽⁴⁾ في رجل قال لرجل: "أعطني عرصتك هذه أبنيتها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها،

(1) ومن هذه العقود التي جرى تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل عليها: (الإجارة، الاستصناع، الجعالة، شركة مقطوعة "موقوتة"، على صور تعمير أراضي الوقف "الحكر، الإجاريتين، الإرصاء أو المرصد، الخلو"، عقداً مستحدثاً مستقلاً بذاته).

(2) السيد: حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (17,18).

(3) ابن أبي شيبة: المصنف (278,7)، كتاب: "البيع والأقضية"، باب: في الرجل يستأجر الدار وغيرها، والعرصة: "الدار أي ساحتها وهي البقعة الواسعة التي ليس فيها بناء والجمع "عِرَاصٌ" ساحة الدار "عِرَاصَةٌ" لأن الصبيان "يَعْتَرِصُونَ" فيها أي يلعبون ويمرحون، والعرصة: كل بقعة ليس فيها بناء فهي "عِرَاصَةٌ"، الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (209).

(4) محمد بن قاسم بن محمد بن علي القيسي الأندلسي الاصل، الفاسي، أبو عبد الله المعروف بالقصار: مفتي فاس ومحدث المغرب في وقته. أصله من غرناطة جاء أبوه منها، لما استولى عليها الاسبان سنة 897 هـ مولده وسكنه بفاس ووفاته بزواوية ابن ساسي، في طريقه إلى مراكش وقبره بمراكش. ولي إفتاء فاس وخطابة جامع القرويين، الزركلي: الأعلام (7,6).

على إن اسكنها في كل سنة بدينار ، حتى أو في ما غرمت فيها وأصلحت . قال: إن سمي عدة ما بينها به ، وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيه"⁽¹⁾، قالت هند: " والذي يفهم من النص أن رجلاً طلب من رجل (يمتلك أرضاً) أن يستأجر هذه الأرض منه بعشرة دنانير، ولكنه لن يدفع له شيئاً، بل سيبنى بهذا المبلغ بناءً على الأرض، ويسكن فيه لمدة عشر سنوات على أن يكون إيجار كل سنة ديناراً، وهكذا يظل ينتفع بالبناء حتى يستوفي العشرة دنانير، ثم يرد الأرض بالبناء إلى صاحبها"⁽²⁾، ويرى الباحث أن هذه الصورة قريبة من صورة عقد البناء والتشغيل والتحويل، والاختلاف فيمن طلب المشروع ففي البوت الجهة مانحة الامتياز، بينما في المسألة شركة المشروع، وهذا غير مؤثر في العقد.

الاتجاه الثاني:

يرى أن عقد البوت عقداً مستحدثاً لم يعرفه التشريع الإسلامي بتركيبته هذه؛ فهو عقد مركب من عدة عقود تبرم من الباطن⁽³⁾، قال الدكتور نزيه حماد: " إن كل اتفاقية مركبة من مجموعة عقود، تهدف بصورتها المتكاملة إلى تحقيق وظيفة معينة، يجب اعتبارها في النظر الفقهي الاجتهادي وحدة واحدة، ولا يكفي للتعرف على حكمها الشرعي تفكيكها إلى أجزاء مفردة، والنظر في مشروعية كل جزء منها على حدة، لأنها عقد مركب، مزيج من ذلك كله، وفقاً لشروط معينة تحكمها، كمعاملة واحدة مترابطة لا تقبل التجزئة"⁽⁴⁾.

وبعد ذكر أقوال الفقهاء في تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على النحو الذي ذكرناه، جاء دور ذكر وبيان حقيقة هذه التكييفات ثم مناقشتها ليسهل الحكم عليها وذكر الراجح منها. حيث إننا سنتناول كل تكييف ذكره العلماء مع بيان موجز للعقد المكيف عليه وحكمه ومدى تتطابق العناصر في العقدين مع بعضهما.

(1) القرطبي: البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة (461,8).

(2) السيد: حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (17,18).

(3) أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة دراسة فقهية مقاصدية (2)، انظر: التحكيم في منازعات عقود

البوت، رابط <http://ibrahimomran.com/vb/showthread.php?t=15428>، انظر: الجلاي: "عقود ال

B.O.T تعتبر من العقود الحديثة نسبياً في المعاملات الاقتصادية الجديدة المحلية منها والدولية. وقد بدأ

الاهتمام بهذه العقود منذ الثمانينات". التراكوي: رابط <http://law.jamaa.cc/art267670.html>، القرني: رابط

<http://www.w-tb.com/wtb/vb4/showthread.php?>

(4) انظر: حماد: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد (94).

تكييفات أصحاب الاتجاه الأول:

القائلون بأن عقد البناء والتشغيل والتحويل له مثيل في عقود الفقه الإسلامي، وقد سبق الإشارة بأن أصحاب هذا الاتجاه قد اختلفوا في تكييفه على أي عقد من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي والتي منها عقد الاستصناع، والإجارة، والجعالة، والإقطاع، أو الشركة المؤقتة، أم قياساً على عقود إعمار الوقف في الفقه الإسلامي، وهذا تفصيل لكل تكييف بشيء من الإيجاز.

أولاً: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد استصناع.

كيفية بعض العلماء المعاصرين على أنه عقد استصناع، منهم الدكتور عبد الستار أبو غدة⁽¹⁾، حيث قال: "إمكان تخريجه على عقد الاستطناع تغليباً"، كذلك ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي⁽²⁾، وممن شبه عقد البناء والتشغيل والتحويل بعقد الاستصناع الدكتور الرشود؛ قائلاً ووجه الشبه بينهما في ما يلي: "يتضح من هذا العقد أنه اشتمل على عين موصوفة في الذمة وهو المشروع المراد إنشاؤه، كما اشتمل على عمل معين، كما اشتمل على إعطاء حق للعامل باستغلال المشروع فترة من الزمن لأجل استيفاء تكاليف البناء الذي أقامه وأرباحه؛ فهو في الواقع طلب مالك الأرض إقامة بناء عليها من قبل طرف آخر مع تحمله لتكاليف البناء والعمل، وله حق استغلال المشروع واستيفاء تكاليفه وأرباحه منه، وكلا العوضين مؤجل، فهذا من قبيل الاستصناع"⁽³⁾، وقبل الخوض في الحكم على هذا التكييف لابد من تعريف عقد الاستصناع، وبيان حكمه.

الاستصناع في اللغة:

الاستصناع مصدر صَنَعَ يَصْنَعُ، صُنِعًا وَصَنِيْعًا وَصَنَعًا وَصِنَاعَةً، فهو صانع، وَصَنَعَ الشَّيْءَ: عمله وأنشأه، قال تعالى: ﴿وَحَبِطْ مَا صَنَعُوا فِيهَا﴾⁽⁴⁾ واستصنع يستصنع، استصناعاً، فهو مُستصنع، واستصنع فلاناً كذا: طلب منه أن يصنعه له شيئاً ما⁽⁵⁾.

(1) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) (12).

(2) قرارات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، الثالثة والعشرين، استصناع المشروعات مقابل استثمارها قبل

التسليم، T.O.B <http://www.alzatari.net/research/428.html>

(3) الرشود: العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية (115).

(4) هود من الآية (15).

(5) ابن منظور: لسان العرب، مادة صنع، (8، 209)، البستاني: محيط المحيط، مادة صنت، (521).

الاستصناع في الاصطلاح:

عرفه علماء الحنفية بأنه "عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"⁽¹⁾، وهو "طَلَبُ الْعَمَلِ مِنْهُ فِي شَيْءٍ خَاصٍّ عَلَى وَجْهِ مَخْصُوصٍ"⁽²⁾، وصورة الاستصناع " أن يقول إنسان لصانع من خفاف⁽³⁾، أو صفار⁽⁴⁾، أو غيرهما اعمل لي خفاً أو آنية من أديم⁽⁵⁾ أو نحاس من عندك بثمن كذا، ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته، فيقول الصانع نعم"⁽⁶⁾، وقال: "فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والإجارة؛ لأن السلم عقد على مبيع في الذمة، واستتجار الصانع يشترط فيه العمل، وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً"⁽⁷⁾، أما مجلة الأحكام العدلية فقدتمت صوراً مستحدثة للعقد مثل صناعة السفن والمعدات الحربية... وهو "بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل"⁽⁸⁾.

حكم عقد الاستصناع:

اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع أهو عقد مستقل بنفسه أم تبعاً لعقد السلم؟ ولمزيد بيان يورد الباحث أقوال العلماء في المسألة على النحو التالي:

المذهب الأول:

ذهب جمهور الفقهاء بعدم جواز عقد الاستصناع إلا تبعاً للسلم.

واستدلوا لما ذهبوا إليه من السنة:

عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون السنة والسنتين والثلاث؛ رضي الله عنه فقال: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم⁽⁹⁾.

المذهب الثاني: ذهب الحنفية إلى جواز عقد الاستصناع أي أن عقد الاستصناع عقد مستقل عن السلم.

(1) السمرقندي: تحفة الفقهاء (2,362).

(2) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار (7,474) ويلييه قرّة عيون الاخيار.

(3) مجمع اللغة: المعجم الوجيز: الخف للبعير (205) وما يُلبَسُ في الرِّجْلِ من جلد رقيق كتاب الخاء مادة خف.

(4) الفيروز: القاموس المحيط (425) مادة صفر، والصُّفْرُ، بالضم: من النَّحاسِ. وصانِعُهُ: الصَّفَّارُ.

(5) مجمع اللغة: المعجم الوجيز (10) الأديم الجلد، كتاب الهمزة، مادة أدم .

(6) الكاساني: بدائع الصنائع (6,84).

(7) الكاساني: بدائع الصنائع (6,86).

(8) حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (1,422) مادة (388).

(9) مسلم: صحيح مسلم (867) كتاب: البيوع، باب: السلم.

واستدلوا لما ذهبوا إليه من السنة: قال ابن عمر رضي الله عنهما: **«إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ....»** (1).

وجه الدلالة من الحديث: استصناع رسول الله ﷺ الخاتم دليل على جوازه (2).

رأي الباحث:

عقد الاستصناع عقد جائز، لما فيه من تلبية مصلحة الناس وقيام حياتهم، ولو لم يجر لوقع الناس في الحرج، وعلماء الحنفية أجازوه استحساناً، ولأن الناس تعاملوا به في سائر الأزمان من غير أن ينكر أحد ذلك فكان إجماعاً (3)، وكذا الجمهور أجازوه على اعتباره عقد سلم (4) تلزم فيه توفر شروط السلم (5).

ومن الفقهاء المعاصرين الذين رجحوا كون عقد الاستصناع عقداً مستقلاً عن عقد السلم، الدكتور القره داغي: حيث قال: إن الاستصناع ليس كالسلم، الذي لا بد فيه من قبض رأس المال في المجلس، وليس كالبيع الذي لا بد فيه من وجود المبيع، بل هو عقد يكون المعقود عليه وهو العمل والعين في الذمة، ويجوز فيه تأجيل الثمن أو تقسيطه، مما يساهم في تنشيط الصناعة وزيادة المرونة في سوق المال (6)، والدكتور أبو هريرة قال: "إن عقد الاستصناع عقداً مستقلاً، وليس كالسلم؛ إذ إن محل العقد فيه هو العمل والعين وهما في الذمة، كما أنه لا يشترط تسليم رأس المال في المجلس كما هو الحال في السلم، ومن ثم لا يشترط فيه ما يشترط في عقد السلم" (7).

مدى تحقق عناصر عقد الاستصناع كما هي في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل نجد أن عناصر عقد الاستصناع قد توفرت فيه، عند من كيفوه على عقد الاستصناع (8).

(1) البخاري: صحيح البخاري (1483)، كتاب: اللباس، باب: جعل فص الخاتم في باطن كفه.

(2) انظر: ابن بطال: شرح البخاري (459,19).

(3) السرخسي: المبسوط (138,12)، الكاساني: بدائع الصنائع (86,85,6).

(4) السلم شرعاً هو " شِرَاءُ أَجَلٍ بِعَاجِلٍ " ابن عابدين: حاشية ابن عابدين (454,7).

(5) ذهب جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية عدا زفر إلى اعتبار عقد الاستصناع قسماً من أقسام السلم تشترط فيه شروط السلم ومن ذلك اشتراط تسليم الثمن كله في مجلس العقد.

(6) القره داغي: التطبيقات الشرعية لإقامة السوق الإسلامية (466).

(7) أبو هريرة: عقود الصيانة وتطبيقاتها (115).

(8) انظر: أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (10).

المستصنع: هو الجهة مانحة الامتياز، وهي هنا الدولة أو من ينوب عنها، والاستصناع هنا متمثل في طلب بناء المشروع بمواصفات معينة مقابل ثمن أو بدل معين.

الصانع: شركة المشروع والمطلوب منها تنفيذ ما اتفق عليه من إنشاء المشروع وتشغيله وتسليمه صالحاً للاستخدام نهاية العقد.

محل العقد: وهو المشروع المقام على الأرض، أو الميناء المقامة في البحر.... أو غير ذلك من المشروعات التي يحتاجها المستصنع.

الأجر "المقابل" الثمن: وهو ما تحصله شركة المشروع من أموال ومنافع فترة تشغيلها للمشروع وفي هذا العقد هي المنفعة، وما يحصله المالك من تملك منشآت المشروع.

وبهذا يظهر لنا بأن أركان عقد الاستصناع قد توفرت في عقد البناء والتشغيل والتحويل، لذا يمكننا تكييفه بأنه عقد استصناع بحسب قولهم: إن بعض وجوه الاختلاف بين العقدين لا تؤثر في تكييفه بأنه عقد استصناع.

ثانياً: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد جعالة:

وقد ذهب إلى تكييفه على عقد الجعالة الدكتور أبو غدة، حيث قال: "بالإضافة إلى التكييف الشرعي السابق لعملية (B.O.T) على أساس الاستصناع، كما انتهت له ندوة البركة، والمعايير الشرعية فيبدو لي أنه من الممكن تكييفه شرعاً على أساس الجعالة"⁽¹⁾. وقبل توضيح هذا التكييف لا بد من التعريف بالجعالة وحكمها.

الجعالة في اللغة:

الجُعْلُ الجَعَالَةُ، الجَعَالَةُ، لغتان، أجزرٌ يُنْقَضَى على عمل جعل له جُعْلاً، والجَعَالَةُ: ما يُجعل على العمل من أجر فعلاً أو قولاً، والجَعِيلَةُ ما يجعل للعامل على عمله، والمجعول هو "الأجرة المترتبة على العمل المعتاد والمستمر في وقت معلوم"⁽²⁾.

(1) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) (15).

(2) انظر: ابن منظور: لسان العرب (110,11)، مادة جعل، الجرجاني: التعريفات (80)، البستاني: محيط

المحيط (112) مادة جعل.

الجعالة في الاصطلاح:

عرّفها ابن عابدين من الحنفية: بأنها ما يُجْعَلُ لِلْعَامِلِ عَلَى عَمَلِهِ⁽¹⁾، وعرّفها ابن عرفة من المالكية: بأنها عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلاّ بتمامه لا بعضه ببعض⁽²⁾، وعرّفها الشافعية: "التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول لمعين أو مجهول"⁽³⁾، وعرّفها الحنابلة: "جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا"⁽⁴⁾.

حكم الجعالة: جمهور الفقهاء على جواز الجعالة، وخالف الحنفية في حصر الجعالة واستحقاق المَجْعُول فقط في رد العبد الآبق⁽⁵⁾.

واستدل القائلون بجواز الجعالة عموماً وعدم حصرها في رد العبد الآبق من القرآن والسنة:

أولاً: من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعِ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

الآية صريحة في دلالتها على جواز الجعالة، وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ⁽⁷⁾.

ثانياً: من السنة:

عَنْ أَبِي سَعِيدٍ، **﴿لَإِنَّ نَاسًا مِنْ أَصْحَابِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَتَوْا حَيًّا مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ، فَلَمْ يَفْرُوهُمْ، فَبَيَّنَّا لَهُمْ كَذَلِكَ إِذْ لُدِعَ سَيِّدٌ أَوْلَيْتَكَ، فَقَالَ: هَلْ فِيكُمْ دَوَاءٌ أَوْ رَاقٍ؟ فَقَالُوا: إِنَّكُمْ لَمْ تَفْرُوْنَا، فَلَا نَفْعُ حَتَّى تَجْعَلُوا لَنَا جُعْلًا، فَجَعَلُوا لَهُمْ قَطِيعًا مِنَ الشَّاءِ، فَجَعَلَ يَقْرَأُ بِأَمِّ الْقُرْآنِ،..... خُدُوهَا وَاضْرِبُوا لِي فِيهَا بِسَهْمٍ﴾**⁽¹⁾.

(1) ابن عابدين: حاشية رد المحتار على الدر المختار (430,5).

(2) الرصاع: شرح حدود ابن عرفة (529,2).

(3) الرملي: نهاية المحتاج (465,5). الأنصاري: أسنى المطالب (439,2).

(4) المرادوي: الانصاف (389,6).

(5) واستدلوا بما روى عن أبي عمرو الشيباني قال: "أصبت غلماناً إياقاً بالعين فذكرت ذلك لابن مسعود فقال: الأجر والغنيمه، قلت هذا الأجر فما الغنيمه؟ قال: أزيعون دزهما من كل رأس، وجه الدلالة من الأثر: ورود الجعالة في رد العبد الآبق. الصنعاني: مصنف عبد الرزاق: كتاب الآبق (208,8) باب: الجعل في الآبق.
(6) يوسف من الآية (72).

(7) البيضاوي: أنوار التنزيل (171,3)، الغزالي: المستصفى والرحموت (246,1).

(1) البخاري: صحيح البخاري، كتاب: الطب، باب: الرقي بفاتحة الكتاب (1453,1452).

وعن أبي قتادة الأنصاري رضي الله عنه قال: **«أَخْرَجْنَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى حُنَيْنٍ - وَذَكَرَ قِصَّةً - فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا - لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ - فَلَهُ سَلْبُهُ، قَالَهَا ثَلَاثًا»** (1).

وجه الدلالة من الحديثين:

إقرار النبي ﷺ لفعل الصحابة رضي الله عنهم، وطلبه منهم جعل سهم له، فيه دلالة علة جوازها، ويزداد الأمر وضوحاً في الحديث الثاني بجعل النبي ﷺ، عدة من قتل من العدو جعلاً لقاتله، وفعله وإقراره ﷺ دليل على مشروعية الجعالة (2).

مما سبق ذكره يتبين رجحان مشروعية الجعالة في كل أمر يعجز صاحبه عنه.

مدى تحقق عناصر عقد الجعالة كما في عقد البناء والتشغيل والتحويل:

وبالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل نجد أن عناصر عقد الجعالة قد توفرت فيه، عند من كيفوه على عقد الجعالة (3).

فالجاعل: هو الجهة مانحة الامتياز المالكة لأرض المشروع.

والمجبول له: هو شركة المشروع أي العامل والمنفذ للمشروع.

والجعالة: "إنجاز المشروع" حسب الاتفاق بين العاقدين.

والجعل: وهو مقدار المال المقدر له، لشركة المشروع وهو تشغيل المشروع فترة من الزمن مقابل بنائه للمشروع وما غرمه فيه، كذا ولصاحب المشروع الأرض وما عليها من إنشاءات؛ فأما الجعل فهو هنا ليس نقوداً، ولا أعياناً إنما هو منفعة، والمنفعة تصلح أجرة أو جعلاً وهي هنا منفعة المشروع نفسه حيث توضع تحت تصرف العامل - وهو الجهة المنفذة للمشروع - ليحصل من منافع محل الجعالة على ما يقابل جهده (4).

ثالثاً: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الإجارة:

ومن التكييفات المطروحة لعقد البناء والتشغيل والتحويل، تكييفه على إنه عقد إجارة لا سيما عند ملاحظة ما بين عقد الإجارة ومرحلة التشغيل في عقد البناء والتشغيل والتحويل، ذكره الدكتور أحمد محي (1)،

(1) البخاري: كتاب: فرض الخمس، باب: من لم يخمس الأسلاب، ومن قتل قتيلاً فله من غير (775).

(2) انظر: ابن حجر: فتح الباري شرح صحيح البخاري (2547,3) كتاب الطب، باب الرقية بفاتحة الكتاب.

(3) انظر: أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (16).

(4) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (15).

(1) أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T، في تعبير الأوقاف والمرافق العامة (14).

والدكتور أبو سليمان⁽¹⁾، والدكتور ناهد السيد⁽²⁾.

وقبل الخوض في بيان هذا التكيف نعرف الإجارة ثم نبين كيف تم تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على أساسها.

تعريف الإجارة لغة:

الإجارة، مصدر أَجَرَ، بمعنى الكَرَاءِ، الأَجْر والتأجير، هو ما أعطيت من أجر في عمل، ومنه الثواب الذي يكون من الله ﷻ للعبد الصالح ﴿إِنَّا لَا نُضِيعُ أَجْرَ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا﴾⁽³⁾، ومنها أجر المرأة مهرها⁽⁴⁾، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾⁽⁵⁾.

تعريف الإجارة في الاصطلاح:

وعرفها الحنفية: "عقد على المنافع بعوض"⁽⁶⁾، وعرفها المالكية: "تمليك منفعة غير معلومة، زمنًا معلومًا، بعوض معلوم"⁽⁷⁾، وعرفها الشافعية: "عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم"⁽⁸⁾، وعرفها الحنابلة: "عقد على منفعة مباحة معلومة، تؤخذ شيئاً فشيئاً، بمدة معلومة من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم"⁽⁹⁾.

حكم الإجارة: إذا وقعت الإجارة صحيحة مستوفية الأركان والشروط الشرعية فهي جائزة ودليل جوازها من القرآن والسنة والإجماع:

من القرآن الكريم:

1. قوله ﷻ: ﴿يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ﴾ وقوله ﷻ: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾⁽¹⁾.

(1) انظر: أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T (19).

(2) السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (27).

(3) الكهف من الآية (30).

(4) انظر: ابن منظور: لسان العرب، (4، 11) مادة أجر، البستاني: محيط المحيط (4) مادة أجر.

(5) الأحزاب من الآية (50).

(6) انظر السرخسي: المبسوط (15، 74)، قاضي زاده: نتائج الأفكار، تكملة شرح فتح القدير (7، 145).

(7) المغربي: مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل (5، 389).

(8) الشريبي: مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للنووي (2، 427).

(9) المرادوي: الانصاف (6، 3). الحجاوي: الإقناع لطالب الانتفاع (2، 487).

(1) القصص من الآية (26) ومن الآية (27).

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

- جواز الإجارة لوقوعها من نبي الله موسى ﷺ وصاحب مدين كما أن العلماء جعلوها دليلاً على جواز الإجارة، وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يرد ناسخ فلا ناسخ هنا⁽¹⁾.
2. قال الله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾⁽²⁾،
3. وقال الله تعالى: ﴿ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

جواز الإجارة وإعطاء الأجرة على الإرضاع في الآية الأولى، وجواز أخذه على إقامة الجدار في الآية الثانية، "لأن بناءه بعد هدمه يستحق عليه الأجر"⁽⁴⁾.

أما من السنة:

رَوَى النَّبْخَارِيُّ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ وَأَبَا بَكْرٍ ﷺ، ﴿اسْتَأْجَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ هَادِيًا خَرِيئًا- دليلاً حازقاً﴾⁽⁵⁾ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ. ﴿أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: قَالَ اللَّهُ ﷻ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ؛ وَعَد مِنْهُمْ: وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤْفِهِ أَجْرَهُ﴾⁽⁶⁾.

وجه الدلالة من الحديثين:

قال ابن المنذر: "وهذا الخبر دال على إباحة أن يستأجر الرجل الرجل على أن يدخل في العمل بعد أيام معلومة"⁽¹⁾، وكذا الإجارة في كل ما يصلح حال الإنسان ومعاشه وتستقيم به حياة المجتمع.

ومن الإجماع:

قال ابن قدامة: " وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي كُلِّ عَصْرٍ وَكُلِّ مِصْرٍ عَلَى جَوَازِ الْإِجَارَةِ، قَالَ أَيْضًا: وَلَا يَخْفَى مَا بِالنَّاسِ مِنَ الْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لِكُلِّ أَحَدٍ دَارٌ يَمْلِكُهَا "⁽²⁾.

(1) القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (388,5)، الشافعي: الأم (25,4)

(2) الطلاق من الآية (6).

(3) الكهف من الآية (77).

(4) الشنقيطي: أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن (215,8)، بن حيان: تفسير البحر المحيط (144,6).

(5) البخاري: الصحيح الجامع (539) كتاب: الإجارة، باب: استئجار المشركين عند الضرورة.

(6) البخاري: الصحيح الجامع (541) كتاب: الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير.

(1) ابن بطال: شرح البخاري (402,11).

(2) ابن قدامة: المغني ويليهِ الشرح الكبير (2,6).

مدى مطابقة عناصر عقد البناء والتشغيل والتحويل، كما هي في عقد الإجارة. بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل يرى أصحاب هذا التكيف أن عناصر عقد الإجارة قد توفرت فيه بوضوح⁽¹⁾.

فالمؤجر: هو الجهة مانحة الامتياز أو مالك الأرض أو من ينوب عنهما.
المستأجر: هي شركة المشروع "وهي شركة مقطوعة أو مجموعة شركات، أو اتحادات مالية".
العين المؤجرة: هي منفعة الأرض التي سينشأ عليها المشروع.
الأجرة: وهي هنا "مؤجلة وهي المأخوذة شيئاً فشيئاً بموجب المنفعة من العين المؤجرة"⁽²⁾.
 وتتمثل في تسليم شركة المشروع "المستأجرة للبناء" الذي أنشأته "المشروع" للجهة مانحة الامتياز بعد استثمارها له مدة العقد المتفق عليها.

رابعاً: تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على الإقطاع.

ومن التكييفات المطروحة لعقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد إقطاع هو الدكتور: عبد العزيز منيف، في رسالته الدكتوراه⁽³⁾، وقبل الخوض في الحكم على هذا التكيف لابد من تعريف الإقطاع، وبيان حكمه.

تعريف الإقطاع في اللغة:

القطع يدل على صرم وإبانة شيءٍ من شيء، والإقطاع مصدر أقطعه إذا ملكه، أو أذن له بالتصرف في الشيء، قال أبو السعادات: "والإقطاع يكون تملكاً وغير تملك"⁽¹⁾، وفي الحديث «أقطعه أرضاً»⁽²⁾ أي أعطاه. و"الإقطاع تعيين قطعة من الأرض لغيره"⁽³⁾.

(1) انظر: أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14).

(2) أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14).

(3) شبير: عقد الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (13) عن منيف: د. عبد العزيز، وكذا بخيت: تطبيق عقد

البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (28)، أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (17) وما بعدها.

(1) انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (5,101)، ابن منظور: (5,3674) باب القاف، مادة قطع.

(2) أبو داود: سنن أبي داود (552)، كتاب: الخراج والفيء والإمارة، باب: ما جاء في إقطاع الأرضين.

(3) أبي داود: شرح سنن أبي داود (1385) كتاب الخراج والفيء والإمارة، باب في إقطاع الأرضين.

الإقطاع في الاصطلاح:

هو "تعيين قطعة من الأرض لغيره"⁽¹⁾، أو هو "ما يختص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات"⁽²⁾، بعبارة أخرى "هو أن يجعل ولي الأمر رقبة الأرض لشخص من الأشخاص؛ فيصبح مالكا ومشغلا"⁽³⁾.

حكم الإقطاع:

الإقطاع جائز ودليل مشروعيته من السنة:

وأصل جوازه من السنة ما رواه البخاري - رحمه الله - عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها **«لأنَّ الرسول ﷺ أَقْطَعَ الزُّبَيْرَ أَرْضًا مِنْ أَمْوَالِ بَنِي النَّضِيرِ»**⁽⁴⁾، وكذلك ما رواه أبو داود - رحمه الله - **«عَنْ عَلْقَمَةَ بِنِ وَأَنْثِلِ عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه **«لأنَّ الرسول ﷺ أَقْطَعَ وَأَنْثِلَ بِنِ حُجْرٍ أَرْضًا بِحَضْرَمَوْتٍ»****⁽⁵⁾.

وجه الدلالة من الحديثين:

فعل النبي ﷺ دليل على جواز الإقطاع، حيث إنه أقطع الزبير، ووائل بن حجر رضي الله عنه أرضاً لإحيائها باستغلالها⁽⁶⁾.

مدى مطابقة عناصر عقد البناء والتشغيل والتحويل، كما هي في عقد الإقطاع:

بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل يرى أصحاب هذا التكليف أن عناصر عقد الإقطاع قد توافرت فيه⁽¹⁾.

فالمُقطِع: هو ولي الأمر أو الجهة الإدارية.

والمقطوع له: المعمر للأرض الموات هو شركة المشروع، المتفق معها على إقامة البناء.

ومحل العقد الإحياء: الأرض المقطوعة من الإمام لشركة المشروع أي الأرض المقام عليها المشروع⁽²⁾.

(1) شرح سنن أبي داود (1385)، ناسباً التعريف للقاضي عياض.

(2) المباركفوري: تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذي (4، 633)، أبواب: الأحكام، باب: في القطائع.

(3) المصلح: قيود الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية، (287).

(4) البخاري: الصحيح الجامع (777)، كتاب فرض الخمس، باب ما كان يعطي النبي ﷺ المؤلفة قلوبهم.

(5) أبادي: شرح سنن أبي داود (1385)، كتاب: الخراج والإمارة والفيء، باب: اقطاع الأرضين.

(6) ابن بطال: شرح البخاري (19، 226).

(1) انظر: أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (17).

(2) انظر، شبير: عقد الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (13).

ويجدر هنا ذكر أنواع الإقطاع وهي ثلاثة أنواع كما يلي:
إقطاع تملك: هو إقطاع الإمام الأرض الموات التي لم يملكها أحد ولم تتعلق بها مصلحة الجماعة لمن يقوم بإحيائها.

إقطاع الاستغلال: أن يقطع الإمام جزءاً من الأرض التي يجوز إقطاعها لرجل ليشغلها من غير تأييد أو تملك.

إقطاع الإرفاق: هو إقطاع المعادن الباطنة وهي التي لا يتوصل إليها إلا بالعمل؛ فلإمام أن يقطع منها رجلاً بالمقدار الذي يستطيع معه العمل فيما أقطع وإقطاعها إقطاع إرفاق لا إقطاع تملك، ومن إقطاع الإرفاق إقطاع الشوارع والأسواق والرحاب⁽¹⁾.

خامساً: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد شركة مؤقتة.

رجحت الدكتور: هند⁽²⁾ أن عقد البناء والتشغيل والتحويل يمكن تكييفه بأنه شركة مقطوعة (مؤقتة) تكون فيها الدولة المضيفة شريك أول، والمؤسسة المنفذة للمشروع أو الممولة له شريك ثان، وتنتهي هذه الشركة بنهاية فترة محددة وهو حكم التمويل بالمشاركة المؤقتة⁽³⁾.

صورة الشركة المؤقتة "المحاصة":

هي نوع جديد من أنواع الشركات التي ظهرت بفعل التقدم في متطلبات حاجة الناس في الحياة الاقتصادية، كما بين صورتها د. الفقي: شركة المحاصة: "هي شركة مؤقتة بين الأفراد لإنجاز عملية معينة، وبعد انتهائها تنتهي الشركة ويقتسمون الأرباح والخسائر على مقتضى العقد المحرر بينهم"⁽¹⁾.

وعند الحديث عن تكييفها وحكمها فرض أصحاب هذا التكييف تخريجين:

1. إذا كان رأس مال هذه الشركة من جميع الشركاء سواءً تساوت أنصبتهم فيها أم تفاوتت؛ فإنه ينطبق عليها شركة العنان⁽²⁾ الجائزة بالإجماع.

(1) الماوردي: الأحكام السلطانية (193).

(2) السيد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (30,29).

(3) السيد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (29) عن شابرا: نحو نظام نقدي عادل (66).

(1) الفقي: فقه المعاملات دراسة فقهية (304).

(2) هي: "أن يشترك اثنان في مال لهما على أن يتجرا فيه والريح بينهما" المردوي: الإنصاف (408,5).

2. إذا كان رأس مالها جميعه من بعض الشركاء إن ذلك يكون من باب المضاربة (القراض) ⁽¹⁾ الجائزة أيضاً بالإجماع ⁽²⁾.

وبناءً على التخريجين السابقين للشركة المؤقتة يرى الباحث إمكان تخريج عقد البناء والتشغيل والتحويل على الشركة المؤقتة على الحالة الأولى، وحكم إنشاء الشركة الجواز بين الأفراد وبين الأفراد والدولة، ودليل جوازها من القرآن الكريم والسنة والإجماع.

من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ ﴾ ⁽³⁾، وقوله تعالى: ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ ﴾ ⁽⁴⁾.

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

إقرار مبدأ الشركة منه سبحانه وتعالى بين الوارثين في مال الموروث، وهو ينسحب على كل ما جاز الشراكة فيه بين الناس ⁽⁵⁾.

من السنة:

روى أبي داود في سننه عن أبي هريرة رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ صلى الله عليه وسلم أَنَّهُ قَالَ: يَقُولُ اللَّهُ عز وجل: ﴿ إِنَّا نَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، خَرَجَتْ مِنْ بَيْنِهِمَا ﴾ ⁽¹⁾.

وجه الدلالة من الحديث:

الشركة عقد جائز حيث جعل الله صلى الله عليه وسلم البركة في المال المشترك بين الشريكين خلافاً إذا ما كان المال للرجل منفرداً، والشركة مستحبة لغبطة كل من الشريكين صاحبه ⁽²⁾.

(1) وهي شرعاً: "عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب" الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار (5,208).

(2) الفقي: فقه المعاملات دراسة فقهية (304).

(3) النساء من الآية (12).

(4) الزمر من الآية (29).

(5) انظر: ابن كثير: تفسير القرآن (2,230)، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (5,78).

(1) أبو داود: سنن أبي داود: كتاب البيوع باب في الشركة (609) ضعيف.

(2) انظر: أبادي: عون المعبود على شرح سنن أبي داود (1543) كتاب البيوع: باب: من الشركة.

من الإجماع:

إقرار رسول الله ﷺ الناس منذ مبعثه على التعامل بالشركة دليل على جواز الشركة بين الناس⁽¹⁾ لما تحققه من مصلحة الفرد والمجتمع، قال ابن قدامة: "أَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَوَازِ الشَّرِكَةِ فِي الْجُمْلَةِ ، وَالشَّرِكَةُ عَلَى ضَرَبَيْنِ : شَرِكَةُ أَمْلَاكٍ ، وَشَرِكَةُ عُقُودٍ"⁽²⁾.

مدى تحقق عناصر عقد البناء والتشغيل والتحويل في عقد الشراكة المؤقتة:

وبالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل يرى أصحاب هذا التكليف أن عناصر الشركة المؤقتة توفرت فيه⁽³⁾:

1. الجهة الإدارية: طرف أول في عقد الشراكة المؤقتة.
2. شركة المشروع: طرف ثانٍ في عقد الشراكة المؤقتة.
3. محل العقد: إنشاء المشروع المتفق عليه مناصفة بين الطرفين.

سادساً: تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الخلو.

قبل الحكم على تكيفه على عقد الخلو، يجدر بنا تعريفه في اللغة والاصطلاح.

تعريف الخلو:

الخلو في اللغة "الخلو يدل على تعري الشيء من الشيء، يقال: هو خَلُوٌّ من كذا، والمكان الخلاء: الذي لا شيء فيه"⁽¹⁾. والخلو في اصطلاح الفقهاء يطلق على عدة معانٍ، نفتصر على أقربها، لأننا لسنا بصدد بحث عقد الخلو كعقد وإنما مدى صحة تكيف عقد البوت عليه واتفاقه معه.

عرفه الأجهوري: هو "اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلها"⁽²⁾، وعرفه الدكتور شبير: "اتفاق بين صاحب العقار أو متولي الوقف والممول (دافع المال)؛ بقصد تعمير العقار في مقابل أن يملك الممول جزءاً من منفعة العقار لمدة محددة؛ فإذا انتهت المدة آلت المنفعة جميعها إلى صاحب العقار"⁽³⁾؛ "والمنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف، إذا لم

(1) انظر: المطيعي: شرح فتح القدير مع تكملة نتائج الأفكار (5,3).

(2) انظر: الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (71,7)، ابن قدامة: المغني يليه الشرح الكبير(5).

(3) السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (28).

(1) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (204,2) كتاب الخاء، باب الخاء واللام وما يئلتها، مادة خلو.

(2) العليش: فتح العلي المالك في فتوى على مذهب الإمام مالك(248,2).

(3) شبير: عقد الخلو كأداة تمويلية (2).

يوجد ما يعمر به الوقف، وهذه المنفعة جزء معلوم بالنسبة كالنصف أو الثلث؛ فيستحق المستأجر ما يقابل نسبه من الأجرة ويؤدي باقيها لحظ المستحقين⁽¹⁾.

مدى تحقق عناصر عقد الخلو في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل يرى أصحاب هذا التكيف أن عناصر عقد الخلو قد توفرت فيه بوضوح⁽²⁾.

صاحب العقار المراد إنشاؤه: هو الجهة مانحة الامتياز، أو الجهة الإدارية مثل ناظر الوقف أو الإمام.

صاحب الخلو: هو شركة المشروع المنفذة لم يتم الاتفاق عليه في العقد.

محل العقد: هو المشروع المراد إنشاؤه.

الثمن المستحق: هو المنفعة التي تحصل عليه الشركة من تشغيل المشروع، المشروع بأصوله بالنسبة للمالك.

سابعاً: تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل، على عقود اعمار الأوقاف الخربة:

استحدثها العلماء للحفاظ على الأوقاف وبقائها، وقد بينا في البحث أن هناك من العلماء المعاصرين قد خرج به بأنه عقد البناء والتشغيل والتحويل ما هو إلا تطويراً غربياً لعقود اسلامية، حيث إن صور إعمار الوقف كثيرة⁽¹⁾، لذلك سنقتصر على ذكر وبيان العقود التي كيف وخرج الفقهاء عليها عقد البناء والتشغيل والتحويل⁽²⁾، وهي: "الحكر، الإجاريتين، المرصد".

أولها: تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الحكر:

وقبل الخوض في حكم هذا التكيف لا بد من بيان حقيقة عقد الحكر.

الحكر في اللغة:

الحكر هو الحبس، وأصله في كلام العرب الحكر، وهو الماء المتجمع، "كأنه احتكر لقلته"، وأصل الحكر الجمع والإمساك، والحكرة حبس الطعام منتظراً لغلائه⁽³⁾.

(1) شبير: عقد الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (2).

(2) انظر: شبير: عقد الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (14).

(1) "حق القرار، المقاطعة، الإجارة الطويلة، الكدك، الكر دار، مشد المسكة، عقد الصبرة، عقد الدفن، عقد الجلسة، عقد الجزاء، التعلّي، الإمفيتيز، الحكر، الإجاريتين، المرصد".

(2) انظر: الرشود: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " (19)، السيد: تطبيق نظام البناء والتملك

B.O.T (19 وما بعدها)، أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة (21).

(3) ابن منظور: لسان العرب (208,4) مادة حكر، الجرجاني: التعريفات (10) باب الألف.

الحكر في الاصطلاح:

عرفه الرملي "عقد إجارة يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء والغرس أو لأحدهما"⁽¹⁾، وقد عرفه علي حيدر بخصوصية أكثر؛ حيث جعله عقد خاص بالوقف "عقد استئجار أرض الوقف لغرضي غرسها والبناء فيها، أو لأحدهما"⁽²⁾.
وبالنظر في التعريفين السابقين يرى الباحث أن تعريف الرملي أكثر مناسبة وقرباً لتعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل، منه من تعريف المحامي علي حيدر التي جعلها في إعمار الوقف خاصة.

مدى تطابق عناصر عقد الحكر مع عقد البناء والتشغيل والتحويل:

المحكر: الجهة مانحة الامتياز أي ناظر الوقف أو الجهة الإدارية أو صاحب العقار المراد إنشاؤه وتشغيله.

المحتكر: هي شركة المشروع التي ستقوم بإنشاء المشروع، واستغلاله.

تعمير الوقف: محل العقد "المشروع المتفق على إنشائه" وأرض الوقف المراد إعمارها واستثمارها.

التمن: هو المنفعة التي تحصل عليها الشركة من تشغيل المشروع.

ثانيها: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الإجاريتين في إعمار الوقف:

الإجاريتين في اللغة: الإجارتان مثنى الإجارة، ومنه الأجر الثواب⁽¹⁾. لقوله تعالى: ﴿إِنَّا لَا نُضِيع أَجْرَ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا﴾⁽²⁾، ومنها أجر المرأة مهرها، قال تعالى: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾⁽³⁾.

(1) الرملي: نهاية المحتاج (5، 373).

(2) حيدر: الصنوف (144) الحويس: أحكام عقد الحكر في الفقه <http://uqu.edu.sa/page/ar/153543>

(1) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (1، 63) كتاب الهمزة.

(2) الكهف من الآية (30).

(3) الاحزاب من الآية (50).

تعريف الإجارة في الاصطلاح:

تم تعريفها ضمن هذا البحث⁽¹⁾، وصورة عقد الإجاريتين⁽²⁾: "هو اتفاق ناظر الوقف مع شخص، على أن يدفع الأخير مبلغًا من المال يكفي لتعمير عقار الوقف المبني الموهن عند عجز الوقف عن التعمير، على أن يكون لدافع المال حق القرار الدائم بأجر سنوي ضئيل⁽³⁾".

أي إذا خرب عقار الوقف بسبب عدم وجود غلة تكفي إعادة بنائه، ولم يعد بالإمكان تأجيله لمدة مؤقتة، وتبين أن إجارته بالإجاريتين أنفع لجهة الوقف؛ فيصدر الإذن من القاضي بتأجيله عن طريق عقد الإجاريتين؛ فيأخذ من المستأجر قيمة عقار الوقف مقدمًا، ويسمى إجارة "معجلة"، ويرتب عليه مبلغًا آخر يؤخذ منه كل سنة باسم إجارة "مؤجلة".

مدى تحقق عناصر عقد الإجاريتين في عقد البناء والتشغيل والتحويل:

المستأجر: هو شركة المشروع التي ستقوم باستثمار الوقف من طريق بناء وتشغيل المشروع.
المؤجر: الجهة مانحة الامتياز، مثل: ناظر الوقف أو الجهة الإدارية القائمة على الوقف.
محل العقد: المشروع المراد إنشاؤه وتشغيله.

الثمن المستحق: العائد المالي الذي تحصله شركة المشروع من تشغيل المشروع.

ثالثها: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد المرصد في إعمار الوقف.

ويجدر هنا بيان حقيقة عقد المرصد في تعميم الوقف الخرب.

تعريف المرصد في اللغة:

الإرصادُ في اللغة: الانتظار وكذا الإعداد، يقال: أرصدَ له الأمرَ، أعدّه. وأرصدتُ هذا المال لأداء الحقوق؛ إذا أعددتَه لِذَلِكَ، يأتي بمعنى التهيئة، قال الكسائي: أرصدته له، أي أعددت، والمعنى الذي نريده هو بمعنى اعددت له، أي "أعددت هذا المال لإعمار الوقف"⁽¹⁾.

(1) انظر: (46) من هذا البحث.

(2) السيد: تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (20)، وهي "تشبه في الفكرة والخصائص طريقة عقد الحكر، والفرق بينهما أن البناء والشجر في الحكر ملك المستأجر؛ لأنهما أنشئا بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحتكرة باسم الأجرة المعجلة، أما في عقد الإجاريتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدهما إنما يرد على عقار مبني مستوهن يجدد ويعمر بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف".

(3) انظر: أحمد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (23)، الحسن: استثمار موارد الوقف (21)، حماد:

معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء (57).

(1) انظر: ابن منظور: لسان العرب (177,3)، ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (400,2) كتاب الرأ باب الرأ

والصاد وما يتلثهما، مادة رَصَد.

تعريف المُرصد في الاصطلاح:

"دينٌ على الوَئْفِ صَرَفُهُ المُستأجِرُ من ماله بإذن الناظرِ في عِمارةِ الوَئْفِ الضرورية" (1)، وصورته: أن يستأجر الإنسان داراً، أو دكاناً موقوفاً محتاجاً إلى التعمير الضروري ويأذن له ناظرُ الوَئْفِ بذلك، فيُعَمِّرُهُ المُستأجِرُ بمالٍ معجَّلٍ يسمى (خدمة) بنية الرجوع على الوَئْفِ، عند حُصولِ مالٍ فيه، أو اقتطاعه من الأجرة في كلِّ سنة، وهذه العِمارةُ الضروريةُ ملكٌ للوئف (2).

مدى تحقق عناصر عقد المُرصد في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

المُرصد: هو الجهة مانحة الامتياز مثل: الإمام أو ناظر الوقف أو الجهة الإدارية القائمة عليه.

صاحب المُرصد: هي "شركة المشروع" المنفذة لِمَ تم الاتفاق عليه في العقد.

محل العقد: هو المشروع المراد إنشاؤه.

الثلث المستحق: هو العائد المالي الذي تحصل عليها الشركة من تشغيل المشروع.

حكم صور إعمار الأوقاف الخرية بالصور الآتية الذكر:

الباحث في هذا المبحث ليس بمعرض الحكم عليها بالتفصيل لأنها ليست محل بحثه؛ لذا سأقتصر على ذكر حكمها عامة، أي إنها جائزة لمراعاتها مصلحة إعمار الوقف عامة، وخلوها من المحاذير الشرعية التي تعارض معنى الوقف وأحكامه وشروطه، وإنما جاءت بسبب ضرورة لإنقاذ الوقف وتعميره (1).

الاتجاه الثاني: تخريج عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد جديد وليس بناءً

على مشابهته بأحد العقود المعروفة في الفقه.

حيث يرى أصحاب هذا التخريج أن عقد البوت عقد مستحدث لم يعرفه التشريع

الإسلامي بتركيبته هذه؛ فهو عقد مركب من عدة عقود تبرم من الباطن (2)،

(1) الشطي: القواعد الحنبليّة في التصرفات العقارية (7).

(2) انظر: حاشية ابن عابدين (5: 16)، الشطي: القواعد الحنبليّة في التصرفات العقارية (7).

(1) انظر: ابن عابدين: رد المختار على الدر المختار (592,6).

(2) أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة (2)، قال أ. محمد السيد: التحكيم في منازعات عقود البوت:

"عقود ال B.O.T تعتبر من العقود الحديثة نسبياً في المعاملات الاقتصادية الجديدة المحلية منها والدولية. وقد

بدأ الاهتمام بهذه العقود منذ الثمانينات" <http://ibrahimomran.com/vb/showthread.php?t=15428> ،

الجلالي: نظام البناء والتشغيل والنقل (البوت)، التركاوي: <http://law.jamaa.cc/art267670.html>

وممن قال بذلك: الدكتور أبو سليمان⁽¹⁾، والدكتور بخيت⁽²⁾، والدكتور داود⁽³⁾، وتبناه مجمع الفقه الإسلامي الدولي⁽⁴⁾، لأنه لا مانع في الشرع من استحداث عقود مالية جديدة يتعارف عليها أهل زمان أو مكان تحقق لهم المصالح بحيث لا تتعارض مع قواعد التشريع ونصوصه.

وقد دلت الفقهاء على مشروعية استحداث العقود بأدلة كثيرة كما أنهم وضعوا لها ضوابط عدة وبيانها على النحو التالي:

العقود المستحدثة مشروعيتها وضوابطها:

العقود القديمة والحديثة وجدت من أجل تنظيم حياة الإنسان في المعاملات المالية بينه وبين غيره من الناس في مجتمعه وفي غيره من المجتمعات والتي أخذت بالتطور مواكبة لتطور الحياة المدنية التي أصبحت أكثر تعقيداً عن سابقتها، وهذا التطور لا بد أن يلحقه تطوراً ينشأ عن إبرام عقود جديدة عجزت عن تغطيتها العقود القديمة فظهرت تلك العقود المالية المستحدث كدليل على أن العقود تتطور بتطور حياة الإنسان لتواكب مراعاة مصلحته وفق ما شرع الله ﷻ. ولفظ العقود المستحدثة استخدم الفقهاء لها عدة مسميات والتي اقتصر على ذكرها دون تفصيل وهي قولهم: "المسائل المستجدة، والنوازل، والواقعات، والمعاملات المالية المعاصرة، والعقود غير المسماة، والعقود المركبة من عدد من العقود المألوفة"⁽¹⁾.

(1) أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل والإعادة (29).

(2) بخيت: تطبيق عقد التشييد والاستغلال والإعادة (30).

(3) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) (15) عن د. داود: المصارف الإسلامية والتنمية الصناعي (29).

(4) مجمع الفقه الدولي الإسلامي حيث جاء في قرار رقم 182 (19/8) بشأن تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B O T) في تدمير الأوقاف والمرافق العامة (21).

(1) أبو هريرة: عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (16,15).

أولاً: مشروعية العقود المستحدثة:

العقود المستحدثة مشروعية ودليل مشروعيتها من الكتاب والسنة والمعقول.

أولاً: من القرآن الكريم:

1- قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

لفظ البيع الوارد في الآية لفظ عام، فالألف واللام للجنس وليس للعهد، لعدم تقدم بيع مذكور يرجع إليه، وعليه فأصول البيوع كلها على الإباحة إلا ما استثناه الشرع بالنهي عنه⁽²⁾.

2- قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

علقت الآية جواز الأكل من الصداق بطيب نفس المتبرع، فدل على أن طيب النفس وصف وهذا الوصف سبب لحكم جواز الأكل، وكذلك في سائر التبرعات قياساً عليه بالعلة التي نص عليها الكتاب⁽⁴⁾.

3- قال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أي لا تتعاطوا الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال، لكن المتاجر المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري ففعلوها وتسببوا بها في تحصيل الأموال، طالما وقعت العقود المستحدثة موافقة للشرع وبحصول الرضا بين المتعاقدين فإنها مشروعة⁽⁶⁾.

4- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁷⁾، قال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾⁽⁸⁾.

(1) البقرة من الآية (275).

(2) انظر: ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (1،709)، القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (18،180).

(3) النساء من الآية (4).

(4) انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (5،25).

(5) النساء من الآية (29).

(6) ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (2،268).

(7) المائدة من الآية (1).

(8) الإسراء من الآية (34).

وجه الدلالة من الآيتين الكريمتين:

العقود هي العقود، وقد أمر الله تعالى في الآيتين بالوفاء بالعقود والعهود، وهذا عام يشمل جميع العقود من غير استثناء، إلا ما استثناه الشرع، وهذا يدل على أن تحريم شيء من العقود أو الشروط التي يعقدها الناس لتحقيق مصالحهم بغير دليل شرعي تحريم ما لم يحرمه الله تعالى، فيبقى الأصل في العقود والشروط الإباحة⁽¹⁾.

ثانياً: من السنة:

ما رواه عمرو بن عوفٍ عن أبيه عن جدّه ﷺ قَالَ سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ⁽²⁾.

وجه الدلالة من الحديث:

هذا الحديث أصل في الشروط وإباحتها إلا ما عارض حكم الله تعالى وحكم رسوله ﷺ⁽³⁾. قال ابن تيمية: "أَنَّ الْمُشْتَرِطَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُبَيِّحَ مَا حَرَّمَهُ اللَّهُ وَلَا يُحَرِّمَ مَا أَبَاحَهُ اللَّهُ فَإِنَّ شَرْطَهُ حِينَئِذٍ يَكُونُ مُبْطِلًا لِحُكْمِ اللَّهِ، وَكَذَلِكَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُسْقِطَ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ؛ وَإِنَّمَا الْمُشْتَرِطُ لَهُ أَنْ يُوجِبَ الشَّرْطَ مَا لَمْ يَكُنْ وَاجِبًا بِدُونِهِ"⁽⁴⁾.

ثالثاً: من المعقول:

الأصل في الأشياء والأفعال العادية الإباحة، والعقود والشروط تعتبر من الأفعال فينسحب عليها حكم الإباحة بالاستصحاب حتى يقوم دليل على المنع والتحريم، ومما يدل عليه أدلة عديدة منها:

قال تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾⁽⁵⁾.

وجه الدلالة:

"إن اللفظ عام في الأعيان والأفعال؛ وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة. وأيضاً فليس في الشرع ما يدل على تحريم

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (138,29).

(2) البيهقي: السنن الكبير (65,6): باب النهي عن إضاعة المال، البغوي: شرح السنة (209,8).

(3) شبير: المعاملات المالية المعاصرة (22).

(4) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (150,29).

(5) الأنعام من الآية (119).

جِنْسِ الْعُقُودِ وَالشُّرُوطِ إِلَّا مَا ثَبِتَ جُلُّهُ بِعَيْنِهِ، وَأَنَّ الْعُقُودَ وَالشُّرُوطَ مِنْ بَابِ الْأَفْعَالِ الْعَادِيَّةِ .
وَالْأَصْلُ فِيهَا عَدَمُ التَّحْرِيمِ فَيَسْتَنْصَحُ بِعَدَمِ التَّحْرِيمِ فِيهَا حَتَّى يَدُلَّ دَلِيلٌ عَلَى التَّحْرِيمِ"⁽¹⁾.

ثانياً: ضوابط العقود المستجدة :

لقد وضع الفقهاء ضوابط لقبول العقود المستجدة والتي هي⁽²⁾:

1. أن يكون العقد المستجد غرضه سد حاجة مشروعة وتحقيق مصلحة معتبرة لأطرافه
2. أن يخلو العقد المستجد من الربا وشبهته ، ومن الغرر الفاحش ، ومن الغش والتدليس ، ومن أكل أموال الناس بالباطل ، وأن لا يؤدي إلى ضرر بالآخرين ، أو إلى حرمان ذي حق من حقه المشروع .
3. أن لا يخالف هذا العقد نصاً أو إجماعاً صريحاً في موضوعه.

ثالثاً: مدى توفر ضوابط مشروعية العقود المستحدثة في عقد البناء والتشغيل والتحويل:

بعد ذكر أدلة مشروعية جواز استحداث العقود المالية، وضوابطها الناظمة لحياة الناس، نأتي إلى توفر هذه الضوابط في عقد البناء والتشغيل والتحويل كعقد مستحدث نجدها قد توافرت فيه تلك الضوابط⁽³⁾.

1. العقد يسد حاجة مشروعة بل إنها ملحة لقيام الناس وتيسير مصالحهم وتحقيق المصلحة المعتبرة.
2. خلى العقد من مفسدات العقد الربا والغرر الفاحش والغش والإضرار بالآخرين.
3. كما أن العقد لم يخالف نصاً صحيحاً أو إجماعاً صريحاً في موضوعه بل إنه يندرج تحت عموم النصوص الشرعية.

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (150,29).

(2) منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، العدد العاشر (969).

(3) انظر: السيد: حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية (31)، داغي: بحث تطبيق نظام البناء والإدارة والتشغيل، والتمويل لإعمار أعيان الوقف منشور على موقعه الرسمي.

المطلب الثاني

حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل

بعد الحديث عن حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل وذكر خصائصه وتكييفه الفقهي لا بد من بيان حكمه الشرعي ولا يتأتى ذلك إلا بمناقشة تكييفاته الفقهية من قبل العلماء الذين ألقوه بعقد من العقود المعروفة ومدى انطباقها أو عدم انطباقها مع العقود ليتسنى للباحث بعد ذلك الحكم على تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل.

أولاً: مناقشة أدلة من كَيْفِ عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد الاستصناع.

رغم تشابه عقد البناء والتشغيل والتحويل مع عقد الاستصناع في أركانه الرئيسية إلا أن ثمة اختلافاً واعتراضاً عليه بما يلي:

1. اعترض عليه بأن الأجرة في عقد الاستصناع هي من النقد، خلافاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل التي هي المنفعة من تشغيل المشروع، والعلماء مختلفون في جواز كون المنفعة أجرة⁽¹⁾، ورد عليه بأن، جمهور الفقهاء (عدا الحنفية) على أن المنافع أموال، لأن المقصود من الأشياء منافعها لا ذواتها، وهو الرأي الصحيح المعمول به في القانون وأعراف الناس، والمقصود بالمنفعة هو الفائدة الناتجة من الأعيان كسكني الدار وركوب السيارة... الخ⁽²⁾، قال الزرقاء: "حكم المنفعة يسوغ لصاحبه أن يتصرف في المنفعة تصرف المالك في أملاكهم ضمن حدود العقد الذي ملكه إياها، فيحق له تملك المنفعة التي استفاد ملكيتها"⁽³⁾، ويقبل ملك المنفعة التقيد بالزمان والمكان والصفة عند إنشائه ويورث عند جمهور الفقهاء، وتكون أمانة في يد المالك لا يضمن إلا بالتعدي والتقصير وتنتهي بانتهاء مدة الانتفاع المحددة. ولقد أجاز الفقهاء أن تكون المنفعة أجرة في الإجارة، جاء في المدونة: "هل يجوز أن يشتري سكني الذي اسكنه بسكني دار لي أخرى أو بخدمته أو عبد لي آخر يجوز ذلك أم لا؟ قال لا أرى بأساً"⁽⁴⁾، وجاء في ندوة البركة أن عقد استصناع يبرم على أن تكون فيه منفعة استثمار المشروع مدة معينة هي ثمن الاستصناع وذلك بعد تمكين المستصنع من

(1) أحمد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (10).

(2) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (4، 42).

(3) الزرقاء: المدخل الفقهي العام (1، 286).

(4) مالك: المدونة الكبرى (3، 266).

تسليمها ودخولها في ضمانه بالقبض الحكمي، والمنفعة تصلح أن تكون ثمناً أو عوضاً في عقود المعاوضات⁽¹⁾.

2. اعترض عليه بأن الاستصناع عقد بيع⁽²⁾ وتمليك بينما عقد البناء والتشغيل والتحويل بناء وتشغيل، ويرد عليه بما ورد في توصيات ندوة البركة من كونه عقد استصناع يحدد فيه الثمن بما يغطي تكاليف المشروع والعائد المستهدف للصانع، مع توكيل المستصنع للصانع بإدارة المشروع وتشغيله حتى يستوفى الثمن المحدد في عقد الاستصناع، وذلك بعد تمكين المستصنع من تسلمه ودخوله في ضمانه⁽³⁾.

3. في عقد الاستصناع يتم دفع الثمن من المستصنع كاملاً أو مقسطاً⁽⁴⁾، بينما في عقد البناء والتشغيل والتحويل يكون الثمن تشغيل المشروع مدة عقد التشغيل، ويرد عليه بما ورد في توصيات ندوة البركة من كونه عقد استصناع بثمن معين مؤجل، مع إبرام المستصنع عقد تأجير مع الصانع إجارة موصوفة بالذمة⁽⁵⁾ لمشروع يتم وصفه بصورة مطابقة للمشروع المصنوع، ويتم دفع الأجرة من خلال استثمار الصانع (المستأجر) للمشروع بموجب عقد الإجارة، ويمكن أن تجري المقاصة بين ثمن المشروع المصنوع وبين الأجرة المستحقة للمستصنع (المؤجر) على الصانع (المستأجر)⁽⁶⁾.

وبالنظر إلى الصور التي وردت في توصيات ندوة البركة ورد فيها على الاعتراضات الواردة على تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل؛ فإن الصورة الأولى تتطابق إلى حد ما مع عقد البناء والتشغيل والتحويل، بينما في الصورة الثانية نجد أنهم قسموا عقد الاستصناع إلى مراحل وهي غير موجودة في الاستصناع بينما موجودة في عقد البناء والتشغيل والتحويل، في قولهم: " مع إبرام المستصنع عقد تأجير مع الصانع إجارة موصوفة بالذمة"⁽⁷⁾، كذلك ما جاء في الصورة الثالثة يبين أن عقد البناء والتشغيل والتحويل مكون من عدة عقود حقيقية.

4. اعترض عليه كون الثمن في عقد الاستصناع يختلف عنه في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

(1) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل BOT (13) عن قرارات وتوصيات ندوات البركة (298 - 299).

(2) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للنسفي (284,6).

(3) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (13).

(4) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (13).

(5) هي "بيع منافع مستقبلية بثمن حال" أو هي "سلم في المنافع" نصار: ضوابط الإجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها في تمويل الخدمات في المؤسسات المالية الإسلامية (4)، البهوتي: شرح منتهى الإيرادات (4,39).

(6) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (13).

(7) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي (13).

وبيانه أن في عقد البناء والتشغيل والتحويل ثمناً معيناً خارجاً عن منافع المنشأ يقدمه صاحب المشروع لشركة المشروع⁽¹⁾.

5. اعترض عليه كون المثلن في عقد الاستصناع يختلف عنه في عقد البناء والتشغيل والتحويل، بيانه أن المثلن في عقد الاستصناع هو صنع شيء معين وتسليمه مباشرة إلى المستصنع بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة فان المعوض فيه هو البناء و التشغيل لمدة معينة⁽²⁾.

رأي الباحث:

يرى الباحث أن عقد البناء والتشغيل والتحويل لا يصح تكيفه على أنه عقد استصناع، لما سبق ذكره في المناقشة، يضاف إليها:

عقد الاستصناع يسلم فيه المصنوع من الصانع بعد تمامه دون الاستفادة منه وعقد البناء والتشغيل والتحويل ليس كذلك⁽³⁾.

في عقد الاستصناع لا يساهم الصانع في شيء من المستصنع، بينما في عقد البناء والتشغيل والتحويل يساهم صاحب المشروع بالأرض المقام عليها المشروع⁽⁴⁾.

عقد البناء والتشغيل والتحويل، يرتب على طرفيه التزامات لا يرتبها عقد الاستصناع، مثل الدخول في عقد جديد يبيح للصانع استغلال المشروع، بينما في عقد الاستصناع يكون الريح مقدر من ضمن الاستصناع⁽⁵⁾، كما أن وجود بعض الشبه في بعض الأركان بين عقدي البناء والتشغيل والتحويل والاستصناع لا يلزم منه أن يكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد استصناع⁽¹⁾، خاصة وأن عقد البناء والتشغيل والتحويل فيه من الخصوصية ما تميزه عن عقد الاستصناع، والأصل أن المغايرة في الأسماء تقتضي المغايرة في الحقائق⁽²⁾.

(1) الترابي: عقد البناء والتشغيل والإعادة التكيف الفقهي والحكم الشرعي (22).

(2) الترابي: عقد البناء والتشغيل والإعادة التكيف الفقهي والحكم الشرعي (22).

(3) انظر: السرخسي: المبسوط (84,15).

(4) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (84,6)، السير: الاستصناع (المقاولات) (9).

(5) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (87,6).

(1) انظر: شبير: الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (13).

(2) يرى الباحث أن الإضافات الواردة في عقد البناء والتشغيل والتحويل هي ما يميزه عن غيره من العقود، قال

الغزالي: "لأنَّ اِخْتِلافَ الإِضافاتِ وَالصِّفَاتِ يوجبُ المُغايرةَ إذُ الشَّيْءُ لَا يُغايِرُ نَفْسَهُ"، الغزالي: أبو حامد:

المستصفي (76,1).

ثانياً: مناقشة أدلة القائلين بتكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الجعالة.

رغم وجود التشابه بين عقدي الجعالة وعقد البناء والتشغيل والتحويل إلا أن ثمة اعتراضات وردت عليه وهي على النحو التالي⁽¹⁾:

1. اعترض الدكتور شبير على هذا التكييف بقوله: إن الجعل ليس نقوداً ولا أعياناً إنما هو مشروعاً يسلم للجاعل بعد انتهاء المدة وهو مجهول القيمة عند التسليم⁽²⁾.
2. واعترض عليه بأن المدة في عقد الجعالة مطلقة غير محددة بزمن قال الفقهاء: في شرط انعقاد الجعالة فإن ضرب الأجل بطل العقد⁽³⁾، رد عليه بما أن الجعل تشترط معلوميته بخلاف العمل إذ تغتفر جهالته مع تحديد الغرض منه؛ فإن هذه المعلومية تتحقق بتجديد مدة الانتفاع⁽⁴⁾، ويرى الباحث أن العقد بحاجة لمراعاة الزمن وتحديد في العقد، حيث إنه على إطلاقه في عقد الجعالة، لأنه من العيب في مثل هذه المشروعات الضخمة أي خلوها عن المدة التي تسلم فيها.

رأي الباحث:

يرى الباحث رغم وجود الشبه في بعض أركان عقدي البناء والتشغيل والتحويل والجعالة لا يلزم منه أن يكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد الجعالة، خاصة وأن عقد البناء والتشغيل والتحويل فيه من الخصوصية ما تميزه عن عقد الجعالة، والأصل أن المغايرة في الأسماء تقتضي المغايرة في الحقائق.

لذا فإن عقد البناء والتشغيل والتحويل لا يصح تكييفه على أنه عقد الجعالة، لورود الاعتراض عليه إضافة للفروقات الآتية بين العقدين:

1. عقد البناء والتشغيل والتحويل من العقود اللازمة، قبل وبعد البناء لأنها تمر بمراحل عدة قبل البدء بالبناء مثل طرح العطاءات وفتح المظاريف ورسوها على المتعاقد، وعقد الجعالة من العقود الجائزة⁽¹⁾.
2. عقد البناء والتشغيل والتحويل الجهالة فيه طفيفة، بينما في عقد الجعالة الجهالة فيه أكبر⁽²⁾.

(1) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل BOT (17).

(2) شبير: الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (12).

(3) البهوتي: كشاف القناع (6, 1992)، ابن قدامة: المغني، ويليه الشرح الكبير (6, 350).

(4) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل BOT (17).

(1) انظر: الشرواني: حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج (6, 118).

(2) انظر: القرطبي: ابن رشد: البيان والتحصيل (8, 417).

3. عقد البناء والتشغيل والتحويل الغرر فيه قد يكون ضئيلاً، بخلاف عقد الجعالة⁽¹⁾.
4. عقد البناء والتشغيل والتحويل يترتب عليه حقوق للمتعاقدين قبل تمام وبعد تمام المشروع، خلافاً لعقد الجعالة الذي لا يترتب أثره إلا بتمامه⁽²⁾.
5. عقد البناء والتشغيل والتحويل يتم وفق تحديد مقصدي طرفي التعاقد ومعرفة هُويتهما، خلافاً لعقد الجعالة الذي يكون فيه جهالة العمل مقداراً وثمانه وطرفه الثاني⁽³⁾.

ثالثاً: مناقشة أدلة القائلين بتكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الإجارة.

إن تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على عقد الإجارة لم يسلم من الاعتراض لوجود عدد من الفروقات وهي على النحو التالي:

1. جهالة قيمة المشروع من حيث كون المشروع فقد جزءاً مهماً من قيمته بفعل الاستخدام، وتكون بعض المرافق قد اهتلكت جزئياً مما يجعل قيمة الأجرة مجهولة⁽⁴⁾. ورد على هذا الاعتراض بأنه يمكن تجاوز هذا الخلل باشتراط صيانة المستأجر للمشروع صيانة كاملة وتسليمه بحالة جيدة عند نهاية فترة العقد⁽⁵⁾.
2. تأخير وقت استحقاق الأجرة: حيث إنها تؤجل "تؤخر" بعد إتمام المشروع، وهو أمر يخالف أحكام الإجارة⁽⁶⁾.
- رد على هذا الاعتراض بأنه إذا تم الاتفاق بين العاقدين على أن الأجرة لا تجب إلا بعد انقضاء مدة الإجارة؛ فهو جائز إذ إنه يكون تأجيلاً للأجرة بمنزلة تأجيل الثمن. "إذن وبشكل عام فإنه يمكن القول بصحة أن تكون الأجرة مؤجلة وهي تسليم المشروع نفسه بعد انتهاء المدة"⁽¹⁾.
3. الأجرة فيه ليست نقوداً إنما "منفعة" وهي تشغيل المشروع وتسليمه للمستأجر بعد استعماله مدة معينة وهو مجهول القيمة عند التسليم⁽²⁾.

(1) انظر: القرطبي: ابن رشد: البيان والتحصيل (419,8).

(2) انظر: القرطبي: ابن رشد: البيان والتحصيل (452,8).

(3) انظر: باي: إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادي لمختصر خليل (176,4).

(4) أحمد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (15).

(5) أحمد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (15).

(6) انظر: العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (4).

(1) أحمد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (16).

(2) شبير: الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية (13).

رد على هذا الاعتراض بأنه اتفق الفقهاء على جواز كون الأجرة منفعة لا مالاً في عقد الإجارة⁽¹⁾.

4. عقد البناء والتشغيل والتحويل يرتب على طرفيه التزامات لا يرتبه عقد الإجارة، مثل الالتزام بصيانة المعدات في بعض أنواع المرافق، ومراعاة التقدم التكنولوجي في المشاريع التكنولوجية، وتشغيل الأيدي العاملة الوطنية،.....إلخ.

رأي الباحث:

رغم وجود التشابه بين عقد الإجارة وعقد البناء والتشغيل والتحويل في جوانب عدة فإن الباحث يرى أن عقد البناء والتشغيل والتحويل لا يصح تكييفه على أنه عقد الإجارة، لما سبق ذكره في المناقشة، كما أن وجود بعض الشبه في بعض أركان عقدي البناء والتشغيل والتحويل والإجارة لا يلزم منه أن يكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل على أنه عقد الإجارة، خاصة وأن عقد الإجارة فيه من الخصوصية ما تميزه عن عقد الإجارة، والأصل أن المغايرة في الأسماء تقتضي المغايرة في الحقائق، ويعتبر الباحث أن عقد الإجارة مرحلة من مراحل تنفيذ العقد وهي المرحلة الثانية منه.

ثالثاً: مناقشة أدلة القائلين بتكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على الإقطاع:

رغم وجود التشابه بين أركان العقدين إلا أنه اعترض عليه بالتالي:

1. اعترض عليه بأن عقد الإقطاع المُقَطَّع له غير مطالب بتقديم عوض للمُقَطَّع لأنه يشبه الهبة⁽²⁾.
2. اعترض عليه بأن الإقطاع يستهدف أولاً مصلحة المُقَطَّع ، بل إن من معاني الإقطاع العطفية مع مراعاة المصلحة العامة كأنها مكافأة، وليس كذلك العقد B.O.T فإن جوهره تمويل التنمية بغرض الارتقاء بالمشروعات والمرافق العامة⁽¹⁾.
3. اعترض عليه: بأنه ليس من عقود المعاوضات، خلافاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل الذي هو من عقود المعاوضات⁽²⁾.

(1) ابن قدامة: المغني، ويليهِ الشرح الكبير (8،14).

(2) انظر: الترابي: عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكييف الفقهي والحكم الشرعي (22).

(1) بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) (29).

(2) شبير: عقد الخلو كأداة تمويلية (13).

4. اعترض عليه بأن العوض في الإقطاع خراج أو إجارة، بينما يقع على عاتق شركة المشروع في عقد B.O.T بناء، وتشغيل، وإعادة المشروع صالحاً للعمل لصاحب المشروع⁽¹⁾.

5. كذلك إن قلنا إنه من عقود المعاوضات فإن أنواعه تبيين أنه لا يشمل جميع صور عقد البناء والتشغيل والتحويل، ويمكن الرد عليه أن للإمام أن يفرض على المنتفع أجرة على شكل خراج أو نحوه، ويمكن تجاوزها من خلال بنود الاتفاقية⁽²⁾.

أرى أن هذا التكييف فيه تكلف، وتحميل العقد ما لا يحتمل، لأن عقد الإقطاع يعطي حق التمليك والتوريث، وهو ما يعارض جوهر عقد البناء والتشغيل والتحويل المنصب على تحقق النفع العام، وإشراك القطاع الخاص للتخفيف عن موازنات الحكومة المكلفة في إنشاء المشروعات الكبيرة، كذلك فإن أحكام الإقطاع تعطى ولي الأمر سلطة إنهاء العقد في أي وقت من طرف واحد⁽³⁾.

رأي الباحث:

رغم وجود بعض التشابه في بعض أركان عقدي البناء والتشغيل والتحويل والإقطاع لا يلزم منه أن يكيف على أنه إقطاع، خاصة وأن عقد البناء والتشغيل والتحويل فيه من الخصوصية ما تميزه عن الإقطاع، لذا يرى الباحث أن عقد البناء والتشغيل والتحويل لا يصح تكييفه على أنه إقطاع.

رابعاً: مناقشة أدلة القائلين بتكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على الشركة المؤقتة:

1. يرى الباحث إمكان الاعتراض عليه: إن الدولة تلجأ إلى تنفيذ عقد البناء والتشغيل والتحويل للتخفيف من ميزانية إنشاء البنى التحتية، فكيف ستحقق ذلك عن طريق المشاركة المؤقتة، ويرد عليه في جميع أنواع الشركات يتم اقتسام الأرباح حسب النسب المتفق عليها، ولكن يمكن القول إنه في الشركة المؤقتة تمتع الدولة برغبتها في الحصول على المستحق لها من نظير حصتها في الأرباح مقابل أخذها مرة واحدة في

(1) بحيث: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) (29).

(2) انظر: أحمد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (17).

(3) أحمد: تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T (18).

نهاية المدة في صورة ذات المشروع وأصوله وذلك بنقل ملكيته من المؤسسة المنفذة إلى الدولة وبذلك تتقضي الشركة المؤقتة⁽¹⁾.

رأي الباحث:

يرى الباحث عدم إمكان تخريج عقد البناء والتشغيل والتحويل على الشركة المؤقتة وفقاً لما جاء في بعض القوانين الناظمة للشركات حيث وضح صفة الشركة بقوله: "وهذه الشركة مستترة عن الغير، وليس لها اسم، ولا تتمتع بشخصية اعتبارية، ولا تخضع لإجراءات الشهر، ويقتصر أثرها على أطرافها كسائر العقود، ولا يعتد الغير بوجودها ولا يلتزم هذا الغير أو يكتسب الحقوق إلا في مواجهة من تعامل معه من الشركاء فقط"⁽²⁾، وعليه يمكن استخدام هذا النوع من الشركات في تصحيح التمويل لتجنب القروض الربوية عند تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء المرافق العامة، لا أن يكون تكييفاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل.

رابعاً: مناقشة أدلة القائلين بتكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل على صور عقود إعمار الأوقاف الخيرية:

رغم توافق عقد البناء والتشغيل والتحويل مع بعض صور عقود إعمار الأوقاف، ألا إنه لا يمكن إلحاقه بصور عقود إعمار الأوقاف لما يلي:

صور إعمار الوقف لا تغطي جميع مراحل عقد البناء والتشغيل والتحويل، وقالت: الدكتور هند: معلقة على صور اعمار الوقف "أما التطور الذي حدث لهذه الصيغ، فإنه ينحصر في إعادة المشروع إلى الجهة المضيفة بعد انقضاء المدة المنقوع عليها، دون أن يكون للجهة المنفذة حق القرار الدائم"⁽³⁾، معلقة ذلك في الحاشية بقولها: "لم نتحدث هنا عن حق التوريث على اعتبار أن الطرف الآخر في الحكر شخص طبيعي يموت، أما التطبيق المعاصر للـ BOT ، فإن الطرف الآخر (الشركة المنفذة) في الحياة المعاصرة يكون شخصية اعتبارية أو قانونية، وهي لا تموت حتى تورث، ولكنها تنتهي بالتصفية أو بانتهاء مدتها"⁽¹⁾، حيث يرى الباحث أن هذا الاختلاف جدير في أن يعتبر عقد البناء والتشغيل والتحويل مغايراً لصور إعمار الوقف وإن

(1) السيد: حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (29).

(2) المادة 40 من نظام الشركات السعودي نقلاً عن الفقي: فقه المعاملات دراسة مقارنة (304).

(3) السيد: حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (27).

(1) السيد: حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT (27) في الحاشية.

تشابهت في بعض صورها، وما قيل في تخريج عقد البناء والتشغيل والتحويل على العقود المعروفة في الفقه الإسلامي يقال هنا فلا داعي لتكراره.

خامساً: مناقشة أدلة القائلين بأن عقد البناء والتشغيل والتحويل عقداً مستحدثاً مستقلاً بذاته وإمكان تخريجه على قاعدة "الأصل في العقود الإباحة".

1. اعترض عليه إن العقد المستحدث كلياً وإن قلنا بإباحته في أصله؛ فقد يطرأ عليه من الشروط ما يغير حقيقته؛ فيكون متردداً بين عدة عقود، وهذا ينافي مقاصد الشريعة والتي منها ثبات العقود واستقرارها⁽¹⁾، ويرد عليه بأن العقد لا نحكم على العقد بجوازه إلا إذا استوفى جميع الأركان والشروط المعنوية، وعقد البناء والتشغيل والتحويل قد استوفى هذه الأركان والشروط.

2. واعترض عليه بأن حمله على أحد العقود المسماة - ما أمكن ذلك - أولى من جعله مستحدثاً بالكلية، ويرد عليه بأن الفقه الإسلامي يسع تجدد العقود لأنه باب يتجدد بحاجة الناس لتحسين معاشهم، ويرد عليه لأن حمله على العقد المسمى أسهل في معرفة باقي أحكامه وضوابطه وموانعه كونه سبق دراسته فقهياً؛ من استحداث عقد يحوج إلى دراسته من كافة جوانبه⁽²⁾، ويرد عليه وإن سلمنا لكم بأن حمله على العقود المعروفة لسهولة ضبطه والحكم عليه إلا إننا لا نستطيع غلق باب الاجتهاد في تجدد العقود المالية وفق تطور الحياة كما أنه يوجد فرق بين عقد البناء والتشغيل والتحويل، وهذه العقود الفقهية المعروفة في الفقه الإسلامي⁽³⁾.

3. اعترض عليه لا نسلم بوجود الفرق بين عقد البناء والتشغيل والتحويل، وجميع العقود الفقهية المعروفة، بل هو مطابق لأحد هذه العقود⁽⁴⁾.

رأي الباحث:

أرى لا مانع من الحكم عليه بكونه عقداً مستحدثاً يخضع للدراسة الفقهية، ويؤصل له ويقعد ويحفظ ضمن العقود المشروعة والتزام ضوابطها، ففقهنا غني بالكثير من العقود التي وجدت لتيسير وتسيير حياة الناس والحاجة إليها فلم لا يكون هذا واحداً منها؟!

(1) الرشود: العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية (110).

(2) الرشود: العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية (110).

(3) انظر: بحيث: تطبيق عقد التشييد والاستغلال وإعادة (30)، د. أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B O T (22,23).

(4) الرشود: العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية (110).

فبعد إيراد أقوال العلماء في تكيف عقد البناء والتشغيل والتحويل، ومناقشة أدلة كل اتجاه نأتي إلى بيان حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل، وقبل بيان حكم العقد نشير إلى عناية التشريع الإسلامي بالمرافق العامة والدعوة إلى إنشائها؛ فبالنظر إلى أدلة الشرع نجد أنها تدعو إلى عمارة الأرض واستصلاحها بما يخدم حاجة المجتمع، بل نجد النصوص القرآنية والنبوية ما يحض على عمارتها مرغياً للمجتمع أفراداً وجماعات حكماً ومحكومين إلى إنشاء المرافق العامة التي من شأنها تحسين حياتهم ومعاشهم، ذلك بما يترتب عليها من أجر أخروي ناهيك عن الأجر في الحياة الدنيا، ومن هذه الأدلة نسوق طرفاً منها وفق ما ورد في الكتاب والسنة والإجماع.

أولاً: ما ورد في القرآن الكريم:

- قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

العقود لفظ عام يشمل جميع أنواع العقود المالية منها أو التي بين العبد وربه، وعقد البناء والتشغيل والتحويل عقد من العقود المالية التي وجب الوفاء بها إذا خلت من المحاذير الشرعية⁽²⁾.

- قال تعالى: ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾⁽³⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

البر⁽⁴⁾ اسم جامع لكل أعمال الخير المأمور بالمسارعة إلى فعلها⁽⁵⁾، ومنها إنشاء المرافق العامة التي تخدم المجتمع، وهنا نجد كلمة تعاونوا جاءت بصيغة الجمع مما يدل على مبدأ المشاركة والمساهمة في إنشاء ما ينفع الناس في قيام حياتهم المعيشية ومنها إنشاء المرافق العامة والتي يمكن تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشائها عن طريق مشاركة القطاع العام للقطاع الخاص⁽¹⁾.

(1) المائدة من الآية (1).

(2) انظر: ابن العربي: أحكام القرآن (25,3).

(3) المائدة من الآية (2).

(4) انظر: الفيومي: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (28).

(5) انظر: السعدي: تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير الأحكام (27).

(1) انظر: صبري: عقد البناء والتشغيل وإعادة في تعبير الأوقاف والمرافق العامة (4).

- قال تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾⁽¹⁾.

وجه الدلالة من الآية الكريمة:

أن الإسلام أقر مبدأ الشركة بين الإخوة فيما تجوز المشاركة فيه⁽²⁾، وهذا بدوره يدل على جوازها في العقود التي تخدم مصلحة المجتمع عامة.

ثانياً: من السنة:

والسنة نجدها ذاخرة بالأحاديث التي تحت على كل عمل فيه نفع عام للمجتمع

- روى الإمام مسلم عن أبي الزبير عن جابر رضي الله عنه **«لأن النبي ﷺ دخل على أم مبشر الأنصارية في نخل لها فقال لها النبي ﷺ من غرس هذا النخل أمسلم أم كافر فقالت بل مسلم فقال لا يغرس مسلم غرساً ولا يزرع زرعاً فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة»**⁽³⁾.
- عن قتادة، عن أنس، قال: قال رسول الله ﷺ: **«السبعة يجري للعبد أجرهن وهو في قبره بعد موته: من علم علماً، أو كرى نهراً، أو حفر بئراً، أو غرس نخلاً، أو بنى مسجدًا، أو ورث موصحفاً، أو ترك ولداً يستغفر له بعد موته»**⁽⁴⁾.

وجه الدلالة من الحديثين:

ظاهر مجموع الحديثين الحث على فضيلة الغرس والزرع في الدنيا لنفعه الناس، وأن أجر ذلك الغرس مستمر ما دام الغراس والزرع وما تولد منهما إلى يوم القيامة⁽⁵⁾. وهذا مما يدل على عناية النبي ﷺ في موضوع إيجاد المرافق ذات النفع العام والحث على إنشائها.

ثالثاً: من الإجماع:

من المعلوم أن حاجة الناس متجددة وهذا التجدد يقتضي القول بوجوب العمل على إيجاد هذه المرافق التي تخدم مجموع الناس على أن يكون موافقاً للشرع، وهذا ما عليه الأمة⁽¹⁾.

(1) النساء من الآية (12).

(2) انظر: السلطان: الأنوار الساطعات لآيات جامعات (2,24).

(3) مسلم: صحيح مسلم (728,2) كتاب: المساقاة و المزارعة باب: فضل الغرس والزرع.

(4) البيهقي: شعب الإيمان (122,5) باب: الاختيار في صدقة التطوع.

(5) النووي: شرح صحيح مسلم (379,5) كتاب المساقاة والمزارعة، باب: فضل الغرس والزرع.

(1) انظر: السرخسي: المبسوط: (75,15).

حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل.

بعد بيان حقيقة العقود التي تم تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل عليها، ومناقشتها وإبراز عناية التشريع الإسلامي بإنشاء المرافق العامة. جاء دور الحكم على العقد من حيث تكييفه الفقهي، وكذلك من حيث الصحة والبطالان.

فخلاصة القول في تكييف العقد:

مما سبق يتضح لنا أن عقد البناء والتشغيل والتحويل وإن كان بينه وبين بعض العقود التي كُيف عليها والمعروفة في الفقه الإسلامي كالاستصناع والإجارة والجمالة والإقطاع، والخلو وصور إعمار الأوقاف تشابهاً ليس بالقليل إلا أن المطابقة الكاملة وتام التشابه غير متحقق بينما إنها قد تطبق مرحلة من مراحلها كما بيناه؛ ومن ثم لا ينبغي أن يلحق عقد البناء والتشغيل والتحويل بهذه العقود بل ينظر إليه باعتباره عقداً مستحدثاً ومستقلاً تطبيقاً عليه القواعد العامة للعقود في الفقه الإسلامي، قال د. محي الدين قره داغي: "وإذا نظرنا إلى هذا العقد فنجد أن مقاصد الشريعة في إجراء العقود متوافرة فيه، وأنه حسب ظاهره ومن حيث هو عقد ليس فيه مخالفة، أو تعارض مع نص شرعي، ولذلك يبقى على أصل الجواز والصحة والمشروعية"⁽¹⁾. قال ابن عاشور: (ومحافظة على مقصد الرواج في المعاملات شرعت عقود المعاملات لنقل الحقوق بمعاوضة أو بتبرع... فإذا استوفت شروطها فهي صحيحة، وبصحة العقد يترتب أثره)⁽²⁾، كما أن المصلحة معتبرة فيه⁽³⁾، هو ما يراه الدكتور محمد عمر انطلاقاً من مقصود الشريعة والتي يمكن تلخيصها فيما عبر به الماوردي بقوله: "الإمامة مؤسوسة لخلافة النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا"⁽¹⁾، ومن سياسة الدنيا توفير الخدمات للمواطنين من خلال إنشاء

(1) القراداعي: تطبيق نظام البوت، <http://www.qaradaghi.com/portal/index.php>

(2) انظر: ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية (465).

(3) المصلحة المرسله في اللغة: المصلحة المنفعة، والصالح ضد الفساد، فالمصلحة: ما فيه صلاح شيء أو حال، انظر: أبو حبيب: القاموس الفقهي (215)، الفيومي: المصباح المنير (245) مادة (فصص)، والمرسله في اللغة: أرسل بمعنى (أطلق) ويدل على التخليه والإرسال أي عدم المنع، مرسل غير ممنوع، والرسل يدل على الاتبعات والامتداد، ومنها قوله تعالى: ﴿لَوْ مَا يُمَسِّكُ فَلَا مُرْسِلَ لَهُ﴾ المائدة (2)؛ فالرسل السير السهل، واسترسلت إلى الشيء إذا انبعثت نفسك إليه وأنسنت، انظر: الزيات، وآخرون، المعجم الوسيط (2، 861) باب الميم، الفيروز: القاموس المحيط (3، 101)، اصطلاحاً قال الغزالي: "المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم وماله" الغزالي: المستصفى (1، 287).

(1) الماوردي: الأحكام السلطانية والولايات الدينية (3).

المرافق والمشروعات العامة وتشغيلها لمصلحتهم، ويجوز أن تعهد الحكومة إلى إحدى الجهات بإنشاء واستغلال مرفق عام ذا دخل بمقابل يدفعه للملتزم يتناسب مع مصلحة المواطنين⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإن الباحث يرجح:

قول إن عقد البناء والتشغيل والتحويل عقداً مستحدثاً ولم يكن معروفاً عند المتقدمين من فقهاءنا بصورته الكلية، وهو عقد توفرت فيه الأركان والشروط اللازمة ليكون عقداً معتبراً من الناحية الشرعية، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد والمبادئ العامة الضابطة للعقود في الفقه الإسلامي، وعليه اتفق العلماء المعاصرون بالرغم من اختلافهم في تكييفه على أنه في الجملة مشروع وجائز.

(1) عمر: الجوانب الشرعية الاقتصادية لنظام B.O.T (13) عن بحث أبو غدة: عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T (14,15).

المبحث الثاني:

ضوابط عقد البناء والتشغيل والتحويل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

الضوابط العامة للعقود في الفقه الإسلامي

المطلب الثاني:

الضوابط الشرعية الخاصة بعقد البناء،

والتشغيل، والتحويل

المطلب الأول

الضوابط العامة للعقود في الفقه الإسلامي

قبل أن نبدأ في بيان الضوابط الخاصة في تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل، نبين أولاً الضوابط الشرعية العامة للعقود في الفقه الإسلامي، باعتبار أن عقد البناء والتشغيل والتحويل، هو واحد من مجمل هذه العقود، وأنه لا بُدَّ أن تتوفر فيه هذه الضوابط إضافة إلى الضوابط الخاصة به⁽¹⁾، وأبدأ بالضوابط العامة للعقود التي لا بُدَّ من توافرها في قديمها ومستحدثها، والتي مبناها موافقة الشرع ومراعاة مصلحة الناس واستقرار حياتهم، وقد أجمل القرطبي مفسدات العقد لمخالفتها الشرع وهي تحريم عين المبيع، والتعامل بالربا، والغرر...⁽²⁾، قال ابن عاشور: "وعلى مقصد حفظ المال بنيت أحكام صحة العقود وحملها على الصحة والوفاء بالشرط، وفسخ ما تطرق إليه الفساد منها لمن فاتته مقصد الشريعة أو لمعارضة حق آخر اعتدي عليه"⁽³⁾.

ويمكننا بيان الضوابط العامة على النحو التالي:

1. الرضا: حيث إن الرضا مبدأ عام وقاعدة اعتبرها الشارع أساساً للعقود⁽⁴⁾، قال تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾⁽⁵⁾. وذكر التجارة في الآية من بين أسباب الملك؛ لكونها أغلب وقوعاً⁽⁶⁾، والمراد بالتراضي أي تراضي العاقدین فيما تعاقدوا عليه، وأما إذا كان التعاقد بغير رضا، كأن أكره شخص على العقد فإن العقد يكون فاسداً، والرضا أمر باطن يعبر عنه بالصيغة الدالة عليه.

(1) الضوابط في اللغة جمع ضابط، وهو بمعنى الحزم، يقال: ضبط الرجل أمره أي حزم فيه، وللزوم، الضبط لزومك الشيء لا تفارق، ويقال ذلك في كل شيء، كما تأتي بمعنى الحبس، الضبط حبس الشيء. هي "إلزامها وحبسها عند التعاقد على ما وافق الشرع"، واصطلاحاً فلم يخرج عن المعنى اللغوي حيث عرفت "هي كل ما يحصر جزئيات أمر معين".

(2) انظر: القرطبي: ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (3، 1556).

(3) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية (474).

(4) انظر: ابن تيمية: نظرية العقد (152). الزحيلي: الفقه الإسلامي (4، 197). الفقي: العقود لابن تيمية (152) قال ابن تيمية: الأول: مداره على التراضي، لقوله تعالى: "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ" ثم التراضي عند جمهور الناس يعلم بالصيغ والدلالات، وعند بعض الفقهاء لا يعلم إلا بالصيغ... (220) وجاء تعريف الرضا في الموسوعة الفقهية (22، 228) الرضا: قصد الفعل دون أن يشوبه إكراه.

(5) النساء من الآية (29).

(6) رضا: تفسير القرآن الحكيم (5، 35) (تفسير المنار).

2. **الخلو من الربا:** والربا من الكبائر التي جاء فيها أشد النكير وحرمة الله ﷻ في كتابه ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾⁽¹⁾. وهذا نص صريح في تحريمها لأنه من أبواب أكل مال الناس بالحرام حيث ورد رداً على اليهود الذين زعموا أن الربا حلالاً كما البيع⁽²⁾ وقوله ﷻ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴾⁽³⁾. وقوله ﷻ ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ﴾⁽⁴⁾، والآيات بمجموعها دالة دلالة صريحة بحرمة التعامل الربا، وكذا الأحاديث تضافرت في بيان حرمة الربا فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال ﷺ ﴿ اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا هُنَّ؟ فَعَدَّ مِنْهُنَّ وَأَكَلُ الرِّبَا... ﴾⁽⁵⁾ وعن عَوْنُ بْنُ أَبِي جَحِيْفَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: ﴿ لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْوَأَشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ وَآكِلَ الرِّبَا وَمُوكِلَهُ ﴾⁽⁶⁾ هذه الأحاديث وغيرها تبين حرمة التعامل بالربا لعظيم ضرره على الاقتصاد والمجتمع⁽⁷⁾.

3. **الخلو من الغرر:** لأنه منهي عنه، ألا ما تغابن فيه الناس من الغرر البسيط الذي لا يضر في أصل العقد، روى الإمام مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ ﴿ انتهى عن بيع الحصة، وبيع الغرر ﴾⁽⁸⁾. قال ابن عاشور: "وينبغي ألا تغفل عن كون الغرر المغتفر هو الغرر فيما يعسر انضباطه من العمل ومدته... فأما ما يتيسر فيه ذلك فلا بد من ضبطه وبيانه مثل نوع العمل ومقدار الأجر ورأس المال..."⁽⁹⁾، وقال ابن تيمية: في بيان حقيقة التغيرير: "هو أن يعقد له عقداً يأخذ فيه ماله، ويبقى في العوض الذي يطلبه على مخاطرة؛ فإن لم يحصل كان قد أكل ماله بالباطل"⁽¹⁰⁾، وعنه "أن مفسدة الغرر أقل من الربا؛ فلذلك رخص فيما تدعو إليه الحاجة منه"⁽¹¹⁾، والنهي عن الغرر إنما ورد

(1) البقرة من الآية (275).

(2) انظر: القرطبي: الجامع لأحكام القرآن (347,3)، ابن كثير: تفسير القرآن العظيم (1,709).

(3) البقرة من الآية (278).

(4) آل عمران من الآية (130).

(5) البخاري: صحيح البخاري (684) كتاب: الوصايا، باب: قول الله ﷻ "إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى".

(6) البخاري: صحيح البخاري (502) كتاب: "البيع"، باب: موكل الربا.

(7) انظر: البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع (5,1479).

(8) مسلم: صحيح مسلم (2,707) كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع الحصة، والبيع الذي فيه غرر.

(9) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية (482).

(10) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (19,283). لَفْظُ الْمَيْسِرِ... وَيَتَنَاوَلُ بَيْعَ الْغَرَرِ إِذْ يَصْبِحُ مَعْنَاهُ أَنْ يُؤْخَذَ مَالُ

الْإِنْسَانِ وَهُوَ عَلَى مَخَاطَرَةٍ هَلْ يَحْصُلُ لَهُ عِوَضُهُ أَوْ لَا يَحْصُلُ، الفقي: محمد: العقود لابن تيمية (228).

(11) ابن تيمية: مجموع الفتاوى الكبرى (25,29).

- لأجل الحفاظ على الأموال من الضياع، وحسماً للخصومة والخلاف بين الناس، وعليه فإن العقد الذي فيه غرر غير متعافر فيه عادة بين الناس يفسد العقد.
4. **العدل:** وهذا يعتبر أصلاً من أصول الشريعة، ومبدأً من مبادئها التي تقوم عليها العقود. قال ابن عاشور: "أما العدل فيها فذلك بأن يكون حصولها بوجه غير ظالم وذلك إما تحصل بعمل مكتسبها، وإما بعوض مع مالها وإما بإرث"⁽¹⁾. قال تعالى: ﴿وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ*الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ*وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَّزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ﴾⁽²⁾، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾⁽³⁾؛ فإن الله تعالى نهى عن التزيد في حق النفس عند الأخذ من الآخرين، والتنقص من حق الآخرين عند الاستيفاء منهم، كما نهى عن أكل مال الناس بالباطل، ومنها مراعاة حفظ المصالح العامة ودفع الأضرار، وذلك فيما يكون من الأموال تعلق به حاجة طوائف من الأمة لإقامة حياتها⁽⁴⁾. وعليه إن لم يتحقق العدل في العقد فإنه يقع باطلاً، مثل امتناع أحد طرفي العقد من تسليم العوض المطلوب منه مقابل ما اتفق عليه بينهما.
5. **ترتب أثر العقد:** العقود إذا استوفت شروطها فهي صحيحة، وبصحة العقد يترتب أثره⁽⁵⁾، أي تحقق أثر العقود من تبادل للعين أو المنفعة، لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁶⁾، وهذا أمر من الله تعالى بالوفاء بالعقود لأن من الآثار المترتبة عليها تحقيق الاستقرار والجزم بنية العاقدين، أما إذا امتنع أحدهما عن تسليم البذل في العقد فإنه يكون أكلاً للمال بالباطل، أو غاصب لحق الغير فهذا مفسد للعقد.
6. **تحقيق المصلحة المشروعة للعاقدين أو أحدهما:** من المعلوم أن العقود شرعت لتحقيق مصالح العباد، والعقد الخالي من أية مصلحة مشروعة يعتبر عبثاً لا يصح⁽⁷⁾، كما لا تصح العقود المحققة للمصلحة غير المشروعة، كالتعاقد على ما لا يعتبر مالاً أو لا يجوز الانتفاع به شرعاً، أو اشترط في هذه العقود ما ينافي مقصود الشارع أو مقتضى العقد، فإذا تعاقدنا على شيء غير معتبر شرعاً بطل العقد⁽⁸⁾.

(1) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية (477).

(2) المطففين الآية (2,1).

(3) البقرة من الآية (188).

(4) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية (477).

(5) ابن عاشور: مقاصد الشريعة الإسلامية (465).

(6) المائدة من الآية (1).

(7) الحصكفي: الدر المختار، شرح تنوير الأبصار (489,5).

(8) أبو هريبيد: عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (5,6).

7. ألا يكون مقصد العاقدين من العقود مناقضاً لمقصد الشارع منها: وهذا يتطلب أن يكون الباعث على التعاقد مشروعاً في نفسه، وليس حيلة للوصول إلى محرم، أو إسقاط واجب؛ لأنه لو كان كذلك فقد زالت عنه صفته الشرعية. والعقد إذا كان ذريعة إلى محرم كالربا ينبغي إبطاله؛ لمناقضته قصد الشارع، فالمكلف مطلوب منه أن يجري أفعاله وفق قصد الشارع وألا يقصد خلاف ما قصده الشارع⁽¹⁾، ومدار العقود- مثل الأثمان وغيرها- على أصليين: أن يعلم المعقود عليه الذي التزمه العاقد، ويعلم حكمه في الشرع⁽²⁾.

(1) أبو هريرة: عقود المناقصات في الفقه الإسلامي (6).

(2) انظر: الشريبي: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (1، 251)، الفقي: العقود لابن تيمية (220).

المطلب الثاني:

الضوابط الشرعية الخاصة بعقد البناء والتشغيل والتحويل.

من المعلوم أن عقد البناء والتشغيل والتحويل من العقود الاستثمارية طويلة الأجل تعنى بإنشاء المرافق العامة والتي هي بحاجة إلى تمويل مالي كبير بجانب الخبرة الفنية والإدارية، كما أن هذا العقد يعد من العقود الدولية التي قد يكون المقاول الأصلي فيها إحدى شركات المقاولات الدولية، ويتم تمويلها تمويلاً كلياً أو جزئياً من جهات تمويلية مانحة أو مقرضة دولية⁽¹⁾، وعليه فإن أول من يسعى إلى إبرام مثل هذه العقود مع الدول هي الشركات الأجنبية لتحصيل الربح المطلوب من إنشاء وتشغيل المرافق العامة والبنى التحتية للدولة، لذا وجب التنبيه على أن الدولة المتعاقدة مع الشركات الأجنبية من أجل الاستثمار بعقد البناء والتشغيل والتحويل عليها الالتزام بالضوابط العامة للعقود في الشريعة الإسلامية إضافة إلى الضوابط الخاصة بالاستثمار الأجنبي⁽²⁾ قال ابن القيم: "الضابط الشرعي الذي دل عليه النص أن كل شرط خالف حكم الله وكتابه فهو باطل وما لم يخالفه حكمه فهو لازم"⁽³⁾. في المشروعات الخاصة بالدولة الإسلامية، كما ينبغي ذلك في حال كون شركة المشروع مسلمة، وهي على النحو التالي:

1. وجود الحاجة الحقيقية لإنشاء المرفق العام وتمويله المزمع إنشاءه من قبل الدولة، بحيث تفتقر الدولة الإسلامية إلى المال والخبرة المطلوبة لتنفيذه، مثل شق الطرق وبناء الجسور والموانئ البحرية وفتح السدود والمطارات وكل ما هو نافع ومفيد، ولا يخفى علينا أن تنفيذ مثل هذه المشروعات يمكن تمويلها عن طريق الشركات الوطنية "المحلية" أو شركات أجنبية مملوكة لمسلمين، كما أنه يوجد شركات متعددة الجنسيات⁽⁴⁾. إذ أن حاجة الدولة الإسلامية في العصر النبوي إلى توفير الطعام إلى رعاياها، وعجزها في ذلك الوقت عن استغلال موارد الأرض حينئذ، بسبب قصور الإمكانيات المادية،

(1) انظر: حصايم: عقود البوت اطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (83).

(2) مفهوم الأجنبي في الفقه الإسلامي هو من كان غير مسلم، لكن في المفهوم المعاصر فإنه يختلف اختلافاً كبيراً، فمقصدهم بالأجنبي هو كل من لم يحمل جنسية البلد المستثمر فيه، وهذا واقع يفرض نفسه على الأمة الإسلامية بعد وضع الحدود بينها وتعدد تشكيلاتها من جمهوريات وإمارات وممالك، فالتعامل على هذا المعنى سنكتفي بذكر الاستثمار الأجنبي بالمعنى المراد في الفقه الإسلامي.

(3) ابن القيم: أعلام الموقعين عن رب العالمين (390,3).

(4) يقصد الباحث هنا عدم وجود مستثمر سوى الأجنبي وليس المشروع فقط، حيث إن المستثمر الأجنبي يتقدم عن غيره في مسألة الخبرة والتمويل، فعند انعدام الأصيل من المستثمرين المسلمين نلجأ إلى البديل الأجنبي، وإن تساوى الطرفان نرجح أيهما أنفع للمشروع، اكتفيت بالإشارة إلى جنسية الشركات هنا تاركاً التفريق في كون شركة المشروع إسلامية أو قطاع عام عند محاكمة التطبيقات في الفصل الثالث من هذا البحث.

والبشرية، فضلاً عن انشغالها بالغزو والجهاد، هي التي دعت للاستعانة برؤوس أموال وخبرات ذوي الخبرة ممن لا يدينون بالإسلام⁽¹⁾، ويتضح ذلك مما رواه أبو داود عن بشير بن يسار قوله: ﴿فلما صارت الأموال بيد النبي ﷺ والمسلمين لم يكن لهم عمال يكفونهم عملها، فدعا رسول الله ﷺ اليهود فعاملهم﴾⁽²⁾. وكذا قول أبي عبيد، في كتابه الأموال: ﴿فقسم رسول الله ﷺ أرضها، ومنَّ على رجالها، وتركهم عمالاً في الأرض، معاملة على الشطر، لحاجة المسلمين كانت إليهم﴾⁽³⁾. والأمر الذي يؤكد أن شرعية الاستثمارات الأجنبية المباشرة رهن بوجود الحاجة إليها في البلاد الإسلامية، وفي موطن آخر قال أبو عبيد: "لم يكن له - أي للرسول ﷺ من العمال ما يكفون عمل الأرض فدفعها ﷺ إلى اليهود يعملونها، على نصف ما خرج منها، فلم تنزل على ذلك حياة رسول الله ﷺ، وحياة أبي بكر، حتى كان عمر، فكثر العمال في أيدي المسلمين، وقبوا على عمل الأرض، فأجلى عمر اليهود إلى الشام "حين استغنى الناس عنهم وقال ﴿لا يجتمع في جزيرة العرب دينان﴾⁽⁴⁾.

2. عدم التبعية السياسية أو الثقافية للدولة المنشئة والمشغلة للمشروع؛ أي أن الدولة بقبولها إبرام العقد ليس معناه أن تكون تابعاً لها، فالدولة الإسلامية لها هويتها المستقلة المعلنة التي لا تقبل التبعية لغير شرع الله⁽⁵⁾. يريد الإسلام للأمة التي تنتمي إليه، وتحمل رسالته إلى البشرية جمعاء، أن تكون قوية ومستقلة، في كل جوانب حياتها، ومنها الجانب الاقتصادي، ولا يرضى لها أن ترسخ تحت وصاية الآخرين، أو سيطرتهم، ولا تحت جورهم وظلمهم⁽⁶⁾. ولهذا يشترط في الاستثمارات الأجنبية المباشرة ألا يترتب عليها ارتباطاً مشبوهاً، أو غير مرغوب فيه، أو تبعية اقتصادية لغير المسلمين⁽⁷⁾. ومن ثم

(1) عامر: البديل الشرعي لمصادر التمويل الدولي المعاصر (135) رابط

<http://books.google.ps/books?hl=ar&id=cDjtAAAAMAAJ&focus=searchwithinvolume>

(2) أبو داود: سنن أبو داود (4, 223) كتاب: الفئء والخراج والإمارة، باب: في حكم أرض خيبر.

(3) أبو عبيد: الأموال (122).

(4) عبد الرزاق: المصنف (10, 360) باب: إجلاء اليهود من المدينة، أبو عبيد: الأموال: (65، 108).

(5) انظر: محمد: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (135).

(6) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (30).

(7) النابلسي: التمويل الخارجي للتنمية من منظور إسلامي (المجلد 2)

<http://books.google.ps/books?hl=ar&id=ZtjsAAAAMAAJ&focus=searchwithinvolume&>

q=%D9%85%D8%B1%D8%BA%D9%88%D8%A8

فالاستثمار الأجنبي وإن كان مهماً إلا أن بقاء سيادة الإسلام على دار الإسلام أهم⁽¹⁾، عملاً بالقاعدة الشرعية التي تقول إن "تَرَى الْمَفَاسِدَ أَوْلَى مِنْ رِعَايَةِ حُصُولِ الْمَصَالِحِ"، وأن الضرر الأخف يتحمل لدفع الضرر الأعم⁽²⁾. "فالتبعية لغير المسلمين مفسدة، تقدم في درئها على جلب مصلحة الاستثمار الخارجي، كما أن فوات مصلحة الاستثمار الأجنبي ضرر أخف يتحمل - عند التعارض - لدفع الضرر الأعم، وهو الوقوع في تبعية وبرائن غير المسلمين"⁽³⁾، رغم وجود سلبيات التي قد تؤدي إلى منافسة الصناعات الوطنية الذي قد ينتج عنه كساد أو انهيار المنتج الوطني، لذلك على الدولة الإسلامية وضع شروط استثنائية في العقد بما يحفظ التوازن في السوق الوطنية لإنهاء الخطر على السوق الوطنية أو خفضه، التحرز من الشروط السالبة للسيادة كشرط الثبات التشريعي الذي ينص صراحة على استبعاد أي قانون جديد أو معدل للقانون النافذ وقت إبرام العقد⁽⁴⁾.

3. إبرام العقد بما يوافق الشرع الإسلامي، أي على الدولة إعلام المستثمر أن العلاقة التي تربطهم هي بنود العقد الواضحة في حقيقة استثماره مع احتفاظها بشروط استثنائية غير مخالفة للشرع الإسلامي أو استبعاد الشروط المخالفة للشرع الإسلامي التي قد تكون موجودة في العقد. ذلك أن الرسول ﷺ لم يجعل العقد المبرم مع اليهود -عندما أعطاهم خيبر لزارعتها ولهم شطر ما يخرج منها⁽⁵⁾- على قدم المساواة، وإنما احتفظ بشروط استثنائية، تجعل الدولة الإسلامية دائماً في الموقف الأقوى، لعل أهمها سلطة الدولة الإسلامية في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، دون توقف على رضا، أو على موافقة الشريك الأجنبي⁽⁶⁾. كما جاء ذلك واضحاً عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «لَمَّا افْتَبِحَتْ خَيْبَرُ سَأَلْتُ يَهُودَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَقْرَهُمْ فِيهَا عَلَيَّ أَنْ يَعْمَلُوا عَلَيَّ نِصْفَ مَا خَرَجَ مِنْهَا مِنَ الثَّمَرِ وَالزَّرْعِ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: أُفْرِكُمْ فِيهَا عَلَيَّ ذَلِكَ مَا شِئْنَا»⁽⁷⁾، وكما أورد أبو داود عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ أَنَّ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «قَالَ: أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عَامِلَ يَهُودَ خَيْبَرَ عَلَيَّ أَنَا نُخْرِجُهُمْ إِذَا شِئْنَا فَمَنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَلْيَلْحَقْ بِهِ فَإِنِّي مُخْرِجُ يَهُودَ

(1) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (31).

(2) السيوطي: الأشباه والنظائر (87، 88).

(3) عامر: البديل الشرعي لمصادر التمويل المعاصرة (136).

(4) الزيني: www.academia.edu/3807790/عقود_B_O_T_I.

(5) سبق تخريجه: البغوي: شرح السنة (251، 8) باب المساقاة والمزارعة والمضاربة.

(6) عامر: البديل الشرعي لمصادر التمويل المعاصرة (141).

(7) مسلم: صحيح مسلم (838)، كتاب: المساقاة، باب: المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع.

فَأَخْرَجَهُمْ⁽¹⁾، ومن الشروط المناسبة في هذا العصر ضرورة إشراف الدولة الإسلامية على الاستثمارات الأجنبية المباشرة داخل أراضيها، ومشاركتها مالياً، وإدارياً، مع أصحاب هذه الاستثمارات، وعلى أن لا تقل نسبة مشاركة رأس المال المحلي عن 51% من رأس مال الاستثمارات التي يدخل فيها العنصر الأجنبي، وذلك لضمان السيطرة المحلية عليها، وحتى لا تخضع الإدارة والتوجيه إلى جهات أجنبية⁽²⁾، وهذا الشرط مضمون في عقد البناء والتشغيل والتحويل، حق الرقابة الإدارية للدولة على المشروع، كذا عودة المشروعات بالكلية إلى الدولة عند انتهاء مدة التشغيل.

4. حل المشروع المزمع إنشائه وتشغيله⁽³⁾، أو المعروف بحل المعقود عليه، فلا يجوز العقد على محرم، لأنَّ من المعلوم أن الاستثمار الأجنبي لا يراعي ما يراعيه الشرع الإسلامي في نوع المعقود عليه، فمن المعلوم أن رأس المال الأجنبي يُغلب جانب الربحية إلى أقصى حد ممكن، باعتباره الحافز الرئيسي لأي نشاط استثماري في الاقتصاد الرأسمالي، دون أن يعنيه مبدأ الحلال أو الحرام في إنتاج السلع والخدمات في الاقتصاد المضيف، لأنه لا تحركه سوى الاعتبارات الاقتصادية البحتة⁽⁴⁾، مثل إنشاء مشروعات تعتبر من المرافق العامة، التي يمكن إنشائها وتشغيلها وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل، وهي بناء مراكز مالية ربوية، "البُنوك" مدن الانتاج السينمائي، أو بناء دور السينما، أو الملاهي الليلية، أو شواطئ العراة، أو حظائر للماشية المحرمة مثل الخنازير، أو مصانع إنتاج الخمور... إلخ⁽⁵⁾، أي متى كان "المعقود عليه" الاستثمار في محرم أو مكروه لا يجوز العقد عليه كما بينا سابقاً، فمن أشكال المرافق الخاصة التي يمكن أن تكون محلاً لعقود البناء والتشغيل والتحويل مواقع الإعلانات، مدن الملاهي ومراكز الترفيه وحدائق الحيوان، الأسواق العامة، المسالخ وحظائر المواشي. عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ سَمِعَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿يَقُولُ عَامَ الْفَتْحِ وَهُوَ بِمَكَّةَ إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالْأَصْنَامِ...﴾⁽¹⁾.

(1) أبو داود: سنن أبو داود (3، 157)، كتاب: الخراج والإمارة، باب: ما جاء في حكم أرض خبير.

(2) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (31) عن د. عبد الرحمن يسري، تعبئة الدولة الإسلامية للموارد الخارجية (229).

(3) انظر: ابن قدامة: المغني يليه الشرح الكبير (4، 30).

(4) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (31) عن د. حسين غانم، التوازن والتحليل الاقتصادي (1406) (166).

(5) الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، (6، 1402) (95، 420).

(1) البخاري: صحيح البخاري (530) كتاب البيوع: باب: لا يذاب شحم الميتة ولا يباع ودكه.

5. خلو تمويلها من القروض الربوية، جرت العادة بأن شركة المشروع لحصولها على تغطية التمويل لمثل هذه المشاريع عن طريق الاقتراض من المؤسسات المالية والمصارف التقليدية بفوائد ربوية، وهو من قبيل ربا النسيئة المحرم، ولعلاجها نستخدم الصيغ الإسلامية المشروعة مثل الحصول على التمويل بالمشاركة مع المصارف الإسلامية أو عن طريق تأسيس شركة مساهم للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام للجمهور⁽¹⁾، أو التمويل عن طريق اصدار وبيع سندات الخدمات⁽²⁾.
6. ضبط المدد التي يتم فيها عقد البناء والتشغيل والتحويل، والذي هو من عقود المدة الطويلة التي تمتد لعدة أجيال حال كونها أبرمت لأكثر من ثلاثين عاماً، لذا يقترح مراعاة المدة التي يستغل فيها المشروع من قبل الممول، لأن بعضها قد يصل إلى تسعة وتسعين سنة، كما هو الحال في مصر⁽³⁾، وطول مدة تشغيل المشروع⁽⁴⁾ وهي المرحلة الثانية من هذا العقد، والتي يعتبرها الباحث محل اجتهاد من قبل الدولة، التي تراعي فيه مصلحة الطرفين المتعاقدين الدولة وشركة المشروع كذلك الطرف الثالث وهم المنتفعون من الخدمات المقدمة من قبل شركة المشروع، حيث مدة التشغيل قد تستغرق عشرة أعوام، ومنها العشرون عاماً، ومنها الثلاثون وقد تصل في بعض المشروعات إلى تسعة وتسعين عاماً، وهذه المدة الطويلة هي التي تهمنا في البحث وخطرها يتمثل في احتكار تشغيل المشروع وحرمان الدولة من الاستفادة منه مدة تعاقب ثلاثة أجيال مما يعرض الأمن القومي إلى خطر سيطرة القطاع الخاص أو المستثمر الأجنبي على المشروعات العامة، قالت حصايم: "لذا على الدولة أن تقوم بواسطة خبراءها دراسة المشروع الذي ترغب في عرضه للتعاقد بنظام عقد البناء والتشغيل والتحويل، بحيث تكون مدة العقد محل بحث عميق.."⁽¹⁾، ويرى الباحث أن مثل هذه المدة تراعى فيها نوعية المشروع المزمع إنشائه وكذا وتكلفة المشروع لأن من المعلوم أن تشغيل المشروع هو الريح

(1) تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام من الجمهور بكامل رأس المال، على أن يشترط في عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي على المؤسسين والمساهمين التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء مدة الشركة وفترة امتيازها.

(2) الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية "BOT" (5).

(3) الزيني: www.academia.edu/3807790/B_O_T_عقود.

(4) انظر: بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (32)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (10)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (20)، السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14)، أبو غدة: عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (11).

(1) حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (17).

- المرجو تحصيله من المشروع، عليه يترتب مراعاة حاجة المتعاقدين وعلى الحكومة مراعاة ذلك عند إبرام العقد⁽¹⁾.
7. الخدمة المقدمة للجمهور بعد إنشاء المشروع بصيغة عقد البناء والتشغيل والتحويل لا بد أن يتوافر فيها العدالة لأن الجمهور المستفيد من الخدمة يعتبر طرفاً ثالثاً في العقد بطريق غير مباشر، فعلى الدولة أن تنشأ هذه المشاريع وتوفر خدماتها بنوعية جيدة وبتكلفة منخفضة، لأنه قد يترتب على تقديم هذه الخدمات للجمهور بصورة غير مرضية حدوث بعض الاضطرابات فيترتب عليها عدم الاستقرار السياسي⁽²⁾، ويرى عبد القادر عطية، على الحكومة أن تتأكد من عدالة وملائمة الرسوم المفروضة على الخدمات المقدمة أو الممولة بأسلوب البناء والتشغيل والتحويل، كما يجب عليها أن تكون مستعدة للتدخل في إدارة المشروع حال إخلال الشركة المنفذة بأي من التزاماتها لتضمن عدم انقطاع الخدمة عن الجمهور⁽³⁾.
8. عدم احتكار شركة المشروع للمنتج أو الخدمة المقدمة للجمهور طيلة فترة العقد، حيث إن عقد البناء والتشغيل والتحويل تشترط فيه غالباً شركة المشروع الاحتكار مدة تنفيذ العقد خاصة إذا كان يقدم خدمة لعموم المواطنين أو بعضهم كما في الطرق السريعة والموانئ ضبط شروط الاحتكار التي يتمتع بها الممول في عقود البناء والتشغيل والتحويل، حتى نضمن تقديمه خدمة أفضل للمنتفعين أو سلعة أفضل للمستهلكين، لأنها بشروط الاحتكار تتحكم بالسوق وتتجو من المنافسين. لذا على العاقدين ضبط التزام شراء الدولة المنتجات الصادرة عن الشركة، لأن ذلك يؤدي إلى ارتفاع الثمن مع مرور الزمن، وكذلك جودة المادة المنتجة أو الخدمة المقدمة من قبل الشركة⁽⁴⁾.
9. تجديد مدة تشغيل المشروع وفق الحاجة التي تقدر بقدرها، يحق لشركة المشروع إمكانية التجديد لها في مدة التشغيل، وهذا يكون في صالح شركة المشروع الذي يترتب عليه استنزافاً لموارد الدولة دون مقابل⁽¹⁾، ويرى الباحث إلى إمكانية التجديد لشركة المشروع في التشغيل للمشروع نجدها على دربين الدرب الأول: كون المشروع لم يأت بالريح

(1) حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (16).

(2) الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (12) عن الجابري: عبد الله : مشاريع تكوين البنية الأساسية في الاقتصاد الإسلامي.

(3) الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (12) عن عبد القادر: محمد عبد

القادر عطية، دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT (647,646).

(4) انظر الرشود: عقد البناء والتشغيل والإعادة (8,7).

(1) السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14).

- المطلوب لعزوف العامة عن استخدامه كما حدث في مشروع في المملكة العربية السعودية⁽¹⁾. الدرب الثاني: هو كون المشروع اكتمل لكن الكوادر المشغلة له لا يوجد مثلها في الدولة من حيث التطور المستمر للتكنولوجيا أو الأيدي العاملة، وعليه فإن التجديد لشركة المشروع لا يلجأ إليه إلا في حالات نادرة وظروف طارئة على العقدين.
10. عدم الإسراف في الإعفاءات والتسهيلات التي تمنحها الدولة لشركة المشروع ترغيباً لها⁽²⁾، إن عقود البناء والتشغيل والتحويل مثلها مثل عقود الامتياز التي تتضمن تقديم مميزات للمتعاقدين مثل الإعفاء الضريبي والرسوم الجمركية أو تخصيص أرض لإقامة المرفق بدون مقابل أو بمقابل رمزي⁽³⁾.
11. يترتب على العقد الاستغناء عن العمالة الوطنية بجلب العمالة الوافدة، لذا يرى العلماء اشتراط تدريب العمالة الوطنية إن لم يمكن تشغيلها لحاجة المشروع إلى الخبرة⁽⁴⁾، ويرى الباحث أن هذه الضوابط الخاصة في عقد البناء والتشغيل والتحويل لا بد عند تطبيقه من توافرها حتى يكون العقد صحيحاً.

(1) بتجديد فترة الامتياز الممنوحة لمؤسسة دله البركة مقابل إنشاء موقف للسيارات في مدينة الرياض، والاستفادة من تشغيله لمدة سبع سنوات، ونظراً لإحجام السائقين من استخدام هذا الموقف (بسبب التساهل الحكومي في توقيع الغرامات المرورية على المخالفين) لم تتمكن المؤسسة المنفذة من تحصيل ما أنفقته فضلاً عن هامش الربح وقد استجابت الدولة أمام هذه الظروف وقامت بتمديد فترة الامتياز لمدة عامين حتى تتمكن الشركة من تعويض خسائرها وتحقيق قدر مناسب من الأرباح. هامش: السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (15).

(2) انظر: أبو غدة: عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (11)، الرشود: عقد البناء والتشغيل وإعادة

B.O.T (8)، محمد: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (129).

(3) انظر: دويب: الالتزامات التي ترتبها عقود البوت في مواجهة شركة المشروع (365) عن عثمان: عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق (13).

(4) انظر: بحيث: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (32)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل

الملكية من الناحية الشرعية (10)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (20)،

السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14)، أبو غدة: عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (11)

محمد: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال، نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر

(130).

الفصل الثالث

التطبيقات القائمة

على عقد البناء والتشغيل والتحويل

فيه مبحثان:

المبحث الأول:

التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق العامة.

المبحث الثاني:

التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق الخاصة

واستثمار الوقف.

المبحث الأول:

التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة

بالمرافق العامة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

تعريف المرافق العامة في اللغة والاصطلاح.

المطلب الثاني:

التطبيقات الواردة على المرافق العامة.

المطلب الأول

تعريف المرافق العامة في اللغة والاصطلاح

من المعلوم أن من خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل تأمين المال اللازم لبناء البنى التحتية التي تحتاجها الدولة أو المرافق العامة لخدمة مواطنيها، ولا يخفى أن مثل هذه المشاريع بحاجة إلى تمويل ضخم يوازي حجمها وحجم عائداتها الاستثمارية والخدماتية، التي قد لا تتمكن الدولة من تغطيتها مما يلجأ الدولة إلى إشراك القطاع الخاص في تمويل وإنشاء هذه المشروعات.

تعريف المرافق العامة في اللغة:

المرافق جمع مرفق، والمرفق هو ما يرتفق به، (رفق) يدل على موافقة ومقاربة بلا عنف، وهذا هو الأصل؛ ثم يشتق منه كل شيء يدعو إلى راحة وموافقة، والمرفق مرفق الإنسان لأنه يستريح في الاتكاء عليه، ومن ذلك حديث «لَجَاءَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْبَادِيَةِ قَالَ أَيُّكُمْ ابْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ قَالُوا هَذَا الْأَمْعَرُ الْمُرْتَفِقُ»⁽¹⁾ أي المتكى على مرفقه، والمرفق: ما ارتفعت به كمسجد، أما مرفق الدار كالمطبخ والمرحاض، كل سهل المطلب⁽²⁾، ونجد في هذا التعريف عدم ذكر تعريف المرافق بصورتها المتعارف عليها اليوم، لكن يمكننا استنباطها، حيث إنه ذكر المرفق بمعناه الخاص الذي يكون في البيوت، ومنه المرحاض، أي الذي يرفق بالإنسان عند قضاء حاجته، ويزيده تفسيراً بالجملة قولهم "هو كل ما سهل طلبه في منفعة الناس".

أما العامة في اللغة:

ذكر ابن فارس في معجمه العمام: الجماعات، واحدها عم، وقال ابن الأعرابي: العم الجماعة من الناس، وقال: والعامة ضد الخاصة⁽³⁾، ومن معانيها⁽⁴⁾، والمرافق العامة هي "المرافق التي ينتفع بها جماعة من الناس قد تكون عامة أو خاصة"⁽¹⁾.

(1) النسائي: السنن الكبرى (2,63) قَالَ حَمْرَةُ الْأَمْعَرُ الْأَبْيَضُ مُشْرَبٌ حُمْرَةً.

(2) ابن فارس: معجم مقاييس (2-419,418) كتاب: الراء، باب: رفق، الفيومي: المصباح المنير (89) مادة رفق.

(3) ابن فارس: معجم مقاييس (4-18,17) كتاب: العين، باب: عم. الفيومي: المصباح المنير (163) مادة عم.

(4) وتأتي بمعنى العامة كذلك كلمة الدهماء العدد الكثير، وأيضا جماعة الناس كما في الصحاح زاد غيره وكثرتهم، وقال الزمخشري الدهماء السواد الأعظم وهو مجاز، الزبيدي: تاج العروس من جواهر القاموس (32,194)، باب: الميم، مادة دهم.

(1) العامة التي تكون متاحة لكل الناس مثل الحدائق العامة والمطارات، والخاصة متاحة لمجموعة خاصة من

الناس مثل الطرق السريعة.. الحصين: رابط <http://rowaq.org/?p=122>.

تعريف المرافق العامة في الاصطلاح:

أما إطلاق المرافق مع الوصف بالعامة فهو اصطلاح جديد لم يكن معهوداً في الفقه الإسلامي لكن جاء لفظ المرافق في تعريف محمد بن الحنفية" ما ليس بملك لأحد ولا هي من مرافق البلد وكانت خارجة عن البلد سواءً قربت عنه أو بعدت"⁽¹⁾، ويلحظ الباحث عليه ذكره المرافق مطلقاً دون تحديد وظيفته والمراد منه، لكن عرفه المعاصرون بقولهم: هو "ما يحقق المنفعة العامة عن طريق إشباع حاجة، أو تأمين خدمة عامة مادية، أو معنوية بحماية السلطة العامة المباشرة، أو غير المباشرة"⁽²⁾، وبعد إيراد المعنى الاصطلاحي للمرافق العامة نجد حقيقة هويتها بأنها الأماكن التي تكون ملك للجميع ويكون الضمان فيها للدولة وهي كالحدايق والمستشفيات والطرق العامة والمدارس والجامعات والمعاهد والوزارات ونحو ذلك، ويكون صاحب الملكية هنا مجموع الأمة أو جماعة منها، دون النظر لأشخاص أفرادها على التعيين، بحيث يكون الانتفاع بها لهم جميعاً دون اختصاص بها من أحد⁽³⁾. ومصطلح المرافق العامة جديدة بالنسبة للفقه الإسلامي وهي واردة إلينا من القانون لذا أورد هنا تعريفها عند بعضهم حيث، عرفها د. مازن ليلو: "المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به لأخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للمصالح العام"⁽⁴⁾.

ومن التعريف يمكن استنتاج خصائص المرفق العام فهو:

أولاً: إنشاء المرفق العام على أساس القصد في إشباع رغبة جماعية وسد حاجة عامة. وإذا كان القصد من المرفق العام سد الحاجة العامة فيجب أن لا يستهدف بصفة أساسية الربح وإن كان هذا لا يمنع من أن تدر إدارة المرفق العام في بعض الأحيان أرباحاً⁽⁵⁾. يرى الباحث أن المرافق العامة تنقسم من حيث الحاجة إليها إلى قسمين: فالأول منها من هو اقتصادي بنفسه أي طبيعته تقوم على دفع المقابل من أجل الانتفاع بالخدمة المقدمة مثل محطات الكهرباء والغاز والمطارات والطرق السريعة....، والثاني ما كان على الدولة إنشائه من أجل سد حاجة الناس إليه مثل الدفاع المدني والقضاء والمدارس والمستشفيات والجامعات والحدايق العامة... لكن لها فرض رسوم على من ينتفعون من خدماتها.

(1) حاشية ابن عابدين (431,6) المصلح: قيود الملكية الخاصة (256).

(2) الترابي: عقد البناء و التشغيل و إعادة التكيف الفقهي والحكم الشرعي (6).

(3) العبادي: الملكية في الشريعة الإسلامية (1,244).

(4) ليلو: طبيعة القانون الإداري- التنظيم الإداري - الضبط الإداري المرفق العام (98).

(5) الحصين: النظرية العامة للالتزام المرافق العامة رابط <http://rowaq.org/?p=122>.

ثانياً: يدار من قبل الجهة الإدارية إما مباشرة، أو بأن تكون إدارتها تحت إشرافها ومراقبتها.
ثالثاً: محكوم بنظام قانوني على المبادئ التالية⁽¹⁾:

- 1- يجب أن يُكفل للمرفق العام الدوام والاستقرار، ويكون ذلك بأن يتوافر فيه: الاستمرار، والانتظام، ومسايرة التطور، ولذلك عمدت الدول لتطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل لضمان هذا المبدئ، وذلك بكونه يراعى في بنوده حاجة الدولة واستمرار المرفق العام في سد حاجة الناس، وأيضاً تنظيم فترات تشغيله بانتظام، وتسليه صالح الأداء ولا يكون ذلك إلا بمتابعة صيانتته وتطويره.
- 2- يجب أن تكفل المساواة التامة -أمام المرافق العامة- بين الجمهور، فتكون فرص الانتفاع بالمرفق العام أمام جميع المستهلكين متساوية ولا يمتاز مستهلك على مستهلك آخر، ومن مظاهر المساواة في عقد البناء والتشغيل والتحويل هي الوصول إلى المرفق⁽²⁾، وفي التعامل داخله، وأن تكون الخدمات بتعريفه مناسبة للجميع حتى يستطيع مجموع الناس من الاستفادة من الخدمات المقدمة من قبل شركة المشروع للمستهلكين.
- 3- يجب أن يكون المرفق العام في متناول من يحتاج إليه فلا يحرم منه لارتفاع سعره، باعتبارها من المرافق الاقتصادية فهي تكون عادة بمقابل في صورة رسم، ويراعي فيه دائماً أن لا يكون مرهقاً للمستهلك⁽³⁾.

طرق إدارة واستثمار المرافق العامة:

نظراً لاختلاف أنواع المرافق العامة فقد كان من الطبيعي أن تتباين طرق إدارتها وفي الاختيار بين هذه الطرق تضع الإدارة نصب عينها اعتبارات متعددة سياسية واجتماعية واقتصادية كالمرافق التي تمس الدولة في كيانها كمرافق الدفاع والقضاء ليست كغيرها من المرافق كتوريد المياه والكهرباء والغاز.
ومن هذه الطرق يعيننا طريقتين:

(1) الحصين: والمرفق العام يمكن تعريفه بأنه مشروع يعمل باطراد وانتظام وتديره جهة الإدارة أو تنتظمه وتشرف على إدارته ويقصد به أداء خدمات أو سد حاجات ذات نفع عام ويخضع لنظام قانوني معين، ومن أمثلته مرافق الدفاع والأمن والقضاء والصحة والتعليم ومرافق النقل الجوي والبري والبحري، والنور، والغاز، والماء. (وكلها مبادئ مستحدثة من طبيعة المرفق العام) <http://rowaq.org/?p=122>.

(2) انظر: عبد العظيم: د. دويب: الالتزامات التي ترتبها عقود البوت في مواجهة شركة المشروع (81).

(3) الحصين: النظرية العامة للالتزام المرافق العامة رابط <http://rowaq.org/?p=122>.

الطريقة الأولى: طريقة الاستغلال المباشر:

وذلك بأن تقوم الدولة بنفسها أو بواسطة أحد الأشخاص الإداريين بإدارة المرفق العام مباشرة بعمالها وأموالها ويسري على عمالها نظام الموظفين العاملين، وعلى أموالها قواعد النظام المالي وتحكم هذه الإدارة على العموم قواعد القانون العام، وهذه الطريقة هي الطريقة التي تدار بها في الدول الحديثة جميع المرافق الإدارية وذلك إما لأن هذه المرافق غير مربحة فلا يمكن أن يُقبل عليها الأفراد، وإما لأن الدولة ترى أن من الخطورة أو غير الملائم أن تسمح للأفراد بالمشاركة في إدارتها⁽¹⁾، وتتبع هذه الطريقة في إدارة بعض المرافق الاقتصادية كما تقتضي طبيعته أن يدار بهذه الطريقة كمرفق البريد والبرق، والإذاعة وقد تتبع هذه الطريقة في إدارة بعض المرافق الاقتصادية الأخرى لأسباب ترجع إلى أن نفقات هذه المرافق أكثر من أرباحها وذلك كالنقل بالسكة الحديد، أو بغرض توفيرها للمنتفع بسعر أقل كتوريد المياه، وأياً كانت الطريقة التي يدار بها المرفق العام بما إنها تحقق النفع العام وتسد حاجة الناس ويصلح أحوالهم فإن الإسلام يقره إذا وقع موافقاً له.

الطريقة الثانية: الإدارة بطريق الالتزام:

وفي هذه الطريقة تعهد الدولة لإدارة المرفق العام واستغلاله إلى ملتزم (فرد أو شركة) يقوم بتمويل المرفق ويستقل بتبعاته المالية فسيؤثر بكل الأرباح ويتحمل كل الخسائر، وإنما تُحدد السلطة الإدارية في عقد الالتزام: نوع المرفق العام، والشروط التي يدار بها المرفق، وطرق الإشراف على الإدارة، كما تبين الحقوق والواجبات التي تكون للملتزم وعليه نحو السلطة الإدارية ونحو المنتفعين بالمرفق العام⁽²⁾، وبمعنى آخر تواجه الإدارة اعتبارين: مصلحة الملتزم، ومصلحة المنتفعين، وتحاول التوفيق بينهما فإن استعصى عليها التوفيق غلبت مصلحة المنتفعين وهي مصلحة عامة على مصلحة الملتزم وهي مصلحة خاصة⁽³⁾، وبعد التعريف بالمرفق العام وبيان خصائصه وطرق إدارته واستثماره، يتبين أن العقد يمنح فرصة مشاركة القطاع الخاص القطاع العام سواءً كان عن أي الطريقتين، والطريقة الثانية هي التي تعنينا فهي عبارة عن توصيف كيفية إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل، ونظراً للإقبال على تطبيق نظام عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء البنى التحتية، والمرافق العامة من قِبَل الدول العظمى والنامية لإيفائه بالغرض الاقتصادي المطلوب من تخفيف عجز الموازنات فإن مجموع الطريقتين يعتبر مشروعاً ضمن إطار المصلحة العامة وسياسة الأمة بما يصلحها.

(1) الحصين: صالح: النظرية العامة للالتزام المرافق العامة رابط <http://rowaq.org/?p=122>

(2) الحصين: النظرية العامة للالتزام المرافق العامة رابط <http://rowaq.org/?p=122>

(3) الحصين: النظرية العامة للالتزام المرافق العامة رابط <http://rowaq.org/?p=122>

المطلب الثاني:

التطبيقات الواردة على المرافق العامة

تعددت مجالات تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء وتشغيل المرافق العامة؛ ومن التطبيقات الواردة عليه في مجالات:

1. مجالات الطاقة ومنها النفط والغاز الطبيعي، والفحم.
2. محطات الكهرباء والمياه والصرف الصحي.
3. خدمات النقل المختلفة: مثل، الطرق السريعة، الموانئ المائية، المطارات الدولية.
4. شبكات الاتصالات: مثل، السلكية واللاسلكية، والانترنت⁽¹⁾.

إن تطبيق إنشاء المرافق العامة عن طريق عقد البناء والتشغيل والتحويل قد انتشر انتشار النار بالهشيم، لما يقدمه من تطوير للمرافق العامة الخاصة بالدولة عن طريق التعاقد مع القطاع الخاص، لذلك سنقتصر على ذكر بعض الدول العربية والإسلامية التي قامت بتطبيقه⁽²⁾؛ كما أننا سندرس في هذا المطلب بعض المشروعات لبيان حكمها الشرعي مع ذكر الحل الشرعي إن وجد لتصحيح تطبيق العقد.

قال الدكتور أبو غدة: "إن تطبيق هذا العقد ينسجم مع مبادئ اقتصاديين أساسيين هما إبراز مسؤولية الدولة عن توافر الخدمات الجماعية لمسئوليتها الكاملة عنها وتعزيز دور القطاع

(1) انظر العبود: نظام البناء والتشغيل والنقل لتشييد مشروعات البنية التحتية (20)، ومن المشروعات التي يمكن تنفيذها من خلال آلية الـ BOT: الطرق السريعة /المحطات الكهربائية/المستشفيات الخاصة /مصانع إعادة تدوير القمامة /تفصيل صناعة الغزل والنسيج من خلال إقامة عدد كبير من المصانع /مصانع البتروكيماويات /استثمار المناجم التعدين /بناء عشرات مدن سكنية جديدة، وبيع وحداتها للمصريين والخليجيين/مجمعات تجارية ضخمة /موانئ بحرية جديدة.. الخ

(2) زيارة لمقر بلدية غزة: والتقى الباحث بالمستشار القانوني للبلدية، وعند سؤاله عن تطبيق عقود البوت في مشروعات نفذتها بلدية غزة أجاب بقوله: "البلديات لم تطبق عقد البناء والتشغيل والتحويل في تنفيذ مشروعاتها الاستثمارية ليس لعدم قدرتها على ذلك إنما بسبب قصر قانون عمل البلديات على تقديم الأعمال الخدمائية للمواطنين، مثل: تلزيم الأسواق، وتنفيذ المشاريع بالمناقصات والمقاولات"، وقال: "إن البلدية حاولت تطبيق مثل هذه الاستثمارات لكنها كانت غير مكتملة الأركان وذلك بسبب نقص تشريعي في ظل وجود نص تشريعي قانوني رقم (1) مادة رقم (15) عام 1997م، حيث جاء فيه: "تتأط بمجلس الهيئة المحلية الوظائف والصلاحيات والسلطات المبينة في البنود التالية ضمن حدود منطقة الهيئة المحلية ويحق له أن يمارسها مباشرة بواسطة موظفيه ومستخدميه أو أن يعهد بها أو بيعها إلى متعهدين أو ملتزمين أو مقاولين أو أن يعطي بها أو ببعضها امتيازات لأشخاص أو لشركات لمدة أقصاها ثلاث سنوات".

الخاص بما فيه البنوك لجهود الدولة في هذا المجال لتدارك أوجه النقص في الموارد المالية العامة بحيث تستكمل عن طريق التوجه لاقتصاد السوق، والتوجه نحو التحرر من القيود التي تعوق الاستثمار وبروز ظاهرة العولمة⁽¹⁾، وأذكر هنا النماذج المطبقة على عقد البناء والتشغيل والتحويل في بعض من الأقطار التي طبق فيها على النحو التالي:

أولاً: القطر المصري:

حيث أنشأ مشروعات عدة نذكر منها التالي⁽²⁾:

1. تعاقدت هيئة كهرباء مصر مع شركة المشروع شركة (انترجن جي بي ليمتد) الأمريكية على إنشاء وتشغيل محطة كهرباء سيدي كرير وهما محطة توليد حراريتين قدرة كل منها 325 ميغا وات، وبدأت التشغيل التجاري عام 2000م، ومدة التشغيل عن طريق شركة المشروع 25 عاماً.
2. تعاقدت هيئة كهرباء مصر مع شركة المشروع هيئة كهرباء فرنسا على إنشاء وتشغيل محطة كهرباء وهي محطة حرارية بطاقة 650 ميغا وات، وبتعريفه ثابتة 17 قرشاً كيلو وات علي أن تتسلم ثمن مبيعاتها بالدولار. وبدأت التشغيل التجاري 2000م. وتنتهي مدة العقد عام 2020م.
3. تعاقدت هيئة كهرباء مصر مع شركة المشروع هيئة كهرباء فرنسا على إنشاء وتشغيل محطة كهرباء شرقي بور سعيد شرق التفريعة وهي محطة حرارية تعمل بالنفط والغاز تم التشغيل عام 2003م.
4. تعاقدت هيئة الطيران المدني مع شركة المشروع شركة كويتية باسم "سماك مرسى علم" على إنشاء وتشغيل مطار مرسى علم يتألف من ممر طوله 3 كم ومبنى للركاب وبرج مراقبة مع مساحة 24 كم 2 محيطة به.

هذه نماذج من المشروعات التي أبرمت ودخلت حيز التنفيذ في القطر المصري ونلاحظ عليها إنها توفرت فيها المشروعات التي تبرم وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل من حيث إنها تستهدف المرافق العامة وطول المدة وتنفيذها عن طريق الشركات الأجنبية أو الوطنية، وتقديم

(1) انظر: أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (1) مشروعات البنية الأساسية والتنمية ودعم

القطاع الخاص <http://www.sauress.com/alyaum/4015439> مجلة السحور الالكترونية.

(2) انظر: يوسف: مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل،

<http://www.alwafd.org/%D8%A7%D9%82%D8%AA%D8%B5%D8%A7%D8%AF/268920>.

خدمة للجمهور، وإعادة المشروع للدولة بعد انتهاء مدة التشغيل دون المطالبة بأي تعويضات، لكن هذه التجارب عند التطبيق شابها أخطاء⁽¹⁾.

ثانياً: القطر اللبناني:

كما أسلفنا أن معظم الدول العربية منها والأجنبية أخذت بتطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل منها الدولة اللبنانية حيث استخدمت هذا العقد في إنشاء المشروعات التالية: مشروع تجهيز مرفق مغارة جعيتا السياحي واستثماره الذي تمّ بموجب قرار وزير السياحة الرقم 186 تاريخ 1993/11/18؛ حيث أعطيت شركة «ماباس» الألمانية حق استثمار مرفق مغارة جعيتا السياحي المكوّن من مغارتين وتلفريك وخط سكة حديدية واستراحة ومطاعم ومواقف للسيارات، وغيرها من المعدات والتجهيزات المتعلقة بهذا المرفق لمدة 18 سنة لقاء بدلات سنوية محدّدة. وقد تضمّن العقد موجبات على الشركة المذكورة تتعلق بوضع الدراسات والتصاميم والخرائط التقنية والهندسية والاقتصادية والمالية وإعادة تأهيل المرفق وإجراء التصليحات والترميم والتجهيز والصيانة والحراسة والتنظيف، مقابل حق الشركة في استيفاء رسوم دخول مغارة جعيتا بعد الحصول على موافقة وزارة السياحة على قيمتها، وعلى أن يكون لهذه الوزارة حق المراقبة والإشراف على الإدارة وسير العمل، إلى أن تتسلّم جميع المنشآت والتجهيزات والمعدات عند انتهاء مدة الاستثمار ومن دون مطالبة الشركة بأي تعويض. بعد ذلك صدر عن مجلس الوزراء اللبناني القرار الرقم 6 (بتاريخ 1995/6/15) القاضي بتمديد مدة الاستثمار.

1. تعاقبت وزارة الاتصالات والبريد والبرق اللبنانية مع شركتي «ليبان سل» «وسيليس»، على إعادة تجهيز بنية الهاتف الخليوي على أساس نظام عقد البناء والتشغيل والتحويل.
2. تعاقبت وزارة الاتصالات السلكية واللاسلكية وشركة «ليبان بوست» الذي جرى تعديله بتاريخ 1998/7/22م على أساس القيام بالخدمات البريدية بتاريخ 1994/8/3
3. تم توقيع عقد B.O.T بين الدولة اللبنانية وشركة FTMI الفرنسية⁽²⁾، لتنفيذ وتشغيل مشروع الهاتف النقال (الخليوي) لمدة عشر سنوات .
4. كما قامت الدولة اللبنانية ممثلة بالمؤسسة العامة لتشجيع الاستثمارات في لبنان بتاريخ 1996/2/7 بإبرام عقد B.O.T مع شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده كويتية

(1) قيام شركة " انترجن بكتل " الأمريكية- ببيع حق امتيازها في محطة سيدي كرير لأطراف إسرائيلية، كما وقامت هيئة كهرباء فرنسا بصفقة سرية للتخلي عن مشروعها لإنتاج الكهرباء بمصر المقامة في خليج السويس ويورسعيد ويعملان بنظام ال BOT إلى شركة "تانيوج انرجي" الماليزية المتخصصة في تشغيل محطات الكهرباء. بديوي: <http://www.masress.com/almesryoon/677> مصرس.

(2) (France Télécom International).

5. الجنسية لتمويل إنشاء مواقف للسيارات في مطار بيروت الدولي وتشغيله لمدة خمسة عشر سنة ثم إعادته بحالة جيدة إلى الدولة اللبنانية⁽¹⁾.

ثالثاً: القطر السوداني:

القطر السوداني من المطبقين لهذه العقود والمنفذين لها، حيث تعاقدت مع عدة شركات لتنفيذ مشروعات البنية التحتية وهي كالتالي⁽²⁾:

1. تعاقدت الهيئة القومية للطرق والجسور عام 1988م مع إحدى الشركات الخليجية لتنفيذ طريق سريع بين ميني عطبرة وهيا السودانيتين بطول 274,4 كم السريع الرابط بين مدينة الخرطوم العاصمة ومدينة مدني في وسط السودان.
2. تعاقدت الهيئة القومية للكهرباء مع إحدى الشركات الماليزية لإنشاء محطة توليد كهرباء 250 ميغا وات ديزل في جنوب مدينة الخرطوم العاصمة على أن يكون التنفيذ عام 2004م.

يلحظ على هذه المشروعات أنها قد توافرت فيها عناصر مشروعات المرافق العامة وتم تنفيذها وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل من حيث المدة والتشغيل من قبل شركة المشروع لكنها لم تطبق بطريقة سليمة حيث وصفت بالتجربة الفاشلة⁽³⁾.

(1) خلف: عقود تنفيذ وتشغيل ونقل الملكية، شافي: ما هي عقود الBOT

http://www.lebarmy.gov.lb/ar/news/?30076#.VP3CB_msX0c، الحسيني: عقد البوت المفهوم

والخصائص وبعض مشكلات التطبيق <http://www.startimes.com/?t=26674371>. ستار تايمز.

(2) التي أدت إلى التآني عند إبرامه حيث لوحظ ذلك في المفاوضات التي جرت لاحقاً بين الهيئة القومية للكهرباء مع إحدى الشركات الماليزية حيث قدمت هذه الشركة عرضها في مارس 1998م لإنشاء محطة لتوليد 250 ميغا وات ديزل في جنوب مدينة الخرطوم العاصمة، ومن ثم استمر التفاوض بين الجهة الحكومية وهذه الشركة حتى مايو 2001م (ثلاث سنوات) حيث تم التوقيع بالأحرف الأولى على اتفاقيتي (شراء الكهرباء) و (اتفاقية التنفيذ) يوسف: د. محمد: مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني (11).

(3) وقد عزا المختصون في وزارة المالية السودانية الفشل لعدة أسباب يمكن إجمالها: غياب القوانين المنظمة للتعاقد عبر عقد البناء والتشغيل والتحويل في السودان. معارضة الرأي العام المحلي في السودان لفكرة إنشاء المشروعات بنظام عقد البناء والتشغيل والتحويل. نتيجة جهلهم بها. عدم جاهزية الجهات الحكومية المتعاقدة، من ناحية إعدادها الدراسات المصاحبة لتنفيذ مثل هذه المشروعات. التسهيلات "الامتيازات" الممنوحة من قبل الدولة لشركة المشروع، وأضاف د. محمد محمود عدم وجود شفافية كافية في الاعلان عن المشروعات المقتر تنفيذها بنظام البناء والتشغيل والتحويل. سواءً عند طرح المشاريع أو عند إبرام الاتفاقات الخاصة بها، انظر: يوسف: مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني (11).

رابعاً: المملكة الأردنية الهاشمية:

الأردن كباقي الدولة التي لحقت في ركب تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل تلبية لحاجات واشباعاً لرغبات المجتمع من إيجاد للمرافق العامة التي تؤدي عملها بشكل جيد، ومما يجدر ذكره ما جاء عن لسان المهندس الأردني البطاينة قوله: "إن حجم الأعمال الإنشائية المنفذة حتى الان بلغت أكثر من 220 مليون ديناراً، موضحاً أن كلفة المشروع بلغت 750 مليون دولاراً، وأنه ينفذ بأسلوب البناء وإعادة الملكية بعد 25 عاماً وبحسب الاتفاقية فان العائد من المشروع على الحكومة يشكل ما نسبته 6ر54 بالمئة من إجمالي الإيرادات وتساوي تقريباً 35 مليون ديناراً سنوياً وأن السعة المستهدفة في المرحلة الأولى 9 ملايين مسافراً، ومن المتوقع أن تصل إلى 12 مليوناً في المرحلة الثانية من خلال 25 بوابة لخدمة المسافرين"⁽¹⁾.

ومن هذه المشروعات المنفذة بعقد البناء والتشغيل والتحويل في المملكة الأردنية الهاشمية:

تنفيذ مشروع شبكة الربط بين دول الخليج وسوريا وتركيا وأروبا وما ورائها⁽²⁾، وهو مشروع طريق سريع مدفوع الأجر حيث تستمر فترة استغلاله مدة ثلاث سنوات، وهي فترة جني الربح المرجو من المشروع لشركة المشروع، وذلك لمرور ثمانية ألف مركبة يومياً من هذا الطريق، وسيتم البدء بتشغيل مركز الانطلاق الموحد لسيارات السفريات الخارجية في مدينة "أم صويونية" مع الوحدة الاستثمارية - مؤسسة الضمان الاجتماعي وفق نظام البناء والتشغيل وإعادة الملكية BOT، ولتسهيل وتحسين خدمة الركاب فقد قامت وتقوم الهيئة بتركيب مظلات لموقف التحميل والتنزيل على خطوط النقل العام في محافظات المملكة وتوفير معلومات للركاب في المجمعات من خلال تركيب اللوحات الإرشادية وفتح مكاتب جديدة للهيئة في كل من محافظات الطفيلة والبلقاء وجرش والمفرق ومأدبا والزرقاء ومعان وعجلون والعقبة، وفي مجال تطوير البنية التحتية ومتطلبات خدمات النقل العام قامت الهيئة على إنشاء وإعادة تأهيل مراكز الانطلاق والوصول في المحافظات وسيتم إنشاء مركز مراقبة أداء وسائط النقل العام واستخدام أنظمة التعقب عن بعد في الحافلات الجديدة وتركيب كاميرات مراقبه في مراكز الانطلاق والوصول، وتم شطب وتحديث (1654) واسطة خلال الأعوام (2008-2011) من أصل (2478) واسطة نقل وذلك من خلال سياسة الوزارة والهيئة لتحديث وسائط النقل بالمملكة⁽¹⁾.

(1) انظر: المدينة الإخبارية: الرابط: <http://almadenahnews.com/article/40361>.

(2) انظر: البطاينة: أكد أن المشروع ينفذ بأسلوب البناء والتشغيل والتحويل B. O. T، جريدة الدستور رابط <http://www.addustour.com>.

(1) انظر: البطاينة: أكد أن المشروع ينفذ بأسلوب البناء والتشغيل والتحويل B. O. T، جريدة الدستور.

وهذه المشروعات كسابقاتها من المشروعات التي أبرمت في الأقطار المصري واللبناني والسوداني من حيث كونها مشروعات المرافق العامة المنفذة بعقود البناء والتشغيل والتحويل.

خامساً: المملكة العربية السعودية:

عملت على تطبيق نظام البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء المرافق العامة في المملكة وتطبيقها لم يكن كباقي الدول العربية، حيث إن تطبيقات المملكة له قليل مقارنة بالدول الأخرى، تعاقبت المملكة العربية السعودية مع مؤسسة "دله البركة" على إنشاء موقف للسيارات في مدينة الرياض، والاستفادة من تشغيله مدة العقد وهي أربع سنوات، فبالنظر إلى مراحل التطبيق لعقد البناء والتشغيل والتحويل في المملكة العربية السعودية نجدها قد وضعت التشريعات المناسبة لتنفيذه كما أنها تفادت المشكلات التي وقعت فيه بعض الدول المطبق له خاصة القانونية منها والشرعية⁽¹⁾، ويقوم هذا النوع من المشاريع على اتفاقيات قانونية دقيقة ومفصلة وذات مستويات متعددة يمكن تلخيصها بصورة عامة كالآتي:

الاتفاقية الحكومية: وتسمى اتفاقية الامتياز وهي الاتفاقية التي تبرم بين الحكومة والشركة التي شكلها المستثمرون لإدارة المشروع وهي اتفاقية امتياز للبناء والتشغيل الاتفاقية الداخلية للمشروع، والاتفاقية الخارجية للمشروع⁽²⁾.

سادساً: قطر السوري:

حيث نفذ قطر السوري عدة مشروعات بعقد البناء والتشغيل والتحويل، لما له من أهمية اقتصادية بالغة تعود بالنفع عليه ومن هذه المشروعات:

1. إنشاء وتشغيل أبنية تجارية وخدمية متطورة وإحياء المحطة الأثرية وتحسينها مع تأمين فرص استثمارية وتوفير فرص عمل بما يخفف الضغط عن مركز مدينة دمشق، حيث يقام المشروع على جزء من أرض محطة القدم الجارية بملكية المؤسسة العامة للخط الحديدي الحجازي، وتبلغ مساحة أرض المشروع حوالي 40000/م²، مدة انجاز المشروع لا تزيد عن 36 شهراً ومدة تشغيل المشروع 25 عاماً، وفي نهاية العقد تأول جميع المنشآت والتجهيزات لملكية المؤسسة بعد انتهاء مدة الاستثمار.

(1) حيث قامت المملكة السعودية: بوضع التشريعات القانونية وإقرار الأنظمة الخاصة المنظمة للاستثمار وفق عقد BOT، تكوين اتحاد مالي مكون من عدة شركات من القطاع الخاص الوطني عدم اللجوء إلى الاقتراض بالفائدة الربوي المحرم، يوسف: مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني (10).

(2) بوشيت: استثمارات القطاع الخاص في مشاريع تحلية المياه من خلال عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية (16).

2. إنشاء وتشغيل الطريق السريع للنقل الدولي البري من أوروبا إلى الخليج العربي محمي ومدفوع الأجر حيث تستمر فترة التشغيل للمشروع مدة ثلاث سنوات، وهي فترة جمع الربح المراد من المشروع لصالح شركة المشروع، لأن معدل مرور المركبات اليومي حوالي ثمانية آلاف مركبة
3. مشروع إنشاء وتشغيل مرفأ "المواد الغير نظيفة" قرية الخرابة على بعد 4كم من الحدود اللبنانية وبالقرب من نهر الكبير الجنوبي حيث طريق طرطوس لبنان يحد المنطقة المختارة من جهة الشرق يقام المشروع على مساحة 50 هكتاراً، أي 1200م طوياً، مدة تشغيل المشروع لم تذكر، منفعة المشروع إبعاد المواد المسببة للتلوث مثل الفوسفات والكلينكر والفحم عن المناطق المأهولة بالسكان والمزروعات ولجذب حركة السلع والبضائع المحلية والتراخيص عبر هذا المرفأ⁽¹⁾.

وبهذه المشروعات وغيرها نجد أن سوريا من المطبقين له في إنشاء مشروعاتها الضخمة، وهذه المشروعات توافرت فيها عناصر عقد البناء والتشغيل والتحويل، من حيث الجهة المبرمة للعقد والمدة التشغيلية للمشروع، وكذا مآل المشروع بكليته إلى الدولة صاحبة المشروع.

فبعد استعراض لعدد من المشروعات المطبقة وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل في الدول العربية نأتي لمحاكمتها، حيث إن الباحث بحث عن تفاصيل هذا العقد والبنود التي يتكون منها فلم أجدها على نحو استطيع محاكمتها شرعاً بالتفصيل، لذا ألجأ الباحث إلى محاكمتها جملة واحدة، على النحو التالي من حيث الخطوط العامة التي يتكون منها العقد وهي تعتبر سمات مميزة له والتي أكتفي بذكرها ومحاكمتها وهي على النحو التالي:

1. الاقتراض لتمويل المشروع.
2. هوية الشركة المنفذة أو الممولة للمشروع.
3. مدة إنشاء المشروع وتشغيله.
4. شرط الاحتكار الذي تفرضه شركة المشروع.
5. المشروع المزمع إنشاؤه، "المعقود عليه".
6. الإعفاءات التي تمنحها الدولة لشركة المشروع.
7. بنود أخرى نرى مراعاتها عند إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل.

(1) انظر: مجلة: دائرة التنمية الاقتصادية (216,215,214) الدور القيادي للقطاع الخاص في قيادة الاقتصاد.

أولاً: الاقتراض بفائدة "رباً" من أجل تمويل المشروع:

وفي هذه الحالة لا فرق بين كون شركة المشروع أجنبية أم وطنية أم مشتركة⁽¹⁾، وإن كان في حال كونها أجنبية لا بد من تحري ذلك أكثر، لأننا سنتناول حكم القروض الربوية في الفقه الإسلامي والمعروف بالاقتراض من البنوك التجارية بالفائدة "الربا"⁽²⁾، حيث إن شركة المشروع قد لا تستطيع توفير التغطية المالية الكافية لإنشاء المشروع، وهذا بدوره يلجأ شركة المشروع إلى الاقتراض من البنوك لتوفير النفقة الكاملة لإنشاء وتشغيل المشروع، ومن المعلوم أن هذه البنوك لا تقدم القروض إلا بفائدة "رباً" وهذا محرم لما جاء في نهى الله ﷻ عنه في قوله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁽³⁾. واللعن من رسول الله ﷺ روى البخاري عن عَوْنُ بُنْ أَبِي جُحَيْفَةَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ: ﴿لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْوَأَشِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ وَآكَلَ الرِّبَا وَمُوكَلَّهُ﴾⁽⁴⁾. وهذا يؤكد حرمة الربا في التجارة وفي إنشاء المرافق العامة أو المشروعات الخاصة؛ فلا فرق بينهما في الحرمة.

وعليه فإن هذا البند أو الطريق للتمويل يقع فاسداً، ولا بد من تصحيحه باستبعاده من العقد حتى لا تفوت المصلحة المرجوة والغرض المشروع من تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء المرافق العامة، وقد اقترح بعض العلماء صيغ مشروعة لتمويل مثل هذه المشروعات بعيداً عن القروض الربوية المحرمة،⁽¹⁾ مثل: علاج مشكلة ضيق رأس المال لتمويل المشروع الضخم هو إسهم بيوت المال في مثل هذه المشاريع عن طريق المشاركة، فقد تعظم أرباح المشروع خصوصاً إذا كان هذا النوع من العقود المحكمة التي تدرس جدواها بدقة متناهية، ووضعت في أيد أمينة تحقق مصالحها ومصالح المجتمع بطريقة شرعية سليمة، ولعلاجها نستخدم الصيغ الإسلامية المشروعة مثل الحصول على التمويل بالمشاركة مع المصارف الإسلامية أو عن طريق تأسيس شركة مساهم للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام

(1) انظر: الشيخ: عقود الـ BOT والتطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة(24)، الفيل: التزامات شركة المشروع في عقد توليد الكهرباء من الطاقة النووية وفق نظام الـ B.O.T دراسة قانونية (862).

(2) انظر: بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (32)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (10)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (20)، صبري: عقد البناء والتشغيل وإعادة BOT (5)، بموجب عقد البناء والتشغيل والتحويل لا تضمن حكومة البلد المضيف تسديد أي قروض لتنفيذ المشروع، وإنما يتوقف سداد هذه القروض على العوائد التي يدرها المشروع(416) بلقاسم: أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر ودوره في التنمية المستدامة(15).

(3) البقرة من الآية (278).

(4) البخاري: صحيح البخاري (507) كتاب: "البيع"، باب: موكل الربا.

(1) أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T (24).

للجمهور⁽¹⁾، أو التمويل عن طريق اصدار وبيع سندات الخدمات⁽²⁾. بالإضافة إلى إشكالية الاقتراض الربوي المحرم اتجاه المستثمرين إلى المصارف المحلية لاقتراض العملات الأجنبية لتمويل المشاريع المنفذة بعقد البناء والتشغيل والتحويل، واستخدامها في استيراد احتياجات المشاريع من الخارج؛ مما يؤدي إلى انكماش الأرصدة الأجنبية في البنوك والسوق المحلية لقلتها بسبب تصدير السيولة المالية لخارج البلد مما يؤدي إلى خلق أزمة فيها⁽³⁾ وهذا الأمر حدث عند تطبيق مصر لعقد البناء والتشغيل والتحويل.

قال د. عبد الوهاب: "خلو أمثال هذا العقد من الربا ووجوهه نادر جداً، وكذلك بالنسبة لما يسمى بالضمان البنكي المبني على الفائدة بالنسبة لمقدار رأس المال، هذه بعض الأسباب الظاهرة المؤثرة في صحة مثل هذا العقد"⁽⁴⁾.

ثانياً: هوية شركة المشروع:

إذا كانت الشركة أجنبية وهذا البند لا يخلو من المحاذير لذا فإن الباحث يرى دراستها على النحو التالي: مشروعات تملكها الشركات الأجنبية بالكامل في الاقتصاد المضيق، وهذا الشكل من الاستثمارات يتيح للعنصر الأجنبي السيطرة الكاملة في اتخاذ القرار، ولهذا لا تحبذه الكثير من الدول المستثمر فيها، خشية أن يؤدي إلى التبعية والهيمنة الاقتصادية من قبل المستثمر الأجنبي⁽¹⁾.

المقصود بالتمويل الأجنبي:

عرفه جون، ومارك بقولهما: "تكوين منشأة أعمال جديدة، أو توسيع منشأة قديمة، وذلك عن طريق مقيمي دولة معينة ضمن حدود دولة أخرى"⁽²⁾، وعرفه آخرون "تنشيط استثماري طويل

(1) تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام من الجمهور بكامل رأس المال، على أن يشترط في عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي على المؤسسين والمساهمين التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء مدة الشركة وفترة امتيازها.

(2) الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (5).

(3) انظر: يوسف: تجارب عربية.. المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات الـ B.O.T منشور على موقع

الشبكة العربية العالمية رابط - <http://www.globalarabnetwork.com/economics-and-development/economic-reports/5509-2011-08-13-015859>

(4) أبو سليمان: عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T (24).

(1) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (6).

(2) جون هيدسون: العلاقات الاقتصادية الدولية، تعريب طه منصور (699).

الأجل يقوم به مستثمر غير مقيم في بلد مضيف بمقصد المشاركة الفعلية أو الاستقلال بالإدارة والقرار". وغيرهم قالوا: "الحصة الثابتة للمستثمر المقيم في اقتصاد ما في مشروع مقام في اقتصاد آخر"⁽¹⁾، وخلص المرزوقي إلى تعريفه بقوله: "المال الوافد إلى دولة غير دولة بقصد الحصول على الربح"⁽²⁾.

يرى الباحث أن لفظة التمويل الأجنبي إطلاقين: فأما الإطلاق الأول: هو المقصود وفق الفقه الإسلامي الأجنبي هو غير المسلم، سواءً كان شخصية حقيقية أو اعتبارية أو مؤسسة، وأما الإطلاق الثاني: فهو خاضع لموضوع الجنسية، أي كل من لا يتمتع بجنسية البلد التي يقيم فيها فهو أجنبي، لذلك المعنى الذي نريده بالأجنبي هو من كان على غير دين الإسلام، وقال المرزوقي: "يجوز السماح لغير المسلمين بالإقامة في بلاد المسلمين، ما عدا أرض الحجاز، ومن ثم يُمكن من تنفيذ استثمارات أجنبية من خلال أيد أجنبية غير مسلمة في البلدان الإسلامية..."⁽³⁾، فبالنظر إلى موقف الشريعة الإسلامية من الاستثمار الأجنبي المباشر فمن الواضح أن الشريعة لا تقف في وجه هذا الاستثمار، طالما كان في هذا مصلحة تعود على بلاد الإسلام، ويسير وفق ما قرره الشارع من ضوابط وقواعد وأحكام، حتى لا يصبح الاستثمار الأجنبي أداة للسيطرة الاقتصادية على بعض أنواع النشاطات، أو القطاعات الاقتصادية في الدول الإسلامية⁽⁴⁾، وعلى ذلك يمكننا بيان حكم التعاقد مع الشركات الأجنبية على النحو التالي:

- كون المستثمر أجنبياً بالمفهوم المعاصر: لقد فرض واقع التقسيم الذي منيت به الدول الإسلامية والعربية من جعل حدود بينها، والتفرقة بين أهل الدين الواحد بسبب تلك الحدود وعدم أجانباً حسب مفهوم الجنسية المبني على الحدود بينها لذا يرى الباحث بما أن الاستثمار الأجنبي مشروع، حيث قالوا بجواز استثمار الأجنبي الكافر وفق الضوابط الشرعية الإسلامية فمن باب أولى جواز استثمار الأجنبي المسلم حسب مفهوم الجنسية⁽¹⁾، ويرى الباحث أن التمويل الأجنبي للمشروعات الوطنية فيه من المنافع التي

(1) الشركة العربية لمصائد الأسماك: الاستثمار الأجنبي المباشر بالدول العربية (177). عن المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (5).

(2) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (5).

(3) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (24).

(4) المرزوقي: الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي (36).

(1) الأجنبي: وفقاً لمفهوم الجنسية "هو من لا يتمتع بجنسية البلد الذي يقيم فيه" وهو كل شخص سواءً كان طبيعياً أو معنوياً مقيماً أو له محل إقامة بدولة لا يتمتع بجنسيتها أي دولة غير الدولة التي يحمل جنسيتها وغالباً ما يسمى وافداً.

لا تخلو من المفاصد، إذ "ليست هناك مصلحة محضة ولا مفسدة محضة" لذا وجب على الدولة الموازنة في هذا الأمر دون إفراط أو تفريط أي إنه علينا تفادي بسط النفوذ الأجنبي على المشروعات ذات الصبغة السيادية مثل المطارات والتحصينات العسكرية التي إن اطلع عليها كشف بها سوء الأمة وحينها يصيبه في مقتلة، لأن المعلومات في زماننا هذا تقدر بأثمان فتباع، وفي هذا المقام ألا نصل إلى درجة المنع والمعادة والقطيعة مع الممول الأجنبي فنحرم أنفسنا من الاستفادة من الخبرات الأجنبية، وعليه فعلى الدولة الموازنة في اختيار الممول الأجنبي مراعية في ذلك نوعية المشروع المزمع إنشائه بتمويلها.

حكم التعاقد مع الشركات الوطنية-القطاع الخاص-لبناء المشروعات العامة وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل.

كون المستثمر من الشركات الوطنية: وهو ما يعرف باستثمار القطاع الخاص في المشروعات العامة التي من العادة يقع على عاتق الدولة إنشائها. يرى الباحث أنه لا مانع من مشاركة القطاع الخاص في إنشاء المشروعات العامة مع مراعاة الضوابط الشرعية، والاقتصادية التي منها عدم الاحتكار والسيطرة على المشروعات العامة وتكوين طبقة متنفذة قد تؤدي إلى إحداث خلل في الأمن الاقتصادي للدولة، التي سيأتي بيانها ضمن هذه النقاط.

1. **المساس بالسيادة الوطنية:** الذي عبر عنه بالإضرار المحتمل بالاستقلال والسيادة الوطنية متى كان الممول أجنبياً⁽¹⁾، بحيث يتم تضمين عقد البناء والتشغيل والتحويل غالباً نصاً يستبعد الاختصاص القضائي لدولة المشروع ويحتم اللجوء إلى التحكيم⁽¹⁾، وعادة ما تحدد لذلك جهات تحكيم أجنبية، وهذا يقودنا إلى الحديث عن حكم الترافع لقاضي غير مسلم، والذي يلحق به كذلك المحكم غير المسلم، وكيفية تجنب ذلك؟ وبيانها على النحو التالي:

2. **حكم الترافع إلى قاضي غير مسلم:** أجمع العلماء على عدم جواز تولية القاضي غير المسلم أو الترافع إليه، وهنا نورد قول العلماء عند ذكرهم الشروط الواجب توافرها في القاضي، وعند ابن نجيم من الحنفية شروط القاضي: حيث ذكر من بينها "وَأِسْلَامٌ"⁽²⁾،

(1) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (12)، السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (15).

(1) بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (34)، أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (11).

(2) ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (433,6).

ومن المالكية قال الخرشي: "وَلَوْ حَكَمَ الْجَاهِلُ أَوْ الْخَصْمُ أَوْ الْكَافِرُ كَانَ الْحُكْمُ مَرْدُودًا"⁽¹⁾، وكذا عند الشافعية قال النووي في شروط القاضي: "ولا يجوز أن يكون القاضي كافراً ولا فاسقاً"⁽²⁾. أيضاً عند الحنابلة قال المرادوي: "وَلَايَةُ الْقَضَاءِ رُتْبَةٌ بَيْنِيَّةٌ وَنَصَبَةٌ شَرْعِيَّةٌ"⁽³⁾، وكذلك ذكر ابن قدامة قال الشيخ: ويشترط في القاضي عشر صفات منها أن يكون "حراً ذكراً مسلماً عدلاً"⁽⁴⁾، وبذلك نجد إجماع الفقهاء على أن الإسلام شرط في قبول القاضي للقضاء، ويفهم منه أن الكافر لا يجوز رفع القضية للنظر فيها، وشرط فيها الإسلام: لأن القضاء ولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم، فلا تقبل شهادته عليه⁽⁵⁾، لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾⁽⁶⁾، كذلك عدم جواز تحكيم غير المسلم على المسلم على قول جمهور أهل العلم، لأن القضاء من باب الولاية، وكذا التحكيم جاء في الموسوعة الفقهية: شُرُوطُ الْمُحَكَّمِ أَنْ يَكُونَ أَهْلًا لَوْلَايَةِ الْقَضَاءِ، وَعَلَى ذَلِكَ اتِّفَاقُ الْمَذَاهِبِ الْأَرْبَعَةِ، عَلَى خِلَافٍ فِيمَا بَيَّنَّهَا فِي تَحْدِيدِ عَنَاصِرِ تِلْكَ الْأَهْلِيَّةِ⁽⁷⁾، وخالف في ذلك الحنابلة بقول القاضي: "العشر صفات في القاضي: لَا تُشْتَرَطُ فِيمَنْ يُحَكَّمُهُ الْخَصْمَانِ"⁽¹⁾، والتي منها الاجتهاد والفقهاء أما الإسلام فهو محل اتفاق بين جميع العلماء لا بد من توفره في القاضي والمحكم، قال د. عامر: "وضرورة ولاية القضاء الإسلامي وتطبيق أحكام الشريعة على منازعات الاستثمار الأجنبي"⁽²⁾.

3. حكم تحكيم غير المسلمين كفاراً كانوا أم ذميين: مما سبق نجد إجماع الفقهاء السابقين على شرط الإسلام في متولي القضاء، وكذا المحكم عدا بعض الصفات كالاجتهاد والفقهاء فيكفيه خبرته فيما حكم فيه، أو رضى المحكمين له، كما إنهم لم يثيروا قضية تحاكم المسلمين إلى غير المسلمين من كفار أو ذميين ويعزو الباحث سبب ذلك مراعاتهم

(1) الأمير: الإكليل شرح مختصر خليل للخرشي (397).

(2) المطيعي: تكملة المجموع شرح المهذب (125,20).

(3) المرادوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف (176,11).

(4) ابن قدامة: الشرح الكبير على متن المقنع (394,11)، النجدي: الروض المربع (517,7).

(5) الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته (353,8).

(6) النساء من الآية (141).

(7) وزارة الكويت: الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية (237,10).

(1) البهوتي: كشف القناع عن متن الإقناع (3194,8).

(2) عامر: البديل الشرعي لمصادر التمويل الدولي المعاصر في العالم الإسلامي،

<http://books.google.ps/books?hl=ar&id=cDJtAAAAMAAJ&focus=searchwithinvolume>

لواقعهم ذلك الزمان حيث كانت الدولة للإسلام والغلبة للمسلمين، لكن الحال اليوم تبدل وتغير على ما كانوا عليه، واعتبر من النوازل فناقش مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة موضوع التحكيم لغير المسلم، تحت عنوان مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، حيث خلص المؤتمر إلى جوازه عند عدم وجود المحكم المسلم، وكذا عند حالة الضرورة، وهاك نصُّ القرار " إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلًا، لما هو جائز شرعاً"⁽¹⁾.

إن اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي لا يكون إلا بعد الإخفاق في إحداث التوافق أو التنازل بين الدولة والمستثمر، وبعد فشل ذلك يكون التوجه للتحكيم الذي يعتبره الفقهاء من محاذير الشروط في العقد، وعلى ما تقدم يرى الباحث عدم جواز التحاكم إلى الأجنبي الكافر عند وجود القضاء الإسلامي، لذا يؤكد الباحث على ما أوصى به الفقهاء:

1- وضوح الصيغة التعاقدية المبرمة بين الدولة الإسلامية وبين شركة المشروع الأجنبية، لمنع المنازعات في عقد البناء والتشغيل والتحويل.

2- استبعاد شرط التحاكم عند التنازع عند إن استطاع⁽¹⁾، لما فيه من ترافع لمحكم تحكمه المصالح التي يراعى فيها مصلحته على غيره.

وبما أن ما يحكم هذه العقود هو العلاقات الدولية، بعد أن أصبح التحكيم التجاري الدولي حقيقة واقعة، وتسعى إلى اشتراطه الشركات الأجنبية المستثمرة والذي قد يترتب على رفضه من قبل الدولة أن يفضي إلى عدم تنفيذ المشروع الذي بحاجته الدولة، فماذا على الدولة فعله؟.

خلاصة القول:

يجوز تضمين هذا الشرط في العقد، لأن التحكيم مشروطاً بالتراضي بين المتنازعين عن المحكم وليحرص المسلم سواءً في كلا حالتي الاستثمار أن يكون المحكم مسلماً، كما ويسعنا الأخذ بقرار مجمع الفقه الإسلامي بجواز التحاكم إلى غير المسلم، عند عدم وجود القاضي أو

(1) مجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع (ع 9، ج 4 ص 5)، مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره التاسع بأبي ظبي بدولة الإمارات العربية المتحدة من 1- 6 ذي القعدة 1415هـ الموافق 1- 6 (أبريل) 1995م.

(1) استبعت العربية السعودية التحكيم التجاري الدولي منازعات من نطاق اختصاص المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، انظر: رشا: تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم ذات العنصر الأجنبي.

المحکم المسلم أو أمام إصرار شركة المشروع الأجنبية عندها يجوز التحاكم إلى غير المسلم ضرورة، قال تعالى: ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾⁽¹⁾، والضرورة تقدر بقدرها، والله يغفر عن الخطأ في تقدير الضرورة، لأن مرجعها إلى اجتهادهم⁽²⁾، قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرُّرْتُمْ إِلَيْهِ﴾⁽³⁾. ومنه أخذت القاعدة الفقهية "الضرورات تبيح المحظورات" و"الضرورة تقدر بقدرها"⁽⁴⁾. وفي قرار مجمع الفقه الإسلامي ذكر الجواز وشرطه بعدم وجود المحاكم الإسلامية الدولية يكون القبول التحكيم من باب الحاجة والضرورة التي تقدر بقدرها حيث إنشاء، مثل هذه المرافق ضرورة فلا نرفضها بسبب اشتراط التحاكم إلى غير المسلم، ونمثل لبعضها كالمصارف الصحية التي إن عدم وجودها قد تصاب البلدة بالمكاره الصحية وتقضي على الإنسان، أو محطات تحلية أو تنقية المياه سواء كان استخدامها لسقاية الإنسان أو الحيوانات أو الأشجار...، والله أعلم.

ثالثاً: مدد إنشاء المشروع وتشغيله وإعادته إلى الدولة⁽⁵⁾:

عقد البناء والتشغيل والتحويل من عقود المدة الطويلة التي تمتد لعدة أجيال حال كونها أبرمت لأكثر من ثلاثين عاماً، لذا يقترح مراعاة المدة التي يستغل فيها المشروع من قبل الممول، لأن هذه العقود تبرم لفترة طويلة قد تصل إلى تسعة وتسعين سنة، كما هو الحال في مصر⁽¹⁾. طول مدة تشغيل المشروع⁽²⁾ وهي المرحلة الثانية من هذا العقد، والتي يعتبرها الباحث محل اجتهاد من قبل الدولة، التي تراعي فيه مصلحة الطرفين المتعاقدين الدولة وشركة المشروع كذلك الطرف الثالث وهم المنتفعون من الخدمات المقدمة من قبل شركة المشروع، حيث مدة التشغيل قد تستغرق عشرة أعوام، ومنها العشرون عاماً، ومنها الثلاثون وقد تصل في بعض

(1) البقرة: من الآية (173).

(2) انظر: الزحيلي: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج (2، 80).

(3) الأنعام من الآية (119).

(4) الزحيلي: التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج (20، 85).

(5) وتدل عبارة مدد التنفيذ فوق عقد البوت على معانٍ ثلاث: المدة التي تلتزم بها الشركة في الإنشاء من تأمين للأجهزة والمعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام، الفترة التي تمنح لشركة المشروع بتشغيل المرفق العام، المواعيد الدورية التي تمنح لأداء الخدمات للمنتفعين بالمرفق العام كمواعيد تسيير القطارات والطائرات والسفن..
حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (105).

(1) الزيني: أيمن رمضان، www.academia.edu/3807790/عقود_B_O_T

(2) انظر: بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (32)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (10)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (20)، السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14)، أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (11).

المشروعات إلى تسعة وتسعين عاماً، وهذه المدة الطويلة هي التي تهمننا في البحث وخطرها يتمثل في احتكار تشغيل المشروع وحرمان الدولة من الاستفادة منه مدة تعاقب ثلاثة أجيال مما يعرض الأمن القومي إلى خطر سيطرة القطاع الخاص أو المستثمر الأجنبي على المشروعات العامة، قالت حصايم: "لذا على الدولة أن تقوم بواسطة خبراءها دراسة المشروع الذي ترغب في عرضه للتعاقد بنظام عقد البناء والتشغيل والتحويل، بحيث تكون مدة العقد محل بحث عميق.."(1).

يرى الباحث أن هذه المدة تراعى فيها نوعية المشروع المزمع إنشاؤه وكذا وتكلفة المشروع، لأن من المعلوم أن تشغيل المشروع هو الربح المرجو تحصيله من المشروع، عليه يترتب مراعاة حاجة المتعاقدين وعلى الحكومة مراعاة ذلك عند إبرام العقد⁽²⁾ كذلك إن طالت المدة فإنها تؤثر سلباً على الإنشاءات والمعدات المستخدمة في المشروع من تهالكها أو تأكلها إن لم تقم شركة المشروع بصيانتها، لذا لا بد من تأكيد وتضمين ذلك في العقد، يبقى السؤال هل طول المدة يؤثر في صحة العقد أقول طول المدة لا يؤثر في صحة العقد إلا إذا خشي بسبب طول المدة عدم مقدرة الدولة إثبات ملكيتها للمشروع.

يرى الباحث لأبد للدولة أن تحرص على تضمين النصوص التي تحدد المدد فيها بدقة بالغة حيث ينتفي معها الإضرار الفاحش بالمشروع أو الأجيال القادمة للقاعدة "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"⁽¹⁾ لذا على الدولة وضع الضوابط التي تحد من نفوذ الشركات الأجنبية في إنشاء مشاريع البنى التحتية الاستراتيجية لفترة طويلة نسبياً وفقاً لعقد البناء والتشغيل والتحويل، لأن ذلك يفتح الباب أمام سيطرة رأس المال الأجنبي على الاقتصاديات النامية من جديد ومن ثم يؤثر في سياسة الدولة⁽²⁾.

وأثر مثل هذه المدد على العقد من جهة الصحة والبطالان.

من مقتضيات عقود المدة عدم خلوها منها، وهذه المدة التي تبرم الأولى فيها أن تكون مراعية لمصلحة الأطراف جميعاً، فإن ترتب على طول مدة العقد الإضرار بالدولة أو المشروع أو الأجيال القادمة؛ فالباحث يرى بطلان هذه المدة الطويلة لتأثيرها السلبي من حيث آثار العقد

(1) حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (17).

(2) حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (16).

(1) الشوكاني: إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول(3,326).

(2) الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (16) الدغيثر: أساليب البناء التشغيل

الإعادة BOT' سلاح المنافسة الجديد في صناعة البناء والتشييد(92,93).

لا العقد نفسه، وللتغلب عليها إمكان اشتراط الدولة على شركة المشروع متى بلغ مقدار ربحك من المشروع المبلغ المقدر تحصيله أُعيد المشروع إلى الدولة.

يأتي ضمنها إمكانية التجديد لشركة المشروع مدة التشغيل إمكانية التجديد لشركة المشروع في مدة التشغيل، وهذا يكون في صالح شركة المشروع الذي يترتب عليه استنزافاً لموارد الدولة دون مقابل⁽¹⁾، وبالنظر إلى إمكانية التجديد لشركة المشروع في استغلال المشروع نجدها على دربين الأول: كون المشروع لم يأت بالربح المطلوب لعزوف العامة عن استخدامه كما حدث في مشروع في المملكة العربية السعودية⁽²⁾، والثاني: هو كون المشروع اكتمل لكن الكوادر المشغلة له لا يوجد مثلها في الدولة من حيث التطور المستمر للتكنولوجيا أو الأيدي العاملة، وعليه فإن التجديد لشركة المشروع لا يلجأ إليه إلا في حالات نادرة وظروف طارئة على العاقدين.

ربحاً: احتكار شركة المشروع للمشروع وما يقدمه من سلعة أو خدمة:

في عقد البناء والتشغيل والتحويل تشترط فيه غالباً شركة المشروع الاحتكار مدة تنفيذ العقد خاصة إذا كان يقدم خدمة لعموم المواطنين أو بعضهم كما في الطرق السريعة والموانئ ضبط شروط الاحتكار التي يتمتع بها الممول في عقود البناء والتشغيل والتحويل، حتى نضمن تقديمه خدمة افضل للمنتفعين أو سلعة أفضل للمستهلكين، لأنها بشروط الاحتكار تتحكم بالسوق وتنجو من المنافسين، لذا على العاقدين ضبط التزام شراء الدولة المنتجات الصادرة عن الشركة، لأن ذلك يؤدي إلى ارتفاع الثمن مع مرور الزمن، وكذلك جودة المادة المنتجة أو الخدمة المقدمة من قبل الشركة⁽¹⁾. قال أبو غدة: "إن للمرافق العامة قواعد قانونية أخرى لتحقيق مصالح الجمهور بعيداً عن الاحتكار وتلك القواعد تتدرج في عقود الإذعان لعدم إمكانية تغييرها"⁽²⁾.

(1) السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14).

(2) مثال ذلك قيام السعودية بتجديد فترة الامتياز الممنوحة لمؤسسة دله البركة مقابل إنشاء موقف للسيارات في مدينة الرياض والاستفادة من تشغيله لمدة سبع سنوات، ونظراً لإحجام السائقين عن استخدام هذا الموقف (بسبب التساهل الحكومي في توقيع الغرامات المرورية على المخالفين) لم تتمكن المؤسسة المنفذة من تحصيل ما أنفقتة فضلاً عن هامش الربح وقد استجابت الدولة، وقامت بتمديد فترة الامتياز لمدة عامين حتى تتمكن الشركة من تعويض خسائرها وتحقيق قدر مناسب من الأرباح، هامش: السيد: تطبيق نظام البناء والتملك (15).

(1) انظر الرشود: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (7,8).

(2) أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (8).

حكم الاحتكار شرعاً:

قد تضافرت الأحاديث الناهية عن الاحتكار لعوده بالضرر على المجتمع.

روى الإمام مسلم عن مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ عَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: ﴿لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ﴾⁽¹⁾، وما رواه الإمام أحمد عن أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ﴿لَمَنْ احْتَكَرَ حُكْرَةً يُرِيدُ أَنْ يُغْلِيَ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ خَاطِئٌ﴾⁽²⁾. وروى الفاكهي عن ابْنِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: ﴿لَمَنْ احْتَكَرَ طَعَامًا أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرَى مِنَ اللَّهِ تَعَالَى وَبَرَى اللَّهُ تَعَالَى مِنْهُ﴾⁽³⁾، وروى الإمام البيهقي عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: ﴿الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ﴾⁽⁴⁾.

ومن مجموع الأحاديث النبوية يتبين لنا شديد نهى النبي ﷺ عن الاحتكار لما له من مضار عديدة تعود على المجتمع، ولا فرق بين كون الاحتكار للطعام وإن كانت وردت بعض الأحاديث بخصوصه، فكذا وردت أحاديث تتحدث عن الاحتكار عامة وذلك واضح بين فيما رواه الإمام مسلم ﴿لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ﴾ وهذا لفظ عام يشمل كل احتكار سواء في الأقوات أو الأموال أي كل ما فيه قيام حياة الناس⁽¹⁾.

قال الدكتور مقداد: "ومن الجدير بالذكر التنبيه إلى أن الاحتكار لا يقتصر على الأفراد بل إن قامت بذلك مؤسسات أو شركات بالتحكم في منتج من منتجات المسلمين وعاد ذلك على المسلمين بالضرر وأدى إلى زيادة في السعر فإن ذلك يلحق بالاحتكار المحرم"⁽²⁾.

الاحتكار منهى عنه لما فيه من ضرر ويتأكد ذلك في زمن الأزمات الاقتصادية التي قد تتلبس بها الدولة، كما يعود ضرره على المواطن من حيث استغلاله من قبل شركة المشروع لضعفانه عدم المنافسة في السوق، وهذا يتطلب تصحيح مثل هذه الشروط التي قد تفضي بالضرر والقاعدة الفقهية تقول "لا ضرر ولا ضرار"⁽³⁾، وتقول أيضاً "الضرر يزال"⁽⁴⁾. كما يمكننا ضبط شروط الاحتكار التي يتمتع بها الممول في عقد البناء والتشغيل والتحويل، حتى نضمن

(1) مسلم: صحيح مسلم، (754) كتاب: المساقاة والمزارعة، باب: تحريم الاحتكار في الأقوات، احتكر الطعام: اشتراه وحبسه ليقلل فيغلو.

(2) مسند أحمد: المسند: (1808,4) ضعيف.

(3) الفاكهي: أخبار مكة (43,3) باب: ذكر بيع الطعام في مكة، إسناده ضعيف.

(4) البيهقي: (30,6) السنن الكبرى للبيهقي إسناده ضعيف.

(1) انظر: مقداد: الضوابط الشرعية لاستثمار الأموال (14).

(2) مقداد: الضوابط الشرعية لاستثمار الأموال (15).

(3) الشوكاني: إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول (259,3).

(4) السيوطي: الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية (7,1).

تقديمه خدمة أفضل للمنتفعين أو سلعة أفضل للمستهلكين، لأنها بشروط الاحتكار تتحكم بالسوق وتتجو من المنافسين، وضبط التزام شراء الدولة المنتجات الصادرة عن الشركة، لأن ذلك يؤدي إلى ارتفاع الثمن مع مرور الزمن، وكذلك جودة المادة المنتجة أو الخدمة المقدمة من قبل الشركة⁽¹⁾.

خامساً: مشروعية المعقود عليه:

نقصد بمشروعية محل العقد موافقة العقد والمعقود عليه لما شرعه الله في الكتاب والسنة من أحكام وما فرضه من مبادئ، وكون المعقود عليه مشروعاً أي منتفعاً به شرعاً⁽²⁾، روى البخاري عن عائشة رضي الله عنها **«قَالَتْ: لَمَّا نَزَلَتْ آجُرُ الْبُقْرَةَ قَرَأَهُنَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْهِمْ فِي الْمَسْجِدِ ثُمَّ حَرَّمَ التَّجَارَةَ فِي الْخَمْرِ»**⁽³⁾، أي كونه محققاً لمقصد الشارع من شرعيته وما يترتب عليه من آثار فلا يجوز أن يستثمر في محرم مثل إنشاء حظائر خنازير أو إنشاء مصنع للخمر أو ملاهي ليلة أو شواطئ العراة أو دور السينما المفسدة... إلخ، وعليه لا بد من توفر مشروعيته فلا فرق في كون محل العقد مشروعاً وكذا منتجات المشروع.

أي المشروع المزمع إنشائه لا بد أن يكون مشروعاً، ومحققاً لمصلحة مشروعة، مثل إنشاء وتشغيل حظائر الماشية؛ فلا يجوز كونها تختص بتربية الخنازير المحرمة، أو إنشاء مصانع لصناعة المشروبات المباحة، فلا يجوز كونها تنشأ لصناعة الخمر المحرمة، وكذلك يندرج تحتها الملاهي الليلية ونوادي القمار التي تنتشر الذيلة أو دور السينما غير المنضبطة بضوابط الشرع، قال ابن رشد الحفيد: " أما المنفعة فينبغي أن تكون من جنس ما لم ينهاه الشرع عنه وفي كل هذه المسائل اتفقوا عليها، واختلفوا فيها فما اجتمعوا على إبطال إجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين كذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر..."⁽¹⁾؛ فإن مثل هذه المشروعات محرمة بسبب ما ستنتجه لا بالبناء نفسه، ومقصد العاقد معتبر في العقد، وحقيقة أن المشروعات التي أبرمتها الدول العربية والإسلامية بعقد البناء والتشغيل والتحويل هي مشروعات صالحة ومشروعة بالجملة، لكن رأى الباحث إيراد هذا البند من باب الاحتياط.

(1) الرشود: عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (8,7).

(2) أحمد: مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون (129).

(3) البخاري: صحيح البخاري (502) كتاب: "البيوع"، باب: أكل الربا وشاهده وكتابه.

(1) القرطبي: ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (220,2).

سادساً: الإعفاءات والتسهيلات التي تمنحها الدولة لشركة المشروع ترغيباً لها:

إن عقود البناء والتشغيل والتحويل مثلها مثل عقود الامتياز⁽¹⁾ التي تتضمن تقديم مميزات للمتعاقد مثل الاعفاء الضريبي والرسوم الجمركية أو تخصيص أرض لإقامة المرفق بدون مقابل أو بمقابل رمزي⁽²⁾، وقد أخذت الدول النامية، بما فيها الدول الإسلامية، تتسابق في جذب المزيد من هذا النوع من التدفقات - بعد إدراكها لإيجابيات الاستثمار الأجنبي - وذلك عن طريق منحه مختلف الامتيازات والإعفاءات، كما تكشف ذلك قوانين تشجيع الاستثمار الأجنبي، التي صدرت في العديد من هذه الدول في السنوات الأخيرة، كإعفاء واردات المشاريع الاستثمارية من الرسوم الجمركية، والإعفاء من الضرائب على الدخل لفترة محدودة، والتأكيد على عدم التأميم والمصادرة والحجز، وحماية منتجات المشروع من المنافسة الخارجية الضارة⁽¹⁾، وقد وجدنا مثل هذه الإعفاءات وأثرها السلبي على المشروع في تطبيق إنشاء وتشغيل محطة كهرباء سيدي كيرير في مصر⁽²⁾، ونقصد بهذا الكلام إنه على الدولة الانضباط في منح الإعفاءات والتسهيلات لشركة المشروع بما لا يعود بالضرر على الدولة أو المشروع.

يرى الباحث أن الاستثمار الأجنبي له إيجابيات وفيه محاذير، وعلينا الاستفادة من الإيجابيات واثقاء المحاذير ومن هذه المحاذير التساهل في الإعفاءات المقدمة من الدولة لشركة المشروع رغبة منها في تمويل المشروعات واستثمارها من قبل الأخيرة، لذا على الدولة منح مثل هذه الإعفاءات بقدر المشروع المزمع إنشاؤه، بعبارة أخرى لكل مشروع خصوصيته من جهة تقديم التسهيلات ومنح الإعفاءات.

(1) انظر: أبو غدة: عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (11)، الرشود: عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (8). محمد: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (129).

(2) عثمان: (13) عن دويب: الالتزامات التي ترتبها عقود البوت في مواجهة شركة المشروع (365).

(1) الدجاني: الاقتصاد العربي بين الماضي والمستقبل (77,5). المرزوقي: الحوافز المتاحة للاستثمارات الصناعية الأجنبية بالمملكة ودول عربية وآسيوية (220).

(2) انظر: السروي: النظام القانوني لعقود الطاقة (704)، "منها شراء الخدمة المقدمة بسعر وتقديمها للمستهلك

بسعر مخفض، قيام شركة "انترجن بكتل" الأمريكية - ببيع حق امتيازها في محطة سيدي كيرير لأطراف

إسرائيلية، كما وقامت هيئة كهرباء فرنسا بصفقة سرية للتخلي عن مشروعها لإنتاج الكهرباء بمصر المقامة في

خليج السويس وبورسعيد ويعملان بنظام البوت إلي شركة "تانيوج انرجي" الماليزية المتخصصة في تشغيل

محطات الكهرباء. بديوي: صلاح: <http://www.masress.com/almesryoon/677> مصرس.

سابعاً: بنود أخرى نرى مراعاتها عند إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل:

1. الاستغناء عن العملة الوطنية بجلب العملة الوافدة: إما لبخس الأجر أو لمصلحة بلده أو نوعية التكنولوجيا المستخدمة في تشغيل المشروع؛ ففي الحالة الأولى والثانية من الممكن الاشتراط في العقد من قبل الدولة تشغيل العملة الوطنية بدلاً من العملة الأجنبية، ويجب على الدولة تقادي ذلك ما استطاعت إلى ذلك سبيلاً. وفي الحالة الثالثة على الدولة القبول بالعمالة الأجنبية واشتراط تدريب كوادر وطنية فترة التشغيل على أن تحل محل الكوادر الأجنبية حال تسليم المشروع للدولة⁽¹⁾. يرى الباحث أن هذا التطبيق لا يؤثر في صحة العقد بل هو تكميلي في العقد حيث يريد المتعاقد الوصول إلى أفضل النتائج من إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل.

2. التعرفة أو التسعيرة: ثمناً للخدمة المقدمة من قبل شركة المشروع للمستفيدين من المشروع، حيث تسعى شركة المشروع إلى تحقيق أعلى نسبة ربح بجانب استردادها قيمة ما أنشأت به المشروع، وكذلك الدولة تبحث عن أفضل استفادة من المشروع وتقديم الخدمة الأفضل والأقل سعراً لجمهورها، وأرى أن هذا الأمر يقع على عاتق الدولة ويجب فيه مراعاة التسعيرة بما يناسب الجمهور ويناسب الخدمة المقدمة من شركة المشروع دون لجوء الدولة إلى شراء الخدمة بسعر عالٍ وتقديمه لجمهور المستفيدين بسعر أقل. حيث وجد في التطبيقات الواردة أن الدولة قد تقوم بشراء السلعة بثمن أعلى من الثمن المقدم لجمهور المستفيدين شركة كهرباء محطة سيدي كرير في مصر⁽¹⁾ حيث كانت مدة استثمار المشروع 25 عاماً من قبل شركة (انترجين الأمريكية)، ومن سلبياته أن الحكومة المصرية قامت بشراء الخدمة من الشركة وطرحها في السوق بسعر أقل من التكلفة، وهذا يعتبر انتقالاً لكاهل ميزانية الدولة، ويرى عطية: "على الحكومة أن تتأكد من عدالة وملاتمة الرسوم المفروضة على الخدمات المقدمة أو الممولة بعقد البناء والتشغيل والتحويل، كما يجب عليها أن تكون مستعدة للتدخل في إدارة المشروع حال إخلال

(1) انظر: بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (32)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (10)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (20)، السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14)، أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (11) محمد: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (130).

(1) انظر: السروي: (704)، بخيت: د. أحمد: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (32)، العثماني: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية (10)، الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (20)، السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (14)، أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (11)، محمد: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال (130).

الشركة المنفذة بأي من التزاماتها لتضمن عدم انقطاع الخدمة عن الجمهور⁽¹⁾، ومما لاشك فيه أن عقود الإنشاءات الدولية تحمل الكثير من المنافع المتبادلة لأطرافها؛ فالعنصر الأجنبي في العلاقة العقدية يسعى سعيًا حثيثًا إلى تحقيق أقصى ربح ممكن من وراء ما يمارسه من نشاط، بعد ما قام بجلب رؤوس الأموال والعمالة وغيرها من عناصر الإنتاج⁽²⁾، وهذا البند هام للغاية مراعاته، لأنه يترتب عليه تلبية حاجة الناس من الانتفاع بالخدمات المتاحة بإنشاء المرفق، فإن تترتب عليه حدوث اضطرابات من قبل جمهور المستفيدين من الخدمة وجب على الدولة الزام الشركة بتقديم الخدمة بسعر يكون في متناول الجميع، مع مراعاة عدم ارهاق خزانة الدولة.

(1) الحسني: دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية (16) عن عبد القادر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT (647,646).

(2) الذبياني: التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية BOT (2).

المبحث الثاني:

**التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بعقود
المرافق الخاصة واستثمار الوقف.**

وفيه مطلبان:

المطلب الأول:

التطبيقات الواردة على المرافق الخاصة

المطلب الثاني:

التطبيقات الواردة على استثمار الوقف.

المطلب الأول:

التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق الخاصة

إنَّ عقد البناء والتشغيل والتحويل في أصل نشأته ابتكر من أجل مشاركة القطاع الخاص في الدولة "القطاع العام" في إنشاء وتشغيل البنية الأساسية والمرافق العامة، ويتسع ليشمل إنشاء وتشغيل مشروعات خاصة تعود ملكيتها لإفراد أو مؤسسات أو شركات، أي ليس من الضروري إبرامه عن طريق الدولة أو أحد إداراتها، ثم إن حصر التمويل بمقتضى نظام ال B.O.T في المشروعات الأساسية أو مشروعات البنية التحتية⁽¹⁾ لم يعد سمة مميزة لعقد B.O.T، فقد وقعت عدة تعاقدات على تمويل مشروعات ترفيهية وسياحية وفقاً لنظامه⁽²⁾، قال الدكتور بخيت: "فقد يكون الباحث عن ممول بنظام (B.O.T) مشروعاً اقتصادياً خاصاً، ينشئ ممولاً مقابل حق الانتفاع فترة من الزمن، على أن يعاد إليه المشروع في نهاية المدة لتكون له عليه كافة سلطات المالك على ملكه"⁽³⁾، لذا فإن الباحث في هذا المبحث أورد التطبيقات على المرافق الخاصة، التي يقصد بها المشروعات الخاصة التي تعود ملكيتها لأفراد لا للدولة ومؤسساتها.

تعريف المرافق الخاصة في اللغة والاصطلاح.

أولاً: تعريف المرافق في اللغة: سبق تعريفها في هذا البحث⁽⁴⁾.

أما تعريف الخاصة: في اللغة حَصَّ، ضِدُّ عَمَّ، و "حَصَصْتُهُ" بكذا "أَخَصُّهُ" إذا جعلته له دون غيره، و"الخاصَّةُ" خلاف العامة والهاء للتأكيد، و"الخاصُّ" و"الخاصَّةُ" هُوَ مَنْ تَخَّصَّه لِنَفْسِكَ⁽⁵⁾. وعلى ذلك يكون معنى الخاصة هو "ما ملكه الشخص وامتاز به عن غيره"، والخاصة في اصطلاحاً: قال الجرجاني: "أي أُفرد به ولا شركة للغير فيه"⁽¹⁾، وهذا التعريف لا يبتعد عن المعنى اللغوي للفظه خاصة لقولهم "إذا جعلته له دون غيره".

(1) عبد القادر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية مع مشروعات B.O.T

(2) انظر: بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (14) عن د. ماهر حامد قال: "وقد انتشرت

مشروعات في مصر ولم يقتصر التعاقد على تنفيذ المشروعات بنظام B.O.T على المشروعات الحكومية إنما امتد أيضاً إلى المشروعات الخاصة".

(3) بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (15).

(4) انظر: (97) من هذا البحث.

(5) انظر: ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (2، 152)، كتاب: الخاء مادة خصص. الفراهيدي: الصحاح في اللغة

(174) مادة خصص، الفيومي: المصباح المنير (91). الزيات وآخرون المعجم الوسيط (1، 238) باب: الخاء.

(1) الجرجاني: التعريفات (101) باب: الخاء.

ثانياً: تعريف المرافق الخاصة في الاصطلاح:

لم أجد من تكلم عن المرافق الخاصة كمصطلح، لكنهم بينوا معنى المرافق العامة كما سبق من هذا البحث، كمن فتح طريقاً في أرضه، لذا سأحاول تعريفه استناداً للمعنى اللغوي للفظتي المرافق والخاصة، واستناداً على المعنى الاصطلاحي للملكية الخاصة للفرد، والملكية حق شخصي له وظيفة اجتماعية يحق له التصرف فيه وفق الضوابط المشروعة، فلا هدر لسلطة المالك على ما يملك مراعاة فيها المصلحة الخاصة والعامة⁽¹⁾ ومن الجدير ذكره أن المقصود هنا هو حق الفرد في التصرف بملكه الخاص دون الإضرار بالمجتمع، وعليه يمكننا تعريفها: "هي المرافق التي يختص بالاستفادة منها شخص أو مجموعة من الناس دون غيرهم بحق الملك". مثل النوادي الرياضية، والمدن الترفيهية، والمراكز الصحية، والمراكز التعليمية.

وبعد بيان المقصود بالمرافق الخاصة نذكر قول العلماء في إمكان تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء وتشغيل المشروعات الخاصة وتحويلها نهاية مدة العقد إلى صاحبها. قال الدكتور بخيت: "إن أغلبية التمويل بنظام B.O.T على المرافق العامة، لم يمنع من أن يكون للمشروعات الاقتصادية الخاصة نصيب، فبعض النوادي الخاصة، وكذا بعض شركات القطاع الخاص (المصرية) قد تعاقدت على إسناد بعض مشروعاتها إلى جهات خاصة أخرى لتنفيذها وفق نظام B.O.T"⁽²⁾، وذكر الدكتور العجارمة: "ليس هناك في المنطق القانوني ما يستلزم بأن تكون الجهة الإدارية دائماً طرفاً في عقد البناء والتشغيل والتحويل، حيث أجاز الالتجاء إلى نظام (B.O.T) لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص، كأن يلجأ أحد النوادي أو إحدى الجمعيات الخاصة أو شركة قطاع الخاص إلى إبرامه عقد البناء والتشغيل والتحويل" ونضيف إليها إمكان إنشاء المستشفى الخاصة، والمدارس الخاصة، والمدن الترفيهية، الفنادق الكبرى..."⁽³⁾. بيد أن الواقع العملي أثبت وجود العديد من المشاريع التي جرى التعاقد على تنفيذها بنظام البوت، لا تدخل ضمن مجالات مشاريع البنية الأساسية منها مشاريع المتعلقة

(1) انظر: المصلح: قيود الملكية الخاصة (192) (213).

(2) بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (19).

(3) العجارمة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (1051).

بمجاللات الترفيه والسياحة⁽¹⁾، وقال د. عبد اللطيف القرني: "إن هذا العقد أثبت جدواه، وفعاليتته في إنقاذ الكثير من الأوقاف الخراب في مكة المكرمة دون التفريط فيها، بل ساعد هذا النوع من العقود على المحافظة عليها، وإعادة إعمارها، وضمان الدخل الجيد للموقوف عليهم"⁽²⁾.

الخلاصة:

يرى الباحث جواز إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل في تثمير المال الخاص بما يكفل عدم الاعتداء على الحق العام، وإذا قلنا بمشروعية هذا العقد بين الشركة والدولة؛ فذلك يكون الحكم عند إبرامه بين الشركة والفرد أو الهيئات الخاصة، طالما العقد مستكماً أركاناً وشروطه الشرعية، وعليه فإن القانونيين قد أسقطوا كون عقد البناء والتشغيل والتحويل إبرامه حكراً على الجهة الإدارية، وبتضح ذلك من قول العجاردة: "على أن هذا العقد - يقصد البوت - يكون في كل أحواله عقداً مدنياً يخضع في كل أحكامه لما اتفق عليه الاطراف وقواعد القانون المدني"⁽³⁾.

ويرى الباحث أنه لا تعارض مع الفقه الإسلامي والقانون في هذه الجزئية، لأننا نرى تحقيق المقاصد الشرعية من خلال إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل بغض النظر عن الجهة المبرمة له. كما أن فيه توجه إبرامه في إنشاء وتشغيل مشروعات كبيرة لكنها ليست من البنية الأساسية التي تعنى بها الدولة، وهذا أيضاً لا يتعارض مع المقاصد الشرعية لما فيه تحقيق مصلحة الناس⁽⁴⁾.

التطبيقات الواردة على المرافق الخاصة.

الاتفاق المبرم بين شركة المشروع من القطاع الخاص، وأحد المستثمرين كذلك من القطاع الخاص بعقد البناء والتشغيل والتحويل لمشروع يدر ربحاً وصورتته عقد يتم بين مالك أرض يبحث عن ممول لبناء -مشروع يدر ربحاً- فليكن مستشفى خاصة، لأنه لا يملك المال الكافي لأنشائها، بينما يوجد من يملك المال والقدرة على الإدارة لكنه لا يملك الأرض التي يرد

(1) جاد: عقد البوت والتطورات الحديثة لعقد الالتزام (42)، حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (16) عن محمود: عقود البوت وتكييفها القانوني المقدم إلى المؤتمر الدولي عن مشروعات البوت، وحسم المنازعات الناشئة عنها.

(2) القرني: www.aleqt.com/2010/12/08/article_476758.html عقود البوت.

(3) العجاردة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T (1051).

(4) انظر: الجبوري: مشروعية عقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T (416).

عليها المشروع، فينتفان على إنشاء المشروع وتشغيله من قبل الطرف الثاني لمدة من الزمن طويلة عادة مقابل استغلالها لاسترداد ما أنفقه في إنشاء المشروع⁽¹⁾.

تعاقبت مؤسسة قطر للتربية والعلوم وتنمية المجتمع⁽²⁾، وشركة مزايا قطر⁽³⁾ على إنشاء وتشغيل مشروعات خاصة والتي نفذت بعقد البناء والتشغيل والتحويل نورد منها الآتي:

1. مشروع "سيفن زون" يتضمن بناء مول تجاري كبير مختص ببيع مواد ولوازم البناء تسليم "تالا ريزيدنس" لمؤسسة قطر ويتضمن 350 وحدة سكنية بتكلفة 168 مليون ريالاً.

2. مارينا مول يحتل مساحة 57 ألف متر مربع وسوف يعكس الصورة الحقيقية لقطر مزايا قطر وقعت عقد بناء وتشغيل مارينا مول لمدة 30 عاماً قبل تحويل ملكيته إلى مؤسسة قطر، مارينا مول يتضمن 60 ألف متر مربع من مناطق التأجير واكتمال المشروع عام 2015م.

3. مشروع تالا ريزيدنس وهو عبارة عن كومبوند يتضمن نحو 350 وحدة سكنية مخصصة لموظفي مركز قطر الوطني للمؤتمرات، والشركة بدأت بتسليم الوحدات السكنية للجهة المستفيدة وهي مؤسسة قطر حيث تم تأجيرها بعقد لمدة 10 سنوات. وتبلغ مساحة المشروع حوالي 31 ألف متر مربع بتكلفة إجمالية بلغت نحو 168 مليون ريالاً.

4. مشروع السدرة السكني مع مؤسسة قطر للتربية والعلوم بحسب عقد البناء والتشغيل والتحويل حيث يتضمن المسكن 1165 وحدة سكنية من بينها 658 وحدة سكنية مكونة من غرفة نوم واحدة بمساحة 50 متراً مربعاً تقريباً، و507 وحدات سكنية مكونة من غرفتين نوم بمساحة 85 متراً مربعاً تقريباً مدة التشغيل 20 عاماً⁽⁴⁾.

(1) انظر: بخيت: تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T (16).

(2) مؤسسة قطر للتربية والعلوم وتنمية المجتمع مؤسسة خاصة غير ربحية أسست عام 1995م، توفر خدماتها لأبناء دولة قطر من خلال دعم وتفعيل برامج ترمي إلى تحقيق رسالتها المتمثلة في ثلاثة مجالات رئيسية تتضمن التعليم، والعلوم والبحوث، وتنمية المجتمع <http://www.qf.org.qa/about-ar/about-ar>.

(3) شركة مزايا قطر: مزايا قطر للتطوير العقاري 2008م، شركة مساهمة قطرية (QSC)، وتعدّ من أهم الشركات الرائدة في قطاع التطوير العقاري في دولة قطر <http://www.mazayaqatar.com/ar#about-us>.

(4) الصباح: صباح سعود: جريدة الشاهد: الخميس، 14 أكتوبر 2010م، منتديات شبكة الأسهم القطرية، <http://www.qatarshares.com/vb/showthread.php?505262>، -صلاحي: نائل، كونا: وكالة الأنباء

الكويتية، 2012/12/20 <http://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=1306212&language>

حكم إبرام عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء المشروعات الخاصة:

وبذلك يكون إبرام العقد بين الفرد والشركة مشروعاً ويترتب عليه أثره ما دام خلا من مفسدات العقد المعروفة، وأتى مستكماً أركان وشروط العقد المشروعة، ضمن ما كفلته الشريعة الإسلامية من إباحة العقود التي تلبي حاجة الفرد والمجتمع، وما ذكرناه عند محاكمة بنود عقد البناء والتشغيل والتحويل في تطبيقه على المرافق العامة ينطبق على تطبيقات المرافق الخاصة.

المطلب الثاني:

التطبيقات الواردة المتعلقة باستثمار الوقف.

تعريف الوقف في اللغة والاصطلاح.

بعد بيان تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل في الشرع والخلوص إلى القول بأنه عقد مستحدث تحت قاعدة الأصل في العقود الإباحة والحكم بجوازه، واستخدامه فيما استحدثت من أجله أي إنشاء وتشغيل البنى التحتية والمرافق العامة، اعتبره كثير من الفقهاء بأنه أداة جيدة في استثمار وتنمية الوقف الذي بحاجة إلى تمويل، قياساً على صور إعمار الوقف في الفقه الإسلامي التي استحدثتها العلماء السابقون من أجل الحفاظ على الأوقاف، وقبل إيراد التطبيقات على إنشاء وتشغيل مرافق الأوقاف لا بد من التعريف بالوقف؛ ومن ثم ذكر الصور التي استحدثها العلماء قديماً التي خرج العلماء عليها عقد البناء والتشغيل والتحويل، وهي: "الحكر، الإجاريتين، المرصد، الخلو"⁽¹⁾.

تعريف الوقف في اللغة:

كلمة وَقَفَ ضد جَلَسَ⁽²⁾، وقد وردت بعدة معاني منها المَكُثُ⁽³⁾، والمنع، بمعنى القَطْعُ، والحُبْسُ وهو ما وَقَفَ وَحَبَسَ الفَرَسَ في سبيل الله، وفي الحديث ﴿لَذَلِكَ حَبِيسٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾⁽⁴⁾ أي موقوف على الغزاة يركبونه في الجهاد⁽⁵⁾، وفي حديث وَقَفَ عُمَرُ رضي الله عنه ﴿لِحَبْسِ أَصْلِهَا وَسَبَلِ تَمَرَّتْهَا﴾⁽⁶⁾. أي اجعلها وقفاً وأبْحْ ثمرتها لمن وَقَفْتَهَا عليه⁽⁷⁾.

(1) كثيرة هي الصور التي استحدثها العلماء للحفاظ على الأوقاف وبقائها، وبين الباحث في هذا البحث أن من العلماء المعاصرين من قد خرج به بأنه عقد البناء والتشغيل والتحويل ما هو إلا تطويراً غريباً لعقود اسلامية، ومنها هذه العقود ومنها: "حق القرار، المقاطعة، الإجارة الطويلة، الكدك، الكردار، مَشْدُ المَسْكَة، عقد الصبرة، عقد الدفن، عقد الجلسة، عقد الجزاء، التعلّي، الإمفيتوز، الحكر، الإجاريتين، المرصد، الخلو".

(2) ابن منظور: لسان العرب (359,9) مادة وقف.

(3) ابن فارس: معجم مقاييس اللغة (135,6) كتاب: الهاء، مادة وقف.

(4) أبو داود: سنن أبي داود (352,5)، باب: العمرة.

(5) ابن منظور: لسان العرب (44,6) مادة حبس.

(6) النسائي: سنن النسائي (542,6) كتاب: الأحباس، باب: حبس المشاع، صححه الألباني.

(7) ابن منظور: لسان العرب (319,11) مادة سبل.

تعريف الوقف في الشرع:

قال الإمام أبي حنيفة "الوقف حبس العين على حكم ملك الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية"⁽¹⁾. وقال ابن عرفة: "الوقف إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديراً"⁽²⁾، وقال الشرييني من الشافعية "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف في رقبته على مصرف مباح موجود"⁽³⁾، وقال ابن قدامة من الحنابلة "تحبيس مالك مطلق التصرف ماله المنتفع به مع بقاء عينه بقطع تصرف الواقف في رقبته، يصرف ريعه إلى جهة ير، تقرّباً إلى الله تعالى"⁽⁴⁾. وعرفه ابن قدامة بقوله: "الوقف هو تحبيس الأصل وتسييل المنفعة"⁽⁵⁾.

التعريف المختار:

تعريف: "الوقف هو تحبيس الأصل وتسييل المنفعة لبلوغه جوهر الوقف ووجازته وإظهار حقيقته وجمعه بين لفظي الحبس والتسييل إشارة إلى حالتها الابتدائية والدوام، كذلك أن التعريف مستقى من حديث وقف عمر «أحبس أصلها وسبل ثمرتها»⁽⁶⁾.

التطبيقات الواردة على استثمار الوقف.

بعد التعريف بالوقف في اللغة والاصطلاح وعلمنا أن الوقف يعتبر مصدراً مهماً من مصادر التمويل في الدولة الإسلامية ومن حيث نفعها للموقوف عليهم، تأتي الآن على ذكر التطبيقات لعقد البناء والتشغيل والتحويل في استثمار أراضي الوقف، ونذكر هنا وجه الشبه بين الوقف والمرفق العام، ثم نورد بعض التطبيقات لهذا العقد في استثمار الوقف، ثم نحاكم هذه التطبيقات⁽⁷⁾.

- (1) الحصكفي: الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة (4،532).
- (2) الجندي: مختصر العلامة خليل (1،212). الحطاب: مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (7،626).
- (3) الشرييني: الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع (2،26).
- (4) الحجاوي: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل (2،3).
- (5) ابن قدامة: الشرح الكبير على متن المقنع (6،185). وله: عمدة الفقه (1،69)، ابن العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع (5،11).
- (6) النسائي: سنن النسائي (6،542)، كتاب: الأحباس، باب: حبس المشاع، صححه الألباني.
- (7) استثمار أموال الوقف: يقصد باستثمار أموال الوقف تنمية الأموال الوقفية سواء أكانت أصولاً أم ريعاً بوسائل استثمارية مباحة شرعاً، يتعين المحافظة على الموقوف بما يحقق بقاء عينه ودوام نفعه. يجب استثمار الأصول الوقفية سواء أكانت عقارات أم منقولات ما لم تكن موقوفة للانتفاع المباشر بأعيانها. <https://www.islamtoday.net/bohooth/artshow-32-116223.htm> قرار رقم 140 (6،15).

وجه الشبه بين الأوقاف والمرفق العام:

1. **المسؤول عنه:** يدار من قبل الجهة الإدارية إما مباشرة أو بأن تكون إدارتها تحت إشرافها ومراقبتها، وهي في الأوقاف القاضي أو ناظر الوقف، وفي المرفق العام هي الدولة أو البلدية أو أي وزارة تختص به.
2. **الاستمرار والتأبيد:** حيث إن الوقف يخرج من ملك واقفه إلى ملك الله عز وجل، ومعنى هذا أن الوقف لا بد أن يستثمر حتى يدر على الموقوف عليهم، كذلك المرفق العام المقصد منه الاستمرار في أداء الخدمة لجمهور المستفيدين منه.
3. **التطوير:** لا يجوز ترك الوقف دون استثمار فلا بد أن يطور منفعة للموقوف عليهم، كذلك المرفق العام الذي لا بد أن يطور حسب احتياجات الناس المدنية الحياتية.
4. **الملك العام:** أي عدم ورود الملك الفردي للوقف وكذا المرفق العام.
5. **التمويل:** أي الحاجة إلى المال لتمويل إنشاء مشروعاته، كما الحال بالنسبة للمرافق العامة إذ يمثل عجز الموازنة المالية للدولة حائلاً بين بناء المرافق العامة لكلفتها التمويلية والتشغيلية.

بينما جواز استثمار الوقف بتطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل لما يحققه من نفع عام للمستثمر والمجتمع والوقف نفسه، ويحقق التعريف الشرعي للوقف "الوقف هُوَ تَحْيِيْسُ الْأَصْلِ وَتَسْبِيْلُ الْمَنْفَعَةِ"⁽¹⁾، كما أنه يعد أداة استثمار جيدة للوقف وغيره إذا ما روعي فيه الضوابط الشرعية، لذا يرى الباحث أنه لا بد من إيراد نماذج تعاقدية تطبيقية لهذا العقد أبرمه القائمون على الوقف وهي على النحو التالي:

أولاً: وزارة الأوقاف والشئون الدينية - فلسطين - غزة:

- حيث استثمرت بعضاً من أملاك الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل والتحويل⁽²⁾، ومن هذه المشروعات قد حول إلى أملاك الوقف بعد انتهاء مدة العقد، ومنها ما لم يسلم بعد بسبب سريان مدة العقد لما بعد كتابة هذا البحث، وهي على النحو التالي:
1. أبرمت وزارة الأوقاف والشئون الدينية - غزة عقداً استثمارياً في القسيمة (100) قطعة (619) من أرض الوقف الواقعة في محافظة غزة - منطقة الشجاعية - محلة التركمان، وهي موقوفة وفقاً خيرياً، ومساحتها (800م²)، وذلك بإقامة مبانٍ عليها دكاكين عدد

(1) ابن قدامة : الشرح الكبير على متن المقنع (6,185). وله: عمدة الفقه (1,69)، ابن العثيمين: الشرح الممتع على زاد المستقنع (5,11).

(2) زيارة: وزارة الأوقاف والشئون الدينية - غزة، دائرة الأملاك.

(26)، ثم عدلت إلى (18) دكاناً⁽¹⁾، ثم استغلّلتها لمدة زمنية محددة، وهي اثنتي عشر سنة هجرية تبدأ 26/ رمضان/1422هـ، حتى 25/ رمضان/1434هـ، واتفقا على أن جميع المباني التي تم انشاؤها أصبحت وفقاً صحيحاً، تم البناء والتشغيل والتحويل بعد انتهاء مدة العقد بحالة جيدة.

2. أبرمت وزارة الوقاف والشئون الدينية- غزة عقداً استثمارياً في القسيمة (273,205) قطعة (604) من أرض الوقف الواقعة في محافظة غزة- حي الدرج (الزاوية الأحمدية) وهي موقوفة وفقاً خبيراً، ومساحتها (4740م²)، وذلك بإقامة مبانٍ على جزء منها مساحة (180م²)، وهي محلات عدد (15)، وطابق أول شقق عدد (11) شقة لاستغلالها مدة عشر سنوات هجرية تبدأ من 1/ محرم/1427هـ، حتى 1/ محرم/1437هـ، تم البناء والتشغيل ولم يتم التحويل بسبب عدم انقضاء مدة العقد.

ثانياً: أوقاف المملكة الأردنية الهاشمية⁽²⁾:

بلغ حجم الاستثمارات الوقفية في دائرة تنمية أموال الأوقاف التابعة للوزارة أكثر من خمسين مليون ديناراً في العشر سنوات استثمارية اشتملت على تنفيذ مشروعات ووقفية استثمارية في عدد من مناطق المملكة بطريقة الـ BOT. نذكر بعضاً منها على النحو التالي:

1. أبرمت وزارة الأوقاف الأردنية عقداً استثمارياً في الجزء الجنوبي من أرض الوقف رقم 220 حوض 16 دير غبار من أراضي عمان البالغ مساحته دونمين وثلاثمئة متر مربع لإنشاء شقق سكنية و / أو حضانة أطفال بقيمة مليون وخمسمئة الف دينار بأسلوب الإجارة الطويلة (BOT) أيضاً ، حيث سيقوم المستثمر بتمويل وتنفيذ وإدارة المشروع لمدة اثنين وعشرين عاما تعود الأرض وما عليها من أبنية للأوقاف بعد انقضاء المدة ويدفع المستثمر للأوقاف بدل استثمار سنوي قدره (46000) دينار..

2. تنفيذ مشروع استثماري على قطعتي أرض الوقف نواتي الأرقام 3972 و3973 حوض 15 خربة الصوفية من أراضي غرب عمان/وادي السير/شارع الملكة زين الشرف والبالغة مساحتها احد عشر دونما وذلك لإنشاء مجمع سكني بقيمة اثني عشر مليون ديناراً بأسلوب الاجارة الطويلة (BOT) حيث ستقوم الشركة بتمويل وتنفيذ وإدارة المشروع

(1) وذلك بعد مسح الأرض على الواقع حيث بلغت مساحتها (513م²) وليس (800م²).

(2) انظر: وكالة جراسا الإخبارية: www.gerasanews.com/print.php?id=121438، عن وزير أوقاف

الأردن. http://www.petra.gov.jo/Public_News/Nws_NewsDetails.aspx?Site_Id=2

CatID=13&NewsID=122933 وكالة الأنباء الأردنية (بترا) ع ص/ف ق/ف ج 2013/9/4.

لمدة خمسة وعشرين عاماً تعود الأرض وما عليها من أبنية للأوقاف بعد انقضاء المدة وتدفع الشركة للأوقاف متوسط بدل استثمار سنوي قدره 309758 ديناراً.

ثالثاً: أوقاف المملكة العربية السعودية.

مؤتمر الأوقاف السعودي يوصي بإدارة واستثمار الأوقاف القائمة والناشئة وفقاً لنظام البناء والتشغيل والتحويل⁽¹⁾، وتطبيقاً للتنمية الاقتصادية والعناية الشرعية في رعاية الأوقاف تعاقدت أوقاف المملكة العربية السعودية مع شركة منشآت على إنشاء مشروعات وافية ضخمة مكلفة في مكة ومنها مشروع أبراج البيت التجاري السكني - بوقف الملك عبدالعزيز لخدمة الحرمين الشريفين - قلعة أجياد. المشروع مقام على قطعة أرض تمتلكها الأوقاف⁽²⁾، وتفاصيل العقد على النحو التالي:

- تعاقدت أوقاف مكة مع شركة المشروع "منشآت" على بناء وتشغيل مشروع أبراج قلعة أجياد، حيث تكون مدة التشغيل 25 عاماً هجرياً.

ثالثاً: أوقاف السودان، ولاية الخرطوم⁽³⁾.

1. تعاقدت مع " شركة اييا الماليزية للتشييد والهندسة" لبناء وتشغيل فندق خمسة نجوم داخل قاعة الصداقة يتم التنفيذ عن طريق نظام البناء والتشغيل والتحويل، من الجانب الماليزي بمشاركة بعض الشركات السودانية، بتكلفة 150 مليون دولاراً، مدة تنفيذ المشروع ثلاث سنوات.
2. التعاقد لبناء وتشغيل مجمع تجاري يقع جنوب المسجد الكبير عمارة الذهب، بتكلفة 200 مليون دولاراً، وكذا مدة التنفيذ ثلاثة أعوام.

(1) مؤتمر الأوقاف الدولي الرابع www.islamicbankingmagazine.org/index.php.

(2) أوقاف الملك عبد العزيز: وهو يعد الأول من نوعه في مكة المكرمة وفق نظام البناء والتشغيل والتسليم والمعروف دولياً بـ B.O.T انظر: موقع شركة إنشاءات <http://www>

www.munshaat.com/arabic/projects_zamzam.html .alyaum.com/article/1034499

ريلاً لمشروع قلعة أجياد، جريدة اليوم السعودية، الثلاثاء الموافق 26 نوفمبر 2002 العدد 10756، تمتد إلى أربع وعشرين سنة بأجرة محددة سلفاً، وقد بني المشروع على أساس عقد تمويل العمليات المركبة: B.O.T. <http://www.fiqhia.com.sa>

(3) اتفاقية مع شركة ماليزية لتنفيذ فنادق خمسة نجوم لصالح الأوقاف الإسلامية، <http://sudaneseonline.com/cgi-bin/sdb/2bb.cgi?seq=print&board=260&msg=1264564256&rn=4> ...

نظراً أن البحث ليس لسرد مثل هذه المشروعات فإن الباحث اكتفى بذكر هذه النماذج من الدول الآنفة الذكر.

حكم إعمار الوقف وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل:

وللحكم على هذا الاتفاق بين إدارة الوقف وشركة المشروع نورد صورة الاتفاق بينهما وهي: قيام إدارة الوقف بعرض المشروع المقترح تنفيذه بعقد البناء والتشغيل والتحويل محددة مواصفات المشروع بدقة فائقة على الشركات الراغبة بالاستثمار وفقه؛ فنتقدم شركة المشروع بغرض تمويل وإنشاء وتشغيل المشروع، وتقبل بها إدارة الوقف، بأن تكون ملكية أرض المشروع للوقف، وكذا ملكية البناء الذي أنشأته شركة المشروع وقامت بإدارته يرجع لإدارة الوقف، بحيث تستفيد شركة المشروع بمنافع المشروع مدة محددة هي فترة العقد المبرمة بين إدارة الوقف وشركة المشروع، وذلك حتى تستوفي ما أنفقته من تكاليف إنشاء المشروع بالإضافة إلى الأرباح التي ترزيبها⁽¹⁾.

يرى الباحث أن هذه المشاريع المبرمة بعقد البناء والتشغيل والتحويل يمكننا تحكيمها على نحو ما سبق في تطبيقه في بناء وتشغيل وتحويل المرافق العامة، حيث نجدها تتفق معها في كونها مشروعات ضخمة بحاجة إلى تمويل بحجمها، وخروجاً عن التكرار نقول: إن العقد إذا خلا في تمويله عن القرض الربوي، وخلا كون شركة المشروع مملوكة لغير المسلمين، وكذا عين المشروع بالجملة هي مشروعة لمنفعة الوقف والموقوف عليهم؛ بحيث تقوم إدارة الوقف باختيار المشروعات المشروعة والتي تحقق نفعاً للموقوف عليهم، هذه كلها معطيات تدل على توفيق إدارة الأوقاف في استخدام الطريقة الأمثل في تثمير الوقف، ورغم أن هذه الأمور وجب مراعاتها في عقد البناء والتشغيل والتحويل لإنشاء المرافق العامة والخاصة فإن التأكيد عليها في استثمار مرافق الوقف لا بد أن يكون أشد، وذلك أنه من الممكن التساهل في بعض هذه البنود في المرافق العامة أو الخاصة أما في مرافق الوقف فلا بد من مراعاة هذه البنود لخصوصية الوقف حيث ينتفع به في الغلب شريحة الفقراء والمحتاجين. حيث يراها الباحث من الأهمية بمكان ذكرها على النحو التالي:

(1) انظر: السيد: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (24) بتصرف.

أولاً: مدد تشغيل المشروع:

الوقف له خصوصيته التي تميزه عن المرافق العامة أو الخاصة، لأنه عمل خيري يدر دخلاً أو تحصيل ريع منه على الموقوف عليهم، قال الدكتور عمر: "لم أجد أحداً من الفقهاء رخص في تعطيل الوقف مدة طويلة من أجل تعميره من غير أن يصل إلى المستحقين شيء من ريع الوقف خلال تلك المدة"⁽¹⁾، لذا يجب أن يأخذ تحديد المدد أهمية كبيرة عند التفاوض وبعد إبرام العقد، كما يرى الباحث أنه على إدارة الوقف اشتراط التطوير والعناية بأصول المشروع من قبل شركة المشروع لينتقل إليها وهو صالح الاستخدام.

ثانياً: شرط الاحتكار:

هذا الشرط له أثر سلبي على مشروعات استثمار الأوقاف، ليس كون السلعة أو المشروع المنشأ إنما كونه يسلب حق إدارة الوقف من إبرام مثل هذا العقد مع غيرها من الشركات في موضوع العقد نفسه، وهذا يحرم شريحة أخرى تستفيد من الوقف، رب قائل يقول: إن وسائل استثمار الوقف كثيرة ولم تقف على عقد البناء والتشغيل والتحويل، وهذا كلام يستقيم مع وسائل استثمار الوقف، لكن يود الباحث بيان أثر تضمين هذا الشرط على استثمار الوقف إن رغبت شركة أخرى بتكلفة ومدة استغلال أقل، لذا مراعاة لمصلحة الموقوف عليهم عدم تضمين هذا الشرط ضمن العقد.

ثالثاً: التحكيم عند حدوث النزاع في العقد:

وهذا شرط تحرص الشركات الكبرى على تضمينه عقد البناء والتشغيل والتحويل، ومناسبة ذكر هذا هنا هو أن إدارة الوقف تأخذ صفة السلطة الإدارية، والتي منها الدولة ووزاراته، الأشخاص المعنوية الإقليمية كالمunicipalities، والأشخاص المعنوية المرفقية كالمؤسسات مثل الهيئة العامة للبترو، فقد تخضع بذلك إلى التحكيم الدولي والذي يعتبر التحكيم إلى الأجنبي الكافر المنهي عن الترافع إليه، وقد بينا أن التحاكم إلى الأجنبي الكافر جائز لضرورة وذلك عند انعدام المحكم المسلم، لذا أرى تجنبه ما أمكن.

رابعاً: التسعيرة أو التعريفية:

التي تعرف بالرسوم المفروضة من قبل شركة المشروع مقابل الخدمات المقدمة منها لجمهور المنفعين، لا بد أن تكون عادلة مراعية الفئة المستفيدة من الخدمة.

(1) عمر: تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T (23).

خامساً: العمالة المستخدمة في إنشاء وتشغيل المشروع:

استقدام العمالة الأجنبية تؤثر سلباً على العمالة الوطنية، لذا على إدارة الوقف اشتراط تشغيل العمالة الوطنية إلا عند انعدام المعرفة بالتكنولوجيا المستخدمة في استثمار الوقف عندها يرى الباحث لهم اشتراط تعليم وتدريب العمالة المحلية، حتى يتمكن القائمون على الوقف من تشغيل المشروع بعد انتهاء مدة العقد.

سادساً: ملكية المشروع فترة عقد البناء والتشغيل والتحويل:

ملكية الأرض والمشروع المقام عليها تبقى لصاحب الأرض وهي هنا إدارة الوقف، وإن كان ذلك محل خلاف بين القانونيين، والراجح كونها في ملك صاحب المشروع ويد شركة المشروع يد إدارة واستغلال، قال الرشود: " وتعبير بعضهم بلفظ نقل الملكية هو تجوز لفظي يعنون به نقل إدارة المشروع، ورفع وكف يد مدير المشروع عنه بعد أن كانت مبسطة عليه." (1). وبالجملة مثل هذه الأمور تراعى في إنشاء وتشغيل المرافق العامة والخاصة وذكرتها هنا لمزيد بيان أهميتها في إنشاء وتشغيل الوقف لما للوقف من خصوصية شرعية علاوة على نفعها الاقتصادي.

انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل:

بعد ذكر التطبيقات الواردة على عقد البناء والتشغيل والتحويل يرى الباحث مناسبة ذكر طريق انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل، حيث إنه من عقود المدة التي يجري عليه ما يجري على أمثالها من العقود، ويظهر ذلك جلياً عند النظر في تكييف العلماء لعقد البناء والتشغيل والتحويل على عقود معروفة في الفقه الإسلامي (2) نشأت بإرادتين، والتي سبق ذكرها في الفصل الثاني من هذا البحث (3)، والتي منها عقد الاستصناع حيث إنه يجوز فيه الفسخ (4)، وكذلك عند تكييفه على عقد الإجارة (5)، وكذلك ما رجحه الباحث من كون عقد البناء والتشغيل والتحويل عقد مستقل بذاته مركب من عدة عقود قد توفرت فيه أركان وشروط العقد المعتمدة فإنه يقبل الفسخ (1)،

(1) الرشود: عقد البناء والتشغيل والإعادة B.O.T (11).

(2) الزرقا: المدخل الفقهي العام (632).

(3) من هذا البحث (42).

(4) انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (369).

(5) انظر: ابن نجيم: البحر الرائق شرح كنز الدقائق (61,8)، الحصكفي: الدر المختار شرح تنوير الأبصار

(374,6)، الزيلعي: تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (144,5).

(1) انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (369).

والعقود التي كُيِّفَ عليها عقد البناء والتشغيل والتحويل من عقود المدة، وعقد البناء والتشغيل والتحويل مثله مثل أي عقد من عقود المدة التي لها بداية تعاقد ونهاية؛ فمتى انقضت مدة العقد وبلغ العقد نهايته، لا بد أن يسترد صاحب المشروع أصول المشروع في حالة جيدة، وهذه نهاية طبيعية متعارف عليها، لكن هنالك نهاية غير طبيعية قد قبل انقضاء مدته بسبب طولها حيث يمرر تنفيذه بمراحل ثلاث وهي مدة بناء المشروع ومدة تشغيله ومن هذه الحالات كون انقضائها بالاتفاق بين العاقدين أو عن طريق القضاء أو قوة القانون أو من قبل صاحب المشروع حيث يقوم بسحب الالتزام من شركة المشروع، أو عن طريق الاسترداد⁽¹⁾، لذلك يرى الباحث أن حالة انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل تنقسم إلى قسمين وبيانها على النحو التالي:

القسم الأول: انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بطريقة طبيعية كأني عقد استنفذ مدته المتفق عليها، حيث ينتهي عقد البناء والتشغيل والتحويل لأنه من عقود المدة⁽²⁾، والتي تبدأ من تاريخ المصادقة على العقد أو الجهة مانحة الامتياز⁽³⁾، وبوفاء العاقدين بما تم الاتفاق عليه في العقد، من تسليم الأرض من قبل الجهة مانحة الامتياز لشركة المشروع، وكذلك إزالة الموانع القانونية أمام شركة المشروع⁽⁴⁾، لتمكينها من إقامة البناء المتفق عليه بينهما، وتشغيله وصيانته مدة العقد من قبل شركة المشروع.

القسم الثاني: انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بطريقة غير طبيعية أي بسبب تدخل أحد طرفي العقد بالفسخ⁽⁵⁾ أو الإقالة⁽⁶⁾، أو بسبب ظروف طارئة مثل الفيضانات وأعمال الشغب والحصار.... إلخ، وبعد ذكر الحالات غير الطبيعية التي قد ينتهي بها عقد البناء والتشغيل نأتي لبيان هذه الحالات وحكمها بإيجاز غير محل.

(1) ريمة: ماهية عقد البوت وواقعه العملي (19).

(2) انظر: الزرقا: المدخل الفقهي العام (644).

(3) انظر: العجارمة: عقد البناء والتشغيل والتحويل (1060,40).

(4) انظر: حصايم: عقود البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية (91).

(5) انظر: حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (404,1)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (639).

(6) انظر: حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (165,1)، الزرقا: المدخل الفقهي العام (624).

انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بالفسخ:

الفسخ في اللغة: النقص، ويقال: فسخت البيع بين البيعين أي نقضته فانقضت⁽¹⁾، وفي الاصطلاح: "حَلُّ ارْتِبَاطِ الْعَقْدِ"⁽²⁾، أو "تَرَادُّ بَيْنَ الْعَوْضَيْنِ أَوْ رَدُّ فِي أَحَدِهِمَا فِي مُقَابَلَةِ قِيَمَةِ الْآخَرِ"⁽³⁾، وفي حالة إنهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بالفسخ باتفاق طرفي العقد ورضاها أو حكم القاضي⁽⁴⁾، فهو أمر جائز، وفي هذا العقد هما الجهة مانحة الامتياز، وشركة المشروع، وللجهة مانحة الامتياز حق فسخ العقد إذا رأت فيه ما يخالف ما اتفق عليه أو ما يحقق مصلحة دون تعسف بحق شركة المشروع⁽⁵⁾.

الفسخ بسبب التقصير من شركة المشروع: وفي هذه الحالة يكون الفسخ لعقد البناء والتشغيل والتحويل كعقوبة من قبل الجهة مانحة الامتياز بسبب التقصير الوارد من شركة المشروع⁽⁶⁾، وهو أمر جائز

الفسخ بحكم القاضي: وفي هذه الحالة يتم فسخ عقد البناء والتشغيل والتحويل بحكم القاضي، الذي يعرف بالفسخ القضائي⁽⁷⁾، وهو ما أقره الفقهاء " لِكَوْنِهِ مُسْتَحَقَّ الرَّدِّ وَكَذَلِكَ الرَّدُّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّوْيَةِ وَالْعَيْبِ بِقَضَاءٍ لِأَنَّ الرَّدَّ بِخِيَارِ الشَّرْطِ وَالرُّوْيَةِ فَسَخٌ لِلْعَقْدِ مُطْلَقًا وَكَذَلِكَ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ إِنْ كَانَ بِقَضَاءٍ لِأَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ الْفُسْخِ"⁽⁸⁾.

انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بالإقالة: الإقالة في اللغة: الرّفْع والإزالة، ومن ذلك قولهم: أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه، ومنه الإقالة في البيع؛ لأتّها رفع العقد⁽⁹⁾، وفي الشرع: " رَفْعُ الْعَقْدِ"⁽¹⁰⁾، وإلغاء حكمه وآثاره برضا طرفيه⁽¹¹⁾.

(1) ابن منظور: لسان العرب (45,3) مادة نقض.

(2) الحموي: غمز البصائر شرح الاشباه والنظائر (442,3).

(3) العز بن عبد السلام: قواعد الأحكام في مصالح الأنام (150,2).

(4) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (35,6).

(5) انظر: العجارمة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T (1060).

(6) انظر: العجارمة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T (1060).

(7) انظر: العجارمة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T (1061).

(8) الشُّلْبِيُّ: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (295,1).

(9) الفيومي: المصباح المنير (521,2).

(10) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (80,6).

(11) الأوقاف الكويتية: مجموعة من العلماء: الموسوعة الفقهية الكويتية (324,5).

قد يتفق العاقدان على إنهاء العقد قبل مدته⁽¹⁾، وهذا أمر جائز طالما وقع برضاها، وبذلك تعتبر الإقالة⁽²⁾.

الحالة الثانية التي ينهى بها عقد البناء والتشغيل والتحويل، باتفاق طرفي العقد ورضاها⁽³⁾.

انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بالاسترداد:

الاسترداد في اللغة: طَلَبُ الرَّدِّ، والرَّدُّ: هُوَ صَرَفُ الشَّيْءِ وَرَجْعُهُ، يُقَالُ: اسْتَرَدَّ الشَّيْءَ وَارْتَدَّهُ: طَلَبَ رَدَّهُ عَلَيْهِ⁽⁴⁾، والمعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي⁽⁵⁾.

الاسترداد من التصرفات الجائزة في العقود⁽⁶⁾، قال العجامة: "يمكن للجهة مانحة الامتياز إنهاء العقد قبل حلول مواعده، ودون خطأ من جانب شركة المشروع، في مقابل تعويضها تعويضاً عادلاً، إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي إنهاء هذا التعاقد قبل انقضاء مدته"⁽⁷⁾.

انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بإسقاط منح الامتياز:

من حق الجهة مانحة الامتياز إسقاط الامتياز في حالة اخلال شركة المشروع بينود العقد او ارتكاب مخالفات جسيمة تضر بالمرفق المراد إنشاؤه وتشغيله، أو إهمال تسيير المرفق بانتظام بما يخدم مصلحة المستفيدين منه، أو يثبت عجزه عن إدارته، "ويتعين على هذا الجزء أن يكون هدف الجهة مانحة الامتياز تحقيق الصالح العام"⁽⁸⁾.

(1) انظر: العجامة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T (1060).

(2) انظر: الكاساني: بدائع الصنائع (80,6).

(3) حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام (165,1) مادة (190) "للعاقدين أن يتقايلا البيع برضاها".

(4) ابن منظور: لسان العرب (172,3) مادة ردد.

(5) انظر: الأوقاف الكويتية: مجموعة من العلماء: الموسوعة الفقهية الكويتية (282,3).

(6) انظر: الأوقاف الكويتية: مجموعة من العلماء: الموسوعة الفقهية الكويتية (282,3).

(7) العجامة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T (1060) بتصرف. "، والاسترداد قد يكون أيضاً تشريعياً، أي أن المشرع يسترد المشروع المدار بطريقة الامتياز عن طريق إلغاء القانون الذي تم منح الامتياز على أساسه".

(8) العجامة: عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T (1061).

انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بسبب قاهر خارج عن إرادة المتعاقدين:

عقد البناء والتشغيل والتحويل من عقود المدة، وهذه المدة قد تستمر سنوات لأنه يعنى بإقامة المشروعات الكبيرة، ودوام الحال مستقراً قد يتوفر في بلد دون أخرى، لذلك قد يلجأ المتعاقدين بسبب هذه الظروف الاستثنائية الطارئة⁽¹⁾، سواءً والتي تكون عامة كانت طبيعية أم بتدخل الإنسان مثل الحروب أو فرض العقوبات من قبل المجتمع الدولي على دولة بعينها، فإن مثل هذه الأمور تتطلب أن يذكر الباحث حالة انتهاء عقد البناء والتشغيل والتحويل بسبب مثل هذه الظروف، وتحقيق ذلك يتم دفع الضرر عن طرفي العقد بطريقة مرضية وهذا ينسجم مع روح التشريع الإسلامي ومقاصده القائمة على تحقيق مصالح العباد، وتحقيقاً لذلك قرر مجلس المجمع الفقهي الإسلامي، بالأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، على النحو التالي:

أولاً: العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غيّر الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم تنفيذ التزاماته؛ فإنه يحق للقاضي - هذه الحال عند التنازع، وبناءً على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد ما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق التنفيذ يُجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاب للملتزم، ويعتمد القاضي هذه الموازنات جميعاً رأى أهل الخبرة الثقات.

ثانياً: ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال⁽²⁾،

(1) "لقد أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة، وذلك بإقراره نظرية الضرورة، حيث تعد الظروف الطارئة تطبيقاً من تطبيقات نظرية الضرورة، فقد انطلق الفقهاء لتحقيقها بغية رفع الضرر عن أحد المتعاقدين الناشئ عن تغير الظروف التي تم إبرام العقد فيها" محمد أبو بكر: دور نظرية الظروف الطارئة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري draboubakr.blogspot.com/2010/02/blog-post.html وهي في الاصطلاح: "عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ف مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة" نصار: عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام (174) .

(2) مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة الخامسة، القرار رقم (7).

وبناءً على ما سبق في قرار المجمع الفقهي الإسلامي، فإن الباحث يرى انطباق الشروط التي ذكرها المجمع في قراره على عقد البناء والتشغيل والتحويل من حيث كون العقد من العقود المتراخية والتي قد تحدث أمور طارئة خارجة عن إرادة المتعاقدين بسبب طول مدد تنفيذ العقد، فإن الفسخ بسبب الظروف الطارئة جائز لما فيه تحقيق من رفع الحرج ودفع الخصومة.

الخاتمة

أولاً: أهم النتائج

ثانياً: أهم التوصيات

الخاتمة:

الحمد لله الذي استعملني في طلب العلم الشرعي، وشرفني ببحث هذا الموضوع ويسره لي وأتم نعمته علي بعد الإسلام بإتمام هذا البحث ووفقني لهذا الخير لقوله ﷺ: «لَا مَنْ يُرِدُ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُفَقَّهُ فِي الدِّينِ»⁽¹⁾؛ فله الحمد من قبل ومن بعد، وأسأله سبحانه حسن القبول. هذه أهم النتائج والتوصيات التي خرجت بها من خلال دراستي لهذا البحث.

أولاً: أهم النتائج

1. الاختلاف في ترجمة العقد (Build Operate and Transfer) لا تؤثر في حقيقته وحكمه، لأنه لا مشاحة في الاصطلاح.
2. حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل: " عقد مالي لتمويل بناء وتشغيل مشروعات كبيرة والاستفادة منها لمدة معلومة؛ ثم تحويلها لأصحابها نهاية مدة العقد".
3. عقد البناء والتشغيل والتحويل عقد مستحدث وهو عقد مشروع، وفق الضوابط الشرعية العامة والخاصة، وذلك لأن "الأصل في العقود الإباحة".
4. عقد البناء والتشغيل والتحويل توافرت فيه أركان العقد الثلاثة، العاقدان، والصيغة، المعقود عليه.
5. عقد البناء والتشغيل والتحويل أمكن تطبيقه في إنشاء المرافق العامة والخاصة واستثمار الوقف على حد سواء.
6. عقد البناء والتشغيل والتحويل أداة جيدة في استثمار الوقف، بل عده البعض أنه أفضل بكثير من العقود المطبقة في استثمار الوقف مثل الحكر، والإجارتين، والمُرصد...
7. عقد البناء والتشغيل والتحويل يشبع حاجة مبرمه إلى تفادي نقص التمويل القدرة على إدارة المشروع كما إنه يشبع حاجة المجتمع لإنشاء المرافق العامة.
8. تمويل مشروعات عقد البناء والتشغيل والتحويل بالقرض الربوي محرم، لذا يجب على المستثمر اتباع التمويل المشروع، مثل القرض الحسن أو المشاركة أو الاكتتاب.
9. استثمار الأجنبي في إنشاء مشروعات عقد البناء والتشغيل والتحويل جائز ومشروع وفق الضوابط الشرعية لاستثمار الأجنبي خاصة في إنشاء المطارات والموانئ والسلاح.
10. الترافع للقاضي غير المسلم عند المنازعات الناشئة عن عقد البناء والتشغيل والتحويل جائز ضرورةً عند عدم وجود القاضي المسلم.

(1) البخاري: صحيح البخاري (30)، كتاب: العلم، باب: من يرد الله به خيراً.

11. يجب مراعاة مدد بناء وتشغيل وتحويل المشروعات المبرمة وفق عقد البناء والتشغيل والتحويل، وذلك مراعاة لأصول إنشاءات المشروع وكذا المستفيدين من الخدمة المقدمة من المشروع، قال ابن تيمية: "إن الشريعة مبناها تحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها بحسب الإمكان"⁽¹⁾.

ثانياً: التوصيات

1. أوصي نفسي وأهل العلم الشرعي بمزيد الاهتمام بدراسة عقد البناء والتشغيل والتحويل، وصوره المتعددة، كعقد الأيام الدراسية، والمؤتمرات العلمية، والأبحاث الشرعية، والأطروحات العلمية.
2. أوصي اجتناب المحاذير الشرعية عند تطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل، ووجوب التزام الضوابط الشرعية.
3. أوصي القائمين على الوقف بضرورة استثمار الوقف بعقد البناء والتشغيل والتحويل؛ باعتباره وسيلة جيدة في استثمار الوقف مع مراعاة إصدار التشريعات المناسبة لضمان أفضل تطبيق له، والاستفادة من تجارب الدول المطبقة له.
4. أوصي بتطبيق عقد البناء والتشغيل والتحويل في إنشاء وتشغيل المرافق العامة والخاصة وكذا استثمار الوقف ضمن الضوابط الشرعية.
5. أوصي بتضمين عقد البناء والتشغيل والتحويل شرط استرداد المشروع إذا حصل المستثمر الربح المتفق عليه وقبل انتهاء المدة.
6. أوصي بتضمين عقد البناء والتشغيل والتحويل شرط اكتتاب 50% من إجمالي تمويل المشروع مثلاً، أو عدم إخراجها من البلد، وذلك للحفاظ على السيولة المالية وعدم الضغط على الاقتصاد المحلي.
7. أوصي بتضمين عقد البناء والتشغيل والتحويل بضرورة تشغيل وتدريب العمالة الوطنية بنسب يتفق فيها مع شركة المشروع.
8. أوصي بضرورة تكوين لجان قضاء دولي من علماء القانون وقضاته المسلمين، للتغلب على قضية التحاكم للأجنبي غير المسلم.
9. أوصي بضرورة اشتراط صيانة المشروع، وبذلك نحافظ على أصول المشروع من التهاك عند تحويله لصاحبه.

(1) ابن تيمية: مجموع الفتاوى (1,138).

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

فهرس الأحاديث النبوية والآثار

فهرس المصادر والمراجع

فهرس الموضوعات

أولاً: فهرس الآيات:

م	الآية الكريمة	رقمها	الصفحة
سورة البقرة			
1.	وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ	275	75/57
2.	وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	188	76
3.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا	278	75/98
4.	فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ	173	104
سورة آل عمران			
5.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً	130	75
6.	لَتُبَيِّنَنَّاهُ لِلنَّاسِ وَلَا تَكْفُرُونَهُ	187	ت
سورة النساء			
7.	فَإِنْ طِبِنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا	4	57
8.	فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي التُّثْمِ	12	50/70
9.	لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن	29	76/57
10.	وَإِذَا جَاءَهُمْ أَمْرٌ مِنَ الْأَمْنِ أَوْ الْخَوْفِ أَدَاعُوا بِهِ ۗ	83	54
11.	وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا	141	102
سورة المائدة			
12.	يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ	1	57/76/3/ت
13.	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ	2	69
سورة الأنعام			

104	119	وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ	14.
سورة هود			
59	15	وَحَبِطْ مَا صَنَعُوا فِيهَا	15.
سورة يوسف			
45	72	قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ	16.
سورة الإسراء			
57	34	وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا	17.
سورة الكهف			
53/45	30	لَا نُضِيعُ أَجْرَ مَنْ أَحْسَنَ عَمَلًا	18.
46	77	قَالَ لَوْ شِئْتَ لِاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا	19.
سورة القصص			
45	26	يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ	20.
45	27	عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا....	21.
سورة الأحزاب			
53/45	50	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَكَ اللَّاتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ	22.
الزمر			
50	29	ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ	23.
سورة المطففين			
76	1	وَيْلٌ لِّلْمُطَفِّفِينَ*الَّذِينَ إِذَا أَكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ	24.

ثانياً: فهرس الأحاديث.

م	نص الحديث	الراوي	حكمه	الصفحة
1.	الخيال معقود في نواصيها الخير	البخاري	صحيح	4
2.	وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ مُنْفَرِّقٍ، وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ مُجْتَمِعٍ خَشِيَّةٍ	البخاري	صحيح	35
3.	مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ فَلْيُسَلِّفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ	مسلم	صحيح	40
4.	اصْطَنَعَ خَاتَمًا مِنْ ذَهَبٍ	البخاري	صحيح	41
5.	أَتَوْا حَيًّا مِنْ أَحْيَاءِ الْعَرَبِ، فَلَمْ يَقْرُوهُمْ	البخاري	صحيح	43
6.	مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا - لَهُ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ - فَلَهُ سَلْبُهُ	البخاري	صحيح	44
7.	اسْتَأْجَرَ رَجُلًا مِنْ بَنِي الدَّيْلِ هَادِيًا حَرَبِيًّا	البخاري	صحيح	46
8.	قَالَ اللَّهُ ﷻ: ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ	البخاري	صحيح	46
9.	ﷺ أَقْطَعَ الرَّبِيزَ أَرْضًا مِنْ أَمْوَالِ بَنِي النَّضِيرِ	البخاري	صحيح	47
10.	ﷺ أَقْطَعَ وَأَيْلَ بْنَ حُجْرٍ أَرْضًا بِحَضْرَةِ مَوْتٍ	أبو داود	صحيح	48
11.	يَقُولُ اللَّهُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا..	أبو داود	صحيح	50
12.	الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا	البيهقي	صحيح	58
13.	أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ	البيهقي	ضعيف	73
14.	سَبْعَةٌ يَجْرِي لِلْعَبْدِ أَجْرُهُنَّ وَهُوَ فِي قَبْرِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ	البيهقي	صحيح	70
15.	ﷺ دَخَلَ عَلَى أُمَّ مُبَشَّرِ الْأَنْصَارِيَّةِ فِي نَخْلِ لَهَا	مسلم	صحيح	70
16.	اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمَوْبِقَاتِ	البخاري	صحيح	74
17.	لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْوَأْسِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ وَآكِلَ الرِّبَا	البخاري	صحيح	74

74	صحيح	مسلم	18. نهى عن بيع الحصاة، وبيع الغرر
79	صحيح	أبو داود	19. فدعا رسول الله، ﷺ اليهود فعاملهم
79	صحيح	السنناني	20. لا يجتمع في جزيرة العرب دينان
80	صحيح	مسلم	21. خَبِيرٌ سَأَلَتْ يَهُودُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُقَرَّهُمْ فِيهَا
81	صحيح	ابو داود	22. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عَامِلَ يَهُودَ خَبِيرَ
81	صحيح	البخاري	23. يَقُولُ عَامَ الْفَتْحِ وَهُوَ بِمَكَّةَ إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ
87	صحيح	النسائي	24. جَاءَ رَجُلٌ مِنْ أَهْلِ الْأَبْدِيَّةِ قَالَ أَيُّكُمْ ابْنُ عَبْدِ الْمُطَلِّبِ
98	صحيح	مسلم	25. لَعَنَ النَّبِيُّ ﷺ الْوَأْسِمَةَ وَالْمُسْتَوْشِمَةَ وَأَكَلَ الرِّبَا
107	صحيح	مسلم	26. لَا يَحْتَكِرُ إِلَّا خَاطِئٌ
107	ضعيف	أحمد	27. مَنْ احْتَكَرَ حُكْرَةً يُرِيدُ أَنْ يُغْلِي بِهَا
107	ضعيف	الفاكهي	28. مَنْ احْتَكَرَ طَعَامًا أَرْبَعِينَ لَيْلَةً فَقَدْ بَرِيءٌ مِنَ اللَّهِ
107	ضعيف	البيهقي	29. الْجَالِبُ مَرْزُوقٌ، وَالْمُحْتَكِرُ مَلْعُونٌ
108	صحيح	البخاري	30. لَمَّا نَزَلَتْ آخِرُ الْبَقَرَةِ قَرَأَهُنَّ النَّبِيُّ ﷺ
108	صحيح	البخاري	31. قَرَأَهُنَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَيْهِمْ فِي الْمَسْجِدِ ثُمَّ حَرَّمَ التَّجَارَةَ
118	جيد الاسناد	أبو داود	32. ذَلِكَ حَبِيسٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ
118	صحيح	النسائي	33. أَحْبَسْ أَصْلَهَا وَسَبَّلْ ثَمَرَتَهَا
130	صحيح	البخاري	34. مَنْ يُرِدُ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُفَقَّهُ فِي الدِّينِ

ثالثاً: فهرس المصادر والمراجع:**أولاً: القرآن الكريم وكتب التفسير.**

1. القرآن الكريم.
2. القرطبي: محمد أحمد الأنصاري، ط 2006م، 1427هـ، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ت عبد الله عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة.
3. ابن كثير: إسماعيل عمر، دون سنة نشر، تفسير القرآن العظيم، ت سامي محمد السلامة، دار طيبة.
4. ابن العربي: محمد عبد الله أبو بكر: أحكام القرآن
5. البيضاوي: ناصرالدين عبد الله عمر محمد الشيرازي، 1418هـ، أنوار التنزيل، وأسرار التأويل، ط 1 دار إحياء التراث العربي - بيروت.
6. الشنقيطي: محمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر، لبنان، 1415 هـ، 1995م، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت.
7. الزجاج، إبراهيم السري، ط 1408هـ، 1988م، معاني القرآن واعرابه، ت د. عبد الجليل عبده شلبي، عالم الكتب.
8. الزحيلي: د. وهبة بن مصطفى: ط 1418 هـ، التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج، دار الفكر المعاصر - دمشق.
9. رضا: محمد رشيد: 1990م، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب.
10. السلطان: عبد العزيز محمد: دون سنة طباعة، الأنوار الساطعات لآيات جامعات، دون دار نشر.
11. السعدي: عبد الرحمن 1422هـ، تيسير اللطيف المنان في خلاصة تفسير الأحكام، ط 1 وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد - المملكة العربية السعودية.

ثانياً: كتب الحديث وشروحه.

12. البخاري، الإمام محمد اسماعيل، ط 1 عام 2002م، 1423هـ، صحيح البخاري، دار ابن كثير دمشق - بيروت.
13. النيسابوري: الإمام مسلم ابن الحجاج، ط 1426هـ، 2006م، صحيح الإمام مسلم، دار طيبة للنشر - الرياض.

14. الشيباني: الإمام أحمد محمد حنبل، دون سنة طباعة، المسند، دار المنهاج، إشراف د. أحمد معبد عبد الكريم.
15. النسائي: أحمد شعيب الخرساني، دون سنة طباعة، السنن الكبرى، موقع يعسوب.
16. البيهقي: أحمد الحسين علي موسى الخُسرُوْجُردِي الخراساني 1423 هـ - 2003 م، ط1، شعب الإيمان، ت. الدكتور عبد العلي عبد الحميد حامد، إشراف: مختار أحمد الندوي، الرشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند.
17. الحاكم: محمد عبد الله محمد حمدويه الطهماني النيسابوري، دون سنة طباعة، المستدرك على الصحيحين، دون دار نشر.
18. أبو داود: سليمان بن الأشعث بن إسحاق، ط خاصة 2009م، 1430هـ، سنن أبي داود، دار الرسالة العالمية، سوريا.
19. آبادي: محمد شمس الحق، ط1، 426هـ، 2005م، شرح سنن أبي داود، دار ابن حزم، بيروت - لبنان.
20. ابن حجر: أحمد علي محمد: 2006م، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية - لبنان.
21. المباركفوري: محمد عبد الرحمن عبد الرحيم، دون سنة طباعة، تحفة الأحوزي بشرح جامع الترمذي، بيت الأفكار الدولية - عمان.
22. ابن أبي شيبة: عبد الله محمد إبراهيم: دون سنة طباعة، المصنف، ت.أ. محمد عوامة، الدار السلفية الهندية القديمة.
23. الزركلي: خير الدين محمود الدمشقي: 2002م، دار العلم للملايين.
24. الدينوري: أحمد مروان: 1419هـ، المجالسة وجواهر العلم، ت: مشهور حسن آل سلمان، جمعية التربية الإسلامية البحرين - أم الحصم، دار ابن حزم بيروت - لبنان.

ثالثاً: كتب أصول الفقه والقواعد الفقهية.

25. السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر، ط2 1997م، 1418هـ، اعداد مركز الدراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة - الرياض.
- السيوطي: عبد الرحمن بن أبو بكر، جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، دار الكتب العلمية بيروت - لبنان.
26. حيدر: علي خواجه أمين أفندي، ط خاصة، 1423هـ، 2003م، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، دار عالم الكتب - الرياض.

27. الشوكاني: محمد علي محمد: ط1 1419هـ - 1999م، إرشاد الفحول لتحقيق الحق من علم الأصول، دار الكتاب العربي.
28. الفتوحى: محمد أحمد عبد العزيز علي، ط2 1418هـ - 1997م، شرح الكوكب المنير، ت: أ. د. محمد الزحيلي، د. نزيه حماد، مكتبة العبيكان.
29. ابن عثيمين: محمد صالح، ط 1426هـ، الأصول من علم الأصول، دار ابن الجوزي للنشر.
30. الباحسين: يعقوب عبد الوهاب، ط1 1418هـ، 1998م، القواعد الفقهية، مكتبة الرشد، السعودية- الرياض.
31. الغزالي: أبو حامد: 1324هـ، المستصفى، ومعه كتاب فواتح الرحموت للأنصاري، ط1 الأميرية- بلاق- مصر.
32. ابن القيم: محمد بن أبي بكر أيوب سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، ط 1388هـ/1968م، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ت طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، مصر، القاهرة.

رابعاً: كتب الفقه:

أولاً: كتب المذهب الحنفي:

21. الكاساني: علاء الدين مسعود، ط2، 1424هـ، 2003م، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ت: الشيخ علي محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود منشورات محمد علي بيوض، دار الكتب العلمية- بيروت لبنان.
22. السرخسي: محمد بن أحمد، دون سنة طباعة، المبسوط، دار المعرفة بيروت- لبنان.
23. الحصكفي: الإمام محمد علاء الدين علي 2002م، 1423هـ، الدر المختار، شرح تنوير الأبصار في فقه مذهب الإمام أبي حنيفة ت: عبد المنعم خليل إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان..
24. السمرقندي: علاء الدين: 1415هـ، 1995م. تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية- بيروت.
25. ابن الهمام: كمال الدين: 1424هـ، 2003م، نتائج الأفكار، تكملة شرح فتح القدير- قاضي زاده، ط1 دار الكتب العلمية.
26. ابن عابدين: علاء الدين محمد أمين، دون سنة طباعة، حاشية رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين)، ويليه قرّة عيون الاخيار.
27. ابن نجيم: 1418هـ، 1997م، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، للنسفي، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان.

28. الزيلعي: 1313هـ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، ط1 المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة.

ثانياً: كتب المذهب المالكي.

27. الأصبحي المدني: الإمام مالك أنس مالك عامر، ت: زكريا عميرات، دون سنة طباعة، المدونة الكبرى، دار الكتب العلمية بيروت. لبنان.
28. القرطبي: أبو الوليد بن رشد، 1404هـ 1984م، كتاب البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة، دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان.
29. القرطبي: ابن رشد الحفيد: محمد أحمد محمد أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط4، 1395هـ/1975م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر.
30. الخطاب الرعيني: محمد بن محمد عبد الرحمن الطرابلسي المغربي ط خاصة 1423هـ - 2003م، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ت: زكريا عميرات، دار عالم الكتب- الرياض.
31. الجندي: خليل بن إسحاق، ط1 1426هـ/2005م، مختصر العلامة خليل، ت: أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة.
32. بالعالم: محمد باي: 1428هـ، 2007م، إقامة الحجة بالدليل شرح على نظم ابن بادى لمختصر خليل، الشركة الجزائرية اللبنانية- الجزائر، دار ابن حزم، بيروت- لبنان.
33. الرصاع: محمد بن قاسم الأنصاري، 1993م، شرح حدود ابن عرفة، ت أحمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري، ط1 دار الغرب الإسلامي، بيروت- لبنان.
34. الأمير: محمد، دون سنة طباعة، الإكليل شرح مختصر خليل للخرشي، مكتبة القاهرة، الأزهر- مصر.

ثالثاً: كتب المذهب الشافعي.

32. الشربيني: محمد الخطيب، ط1 1418هـ، 1997م. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين للنووي، اعتنى به: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة- بيروت.
33. الشربيني: محمد بن أحمد الخطيب ط1 1418هـ، 1997م، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع اعتنى به: محمد خليل عيتاني، دار المعرفة- بيروت.
34. النووي: الإمام يحيى شرف الدمشقي، ط خاصة 1423هـ، 2003م روضة الطالبين، معه المنهاج السوي في ترجمة النووي، ومنتقى ينبوع فيما زاد عن الروضة في الفروع،

- للسيوطي، ت: الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، الشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب - المملكة العربية السعودية.
35. المطيعي: محمد نجيب، دون سنى طباعة، المجموع شرح المذهب، مكتبة الإرشاد، جدة المملكة العربية السعودية.
36. الشرواني: عبد الحميد المكي: دون سنة طباعة، حواشي الشرواني على تحفة المحتاج بشرح المنهاج، المكتبة التجارية الكبرى - مصر.
37. الرملي: أحمد حمزة شهاب، ط3 1424هـ، 2003م، نهاية المحتاج، منشورات بيوض، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.

رابعاً: كتب المذهب الحنبلي:

38. الحجاوي: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا، ت: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دون سنة طباعة، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار المعرفة بيروت - لبنان.
39. البهوتي: منصور يونس ادريس، ط خاصة 1423هـ، 2003م، كشف القناع عن متن الإقناع، ت: إبراهيم أحمد عبد الحميد، دار عالم الكتب - الرياض.
40. المرداوي: علاء الدين علي سليمان، ط1، 1375هـ، 1956م، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ت: محمد حامد الفقي، دون دار نشر.
41. ابن قدامة: موفق الدين عبد الله أحمد محمد، دون سنة طباعة، المغني ووليه الشرح الكبير، دار الكتاب العربي.
42. ابن قدامة المقدسي: عبد الرحمن بن محمد، ط 1425هـ - 2004م، عمدة الفقه، ت: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية.
43. الشطي: محمد "أفندي" حسن عمر، 1347هـ، 1929م، القواعد الحنبليّة في التصرفات العقارية، مطبعة الترقى.
44. النجدي: عبد الرحمن محمد قاسم العاصمي: ط1 1397هـ، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دون دار نشر.
45. ابن تيمية: تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد، ط3 1426هـ، 2005م مجموع الفتاوى، ت: أنور الباز - عامر الجزائر، دار الوفاء.
46. ابن العثيمين: محمد صالح، ط 1422-1428هـ الشرح الممتع على زاد المستقنع (11,5) دار ابن الجوزي.

خامساً: كتب السياسة الشرعية:

48. أبو عبيد، القاسم بن سلام، ط 1، 1988م، الأموال، شرح عبد الأمير مهنا، دار الحداثة للنشر.
49. الماوردي: علي محمد حبيب، ط 1، 1409هـ، 1989م، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، ت: د. أحمد مبارك البغدادي، مكتبة ابن قتيبة- الكويت.
50. علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية: دون سنة طباعة، مجلّة الأحكام العدليّة، الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتي كتب، آرام باغ، كراتشي.

سادساً: كتب الفقه العامة:

50. أحمد: د. طه محمد إبراهيم السيد، 1418هـ، 1997م، مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية.
51. الفقي: د. محمد علي عثمان، 1422هـ، 2002م، فقه المعاملات دراسة فقهية، ط 1 دار المريح- الرياض.
52. الزرقاء، مصطفى أحمد، 1418هـ، 1998م، المدخل الفقهي العام، دار القلم- دمشق.
53. الأوقاف، وزارة الكويت، ط (من 1404 - 1427 هـ)، الموسوعة الفقهية الكويتية، الأجزاء 1 - 23 : الطبعة الثانية ، دار السلاسل - الكويت، الأجزاء 24 - 38 : الطبعة الأولى ، مطابع دار الصفوة - مصر، الأجزاء 39 - 45 : الطبعة الثانية ، طبع الوزارة.
54. الزحيلي، د. وهبة، ط 4، دون سنة طباعة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - سورية - دمشق.
55. شبير: أ. د. محمد عثمان: ط 2، 2014م، 1435هـ، التكيف الفقهي للوقائع والمستجدات الفقهية، دار القلم- دمشق.
56. شبير: أ. د. محمد عثمان 1419هـ، 1999م المعاملات المالية المعاصرة، ط 2 نشر دار النفائس- الأردن.
57. القرضاوي: د. يوسف، ط 1، 1402هـ، الصحة الإسلامية بين الجحود والتطرف، كتاب الأمة سلسلة فصلية تصدر عن رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية- قطر.
58. ابن عاشور: محمد الطاهر: دون سنة طباعة، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الطاهر الميساوي، ط دار النفائس- الاردن.
59. الرشود: د. خالد سعود 20013م، 1434هـ، العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية، كرسي سابق لدراسات الاسواق المالية الإسلامية.

60. حماد: د. نزيه: ط 1 1428هـ/2007م، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، نشر دار القلم بدمشق والدار الشامية - بيروت.
61. أبو هريريد: د. عاطف محمد حسين، 2002م، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي، غزة- فلسطين، رسالة ماجستير منشورة.
62. أبو هريريد: د. عاطف محمد حسين، 2011م، عقود الصيانة وتطبيقاتها، رسالة دكتوراه غير منشورة.
63. العبادي: د. عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية
64. المصلح: د. عبدالله عبد العزيز، 1988م، 1408هـ، قيود الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة- بيروت.

سابعاً: كتب اللغة:

65. ابن منظور، جمال الدين محمد الأفرقي، دون سنة طباعة، لسان العرب، دار صادر بيروت.
66. الفيروز أبادي: مجد الدين محمد يعقوب، 1426هـ، 2005م، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة- بيروت.
67. الزيات: أحمد وآخرون، دون سنة طباعة، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة للنشر.
68. الرازي: محمد عبد القادر، 1986م، مختار الصحاح، دائرة المعاجم في مكتبة لبنان- بيروت.
69. مجمع اللغة العربية، 1415هـ. 1994م، المعجم الوجيز، وزارة التربية والتعليم- مصر.
70. الفيومي، أحمد، دون سنة طباعة، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ت يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية.
71. الجرجاني: علي محمد الشريف، 1985م، ط جديدة، التعريفات، مكتبة لبنان- بيروت.
72. ابن فارس: أحمد فارس زكريا، دون سنة طباعة، معجم مقاييس اللغة، مادة كيف؟ ت أ. عبد السلام محمد هارون، ط دار الفكر.
73. البستاني: المعلم بطرس، ط جديدة 1987م، محيط المحيط، مكتبة لبنان- بيروت.
74. الزبيدي: محمد عبد الرزاق الحسيني، دون سنة طباعة، تاج العروس من جواهر القاموس، دون دار نشر.

ثامناً: الأبحاث:

أولاً: أبحاث فقهية:

- 74.قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي تعريف "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" مقدم للدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في قراره رقم 129، المنعقدة في الشارقة- الإمارات العربية المتحدة، 2009م.
- 75.مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، بمكة المكرمة دورته الخامسة في قراره رقم (7) ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك أثناء حدوث الأزمات الاقتصادية عام 1404هـ.
- 76.أبو سليمان، د. عبد الوهاب، 2009م، بحث "عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك" مقدم للدورة التاسعة عشر لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، المنعقدة في الشارقة- الإمارات العربية المتحدة.
- 77.الرشود، د. خالد، 2009م، بحث محكم عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 78.الحسني، أ.د. أحمد بحث دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة، جامعة أم القرى، ط تمهيدية.
- 79.أبو غدة: د. عبد الستار 2009م، بحث عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي؛ الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 80.أحمد: د. أحمد محي الدين، 2009م، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T، في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، بحث قدم إلى الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 81.السيد: د. ناهد حسين 2009م، تطبيق نظام البناء والتملك B.O.T، في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، بحث قدم إلى الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
- 82.الترابي: أ. مرتضى، 2009م، عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكييف الفقهي و الحكم الشرعي، بحث قدم إلى الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.

83. صبري: د. عكرمة: 2009م، عقد البناء والتشغيل وإعادة في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، بحث قدم إلى الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة.
84. شبير: أ. د. محمد عثمان 2011م، عقد الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية، وأصل فقهي لتكييف عقد البوت، المعهد العالي- جامعة آل البيت- المؤتمر الدولي الأول "صنع مبتكرة للتمويل المصرفي الإسلامي.
85. داغي: د. القره : بحث منشور على موقعه الشخصي، تطبيق نظام (البناء والإدارة والتشغيل ، والتحويل) لإعمار أعيان الوقف.
86. مقداد: د. زياد إبراهيم: الضوابط الشرعية لاستثمار الأموال بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الأول 2005م الاستثمار والتمويل في فلسطين بين آفاق التنمية والتحديات المعاصرة.
87. الجبوري: أ. عدنان خزعل عباس، مجلة مداد الآداب العدد الأول.

ثانياً: أبحاث إدارية وقانونية:

87. الشرايع، أ. أحمد رمضان، 2011م، الطبيعة القانونية لعقود البوت، جامعة الشرق الأوسط.
88. الحمود: د. وضاح، 2010م، 1431هـ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ، عمان، ط دار الثقافة.
89. جابر: د. جاد نصار: بدون سنة نشر عقود B.O.T، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية.
90. المحاماة، مجلة قانونية، العددان الخامس والسادس تصدر عن نقابة المحامين - ب ج، م، ع
91. الروبي، د. محمد، بحث محكم (عقود التشييد والتسليم B.O.T) مقدم للمؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) جامعة الامارات العربية المتحدة.
92. البشبيشي، د. أمل، نظام البناء والتشغيل والتحويل بحث منشور في سلسلة جسر التنمية (3)، العدد 35، 2004م
93. محمود، د. يوسف، وآخرون، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين - العلوم الاقتصادية والقانونية، عدد (3)، 2008م.

94. جلال، د. ناصر خليل، عقد البوت بين القانون الخاص، والقانون العام وأثره على استقطاب الاستثمارات، منشور في مجلة المؤتمر الثامن عشر، عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية، والنظم القانونية المستحدثة.
95. العبود، م. روليت، بحث نظام البناء والتشغيل والتحويل وتشييد مشروعات البنية التحتية، جامعة دمشق.
96. الغزالي، عيسى محمد، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، عدد (3) نوفمبر 2004م، السنة (3).
97. عبد المجيد، هاشم، بحث الإشكاليات القانونية التي تواجه تطبيق اتفاقات البوت.
98. بوعشيق، د. أحمد، 2009م، 1430هـ، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص، سياسة عمومية حديثة، لتمويل التنمية المستدامة بالمغرب، المؤتمر الدولي للتنمية الإدارية، المملكة العربية السعودية.
99. البوسعيدي: د. طارق: الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقا لنظام البوت.
100. النصر الله، ناصر أحمد: بحث دور ديوان المحاسبة في تدقيق المشروعات العامة، بنظام البناء والتشغيل والتحويل.
101. محمد: أ. زيدان: الاستثمار الأجنبي المباشر في البلدان التي تمر بمرحلة انتقال- نظرة تحليلية للمكاسب والمخاطر، بحث منشور في مجلة اقتصاديات شمال أفريقيا، العدد الأول.
102. المرزوقي: د. عمر فيحان: بحث الاستثمار الأجنبي المباشر من منظور إسلامي.
103. د. عبد الرحمن يسري، بحث تعبئة الدولة الإسلامية للموارد الخارجية.
104. علي الدين: أ. رشا: بحث تسوية منازعات عقود التشييد والاستغلال والتسليم (البوت) ذات العنصر الأجنبي، المؤتمر الثامن عشر عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة.
105. د. حسين غانم، التوازن والتحليل الاقتصادي.
106. الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية
107. ليلو: م. د. مازن، طبيعة القانون الإداري- التنظيم الإداري - الضبط الإداري المرفق العام- الوظيفة العامة - الاموال العامة - القرار الإداري العقود الإدارية، ط3 دون سنة طباعة.

108. عبد العظيم: د. دويب حسين صابر، الالتزامات التي ترتبها عقود البوت في مواجهة شركة المشروع، المؤتمر الثامن عشر، عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة.
109. يوسف: د. محمد محمود، 2005م، مصادر تمويل الاستثمارات البلدية في مجالات التخطيط العمراني والحركة والنقل ومدى تطور هذه الاستثمارات، مؤتمر التخطيط العمراني وقضايا الحركة والنقل المروري في الدول العربية، المعهد لإنماء المدن، سوريا، حماة.
110. تقي الدين: محام: محمد السعودي أحمد، مدخل لدراسة عقد الفيديك لمشروعات التصميم والبناء والتشغيل استخدامه في عقود المشاركة مع القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة وفقاً للقانون الكويتي.
111. بوشيت: د. عبد العزيز عبد الرحمن، استثمارات القطاع الخاص في مشاريع تحلية المياه من خلال عقود البناء والتشغيل وإعادة الملكية.
112. الشيخ: محمد عبد الله، ط1 2014م، عقود البوت BOT والتطور الحديث لعقد التزام المرافق العامة.
113. الفيل: د. ندى زهير، التزامات شركة المشروع في عقد توليد الكهرباء من الطاقة النووية وفق نظام البوت B.O.T دراسة قانونية في ضوء التجربة المصرية المعاصرة في مجال توليد الكهرباء، وتجربة دولة الإمارات وهي تطلق برنامجها النووي السلمي في مجال الكهرباء، مقدم للمؤتمر السنوي الحادي والعشرين الطاقة بين القانون والاقتصاد.
114. الجوعاني: د. علاء، عقد البوت، دراسة في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.
115. عثمان: د. أبو بكر أحمد عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (10) العدد (38) سنة 2008م.
116. الذيباني: د. سعد سعيد، التحكيم في عقود الإنشاءات الدولية البوت (BOT) بحث مقدم للمؤتمر السنوي التاسع عشر لمركز التحكيم التجاري بدول مجلس التعاون الخليجي، بالتعاون مع غرفة تجارة وصناعة عمان.
117. الجمال: د. سمير حامد: 1433هـ، 2010م، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة.
118. العجارمة: د. نوفان المقبل: 2013م، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، دراسات الشريعة والقانون، المجلد 40، ملحق 1.
119. المهدي: د. نزيه محمد، بحث دور التأمين في مجال عقود واعمال البناء والتشييد

120. حصايم: سميرة، 2011م، البوت إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير.

121. الطماوي: سليمان محمد، 1984م، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، القاهرة جامعة عين شمس.

تاسعاً: الكتب الأجنبية:

119. جون هيدسون، مارك هرندر، العلاقات الاقتصادية الدولية، تعريب طه منصور، دار المريخ الرياض.

120. دليل (الأونسيترال) التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص الأمم المتحدة، نيويورك، 2012م.

عاشراً: مواقع الإنترنت:

121. تيشوري: عبد الرحمن، موقع الحوار المتمدن، رابط

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=224763>

122. معجم المعاني الجامع - معجم عربي عربي

www.almaany.com/ar/dict/ar-ar

UNIDO BOT Guidelines .123

<http://www.un.org/arabic/publications/ourlives/unido.htm>

124. الجمعية العامة، http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about_us.html

(الأونسيترال).

125. justice-lawhome.com/vb//showthread.php?t=9209. محاضرة للمحامي

صباغ، محمد هشام، ألقاها في نقابة المحامين بحلب، بتاريخ 28 / 4 / 2010م.

http://www.najah.edu/sites/default/files/Part7_Finance.pdf.126

127. ال الحويس: د. صالح سليمان حمد أحكام عقد الحكر في الفقه الإسلامي، مقارنة بما

عليه العمل في السعودية 15354 <http://uqu.edu.sa/page/ar/15354>.

128. داغي: د. محي الدين القره، بحث تطبيق نظام (البناء والإدارة والتشغيل ، والتمويل)

لإعمار أعيان الوقف (B.O.T) منشور على موقعه الرسمي

http://www.qaradaghi.com/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=2174:-----bot-&catid=155:2011-11-17-11-58-41&Itemid=11

129. عامر: د. محمد سيد ، البديل الشرعي لمصادر التمويل الدولي المعاصر، ط1
1999، القاهرة، رابط

<http://books.google.ps/books?hl=ar&id=cDjtAAAAMAAJ&focus=searchwithinvolume&q=%D8%A8%D8%A5%D8%B1%D8%A7%D8%AF%D8%AA%D9%87%D8%A7+%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%86%D9%81%D8%B1%D8%AF%D8%A9>

130. النابلسي: د. محمد راتب، التمويل الخارجي للتنمية من منظور إسلامي، وقائع الندوة التي عقدت في المدة 27-30 من ذي الحجة 1411 هـ (1991 م) في عمان، المملكة الاردنية الهاشمية، المجلد 2

<http://books.google.ps/books?hl=ar&id=ZtjsAAAAMAAJ&focus=searchwithinvolume&q=%D9%85%D8%B1%D8%BA%D9%88%D8%A8>

131. الزيني: د. أيمن رمضان، www.academia.edu/3807790 عقود B_O_T_ال

132. الحصين: صالح عبد الرحمن، النظرية العامة لالتزام المرافق العامة ربط 1383 هـ
<http://rowaq.org/?p=122>

133. كمال الدين: د. عمار. الاشكاليات في تطبيقات نظام (B O T) في الدول العربية،
صحيفة الرأي السورية الأسبوعية [http://www.alraai-](http://www.alraai-news.com/?he=sho_cat_new&cat_id=1&id=24)
news.com/?he=sho_cat_new&cat_id=1&id=24

134. مقال: مقترح حيوي لإيجاد مشروعات البنية الأساسية والتنمية ودعم القطاع الخاص.
<http://www.sauress.com/alyaum/4015439> مجلة السحور الالكترونية

135. المدينة الإخبارية: الرابط: <http://almadenahnews.com/article/40361>

136. البطاينة: أكد أن المشروع ينفذ بأسلوب البناء والتشغيل والتحويل B. O. T، جريدة الدستور رابط

<http://www.addustour.com/16381/%D8%A7%D9%84%D8%A8%D8%B7%D8%A7%D9%8A%D9%86%D8%A9+%3A+%D8%AB%D9%84%D8%A7%D8%AB%D8%A9+%D9%85%D9%84%D9%8A%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA+%D8%AF%D9%88%D9%84%D8%A7%D8%B1+%D9%83%D9%84%D9%81%D8%A9+%D8%A7%D9%86%D8%B4%D8%A7%D8%A1+%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%A8%D9%83%D8%A9+%D8%A7%D9%84%D9>

http://www.lebarmy.gov.lb/ar/news/?30076#.VP3CB_msX0c

137. خلف: م. دواود: عقود تنفيذ وتشغيل ونقل الملكية، عمان 2003م، شافي: نادر عبد العزيز، ما هي عقود ال B O T ولماذا يتم اعتمادها مجلة الجيش- العدد 318 كانون الاول 2011م.

http://www.lebarmy.gov.lb/ar/news/?30076#.VP3CB_msX0c

138. جابر محمد الهاجري رابط

<http://alqabas.com.kw/Articles.aspx?ArticleID=602786&isauthor=1>

139. يوسف: محمد محمود بحث تجارب عربية .. المخاطر الاقتصادية والمالية لمشروعات ال B.O.T منشور على موقع الشبكة العربية العالمية

رابط-[http://www.globalarabnetwork.com/economics-and-](http://www.globalarabnetwork.com/economics-and-development/economic-reports/5509-2011-08-13-015859)

[development/economic-reports/5509-2011-08-13-015859](http://www.globalarabnetwork.com/economics-and-development/economic-reports/5509-2011-08-13-015859)

140. محمد أبو بكر: دور نظرية الظروف الطارئة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رابط draboubakr.blogspot.com/2010/02/blog-post.html

حادي عشر: زيارات ميدانية:

141. وزارة الأوقاف والشؤون الدينية- فلسطين- غزة 2015/09/14م، مدير دائرة الأملاك: م. محمد العصار.

142. وزارة الحكم المحلي-بلدية غزة 2015/09/19م، مستشار قانوني: محمود شهير الحلو.

رابعاً: فهرس الموضوعات.

م	الموضوع	الصفحة
1.	الإهداء	أ
2.	شكر وتقدير	ب
3.	المقدمة	ت
4.	ملخص الرسالة	ذ
الفصل الأول: حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل وصوره		
5.	المبحث الأول: حقيقة عقد البناء والتشغيل والتحويل	2
6.	المطلب الأول: التعريف بمفردات عقد البناء والتشغيل والتحويل لغة	3
7.	المطلب الثاني: تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل اصطلاحاً	6
8.	المطلب الثالث: أهمية وخصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل	10
9.	المبحث الثاني: أركان عقد البناء والتشغيل والتحويل	12
10.	المطلب الأول: الأركان التي يتكون منها العقد	13
11.	المطلب الثاني: مطابقة أركان عقد البوت بالعقد	15
12.	المبحث الثالث: صور عقد البناء والتشغيل والتحويل	19
13.	المطلب الأول: صور عقد البناء والتشغيل والتحويل المحولة	20
14.	المطلب الثاني: صور عقد البناء والتشغيل والتحويل غير المحولة	26
الفصل الثاني: حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل، وضوابطه		
15.	المبحث الأول: تكييف وحكم عقد البناء والتشغيل والتحويل	32
16.	المطلب الأول: تكييف عقد البناء والتشغيل والتحويل	33
17.	المطلب الثاني: حكم عقد البناء والتشغيل والتحويل	60

73	المبحث الثاني: ضوابط عقد البناء والتشغيل والتحويل	18.
74	المطلب الأول: الضوابط العامة للعقود في الفقه الإسلامي	19.
78	المطلب الثاني: الضوابط الشرعية الخاصة بعقد البناء والتشغيل والتحويل	20.
الفصل الثالث: التطبيقات القائمة على عقد البناء والتشغيل والتحويل		
86	المبحث الأول: التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق العامة	21.
87	المطلب الأول: تعريف المرافق العامة في اللغة والاصطلاح	22.
91	المطلب الثاني: التطبيقات الواردة على المرافق العامة	23.
الصفحة	الموضوع	م
112	المبحث الثاني: التطبيقات الواردة على العقود المتعلقة بالمرافق الخاصة واستثمار الوقف	24.
113	المطلب الأول: التطبيقات الواردة على المرافق الخاصة	25.
118	المطلب الثاني: التطبيقات الواردة على استثمار الوقف	26.
130	الخاتمة	27.
الفهارس		
133	فهرس الآيات القرآنية	28.
136	فهرس الأحاديث النبوية، والآثار	29.
138	فهرس المصادر والمراجع	30.
153	فهرس الموضوعات	31.

تم بحمد الله،،،

