

العنوان : عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

المؤلف : عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

B.O.T.

BUILD OPERATE TRANSFER

إعداد

الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

ملخص بحث

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

B.O.T.

BUILD OPERATE TRANSFER

بقلم: الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين ،المبعوث رحمة للعالمين،

محمد وعلى آله وصحبه أجمعين وبعد:

فلا جرم أن للمجتمعات في الوقت الحاضر ضرورياتها ، وحاجياتها ، أما وقد أصبحت

المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول ،

وبخاصة الفقيرة فإن هذا العقد يعد نافذة للدخول إلى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية ، بل

بمثابة الخلاص للدول والحكومات للتخفيف عنها في إيجاد البنية التحتية ذات التكلفة العالية ، دون

ترهق ميزانيتها بالديون .

عقد البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملكية يرمز إليه ب:

.b. o. t (contract) مشيراً إلى الكلمات الآتية :

build

b

بناء

operate o

transfe t

تشير الكلمة الأولى إلى (بناء)، والثانية إلى (تشغيل)، والثالثة إلى (تحويل) .

هذا النوع من العقود عادة ما يجري فيه التعاقد على مشروع من مشروعات البنية التحتية ، وبعد الانتهاء منه ، وإتمامه تعاد ملكيته في نهاية العقد إلى صاحبه إن كان حكومة أو مؤسسة في القطاع الخاص ، ويصبح ملكاً لها .

من صلاحية الشركة المنفذة الاستفادة المالية من المشروع حسب الاتفاق، متمثلاً في ما ممن يستفيد من مرافق المشروع، وذلك عن طريق الإجارة.

يعطي هذا العقد الفرصة للمستثمر أن يغطي تكاليف إقامة المشروع، وأجور تشغيله، وصيانته، ومن ثم الحصول على العائد الربحي المطلوب .

استطاعت بعض الدول في العصر الحديث أن تستفيد من هذا النوع من العقود ، فتنهض العامة، وتكفل لمواطنيها حياة مريحة ، وذلك بتنفيذ مشاريع كبيرة ضخمة دون أن ترهق ميزانيتها من الدول التي أجرت هذا العقد في إنجاز مشاريعها: الهند، كرواتيا، اليابان ، تايبان ، الجمهورية الصينية ، ماليزيا ، الفلبين، وهنغ كنج .

بعض الدول مثل كندا ، استراليا ، نيوزيلندا يستعملون مصطلح : (b.o.o.t) يعني هذا

النوع من العقود أن تتولى الدولة نفسها إدارة المشروع، وهي اختصار : - own - build

operate –transfer ؛ لهذا فإن شرط تحويل المشروع إلى الحكومة في نهاية العقد

من الاتفاقات منذ البداية.

يتناول البحث هذا العقد بالشرح والتحليل، وبيان الحكم الشرعي في قسمين رئيسيين وخاتمة

القسم الأول : بعنوان : التوصيف، والتعريف للعقد، وتحتة ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: توصيف عقد (b. o. t) البناء والتشغيل والتحويل، ثم تعريفه.

المبحث الثاني: أطراف العقد . أهدافه . خصائصه العامة والمالية .

المبحث الثالث: معايير سلامته، وأسس نجاحه، وإيجابياته .

القسم الثاني: الدراسة الشرعية التحليلية والتخريجات الفقهية، ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: الدراسة التحليلية . المقاصد الشرعية.

المبحث الثاني: التخريجات الفقهية .

المبحث الثالث: مسائل ووسائل، تضمن الموضوعات التالية:

1. مفسدات العقد وأسلوب تصحيحه شرعاً.

2. الظروف الطارئة.

3. تفريق الصفقة.

4. الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد.

ينتهي البحث بخاتمة تضمنت الآتي:

- (1) يعرف عقد (البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملك) ويرمز إليه (b.o.t) بأنه : "عقد مالي المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها وأرباحه ، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).
- (2) موضوع هذا العقد غالباً بناء المطارات ، والخطوط السريعة ، والمستشفيات ، و مشاريع التحتية كشبكات المياه ، والصرف الصحي ،ومشاريع التليفونات ، والكهرباء وغيرها .
- (3) أصبح هذا النمط من العقود معتاداً في الدول منذ فتح قناة السويس عام 1950م.
- (4) يتميز هذا العقد بأنه يوفر مرافق مدنية للبلاد من دون إثقال ميزانية الدولة مالياً، كما أنه من إحدى السبل الناجعة لتدريب العمالة الوطنية، ونقل التكنولوجيا.
- (5) لا بد لنجاح مثل هذا العقد من تحديد المسؤوليات ، بشفافية تامة دون مواربة، أو مجاملة كافة المجالات.
- (6) يعد مصدراً استثمارياً مهماً يسهم في رفاهية الأمة.
- (7) يحقق مصدراً لتسديد القروض من دون أية أعباء مالية على الدولة .

أثبتت الدراسة في القسم الشرعي ما يأتي:

- (8) عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك بتركيبته التعاقدية . في الراجح . عقد جديد أصالة ، مركب من أربعة عقود رئيسة ، يتضمن عدة عقود من الباطن ، وهو عبارة عن عقد المقاوله

الذي أقره المجمع الدولي بجدة ، وصوره بالقرار رقم 129(14/3) في الدورة الرابعة بدولة قطر، مضافاً إليه عقد الإجارة على عمل في عقدي التشغيل والصيانة.

9) يتسبب..... مع التخريج لهذا العقد في الفقه الإسلامي... إلامى

تخريجات أخرى مرجوح..... : عقد (استصناع تغليباً) ، أو قياسه على من إعمار الوقف الخراب عند الحنفية، أو اعتباره عقد كراء عند المالكية .

10) تتحقق من خلال هذا العقد الكثير من المقاصد الشرعية ومقاصد المكلفين المبنية على

المعتبرة شرعاً منها : توفير المرافق المدنية للبلاد مما يسهم في راحة المجتمع ورفاهيته، واستثماره بطرق شرعية، جلب خبرات ، وصناعات مالية ، وحرفية جديدة للبلاد ، أسلوب ناجع للقضاء على البطالة في المجتمع، إحكام العقد من جميع أطرافه يقطع أسباب النزاع والخصومة.

11) يعد هذا العقد الأنسب حلاً للأوقاف الخربة عديمة الدخل حيث يحقق المقصد الشرعي من

الوقف بالحفاظ على الأصول، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم للانتفاع به بشكل دائم .

12) العلاج المشروع لتفادي محذور الربا في هذا العقد هو مشاركة البيوت والمؤسسات

الكبيرة؛ حيث إنه الأنسب شرعاً، والأكثر ربحية، وأحسن عملاً.

13) أوجد الشارع الحكيم أساليب فقهية توفيقية لمنع بطلان العقد إذا حدث خلل شرعي أطرافه بحيث لا ينتقض جميعه ، وذلك بتطبيق قاعدة (تفریق الصفقة) ال معترف بها في المذاهب الإسلامية.

14) قد يتعرض المشروع لحدث طارئ لم يكن في الحسبان من غلاء ، أو حدوث كارثة من الكوارث الطبيعية ، سبيل الخلاص من ذلك اللجوء إلى النظرية الفقهية: (الظروف الطارئة) لإنصاف كافة الأطراف .

والله المستعان ، وهو نعم المولى ونعم النصير ، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد آله وصحبه أجمعين.

بسم الله الرحمن الرحيم

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

b.o.t.

build operate transfer

بقلم:

الأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

عضو مجمع الفقه الإسلامي بمنظمة المؤتمر الإسلامي

مقدمة البحث:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

أجمعين ، وبعد :

فلا جرم أن للمجتمعات في الوقت الحاضر ضرورياتها ، وحاجياتها ، أما وقد أصبحت

المدنية في العصر الحديث تتطلب إيجاد مرافق عامة ذات كفاءة عالية تعجز عنها ميزانيات الدول ،

وبخاصة الفقيرة فإن هذا العقد يعد نافذة للدخول إلى الحياة المدنية بكافة متطلباتها العصرية ، بل

بمثابة الخلاص للدول والحكومات لتحقيق ما تتطلبه الحياة المدنية لإيجاد البنية التحتية من شبكات

، والصرف الصحي ، والطرق ، وغيرها كالمستشفيات، والمطارات ، دون أن ترهق ميزانيتها

عقد البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملكية يرمز إليه ب:

b. o. t (contract) مشيراً إلى الكلمات الآتية :

build	b	بناء
operate	o	
transfe	t	

تشير الكلمة الأولى إلى (بناء)، والثانية إلى (تشغيل)، والثالثة إلى (تحويل) .

كنج .

هذا النوع من العقود عادة ما يجري فيه التعاقد على مشاريع البنية التحتية ، وبعد الانتهاء منه ،

وإتمامه يحول إلى الحكومات في نهاية العقد ، ويصبح ملكاً لها.

من صلاحية الشركة المنفذة الاستفادة المالية من المشروع حسب الاتفاق متمثلاً في ما

من كل من يستفيد من مرافق المشروع ، وذلك عن طريق الإجارة.

هذا الأسلوب يعطي الفرصة للمستثمر أن يغطي تكاليف إقامة المشروع، وأجور تشغيله،

وصيانتته، ومن ثم الحصول على العائد الربحي المطلوب.

من الطبيعي . أثناء مدة العقد الطويلة . أن تتغير أسعار إجارة استخدام المرافق التابعة للمشروع لارتباطها بتغير الأسعار في الداخل والخارج ، وبهذا يستطيع المقاول للمشروع أن إلى نسبة ربحية مرضية لاستثمار ماله ؛ فمن ثم يؤخذ كل هذا في الحسبان . استطاعت بعض الدول في العصر الحديث أن تنهض بمرافقها العامة ، وتكفل لمواطنيها حياة مريحة ، وذلك بتنفيذها مشاريع كبيرة ضخمة دون أن ترهق ميزانيتها . من الدول التي أجرت هذا العقد في إنجاز مشاريعها:

الهند ، كرواتيا ، اليابان ، تايوان ، الجمهورية الصينية ، ماليزيا ، الفلبين ، وهونج كونج .

بعض الدول مثل كندا ، استراليا ، نيوزيلندا يستعملون مصطلح : (b.o.o.t)

يعني هذا النوع من العقود أن تتولى الدولة نفسها إدارة المشروع، وهي اختصار :

build – own – operate –transfer

لهذا فإن شرط تحويل المشروع إلى الحكومة في نهاية العقد محذوف من الاتفاقات منذ

يتناول البحث هذا العقد بالشرح والتحليل وبيان الحكم الشرعي في قسمين رئيسيين وخاتمة

القسم الأول : بعنوان : التوصيف، والتعريف ، وتحتة ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: توصيف (b. o. t). البناء والتشغيل والتحويل، ثم تعريفه.

المبحث الثاني: أطراف العقد . أهدافه . خصائصه العامة ، والمالية.

المبحث الثالث: معايير سلامته، وأسس نجاحه، وإيجابياته.

القسم الثاني: الدراسة الشرعية التحليلية والتخريجات الفقهية، ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: الدراسة التحليلية . المقاصد الشرعية.

المبحث الثاني: التخريجات الفقهية :

عقد جديد أصالة . عقد استصناع تغليياً . قياسه على إعمار الوقف الخراب . عقد كراء.

المبحث الثالث: مسائل ووسائل تضم الموضوعات التالية:

1. مفسدات العقد وأسلوب تصحيحه شرعاً.

2. الظروف الطارئة.

3. تفريق الصفقة.

4. الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد.

5. ينتهي البحث بخاتمة تتضمن خلاصة ما سبق بيانه وبالله التوفيق.

6.

عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان

حرر في مكة المكرمة

، الموافق 2008/12/19م

القسم الأول

التوصيف والتعريف

المبحث الأول:

توصيف العقد:

يمكن توصيفه بشكل إجمالي بأنه :

اتفاق بين طرفين ، يتكفل أحد المتعاقدين (القطاع الخاص للقطاع العام، أو لقطاع خاص) إقامة مشروع بكافة متطلباته ، ثم تشغيله لمدة محددة ، يسترد خلالها مصاريف إقامة المشروع ، وأرباحه المفترضة من تأجير مرافق المشروع على العامة ، ثم تسليمه لصاحبه كاملاً من دون مطالبة بعوض.¹

كانت الحكومات تضطلع بكافة المشاريع وتمويلها ، الأمر الذي يرهق كاهلها ، فهي المصدر الوحيد لتقديم المشاريع والخدمات العامة، وتمويلها، جاء هذا العقد بديلاً عما كانت تعانيه الدول ، وتضعف عن تنفيذه .

¹ انظر: http://moc.gov.kh/laws_regulation/ank-bot.htm |

وهو صيغة تمويلية، غالباً ما تكون مدة التشغيل عشرين عاماً، أو ثلاثين عاماً، وبعد انتهاء المتفق عليها تعود الملكية لصاحب المشروع سواء من القطاع الخاص ، أو القطاع العام من دون عوض.²

" مثالان واضحان مشهوران لهذا النوع من العقود :

1. فتح قناة السويس.

2. فتح قناة بنما .

هذان المشروعان اللذان شيئا وأصبحا مثلاً مشاهداً لهذا النوع من العقود : (bot).

أصبح هذا النمط من العقود معتاداً بين الدول منذ عام 1950م.

مشروع قناة السويس؛ قامت به شركة انجليزية وفرنسية على أساس فتح القناة ، وبناء مرافقها

، ومن ثم تشغيلها ، على أن تعود للحكومة المصرية بعد تسعة وتسعين عاماً .

هذه الفكرة الأساس، والصورة الإجمالية لهذا العقد.

منذ آخر عام 1990 م أصبح جزءاً من الإصلاحات الحكومية السماح للقطاع الخاص أن

يسهم في مشروعات البنية التحتية .

هذا التوجه الحكومي جعل الدول تصرف الأموال لما هو أكثر إلحاحاً وحاجة.

بعد ذلك أخذ هذا العقد نمطاً وطابعاً معيناً يتمثل في الخطوات التالية:

² انظر <http://en.WIKIPEDIA.org/WIKI/BUILD-OPERATE-TRANSFER>, P:

- (1) يتم الاتفاق بين الحكومة وشركة خاصة أن تمنح هذه الشركة بناء مشروع معين (b)، بعد تقدير تكاليفه كاملة.
- (2) تشغيل المشروع (o) لمدة معينة، عادة من خمس سنوات إلي ثلاثين عاماً.
- (3) تسليم الشركة المشروع بعد انتهاء المدة وإعادة تملكه إلى الحكومة (t) من غير عوض
- (4) تتحمل الشركة بموجب هذا العقد كل تكاليف إقامة المشروع، وتمتلكه لفترة معينة قبل إعادته للحكومة كاملاً.
- (5) من الحقائق الثابتة أنه كلما كانت مدة تشغيل العقد طويلة فإنها تمكن المستثمر من استيفاء رأس مال المشروع، والحصول على الربح المقدر له.
- (6) وضع حد أدنى لجودة أدوات المشروع لدى انتهاء المدة واستلامه من المقاول؛ إذ الحقيقة مرافق المشروع سوف تضعف كلما طالت مدة العقد ، ولكن ذلك الشرط يوجد إمكانية تحقق السلامة والجودة المطلوبة.³
- (7) بعض المشاريع ذات العلاقة بالبنية التحتية تتطلب عقوداً عديدة ، كل عقد منها بحاجة إلى تحديد المخاطر بينه وبين بقية أطراف العقد .
- (8) سوف تظهر عدة موضوعات لدى مناقشة عقد المشروع وبقية الوثائق .

³ انظر: LARRY D.QI &Susheng Wang,BOT Contracts: Incentives and

(9) هذه هي الفكرة الأساس، والصورة الإجمالية لهذا العقد .

تعريف عقد: (b. o. t). البناء والتشغيل والتحويل:

(build operation & transfer)

يمكن تعريف هذا العقد بشكل إجمالي بأنه:

(عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محددة

خلالها مصاريفه، وأرباحه ، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).

المبحث الثاني

أطراف العقد . أهدافه . خصائصه . إيجابياته

أولاً: أطراف العقد:

يوجد عدد من الأطراف في هذا العقد الذين لهم علاقة بالمشروع .

الأطراف الرئيسون هم:

1. الحكومة أو من ينوب عنها: (government agency) فهو الذي يقوم بالتصديق

على العقد ، إضافة إلى أنه:

● يقوم بمنح الطرف الثاني المتعاقد (راعي المشروع) الموافقة على البناء، والتشغيل، وعقد

للمدة المطلوبة، وضبط كل أعمال المشروع، وخدماته.

2. راعي المشروع: ((sponsor) المسؤول عن المشروع:

عبارة عن مجموعة المالين الراغبين في المشاركة في إقامة المشروع ، والممولين له.

راعي المشروع (sponsor) ربما يأخذ شكل مؤسسة، أو شركة، أو شركة محدودة، أو

مجموعة متضامنة.

تكون مسؤولية راعي المشروع (sponsor) المادية خلال مرحلة إقامة المشروع

3. الممول (المستثمر) :

في المشاريع الكبيرة الضخمة غالباً ما يكون مجموعة من البنوك يقدمون قرضاً لمجموعة للمشروع (sponsor)، البنوك غالباً ما تتطلب ضماناً مالياً للمشروع، بل إن بعض البنوك يقدمون استعدادهم للإقراض لأي تكاليف زائدة لم تغطيها الاتفاقية.

لابد من تحديد القروض المالية المتوقعة للمشروع في جميع المراحل لتقدير المخاطر وآثار ذلك على تلك القروض.

4. المقاول: قد يكون شركة ، وقد يكون أحد أفراد مجموعة (راعي المشروع):

يقوم ببناء المشروع ، و إكماله في الوقت المحدد في حدود ميزانية المشروع حسب المتفق عليها ، وهو الذي يتحمل كامل مخاطر المشروع.

5. مقاول التشغيل والصيانة:

هو الذي يوقع العقد مع راعي المشروع على التشغيل والصيانة للمدة الطويلة للعقد، وربما إليه أحد أعضاء هيئة المشروع (sponsor).

الأمر الجوهري في عقد التشغيل هو قيام المتعهد بالتشغيل، والصيانة، وتنفيذ المطلوب حسب الاتفاقية.

اتفاقية التشغيل والصيانة بحاجة إلى تحديد الواجبات المطلوبة من المتعاقد خلال مدة العقد.

6. إعادة تمليك المشروع : transfer : من شروط إعادة تمليك المشروع للدولة

(offtake agreement) الموقعة على العقد أن تشتري ناتج المشروع من الماء ،

الخدمات الطبية ، أو الكهرباء بسعر يتفق عليه على كمية معينة.

ثانياً: أهداف العقد:

يهدف عقد (البناء والتشغيل ، وإعادة التمليك) إلى أمور مالية واجتماعية عديدة:

(1) إقامة البنية التحتية مما يحتاج إلى تمويل مالي كبير لمشاريع ضخمة تعجز عنها ميزانيات

(2) جذب القطاع الخاص للمشاركة في خطط التنمية ، وتنفيذ مشروعات البنية التحتية؛ إذ

يتم بموجب هذا العقد تقديم القطاع الخاص رأس مال المشروع على أن يتعهد القطاع

الحكومي العام بشراء الحد الأدنى من ناتج المشروع، بما يضمن لمنفذ المشروع تغطية

أثناء التشغيل ، والحصول على الربح المقدر .

(3) يعد عقد (البناء والتشغيل وإعادة التمليك) الطريقة المثلى لإسهام المال الخاص للمشاركة في

بناء المرافق العامة .

(4) تخفيض مخاطر السوق والإقراض؛ ذلك لأن الدولة هي العميل الوحيد.

(5) ثالثاً: خصائص العقد العامة:

يتميز هذا العقد الحديث بخصائص من أهمها:

1. إقامة المشاريع الكبيرة من دون تكلفة على الدول. يلجأ إلى هذا النوع من العقود غالباً

الحكومات والدول لإقامة مشاريعها الكبيرة ذات التكلفة العالية التي تعجز ميزانيتها عن تمويلها، أمثال الخطوط السريعة الطويلة ، والسكك الحديدية ، وشبكات المياه ، والصرف الصحي للمدن، والكهرباء ، والموانئ ، وشبكات الاتصال ، وتطوير الإسكان ، والمدارس ، والمطارات ، وأماكن السياحة ، والمدن الجديدة، ومحطات توليد الكهرباء، والسدود، والمصانع، وغيرها من المشاريع المدنية .

هذا النوع من العقود يعني الدولة من التكاليف العالية الباهظة .

2 . مشاركة الشركات الوطنية في خطط التنمية: يعطي الفرصة للشركات الوطنية للمشاركة في

تنمية البلاد، وتقدم لهم الدولة فرصة ثمينة لاستثمار أموالهم مسخرة في خدمة الوطن .

3 استقطاب المهارات الفنية والكفاءات الإدارية الأجنبية: يستوجب هذا إحضار المهارات الفنية

الأجنبية لإقامة المشروع. والاستعانة بالكفاءات الإدارية لإدارة المشروع لدى الانتهاء منه ؛

حيث يمنح الاتفاق على إقامة المشروع العاقد المنفذ لأن يكون صاحب الحق في إدارة

لدى تمامه لمدة يتم الاتفاق عليها ، وسيكون المسؤول عن كافة التكاليف التي يتطلبها

4 . تقدير دخل المشروع مسبقاً: من مهمات العقد بين الطرفين وضع الأنموذج لجمع دخل

المشروع، وما ينبغي اتخاذه لذلك.

5. تسليم المشروع سليماً في نهاية العقد ،على العاقد المنفذ للعقد بعد تمام مدة استثمار

حسب العقد إعادته كاملاً، سليماً بجميع مرافقه للطرف الثاني، سواء كان هذا حكومة، أو

أشخاصاً لهم شخصياتهم القانونية الاعتبارية، أو ذاتيتهم المستقلة حسب شروط العقد.⁴

الخصائص المالية لهذا العقد :

يتميز هذا النوع من العقود بخصائص مالية مهمة منها:

1. مصدر لاسترداد القروض :المقرض للمشروع أول ما ينظر للأرباح المتوقعة من المشروع

لاسترداد رأس ماله ، والفوائد التي يجنيها من ورائه.

تقدير القرض مبني على تقدير قيمة المشروع .

2. تأكيد ضمان أمن المشروع ومرافقه: للمقرض الأولوية في شروط العقد؛ حيث إن المقرض

قد أعطى ضماناً لحقوقه من المقرض بإرجاع قرضه لو قدر إفلاس المشروع.

3. معظم المشاريع الإنشائية المالية معقدة: لذا فإن الخطورة في هذه المشاريع موزعة ومقسمة

بين أطراف عديدين، كل مخاطرة تتعلق بالطرف الذي يكون أكثر مهارة ، وكفاءة للتصرف

السليم نحوها.

4. تحديد مواطن الخطورة ، والعمل على إزالتها: في حالة حصول خطر ، لا بد للمراقب أن ، الخيار في هذه الحالة إما إزالة الخطر وتذويبه ، أو وضع مسؤوليته على طرف ثالث التأمين ، أو تحديد الخطورة ومن ثم توزيعها بين المتعاقدين العاملين في المشروع .⁵

المبحث الثالث

معايير سلامة العقد وأسس نجاحه، وإيجابياته

لهذا العقد عناصر رئيسة لا بد من تحديدها ، وتحريها ، والتصريح بها حتى يتم العقد بصورة كاملة من الناحية الفقهية القانونية ، في ضوء النقاط التالية يتم تنفيذ المشروع بصورة قانونية مرضية .

أولاً: معايير سلامة العقد :

1. تحديد المسؤول عن استثمار رأس المال .
2. معرفة مقدار القرض والأدوات التي يحتاجها المشروع .
3. تحديد التقنية المطلوبة لإقامة المشروع.
4. حقوق المقرض لإقامة المشروع .
5. الواجبات المطلوبة من راعي المشروع ، وما هي مسؤولياته بخصوص تمويل احتياجات المشروع حتى اكتماله.
6. الشروط المطلوبة للمشرف العام على المشروع .

7. الأمور التي يجب اتخاذها في حالة الرغبة في إعادة مناقشة الاتفاقية.
8. كيفية تحديد المسؤولية بين القطاع الخاص ، والقطاع العام .
9. هل الاتفاقية تقدم معادلة منصفة فيما لو حدث اختلاف بين أطراف الاتفاقية ؟
10. تحديد من يتولى التشغيل والصيانة، ويتحمل المخاطر .
11. تحديد المخاطر السياسية .
12. تحديد مخاطر التمويل .
13. تحديد مخاطر الأنظمة على المشروع.
14. كيفية معالجة مخاطر المشروع .
15. تحديد مسؤولية مخاطر بناء المشروع.
16. تحديد من يتحمل مخاطر التشغيل والصيانة.
17. كيفية قياس كفاءة تشغيل المشروع، ومراقبته.
18. الشروط المطلوبة لإعلام المشرف على المشروع، أو الممول للمشروع.
19. كيفية تحويل المشروع بمرافقه لمن يتولى تشغيل المشروع.
20. بيان الاتفاق المطلوب لكل مرحلة .
21. كيفية التوصل إلى الحل فيما لو حدث اختلاف على بعض الأمور .

22. ذكر الجهة التي يحتكم إليها في حال حدوث اختلاف بين أطراف العقد، والقانون

الذي يلجأ إليه .

23. إدارة العقد، حدوده، وأبعاده .

24. امتداد حدود خدمات العقد المكانية .

25. تحديد مدة العقد .

26. حقوق ، وواجبات من يقوم بتشغيل المشروع .

27. تحديد المسؤول عن صرف رأس المال على مرافق المشروع،⁶

ولابد من مراعاة معايير سلامة هذا العقد، وتقدير الظروف الطارئة :

كما أنه لابد من معرفة النقاط التالية في المشروع:

1. تحديد المسؤول بإصدار فواتير الاستهلاك فيما لو كان المشروع له علاقة بالماء ، أو الكهرباء،

أو الصرف الصحي .

2. تحديد المسؤول عن استثمار رأس المال؟

3. تحديد مقدار الديون التي يحتاجها المشروع .

4. تحديد الجوانب الفنية للمشروع .

<http://www.worldbank.org/html/fpd/water/wstoolkits/Kit3/kit3->

21.html.,

⁶

5. حقوق المقرض في المشروع المؤسس على عقد bot.

6. مسؤولية المانح بخصوص تزويد المشروع باحتياجاته ، وتسهيل تحويله لأصحابه.

7. تنظيم التعرفة للمستفيدين من المشروع.

ثانياً: أسس نجاح العقد:

يعتمد نجاح هذا النوع من العقود على :

1. إيجاد الحوافز والمنافسة على الدخول في مثل هذه المشاريع .

2. كفاءة الشركات المتقدمة لإقامة المشروع، أوالمشاريع.

هذان الأمران مهمان جداً ، بل يعتبران بمثابة التوأم .

3. تحديد قيمة إقامة المشروع أثناء الاتفاق؛ ليتم في ضوء ذلك تقدير الأرباح للشركة المقاوله.

4. العلاقات الطيبة المباشرة بين أطراف العقد، ومراقبة كل واحد الحالات التي تؤثر في سلامة

العقد.⁷

إيجابيات العقد :

لهذا العقد إيجابيات عديدة منها:

⁷ انظر: BUIGD OWN OPERATION TRANSFER (BOOT) PROJECTS,

<http ; /www.mcmullan.net?eclj?BOT>html

1. يوفر مرافق مدنية للبلاد . من دون إثقال ميزانية الدولة بما يكلفها مالياً . لصرفها في مصالح وطنية أخرى,

2. يحضر مهارات الشركات المتخصصة المؤهلة في مشروع معين ، وإدارته بكفاءة بعد الانتهاء منه .

3. تدريب العمالة الوطنية : هذا النوع من العقود يعطي الفرصة للعمالة الوطنية على التدريب لإدارة المشروع بكفاءة بعد انتهاء فترة العقد وتحويل المشروع إلى إدارة البلاد " ويمكن الاستفادة من تجربة الصين في هذه الجزئية التي تشترط عقد دورات تدريبية مستمرة للفنيين الصينيين ، كما يتم إلزام شركة المشروع بتدريب العناصر المحلية التي سوف تتولى تشغيل وصيانة المشروع بعد تسليمه للحكومة"⁸.

4. " نقل التكنولوجيا : يمثل نقل التكنولوجيا أحد أهداف مشروعات **b.o.t**. ما يستوجب التنبه لهذه المسألة عند إعداد اتفاقية المشروع ، وتعتبر تجربة المكسيك من أبرز التجارب مجال السياسات والضوابط المرتبطة بنقل التكنولوجيا ؛ إذ تم إنشاء جهاز حكومي بتقييم واختيار أنواع ومستويات التكنولوجيا المنقولة ، ووضع الجهاز عدداً من الضوابط والقيود على التكنولوجيا المنقولة أهمها: رفض جميع أنواع التكنولوجيا التي لها نظائر في المحلية ، ورفض التراخيص المشروطة بالتعامل مع موردين معينين لتوريد مستلزمات

⁸ البشبيشي، أمل نجاح ، نظام البناء والتشغيل والتحويل **B.O.T**، (الكويت : المعهد العربي للتخطيط ، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية ، العدد الثاني والثلاثون / أغسطس / آب 2004، السنة الثالثة، ص10.

إضافة إلى اشتراط القانون المكسيكي في حالات النزاع ، وفي الصين يلزم القانون شركة المشروع بتسليم كل متعلقات المشروع من تكنولوجيا ومعدات وخلافه في نهاية فترة دون تعويض⁹

5. تسترد الشركة المقاوله تكاليف المشروع ، والأرباح المقدرة لها منه من تشغيله .

6. تتحمل الشركة المقاوله صيانة المشروع حتى تسليمه بحالة جيدة.

7. تزداد أرباح الشركة المقاوله كلما طالت المدة ، وكانت جودة المشروع عالية.

القسم الثاني

الدراسة التحليلية والتخريج الفقهي

المبحث الأول

الدراسة التحليلية الفقهية لعقد البناء والتشغيل وإعادة الملك ومقاصده الشرعية

أولاً: التحليل الفقهي:

يعتمد البحث أولاً على التحليل الموضوعي للخروج بتصوير فقهي مناسب .

يشتمل عقد (البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملك) على أربعة عقود:

1. عقد البناء.

⁹ بشبيشي، أمل نجاح ، نظام البناء والتشغيل والتحويل ، B.O,T ، ص 11.

2. عقد التشغيل.

3. عقد الصيانة.

4. عقد التحويل (إعادة الملك) بإعادة المشروع لأصحابه.

هذه العقود الرئيسية، ولكل واحد منها مواصفاته، وشروطه ، المواصفات الدقيقة التي يتفق عليها المتعاقدون لإبرام العقد ، وهو الأمر الذي لا تفرط فيه جهات التعاقد بحال ، بل إنها تدون الاتفاقات كل التفاصيل بشكل دقيق بكل ماله تعلق بالمشروع .

بشيء من الدقة والتأمل نجد أن كل واحد من هذه العقود الأربعة يشتمل على عقود متعددة الباطن، متنوعة مثلاً :

عقد البناء كلمة (البناء) ليس المقصود منها المعنى الحرفي بل المقصود إقامة مشروع حسب طبيعته سواء يكن بناء ، أو شق قناة ، أو إقامة جسر ، أو إنشاء طريق سريع ، أو غير ذلك ، وإن يكن البناء أساس العقد فتشييد المشروع يحتاج إلى متطلبات عينية بحاجة إلى إبرام عقود شراء ، أن المشروع بحاجة إلى مهارات وحرف متعددة حسب متطلباته من الأعمال الفنية فيستدعي هذا إبرام عقود شراء ، وإجارة ، وكفالة ، وتأمين إلى غير ذلك من العقود الأخرى .

كل هذه الأعمال تتطلب عقوداً يجريها القائم بالمشروع، تختلف حسب طبيعة العمل

عليه.

كذلك عقد التشغيل والصيانة له شروطه ومواصفاته الخاصة التي لا بد من وصفها، وضبطها في الاتفاقية، وتحديد قيمة الأجور لاستخدام الجمهور للمشروع، وتحديد أوصاف المشروع بكل دقة عند تسليمه للعائد المحلي.

من الأمور التي تهتم بها أمثال هذه العقود، ومن أجل ضبط الجوانب المالية والإدارية لا بد من التركيز على العناصر التالية وتوضيحها:

1. رأس المال.
2. وصف رأس المال، والاستثمار.
3. الشروط المتعلقة بالبيع والشراء، وما له علاقة برأس المال.
4. تنظيم وإدارة الشركة المنفذة للعقد.
5. صلاحيات الإدارة، ومسؤولياتها، و الهيئة المنظمة.
6. الإجراءات، والاجتماعات للهيئة الإدارية.
7. حالات وإجراءات الفسخ والإلغاء ذات العلاقة بالشركة.
8. حقوق وواجبات الشركة المنفذة للمشروع والمستثمر التي لا بد منها في العقد.
9. الإجراءات التي تتخذ لتعديل بعض نقاط وفقرات الاتفاقية.¹⁰

¹⁰<http://www.bvom.com/resours/vnBUSIness.asp?Document=LAW&nDocument=BOT,P6>.

ثانياً: المقاصد الشرعية من عقد البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملك (b.o.t.):

لابد لصحة أي عقد قديم ، أو حديث أن يتطابق مع المقاصد الشرعية ، والمصالح الشخصية التي لا تتعارض مع مبدأ من مبادئ الشريعة . هذه قاعدة مهمة في صحة العقود قديمها وحديثها؛ لهذا فإنه من الضروري البحث عن هذا المعيار الشرعي بعد صحة العقد من ناحية الشروط ، والأركان، وخلوه من أسباب الفساد والبطلان :

يشتمل هذا العقد على مجموعة من المقاصد الشرعية المعتبرة في العقود؛ والمصالح المحققة للمكلفين؛ إذ إن مصلحة المكلفين لها اعتبار كبير في الشرع:

" فإن الشريعة مبناها ، وأساسها على الحكم ، ومصالح العباد في المعاش ، والمعاد ، وهي كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها . وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ومن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل ؛ فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه ، وعلى صدق رسوله صلى الله عليه وسلم أتم دلالة وأصدقها ، وهي نوره الذي أبصر به المبصرون ، وهداه الذي به اهتدى به المهتدون ، وشفأؤه التام الذي به دواء كل ، وقد جمع هذا العقد من مقاصد الشريعة ما لم يجتمع في عقد آخر من حيث شمول مقاصده

¹¹ ابن القيم ، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، الطبعة الأولى تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد (مصر : المكتبة التجارية الكبرى ، عام 1955/1374) ، ج3 ، ص14 .

للمجتمع ، والأفراد ، ونمو الأموال ما لم يجتمع في كثير من العقود الحديثة من أهم هذه المقاصد الشرعية:

1. تلبية حاجة المجتمع الإنساني، وإسهامه في توفير سبل الراحة للفرد والجماعة بأسلوب علمي عملي محكم.

2. تنمية الأموال واستثمارها بطرق مشروعة في ما يفيد المجتمع الإنساني من المشروعات

3. تخفيف الأعباء المالية عن الدول وبخاصة الفقيرة.

4. صيانة الممتلكات، والمحافظة عليها للاستفادة منها لوقت أطول.

5. توفير الخبرات اللازمة، وتأهيل المجتمعات النامية لأعمال الإنشاء، وخدمات الصيانة بأعمالهم مستقبلاً.

6. نزع فتيل الخلاف: وذلك بدقة العقد وتفصيل الحقوق والواجبات لكافة الأطراف بما يمنع

الخصومة، وهو المعتاد في مثل هذه العقود ؛ إذ كلما كانت بنود الاتفاق دقيقة، مفصلة،

توضح حقوق كل طرف في العقد ، يكن هذا أدعى إلى منع الخصومة فإذا صحت أركان

وشروطه ، وخلا من المحظور في فقه المعاملات ، وحقق العقد المقاصد الشرعية ،

الشخصية التي لا تتعارض والمبادئ الشرعية ، وخلا من المحظورات الشرعية كلاً وجزءاً فإنه

ينتج عن هذا صحة العقد وما يترتب عليه من آثار.

المبحث الثاني

التخريجات الفقهية

يمكن تخريج هذا العقد فقهاً عدة تخريجات بشرط خلوه من أي محذور شرعي تتمثل في

العقود التالية:

1) عقد جديد أصالة.

2) عقد استصناع تغليياً.

3) القياس على إعمار الوقف.

4) عقد كراء.

التخريج الأول:

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

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

يخرج أصالة على القاعدة الفقهية المشهورة:

(الأصل في العقود الإباحة) يوضحها تفصيلاً العبارة التالية:

" وأما العقود والشروط ، والمعاملات فهي عفو حتى يحرمها الله تعالى ؛ ولهذا نعى صلى الله

وسلم على المشركين مخالفة هذين الأصلين ن وهو تحريم مالم يحرمه ، والتقرب بما يشرعه ،

سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله ؛ فإن

ما أحله الله ، والحرام ما حرمه ، وما سكت عنه فهو عفو ، فكل شرط وعقد ، ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها ، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير إهمال ، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه...¹²

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

يعد عقد (b.o.t) البناء والتشغيل والتمليك في توصيفه ، وتعريفه السابقين عقداً جديداً من عقود المعاملات الحديثة يشتمل على عقد مقاوله ، وعقد إجارة، وعقد صيانة ، وعقد إعادة الملك فهو عقد متعدد ، متنوع، وفي ما يأتي يتم الكلام تفصيلاً عن كل عقد من هذه العقود :

¹² ابن القيم إعلام الموقعين ، ج1، ص 344.

عقد المقاوله :

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

1. عقد البناء.

2. عقد التشغيل .

3. عقد الصيانة .

4. وأخيراً عقد إعادة الملك .

كل واحد من هذه العقود يدخل تحته عقود عديدة يرتبط بها المتعاقدون، يستحيل الحكم جميعاً حكماً عاماً بالصحة ما لم تعرف تفاصيل كل منها ، كل ما في الأمر أنه توجد قواعد عامة من تحريها وتوخيها في كل مرحلة من مراحل العقد .

عقد (البناء) (b.o.t) يشتمل على بذل عمل وتقنيات فنية عديدة يشترك فيه المهندسون اختلاف تخصصاتهم من تخطيط معماري ، وهندسة ، و فنيون ، و حرفيون في مجالات مختلفة وسباكة ، و نجارة ، و ديكور وغير ذلك مما يتطلبه كل مشروع من هذا النوع يختلف عن الآخر باختلاف طبيعته ، ولما كانت أعمال هذه المرحلة متعددة ، و متنوعة فإن مثل هذا العقد يدخل

(عقد المقاوله) : وهو العقد الأول:

تم تعريف هذا العقد من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في القرار رقم 129(14/3) ، ووضع تفاصيل هذا العقد ، وضوابطه الشرعية التي تحميه من الانزلاق في الخصومات تحت العنوان التالي:

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

" إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من 8 إلى 13 ذو القعدة 1423 هـ . ، الموافق 11-16 كانون الثاني (يناير) 2003م ، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاولة ، والتعمير : حقيقته ، تكييفه ، صوره ، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله ، ومراعاة لأدلة الشرع ، وقواعده ، ومقاصده ، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات¹ لما لأهمية عقد المقاولة ، ودوره الكبير في تنشيط الصناعة ، وفتح مجالات واسعة للتمويل ، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي :

1. عقد المقاولة : عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً ، أو يؤدي عملاً مقابل بدل

يتعهد الطرف الآخر ، وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند

الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل .

2. إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم 65 (7/3) بشأن

الاستصناع.¹³

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

4. يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:

1- الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات ، والمخططات

والمواصفات المحددة بدقة.

2- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة ، والكمية

، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.

3- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية ،

في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات ، وقوائم مالية دقيقة ، ومفصلة ،

13 جاء هذا في قرار رقم 65(37) بشأن عقد الاستصناع بعد الديباجة قرر ما يلي:

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

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

ـ بيان جنس المستصنع ، ونوعه ، وقدره ، وأوصافه المطلوبة.

ـ أن يحدد فيه الأجل.

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

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة".

قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة ، الطبعة الثانية (دمشق : دار

القلم ، وجدة : مجمع الفقه الإسلامي ، عام 1988/1409 ، ص144.

محددة بالتكاليف برفعها للجهة المحددة في العقد ، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة

للنسبة المتفق عليها.

5. يجوز أن يتضمن عقد المقاولة شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ، ما لم يكن هناك ظروف قاهرة ، وتطبق في هذه الحال قرار المجمع في الشرط الجزائي رقم
6. يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله ، أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة ، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.
7. يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.
8. إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره فالمقاول عوض مثله.
9. إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى ، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات ، أو الإضافات .
10. يضمن المقاول إذا تعدى، أو فرط، أو خالف شروط العقد ، كما يضمن العيوب والأخطاء التي يتسبب فيها ، ولا يضمن ما كان بسبب من رب العمل ، أو بقوة قاهرة
11. إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.

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

13. المقاول مسؤول عن عمل مقاوليّه من الباطن ، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.

14. لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.

15. يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.

16. لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد".¹⁴

بهذه القواعد والضوابط ، والشروط يصح الجزء الأول من عقد (البناء والتشغيل وإعادة التمليك) إذا استوفى الشروط المطلوبة أعلاه.

العقد الثاني: عقد التشغيل (عقد إجارة):

يعد تشغيل المنشأة عملاً تقوم به الشركة التي أقامتها بغرض استرداد المصاريف التي أنفقتها على المشروع، ؛ حيث تتقاضى قيمته بموجب العقد من أجور استخدام المشروع من قبل الجمهور

¹⁴ قرارات وتوصيات الدورة الرابعة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي ، الدوحة (دولة قطر) 138 ذو القعدة 1423 هـ /

وظيفة خدمات التشغيل تؤديها الشركة المتعاقدة المنفذة للمشروع ، تحتاج من أجل تنفيذها إلى من الخبراء والموظفين لأداء العمل على الوجه الصحيح.

المبالغ التي تتقاضاها هذه الشركة هي :

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

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

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

عقد الإجارة الوارد على العمل شائع بين أرباب الحرف والمهارات، من صانعين، وأطباء، ومهندسين، ومعماريين، وناسخين، وغيرهم مما يحتاج المجتمع إلى خدماتهم. .."15

هذا العقد يخضع لعقد الإجارة أركاناً وشروطاً ، وأوصافاً، صحة ، وبطلاناً.

العقد الثالث: عقد الصيانة (إجارة على عمل):

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

¹⁵ ابو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ممهّدات وقرارات، الطبعة الأولى (الدمام

: دار ابن الجوزي، عام 1426هـ) ، ص 277.

يأتي ضمن العقود المتعددة للمشروع، وذلك بالمحافظة عليه سليماً من حيث الأداء السليم

تسليمه، وإعادته لأصحابه.

بهذا التحليل يصبح عقد (البناء ، والتشغيل ، والصيانة) عقداً مستقلاً ، قائماً بذاته ، انبثق

عنه مجال التعاملات في العصر الحديث .

هذا التخريج يثري قسم المعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، وهو مناسب لأن ينضم ضمن

المعاملات في الفقه الإسلامي ؛ حيث يتلاءم معه تشريعاً ومقصداً .

التخريج الثاني:

عقد استصناع تغليياً:

يخرج عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك (b.o.t .) على عقد الاستصناع تغليياً ؛ حيث هو

أساس العقد ، ومعظمه ، لا وجود للمشروع دونه، وما عداه مما يأتي بعده من العقود مبني عليه.

يخرج هذا العقد شرعاً بأوصافه السابقة في مرحلته الأولى (البناء) على عقد (الاستصناع)

كما يتضح من التحليل التالي:

عقد (البناء) وهو الجزء الأول في العنوان ، وفي أوليات العقد مبناه جملة وتفصيلاً إيجاد

لمشروع إنشائي كامل بين طرفين لهما أهليتهما الشرعية ، موضوع العقد هيكل المشروع: مواده

معلومة ، ومواصفاته محدودة ، بدقة وعناية ، بما في ذلك الخبرات الفنية المطلوبة ، ومدة الإنجاز

، وتشبيهاً ، وتقدير قيمته إنشاءً ، ينطبق حقيقة على عقد الاستصناع تعريفاً بأنه:

" طلب العمل من الصانع (المقاول) في شيء مخصوص، وفي البدائع : من شروطه بيان المصنوع ، ونوعه ، وقدره ، وصفه ، وأن يكون مما فيه تعامل ، وأن لا يكون مؤجلاً ، وإلا كان سلماً ، وعندهما : المؤجل استصناع إلا إذا كان مما لا يجوز فيه الاستصناع فينقلب سلماً في جميعاً¹⁶"

وقد صدر قرار 65(7/3) بشأن عقد الاستصناع من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 . 12 ذي القعدة الموافق 9 . 14 أيار (مايو) 1992 م .

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

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

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

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

¹⁶ ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر ، رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) ، ط.د. بيروت : دار إحياء التراث العربي ، ت.د.، ج4، ص212.

2- أن يحدد فيه الأجل .

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

محددة رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم

هناك ظروف طارئة، والله أعلم"¹⁷

الجزء الثاني (عقد التشغيل) جزء مكمل للمشروع ، يشخص بأنه (عقد إجارة على عمل)،

حسب التفصيل الآتي:

عقد التشغيل:

هو المرحلة الثانية بعد تمام المشروع فالعقد في هذه المرحلة يدخل تحت باب الإجارة ؛

ذلك أن العقد ينص على أجره تشغيلاً ، والفترة المقدرة لتشغيله ، تحصيلاً لرأس المال ، وتقدير

الأرباح والاستثمار.

¹⁷ مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي- جدة، قرارات وتوصيات للدورات 10، القرارات 1

97 الطبعة الثانية ، تنسيق وتعليق عبد الستار أبو غدة (جدة: مجمع الفقه الإسلامي ، عام 1998/1418)،

ص144.

عقد الإعادة:

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

التخريج الثالث:

القياس على إعمار الوقف الخراب.

يخرج هذا العقد على بعض مسائل الأوقاف إذا خربت وتعطلت منافعها ، ولا يجد عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة وليس للوقف موارد لعمارته ، وإحيائه ، فمن ثم فكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجاد حل للإفادة من الوقف بإعمارها بأسلوب من أساليب عدة ، كان من بينها عقد (البناء ، والإشغال) وإن لم يكن معروفاً بهذا العنوان، وذلك بعد استيفاء المتعاقد تكاليف الإعمار بسكنه ، واستثماره مدة معلومة، إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة التي حبس من أجلها ، وهو الاستفادة من:

الفقه الحنفي: القياس على بعض حالات الوقف:

قال العلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين :

(مطلب في الوقف إذا خرب ولم يمكن عمارته):

" قال في الدر المنتقى إن الخان لو احتاج إلى المرممة آجر بيتاً ، أو بيتين ، وأنفق عليه ، وفي

رواية يؤذن للناس بالنزول سنة ، ويؤجر سنة أخرى ، ويرم من أجرته ، وقال الناطفي: القياس في

المسجد أن يجوز إجارة سطحه لممرته. محيط " .¹⁸

التخريج الرابع:

(عقد كراء):

الفقه المالكي:

نصوص المذهب المالكي تعطي أمثلة عديدة يصنف هذا العقد تحت عقد (

الدور)¹⁹ ، وهذا كما في :

" مسألة ابن القاسم :

قال ابن القاسم في رجل أعطني عرصتك هذه أبنيتها بعشرة دنانير ، أو بما دخل فيها ، على

أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت ؟

¹⁸ حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار ، الطبعة الثانية ، (مصر شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي) ، ج3، ص382.

¹⁹ يعرف الملكية الكراء بأنه " بيع منفعة ما لا يمكن نقله " مثل الدور والأرضين مما لا ينقل ، ويفرقون بينه وبين الإجارة وهي : " بيع منفعة ما يمكن نقله غير سفينة ، ولا حيوان لا يعقل ، بعوض غير ناشيء عنها ، بعضه يتبعض بتبعيضها " ، انظر : أبو عبد الله محمد الأنصاري الرضاع ، شرح حدود ابن عرفة ، الطبعة الأولى تحقيق محمد أبو الأحضان ، والطاهر المعموري (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، عام 1993) ، ج2، ص516، 524.

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

قال محمد بن رشد :

هذا مثل ما في رسم البر من سماع ابن القاسم من كتاب كراء الدور ، وهو كما قال ؛ لأنه إن سمي عدة ما بينها به ، ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة كان كراء مجهولاً ، وإن سمي ما يكون عليه في كل سنة ، ولم يسم ما بينها به كان الكراء معلوماً ، وأمده مجهولاً ، وإذا سمي الوجهين كان كراء معلوماً إلى أجل معلوم فجاز .

وإنما جاز وإن لم يبين هيئة بناء العرصة والأغراض في ذلك مختلفة من أجل أن المكثري كالوكيل له على ذلك ، فإذا بنى العرصة على الهيئة التي تشبه أن تبني عليها لزمه ، كمن وكل رجلاً أن يشتري له ثوباً ، أو جارية فاشترى له ما يشبه أن يشتري له من ذلك لزمه ،

ولو وصف البنيان ، وعدد ما يسكنها من السنين لجاز ،" .²⁰

"وسئل مالك عن رجل تكارى عرصة خربة على أن ينفق عليها ، ويكون كراؤها كذا وكذا ، قال مالك : أرى أن يسمى ما ينفق فيها ويقاصه بذلك في كراء ما تكارى به من السنين .

فقيل له : أفجعل كراءها دراهم ؟

²⁰ ابن رشد ، أبو الوليد الفرطبي ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة ، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال ، محمد الحجري (بيروت : دار الغرب الإسلامي ، 1984/1404) ، ح8 ، ص461 .

قال : بل أجزاء يجعل نفقته عشرة دنانير ، وكراءها إياها عشرين سنة ، في كل سنة نصف دينار ، أو أقل من ذلك ، أو أكثر من السنين والأجزاء ، فعلى هذا يتكاري المتكاريون ، ويكري صاحب الدار .

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

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

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

وقول ابن المواز : إن البناء إذا كان للمكثري فلا أحب اشتراطه في أصل الكراء صحيح بين ؛ لأنه إذا اشترط ذلك عليه فقد وقع الكراء على أن يأخذ المكثري من المكثري بنيانه بقيمته مقلوعاً عند انقضاء أمد الكراء ، وذلك غرر لا يجوز ،

وإنما لم ير في الرواية أن يجعل كراءها دراهم إذا كان ينفق فيها دنانير ، ويفاصله بها في الكراء ؛ لأنه يدخله عدم المناجزة في الصرف ؛ إذ لا يحل الكراء عليه إلا بالسكنى شيئاً بعد شيء ، ولو قال: أكتري منك العرصة لعشرين سنة بعشرة دنانير ، نصف مثقال لكل سنة على أن أنفق فيها مائة درهم من مالي تكون مقاصة بالكراء ،

أو قال أكتري منك العرصة بمائة درهم من مالي تكون مقاصة الكراء ، أو قال أكتري منك العرصة بمائة درهم لعشرين سنة على أن أنفق فيها عشرة دنانير تكون مقاصة بالكراء لجاز ذلك ، سمح القول ؛ لأن الأمر يؤول فيه إلى صحة الفعل ، وهو كراء العرصة عشرين عاماً بالعدد الذي أنه ينفق فيها ، وبالله التوفيق".²¹

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

²¹ ابن رشد ، البيان والتحصيل ، ج 9 ، ص 17.

المبحث الثالث

مسائل ووسائل

تقديم:

إن هذا العقد يمتد غالباً سنين عديدة تستمر إلى عقد ، أو عقدين من السنين ، تتأثر فيها الأجور وتعرض أسعار المواد علواً وهبوطاً في الثابت والمنقول من البضائع بالغلاء والرخص، أحياناً بأسباب الفساد والبطلان ، وتؤثر سلباً على استمرار العقد وسلامته يكون لها تأثير سلبي على المتعاقدين ، أو أحدهما بخاصة ، أو على المجتمع بعامه.

من أجل ضمان استمرار العقد على وجه صحيح ، وفي مواجهة بعض ما يطرأ من شؤون ليس للمتعاقدين فيه تسبب وجدت احتياطات وحلول شرعية عملية عديدة تعالج ما قد يطرأ على هذا كله، أو جزئه يهدد سلامته، واستمراره ، يلجأ إلى الوسائل الفقهية التالية لمعالجة صحته ، والعمل على استمراريته من دون انقطاع حتى تمامه من أهمها ما يأتي:

أولاً: تصحيح مفسدات العقد شرعاً:

اختلال ركن، أو شرط من شروط العقد ، أو عدم الأخذ بقاعدة شرعية يؤثر على صحته بالفساد، والبطلان ، ومن ثم على استمراره.

استمرارية المشروعات الضخمة التي تقوم على أساس هذا العقد غالباً ما تحتاج إلى رأس مال كبير تعجز عن تمويلها الشركات والمؤسسات العامة وحدها ، وغالباً ما تلجأ إلى الاقتراض من

، أو البيوت التجارية الكبيرة ، وهذه عادة لا تسمح بالإقراض إلا بعد فرض نسبة ربوية على مبلغ القرض ، وهو مبطل للعقد في الفقه الإسلامي .

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 العقد.

العلاج لمشكلة ضيق رأس المال لتمويل المشروع الضخم هو إسهام 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 بطريقة شرعية سليمة.

إذ حكم لبعض العقود الحديثة بالصحة ابتداءً ، ومنها عقد (نظام البناء والتشغيل وإعادة) الذي يرمز إليه (b.o.t) فلا بد فيه من مراعاة المقاصد الشرعية والقواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي يجب عدم الإخلال بها لصحة العقد :

منها: ما ذكره القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي بقوله:
" وإذا اعتبرت الأسباب التي من قبلها ورد النهي الشرعي في البيوع ، وهي أسباب الفساد العامة ، وجدت أربعة:

أحدها: تحريم عين المبيع.

والثاني: الربا.

والثالث: الغرر .

والرابع : الشروط التي تؤول إلى أحد هذين ، أو لمجموعهما .

وهذه الأربعة هي بالحقيقة أصول الفساد، وذلك أن النهي إنما تعلق فيها بالبيع من جهة ما هو

بيع، لا لأمر من خارج.

وأما التي ورد النهي فيها لأسباب من خارج فمنها:

الغش، ومنها:

الضرر، ومنها :

لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ، ومنها :

لأنها محرمة البيع".²²

يؤكد هذا ما ذكره القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله تعالى في مجال ما

يعرض العقود للبطلان:

" وما يرجع إلى صفة العقد ضروب منها : الربا، ووجوهه ، ومنها الغرر وأبوابه ، ومنها

المزابنة²³ ، والبيع والسلف ، وغير ذلك..."²⁴

²² بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى ، تحقيق ماجد الحموي(بيروت: دار ابن حزم ، عام 1416/

1995)، ج3، ص1160.

الضمان البنكي إن كان مبنياً على تقدير المصاريف الإدارية فحسب فلا غبار عليه شرعاً، أو كان للشركة رصيد موجود بالبنك (غطاء) يكون البنك حينئذ وكيلًا عن الشركة، ويكون للبنك حكم الوكالة في أخذ الأجر على الوكالة، أو كان بغير (غطاء) فإن ما زاد على أجر المصاريف الإدارية غير مقبول شرعاً، قد فصل القول في هذا الموضوع، وأوجد له الحلول الشرعية قرار الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي رقم: 12(2/12) بالتفصيل، وذكر الحل في التالي:

" إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد بجدة من 16.10 ربيع الآخر 1406 هـ / 28.22 كانون الأول (ديسمبر) 1985م، وبعد النظر فيما أعد في خطاب الضمان من بحوث ودراسات، وبعد المداولات والمناقشات المستفيضة تبين منها:

أولاً: أن خطاب الضمان بأنواعه الابتدائي والانتهايي لا يخلو إما أن يكون بغطاء، أو بدونه، فإن كان بدون غطاء فهو ضم ذمة الضامن إلى ذمة غيره فيما يلزم حالاً، أو مآلاً، وهذه هي حقيقة ما يعنى في الفقه الإسلامي باسم: الضمان، أو الكفالة.

وإن كان خطاب الضمان بغطاء فالعلاقة بين طالب خطاب الضمان وبين مصدره هي:

الوكالة، والوكالة تصح بأجر، أو بدونه مع بقاء علاقة الكفالة لصالح المستفيد (المكفول له).

²³ عند المالكية "بيع معلوم بمجهول، أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما" الرضاع، شرح حدود ابن عرفة، ج1، ص347.

²⁴ التلقين، الطبعة الأولى (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام 1413هـ)، ص106.

ثانياً: إن الكفالة هي عقد تبرع يقصد به الإرفاق والإحسان، وقد قرر الفقهاء عدم جواز أخذ العوض على الكفالة؛ لأنه في حالة أداء الكفيل مبلغ الضمان يشبه القرض الذي جر نفعاً على المقرض، وذلك ممنوع شرعاً.

قرر ما يلي:

أولاً: إن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان ، والتي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته ، سواء أكان بغطاء ، أم بدونه.

ثانياً : إن المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه جائزة شرعاً مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل ، وفي حالة تقديم غطاء كلي ، أو جزئي أن يراعى في تقدير المصاريف خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء ، والله أعلم".²⁵

ثانياً : الظروف الطارئة :

قد يبرز إلى الواقع حدث طارئ عصيب غير متوقع خلال إقامة المشروع ، وهي التي تكون خارجة عن إرادة أطراف العقد مثل : الحرب ، الزلازل ، الفيضانات ، الحريق ، العواصف ، غلاء الأسعار بصورة مفاجئة ، وما ماثل ذلك ، غالباً ما تنشأ خلال العقود الطويلة، هذا بلا شك يزيد من تكاليف المشروع ، وقد يؤدي إلى التوقف إذا لم يعالج بالسرعة المطلوبة.

²⁵ قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي ، جدة، ص25.

لهذه الظروف التي لم تكن في حساب المتعاقدين اعتبار في الشريعة الإسلامية ، تحفظ بين مصالح المتعاقدين بما يخفف وقع الخسائر ، والأضرار التي تنشأ عن ما لم يكن في الحساب أحداث تؤثر على إقامة المشروع واستمراره، ومن ثم على أطراف العقد ، حينئذ يلجأ إلى ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة) حيث يتم النظر بين العقد في صيغته ، وبين واقع المشكلة ، ويجري التوفيق بين مصالح أطراف العقد بروح العدل والإنصاف ، دون إجحاف ، أو تحيز لطرف دون آخر.

ثالثاً: تفريق الصفقة:

هذا مصطلح فقهي معرفته ضرورية ومهمة لمثل هذه العقود فيما لو طرأ طارئ يؤثر على العقد في بعض جوانبه فساداً، إن اعتبار هذه القاعدة الفقهية ، والأخذ بها يجعل العقد صحيحاً ، وقائماً في الجانب الصحيح ، باطلاً في الجزئية المفسدة للعقد لاغير، خصوصاً وأن كل مرحلة في المشروع محددة ، مدونة تفصيلاً من حيث : العمل ، وال عوض ، والأجل.

بهذا يستمر العمل في الجانب الصحيح ، ويعالج بالطرق الشرعية ، والقوانين الفقهية ما

فيه شروط صحة العمل .

يذكر في تفسير هذا المصطلح الفقهي المكون من كلمتين : (تفريق)، و (صفقة)

معنى التفريق: التجزئة والاختلاف ، صحة بالنسبة لشيء، وفساداً بالنسبة لآخر.

الصفقة: ضرب اليد على اليد ، والعرب كانوا يتصافقون عند تمام العقد ، فسمي العقد بها بعلاقة المجاورة ، وتفريق العقد بسبب المعقود عليه ، وتفريقها إما في الابتداء ، أي ابتداء العقد ، أو الدوام والانتهاء ، أو في اختلاف الأحكام.²⁶

يتضح من هذا أن : "معنى تفرق الصفقة : تفريقها في الحكم ، ففي حالة تفصيل الثمن مثلاً يجوز للمشتري قبول أحد المبيعين ورد الآخر ، وفي حالة تعدد العاقدين له رد نصيب أحدهما وإبقاء الآخر ، وفي حالة الجمع بين الحلال والحرام في صفقة يصح العقد في الحلال ، ويبطل في

27 ."

رابعاً: الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد:

تحتل معظم الأوقاف في البلاد الإسلامية وبخاصة في بلاد الحرمين الشريفين مواقع مهمة أصبحت تمثل المنطقة المركزية الأهم في هذه البلاد ، وهي الأقرب للأماكن المقدسة حيث يتركز حولها النشاط التجاري، ومع مرور الزمان قد ضعف دخلها ، أو خربت حتى أصبحت غير قابلة للسكنى ، ولا تدر دخلاً مجزئاً يكفل إصلاحها ، واستثمارها ولا يمكن كمال الاستفادة منه ، وقد تضاعف عدد المسلمين ، و في السنوات الأخيرة اشتدت الرغبة لزيارة الأماكن المقدسة أداء لفريضة الحج والعمرة ، وزيارة المسجد النبوي الشريف ، وأصبح الوصول إلى البلاد المقدسة سهل

²⁶ انظر: الكوزة يانكي، ملا صالح، تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي ، ط.د. إعداد عبد الحكيم

عثمان صالح ، (الموصول : مكتبة بسام، عام 1985)، ص42.

²⁷ الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية (الكويت : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، عام

1988/1408)، ج13، ص81.

المنال حتى للفقراء ، وقد ضرب الأمن أطنا به في ربوعهما بفضل من الله جل وعلا ، ثم بفضل جهود رجال الأمن في حكومة المملكة العربية السعودية، تتمثل مشكلة هذا الموضوع في أمرين:

أولاً: الكثير من الأوقاف يحتل أكبر جزء في وسط البلد ؛ حيث الكثافة السكانية ، ولا يستفاد منها الاستفادة القصوى المطلوبة .

ثانياً: الأوقاف . كما هو معلوم . المقصود منها تحييس العين وديمومة المنفعة ، وأي تصرف فيها ينبغي أن يحافظ على أصولها ، واستدامة الانتفاع بها، بل إن بعض المذاهب الفقهية لا يوافق على الاستبدال فضلاً عن البيع حفاظاً عليها، وتظل بحالها خراباً دون الاستفادة منها خوفاً على ضياعها، برغم غلاء موقعها حيث النشاط التجاري .

الحل التقليدي لمثل هذه الأوقاف :

1. الإبقاء عليها كما هي، حتى لو انعدم الانتفاع بها ، وهو مذهب الشافعية ، والزيدية ، والإباضية ، والظاهرية.

2. إعمارها ، أو استبدالها إذا خربت ، وتعطلت منافعها ، كما هو مذهب الحنفية والحنابلة. على

تفصيل في المذاهب الأخرى.²⁸

الحلول التقليدية لاستثمار الأوقاف يكون بتأجيرها، أو استبدالها، أو توظيف أموالها.

²⁸ انظر أبوسليمان ، عبد الوهاب إبراهيم ، الإبدال والاستبدال ، بحث مقدم للجنة العلمية لمنتدى قضايا الوقف الفقهية ، غام 2007م، ص4.

هذه الحلول سليمة حيث لا يوجد بديل سواها ، أما وقد ظهر في العصر الحديث من أنواع المعاملات المالية ما يحقق المقصود من الأوقاف (تحييس الأصل وتسييل المنفعة) من غير أن مبدئاً ، أو قاعدة شرعية فإنه يكون الأخذ به أولى .

(عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك) بصيغته ، وتفصيله الشرعية الصحيحة يحقق المقصد من الوقف دون مساس بقاعدة شرعية؛ إذ يمكن إعادة بناء الوقف ، وتشغيله لمدة محدودة يسترجع المستثمر حقوقه ، وأرباحه ، ثم يعيده بحال سليمة جيدة إلى الموقوف عليهم ، بهذا يتحقق التعريف والمقصد الشرعي من الوقف دون مساس بجوهره ، بل إنه في بعض الأحيان يقرر المستثمر مبلغاً مقطوعاً من المال يدفعه إلى الموقوف عليه كل عام طيلة مدة استثماره الوقف .

أثبت هذا العقد جدواه، وفعالته في إنقاذ الكثير من الأوقاف الخراب في مكة المكرمة دون التفريط فيها ، بل ساعد هذا النوع من العقود على المحافظة عليها ، وإعادة إعمارها، وضمان الجيد للموقوف عليهم .

يؤكد هذه الحقيقة العقود العديدة التي يبرمها المستثمرون للأوقاف في مكة المكرمة والمدينة المنورة في الوقت الحاضر ، وأبرزها مشروع الأبراج السبعة بجنوب الحرم المكي الشريف ذات المرتفعة إلى ما يزيد على الثلاثين دوراً، كما هو الحال فيما يسمى (وقف الملك عبد العزيز رقم 2) على الحرمين الشريفين، فقد اضطلعت مؤسسة ابن لادن ببناء الأبراج وتشغيلها لمدة خمس سنة، واستثمارها لهذه المدة بما يكفل لها استرجاع رأس مالها وأرباحها ثم تسليمها إلى الدولة ، مثل هذا العقد أبرم في شهر رمضان المبارك بمكة المكرمة عقد وقف الملك عبد العزيز رقم 2 في

الشرقية للحرم الشريف . بمثل هذا العقد يحافظ على عين الأوقاف من الضياع ، وضمان استمرار الاستفادة منها لتوزيع دخلها على الموقوف عليهم.

الخاتمة

توصل البحث من خلال الدراسة الموضوعية لعقد (البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملك)

b.o.t إلى النتائج التالية:

- (1) عقد مالي يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة خلالها مصاريفه، وأرباحه ، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض).
- (2) عقد (البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملك) ويرمز إليه (b.o.t)
- (3) عقد جديد ، مستحدث من نتاج الحياة المعاصرة يسهم في تطوير مرافق المجتمع المدني.
- (4) موضوع هذا العقد غالباً مشاريع البنية التحتية شبكات المياه ، والصرف الصحي ، ومشاريع التلفونات ، والكهرباء وغيرها ، كبناء المطارات ، والخطوط السريعة ، والمستشفيات ، بإقامتها القطاع الخاص ، والمؤسسات الكبيرة .
- (5) أصبح هذا النمط من العقود معتاداً في الدول منذ فتح قناة السويس عام 1950م .
- (6) يتميز هذا العقد بأنه يوفر مرافق مدنية للبلاد من دون إثقال ميزانية الدولة مالياً، كما أنه من إحدى السبل الناجعة لتدريب العمالة الوطنية، ونقل التكنولوجيا.
- (7) لا بد لنجاح مثل هذا العقد من تحديد المسؤوليات ، بشفافية تامة دون موارد، أو مجاملة في كافة المجالات.
- (8) يعد مصدراً استثمارياً مهماً يسهم في رفاهية الأمة <

(9) يحقق مصدراً لتسديد القروض من دون أية أعباء مالية على الدولة

أثبتت الدراسة في القسم الثاني القسم الشرعي ما يأتي:

1- عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عقد مركب من أربعة عقود رئيسة ، وهو بتركيبته

التعاقدية عقد جديد أصالة ، يتضمن عدة عقود من الباطن. هذا هو الأصل، والراجح

حسبما توصلت إليه الدراسة، وهو بهذا المفهوم يسهم في إثراء الفقه الإسلامي .

2- يتضمن عقد المقاوله الذي أقره المجمع الدولي بجدة ، وبين حقيقته ، وتكييفه ،

بالقرار رقم 129(14/3) في الدورة الرابعة عشرة بدولة قطر، مضافاً إليه عقد الإجارة

على عمل في عقدي التشغيل والصيانة.

(10) تتحقق من خلال هذا العقد الكثير من المقاصد الشرعية ومقاصد المكلفين المبنية على

المعتبرة شرعاً منها : توفير المرافق المدنية للبلاد مما يسهم في راحة المجتمع ورفاهيته،

واستثماره بطرق شرعية، جلب خبرات ، وصناعات مالية ، وحرفية جديدة ، وقضاء على

البطالة في المجتمع، وقطع لأسباب النزاع والخصومة.

(11) يعد هذا العقد الأنسب حلاً للأوقاف الخربة عديمة الدخل حيث يحقق المقصد الشرعي من

الوقف بالحفاظ على الأصول، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم بشكل دائم .

(12) العلاج المشروع لتفادي محذور الربا في هذا العقد هو مشاركة البيوت والمؤسسات المالية

الكبيرة، ولاشك أن هذا أكثر ربحية، وأحسن عملاً .

(13) أوجد الشارع الحكيم أساليب فقهية توفيقية لمنع بطلان العقد إذا حدث خلل شرعي ببعض أطرافه بحيث لا ينتقض جميعه ، وذلك بتطبيق قاعدة (تفريق الصفقة).

(14) قد يتعرض المشروع لحدث طارئ لم يكن في الحسبان من غلاء ، أو كارثة من الكوارث سبيل الخلاص من ذلك اللجوء إلى النظرية الفقهية: (الظروف الطارئة)لإنصاف كافة الأطراف .

والله المستعان ، وهو نعم المولى ونعم النصير ، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد آله وصحبه أجمعين.

كتبه

عبد الوهاب إبراهيم أبوسليمان

حرر في مكة المكرمة 1423/12/25 هـ .

مصادر بحث

عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك

المصادر العربية:

- البغدادي المالكي ، القاضي عبد الوهاب. التلقين. الطبعة الأولى. المغرب: وزارة والشؤون الإسلامية ، عام 1413 هـ..
- ابن رشد القرطبي (الجد)، أبو الوليد محمد بن أحمد (ت 520 هـ). البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة. الطبعة الأولى تحقيق محمد الحجي. بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام 1984/1404.
- ابن رشد القرطبي (الحفيد) أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد (520 هـ. 595 هـ.) بداية المجتهد ونهاية المقتصد. الطبعة الأولى ، تحقيق ماجد الحموي دار ابن حزم ، عام 1995/1416.
- الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري. شرح حدود ابن عرفة الموسوم (الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية) الطبعة الأولى تحقيق محمد أبو الأجنان ، والطاهر المعموري. بيروت: دار الغرب الإسلامي ، عام 1993.
- أبو سليمان ، عبد الوهاب إبراهيم. فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات ممهديات الطبعة الثانية . الدمام : دار ابن الجوزي، عام 1426 هـ..

□ البشبيشي، أمل نجاح. نظام البناء والتشغيل والتحويل b.o.t. الكويت : المعهد العربي

للتخطيط ، سلسلة دورية تعني بقضايا التنمية في الأقطار العربية ، العدد الثاني والثلاثون

/أغسطس /آب 2004.

□ ابن عابدين ، محمد أمين بن عمر . رد المحتبة دار علي الدر المختار (حاشية

عابدين) . ط.د. بيروت : دار إحياء التراث العربي، ت.د.

□ ابن القيم، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر . إعلام الموقعين عن رب

الطبعة الأولى ، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد . مصر: المكتبة التجارية

.1955/1374

□ الكوزة يانكي، ملا صالح، تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي ، ط.د.

عبد الحكيم عثمان صالح ،الموصل : مكتبة بسام، عام 1985.

□ مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي . قرارات وتوصيات مجمع الفقه

الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي . الطبعة الثانية. دمشق: دار القلم ، عام

.1988/1409

□ الموسوعة الفقهية الكويتية. الطبعة الثانية . الكويت : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

، عام 1988/1408.

المصادر الأجنبية:

<http://en.WIKIPEDIA.org/WIKI/BUILD->

OPERATE- TRANSFERE.

http://moc.gov.kh/laws _regulation/ank-bot.htm.

LARRY D. QI&SUSHENG, BOT

CONTRACTS: INCENTIVES AND EFFICIENCY.

<http://www.worldbank.org/water/wstoolkits/kit3/kit3>

-21.html.

www.mcmullan.net?eclj?bot>html>.

[Http://en.wikipegedia.org/build-operatetransfer](http://en.wikipegedia.org/build-operatetransfer).

<http://www.bvon.com/resours/vnBUSINESS?DOCU>

MENT=LAW&DOCUMENT=BOT.