

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

من النوازل الجديدة، والعقود المستحدثة عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة (b.o.t) حيث أن الحياة 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 إنه بمثابة الخلاص للدول والحكومات لتحقيق ما تتطلبه الحياة المدنية لإيجاد البنية التحتية من شبكات المياه، والصرف الصحي، والطرق، وغيرها كالمستشفيات، والمطارات، دون أن ترهق ميزانياتها بالديون.

وهذا 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.

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

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

ومن الطبيعي -أثناء مدة العقد الطويلة- أن تتغير أسعار إجارة استخدام المرافق التابعة للمشروع لارتباطها بتغيير الأسعار في الداخل والخارج، وبهذا يستطيع المقاول للمشروع أن يتوصل إلى نسبة ربحية مرضية لاستثمار ماله؛ فمن ثم يؤخذ كل هذا في الحسبان.

وقسمت بحثي إلى ستة مباحث جاء الأول عن ماهية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون والثاني ماهية عقود (البناء والتشغيل والتحويل) B.o.t والمبحث الثالث عن أركان العقود عامة خاصة B.o.t أما الرابع ذكرت فيه المقاصد الشرعية المتحققة في هذه العقود والخامس بينت فيه مدى الإيجابيات والسلبيات لهذا العقود وأخيرا جاء في المبحث السادس التكيف الشرعي والقانوني لهذه العقود.

وقد حاولت في بحثي هذا الاختصار قدر الإمكان مع عدم الإخلال، بالرغم من قلة الدراسات السابقة لهذه الصورة المستحدثة من العقود وشحت مصادرها، ويبقى هذا البحث جهد مقل وخطوة يسيرة في هذا الباب.

والله ولي التوفيق

(الباحث)

المبحث الأول

ماهية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المطلب الأول: معنى العقد في الشريعة الإسلامية.

الفرع الأول لغةً: العقد لغة: الربط يقال: عقد الحبل والعهد يعقده إذا شده، قال ابن منظور: (العقد: العهد والجمع عقود وهي أوكد العهود، ويقال: عهدت إلى فلان كذا وكذا وتأويله ألزمته ذلك) ، والمعاهدة: المعاهدة، وعاقده عاهده، وتعاهد القوم تعاهدوا، والعقد نقيض الحل ، والعقد في البيع: إيجابه، وعقد اليمين: توثيقها، وعقدة النكاح: إحكامه وإبرامه^(١). فتبين أن العقد لغة يطلق على الشد والتوثيق والإحكام في الأمور الحسية والمعنوية ويطلق على الربط (فالربط أو الرابطة هي الصلة بين شيئين أو إنسانين)^(٢)..

الفرع الثاني اصطلاحاً: هو: (العقد مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما: أعني متولي الطرفين)^(٣). وذكر أن للعقد معنيان عام وخاص فالمعنى العام يطلق على كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أم لا، وسواء كان

(١) ينظر: لسان العرب، ابن منظور، بيروت (٢٩٧/٣). وينظر: القاموس المحيط للفيروزآبادي، دار المأمون (٣٢٧/١) الصحاح للجوهري (٥١٠/٢)، المصباح المنير للرافعي المطبعة الأميرية القاهرة (ص ٤٢١) مادة عقد.

(٢) ينظر: معالم الطريق في عمل الروح الإسلامي، الدكتور عبد الله مصطفى، ط١ بدون مطبعة ١٤١٤هـ، ص ٣٠٥.

(٣) ينظر: حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، دار الفكر لبنان، ٢٠٠٠م (٣/٣).

التزاماً دينياً كالنذر أو دنيوياً كالبيع ونحوه^(١). وقيل أيضاً: (العقد ربط أجزاء التصرف: الإيجاب والقبول شرعاً)^(٢)، وقيل: (الانعقاد: عبارة عن إنضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره في المحل شرعاً)^(٣).

المطلب الثاني: العقد في القوانين الوضعية.

والعقد عند رجال القانون هو: (توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء التزام أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه) ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد^(٤).

المطلب الثالث: مشروعية العقود المالية في الشريعة الإسلامية والقانون.

الفرع الأول: الأصل في العقود المالية في الشريعة الإسلامية:

اولاً: المراد بهذه المسألة أن ما لم يرد حكمه في الشرع من العقود والمعاملات هل يحكم بإباحته بناء على أن ما لم يرد تحريمه في الشرع فهو مباح أم أنه يحكم بحرمة بناء على أن ما لم يرد في الشرع إباحته فهو محرم؟ ومن ثم كل ما يستجد من عقود لم ترد في الشريعة هل يحكم بجوازها وصحتها أو يحكم بتحريمها وبطلانها؟

(١) ينظر: القواعد لابن رجب الحنبلي، القاعدة الثانية والخمسين، ص ٧٨.

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين، المصدر السابق (٩/٣).

(٣) ينظر: أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء: قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفي: ٩٧٨هـ) المحقق: يحيى مراد الناشر: دار الكتب العلمية الطبعة: ٢٠٠٤م - ١٤٢٤هـ، ص ٢٠١.

(٤) ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، عبد الرزاق السنهوري، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الثانية، ١٩٦٤ الفقرة ٣٦، (١/٤٩).

ثانياً: عنوان المسألة: تارة يعنون العلماء لهذه المسألة بقولهم:
 (الأصل في المعاملات)^(١) وتارة (الأصل في العقود والشروط فيها)^(٢)،
 وتارة أخرى يقولون: (الأصل في المعاملات والعقود)^(٣).
 ثالثاً: الأقوال في المسألة: اختلف في هذه المسألة على قولين
 مشهورين:

١- أن الأصل في العقود والمعاملات الإباحة ولا يحرم منها إلا ما ورد
 الشرع بتحريمه، وهذا القول هو قول أكثر الحنفية^(٤) وهو قول
 المالكية^(٥) والشافعية^(٦) والحنابلة^(٧) فهو إذاً قول الجمهور، بل قال

(١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٨٦/٢٨).

(٢) ينظر: القواعد النورانية (ص ١٨٤، ١٨٨).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٣٤٤/١).

(٤) ينظر: أصول الجصاص (٢٥٢/٣ - ٢٥٤)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٦٦)،
 شرح فتح القدير (٣/٧)، غمز عيون البصائر (٢٢٣/١)، تبين الحقائق للزيلعي
 (٨٧/٤)، التقرير والتحبير (١٠١/٢)، فواتح الرحموت (٤٩/١).

(٥) ينظر: الذخيرة للقرافي (١٥٥/١)، التلقين للقاضي عبد الوهاب (٣٥٩/٢)، المقدمات
 للمهدات لابن رشد (١٢٨/٢)، الخرشي على مختصر خليل (١٤٩/٥)، الموافقات
 للشاطبي (٢٨٤/١ - ٢٨٥).

(٦) ينظر: الرسالة للإمام الشافعي (ص ٢٣٢) ف (٦٤٦)، الأم (٢/٣)، غياث الأمم في
 التياث الظلم للجويني (ص ٤٩٢)، المحصول للرازي (١٩٧/٦)، سلاسل الذهب
 للزرکشي (ص ٤٢٣).

(٧) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٨٦/٢٨)، القواعد النورانية (ص ٢١٠)، إعلام
 الموقعين (٣٤٤/١)، شرح الكوكب المنير (٣٢٢/١ - ٣٢٥)، كشاف القناع للبهوتي
 (٥٣/٣)، الفروع لابن مفلح (٦٠/٣)، المغني لابن قدامة مع الشرح (٤٢٩/٤).

الحافظ ابن رجب الحنبلي رحمه الله: (وقد حكى بعضهم الإجماع عليه)^(١).

٢- أن الأصل في العقود والمعاملات الحظر إلا ما ورد الشرع بإباحته وهو قول الظاهرية كما نص عليه ابن حزم^(٢)، وبه قال الأبهري من المالكية^(٣).

الفرع الثاني: أدلة الأقوال :

أولاً: أدلة القول الأول: استدل أصحاب القول الأول بأدلة من الكتاب والسنة والنظر وهي كما يلي:

١- أدلة الكتاب: استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من الكتاب ومن ذلك:

أ- الآيات التي جاء فيها الأمر بالوفاء بالعقود والعهود كقوله تعالى:

﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٤) وقوله: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ

الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾^(٥) ونحوهما من الآيات الشريفة في هذا المعنى.

وجه الاستدلال: أن الله أمر بالوفاء بالعهود والعقود مطلقاً فدل

على أن الأصل فيها الإباحة لا الحظر، إذ لو كان الأصل فيها الحظر لم يجز أن يؤمر بها مطلقاً^(٦).

(١) ينظر: جامع العلوم والحكم (٢/١٦٦).

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام (٥/١٥).

(٣) ينظر: إحكام الفصول للباجي (ص ٦٨١)، نثر الورود شرح مراقي السعود (١/٤٤).

(٤) سورة المائدة جزء من آية رقم (١).

(٥) سورة الإسراء آية رقم (٣٤).

(٦) ينظر: القواعد النورانية (ص ١٩٢، ١٩٧، ٢٠٨)، تفسير المنار (٦/١٢١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن هذه النصوص مخصوصة فيمن عقد أو عاهد على ما يوافق الشرع مما جاء الشرع بإباحته في القرآن أو السنة^(١).

وأجيب عن هذا: بأن تخصيصها بما جاء الشرع بإباحته لا وجه له، إذ أنه يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم بدون دليل على ذلك^(٢).

ب- الآيات التي جاء في حصر المحرمات في أنواع أو أوصاف كقوله

تعالى: ﴿ قُلْ لَا أُحَدِّثُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ

مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ

فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٣) وقوله: ﴿ قُلْ تَعَالَوْا

أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَلَا

تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا

ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَ

وَصَنَّكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ ﴾^(٤) وقوله تعالى: ﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا

ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزِّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ

تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا نَعْمُونَ ﴾^(٥).

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٢/٦٠٠)، المحلى (٨/٤١٤).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (١/٣٤٨).

(٣) سورة الأنعام آية رقم (١٤٥).

(٤) سورة الأنعام آية رقم (١٥١).

(٥) سورة الأعراف آية رقم (٣٣).

وجه الاستدلال من الآيات الشريقات: أن الله تبارك وتعالى حصر في هذه الآيات ونحوها المحرمات بأنواع وأوصاف (فما لم يعلم فيه تحريم يجري عليه حكم الحل والسبب فيه أنه لا يثبت حكم على المكلفين غير مستند إلى دليل)^(١).

ج- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن لفظ (البيع) هنا يفيد العموم لأن الأسم المفرد إذا دخل عليه الألف واللام صار من ألفاظ العموم، واللفظ العام إذا ورد يحمل على عمومه إلا أن يأتي ما يخصه^(٣).

د- قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(٤).

وجه الاستدلال: أن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد، وقد استثنى من عدم جواز الأكل ما كان عن تراض، فدل على أن الوصف سبب الحكم ولم يشترط في التجارة إلا

(١) ينظر: غياث الأمم في التياث الظلم (ص ٤٩٠).

(٢) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٧٥).

(٣) ينظر المقدمات لابن رشد (ص ٥٣٩)، مجموع فتاوى ابن تيمية (٣٤٩/٢٠)، أحكام القرآن للجصاص (٢/٢١٠)، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٥/١٥١)، ينظر: الرسالة للإمام الشافعي (ص ٢٣٢) ف (٦٤٦).

(٤) سورة النساء جزء من آية رقم (٢٩).

التراضي فالآية أصل في إباحة المعاملات، والمبايعات، وأنواع التجارات متى توفر في هذه التجارة، أو المعاملة الرضا المعتبر والصدق والعدل^(١).

هـ - قوله تعالى: ﴿ وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ

فَصَلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَاءِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: أن ما لم يبين الله ولا رسوله ع تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها فإن الله سبحانه قد فصل لنا ما حرم علينا فما كان من هذه الأشياء حراما فلا بد أن يكون تحريمه مفصلا وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرمه الله فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه^(٣).

٢- أدلة السنة.

استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من السنة وهي كما يلي:

أ- ما جاء في السنة من أحاديث تبين أن ما سكت عنه الشارع من الأعيان والمعاملات فهو عفو حكمة الإباحة، ولا يجوز الحكم بتحريمه، ومن ذلك عن أبي الدرداء رضي الله عنه مرفوعا بلفظ قال رسول الله ﷺ: (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها، وحد حدودا فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء من

(١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٥٥/٢٩)، أحكام القرآن لابن العربي (٣٤١/١)، أحكام القرآن للجصاص (١٧٢/٢، ١٧٤)، القواعد النورانية (ص ٢٢٥).

(٢) سورة الأنعام آية (١١٩).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين عن رب العالمين، محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم الجوزي (٣٥٦/١).

غير نسيان فلا تبحثوا عنها^(١) وقوله ﷺ : (الحلال ما أحل الله في كتابه، والحرام ما حرم الله في كتابه، وسكت عنه فهو مما عفا عنكم)^(٢).

وجه الاستدلال: أن هذه الأحاديث أفادت أن الأشياء في حكم الشرع إما محرمة، وإما مباحة، وإما مسكوت عنها لم تذكر لا بتحليل

(١) ينظر: رواه الدراقطني في كتاب الرضاع (٤/١٨٣ - ١٨٤) برقم (٤٢) والطبراني في الكبير (٢٢١/٢٢) برقم (٨٥٩)، والبيهقي في كتاب الضحايا باب ما لم يذكر تحريمه ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب (١٠/١٢ - ١٣)، كلهم من حديث أبي ثعلبة الخشني رضي الله عنه.

والحديث حسنه النووي في الأربعين وقال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد (١/١٧١)، (رجاله رجال صحيح)، وقال الحافظ ابن حجر في المطالب الغالية (٣/٧٢)، (رجاله ثقات إلا أنه منقطع)، وأعله ابن رجب في جامع العلوم والحكم بعلتين (٢/١٥٠).

(٢) ينظر: الترمذي في سننه ما جاء في لبس الفراء (٤/٢٢٠) برقم (١٧٢٦)، وابن ماجه في كتاب الأطعمة باب أكل الجبن والسمن (٢/١١١٧) برقم (٣٣٦٧) كلاهما من طريق سيف بن هارون البرجمي عن سليمان التيمي عن أبي عثمان عن سلمان الفارسي رضي الله عنه، وقال الترمذي: (هذا حديث حسن غريب لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، وروى سفيان وغيره عن سليمان التيمي عن أبي عثمان عن سلمان من قوله، وكان الحديث الموقوف أصح، وسألت البخاري عن هذا الحديث فقال: ما أراه محفوظاً روى سفيان عن سليمان التيمي عن سلمان موقوفاً، قال البخاري: وسيف بن هارون مقارب الحديث) أ.هـ.

وقال الذهبي في التلخيص (٤/١١): (ضعفه جماعة)، فنرى هنا إذا أن البخاري والترمذي رجحا الموقف على سلمان رضي الله عنه وقد روى الحاكم في المستدرک للحديث شاهداً من رواية أبي الدرداء رضي الله عنه وقال عنه: (حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه) (٢/٢٧٥) ووافقه الذهبي وقال عنه صاحب المجمع (١/١٧١)، (إسناده حسن ورجاله ثقات) وقال البزار فيما نقله عنه الحافظ في الفتح (١٣/٢٦٦): (سنده صالح).

ولا بتحريم فهي مما عفا الله عنها، ولا حرج في فعلها^(١) قال ابن القيم رحمه الله: (فكل شرط وعقد ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها)^(٢) ونوقش هذا: بأن المسكوت عنه لا يوصف بالإباحة ولا بالتحريم، ولا يقال: إن الشرع أذن في هذا النوع وغاية ما يفيد أنه مسكوت عنه فلا يوصف بإباحة ولا حظر^(٣) ويمكن الإجابة عن هذا: بأن القائلين بالإباحة مرادهم بأن حكم المعفو عنه أو المسكوت عنه هو عدم المنع وأنه لا مؤاخذه على من فعله ولا حرج، فوصفهم له بالإباحة ليخرجه من الحظر والتحريم.

ب- قوله ع: (إن أعظم المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم فحرم من أجل مسألته)^(٤) وقوله ع: (ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم، ما نهيتكم عنه فانتهوا، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم)^(٥).

وجه الاستدلال: أن النبي ع حذر من السؤال ونهى عنه خشية أن ينزل بسبب ذلك تشديد فدل على أن الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد

(١) ينظر: الاستقامة لابن تيمية (٤٣٥/١)، الموافقات للشاطبي (١٦٢/١)، جامع العلوم والحكم (١٧٠/٢).

(٢) إعلام الموقعين (٣٤٤/١ - ٣٤٥).

(٣) ينظر: البحر المحيط للزركشي (١٤/٦).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة باب ما يكره من كثرة السؤال (٢٦١/٤) برقم (٧٢٨٩)، ومسلم في كتاب الفضائل باب توقيره وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع نحو ذلك (١٨٣١/٤) برقم (٢٣٥٨) كلاهما من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

(٥) أخرجه مسلم ينظر: الموضع السابق.

دليل على التحريم ولذا قال الحافظ ابن حجر عند شرحه للحديث الأول: (وفي الحديث أن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يرد الشرع بخلاف ذلك)^(١).

ج- ما ورد من أحاديث تأمر بالوفاء بالعهد، والذم لمن أخل به ومن ذلك ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ع قال: (أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر)^(٢).

٣- بعض من أقوال العلماء في أصل العقود : وهي كما يلي:

القول الأول: استدل أصحاب هذا القول بأن الأصل في المعاملات

والعقود عدم التحريم بادلّة من الكتاب والسنة وهي كما يلي :

أ- أن العقود والشروط من الأفعال العادية والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب ذلك حتى يقول الدليل على التحريم^(٣)، والمعتبر في ذلك مصالح العباد، وقيل^(٤): (الأصل في العادات الالتفات إلى المعاني يدل على ذلك الاستقراء فإننا وجدنا الشارع قاصدا لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمنع في حال لا تكون فيه مصلحة).

(١) فتح الباري (٢٦٩/١٣).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الإيمان باب علامة المنافق (١/٨٩ مع الفتح) برقم (٣٣)

ومسلم في كتاب الإيمان باب خصال المنافقين (١/٧٨) برقم (١٠٦).

(٣) ينظر مجموع فتاوى ابن تيمية (٢٩/١٥٠).

(٤) ينظر: الموافقات (٢/٣٠٥ - ٣٠٦).

ب- قيل^(١): (إن الأحكام الثابتة بأفعالنا كالمالك الثابت بالبيع فنحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا، ولم يثبت ابتداء كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة فإذا كنا نحن المثبتين لذلك السبب لم يحرم الشارع ذلك...).

ج- أنه ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود إلا عقوداً معينة، فانتفاء دليل التحريم دليل على عدمه (فثبت بالاستصحاب العقلي، وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم، فيكون فعلها إما حلالاً، وإما عفواً كالأعيان التي لم تحرم)^(٢).

د- أنه قد دل الكتاب والسنة على أن العقود جارية على أصل التيسير في عقود المعاوضات، وإنما ورد التشديد في الأنكحة، وإذا كان الأمر كذلك فالتيسير يقتضي الإباحة ما لم يرد دليل المنع^(٣).

ه- أنه لا يشترط في صحة العقود إذن خاص من الشارع^(٤): (فإن المسلمين إذا تعاقدوا بينهم عقوداً ولم يكونوا يعلمون لا تحريمها ولا تحليلها فإن الفقهاء جميعهم فيما أعلمه يصححونها إذا لم يعتقدوا تحريمها، وإن كان العاقد لم يكن حينئذ يعلم تحليلها لا باجتهاد ولا بتقليد، ولا يقول أحد لا يصح العقد إلا الذي يعتقد أن الشارع أحله،

(١) ينظر: القواعد النورانية (ص ٢٢٤).

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٥٠/٢٩).

(٣) ينظر: نظرية العقد لابن تيمية (ص ٧٢) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مصطفى الزرقا (ص ٣٢١).

(٤) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٥٩/٢٩).

فلو كان إذن الشارع الخاص شرطاً في صحة العقود لم يصح عقد إلا بعد ثبوت إذنه).

ثانياً ادلة القول الثاني: استدل أصحاب القول الثاني القائلين بأن الأصل في المعاملات والعقود الحظر بأدلة من الكتاب والسنة وهي كما يلي:

١- أدلة الكتاب، وهي كما يلي:

أ- قوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ (١).

وجه الاستدلال: أن الله تبارك وتعالى أخبر أنه أكمل الدين فمن أباح العقود التي لم تأت في الشرع فقد زاد في الدين ما ليس منه (٢)، ونوقش هذا الاستدلال: بأن من كمال الشريعة وبديع نظامها أنها دلت على إياحة المعاملات التي يحتاجها الناس في دنياهم، فالشريعة قد جاءت في باب المعاملات بالآداب الحسنة، فحرمت منها ما فيه فساد وأوجبت ما لا بد منه، وكرهت ما لا ينبغي، وندبت إلى ما فيه مصلحة راجحة، وما لم يرد في الشريعة تحريمه أو إباحته فهو مسكوت عنه (٣).

(١) سورة المائدة جزء من آية رقم (٣).

(٢) القواعد النورانية (ص ٢١٠).

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (١/٣٥٠)، الموافقات للشاطبي (٢/٢٢٥-٢٢٦)، غياث الأمم في إنبات الظلم (ص ٤٩٥).

ب- قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾^(١) وقوله: ﴿ وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِيبٌ ﴾^(٢).

وجه الاستدلال: قالوا إن القول بإباحة العقود تعد لحدود الله لأنه إباحة لما منعه الله.

ونوقش هذا الاستدلال بما ذكره ابن القيم رحمه الله بقوله^(٣): (وتعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله، أو إباحة ما حرمه الله، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده).

٢- أدلة السنة: وهي كما يلي:

أ- حديث عائشة رضي الله عنها أن رسول الله ع خطب عشية فحمد الله وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال: (أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق)^(٤).

(١) سورة البقرة جزء من آية رقم (٢٢٩).

(٢) سورة النساء جزء من آية رقم (١٤).

(٣) إعلام الموقعين (٣٤٨/١).

(٤) أخرجه البخاري في كتاب البيوع باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل (١٠٦/٢)

برقم (٢١٦٨)، ومسلم في كتاب العتق باب إنما الولاء لمن أعتق (١١٤١/٢ - ١١٤٣)

برقم (١٥٠٤).

وجه الاستدلال: أن هذا الحديث قاطع بإبطال كل شرط وعهد ووعد وعقد ليس في كتاب الله الأمر به أو النص على إباحته عقده لأن العقود والوعود شروط وأسم الشرط يقع على جميع ذلك^(١).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

أولاً: أن المراد بقول النبي ع: (ليس في كتاب الله): أي يكون مخالفا لحكم الله وليس المراد أن لا يذكر في كتاب الله أو في سنة رسوله ﷺ ودليل هذا أنه قال عليه الصلاة والسلام: في الحديث: (قضاء الله أحق وشرط الله أوثق) وإنما يكون هذا إذا خالف الشرط أو العقد قضاء الله أو شرطه بأن كان ذلك الشرط أو العقد مما حرمه الله تعالى، فمضمون الحديث أن العقد أو الشرط إذا لم يكونا من الأفعال المباحة فإنه يكون محرماً باطلاً^(٢).

ثانياً: لو سلم أن مراد النبي ع منع كل عقد أو شرط لم يذكر في كتاب الله أو سنة رسوله ع فيمكن القول بأن قول النبي ع: (ليس في كتاب الله) إنما يراد به ما ليس فيه بعمومه ولا بخصوصه، أما ما كان فيه بعمومه فإنه لا يقال فيه إنه ليس في كتاب الله، وقد ذكر أصحاب القول الأول من الأدلة ما يدل على وجوب الوفاء بالعقود والعهود، وهذا يقتضي إباحتها، فالقول بأن الأصل في العقود الإباحة لا يمكن القول بأنه ليس في كتاب الله، فإن ما دل كتاب الله بعمومه على إباحته، فإنه من

(١) المحلى (٣٧٥/٨)، مجموع فتاوى ابن تيمية (١٦١/٢٩)، إعلام الموقعين (٣٤٧/١).

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٦٠/٢٩ - ١٦١)، إعلام الموقعين (٣٤٨/١).

كتاب الله فلا يدخل ذلك في قوله في الحديث: (ما كان من شرط ليس كتاب الله فهو باطل)^(١).

ثالثاً - حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ع قال: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)^(٢).

وجه الاستدلال: أن كل عقد لم يرد في الشرع إباحته فهو مردود ممنوع، فصح بهذا الحديث بطلان كل عقد إلا عقدا جاء النص، أو الإجماع بإباحته^(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الحديث نص على أن من عمل عملاً يخالف ما عليه أمر النبي ع فهو مردود باطل وهذا متفق عليه والنزاع فيما لم يرد فيه شيء عن النبي ع من العقود، فلا يدل هذا الحديث على أن الأصل في المعاملات الحظر^(٤).

رابعاً : الترجيح بين القولين.

يتبين مما سبق والله أعلم رجحان القول الأول القائل بأن الأصل في العقود والمعاملات الإباحة وذلك لأمر:

الأمر الأول: قوة ما استدلوا به من الأدلة النقلية والعقلية.

(١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية (١٦٣/٢٩).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب الأفضية باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور (١٣٤٤/٣) برقم (١٧١٨) ورواه البخاري معلقاً في كتاب البيوع باب النجش (١٠٠/٢) ورواه موصولاً بلفظ (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد) في كتاب الصلح باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود (٢٦٧/٢) برقم (٢٦٩٧).

(٣) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٤٢/٢).

(٤) ينظر: الوساطة التجارية في المعاملات المالية الشيخ عبد الرحمن الأطرم (ص ٣١).

الأمر الثاني: ضعف أدلة القول الثاني وإمكانية الإجابة عليها ومناقشتها كما سبق.

الأمر الثالث: أن القول الأول هو الموافق لقواعد الشريعة ومقاصدها مثل قاعدة المشقة تجلب التيسير ورفع الحرج عن المكلفين، ومثل قاعدة المصالح إذ الشريعة جاءت لتحصيل المصالح للعباد وتكميلها وتعطيل المفسد وتقليلها، (ووضوح الحاجة إليها^(١)) يغني عن تكلف بسط فيها فليصدروا العقود عن تراضي فهو الأصل الذي لا يغمض ما بقي من الشرع أصل وليجروا العقود على حكم الصحة^(٢).

خامساً : ثمرة الخلاف في المسألة: ثمرة الخلاف في المسألة تظهر في إن الرأي الأول قد أباح العقود والمعاملات المستحدثة التي لم يرد فيها نص بالتحريم عند القائلين بالإباحة وإلى هذا ذهب الباحث، حيث يرى إن هذه العقود الأصل فيها الإباحة وبما أن مصالح العباد مطلوبة من قبل المشرع فلا موجب لتحريمها أو تعطيلها، والرأي الآخر هو التحريم لهذه العقود عند من يقول بالتحريم.

الفرع الثالث: مشروعية العقود في القانون^(٣):

إن سبب مشروعية العقد هو الباعث الدافع أو الأمر الجوهري الذي حمل الشخص على قبول التعاقد والذي لولاه لما أبرم العقد، فالشخص قد يتعاقد بناءً على أكثر من دافع ولا تعد هذه الدوافع كلها سبباً

(١) أي إلى إباحة العقود التي لم يأت في الشرع بتحريمها.

(٢) ينظر: غياث الأمم في التياث الظلم (ص ٤٩٥).

(٣) ينظر: سبب العقد أو الباعث على التعاقد، د. ثروت عبد الحميد، بحث منشور على

للعقد، ذلك أنه غالباً ما يكون من بين الدوافع التي تقف وراء إنشاء العقد دافع رئيسي حاسم لولاه لما أقدم الشخص على التعاقد فيكون هذا الدافع هو سبب العقد باستبعاد الدوافع الأخرى الثانوية ويشترط في الباعث شرط وحيد أن يكون سبب العقد مشروعاً ولا بد من الوقوف على تكرار هذا الشرط وبيان السبب غير المشروع الذي لا يتحقق به إقامة العقد والإلتزام به من قبل المتعاقدين.

١- كيفية إثبات السبب غير المشروع:

إن إتجاه الإرادة إلى إبرام العقد يعني وجود باعث أو دافع وراء هذه الإرادة فلا يتصور أن يقصد شخص إبرام عقد بدون دافع مطلقاً فانتفاء الدافع أو الباعث على التعاقد يعني انتفاء الإرادة الجادة ولذلك فلا يلتزم من يدعي إبرام العقد أن يثبت سببه فيفترض أن لكل عقد سبباً وأن هذا السبب مباح ومشروع فإذا ادعى شخص أنه ليس للعقد سبب أو أن سبب العقد غير مشروع كان عليه إثبات ما يدعيه وهو يستطيع أن يفعل ذلك بجميع طرق الإثبات.

٢- وجوب أن يتصل الباعث غير المشروع بالتعاقد الآخر ضماناً لاستقرار المعاملات.

قد يحدث أن يكون الطرفان على صلة بالباعث غير المشروع ولاشك في بطلان العقد في هذه الحالات، كمن يؤجر لآخر شقة ليستعملها في الدعارة أو في القمار ويتفق معه على أن تكون الأجر نسبة معينة من الدخل الناتج عن الدعارة أو القمار.

غير أنه لما كان الباعث على التعاقد هو أمر داخلي يتصل بشخص المتعاقد كما لا يمكن تبينه من بنود العقد فقد يكون مشروعاً بالنسبة لأحد المتعاقدين وغير مشروع بالنسبة للمتعاقد الآخر.

فهل يقع مثل هذا العقد باطلاً لعدم مشروعية سببه؟ العقد باطلٌ إذا كان الباعث المستحدث عليه مخالفاً للنظام العام أو الآداب أي غير مشروع، ويبدو من القراءة السريعة للنص المتقدم أن الشرع يقرر البطلان جزاء لعدم مشروعية الباعث ولو توافر الباعث المشروع بالنسبة لأحد المتعاقدين دون المتعاقد الآخر.

إلا أن الرأي الراجح في الفقه القانوني يذهب إلى أنه لا يكفي لبطلان العقد أن يكون باعث أحد المتعاقدين غير مشروع بل يجب أن يتصل هذا الباعث بالمتعاقد الآخر وذلك محافظة على استقرار المعاملات وتحقيقاً للعدالة والثقة وحماية للمتعاقد حسن النية الذي لم يعلم وقت إبرام بوجود باعث غير مشروع لدى المتعاقد معه وهو فرض كثير الحدوث في العمل نظراً لأن الباعث على التعاقد أمر مستكن في خفايا الضمير.

ويمتنع على المتعاقد شيء القصد أو الباعث أن يتمسك ببطلان العقد بحجة مخالفة السبب النظام العام والآداب وإذا رفع دعوى بذلك كانت غير مقبولة فلا يجوز للشخص أن يتمسك بفعله الشائن في ساحة القضاء فساتح المحاكم يجب ألا تدنس بادعاءات أصحابها.

ولكن متى يتصل الباعث غير المشروع المتوافر لدى أحد المتعاقدين بالمتعاقد الآخر؟ هيل يكفي مجرد العلم بالباعث غير المشروع؟ أم يجب أن يكون المتعاقد الآخر مساهماً فيه؟ أم يجب أن يكون متفقاً عليه؟ يذهب الرأي الغالب في هذا الصدد إلى الاكتفاء بأن

يكون المتعاقد الآخر على علم وقت التعاقد بوجود الباعث غير المشروع لدى المتعاقد معه أو باستطاعته أن يعلم بوجوده.

وعلى ذلك إذا استأجر شخص شقة لإدارتها مكاناً للدعارة أو المقامرة فيكفي لبطلان عقد الإيجار أن يكون المؤجر عالماً بأن المستأجر استهدف من الاستئجار إدارة الشقة للدعارة أو المقامرة، وإذا افترض شخص نقوداً من آخر ليستخدمها في المقامرة أو في شراء مخدرات. فإن عقد القرض يكون باطلاً إذا كان المقرض يعلم بأن المقرض إنما اقترض ليقامر بها اقترضه أو ليشتري به المخدرات، أما إذا كان المتعاقد الآخر حسن النية لا يعلم بالباعث غير المشروع الذي دفع المتعاقد معه على الاستئجار أو الاقتراض فلا يجوز التمسك بالبطلان في مواجهته وذلك حتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد الذي أبرمه وهو ما يهدد استقرار المعاملات.

كيفية إثبات عدم مشروعية الباعث:

لما كان الباعث الدافع على التعاقد أمر داخلي يكمن في نفس الشخص ولا يظهر من خلال عبارات العقد لذلك فقد وضع المشرع قرينة بسيطة مفادها "أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك".

وعلى ذلك فلا يلتزم الشخص بإثبات وجود باعث لديه أو بكون هذا الباعث مشروعاً بل إن على من يدعي أن الباعث على التعاقد غير مشروع إقامة الدليل على ما يدعيه باعتبار أن الشخص لا يقدم على التعاقد إلا إذا دفعه إلى ذلك باعث معين وأن هذا الباعث أمر نفسي كامن في النفس فإذا كان الباعث على التعاقد غير مصرح به وهو الغالب فإنه

يمكن إثبات كون هذا الباعث غير مشروع بجميع طرق الإثبات لتعلق الأمر بواقعة مادية.

أما إذا كان الباعث على التعاقد مصرحاً به كما لو كان مذكوراً في محرر أفرغ فيه العقد وأدعى شخص أن الباعث المذكور في العقد ليس هو الباعث الحقيقي وأن الباعث الدافع إلى العقد باعث آخر مخالف للنظام العام والآداب أي أدعى صورية الباعث فيمكن كذلك إثبات حقيقة هذا الباعث وعدم مشروعيته بكل طرق الإثبات لأن الصورية تكون في هذه الحالة قد استخدمت وسيلة لإخفاء عدم المشروعية والتحايل على القانون وذلك يجيز عدم التقيد بالقاعدة التي لا تجيز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة وإثبات الباعث الحقيقي غير المشروع بكل طرق الإثبات.

المبحث الثاني

ماهية عقود (البناء والتشغيل والتحويل) B.O.T

المطلب الأول:

الفرع الأول :- مصطلح (B.O.T) وتعريفاته.

هذا الاصطلاح هو اختصار لثلاث كلمات انجليزية هي: البناء (build) والتشغيل (operate) ونقل الملكية (transfer) ويقابلها بالفرنسية مصطلح (c.e.f)، تمثل عقود (B.O.T) صوراً جديدة ومستحدثة من العقود الإدارية وتستهدف القيام بمشاريع ضخمة يعهد بها إلى إحدى الشركات للقيام بإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها الخاص مدة

من الزمن على أن تلتزم بنقل ملكيتها إلى الطرف الآخر سواء كان الدولة أو شخصاً معنوياً أو حقيقياً.

وقد عرفت لجنة الأمم المتحدة للقانون النموذجي (الأنيسترال): بأنه شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما، لفترة من الزمن، أحد الإتحادات المالية، ويدعى "شركة المشروع" امتيازاً لتنفيذ مشروع معين وعندئذ تقوم شركة المشروع ببنائه وتشغيله وإدارته لعدد من السنوات فتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع، واستثماره تجارياً، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة^(١).

وعرفت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (unido): بأنه اتفاق تعاقدى يتولى بمقتضاه أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق خلال فترة زمنية محددة يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرافق... لتمكين ذلك الشخص من استرجاع الأموال التي استثمرها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار وفي نهاية المدة يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة أو إلى شخص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة^(٢).

(١) ينظر: عقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ٨١ - ٨٢.

(٢) ينظر: دليل منظمة اليونيدو ص ٢٨٨.

الفرع الثاني: - نقد التعاريف وبيان التعريف المختار

أولاً: نقد التعاريف^(١).

يتضح من هذه التعاريف أنها تعبير عن مفهوم هذا العقد ولا تدخل في نطاق التعاريف الجامعة المانعة وأهم ما يلحظ على هذه التعاريف ما يلي:

- ١- الطول الذي يناقِي صبغة التعاريف التي يجب أن تتميز بالإيجاز والتحديد. ويظهر هذا جلياً في التعريف الأخير.
- ٢- أن التعريف الأول عرفه بأنه شكل من أشكال التمويل بينما عرفه التعريف الآخر بأنه اتفاق تعاقدي فالتعريف الأول نظر إلى العقد باعتبار نتائجه والتعريف الآخر نظر إلى العقد باعتبار بدايته، ونتائج الشيء ليست من ماهيته كما أن تعريف العقد بأنه اتفاق تعاقدي فيه دور يخل بالحدود، ولو اقتصر على عبارة اتفاق كان أولى.
- ٣- يلحظ على التعريف الأول أنه جعل عقد البوت منحة من الحكومة والمنحة مرادفة للهبة، التي تخالف مبدأ المعاوضات ولا خلاف في أن عقد البوت من عقود المعاوضات، واختيار الحكومة للمتعاقد من متعدد لا يخرجها عن كونه عقداً من عقود المعاوضات.
- ٤- يلحظ على هذه التعاريف أنها جعلت عقد البوت خاصاً بالمشاريع الحكومية فقط، وهذا صحيح من جهة أن أصل نشأة هذه العقود هو

(١) ينظر: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "B.O.T" في تعميم المرافق العامة والأوقاف، الشيخ خالد بن سعود بن عبد الله الرشود القاضي بديوان المظالم بجدة، الدورة التاسعة عشرة إمارة الشارقة، دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ٣-٤.

لأجل هذا الغرض ولكن في الآونة الأخيرة تم التوسع في هذا النوع من العقود حتى صار للأشخاص المعنويين بل للأفراد نصيب منه.
٥- نص التعريف الأول على ملكية الطرف المتعاقد مع الحكومة للمشروع إلى نهاية المدة وهذا غير صحيح بل إن ملكيته هي للحكومة وكلمة transfer هي لنقل إدارة المشروع -لا ملكيته- للحكومة أو إلى من تختاره.

ثانياً: التعريف المختار.

التعريف المختار أن عقد (B.O.T): إتفاق بين طرفين أحدهما يملك الأرض والآخر يقوم بتنفيذ وتشغيل مشروع لصالح مالك الأرض على أن له الانتفاع بذلك مدة محددة^(١).

المطلب الثاني: خصائص عقد (B.O.T)

تتميز مشروعات B.O.T بعدد من الخصائص منها:

- ١- أنه عقد امتيازي: وذلك لأن الحكومة تختار شركة من القطاع الخاص فتعطيها امتيازاً تتولى بموجبه إقامة أحد مشاريع البنية التحتية بجميع مراحلها من تصميم وتمويل وإنشاء وتشغيل خلال فترة زمنية معينة هي مدة الامتياز، وتتقاضى من الجمهور رسوماً إذا استفادوا من خدمة المشروع خلال هذه المدة.
- ٢- بعد انتهاء فترة الامتياز تقوم الشركة المستثمرة بنقل إدارة المشروع للحكومة، ويتعين أن تكون فترة الامتياز طويلة -نسبياً- بقدر يكفي

(١) ينظر: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "B.O.T" في تعميم المرافق العامة والأوقاف، المصدر السابق ص ٥.

لتغطية رأس المال المستثمر في المشروع ويحقق معدل ربح أو عائد مناسب للشركة.

٣- كبر حجم الاستثمارات المطلوبة في هذه العقود، ويترتب على هذه الخصيصة عدم قدرة المستثمر الفرد على تمويل الكثير من هذه المشروعات، الأمر الذي دعا المستثمرين في هذه المشروعات إلى ضرورة تكوين اتحاد مالي (كونستوتيورم) مكون من القطاع الخاص، البنوك، ومؤسسات مالية أخرى لتمويل هذه المشروعات.

٤- عمومية الانتفاع بالخدمات التي تقدمها مشاريع هذه العقود، وذلك يرجع لكبر عدد المستهلكين للخدمات التي تقدمها هذه المشروعات وتنوع مستويات دخولهم.

٥- كثير من هذه الخدمات -التي تقدمها هذه المشروعات- ضرورية للمستهلك مثل الكهرباء، الطرق، الجسور، المياه، وغيرها مما يخلق ضغطاً على هذه المشروعات.

٦- الحاجة لتدخل الحكومة في بعض الأحيان لضمان استمرار هذه المشروعات.

٧- تسد الحاجة للخبرات المهنية سواء في عمليات الإنشاء أو التصميم أو الإدارة.

٨- تنوع المخاطر التي تتعرض لها هذه المشروعات وتعددتها، حيث يختلف التمويل لها من قروض طويلة، متوسطة، قصيرة الأجل مع وجود فوائد على تلك القروض بعوائد ثابتة أو متغيرة، أو عن طريق مساهمات مباشرة أو أسهم بغرض المتاجرة تتضمن طلب الحصول على أرباح منتظمة تشكل عبئاً على مدير المشروع.

٩- اشترك عدد كبير من الأطراف في منظومة هذا العقد سواء كان بالمباشرة أو بالارتباط المباشر (الحكومة- شركاء المشروع- المقرضون- شركات البناء والمقاولات- موردو المعدات- مستثمرو رأس المال- الجهات المشترية لمنتجات المشروع- مستخدمو تلك المنتجات).

١٠- بموجب هذا العقد لا تضمن حكومة البلد المضيف تسديد أي قروض لتنفيذ المشروع، وإنما يتوقف سداد هذه القروض على العوائد التي يدرها المشروع.

١١- لا تتم هذه العقود إلا في مناخ استثماري صحي، خال من التعقيد والبيروقراطية والفساد الإداري؛ لذا يتعين على الحكومة المضيفة أن تضع قواعد سياسية مستقرة وتهيئ مناخاً قانونياً مواتياً لقيام القطاع الخاص باستثمارات كبيرة على المدى الطويل ويتمثل ذلك في إصدار الموافقات والتصاريح الإدارية المطلوبة بسهولة ويسر بعيداً عن البيروقراطية مع توخي العدالة والموضوعية^(١).

١٢- ثبوت حق الجهة الإدارية في الإشراف والرقابة طوال مرحلتي التشييد والاستغلال.

(١) أنظر دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT، الإسكندرية، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، ٢٠٠٠-٢٠٠١م لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص٦٣٤-٦٤٦-٦٦٣، للاستزادة طالع الرابط التالي في شبكة الانترنت:

- ١٣- ملكية المشروع تظل ثابتة للجهة الإدارية.
- ١٤- يحقق الاستثمار بهذا الأسلوب أرباحاً مرتفعة للقطاع الخاص، فقد أوضحت عدة دراسات تطبيقية أن الاستثمار في مشاريع البنية التحتية يحقق عوائد مرتفعة قد تصل في بعض الحالات إلى ٩٦% ويعرض الجدول التالي نتائج بعض الدراسات التي تمت في هذا المجال^(١).

المبحث الثالث

أركان العقود عامة وأركان عقد (B.O.T) خاصة

المطلب الأول: أركان العقد في الشريعة الإسلامية.

الركن في اصطلاح علماء الأصول من الحنفية: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان جزءاً داخلياً في حقيقته.

ففي العبادات يعد الركوع والسجود وقراءة القرآن أركاناً للصلاة.

وفي المعاملات: الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما هو ركن العقد.

فركن العقد: هو كل ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة^(٢).

هذا هو مذهب الحنفية، وأما بقية العناصر أو المقومات التي يقوم عليها العقد من محل معقود عليه، وعاقدين، فهي لوازم لا بد منها لتكوين

(١) عقود التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T دراسة في إطار القانون الدولي الخاص
دكتور: محمد الروبي.

(٢) ينظر: فتح القدير: ٥/٧٤، البدائع: ٥/١٣٣، رد المحتار لابن عابدين: ٤/٥.

العقد، لأنه يلزم من وجود الإيجاب والقبول وجود عاقدين، ولا يتحقق ارتباط العاقدين إلا بوجود محل يظهر فيه أثر الارتباط.

وعند الجمهور^(١) يقولون: إن للعقد أركاناً ثلاثة هي عاقد ومعقود عليه وصيغة. فالعاقد في البيع هو البائع والمشتري، والمعقود عليه هو الثمن المثل، والصيغة هي الإيجاب والقبول، باعتبار أن الركن هو ما يتوقف عليه وجود الشيء وهو جزءٌ داخلاً في حقيقته.

المطلب الثاني: أركان العقد في القانون

جاءت أركان العقد في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل على النحو التالي^(٢):

مادة ٧٧:

١- الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر فهو إيجاب والثاني قبول.

٢- ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما حال.

مادة ٧٨:

صيغة الاستقبال التي هي بمعنى الوعد المجرّد ينعقد بها وعداً ملزماً إذا انصرف إلى ذلك قصد العاقدين.

(١) ينظر: الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي ٣/٢، مغني المحتاج: ٢/٣، غاية المنتهى: ٢/٣، القوانين الفقهية: ص ٢٤٥.

(٢) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل .

مادة ٧٩:

كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وبتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً لأدلته على التراضي.

مادة ٨٠.

١- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً.
٢- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض.

مادة ٨١.

١- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قولاً.
٢- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وأتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

مادة ٨٢.

المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك.

مادة ٨٣.

تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني.

مادة ٨٤.

إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول التزم بإيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.

مادة ٨٥.

إذا وجب أحد المتعاقدين يلزم الانعقاد للعقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب.

مادة ٨٦.

١- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت الاتفاق بالكتابة.

٢- وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

مادة ٨٧.

١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

٢- ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما.

مادة ٨٨.

يعتبر التعاقد (بالتليفون) أو بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان.

مادة ٨٩.

لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو (المزايدة) ويسقط العطاء بعطاء أزيد ولو وقع باطلاً أو بإقفال المزايدة دون أن ترسو على أحد، هذا مع عدم الإخلال بالأحكام الواردة في القوانين الأخرى.

مادة ٩٠.

١- إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك.

٢- يجب استيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل.

مادة ٩١.

١- الاتفاق الابتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها.

٢- فإذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الابتدائي الذي يتضمن وعداً بإبرام هذا العقد.

مادة ٩٢.

١- يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

٢- فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول، فإن عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وأن عدل من قبضه رده مضاعفاً.

المطلب الثالث: أركان العقد (B.O.T)

أن عقد (B.O.T) لابد فيه من أربعة أركان:

الأول: العاقدان.

وهما طرفا العقد فالأول هو الجهة المالكة لمحل إقامة المشروع سواء كان الحكومة أو الناظر على الوقف أو أي شخصية سواء كانت حقيقية أو معنوية. والثاني: هو الجهة التي تقوم ببناء المشروع وتشغيله والاستفادة من ريعه مدة العقد وتسمى "مدير المشروع".

الثاني: الأرض محل المشروع.

الثالث: المشروع وهو الإنشاءات المحددة في العقد.

الرابع: الصيغة.

(هي الألفاظ التي يصاغ بها العقد متضمنة، بيان أركان وشروطه والتزامات كل طرف وحقوقه بعضهم يجعل كون المشروع يدر دخلا، أمرا داخلا في حقيقة العقد، وهذا له وجهه لأن العقد في أصله استثماري من جهة مدير المشروع وإن كان تمويليا من جهة الحكومة)^(١).

(١) ينظر: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "bot" خالد بن سعود بن عبد الله الرشود،

المبحث الرابع

المقاصد الشرعية المتحققة في إنشاء هذه العقود

المطلب الأول: تعريف المقاصد لغة واصطلاحاً.

أولاً لغةً:

تعود كلمة "مقصد" إلى أصل (ق ص د)، ومواقعها في كلام العرب الاعتزام والتوجيه والنهوض نحو الشيء، على اعتدال كان أو جور، هذا أصله في الحقيقة وإن كان يُخص في بعض المواضع بقصد الاستقامة دون الميل^(١).

فَقَصَدْتُ الشيءَ له وإليه قَصْدًا من باب (ضرب) طلبته بعينه وإليه قَصْدِي ومَقْصِدِي بفتح الصاد، وأسم مكان بكسرها نحو مقصد معين، وبعض العلماء جمع القصد على قَصُود وهو جمع واقع على السماع، وأما (المَقْصَد) فيجمع على مَقَاصِدٍ، وَقَصَدَ في الأمر قَصْدًا توسط وطلب الأسد ولم يجاوز الحد، وهو على قَصْدٍ أي رشد، وطريق قَصْدٌ أي أسهل، وَقَصَدْتُ قَصْدَهُ أي نحوه^(٢).

ثانياً: اصطلاحاً.

دلالة المقاصد^(٣): وهي على قسمين قسمها الإمام الشاطبي^(٤).

(١) لسان العرب: ٣٥٥/٧.

(٢) المصباح المنير ٥٠٤/٢.

(٣) الموافقات ٥/٢، وما بعدها، وأنظر نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، ص ١٢٤ - ١٤٢.

(٤) هو الإمام إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي، أبو إسحاق، الشهير بالشاطبي ولد في مدينة غرناطة، قبيل سنة ٧٢٠هـ، أنظر ترجمته في الإحاطة (٣٨/٣)، وبغية

الوعاء (١٩١/١).

أولاً: قصد الشارع.

ثانياً: قصد المكلف.

القسم الأول: قصد الشارع.

وقسمه على أربعة أنواع هي:

- قصد الشارع إلى وضع الشريعة ابتداءً "أي بالقصد الذي يعتبر في المرتبة الأولى، ويكون ما عداه كالتفصيل له، وهذا القصد الأول" وهو الذي قال فيه الشاطبي: "تكاليف الشريعة ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد لا تعدو أن تكون ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية"، وهذه المقاصد تجمعها قاعدة "درء المفسد وجلب المصالح".

- قصد الشارع في وضع الشريعة للإفهام.

- قصد الشارع في وضع الشريعة للتكاليف بمقتضاها.

- قصد الشارع في دخول المكلف تحت أحكام الشريعة.

القسم الثاني: قصد المكلف: وخصه لمقاصد المكلف في

التكليف، مؤكداً أن العمل إذا تعلق به القصد تعلق به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها.

وهذه التقسيمات تجمع مدلول المقاصد عند الشاطبي، الذي يمتد

ليشمل المقاصد المصلحية والدلالية للخطاب الشرعي والمرتبطة في تحققها واقعاً بامتثال المكلف.

المطلب الثاني: المقاصد الشرعية من عقد البناء والتشغيل وإعادة

الملك (b.o.t):

أولاً: لا بد 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 عدل 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 ع أتم دلالة وأصدقها، وهي نوره الذي أبصر به المبصرون، وهداه الذي به اهتدى به المهتدون، وشفأؤه التام الذي به دواء كل عليل...." (1)، وقد جمع هذا العقد من مقاصد الشريعة ما لم يجتمع في عقد آخر من حيث

(1) 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 ١٣٧٤/١٩٥٥م)، ج ٣، ص ١٤.

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

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

٢- تنمية الأموال واستثمارها بطرق مشروعة فيما يفيد المجتمع الإنساني من المشروعات المدنية.

٣- تخفيف الأعباء المالية عن الدول وبخاصة الفقيرة.

٤- صيانة الممتلكات، والمحافظة عليها للاستفادة منها لوقت أطول.

٥- توفير الخبرات اللازمة، وتأهيل المجتمعات النامية لأعمال الإنشاء، وخدمات الصيانة للاستقلال بأعمالهم مستقبلاً.

٦- 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، محكمة توضح حقوق كل طرف في

العقد، يكن هذا أدهى إلى منع الخصومة فإذا صحت أركان العقد

وشروطه، وخلا من المحذور في فقه المعاملات، وحقق العقد

المقاصد الشرعية، والمصالح الشخصية التي لا تتعارض والمبادئ

الشرعية، وخلا من المحظورات الشرعية كلاً وجزءاً فإنه ينتج عن

هذا صحة العقد وما يترتب عليه من آثار. إذا حكم لبعض العقود

الحديثة بالصحة ابتداءً، ومنها عقد (نظام البناء والتشغيل وإعادة

الملك) 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"^(١).

يؤكد هذا ما ذكره القاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي رحمه الله تعالى في مجال ما يعرض العقود للبطلان: أولاً: ما يرجع إلى صفة العقد ضروب منها: الربا، ووجوهه، ومنها الغرر وأبوابه، ومنها المزابنة^(٢)، والبيع والسلف، وغير ذلك...."^(٣).

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، تحقيق ماجد الحموي (بيروت: دار ابن حزم، عام ١٤١٦/١٩٩٥)، ج ٣، ص ١١٦٠.
 (٢) عند المالكية "بيع معلوم بمجهول، أو مجهول بمجهول من جنس واحد فيهما" الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، ج ١، ص ٣٤٧.
 (٣) التلقين، الطبعة الأولى (المغرب: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤١٣هـ)، ص ١٠٦، للقاضي عبد الوهاب البغدادي.

والضمان المعرفي إن كان مبنياً على تقدير المصاريف الإدارية فحسب فلا غبار عليه شرعاً، أو كان للشركة رصيد موجود بالبنك (غطاء) يكون البنك حينئذ وكياً 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 مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٢(٢/١٢) بالتفصيل، وذكر الحل في النص التالي^(١): "إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني بجدة من ١٠-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ/٢٢-٢٨ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٨٥م، وبعد النظر فيما أعد في خطاب الضمان من بحوث ودراسات، وبعد المداورات والمناقشات المستفيضة التي تبين منها^(٢):

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

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٢(٢/١٢).

(٢) مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورة انعقاد مؤتمره

الثاني بجدة من ١٠-١٦ ربيع الآخر ١٤٠٦هـ/٢٢-٢٨ كانون الأول (ديسمبر)

١٩٨٥م.

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).

٢- 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.

بناء على ذلك تقرر ما يلي:

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

ب- 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 لإصدار خطاب الضمان ما قد تتطلبه المهمة الفعلية لأداء ذلك الغطاء، والله أعلم^(١).

ثانياً: الظروف الطارئة^(٢): 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،

(١) قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، المصدر السابق ص ٢٥.

(٢) أنظر: الكوزة يانكي، ملا صالح، تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي، ط.د. إعداد عبد الحكيم عثمان صالح، (الموصل: مكتبة بسام، عام ١٩٨٥)، ص ٤٢.

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.

لهذه الظروف التي لم تكن في حساب المتعاقدين اعتبار في الشريعة الإسلامية، تحفظ التوازن بين مصالح المتعاقدين بما يخفف وقع الخسائر، والأضرار التي تنشأ عما لم يكن في الحساب من 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 صحة العقد في بعض جوانبه فساداً، إن اعتبار هذه القاعدة الفقهية، والأخذ بها يجعل العقد صحيحاً، وقائماً في الجانب الصحيح، باطلاً في الجزئية المفسدة للعقد لا غير، خصوصاً وأن كل مرحلة في المشروع محددة، مدونة تفصيلاً من حيث: العمل، والعوض، والأجل. بهذا يستمر العمل في الجانب الصحيح، ويعالج بالطرق الشرعية، والقوانين الفقهية ما اختلت فيه شروط صحة العمل. يذكر في تفسير هذا المصطلح الفقهي المكون من كلمتين: (تفريق) و(صفقة).

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

ثانياً : معنى الصفقة: ضرب اليد على اليد، والعرب كانوا يتصافقون عند تمام العقد، فسمي العقد بها مجازاً بعلاقة المجاورة، وتفريق العقد بسبب المعقود عليه، وتفريقها إما في الابتداء، أي ابتداء العقد، أو في الدوام والانتهاء، أو في اختلاف الأحكام. 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 لهدر نصيب أحدهما بالعيب، وإبقاء الآخر، وفي حالة الجمع بين الحلال والحرام في صفقة يصح العقد في الحلال، ويبطل في الحرام"^(١).

رابعاً: الحل الصحيح للأوقاف عديمة الموارد^(٢).

تحتل معظم الأوقاف في البلاد الإسلامية وبخاصة في بلاد الحرمين الشريفين مواقع مهمة جداً 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، خصوصاً وقد تضاعف عدد المسلمين، وفي السنوات الأخيرة اشتدت الرغبة لزيادة الأماكن المقدسة أداءً لفريضة الحج والعمرة، وزيارة المسجد النبوي الشريف، وأصبح

(١) الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤٠٨/١٩٨٨، ج١٣، ص٨١.

(٢) أنظر أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، الإبدال والاستبدال، بحث مقدم للجنة العلمية لمنتدى قضايا الوقف الفقهية، عام ٢٠٠٧م، ص٤.

الوصول إلى البلاد المقدسة سهل المنال حتى للفقراء، وقد ضرب الأمن أطنايه 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 تحبيس العين وديمومة المنفعة، وأي تصرف فيما 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:

- ١- الإبقاء عليها كما هي، حتى لو انعدم الانتفاع بها^(١)، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة في رأي لهم.
- ٢- إعمارها، أو استبدالها إذا خربت، وتعطلت منافعها، كما هو مذهب الحنفية والحنابلة^(٢).

(١) ينظر: النووي، روضة الطالبين (٣٥٦/٥ - ٣٥٨)، المرادوي، الإنصاف (١٠١/٧).

(٢) ينظر: ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٨٤/٤ - ٣٨٥)، الدردير، الشرح الصغير

(٤١٤/٥). عقود البوت - عبد اللطيف القرني - دراسة منشورة على موقع شبكة

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

هذه الحلول سليمة حيث لا يوجد بديل سواها، أما وقد ظهر في العصر الحديث من أنواع المعاملات المالية ما يحقق المقصود من الأوقاف (تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة) من غير أن يناقض مبدءاً، 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 فيها 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 الدخل 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 الأدوار المرتفعة إلى ما يزيد على الثلاثين دوراً، كما هو الحال فيما يسمى (وقف الملك عبد العزيز رقم واحد) على الحرمين الشريفين، فقد اضطلعت مؤسسة

استثمارية ببناء الأبراج وتشغيلها لمدة خمس وعشرين سنة، واستثمارها لهذه المدة بما يكفل لها استرجاع رأس مالها وأرباحها ثم تسليمها إلى الدولة، وعلى مثل هذا العقد أبرم في شهر رمضان المبارك بمكة المكرمة عقد وقف الملك عبد العزيز رقم ٢ في الجهة الشرقية للحرم الشريف، بمثل هذا العقد يحافظ على عين الأوقاف من الضياع، وضمان استمرار الاستفادة منها لتوزيع دخلها على الموقوف عليهم (٣) .

المبحث الخامس

بيان مدى الإيجابيات والسلبيات الناتجة عن مثل هذه العقود

المطلب الأول: إيجابيات عقد B.O.T

يمكن تحديد إيجابيات هذا العقد في عناصر كثيرة، فأذكر منها على سبيل العد لا الحصر^(١):

١- تمكين الدولة من توفير الخدمات المختلفة الضرورية اللازمة والتي لا يمكن الاستغناء عنها، والتي يصعب إقامتها بالموارد المحلية الحكومية.

٢- يساعد الدولة على توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الاستراتيجية التي يعجز القطاع الخاص عن تنفيذها.

٣- المساهمة في كبح جماح الركود الاقتصادي والقضاء على البطالة والحد من التضخم، وذلك لأنه من المعلوم أن مشاريع البنية التحتية

(١) أنظر عقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ١٤٥- ١٥٢، ودراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع B.O.T لعبد القادر محمد عبد القادر عطية، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية ٢٠٠٠- ٢٠٠١م، ص ٦٤٦- ٦٤٧، وتقرير البنك الدولي عن التنمية في العام ١٩٩٤، ص ١١٤- ١١٥.

تتصف في الغالب بكونها مستهلكة للعمالات الأجنبية وبكونها غير منتجة لها بصورة مباشرة نظراً لصعوبة تصدير منتجاتها، ومن ثم فإن تمويل مشاريع البنية التحتية بأسلوب BOT قد يقلل من الاقتراض الحكومي ويساعد على التخفيف من الدين العام وبالتالي يقلل من معدلات التضخم والبطالة، خاصة إذا تم تشغيل عمالة محلية في هذه المشاريع.

٤- رفع الطاقة التوظيفية والتشغيلية للاقتصاد الوطني، وتخفيض ضغوط الاقتراض (المحلي - الخارجي).

٥- يسمح نظام الاستثمار وفق B.O.T بنقل وتوزيع المخاطر المالية والصناعية وغيرها من الحكومة إليه.

٦- إمكانية استفادة القطاع الحكومي من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشروعات، وبالتالي إعطاء النموذج الأفضل الذي تسترشد به المشروعات الحكومية.

٧- إن زيادة إشراك القطاع الخاص في إدارة مشروعات البنية الأساسية، يسمح بزيادة الاعتماد على منظومة الإدارة والمتابعة السريعة عن قرب، ما يؤدي إلى تفعيل القدرات وتوظيف الإمكانيات والارتقاء بالمهارات.

٨- إن زيادة الاستثمار الممول من الخارج -القطاع الخاص- يؤدي مستقبلاً إلى توفير عناصر جذب مؤثرة لتنمية هذه الاستثمارات، من حيث تحسين البيئة، مناخ الاستثمار، تنمية الوعي الاستثماري، زيادة الإحساس بعوائد وفوائد الاستثمار.

٩- إمكانية استخدام الحكومة لنتائج وأداء هذا النظام لتحسين صورتها وأدائها الداخلي، والخارجي وذلك لوجود الاقتناع الجماهيري بهذه المشاريع.

١٠- تقديم خدمة عامة أساسية، وسد حاجة للمواطن بإتاحة هذه الخدمة العامة للجمهور.

١١- تخفيف العبء عن كاهل الدولة بإتاحة الفرصة للقطاع الخاص (المحلي أو الأجنبي) في المشاركة في بناء المرافق الأساسية، الأمر الذي يساهم في توفير الموارد على الحكومة.

١٢- الحصول على التقنية المتطورة والحديثة اللازمة لتشديد تلك المستودعات، والمرافق التي قد لا تتوفر محلياً، بل ينقلها المستثمر الأجنبي المالك لتلك التقنية الحديثة والذي يتمتع بالخبرة الطويلة العالمية في تشييد وبناء مثل هذه المشاريع والمرافق.

١٣- إن تنفيذ المشاريع بأسلوب B.O.T من شأنه أن يجنب مساوئ الخصخصة باعتبار أن ملكية منفعة- المرفق المنفذ وفق نظام B.O.T سينتقل للدولة مستقبلاً.

المطلب الثاني : سلبيات أو مساوئ عقد B.O.T

لهذا العقد بشكل عام سلبيات أو مساوئ يمكن تلخيصها في ما يلي^(١):

(١) أنظر: دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ص٦٤٨، وعقد b.o.t لإلياس ناصيف ص١٥٥-١٦٣ بحث بعنوان: خصخصة إدارة وبناء وتشغيل البنية التحتية في المملكة العربية السعودية لعبد الرحيم عبد الحميد الساعاتي ص١٤، ندوة التعاون بين الحكومة=

١- الضغط على السيولة المتاحة في السوق المحلي، وترحيل عائدات الاستثمار إلى خارج الدولة المضيفة، وذلك بأن يقوم المستثمر بتمويل المشروع داخلياً عن طريق البنوك المحلية -دون أن يقوم بضخ أمواله في السوق المحلي- ويقوم بسداد هذه البنوك من عائدات الاستثمار ثم يرحل الأرباح إلى الخارج، فينتج عنه استهلاك قدر كبير من السيولة المتاحة في السوق المحلي، مما يؤدي إلى حالة من الانكماش الاقتصادي.

٢- قد تبلغ الشركة صاحبة الامتياز في زيادة تكاليف الخدمة المنتجة، أو زيادة احتساب تكاليف التمويل عما هو متاح في الحالات العادية فينعكس ذلك على أسعار الخدمة مما يمثل عبئاً إضافياً على المستهلكين.

٣- قد تلتزم الدولة شراء الإنتاج بموجب العقد، الذي يلزم الدولة بالدفع على أساس الأسعار التي ترتفع مع مرور الزمن، ومع الوقت ومدة العقد الطويلة، ترتفع كلفة هذه المشاريع على الدولة.

٤- عادة ما ترتبط عقود b.o.t بشروط الاحتكار، التي تلتزم بها الدولة إذ تشترط شركة المشروع على الدولة، تأمين الاحتكار حتى تضمن سيطرتها على السوق وضمان عدم منافستها؛ تحقيقاً لإسترداد ما أنفقته من أموال، ويترتب على ذلك ما يترتب على الاحتكار من أضرار ومساوئ، وإذا لم يرتبط المشروع باحتكار، تلتزم الدولة بشراء الخدمة التي يقدمها المشروع، وفي كلا الأمرين ضرر.

=والقطاع الأهلي في تمويل المشاريع الاقتصادية، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، ٢- ٤/٧/٢٠١٤هـ، ص ٤٣.

٥- طول مدة العقد وما قد ينتج عنها من حسنات في مصلحة المستثمر وأضرار بمصلحة الدولة المانحة، فإذا كانت شركة المشروع تلتزم في نهاية مدة العقد بإعادة نقل إدارته إلى الدولة المضيفة، فإن هذه المدة قد تطول كثيراً، كما لو بلغت مثلاً تسعة وتسعين عاماً، والعقد الذي يعقد لمثل هذه المدة يلزم أجيالاً متعاقبة تلتزم بنتائج هذا العقد، وما ينتج عنه من بدائل لمصلحة الملتزم تؤخر استفادة الدولة من المشروع، وتحمل أبناء المجتمع هذه البدائل، وتضر بالمصالح الاقتصادية العائدة للدولة، كما تضر بمصالحها السياسية.

المبحث السادس

التكييف الشرعي والقانوني لهذا العقد

المطلب الأول: الدراسة التحليلية الفقهية لعقد البناء والتشغيل وإعادة الملك
أولاً: التحليل الفقهي: يعتمد البحث أولاً على التحليل الموضوعي للخروج بتصور فقهي مناسب.

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

١- عقد البناء.

٢- عقد التشغيل.

٣- عقد الصيانة.

٤- 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 في الاتفاقات كل التفاصيل بشكل دقيق بكل ما له تعلق بالمشروع.

بشيء من الدقة والتأمل نجد أن كل واحد من هذه العقود الأربعة يشتمل على عقود متعددة من الباطن، متنوعة مثلاً: عقد البناء كلمة (البناء) ليس المقصود منها المعنى الحرفي بل المقصود إقامة مشروع حسب طبيعته سواء يكن بناءً، 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، كما 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 المتعاقد 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:

- ١- رأس المال.
- ٢- وصف رأس المال والاستثمار.
- ٣- الشروط المتعلقة بالبيع والشراء، وما له علاقة برأس المال.
- ٤- تنظيم وإدارة الشركة المنفذة للعقد.

- ٥-صلاحيات الإدارة، ومسؤولياتها، والهيئة المنظمة.
- ٦-الإجراءات، والاجتماعات للهيئة الإدارية.
- ٧-حالات وإجراءات الفسخ والإلغاء ذات العلاقة بالشركة.
- ٨-حقوق وواجبات الشركة المنفذة للمشروع والمستثمر التي لا بد منها في العقد.

٩-الإجراءات التي تتخذ لتعديل بعض نقاط وفقرات الاتفاقية^(١).

المطلب الثاني : التخرجات الفقهية

يمكن تخريج هذا العقد فقهيًا عدة تخريجات بشرط خلوه من أي محذور شرعي تتمثل في واحد من العقود التالية:

- ١- عقد جديد أصالة.
- ٢- عقد استصناع تغليبيًا.
- ٣- القياس على إعمار الوقف.
- ٤- 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 ع على المشركين مخالفة هذين الأصلين، وهو تحريم

(١) بشبيشي، أمل نجاح نظام البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، ص ١١.

ما لم يجرمه، والتقرب بما يشرعه، وهو سبحانه لو سكت عن إباحة ذلك وتحريمه لكان ذلك عفواً لا يجوز الحكم بتحريمه وإبطاله؛ فإن الحلال ما أحله الله، والحرام ما حرمه، وما سكت عنه فهو عفو، فكل شرط وعقد، ومعاملة سكت عنها فإنه لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه من غير إهمال، فكيف وقد صرحت النصوص بأنها على الإباحة فيما عدا ما حرمه...^(١).

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

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

أولاً : عقد المقابلة:

قد تبين مما سبق أن عقد (B.o.t) هذا مشتمل على أربعة عقود

رئيسية:

١- عقد البناء.

٢- عقد التشغيل.

٣- عقد الصيانة.

(١) ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٤٤.

٤- وأخيراً عقد إعادة الملك.

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

عقد (البناء) (b.o.t) يشتمل على بذل عمل وتقنيات فنية عديدة يشترك فيه المهندسون على اختلاف تخصصاتهم من تخطيط معماري، وهندسة، وفنيون، وحرفيون في مجالات مختلفة كهرباء، وسباكة، ونجارة، وديكور وغير ذلك مما يتطلبه كل مشروع من هذا النوع يختلف عن الآخر باختلاف طبيعته، ولما كانت أعمال هذه المرحلة متعددة، ومتنوعة فإن مثل هذا العقد يدخل تحت:

(عقد المقاوله) وهو العقد الأول

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

(عقد المقاوله والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته) حسب النص التالي:

"إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته الرابعة عشرة بالدوحة (دولة قطر) من ٨ إلى ١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ، الموافق ١١-١٦ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٣م، بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد المقاوله، والتعمير: حقيقته، تكييفه، صورته،

وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لأدلة الشرع، وقواعده، ومقاصده، ورعاية للمصالح العامة في العقود والتصرفات. ونظراً لما لأهمية عقد المقاول، ودوره الكبير في تنشيط الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

- ١- **عقد المقاول:** 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.
- ٢- إذا قدم المقاول المادة والعمل فينطبق على العقد قرار المجمع رقم ٦٥ (٧/٣) بشأن موضوع الاستصناع^(١).

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

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

ثانياً: يشترط في عقد الاستصناع ما يلي:

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

ب- أن يحدد فيه الأجل.

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

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة" قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، الطبعة الثانية (دمشق: دار القلم، وجدة: مجمع الفقه الإسلامي، عام ١٤٠٩هـ/١٩٨٨م)، ص ١٤٤.

- ٣- إذا قدم المقاول العمل فقط فيجب أن يكون الأجر معلوماً.
- ٤- يجوز الاتفاق على تحديد الثمن بالطرق الآتية:
- أ- الاتفاق على ثمن بمبلغ إجمالي على أساس وثائق العطاءات والمخططات ومواصفات المحددة بدقة.
- ب- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس وحدة قياسية يحدد فيها ثمن الوحدة، والكمية، وطبقاً للرسومات والتصميمات المتفق عليها.
- ت- الاتفاق على تحديد الثمن على أساس سعر التكلفة الحقيقية، ونسبة ربح مئوية، ويلزم في هذه الحال أن يقدم المقاول بيانات، وقوائم مالية دقيقة، ومفصلة، وبمواصفات محددة بالتكاليف برفعها للجهة المحددة في العقد، ويستحق حينئذ التكلفة بالإضافة للنسبة المتفق عليها.
- ٥- 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 ١٠٩ (١٢/٣).
- ٦- يجوز في عقد المقاولة تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط لآجال معلومة، أو حسب مراحل إنجاز العمل المتفق عليها.
- ٧- يجوز الاتفاق على التعديلات والإضافات.
- ٨- إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافات بإذن رب العمل دون الاتفاق على أجره فالمقاول عوض مثله.
- ٩- إذا أجرى المقاول تعديلات، أو إضافة دون اتفاق عليها فلا يستحق عوضاً زائداً على المسمى، ولا يستحق عوضاً عن التعديلات أو الإضافات.

- ١٠- 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.
- ١١- إذا شرط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن.
- ١٢- إذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداءه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف باختلاف الإجراء.
- ١٣- المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصل تجاه رب العمل قائمة وفق العقد.
- ١٤- لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط نفي الضمان عن المقاول.
- ١٥- يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة.
- ١٦- لا يقبل في عقد المقاولة اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في القعد^(١).

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، ووظيفة

(١) قرارات وتوصيات الدورة الرابعة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدوحة (دولة

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

المبالغ التي تتقاضاها هذه الشركة هي:

رأس مال المشروع إن كانت المنفذة له + الإجارة على التشغيل، وهو عمل معلوم: معلوم الزمان، والمكان، معلوم الأجرة، فمن ثم يدخل هذا العقد تحت (الإجارة على العمل) 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..."^(١). هذا العقد يخضع لعقد الإجارة أركاناً وشروطاً، وأوصافاً، صحة، وبطلاناً.

العقد الثالث: عقد الصيانة (إجارة على عمل):

وهو خدمة على عمل معين فيه منفعة، موصوف في الذمة، له قيمة مقدرة معينة في العقد، (عوض)^(٢).

(١) ينظر: أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات مهديات وقرارات، الطبعة الأولى (الدمام: دار ابن الجوزي عام ١٤٢٦ هـ)، ص ٢٧٧.

(٢) ينظر الدر المختار (٣/٥) بتصرف.

يأتي ضمن العقود المتعددة للمشروع، وذلك بالمحافظة عليه سليماً من حيث الأداء السليم حتى تسليمه، وإعادته لأصحابه، بهذا التحليل يصبح عقد (البناء، والتشغيل، والصيانة) عقداً مستقلاً، قائماً بذاته، انبثق عنه مجال التعاملات في العصر الحديث.

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: مواد معلومة، ومواصفاته محدودة، بدقة وعناية، بما في ذلك الخبرات الفنية المطلوبة، ومدة الإنجاز، بناءً، وتشبيهاً، وتقدير قيمته إنشاءً، ينطبق حقيقة على عقد الاستصناع حيث عُرف الاستصناع بأنه:

أولاً لغة: الاستصناع استفعال من صنع، فالألف والسين للطلب،

يقال: استغفار لطلب المغفرة، والصنع: "(الصنع): بالضم مصدر قولك صنع إليه معروفاً وصنع به صنيعاً قبيحاً أي: فعل^(١)، والصناعة -بكسر الصاد: حرفة الصانع، وأصطنعه: أتخذ، قال تعالى: ﴿وَأَصْطَنَعُكَ

(١) ينظر: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، صفحة: ٣٧١.

لِنَفْسِي ﴿^(١)﴾، يقول ابن منظور: "ويقال اصطنع فلان خاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً"^(٢) واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه، فالاستصناع لغة: هو طلب الفعل"^(٣).

ثانياً: تعريف الاستصناع في الاصطلاح.

اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستصناع، ويرجع ذلك إلى اختلافهم في حقيقة الاستصناع وتكييفه حيث أدخله الجمهور ضمن السلم، أما الأحناف فعده عقداً مستقلاً، لكنهم اختلفوا في تعريفه، ومرجع ذلك الاختلاف إلى إدخال بعض القيود أو إخراجها، ومن تلك التعريفات:

- تعريف الكاساني: "هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل"^(٤).

وهنا قد بيّن كونه عقداً، لكن لم يذكر اشتراط تحديد الثمن، فلم يكن جامعاً.

- تعريف ابن الهمام: "الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر أصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطي شيئاً فيعقد الآخر معه"^(٥).

(١) سورة طه، آية: ٤١.

(٢) ينظر: ابن منظور، لسان العرب، ج ٨، صفحة: ٢٠٩.

(٣) ينظر: لسان العرب: ج ٨، صفحة ٢٠٩، مختار الصحاح صفحة ٣٧١، القاموس المحيط، ج ١، صفحة ٩٥٤.

(٤) ينظر: علاء الدين، الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، صفحة ٢.

(٥) ينظر: كمال الدين ابن الهمام السيواسي، شرح فتح القدير، ج ٧، صفحة ١١٤.

وهو تعريف بالرسم لا الحد، حيث عرف الاستصناع بذكر بعض صورته.

• تعريف السمرقندي: "هو عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع"^(١).

وهو تعريف مختصر جيد، لكن يلاحظ عليه عدم ذكر الثمن واشتراطه.

• تعريف مجلة الأحكام العدلية: "مقولة مع أهل الصناعة على أن يعمل شيئاً"^(٢).

وقد صدر قرار ٦٥ (٧/٣) بشأن عقد الاستصناع من مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧-١٢ ذي القعدة الموافق ٩-١٤ آيار (مايو) ١٩٩٢م. بعد إطلاع على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع عقد الاستصناع، وبعد استماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد، والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل، والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي:

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

(١) ينظر: علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج٢، صفحة ٣٢٦.

(٢) ينظر: محمد الزحيلي، قضاء المظالم في الفقه الإسلامي، ج٧ صفحة ٥٣.

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

ب- أن يحدد فيه الأجل.

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

أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى

ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف طارئة، والله أعلم^(١).

الجزء الثاني (عقد التشغيل)^(٢): 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.

الجزء الثالث (عقد الإعادة) :

إذا تمت فترة التشغيل حسب العقد، يستعيد أصحاب المشروع

الأصليين كامل المشروع في حالة سليمة جيدة، دون جهالة في بند من

البند بالتقصير، أو التفريط، كما هي العادة الجارية في مثل هذه العقود

(١) مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، قرارات وتوصيات

للدورات ١-١٠، القرارات ١-٩٧ الطبعة الثانية، تنسيق وتعليق عبد الستار أبو غدة

(جدة: مجمع الفقه الإسلامي، عام ١٤١٨/١٩٩٨)، ص ١٤٤.

(٢) عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك بحث على العنوان

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 القائمون عليها من التمويل ما يحقق الاستفادة منها، ومضت على ذلك السنون الطويلة وليس للوقف موارد لعمارتها، وإحيائه، فمن ثم فكر الفقهاء القائلون بجواز استبدال الوقف في إيجار 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، ثم إعادة عين الوقف لأصحابه ليؤدي الوظيفة التي حبس من أجلها، وهو المستفاد 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 أجر 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 لمرمته^(١).

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، (مصر

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي)، ج ٣، ص ٣٨٢.

التخريج الرابع: (عقد كراء).

في نصوص المذهب المالكي نجد أمثلة عديدة يصنف هذا العقد تحت عقد (كراء الدور)^(١)، 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؟

قال: إن سمي عدة ما بينهما 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 كراءً مجهولاً، وإن سمي ما يكون عليه في كل سنة، ولم يسم ما بينها به كان الكراء معلوماً، وأمه مجهولاً، وإذا سمي الوجهان كان كراءً 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

(١) يعرف المالكية الكراء بأنه "بيع منفعة ما لا يمكن نقله" مثل الدور والأرضين مما لا ينقل، ويفرقون بينه وبين الإجارة، وهي: "بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة، ولا حيوان ولا يعقل، بعوض غير ناشيء عنها، بعضه يتبع بعض بتبعيضها"، أنظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، الطبعة الأولى تحقيق محمد أبو الأجنان، والطاهر المعموري (بيروت: دار الغرب الإسلامي، عام ١٩٩٣)، ج ٢، ص ٥١٦، ٥٢٤.

ثوباً، أو جارية فاشتري له ما يشبه أن يشرى له من ذلك لزمه، ولو وصف البنيان، وعدد ما يسكنها من السنين لجاز"^(١). "وسئل مالك عن رجل تكارى عرصه 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: أفيجعل كراءها دراهم؟

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

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة في المعنى؛ لأن مالها إن أكراه العرصه عشر سنين، سنة بعشرة دنائير على أن يبني العرصه لربها، إذا شرط أن يقاصه بالنفقة في الكراء لم يجز؛ لأنه إذا لم يكن الكراء بالنقد لم يوجب الحكم المقاصة به، ووجب أن يتبعه بنفقته سلفاً حالاً عليه، ويؤدي إليه الكراء بقدر ما سكن شيئاً بعد شيء على ما يوجبه الحكم في ذلك. ووجب أن يتبعه بنفقته سلفاً حالاً عليه، ويؤدي إليه الكراء بقدر ما سكن شيئاً بعد شيء على ما يوجبه الحكم في ذلك. قال ابن المواز: وهذا إذا كان البناء لرب العرصه، ويسمى ما بنى به، وكان ذلك من الكراء لا يزيد عليه، وشرط ابن المواز أن يكون ذلك الكراء لا يزيد عليه، صحيح مثل ما في المدونة؛ لأنه إن شرط أن ينفق في

(١) ابن رشد، أبو الوليد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة، تحقيق أحمد الشرفاوي إقبال، محمد الحجى (بيروت، دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤/١٩٨٤)، ج٨، ص٤٦١.

العرصة أكثر من كرائها كان الزائد على الكراء سلفاً منه لرب العرصة؛ فدخله كراء وسلف.

قال ابن المواز: وأما إن كان البناء للمكثري 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 بيّن؛ 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 يرَ 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 بالكراء، أو قال أكتري منك العرصة بمائة درهم لعشرين سنة على أن أنفق فيها عشرة دنانير تكون مقاصة بالكراء لجاز ذلك، وإن سمج القول؛ لأن الأمر يؤول فيه إلى صحة الفعل، وهو كراء العرصة عشرين عاماً بالعدد الذي سمي أنه ينفق فيها، وبالله التوفيق^(١).

التشغيل في عقد (البناء والتشغيل والتحويل) وأخذ الأجرة من المستخدمين المنتفعين بالمشروع بمثابة السكن في العرصة مقابل بنائها

(١) ابن رشد، البيان والتحصيل، ج ٩، ص ١٧.

والانتفاع بها، وهو يمثل قيمة البناء، واسترداد رأس مال المشروع والأرباح المتوقعة منه بمثابة انتفاع ساكن العرصة، مقابل بنائها.

المطلب الثالث : التكييف القانوني

أولاً: التكييف القانوني.

نتطرق في بحثنا هذا إلى التكييف القانوني لهذه العقود في القوانين الوضعية^(١):

يُعرّف عقد الـB.O.T بأنه طريقة تمويل مشروع تعطي الإدارة بموجبه امتياز لفترة زمنية محددة لشركة خاصة تضم مجموعة مقاولين أو موظفين من أجل إنجاز وتطوير واستثمار مشروع عام من البنية التحتية، حيث تتولى هذه الشركة على نفقتها بناء وإنجاز الأشغال واستثمار المشروع طوال فترة العقد، فتسترجع بطريق الاستثمار كلفة المشروع والأرباح المرتقبة من العملية ثم تعيد المشروع إلى الإدارة المتعاقدة في نهاية العقد، وعقد الـB.O.T نمط من أنماط التعاقد الحديثة وقد عرّفه الفقيه (أندرية دي لوبادير) بأنه: "شكل من أشكال تنفيذ الأشغال العامة، تقوم بموجبه الإدارة بإلقاء عبء التنفيذ على شخص ما (فرد أو شركة)، ليس مقابل سعر يحدد في العقد وإنما لقاء استخدام المنشأ العام والانتفاع به".

ويختلف هذا العقد عن نظام عقد B.O.O الذي يعني تملك القطاع الخاص للمشروع الحكومي تملكاً كاملاً مقابل دفع قيمته فهو يعني الخصخصة الكاملة والغاية من الاعتما على نظام عقد الـB.O.T هي

(١) ينظر: (أوجه التجديد في العقد الإداري) دراسة- نظرية تطبيقية مقارنة، رفيق خضر

ريحان- رسالة دكتوراه- الجامعة اللبنانية- بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٢٥.

الاستفادة من الموارد المالية والتقنية العلمية للقطاع الخاص بغرض إنشاء البنى التحتية دون الحاجة إلى تحميل موازنة الدولة الأعباء المالية أو اللجوء إلى الدين العام كما يساعد هذا النظام من العقود على اجتذاب رؤوس الأموال الخارجية للإفادة من فرص استثمارية مما يساعد على الوصول إلى تكنولوجيا وتقنيات ومهارات غير متوفرة محلياً وبذلك تتحقق الفائدة للدولة.

من أهم خصائص عقد الـB.O.T

أنه يتصف بالخصائص والمميزات التالية:

أولاً: تمكن هذه العقود الدولة من إنشاء مشروع حيوي دون إجراء عملية اقتراض أو ديون، ذلك لأن التمويل المباشر من الميزانية العامة لن يكون لازماً حيث أن مصادر القطاع الخاص سوف تُسخرُ لتطوير وإنشاء البنية الأساسية.

ثانياً: تستفيد الحكومة عن طريق عقود الـB.O.T من خبرات القطاع الخاص في إدارة وتشغيل هذه المشاريع، حيث تبيّن أن القطاع الخاص أكثر حرصاً وفكاهةً في إدارة المشاريع الكبرى وأن سرعة التنفيذ والاقتصاد في التكلفة أمور يحرص عليها أكثر من غيره.

ثالثاً: في عقود الـB.O.T يضطر المستثمر لإنجاز المشروع بدقة وبأقصى سرعة ممكنة لكي يتسنى له استرداد التكاليف وتحقيق الأرباح المرجوة.

رابعاً: إن أموال القطاع الخاص المستخدمة في مشاريع الـB.O.T لا تدخل في أرقام الموازنة العامة للدولة (حسب النفقات) وبالتالي فإنها تخفف من مقدار عجزها وهي تشكل مصادر إضافية

مساعدة لتمويل وتطوير مشاريع أساسية، ضمن سياسة الدولة الإنمائية بمشاركة القطاع الخاص.

خامساً: إن تنفيذ المشاريع وفقاً لنظام الـ B.O.T يشكل حافزاً قوياً لجذب الاستثمارات الخاصة لمشاركة الدولة في تلك المشاريع.

سادساً: إن الاعتماد على نظام الـ B.O.T ينعكس إيجابياً على الوضع الاقتصادي للبلد المضيف، ويساهم في تطوير عمل المؤسسات وتشجيع الاستثمارات وتوسيع أسواق المال والتسليفات النقدية لتمويل أكبر عدد ممكن من المشاريع.

سابعاً: إن طريقة عقود الـ B.O.T يساهم في تطوير إمكانيات البلد الاقتصادية وتدريب العمال المحليين على أحدث التقنيات المستخدمة ويساهم في إدخال التكنولوجيا الحديثة في شتى الميادين وفي تطوير أسواق رأس المال الوطنية ويساهم في الحد من وقوع الهدر بأوجهه المختلفة.

- وبعد عرضنا لطبيعة عقد الـ B.O.T وميزاته فإن سورية بدأت في اعتماده كوسيلة قانونية متميزة لتحقيق قفزة نوعية أساسية في مجال إنجاز المشاريع الضخمة بعد أن أخذت بعين الاعتبار واقع الدولة السياسي والاقتصادي وضرورة إحداث تقدم استراتيجي على مختلف أوجه الحياة الاقتصادية والمالية والعلمية بشكل يواكب التطورات العلمية.

وإن هناك عدة عقود أُبرمت وفق نظام الـ B.O.T لمشاريع خدمية وسياحية ضخمة في سوريا.

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الـB.O.T

من خلال ما تم استعراضه تبين أن هذه العقود ذات طبيعة إدارية وفي حالة كون المستثمر أجنبي تكون ذات طبيعة إدارية دولية فهو إداري دولي.

أولاً: الطبيعة الإدارية لعقد الـB.O.T.

دار خلاف فقهي واسع بخصوص الطبيعة القانونية لعقد الـB.O.T إذ رأى بعض الفقهاء أن عقد الـB.O.T هو عقد التزام مرفق عام وبالتالي تحكمه المبادئ العامة للعقود الإدارية، بينما يرى بعض آخر أنه عقد دولي والواقع أن اعتبار الـB.O.T عقد امتياز مرفق عام كلما توافرت فيه العناصر الثلاثة التالية:

- ١- أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً عاماً.
- ٢- اشتغال العقد على تنفيذ منشآت عامة تكون لازمة لتسيير وتشغيل المرفق العام.
- ٣- لا يقبض المتعاقد ثمن المنشآت التي نفذها إنما يدير المرفق العام خلال المدة المتفق عليها، يقبض خلالها العائد من المستفيد من المرفق العام.

وقد اعتبر الاجتهاد القضائي اللبناني حديثاً بأن عقد الـB.O.T هو عقد امتياز لاستثمار مرفق عام وطني لمدة محددة منح وفق أحكام المادة/٨٩/ من الدستور (الامتيازات) وإن تسميته الأنجلو سكسونية الـB.O.T لا تؤثر في وصفه القانوني بأنه عقد امتياز لأن هذه العناصر التي يتضمنها البناء والاستثمار ونقل الملكية إلى الدولة عند نهاية العقد هي العناصر ذاتها التي يتضمنها عقد الامتياز، إضافة إلى أن اجتهاد

القضاء الإداري في كل من فرنسا ولبنان هو أن المساهمة في تنفيذ المرفق العام ذاته هي معيار كافٍ بحد ذاته لاعتبار العقد إدارياً ويدخل في اختصاص القضاء الإداري.

إن معيار العقد الإداري في مصر وفرنسا يقوم على أساس شرط مفترض، ومحورين أساسيين يكفي وجود أحدهما في فرنسا ويتعين وجود الاثنين معاً في مصر.

أما الشرط المفترض هو أن يكون أطراف العقد أو أحدهما شخصاً من أشخاص القانون العام وأشخاص القانون العام المعروفة هي الدولة، المحافظات، المدن، القرى، الأحياء، المؤسسات والهيئات العامة، الأشخاص الاعتبارية العامة الإقليمية.

- وفي سورية ينبع الوصف القانوني للعقد الإداري في المادة/١٠/ من قانون مجلس الدولة ونصّها: (يفضل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريدات... أو بأي عقد إداري آخر).

وطالما أن عقد الـB.O.T من قبيل عائلة عقود الالتزام كما ذكرنا سابقاً فإنه يقع ضمن نطاق اختصاص القضاء الإداري السوري عملاً بنص المادة(١٠) المنوه عنها ولاسيما أنه من العقود الإدارية بطبيعتها لأنه يتضمن تنفيذ المرفق العام ذاته.

ثانياً: الطبيعة الدولية لعقد الـB.O.T.

الواقع أن عقد الـB.O.T يُبرم بين الدولة أو أحد أشخاص القانون العام من جهة وشخص من أشخاص القانون الخاص الوطنية أو

الأجنبية من جهة أخرى وفي الحالة الأخيرة يكون العقد متمتعاً بالصفة الدولية.

وتحديد الصفة الدولية للعقد يقوم على معيارين أولهما قانوني، وثانيهما اقتصادي ومن الممكن الاعتماد على أحدهما أو عليهما معاً لتحديد دولية عقود الـB.O.T، فالمعيار القانوني يقوم على ارتباط النظام القانوني لهذه العقود بأكثر من دولة والعناصر التي يعول عليها في تحديد هذه الصفة هي:

١-جنسية الأطراف.

٢-مكان إقامتهم.

٣-العملة المستخدمة في الوفاء.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن الصفة الدولية تتحد بناءً على مجموع الظروف والعناصر الإيجابية الملازمة لها وليس بناءً على واحد منها فقط.

أما بالنسبة للمعيار الاقتصادي، فيعتبر العقد دولياً إذا كان يتضمن انتقال لرؤوس الأموال والسلع والخدمات من دولة لأخرى. ومما هو جدير بالذكر أن الأخذ بهذا المعيار من شأنه أن يؤدي إلى التوسيع من نطاق دولية العقود.

الخاتمة

توصل الباحث من خلال الدراسة الموضوعية لعقد (البناء ، والتشغيل ، وإعادة الملك) b.o.t إلى النتائج الآتية :

١. عقد يتكفل المتعاقد بإقامة مشروع والإنفاق عليه وتشغيله وصيانته لمدة محددة يسترد خلالها مصاريفه ، وأرباحه ، ثم تسليمه لأصحابه دون عوض .

٢. عقد البناء البناء والتشغيل ، وإعادة الملك ، ويرمز إليه (b.o.t) .

٣. عقد جديد ، مستحدث من نتاج الحياة المعاصرة يسهم في تطوير مرافق المجتمع المدني .

٤. موضوع هذا العقد غالبا يكون غالبا من مشاريع البنية التحتية كشبكات المياه والصرف الصحي ، ومشاريع الهاتف الأرضي ، والكهرباء ، وغيرها ، كبناء المطارات ، والخطوط السريعة ، والمستشفيات ، يقوم بإقامتها القطاع الخاص ، والمؤسسات الكبيرة .

٥. أصبح هذا النمط من العقود معتادا في الدول منذ فتح قناة السويس عام ١٩٥٠ .

٦. يتميز هذا العقد بأنه يوفر مرافق مدنية للبلاد من دون إثقال ميزانية الدولة ماليا ، كما أنه من إحدى السبل الناجحة لتدريب العمالة الوطنية ، ونقل التكنولوجيا .

٧. لا بد لنجاح مثل هذا العقد من تحديد المسؤوليات بشفافية تامة دون مجاملة في كافة المجالات .

٨. يعد مصدرا استثماريا مهما يسهم في رفاهية الأمة.

٩. يحقق مصدرا لتسديد القروض من دون أية أعباء مالية على الدولة .

١٠. أثبتت الدراسة في القسم الشرعي ما يأتي :
- أ- عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك عقد مركب من أربعة عقود رئيسة ، وهو بتركيبته الدراسية 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
- ب- يتضمن عقد المقاوله الذي اقره المجمع الدولي بجدة ، وبين حقيقته ، وتكيفه ، وصوره بالقرار رقم ١٢٩ (٣ / ٤) في الدورة الرابعة عشرة بدولة قطر ، مضافا إليه عقد الإجارة على عمل في عقدي التشغيل والصيانة .
١١. يعد هذا العقد الكثير من المقاصد الشرعية ومقاصد المكلفين المبنية على المصالح المعتبرة شرعا ، منها : توفير المرافق المدنية للبلاد مما يسهم في راحة المجتمع ورفاهيته ، تنمية المال واستثماره بطرق شرعية ، جلب خبرات ، وصناعات مالية ، وحرفية جديدة ، وقضاء على البطالة في المجتمع ورفاهيته ، وقطع أسباب النزاع والخصومة .
١٢. العلاج المشروع لتفادي محذور الربا في هذا العقد هو مشاركة البيوت والمؤسسات المالية الكبيرة ، ولا شك أن هذا أكثر ربحية ، وأحسن عملا .
١٣. أوجد الشارع الحكيم أساليب فقهية توقيفية لمنع بطلان العقد إذا حدث خلل شرعي ببعض أطرافه بحيث لا ينتقض جميعه ، وذلك بتطبيق قاعدة (تفريق الصفقة) .

١٤. 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 على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

المصادر والمراجع

القران الكريم

١. (أوجه التجديد في العقد الإداري) دراسة - نظرية تطبيقية مقارنة ، رفيق خضر ریحان - رسالة دكتوراه - الجامعة اللبنانية - بيروت 2000 .
٢. ابن القيم ،إعلام الموقعين عن رب العالمين محمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله الناشر: دار الجيل - بيروت، ١٩٧٣، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
٣. 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 ١٣٧٤/١٩٥٥).
٤. ابن رشد، أبو الوليد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليق في مسائل المستخرجة، تحقيق أحمد الشرقاوي إقبال، محمد الحجي(بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٤٠٤/١٩٨٤) .
٥. أبو الوليد ابن رشد القرطبي البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة ، وضمنه : المستخرجة من الأسمعة المحقق : محمد حجي: دار الغرب الإسلامي الطبعة : الثانية سنة الطبع : ١٤٠٨ - ١٩٨٨
٦. أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، فقه المعاملات الحديثة مع مقدمات مهديات وقرارات، الطبعة الأولى (الدمام: دار ابن الجوزي، عام ١٤٢٦هـ) .
٧. أبو سليمان، عبد الوهاب إبراهيم، الإبدال والاستبدال، بحث مقدم للجنة العلمية لمنتدى قضايا الوقف الفقهية، عام ٢٠٠٧م.
٨. إلياس ناصيف - عقد - B.O.T المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس - ٢٠٠٦
٩. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف المؤلف: علي بن سليمان المرادوي علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالحي الحنبلي (المتوفى ٥٨٥هـ) دار إحياء التراث العربي، ط ٢ دت
١٠. أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء : قاسم بن عبد الله بن أمير علي القونوي الرومي الحنفي (المتوفى : ٩٧٨هـ) المحقق : يحيى مراد الناشر : دار الكتب العلمية الطبعة : ٢٠٠٤م-١٤٢٤هـ

١١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الأولى، تحقيق ماجد الحموي (بيروت: دار ابن حزم، عام ١٤١٦ / ١٩٩٥).
١٢. 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 ٢٠٠٤ .
١٣. تحفة الفقهاء ، السمرقندي، علاء الدين بن محمد الناشر :دار الكتب العلمية سنة النشر: ١٩٩٣ .
١٤. تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T " في تعمير المرافق العامة و الأوقاف ، بحث إعداد الشيخ خالد بن سعود بن عبد الله الرشود القاضي بديوان المظالم بجدة الدورة التاسعة عشرة إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة .
١٥. تقرير البنك الدولي عن التنمية في العالم ١٩٩٤، ص ١١٤ - ١١٥
١٦. حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار ، محمد أمين بن عمر بن عابدين دار الفكر لبنان ٢٠٠٠ م .
١٧. دراسات الجدوى التجارية والاقتصادية والاجتماعية مع مشاريع BOT لعبد القادر محمد عبد القادر عطية ، الدار الجامعية، الطبعة الثانية، الإسكندرية ٢٠٠٠-٢٠٠١ م.
١٨. الشرح الكبير للدر دير ، الامام الجليل ابي الضياء سيدي خليل ،المطبعة الازهرية بمصر سنة ١٣٤٥ هـ .
١٩. شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي المؤلف: محمد بن عبد الواحد السيواسي السكندري كمال الدين ابن الهمام - أحمد بن قوادر قاضي زاده المحقق: عبد الرزاق غالب المهدي دار الكتب العلمية سنة النشر: ١٤٢٤ - ٢٠٠٣
٢٠. الصحاح للجوهري أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري الفارابي (المتوفى: ٣٩٣هـ) بيروت ١٣٦٠هـ .
٢١. ضوابط العقد في العقد الإسلامي- د. عدنان خالد التركماني، السياسة النقدية والمصرفية في الإسلام - عبد الحميد البعلي المدخل لفقه البنوك الإسلامية. مطابع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، ١٩٨٣ م.

٢٢. عبد الوهاب ابراهيم ابو سليمان ، عقد البناء والتشغيل واعادة الملك بحث على
العنوان التالي : [http: www.almoslim .net](http://www.almoslim.net)
٢٣. غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى تأليف: الشيخ مرعي بن يوسف الكرمي
(ت:١٠٣٣هـ) .
٢٤. فتح القدير كمال الدين المعروف ، بابن الهمام الحنفي المتوفي سنة ٨٦١هـ .
٢٥. القاموس المحيط- لمجد الدين الفيروز آبادي ، دار المأمون الطبعة الرابعة سنة
١٣٥٧هـ .
٢٦. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل .
٢٧. قرار مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي رقم: ١٢
٢٨. قرارات وتوصيات الدورة الرابعة عشرة لمجلس مجمع الفقه الإسلامي، الدوحة
(دولة قطر) ٨-١٣ ذو القعدة ١٤٢٣هـ -١١-١٦ يناير ٢٠٠٣ .
٢٩. قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة،
الطبعة الثانية (دمشق: دار القلم، وجدة: مجمع الفقه الإسلامي، عام
١٤٠٩هـ/١٩٨٨م
٣٠. القواعد لابن رجب، عبد الرحمن بن احمد (ابن رجب الحنبلي)، دار الكتب العلمية
دت ، دط .
٣١. القوانين الفقهية، أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي {الفقيه المالكي} توفي
شهيدا في واقعة طريف سنة ٧٤١ وكان مولده سنة ٦٩٣ المطبعة الامنية بالرباط
١٩٥٨م.
٣٢. الكوزة يانكي، ملا صالح، تحفة الطالبين في قسم المعاملات من فقه الشافعي، ط.د.
إعداد عبد الحكيم عثمان صالح، (الموصل: مكتبة بسام، عام ١٩٨٥).
٣٣. لسان العرب ،للعامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري
، بيروت ١٩٥٦ م .
٣٤. مجمع الفقه الإسلامي المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامي - جدة، قرارات
وتوصيات للدورات ١- ١٠، القرارات ١- ٩٧ الطبعة الثانية، تنسيق وتعليق عبد
الستار أبو غدة (جدة: مجمع الفقه الإسلامي، عام ١٤١٨/١٩٩٨)

٣٥. محمد الزحيلي . قضاء المظالم في الفقه الإسلامي ، دار المكتبي للطباعة والنشر والتوزيع للسلسلة: دراسات إسلامية ١٩٩٨م.
٣٦. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي - للعلامة احمد بن محمد بن علي المقري الفيومي المتوفي سنة ٧٧٠ هـ ، المطبعة الأميرية القاهرة ، الطبعة السابعة سنة ١٩٢٨م .
٣٧. معالم الطريق في عمل الروح الإسلامي، الدكتور عبد الله مصطفى ، ط١ بدون مطبعة ١٤١٤هـ .
٣٨. مغني المحتاج ، الى معاني الفاظ المنهاج ،شرح الشيخ محمد بن احمد الشربيني الخطيب المتوفي سنة ٩٧٧ هـ .
٣٩. الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، الكويت: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، عام ١٤٠٨/١٩٨٨).
٤٠. نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، أحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلامي الطبعة: الثانية - ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢م.
٤١. النووي أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي ،روضة الطالبين نقلا عن: الموسوعة العربية العالمية <http://www.mawsoah.net>
٤٢. الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية. (شرح حدود ابن عرفة للرصاع) _محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي (المتوفى: ٨٩٤هـ)_ المكتبة العلمية مصر_ ط١، ١٣٥٠هـ.
٤٣. الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام ،عبد الرزاق السنهوري ،دار النهضة العربية القاهرة الطبعة الثانية ١٩٦٤ .

