

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الملتقى الدولي الافتراضي الموسوم بـ:

"تفعيل الدور التنموي للقطاع الخاص في عقود (B.O.T)

كألية للنهوض باقتصاديات الدول"

المحور الأول: الإطار المفاهيمي لعقد (B.O.T)

عنوان المداخلة: التكييف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) وحكمها الشرعي

المنعقد: 20 فيفري 2024م

د.عبد الرزاق لبصير

أستاذ مشارك بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

abderrazaklebsir25@gmail.com

د.حسين خلف الله

أستاذ بجامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية

Hocine.khalifa34@gmail.com

ملخص البحث:

هذه الورقة البحثية تتحدث عن الحكم الشرعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، ولذلك تطرقنا إلى بيان تكييف الفقهاء والباحثين المعاصرين لهذا النوع من العقود، وذكر أهم تخريجاتهم الفقهية لها، وبيان القول الراجح منها، ثم الوصول إلى بيان حكمها الشرعي الراجح وهو الجواز، وذكر أهم المراجع الفقهية والهيئات الشرعية التي أفتت بذلك.

الكلمات المفتاحية: عقد البناء، التشغيل، نقل الملكية، التكييف الفقهي، الحكم الشرعي.

Abstrait:

This scientific paper talks about the legal ruling on Build, Operate, and Transfer of Ownership (B.O.T) contracts. Therefore, we addressed in it an explanation of the adaptation of

contemporary jurists and researchers to this type of contract, and we mentioned their most important jurisprudential interpretations of it, and clarified the most correct opinion of them, while mentioning the legal ruling for these contracts, which is permissibility, as well as We mentioned the most important jurisprudential councils and legal bodies that took care of this treatment, and we concluded this research by mentioning the most important results and recommendations.

Keywords: construction and operation contracts - transfer of ownership - contract contracts - ruling on the construction and operation contract.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

إنّ شريعة الإسلام جاءت صالحة لكل زمان ومكان، حيث أنزلها الله تعالى لعباده وجعلها خاتمة الشرائع لمهتدي بها بنوا الإنسان، وهذه الصلاحية تتركز على خاصية مرونة الشريعة وتعدد مصادرها، هذا التعدد الذي جعلها قادرة على إيجاد الحلول المتمثلة في الأحكام الشرعية لما يطرأ من نوازل ويستجد من أحداث سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية، وإن من أهم النوازل الاقتصادية المعاصرة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، حيث تعتبر من أهمّ الأساليب الاستثمارية والعقود المالية الحديثة، وذلك لما لها دور هام في إنعاش اقتصاد الدول والدفع بعجلة التنمية فيها، ولذلك كان لزاما على فقهاء الشريعة البحث في حكم هذا النوع من العقود المستجدة، وبيان حكم الشريعة في عقود بوط (B.O.T)، لا بد من بيان نوعها وتكييفها (تخريجها) على ما شابهها من المعاملات المالية والعقود التي ذكرها الفقهاء قديما. وما هذه الورقة العلمية إلا بيانا لتكييف الفقهاء والباحثين المعاصرين لعقد (B.O.T) وبيان حكمه الشرعي.

فما هي أهم تكييفات الفقهاء المعاصرين لعقود (B.O.T)؟ وما هو التكييف الراجح أو الأقرب لهذه العقود؟ وما هو حكمها الشرعي؟

منهج البحث:

لقد اعتمدنا في بحثنا هذا على مناهج أهمها:

- المنهج الوصفي: وذلك عند عرض وضبط المعلومات في وصف (B.O.T) وبيان أهم خصائصها ومكوناتها.

المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء عديد من العقود للوصول للتخريج الفقهي للملائم لعقود (B.O.T).

المنهج التحليلي: وذلك عند استنباط الحكم الشرعي للملائم لعقود (B.O.T).

أهداف الورقة العلمية:

لقد أردنا من خلال هذه الورقة العلمية تحقيق الأهداف التالية:

-بيان حقيقة عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

-التعرف على أهم تخريجات الفقهاء المعاصرين لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

-الوصول إلى الحكم الشرعي لهذا النوع من العقود.

خطة البحث:

المبحث الأول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) والصيغ المشابهة لها.

المطلب الأول: حقيقة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

الفرع الأول : مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)

الفرع الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل (B.O.T)

الفرع الثالث: أهمية عقد البناء والتشغيل (B.O.T)

المطلب الثاني: بعض الصيغ المشابهة لعقد البناء والتشغيل (B.O.T)

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T). وحكمها الشرعي.

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفرع الأول: تكييفه على أنه عقد إجارة.

الفرع الثاني: تكييفه على أنه عقد جعالة.

الفرع الثالث: تكييفه على أنه عقد استصناع.

الفرع الرابع: تكييفه على أنه عقد مشاركة متناقصة.

الفرع الخامس: تكييفه على أنه عقد إقطاع.

الفرع السادس: تكييفه على أنه عقد جديد مستحدث أصالته.

الفرع السابع: المناقشة والترجيح بين تكييفات الفقهاء والباحثين لعقد (B.O.T).

المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

المبحث الأول: عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) والصيغ المشابهة لها:

المطلب الأول: حقيقة عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

الفرع الأول: مفهوم عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).

شهد عقد البناء والتشغيل والإعادة أو نقل الملكية حسب الترجمة لاسم هذا العقد انتشاراً واسعاً في العديد من الدول ، وأصبح يطبق بدلاً عن التمويل بالموازنة العامة، ومصطلح (B.O.T) يتكون من ثلاث كلمات يرمز إليها بهذه الحروف وهي :

-البناء أو الإنشاء Build ورمزها B

-التشغيل أو الإدارة Operate ورمزها O

-الإعادة أو التسليم Transfer ورمزها T⁽¹⁾

فقد عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأنه "شكل من أشكال تمويل المشاريع، تمنح بمقتضاه حكومة ما مجموعة من المستثمرين، يشار إليهما بالاتحاد المالي للمشروع، امتيازاً لصوغ مشروع معين، وتشغيله، وإدارته، واستغلاله تجارياً لعدد من السنين تكون كافية لاسترداد تكاليف البناء، إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع، واستغلاله تجارياً، أو من أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة، أو مقابل تكلفة مناسبة يكون قد تم الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع"⁽²⁾.

وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: "اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها"⁽³⁾.

والملاحظ على هذا العقد :

1-أن هذا العقد من العقود المستحدثة، وليس من العقود المتعارف عليها سابقاً، وإن كان في بعض صوره يشابه إلى حد ما عقوداً متعارفاً عليها .

2-أن هذا العقد قد توظفه الدولة في نشاطاتها وقد توظفه غير الدولة.

3-أن هذا العقد من العقود الإدارية.

4-طبيعة هذا العقد أنه من العقود التي يمكن توظيفها بما يخفف العبء المالي عمّن وظفها من حيث التمويل، وكذلك من حيث المخاطرة.⁽⁴⁾

الفرع الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل (B.O.T)

يتميز عقد البناء والتشغيل (B.O.T) بخصائص منها:

1-عقد ال (B.O.T) ليس كالعقود الأخرى التي تتم بين طرفين لهما مطلق الحرية في تحديد الالتزامات والحقوق لهما بل هو عقد يعتمد على النظم الصادرة بشأن الامتيازات والمتعلقة بالمرافق العامة والإدارة العامة وقواعد تقديم الخدمات العامة .

2-للمرافق العامة قواعد قانونية أخرى لتحقيق مصالح الجمهور بعيداً عن الاحتكار وتلك القواعد تندرج في عقود الإذعان لعدم إمكانية التغيير لها .

3-هناك تطورات مستجدة في عقود التزامات المرافق العامة وخصوصاً في مجال المعلومات والاتصالات وهذه تتطلب التغيير المستمر في القواعد القانونية والتشريعية المنظمة للقطاعات العامة.⁽⁵⁾

الفرع الثالث: أهمية عقد البناء والتشغيل (B.O.T).⁽⁶⁾

1-أنه البديل الذي يحفظ هيبة الدولة من الاقتراض محلياً أو خارجياً، لإنشاء المشاريع الحيوية من البنى التحتية والمرافق العامة، إذ تتولى شركة المشروع تمويل إنشاء أو إدارة تلك المشروعات دون أن تتحمل خزينة الدولة أدنى عبء. وفي الوقت ذاته يتحقق المراد من وجود المرافق العامة والخدمات والبنى التحتية.

2-رفعكفاءة وجودة المشروعات التي تنفذ وفق هذه الصيغة، لما يمتاز به القطاع العام من الحرص على الجودة بشكل عام، وكونه هو المستفيد من استثماره، وتحصل الربح منه بشكل خاص.

3-يسهم في تنمية الحس الوطني لدى المواطنين من خلال مشاركتهم في بناء الاقتصاد الوطني.

4-يقلل من حجم البطالة، لما فيه من تشغيل للأيدي العاملة، والتي غالباً ما تكون وطنية.

5-يلعب دوراً مهماً في جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية، بهدف التكسب وتحقيق الربح.

6-يلعب دوراً مهماً في نقل الخبرات الخارجية، وتوظيفها في إنشاء وتشغيل المشروعات موضوع العقد.

المطلب الثاني: بعض الصيغ المشابهة لعقد البناء والتشغيل (B.O.T):⁽⁷⁾

1- البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية (الإعادة) (B.O.O.T):

يتميز عن النوع الأساسي بأن فيه نقل ملكية المشروع مؤقتاً للجهة المنفذة، حيث تتولى الإشراف على التأسيس والتشغيل مدة الامتياز، وبعد انتهاء هذه المدة يصبح المشروع ملكية عامة للدولة، وتنتهي ملكية الامتياز قانوناً، حيث تنتقل ملكيته للجهة المتعاقدة في نهاية المدة المتفق عليها.

2- التصميم والبناء والتمويل والتشغيل (D.B.F.O):

وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه ويتولى تمويله وتشغيله بمبادرة منه بعد الاتفاق.

3- البناء والاستئجار والتشغيل والإعادة (B.R.O.T):

وفيه يتم التعاقد على أن تقوم الشركة المستثمرة ببناء المشروع على نفقتها لصالح الجهة الإدارية مقابل امتلاك منفعة المشروع مدة معلومة معينة، وتتولى تشغيله وصيانته والحصول على أجرة انتفاع الجمهورية خلال المدة المتفق عليها تحت إشراف الجهة الإدارية ورقابتها، وبعد انتهاء المدة المتفق عليها تقوم الشركة بإعادة المرفق إلى الجهة الإدارية مالم توافق الجهة الإدارية على تجديد مدة الإيجار لشركة المشروع.

4- البناء والملكية والتشغيل (B.O.O):

وفيه يتولى القطاع الخاص التصميم والإنشاء والإدارة بموافقة الدولة ويظل المشروع مملوكاً للجهة المنفذة وهو ملائم لمشروعات مؤقتة تصبح بعد فترة عديمة القيمة وهو من قبيل الخصخصة أو الملكية دون الإعادة.

5- التحديث والتملك والتشغيل ونقل الملكية (M.O.O.T):

تستخدم هذه الصورة في مشروع قائم يراد تحديثه وتطويره بتقنية ليست متاحة لدى الدولة ويتملكه منفذ المشروع مع اقتسام العوائد بينه وبين الدولة إلى حين إعادتها .

6- إعادة التأهيل والتشغيل ونقل الملكية (R.O.T):

تستخدم هذه الصورة في مشروعات متعثرة حيث يتولى القطاع الخاص إعادة هيكلتها.

7- البناء التشغيل وتجديد الامتياز (B.O.R):

في هذه الصورة يتم تجديد الامتياز للمشروع الذي إقامة القطاع الخاص وإدارة وهي تتضمن وعداً بالتجديد بنفس الشروط أو بشروط أخرى محددة في الوعد.

8- البناء التملك والتأجير والتحويل (B.O.L.T):

تقوم الجهة المستثمرة ببناء المشروع وتملكه لفترة استئجاره فترة ثانية ثم تعيده للدولة في نهاية المدة.

9- التصميم والترويج والبناء والتأجير والتحويل (D.P.B.L.T):

تقوم الجهة المستثمرة بتصميم المشروع والترويج له وإنشائه واستئجاره من الدولة لفترة ثم تعيده لها بعدها.

المبحث الثاني: التكييف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، وحكمها الشرعي:

تعتبر عقود (B.O.T) من أهم الأساليب الاستثمارية الحديثة التي تساهم في إنعاش اقتصاد الدول والدفع بعجلة التنمية فيها، وتحقيق الرفاه لمجتمعها، ولأهمية هذا النوع من العقود والمعاملات أردت أن أبين حكمها في الشريعة الإسلامية، ولا يمكن ذلك إلا بعد بيان تكييفها الفقهي، وبأي عقد أو معاملة ألحقها الفقهاء والباحثون المعاصرون، ومن أهم تكييفاتهم لهذا النوع من العقود؛ مايلي:

المطلب الأول: التكييف الفقهي لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T):

قبل البدء في ذكر تخريجات الفقهاء لعقد (B.O.T)، يلزمنا أن ننبه على أن هذا النوع من العقود يحتوي على عمليتين اثنتين؛ وهما:

الأولى: بناء المرفق؛ وتبدأ من إبرام العقد مع شركة الإمتياز بعد تمكينها من أرض المشروع من قبل الجهة الإدارية، بشرط أن يكون البناء وفق المواصفات التي اشترطتها هذه الجهة الإدارية وتحت إشرافها، مع تحديد مدة البناء والتي يجب على شركة الإمتياز التقيد بها.

الثانية: تشغيل المرفق؛ وتبدأ بعد انتهاء شركة الإمتياز من البناء حتى نهاية مدة الإمتياز المتفق عليها، والتي غالبا ما تكون طويلة لا تقل عن مدة عشرين سنة، بحيث تشغل الشركة المرفق في هذه المدة لصالحها، مع تقديم الخدمات والصيانة للمنتفعين، ويكون ذلك تحت رقابة الجهة الإدارية، والتي تستلم المرفق كاملا بأجهزته ومعداته بعد انتهاء مدة الإمتياز المحددة.

وبعد ذكر هاتين العمليتين اللتين يحويهما عقد (B.O.T)، وبعد البحث في أقوال الفقهاء المتقدمين؛ يتضح لنا أن هذا النوع من العقود له صور وتخريجات في أقوالهم منذ العصور الأولى للإسلام، ومن أمثلة ذلك ما يلي:

ما أخرجه ابن أبي شيبة عن ابن عون، قال: «كان محمد يكره أن يستأجر العرصة، فيبني فيها من أجرها» (8).

ويفهم من هذا الأمر أن لعقد (B.O.T) أصل في فقه وعمل المتقدمين، حيث إن هذه الصورة هي قريبة جدا من صيغ عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية المعمول بها اليوم، غير أن الجهة المانحة في عقود (B.O.T) هي الدولة، أما ما جاء في هذا الأثر فالجهة المانحة هي جهة خاصة (فرد).

ولعل كراهة الإمام محمد بن سيرين لهذه الصيغة ترجع إلى الجهالة المتعلقة إما بأجرة البناء، أو مدة الكراء والانتفاع بهذا البناء، وليست الكراهة خاصة بهذه المعاملة. (9)

وذكر ابن رشد في البيان والتحصيل: "...قال ابن القاسم قال: في رجل قال لرجل: أعطني عرصك (10). هذه أبنها بعشرة دنانير، أو بما دخل فيها، على أن أسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت؛ قال: إن سعى عدة ما يبنها به، وما يكون عليه في كل سنة، فذلك جائز، وإن لم يسم فلا خير فيه.

قال محمد بن رشد: "...وهو كما قال؛ لأنه إن سعى عدة ما يبنها به ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة، كان كراء مجهولا، وإن سعى ما يكون عليه في كل سنة ولم يسم ما يبنها به كان الكراء معلوما وأمدته مجهولا، وإذا سعى الوجهين كان كراء معلوما إلى أجل معلوم فجاز...". (11)

وفي هذا النقل عن ابن القاسم وابن رشد نجد أن الصور مطابقة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية المعاصر، ففيها طلب بناء (استصناع) بثمن يستوفي من خلال الانتفاع بالبناء (المصنوع) مدة معلومة تكفي لاسترداد قيمة ما قام به الصانع.

من خلال هذه النصوص استنتج الفقهاء المعاصرون أن لعقد (B.O.T) جذور في الفقه الإسلامي منذ العصور الأولى للإسلام، ولكن اختلفوا في تكييف هذا العقد وتخريجه الفقهي على أقوال هي على النحو الآتي:

الفرع الأول: تكييفه على أنه عقد إجارة: أي عقد إجارة للأرض مقابل البناء.

أولا: تعريف الإجارة:

لغة: الإجارة مشتقة من الأجر، وهو الجزاء على العمل، والجمع أجور، والأجر الثواب، والإجارة: من أجزَ يأجر؛ وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجرة، الكراء، والجزاء على العمل كالإجارة. (12)

اصطلاحا: عرفت بأنها: "بيع منافع معلومة بعبوض معلوم". (13)

كما عرفت بقولهم: "هي عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئا فشيئا، مدة معلومة عن عين معلومة أو موصوفة في الذمة، أو عمل معلوم بعبوض معلوم". (14)

ثانيا: حكم الإجارة:

اتفق العلماء على جواز الإجارة إلا ما روي عن أبي بكر بن الأصم وغيره (15)، ودليلهم في ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما من أدلة الكتاب؛ فقولته تعالى: ﴿فإن أرضعن لكم فأتوهن أجورهن﴾⁽¹⁶⁾ ، وهذه الآية صريحة في جواز استئجار الرجل امرأته المطلقة لإرضاع ولده.

أما من أدلة السنة؛ فما روته عائشة رضي الله عنها، قالت: «واستأجر النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأبو بكر رجلا من بني الدَّيْل، ثم من بني عبد بن عديّ هاديا خريتا - الخريتا: الماهر بالهداية - قد غمس يمين حلف في آل العاص بن وائل، وهو على دين كفار قريش، فأمناه فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غارثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبيحة ليال ثلاث، فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة، والدليل الديلي، فأخذ بهم أسفل مكة وهو طريق الساحل»⁽¹⁷⁾ ، والشاهد من هذا الحديث هو استئجار النبي ﷺ وسلم وأبي بكر - رضي الله عنه- لهذا الرجل الخريت حتى يدلّهما على الطريق.

أما الإجماع على جوازها فقد روي عن كثير من العلماء، منهم: الجويني وابن قدامة والشريبي واليهوتي.⁽¹⁸⁾

ثالثا: تكييف عقد (B.O.T) على أنه عقد إجارة: من الفقهاء المعاصرين من اعتبر عقد (B.O.T) عقد إجارة⁽¹⁹⁾ ، أي عقد إجارة للأرض مقابل ما يقوم به المستأجر (وهي شركة الإمتياز) من بناء، حيث يقوم المؤجر (وهو الجهة الحكومية) بتأجير الأرض لشركة الإمتياز لمدة معلومة متفق عليها مقابل بناء شركة الإمتياز للمشروع المتفق عليه وقف شروط محددة، واستخدامها لصالحا الخاص والانتفاع به في تلك المدة المعلومة المحددة، ثم تنقل الملكية بعد انقضاء هذه المدة المعلومة إلى المؤجر (الجهة الحكومية)، فالعلاقة في هذه الحالة بين المؤجر (وهي الجهة الحكومية) والمستأجر (وهي شركة الإمتياز)، هي علاقة عقد إجارة كامل الأركان، كما جاء في كتب الفقه، فالمؤجر: هي الجهة الحكومية المانحة لهذا الإمتياز، والمستأجر: هي شركة الإمتياز صاحبة المشروع. والمعقود عليه يتمثل في الأجرة، وهي عبارة عن مدة معلومة محددة يشغل فيها المستأجر ذلك المشروع لصالحه الخاص وينتفع به كعوض مقابل إنشائه لهذا المشروع، فهي عبارة عن أجرة مؤجلة إلى حين تسليمه للجهة المانحة، والمنفعة: وهي حق استغلال شركة الإمتياز للأرض التي يقام عليها المشروع، والعين المؤجرة: وهي الأرض التي يقام عليها ذلك المشروع، وأما الصيغة فهي الإيجاب والقبول المتمثل في القوانين المنظمة لهذه العقود والتي تكون محل اتفاق بين الجهة الحكومية وشركة الإمتياز.

هذا العقد إذا تم بهذا الشكل فإنه يخضع لضوابط عقد الإجارة من حيث شروطها وأركانها، وصحتها وبطلانها.⁽²⁰⁾

الفرع الثاني: تكييفه على أنه عقد جعالة:

الجعالة تتشابه مع الإجارة في أحد نوعيها، وهو الإجارة على العمل، فكل من الإجارة والجعالة عقد على عمل معين.⁽²¹⁾

أولاً: تعريف الجعالة:

لغة: مثلة الجيم (الجَعَالَة، الجُعَالَة، الجِعَالَة). والجعل هو: الأجر، والجعالة: كل ما جعله له على عمله،
فهي ما يجعل على العمل من أجر. (22)

اصطلاحاً: عرفت بأنها: "هي الإجارة على منفعة يضمن حصولها". (23)

كما عرفت بقولهم: "هي أن يجعل شيئاً معلوماً لمن يعمل له عملاً معلوماً أو مجهولاً، مدة معلومة أو
مجهولة". (24)

ثانياً: حكمها:

الجعالة جائزة عند جمهور العلماء بخلاف الحنفية (25)، واستدلوا على ذلك بأدلة من الكتاب والسنة
والعقل.

فمن أدلة القرآن: قوله تعالى: ﴿وَلَمَّا جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (26)، معنى الآية: لمن دل على سارق
صواع الملك جعلاً، وهو حمل بعير، فدلّت الآية على جواز الجعالة، وشرع من قبلنا هو شرع لنا إذا لم
يخالف شرعنا.

أما من أدلة السنة، فما روى أبو سعيد الخدري- رضي الله عنه- أن ناساً من أصحاب النبي صلى الله عليه وآله وسلم
وسلم أتوا على حيٍّ من أحياء العرب فلم يقرههم، فبينما هم كذلك، إذ لدغ سيد أولئك، فقالوا: هل معكم
من دواء أوراقي؟، فقالوا: إنكم لم تقرونا، ولا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلاً، فجعلوا لهم قطيعاً من الشاء،
فجعل يقرأ بأمر القرآن، ويجمع بزاقه ويتفل، فبرأ فأتوا بالشاء، فقالوا: لا نأخذ حتى نسأل النبي صلى الله
عليه وسلم، فسألوه فضحك وقال: «وما أدراك أنها رقية، خذوها واضربوا لي بسهم» (27).

وهذا الحديث ظاهر الدلالة على جواز الجعل، لأن النبي ﷺ أقر الصحابة على ذلك.

ومن العقل: حيث أن الحاجة تدعو إلى ذلك لأن العمل قد يكون مجهولاً كرد الضالة، فلا تجوز الإجارة
عليه، فدعت الحاجة إلى العوض مع جهالة العمل، لأنها غير لازمة، بخلاف الإجارة. (28)

ثالثاً: تكييف عقد (B.O.T) على أنه عقد جعالة:

ذهب بعض الفقهاء والباحثين المعاصرين إلى تكييف عقد (B.O.T) على أنه عقد جعالة (29)، حيث رأوا أن
الجهة الحكومية هي "الجاعل"، وشركة الإمتياز هي "العامل"، هذا بالنسبة للعاقدين، أما المعقود عليه فهو:
العمل المتمثل في إنجاز البناء المتفق عليه وفق شروط معينة، والجعل: فيتمثل في منفعة المشروع التي

تقدم للعامل (شركة الإمتياز) ليستفيد منها مدة معلومة كجعل مقابل ما يقوم به من عمل، وقد صرح الفقهاء بأن الأجرة (الجعل) يصلح أن يكون عينا أو منفعة، لأن كل ما جاز ثمننا في البيع جاز عوضا في الإجارة، لأنه عقد معاوضة أشبه البيع. (30)

الفرع الثالث: تكييفه على أنه عقد استصناع: وهناك من يعبر عنه "بالمقاوله". (31)

أولا: تعريف الاستصناع:

لغة: مصدر استصنع الشيء، أي: دعا إلى صنعه، واستصنع فلانا شيئا، أي: طلب منه أن يصنعه له، يقال: استصنعه خاتما، إذا طلب منه أن يصنع له.

والاستصناع: استفعال من صنع، والألف والسين للطلب، يقال استغفار، أي طلب المغفرة، والصناعة بكسر الصاد: حرفة الصانع وعمله الصنعة، فالاستصناع هو طلب عمل الصانع. (32)

اصطلاحا: اختلفت عبارات العلماء في تعريف الاستصناع، واختلفهم هذا راجع إلى اختلافهم في تكييف الاستصناع، إذ يرى جمهور الحنفية أنه عقد مستقل بذاته، أما جمهور المالكية والشافعية والحنابلة، فيرون أنه داخل في باب السلم، وهذه بعض تعاريفهم:

1/ الحنفية: ومن أهم تعريفاتهم: "هو عقد على بيع في الذمة وشرط عمله على الصانع". (33)

2/ المالكية: جاء في مختصر خليل: "... والشراء من دائم العمل: كالخباز وهو بيع، وإن لم يدم فهو سلم: كاستصناع، سيف أو سرج، وفسد بتعيين المعمول منه أو العامل..." (34). ونجده هنا قد ربط الاستصناع بما يجوز فيه السلم.

3/ الشافعية: "ولا بأس أن يسلفه في طست أو تور من نحاس أحمر أو أبيض أو شبه أو رصاص أو حديد ويشترطه بسعة معروفة ومضروبا أو مفرغا وبصنعة معروفة ويصفه بالثخانة أو الرقة ويضرب له أجلا كهو في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط لزمه ولم يكن له رده". (35)

4/ الحنابلة: قالوا بعدم جواز الاستصناع فجاء في كشاف القناع تعريفه بقولهم: "ولا يصح استصناع سلعة بأن يبيعه سلعة يصنعها له ؛ لأنه باع ما ليس عنده على غيره السلم". (36)

5/ تعريف مجمع الفقه الإسلامي: "عقد وارد على العمل والعين في الذمة، ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط".

ثانيا: حكمه:

إن اختلاف العلماء في تعريف الاستصناع يرجع إلى اختلافهم في تكييفه، وبذلك يرى الجمهور (المالكية، والشافعية، والحنابلة) أن الاستصناع غير مشروع بناء على القياس والقواعد العامة، إلا إذا تعاقد من أراد الحصول على مصنوع على صفة معينة مع الصانع بصيغة السلم⁽³⁷⁾؛ لأن الاستصناع عندهم يعدونه قسماً من أقسام السلم، ويشترطون فيه ما يشترطون في السلم. (38) (39)

أما الحنفية، فالجمهور منهم يرى أن الاستصناع عقد مستقل بذاته وله خصائصه وأحكامه⁽⁴⁰⁾. كما يرى بعضهم أنه جائز استحساناً على غير القياس، إذ القياس يقتضي منعه، فأجازوه استحساناً لحاجة الناس إليه، مما في منعه من إيقاع الناس في الحرج⁽⁴¹⁾، وقد جاء في شرح القدير: "جوزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن النبي ﷺ إلى اليوم بلا نكير، والتعامل والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»⁽⁴²⁾، وقد استصنع رسول الله ﷺ خاتماً⁽⁴³⁾، واحتجم ﷺ وأعطى الحجام⁽⁴⁴⁾.... (45)

كما أجازوه عدد كبير من العلماء المعاصرين، وهذا ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع. (46)

ثالثاً: تكييف عقد على (B.O.T) أنه عقد استصناع:

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تكييف هذا العقد على أنه عقد استصناع، إما أنه عقد استصناع ثمنه منفعة المرفق، أو عقد استصناع محدد الثمن مؤجل، أو عقد استصناع يحدد فيه الثمن مما يغطي تكاليف المشروع، وبالنظر إلى مكونات⁽⁴⁷⁾ عقد الاستصناع وشروطه⁽⁴⁸⁾، نجد أن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) قريب بهذا من عقد الاستصناع إذا توفرت فيه جميع عناصره وشروطه، حيث تكون الجهة الحكومية هي المستصنع، وشركة الإمتياز هي الصانع، وثمر (أجرة) الاستصناع هي منفعة المشروع المصنوع (المرفق) والتي تنتفع بها شركة الإمتياز مدة معينة محددة تسمى مدة الإمتياز لاستيفاء ثمن الاستصناع، ثم تعيد بعدها المرفق إلى الجهة الحكومية. (49)

وممن ذهب إلى هذا الرأي: محمد تقي العثماني، وما جاء في قرار ندوة البركة، والمعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

جاء في ندوة البركة الثالثة والعشرين عند عرض عقد (B.O.T) الفتوى الآتية: يمكن أن تطبق طريقة الإنشاء للمشروعات نظير استثمارها قبيل التسليم من خلال أحد العقود الشرعية الآتية:

_ عقد استصناع تكون فيه منفعة استثمار المشروع مدة معينة هي ثمن الاستصناع. وذلك بعد تمكين المستصنع من تسليمها ودخولها في ضمانه بالقبض الحكي، والمنفعة تصلح أن تكون ثمنًا أو عوضًا في عقود المعاوضات.

_ عقد استصناع بثمن معين أو مؤجل مع إبرام المستصنع عقد تأجير مع الصانع إجارة موصوفة بالذمة لمشروع يتم وصفه بصورة مطابقة للمشروع المصنوع، ويتم دفع الأجرة من خلال استثمار الصانع (المستأجر) للمصنوع بموجب عقد الإجارة، ويمكن أن تجري المقاصة بين ثمن المشروع المصنوع وبين الأجرة المستحقة للمستصنع (المؤجر) على الصانع (المستأجر).

- عقد استصناع يحدد فيه الثمن بما يغطي تكاليف المشروع و العائد المستهدف للصانع، مع توكيل المستصنع للصانع بإدارة المشروع وتشغيله حتى يستوفي الثمن المحدد في عقد الاستصناع، وذلك بعد تمكين المستصنع من تسلمه ودخوله في ضمانه. (50)

كما تعرضت الندوة الثالثة عشر للبركة عند تناول موضوع "عقد الامتياز و تكييفه الشرعي"، و جاء في فتواها ما يلي:

يختلف التكييف الشرعي لعقد الامتياز تبعاً لمحل العقد (وهو المشروع الذي يبرم العقد لإنجازه)

- فإذا كان محل عقد الامتياز إقامة مشروع فيه مبان و معدات تتطلب أموالاً تزيد كثيراً عن قيمة الأرض وذلك كبناء جسر أو إنشاء محطة كهرباء أو مياه أو تعبئة طريق، فإن العلاقة بين الدولة مانحة الامتياز و صاحبة الامتياز؛ يمكن أن تكون علاقة استصناع؛ و الثمن فيه هو الانتفاع بالمشروع مدة معلومة، ولا بد أن تكون رسوم الانتفاع عادلة غير مجحفة لمستخدمي المشروع.

و رأى بعض الفقهاء المشاركين في الندوة أن الأولى تحديد ثمن الاستصناع بمبلغ معين يغطي تكاليف المشروع و ربح صاحب الامتياز، مع تمكينه من استغلاله المدة التي يحصل بها على ذلك المبلغ. (51)

وجاء في المعايير الشرعية، في المعيار الشرعي رقم (11)، قد تناول موضوع الاستصناع و الاستصناع الموازي، و ذكر ثمن الاستصناع و ما يشترط فيه لتنظيم عقود الاستصناع (b.o.t)، ما نصه: "يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، و يجوز أن يكون نقوداً، أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه، وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية. عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة (build operat Transfer) (52)

الفرع الرابع: تكييفه على أنه عقد مشاركة متناقصة:

أولاً: تعريف المشاركة المتناقصة: و تسمى بالمشاركة المنتهية بالتملك، وهي: "التي يتنازل المصرف فيها سنوياً عن جزء من حصته إلى عميله المشارك معه، بحيث تؤول ملكية المشروع كاملاً إليه في النهاية". (53)

وعرفت بأنها: "مشاركة يعطي البنك فيها الحق للشريك في الحلول محله في الملكية دفعة واحدة، أو على دفعات، حسب ما تقتضيه الشروط المتفق عليها و طبيعة العملية على أساس إجراء ترتيب منتظم، لتجنيب جزء من الدخل المتحصل كقسط لسداد قيمة الحصة".⁽⁵⁴⁾

وعرفت في المعايير الشرعية بأنها: "عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجيا إلى أن يمتلك المشتري المشروع بكامله، ولا بد أن تكون الشركة غير مشترط فيها البيع والشراء، وإنما يتعهد الشريك بذلك بوعده منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر".⁽⁵⁵⁾

ثانيا: حكمها: ذهب المجمع الفقه الإسلامي الدولي ودائرة الإفتاء العام الأردنية، وبعض الباحثون بمجمع فقهاء الشريعة بأمريكا⁽⁵⁶⁾(57)، والمعايير الشرعية⁽⁵⁸⁾ إلى جواز المشاركة المتناقصة بالشروط العامة للشركات.⁽⁵⁹⁾

ثالثا: تكييف عقد (B.O.T) على أنه عقد مشاركة متناقصة:

يمكن تكييف بعض عقود الامتياز (B.O.T) على أساس المشاركة المتناقصة بين الدولة و صاحب الامتياز، بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين، ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجيا باتفاق أي عند شراء كل حصة.⁽⁶⁰⁾

الفرع الخامس: تكييف على أنه عقد إقطاع:

أولا: تعريف الإقطاع:

لغة: الإقطاع مصدر أقطع، إقطاعا، وإقطاع الأرض: جعل غلتها رزقا، وأقطعت فلانا قضيانا من الكرم؛ إذا أذنت له في قطعها، واقتطع فلانا أرضا: أي ملكه إياها، واستقطعه أرضا: أي طلب منه أن يملكها له.⁽⁶¹⁾

قال ابن منظور: "و الإقطاع يكون تملिका و غير تملك؛ يقال: "استقطع فلان الإمام قطيعة فأقطعه إياها، إذا سأله أن يقطعها له و يبينها ملكا له فأعطاه إياها".⁽⁶²⁾

اصطلاحا: هو جعل بعض الأراضي الموات مختصة ببعض الأشخاص سواء أكان ذلك معدنا، أم أرضا، فيصير ذلك البعض أولى به من غيره، بشرط يكون من الموات الذي لا يختص به أحد. أو هو تسويغ الإمام من مال الله شيئا لمن يراه أهلا له.

و أكثر ما يستعمل في الأرض: وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه، إما بأن يملكه فيعمره، وإما بأن يجعل له غلته مدة.

وهو ثلاثة أنواع: إما أن يكون إقطاع تملك، أو إقطاع إرفاق، أو إقطاع استغلال. (63)

ثانيا: حكمه:

يجوز للإمام أن يقطع موات الأرض لمن يملكه بالإحياء (64) ، والأدلة على ذلك كثيرة من سنة النبي -صلى الله عليه وسلم-، وعمل الصحابة -رضي الله عنهم-، منها:

- حديث وائل -رضي الله عنه-: "أن النبي -صلى الله عليه وسلم- أقطع أرضا بحضر موت". (65)
- وعن هشام، عن أبيه: " أن النبي - صلى الله عليه وسلم- أقطع الزبير أرضا من أموال بني النضير". (66)

- وبما روي عن الصحابة -رضي الله عنهم- أن أبا بكر أقطع الزبير (67) ، وأقطع عمر عليا (68) ، وأقطع عثمان خمسة من أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم-". (69)

ثالثا: تكييف عقد (B.O.T) على أنه عقد إقطاع:

ذهب بعض الفقهاء و الباحثين المعاصرين إلى تكييف عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية على أنه عقد إقطاع (70) ، وذلك لأن الجهة الحكومية تقطع شركة الامتياز الأرض التي يقام عليها المشروع مدة محددة، لتبني عليها هذا المشروع وفق شروط و ضوابط معينة، ثم تنتفع شركة الامتياز بهذا المشروع (أو بالأحرى الأرض التي أقيم عليها المشروع) مدة محددة، ثم تعيده مع أرضه التي بني فوقها للجهة الحكومية بعد انتهاء هذه المدة، ووجه الشبه بين الإقطاع وعقد (B.O.T) أنه يدخل ضمن النوع الثالث من أنواع الإقطاع، وهو "إقطاع الاستغلال" ، بحيث يقطع له من المال العام ما يستغله مدة معينة ثم يرده للإمام (أو الجهة الحكومية)، كما سبق ذكره في تعريف الإقطاع عند فقهاء المسلمين.

جاء في قرار ندوة البركة الثالثة عشر، أن عقد (B.O.T) يمكن تكييفه على أنه عقد إقطاع، ما نصه: "...ورأى البعض إمكان تخريج هذا العقد على أساس الإقطاع لصاحب الامتياز إقطاع انتفاع لمدة معينة، ثم تؤول المنشأة بعدها إلى الدولة". (71)

الفرع السادس: تكييفه على أنه عقد جديد مستحدث أصالته:

ومفاد هذا التكييف أن عقد (B.O.T) يعتبر عقدا جديدا مستحدثا مركبا من ثلاثة عقود، وهي عقد المقاولة، وعقد الإجارة (أو التشغيل)، وعقد الصيانة، وإعادة الملك، وهي مجموعة من العقود المتنوعة التي جمعت مع بعضها البعض، إذ نجدها مترابطة فيما بينها، مكملة لبعضها، بحيث لا يمكن تجزئتها و فصلها،

هذه العقود المتراكبة هي التي أنشأت في مجموعها ما يسمى "عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T)".⁽⁷²⁾

الفرع السابع: المناقشة و الترجيح بين تكييفات الفقهاء و الباحثين لعقد (B.O.T):

في نهاية هذا المطلب يمكننا أن نقول بأن جميع هذه التكييفات الفقهية و عند التأمل فيها و في ردود و مناقشة الفقهاء و الباحثين لها⁽⁷³⁾ ، نجدها لا تخلو من العيوب عند محاولة تطبيقها على عقد (B.O.T) الحالي، و لذلك فإنني أميل إلى تخريجه على أنه عقد جديد مستحدث مركب من عدة عقود متراكبة مترابطة، له خصائصه و أوصافه، و ذلك لعدم انطباقه الكلي مع أي تكييف من التكييفات السابقة -و غيرها -، حيث لم يسلم أي منها من العيوب و الثغرات و لذلك فإن التكييف الأكثر تماشياً مع متطلبات العصر و مستجداته، هو أنه "عقد جديد مستحدث مركب"⁽⁷⁴⁾ ، و ذلك لحاجة الدولة لمثل هذه العقود لإنشاء مشاريعها الكبرى و مرافقها العامة و تنمية اقتصادها و ازدهاره، و لحاجة الناس (الممثلون في شركات الامتياز و ما تحويه من إدارة و عمال، و غيرهم) إلى مثل هذه العقود و المعاملات، فمن ناحية أن نجد عقد (B.O.T) يخفف العبء المالي عن الدولة، و من ناحية أخرى يقلل من نسب البطالة و يساعد على القضاء على الفقر.

المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T):

لقد بعث الله شريعة الإسلام و جعلها صالحة لكل زمان و مكان، و ذلك من خلال خاصية مرونتها و قدرتها على مواجهة المستجدات و النوازل، و القضايا الحادثة الجديدة عن طريق تعدد مصادرها، هذه المصادر التي تحوي الكثير من الآيات و الأحاديث و القواعد الأصولية و الفقهية التي يعتمد عليها العلماء للوصول إلى استنباط أحكام شرعية لما ينزل بالأمّة و يستجد في حياتها الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و غيرها، و من أهم النوازل و المسائل الاقتصادية المعاصرة: "عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T)، هذه العقود التي تعتبر من أهم الأساليب الاستثمارية و المعاملات المالية الحديثة، و ذلك لما لها من دور هام في إنعاش الاقتصاد و الدفع بعملية تنمية الدول، و لذلك كان واجبا على العلماء الذين في الحكم الشرعي لهذا النوع من العقود، و لبيان ذلك أقول و بالله التوفيق:

إن الأصل في العقود و المعاملات الحل و الإباحة ما لم تتعارض مع أي قاعدة من قواعد الفقه و أصوله، فلا يبطل منها إلا ما دل الشرع على تحريمه و إبطاله نصاً أو قياساً⁽⁷⁵⁾ ، و هذه جملة من الأدلة على ذلك:

- منها قوله تعالى: "وأحل الله البيع و حرم الربا"⁽⁷⁶⁾ ، فهذه الآية أصل في حل سائر البيوع ما لم يرد نص يدل على التحريم، فهي نص عام في إباحتها إلا ما خص بدليل.⁽⁷⁷⁾

قال القرطبي: "...هذا من عموم القرآن، والألف واللام للجنس لا للعهد، إذ لم يتقدم بيع مذکور يرجع إليه". (78)

- وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" (79)، يستدل بهذه الآية على وجوب الوفاء بالعقود والالتزام بها، ويدخل في معنى العقود: عقود البيع والعهد وغيرها (80)، فالقرآن الكريم أقر مبدأ الوفاء بالعقود وأمر بذلك (81)، ويدخل في ذلك العقود والمعاملات المعاصرة، ومنها عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية.

- وقوله: "إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم" (82)، في هذه الآية دليل أن الله تعالى لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة، وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع، ثبت حله بدلالة القرآن الكريم، إلا أن يتضمن ما حرّمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك". (83)

و من السنة، حديث أبي هريرة -رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم- قال: "أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما الآخر، فإذا خانه خرجت من بينهما" (84).

وجه دلالة الحديث أنه يقرر جواز الشركة، ثم يؤكد على مبدأ الأمانة وينهى عن الخيانة، وعقود (B.O.T) في أصلها هي شركة بين الجهة الحكومية وشركة الامتياز، فهي تدخل ضمن مفهوم هذا الحديث بشرط توفر ضوابط العدل والأمانة والصدق.

انطلاقاً من هذه الأدلة الشرعية والقواعد الأصولية والفقهية، وإضافة ما ذكرناه في بداية هذا المبحث أن لعقد (B.O.T) أصلاً وشبهاً في كتب فقه المتقدمين، وبناء على ما ذكرناه من تخرجات فقهية لهذا النوع من العقود، سواء كُتِبَ على أنه "عقد إجارة"، أو "جعالة"، أو "استصناع"، أو "مشاركة متناقصة"، أو "عقد إقطاع"، أو غيرها من التكييفات الفقهية لهذا العقد، فمتى ما التزم فيه بضوابط هذه العقود والمعاملات الشرعية وضوابطها الفقهية كان عقداً جائزاً مباحاً.

وسواء كُتِبَ على أنه "عقد جديد مستحدث"، فمتى ما كان موضوع المشروع مباحاً وشروطه وضوابطه موافقة للشرع، وبنوده خالية من المحاذير الشرعية، ولا تعامل فيه بالربا؛ كان عقداً جائزاً مباحاً، وهذا ما أرجحه من خلال بحثنا هذا، وهو "جواز عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية" متى ما التزم فيه بضوابط الشرع وشروطه، وكان خالياً من جميع المحظورات الشرعية، وهذا هو الحكم الذي ذهب إليه أغلب المجامع الفقهية والهيئات الشرعية، منها:

- جاء في مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، المنعقد في دورته التاسعة عشر، في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430هـ، و الموافق لـ: 26 إلى 30 أبريل 2023م، قرار رقم: 182(19/8)، بشأن تطبيق نظام البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) في تعبير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجتمع بخصوص موضوع تطبيق نظام البناء والتشغيل وإعادة، بعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يلي:

1/ يقصد بعقد البناء والتشغيل وإعادة: اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.

2/ عقد البناء و التشغيل و الإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صورته التعاقدات و أدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنه قد لا يتطابق مع أي منها.

3/ يجوز الأخذ بعقد البناء و التشغيل و الإعادة في تعمير الأوقاف و المرافق العامة. و يوصي بما يلي:

- تكثيف البحث الفقهي حول جميع صور عقود البناء و التشغيل و الإعادة بغرض ضبط أحكامها المختلفة صياغتها في نصوص يسهل عند التفاوض و التحاكم و الرجوع إليها البناء عليها. (85)

- إضافة إلى قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، نجد أن ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، في ندوتها 13، و 23 قد أقرت جواز التعامل بهذه العقود بعدما خرّجتها على أنها عقد استصناع (86)، وهذا ما ذهبت إليه المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. (87)

الخاتمة:

في ختام هذا البحث والذي تناولنا فيه التكييف الفقهي لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) و حكمه الشرعي، فإن هذا النوع من العقود و المعاملات التي تعد من أهم النوازل المعاصرة و العقود المستجدة التي لها أثر كبير في نمو اقتصاد الدول و الدفع بعجلة التنمية فيها، وكان من أهم النتائج المتوصل إليها:

- الأهمية البالغة لعقود البناء و التشغيل و نقل الملكية (B.O.T) في العصر الحديث باعتباره مصدرا استثماريا مهما يسهم في تنمية الدول.

- اختلاف الفقهاء على أقوال عدة في تكييف هذا النوع من العقود و تخريجه على ما يشابهه من المعاملات في كتب الفقه قديما.

- أصح الأقوال أن عقد (B.O.T) يعتبر عقدا جديدا مستحدثا وإن شابه في بعض صورته بعض العقود المعهودة فقها.

- جواز عقد (B.O.T) متى ما التزم فيها بالضوابط الشرعية و شروط المعاملات و العقود المباحة في الشريعة الإسلامية.

التوصيات:

- التوصية بتكثيف البحث الفقهي حول عقود (B.O.T) حتى تضبط أحكامها وفق مبادئ و قواعد الشريعة الإسلامية.

- التوصية بإقامة المزيد من هذه الندوات العلمية لتسليط الضوء على مثل هذه العقود والمعاملات الحديثة والمستجدة.

- دعوة الجهات التشريعية الجزائرية إلى إصدار تشريع خاص ينظم هذا النوع من العقود بما ينسجم مع الضوابط والقواعد الشرعية.

الهوامش:

(1)- إن (T) هي رمز للإعادة والتسليم ليس لنقل الملكية إلى الدولة مانحة امتياز المشروع فهو ينشأ على ملكها ويثبت في ذمة المتعاقد على التنفيذ وفي النهاية (بعد إتمام المشروع وإدارته لاسترداد المقابل) يسلم أو يعاد للدولة وليس هذا تملياً لها وهذا ينسجم مع مقتضى عقد الاستصناع حيث انه بعد التنفيذ لا يحتاج لتمليك المصنوع بل التسليم. أنظر: عبد الستار أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشرة، إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة، ص 1-3.

(2)- ينظر: تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الدورة التاسعة والعشرين، نيويورك سنة: 1996، بعنوان "الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية ص 3.

(3)- ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشر، رقم: 182، ط: 1430هـ، ج 8، ص 19.

(4)- أحمد بشناق، توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل (B.O.T) في إنشاء وإدارة المرافق العامة-دراسة فقهية-، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية الإسلامية، ليبيا، العدد الأول، سنة: 2018 م، ص 315.

(5)- عبد الستار أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، ص 8.

(6)- ينظر: هارون خلف: عقد البناء والتشغيل والتحويل وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، سنة: 2015، ص 10، وجابر جاد ناصر: عقود البوط والتطور الحديث لعقد الالتزام، ص 39، و أحمد بشناق، توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل (B.O.T) في إنشاء وإدارة المرافق العامة -دراسة فقهية-، ص 316-317.

(7)- عبد الستار أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، ص 5-8، وعبد الله بن محمد العمراني: تطوير تعمیر الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T)-دراسة فقهية، مجلة العلوم الشرعية، العدد الحادي والثلاثون، سنة: 1435هـ، ص 213-214.

(8)- ابن أبي شيبة: مصنف ابن أبي شيبة، كتاب البيوع والأقضية، باب في الرجل يستأجر الدار وغيرها، 23111، 4/558.

- (9)- أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الأمانة العامة للأوقاف، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ط1 (2013م)، العدد19، المجلد5، ص883.
- (10)- العرصة: هي كل بقعة بين الدور الواسعة ليس فيها بناء، وسميت بذلك لاعتراض الصبيان فيها، أي جعلوها ملعباً ومختلفاً يضربون فيه كيف شاؤوا، وقيل: كل جوبة منفتحة ليس فيها بناء فهي عرصة. أنظر: ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، دمشق، سوريا، (1399هـ/1979م)، 4/268؛ وابن منظور: لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ط3 (1414هـ)، 7/52.
- (11)- ابن رشد، أبو الوليد: البيان والتحصيل، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2 (1408هـ/1988م)، 8/461.
- (12)- أنظر: ابن منظور، لسان العرب، 4/10، والفيروز أبادي: القاموس المحيط، تحقيق، مكتب تحقيق التراث، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8 (1416هـ/2005م)، 2/342.
- (13)- المواق: التاج والإكليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 (1416هـ/1994م)، 7/493.
- (14)- الحجاي: الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 2/283.
- (15)- الكاساني: بدائع الصنائع، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، ط2 (1406هـ/1986م)، 4/173؛ وابن جزي: القوانين الفقهية، ضبط وتصحيح، محمد أمين الضناوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 (1418هـ/1998م)، 205؛ والشريبي: مغني المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2 (1415هـ/1994م)، 3/439؛ وابن قدامة: المغني، مكتبة القاهرة، مصر، (1388هـ/1968م)، 5/321.
- (16)- الطلاق: 6.
- (17)- البخاري: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة، 3263، 3/68.
- (18)- أنظر: الجويني، أبو المعالي، نهاية المطلب، تحقيق: عبد العظيم محمود الديب، دار المنهاج، ط1 (1428هـ/2007م)، 8/65؛ وابن مفلح: المبدع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 (1418هـ/1998م)، 4/406؛ والهوتي: كشف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 3/546؛ والشريبي: مغني المحتاج، 3/439.
- (19)- أنظر: محمد تقي العثماني، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، الدورة 19 (1430هـ/1009م)، ص3.
- (20)- أنظر: عبد الله بن محمد العمراني، تطوير تعمير الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) - دراسة فقهية - ، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 524؛ وأحمد بشناق: توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل (B.O.T) في إنشاء وإدارة المرافق العامة - دراسة فقهية، مجلة كلية الشريعة والقانون، الجامعة الأسمرية الإسلامية، ليبيا، العدد الأول، (2018م)، 15.
- (21)- أنظر: النووي، المجموع شرح المذهب، دار الفكر، دمشق، سوريا، 15/115؛ والدميري: النجم الوهاج في شرح المنهاج، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط1 (1425هـ/2004م)، 6/89.
- (22)- ابن منظور: لسان العرب، 11/111؛ وأحمد مختار عبد الحميد: معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، ط1 (1429هـ/2008م)، 1/378.
- (23)- ابن جزي: القوانين الفقهية، 206.
- (24)- الحجاي: زاد المستقنع في اختصار المقنع، تحقيق عبد الرحمن بن علي بن محمد العسكر، دار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، 1/138.
- (25)- ابن جزي: القوانين الفقهية، 206.

(26)- يوسف: 72.

(27)- البخاري: صحيح البخاري، كتاب الطب، باب الرقي بفاتحة الكتاب، 5736، 131/7؛ ومسلم: صحيح مسلم، كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار، 2201، 1727/4.

(28)- أنظر: ابن قدامة، الكافي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1(1414هـ/1994م)، 187/2؛ وابن أبي الخير، أبو الحسن بن سالم العمراني: البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق، قاسم محمد النووي، دار المنهاج، جدة، السعودية، ط1(1431هـ/2017م)، 407/7.

(29)- أنظر: عبد الستار أبو غدة، عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة، مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، الدورة:19، إمارة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص21.

(30)- أنظر: القاضي عبد الوهاب المالكي، التلقين في الفقه المالكي، تحقيق، أبو ويس محمد بو خيزة الحسني التطواني، دار الكتب العلمي، بيروت، لبنان، ط1(1425هـ/2004م)، 160/2؛ والقرافي: الذخيرة، تحقيق، محمد بوخيزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1(1994م)، 375/5؛ وابن قدامة، المغني، 327/5.

(31)- جاء في مجلة الأحكام العدلية: "الاستصناع عقد مقابله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشيء مصنوع". المادة 124، 31.

(32)- أنظر: ابن سيده، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق، عبد الحميد هندواوي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1(1421هـ/2000م)، 442/1؛ وابن منظور: لسان العرب، 209/8؛ والزبيدي: تاج العروس، تحقيق، مجموعة من المؤلفين، دار الهداية، 375/21؛ وأحمد مختار عبد الحميد: معجم اللغة العربية المعاصرة، 1323/25.

(33)- السمرقندي: تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2(1414هـ/1994م)، 362/2.

(34)- خليل المالكي: مختصر خليل، تحقيق، أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، مصر، ط1(1426هـ/2005م)، 164/1.

(35)- الشافعي: الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (1410هـ/1990م)، 133/3.

(36)- الهوتي: كشاف القناع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 165/3.

(37)- قرار رقم: 66/3/7 - صادر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورته 17، بجدة، السعودية، (12-17/11/1403هـ، 9-14/5/1992م).

(38)- الدسوقي: حاشية الدسوقي، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2017/3؛ والمرداوي: الإنصاف، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط2، 300/4؛ والزحيلي: الفقه الإيلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط4، 3645/5.

(39)- للاطلاع على شروط السلم، أنظر: ابن جزي، القوانين الفقهية، 200-201.

(40)- أنظر: البدران، عقد الاستصناع (أو عقد المقابله) في الفقه الإسلامي، مطابع الشريم، الدمام، السعودية، ط2(1404هـ/1984م)، 106.

(41)- قال السرخسي: "اعلم بأن البيوع أنواع أربعة، بيع عين بثمان، وبيع دين في الذمة بثمان وهو السلم، وبيع عمل العين فيه تبع وهو الاستئجار للصناعة ونحوهما فالمعقود عليه الوصف الذي يحدث في المحل بعمل العامل والعين هو الصبغ بيع فيه، وبيع عين شرط فيه العمل وهو الاستصناع فالمستصنع فيه مبيع عين...". السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1414هـ/1993م)، 83/15.

(42)- الكاساني: بدائع الصنائع، 302/5.

- (43)- أخرج بهذا اللفظ ابن عبد البر: جامع بيان العلم وفضله، باب معرفة أصول العلم وحقيقته وما الذي يقع عليه اسم الفقه والعلم مطلقا، 1404، ص759.
- (44)- عن أنس بن مالك قال: اصطنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما. فقال: «إنا قد اصطنعنا خاتما، ونقشنا فيه نقشا، فلا ينقش أحد عليه». أحمد: المسند، مسند أنس بن مالك، 11989، 548/19.
- (45)- عن أنس بن مالك رضي الله عنه، قال: «حجم أبو طيبة النبي صلى الله عليه وسلم، فأمر له بصاع - أو صاعين - من طعام، وكلم مواليه فخفف عن غلته أو ضريبته». البخاري: صحيح البخاري، كتاب الإجارة، باب ضريبة العبد وتعاهد ضرائب الإماء، 2777، 593/3؛ ومسلم: صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب حل إجارة الحجامة، 1577، 12/5/3.
- (46)- ابن الهمام: شرح فتح القدير، تعليق، الشيخ عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1(1424هـ/2002م)، 108/7.
- (47)- كمال الدين جمعة: عقد الاستصناع وصوره المعاصرة، (أطروحة دكتوراه)، تقديم أحمد الحجي الكردى وعبد الفتاح محمد ظافر كبارة، (1438هـ/2017م)، 192.
- (48)- مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة 7 لمؤتمر المجمع، جدة، السعودية، (1412هـ/1992م)، العدد 7، 2، 777-778.
- (49)- أنظر: أحمد بشناق، توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل، 19-20.
- (50)- أنظر: الكاساني، بدائع الصنائع، 3/5.
- (51)- أنظر: محمد تقي العثماني، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، 3.
- (52)- عبد الستار أبو غدة: عقد البناء والتشغيل والاعادة (B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، 17.
- (53)- قرارات وتوصيات ندوات البركة والاقتصاد الإسلامي، جمع وتنسيق، عبد الستار أبو غدة و عبد الدين محمد خوجة، مجموعة أدلة البركة، الأمانة العامة للهيئة الشرعية، ط: 1422هـ/2001م، جدة، السعودية، ص: 220.
- (54)- المعايير الشرعية (النص الكامل للمعايير الشرعية)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المنامة، البحرين (1437هـ)، ص: 300.
- (55)- حمزة عبد الكريم حماد: الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، مجلة البيان، الصادرة عن المنتدى الإسلامي، 4/213.
- (56)- عبد الله العمراني: المشاركة المتناقضة المنتهية بالتمليك، موقع المسلم، تاريخ الإنجاز 4 رجب 1434هـ.
- (57)- المعايير الشرعية، ص: 345.
- (58)- الموسوعة الميسرة في فقه القضايا المعاصرة: المشاركة المتناقضة (مقع إلكتروني، تاريخ الاضافة 2021/04/20).
- (59)- أنظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته 15 ودائرة الافتاء العام الأردنية وفتوى فقهاء الشريعة بأمريكا: المصدر السابق (الموسوعة الميسرة)
- (60)- أنظر في المعايير الشرعية، 342.
- (61)- أنظر: شروط المشاركة المتناقضة وضوابطها الشرعية، الموسوعة الميسرة والمعايير الشرعية 345.
- (62)- قرارات وتوصيات ندوة البركة الثالثة عشر، ص: 221.

- (63)- أنظر: ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، 101/5 و ابن منظور لسان العرب ، 277/9 وسعدي أبو حبيب : القاموس الفقهي ، دار الفكر ، دمشق ، سوريا ، ط 1442:2/هـ/1959 م وأحمد مختار عبد الحميد : معجم اللغة العربية المعاصرة ، 1834/3
- (64)- لسان العرب : 281/8
- (65)- وهبة الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، 4644/6
- (66)- أنظر: التويجري ، موسوعة الفقه الإسلامي ، بيت الأفكار الدولية ، ط1(1430هـ/2009م) ، 603/3 ، الموسوعة الفقهية الكويتية : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، ط2(1404هـ) ، دار السلاسل ، الكويت 2/239 ، الزحيلي : الفقه الإسلامي وأدلته ، 4643/6.
- (67)- أبو داود : سنن أبي داود ، كتاب الخراج والإمارة والفيء ، باب في اقطاع الأرضين ، 3058م ، 173/3 . الترمذي : سنن الترمذي ، أبواب الأحكام ، باب ماجاء في القطائع ، 1381 ، 58/3 .
- (68)- البخاري : صحيح البخاري ، كتاب فرض الخمس ، باب ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المؤلفه قلوبهم وغيرهم من الخمس ونحوه ، 3151 ، 95/4 .
- (69)- ابن أبي شيبة : المصنف ، ما قالوا في الوالي له أن يقطع شيئاً من الأرض ، 33025 ،
- (70)- المصدر نفسه : 33029 ، 472/6 .
- (71)- م ن : 33028 ، 472/6 .
- (72)- هذا ما ذهب إليه فقهاء ندوة البركة 13 .
- (73)- قرارات وتوصيات ندوة البركة الثالثة عشر ، ص220
- (74)- أنظر: عبد الوهاب أبو سليمان ، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك (B.O.T) مجلة المجمع الفقهي الدولي ، الإمارات العربية ، العدد: 19 ، ص: 18-19 .
- (75)- أنظر: أحمد بشناق ، توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل (B.O.T) في إنشاء وإدارة المرافق العامة – دراسة فقهية ، 337-344 ؛ وعبدالله بن محمد العمراني : تطوير تعميم الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) - دراسة فقهية - ، 24-31 .
- (76)- وهذا ما ذهب إليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته 19 ، امارة الشارقة ، دولة الإمارات العربية المتحدة (1-5 جمادى الأولى 1430هـ/26-30 أبريل 2009 م . قرار رقم : 182(8/19) ، بشأن تطبيق نظام البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) فيه تعميم الأوقاف والمرافق العامة .
- (77)- أنظر: ابن تيمية ، القواعد النورانية الفقهية ، تحقيق احمد بن محمد الخليل ، دار ابن الجوزي بالسعودية ، ط1(1422هـ) ، 262
- (78)- سورة البقرة : 275 .
- (79)- أنظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ، 39/2
- (80)- القرطبي : الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش ، دار الكتب المصرية ، القاهرة ، مصر ، ط2 (1384هـ/1964 م) ، 356/3 .
- (81)- سورة المائدة : 01
- (82)- محمد رشيد رضا : تفسير المنار ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، مصر (1992) ، 98/6 .
- (83)- أنظر : القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، 6/ 13
- (84)- سورة النساء : 23
- (85)- أنظر : نزيه حماد قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ، دار العلم ، دمشق سوريا ، ط2(2001م) ، 400 .

- (86)- أبو داود : سنن أبي داود (كتاب البيوع ، باب في الشركة ، 3383 ، 256/3
- (87)- موقع الصفحة الرسمية لمجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي.