



مجلة

المجمع الفقهي الإسلامي

مجلة دورية محكمة
يصدرها المجمع الفقهي الإسلامي
برابطة العالم الإسلامي

السنة الخامسة والعشرون ١٤٣٣هـ / ٢٠١٢م العدد السابع والعشرون

الضمان والتصرف في عقود البناء والتشغيل والإعانة (B.O.T)

د. صالح بن علي الشمrani

جامعة أم القرى

معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي



بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا وحبيبنا محمد النبي الأمي الأمين وعلى آله الطاهرين المبجلين وصحابته الغر الميامين ومن تبعهم واقتفى أثرهم واستن سنتهم بإحسان إلى يوم الدين. أما بعد :

فإن نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) أو ما يسميه بعضهم بعقد البوت BOT وما يتفرع عنه يُعد من العقود الاقتصادية المستحدثة والمتطورة^(١)، وهو عقد استطاع القطاع الحكومي والخاص تفعيله وتنمية الأموال المجمدة عن طريقه ، وعند بحث مجمع الفقه الإسلامي الدولي لعقد المقاولة والتعمير في دورته الرابعة عشرة بالدوحة عام ١٤٢٣هـ أوصى في قراره بدراسة هذا العقد - أعني عقد B.O.T - ثم كان هذا العقد واحدا من المواضيع التي ناقشها المجمع في دورته التاسعة عشرة بالشارقة عام ١٤٣٠هـ . وقد قدم عدد من أصحاب الفضيلة أعضاء المجمع بحثا قيمة في دراسة هذا العقد وتكييفه ، ودارت حوله المناقشات والردود ، ومع ذلك فقد جاء في توصيات القرار طلب : تكييف البحث الفقهي حول جميع صور عقود البناء والتشغيل والإعادة بغرض ضبط أحكامها المختلفة وصياغتها في نصوص يسهل عند التفاوض والتحاكم الرجوع إليها والبناء عليها ؛ لتشعب مسائله وكونه كما جاء في القرار رقم ١٨٢ (١٩/٨) عقدا مستحدثا وإن شابه في بعض صورته التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها ، إلا أنه قد لا يتطابق مع أي منها .

وستجاوز الكلام عن مشروعية هذا النوع من العقود وقد قال المجمع فيه قولته وصدر القرار بجوازه ، مستصحبين أصل الشريعة في جواز العقود كما قال شيخ الإسلام -رحمه الله-^(٢) "الأصل في العقود و الشروط الجواز والصحة ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به وأصول أحمد المنصوصة عنه أكثرها يجري على هذا القول ، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا". انتهى.

وقال العلامة ابن القيم -رحمة الله-^(٣): " الخطأ الرابع : فساد اعتقاد من قال أن عقود المسلمين وشروطهم ومعاملتهم على البطلان حتى يقوم دليل الصحة، فإذا لم يقدّم عندهم دليل على صحة عقد أو شرط أو معاملة، استصحبوا بطلانه فأفسدوا بذلك عقودا كثيرة من معاملات الناس وشروطهم بلا برهان

(١) - قرار المجمع رقم ١٨٢ (١٩/٨).

(٢) - مجموع الفتاوى ١٣٢/٢٩.

(٣) - في الأعلام ٣٤٤/١.

من الله بناء على هذا الأصل ، وجمهور الفقهاء على خلافه ، وأن الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان، وهذا القول هو الصحيح، فإنه لا حرام إلا ما حرم الله ورسوله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله ولا دين إلا ما شرعه الله ورسوله". انتهى.

ولكن استجابة لطلب زيادة البحث فيه للوصول إلى كل ما من شأنه أن يضبط العلاقة بين أطرافه وتوسيعا لدائرة البحوث الفقهية فيه إذ عامة ما كتب فيه غلب عليه الطابع القانوني ، ورغبة في الاستفادة من خوض غمار هذا النوع من البحوث المتخصصة رغبت أن أتكلم في جزئية رأيت أن البحوث السابقة أعرضت عنها أو ذكرتها ضمنا لا قصدا وهي مسألة الضمان في هذا العقد وحدود التصرف في المشروع وذلك بغية الإجابة على الأسئلة التالية :

هل يكون الضمان على المستثمر (الباني أو المقاول أو الصانع) ؟ أم على المشغل إن تولى التشغيل طرف ثالث ؟ أم على المستصنع ؟ أم هو مشترك بين أكثر من طرف ؟
والضمان يكون في حال التلف الكلي أو الجزئي ، ويكون في الصيانة ونحوها.
وإذا جاء بالمشروع على خلاف الشروط والمواصفات فهل يضمن النقص ؟ وهل للمالك الخيار ؟
وقد يكون التلف بأفة أو أمر قاهر وقد يكون ناتجا عن تقصير وتفريط ؟
وقد يكون البحث عن الضمان أثناء البناء ، وقد يكون أثناء التشغيل ، وقد يكون بعد الإعادة ؟
ويتبع البحث في الضمان البحث في البراءة من العيوب والمدة التي يبرأ بها الصانع.
وكذا الغنم الحاصل بسبب المشروع كالاختصاصات والتعويضات ونحوها فإنها تكون تبعا للضمان.
ثم يلتحق بذلك ذكر جواز التصرف في المشروع بالزيادة والنقصان والبيع والهبة والوصية ونحوها من التصرفات.

ولا شك أن القول في الضمان فرع عن القول بنوع العقد إن كان بيعا أو إجارة أو استصناعا أو غير ذلك. وعليه فإن إصرار بعض الباحثين على جعل هذا العقد عقدا مستحدثا بمعنى ترك النظر القياسي بينه وبين العقود المعهودة في الشريعة قد يفيد عند البحث عن مجرد الحكم على العقد بالجواز من عدمه بالنظر إلى الشروط العامة في العقود ، ولكن عند البحث عن جهة الضمان فإن تخريج هذا العقد على العقود المعهودة يتضمن تحديد هذه الجهة.

والبحوث جرت في معظمها حول ما تجرته الحكومات مع الشركات في عقود الامتياز والخصخصة مع أن هذا النوع من العقود قد يتم في صور خاصة بين بعض الأفراد في شيء من صور المقاولات حينما

يعجز صاحب الأرض عن بنائها فيعهد بها إلى آخر بينها بمواصفات محددة ويستثمرها زمنا معينا ثم يعيدها إلى صاحب الأرض^(١).

ومن الشواهد على ذلك ما يقوم به بعض من يملك أرضا قريبة من المسجد الحرام أو المسجد النبوي بإرث أو بيع أو نحو ذلك ويعجز عن بنائها واستثمارها وفق الضوابط والشروط المعتمدة من هيئة التطوير فيلجأ إلى طرف آخر يتولى البناء مقابل الاستثمار مدة متفق عليها .

ومثل ذلك أيضا من يملك أرضا تجارية كبيرة بإحدى صور التملك وتحول أحواله المادية دون قدرته على استثمارها فيتقدم إليه من يستثمرها أو يعلن هو عن عرضها للاستثمار ويتفق مع من يقيم عليها متجرًا ضخماً أو فندقاً أو قصر أفراح أو مصنعا أو محطة وقود أو غير ذلك وفق هذا العقد.

وليس بالضرورة أن تكون الأرض دائما جزءا في هذا العقد بل إن من الصور التي يمكن أن تكون وفق هذا العقد أن يدفع إليه منقولاً كسيارة أو ناقلة أو باخرة ونحوها ويقوم الثاني بتجهيزها تجهيزاً يهيئها للاستثمار كإضافة صندوق أو خزان ماء أو بترول أو برادة على أن يستثمرها الصانع مدة محددة كافية في رد ما دفعه في التصنيع مع هامش ربحي معين ، والفرق بين هذه الحالة والتي قبلها أن المنقول قد يتلف أو يتعطل أثناء مرحلة التشغيل وتتطلب الصيانة في نفسها بخلاف مشاريع العقارات فإن التلف يكون لما أحدثه الصانع فقط دون الأرض إلا في حالات الانهيارات الأرضية والزلازل ونحوها - ولا فرق بين الحالتين من جهة الضمان والتصرف كما سيأتي في ثنايا البحث.

وتفاديا لهذا الحصر - أعني حصر هذا النوع من العقود في تعاملات الدولة فقط - عمم مجمع الفقه الإسلامي في تعريفه له ورود العقد في حال كانت الدولة أحد طرفيه أو لا كما سيأتي^(٢).

وإذا كان الأمر كذلك وقد شاع استخدام هذا العقد بين الأفراد فقد يحصل بين طرفي أو أطراف العقد بعض الخلاف والشقاق الذي يفتقر إلى نظرة شرعية تحمل كل طرف ما يجب عليه من التزامات وضمنان جراء الدخول في مثل هذه العقود ، بل إن بعض المشاريع الحكومية تأثرت بسبب هذا^(٣).

خطة البحث :

(١) - تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للدكتور أحمد بجيت ص ١٦ ، وتطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للشيخ خالد الرشود ص ٤ .

(٢) - انظر قرار المجمع رقم ١٨٢ (١٩/٨) .

(٣) - انظر مشكلة تعثر هذه المشاريع في عدد من الدول على شبكة المعلومات - جريدة الاقتصادية عدد ٣٩٨ ، جريدة الجريدة عدد

٢١٨ - www.4eqt.com/vb/thread21452.html

www.mubasher.info/kse/News/NewsDetails.aspx?...

المقدمة

المبحث الأول : التعريف بعقد البوت B.O.T .

أولا : التعريف بالمصطلح.

ثانيا : التعريف بالعقد.

ثالثا : صور العقد.

رابعا : الفرق بين عقود المقاولة والاستصناع وعقد B.O.T.

المبحث الثاني : بدايات وعقود مشابهة لعقد B.O.T.

المبحث الثالث : أقوال الفقهاء في التكييف الشرعي لعقد B.O.T :

التكييف الأول : تكييفه على أنه عقد استصناع وله أربع صور :

الصورة الأولى :

الضمان في هذه الصورة

جواز وحدود التصرف

الصورة الثانية :

الضمان في هذه الصورة

جواز وحدود التصرف

الصورة الثالثة :

الضمان في هذه الصورة

جواز وحدود التصرف

الصورة الرابعة :

الضمان في هذه الصورة

جواز وحدود التصرف

التكييف الثاني : تكييفه على أساس الجعالة :

الضمان في هذه الصورة

جواز وحدود التصرف

التكييف الثالث : تكييفه على أنه عقد شركة متناقصة أو مؤقتة :

الضمان :

جواز وحدود التصرف

التكليف الرابع : تخريجه على عقد الإجارة :

الضمان :

جواز وحدود التصرف

التكليف الخامس : خاص بالتعدين (ويصلح في حفر الآبار) :

الضمان :

جواز وحدود التصرف

المبحث الرابع : الضمان بعد الإعادة .

المبحث الأول : التعريف بعقد (B.O.T) :

أولا : التعريف بالمصطلح :

نحتاج أن نعرف بالمصطلح ثم نعرف بالعقد ثم نذكر الصور ؛

فأما مصطلح (B.O.T) فيتكون 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^(١).

ثانيا : التعريف بالعقد :

وأما العقد فقد تعددت التعاريف له ونقتصر منها على تعريفين :

الأول : تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو UNIDO)^(٢) :

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

الثاني : تعريف مجمع الفقه الإسلامي :

"يقصد بعقد البناء والتشغيل والإعادة : 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"^(٣).

وقد تفادى تعريف المجمع الموقر ثلاثة مآخذ على تعريف المنظمة وغيره من التعاريف :

(١) _ T رمز للإعادة والتسليم وليس لنقل الملكية للدولة مانحة الامتياز كما يرد في كثير من البحوث القانونية خاصة ؛ لأن المشروع منذ نهايته يدخل في ملكيتها بالقبض الحكمي كما سيأتي.

(٢) _ التمويل المصرفي لمشروعات البنية التحتية (B.O.T) د. رشدي صالح عبد الفتاح ص ١٢٣-١٢٩ ومصادره هي : د.محمد الجلالى : نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظام عقود البناء والتشغيل والنقل ص ٢٢ ، رسالة دكتوراه كلية الهندسة جامعة عين شمس القاهرة ٢٠٠٠ ص ٨ ، ٩ .

د.محسن الحضيرى : مشروعات الامتياز مقابل حق الانتفاع المركز الدولي للدراسات - الاسكندرية - ٢٠٠٠ Walker and others prevaitized infra strcture p 191-195 نقلا عن بحث : تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ٣.

وانظر : دليل منظمة اليونيدو ص ٢٨٨. نقلا عن بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للشيخ خالد الرشود ص ٤ .

(٣) _ قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٨٢ (١٩/٨) - الدورة التاسعة عشرة - ١-٥/١٤٣٠هـ.

الأول : قصر هذا العقد على المشاريع الحكومية.

الثاني : قصره على مشاريع البنى الأساسية.

الثالث : التعبير بنقل الملكية وعبر بتسليم المنشأة ؛ لأن المشروع يدخل بعد تمامه وقبوله مباشرة في ملكية الدولة بالقبض الحكمي كما سيأتي.

وزاد تعريف المجمع زيادة غاية في الأهمية متعلقة بموضوع البحث وهي اشتراط تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها ، وسيأتي تفصيل حول هذه الجزئية من حيث ضمان الصيانة والمدة التي ينبغي أن تضمن فيها المنشأة بعد التسليم.

وقد يؤخذ على تعريف المجمع أنه قصر الثمن على المنفعة خلال فترة متفق عليها بينما يمكن أن يحدد ثمن العمل مع عائده في ابتداء العقد ثم يستوفيه العامل (الشركة المنفذة) من خلال التشغيل بإشراف الطرف الأول دون تحديد للمدة كما سيأتي في الكلام عن تكييف هذا العقد.

ثالثا : صور العقد :

هناك صور عديدة لهذا العقد أطلق عليها بعض الباحثين (عائلة B.O.T) وهي متشابهة ومتداخلة في الجملة^(١).

(١) _ الشراكة بين القطاع العام والخاص للدكتور رياض الفرس ص ٧ ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعميم المرافق العامة والأوقاف للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ٥ ، للدكتور عكرمة صبري ص ٣. بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للأستاذ الدكتور: أحمد بخيت ص ٢٤ ومن مصادره : العقود الإدارية وعقد B.O.T لأحمد سلامة ، العقود الإدارية مع دراسة لعقود ال B.O.T محمد أنس جعفر ، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T . رسالة للدكتوراه ماهر محمد ، والتطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقا لنظام B.O.T. عمرو حسبو ، عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق حمدي عبد العظيم .

وهي الصورة الأساسية	B.O.T	Build – Operate – Transfer	بناء – تشغيل – نقل الملكية
يتميز عن النوع الأساسي بأن فيه نقل ملكية المشروع مؤقتاً للجهة المنفذة . والتملك هذا فيه محاذير سواء كانت الأرض وقفية أو حكومية. بحث الدكتور عكرمة ص ١٠	B.O.O.T	Build – Own Operate – Transfer	بناء – تملك تشغيل – نقل الملكية
وفيه يتولى منفذ المشروع تصميمه ويتولى تمويله وتشغيله بمبادرة منه بعد الاتفاق	D.B.F.O	Design – Build Finance – Operate	تصميم – بناء تمويل – تشغيل
وفيه تظل الملكية القانونية للدولة ويقوم منفذ المشروع باستئجاره منها وإعادته إليها بعد انتهاء مدة الإجارة	B.L.T	Build – Lease _ Transfer	بناء – تأجير – نقل الملكية
وفيه تستأجر الجهة المنفذة للمشروع قائماً وتتولى تجديد وتشغيله وتحصيل عوائده ثم تعيده للدولة في نهاية مدة الإجارة .	L.R.O.T	Lease – Renovate Operate – Transfer	تأجير – تجديد تشغيل – نقل الملكية
وهو أيضاً يتعلق بمشروع تقوم بإنشائه الدولة وتسلمه للقطاع الخاص لتشغيله وإدارته مع تحصيل عوائد	B.T.O	Build – Transfer – Operate	بناء – نقل الملكية – تشغيل
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	B.O.O	Build – Own – Operate	بناء – الملكية – التشغيل
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	M.O.O.T	Modernize – Own Operate – Transfer	تحديث – تملك تشغيل – نقل الملكية.
تستخدم هذه الصورة في مشروعات متعثرة حيث يتولى القطاع الخاص إعادة هيكلتها وهي تشبه الصورة الثانية	R.O.T	Rehabitate - Own Transfer	إعادة التأهيل – تشغيل نقل الملكية
تشبه الصورة السابقة لكن المشروع لا يعود للدولة مرة أخرى وهو من قبيل الخصخصة	R.O.O	Rehabitate - Own Operate	إعادة التأهيل – الملكية والتشغيل
في هذه الصورة يتم تجديد الامتياز للمشروع الذي أقامة القطاع الخاص وأداره ويتضمن وعداً بالتجديد بنفس الشروط أو بشروط أخرى محددة في الوعد	B.O.R	Build – Operate Renewal of concession	بناء – تشغيل – تجديد الامتياز
يتولى القطاع الخاص إنشاء المشروع الذي تكون ملكيته للدولة ويستأجره منها	B.T.L	Build – Transfer - Lease	بناء – نقل الملكية – تأجير
تشبه الصورة الأساسية إلا إن المنفذ يتولى التصميم	D.B.O.T	Design – Build operate – Transfer	تصميم – تشغيل – تمويل نقل الملكية
تقوم الجهة المستثمرة ببناء المشروع وتملكه لفترة استئجاره فترة ثانية ثم تعيده للدولة في نهاية المدة	B.O.L.T	Build – own Lease – Transfer	بناء – تملك – تأجير – تمويل
تقوم الجهة المستثمرة بالتصميم والترويج للمشروع وإنشائه واستئجاره من الدولة لفترة ثم تعيده لها	D.P.B.L.T	Design - Promotion Build – Lease - Transfer	تصميم – الترويج بناء – تأجير – التحويل
تقوم الجهة بشراء مشروع أنشئ بمعرفة الدولة ثم تشغله ولا يعود للدولة وهو يشبه الخصخصة	P.B.O	Purchase – Build – Operate	شراء – بناء – تشغيل

وعند التأمل في هذه الصور نلاحظ أن كل عقد منها مركب من عدة عقود ومراحل ، وما اشتمل على عقدين جائزين فهو جائز^(١)، وعناصر التركيب لا تخرج في العادة الغالبة عن : (البناء - التشغيل - التحويل أو إعادة (نقل) الملكية - التأجير - التصميم - التمويل - التجديد - إعادة التأهيل - تجديد الامتياز - الترويج) .

وتنحصر أطراف نظام BOT في غالب صوره في طرفين أساسين هما الدولة المضيفة (أو مالك الأرض في المشاريع الخاصة) والشركة المنفذة للمشروع. ولا فرق لو كانت الدولة هي المنفذة لمشروع والطرف الآخر هو صاحب الأرض ، وهذا نادر لأن لجوء الدولة لهذه العقود غنما هو بسبب عجزها عن استثمار أراضيها ، ودخول بعض الجهات الأخرى ينظر فيه بحسبه فإن كانت جهة تمويلية اشترط في علاقتها أن يكون التمويل مباحا ، وإن كانت جهة إشرافية أو تصميمية فواقعها والعلاقة معها من باب الإجارة الخاصة أو المشتركة وهكذا.

وتعدد أوجه التعامل بين الطرفين مع أنظمة البناء والتشغيل ونقل الملكية هو الذي ولد هذه الصور العديدة التي تشترك في المضمون والهدف ولكنها تختلف في طريقة التطبيق ، حيث تنصب جميع الصيغ السابقة في تمويل وإنشاء وإدارة وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ، والمجمعات الصناعية والسكنية واستصلاح الأراضي لتشكيل مجالات تطبيق نماذج الاستثمار باستخدام هذا النظام.

وهذه الصور وإن كانت متشابهة ومتداخلة لكن سيدخل على بعضها ما قد يكون سببا في المنع منها سواء من جهة التمويل أو من جهة الغرر والجهالة أو من جهة الشروط وغير ذلك.

وعليه لا بد من النظر في كل عقد على حدة والتدقيق في محتوى بنوده والتأكد من التكيف الصحيح له وخلوه من المحاذير الشرعية^(٢).

ويعد عقد BOT هو الأكثر شيوعاً بين هذه العقود من الناحية العملية من حيث «الحقوق - الالتزامات» ؛ لكون عقد الاستثمار عقداً يخضع للقوانين المنظمة للاستثمار ، فإن ذلك يترتب عليه العديد من الالتزامات وينتج كذلك عنه للمستثمر حقوق استقلال أثناء فترة الامتياز^(٥).

ويمر تنفيذ مشروعات BOT بأربع مراحل مفصلية :

المرحلة الأولى : مرحلة تنفيذ المشروع.

المرحلة الثانية : مرحلة التسلم والقبض الحكومي للمشروع من قبل الدولة أو مالك الأرض.

المرحلة الثالثة : مرحلة تمكين الشركة المنفذة من التشغيل والإدارة .

(١) _ بدائع الصنائع ٩٣/٤ ، كتاب الاستصناع/جوازه.

(٢) _ تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمیر المرافق العامة والأوقاف للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ١٤ .

(٥) عقد b.o.t لإلياس ناصيف ص ٨١ نقلا عن بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمیر المرافق العامة و الأوقاف للرشود ص ٧ .

المرحلة الرابعة : التي يتم فيها تسليم وإعادة المشروع للدولة المضيفة في المشاريع العامة أو مالك الأرض في المشاريع الخاصة بعد انقضاء فترة الامتياز الممنوحة .

رابعا : الفرق بين عقود المقاوله والاستصناع وعقد B.O.T :

من شرط كون العقد من عقود B.O.T أن يكون هناك مرحلة بعد البناء وهي مرحلة استثمار المشروع من قبل الصانع (الشركة المنفذة - المستثمر) يتبعها مرحلة التسليم للمالك - وقد يتخلل هذه المراحل أو يسبقها أو يتبعها مراحل أخرى غير مؤثرة في محتوى العقد كالتمويل والتصميم أو تدريب الكوادر الوطنية على التشغيل كما في بعض الصور السابقة ولكن لابد من ضبط كل صورة بمفردها والتأكد من خلوها من المحاذير كما سبق وعدم تأثيرها على العقد الأصلي الذي نحن بصدد دراسته - وعلى ذلك لو تخلفت مرحلة الاستثمار من قبل الشركة المنفذة فإن العقد يتحول إلى عقد آخر قد يكون مقاوله أو استصناعا أو إجارة ، فمثلا :

لو طلب المالك من الشركة المنفذة أن تقيم المشروع بإجرة محددة لكامل البناء أو لكل وحدة قياسية تسلم له دفعة واحدة بعد البناء أو مقسطة على مراحل البناء منه صار العقد عقد مقاوله ، فإن كانت المواد من المالك فهي إجارة ، وإن كانت المواد من الصانع فهو استصناع سواء كانت الأجرة معجلة أو مؤجلة^(١)، وهاتان الحالتان وإن شابهتا بعض مراحل عقد (B.O.T) لكنهما ليستا مقصودتين بالبحث هنا والضمان فيهما يرجع فيه إلى عقود المقاوله والاستصناع وقد يأتي ذكرها تبعا في هذا العقد^(٢).

هذا فارق أساس لا بد من اعتباره أثناء بحث عقد B.O.T فعوائد الصانع فيه يتسلمها من خلال استثماره للمشروع مدة معينة ، بينما في عقود المقاوله الاتفاق على أجرة تسلم دون ربطها باستثمار المشروع ، وليس للصانع يد على المشروع بعد تمامه وقبض المالك له ، ويده على مواد المشروع يد أمانة ولا يملك التصرف فيها ، وفي عقود الاستصناع يتسلم الأجرة أيضا نقدا أو مقسطة دون أن يكون له يد على المشروع بعد تسليمه ، وإن كانت المواد تحت تصرفه قبل ذلك.

المبحث الثاني : بدايات عقد B.O.T وعقود مشابهة :

(١) _ عقد المقاوله للدكتور عجيل النشمي في دورة المجمع الرابعة عشر ٤٥/٢ .

(٢) _ انظر بحوث عقد الاستصناع ضمن الدورة السابعة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي ، وعقود المقاوله في الدورة الرابعة عشرة.

لا يهم كثيرا الوقوف على البدايات الحقيقية لاستخدام هذا العقد ولكن الرجوع إلى ذلك خاصة في تراثنا الإسلامي يساعد في تصويره والحكم عليه والإفادة من قرارات الفقهاء السابقين ، وبالرجوع إلى تلك المصادر فإن عقد BOT السائد حالياً في العالم ليس عقداً مبتكراً في أساسه وإن كان هناك ابتكارات في صوره وجزئياته ، ولكن له إرهاصات وبدايات واضحة في الفقه الإسلامي ، ولذا يعد كثير من الباحثين هذا العقد تطوراً غربياً لبعض العقود التي استخدمها المسلمون قديماً ضمن أساليب استثمار أموال الأوقاف ، فقد دأبت وزارات الأوقاف ومؤسساتها في العالم الإسلامي منذ النصف الثاني من القرن الماضي على استثمار الأراضي الوقفية غير الزراعية والتي يطلق عليها الأراضي الملساء بطرق تشبه عقد BOT^(١)، واستند فقهاء المرحلة ببعض ما ورد في تراثنا الإسلامي مما قد يدل عليه ومن ذلك :

أولاً : ما جاء في مصنف ابن أبي شيبة : قال : حدثنا محمد بن أبي عدي عن ابن عون قال : كان محمد يكره أن يستأجر العرصة ، فيبني فيها من أجزائها^(٢).

والعرصة : هي الأرض البيضاء أو البور، يستأجرها المستأجر، ولا يدفع شيئاً عند العقد، وتكون الأجرة متمثلة في البناء الذي يقوم بتشبيده على هذه الأرض بعد أن ينتفع بسكانها لفترة من الزمن، ثم يرد الأرض والبناء للمؤجر.

وهذه الصورة لا تختلف عن الأرض في عقود BOT التي تمنحها الدولة أو مالكة للشركة المنفذة للمشروع، لتقوم تلك الشركة ببناء المشروع، والاستفادة به لفترة من الزمن، ثم تقوم الشركة برد الأرض والبناء لمالك الأرض^(٣).

ووجه القول بالكراهة كما في الرواية يعود إلى الجهالة في الأجرة أو مدتها ، أو الجهالة في صفة البنيان ، والله أعلم .

ثانياً : ما ورد في كتاب "البيان والتحصيل"^(٤) : « قال ابن القاسم في رجل قال لرجل : 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 سمى عدة ما يبينها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز ، وإن لم يسم فلا خير فيها ».

(١) _ بحث عقد البناء والتشغيل وإعادة (BOT) "في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للدكتور عكرمة صبري ص ٩ .

(٢) _ مصنف ابن أبي شيبة ٥٠١/٧ ، باب في الرجل يستأجر الدار وغيرها، كتاب : البيوع والأقضية، رواية رقم ٢٣٤٥١ .

(٣) _ بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ١٩ ، تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة

B.O.T "في تعميم المرافق العامة والأوقاف للدكتور/عبد الستار أبو غدة ص ١٢ .

(٤) _ ٤٦١/٨ .

ووجه مطابقة هذا لعقد (B.O.T) أنه استصناع بثمن يستوفي من الانتفاع بالمصنوع مدة تكفي لاسترداد ما دفعه الصانع حيث يظل ينتفع بالبناء حتى يستوفي العشرة دنانير، ثم يرد الأرض بالبناء إلى صاحبها^(١)، و لا فرق بين أن ينتفع بها في خاصة نفسه أو يبيع منفعتها إلى غيره.

وفي القرن السابع عشر للميلاد (أي في العهد العثماني) وبسبب الحرائق المتعددة التي وقعت في مدينة اسطنبول وفي بعض المدن الكبرى في بلاد الأناضول لم يعد لدائرة الأوقاف القدرة على متابعة شؤون الأراضي الوقفية الواسعة والمنتشرة في أرجاء البلاد فلجأت إلى عقود جديدة تشجع الناس على الاستثمار في الأراضي الوقفية دون أن تلتفت إلى النتائج السلبية لهذه العقود^(٢).
ومما ورد من استخدام مثل هذا العقد في استثمار الوقف ما يسمى :

ثالثا : التحكير : ويطلق عليه الحكر أو الإحكار أو الاستحكار ، وهو عقد إجارة غير محددة بمدة معينه يقصد به إبقاء الأرض الموقوفة في يد المستأجر الذي يسمى محتكراً مادام يدفع أجر المثل^(٣) ويتم ذلك عن طريق الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص أو مستثمر، مقابل مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له حق القرار الدائم على تلك الأرض، بحيث يورث العقد على الدوام وينتقل التحكير من الآباء إلى الأبناء، ومن الأبناء إلى الأحفاد وهكذا ، وله أن يتصرف فيها بالبناء والغرس وغير ذلك من وجوه الانتفاع المقررة، كما يلتزم أيضاً بأجرة سنوية ضئيلة تشير إلى بقاء الأرض في ملك الواقف مع مراعاة أن تقدير الإيجار في الحكر يكون بالنظر إلى قيمة الأرض خالية ، أما عن ملكية البناء الذي يحدثه المستحكر فهي ملك له ، وليست لصاحب الأرض^(٤).

والإجارة الطويلة غير المحددة بمدة قد أجازها بعض فقهاء الحنفية والشافعية للضرورة في عقود متفرقة^(٥)، وأما جماهير أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والحنفية فيمنعون من ذلك ولا

(١) _ بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ١٩ ، تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للدكتور/عبد الستار أبو غدة ص ١٢ .

(٢) _ أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها لنزيه حماد ، بحث مقدم لندوة (نحو دور تنموي للوقف)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣م، ص ١٧٥ .

(٣) _ حاشية ابن عابدين ٢٧/٥ ، وفي طبعة الحلبي ٤٠٢/٤ .

(٤) _ يكن (زهدي): الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ، ص ١٢٢ .

(٥) _ حاشية ابن عابدين ٤٠٢/٤ ، ٤٠٤ ، ٦/٦ طبعة مصطفى الحلبي ، وكتاب الإسعاف ص ٥٢ و ص ٥٣ . وحاشية ابن عابدين ٥٤١/٣ ، ٢٢/٤ ، و ٢٧/٥ - الطبعة التركية ، والمجموع ٢٦٦/١٥ ، النجم الوهاج ٣٦٩/٥ ، ٤٨٩ ، وأنفع الوسائل ص ١٩٨ . والفتاوى الخانية ٣٣٢/٣ ، ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر ص ٥٢٣ ، وكتاب الوقف في الشريعة والقانون - زهدي يكن ص ١٠١ و ص ١٠٢ و ص ١٠٥ و ص ١٠٦ ، والوقف الإسلامي بين النظرية والتطبيق - الدكتور عكرمة سعيد صبري ص ٢٩٢ و ص ٢٩٣ . عقد البناء والتشغيل وإعادة (BOT) " في تعمير الأوقاف والمرافق العامة للدكتور عكرمة صبري ص ٨ .

يجيزون أن تكون إجارة الوقف مطلقة دون تحديد بمدة معينة. بل يجب تحديد الأجرة بمدة زمنية وذلك قياساً على تأجير الأعيان بشكل عام^(١).

والملاحظ على أرض الواقع أن إطلاق الإجارة دون تحديد قد أدى إلى الإضرار بالمستحقين للوقف كما أدى إلى ضياع عين الوقف وإلى طمع المستأجرين بالأراضي الوقفية الذين أخذوا يدعون ملكيتها ، وعليه فإن رأي الجمهور أقوى وأسلم وأبعد نظراً وأقرب لقواعد الشريعة الإسلامية في المعاملات التي تشترط أن تكون العقود معلومة وغير مجهولة.

يقول الدميري : " والذي اعتقده عدم جواز ذلك ؛ فقد رأيت بمكة وغيرها أوقافاً استؤجرت كذلك فتملكها أولاد مستأجريها وعرفت بهم ، وخرجت عن مسمى الوقف "^(٢).

رابعا : عقد الإيجاريتين : وفيه يتفق ناظر الوقف مع شخص آخر على أن يدفع هذا الشخص مبلغاً من المال يكفي لتجديد عمارة الوقف الذي تعرض للخراب، ولا تكفي غلته ولا يناسب التصرف في بعضه لتعميره ، ويستخدم هذا المال المدفوع لتجديد وعمارة هذا الوقف، ويكون المال المدفوع أجرة معجلة تكفي لإعمار الوقف المتوهن ، إضافة إلى تأجيره لهذا الشخص بأجرة مؤجلة ضئيلة جداً يتجدد عليها العقد سنوياً، لإثبات بقاء ملكية الوقف في يد ناظر الوقف، وهذا وجه تسميته بعقد الإيجاريتين ، ويكون حق استئجار الوقف بعد تجديده حقاً دائماً للمستأجر يورث عنه ويبيع، وذكر الفقهاء أن لناظر الوقف شرعاً الحق في إجارة أعيان الوقف بحسب شرط الواقف عليها، إذا رأى مصلحة الوقف في ذلك، وانتفت الموانع وذلك لما تحققه إجارة الوقف من ريع وإيراد يصرفه ناظر الوقف في المصارف التي حددها الواقف. أو بما يحقق مصلحة الوقف كعمارته وصيانته، أو مصلحة المستحقين^(٣).

والفرق بين الإيجاريتين وبين الحكر أن البناء في الحكر ملك للمستحكر، لأنه أنشأه بماله الخاص بعد أن دفع إلى جانب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم الأجرة المعجلة، أما في عقد الإيجاريتين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقد مبنى متوهن يتم تجديده وتعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف^(٤).

(١) _ بدائع الصنائع ٢٦/٤ ، والبحر الرائق ٢٥٨/٥ وص ٢٦٦ ، عقد الجواهر الثمينة ٩٧٥/٣ ، النجم الوهاج ٣٦٩/٥ ، ٤٨٩ ، ومغني المحتاج ٣٤٩/٢ ، والمجموع ٢٦٦/١٥ ، المغني ٨/٨ ، الإنصاف ٤٠/٦ ، وانظر بحث عقد البناء والتشغيل والإعادة "(BOT)" في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للدكتور عكرمة ص ٨.

(٢) _ النجم الوهاج ٤٨٩/٥ ، وانظر حاشية ابن عابدين ٤٣٦٧ ، وبحث عقد البناء والتشغيل والإعادة "(BOT)" في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للدكتور عكرمة صبري ص ٨ .

(٣) _ حاشية ابن عابدين ٤٠٤/٤ .

(٤) _ بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ٢٠.

خامسا : المرصد : وهو أن يأذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف بالبناء على أرض الوقف، عند عجز الوقف عن التعمير، بحيث يكون ما ينفقه في البناء والتشييد ديناً على الوقف، يستوفيه من أجرة الوقف بالتقسيط ويكون البناء ملكاً للوقف على أن يكون للمستأجر حق القرار في عقار الوقف ويورث عنه، وحق التنازل عنه لآخر يأخذ دينه عنه، بحيث يحل محله في العقار بأذن القاضي أو المتولي. يقول ابن عابدين في الحاشية: «إن على الباني أجر المثل بالغاً ما بلغ قبل العمارة وما بعدها، وإنما للمستأجر الرجوع بما صرفه»^(١)، وهذا يعني أن يكون الوقف مديناً بقيمة المبنى الذي استحدثه المستأجر وأن المستأجر يتعهد بإنقاص دين الوقف بقيمة الأجرة المتفق عليها بالغاً ما بلغت^(٢).

هذه بعض بوادر هذا العقد في التراث الإسلامي التي جعلت كثيراً من الباحثين المعاصرين كما تقدم يعتبر عقد B.O.T تطوراً غربياً لبعضها^(٣)، وإن كان بينها اختلاف في بعض صور الإدارة والتعامل^(٤).

وأما بداياته في العصر الحديث فقد سبق أن أبرمت في أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين للميلاد ما يعرف بعقود الامتياز التي تشبه إلى حد ما عقد BOT وذلك في فرنسا ومصر وسوريا وغيرها من دول العالم حيث استخدمتها فرنسا لتنفيذ مشروعات سكك الحديد ومحطات الكهرباء والتزويد بمياه الشرب. كما أن مصر عرفت هذا النظام في الأربعينيات من القرن الماضي حيث تم تزويد مصر الجديدة -من أحياء القاهرة- بالكهرباء والماء وخطوط القطارات وفق هذا النظام، كما تُعد قناة السويس بمصر من الأمثلة الشهيرة لعقود الامتياز في نهايات القرن التاسع عشر للميلاد^(٥).

وقد حصل في القرن الماضي تطوران مهمان على صعيد تطبيق هذا النظام، وهما :

(١) _ حاشية ابن عابدين ٢١/٥.

(٢) _ بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ٢٠.

(٣) _ الإسلامي (أحمد محمد خليل): ورقة عمل حول أسلوب المشاركة المتناقضة في تمويل العمليات الوقفية كما يجريه البنك الإسلامي للتنمية، مقدمة إلى مؤتمر الأوقاف الأول في المملكة العربية السعودية المنعقد في رحاب جامعة أم القرى بالتعاون مع وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، مكة المكرمة، شعبان ١٤٢٢هـ، منشورة ضمن وقائع المؤتمر، ص ٦-٨. وكذا في ندوة حوار لنفس الباحث تحت عنوان: "هل نظام BOT نموذج معدل من صور الحكر التي استحدثها المسلمون" مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، التابع لجامعة الملك عبد العزيز بجدة في ١٤٢٢/٩/٦هـ (٢١/١١/٢٠٠١م).

(٤) _ بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة لأحمد محمد أحمد بجيت ص ٣٠، بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ٢٤.

(٥) _ بحث عقد البناء والتشغيل والإعادة (BOT) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة للدكتور عكرمة صبري ص ٢، ومن مصادره : الصيغ القانونية ودورها في جذب، التمويل للخدمات والمرافق البلدية ص ٩٠. وتطوير الصيغ التعاقدية لتفعيل خصخصة الخدمات والمرافق العامة ص ٢١٧ والاقتصادية ص ١ و ٢.

١- توقيع اتفاقية تنفيذ نفق المانش الذي يربط بين بريطانيا وفرنسا أسفل بحر المانش وذلك بين كل من الحكومة البريطانية والحكومة الفرنسية من جهة وبين شركة يوروتانال Euro tunnel من جهة أخرى.

٢- دعوة رئيس وزراء تركيا وقتئذ (تورجوت أوزال) Turgot Ozal لاستخدام هذا الأسلوب في تنفيذ مشروعات البنية التحتية في تركيا، ويرجع إليه الفضل في استخدام تعبير BOT لأول مرة، وذلك سنة ١٩٨٠م^(١).

المبحث الثالث : أقوال الفقهاء في تكيفه الشرعي :

التكيف الأول : تكيفه على أنه عقد استصناع بثمن يستوفى من الانتفاع بالمصنوع مدة تكفي لاسترداد ما دفعه الصانع^(٢).

والاستصناع كما عرفه فقهاء الحنفية : " هو عقد على مبيع في الذمة ، وشرط عمله على الصانع"^(٣). وعليه فأركان العقد هي :

المستصنع : ويمثله الطرف الأول مالك الأرض في المشاريع الخاصة وتمثله الدولة في المشاريع العامة ، حيث تقوم الدولة بتحديد المشروع ووضع مواصفاته وتطلب من الشركة المنفذة أن تقوم بتنفيذه. الصانع : وتمثله الشركة المنفذة .

والمعقود عليه : هو السلعة الموصوفة والمطلوب صناعتها وهي المشروع أو المرفق العام المرغوب تنفيذه بمواصفات معينة.

أما بالنسبة لثمن الاستصناع : فقد وقفت على أربع صور ذكرها بعض الباحثين :

الصورة الأولى :

ثمن الاستصناع : هو منفعة تشغيل المشروع ، والمنفعة تصلح أن تكون ثمناً أو عوضاً في عقود المعاوضات حيث تنتفع به الجهة الصانعة لفترة معينة هي فترة الامتياز لاستيفاء ثمن الاستصناع^(١).

(١) _ المرجع السابق.

(٢) _ قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩ ، نقلاً عن بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمیر المرافق العامة والأوقاف للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ١٣.

(٣) _ كما في تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي (٥٣٨/٢) ، وهو ما رجحه الكاساني في بدائع الصنائع (٢/٥) ، واختارته الموسوعة الكويتية ٣/٣٢٥.

وقد اشترط المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن الاستصناع والاستصناع الموازي ، عند الكلام عن ثمن الاستصناع " أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد ، ويجب أن يكون نقوداً ، أو عيناً أو منفعة لمدة معينة ، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه " (٢).

وطريقة التعاقد أن يقول صاحب الأرض للمستثمر : ابن لي المشروع ولك منفعته خلال مدة كذا . فتحدد مدة الانتفاع دون تحديد لثمن الاستصناع سواء زادت قيمة المنفعة عن قيمة الصناعة بكثير أو قليل فكل ما يحصل من المشروع خلال هذه المدة التي تسمى مدة الامتياز فهو ملك للصانع الذي يقوم بالتشغيل.

إذا المشروع في هذه الصورة يمر بأربع مراحل :

أولاً : مرحلة التصنيع.

ثانياً : تمكين المستصنع من تسلم المشروع ودخوله في ضمانه بالقبض الحكمي .

ثالثاً : مرحلة التشغيل. يملك الصانع أو الشركة المنفذة فيها منافع المشروع كاملة خلال مدة الامتياز.

رابعاً : مرحلة الإعادة. حيث تقوم الشركة المنفذة بتسليم المشروع إلى الطرف الأول (الدولة في المشاريع العامة) بعد نهاية مدة التشغيل المتفق عليها. وهذا ما يعنيه رمز T إذ هو للإعادة والتسليم وليس لنقل الملكية إلى الدولة مانحة امتياز المشروع ؛ لأن المشروع ينشأ على ملكها ويثبت في ذمة التعاقد على التنفيذ وفي النهاية (بعد إتمام المشروع وإدارته لاسترداد المقابل) يسلم أو يعاد للدولة وليس هذا تمليكاً لها وهذا ينسجم مع مقتضى عقد الاستصناع حيث إنه بعد التنفيذ لا يحتاج لتمليك المصنوع بل التسليم (٣).

وفي مثل هذه الصورة لا يمكن أن تكون هذه المرحلة نقلاً للملكية كما يعبر به بعض القانونيين ومن هنا نحوهم من الباحثين ، بخلاف ما لو تم عبر صيغة الشراكة المتناقضة كما سيأتي فيمكن أن يعبر بهذا التعبير.

وعليه ففي التكييف بالاستصناع تبقى ملكية الأرض وما عليها من بناء خلال مدة العقد لملكها الأول ، فلا يملكها مدير المشروع بموجب هذه الصيغة B.O.T ، وطول مدة استغلال العامل للأرض لا يؤثر في هذه الملكية ، ولذا لا يصح أي تصرف ناقل للملكية يقوم به العامل ، وتعبير بعضهم بلفظ نقل الملكية مع تكييف العقد بالاستصناع هو تجاوز لفظي يعنون به نقل إدارة المشروع ، ورفع وكف يد مدير المشروع عنه بعد أن كانت مبسطة عليه ، وتنتقل إدارة البناء الذي أقامه مدير المشروع إلى مالك

(١) - عثمان : عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ص ٤٠. نقلاً عن بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ٢٨.

(٢) - المعايير الشرعية ص ١٧٦ نقلاً عن بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعميم المرافق العامة والأوقاف للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ١٤.

(٣) - تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعميم المرافق العامة والأوقاف للدكتور عبد الستار أبو غدة ص ٣.

الأرض بعد انقضاء مدة المشروع الذي قد يقوم بتشغيل المشروع أو يعهد بتشغيله للعامل السابق أو إلى شخص معنوي آخر^(١).

الضمان في هذه الصورة :

للنظر في محل الضمان ينبغي التفريق بين مراحل المشروع السابقة ، فأما ما قبل المرحلة الأولى فالأصل في عقد الاستصناع أنه عقد جائز وكل منهما بالخيار ، وكذا الحال أثناء هذه المرحلة ولكن لهما أن يتفقا على شرط جزائي على الطرف الذي يريد فسخ العقد ، وذلك من أجل حفظ العقود ورعايتها عن التلاعب ، أو يقال بلزومه على قول أبي يوسف^(٢)، ويبقى للمستصنع خيار الرؤية فإن جاء به الصانع على الصفة المتفق عليها لزمه قبوله وتسلمه ، وإن كان النقص مما لا يضر بأصل المشروع فإن للقاضي النظر في حجم هذا النقص فإن كان مؤثراً في قيمته كان للمستصنع أرش النقص وإن لم يكن له أثر فلا يكون له شيء ويلزم بتسليم المشروع.

وبعد البدء في المشروع فالنظر في الضمان يكون وفقاً للمراحل السابقة فما كان قبل نهاية المرحلة الأولى وهي مرحلة التصنيع فإن الضمان يكون على الصانع ، وما كان بعد نهايته وتسليمه وتسلمه فإنه يدخل في ضمان المستصنع^(٣) وهو مالك الأرض سواء كانت الدولة أو غيرها ، ولكن في نظري ينبغي التفريق بين حالتين :

الأولى : أن يكون المشروع وحدة واحدة لا تتجزأ كالبنية الواحدة أو المطار الواحد أو سكة الحديد الواحدة ونحو ذلك فالضمان كما هو على الصانع حتى نهاية كامل المشروع وتسلم المستصنع له.

الثانية : أن يكون المشروع مكوناً من عدة وحدات مجزأة بحيث تقبل كل وحدة منها التشغيل بمفردها كالأبراج السكنية المتعددة ، أو السكك متعددة المسارات ، فإن كل وحدة تدخل في ضمان المستصنع بعد نهايتها وتسلمها وبداية استثمارها ؛ لأن الخراج بالضمان وإن كان الصانع هو الذي يملك المنفعة ويستخلص الخراج خلال هذه المرحلة إلا أن عائداتها الحقيقي هو للمالك الذي سيجني ملكية المشروع.

والصيانة تلزم المستثمر بحيث يكون تسليمه للمشروع نهاية مدة الامتياز وهو كامل الأجزاء صالح للانتفاع كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي^(٤)، وهذا ما تقتضيه مصلحة العقد ، ومن لازم

(١) عقد امتياز المرفق العام b.o.t لإبراهيم الشهاوي ص ٦٠ ط ٢٠٠٣. نقلاً عن بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T في تعميم المرافق العامة و الأوقاف للرشود ص ١١ ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة أحمد محمد أحمد نجيت ص ١٨.

(٢) بدائع الصنائع ٤/٤٤٤.

(٣) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٤) انظر قرار المجمع رقم ١٨٢ (١٩/٨).

ذلك أن يضمن كل ما تلف بفعله وكل ما استهلك باستخدامه وهذا قياس قولهم : إن على المكري تنقية البالوعة والكنف إن امتلأت بفعله كما عليه نقل سائر المخلفات الحاصلة باستخدامه^(١).

وعليه فلو كان من مقومات المشروع بعض أجهزة التشغيل كما في المطارات والمحطات ونحوها فإن تعهد هذه الأجهزة بالصيانة في وقودها وزيوها وتشحيمها يكون على المستثمر ؛ لأن استهلاكها حصل بفعله.

وأما ما تلف من أجزاء المشروع كسقوط حائط ونحوه من غير تعد من المستثمر أو تفريط ولم يكن ذلك بسبب سوء صناعة سابقة أو بسبب الاستخدام فإنه من ضمان المستصنع (المالك) على الأصل الذي تقدم في ذكر الضمان.

جواز التصرف :

أما جواز التصرف فالقول فيه في الجملة تبع للضمان ولكن يحتاج الأمر إلى شيء من التفصيل ونحتاج معرفة مدى إمكانية التصرف في المشروع في مرحلتين :

الأولى : أثناء التصنيع :

فحيث كان المشروع في هذه المرحلة في ضمان الصانع ومواده في ملكه فيجوز له التصرف فيها واستبدالها بغيرها ، ومتى تلفت فهي من ضمانه ، ومتى قيل إن عقد الاستصناع من العقود الجائزة فله الرجوع والترك - وإن قيل لازم أو جعل عليه شرط جزائي وجب الوفاء به - .

وإن اختار الترك والانسحاب من المشروع وجب عليه إعادة الأصول إلى المستصنع كما كانت عليه قبل ، إلا أن يختار المستصنع بقاءها على ما هي عليه.

و لا يحق للصانع أن يطالب المستصنع بتكاليف عمله كما لو قام بقطع صخري ونحو ذلك ، ويكون ضياع حق الصانع في ذلك يقابل شغل الأرض على صاحبها مدة التصنيع الضائعة.

ولو صالحه على إبقاء بعض ما يستفاد منه جاز ، كما لو حفر الصانع بئرا ووضع عليها ناضحا آليا وأراده المستصنع أخذه بحقه.

الثانية : بعد انتهاء التصنيع وتسليم المشروع :

وفي هذه المرحلة المشتملة على مرحلة التشغيل إلى التسليم يدخل المشروع في ضمان المستصنع ، والتصرف فيها يتصور من جهتين في محلين :

من جهة الصانع ومن جهة المستصنع ، في المنافع أو الأعيان.

(١) - المغني ٣٣/٨ - ٣٤ ، حاشية ابن عابدين ٧٩/٦ طبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر ، النجم الوهاج ٣٦١/٥ .

فأما الصانع فيجوز له التصرف في المنافع بالبيع أو الهبة أو الإجارة لأنه يملكها بمجرد تسليم المشروع للطرف الأول ، ولكن بشرط ألا يؤدي هذا التصرف إلى الضرر بالمشروع أو الإخلال بخدمته للمستفيدين إن كان المشروع من مشاريع الدولة ومشاريع النفع العام التي تقدم للجمهور ، فلو كان المشروع قطارا فإن باني المشروع له أن يتصرف في عوائد المشروع وتورث عنه إن كان مالكا شخصية حقيقية بشرط ألا يخل هذا بخدمة المشروع وبقائه في متناول المستفيدين بالشروط المذكورة في أصل العقد بين الطرفين. وأيضا يشترط فيما لو أجر المشروع على غيره ألا يترتب على استخدام المستأجر الجديد ضرر أكثر من ضرر المؤجر وأن تكون يده على المشروع كيده أو أفضل^(١).

هذا بالنسبة للمنافع وأما الأعيان فلا يجوز للمشغل (الصانع) التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف ، ويده عليها كما تقدم في الكلام عن الضمان يد أمانة يضمن ما يحدث فيها بالتعدي أو التفريط ، ويلزمه أن يعيدها للدولة أو لمالكها صالحة للأداء كما كانت^(٢).

وإن زاد عليها ما يرفع في قيمتها ويحسن من أدائها وواكب فيها تجدد التقنيات الحديثة فإن كان ذلك عن اتفاق بينه وبين المالك فهما على ما اتفقا عليه ، وإن كان تصرفه من قبل نفسه فلا يلزم المالك بشيء من قيمة ذلك ، والزيادة إن كانت متصلة ونزعها مما يضر بأصل المشروع فليس له أخذها عند الإعادة ؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر وتصرفه بزيادتها كان بغير إذن المالك ، وإن كانت الزيادة منفصلة فهي له وله أخذها والتصرف فيها ، وإن صالح المالك عليها عند التسليم فلهما ذلك ، والله تعالى أعلم. هذا بالنظر إلى تصرفات الصانع وأما من جهة المستصنع فتصرفه يكون في محلين أيضا :

الأول في المنافع : وهذا التصرف في المنافع مدة الامتياز لا يجوز له ؛ لأنها ملك لغيره ملكها بالتزامه بالعقد وإنهائه للمشروع بشرطه .

الثاني في الأعيان : فيجوز له أن يتصرف فيها على الصحيح^(٣) بالبيع والهبة والوصية والتأجير والوقف ونحو ذلك ، ولكن هذا التصرف مشروط ألا يحول بين الصانع وبين منافع المشروع إلى نهاية مدة الانتفاع ، وعليه فالمالك الجديد للمشروع يملك العين مسلوقة المنافع إلى حين انقضاء مدة الامتياز ، ويمكن للمالك الجديد أن يشتريها من الصانع وتعود له ويتسلم المشروع.

مسألة : تعطل استيفاء المنفعة أو تعطيلها :

تعطيل المنافع يكون بفعل المستثمر حين يقصر في استثمارها بتشغيل المشروع وإدارته ، وأما تعطيلها فيكون بسبب خوف عام ونحوه كما في حال الحروب أو الهزات الأرضية والبراكين ونحوها كما حدث

(١) _ النجم الوهاج ٣٧٠/٥ ، المغني ٥٢/٨ ، بداية المجتهد ١٣٥٤/٤ .

(٢) _ انظر قرار الجمع رقم ١٨٢ (١٩/٨) .

(٣) _ المحرر للرافعي ص ٢٣٥ ، النجم الوهاج ٣٩٩/٥ ، المغني ٤٨/٨ .

مؤخرا هزات أرضية في مناطق العيص وينبع في المملكة العربية السعودية فإن المشاريع التي أقيمت وفق هذا العقد هناك توقفت طيلة مدة الهزات^(١).

فأما تعطيل المنافع فيفرق فيها بين مشاريع النفع العام التي تهم المواطنين كالمطارات وسكك الحديد والطرق ونحوها وبين الاستثمارات الخاصة ، ففي الاستثمارات الخاصة كمن يتفق مع مالك الأرض على إنشاء برج سكني ونحوه وفق عقد B.O.T فإن المنافع ملك المستثمر فلو عطّلها عطّلها على نفسه وليس له الرجوع على المالك بشيء ، وأما في المشاريع العامة التي بين الدولة والمستثمر فإن للدولة أن تلزمه بالتشغيل والإدارة وتشترط عليه ذلك في العقد ولها الاحتفاظ بحق تسليمها لطرف جديد يقوم بالتشغيل أو تقوم به بنفسها ويسقط حق المستثمر الأول بإسقاطه له ؛ لأن مصالح المواطنين والمقيمين متعلقة بها . وأما في حال تعطل المنافع بقاهر خارجي كالزلازل ونحوها فإن الضرر يقع على المستثمر وهنا تأتي مسألة وضع الجوائح ، وللمستثمر أن يشترط في العقد لمثل هذه الظروف أن يعرض بنفس مدة التعطل بعد زوال العارض وتمكنه من إستيفاء المنافع^(٢).

وإن تهدم المشروع أثناء التشغيل والاستثمار على وجه تتعذر إعادته ولم يكن لسوء التنفيذ تأثير في ذلك فإن للمستثمر أجره المثل للمدة المتبقية ليحصل له تمام ثمن الاستصناع^(٣).

الصورة الثانية :

أن يكون ثمن الاستصناع معيناً مؤجلاً ، 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) للمشروع بموجب عقد الإجارة ويمكن أن تجري المقاصة بين ثمن المشروع المصنوع وبين الأجرة المستحقة للمستصنع (المؤجر) على الصانع (المستأجر) .

ومثاله هنا أن يقول المالك : ابن لي المشروع بكذا - فتعين القيمة (ثمن الاستصناع) هنا بما يوزاي قيمة الصناعة وهامش ربحي مناسب - وهو مؤجر لك بنفس القيمة حتى تستوفيها من الاستثمار.

والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها من ثلاثة أوجه :

الأول : في الصورة الأولى يملك الصانع المنفعة خلال كامل المدة المعينة زادت المنفعة عن تكلفة المشروع أو نقصت بينما في هذه الصورة يملك التشغيل والمنفعة حتى يستوفي حقه المعين المؤجل المتفق

(١) - تعطلت الحركة والاستثمار في بعض تلك الأماكن ، وخرج الناس منها حتى تلاشت تلك الهزات . انظر الصحف السعودية شهري ٥ ، ٦ / ١٤٣٠هـ .

(٢) - المغني ٣١/٨ .

(٣) - النجم الوهاج ٣٩٩/٥ .

عليه وحينما يتم استيفاء حقه يسلم المشروع - إذا في الأولى الإعادة تكون بعد تمام المدة أما في الثانية فالإعادة تكون بعد استتمام الأجرة.

الوجه الثاني : أن المالك (المستصنع) في هذه الصورة لو تصرف في المشروع أثناء فترة الامتياز فإن الصانع بالخيار بين أن يبقى له الامتياز حتى يستوفي حقه أو تعجل له باقي الأجرة المعينة . أما في الأولى فلو تصرف المالك في المشروع فلا بد من استثناء كامل فترة الامتياز. وله أن يصالح المستثمر عليها بثمان معين.

الوجه الثالث : لو تعذر استيفاء المنفعة فإن المستثمر يستحق المتبقي من الأجرة المعينة بعد حسم قيمة المنافع التي حصلها في المدة السابقة بخلاف الصورة السابقة فإن له بعد تعذر استيفاء المنفعة بسبب العوارض السابقة كالزلازل ونحوها أجرة مثل مدة الامتياز المتبقية.

الضمان في هذه الصورة :

الضمان هنا والصيانة كالضمان والصيانة في الصورة السابقة سواء بسواء ، فأثناء التصنيع الضمان على الصانع وما بعد مرحلة التسليم ينتقل الضمان إلى المالك.

جواز التصرف :

وجواز التصرف هنا كجواز التصرف في الصورة السابقة أيضا إلا أن الصانع لو تصرف في المنفعة ببيع أو إجارة فإنه لا يستحق من عائدها إلا بقدر استحقاقه من ثمن الاستصناع ، فلو كان ثمن الاستصناع مليون ريال فأجر المشروع على غيره بمليون ونصف فإنه لا يستحق إلا المليون ؛ لأن ثمن الاستصناع مقدر به وليس بالمدة بخلاف الصورة السابقة فإنه لو حصل من المنافع أكثر من كلفة المشروع لكانت له ؛ لأن ثمن الاستصناع هناك محدد بالمدة.

الصورة الثالثة : عقد استصناع يحدد فيه الثمن بما يغطي تكاليف المشروع والعائد 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^(١).

الضمان في هذه الصورة :

لا فرق بين هذه الصورة والتي قبلها من جهة الضمان لأن يد الوكيل يد أمانة كالمستأجر فالضمان أثناء التصنيع على الصانع وبعد تسلم المشروع وثبوت الملكية ينتقل الضمان على المستصنع .

جواز التصرف :

(١) - قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩

للمستصنع أن يتصرف في المشروع بعد انتهاءه وقبضه سواء كان هذا التصرف في عين المشروع أم كان في منافعه ، وأجرة الصانع هنا ليست متعلقة بمنفعة المشروع ؛ لأن الصانع لم يملكها بعقد التوكيل ، وهذا فرق جوهري بين هذه الصورة والتي قبلها ، وعليه فالمنافع هنا ملك للمستصنع يجوز له التصرف فيها كما يجوز له التصرف في عين المشروع ، ويبقى ثمن الاستصناع المعين ثابت في ذمته يؤديه للصانع معجلاً أو مقصداً على فترة التشغيل المتفق عليها أولاً.

ونظراً لهذا فإن هذه الصورة قد لا تصلح أن تكون ضمن عقود B.O.T لفوات مرحلة التشغيل من قبل الصانع واستثمار منافع المشروع خلال مدة الامتياز ، بل تصبح إجارة بثمن معلوم مؤجل.

الصورة الرابعة : هذه الصورة لم أجد من نص عليها وأنا أذكرها لينظر فيها وملخصها أن يكون العقد عقد استصناع بثمن مؤجل مع رهن المشروع للصانع حتى يوفى ثمن الاستصناع ، وله أن يستفيد من الرهن حتى يستوفي أجرته من المنفعة.

مراحل المشروع :

المرحلة الأولى : مرحلة التصنيع.

المرحلة الثانية : مرحلة التسليم والقبض من قبل المالك (الدولة أو صاحب الأرض في المشاريع الخاصة).

المرحلة الثالثة : مرحلة الرهن والتشغيل ، حيث يرهن المالك (المستصنع) المشروع في ثمن الاستصناع عند الصانع (المرتهن) ويبقى الرهن حتى يستوفي جميع ثمن الاستصناع الذي يحصله بإحدى طريقتين :

الأولى : استخدام الرهن وملك منفعته مدة معينة.

الثانية : أن يؤجره الراهن عليه بإجرة محددة ويسقط من ثمن الاستصناع سنوياً بقدر الأجرة.

المرحلة الرابعة : مرحلة الإعادة.

وهذا التكييف يحتاج إلى إجابة عن سؤالين :

الأول : هل يصح رهن المبيع في ثمنه.

الثاني : هل يجوز للمرتهن استخدام الرهن.

أما الأول : فالصحيح جواز رهن المشروع في ثمنه كما يصح رهنه من مالكه في غير ثمنه ، ولأن الراهن قد قبض المشروع بمجرد التسليم فهو مملوك له حيث أن الثمن مؤجل في عقد الاستصناع وهذه ما رجحه الموفق ابن قدامة في المغني^(١).

(١) _ المغني ٥٠٤/٦ ، ومنعه الشافعية ؛ لأنه رهن ما لا يملك ، والبيع باطل ؛ لأنه في معنى من باع عيناً واستثنى منفعتها. الأم ٣٢٣/٤ ، البيان ٥٠/٦.

وأما الثاني : فإذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب أو لبس أو استرضاع أو استغلال أو سكنى أو غيره حسب من دينه بقدر ذلك قال أحمد : يوضع عن الراهن بقدر ذلك ؛ لأن المنافع ملك الراهن فإذا استوفى فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاص القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان^(١).

ولا يشكل على هذا أن الانتفاع جاء عن شرط لأن اشتراط الانتفاع أن يسقط قسطه من الدين بشرط تحديد المدة أو قيمة المنفعة ، وما جاء في كلام بعض الفقهاء من منع اشتراط الانتفاع بالرهن إما أن يحمل على الرهن في القرض ؛ لأنه يؤول إلى الربا ، وإما في حال جهالة قيمة المنفعة ، أو بدون إذن الراهن ، أما في المبيع فلا بأس به وهذا رواية عن أحمد وهو مذهب مالك^(٢). قال ابن قدامة : وإن اتفقا على إجارة الرهن أو إعارته جاز ذلك^(٣). والأجرة على كل حال ملك للراهن ولكن لا مانع من توكيل المرتهن (الصانع) في قبضها عن استحقاقه من ثمن الاستصناع.

والمشروع لا يخرج باستخدامه أو إجارته للمرتهن عن الرهن على الصحيح ؛ لأن القبض مستدام ولا تنافي بين العقدين^(٤) يعني عقد الرهن وعقد الإجارة.

الضمان في هذه الصورة :

هذه الصورة في مرحلتها الأولى لا تخالف الصور السابقة ، فالضمان فيها على الصانع ويجوز له أن يتصرف في أدوات المشروع والقول في لزومه وامتناع الفسخ كما هو .

وبعد التسليم يكون في ضمان المستصنع.

أما بعد الرهن وأثناء مدة التشغيل فالجمهور على أن يد المرتهن يد أمانة ما لم يتعد أو يفرط وأن الرهن من ضمان الراهن ؛ لقوله ﷺ : " الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه " ^(٥)، ولأنه رضي أمانة المرتهن فأشبه المودع عنده ، وذهب الحنفية إلى أنه من ضمان المرتهن^(٦).

وعلى كل فيلزم المرتهن أن يعيد العين كما استلمها صالحة ويضمن الصيانة وما يستهلك باستخدامه كما تقدم في حال الإجارة.

جواز التصرف :

أما التصرف في المشروع فهذه الصورة من أنسب الصور في منع الطرفين من التصرف فيه إلى نهاية مدة التشغيل ، فالمالك لا يجوز له أن يتصرف في المشروع ولا في منافعه على الصحيح بأي نوع من أنواع

(١) _ المغني ٥١٣/٦.

(٢) _ المدونة ١٤٩/٤ ، كتاب الرهن ، باب ما يجوز للمرتهن أن يشترطه من منفعة الرهن ، عقد الجواهر الثمينة ٧٧٠/٢ ، المغني ٥١٠/٦.

(٣) _ المغني ٥١٦/٦ ، وانظر : النجم الوهاج ٣١٤/٤.

(٤) _ المغني ٥١٠/٦.

(٥) _ رواه ابن حبان عن أبي هريرة ﷺ في صحيحه ٢٥٨/١٣ ، كتاب الرهن ، والحاكم في المستدرک ٥٨/٢ وصححه ، والدارقطني ٣٢/٣ ح ١٢٦ وقال : إسناده حسن متصل .

(٦) _ بداية المجتهد ١٤٣٩/٤ ، البيان ١٠٧/٦.

التصرف إلا بإذن المرتهن ؛ لأنه مرهون ، وكذا المرتهن لا يملك أن يتصرف في المنافع ولا في الأعيان إلا بإذن المالك لأن المشروع خارج عن ملكه^(١).

التكييف الثاني : على أساس الجعالة^(٢) :

الجعل بالضم والجعالة بتثليث الجيم والجعيلة ما يجعل للإنسان على عمله وهو أعم من الأجر والثواب. وشرعا : التزام مال معلوم في مقابلة عمل ولو كان مجهولا لا على وجه الإجارة. وعند المالكية : إجارة على منفعة مظنون حصولها^(٣).

فيجوز عقد الجعالة وهو أن يبذل الجعل لمن عمل له عملا من رد ضالة ورد آبق وبناء حائط وخياطة ثوب وكل ما يستأجر عليه من الأعمال ، والدليل عليه قوله تعالى ﴿ ولما جاء به حمل بعير وأنا به زعيم ﴾ [يوسف : ٧٢] ، وروى أبو سعيد الخدري أن ناسا من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حيا من أحياء العرب فلم يقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقالوا : هل فيكم راق ؟ فقالوا : لم تقرونا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جعلا ؟ فجعلوا لهم قطع شاة فجعل يقرأ بأم القرآن ويجمع بزاقه ويتفل فبرأ الرجل فأتوهم بالشاة فقالوا : لا نأخذها حتى نسأل رسول الله ﷺ فسألوا رسول الله ﷺ عن ذلك فضحك وقال : [ما أدراك أنها رقية خذوها واضربوا لي فيها بسهم]^(٤) . ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك .

وقبل ذكر تخريج عقد B.O.T على الجعالة نمهد بذكر أحكام الجعالة الآتية^(٥):

الأول : يجوز أن يعقد لعامل معين ولغير معين.

الثاني : تجوز على عمل مجهول للآية السابقة ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فجاز مع الجهالة كالمضاربة.

الثالث : لا تجوز إلا بعوض معلوم ؛ لأنه عقد معاوضة فلا تجوز بعوض مجهول كالنكاح فإن شرط له جعلا مجهولا استحق أجرة المثل ؛ لأن كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده كالبيع والنكاح.

الثالث : لا يستحق العامل الجعل إلا بإذن صاحب المال .

الرابع : لا يستحق العامل الجعل إلا بالفراغ من العمل .

الخامس : عقد الجعالة عقد جائز فيجوز لكل واحد منهما فسخ العقد ؛ لأنه عقد على عمل مجهول بعوض فجاز لكل واحد منهما فسخه كالمضاربة ، فإن فسخ العامل لم يستحق شيئا لأن الجعل يستحق

(١) _ المغني ٥١٥/٦ ، بداية المجتهد ١٤٤١/٤ ، النجم الوهاج ٣١١/٤ .

(٢) _ بحث تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للدكتور/عبد الستار أبو غدة ص ١٥ .

(٣) _ التعاريف ١/ ٢٤٦ ، التعريفات ١٣٩ ، المهذب ٢/ ٢٧١ ، الروض المربع ٤٤٥ ، بداية المجتهد ١٣٦٥ .

(٤) _ متفق عليه : رواه البخاري في مواضع منها في كتاب الطب ، باب الرقي بفاتحة الكتاب ح ٥٤٠٤ ، ومسلم ، كتاب السلام ، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار ح ٢٢٠١ .

(٥) _ المهذب ٢/ ٢٧١ ، الروض المربع ٤٤٥ ، بداية المجتهد ١٣٦٥ .

بالفراغ من العمل وقد تركه فسقط حقه ، وإن فسخ رب المال فإن كان قبل العمل لم يلزمه شيء لأنه فسخ قبل أن يستهلك منفعة العمل فلم يلزمه شيء كما لو فسخ المضاربة قبل العمل ، وإن كان بعد ما شرع في العمل لزمه أجره المثل لما عمل لأنه استهلك منفعته بشرط العوض فلزمه أجرته كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل.

السادس : تجوز الزيادة والنقصان في الجعل قبل العمل .

أما التخريج الشرعي لعملية (B.O.T) على الجعالة فأركان الجعالة :
الجاعل : وهو الجهة المانحة لامتياز المشروع (الدولة في القطاع العام وصاحب الأرض في القطاع الخاص).
العامل : الشركة المنفذة.

محل الجعالة : إنجاز البناء حسب المواصفات حتى يبلغ الغاية المستهدفة منه وهو تحقيق الغرض من المشروع : إن كان مرفقا فإنه يصلح للاستخدام أو طريقا فإنه يصلح للاستطراق ، أو جسرا فإنه يصلح للعبور وهكذا^(١)، ويجوز أن يجعل الجعل لواحد بعينه^(٢) أو لغير معين ، كأن يقول : من بنى لي هذا الحائط^(٣)، وما دام تصح الجعالة على عمل مجهول فيصح أن يقول : من بنى لي برجاً أو مطاراً بكذا صح ، وهذا فارق أساسي بين الاستصناع والجعالة فهناك لا بد من ضبط مواصفات المشروع وهنا يكفي ضبط الحد الأدنى والأساسي من المشروع.

إذا فالجعالة - كما لا يخفى - هي عبارة عن التزام عوض معلوم على عمل معين، أو مجهول عسر علمه، وهي عقد على عمل، وهو عقد غير لازم قبل الإتيان بالشيء المطلوب^(٤).

جاء في الموسوعة الفقهية ٣/٣٢٦ : (الجعالة تتفق مع الاستصناع في أنهما عقدان شرط فيها العمل ، ويفترقان في أن الجعالة عامة في الصناعات وغيرها ، إلا أن الاستصناع خاص في الصناعات ، كما أن الجعالة العمل قد يكون معلوماً ، وقد يكون مجهولاً في حين أن الاستصناع لابد أن يكون معلوماً) .
وكذلك يفترقان في المحل المعقود عليه، حيث هو في الاستصناع عين وعمل، وفي الجعالة له عمل محض فقط.

فأما الجعل : فيمكن أن تجري عليه الصور الأربع السابقة في عقد الاستصناع نجملها هنا في صورتين :

(١) - تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للدكتور/عبد الستار أبو غدة ص ١٦ .

(٢) - المغني ٨/٣٢٥

(٣) - المغني ٨/٣٢٤ .

(٤) - كتاب الجعالة في كتب الفقه ، الموسوعة الكويتية ٣/٣٢٦ .

الصورة الأولى : هو منفعة المشروع مدة معينة ، والجعل كالأجرة فكما تكون الأجرة منفعة فكذلك الجعل ، وتحقق معلوميته بتحديد مدة الانتفاع. ويملك المنفعة بالعقد الأول إلى تمام مدة الامتياز فالمسلمون على شروطهم.

قال ابن قدامة : والجعالة تساوي الإجارة في اعتبار العلم بالعوض ، وما كان عوضا في الإجارة جاز أن يكون عوضا في الجعالة^(١).

الصورة الثانية : أن يحدد الجعل بمبلغ مع تمكين الجهة المنفذة من تشغيل المشروع إلى أن تحصل على ذلك المبلغ . وهذا التمكين يكون بعقد وكالة يوكل العامل على تشغيل المشروع حتى يستوفي حقه ، ويمكن أن يرهن المشروع لدى العامل حتى يستوفي حقه كما مر في صور الاستصناع.

والفرق بين الصورتين : أنه في هذه الحالة المعلوماتية بالمبلغ ، وفي تلك الحالة المعلوماتية بمدة الاستصناع .
الضمان : لا يدخل المشروع في ضمان الجاعل إلا بعد قبضه وتسلمه - فلو تلف قبل التمام فهي من ضمان العامل لأنها لازالت في ملكه ويصبح بمجرد الانتهاء والتسليم في ضمان الجاعل.

وبعد التسليم يسلط العامل على منافع المشروع وتصبح بإذن المالك (الجاعل) ملكا له مدة الامتياز مقابل العمل وفق إحدى الصورتين السابقتين ، ولا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط.

جواز التصرف :

تقدم أن الجعالة عقد غير لازم قبل الإتيان بالشيء المطلوب^(٢)، ولذا فيجوز للعامل أن يدع العمل ولكنه لا يستحق شيئا ، ويلزم بإزالة ما أحدث في أرض المشروع ، ولو صالح المالك على بعض عمله فله ذلك .

ولو فسخ العامل بعد الشروع فلا يستحق شيئا ؛ لأنه أبطل عمله بنفسه ولا يستحق الجعل إلا بتمام العمل^(٣)، ولو جعل بينهما شرط جزائي يتحمله العامل حين يفسخ العقد لأجل حفظ حق المالك في إشغال أرض المشروع لكان ذلك متوجها ويخصم منه قيمة ما أحدثه من بناء ونحوه إن رضيه المالك وإلا فله أخذ ما وضعه فيها وللمالك أن يجبره على إزالته .

وحين يفسخ المالك بعد الشروع فإن للعامل أجره المثل فيما مضى من العمل ؛ لئلا يحبط عمله بفسخ غيره على الصحيح^(٤).

وإذا أنهى المشروع وسلمه صارت المنافع ملكا له كامل المدة المتفق عليها ، وإذا كانت ملكا له جاز له أن يتصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرف بشرط ألا يلحق المشروع ضرر أكبر من الضرر الحاصل

(١) - المغني ٨/٣٢٧.

(٢) - كتاب الجعالة في كتب الفقه ، الموسوعة الكويتية ٣/٣٢٦.

(٣) - النجم الوهاج ٦/٩٩.

(٤) - النجم الوهاج ٦/١٠٠.

بتشغيله ، وأن يضمن تسليم المشروع نهاية مدة التشغيل سالماً صالحاً للأداء ، وكل ما استهلك من مواد المشروع باستخدامه فإنه يضمنها ؛ فيضمن صيانة الأجهزة الدورية ويتعاهدها بما يديم عملها .
هذا من جهة تصرف العامل (المنفذ للمشروع) أما المالك فقبل مرحلة التسليم لا يجوز له أن يتصرف في المشروع بأي نوع من أنواع التصرف ، ولكن نظراً لملكيته للأرض فإنه في هذه المرحلة يجوز له أن يتصرف فيها وتصرفه بالبيع أو الهبة ونحوهما يعد فسخاً لعقد الجعالة من قبله فيلزم بأجرة المثل للعامل أو بدفع الشرط الجزائي المتفق عليه بينهما في مثل هذه الحالة .

أما بعد مرحلة التسليم وابتداء التشغيل فتصرف المالك يتصور في محلين :

الأول : في المنافع وليس أن يتصرف فيها خلال مدة الامتياز ؛ لأنها ملك للعامل (المستثمر أو المنفذ للمشروع) .

الثاني : أن يتصرف في أصل المشروع فله ذلك ؛ لأنه في ملكه وضمانه ولكن لا بد من النظر في الجعل فإن كان الجعل تمليك المنفعة مدة معينة فلا بد من استثناءها عند تصرف المالك طيلة مدة الامتياز أو يصالح العامل على ما تبقى منها .

وإن كان الجعل مبلغاً معيناً يستوفي من التشغيل فإن على المالك الجديد أن يبقى العامل حتى يستوفي هذا المبلغ أو ينقده له معجلاً .

التكييف الثالث : شركة متناقصة أو مؤقتة :

هناك ثلاثة أنواع من المشاركة :

- مشاركة دائمة (ثابتة) : وتظل قائمة حتى يطرأ عليها ظروف خارجة عن إرادة الطرفين ورغبتهما في تصفيتها .

- مشاركة متناقصة : وفيها تزداد حصة طرف في الشركة على حساب نقص حصة الطرف الآخر .

- مشاركة مؤقتة : تنتهي مرة واحدة في نهاية المدة .

ويمكن تكييف بعض عقود الامتياز على أساس المشاركة المتناقصة أو المؤقتة بين الدولة وصاحب الامتياز ، بحيث يتم التنفيذ بمساهمة من الطرفين ، ثم تشتري الدولة حصة صاحب الامتياز تدريجياً باتفاق آني عند شراء كل حصة^(١) .

فتقوم الشركة بين الطرفين على أن يقدم الطرف الأول الأرض والثاني البناء ويكون المشروع بعد نهايته بينهما بالنسبة التي يتفقان عليها كالنصف مثلاً وبعد بداية التشغيل تكون عوائده بينهما لكن الصانع

(١) _ تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للدكتور/عبد الستار أبو غدة ص ١٤ ، وانظر بحث الشركة المتناقصة مجلة المجمع الدورة الثالثة عشر المجلد الثاني .

يأخذ الجميع ويسقط من ملكيته بقدر ما يأخذ مدة معينة تكفي لاسترداد ما أنفقه على المشروع مع عائد ربحي مناسب تنتهي بعدها الشركة ويصبح المشروع بكامله ملكا للطرف الأول.

الضمان :

بعد عقد الشركة تصبح الأرض وكل ما يستجد من بناء في ملكهما ملكا مشاعا بينهما بالنسبة التي يتفق عليها الطرفان والضمان هنا يكون بينهما على قدر ملكهما في أي مرحلة من مراحل البناء والتشغيل فلو احتاج لصيانة بعد مضي نصف مدة الامتياز (التشغيل) فإن الصانع يتحمل الربع فقط ؛ لأن ملكيته تناقصت إلى ربع بعد أن كان يملك في بداية التشغيل النصف^(١).

جواز التصرف : لا يمكن لأحدهما أن يتصرف في غير حصته ، ويجوز لكل منهما أن يتصرف في حصته بأنواع التصرفات المأذون فيها شرعا قبل مرحلة التشغيل ، وأما بعد مرحلة التشغيل فلهما التصرف على وجه لا يعطل مرحلة التشغيل ، ولا يعيق خدمات المستفيدين في حال كان المشروع خدما يقدم للمواطنين ونحوهم ، ولو تصرف أحد الشريكين بالبيع فلا آخر حق الشفعة. وكلما انتقل جزء من المشروع من ملكية الصانع إلى ملكية مالك الأرض لم يعد له الرجوع فيه ويسقط حق تصرفه فيه ، ويبقى له حق التصرف فيما تبقى من حصته لأنها لم تنتقل إلى ملكية صاحب الأرض بعد. وقد يتوجه أن يمنع الصانع من التصرف في عين المشروع بعد بداية التشغيل باعتبار أن ملكيته انتقلت إلى ملك المستصنع مقابل ما يقبضه الصانع من حصة شريكه في عوائد التشغيل كما ينتقل المبيع إلى المشتري ولو كان الثمن مقسما.

التكييف الرابع : تخريج نظام BOT على أنه عقد شراكة مؤقتة :

يمكن تكييف عقد BOT على أنه شركة مقطوعة (موقوتة) تكون فيها الدولة المضيفة شريك أول، والمؤسسة المنفذة للمشروع أو الممولة له شريك ثان ، وتنتهي هذه الشركة بنهاية فترة محددة^(٢).

ومن خلال هذا التكييف تقوم الدولة المضيفة بالاشتراك مع المؤسسة المنفذة للمشروع بتقديم رأس مال المشروع حيث تقدم الدولة أرض المشروع، وحق الامتياز، وتقدم المؤسسة المنفذة التمويل اللازم لإقامة المشروع والحصول على موجودات وأصول المشروع على أن تعهد الدولة أو المالك بإدارته وتشغيله للمؤسسة المنفذة مدة محددة تسترد فيها ما أنفقته من تكاليف بالإضافة إلى الربح المرغوب فيه وبمجرد نهاية المدة تنقطع الشركة ويتحول المشروع بكامله إلى ملكية المالك.

والفرق بين هذه الصورة وصورة الشركة المتناقصة أن الشركة بين الطرفين هنا مستمرة بنفس النسبة إلى نهاية مدة التشغيل بينما تتناقص ملكية الشركة المنفذة تدريجيا بقدر ما تحصله من نصيب المالك في الشركة المتناقصة.

وعليه فيقدم المالك (سواء كان الدولة أو مستثمر خاص) أرض المشروع والشركة المنفذة (المستثمر) يقدم التمويل على أن نسبة المالك في الشركة هي الربع أو أقل من ذلك أو أكثر ويقوم المستثمر بالتشغيل

(١) _ انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٣٦ (١٥/٢) بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية.

(٢) شابرا (محمد عمر): نحو نظام نقدي عادي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار البشير، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م، ص ٩٣.

والإدارة وتحصيل عوائد المشروع لصالحه طيلة المدة المتفق عليها وبمجرد انتهاء مدة التشغيل تنتهي الشركة وتنتقل ملكية المشروع للطرف الأول.

وفي جميع أنواع الشركات يتم اقتسام الأرباح حسب النسب المتفق عليها ، ولكن يمكن القول أنه في الشركة الموقوتة تمتنع الدولة برغبتها في الحصول على المستحق لها من نظير حصتها في الأرباح مقابل أخذها مرة واحدة في نهاية المدة في صورة ذات المشروع وأصوله وذلك بنقل ملكيته من المؤسسة المنفذة إلى الدولة وبذلك تنقضي الشركة الموقوتة^(١).

الضمان : الضمان في مرحلة البناء ومرحلة التشغيل يكون عليهما بقدر النسبة المتفق عليها في الشركة ، وحصول التمويل والإدارة والتشغيل من المؤسسة المنفذة لا يوجب تحملها مخاطر المشروع ؛ لأن يدها على ما يملكه الشريك (الدولة أو مالك الأرض) يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط ، ولا يمكن أن يقال بأن المؤسسة المنفذة للمشروع هي المالكة لموجوداته وأصوله خلال فترة الامتياز فتجني ثماره ومخاطره^(٢) بل الملكية بينهما بعقد الشركة وفق النسبة المتفق عليها.

جواز التصرف :

أما في مرحلة البناء فإن للمستثمر (الشركة المنفذة) التصرف في موجودات المشروع لأن بداية الشركة لا تتم إلا باستتمام المشروع وحيث كان عقد الشركة عقدا جائزا^(٣) فإن لكل منهما فسخ العقد وإبطال الشركة (ويمكن ضمان استمرار الشركة بعد الشروع في البناء عن طريق الشرط الجزائي بينهما أو يبنى على رأي المالكية في القراض وأنه عقد لازم بعد الشروع في العمل دفعا للضرر)^(٤).

وبعد نهاية المشروع يصبح ملكا لهما ملكا مشاعا وفق نسبة الشركة ولكل منهما أن يتصرف في ملكه بأنواع التصرفات المشروعة ، هذا من جهة عين المشروع ، أما التصرف في المنافع فلا يملكه خلال مدة التشغيل المتفق عليها إلا الشركة المنفذة فيصح تصرفها فيها على وجه لا يلحق الضرر بموجودات المشروع ، ولا يعطل المنافع المتعلقة بالمواطنين إن كان المشروع من مشاريع النفع العام.

(١) _ بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ٢٩.

(٢) _ المرجع السابق.

(٣) _ المغني ١٣١/٧ ، بداية المجتهد ١٤٠٠/٤.

(٤) _ بداية المجتهد ١٣٧٣/٤.

التكليف الخامس : تخريج نظام BOT على عقد الإجارة^(١):

الإجارة : هي «عقد على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معلومة، أو موصوفة في الذمة، أو عمل بعوض معلوم»^(٢).

وعند تطبيق تعريف الإجارة على عقد BOT نجد أنه عقد على قيام الدولة بإعطاء منفعة أرض المشروع، وهي منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة هي مدة الامتياز بعوض ، هذا العوض هو تملك الدولة لأصول المشروع وأبنيته في نهاية المدة المعلومة السابق ذكرها.

ويشتمل العقد على المؤجر، والمستأجر ممن لهم حق الإيجاب والقبول فيه.

والمؤجر هنا : هو الدولة أو مالك الأرض في القطاع لخاص.

والمستأجر : هو المستثمر أو شركة المشروع.

والمنفعة : هي المعقود عليها والغاية من الإجارة، والمنفعة المعقود عليها في نظام BOT هي منفعة الأرض بطول فترة الامتياز بعد إقامة المشروع عليها.

أما الأجرة : فيقوم المستثمر بدفعها للدولة، وهي أجرة مؤجلة لفترة من الزمن هي فترة الالتزام الممنوحة من قبل الدولة، وهذه الأجرة المؤجلة (المستحقة للدولة على الشركة المنفذة) يتم سدادها بنقل ملكية المشروع كمقابل لها.

أما عن التزام الدولة نحو المستثمر فعليها أن تسلمه الأرض وتمكنه من استغلال منفعتها فقط. أما إقامة المشروع فذلك على المستثمر وليس على الدولة.

وكانت هذه الطريقة مما اقترح لتثمين الأوقاف فيما سمي الإجارة التمويلية للوقف وصورتها أن تؤجر الأوقاف أرضها لشخص ما بأجرة سنوية محددة لمدة طويلة ليقيم عليها بناءً يملكه ويستفيد من تشغيله، بحيث تكفي أجرة الأرض لتسديد قيمة البناء في نهاية مدة الإجارة، وتتفق إدارة الأوقاف مع الشخص على أن تشتري منه البناء الذي سيقيمه على أرضها بالتدريج بما تستحقه في ذمته من أجرة الأرض^(٣).

ومن الضروري أن يكون البناء معلوم المواصفات والمقاييس بكل دقة، وتحسب تكلفته ومعدل الإهلاك السنوي له حتى يمكن تحديد مقدار الأجرة بدقة. وإذا حسب معدل الهلاك السنوي تجاوزنا ما أثاره بعض الفقهاء المعاصرين من جهالة الثمن عند التسليم بسبب تغير المشروع^(٤) حيث إن قيمة المشروع أو تكاليفه تكون معروفة عند اكتمال المشروع ويتم مراعاتها عند التفاوض المبدئي على التمويل ، ولكن و خلال سريان مدة الامتياز وحتى موعد تسليم المشروع يكون قد فقد جزءاً مهماً من قيمته بفعل الاستخدام ،

(١) العثمانى (محمد تقى الدين): عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، المعهد الإسلامى للبحوث والتدريب، البنك الإسلامى للتنمية، المملكة العربية السعودية، جدة ، بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد.

(٢) البهوتى (منصور بن يونس): شرح منتهى الإرادات ، المكتبة السلفية، المدينة المنورة، الجزء الثانى، ص ٣٥٠.

(٣) الزرقا (أنس): الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ص ١٩٩. نقلا عن بحث حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ٢١.

(٤) حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد السيد ص ١٥.

وتكون بعض المرافق قد أهلكت جزئياً مما يجعل قيمة الأجرة مجهولة ، فيمكن تجاوز هذا بحساب معدل الإهلاك السنوي ، ويمكن تجاوز هذا الوضع أيضاً باشتراط صيانة المستأجر للطريق صيانة كاملة وتسليمه بحالة جيدة عند نهاية فترة الامتياز^(١).

ويشكل على هذا التكييف أمر آخر وهو كون الإجارة عقداً متجدداً تستحق الأجرة شيئاً فشيئاً تبعاً لاستيفاء المنفعة ، وحيث كانت الأجرة هنا مؤجلة متمثلة في تسليم المشروع فإنه في حال فسخ عقد الإجارة لا يمكن تقدير أجرة المدة الماضية ، فلا بد أن تكون الأجرة قابلة للانقسام على عدد أيام الإجارة ، ليتمكن التصفية بالشكل المذكور عند انفساخ الإجارة قبل انتهاء المدة ، ولكن الأجرة في هذا العقد نفس المشروع الذي سوف ينشئه المستأجر في مدة ربما تطول . ولا يصلح ذلك المشروع للانقسام على عدد أيام الإجارة ، فلو انفسخت الإجارة قبل اكتمال المشروع ، لا يمكن التصفية بتجزئته على عدد الأيام الماضية، فإنه يمكن أن تكون الأيام الماضية ربع مدة الإجارة ، والجزء المكتمل ثمنه ، أو بالعكس ، كما يمكن أن تنفسخ الإجارة قبل أن يبرز جزء من أجزاء المشروع ، فظهر أن المشروع المقترح لا يصلح أن يكون أجرة في إجارة الأرض .

فلا سبيل إلى تخرج هذا العقد على أساس الإجارة إلا بأن تحدّد أجرة الأرض بنقود معلومة ، ولكن يجوز عند انتهاء مدة الإجارة أن يتراضى الطرفان بتسليم المشروع إلى المؤجر على أساس التقويم ، وبما أنه لا يجوز في هذه الصورة اشتراط سابق لتسليم المشروع عند انتهاء المدة بدلاً من النقود فإن هذه الصيغة لا تنفع من حيث كونها عقداً باتاً يلتزم به الفريقان بالمقصود من العملية^(٢).

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن عقد الإجارة عقد لازم لا يملك أحد المتعاقدين الفسخ إلا برضا الآخر كما هو مذهب جمهور الفقهاء إلا لحق خيار الشرط ، أو العيب ، أو نحوهما ، وهذا مذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٣).

ونقل عن شريح : أنها غير لازمة ، وتفسخ بلا عذر لأنها إباحة المنفعة فأشبهت الإعارة، ورد بأنه قياس مع الفارق ، لأن الإعارة بدون عوض، فهي تطوع وإحسان، في حين أن الإجارة معاوضة من الطرفين.

وذهب الحنفية إلى أنها عقد لازم، ولكن تفسخ بعذر طارئ، قال الكاساني : "وأما صفة الإجارة فالإجارة عقد لازم إذا وقعت صحيحة عربية عن خيار الشرط، والعيب والرؤية عند عامة العلماء، فلا تفسخ من غير عذر"^(٤).

(١) — الشيخ تقي العثماني ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية ، المرجع السابق ص ٤ ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعارة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف د. أحمد محي الدين أحمد ص ١٥ .

(٢) — الشيخ تقي العثماني ، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية ، المرجع السابق ص ٤ .

(٣) — يراجع: بدائع الصنائع ٥٨/٤ ، الروض المربع ص ٢٨٦ ، عقد الجواهر الثمينة: ٨٥٩/٢؛ والذخيرة: ٥٣١/٥؛ وبداية المجتهد

١٣٥٥/٤ ؛ وروضة الطالبين: ٢٣٩/٥؛ والمغني لابن قدامة: ٤٣٣/٥؛ والكافي، ط. المكتب الإسلامي بدمشق: ٣١٥/٢ .

(٤) — بدائع الصنائع: ٥٨/٤ كتاب الإجارة / صفة الإجارة.

ولو طرأ ما يوجب فسخ العقد ، فيمكن أن تقدر الأجرة باليوم أو بالمرحلة استحقاقاً^(١)، ويمكن أن يقضى لصاحب الأرض بأجرة المثل وتقدر قيمة المشروع وقت الفسخ وإن كانت قيمته أعلى من الأجرة دفع صاحب الأرض الفرق وتسلم المشروع.

الضمان هنا :

الضمان كل المدة على الصانع وعليه أن يسلم الأجرة المتفق عليها - وهي المشروع - صالحا للاستخدام وفق المواصفات المتفق عليها . وهذه الحالة الوحيدة التي يستمر فيها الضمان خلال مرحلتي التصنيع والتشغيل على الصانع.

التكليف السادس : خاص بالتعدين (ويصلح في حفر الآبار) :

حين تعرضت الندوة الثالثة عشرة للبركة^(٢) للعقود الامتياز فرقت بين العقود باختلاف محل العقد ومما جاء فيها : إذا كان محل عقد الامتياز التنقيب عن المعادن فإن التكليف الشرعي المناسب هو أن يكون العقد من قبيل إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها ، وذلك قياسا على المزارعة ببعض الزرع . والمشروع في هذه الصورة يمر بثلاث مراحل :

الأولى : مرحلة التنقيب والحفر ، فالمشروع في هذه الحالة لا يزال ملكا للمستثمر والعقد فيه عقد جائز ، فإن اختار عدم المضي في العقد لزمه إعادة الموقع على ما كان عليه ، وليس له أن يطالب مالك الأرض سواء كانت الدولة في المشاريع العامة أو المالك في القطاع الخاص ليس له أن يطالبه لو اختار الفسخ بأجرة ما مضى من عمله إذا لم يتمه على الوصف المتفق عليه.

الثانية : مرحلة التسليم ، وفيها يدخل المشروع في ضمان المالك.

الثالثة : مرحلة التشغيل يبقى المشروع في ضمان المالك.

ويتفرع على هذا جواز التصرف ، فللمالك أن يتصرف في المشروع بعد تسلمه سواء كان التصرف في العين أو المنفعة باستثناء مدة الامتياز المتفق عليها بينه وبين المستثمر ، وله أو للمالك الجديد أن يصالح المستثمر عليها.

وإن كانت أجرة التنقيب محددة ويستوفيه من التشغيل فإن للمالك الجديد للمنفعة أو لعين المشروع أن ينقدها للمستثمر أو يعجل له جزءا منها ويخلو له المشروع.

المبحث الرابع : الضمان بعد الإعادة :

(١) _ تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف د. أحمد محي الدين أحمد ص ١٦ .

(٢) _ قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

تقدم غير مرة أن عقد (B.O.T) يمر بأربع مراحل وما سبق من بحث للضمان مختص بالمرحلة الثلاث الأولى فقط ونجمل في هذا المبحث الكلام عن الضمان في المرحلة الأخيرة وهي ما يسمى بمرحلة الإعادة ، وإنما ذكرت هنا فقط لأنها لا تختلف باختلاف الصور السابقة ، وعلى أي من التكييفات حمل العقد فإن هذه المرحلة تعقب مرحلة التشغيل ، ومنشأ البحث هنا هو التساؤل الذي يدور في الأذهان كثيرا في عقود المقاولات والإنشاءات بعد تسليمها هل يبقى من تبعاتها على المقاول أو الصانع أو المستثمر (الشركة المنفذة في عقد B.O.T) بعد إعادتها وتسليمها للمالك شيء ؟ وهو ما قد يطلق عليه ضمان العمر الافتراضي للبناء^(١).

فحينما يقوم المستثمر بإعادة المشروع ويخلي يده منه فهل تبقى جودة البناء من حيث الأساسات والتحمل في ضمانه مدة معينة ؟ أم أن البيعين بالخيار ما لم يتفرقا ، ويصبح البناء من حين التفرق في ضمان المالك ؟

وتوضيح ذلك بحيث ما لو انهدم البناء في أقل من عمره المفترض والذي يحدده أهل الاختصاص ، فهل يعود المالك على الصانع بشيء ؟

ولا شك أن سقوط البناء أو تهيؤه للسقوط عن طريق التشقق والتصدع على وجه يفوت الانتفاع به أنه عيب مؤثر فيه ، إذ أن كل صفة تنقص بها قيمة العين عند أهل العرف فهي عيب^(٢)، والأصل أنه متى ما علم المشتري بالمبيع عيبا لم يكن عالما به فله الخيار بين الإمساك والفسخ ، سواء كان البائع علم العيب وكتمه أو لم يعلم ، قال ابن قدامة : لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافا^(٣).

ولكن يبقى النظر في هذا الحادث هل يثبت به خيار العيب ؛ لأنه مؤثر يفوت الانتفاع ، أم لا يثبت ؛ لأن يد الصانع قد أخلت وأصبح البناء في ضمان المالك؟

والجواب : كلام الفقهاء وتأصيلهم في العيوب المؤثرة وأحكام الرد يمكن أن يُجعل كما قال ابن رشد كالقانون والدستور الذي يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه ، أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره^(٤).

وبالنظر في هذه المسألة نجد أن هذا الحادث (وهو السقوط أو التصدع أو أي عيب مؤثر) الحاصل بعد الإعادة لا يخلو من حالتين^(٥):

أولاهما : أن يستند حدوثه إلى سبب بعد القبض ، فعندها لا يكون للمالك خيار الرد والضمان عليه^(١)، ومثاله هنا أن يحدث انهيار في الأرض كما قد يحصل في الأراضي الملحية ونحوها ، أو خسف ،

(١) - انظر بحث شقق التمليك أحكام وضوابط للدكتور صالح الشمراني ص ٣٧ - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٨٠.

(٢) - البيان ٢٧٩/٥ ، المغني ٢٣٥/٦.

(٣) - المغني ٢٢٥/٦.

(٤) - بداية المجتهد ١٢٤٧/٣.

(٥) - البيان ٢٧٨/٥.

أو هزة أرضية طبيعية ، أو هزة ناتجة عن تفجير ونحوه من العوارض الخارجية ، أو أمطار أو فيضانات لا يحتملها مثل هذا البناء في العادة ، أو كان مثل هذا البناء بشهادة أهل الاختصاص يحتمل التعرض للسقوط والتلف في مثل هذه المدة ، فليس للمالك أن يرجع على الصانع بشيء ، ولا ضمان عليه ؛ لأن المشروع صار في يده وضمانه.

قال ابن رشد : و لا خلاف بين المسلمين أنه من ضمان المشتري بعد القبض إلا في العهدة والجوائح^(٢).

ثانيهما : أن يستند حدوثه إلى سبب قبل القبض ، وكان هذا السبب ناتجا عن تدليس الصانع أو المستثمر وغشه كرداءة البناء وسوء تنفيذه ؛ فلا يخلو من حالتين :

الحالة الأولى : أن يعلم المالك بذلك ويرضى به فلا خيار له حينئذ والضمنان عليه^(٣).

الحالة الثانية : أن لا يعلم المالك بهذا العيب^(٤)؛ فلا يخلو عقد B.O.T من ثلاث طرق :

الطريقة الأولى : أن ينص في العقد على أن المستثمر يضمن المشروع بعد الإعادة مدة معينة ولا يضمن بعدها ، فلا إشكال في هذه الحالة ، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٢٩ (١٤/٣) في موضوع عقد المقاولة والتعمير ما نصه : " يجوز اشتراط الضمان لفترة محددة". فإن حصل انهدام أو انهيار في البناء كله أو في جهة منه يتعذر مع وجودها الانتفاع به وكان ذلك في مدة الضمان فإن

(١) _ سواء حدث هذا خلال ثلاثة أيام أو بعدها خلافا لفتادة حيث يثبت له الخيار في مدة العهدة عنده وهي ثلاثة أيام ، ولمالك عهدتان في الرقيق خاصة. بداية المجتهد ١٢٤٩/٣ ، المغني ٢٣٣/٦ ، البيان ٢٧٨/٥.

وأما إذا باعه على أنه بالخيار مدة معلومة فلا يخلو الأمر من ثلاث حالات :

الأولى : أن يردها في مدة الخيار قبل حدوث العيب فلا إشكال و لا ضمان عليه ، قال ابن قدامة في ثبوت الرد بالعيب أو فيما لو شرط لنفسه الخيار مدة معلومة : لا خلاف بين أهل العلم في ثبوت الرد بهذين الأمرين. المغني ٣٠/٦.

الثاني : أن يحدث العيب في مدة الخيار ويكون المشتري قد استغل المشروع خلال مدة الخيار فضمن البناء عليه لانقطاع الخيار بالاستعمال. البيان ٤٤/٥ ، المغني ١٨/٦.

الثالث : لم يكن استغله بعد و لا زالت في مدة الخيار فهل يكون ضمنا عليه ؟ ثلاثة أقوال للعلماء :

القول الأول : أن له الرد و لا شيء عليه ، والبناء في ضمان البائع ، سواء كان الخيار لهما أو لأحدهما ، وهذا ظاهر ما في المدونة حيث جاء فيها : ٤٤١/١٤ : قلت : رأيت إن اشتريت دارا على أبي بالخيار ثلاثا فأنهضت في أيام الخيار أكون لي أن أردّها أم لا في قول مالك؟ قال : نعم لك أن تردّها عند مالك ولا يكون عليك فيما أنهض منها شيء. وانظر بداية المجتهد ١٣١٢/٣.

القول الثاني : ليس له خيار الرد ؛ لأنها صارت في ضمانه بمجرد العقد وهلك في يده ، وكما أن خراجها له فضمنا عليه ، وهذا مذهب الحنابلة ، وأحد أقوال الشافعي. المغني ٢٣/٦ ، البيان ٤٠/٥ ، بداية المجتهد ١٣١٢/٣.

القول الثالث : أنها من ضمان البائع إلا أن يكون الخيار للمشتري وحده فيكون الضمان عليه ، وهذا مذهب أبي حنيفة. الهداية مع نصب الرأية ١٧/٤.

(٢) _ بداية المجتهد ١٢٦٦/٣. والعهدة مر ذكرها في الهامش السابق.

(٣) _ البيان ٢٨٩/٥ ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٢٨/٢/١٤.

(٤) _ لأن الأصل في شراء البيوت والدور الاكتفاء برؤية ظواهرها ، ولا يشترط رؤية أساس البناء. روضة الطالبين ٣٧١/٣ ، مغني المحتاج ٢٠/٢ ، البحر الرائق ٣١/٦ ، بدائع الصنائع ٢٩٤/٥.

المستثمر يضمن ، وللمالك الرجوع عليه^(١)، وإن حصل ذلك بعد مدة الضمان التي رضىها الطرفان فلا يضمن المستثمر".

الطريقة الثانية : أن يملكه (أو يسلمه أو يعيده) على البراءة من كل عيب ، فهل يبرأ أم لا ؟ ثلاثة أقوال لأهل العلم هي روايات عن الإمام أحمد ووجهه عند الشافعية ، والرجوع فيها إلى اجتهاد القاضي^(٢)، وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي السابق : " لا يقبل في عقد المقاوله اشتراط البراءة من العيوب طيلة فترة الضمان المنصوص عليها في العقد".
والفترة المذكورة في القرار هي الفترة المتعارف عليها كما سيأتي وهي عشر سنوات.

الطريقة الثالثة : ألا يُنص في العقد على مدة معينة للضمان ، وهذه الطريقة هي محل البحث

؟ والأصل أنه متى ما آل المشروع إلى التصدع أو السقوط الناتج عن تقصير المؤسس للمشروع فإنه يضمن^(٣)، ولكن ما هي المدة التي يبقى فيها ضامنا ؟ فلا يمكن أن يبقى الضمان على الصانع دائما والخراج ليس له ، كما لا يمكن أن يسقط عنه الضمان مطلقا مع احتمال وقوع الضرر بسببه ولو بعد القبض^(٤).

وعليه فالمسألة تحتمل والله أعلم نظرين :

الأول : أن يعاد في ذلك إلى العرف^(٥)، وهو مختلف باختلاف المكان ونوع المشروع والمواصفات المتفق عليها والموضحة في تصاميم المشروع. فمتى ما قضى العرف أن مثل هذا المشروع يتلف كلا أو جزءا في مثل هذه المدة أو أقل منها فإن الصانع لا يضمن ، ومتى ما كان حدوث التلف فيه في مدة يحتملها مثل هذا المشروع عرفا فإنه يضمن.

(١) _ وما كان من استغلال للمبيع فهو مقابل الضمان ، و لا يعطي المشتري المالك في مقابل ذلك شيئا ؛ قال ابن قدامة : ولا نعلم في هذا خلافا . المغني ٢٢٦/٦ ، والدليل قوله ﷺ : " الخراج بالضمان " رواه الترمذي في البيوع ، باب ما جاء في من يشتري عبدا فيستغله ثم يجد به عيبا ، وقال : هذا حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم ، ورواه أبو داود في البيوع ، باب في من اشترى عبدا فاستغله ثم وجد به عيبا.

(٢) _ الأولى : يبرأ من كل عيب ، وهو مذهب الحنفية ، والثانية : يبرأ من كل عيب لم يعلمه وهو مذهب مالك ، والثالثة : لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب. المغني ٢٦٥/٦ ، البيان ٣٢٥/٥ ، الهداية شرح البداية مع نصب الراية ٣٠/٤ ، بداية المجتهد ١٢٦٢/٣ .

(٣) _ وللمشتري عند مالك وأحمد وإسحاق وطائفة الخيار بين أن يمسك أو يرد المبيع ويأخذ الثمن كاملا أو يمسك ويأخذ أرش العيب ، وعند الحنفية والشافعية ليس له إلا الإمساك أو الرد وأخذ الثمن. بداية المجتهد ١٢٥٢/٣ ، المغني ٢٢٩/٦ ، الهداية شرح البداية مع نصب الراية ٢٥/٤ ، البيان للعمري ٢٧٨/٥ .

(٤) _ عقد المقاوله للدكتور وهبة الزحيلي ضمن بحوث المجمع في الدورة الرابعة عشر ٢٣١/٢ .

(٥) _ عقد المقاوله للدكتور قطب سانو ضمن بحوث الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ٢٠٣/٢ .

الثاني : وهو ما جرت عليه بعض البحوث الشرعية والقانونية تحديد مدة للضمان ، يبقى فيها الصانع ضامن ويبرأ بعد نهايتها. ومنهم من حدد بثلاث سنوات ومنها من حددها بعشر سنوات ومنهم من حددها بأكثر من ذلك^(١). وقد نصت أكثر قوانين الدول العربية عند الكلام عن التزامات المقاول على عشر سنوات كما في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م في المادة (٣٨٦) ، والقانون المدني الأردني في المادة (٧٨٨) والمادة ٦٥١ مدني مصري ، والمادة ٧٨٨ مدني أردني ، والمادة ٨٨٠ معاملات إماراتي ، والمادة ٦١٨ سوري ، والمادة ٨٧٠ عراقي ، وانظر قانون (spinetta) الفرنسي الصادر في ١٩٧٨/١/٤م المواد ١٧٩٢ إلى ١٧٩٦ ، والمادة ٢٧٧٠ منه ، وانظر كذلك : مالانفوجستاز ، قانون المنشآت العقارية ط ٥ ، دالوز ، ١٩٩١م^(٢).

وخلال هذه المدة يضمن المستثمر كل ما يحدث فيها من تدهم جزئي أو كلي ويضمن كل عيب يهدد متانة البناء وسلامته ، وله أن يعود بالضمان على المقاول أو المهندس ويتحمل كل مسؤوليته. والذي يظهر والله أعلم أن التحديد أضبط في قطع النزاع بين الطرفين ، ولأن العرف ربما تعارض مع بعض المؤثرات الخارجية التي تؤثر في المشروع كالمناخ والتربة وما يطرأ عليها من مياة جوفية أو تصدعات باطنية لم تكن بالحسبان.

وهذه المدة - عشر سنوات - كافية في نظر القانونيين في اختبار متانة البناء وحسن تنفيذه ، ولكن يبقى القول في لزوم الضمان في هذه المدة عند عدم التحديد ، وهل ما ثبت بالنظام كاف ولو لم يذكر في العقد ، ويترب على هذا مبحث آخر وهو هل لطرفي العقد حق التصرف في هذه المدة زيادة أو نقصانا ، أم أن ما وضع لرعاية المصلحة العامة يبقى ملزما ولو لمن لم يلتزمه ؟

والتحديد لا يعارض الشريعة ، وما يقرره النظام على هذه النحو يجب التزامه ، ويصبح معروفا وإن لم ينص عليه ، وهو كالمشروط ، وعامة البحوث والقوانين المشار إليها تنص على أن طرفي العقد ليس لهما التصرف بالنقصان من هذه المدة لأن الضمان يتعلق بضرورة غيرهم من المستفيدين حفاظا على أرواحهم وممتلكاتهم^(٣).

(١) _ عقد الاستصناع للدكتور علي السالوس ص ٣١ ، وعقد الاستصناع لكمال الدين جعيط ، مجلة المجمع الدورة السابعة المجلد الثاني ص ٢٩.

(٢) _ نقلا عن بحث عقد المقاولة للدكتور محمد الألفي ضمن الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي ١٦٩/٢ ، وبحث عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور الصديق الضيرير بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة المجلد الثاني ص ٨ ، عقد المقاولة للدكتور جاسم الشامسي ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشر ١٢٩/٢ ، بحث عقد المقاولة للدكتور عجيل النشمي في نفس الدورة ٨٠/٢.

(٣) _ انظر : المراجع السابقة.

والذي يظهر والله أعلم أن لطرفي العقد التحكم في هذه المدة زيادة أو نقصانا ، وحقوق المستفيدين لو سقط ضمائمها عن أحدهما فإنها تتعلق بالآخر وهو المالك ؛ لأنه هو الذي أسقط الضمان عن المستثمر فيصبح تحمل ما ينتج عن عيوب المشروع في ضمانه هو ؛ ويبقى التحديد الذي يرقاه ولاية الأمور لرعاية مصلحة الناس منم في تحميل أحدهما وفق ما اتفقا عليها.

الخاتمة وأهم النتائج :

١ - نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) أو ما يسميه بعضهم بعقد البوت BOT وما يتفرع عنه يُعد من العقود الاقتصادية المستحدثة والمتطورة التي استطاع القطاع الحكومي والخاص تفعيله وتنمية الأموال المحمّدة عن طريقه وهو من العقود الاستثمارية المجدية في استصلاح الأراضي والعقارات وبناء المشاريع.

٢ - يقصد بعقد البناء والتشغيل والإعادة كما جاء في تعريف مجمع الفقه الإسلامي : " 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".

٣ - مصطلح (B.O.T) ترمز لثلاث كلمات :

Build : وهي البناء أو الإنشاء ورمزها B

Operate : وهي التشغيل أو الإدارة ورمزها O

Transfer : وهي الإعادة أو التسليم ورمزها T

٤ - يمر تنفيذ مشروعات BOT بأربع مراحل مفصلة :

المرحلة الأولى : مرحلة تنفيذ المشروع.

المرحلة الثانية : مرحلة التسليم والقبض الحكومي للمشروع من قبل الدولة أو مالك الأرض.

المرحلة الثالثة : مرحلة تمكين الشركة المنفذة من التشغيل والإدارة .

المرحلة الرابعة : التي يتم فيها تسليم وإعادة المشروع للدولة المضيفة في المشاريع العامة أو مالك الأرض في المشاريع الخاصة بعد انقضاء فترة الامتياز الممنوحة .

٥ - لهذا العقد إرهابات وبدائيات في التراث الفقهي الإسلامي كالتحكير وعقد الإيجارين والمرصد ونحوها.

٦ - هذا العقد تجريه الحكومات مع الشركات في عقود الامتياز والخصخصة ويمكن أن يتم في صور

خاصة بين بعض الأفراد في شيء من صور المقاولات حينما يعجز صاحب الأرض عن بنائها

فيعهد بها إلى آخر بينها بمواصفات محددة ويستثمرها زمنا معيناً ثم يعيدها إلى صاحب الأرض.

٧- يمكن تخريج هذا النوع من العقود على أكثر من صورة وكلها تدور والحمد لله في فلك الجواز ويمكن للمتعاقدين البناء على أي منها واعتبار الشروط والضوابط الشرعية في ذلك .

٨- يخرج هذا العقد على واحد من العقود التالية :

أ- الاستصناع وله أربع صور.

ب- الجعالة.

ت- شركة متناقصة أو مؤقتة.

ث- إجارة الأرض بجزء مما يخرج منها وهذا خاص بالتعدين وحفر الآبار ونحوها.

٩- ينبغي عند صياغة العقد التنصيص على جهة الضمان في كل مرحلة من مراحل العقد قطعاً

للنزاع فيما بعد بين أطراف العقد.

١٠- لا بد لكل من المتعاقدين أن يعلم حدود جواز تصرفه في المشروع سواء في عينه أو منافعه.

المراجع :

- ١- أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها لنزيه حماد ، بحث مقدم لندوة (نحو دور تنموي للوقف)، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت، ١٩٩٣م.
- ٢- إعلام الموقعين عن رب العالمين لمحمد بن أبي بكر أيوب الزرعي أبو عبد الله ابن القيم - الناشر : دار الجليل - بيروت ، ١٩٧٣ / تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد.
- ٣- الأم لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المتوفى سنة ٢٠٤هـ - تحقيق / د/ رفعت فوزي طبعة دار الوفاء - المنصورة - الطبعة الثانية ١٤٢٥هـ.
- ٤- البحر الرائق شرح كنز الدقائق / زين بن إبراهيم بن محمد بن محمد بن بكر- دار النشر :: دار المعرفة :: بيروت.
- ٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين الكاساني :: دار الكتاب العربي :: بيروت :: ١٩٨٢ - الطبعة :: الثانية.
- ٦- بداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضي أبي الوليد محمد بن رشد القرطبي - ت ٥٩٥هـ - ت/ ماجد الحموي طبعة دار ابن الحزم - مكتبة المعارف - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٦هـ.
- ٧- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة لأبي الوليد محمد بن رشد القرطبي ، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، طبعة ١٤٠٤هـ (١٩٨٤م)، الجزء الثامن، ص ٤٦١.
- ٨- البيان في مذهب الشافعي - للعلامة أبي الحسين يحيى بن أبي الخير العمراني - تحقيق/ قاسم النوري طبعة دار المنهاج.
- ٩- تحفة الفقهاء لعلاء الدين السمرقندي طبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان .
- ١٠- تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للشيخ خالد الرشود ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ١١- تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف د. أحمد محي الدين أحمد ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ١٢- تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف محمد تقي العثماني ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ١٣- تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف الشيخ/ محمد عبده عمر ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ١٤- تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف أ . د : أحمد محمد أحمد بخت ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ١٥- تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف للدكتور/عبد الستار أبو غدة ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ١٦- التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. عمرو حسبو.
- ١٧- التعريفات- علي بن محمد بن علي الجرجاني- دار النشر - دار الكتاب العربي - بيروت - ١٤٠٥ - الطبعة - الأولى - تحقيق/ إبراهيم الأبياري.

- ١٨- التوقيف على مهمات التعاريف لمحمد عبد الرؤوف المناوي - دار الفكر المعاصر ، دار الفكر - بيروت ، دمشق - الطبعة الأولى ، ١٤١٠ / تحقيق : د. محمد رضوان الداية.
- ١٩- حاشية ابن عابدين محمد أمين - طبعة شركة مكتبة مصطفى الباوي الثانية ١٣٨٦هـ.
- ٢٠- حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT إعداد د. ناهد علي حسن السيد. ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ٢١- دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية بأسلوب البناء والتشغيل ثم الإعادة "BOT" د. أحمد بن حسن بن أحمد الحسني. بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى .
- ٢٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين- طبعة المكتب الإسلامي - بيروت - ١٤٠٥ - الطبعة - الثانية.
- ٢٣- الروض المربع -منصور البهوتي- طبعة المكتبة العصرية - تحقيق يوسف الشيخ ١٤١٧هـ.
- ٢٤- سنن أبي داود- سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي -- دار النشر - دار الفكر - تحقيق/ محمد محيي الدين عبد الحميد.
- ٢٥- سنن الترمذي (الجامع الصحيح) - محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي- ط دار إحياء التراث العربي- بيروت- ت/أحمد محمد شاكر وآخرون.
- ٢٦- سنن الدارقطني- علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي- دار النشر - دار المعرفة - بيروت - ١٣٨٦ - ١٩٦٦- تحقيق/ السيد عبد الله هاشم يماني المدني.
- ٢٧- شرح منتهى الإرادات للشيخ منصور بن يونس البهوتي ت/ عبد الله التركي ط / مؤسسة الرسالة.
- ٢٨- الشراكة بين القطاع العام والخاص للدكتور رياض الفرس.
- ٢٩- شقق التملك أحكام وضوابط للدكتور صالح الشمراي مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد ٨٠.
- ٣٠- صحيح ابن حبان بترتيب ابن لبان للأمر علاء الدين علي بن لبان الفارسي تحقيق/ شعيب الأرنؤوط طبعة مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.
- ٣١- صحيح البخاري مع فتح الباري ط دار السلام - الرياض - ودار الفيحاء - دمشق - ١٤١٨هـ.
- ٣٢- صحيح مسلم بشرح النووي- أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي- دار الخير - بيروت - ١٤١٦هـ- الطبعة - الطبعة الثالثة- إعداد / علي عبد الحميد أبو الخير.
- ٣٣- عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكليف الفقهي و الحكم الشرعي لمرتضي الترابي ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ٣٤- عقد البناء والتشغيل الإعادة (BOT) "في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة" للدكتور عكرمة سعيد صبري. ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ٣٥- عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك للأستاذ الدكتور عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان. ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة.
- ٣٦- عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة -جلال الدين ابن شاس -طبعة دار الغرب- ١٤٢٣هـ.
- ٣٧- عقد الاستصناع للدكتور علي السالوس مجلة المجمع الدورة السابعة المجلد الثاني.
- ٣٨- عقد الاستصناع لكمال الدين جعيط ، مجلة المجمع الدورة السابعة المجلد الثاني.
- ٣٩- عقد المقابلة للدكتور محمد الألفي ضمن الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي.
- ٤٠- عقد المقابلة للدكتور جاسم الشامسي ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشر .
- ٤١- عقد المقابلة للدكتور عجيل النشمي ضمن بحوث مجمع الفقه الإسلامي الدورة الرابعة عشر .
- ٤٢- عقد المقابلة للدكتور وهبة الزحيلي ضمن بحوث المجمع في الدورة الرابعة عشر .
- ٤٣- عقد المقابلة للدكتور قطب سانو ضمن بحوث الدورة الرابعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي.
- ٤٤- عقود البناء والتشغيل والتحويل بين النظرية والتطبيق حمدي عبد العظيم. ط ٢٠٠١

- ٤٥- عقود الصيانة وتكييفها الشرعي للدكتور الصديق الضير بحث منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية عشرة المجلد الثاني .
- ٤٦- العقود الإدارية وعقد B.O.T لأحمد سلامة. مكتبة دار النهضة العربية القاهرة ٢٠٠٣ .
- ٤٧- العقود الإدارية مع دراسة لعقود ال B.O.T محمد أنس جعفر.. دار النهضة العربية ٢٠٠٣ ط ثانية
- ٤٨- قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .
- ٤٩- النجم الوهاج في شرح المنهاج لكمال الدين محمد الدميري - طبعة دار المنهاج - ١٤٢٥هـ.
- ٥٠- النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T . رسالة للدكتورة ماهر محمد حامد. نشر دار النهضة العربية . مصر ٢٠٠٥ .
- ٥١- المحرر للرافعي عبد الكريم بن محمد القزويني - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤٢٦هـ.
- ٥٢- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدورات السابعة والرابعة عشر والتاسعة عشر.
- ٥٣- المجموع شرح المذهب- محي الدين بن شرف النووي- دار النشر - دار الفكر - بيروت - ١٤١٧ - ١٩٩٦ - الطبعة - الأولى - تحقيق/ محمود مطرحي .
- ٥٤- مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية جمع عبد الرحمن بن قاسم النجدي .
- ٥٥- المدونة الكبرى/مالك بن أنس- دار صادر- بيروت.
- ٥٦- المستدرك على الصحيحين للإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن عبد الله الحاكم النيسابوري تحقيق/ مصطفى عطا طبعة دار الكتب العلمية بيروت - لبنان الطبعة الأولى ١٤١٥هـ.
- ٥٧- المصنف في الأحاديث والآثار- أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبه الكوفي- دار النشر - مكتبة الرشد - الرياض - ١٤٠٩ - الطبعة - الأولى - تحقيق/ كمال يوسف الحوت.
- ٥٨- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج - للشيخ شمس الدين محمد بن محمد الشربيني تحقيق/ علي محمد معوض - طبعة دار الكتب العلمية بيروت- لبنان طبعة ١٤١٥هـ.
- ٥٩- المغني لابن قدامة - تحقيق /عبد الله التركي - طبعة دار عالم الكتب - ١٤١٧هـ.
- ٦٠- المذهب في فقه الإمام الشافعي:: إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق :: دار الفكر :بيروت.
- ٦١- الموسوعة الكويتية - طبعة وزارة الأوقاف الكويتية.
- ٦٢- نحو نظام نقدي عادي شابرا (محمد عمر): المعهد العالمي للفكر الإسلامي، دار البشير، الطبعة الثانية، ١٩٩٠م.
- ٦٣- نصب الراية لجمال الدين الزيلعي - ط دار الكتب العلمية بحاشية الهداية - بيروت- لبنان- ١٤١٢هـ.
- ٦٤- الهداية شرح بداية المبتدئ لبرهان الدين المرغناني - ط دار الكتب العلمية - بيروت- لبنان- ١٤١٢هـ.
- ٦٥- الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار ، أنس الزرقا ، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر.
- ٦٦- الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية يكن (زهدي): ، بيروت، لبنان، ١٣٨٨هـ.