

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عمار ثليجي بالأغواط
كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية والحضارة
قسم العلوم الإسلامية



عقد البناء و التشغيل و الاعادة في ضوء الشريعة الإسلامية
-دراسة مقارنة-

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية LMD
تخصص : الفقه المقارن و أصوله

إشراف:

أ - د - محمد ورنيلي

إعداد الطالبين :

• ابراهيم الخليل كلال

• كمال بن غربي

السنة الجامعية : 1440 - 1441 هـ / 2019 - 2020 م



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



شكر وعرفان

نشكر الله عز وجل أن وفقنا وأعاننا على إتمام هذا العمل

راجين من الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد

كما يشرفنا أن نتقدم بخالص الشكر

إلى أسرة البحث العلمي

أساتذة وطلبة وإدارة

ونخص بالذكر أستاذنا الفاضل الأستاذ : محمد ورنيتي

على إشرافه على هذا العمل الذي نفهنا بعلمه وخبرته جعلها الله في ميزان حسناته

وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل

ولو بابتسامة أو جملة بسيطة

ابراهيم الخليل / كمال

إهداء

مرت قاطرة البحث بكثير من العوائق، ومع ذلك حاولت أن أتخطاها بثبات

بفضل من الله ومنه

إلى أبوي وأخوتي وأصدقائي، فلقد كانوا بمثابة العضد والسند في سبيل استكمال
البحث.

ولا ينبغي أن أنسى أساتذتي ممن كان لهم الدور الأكبر في مساندتي ومدي
بالمعلومات القيمة

هذا المتواضع أهدي لكم بحث تخرجي

داعياً المولى عز وجل أن يطيل في أعماركم ويرزقكم بالخيرات

الطالب : جمال بن محري

إهداء

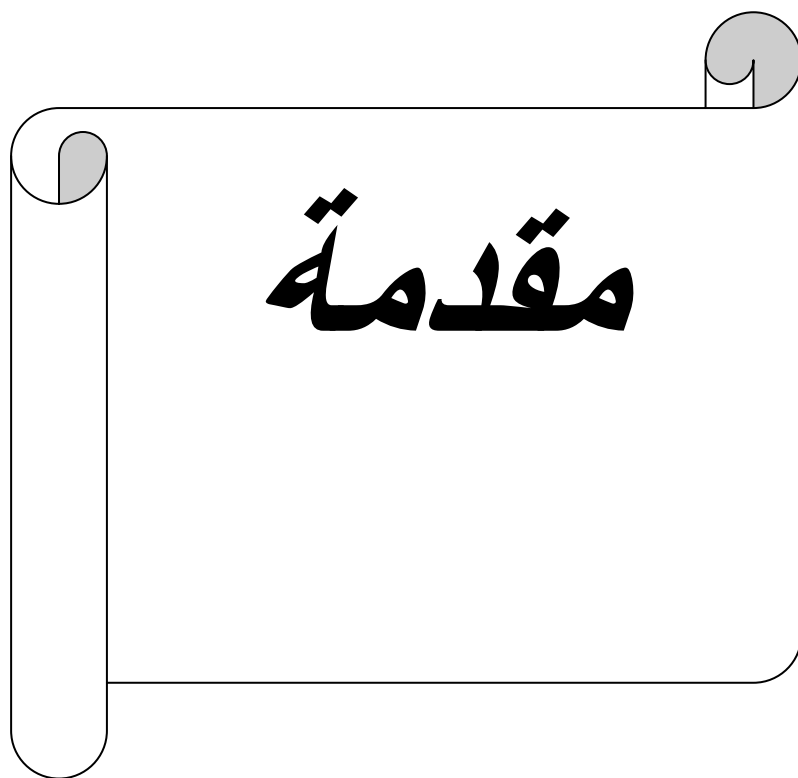
وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقة

وها أنا ذا أختتم بحث تخرجي بكل همة ونشاط

وأمتن لكل من كان له فضل في مسيرتي، وساعدني ولو باليسير، الأبوين والأهل
والأصدقاء والأساتذة المبجلين

أهديكم بحث تخرجي المتواضع

الطالبة : إبراهيم الخليل كلال



مقدمة

الحمد لله رب العالمين نحمده كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين الذي دعا الأمة إلى التيسير وترك لهم مساحة واسعة في تدبير شؤون حياتهم ومعاشهم في معاملاتهم فيما بينهم وبعد :

فبالرغم من وجود المبادئ الأساسية للمعاملات المالية والنقدية في شريعتنا الإسلامية منذ أن بدأ نزول القرآن وبعثة النبي صلى الله عليه وسلم إلا أنه ظهرت في عصرنا الحديث معاملات تحتاج إلى بيان حكمها الشرعي من خلال النصوص الشرعية أو الإجتهاادات الفقهية في ضوء المقاصد الشرعية التي جاءت بها أحكام الشريعة لتحقيقها فالمعاملات تحتاج إلى تطوير يواكب نهضة النظام الإقتصادي وشريعتنا لا تعجز عن مواكبة أي تطور فكيف لا وهي تمتاز بالمرونة والأصل في معاملاتها الإباحة وباب الإجتهد لم يقف فما دامت حاجات الناس متجددة فالإجتهد مستمر ومتجدد .

لجأت أغلب الدول لتدعيم أساليب تسيير المرافق العمومية بطرق جديدة تتجه نحو تفويض المرفق العام وخصوصة طرق التسيير فبات على الدول استدراك ما فاتها من التنمية وإيجاد مصادر لتمويل مشاريعها ودفع عجلة التقدم الإقتصادي والاجتماعي فيها، فظهرت عدة عقود تفعل القطاع الخاص ومن بينها عقد البناء والتشغيل والإعادة كإحدى الآليات التي تمكن الدولة من إقامة وتسيير المشاريع الضخمة وخلق مناخ استثماري دون إرهاب ميزانيتها لذا سنحاول من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء أحكام الشريعة الإسلامية .

الإشكالية :

الإشكالية التي يتناولها هذا البحث هي كالتالي :

السؤال الأول : ما هو حكم عقد البناء و التشغيل و الإعادة في الشريعة الإسلامية؟

مقدمة

السؤال الثاني : و ماهو مفهومه و صوره ؟

السؤال الثالث: مالمقاصد المرجوة من هذا العقد؟

أهمية الدراسة :

1/ يتناول البحث موضوعا حديثا من باب المعاملات المالية المعاصرة وهو عقد البناء والتشغيل والإعادة.

2/ كثرة شيوع تطبيق صورته والحاجة إلى بيان تكييفه وحكمه كعقد مستحدث أو ملحق بأحد العقود المعروفة.

3/ وجود إشكاليات عند تطبيقه وعدم وضوح أو قصور القوانين النازمة له وخطورة المشاريع التي يتعلق بها.

4/ آثار هذا العقد تتعدى آثار أي عقد يجري بين طرفين أو أكثر كما ورغبة كثير من الدول العربية والإسلامية والأفراد في تطبيقه .

5/ الدور الريادي الذي يلعبه عقد البناء والتشغيل والإعادة في التنمية الاقتصادية .

أسباب اختيار الموضوع :

1- حداثة الموضوع من حيث الطرح والتطبيق العملي .

2- الرغبة في طرق الموضوعات المستجدة لمل تشتمل عليه من تجديد وفائدة علمية يمكن تطبيقها .

3- الإفادة منها التي تتحقق منها في التأصيل وتطبيق هذا العقد في عدم إرهاق ميزانية الدول ببناء المرافق العامة .

مقدمة

4- حاجة الموضوع إلى دراسة شرعية علمية مؤصلة لجميع جوانبه المتعلقة به .

5- توافق رغبة الباحثين مع رغبة الأستاذ باختيار الموضوع .

أهداف البحث :

1- محاولة الكشف عن مفهوم عقد البناء والتشغيل والإعادة وتوصيفه وضوابطه الفقهية.

2- المساهمة في إيجاد مؤلف يفيد الباحثين وإثارة الأفكار لاقتناص عناوين أو إشكاليات تستحق البحث .

3- بيان الحكم الشرعي لهذا العقد والمقاصد الشرعية المرجوة منه .

الدراسات السابقة :

لم أجد في حدود علمنا دراسة شرعية مستقلة تُعنى بهذا العقد على نحو ما هو مبين في الخطة سوى بعض الرسائل العلمية الذي ذكرت في طياتها بعضا عن التكييف الفقهي لعقد البناء والتشغيل والإعادة أي جل ما كتب يعرض الناحية الاقتصادية أو القانونية للعقد والحديث عن الحكم الشرعي مختصرا ومن هذه الدراسات :

1- العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية ل د. خالد سعود الرشود رسالة دكتوراه منشورة 2013م .

هذه الدراسة هي دراسة اقتصادية وموضوعنا يتطرق الى عقد البناء والتشغيل من الناحية الشرعية وحكمه .

2- عقود البوت طبيعتها وآثارها في دعم مشاريع الدول النامية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الكويتي ل د. أحمد عبد الله مطيع رسالة دكتوراه 2008م غير

مقدمة

منشورة.

الدراسة هاته هي الفرق بين القانون الوضعي والشرعية ونحن اخذنا ما يناسب بحثنا .

3- عقد امتياز البناء والتشغيل ونقل الملكية الإداري دراسة مقارنة ل أ. عايض العتيبي رسالة ماجستير 2007م غير منشورة .

هذه الدراسة هي دراسة ادارية وموضوعنا يتطرق الى جانب تعريفي من الناحية القانونية والشرعية .

4- مشروعات البنية التحتية من خلال عقد البناء والتشغيل والإعادة ودور القطاع الخاص في تنميتها وموقف الاقتصاد الإسلامي منها ل أ. محمد جواد الخرس .

5- نظام البناء والتشغيل والإعادة ل د. امل نجاح البشبيشي 2004م مقال في مجلة جسر التنمية .

6- عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ل د. وضاح الحمود رسالة ماجستير 2010م .

المنهج : اتبعنا في دراستنا

المنهج الاستنباطي حيث يعتبر البحث مستجدا لذلك عدت إلى المصادر و المراجع التي كتبت فيه آخذا منها ما يناسب البحث.

المنهج الاستقرائي من أمور متعلقة بعقد البناء و التشغيل و الإعادة .

المنهج الاستدلالي و ذلك من خلال استنباط الأحكام من الأدلة و بيان وجه الدلالة منها .

المنهجية المتبعة :

محاولة تتبع اكبر قدر ممكن مما كتب في الموضوع .

مقدمة

- قراءة المادة العلمية بتأني ثم ترتيبها بما يتناسب مع موضوع البحث .
- عزو الآيات إلى مواضعها مع ذكر اسم السورة ورقم الآية في الهامش .
- تخريج الأحاديث المستشهد بها وبيان درجتها إن أمكن مع ذكر الجزء والصفحة ورقم الحديث .
- ما أخرج الشيخان البخاري ومسلم أو أحدهما فإننا نكتفي بذلك .
- عند تهميش المادة العلمية إستعملنا بعض الرموز (ص) صفحة (ج) جزء (تح) تحقيق (د ط) دون طبعة (د ت) دون تاريخ .
- ترجمة الأعلام الذين ورد ذكرهم في البحث .
- رتبنا فهرس الآيات حسب ترتيب السور في المصحف وكذلك المصادر والمراجع ترتيبا ترتيب ألفبائي

صعوبات البحث :

- دقة موضوع عقد البناء و التشغيل و الإعادة و خصوصيته .
- عدم التمكن من الاطلاع على كل الدراسات التي لها علاقة بالموضوع ، رغم الجهود المبذولة للحصول عليها .

خطة البحث :

مقدمة

الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و الإعادة

المبحث الأول : مفهوم عقد البناء و التشغيل و الإعادة

المطلب الأول : توصيف عقد البوت

المطلب الثاني : تعريف عقد البوت

المبحث الثاني : أطراف عقد البوت و صوره

المطلب الأول : أطراف عقد البوت

المطلب الثاني : أشكال عقد البوت

المبحث الثالث : امتيازات عقد البوت و عيوبه

المطلب الأول : الامتيازات

المطلب الثاني : العيوب

الفصل الثاني : عقد البناء و التشغيل و الإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

المبحث الأول : رأي الفقهاء القدامى و نظام عقد البناء و التشغيل

المطلب الأول : رأي الفقهاء القدامى و نظام عقد البوت

المطلب الثاني : افتراضات الفقهاء

المبحث الثاني : الضوابط والتكييف الفقهي لعقد البوت

المطلب الأول : الضوابط الفقهية لعقد البوت

المطلب الثاني : التكييف الفقهي لعقد البوت

المبحث الثالث : الحكم الشرعي والمقاصد المرجوة من عقد البوت

المطلب الأول : الحكم الشرعي لعقد البوت

مقدمة

المطلب الثاني : مقاصد الشريعة من هذا العقد

الخاتمة

الإقتراحات

فهارس الرسالة

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

ويتناول ثلاثة مباحث كالتالي :

المبحث الأول : مفهوم عقد البناء و التشغيل و
الإعادة

المبحث الثاني : أطرافه و صورته

المبحث الثالث : الامتيازات والعيوب

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

المبحث الأول : مفهوم عقد البناء والتشغيل والإعادة

سنتناول في هذا الفصل ماهية عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، حيث خصصنا المبحث الأول لمفهوم عقد البناء و التشغيل و الإعادة و فيه توصيف للعقد بشل اجمالي و تعريف بعقد البوت.

المطلب الأول : توصيف عقد البناء والتشغيل والإعادة بشكل إجمالي

يمكن توصيف هذا العقد (عقد البناء والتشغيل والإعادة) بأنه هي تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وطنية أم اجنبية وسواء كانت من القطاع العام أو الخاص وتسمى شركة المشروع وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية.

إن أهمية نظام عقد البناء والتشغيل والإعادة تتمثل في انه يقدم حلا لمشكلة تمويل مشروعات البنية الأساسية دون أن تضطر الدولة إلى اللجوء للاقتراض أو فرض مزيد من الأعباء على مواطنيها أو تحميل الموازنة العامة مزيدا من الأعباء فضلا عن أن هذا النظام يمكن الحكومة أو الجهة الإدارية من تقديم أساسية للمواطن بإنشاء المرافق العامة.¹

من أهم المجالات التي تعمل فيها عقود البناء والتشغيل والإعادة ما يأتي² :

أولاً- مشروعات البنية الأساسية المتعلقة بالمرافق العامة الأساسية مثل المطارات والجسور ,محطات الكهرباء ,الصرف الصحي

¹ - هارون خلف عبداللو ، عقد البناء و التشغيل و التحويل و تطبيقاته في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية غزة ، 2015، ص10.

² - جابر جاد نصار ، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الإلتزام ، دار النهضة العربية القاهرة، ط1 2002 ، ص39 و مابعدھا.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

ثانيا - المجمعات السكنية حيث يعهد إلى القطاع الخاص بإنشاء المجمعات السكنية وإدارتها ثم إعادتها بعد انتهاء مدة العقد .

ثالثا - استغلال واستصلاح الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة كإقامة مشروعات التنمية العمرانية أو استصلاح الأراضي الزراعية أو إقامة مشروعات الري

على أنه يلاحظ أن المجال الرئيسي الذي طبقت فيه هاته العقود هو إنشاء المرافق العامة الاقتصادية مثل محطات الكهرباء , المطارات ,محطات المياه¹

المطلب الثاني : تعريفات عقد البناء والتشغيل والإعادة

يرمز لهذا العقد بالرمز B.O.T

مصطلح B.O.T اختصارا للمصطلح الإنجليزي Build Operate Transfer حيث يشير الحرف b إلى كلمة build بمعنى يبني أو يشيد المشروع والحرف o إلى كلمة operate بمعنى يشتغل أو يدير المشروع ويفضل لو يقال يستغله أو يجني غلته , والحرف t إلى كلمة transfer بمعنى ينقل أو يعيد المشروع إلى الجهة أي إلى الطرف الآخر لعقد البناء والتشغيل والإعادة .²

ولم يخل اتفاق غالبية الشراح على هذا المعنى دون تعدد أقوالهم في تعريف عقد البناء والتشغيل والإعادة لاسيما مع وجود أشكال تمويلية أخرى تقاربه في خصائصه أو غاياته وعلى هذا قيل في حده تعريفات نذكر منها:

¹ . جابر جاد نصار ، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الإلتزام ، ص40.

² . وليد مصطفى الطراونة ، إلتزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T ، رسالة ماجستير في القانون العام ،إشراف : أ.د محمد علي الشباطات ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، 2014م ، ص27.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

أولاً- هي المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات ..وطنية كانت أم أجنبية وسواء كانت شركات القطاع العام أو القطاع الخاص وتسمى (شركة المشروع) وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية¹ .

ثانياً- هي نوع من العقود تمنحه الحكومة لمن يرغب في الاستثمار في أحد مشروعات البنية الأساسية أو المرافق العامة من الأفراد أو الشركات الخاصة , فرصة إقامة المشروع على الأرض التي تحددها الدولة للمستثمر وتحمله أعباء شراء وتزويد المشروع بالآلات والمعدات التكنولوجية المتقدمة وتحمله كافة نفقات التشغيل السنوية وذلك مقابل حصول المستثمر على إيرادات تشغيل المشروع خلال الفترة التي تحددها له الحكومة وبعد انتهاء الفترة المحددة في العقد يتم تحويل المشروع أو المرفق إلى الحكومة.²

ثالثاً- وعرفه من القانونيين أحمد سلام بأنه : ذلك النوع من المشاريع التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم عقب ذلك يتم تحويله إلى الدولة مرة أخرى سواء كان المشروع من اقتراح الحكومة أو اقتراح الشركة.³

¹ - جابر جاد نصار ، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الالتزام ، ص38.

² - أحمد عبدالله مطيع العازمي ، عقود B.O.T طبيعتها و آثارها في دعم مشاريع الدول النامية ، رسالة دكتوراه في الشريعة ، تحت إشراف : أ.د محمد عبدالرحيم محمد ، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة ، جامعة المنيا ، 1429هـ/2008م ، ص9.

³ - أحمد رشاد محمود سلام ، عقد الإنشاء و الادارة و تحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، إشراف : د. أحمد قسمت الجداوي ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2003م ، ص53.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

رابعاً- وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أن المقصود بهذا العقد : اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول الشركة { 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.¹

وبلاحظ في مفهوم هذا العقد (عقد البناء والتشغيل والإعادة) :
* أن هذا العقد من العقود المستحدثة وإن كان في بعض صورته يشابه إلى حد ما عقود متعارف عليها.

* أن هذا العقد قد توظفه الدولة في نشاطاتها .

* أن هذا العقد من العقود الإدارية.

* طبيعة هذا العقد يمكن أن يوظف بما يخفف العبء المالي .

ولعل تعريف المجمع الفقهي الإسلامي امتاز بالدقة خاصة عندما عبر عما سيؤول إليه العقد بعد انتهاء المدة المتفق عليها ب " تسليم المنشأة صالحة للأداء " لأن المشروع هو ملك للدولة وشركة المشروع كأنها مستأجرة.² عند الدولة إذا الثمن الذي تدفعه لبناء المشروع هو ما يقابل الانتفاع بالعين .

¹ - قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ، رقم 182 (19/8) بشأن تطبيق نزام البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة في دورته 19 ، إمارة الشارقة من 1-5 جمادى الأولى 1430هـ الموافق ل26-30 أبريل 2009 م مجلة المجمع الفقه الإسلام عدد 19 ، ج4 ص 965

² - ينظر : قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (182) ، 19/8 ، ج4ص 965 .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

المبحث الثاني : أطراف عقد البناء والتشغيل والإعادة و أشكاله (صوره)

و في هذا المبحث تكلمنا عن أطراف عقد البناء والتشغيل و صورته

المطلب الأول : أطراف عقد البناء والتشغيل والإعادة

يتطلب إنجاز عقود البناء والتشغيل والإعادة بمراحلها المتعددة قيام شبكة من الأطراف المتعددة إلى جانب إبرام عدد من العقود الثانوية العقد الرئيسي أو المحوري ولذلك فإنه يوجد في عقد البناء والتشغيل والإعادة نوعان من الأطراف أولهما الأطراف الرئيسيون للعقد والثاني الأطراف التابعون للمعاونون.

أولاً: الأطراف الرئيسيون لعقد البناء والتشغيل والإعادة :

وتتمثل الأطراف الرئيسية في عقد البناء والتشغيل والإعادة الحكومة والتي تتمثل الجهة المختصة بإبرام العقد وهي تمثل الطرف الأول أما الطرف الثاني فيتمثل بالملتزم والذي يأخذ تسمية شركة المشروع .

1- الطرف الأول (الحكومة) أو الجهة المختصة : فالحكومة ممثلة بالجهة المختصة هي الطرف الأول وتمثل الدولة يمكن أن يكون بأكثر من صورة على النحو التالي :

أ- الجهة المخولة بالموافقة على منح الامتياز هي الجهة التي يخولها الدستور أو القانون العادي حق منح الامتياز لشركة المشروع لبناء وتشغيل مرفق من المرافق وهذه الجهة قد تكون السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية متمثلة في قرار من رئيس الدولة أو مجلس الوزراء أو الوزير المختص¹.

¹ - مجلة الرافدين للحقوق ، أبو بكر أحمد عثمان ، عقود البوت و متطلبات تطبيقها في العراق ، العدد 38، سنة 2008م ، م10، ص368.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

ب- الجهة الإدارية كطرف في عقد البناء والتشغيل والإعادة وهذه الجهة في الغالب هي الجهة الإدارية المختصة في تشغيل المرفق بالإضافة إلى الجهة الإدارية قد يستلزم دخول جهات إدارية أخرى كأن يتطلب تنفيذ المرفق وتشغيله توريد مورد خام أو توريد الوقود اللازم لتشغيل المرفق .

ولابد من الإشارة إلى أن الدور الذي تقوم به الدولة لا يقتصر على التوقيع والتصديق وإنما يشمل فضلا على ذلك متابعة شركة المشروع بالتفتيش والرقابة للتأكد من جديتها سواء في الإنشاء أو التشغيل¹.

2- الطرف الثاني (الملتزم) شركة المشروع : وهي التي تلتزم ببناء وتشغيل المشروع ثم تسلمه إلى الجهة الإدارية ويتم ذلك من خلال سلسلة من العقود التي تبرم بين شركة المشروع والآخرين².

وتتكون شركة المشروع عبر ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى : تتمثل في الدخول في اتفاق تعاقدى بين عدة شركات وتقديم عرض مشترك

المرحلة الثانية : يتم إبرام اتفاق تفصيلي ينصب حول حقوق والتزامات المساهمين

المرحلة الثالثة : يتم فيها تكوين شركة المشروع واكتسابها للشخصية المعنوية ويطلق

¹ - دويب حسين صابر عبدالعظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام و تطبيقاتها على عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية البوت ، رسالة دكتوراه ، إشراف : أ.د ثروت عبدالعالي أحمد ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2006م ، ص231.

² - محمد حسن مرعي ، الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإدارية ، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية ، ط1 2017، م1، ص58.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

عليها اتحاد الشركات .¹

والهدف من اللجوء إلى هذه الآلية هو مجابهة التكاليف الباهظة وقد تكون شركة المشروع وطنية أو أجنبية .²

وتلتزم شركة المشروع ب :

* قيامها شخصيا بتنفيذ عقد البناء والتشغيل وعدم التنازل للغير إلا في حالة حصولها على موافقة جهة الإدارة .

* تنفيذ المشروع وفقا للمواصفات المتفق عليها وخلال المدة المحددة

* تشغيل المشروع واكتمال تجهيزاته الفنية والتكنولوجية وتحافظ على المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة .³

ثانيا : الأطراف الفرعية : إلى جانب الأطراف الرئيسية لعقد البناء والتشغيل والإعادة توجد عدة أطراف فرعية لهذا العقد نذكر منها :

1- المقاولون : شخص طبيعي أو اعتباري مخول من شركة المشروع بتنفيذ المشروع بوسائله الذاتية وتشبيد وتركيب المعدات اللازمة .⁴

2- الموردون : تلجأ شركة المشروع إلى موردين لتوريد المعدات والآلات اللازمة

¹ - معوش شادية ، مزاي راضية ، تطبيقات عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية في الجزائر 2016م ، ص39.

² - وليد الطراونة ، إلتزامات المتعاقد مع الادارة في عقود البوت B.O.T ، ص20.

³ - إلياس ناصيف ، العقود الدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن ، ط2 2011 ، م1 ، ص263.

⁴ - مجلة العلوم الاقتصادية البويرة ، رشيد فراح ، كريمة فرحي ، تنفيذ مشاريع البنية التحتية بنظام B.O.T لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية نماذج تطبيقية ، ص302،303 .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

3- **المشغلون** : غالبا ما توقع شركة المشروع عقد مع إحدى الشركات لتشغيل وصيانة المشروع .

4- **الممولون** : تحتل عملية التمويل في عقد البناء والتشغيل حيزا هاما نظرا لضخامة أحجام المشاريع المنفذة لهذا تبذل شركة المشروع جهودا كبيرة لدى جهات التمويل الدولية أو المحلية للحصول على التمويل اللازم¹.

5- **المؤمنون** : نظرا لكثرة المخاطر التي تتعرض لها مشروعات عقد البناء والتشغيل فإن شركة المشروع تلجأ إلى التعاقد مع مؤسسات الضمان وشركات التأمين من أجل تأمين هذه المخاطر .

6- **الخبراء والاستشاريون** : تقوم شركة المشروع بتعزيز خبراتها التقنية باللجوء إلى الخبراء الذين يقومون بإسداء النصيحة مما يساعدها على القيام بعملها على أكمل وجه .

7- **المستخدمون** : وهم عامة المواطنين المنتفعين بخدمات المشروع مقابل الرسوم التي يدفعونها².

¹ - أمل بشبيشي ، نظام البناء و التشغيل و التحويل B.O.T سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية ، العدد35 ، نوفمبر 2004م ، ص5.

² - مجلة علوم الشريعة و القانون ، أحمد شحادة أبو سرحان ، عقد البوت حقيقته و تكييفه الفقهي و حكمه الشرعي ، العدد 3 2019، م46، ص405.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

المطلب الثاني : أشكال وصور عقد البناء والتشغيل والإعادة

عقد البناء والتشغيل والإعادة ليست شكلا واحدا وإنما تتعدد صورها وتتباين فعلاوة على الصورة الرئيسية التي تعني البناء والتشغيل والإعادة فإن الواقع العملي افرز صورا جديدة يتعين التعرف عليها وهذه الصور هي :

أولاً - البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية : و يرمز له B.O.O.T

في إطار هذا العقد فإن شركة المشروع تقوم ببناء المرفق وتملكه وإدارته وتشغيله طوال مدة العقد وتختلف هذه الصورة عن صورة البناء والتشغيل والإعادة من انها تتيح لشركة المشروع ملكيته مدة العقد ثم ينقل الملكية في هذه المدة بينما في البناء والتشغيل والإعادة تكون الملكية للجهة الإدارية ذلك ان المشروع يبنى لحسابها.¹

ثانياً - البناء والتملك والتشغيل B.O.O :

وهذا النوع تكون فيه الملكية دائمة حيث ينتهي المشروع ذاتيا بانتهاء فترة الامتياز وهذا النوع الوحيد من أنواع البناء والتشغيل والإعادة التي تكون فيه الملكية دائمة اي انتقال المشروع كاملا الى القطاع الخاص بعد بنائه وتشبيده وتملكه لتكون المرحلة الأخيرة انتقاله اليه لتشغيله بمفرده لايعود إلى الدولة مثل باقي الأنواع الأخرى لذلك يعد هذا النوع احد أساليب الخصخصة.²

¹ - صبوع صهيب ، النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في الجزائر ، رسالة ماجستير ، إشراف : أ - موسى زهية ، كلية الحقوق ، قسنطينة ، 2013 ، ص19.

² - دويب حسين صابر ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام ، ص60.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

ثالثا - البناء والتملك والتأجير وتحويل الملكية *B.O.L.T* :

حيث يتم بناء المشروع وامتلاكه مرحليا وتأجيره تأجيرا تمويليا للغير وتحويل الملكية الى الدولة في نهاية المدة وهو من اهم صور مشروعات البنية الأساسية الممولة من القطاع الخاص وتصلح لإقامة المشروعات التي تحتاج الى آلات ومعدات رأسمالية لتشغيلها.¹

رابعا - البناء والإيجار والتحويل *B.L.T* :

وهذا النوع له طبيعة خاصة تستمد خصوصيتها من خصوصية المنفعة التي تحققها للأفراد وهي خصوصية ترتبط بالمكان وترتبط أيضا بالعائد المتولد عنها حيث يقوم المشروع على قابلية للتأجير سواء كان إيجارا سنويا قابل للتجديد او طوال فترة الامتياز مثل إقامة طريق حيوي سريع.²

خامسا - تحديث وتملك وتشغيل وتحويل الملكية *M.O.O.T* :

وهذا النوع من المشروعات يكون قائما بالفعل لكنه لايعمل بكفاءة لعدم صلاحيته او بسبب التطور التكنولوجي ويجعله يحتاج الى عملية التحديث يتم من خلالها تزويد المشروع بأحدث المعدات التكنولوجية وينظم إدارة وتشغيل حديثة ومراحلته تبدأ بالتحديث ثم التملك وتشغيله وتحويل الملكية الى الدولة في نهاية العقد.³

¹ . مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، عكرمة سعيد صبري ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة في تعميم الأوقاف و المرافق العامة ، ص5.

² . عكرمة سعيد صبري ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، ص5.

³ . محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية و التطبيق ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط1 ، 2004 م ، ص58.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

سادسا - البناء والتملك والتشغيل R.O.O :

وهذا النوع من المشروعات تسند الجهة الإدارية الى احد المستثمرين سواء كان شخصا طبيعيا او شركة او عدة شركات تجديد احد المشاريع العامة القائمة وإعادة تزويد هذا المرفق بكافة ما يحتاجه من الآلات والأدوات والوسائل التكنولوجية مع السماح لتملك المستثمر هذا المرفق واستغلاله وذلك مقابل حصول الجهة الإدارية على مقابل مالي يقسط على عدة سنوات ¹.

سابعا - البناء والتشغيل والتحويل B.T.O :

يقصد به تعاقد الحكومة مع المستثمر الخاص على بناء المشروع او المرفق العام ثم التخلي عن ملكيته للحكومة التي تبرم عقد آخر لإدارة وتشغيل المشروع خلال فترة الامتياز وذلك مقابل الحصول على إيرادات التشغيل وبذلك تصبح الحكومة مالكة ابتداء وليس في نهاية العقد ويصلح هذا النوع من العقود في مجال الفنادق ².

¹ - شامل هادي نجم العزاوي ، إلتزامات المتعاقد في عقود التشييد و التشغيل و نقل الملكية ، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ، ط1، 2016م ، ص40.

² - صبوع صهيب ، النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية ، ص23.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

المبحث الثالث : الامتيازات والعيوب لعقد البناء والتشغيل والإعادة :

تكلّمنا في هذا المبحث عن بعض أهم الامتيازات لعقد البناء والتشغيل والإعادة وبعض العيوب .

المطلب الأول : مزايا عقد البناء والتشغيل والإعادة :

تتمثل أهمية عقد البناء والتشغيل والإعادة في كونه بعمل على زيادة القدرة الاستيعابية للاقتصاد وتطوير وتحسين أداء المرافق العامة القائمة وسوف نعرض أهم امتيازات عقد البناء والتشغيل كما يأتي :

1- تخفف هذه العقود العبء عن الموارد الحكومية المحدودة، في ظل هذه العقود يتحمل القطاع الخاص في عقود البناء تمويل وتشيد وتشغيل هذه المرافق وتحمل مخاطر التمويل فيها مما يؤدي إلى الدولة أن تتفرغ للمشروعات والمرافق العامة أكثر أهمية¹.

2- إقامة مشروعات مرافق عامة جديدة : عقد البناء والتشغيل يؤدي إلى توسيع إقامة المشاريع الجديدة مما يؤدي إلى إتاحة المزيد من فرص العمل وتشغيل الأيدي العاملة المتخصصة والعادية وضح أموال جديدة في السوق مما يقلل من نسبة التضخم مثل إنشاء الطرق ومحطات الكهرباء والأنفاق وغيرها من المشاريع التي تتم عبر هذه العقود².

3- نقل التكنولوجيا الحديثة : هذا العقد يوفر فرص مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية فالمستثمر الذي يضطلع بتشيد وتشغيل المشروع له مصلحة

¹ - جابر جاد نصار ، عقود البوت و التطور الحديث ، ص55.

² - حسن محمد علي حسن البنان ، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير و التطوير ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، 2005م ، ص160.

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

محقة في استخدام أفضل التكنولوجيات الحديثة فضلا عن ذلك استمرار هذا العقد لمدة طويلة فإن ذلك ضمان للدول النامية على قيام المستثمر بتطوير التكنولوجيا وتحديثها .¹

4- الاستفادة من خبرة القطاع الخاص في تقديم الخدمة العامة وفعاليته في إدارة المشروع واستثماره وصيانته مما يحسن من أداء هذه الخدمات وتحسين صورة الجهة الإدارية أمام المواطنين .²

5- تحصل الدولة مشروع جاهز ومتكامل في نهاية مدة الامتياز دون تحمل أية أعباء .³

6- إن تمويل المشروعات عن طريق القطاع الخاص يعمل على جذب الاستثمار الأجنبي ويؤدي إلى توفير العملة الأجنبية التي تحتاجها الدولة .⁴

المطلب الثاني : عيوب عقد البناء والتشغيل والإعادة :

على الرغم من المزايا الكثيرة التي يوفرها عقد البناء والتشغيل والإعادة لكل من طرفي التعاقد فإنه قد لا يكون دواء ناجحا لكل ما قد تعاني منه الحكومات المتعاقدة

¹ . أحمد هادي مدلول محمد الطائي ، التزامات و حقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، قسم البحوث و الدراسات القانونية ، المنظمة العربية للتربية و العلوم ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، 2009م، ص16.

² . محمد بهجت عبدالله القايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء و التشغيل و الإعادة ، دار النهضة العربية القاهرة ، د،ط ، د،ت ص15.

³ . حميد لطيف نصيف ، تنفيذ مشاريع البنية الأساسية باستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، 2012م ، ص18

⁴ - أحمد هادي مدلول الطائي ، التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية ، ص 15 .

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

من مشكلات, إذ أن مشروعات هذه العقود معقدة جعلتها تواجه بعض العقبات يمكن أن نحمل أهم العيوب الناتجة عن تنفيذ هذه العقود تتمثل بما يأتي :

1- لجوء المستثمر سواء كان أجنبيا أو محليا إلى المصارف المحلية للدولة المضيفة للحصول على التمويل اللازم لمشروعه بدلا من تحويل الأموال من الخارج كاقتراضه من المصارف والمؤسسات المالية المحلية ثم يستعمل هذا التمويل لاستيراد المعدات والأجهزة من الخارج مما يؤدي إلى الضغط على السيولة المتاحة في السوق الداخلية مما يؤدي إلى انخفاض قيمة العملة وزيادة الطلب على العملات الأجنبية .¹

2- المميزات الاقتصادية التي يرمي إلى تحقيقها عقد البناء والتشغيل والإعادة قد يصعب تحقيقها بسبب قيام المستثمر تحويل الأرباح الناتجة عن تشغيل المشروع إلى الخارج من دون قيود تلزمه باستثمار جزء منها في الدولة المضيفة .²

3- عمليات الاحتكار ما ينتج عنها من مساوئ فشركة المشروع تشتت ذلك على الدولة حتى تضمن سيطرتها على السوق وعدم منافستها .³

4- ارتفاع كلفة المشروع على المدى الطويل ولا سيما إذا تعلق الأمر بشراء الدولة للمنتج .⁴

¹ - حميد لطيف نصيف , تنفيذ مشاريع البنية الأساسية , ص 19

² جابر جاد نصار , عقود البوت والتطور الحديث , ص 103.

³ - عارف صالح مخلف , علاء حسين علي , عقد البوت في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية , بحث منشور في مجلة كلية القانون , جامعة الأنبار , العدد الأول 2010 , ص 10

⁴ - حميد لطيف الدليمي , العقود الهندسية مؤسسة مرتضى للكتاب العراقي , بيروت , 2011,

الفصل الأول : ماهية عقد البناء والتشغيل والإعادة

5- العقد المبرم عن طريق البناء والتشغيل والإعادة هي عقود طويلة قد تصل على تسعة وتسعون سنة وهو أمر شديد الخطورة لأنه يترتب أوضاعا سياسية واقتصادية يصعب التعامل معها .¹

6- ضعف الرقابة التي تمارسها الدولة على المتعاقد معها قد يؤدي إلى سوء الخدمة المقدمة للمنتفعين فضلا عن ذلك أن الشركات المتعددة الجنسيات قوية برأسمالها وأرباحها ونفوذها وقد تتبع شتى الطرق للتأثير على السلطة العامة .²

¹ - حميد لطيف الدليمي , العقود الهندسية مؤسسة مرتضى للكتاب العراقي, ص 114

² - أسامة طه حسين العاني , النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2012م ، ص 90،91.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

و يتناول ثلاثة مباحث كالتالي :

المبحث الأول : رأي الفقهاء القدامى و نظام عقد البناء و التشغيل و الإعادة

المبحث الثاني : الضوابط والتكييف الفقهي لعقد البناء و التشغيل و الإعادة

المبحث الثالث : الحكم الشرعي والمقاصد المرجوة منه

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

المبحث الأول : الفقهاء القدامى ونظام عقد البناء والتشغيل والإعادة

و سنضمن الكلام في هذا الفصل عن عقد البناء و التشغيل و الإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية ، حيث خصص المبحث الأول لنظام البناء و التشغيل و الإعادة عند الفقهاء القدامى ، و أما المبحث الثاني فكان عن التكييف الفقهي لعقد البوت و ضوابطه الشرعية و المبحث الثالث عن ذكر المقاصد الشرعية من هذا العقد و حكمه الشرعي .

المطلب الأول : رأي الفقهاء القدامى ونظام عقد البناء والتشغيل والإعادة

أولا التأسيس الشرعي : هناك عدد من الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة التي تؤصل تأسيسا شرعيا للعقود المستحدثة التي تبرم في هذه الأيام فمن هذه الأدلة

قال الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾¹

فهذه الآية الكريمة ترغب في التعاون بل تحت عليه وتأمّر به وجاء التعاون بنص عام فهو يفيد العموم وإن الشركات المبرومة بين القطاع العام والخاص تقوم على التعاون بما هو مفيد للمجتمع وللشركات والأفراد .

قال تعالى : ﴿ وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ ﴾²

فإن لفظ القوة جاء عاما فلا يقتصر على القوة العسكرية فحسب بل هو شامل لجميع الصور والحالات التي تفيد القوة في المجالات الاقتصادية والصحية والثقافية

¹ - المائدة ، الآية 2.

² - الأنفال ، الآية 60.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

والتعليمية والبنية التحتية وغيرها فهي جميعها تعطي قوة للأمة وللمجتمع وأن إقامة المشاريع المتعلقة بالبنية التحتية وسكة الحديد والقطارات و.....تعطي قوة للأمة وللمجتمع والترهيب الوارد في هذه الآية هو لردع العدو ومنعه.

قال الله تعالى : ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾¹

هذه الآية الكريمة تقر الشراكة بين المستحقين في الميراث ويقاس عليها أي شركة تتم بين طرفين فأكثر فالقرآن قد أقر مبدأ الشراكة.

قال الله تعالى : ﴿ يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾²

العقود لفظ عام يشمل الاتفاقات والمواثيق والعهود الدولية كما يشمل المعاملات من عقود البيع والإجارة والنكاح وغيرها كما يشمل العهود التي عاهدها المؤمنون ربهم فالقرآن قد أقر مبدأ العقد .

قال صلى الله عليه وسلم في الحديث القدسي : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما³

ففي هذا الحديث القدسي يقر مبدأ الشراكة أولاً ثم يركز على الأمانة والإخلاص من قبل الشريكين وحرصهما على استمرارية المشاركة .⁴

¹ - النساء ، الآية 12.

² - المائدة ، الآية 1.

³ - أخرجه البيهقي -باب الشركة ج6 ص78 حديث رقم 11424، والحاكم في البيوع في كتابه المستدرک ج2 ص52 وقال: صحيح الاسناد، ولم يخرجاه ووافقه الذهبي .

⁴ - كتاب (المنتقى من أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم) للدكتور عكرمة سعيد صبري ص402 و403.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

ثانيا رأى الفقهاء القدامى وعقد البناء والتشغيل :

إن عقد البناء والتشغيل والإعادة لم يكن غائبا كفكر في الإسلام حتى عند الفقهاء القدامى الذين كانوا يدرسون مسائل لم تقع بعد استشرافا للمستقبل الأمر الذي أعطى الفقه الإسلامي الاستمرارية والقدرة على مواجهة ما يستجد من نوازل وأقضية لذا لم يكن الحكم على هذه الممارسة المعاصرة بمنأى عن فكر الفقهاء المسلمين القدامى حتى يكون مستعصيا على علمائهم المعاصرين وعلى ذلك فلعله من المفيد أن نتطرق إلى أهم الأفكار الموجودة في كتب الأولين حول هذا العقد .

كما أن عقد البناء والتشغيل والإعادة باعتباره أداة استثمار وتمويل أيضا من وجهة نظر الطرف الآخر يحتاج إلى تخريج شرعي من حيث الجواز أو المنع وهناك اجتهادات فردية ومحاولات بقياسه على عقود شرعية كقياسه على عقد الإجارة وعقد الاستصناع .

و تمثلت كتب الفقه الإسلامي بالكثير من المنتجات المالية الصالحة للتطبيق في كل زمان ومكان خاصة ما تم معالجتها وتطويرها لتتلاءم والمتغيرات الطارئة على البيئات المختلفة وهو الأمر الذي تم ملاحظته من خلال البحث في الجذور التاريخية لنظام عقد البناء والتشغيل والإعادة وتتبع نشأته وتطوره نخلص إلى افتراضين هما :

1- الفرضية الأولى : أن هذا العقد لم يكن غائبا عن فكر الفقهاء الأولين

لأنه سبق وقلنا أن الأولين كانوا يدرسون مسائل لم تقع بعد الأمر الذي أعطى الفقه الإسلامي الاستمرارية فبالإطلاع إلى كتب الفقهاء نجد تصورات حول أقضية ونوازل نراها مستجدة من ذلك فكرة البناء والتشغيل فقد تناولت ثلاث كتب قديمة هذه الفكرة

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

أ- ما ورد في مصنف ابن أبي شيبة¹ : حدثنا أبو بكر قال حدثنا محمد ابن أبي عدي عن ابن عون قال كان محمد يكره أن يستأجر العرصة فيبني فيها من أجزائها . 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 .²

ب - ما ورد في كتاب " البيان والتحصيل " ³ : 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 بينها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسمى فلا خير فيها .

ج- ما ورد في كتاب الذخيرة⁴ : قال ابن القاسم أعرت أرضك عشر سنين للغرس ويسلم إليك بعد المدة يغرسها ويغثلها هو في المدة يمتنع للجهل بحال المال وجوزه أشهب كالبنيان إذا سمى مقدار الشجر ، والذي يفهم من النص أن ابن القاسم استعار أرضاً زراعية من شخص عدة عشرة سنوات حتى يقوم بزرعها وأخذ المحصول خلال هذه المدة ثم بعد انتهاء هذه المدة يقوم ابن القاسم برد الأرض بصاحبها بزرعها .

¹ - ابن أبي شيبة ، المصنف ، مكتبة الرشد ، المملكة العربية السعودية ، ط1 ، كتاب البيوع و الأقضية ، ج7 ص278 .

² - ناهد السيد علي حسن ، حقيقة نظام البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T ، ص18 .

³ - القرطبي ابن رشد الجد ، البيان و التحصيل ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1404 هـ / 1984 م ، ج8 ص461 .

⁴ - القرافي شهاب الدين ، الذخيرة ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، ج6 ص143 .

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

قد تبين من الأمثلة السابقة أن عقد البناء والتشغيل والإعادة لم يكن غائبا عن فكر الفقهاء حينما تناولوه ضمن النوازل التي يمكن أن تقع وهو ما يؤكد صحة الفرضية الأولى .

2- الفرضية الثانية : عقد البناء والتشغيل والإعادة تطوير غربي لمنتج إسلامي

يمكن القول أن عقد البناء والتشغيل يصلح أن يكون تطويرا غربيا لبعض أساليب تنمير أموال الوقف لأن الغرب كان منبها بالحضارة الإسلامية المزدهرة قديما وقد ثبت أنهم عرفوا الوقف ونقلوه إلى ممارساتهم باعتباره أحد أسرار المسلمين في التقدم واستمرارية العطاء .¹

¹ - ناهد السيد علي حسن ، حقيقة نظام البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T ، ص19.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني : الضوابط والتكليف الشرعي لعقد البناء والتشغيل والإعادة

تناولنا في هذا المبحث ماهي الضوابط التي من خلالها يكون هذا العقد مباح وماهي اهم التكيفات التي كيفوه عليها

المطلب الأول : الضوابط الشرعية لعقد البوت

أولاً : خلو العقد من المحظورات الشرعية كالربا فعادة ماتلجأ شركة المشروع للحصول على التمويل اللازم للمشروع إلى الاقتراض بفائدة من البنوك ومؤسسات التمويل وهذا محرم شرعا ويمكن بدلا من ذلك اللجوء إلى صيغ التمويل الإسلامي التي تطرحها المصارف الإسلامية كالمرابحة والاستصناع والمشاركة.¹

ثانياً : ألا تكون مدة العقد طويلة جدا كما لو كانت مثلا تسعة وتسعين عاما² فإن هذا لا يلزم أجيالا متعاقبة بنتائج ويؤخر استفادة الدولة من المشروع ويضر بمصالحها الاقتصادية كما قد يضر بمصالحها السياسية أيضا كما حدث في مصر من إجراء التزام قناة السويس الذي أبرم لمدة 99 عاما وأدى في المطاف إلى حرب 1956 العدوان الثلاثي.³ لذلك فالمدة الطويلة لا تخدم المصلحة العامة .

¹ - هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ، قسم المال و الاقتصاد ، 1435هـ/2014م ، ص834.

² - أحمد الحسني ، دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية ، جامعة أم القرى ، ط تمهيدية ، ص24،25.

³ - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، خالد الرشود ، تطبيق عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، ج4ص592.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

ثالثا : ألا تكون كلفة الاستفادة من المشروع مرتفعة لما فيه من تقليل الاستفادة منه وإرهاق المواطن ماديا والمجتمع اقتصاديا وعلى الدولة بمقتضى حق الرقابة والإشراف أن تتحقق من ذلك .¹

رابعا : ألا تكون في المشاريع الحساسة التي تتعلق بأمن المجتمع داخليا وخارجيا ما لم تكن شركة المشروع موثوقا بها دينا وأمانة .²

خامسا : عدم التبعية الاقتصادية للبلدان الأجنبية أو الارتباط غير المرغوب فيه .³

المطلب الثاني : التكيف الفقهي لعقد البناء والتشغيل والإعادة

أولا التكيف الفقهي :

هو أحد أعمال الاجتهاد لبيان حكم المستجدات الفقهية⁴ ، لان العقود أبيحت لتلبية حاجة الناس وهذا حكم مطرد في العقود المستحدثة ، أو إنها تلبي حاجة الناس وعليه فان الفقه لا ينشئ العقود ابتداء إنما يوجهها بضوابط خصها بها حتى تقع صحيحة رافعة للخصومة قاطعة للنزاع والتي منها النهي عن الغرر والربا وجهالة المبيع التي يطلق عليها الفقهاء خلو العقود من المفسدات⁵ وبذلك يكون ناظما لعلاقات المتعاقدين

¹ - مجلة دراسات الشريعة و القانون ، نوفان العجارمة ، عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية ، م40، ص1060.

² - مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، خالد بن عبدالله الرشود ، تطبيق عقد البناء و التشغيل و الإعادة، ج4 ص591.

³ - المرجع نفسه ، ج4 ص591.

⁴ - شبير محمد عثمان ، التكيف الفقهي للوقائع و المستجدات الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، ص38.

⁵ - ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد و نهاسة المقتصد ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ط4 ، 1395هـ/1975م ، ج2 ص125.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

مراعيا ما يلبي حاجاتهم وما يصلحها¹ ومن هذه العقود المستجدة عقد البناء والتشغيل والإعادة الذي يضم عدة اتفاقات لو فرقنا كل عقد على حدة وخلا من المحرمات الشرعية ووافق المقاصد الشرعية كان جائزا شرعا ولا يمنع من اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد قال ابن القيم - رحمه الله - وقيل "لا محذور في الجمع بين عقدين كل واحد منها جائز بمفرده".²

1- التكيف في اللغة : تكيف مصدر كيّف ,وكيّف الشيء : قطّعه فجعل له كيفية معلومة ومنها أحدث تغييرا فيه يؤدي إلى انسجامة مع شيء آخر .

2-التكيف الفقهي في الاصطلاح :

هو تحديد لحقيقة الواقعة المستجدة لإلحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية بقصد إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمثابته بين الأصل والواقعة المستجدة في الحقيقة.³

ثانيا التكيف الشرعي لعقد البناء والتشغيل والإعادة :

فبعد بيان مفهوم التكيف الشرعي نأتي إلى بيان تكيف عقد البناء والتشغيل والإعادة حيث يقول العلماء " الحكم على الشيء فرع عن تصوره "⁴ إذ لا يمكن الحكم على المجهول , كما لا يمكن الحكم على شيء مختلف في تحديد ماهيته وتصوير

¹ - الزحيلي وهبة ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ط4 ، دةت ، ص 1023.

² - ابن القيم الجوزية ، أعلام الموقعين ، تح : طه عبدالرؤوف سعد ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، 1968م ، ج3ص342.

³ - شبير ، التكيف الفقهي ، ص30.

⁴ - ابن عثيمين ، الأصول من علم الأصول ، دار ابن الجوزي ، دةط ، 1426هـ ، ص83.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

حقيقته¹ فبالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والإعادة نجده يشتمل على اتفاقات بمجموعها تكوّن عقد البناء والتشغيل والإعادة وأهم ما يميزه عن العقود الأخرى هو اختصاصه بالمشاريع الكبرى التي تتطلب تدخل مجموعة متشابكة من العقود حيث عند أفراد تلك العقود علة حدة تجدها توافق عقد من العقود المشروعة في الفقه الإسلامي منها عقد البناء يوافق في صورته عقد الاستصناع والتشغيل في صورته يوافق عقد الإجارة والإعادة أي إعادة المشروع إلى صاحب الأرض بحالة جيدة بعد انتهاء العقد.²

وقد اختلفت تكييفات الفقهاء لهذا العقد فمنهم من كيّفه على اعتبار أنه يشابه عقدا من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي ومنهم من اعتبره عقدا مستحدثا لذا فإن الفقهاء انقسموا في تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة إلى اتجاهين³ :

1-الاتجاه الأول :

يرى أن عقد البناء والتشغيل والإعادة له أصول في الفقه الإسلامي وذكر د.ناهد السيد أنه " ما هو إلا تطوير غربي لمنتج إسلامي حيث تطرق لتخريجه في عهد التابعين ".⁴

¹ - محمد بن أحمد الفتوحى ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ، تح : محمد الزحيلي ، وزارة الأوقاف السعودية ، ط1 ، 1413هـ/1993م ، ص50.

² - خالد الرشود ، العقود المبتكرة للتمويل و الاستثمار بالصكوك الإسلامية ، ص 106 ، 108.

³ - هارون خلف عبدالدلو ، عقد البناء و التشغيل و الاعادة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة و القانون ، جامعة غزة ، ص52.

⁴ - ناهد السيد ، حقيقة نظام البناء و التشغيل و نقل الملكية ، ص19،18.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

وعلى هذا القول جمهور العلماء المعاصرين لكنهم اختلفوا فيما بينهم في نوع العقد الذي يكيّف عليه عقد البناء والتشغيل والإعادة أهو عقد استصناع أم إجارة أم جعالة أم شركة مؤقتة أم إقطاع واستدلوا إلى ما ذهبوا إليه :

بما أورده ابن أبي شيبة في مصنفه " كان محمد يكره أن يستأجر العرصة فيبني فيها من أجزها .¹

وكذلك بما عند المالكية قال ابن القصار² " في رجل قال لرجل أعطني عرصتك هذه ابنيها بعشرة دنانير أو بما دخل فيها على أن اسكنها في كل سنة بدينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت , قال إن سمى عدة ما يبنيها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيه ."³

2-الاتجاه الثاني :

يرى أن عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث لم يعرفه التشريع الإسلامي بتركيبته هذه فهو عقد مركب من عدة عقود تبرم .⁴ قال د.نزيه حماد " إن كل اتفاقية مركبة من مجموعة عقود تهدف بصورتها المتكاملة إلى تحقيق وظيفة معينة يجب

¹ - ابن أبي شيبة ، المصنف ، كتاب البيوع و الأقضية ، ج7ص278.

² - محمد بن قاسم بن محمد بن علي القيسي الأندلسي الأصل الفاسي أبو عبدالله المعروف بالقصار مفتي فاس ، كان أصوليا نظارا ، ولي قضاء بغداد ، ت 397هـ .الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، ج17ص108.

³ - ابن رشد الجد ، البيان و التحصيل ، ج8ص461.

⁴ - أبو سليمان عبد الوهاب ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، بحث مقدم للدورة 19 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في الشارقة .

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

اعتبارها في النظر الفقهي الاجتهادي وحدة واحدة ولا يكفي للتعرف على حكمها الشرعي تفكيكها إلى أجزاء مفردة ...¹

وبعد ذكر أقوال الفقهاء في تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على النحو الذي ذكرناه جاء دور ذكر وبيان حقيقة هذه التكييفات ثم مناقشتها ليسهل الحكم عليها وذكر الراجح منها .

الفرع الأول تكييفات الاتجاه الأول :

القائلون بان عقد البناء والتشغيل والإعادة له سبل في عقود الفقه الإسلامي وقد سبق الإشارة بان أصحاب هذا الاتجاه قد اختلفوا في تكييفه على أي عقد من العقود المعروفة في الفقه الإسلامي والتي منها الاستصناع والإجارة ، الجعالة ، الإقطاع شركة مؤقتة .

أولا : تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على أنه عقد استصناع

كيّفه بعض العلماء المعاصرين على انه عقد استصناع منهم د.عبد الستار أبو غدة² حيث قال " إمكان تخريجه على عقد الاستصناع تغليباً " ، كذلك ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي، ومن شبه عقد البناء والتشغيل والإعادة بعقد الاستصناع د.خالد الرشود قائلا " ووجه الشبه بينهما فيما يلي : يتضح من هذا العقد انه اشتمل على عين موصوفة في الذمة وهو المشروع المراد إنشاؤه كما اشتمل على عمل معين ،

¹ - نزيه حماد قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد ، دار القلم ، دمشق ، ط1 ، 2007م ، ص94.

² - أبو غدة عبدالستار ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، بحث مقدم للدورة 19 ، الشارقة ، مجمع الفقه الإسلامي ، 2009م ، ص12.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

واشتمل على إعطاء حق للعامل باستغلال المشروع فترة من الزمن لأجل استيفاء تكاليف البناء الذي أقامه ..¹

1- الاستصناع في اللغة :

الاستصناع مصدر صنع يصنع صنعا وصنيعا وصناعة فهو صانع وصنع الشيء عمله وأنشأه واستصنع إستصناعا فهو مستصنع واستصنع فلانا كذا : طلب منه ان يصنع له شيئا ما .

2- الاستصناع في الاصطلاح :

عرّفه علماء الحنفية بأنه " عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع " ² أو هو " طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص " ³

أ- **وصورته :** أن يقول إنسان لصانع من خفاف أو صفار أو غيرهما اعمل لي خفا او آنية من أديم او نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم .

ب- **حكم عقد الاستصناع :** اختلف الفقهاء في حكم عقد الاستصناع اهو عقد مستقل بنفسه أم تبعا لعقد السلم

¹ - خالد الرشود ، العقود المبتكرة للتمويل و الاستثمار للصكوك الإسلامية ، كرسي سابع لدراسة الأسواق المالية الإسلامية ، 1434هـ/2014م ، ص115.

² - علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1415هـ/1995م ، ج2ص362.

³ - ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، 1992م ، ج2ص362.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

3- أقوال الفقهاء في المسألة :

أ- المذهب الأول : ذهب جمهور الفقهاء بعدم جواز عقد الاستصناع إلا تبعا للسلم
الدليل : من السنة عن ابن عباس قال " قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم
المدينة وهم يسلفون السنة والسنتين والثلاث فقال من أسلف في شيء فليسلف في
كيل معلوم ووزن معلون إلى أجل معلوم " ¹

ب- المذهب الثاني : ذهب الحنفية إلى جواز عقد الاستصناع أي انه عقد مستقل
عن عقد السلم

الدليل : من السنة قال ابن عمر رضي الله عنه - " إن رسول الله صلى الله
عليه وسلم اصطنع خاتما من ذهب " ²

عقد الاستصناع عقد جائز لما فيه من تلبية مصلحة الناس وقيام حياتهم ولو لم
يجز لوقع الناس في الحرج وعلماء الحنفية أجازوه استحسانا ولأن الناس تعاملوا به في
سائر الأزمان من غير أن ينكر احد ذلك فكان إجماعا . ³ وكذا الجمهور أجازوه على
اعتباره عقد سلم تلزم توفر فيه شروط السلم .

ومن الفقهاء المعاصرين الذين رجحوا كون عقد الاستصناع عقدا مستقلا عن عقد
السلم د.أبو هريبد قال " إن عقد الاستصناع عقدا مستقلا وليس كالسلم إذ أن محل

¹ - رواه مسلم في صحيحه ، دار طيبة للنشر ، ط 1 ، 1426هـ/2006م ، كتاب البيوع ، باب
السلم ، ج3ص1226 ، رقم 1604.

² - رواه البخاري في صحيحه ، دار طوق النجاة ، ط 1 ، 1422هـ ، كتاب اللباس ، باب جعل
فص الخاتم في بطن كفه ، ج7ص157 ، رقم 5876.

³ - السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، دت ، ج12ص138.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

العقد فيه هو العمل والعين وهما في الذمة كما انه لا يشترط تسليم رأس المال في المجلس كما هو الحال في السلم ومن ثم لا يشترط فيه ما يشترط في عقد السلم¹

تحقق عناصر عقد الاستصناع مع عقد البناء والتشغيل والإعادة :

بالنظر إلى حقيقة البناء والتشغيل والإعادة نجد أن عناصر عقد الاستصناع قد توفرت فيه عند من كيّفوه على عقد الاستصناع².

1/ المستصنع : هو الجهة المانحة وهنا الدولة أو ما ينوب عنها متمثل في طلب بناء مشروع بمواصفات معينة مقابل ثمن أو بدل معين.

2/ الصانع : شركة المشروع والمطلوب منها تنفيذ ما أتفق عليه.

3/ محل العقد : المشروع المقام على الأرض.

4/ الأجر (الثمن) : وهو ما تحصله شركة المشروع من أموال فترة تشغيلها للمشروع.

المناقشة : مناقشة من كيّف عقد البناء والتشغيل على أنه عقد استصناع

اعترض عليه :

1- أن الاستصناع عقد بيع وتمليك بينما عقد البناء والتشغيل والإعادة بناء وتشغيل³.

2 - عقد الاستصناع يتم دفع الثمن من المستصنع كاملاً أو مقسطاً بينما في عقد

¹ - أبو هرييد عاطف محمد حسين ، عقد الصيانة و تطبيقاتها ، رسالة دكتوراه ، 2011م، ص115.

² - أحمد محيي ، تطبيق نظام البناء و التمليك ، ص10.

³ - أبو غدة ، عقد البناء و التشغيل ، ص298،299.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

البناء والتشغيل والإعادة يكون الثمن تشغيل المشروع مدة عقد التشغيل .¹

3 - الأجرة في عقد الاستصناع هي من النقد خلافا لعقد البناء والتشغيل التي هي

المنفعة من تشغيل المشروع والفقهاء مختلفون في جواز كون المنفعة أجرة .²

4 - كون المثلن في عقد الاستصناع يختلف عنه في عقد البناء والتشغيل

والإعادة بيانه أن المثلن في الاستصناع هو صنع شيء معين وتسليمه مباشرة إلى المستصنع بخلاف عقد البناء والتشغيل فإن المعوض عنه هو البناء والتشغيل لمدة معينة .³

5 - في عقد الاستصناع لا يساهم الصانع في شيء من المستصنع بينما في عقد

البناء والتشغيل والإعادة يساهم صاحب المشروع بالأرض المقام عليها المشروع .⁴

6- عقد البناء والتشغيل والإعادة يرتب على طرفيه التزامات لا يرتبها عقد

الاستصناع مثل الدخول في عقد جديد يبيع للصانع استغلال المشروع بينما عقد الاستصناع يكون الربح مقدر من ضمن الاستصناع .⁵

الاستنتاج

فإن عقد البناء والتشغيل والإعادة لا يصح تكييفه على أنه عقد استصناع لما سبق ذكره في المناقشة .

¹ - قرارات و توصيات ندوات البركة للإقتصاد الإسلامي ، ص13.

² - أحمد محيي ، تطبيق نظام البناء و التملك ، ص10.

³ - الترابي ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكييف الفقهي و الحكم الشرعي ، بحث مقدم للدورة 19 ، الشارقة ، 2009م ، ص22.

⁴ - سعد السبر ، الاستصناع " المقاولات " ، ص9.

⁵ - محمد عثمان شبير ، الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية ، المعهد العالي ، جامعة آل البيت، المؤتمر الأول " صيغ مبتكرة للتمويل المصرفي " ، ص13.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

ثانيا : تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على أنه عقد جعالة

وقد ذهب إلى تكييفه على أنه عقد الجعالة د.أبو غدة حيث قال " بالإضافة إلى التكييف الشرعي السابق لعقد البناء والتشغيل والإعادة على أساس الاستصناع كما انتهت له دورة البركة والمعايير الشرعية فيبدو لي أنه من الممكن تكييفه شرعا على أساس الجعالة " ¹.

1- الجعالة في اللغة :

الجُعْلُ والجُعْالة أجر يُتقاضى على عمل جعل له جعلاً والجعيلة ما يجعل للعامل على عمله والمجعول هو الأجرة المترتبة على العمل المعتاد والمستمر في وقت معلوم .

2- الجعالة في الاصطلاح :

*ابن عابدين من الحنفية : بأنها ما يجعل للعامل على عمله ².

*ابن عرفة من المالكية : عقد معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشئ عن محله به لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض ³.

*الشافعية : إلزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول لمعين أو مجهول ⁴.

¹ - أبو غدة ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، ص15.

² - ابن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، ج5ص430.

³ - الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ، تح : أحمد أبو الأجفان الطاهر المعموري ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط1 ، 1993م ، ج2ص529.

⁴ - الرملي ، نهاية المحتاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط3 ، 1424هـ/2003م ، ج5ص465.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

*الحنابلة : جعل الشيء من المال لمن يفعل أمر كذا .¹

أ- حكمها : جمهور الفقهاء على جواز عقد الجعالة .

الدليل :

من القرآن : قال الله تعالى : ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾²

الآية صريحة في دلالتها على جواز الجعالة .

من السنة : عن أبي سعيد أن ناسا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أتوا حيا من أحياء العرب فلم يُقروهم فبينما هم كذلك إذ لدغ سيد أولئك فقال هل فيكم دواء أو راق فقالوا إنكم لم تقرّونا فلا نفعل حتى تجعلوا لنا جعلا فجعلوا لهم قطيعا من الشاء فجعل يقرأ بأمر القرآنخذوها وأضربوا لي فيها بسهم " ³

إقرار النبي صلى الله عليه وسلم لفعل الصحابة - رضي الله عنهم - وطلبه منهم جعل سهم له دليل على مشروعية الجعالة .

تحقق عناصر الجعالة مع عقد البناء والتشغيل والإعادة

عندما ننظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والإعادة نجد أن عناصر عقد الجعالة قد توفرت فيه عند من كيفوه على عقد الجعالة .⁴

¹ - المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تح : محمد حامد الفقي ، ط1 ، 1375هـ/1956م ، ج6ص389.

² - يوسف ، الآية 72.

³ - رواه البخاري في صحيحه ، باب الرقي بفاتحة الكتاب ، ج7ص131 ، رقم 5736.

⁴ - أبو غدة ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، ص16.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

- 1/ الجاعل : هي الجهة مانحة الامتياز المالكة لأرض المشروع .
 - 2/ المَجْعول له : هي شركة المشروع أي العامل والمنفذ للمشروع .
 - 3/ الجعالة : انجاز المشروع حسب الاتفاق بين العاقلين .
 - 4/ الجعل : هو مقدار المال المقدر له لشركة المشروع وهو تشغيل المشروع فترة من الزمن مقابل بنائه فالجعل هنا ليس نقودا ولا أعيانا إنما هو منفعة والمنفعة تصلح أجرة أو جعلاً وهي هنا منفعة المشروع نفسه حيث توضع تحت تصرف العامل وهو الجهة المنفذة للمشروع ليحصل من منافع محل الجعالة على ما يقابل جهده ¹.
- المناقشة : مناقشة من كيف عقد البناء والتشغيل والبناء على عقد الجعالة اعترض عليه**

- 1 - د.شبير اعترض على هذا التكيف بقوله " إن الجعل ليس نقودا ولا أعيانا إنما هو مشروعاً يسلم للجاعل بعد انتهاء المدة وهو مجهول القيمة عند التسليم " ².
- 2- بأن المدة في عقد الجعالة مطلقة غير محدودة بزمان قال الفقهاء في شرط انعقاد الجعالة " فإن ضرب الأجل بطل العقد " ³.
- 3 - عقد البناء والتشغيل يترتب عليه حقوق للمتعاقلين قبل تمام المشروع وبعده خلافا لعقد الجعالة الذي لا يترتب أثره إلا بتمامه .

¹ - أبو غدة ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، ص15.

² - شبير - الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية ، ص12.

³ - البهوتي منصور يونس - كشاف القناع ، تح : محمد حامد عبدالحميد ، دار عالم الكتب ، الرياض ، طبعة خاصة ، 1423هـ/2003م، ج6ص1992.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

الاستنتاج :

فإن وجود الشبه في بعض أركان عقدي البناء والتشغيل والإعادة والجمالة لا يلزم منه أن يكتف عقد البناء والتشغيل على أنه عقد جمالة لورود الاعتراض عليه بالإضافة إلى الفروقات بين العقدين لأن عقد البناء والتشغيل الجمالة فيه طفيفة بينما في (عقد الجمالة الجمالة فيه أكبر).¹

ثالثا : تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على أنه عقد إجارة

من التكييفات المطروحة تكييف عقد البناء والتشغيل على أنه عقد إجارة ولا سيما عند ملاحظة ما بين عقد الإجارة ومرحلة التشغيل ذكره د.ناهد السيد.²

1-الإجارة في اللغة :

الإجارة مصدر أجازَ الأجر والتأجير هو ما أعطيت من أجر في عمل ومنه الثواب الذي يكون من الله عز وجل للعبد الصالح .

2-الإجارة في الاصطلاح :

أ- الحنفية : عقد على المنافع بعوض.³

ب- المالكية : تمليك منفعة غير معلومة زمنا معلوما بعوض معلوم.⁴

¹ - القرطبي ، البيان و التحصيل ، ج8ص417.

² - ناهد السيد ، تطبيق نظام البناء و التمليك ، ص27.

³ - السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، دك ، دت ، ج15ص74.

⁴ - ابن حطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تح : زكريا عميرات ، دار عالم الكتب ، الرياض ، طبعة خاصة ، 1423هـ/2003م ، ج5ص389.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

ج- الشافعية : عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم.¹

د- الحنابلة : عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً بمدة معلومة من عين معلومة أو موصوفة في الذمة أو عمل معلوم بعوض معلوم.²

3-حكمها :

إذا وقعت الإجارة صحيحة مستوفية الأركان والشروط الشرعية فهي جائزة .

أ- الدليل :

من القرآن : - قال الله تعالى : ﴿يَتَأْتِ بِإِسْتِجْرَةٍ﴾³

- قال تعالى : ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَّجَ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾⁴

- قال الله تعالى : ﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾⁵

من السنة : عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامةورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره " .⁶

¹ - الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة أَلغاز المنهاج على متن الطالبين للنووي ، دار المعرفة ، بيروت ، ط1 ، 1418 هـ / 1997 م ، ج2 ص427.

² - المرداوي ، الإنصاف ، ج6 ص3.

³ - القصص ، الآية 26.

⁴ - القصص ، الآية 27.

⁵ - الكهف ، الآية 77.

⁶ - رواه البخاري في صحيحه ، باب إثم من منع أجر الأجير ، ج3 ص90 ، رقم 2270.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

مطابقة عناصر عقد البناء والتشغيل والإعادة كما هي في عقد الإجارة

بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل يرى أصحاب هذا التكييف أن عناصر عقد الإجارة قد توفرت فيه بوضوح.¹

1/ المؤجر : هي الجهة مانحة الامتياز أو مالك الأرض أو من ينوب عنهما.
2/ المستأجر : هي شركة المشروع وهي شركة مقطوعة أو عدة شركات أو اتحادات مالية .

3/ العين المؤجرة : هي منفعة الأرض التي سينشأ عليها المشروع .

4/ الأجرة : وهي هنا مؤجلة مأخوذة شيئاً فشيئاً بموجب المنفعة من العين المؤجرة.²
وتتمثل في تسليم شركة المشروع المستأجرة للبناء الذي أنشأته شركة المشروع للجهة المانحة للامتياز بعد استثمارها له مدة العقد المتفق عليه .

المناقشة : مناقشة من كيف عقد البناء والتشغيل على عقد الإجارة

لم يسلم تكييف عقد البناء والتشغيل على عقد الإجارة من الاعتراض لوجود عدد الفروقات وهي :

- 1 - جهالة قيمة المشروع من حيث كون المشروع فقد جزءاً مهماً من قيمته بفعل الاستخدام وتكون بعض المرافق قد اُهتلك جزئياً مما يجعل قيمة الأجرة مجهولة .³
- 2 - تأخير وقت استحقاق الأجرة حيث أنها تُؤجل تُؤخر بعد إتمام المشروع وهو

¹ - أحمد محيي ، تطبيق نظام البناء و التملك ، ص14.

² - المرجع نفسه ، تطبيق نظام البناء و التملك ، ص14.

³ - المرجع نفسه ، ص15.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

أمر يخالف أحكام الإجارة.¹

3 - الأجرة فيه ليست نقوداً إنما منفعة وهي تشغيل المشروع وتسليمه للمستأجر بعد استعماله مدة معينة وهو مجهول القيمة عند التسليم.²

الاستنتاج :

فبالرغم من وجود التشابه بين عقد الإجارة وعقد البناء والتشغيل في جوانب عدة فإن عقد البناء والتشغيل لا يصح تكييفه على أنه عقد إجارة . والأصل أن المغايرة في الأسماء تقتضي المغايرة في الحقائق ويعتبر أن عقد الإجارة مرحلة من مراحل تنفيذ عقد البناء والتشغيل وهي المرحلة الثانية منه .

رابعاً : تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على أنه عقد إقطاع

من التكييفات المطروحة لعقد البناء والتشغيل على أنه عقد إقطاع.

1- الإقطاع في اللغة :

الإقطاع مصدره أقطعه إذا ملكه أو أذن له بالتصرف في الشيء والإقطاع تعيين قطعة من الأرض لغيره .

2- الإقطاع في الاصطلاح :

أ - ما يختص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات.³

¹ - العثماني ، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية من الناحية الشرعية ، ص4.

² - شبير ، الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية ، ص13.

³ - المبارك فوري ، تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي ، بيت الأفكار الدولية ، عمان ، الأردن ، د،ت ، ج4ص633.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

ب - أو هو أن يجعل ولي الأمر رقبة الأرض لشخص من الأشخاص فيصبح مالكةا ومشغلها .¹

3- حكمه :

الإقطاع جائز

4-الدليل :

من السنة : ما رواه البخاري - رحمه الله - عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما - " أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقطع الزبير أرضا من أموال بني النضير " .²

ما رواه أبو داود - رحمه الله - عن علقمة بن وائل عن أبيه - رضي الله عنه - " أن الرسول صلى الله عليه وسلم أقطع وائل بن حجر أرضا بحضرموت " .³

مطابقة عناصر البناء والتشغيل والإعادة على عقد الإقطاع

بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل والإعادة يرى أصحاب هذا التكليف أن عناصر عقد الإقطاع قد توافرت فيه .⁴

1/ المَقْطَع : هو ولي الأمر أو الجهة الإدارية .

¹ - المصلح ، قيود الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ، ص287.

² - رواه البخاري في صحيحه ، باب ما كان النبي صلى الله عليه و سلم يعطي للمؤلفة قلوبهم ، ج4ص95 رقم 3151.

³ - رواه أبو داود في سننه ، تح : محمد محيي الدين عبدالحاميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت، د،ط ، د،ت ، باب في اقطاع الأرضين ، ج3ص173، رقم 3058.

⁴ - أحمد محيي ، تطبيق نظام البناء و التمليك ، ص17.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

2/ المَقْطَع له : المعمر للأرض الموات وهو شركة المشروع المتفق معها على إقامة البناء .

3/ محل العقد : الأرض المقطعة من الإمام لشركة المشروع أي الأرض المقام عليها المشروع .

المناقشة : مناقشة من كيف عقد البناء والتشغيل على عقد الإقطاع

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

1 - عقد الإقطاع : المقطع له غير مطالب بتقديم عوض للمقطع لأنه يشبه الهبة .¹

2 - أن الإقطاع يستهدف أولاً مصلحة المقطع بل إن من معاني الإقطاع العطية مع مراعاة المصلحة العامة كأنها مكافأة وليس كذلك في عقد البناء والتشغيل والإعادة فإن جوهره تمويل التنمية بغرض الإرتقاء بالمشروعات والمرافق العامة .²

3 - بأنه ليس من عقود المعاوضات خلافا لعقد البناء والتشغيل والإعادة الذي هو من عقود المعاوضات .³

الاستنتاج :

رغم وجود بعض التشابه في بعض أركان عقدي البناء والتشغيل والإقطاع لا يلزم منه أن يكتف على أنه إقطاع خاصة وأن عقد البناء والتشغيل فيه من الخصوصية ما يميزه عن الإقطاع لذا لا يصح تكييفه على أنه إقطاع .

¹ - الترابي ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، ص22.

² - بخيت - تطبيق عقد البناء و التشغيل ، ص29.

³ - شبير ، الخلو كأداة تمويلية ، ص13.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

خامسا : تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على عقد شركة مؤقتة

رجحت د.هند أن عقد البناء والتشغيل والإعادة بأنه شركة مقطوعة مؤقتة تكون فيها الدولة المضيفة شريك أول والمؤسسة المنفذة للمشروع أو الممولة له شريك ثانٍ وتنتهي هذه الشركة بنهاية الفترة المحددة وهو حكم التمويل بالمشاركة المؤقتة .¹

1- صورة هذه الشركة المؤقتة : هي نوع جديد من أنواع الشركات التي ظهرت بفعل التقدم في متطلبات حاجة الناس في الحياة الاقتصادية كما بين صورتها د. الفقي " شركة المحاصة هي شركة مؤقتة بين الأفراد لإنجاز عملية معينة وبعد انتهائها تنتهي الشركة ويقتسمون الأرباح والخسائر على مقتضى العقد المحرر بينهم ".²

2- حكم إنشاء الشركة :

الجواز سواء بين الأفراد أو بين الأفراد والدولة .

3-الدليل :

من القرآن : - قال الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾³

- قال الله تعالى : ﴿ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ ﴾⁴

¹ - ناهد السيد ، تطبيق نظام البناء و التشغيل ، ص 29،30.

² - الفقي ، فقه المعاملات دراسة فقهية ، دار المريخ ، الرياض ، ط 1 ، 1997م ، ص 304.

³ - النساء ، الآية 12.

⁴ - الزمر ، الآية 29.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

من السنة : روى أبي داود في سننه عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال " يقول الله تعالى أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما ".¹

مطابقة عناصر عقد الشراكة على عقد البناء والتشغيل والإعادة

بالنظر إلى حقيقة عقد البناء والتشغيل يرى أصحاب هذا التكيف أن عناصر الشركة المؤقتة توفرت فيه.²

1 / الجهة الإدارية : طرف أول في عقد الشركة المؤقتة .

2 / شركة المشروع : طرف ثان في عقد الشراكة المؤقتة .

3 / محل العقد : إنشاء المشروع المتفق عليه مناصفة بين الطرفين .

المناقشة :

يعترض عليه : أن الدولة تلجأ إلى تنفيذ عقد البناء والتشغيل والإعادة للتخفيف من ميزانية إنشاء البنية التحتية فكيف ستحقق ذلك عن طريق المشاركة المؤقتة . يمكن القول إنه في الشركة المؤقتة 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 المؤقتة.³

¹ - رواه أبو داود في سننه ، باب الشركة ، ج3 ص256 ، رقم 3383.

² - ناهد السيد ، تطبيق نظام البناء و التمليك ، ص28.

³ - الفقهي ، فقه المعاملات ، ص304.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

الاستنتاج :

عدم إمكان تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة على الشركة المؤقتة لأن هذه الشركة لا تتمتع بشخصية اعتبارية ويقتصر أثرها على أطرافها كسائر العقود ولا يلتزم هذا الغير أو يكتسب الحقوق إلا في مواجهة من تعامل معه من الشركاء فقط .

الاتجاه الثاني: عقد البناء والتشغيل والإعادة من العقود المستحدثة

يرى أصحاب هذا الرأي أن عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث لم يعرفه التشريع الإسلامي بتركيبته هذه فهو عقد مركب من عدة عقود تبرم¹.

وممن قال ذلك د.أبو سليمان و د.بخيت و د.داود وتبناه مجمع الفقه الإسلامي الدولي². لأنه لا مانع في الشرع من استحداث عقود مالية جديدة يتعارف عليها أهل زمان أو مكان تحقق لهم المصالح بحيث لا تتعارض مع قواعد التشريع ونصوصه .

العقود القديمة والحديثة وجدت من أجل تنظيم حياة الإنسان في المعاملات المالية بينه وبين غيره من الناس في مجتمعه التي أخذت بالتطور ومواكبة الحياة المدنية التي أصبحت أكثر تعقيدا وهذا التطور لا بد أن يلحقه تطورا ينشأ عن إبرام عقود جديدة عجزت عن تغطيتها العقود القديمة فظهرت تلك العقود المالية المستحدثة لتواكب مراعاة مصلحة الناس وفق شرع الله تعالى ولفظ العقود المستحدثة استخدم الفقهاء لها تسميات من بينها المسائل المستجدة , النوازل , الوقاعات , المعاملات المالية المعاصرة³

¹ - بخيت ، تطبيق عقد التشييد و الاستغلال و الإعادة ، ص30.

² - هارون خلف عبد الدلو ، عقد البناء و التشغيل ، ص52.

³ - أبو هريبد ، عقود المناقصات في الفقه الإسلامي ، ص15،16.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

1- مشروعية العقود المستحدثة :

أ- من القرآن : - قال الله تعالى : ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾¹

والمعنى أصول البيع كلها مباحة إلا ما استثناه الشرع بالنهي عنه.

- قال الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ

تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾²

أي لا تتعاطوا الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال.

- قال الله تعالى : ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾³

الوفاء بالعهود والعقود وهذا عام يشتمل جميع العقود إلا ما استثناه الشرع .

ب- من السنة ما رواه عمرو بن عوف عن أبيه عن جده - رضي الله عنه - قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم " الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما والمسلمون على شروطهم"⁴

الأصل في الشروط الإباحة إلا ما عارض حكم الله وحكم رسوله صلى الله عليه وسلم .

¹ - البقرة ، الآية 275.

² - النساء ، الآية 29.

³ - المائدة ، الآية 1.

⁴ - رواه ابن ماجه في سننه ، تح : محمد ف اد عبد الباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، د، ط ، د، ت، باب الصلح ، ج2 ص788، رقم 2353.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

ج- من المعقول : الأصل في الأشياء والأفعال العادية الإباحة والعقود والشروط تعتبر من الأفعال فينسحب عليها حكم الإباحة حتى يقوم عليها دليل على المنع والتحريم ومما يدل عليه قال الله تعالى : ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾¹

وهذه العقود المستجدة حتى تُقبل يجب أن تكون بضوابط :²

- أن يكون العقد المستجد غرضه تحقيق مصلحة معتبرة .
- أن يخلو هذا العقد من الربا وشبهته والغرر الفاحش والغش والتدليس .
- أن لا يؤدي إلى ضرر بالآخرين أو حرمان ذي حق من حقه .
- أن لا يخالف هذا العقد نصاً أو إجماعاً صريحاً في موضوعه .

المناقشة :

1- يعترض عليه : أن العقد المستحدث وإن أبيع في أصله فقد يطرأ عليه من الشروط ما يغير حقيقته فيكون متردداً بين عدة عقود وهذا ينافي مقاصد الشريعة والتي منها ثبات العقود واستقرارها.³

2- اعترض عليه لا نسلم بوجود الفرق بين عقد البناء والتشغيل والإعادة وجميع العقود الفقهية المعروفة بل هو مطابق لأحد هذه العقود.⁴

¹ - الأنعام ، الآية 119.

² - مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، مجموعة من المؤلفين ، العدد 10 ص 969.

³ - خالد الرشود ، العقود المبتكرة لتمويل و الاستثمارات بالصكوك الإسلامية ، ص 110.

⁴ - المرجع نفسه ، ص 110.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

الاستنتاج :

لا مانع من الحكم عليه بكونه عقدا مستحدثا يخضع للدراسة الفقهية ويؤصل له ويحفظ ضمن العقود المشروعة والتزام ضوابطها فالفقه غني بالكثير من العقود وجدت لتيسير حياة الناس فلما لا يكون هذا واحدا منها .

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث :الحكم الشرعي و المقاصد المرجوة من عقد البناء والتشغيل والإعادة

في هذا المبحث نتطرق إلى بيان حكم عقد البناء والتشغيل وماهي المقاصد المرجوة منه .

المطلب الأول : الحكم الشرعي لهذا العقد

بعد إيراد أقوال الفقهاء في تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة ومناقشة أدلة كل اتجاه نأتي إلى بيان حكم عقد البناء والتشغيل والإعادة وقبل بيان حكمه نشير إلى عناية التشريع الإسلامي بالمرافق العامة والدعوة إلى إنشائها فبالنظر إلى أدلة الشرع نجدها تدعو إلى عمارة الأرض واستصلاحها بما يخدم حاجة المجتمع بل نجد نصوصا قرآنية وأحاديث نبوية تدعو إلى عمارتها قال الله تعالى : ﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ﴾¹

ومن السنة : روى الامام مسلم عن أبي الزبير عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل على أم مبشر الأنصارية في نخل لها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم هذا النخل أمسلم أم كافر فقالت بل مسلم فقال لا يغرس مسلم غرسا ولا يزرع زراعا فيأكل منه إنسان ولا دابة ولا شيء إلا كانت له صدقة "²

فخلاصة القول أنه مما سبق لنا أن عقد البناء والتشغيل والإعادة وإن كان بينه وبين بعض العقود التي تم تكييفه عليها تشابه ليس بالقليل إلا أن المطابقة تماما ليست متحققة بل ينظر إليه عقدا مستحدثا ومستقلا تطبق عليه القواعد العامة للعقود في الفقه الإسلامي قال د.محي الدين قره داغي " وإذا نظرنا إلى هذا العقد فنجد أن مقاصد الشريعة في إجراء العقود متوافرة فيه وأنه حسب ظاهره ومن حيث هو عقد ليس فيه

¹ - المائدة ، الآية 2.

² - رواه مسلم في صحيحه ، باب فضل الغرس و الزرع ، ج3ص1188، رقم 1552.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

مخالفة أو تعارض مع نص شرعي لذلك يبقى على أصل الجواز والصحة والمشروعية.

قال ابن عاشور : " ومحافظة على مقصد الزواج في المعاملات شرّعت عقود المعاملات لنقل الحقوق بمعاوضة أو بتبرع فإذا استوفت شروطها فهي صحيحة وبصحة العقد يترتب أثره." ¹

الاستنتاج :

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

المطلب الثاني : مقاصد الشريعة من نظام عقد البناء و التشغيل و الإعادة

لا بد لصحة أي عقد قديم أو حديث أن يتطابق مع المقاصد الشرعية و المصالح الشخصية التي لا تتعارض مع مبدأ من مبادئ الشريعة ، و هذه قاعدة مهمة في صحة العقود قديمها و حديثها ، لهذا فمن الضروري البحث عن هذا المعيار الشرعي بعد صحة العقود من ناحية الشروط و الأركان و خلوه من أسباب الفساد و البطلان ².

¹ - محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة ، تح : محمد الطاهر ميساوي ، دار النفائس ، الأوقاف ، دط ، دت ، 465.

² - جريدة العرب الاقتصادية ، عبداللطيف القرني ، الأربعاء 22 ديسمبر 2010م ص4.

الفصل الثاني : عقد البناء والتشغيل والإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية

و قد جمع هذا العقد من مقاصد الشريعة ما لم يجتمع في عقد آخر من حيث شمول مقاصده الشرعية للمجتمع و الأفراد و نمو الأموال ، ما لم يجتمع في كثير من العقود الحديثة ، و من أهم هذه المقاصد الشرعية نذكر¹ :

- 1- تلبية حاجة المجتمع الإنساني و إسهامه في توفير سبل الراحة للفرد و الجماعة بأسلوب علمي عملي محكم .
- 2- تنمية الأموال و استثمارها بطرق مشروعة فيما يفيد المجتمع الإنساني من المشروعات المدنية .
- 3- تخفيف الأعباء المالية عن الدول و بخاصة الفقيرة .
- 4- صيانة الممتلكات و المحافظة عليها للاستفادة منها لوقت أطول .
- 5- توفير الخبرات اللازمة و تأهيل المجتمعات النامية لأعمال الانشاء و خدمات الصيانة للاستقلال بأعمالهم مستقبلا .
- 6- نزع فتيل الخلاف و ذلك بدقة العقد و تفصيل الحقوق و الواجبات لجميع الأطراف بما يمنع الخصومة و هو المعتاد في مثل هذه العقود إذ كلما كانت بنود الاتفاق دقيقة مفصلة محكمة توضح حقوق كل طرف في العقد يكون هذا أدعى لمنع الخصومة .

¹ - عبدالوهاب ابراهيم أبو سليمان ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، مجمع الفقه الإسلامي ، منظمة المؤتمر الإسلامي ، الدورة 13 ، الشارقة ، 1429هـ/2008م .ص13.

الخاتمة

الـخاتمة

من خلال التعمق في هذا العقد عقد البناء والتشغيل والإعادة والبحث عن جوهره توصلنا الى هذه النتائج على النحو التالي :

1- عقد جديد مستحدث من نتاج الحياة المعاصرة يسهم في تطوير مرافق المجتمع المدني.

2- أن عقد البناء والتشغيل والإعادة يمثل المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى إحدى الشركات وذلك لإنشاء مرفق عام .

3- أن عقد البناء والتشغيل والإعادة يرمز له بال B.O.T

4- أن هذا العقد هو البديل الذي يحفظ هوية الدولة من الاقتراض محليا أو خارجيا لإنشاء المشاريع الحيوية من البنى التحتية والمرافق العامة .

5- أن عقد البناء والتشغيل والإعادة جائز من الناحية الشرعية بضوابط محددة أهمها خلوه من المحظورات الشرعية كالربا و ألا تكون مدته طويلة جدا وألا تكون كلفة الاستفادة من المشروع مرتفعة وألا يكون في المشاريع الحساسة التي تتعلق بأمن الدولة وعدم التبعية الاقتصادية للبلدان الأجنبية .

6- يتميز هذا العقد بأنه يوفر مرافق للبلاد من دون إثقال ميزانية الدولة ماليا كما انه من إحدى السبل لتدريب العمالة الوطنية ونقل التكنولوجيا .

7- توظيف عقد البناء والتشغيل في المشروعات العامة والخاصة للتقليل من حجم البطالة وغالبا ما تكون الأيدي وطنية .

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

الـخاتمة

9- تتحقق من خلال هذا العقد الكثير من المقاصد الشرعية ومقاصد المكلفين المبنية على المصالح المعتبرة شرعا منها توفير المرافق العامة المدنية، تنمية المال واستثماره بطرق شرعية، جلب الخبرات القضاء على البطالة

الاقتراحات

** على الدولة المضيفة لنظام عقد البناء والتشغيل والإعادة بضرورة فرض نظام صارم للرقابة على المشروعات وعدم السماح للمستثمر الأجنبي بارتهاق الاقتصاد الوطني لصالح القوى الاقتصادية .

** على الدولة أن تتخذ أقصى درجات الحيطة والحذر عند إبرامها لهاته العقود وعدم التسرع فيها بل يجب أن يسبق ذلك كله الدراسة الوافية .

** فرض الرقابة على شركات المشروع العاملة في تنفيذ مشروعات البنى الأساسية وذلك حرصا على إنجاز هذه المشروعات الحيوية على أكمل وجه وفي التوقيت الزمني المتفق عليه وأن تكون مدة الاستغلال قصيرة .

** التوسع في تفعيل هذا العقد في جذب الاستثمارات ورؤوس الأموال الخارجية بهدف التكسب وتحقيق الربح .

** استغلال عقد البناء والتشغيل في تنفيذ مشروعات البنى التحتية وما تتطلبه الحياة المجتمعية من مشروعات تحقيق العيش الكريم .

و الله المستعان وهو نعم المولى ونعم النصير

وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

فهارس الرسالة :

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس تراجم الأعلام
- فهرس المصادر و المراجع
- فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية :

الرقم	طرف الآية	السورة و رقم الآية	الصفحة
1	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	البقرة 275	45
2	﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾	النساء 29	45
3	﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾	النساء 12	42/21
4	﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة 01	45/21
5	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾	المائدة 02	20
6	﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾	الأنفال 60	20
7	﴿قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	يوسف 72	35
8	﴿قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾	الكهف 77	38
9	﴿يَتَأَبَّتْ وَاسْتَجِرَّهُ﴾	القصص 26	38
10	﴿عَلَى أَنْ تَاجِرُنِي ثَمَنِي حَبِيجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ﴾	القصص 27	38
11	﴿ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا رَجُلًا فِيهِ شُرَكَاءُ﴾	الزمر 29	43

فهرس الأحاديث النبوية :

الرقم	طرف الحديث	الراوي	الصفحة
1	" أنا ثالث الشريكين "	البیهقي	21
2	" يكره ان يستأجر العرصة "	ابن أبي شيبة	28/22
3	" و هم يسلفون السنة و السنتين و الثلاث "	رواه مسلم	31
4	" اصطنع خاتما من ذهب "	رواه البخاري	31
5	" جعل يقرأ بأمر القرآن "	رواه البخاري	35
6	" ثلاثة أنا خصمهم "	رواه البخاري	38
7	" أقطع الزبير أرضا "	رواه البخاري	40
8	" أقطع وائل بن حجر أرضا في حضرموت "	رواه أبو داود	40
9	" أنا ثالث الشريكين "	رواه أبو داود	43
10	" صلح جائز بين المسلمين "	رواه ابن ماجه	45
11	" هذا النخيل أمسلم أم كافر "	رواه مسلم	47

فهارس الرسالة :

فهرس الأعلام المترجم لهم :

الرقم	اسم الشهرة	الاسم الكامل	الصفحة
1	ابن القصار	محمد بن القاسم بن محمد بن علي	28

فهرس المصادر و المراجع :

القرآن الكريم برواية ورش .

- 01- ابن أبي شيبة ، المصنف ، مكتبة الرشد ، المملكة العربية السعودية ، ط 1
- 02- ابن القيم الجوزية ، أعلام الموقعين ، تح : طه عبدالرؤوف سعد ، مكتبة الكليات الأزهرية ، القاهرة ، 1968م
- 03- ابن خطاب ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، تح : زكريا عميرات ، دار عالم الكتب ، الرياض ، طبعة خاصة ، 1423هـ/2003م
- 04- ابن رشد الحفيد ، بداية المجتهد و نهاسة المقتصد ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ط 4 ، 1395هـ/1975م
- 05- ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، 1992م
- 06- ابن عثيمين ، الأصول من علم الأصول ، دار ابن الجوزي ، د،ط ، 1426هـ
- 07- ابن ماجه في سننه ، تح : محمد ف اد عبدالباقي ، دار إحياء الكتب العربية ، د،ط ، د،ت
- 08- أبو داود في سننه ، تح : محمد محيي الدين عبدالحميد ، المكتبة العصرية ، صيدا ، بيروت، د،ط ، د،ت
- 09- أحمد الحسني ، دراسة شرعية اقتصادية لخصخصة مشاريع البنية التحتية ، جامعة أم القرى ، ط تمهيدية
- 10- أحمد محيي ، تطبيق نظام البناء و التمليك، د،ط ، د،ت .

- 11- البيهقي ، السنن الكبرى ، تح : محمد عبدالقادر عطا ، دار الكتب العلمية ، 1424هـ/2003م ، ط3.
- 12- إلياس ناصيف ، العقود الدولية عقد البوت B.O.T في القانون المقارن ، ط2 ، 2011
- 13- أمل بشبيشي ، نظام البناء و التشغيل و التحويل B.O.T سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية ، العدد35 ، نوفمبر 2004م
- 14- البخاري ، الصحيح ، دار طوق النجاة ، ط1 ، 1422هـ
- 15- البهوتي منصور يونس - كشف القناع ، تح : محمد حامد عبدالحميد ، دار عالم الكتب ، الرياض ، طبعة خاصة ، 1423هـ/2003م
- 16- جابر جاد نصار ، عقود البوت و التطور الحديث لعقد الإلتزام ، دار النهضة العربية القاهرة، ط1، 2002
- 17- حميد لطيف الدليمي ، العقود الهندسية مؤسسة مرتضى للكتاب العراقي ، بيروت ، 2011
- 18- حميد لطيف نصيف ، تنفيذ مشاريع البنية الأساسية باستخدام عقود البناء والتشغيل والنقل ، دار الكتب والوثائق ، بغداد ، 2012م
- 19- حسن محمد علي حسن البنان ، مبدأ قابلية قواعد المرافق العامة للتغير و التطوير ، كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، 2005م
- 20- الذهبي ، سير أعلام النبلاء، تح : شعيب الأرنؤوط ، مؤسسة الرسالة ، ط3 ، 1405هـ/1985م .

21. الرشود ، العقود المبتكرة للتمويل و الاستثمار للصكوك الإسلامية ، كرسي سابق
لدراسة الأسواق المالية الإسلامية ، 1434هـ/2014م
22. الرصاع ، شرح حدود ابن عرفة ، تح : أحمد أبو الأجفان الطاهر المعموري ،
دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، ط1 ، 1993م
23. الرملي ، نهاية المحتاج ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط3 ، 1424هـ/2003م
24. الزحيلي وهبة ، أصول الفقه الإسلامي ، دار الفكر ، سوريا ، دمشق ، ط4 ،
د،ت
25. السرخسي ، المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، د،ت
26. شامل هادي نجم العزاوي ، إلتزامات المتعاقد في عقود التشييد و التشغيل و نقل
الملكية ، المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة ، ط1، 2016م
27. شبير محمد عثمان ، التكييف الفقهي للوقائع و المستجدات الفقهية ، دار القلم ،
دمشق
28. الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة أَلغاز المنهاج على متن الطالبين للنووي ،
دار المعرفة ، بيروت ، ط1، 1418هـ /1997م
29. العثماني ، عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية من الناحية الشرعية، د،ط ،
د،ت .
30. علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،
1415هـ/1995م
31. الفقي ، فقه المعاملات دراسة فقهية ، دار المريخ ، الرياض ، ط1 ، 1997م

32. قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي ، رقم 182 (19/8) بشأن تطبيق نزام البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة في دورته 19 ، إمارة الشارقة من 1-5 جمادى الأولى 1430هـ الموافق ل26-30 أبريل 2009 م مجلة المجمع الفقه الإسلام عدد 19

33. القرافي شهاب الدين ، الذخيرة ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1

34. القرطبي ابن رشد الجد ،البيان و التحصيل ، دار الغرب الإسلامي ، بيروت ، لبنان ، ط1404هـ /1984م

35. المبارك فوري ، تحفة الأحوزي شرح جامع الترمذي ، بيت الأفكار الدولية ، عمان، الأردن ، د،ت

36. المتنقى من أحاديث المصطفى صلى الله عليه وسلم للدكتور عكرمة سعيد صبري، د،ط ، د،ت.

37. محمد الطاهر ابن عاشور ، مقاصد الشريعة ، تح : محمد الطاهر ميساوي ، دار النفائس ، الأوقاف ، د،ط ، د،ت

38. محمد المتولي ، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية و التطبيق ، دار النهضة العربية القاهرة ، ط1 ، 2004 م

39. محمد بن أحمد الفتوحى ابن النجار ، شرح الكوكب المنير ،تح : محمد الزحيلي ، وزارة الأوقاف السعودية ، ط1 ، 1413هـ/1993م

40. محمد بهجت عبدالله القايد ، إقامة المشروعات الاستثمارية وفقا لنظام البناء و التشغيل و الإعادة، دار النهضة العربية القاهرة ، د،ط ، د،ت

41. محمد حسن مرعي ، الجزاءات الجنائية و المالية في العقود الإدارية ، المركز العربي للدراسات و البحوث العلمية ، ط1 2017
42. محمد عثمان شبير ، الخلو كأداة لتمويل المشاريع العقارية ، المعهد العالي ، جامعة آل البيت ، المؤتمر الأول " صيغ مبتكرة للتمويل المصرفي "
43. المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، تح : محمد حامد الفقي ، ط1 ، 1375هـ/1956م
44. مسلم ، الصحيح ، دار طيبة للنشر ، ط1 ، 1426هـ/2006م
45. معوش شادية ، مزايا راضية ، تطبيقات عقد البناء و التشغيل و نقل الملكية في الجزائر 2016م
46. ناهد السيد علي حسن ، حقيقة نظام البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T
47. نزيه حماد قضايا فقهية معاصرة في المال و الاقتصاد ، دار القلم ، دمشق ، ط1 ، 2007م
48. هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ، قسم المال و الاقتصاد ، 1435هـ/2014م
49. الحاكم ، المستدرك على الصحيحين ، تح : مصطفى عبدالقادر عطا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ط1 ، 1411هـ/1990م .
- الرسائل الجامعية :
50. أبو هريبد عاطف محمد حسين ، عقد الصيانة و تطبيقاتها ، رسالة دكتوراه ، 2011م

أحمد رشاد محمود سلام ، عقد الإنشاء و الادارة و تحويل الملكية B.O.T في مجال العلاقات الدولية الخاصة ، رسالة دكتوراه ، إشراف : د. أحمد قسمت الجداوي ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 2003م

51. أحمد عبدالله مطيع العازمي ، عقود B.O.T طبيعتها و آثارها في دعم مشاريع الدول النامية، رسالة دكتوراه في الشريعة ، تحت إشراف : أ.د محمد عبدالرحيم محمد، كلية دار العلوم ، قسم الشريعة ، جامعة المنيا ، 1429هـ/2008م

52. أحمد هادي مدلول محمد الطائي ، التزامات و حقوق طرفي الرابطة العقدية في عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية ، رسالة ماجستير ، معهد البحوث و الدراسات العربية ، قسم البحوث و الدراسات القانونية ، المنظمة العربية للتربية و العلوم ، جامعة الدول العربية ، القاهرة ، 2009م

53. أسامة طه حسين العاني ، النظام القانوني للمرافق العامة الاقتصادية في العراق ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، 2012م

54. دويب حسين صابر عبدالعظيم ، الاتجاهات الحديثة في عقود الالتزام و تطبيقاتها على عقود البناء و التشغيل و نقل الملكية البوت ، رسالة دكتوراه ، إشراف : أ.د. ثروت عبدالعالي أحمد ، كلية الحقوق ، جامعة أسيوط ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2006م

55. صبوع صهيب ، النظام القانوني لعقد البناء و التشغيل و نقل الملكية و تطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير ، إشراف : أ - موسى زهية ، كلية الحقوق ، قسنطينة ، 2013

56. هارون خلف عبدالدلو ، عقد البناء و التشغيل و الاعادة في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية الشريعة و القانون ، جامعة غزة

57. هارون خلف عبدالدلو ، عقد البناء و التشغيل و التحويل و تطبيقاته في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، كلية الشريعة و القانون ، الجامعة الإسلامية غزة ، 2015

58. وليد مصطفى الطراونة ، إلتزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B.O.T ، رسالة ماجستير في القانون العام ، إشراف : أ.د محمد علي الشباطات ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الأوسط ، 2014م

المجلات العلمية :

59. مجلة الرافدين للحقوق ، أبو بكر أحمد عثمان ، عقود البوت و متطلبات تطبيقها في العراق ، العدد 38، سنة 2008م

60. مجلة العلوم الاقتصادية البويرة ، رشيد فراح ، كريمة فرحي ، تنفيذ مشاريع البنية التحتية بنظام B.O.T لتحقيق التنمية الاقتصادية و الاجتماعية نماذج تطبيقية

61. مجلة علوم الشريعة و القانون ، أحمد شحادة أبو سرحان ، عقد البوت حقيقته و تكييفه الفقهي و حكمه الشرعي ، العدد 3، 2019

62. مجلة كلية القانون عارف صالح مخلف ، علاء حسين علي ، عقد البوت في التنظيم القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ، بحث منشور، جامعة الأنبار ، العدد الأول 2010

63. مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، أبو سليمان عبدالوهاب ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، بحث مقدم للدورة 19 لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في الشارقة

64. مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، أبو غدة عبدالستار ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة ، بحث مقدم للدورة 19 ، الشارقة ، مجمع الفقه الإسلامي ، 2009م

65. مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، الترابي ، عقد البناء و التشغيل و الإعادة التكييف
الفقهي و الحكم الشرعي ، بحث مقدم للدورة 19 ، الشارقة ، 2009م

66. مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، عكرمة سعيد صبري ، عقد البناء و التشغيل و
الإعادة في تعمير الأوقاف و المرافق العامة

67. مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي ، خالد الرشود ، تطبيق عقد البناء و التشغيل
و الإعادة

فهرس الموضوعات :

أ.....	مقدمة
1.....	الفصل الأول : ماهية عقد البناء و التشغيل و الإعادة
2.....	المبحث الأول : مفهوم عقد البناء و التشغيل و الإعادة
2.....	المطلب الأول : توصيف عقد البوت
3.....	المطلب الثاني : تعريف عقد البوت
6.....	المبحث الثاني : أطراف عقد البوت و صورته
6.....	المطلب الأول : أطراف عقد البوت
10.....	المطلب الثاني : أشكال عقد البوت
13.....	المبحث الثالث : امتيازات عقد البوت و عيوبه
13.....	المطلب الأول : الامتيازات
14.....	المطلب الثاني : العيوب
18....	الفصل الثاني : عقد البناء و التشغيل و الإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية
19.....	المبحث الأول : رأي الفقهاء القدامى و نظام عقد البناء و التشغيل
19.....	المطلب الأول : رأي الفقهاء القدامى و نظام عقد البوت
24.....	المبحث الثاني : الضوابط الشرعية والتكييف الفقهي لعقد البوت
24.....	المطلب الاول : الضوابط الفقهية

المطلب الثاني : التكيف الفقهي	25
المبحث الثالث: الحكم الشرعي و المقاصد المرجوة منه.....	49
المطلب الأول : الحكم الشرعي	49
المطلب الثاني : مقاصد الشريعة من هذا العقد.....	50
الخاتمة	51
اقتراحات	53
فهارس الرسالة	54
فهرس الآيات القرآنية	55
فهرس الأحاديث النبوية	56
فهرس الأعلام	57
فهرس المصادر و المراجع	56
فهرس الموضوعات	66
الملخص باللغتين.....	67

ملخص :

تعالج هذه المذكرة موضوع عقد البناء و التشغيل و الإعادة في ضوء الشريعة الإسلامية، حيث أن هذا الموضوع لم يتفرد بالدراسة كعنوان مستقل وكانت محاوره تدور حول مفهوم عقد البناء و التشغيل و الإعادة و أهم صوره و الامتيازات و العيوب ، كما تناول أيضا التكييف الفقهي لعقد البوت و حكمه الشرعي و أهم المقاصد، و في الأخير خاتمة تناولت أهم النتائج المتوصل إليها و التوصيات .

الكلمات المفتاحية : عقد البوت ، الشريعة الاسلامية ، الفقه .

Abstract:

This memorandum deals with the issue of construction , operation and restoration contract in light of Islamic law , whereas this topic is not unique to the study as an independent title , and his discussions revolved around the concept of construction , operation and restoration contract , its most important forms , and its advantages and disadvantages , he also dealt with the jurisprudential conditioning of the B.O.T contract , its legal ruling and the most important objectives, finally , in conclusion, I dealt with the most important findings and recommendations.

Key words : B.O.T , Islamic law , Jurisprudence