

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الفصل الأول

المفهوم القانوني والأسس الشرعية لعقد البناء والتشغيل والتحويل

B.O.T

الفصل الأول

المفهوم القانوني والأسس الشرعية لعقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

يعتبر عقد البناء والتشغيل والتحويل من العقود الحديثة نسبياً، لذلك فإن الفقه لم يتفق حتى في تسميته لهذا العقد، حيث تعددت التسميات التي أطلقت عليه "عقد الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية - عقد البناء والتشغيل والنقل - عقد التصميم والتنفيذ والتشغيل والتسليم - عقد التشييد والاستغلال والتسليم وغيره، كما يحدث في كثير من الأحيان الخلط بين عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T والعديد من العقود المماثلة التي تشابهه معه في بعض عناصره، لذلك كان لزاماً علينا وضع تحديد قانوني واضح لمفهوم عقد B.O.T حيث ماهيته وتميزه عن ما يتشابهه معه من العقود، واستشراف الفقهاء القدامى له، تمهيداً لما سيأتي من المباحث على طبيعته القانونية والأحكام القانونية في إبرامه وتنفيذه.

وللوصول إلى الغاية المبتغاة من هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، لنتناول في المبحث الأول ماهية عقد B.O.T بتعريفه واستخلاص سماته وخصائصه وبيان أركانه وشروط صحتها، ثم تميزه عن غيره من العقود المشابهة في مبحث ثاني، والتعرف على استشراف الفقهاء المسلمون القدامى في هذا النظام في مبحث ثالث، وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: ماهية عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

ونتولى أولاً تعريف العقد في مطلب أول، ثم نستعرض خصائصه في مطلب ثاني، ونتناول أركانه في

المطلب الثالث، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: تعريف عقد البناء والتشغيل والتحويل

عرف عقد البناء والتشغيل والتحويل باصطلاح B.O.T، وهو اصطلاح أنجلو سكسوني أطلق لأول مرة في تركيا خلال عقد الثمانينات من القرن الماضي، في ظل نهج الحكومة التركية لنظام اقتصادي جديد، تضمن إعداد المرافق العامة ومشروعات البنية الأساسية إلى القطاع الخاص، وقد لاقى هذا الاصطلاح رواجاً دولياً، وأصبحت له دلالة محدودة ومنضبطة في العمل الدولي.

واصطلاح B.O.T من اختصار الثلاث كلمات في اللغة الإنجليزية هي :

١ - كلمة Built ويشار إليها بالحرف (B)

٢ - كلمة Operate ويشار إليها بالحرف (O)

٣ - كلمة Transfer ويشار إليها بالحرف (T)

وقد ترجمت هذه الكلمات إلى اللغة العربية عدة ترجمات، وأخذ غالبية الفقهاء العرب سواء في مجال القانون أو غيره من المجالات بالترجمة الحرفية البناء والتشغيل ونقل الملكية، وأشاروا لها في مؤلفاتهم وفي العقود التي تولوا صياغتها^٨.

غير أننا واتفقاً مع ما ذهب إليه بعض الفقهاء^٩، آثرنا خلال هذه الدراسة استبدال اصطلاح نقل الملكية باصطلاح التحويل أو التسليم ، وذلك استناداً إلى عدم دقة اصطلاح نقل الملكية من الناحية القانونية،

^٨ أنس جعفر، ٢٠٠٧م. العقود الإدارية. مصر: دار النهضة العربية. ط ٤. ص ٦٦ - حسبو، عمر أحمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. مصر: دار النهضة العربية. ص ٩٨ - نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. مصر: دار النهضة العربية. ص ٣٨

باعتبار أن الطرف الخاص في عقد B.O.T لا يملك أصلاً المشروع محل التعاقد منذ البداية حتى يتسنى له ملكيته في نهاية مدة التعاقد كما سنبين تفصيلاً في المبحث الثاني من هذا الفصل عند الحديث عن عقد

B.O.O.T.

وبما أن اصطلاح B.O.T ليس اصطلاحاً قانونياً، إنما هو اصطلاح أفرزه الواقع العملي وتطور أساليب الاستثمار ونظم تمويل المشروعات الكبرى، وتنوع أنماط التنمية الاقتصادية، فكان من الطبيعي نتيجة لذلك أن يغلب على تعريف رجال القانون لهذا الاصطلاح الطابع الوصفي الذي يسعى إلى إبراز الخصائص والسمات الجوهرية التي يتسم بها، وتميزه في نفس الوقت عن غيره من أفكار واصطلاحات أخرى.

فذهب البعض إلى تعريفه بأنه اتفاق بين أحد الأشخاص المعنوية العامة وإحدى شركات القطاع الخاص — سواء كانت أجنبية أو وطنية أو مشتركة — بإنشاء أحد المرافق العامة، على حساب الشركة الخاصة وبنفقات منها، والقيام بالإدارة التشغيل لفترة زمنية محددة تحت إشراف الجهة الإدارية المتعاقدة ورقابتها، وتحصل الشركة الخاصة إيرادات تشغيل المشروع خلال مدة العقد، على أن تنتقل ملكية المشروع في نهاية المدة المتفق عليها إلى الشخص المعنوي العام، وبالحالة التي يمكن معها الاستمرار في تشغيله بذات الكفاءة التي كان عليها عندما كانت الشركة تتولى إدارته.

وعرفه البعض الآخر بأنه: عقد تعهد بمقتضاه الحكومة أو إحدى الوزارات أو الجهات الإدارية، إلى شركة وطنية أو أجنبية، بإنشاء مرفق عام وإدارته وتقديم خدماته إلى المحتاجين لها لمدة معينة، مع الحصول على رسوم تتقاضاها من المنتفعين مقابل ذلك، ثم تنتقل ملكية هذا المشروع إلى الدولة أو الجهة الإدارية

^٩ الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. مصر: دار النهضة العربية..

المتعاقدة في حالة جيدة قابلة لاستمرار تشغيله في نهاية المدة، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة في عقد الامتياز^{١١}.

وهذا من يعرفه بأنه: اتفاق تعهد بمقتضاه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة إلى أحد الأشخاص المعنوية الخاصة وطنياً أو أجنبياً أو مشتركاً، بإنشاء مشروع لإشباع حاجة عامة الأفراد على نفقته، ويتولى إدارته لمدة معينة تحت إشراف الدولة ورقابتها، ثم ينقل المشروع إلى الدولة بحالة جيدة في نهاية المدة^{١٢}.

كما عرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأنسيترال) بأنه: شكل من أشكال تمويل المشاريع تمنح بمقتضاه حكومة ما، مجموعة من المستثمرين يشار إليهم بالاتحاد المالي للمشروع امتيازاً لصوغ مشروع معين، وتشغيله وإدارته واستغلاله تجارياً لعدد من السنين، تكون كافية لاسترداد تكاليف الإنشاء إلى جانب تحقيق أرباح مناسبة من العائدات المتأتية من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً أو من أي مزايا أخرى تمنح لهم ضمن عقد الامتياز، وفي نهاية مدة الامتياز تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة دون أي تكلفة أو مقابل مناسب يكون الناتج الاتفاق عليها مسبقاً أثناء التفاوض على منح امتياز المشروع^{١٣}.

وأخيراً عرفته منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (يونييدو) بأنه: اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق العامة في الدولة، بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق. فيقوم هذا الشخص الخاص بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح له فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع، لتمكين ذلك الشخص

^{١١} حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٥١

^{١٢} المتولي، محمد. ٢٠٠٤م. الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة بين النظرية والتطبيق. مصر: دار النهضة العربية. ص ٥٦

^{١٣} تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأنسيترال) الدورة التاسعة والعشرين. نيويورك في ٢٨ مايو ١٤٠٠ يونيو ١٩٩٦ بعنوان (الأعمال المقبلة المتعلقة بمشاريع البناء والتشغيل ونقل الملكية) April 1996.A/CN.9/424.19 ص ٣

من استرجاع الأموال التي استثمرها، وفي نهاية المدة الزمنية المحددة، يلتزم الشخص المذكور بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخص خاص جديد يتم اختياره عن طريق الممارسة العامة^{١٤}.

ومن محمل التعريفات السابقة يمكننا أن نلخص عناصر عقد B.O.T ونوجزها فيما يلي:

أولاً: إنشاء المرفق أو المشروع المتفق عليه بما يشمل ذلك من دراسات جدوى ورسومات وتصميمات وتشديد وتجهيز للمرفق وإعداده بالشكل الذي يجعله صالحاً لتقديم الخدمة والمنفعة المبتغاة لجمهور المتفاعلين، ويتم ذلك كله على نفقة المتعاقد مع الإدارة وتحت رقابة وإشراف الإدارة المتعاقدة.

ثانياً: تشغيل المتعاقد مع الإدارة للمرفق وإدارته واستغلاله تجارياً، والحصول من ذلك على إيراد مناسب وفقاً لما منصوص عليه في العقد، بحيث يسترد تكاليفه التي تكبدها في تشييده، مع تحقيق هامش ربح معقول، وفي الوقت ذاته يقوم بتقديم الخدمة أو المنتج لجمهور المتفاعلين و المستهلكين بالنوعية والمستوى المتفق عليهما وفي المدة المحددة لذلك، ويلتزم بتطوير المرفق وصيانه والإبقاء عليه سليماً طوال مدة العقد.

ثالثاً: تسليم المرفق إلى جهة الإحالة المتعاقدة المالكة له أصلاً بحالة جيدة وصالحة للاستمرار في العمل وبدون مقابل، ويشمل التسليم جميع أصول المرفق الثابتة والمنقولة وكل ما هو لازم للتشغيل^{١٥}.

المطلب الثاني: خصائص عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

يتميز عقد B.O.T بالعديد من الخصائص التي يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً: عقد B.O.T يبرم بين طرفين الأول شخص معنوي عام والآخر من أشخاص القطاع الخاص.

^{١٤} دليل منظمة اليونيدو. ص ٣٨٨ مشار إليه لدى. الشهاوي، إبراهيم. ٢٠٠٣م. عقد امتياز المرافق العامة. دراسة مقارنة. دار النهضة العربية. ص ٤٥

^{١٥} حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ٩٨

عقد B.O.T هو صورة من صور عقود المشروعات الممولة من القطاع الخاص التي تكون الدولة أو أحد الجهات الإدارية التابعة لها الطرف الرئيسي فيها، وهي تقبل التعاقد مع شخص من أشخاص القطاع الخاص باعتبارها المالك للمرفق أو المشروع وهي التي تقف خلفه وتسانده وتحل مشاكله.

والقول السابق يعني أن دور الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة لا ينحصر في التوقيع على العقد فقط، بل تظل مهمتها قائمة في متابعة عمل الطرف الآخر والتأكد من جديته والتزامه بالتنفيذ حسب المواعيد المتفق عليها، ومتابعة عمليات الإنشاء والتأكد من جودة المنشآت ومطابقة المواد المستخدمة للمواصفات القياسية، والفتيش الرقابي على سير المرفق بعد إنشائه وحسن إدارته وصيانته واحتفاظه بصلاحيته حتى يتم تسليمه بعد انتهاء مدة العقد^{١٦}.

ومع أنه ليس هناك ما يمنع من أن يكون التعاقد وفقاً لأسلوب B.O.T بين طرفين من القطاع الخاص، حيث أثبت الواقع العملي أن الشركات الخاصة تلجأ إلى التعاقد وفق أسلوب عقد B.O.T باعتباره أحد أساليب التمويل، غير أن ذلك لا ينال من المفهوم المستقر عليه في العمل الدولي لهذا العقد، باعتبار أن وجود سلطة إدارية بوصفها الطرف الرئيسي في العقد هو أحد خصائصه ومميزاته الهامة^{١٧}. فعقود B.O.T نشأت وتطورت في رحاب الدولة وأشخاص القانون العام وثبتت نجاحها متى أحيطت بالضمانات والشروط التي تحافظ على المصلحة العامة وتحفظ حقوق المواطنين^{١٨}.

ثانياً: غاية عقد B.O.T تنفيذ مرافق عامة تقدم خدماتها للجمهور.

^{١٦} بدر، احمد سلامة. ٢٠٠٠م. العقود الإدارية وعقود البوت. مصر: دار النهضة العربية. ص ٢٧٣

^{١٧} دليل الأونسيترال التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة عن طريق القطاع الخاص . إعداد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأنسيترال) الأمم المتحدة . نيويورك ٢٠٠١ . بند ٦٨ وما يليه . ص ٢٢ ومل بعدها

^{١٨} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T . دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٢٦

المتأمل في عقود B.O.T يلاحظ أن الغاية أو الدافع الباعث إلى التعاقد فيها هو تنفيذ مرافق عامة اقتصادية تتسم بالأهمية ويناط بها إشباع حاجات عامة أو أداء خدمات ذات نفع عام، ومن ذلك على سبيل المثال مرافق مياه الشرب والكهرباء والغاز والسكك الحديدية والطرق والكباري والأنفاق والمطارات والموانئ والاتصالات وغيرها.

وقد كان تنفيذ تلك المرافق واستغلالها وتقديم خدماتها للجمهور حكراً على الدولة وأشخاص القانون العام التابعة لها، بحيث لم يكن يسمح للقطاع الخاص بالمشاركة في تقديم خدمات تلك إلى الجمهور. غير أنه بعد منتصف ثمانينات القرن الماضي أخذت كثيراً من الدول في السماح للقطاع الخاص بالمشاركة في إشباع الحاجات العامة التي تقدمها بعض أو كل تلك المرافق المذكورة وفقاً لأسلوب عقد B.O.T، مع إحاطة ذلك بالضمانات والشروط العامة التي من شأنها تحقيق المصلحة العامة وعدم إهدار مصالح المواطنين.^{١٩}

ثالثاً: ثبوت حق الدولة أو جهة الإدارة في الإشراف والرقابة إذا كان من المسلم به أن المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.T يقوم بإنشاء المرفق على نفقته ويكون له مقابل ذلك حق استغلاله والحصول على مقابل هذا الاستغلال، إلا أنه ليس مطلق اليد في ذلك، حيث إن الدولة أو الجهة الإدارية المتعاقدة تتمتع بحق الإشراف والرقابة على تشغيل المرفق وفقاً للمواصفات الهندسية والفنية المتفق عليها، كذلك لها حق الإشراف والرقابة على المتعاقد طوال مرحلة تشغيل المرفق واستغلاله، بحيث لا يجوز له أن يقدم خدماته للجمهور بأسعار تزيد على المتفق عليها، أو في صورة أقل جودة من تلك التي يحددها العقد.^{٢٠}

^{١٩} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٢٨

^{٢٠} حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٥٥ وما بعدها

ويرجع السبب في تحويل هذا الحق إلى أن الأمر يتعلق بمرافق عامة تتصل خدماتها بالجمهور اتصالاً وثيقاً، وأن المتعاقد ينوب عن الدولة أو الجهة الإدارية في تقديم خدمات هذه المرافق، وبالتالي كان من حق هذه الأخيرة أن من واجبها ممارسة حقها في الإشراف والرقابة على أداء تلك المرافق صوناً للمصلحة العامة وحفاظاً على مصالح المواطنين^{٢١}.

المطلب الثالث: أركان عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

طبقاً لعقود العامة فإن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، فالتراضي هو قوام العقد، والتراضي ينصرف إلى إنشاء الالتزام وكل التزام لابد له من محل وسبب، فالمحل والسبب ركنان في الالتزام، ولقد جرت العادة لدى غالبية الشراح على اعتبار المحل والسبب ركنين في العقد، على أساس أن عدم توافر المحل أو السبب يؤدي إلى بطلان الالتزام، وبالتالي بطلان العقد، وعلى ذلك فإنه لانعقاد العقد يلزم توافر هذه الأركان الثلاثة وهي الرضاء والمحل والسبب^{٢٢}.

ويقوم عقد B.O.T على غرار غيره من العقود على الأركان الثلاثة السابقة، والتي سنتعرض لها بإيجاز خلال هذا المطلب، وذلك على النحو التالي

أولاً: الرضاء

فالعقد أصلاً اتفاق رضائي، لا يعدو أن يكون توافق إرادتين على الأقل، وهاتين الإرادتين يجب أن تكونا متوافقتين.

^{٢١} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٣٠

^{٢٢} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. رسالة دكتوراه. مصر: كلية الحقوق. جامعة

وقد عبرت المادة ٨٩ من القانون المدني الليبي عن ذلك بقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني يتضح لنا أن الرضاء يستلزم ما يلي^{٢٣}:

- ١ _ التعبير عن إرادتين متطابقتين صادرتين من طرفين.
- ٢ _ أن يعلن كل طرف تعبيره للطرف الآخر لكي يعرفه.
- ٣ _ أن يتوافق كل من التعبيرين بحيث يكون كل من طرفي العقد يؤدي النتيجة الكلية التي يؤدي إليها العقد بأكمله.
- ٤ _ أن يكون التراضي صحيحاً، ولا يكون كذلك إلا إذا صدر عن شخص متمتع بالأهلية، وهي الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فيجب بالنسبة للأفراد أن يكون الشخص كامل الأهلية، وبالنسبة للأشخاص الاعتبارية يجب أن يمثلها المختص قانوناً في التعبير عن إرادتها والتعاقد نيابة عنها، وتلك قاعدة متعلقة بالنظام العام، فلا مخالفتها تبطل العقد.
- ٥ _ ألا تكون إرادة أحد الطرفين شاهداً يجب من العيوب الآتية:
 - أ _ الغلط: وهو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهيم غير الواقع، كأن تكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو على العكس من ذلك واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها، ويشترط في الغلط أن يكون جوهرياً، وهو يكون كذلك إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه عن إبرام العقد ولو لم يقع هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، ولما ينبغي في التعامل من حسن النية،

^{٢٣} انظر نصوص القانون المدني الليبي الصادر في ١١.٢٨.١٩٥٣ م. من المادة ٨٩ إلى المادة ١٣٠

وكذلك إذا وقع في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

ب - تدليس: ويقصد به استخدام طرق احتيالية لإيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد، ويشترط في الطرق الاحتيالية هنا أن تكون من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة.

ج - الإكراه: ويعني ضغط قاهر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، أي أنه يرجع إلى الرهبة النفسية التي تتواجد نتيجة الوسائل المادية التي تستعمل في الإكراه، وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامة الإكراه.

د - الغبن: وهو الإخلال الفادح في التوافق بين التزامات الطرفين لحظة إبرام العقد، ويجوز للقضاء في هذه الحالة إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد الغبول إذا تبين أنه لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً.

عليه إذا اشتمل الرضاء هذه الشروط كان صحيحاً، وبالتالي ينعقد العقد على الوجه السليم إذا ما توافرت بقية الأركان.

ثانياً المحل:

وهو الشيء الذي يلتزم المدين القيام به، والذي يظهر في نقل حق عيني أو عمل أو الامتناع عن عمل .

ويشترط في محل الالتزام أن يكون موجوداً أو ممكناً، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعين، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، وألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب وإلا كان العقد باطلاً، وذلك تطبيقاً للقواعد

العامّة، ولا يختلف عقد B.O.T في ذلك عن سائر العقود

ومحل الالتزام في عقد B.O.T مزدوج، فهو بالنسبة إلى المتعاقد مع الإدارة العمل المتعاقد على تأديته، أي المشروع أو المرفق المتعاقد على إنشائه أو الخدمة المتعاقد على أدائها للجمهور، أما بالنسبة إلى جهة الإدارة المتعاقدة، فهو تمكين المتعاقد معها من تشغيل المرفق واستغلاله طوال فترة التعاقد^{٢٤}.

ثالثاً السبب: والسبب هو الباعث الذي يدفع إلى التعاقد فهو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه، ولا جديد يمكن إضافته بالنسبة لعقد B.O.T في هذا الشأن، فيتعين أن يكون له سبب.

ويشترط لصحة ركن السبب أمرين:

الأول: أن يكون السبب موجوداً

الثاني: أن يكون مشروعاً^{٢٥}

ومنى وجود السبب توافر الغرض المباشر الذي يقصد إليه المتعقد، والذي لا يتغير في النوع الواحد من العقود، ويكون سبب الالتزام غير موجود إذا تم التعاقد والمتعاقدان يعلمان بعدم وجود السبب، أو كان

السبب صورياً صورية مطلقة

^{٢٤} انظر نصوص القانون المدني الليبي المواد من ١٣١ إلى ١٣٥

^{٢٥} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ١٢٠

^{٢٦} انظر نصوص القانون المدني الليبي المواد ١٣٦-١٣٧

أما مشروعية السبب فيقصد به ألا يكون سبب الالتزام مخالفاً للنظام العام والآداب، فإذا لم يكن سبب الالتزام مشروعاً على هذا النحو، كان العقد باطلاً، ومثال ذلك أن يكون الغرض من العقد إنتاج سلعة أو تقديم خدمة رديئة من شأنها الإضرار بصحة المجتمع^{٢٧}.

وننتهي مما سبق أن العقود بشكل عام ثلاثة أركان، هي الرضاء والمحل والسبب، ويوجد إلى جانبها ركن خاص واستثنائي يتعلق بالعقود الشكلية، وهو ركن الشكل.

والجزء الذي يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد بالنسبة إلى أركانه هو البطلان والبطالان نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد أو التصرف القانوني بوجه عام غير قائم، وأنه لم يقم أبداً، فهو يؤدي إلى إعلانه بآثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه^{٢٨}.

^{٢٧} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ١٢٤

^{٢٨} المرجع نفسه. ص ١٢٥

المبحث الثاني: تمييز عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T عن العقود المشابهة

ذكرنا سابقاً أن عقد B.O.T هو عقد من عقود تنفيذ المشروعات الممولة من القطاع الخاص التي يتولى فيها المتعاقد تنفيذ المشروع على نفقته الخاصة، وتأخذ هذه العقود في الواقع العملي صوراً عدة، لذلك قد يختلط الأمر عند البعض فيأخذ هذه العقود على شكل واحد دون تمييز بينها، كما توجد بعض العقود التي تتشابه مع عقد B.O.T في العديد من مراحلها، مثل عقد التأجير التمويلي، وعقد تسليم المفتاح، لذلك كان لزاماً علينا التطرق لتمييز عقد B.O.T عن تلك العقود التي تتشابه معه، وهو ما حاولنا التصديقه له خلال هذا البحث، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وغيره من عقود تنفيذ

المشروعات الممولة من القطاع الخاص

عقود تنفيذ المشروعات الممولة من القطاع الخاص هي أساليب للتعاقد تعتمد على التمويل الخاص، وتستخدم في المشروعات الكبرى، لاسيما مشروعات البنية الأساسية التي تستلزم موارد مالية كبيرة للقيام بها وإنجازها.

وقد عرفت لائحة العقود الإدارية النافذة في ليبيا وعلى وجه التحديد في المادة ١٤٣ والتي ورد فيها "يقصد بعقود المشروعات غير الممولة من الخزانة العامة: المشروعات الصناعية أو الخدمية أو مشروعات المرافق العامة مثل تحلية المياه ومعالجة مياه الصرف الصحي والطرق والنقل والاتصالات وتوليد الطاقة الكهربائية وغيرها، التي تطرحها الجهة أو الوحدة الإدارية، ويجري تمويل رأس المال اللازم لتنفيذها من أدوات التنفيذ كلياً أو جزئياً، أو من أي جهة غير ممولة من الخزانة العامة، وتتولى الجهات أو الوحدات الإدارية شراء أو تأجير أو استئجار المنتج أو الخدمة وفقاً للشروط التي يتفق بشأنها كما يجوز لأدوات

التنفيذ بيع المنتج أو الخدمة للأفراد مباشرة في الحالات التي تحددها الجهة أو الوحدة الإدارية، وهذه المشروعات إما مشروعات تمتلكها الجهات أو الوحدات الإدارية أو تمتلكها الجهات الخاصة بصفة مؤقتة.

وإذا كان عقد B.O.T يعد من أهم وأبرز هذه العقود وأوسعها انتشاراً كما سبق وأن أشرنا، إلا أنه ليس الوحيد في هذا الصدد، فقد أفرز الواقع العملي العديد من الصيغ المستحدثة لعقود تنفيذ المشروعات الممولة من القطاع الخاص، التي أشارت إليها العديد من المؤلفات، كما تناول الدليل التشريعي الصادر عن لجنة الإنستيتال بعضها، وإجمالاً يمكن تقسيم هذه الصيغ إلى ثلاث صور، نستعرضها على النحو التالي:

أولاً: عقد الإنشاء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

عرف هذا العقد باصطلاح B.O.O.T، وهو لا يختلف عن اصطلاح B.O.T إلا بإضافة حرف (O)، الذي يشير إلى كلمة (Own) بمعنى الملك، أي أن المتعاقد مع جهة الإدارة في ظل هذا الأسلوب يسمح له بامتلاك المرفق أو المشروع محل التعاقد. غير أن الفقه القانوني لم يتفق حول مدى دقة وصحة هذا الاصطلاح، وهل يمكن بالفعل الاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بامتلاك المرفق أو المشروع محل التعاقد خلال مدة العقد في ظل هذا الأسلوب من أساليب التعاقد مع القطاع الخاص.

فذهب جانب من الفقه القانوني إلى أن المتعاقد مع الإدارة في إطار هذا الأسلوب يسمح له بامتلاك المرفق محل التعاقد ملكية مؤقتة، ولمدة محددة يتفق عليها في العقد، يلتزم خلالها بتشغيل المرفق وتقديم

خدماته لجمهور المنتفعين، ويتقاضى رسوماً مقابل تقديم الخدمة، وبنهاية مدة العقد تنتقل ملكية المرفق إلى الجهة الإدارية المتعاقدة بدون مقابل.^{٣٠}

بينما ينهي جانب آخر من فقهاء القانون ما ذهب إليه الاتجاه السابق، وينقسم إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى أن المتعاقد مع الإدارة لا يمتلك المرفق في حد ذاته، بل أنه فقط يمتلك العناصر التي أوجدها، كالألات والأدوات والمعدات والأجهزة التي أحققها بالمرفق، بل إن ملكيته لهذه الأدوات لا تكون بصفة مطلقة وطول مدة العقد، إنما تقتصر على مرحلة واحدة فقط وهي المرحلة التي تكون فيها تلك الأشياء والموجودات أجزاء مستقلة عن المرفق ذاته، باعتبار أنه لم يحصل على مقابل تلك الموجودات من جهة الإدارة، أما عندما تصبح تلك الأشياء جزء لا يتجزأ من المرفق وذلك في مرحلة الاستغلال، فإنه لا محل للقول بملكية المتعاقد مع الإدارة لها، حيث تفقد تلك العناصر ذاتيتها وتصبح جزء من أموال الدولة، وبالتالي تلحقها الحماية المقررة للمال العام ويمتنع على المتعاقد مع الإدارة التصرف فيها.^{٣١}

وينتهي هذا الرأي إلى أن المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.O.T لا يكون له خلال هذه المرحلة إلا حق انتفاع يخوله استعمال المرفق واستغلاله والحصول على عائد ذلك طوال مدة العقد، وليس له تملك أصوله أو عناصره.

الاتجاه الثاني: ويذهب إلى القول بأن المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.O.T لا يمتلك المرفق في أي مرحلة من مراحلها سواء في مرحلة الإنشاء، أو في مرحلة التشغيل والاستغلال، إنما يكون له حيازة المرفق خلال مدة العقد والتي يقوم في نهايتها بإعادة المرفق إلى جهة الإدارة والتنازل عن حيازته لهذا المرفق، كما أن هذه الحيازة تكون على حق الانتفاع والاستغلال فقط.

^{٣٠} حسبو، عمر احمد. ٢٠٠٦م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٣٢ وما بعدها أنس جعفر،

٢٠٠٧م. العقود الإدارية. ص ٧٤ وما بعدها نصار، جابر جاد. ٢٠٠٢م. عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام. ص ٤٦ وما بعدها

^{٣١} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٤٤ وما بعدها

وينتهي هذا الرأي إلى القول بأنه ليس هناك فارق بين اصطلاح B.O.T واصطلاح B.O.O.T إلا في

الألفاظ، فالمتعاقد مع الإدارة في كلا العقدين لا يملك المرفق محل التعاقد في أي مرحلة من مراحله^{٣٢}.

ونحن نريد هذا الاتجاه الأخير فيما انتهى إليه، استناداً إلى أن المنطق العملي السليم لا يسمح بالاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بتملك المرفق ملكية مؤقتة، والعلة في ذلك أن فكرة التوقيت أساساً تتنافر مع طبيعة الملكية ومع العناصر التي تشتمل عليها، فمن أهم عناصر الملكية ما يعرف بسلطة التصرف التي تجيز للمالك أن يتصرف في حقه تصرفاً قانونياً، أو أن يستهلكه أو يتلفه مادياً على حد سواء، وأمام فكرة التوقيت ليس هناك إلا أحد احتمالين:

إما أن يمتنع على المالك ملكية مؤقتة أن يتصرف في الحق أو يتلفه حتى يعيده إلى المالك الأصلي - وإما أن يكون له الحق في ذلك فإذا امتنع عليه التصرف والإتلاف لما كان حقه حق ملكيته، وإذا أجاز له ذلك كانت ملكيته ملكية دائمة^{٣٣}.

والثابت في عقود B.O.O.T أن المتعاقد مع الإدارة ليس له أن يتصرف في المرفق أو في أصوله أو مكوناته، كما لا يجوز له رهن المرفق أو إثقاله بأي حقوق عينية أخرى ما لم توافق الجهة الإدارية على ذلك، كما لا يجوز لأي جهة أن تقوم بالحصول على أصول ومكونات المرفق مقابل ديون أو حقوق لها قبل المتعاقد مع الإدارة^{٣٤}.

كما لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يخالف المواصفات الفنية والهندسية أو شروط وضوابط التشغيل والاستغلال المتفق عليها في العقد، ولجهة الإدارة الحق في التفتيش والإشراف على ذلك طوال مرحلتى

^{٣٢} حامد، ماهر محمد. ٢٠٠٤. النظام القانوني لعقد الإنشاء والتشغيل وإعادة B.O.T. ص ٣٦

^{٣٣} البدرأوي، عبدالمعزم. ١٩٨٩م. حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها). د. ص ٢٣ وما بعدها

^{٣٤} الروي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٤٦ وما بعدها

الإنشاء والاستغلال للتأكد من وفاء المتعاقد بالتزاماته، وهو ما يؤكد خطأ القول بتملك المتعاقد مع الإدارة للمرفق بأي شكل من الأشكال، وفي أي مرحلة من مراحل العقد.

وننتهي مما سبق استعراضه إلى أن المتعاقد مع الإدارة في عقد B.O.O.T ليس له أي حق ملكية على المرفق أثناء مراحله المختلفة، كما أنه في النهاية لا يقوم بنقل الملكية لجهة الإدارة لأن هذه الملكية لم تثبت له أصلاً منذ البداية، إنما يلتزم في نهاية مدة العقد بتسليم المرفق إلى جهة الإدارة كما هو متفق عليه، وبالتالي يتضح لنا أنه ليس هناك أي تعارض أو اختلاف بين اصطلاح B.O.T و B.O.O.T، فالفارق بينهما لفظي ليس أكثر.

ويتفق مع هذا العقد أيضاً عقد آخر يطلق عليه عقد التحديث والتعميل والتشغيل ونقل الملكية، وعرف هذا العقد باصطلاح M.O.O.T، وهو لا يختلف عن سابقه إلا باستبدال حرف B بحرف M وهو اختصار يشير إلى كلمة (Modernize) بمعنى التحديث أي أن هذا العقد بعكس سابقه ينصب على مرافق قائمة بالفعل ولكنها تحتاج إلى تحديث وتطوير وتكنولوجيا حيوية متقدمة، أما في غير ذلك فهو يتفق تمام الاتفاق مع عقد B.O.O.T، وبالتالي فإن ما قيل بشأن الملكية ونقل الملكية في عقد B.O.O.T يقال أيضاً بصدد عقد M.O.O.T.

ثانياً: عقد الإنشاء والتأجير والتسليم B.L.T، واشتهر هذا العقد أيضاً باصطلاح B.L.T، ويختلف هذا الاصطلاح عن اصطلاح B.O.T باستبدال حرف O بحرف L وهو اختصار لكلمة (Lease) بمعنى يؤجر، أي أن المتعاقد مع الإدارة في ظل هذا الأسلوب يلتزم بإنشاء المرفق ثم تأجيره لجهة الإدارة لمدة محددة في العقد يلتزم في نهاية هذه المدة - كما يذهب جانب كبير من فقهاء القانون استناداً إلى الترجمة الحرفية السابق ذكرها - بنقل ملكية المرفق لجهة الإدارة المتعاقدة، وقد رأينا سابقاً عدم دقة لفظ نقل الملكية لذلك آثرنا استخدام لفظ التحويل بدلاً منه.

ويلاحظ أيضاً عدم دقة لفظ التأجير في هذا العقد، استناداً على أن جهة الإدارة هي المالك الأصلي للمرفق فكيف يستقيم القول إذاً بأنها تستأجره من المتعاقد معها، وأمام هذا التناقض يتضح لنا عدم دقة لفظ التأجير الوارد في هذا العقد، فحقيقة الأمر أن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بتشديد المرفق تم تسليمه إلى جهة الإدارة بعد الانتهاء من ذلك، على أن تلتزم هذه الأخيرة تجاه المتعاقد معها بدفع أقساط شهرية أو ربع سنوية طوال المدة المتفق عليها في العقد، بحيث يسترد نفقاته مع تحقيق هامش ربح معقول.

ويقترّب من هذا النوع عقد آخر يسمى عقد الإنشاء و الاستئجار والتسليم، وعرف باصطلاح B.R.T، الجديد في هذا الاصطلاح هو حرف R الذي يشير إلى كلمة Rent بمعنى يستأجر، وفي هذه الصورة يقوم المتعاقد بتسليم المرفق على نفقته وحساب جهة الإدارة ويكون له الحق في استئجاره على أن يلتزم بتشغيله طوال مدة الاستئجار مقابل الحصول على عائد الخدمة، وفي نهاية المدة يلتزم بتسليم المرفق لجهة الإدارة وبحالة جيدة قابلة للتشغيل والاستغلال^{٣٥}.

ثالثاً: عقد الإنشاء والتمليك والتشغيل B.O.O

واصطلاح B.O.O الذي اشتهر به هذا العقد لا يختلف عن اصطلاح B.O.O.T السابق الإشارة إليه إلا باستبعاد حرف T، واستبداله بحرف O اختصاراً لكلمة (Ownership) بمعنى تمليك، أي أن هذا العقد لا يتضمن عنصر التسليم، فالمتعاقد لا يلتزم بتسليم المرفق محل التعاقد لجهة الإدارة المتعاقدة، حيث ينتهي العقد بانتهاء العمر الافتراضي للمرفق، ولذلك يؤكّد جانب من الفقه القانوني في تحديده لطبيعة هذا النوع من عقود تنفيذ المشروعات الممولة من القطاع الخاص، بأنها مجرد ترخيص من الجهة الإدارية لأحد أشخاص القطاع الخاص، لإقامة مرفق بشروط معينة، وهي ليست إلا صورة من صور الخصخصة

^{٣٥} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٤١

الكاملة للمرافق العامة، وبالتالي وبطبيعة الحال فإن هذا النوع من أنواع التعاقد لا يتم اللجوء إليه إلا في حالات نادرة، كأن تنتهي الحاجة إلى المرفق بانتهاء عمره الافتراضي^{٣٦}.

ويتفق مع هذا العقد أيضاً عقد آخر يطلق عليه عقد التحديث والتملك والتشغيل M.O.O، حيث يمكن التفريق بينهما فيما يوجد بين عقد B.O.O.T وعقد M.O.O.T من الفروق التي أوضحناها سابقاً.

المطلب الثاني: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وعقد التأجير التمويلي

ويعرف عقد التأجير التمويلي بأنه وسيلة من وسائل التأجير العيني، بمقتضاه تؤجر إحدى شركات التأجير المنشأة والمسجلة لهذا الغرض، إلى المستأجر آلة أو عقاراً لازماً له في مشروع إنتاجي أو خدمي يقوم بتنفيذه، وذلك لمدة معينة في مقابل أجره معينة يؤدها المستأجر للمؤجر طوال مدة الإيجار حسبما هو محدد في العقد، وعلى أن يكون المستأجر في نهاية مدة الإيجار إما أن يختار شراء الآلة أو العقار بالقيمة المحددة سلفاً والمتفق عليها في عقد الإيجار والتي يراعى في تحديدها مجموع قيمة الأجرة التي أداها المستأجر طوال مدة الإيجار، وإما أن يعيد الآلة أو العقار إلى الشركة المؤجرة لإعادة تأجيره للغير مرة أخرى^{٣٧}.

وعلى ذلك يتضح أن عقد التأجير التمويلي يختلف اختلافاً جوهرياً عن عقد B.O.T، فالمستأجر التمويلي لا يتعاقد لأداء خدمة عامة للجمهور خلال مدة معينة مع الحصول على المقابل في صورة رسم

^{٣٦} الروبي، محمد. ٢٠٠٤م. عقد التشييد والاستغلال والتسليم B.O.T. دراسة في إطار القانون الدولي الخاص. ص ٥٨

^{٣٧} حسبو، عمر احمد. ٢٠٠١م. التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام B.O.T. ص ١٢٧

يفرض على المتفعين بالخدمة، وإنما هو يرم عقد الإيجار التمويلي كنوع من أنواع التمويل لمشروع يقيمه لمصلحته الشخصية^{٣٨}.

المطلب الثالث: عقد البناء والتشغيل والتحويل B.O.T وعقد تسليم المفتاح

عقد تسليم المفتاح هو اتفاق يتعهد بمقتضاه المقاول "فرداً كان أو شركة" في مواجه رب العمل، بإقامة مشروع معين وتسليمه جاهزاً للتشغيل والإنتاج، مقابل أجر معين يتم الاتفاق عليه في العقد.

ويتميز هذا العقد بأن المسؤولية الكلية عن إنشاء المشروع من تصميم وتنفيذ وغيرها تنعقد في مصدر واحد وهو المقاول، كما أن هذا العقد يمتد إلى مرحلة ما بعد الانتهاء من الإنشاء وحتى مرحلة التشغيل الأولية أو بداية عملية التشغيل، لذلك فإن مشاكل هذا التشغيل الأولى تصبح مسؤولية المقاول، ليستلم رب العمل في نهاية المطاف مشروعاً مستغلاً بشكل تام مع عمالة مدربة خاصة به تتولى مسؤولية التشغيل فيما بعد^{٣٩}.

ويلاحظ أن هذا العقد يتفق مع عقد B.O.T في العديد من النقاط منها^{٤٠}:

^{٣٨} فهمي، محمود محمد. ٢٠٠١م. عقود ال B.O.T وتكييفها القانوني، بحث منشور بمحرر. مشروعات ال B.O.T وأحوالها. تحرير دهمدي عبدالعظيم. ٢٠٠١م. مركز بحوث أكاديمية السادات للعلوم الإدارية، ص ٧.

^{٣٩} وقد لاقى هذا العقد مؤخراً رواجاً وانتشاراً كبيرين. وظهرت على الساحة العديد من النماذج الجاهزة لهذا العقد المعدة من قبل جهات دولية ومحلية نذكر منها على سبيل المثال
— نموذج اتحاد الفيدك وهو أهمها بالرغم من حداثة ظهوره. حيث صدر سنة ١٩٩٩م عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين "فيدك" وعرف بالكتاب القضي

— نموذج جمعية التطوير الهندسي في اليابان. وقد صدرت الطبعة الأولى منه سنة ١٩٨٦م. والطبعة الثانية سنة ١٩٩٢م. وهذه الأخيرة خاصة بالمصانع والمشروعات الصناعية. وفي سنة ١٩٩٦ أصدرت نموذج خاص بمحطات الكهرباء.

— نموذج المقاولين الدوليين الأوربيين الذي صدر سنة ١٩٩٤

— نموذج المعهد الأمريكي للمهندسين الماهرين الصادر سنة ١٩٨٥

^{٤٠} ناصيف، الياس. ٢٠٠٦م. سلسلة أبحاث قانونية مقارنة. عقد ال B.O.T. طرابلس لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب. ص ١٣٢

١ _ أن المتعهد في كلا العقدين يتعهد بالقيام بأعمال التصميم والتنفيذ وكل ما يلزم لإنجاز المشروع كاملاً.

٢ _ الجانب في الالتزامات من الباطن التي يبرمها المتعهد في كلا العقدين مع جهات أخرى متخصصة للقيام بأعمال محددة، كأعمال الهندسة والكهرباء ودراسات الجدوى وتشديد الأبنية وغيرها، نظراً لاتساع المشروع محل التعاقد وضخامته وتعدد أقسامه والصعوبة لدى المتعهد الأساسي في تنفيذ جميع الأعمال المادية والفنية التي يستلزمها إنشاء المشروع شخصياً.

٣ _ الاتفاق في مسؤولية المتعهد عن تنفيذ أعمال المشروع تجاه الطرف الآخر ، سواء تمت بواسطته مباشرة، أو عن طريق التعاقد من الباطن.

٤ _ الاتفاق في التزام المتعهد في كلا العقدين بنقل التكنولوجيا، أي نقل المعارف والمعلومات الفنية التي تستعمل في التنفيذ، كالمعلومات الفنية اللازمة للتركيب أو تشغيل الأجهزة والآلات وسائر المعارف المطبقة.

٥ _ الاتفاق في الالتزام بتدريب عمال الطرف الآخر على تشغيل المشروع، وإكسابهم جميع الخبرات اللازمة لذلك، حتى يستطيعوا تولي مهمة تشغيل المشروع بنجاح فيما بعد.

غير أنه بالرغم من أوجه الاتفاق السابق ذكرها فإن عقد B.O.T يتميز عن عقد تسليم المفتاح في أن التعاقد يتولى إدارة المشروع وتشغيله وتقديم خدماته للمستهلكين بها طوال مدة التعاقد، بينما في عقد تسليم المفتاح يسلم المشروع بعد انجازه إلى صاحب العمل ليتولى تشغيله بنفسه مباشرة، أو التعاقد مع طرف آخر لإدارة المشروع وتشغيله، وإن كان المتعهد يلتزم بعد انجاز المشروع بتقديم المساعدة الفنية لتمكين كوادر صاحب العمل من استيعاب التكنولوجيا وتشغيلها وتدريب العمال وتأهيلهم.

كما أن المقابل المالي أو الأجر يختلف في كلا العقدين، فهو في عقد B.O.T يأخذ شكل الرسم مقابل الخدمة المقدمة للجمهور، بينما يأخذ في عقد تسليم المفتاح شكل الثمن مقابل الأعمال التي قام بها المتعهد لصالح صاحب العمل.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

المبحث الثالث: استشراف الفقهاء القدامى لنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T

تمتلىء كتب الفقه الإسلامي بالكثير من المنتجات المالية الصالحة التطبيق في كل زمان ومكان ، خاصة إذا ما تم معالجتها وتطويرها لتتلاءم والمتغيرات الطارئة على البيئات المختلفة. كما أن الباحثين المعاصرين قد التفتوا إلى مسألة جدية بالبحث والدراسة، مفادها أن نظام B.O.T يصلح أن يكون تطويراً غريباً لبعض أساليب تسمير أموال الوقف، وخص بالذكر تلك التي استحدثها الفقهاء المتأخرون، والتي تُعرفُ بالأساليب غير التقليدية. فقد بين أن هذه الأساليب قد ظهرت منذ ما يزيد عن أربعمئة سنة، وأن الغرب في عصر ظلاله كان منبهراً بالحضارة الإسلامية المزدهرة، فلم يتردد في محاكاتها لبلوغ عصر التنوير، ولقد ثبت أنهم عوفوا الوقف ونقلوه إلى مراساتهم وأديياتهم باعتباره أحد أسرار المسلمين في التقدم واستمرارية العطاء. وبذلك أن يعتمد الغرب أساليب تسمير أموال الوقف - تقليدية وغير تقليدية - بل ويعمل على تطويرها، ودون الخطر إلى الضوابط الشرعية التي لا تحكم سلوكه، وإذا علمنا أن B.O.T ظهر تطبيقه لدى الغرب منذ حوالي مائتي سنة، بدأ أن فترة المائتي سنة السابقة لها تصلح أن تكون فترة حضانة لميلاد هذا النظام باعتباره تطويراً لها. وهذا التحليل يدعونا إلى النظر فيه، فنحتاج الى أن نتناول الوقف بالقدر اللازم لأغراض هذه الدراسة، فمفهوم الوقف، وأنواعه، ومجالاته، وأساليب تسميره، وعلاقة ذلك بنظام B.O.T، وهو الأمر الذي تم ملاحظته من خلال البحث في الجذور التاريخية لنظام B.O.T، وتبع نشأته وتطوره، لنخلص إلى مطلبين أساسيين هما :

المطلب الأول: نظام B.O.T لم يكن غائباً عن فكر الفقهاء القدامى.

المطلب الثاني: نظام B.O.T تطوير غربي لمنتج إسلامي.

وعليه قام الباحث بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T لم يكن غائباً عن فكر

الفقهاء القدامى

سبق القول أن الفقهاء القدامى، كانوا يدرسون مسائل لم تقع بعد، استشرافاً للمستقبل، الأمر الذي أعطى الفقه الإسلامي الاستمرارية، والقدرة على مواجهة ما يستجد من نوازل وقضايا. لذا فليس بمستبعد أن نجد في تلك كتب الفقه القديمة تصورات لقدامى الفقهاء حول قضايا ونوازل نراها مستجدة، في أن لهم في فكرها آراء وأحكام. من ذلك: فكرة البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، فقد تناولت ثلاثة كتب علمية، هذه المسألة، حيث سنعرض النصوص كما وردت من مصادرها كما يلي:

أولاً: ما ورد في مصنف ابن أبي شيبة.

حدثنا أبو بكر قال: حدثني محمد بن أبي عدي عن ابن عون قال: كان محمد يكره أن يستأجر العرصه، فيبني فيها من أجزها. والعرصه هي الأرض البيضاء أو البور، يستأجرها المستأجر، ولا يدفع شيئاً عند العقد، وتكون الأجرة متمثلة في البناء الذي يقوم بتهيئته على هذه الأرض بعد أن ينتفع بسكنائها لفترة من الزمن، ثم يرد الأرض والبناء للمؤجر بعد ما، لتكون الأجرة هي القيمة الحالية للبناء عند تسليمه. وهذه الصورة لا تختلف عن الأرض التي تمنحها الدولة المضيغة (حق الامتياز) للشركة المنفذة للمشروع، لتقوم تلك الشركة ببناء المشروع، والاستفادة به لفترة من الزمن، ثم تقوم الشركة برب الأرض والبناء للدولة. ويبدو أن الكراهة المذكورة في الرواية مردها إلى جهالة الأجرة أو البناء وكلفته.

^{٩١} أبي شيبة، للإمام الحافظ أبي بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم. ٢٠٠٤م. البيوع والأفضية. الرياض، المملكة العربية السعودية ط ٠.١ ج ٧.

باب (٥٠١) في الرجل يستأجر الدار وغيرها، رواية رقم ٢٣٤٥١ ص ٧٤٧

ثانياً: ما ورد في كتاب "البيان والتحصيل"^{٤٢}:

قال ابن القاسم في رجل قال لرجل أعطني عرصتك هذه أبنيتها بعشرة دنانير وبما دخل فيها على أن أسكنها في كل سنة دينار حتى أوفي ما غرمت فيها وأصلحت. قال: إن سمى عدة ما بينها به وما يكون عليه في كل سنة فذلك جائز وإن لم يسم فلا خير فيها. قال محمد بن رشد هذا مثل ما في رسم البز^{٤٣} من سماع ابن القاسم من كتاب كراء الدور، وهو كما قال، لأنه إن سمى عدة ما بينها به ولم يسم ما يكون عليه في كل سنة ولم يسم ما بينها به كان كراءً مجهولاً، وإن سمى ما يكون عليه في كل سنة ولم يسم ما بينها به كان الكراء معلوماً وأمدته مجهولاً، وإذا سمى الوجهين كان كراء معلوماً إلى أجل معلوم فجاز.

والذي يفهم من النص أن رجلاً طلب من رجل (يمتلك أرضاً) أن يستأجر هذه الأرض منه بعشرة دنانير، ولكنه لن يدفع له شيئاً بل سيجني بهذا المبلغ بناءً على الأرض، ويسكن فيه لمدة عشر سنوات على أن يكون إيجار كل سنة دينار. وهكذا يظل يستفيد بالبناء حتى يستوفي العشرة دنانير، ثم يرد الأرض بالبناء إلى صاحبها.

ثالثاً: ما ورد في كتاب الذخيرة^{٤٤}:

قال ابن القاسم: "أعرت أرضك عشر سنين للغرس ويسلك إليك بعد المدة بغرسها وتغتلها هو في المدة، يمتنع للجهل بحال المال، وجوزه أشهب كالبنيان إذا سمى مقدار الشجر. والذي يفهم من النص: أن ابن

^{٤٢} ابن القرطبي، أبو الوليد بن رشد. ١٩٨٤م. كتاب البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة. بيروت لبنان: دار الغرب الإسلامي. ج ٨. ص ٤٦١

^{٤٣} رسم البز هو أثر المعالجة والإصلاح، المعجم الوسيط. القاهرة: دار الفكر العربي. ط ٢. المجلد الأول. ص ٥٤.

^{٤٤} القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس. د. ت. الذخيرة. بيروت لبنان: دار الغرب الإسلامي. الجزء السادس، ص ١٤٣

القاسم يقول إذا استعار شخص أرضاً زراعية من شخص لمدة عشرة سنوات حتى يقوم بزرعها وأخذ المحصول خلال هذه المدة ثم بعد انتهاء هذه المدة يقوم ابن القاسم يرد الأرض لصاحبها بزرعها.

ويظهر هذا النص فيما يبدو أيضاً فكرة عقود البناء والتشغيل والتحويل B.O.T والتي يمكن إجراؤها في استصلاح الأراضي الصحراوية أو ما شابه ذلك. ولعله قد تبين من الأمثلة السابقة أن نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T لم يكن غائباً عن فكر الفقهاء القدامى، حينما تناوله ضمن النوازل التي يمكن أن تقع استشرافاً للمستقبل. وهو ما يؤكد صحة الفرضية الأولى.

المطلب الثاني نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T تطوير غربي لمنتج إسلامي

سبق القول في مقدمة هذا المبحث أن الباحثين المعاصرين نبهوا إلى أن نظام B.O.T يصلح أن يكون تطويراً غربياً لبعض أساليب تسمير أموال الوقف، وخص بالذكر تلك التي استحدثها الفقهاء المتأخرون، والتي تُعرف بالأساليب غير التقليدية. وهذه القضية تشير إلى علاقة هذا النظام B.O.T بالوقف وفيما يلي بيان ذلك.

أولاً: تعريف الوقف^{٤٥}:

يعرف الوقف عند الجمهور بأنه "وهو حبس مال يمكن الانتفاع به، مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح موجود، أو يصرف ريعه على جهة بر وخير، تقرباً إلى الله"

^{٤٥} ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢٦هـ. حاشية رد المختار على الدر المختار. شرح تنوير الأبصار. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية. المجلد الثالث، ص ٣٩١

ثانياً: أساليب تمييز أموال الوقف وتقويمها

كان الوقف منذ نشأته يفي من ريعه بنفقات إعمارهِ، وأجرة ناظرهِ، ليتبقى من ريعه ما يفي بحاجة الموقوف عليهم بحسب شرط الواقف. بيد أن الوقف بمرور الوقت يتوهن، وظروف أخرى يتعرض للخراب كما حدث منذ ما يقرب من نصف قرن حين أتت الحرائق على أغلب الأوقاف في بلاد الأناضول أثناء الحكم العثماني، حيث عجز الوقف عن إعمار ما لحق به من خراب، فضلاً عن تحقيق عائد يلي حاجة الموقوف عليهم. وهنا نظر الفقهاء في استحداث أساليب لم تكن مألوفة لإعادة تعمیر هذه الأوقاف، وقد سُميت هذه الأساليب بالأساليب غير التقليدية، مثل: الحكر، والإجارتين، والمرصد... أضغ إلى ذلك ما تم استحداثه مؤخراً في تمويل العمليات الوقفية كالاستصناع، والمشاركة المتناقصة، والإجارة الشبهة بالتمليك، والإجارة التمويلية، وفيما يلي نبذة مختصرة عن أهم هذه الأساليب:

أ - الحكر:

الحِكر - بكسر الحاء وسكون الكاف - العقار المحبوس، وجمعه أحكار. وبفتحهما: كل ما احتكر^{٤٦}. وفي اصطلاح الفقهاء يطلق على ثلاثة معان:

١. العقار المحتكر نفسه، فيقال: هذا حكر فلان.

٢. الإجارة الطويلة على العقار.

^{٤٦} المعجم الوسيط، ولسان العرب، وتاج العروس: مادة "حكر"

٣. الأجرة المقررة على عقار محبوس في الإجارة الطويلة ونحوها^{٤٧}، قال الشيخ عlish: (من استولى على الخلو يكون عليه لجهة الوقف يسمى عندنا بمصر حكرًا لقلا يذهب الوقف باطلاً)^{٤٨}.

يطلق عليه الحكر أو الإحكار أو الاستحكار أو التحكير، وهو عقد إجارة يقصد به إبقاء الأرض الموقوفة في يد المستأجر الذي يسمى محتكرًا مادام يدفع أجر المثل^{٤٩} وقد يحصل التحكير بإذن متولي الوقف للمستأجر بأن يبنى أو يغرس ليكون له حق القرار فيه بعد تمام عقد الإجارة، ويتم ذلك عن طريق الاتفاق على إعطاء أرض الوقف الخالية لشخص أو مستثمر، لقاء مبلغ يقارب قيمتها باسم أجرة معجلة ليكون له حق القرار الدائم على تلك الأرض، ويتصرف 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^{٥٠}.

اختلف الفقهاء في حكر الوقف على ثلاثة مذاهب:

أ. ذهب جمهور الفقهاء^{٥١} إلى أنه جائز حتى ولو اشترط الواقف منعه إذا توافرت الشروط الآتية:

١. أن يكون الوقف قد تخرّب وتعطل الانتفاع به.
٢. أن لا يكون لدى إدارة الوقف (أو الناظر) أموال يعتمد بها.

^{٤٧} راجع في موضوع الحكر وشرح الخرشي (٧٨/٧، ١٠٠)، وتحفة المحتاج (١٧٢/٦)، والفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي (١٤٤/٣)، ومطالب

أولي النهي (٣١٦/٤)

^{٤٨} فتح العلي المالك (٢٤٣/٢)

^{٤٩} ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢٦هـ. رد المحتار على الدر المختار. شرح تنوير الابصار... مجلد ٣. ص ٢٧

^{٥٠} يكن، زهدي. ١٣٨٨هـ. الوقف في الشريعة والقانون. بيروت لبنان. دار النهضة العربية. ص ١٢٢

^{٥١} ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢٦هـ. رد المحتار على الدر المختار. المجلد ٤. ص ٣٠٤

٣. أن لا يوجد من يقرض الوقف المقدار المحتاج إليه .

واشترط الحنفية أيضاً أن لا يمكن استبدال الوقف بعقار ذي ريع^{٥٢} ، إذا توافرت هذه الشروط جاز الحكر في الوقف .

ب. ذهب جماعة من الفقهاء منهم الحنابلة ، وجمهور الشافعية ، إلى أنه جائز مطلقاً^{٥٣} .

ج. ذهب بعض الشافعية ومنهم الأذرعى والزركشي . إلى أنه غير جائز مطلقاً^{٥٤} .

والذي نراه صحيحاً هو الرأي الأول ؛ لأنه قيد الحكر بتحقيق مصالح الوقف ، وأن لا يوجد سبيل أفضل من الحكر ، وحينئذ فالحكر بلا شك أفضل من أن يبقى الوقف خرباً أو معطلاً

ب - الإجازتين:

ظهر هذا العقد على أثر الحرجة التي أتت على الكثير من عقارات الأوقاف في مدينة القسطنطينية (اسطنبول حالياً) بتركيا عام ١٠٢٠ هـ تقريباً^{٥٥} ، فعجزت غلاتها عن تجديدها ، من طريقة التحكير في الأراضي ، وفيه يتفق ناظر الوقف مع شخص آخر على أن يدفع هذا الشخص مبلغاً من المال يكفى لتجديد عمارة الوقف الذي تعرض للخراب ، ولا تكفى غلاته ولا يناسب التصرف في بعضه لتعميره ، ويستخدم هذا المال المدفوع لتجديد وعمارة هذا الوقف ، ويكمل المال المدفوع أجرة معجلة تكفى لإعمار الوقف المتوهن أو المتضرر ، إضافة إلى تأجير هذا الشخص بأجرة مؤجلة ضئيلة جداً يتحدد

٥٢ ابن عابدين ، محمد أمين ١٣٢٦ هـ .. رد المحتار على الدر المختار . المجلد ٤ . ص ٣٠٤

٥٣ مطالب أولي النهى (٣١٦/٤) ، والفتاوى لابن حجر الهيتمي (١٤٤/٣)

٥٤ تحفة المحتاج (١٧٢/٦) ، والفتاوى الهندية لابن حجر الهيتمي (١٤٤/٣)

٥٥ حماد ، نزيه ١٩٩٣ م . أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها . بحث مقدم لندوة (نحو دور تنموي للوقف) . الكويت : وزارة الأوقاف

عليها العقد سنوياً، لإثبات بقاء ملكية الوقف في يد ناظر الوقف، 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 كعمارة وصيالته، أو مصلحة المستحقين^{٥٦}.

والفرق بين الإيجارين وبين الحكر أن البناء في الحكر ملك للمستحكر، لأنه أنشئه بماله الخاص بعد أن دفع إلى صاحب الوقف ما يقارب قيمة الأرض المحكرة باسم الأجرة المعجلة، أما في عقد الإيجارين فإن البناء والأرض ملك للوقف، لأن عقدها إنما يرد على عقد مبنى متوهن يتم تجديده وتعميره بالأجرة المعجلة نفسها التي استحقها الوقف^{٥٧}.

ج - المرصد:

هو أن يأذن القاضي أو الناظر لمستأجر الوقف بالبناء على أرض الوقف، عند عجز الوقف عن التعمير، بحيث يكون ما ينفقه في البناء والتشييد ملكاً 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 القوي، ويقول ابن عابدين في الحاشية: "إن على الباقي أجر المثل بالغاً ما بلغ قبل العمارة وما بعدها، وإنما للمستأجر الرجوع بما صرفه"^{٥٨}، وهذا يعني أن يكون الوقف مديناً بقيمة المبنى الذي استحدثه المستأجر وأن المستأجر يتعهد بالتناقص دين الوقف بقيمة الأجرة المتفق عليها بالغة ما بلغت.

^{٥٦} ابن عابدين، محمد أمين. ١٣٢٦هـ.. رد المختار على الدر المختار. المجلد ٤. ص ٤٠٤

^{٥٧} المرجع نفسه. المجلد ٤. ص ٥ وما بعدها ٢٣

^{٥٨} المرجع نفسه. المجلد ٤. ص ٢١ وما بعدها

د - الاستصناع:

الاستصناع في اصطلاح الفقهاء: أن يطلب إنسان من آخر شيئاً لم يصنع بعد ليصنع له طبق مواصفات محددة، بمواد من عند الصانع، مقابل عوض مالي^{٥٩}

هو "عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة" ويشترط في عقد الاستصناع أن تكون المادة من الصانع، ويستخدم هذا العقد مؤخراً في تجميع الأموال الوقفية عن طريق قيام إدارة الأوقاف بالإعلان عن استعدادها للسماح للجهة تمويلية، بأن تبني بناءً على الأرض الموقوفة ويكون ملكاً للجهة التي بنته، وتتعهد الأوقاف بشرائه بعد اكتماله من الجهة التي بنته بثمن محدد مؤجل على أقساط سنوية أو شهرية، وتراعى الأوقاف في تلك الأقساط المؤجلة أن تكون أقل من الأجرة المتوقعة من تأجير هذا البناء، لتكون مطمئنة إلى أنها ستجد المال الكافي لتسديد أقساط ثمن البناء في المواعيد المحددة، ونتيجة لذلك تنتقل ملكية البناء إلى الأوقاف بعد إبرام عقد شرائه من الممول، وبذلك تصير الأرض والبناء القائم عليها ملكاً للوقف، وثمن البناء يسترد تدريجياً من المبالغ العائدة من إيجارته، ومن الممكن في هذا العقد أن تضع الجهة الممولة للبناء يدها عليه، لتضمن أن الأوقاف ستسدد لها استحقاقاتها في المواعيد المحددة، ثم بعد انتهاء فترة التسديد - والتي قد تكون طويلة في العادة - يزول البناء إلى الأوقاف ويصير مع الأرض ملكاً خالصاً لها^{٦٠}.

^{٥٩} المولى، مصطفى فضل. ١٤١٣هـ. التمويل التنموي الإسلامي لرأس المال الثابت في الصناعة. بحث مقدم لندوة صيغ تمويل التنمية في الإسلام. بالخرطوم: ندوة رقم (٢٩). المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. البنك الإسلامي للتنمية. جدة المملكة العربية السعودية: ١٤١٣هـ. ص ٥٩.

^{٦٠} المجلة العلمية لكلية التجارة (بنات)، ٢٠٠٤م. جامعة الأزهر، العدد الأول، ص ١٩٢-١٩٤.

هـ - المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك لمؤسسة الوقف:

وصورتها أن تقدم الأوقاف أرضها ليقوم مول بنائها على أساس أن يكون البناء ملكاً له، والأرض ملكاً للوقف، ثم يؤجر العقار كله^{٦١}، وتوزع الأرباح بين الوقف وبين مالك البناء بحسب استحقاق كل من الأرض، والبناء، وهذا العقد يقوم على أساس الشراكة بينهما، ويتضمن التزاماً من الجهة الممولة بالتنازل عن حصتها للأوقاف خلال فترة زمنية معينة يتم تحديدها حسب قيمة الدفعات المالية التي تقدمها الأوقاف إلى الجهة الممولة، ويقدر ما تدفع مؤسسة الوقف للجهة الممولة الشريكة تنقص حصة هذه الجهة من ملكية المشروع وتزيد حصة الأوقاف، ومن هنا جاءت تسمية هذه الصيغة بالمشاركة المتناقصة إذ هي مشاركة لا يقصد بها الاستمرار ثم تنتهي بامتلاك الأوقاف كامل المشروع، وخروج الجهة الشريكة الممولة نهائياً من المشروع بعد استرجاع رأسها المدفوع في المشروع والأرباح المرضية لها، والذي يساهم في تحقيق هذا الهدف هو قيام الأوقاف بتقسيم نصيبها إلى قسمين: قسم تشتري به الأوقاف بالتدريج كحصة متزايدة من البناء الذي أنشأه الممول وامتلاكه، والقسم الآخر تستخدمه في نفقاتها الجارية كمورد من موارد الأوقاف^{٦٢}.

و- الإجارة التمويلية للوقف:

وصورتها أن تؤجر الأوقاف أرضها لشخص ما بأجرة سنوية محددة لمدة طويلة ليقوم عليها ببناء ما يملكه ويستفيد من تشغيله، بحيث تكفى أجرة الأرض لتسديد قيمة البناء في نهاية مدة الإجارة، وتتفق إدارة الأوقاف مع الشخص على أن تشتري منه البناء الذي سيقممه على أرضها بالتدريج بما تستحقه في ذمته

^{٦١} حماد، نزيه. ١٩٩٣. أساليب استثمار الأوقاف وأسس إدارتها. أبحاث ندوة. نحو دور تنموي للوقف. ص ١٨٥

^{٦٢} الزرقا، أنس. د. ت. الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار. مصر: المطبعة الكبرى الأميرية. ص ١٩٧

من أجرة الأرض^{٦٣}، ومن الضروري أن يكون البناء معلوم المواصفات والمقاييس بكل دقة، وتحسب تكلفته ومعدل الإهلاك السنوي له حتى يمكن تحديد مقدار الأجرة بدقة.

والجدول التالي للمقارنة بين الأساليب السابق ذكرها :

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
 جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
 ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

^{٦٣} الزرقا، أنس. د. ت. الوسائل الحديثة للتمويل والاستثمار. ص ١٩٩

صيف الأوقاف الاستثمارية

وجه المقارنة	الحكر	الإجارتين	المرصد	الاستثمار	المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك	الإجارة التمولية
شكل الشيفة	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر	تستأدين الأوقاف من المستثمر مبلغ لإعمار الوقف يسمى هذا المبلغ أجرة معجلة	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر بإذن القاضي للمستثمر	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر بموجب عقد بين الطرفين	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر بموجب عقد بين الطرفين	الأوقاف تؤجر الأرض للمستثمر
المقابل	تأخذ الأوقاف أجرة معجلة بالإضافة إلى أجرة سنوية ضئيلة	تأخذ الأوقاف أجرة معجلة من المستأجر كبيرة تكفي لإعمار الوقف، أجرة معجلة زهيدة	تأخذ الأوقاف أجرة معجلة من المستأجر كبيرة تكفي لإعمار الوقف، أجرة معجلة زهيدة	تأخذ الأوقاف أجرة معجلة من المستأجر كبيرة تكفي لإعمار الوقف، أجرة معجلة زهيدة	الأوقاف تأخذ نصيبها من الأرباح وتُدفع منه لإتصاص حصمة المستثمر من المشروع	الأوقاف تستحق أجرة من المستثمر نظير تأجير الأرض
ملكية البناء	البناء ملك للمستثمر	البناء ملك الأوقاف	البناء ملك الأوقاف	البناء ملك الأوقاف	الأرض ملك الأوقاف بينما البناء ملك المستثمر	البناء ملك المستثمر
حق البقاء والانتفاع	للمستثمر، ويورث عنه وبيع	للمستأجر حق البقاء له الميراث ويورث عنه وبيع	للمستثمر	ليس للمستثمر حق البقاء والانتفاع بل هو للأوقاف	للمستثمر حق البقاء والانتفاع حتى تشتري الأوقاف حصته ويورث ملكه	البناء ملك المستثمر
وضع البناء	يظل البناء في ملك المستثمر	يظل البناء في ملك المستثمر	يؤول البناء للوقف بمجرد استرداد المستثمر قيمة البناء	يؤول البناء للوقف بمجرد سداد قيمة البناء المتفق عليها	يؤول البناء للوقف بمجرد شراء الأوقاف لحصة المستثمر	يؤول البناء للوقف بمجرد أن يستوفى المستثمر قيمة البناء

ثالثاً: استفادة الغرب من الوقف لدى المسلمين:

لقد حاكى الغرب الدولة الإسلامية في الأخذ بأسباب التقدم والازدهار، فعني بتعلم اللغة العربية، وترجمة المعارف التي طورتها الحضارة الإسلامية، كما أنه استفاد من فكرة الوقف لضمان عطاء مؤسساته التعليمية والصحية والاجتماعية بصفة عامة، دون أن يهتم بالضوابط الشرعية التي لا تعنيه بقدر ما تعنيه الفكرة، وما تحققه من نتائج. والدليل على ذلك قيام جامعة أكسفورد الإنجليزية على فكرة الوقف، وقيامهم بعد ذلك بإنشاء وتطبيق ما يسمى بالترست (TRUST) الذي يؤدي دور الوقف دون أن يلتزم بما يشترط به الوقف شرعاً من ضوابط كعدم الاستثمار في محرم مثل الربا والخنزير، وإمكانية بيع العين الموقوفة واستبدالها... مع العلم بأن ما استحدثه فقهاء المسلمين المتأخرين من أساليب غير تقليدية كالحكر والإجارتين والمرصد قد بلغ الغرب منذ استحدثاته من حوالي أربعة قرون خلت.

وأن نظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T بدأ ينتشر ليشمل معظم مرافق البنية التحتية مع مطلع القرن التاسع عشر، أي بعد قرابة القرنين من استحداث المسلمين الصيغ غير التقليدية كالحكر والإجارتين والمرصد، وهي فترة مناسبة لتطوير هذه الصيغ وصولاً إلى نظام B.O.T، حيث يمكن النظر إلى طبيعة هذه الصيغ، ومدى صلاحيتها للوصول إلى B.O.T كتطور طبيعي، ويبدو عنها في نقل ملكية المشروع للجهة المضيفة، خاصة إذا أخذنا في الاعتبار وصول هذه الصيغ في حينها للغرب. ولمزيد من التوضيح سيتم التعرض إلى أوجه الشبه بين الصيغ غير التقليدية لتمويل العمليات الوقفية، ونظام B.O.T.

أوجه الشبه بين الوقف (الصيغ غير التقليدية) ونظام B.O.T

فيما يلي بيان وجه الشبه بين كل صيغة من الصيغ السابقة، وبين نظام B.O.T للتأكد من صحة افتراض الدراسة القائل بأن نظام B.O.T عبارة عن صورة مطورة من الأساليب غير التقليدية للأوقاف خاصة المرصد الذي تتشابه آلية عمله مع آلية عمل نظام B.O.T الذي يقوم على أساس النقاط التالية:

١ - قيام الدولة بعرض المشروع المقترح تنفيذه بنظام B.O.T على المؤسسة التمويلية، بنهاية فترة الإمتياز.

٢ - تحدد الدولة مواصفات المشروع بدقة بالغة.

٣ - تتقدم المؤسسة التمويلية بغرض تمويل وإنشاء، وتشغيل، وإدارة المشروع.

٤ - ملكية أرض المشروع للدولة

٥ - ملكية البناء الذي أنشأته المؤسسة التمويلية وقامت بإدارته وتشغيله يرجع للمؤسسة التمويلية.

٦ - تستفيد المؤسسة التمويلية بمنافع المشروع لمدة معينة هي فترة الإمتياز الممنوحة من قبل الدولة،

وذلك حتى تستوفي ما أنفقته من تكاليف المشروع بالإضافة إلى الأرباح التي ترضيها.

لذلك من المستحسن بيان أوجه التشابه بين كلا من المرصد كصيغة من التراث الفقهي الإسلامي،

والإجارة التمويلية كصيغة حديثة التطبيق في استثمار الأموال الوقفية وبين نظام B.O.T

١- أوجه الشبه بين صيغة المرصد ونظام B.O.T

يتشابه نظام B.O.T والمرصد في العديد من الأوجه كما هو مبين في الجدول التالي:

المرصد	نظام B.O.T
الأوقاف عاجزة عن تعمیر المنشأة الوقفية	الدولة عاجزة عن إنشاء مرفق عام أو مشروع معين من مشروعات البنية الأساسية
تحدد الأوقاف طبيعة الاستثمار المطلوب في الأرض هل هو بناء أم غرس؟	تحدد الدولة مواصفات المشروع بدقة، وتعين كافة تفاصيله
تعرض الأوقاف الأرض على المؤسسات التمويلية ليتقدم من لديه الرغبة في الاستثمار	تطرح الدولة المشروع على المؤسسات التمويلية المحلية والعالمية
يتم التعاقد مع المستثمر على أنه مستأجر للأرض وأن قيمة البناء أو الغرس هي ديناً على الوقف يستوفيه المستثمر من أجرة الوقف بالتقسيط	يتم التعاقد مع المستثمر على أنه صاحب المشروع وتنشأ شركة المشروع التي يتم التعامل معها على أنها شخصية معنوية مستقلة وتعتبر قيمة المشروع والأصول التي ينشئها المستثمر هي ديناً على الدولة يستوفيه المستثمر من خلال انتفاعه بمنافع المشروع خلال فترة الامتياز الممنوحة له من قبل الدولة.
لذلك يمكن القول أن المستثمر هنا هو:	لذلك يمكن القول أن المستثمر هنا هو:
• مستأجر للأرض والبناء معاً • والوقف هنا مالك للأرض والبناء معاً	• منتفع بالأرض فقط على سبيل الإجارة الضمنية حيث لم يصرح بها صراحة في العقد. • ومالك لمبنى المشروع وأصوله. • الدولة هنا تملك الأرض فقط
المستأجر يشغل المشروع ويديره ليستفيد من عوائده	المستثمر يشغل المشروع ويديره ويستفيد من عوائده
للمستأجر حق القرار في عقار الوقف أي حق البقاء والانتفاع بالمشروع أرضاً ومبنى وهذا الحق يورث عنه	للمستثمر حق الانتفاع بمنافع المشروع خلال فترة الامتياز الممنوحة له من الدولة حتى يسترد المستثمر تكاليف المشروع بالإضافة إلى مقدار الأرباح التي ترضيه.
	بعدها تنتقل أصول المشروع كاملة للدولة.
للمستأجر حق التنازل عن القرار في المشروع لغيره ليحل محله.	لشركة المشروع الحق في أن يحل محلها مؤسسات التمويل وينص على ذلك بالتفصيل والتحديد في العقود والاتفاقيات كما سبق بيانه.
عائد الوقف من هذه الصيغة هو الأجرة النقدية المحددة التي يتسلمها الوقف بمجرد استيفاء المستثمر قيمة ما بنى وأضاف في المشروع لتصبح هذه الأجرة النقدية (مهما علت قيمتها) هي مكسب	عائد الدولة من هذا النظام هو امتلاك مباني المشروع وأصوله بعد انتهاء فترة الامتياز وبدون مقابل ليصبح في حوزة الدولة فعلياً:
	• الأرض

المرصـد	نظام B.O.T
المشروع الوحيد ويظل الوقف مالك صوري للأرض، والمباني، ويبقى المستثمر ليهنئ بالمشروع أرضاً ومبنى ومنافع فترة مفتوحة من الزمن.	• مباني وأصول المشروع • ومنافع المشروع

وبنهاية هذه المقارنة نجد أن تطوير صيغة المرصد لتصل إلى نظام B.O.T كان في النقاط التالية:

١ - تم تعيين المستثمر على أنه منتفع بالأرض على سبيل استئجاره لها ولكن مع ملاحظة أن هذه الإجارة لا ينص عليها صراحة في عقد B.O.T ولكنه يبدو أنه شيء ضمني متعارف عليه عند من استحدثوا هذا النظام.

٢ - تحديد حق القامع والانتفاع لمدة زمنية محددة طبقاً للقانون وهو ما يطلق عليه «حق الامتياز» بعدها تنتقل ملكية المشروع للدولة.

وهكذا تم تطوير صيغة المرصد ومعالجة نقاط الضعف التي أعيت الوقف وأفقدته الكثير من ممتلكاته. تظهر صورة حديثة تستخدم في كافة المشروعات الوقفية وغير الوقفية هذا ويجب التنبيه على أن صيغة الإجارة التمويلية للوقف تتشابه إلى حد كبير مع المرصد بل يرى الباحث أنها قد لا تختلف عنه إلا في أن المشروع أرضاً وبناءاً يؤول للدولة بمجرد أن يستوفى المستثمر قيمة ما كلفه البناء بالإضافة إلى ما يرغب من أرباح وذلك من أجرة الوقف المستحقة.

وفيما يلي بيان أوجه الشبه بين صيغة الإجارة التمويلية ونظام B.O.T

٢ - أوجه الشبه بين صيغة الإجارة التمويلية ونظام B.O.T

تتشابه صيغة الإجارة التمويلية ونظام B.O.T في العديد من الأوجه كما هو مبين في الجدول التالي

د- الممول يستفيد من المشروع (الأرض - البناء - الأصول - والمنافع).

هـ- ناظر الوقف أو الدولة يحقق الإعمار والنماء الذي يرغب فيه.

عليه يمكن القول بصحة افتراض الدراسة بأن نظام B.O.T هو تطوير غربي لمنتج إسلامي، وليس أسلوباً استحدثه الغرب ابتداءً، ولكنه مجرد تطوير لصيغ إسلامية تعترضها كثرات حضاري وثقافي يمتلك القدرة على التكيف والتطوير مع متطلبات العصر الراهن.

أما التطور الذي حدث لهذه الصيغ، فإنه ينحصر في إعادة المشروع إلى الجهة المضيفة بعد انقضاء المدة المتفق عليها بدون أن يكون للجهة المضيفة حق القرار الدائم وهذه الميزة تنقي الصيغ غير التقليدية خاصة الحكر من ما يعترضها من انتقاد. بمعنى أنه لو وُجدت أرض وقفية تحتاج إلى تمويل لتشييدها، ولجأ القائم عليها إلى نظام B.O.T دون الحكر أو المرصد، يحقق للوقف ميزة استثمار الوقف، مع امتلاك المشروع امتلاكاً حقيقياً عند نقل الملكية له حسب العقد، ويستفيد بإيراد المشروع لينفق منه على الموقوف عليهم بحسب شرط الواقف بدون أن يتحمل تكاليف.

وبهذا نكون قد انتهينا في هذا الفصل من تحديد المفهوم القانوني والأسس الشرعية لعقد B.O.T من خلال التطرق لماهية العقد وتميزه عن غيره من العقود المشابهة، واستشراف الفقهاء القدامى لمثل هذا النوع من العقود لننتقل في الفصول القادمة لدراسة الطبيعة القانونية والتكييف الشرعي لهذا العقد وكذلك الوقوف على الأحكام والآثار القانونية في إبرام العقد.