



عقد البناء و التشغيل و الاعادة- الحكم الشرعى و التكيف الفقهي

پديدآورنده (ها) : الترابى، مرتضى

فقه و اصول :: نشریه فقه أهل البيت (عربی) :: السنه ۱۴۳۲ - العدد ۶۴

صفحات : از ۷۵ تا ۱۰۲

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/980093>

تاریخ داتلود : ۱۴۰۲/۰۸/۲۵

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



عناوين مشابهة

- تعميم الوعي الفقهي و ثقافة الحكم الشرعى
- تعميم الوعي الفقهي و ثقافة الحكم الشرعى
- أبحاث و مقالات: التكييف القانونى لطبيعة نظام الحكم فى دستورى ١٩٥٦، ١٩٧١
- الضمان و التصرف فى عقود البناء و التشغيل و الاعادة (B.O.T)
- الحكم الشرعى لقتل الرحمة للمريض الميؤوس من شفائه و الموقف القانونى منه
- الحكم الشرعى لعقد التأمين التجارى: الفرع الثانى التأمين نوع من القمار و المراهنة (١٣)
- مراجعات الكتب: خصوصية المرافق العمومية بنظام البناء و التشغيل و التحويل (B. O. T)
- الحكم الشرعى و أقسامه و طرق التعرف عليه - ١
- البحوث: التأصيل الفقهي لبيع الدين بالدين و التكييف الفقهي لحسم الكمبيالة بحث فقهي مقارن
- صورة من حكمة الله: النسخ . . . و التدرج فى الحكم الشرعى

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي -

□ الشيخ مرتضى الترابي

سلّطت هذه الدراسة الضوء على عقد البناء والتشغيل والإعادة في أربعة محاور : الأول تعرض لبيان التعريف والآلية والمكونات . . والثاني اختصّ ببيان المرافق والمرافق العامة . . أمّا الثالث فقد تعرض لبيان التخريج والتكييف الفقهي للعقد . . في حين اقتصر الرابع على مناقشة صحة العقد وفق الموازين الشرعية . . التحرير .

تمهيد :

عقد البناء والتشغيل والإعادة من العقود المستجدة التي استحدثت لحلّ مشكلة التمويل في تنفيذ مشاريع البنى التحتية في الآونة الأخيرة ، ونظراً لأهمية هذا العقد وكثرة الاستفادة منه في العلاقات الاقتصادية المعاصرة ينبغي دراسة مدى موافقته للقواعد والأحكام الشرعية .

الكلمات الدلّيلية : عقد البناء والتشغيل والإعادة ، (البوت) ، الحق ، العقود المستحدثة .

الخلاصة :

عقد البناء والتشغيل والإعادة هو : « منح الطرف الأوّل (المالك) للطرف

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي

الثاني (الشركة المتبنية للمشروع) امتياز إنشاء وتشغيل مشروع معين خلال فترة محددة على أن يقوم الطرف الثاني بإقامة المشروع وإدارته في تلك المدة بقصد استرداد تكاليف الإنشاء مع تحقيق عائد معقول ثم تسليم امتياز المشروع صالحاً للأداء المرجو منه للطرف الأول بدون مقابل « ، وهو عقد سائغ في حد ذاته تشمله الأدلة العامة لتنفيذ العقود والأدلة الخاصة الواردة في صحة الإجارة والقبالة وغيرهما .

ويمكن صياغة هذا العقد على نحو الإجارة ، فتشمله أحكام الإجارة ، كما يمكن صياغته كعقد مستقل فتجري عليه الأحكام العامة للعقود .

ولعدم ابتناء هذا العقد على نقل الملكية يصح استخدامه في المرافق العامة . نعم ، المنافع المشتركة التي للناس فيها حق الانتفاع فقط ، كالطرق العامة وموارد المياه وما أشبه ذلك فلا يجوز التصرف فيها سواء بأسلوب عقد البناء والتشغيل والإعادة ، أو غيره من العقود إذا أوجب مزاحمة الناس ، إلا أن يكون هناك مصلحة أهم للمسلمين .

وإذا كانت الشركة القائمة بالبناء والتشغيل شركة أجنبية يجب في صحة التعاقد معها أن تكون بنود العقد وطبيعته بحيث لا يوجب أي سيطرة للكفار على شؤون المسلمين الاقتصادية وغيرها .

ولابد أن يكون المعوض ، أي ما تقوم به الشركة من بناء و تعمير والمشروع الذي يقرر تسليمه للطرف الأول ، وكذلك العوض الذي يمنح للشركة أي حق الامتياز وكيفية استخدامها لهذا الحق وسعر السلعة أو الخدمة التي يقدمها في مدة التعاقد واضحاً ليس فيه أي إبهام ومخاطرة ؛ كي يكون العقد صحيحاً لا يلزم منه الغرر المنفي شرعاً . وفيما يلي تفصيل الدراسة ضمن المحاور التالية :

المحور الأول : التعريف وآلية العمل والمكونات

١ - التعريف وأهم الميزات :

أ - تعريف لجنة الأمم المتحدة : لقد عرّفت لجنة الأمم المتحدة للتقنين التجاري الدولي عقد البناء والتشغيل والإعادة (البوت) بأنه : « وصف يطلق على مشروع البنية التحتية حينما تختار السلطة المتعاقدة صاحب امتياز لتمويل وتشبيد مرفق أو نظام للبنية التحتية ، وتعطي لصاحب الامتياز حق تشغيل المرفق على أساس تجاري لفترة معينة ، تنتقل ملكية المرفق بعد انقضاءها إلى السلطة المتعاقدة » (١) .

وأهم ما يلاحظ على هذا التعريف ما يلي :

أولاً : إنه ليس تعريفاً مباشراً للعقد ، بل هو تعريف لما يسمى بنظام أو مشروع (البوت) ؛ ولذلك لم يبين فيه أركان العقد من المتعاقدين والعوضين (موضوع العقد) بشكل واضح ، ولم يتعرّض فيه لجوهر العقد المتقوم بالربط الحاصل بين الالتزامين ، أي كون إلتزام أحد الطرفين في مقابل إلتزام الطرف الآخر الذي يحصل منهما قرار موحد يسمى بالعقد .

ثانياً : نصّ التعريف على ملكية صاحب الامتياز للمشروع إلى نهاية المدّة ، والحال أنّ هذا أمر لم يفترض في هذا النوع من التعاقد ، بل في نوع آخر من هذا النمط ، أي (بناء وتملك وتشغيل ونقل الملكية) (BOOT) كما أوضحناه في الهامش (٢) .

ب - تعريف مجمع الفقه الإسلامي الدولي :

« اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة مشروع) على إقامة منشأة وإدارتها ، وقبض العائد كاملاً أو حسب الاتفاق ، خلال فترة متفق عليها بقصد

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي ■ ■ ■
استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول ، ثم تسليم المنشأة صالحة
للأداء المرجو منها» (٣) .

ويلاحظ على هذا التعريف أيضاً : أنه لم يبيّن فيه العوضان (أي موضوع
العقد) بشكل واضح مع كونهما من أركان العقود المالية .

ج - التعريف المختار : « منح الطرف الأول (المالك) للطرف الثاني (شركة
المشروع) امتياز إنشاء وتشغيل مشروع معين خلال فترة محددة على أن يقوم
الطرف الثاني إقامة المشروع وإدارته في تلك المدة بقصد استرداد تكاليف
الإنشاء مع تحقيق عائد معقول ، ثم تسليم امتياز المشروع صالحاً للأداء المرجو
منه للطرف الأول بدون مقابل » .

ويسمى هذا العقد بالإنجليزية بعقد (BOT) اختصاراً لكلمات إنجليزية ثلاث :
(BUILD) وتعني البناء ، و (OPERATE) وتعني التشغيل ، و (TRANSFER)
وتعني الإعادة والنقل ، ولنسمه بنظام (بوت) (٤) .

٢ - آلية العمل في عقد البناء و التشغيل و الإعادة :

إذا أرادت الحكومة إنشاء مشروع من مشاريع البنية التحتية وترغب
في تنفيذه بإسلوب (BOT) تعلن في البداية عن مناقصة تحتوي على الإطار
التشريعي والنظامي الذي سيعمل المشروع في نطاقه ، وفق المعايير التي ترغب
في تحقيقها ، والمتعلقة عادةً بالوقت اللازم لتنفيذ المشروع وفترة الامتياز التي
ستمنحها للشركة التي ستتعهد بتنفيذه ، وتكلفة الخدمة للجمهور .

وبناءً على الإعلان عن هذه المناقصة يجتمع غالباً عدد من المستثمرين
والقانونيين والمهندسين وأصحاب المقاولات العالمية والمحلية ليكوّنوا اتحاداً
مالياً (Consortium) يتفقون فيه على نسبة كلّ منهم في رأس المال « حقوق

الملكية ، أو أسهم المشروع » والتي تشكل عادة من ١٥ ٪ إلى ٣٠ ٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع ، ويحدّدون المصادر الخارجية (البنوك ومؤسسات التمويل) التي سيحصلون منها على القروض التي تغطي بقية التمويل ، والتي تتراوح نسبتها بين ٧٠ ٪ إلى ٨٥ ٪ من إجمالي التمويل . ثمّ يقومون بإعداد دراسة مستوعبة للمشروع ؛ للتأكد من أنّ واردات المشروع خلال فترة الامتياز كافية لتغطية تكاليفه وتحقيق أرباح مجزية لهم .

فإذا اتفقوا على تبني المشروع يتقدمون بعرضهم وعطائهم للحكومة ، فإذا كان هو الأفضل ووافقت الحكومة على إرسائه عليهم ، يقوم الاتحاد المالي لهذه المجموعة بتأسيس شركة خاصة للمشروع تنتهي بانتهاء فترة امتيازها ، وتتولّى هذه الشركة تجميع مساهمات الأعضاء ، وطلب القروض اللازمة لتغطية إجمالي تمويل المشروع ، وتصبح هذه الشركة هي المسؤولة عن تسديد القروض ، وفوائدها للجهات المقرضة ، دون التعرض إلى الأصول المالية الخاصة بأعضاء الاتحاد المالي وبقية المساهمين .

كما تتولّى هذه الشركة إجراءات التعاقد مع الحكومة لتنفيذ المشروع والتوقيع على الاتفاقات اللازمة التي توضح الحقوق والالتزامات لكلّ منهما ، وتقوم الشركة أيضاً بإجراء كلّ التعاقدات الخارجية الأخرى اللازمة لتنفيذ المشروع ، كالتعاقد مع شركات المقاولات ، وموردي الآلات والأجهزة والمواد الأولية وغيرهم .

وبعد إقامة المشروع تتولّى الشركة عملية التشغيل بنفسها ، أو قد تتعاقد مع شركة مشغّلة (Operator) لتتولّى عملية التشغيل والصيانة ، وتستخدم الإيرادات المتحصّلة خلال فترة التشغيل لتغطية تكاليف التشغيل والصيانة ودفع التزامات التمويل ، والإيراد المتبقي بعد ذلك هو الإيراد الصافي أو الربح المتحقّق للشركة .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي

ومن حق الحكومة والدائنين التأكد من أن عملية التشغيل والصيانة تتم وفقاً للمعايير المتفق عليها سلفاً ، وبعد أن تنتهي فترة الامتياز الممنوحة للمشروع يتم تحويل ملكيته - منفعة - للحكومة . وقد ترى الحكومة أن من المناسب تجديد التعاقد مع الشركة نفسها لتستمر في التشغيل ، أو قد تتعهد بالتشغيل لطرف آخر من القطاع الخاص ، أو قد تتولى التشغيل بنفسها (٥) .

٣- مكونات عقد البناء والتشغيل والإعادة (البوت) :

لا يخفى أن التعريف المذكور ناظر إلى بيان مفاد الاتفاقية الأصلية في العقد المذكور ، ولكنه غير محصور بتلك الاتفاقية ؛ لأنه يشتمل على جملة من الإتفاقات والعقود والترتيبات القانونية التي تجمع أطرافاً متعددة ، وأهم العقود الجانبية بالإضافة إلى العقد الأساس هي :

١- عقد المقاوله :

وهو العقد الذي يبرم بين شركة المشروع وبين المقاول الذي تختاره للقيام بالأعمال اللازمة للإنشاءات ، وفي الغالب يكون هذا المقاول من المؤسسين في شركة المشروع أو طرفاً فيها .

٢- اتفاقية التمويل :

وهي من إتفاقات النظام الجوهريّة ، وقد يتضمّن المشروع اتفاق تمويل واحد ، أو عدّة إتفاقات ، وهذه الإتفاقات قد تبرم بين شركة المشروع والمصادر المالية للحصول على القروض التي تغطّي التمويل اللازم للمشروع ، حيث أن رأس مال شركة المشروع يشكل عادةً من ١٥ ٪ إلى ٣٠ ٪ من إجمالي التمويل اللازم للمشروع ، وأمّا المتبقي أي ٨٥ ٪ إلى ٧٠ ٪ من إجمالي التمويل فيتم تسديده عن طريق الاقتراض من المؤسسات المالية .

٣- عقد التأمين :

وهو العقد الذي تبرمه شركة المشروع مع شركة أو شركات تأمين للقيام بتوفير الغطاء التأميني لأصول المشروع في مراحل المختلفة وحتى مرحلة تحويله للجهة مانحة الامتياز .

٤- عقد التشغيل والصيانة :

يعتبر اتفاق التشغيل والصيانة من الإتفاقات الهامة والرئيسة في المشاريع المنفذة وفقاً لنظام (البوت) ، حيث يتأثر بهذا العقد أو الاتفاق طرفا عقد (البوت) الاثنان ، وهما : الجهة مانحة الامتياز والمتعاقد ، كما تتأثر به الجهات الممولة كذلك .

٥- اتفاقية شراء المنتج :

اتفاق الشراء من الاتفاقات اللازم إبرامها في أي مشروع (بوت) تكون فيه الجهة مانحة الامتياز هي من يشتري الخدمة التي يقدمها المشروع .

وهذه العناصر الخمسة هي التعاقدات والاتفاقات الرئيسية التي لا بد أن يتضمنها نظام (البوت) ، وهناك عقود أخرى ترتبط بمراحل تنفيذ المشروع على أساس التعاقد الأصلي ، كعقد الانتفاع بالأرض عن طريق استئجار الأرض في مدة بناء المشروع ، واتفاقية استيراد المواد الأولية ، كالوقود ، لكن كل هذه العقود الجانبية تعقد في الأطار الذي رسمته الاتفاقية الأصلية بين الشركة والحكومة ، وقد توخذ هذه العقود كشروط ضمنية في تلك الاتفاقية^(٦) .

والجدير بالذكر إن شركة المشروع التي تسمى بالمتكفل أو الضامن (sponsor) غالباً ما تتكون من اتفاقية اتحاد الشركات (Consortium الائتلاف الشركتي) ، وتتم بين مجموعة الشركات المتحدة لتنفيذ المشروع .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي ■ ■ ■

وبما أنّ عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد منح امتياز في مجال المرفق العام فلا بدّ من البحث في معنيي (المرافق العامة) و (حقوق الامتياز) أولاً . وموارد جواز التصرف فيهما ثانياً .

والبحث عن الترخيص الفقهي لعقد (البناء والتشغيل والإعادة) بوصفه تصرفاً اعتبارياً في تلك الموارد ثالثاً .

المحور الثاني : المرافق والمرافق العامة

١ - تعريفها والمراد بها :

يستعمل اصطلاح المرافق بدون التوصيف بالعامه في الفقه الإسلامي في موردين :

الأوّل : ما يرفق الشيء ويختصّ به من التوابع مع كونه مملوكاً ، كأصل ذلك الشيء ، مثل مرافق البيت من المطبخ والمرقي والكنيف وبئر الماء والبستان الداخل ونحوها .

الثاني : ما يرافق الشيء ويختصّ به من التوابع مع عدم كونه مملوكاً (٧) ويسمى بحريم الشيء . ويبحث عنه في باب إحياء الموات في أنّه هل يشترط في تملك الموات بالإحياء عدم كونه حريماً للموات أو لا ؟

أمّا اصطلاح المرافق مع الوصف بالعامه : فهو اصطلاح جديد لم يكن معهوداً في الفقه الإسلامي ، والمراد منه - على ما عرفوه هو - : « ما يحقّق المنفعة العامة عن طريق إشباع حاجة ، أو تأمين خدمة عامة مادية ، أو معنوية بحماية السلطة العامة المباشرة ، أو غير المباشرة » (٨) .

والمرافق العامة بهذا التعريف تتضمن الحقلين التاليين :

أ - ما يعبر عنه (بالأموال والمنافع العامة) في الفقه الإسلامي .

الشيخ مرتضى الترابي

ب - كل الأنظمة الحكومية والخدمات العامة التي تعد من وظائف وشؤون الحكومة .

أ - الأموال والمنافع العامة :

أما الأموال والمنافع العامة في الفقه الإسلامي فتندرج فيها الأنواع الثلاثة التالية :

١ - المنافع المشتركة :

وهي الأموال التي لا يآذن الإسلام لفرد خاص بتملكها ، وإنما يسمح للأفراد جميعاً بالاستفادة منها مع حفظ أصل المال ، كالطرق والشوارع والأنهار الكبيرة والأوقاف العامة .

٢ - الأموال العامة للمسلمين : كالأراضي

كالأراضي العامرة المفتوحة عنوة .

٣ - الأموال التي هي ملك للإمام ، كالأنفال .

ب - الأنظمة الحكومية والخدمات العامة :

الأنظمة الحكومية تتضمن كل الوزارات والتنظيمات الادراية والعسكرية التي لا بد منها لحفظ النظام ، أو تسيير الحياة ، وأما الخدمات العامة فتشمل حقولاً متنوعة مما يعد القيام بها من وظائف الحكومات والبلديات ، كتأمين الكهرباء ومياه الشرب الصحية وخدمات البريد ، والاتصالات وصلات الرياضة ، والخدمات الصحية ، ومراكز الإسعاف وإطفاء الحرائق ، ومراكز خدمات المسنين ، ومؤسسات التأمين ، ورفع النفايات وإيجاد الحرائق ، وتأسيس مراكز التعليم والجامعات ، وغيرها .

٢ - التصرفات المالية في الحقوق المتعلقة بالمرافق العامة :

لا شبهة في أنه يجوز المعاوضة في الجملة على الحقوق المتعلقة بالمرافق بأنواعها فيما تجوز المعاوضة في نفس المرافق لا بالعكس ، بمعنى أنه قد لا تجوز المعاوضة على نفس المرفق لكونه من الأوقاف أو ملكاً للمسلمين ، ولكن مع ذلك يقال بجواز نقل حق متعلق بقسم منه لشخص مع بقاء ملكية الأصل على ما هي عليه من الوقف ، كما في إقطاع الارفاق في المنافع المشتركة على القول به . نعم ، يشترط في صحة المعاوضات المالية في الحقوق كون الحق من الحقوق التي يجوز نقله في حد نفسه ، فما كان حكماً أو حقاً غير قابلاً للنقل والانتقال لا يجوز المعاوضة عليها .

وتلخص من جميع ما ذكرنا : أن التصرفات المالية الاعتبارية جائزة للإمام في المرافق العامة في إطار ولايته في الجملة . نعم ، لا يحق له نقل الملكية الدائمة للمرافق العامة التي هي من المنافع المشتركة ، أو ما هو ملك للمسلمين إلى الآخرين ببيع أو هبة أو شبههما ، وكذلك لا يجوز إعطاء زمام بعض الأمور الإدارية المختصة ولايتها بالإمام ، كالقضاء ونحوه إلى الآخرين على نحو لا يبقى له ولاية عليها ، سواء كان ذلك بعوض أم بغير عوض .

وأما ما كان ملكاً للإمام ، أي مقام الإمامة فيجوز له فيه أنواع التصرفات وكذلك يجوز له التصرف غير الناقل في ما هو ملك للمسلمين باستثماره مباشرة ، أو بنحو الايجار ونحوه وصرف عائداته في المصالح العامة للمسلمين .

بعد اتضاح حكم أصل التصرفات والمعاوضات على المرافق العامة تصل النوبة إلى البحث عن استخدام أسلوب البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة .

٣ - استخدام أسلوب عقد البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة والأوقاف :

لاشكَّ أنّ عقد البناء والتشغيل والإعادة تصرّف وضعي اعتباري تتعقّبه التصرفات التكوينية في موضوع العقد ، فيختصّ جواز استعماله بناءً على صحته في حدّ نفسه بالمرافق العامة التي يجوز التصرّف فيها ، وقد ذكرنا أنّه يجوز للحاكم الإسلامي التصرّف في القسم الثاني والثالث من النوع الأوّل وبعض أقسام النوع الثاني من أقسام المرافق العامة في تقسيمنا ، أي ما هو ملك للمسلمين وما هو ملك للإمام والأنظمة الحكومية والخدمات العامة .

المحور الثالث : الترخيص الفقهي لعقد البناء والتشغيل والإعادة

بعد ما تعرّضنا لموارد جواز التصرّف الوضعي في المرافق العامة والأوقاف لابتداءً من البحث في صحة عقد البناء والتشغيل والإعادة في حدّ نفسه من دون النظر إلى متعلّقه في ضوء الأدلة العامة الواردة في مطلق العقود والأدلة الخاصة الواردة في نظائره إن وجدت والبحث عن تكييفه هل هو من العقود المسماة أو لا ؟ فهنا بحثان :

البحث الأول : صحة أو بطلان عقد البناء والتشغيل والإعادة

الظاهر إنّ عقد البناء والتشغيل والإعادة في حدّ ذاته وطبيعته من دون النظر إلى الملابسات محكوم بالصحة شرعاً ؛ وذلك :

أولاً : لشمول أدلة العقود العامة كقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾^(١٩) ، وقول النبي ﷺ : « المؤمنون عند شروطهم »^(٢٠) . ومعنى وجوب الوفاء هو ترتيب آثار الصحة واللزوم على العقد .

وثانياً : وجود الدليل الخاص ، وهو النصوص الخاصة عن أئمة أهل البيت عليهم السلام

عقد البناء والتشغيل والإعادة - المحكم الشرعي والتكليف الفقهي

الواردة على صحة نظائره مما يكون تعمير الأرض هو العوض في العقد . وإليك بعض تلك النصوص :

١ - في الكافي عن علي بن إبراهيم عن أبيه عن ابن أبي عمير عن حماد عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال : « الْقَبَالَةُ أَنْ تَأْتِيَ الْأَرْضَ الْخَرِبَةَ فَتَقْبَلَهَا مِنْ أَهْلِهَا عَشْرِينَ سَنَةً أَوْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ فَتَعْمُرُهَا وَتُؤَدِّي مَا خَرَجَ عَلَيْهَا فَلَا بَأْسَ بِهِ » (١١١) .

٢ - وفي التهذيب عن الحسن بن محمد بن سماعة عن الحسين بن هاشم عن ابن مسكان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الأرض يأخذها الرجل من صاحبها فيعمرها سنين ويردّها إلى صاحبها عامرة وله ما أكل منها ، قال : « لَا بَأْسَ » (١١٢) .

٣ - وفي الكافي عن محمد بن يحيى عن محمد بن الحسين عن صفوان عن يعقوب بن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدّي خراجها وما كان من فضل فهو بينهما ، قال : « لَا بَأْسَ » قال : وسألته عن الرجل يعطي الرجل أرضه وفيها رومان أو نخل أو فاكهة فيقول : اسقي هذا من الماء واعمره ولك نصف ما أخرج . قال : « لَا بَأْسَ » قال : وسألته عن الرجل يعطي الرجل الأرض فيقول اعمرها وهي لك ثلاث سنين أو خمس سنين أو ما شاء الله . قال : « لَا بَأْسَ » (١١٣) .

فإن هذه الروايات تدلّ على صحة جعل التعمير هو العوض في العقد ، سواء قلنا إنها إجارة أو عقد مستقل برأسها .

وهذا ما سوف ندرسه فيما بعد تحت عنوان تكليف هذا العقد من الناحية الفقهية إن شاء الله تعالى .

الشيخ مرتضى الترابي

وقد أفتى بمضمونها فقهاء الإمامية ؛ قال العلامة الحلي رحمته الله : « يجوز أن يتقبل الأرض ليعمرها ويؤدي ما خرج عليها مدة معينة » ^(١٤) .

وقال السيد الطباطبائي رحمته الله : « يجوز إجارة الأرض مدة معلومة بتعميرها وإعمال عمل فيها من كرى الأنهار وتنقية الآبار وغرس الأشجار ونحو ذلك . وعليه ، يحمل قوله رحمته الله (لا بأس بقبالة الأرض من أهلها بعشرين سنة أو أكثر ، فيعمرها ويؤدي ما خرج عليها) ونحوه غيره » ^(١٥) .

وقال السيد الخوئي رحمته الله : « لا إشكال في صحة قبالة الأرض بأن يتقبل الرجل من شخص أرضاً ليعمرها نحو عمارة من غرس الأشجار أو تنظيف الأنهار والآبار وما شاكل ذلك إلى مدة معينة على أن يكون حاصل الأرض للعامل ، وبعد انقضاء المدة يكون لصاحب الأرض . وهذه العملية تسمى بالتقبيل والتقبل ، والفعل الصادر منهما يدعى بالقبالة » ^(١٦) .

لا يخفى أن الجواز في هذه المسألة هو على طبق القاعدة ؛ لأن الأعمال تصلح لأن تجعل عوضاً في المعاوضات بيعاً كان أو إجارةً أو نحوهما ، والمفروض تعيينها أو وجود تعارف يرتفع به الغرر والجهالة ^(١٧) .

ومعلوم أن عقد البناء والتشغيل والإعادة أيضاً من هذا القبيل ؛ لأنه تقبل للأرض وما شاكلها لتعميرها على أن يكون حاصل الأرض ومنافعها للعامل لمدة معينة وإرجاعها لصاحبها معمورة بعد انقضاء المدة .

واحتمال وجود الخصوصية في مورد الروايات كي يدعى بأن الروايات لا تشمل تقبل إنشاء وتعمير شيء آخر ، كتقبيل إصلاح مجاري المياه أو الطرق أو غيرها من المصالح والمرافق العامة غير صحيح ؛ لأن الظاهر من الروايات هو إصلاح شيء له منافع يمكن جعل تلك المنافع بأزاء عمله ، فكونه أرضاً أو غير أرض لا يؤثر في الموضوع .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي ■ ■ ■

نعم ، يبقى الكلام في تكييف هذا العقد وأنه هل هو إجارة ، كما حمل السيد الطباطبائي الروايات على هذا الاحتمال فيما نقلناه من كلامه ، أو جعالة ، أو أنه عقد مستقل برأسه ؟ وهذا ما نبحت عنه في العنوان التالي .

البحث الثاني : نوع عقد البناء والتشغيل والإعادة

يمكن تكييف عقد البناء والتشغيل والإعادة عن طريق العقود المسماة ، كالإجارة والمصالحة والقبالة بناءً على كونها عقداً مستقلاً ونحوها من العقود ، كما يمكن عدّه عقداً مستحدثاً من دون أن يكون فرعاً لعقد مسمّى وفقاً للتخريجات التالية :

أولاً : عن طريق العقود المعهودة

أ - القبالة :

القبالة ، بالفتح : الكفالة وهي في الأصل مصدر قَبَلَ إذا كَفَلَ . وقال : قَبَّلْتُ العاملَ العملَ تَقْبِلاً ، وهذا نادر ، والاسم القبالة ، وتَقَبَّلَهُ العاملُ تَقْبِلاً ، نادر أيضاً^(١٨) .

تستعمل القبالة في الفقه للتعبير عن عقود مختلفة ، كتقبّل الأرض الخراجية من السلطان ، وتقبّل أحد الشريكين حصة شريكه بعوض معلوم ، وتقبّل الأرض من شخص للتعمير . والجامع بينها هو كونها معاوضة على حق الانتفاع من الأرض بعوض معلوم .

والمراد هنا هو المورد الثالث ، أي تقبّل الأرض من شخص ليعمرها .

وقع الخلاف في كون القبالة عقداً مستقلاً أو أنه إجارة أو مصالحة أو غيرهما . ذهب الشهيد الثاني إلى كونها عقداً مستقلاً برأسه لها أحكام خاصة^(١٩) .

فعلى هذا الاحتمال يمكن تخريج عقد البناء والتشغيل والإعادة عليها ، فيكون نوع قبالة .

ب - الإجارة :

الظاهر أنّ عقد البناء والتشغيل والإعادة أشبه شيء بالإجارة ؛ لأنّ المحور الأساسي في عقد البناء والتشغيل والإعادة ، إمّا هو تمكين الطرف الثاني للاستفادة من أرض مملوكة للطرف الأول لمدة معلومة لإيجاد بعض المنشآت عليه والاستفادة منها ، ثمّ تحويله إلى الطرف الأول بعد تمام المدة ، أو أنّه منح حق امتياز صيانة مشروع والانتفاع منه ثمّ تحويله إلى الطرف الأول على أن يكون العوض هو القيام بالإصلاح والبناء في كلا الفرضين .

فبناءً على الاحتمال الأوّل - وهو تمكين الطرف الثاني للاستفادة من أرض مملوكة للطرف الأوّل - فصدق الإجارة عليه مسلّم ، أمّا على الاحتمال الثاني فالمعاملة والتعاقد وقعت على الحق . ولاريب أنّه ليس ببيع كما سيوضح ، فتكون مصالحة عليه تعطي فائدة الإجارة .

وبناءً على كونه إجارة ، يقع الكلام من الناحية العلمية في أنّه من هو المؤجر والمستأجر ؟ هل المستأجر هو العامل الذي يعمر الأرض ويبني البناء ، والمؤجر هو صاحب الأرض ، أو أنّ الأمر بالعكس والمؤجر إنّما هو العامل الذي يؤجر نفسه لعمارة الأرض ، والأجرة هي منفعة الأرض والمستأجر صاحبها ؟

ولا يخفى عدم ترتب أثر عملي لبيان أنّه من هو المؤجر والمستأجر بعد قيام الدليل على صحتها ونفوذها على كلّ تقدير حسبما عرفت .

وقد وقع نظير ذلك في البيع لدى تشخيص البائع عن المشتري فيما لو كان الثمن والمثمن كلاهما من العروض ، أو كلاهما من النقود .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكليف الفقهي

والضابطة العرفية لتشخيص المؤجر من المستأجر أنّ المستأجر هو الذي ينظر إلى خصوصية المنفعة القائمة بالعين المستأجرة ، فهو بمثابة المشتري في البيع ، كما أنّ المؤجر هو الناظر إلى المالية فحسب كالبائع ، وبعبارة أخرى : المؤجر يطلب المالية ، والمستأجر يطلب الخصوصية ، ومن ثمّ يروم الأول العثور على النقود والأثمان ، والثاني على الأشخاص والأعيان .

وعليه ، فلو فرضنا أنّ كلاً منهما ناظر إلى الخصوصية ، كما لو اتفقا على أن يخطط أحدهما للآخر ثوباً إزاء أن يبني الآخر له حائطاً فوقعت المبادلة بين عمليّن ، أو وقعت بين منفعتين ، أو بين منفعة وعمل ، كما لو تبادلوا بين سكني الدار شهراً وبين خياطة ثوباً ، ففي جميع ذلك بما أنّ النسبة من كلّ من الجانبين متساوية ؛ لأنّ كلاً منهما يطلب الخصوصية فلا يختص أحدهما باسم المستأجر أو المؤجر دون الآخر ، فتكون مبادلة بدون تخصيص أحد الطرفين باسم المؤجر والآخر بالمستأجر ، ولعلّ هذا أيضاً يكون شاهداً على خروجها من باب الإجارة كونها معاوضة خاصة محكمة بالصحة بمقتضى القواعد العامة والنصوص الخاصة الواردة في المقام (٢٠) .

ج- بيع حق الامتياز :

الظاهر عدم صحة تصوير عقد البناء والتشغيل والإعادة بيعاً ؛ لأنّ البيع معناه : هو تملك رقبة المال - عيناً كانت أو منفعةً أو حقاً - مقابل مال وهو يلزم الدوام وعدم توقيته بمدة ينتهي أمده بانتهاء المدة والحال أنّ الملحوظ في عقد البناء والتشغيل والإعادة هو كونه مؤقتاً ورجوع الأرض وحقّ الامتياز إلى صاحبه الأول بدون مقابل .

وإدعاء أنّه يمكن تبرير رجوع المال إلى صاحبه بعد مدة بالشرط الضمني وإن كان أصل عقد البيع يأبى عن ذلك في حدّ ذاته ، مخدوش بأنّ الشرط إنّما يصحّ لو لم يكن مخالفاً لمقتضى العقد .

الشيخ مرتضى الترابي

فاشترط رجوع المال بعد مدة مخالفة لمقتضى عقد البيع ؛ لأن مقتضى الشرط كذلك هو عدم سيطرة المالك على ماله إلا في مدة خاصة ، وهو خلاف الملكية .

د - المصالحة :

يمكن صياغة هذا العقد على نحو الصلح والمصالحة ؛ لأن الصلح عندنا أوسع العقود مجالاً ويمكن الوصول إلى أغلب نتائج العقود المعهودة عن طريق الصلح ؛ لقول النبي ﷺ : « الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صَلْحاً أُحِلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً » (٢١) ، وهو المروي عن الإمام علي عليه السلام (٢٢) .

ولا يشترط في تحقق الصلح وجود الخلاف والنزاع بين الطرفين ، بل الصلح الابتدائي أيضاً جائز عند فقهاءنا (٢٣) .

هـ - الإقطاع :

وهو تخصيص الدولة قطعة من الأرض ونحوها من الموارد الطبيعية لشخص قادر على العمل ، على نحو الإمتاع أو التملك أو غيره وهو على أقسام :

١ - إقطاع الاستغلال :

والمقصود بهذا النوع من الإقطاع : هو تخصيص بعض الضرائب الواقعة على فئة أو منطقة معينة لشخص من الأشخاص أزاء خدمة يقوم بها ، أو عوضاً عن حقه في الارتزاق من بيت المال ، أو على سبيل المنحة والعطاء (٢٤) .

٢ - إقطاع الإرفاق :

وهو في المشهور : تخصيص موضع في أحد المرافق العامة كالطرق ورحاب المساجد ومقاعد الأسواق ونحوها لشخص من الأشخاص من أجل أن يستخدمها في أحد أغراضه الخاصة التي لا تضر بالمصلحة العامة (٢٥) .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي

وقد صرح بشرعية هذا النوع من الإقطاع فريق من الفقهاء ، ولكن قوى الشيخ الطوسي وغيره من الإمامية القول بمنع هذا النوع من الإقطاع ؛ لعدم وجود دليل على مشروعيته ، وهذا هو المشهور عند فقهاءنا كما بيناه (٢٦) .

وقد ذكر هذا النوع قبلاً لإقطاع التملك الآتي بيانه ، الذي يراد به تخصيص الشيء منفعة وأصلاً للمستفيد .

٣- إقطاع التملك :

يقصد بهذا النوع من الإقطاع : تخصيص قطعة من الأرض أو نحوها أصلاً ومنفعة لمن تتوفر فيه القدرة على استثمارها أو استغلالها .

وقد أجاز ذلك جمع من فقهاء الإمامية والمالكية وكذلك الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف الذين صرحوا بجوازه (٢٧) .

من المعلوم أنّ إقطاع التملك لا صلة له بعقد البناء والتشغيل والإعادة ؛ لعدم تحقق التملك في هذا العقد ، أمّا الأقسام الأخرى من الإقطاع فتشبه عقد البناء والتشغيل والإعادة من جهة كونها إعطاء حقّ من الحقوق المتعلقة بالحكومة ، أو عامة الناس إلى جهة خاصة للانتفاع منها واستغلالها ، كما هو كذلك في عقد البناء والتشغيل والإعادة ، ولكن يفترق هذا العقد عن الإقطاع بأنّ الإقطاع غالباً لا يكون بعوض ، بل يشبه الهبة .

نعم ، يشترط كون المقطع قادراً على إحياء الأرض ، وإلا يسقط حقّه . بمعنى : أنّ المقطع غير مطالب بتقديم عوض قبلاً للإقطاع ، وهذا بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة فإنّه عقد لمنح حق الانتفاع من الأرض أو الامتياز مقابل تقديم خدمات معينة إلى الناس ثمّ تحويل المنشأ بعد انتهاء العقد إلى الحكومة .

بل المحور الأصلي في عقد البناء والتشغيل والإعادة هو سدّ حاجة معينة من الحاجات العامة والملاحظ فيه المصلحة العامة دون منافع المقطع ، وهذا بخلاف

الإقطاع ؛ لأنّ التركيز فيه في المرحلة الأولى على ما فيه مصلحة المقطع لا الآخرين .

هـ- الاستصناع :

يفترق عقد البناء والتشغيل والإعادة عن الاستصناع في : أنّ مصبّ العقد في البناء والتشغيل والإعادة - كما ذكرنا - هو منح حقّ امتياز متعلّق بالمرافق العامة للطرف الثاني مقابل إنشاء منشأ وتحويله بعد مدة معلومة إلى صاحب الأرض (الحكومة) ، والحال إنّ مصبّ العقد في الاستصناع هو المبادلة بشيء معيّن في الذمة مقابل ثمن معيّن ، فيفترقان في ناحية الثمن والمثمن : إمّا من ناحية الثمن فلأنّه ليس في عقد البناء والتشغيل والإعادة ثمن معيّن خارج عن منافع المنشأ يقدمه الطرف الأول للطرف الثاني ، وهذا بخلاف عقد الاستصناع ، فإنّ الثمن فيه شيء معيّن يدفع دفعة ، أو في ضمن أقساط إلى الطرف الثاني ، وإمّا من ناحية المثمن ؛ لأنّ المثمن في الاستصناع هو صنع شيء معيّن وتحويله مباشرة إلى المستصنع ، بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة ، فإنّ المعوّض فيه هو البناء والتشغيل لمدة معينة .

ومن هنا يعرف وجه امتيازها عن (عقد الأشغال العامة) الذي هو عقد مقاولة ، بين شخص من أشخاص القانون العام ، وبين فرد أو شركة ، يتعهد المقاول بمقتضاه بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام ، وتحقيقاً لمصلحة عامة ، مقابل أجره و ثمن يُحدّد في العقد .

فإنّ الفرق بينه وبين عقد البناء والتشغيل والإعادة هو في كون العوض في عقد الاشغال العامة ثمناً محدداً يدفع من قبل الجهة الحكومية إلى المقاول مقابل ما يقوم به من البناء أو الترميم أو غير ذلك .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي ■ ■ ■
هذا ، بخلاف عقد البناء والتشغيل والإعادة فإنه ليس فيه أجره وثمان غير حق الانتفاع من الأرض .

ثانياً : كونه عقداً مستحدثاً مستقلاً

يحتمل افتراض عقد البناء والتشغيل والإعادة عقداً مستحدثاً مستقلاً برأسه ملزماً للطرفين على حدّ سائر العقود اللازمة ، لا شكلاً من أشكال العقود المتعارفة المعهودة . ويقوي هذا الاحتمال أمران :

الأمر الأوّل : الفهم القانوني لهذا العقد ، حيث إنهم ذكروه عقداً مستقلاً ، ولم يسمّوه بيعاً ولا إجارة ولا غيرهما من العقود المتعارفة .

الأمر الثاني : عدم استيعاب العقود المعهودة لشمول جميع مميزات هذا العقد .

نعم ، يمكن صياغته عن طريق العقود المعهودة كالإجارة - مثلاً - والوصول إلى خصوصيات عقد البناء والتشغيل والإعادة عن طريق اشتراط تلك المميزات والخصوصيات في ضمن عقد الإيجار ، بحيث يتمّ المطلوب بالمجموع ، ولكنّه تكلف لا داعي له بعد إمكان تصحيحه كعقد مستقلّ تشمله الأدلة العامة الدالة على وجوب الوفاء بالعقد سواء كان متعارفاً في الأزمنة السابقة أم لم يكن .

وعلى كلّ حال تختلف أحكامه باختلاف صياغته إجارةً أو صلحاً أو عقداً مستقلاً .

المحور الرابع : مناقشة صحة عقد الانشاء والتشغيل والإعادة

الإشكال والنقص في العقود قد تكون في مرحلة المقتضي كفقْد شرائط العقد أو المتعاقدين ، وقد تكون في مرحلة المانع ، ككونه غريباً أو ربوياً وغيرهما من الموانع ، وقد ظهر ممّا ذكرناه عدم وجود نقص في عقد الانشاء والتشغيل والإعادة في مرحلة المقتضي ، فلا بدّ من دراسة مرحلة المانع .

فنقول : هناك مناقشتان متوجهتان إلى صحة عقد الإنشاء والتشغيل والإعادة
لابدّ من دراستهما ومعالجتهما للحكم بالصحة ، وهما :

١- كون هذا العقد مشتملاً على الغرر والمخاطرة .

٢- كونه موجباً لسلطة الكفار على المسلمين وفرض سيطرتهم عليهم ؛ وذلك
لأنّ طرف هذا العقد في نظام (البوت) غالباً هي الشركات الكبرى المعروفة
في مجال من مجالات الصناعة دولياً لأجل كفاءتها من الناحية التخصصية
والتمولية ، وهذا النوع من الشركات غالباً من غير المسلمين .

١- لزوم الغرر والمخاطرة :

قد يقال : إنّ المعوّض - أي إنشاء بعض المنشآت الأساسية بالخصوصيات
المعينة - في عقد الإنشاء والتشغيل والإعادة وإن كان معلوماً لكنّ العوض فيه
مشتمل على الغرر والمخاطرة ؛ لأنّ العوض فيه - وهو امتياز تشغيل ذلك المنشأ
لفترة معينة - مقارن بالجهالة والابهام ؛ لأنّ تعيين سعر السلعة التي تنتجها أو
الخدمة التي تقدّمها للمنتفعين في مدة الامتياز التي تستمر لمدة طويلة بالدقة غير
ميسرة سواء قرّرت عرضها للناس ، أو يبيعها من الحكومة والجهالة في الشرط
الراجع إلى أحد العوضين - وهنا الثمن - يوجب الجهالة في العوضين ، فتكون
المعاملة غررية باطلة .

ولكن يمكن حلّ هذا الاشكال عن طريق الاتفاق على أساليب وموازن لتعيين
القيمة السوقية وميزان الربح للسلعة ، أو الخدمة ، كالاتفاق على تحديد السعر
على أساس سعر التكلفة الحقيقية ، ونسبة ربح مئوية .

نعم ، يلزم في هذه الحال أن يقدّم المقاول بيانات وقوائم مالية دقيقة ومفصّلة
وبمواصفات محدّدة بالتكاليف يرفعها للجهة المحدّدة في العقد ويستحقّ حينئذٍ

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكييف الفقهي ■ ■ ■
التكلفة ، بالإضافة للنسبة المتفق عليها ، كما يمكن تعيين القيمة الدولية كمعياراً
يرجع إليها ، بل يمكن الاتفاق على تحديد السعر على أساس وحدة قياسية يحدّد
فيها ثمن الوحدة والكمية لمدة طويلة .

٢- استنزاهه لسلطة الكفار على المسلمين وفرض سيطرتهم عليهم :

والمنشأ لهذه السلطة أمران :

أ - طول زمان هذا التعاقد ؛ لأنّ هذا العقد غالباً ما يستمر لمدة عشرين إلى
ثلاثين سنة . وهذا معناه إعطاء الفرصة الكافية لتواجد طويل المدة ، بل الدائم
للكفّار في داخل البلد الإسلامي ممّا يؤدي إلى تدخلهم في شؤون المسلمين ، ولا
أقلّ يوجب ذلك إشاعة الفساد الأخلاقي في الأماكن التي يعيشون فيها مع
المسلمين .

ب - كون موضوع هذا التعاقد منح امتياز بناء البنى التحتية ، الأمر الذي يؤدي
إلى تدخلهم وفرض هيمنتهم على الأمور الاقتصادية ، بل قد يسبب ذلك إلى
تدخلهم في الشؤون السياسية والثقافية في البلد لأجل إبقاء واستمرار سلطتهم
على سوق ذلك البلد .

وهذا أمر يصدّقه التاريخ المعاصر ، بل عاشته أكثر البلاد الإسلامية وغير
الإسلامية في القرن الماضي حتى اليوم ، حيث نرى أنّ أكثر التدخلات في البلاد
كان عن طريق الشركات الكبرى وأخذ الامتيازات في الشؤون الاقتصادية التي
مهّدت الطريق لأنواع التدخلات السياسية والثقافية حتى العسكرية لغير المسلمين
في بلاد الإسلام بحجة الدفاع عن منافعهم .

ومما يؤيّد هذا فتوى العالم المجاهد السيد محمد حسن الشيرازي (المعروف
بالميرزا الشيرازي الكبير تَمَّزَّ ١٢٣٠ هـ - ١٣١٢ هـ) ضدّ منح امتياز التبغ لشركة

إنجليزية في إيران وتحريم استعماله في إيران (٢٨).

والجواب عن هذا الاشكال : هو أنه يمكن التخطيط وفق الظروف الموجودة بطريقة تضمن التقدم في المجال الاقتصادي مع المحافظة على أحكام الدين والحيلولة دون تدخل الكفار في شؤون المسلمين ، وهذا أمر ممكن إذا كان الحاكم الإسلامي ممن يؤمن بأحكام الإسلام وعزة المسلمين ؛ وذلك لأنّ العلاقات الدولية في العصر الحالي تطوّرت بحيث تجعل خيارات متعدّدة أمام الدول خصوصاً في الموضوعات الاقتصادية مما يمكن للحاكم الإسلامي أن يدرسها بدقة ويختار الوضع الذي ليس فيه احتمال للتدخل من قبل غير المسلمين في شؤونهم وفرض هيمنتهم على المسلمين .

وللوصول إلى ذلك لا بدّ أن تراعى أصول الاستقلال في مرحلة اختيار الشركة ودراسة بنود التعاقد وتعيين المرجع في الاختلافات وغير ذلك من الأمور .

وبالإجمال تشخيص أنّ عقداً من العقود مع الكفار هل يوجب سلطتهم على المسلمين أو لا يوجب ذلك وتعيين كون العقد بمصلحة المسلمين أو لا أمر موكول إلى الولي الشرعي ، أي المجتهد الجامع للشرائط في زمن عدم حضور الإمام المعصوم (عليه السلام) . والحمد لله رب العالمين .

الهوامش

(١) دليل (الأونسيرال) ، التشريعي بشأن مشاريع البنية التحتية الممولة من القطاع الخاص ، ٢٠٠١ United Nations publication المرقم : B/٤ .SER .٩/CN .A/ص : ٦ .

ومنظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) UNIDO التي أصدرت دليلاً خاصاً عن المشاريع الصناعية الممولة بنظام (البوت) ، جاء في صدره توصيفاً لهذه المشاريع بأنها :

(BOT is the terminology for a model or structure that uses private investment to undertake the infrastructure development that has historically been the preserve of the public sector) .

أي : البوت اصطلاح أو صياغة لاستخدام القطاع الخاص ليقوم بمشروعات التنمية الأساسية التي كانت من قبل حكراً على القطاع العام .
أنظر :

UNIDO : BOT, Guide Lines for Infrastructure Development through, Build – Operate – Transfer (BOT) Projects ١٩٩٦, page ٣.

(٢) بعبارة أخرى : لا يفهم من مصطلحي (تملك ونقل الملكية) أنّ شركة المشروع (الممول) تمتلك المشروع طوال فترة الاتفاق ، بل تكون يد شركة المشروع عليه بدأ عارضة ، فإنّ عقود الـ BOOT تعقد لمدة أطول من عقود BOT ، وغالباً ما يلجأ إليها في المشروعات التي يكون عائدها ضعيفاً ؛ لذا احتيج فيها إلى المدة الطويلة ليتمكن الممول من استعادة ما تكبده من نفقات ، وتحقيق عائد معقول ، وفيما خلا ذلك فإنّ عقود BOOT تتفق مع عقود BOT .

قد تعرض لهذا الاشكال بعض الباحثين ولكن بشكل غير كامل .

أنظر : مقال تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "BOT" في تعمير المرافق العامة والأوقاف للشيخ خالد بن سعود بن عبد الله الرشود القاضي بديوان المظالم بجدة ، وكذلك مقال بنفس الاسم لأحمد محمد أحمد بخيت أستاذ الفقه المقارن بجامعة بني

سويف والبحرين ، هذان المقالان قد نشرنا في المجمع الفقهي الإسلامي ، الدورة التاسعة عشرة إمارة الشارقة دولة الإمارات العربية المتحدة .

(٣) قرار رقم ١٨٢ (١٩/٨) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة من (١ - ٥) جمادى الأول ١٤٣٠ هـ .

(٤) وهناك مجموعة من الترتيبات التعاقدية الأخرى التي تشابه هذا العقد (بوت) وتستخدم في مجال مشاريع البنية التحتية الممولة من قبل القطاع الخاص وهي كما جاء في دليل (الأونسيترال Uncitral) ، التشريعي ص ٦ :

أ - « البناء - نقل الملكية - التشغيل » (BTO) تستخدم هذه العبارة أحيانا للتأكيد على أن مرفق البنية التحتية يصبح ملكاً للسلطة المتعاقدة مباشرةً حال إكماله مع منح صاحب الامتياز الحق في تشغيل المرفق لفترة معينة .

ب - « البناء - الإجارة - التشغيل - نقل الملكية » (BLOT)

ج - « البناء - الامتلاك - التشغيل - نقل الملكية » (BOOT) هذه مشاريع يكلف فيها صاحب امتياز بتمويل مرفق من مرافق البنية التحتية وتشبيده وتشغيله وصيانته مقابل الحق في تحصيل رسوم ومصاريف من مستعمليه ، وبموجب هذا الترتيب يملك الكيان الخاص المرفق وموجوداته إلى أن تنتقل ملكيته إلى السلطة المتعاقدة .

هـ - « البناء - الإمتلاك - التشغيل » (BOO) تشير هذه العبارة إلى المشاريع التي يملك فيها صاحب الامتياز المرفق على أساس دائم ولا يكون ملتزماً بنقل ملكيته إلى السلطة المتعاقدة .

أنظر : دليل الأونسيترال (Uncitral) المصدر السابق : ٧ .

(٥) الرشود ، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمیر المرافق العامة والأوقاف ٩ - ١٠ : ١٤٣٠ .

(٦) أنظر : محي الدين أحمد ، تطبيق نظام البناء والتملك BOT في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة ٦ - ١٠ : ١٤٣٠ .

(٧) ذهب الشافعية إلى ملكية الحريم لصاحب المعمور ، وهو قول الخري من الحنابلة . راجع : النووي ، روضة الطالبين ٤ : ٣٤٨ . المقدسي ، المغني ٦ : ١٥١ .

(٨) المنيف ، عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة ٣ : ١٤٣٠ .

(٩) المائدة : ١ .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكليف الفقهي

(١٠) الحرّ العاملي ، محمد بن الحسن ، وسائل الشيعة ، مؤسسة آل البيت (عليه السلام) لإحياء التراث ، قم / ط ٢ ، ٢١ : ٢٧٦ ، ب ١٨ من أبواب المهور ، ح ٤ .

(١١) الكليني ، الكافي ٥ : ٢٦٨ .

(١٢) الطوسي ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٠٥ .

(١٣) الكليني ، الكافي ٥ : ٢٦٨ .

(١٤) العلامة الحلي ، تذكرة الفقهاء (ط - القديمة) ٢ : ٣٤١ .

(١٥) الطباطبائي اليزدي ، محمد كاظم ، العروة الوثقى ٥ : ١٣٥ م (١٦) .

(١٦) الخوئي ، المستند في شرح العروة الوثقى ٤ : ٤٩٢ .

(١٧) الفاضل ، الإجارة : ٦٣٨ .

(١٨) ابن منظور ، لسان العرب ٥ : ١٩٥ .

(١٩) الجدير بالذكر أن عد الشهيد الثاني القبالة عقداً مستقلاً إنما هو في تقبل أحد الشريكين حصّة الآخر بثمن معلوم ، قال : في ذيل قول المحقق في الشرائع : « إذا كان بين اثنين نخل أو شجر ، فتقبل أحدهما بحصّة صاحبه بشيء معلوم ، كان جائزاً » . قال : « هذه القبالة معاوضة مخصوصة مستثناة من المزابنة والمحاqqلة معاً . والأصل فيها ما رواه يعقوب بن شعيب عن الصادق (عليه السلام) قال : سألته عن الرجلين يكون بينهما النخل ، فيقول أحدهما لصاحبه : اختر : إما أن تأخذ هذا النخل بكذا وكذا كيلاً مسمى ، و تعطيني نصف هذا الكيل ، زاد أو نقص ، وإما أن آخذة أنا بذلك وأردّ عليك ، قال : « لا بأس بذلك » . وكذا روي أنّ النبي (صلى الله عليه وآله) قبل أهل خيبر نخلهم وخيرهم كذلك . وظاهر الأصحاب أنّ الصيغة تكون بلفظ القبالة ، وأنّ لها حكماً خاصاً زائداً على البيع والصلح ، لكون الثمن والمثمن واحداً ، وعدم ثبوت الربا لو زاد أو نقص ، ووقوعه بلفظ التقبيل ، وهو خارج عن صيغتي العقدين » . راجع : الشهيد الثاني ، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام ٣ : ٣٧٠ .

(٢٠) أنظر : الخوئي ، المستند في شرح العروة الوثقى ٤ : ٤٩٤ .

(٢١) الصدوق ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٣٢ .

(٢٢) الكليني ، الكافي ٧ : ٤١٣ .

(٢٣) ويشهد على ذلك أنّ الشهيد الأول ذهب إلى كون تقبل أحد الشريكين حصّة شريكه بثمن معلوم صلحاً مع أنّه عبر عنه في الرواية بالقبالة و التقبل راجع : الشهيد الأول ، الدروس الشرعية ٣ : ٢٣٨ .

- (٢٤) المظفر ، إحياء الأراضي الموات : ٢٧٢ ، ١٣٩٢ هـ .
- (٢٥) المصدر السابق : ٢٧٣ .
- (٢٦) ولكن الظاهر أنه لا ضير بهذه الإرفاقات ولا مانع شرعي منها إذا لم ينشأ عنها ضرر بالمصلحة العامة ؛ لعدم وجود دليل أو نص بالمنع . ولعلّ منه إقطاع الإمتاع ، أو الانتفاع الذي يقصد به تخصيص منافع الشيء دون أصله لشخص من الأشخاص ولفترة زمنية محدودة . انظر : المظفر ، المصدر السابق : ٢٧٤ .
- (٢٧) راجع : المظفر ، المصدر السابق : ٢٧٥ ، لم يعتبر الإسلام مجرد الإقطاع سبباً لتملك الفرد المقطع المصدر الطبيعي ، وإنما جعل للفرد المقطع حقاً في استثمار المصدر الطبيعي ، وتملكه إذا كان اقطاع تملك . وهذا الحق يعني أنّ له العمل في ذلك المصدر ، ولا يجوز لغيره انتزاعه منه والعمل فيه بدلاً عنه ، كما صرح بذلك العلامة الحلّي في (القواعد) ، قائلاً : بأن الإقطاع يفيد الاختصاص ، وكذلك الشيخ الطوسي في (المبسوط) إذ كتب يقول : « إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعية قطعة من الموات ، صار أحقّ بها من غيره ، بإقطاع السلطان ، بلا خلاف » . نعم يعامل المقطع مع الأرض معاملة الملك بعد تمامية الإقطاع له واستثماره من قبله . أنظر : العلامة الحلّي ، قواعد الأحكام ١ : ٢٢١ . الطوسي ، المبسوط ٣ : ٢٧٣ . الشهيد الصدر ، اقتصادنا : ٤٨٧ .
- (٢٨) في ١٨٩٠ م منح ناصر الدين شاه القاجار إمتيازاً لإحتكار التبغ وبيعه في إيران لمدة خمسين عاماً لشركة إنجليزية تدعى ريجي Tobacco Regi لصاحبها الميجر تالبوت . وكانت الإتفاقية تضمنت بنوداً وقرارات ضارة بالمزارعين والتجار وعامة الناس منها :
- ١ - يجب على حكام الأقاليم في أنحاء إيران إجبار المزارعين على إعطاء تعهدات للشركة البريطانية بأنّ كلّ ما يزرعونه من التبغ لا يجوز لهم بيعه وشراؤه إلا بإذن صاحب الإمتياز . وليس لأحد إصدار الإجازة بذلك ، إلا من صاحب الإمتياز . وليس للبائع والمشتري أن يتعامل بغير دفتر الإجازة ، ومن فعل ذلك فعليه عقوبة .
 - ٢ - عدم جواز حمل ونقل التبغ مطلقاً إلا بإجازة صاحب الإمتياز .
 - ٣ - يجب على صاحب الإمتياز شراء جميع التبغ الموجود في إيران ، وليس للبائع الإمتناع عن ذلك .
 - ٤ - كل من باع أو اشترى خفية ، أو وجد عنده شيء من التبغ دون إجازة فيجب على المسؤولين في الحكومة الإيرانية معاقبته بشدة .

عقد البناء والتشغيل والإعادة - الحكم الشرعي والتكليف الفقهي

٥- توافق الدولة على عدم فرض رسوم ومكوس إضافية على التبغ .
وعلى أثر هذا الامتياز وصل إلى إيران أكثر من مائتي ألف أجنبي ، قاموا باستغلال الناس واستضعافهم ، وإشاعة المفسد الاجتماعية والأخلاقية .
وقد أرسل السيد الميرزا الشيرازي برقية من سامراء المقدسة إلى الشاه القاجاري حول هذا الموضوع ، نقتطف منها ما يلي : « إن تدخل الأجانب في الأمور الداخلية للبلاد ، واختلاطهم بالمسلمين ، وإشاعة الفساد تحت ستار امتياز التبناكو ، يعتبر منافياً لصريح القرآن الكريم ، والقوانين الإلهية ، وبالتالي يؤدي إلى ضعف الدولة ، وعدم تمكُّنها من المحافظة على سيادتها واستقلالها ، وهذا ممَّا يزيد قلق المواطنين وقلقنا على مستقبل المسلمين » .

لكن اعتذر الشاه عن إلغاء الإتفاقية محتجاً بعدم قدرته ، وما يترتب على ذلك من مخاطر . وحذره الميرزا الشيرازي برسالة ثانية ، لكن الشاه ظل على موقفه . وبعد أن ينس الإمام الشيرازي من تغيير موقف الشاه تجاه الإمتياز ، وتدهور الأوضاع الإقتصادية للمزارعين والتجار الإيرانيين ، أصدر فتواه الشهيرة (عام ١٨٩١ م) :
« بسم الله الرحمن الرحيم ، اليوم استعمل التتباك والتتن حرام بأي نحو كان ومن استعمله كان كمن حارب إمام العصر صلوات الله وسلامه عليه . محمد تقي الحائري الشيرازي » .

أحدثت الفتوى صدئاً هائلاً في أوساط الشعب الإيراني ، فاستجابت لها كل الطبقات الاجتماعية ، فأصبح الإمتناع عن التدخين عملاً وطنياً وممارسة ثورية وطاعة دينية واستجابة لأمر قائدها .

فأقلع الجميع عن التدخين بشكل كامل ، وأغلقت محلات بيع التبغ ، بل سرى الإلتزام بالفتوى حتى داخل قصر الشاه ، فاضطر في النهاية إلى إلغاء الإتفاقية . أنظر : السبجاني ، مصادر الفقه الإسلامي و منابعه ، دار الأضواء ، ط ١ ، ١٤١٩ هـ : ٣٣٣ .