جامعة المنيا
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية

الأحكام القانونية والفقهية لعقود البناء والتشغيل و نقل الملكية
دراسة مقارنة

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير

إعداد الطالب: جراح فارس المطيران

إشراف

الأستاذ الدكتور
محمد شرف الدين خطاب

الدكتور
زاهـر فـؤاد محمـد

١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨ م.

بسم الله الرحمن الرحيم

رَبِّ اجْعَلْنِي مُقِيمَ الصَّلَاةِ وَمِن ذُرِّيَّتِي رَبَّنَا وَتَقَبَّلْ دُعَاء

رَبَّنَا اغْفِرْ لِي وَلِوَالِدَيَّ وَلِلْمُؤْمِنِينَ يَوْمَ يَقُومُ الْحِسَابُ.

سورة إبراهيم

إهـــــــــــــداء

إلى كل من أراد الآخرة، وسعى لها سعيها وهو مؤمن........

إلى الباحثين عن الحقيقة.... وعن كل ما هو جديد....

وإلى الناس جميعاً........

جراح

الحمد لله الذي أنار بصائرنا بنور الإسلام، ومن علينا ببعثة خير الأنام، نبينا محمد بن عبد الله الهادي الإمام، المبعوث برسالة مسك الختام، المشتملة على أدق القوانين والأحكام، المنزهة عن الأباطيل والأوهام، واضح فيها الحلال وبين فيها الحرام، اللهم صل وسلم عليه وعلى آله وصحبه الكرام.

إن الله عز وجل أرسل رسوله بشريعة الحق والهدى، خاتمة لكل الشرائع من قبلها، متصفة بالوضوح لا الغموض، وبالكمال لا النقص، وبالشمول لا الاقتصار، مما هيأها لأن تكون صالحة لكل زمان ومكان. وبما أن هذه الرسالة هي خاتمة لكل الشرائع من قبلها، فلا غرابة في أن تولي بعظيم العناية والرعاية جميع جوانب الحياة، وما يستحدث بها من معاملات، تبعاً لحاجات الناس ومطالبهم.

وفي وقتنا المعاصر تتزاحم الأحداث والمستجدات فيما بينها، وهذا التزاحم يأتي كنتيجة طبيعية لتجدد المسائل، وتغير الظروف والأحوال وتطورها، وهذا بلا شك يعد من سنن الله في خلقه، مما يستلزم على أهل الاختصاص كل في مجاله وحقل عمله، دراسة هذه الوقائع، والوقوف على غاياتها وأهدافها، وفهمها الفهم الصحيح، بغية التعرف على أحكامها المشتملة عليها، كي لا يقع الناس في دائرة الحرام أو الحرج والضيق.

ومما طرأ مؤخراً في مجال العقود والمعاملات، ما يسمى بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية بأنواعها المتعددة، و قد اشتهرت تلك العقود في وقتنا الحاضر، وأريدَ منها أن

تكون طريقة جديدة، وآلية من آليات تطوير المجتمعات وتنميتها التنمية الاقتصادية المطلوبة. وبما أن هذا العقد يعد من جملة العقود التي ظهرت حديثا، فقد شاءت إرادة الله عز وجل أن يهدينا وييسر لنا محاولة البحث في تكييفه قانونيا وفقهيا، وبيان ما يتعلق به من أحكام، و أن يكون ذلك كله موضوعا لرسالة الماجستير.

ولا يسعني وأنا في هذا المقام، إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل لأستاذي الفاضلين المشرفين على هذه الرسالة، لما أكرماني به من سوابغ الإرشاد، و جميل النصح والتسديد، حتى خرجت الرسالة بالحالة التي هي عليها الآن، فجزاهم الله عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني كذلك أن أعتذر إلى الناظر في هذه الرسالة، من خلل يراه، أو لفظ لا يرضاه، ويكفيني ما حُكي عن المبرد[1]، وهو إمام النحو في عصره، قوله يشكو عجزه عن التعبير أحيانا، فقال: ليس أحد في زماني، إلا وهو يسألني عن مشكل من معاني القرآن، أو مشكل من معاني الحديث النبوي، أو غير ذلك من مشكلات علم اللغة، فأنا إمام الناس في زماني هذا، وإذا عرضت لي حاجة إلى بعض إخواني، وأردت أن أكتب إليه شيئا في أمرها، أحجم عن ذلك، لأني أرتب المعنى ثم أحاول أن أصوغه، فلا أستطيع ذلك.[2]

فالخطأ أو التقصير وارد، وكل ما أتمناه أن أكون قد وفقت في ما نويت، وما أردت، وحسبي أني أخلصت النية والمقصد، وبذلت من الجهد الغاية، والله وحده المستعان وهو الهادي إلى سبيل الرشاد.

أسباب اختيار الموضوع:

١ - منذ ظهور هذا العقد – وبقوة – على الساحة القانونية والاقتصادية، وجل الباحثين والمتخصصين منكبين على دراسته، والإلمام به، والإحاطة بجزئياته، فلذا كانت الحاجة

---

[1] هو محمد بن يزيد بن عبد الأكبر الأزدي البصري، أبو العباس ، إمام العربية ببغداد في زمانه، ولد في البصرة عام ٢١٠هـ ، كان عالمة، فصيحا، بليغا، مفوها، ثقة، اخباريا، له تصانيف مشهورة منها كتاب الكامل، توفي في بغداد عام ٢٨٦هـ .انظر الوافي بالوفيات ١٦٩/٢ ،الأعلام للزركلي ١٤٤/٧.

[2] انظر المثل السائر في أدب الكاتب والشاعر لابن الأثير، ٨٨/١.

ماسة وضرورية، لبيان الأحكام المتعلقة به.

٢ – تعارف الدول والحكومات والشركات والأفراد فيما بينهم على هذا العقد، وانتشاره في أوساطهم، مما يبعث على دراسته والإلمام بكافة جوانبه.

٣ – أن هذا العقد وحسب قراءتي وإطلاعي لم يبحث من الناحية الشرعية.

عقبات في طريق البحث:

١ – كون هذا العقد حديث النشأة والتطور، فقد كان لزاماً علي بذل مزيد من الجهد في محاولة جمع المادة العلمية والبحوث ذات الصلة.

٢ - لما كان هذا العقد لم يتطرق إليه من الناحية الشرعية إلا ما ندر، وفي أضيق الحدود، فقد ضاعف ذلك علي المهمة في تخريجه التخريج الفقهي الملائم، وبيان الأحكام الخاصة به.

٣ – احتواء العقد محل الدراسة على الكثير من المسائل والتفريعات، سواء القانونية منها أو الشرعية، مما يستلزم إمعان النظر في كل جزئية، وإعطاءها حقها من الدراسة والبحث.

٤ - لم أكن أتوقع أن الباحث بحاجة ماسة وضرورية إلى إتقان اللغات الأجنبية مثل الإنجليزية والفرنسية، إلا حينما بدأت بجمع مادة هذا البحث، حيث كانت جل الكتابات والدراسات والقوانين الوضعية والعقود الموقعة مكتوبة إما بالفرنسية أو الإنجليزية، مما أوقعني في حرج شديد، وألجأني إلى الاستعانة بمراكز الترجمة، على ما فيها من سلبيات، مثل عدم الدقة في ترجمة الكلمات إلى اللغة العربية، فضلاً عن الأخطاء في نقل المفهوم، وقصور الترجمة عن إيضاح الفكرة وتوصيلها بالمضمون الأصلي الذي كتبت به.

٥ - عدم تعاون البعض من المسؤولين في الوزارات أو الهيئات أو الشركات المعنية بعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية مع الباحثين، وتسهيل مهمتهم في سبيل الوصول إلى

المعلومة عبر الوثائق الضرورية للبحث، وإن في انتهاج البعض منهم عدم المبالاة أو الإعراض عن المساعدة، لاشك أنه يصعب المهمة على الباحث، ويوقعه في مشقة لا حيلة له في التعامل معها، مما يؤثر وبشكل كبير على كم المعلومات التي يحتاجها الباحث في بحثه.

الدراسات السابقة:

من خلال مطالعاتي للكتب التي تعرضت لموضوع العقد، وجدت أن هناك عدة مؤلفات تعرضت للعقد من الناحية القانونية، وفي فرع النظام الإداري تحديدا، وكذلك كانت هناك دراسات مبثوثة في الكتب التي تتكلم عن العقود الإدارية، والتي تناولت عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية بشكل مقتضب ومختصر، مع إشارة جل تلك الكتابات إلى شرح معنى العقد وبيان الآثار التي تتصل به، وأما من الناحية الشرعية وعلى الرغم من أن موضوع العقد يمس بكل جوانبه حائط الشرع الحنيف ويدانيه، إلا أنني لم أجد من كتب فيه أو قام بدارسة الأحكام المتعلقة به، وبين وجهة نظر الشريعة الإسلامية، لذلك فإنني ومن خلال هذه الدراسة أردت أن أضيف إلى الفقه الإسلامي مبحثا جديدا عصريا، عبر الكتابة في أهم مسائل هذا العقد، وتبيان ما يتعلق به من أحكام، وذلك مساهمة مني في خدمة العلم الشرعي.

منهج البحث:

لماذا كانت الدراسة مقارنة ؟

كثرت في الآونة الأخيرة الدراسات التي تعتمد في منهجها على المقارنة بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بالنسبة للمستجدات الحادثة.

وترجع أهمية لجوء الباحث إلى مثل هذا الأسلوب المقارن، لكونه يفتح له أبوابا متعددة لعلوم أخرى، تعد مرتبطة بشكل وثيق ومتصل بموضوع بحثه.

ومما يدعو لكون الدراسة مقارنة أيضا أننا وإذا ما نظرنا إلى عقد البناء والتشغيل ونقل

الملكية سنجد أنه ظهر أول ما ظهر كآلية تمويل لمشاريع التنمية في البلدان الصناعية والنامية، وصيغ هذا العقد بشكله الحالي، وتمت دراسته على هذا النحو وفي هذا الإطار، مما يعني أن الدراسات القانونية كانت سابقة للبحث الشرعي التأصيلي، بل لا يمكننا القول أن مجرد تلك الدراسات البحثية القانونية هي التي كانت سابقة، بل حتى التشريعات القانونية، والنظم الحاكمة لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية أيضا كانت متطورة، ومواكبة للسرعة التي ظهر بها العقد، فمادام البحث القانوني قد سبق البحث الشرعي بالنسبة للتطرق لبعض المسائل المتعلقة بموضوع العقد، كان لابد أن يتم المقارنة بين كلا المسارين، وبيان الكيفية التي من خلالها تم معالجة أهم بنود العقد، ولكي نتعرف أيضاً كيف تعامل كل طرف مع العقد، وكيف عرّفه واستقرأ أحكامه.

وميزة أخرى يمكن أن تضاف إلى رصيد الدراسات المقارنة، وهي أن ما نريده من الدراسات تلك هو التعرف على مدى موافقة أو مخالفة القوانين الوضعية للشريعة الإسلامية، والبحث عن النظام الشرعي البديل للنظام القانوني إن كان مخالفا، واثبات علو كعب الشريعة وعلومها على من سواها، بما احتوته تلك الشريعة الغراء من مقومات الثبات والمرونة، مع التأكيد على مواكبة أحكام الشريعة الإسلامية لكل المستجدات التي تطرأ على حياة الناس ومعايشهم، فنصل بعد تلك الدراسات المقارنة إلى حكم يرضي الله ورسوله، ويحفظ للناس أموالهم، ويطهر تعاملاتهم فيما بينهم.

وإن كنا نرغب ونأمل في أن يكون البحث الشرعي هو الذي له السبق والريادة، فالنوازل والوقائع دائما ما تُبحث وتُعطى حقها من الدراسة في كل التخصصات المختلفة، بينما يأتي دور المتخصص في علوم الشريعة متأخرا، ومقتصرا على مقابلة المسائل التي بُحثت قانونيا، ومحاولة تأطيرها بالأطر الشرعية، أو مقابلة ذلك الحكم القانوني الذي تم التوصل إليه، بما يماثله من الحكم الشرعي، مما قد يوهم البعض بأن منزلة البحث الفقهي الإسلامي تأتي في منزلة أو مرتبة تقل عن مرتبة البحث القانوني أو أنها قاصرة عنه، وهذا لعمري مما جناه الباحثون على الشريعة وعلومها.

فمسألة أن يتهم الفقه الإسلامي بالتقليد ويوصف بالجمود، وبالتالي يكون تبعا لنظريات القانون الوضعي، فهذا ما لا يمكن عقلا، ولا يصح شرعا، بدليل أن كل الحوادث والمستجدات العصرية التي تتم دراستها من الناحية الشرعية، تبرز غزارة هذا المعين الذي لا ينضب، وتتأكد حقيقة مفادها أن الشريعة الإسلامية تحوي بين جنباتها أحكاما لأدق المسائل المعاصرة، ولكنها تحتاج لمن يخرجها ويبرزها إلى السطح، ويعطيها دور الريادة.

فكما أن العطاء الفقهي ظل مستمرا في كل زمان، ولم يتوقف في أي عصر من العصور، منذ عهد الصحابة إلى يومنا الحاضر، وبما أن حركة التجديد والاجتهاد ما زالت تدب في قلب الفقه الإسلامي النابض ولم تتوقف ولله الحمد، على الرغم مما يتعرض له هذا الكنز النفيس في بعض الأحيان من الدسائس، فإن المسيرة لم تقف ولن تقف بإذن الله، إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها.

وكما أسلفت فقد اعتمدت في معالجة الموضوع محل البحث على المنهج العلمي المقارن بين القانون الوضعي المعاصر والشريعة الإسلامية، مستعينا بطريقة البحث التحليلي لعناصر الموضوع الرئيسية، وبما أن البحث مقارن فقد كان لكل جانب شكله المميز له.

أما في منهج البحث من جانب الفقه الإسلامي:

فبعد الفراغ من عرض الجزئية محل البحث، أتعرض إلى بيان المسألة لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

وقد انتهجت في عرضي هذا على ما يلي:-

١ – التصور الكامل للمسألة المراد بحثها، ودراستها بصفة مستقلة بحيث تبدو قسيمة للجانب القانوني.

٢- عرض آراء الفقهاء الواردة في عنصر البحث، سواء التي اتفقوا فيها، أو التي اختلفوا عليها، ونسبة كل قول إلى صاحبه، فالمواضع التي اتفقوا فيها، أذكر حكمها مع إيراد

الدليل، وتوثيق ذلك كله في متن البحث أو في الهامش، وإذا كانت المسألة من مسائل الخلاف، عرضت الأقوال فيها، مع ذكر الأدلة، مبينا وجه الدلالة، مع إيراد المناقشات الممكنة بلا تكلف أو استطراد ممل حول كل مسألة، مع الإشارة إن كانت تلك المناقشات من غيري، أومن مناقشتي الشخصية، مع الترجيح بين الأقوال مستعينا بالأدلة والبراهين.

٣ - عزو الآيات القرآنية الواردة في البحث إلى سورها وذلك ببيان اسم السورة، ورقم الآية.

٤ - تخريج الأحاديث النبوية والآثار مع بيان درجتها.

٥ - الترجمة للأعلام والوارد ذكرهم في البحث.

وأما بالنسبة للجانب القانوني:

١ – فبعد عرض وجهة النظر الشرعية، أعرض عنصر البحث على نصوص القانون، وأبين أقوال فقهاء القانون فيه، ويسبق ذلك تمهيد للمسألة محل البحث، وأحاول قدر الجهد والاستطاعة الاقتصار على نصوص التقنينين المصري والكويتي، فإن وجدت نصوصا تحكم المسألة، وإلا أشرت إلى تعذر وجود النص القانوني الذي يضبط المسألة.

٢ - في المسائل المختلف فيها، والمذكور فيها أكثر من رأي، أعمد إلى إدراج كل الآراء، وبيان ما فيها من اتفاق واختلاف، مع بيان مواضع ورودها في الكتب القانونية.

٣ - الاستعانة ما أمكن بالأحكام القضائية والواردة في المسألة المراد بحثها، و ذكر الوقائع المصاحبة لكل قضية، مع الاسترشاد بأقوال الفقه القانوني والشراح له.

وقد أدرجت في نهاية الرسالة خاتمة أبين فيها أهم النتائج والتوصيات.

وألحقت بالرسالة الفهارس التالية:

- فهرس الآيات القرآنية.
- فهرس الأحاديث النبوية.
- فهرس المراجع والمصادر.