

تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجاً -

The Applications of Islamic finance formulas in Build, Operate and Transfer (B.O.T) contracts. - Istisna'a as a Model-

براكنية الطاهر¹ *، خليل عبد الرزاق²

¹ جامعة 8 ماي 1945 قالمة - مخبر تنويع ورقمنه الاقتصاد الجزائري-، braknia.tahar@univ-guelma.dz

² جامعة 8 ماي 1945 قالمة - مخبر تنويع ورقمنه الاقتصاد الجزائري-، abzkhelil@gmail.com

تاريخ النشر: 2022-12-25

تاريخ القبول: 2022-12-09

تاريخ الاستلام: 2022-09-18

ملخص:

إن عملية تمويل مشاريع البناء التشغيل و التحويل (B.O.T) والاستثمار فيها، من طرف المصارف والمؤسسات الإسلامية والجهات الأخرى التي تفضل التمويل الإسلامي يمكن أن تتم عبر أي صيغة تمويلية مناسبة لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في شيء، وقد تم تكييف هذا النمط من خلال أكثر من عقد من عقود المعاملات المالية الإسلامية، كالإجارة المنتهية بالتمليك، والحكر و الاستصناع، و تهدف هذا الورقة البحثية الى ابراز أهم التطبيقات العملية للتمويل الإسلامي وتكييفها في مشاريع البناء التشغيل و التحويل (B.O.T)، وموقف الشريعة الإسلامية من هذه المشاريع، ولقد اقتصررت هذه الدراسة على الاستصناع كنموذج من نماذج التمويل الإسلامي.

الكلمات المفتاحية: تمويل؛ البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)؛ تمويل إسلامي؛ استصناع؛

تصنيف JEL: G10؛ L33

Abstract:

The process of financing Build, Operate and Transfer (B.O.T) projects and investing in them, by Islamic banks, institutions and other parties that prefer Islamic financing can take place through any suitable financing formula that does not contradict the provisions of Islamic Sharia in anything, and this entry has been adapted through more than A decade of Islamic financial transaction contracts, such as Ijarah Muntahia Bittamleek, Al-Hukr and Istisna'a, and this research paper aims to highlight the most important practical applications of Islamic finance and their adaptation in Build, Operate and Transfer (B.O.T) projects, and the position of Islamic Sharia on these projects, and this study was limited to Istisna' As a model of Islamic finance.

Keywords: finance, Build, Operate and Transfer (B.O.T), Islamic finance, Istisna'a,

JEL Classification Codes : G10 ; L33

1. مقدمة :

شهدت صيغ التمويل المبنية على تعاليم الشريعة الإسلامية تناميا ملحوظا، حيث إن المؤسسات المالية عملت على إيجاد بديل شرعي يحقق السلامة الشرعية، والمرونة المالية المناسبة بما يوفر لزيائن هذه البنوك السعة في استخدام الأموال التي تقدمها لهم هذه المصارف، وكذا توفير القنوات المناسبة لاستثمار الفوائض المالية لهذا النوع من التمويل، خصوصا في ظل التزايد الكبير في الطلب والعرض على الأصول الإسلامية. ويقوم التمويل الإسلامي على قاعدة أساسية هي المشاركة في الأرباح والخسائر، فعن أبي سعيد سعد بن مالك بن سنان، الحدري • أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار" (حديث حسن، رواه ابن ماجه والدارقطني وغيرهما) . (مزيد، 2005)

وفي هذا الإطار تم تكييف العديد من الأنماط التمويلية للمشاريع بما يتلاءم مع تعاليم الشريعة الإسلامية. ومن بين هذه الأساليب عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، والتي تعد إحدى أهم الأنظمة المستخدمة بالخصوص في مشاريع البنية التحتية، وتعتبر عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) من العقود الحديثة نسبيا، حيث يقوم بموجبها طرف ممثل للقطاع الخاص بإنشاء أحد المرافق العامة أو مشاريع البنية التحتية، مع الالتزام بتشغيله لمدة معينة مقابل تحصيل الرسوم وفي نهاية مدة العقد تعود ملكية تلك المشاريع الى الدولة، حيث تستفيد الدولة من مصدر تمويلي لهذه المشاريع، إضافة لتوفير خدمات عامة للاقتصاد والمجتمع.

مشكلة البحث:

نظرا لتزايد الطلب على التمويل الإسلامي كإحدى الخيارات التي يمكن استغلالها في تمويل مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، برزت ضرورة البحث عن حل شرعي بين هاذين العنصرين، وعليه تحاول هذه الورقة البحثية الإجابة عن السؤال التالي:

ماهي التكييفات الشرعية العقود الاستصناع في مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)؟

وتتبع عن الإشكالية الرئيسية الأسئلة الفرعية التالية:

ماهي ضوابط التمويل الإسلامي؟

ماهي مزايا عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)؟

ماهي رأي الشريعة الإسلامية في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)؟

ماهي تطبيقات عقود الاستصناع في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)؟

أهمية الدراسة:

تتبع أهمية الموضوع من خلال الأهمية الاقتصادية والاجتماعية لمشاريع البنية التحتية، وكذا التنامي المستمر للطلب على للأصول المالية المتوافقة مع تعليم الشريعة الإسلامية حيث شهدت الدول الإسلامية وكذلك الدول الغربية، اقبالا كثيرا من المستثمرين على الاستثمار في هذا النوع من الأصول بمبالغ كبيرة، مما يتيح الفرصة لاستثمار هذه المبالغ لتحقيق الاهداف الاجتماعية والاقتصادية المرجوة للتنمية.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الورقة البحثية لتحقيق الاهداف التالية:

- تحديد مفهوم التمويل الإسلامي.
- تحديد أهم ضوابط التمويل الإسلامي.
- التكييف الشرعي لعقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، من خلال عقد الاستصناع.
- ابراز أوجه التشابه بين عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، وعقود الاستصناع.

منهج وأدوات البحث:

تم استخدام المنهج الوصفي لتحديد الجوانب النظرية لمتغيرات الدراسة وكذا المنهج التحليلي، لتحليل بيانات الدراسة والتعمق أكثر في فهم وتبيان العناصر المكونة للموضوع عبر تحليلها واستنباط التفسيرات والاستنتاجات ذات الدلالة من جهة أخرى.

أما فيما يتعلق بأدوات جمع المعلومات، فتم الاعتماد على المسح المكتبي بهدف التعرف على الكتب والدراسات ذات العلاقة بموضوع البحث، إضافة إلى البحوث والدراسات المنشورة في الدوريات أو المقدمة في شكل أوراق بحثية في الملتقيات العلمية، المقالات المنشورة على شبكة الانترنت، ومواقع الهيئات الرسمية المختصة في هذا الشأن.

هيكل البحث:

تم تقسيم الورقة البحثية إلى ثلاثة محاور، على النحو التالي:

المحور الاول: تناول التمويل الإسلامي وضوابطه.

المحور الثاني: تناول الإطار النظري لعقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T).

المحور الثالث: تناول التكييف الشرعي لتمويل مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) وأهم

تطبيقاته الإسلامية.

الدراسات السابقة:

هناك العديد من الدراسات التي تناولت موضوع ربط عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) بالجانب

الشرعي وتكييفه مع أدوات التمويل الإسلامي ومن أهم هذه الدراسات:

1- بحث هادف حيزية موسوم ب: "تمويل البنوك الإسلامية لعقود البناء والتشييد من خلال التمويل

الإيجاري"، تناول أثر إستراتيجية التمويل عن طريق الإيجار لعقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)

ومدى استطاعة البنوك الإسلامية فرض قدرتها التنافسية من خلال هذه الإستراتيجية وخلص إلى اعتبار

القرض الإيجاري تقنية مالية ليست سهلة المنال إلا للمؤسسات السليمة والتي تتمتع بمردودية حسنة، فضلا

عن أن مؤسسات القرض الإيجاري تقوم بدراسات وتقديرات المشروعات المراد تمويلها ولا تقبل إلا التي

تحقق تدفقات نقدية كافية لمواجهة تكاليف الأقساط الإيجارية طيلة مدة العملية. وبالتالي ضرورة تكيف مبالغ

الإيجار والتدفقات النقدية للاستثمار حتى تكون هذه التقنية فعال.

2- بحث لأحمد بشناق موسوم ب: "توظيف عقد البناء والتشغيل والنقل [B.O.T] في إنشاء وإدارة

المرافق العامة: دراسة فقهية"، تناول فما طبيعة هذه عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) ومدى

براكنية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجاً - وملاءمتها للتشريع الإسلامي، والمجالات التي يمكن استغلالها به ومدى مشروعية توظيفها من قبل الدولة في المرافق العامة. وخلص إلى أن عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، عبارة عن عقود بين القطاعين العام والخاص، وهي من بين الوسائل التي تحفظ الدولة من شبح المديونية كما أنها وسيلة تمويلية مباحة شرعاً.

3- بحث لعبد الله بن محمد العمراني، موسوم ب: "تطوير تعميم الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل وإعادة (B.O.T) دراسة فقهية"، تناول حقيقة عقد البناء والتشغيل وإعادة، وتوصيفه الفقهي، وحكمه الشرعي والأحكام الفقهية لعقد البناء والتشغيل وإعادة في تمويل الأوقاف، والتعرف على تطبيقات عقد البناء والتشغيل وإعادة في مجال الأوقاف، وتطويره بما يتلاءم مع مقاصده، ومقاصد الوقف وأحكامه. وقد خلص البحث إلى أن التوصيف الفقهي الأقرب لهذا العقد أنه: عقد استصناع مع إجارة على عمل بالمنفعة أثناء مدة عقد الامتياز، فاجتمع في هذا العقد عقدان، فهو عقد مركب منهما.

2. التمويل الإسلامي وضوابطه

1.2 مفهوم التمويل الإسلامي:

يشير التمويل الإسلامي إلى المعاملات المالية التي تتم وفق مبادئ الشريعة الإسلامية والتي تحرم "الربا"، و"الغرر"، و"الميسر"، وعمليات البيع على المكشوف، ويحرم كذلك الأنشطة والمعاملات التي تسبب أية ضرر أو استغلال لأحد أطرافها، وهناك مجموعة من التعاريف للتمويل الإسلامي، وهي كالتالي:

"التمويل الإسلامي هو التمويل الذي يهدف إلى تطوير الخدمات المصرفية والمنتجات المالية، للتوافق مع تعاليم الشريعة الإسلامية"

التمويل الإسلامي بالمفهوم المعاصر، يمكن أن يقال عنه: "هو عبارة عن علاقة بين المؤسسات المالية بمفهومها الشامل والمؤسسات أو الأفراد، لتوفير المال لمن ينتفع به سواء للحاجات الشخصية أو بغرض الاستثمار، عن طريق توفير أدوات مالية متوافقة مع الشريعة الإسلامية، مثل عقود المرابحة أو المشاركة أو الإجارة أو الاستصناع أو السلم، أو القرض". (الكردي، 1980)

كما ذهب البعض إلى أن التمويل الإسلامي هو: "أن يقوم الشخص بتقديم شيء ذو قيمة مالية لشخص آخر، إما على سبيل التبرع، أو على سبيل التعاون بين الطرفين من أجل استثماره بقصد الحصول على أرباح، تقسم بينهما على نسبة يتم الاتفاق عليها مسبقاً، وفق طبيعة عمل كل منهما ومدى مساهمته في رأس المال". ومن الملاحظ على هذا التعريف أنه حصر التمويل فقط على أن يكون بين شخصين دون أن يشمل التمويل الذي قد يكون من الدولة أو من المؤسسات المالية واتخاذ القرار الإداري والاستثماري. (المغربي، التمويل والاستثمار في الإسلام، 2018)

أن التمويل الإسلامي هو: "أن يقوم الشخص بتقديم شيء ذو قيمة مالية لشخص آخر إما على سبيل التبرع أو على سبيل التعاون بين الطرفين من أجل استثماره بقصد الحصول على أرباح تقسم بينهما على نسبة يتم الاتفاق عليها مسبقاً وفق طبيعة عمل كل منهما ومدى مساهمته في رأس المال واتخاذ القرار الإداري والاستثماري". وذهب جانب آخر إلى تعريفه بأنه: "تقديم ثروة عينية أو نقدية بقصد الاسترباح

من مالكة إلى شخص آخر يديرها ويتصرف فيها لقاء عائد تبيحه الأحكام الشرعية. (المغربي، إدارة التمويل المصرفي، 2020)

وهناك من عرفه على أنه: "تقديم ثروة عينية أو نقدية، بقصد الاسترباح من مالكة إلى شخص آخر يديرها ويتصرف فيها لقاء عائد وفق الأحكام الشرعية". (العوران، 2012)

ويعرف كذلك على أنه: "أسلوب يستند إلى قاعدة فقهية معروفة، وهي أن الربح في الشريعة الإسلامية يتحقق بالملك، أو بالعمل، أو بكليهما، وهو ما يعني أن عنصر العمل يمكن أن يدخل في النشاط الاقتصادي على أساس الربح، فالتاجر الذي لديه خبرة بالعمل يمكن أن يدخل في السوق دون مال، ويعمل بمال غيره عن طريق تقاسم الربح بنسبة يتفقان عليها، أو أن يكون التاجر قد اشترى سلعة بثمن ثم باعها بثمن أعلى، فإن الزيادة الحاصلة في النقود هي ملك له، لأن السلعة كانت ملكا له". (العوران، 2012)

ومما سبق يمكن تعريف التمويل الإسلامي بأنه تلك المعاملات التي تتم وفق التعاليم الإسلامية والتي وردت في كتاب الله وسنته، والذي يعالج المشاكل المتعلقة بالتوازن المالي للأفراد وفق المنظور الإسلامي للحياة، والذي يقوم على الأخلاق الإسلامية السامية، التي أساسها تحريم كل ما هو مصدر ضرر للإنسان. والتقاسم العادل للمكاسب والتكاليف.

2.2 ضوابط التمويل الإسلامي

من القواعد الفقهية التي تحكم المعاملات بصفة عامة: "الأصل في المعاملات الحلال، ما لم تتعارض مع نص من الكتاب والسنة"، وتأسيسا على ذلك فإن كل المعاملات المالية في الاقتصاد الإسلامي يجب أن تكون إطار الضوابط الشرعية وهي:

- ألا تتعارض مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- أن يكون فيها منفعة معتبرة شرعا. (شحاتة، 2009)

ويحكم استثمار الأموال وتمويل المشروعات في الإسلام مجموعة من الضوابط الشرعية، المستنبطة من مصادر الشريعة الإسلامية، وتتسم بالثبات والواقعية والموضوعية والشمولية والتوازن والتحفيز، كما أنها تقوم على القيم والمثل والأخلاق والسلوكيات الحسنة، وتحقق التنمية الشاملة للمجتمع، وتجنّب كل الاطراف الضرر ومن من اهم هذه الضوابط ما يلي:

-أولا: ملكية الأموال لله سبحانه وتعالى

حيث يقرر هذا المبدأ ان الملكية المطلقة للأموال التي تحت يد الإنسان، هي لله سبحانه وتعالى وحده وهذه الأموال عارية منتقلة بين الناس، ولن تعرف استقرارا ولا ثباتا في أيد واحدة، ولا يمكن لها أن تظل مملوكة لفرد من الأفراد أو لجماعة من الجماعات، الأمر الذي يعتبر أمارة واضحة على كونها مملوكة لله سبحانه ملكية مطلقة حقيقية.

وأصل ملكية الإنسان للأموال هي ملكية استخلافية: بمعنى أن الملكية المطلقة هي لله سبحانه وتعالى، والإنسان هو خليفة الله في هذا المال انطلاقاً من قوله تعالى: " آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ " [الحديد /7].

ثانيا: تحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية:

يقصد بالمقاصد الشرعية بأنها "المعاني والحكم التي أَرادها الشارع من تشريعاته لتحقيق مصالح الخلق في الدنيا والآخرة". ولقد حدد أبو حامد الغزالي مقاصد الشريعة في خمس هي: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، وهي المسماة بالضروريات ويعني ذلك أن ترتبط المعاملات المالية بهذه المقاصد. (الأسرج، 2017)

ومقاصد الشريعة في الأموال خمسة:

1. الرواج: ويقصد به دوران المال بين أيدي أكثر من يمكن من الناس بوجه حق، وذلك بالتجارة وغيرها، ويدلّ عليها قوله تعالى: "كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ" [الحشر/7]. (عضيات، 2022) ومن أوجه رواج المال بين أفراد الناس: أن أباحت الشريعة أن ينفق الإنسان شيئا من ماله فيما يُرفقه به عن نفسه وعائلته بوسائل مباحة.

ويشير الطاهر بن عاشور في كتابه "مقاصد الشريعة الإسلامية"، ان من وسائل رواج الثروة تسهيل المعاملات بقدر الإمكان، وترجيع جانب ما فيها من المصلحة على ما عسى أن يعترضها من خفيف المفسدة، ولذلك لم يشترط في التبائع حضور كلا العوضين، فاغترق ما في ذلك من احتمال الإفلاس، وشرعت المعاملات على العمل مثل المغارسة والمساقاة، واغترق ما في ذلك من ذلك إلى تسهيل المبادلة لتيسير حاجات الأمة، وقد دل على ذلك قوله تعالى "إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا" [البقرة/282]. (عاشور، 2004)

2. التملك والتكسب: التملك هو أصل الإثراء البشري، هو اقتناء الأشياء التي ستحصل منها ما تسد به الحاجة بأعراضه أو أثمانه، والأصل في الملك والاختصاص، فهو يوفر الماء للعتش، والبيت للحر، والطعام للجوع، وفي هذا يقول صلى الله عليه وسلم: ((مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيْتَةً، فَهِيَ لَهُ، لَيْسَ لِعَرَقِ ظَالِمِ حَقٍّ)). -سعيد بن زيد - السنن الصغرى للبيهقي 2/297 (2119)، 2/322 (2165)، معرفة 073 السنن والآثار للبيهقي (الوعي) 9/12172-9. (رجب، 2016)

3. بأن يكون حصولها بوجه غير ظالم؛ وذلك إما أن تحصل بعمل مكتسبها، وإما بعوض مع مالها أو تبرع، وإما بإرث. (أبو زيد، 2017)

4. حفظ الأموال: ويعتبر من المقاصد الشرعية العامة، ومن مظاهر حفظ الأموال: الأنفاق في أوجه الخير، ومن أوجهه ان الملبس والمأكل والمسكن يجب ان حلال طيبا، وتجنب التبذير والإسراف.

وتظهر أهمية المال في كون المولى سبحانه وتعالى قد قدمه على البنين في قوله تعالى: "الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ عِنْدَ رَبِّكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَمَلٌ" [الكهف/46]، وذلك لأنه الوسيلة لتمكين الإنسان من ضروريات الحياة على الأرض، فهو الطعام والشراب والكساء، وهو المسكن والدواء، وهو آلة الزرع والحصاد وآلة الدفاع عن الدين والنفس والوطن، وهو كل ما من شأنه تحقيق مقاصد الشريعة، فمقصد حفظ المال ضرورة من الضروريات الخمس التي تتحقق مصالح العباد بها في الدنيا والآخرة، الذي به تتحقق خلافة الإنسان على الأرض. (النقيب، وآخرون، 2019)

5. إثبات الأموال: بمعنى تقررها لأصحابها بوجه لا خطر فيه ولا يفضي إلى خصومة. (عضيبات،

(2022)

والمقصود بثبات الأموال تمحض ملكيتها لأصحابها، وتقررها لهم بوجه لا يتطرق إليهم خطر ولا ينازعهم فيها أحد إذا أخذوها من وجهها الشرعي. (شقيير، 2004)

ثالثاً: اجتناب التعامل بالفوائد البنكية:

فالربا يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض، لأن من يبيع الدرهم بالدرهمين نقداً أو نسيئة، فيحصل له زيادة درهم من غير عوض، ومال الإنسان متعلق بحاجته، وله حرمة عظيمة، قال عليه الصلاة والسلام: "حرمة مال الإنسان كحرمة دمه". فوجب أن يكون أخذ ماله من غير عوض محرماً. (إسلام واب،

(2004)

رابعاً: عدم إلحاق الضرر بالمجتمع:

ان تعاليم الشريعة الإسلامية تهدف إلى المنفعة الجماعية، فيجب التأكد من عدم إلحاق الضرر بأي طرف، نتيجة ممارسة النشاطات الاقتصادية والمالية. وهو ما يؤكد الحديث الشريف " لا ضرر ولا ضرار" فإن كان هناك ضرراً للمجتمع ناتجاً عن استغلال الموارد، فيجب على الوالي معالجة وتوجيهه بما يمكن أن يحقق المنفعة للمجتمع والبيئة.

خامساً: ضرورة ترشيد النفقات:

وذلك بالتحقق من عدم استخدام أموال المسلمين في غير الأوجه المنصوص عليها شرعاً دون محاباة أو طاعة لولي فيها من قبل القائمين عليها. (أحمد و سعد، 2019)

ومما سبق ان احكام المعاملات المالية في الإسلام، هي قواعد، شرعت بناء على الضوابط الفقهية المستنبطة من كتاب الله وسنته لتحقيق المصلحة العامة بعيداً عن إلحاق الضرر بأي طرف من الأطراف، وتحقيق العدل، استناداً لطبيعة الدين الإسلامي الحنيف، فالبعد الأخلاقي الذي يدعو إليه كتاب الله وسنته، أساسه قواعد نبيلة، مصدرها تشريع رباني خالي من النقص، يختلف عن غيره من النظريات الليبرالية والماركسية، التي تقوم على التنافس غير الشريف و الاستغلال القهري للإنسان.

3. الإطار النظري لعقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)

تعتبر عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) من العقود المستحدثة نسبياً، كما أنها تعتبر تطوراً لعقود الامتياز، ويرى بعض المهتمين بمجال عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، أن الفرنسيين هم أول من أخذ بهذا النظام في شكله الحديث عام 1977م في مشروع توزيع مياه باريس الذي أوكل إلى "الاخوان بيرو"، ثم توسع اللجوء إليه بعد ذلك ليشمل كل من فرنسا، وإيطاليا، وإسبانيا، وألمانيا. بينما ذهب اتجاه إلى أن أول ظهور لمشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) كان بمصر، عندما تمكنت الحكومة المصرية عام 1854 من حفر قناة السويس من قبل "المسيو فرند يناند ديليبس" حيث منحت الحكومة المصرية الأراضي والمعدات والآلات والمزايا والإعفاءات

براكية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجاً-

اللازمة للمشروع وقد كانت مدة العقد 99 عام مع العلم أن هذا العقد لم يستمر وانتهى على يد الرئيس المصري جمال عبد الناصر عام 1956 قبل نهاية العقد 17 عام. (الشرايعه، 2011)

1.3 مفهوم عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T):

مصطلح (B.O.T) اختصار للمصطلح الانجليزي **Build Operate Transfer**، حيث يشير الحرف **B** إلى كلمة **Build**، بمعنى **Build** وتعني البناء والتشييد، والحرف **O** إلى كلمة **Operate**، بمعنى التشغيل، **T** إلى كلمة **Transfer** بمعنى ينقل أو يعيد المشروع.

وفيما يلي أبرز التعريفات لعقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T):

- تعريف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

"هي شكل من أشكال تمويل المشاريع التي تمنح بمقتضاه حكومة ما لفترة زمنية محددة أحد الاتحادات المالية يسمى "شركة المشروع" امتيازاً لتنفيذ مشروع معين على أن تقوم الشركة المذكورة بالبناء والتشغيل والإدارة لعدد من السنوات وتسترد تكاليف البناء وتحقق أرباحاً من تشغيل المشروع واستغلاله تجارياً على أن تنتقل ملكية المشروع إلى الحكومة بعد نهاية مدة الامتياز". (الحرازين، 2015)

-تعريف منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية:

" عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) هي عقود بموجبها يقوم المشغل بتمويل وبناء وتشغيل منشأة أو نظام بنية تحتية جديد، وفقاً للشروط التي يحددها القطاع العام. خلال فترة تمتد ما بين 10-20 سنة. يحتفظ القطاع العام بملكية المرفق ويصبح العميل والمنظم للخدمة. يوفر المشغل التمويل اللازم لبناء المنشأة الجديدة. في المقابل، يوافق القطاع العام على شراء حد أدنى من الإنتاج لضمان استعادة المشغل تكاليفه أثناء التشغيل". (OECD, 2005)

تعريف منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية "اليونيدو":

يعرف الدليل الصادر من منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) عقود الامتياز بنظام (B.O.T) بأنه اتفاق تعاقدى بمقتضاه يتولى احد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق العامة الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق، وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق من خلال مدة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق، وأية رسوم أخرى بشرط إلا تزيد عما هو مقترح في العطاء، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة، فضلاً عن عائد مناسب على الاستثمار. وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة، أو إلى شخصية خاصة جديدة يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة. (العزاوي، 2016)

ولقد ركزت التعريفات السابقة على ان هذه العقود تتم بين الحكومة ممثلة للقطاع العام إلا أن البعض أشار إلى إمكانية أن يكون طرفاً عقد الامتياز بنظام البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) كلاهما من القطاع الخاص، حيث أشار الدكتور ماهر محمد حامد: " ذكر بعض الشراح أن عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية

يمكن أن تبرم بين طرفين كلاهما من القطاع الخاص. ومن هؤلاء الأستاذ الدكتور/ محسن الخضيرى الذي يطلق على المشروعات التي تتم بأسلوب البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) مشروعات البنية التحتية الممولة ذاتياً مقابل حق الانتفاع، ويرى أن نظام البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) هو "قيام جهة غير حكومية بالحصول على امتياز حكومي أو غير حكومي بغرض إنشاء مشروع من مشروعات البنية الأساسية أو مرفق من المرافق الهيكلية التحتية (طرق، جسور، مطارات، سدود) ، على أن تقوم هذه الجهة غير الحكومية بتوفير التمويل اللازم لإقامة المشروع من مواردها الذاتية، ثم استغلاله فترة من الزمن (حق الانتفاع) وإعادته في نهاية المدة للجهة التي تعاقدت معها" (حامد، 2005)

وقد ذهب مجمع الفقه الإسلامي إلى أن المقصود بهذا العقد هو: "اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليه بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها". (الدغيثر، 2019)

مما سبق نستنتج ما يلي:

عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) عبارة عن عقد مالي، يتكفل بموجبه المتعاقد بإقامة مشروع، والإنفاق عليه، وتشغيله وصيانته لمدة محدودة يسترد خلالها مصاريفه، وأرباحه، ثم يسلمه لأصحابه دون عوض. وهي إحدى آليات الشراكة بين القطاعين العام والخاص، كما أنه تعتبر إحدى الوسائل التمويلية التي تلجأ إليها الحكومات لتغطية التكاليف العالية للمرافق الضرورية للمجتمع، ويستخدم هذا النوع من العقود بكثرة في تمويل مشاريع البنية التحتية، مثل المطارات والطرق، ومحطات توليد الكهرباء والتصفية المياه، وكذلك المجمعات الصناعية، حيث يتميز بطول مدته وضخامة تكاليفه مما يجعله من الاستثمارات التي تتميز بنوع عالي من المخاطر.

2.3 أطراف عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T):

مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) هي مشاريع تتميز بالضخامة، وطول مدتها ويوجد هناك العديد من أطراف في هذه العقود ومن أهمهم الطرفان الأساسيان المتمثلان في الحكومة المضيفة وشركة المشروع وأطراف أخرى. ونوضح دور كل طرف من هذه الأطراف فيما يلي:

أولاً- الأطراف الأساسيون

الحكومة المضيفة: وتقوم بإعداد الإطار القانوني الذي يعمل المشروع في نطاقه، وإعداد دراسة جدوى مبدئية توضح فيه الجوانب المختلفة للمشروع بالنسبة للراغبين في القيام بتنفيذه، مع طرح المشروع للمناقصة، وإبرام اتفاقية امتياز مع شركة المشروع التي وقع الاختيار عليها، مع تحديد كافة الحقوق والالتزامات لكل طرف في الاتفاقية بوضوح، وتعيين ممثل حكومي ليراقب تنفيذ بنود العقد التي تم الاتفاق عليها مع الشركة ويتأكد من الوفاء بكافة التعهدات.

القطاع الخاص (شركة المشروع): شركة المشروع هي صاحبة الامتياز، ويتم إنشائها عن طريق تكوين اتحاد مالي من مؤسسين من القطاع الخاص، ويقوم هذا الاتحاد بإعداد دراسة جدوى للمشروع، وتقديم

براكنية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجا- عرض لتنتفيذه، ويتم تكوين شركة المشروع حال أن يقع الاختيار على العرض، وتحصيل حصة رأس المال من كل مؤسس. ثم تتولى شركة المشروع إبرام العقود مع الأطراف المعنية مثل شركات المقاولات، وموردي المواد الأولية وغيرهم. والشروع في عمليات الاقتراض وهي تعتبر الجهة المسؤولة عن سداد الدين أمام البنوك. (فراح و فرحي، 2019)

ثانيا- الأطراف الثانوية

توجد هناك أطراف أخرى متعددة يمكنها التعامل مع المشروع، ومن أمثلة ذلك:

- مقاول الأعمال الهندسية والبناء: قد يكون شركة، وقد يكون أحد أفراد مجموعة، يقوم ببناء المشروع، وإكماله في الوقت المحدد في حدود ميزانية المشروع حسب المواصفات المتفق عليها، وهو الذي يتحمل كامل أخطار المشروع.

راعي المشروع: عبارة عن مجموعة المالكين الراغبين في المشاركة في إقامة المشروع، والممولين له، ويأخذ شكل مؤسسة، أو شركة، أو شركة محدودة، أو مجموعة متضامنة. تكون مسؤولية راعي المشروع المادية خلال مرحلة إقامة المشروع وتشغيله. (سليمان، 2008)

- الممولون: تحتل عملية التمويل في عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) حيزا هاما، نظرا لضخامة أحجام المشاريع المنفذة من خلاله. ولهذا تبذل شركة المشروع جهودا كبيرة لدى جهات التمويل الدولية والمحلية للحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع. وعادة ما تمثل حقوق الملكية أو أسهم المشروع ما نسبته من 15% إلى 30% من إجمالي التمويل اللازم للمشروع، وتقدم مؤسسات التمويل بقية إجمالي التمويل التي تتراوح نسبته من 70% إلى 85%. (سرحان، 2019)

مؤسسات الضمان والتأمين: تقوم بالتغطية التأمينية للمخاطر التي قد تتعرض لها مشروعات البناء التشغيل والتحويل (B.O.T).

المستخدمون: عامة المواطنين المستهدفين بمنتجات المشروع الذين يدفعون عائدات التشغيل وغرضهم الأساسي الاستفادة من استخدام المشروع. (فراح و فرحي، 2019)

بالإضافة لشركات التشغيل والصيانة، وكل الموردين في مرحلة الإنشاء والتشغيل.

2.3 مزايا عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T):

تعتبر عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، إحدى الوسائل غير التقليدية لتمويل مشاريع البنية التحتية، بعيدا عن ميزانية الدولة، حيث تساهم في تخفيف الأعباء التمويلية ومخاطرها بعيدا عن القطاع العام ولقد شهد هذا النظام انتشارا واسعا في الدول التي تعاني من ضعف في الموارد المالية وزيادة الطلب على البنية التحتية بسبب الزيادة السكانية، وكذلك في الدول المتقدمة وذلك بسبب المزايا التالية:

- تعتبر هذه العقود نوعا من الاستثمارات المباشرة فهي تؤدي إلى إقامة مشروعات ومرافق جديدة. مما يؤدي إلى إتاحة مزيد من فرص العمل، وضح أموال جديدة إلى السوق مما يقلل من نسبة التضخم ويحد من البطالة، فضلا عن كونها تؤدي إلى تحسين حياة الأفراد من خلال توفير الخدمات العامة الضرورية.

-توفير البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية : حيث ان هذه العقود توفر فرصة مناسبة لنقل التكنولوجيا الحديثة إلى الدول النامية، فالقطاع الخاص الذي يضطلع بإنشاء وتشغيل المرفق له، مصلحة محققة في استخدام هذه التكنولوجيا سواء في الإنشاء أو التشغيل، وتحديثها بصفة مستمرة. (نصار، 2002)

-تحقيق الكفاءة الاقتصادية : فإذا كان القائمون على تنفيذ مشروعات البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) ممن بتكلفة رأسمالية وتشغيلية أقل، ومن ثم تقديم مخرجات خدمة هذه المشروعات لديهم خبرة طويلة في هذا المجال، فإن هذا يمكنهم من إقامة هذه المشروعات للجمهور بسعر أقل.

-تدريب العمالة الوطنية : هذا النوع من العقود يعطي الفرصة للعمالة الوطنية على التدريب لإدارة المشروع بكفاءة بعد انتهاء فترة العقد وتحويل المشروع إلى إدارة البلاد "ويمكن الاستفادة من تجربة الصين في هذه الجزئية التي تشترط عقد دورات تدريبية مستمرة للفنيين الصينيين، كما يتم إلزام شركة المشروع بتدريب العناصر المحلية التي سوف تتولى تشغيل وصيانة المشروع بعد تسليمه للحكومة."

-نقل التكنولوجيا: يمثل نقل التكنولوجيا أحد أهداف مشروعات البناء التشغيل و التحويل (B.O.T) ما يستوجب التنبه لهذه المسألة عند إعداد اتفاقية المشروع، وتعتبر تجربة المكسيك من أبرز التجارب في مجال السياسات والضوابط المرتبطة بنقل التكنولوجيا، إذ تم إنشاء جهاز حكومي متخصص بتقييم واختيار أنواع ومستويات التكنولوجيا المنقولة، ووضع الجهاز عدداً من الضوابط والقيود على التكنولوجيا المنقولة أهمها: رفض جميع أنواع التكنولوجيا التي لها نظائر في السوق المحلية، ورفض التراخيص المشروطة بالتعامل مع موردين معينين لتوريد مستلزمات الإنتاج، إضافة إلى اشتراط تطبيق القانون المكسيكي في حالات النزاع. (فراح و فرحي، 2019)

-بعد انتهاء فترة الامتياز تقوم الشركة المستثمرة بنقل ملكية المشروع للحكومة، ويتعين أن تكون فترة الامتياز طويلة نسبياً بقدر يكفي لتغطية رأس المال المستثمر في المشروع ويحقق معدل ربح أو عائد مناسب للشركة. (بني، 2013)

4. التكييف الشرعي لتمويل مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) وأهم تطبيقاته الإسلامية:

نظرا للمزايا التي يتمتع بها نظام البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، عكف علماء الاقتصاد الإسلامي على تكييفه من ناحية الشرعية الإسلامية، خاصة بالنظر للانتشار الواسع للتمويل الإسلامي.

1.4 عقود في البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) ضوء الشريعة الإسلامية:

عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) هو عقد بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، وهو من العقود الإدارية. فلقد أرتبط هذا النموذج جمع ما حدث في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، في تعاقدته صلى الله عليه وسلم مع يهود بني قريظة، فعن عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما قال: لما افتتحت خيبر، سألت يهود رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على أن يعملوا على النصف

مما خرج منها، فقال رسول صلى الله عليه وسلم: «أقركم فيها على ذلك ما شئنا، فكانوا على ذلك، ففروا بها، حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحا» - البخاري 2213 و 2983 ومسلم (1551).

أما وجه الاستدلال فإن هذا العقد بين رسول الله واليهود، على أن يقوموا بزراعة الأرض التي دخلت في ملكية الدولة الإسلامية بعد فتح خيبر، على أن يدفعوا للدولة الإسلامية مقابلاً نظير زراعتها والاستفادة منها، على أن تعود إلى ملكيتها للدولة الإسلامية متى ما شاءت، ولم يذكر في الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم يدفع لليهود إذا أنهى العقد معهم. وعند النظر لهذا العقد نجد أنه عقد إداري.

حيث أن أركان العقد الإداري، توفرت وتوضيح ذلك فيما يلي:

أولاً: العقد بين جهة إدارية؛ متمثلة في ولي أمر المسلمين النبي صلى الله عليه وسلم، ومتعاقد معها وهم اليهود، فوجد الركن الأول وهو أن يكون طرف العقد الإداري جهة إدارية. ثانياً: هذا العقد محله مرفق عام وهو الأرض الزراعية، فوجد الركن الثاني؛ أن يكون محله مرفقاً عاماً. ثالثاً: هذا العقد اشتمل على شرط غير مألوف في العقود العادية، فقد اشترط النبي صلى الله عليه وسلم بقوله: «أقركم فيها على ذلك ما شئنا»؛ أي إن للجهة الإدارية أن تفسخ العقد متى شاءت قال النووي: «قوله صلى الله عليه وسلم: «أقركم فيها على ذلك ما شئنا»، وفي رواية الموطأ: «أقركم ما أقركم الله»، قال العلماء: وهو عائد إلى مدة العهد، والمراد: إنما نمكنكم من المقام في خيبر، ثم نخرجكم إذا شئنا» فوجد الركن الثالث وهو اشتمال العقد على شروط غير مألوفة. (الخضير، 2010)

قال الشافعي: وكل ما جاز لك أن تشتريه على الانفراد جاز لك أن تكتريه على الانفراد والكراء بيع من البيوع وكل ما لم يجز لك أن تشتريه على الانفراد لم يجز لك أن تكتريه على الانفراد، ولو أن رجلاً اكترى من رجل أرضاً بيضاء ليزرعها شجراً قائماً على أن له الشجر وأرضه كان في الشجر ثمر بالغ، أو غض، أو لم يكن فيه كان هذا كراء جائزاً كما يكون بيعاً جائزاً (قال الربيع) يريد أن لصاحب الأرض البيضاء الشجر وأرض الشجر. أي بعد انتهاء عقد الإجارة تنتقل ملكية الشجر إلى صاحب الأرض. وهذه الصورة التي أجازها الشافعي رحمه الله مقاربة لصورة عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) من جهة عد الأجرة عينا تسلم بعد انقضاء مدة الإجارة إلا أنها تختلف عنها من جهتين:

أ) أن صاحب الأرض في عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) محتاج للبناء وطالبه بخلاف ما ههنا فهذا يغير من نية العاقدين.

ب) أن المنتفع بالأرض - في المسألة التي ذكرها الإمام الشافعي - يدفع ما أقامه من بناء أو شجر كأجرة لانقاعه بالأرض بينما في عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، فإن صاحب الأرض ومالك البناء يدفع البناء لمن قام ببنائه ليستوي أجرته من غلته. (الرشود، 2009)

اما مجمع الفقه الإسلامي فقد قرر في شأن تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، في مؤتمر منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من 1 إلى 5 جمادى الأولى 1430هـ، الموافق 26 - 30 نيسان (إبريل) 2009م، بجواز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة. وضرورة تكثيف البحث الفقهي حول جميع صور عقود البناء والتشغيل والإعادة بغرض ضبط أحكامها المختلفة وصياغتها في نصوص يسهل عند التفاوض والتحاكم الرجوع إليها والبناء عليها. والله أعلم. (الدغيثر، 2019)

فالملاحظ مما سبق ان هناك اتفاق على مشروعية بناء المرافق بنظام البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، حيث ان الشريعة الإسلامية أباحت العقود بأنواعها، ما لم تتعارض مع المقاصد الدينية، وما لم تخالف أوامر الله، كما اوجب الشارع الحكيم على المتعاقدين الوفاء بالتزاماتهم، مصداقا لقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحْلِي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ" [المائدة/ 01]

2.4 الضوابط الشرعية لتمويل مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T):

تستلزم مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) الحصول على التمويل للقيام بإنشائها، ولا شك أن هذه المبالغ المقترضة تفرض عليها جهات التمويل المقرضة فوائد ربوية وبالتالي فهي من قبيل ربا النسيئة الذي نزل القرآن الكريم بتحريمه، وتوجد هناك بعض الصيغ الإسلامية المقترحة والتي يمكن بواسطتها حصول شركات مشاريع البنية التحتية على التمويل بدون اللجوء إلى الاقتراض بفوائد ربوية محرمة وهي على النحو الآتي:

- الحصول على التمويل من المصارف الإسلامية بطريق المشاركة، وتجنب مصادر التمويل الربوية.
- يمكن تأسيس شركة مساهمة للمشروع وطرح أسهمها للاكتتاب العام بكامل رأس المال، على أن يشترط في عقد الشركة الابتدائي ونظامها الأساسي على المؤسسين والمساهمين التنازل عن حصصهم وأسهمهم للحكومة بعد انتهاء مدة الشركة وفترة امتيازها.
- التمويل عن طريق إصدار وبيع سندات الخدمة التي تنتجها الشركة المشروع للجمهور بحيث يمثل كل سند فيها كمية معروفة وموصوفة ومحددة تحديداً دقيقاً للخدمة المنتجة، على أن يكون الانتفاع بهذه السندات في فترة زمنية مستقبلية ومحددة أيضاً ويضمن أقل من الثمن الذي تباع به نفس كميات الخدمة المتاح استخدامها على الفور، وهذه الصيغة من قبيل بيع السلم لأن ثمن سند الخدمة ستحصل عليه شركة المشروع عند تسويقه حالياً والانتفاع بالخدمة التي يحتويها السند مؤجلة إلى وقت محدد في المستقبل. (بني، 2013)

براكنية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجا-

كذلك، لا يجوز لشركة المشروع التعاقد مع شركات التأمين التقليدية المحرمة لتأمين المخاطر التي

تواجهها، ويمكن بدلا من ذلك التعاقد مع شركات التأمين الإسلامية. (سرحان، 2019)

3.4 مفهوم عقد الاستصناع وحكمة:

يعرف عقد الاستصناع "أنه عقد على بيع في الذمة يشترط فيه العمل على وجه مخصوص" (يوسف،

2019)

وهو اتفاق بين المستصنع والصانع، يقوم بموجبه الصانع بصنع شيء معين، بأوصاف متفق عليها للمستصنع وبموجب هذا الاتفاق فإن العمل والمادة المصنوع بها كلاهما على الصانع، ويكون ذلك بثمن محدد يدفعه المستصنع عند التعاقد أو بعد التسليم.

مفهوم الاستصناع لدى البنوك الإسلامية لا يقتصر على التصنيع فحسب، ولكن تتدرج تحته نواحي متعددة بجانب التصنيع، مثل الانشاء والتجهيز والبناء والاعداد والتأسيس وكل ما يحتاجه المتعامل مع البنك من اعمال ومجالات بما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية. ويشترط في الاستصناع ان تكون مادة الصنع من الصانع، اذ لو كان من المستصنع كان العقد اجارة لا استصناعا. ويدخل البنك في عملية الاستصناع عن طريق علاقتين بين البنك والعميل من جهة، وعلاقة البنك بالصانع او شركة المقاولات من جهة اخرى، لذلك يدخل البنك في عقدين عقد كمستصنع وعقد كصانع، وذلك وفقا لما يلي: أطراف عقد الاستصناع: يكون بين طرفين البنك والعميل، حيث البنك هو الصانع، العميل هو المستصنع، ومحل العقد هو المصنوع.

والجوانب الرئيسية لتنفيذ عملية الاستصناع: تنقسم لثلاث جوانب رئيسية:

اولا: الموافقة على تنفيذ عملية الاستصناع،

ثانيا: الجانب الهندسي للمشروع،

ثالثا: الجانب التنفيذي والمتعلق بالإجراءات وما بعد الموافقة وسير مراحل المشروع. (ذباح، 2017)

اما عن مشروعيته، فهو من العقود المباحة باتفاق الفقهاء، حيث قرار من مجمع الفقه الإسلامي، المنعقد في دورة مؤتمره السابع المنعقد بجدة في المملكة العربية السعودية من 7 إلى 12 ذو القعدة 1412 هـ، الموافق 9 - 14 مايو 1992 بجواز عقد الاستصناع وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة- ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط. (مجمع الفقه الإسلامي، 1992)

4.4 تمويل مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) بواسطة عقد الاستصناع:

يمكن للمصارف الإسلامي المساهمة في تمويل تلك المشروعات من خلال صيغة الاستصناع، والتي تعد من أفضل الصيغ لتمويل القطاع العقاري؛ حيث يتم الاتفاق مع الشركة التي تدير المشروع على إنشائه وفق المواصفات المطلوبة عن طريق توقيع عقد بيع الاستصناع مع تلك الشركة، ثم يوقع المصرف مع شركة (أو شركات متعددة) عقد استصناع مواز (عقد مقاوله) لتنفيذ وبناء المشروع المطلوب وفق المواصفات المحددة من قبل الشركة المديرة للمشروع، وبعد الانتهاء من إنشاء المشروع يسلم للشركة لإدارته، وتقوم بدفع

مستحقات المصرف الإسلامي على أقساط شهرية وفق الشروط المحددة بعقد الاستصناع. (البلتاجي، 2012)

بعد اتفاق جميع أطراف العقد بنوده النهائية يقوم المصرف الإسلامي بتوقيع عقد استصناع مع العميل يحدد فيه جميع حقوق والتزامات كل طرف وأهم ما يتضمنه العقد ما يلي: ثمن المبنى، ميعاد التسليم طبقاً للمواصفات، مدة السداد، قيمة السداد، وقيمة العريون المدفوع. يقوم المصرف الإسلامي بعمل دراسة جدوى فنية متخصصة لمشروع لمعرفة المهندسين بالمصرف، مصحوبة بدراسة مالية ويقدر فيها الإيراد المتوقع من المشروع ومدى قدرته على الوفاء بما على المشروع من ديون.

5.4 عقود في البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) ضوء الشريعة الإسلامية:

يشير محمد تقي العثماني ان التكليف الفقهي لهذه العقود فيختلف باختلاف محل العقود ونشاط المشروع المقترح.

لا شك أن الأرض التي يقام عليها المشروع في هذه الصور مملوكة للدولة، وإن الجهة الصانعة تستخدمها لبناء المشروع أولاً، ولاستغلالها إلى مدة متفق عليها ثانياً، ثم تسلّم الأرض مع المشروع المبني عليها إلى الدولة في نهاية الأمر.

وبناء على ذلك فإن العملية تحتل تكيفين:

الأول: أن نقول: إن الدولة آجرت أرضها إلى الجهة الصانعة لمدة متفق عليها لتبني عليها المشروع وتستخدمه لصالحها إلى تلك المدة، والأجرة مؤجلة، وهي نفس المشروع الذي يسلم إلى الدولة بنقل ملكيته إليها في نهاية العملية. وعلى هذا التكليف يكون المشروع مملوكاً للجهة الصانعة بعد بنائه، ثم تنتقل ملكيته إلى الدولة من حيث إنها أجرة لاستخدام الأرض خلال مدة العقد، فالعلاقة بين الدولة والجهة الصانعة هي علاقة المؤجر من المستأجر.

والتكليف الثاني: أن نقول إن الدولة استصنعت المشروع من الجهة الصانعة، فالعقد الأساسي بين الجهتين هو الاستصناع، والدولة مستصنعة، والجهة الأخرى صانعة، وثمر الاستصناع منفعة تشغيل المشروع التي تنتفع بها الجهة، وتبقى الجهة الصانعة مستفيدة من المشروع على ملك الدولة. فتكون العلاقة بين الجهتين علاقة المستصنع والصانع إلى أن يكتمل المشروع، ثم تكون الجهة الصانعة تستفيد بحق الامتياز (concession) في تشغيل المشروع لاستيفاء ثمن الاستصناع. (العثماني، 2009)

يشير بشناق أن مكونات عقد الاستصناع هي:

1. العاقدان وهما:

أ. المستصنع: وهو الجهة المانحة للامتياز، وهو هنا الدولة أو الجهة الطالبة لإنشاء مشروع موصوف في الذمة لقاء ثمن معين.

ب. الصانع: وهو صاحب حق الامتياز. وهو الجهة المنشئة للمشروع والتي ستتولى إدارته وتشغيله فترة من الزمن متفق عليها، ومن ثم إعادته للجهة المانحة.

براكنية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجا-

2. الصيغة: الإيجاب والقبول بأي طريقة تدل على الرضا بإنشاء عقد يقتضي استغلال الجهة صاحبة الامتياز الأرض الممنوحة من الدولة - مثلاً - وإنشاء مشروع عليها وإدارته وتشغيله ثم إعادته للجهة المانحة.

3. المعقود عليه: المستصنع: وهو السلعة المراد صنعها وإنشائها. وهو المشروع المراد إنشائه وفق مواصفات معينة متفق عليها بين الجهة المانحة والجهة صاحبة حق الامتياز. قال الكاساني: "وأما شرائط جوازه (فمنها): بيان جنس المصنوع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوما بدونه."

ب. الثمن: وهو ما يتقاضاه الصانع لقاء صناعته للسلعة المرادة. والمتمثل في هذا العقد "المنفعة" أي: بالعائد من تشغيل هذا المشروع بعد تمامه جراء ما يدفعه الجمهور لقاء استخدامهم لهذا المشروع. (بشناق، 2018)

مناقشة هذا التكيف أنه نظر إلى جزء من العقد وأغفل الجزء الآخر، إذ قام بتكييف مرحلة البناء، ولم يتطرق لتكييف مرحلة التشغيل، مع أنها مرحلة مهمة من مراحل العقد وأطولها زمنا. وعلى هذا فيعتبر هذا الترخيص ناقصا. (العمراني، 2014)

كذلك يثار إشكاليات حول هذا التوصيف منها:

1- إن ثمن الاستصناع بناء على هذا التكيف هو قيمة التشغيل، وهذه القيمة تعجزها الجهالة: حيث لا يعلم قدرها تحديدا.

2- إن عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) والاستصناع يفترقان في ناحية الثمن والمثمن: أما من ناحية الثمن؛ فإنه ليس في عقد (B.O.T) ثمن معين خارج عن منافع المنشأة يقدمه الطرف الأول للثاني، وهذا بخلاف عقد الاستصناع: فإن الثمن فيه شيء معين يدفع نقدا أو مقسما إلى الطرف الثاني. وأما من ناحية المثمن؛ فلأن المثمن في الاستصناع هو صنع شيء معين وتحويله مباشرة إلى المستصنع، بخلاف عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T): فإن المعوض فيه هو البناء والتشغيل لمدة معينة. (سرحان، 2019)

مما سبق يلاحظ ان عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T)، يمكن تكيفه على أساس عقد إستصناع، المباح شرعا، إذ توافرت فيه جميع عناصره، حيث ان الصانع هو شركة المشروع، ام المستصنع فهو ممثل القطاع العام، اما الشيء المصنوع فهو المرفق العام، ولو ان هناك بعض الإشكاليات المتعلقة بتكليف الثمن فهو غير موجود في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) ، عكس عقود الاستصناع.

5. خاتمة:

لقد جاءت احكام الشريعة الإسلامية صالحه لكل زمان ومكان، فهي تجمع بين الثبات والمرونة، فالتشريع الاسلامي يعتمد في معظم احكامه على الاجتهاد والتكيف وذلك نظرا لاختلاف طبائع الناس وتطوره حياتهم وحاجياتهم جيلا بعد جيل، وفي باب المعاملات المالية تعتبر عقودا لبناء التشغيل و التحويل (B.O.T) من الأمور المستحدثة التي استدعت اجتهاد الفقهاء في تكيفها وفقا لضوابط التشريع الإسلامي،

وتعتبر عقود الاستصناع إحدى صيغ التمويل الإسلامي المناسبة لتمويل مشاريع البناء التشغيل و التحويل (B.O.T)، نظرا للتشابه الكبير بين هاذين النظامين.

وفي ضوء ما سبق توصلت الدراسة إلى النتائج التالية :

1-يشير التمويل الاسلامي إلى المعاملات التي تتم وفق قواعد الشريعة الإسلامية والذي يركز على تحريم المعاملات التي تسبب اضرار لأحد الأطراف، وتحقيق المنفعة الجماعية، ويعتمد على العديد من الادوات المالية المتوافقة مع هذا النهج، بحيث يجب ان تكون هذه المعاملات في إطار الضوابط الشرعية التالية: تحريم الربا، ودفع الزكاة للمحتاجين، وتحريم الاكتناز والحفاظ على المال من التبذير والاسراف وإنفاقه فيما يرضي الله.

2-تتميز عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) بالعديد من المزايا الإيجابية، تجعلها بديلا تمويليا ملائما خاصة لمشاريع والمرافق العامة، حيث انها حيث انها توفر البيئة المناسبة للتنمية الاقتصادية، كما انها تحقق الكفاءة والفاعلية في تسيير المرافق العامة، وتساهم في التدريب العمالة الوطنية ونقل التكنولوجيا، حيث انها تمثل استثمار طويل المدى.

3-أجازت الشريعة الإسلامية عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) ، ما لم يكن بها ضرر على أحد المتعاقدين، واحترمت فيه مقاصد الشريعة الإسلامية، ومنها تحريم مصادر التمويل المرتكزة على الربا، وضرورة ان تكون الخدمات المقدمة من هذه المشاريع، حلالا طيبا، وذلك باجتهد العلماء والفقهاء نظر لتشابهه مع العديد من المعاملات المالية المباحة شرعا.

4-اجمع الفقهاء واهل الفتوى، على امكانه تكييف عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) بصيغه الاستصناع كون مكونات هذين العقدين متشابهة جدا، حيث ان المصنوع في هذه الحالة يمثل المرافق العام او مشروع (B.O.T) والصانع والمستصنع هما طرف عقد البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) الثمن هو العائد من هذا المشروع.

1-ويمكن من خلال هذه الدراسة تقديم التوصيات التالية :

2-إصدار القوانين والتنظيمات الملائمة لمساهمة البنوك والمؤسسات المالية في تمويل مشاريع البناء التشغيل والتحويل.(B.O.T)

3-توفير الحماية من الاخطار الناجمة عن مشاريع البناء التشغيل والتحويل(B.O.T) ، من خلال توفير الدعم الحكومي الكافي للمستثمرين في هذا المجال.

3-تشجيع المستثمرين الأجانب في مشاريع البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) على استخدام التمويل الإسلامي، من خلال زيادة الحوافز وتخفيض الالتزامات.

توفير إطار قانوني واضح ينظم عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T).

6. قائمة المراجع:

براكنية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجا-

OECD. (2005). *OECD Trade Policy Studies Trade that Benefits the Environment and Development Opening Markets for Environmental Goods and Services: Opening Markets for Environmental Goods and Services*. paris: OECD Publishing.

أحمد بشناق. (2018). توظيف عقد البناء والتشغيل [B.O.T] في إنشاء وإدارة المرافق العامة: دراسة فقهية. مجلة كلية الشريعة والقانون، 213-233.

أحمد رمضان صبحي الشرايعه. (2011). *الطبيعة القانونية لعقود البوت*. عمان، الأردن: كلية الحقوق قسم القانون الخاص كلية الحقوق.

أحمد شحدة أبو سرحان. (2019). عقد البوت (BOT): حقيقته وتكييفه الفقهي وحكمه الشرعي. دراسات علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية، 397-417.

أحمد فرّاس العوران. (2012). *الأزمة الاقتصادية العالمية المعاصرة من منظور إسلامي*. فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

إسراء أحمد، و نجيب سعد. (2019). *الاقتصاد الإداري الإسلامي: منظور ثلاثي الأبعاد*. القاهرة، مصر: المجموعة العربية للتدريب والنشر.

إسلام واب. (25 02, 2004). *الحكمة من تحريم الربا*. تاريخ الاسترداد 25 02, 2004، من إسلام واب: <https://2u.pw/9uvbk>

جابر جاد نصار. (2002). *عقود البوت B. O. T والتطور الحديث لعقد الالتزام: دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام*. القاهرة، مصر: دار النهضة العربية.

جهاد زهير ديب الحرازين. (2015). *الآثار المترتبة على عقد الامتياز: دراسة نظرية مقارنة*. الدهقالية: دارالفكر والقانون للنشر والتوزيع.

حسين حسين شحاتة. (2009). *المصارف الإسلامية*. القاهرة، مصر: دار النشر للجامعات.

حسين عبد المطلب الأسرج. (2017). *مقالات في التمويل الإسلامي*. Hussein Elasrag. تم الاسترداد من <https://books.google.dz/books?id=PHFXEAAAQBAJ>

خالد بن سعود بن عبد الله الرشود. (2009). *تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة B.O.T " في تعميم المرافق العامة و الأوقاف*. مؤتمر منظمة المؤتمر الإسلامي. الشارقة: منظمة المؤتمر الإسلامي.

خالد بن عبدالله الخضير. (2010). *مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي*. مجلة العدل، 189-190.

رشيد فراح، و كريمة فرحي. (2019). *الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP): أداة للإدارة الحديثة في المرافق العمومية وإنشاء مشاريع البنية التحتية: البنية التحتية لإمدادات المياه نموذجا*. عمان، الأردن: دار اليازوري للنشر.

شامل هادي نجم العزاوي. (2016). *التزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية B.O.T: دراسة مقارنة*. القاهرة، مصر: المركز القومي للإصدارات القانونية.

- شفيق شقير. (3 10, 2004). مقاصد الشريعة الخاصة بالتصرفات المالية. تاريخ الاسترداد 06 09, 2022، من مركز الجزيرة للدراسات: <https://cutt.us/s1ubK>
- صفوان عضيبات. (05 05, 2022). دائرة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية. تم الاسترداد من دائرة الإفتاء في المملكة الأردنية الهاشمية.
- عبد الرحمن النقيب، رفعت العوضي، عمر السيد، محمد صالحين، حامد شحاتة، بدرية صالح الميمان، . . . كمال حامد المصري. (2019). بناء المفاهيم الأصيلة لعلوم الأمة: الجزء الثاني. القاهرة: أركان للدراسات والأبحاث والنشر.
- عبد العزيز بن سعد الدغيثر. (2019). القرارات المجمعية في المعاملات المالية على الأبواب الفقهية. شبكة الألوكة.
- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان. (19 12, 2008). عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك *b.o.t building operate transfert*. تاريخ الاسترداد 11 09, 2022، من المكتبة القانونية العربية: https://www.bibliodroit.com/2020/03/blog-post_903.html
- عبدالعزیز رجب. (10 03, 2016). من مقاصد الشريعة في المعاملات المالية. تاريخ الاسترداد 05 09, 2022، من شبكة الألوكة: <https://2u.pw/gSuJa>
- عبدالله بن محمد العمراني. (2014). تطوير تعميم الوقف بصيغة عقد البناء و التشغيل و الإعادة BO T: دراسة فقهية. مجلة العلوم الشرعية، 197-266.
- علي عبد الباسط مزيد. (2005). شرح الأربعين النووية. القاهرة: مكتبة الخانجي للطباعة والنشر والتوزيع.
- ماهر محمد حامد. (2005). النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T. القاهرة، مصر: در نهضة العربية.
- مجمع الفقه الإسلامي. (14 05, 1992). قرار بشأن عقد الاستصناع. تاريخ الاسترداد 10 09, 2022، من مجمع الفقه الإسلامي: https://iifa-aifi.org/ar/1852.html#_ftn1
- محمد البلتاجي. (2012). المصارف الإسلامية: النظرية، التطبيق، التحديات. القاهرة، مصر: مكتبة الشروق الدولية.
- محمد الطاهر بن عاشور. (2004). محمد الطاهر ابن عاشور وكتابه مقاصد الشريعة الإسلامية. إسطنبول، تركيا: الدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع.
- محمد الفاتح محمود بشير المغربي. (2018). التمويل والاستثمار في الإسلام. القاهرة، مصر: الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي.
- محمد الفاتح محمود بشير المغربي. (2020). إدارة التمويل المصرفي. القاهرة، مصر: الأكاديمية الحديثة للكتاب الجامعي.
- محمد نقي العثماني. (2009). عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية. تم الاسترداد من جامع الكتب الإسلامية: <https://ketabonline.com/ar/books/14995/read>

- براكنية الطاهر، خليل عبد الرزاق، تطبيقات صيغ التمويل الإسلامي في عقود البناء التشغيل والتحويل (B.O.T) - عقد الاستصناع أنموذجا - محمد صلاح الكردي. (1980). صيغ التمويل الإسلامي المعاصرة ودورها في تنمية التجارة الدولية. الأسكندرية: دار التعليم الجامعي.
- هشام ذباح. (2017). الصكوك الإسلامية ودورها في تمويل مشاريع البنية التحتية. الأفاق للدراسات الاقتصادية، 2، 123-134. تم الاسترداد من <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/34247>
- وصفي عاشور أبوزيد. (2017). رؤى مقاصدية في أحداث عصرية. القاهرة، مصر: دار المقاصد للطباعة والنشر والتوزيع.
- يونس الله محمود بني. (2013). البنى الإرتكازية وتمويلها في الاقتصاد الإسلامي. أريد، الأردن: دار الكتاب الثقافي.