

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

الدكتور أحمد حافظ موسى

أستاذ مساعد الفقه وأصوله / جامعة القصيم / كلية العلوم والآداب عنيزة

قسم الشريعة

ملخص البحث. تتحدث هذه الدراسة عن أحد العقود المستحدثة، التي قد تلجأ لها الدولة لتطوير أحد

مرافقها العامة، وهو عقد الإيجار، والتطوير، والتشغيل، والنقل.

وتهدف هذه الدراسة إلى تجلية الحكم الشرعي في العقد، وبيان شروطه، وضوابطه، وجاءت الدراسة في ثلاثة

مطالب، فالمطلب الأول يتعلق بالتعريف بالعقد، أما الثاني فهو للتكييف الفقهي للعقد، والأخير لبيان شروط العقد وضوابطه.

ومن أهم ما توصلت إليه الدراسة من نتائج، جواز المعاوضة على المنفعة، يتضمن عقد الإجارة والتطوير والتشغيل

والنقل على عقد استصناع وعقد إجارة على عمل مقابل المنفعة الزائدة الحادثة بعد التطوير، وعقد إجارة للجزء الآخر المتبقي

من المنفعة، لا يجوز القيام بالعقد إلا عند الضرورة، وخلق خزينة الدولة من المال الكافي لتطوير المرفق العام.

الكلمات المفتاحية: الإجارة، التطوير، الضرورة، المرفق العام، المنفعة. **المقدمة**

د أحمد حافظ موسى

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على الرحمة المهداة، والنعمة المزجاة، سيدنا وحبیبنا مُحَمَّد بن عبد الله، المبعوث للناس أجمعين إلى يوم الدين، وبعد.

إن من أهم خصائص هذا الدين العظيم كونه المنهاج الأوحى القادر على تسيير أمور الناس، بما يحقق لهم السعادة في الدارين، فعلى الرغم من مرور ما يزيد على ألف وأربعمائة عام على نزول الوحي، إلا أن هذا الدين لا يزال الأصلح لتنظيم أمور الناس في كل مكان، كيف لا؟ وهو المنهاج، الذي ارتضاه الله لعباده إلى قيام الساعة.

فما يجد من جديد، أو يطرأ من طارئ، إلا و نجد للشريعة الغراء فيه حكماً وبيانا، وبعد باب المعاملات المالية من أكثر الأبواب تطورا، فلا تكاد تمر فترة زمنية حتى تظهر صور جديدة من العقود المالية المستحدثة، فينبغي لها أهل العلم بتجليتها، وبيان حكم الشارع فيها.

مشكلة الدراسة

من العقود المالية المستحدثة، ما ظهر حديثا من أساليب قد تلجأ لها الدولة في إدارة مرافقها العامة، ومن هذه الوسائل، ما يسمى بعقود البناء، والتشغيل، ونقل الملكية (BOT)، وهي مجموعة من العقود، التي تبرمها الدولة مع الشركات أو الجهات الخاصة، لإنشاء المرافق العامة، أو تطويرها، ولقد انعقد مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته التاسعة عشرة في الشارقة، للنظر في هذه العقود، وكانت الدراسات المقدمة في هذا المؤتمر تتحدث عن عقد واحد، وهو عقد البناء، والتشغيل، ونقل الملكية (البوت).

(١) انظر، المتولي، مُحَمَّد، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العامة، ٢٠٠٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ص٥٦.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

ولذا جاءت التوصية من المجمع بتكثيف البحث الفقهي حول جميع صور عقود البناء والتشغيل^(١)؛ لذا جاء هذا البحث ليتحدث عن إحدى هذه الصور، وهي عقد الإجارة، والتحديث، والتشغيل، ونقل الملكية، وهو من العقود التي قد تلجأ لها الدولة لتطوير أحد مرافقها العامة.

فأتت هذه الدراسة لتبحث عن مشروعية هذا العقد، وبيان حكمه بناء على الأصول والقواعد الشرعية، ولذا فإن هذه الدراسة تحاول الإجابة على التساؤلات التالية:

ما مشروعية هذا العقد؟

متى يحق للدولة اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد؟

ما أهم الشروط والضوابط التي يجب مراعاتها في هذا العقد؟.

الدراسات السابقة:

لم أجد دراسة سابقة تتعلق بهذا العقد، إلا ما جاء في بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة المقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورته التاسعة عشرة حول عقد البناء والتشغيل، حيث أشار إلى العقد بصورة عابرة حين ذكر صور عقود البناء والتشغيل؛ مما دفع الباحث لدراسة هذا العقد لبيان الحكم الشرعي فيه، والله المستعان.

منهجية الباحث:

اتبع الباحث المنهج الوصفي في بيان طبيعة العقد موضع الدراسة، والمنهج الاستقرائي في تتبع أبواب الفقه؛ لبيان الأصل الفقهي الذي يرجع إليه هذا العقد، وكذلك في تتبع أقوال المذاهب الأربعة في المسائل الفقهية، ومنهج الاستنباط في بيان الأحكام في المسائل الفقهية، والمنهج التحليلي في المناقشة وبيان الراجح.

ونُهج الباحث في دارسته ما يلي:

د أحمد حافظ موسى

- ١- عزو الآيات إلى سورها، وبيان أرقامها.
- ٢- تخريج الأحاديث النبوية من مصادرها الحديثة.
- ٣- ذكر آراء المذاهب الأربعة في المسائل الفقهي.
- ٤- ذكر أدلة الأقوال، ومناقشتها، والترجيح بينها.
- ٥- عند الرجوع إلى موقع إلكتروني أذكر العنوان كاملاً أول مرة، وأكتفي عند العزو إليه في المرة الثانية بذكر اسم الموقع، إلا إذا وجد الاختلاف في العنوان.

٦- خطة الدراسة:

جاء البحث في ثلاثة مطالب، على النحو التالي:

- المطلب الأول: التعريف بالعقد.
- المطلب الثاني: التكييف الفقهي للعقد.
- المطلب الثالث: شروط وضوابط العقد.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

المطلب الأول: التعريف بالعقد

المرفق لغة:

والمرفق في اللغة مأخوذ من أرفقه: أي نفعه^(١)، والمرفق بكسر الميم أو فتحها ما ارتفعت وانتفعت به^(٢)، والمرفق ما استعين به، ومرافق الدار من المغسل والكنيف^(٣).

المرفق اصطلاحاً:

لا يجد الباحث في الكتب الفقهية تعريفاً حديثاً لمصطلح المرافق، إلا أنهم قد أشاروا إلى المعنى اللغوي المقصود منها، وفي ذلك يقول البهوتي: «وهو ما ارتفعت به، وانتفعت»^(٤).

ويقول الزرقاني: «المرفق: بفتح الميم وكسر الفاء، وفتح الفاء وكسر الميم: ما ارتفق به»^(٥).

(١) الرازي، مُجَدِّد، مختار الصحاح، ١٤١٥هـ، لبنان ناشرون، بيروت، مادة رفق، ١ / ١٠٥.

(٢) ابن منظور، مُجَدِّد، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط ١، مادة رفق، ١٠ / ١١٩.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، مادة رفق، ١٠ / ١١٨.

(٤) البهوتي، منصور، كشاف القناع، ١٤٠٢هـ، دار الفكر، بيروت، ٣ / ٣١٢. البهوتي (١٠٠٠-١٠٥١) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، شيخ الحنابلة في مصر وخاتمة علمائهم بما وله مؤلفات كثيرة منها الروض المربع وكشاف القناع وغيرها، انظر المحي، مُجَدِّد أمين بن فضل، خلاصة الأثر، دار صادر، بيروت، ٤ / ٤٢٦.

(٥) الزرقاني، مُجَدِّد، شرح الزرقاني، ١٤١٨هـ، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٤ / ٤٠. الزرقاني (١٠٥٥-١١٢٢) هو مُجَدِّد بن عبد الباقي بن يوسف بن أحمد أبو عبد الله المصري المالكي، له مصنفات كثيرة منها شرح موطأ مالك، وشرح الموهب اللدنية، وغيرها، انظر، البغدادي، إسماعيل باشا، هدية العارفين أسماء المؤلفين، ١٩٩٢هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ٦ / ٣١١.

د أحمد حافظ موسى

كما أنهم استخدموا كلمة المرافق للدلالة على الأعيان التابعة للمملوك التي يتوقف عليها تمام النفع من المملوك، كالأفنية أو الساحات (١).

بينما تباينت الاتجاهات في تعريف المرافق العامة عند أهل القانون الإداري.

الاتجاه الأول: تعريف المرفق العام وفقاً للمعيار الشكلي أو المعنوي:

ويقصد به الهيئة أو الجهة العامة التي تدير خدمة أو نشاطاً معيناً (٢).

الاتجاه الثاني: تعريف المرفق وفقاً للمعيار الموضوعي:

فهو كل نشاط أو مشروع يسعى إلى إشباع حاجة عامة، أو يحقق مصلحة عامة، أو نفعاً عاماً بغض النظر عن الجهة التي تقوم بهذا النشاط أو المشروع (٣).

الاتجاه الثالث: الذي يجمع بين الاتجاهين السابقين؛ فالمرفق العام نشاط تمارسه الدولة بقصد إشباع حاجة عامة (٤).

(١) المواق، مُجَّد يوسف، التاج والإكليل، ١٣٩٨، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ٥ / ١٤٦؛ المرادوي، علي، الإنصاف، دار إحياء التراث، بيروت، تحقيق مُجَّد حامد، ٥٤/٥.

(٢) حسن، مُجَّد قدرى، القانون الإداري ٢٠٠٩، إتراء للنشر، الأردن، ط ١، ص ٤٠٠؛ أبو يوسف، مُجَّد، أحكام القانون الإداري ١٩٩٦. دار الجامعة الحديدي إسكندرية، ص ٢٤٦.

(٣) حسن، القانون الإداري، ٤٠٢؛ الحلو، ماجد، القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية اسكندرية، ٣٧٠.

(٤) أبو يوسف، مُجَّد، أحكام القانون الإداري، ٢٤٩؛ حسن القانون الإداري، ٤٠٣.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

ويبدو أن الاتجاه الثالث هو أقرب الاتجاهات في الدلالة على مفهوم المرافق العامة؛ لأن التركيز على الجهة دون النظر إلى طبيعة المشروع يجعلنا نغض الطرف عن عنصر أساسي من عناصر المرفق العام وهو النفع العام^(١)، وكذلك التركيز على النفع العام دون النظر إلى الجهة القائمة بهذا المشروع، يجعلنا ندخل بعض المشاريع التي يقوم بها الأفراد ذات النفع العام كالمدراس^(٢).

فالمرفق العام: المشروع الذي تتعلق به المصلحة العامة، والذي تديره الدولة.

فالمرفق العام يحقق مصلحة عامة بإشباع حاجة الناس العامة، وهذه الحاجة قد تكون مادية مثل: المواصلات، توريد الماء والكهرباء، والغاز، أو العلاج^(٣).

وقد تكون الحاجة غير مادية، كالمرفق المتعلقة بالأمن أو القضاء^(٤).

عقد الإيجار والتجديد والتشغيل والإعادة (LORT^(٥) Lease Renewal Operate Transfer):

(١) الحلوى، القانون الإداري، ٣٧٢.

(٢) حسن، القانون الإداري، ٤٠٣.

(٣) حسن القانون الإداري، ٤٠٥؛ أبو يوسف، مُجَدِّد، أحكام القانون الإداري ٢٤٧.

(٤) حسن، القانون الإداري، ٤٠٦.

(٥) انظر تركاوي، بسام، التحكيم في عقود البيوت

www.damascusbar.org/almuntada/showthread.php?t=١٧٧٢٥

أبو غدة، عبد الستار، عقد البناء والتشغيل، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx، ص ٥، الزيني، أيمن عقود البوت وأساليب فض النزاعات الناشئة عنها

www.academia.edu/٣٣٨٠٧٧٩٠/%D8%B9%

جـيـلاني، معروف، عقود البوت استنساخ غـريـي لمنـتج اسـتـثمـاري إسـلامـي،

www.gien.info/articie/details/ID/٥٦/

د أحمد حافظ موسى

وهو عقد من العقود المستحدثة التي قد تلجأ الدولة إليه لتطوير أو إعادة إعمار أحد مرافقها العامة، وصورة العقد أن يكون لدى الدولة مرفق عامٌ بحاجة إلى تجديد، أو تحديث لسد حاجة الناس، فتتعاقد الدولة مع جهة خاصة من أجل أن تطور هذا المرفق، على أن يظل هذا المرفق تحت يد هذه الجهة الخاصة لفترة زمنية محددة، وتدفع هذه الجهة الخاصة أجرة معينة للدولة طيلة الفترة الزمنية المحددة، مقابل أن تكون عوائد وإيرادات المشروع خلال الفترة الزمنية المحددة للجهة الخاصة، وفي نهاية الفترة المتفق عليها يسلم المرفق للدولة دون مقابل^(١).

فالعقد يقوم على طرفين؛ الطرف الأول الدولة والتزاماتها:

١. أن يسلم المرفق للجهة الخاصة المستثمرة في هذا المرفق.

٢. أن ترفع يدها عن هذا المرفق طيلة الفترة الزمنية المتفق عليها، حيث تتولى الجهة الخاصة إدارة هذا المرفق.

أما الطرف الثاني فهي الجهة الخاصة، وتلتزم هذه الجهة بما يلي:

١. تجديد وتطوير المرفق العام على حسب الاتفاق.

٢. دفع أجرة محددة للدولة طيلة الفترة الزمنية المحددة.

٣. تسليم المرفق بعد انتهاء الفترة بحالة جيدة دون مقابل.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام مسألة تملك الجهة الخاصة لهذا المرفق فترة العقد، فقد رأى بعضهم أن الجهة الخاصة تملك هذا المرفق^(٢)، فحرف (T) transfer في (LROT) يعني إعادة الملكية للدولة بعد أن كانت الملكية للجهة الخاصة.

(١) انظر المراجع السابقة.

(٢) انظر البخيت، أحمد مُجَد، تطبيق عقد البناء والتشغيل في تعميم الأوقاف، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة عشرة في الشارقة

١٤٣٠، awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx؛ الشرع، مُجَد يعرب، دور القطاع الخاص في دارة المرافق العامة، رسالة

ماجستير جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص ٣٠.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

وهناك من يرى عدم حصول الملكية للجهة الخاصة، فحرف (T) يدل على إعادة المشروع للدولة وليس نقلاً للملكية، فملكية المرفق لم تخرج أصلاً عن ملكية الدولة^(١)؛ لأن أهم الخصائص الرئيسة للملكية أنه حق دائم لا يقبل بطبيعته أن يكون مؤقتاً^(٢).

والذي أميل إليه أن ملكية عين المرفق لا تخرج عن ملكية الدولة، وإنما تمتلك الجهة الخاصة منفعة المرفق لمدة محددة، لا أصله، فحرف (T) يشير إلى إعادة ملكية منافع المرفق إلى الدولة بعد انتهاء المدة، وفي هذا رد على اعتراض أصحاب القول الثاني؛ لأن تملك المنفعة يقبل التوقيت، والله أعلم.

ويعد هذا العقد أحد صيغ العقود المسماة بعقود البوت (BOT) والتي تسمح للقطاع الخاص بمشاركة الدولة في إدارة المرافق العامة، والتي من صورها:

١. عقد البناء، والتشغيل، والتحويل Build Operate Transfer :

وفي هذا العقد تقوم الجهة الخاصة بإنشاء المرفق العام على نفقتها، مقابل أن تحصل على إيرادات هذا المرفق لفترة زمنية محددة، وفي نهاية الفترة تعيد هذه الجهة الخاصة المرفق للدولة بحالة جيدة^(٣).

٢. عقد البناء، التأجير، التحويل Build Lease Transfer :

تقوم الجهة الخاصة بإنشاء المرفق العام، مثل المدرسة، أو مبنى حكومي، فتستأجره الدولة لفترة معينة، ومن خلال مجموع الإيجارات تتحصل الجهة الخاصة على قيمة المشروع، وربح مناسب^(١).

(١) ان البخيت، تطبيق عقد البناء، ص ٣٠؛ الشرع، دور القطاع الخاص، ص ٣٠٠؛ تركاوي، التحكيم في عقد البوت، منتدى محامي سوريا.

(٢) تركاوي، التحكيم في عقود البوت، منتدى محامي سوريا.

(٣) صبري، عكرمة، عقد البناء والتشغيل والإعادة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورتها التاسعة عشرة

awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx، ص ٣.

المتولي، مُجدد، الاتجاهات الحديثة في خصخصة المرافق العام، ٢٠٠٤، دار النهضة، القاهرة، ط ١، ص ٥٦.

د أحمد حافظ موسى

٣. عقد البناء والتأجير والتشغيل والتحويل Build Lease Operate Transfer:

تقوم الجهة الخاصة في هذا العقد ببناء المرفق العام، ثم تستأجره من الدولة لمدة معينة، حيث تقوم بتشغيله وإدارته، وتحصل على إيراداته خلال الفترة المتفق عليها، ثم تعيده للدولة^(٢).

٤ - عقد التحديث والتملك والتشغيل والإعادة Modernize Own Operate Transfer:

وفي هذا العقد تتفق الدولة مع جهة خاصة على تسليمها أحد المرافق العامة لتقوم بتطويره وتحديثه وفقاً لأحدث المستويات، وتصبح الجهة الخاصة مالكة للمرفق ملكاً مؤقتاً، وتتولى تشغيله خلال فترة زمنية معينة، ويكون العائد من المرفق موزعاً بين الدولة والجهة الخاصة بنسبة متفق عليها؛ وفي نهاية الفترة الزمنية تؤول ملكية المرفق إلى الدولة^(٣).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي للعقد

يجد الباحث في الكتب الفقهية أن عقد الـ (LORT) مشابه لما تحدث عنه الفقهاء في مسألة الخلو، وهي إحدى الطرق التي استخدمها الناس لتعمير الوقف الآيل للخراب.

لذا سأحدث بداية عن هذه المسألة ثم أذكر التكييف الفقهي لعقد الإجارة والتطوير والتشغيل.

(١) صبري، عقد البناء والتشغيل، ص ٤، بجيت، عقد البناء والتشغيل، ص ٣١.

(٢) الزيني. عقود البوت، صبري. عقود البوت، ص ٥.

(٣) الرشود، خالد بن سعود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة في تعميم المرافق العامة

awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx، ص ٩.

البشبيشي، أمل، نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد ٣٥، السنة الثالثة، ٢٠٠٤م،

المعهد العربي للتخطيط، الكويت، ص ٧؛ أبو غدة، عقد البناء والتشغيل، ص ٥.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

وصورة عقد الخلو أن يكون الوقف خرباً، ولا يوجد مال لهذا الوقف لإعمار، فيأتي الشخص الذي يملك المال لإعمار الوقف، فيؤجره ناظر الوقف الوقف، ليبني هذا الوقف الخرب، والمنفعة الحاصلة ببنائه الذي أقامه تسمى خلواً^(١). واختلفت آراء العلماء في المسألة بين مجوز ومانع، ويرجع الخلاف في المسألة إلى اختلافهم في مالية الحق المجرد^(٢)، وهي المنفعة الناتجة من البنيان الذي أقامه صاحب المال للوقف، فمن يرى مالية المنفعة، جوز الاعتياض عنها، فيكون ما أنفقه صاحب المال قد ملكه منفعة الوقف التي زادت بما أقامه من بنيان، ومن لم يقل بمالية المنفعة لم يقل بالجواز. ومن أسباب الاختلاف في المسألة اعتبار العرف الخاص، فهل للعرف الخاص اعتبار في الاعتياض عن المنفعة عند من يقول بعدم ماليتها.

القول الأول

ذهب الناصر اللقاني من علماء المالكية في فتوى له تبعه من بعده من متأخري المالكية^(٣)، وابن نجيم من الحنفية^(٤)، والبهوتي من الحنابلة^(١) إلى القول بجواز الخلو. فيكون الشخص المطور للوقف ملك منفعته الزائدة الناتجة عن تطويره بما دفعه من مال لإحداث هذا التطوير.

(١) الغرقاوي، أحمد بن أحمد، التنبيه بالحسن منفعة الخلو والسكنى، ١٩٨٩، ط ١، ص ٣٦؛ الصاوي، أحمد، بلغة السالك، ١٤١، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٣/٣٩٥.

(٢) الحموي، أحمد بن محمد، غمز البصائر، ١٩٨٥، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١/٣٢٣.

(٣) الدسوقي، محمد، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، ٣/٤٣٣؛ عليش، محمد، منح الجليل، ١٤٠٩، دار الفكر، بيروت، ٧/٥١؛ الصاوي، بلغة السالك ٣/٣٩٥، الغرقاوي، التنبيه بالحسن، ص ٤٢. وللقاني هو محمد بن حسن (٨٣٧-٩٥٨هـ) أبو عبدالله من مصر، كان فقيها مالكياً وأصولياً، انتهت إليه رئاسة العلم بمصر، انظر التنبيه بالحسن، ص ٣٤.

(٤) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، ١٩٨٥، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١/٣١٧، ابن نجيم (٩٢٦-٩٧٠) هو زين

د أحمد حافظ موسى

واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأن هذه المعاملة مبنية على العرف، والعرف معتبر شرعاً، كما أن هذه المسألة لا محذور شرعي فيها^(٢).

ثانياً: إن هذه المسألة مبنية على مسألة الاعتياض عن المنفعة، وهو أمر جائز، إذ العوض الذي دفعه صاحب المال لعمارة الوقف مبذول في مقابلة جزء من المنفعة المتحصلة من الوقف بعد إعماره^(٣).

مناقشة الأدلة:

يُرد على قولهم بجواز الاعتياض عن المنفعة بأنها مسألة محل خلاف فالحنفية لم يجوزوا ذلك^(٤)، فلا يصح الإلزام بها.

ورد الحموي على اعتبار العرف، بأنه مبني على العرف الخاص ولا اعتبار لهذا العرف في مذهب الحنفية^(٥).

ويرد عليه أن الكثير من علماء الحنفية على اعتبار العرف الخاص^٦

الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم، مصري من فقهاء الحنفية، له تصانيف كثيرة منها البحر الرائق، والأشباه والنظائر وغيرها، انظر البغدادي، هدية العارفين، ٣٦٨/٥.

(١) الرحيباني، مصطفى، مطالب أولي النهى، ١٩٦١، المكتب الإسلامي، دمشق، ٣٧٠ / ٤.

(٢) الغرقاوي، التنبيه بالحسنى، ص ٣٩، ابن نجيم، الأشباه والنظائر ١ / ٣١٧.

(٣) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣٧٠ / ٤.

(٤) ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ٢ / ٢١٧. سيأتي الكلام فيها عند الترجيح.

(٥) الحموي، غمز البصائر، ١ / ٣١٨.

(٦) الحصكفي، الدر المختار، ٤ / ١٨٥؛ ٦

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

القول الثاني:

ذهب الحموي من الحنفية (١) والبدر القرافي من المالكية (٢) إلى القول بعدم صحة الخلو في تعميم الأوقاف.

وبنوا رأيهم على:

أولاً: بأن منفعة الوقف هي حق مجرد، والحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها (٣).

ثانياً: أن مسألة الخلو هي سلف جر نفعاً، فهي ربا، فدافع الدراهم أقرض الواقف ما دفعه، وجعل الواقف السكن نفعاً في نظير السلف (٤).

ثالثاً: العقد فيه جهالة، وهو أن المنفعة غير محددة.^٥

رابعاً: يلزم من الخلو فيه حجر المكلف عن ملكه، وإتلاف للمال مع أن صاحب الخلو لا يدفع أجره المثل (٦).

(١) الحموي، غمز عيون البصائر، ١/ ٣١٨، الحموي (ت ١٠٩٨) هو أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس شهاب الدين الحموي، مدرس من علماء الحنفية، حموي الأصل مصري، كان مدرسا بالمدرسة السلিমانيّة بالقاهرة، انظر الزركلي، خير الدين، الأعلام، ١٩٨٦، دار العلم، بيروت، ط ١، ٧/ ٢٣٩.

(٢) ابن عابدين، زين العابدين، حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، ٤/ ٥٢٢. البدر القرافي (٩٣٩-١٠٠٨) هو محمد بن يحيى بن عمر بن أحمد، فقيه مالكي لغوي من أهل مصر، ولي قضاء المالكية فيها، له كتب منها رسالة في بعض أحكام الوقف، انظر الغرقاوي، التنبيه بالحسن، ص ٣٤.

(٣) الحموي، غمز عيون البصائر، ١/ ٣٢٣.

(٤) الغرقاوي، التنبيه بالحسن. ص ٣٨؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٤/ ٥٢٣.

الغرقاوي، التنبيه بالحسن، ص ٣٨.^٥

(٦) الحموي، غمز البصائر ١/ ٣١٨؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٤/ ٥٢١.

د أحمد حافظ موسى

مناقشة الأدلة:

يرد على قولهم عدم جواز الاعتياض بالمنفعة بأنه محل خلاف فالجمهور يجوزونه^١، ووافقهم بعض متأخري الحنفية^٢ وأما قولهم بأن مسألة الخلو هي سلف جر نفعاً يردّ عليه بأن المسألة ليست عقد قرض بل هي عقد بيع للمنفعة^(٣). وأما القول بجهالة المنفعة فيرد عليه بأن المنفعة وإن لم تكن حاضرة فهي موصوفة، فحين يتفق على طبيعة الزيادة التي سيحدثها صاحب الخلو فإنه يمكن معرفة المنفعة التي يزيد بها صاحب الخلو في الوقف. أما القول بأن الخلو فيه إتلاف للمال، فيرد عليه بأن عدم العمل بالخلو هو الذي يؤدي إلى إتلاف الوقف، وعدم الاستفادة منه.

أما التأييد الحاصل في عقد الخلو فهو مبني على مصلحة الوقف^(٤)، فالوقف بين خيارين:

الأول: أن يظل متخرباً لا فائدة منه ولا نفع، والثاني: أن يتم الانتفاع من الوقف بأن نجد من يدفع لنا قيمة أجرة الوقف وهو على حاله المتخرية، ولو كانت بصورة دائمة، فحين نختار الخيار الثاني فإننا نقدم أخف الضررين. وأما القول بأن عقد الخلو لا تدفع فيه أجرة المثل، فيرد عليه بأن صاحب الخلو يستأجر الوقف بأجرة مثله قبل عمارته. فلو كان الوقف قبل العمارة يؤجر بعشرة، وبعد العمارة صار يؤجر بخمسة عشرة؛ فعلى صاحب الخلو أن يدفع عشرة^(٥).

الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٤٢/٣؛ الشربيني، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت ٢/٢؛ ابن مفلح، إبراهيم،

المبدع، ١٤٠٠، المكتب الإسلامي، بروت، ١٨٥/٥.

(١) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣١٨/١.

(٢) الرحيباني، مطالب أولي النهى، ٣٧٠/٤.

(٣) عليش، منح الجليل ٥٢/٧.

(٤) الغرقاوي، التنبيه بالحسنى. ص ٤٢.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

الترجيح في المسألة:

وبعد النظر في أدلة الطرفين يتبين أن الترجيح في المسألة متوقف على النظر في مالية المنافع، أما بقية الأدلة فقد تم الرد عليها عند المناقشة.

لذلك لا بد من النظر في أقوال العلماء في مالية المنافع وجواز الاعتياض عنها.

فقد اختلف العلماء في اعتبار المنفعة مالاً بين مجوز ومانع.

القول الأول:

ذهب المالكية^(١)، والشافعية^(٢)، والحنابلة^(٣) إلى اعتبار المنفعة مالاً.

ويؤيد رأيهم العديد من الأدلة:

أولاً: بنوا قولهم على ما ثبت من أدلة تجوز أن يكون المهر منفعة كما جاء في قوله تعالى {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٌ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ وَمَا أُرِيدُ أَنْ أَشُقَّ عَلَيْكَ سَتَجِدُنِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ مِنَ الصَّالِحِينَ ﴿٢٧﴾} (القصص ٢٧)

فهي تدل على جواز أن تكون المنفعة صداقاً

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣ / ٤٤٢.

(٢) الشريبي، مُجَدِّدٌ، مغني المحتاج، ٢ / ٢.

(٣) ابن مفلح، إبراهيم، المبدع، ٥ / ١٨٥.

(٤) الرازي، فخر الدين، التفسير الكبير، ٢٠٠٠م، الكتب العلمية بيروت، ط١، ١٠ / ٣٩.

د أحمد حافظ موسى

كذلك ما جاء في السنة في قصة المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ من حديث سهل بن عبد الله، حيث جاء فيه: «... قال رجل زوجنيها، فقال ﷺ: ما عندك؟ قال: ما عندي شيء، فقال ﷺ: اذهب فالتمس ولو خاتماً من حديد، فذهب ثم رجع، فقال: لا والله ما وجدت شيئاً، ولا خاتماً من حديد، هذا إزارني لها نصفه، قال سهل . وما له رداء . فقال النبي ﷺ: وما تصنع بإزارك، إن لبسته لم يكن عليها منه شيء، وإن لبسته لم يكن عليك منه شيء، حتى إذا طال مجلسه قام، فرآه النبي ﷺ فدعاه . أو دُعي له، فقال له: ما معك من القرآن؟ فقال: معي سورة كذا وسورة كذا وسورة كذا، فقال النبي ﷺ: أملكناكها بما معك من القرآن»^(١). فالحديث يشير إلى جواز أن تكون المنفعة صداقاً،^٢

فبما أن المنفعة تصلح أن تكون صداقاً، وشرط صحة التسمية أن تكون المنفعة مالاً،^(٣) فدل على اعتبار المنافع

• مالا

ثانياً: الأعيان لا تسمى مالا إلا لاشتغالها على المنافع، فمالية الشيء تزيد بزيادة منافعته، فيستحيل أن لا تكون متقومة بذاتها^(٤).

ثالثاً: إنما تعرف مالية الشيء بالتمول، والناس يعتادون تمول المنفعة بالتجارة فيها، فإن أعظم الناس تجارة هم الباعة ورأس مالهم المنفعة، فقد يستأجر الرجل جملة ويؤجر مفرقاً؛ لا ابتغاء الربح^(٥).

(١) أخرجه البخاري، مُجَّد، صحيح البخاري، ١٤٠٧، دار ابن كثير، بيروت، ط ٣، كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، رقم ٤٨٢٩، ٥ / ١٩٦٨؛ مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: مُجَّد فؤاد، دار إحياء التراث، بيروت، كتاب النكاح، باب الصداق، وجواز كونه تعليم القرآن، رقم ١٤٢٥، ٢ / ١٠٤١.

(٢) الرازي، التفسير الكبير، ٢٩ / ١٠^٢

(٣) السرخسي، مُجَّد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، د ط، ٧٨ / ١١.

(٤) الزنجاني، شهاب الدين مُجَّد، تخريج الفروع على الأصول، ١٩٨٢، مؤسسة الرسالة، بيروت، ٢٢٦، السرخسي، المبسوط ٧٨ / ١١.

(٥) السرخسي، المبسوط ٧٨ / ١١.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

رابعاً: المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به مما هو عندنا والمنافع بهذه الصفة (١).

مناقشة الأدلة:

رد الحنفية على حديث سهل بأن المقصود بقول النبي عليه الصلاة والسلام: «بما معك من القرآن» بأن الباء هنا سببية، أي: بفضل ما معك من القرآن وبركته (٢).

ويرد على هذا بأن الظاهر من الحديث أن الباء للتعويض، ولو كان المقصود أن النبي ﷺ زوجه من باب التكريم لما معه من القرآن، لصارت المرأة بمعنى الموهوبة، والموهوبة خاصة بالنبي ﷺ (٣).

كما أن ظاهر الحديث يشير إلى ذلك، إذ النبي ﷺ كان يسأله في الحديث عما سيقدمه من مهر للمرأة.

كما أن الحديث جاء من رواية مسلم بصيغة واضحة لا لبس فيها ترجح معنى المعاوضة، وهي قول النبي ﷺ: «فقد زوجتكها فعلمها من القرآن» (٤).

واعترض على هذا بأنه خاص بهذا الرجل بما جاء عند سعيد بن منصور في سننه عن أبي النعمان الأزدي قال: «زوّج رسول الله على سورة من القرآن، وقال: لا يكون لأحد بعدك مهراً» (٥) فدّل هذا على أنه خاص بذلك الرجل فلا يقاس عليه غيره (١).

(١) السرخسي، المبسوط، ٧٨ / ١١.

(٢) الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع، ١٩٨٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ط ٢، ٢٧٧.

(٣) ابن حجر، أحمد بن علي، فتح الباري، ١٣٧٩، دار المعرفة، بيروت، ٩ / ٢١٢.

(٤) أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم القرآن، رقم ١٤٢٥، ١٠٤١ / ٢.

(٥) ذكره ابن حجر في الفتح ٩ / ٢١٢، ولم أجده فيما هو متوفر لنا من سنن سعيد بن منصور؛ لأنه لم يصل إلينا جميع مصنفه رحمه الله.

د أحمد حافظ موسى

ويرد على هذا الأثر أنه مرسل، فهو من مراسيل أبي النعمان الأزدي، وفي إسناده من لا يعرف (٢).

ورد الحنفية بأن الحديث خير واحد، وقد عارض قطعي القرآن الدالّ على أن المهر لا بد وأن يكون مالا، فلا يترك نص القرآن لخبر الواحد (٣).

. يرد على هذا بأنه لا تعارض أصلاً بين الدليلين، بل التعارض أتى من فهم الحنفية لمدلول المال عندهم، فالحديث يشير إلى حوار الاعتياض عن المنفعة فهي من الأموال.

أما القول بأن الأعيان لا تسمى مالا إلا لاشتغالها على المنافع، وكلما زادت المنفعة زادت قيمته، رد عليه بأن سبب السبب للشيء لا يلزم أن يكون سبب الشيء؛ لأن الأعضاء سبب الطاعة، والطاعة سبب دخول الجنة ولا يلزم من وجود الأعضاء دخول الجنة؛ لأن الأعضاء ليست من كسب الإنسان، وما ليس من كسب الإنسان لا يجازى عليه (٤).

ويرد على هذا بأنه إذا كان لا يلزم، فلا يوجد ما يمنع أن يكون سبب السبب للشيء، سبباً للشيء، وما دُكر من مثال الأعضاء فهو لوجود الدليل الذي يبين أن الإنسان لا يحاسب إلا على ما هو من كسبه.

أما بالنسبة لمعاملة المنافع معاملة الأموال في العقود، رد عليه الزيلعي بأن معاملة المنافع في العقود معاملة الأموال فهو للضرورة (٥).

أما القول بأن المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، رُد عليه بأن اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمول والإحراز (١).

(١) ابن قدامة، عبد الله، المغني، ١٤٠٥، دار الفكر، بيروت، ط ١، ٧/ ١٦٣.

(٢) ابن حجر، فتح الباري ٩/ ٢١٢.

(٣) الكاساني، البدائع، ٢/ ٢٧٧؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٣/ ١٠١.

(٤) القرافي، شهاب الدين أحمد، الذخيرة، ١٩٩٨، دار العرب، بيروت، ٤/ ٣٩.

(٥) الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق ١٣١٣، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، ٢/ ١٤٦.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

ويرد على هذا بأن اشتراط الإحراز مبني على نظرة الحنفية للمال وهو ما لا يوافقهم عليه غيرهم.

القول الثاني:

ذهب الحنفية إلى عدم اعتبار المنافع مآلاً، إلا أنها تقابل معاملة الأموال في العقود (٢).

واستدلوا لرأيهم بعدد من الأدلة:

أولاً: المال يدخر لوقت، والمنفعة أعراض تخرج من حيز العدم إلى حيز الوجود، فهي لا يمكن ادّخارها (٣).

ثانياً: لا تعد المنافع مآلاً، ولو كانت مآلاً لوجب الزكاة فيها، ولكن لا زكاة فيها (٤).

ثالثاً: المال اسم لما هو مخلوق لإقامة مصالحنا به، ولكن باعتبار صفة التمويل والإحراز (٥).

رابعاً: لو كانت المنافع مآلاً، لقومت على المفلس، ولكنها لا تقوم عليه (٦).

خامساً: أن المريض مرض الموت لو أهمل عبده في مرض موته لا يقوم عليه من الثلث (٧).

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٧٩.

(٢) ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ٢ / ٢١٧؛ السرخسي، المبسوط، ١١ / ٧٩؛ الزيلعي، تبين الحقائق، ٢ / ١٤٦.

(٣) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٧٩.

(٤) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٢٨١.

(٥) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٧٩.

(٦) القرافي، الذخيرة، ٨ / ٢٨١.

(٧) المرجع السابق، ٨ / ٢٨١.

د أحمد حافظ موسى

سادساً: المريض مرض الموت إذا أعان إنساناً بيديه، أو أعاره شيئاً فانتفع به لا يعتبر خروج تلك المنفعة عن الثلث (١).

مناقشة الأدلة:

يرد على الدليل الأول والثالث بأنهما دعوى وليس دليلاً فهما مبنيان على ما شرطه الحنفية من إمكانية الادخار في المال، فالمال عندهم ما يتمول، ويدخر للحاجة (٢)، وهذا ما لم يشترطه غيرهم.

وأما القول بأن المنافع لا تجب الزكاة فيها، فيرد عليه بما ذكره الرملي بأن شخصاً لو استأجر منافع ليؤجرها بقصد التجارة تصبح عروض تجارة تجب فيها الزكاة (٣).

أما القول بأنهما لا تقوم على المفلس، فيرد عليه بما ذكره الحنابلة بأن الحاكم له أن يجبر صاحب صنعه على العمل لسداد ديته (٤).

أما القول بأن الشخص إذا أهمل عبده لا يحسب عليه من الثلث، فيعارض بأن الشخص إذا وصى بمنفعة عبده اعتبرت منفعة من الثلث (٥).

الترجيح في المسألة:

وبعد النظر في الأدلة لدى الطرفين يترجح القول بمالية المنافع؛ لأن أقوى الأدلة في المسألة ما جاء في السنة من جواز أن يكون المهر منفعة، مع اشتراط القرآن أن يكون المهر مالا كما جاء في قوله تعالى {... وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَّرَاءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسْلِفِينَ...} النساء ٢٤

(١) السرخسي، المبسوط، ١١ / ٧٩.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٢ / ٢١٧.

(٣) الرملي، محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج، ١٤٠٤، دار الفكر، بيروت، ٣ / ١٠٣.

(٤) البهوتي، شرح المنتهى، ٢ / ١٧٠.

(٥) المرجع السابق ٢ / ٤٧٦.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

كما أن ما ذكر من أدلة للمانعين قسمان:

القسم الأول:

مبني على تعريف الحنفية للمال، واشتراطهم للادخار فيه، وهذا الشرط ما لم يوافقهم عليه الآخرون، فقد جاء عند الحنابلة - مثلاً - في تعريف المال: ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة^(١)، مما يجعل هذا القسم من الأدلة بأنه استدلال في محل الخلاف، كما أن الدليل الشرعي أتى بخلافه.

القسم الثاني:

استدلال بفروع فقهية، وهذه الفروع قد عورضت بغيرها، كما يمكن القول بأن طبيعة الأعيان تختلف عن طبيعة المنافع، فمن الطبيعي أن يوجد بعض الاختلاف في الأحكام التي تقع على المنافع والأعيان.

كما أنه قد جاءت الفتوى عند الحنفية بجواز الاعتياض عن المنافع، وفي هذا يقول ابن نجيم: «والمفتى به اليوم جواز الاستئجار على تعليم القرآن، فيصح تسميته مهراً؛ لأن ما جاز أخذ الأجرة على منفعة جاز تسميته صداقاً»^(٢).

ولما تبينت مالية المنافع، دلّ على جواز المعاوضة فيها، مما يدل على جواز بيع المنفعة في مسألة الخلو.

فيملك صاحب الخلو مقدار ما زادته عمارته من منفعة بما دفعه من مال لعمارة الوقف، بينما يظل الجزء الآخر من منفعة الوقف على ملك الوقف، فتكون المنفعة مشتركة، ولكن صاحب الخلو الذي دفع الدراهم لعمارة الوقف يستأجر هذا الجزء بأجرة مثله^(٣).

(١) المرداوي، الإنصاف، ٤ / ٢٧٠.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣ / ١٦٨.

(٣) عليش، منح الجليل، ٧ / ٥١.

د أحمد حافظ موسى

وعقد (LROT) يشابه عقد الخلو في كون الأجرة التي تدفعها الجهة المطورة للمرفق هي أجرة مثل المرفق قبل التطوير، فهو عقد إجارة على جزء من منفعة المرفق، وينبغي فيها دفع أجرة مثل المرفق قبل التطوير، كما أشار العلماء في مسألة الخلو.^١

أما بالنسبة للعقد المتعلق بالمنفعة الزائدة التي تحدثها الجهة المطورة للمرفق يختلف تكييفه عن مسألة الخلو؛ لان الجهة المطورة للمرفق هي التي تتولى عملية التطوير للمرفق، بخلاف مسألة الخلو حيث يدفع صاحب الخلو مالا للناظر ليقوم بتعمير الوقف بنفسه، ولذلك يمكن تكييف العقد على هذه المنفعة الزائدة على أنه عقد استصناع، وعقد إجارة على أعمال الصيانة والتشغيل للمرفق^٢؛ إذ الجهة المطورة للمرفق هي الملزومة في عقد (LROT) بصيانة المرفق وتشغيله طيلة سنوات العقد المتفق عليها^٣.

فيكون تملك الشركة المطورة للمنفعة الزائدة مدة العقد المتفق عليها ثمنا للاستصناع، وأجرة مقابل صيانة وتشغيل الشركة للمشروع، ولا مانع عند الحنفية، والشافعية في الأطهر عندهم، والحنابلة^٤ من الجمع بين عقدين مختلفين بعوض واحد؛ فهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منفردة فجاز العوض عنهما مجتمعين^٥.

وأما بالنسبة لتأجيل ثمن الاستصناع في هذا العقد؛ إذ المنفعة الزائدة تحدث بعد تطوير المرفق، فلقد جاء عند الحنفية القول بجواز تأخير الثمن في عقد الاستصناع^٦.

وأما بالنسبة لما استدل المانعون^١ من تأخير الثمن في الاستصناع، أن هذا يؤدي إلى بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه؛ لقول ابن عمر رضي الله عنهما : (نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالئ بالكالئ)^٢،

(١) الغرقاوي، التنبيه بالحسنى، ص، ٤٢.

(٢) العمراني، عبدالله، تطوير تعمير الوقف، ١٤٣٥هـ، كرسي الشيخ راشد، ط ١، ص، ٣٧، ذكر هذا عند تكييفه لعقد البوت.

(٣) تركاوي، التحكيم في عقود البوت، منتدى محامي سوريا

(٤) ابن نجيم، البحر الرائق، ٥/٢٨٧؛ النووي، روضة الطالبين، ٣/٤٢٩؛ المرادوي، الإنصاف، ٤/٣٢١.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٤/١٦٢.

(٦) انظر ابن الهمام، كمال الدين محمد، فتح القدير، ١٩٧٧، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ٧/١١٤.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

فالحديث ضعيف.^٤

كما أنه جاء عندهم جواز بعض صور بيع الدين بالدين، فالمالكية أجازوا تأخير رأس مال السلم لمدة يوم أو يومين.^٥

وجاء عند الشافعية والحنابلة في وجه عندهما جواز تأخير الأجرة في الإجارة على منفعة في الذمة.^٦
وكذلك جاء في فرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي في مؤتمره السابع المنعقد في جدة (يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة).^٧
فيعد عقد (LROT) عقداً جائزاً شرعاً، يجوز للدولة أن تلجأ إليه إذا توفرت شروطه التي سأذكرها في المطلب القادم

١ (وهم الجمهور فهم يعاملون الاستصناع معاملة السلم انظر مواهب الجليل، ٥٣٩/٤، الشيرازي، المهذب، ٢٧٩/١؛ المرادوي،

الإنصاف، ٣٠٠/٤

٢) انظر القراني، الذخيرة ٢٢٥/٥؛ المداوي الإنصاف، ٤٤/٥

٣) أخرجه الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، ١٩٩٦، دار المعرفة، بيروت، كتاب البيوع، رقم ٢٧٠، ٧٢/٣.

٤) انظر ابن حجر، أحمد بن علي، تلخيص الحبير، ١٩٦٤، دار المحاسن، المدينة المنورة، ٢٦/٣، وقد فصل القول في تضعيفه.

٥) الخطاب، مواهب الجليل، ٥٤٠/٤.

٦) انظر النووي، روضة الطالبين، ١٥٣/٤، ابن قدامة، الكافي، ٣١١/٢.

٧) www.iifa-aifi.org/1852

د أحمد حافظ موسى

المطلب الثالث: شروط العقد وضوابطه

سأذكر في هذا المطلب ابتداء عددا من الشروط التي لا بد من توفرها للقيام بهذا العقد، وهي قسمان:

الأول: الشروط التي لا بد من وجودها لجواز الإقدام على هذا العقد:

أولاً: أن لا يوجد في خزانة الدولة مالا كاف لقيام الدولة بهذا التطوير.

إذ تولية القطاع الخاص تطوير المرافق العامة يترتب عليه تملكه لجزء من منافع المرفق المطور، فهل يجوز تملك القطاع

الخاص منفعة المرفق العام، أو جزءا منه؟.

سأذكر في هذا أصلين مهمين يشهد لهما الكثير من الأدلة الشرعية، ليظهر الحكم الشرعي في تملك منافع المرافق العامة إلى جهة خاصة.

الأصل الأول:

ما تعلق به حق الله لا يجوز أن يتعلق به حق الآدميين بالتملك، فالأشياء التي تعلق بها الحاجة العامة، لا يقبل أن

يقع عليها الملك الخاص، إذ ما تعلق به النفع والصالح العام يعد حقا من حقوق الله، ويشهد لهذا الأصل ما جاء في السنة

النبوية من أدلة عديدة منها:

الدليل الأول:

ما جاء عن أبيض بن حمال رضي الله عنه أنه استقطع الملح الذي يقال له ملح سد مأرب، فأقطعه له النبي ﷺ، ثم إن الأقرع

بن حابس التميمي أتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إني قد وردت الملح في الجاهلية، وهو بأرض ليس بها ماء ومن ورده

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

أخذه، وهو مثل الماء العذب، فاستقال رسول الله ﷺ أبيض بن حمال في قطيعته في الملح، فقال: قد أفلتت منك منه على أن تجعله مني صدقة، فقال رسول الله ﷺ: هو منك صدقة (١).

فالنبي ﷺ بعد أن أقطع أبيض بن حمال الملح وعلم حاجة الناس إليه، أخذه منه، ففي هذا دلالة واضحة أن ما تعلق به الحاجة العامة لا يجوز تملكه لأي جهة خاصة (٢).

الدليل الثاني:

ما جاء في السنة من حرص النبي ﷺ على جعل ما تعلق به الحاجة متاحاً للعامة دون تحكم أحد، ويظهر هذا بما فعله النبي ﷺ في بئر رومة كما جاء في الصحيح عن عثمان بن عفان رضي الله عنه قال: «قال النبي ﷺ: من يشتري بئر رومة فيكون دلوها فيها كدلاء المسلمين المسلمين، فاشتراها عثمان» (٣).

وجاء في تفصيل القصة أن عثمان رضي الله عنه قال: «أنشدكم بالله والإسلام تعلمون أن رسول الله ﷺ قدم المدينة وليس بها ماءٌ يُسْتَعْدَبُ غير بئر رومة فقال من يشتري بئر رومة فيجعل دلوها مع دلاء المسلمين» (٤).

(١) أخرجه ابن ماجه، مُجَدِّد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق مُجَدِّد فؤاد، دار الفكر، بيروت، كتاب الرهون، باب إقطاع الأنهار والعيون، رقم ٢٤٧٥، ٢/ ٧٢٨، وحسنه الألباني، مُجَدِّد، صحيح سنن ابن ماجه، ١٤١٧، مكتبة المعارف، الرياض، ط ١، ٥/ ٤٧٥.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج، ٥/ ٣٤٩.

(٣) أخرجه البخاري، معلقاً بصحيح البخاري، كتاب المساقاة، باب في الشرب ٢/ ٨٢٩.

(٤) أخرجه الترمذي وحسنه انظر، سنن الترمذي، تحقيق أحمد شاكر وآخرون، دار إحياء التراث، بيروت، كتاب المناقب، باب مناقب عثمان، عثمان، رقم ٣٧٠٣، ٥/ ٦٢٧.

د أحمد حافظ موسى

ففي هذا الحديث دلالة واضحة على حرص النبي ﷺ على أن تبقى الأعيان التي تتعلق بها الحاجة العامة متاحة للجميع دون تحكم أحد من الناس فيها، فعثمان رضي الله عنه لم يشترها لنفسه بل اشتراها لتكون وقفاً للناس جميعاً كما أشار النبي عليه الصلاة والسلام (١).

الدليل الثالث:

جاء عن حبان بن زيد أنه سمع رجلاً من المهاجرين من أصحاب رسول الله ﷺ قال: غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول: «المسلمون شركاء في ثلاث الماء والكلاء والنار» (٢).

فالنبي عليه الصلاة والسلام يبين في هذا الحديث أن هذه الأصناف الثلاثة والتي تعلقت به الحاجة العامة يجب أن تبقى مشتركة للجميع، ولا يصح تملكها من أحد فيضيق على الناس فيها.

يقول ابن عابدين: (ما يتعلق به النفع العام لا يجوز أن يختص به أحد).^٣

وجاء في المبدع: (ما تعلق به مصالح المسلمين العامة لا يجوز تملكه)^٤

(١) ابن حجر، فتح الباري، ٥ / ٣٠.

(٢) أخرجه البيهقي، السنن الكبرى، أحمد، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، دار الباز، مكة، كتاب إحياء الموات، باب ما لا يجوز

إقطاعه، رقم ١١٦١٢، ٦ / ١٥٠؛ أبو داود سنن أبي داود، تحقيق محمد محيي الدين، دار الفكر، بيروت، كتاب الإجارة، باب بيع الماء،

رقم ٣٤٧٧، ٣ / ٢٧٨، صححه الألباني، محمد بن ناصر، إرواء الغليل، ١٤٠٥، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢، ٦ / ٧.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٨ / ٢٢٠، ابن عابدين (١١٩٨-١٢٥٢) هو محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد، ولد في دمشق

وتوفي فيها، إمام الحنفية في عصره، وله مؤلفات كثيرة منها حاشيته رد المختار على الدر المختار ومنحة الخالق على البحر الرائق وغيرها،

انظر، البيطار، عبد الرازق بن حسن، حلية البشر، ١٩٩٣، دار صادر، بيروت، ط ٢، ٢٥ / ٢.

(٤) ابن مفلح، إبراهيم، المبدع، ١٤٠٠، المكتب الإسلامي، بيروت، ٥ / ٢٥١.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

حتى جاء عند بعض العلماء القول بعدم وقوع الملك الخاص على بعض الأعيان ولو وجدت في أرض مملوكة ملكاً خاصاً؛ لتعلق النفع العام بهذه الأعيان، كما جاء عند الحنابلة في المعدن السائل الذي يوجد في أرض مملوكة ملكية خاصة. جاء عند الحنابلة في المبدع ا: «المعادن السائلة لا تملك لو وجدت في أرض شخص على الأصح؛ لأن نفعه يعم، فلم يجوز بيعه كالماء»^(١).

وكذلك يرى الشافعية في قول عندهم^(٢)، أن البئر الذي يحفره الشخص في أرض لا يملك بناءً على الحديث المذكور. المذكور.

فالواضح من هذه الأدلة منع ثبوت التملك الخاص لما تعلق به الحاجة العامة من الأملاك العامة؛ لما فيه من تضيق على الناس فيما تعلق به مصالحهم، فلذلك لا يجوز وقوع الملكية الخاصة على المرافق العامة، حتى لو كان هذا التملك واقعاً على منفعه، لأن تملك المنافع يقع به الضرر والتضيق على الناس كما يقع في تملك الأعيان؛ لأن المقصد من الأعيان منافعها.

حتى لو كان التملك مؤقتاً فيأخذ نفس الحكم، لأن المقصد من المنع دفع الضرر مطلقاً، سواء أكان مؤقتاً أم دائماً.

الأصل الثاني:

منع الأسباب الموصلة إلى رفع الأسعار على الناس والتضيق عليهم.

حرص الإسلام على منع بعض التصرفات التي تؤدي إلى رفع الأثمان على الناس مما يوقعهم في الحرج والضيق، ويشهد لهذا الأصل العديد من الفروع الفقهية، والتي منها:

(١) ابن مفلح، المبدع، ٤/ ٢٢.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ٢/ ٣٧٥.

د أحمد حافظ موسى

أولاً: منع الاحتكار

جاء في السنة النهي واضحاً وصريحاً عن الاحتكار حيث يقول ﷺ: «لا يحتكر إلا خاطئ»^(١).

يقول النووي: «قال أهل اللغة الخاطئ بالهمز: العاصي الآثم، وهذا الحديث صريح في تحريم الاحتكار»^(٢).

والاحتكار أن يشتري التاجر السلعة وقت حاجتها ليتربص غلاء سعرها، فهو بتصرفه هذا يزيد من ثمن السلعة على الناس ويضيق عليهم، ولذا جاء عند المالكية والحنابلة في رواية وأبي يوسف من الحنفية القول بجرمة الاحتكار في كل ما يضر الناس^(٣).

ثانياً: حرمة النجش:

والنجش أن يزيد الشخص في ثمن السلعة لا لرغبة فيها، بل ليخدع غيره ويغريه ليزيد ويشترئها^(٤).

(١) أخرجه مسلم، صحيح مسلم، كتاب المساقاة، باب تحريم الاحتكار، رقم ١٦٠٥، ٣/١٢٢٨.

(٢) النووي، يحيى بن شرف، شرح صحيح مسلم، ١٣٩٢، دار إحياء التراث، بيروت، ط ٢، ٤٣/١١، النووي (٦٣١-٦٧٦) هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن الشافعي الدمشقي، ولد في نوى، محرر المذهب الشافعي ومحققه، إمام أهل عصره علماً وعبادة، وكان حافظاً للحديث عالماً بصحيحه من ضعيفه، توفي في نوى، وله مصنوعات كثيرة، منها الروضة والمنهاج وشرح المهذب وغيرها، انظر ابن قاضي شهبه، طبقات الشافعية، ١٥٣/٢-١٥٧.

(٣) المواق، محمد بن يوسف، التاج والإكليل، ١٣٩٨، دار الفكر، بيروت، ط ٢، ٣٨٠/٤؛ المرادوي، الإنصاف، ٣٢٩/٤؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٤٠١/٦.

(٤) النووي، شرح صحيح مسلم، ١٠/٥٩.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

ولقد جاء في الصحيحين عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: «نهى النبي ﷺ عن النجش»^(١).

فلما كان النجاشي يزيد من ثمن السلعة بدون وجه حق، نهى عنه الشارع، لذا نقل النووي إجماع العلماء على حرمة النجش^(٢).

ثالثاً: منع بيع الحاضر للباد: وبيع الحاضر للباد أن يتولى ابن البلد بيع سلعة الشخص القادم من خارجها، ولا يدعه يتولى بيع سلعته بنفسه^(٣).

وجاء في الحديث عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: «نهى النبي ﷺ عن التلقي وأن يبيع الحاضر لباد»^(٤).

فلما كان تولى ابن البلد البيع سيؤدي إلى زيادة ثمن السلعة، كان هذا البيع منهيّاً عنه حتى لا يضيق على الناس، وفي هذا يقول ابن قدامة: «والمعنى في ذلك أنه متى ترك البدوي يبيع سلعته اشتراها الناس برخص، ويوسع عليهم السعر»^(٥).

(١) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النجش، رقم ٢٠٣٥، ٢/٧٥٣؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب البيوع، باب تحريم

بيع الرجل على أخيه وسومه على سومه وتحريم النجش، رقم ١٤١٢، ٣/١١٥٦.

(٢) ابن حجر، فتح الباري ٤/٣٥٥؛ النووي، شرح صحيح مسلم، ١٠/١٥٩.

(٣) ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ط ٢، ٦/١٠٨؛ النووي، يحيى بن شرف، روضة الطالبين، ٣/٤١٣؛

ابن قدامة، المغني، ١٤٠٥، دار الفكر، بيروت، ط ١، ٤/١٥٠.

(٤) أخرجه البخاري، صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب النهي عن تلقي الركبان، رقم ٢٠٥٤، ٢/٧٥٨؛ مسلم، صحيح مسلم، كتاب

البيوع، باب تحريم بيع الرجل وسومه على سومه، رقم ١٥١٥، ٣/١١٥٥.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٤/١٥٠، ابن قدامة (٥٤٢-٦٢٠) هو عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي الحنبلي، ولد في جماعيل من

أعمال نابلس، هاجر مع أهله إلى دمشق، وكان عالم أهل الشام في زمانه، وكان إمام الحنابلة في دمشق، وله مؤلفات كثيرة، منها المغني

د أحمد حافظ موسى

رابعاً: التسعير عند الحاجة:

يرى المالكية (١)، والحنفية (٢)، والشافعية في قول (٣)، والحنابلة (٤) أن التجار لو بالغوا في ثمن السلع التي يحتاجها الناس فزادوا في أثمانها دون وجه حق، فلولي الأمر أن يمنعهم عن هذه الزيادة في ثمن هذه السلع؛ من باب رفع الظلم عن الناس لما في هذه الزيادة من تضيق على الناس فيما يحتاجونه.

فيكون من حق ولي الأمر أن يحدد سعراً لا يحق لأحد من التجار أن يتجاوزه، رفعاً للضرر والحرص الواقعين على الناس جراء غلاء الأسعار.

فلما منع الشارع الكثير من التصرفات التي تؤدي إلى رفع أثمان السلع على الناس بما يوقعهم في الحرج، كان منع التجار من رفع ثمن السلع دون وجه حق، وتحديد الأسعار عليهم داخلاً في هذا الباب، وفي هذا يقول ابن تيمية واصفاً رفع التجار لثمن السلع التي يحتاجها الناس دون وجه حق: «كان هذا أعظم عندنا من تلقي السلع، ومن بيع الحاضر للبادي، ومن النجش، ويكونون قد اتفقوا على ظلم الناس حتى يضطروا إلى بيع سلعتهم وشرايتهم بأكثر من ثمن المثل والناس يحتاجون إلى ذلك» (٥).

والكافي والمقنع وغيرها، انظر الذهبي، محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، ١٤١٣، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢٢، ١٦٦/٩-١٦٨.

(١) المواقيت، التاج والإكليل ٤ / ٣٨٠؛ ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، الاستذكار، ٢٠٠٠م، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٦ / ٤١٣.

(٢) شيخ زاده، عبد الرحمن محمد، مجمع الأنهر، ١٤١٩، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١ / ٢١٤؛ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦ / ٤٠٠.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ٣ / ٤١١.

(٤) ابن مفلح، محمد، الفروع، ١٤١٨، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ٤ / ٣٧.

(٥) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ط ٢، ٢٨ / ٧٩، ابن تيمية (٦٦١-٧٢٨) هو أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام الحراني الحنبلي الدمشقي، ولد في حران ثم انتقل إلى دمشق وكان داعية

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرفق العامة

يظهر مما سبق حرص الشارع على منع التصرفات التي تؤدي إلى رفع أسعار السلع على الناس بما يوقع الضرر عليهم. ولما كان التصرف في الولايات العامة منوطاً بما يجلب المصلحة للناس ويدفع عنهم المفسدة^(١)، كان التعاقد مع الجهات الخاصة لتطوير المرفق العامة محرماً عند وجود المال في خزانة الدولة؛ لما يترتب عليه من رفع أثمان الخدمات التي تقدم من المرفق الذي يراد تطويره؛ إذ من المعلوم أن هذه الجهات الخاصة حين تدفع أموالاً طائلة لتطوير المرفق العام تطمع في الأرباح التي ستحصل عليها مما يدفعه المواطنون من أجور اشتراك واستخدام لهذا المرفق العام.

فإذا لم يكن في خزانة الدولة المال، واقتضت الضرورة تطوير هذا المرفق لسد حاجات الناس، فإنه يلجأ إلى هذا التعاقد من باب دفع أشد الضررين، فتحمل الزيادة في ثمن الخدمة أهون من الضرر الناشئ عن فقدان هذه الخدمة، إذ من المعلوم أنه إذا تعارض شران، أو ضرران، قصد الشرع دفع أشد الضررين، وأعظم الشرين^(٢).

ويلحق بعدم وجود المال في خزانة الدولة لتطوير المرفق أن يكون المال موجوداً في الخزانة مع وجود أمر أكثر أهمية لحاجته إلى هذا المال، فيكون المال غير موجود حكماً.

إصلاح في الدين بارعا في الفقه والأصول والتفسير، أفتى ودرس دون سن العشرين، وله مؤلفات كثيرة منها السياسة الشرعية والفتاوى

والإيمان الجمع بين النقل والعقل وغيرها، توفي مسجوناً في قلعة دمشق، فخرجت دمشق في جنازته، انظر الزركلي، الأعلام، ١/١٤٤.

(١) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ١٤٠٣، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١/١٢١.

(٢) الغزالي، محمد، المستصفى، ١٤١٢، الكتب العلمية، بيروت، ط ١، ١/١٧٨؛ الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق عبدالله دراز،

دار المعرفة، بيروت، ٤/٢٥١.

د أحمد حافظ موسى

الشرط الثاني:

لا بد من وجود الضرورة التي تستدعي هذا التطوير.

تقدم أن في التعاقد مع الجهات الخاصة لتطوير مرفق عام إضراراً بالناس لما يترتب عليه من أعباء مالية على المواطنين؛ جراء زيادة أثمان هذه الخدمات، فهو عقد محرم شرعاً، لكن الشارع أجاز ارتكاب المحرم عند وجود الضرورة^(١)؛ دفعاً للمفسدة الحاصلة عند عدم ارتكاب المخدور.

فلا بد من وجود الضرورة التي تستدعي هذا التطوير، أو الحاجة العامة التي يؤدي إهمالها وعدم مراعاتها إلى إيقاع الناس في الحرج والمشقة، فالحاجة العامة بمنزلة الضرورة، وفي هذا يقول الزركشي: «لو منع الجنس ما تدعو الحاجة إليه لنال آحاد الجنس ضرورة تزيد على ضرورة الشخص الواحد فهي بالرعاية أولى»^(٢).

فلا يقبل التطوير بلا ضرورة أو حاجة عامة، كأن يكون تطوير من باب الرغبة في الأحسن مع التغطية الجيدة من المرفق الأصلي لحاجات الناس.

لكن لو احتيج إلى هذا التطوير لعجز المرفق بصورته الحالية عن تغطية حاجات الناس جميعاً، أو كان هذا المرفق مهدداً بالخراب والتوقف عن العمل، فلا بأس من هذا التطوير.

حتى لو كان هذا المرفق كثير التعطل والخراب بما يوقع الناس في الحرج والمشقة، فلا بأس من تطويره؛ لأن كل ما يؤدي إلى وقوع الناس في الحرج والمشقة أراد الشارع رفعه وإزالته سواء أكانت المشقة تحصل بإتيان الفعل مرة واحدة أو بتكراره^(٣).

(١) الزركشي، محمد بن عبد الله، المنشور، ١٤٠٥، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢، ٢ / ٣١٧؛ ابن بدران، عبد القادر، المدخل، ١٤٠١،

مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢، ٣٩٨.

(٢) الزركشي، المنشور، ٢ / ٢٤.

(٣) الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، ٢ / ١٣٠.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

القسم الثاني: الشروط اللازمة لصحة العقد:

الشرط الأول: البيان التام لطبيعة التطوير المراد إحداثه.

تقدم أن هذا العقد يتضمن عقد استصناع على إحداث تطوير في المرفق ثمنه جزء من المنفعة الزائدة الحادثة بعد التطوير، فلا بد من معرفة الثمن والمثمن، فلا بد من معرفة صفة هذه الزيادة المراد إحداثها ببيان مواصفاتها بشكل واضح ودقيق، وذلك ببيان المقدار و الصفة والنوع للمواد والآلات التي يحتاج إليها لإحداث التطوير اللازم للمرفق، فيحدد يذك ما تدفعه الجهة الخاصة لتملك المنفعة الزائدة، ويتبين مقدار المنفعة الناشئة من تطوير المرفق،

الشرط الثاني: دفع أجره المثل..

يجب أن يكون ما تدفعه الجهة الخاصة من أجره مساوية لأجره مثل المرفق قبل التطوير، كما هو الحال في مسألة الخلو^(١).

لأن التصرف في الأملاك العامة مبني على المصلحة، وتأجير المرفق العام والذي هو من الأملاك العامة بأقل من أجره مثله مناف للمصلحة.

ويرجع في تقدير الأجره إلى أهل الخبرة، ولا بد من تعدد المقومين؛ فلا يكتفى بواحد، إذ التقدير هنا من باب الشهادة، فلا بد من وجود اثنين على الأقل^(٢).

(١) الغرقاوي، التنبيه بالحسن، ص، ٤٢.

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٥ / ١٧؛ المواق، التاج والإكليل، ٥ / ٣٢٦؛ الشريبي، مغني المحتاج ٤ / ٤١٩؛ البهوتي، منصور، كشف القناع، ١٤٠٢، دار الفكر، بيروت، ٤ / ٥١٧.

د أحمد حافظ موسى

الشرط الثالث: يجب أن تكون مدة العقد محددة غير قابلة للزيادة.

لما كانت المنفعة هي الثمن في هذا العقد كان من الواجب تحديد مدة تمليك المنفعة للجهة المطورة، كما في أي عقد من عقود البيع لا بد من معلومية الثمن والمثمن، نفيًا للجهالة المفسدة للعقد، فإذا حدد البيع مدة في العقد يجب الالتزام بها ولا يجوز الزيادة عليها.

فقد تطلب الجهة المطورة أن يكون العقد قابلاً للتمديد، حتى تضمن الحصول على الربح الذي تراه مناسباً إن لم تكن المدة الأولى كافية للحصول عليه، لذا ينبغي أن ينص في العقد على عدم قابلية العقد للتمديد، نفيًا للجهالة، ودفعاً للضرر الذي يلحق المواطن من استمرار ارتفاع ثمن الخدمة المقدمة من هذا المرفق.

ومن أهم الضوابط التي لا بد من مراعاتها في مثل هذه العقود:

الضابط الأول: حسن اختيار الأشخاص المتعاقدين .

فلا بد من اختيار أكثر الأشخاص كفاءة للتعاقد مع الجهة الخاصة المطورة للمرفق، والأصل في ذلك قوله تعالى: **{قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا بَتِ أَسْتَجِرُّهُ إِنِّي خَيْرٌ مِّنْ أَسْتَجِرَّتِ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ}** [القصص ٢٦]، فالآية تشير إلى أهمية القوة والأمانة في أداء العمل^١، لذا فالكفاءة تشمل الأمانة، والقوة العلمية والخبرة العملية في مجال المرفق الذي يراد تطويره.

فالأمانة تحمل صاحبها على تقديم المصلحة العامة فوق كل اعتبار، فهو لا يقدم مصلحته الشخصية على المصلحة العامة، بخلاف عديم الأمانة الذي قد يقبل الرشوة للموافقة على إحدى الشركات المتقدمة للمشروع، مقدماً مصلحتها الخاصة على المصلحة العامة.

(١) انظر البغوي، الحسين بن مسعود، معالم التنزيل، تحقيق خالد عبد الرحمن، دار المعرفة، بيروت، ٤٤٢/٣.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

ونكفل بالخبرات العلمية والعملية الوصول إلى أحسن الشروط في العقد، بما يحقق النفع والمصلحة العامة، فصاحب التخصص أدرى بأصناف الآلات والمعدات التي يحتاجها المرفق، فهو على دراية بقدراتها وكفاءاتها، مما يدفعه لاختيار الأفضل عند التعاقد، وهذا لا يعرفه إلا أهل الاختصاص والخبرة في مجال المرفق.

وفي هذا الصدد يقول العز بن عبد السلام: (والضابط في الولايات كلها أن لا يقدم فيها إلا أقوم الناس بجلب مصالحها ودرء مفسدها) (١)، وهذا لا يتحقق إلا بأهل الخبرة والاختصاص.

الضابط الثاني: انتفاء الغرض الشخصي عند أعضاء اللجنة المتعاقدة من الدولة.

الأصل أن لا يكون لأحد من أعضاء لجنة التعاقد نفع في رسو العقد على إحدى الشركات المتقدمة للعقد، كأن تكون الشركة له، أو لأحد أقاربه؛ درءاً لشبهة المحاباة، وحفاظاً على المصلحة العامة.

الضابط الثالث: الوضوح والشفافية

لا بد من توضيح وتوثيق الأسس التي تم بناء عليها أخذ القرار بحاجة المرفق العام للتطوير، وكذلك الحال بالنسبة للأسس التي تم بناء عليها اختيار الشركة المنفذة للمشروع؛ دفعا لشبهة التلاعب من قبل أعضاء اللجنة الحكومية، وتحقيقاً للمصالح العام.

(١) ابن عبد السلام، العز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام (دار الكتب العلمية، بيروت، ٦٥/١، ابن عبد السلام، (٥٧٧-٦٦٠) هو عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم الدمشقي، برع في المذهب الشافعي وفاق أقرانه، جمع بين فنون العلم من التفسير والحديث والفقه والأصول، حتى قيل أنه بلغ رتبة الاجتهاد، سجنه الصالح إسماعيل وبعد أن أطلق سراحه ذهب إلى مصر فولاه الصالح أيوب القضاء في مصر والخطابة في جامع مصر، توفي في مصر، وله تصانيف كثيرة منها كتاب في التفسير في مجلدين والقواعد الكبرى والقواعد الصغرى وغيرها، انظر، ابن قاضي شهبه، أبو بكر بن أحمد بن محمد، طبقات الشافعية، ١٤٠٧، علم الكتاب، بيروت، ط ١، ١٠٩/٢-١١١.

د أحمد حافظ موسى

كما أن توثيق هذه الأسس يمكننا من محاسبة أعضاء اللجنة الحكومية إذا بدا منهم أي تقصير أو تلاعب، وذلك برفع الأمر إلى القضاء، مما يدفع أعضاء اللجنة إلى بذل قصارى جهدهم في سبيل المصلحة العامة، ليدفعوا عن أنفسهم المساءلة القضائية، فنضمن بذلك تحقيق أفضل النتائج المرجوة من هذا التعاقد.

الضابط الرابع: إعطاء الدولة حق التدخل للمصلحة العامة لا مانع أن ينص في العقد على حق الدولة في التدخل عند تصرف الشركة المطورة للمشروع تصرفاً يتعارض مع المصلحة العامة، من باب سلطة الدولة في تقييد الحرية الفردية إذا تعارضت مع المصلحة العامة، كما لو قامت الشركة المطورة للمشروع برفع الأسعار بصورة فاحشة تثقل كاهل المواطنين دون مبرر يقتضي هذا الرفع.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

الخاتمة

وفي خاتمة هذا البحث أذكر أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات:

أولاً: جواز المعاوضة في المنافع.

ثانياً: يتكون عقد (LROT) من عدة عقود وهي:

أ- عقد إجارة على المنفعة قبل التطوير كما في عقد الخلو.

ب- عقد استصناع، وعقد إجارة على الصيانة والتشغيل للمرفق بعد التطوير، وثمنه المنفعة الزائدة بعد التطوير المدة المتفق عليها بين الدولة والشركة المطورة.

ثالثاً: لا بد من توفر شرطين مهمين حتى يجوز للدولة القيام بهذا العقد.

- خلو خزينة الدولة من المال الكافي للتطوير.
- وجود الضرورة التي تستدعي هذا التطوير.

رابعاً: لا بد من توفر عدد من الشروط حتى يكون العقد صحيحاً:

- بيان مقدار وصفة ونوع المواد والآلات المستخدمة في التطوير.
- دفع أجرة المثل لمنفعة المرفق قبل التطوير
- أن تكون مدة العقد محددة غير قابلة للزيادة.

خامساً: أوصي باختيار أكفأ الأشخاص من الناحية العلمية، والعملية، والأمانة الشخصية، في اللجان الحكومية المتعاقدة مع

الجهة المطورة للمرفق العام، ولا بد من الوضوح والشفافية في بيان الضرورة المقتضية للتطوير، وكذلك الحال في الأسس التي

اختيرت بناء عليها الجهة المطورة دون غيرها من الجهات المتقدمة لتطوير المرفق العام.

د أحمد حافظ موسى

abstract**Rule contract off lease , renewal, operate and transfer****In public facilities****Assistant Professor of Jurisprudence and its foundations****Ahmad Hafez Mosa Mosa****Qassaim university****Faculty of science and arts– shareeah department**

This study talks about one of the new contracts, which may have to resort to the development of a state of public facilities, its contract of lease, modernization, operation, and transfer.

This study aims to release the ruling on the contract, and the statement of conditions, and the controls, the study was divided in three demands, first for the definition of contract, the second is to clarify the rule jurisprudence of the contract, and the last to clarify the terms of the contract and its controls.

Among the most important findings of the study results, ,no problem legally in the sale of utility the contract of lease, development, operation and transfer contain many contracts the first the sale of part of the public utility benefit with an istesnaa contract ,and a lease contract for work and lease contract to other remaining part of the benefit, may not do the contract only when necessary, and free treasury consists State of enough money for the development of public utility.

key words:**Leasing, development, necessity, public utility, benefi**

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

قائمة المصادر والمراجع

- الألباني، مُجَّد ناصر الدين، ١٤١٧، صحيح سنن ابن ماجه، مكتبة المعارف، الرياض، ط ١.
- الألباني، مُجَّد بن ناصر، ١٤٠٥، إرواء الغليل، (المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٢).
- البخاري، مُجَّد بن إسماعيل، ١٤٠٧، صحيح البخاري، دار ابن كثير، بيروت، ط ٣.
- البخيت، أحمد مُجَّد، ١٤٣٠، تطبيق عقد البناء والتشغيل في تعميم الأوقاف، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في الدورة التاسعة عشرة، الشارقة، awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx.
- ابن بدران، عبد القادر، ١٤٠١، المدخل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٢.
- البشبيشي، أمل، ٢٠٠٤م نظام البناء والتشغيل والتحويل، سلسلة دورية تعنى بقضايا التنمية في الأقطار العربية، العدد ٣٥، السنة الثالثة، المعهد العربي للتخطيط، الكويت.
- البغدادي، إسماعيل باشا، ١٩٩٢، هدية العارفين أسماء المؤلفين وآثار المصنفين، دار الكتب العلمية، بيروت
- البغوي، الحسين بن مسعود، معالم التنزيل، تحقيق خالد عبد الرحمن، دار المعرفة، بيروت
- البهوتي، منصور بن يونس، ١٤٠٢، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت.
- البهوتي، منصور، ١٩٩٦، شرح منتهى الإرادات، عالم الكتاب، بيروت، ط ٢.
- البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، تحقيق مُجَّد عبد القادر، دار الباز، مكة
- تركاوي، بسام، التحكيم في عقود البيوت
- www.damascusbar.org/almuntada/showthread.php?t=١٧٧٢٥
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن النجدي، مكتبة ابن تيمية، الرياض، ط ٢.

د أحمد حافظ موسى

- جيلاني، معروف، عقود البوت استنساخ غربي منتج استثماري إسلامي،
www.gien.info/articie/details/ID/٥٦/
- ابن حبان، مُجَّد، ١٤١٤، صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط ٨.
- ابن حجر، أحمد بن علي، ١٣٧٩، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت.
- حسن، مُجَّد قدري، ٢٠٠٩، القانون الإداري، إثراء للنشر، الأردن، ط ١.
- الحلو، ماجد، القانون الإداري، دار المطبوعات والمعرفة الجامعية، اسكندرية.
- الحموي، أحمد بن مُجَّد، ١٩٨٥، غمز البصائر شرح الأشباه والنظائر، الكتب العلمية، بيروت، ط ١.
- أبو داود سنن أبي داود، تحقيق مُجَّد محيي الدين، دار الفكر، بيروت.
- الدسوقي، مُجَّد، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت.
- الرازي، فخر الدين، ٢٠٠٠م، التفسير الكبير، الكتب العلمية بيروت، ط ١.
- الرازي، مُجَّد، ١٤١٥، مختار الصحاح، لبنان ناشرون، بيروت.
- الرحيباني، مصطفى، ١٩٦١، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، بيروت.
- الرشود، خالد بن سعود، تطبيق عقد البناء والتشغيل وإعادة في تعميم المرافق العامة،
awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx
- الرملي، مُجَّد بن أبي العباس، ١٤٠٤، نهاية المحتاج شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- الزرقاني، مُجَّد، ١٤١٨، شرح الزرقاني، الكتب العلمية، بيروت، ط ١.
- الزركشي، مُجَّد بن عبد الله، ١٤٠٥، المنشور، وزارة الأوقاف الكويتية، ط ٢.
- الزركلي، خير الدين، ١٩٨٦، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين، دار العلم للملايين، بيروت، ط ٧.

حكم عقد الإجارة والتجديد والتشغيل والنقل (LROT) في المرافق العامة

- الزنجاني، شهاب الدين مُجَّد، ١٩٨٢، تخريج الفروع على الأصول ، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، ١٣١٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- الزيني، أيمن عقود البوت وأساليب فض النزاعات الناشئة عنها،
[www.academia.edu/33807790/%D8%B9%](http://www.academia.edu/33807790/%D8%B9%2F)
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، ١٤٠٣، الأشباه والنظائر، الكتب العلمية، بيروت، ط ١.
- السرخسي، مُجَّد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات من علم الأصول، تحقيق عبدالله دراز، دار المعرفة، بيروت.
- الشربيني، مُجَّد، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت.
- شيخ زاده، عبد الرحمن مُجَّد، ١٤١٩، مجمع الأشهر، الكتب العلمية، بيروت، ط ١.
- الصاوي، أحمد، ١٤١٥، بلغة المسالك ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١.
- صبري، عكرمة، عقد البناء والتشغيل والإعادة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي في دورتها التاسعة عشرة
awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx
- ابن عابدين، مُجَّد أمين، رد المحتار على الدر المختار حاشية ابن عابدين ، دار الفكر، بيروت.
- ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله، ٢٠٠٠م، الاستذكار، دار الكتب العلمية، بيروت، ط ١.
- ابن عبد السلام، العز، عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت.
- العمراني، عبدالله، تطوير تعميم الوقف بصيغة عقد البناء والتشغيل، ١٤٣٥ هـ، كرسي الشيخ راشد بن دايل
لدراسات الأوقاف ، ط ١
- أبو غدة، عبد الستار، عقد البناء والتشغيل، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي، الدورة التاسعة عشرة، الشارقة،

د أحمد حافظ موسى

[.awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx](http://www.awqafshj.gov.ae/ar/researches.aspx)

- الغرقاوي، أحمد بن أحمد، ١٩٨٩، التنبيه بالحسنى منفعه الخلو والسكنى، تحقيق عز الدين التوني، ط١.
- الغزالي، مُجَّد، ١٤١٢، المستصفى من علم الأصول، الكتب العلمية، بيروت، ط١.
- ابن قدامة، عبد الله، ١٤٠٥، المغني، دار الفكر، بيروت، ط١.
- القراني، شهاب الدين أحمد، ١٩٩٨، الذخيرة، دار العرب، بيروت.
- الكاساني، علاء الدين، بدائع الصنائع ١٩٨٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢.
- ابن ماجه، مُجَّد بن يزيد، سنن ابن ماجه، تحقيق مُجَّد فؤاد، دار الفكر، بيروت.
- المحبي، مُجَّد أمين بن فضل، خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، دار صادر، بيروت
- المرادوي، علي بن أحمد، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، تحقيق مُجَّد حامد، دار إحياء التراث، بيروت.
- مسلم، مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، تحقيق: مُجَّد فؤاد، دار إحياء التراث، بيروت.
- ابن مفلح، إبراهيم، ١٤٠٠، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ابن مفلح، مُجَّد، ١٤١٨، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١.
- ابن منظور، مُجَّد، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط١.
- المواق، مُجَّد يوسف، ١٣٩٨، التاج والإكليل، دار الفكر، بيروت، ط٢.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، ١٩٨٥، الأشباه والنظائر، الكتب العلمية، بيروت، ط١.
- ابن نجيم، زين الدين ابن إبراهيم، البحر الرائق، دار المعرفة، بيروت، ط٢.
- النووي، يحيى بن شرف، ١٤٠٥، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢.
- النووي، يحيى بن شرف، ١٣٩٢، شرح صحيح مسلم، دار إحياء التراث، بيروت، ط٢.
- الهيثمي. أحمد بن مُجَّد. ٢٠٠١، تحفة المحتاج، شرح المنهاج، الكتب العلمية، بيروت.