المبحث الثاني

الإطار التشريعي لعقد الـ (B.O.T) وتخريجه الفقهي

ويشتمل على:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ(B.O.T).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الـ(B.O.T) وحكمه الشرعي.

المطلب الثالث: الإطار التشريعي والفقهي لعقود الـ(B.O.T).

المطلب الرابع: الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ(B.O.T) في مجال الأوقاف.

المبحث الثاني

الإطار التشريعي لعقد الـ(B.O.T) وتخريجه الفقهي

تمهيد وتقسيم

يعد الوقف سمةً خُلقيةً اقتصاديةً إسلاميةً رفيعةً، تجعل من المسلم الواقف إنسانًا اقتصاديًا ناجحًا مادام أن سلوكه كان مندرجًا في سلك أنظمة الشريعة وأحكامها[١]، ولا يتأتى ذلك إلا باستجلاء القواعد القانونية والشرعية المنظمة لسبل الاستثمار في هذا المجال، تحديدًا ما يتصل بنطاق هذا البحث، وهو عقد الـ(B.O.T).

لذا سأبين من خلال هذا المبحث الهيكل القانوني والشرعي لهذا العقد، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد الـ(B.O.T).

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد الـ(B.O.T) وحكمه الشرعي.

المطلب الثالث: الإطار التشريعي والفقهي لعقود الـ(B.O.T).

المطلب الرابع: الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ (B.O.T) في مجال الأوقاف.

---

(١) د. محمد البشير مغلي، التكوين الاقتصادي للوقف في بلدان المغرب العربي، مرجع سابق، ص٣١٥.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لعقد الـ B.O.T

لقد ترتب على شيوع تطبيق هذا النموذج من العقود لما يتميز به من تطور في أعمال التمويل والبناء والتأجير والتحديث، اختلاف الفقهاء بشأن تحديد طبيعته القانونية.

ويمكن حصر هذا الخلاف على النحو الآتي:

الرأي الأول:

يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن هذا العقد ليس إلا تنظيمًا اقتصاديًا[١]؛ يلزم لتنفيذه إبرام العديد من الاتفاقات المتشابكة بين أطراف مختلفة لها أحيانًا مصالح متعارضة.

وبذلك فإن هذا الرأي ينكر الطبيعة التعاقدية والاتفاقية لعقود (البوت)، وهذا الأمر غير صحيح؛ ذلك لأن جميع ما يتفرع عن هذا العقد من اتفاقات هي في الأسس مرتبطة بالاتفاق الرئيس بين جهة الإدارة وبين شركة المشروع، وهذا الاتفاق تتوافر فيه سمات العقد، ومن ثم فلا تأثير لما يتفرع عنه في طبيعة هذا العقد الأصلي، فقد تكون عقودًا مدنية أو إدارية حسب أحوالها[٢].

---

(١) د. هاني صلاح سري الدين، الإطار القانوني لمشروعات البنية الأساسية التي يتم تمويلها عن طريق القطاع الخاص بنظام التملك والتشغيل والتحويل في مصر، مرجع سابق، ص٥.

(٢) د. جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق.

الرأي الثاني:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود (البوت) هي من عقود الإدارة العادية التي تخضع منازعاتها لأحكام وقواعد القانون الخاص[١]، وعلّة ذلك أن هذه العقود يصعب تضمنها لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص -وهذه الشروط تعد من المعايير المعول عليها في اعتبار العقد إداريًا- إذ إن متطلبات التجارة الدولية تفرض على الدولة أن تنزل في إبرام عقودها منزلة الأفراد العاديين، ولا تملك أن تضمن العقد ما يجعلها تتمتع بامتيازات تفوق المتعاقد معها كما في العقود الإدارية، تحديدًا إذا كان طرف العقد شخصًا أجنبيًا عن الدولة؛ لأن سيادة الدولة محددة داخل إطار إقليمها الجغرافي، ومن ثم فستقف موقف المساواة مع المتعاقد معها.

وهذا الرأي محل نظر؛ ذلك أن عقود (البوت) إن كان موضوعها مرتبط بإنشاء أو تطوير أو تسيير مرفق عام فإنه من الصعب إن لم يكن من المستحيل التسليم بخضوعها للقواعد العامة لنظرية العقد في القانون الخاص[٢]، باعتبار أن ذلك سيخلق نوعًا من المساواة والتوازن بين المصلحة

---

(1) Well (P.): Droit international public et Droit administratif melanges trotabas، p.527.

أشار إليه د. جابر جد. نصار، عقود (البوت)، مرجع سابق، ص٥٠. د. أحمد الزقرد، عقود الـ B.O.T وآليات الدولة العالمية، بحث منشور ضمن بحوث المؤتمر العلمي السنوي السادس لكلية الحقوق جامعة المنصورة بعنوان (التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي) مجلد٢، لسنة ٢٠٠٢م، ص٩٦٩. د. عبد السند يمامة، عقد نظام (البوت) وفقًا لأحكام التشريع المصري، طبعة أولى (٢٠٠٠م) بدون ناشر، ص١٣٥.

(٢) د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٨٥.

العامة وبين مصلحة فردية قد تؤدي في النهاية إلى توقف المرفق عن أداء خدماته، كما إن طبيعة المرفق العام وقواعده الضابطة لا يمكن أن تتوافق مع إخضاع العقد لأحكام القانون الخاص وإلا جاز للمتعاقد في عقد من عقود (البوت) المتربط بإنشاء واستغلال إحدى الطرق أو المطارات أن يتحكم في حركة المرور على هذا الطريق أو السماح بهبوط الطائرات من عدمه وفقًا لمصالحه المالية وحقه في الدفع بعدم التنفيذ.

كذلك فإن الادعاء بأن المستثمر قد يعزف عن إبرام مثل هذه العقود نتيجة إصباغ الصفة الإدارية عليها، هذا الأمر غير صحيح على إطلاقه إذ إن المستثمر يهمه في النهاية تحقيق الربح، وتدخل الإدارة غرضه في الأساس ضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، فضلًا عن أن العقد الإداري يحكمه مبدأ الحفاظ على التوازن المالي للعقد(١)، الذي يحول دون تدخل الإدارة بما يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد معها ماليًا، ويحملها التزامًا بتعويضه دون خطأ طبقا لنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهو أمر بما لا نجده في عقود القانون الخاص، كذلك تتضمن العقود الإدارية تقييد حرية الإدارة في التعاقد معها بأساليب معينة وهو ما يعرف بتقييد الحرية التعاقدية للإدارة مما يعني تحقيق حرية المنافسة بين الراغبين في التعاقد(٢).

---

(١) د. إبراهيم الشهاوي، الامتياز بنظام O.T.B، المرجع السابق، ص٣٤٩. د. جمال جبريل، المصدر نفسه، ص٨٥.

(٢) د. جابر نصار، عقود (البوت) ...، مرجع سابق، ص٥٢.

الرأي الثالث:

اعتمد أنصار هذا الرأي على مدى توافر معايير العقد الإداري –تحديدًا– الشروط غير المألوفة في عقد (البوت) للوقوف على طبيعته القانونية[١]، فقالوا بأن عقد (البوت) عقد مدني في مصر وعقد إداري في فرنسا، استنادًا إلى اختلاف المعيار المميز للعقد الإداري في مصر عن فرنسا، ففي حين أن القضاء الإداري في مصر يتطلب توافر ثلاثة معايير –أن تكون الإدارة طرفًا، أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، أن يتضمن شروطًا غير مألوفة– فإن مجلس الدولة الفرنسي يكتفى بأحد هذه العناصر، ولما كانت هذه العقود لا تتضمن شروطًا غير مألوفة، فإن العقد يكون إداريًا في فرنسا ومدنيًا في مصر.

وبإرجاع البصر في فحوى هذا الرأي يتبين أنه اعتمد على اعتبارات خاطئة؛ ذلك لأن الطبيعة الإدارية للعقد لا تتأتى من منطلق تضمينه شروطًا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ولكن ما دفع مجلس الدولة الفرنسي لخلق فكرة العقد الإداري وتأسيس الأحكام العامة له من الأساس هي طبيعة المرفق العام وقواعده الضابطة، والتي تقتضي استمرار المرفق في إشباع حاجات الأفراد في المجتمع[٢]، وطالما استمر المرفق هو القائم على

---

(1) ABDEL BAKI (Samy): les Projets internationaux de construction menes selon la Formula B.O.T (Build، Operate، Transfer) These ،2000، paris.pp.262-266.

أشار إليه د.جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق، هامش ص٥١.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٧ وما بعدها، د. جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق، ص٥٢، د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٩٠.

إشباع هذه الحاجات فستظل فكرة العقود الإدارية هي الوسيلة الوحيدة لإنشاء وتسير وإدارة هذه المرافق.

الرأي الرابع:

يرى أنصار هذا الرأي أن عقود الـ B.O.T هي عقود التزام مرافق عامة[١]، ولا شك أن عقد الالتزام طبقًا للمستقر عليه هو عقد إداري بطبيعته، أي أنه إداري في كل الأحوال متى كانت الإدارة طرفًا فيه واتصل بنشاط مرفق عام.

ومع تسليمنا بأن عقد الـ B.O.T يختلف في خصائصه عن عقد التزام المرافق العامة، تحديدًا فيما يتعلق بالجوانب الفنية والاقتصادية وطرق تمويل هذا العقد، ودور الدولة في إبرامه، وملكية المتعاقد لأصول المشروع، وكذلك ما يتعلق بتقديم الخدمة للجمهور وآلية تقاضي المقابل المالي، إلا إنه يمكن رد هذه الاختلافات جميعها إلى سنة الحياة وما تفرضه متغيرات العصر من تطورات[٢]، فهذه الاختلافات في حقيقتها مجرد تطور لعقد الامتياز في مفهومه التقليدي، ومن ثم فإن عقد (البوت) يتوافق في جوهره مع عقد الامتياز الذي يقتضي أن يحل أحد الأفراد أو إحدى الشركات

---

(١) المستشار محمود فهمي، عقود (البوت) وتكييفها القانوني، مرجع سابق، ص٦، د. جمال جبريل، الطبيعة القانونية لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية، مرجع سابق، ص٩٠، د. جابر نصار، عقد (البوت)، مرجع سابق، ص٥٣. د. محمد المتولي، خصخصة مشروعات الكهرباء بنظام البناء والتشغيل والتحويل B.O.T، مجلة البحوث الإدارية، مصر، ع١لسنة ٢٠٠١م، ص٢٧.

(٢) د. جمال جبريل، المصدر نفسه، ص٨٩.

محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله، ولا يمكن إخضاع هذا العقد بهذا الوصف لأحكام القانون الخاص؛ لأن ذلك يتناقض مع طبيعة المرفق العام وقواعده كما فصلت ذلك آنفًا[١].

(١) عرفت محكمة القضاء الإداري عقد التزام المرفق العام بأنه "...التزام المرافق العامة ليس إلا عقدًا إداريًا يتعهد بمقتضاه إحدى الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية وطبقًا للشروط التي توضع له بأداء خدمة عامة للجمهور وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية ويتقاضى عوضًا في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين" حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٥ مارس ١٩٥٦م _مجموعة المبادئ السنة العاشر، ص٢٥٩ نقلًا عن د.جابر نصار، المصدر نفسه، ص٥٤، كذلك شايع القضاء الكويتي هذا الاتجاه عندما أثير أمام محكمة التمييز الكويتية هذا الموضوع بصدد نظرها للنزاع المتعلق بمشروع بناء وتشغيل محطة معالجة الصرف الصحي في الكويت وإعادة تسليمها إلى حكومة الكويت بنظام (B.O.T)، فطالبت إحدى شركات المشروع الحكم بإلغاء القرار الصادر بإرساء المناقصة الخاصة بهذا العقد، وفي ذلك دلالة على أن القضاء الكويتي ينظر إلى هذا العقد بوصفه من العقود الإدارية الذي تنطبق عليه شروط المناقصات العامة ... انظر حكم الطعن بالتمييز رقم ٦٥٩-لسنة ٢٠٠٣م إداري (غير منشور). نقلًا عن د. فدغوش شبيب العجمي، عقود الـ B.O.T النفطية، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة ٢٠١١م، هامش ص١٠٦.

المطلب الثاني

التكييف الفقهي لعقد الـ B.O.T وحكمه الشرعي

حاول عدد من المعاصرين أثناء البحث عن إيجاد تخريج شرعي لهذا العقد(١)؛ تكييفه على أنه عقد مشاركة متناقضة، ومنهم من يرى أنه عقد مشاركة موقوتة، بينما يرى آخر أنه عقد استصناع، ويصفه البعض أنه قريب من عقد المرصد، ومنهم من يرى أنه عقد إجارة للأرض مقابل البناء، ومنهم من يرى أنه قريب من عقد الإجارتين، وقد وضحت آنفًا بعض هذه الأوصاف عند الحديث عن أنواع عقود (البوت) لذا فلا حاجة إلى تكرارها.

وخلاصة القول في ذلك ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي بأن "عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنه قد لا يتطابق مع أي منها"(٢).

---

(١) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T، في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، ص١١ وما بعدها. الشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة "B.O.T" في تعمير المرافق العامة والأوقاف، ص١٢ وما بعدها.د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك B.O.T -BUILD OPERATE TRANSFER، ص١٩ وما بعدها. د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية B.O.T، ص٣٤ وما بعدها. د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص٣٤ وما بعدها. (بحوث مقدمة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة) د. عبدالله بن محمد العمراني، تطوير تعمير الوقف بصيغة عقد البناء و التشغيل و الإعادة T.O.B: دراسة فقهية، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – العلوم الشرعية– السعودية، ع ٣١ لسنة ٢٠١٤م، ص٢١٧ وما بعدها.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٨٢ (٨/١٩) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى

أما عن بيان حكم عقد (البوت) فقد ذهب الفقهاء إلى أن الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الجواز والصحة والإباحة، يقول ابن تيمية ﷺ[١]"الأصل في عقود المسلمين الصحة".

وتأكيدًا على ذلك يقول الشيخ أبو زهرة[٢]: "يقصد بحرية التعاقد إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون، وبالشروط التي يشترطون غير مقيدين إلا بقيد واحد وهو ألا تشتمل عقودهم على أمور قد نهى عنها الشارع وحرمها كأن يشتمل العقد على ربًا ونحوه مما حرمه الشرع الإسلامي".

ويقول محمد رشيد رضا[٣] عند تفسيره لقوله ﷺ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[٤] "... وقد تجدد لأهل هذا العصر أنواع من المعاملات تبعتها أنواع من العقود، يذكرونها في كتب القوانين المستحدثة، منها ما يجيزه فقهاء المذاهب الإسلامية المدونة، ومنها ما لا يجيزونه؛ لمخالفته شروطهم التي يشترطونها. كاشتراط بعضهم الإيجاب والقبول قولًا ... وقد يصبغونه بصبغة الدين، فيجعلون

=

١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

(١) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني (المتوفى: ٧٢٨هـ)، مجموع الفتاوي، تحقيق عبدالرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م، ج٣٠، ص١٨٩.

(٢) الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامي، دار الفكر العربي ١٩٩٦م، ص٢٢٣، قريب من ذلك أيضًا، د. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم -دمشق ٢٠٠٤م، ج١، ص٥٣٧.

(٣) محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني (المتوفى: ١٣٥٤هـ)، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٩٠م، ج٦، ص١٠٠-١٠١.

(٤) سورة المائدة: الآية ١.

التزام المتعاقدين لمباح وإيفاءهما به محرمًا ومعصية لله ﷻ؛ لعدم صحة العقد. ويشترطون في بعض العقود شروطًا، منها ما يستند على حديث صحيح أو غير صحيح، صريح الدلالة أو خفيها، ومنها ما لا يستند إلا على اجتهاد مشترطِه ورأيه، ويجيزون بعض الشروط التي يتعاقد عليها الناس، ويمنعون بعضها حتى بالرأي ... وأساس العقود الثابت في الإسلام هو هذه الجملة البليغة المختصرة المفيدة (أوفوا بالعقود) وهي تفيد أنه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده وارتبط به ... وليس لأحد أن يقيّد ما أطلقه الشارع إلا ببيّنة منه؛ فكل قول أو فعل يعده الناس عقدًا، فهو عقد يجب أن يوفوا به كما أمر الله ﷻ ما لم يتضمن تحريم حلال أو تحليل حرام مما ثبت في الشرع كالعقد بالإكراه أو على الفاحشة، أو أكل شيء من أموال الناس بالباطل ... ومن الأصول التي بنوا عليها معظم تشديداتهم في ذلك ذهاب بعضهم إلى أن الأصل في العقود والشروط الحظر، فلا يصح منها إلا ما دل الشرع على صحته، وأن كل شرط يخالف مقتضى العقد باطل، وعدوا من هذا ما يمكن أن يقال إنه ليس منه.

وإطلاق الوفاء بالعقود يدل على أن الأصل فيها الإباحة، كذلك الشروط، ولا سيما العقود والشروط في أمور الدنيا، والحظر لا يثبت إلا بدليل".

ولما كان ذلك فإن هذا النموذج يمكن أن يحقق عددًا من المقاصد الشرعية والمصالح المعتبرة ومنها:

- توفير السيولة اللازمة للمشروعات الوقفية؛ إذ إن إحدى الخصائص البارزة في الأموال الوقفية هي أنها قليلة السيولة؛ لأن أكثرها عبارة عن عقارات بينما يتطلب استثمار أي مشروع منتج عناصر وعوامل الإنتاج من رأس المال والعمل والمواد الخام والنفقات الجارية الأخرى، وهو ما

يستوجب انفاق مبالغ ضخمة لا يمكن تغطيتها إلا عن طريق اللجوء إلى ممولين لتوفير هذه السيولة وهو ما يوفره نظام (البوت) حيث إن الممول وفقًا لهذا النظام سوف يتكفل بالتمويل على أن يستوفي تكلفته وأرباحه لاحقًا من التدفقات النقدية للمشروع، فضلًا عن التزامه بإعادة المشروع بحالة صالحة لاستغلاله مرة أخرى لصالح المستفيدين بما يشبه التأييد والدوام[١].

- يعد هذا النموذج الحل الأمثل للأوقاف الخربة عديمة الدخل حيث يحقق المقصد الشرعي من الوقف بالحفاظ على الأصول، وتحقيق مصلحة الموقوف عليهم للانتفاع به بشكل دائم[٢].
- يمكن عن طريق هذا النظام معالجة ما تعانيه الأوقاف من ضعف وعدم خبرة عنصر الإدارة القائم على تشغيل المشروعات الوقفية[٣]، وذلك عن طريق ما يوفره هذا النظام من فرصة نقل التكنولوجيا الحديثة والخبرات الفنية المتقدمة والتي يمكن للأوقاف أن تستفيد منها في تطوير وتعمير وتنمية الأموال الوقفية.
- يؤدي هذا النظام إلى تنمية الأموال الوقفية والحفاظ عليها

---

١) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص٢٥.

٢) د. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد البناء والتشغيل وإعادة الملك، مرجع سابق، ص١٨.

٣) د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، المرجع السابق، ص٢٦.

واستثمارها بطرق مشروعة فيما يفيد المجتمع ويجلب خبرات وصناعات مالية وفنية تسهم في القضاء على البطالة وتحقيق راحة المجتمع ورفاهيته.

ولقد أدرك أهمية هذه المقاصد ثلة من المعاصرين، يقول الدكتور عبدالله بن موسى العمار[١] "لا بد أن تلامس مباحث استثمار الوقف واقعه وصيغ عقده، ومصارفه، وما عفا عليه الزمن من وسائل استثماره، أو وجد لظروف معينة، أو أصبح عديم الجدوى، ينبغي أن يضرب عنه صفحًا، وأن يتجه إلى الوسائل النافعة، ذات الجدوى الاقتصادية الغالبة، فما الفائدة من استعراض صيغة عقد الإجارتين، أو عقود التحكير مما أصبح عائقا من عوائق استثمار كثير من الأوقاف، بل إنها أصبحت شبه معطلة بناء على هذه الوسائل"، لذا نجد من الفقهاء من يجيز من التصرفات ما كان سلفهم يفتون بمنعه، لما تبين لهم أن هذا أقرب إلى المصلحة، وأبعد عن المفسدة[٢]، فقد قرر الإمام ابن عابدين ﷺ أن[٣] "يفتى بكل ما هو أنفع للوقف فيما اختلف العلماء فيه، نظرًا للوقف، وصيانة لحق الله، وإبقاء للخيرات".

ومما يؤكد صحة مسلكه ﷺ ، أن القرآن الكريم لم يذكر شيئًا من

---

١) د. العمار. عبدالله بن موسى. استثمار أموال الوقف ضمن أعمال منتدى قضايا الوقف الفقهية الأول. الكويت ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م الجزء الأول ص٢٠١.

(٢) د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص١٢.

(٣) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبدالعزيز عابدين الدمشقي الحنفي (المتوفى: ١٢٥٢هـ)، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر بيوت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ، ج٤، ص٣٨٦.

أحكام الوقف بخصوصه، كما أن السنة النبوية -أيضًا- لم تتعرض لمعظم أحكام الوقف التفصيلية، ولم تتعد الأحاديث التي بينت أحكام الوقف عدة أحاديث، بل أكثر أحكام الوقف اجتهادية قياسية، للرأي فيها مجال، وهذا ما ينطبق -أيضًا- على المرافق العامة فأكثر فقهها اجتهادي، وللسياسة الشرعية فيه مجال فسيح[١]، فالأصل في تصرفات ولي أمر المسلمين بممتلكات ولايته العقارية والنقدية وغيرها من أموال المسلمين العامة، أن تكون منوطة بتحقق المصلحة[٢]، عملًا بالقاعدة الشرعية ونصها ((تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)).

وقد ذكر الزركشي أن هذه القاعدة قد نص عليها الإمام الشافعي ﷺ ونقل عنه قوله: "منزلة الوالي من الرعية: منزلة الولي من اليتيم"[٣]، وقال السيوطي ﷺ: وأصل ذلك: ما أخرجه سعيد بن منصور في سننه، قال حدثنا أبو الأحوص عن أبي إسحاق، عن البراء بن عازب ﷺ قال: قال

---

(١) د. ناصر بن عبدالله الميمان، ديون الوقف، ضمن بحوث منتدى قضايا الوقف الفقهية (التزام شرعي ... وحلول متجددة)، منشورات الأمانة العامة للأوقاف بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية، الكويت ١١-١٣ أكتوبر ٢٠٠٣م. ص٧٥. د. خليفة بابكر الحسن، حكم وقف الأسهم والصكوك والمنافع، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص١١، د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة المرجع السابق، ص١٣.

(٢) الشيخ خالد بن سعود بن عبدالله الرشود، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة " B.O.T " في تعمير المرافق العامة والأوقاف، مرجع سابق، ص١٧.

(٣) أبو عبدالله بدر الدين محمد بن عبدالله بن بهادر الزركشي (المتوفى: ٧٩٤هـ)، المنثور في القواعد الفقهية وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ، ج١، ص٣٠٩.

عمر ﷺ "إني أنزلت نفسي من مال الله بمنزلة ولي اليتيم، إن احتجت أخذت منه -يعني قدر الحاجة- فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعففت"(١).

وعلى أساس من هذا الاجتهاد أفتى عدد من المعاصرين بمشروعية عقد (البوت) وأنه جائز شرعًا الاستفادة منه في تعمير الأوقاف الإسلامية بشرط خلوه من المحاذير الشرعية(٢)، وذلك باعتباره عقدًا مستحدثًا تتوافر فيه ضوابط العقود الشرعية، أو باعتباره عقدًا مركبًا من عدة عقود لا يوجد في أي منها مانع شرعي(٣).

وهو ما أكد عليه مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي المنعقد في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة بعد

---

(١) عبدالرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي (المتوفى: ٩١١هـ)، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية الطبعة: الأولى، ١٤١١هـ، ص١٢١.

(٢) د. عكرمة سعيد صبري "عقد البناء والتشغيل والإعادة "(BOT)"في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، -إمارة الشارقة- دولة الإمارات العربية المتحدة، ص٩. د. أحمد محمد بخيت، تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة، المرجع السابق، ص٤٥. د. ناهد علي حسن السيد، حقيقة نظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، مرجع سابق ص٣٩، د. أحمد محي الدين أحمد، تطبيق نظام البناء والتمليك B.O.T في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، مرجع سابق، ص٣٠.

(٣) د. حسن يوسف داود المصارف الإسلامية والتنمية الصناعية دار الفكر العربي ١٩٩٨م، ص ٢٩، نقلًا عن د. عبد الستار أبو غدة، عقد البناء والتشغيل والإعادة
(B.O.T) وتطبيقه في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي الدولي، في دورته التاسعة عشرة، إمارة الشارقة/ دولة الإمارات العربية المتحدة، ص١٧.

اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، فقرر جواز الأخذ بعقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف والمرافق العامة[١].

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم ١٨٢ (٨/١٩) في دورته التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

المطلب الثالث

الإطار التشريعي والفقهي لعقود الـB.O.T

اتجهت الدول إلى الأخذ بنظام الامتياز وفق نظام الـ B.O.T لما تتميز به آليته الجديدة من أساليب وتقنيات مبتكرة في مجال تمويل المشروعات الأساسية ذات التكاليف المرتفعة، فضلًا عن تنوع مجالات نشاطه وتعدد صوره، إلا أن هذه المزايا يتوقف الانتفاع بها على ضرورة ضبط الإطار القانوني لهذا النظام، ومن ثم تتبدى أهمية البحث عن إطار تشريعي يسمح باللجوء إلى هذا الأسلوب والانتفاع من مزاياه.

والمتصفح في الحلول التي لجأت إليها الدول لوضع الإطار القانوني المنظم لهذا العقد، يجد بعضها آثر إصدار تشريع عام حول مشاريع الـ B.O.T[١]، بينما تتجه دول أخرى إلى تبني المعالجة الجزئية فتصدر تشريعات خاصة بكل قطاع ترغب في الاستثمار فيه بأسلوب نظام الـ B.O.T[٢]، في حين تهمل بعض الدول إصدار تشريع خاص بهذه العقود وتكتفي بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[٣].

---

(١) مثال ذلك التشريع التركي الصادر عام ١٩٩٤م، كذلك الفلبين أصدرت تشريعًا موحدًا لعقود (البوت) عام ١٩٩٠م، والصين وأستراليا، د. محمد المتولي، المصدر نفسه، ص٢٥.

(٢) مثال على ذلك قانون الاتحاد الأوربي رقم ٩١/١٨٩٣ بتعديل القانون رقم ١١٩١ لسنة ١٩٦٩م المتعلق بالتزامات الخدمة العامة في قطاع النقل، وقانون الكهرباء الأرجنتيني رقم ٢٤٠٦٥، وقانون الكهرباء لعام ١٩٨٩م في المملكة المتحدة، د. محمد المتولي، المصدر نفسه، ص٢٥.

(٣) مثال على ذلك لبنان، د. محي الدين القيسي، فض المنازعات في عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (PPP) عن طريق القضاء أو التحكيم، بحث منشور بندوة (الإطار القانوني لعقود

أما عن موقف الدساتير المصرية فبإرجاع البصر فيما تضمنته نجدها قد تواترت على تنظيم أحكام عقد الالتزام بقواعد كلية، يمكن الاستناد إليها كأساس دستوري لعقود الـ B.O.T، فمنذ دستور ١٩٢٣م وحتى دستور مصر لعام ٢٠١٢م يلاحظ أن المشرع الدستوري ترك مجالًا واسعًا للقانون لتنظيم تفاصيل إبرام هذا العقد وتحديد مدته[١]، على عكس مسلكه في دستور ٢٠١٤م الحالي، والذي تضمن النص في مادته الثانية والثلاثين على أن ((موارد الدولة الطبيعية ملك للشعب، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها، وحُسن استغلالها، وعدم استنزافها، ومراعاة حقوق الأجيال القادمة فيها، كما تلتزم الدولة بالعمل على الاستغلال الأمثل لمصادر الطاقة المتجددة، وتحفيز الاستثمار فيها، وتشجيع البحث العلمي المتعلق بها، وتعمل الدولة على تشجيع تصنيع المواد الأولية، وزيادة قيمتها المضافة وفقًا للجدوى الاقتصادية، ولا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية أو التزام المرافق العامة بقانون، ولمدة لا تتجاوز ثلاثين عامًا، ويكون منح حق استغلال المحاجر والمناجم الصغيرة والملاحات، أو منح التزام المرافق العامة لمدة لا تتجاوز خمسة عشر عامًا بناء على قانون، ويحدد القانون أحكام التصرف في أملاك الدولة الخاصة، والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك)).

=

المشاركة بين القطاعين العام والخاص (PPP) والتحكيم في منازعاتها) المنظمة العربية للتنمية الإدارية –مصر٢٠١٢م، ص٢٠٠.

(١) انظر في تفاصيل ذلك د. جابر نصار، عقود (البوت)، مرجع سابق، ص١٠٤ وما بعدها.

ولعل هذا المسلك يتطلب بالضرورة تعديل حزمة القوانين السابقة التي كانت تعتمد عليها الحكومة في إبرام عقود الـB.O.T، ومن أبرز هذه التشريعات القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م بشأن التزامات المرافق العامة، والقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨م بشأن منح الالتزامات التي تتعلق باستغلال الثروات الطبيعية أو بالمرافق العامة، وما تلاه من تشريعات أملتها الضرورات العملية في ذلك الوقت ومنها القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦م بخصوص تعديل بعض أحكام القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٧٦م في شأن هيئة كهرباء مصر، والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦م، المتضمن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٨٦م بشأن الطرق العامة، والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧م في شأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأرض النزول.

هذا فضلًا عما تضمنه القانون المدني المصري من أحكام منظمة لعقد التزام المرافق العامة[١]، وكذلك قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة

---

(١) نصت المادة (٦٦٨): التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يُعهد إليها باستغلال المرفق فترة معيّنة من الزمن. ونصت المادة (٦٦٩): ملتزم المرفق العام يتعهّد بمقتضى العقد الذي يبرمه مع عميله بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقًا للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظّم هذا العمل من القوانين.

وينتقد الفقه سلوك المشرع المدني في النص على قواعد التزام المرافق العامة؛ ويرى أن ذلك من مظاهر طغيان القانون المدني على بعض المواد الإدارية، فما تضمنه القانون المدني من مبادئ يطبقها القضاء الإداري دون حاجة إلى نص مما يقطع الصلة بصفتها الإدارية. ومن المسلم به ــ وفقًا للنظرة الفرنسية ــ أن القضاء الإداري غير ملزم باحترام القواعد الواردة في القانون المدني إلا بالقدر الذي تعتبر فيه تلك القواعد

١٩٩٨م وتعديلاته، وأرى أنه من المستحسن جمع شتات هذه القوانين في قانون واحد يضبط ويحدد أحكام هذا العقد وفقًا لما نص عليه الدستور وما تقتضيه المصلحة العامة ومتغيرات العصر.

أما في المملكة العربية السعودية فقد واكب ظهور عقود الامتياز بداية الإعلان عن توحيد المملكة واكتشاف البترول كأحد المصادر الاقتصادية البديلة لدعم عملية التنمية، ففي عام ١٣٤٢هـ تم منح أحد ممثلي النقابة الشرقية العامة امتياز التنقيب عن النفط في مناطق شرق المملكة العربية السعودية، ونظرًا لعجز هذه الشركة عن تنفيذ مهمتها واستمرارها، وعلى أثر إصرار الملك عبدالعزيز حينذاك عن رفض التنازل عن بيع أية قطعة أرض من أجزاء المملكة، عارضًا إمكانية الحصول على تأجير أو امتياز هذه الأراضي لمدة محدودة، فقد وقع اختياره على شركة أمريكية صغيرة وهي (الغولف أويل كومباني)، إلا أن هذه الأخيرة فشلت في استثمار حقول نفط الإحساء ولم تستطع تغطية مصاريفها، فتنازلت عن امتيازاتها بموافقة الحكومة السعودية لشركة (بحرين أويل أوف كاليفورنيا) والتي تعد فرعًا من شركة (ستاندرد أويل أوف كاليفورنيا)، والتي تم التعاقد معها بعد ذلك[1]،

=

مجرد تطبيق للمبادئ العامة التي لا تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها القانون الإداري. وهذه الاعتبارات أكبر دليل على عدم انسجام هذه المواد في المجموعة المدنية في الوقت الحاضر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٢١-١٢٢.

(١) صدر المرسوم الملكي رقم ١٣٣٥ في السابع من يوليو لسنة ١٩٣٣م، بإبرام اتفاقية امتياز التنقيب عن النفط واستخراجه ونقله، بين الحكومة السعودية وشركة ستاندارد أويل أوف كليفورنيا (Standard Oil of California) سوكال انذاك (Socal)، ومن أبرز ما تضمنته هذه

ونظرًا لما رسبه هذا العقد من آثار فقد نص النظام الأساسي للحكم الصادر بموجب الأمر الملكي رقم أ/٩٠ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ، في مادته الرابعة عشرة على أن "جميع الثروات التي أودعها الله في باطن الأرض، أو في ظاهرها، أو في المياه الإقليمية أو في النطاق البري والبحري الذي يمتد إليه اختصاص الدولة، وجميع موارد تلك الثروات، ملك للدولة، وفقا لما يبينه النظام، ويبين النظام وسائل استغلال هذه الثروات، وحمايتها، وتنميتها لما فيه مصلحة الدولة وأمنها واقتصادها" ونصت المادة الخامسة عشرة على "لا يجوز منح امتياز أو استثمار مورد من موارد البلاد العامة إلا بموجب نظام".

ويستنتج من هذا النص أن القاعدة العامة في منح امتياز المرافق العامة؛ ضرورة صدور نظام خاص لمنح الالتزام، وإلا وجبت مراعاة ما نص عليه نظام المنافسات والمشتريات السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم

=

الاتفاقية من شروط هو البند التاسع الذي يقضي بأن تعيد الشركة إلى الحكومة السعودية خلال ٩٠ يومًا بعد الحفر، ذلك الجزء من المنطقة التي ترى الشركة أنها لن تستخدمه في المستقبل، كذلك ينص البند الثالث والعشرين على "الاستخدام الأوسع قدر الإمكان للمواطنين السعوديين في منشآت الشركة"، وتلتزم الشركة بموجب البند السادس والثلاثين "بعدم التدخل في الشؤون الإدارية والسياسية والدينية للسعودية"، وعلى أثر العديد من المفاوضات بين الشركة والحكومة السعودية أعلنت الأخيرة في بداية شهر سبتمبر ١٩٧٩م عن تملكها الكامل لشركة أرامكو، وإن كان البعض يرى أن الاتفاق الحقيقي لم يتم إلا في عام ١٩٨٠م إذ أصبحت كافة موجودات الشركة تحت سيطرة الحكومة السعودية، وبأثر رجعي يعود إلى يناير عام ١٩٧٦م كما تغير اسم الشركة إلى شركة الزيت العربية السعودية –أرامكو السعودية. للمزيد د. خالد عبدالله الياقوت، النظام القانوني لعقود التنقيب عن النفط بالمملكة العربية السعودية، بحث منشور بمجلة الحقوق جامعة الكويت، عدد ٢ لسنة ٢٠١٥م، ص١٦٩ وما بعدها، د. محمد سلمي عدنان، السيطرة السعودية الكاملة على شركة أرامكو، مجلة الخليج العربي(العراق) عدد ١–٢ لسنة ٢٠٠٩م، ص٦٢ وما بعدها.

م/٥٨ بتاريخ ١٤٢٧/٩/٤هـ، والذي نص في مادته السادسة على أن "تطرح جميع الأعمال والمشتريات الحكومية في منافسة عامة عدا ما يستثنى من المنافسة بموجب أحكام هذا النظام"، كذلك ما ورد في نظام الاستثمار الأجنبي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ وتاريخ ١/٥/ ١٤٢١هـ[١]، فضلًا عن الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية والتي تمثل الأساس الدستوري لجميع أنظمة الحكم في المملكة العربية السعودية، وهو ما أكدته المادة السابعة من النظام الأساسي للحكم[٢].

ويستبين مما سبق أن المنظم السعودي لم يضع تشريعًا للقواعد المنظمة لهذا العقد، بل إنه غالبًا ما كان يستخدم لفظ الترخيص بدلًا من الامتياز[٣] على الرغم من الاختلاف الواضح بينهما[٤]، ولكن هناك أنظمة

---

(١) نصت المادة الثانية من هذا النظام على "مع عدم الإخلال بما تقضي به الأنظمة والاتفاقيات، يصدر لاستثمار رأس المال الأجنبي في أي نشاط استثماري في المملكة بصفة دائمة أو مؤقتة ترخيص من الهيئة، ويجب على الهيئة أن تبت في طلب الاستثمار خلال ثلاثين يومًا من تاريخ استيفاء المستندات المطلوبة في اللائحة، وإذا مضت المدة المحددة دون أن تبت الهيئة في الطلب وجب عليها إصدار الترخيص المطلوب للمستثمر، وإذا رفضت الهيئة الطلب خلال المدة المذكورة فيجب أن يكون هذا القرار مسببًا، ولمن صدر في حقه قرار الرفض التظلم منه وفقًا لما تقضي به الأنظمة".

(٢) نصت المادة السابعة من النظام على "يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله. وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة.".

(٣) مثال على ذلك: نظام توزيع الغاز الجاف وغاز البترول السائل للأغراض السكنية والتجارية، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢٦ وتاريخ ١٤٣٨/١٢/١هـ. أيضًا نظام الكهرباء الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٥٦ بتاريخ ١٤٢٦/١٠/٢٠هـ. ونظام الاستثمار الأجنبي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/١ بتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ.

(٤) فقد ذهب قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٠/١/١٧م، (س١٥، ص١٤٠) للتميز بين عقد الامتياز وبين الترخيص باستغلال مرفق عام، فقالت بأن التراخيص لا

تضمنت النص مباشرة على جواز اللجوء إلى عقود الامتياز، مثال على ذلك نظام النقل بالخطوط الحديدية المشار إليه آنفًا (مرسوم ملكي رقم م/٣٣ بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ)، إذ عرف هذا النظام عقد الامتياز في مادته الأولى أنه عبارة عن "عقد تبرمه الحكومة مع صاحب الامتياز، لإنشاء الخطوط الحديدية، وتقديم خدمات الخطوط الحديدية"، كذلك فقد ورد النص على نظام (B.O.T) صراحةً وإمكانية الاستفادة منه في قرار المجلس الاقتصادي الأعلى المتضمن تحديد قائمة المرافق وأنواع النشاط والخدمات المستهدفة بالتخصيص وقد أشرت إلى ذلك آنفًا، وتطبيقا لهذه الأنظمة فقد أخذت المملكة بالفعل بهذا النموذج من العقود في العديد من مشروعاتها العملاقة التي واكبت توسع واجباتها بما يتوافق مع متطلبات التنمية[١].

=

يمكن أن يطبق عليه قواعد عقود امتياز المرافق العامة الواردة في القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م "لأنها مؤقتة بطبيعتها وتمنح لآجال قصيرة وغير قابلة للتجديد ويحق لجهة الإدارة مانحة الترخيص إلغاؤه في أي وقت " نقلًا عن د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص١١٩_١٢٠.

(١) بسام بن عبدالله البسام، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية في المملكة العربية السعودية، رسالة ماجستير، جامعة الملك عبدالعزيز كلية الاقتصاد والإدارة، ٢٠١٠، ص٨.

المطلب الرابع

الإطار القانوني والشرعي المنظم لعقد الـ B.O.T في مجال الأوقاف

يثور التساؤل حول الإطار القانوني أو الشرعي المنظم لهذه العقود في حالة الاستعانة بها كآلية للاستثمار في الأوقاف الإسلامية؟

في ظل انعدام الإطار القانوني العام المنظم لهذا النوع من العقود سواء تعلق الأمر بالاستثمارات العامة أو الاستثمارات الخاصة بأموال الأوقاف سواء في مصر أو في المملكة العربية السعودية، والاعتماد على المعالجات الجزئية لتنظيم الاستفادة من هذا العقد في مجالات معينة على النحو المشار إليه آنفًا، يمكن الإجابة عن هذا التساؤل من خلال البحث فيما تضمنته الشريعة الإسلامية الغراء والقوانين الوضعية من أحكام متعلقة بشؤون الوقف وضوابط استثماره كذلك ما استقر عليه الفقه والقضاء فيما يتعلق بأنشطة القائم على الوقف، فبنظرة عامة على مسار التطور التاريخي للتنظيم الفقهي والتشريعي للأحكام الخاصة بالوقف، يتضح أنه مر بعدة مراحل بعد وفاة النبي ﷺ[(١)]، بدأت المرحلة الأولى بالتأسيس المذهبي لفقه الوقف والتي واكبت عملية البناء الفقهي للمذاهب الكبرى -السنية والشيعية- واتساع رقعة الدولة الإسلامية مما فرض على علماء ذلك العصر الاجتهاد في تكييف ما يعرض عليهم من متغيرات وتحديات وتقعيد القواعد الأساسية لفقه الوقف، ثم شهدت المرحلة التالية لهذه المرحلة -بداية من

(١) د. إبراهيم البيومي غانم، التكوين التاريخي لوظيفة الوقف في المجتمع العربي، المستقبل العربي- لبنان، ع٢٧٤، ديسمبر ٢٠٠١م، ص٩٥ وما بعدها.

القرن الرابع الهجري وحتى القرن الثالث عشر- نموًا وتطورًا مطردًا في التكوين المعرفي والفقهي لنظام الوقف، فزاد اهتمام الفقهاء بالفروع والتفاصيل المتعلقة بأحكام الوقف إذ لا يكاد يخلو كتاب من كتبهم من باب مستقل أو فصل لبيان أحكام الوقف وقواعده، مما لا يتسع مجال هذا البحث لذكره، ثم تلا هذه المرحلة تحول نوعي في السيرورة التاريخية لفقه الوقف، فظهرت التقنينات الخاصة بأحكام الوقف الشرعية ونظمه الإدارية مرتبطة بالسياق العام للتقنينات المدنية الحديثة وما رافق ظهور الدولة القطرية العربية من نظم قانونية كانت بداياته عام ١٨٩٩م، فخرج فكر الوقف من دائرة الفقهاء إلى دائرة أوسع شملت رجال السياسة والثقافة والقانون والفن، وزاد الجدل حول فقه الوقف وتفاصيله ومدى حاجة الأمة إلى وضع تشريع لتنظيمه، مما أسفر عام ١٩٤٦م عن ظهور أول قانون خاص بأحكام الوقف في الوطن العربي وهو القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م، ثم انتقلت ظاهرة التقنين بعد ذلك إلى العديد من البلدان العربية الأخرى[١].

(١) فقد صدر قانون الوقف بالأردن عام ١٩٤٦م، ثم تطور التشريع فيها بصدور القانون ٢٦ لسنة ١٩٦٦م، إلى أن انتهى بالقانون ٣٦ لسنة ١٩٧٣م، وتلاه قانون الوقف في لبنان عام ١٩٤٧م، وقانون الوقف في سوريا عام ١٩٤٩م، والأمر السامي المنظم للوقف بالكويت عام ١٩٥١م، وفي دولة البحرين صدر مرسوم أميري بتنظيم مجلس الأوقاف السنية والجعفرية وإرادتهما عام ١٩٨٥م، وصدر قانون الأوقاف بالجمهورية اليمنية عام ١٩٩٢م، ودولة الكويت عام ١٩٩٣م، ودولة قطر عام ١٩٩٦م، ودولة الإمارات العربية المتحدة عام ١٩٩٩م، وسلطنة عمان عام ٢٠٠٠م.

وفي العراق تم تنظيم الأوقاف الجعفرية مع الأوقاف السنية، بقانون نظارة ديوان الأوقاف رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٠م، وهو مؤسسة وطنية تضطلع بعموم الأوقاف، أما شكل إدارة الأوقاف، فإنه يخضع

ولقد أدخل القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م العديد من التعديلات الجوهرية على النظام السائد آنذاك، حيث أجاز الرجوع في الوقف وحدد الوقف الأهلي بطبقتين أو لمدة ستين سنة ينتهي بعدهما تلقائيًا، والذي أُلغي بعد قيام ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢م، فصدر القانون ٢٤٨ لسنة ١٩٥٣م، ملغيًا الوقف الأهلي، وفي السياق ذاته صدر بعد ذلك القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧[(١)]، ثم تلا ذلك صدور القانون رقم ١٢٢ لسنة ١٩٥٨م والذي منح وزارة الأوقاف حق إدارة أعيان الأوقاف الأهلية، وقد استثنى القانون رقم القانون رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٦٠م أوقاف الأقباط من أيلولة النظر فيها إلى وزارة الأوقاف وجعل إدارتها لأوقاف الأقباط الأرثوذكس، واستكمالًا لحلقات تصفية الأوقاف صدر القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢م، ليكمل مهمة القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧م، بتسليم الأعيان التي تديرها وزارة الأوقاف إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي والمجالس المحلية.

وتخفيفًا من شدة أثر هذه القوانين على واقع الأوقاف وما آل إليه

=

للقانون المعمول به حاليًا في العراق، وهو القانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٠م. للمزيد د. إبراهيم البيومي غانم، المصدر نفسه، ص وما بعدها.

(١) وقد نص هذا القانون على أن جميع الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العامة تستبدل بسندات على الحكومة، وأن تتسلم الهيئة العامة للإصلاح الزراعي هذه الأرض لتوزيعها على صغار الفلاحين، وتؤدى تلك الهيئة لمن له حق النظر على الوقف –وهو وزارة الأوقاف غالبًا– سندات تساوى قيمة الأرض الزراعية وما عليها من منشآت ثابتة أو منقولة وأشجار، وذلك بفائدة مقدارها ٣%سنويا من قيمة السند وتستهلك تلك السندات بمضي ثلاثين سنة.

نظام الوقف من تدهور، وغل يد العمل الأهلي، وتقاعس الراغبين في الوقف عن المضي فيه، وتحولهم من الرغبة فيه إلى الرغبة عنه(١)، صدر القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١م والذي أنشأ هيئة الوقف، وجعل لها استثمار أعيان الأوقاف وإدارتها، فيما عدا: الأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر العام والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٧م المشار إليه، والأراضي الزراعية الموقوفة على جهات البر الخاص والتي آلت إلى الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٦٢م المشار إليه، والأوقاف الخيرية التي يشترط فيها الواقف النظر إلى نفسه ولأبنائه من طبقة واحدة، والأوقاف التي تشرف عليها هيئة أوقاف الأقباط الأرثوذكس، ولعل من مميزات هذا القانون تجميع ما بقى من أعيان الأوقاف التي تناثرت أشلاء من قبل، وصار أمرها إلى جهة تنظر في أدائها واستثمارها باعتبارها أموالا موقوفة، إلا أن تلك الأعيان –من جهة أخرى– بقيت مستولى عليها من جانب الحكومة، التي أسقطت شروط الواقفين، وأهدرت أمرها من حيث تحديد المصارف وتعيين جهات البر، ومن حيث اختيار النظار وتحديد شروط توليهم نظارة الوقف ووفقًا لشروط الواقفين(٢).

---

(١) د. عبدالله النجار، ولاية الدولة على الوقف: المشكلات والحلول، منشورات مجلة القضاء المدني –سلسلة دراسات وأبحاث– المغرب، ع١ لسنة٢٠١٢م، ص١٣٣.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٢٠٠٥/١/٩م، في القضية رقم ١٠٤ لسنة ٢٣ ق، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا، مجلد١، ج١١، ص١٢٥٣.

وعلى الرغم من وضوح ولاية الدولة على الأوقاف من خلال هذا التسلسل التشريعي، إلا أن المحكمة الدستورية العليا قررت في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١/٩م، على أن "... أموال الأوقاف تعتبر بصريح نص المادة (٥) من القانون رقم ٨٠ لسنة ١٩٧١م أموالًا خاصة مملوكة للوقف باعتباره عملًا بنص المادة (٣/٥٢) من القانون المدني شخصًا اعتباريًا، وهو يدخل بحسب طبيعته في عداد أشخاص القانون الخاص، ولو كان من يباشر النظر عليه شخص من أشخاص القانون العام، إذ يظل النظر في جميع الأحوال على وصفه القانوني مجرد نيابة عن شخص من أشخاص القانون الخاص، وفى هذا نصت المادة (٥٠) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦م بأحكام الوقف على أن" يعتبر الناظر أمينًا على مال الوقف ووكيلًا عن المستحقين ..."، ومن ثم فإن قيام وزير الأوقاف بصفته ناظرًا على الأوقاف الخيرية وهيئة الأوقاف كنائبة عنه على شؤون أموال الأوقاف، إنما يكون كأي ناظر من أشخاص القانون الخاص، وعلى ذلك فإن تخويل النص الطعن بوزارة الأوقاف بصفتها ناظرًا على الأوقاف صلاحية توقيع الحجز الإداري عند عدم الوفاء بالإيجارات المستحقة للأوقاف، مؤداه إلحاق نشاط هذه الأوقاف في هذا النطاق بالأعمال التي تقوم عليها المرافق العامة، واعتبارها من جنسها، وإخضاع تحصيلها دون مقتض لتلك القواعد الاستثنائية التي تضمنها قانون الحجز الإداري، بما يخالف نص المادة (٦٥) من الدستور، ذلك أن مبدأ الخضوع للقانون

المقرر بها، يفترض تقيد أشخاص القانون الخاص في مجال نشاطها واقتضاء حقوقها بقواعد ووسائل هذا القانون دون غيرها ..."[١].

ويستنتج من ذلك أنه وعلى الرغم من أن أموال الوقف تعد وفقًا لمفهوم المال العام في الإسلام أموالًا عامة[٢]، إلا أن المحكمة الدستورية العليا

---

(١) ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية استقر قضائها فيما يتعلق بالعقارات ذات الغرض الديني على أن "شرط اعتبار الأماكن المخصصة للعبادة والبر والإحسان من الأملاك العامة طبقا لنص الفقرة السابعة من المادة التاسعة من القانون المدني القديم-هو أن تكون في رعاية الحكومة تدير شئونها وتقوم بالصرف عليها من أموال الدولة. فإذا كان الثابت أن وزارة الأوقاف لم تتول إدارة تلك الأعيان المتنازع عليها بصفتها الحكومية وإنما بوصفها ناظرة عليها شأنها في ذلك شأن أي فرد من الأفراد يعهد إليه بإدارة شئون الوقف فإنه ليس من شأن هذا النظر أن يخلع على هذا المال صفة المال العام. (الطعن رقم ٥٥ لسنة ٢٤ جلسة ١٥/٠٥/١٩٥٨ س٩ ع١ ص٤٥٣ ق٥٢) - (الطعن رقم ٦٩٠٨ لسنة ٦٦ جلسة ٣٠/١١/١٩٩٧ س٤٨ ع٢ ص١٣٧٤ ق٢٥٥)- (الطعن رقم ٥٧٣ لسنة ٧٥ جلسة ٢٠١٤/٠٩/٠٩م)"، وفيما يتعلق بصندوق النذور: فقد انتهت اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة بجلستها المنعقدة في ١٩٧٣/١/١م، إلى اعتبار أموال صندوق النذور العام أموالًا عامة تخضع في صرفها للقواعد المالية التي تطبق في شأن المال العام، تأسيسًا على أن المال المتبرع به، بعد أن تتم إجراءات التبرع، يخرج عن ملكية المتبرع، ويدخل في ملكية المتبرع إليه المساجد، أو وزارة الأوقاف باعتبارها المشرفة عليها، وفي كلتا الحالتين فإن المال يدخل في ملكية الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية الإدارية) وزارة الأوقاف (كما أن هذه الأموال خصصت للمنفعة العامة، وهي رعاية الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية وصيانتها وتأثيثها، وتشجيع نشر الدعوة الإسلامية، ومن ثم فقد توافرت في أموال صندوق النذور العام شرط المال العام" نقلًا عن د. أحمد محمود جمعة، النظام القانوني للأملاك العامة والخاصة المملوكة للدولة وللأشخاص الاعتبارية ولهيئات الموانئ المصرية، منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٥م، ص١٢-١٣، أشار إليه د. عصام خلف العنزي، ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف، مجلة الحقوق- الكويت، ع٣ لسنة ٢٠١٤م، ص٢٢٦.

(٢) د. حسين شحاته، حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية، دراسات اقتصادية-مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية -الجزائر، ع٣، لسنة ٢٠٠٤م، ص١٠.

قضت بأن قيام هيئة الأوقاف بإدارتها لا يخلع عليها، صفة المال العام[١]،

(١) ومن الجدير بالذكر أن تشريعات الوقف في معظم دول شبه الجزيرة العربية تخلو من نصوص جنائية تجرم الأفعال الضارة بالأموال الموقوفة، مع شدة حاجة الوقف لهذه النصوص، لأن الوقف غير مملوك لشخص طبيعي، ومع قصور قواعد المسؤولية المدنية والجنائية للنظار.

ولعل هذا ما دفع المشرع الكويتي تقرير إضفاء بعد واسع على لمال العام بقصد بسط الحماية على كثير من الأموال التي تديرها الدولة، في الوقت الذي تعتبر فيه هذه الأموال أموالًا خاصة ومنها الوقف وأموال القصر، مقررًا المساواة في الحماية الجنائية بين الأموال العامة وأموال الوقف، وذلك بمقتضى القانون رقم١ لسنة ١٩٩٣م، حيث توسع في مفهوم المال العام، فلم يقصره على الأموال المملوكة للدولة، أو مؤسساتها أو هيئاتها، وإنما شمل الأموال التي تكون خاضعة لإرادتها. د. عبدالله النجار، ولاية الدولة على الوقف، مرجع سابق، ص١٢٦ وما بعدها.

د. فيصل عبدالله الكندري، مظاهر الحماية الجنائية للأموال العامة، دارسة تحليلية ونقدية للقانون رقم (١) لسنة ١٩٩٣م، بشأن حماية الأموال العامة، مجلة الحقوق –الكويت، يونيو عام ١٩٩٤م، ص٢٢٨، د. عصام خلف العنزي، ولاية الدولة في الرقابة على الأوقاف، مرجع سابق، ص٢٣٢.

كذلك اعتبر المشرع السوداني أموال الأوقاف بكل أنواعها سواء أكانت وقفًا خيريًا أو أهليًا أو مشتركًا، أموالًا عامة وذلك بموجب نص المادة (١٩) من قانون ديوان الأوقاف القومية الإسلامية لسنة ٢٠٠٨م: (تعتبر أموال الأوقاف أموالا عامة ويجب المحافظة على أصلها) وقرر الحماية الجنائية لها بموجب نص المادة (٩/ذ) من قانون ديوان الأوقاف على أن (تعتبر الأموال الموقوفة أموالًا عامة لأغراض المعاقبة على التعدي عليها أو إهمالها بموجب أحكام القانون الجنائي). د. أسامة محمد خليل، مناط المصلحة في إدارة أموال الوقف ضرورة لدفع الفساد، ملجة العدل، السودان، ع٣٦ لسنة ٢٠١٢م، ص١١١.

وفي مصر اتجه قانون العقوبات إلى حماية الوقف من التعدي الذي يقع عليه من الغير، بموجب نص المادة ١١٥ مكرر، والمادة ٣٢٧ مكرر، كذلك ما تضمنه قانون الوقف(مادة ٥٠) والذي اعتبر الناظر وكيلا عن المستحقين وأتاح لولاية الدولة أن تتطاول إليه بالعقاب الجنائي، إلا أن هذا العقاب هزيل لا يتلاءم مع حجم المفاسد التي يمكن أن تترتب على انحراف الناظر في إدارة الوقف أو إهماله في استثماره، حيث لا تزيد العقوبة عن الغرامة التي لا تتجاوز خمسين جنيها إذا امتنع عن

ولا يجعل من قراراتها قرارات إدارية، ومن ثم لا تعتبر المنازعات التي تثور بشأنها منازعات إدارية يخضع الفصل فيها لمجلس الدولة، ومن ثم فإن عقود (البوت) المتعلقة باستثمار أموال الوقف هي في الحقيقة عقود مدنية تسري بشأنها القاعدة العامة في أن العقد شريعة المتعاقدين، وتكون جميع شروطها رضائية يتفق عليها اطراف العقد على قدم المساواة.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤٧/١/٢٣هـ، فقررت بأن: "النزاع في لزوم إجارة الوقف بدعوى الغبن فيه هو بطبيعته نزاع مدني صرف يخضع لحكم القانون المدني، والإيجار لا يفسده الغبن في هذا القانون، ذلك أنه كلما كان مدار البحث في صدد الوقف هو القانون الواجب التطبيق فالتفرقة واجبة بين الوقف من حيث ذاته وبين نشاطه في ميدان التعامل.

فأما المرجع في معرفة ذات الوقف وتقصى مقوماتها فهو الشريعة الإسلامية، وأما متى وجد الوقف وبدا منه نشاط في ميدان التعامل فباع أو إبتاع وأجر أو استأجر فشأنه في هذا كله شأن أشخاص القانون كافة، حقيقيين كانوا أو اعتباريين، من حيث خضوعهم جميعًا لأحكام القانون المدني دون الشريعة الإسلامية، إذ هذه الشريعة كانت في مصر، الشريعة

=

تقديم مستندات تكلفه المحكمة بتقديمها أثناء نظر تصرف أو دعوى تقديم حساب عن الوقف المشمول بنظره، وإذا تكرر الامتناع تزيد الغرامة إلى مبلغ مائة جنيه، ويعفى من تلك الغرامة إذا نفذ ما أمر به أو أبدى عذرًا مقبولًا عن التأخير، ويبدو جليًا أن هذا العقاب هزيل لا يكفل ردعا، ولا يكفي لتحقيق الحماية الجنائية المطلوبة للوقف، والتي تعد أهم مظاهر ولاية الدولة عليه. د. عبدالله النجار، ولاية الدولة على الوقف، مرجع سابق، ص١٢٧ وما بعدها.

العامة التي تحكم المعاملات وغيرها ثم استبدل بها القانون المدني بالنسبة إلى المعاملات فأصبح هذا القانون وحده دونها هو الواجب التطبيق على كل ما هو داخل في دائرة التعامل بقطع النظر عن طبيعة الأشخاص المتعاملين"[١].

ومن نافلة القول أنه قد صدر حديثًا قرار لوزير الأوقاف متضمنًا لبعض الضوابط المرتبطة باستثمار أموال الأوقاف وتحصينها والمحافظة عليها[٢]، **وذلك على النحو الآتي:**

أولًا: قصر التصرف في مال الوقف على ما تقتضيه الضرورة التي يقرها مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية وتعتمدها السلطة المختصة بناء على عرض مفصَّل متضمنًا مبررات ضرورة التصرف، ووصف دقيق للعين المراد التصرف فيها، وتحديد عادل لقيمتها يتم بمعرفة الجهات المختصة، ولا يكون التصرف في أعيان الوقف إلا بطريق المزاد العلني طبقًا للقانون وبعد موافقة ناظر الوقف.

ثانيًا: وجوب الالتزام بالتنفيذ الحرفي لقرار لجنة استرداد أراضي الأوقاف وتعظيم استثماراتها المشكلة، بوقف جميع إجراءات عمليات الاستبدال التي لم يتم التعاقد والمصادقة عليها بصفة نهائية من مجلس

---

(١) محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ١٠٦ لسنة ١٥ جلسة ٢٣/٠١/١٩٤٧ س ع ع٥ ص٣٠٥ ق١٤١).

(٢) القرار الوزاري رقم (٢٧٤) لسنة ٢٠١٦م بشأن حماية مال الوقف وتحصينه والصادر بتاريخ ١١/١٧ /٢٠١٦م، الوقائع المصرية العدد، ٢٦١ تابع في ٢٠ نوفمبر ٢٠١٦م.

الإدارة بآخر جلسة انعقدت له قبل صدور هذا القرار مهما كان حجمها صغيرًا أو كبيرًا ومهما كانت الإجراءات التي تمت بشأنها.

ثالثًا: استبدال أراضي الوقف لإقامة مشروعات ذات نفع عام كبناء المدارس، أو إقامة المستشفيات، ومحطات الصرف الصحي ونحو ذلك، يتم بتقدم الوزارة أو المحافظة أو الجهة المعنية بطلب إلى رئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف المصرية يوضح فيه المساحة المراد استبدالها وموقعها واسم الوقف التابعة له وطريقة سداد قيمة مال البدل التي يتم تحديدها بمعرفة الجهات المختصة، سواء بسداد القيمة نقدًا أم عن طريق المبادلة العادلة أرضًا بأرض أو عقارًا بعقار أو بأرض، بشرط مماثلة القيمة وذلك مع مراعاة القاعدة التي تقتضي بالإسهام بنسبة ٢٥% من قيمة الصفقة الفعلية لصالح النفع العام، مع احتفاظ هيئة الأوقاف باستيدال كامل حقوقها حال تحويل الخدمي المخصص للمنفعة العامة أو أي جزء منه إلى استثماري أيًا كان الغرض من هذا الاستثمار حفاظًا على مال الوقف، ولا يصبح الاستبدال نافذًا إلا بموافقة مجلس إدارة هيئة الأوقاف واعتماد السلطة المختصة .

أما في المملكة العربية السعودية، فقد لقيت الأوقاف عناية خاصة في المحافظة عليها وإدارة شؤونها منذ عهد الملك عبدالعزيز ﷺ وحتى وقتنا الحاضر[١]، فبدأت تبرز مظاهر ولاية الدولة على الأوقاف مع صدور

(١) د. عبدالعزيز بن فوزان بن صالح الفوزان، مسؤولية الدولة في حماية الأوقاف، مجلة العدل، ع٥٨ ربيع الآخر ١٤٣٤هـ، ص١٢٣.

التعليمات الأساسية في عام ١٣٤٥هـ، والتي عنيت بتنظيم شؤون الأوقاف، تلاها إنشاء الملك عبدالعزيز ﷺ إدارة للأوقاف الداخلية بمكة المكرمة سنة ١٣٤٣هـ، ثم إقامة إدارة مماثلة في المدينة النبوية، ثم صدر مرسوم ملكي في ١٣٥٤/١٢/٢٧هـ يقضي بربط إدارات الأوقاف وفروعها بمدير عام مقره في مكة المكرمة، وفي إطار التطور الإداري المتسارع الذي شهدته المملكة تحولت هذه الإدارة إلى وزارة تحمل اسم (وزارة الحج والأوقاف)، ثم في عام ١٤١٤هـ صدر مرسوم ملكي بإنشاء وزارة جديدة تدخل تحت نطاقها إدارة الأوقاف، وهي وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، وأوكلت جهة الإشراف على الأوقاف لوكالة الوزارة لشؤون الوقف، ثم صدر مرسوم ملكي رقم م/٣٥ بتاريخ ١٣٨٦/٧/١٨هـ بالموافقة على نظام مجلس الأوقاف الأعلى- أُلغي بموجب نص المادة الخامسة والعشرون بند (١) من مرسوم ملكي رقم (م/١١) وتاريخ ١٤٣٧/٢/٢٦هـ بالموافقة على نظام الهيئة العامة للأوقاف، والتي تتولى الآن العديد من المهام المتعلقة بشؤون الوقف.

وقد نص النظام على أن الهيئة العامة للأوقاف هيئة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة، تتمتع بالاستقلال المالي والإداري، وترتبط برئيس مجلس الوزراء، وتباشر المهمات والاختصاصات المنوطة بها بمقتضى هذا النظام، ويكون مقرها الرئيس في مدينة الرياض، ولها إنشاء فروع داخل المملكة بحسب الحاجة، وتهدف الهيئة إلى تنظيم الأوقاف، والمحافظة عليها وتطويرها، وتنميتها؛ بما يحقق شروط واقفيها، ويعزز دورها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية والتكافل الاجتماعي، وفقًا لمقاصد الشريعة

الإسلامية والأنظمة. **وتقوم الهيئة بعدد من المهام منها:**

مهام إشرافيه رقابية: وتتمثل في الإشراف على جميع الأوقاف العامة، والخاصة (الأهلية)، والمشتركة، واتخاذ الإجراءات النظامية لتحقيق أهداف الوقف[١]، وتقديم الدعم الفني والمعلوماتي للنظار -أيضًا- تقديم المشورة المالية والإدارية بما لا يخالف شرط الواقف.

كذلك الإشراف والرقابة على أعمال النظار الذين يعينهم الواقفون في حدود ما تقضي به الأنظمة، دون الدخول في أعمال النظارة[٢]، وذلك عن طريق الاطلاع على التقارير المحاسبية السنوية التي تعد عن الأوقاف، وتكليف ممثل عنها لحضور اجتماعات الجمعية العمومية، أو اجتماعات مجالس إدارات الأوقاف التي ليس لها جمعيات عمومية؛ عند بحث التقرير المالي السنوي للوقف، وللهيئة الحق في طلب تغيير المراجع الخارجي، ولها -أيضًا- الحق في تحريك الدعوى -إذا لزم الأمر- أمام القضاء لعزل الناظر الذي يخفق في تحقيق أهداف الوقف، أو يفقد شرطًا من شروط النظارة.

أما عن أعمال النظارة فقد نص المرسوم الملكي المشار إليه آنفًا على تقسيم الأوقاف إلى ثلاثة أقسام: قسم خاص؛ وهو المشروط على معين من الذرية وأقارب بالذات أو بالوصف، وقسم عام؛ وهو الوقف المشروط على أوجه برّ عامة معينة بالذات أو بالوصف، وقسم مشترك بينهما؛ وهو الذي يشترك في شرطه أكثر من نوع من أنواع الوقف، وقد نص النظام على أن

---

(١) المادة الرابعة من نظام الهيئة العامة للأوقاف.

(٢) الفقرة (٥) من المادة الخامسة من نظام الهيئة العامة للأوقاف.

تتولى الهيئة، النظارة على الأوقاف العامة والخاصة (الأهلية) والمشتركة؛ إلا إذا اشترط الواقف أن يتولى نظارة الوقف شخص أو جهة غير الهيئة، – أيضًا– النظارة على أوقاف مواقيت الحج والعمرة، وإدارة الأوقاف التي يكون لها ناظر غير الهيئة، وذلك بناءً على طلب الواقف أو الناظر، كذلك تملك الهيئة صلاحيات الموافقة على طلبات إنشاء الأوقاف العامة والمشتركة التي تمول عن طريق جمع التبرعات، أو الهبات، أو المساهمات، وإصدار الأذونات اللازمة لها.

وفيما يتعلق بتنمية الأموال الوقفية واستثمارها فقد نص المرسوم على أن يكون للهيئة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتطوير العمل الوقفي من خلال الآتي[1]:

أ– الدعوة إلى الوقف وتسهيل إجراءاتها، وتقديم المعلومات والمشورة والمساندة الممكنة للواقفين، والنظار، وكل من يرغب في الوقف.

ب– تطوير الصيغ الوقفية القائمة، والسعي إلى إيجاد صيغ وقفية جديدة، والتنسيق في ذلك مع الجهات ذات العلاقة.

ج– الإسهام في إقامة المشروعات الوقفية، والنشاطات العلمية والبحثية؛ بما يعزز تنمية المجتمع، ويحقق شروط الواقفين، ومقاصد الوقف، وذلك بالتنسيق مع الجهات الحكومية وغير الحكومية.

د– نشر الوعي في المجتمع بأهمية الوقف، ودوره الاجتماعي

(١) الفقرة (١٠) من المادة الخامسة من نظام الهيئة العامة للأوقاف.

والاقتصادي، وعقد الندوات والمؤتمرات وغيرها من النشاطات التثقيفية، وإجراء الدراسات والبحوث.

وقد نص النظام على أن للهيئة اتخاذ الإجراءات اللازمة للاستفادة من الأموال الموقوفة (الثابتة، والمنقولة) خارج المملكة على أوجه برّ عامة داخل المملكة -بالتنسيق مع وزارة الخارجية- وإنفاق إيراداتها على مصارفها، ولاشك أن إنشاء هذه الهيئة والسعي عن طريقها إلى التماس كافة وجوه الاجتهاد والتطوير التي تزيد من قدرة الأوقاف على القيام بالدور المنتظر منها، يضفي تميزًا فريدًا للتجربة السعودية يمكن للدول الأخرى الاستفادة منه في إدارة الأموال الوقفية واستثمارها عن طريق الاستعانة بأفضل الأساليب والنظم الحديثة.

وفيما يتعلق بتحديد طبيعة عقود (البوت) المتعلقة باستثمار أموال الوقف وبيان الجهة القضائية المختصة بنظر منازعاتها، فإن الثابت أن هذه العقود لو أبرمت مع شخص من أشخاص القانون الخاص ولم تتصل بمرفق عام فإنها لا تعد عقودًا إدارية، ولما كانت جلّ الأوقاف في المملكة تخضع لإدارة الهيئة العامة للوقف وهي هيئة مستقلة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة، إلا إن المنظم السعودي اتخذ موقفًا مغايرًا لاتجاه المحكمة الدستورية العليا والتي اعتبرت بأن قيام هيئة الأوقاف بإدارة أموال الأوقاف لا يخلع عليها، صفة المال العام، ولا يجعل من قراراتها قرارات إدارية، ومن ثم لا تعتبر المنازعات التي تثور بشأنها منازعات إدارية، بما مؤداه أن عقود (البوت) المرتبطة باستثمار أموال الأوقاف لا تعد عقودًا إدارية؛ لأن عمل

وزير الأوقاف بصفته ناظرًا على الأوقاف الخيرية وهيئة الأوقاف كنائبة عنه على شؤون أموال الأوقاف، إنما يكون كأي ناظر من أشخاص القانون الخاص، فقد نصت الفقرة (د) من المادة ١٣ من نظام ديوان المظالم السعودي الصادر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٧٨ وتاريخ ١٤٢٨/٩/١٩هـ، على اختصاص الديوان بالفصل في "الدعاوي المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفًا فيها"، ولما كان من المقرر في القواعد الأصولية في تفسير النصوص أن النص العام يؤخذ على عمومه حتى يرد ما يخصصه وأن النص المطلق يؤخذ على إطلاقه حتى يرد ما يقيده[١]، فإن الديوان يختص بنظر جميع منازعات عقود الإدارة سواء أكانت عقودًا إدارية بالمعنى الفني أم عقودًا مدنية، أي أبرمتها جهة الإدارة بوصفها شخصًا من أشخاص القانون الخاص، وهو ما استقر عليه قضاء ديوان المظالم[٢].

---

(١) حكم المحكمة العليا المصرية الصادر في ١٩٧٦/١١/٢٠م، في طلب التفسير المقيد بجدول المحكمة برقم ٢ لسنة ٧ قضائية المحكمة العليا "تفسير"، مجموعة أحكام المحكمة العليا، ج ١١، ص١٨٠.

٢) حكم ديوان المظالم _ في الدعوى المرفوعة ضد وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد_ رقم ٣٢/د/٣/٢٢ لعام ١٤٣٥هـ، في القضية رقم ١١٩/ه/ق لعام ١٤٣٤هـ، مجموعة الأحكام والمبادئ الإدارية لعام ١٤٣٥هـ، ص٢٩٤٢.