



الدورة التاسعة عشرة
إمارة الشارقة
دولة الإمارات العربية المتحدة

تطبيق نظام البناء والتمليك (B.O.T) في تعمیر الأوقاف والمرافق العامة

إعداد
الشيخ / محمد عبده عمر
عضو المجمع
ممثل الجمهورية اليمنية

فهرس

بحث

تطبيق نظام البناء والتمليك (B.O.T) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة

رقم الصفحة	الموضوع
٠	غلاف البحث
١	فهرس البحث
٣-٢	المقدمة
١٢-٤	المبحث الأول : نظرة الإسلام إلى أهمية الحفاظ على أصول الوقف واستثمارها
١٨-١٣	المبحث الثاني : دور الوقف الإسلامي في بناء الحضارة وتخفيف الأعباء على الموازنة العامة
٢٨-١٩	المبحث الثالث : تعريف عقد البناء والتشغيل والإعادة، وخصائص هذا العقد عما يشبهه من العقود، وبيان حكمه الشرعي
٤٠-٢٩	المبحث الرابع : تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة
٤٢-٤١	توصية
٤٨-٤٣	خلاصة: نقاط البحث الرئيسية
٥٠-٤٩	مشروع قرار
٥٣-٥١	المراجع

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين. والصلاة والسلام على رحمة الله للعالمين. محمد الخاتم لוחي السماء وصفوة الله المختار لختم رسالات الأنبياء والمرسلين. صلوات الله وأنوار رحمته ورضوانه عليه وعليهم أجمعين. أما بعد:

فإن موضوع هذا البحث. خاص بمشروعية استثمار جانب من أهم جوانب الوقف الإسلامي. الذي حدد من قبل الأمانة العامة لمجمع الفقه الإسلامي الدولي. بخطابها رقم: ٢٠٠٨م - أ ف أ / وتاريخ ٢٤/٤/٢٩هـ الموافق ٣٠/٤/٢٠٠٨م بالآتي: ((تطبيق نظام البناء والتمليك: ((B.O.T)) في تعمير الأوقاف والمرافق العامة)) وذلك ضمن المحاور التالية:

- ١ - التعريف بعقد البناء والتشغيل والإعادة.
- ٢ - بيان خصائص عقد البناء والتشغيل والإعادة.
- ٣ - تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة من حيث أنها لا يجوز أن تقع تحت التملك الفردي. وعلى أهمية هذا العقد في استثمار أراضي الأوقاف لاتفاقه مع طبيعتها.
- ٤ - تقييم عقد البناء والتشغيل والإعادة: ((الإيجابيات والسلبيات)).
- ٥ - التخرج الفقهي لعقد البناء والتشغيل والإعادة، وتميزه عما يشبهه من عقود أخرى.
- ٦ - بيان الحكم الشرعي في هذا العقد. إضافة إلى نقاط أخرى يمكن إثراء الموضوع من خلالها.

ومن خلال هذه المحاور. أقتضى تقسيم بحث الموضوع إلى المباحث التالية:

- ١ - المبحث الأول: نظرة الإسلام إلى أهمية الحفاظ على أصول الوقف واستثمارها.
- ٢ - المبحث الثاني: دور الوقف الإسلامي في بناء الحضارة وتخفيف الأعباء على الموازنة العامة.
- ٣ - المبحث الثالث: تعريف عقد البناء والتشغيل والإعادة. وخصائص هذا العقد مما يشبهه من العقود. وبيان حكمه الشرعي.
- ٤ - المبحث الرابع: تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة.
- ٥ - الخلاصة. ٦ - مشروع القرار. ٧ - المراجع.

المبحث الأول

نظرة الإسلام إلى أهمية الحفاظ على أصول الوقف واستثمارها

اتفق فقهاء الإسلام بما لا يعلم خلافه. بأن التصرف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم وفي كل ما يتعلق بمال اليتيم من أحكام شرعت للحفاظ عليه وتميمته وكل فعل تقتضيه مصلحة مال الوقف. ومجموعة النصوص الواردة في الكتاب والسنة. من وجوب الحفاظ على مال اليتيم والوعيد الشديد الذي ورد فيها. هي واردة على مال الوقف. بل ذهب بعض الفقهاء إلى وضع شروط على مال الوقف ما لم يضعوها على مال اليتيم. استنبطوا تلك الشروط. من تعريف الوقف الذي يعرفه الفقهاء بأنه ((تحبيس الأصل وتسييل المنفعة)) إذ المراد بتحبيس الأصل: المنع من التصرف فيه تصرفاً ناقلاً للملكية. وعند الضرورة اشترطوا شروطاً لم يشترطوها في مال اليتيم.^(١) من حيث عدم جواز بيع شيئاً من أصوله أو الاستبدال بعينه أو تغيير شيئاً من ملامحه إلا في حالة الضرورة القصوى وعندما تصبح عين الوقف عديمة الجدوى ولا تحقق المنفعة التي قصدتها الواقف من وقفه. ومن ناحية الذمة المالية للوقف فإن الفقه الإسلامي ساوى بين الجهة المتولية على مال الوقف. بالجهة القائمة على مال اليتيم والقاصر. والأحكام الفقهية بين الجهتين واحدة. عدى ما تمت الإشارة إليه من انفراد الوقف ببعض أحكام فقهاء بين الجهتين واحدة. عدى ما الوقفية تستمد مسئوليتها على الوقف من المسؤولية الواقعة على الأوصياء والتصريف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم. والذي هو فعلاً تحت الوصاية.^(٢) ولا يوجد فاصل بين الأحكام الشرعية الهادفة إلى المحافظة على الأصول الوقفية. وبين الأحكام الفقهية الهادفة إلى تنمية هذه الأصول واستثمارها. إذ علاقة الاستثمار بأصول الوقف وعلاقة هذه الأصول بتنميتها واستثمارها. علاقة عضوية وعلاقة ديمومة دوام واستمرار لتحقيق المصلحة التي من أجلها كان الوقف. ذلك أن الوقف في مشروع استثماري. وهو تجديد هو في حقيقته عملية تكوين رأسمالي وبنفس الوقت مشروع استثماري. وهو توظيف لأصل الوقف الذي يعود بالمنافع المضاعفة على الموقوف عليهم. ذلك أن من أهداف الوقف هو الحصول على أكبر عائد لإنفاقه على الموقوف عليهم. ومن أجل الحصول على

(١) الشافعية يفرقون بين كون الموقوف مسجداً فلا يجيزون استبداله بالبيع بأي حال. ولو أنهدم أو انتقل الناس عنه. أما إذا الموقوف غير المسجد فإن كان ينتفع بالوقف فأكثر فقهاء الشافعية على عدم جواز البيع ولو لمصلحة. أما إذا انعدم الانتفاع به بالكلية فمنهم من أجاز ومنهم من منع: انظر: النووي روضة الطالبين ج ٥ ص ٢٥٦ - ٣٥٨، وهو أيضاً رأي الحنابلة، انظر: الإنصاف للمراي ج ٧ ص ١٠١، وهذه الشروط وأمثالها كثير لم تشترط في مال اليتيم.

(٢) نقل الإمام الطبراني في الأوسط، ج ٢، ص ٣٥٢، أنه قال عليه الصلاة والسلام: ((اشتد غضب الله على من ظلم من لا يجد ناصراً غيري)).

أعلى درجات التتمية والاستغلال لهذا المال الذي قصد به رضوان الله والتقرب إليه. لا بد أولاً من الحفاظ على أصوله أعظم من حفاظ المسلم على ماله الخاص ولا بد ثانياً من الرعاية والعناية الكاملة. في تميمته وحسن استثماره. والحديث هنا ليس مقارنة تفصيلية بين أحكام الوقف وأحكام مال اليتيم وإنما قصدنا بالجملة. أهمية الحفاظ على أصول الأوقاف وأعيانها ودوام صيانتها ودوام تميمتها واستثمارها. وقصدنا أيضاً الإشارة إلى من يجهل أو يتجاهل واجب الحفاظ على الوقف من الناحية الشرعية إلى الحد الذي وصل الجهل بالأحكام الشرعية للوقف. مما يقتضي شرعاً على نظاره والقائمين عليه: أن يتقوا الله فيما ولوا عليه من أوقاف المسلمين وأن يراجعوا الأحكام الشرعية والقوانين الإدارية والمالية الخاصة بالأوقاف الإسلامية. وأن الوعيد الشديد الذي جاء في الكتاب والسنة لمن يتجاوز الأحكام التي شرعت في مال اليتيم. هي نفسها التي تطبق على أموال الأوقاف والتي أجمع عليها فقهاء الشريعة. ولا يكفي الحفاظ على أصولها وأعيانها مع الجمود عليها وتعطيل أو تقليل منافعها وعائداتها. بل الواجب الشرعي يفرض على نظار الوقف والقائمين عليه. حسن تميمته والأخذ بأدوات وأساليب الاستثمار الجديدة التي تؤدي إلى تطويره ومضاعفة إنتاجه بما لا يتعارض مع وظائفه ومقاصده وأحكامه الشرعية وشرط الواقف إذا كان في مصلحة ما أوقفه. إن هذا الواجب ليس جديداً على نظار الوقف والقائمين عليه. كيف وفقه أحكام الوقف قد أخذ سهماً وافراً من فقه الشريعة كما أخذ مساحة واسعة في أمهات فقه المذاهب الإسلامية.

لقد أدى الجهل بالأحكام الشرعية للأوقاف وعدم توفر الوازع الديني من جهة وعدم الكفاءة في حفظه وصيانتها وحسن تميمته واستثماره من جهة أخرى إلى تدخل الدول الإسلامية في الأوقاف الإسلامية. من الصلاحيات التي أعطاهها الفقه الإسلامي لصاحب الولاية العامة عندما يصبح الوقف الإسلامي عاجزاً عن القيام بمقاصد الواقف. فأنشئت لذلك الوزارات. والمؤسسات والإدارات العامة. التابعة للدول الإسلامية. فكانت النتيجة بمجملها مزيداً من ضياع أصول وأعيان الأوقاف وجمود وتعطيل ما تبقى منها وحرمان الكثير من الموقوف عليهم ومزيد من تراكم المديونية على أموال الأوقاف فكانت النتيجة ظهور مصطلحات جديدة للتعامل مع الأوقاف بحالتها المتردية، فظهر مصطلح: الحكر،⁽¹⁾

(1) هو أن يكون أصول أو عين الوقف قد أصابها الخراب ولا يوجد لها تمويل ذاتي فيعقد اتفاق مع من يقوم بإعادة إعمارها ومقابل ذلك تقوم الجهة القائمة على الوقف بإبرام عقد إجارة طويل الأجل يدفع بموجبه بجانب تعمير الوقف قيمة مقابل أجرة أرض الوقف. وتكون على جزأين. الأول - يعادل قيمة الأرض - والثاني مبلغاً صغيراً يدفع على أقساط مدة الحكر. وتظل الأرض ملكاً للوقف. وما أقيم عليها من بناء يكون ملكاً للذي عمر الوقف. يتصرف فيه تصرف المالك. من بيع أو رهن أو هبة وإجارة ويورث عنه. إلخ.

ومصطلح: الكدك،^(١) ومصطلح: المرصد،^(٢) ومصطلح: الإجاريتين،^(٣) ومن منطلق أحكام الوقف الشرعي. قرر الفقهاء بما لا يعلم خلافه. بأن نفقة الموقوف المتعلقة بصيانته وتجهيزه تكون بموجب شرط الواقف. من ماله أو من المال الموقوف. انطلاقاً من قصده وليس بالضرورة أن يكون من لفظه ذلك أن قصد الواقف ظاهر وليس خفي. وهو الانتفاع بهذا الوقف ولا يتحقق الانتفاع إلا مع بقاء عين الوقف صالحة لأداء وظيفتها التي من أجلها أوقفت. واستمرار هذا البقاء لا يتحقق إلا بالإنفاق عليه بوضع ميزانية من عائداته. ومن هنا قال جمهور الفقهاء. أن عمارة الوقف وصيانته مقدمة على حقوق الموقوف عليهم ما لم يترتب على ذلك ضرر لا يحتمل بالموقوف عليهم. ومن هنا نجد الفقيه الحنفي ابن عابدين يضع قاعدة في حاشيته المشهورة بقوله: ((عمارة الأعيان الموقوفة. مقدمة على الصرف للمستحقين))^(٤) إلا أن هذه القاعدة مقيدة بما تقدم. قال الإمام النووي: ((إن وظيفة المتولي العمارة والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات))^(٥) فإذا كانت الغلة العائدة من الوقف لا تفي بصيانته من الخراب والأضرار التي أصابته والتي قد تؤدي إلى هدم بعض أجزائه أو كان يلحق المستحقين ضرر من حرمانهم من العائد فيما لو صرف لإصلاح الأضرار. فإن على الناظر أو الجهة المتولية للوقف أن تطلب الإذن من القاضي الشرعي المعتمد من قبل الولاية العامة. باستدانة ما يصلح عين الوقف من الأضرار أو الخراب أو من الأضرار المتوقع حدوثها. وتكون الاستدانة على ذمة الوقف. وعلى القاضي. الاستعانة بأهل المهنة الأمناء. بتقدير الأضرار وتوصيفها ومبلغ الاستدانة الذي يستدعيها الإصلاح. وهذه الاستدانة للمصلحة الكبرى للوقف لا خلاف على جوازها بين فقهاء الشريعة. بل ذهبوا إلى أبعد من ذلك حيث أجازوا لناظر الوقف أو الجهة المتولية عليه.

(١) هو أن يكون عقار الوقف من دار أو دكان فيصاب بالخراب والتهدم من عدم صيانته من الجهة القائمة على الوقف. فيقوم المستأجر بصيانته أو إعادة بنائه على أن تقبل الجهة القائمة على الوقف أن لا تخرجه من هذا المكان المؤجر الذي كان مستأجراً له من قبل وقام بإعمارها مقابل إيجار رمزي - وهو يشبه الحالة الأولى.

(٢) هو أن يقوم مستأجر العقار بترميمه وصيانته بإذن الجهة القائمة على الوقف ويرصد المبلغ دين على ذمة الوقف:

(٣) هو أن تؤجر الأرض لمن يحفر فيها الماء ويغرس فيها الأشجار المثمرة ويدفع المستأجر مبلغاً يساوي مع ما قام به من إعمار الأرض قيمة الأرض الزراعية: ويكون محتكراً لها لا يخرج منها مقابل إيجار رمزي. مع بقاء الأرض اسماً للوقف:

وهذه الصيغ المتقدمة إلى جانب مخاطر الاستيلاء على أصول الوقف وضياعها فإنه لا يوجد فيها عائد على الوقف إلا المبلغ الرمزي الذي لا يسمن ولا يغني من جوع:

ومن هذه المصطلحات: الكدك - والذي يطلق على ما يحدثه المستأجر من بناء في حانوت الوقف من ماله لنفسه بإذن متولي الوقف بشرط حق البقاء للمستأجر ويدفع أجره المثل ما دام البناء قائماً وله حق البيع والرهن ويورث عنه: مصطلح: الكردار ويطلق على ما يحدثه المستأجر على أرض الوقف من زرع وغرسه وله نفس الحقوق التي تقررت لصاحب الحانوت - مقابل أجره المثل.

(٤) حاشية ابن عابدين ج ص ٧٦٧.

(٥) وهذا الرأي الفقهي ورد في روضة الطالبين في الفقه الشافعي ص ٣٤٨:

أن تستدين ليس من أجل إصلاحه بل من أجل تنمية أصوله واستثماره بالطرق التي تجيزها الشريعة الإسلامية وإنما الخلاف بينهم في إذن القاضي. بمعنى هل إذن القاضي الشرعي شرط لجواز الاستدانة أم ليس بشرط. فذهب الأحناف والشافعية إلى وجوب. إذن القاضي. وجهة نظرهم. الحذر والحيطه من فساد الزمان. والقاضي الشرعي هو الذي يملك حق منح الإذن بالاستدانة على ذمة الوقف وبدون فوائد ربوية عملاً بمبدأ القرض الحسن. كون القاضي مولى من قبل من له الولاية العامة. وأوقاف المسلمين وحقوق الموقوف عليهم داخله في ضمن تلك الولاية العامة. وبالتالي. فإذا القاضي شرط لجواز الاستدانة على ذمة الوقف. وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز الاستدانة بدون إذن القاضي ووجهة نظرهم. إن نظار الوقف أو المتولين عليه أمناء. وبالتالي: فإن الأمانة والائتمان من الصفات الأولية لاختيارهم كنظار أو متولين على الوقف ما لم يظهر منهم خلاف ذلك فتتزع منهم النظارة أو الولاية بإذن القاضي. وهذا الخلاف أيضاً إذا لم يشترط الواقف في صك الوقف جواز الاستدانة عند الحاجة لمصلحة الوقف. فإن شرطها يعمل بشرطه ولا حاجة لإذن القاضي. ولا خلاف بينهم. بأن من حق الولاية العامة الممثلة بالقاضي أن يؤمر الناظر أو متولي الوقف. بأن يزرع أرض الوقف فإن كان لا يملك البذر ولا المؤنة الضرورية لزراعتها. فإن على القاضي أن يأذن بالاستدانة.

لقد أولت الشريعة الإسلامية الاهتمام الأكبر لعملية استثمار وتنمية أموال الأوقاف. ليس لأنها تحافظ على الموارد المالية والبشرية فحسب. بل لأنها تضيف إليها أصولاً مالية جديدة. ذلك أن الوقف بحكم مقاصده الخيرية التي يهدف إلى تحقيقها. يحرص على تنمية الأصول الوقفية ويضاعف الجهد لاستثمارها. وهو جهد تنموي مقاصدي تطلبه طبيعة الوقف وتؤمر به مقاصد الشريعة ومن خلال هذا الجهد التنموي الاستثماري تتحقق مقاصد الوقف وتتجسد رسالته الإسلامية والإنسانية، فقهاً وتطبيقاً. وخلاصة القول إن استثمار مال الوقف مطلب شرعي وهو ما دلت عليه نصوص الشريعة وأكدته مقاصدها. قال الإمام الرازي عند تفسيره لقوله تعالى: ((ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولاً معروفاً))^(١) إنما قال المولى عز وجل ((فيها)) ولم يقل ((منها)) لتلا يكون ذلك أمراً بأن يجعلوا أموالهم مكاناً لرزقهم بأن يتجروا فيها ويثمروها فيجعلوا أرزاقهم من الأرباح. لا من ((أصول الأموال))^(٢) ومن خلال البيان الوارد بهذا المبحث. يتضح أن المقصود باستثمار أموال الوقف هو استثمار أصل الوقف عقاراً كان أو منقولاً. أو استثمار الريع أو فائض الغلة وقد حث فقهاء الإسلام على أن استثمار ممتلكات الأوقاف. مقصد شرعي كمقصد تنمية المال في الشركة. ذلك أن كتاب الوقف وأحكامه غالباً ما يأتي بعد كتاب الشركة. في كتب الفقه الإسلامي وما ذلك

(١) النساء آية: ٥.

(٢) ج ٩ ص ١٨٦. من التفسير الكبير للإمام الرازي.

إلا للمناسبة التي تجمع بينهما وهو الاستثمار. إذ المقصود بكل منهما: ((الانتفاع بما يزيد على أصل المال))^(١) وهذا الاتجاه في تعريف الاستثمار لأموال الوقف هو ما انتهى إليه.

وبالجملة فإن كثيراً من فقهاء المذاهب الإسلامية يجيزون لناظر الموقوف أو الجهة القائمة عليه العمل بما تمليه مصلحة الوقف على حد سوى من يشترط إذن القاضي ومن لا يشترط كما أجازوا البناء على الأرض الزراعية الموقوفة إذا الاستغلال بالبناء أنفع للموقف عليهم.

نخلص من كل ما تقدم إلى أن استثمار أموال الوقف مقصداً من مقاصد الشريعة الإسلامية وإن لم ينص عليه الواقف في صك الوقف ولو شرط عدم استثماره. فإن هذا الشرط باطل وغير ملزم لناظر الوقف أو المتولي عليه إذ أنه مناقض لمقاصد الشريعة من الوقف ومناقض لقصد الواقف من الوقف أيضاً. ومع أن شروط الواقف أخذت حيزاً كبيراً من أحكامه، وأن شرط الواقف كنص الشارع، معتبراً شرعاً وأنه ملزم لناظر الوقف والجهات القائمة عليه، وأن شرطه فيما أوقفه من ماله، يجب العمل به كوجوب العمل بالنص الشرعي، الذي يساويه في هذا الوجوب. إلا أن فقهاء الشريعة، قيدوا ذلك بالشروط التي فيها طاعة لله والعائدة على مصلحة الوقف ومصلحة الموقوف عليهم.

مثل أن يشترط استثمار العين أو الأصل الموقوف إما مباشرة هذا الاستثمار من أصل الوقف نفسه، أو غير مباشر بأن يكون الاستثمار من ريع الوقف أو من بعضه، وأحياناً يكون شرط الواقف مطلقاً وغير محدد. وأحياناً يكون شرط الواقف استثمار نسبة محددة من ريع الوقف لصيانة الأصل وتنميته، فهذه الشروط وما شاكلها معتبرة شرعاً لا تجوز مخالفتها، طالما وهي موافقة لمقاصد الشارع. وبالمقابل فإن أي شرط للواقف يتناقض مع المقصد الشرعي من الوقف أو يرتد بالنقض أو الفساد على الموقوف عليهم يعتبر باطلاً لمناقضته مقصد الشارع من الوقف. والعبرة هنا بالنظر الشرعي في صحة الشروط أو بطلانها.

ونختتم هذا المبحث بما يتفق مع مقاصد الشريعة، وهو: عدم جواز الدخول في أي مشروع استثماري وقفي إلا بعد التحري والدراسة الجادة والدقيقة للجدوى الاقتصادية للاستثمار، مع وجوب مراعاة الضوابط الشرعية والمعايير الاقتصادية المعمول بها في الاستثمار المعاصر، الخاصة بالربحية ووجوب الاستعانة بأهل الخبرة والاختصاص في المجال الذي يستثمر فيه بخصوصه أي أن تكون استشارة أهل الخبرة والاختصاص في كل مجال بخصوصه وليس بصفة عامة. عدم جواز المجازفة ومراعاة تحقيق مصلحة الوقف بموجب الأحكام الفقهية بهذا الخصوص. وحسن اختيار الاستثمار المناسب ذلك أن طبيعة استثمار مال الوقف يتسم بوجود انفصال بين ملكية أصوله وبين الجهة المسؤولة عن استثماره.

(١) الهداية على هامش العناية. ج ٦ ص ٩٦.

وأيضاً الجهة المستفيدة عامة كانت أو خاصة. مما يقتضي الحذر والحيطه والتنوع في الاستثمار.

المبحث الثاني

دور الوقف الإسلامي في بناء الحضارة وتخفيف الأعباء على الموازنة العامة

لقد قام الوقف الإسلامي بمساهمة فاعلة وإيجابية في بناء الحضارة الإسلامية والذي لازال الكثير منها شاهد عيان على ما قام به الوقف الإسلامي من مشرق الأمة الإسلامية إلى مغربها سواء في جوانبها المادية أو الثقافية أو الفكرية والعلمية. أو في جوانبها الاجتماعية ومضامينها الإسلامية والإنسانية التي حث عليها الإسلام. وطبقها رسول الرحمة العامة محمد صلى الله عليه وسلم بقوله وفعله وتقريره. والتي اشتملت عليه سيرته العطرة صلى الله عليه وسلم. لقد تعددت ميادين الحياة الإسلامية التي تفرد بها الوقف الإسلامي.

فمن تشييد المساجد والجوامع إلى بناء الأربطة العلمية والمستشفيات والمدارس والمعاهد والمكتبات العامة وطباعة الكتب وتأمين الغذاء والمسكن والملبس لذوي الحاجة. كما شملت رعايته. الأيتام والفقراء والعجزة وابن السبيل والغارمين. كما شملت رعايته. مجال الرعاية الصحية والطب والحيوانات المريضة أو التي أصابها الكبر والطيور على تعدد أنواعها. ولا يزال الوقف الإسلامي يؤدي دوره الحضاري ورسالته الإسلامية المقدسة. وإن تفاوت الأداء قوة وضعفاً من عصر إلى آخر ومن مكان إلى آخر إلا أن سمو بواعثه وقدسية مقاصده لا تزال ينبوع عطاء متدفق وجذوة نور عطائها لم تخبوا في أي وقت أو لحظة من لحظات التاريخ الإسلامي. وكيف تخبو أو تتطفي شعلة نور عطائه الرباني وهو مدد من معين الهداية الخاتمة. هداية الرحمة العامة لكل إنسان ولكل كبد رطبة في عالم الوجود إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ومن دلائل حاجة الإنسان والوجود إليه. أنه كلما تقدم التاريخ بالأمة الإسلامية اتضحت أبعاد الوقف الحضارية وأهميته الاقتصادية والاجتماعية والإنسانية والأخلاقية. إنه شجرة مباركة ذلت قطوف ثمارها لليتميم والمسكين وابن السبيل وطالب العلم ولكل ضعيف ضاقت به سبل العيش ممن لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً. إنها شجرة الوقف الإسلامي التي بزقت سيقانها من نور عقيدة الحق. أصلها ثابت وفرعها في السماء وقطوفها دانية قد ذلت قطوفها تذليلاً. تؤتي أكلها كل حين بإذن ربها. إنها شجرة قلب عقيدة الحق الذي وسع أنوار معرفة خالق الوجود وعالم الغيب والشهادة ولم تسعها السموات والأرض. كما جاء في ذلك الحديث القدسي. حقاً إنها شجرة مغروسة في قلوب الذين يخرجون من نفائس أموالهم ابتغاء رضوان الله وموفور الجزاء في يوم. لا ينفع فيه مال ولا بنون. ولا يبغون من أحد جزاءً ولا شكوراً إنها شجرة تسقى من أنهار الإيمان. فكان حقاً على من ولي شيئاً من مسؤولية هذه الشجرة أن يحافظ على رسوخ جذورها في أعماق العقيدة الإيمانية التي نبتت منها وارتوت من معين يقين أنوارها في يوم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون. إنها شجرة

تستمد قدسيته من قدسية المقاصد التي تهدف إلى تحقيقها ، وهي دائماً وارفة الظلال
مذلة الثمار طوال العصور الإسلامية وستبقى ما بقيت العقيدة التي انبثقت منها وسيبقى
معينها العذب ونبعها الدافق الدائم والمستمر. ومن هنا كان من خصائصها التأييد
والاستمرار. وهي خصيصة انفردت بها شجرة الوقف الإسلامي. دون بقية أصول الأموال
التي ليست بوقفية. وهذه الخصوصية تستوجب الحفاظ على أصول هذه الشجرة وبذل
الجهد المطلوب شرعاً لتتميتها واستثمارها التنموية والاستثمار المستمر والمتزايد الذي يحقق
هذه الخصوصية. كما تعني هذه الخصوصية الاهتمام الاقتصادي بمضامين التنمية
والاستثمار للوقف وأيضاً تعني. الحد من مجالات الاستهلاك والصرف إلى مجال التنمية
والاستثمار بحيث تزيد الإيرادات على المصروفات. ذلك أن تحقيق مقاصد الشرع والوقف
تتعاظم بتعاظم المنفعة من الموقوف. والشريعة الإسلامية تهدف إلى تحقيق المصالح وإلى درء
المفاسد. ولاشك أن تنمية الوقف واستثماره من أهم المصالح التي يتشوف الإسلام إلى
تحقيقها. وأن إهمال تنميته واستثماره من المفاسد التي نهى عنها الشرع والتي تستدعي
تدخل الولاية العامة. لتحقيق هذه المصالح ودرء المفاسد بما منحها الشرع من حق الحفاظ
على مصالح الأمة وفي مقدمتها الحفاظ على مصالح الوقف.

أما دور الوقف الإسلامي في تخفيف الأعباء على الموازنات العامة على الدول
والشعوب الإسلامية. فقد كان الوقف الإسلامي، شاملاً ومغطياً لمؤسسات التربية والتعليم
وللمدارس والجامعات. والمنح الدراسية ولوازم التعليم والمكتبات المدرسية وسكنى الطلبة
والمؤسسات الصحية العلاجية والصيدلانية والتعليم الطب. وإطعام وإيواء المحتاجين
والمسافرين وطلبة العلم وتقديم الخدمات وتوفير الاستراحات. وتوفير المياه للمحتاجين وشق
الترع وصيانة الأنهار وحفر الآبار وصيانتها وإقامة المساجد وإدارتها وصيانتها وإقامة
الملاجئ لذوي العاهات والمجانين والعناية بهم وتمهيد الطرق وشقها وإنشاء المعابر والجسور.
وإنشاء المكتبات العامة وصيانة الكتب. إطعام الطيور والحيوانات الهرمة. يقول الدكتور/
محمد عبدالقادر الفقي في مقال نشرته مجلة الوعي الإسلامي الكويتية في عددها رقم:
٤٥٦ ، شعبان ١٤٢٤ هـ. بعنوان: "دور الوقف الإسلامي في التنمية وحماية البيئة"، نقلاً عن
ابن جبير فيما رآه من المؤسسات الصحية في بغداد: ((أنه وجد ببغداد حياً كاملاً من
أحيائها يشبه المدينة الصغيرة كان يسمى سوق المارستان يتوسطه قصر ضخم جميل
وتحيط به الحدائق والرياض والمقاصير والبيوت المتعددة وكلها أوقاف أوقفت على المرضى
وكان يؤمه الأطباء والصيادلة وطلبة الطب وكانت النفقات جارية عليهم من الأموال
الوقفية المنتشرة ببغداد. ويقول إن هناك عناية بتوفير الغذاء للمحتاجين والمسافرين وطلبة
العلم حيث أقيمت في البلاد الإسلامية ما يعرف بالتكايا: وهي مساكن للإيواء والإطعام
وكانت تكية الوالي من محاسن دمشق)). هذه الميزانية التي كانت تغطيها المؤسسات
الوقفية في كل بلد إسلامي. والتي أصبحت اليوم عبأً ثقيلاً على الميزانية العامة للدول

الإسلامية. ومن الأسباب الرئيسية لعجز المؤسسات الوقفية في الدول والشعوب الإسلامية. عدم استغلال هذه المؤسسات استغلالاً اقتصادياً والذي به تتمكن هذه المؤسسات الوقفية من الحفاظ على أصول هذه الأموال من الضياع ورفع كفاءتها الإنتاجية وتوسعة أصولها القائمة واستحداث الجديد منها لتتزايد تراكماتها الرأسمالية فتتزايد تبعاً لذلك عوائدها بما يواكب تزايد حاجة الموقوف عليهم على الإنفاق. لقد تعرض الكثير من أموال الأوقاف للإهمال والضياع بل إلى السلب والنهب وسوء الاستغلال وسوء الإدارة وربما ضاع الكثير منها وذاب في أموال الملاك. بطرق وأساليب من لا يخافون الله ولا يخشون حسابه إلى الحد الذي به فقد صفته الوقفية مما يستوجب صحوة ضمير أصحاب الولايات العامة في الشعوب الإسلامية والعلماء لاستعادة هذه الثروة الاقتصادية للأمة وتتميتها بالطرق الحديثة وبضوابطها الشرعية الأمر الذي يستدعي من المجامع الفقهية، عناية خاصة واجتهاد تأصيل بفقهاء الأوقاف. لا يقل عن فقه المعاملات المالية والاقتصادية والنقدية. واستنباط أحكام وضوابط شرعية لإمكانية الاقتراض الجائز شرعاً لعمارة وتنمية الأصول الوقفية. وأيضاً بيان أحكام الذمة المالية للموقف.

إننا لعلنا نعلم يقيناً بأن مؤسسات الوقف الإسلامي سيكون لها دور رائد في عملية البناء التتموي في الأقطار الإسلامية إذا وجدت الاهتمام والرعاية من أولو الأمر والقائمين عليها وذلك من خلال قيامها بتمويل وتنفيذ وإدارة العديد من برامج التنمية. بعد أن تراجعت في البناء التتموي حتى أصبحت بوضعها الحالي. عالية على الميزانية العامة للدول الإسلامية. وأصبح الكثير ممن أوقفت عليهم هذه الأموال الكبيرة والنفيسة يتسولون في المساجد والطرقات تتخرهم الأمراض. وهم أغنياء فيما أوقف عليهم. وهنا نذكر القائمين على إدارات أموال الأوقاف أن يدركوا عظم المسؤولية الملقاة على عواتقهم من ثقل الأمانة التي أبت من حملها السموات والأرض والجبال. والذي توجب الحفاظ على أصولها وتنمية واستثمار عوائدها والتي تعتبر عماداً من أعمدة الدخل القومي الدائم والمتجدد وركن من أركان التكافل والتراحم الاجتماعي وعماد من أهم أعمدة سد العجز في الموازنات العامة للدول الإسلامية. إن المسؤولية جسيمة تتمثل في أمانة الحفاظ على هذه الثروة الكبيرة والهامة التي خلفتها الأجيال عبر تاريخها الإسلامي وذلك من خلال الحفاظ على أصولها وأعيانها والعمل على بقائها شامخة البنيان غزيرة العطاء بما يقتضي وضع الخطط المدروسة والدقيقة بين موازنة الإنفاق التي تحافظ على بقاء أعيان وأصول الأوقاف - ودوام استمرارية تنامي عطائها.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن من ولي شيئاً من أوقاف المسلمين فتركها حتى انقطع عطاؤها واندرست أصولها فقد ارتكب إثماً عظيماً. كونه تسبب في حرمان الواقف من الثواب بانقطاع عطاء الموقوف عليه. ونلح الطلب على مجتمعنا الموقر بصفة خاصة: أن يعمل على تطوير فقه الأوقاف ضمن ضوابط الاجتهاد. خاصة وأن الوضع الذي تعيشه

الأوقاف الإسلامية، أصبح ضرورة ملحة لإصلاح وتطوير المؤسسات الوقفية في العالم الإسلامي.

المبحث الثالث

التعريف بعقد البناء والتشغيل والإعادة وبيان خصائص هذا العقد

تعريف عقد البناء:

عقد تقوم جهة الوقف بإبرامه مع جهة ممولة للبناء على أرض وقفية إذا اقتضت مصلحة الوقف الشرعي إبرامه مع من يمول هذا البناء وعقد هذه صورته هو في حقيقته. عقد استصناع يبرم بين الجهة القائمة على الوقف بصفتها مستصلحة. أي طالبة لصنع البناء. وبين الجهة الصانعة والممولة لهذا البناء والمتفق عليه بشروطه ومواصفاته. مقابل مبلغ متفق عليه بين الجهة المستصلحة التي هي جهة الوقف وبين الجهة الصانعة والممولة. وبعد إبرام هذا العقد. تقوم الجهة الصانعة والممولة، بعقد مع مقاول يقوم باستصناع هذا البناء، وإنجازه بموجب الشروط والمواصفات التي أبرمت في العقد، بين جهة الوقف وبين الجهة الممولة. يدفع الممول للمقاول قيمة البناء المستصنع بمبلغ أقل نسبياً من المبلغ الذي عقده مع جهة الوقف. ويتم الدفع للمقاول من قبل الممول بحسب نسبة إتمام البناء من واقع المستخلصات المعتمدة في عقد الاستصناع أي عقد البناء. وبعد إتمام البناء يكون المبنى ملكاً للممول. أما الأرض التي أقيم عليها البناء فتبقى على أصلها ملكاً للوقف. وتأخذ جهة الوقف في تقديرها. بأن أجره الأرض الذي أقيم عليها البناء كافية لتسديد قيمة البناء بحيث تنتهي ملكية الممول للبناء عند آخر دفعة من أجره الأرض. وتحدد مدة بقاء ملكية الممول للبناء بذلك وقد تقصر المدة أو تطول بسبب ظروف الموقوف عليهم والذي قد يضطر الجهة القائمة على الوقف أن تخصم نسبة من أجره الأرض لإنفاقها عليهم كما تقوم الجهة القائمة على الوقف بإبرام وعد ملزم مع الجهة الممولة للبناء بأن الجهة القائمة على الوقف سوف تشتري هذا المبنى الذي أقيم على أرض الوقف بالتدريج وبما تستحق في ذمة الممول صاحب البناء من أجره الأرض. وبالتالي يصبح هذا البناء وقفاً تبعاً لملكية الأرض الوقفية. ومعلوم بأن مدة تأجير أرض الوقف للذي بنا عليها الممول. يكون تشغيل المبنى وإدارته حق من حقوقه مدة الإجارة التي تنتهي بآخر دفعة يستحقها من أجره الأرض المكتملة لقيمة تكاليف البناء المتفق عليها قبل البناء مع الجهة القائمة على الوقف ثم تتم إعادة المبنى بصورة سليمة حسب العرف العملي السائد والذي يختلف من مكان إلى آخر كما تعود الإدارة والتشغيل لإدارة الوقف كحق من حقوقها متفق عليه مسبقاً بحيث يكون المبنى وإدارته وتشغيله ملكاً شرعياً من أملاك الوقف. وصيغة العقد هذه لصورة من الصور الحديثة لاستثمار الوقف. بعد أن كان استثمار أموال الأوقاف حبيس الصيغ التقليدية التي كانت تراوح بين عقد الإيجار، والإحكار والمرصد.

لا شك بأن هذا العقد وكذا تشغيل إدارته وإعادة المبنى والتشغيل والإدارة إلى ملكية الوقف بصورة سليمة وعائد ربحي كبير. يشكل أفضل الصيغ العقديّة لصيغ

كثير من العقود الاستثمارية لأموال الأوقاف. وبمقارنة بسيطة بين هذا العقد. وبين الصيغ التقليدية. مثل: عقد الإيجار، والمرصد، والحكر، والكدك، ونحوها. والتي يكتسب منها المستأجر حق التصرف. وبالتالي حق التملك مقابل ما يقدم من أجر معجل يقارب قيمة الأرض. وأجرة سنوية ضئيلة لا تسمن ولا تغني من جوع، وحتى المبلغ المعجل الذي يقارب قيمة الأرض. تنفقه إدارة الوقف في عملية الإصلاح والترميم لصالح المستأجر الذي يظل دائماً محتكراً لعين الوقف إلى ما لا نهاية. ومن هذا الاستغلال لأصول الأوقاف والذي ضاع الكثير منها، كان اللجوء إلى وسائل وصيغ حديثة لاستثمار أموال الأوقاف، ضرورة يقع عبء تبعاتها على فقهاء الإسلام في العصر الحديث، الذي تطورت فيه أدوات وأساليب تنمية الأموال واستثمارها، مما لم تكن موجودة في عصور الفقهاء القدامى عليهم رحمة الله أجمعين. ومن نعمة الله علينا أن الأمة الإسلامية تمتلك اليوم فقهاء معاصرون لم يألوا جهداً في استنباط الأحكام الفقهية لكل ما يستجد في حياة الأمة مما يهمها من أمر دينها وديناها وكان لهم إسهاماً فاعلاً في استنباط الصيغ المناسبة والملائمة. سواء كانت تلك الإسهامات المشكورة من الجهد الشخصي أو من خلال مشاركتهم في المجامع الفقهية.

ونعتقد أن عقد البناء بهذه الصورة، هو أفضل من عملية الاستبدال في شراء عين الوقف بالبديل الذي بيعت به عين من أعيانه لتكون وقفاً محلها. بمعنى بيع العين التي أصبحت لأي سبب من الأسباب غير صالحة ولا يرجى منها أي نفع وبعد إذن القاضي الشرعي تباع بالنقود وشراء عين أخرى مكانها. وهذه من الحالات الاستثنائية الضرورية الذي يجوز فيها بيع عين الوقف وشراء بثمنها عين أخرى مكانها هي أنفع للوقف منها. وبعد إذن القاضي الشرعي كشرط لجواز البيع والاستبدال ومعنى ذلك أن مصلحة الوقف اقتضت بيع مال وقفي وشراء آخر بذلك الثمن مع المحافظة على مقاصد الواقف وشروطه المعتبرة العائدة إلى مصلحة الوقف والموقوف عليه. لماذا نعتقد أن عقد البناء أفضل من عملية الاستبدال؟ ذلك أن عقد البناء على الوقف. هو أولى وأصلح من أي احتيال أو تلاعب على الاستبدال بالأعيان والأصول الوقفية التي أصبحت غير نافعة، أي: بيع العقار بمثله. أضف إلى ذلك اختلاف الفقهاء في جواز الاستبدال وعدم جوازه ويعتبر ذلك من الخصائص الإيجابية لعقد البناء والتشغيل وإعادة. ومن الخصائص والمميزات الإيجابية لهذا العقد. أنه يحافظ على ما اندرس من أعيان الأوقاف وأصولها. أو ما تعطل منها. وبالتالي: فإن عقد البناء يعتبر البديل الأفضل الذي يحافظ على أعيان الوقف. وقد طبق هذا العقد في بعض الدول العربية الإسلامية وكانت التجربة ناجحة من هذه الدول: المملكة الأردنية الهاشمية.

ومن الخصائص والمميزات الإيجابية لهذا العقد. أنه يبتعد عن الإقراض الربوي الذي يراكم الديون على أموال الأوقاف فضلاً عن كونه محرماً شرعاً. إضافة إلى أنه عقد تنطبق عليه كل المعايير والضوابط الشرعية. وسوف نوضح في هذا المبحث تخريجه الفقهي وحكمه الشرعي وتفنيد الاعتراضات الواردة عليه من بعض الفقهاء وذلك حسب طلب

أمانة المجمع الموقرة. لقد عرف هذا العقد واشتهر كمعيار شرعي ضمن اعتبار معايير شرعية توصل إليها بعض فقهاء العصر. الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد بضوابطه الشرعية وقد طبق في تمويل إعمار الوقف في المملكة الأردنية الهاشمية. وهي ناجحة في مجال التطبيق العملي لمصلحة الوقف.

أما تعريفه: فقد عرفه كثير من فقهاء المذاهب: على أنه ((عقد استصناع)) وهذا هو تعريفه اللغوي. بمعنى: أنه طلب صنعة ما، إذ إن حرف السين والتاء في أصل وضعهما للطلب، يقال لغة: استصنع فلان سيفاً أو خاتماً. إذا طلب ذلك ممن يصنع السيوف ويتقن هندستها ومقاييسها وتفاصيل مواصفاتها أو من يتقن صنع الخياطة. وكذا كل من يحترف مهنة من المهن ويحذق فيها، يطلق عليه لغة وعرفاً: إنه صانع لتلك الحرفة، الذي تفرد بحذقه فيها وإتقانه لها. كما يقال لغة: أيضاً استصنع الشيء؛ إذا طلب صنعه. كما تطلق كلمة: (صناعة) بكسر الصاد، على حرفة الصانع.

أما في الاصطلاح: فقد عرفه الفقيه الحنفي ابن عابدين في حاشيته المشهورة بقوله: ((هو أن يطلب من الصانع أن يصنع شيئاً بثمن معلوم)).^(١)

وعرفته مجلة الأحكام العدلية: ((بأنه عقد مقاولة بين أهل الصناعة على أن يعمل شيئاً))^(٢) أما بقية المذاهب الثلاثة. ينظرون إلى هذا العقد على أنه عقد من عقود السلم. غير أن هناك فرق جوهري بين عقد السلم وعقد الاستصناع يتمثل هذا الفارق في وجوب تسليم رأس المال، أي: وجوب تقديم الثمن، وتأجيل المثمن في مجلس عقد السلم بخلاف عقد الاستصناع. كما تقدمت لنا صورته. إذ لا يشترط فيه ذلك وقد اعترض على هذا العقد. بالاعتراضات التالية:

١ - **الاعتراض الأول:** أن صفة هذا العقد لا تخرج في حقيقتها، عن بيع عقد الأجل الذي هو البيع بالتقسيط.

٢ - **الثاني:** إن الجهة الممولة لا تقوم بإعداد المشروع والتصنيع بنفسها في حقيقة الأمر، حتى يقال: إن جهة الوقف قد استصنعت.

نرد على الاعتراض الأول: بالفرق الواضح بين هذا العقد وبين عقد البيع بالتقسيط؛ ذلك أن عقد الاستصناع يعقد على شيء موصوف في الذمة غير موجود وقت العقد. بينما عقد البيع بالتقسيط لا يكون إلى على عين موجودة فلا شبه بينهما إذ الجهة منفكة بين صفة العقد. ذلك أن عقد البيع بالتقسيط على موجود. وعقد الاستصناع عقد في الذمة، أي: إنه عقد على معدوم وقت العقد. وبالتالي: فلا وجود لشبه ولا لوجه شبه بينهما:

(١) انظر بدائع الصنائع للكيسانى ج ٦ ص ١٦٧٧؛ مختار الصحاح: مادة صنع؛ حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٢٢٣.

(٢) انظر شرح المجلة: ص ٢١٩.

أما الاعتراض الثاني: وهو عدم قيام الجهة الممولة، بإعداد المشروع والتصنيع بنفسها. فهذا لا يمنع من أن تكون هي الصانعة. لأن العرف وهو من المصادر التبعية. لاستتباط الأحكام. ونعني به هنا العرف العملي العام، قد جرى العمل به بأن التنفيذ العملي لعقد الاستصناع لا يكون إلا من الباطن. وتبقى الجهة الممولة. هي الجهة المسؤولة المتعهدة عن القيام بتنفيذ عقد الاستصناع.

ومن هنا يتضح. بأن الاعتراضات المشار إليها لا ترد عليه. وبالتالي فهو عقد شرعي لا غرر فيه ولا جهالة ولا يؤدي إلى خلاف أو منازعة. إذا طبقت عليه الشروط والمواصفات الواضحة والدقيقة^(١). وحتى في حالة أن يحدث خلل من قبل الجهة الممولة في شروط العقد أو مواصفاته المتفق عليها. فإن جهة الوقف بالخيار. إن شاءت قبلت وإن شاءت رفضت. وإن شاءت خصمت من المبلغ بقدر ما انتقص الصانع من المصنوع، وقد أصبح هذا العقد معلوماً عند من يتعاملون به. ذلك أن هذا العقد، عندما تكون أوصافه مضبوطة، لا يمكن أن يحتمل الغرر، أو الجهالة التي تفضي إلى التنازع. كيف وهو عقد على موصوف في الذمة، معلوم الجنس والمقدار والتمن والصفة. مستنده الشرع والعرف العملي والحاجة الماسة إليه، أما الشرع: فقد أخرج الإمام البخاري رحمه الله في كتاب "الإيمان" من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: ((أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم استصنع خاتماً من ذهب وكان يلبسه فيجعل فمه في باطن كفه، فصنع الناس خواتيم)) ومعلوم أنه صلى الله عليه وسلم. لم يكن صانعاً حتى يصنع الخاتم بنفسه. فدل ذلك على جواز هذا العقد. ومحل الشاهد الاستصناع وإن حرم التختم بالذهب بعد ذلك. ولو لم يكن نص شرعي كالذي تقدم فإن العرف العملي كافٍ القول بجوازه. وقد أجاز العرف قديماً وحديثاً عقود المقاولات المختلفة وهي من قبيل عقد الاستصناع.

قال الإمام السرخسي: ((إن الناس تعاملوا في الاستصناع من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير نكير))^(٢) ومع كل ما ذكر. فإن لهذا العقد أسس وقواعد شرعية يستند إليها. منها الأمر بعموم الوفاء بالعقود. قال تعالى ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)) مطلق العقود الواردة في الكتاب والسنة ومنها قاعدة الوفاء بالشروط. ((المسلمون عند شروطهم)) ومنها: إحلال البيع، وهذا العقد هو: نوع من البيع. قال الجصاص في الآية الكريمة رقم ٢٩. من سورة النساء. بأنها: عموم في إطلاقها، سائر التجارات وإباحتها. قال تعالى: ((وأحل البيع وحرم الربا))^(٣) في اقتضاء عمومها. سائر البيوع

(١) زاد بعض فقهاء الأحناف من شروط جواز هذا العقد، أن يكون مما تدخله الصنعة، وألا يكون مما لا تدخله الصنعة. مثل البهائم والثمار ونحو ذلك مما لا تدخله الصنعة، وهذا العقد مما تدخله الصنعة وهي مأخوذة من اسمه.

(٢) المبسوط: ج ١٢ ص ١٣٨.

(٣) آية رقم ٢٧٥. سورة البقرة.

إلا ما خصه التحريم منها. وإن كان. اسم التجارة. أعم وأشمل. من اسم البيع. ذلك أن اسم التجارة يعم جميع عقود التجارة وكذا الهبات الواقعة على الأعواض والبيوع، ومنها القاعدة التي تقول: ((إن الأصل في العقود رضا المتعاقدين)). بدليل قوله تعالى: ((إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم))^(١) ومنها الحديث. الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط)). فإن الفقهاء. حملوه على من اشترط إباحة ما حرم الله أو تحريم ما أباحه. أما ما كان مباحاً بدون شرط. فإن الشرط قد يصيره من الإباحة إلى الوجوب. وهذا ملحوظ في باب الشروط من الفقه الإسلامي. وقد يكون المراد من الحديث؛ ما ليس في كتاب الله إباحتها، لا بخصوص ولا بعموم. ذلك أن ما دل كتاب الله على إباحتها بعمومه فهو من كتاب الله بمقتضى عموم القواعد الأصولية أما حديث: ((لا تبع ما ليس عندك)). فقد حملة الفقهاء. على ما إذا كان البيع حالاً غير مؤجل. كما يدل فحوى. الحديث. على أنه مقيد بعلته، وهي الغرر. والنص الشرعي عندما يكون معللاً، فإن حكم ذلك النص المعلل بمقتضى القواعد الأصولية يدور مع علته وجوداً وعدمًا. وإلا كان ذلك التعليل عبثاً. يتنزه عنه كلام الله ورسوله صلى الله عليه وسلم وبالتالي. فإن العبرة. بوجود. الغرر. التي هي علة النهي، كما هو مقرر في الأصول، وكما هو معلوم من إطلاق النصوص، أو تقييدها، أو تخصيصها بالعلل المنصوصة أو المستخرجة، والخاصة في مجال المعاملات على اختلافها وبهذه القواعد الأصولية. نستطيع الجمع بين النصوص التي يبدو من ظاهرها التعارض. ولا نعتقد بعد هذا العرض الذي لا لبس فيه. بأن عقد البناء من عقود الاستصناع وأن تخريجه الفقهي وتكييفه الشرعي متطابق تمام التطابق مع عقود الاستصناع الذي أجازها الفقه الإسلامي. ونعتقد أن سبب هذا اللبس عند بعض الفقهاء مع الإجلال والإكبار الذي نكنه لهم. ناتج عن مشابهته لكثير من العقود. وسنوضح وجه الشبهة بينه وبين بعض العقود الأخرى. بالتالي:

- ١ - **عقد السلم**: وقد أوضحنا الفرق الجوهرى بينه وبين عقد البناء - الاستصناع - فيما تقدم من هذا المبحث. وقلنا أن الفارق بينهما يتمثل في عقد السلم في وجوب تسليم رأس المال، أي: وجوب تقديم الثمن، وتأجيل المثمن في مجلس العقد، بخلاف عقد البناء، أي: عقد الاستصناع. إذ لا يشترط فيه ذلك.
- ٢ - **عقد الأجل**: الذي هو البيع بالتقسيط. وقد أوضحنا الفرق بينه وبين عقد البناء (الاستصناع)، بأن: عقد الاستصناع، يعقد على معدوم موصوف في الذمة بينما عقد السلم، يعقد على شيء موجود يتقدم فيه الثمن على المثمن فيه.

(١) سورة البقرة: الآية: ٢٧٥.

المبحث الرابع

تسليط الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة

مشروعات استثمار أموال الأوقاف على وجه الخصوص. بالصيغ التقليدية لقد تتبعته هذه الصيغ في الكثير من كتب الفقه الإسلامي. فوجدت أنها لا تخرج عن الصيغ التالية. حسب علمي. وقد أحسن من انتهى إلى ما علم.

١. المرصد:

((دين على الوقف ينفقه المستأجر لعمارة عين الوقف، لعدم وجود مال لدى الجهة المسؤولة على الوقف))^(١) وذلك في حالة أن يكون الوقف أو أصل الوقف غير صالح للانتفاع. وبعد أن لا تجد الجهة القائمة على الوقف من يستأجره. وبعد إذن القاضي الشرعي. تعقد جهة الوقف مع مستأجر يقوم بالبناء والتعمير للوقف ويكون مجموع ما أنفقه على البناء والتعمير ديناً على ذمة الوقف. يستوفيه من أجرة الوقف بالتقسيط. ويكون له حق القرار في عين الوقف التي قام بإعمارها وتورث عنه. وإن تنازل لآخر يأخذ حقه منه ويحل الآخر محله في العقار. ويكون ذلك أيضاً بإذن القاضي.

الإجارة في معناها الفقهي في أمهات كتب المذاهب الفقهية، هي عبارة عن: ((عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض)). وذكر كلمة: معاوضة هنا، ليخرج من التعريف الوقف وما في معناه. كما يخرج بذكر المنفعة من التعريف: البيع، لأنه تملك عين. وقد نقل الإجماع على جواز الإجارة.^(٢) وقد اشترطوا فيها ما يشترط في المتبايعين. وإن أركانها أربعة، هي: ١ - المستأجر ٢ - الأجير ٣ - الأجرة ٤ - المنفعة.^(٣) وهي من الصيغ القديمة في الفقه الإسلامي. وهي أن تقوم الجهة المسؤولة عن الوقف بتأجير عين الوقف بعوض معلوم لمدة معلومة. مقابل ما يحصل عليه المستأجر من المنفعة. بأجرة المثل بحسب عرف الزمان والمكان. وقد أجاز الفقه الإسلامي. الإجارة لفترة زمنية طويلة من الزمن وحسب ما تقتضيه المصلحة والعرف بتحديد مدة الإجارة بسنة أو سنتين أو ثلاث. أو أكثر. تكون المدد. ضابطة لمصلحة الوقف والموقوف عليهم. وسواء تم ذلك بعقد واحد أو عقود مترادفة. وإذا حدد الواقف مدة الإجارة بصك الوقف فإنه يعمل به ما لم تقتض مصلحة الوقف والموقوف عليهم بنظر القاضي خلاف ذلك.

(١) ينظر ج ٤ ص ٤٠٢ من حاشية ابن عابدين. ومصطفى الزرقاء المدخل ج ٥ ص ٥٧٠؛ نزيهة حماد. أساليب استثمار الأوقاف ص ١٧٥ - ١٧٦.
(٢) انظر رسائل ابن نجيم ص ٣٢٢. والشرح الصغير لدردير ج ٥ ص ٢٤٦.
(٣) انظر ابن جزئي - القوانين الفقهية ص ١٨١.

وقد شدد كثير من الفقهاء من مختلف المذاهب على أن لا تنقص أجرة الوقف عن أجرة المثل وإلا عدّ المستأجر غاصباً.^(١) وعقد الإجارة هذا هو المفضل عند جمهور الفقهاء على مدة الإجارة الطويلة. إذ تستطيع الجهة المتولية على الوقف أن تقوم بتعمير ما تهدم أو خرب من الوقف بما يعود عليها من عقد الإجارة المحددة. بخلاف مردود الإجارة الطويلة. والمسماة بعقد الإجارتين والذي يكتسب المستأجر حق البقاء إلى مالا نهاية كما نوضحها فيما يلي:

٢. عقد الإجارتين:

سمي هذا العقد بهذا الاسم. لأن جهة الوقف تضطر لهذا العقد اضطراراً لتعمير ما خرب من الوقف الذي لم يعد منه أي عائد نفع فتقوم جهة الوقف لإبرام هذا العقد لمدة طويلة. بإذن القاضي بأجرة مدفوعة تقارب قيمة العقار الفعلي يقوم المستأجر بتعمير الوقف بها أو تقوم جهة الوقف بذلك حسب ما يتفقان وتبقى في ذمة المستأجر أجرة سنوية يدفعها مقسطة. والخطورة على الوقف من هذا العقد أنه يعطي لدافع المال المستأجر. حق التصرف المطلق في العقار المؤجر. بما في ذلك حق الإرث عنه. وتفيد المراجع الفقهية. بأن الدولة العثمانية هي أول من سنت قانون لهذا العقد. والذي أعطى الحق للمستأجر باستثمار العقار بنفسه أو تأجيره أو التنازل عنه ببدل أو رهنه.^(٢) والملاحظة على هذا العقد كثيرة ربما يلاحظها القارئ الكريم لوضوحها، فقط نقتصر على ملاحظة واحدة، وهي: أن الأجر المعجل يعمر به الوقف من جديد فتذهب منافعه للمستأجر دون أن ينتفع الوقف بأي شيء، عدى الأجرة السنوية الضئيلة، التي لا تسمن ولا تغني من جوع. وبالمقابل يبقى عقار الوقف بهذا العقد ملكاً للمستأجر يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه ولا ينتهي بموته بل يورث عنه كباقي تركته.

٣. الحكر ((التحكير الاستحكار)):

عقد الإحكار، أو التحكير، أو الاستحكار، لمصطلح واحد، وأي عقد عُقد بأي صيغة من الصيغ الثلاث؛ فهو مؤدي لمعنى ما تبقى من الصيغ المشار إليها. وهي لا تخرج عن صيغة العقد الذي قبلها ما عدى الاختلاف اللفظي في صيغة العقدين، وخلاصة هذا العقد: أن تقوم جهة الوقف بدفع أرض وقف خالية، لشخص يطلق عليه اسم المستحكر، مقابل مبلغ مدفوع معجلاً يقارب قيمة الأرض الموقوفة وبهذا يكون له الحق الكامل بالبناء أو الزرع أو الغرس وسائر وجوه التصرف والانتفاع مثل تصرف المالك في ملكه. تماماً فيها البيع والشراء وانتقاله إلى ورثته. مقابل

(١) كتاب الإسعاف للطرابلسي ص ٦٧ - ٦٨.

(٢) انظر المدخل لمصطفى الزرقاء ج ١ ص ٣١٣؛ حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٠٢ - أساليب الاستثمار د/ نزيه حمادي ص ١٧٥.

أجرة سنوية ضئيلة لا تسمن ولا تغني من جوع. قد يكون الفارق هنا بين العقدين: أن المبلغ المعجل الذي يقارب قيمة الأرض لا يعود لمصلحة المحتكر، كما في عقد الإيجاريتين، تستفيد منه جهة الوقف في تعمیر أوقاف أخرى أي أنه من هذه الناحية يفضل على عقد الإيجاريتين.

٤. عقد الخلو:

وله عدة أسماء في مصر وفي المغرب العربي بعامه. منها = الجلسة = ومنها = الزينة = ومنها = المفتاح = وقد عرف بتعريفات كثيرة أوضحها ما يلي: أن عقد الخلو، يعني: شراء الجلوس والإقامة بعقار سواء، كان هذا العقار حانوتاً أو بيتاً أو نحو ذلك، على الدوام والاستمرار، مثله مثل مكثري الأرض للبناء أو الفرس. بحيث لا يحق لمالكه الأول أن يخرج من هذا العقار، وإنما يحق له: أجرة مثله، بحسب العرف العملي السائد، وقد أطلقت هذه العبارة بين من يتعاملون به، إذ قالوا بأن: ((الخلو هو اسم لما يملكه من دفع مبلغاً من المال من المنفعة التي دفع المبلغ في مقابلها))^(١) ومن هنا فإن عقد الخلو، يشبه عقد المرصد المتقدم. إذا كان دفع مبلغ الخلو من المال للحصول على حق الإقامة الدائمة بعقار الوقف فلا يوجد فرق بينهما. وقد وقع الخلاف فيه. وخاصة: الحنفية والمالكية.^(٢)

٥. عقد الاستبدال والمناقلة:

بداية نشأته: أن جمهور فقهاء المذاهب الإسلامية، جعلوا الاستبدال من صيغ استثمار الوقف في حالات معينة. وقرروا. بأن تكون تلك الحالات التي يتم فيها الاستبدال من الحالات ذات الفائدة الكبيرة العائدة على الوقف. سواء تمثل ذلك في المناقلة بعقار حسن بأحسن منه سعة أو موقعاً أو نحو ذلك المهم أن يكون لمصلحة الوقف. والاستبدال الذي يحقق نفعاً أكبر من الأصل في الجملة أو أكثر منه دخلاً أو بيعه والشراء بثمنه وقفاً أفضل منه بإذن القاضي الشرعي. قد أجاز به بعض كبار فقهاء المذهب الحنبلي. في مقدمتهم. الإمام ابن تيمية. إذ قال بعد أن استعرض الصيغ التي تستعمل لتمويل الأوقاف. كالإجارة. والحكر. ((ومع هذا فقد جوزوا بيعه والتعويض بثمنه. لأن ذلك أصلح لأهل الوقف. للضرورة وإلا لتعطل الانتفاع بالكلية))^(٣) وبعد هذا الاستعراض الموجز لصيغ الاستثمار التقليدي في مجال الوقف يتبين بوضوح. بأن هذه الصيغ بمددها الطويلة وعوائدها القليلة غير المجزية بالمردود الكلي للأصول الوقفية يتيح الفرصة لذوي النوايا

(١) انظر الفرقاوي: التنبيه بالحسنى: في منفعة الخلو. والسكنى ص ٣٦ - ٣٨.

(٢) اشتهر الخلاف في هذين المذهبين. بين فقهاء المالكية الذين يجيزون هذه الصيغة من العقود. وبين الأحناف الذين يخالفون.

(٣) انظر المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقاء ج ١ ص ٥٧٠؛ الزرقاء. الوسائل الحديثة للتمويل. انظر محمود مهدي صيغ تمويل الأوقاف ص ٨٦.

السيئة للتلاعب والتحايل على أعيان وأصول الأوقاف. وقد حدث في التاريخ الإسلامي في مصر، أن أجرة الجهة المتولية على الوقف بدون إذن القاضي. ((ألف ذراع)) من الأرض بعدما صارت تلالاً من أقواز الرمل، مدة ((تسعة وتسعين سنة)) بأربعة أرتال زيت وبعد استصلاحها ارتفعت قيمتها بحيث أصبح الذي اشتراها. بأربعة أرتال زيت لا يحتاج إلى ثروة غيرها. وقد سئل الشيخ عليش، وهو من كبار علماء مصر في وقته، فأفتى بفسخ البيع. كما أفتى بفسخ الإجارة إذا كانت أقل من أجرة المثل وكان الغبن خارج عن العرف المتعامل به أما إن كان الغبن يسيراً فإنه مما يتسامح به، ولا تفسخ.^(١)

واستعراضنا لهذه الصيغ التقليدية والتي كان تمارس من خلالها عملية الاستثمار ولازالت في مشاريع الأوقاف ومرافقها العامة. وتسلط الضوء عليها. نجد هذه الصيغ بجملتها لا تخرج عن إطار عقد الإجارة. باستثناء عقد الاستبدال. وأصبح المستفيد الحقيقي وخاصة ما يسمى. بعقد الإجاريتين. هو المستأجر وكذا ما يسمى بحق: الحكر. ذلك أن كلاً من المستأجر والمحتكر يكتسب حقوق المالك في التصرف في أعيان الوقف وأصوله. وما يقدمه المستأجر من مبلغ يقارب قيمة الأرض الوقفية تعيده له الجهة الوقفية بالترميم والإصلاح. مقابل أجرة سنوية زهيدة، لن تفيد الوقف في شيء. ويمكننا تقويم الوضع العام من خلال صيغ هذه العقود. على المشاريع الوقفية ومرافقها العامة. بعاملين أساسيين أديا إلى جمود الاستثمار المربح والمفيد للأوقاف. وإلى تراكم المديونية عليها.

١ - **الأول منهما**: حصر مجال الاستثمار على الأراضي والمباني. الأمر الذي أدى إلى تجميد استثمار أموال الأوقاف. وضألت عائدات الاستثمار من هاذين المجالين.

٢ - **وثانيهما**: الظلم والإجحاف في صيغ العقود التقليدية كما رأينا، وكانت النتيجة لهذين العاملين السلبيين على أعيان الأوقاف وأصولها. تراكم الديون، وشحة الموارد وهي السمة المشتركة بين كل الدول الإسلامية وإن تفاوتت النسب حيث تشكل النسبة العظمى من الأصول الموقوفة والمائلة للعيان. عبأً كبيراً على إدارات الأوقاف. التي جمدها أو لم تحسن استثمارها حتى صارت عائداتها الضئيلة لا تكفي لصيانتها ومن هذه الوضعية المزرية التي وصل إليها الوقف في الدول الإسلامية. كان الواجب البحث عن أساليب ووسائل. لاستتقاذ ثروة الأمة الكبيرة والنفيسة والمتنوعة من الضياع والأمة بأشد الحاجة إليها لكي تخفف عليها أعباء الموازنات العامة. والتي كان يطلع بها الأوقاف وهي من وظائفه ومسئولياته ولقد كان لبعض الفقهاء المعاصرين وللمجامع الفقهية جهداً مشكوراً لبذل الجهود التي قاموا بها لاستتباط الصيغ الاستثمارية المناسبة والملائمة لطبيعة الوقف وأحكامه ومقاصده الشرعية.

(١) انظر. عليش فتح العلي المالك ج ٢ ص ٢٣٩.

وسوف نوضح هذه الصيغ، التي توصل إليها فقهاء العصر، الذين توفرت فيهم شروط الاجتهاد، والمعروفين لدى الأمة بالورع والتقوى، وأول هذه الصيغ، صيغة:

١ - عقد الاستصناع:

أي عقد البناء، والذي هو أساس هذا البحث. وقد أوضحناه بما فيه الكفاية، فلا نعيده هنا.

٢ - عقد المشاركة:

وصورته: أن تقوم الجهة المتولية على أرض الوقف بتقديم الأرض لمن يقوم بتمويل البناء عليها. يكون البناء له والأرض تبقى على أصلها ملكاً للوقف ثم تقوم إدارة الوقف بتأجير العقار وإدارته. ثم توزع الأجرة بين جهة الوقف التي تملك الأرض التي أقيم عليها البناء. وبين صاحب البناء الذي مول البناء وشيده وذلك بحسب استحقاق كل من الأرض والبناء.^(١) ويلاحظ. بان صيغة العقد هذه قد جمعت بين - عقد الإجارة والشراكة. إلا أن ميزته تمثلت بسحب إدارته وتأجييره من صاحب التمويل والبناء إلى إدارة الوقف. وبالتالي فلا خوف على أرض الوقف من الضياع.

٣ - عقد المشاركة المتناقصة:

وصورته: أن تقوم الجهة المسؤولة على الوقف بتخصيص جزء من عائد الربح، لشراء البناء من الممول تدريجياً حتى تعود ملكيته نهائياً إليه فيصبح الوقف مالكا للأرض والمبنى معاً. وصيغة العقد هذه تتناسب مع الطبيعة الخاصة بالوقف والتي لا يجوز أن تملك أعيانها أو أصولها الموقوفة. وإلا عد ذلك تصرفاً يتعارض مع مقصد الوقف من حبس الأصل عن التصرف وتسبيل المنفعة.

٤ - عقد الإجارة التمويلية ((المنتهية بالتمليك)) ويمكن تلخيصها بصورتين:

١ - الأولى: تقوم الجهة المسؤولة على الوقف. بتأجير أرض الوقف لشخص أو جهة اعتبارية. مدة طويلة بأجرة سنوية محددة ويقوم المستأجر ببناء على هذه الأرض المستأجرة ليستثمرها طيلة مدة الإجارة المتفق عليها. أخذه الجهة المسؤولة على الوقف في حساباتها بأن أجرة الأرض كافية لتسديد قيمة البناء عند انتهاء مدة الإجارة. فتتفق مع المستأجر على شراء البناء الذي يقيمه على أرضها بالتدريج بما تستحق في ذمته من أجرة الأرض.^(٢)

٢ - والصورة الثانية: أن تكون. الجهة القائمة على الوقف. بحاجة إلى. آلات ومعدات لاستثمارها على أرض الوقف. مثل بناء سد لحجز المياه أو استصلاح لأرض وقفية

(١) انظر: الوسائل الحديثة للتمويل، للزرقاء ص١٩٦، نزيه حمادي. الأساليب المعاصرة ص١٨٥.

(٢) الوسائل الحديثة للزرقاء ص٩٩ نزيه حمادي. الأساليب المعاصرة ص١٨٦.

أهملت. أو لبناء مزرعة للدواجن على أرض الوقف أو نحو ذلك. وهنا تجد الجهة القائمة على الوقف نفسها مضطرة إلى معدات. فتتفق الجهة القائمة على الوقف مع ممول يقوم بشراء هذه المعدات باسمه وتأجيرها على جهة الوقف إجارة تنتهي بالتملك.^(١) بمعنى أن يكون اتفاقاً مسبقاً بين الطرفين بأن جهة الوقف سوف تأخذ هذه المعدات المؤجرة من المؤجر نهاية مدة الإجارة المتفق عليها بسعر الظرف نفسه مع الأخذ بالاعتبار الحالة. الاستهلاكية التي وصلت إليها تلك المعدات.

٥ - عقود سندات المقارضة:

وصورتها: أن تقوم جهة الوقف. بدراسة دقيقة للمشروع الذي تريد استثماره اقتصادياً. وبعد دراسة التكاليف المتوقعة. وعائد الربح المتوقع. تقوم جهة الوقف بواسطة هيئة متخصصة بإصدار سندات قيمتها الإجمالية مساوية للتكلفة المتوقعة. مثلاً. للبناء ثم تعرض على حاملي السندات اقتسام عائد الإيجار بنسبة يتم تحديدها على ضوء الدراسة الاقتصادية. وتكون الحكومة ضامنة لسندات المقارضة على أن يكون ما تدفعه الحكومة في حالة الضرر على حاملي السندات ديناً على ذمة الوقف لا تتقاضى عليه الحكومة أي زيادة، أو فوائد ربوية بعد ذلك تتفق الجهة القائمة على الوقف مع حاملي السندات. بوعده ملزم من قبل الطرفين بأن تقوم الجهة الوقفية بتسديد المبالغ المالية لحاملي السندات على أقساط نقدية أو من خلال احتساب أجره الأرض الوقفية الذي أقيم عليها البناء وبالتالي. تكون جهة الوقف قد تملك مشروعاً استثمارياً الذي هو البناء مع الاحتفاظ بأرض الوقف الذي أقيم عليها البناء. وبهذه الصورة تكون سندات المقارضة: أداة استثمارية، تقوم على تجزئة رأس مال القراض بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة مسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه بنسبة ملكية كل منهم فيه. وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته وتترتب جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع الصك في أسواق الأوراق المالية وكذا الرهن والهبة والإرث إلى آخره وبهذا العقد وبهذه الصورة: تكون الجهة القائمة على الوقف بمثابة المضارب الذي يدير المشروع الاستثماري تستحق نسبة من الربح يتفق عليها مسبقاً مع عائد إيجار سنوي أو شهري لأرض الوقف وما يعود على المشروع من ربح يوزع بين أرباب الأموال. والمضارب^(٢) ((الوقف)) بحسب النسبة المتفق عليها بعد خصم حصة أجره الأرض.

(١) انظر: محمود مهدي: صيغ التمويل ص ٩٦.

(٢) القراض والمضاربة اسمان لمسمى واحد: فالقراض: مصطلح أهل الحجار، والمضاربة: مصطلح أهل العراق. انظر بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ٢٣٦.

وبعد هذه الجولة من التطواف في أمهات مراجع الفقه الإسلامي في مجال الوقف الإسلامي. أحكاماً وفقهاً واستثماراً. نود أن نشير إلى قاعدة: ((قصد الواقف لا لفظه)). والتي جاءت في كتاب: "رعي المصلحة" للشيخ عبد الله بن بيّه. والذي يعتبر من أبرز فقهاء العصر. ومما يقوي هذه القاعدة،^(١) ما ورد في كتاب "مواهب الجليل" للحطاب المالكي، من تطبيق بعض النماذج لهذه القاعدة.^(٢) أن فقهاء المالكية. قد جوزوا أن يفعل في الوقف المحبس الأصل، ما فيه مصلحة له، مما يغلب على الظن حتى كاد أن يقطع به أن لو كان الواقف حياً وعرض عليه ذلك لرضيه واستحسنه. وقال الفقيه الشافعي القفال الشاشي: ((لا بد من النظر إلى مقاصد الواقفين. وكل أحد يجزم بأن غرضه توفير الريع على جهة الوقف. وقد يحدث على تفاور الأزمان مصالح لم تظهر في الزمن الماضي وتظهر الغبطة في شيء يقطع بأن الواقف لو اطلع عليه لم يعدل عنه فينبغي للناظر أو الحاكم فعله)) لكن ذلك يجب أن يكون بإذن القاضي الشرعي.

(١) رعي المصلحة، للشيخ عبد الله بن بيّه ص ١٨ - ١٩.

(٢) انظر: الحطاب، مواهب الجليل، ج ٦ ص ٣٦.

توصية

إن واجب القائمين على الأوقاف في الدول الإسلامية وفي شعوب الدول غير الإسلام أن يقوموا بوضع خطط علمية. لحصر أعيان وأصول وأموال الأوقاف وتصنيفها والتي تشتمل على ثروة كبيرة متنوعة. منها العقارات الكثيرة والتي يقع أغلبها في عواصم الدول وكبار المدن وفي الأسواق التجارية والصناعية. وفي الأحياء ذات الكثافة السكانية والقيمة التاريخية. ومنها المساحات الزراعية الكبيرة. وما تمتلكه من خصوبة التربة ومن مياه جوفية ونهرية كأوقاف العراق التاريخية. والتي تفوق ما تمتلكه العراق من ثروات نفطية أو معدنية. وما يقال عن أهمية أوقاف العراق. يقال عن أوقاف تركيا وبلاد الشام بما فيها أوقاف المسجد الأقصى وسائر أرض فلسطين الطبيعية. ومصر والسودان وبلاد المغرب والمشرق العربي والإسلامي، إلى آخر ما هنالك وما تمت الإشارة إليه مجرد نماذج لبقية الشعوب التي لم تذكر أن هذه الثروة العظيمة والهائلة. يستعصي حصرها على الدول داخل شعوبها الأمر الذي يستوجب التعاون فيما بينها لوضع الخطط الإحصائية ذات التصنيف الدقيق لنوع الوقف ومكانه وحجمه والحال الذي هو عليها والجهة الموقوف عليها الخ ما هنالك من التصنيف العلمي الدقيق. وما لم تتعاون الدول الإسلامية والهيئات ذات العلاقة المباشرة أو غير المباشرة مع هذا الواجب الإسلامي فإن الأمة الإسلامية بمجموعها تكون قد ضيعت جزءاً مهماً من ثروتها وقوتها الاقتصادية. إذ لا يقتصر هذا الضياع على الحقوق الشرعية على من أوقفت عليهم. والذي صار الكثير منهم يشحتون ويتسولون في المساجد والطرقات تتخرهم الأمراض. وسواء اغتصبت منهم من قبل الذين لا يخافون الله ولا يتقونه. أو أهملت فلم تنمى ولم تستثمر فالنتيجة لا تختلف.

خلاصة: نقاط البحث الرئيسية

- (١) قرر الفقهاء بما لا يعلم خلافه، بأن التصرف في مال الوقف يستمد أحكامه من التصرف في مال اليتيم، في كل ما يتعلق بمال اليتيم من أحكام شرعية أو قانونية أو إدارية، للحفاظ عليه وتميمته واستثماره، ومن تقنين النفقات والمصروفات، وفي كل ما تقتضيه مصلحة مال اليتيم هي مما تقتضيه مصلحة مال الوقف. وأن الوعيد الشديد الوارد في الكتاب والسنة، على من يغتصب أو يضيع أو يهمل أو يقصر في رعاية مال اليتيم، هي واردة جملة وتفصيلاً على من يغتصب أو يضيع أو يهمل أو يقصر في رعاية مال الوقف، أو لا يحسن تميمته واستثماره.
- (٢) لا يجوز التصرف الناقل للملكية، إلا عند الضرورة التي يقدرها القاضي المعتمد من قبل الولاية العامة المشهود له بالورع والتقوى. ولمصلحة الوقف.
- (٣) لا يوجد فاصل بين الأحكام الشرعية الهادفة إلى المحافظة على الأصول الوقفية وغلاتها. وبين الأحكام الفقهية والقانونية والإدارية. الهادفة إلى تنمية هذه الأصول وغلاتها واستثمارها. إذ العلاقة بينهما علاقة عضوية ودائمة لتحقيق المصلحة التي من أجلها وجد الوقف في الإسلام.
- (٤) يجب شرعاً على نظار الوقف والجهات التي تدير الوقف: الأخذ بكل السبل والأدوات والأساليب الجديرة التي تؤدي إلى الحفاظ على أصول الوقف وتطويرها ومضاعفة إنتاجها بما لا يتعارض مع وظائفها ومقاصدها الشرعية. أخذه في الاعتبار شرط الواقف مادام في مصلحة ما أوقفه.
- (٥) يجب على نظار الوقف والقائمين على الإدارات الوقفية وكل من تولى مسؤولية أو وظيفة في أي موقع كان من المسؤولية الوقفية. دراسة الأحكام الشرعية والفقهية والقانونية والإدارية التي جاءت بشأن أموال اليتامى. وكذا القوانين الشرعية والإدارية التي شرعت لكيفية الحفاظ على أصول الأوقاف وحسن إدارتها وتميمتها واستثمارها شأنها في ذلك شأن إدارة مال اليتيم سواء بسواء وهو أمر متيسر حيث أخذ فقه أحكام الوقف سهماً وافراً من أبواب فقه الشريعة في كل المذاهب الإسلامية. ولا يعذر بالجهل من نصب نفسه لأي مسؤولية أو وظيفة من وظائف الوقف فضلاً عن النظار والقائمين على إدارات الأوقاف. إضافة إلى شروط التقوى والورع. بعدما اتضح بأن مصيبة الوقف في الوطن الإسلامي يشكل الجهل منها ٧٥٪، و ٢٥٪ راجعه إلى عدم وجود الوازع الديني.

- (٦) عمارة الوقف وصيانته مقدمة على حقوق الموقوف عليهم ما لم يترتب على ذلك ضرر لا يحتمله الموقوف عليهم.
- (٧) إذا كانت غلة الوقف لا تفي بصيانته أو بالأضرار والخراب التي أصابته. وكان يلحق الموقوف عليهم ضرر من حرمانهم من العائد فيما لو صرف لإصلاح الأضرار. فإن على الناظر أو الجهة المسؤولة على الوقف أن تطلب الإذن من القاضي المعتمد من قبل الولاية العامة. باستدانة ما يصلح الأضرار الواقعة أو المتوقعة وعلى القاضي أن يأذن بالاستدانة ويستعين بأهل الخبرة الأمناء في تقدير الأضرار وتوصيفها ومبلغ الاستدانة الذي يستدعيها الإصلاح. ويكون الدين على ذمة الوقف.
- (٨) جوز جمهور الفقهاء الاستدانة إذا كان لمصلحة الوقف وزيادة ربحيته في تنميته واستثماره إذا كان مبلغ الاستدانة بدون فوائد ربوية. بمبدأ القرض الحسن. وبإذن القاضي المعتمد الذي يقدر مصلحة الوقف في هذا الاستثمار كما أن عليه بمنح الإذن بالاستدانة لمن لم يجد البذر أو المؤنة لزراعة أرض الوقف.
- (٩) يجب الحرص على تنمية الأصول الوقفية واستثمارها بحكم مقاصدها الخيرية الذي يهدف الإسلام إلى تحقيقها ومضاعفة الجهد لاستثمارها. وهو جهد مقاصدي تتطلبه طبيعة الوقف. وقد دللنا على هذا المقصد من الكتاب والسنة فلا داعي لإعادة ذكرها.
- (١٠) إجازة الفقهاء البناء على أرض الوقف الزراعية. إذا كان الاستغلال بالبناء أنفع للموقوف عليهم. وسواء نص عليه الواقف في صك الوقف أو لم ينص ولو شرط عدم استثمار ما أوقفه. فإن هذا الشرط باطل لا يعتد به لمناقضة المقصد الشرعي من الوقف. والعبرة بالنظر الشرعي لصحة هذه الشروط أو بطلانها.
- (١١) عدم جواز الدخول في أي مشروع استثماري وقفي إلا بعد التحري والدراسة الدقيقة للجدوى الاقتصادية للاستثمار مع وجوب مراعاة الضوابط الشرعية والمعايير الاقتصادية المعمول بها في الاستثمار المعاصر. الخاصة بالربحية البعيدة عن الربا وكل المعاملات المحظورة في الشريعة الإسلامية.
- (١٢) يجب اطلاع الوقف الإسلامي بمهامه ورسالته المقدسة بالمشاركة بتنمية المجتمع وتخفيف الأعباء على الموازنات العامة.
- (١٣) يجب الحد من مجالات الاستهلاك والصرف إلى مجال التنمية والاستثمار بحيث تزيد الإيرادات على المصروفات.

- (١٤) يجب صحوه ضمير القائمين على الوقف الإسلامي وكذا أصحاب الولايات العامة في الشعوب الإسلامية. والعلماء. للحفاظ على ثروة الوقف الاقتصادية الهامة والكبيرة وتمييتها بالطرق الحديثة وبضوابطها الشرعية.
- (١٥) على المجامع الفقهية وعلماء الأمة. القيام. بالاجتهاد التأصيلي بفقهاء الأوقاف لا يقل عن الاجتهاد بفقهاء المعاملات المالية والاقتصادية والنقدية. واستتباط أحكام وضوابط شرعية لإمكانية الاقتراض الجائز شرعاً لعمارة وتنمية الأصول الوقفية. وبيان أحكام الذمة المالية للوقف.
- (١٦) وضع الخطط المدروسة بين موازنة الإنفاق التي تحافظ على بقاء أعيان وأصول الأوقاف. وبين دوام استمرارية تنامي عطائها.
- (١٧) وقد أصبح هذا الاجتهاد ضرورة لإصلاح وتطوير المؤسسات الوقفية في العالم الإسلامي.
- (١٨) أوضحنا تعريف وشرعية: عقد البناء والتشغيل والإعادة. وأنه مخرج تخريجاً فقهياً سليماً على عقود الاستصناع التي أجازها فقهاء الإسلام مع الشروط والضوابط التي اشرنا إليها في مشروع القرار.
- (١٩) أوضحنا خطورة بعض الصيغ التقليدية على مال الوقف. مثل صيغة عقد الإجاريتين، والمرصد، والحكر، والكذك، ونحوها. وإبدالها بصيغ شرعية أشد حرصاً على مال الوقف وأملاكه وبنفس الوقت تنميته وتطويره واستثماره.
- (٢٠) أوضحنا مميزات وإيجابيات عقد البناء وأوضحنا الرد على الاعتراضات التي وردت من بعض الفقهاء على هذا العقد. كما أوضحنا الفرق بينه وبين عقود السلم.
- (٢١) سلطنا الضوء على طبيعة مشروعات الأوقاف والمرافق العامة. فوجدناها تشكو من الإهمال والجمود والاعتصاب. وهذه الوضعية المزرية تؤكد ما أشرنا إليه في النقاط: ١٤ و ١٥ و ١٦ من هذه الخلاصة.
- (٢٢) قرر الفقهاء بأن أجره الوقف إذا نقصت عن مثيلاتها في أجره الحر. وكان الغبن فاحش بحكم الظرف والعرف العملي السائد. فإن هذا العقد باطل ويجب فسخه.
- (٢٣) أجاز جمهور الفقهاء. عقد الاستبدال والمناقلة. وجعلوا الاستبدال من صيغ استثمار الوقف في حالات معينة. وقرروا بأن تكون تلك الحالات التي يتم فيها الاستبدال من الحالات ذات الفائدة الكبيرة العائدة على الوقف.
- (٢٤) أوضحنا بأن من الأسباب الرئيسية التي أضرت بالأوقاف طوال التاريخ الإسلامي: -

(١) حصر استثمار الأوقاف في الأراضي والمباني بشكل حصري مما أدى إلى تجميد استثمار الأوقاف وضالة العائدات.

(٢) الظلم والإجحاف الذي مثلته صيغ العقود التقليدية على أعيان وأصول الأوقاف.

(٢٥) هذه من أهم نقاط البحث وليست كلها. الاكتفاء بها لا يعطي صورة البحث المطلوبة.

والله نسأل التوفيق لنا ولكل القائمين على الثروة الوقفية للأمة، وأن يرزقنا وإياهم التقوى ويوفقهم لأداء الأمانة العظيمة لخدمة دينهم وأمتهم.

وقد ختم هذا البحث بمشروع: قرار حسب طلب الأمانة العامة وتوصية إذا رأى مجمعنا الموقر الأخذ بها.

مشروع قرار

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين وآله وصحبه وسلم.

قرار رقم ()

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره التاسعة عشرة. بإمارة الشارقة في دولة الإمارات العربية المتحدة من.....

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع:

((تطبيق نظام عقد البناء والتمليك (B.O.T) في تعميم الأوقاف والمرافق العامة)):

قرر ما يلي:

أولاً: إن عقد البناء هو عقد استصناع وهو عقد جائز التعامل به في الفقه الإسلامي وهو عقد وارد على العمل والعين في الذمة ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط.

ثانياً: يشترط في هذا العقد ما يلي:

أ) بيان جنس وصفة المستصنع من البناء وكافة الأوصاف المطلوبة شرعاً.

ب) أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً: يجوز تأجيل الثمن كله أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لأجل محددة.

رابعاً: يجوز أن يتضمن هذا العقد وعداً من الجهة الوقفية المستصنع لها بشراء المشروع أو المبنى من الجهة المصنعة بالثمن المعروف عند انتهاء مدة الإجارة وحسب اتفاقهما دفعة واحدة أو مقسطاً.

خامساً: يجوز أن يتضمن العقد شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان ما لم تكن هناك ظروف قاهرة.

ثبت بعض المراجع الواردة في البحث

- (١) شرح القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، تصحيح: عبدالستار أبو غدة.
- (٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، تصحيح: عبدالحليم محمد عبدالحليم، القاهرة، دار الكتب.
- (٣) كتاب المبسوط، للسرخسي شمس الدين محمد بن أحمد.
- (٤) التفسير الكبير، للإمام الرازي.
- (٥) تحفة الفقهاء، تحقيق محمد المنتصر الكتاني ووهب الزحيلي، دار الفكر، دمشق.
- (٦) تفسير ابن جرير الطبري.
- (٧) روضة الطالبين، للإمام النووي.
- (٨) مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت: ١٤٠٩هـ/١٩٨٩م.
- (٩) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، للرافعي.
- (١٠) مجلة الأحكام العدلية، الطبعة الأولى، تحقيق: عبدالوهاب أبو سليمان ومحمد إبراهيم علي.
- (١١) تفسير القرطبي، القاهرة، دار الشعب.
- (١٢) المغني لابن قدامة، الطبعة: الثانية، تحقيق: عبدالله عبدالمحسن التركي، وعبدالفتاح محمد الحلو.
- (١٣) أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء، الطبعة الأولى، عبدالرزاق الكبيسي.
- (١٤) الإنصاف، للمرادي.
- (١٥) حاشية ابن عابدين.
- (١٦) الهداية على هامش العناية للمذهب الحنفي.
- (١٧) بدائع الصنائع للكاساني، ج٦.
- (١٨) مختار الصحاح، مادة صنع.
- (١٩) القرآن، سورة البقرة آية: ٢٧٥، سورة النساء آية: ٥.
- (٢٠) المدخل الفقهي العام، مصطفى الزرقاء.

- (٢١) أساليب استثمار الأوقاف، د/ نزيه حماد.
- (٢٢) الشرح الصغير، لدردير.
- (٢٣) القوانين الفقهية، لبن جزئي.
- (٢٤) رسائل ابن نجيم.
- (٢٥) كتاب الإسعاف، للطرابلسي.
- (٢٦) التبييه بالحسنى للفرقاوي: في منفعة الخلو والسكنى.
- (٢٧) الوسائل الحديثة للتمويل، للزرقاء.
- (٢٨) صيغ التمويل، لمحمود مهدي.
- (٢٩) رعي المصلحة، للشيخ ابن بيّه.
- (٣٠) مواهب الجليل، للحطاب، ج ٦.